

BRASÍLIA 2020 - V.5

FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS (FAJS)

# COMPÊNDIO

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

**Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

**Diretor Acadêmico**

Carlos Alberto da Cruz

**FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS****Coordenação**

Dulce Donaire de Mello e Oliveira Furquim

**ORGANIZAÇÃO**

Ana Carolina Figueiró Longo

**CONSELHO EDITORIAL**

Alessa Sumie Nunes Noguchi Sumizono

Andre Pires Gontijo

Anna Luiza de Castro Gianasi

Bruno Lunardi Goncalves

Carolina Freitas Gomide de Araujo

Carolini Goncalves Nascimento

Claudio Tadeu Cardoso Fernandes

Daniella Cesar Torres Crescenti

Fernanda Maria Alves Gomes

Frederico Seixas Dias

Gabriel Rigotti de Avila e Silva

Hector Luis Cordeiro Vieira

Iyaromi Feitosa Ahualli

Lara Helena Cardoso Costa da Silva

Laryssa Martins de Sa

Layton Patrick Lima Souza

Luisa Motta Matos

Luiz Emilio Pereira Garcia

Mariana Barbosa Cirne

Nitish Monebhurrun

Ricardo Rocha Leite

Ricardo Vicente Correa de Oliveira

Rodrigo Augusto Lima de Medeiros

Victor Minervino Quintiere

Viviani Gianine Nikitenko

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Compêndio FAJS / organizadores, Ana Carolina Figueiró Longo ;  
Viviani Gianine Nikitenko – Brasília: CEUB : 2022.

7751 p.

ISBN 978-85-7267-081-4

1. Direito. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 340

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – CEUB  
SEPN 707/709 Campus do CEUB  
Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

# APRESENTAÇÃO

Esta foi a primeira versão do Compêndio produzida integralmente no período de isolamento social, provocado pela pandemia de COVID-19. Os TCCs aqui apresentados foram defendidos perante uma banca virtual.

Foram desafios muito grandes para todos!

Inicialmente, houve muito estranhamento, algumas dificuldades com o uso de novas ferramentas e tecnologias, mas nada disso tirou o brilho e a excelência dos trabalhos de pesquisa dos alunos da FAJS.

Apresento para vocês os melhores Trabalhos de Conclusão de Curso produzidos pelos alunos da FAJS, que versam sobre os temas mais atuais em debate na academia, bem como demonstram uma originalidade da pesquisa produzida na graduação em Direito e Relações Internacionais.

É preciso fazer um agradecimento especial para os membros do conselho editorial, que contribuíram sobremaneira para a concretização deste livro.

Desejo a todos uma excelente leitura.

**Ana Carolina F. Longo**  
Docente responsável pelo Compêndio

## SUMÁRIO

**O SISTEMA JUDICIAL E AS CONTROVÉRSIAS SOBRE A  
COMPETÊNCIA CÍVEL DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA  
DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER**

**31**

**DELITOS FISCAIS COMO ANTECESSORES DA LAVAGEM  
DE DINHEIRO: UMA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA E  
MATERIAL DO CRIME**

**85**

**CRIMINOSO PSICOPATA: QUAL A SANÇÃO PENAL  
ADEQUADA PARA PORTADORES DESSA  
PSICOPATOLOGIA: PENA OU MEDIDA DE SEGURANÇA?**

**109**

**EXTRADIÇÃO DE CRIMES QUE OCORRERAM DURANTE A  
DITADURA MILITAR ARGENTINA: CASO SALVADOR  
SICILIANO E SEUS IMPACTOS GERADOS NA  
JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

**148**

**ESTUPRO CORRETIVO: A CULTURA DO ESTUPRO E A  
VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE E LIBERDADE SEXUAL DA  
MULHER COMO MÉTODO DE PUNIÇÃO**

**220**

**RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE PESSOAS  
JURÍDICAS: A INAPLICABILIDADE IMEDIATA DO  
DIREITO AO SILÊNCIO NO ÂMBITO DO PROCESSO  
ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

**242**

**ANÁLISE DO USO DE ARMA COMO CAUSA DE AUMENTO DE PENA NO CRIME DE ROUBO: ALTERAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.654/2018**

**274**

**SOLUÇÕES NEGOCIADAS NA JUSTIÇA PENAL BRASILEIRA**

**310**

**MODALIDADES DE AÇÃO PENAL ADOTADAS AO CRIME DE ESTUPRO AO LONGO DO TEMPO: DICOTOMIA ENTRE INTIMIDADE E PERSECUÇÃO PENAL**

**354**

**STALKING E VIOLÊNCIA DE GÊNERO: A CRIMINALIZAÇÃO DO STALKING COMO MEDIDA PREVENTIVA AO FEMINICÍDIO**

**411**

**COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E OS CRIMES MILITARES POR EXTENSÃO E SUAS ABRANGÊNCIAS DE ACORDO COM A LEI Nº 13.491/2017**

**459**

**O RECRUDESCIMENTO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO: UMA ANÁLISE À LUZ DO PARADIGMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL**

**494**

**PACOTE ANTICRIME PROPOSTO X APROVADO: O ENFRAQUECIMENTO DAS MEDIDAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO**

**518**

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS REFUGIADAS NO BRASIL**

**578**

**A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS EM APARELHO CELULAR DURANTE PRISÃO EM FLAGRANTE**

**739**

**ESTUDO CRÍTICO DA FUNÇÃO DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA AGNÓSTICA DE EUGENIO RAUL ZAFFARONI**

**772**

**A FORÇA DA MULHER NEGRA NA ATUAÇÃO JURÍDICO-SOCIAL**

**804**

**A MATERNIDADE NO CÁRCERE À LUZ DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA**

**906**

**(IN)EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI Nº 11.340/2006 NA PREVENÇÃO DO FEMINICÍDIO**

969

**A PRÁXIS DEMOCRÁTICA NO ESPELHO  
CONSTITUCIONAL SOB O PARADIGMA DA RAÇA: POR  
UM CONSTITUCIONALISMO LADINO-AMEFRICANO**

1008

**GUERRA CONTRA AS DROGAS: OS EFEITOS DO  
PROIBICIONISMO E A CONSTRUÇÃO DO CRIMINOSO.**

1037

**A APLICABILIDADE DO *PLEA BARGAIN* NO DIREITO  
BRASILEIRO**

1076

**PAÍSES DA AMÉRICA DO SUL COM O BRASIL**

1120

**ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE DA  
COMPATIBILIDADE PRINCIPIOLÓGICA E ASPECTOS  
LEGAIS DO NOVO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS  
PENAIIS**

1151

**ANÁLISE COMPARADA ENTRE A CRIMINOLOGIA  
ATUARIAL E O SISTEMA PENAL BRASILEIRO: A LÓGICA  
ECONÔMICA NA POLÍTICA CRIMINAL.**

1232

**ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: EM QUE MEDIDA A  
PRESENÇA DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS  
PREJUDICAM A ESTRUTURAÇÃO E A APLICAÇÃO DAS  
REGRAS NO SISTEMA PRISIONAL: ANÁLISE DE CASO  
PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL – PCC**

**1250**

**BANCO DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE  
PERSECUÇÃO PENAL**

**1317**

**A JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUAS POSSÍVEIS  
RESPOSTAS PARA O CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO**

**1352**

**A LEI DO FEMINICÍDIO: A NATUREZA JURÍDICA DESTA  
QUALIFICADORA E SUAS CONSEQUÊNCIAS**

**1403**

**TERRITÓRIO VIRTUAL E A FACE DA VIOLAÇÃO DO  
DIREITO DAS MULHERES**

**1489**

**A INFLUÊNCIA MIDIÁTICA NAS DECISÕES DO TRIBUNAL  
DO JÚRI**

**1571**

**A NECROPOLÍTICA ASSOCIADA AO SISTEMA  
CARCERÁRIO BRASILEIRO**



**1630**

**OS REFLEXOS DA FORMAÇÃO E SELETIVIDADE  
POLICIAL: (DES)CONSTRUÇÃO DE DIREITOS E  
GARANTIAS CONSTITUCIONAIS**

**1651**

**PORQUE MULHERES NEGRAS SÃO AS QUE MAIS SOFREM  
VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA?**

**1746**

**A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA: ATUAÇÃO DO  
JUDICIÁRIO DIANTE DE LACUNAS NORMATIVAS**

**1777**

**A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO FERRAMENTA DE  
COMBATE AO CRIME ORGANIZADO**

**1839**

**AS PRISÕES CAUTELARES SOB A ÓTICA DO  
GARANTISMO PENAL**

**1902**

**A CADEIA DE CUSTÓDIA DO PACOTE ANTICRIME:  
INSTITUTO GARANTIDOR DO CONTRADITÓRIO E DA  
AMPLA DEFESA**

**1960**

**A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO: O DECLÍNIO DA NORMA E A DESUMANIZAÇÃO DO DIREITO**

**1983**

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: EFEITOS DE SUA APLICAÇÃO E SUA EFICÁCIA NA CONTENÇÃO DA ARBITRARIEDADE NO PODER PUNITIVO.**

**2042**

**O VAGÃO ROSA EM FOCO: A MOBILIDADE FEMININA COMO QUESTÃO DE GÊNERO NO DISTRITO FEDERAL**

**2064**

**A TUTELA DOS DADOS PESSOAIS DO ACUSADO NO BRASIL: ANÁLISE DA VIABILIDADE DE FORNECIMENTO DO CONSENTIMENTO DO TITULAR DOS DADOS PARA ATIVIDADES DE INVESTIGAÇÃO E REPRESSÃO DE INFRAÇÕES PENAIS**

**2099**

**A (IN)ADEQUAÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO DO TIPO PENAL DE INFANTICÍDIO**

**2130**

**LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA E ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA.**

**2162**

**CRIMES SEXUAIS: UMA ANÁLISE ACERCA DA VIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA**

**2183**

**OS SERES VIVOS SEM DIREITO À VIDA: ANÁLISE DA RELAÇÃO JURÍDICA HOMEM-ANIMAL E A PROTEÇÃO DE ANIMAIS NO DIREITO BRASILEIRO**

**2218**

**A ATUAÇÃO POLICIAL NOS CASOS DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER NO DISTRITO FEDERAL À LUZ DA LEI 11.340/06**

**2253**

**PAPÉIS INSTITUCIONAIS DO CNMP E OS LIMITES LEGAIS DO PODER REGULAMENTAR NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

**2293**

**MEDIDA DE SEGURANÇA**

**2326**

**O INSTITUTO DA ENTREGA NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**2367**

**O PRINCÍPIO DA ISONOMIA APLICADO AOS CRIMES DE COLARINHO BRANCO**

**2413**

**ESTUPRO: UMA ANÁLISE OBJETIVA DA LEI Nº 13.718 DE 2018 E A SUA APLICAÇÃO NO VOTO PROFERIDO NA APELAÇÃO CRIMINAL DE NÚMERO 0005731-38.2017.8.26.0565 DO TJSP. SERÁ A NOVA LEGISLAÇÃO DE CRIMES SEXUAIS UMA ESPÉCIE SIMBÓLICA DO DIREITO PENAL?**

**2443**

**A APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS: ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS 97.256/RS**

**2486**

**ESTUPRO MARITAL: A VIOLÊNCIA QUE SE OCULTA NO AMOR**

**2567**

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO À LUZ DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA**

**2593**

**AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO DAS OCORRÊNCIAS DE**

## **FEMINICÍDIO NO DISTRITO FEDERAL**

**2631**

**A AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL: UMA ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELO ART. 1º DA LEI Nº 13.718/2018 SOB A ÓPTICA DO PARADIGMA VITIMOLÓGICO CONTEMPORÂNEO**

**2689**

**A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO ORDENAMENETO JURÍDICO BRASILEIRO**

**2779**

**MAUS ANTECEDENTES: A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA NÃO LIMITAÇÃO TEMPORAL DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS**

**2848**

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E SUA APLICABILIDADE NO ÂMBITO RECURSAL**

**2876**

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO MIGRANTE E A APLICAÇÃO DO ECA: ANÁLISE DO ART. 40, V DA LEI 13.445/17**

**2924**

**TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR:  
POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL  
PELA APROPRIAÇÃO INDEVIDA DO TEMPO DO  
CONSUMIDOR**

**2951**

**RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS À LUZ DA  
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

**3030**

**SIMPLIFICAÇÃO DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS  
PARA O ALCANCE DA BUROCRACIA MÍNIMA VIÁVEL  
CONCILIANDO OS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA  
LEGALIDADE: UM ESTUDO DE CASO DO PROCESSO DE  
DESBUROCRATIZAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE  
JUSTIÇA**

**3166**

**TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DA DESINFORMAÇÃO  
(*FAKE NEWS*)**

**3199**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO  
CIVIL DE 2015**

**3239**

**A EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA EM DIREITOS HUMANOS  
COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO DE  
COMPETÊNCIAS DOS EDUCANDOS SECUNDARISTAS**

**3291**

**EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: IMPACTOS E SOLUÇÕES**

**3342**

**A RELATIVIZAÇÃO DA IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO DO DEPUTADO FEDERAL JAIR BOLSONARO**

**3366**

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NOS PROCESSOS FALIMENTARES**

**3405**

**LIMITAÇÕES PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA PELOS TRIBUNAIS DE APELAÇÃO**

**3473**

**A EXCEPCIONALIDADE DA INTERFERÊNCIA ESTATAL NA REMOÇÃO DE CONTEÚDOS NA INTERNET: UMA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DO REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL ATRIBUÍDO AOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO NA INTERNET**

**3501**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

**3609**

**O FUNDAMENTO POPULISTA E OS IMPACTOS DAS  
DECISÕES DO EXECUTIVO NO DESTINO DO BRASIL  
DIANTE DA PANDEMIA PELA COVID-19**

**3643**

**A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA À LUZ DOS  
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

**3736**

**SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DO  
DIREITO COMPARADO**

**3791**

**CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA:  
PROTEÇÃO LEGISLATIVA INSUFICIENTE**

**3812**

**O CONTROLE DE SOBREPREÇOS NAS COMPRAS  
PÚBLICAS DE PASSAGENS AÉREAS**

**3868**

**A POSTURA ÉTICA DO JUIZ NO DISCURSO POLÍTICO E OS  
PRINCIPAIS APONTAMENTOS SOBRE SUA LIBERDADE DE  
EXPRESSÃO E A ATIVIDADE POLÍTICO-PARTIDÁRIA**

**3896**



**O DIREITO INDÍGENA À TERRA E A  
(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA**

**3990**

**PEC 215/2000**

**3990**

**PRIVACIDADE, MONETIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A  
LGPD: DESAFIOS E IMPACTOS DA LEI N° 13.709/2018**

**4033**

**A PERCEÇÃO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS PELOS  
ADVOGADOS**

**4097**

**PÚBLICOS: ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE  
INCONSTITUCIONALIDADE N.º 6.053/DF**

**4097**

**A LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL UTILIZADA NOS  
PROCESSOS ENVOLVENDO DENÚNCIAS DE ABUSO  
SEXUAL**

**4156**

**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA APLICAÇÃO DO  
DIREITO DE FAMÍLIA PARA OS CASAS HOMOAFETIVOS  
NO BRASIL**

**4194**

**ABANDONO AFETIVO INVERSO: Viabilidade de aplicação da  
responsabilidade civil**

**4253**

**POSSIBILIDADE DE DESERDAÇÃO EM HIPÓTESES DE  
ABANDONO AFETIVO**

**4296**

**BANCO DE DADOS E CADASTRO DE CONSUMIDORES:  
uma análise jurisprudencial**

**4407**

**CLÁUSULA ARBITRAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO:  
interpretação e aplicação.**

**4442**

**IRDR: CAUSA-PILOTO OU CAUSA-MODELO?**

**4473**

**O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA FAMÍLIA  
MULTIESPÉCIE NO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO**

**4510**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS DO  
JUDICIÁRIO**

**4586**

**VOTO FACULTATIVO SOB A PERSPECTIVA DO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**4705**

**A EFICÁCIA DAS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO NA  
SEMANA NACIONAL DE CONCILIAÇÃO DE 2019 NO  
ÂMBITO DO CEJUSC-CEILÂNDIA**

**4757**

**O EXCESSO DE INFORMAÇÃO: UMA FORMA DE  
VIOLAÇÃO AO DIREITO À INFORMAÇÃO DO  
CONSUMIDOR**

**4796**

**MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO E O  
DIREITO À EDUCAÇÃO: uma análise na perspectiva de  
Vygotsky e do paradigma da proteção integral**

**4827**

**ANÁLISE DO VETO AOS PROJETOS DE LEI DE  
INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PARTO ANÔNIMO EM FACE  
DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**4853**

**O DIREITO A GUARDA DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS**

**4886**

**O Problema da Efetividade da Responsabilização por Alienação  
Parental**

**4940**

**A APLICABILIDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS FRENTE A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE COM OS DESCENDENTES DO *DE CUJUS*: INTERVENÇÃO ESTATAL E AUTONOMIA DA VONTADE**

**4997**

**O USO DE DADOS PESSOAIS COMO INSUMO DE MERCADO: uma análise à luz da liberdade de escolha do consumidor e da privacidade**

**5050**

**O POTENCIAL DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA DIMINUIR A REITERAÇÃO DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI**

**5087**

**CONTRATOS DE LICENCIAMENTO DE SOFTWARE ALEATÓRIOS: LOOT BOXES E A APLICAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR**

**5128**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES POR ABANDONO AFETIVO DE SEUS FILHOS EX-TESTEMUNHAS DE JEOVÁ**

**5255**

**A (IN) EFETIVIDADE DA CONCILIAÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS DE SOBRADINHO/DF**

**5347**

**O PARADIGMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E OS PARÂMETROS DO SINASE NO ÂMBITO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO**

**5379**

**PERSPECTIVA FAVORÁVEL ARGUMENTATIVA À POSSIBILIDADE DE DOAÇÃO FINANCEIRA POR PESSOA JURÍDICA ÀS CAMPANHAS ELEITORAIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O JULGAMENTO DA ADI 4650 NO ÂMBITO DO STF**

**5421**

**O DESTINO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA: UM ESTUDO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL**

**5473**

**A POSSIBILIDADE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO PROCEDIMENTO ARBITRAL DOMÉSTICO**

**5505**

**O ICMS INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA: ANÁLISE DA LEGALIDADE DA INCLUSÃO DA TUST E DA TUSD NA BASE DE CÁLCULO**

**5527**

**TRIBUTAÇÃO DOS DIVIDENDOS: ENTRE EFICIÊNCIA E EQUIDADE**

**5578**

**O PRESSUPOSTO DA RACIONALIDADE ECONÔMICA: UM ESTUDO DE CASO SOBRE O SEU IMPACTO NA PUBLICIDADE INFANTIL**

**5689**

**A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA E OS PARÂMETROS DO SINASE NO ÂMBITO DO DISTRITO FEDERAL**

**5741**

**O CONSENTIMENTO PRÉVIO COMO OBJETIVO DE CONSULTAR OS POVOS TRADICIONAIS**

**5774**

**REFLEXÕES SOBRE ESTADO LAICO: A INFLUÊNCIA DOS ATORES POLÍTICOS NA CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO CRISTÃO BRASILEIRO**

**5838**

**NECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DO IPI SOBRE PRODUTOS ROUBADOS TRANSPORTADOS PELO COMPRADOR**

**5904**

**O DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL DA COREIA DO SUL NOS ANOS 1960- 2000 E ABERTURA DA COOPERAÇÃO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA**

**5954**

**A IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA OS IDOSOS E SEU REFLEXO NA SUCESSÃO LEGÍTIMA: UMA PROTEÇÃO AO GOLPE DO BAÚ OU APENAS UMA LIMITAÇÃO DE DIREITOS?**

**6066**

**TÉCNICA DA AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: EXTENSÃO DA MATÉRIA OBJETO DE DELIBERAÇÃO PELO COLEGIADO COM *QUÓRUM* AMPLIADO**

**6128**

**CONSTELAÇÃO FAMILIAR: UMA ANÁLISE DE SUA APLICAÇÃO NA JUSTIÇA BRASILEIRA**

**6167**

**INTOLERÂNCIA IDEOLÓGICA E DEMOCRACIA**

**6196**

**AS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS APÓS A REFORMA TRABALHISTA E A IMPORTÂNCIA PARA O TRABALHADOR**

**6245**

**O ANTAGONISMO DA PRERROGATIVA DA FAZENDA PÚBLICA DE NÃO SUJEIÇÃO AO ÔNUS DA IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA APLICADA AO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO**

**6278**

**A RELAÇÃO ENTRE MOTORISTAS PARCEIROS E A EMPRESA UBER SOB A PERSPECTIVA TRABALHISTA**

**6353**

**ESPORTES ELETRÔNICOS (*E-SPORTS*): APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO ATUAL AOS ATLETAS DE ESPORTES ELETRÔNICOS (*CYBERATLETAS*)**

**6389**

**CESÁREA A PEDIDO: DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO DA GESTANTE E VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA.**

**6440**

**A TOMADA DE DECISÃO APOIADA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DO PACIENTE COM TRANSTORNOS MENTAIS**

**6473**

**DIREITO ESPACIAL NO BRASIL: A IMPORTÂNCIA DA CRIAÇÃO DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PARA O DESENVOLVIMENTO DO SETOR ESPACIAL BRASILEIRO**



**6527**

**O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E AS INOVAÇÕES  
TECNOLÓGICAS: CENÁRIO JURÍDICO FACE AS  
LAWTECHS E LEGALTECHS**

**6581**

**POLÍTICA DE PODER E DIREITOS HUMANOS NO  
PROCESSO DECISÓRIO DO BOICOTE OLÍMPICO DE 1980**

**6639**

**ANÁLISE DA EFETIVIDADE DOS DOCUMENTOS  
INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA: O CASO  
DA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO**

**6694**

**ANEXAÇÃO DA CRIMEIA: AUMENTO DA POPULARIDADE  
NACIONAL DE VLADIMIR PUTIN**

**6723**

**DESAFIOS DA FORMAÇÃO DE UM REGIME  
INTERNACIONAL DE GOVERNANÇA DA INTERNET:  
MULTIPLICIDADE DE ATORES E VISÕES DIVERGENTES**

**6757**

**O MUNDO CIBERNÉTICO: A GOVERNANÇA NA WORLD  
WIDE WEB E O IMPACTO NAS RELAÇÕES  
INTERNACIONAIS**

**6799**

**RESSOCIALIZAÇÃO DE CONDENADOS: UMA CRÍTICA  
DAS POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DE FOUCAULT**

**6851**

**A FUNÇÃO DOS PONTOS DE CONTATO NACIONAIS DA  
OCDE NA RESOLUÇÃO DOS CASOS ANÁLOGOS À  
ESCRavidÃO MODERNA PRATICADA PELAS EMPRESAS  
MULTINACIONAIS**

**6873**

**O PROBLEMA SOBRE O RECONHECIMENTO DOS  
DIREITOS HUMANOS NO ISLÃ: A DECLARAÇÃO  
UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS PRINCÍPIOS  
CORÂNICOS**

**6939**

**UMA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA CHAMADA  
VENEZUELA: APLICAÇÃO DE CRITÉRIOS AVALIATIVOS  
DE DAHL**

**6976**

**POLÍTICA DE PODER E DIREITOS HUMANOS NO  
PROCESSO DECISÓRIO DO BOICOTE OLÍMPICO DE 1980**

**7011**

**ANÁLISE DA EFETIVIDADE DOS DOCUMENTOS  
INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA: O CASO**

**DA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO**

**7066**

**ANEXAÇÃO DA CRIMEIA: AUMENTO DA POPULARIDADE NACIONAL DE VLADIMIR PUTIN**

**7095**

**DESAFIOS DA FORMAÇÃO DE UM REGIME INTERNACIONAL DE GOVERNANÇA DA INTERNET: MULTIPLICIDADE DE ATORES E VISÕES DIVERGENTES**

**7129**

**O MUNDO CIBERNÉTICO: A GOVERNANÇA NA WORLD WIDE WEB E O IMPACTO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS**

**7171**

**RESSOCIALIZAÇÃO DE CONDENADOS: UMA CRÍTICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DE FOUCAULT**

**7223**

**A FUNÇÃO DOS PONTOS DE CONTATO NACIONAIS DA OCDE NA RESOLUÇÃO DOS CASOS ANÁLOGOS À ESCRAVIDÃO MODERNA PRATICADA PELAS EMPRESAS MULTINACIONAIS**

**7245**

**O PROBLEMA SOBRE O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS NO ISLÃ: A DECLARAÇÃO**

**UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS PRINCÍPIOS  
CORÂNICOS**

**7311**

**UMA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA CHAMADA  
VENEZUELA: APLICAÇÃO DE CRITÉRIOS AVALIATIVOS  
DE DAHL**

**7348**

**POLÍTICA DE PODER E DIREITOS HUMANOS NO  
PROCESSO DECISÓRIO DO BOICOTE OLÍMPICO DE 1980**

**7383**

**ANÁLISE DA EFETIVIDADE DOS DOCUMENTOS  
INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA: O CASO  
DA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO**

**7438**

**ANEXAÇÃO DA CRIMEIA: AUMENTO DA POPULARIDADE  
NACIONAL DE VLADIMIR PUTIN**

**7467**

**DESAFIOS DA FORMAÇÃO DE UM REGIME  
INTERNACIONAL DE GOVERNANÇA DA INTERNET:  
MULTIPLICIDADE DE ATORES E VISÕES DIVERGENTES**

**7501**

**O MUNDO CIBERNÉTICO: A GOVERNANÇA NA WORLD  
WIDE WEB E O IMPACTO NAS RELAÇÕES**

## **INTERNACIONAIS**

**7543**

**RESSOCIALIZAÇÃO DE CONDENADOS: UMA CRÍTICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DE FOUCAULT**

**7594**

**A FUNÇÃO DOS PONTOS DE CONTATO NACIONAIS DA OCDE NA RESOLUÇÃO DOS CASOS ANÁLOGOS À ESCRAVIDÃO MODERNA PRATICADA PELAS EMPRESAS MULTINACIONAIS**

**7616**

**O PROBLEMA SOBRE O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS NO ISLÃ: A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS PRINCÍPIOS CORÂNICOS**

**7681**

**UMA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA CHAMADA VENEZUELA: APLICAÇÃO DE CRITÉRIOS AVALIATIVOS DE DAHL**

**7718**

BRASÍLIA 2020 - V.5

**COMPÊNDIO FAJS**

# **CIÊNCIAS CRIMINAIS**



# O SISTEMA JUDICIAL E AS CONTROVÉRSIAS SOBRE A COMPETÊNCIA CÍVEL DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Alana Dutra Ramos

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo refletir as interfaces direito e gênero, a partir de uma abordagem interdisciplinar dogmática, histórica e de eixos da política extrapenal inseridos no fenômeno da violência doméstica, com o fim de demonstrar os conflitos na produção dos discursos jurídicos e dos sujeitos por eles tutelados. A análise percorre os celeumas quanto a natureza jurídica das medidas protetivas na Lei Maria da Penha e as controvérsias da competência cível dos Juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, por meio da análise dos acórdãos prolatados entre os anos de 2013 e 2020. Objetiva-se elencar os entraves jurídicos pelos quais há resistência em conferir a jurisdição cível no JVD FM, e porque as medidas protetivas dessa natureza são vistas de forma secundária ante a predominância em torno da esfera criminal, assentando a hipótese de que a fragmentação da competência híbrida desses Juizados enfraquece a proteção integral à mulher em situação de violência e prejudica a prestação jurisdicional, pois a torna confusa e gera ônus indevidos à requerente. Em síntese, distancia-se da intenção legislativa que assegura ao jurista visão integral do contexto de violência doméstica.

**Palavras-chave:** Violência doméstica. Lei Maria da Penha. Medidas protetivas. Competência cível. Juizado de violência doméstica. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei 11.340/06, batizada Lei Maria da Penha, é tributária da Convenção de Belém do Pará e simboliza o fruto de uma articulação bem sucedida do movimento de



feministas tanto na área da mobilização internacional no plano dos direitos humanos, quanto por meio de estratégias locais adotadas para acompanhar e influenciar a elaboração de uma Lei para tratar especificamente da violência contra as mulheres<sup>1</sup>.

Sua exteriorização, perfaz-se, em sede do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM) possuidor de competência mista em caráter cível e penal que assegura mecanismos céleres, preventivos e assistenciais, manifestados de forma sensível pela concessão das medidas protetivas de urgência, as quais associam-se à intenção legiferante elucidada no art. 6 da Lei Maria da Penha que considera a violência de gênero como afronta aos direitos humanos e fundamentais em aspectos libertários, igualitários e solidários. Sendo o direito positivo conjuntamente à outros eixos estruturantes, instrumento com o fim de garantir a eficácia das políticas de enfrentamento contra a violência doméstica<sup>2</sup>.

No entanto, tais medidas encontram entraves jurídicos em sua concessão, sobretudo, as de natureza cível, objeto da análise; as aludidas medidas são as mais requeridas pelas mulheres em situação de violência e, contudo, as menos deferidas. O baixo deferimento das medidas de natureza cível pode estar relacionado a sua natureza jurídica e, em outra nuance, às controvérsias sobre a competência cível no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

De modo que o presente trabalho tem por objetivo compreender os motivos jurídico-estruturais pelos quais há baixo deferimento das medidas de caráter cível ou porque as mesmas demoram a ser deferidas no âmbito do JVDFM. A hipótese adotada é de que se há problemas de ordem jurídico-estrutural na competência cível do Juizado especializado, logo, há diminuta concessão das medidas protetivas cíveis,

---

<sup>1</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 293.

<sup>2</sup> BRASIL. *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília: PR, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 10 maio 2020





o que prejudica a jurisdição integral e o enfrentamento no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.

A justificativa para o debruçamento do tema advém do contexto de violência crônica contra mulher no Brasil, que situa a quinta pior posição no ranking de países com o maior índice de feminicídio: 4,8 assassinatos a cada 100 mil mulheres; aumento de 3.937 para 4.762 na quantidade de mulher mortas, nos anos de 2003 a 2013<sup>3</sup>; e registros do Sistema de Informações de Mortalidade (SIM/DATASUS), entre 1980 e 2013, nos quais apontam um total de 106.093 feminicídios<sup>4</sup>. De acordo com o estudo de multi-países da OMS realizado no Brasil, cerca de 30 % das mulheres relatam ter sido agredidas fisicamente e sexualmente pelo companheiro; e mais de 60 % admitem ter sofrido agressões físicas. Os maiores agressores das mulheres são seus companheiros, correspondendo a 58% dos casos de agressão; e os outros 42% indicam pais, avôs, tios e padrastos<sup>5</sup>

É notório, portanto, que há no Brasil reiteradas violações de direitos humanos contra as mulheres, não somente no âmbito doméstico, mas também nas instituições jurídicas sem a devida política de gênero, distanciando-se do caráter social que emana a Lei 11.340/06 e gerando impactos negativos para a proteção integral à mulher em situação de violência, que se ver compelida a juntar provas, perquirir diversas esferas jurisdicionais para a concessão das medidas protetivas e deparar-se,

---

<sup>3</sup>WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa de violência: homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília: OPAS/OMS, 2015. Disponível em [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf). Acesso em 10 maio 2020

<sup>4</sup>CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O poder judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/06/5514b0debf866190c20610890849e10\\_1c3f3d621da010274f3d69e6a6d6b7e6.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/06/5514b0debf866190c20610890849e10_1c3f3d621da010274f3d69e6a6d6b7e6.pdf). Acesso em: 10 maio 2020.

<sup>5</sup>BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher. *Mapa de violência contra a mulher*. 2018. Brasília. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/pdfs/panorama-da-violencia-contra-as-mulheres-no-brasil-indicadores-nacionais-e-estaduais-no-1-2016>. Acesso em: 10 maio 2020



por vezes, com falta de espaço físico para atendimento humanizado, sendo reprimidas pela mesma estrutura de poder na qual se busca emancipação<sup>6</sup>.

A análise traz repercussões sobre como o sistema de justiça está aplicando o direito nos casos de violência doméstica e se há efetividade assumida por tal poder no enfrentamento dessa violência. A metodologia baseia-se em pesquisa bibliográfica a partir de estudos interdisciplinares acerca do fenômeno de violência doméstica, que compreende a literatura feminista de gênero, os eixos oriundos da política extrapenal, e a discussão sobre as políticas de enfrentamento contra violência doméstica com interface do direito. Objetiva-se acrescer à pesquisa teórica, abordagem jurisprudencial de acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) e entendimento jurisprudencial do STJ quanto ao objeto, a fim de analisar quais são as soluções jurídicas oferecidas ante as controvérsias da jurisdição cível nos juizados especializados.

O primeiro capítulo trata sobre a necessidade da perspectiva jurídico-feminista crítica dentro do contexto de interpretação dogmática/tradicionista do direito para que, se vislumbre, a mulher como centro de análise, isto é, formular questões objetivando iluminar as implicações de gênero de uma prática social ou de uma norma jurídica<sup>7</sup>. Portanto, a abordagem é pautada a partir do paradigma de gênero e de algumas nuances históricas, filosóficas e sociológicas que contribuíram para a promulgação da Lei Maria da Penha, oportunizando pensar a violência doméstica enquanto violência de gênero, incutida em um sistema de valores que atribui valor negativo ao feminino e perpetua as mais diversas violências; bem como ratificar a violência doméstica como um fenômeno social que necessita de uma política complexa de enfrentamento à violência contra a mulher, com a participação de diversos setores da sociedade civil, política e jurídica.

---

<sup>6</sup> BUTLER, Judith P. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

<sup>7</sup> CAMPOS, Carmen Hein. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011



No segundo capítulo, a análise percorre a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência, tendo como acervo a doutrina e a jurisprudência, diferenciando-as das medidas cautelares cíveis e penais por ser mecanismo de política extrapenal que objetiva evitar dano ou lesão ao direito da mulher em situação de violência. Ainda, articula-se a esse capítulo, as medidas protetivas de alimentos que são as mais requeridas pelas mulheres, contudo, as menos deferidas, em contrassenso à competência híbrida do JVDFM que, por vezes, é relativizada nesses casos quando muitos juristas entendem que devem ser ajuizadas na Vara de Família, na qual oferece proteção secundária à mulher.

Nesse sentido, o terceiro capítulo aborda as controvérsias da competência cível no âmbito dos JVDFM's, a partir da pesquisa documental dos acórdãos prolatados pelo TJDFT. No campo de busca foi utilizado a palavra-chave “violência doméstica”, “conflito de negativo de competência” e “medidas protetivas”, datados entre os anos de 2013 e 2020, totalizando 25 acórdãos. Buscou-se analisar os acórdãos a partir de 3 vieses presentes nos julgados: i) a competência cível do JVDFM é plena e exclusiva; ii) a competência é concorrente com as varas de família, sendo que aos juizados cabem somente a solução de demandas cíveis de urgência; e iii) a competência é exclusiva das Varas de Família. Pelo estudo, tornou-se evidente que há disparidades decisórias quanto a competência cível dos Juizados Especializados no âmbito dos TJDFT, quando do conflito negativo de competência, oportunizando repensar sobre como o discurso interpretativo dogmático inobserva a finalidade da Lei Maria da Penha que detém o paradigma de gênero<sup>8</sup>.

Ao final do trabalho, pretende-se propor reflexões sobre a necessidade da ótica de gênero no campo jurídico para além do viés estático e rígido do direito, a pensar que o fenômeno da violência doméstica é complexo e exige no poder judiciário uma política de gênero que se aproxime do caráter de justiça social, a fim de que os

---

<sup>8</sup> OLIVEIRA, André Luiz Pereira de. *‘Se você ficar com nossos filhos, eu te mato!’*. Violência doméstica e familiar contra a mulher e as disputas de guarda de filhos/as em trâmite nas Varas de Família de Ceilândia/DF. 2015 157 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015



problemas de segunda ordem não sobrevenham à integral proteção da mulher na busca por prestação jurisdicional.

## 2 PANORAMA DA POLÍTICA DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O imaginário coletivo opressor de gênero que submete os corpos das mulheres brancas, pretas e indígenas, lésbicas, bissexuais e heterossexuais, travestis e transgêneros, pobres e ricas, arraiga-se na perpetuação histórica de discursos eivados de simbologias e construções sociais que mantêm as hierarquias de gênero e sexualidade. A partir da análise não essencial de gênero, indaga-se sobre como se engendram as relações de gênero nas dimensões sociais e o modo pelo qual as concepções de gênero afetam transversalmente as sociedades nos contextos culturais concretos<sup>9</sup>.

A construção dos estereótipos de gênero com crenças estáticas sobre papéis de homens e mulheres criam raízes profundas para que ocorra a expressão da violência, seja o machismo/sexismo, lesbofobia/homofobia, dentre outras formas de preconceito e discriminação (ter aversão, repulsa, ódio, violentar ou negar acesso a bens, serviços, às pessoas que diferem do que é esperado pela construção de gênero<sup>10</sup>.

As relações de gênero são assentadas pela diferenciação sexual. Se sexo diz respeito ao macho e à fêmea da espécie humana, porque eles tem corpos diferentes (pênis e vagina), gênero concerne aos valores dados às diferenças sexuais e à institucionalização social dessas dicotomias hierárquicas que se opõem à identidade

---

<sup>9</sup> MACHADO, Lia Zanotta. Gênero, um Novo Paradigma? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 11, p.107- 125, 1998

<sup>10</sup> TIMM, Flávia; SANTOS, Tatiana Nascimento dos Santos. A violência contra as mulheres. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; APOSTOLOVA, Bistra Stefanova; FONSECA, Livia Gimenes Dias da (coord.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito das mulheres*. Brasília, CEAD, 2012. v. 5. p. 185-188



e igualdade<sup>11</sup>. Conforme Scott, a definição de gênero entrelaça-se em duas proposições de que o “gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos”, tal como é “uma forma primeira de significar as relações de poder”<sup>12</sup>.

Para Butler, a formulação da noção de gênero deve compreender como a categoria das mulheres é produzida e reprimida pelas mesmas estruturas de poder por intermédio das quais se busca a emancipação e de como o gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de sexo, mas também enquanto aparato mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos<sup>13</sup>.

As Práticas, os comportamentos, as concepções, os valores e as formas de experienciar e expressar enquadra-se na categoria teórica e política sexual, a dialética existencial da misoginia institui a matriz heterossexual obrigatória, a virilidade, a conquista, a posse, em que os homens devem ser agressivos e fortes, ao passo que o corpo e a natureza são considerados como a facticidade muda do feminino, à espera de significação a partir de um sujeito masculino oposto; os homens podem exercer livremente sua sexualidade, já as mulheres necessitam demonstrar castidade<sup>14</sup>.

Assim, o que se encontra à margem da norma e definição imposta é considerado “anormal”, sendo traduzido em forma de preconceitos, discriminações e violências, denominado sexismo (discriminação com base em desigualdades de gênero) e homofobia (discriminação com base em desigualdades da sexualidade). Em

---

<sup>11</sup> BONETTI, Alinne de Lima. Desigualdade de gênero. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; APOSTOLOVA, Bistra Stefanova; FONSECA, Livia Gimenes Dias da (coord.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito das mulheres*. Brasília, CEAD, 2012. v. 5. p. 91-96

<sup>12</sup> SCOTT, Joan W. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação e Realidade*, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez., 1995. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>. Acesso em: 01 maio 2020. p.86

<sup>13</sup> BUTLER, Judith P. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 27

<sup>14</sup> BUTLER, Judith P. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019



suma, o sistema de valores de gênero e sexualidade atribui valor negativo àquilo que é feminino, perpetuando a violência doméstica e familiar contra a mulher<sup>15</sup>.

A partir da análise histórica e política da produção do discurso da diferenciação sexual, em que há a perpetuação do patriarcado simbólico<sup>16</sup>, o poder estrutural pulveriza-se em todo o tecido social, submetendo a mulher à papéis estáticos e desiguais nas relações de trabalho, comunidade, família, escola etc.

Surge então, no Movimento Feminista Internacional dos anos 1960 e 1970<sup>17</sup>, a necessidade de trazer ao âmbito público questões atinentes ao privado- vida doméstica e não doméstica- dicotomia esta que renegou às mulheres ocuparem espaços públicos, funções públicas e à exercerem papéis do lar, do cuidado e da submissão (sem se olvidar, aqui, da interseccionalidade de raça, etnia e classe). Ao passo que aos homens cabiam ocupações na esfera pública, econômica e política responsáveis pela submissão do gênero não dominante<sup>18</sup>.

Essa desigualdade foi ratificada pelos princípios do liberalismo no século XVII, nos quais os direitos políticos e privados direcionaram-se ao direito do indivíduo - chefes de família masculinos - assentando a percepção acrítica e naturalizada da divisão do trabalho entre os gêneros, cuja legitimação do pater famílias sobre a vida e morte da mulher, provêm da não interferência do Estado, da Igreja, dos vizinhos, ou

---

<sup>15</sup> BONETTI, Alinne de Lima. Desigualdade de gênero. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; APOSTOLOVA, Bistra Stefanova; FONSECA, Livia Gimenes Dias da (coord.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito das mulheres*. Brasília, CEAD, 2012. v. 5. p. 91-96

<sup>16</sup> WITTIG, Monique. The category of sexy. In: . *The straight mind and other essays*. Boston: Beacon, 1992. p. 1-8

<sup>17</sup> Apesar das similitudes com o Movimento Feminista dos Estados Unidos e da França, o Movimento Feminista Brasileiro reivindicava, além da politização do privado, demandas pela defesa do direito à cidadania e à democracia, contra ditadura e contra a desigualdade social. Enquanto na Europa se reivindicava pela liberdade sexual, no Brasil a denúncia era sobre a violência contra as mulheres

<sup>18</sup> OKIN, Susan Moller. *Gênero, o público e o privado. Estudos Feministas [online]*, Florianópolis, v.16, n.2, p. 305-332, maio/ago. 2008. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2008000200002&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2008000200002&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em 3 maio 2020.



seja, da esfera pública em seus assuntos privados que são direitos fundamentais, tão somente, dele<sup>19</sup>.

É o que se nota da codificação jurídica brasileira do século XIX e XX, erguida a partir da sujeição das mulheres ao poder disciplinar do pai ou marido. Constava na parte criminal das ordenações Filipinas, a isenção de pena àqueles que ferissem as mulheres com pau ou pedra, bem como àqueles que castigassem suas mulheres, desde que moderadamente (Livro V, Título 36, § 1º); enquanto espécie de vingança privada legitimada pelo Estado, havia permissivo legal para matar as esposas quando encontradas em adultérios, sem necessidade de prova concreta, bastando mera suposição de sua ocorrência<sup>20</sup>. Apesar de extinta a autorização sobre vida e morte das mulheres, a hierarquização de gênero permaneceu no código criminal de 1830 e, posteriormente, no código criminal de 1890, que positivou a figura jurídica dos crimes passionais fundamentados na defesa da honra e dignidade familiar. Consignou, então, o Código Penal de 1940 em seu art. 28, sobre a responsabilidade criminal das condutas que envolvessem paixão e emoção. Entretanto, a alegada legítima defesa da honra deu-se como tese para a absolvição dos homens que matavam suas companheiras.

Diante das reiteradas institucionalizações da violência de gênero ao fundamento da legítima defesa da honra, o movimento feminista brasileiro indagou sobre o modo pelo qual o feminicídio era interpretado pelos juristas, posto que utilizado nas decisões durante um longo período em afronta ao princípio da dignidade humana<sup>21</sup>. Apesar das denúncias de casos extremados de violência- como o Caso Maria da Penha- foi apenas na década de 80, em uma conjuntura de redemocratização, que houve maior diálogo com o poder público. O movimento

---

<sup>19</sup> OKIN, Susan Moller. *Gênero, o público e o privado*. *Estudos Feministas [online]*, Florianópolis, v.16, n.2, p. 305-332, maio/ago. 2008. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2008000200002&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2008000200002&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em 3 maio 2020

<sup>20</sup> RODRIGUES, Maria Alice. *A mulher no espaço privado: da incapacidade à igualdade de direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

<sup>21</sup> MACHADO, Lia Zanotta. Gênero, um Novo Paradigma? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 11, p.107- 125, 1998



feminista passa a reivindicar a formulação e a implementação, pelo Estado, de políticas públicas com vistas a enfrentar a violência contra as mulheres<sup>22</sup>

No começo da década de 80, nichos feministas construíram grupos de SOS, oferecendo serviços dirigidos ao atendimento das mulheres em situação de violência. Em 1985, é inaugurada a primeira Delegacia de Defesa da Mulher e criado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), por meio da Lei nº 7.353/85. No ano seguinte, foi criada pela Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, a primeira Casa - Abrigo para mulheres em situação de risco de morte do país<sup>23</sup>

Nesse cenário, o movimento das mulheres e dos grupos feministas foram precursores<sup>24</sup> no processo de elaboração e aprovação da Lei Maria da Penha que por meio de políticas públicas, pautas levadas aos Tribunais Internacionais, debates em audiências públicas, conforme a óptica de viés não tradicional em analisar as questões das categorias jurídicas, erigiu a mulher como centro de análise<sup>25</sup>.

Analisar o direito ou categorias jurídicas, a partir de uma perspectiva feminista, implica em trazer para o centro da análise ‘as mulheres’; formular a questão de fala da mulher constitui um método de análise feminista, segundo o qual permite a superação de obsoletos paradigmas patriarcais como basilar à integral proteção da

---

<sup>22</sup> BRASIL. Senado Federal. *Panorama da violência contra as mulheres no Brasil: indicadores estaduais e nacionais*. Brasília: Senado Federal, Observatório da Mulher contra a Violência, 2016. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529424/Panorama\\_violencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529424/Panorama_violencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 10 maio 2020

<sup>23</sup> BRASIL. Secretaria de políticas para as mulheres. *Política nacional de enfrentamento à violência doméstica contra a mulher*. Brasília: SPM, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 01 maio 2020

<sup>24</sup> De iniciativa política do movimento feminista, foi apresentado o anteprojeto de caracterização da violência doméstica contra a mulher pela Secretaria de Políticas Públicas da Mulher e aprovado pelo parlamento em 7 de agosto de 2006, tornando-se a Lei 11.340/06. BRASIL. *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília: PR, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 10 maio 2020

<sup>25</sup> CAMPOS, Carmen Hein. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011





mulher em situação de violência<sup>26</sup>. O objetivo é indagar dentro das implicações de gênero as diversas nuances de uma prática social ou da eficácia de determinada norma. Pergunta-se: as mulheres têm sido desconsideradas pela lei? Sim? De qual modo? Como a omissão pode ser corrigida? Que diferença isso faria?<sup>27</sup>.

Ao propor uma legislação específica para tratar da violência doméstica contra as mulheres, as feministas indagaram sobre se as leis em vigência protegiam a mulher em situação de violência doméstica e familiar. Antes da edição da Lei 11.340/2006, os casos identificados como de violência doméstica contra mulheres eram tratados pela Lei 9099/95, enquanto crime de menor potencial ofensivo<sup>28</sup>. Dessa luta discursiva dialógica, a participação direta e articulada do movimento feminista, na década de 90, fez-se de significativas mudanças legislativas no contexto de três substanciais convenções internacionais de direitos das mulheres : a Conferência para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (1979), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher-Convenção de Belém do Pará (1994) e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995) - que consagram ideias inerentes a pessoa humana.

Posteriormente, a Lei Maior previu em seu art. 226, §8º, mecanismos para inibir a violência doméstica nas relações privadas, tornando-a questão de ordem pública por violar direitos fundamentais de liberdade, igualdade e solidariedade. Houve, assim, o reconhecimento da mulher como sujeito de direitos e a afirmação de que a violência de gênero é mazela social- de modo a trazer questões que, culturalmente, era de âmbito privado por razões patriarcais- a ser neutralizada pela

---

<sup>26</sup> CAMPOS, Carmen Hein. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>27</sup> CAMPOS, Carmen Hein. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

<sup>28</sup> CAMPOS, Carmen Hein. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011



tutela estatal, isto é, o texto normativo como instrumento de eficácia substantiva na afirmação dos direitos das mulheres<sup>29</sup>.

Pensar o direito sob a égide da perspectiva feminista é uma questão de direitos humanos, a fim de que a efetividade da Lei Maria da Penha e de seus respectivos efeitos ampliem o acesso à justiça das mulheres e dissipem as tensões entre o conservadorismo legal (doutrinário e jurisprudencial) e as propostas femininas, resolvidas na superação do primeiro e na inscrição de um novo lugar para as mulheres<sup>30</sup>.

Com intuito de adjetivar, sobretudo, o caráter preventivo e protetivo da Lei 11.340/06, em favor da recomendação da Organização dos Estados Americanos e da Plataforma de Beijing<sup>31</sup> para que medidas de enfrentamento fossem tomadas pelo Estado Brasileiro. Nos anos 2000, foi implementada a política nacional de enfrentamento à violência contra mulher, instrumento substancial para a complexidade do fenômeno de violência doméstica e familiar. Propôs ação conjunta dos diversos setores envolvidos (saúde, segurança pública, judiciário, educação, assistência social, entre outros), objetivando o combate, a prevenção e a garantia do direito das mulheres em situação de violência<sup>32</sup>.

Há 4 eixos estruturantes nessa política: i) Prevenção- ações educativas e culturais que interfiram nos padrões sexistas; ii) Assistência- fortalecimento da rede de atendimento e capacitação de agentes públicos; iii) Enfretamento e combate-

---

<sup>29</sup> PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da lei maria da penha. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 407-428, 2015

<sup>30</sup> CAMPOS, Carmen Hein. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

<sup>31</sup> A IV Conferência das Nações Unidas sobre a Mulher, realizada em Pequim, em setembro de 1995, foi sem dúvida a maior e a mais importante delas: pelo número de participantes que reuniu, pelos avanços conceituais e programáticos que propiciou, e pela influência que continua a ter na promoção da situação da mulher. CAMPOS, Carmen Hein. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>32</sup> BRASIL. Secretaria de políticas para as mulheres. *Política nacional de enfrentamento à violência doméstica contra a mulher*. Brasília: SPM, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 01 maio 2020



Ações Punitivas e cumprimento da Lei Maria da Penha; e IV) Acesso e garantia de direitos- cumprimento da legislação nacional/internacional e iniciativas para o empoderamento das mulheres<sup>33</sup>.

Ademais, a Lei Maria da Penha ratificou serviços antecedentes e criou novos, em claro desenvolvimento de políticas públicas integradas e multissensoriais para seu fortalecimento, respectivamente: i) casas abrigos; ii) delegacias especializadas; iii) núcleos de defensoria pública especializados; iv) serviços de saúde especializados; vi) Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; viii) promotorias públicas especializadas ou núcleos de gênero do ministério público<sup>34</sup>.

Oportuno, ainda, demonstrar o aspecto extrapenal da Lei Maria da Penha, uma vez que a lei além de aplicar a participação de diversos setores da sociedade civil, política e jurídica, propõe meios não punitivos, como participação de homens em grupos que tratam sobre a desconstrução da masculinidade tóxica/frágil, grupos de mulheres sob o centro de empoderamento, entre outros. Portanto, a proteção de direitos e a prevenção da violência doméstica como aspectos primordiais para a diminuição da violência doméstica, apontadas como efetivas no combate (dada a baixa reincidência de homens em programas educacionais comparada aos que são presos), são aspectos basilares para remediar a questão arraigada na cultura patriarcal e machista<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> BRASIL. Secretaria de políticas para as mulheres. *Política nacional de enfrentamento à violência doméstica contra a mulher*. Brasília: SPM, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 01 maio 2020

<sup>34</sup> BRASIL. *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília: PR, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 10 maio 2020

<sup>35</sup> ALBUQUERQUE, Laura Gigante; GOULART, Dominique Assis. “Não me vejo na palavra fêmea, alvo de caça, conformada vítima”: a insuficiência da narrativa estatal perante as demandas de violência doméstica. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 481-513, dez. 2018



Todavia, após 14 anos da entrada em vigor da Lei Maria da Penha, ainda persistem diversos entraves na sua real efetivação. Isso porque a mera criminalização da conduta e um olhar apenas consequencial ao fenômeno da violência doméstica sem a devida política de gênero, sobretudo no poder judiciário- não diminuiu os números de violência. É preciso descortinar e adentrar nas causas e consequências da violência doméstica enquanto fenômeno social, para que os problemas de segunda ordem não sobrevenham à integral proteção da mulher, tendo em vista a celeuma jurídica atinente, de forma basilar, na natureza jurídica das medidas protetivas de urgência, gerando possíveis empecilhos jurídicos para sua concessão e satisfação dos direitos requeridos no plano material.

### **3 NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA PROTETIVA NA LEI N. 11.340/06**

A Lei Maria da Penha criou, em seu capítulo II, do título IV atinente ao procedimento, o instrumento jurídico das medidas protetivas de urgência que objetiva evitar dano ou lesão ao direito da mulher em situação de violência. Tais medidas são a máxima efetivação dos direitos fundamentais em aspectos libertários, igualitários e solidários da mulher em situação de violência (física, psicológica, moral e patrimonial), e são efetivadas pelo direito positivo com o fim de promover políticas públicas para seu resguardo<sup>36</sup>.

Analisar o instituto *sui generis* das medidas protetivas de urgência junto ao objeto de estudo, diferenciando-as das conhecidas cautelares cíveis e penais, fornece base para uma interpretação teleológica da LMP, por ser mecanismo de política extrapenal que detém providências judiciais com vistas a garantir a integridade física ou psíquica da vítima que possui relação de afeto e/ou convivência<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da lei maria da penha. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 407-428, 2015

<sup>37</sup> BECHARA, Julia Maria Seixas. Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 15, n. 2661, 14 out. 2010. Disponível em:



De acordo com a LMP, existem dois tipos genéricos de medidas protetivas: as que obrigam o agressor (a suspensão do porte de armas, afastamento do lar, proibição de aproximação ou de contato com a ofendida, prestação de alimentos provisionais ou provisórios) e as que protegem a ofendida (como o encaminhamento a programa de proteção ou atendimento, afastamento do lar, separação de corpos, restituição de bens).<sup>38</sup>

Um dos pontos originários das controvérsias jurídicas é de que a LMP não definiu a natureza jurídica dessas medidas, não indicou procedimentos, prazos e, tampouco, os meios de impugnações das decisões. Ementou, tão somente, no art.13<sup>39</sup>, sobre a aplicação subsidiária das normas do Código de Processo Penal e do Código de Processo Civil, afastando-se de outras legislações nacionais que estabeleceram subsistemas processuais para maximizar a proteção aos direitos humanos<sup>40</sup>.

A falta de definição jurídica no âmbito da LMP tem ensejado inúmeras decisões conflituosas nos Tribunais que, por vezes, inobservam a teleologia da LMP, uma vez que o trabalho hermenêutico do intérprete distancia-se das condições peculiares da mulher em situação de violência doméstica, nos termos do art. 4º da Lei<sup>41</sup>.

---

<https://jus.com.br/artigos/17614/violencia-domestica-e-natureza-juridica-das-medidas-protetivas-de-urgencia>. Acesso em: 10 mar. 2020.

<sup>38</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O poder judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/06/5514b0debf866190c20610890849e10\\_1c3f3d621da010274f3d69e6a6d6b7e6.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/06/5514b0debf866190c20610890849e10_1c3f3d621da010274f3d69e6a6d6b7e6.pdf). Acesso em: 10 maio 2020

<sup>39</sup> Art. 13. Ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitem com o estabelecido nesta Lei

<sup>40</sup> FONSECA, Antônio Cezar Lima da. Algumas anotações sobre competência na Lei Maria da Penha. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 73, p. 35-49, jan./abr., 2013.

<sup>41</sup> Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. BRASIL. *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência



Elenca-se dois julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal concernentes aos conflitos de competência. O primeiro nestes termos é o Acórdão 914888, julgado em 14 de dezembro de 2015:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DE FAMÍLIA E JUÍZO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. PEDIDO DE SEPARAÇÃO DE CORPOS CONSISTENTE EM MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. DIVÓRCIO

PREEXISTENTE.1 A norma protetiva da Lei 11.340/06 tem sua maior eficácia na atividade preventiva e não somente na repressão da agressão doméstica contra a mulher. Xingamentos e agressões praticados contra a autora estão incluídos no conceito de violência previsto no artigo 5º, inciso I, combinado com o artigo 7º, inciso II, da Lei 11.340/06. 2 Se a cautelar tem caráter de medida protetiva de urgência que obriga o agressor, e não de simples separação de corpos, nos termos do artigo 22 da Lei 11.340/06, competente é o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, em especial quando o casal já se encontra divorciado.3. Conhecimento do conflito e declaração de competência do juízo suscitado - 3º Juizado De Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Brasília-DF.<sup>42</sup>

E o segundo abaixo colacionado é o Acórdão 706913, julgado em 26 de agosto de 2013:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS - CAUSA DE PEDIR - SUPOSTA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E

---

Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília: PR, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 10 maio 2020

<sup>42</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão 914888, 20150020266233CCP*. Conflito negativo de competência. juízo de família e juízo de violência doméstica e familiar contra a mulher. pedido de separação de corpos consistente em medida protetiva de urgência. divórcio preexistente. 2. Câmara Cível. Relatora: Des.(a) Ana Maria Amarante, 14 de dezembro de 2015. Segredo de Justiça. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&filtroAcor daosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=914888&numero=&tipoDeRelator=TODO&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS\\_RECURSAIS,%20BASE\\_ACORDAOS\\_IDR,%20BASE\\_TEMAS,%20BASE\\_ACORDAOS,%20BASE\\_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcor daosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=914888&numero=&tipoDeRelator=TODO&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 10 maio 2020



FAMILIAR CONTRA A MULHER - PLEITO DE AFASTAMENTO DO REQUERIDO DO LAR - AUSÊNCIA DE PEDIDO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA - CRIME - NÃO CONFIGURAÇÃO PRIMA FACIE - JUÍZO CÍVEL COMPETENTE.

Ainda que a ação proposta pela autora tenha como causa de pedir agressões físicas e ameaças de morte, supostamente praticados pelo seu companheiro, se dos fatos narrados na exordial não restar evidenciado, prima facie, a ocorrência de evento delituoso cometido contra a potencial vítima no âmbito doméstico e familiar, a competência para o seu processamento e julgamento deve ser do Juízo Cível, sobretudo se o respectivo pleito deduzido tiver se limitado ao afastamento do lar do requerido, em virtude da insuportabilidade da continuação da convivência marital entre as partes e não tiver sido requerida qualquer medida protetiva de urgência com fulcro na Lei Maria da Penha.

Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da Segunda Vara Cível, de Família e de Órfãos e Sucessões de Santa Maria/DF para processar e julgar o feito.<sup>43</sup>

Indaga-se se as medidas protetivas são de procedimento cautelar civil ou penal, se depende da existência de um processo principal ou se são autônomas, o que ocasiona entraves para a proteção integral da mulher e gera excesso de formalismo que sobrepõe a forma adjetiva à substantiva<sup>44</sup>.

Conforme a doutrina majoritária, a medida protetiva de urgência compreende as previstas no art. 22, incisos I, II e III, da Lei, como cautelares processuais penais,

---

<sup>43</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão 706913, 20130020178027CCR*. Conflito negativo de competência - ação cautelar de separação de corpos - causa de pedir - suposta violência doméstica e familiar contra a mulher - pleito de afastamento do requerido do lar - ausência de pedido de medida protetiva de urgência - crime - não configuração prima facie - juízo cível competente. Câmara Criminal. Relator: Des. Romão C. Oliveira, 26 de agosto de 2013. Segredo de Justiça. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=706913&numero=&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS\\_RECURSAIS,%20BASE\\_ACORDAOS\\_IDR,%20BASE\\_TEMAS,%20BASE\\_ACORDAOS,%20BASE\\_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=706913&numero=&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 10 maio 2020

<sup>44</sup> SANCHES, Helen Crystine Corrêa; ZAMBONI, Juliana Klein. A natureza jurídica das medidas protetivas de urgência na Lei Maria da Penha e suas implicações procedimentais. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, Florianópolis*, v. 13, n. 29, p. 1-32, dez. 2018



as quais seriam aplicáveis para assegurar os meios e fins do processo em que se busca ou se irá buscar a realização da pretensão punitiva<sup>45</sup>. Enquanto as cautelares do art. 22, incisos IV e V, da Lei, seriam de caráter cível, havendo de ajuizar ação judicial no prazo de 30 dias, sob pena de ineficácia da medida protetiva- art. 309, inciso II, NCPC<sup>46</sup>. Nesse sentido:

A doutrina tem discutido sobre a natureza jurídica das medidas protetivas: segundo alguns, se for penal, as medidas pressupõem um processo criminal, sem a qual a medida protetiva não poderia existir; outros pregam sua natureza cível, de forma que elas só serviriam para resguardar um processo civil, como o de divórcio. Acessórias, as medidas só funcionariam se e enquanto perdurar um processo principal, cível ou criminal.<sup>47</sup>

Lima também destaca que:

Entendemos que essa discussão é equivocada e desnecessária, pois as medidas protetivas não são instrumentos para assegurar processos. O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. E só. Elas não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Elas não visam processos, mas pessoas.<sup>48</sup>

Todavia, Maria Berenice Dias e Lavorrenti<sup>49</sup> alegam providência de conteúdo satisfativo (não cautelar) às medidas protetivas, isto é, não prescindiriam de ação concomitante ou posterior, seja cível ou penal, para manutenção de sua eficácia- por ser ação autônoma e independente- ficando ao prudente arbítrio do juiz a fixação do período de vigência da medida e a sua revogação por posterior decisão judicial (art.

---

<sup>45</sup> KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v.14, n.168, p. 6-7, nov., 2006

<sup>46</sup> PIRES, Amom Albernaz. A opção legislativa pela política criminal extrapenal e a natureza jurídica das medidas protetivas da Lei Maria da Penha. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios*, Brasília, v.1, n. 5, 121-168, 2011

<sup>47</sup> LIMA, Fausto Rodrigues de. Da atuação do Ministério Público: arts. 25 e 26. In: CAMPOS, Carmem Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva Jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 327-335. p.329

<sup>48</sup> LIMA, Fausto Rodrigues de. Da atuação do Ministério Público: arts. 25 e 26. In: CAMPOS, Carmem Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva Jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 327-335. p.329

<sup>49</sup> DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Revista dos Tribunais, 2016; LAVORENTI, Wilson. *Violência e discriminação contra a mulher: tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro*. Campinas, SP: Millenium, 2009





19, §§ 2º e 3º), estando, também, desvinculadas de inquéritos policiais com intento de cessar a iminente violência ou o dano que dela resulte<sup>50</sup>. Didier Jr. e Oliveira interpretam as medidas protetivas como espécie de medida provisional satisfativa elencadas no art. 309 e art. 497, ambos do NCPC, se exigindo o ajuizamento da ação principal em 30 dias<sup>51</sup>.

As medidas protetivas de urgência não se confundem com as cautelares, que são assentadas pela instrumentalidade voltada ao plano processual, prescindindo de ação principal e de requisitos como o *fumus boni juris e periculum in mora e/ou do fumus comissi delicti e periculum libertatis* para sua concessão (arts. 282, I e II, e 312 do CPP). O cuidado legislativo em distinguir é percebido na mudança da redação do projeto de lei nº 4559/2004, o qual antes constava medidas cautelares e hoje, na Lei 11.340/06, afigura-se medidas protetivas<sup>52</sup>. Do mesmo modo, a Lei 12.403/11 manteve a terminologia distintiva conforme tipificado no art. 313, inciso III, que dispõe sobre a possibilidade de decretação da preventiva para garantir a execução das medidas protetivas de urgência<sup>53</sup>.

Ademais, os artigos 19, §§ 1º, 2º e 3º e 20, *caput*, da Lei 11.340/06, conjugam a ideia de que a medida protetiva de urgência pode ser concedida de imediato, independente de audiência entre as partes e de manifestação do *parquet*, sempre que os direitos do art. 7º da lei forem violados. Logo, independentemente da existência de prova de crime, de juízo de tipicidade e mera instrumentalidades, o magistrado poderá aplicar a medida protetiva a fim de garantir a eficácia, enquanto perdurar a violência, dos direitos oriundos da Lei Maria da Penha, uma vez que os delitos são praticados

---

<sup>50</sup> PIRES, Amom Albernaz. A opção legislativa pela política criminal extrapenal e a natureza jurídica das medidas protetivas da Lei Maria da Penha. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios*, Brasília, v.1, n. 5, 121-168, 2011

<sup>51</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (violência doméstica e familiar contra a mulher). *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, v. 4, p. 5-28, jun./jul.2008

<sup>52</sup> BIANCHINI, Alice. Impacto das mudanças na prisão preventiva, as demais medidas cautelares e a Lei Maria da Penha. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís Marques (Coord.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, 2011. p. 225- 234

<sup>53</sup> BIANCHINI, Alice. Impacto das mudanças na prisão preventiva, as demais medidas cautelares e a Lei Maria da Penha. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís Marques (Coord.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, 2011. p. 225- 234



na esfera de convivência íntima, sem que sejam presenciados por terceiros<sup>54</sup>. Consonante, a Comissão Permanente de Combate à Violência (COPEVID) editou o enunciado n° 004/2011:

Enunciado n° 004/2011. As Medidas de Proteção foram definidas como tutelas de urgência, *sui generis*, de natureza cível e/ou criminal, que podem ser deferidas de plano pelo Juiz, sendo dispensável, a princípio, a instrução, podendo perdurar enquanto persistir a situação de risco da mulher. (Com nova redação aprovada na Reunião Ordinária do GNDH de 12 e 14/03/2013 e pelo Colegiado do CNPG de 29/04/2014).<sup>55</sup>

Oportuno colacionar, ainda, o julgamento do recurso especial n. 1.419.421 pela Quarta Turma do STJ:

[...] As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006 – notadamente as dos art. 22, 23 e 24 –, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor.<sup>56</sup>

Portanto, enquanto mecanismo que assegura-lhes direitos, as medidas protetivas não guardam relação com a instrumentalidade do processo penal, que visa a persecução penal do ofensor, mas com medidas autônomas requeridas pelas

---

<sup>54</sup> BRASIL. *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília: PR, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 10 maio 2020.

<sup>55</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão Permanente Mista de Combate à Violência contra a Mulher. Enunciados da COPEVID. Brasília: MPSP, 2016. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo\\_de\\_Genero/COPEVID/Enunciados/2016COPEVI Djunho2016.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/COPEVID/Enunciados/2016COPEVI Djunho2016.pdf). Acesso em: 10 maio 2020

<sup>56</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). *Recurso Especial n. 1.419.421/GO, 2013/0355585-8. Direito processual civil. Violência doméstica contra a mulher. Medidas protetivas da lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Incidência no âmbito cível. Natureza jurídica. desnecessidade de inquérito policial, processo penal ou civil em curso*. Recorrente: C A S. Recorrido Yedda Seronni. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 11 de fevereiro de 2014. Julgado em 11/02/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=33743165&tipo=91&nreg=201303555858&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140407&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 10 maio 2020



mulheres para sua proteção, sem, necessariamente, buscar a punição do ofensor, conforme aponta pesquisa feita pela Secretaria de Estudos Legislativo do Ministério da Justiça em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)<sup>57</sup>

Parte da doutrina defende que as medidas protetivas têm natureza de tutela inibitória (tida como preventiva, porém não cautelar), dirigida à possibilidade de ilícito, com natureza futura e de prevenção de delito. Adjetiva-se por meio do processo de conhecimento e, tampouco, guarda relação de instrumentalidade com a ação principal, ante sua natureza satisfativa e autônoma<sup>58</sup>. Tal entendimento vem sendo adotado por tribunais brasileiros, ao entender que garante à ofendida escopo protetivo sem a necessidade de propor outra demanda no âmbito civil, bem como de não realizar boletim de ocorrência ou representação criminal, *in verbis*:

APELAÇÃO CRIMINAL - LEI MARIA DA PENHA - CRIME DE LESÃO CORPORAL PRATICADO NO ÂMBITO DOMÉSTICO – MEDIDAS PROTETIVAS REQUERIDAS PELA VÍTIMA - INDEFERIMENTO PELO JUÍZO PRIMEVO - NATUREZA JURÍDICA DE TUTELA INIBITÓRIA – AUTONOMIA E SATISFATIVIDADE - RECURSO

MINISTERIAL PROVIDO. Em virtude do caráter protetivo da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), há que se conferir às medidas protetivas previstas no art. 22, a natureza jurídica de tutela inibitória, vez que categorizá-las como tutela cautelar equivale a esvaziar teleologicamente a lei, bem como prorrogar indefinidamente a situação de vulnerabilidade e desproteção da mulher. O art. 22 da referida Lei condicionou a concessão das medidas protetivas tão somente à existência da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, não fazendo

---

<sup>57</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Estudo multi-países sobre saúde da mulher e violência doméstica*. São Paulo: FMUSP, 2000. Disponível em: [http://www2.fm.usp.br/gdc/docs/preventivapesquisa\\_8\\_omscompletoport.pdf](http://www2.fm.usp.br/gdc/docs/preventivapesquisa_8_omscompletoport.pdf). Acesso em 3 maio 2020

<sup>58</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. São Paulo: Do Autor, 2012. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/04/PROF-MARINONI-TUTELA-INIBIT%C3%93RIA-E-TUTELA-DE-REMO%C3%87%C3%83O-DO-IL%C3%8DCITO.pdf>. Acesso em 3 mar. 2020.



qualquer menção à necessidade da existência de um inquérito policial ou um processo criminal em curso.<sup>59</sup>

Conforme o exposto, entende-se que as medidas protetivas cíveis de alimentos (assim como as demais elencadas nos artigos 22 e 23 da LMP), por vezes pleiteadas em conjunto com outras medidas, necessitam ser instrumento célere para garantir e efetivar o requerido pela ofendida que, no cenário de violência doméstica, tem do seu relato a prova mais forte<sup>60</sup>. Esta, há de ser flexibilizada pelo magistrado, visto que a decretação deve ocorrer de forma imediata, sob pena de perda de sua eficácia ou ocorrência de fato danoso, isto é, detêm caráter liminar satisfativo concedidas *inaudita altera parte*, e perduram enquanto existir ameaça a direito – regra *rebus sic stantibus*<sup>61</sup>. Não se adstringindo a utilidade e efetividade de outro processo, seja pena ou cível, afastam-se das medidas antecipatórias e cautelares cíveis dispostas no art. 300, NCPC, pois cuidam de tutela concedida em fase única, não havendo fase dupla de apreciação de tutela antecipada e tutela final como sucedeno processo de conhecimento do CPC.<sup>62</sup>

Conquanto as demandas cíveis necessitem de certos documentos para a apreciação do juízo, como certidão de nascimento, certidão de casamento, prova da obrigação alimentar<sup>63</sup>. Os alimentos urgentes fixados a título de medida protetiva (art. 22, V, da LMP), conforme artigos 2º e 4º, ambos da Lei 5.478/68, exige do credor

<sup>59</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Criminal* 1.0024.11.045360-2/001. Apelação Criminal - Lei Maria da Penha - Crime de Lesão Corporal Praticado no Âmbito Doméstico - Medidas Protetivas Requeridas pela Vítima - Indeferimento pelo Juízo Primevo - Natureza Jurídica de Tutela Inibitória - Autonomia e Satisfatividade - Recurso Ministerial Provido. 1. Câmara Criminal. Relatora: Des.(a) Kárin Emmerich, 18 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCnjEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.11.045360-2%2F001&pesquisaNumeroCnj=Pesquisar>. Acesso em: 10 maio 2020

<sup>60</sup> Conforme o ENUNCIADO 45 do FONAVID: “as medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/06 podem ser deferidas de forma autônoma, apenas com base na palavra da vítima, quando ausentes outros elementos probantes nos autos”. FÓRUM NACIONAL DE JUÍZES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER, 10., 2018, Pernambuco. *Enunciados* [...]. São Paulo: AMB, 2018. Disponível em: <https://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php>. Acesso em 3 mar. 2020

<sup>61</sup> BIANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues; CAMPOS, Amimi Haddad. *Direitos humanos das mulheres: doutrina, prática, direito comparado, estatísticas, estudos de casos, comentários à Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), legislação internacional*. Curitiba: Juruá, 2009

<sup>62</sup> PIRES, Amom Albernaz. A opção legislativa pela política criminal extrapenal e a natureza jurídica das medidas protetivas da Lei Maria da Penha. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios*, Brasília, v.1, n. 5, 121-168, 2011

<sup>63</sup> DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, 2016



provar a obrigação de alimentar do devedor, sendo do alimentante o ônus de provar seus rendimentos, bem como pode o juiz fixar alimentos provisórios, de plano, ao despachar o pedido. Maria Berenice Dias<sup>64</sup> entende que trata-se de tutela antecipada de caráter satisfativo e, para sua concessão, é exigida prova pré – constituída da obrigação (LA 4º), podendo ser estabelecidos liminarmente na ação de alimentos sem necessidade de pedido.

O aspecto procedimental decorrente da natureza cível dessas medidas é sua autonomia perante suposto processo criminal ou cível, de trâmite célere/simplificado e desvinculado a um eventual inquérito policial, porquanto o escopo delas é de tutela pessoal, patrimonial e familiar da mulher, por meio de obrigações de fazer e não fazer (de natureza cível) e não o de tutela instrumental de processos<sup>65</sup>. A exemplo do caso de injúria, em que a ofendida é orientada a ajuizar ação (queixa crime) no prazo decadencial para que haja a concessão da medida de urgência (como medida cautelar), de modo que a relação de instrumentalidade cautelar entre um “processo cível acessório” e um “processo penal principal” gera descompasso à proteção integral oriunda da Lei Maria da Penha<sup>66</sup>.

Assim, a melhor exegese seria de que a natureza jurídica das medidas de urgência são cíveis e *sui generis*, eis que: i) do cenário de violência pode advir outros tipos de violência que não as previstas no código penal ou na legislação extravagante, portanto, atípicas; ii) não guardam relação de instrumentalidade com outro processo, inquéritos e boletim de ocorrência, autonomia; iii) protegem direito no plano material, satisfatividade; iv) dispensam propositura da ação principal, visto que a cognição é exauriente, devendo perdurar enquanto a violência permanecer,

---

<sup>64</sup> DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, 2016. p. 606

<sup>65</sup> CARVALHO, Fabiano. Medidas protetivas de urgência na lei da violência doméstica e familiar contra a mulher. In: ARMELIN, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 477-496. p. 477

<sup>66</sup> PIRES, Amom Albernaz. A opção legislativa pela política criminal extrapenal e a natureza jurídica das medidas protetivas da Lei Maria da Penha. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios*, Brasília, v.1, n. 5, 121-168, 2011



definitividade; e v) caráter preventivo da ocorrência de ilícito ou de sua perpetuação.<sup>67</sup>

Ocorre que as medidas cíveis de alimentos, de forma reiterada, são as mais requeridas pelas ofendidas, entretanto, as menos concedidas pelo juízo quando da apreciação, conforme aponta relatório da Defensoria Pública do Rio de Janeiro (a partir da base de dados cedida pelo TJRJ, entre janeiro e agosto de 2015), aproximadamente 97% das medidas protetivas de alimentos provisórios foram indeferidas, sob o fundamento de que não havia dados nos autos capazes de fornecer elementos de convicção ao juízo, bem como tais medidas urgentes demoravam 4 meses para ser concedidas. Enquanto no Distrito Federal, entre as medidas de arranjo familiar e patrimonial das requeridas, a prestação de alimentos é a mais pleiteada (31%) e a menos deferida (4%)<sup>68</sup>.

O mesmo cenário é relatado na comissão parlamentar mista de inquérito promovida pelo Senado Federal, em que muitos magistrados não as concedem, pois entendem que devem ser ajuizadas nas varas de família. Interpretação esta em desfavor da proteção integral à mulher, que lhe gera ônus excessivo na busca por assistência e torna confusa a prestação jurisdicional. Em contrassenso à competência híbrida do JVDFM, o tratamento independente das implicações cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica, torna superficial a solução jurídica e é prejudicial à promoção da cidadania dessas mulheres<sup>69</sup>. Tal entrave jurídico e estrutural pode estar relacionado à falta de investimentos públicos em aspecto amplo e às controvérsias de competência dos JVDFM, o que será melhor esmiuçado no

---

<sup>67</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. São Paulo: Do Autor, 2012. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/04/PROF-MARINONI-TUTELA-INIBIT%C3%93RIA-E-TUTELA-DE-REMO%C3%87%C3%83O-DO-IL%C3%8DCITO.pdf>.

<sup>68</sup> VIEIRA, Sinara Gumieri. *Lei Maria da Penha e gestão normalizadora da família: um estudo sobre a violência doméstica judicializada no Distrito Federal entre 2006 e 2012*. 2016. 58 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2016

<sup>69</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. *Violência contra a mulher e as práticas institucionais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/Cristiane\\_completo\\_impress%C3%A3o1.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/Cristiane_completo_impress%C3%A3o1.pdf). Acesso em: 10 maio 2020



## próximo capítulo. REPERCUSSÕES JURÍDICAS SOBRE A COMPETÊNCIA CÍVEL DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO ÂMBITO DO TJDF.

A Lei Maria da Penha é corolária da Conferência para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (1979) e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará (1994) que atribuiu ao poder público a responsabilidade de instituir políticas de enfrentamento à violência crônica contra mulher no Brasil. Ao poder judiciário coube a especialização de atendimentos a partir da criação do órgão pertencente a justiça ordinária, denominado Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), que oportuniza a jurisdição integral com competência mista em caráter cível e penal para processar, julgar e executar as causas domésticas, assegurando mecanismos céleres, preventivos e assistenciais à mulher em situação de violência. Alcança-se: i) a promoção de um recorte específico da violência de gênero; ii) equipes multidisciplinares- psicossocial, jurídica e de saúde; iii) o tratamento efetivo de conflitos multiplexos; iv) o controle estatístico da violência; e v) o empoderamento da mulher que surge fragilizada com a violência<sup>70</sup>.

Todavia, não houve em muitas comarcas a estruturação adequada desses Juizados, ficando a cargo das normas de Organização Judiciária de cada Estado, a definição de sua competência<sup>71</sup>. No caso do DF, o Tribunal de Justiça, em respeito ao recomendado pela Lei nº 11.340/06 (artigos 1º e 14, *caput*) e pelo CNJ, editou a Resolução nº 5 em 20/09/2006 e criou um dos primeiros Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher estabelecido no âmbito interno dos Tribunais. Entretanto, apesar do esforço político dos Tribunais de Justiça na organização judiciária, há poucos Juizados Especializados no Brasil, totalizando 122 em 2017, bem

---

<sup>70</sup> AZEVEDO, Júlio Camargo de. Competência dos Juizados de Violência Doméstica após a lei 13.894/19. *Revista Consultor Jurídico*, 2 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-02/julio-azevedo-competencia-civel-juizado-violencia-domestica#author>. Acesso em: 10 mar.2020.

<sup>71</sup> VIEIRA, Sinara Gumieri. *Lei Maria da Penha e gestão normalizadora da família: um estudo sobre a violência doméstica judicializada no Distrito Federal entre 2006 e 2012*. 2016. 58 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2016



como de equipe multidisciplinar contabilizando 2440 em todo o território, diante muitas vezes de espaço sem acolhimento privativo às mulheres<sup>72</sup>.

De início, é oportuno tecer o esforço político do movimento feminista e, por decorrência, ao ementado pela Lei nº 11.340/06 que instituiu a competência híbrida desses órgãos especializados, a fim de evitar a violência institucional de gênero. Nos dizeres de Bianchini<sup>73</sup>:

“[...] os movimentos de mulheres perceberam os problemas concretos enfrentados por aquelas que se viam obrigadas a percorrer juízos e esferas burocráticas diversas (com a fragmentação da prestação jurisdicional), no intento de resolver problemas decorrentes de um único fator desencadeante: a violência doméstica e familiar”.

Conforme elucidado, do contexto de violência doméstica pode advir incidente com medidas protetivas, ação penal, civil, trabalhista, entre outras, de modo que a intenção da dupla competência foi possibilitar ao juiz da causa visão integral deste contexto e instrumentalizar o disposto no art. 226, §8º da Carta Maior, concomitante ao art. 10-A da Lei nº 11.340/06, propondo assegurar: i) o acesso das mulheres à justiça de forma mais rápida e menos onerosa; ii) a padronização dos procedimentos, barrando distinções de oportunidades; iii) a não monetarização das relações de violência, evitando que tais conflitos sejam reduzidos ao pagamento de pensões ou disputa de valores<sup>74</sup>.

Portanto, houve um cuidado legislativo para assegurar a proteção integral no âmbito do poder judiciário, mostrando-se desarrazoado o excessivo ônus que pesa sobre a mulher em perquirir diversas esferas jurisdicionais e reiterar os argumentos da violência sofrida para concretizar seu direito. No mesmo ensejo, a elaboração das

---

<sup>72</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O poder judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/06/5514b0debf866190c20610890849e10\\_1c3f3d621da010274f3d69e6a6d6b7e6.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/06/5514b0debf866190c20610890849e10_1c3f3d621da010274f3d69e6a6d6b7e6.pdf). Acesso em: 10 maio 2020

<sup>73</sup> BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 199

<sup>74</sup> PASINATO, Wânia. Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2006. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 119-142





100 Regras de Brasília atinentes ao acesso de pessoas em condição de vulnerabilidade, e inclusas na secção 2, dos beneficiários, relativas ao item 5 (vitimização), assim ementa:

[...] (11) Considera-se em condição de vulnerabilidade aquela vítima do delito que tenha uma relevante limitação para evitar ou mitigar os danos e prejuízos derivados da infracção penal ou do seu contacto com o sistema de justiça, ou para enfrentar os riscos de sofrer uma nova vitimização. A vulnerabilidade pode proceder das suas próprias características pessoais ou das circunstâncias da infracção penal. Destacam para estes efeitos, entre outras vítimas, as pessoas menores de idade, as vítimas de violência doméstica ou intra familiar, as vítimas de delitos sexuais, os adultos maiores, assim como os familiares de vítimas de morte violenta.

(12) Estimular-se-á a adopção daquelas medidas que sejam adequadas para mitigar os efeitos negativos do delito (vitimização primária). Assim procurar-se-á que o dano sofrido pela vítima do delito não seja incrementado como consequência do seu contacto com o sistema de justiça (vitimização secundária). E procurar-se-á garantir, em todas as fases de um procedimento penal, a protecção da integridade física e psicológica das vítimas, sobretudo a favor daquelas que corram risco de intimidação, de represálias ou de vitimização reiterada ou repetida (uma mesma pessoa é vítima de mais do que uma infracção penal durante um período de tempo). Também poderá ser necessário outorgar uma protecção particular àquelas vítimas que vão prestar testemunho no processo judicial. Prestar-se-á uma especial atenção nos casos de violência intra familiar, assim como nos momentos em que seja colocada em liberdade a pessoa à qual se atribui a ordem do delito<sup>75</sup>.

Contudo, apesar da especialidade instituída pelo poder legiferante, a competência cível dos juizados vêm sendo relativizada e até afastada pelos juízos, um dos pontos precípuos concerne ao entendimento construído pelo Fórum Nacional de Violência, no seu Enunciado 3, a sua competência cível “é restrita às medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, devendo as ações cíveis e as

---

<sup>75</sup> FUNDAÇÃO INTERNACIONAL E IBERO-AMERICANA DE ADMINISTRAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS. *Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade*. Brasília: FIIAPP, 2008. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020



de Direito de Família ser processadas e julgadas pelas varas cíveis e de família”<sup>76</sup>; e pelo Enunciado 35 em que “o juízo de violência doméstica e familiar contra a mulher não é competente para a execução de alimentos fixados em medidas protetivas de urgência”<sup>77</sup>.

Tal interpretação também encontra respaldo no Instituto Brasileiro de Direito de Família, ao orientar que as Varas de Família são instâncias especializadas para solucionar questões cíveis<sup>78</sup>; e no Manual de Rotinas e Estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Conselho Nacional de Justiça<sup>79</sup>, que tratou somente da rotina relativa às demandas criminais em trâmite nesses órgãos.

Esses entendimentos são utilizados na fundamentação judicial para a não apreciação das medidas protetivas cíveis, advinda de dois possíveis aspectos. O ponto basilar pode estar relacionado com a celeuma doutrinária e jurisprudencial sobre sua natureza jurídica, na qual há a prevalência em torno da esfera criminal, de modo que os reflexos cíveis advindos da violência doméstica são vistos com pouca urgência e, por decorrência, direcionados para as Varas de Família; e, ao segundo aspecto, com as controvérsias da competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, uma vez que para as causas cíveis há maior resistência dos juristas em visualizar a jurisdição integral dos juizados.

---

<sup>76</sup> AZEVEDO, Júlio Camargo de. Competência dos Juizados de Violência Doméstica após a lei 13.894/19. *Revista Consultor Jurídico*, 2 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-02/julio-azevedo-competencia-civel-juizado-violencia-domestica#author>. Acesso em: 10 mar.2020

<sup>77</sup> AZEVEDO, Júlio Camargo de. Competência dos Juizados de Violência Doméstica após a lei 13.894/19. *Revista Consultor Jurídico*, 2 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-02/julio-azevedo-competencia-civel-juizado-violencia-domestica#author>. Acesso em: 10 mar.2020

<sup>78</sup> IZUMINO, Wania Pasinato. Violência contra a mulher no Brasil: acesso à Justiça e construção da cidadania de gênero. In: CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS, 7.,2004, Coimbra. *Painel...* Coimbra: CES, 2004. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel12/WaniaPasinatoIzumino.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

<sup>79</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de rotinas e estruturação dos Juizados de Violência e Doméstica e Familiar contra a mulher*. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/0/Manual+de+rotinas+13.9.18+-+Versa%CC%83o+com+os+u%CC%81ltimos+ajustes.pdf/75dc424d-7c75-8f71-255f-c550cfdcb6f>. Acesso em: 10 maio 2020



Para a análise jurisprudencial, a pesquisa documental pautou-se nos acórdãos prolatados pelo TJDF, por meio do mecanismo de busca em seu sítio eletrônico, bem como não foi mencionado de forma específica a medida de alimentos, pois localizado apenas 1 acórdão sobre o tema objeto. No campo de busca foi utilizada a palavra-chave “violência doméstica”, “conflito de negativo de competência” e “medidas protetivas”, datados entre os anos de 2013 e 2020, totalizando 25 acórdãos.

**Quadro 1** – Acórdãos prolatados pelo TJDF

<b>Tipo de Processo</b>	<b>Classe</b>	<b>Número de acórdãos</b>
Conflitos de Competência e Jurisdição	Criminal	13
Conflitos de Competência e jurisdição	Cível	12
<b>TOTAL</b>		<b>25</b>

Fonte: do autor

Com o fim de acrescer a pesquisa jurisprudencial, foram colacionados dois julgados do STJ publicados no ano de 2014, que assentaram entendimento sobre a competência cível dos juizados para processar, julgar e executar as causas domésticas.

Quanto ao exercício da competência cível nos JVDFM, há 3 possíveis vieses que pairam sob os julgamentos: i) a competência cível do JVDFM é plena e exclusiva; ii) a competência é concorrente com as varas de família, sendo que aos juizados cabem somente a solução de demandas cíveis de urgência; e iii) a competência é exclusiva das Varas de Família<sup>80</sup>.

<sup>80</sup> OLIVEIRA, André Luiz Pereira de. *‘Se você ficar com nossos filhos, eu te mato!’*. Violência doméstica e familiar contra a mulher e as disputas de guarda de filhos/as em trâmite nas Varas de Família de Ceilândia/DF. 2015 157 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015



Nessa linha cognitiva, um dos fundamentos é de que o JVD FM se restringe às questões de urgência, sendo que, para outras nuances, a competência é da Vara de Família. Essa interpretação esvazia a competência do juizado para julgar, tão somente, as causas urgentes, sendo a medida protetiva mero acessório para as ações principais interpostas na Vara Cível, foi como argumentou o Juízo da Segunda Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Cuiabá/MS, no resp. 1496030 – MT:

[...] A tutela cível, em sede de Lei Maria da Penha, possui natureza instrumental, portanto, secundária, limitando-se somente às medidas protetivas de urgência com vistas a garantir a integridade física e psíquica da mulher vítima de violência doméstica e familiar, de modo que as ações cíveis principais relacionadas com a questão devem permanecer sob a competência das Varas Cíveis especializadas. [...] Caso as ações de cunho cível (exoneração de alimentos, revisional de alimentos, execução de alimentos, etc) continuem sendo distribuídas a este juízo, seguramente ocorrerá um abarrotamento de ações de execução de alimentos e outras, o que gerará um sério prejuízo à celeridade do cumprimento das medidas protetivas de urgência, assim como quanto ao andamento dos processos criminais, notadamente os de réus presos, comprometendo, assim, diretamente a finalidade precípua desta Vara Especializada, qual seja: proteger a integridade física e psíquica da mulher. Ademais, não bastasse isto, o próprio Fórum Nacional de Juízes de Varas especializadas em violência doméstica e familiar contra a mulher, sensível aos fundamentos retro expendidos, sumulou a questão por intermédio do Enunciado n. 3.<sup>81</sup>

O pleito acima destoa do entendido por parte da jurisprudência e doutrina, pois afasta o espírito protetivo da Lei e submete a mulher ao prolongamento da violência psicológica. Para Berenice “a competência do Juizado de Violência

---

<sup>81</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). *Recurso Especial 1475006/MT 2014/0190121-4*. Agravo de instrumento - ação de execução de alimentos - medida protetiva de urgência em tramite junto à vara especializada de violência doméstica e familiar contra a mulher - art. 14, da lei n-11.340/2006 - competência para julgamento das causas cíveis e criminais - Lei Maria da Penha - decisão reformada - recurso conhecido e provido. Recorrente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Recorrido: K F dos S (menor). Relator: Min. Moura Ribeiro, 14 de outubro de 2014. Disponível em: [https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ\\_RESP\\_1475006\\_7158f.pdf?Signature=OQnd4OQB0VZOFnrJ7aDWLogOauE%3D&Expires=1589332247&AWSAccessKeyId=AKIAR MMD5JEAO765VPOG&response-content-type=](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1475006_7158f.pdf?Signature=OQnd4OQB0VZOFnrJ7aDWLogOauE%3D&Expires=1589332247&AWSAccessKeyId=AKIAR MMD5JEAO765VPOG&response-content-type=). Acesso em: 10 maio 2020



Doméstica e Familiar contra a Mulher é para o processo, o julgamento e a execução não só das medidas protetivas, mas também das ações criminais e ações civis intentada pela vítima”<sup>82</sup>. Ainda, imperioso mostrar o recomendado pelo CNJ, no quesito 2.2 do Manual de Rotinas e Estruturação dos Juizados de violência doméstica, cuja compreensão é de que havendo mais de 4000 processos na Vara ou Juizado, deverá ser desmembrado e criado outro, com titularidade própria, a fim de que seja dada a devida atenção aos processos que devem tramitar com prioridade.

Por outro viés, alguns magistrados veem a competência do JVDFM como plena e exclusiva, ancorada na Constituição e traduzida como mecanismo para coibir a violência contra mulher enquanto uma das formas de violação dos direitos humanos (art. 6º da Lei 11.340/06). Consonante, o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento, na terceira e quarta turma, sobre a competência da jurisdição cível das varas especializadas para processar e julgar toda e qualquer matéria de natureza cível ou familiar, desde que configurada a violência doméstica. Assim entendeu o Min. Moura Ribeiro no resp 1475006/MT:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA EM TRÂMITE JUNTO À VARA ESPECIALIZADA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. ART. 14, DA LEI Nº 11.340/2006. COMPETÊNCIA HÍBRIDA. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO PELO JVDFM. ACÓRDÃO ESTADUAL MANTIDO.

RECURSO IMPROVIDO. 1. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da justiça ordinária têm competência cumulativa para o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 14, da Lei nº 11.340/2006. 2. Negar o julgamento pela Vara especializada, postergando o recebimento dos provisionais arbitrados como urgentes, seria não somente afastar o espírito protetivo da lei, mas também submeter a mulher a nova agressão, ainda que de índole diversa, com o prolongamento

---

<sup>82</sup> DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, 2016



de seu sofrimento ao menos no plano psicológico. 3. Recurso especial não provido.<sup>83</sup>

Nessa mesma linha de entendimento, a 1º e 2º Câmara Cível do TJDF:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ALIMENTOS PROVISIONAIS FIXADOS PELO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INCOMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA. JULGADOS DO STJ E DO TJDF. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. 1 - A despeito da inexistência de previsão dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher na Lei de Organização Judiciária, tais Juizados foram efetivamente criados no âmbito do DF, em observância à previsão do art. 14 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Nesse contexto, a mera fixação da competência para execução de toda e qualquer decisão de alimentos com base no critério da Lei de Organização Judiciária local, descurada de outros diplomas normativos pertinentes (Lei Maria da Penha) levaria à conclusão de que os Juizados de Violência Doméstica não têm competência para nada, pois não há previsão a esse respeito na Lei de Organização. Tal conclusão seria de todo absurda, ficando, portanto, afastada a linha de raciocínio que desconsidera o art. 14 da Lei nº 11.340/2006. 2 - Levando-se em consideração o que diz o caput do art. 14 da Lei Maria da Penha, no sentido de que o Juizado tem competência cível para execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher ("art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher"), não há outra saída além da fixação da competência para processar o Cumprimento de Sentença referente a alimentos provisionais fixados como medida protetiva de urgência no Juizado Especializado em que a

---

<sup>83</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). *Recurso Especial 1475006/MT 2014/0190121-4*. Agravo de instrumento - ação de execução de alimentos - medida protetiva de urgência em tramite junto à vara especializada de violência doméstica e familiar contra a mulher - art. 14, da lei n-11.340/2006 - competência para julgamento das causas cíveis e criminais - Lei Maria da Penha - decisão reformada - recurso conhecido e provido. Recorrente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Recorrido: K F dos S (menor). Relator: Min. Moura Ribeiro, 14 de outubro de 2014. Disponível em: [https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ\\_RESP\\_1475006\\_7158f.pdf?Signature=OQnd4OQB0VZOFnrJ7aDWLogOauE%3D&Expires=1589332247&AWSAccessKeyId=AKIAR MMD5JEAO765VPOG&response-content-type=](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1475006_7158f.pdf?Signature=OQnd4OQB0VZOFnrJ7aDWLogOauE%3D&Expires=1589332247&AWSAccessKeyId=AKIAR MMD5JEAO765VPOG&response-content-type=). Acesso em: 10 maio 2020



medida protetiva a ser executada foi estipulada. Julgados do STJ e do TJDF. Conflito de Competência acolhido para o fim de declarar competente o Juízo Suscitado.<sup>84</sup>

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PENAL CONDENATÓRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIALIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. EXECUÇÃO DE SEU PRÓPRIO JULGADO. O artigo 14, da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) informa a competência híbrida (criminal e civil) das varas especializadas em violência doméstica, permitindo ao respectivo Juízo o conhecimento da violência doméstica e suas repercussões jurídicas, não excepcionando a regra geral de competência estatuída no artigo 516, inciso II, do Código de Processo Civil, no sentido de que o cumprimento de sentença efetuar-se-á perante o Juízo que decidiu a causa em primeiro grau de jurisdição. Se a execução proposta pela vítima está pautada em título judicial (sentença penal em que o réu restou condenado ao pagamento de indenização por danos morais) afigura-se competente o Juizado de Violência Doméstica e Familiar para processar e julgar a demanda (Precedentes do STJ e do TJDF).<sup>85</sup>

<sup>84</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão 1192714 07096560720198070000*. Conflito negativo de competência. Alimentos provisionais fixados pelo juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher em contexto de violência doméstica. Cumprimento de sentença. Incompetência da vara de família. Julgados do STJ e do TJDF. Competência do juízo suscitado. 1. Câmara Cível. Relator: Des. Angelo Passareli, 05 de agosto de 2019. Segredo de Justiça. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1192714&numero=&tipoDeRelator=TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS\\_RECURSAIS,%20BASE\\_ACORDAOS\\_IDR,%20BASE\\_TEMAS,%20BASE\\_ACORDAOS,%20BASE\\_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1192714&numero=&tipoDeRelator=TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 10 maio 2020

<sup>85</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão 1214268 07156735920198070000*. Conflito negativo de competência. Ação penal condenatória. Indenização por danos morais decorrentes de violência doméstica. Cumprimento de sentença. Competência. Juizado especializado de violência doméstica e familiar contra a mulher. Execução de seu próprio julgado. 2. Câmara Cível. Relator: Des. Esdras Neves, 04 de novembro de 2019. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1214268&numero=&tipoDeRelator=TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS\\_RECURSAIS,%20BASE\\_ACORDAOS\\_IDR,%20BASE\\_TEMAS,%20BASE\\_ACORDAOS,%20BASE\\_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJu](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1214268&numero=&tipoDeRelator=TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJu)



Todavia, há decisões no âmbito do TJDFT que mitigam a competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar, sendo possível aferir dos julgados alguns entendimentos: i) a prevalência dos comandos de natureza criminal sobre as disposições de caráter cível, de modo que a competência cível deve ser restrita ao estabelecimento de medidas de urgência; ii) da necessidade de requerer a medida protetiva para a competência do Juizado Especializado; e iii) dos fundamentos com base ao disposto nos Enunciados 3 e 6, do FONAVID. Ementa-se, como julgado paradigma, o acórdão 1205963, de relatoria do desembargador Sandoval Oliveira, *in verbis*:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DE TAGUATINGA. JUÍZO DA QUARTA VARA CÍVEL DE TAGUATINGA. LEI N.º 11.340/2006. INDENIZAÇÃO PELOS DANOS DECORRENTES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E INFIDELIDADE CONJUGAL. PRETENSÃO DE NATUREZA EMINENTEMENTE CÍVEL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM. 1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Taguatinga em desfavor da Quarta Vara Cível de Taguatinga. 2. O ordenamento jurídico tem avançado para garantir a maximização do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, circunstância evidenciada, dentre outras medidas, pela criação de juízos especializados, com competência cível e criminal, nos termos do artigo 14 da Lei n.º 11.340/2006. 3. Embora garantida ao juízo especializado a competência híbrida, há na Lei n.º 11.340/2006 incontestada predominância dos comandos de natureza criminal sobre as disposições de caráter civil, conduzindo à compreensão de que estas últimas representam providências excepcionalmente aglutinadas à seara criminal, no intuito de estender proteção integral à mulher. Também é possível extrair a alegada excepcionalidade do próprio conteúdo das medidas cíveis estabelecidas pela norma, voltadas para a determinação de providências protetivas. 4. Em interpretação sistemática e teleológica da legislação pertinente, forçoso concluir que a competência cível dos juízos especializados de violência contra a mulher deve ser restrita ao estabelecimento de medidas protetivas de urgência, e às homologações de acordos





entre os envolvidos. Entendimento diverso comprometeria a celeridade e a efetividade que nortearam a sua criação. 5. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Suscitado, qual seja, o da Quarta Vara Cível de Taguatinga<sup>86</sup>

Pela análise do acórdão, é possível aferir que há alguns pontos que geram entraves para a jurisdição integral do Juizado Especializado de Violência Doméstica, sobretudo, quanto sua competência cível. A primeira nuance é de que os comandos de natureza penal se sobrepõe aos de natureza cível, isto é, as medidas cíveis como acessório de um processo penal principal. Esse entendimento afasta a natureza satisfativa e autônoma das medidas protetivas como instrumento para proteção da mulher enquanto perdurar a violência, e ratifica a necessidade de assegurar processos, a ponto de esvaziar o caráter teleológico da Lei Maria da Penha que não condiciona (art. 22) a concessão dessas medidas à necessidade da existência de um inquérito policial ou um processo penal em curso; logo, a proteção integral é mitigada. Por decorrência, a segunda nuance atine ao caráter excepcional das medidas protetivas cíveis que devem ser apreciadas, tão somente, de forma urgente nos Juizados Especializados de Violência Doméstica, o que, de *prima facie*, encontra óbice ao assentado pelo STJ, pois a competência desses juizados é ampla para processar, julgar e executar as causas domésticas (art. 14, Lei 11.340/06), assim como foi instituída conforme os anseios vividos pelas mulheres no exercício de sua cidadania, objetivando gerar menos ônus à ofendida na busca por prestação

---

<sup>86</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão 1205963 07152466220198070000*. Conflito negativo de competência. Juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher de Taguatinga. Juízo da quarta vara cível de Taguatinga. Lei n.º 11.340/2006. Indenização pelos danos decorrentes de violência doméstica e infidelidade conjugal. Pretensão de natureza eminentemente cível. Competência do juízo comum 2. Câmara Cível. Relator: Des. Sandoval Oliveira, 30 de setembro de 2019. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&no meDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1205963&numero=&tipoDeRelator=TODO&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS\\_RECURSAIS,%20BASE\\_ACORDAOS\\_IDR,%20BASE\\_TEMAS,%20BASE\\_ACORDAOS,%20BASE\\_INFOMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&no meDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1205963&numero=&tipoDeRelator=TODO&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFOMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 10 maio 2020



jurisdicional que torna-se mais clara e célere, ou até, por sua escolha, do local onde será julgada a causa (artigo 15 da supracitada lei).

Nesse cenário, há acórdãos que posicionam-se na mesma linha, a seguir colacionados:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DE SAMAMBAIA. JUÍZO DO SEGUNDO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DE SAMAMBAIA. VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. COMPETÊNCIA HÍBRIDA. COMPETÊNCIA CÍVEL RESTRITA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. DANO MORAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL.

1. Nos termos do artigo 14 da Lei Maria da Pena, os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. A despeito da natureza híbrida do Juízo da Violência Doméstica e Familiar, não se pode olvidar que a pretensão envolvendo a apreciação de questões eminentemente de cunho patrimonial, configura nítida competência afeta à seara cível. 3. O Enunciado n° 3, do FONAVID, dispõe que "a competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é restrita às medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Pena". 4. O pedido de cumprimento de sentença referente à indenização por dano moral, ainda que decorrente de ato delituoso de competência da Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, não se subsume ao rol de competências desse juízo especializado. 5. Compete ao juízo cível processar e julgar o feito em que se busca o cumprimento de sentença na qual o réu fora condenado ao pagamento de indenização por dano moral em decorrência de ato tipificado na Lei Maria da Pena. 6. Conflito negativo de competência acolhido e declarado competente o Juízo Suscitado<sup>87</sup>

---

<sup>87</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão 1234646 07247880720198070000*. Conflito de competência. Juízo do juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher de Samambaia. Juízo do segundo juizado especial cível e criminal de Samambaia. Vara de violência doméstica e familiar. Competência híbrida. Competência cível restrita. Medidas protetivas de urgência. Dano moral. Cumprimento de sentença. Competência do juízo cível. I. Câmara Cível Relatora: Des (a) Gislene Pinheiro, 02 de março de 2020. Publicado no DJE: 13/3/2020. Disponível em



Em caso similar, apesar de supostamente reconhecerem a dupla competência do Juizado Especializado para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, os desembargadores entenderam que a apreciação de cunho patrimonial compete à seara cível, uma vez que as execuções relacionadas aos juizados restringem-se às medidas protetivas de urgência e não a execução de qualquer outro provimento. Ora, tal interpretação mais restritiva sobre a competência dos juizados especializados, conforme demonstrado na análise do acórdão paradigmático, gera entraves à proteção integral que busca unificar, simplificar e tornar célere a prestação jurisdicional requerida.

Sob igual ótica de que o julgamento do pedido de indenização extrapola a competência cível atribuída ao juízo especializado, o qual é restrito ao provimento de medidas protetivas de urgência - no sentido que orienta o enunciado 3 do FONAVID - a 2º Câmara Cível assim entendeu:

PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI 11.340/2006. JUIZADO ESPECIALIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. PRETENSÃO DE NATUREZA EXCLUSIVAMENTE CÍVEL. 1. A competência cível atribuída pela Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher se limita à apreciação das medidas protetivas de urgência de natureza cível e de família. 2. A pretensão de condenação ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, ainda que decorrentes de ato tipificado na Lei Maria da Penha, tem natureza exclusivamente cível e não atrai a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar

---

[https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1234646&numero=&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS\\_RECURSAS,%20BASE\\_ACORDAOS\\_IDR,%20BASE\\_TEMAS,%20BASE\\_ACORDAOS,%20BASE\\_INFOMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1234646&numero=&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFOMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 10 maio 2020



Contra a Mulher, posto que não se destina à promoção de quaisquer medidas de proteção especificadas na lei. 3. Conflito conhecido e julgado procedente para declarar competente para processar e julgar o pedido de indenização por danos morais e materiais o Juízo da Vara Cível.<sup>88</sup>

Ainda, do acórdão abaixo arrolado é possível aferir a ênfase conferida ao suposto crime praticado, motivo pelo qual a concessão das medidas tidas como cautelares prescindem de indícios mínimos de autoria e materialidade para sua autorização e, portanto, guarda instrumentalidade com a ação principal. Contudo, a relação entre crime e violência doméstica não é imediata e sem desvios, isso porque a opção adotada pela Lei 11.340/06 não tipifica a violência doméstica como um crime autônomo, mas a engloba em um cenário que decorre outros tipos de violência que não as previstas no código penal ou na legislação extravagante, não perdendo, em qualquer caso, o caráter de violação de direitos humanos. Para tanto, ementa-se o julgado:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS - CAUSA DE PEDIR - SUPOSTA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER - PLEITO DE AFASTAMENTO DO REQUERIDO DO LAR - AUSÊNCIA DE PEDIDO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA - CRIME - NÃO CONFIGURAÇÃO PRIMA FACIE - JUÍZO CÍVEL COMPETENTE.

Ainda que a ação proposta pela autora tenha como causa de pedir agressões físicas e ameaças de morte, supostamente praticados pelo seu companheiro, se dos fatos narrados na exordial não restar evidenciado, prima facie, a ocorrência de

---

<sup>88</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão 897724 20150020192724CCP*. Processo civil. Conflito negativo de competência. Indenização por danos morais e materiais decorrentes de violência doméstica. Lei 11.340/2006. Juizado especializado de violência doméstica e familiar contra a mulher. Pretensão de natureza exclusivamente cível. 2. Câmara Cível. Relator: Des. Carlos Rodrigues, 14 de setembro de 2015. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaod=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=897724&numero=&tipoDeRelator=TODO&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS\\_RECURSAIS,%20BASE\\_ACORDAOS\\_IDR,%20BASE\\_TEMAS,%20BASE\\_ACORDAOS,%20BASE\\_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaod=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=897724&numero=&tipoDeRelator=TODO&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 10 maio 2020



evento delituoso cometido contra a potencial vítima no âmbito doméstico e familiar, a competência para o seu processamento e julgamento deve ser do Juízo Cível, sobretudo se o respectivo pleito deduzido tiver se limitado ao afastamento do lar do requerido, em virtude da insuportabilidade da continuação da convivência marital entre as partes e não tiver sido requerida qualquer medida protetiva de urgência com fulcro na Lei Maria da Penha.

Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da Segunda Vara Cível, de Família e de Órfãos e Sucessões de Santa Maria/DF para processar e julgar o feito.<sup>89</sup>

Diante da análise dos acórdãos coletados no sítio do TJDF, nota-se que as controvérsias da competência cível dos JVDFT geram óbices para a concessão das medidas de rearranjo familiar e patrimonial, dentre elas as de alimentos, comparadas com as medidas proibitivas de contato, isso pode se dar também pela gestão patriarcal de família dentro do sistema de justiça e pela ótica burocrática do direito penal como instrumento de regulação patriarcal de gênero<sup>90</sup>. Ou seja, a interpretação da Lei Maria da Penha sem o paradigma de gênero, fragiliza a prestação jurisdicional, pois a mulher em situação de violência não procura apenas o afastamento do agressor, mas o rompimento do ciclo de violência conjurado, a exemplo, com outras medidas de alimentos, divórcio e guarda. Tal desmembramento da prestação jurisdicional é um entrave para a assistência às mulheres e afasta-se do propósito de assegurar o acesso

---

<sup>89</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão 706913, 20130020178027CCR*. Conflito negativo de competência - ação cautelar de separação de corpos - causa de pedir - suposta violência doméstica e familiar contra a mulher - pleito de afastamento do requerido do lar - ausência de pedido de medida protetiva de urgência - crime - não configuração prima facie - juízo cível competente. Câmara Criminal. Relator: Des. Romão C. Oliveira, 26 de agosto de 2013. Segredo de Justiça. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdf.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=706913&numero=&tipoDeRelator=TODO&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS\\_RECURSAIS,%20BASE\\_ACORDAOS\\_IDR,%20BASE\\_TEMAS,%20BASE\\_ACORDAOS,%20BASE\\_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdf.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=706913&numero=&tipoDeRelator=TODO&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 10 maio 2020

<sup>90</sup> VIEIRA, Sinara Gumieri. *Lei Maria da Penha e gestão normalizadora da família: um estudo sobre a violência doméstica judicializada no Distrito Federal entre 2006 e 2012*. 2016. 58 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2016



à justiça de forma célere e menos onerosa, em prol de uma lógica burocrática ancorada em soluções tradicionais do direito penal e dos códigos processuais<sup>91</sup>

A partir do estudo quantitativo das medidas protetivas, inferiu-se que a medida protetiva alimentos é a mais requerida dentre as de rearranjo familiar e patrimonial (31%) e a menos deferida (4%), enquanto a proibição de contato com a vítima é a mais requerida dentre as medidas proibitivas de contato (93 %) e a mais deferida (69%)<sup>92</sup>.

Ademais, em pesquisa feita no âmbito das varas de família de Ceilândia, os dois juizados de violência doméstica têm exercido competência penal e direcionado para as Varas de Família a solução das questões não criminais. De outro modo, as medidas de natureza penal, conforme pontuou o promotor atuante nesta Vara, prescindem de uma conduta criminosa e detém duração restrita enquanto perdurar o processo criminal, já as medidas de natureza cível necessitam, a seu ver, de um arcabouço probatório maior, pois perduram por mais tempo<sup>93</sup>

Apesar de haver decisões no âmbito do TJDFT conferindo competência cível plena e exclusiva ao JVDFM, há acórdãos que entendem que ao JVDFM cabe apenas solução de demandas cíveis de urgência e, em outra nuance, que a competência é exclusiva das Varas de Família, nas quais requer mais que mínimos indícios de autoria e materialidade para a concessão das medidas.

As controvérsias quanto a competência cível do JVDFM, no âmbito do TJDFT, gera entraves para a efetivação das medidas cíveis em discordância à jurisdição

---

<sup>91</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. *Violência contra a mulher e as práticas institucionais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/Cristiane\\_completo\\_impress%C3%A3o1.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/Cristiane_completo_impress%C3%A3o1.pdf). Acesso em: 10 maio 2020

<sup>92</sup> INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO. *Implementação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha no Distrito Federal*. Brasília: Anis, 2014. Disponível em: [http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2015/09/Relat%C3%B3rio-Final\\_Medidas-Protetivas\\_ANIS-DF.pdf](http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2015/09/Relat%C3%B3rio-Final_Medidas-Protetivas_ANIS-DF.pdf). Acesso em: 10 maio 2020

<sup>93</sup> OLIVEIRA, André Luiz Pereira de. *'Se você ficar com nossos filhos, eu te mato!'*. Violência doméstica e familiar contra a mulher e as disputas de guarda de filhos/as em trâmite nas Varas de Família de Ceilândia/DF. 2015 157 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015



integral instituída no art. 14 da Lei Maria da Penha, amparada no princípio da unidade de convicção, segundo o qual se o mesmo fato der causa a inúmeras situações, deverá ser apreciado no mesmo juízo. Consonante, o Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de apurar as denúncias de omissão por parte do poder público, recomendou aos tribunais de justiça:

33. Para instituírem legalmente a competência civil plena nos Juizados e Varas Especializadas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, conforme os arts. 14 e 33 da Lei Maria da Penha, não se restringindo às medidas protetivas[...]<sup>94</sup>

Conquanto da recomendação, há reiteradas decisões conflitantes que desmembram a prestação uma dos Juizados Especializados, o que exige desenvolvimento ou atualização de manuais com orientações sobre a forma de instalação e atuação dos juizados devem contemplar a questão da competência cível, de modo a deixar clara a necessidade do tratamento integral do conflito pelo JVD<sup>95</sup>. Do mesmo modo, a não padronização de procedimentos fere o princípio da universalização do acesso à justiça e cria oportunidades diferentes para grupos de mulheres que enfrentam situações semelhantes de desrespeito a seus direitos<sup>96</sup>.

Assim, para adequar a ótica jurídica ao extraído da finalidade da Lei Maria da Penha e dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil enquanto instrumento de ação afirmativa ao enfrentamento da violência doméstica, a prática jurisdicional é também meio para garantir a eficácia da política de enfrentamento contra a violência de gênero e dos direitos humanos, capaz de romper o ciclo de

---

<sup>94</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. *Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) criada "com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência"*. Brasília: Senado, jun. 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496481>. Acesso em: 10 maio 2020

<sup>95</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. *Violência contra a mulher e as práticas institucionais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/Cristiane\\_completo\\_impress%C3%A3o1.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/Cristiane_completo_impress%C3%A3o1.pdf). Acesso em: 10 maio 2020

<sup>96</sup> (PASINATO, Wânia. Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2006. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 119-142. p. 135-136



violência; a pensar que a Lei Maria da Penha criou diversos mecanismos extrapenais para lidar com o fenômeno da violência doméstica, dentre eles, a reeducação e reabilitação do ofensor, a outorga de instrumentos facilitadores para a mulher acessar o sistema de justiça, bem como as medidas protetivas de urgência elencadas nos artigos 9º, 22 e 23 da Lei nº 11.340/06.<sup>97</sup>

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência doméstica cometida contra as mulheres no Brasil é um fenômeno social complexo que requer visão sistêmica e cautelosa dos juristas na busca pela efetivação da proteção integral à mulher em situação de violência. Enquanto violação de direitos humanos, as consequências de tal violência são das mais sutis e profundas, sendo reafirmadas no âmbito do sistema de justiça : quando da estrutura física não humanizada para o atendimento dessas mulheres e da ausência ou escassez de equipe multidisciplinar; do grande número de demandas e poucos Juizados e núcleos; da ausência de equipe técnica para assessorar o magistrado; dos atrasos e cancelamentos não informados às partes; dos horários de atendimento conflitantes com horário médio de trabalho das mulheres; por meio da construção de discursos que reproduzem os valores machistas e autoritários da sociedade; e, sobretudo, da visão rígida e dogmática do direito para interpretar uma lei inovadora que traz consigo o paradigma de gênero<sup>98</sup>

Nesse sentido, a análise percorreu os diferentes cenários que são entraves para a real efetivação da lei, dentre eles, os dilemas jurídicos que envolvem as controvérsias na competência cível dos juizados de violência doméstica. Da análise

---

<sup>97</sup> BRASIL. *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília: PR, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 10 maio 2020

<sup>98</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. *Violência contra a mulher e as práticas institucionais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/Cristiane\\_completo\\_impress%C3%A3o1.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/Cristiane_completo_impress%C3%A3o1.pdf). Acesso em: 10 maio 2020





dos acórdãos prolatados no TJDF, visualizou-se decisões contrastantes quanto ao tema, em que pese haver decisões conferindo competência plena e exclusiva para as causas cíveis, há entendimentos que relativizam tal competência, em contrassenso à jurisdição exclusiva do JVDFM nas causas domésticas.

A fragmentação da dúplici competência do JVDFM, submete a mulher em situação de violência à ônus desnecessários na busca de assistência judiciária, pois a mesma se ver obrigada a acionar diversos juízos na ratificação de seu direito. Em discordância ao princípio da universalização da justiça, a prestação jurisdicional torna-se dispendiosa e confusa, de modo que a complexidade do fenômeno social não pode ser tratada de forma isolada na seara penal, mas como oriunda de outros pleitos - guarda de filhos menores, a dissolução de casamento ou união estável, a partilha de bens, a prestação de alimentos - requeridos pela mulher, decorrente da violência doméstica.

O presente trabalho colacionou estudos doutrinários e pesquisas jurisprudenciais para demonstrar, de forma mais nítida, as controvérsias que envolvem a competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, instituídos pela lei nº 11.340/06 para efetivar a proteção integral à mulher. Constatou-se que a fragmentação da competência híbrida desses Juizados simplifica e engessa o enfrentamento à violência doméstica, motivo pelo qual a estrutura física e jurídica desses Juizados, bem como do próprio entendimento da 2ª instância sobre o conflito de competência, deve perpassar pela ótica de gênero.

Desse modo, as práticas procedimentais devem ser otimizadas para que a justiça social pretendida, quando se aciona o poder judiciário, seja eficaz no enfrentamento à violência contra a mulher. Buscou-se descortinar os conflitos que surgem da relação gênero e direito, e sobretudo contribuir para a análise das causas cíveis nos Juizados Especializados que, por vezes, têm importância secundária.



## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Laura Gigante; GOULART, Dominique Assis. “Não me vejo na palavra fêmea, alvo de caça, conformada vítima”: a insuficiência da narrativa estatal perante as demandas de violência doméstica. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 481-513, dez., 2018.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. Competência dos Juizados de Violência Doméstica após a lei 13.894/19. *Revista Consultor Jurídico*, 2 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-02/julio-azevedo-competencia-civel-juizado-violencia-domestica#author>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BECHARA, Julia Maria Seixas. Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 15, n. 2661, 14 out. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17614/violencia-domestica-e-natureza-juridica-das-medidas-protetivas-de-urgencia>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BIANCHINI, Alice. Impacto das mudanças na prisão preventiva, as demais medidas cautelares e a Lei Maria da Penha. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís Marques (Coord.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, 2011. p. 225-234.

BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONETTI, Alinne de Lima. Desigualdade de gênero. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; APOSTOLOVA, Bistra Stefanova; FONSECA, Lívia Gimenes Dias da (coord.). **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito das mulheres**. Brasília, CEAD, 2012. v. 5. p. 91-96.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher. *Mapa de violência contra a mulher*. Brasília: CDDM, 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/pdfs/panorama-da-violencia-contra-as-mulheres-no-brasil-indicadores-nacionais-e-estaduais-no-1-2016>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão Permanente Mista de Combate à Violência contra a Mulher. *Enunciados da COPEVID*. Brasília: MPSP, 2016. Disponível em:



[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo\\_de\\_Genero/COPEVID/Enunciados/2016COPEVIDjunho2016.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/COPEVID/Enunciados/2016COPEVIDjunho2016.pdf). Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. *Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) criada "com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência"*. Brasília: Senado Federal, jun. 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496481>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília: PR, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Violência contra a mulher e as práticas institucionais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/Cristiane\\_completo\\_impress%C3%A3o1.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/Cristiane_completo_impress%C3%A3o1.pdf). Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Secretaria de políticas para as mulheres. *Política nacional de enfrentamento à violência doméstica contra a mulher*. Brasília: SPM, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Panorama da violência contra as mulheres no Brasil: indicadores estaduais e nacionais*. Brasília: Senado Federal, Observatório da Mulher contra a Violência, 2016. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529424/Panorama\\_violencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529424/Panorama_violencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 1496030/ MT 2014/0288527-5. Recurso Especial. Ação de Divórcio Distribuída por Dependência à Medida Protetiva de Urgência Prevista Na Lei N. 11.340/2006 (Lei Maria Da Penha). 1. Competência Híbrida e Cumulativa (Criminal e Civil) do "Juizado Especializado da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Ação Civil*



*Advinda do Constrangimento Físico e Moral Suportado pela Mulher no Âmbito Familiar e Doméstico. 2. Posterior Extinção da Medida Protetiva. Irrelevância para Efeito de Modificação da Competência. 3. Recurso Especial Provido. Recorrente: C P de O S. Recorrido: A S L da S. Relator: Min. Marco Aurélio Belizze, 06 de outubro de 2015. Segredo de Justiça. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201402885275&dt\\_publicacao=19/10/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402885275&dt_publicacao=19/10/2015). Acesso em: 10 maio 2020.*

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). *Recurso Especial 1475006/MT 2014/0190121-4. Agravo de instrumento - ação de execução de alimentos - medida protetiva de urgência em tramite junto à vara especializada de violência doméstica e familiar contra a mulher - art. 14, da lei n- 11.340/2006 - competência para julgamento das causas cíveis e criminais - Lei Maria da Penha - decisão reformada - recurso conhecido e provido. Recorrente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Recorrido: K F dos S (menor). Relator: Min. Moura Ribeiro, 14 de outubro de 2014. Disponível em: [https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ\\_RESP\\_1475006\\_7158f.pdf?Signature=OQnd4OQB0VZOFnrJ7aDWLogOauE%3D&Expires=1589332247&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1475006_7158f.pdf?Signature=OQnd4OQB0VZOFnrJ7aDWLogOauE%3D&Expires=1589332247&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=). Acesso em: 10 maio 2020.*

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). *Recurso Especial n. 1.419.421/GO, 2013/0355585-8. Direito processual civil. Violência doméstica contra a mulher. Medidas protetivas da lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Incidência no âmbito cível. Natureza jurídica. desnecessidade de inquérito policial, processo penal ou civil em curso. Recorrente: C A S. Recorrido Yedda Seronni. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 11 de fevereiro de 2014. Julgado em 11/02/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=33743165&tipo=91&nreg=201303555858&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140407&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 10 maio 2020.*

BUTLER, Judith P. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

CAMPOS, Carmen Hein. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Fabiano. Medidas protetivas de urgência na lei da violência doméstica e familiar contra a mulher. *In: ARMELIN, Donald (coord.). Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 477-496.



CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de rotinas e estruturação dos Juizados de Violência e Doméstica e Familiar contra a mulher*. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em:

<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/0/Manual+de+rotinas+13.9.18+-+Versa%CC%83o+com+os+u%CC%81ltimos+ajustes.pdf/75dc424d-7c75-8f71-255f-c550cfcdbef6f>. Acesso em: 10 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O poder judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/06/5514b0debf866190c20610890849e10\\_1c3f3d621da010274f3d69e6a6d6b7e6.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/06/5514b0debf866190c20610890849e10_1c3f3d621da010274f3d69e6a6d6b7e6.pdf). Acesso em: 10 maio 2020.

CORRÊA, Lindinalva Rodrigues; CAMPOS, Amini Haddad. *Direitos humanos das mulheres: doutrina, prática, direito comparado, estatísticas, estudos de casos, comentários à Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), legislação internacional*. Curitiba: Juruá, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (violência doméstica e familiar contra a mulher). *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, v. 4, p. 5-28, jun./jul.2008.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão 914888, 20150020266233CCP*. Conflito negativo de competência. juízo de família e juízo de violência doméstica e familiar contra a mulher. pedido de separação de corpos consistente em medida protetiva de urgência. divórcio preexistente. 2.

Câmara Cível. Relatora: Des.(a) Ana Maria Amarante, 14 de dezembro de 2015. Segredo de Justiça. Disponível em:

[https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=914888&numero=&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS\\_RECURSAIS,%20BASE\\_ACORDAOS\\_IDR,%20BASE\\_TEMAS,%20BASE\\_ACORDAOS,%20BASE\\_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ement=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=914888&numero=&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ement=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 10 maio 2020.



DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão 706913, 20130020178027CCR*. Conflito negativo de competência - ação cautelar de separação de corpos - causa de pedir - suposta violência doméstica e familiar contra a mulher - pleito de afastamento do requerido do lar - ausência de pedido de medida protetiva de urgência - crime - não configuração prima facie - juízo cível competente. Câmara Criminal. Relator: Des. Romão C. Oliveira, 26 de agosto de 2013. Segredo de Justiça. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=706913&numero=&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS\\_RECURSAIS,%20BASE\\_ACORDAOS\\_IDR,%20BASE\\_TEMAS,%20BASE\\_ACORDAOS,%20BASE\\_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ement=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=706913&numero=&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ement=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 10 maio 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão 1192714 07096560720198070000*. Conflito negativo de competência. Alimentos provisionais fixados pelo juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher em contexto de violência doméstica. Cumprimento de sentença. Incompetência da vara de família. Julgados do STJ e do TJDFT. Competência do juízo suscitado. 1. Câmara Cível. Relator: Des. Angelo Passareli, 05 de agosto de 2019. Segredo de Justiça. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1192714&numero=&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS\\_RECURSAIS,%20BASE\\_ACORDAOS\\_IDR,%20BASE\\_TEMAS,%20BASE\\_ACORDAOS,%20BASE\\_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1192714&numero=&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 10 maio 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão 1214268 07156735920198070000*. Conflito negativo de competência. Ação penal condenatória. Indenização por danos morais decorrentes de violência doméstica. Cumprimento de sentença. Competência. Juizado especializado de violência doméstica e familiar contra a mulher. Execução de seu próprio julgado. 2. Câmara Cível. Relator: Des. Esdras Neves, 04 de novembro de 2019. Disponível em:



[https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1214268&numero=&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS\\_RECURSAIS,%20BASE\\_ACORDAOS\\_IDR,%20BASE\\_TEMAS,%20BASE\\_ACORDAOS,%20BASE\\_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1214268&numero=&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 10 maio 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão 1205963 07152466220198070000*. Conflito negativo de competência. Juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher de Taguatinga. Juízo da quarta vara cível de Taguatinga. Lei n.º 11.340/2006. Indenização pelos danos decorrentes de violência doméstica e infidelidade conjugal. Pretensão de natureza eminentemente cível. Competência do juízo comum 2. Câmara Cível. Relator: Des. Sandoval Oliveira, 30 de setembro de 2019. Disponível em:

[https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1205963&numero=&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS\\_RECURSAIS,%20BASE\\_ACORDAOS\\_IDR,%20BASE\\_TEMAS,%20BASE\\_ACORDAOS,%20BASE\\_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1205963&numero=&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 10 maio 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão 1234646 07247880720198070000*. Conflito de competência. Juízo do juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher de Samambaia. Juízo do segundo juizado especial cível e criminal de Samambaia. Vara de violência doméstica e familiar. Competência híbrida. Competência cível restrita. Medidas protetivas de urgência. Dano moral. Cumprimento de sentença. Competência do juízo cível.1. Câmara Cível Relatora: Des (a) Gislene Pinheiro, 02 de março de 2020. Publicado no DJE: 13/3/2020. Disponível em

[https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1234646&numero=&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1234646&numero=&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=)



&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS\_RECURSAIS,%20BASE\_A  
CORDAOS\_IDR,%20BASE\_TEMAS,%20BASE\_ACORDAOS,%20BASE\_INFO  
RMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ement  
a=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&org  
aoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1.  
Acesso em: 10 maio 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.  
*Acórdão 897724 20150020192724CCP*. Processo civil. Conflito negativo de  
competência. Indenização por danos morais e materiais decorrentes de violência  
doméstica. Lei 11.340/2006. Juizado especializado de violência doméstica e familiar  
contra a mulher. Pretensão de natureza exclusivamente cível. 2. Câmara Cível.  
Relator: Des. Carlos Rodrigues, 14 de setembro de 2015. Disponível em:  
[https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-  
web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBus  
caAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BA  
SE\\_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO  
&argumentoDePesquisa=897724&numero=&tipoDeRelator=TODOS&dataFim=&i  
ndexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS\\_RECURSAIS,%20BASE\\_AC  
ORDAOS\\_IDR,%20BASE\\_TEMAS,%20BASE\\_ACORDAOS,%20BASE\\_INFOR  
MATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa  
=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orga  
oJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1.](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=897724&numero=&tipoDeRelator=TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1)  
Acesso em: 10 maio 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.  
*Acórdão 706913 20130020178027CCR*. Conflito negativo de competência - ação  
cautelar de separação de corpos - causa de pedir - suposta violência doméstica e  
familiar contra a mulher - pleito de afastamento do requerido do lar - ausência de  
pedido de medida protetiva de urgência - crime - não configuração prima facie -  
juízo cível competente. Câmara Criminal. Relator: Des. Romão C. Oliveira, 26 de  
agosto de 2013. Segredo de Justiça. Disponível em:  
[https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-  
web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBus  
caAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BA  
SE\\_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO  
&argumentoDePesquisa=706913&numero=&tipoDeRelator=TODOS&dataFim=&i  
ndexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS\\_RECURSAIS,%20BASE\\_AC  
ORDAOS\\_IDR,%20BASE\\_TEMAS,%20BASE\\_ACORDAOS,%20BASE\\_INFOR  
MATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ement  
&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJ  
ulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1.](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=706913&numero=&tipoDeRelator=TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1)  
Acesso em: 10 maio 2020.





FONSECA, Antônio Cezar Lima da. Algumas anotações sobre competência na Lei Maria da Penha. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 73, p. 35-49, jan./abr., 2013.

FÓRUM NACIONAL DE JUÍZES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER, 10., 2018, Pernambuco. *Enunciados* [...]. São Paulo: AMB, 2018. Disponível em: <https://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php>. Acesso em 3 mar. 2020.

FUNDAÇÃO INTERNACIONAL E IBERO-AMERICANA DE ADMINISTRAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS. *Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade*. Brasília: FIIAPP, 2008. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO. *Implementação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha no Distrito Federal*. Brasília: Anis, 2014. Disponível em: [http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2015/09/Relat%C3%B3rio-Final\\_Medidas-Protetivas\\_ANIS-DF.pdf](http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2015/09/Relat%C3%B3rio-Final_Medidas-Protetivas_ANIS-DF.pdf). Acesso em: 10 maio 2020.

IZUMINO, Wania Pasinato. Violência contra a mulher no Brasil: acesso à Justiça e construção da cidadania de gênero. In: CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS, 7., 2004, Coimbra. Paineis... Coimbra: CES, 2004. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel12/WaniaPasinatoIzumino.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v.14, n.168, p. 6-7, nov. 2006.

LAVORENTI, Wilson. *Violência e discriminação contra a mulher: tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro*. Campinas: Millenium, 2009.

LIMA, Fausto Rodrigues de. Da atuação do Ministério Público: arts. 25 e 26. In: CAMPOS, Carmem Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva Jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 327-335.

LAVORENTI, Wilson. *Violência e discriminação contra a mulher: tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro*. Campinas, SP: Millenium, 2009.

MACHADO, Lia Zanotta. Gênero, um novo paradigma? *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 11, p.107-125, 1998.



MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. São Paulo: Do Autor, 2012. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/04/PROF-MARINONI-TUTELA-INIBIT%C3%93RIA-E-TUTELA-DE-REMO%C3%87%C3%83O-DO-IL%C3%8DCITO.pdf>. Acesso em 3 mar. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Criminal 1.0024.11.045360-2/001*. Apelação Criminal - Lei Maria da Penha - Crime de Lesão Corporal Praticado no Âmbito Doméstico - Medidas Protetivas Requeridas pela Vítima - Indeferimento pelo Juízo Primevo - Natureza Jurídica de Tutela Inibitória - Autonomia e Satisfatividade - Recurso Ministerial Provido. 1. Câmara Criminal. Relatora: Des.(a) Kárin Emmerich, 18 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.11.045360-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 10 maio 2020.

OKIN, Susan Moller. *Gênero, o público e o privado. Estudos Feministas [online]*, Florianópolis, v.16, n.2, p. 305-332, maio/ago. 2008. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2008000200002&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2008000200002&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em 3 maio 2020.

OLIVEIRA, André Luiz Pereira de. *‘Se você ficar com nossos filhos, eu te mato!’*. Violência doméstica e familiar contra a mulher e as disputas de guarda de filhos/as em trâmite nas Varas de Família de Ceilândia/DF. 2015 157 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Estudo multi-países sobre saúde da mulher e violência doméstica*. São Paulo: FMUSP, 2000. Disponível em: [http://www2.fm.usp.br/gdc/docs/preventivapesquisa\\_8\\_omscompletoport.pdf](http://www2.fm.usp.br/gdc/docs/preventivapesquisa_8_omscompletoport.pdf). Acesso em 3 maio 2020.

PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da lei maria da penha. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 407-428, 2015.

PASINATO, Wânia. Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2006. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 119-142.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Brasília: Senado Federal, 2004.  
PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.



PIRES, Amom Albernaz. A opção legislativa pela política criminal extrapenal e a natureza jurídica das medidas protetivas da Lei Maria da Penha. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios*, Brasília, v.1, n. 5, 121-168, 2011.

RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. *Relatório sobre medidas protetivas de urgência*. Rio de Janeiro: DPU, 2016. Disponível em: [http://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Relatorio\\_Medidas\\_Protetivas.pdf](http://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Relatorio_Medidas_Protetivas.pdf). Acesso em: 01 maio 2020.

RODRIGUES, Maria Alice. *A mulher no espaço privado: da incapacidade à igualdade de direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, São Paulo, v.10, n.1, p.01-62, 2004. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762004000100002&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762004000100002&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 01 maio 2020.

SANCHES, Helen Crystine Corrêa; ZAMBONI, Juliana Klein. A natureza jurídica das medidas protetivas de urgência na Lei Maria da Penha e suas implicações procedimentais. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 13, n. 29, p. 1-32, dez. 2018.

SCOTT, Joan W. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação e Realidade*, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez.,1995. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>. Acesso em: 01 maio 2020.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; APOSTOLOVA, Bistra Stefanova; FONSECA, Lívia Gimenes Dias da (coord.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito das mulheres*. Brasília, CEAD, 2012. v. 5. Disponível em: <https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/pfigshare-u-files/1641690/IntroducaoCriticaaoDireitodasMulheres.2011.pdf>. Acesso em: 01 maio 2020.

TIMM, Flávia; SANTOS, Tatiana Nascimento dos Santos. A violência contra as mulheres. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; APOSTOLOVA, Bistra Stefanova; FONSECA, Lívia Gimenes Dias da (coord.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito das mulheres*. Brasília, CEAD, 2012. v. 5. p. 185-188.

VIEIRA, Sinara Gumieri. *Lei Maria da Penha e gestão normalizadora da família: um estudo sobre a violência doméstica judicializada no Distrito Federal entre 2006 e 2012*. 2016. 58 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2016.



WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa de violência: homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília: OPAS/OMS, 2015. Disponível em [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf). Acesso em 10 maio 2020.

WITTIG, Monique. The category of sexy. In: \_\_\_\_\_. *The straight mind and other essays*. Boston: Beacon, 1992. p. 1-8.



# DELITOS FISCAIS COMO ANTECESSORES DA LAVAGEM DE DINHEIRO: UMA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA E MATERIAL DO CRIME

Aline Padilha Martins e Silva.

## INTRODUÇÃO

O presente projeto tem por objetivo o estudo da impossibilidade jurídica e material da ocorrência do crime de lavagem de dinheiro a partir de um delito fiscal, considerando que todos os valores utilizados no crime de lavagem são obtidos como resultado de uma atividade ilícita. Assim sendo, necessita-se de geração de bens por meio de crime, o que não ocorre na fraude fiscal, pois esta não gera bens, mas simplesmente oculta os bens obtidos licitamente da fazenda pública, impossibilitando que essa seja tida como antecedente da lavagem de dinheiro.

Após a nova redação do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, extinguiu-se o rol de crimes antecedentes da lavagem de dinheiro. Assim, qualquer infração penal tornou-se passível de ser considerada antecedente de tal delito, tendo como pré-requisito apenas a **geração de bens ilícitos**.

Dessa forma, criou-se possibilidade, ainda que em tese, de os delitos fiscais serem considerados como infrações penais antecedentes do crime de lavagem de capitais. Entretanto, tal situação, esbarra de forma clara na importante questão de



serem os delitos fiscais capazes ou não de gerar capitais ilícitos para serem objeto antecedente do crime de lavagem.

A presente discussão possui clara importância na atualidade, momento em que a visibilidade - e até mesmo a prática - de crimes fiscais aumentou de maneira drástica nos últimos anos. Ademais, não há como negar que o crime de lavagem de dinheiro está presente na maioria das denúncias dos casos de delitos fiscais e crimes de colarinho branco, ainda que não tenha uma corrente majoritária sobre o assunto.

Assim sendo, existem duas questões a serem respondidas no presente trabalho: a primeira é se o crime tributário é capaz de gerar capitais ilícitos, ou se apenas se oculta os bens lícitos da Fazenda pública; e a segunda é se o crime tributário seria passível de ser utilizado como antecedente do crime de lavagem de capitais.

A escolha do presente tema se deu a partir do contato com o caso da rede de supermercados SUPERMAIA, em que seus gestores são acusados de crimes fiscais e de lavagem de dinheiro, sendo utilizada como uma das teses de defesa justamente a impossibilidade jurídica e material da utilização de sonegação fiscal praticada por particular como antecedente da lavagem.

Atualmente, está em evidência, principalmente na mídia, o combate aos crimes de colarinho de branco, tendo como conexão o crime de lavagem de dinheiro. Assim sendo, diante da clara evidência do crime de lavagem de dinheiro, não há como eximir a importância do crime tributário como antecedente desse perante o contexto atual em que vivemos. Portanto, não há como fechar os olhos para tal debate, uma vez que não são poucos os casos atuais que tratam exatamente sobre tal situação (Supermaia, Supercei, entre outros).

Perante a grande popularidade do crime de lavagem de dinheiro e dos inúmeros casos atuais que tem como tese defensiva a impossibilidade do crime



tributário como antecessor da lavagem, a presente pesquisa tem alta viabilidade, sendo possível verificar diversas opiniões sobre o tema.

Apesar de existirem diversos delitos fiscais, o presente trabalho tem por objetivo observar apenas se o crime de sonegação fiscal praticado por particular é capaz de ser considerado como antecessor da lavagem de dinheiro, e não especificar cada um dos delitos.

Assim, para a discussão do tema, dividiremos este trabalho em capítulos, além desta introdução. Os capítulos “CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO” e “DELITOS FISCAIS” tem por objetivo a explicação de todas as nuances dos crimes de lavagem de capitais e de crimes fiscais. Nestes capítulos trataremos acerca da introdução de tais crimes no ordenamento brasileiro, seus sujeitos passivos e ativos, os bens jurídicos tutelados, bem como a prática de tais delitos.

Posteriormente, o capítulo “CASO SUPERMAIA” explicará a situação fática a ser estudada acerca da denúncia oferecida em face dos proprietários e administradores da rede de supermercados SUPERMAIA, onde lhes foram imputados os crimes contra a ordem tributária, tipificados nos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990, bem como de lavagem de dinheiro, previsto no art. 1º, §2º, I, c/c art. 1º, §4º, ambos da Lei n. 9.613/1998.

Por fim, a conclusão tem por intuito compilar todos os argumentos que constam neste trabalho, a fim de instigar ainda mais o debate que este trabalho deu início, explicando por que motivos o crime de sonegação fiscal poderá ou não ser considerado como antecessor da lavagem de capitais.

## **1 DELITOS FISCAIS**



Os crimes tributários foram introduzidos no nosso ordenamento no ano de 1990 pelos arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 8.137/90 com o intuito de reprimir o não pagamento ou a supressão de tributos.

No Brasil, há uma divergência doutrinária acerca da identificação do bem jurídico tutelado por tais delitos, onde dividem-se entre teoria patrimonialista, funcionalista e ecléticas conforme explica Rodrigo Leite Ferreira Cabral:

As teorias patrimonialistas defendem que o bem jurídico tutelado pelos crimes tributários gravitam entorno da defesa de interesses patrimoniais supraindividuais do Estado, realçando, pois, que referidos delitos buscam proteger o patrimônio público, a fazenda pública, a arrecadação tributária.

Por outro lado, as teorias funcionalistas são aquelas que rejeitam uma conotação meramente patrimonial dos bens jurídicos protegidos, centrando, assim, a atenção nas funções que deve cumprir o tributo.

Existem, ademais, as denominadas teorias ecléticas, que aceitam a especificidade da orden tributária e a funcionalidade do tributo. Entendem que esas particularidades são importantes para dar os contornos a um bem jurídico genérico, à ratio legis dos tipos penais. A pesar disso, as teorias ecléticas realçam que a característica mais marcante desses delitos é precisamente a existência de um bem jurídico específico e imediato, que é consubstanciado pelos interesses patrimoniais do estado.<sup>1</sup>

Importante ressaltar, ainda, que o crime discutido neste capítulo é crime comum, podendo ser cometido por qualquer particular desde que seja o contribuinte ou o responsável tributário. Assim sendo, poderá ser responsabilizado por tal delito aquele que for o representante do contribuinte, uma vez que atua em nome de terceiro, assumindo a posição de garante, por ter domínio sobre as ações descritas no tipo penal. Entretanto, no caso de pessoas jurídicas, a responsabilização penal deverá cair sob aquele que foi o responsável pelo não pagamento do tributo, o que não será,

---

<sup>1</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Leis penais especiais**: comentadas artigo por artigo. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 898





necessariamente, os sócios, podendo ser, por exemplo, o contador ou o gerente, a depender de caso a caso.

As condutas típicas do crime em tela são, basicamente, a supressão e a redução do tributo, sendo a primeira aquela em que o agente não paga nenhuma parte do tributo devido, e a segunda aquela em que o agente paga valor menor que o devido mediante manobras (fraudes, enganação oclusão).

Ademais, de relevante importância, cumpre dizer que tais crimes presumem necessariamente um dolo. Ou seja, o sujeito deve almejar não pagar os valores devidos para a configuração de crime fiscal.

Diante de tais esclarecimentos, entende-se que os delitos fiscais são aqueles em que o sujeito não paga total ou parcialmente o fisco por diversas manobras que poderão ser realizadas pelo contribuinte ou por aquele que for responsável pelo pagamento dos tributos.

## 2 CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

O crime de lavagem de dinheiro fora introduzido no ordenamento brasileiro pela Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, que tipifica em seu artigo 1º:

Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.<sup>2</sup>

A luz da doutrina, tem-se Marco Antonio de Barros, que assim conceitua:

---

<sup>2</sup> BRASIL. **Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em: [89](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.613%2C%20DE%203%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%201998.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20crimes%20de,COAF%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 20 abr. 2020. Artigo 1º.</a></p></div><div data-bbox=)



“Lavagem” é o método pelo qual uma ou mais pessoas, ou uma ou mais organizações criminosas, processam os ganhos financeiros ou patrimoniais obtidos com determinadas atividades ilícitas. Sendo assim, “lavagem” de capitais consiste a operação financeira ou na transação comercial que visa ocultar ou dissimular a incorporação, transitória ou permanente, na economia ou no sistema financeiro do País, de bens, direitos ou valores que, direta ou indiretamente, são resultado de outros crimes, e a cujo produto ilícito se pretender dar lícita aparência.<sup>3</sup>

Assim sendo, o crime de lavagem de capitais é o processo pelo qual se busca inserir, na economia, um capital ilícito com aparência de lícito, impedindo o rastreamento desses recursos. Ou seja, lavar dinheiro é, basicamente, transformar um dinheiro considerado “sujo” pelo caráter ilícito de sua obtenção, em um dinheiro “limpo”, de forma que pareça que esse capital tenha sido gerado por atividades lícitas.

Há, portanto, um empecilho na punição de alguns crimes diante da prática da lavagem de capitais, uma vez que se dificulta a localização dos ativos ilícitos após a lavagem. Por tal motivo, a maioria da doutrina considera que o bem jurídico tutelado, ou seja, aquilo que se pretende proteger com a criminalização da conduta, é a Administração da Justiça. Tal situação justifica-se pela incapacidade que possui a administração pública em punir aqueles que praticam os crimes antecedentes, objetivando, assim, uma maior efetividade ao sistema estatal.

Entretanto, apesar deste ser o entendimento majoritário, é de suma importância ressaltar também o entendimento de que o bem tutelado juridicamente seria a ordem econômica, como explica Rogério Sanches:

Ora, com a prática ilegal, o ingresso da vantagem financeira de origem ilícita na economia formal – embora travestida de legalidade – ofende sobremaneira a ordem socioeconômica,

---

<sup>3</sup> BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de dinheiro**: implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 91-92.



pois acarreta nítido desequilíbrio em um mercado pautado por regras harmonicamente estabelecidas. Não serão mais o preço, a qualidade do produto ou a eficiência do serviço prestado a conduzirem a lógica das atividades econômicas. Na verdade, a introdução de recursos de origem espúria no cenário econômico traz motivações e elementos outros que certamente afetam a harmonia lógica reinamente no mundo dos negócios.<sup>4</sup>

Assim sendo, levando em consideração que o crime de lavagem de capitais é um crime comum, qualquer pessoa poderá praticar o delito em questão, não sendo necessária nenhuma característica especial do agente para tanto, ainda que o crime antecedente pressuponha tal característica. Por outro lado, tendo como base o bem jurídico tutelado, o sujeito passivo deste crime é a coletividade, pois a sociedade é quem sofre o dano pela prática de tal infração.

Assim ensina Rogério Sanches:

Afetando-se a administração da justiça, por via direta, abalam-se o cotidiano e a qualidade de vida do indivíduo social. Como recompensa à prática de atos de corrupção e crimes, quando manobras de lavagem de dinheiro são bem-sucedidas, verifica-se a ocorrência de graves prejuízos à integridade de toda a sociedade, minando a democracia e o senso social da Justiça.<sup>5</sup>

Tratando-se da execução do crime, esta se dará em modo sistemático, subdividido em três fases, com a única finalidade de transparecer à fiscalização um processo completamente íntegro e lícito. A primeira fase é a ocultação – também conhecida por colocação – momento em que se insere o capital ilícito em um montante lícito, para que o produto do crime se distancie do criminoso.

De acordo com Sérgio Moraes Pitombo, nesta primeira fase:

É feito o fracionamento do capital, obtido com a infração penal, e, depois pequenos depósitos bancários que não chamam a atenção pela insignificância dos valores e escapam

---

<sup>4</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Leis penais especiais:** comentadas artigo por artigo. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 1439.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 1443.



às normas administrativas de controle, impostas às instituições financeiras (art. 10, II, combinado com art. 11, II, da Lei 9.613/1998).<sup>6</sup>

A segunda fase da lavagem de capitais, por sua vez, consiste na dissimulação – também conhecida por mascaramento. Nesta fase, busca-se esconder os rastros dos crimes por meio de inúmeras transações bancárias, dissimulando o percurso do ilícito financeiro, para dificultar possíveis investigações. É, portanto, nesta fase em que se envia o dinheiro para o exterior – onde existem os paraísos fiscais – buscando sempre países em que presem o sigilo bancário em primazia, para que fique cada vez mais difícil a localização de tais ativos financeiros.

Por último, tem-se a fase da integração, onde o dinheiro ilícito já foi devidamente “lavado” e, portanto, já possui caráter lícito, podendo ser integrado no sistema econômico e financeiro como se assim o fosse. É nesta fase que encontram-se as empresas de fachada, os investimentos falsos, a compra e venda de bens e ativos, onde tenta-se introduzir o capital no círculo econômico-financeiro.

Acerca do assunto, Marco Antonio Barros assim ensina:

Geralmente se dá com a criação ou investimentos em negócios lícitos, ou ainda mediante a aquisição de bens em geral (imóveis, obras de arte, ouro, jóias, ações embarcações, veículos automotores etc.) Sendo o capital, com aparência lícita, reintroduzido nos setores econômico, financeiro e produtivo da cadeia econômico-financeiro do país, tal como ocorre com as operações de fundos legítimos.<sup>7</sup>

Outrossim, é sabido que, para a consumação do delito em que aqui se discute, é necessária a prática de uma infração penal que anteceda a lavagem, uma vez que é

---

<sup>6</sup> PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro**: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 37.

<sup>7</sup> BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de dinheiro**: implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 45-46.



imprescindível a criação do objeto da lavagem, qual seja o dinheiro fruto de uma atividade ilícita.

De acordo com a Convenção de Viena, é imprescindível que os bens, direitos ou valores objeto da lavagem de capitais sejam provenientes direta ou indiretamente de um crime antecedente. Ou seja, o objeto da lavagem é o produto de algum crime antecessor.

Assim, iniciou-se a corrida pela definição de quais crimes podem ser elencados como antecedentes do delito da lavagem. Diante da dificuldade de tal consideração, como nos ensina Rogério Sanches:

Encontra-se inserida na alçada de política criminal de cada jurisdição cabendo ao legislador pátrio optar para quais condutas criminosas deseja estender a criminalização da lavagem do recurso financeiro ilicitamente gerado.<sup>8</sup>

A norma internacional que regula especificamente tal questão é a Recomendação n. 3 do Grupo de Ação Financeira (GAFI), que estabeleceu às jurisdições o dever de efetuar a criminalização da lavagem de capitais conforme às regras da Convenção de Viena, que assegura que os crimes antecedentes devem ser todos os crimes graves.

Assim, diversos entendimentos acerca do rol de crimes antecedentes foram sendo adotados pelo mundo, não tendo uma uniformidade e um entendimento único mundialmente reconhecido sobre diversos crimes, como, por exemplo, os crimes fiscais.

O crime antecessor da lavagem, em sua normalidade, é pensado como resultante de um produto ou proveito ilícito como um ganho, uma vantagem que o

---

<sup>8</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Leis penais especiais**: comentadas artigo por artigo. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 1467.



crime agrega ao patrimônio do autor. O dinheiro furtado, a coisa roubada, o valor extorquido mediante sequestro, a propina na corrupção.

Em tais casos, não há discussão que existem bens, direitos ou valores ilícitos incorporados ao patrimônio do criminoso e que, se houver ocultamento ou dissimulação (etapas da lavagem) de sua origem, natureza, procedência, estará caracterizado o crime de lavagem, previsto no art. 1º da Lei n. 9.613/1998.

Na doutrina nacional, a redação originária da Lei nº 9.613/1998 inclinava-se, claramente, no sentido de exigir que os bens, direitos ou valores, provenientes da infração, “implicassem um acréscimo ao patrimônio do criminoso”. Aliás, não foi por outro motivo que, declaradamente, ficou fora do rol de delitos antecedentes, por exemplo, o crime de sonegação fiscal.

Necessário relembrar a Exposição de Motivos do Poder Executivo (EM 692/MJ/96) constante do projeto de lei originário, que, posteriormente aprovado, deu azo à primeira redação da Lei 9.613/1998. Ali, consignou-se expressamente que “o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal (EM, item 34)”.

Ocorre que, posteriormente, admitiu-se a abertura do catálogo de crimes antecedentes (com a edição da Lei n. 12.683/2012), onde o rol de crimes antecedentes foi excluído do art. 1º da Lei n. 9.613/98, deixando de ser um rol taxativo e deixando aberto à interpretação do magistrado quais crimes podem e não podem ser antecessores do delito principal.



Por outro lado, nas doutrinas internacionais, vários cenários podem ser observados como direito comparado para que diversas visões acerca do tema sejam analisadas. Em Portugal, desde a Lei n. 10/2002, que deu nova redação ao art. 2º do Decreto-Lei n. 325/95, o delito fiscal, tipificado nos arts. 103 e 104 do Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT), está presente no rol dos crimes antecedentes ao branqueamento (denominação do crime de lavagem de dinheiro).

Entretanto, houve a revogação do Decreto-Lei n. 325/1995 supracitado, por meio da Lei n. 11/2004, mas incluiu-se ao Código Penal português o art. 368-A, mantendo a fraude fiscal dentre os antecedentes da lavagem.

Já na Alemanha, o Código Penal Alemão (Strafgesetzbuch (StGB)) prevê a aplicação do crime de lavagem de dinheiro (Geldwäsche) aos casos de fraude fiscal quando cometidos profissionalmente ou de forma organizada, em relação aos gastos economizados em virtude da fraude fiscal, às compensações tributárias, às restituições de impostos recebidos indevidamente e aos bens cujos impostos respectivos tenham sido evadidos.

Na França, o art. 341-1 do Código Penal Francês prevê que qualquer crime ou delito poderá ser considerado como antecedente do *blanchiment* (lavagem de dinheiro), não havendo qualquer restrição aos ilícitos penais.

Além disso, a Câmara Criminal da Corte de Cassação francesa já considerou, em um caso concreto, que o delito fiscal da lavagem de dinheiro pode ser resultado de dissimulação de valores sujeitos à tributação.

A Itália, por sua vez, em semelhança com a França, não possui um rol de infrações precedentes do delito de lavagem de dinheiro, podendo qualquer delito não culposo seu antecessor do *riciclaggio* (lavagem de capitais), tipificado no art. 648 do Código Penal italiano. Houve, também, confirmação da possibilidade de delitos



fiscais como antecessores da lavagem de dinheiro em sentença proferida pela Corte de Cassação italiana em 2012.<sup>9</sup>

### 3 CASO SUPERMAIA

O grupo SuperMaia foi um importante empreendimento brasileiro no ramo de supermercados instituída por Paulo de Mendonça Maia, e administrada por seu filho José Fagundes Maia Neto e sua nora Maria de Fátima há mais de quatro décadas no Distrito Federal.

Dentre seus quinze estabelecimentos de supermercados, a rede gerou diretamente mais de dois mil empregos em decorrência de sua atividade, além de seis mil empregos indiretos e diversos promotores de vendas e fornecedores, os quais dependiam todos do grupo para sua subsistência.

A rede de supermercados recebeu diversos prêmios e diplomas por estarem entre os maiores arrecadadores de ICMS do Distrito Federal e do Goiás, chegando a ultrapassar, em ranking regional, empresas com faturamento extremamente maior do que os que o grupo possuía, além disso, foi consagrado entre os maiores supermercadistas do país, tendo sido classificado em 26º lugar no ranking nacional.

Com o crescimento rápido da concorrência, o grupo se viu obrigado a reduzir cada vez mais os preços, trabalhando com baixas margens de lucro, ao mesmo tempo em que visavam a expansão da rede, como meio de garantir a permanência e liderança no mercado.

Devido a ascensão da rede Supermaia, o grupo passou a depender de capital de terceiros, dentre eles fornecedores, que aumentaram suas participações nas

---

<sup>9</sup> ITÁLIA. Corte di Cassazione. **Penale Sent.** Sez. 2 Num. 6061 Anno 2012. Disponível em: <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpn&id=../20120217/snpn@s20@a2012@n06061@tS.clean.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.





operações, e sobretudo de financiamentos bancários, gerando recursos financeiros de maneira extremamente onerosa, fazendo com que as dívidas do tomador do empréstimo sejam cada vez maiores.

Nesse cenário, o grupo teve um prejuízo avaliado aproximadamente em R\$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais) devido ao incêndio em sua unidade no Lago Sul, além da perda temporária de considerável parte de seu faturamento, o que resultou em um grave corte no capital de giro da empresa.

A rede, portanto, entrou em grave crise econômico-financeira, onde o custo alto do negócio, redução no faturamento, endividamento bancário, juros e pouco prazo para pagamento foram protagonistas de tal cenário. Entretanto, mesmo em meio ao desastre, o grupo Super Maia manteve como prioridade os pagamentos de seus empregados, com o intuito de evitar que a crise prejudicasse o sustento de inúmeras famílias.

Assim, as empresas do grupo Super Maia recorreram em 2015 ao Poder Judiciário a fim de promover a Recuperação Judicial, a qual foi deferida pela Vara de Falências, Recuperações Judiciais, Insolvência Civil e Litígios Empresariais do Distrito Federal.

### **3.1 Denúncia**

Durante a grave crise que o grupo SuperMaia vivia, houve, concomitante, o aumento da dívida tributária das empresas, uma vez que, por vezes, os tributos eram parcialmente pagos ou, raramente, não eram adimplidos, devido a falta de recursos para seu pagamento.

Posteriormente, ainda em 2015 – ano em que a Recuperação Judicial foi decretada – o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ofereceu denúncia em face dos gestores do grupo de supermercados JOSÉ FAGUNDES MAIA NETO,



MARIA DE FÁTIMA GONÇALVES DOS SANTOS MAIA, JANDY FRANÇA MACIEL, ANTÔNIO CÉSAR MAIA, MARIA DE LOURDES BANDEIRA MAIA VALADÃO e ALCINA LIDUINA BANDEIRA MAIA DE ABREU, imputando-lhes crime contra a ordem tributária, tipificados nos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990, bem como lavagem de dinheiro, previsto no art. 1º, §2º, inciso I c/c art. 1º, §4º, ambos da Lei n. 9.613/1998.

A inicial acusatória apontou que os gestores teriam suprimido o tributo de ICMS, delito definidos nos arts. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/1990, ao deixarem de declarar operações sujeitas a sua incidência. Ademais, acusou, também, a ocorrência de apropriação indébita tributária, prevista no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, de valores de ICSM que foram devidamente escriturados em livros fiscais e comunicados às autoridades fiscais do Distrito Federal.

Ademais, sustentou o *parquet* a ocorrência de crime de lavagem de dinheiro, previsto na Lei n. 9.613/1998, por terem os valores sonogados sido supostamente utilizados para promover a abertura e reforma de supermercados da rede durante os anos de 2008 e 2011.

Nos autos do processo que percorria na 5ª Vara Criminal de Brasília, o douto juízo condenou o sócio-gerente JOSÉ FAGUNDES MAIA NETO em cinco anos de reclusão pelos crimes de sonegação fiscal e lavagem de dinheiro por deixar de recolher o valor do tributo do ICMS, bem como por apropriação indébita tributária.

Após a condenação em primeira instância, os defensores do grupo SuperMaia recorreram para a segunda instância por meio de Apelação Criminal, pugnando por nulidades, bem como pela improcedência das imputações quanto ao crime de lavagem de capitais. 00206885220168070001

A Primeira Turma Criminal do e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal proveu o recurso de Apelação Criminal da defesa por entender que:



6. Não subsiste a alegação de lavagem de dinheiro (artigo 1º, § 2º, inciso I, combinado com artigo 1º, § 4º, ambos da Lei 9613/98), pois a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos valores tem de ser provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Ademais, se os recursos não foram repassados, mas sim utilizados na própria atividade empresária (pagamento de funcionários e fornecedores) não estão ocultos ou dissimulados, pois se sabe perfeitamente onde foram empregados.<sup>10</sup>

Após a reforma da sentença pelo e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o Ministério Público do Distrito Federal interpôs Recurso Especial contra o acórdão acima descrito apontando infração aos art. 2º, II da Lei 8.137/90 e art. 1º, §2º, I, da Lei 9.613/98.

O Recurso Especial foi admitido pelo Presidente do TJDF e remetido ao Superior Tribunal de Justiça para regular processamento do feito, sem atualizações até o momento da finalização deste trabalho.

### **3.2 Ilustração do problema: sonegação de ICMS como antecessor da lavagem de dinheiro**

O *parquet* afirma na denúncia a existência do crime de lavagem de dinheiro, verificado no art. 1º caput da Lei n. 9.613/1998 por entender que, após se apropriarem de receitas tributárias provenientes do ICMS, os gestores dissimulavam tais valores como rendimento mensal empresarial para que os empréstimos feitos fossem mantidos, os valores reinvestidos e os parcelamentos tributários de débitos anteriores realizados, momento em que, para o MPDFT, teria sido consumada a prática do delito tipificado no art. 1º, §2º, inciso I c/c §4º, ambos da Lei n. 9.613/1998.

---

<sup>10</sup> Acórdão nº 1202672 da 1ª Turma Criminal do TJDF na APR nº 2016.01.1.073322-2



Entretanto, caso a pretensa acusatória estiver correta, estará admitindo o crime de sonegação de ICMS como antecessor da lavagem de capital, o que não é e nem nunca foi elencado em tal rol.

O delito de lavagem de dinheiro pressupõe diretamente um delito antecedente, uma vez que apenas é passível de ser lavado um capital proveniente de um delito ou contravenção penal. Acerca do exposto, dita-se a doutrina:

Característica esencial que ha de reunir el objeto del delito de blanqueo de capitales es que debe tener su origen en un hecho delictivo previamente cometido. Ha de existir, como requisito imprescindible, un nexo entre el objeto del blanqueo y una actividad delictiva previa. Si no está presente ese nexo o unión o se si rompen por alguna circunstancia, no existe objeto idóneo para el delito de blanqueo de capitales.<sup>11</sup>

O tipo penal ainda indica que os bens passíveis de lavagem são aqueles provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Ou seja: apenas o produto ou proveito do crime pode ser objeto de lavagem, seja na forma de proveniência direta (producta sceleris), seja indireta (fructus sceleris). Os bens diretamente provenientes da infração são aqueles com ligação imediata com o ilícito anterior, como o dinheiro furtado, o carro roubado, enquanto os indiretamente provenientes são resultantes da transformação ou substituição dos originais, decorrência mediata da prática delitiva, como o imóvel adquirido com o dinheiro da corrupção, ou os rendimentos ou lucros da aplicação do valor original.<sup>12</sup>

Uma característica essencial que o objeto do crime de lavagem de dinheiro deve atender é que ele deve ter origem em um ato criminoso previamente cometido. Como requisito essencial, deve haver um vínculo entre o objeto da lavagem de dinheiro e uma atividade criminoso anterior. Se esse vínculo ou união não estiver presente ou se romperem devido a alguma circunstância, não há objeto adequado para o crime de lavagem de dinheiro.

---

<sup>11</sup> BLANCO CORDERO, Isidoro. **El Delito de Blanqueo de Capitales**. 3 ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2012. p. 246.

<sup>12</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de Dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9613/1998, com alterações a Lei 12683/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 69.



O tipo penal ainda indica que você é passivo da lavagem apenas daqueles originados, direta ou indiretamente, por infração criminal. Ou seja: assim que o produto ou a provisão do crime puder ser objeto de lavagem, seja na forma de proveniência direta (*producta sceleris*), seja indireta (*fructus sceleris*). Você é diretamente da infração daqueles com a conexão ilegal anterior, como dinheiro furtado, ou carro rude, logo que eles resultem indiretamente da transformação ou substituição de origens originais, decoro mediado pela prática prática, ou imóvel adquirido como dinheiro proveniente de corrupção ou devoluções ou lucros com a aplicação do valor original. (Tradução livre da autora)

Nesse cenário, tem-se a ideia de que a lavagem de capitais, conforme se explicará a diante, tendo por antecedente o crime de sonegação poderia:

- a) Ser considerado um crime impossível, previsto no art. 17 do Código Penal por serem os bens e direitos proveito de atividade econômica lícita e regular – passivos absolutamente incompatíveis com a prática da lavagem;
- b) Ser considerado atípico pela inexistência do objeto material da infração;
- c) Configurar um *bis in idem*.

### 3.2.1 Cenário 1: Crime impossível (art. 17 do Código Penal)

No primeiro cenário, caso considerarmos, conforme o MPDFT na denúncia do caso SuperMaia, o crime de sonegação, especificamente acerca do tributo ICMS, como antecessor da lavagem de capitais, poderia ser constituído um crime impossível.

Tendo em vista que o tipo penal em questão pressupõe a pré-existência um crime consumado que tenha gerado capital para que este seja passível que figurar como objeto para aquele. Entretanto, os objetos supostamente sonegados no caso em tela, são provenientes direta e indiretamente de atividade lícita empresarial, especificamente no ramo de supermercados.



O crime impossível, por sua vez, é aquele ato que jamais poderá ser consumado, ou seja, jamais poderá existir, seja pela ineficácia completa do meio, seja pela impropriedade absoluta do objeto material, assim como prevê o artigo:

Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

Temos, portanto, duas condições:

- a) Delito impossível por ineficiência absoluta do meio e;
- b) Delito impossível por impropriedade absoluta do objeto material.

Na primeira, a conduta será absolutamente impossível, pois o instrumento utilizado para a consumação da prática delitiva é incapaz de promover este fim de qualquer maneira. São exemplos de tais casos: quando alguém tenta matar outrem com magia ou quando alguém tenta tirar a vida de outra pessoa com um palito de dente.

A segunda, por sua vez, tem como exemplo quando o agente tenta matar um cadáver. Assim, será considerado crime impossível pela impropriedade absoluta do objeto material quando o agente praticar conduta que por si só será impossível de provocar qualquer consumação de resultado lesivo. Entretanto, nesse cenário o fruto da sonegação tributária, ainda o agente pudesse tentar, jamais conseguiria “tornar-se lícito”, já que jamais foi ilícito.

Em ambos os casos não existirá risco algum de lesão ao bem protegido. E, não lesando o bem em questão, não tem o que se falar em consumação de um crime, mas sim considerá-lo crime impossível.

### *3.2.2 Cenário 2: Considerada atipicidade por inexistência do objeto material da infração*



Para que uma conduta seja considerada crime, deverá seguir o critério analítico, que, no direito brasileiro, segue-se a vertente tripartido: o fato deverá ser típico, antijurídico e culpável.

A tipicidade do delito é quando essa conduta está descrita formal e objetivamente, por meio da qual se modifica o mundo exterior. A antijuridicidade é a definição da conduta como a prática de ação atípica que contraria o direito e a legislação. Por último, mas não menos importante, a culpabilidade é a relação entre o agente e o fato, o qual deverá ser claro para o preenchimento deste quesito.

No presente caso, a sonegação de ICMS como precedente do delito de lavagem esbarrará no quesito da atipicidade, uma vez que tais crimes não possuem propriedade para antecederem a prática subsequente de crime de lavagem.

Não há discussão, tampouco dúvidas, que o proveito ilícito gerará uma vantagem patrimonial ao seu autor, como exemplo o dinheiro furtado, a coisa roubada, a propina na corrupção passiva.

Entretanto, o crime de sonegação tributária não é apto a gerar quaisquer produtos, uma vez que o objeto do crime de sonegação preexistente ao delito e não fruto deste, motivo pelo qual será incapaz de figurar como material de lavagem, já que o contribuinte não tem seu patrimônio alterado. Ou seja, o sonegador tinha certa disponibilidade em dinheiro ou valor em contas bancárias ou outros, e continuará exatamente com o mesmo valor, após deixar de pagar o tributo.

A resolução de tal questão possui duas vertentes: uma mais restritiva e a outra mais ampliativa. Uma linha de pensamento é convencionalmente denominada como “dinâmica”, que considerará que o delito anterior deverá ter gerado um ganho que depois será objeto de lavagem. A segunda linha, por sua vez, entende que, pelo ponto de vista econômico, a ausência de redução patrimonial – situação da tese



acusatória do caso do grupo Supermaia – poderá ser entendida da mesma forma em que o aumento ilícito do patrimônio é considerado como proveniente do delito.

Como se sabe, antes da modificação, a Lei n. 9.613/1998 possuía um rol taxativo dos delitos antecedentes, exigindo que os bens, direitos ou valores provenientes do delito implicassem um aumento significativo ao patrimônio do autor. Assim sendo, a sonegação tributária ficou expressamente excluída do rol original.

Cabe destacar, neste ponto, a Exposição de Motivos do Poder Executivo (EM 692/MJ/96) proveniente do projeto de lei originário da Lei 9.613/1998, o qual constou expressamente que:

O projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal (EM, item 34).

Posteriormente, entretanto, o rol taxativo foi ratificado, admitindo a abertura da lista de crimes antecedentes. Tal alteração, contudo, não exclui a compreensão acima citada, visto que ainda não será possível identificar a existência de produto derivado da sonegação, já que existe, apenas, manutenção do patrimônio.

### 3.2.3 Cenário 3: *Bis in Idem*

Há ainda, uma ofensa ao princípio do Non Bis in Idem, o qual pressupõe que ninguém poderá ser julgado pelo mesmo fato mais de uma vez, já que condenará o sonegador pelo crime do delito fiscal e pela lavagem de dinheiro.





Nesse sentido, tem-se Bottini e Badaró:<sup>13</sup>

O tipo objetivo do art. 1º, caput, na forma de ocultação ou dissimulação exige, portanto, algum ato de mascaramento do valor precedente da infração. O uso aberto do produto do crime não caracteriza a lavagem. Se o agente utiliza o dinheiro procedente da infração para comprar imóvel, bens ou o deposita em conta corrente, em seu próprio nome, não existe o crime em discussão. O mero usufruir do produto infracional não é típico. Aquele que se propõe a praticar uma infração penal com resultado patrimonial o faz, em regra, com a intenção de gastar em proveito próprio os bens adquiridos. Trata-se de mero aproveitamento do produto de crime, ato irrelevante para a administração da justiça.

No presente caso, ainda que pudesse sustentar o *parquet* a existência de crimes tributários antecedentes, seu suposto emprego para financiar a abertura de novas lojas do mesmo grupo ou mesmo efetuar pagamento de empréstimos bancários ou outros débitos, seriam mero usufruto do suposto produto de crime, não tendo o condão de tipificar quaisquer atos da lavagem.

Ademais, no delito da sonegação já se pressupõe que tal produto seja utilizado para outro fim se não o de pagamento de tributos, uma vez que, caso o autor não tivesse o propósito de utilizar para outras atividades financeiras o dinheiro em questão, sequer iria deixar de pagar o imposto apenas para “reter” em sua conta ou aplicações mais capital.

Assim sendo, caso condenasse o autor por sonegação fiscal e, posteriormente, por lavagem deste capital que seria destinado ao pagamento do tributo de ICMS, configuraria clara ofensa ao princípio do non bis in idem que impede a dupla condenação pela mesma conduta.

---

<sup>13</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de Dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9613/1998, com alterações a Lei 12683/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 65.



## CONCLUSÃO

Com a extinção do rol de delitos antecedentes da lavagem de dinheiro no art. 1º da Lei n. 9.613/98, criou-se a possibilidade de qualquer infração penal ser considerada antecedente, necessitando apenas que sejam gerados bens ilícitos.

Assim sendo, diante do extenso leque de possibilidades que se criou com tal modificação, os delitos fiscais passaram, ainda que em tese, a serem considerados como infrações penais antecedentes da lavagem de capitais por alguns doutrinadores, magistrados, entre outros, levando a questão principal do presente trabalho: seria ou não possível que os crimes fiscais gerassem capital passível de tornarem-se objeto para a lavagem?

Como vimos no caso SuperMaia, foram imputados aos sócios do grupo delitos contra a ordem tributária, tipificados nos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990, bem como de lavagem de dinheiro, previsto no art. 1º §2º, inciso I c/c art. 1º, § 4º, ambos da Lei n.9.613/1998. Entretanto, caso considerássemos que o crime de lavagem de capitais pudesse ter como objeto a receita obtida por meio do não pagamento de tributos, conforme explicado neste trabalho, teríamos claro exemplo de: 1. Crime impossível; 2. Atipicidade da conduta; e 3. Bis in Idem.

Configuraria crime impossível pois o produto do crime de sonegação fiscal jamais poderá provocar a consumação do crime de lavagem de dinheiro, uma vez que não seria possível tornar lícito um capital que jamais fora ilícito, já que o capital pré existiu ao crime de sonegação, tornando o objeto absolutamente impróprio.

Outrossim, a lavagem de capitais com os delitos fiscais como seus antecessores configura prática atípica, pois tais crimes não possuem propriedade para ocuparem tais posições, já que a necessidade de capital fruto de ilícito não estará preenchida. Explico: o crime de sonegação tributária não é apto a gerar



qualquer produto, pois o capital é pré-existente ao delito, e não fruto deste, motivo pelo qual será incapaz de figurar como material de lavagem.

Por último, tem-se a ofensa ao princípio do Non Bis in Idem, que determina que ninguém será julgado pelo mesmo fato mais de uma vez, pois qualquer utilização que o sonegador desse para a receita sonegada seria mero usufruto do suposto produto de crime, não tendo o condão de tipificar quaisquer atos da lavagem. Ou seja, no delito da sonegação já se pressupõe que tal produto seja utilizado para outro fim se não o de pagamento de tributos, já que, caso o sujeito não tivesse outro fim para a receita, sequer deixaria de pagar o tributo.

Diante do exposto, conclui-se que a utilização de crime fiscal previstos na Lei n. 8.137/90 como antecessor da lavagem de capitais (Lei n. 9.613/98) é uma impossibilidade jurídica por constituir conduta atípica, crime impossível e/ou ofensa ao princípio do non bis in idem.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de dinheiro**: implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El Delito de Blanqueo de Capitales**. 3 ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de Dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9613/1998, com alterações a Lei 12683/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. **Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19613.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.613,de%203%20de%20mar%C3%A7o%20de%201998)



209.613%2C%20DE%203%20DE%20MAR%20C3%87O%20DE%201998.&text=Dis  
p%20C3%B5e%20sobre%20os%20crimes%20de,COAF%2C%20e%20d%20C3%A1%2  
0outras%20provid%20C3%A4ncias. Acesso em: 20 abr. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Leis penais especiais:** comentadas artigo por artigo. 2  
ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

ITÁLIA. Corte di Cassazione. **Penale Sent.** Sez. 2 Num. 6061 Anno 2012.

Disponível em:

<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpn&id=./20120217/snpn@s20@a2012@n06061@tS.clean.pdf>. Acesso em: 20  
abr. 2020.

PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro:** a tipicidade do  
crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003



# CRIMINOSO PSICOPATA: QUAL A SANÇÃO PENAL ADEQUADA PARA PORTADORES DESSA PSICOPATOLOGIA: PENA OU MEDIDA DE SEGURANÇA?

Ana Paula Tostes Viégas

## RESUMO

O presente trabalho monográfico pretende abordar a dificuldade existente para se determinar qual é a sanção penal mais adequada aos indivíduos psicopatas que praticam ilícitos penais, sob a ótica da culpabilidade. Por um lado precisamos considerar sua reduzida atividade cerebral nas estruturas ligadas às emoções – que os impede de compreender o mal que causam com suas transgressões, apesar de possuírem total noção de suas atitudes –, e por outro, sua condição não ser considerada doença mental, não existindo, portanto, cura ou tratamento para ela. Serão realizadas análises acerca das características dos psicopatas, assim como dos requisitos para a aplicação da pena e da medida de segurança, buscando-se, ao final, evidenciar o dilema enfrentado pelos juristas no emprego da sanção penal adequada para esses indivíduos, e apresentar possíveis soluções, de forma a respeitar sua condição e zelar pelo bem-estar social.

**Palavras-chave:** Psicopata. Psicopatia. Sanção Penal. Imputável. Inimputável. Semi-imputável. Pena. Medida de Segurança.

## 1 INTRODUÇÃO

O interesse pelo tema surgiu ao assistir reportagens, séries e filmes sobre *serial killers*, os quais, em sua maioria, retratam alguma psicopatologia ou distúrbio mental, destacando-se, dentre eles, a psicopatia.



Quando falamos de psicopatas, normalmente pensamos logo em criminosos perigosos, frios e calculistas, no estilo *serial killer*. Entretanto, a psicopatia abrange muito mais do que essa imagem hollywoodiana que a mídia nos impõe. De fato, os indivíduos acometidos por tal transtorno apresentam elevada propensão a praticarem delitos, dos mais graves inclusive, além de possuírem predisposição para se tornarem reincidentes. Porém, mesmo que não cometam crimes, ou pratiquem apenas os de menor potencial ofensivo, todos os psicopatas possuem certo nível de periculosidade, por não conseguirem reprimir seus instintos, atropelando a tudo e a todos, a fim de atingir seus objetivos. Daí a necessidade da compreensão de seu distúrbio para que se possa aplicar uma sanção penal condizente com sua condição quando praticarem algum ilícito.

É válido ressaltar que nem todos os psicopatas cometem crimes, pois, mesmo possuindo o mesmo transtorno, há a incidência de fatores biológicos, psicológicos e sociais em suas ações. Para a exposição do presente trabalho, entretanto, o foco será o psicopata que cometeu algum crime, e, por consequência, sua relação jurídica com o Direito Penal e com o Direito Processual Penal.

O presente tema possui relevância tanto social, quanto acadêmica, profissional e científica. A relevância social está destacada no fato de que a criminalidade afeta a população de forma geral, e a melhor alternativa para se combater a onda de crimes é investir na educação e na ressocialização dos infratores para que não voltem a delinquir. A temática também mostra relevância acadêmica, pois quando nos deparamos com lacunas nas leis, precisamos recorrer a outras fontes do Direito para resolvermos a situação, e uma dessas fontes é a doutrina, que busca a forma como outros operadores do Direito pensam e como resolveriam a questão. A relevância profissional se encontra no fato de que, como já mencionado, a Doutrina pode orientar a resolução de situações, e até mesmo na busca por mudanças e adequações das leis. Por fim, a temática demonstra relevância científica, tendo em



vista que quanto mais uma situação que ainda não é abrangida pela legislação é debatida, mais os estudiosos procurarão entendê-la e buscarão soluções, e, assim, o Direito se atualiza.

É de extrema importância se debater a questão da aplicação da sanção penal adequada ao agente portador de personalidade psicopática para que seja viável, primeiramente, lhe dar uma sanção justa, entendendo sua condição e zelando pela sua ressocialização, e, depois, para que possa ser estudado o impacto que a aplicação equivocada da sanção penal a este indivíduo pode gerar na sua condição, e, por consequência, no seu convívio social, podendo trazer ainda mais males à população.

No entanto, importa destacar que a abordagem de tal tema não é simples, uma vez que existem diversas correntes divergentes na psiquiatria forense quanto às causas e características de tal distúrbio, além da dificuldade, dentro do âmbito jurídico, em se classificar o indivíduo psicopata como imputável, semi-imputável ou inimputável.

Portanto, para o desenvolvimento do trabalho e sua melhor compreensão, mostra-se importante, inicialmente, trabalhar com conceitos relativos à própria psicopatia, bem como as modalidades de sanção penal.

No primeiro capítulo, será apresentado o conceito que a psiquiatria dá para os transtornos mentais, diferenciando-o das doenças e síndromes, a fim de que se possa compreender melhor a complexidade da psicopatia, assim como seus desdobramentos no âmbito jurídico. Para isso, será apresentado inicialmente um breve histórico sobre o estudo desse distúrbio e, ao final, suas características.

No segundo capítulo, serão abordados os conceitos de imputabilidade, semi-imputabilidade e inimputabilidade, bem como as sanções penais adequadas para cada caso, evidenciando-se as diferenças entre a pena de prisão e a medida de segurança.



No último capítulo, far-se-á uma junção dos conceitos psiquiátricos e jurídicos trazidos ao longo do trabalho, para se tratar da questão da culpabilidade do indivíduo portador de psicopatia que venha a cometer um ilícito penal, e, conseqüentemente, da sua responsabilidade penal.

Para uma melhor compreensão da problemática apresentada por esse trabalho monográfico, as histórias de três criminosos brasileiros considerados psicopatas serão abordadas, quais sejam: o caso de Roberto Aparecido Alves Cardoso, também chamado de “Champinha”, o de Francisco de Assis Pereira, o “Maníaco do Parque”, e o de Francisco Costa Rocha, mais conhecido como “Chico Picadinho”.

Com a apresentação desses casos, serão analisadas as medidas tomadas pelo Poder Judiciário para punir estes indivíduos, e como outros Estados lidam como criminosos que possuem a mesma condição psíquica.

O objetivo principal deste trabalho é demonstrar como o criminoso psicopata desafia as sanções penais brasileiras adotadas, analisando-se os limites de cada uma, e nos propondo, assim, a refletir sobre como devemos lidar com estes indivíduos, para que respondam por seus atos, sem que seus direitos sejam violados.

## **2 TRANSTORNOS MENTAIS**

Inicialmente, vale evidenciar a diferença entre as expressões: doenças, síndromes e transtornos mentais ou distúrbios – uma vez que cada uma delas se refere a diferentes estados ou comprometimentos da saúde, muito embora sejam confundidos com frequência pelas pessoas.

De acordo com o site Brasil Escola, “Doença é o termo utilizado para se referir a um estado de ausência de saúde”. Ou seja, está presente quando há alteração em determinado órgão, na psique, ou no organismo como um todo, levando a sintomas característicos ocasionados por fatores específicos. Um exemplo de doença





trazido por ele é a dengue, uma vez que seus sintomas são certos e determinados, quais sejam “febre alta, manchas na pele e dores musculares e nas articulações, os quais são ocasionados por um vírus transmitido pela picada do mosquito *Aedes aegypti*”<sup>1</sup>.

Já as Síndromes são definidas como um conjunto de sintomas e sinais que ocorrem ao mesmo tempo no indivíduo e podem ter causas diversas, e não apenas uma específica. A Síndrome de Down é um exemplo, vez que decorre de uma trissomia do cromossomo 21, que pode ocorrer por inúmeros fatores, apresentando diversos sintomas, tais como rosto com contorno achatado, baixa estatura, mãos e pés pequenos e grossos, dentre outros<sup>2</sup>.

Por fim, o termo Transtorno ou distúrbio é utilizado para se referir às alterações no pensamento, nas emoções e/ou nos comportamentos do indivíduo, podendo estas possuir efeitos duradouros ou temporários, e, inclusive, afetar o convívio social<sup>3</sup>. Exemplos de transtornos são o Transtorno de Déficit de Atenção e de Hiperatividade, onde o indivíduo portador de tal condição apresenta dificuldade para se concentrar em suas atividades, realizar tarefas e organizar-se; e a psicopatia, a qual terá suas características apresentadas a seguir.

## 2.1 Psicopatia

Antes de apresentar qualquer definição acerca dessa disfunção comportamental, é importante salientar que os estudiosos utilizam diversas nomenclaturas para tratar da psicopatia, tais como sociopatia, personalidade

---

<sup>1</sup> BRASIL ESCOLA. Diferença entre doenças, síndromes e transtornos. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/doencas/diferenca-entre-doencas-sindromes-transtornos.htm>> Acesso em: 14 de agosto de 2019

<sup>2</sup> Idem

<sup>3</sup> OPAS Brasil. Folha Informativa – Transtornos Mentais. Disponível em: <[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5652:folha-informativa-transtornos-mentais&Itemid=839](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5652:folha-informativa-transtornos-mentais&Itemid=839)> Acesso em: 14 de agosto de 2019



antissocial, personalidade psicopática, personalidade dissocial, entre outras<sup>4</sup>, por divergirem quanto suas causas e intensidade com que os sintomas se manifestam. A fim de facilitar o entendimento do presente trabalho monográfico, me restringirei a utilizar apenas a expressão “psicopatia”.

O termo psicopata tem origem grega, significando “doente da mente” (*psyche* = mente; *pathos* = doença), entretanto, tal condição não é considerada, do ponto de vista médico-psiquiátrico, como doença, uma vez que seus portadores não apresentam desorientação, delírios ou loucuras, nem intenso sofrimento mental<sup>5</sup>. Como assevera Ana Beatriz B. Silva, psiquiatra renomada e escritora do livro “Mentes Perigosas: o Psicopata mora ao Lado”:

[...] seus atos criminosos não provêm de uma mente adoecida, mas sim de um raciocínio frio e calculista combinado com uma total incapacidade de tratar outras pessoas como seres humanos pensantes e com sentimentos.<sup>6</sup>

Assim, a psicopatia pode ser entendida como uma disfunção comportamental causada pela reduzida atividade cerebral nas estruturas relacionadas às emoções em geral<sup>7</sup>, fazendo com que os psicopatas sejam muito mais racionais do que emocionais.

### 2.1.1 Breve Histórico da Psicopatia

Nas sociedades primitivas, considerava-se psicopata o indivíduo que estava possuído por “demônios” – seres não identificados que tomavam conta do corpo dessa pessoa, causando-lhe distúrbios que permitiam que cometessem atos

---

<sup>4</sup> SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 3ª Edição, 2018, p. 41

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 42

<sup>6</sup> *Idem*

<sup>7</sup> SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 3ª Edição, 2018, p. 85



considerados cruéis, caracterizando, assim, a chamada “loucura” de Homero. Até então, todos os indivíduos que apresentavam comportamentos inadequados do ponto de vista social, eram considerados psicopatas, por se acreditar que tal transtorno estava ligado ao sobrenatural<sup>8</sup>

Com o surgimento da tecnologia, os transtornos mentais atraíram a atenção da medicina, deixando de ser considerados possessões demoníacas, e passando a ser observados como doenças – desordens no corpo ou no organismo do indivíduo. Posteriormente, os estudos sobre esse transtorno foram se desenvolvendo, apresentando como precursor o médico francês Philippe Pinel, que reconheceu em seu tratado Médico-Filosófico sobre a Alienação Mental ou a Mania, a existência de um distúrbio, o qual ele se referia como “mania sem delírio”, caracterizado por comportamentos irracionais e inapropriados tais como súbita agressividade e violência física, em pacientes que não padeciam de nenhum delírio cognitivo, que se aproximam do que hoje se entende por psicopatia<sup>9</sup>

Ao longo dos séculos XIX e XX, diversos pesquisadores da área da saúde estudaram e tentaram descrever características típicas da psicopatia. Apesar de essenciais para a evolução dos estudos de tal condição, suas descrições eram muito abrangentes, abarcando inclusive comportamentos que são considerados típicos de outros transtornos mentais hoje conhecidos<sup>10</sup>. No entanto, dentre esses estudiosos, o psiquiatra estadunidense Hervey Cleckley conquistou destaque, por, em sua obra *The*

---

<sup>8</sup> GARDENAL, Izabela Barros. Evolução Histórica do Psicopata na Sociedade, 2018. Disponível em: <<https://izabelabgardenal.jusbrasil.com.br/artigos/604499552/evolucao-historica-do-psicopata-na-sociedade>> Acesso em 07 de novembro de 2019

<sup>9</sup> Idem

<sup>10</sup> BALLONE, G. J. Personalidade Psicopática. 19 de janeiro de 2005. Disponível em:

<<http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=72>>. Acesso em: 14 de agosto de 2019



*Mask of Sanity* (A Máscara da Sanidade), conseguir finalmente estabelecer o conceito de psicopatia, bem como sua nomenclatura<sup>11</sup>

Na referida obra, Cleckley lista 16 características que indivíduos acometidos com tal distúrbio possuiriam, sem estabelecer, no entanto, a necessidade da presença de todas as características listadas para defini-lo como portador da condição<sup>12</sup>. Com base nos estudos de Cleckley, outros estudiosos da área passaram a tentar desenvolver instrumentos de avaliação da psicopatia, dentre eles destaca-se o *Psychopathy Checklist-Revised* (PCL-R) – ou Escala Hare –, desenvolvido por Robert Hare<sup>13</sup>, que possibilita detectar os portadores da psicopatia, bem como seu grau de distúrbio. Tal instrumento ainda hoje é considerado o método mais confiável na identificação de psicopatas<sup>14</sup>.

### 2.1.2 Características da Psicopatia

Os indivíduos acometidos pelo transtorno da psicopatia são desprovidos de consciência, ou seja, são livres de constrangimentos ou julgamentos morais internos, agindo de acordo com seus instintos, sem se preocupar com as consequências de suas ações<sup>15</sup>

Ana Beatriz Barbosa Silva descreve os psicopatas como sendo:

---

<sup>11</sup> GARDENAL, Izabela Barros. *Evolução Histórica do Psicopata na Sociedade*, 2018. Disponível em: < <https://izabelabgardenal.jusbrasil.com.br/artigos/604499552/evolucao-historica-do-psicopata-na-sociedade> > Acesso em 07 de novembro de 2019

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> FILHO, Nelson Hauck; TEIXEIRA, Marco Antônio Pereira; DIAS, Ana Cristina Garcia. *Psicopatia: o construto e sua avaliação*, 2009. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1677-04712009000300006](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-04712009000300006)> Acesso em: 07 de novembro de 2019

<sup>14</sup> SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 3ª Edição, 2018, p. 73

<sup>15</sup> SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 3ª Edição, 2018, p. 41



[...] em geral, são indivíduos inescrupulosos, dissimulados, mentirosos, sedutores e que visam apenas o próprio benefício. São incapazes de estabelecer vínculos afetivos ou de se colocarem no lugar do outro. São desprovidos de culpa ou remorso e, muitas vezes, revelam-se agressivos e violentos. Em maior ou menor nível de gravidade, e com formas diferentes de manifestar os seus atos transgressores, os psicopatas são verdadeiros predadores sociais, em cujas veias e artérias corre um sangue gélido.<sup>16</sup>

A Classificação Internacional de Doenças (CID) conceitua a psicopatia como sendo:

Transtorno de personalidade caracterizado por um desprezo das obrigações sociais, falta de empatia para com os outros. Há um desvio considerável entre o comportamento e as normas sociais estabelecidas. O comportamento não é facilmente modificado pelas experiências adversas, inclusive pelas punições. Existe uma baixa tolerância à frustração e um baixo limiar de descarga da agressividade, inclusive da violência. Existe uma tendência a culpar os outros ou a fornecer racionalizações plausíveis para explicar um comportamento que leva o sujeito a entrar em conflito com a sociedade.<sup>17</sup>

Dessa forma, conclui-se que a psicopatia não é uma doença mental, mas sim um distúrbio comportamental que afeta a personalidade do indivíduo portador. Trata-se de uma anormalidade nas estruturas do corpo ligadas aos sentimentos que impede seu portador de se importar com as consequências danosas de seus atos, não apresentando, portanto, remorso ou arrependimento, tampouco gerando a necessidade de mudança.

A ausência de consciência nas relações interpessoais, ou incapacidade crítica, configura a característica mais marcante dos indivíduos psicóticos e também a principal razão da pena não ser efetiva para eles, já que suas finalidades se baseiam

---

<sup>16</sup> SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 3ª Edição, 2018, p. 43

<sup>17</sup> CID-10 F60.2. Personalidade Dissocial. Disponível em: <[http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f60\\_f69.htm](http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f60_f69.htm)> Acesso em: 14 de agosto de 2019



na prevenção e na retribuição do ato ilícito. Essa frieza acaba por gerar uma enorme probabilidade de voltarem a cometer condutas tipificadas como crimes.

Aqui cabem algumas ressalvas. A primeira delas é que os psicopatas têm total consciência de seus atos, já que sua parte cognitiva/racional é perfeita, mas possuem deficiência no campo dos afetos e das emoções. Logo, por mais que consigam perceber quando estão causando algum mal, não conseguem compreender o que suas ações de fato representam.

De acordo com a autora Ana Beatriz Barbosa Silva, “muitos psiquiatras afirmam que as emoções dos psicopatas são tão superficiais que podem ser consideradas algo bem similar ao que denominam de ‘proto-emoções’ (respostas primitivas às necessidades imediatas)”.

A segunda ressalva é no sentido de que todas as pessoas tidas como “normais”, em algum momento de suas vidas cometerão deslizes, principalmente por vivermos em uma sociedade competitiva. Esses erros, no entanto, não as tornam psicopatas, pois mesmo errando, seu senso ético avisa sobre o caráter de suas ações, e, quando não as corrigem, sentem um peso constante em suas consciências.

Outra característica marcante dos portadores de psicopatia é a aparente inteligência acima da média<sup>18</sup>. Aparente, pois, segundo estudiosos, a maioria desses indivíduos tenta se informar sobre diversos assuntos para conseguir desenvolver conversas com pessoas dos mais variados nichos da sociedade, a fim de tirarem alguma vantagem em proveito próprio. São como camaleões, se camuflam de acordo com o meio ao seu redor, a seu benefício<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> AZEVEDO, Tiago. Psicopatas: A Verdade Surpreendente sobre sua Inteligência, 2018. Disponível em: <<https://psicoativo.com/2018/03/psicopatas-verdade-surpreendente-sobre-sua-inteligencia.html>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2020

<sup>19</sup> SILVA, Ana Beatriz B. Mentis Perigosas: O Psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Globo Livros, 3ª Edição, 2018, p.74



Também apresentam traços de egocentrismo, megalomania, ausência de empatia, impulsividade, necessidade de excitação, falta de responsabilidade, autocontrole deficiente, entre muitos outros<sup>20</sup>.

Deve-se ressaltar ainda que esse distúrbio apresenta níveis variados de gravidade, quais sejam: leve, moderado e grave, apresentando, por exemplo, os *serial killers* como expoentes de seu grau mais elevado, evidenciando-se pelo fato de que não procuram uma gratificação no crime<sup>21</sup>, querem apenas exercer seu poder sobre outra pessoa, ter domínio sobre ela. Nem todos os criminosos são acometidos de psicopatia, porém, todos os *serial killers* são, pois apenas eles conseguem “deixar de lado a humanidade” e praticar, reiteradamente, os mais perversos assassinatos.

Fato é que todos os psicopatas, mesmo que não sejam criminosos, são perigosos por visualizarem as outras pessoas como meros objetos que podem ser usados para a satisfação de seus prazeres. Independentemente do nível que apresentem de psicopatia, todos deixam marcas de destruição por onde passam.<sup>22</sup>

### 2.1.3 Teorias Acerca das Possíveis Causas da Psicopatia

Como já mencionado, até o momento não se sabe ao certo o que causa, ou quais são as causas da psicopatia, existindo muitas divergências entre os estudiosos quanto às teorias sobre a origem de tal distúrbio.

A maioria dos especialistas da psicologia e da psiquiatria acredita que a origem desse transtorno é biológica, argumentando que esses indivíduos apresentam uma “desconexão” dos circuitos cerebrais relacionados à emoção, possuindo uma

---

<sup>20</sup> Ibidem, p.73-83

<sup>21</sup> CASOY, Ilana. *Serial Killer: louco ou cruel?* 6ª Edição. São Paulo: Madras, 2004, p. 12

<sup>22</sup> SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 3ª Edição, 2018, p. 24



anomalia – em graus diversos – em suas estruturas corticais e subcorticais, que formam o sistema límbico, responsável por nossas emoções. Assim, “o comportamento frio e perverso dos psicopatas não pode ser atribuído simplesmente a uma má criação ou educação.”<sup>23</sup>

A psiquiatra Ana Carolina B. Silva acredita que esse transtorno constitui-se da incapacidade que seus portadores têm de sentir, e não de agir de forma correta, ressaltando também a influência que o ambiente em que estão inseridos possui na determinação do grau de seu distúrbio. Para ela, quando seu ambiente social é favorável e sua educação, rigorosa, menos propenso esse indivíduo será a desvios sociais graves<sup>24</sup>.

Outros estudiosos acreditam também que o excesso de testosterona pode ter ligação direta com os traços da psicopatia, por características como a busca pela dominância e a agressividade estarem relacionadas a esse hormônio<sup>25</sup>.

Há ainda uma corrente que defende que a psicopatia teria origem genética. O neurocientista Ricardo Oliveira, da UniRio e do Instituto D’Or, em entrevista para o Correio Brasiliense, defendeu tal teoria asseverando que, “apesar das emoções serem criadas no cérebro, existe sim um determinismo genético, de mais de 60%”, assegurando que características psíquicas seguem a mesma regra que as físicas<sup>26</sup>

Fato é que até os dias atuais a ciência não avançou o suficiente para conseguir determinar quais são suas causas específicas, prevalecendo apenas a ideia de que

---

<sup>23</sup> SILVA, Ana Beatriz B. op. cit., p. 229

<sup>24</sup> SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 3ª Edição, 2018, p. 230 e segs

<sup>25</sup> GERMANO, Felipe. *Super Interessante: Quanto maior o nível de testosterona, mais frio e calculista é o psicopata*, 2016. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/saude/quanto-maior-o-nivel-de-testosterona-mais-frio-e-calculista-e-o-psicopata/>> Acesso em: 13 de novembro

<sup>26</sup> CORREIO BRASILIENSE. Disponível: < [https://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2019/04/26/interna\\_ciencia\\_saude,751686/inteligencia-do-psicopata-e-uma-mentira-diz-neurocientista.shtml](https://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2019/04/26/interna_ciencia_saude,751686/inteligencia-do-psicopata-e-uma-mentira-diz-neurocientista.shtml)> Acesso em: 13 de novembro





seus portadores apresentam atividade cerebral reduzida nas estruturas relacionadas às emoções em geral.

### **3 IMPUTABILIDADE, SEMI-IMPUTABILIDADE, INIMPUTABILIDADE E SUAS RESPECTIVAS SANÇÕES PENAIS**

#### **3.1 Imputabilidade, Semi-imputabilidade e Inimputabilidade**

Primeiramente, é importante se compreender o conceito de imputabilidade, já que esta corresponde a um dos elementos da culpabilidade. Tal pressuposto pode ser definido como a capacidade que o agente possui de compreender o caráter ilícito de sua conduta e de determinar-se consoante esse entendimento<sup>27</sup>.

Damásio conceitua como:

Imputar é atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa. Imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível. É o sujeito mentalmente são e desenvolvido, capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.<sup>28</sup>

Desta forma, se o indivíduo não possui capacidade de perceber a ilicitude da conduta que praticou, não poderá responder por tal fato típico e antijurídico, caracterizando-se, assim, a inimputabilidade.

O artigo 26 do Código Penal Brasileiro diz que estarão isentos de pena os agentes que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, eram, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapazes de compreender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento, sendo

---

<sup>27</sup> CAPEZ, Fernando. Código Penal comentado. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 80

<sup>28</sup> JESUS, Damásio. Código Penal anotado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 160



estes agentes sujeitos às medidas de segurança por serem considerado inimputáveis<sup>29</sup>. Entretanto, apesar de o indivíduo considerado inimputável não cometer crime, sua conduta poderá ser penalizada, sendo-lhe aplicada, então, a medida de segurança.

Ressalte-se novamente que o agente não é considerado inimputável, sendo sujeito à medida de segurança e não à pena observando-se apenas a presença de doenças mentais. O que se analisa precipuamente é a aptidão que esse indivíduo tem de perceber o caráter ilícito na conduta que cometeu.

Por outro lado, quando o agente possui uma menor capacidade de entendimento em razão de doença mental ou de desenvolvimento incompleto ou retardado, será considerado semi-imputável, tendo sua responsabilidade sobre o ato ilícito diminuída<sup>30</sup>, podendo sua pena ser reduzida de um a dois terços, conforme enunciado no parágrafo único do art. 26, do Código Penal.

### *3.1.1 Espécie de Sanção Penal*

Atualmente, admite-se no Direito Penal Brasileiro a aplicação de duas espécies de sanções penais: a pena e a medida de segurança. Tanto a pena quanto a medida de segurança possuem mais de uma modalidade, quais sejam as de penas privativas de liberdade, penas privativas de direitos e penas pecuniárias; e medida de segurança detentiva e a medida de segurança restritiva.

### *3.1.2 Pena*

---

<sup>29</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Compilado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 10 de novembro de 2019

<sup>30</sup> CAPEZ, Fernando. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 82



Pena é uma sanção penal imposta pelo Estado a um indivíduo condenado por ter agido de forma contrária ao estabelecido pelas normas jurídicas vigentes, como forma de punir o agente pela infração, promover sua readaptação social, prevenir novas transgressões<sup>31</sup>, além de reforçar a posição de superioridade do Estado ante a sociedade, para que suas normas sejam respeitadas a fim de garantir o bem-estar social.

De acordo com Damásio, pena é

[...] a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos (Soler). Apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. Tem finalidade preventiva, no sentido de evitar a prática de novas infrações. A prevenção é: a) geral; b) especial. Na prevenção geral o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes. Na prevenção especial a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinquir e procurando corrigi-lo.<sup>32</sup>

Já Zaffaroni e Pierangeli, entendem que a pena pode ser conceituada de duas formas: em *stricto sensu* e em *lato sensu*. A primeira seria a “manifestação da coerção penal”, enquanto a segunda incluiria todas as consequências jurídicas previstas no Código Penal, inclusive as medidas de internação, previstas para incapazes psíquicos, “deixando de lado sua verdadeira natureza jurídica”. Ressaltam, no entanto, assim como Damásio, que, independentemente do sentido, se amplo ou limitado, seu objetivo deve ser sempre buscar a segurança jurídica, prevenindo futuras condutas delitivas<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> CAPEZ, Fernando. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva Educação, 2016, p. 99.

<sup>32</sup> JESUS, Damásio. Código Penal anotado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 197-198

<sup>33</sup> ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Manual de Direito Penal Brasileiro. Volume 1 - Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª Edição, 2011, p. 98



Em sua obra “Lições de Direito Penal”, Fragoso apresenta o conceito, ressaltando a natureza retributiva do instituto. Vejamos:

[...] a perda de bens jurídicos imposta pelo órgão da justiça a quem comete crime. Trata-se da sanção característica do direito penal, em sua essência retributiva. A sanção penal é em essência retributiva porque opera causando um mal ao transgressor. Distingue-se assim das demais sanções jurídicas, que, em regra, se destinam à reposição do *status quo ante* através da reparação ou da restituição. [...] Diz-se retributiva a sanção penal porque consiste num mal imposto ao transgressor em virtude da violação da norma jurídica. Esse mal é a perda de bens jurídicos [...].<sup>34</sup>

Diante de todos esses conceitos apresentados, cabe aqui uma ressalva. Apesar de incumbir ao Estado o dever de preservar a ordem e a segurança da convivência social, esse deve seguir o Princípio da Intervenção Mínima, aplicando a sanção penal apenas como última medida – *ultima ratio* do sistema –, e, somente para os casos em que as punições do âmbito jurídico privado não forem suficientes<sup>35</sup>.

Seguindo, temos a divisão da pena em três categorias, que se subdividem em diversas espécies. As categorias são: a) pena privativa de liberdade, b) pena restritiva de direitos e c) pena de multa, ou pecuniárias. Conforme assevera Damásio:

De acordo com o Código Penal as penas classificam-se em: a) privativas de liberdade; b) restritivas de direito; e c) pecuniárias. As penas privativas de liberdade são: a) reclusão; e b) detenção. São penas restritivas de direitos: prestação de serviços à comunidade; b) interdição temporária de direitos; c) limitação de fim de semana; d) prestação pecuniária; e e) perda de bens e valores.<sup>36</sup>

Desse modo, o julgador pode ainda impor duas penas conjuntamente ao agente infrator, quando a lei assim dispuser – essa espécie de cominação penal é

---

<sup>34</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 13ª Edição, 1991, p. 279

<sup>35</sup> Ibidem, p. 277

<sup>36</sup> JESUS, Damásio. Código Penal anotado. São Paulo: Saraiva, 2015, p.198.



chamada de *conjugada*, e é prevista com frequência na parte especial do Código Penal<sup>37</sup>.

### **a) Penas Privativas de Liberdade**

As penas privativas de liberdade se subdividem em: de reclusão, de detenção e prisão simples. Tanto a pena de reclusão quanto a de detenção são destinadas a crimes propriamente ditos.

A pena de reclusão é o tipo de condenação mais grave. Entende-se, ao se condenar uma pessoa à reclusão, que esta precisa ser retirada do convívio social, enquanto que a pessoa condenada à detenção precisa ser detida em virtude de suas práticas criminosas.

Além disso, geralmente, ao se determinar pena de reclusão, o indivíduo é enviado para presídios de segurança máxima ou média, possibilitando o cumprimento da pena em regime inicial fechado, enquanto que o condenado à pena de detenção cumprirá o tempo determinado na sentença apenas em regime semiaberto ou aberto. No entanto, não há diferença quanto à execução entre essas duas modalidades<sup>38</sup>.

Já a prisão simples é destinada aos condenados pelo cometimento de contravenções penais, onde o tempo de cumprimento de pena será curto, e cumprido em cela distinta dos indivíduos condenados à pena de detenção e de reclusão.

Assim, as penas privativas de liberdade restringem o direito de ir e vir do criminoso, mantendo-o preso.

---

<sup>37</sup> ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Manual de Direito Penal Brasileiro. Volume 1 - Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª Edição, 2011, p. 669

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 678



## b) Penas Restritivas de Direitos

As penas restritivas de direitos são sanções penais impostas em substituição à pena privativa de liberdade, consistindo na supressão ou diminuição de um ou mais direitos do condenado. São espécies de penas alternativas, que serão aplicadas quando cometidos crimes de menor potencial ofensivo, que, observando o Princípio da Proporcionalidade, devem receber penas mais brandas. Conforme preceitua o artigo 43, do Código Penal, são espécies de penas restritivas de direito:

Art. 43, CP – As penas restritivas de direitos são: I – prestação pecuniária;

– perda de bens e valores;

– limitação de fim de semana;

– prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas;

V – interdição temporária de direitos;

VI – limitação de fim de semana.<sup>39</sup>

Além disso, como já mencionado, é possível haver imposição de mais de uma sanção à uma infração penal. Inclusive, as penas restritivas de direitos podem ser cumuladas com penas privativas de liberdade ou outra penalidade, apresentando até mesmo prazos diversos, como ocorre, por exemplo, nos casos abarcados pelo artigo 302, do Código de Trânsito Brasileiro, conforme se vê:

Art. 302 – Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas – detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão para dirigir veículo automotor.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Compilado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/De12848compilado.htm)> Acesso em: 10 de novembro de 2019

<sup>40</sup> BRASIL, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm)> Acesso em: 10 de novembro de 2019



O art. 44, do Código Penal Brasileiro elenca alguns requisitos que devem ser preenchidos para a concessão de pena privativa de direito em substituição à pena privativa de liberdade, sendo eles:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

- aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;
- o réu não for reincidente em crime doloso;
- a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1o (VETADO)

§ 2o Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3o Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4o A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5o Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Compilado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 10 de novembro de 2019



### c) Penas de Multa

Já a pena pecuniária consiste no pagamento ao Fundo Penitenciário de quantia previamente fixada em lei<sup>42</sup>. Para a determinação do valor da pena, devem ser levadas em consideração as agravantes, atenuantes, causas de aumento e causas de diminuição da pena. Primeiramente o juiz deverá fixar o número de dias- multa (mínimo de 10 e máximo de 360 dias-multa), após, determinará o valor do dia-multa (mínimo de 1 a 30 salários mínimos, e máximo de 5 vezes esse valor, devendo levar em consideração a situação econômica do réu), assim como determinado pelos artigos 49 e 50, ambos do Código Penal:

#### **Multa**

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

#### **Pagamento da multa**

Art. 50 - A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais.

§ 1º - A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado quando:

- a) aplicada isoladamente;
- b) aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos;
- c) concedida a suspensão condicional da pena.

---

<sup>42</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 13ª Edição, 1991, p. 315





§ 2º - O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família.<sup>43</sup>

Essa modalidade de sanção é sempre aplicada alternativa ou cumulativamente, quando o ato cometido for considerado crime, e isoladamente quando tiver sido cometida contravenção penal<sup>44</sup>.

### 3.1.3 Medida de Segurança

A medida de segurança é um instituto aplicado aos indivíduos que cometeram algum delito, mas que, em razão de sua condição de imputabilidade ou de semi-imputabilidade, não podem responder criminalmente.

Possui natureza preventiva, a qual objetiva evitar a reincidência dos infratores que apresentam certo grau de periculosidade, mas não possuem domínio de seus instintos, podendo, assim, colocar o convívio social em risco. Pode ser entendida, portanto, como instrumento penal utilizado como meio de defesa social, bem como uma tentativa médico-social de cura do paciente. Segundo o art. 4º, § 1º, da Lei de Reforma Psiquiátrica, Lei nº 10.216/2001, é a reinserção do paciente em seu meio.

Fragoso assevera:

As medidas de segurança têm a mesma justificação e o mesmo fundamento da pena. São medidas de defesa social, com as quais se procura evitar a conduta delituosa, protegendo valores de alta relevância no ordenamento jurídico.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Compilado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 10 de novembro de 2019

<sup>44</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 13ª Edição, 1991, p. 315

<sup>45</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 13ª Edição, 1991, p. 389



Em seu Manual de Direito Penal Brasileiro, Zaffaroni e Pierangeli sustentam ainda que esse instituto não possui caráter “materialmente penal”, apenas “formalmente penal”, por estar previsto em lei, acrescentando:

[...] Essas medidas são *materialmente administrativas e formalmente penais*. Uma das provas mais acabadas de que não pode ser outra a sua natureza é que juridicamente não podem chamar-se “sanções”, ainda que, na prática, o sistema penal as distorça e a elas atribua, eventualmente, esta função, realidade que se faz necessário controlar e procurar neutralizar. Além disso, o seu fundamento não é a *periculosidade* em sentido jurídico- penal (isto é, a relevante probabilidade de que o sujeito cometa um delito), mas a periculosidade entendida no sentido corrente da palavra, que inclui o perigo de autolesão, que não pode ser considerada delito.

A natureza *materialmente administrativa* dessas medidas, não pode levar- nos a ignorar que, na prática, elas podem ser sentidas como penas, dada a gravíssima limitação à liberdade que implicam. E, ainda, é necessário lembrar que essa natureza *formalmente penal* obriga também que a “forma penal”, que a torna muito mais severa e controlada do que uma internação em manicômio comum, deva cessar em algum momento, evitando-se a possibilidade de uma indeterminação absoluta que se traduza em uma intervenção penal perpétua<sup>46</sup>

O artigo 96 do Código Penal prevê ainda em seu texto duas formas de internação como espécies de medida de segurança: a) em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, e b) o tratamento ambulatorial.

### **a) Medida de Segurança em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico**

A internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico configura a modalidade detentiva da medida de segurança, onde o paciente tem sua liberdade restringida. É destinada aos indivíduos inimputáveis ou semi-imputáveis que

---

<sup>46</sup> ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Manual de Direito Penal Brasileiro. Volume 1 - Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª Edição, 2011, p. 114



praticaram condutas tipificadas como crimes, cuja pena prevista é de reclusão. Nestes casos, de acordo com o artigo 100 da Lei de Execução Penal, a realização dos exames psiquiátrico, criminológico e da personalidade do internado será obrigatória<sup>47</sup>.

O artigo 99 do Código Penal dispõe que “o internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento”, impedindo que o internamento ocorra em estabelecimento penal comum. Trata-se, portanto, de uma espécie de hospital-presídio, uma vez que objetiva dar tratamento ao internado, mas também é responsável por sua custódia.

## **b) Tratamento Ambulatorial**

O tratamento ambulatorial configura a modalidade restritiva da medida de segurança, e consiste no comparecimento regular do agente em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico. Essa medida também é aplicada aos réus semi-imputáveis e aos inimputáveis, quando praticarem condutas equivalentes a crimes considerados de menor gravidade, puníveis com detenção.

As modalidades de medida de segurança apresentam ainda uma peculiaridade: não possuem prazo para terminar. Apesar de a lei ser omissa quanto ao limite máximo de tempo de aplicação, a doutrina majoritária entende que a não observância de um limite de duração caracterizaria privação de liberdade de forma perpétua, contrariando o artigo 5º, inciso XLVII, alínea b, da Constituição Federal, que veda esse tipo de sanção no Brasil.

Saliente-se que, apesar de quase toda a doutrina concordar que a medida de segurança deve possuir um limite máximo de duração, há divergências em relação a

---

<sup>47</sup> BRASIL. Lei nº 7.210 de julho de 1984. Lei de Execuções Penais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)> Acesso em: 12 de abril de 2019



esse tempo<sup>48</sup>. Uma parte entende que, se os laudos psicológicos realizados durante a sua vigência não atestarem a recuperação do agente, ela deve ser extinta ao alcançar o tempo máximo de pena abstrata prevista para o crime em que é tipificada a conduta que o réu semi-imputável ou inimputável praticou. Já a outra parte entende que o limite temporal é de 30 anos, por analogia ao tempo máximo em que um imputável pode ser condenado em um mesmo julgamento.

Ou seja, tendo sido eficaz ou não o tratamento imposto ao réu semi-imputável ou inimputável, após a medida de segurança atingir seu limite temporal máximo, o internado deve ser solto, mesmo que ainda apresente perigo à sociedade.

#### **4 PENA X MEDIDA DE SEGURANÇA COMO SANÇÕES PARA O CRIMINOSO PSICOPATA**

Demonstradas as características do portador da psicopatia, bem como os tipos de sanções penais existentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro e suas hipóteses de cabimento, nesse tópico será abordada a principal questão do presente trabalho monográfico, qual seja a de analisar qual seria a sanção penal mais adequada ao criminoso psicopata, com base na observação da eficácia de cada uma delas para este tipo de agente infrator.

Como já visto, os indivíduos psicopatas apresentam características peculiares quanto à interpretação de determinadas situações, não assimilando também os efeitos da punição por não acreditarem que agiram de maneira ilícita, gerando uma enorme lacuna jurídica quanto ao tipo de execução penal que lhes será adequada.

---

<sup>48</sup> DINI, Alexandre A. da Cunha. *A inconstitucionalidade da prorrogação ilimitada das medidas de segurança detentivas*. Disponível em: <[http://www.ambijuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11167](http://www.ambijuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11167)>. Acesso em: 25/03/2019



Por serem impassíveis de reabilitação, bem como de aprender com as sanções lhes são impostas, resta evidente a inadequação da aplicação de pena e de medida de segurança para este tipo de indivíduo.

Além de ambas as modalidades de sanção penal não surtirem efeito, por ser este indivíduo manipulador e sem escrúpulos, há ainda o enorme risco de influenciarem outros detentos para que realizem motins ou, até mesmo, outras infrações, por estimulá-los constantemente à prática de violência dentro das penitenciárias e hospitais de custódia.

Ademais, demonstram bom comportamento nos estabelecimentos prisionais para conseguirem benefícios mais rápido, utilizando os outros detentos como fantoches para continuarem praticando suas maldades sem que a culpa lhes recaía. Esse aparente bom comportamento reforça a noção que esses indivíduos têm do que é certo e do que é errado.

Ainda, por não perceberem o caráter ilícito de suas ações e seu distúrbio não possuir tratamento ou cura, a probabilidade de voltarem a praticar novos delitos quando retornarem à sociedade é gigantesca, sendo sua reincidência praticamente certa. De acordo com o explanado por Ana Beatriz B. Silva em sua obra “Mentes Perigosas: o Psicopata mora ao lado”, estudos revelam que “a taxa de reincidência criminal dos psicopatas é duas vezes maior que a dos demais criminosos. E quando, se trata de crimes associados à violência, a reincidência cresce pra três vezes mais.”<sup>49</sup>

Apesar de considerarmos todas as especificidades do criminoso psicopata, ao observarmos as classificações que a lei traz para os agentes quanto à sua culpabilidade, não conseguimos enquadrar tais indivíduos em nenhuma delas. Os

---

<sup>49</sup> SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 3ª Edição, 2018, p. 188



detentores de tal distúrbio possuem a parte cognitiva e racional perfeitas –possuindo total percepção de quando estão infringindo regras e o porquê de o estarem fazendo<sup>50</sup> – não podendo então ser considerados inimputáveis ou semi- imputáveis. Em contrapartida, só agem com tamanha frieza por possuírem uma anomalia em suas estruturas cerebrais, não podendo então responder por seus atos como se imputáveis fossem, merecendo uma individualização em suas penas.

O artigo 59 do Código Penal apresenta uma tentativa de resolução para o problema: confere ao juiz a prerrogativa de analisar o potencial de compreensão da realidade que o réu possui. Todavia, tal solução gera controvérsias na doutrina. A corrente contrária a essa tentativa de solução entende que o juiz não seria apto para analisar o perfil psíquico do réu, cabendo este diagnóstico apenas a psicólogos e psiquiatras, não podendo, portanto, incumbir ao magistrado a realização de tal tarefa.

Ante a lacuna jurídica, a maioria dos tribunais brasileiros têm tratado o criminoso psicopata como semi-imputável para se chegar ao meio termo entre a imputabilidade e a inimputabilidade. Porém, tal solução arranjada não resolve de fato a situação. Deve-se sempre levar em conta que esses indivíduos sabem quais serão as consequências de suas atitudes transgressoras, no entanto, não dão a mínima importância para elas.

Fato é que o tema é bastante controverso e traz inúmeras discussões entre profissionais da área jurídica, assim como da própria área da saúde mental, já que existem diversas dúvidas técnicas a respeito desse transtorno<sup>51</sup>. Em geral, as características específicas de uma doença auxiliam em seu diagnóstico e nos estudos sobre ela. No caso da psicopatia, isso não acontece. Suas principais especificidades são também os maiores complicadores no avanço do conhecimento sobre os

---

<sup>50</sup> SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 3ª Edição, 2018, p. 41-42

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 45



indivíduos portadores de psicopatia. São mentirosos contumazes que tentam disfarçar suas intenções e pensamentos ardilosos para não ficarem malvistas perante a sociedade, por isso é raro que confessem suas maldades para psicólogos ou psiquiatras, dificultando seu diagnóstico. Além disso, a corrente majoritária sobre tema acredita que não há cura ou tratamento para esse distúrbio, corroborando com a perda de interesse em seu estudo<sup>52</sup>.

A psiquiatra Ana Beatriz B. Silva ainda em sua obra que:

[...] com raras exceções, as terapias biológicas (medicamentos) e as psicoterapias em geral se mostram, até o presente momento, ineficazes para a psicopatia. Para os profissionais da saúde, esse é um fator intrigante e, ao mesmo tempo desanimador, uma vez que não dispomos de nenhum método eficaz que mude a forma de um psicopata se relacionar com os outros e perceber o mundo ao seu redor. É lamentável dizer que, por enquanto, tratar um deles costuma ser uma luta inglória. Temos que ter em mente que as psicoterapias são direcionadas às pessoas que estejam em um intenso desconforto emocional, o que as impede de manter uma boa qualidade de vida. Por mais bizarro que possa parecer, os psicopatas parecem estar inteiramente satisfeitos consigo mesmos e não apresentam constrangimentos morais nem sofrimentos emocionais, como depressão, ansiedade, culpas, baixa autoestima etc. Não é possível tratar de um sofrimento inexistente.<sup>53</sup>

A maior parte das descobertas dessa condição foi feita através de pesquisas em estabelecimentos prisionais<sup>54</sup>, já que alguns criminosos psicopatas acreditam que, por já estarem presos, não precisam mais esconder suas ações e pensamentos socialmente reprováveis.

---

<sup>52</sup> MORANA, Hilda; STONE, Michael; ABDALLA-FILHO, Elias. Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers, 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-44462006000600005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462006000600005)> Acesso em: 10 de novembro de 2019

<sup>53</sup> SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 3ª Edição, 2018, p. 238

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 72



#### 4.1 Como outros países lidam com o criminoso psicopata

Ante o exposto, depreende-se que a tríade funcional da pena qual seja de prevenir, punir e ressocializar não funciona com os psicopatas, exigindo a análise de como outros Estados enfrentam esse cenário, a fim de que possamos nos inspirar e aperfeiçoar a forma de lidarmos com a situação.

Nos países mais desenvolvidos como Estados Unidos, Austrália e Noruega, ante o cometimento de um crime, o Estado investiga primeiro a existência de personalidade psicopática no agente, para depois determinar qual a punição mais adequada a ele, objetivando individualizar da melhor maneira possível a sanção penal e, assim, evitar o cometimento de novos delitos<sup>55</sup>.

Para realizar tal identificação, psiquiatras forenses aplicam o “*Psychopathy Checklist-Revised*”, ou PCL-R, instrumento desenvolvido por Robert Hare, composto por 20 itens que permitem ao seu aplicador verificar a presença da psicopatia na personalidade do indivíduo sob análise<sup>56</sup>.

De acordo com o artigo “Direito comparado e a punibilidade do psicopata homicida”, de Priscyla Oliveira, nos países em que se instituiu a aplicação do instrumento da PCL-R, as taxas de reincidência criminal sofreram diminuições consideráveis<sup>57</sup>. No Brasil, apesar de muitos estudiosos defenderem a importância da identificação da psicopatia nos agentes infratores, não há qualquer investigação nesse sentido, conforme assevera Ana Beatriz B. Silva:

A psiquiatra forense Hilda Morana, responsável pela tradução, adaptação e validação do PCL para o Brasil, além de tentar aplicar o teste para a identificação de psicopatas nos nossos

---

<sup>55</sup> OLIVEIRA, Priscyla. Direito comparado e a punibilidade do psicopata homicida, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44929/direito-comparado-e-a-punibilidade-do-psicopata-homicida>> Acesso em: 12 de novembro de 2019

<sup>56</sup> Idem

<sup>57</sup> Idem





presídios, lutou para convencer deputados a criar prisões especiais para eles. A ideia virou um projeto de lei que, lamentavelmente, não foi aprovado.<sup>58</sup>

Outros países, tais como Inglaterra e Estados Unidos, além de aplicarem o “*Psychopathy Checklist-Revised*”, começam a investigar e deter os indivíduos portadores da psicopatia bem mais cedo, desde suas infâncias. Estudos desses países demonstram que boa parte dos psicopatas começam suas práticas maquiavélicas na infância, matando ou torturando animais, bem como irmãos e colegas. Por isso, matadores de animais são tratados de forma diferenciada nestes países, como forma de inibição ao completo apoderamento do distúrbio em seu portador.

Sobre a questão, em sua obra, Ana Beatriz B. Silva assevera que:

[...] cientistas de diversos países (Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Austrália etc.) vêm testando uma versão adaptada do PCL-R (*checklist* de psicopatia) para jovens. A aplicação do *checklist* em crianças e adolescentes com comportamentos frios e transgressores revelou que eles apresentam critérios de psicopatia semelhantes aos dos adultos, inclusive com os mesmos riscos elevados de reincidência criminal. De acordo com esse ponto vista, podemos afirmar que alguns indivíduos menores de dezoito anos, independentemente da maturidade biológica de seu cérebro, já possuem uma personalidade disfuncional. O comportamento e o temperamento desses jovens funcionam como os de pessoas plenamente desenvolvidas, que sabem perfeitamente distinguir o certo do errado e que compreendem o caráter ilícito dos seus atos. Dessa forma já deveriam ser responsabilizados e penalizados pelos seus comportamentos transgressores com o mesmo rigor das leis aplicadas aos adultos. Sem incorrerem em nenhum erro, podemos afirmar que tais jovens (crianças e adolescentes) são os responsáveis por grande parte dos crimes brutais que despertam nossos sentimentos de perplexidade e repulsa diante de suas ações<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 3ª Edição, 2018, p. 188-189

<sup>59</sup> SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 3ª Edição, 2018, p. 214-215



Apesar disso, a principal ferramenta utilizada pelos Estados Unidos, e que também é utilizada pelo Canadá, para lidar com os criminosos psicopatas é a aplicação de leis específicas para essa categoria de agentes infratores, bem como a instituição de alas e até mesmo de estabelecimentos prisionais exclusivos para ela. Assim, diminuem consideravelmente o potencial lesivo desses indivíduos, vez que convivendo apenas com pessoas com as mesmas características que eles, seu poder de manipulação diminui, além de precisarem se expor para continuarem praticando suas atrocidades, atitude que lhes causa certa resistência. Ressalte-se que em alguns estados dos EUA, bem como em diversos países ao redor do mundo, admite-se também a pena de morte como punição desses agentes.

Outra solução adotada por alguns países como Itália, Suécia e Reino Unido, é a possibilidade desses indivíduos, ao praticarem ilícitos, poderem permanecer presos por tempo indeterminado. Tal recurso, no entanto, não pode ser adotado em nosso território devido à vedação a penas de caráter perpétuo, prevista no artigo 5º, inciso XLVII, alínea b, da Constituição Federal<sup>60</sup>.

Todavia, há no Brasil um caso excepcional que viola a referida cláusula pétrea, qual seja o do Francisco Costa Rocha, mais conhecido como “Chico Picadinho”, que já está internado cumprindo medida de segurança a 41 anos, e que terá seu caso mais detalhado em breve.

## 4.2 Criminosos brasileiros que foram atestados como psicopatas

### a) Roberto Aparecido Alves Cardoso – “Champinha”

---

<sup>60</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 de abril de 2019.

<sup>61</sup> SUPER INTERESSANTE. O matador adolescente Champinha e o crime que chocou o Brasil, 2019. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/o-matador-adolescente-champinha-e-o-crime-que-chocou-o-brasil/>> Acesso em 14 de novembro de 2019



Roberto Aparecido Alves Cardoso, nasceu em 1986. Teve uma infância pobre e, desde cedo, já apresentava sinais de psicopatia<sup>61</sup>. Aos dezesseis anos foi condenado pelo sequestro e assassinato do casal Felipe Caffé e Liana Friedenbach, cometidos em São Paulo capital.

As vítimas haviam decidido passar um final de semana acampando em sítio abandonado em Embu-Guaçu. Champinha e o comparsa Pernambuco os avistaram e decidiram assaltá-los. Percebendo que o casal não possuía muito dinheiro, decidiram sequestrá-los, levando-os para a casa do outro comparsa, Antonio Matias<sup>62</sup>.

Após a primeira noite, executaram Felipe com um tiro na nuca e lançaram seu corpo em um córrego. Já Liana foi abusada sexualmente repetidas vezes durante quatro dias, antes de ser morta com facadas na cabeça, nas costas e no tórax<sup>63</sup>.

Os outros participantes do trágico episódio foram condenados a vários anos de prisão, enquanto Champinha, considerado líder do grupo, foi internado por três anos na Fundação Casa. Ana Beatriz B. Silva detalha em sua obra a sanção penal imposta, vejamos:

Champinha foi considerado um criminoso extremamente perigoso e com altíssima possibilidade de reincidir no crime. Portanto, sem condições de convívio social. Depois de muita polêmica, no final de 2007, a Justiça determinou que Champinha deveria ser mantido em instituições com supervisão psiquiátrica – sob vigilância constante e por tempo indeterminado – e ser proibido de realizar atos civis, como casar ou abrir contas em bancos, por exemplo. Em 10 de dezembro de 2013, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou o *habeas corpus* de Champinha e negou, por unanimidade, que ele deixasse o hospital psiquiátrico. Por falta de um lugar apropriado que atenda à determinação da Justiça, Champinha permanece onde está desde maio de 2007: na Unidade

---

<sup>61</sup> Idem

<sup>62</sup> Idem

<sup>63</sup> SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 3ª Edição, 2018, p. 151



Experimental de Saúde da Vila Maria, Zona Norte de São Paulo<sup>64</sup>

Como bem pontuado pela estudiosa em sua obra, “apesar de todas essas medidas, o destino de Champinha ainda é uma incógnita”<sup>65</sup>.

## **b) Francisco de Assis Pereira – “O Maníaco do Parque”**

Francisco de Assis Pereira, nasceu em 29 de novembro de 1967, trabalhava como motoboy, e era considerado um menino sensível, quieto e meigo por seus familiares e vizinhos. Gostava de cozinhar e de andar de patins, chegando a competir e participar de exposições públicas.

Quando as investigações acerca de crimes bárbaros de assassinato cumulados com estupros cometidos no Parque do Estado – reserva florestal localizada na Zona Sul de São Paulo –, avançaram apontando Francisco como principal suspeito, seus amigos e parentes não acreditaram, falando sempre coisas positivas a seu respeito<sup>66</sup>.

Apesar dos testemunhos sobre seu comportamento ao longo da vida, durante as investigações foi encontrado um manuscrito, escrito pelo próprio Francisco, descrevendo uma experiência que vivenciara em sua infância. Quando tinha apenas oito anos, acertou uma rolinha com um estilingue, matando-a. Após, levou a ave para dentro de sua casa e tentou colocá-la em uma frigideira, sendo impedido por sua avó paterna, que aos berros o chamava de monstro. Ante a tentativa frustrada, deu o passarinho para o gato comer<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 3ª Edição, 2018, p. 151-152

<sup>65</sup> Idem

<sup>66</sup> BLOG CRIMINOLOGIA E PSICOLOGIA FORENSE. Caso da Semana: Maníaco do Parque, 2017. Disponível em: <<https://psicologia-forense.blogspot.com/2017/01/caso-da-semana-maniaco-do-parque.html>> Acesso em 14 de novembro de 2019

<sup>67</sup> Idem



Na obra “Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado”, a autora Ana Beatriz narra algumas peculiaridades sobre o caso, quais sejam:

Após ser capturado pela polícia, o que mais impressionou as autoridades foi como um homem feio, pobre, de pouca instrução e que não portava armas conseguiu convencer várias mulheres – algumas instruídas e ricas – a subir na garupa de uma moto e ir para o meio do mato com um sujeito que tinham acabado de conhecer. No interrogatório, com fala mansa e pausada, Francisco relatou que era muito simples: bastava dizer aquilo que elas queriam ouvir. Ele as cobria de elogios, identificava-se como um fotógrafo de moda, oferecia um bom cachê e as convidava para uma sessão de fotos em um ambiente ecológico. Dizia que era uma oportunidade única, algo predestinado, que não poderia ser desperdiçado. Com igual tranquilidade, o réu confesso também narrou como matou suas vítimas: com o cadarço dos sapatos ou com uma cordinha que às vezes levava na pochete<sup>68</sup>

O “maníaco” foi condenado a uma pena de mais de 270 anos de reclusão, e se encontra preso desde 1998, no presídio de Itaí, no interior de São Paulo.

### **c) Francisco Costa Rocha – “Chico Picadinho”**

Francisco Costa Rocha, também conhecido como “Chico Picadinho”, nasceu em 27 de abril de 1942, fruto de um relacionamento entre um poderoso exportador de café e sua amante. Foi criado por um casal de empregados de seu pai por este tê-lo rejeitado, e por sua mãe ter contraído uma grave doença pulmonar.

A ausência de afeto do casal de funcionários, e o distanciamento dos pais levavam Francisco a ocupar seu tempo na mata, na companhia de porcos, galinhas ou gatos, sendo, estas últimas, suas principais vítimas em experimentos sádicos. Já

---

<sup>68</sup> SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 3ª Edição, 2018, p. 184-185



na adolescência, passou a compor um grupo chamado “senta pua”, onde sofreu abusos sexuais.<sup>69</sup>

Em 1966, Chico recebeu grande atenção nacional por matar e esquartejar a bailarina Margareth Suida em seu apartamento, no centro de São Paulo, sendo condenado à vinte anos e meio de reclusão. Em seu interrogatório, confessou o crime narrando-o com riqueza de detalhes. Em 1974, oito anos após o fato, recebeu liberdade condicional. Já em 1976, cometeu um novo assassinato, agora de Ângela de Souza da Silva, de forma mais sádica e cruel que o primeiro<sup>70</sup>.

Preso novamente, Francisco permaneceu no estabelecimento prisional por mais de quarenta anos, contrariando a vedação legal sobre o limite de permanência ininterrupta em cumprimento de pena. Em janeiro desse ano, a juíza Sueli Zeraik de Oliveira Armani conferiu o prazo de 120 dias para que Chico fosse transferido para uma unidade indicada pela Secretaria de Saúde Mental do governo de São Paulo, onde deverá receber acompanhamento psicológico constante<sup>71</sup>.

Assim, Francisco Costa é protagonista da exceção à vedação de prisão perpétua em território brasileiro, cumprindo sanções penais há mais de quarenta anos e sem previsão de término, devido a seus últimos exames periciais psiquiátricos atestarem que sua personalidade ainda representa ameaça à sociedade<sup>72</sup>.

Analisando os casos apresentados e as características da psicopatia, percebemos que os indivíduos portadores desse distúrbio são maquiavélicos,

---

<sup>69</sup> JUSBRASIL. Chico Picadinho: o que seu caso demonstra? 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/361632221/chico-picadinho-o-que-seu-caso-demonstra>> Acesso em: 14 de novembro de 2019

<sup>70</sup> Idem

<sup>71</sup> ARQUIVO VIVO: Histórias de dois Repórteres – Percival de Souza e Renato Lombardi. Quarenta anos depois, Chico Picadinho deixa a prisão. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/prisma/arquivo-vivo/quarenta-anos-depois-chico-picadinho-deixa-a-prisao-22012019>> Acesso em: 14 de novembro de 2019

<sup>72</sup> SILVA, Ana Beatriz B. Mentis Perigosas: O Psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Globo Livros, 3ª Edição, 2018, p. 189



representando perigo à sociedade principalmente por não poderem ser tratados ou curados, além de apresentarem enorme propensão à reincidência. Mas então, como lidar com o criminoso psicopata?

Até o presente momento não há resposta para esse questionamento. Nem mesmo as ciências da saúde sabem como amenizar ou tratar da condição dos indivíduos psicopatas, logo, não podemos exigir que o judiciário possua uma solução ideal para a aplicação da sanção penal para esses indivíduos.

## 5 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho era demonstrar o quanto criminosos portadores de psicopatia desafiam nosso sistema jurídico, ameaçando as principais diretrizes da execução penal – a ressocialização e a prevenção à reiteração delituosa – e evidenciando a ineficácia da aplicação de nossas sanções penais para esse grupo de indivíduos

Analisando-se as características dos portadores dessa psicopatologia, assim como as sanções penais existentes em nosso ordenamento jurídico, a conclusão que se chegou, como tentativa de solucionar a problemática abarcada neste trabalho, é a de que o Brasil deveria seguir o exemplo de outros países, e criar uma espécie de sanção penal específica para os criminosos psicopatas.

A primeira etapa da aplicação desse instituto especial, deveria ser a realização de uma avaliação para detectar a presença de psicopatia no agente infrator. Tal análise poderia ser realizada por meio *Psychopathy Checklist-Revised* (PCL-R) – ou Escala Hare –, que hoje é considerado o método mais confiável na identificação de psicopatas<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 3ª Edição, 2018, p. 73



Após ser detectado tal distúrbio, o agente seria encaminhado a uma ala específica para psicopatas dentro do estabelecimento prisional, onde cumpriria sua pena – vez que, conforme demonstrado, esse indivíduo não pode ser considerado inimputável –, em separado dos outros detentos sem psicopatia, recebendo acompanhamento psiquiátrico ao longo do cumprimento de sua reprimenda.

A extinção da sanção penal ficaria sujeita a pareceres médicos, como aplica-se hoje para as medidas de segurança, admitindo-se, porém, um prazo limite maior que trinta anos para seu recolhimento, de acordo com o grau de periculosidade atestado nas avaliações médicas – como fora adotado para Francisco Costa Rocha, o “Chico Picadinho”.

Outra medida importante que poderia ser tomada é a identificação e o acompanhamento clínico dos indivíduos portadores da psicopatia desde a infância, de forma a reprimir a tendência a comportamentos transgressores, prevenindo-se por consequência, o cometimento de crimes por eles.

Como já dito, a psicopatia apresenta diversas peculiaridades que dificultam sua compreensão e tratamento, que acabam por resvalar no âmbito jurídico, especialmente quando da aplicação da sanção penal. No entanto, apesar de os psicopatas não se enquadrarem nas hipóteses previstas em nosso ordenamento jurídico para a aplicação da medida de segurança ou da pena, o Direito não pode abster-se de disciplinar sobre as situações que não são abarcadas por nossas leis. A psicopatia faz parte da nossa realidade, devendo o Judiciário, portanto, buscar a melhor forma de aplicar a sanção penal a esses indivíduos respeitando sua condição e zelando pelo bem-estar social.

## REFERÊNCIAS





ARQUIVO VIVO: Histórias de dois Repórteres – Percival de Souza e Renato Lombardi. Quarenta anos depois, Chico Picadinho deixa a prisão. Disponível em: <https://noticias.r7.com/prisma/arquivo-vivo/quarenta-anos-depois-chico-picadinho-deixa-a-prisao-22012019>> Acesso em: 14 de novembro de 2019.

AZEVEDO, Tiago. Psicopatas: A Verdade Surpreendente sobre sua Inteligência, 2018. Disponível em: <<https://psicoativo.com/2018/03/psicopatas-verdade-surpreendente-sobre-sua-inteligencia.html>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2020.

BALLONE, G. J. Personalidade Psicopática. 19 de janeiro de 2005. Disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=72>>. Acesso em: 14 de agosto de 2019.

BLOG CRIMINOLOGIA E PSICOLOGIA FORENSE. Caso da Semana: Maníaco do Parque, 2017. Disponível em: <<https://psicologia-forense.blogspot.com/2017/01/caso-da-semana-maniaco-do-parque.html>> Acesso em 14 de novembro de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 de abril de 2019.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Compilado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 10 de novembro de 2019.

BRASIL ESCOLA. Diferença entre doenças, síndromes e transtornos. Disponível em: <<https://brasilescola.uol.com.br/doencas/diferenca-entre-doencas-sindromes-transtornos.htm>> Acesso em: 14 de agosto de 2019.

BRASIL. Lei nº 7.210 de julho de 1984. Lei de Execuções Penais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 12 de abril de 2019.

BRASIL, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm)> Acesso em: 10 de novembro de 2019.



CAPEZ, Fernando. Código Penal comentado. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.  
CASOY, Ilana. Serial Killer: louco ou cruel? 6ª ed. São Paulo: Madras, 2004.

CID-10 – Código Internacional de Doenças. F60.2. Personalidade Dissocial.  
Disponível em: <<[http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f60\\_f69.htm](http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f60_f69.htm)>>  
Acesso em: 14 de agosto de 2019.

CORREIO BRASILIENSE. Disponível:  
<[https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2019/04/26/interna\\_ciencia\\_saude,751686/inteligencia-do-psicopata-e-uma-mentira-diz-neurocientista.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2019/04/26/interna_ciencia_saude,751686/inteligencia-do-psicopata-e-uma-mentira-diz-neurocientista.shtml)> Acesso em: 13 de novembro

DINI, Alexandre A. da Cunha. *A inconstitucionalidade da prorrogação ilimitada das medidas de segurança detentivas*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11167](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11167)>.  
Acesso em: 25/03/2019.

FILHO, Nelson Hauck; TEIXEIRA, Marco Antônio Pereira; DIAS, Ana Cristina Garcia. Psicopatia: o construto e sua avaliação, 2009. Disponível em:  
<[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1677-04712009000300006](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-04712009000300006)> Acesso em: 07 de novembro de 2019.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 13ª Edição, 1991.

GARDENAL, Izabela Barros. Evolução Histórica do Psicopata na Sociedade, 2018. Disponível em:  
<<https://izabelabgardenal.jusbrasil.com.br/artigos/604499552/evolucao-historica-do-psicopata-na-sociedade>> Acesso em 07 de novembro de 2019.

GERMANO, Felipe. Super Interessante: Quanto maior o nível de testosterona, mais frio e calculista é o psicopata, 2016. Disponível em:  
<<https://super.abril.com.br/saude/quanto-maior-o-nivel-de-testosterona-mais-frio-e-calculista-e-o-psicopata/>> Acesso em: 13 de novembro.

JESUS, Damásio. Código Penal anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.

JUSBRASIL. Chico Picadinho: o que seu caso demonstra? 2016. Disponível em:  
<<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/361632221/chico-picadinho-o-que-seu-caso-demonstra>> Acesso em: 14 de novembro de 2019.



MORANA, Hilda, STONE, Michael; ABDALLA-FILHO, Elias. Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-44462006000600005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462006000600005)>. Acesso em: 10 de novembro de 2019.

OLIVEIRA, Priscyla. Direito comparado e a punibilidade do psicopata homicida, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44929/direito-comparado-e-a-punibilidade-do-psicopata-homicida>> Acesso em: 12 de novembro de 2019.

OPAS Brasil. Folha Informativa – Transtornos Mentais. Disponível em: <[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5652:folha-informativa-transtornos-mentais&Itemid=839](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5652:folha-informativa-transtornos-mentais&Itemid=839)> Acesso em: 14 de agosto de 2019.

SILVA, Ana Beatriz B. Mentis perigosas: O Psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Globo Livros, 3ª Edição, 2018.

SUPER INTERESSANTE. O matador adolescente Champinha e o crime que chocou o Brasil, 2019. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/o-matador-adolescente-champinha-e-o-crime-que-chocou-o-brasil/>> Acesso em 14 de novembro de 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Volume 1 - Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª Edição, 2011.



# EXTRADIÇÃO DE CRIMES QUE OCORRERAM DURANTE A DITADURA MILITAR ARGENTINA: CASO SALVADOR SICILIANO E SEUS IMPACTOS GERADOS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Anna Clara Pereira Freitas

## RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo o instituto de Cooperação Internacional chamado extradição. O objetivo deste artigo é, no primeiro momento, apresentar o conceito de extradição, sendo estudado sua classificação, demonstrado o seu fluxo processual e suas vedações. No segundo momento, será analisado o papel que o Supremo Tribunal Federal desenvolve ao analisar um pedido extradicional e, assim, analisar casos de extradição passiva relativos a crimes da ditadura militar argentina. Por fim, o será feito no trabalho uma análise aprofundada a extradição n° 1.362, caso atípico dentre as jurisprudências levantadas, apontando suas consequências ao ordenamento jurídico brasileiro. O trabalho estudará os impactos da mencionada extradição, bem como abordará a possibilidade de ser aplicado a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade no Brasil como um costume internacional, tendo em vista a tendência internacional em entender que o crime estudado fere aos direitos humanos e, por essa razão, é de natureza imprescritível.

**Palavras-chave:** Extradição. Supremo Tribunal Federal (STF). Sequestro. Extradição n° 1.362. Salvador Siciliano. Costume.

## INTRODUÇÃO



O tema escolhido para ser abordado no presente artigo científico é estudado no ramo do Direito Internacional Público, bem como está inserido na subárea de Cooperação Jurídica Internacional. A extradição é uma medida compulsória que está prevista na Lei de Migrações n° 13.445/2017, e consiste na entrega de um indivíduo, procurado ou condenado, para que esse seja julgado ou para que esse cumpra pena imposta pela autoridade requerente. No entanto, destaco que a pesquisa elaborada foi voltada especificamente para o âmbito da extradição passiva, sendo levantados dados de extradições solicitadas por crimes que foram cometidos durante a ditadura militar argentina e analisado cada um dos casos encontrados.

Este é um tema pouco discutido, havendo inclusive, carência de materiais que se aprofundem no assunto. Destaco assim que o tema abordado possui suma importância no mundo jurídico, tendo em vista que foram encontrados 7 casos de extradição passiva que possuem as mesmas características, bem como é um tema entrelaçado aos direitos humanos, possuindo assim caráter fundamental para o bom funcionamento da cooperação jurídica entre os Estados e sendo de suma importância para o combate ao crime internacional.

Conforme mencionado, foram encontrados, através de levantamento jurisprudencial no site do Supremo Tribunal Federal, 7 extradições passivas, sendo uma delas um pedido de extensão de uma das extradições, tendo entre elas as mesmas características: em todos os casos foi solicitado pelo Governo argentino a extradição de estrangeiros que cometeram crimes de sequestro durante o período da ditadura militar argentina. Assim, ao analisar caso a caso, verificou-se uma tendência ao deferimento parcial da maioria dos casos com relação ao crime de sequestro. Contudo, em um caso específico, a extradição n° 1.362, houve o indeferimento do pedido com base no argumento de que o mesmo estaria prescrito perante a legislação brasileira.



Assim, verifico no trabalho os possíveis impactos da decisão supracitada, tendo em vista a divergência no entendimento que já estava sendo fixado na Suprema Corte de Justiça nos casos semelhantes, e avalio a possibilidade da aplicação de um entendimento internacional no caso apontado, tendo em vista que o Brasil não ratificou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. Como uma possível hipótese de solução ao problema apresentado, estaria a aplicação de tal norma como um costume internacional, tendo em vista a tendência de países a entenderem que tal crime, tanto pelo seu contexto histórico, quanto por sua natureza, lesaria os direitos humanos e assim possuía natureza de crime imprescritível.

O trabalho está dividido em três seções, sendo apresentado na primeira delas o conceito de extradição, seus princípios norteadores e a classificação do instituto extradicional. Nas subdivisões é apresentado o seu fluxo processual no Brasil e é apresentado as vedações previstas na legislação brasileira que impedem a efetivação de uma extradição. Na segunda seção foi analisado o papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal ao receber um pedido de extradição passiva e, em seguida, foi analisado os casos de extradição passiva relativos a crimes da ditadura militar argentina que tramitaram, e ainda tramitam, no Brasil.

Por fim, na terceira seção do trabalho, foi abordado a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade e os reflexos da extradição nº 1.362, caso principal a ser analisado no presente trabalho. Aqui, em suas subdivisões, se estudou o crime de sequestro sob a ótica do mencionado caso, destacando elementos da legislação brasileira e os argumentos favoráveis à extradição. Na segunda parte, foi destacado os crimes considerados imprescritíveis, conforme previsto na Convenção supracitada, e a possibilidade de sua aplicação em território brasileiro, visto a divergência com a legislação doméstica e a não ratificação do Estado brasileiro.



## 1 A EXTRADIÇÃO: MEDIDA DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL DE REDUÇÃO A IMPUNIDADE DE CRIMES.

A extradição tem por finalidade combater o crime, sendo, em regra, aceito e aplicado pela maioria dos Estados como um gesto de solidariedade e de cooperação com a manutenção da paz social. Com a crescente expansão mundial, pessoas cometiam crimes e, muitas vezes, se deslocam para outros países, fronteiriços ou não, com a finalidade de fugir do julgamento e da condenação no Estado onde cometeu a infração penal. Assim, a segurança tornou-se um assunto a ser discutido não apenas no âmbito interno de cada jurisdição, mas passou a ser tratado como um assunto de interesse global e, conforme definido por Florisbal de Souza Del'Olmo, de caráter “essencial no combate ao crime transnacional”<sup>1</sup>.

O conceito de extradição é definido por José Francisco Rezek como “a entrega, por um Estado a outro, e a pedido deste, de pessoa que em seu território deva responder a processo penal ou cumprir pena.”<sup>2</sup> Dessa forma, o instituto da extradição é um dos maiores mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional que visa o combate ao crime, bem como busca a erradicação da impunidade. A extradição é entendida como o “mais antigo e tradicional instrumento de cooperação internacional”<sup>3</sup>, sendo assim de suma importância para a sociedade internacional.

Em regra, o instituto da extradição é fundamentado com base em um tratado, bilateral ou multilateral, que dispõe sobre a obrigação de extraditar entre os Estados partes, da recusa da extradição, dos requisitos para a formulação do pedido

---

<sup>1</sup> DEL'OLMO, Florisbal de Souza. A extradição na contemporaneidade: breves reflexões. **Cadernos do programa de pós graduação**, Porto Alegre, n.4, p. 67-90, 2005. p.75

<sup>2</sup> REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 202.

<sup>3</sup> BUCHO, José Manuel da Cruz et al. **Cooperação Internacional Penal**. V. I. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2000 apud DEL'OLMO, op. cit. p.69



extradicional e de sua documentação necessária, e dos trâmites operacionais. Contudo, na ausência de um tratado entre os Estados partes, ocorre a chamada extradição por promessa de reciprocidade, na qual é baseada no que dispõe a legislação interna brasileira, Lei n° 13.445/2017, em seu capítulo VIII, seção I.

Dessa forma, analisa-se os princípios norteadores e fundamentais da extradição. São esses o Princípio da Especialidade, o Princípio da Dupla Tipicidade e o Princípio da *non bis in idem*. O pedido de extradição, ao ser analisado, deve respeitar minuciosamente cada um dos princípios citados, pois a ausência de um desses configura vício ao pedido extradicional, sendo que este fato impediria a concretização da extradição.

Conforme destacado por Gleisse Ribeiro, o Princípio da Especialidade dispõe que “concedida a extradição, o Estado requerente não poderá julgar o extraditando por delito diferente daquele que fundamentou seu pedido de extradição.”<sup>4</sup> Ademais, conforme consta expresso na Lei de Migrações, em seu art. 96, inciso I, “não será efetivada a entrega do extraditando sem que o Estado requerente assumo o compromisso de não submeter o extraditando a prisão ou processo por fato anterior ao pedido de extradição.”<sup>5</sup>

O segundo princípio norteador da extradição é o Princípio da Dupla Tipicidade, esse é entendido por Ribeiro como aquele que define que “não será concedida a extradição quando o fato que motivar o pedido não for considerado crime no país de refúgio.”<sup>6</sup> Conforme rege a Lei de Migrações, em seu art. 82, caput

---

<sup>4</sup> RIBEIRO, Gleisse. O Supremo Tribunal Federal e o controle dos processos de extradição. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**, Brasília, v. 2, n.1, p. 261-279, jan./jun. 2005. p. 267

<sup>5</sup> BRASIL. Lei n° 13.445/2017, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migrações. Brasília, Presidência da República, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm). Acesso em: 02 set. 2019

<sup>6</sup> RIBEIRO, op. cit., p. 267





e inciso II: “Não se concederá a extradição quando: II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente”.<sup>7</sup>

Por fim, o terceiro princípio fundamental do instituto trabalhado é o Princípio da *non bis in idem*, que conforme consta exposto no Manual de extradição do Ministério da Justiça “não será concedida a extradição quando já existir sentença transitada em julgado pelo mesmo fato em que se baseia o pedido de extradição”.<sup>8</sup>

O pedido extradicional é analisado e classificado como extradição ativa ou passiva. Conforme dispõe Florisbal de Souza Del’Olmo, “a extradição é ativa em relação ao Estado que a requer. Nela predominam, pode-se concluir, os aspectos administrativo ou político.”<sup>9</sup>

Dessa forma, quando nos referimos a extradição ativa, no âmbito do Estado brasileiro, tratamos da modalidade de extradição em que o Governo brasileiro é o Estado Requerente. Conforme explícito no Manual de extradição do Ministério da Justiça, “o Governo brasileiro solicita a entrega de uma pessoa procurada pela Justiça brasileira a outro país, para fins de julgamento ou cumprimento de pena.”<sup>10</sup>

Com relação a extradição passiva, dispõe Florisbal de Souza Del’Olmo que a extradição é passiva “quando vista através do Estado onde se homizia o acusado ou condenado cujo pedido é feito. Salienta-se nela o viés jurisdicional.”<sup>11</sup>

Dessa forma, no âmbito do Estado brasileiro, é entendido como modalidade passiva a extradição em que o Estado estrangeiro é o Estado Requerente. Conforme

---

<sup>7</sup> BRASIL, op. cit

<sup>8</sup> SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA (SNJ). Manual de extradição. Brasília: Departamento de Estrangeiros, 2012. p. 17

<sup>9</sup> DEL’OLMO, Florisbal de Souza. A extradição na contemporaneidade: breves reflexões. **Cadernos do programa de pós graduação**, Porto Alegre, n.4, p. 67-90, 2005. p. 76-77

<sup>10</sup> SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA (SNJ), op. cit., p. 21

<sup>11</sup> DEL’OLMO, Florisbal de Souza. A extradição na contemporaneidade: breves reflexões. **Cadernos do programa de pós graduação**, Porto Alegre, n.4, p. 67-90, 2005. p. 77



dispõe o Manual de extradição do Ministério da Justiça, configura-se extradição passiva “quando a pessoa objeto de processo penal em outro país encontra-se no Brasil e o Estado estrangeiro requer sua entrega para a instrução de processo penal ou de execução de sentença, ainda que não transitada em julgado.”<sup>12</sup>

### 1.1 O fluxo processual no Brasil de um pedido extradicional.

O processamento de um pedido extradicional no Brasil sempre começa através da autoridade requerente competente para tal, sendo assim encaminhada a autoridade central em matéria de extradição do país requerente para que então sejam tomadas as devidas providências.

Em relação ao processamento dos pedidos de extradição ativa, a autoridade competente para requerer o pedido extradicional é o Poder Judiciário. O Juízo é responsável por solicitar a publicação do nome do indivíduo na Difusão Vermelha da Interpol/PF e, posteriormente, quando esse for passível de localização ou for preso preventivamente para fins extradicionais, o Juízo deve encaminhar ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) do Ministério da Justiça e Segurança Pública (Senajus) a documentação estabelecida no tratado bilateral, multilateral ou em conformidade com a Lei n° 13.445/17, sendo em seguida executado juízo de admissibilidade do pedido de extradição e encaminhado por via diplomática.

Nesse sentido, dispõe o Manual de extradição do Ministério da Justiça:

Sendo admitido, o pedido de extradição será encaminhado ao Ministério das Relações Exteriores, a fim de que seja formalizado ao Estado onde se encontra o foragido da justiça brasileira, ou diretamente à Autoridade Central do respectivo país, quando permitido em Acordo.

---

<sup>12</sup> SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA (SNJ). **Manual de extradição**. Brasília: Departamento de Estrangeiros, 2012. p. 21



Ordinariamente, a prisão preventiva para fins de extradição é solicitada antes da formalização do pedido, visando evitar eventual fuga do extraditando. Nesses casos, após a prisão, o Brasil é notificado a apresentar os documentos justificativos e formalizadores da extradição no prazo estipulado no acordo ou, na falta deste, conforme a legislação interna do Estado requerido, sob pena de concessão de liberdade à pessoa requerida. [...]

Acordos atuais preveem que a prisão preventiva seja requerida por meio da INTERPOL [...] uma vez que a tramitação do pedido de prisão preventiva, via de regra, torna-se mais célere e dificulta a fuga da pessoa procurada.<sup>13</sup>

Sendo a extradição deferida pelas autoridades do país requerido, será analisado se o objeto da extradição está apto a ser extraditado, e em caso positivo, o Estado requerido comunicará, por via diplomática ou por meio de sua autoridade central, as autoridades brasileiras, para que então sejam promovidas gestões necessárias para a retirada do extraditando do território estrangeiro, no prazo estipulado em tratado. Em caso negativo, o Estado requerido deverá comunicar às autoridades brasileiras, especificando as razões pelo qual o extraditando não se encontra apto a ser extraditado, podendo elas serem, por exemplo, relacionadas a saúde ou a pendências criminais que o objeto da extradição possui face ao do Estado requerido.

Em relação ao processamento dos pedidos de extradição passiva, em regra, o trâmite operacional se inicia quando o Ministério das Relações Exteriores ou a Autoridade Central do Estado requerente encaminha ao Governo brasileiro o pedido de extradição do indivíduo, sendo assim promovida a análise de admissibilidade do pedido extradicional pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) e, estando o pedido em conformidade com a documentação prevista ou em tratado ou na Lei de Migrações, esse é transmitido ao

---

<sup>13</sup> SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA (SNJ). **Manual de extradição**. Brasília: Departamento de Estrangeiros, 2012. p. 24



Supremo Tribunal Federal, autoridade competente para analisar pedidos de extradição passiva no Brasil.

Ademais, o processo de extradição passiva pode ser iniciado através da comunicação da INTERPOL/PF informando que o objeto da extradição é passível de localização no Brasil ou, em casos de extrema urgência, pode ser informado a data em que o objeto do pedido extradicionário foi preso para fins de extradição, havendo nesta última hipótese, um contato direto entre a INTERPOL/PF e o Supremo Tribunal Federal tornando-se assim, mais célere o processo e dificultando a fuga da pessoa procurada pelo país requerente.

Conforme observa o Manual de extradição do Ministério da Justiça:

[...] Decretada a prisão preventiva pela Egrégia Corte e efetivada a coação, o país requerente será notificado a apresentar os documentos justificativos e formalizadores no prazo previsto no respectivo Acordo [...].

Deferida a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, e após o trânsito em julgado da decisão, a Autoridade Central brasileira poderá diferir a entrega na hipótese de o extraditando responder a processo-crime perante a Justiça brasileira ou estiver cumprindo pena, ou, ainda, na ausência de apresentação dos compromissos formais [...].

Se não houver pendências com a Justiça brasileira, ou o Governo brasileiro decidir discricionariamente sobre a entrega, [...], a Autoridade Central comunicará ao país requerente que a retirada do extraditando do território nacional deverá ser providenciada no prazo fixado no Acordo [...], contados do recebimento da notificação pelo Estado requerente. Caso não seja retirado no prazo estipulado, o indivíduo será colocado em liberdade e o Brasil não será obrigado a detê-lo novamente em razão do mesmo pedido.



Eventual decisão, total ou parcialmente denegatória pelo Supremo Tribunal Federal, será fundamentada e informada ao país requerente da extradição.<sup>14</sup>

O trâmite operacional do pedido de extradição está previsto na Portaria n° 217, de 27 de fevereiro de 2018. A mencionada Portaria dispõe em seu art. 1° que “regulamenta os procedimentos relativos aos pedidos de extradição passiva e ativa e de prisão cautelar para fins de extradição passiva e ativa, no âmbito do Ministério da Justiça.”<sup>15</sup>

## 1.2 As vedações previstas na legislação brasileira.

Com relação a lei que disciplina a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, essa sofreu alterações no decorrer do tempo. A legislação anterior e vigente que abordava o assunto foi a Lei n° 6.815/80, de 19 de agosto de 1980, esta que, conforme aponta Sidney Guerra:

[...] foi concebida no período em que o Estado brasileiro era conduzido por militares e levava em conta aspectos voltados principalmente para a segurança nacional, apresentando-se como discriminatória e contrária aos fundamentos e princípios que norteiam a Carta Magna de 1988.<sup>16</sup>

A Lei n° 13.445/2017, foi concebida em conformidade com os princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal/88, em que atribui valor à dignidade da pessoa humana e toda carga correspondente à proteção dos direitos humanos. A Lei de Migrações aborda em seu teor os vários direitos e deveres do migrante e do visitante no Brasil, bem como regulamenta a entrada e a permanência

---

<sup>14</sup> SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA (SNJ). **Manual de extradição**. Brasília: Departamento de Estrangeiros, 2012. p. 25-26

<sup>15</sup> BRASIL. Portaria n° 217, de 27 de fevereiro de 2018. Estabelece os procedimentos administrativos relativos aos pedidos de extradição passiva e ativa e de prisão cautelar para fins de extradição passiva e ativa, no âmbito do Ministério da Justiça. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018. Disponível em: <https://justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/legislacao/portaria-217-extradicao>. Acesso em: 09 set. 2019

<sup>16</sup> GUERRA, Sidney. Alguns aspectos sobre a situação jurídica do não nacional no Brasil: Da Lei do Estrangeiro à Nova Lei de Migração. **Revista Direito Em Debate**, Ijuí, n. 26, v.47, 90-112, 2017. p. 91



de estrangeiros em território nacional e, por fim, estabelece normas de proteção ao brasileiro que se encontra no exterior.

No âmbito da extradição, a Lei nº 13.445/2017 em seu art. 82 dispõe acerca das vedações aplicadas ao instituto, sendo essas:

Art. 82. Não se concederá a extradição quando:

- o indivíduo cuja extradição é solicitada ao Brasil for brasileiro nato;
- o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;
- o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;
- a lei brasileira impuser ao crime pena de prisão inferior a 2 (dois) anos;
- o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;
- a punibilidade estiver extinta pela prescrição, segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;
- o fato constituir crime político ou de opinião;
- o extraditando tiver de responder, no Estado requerente, perante tribunal ou júzo de exceção; ou
- o extraditando for beneficiário de refúgio, nos termos da Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, ou de asilo territorial.<sup>17</sup>

Ao analisarmos as vedações supramencionadas, verificamos que o primeiro pressuposto refere-se a nacionalidade do objeto da extradição. Nesse sentido prevê o artigo 5º, inciso LI, da Constituição Federal/1988 que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da

---

<sup>17</sup> BRASIL. Lei nº 13.445/2017, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migrações. Brasília, Presidência da República, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm). Acesso em: 02 set. 2019



naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.”<sup>18</sup>

Ante o exposto, explica Hildebrando Accioly:

Os Estados devem proteção a seus nacionais e, por conseguinte, têm a obrigação de lhes garantir uma justiça imparcial; ora, essa imparcialidade pode faltar aos juízes estrangeiros. Os Estados não devem abdicar parcela alguma e sua soberania; e a entrega de um nacional a uma justiça estrangeira constitui uma espécie de renúncia a direitos inerentes à soberania. Todo indivíduo tem o direito de viver no território sob a proteção do Estado de que é nacional, e, portanto, seria injusto afastá-lo contra a vontade.

Esses argumentos podem ser facilmente rebatidos. Primeiro de tudo, a proteção devida pelo Estado aos seus nacionais não pode ser entendida de maneira que impeça o comparecimento destes perante juízes estrangeiros.<sup>19</sup>

Dessa forma, superada a primeira vedação, verificamos que os seguintes pressupostos, esses que se referem a tipicidade do fato pelo qual motiva o pedido extradicional, bem como o tipo de pena imposta e as hipóteses de extinção de punibilidade. Nesse raciocínio, dispõe Marcelo D. Varella:

No Brasil, exige-se que o ato praticado deve ser punível também como crime, não havendo extradição por mera contravenção penal. Se o ato praticado no exterior não for crime no Brasil ou houver prescrição da pretensão punitiva ou executória, de acordo com as normas brasileiras, não pode haver extradição. Um dos aspectos interessantes desse instituto é a possibilidade de sua concessão parcial, ou seja, abrangendo apenas parte dos crimes cometidos, aqueles puníveis nos dois

---

<sup>18</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 02 set. 2019

<sup>19</sup> ARAÚJO, Luiz Roberto; PRADO, Luiz Regis. Alguns aspectos das limitações ao direito de extraditar. Revista

Informação Legislativa v. 19, n. 76/out/dez., 1982 apud SEGABINAZI, Fabiane. Uma análise da extradição no direito brasileiro. 2004, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 24, p. 151-175, 2004. p 159



Estados. No caso, o Estado que recebe o extraditando compromete-se com o Estado que extradita a não julgar ou não aplicar a pena pelos atos que não guardam correspondência de punibilidade nos dois territórios.<sup>20</sup>

Analisando mais a fundo, dispõe Fabiane Segabinazi que a dupla tipicidade “é uma garantia essencial ao direito de liberdade que o fato ensejador da extradição deva ser tipificado como crime por ambas as leis em confronto, para que seja procedida a extradição pelo Brasil.”<sup>21</sup> Ademais, ressalta a referida autora que são excluídos os “delitos a que a lei brasileira impuser as penas de multa ou restritivas de direitos por entender que estas só se aplicam a crimes com menor gravidade e a exclusão compulsória de um indivíduo do país somente se procederá por motivos graves [...]”<sup>22</sup>

Por fim, ressalta-se as observações avocadas por Marcelo D. Varella, pelo qual destaca que “[...] o Estado que solicita a extradição deve comprometer-se a comutar a pena em prisão de até 30 anos, sem o que não poderá ocorrer a extradição. A pena a ser cumprida também não pode ser menor do que dois anos.”<sup>23</sup>

A próxima vedação a ser tratada é da competência do Estado brasileiro, dessa forma dispõe Fabiane Segabinazi que “[...] o Brasil concederá a extradição quando

---

<sup>20</sup> VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229344/cfi/4!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 02 set. 2019. p. 209

<sup>21</sup> SEGABINAZI, Fabiane. Uma análise da extradição no direito brasileiro. 2004, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 24, p. 151-175, 2004. p. 170

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 171

<sup>23</sup> VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229344/cfi/4!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 02 set. 2019. p. 210





configurar competência penal exclusiva da justiça do Estado requerente para processar e julgar o fato, do qual decorre incompetência do Brasil.”<sup>24</sup>

A vedação expressa no inciso V da Lei nº 13.445/2017 diz respeito ao princípio da *non bis in idem*, que conforme observa Gleisse Ribeiro a Corte Suprema brasileira “busca evitar que o indivíduo, envolvido no processo de extradição, seja punido duas vezes pelo mesmo crime.”<sup>25</sup>

Adiante, observa-se a vedação relacionada a crimes políticos ou de opinião, nesse sentido, define Marcelo D. Varella que “crime político é aquele que tem por escopo a desestruturação das instituições públicas e da ordem social do Estado.”<sup>26</sup> Observa-se aqui, que o crime político ofende o Estado requerente, não sendo assim, em regra, uma ofensa típica frente às instituições do Estado requerido. Ademais, destaca que “o refugiado político não é visto como alguém que foge da justiça, mas como uma vítima em potencial de uma injustiça em seu país de origem, onde a lei ou a aplicação da lei é discriminatória.”<sup>27</sup>

Dessa forma, superada a vedação por crimes políticos ou de opinião, observamos a vedação de extradição ao beneficiário do Refúgio ou asilo territorial. Sendo previsto na Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, o conceito de refugiado é dado como:

[...] todo indivíduo que devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo

---

<sup>24</sup> SEGABINAZI, op. cit., p. 166

<sup>25</sup> RIBEIRO, Gleisse. O Supremo Tribunal Federal e o controle dos processos de extradição. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**, Brasília, v. 2, n.1, p. 261-279, jan./jun. 2005. p. 274

<sup>26</sup> VARELLA, op. cit., p. 210

<sup>27</sup> STF. Ext. 1085. Decisão de 16.12.2009 e ACNUR. Manual de procedimentos técnicos para determinar a condição de refugiados de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados. Brasília: ACNUR, 2004 apud VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229344/cfi/4/1/4/2@100:0.00>. Acesso em: 02 set. 2019. p. 210



social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país.”<sup>28</sup>

Assim, no artigo 33 da supramencionada legislação dispõe que “o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.”<sup>29</sup> Nesse sentido, o Manual de extradição do Ministério da Justiça ressalta:

[...] se houver um pedido de refúgio com base nos mesmos fatos que serviram de fundamento para um pedido de extradição, esta será obstada até a decisão final do pedido de refúgio, que, em sendo reconhecida a condição de refugiado, restará prejudicado o processo daquele [...].<sup>30</sup>

Por fim, analisaremos a última vedação disposta na Lei de Migrações, essa sendo referente ao extraditando que responde, no Estado requerente, perante tribunal ou juízo de exceção. Conforme dispõe José Francisco Rezek, “já não se trata aqui de enfocar um crime, nele vendo caráter político ou comum. Trata-se, antes, de submeter a Juízo a autoridade judiciária que um Estado investiu no poder decisório, havendo-a, conforme o caso, por regular ou por excepcional.”<sup>31</sup> Ainda nesse sentido, explica Mirtô Fraga que o “Tribunal de exceção é criado para julgar, sem garantias normais, determinados crimes retirados da competência dos Tribunais comuns; é instituído por ocasião de guerra civil, revolução”.<sup>32</sup> Sendo assim, anota Gleisse

---

<sup>28</sup> BRASIL. Lei n° 9.474/1997, de 22 de julho de 1997. Institui mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, Presidência da República, 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm). Acesso em: 02 set. 2019

<sup>29</sup> Ibidem

<sup>30</sup> SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA (SNJ). **Manual de extradição**. Brasília: Departamento de Estrangeiros, 2012. p. 40

<sup>31</sup> REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 211

<sup>32</sup> FRAGA, Mirtô. **O novo Estatuto do Estrangeiro comentado: Lei no 6.815 de 1980, alterada pela lei no 6.964 de 1981**. Rio de Janeiro: Forense, 1985 apud RIBEIRO, Gleisse. O Supremo Tribunal Federal e o controle dos processos de extradição. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**, Brasília, v. 2, n.1, p. 261- 279, jan./jun. 2005. p. 275



Ribeiro que “a principal justificativa para não se extraditar um indivíduo a um tribunal de exceção deve-se à não-imparcialidade nos julgamentos.”<sup>33</sup>

## 2 O PAPEL EXERCIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ANÁLISE DO PEDIDO DE EXTRADIÇÃO.

Conforme está previsto no artigo 102, inciso I, alínea g), da Constituição Federal, é de competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar os pedidos de extradição formulados pelo Estado estrangeiro. Nesse sentido, dispõe ainda o art. 90 da Lei n° 13.445/2017 que “nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.”<sup>34</sup>

É destacado no regimento interno do Supremo Tribunal Federal, em seu art. 207, que “não se concederá extradição sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a legalidade e a procedência do pedido, observada a legislação vigente.”<sup>35</sup> Destaca-se ainda, no art. 208 do mencionado regimento, que “o pedido de extradição não terá andamento sem que o extraditando seja preso e colocado à disposição do Tribunal.”<sup>36</sup>

Dessa forma, conforme observa o Manual de extradição do Ministério da Justiça:

---

<sup>33</sup> RIBEIRO, Gleisse. O Supremo Tribunal Federal e o controle dos processos de extradição. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**, Brasília, v. 2, n.1, p. 261-279, jan./jun. 2005. p. 275

<sup>34</sup> BRASIL. Lei n° 13.445/2017, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migrações. Brasília, Presidência da República, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm). Acesso em: 15 out. 2019

<sup>35</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Regimento interno**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2019.

Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf> Acesso em: 15 out. 2019. p. 100

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 100.



[...] o Poder Judiciário do Estado requerido é responsável por decidir se o pedido de extradição formulado deve ou não ser concedido. São analisados, principalmente, os aspectos formais que conduziram o processo criminal objeto do pedido de extradição, levando-se em conta as garantias fundamentais do extraditando, as limitações prescricionais e a inexistência de motivações políticas ou ideológicas que prejudiquem o pedido formulado.<sup>37</sup>

Ante o exposto, a autoridade judicial brasileira responsável pela decisão de deferimento ou indeferimento da extradição é o Supremo Tribunal Federal, sendo essa a mais alta Corte de Justiça dentro do Poder Judiciário brasileiro. Contudo, nota-se que, ao analisar o pedido extradicional, a referida Corte de Justiça segue o Sistema de Contenciosidade Limitada, sendo esse definido como:

[...] a ação para julgamento do pedido de extradição junto ao Supremo

Tribunal Federal não consiste na repetição do litígio penal que lhe deu origem. A Suprema Corte possui limitações que a impedem de reexaminar o quadro probatório ou a discussão sobre o mérito tanto da acusação quanto da condenação emanadas pela autoridade competente do Estado estrangeiro.<sup>38</sup>

Assim, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal exerce o controle de legalidade sobre o pedido de extradição formulado pelo país estrangeiro, verificando se estão cumpridos os requisitos para o seu deferimento.

## **2.1 Casos de extradição passiva analisados pelo Supremo Tribunal Federal relativos a crimes da ditadura militar argentina.**

Os referidos processos foram selecionados através de uma pesquisa elaborada a fim de apurar e analisar os processos de extradição em que o Governo da Argentina configurava a autoridade requerente do pedido extradicional passivo. Após o

---

<sup>37</sup> SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA (SNJ). **Manual de extradição**. Brasília: Departamento de Estrangeiros, 2012. p. 22

<sup>38</sup> SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA (SNJ). **Manual de extradição**. Brasília: Departamento de Estrangeiros, 2012. p. 18



levantamento de casos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a natureza dos crimes e observando o lapso temporal do cometimento dos mesmos, foram selecionados sete processos de extradição que serão apresentados a seguir. Cabe destacar que os mesmos foram escolhidos e serão analisados pois, em um dos casos mencionados, houve o indeferimento da extradição, sendo que a linha de precedentes do Tribunal era pelo deferimento parcial dos pleitos de extradição dos crimes dessa mesma natureza e lapso temporal.

Ao elaborar consulta ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, foram observados alguns casos de extradição passiva relativos aos crimes cometidos durante o período de ditadura militar da Argentina. A pesquisa foi feita a partir da aba “Jurisprudência”, que se encontra disponível no referido sítio eletrônico, com os termos “extradição argentina”, “extradição de crimes na ditadura militar”, “argentina” e “sequestro”.

Ao analisar os resultados apresentados na supramencionada pesquisa, verificou-se que tramitaram na referida Corte de Justiça sete processos de extradição referentes a crimes cometidos durante a ditadura militar argentina. Fazem parte do resultado a extradição n° 974, sendo imputado ao objeto da extradição os crimes de sequestro qualificado e associação ilícita; a extradição n° 1150, pelo qual o crime cometido pelo objeto da extradição correspondia ao crime de sequestro qualificado; a extradição n° 1270, sendo o objeto do pedido extradicional acusado de cometer os crimes de tortura com causa de aumento de pena por ter sido cometido por agente público mediante sequestro e tortura com resultado morte; a extradição n° 1278, sendo imputado ao extraditando os crimes de tortura, homicídio, sequestro qualificado e desaparecimento forçado de pessoas; a extradição n° 1299, pelo qual o objeto da extradição é acusado de cometer os crimes de sequestro qualificado e tortura; a extradição n° 1327, sendo imputado ao objeto da extradição os crimes de tortura e sequestro; e a extradição n° 1362, pelo qual o extraditando é acusado pelas



autoridades argentinas de cometer os crimes de associação criminosa, sequestro qualificado e homicídio qualificado.

Assim, conforme será exposto, analisa-se os dados coletados de cada pedido supracitado. O primeiro processo de extradição a ser analisado, a extradição n° 974, faz referência ao nacional uruguaio Manoel Cordeiro Paicentini<sup>39</sup>. O Governo da Argentina solicitou que o nominado fosse extraditado em razão de que o mesmo estava sendo processado naquele país por cometer os crimes, principalmente no ano de 1976, de associação ilícita ou banda de três ou mais pessoas, destinadas a cometer crimes, pelo só fato de serem membros da associação, previsto no artigo 210 do Código Penal argentino e correspondente ao crime previsto no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal brasileiro, e pelo crime previsto no artigo 144, alínea 1ª do Código Penal argentino, em que prevê o crime cometido por funcionário público que, abusando de suas funções ou sem as formalidades prescritas pela lei, privasse a qualquer pessoa da sua liberdade pessoal, correspondente ao crime previsto no artigo 148, §2º, sequestro qualificado, do Código Penal brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o pedido extradicional, verificou que o extraditando havia solicitado refúgio, sendo assim sobrestado o referido pedido até o julgamento do pedido de refúgio por ser definido como uma das hipóteses de vedações à concessão do pedido extradicional, prevista no artigo 33 da Lei n° 9.474/97.<sup>40</sup> Após o<sup>39</sup>. indeferimento do pedido de refúgio, o extraditando

---

<sup>39</sup> Possivelmente encontrado também com os nomes Manoel Cordero Piacentini ou Manoel Cordero. Isso ocorre em razão da dificuldade que os Estados requerentes têm em apontar a identidade do extraditando, e visando facilitar o trabalho da Polícia Federal, indicam na documentação formalizadora todos os possíveis nomes do extraditando

<sup>40</sup> A legislação brasileira vigente que regulava o instituto da extradição à época do caso narrado, a Lei n° 6.815/80, não previa em seu rol a hipótese de vedação da concessão da extradição do estrangeiro que fosse beneficiário de refúgio. Com a vigência da Lei n° 9.474/97, passou-se então a suspender, até decisão definitiva, qualquer processo de extradição pendente. Atualmente a questão é regulada pela Lei de Migração, correspondente a Lei n° 13.445/17, que em seu artigo 82, inciso IX, disciplina que se o extraditando for beneficiário de refúgio é vedada a sua extradição, nos termos da Lei n° 9.474/97



apresentou sua defesa no pedido de extradição cujos fundamentos se extrai da seguinte passagem do relatório:

O extraditando foi interrogado (folha 450 a 464) e apresentou defesa (folha 472 a 476), na qual aduziu que o Estado requerente não teria especificado as condutas a ele atribuídas. Anotou o caráter político do pedido, ressaltando o fato de haver recebido indulto pelo Governo argentino por meio de Decreto n° 1.003/89. Sustenta que os crimes imputados estariam prescritos. Busca, então, o indeferimento do pleito da extradição.<sup>41</sup>

Posteriormente, em 06 de agosto de 2009, o processo de extradição do nacional uruguaio foi devidamente instruído e analisado pela Suprema Corte de Justiça brasileira, onde verificou-se que o Estado argentino possuía competência para processar e julgar os crimes imputados ao extraditando, conforme previsto à época no artigo 78, inciso I, da Lei n° 6.815/80, estando, ainda, o pedido portando a devida documentação formalizadora. Com relação aos fatos imputados ao sr. Piacentini, as autoridades requerentes afirmavam que:

[...] o extraditando - Major do Exército uruguaio -, tomando parte da denominada “Operação Condor” - identificada como “uma organização terrorista, secreta e multinacional para caçar adversários políticos” dos regimes militares do Brasil, Argentina, Chile, Uruguai, Paraguai e Bolívia nas décadas de 1970 e 1980 -, teria participado de ações militares que resultaram no seqüestro de pessoas levadas para uma fábrica abandonada e submetidas a interrogatórios e torturas. A conduta imputada ao paciente encontraria tipificação nos artigos 210, bis, e 144, bis, alínea 1° do Código Penal argentino e na Lei n° 24.556, mediante a qual o Estado requerente ratificou a Convenção Interamericana sobre o

---

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). **Extradição n° 974**. Extradição. Argentina. Tratado bilateral. Atendimento aos requisitos formais. Aditamento quanto ao crime de sequestro de menor. Dupla tipicidade. Configuração parcial. Prescrição. Inocorrência. Extradição parcialmente deferida. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 06 de agosto de 2009. Publicada em 04 de dezembro de 2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606492>. Acesso em 04 de dez. 2019



Desaparecimento Forçado de Pessoas, aprovada pela Organização das Nações Unidas (folha 61 a 69). [...] <sup>42</sup>

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar as condutas imputadas ao extraditando, verificou que as mesmas eram correspondentes ao crime de associação criminosa de cerca de dez pessoas, previsto e punível pelo artigo 288, parágrafo único, do Código Penal brasileiro e ao crime de sequestro qualificado, disposto no artigo 148, §2º do Código Penal brasileiro. Após a análise da conduta imputada, verificou-se então a ocorrência do prazo prescricional das mesmas, sendo constatado que com relação ao crime de associação ilícita, da qual a pena máxima prevista é de seis anos de retenção, o prazo prescricional ocorreria em doze anos, conforme o artigo 109, inciso III, do o Código Penal brasileiro, estando assim o fato imputado ao nominado prescrito em conformidade com a legislação brasileira. Com relação ao crime de sequestro qualificado, a Suprema Corte de Justiça entendeu que:

[...] assevera não se falar em prescrição, pois se trata de crime permanente tanto no Brasil como na Argentina. Em tal hipótese, prossegue, o resultado delituoso se protraí no tempo enquanto a vítima estiver privada de liberdade e o prazo prescricional só tem início após a interrupção da ação do agente. Frisa que, de acordo com as informações prestadas pelo Estado requerente, o extraditando participou do seqüestro de diversas pessoas, principalmente em 1976, as quais não foram libertadas até os dias de hoje. A despeito do tempo decorrido, não se pode afirmar que estejam mortas porque os corpos jamais foram encontrados, de modo que ainda subsiste a ação perpetrada pelo extraditando (folha 1669). <sup>43</sup>

Assim, concluiu o Tribunal Pleno que, com relação a conduta do sequestro qualificado, atendia ao disposto nos artigos 2º e 5º do Tratado de extradição do

---

<sup>42</sup> Ibidem

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). **Extradição n° 974**. Extradição. Argentina. Tratado bilateral. Atendimento aos requisitos formais. Aditamento quanto ao crime de sequestro de menor. Dupla tipicidade. Configuração parcial. Prescrição. Inocorrência. Extradição parcialmente deferida. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 06 de agosto de 2009. Publicada em 04 de dezembro de 2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606492>. Acesso em 05 de dez. 2019





Mercosul, pois os requisitos previstos à época no artigo 78 da Lei n° 6.815/1980 foram obedecidos, destacando ainda que a pena prevista para o delito, tanto na legislação brasileira quanto na argentina, era superior a dois anos e que não havia sido verificada a natureza política do pleito. Ao ser proferida a decisão no caso em análise, foi decidido, por maioria, deferir parcialmente o pedido de extradição, em razão de o mesmo ser indeferido com relação ao crime de associação ilícita ou banda de três ou mais pessoas, em que foi verificada a ocorrência da extinção da punibilidade e o deferimento com relação ao crime de sequestro qualificado, sendo vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Alberto Menezes Direito.

Através de Despacho datado de 07 de abril de 2010, foi verificado que o nacional uruguaio Manoel Cordeiro Paicentini foi extraditado no dia 23 de janeiro de 2010, com destino à Argentina.

O segundo processo de extradição a ser analisado, a extradição n° 1150, faz referência ao nacional argentino Norberto Raul Tozzo. O Governo da Argentina solicitou que o seu nacional fosse extraditado em razão de que o mesmo estava sendo processado naquele país por cometer os crimes, que se sucederam a partir de 12 de dezembro de 1976, de homicídio agravado por aleivosia e pelo número de participantes e desaparecimento forçado de pessoas em concurso real, previsto e punível pelo artigo 80, incisos 2° e 6°, artigo 141 e 142, inciso 5°, na forma do artigo 55, todos do Código Penal argentino e correspondentes aos crimes de homicídio qualificado e de sequestro qualificado, previsto no artigo 121, § 2°, inciso IV, do Código Penal brasileiro e no artigo 148, § 1°, inciso III, do Código Penal brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal, após decretar a prisão preventiva do nominado, nos termos do artigo 81 da Lei n° 6.815/80, e receber a documentação formalizadora do pedido extradicional, bem como recebeu a defesa escrita do extraditando, cujos fundamentos se extrai da seguinte passagem do relatório:



Em 9.2.2009, o Extraditando apresentou sua defesa escrita, na qual confirma sua identidade, questiona a “documentação formalizadora do pleito extradicional” e afirma a “ilegalidade da extradição”, ressaltando, basicamente, que a) “a documentação não expõe a real participação do extraditando no episódio de Margarita Belén”; b) a “documentação enviada pelo governo Argentino não especifica qual a data do início do processo Margarita Belem, nem a data da denúncia, se limitando a dizer que considera o crime como sendo lesa-humanidade e como tal imprescritível, assim inviabilizando por parte do país requerido o exame da prescrição do crime”;

c) “esta extradição trata-se de um tema político”; d) a “motivação das prisões dos cidadãos mortos e desaparecidos foi unicamente política”; e) “[q]uanto a questão do crime de Desaparecimento Forçado de Pessoas, não há dupla tipicidade”; f) “[q]uanto no crime de homicídio duplamente qualificado, a prescrição se opera em 20 (vinte) anos no Brasil, e um crime que ocorreu em 1976 já está com trinta e seis anos de lapso temporal”; g) “[h]á no caso extinção da Punibilidade em relação à prescrição e impossibilidade de dupla tipicidade”; h) a “[p]ossibilidade do crime ser considerado Militar”; i) “[e]vidente perseguição política por parte do governo argentino a militares da extinta ditadura militar, pela total violação de direitos humanos em relação aos Militares quanto à condição de prisioneiros”; j) “[i]mpossibilidade de entrega do extraditando ao país requerente em razão das penas previstas aos crimes imputados ao Sr. Norberto Raul Tozzo serem de prisão perpétua e na questão de desaparecimento forçado de pessoas, acima de 30 anos”; e k) o “extraditando afirma ter sido indultado pelo decreto 1002/89 do presidente Menem, onde foram indultados os chefes militares responsabilizados inicialmente pelos fatos da causa Margarita Belem, consequentemente o Sr. Norberto Raul Tozzo também estaria indultado” (fls. 100-102)<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Extradição nº 1.150**. Extradição instrutória. Prisão preventiva decretada pela Justiça argentina. Tratado específico: requisitos atendidos. Extraditando investigado pelos crimes de homicídio qualificado pela traição (“Homicídio agravado por aleivosa e por el numero de participes”) e sequestro qualificado (“Desaparición forzada de personas”): dupla tipicidade atendida. Extinção da punibilidade dos crimes de homicídio pela prescrição: procedência. Crime permanente de sequestro qualificado: inexistência de prescrição. Alegações de ausência de documentação, crime militar ou político, tribunal de exceção e eventual indulto: improcedência. Extradição parcialmente deferida. Relator: Min. Carmen Lúcia, 19 de maio de 2011. Publicada em 16 de junho de 2011. Disponível em



Posteriormente, em 19 de maio de 2011, o processo de extradição do nacional argentino foi devidamente instruído e analisado pela Suprema Corte de Justiça brasileira, onde verificou-se que o Estado argentino possuía competência para processar e julgar os crimes imputados ao extraditando, conforme previsto à época no artigo 78, inciso I, da Lei n° 6.815/80, portando, ainda, após apresentação de documentação complementar, a devida documentação formalizadora do pedido extradição. Com relação aos fatos imputados ao sr. Tozzo, as autoridades requerentes afirmavam que:

[...] Que o fato que se atribui ao imputado refere-se, às circunstâncias sucedidas a partir do 12 de dezembro de 1976, data na (sic) que o Tenente Coronel JORGE ALCIDES LARRATEGUY, ordenou o traslado dos seguintes detidos: LUIS ANGEL BARCO, MARIO CUEVAS, LUIS ARTURO FRANZEN, MANUEL PARODI OCAMPO, NESTOR CARLOS SALAS, PATRICIO BLAS TIERNO, CARLOS ALBERTO DUARTE, JULIO ANDRES PEREIRA, ALBERTO DIAZ, ROBERTO HORACIO YEDRO, REYNALDO AMALIO ZAPATINA SOÑEZ, FERNANDO

PIEROLA E CARLOS ALBERTO ZAMUDIO, desde a Alcaidia Policial, onde foram concentrados com anterioridade. O traslado foi efetivado o (sic) 13 de dezembro de 1976, em horas da madrugada, por uma comitiva militar presumivelmente a cargo do MAJOR ATHOS GUSTAVO RENES, à Unidade IO de Formosa, em veículos da Companhia de Comunicações 7 do Exército Argentino, no qual integrava o imputado NORBERTO RAÚL TOZZO. Que ao abandonar a Alcaidia, a coluna dirigiu-se pela Rodovia Nacional N° II - em direção à província de Formosa - ao chegar a um caminho lateral nas proximidades de Margarita Belén, as 04.30 horas da madrugada da data indicada, os detidos foram executados pretendendo dissimular uma emboscada feita por delinquentes subversivos que supostamente aguardavam para atacar a coluna militar. De tal execução, com consequência do acionar dos membros das Forças Armadas e de Segurança encarregadas da custódia do traslado referenciado, foram

---

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624223>. Acesso em 05 de jan. 2020



abatidos PATRICIO BLAS TIERNO, LUIS ANGEL BARCO, MARIO CUEVAS, LUIS ARTURO FRANZEN, MANUEL PARODI OCAMPO, NESTOR CARLOS SALAS, CARLOS ALBERTO DUARTE, ALBERTO DIAZ, REYNALDO AMALIO ZAPATINA SOÑEZ e CARLOS ALBERTO ZAMUDIO. Também quatro

(04) pessoas que integravam esse traslado: FERNANDO GABRIEL PIEROLA, JULIO ANDRES PEREIRA, ROBERTO HORACIO YEDRO e REYNALDO AMALIO ZAPATINA SOÑEZ, nunca foram achados pelo que também imputa-se ao prófugo TOZZO o desaparecimento forçado dos mesmos. [...] <sup>45</sup>

O STF, ao analisar as condutas imputadas ao nominado, verificou que as mesmas correspondiam ao crime de homicídio qualificado, previsto e punível pelo artigo 121, § 2º, inciso IV, c/c artigo 61, inciso II, alínea i), ambos do Código Penal brasileiro e ao crime de sequestro qualificado, disposto no artigo 148, § 2º, do Código Penal brasileiro. Posteriormente, analisou-se então a ocorrência do prazo prescricional das mesmas, sendo constatado que, com relação ao crime de homicídio qualificado, da qual a pena máxima prevista é de trinta anos de reclusão, o prazo prescricional ocorreria em vinte anos, conforme o artigo 109, inciso I, do o Código Penal brasileiro, estando assim o fato imputado ao nominado prescrito em conformidade com a legislação brasileira. Com relação ao crime de sequestro qualificado, a Suprema Corte de Justiça entendeu que:

[...] não há que se falar em prescrição, pois se trata de crime permanente no Brasil. Nesse caso, o resultado delituoso se

---

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Extradição nº 1.150**. Extradição instrutória. Prisão preventiva decretada pela Justiça argentina. Tratado específico: requisitos atendidos. Extraditando investigado pelos crimes de homicídio qualificado pela traição (“Homicídio agravado por aleivosia e por el numero de partícipes”) e sequestro qualificado (“Desaparición forzada de personas”): dupla tipicidade atendida. Extinção da punibilidade dos crimes de homicídio pela prescrição: procedência. Crime permanente de sequestro qualificado: inexistência de prescrição. Alegações de ausência de documentação, crime militar ou político, tribunal de exceção e eventual indulto: improcedência. Extradição parcialmente deferida. Relator: Min. Carmén Lúcia, 19 de maio de 2011. Publicada em 16 de junho de 2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624223>. Acesso em 05 de jan. 2020



protrai no tempo enquanto a vítima estiver privada de sua liberdade e o prazo prescricional só terá início após a interrupção da ação do agente.

23. De acordo com as informações prestadas pelo Estado requerente, após o “Massacre de Margarita Belén”, 4 (quatro) pessoas não foram encontradas até os dias de hoje. A despeito do tempo decorrido, não se pode afirmar que estejam mortas porque seus corpos jamais foram encontrados, de modo que ainda subsiste a ação perpetrada, em tese, pelo extraditando NORBERTO RAÚL TOZZO.<sup>46</sup>

Assim, concluiu o Plenário que, com relação a conduta do sequestro qualificado, atendia ao disposto nos artigos 2º e 5º do Tratado de extradição do Mercosul, pois os requisitos previstos à época no artigo 78 da Lei nº 6.815/1980 foram obedecidos, destacando ainda que a pena prevista para o delito, tanto na legislação brasileira quanto na argentina, era superior a dois anos e que não havia sido verificada a natureza política do pleito. Para chegar a esse entendimento, a Suprema Corte usou a extradição nº 974 como precedente judicial. Ao ser proferida a decisão no caso em análise, foi decidido, por maioria, deferir parcialmente o pedido de extradição, em razão de o mesmo ser indeferido com relação ao crime de homicídio qualificado, em que foi verificada a ocorrência da extinção da punibilidade e o deferimento com relação ao crime de sequestro qualificado, sendo vencido o Ministro Marco Aurélio.

Através de consulta ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, foi verificado que consta no teor da Decisão Monocrática, datada de 18 de fevereiro de

---

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Extradição nº 1.150**. Extradição instrutória. Prisão preventiva decretada pela Justiça argentina. Tratado específico: requisitos atendidos. Extraditando investigado pelos crimes de homicídio qualificado pela traição (“Homicídio agravado por aleivosia e por el numero de partícipes”) e sequestro qualificado (“Desaparición forzada de personas”): dupla tipicidade atendida. Extinção da punibilidade dos crimes de homicídio pela prescrição: procedência. Crime permanente de sequestro qualificado: inexistência de prescrição. Alegações de ausência de documentação, crime militar ou político, tribunal de exceção e eventual indulto: improcedência. Extradição parcialmente deferida. Relator: Min. Carmén Lúcia, 19 de maio de 2011. Publicada em 16 de junho de 2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624223>. Acesso em 06 de jan. 2020



2015, que o nacional argentino Norberto Raul Tozzo foi entregue às autoridades argentinas em 13 de outubro de 2011.

O terceiro caso a ser analisado, a extradição n° 1.278, faz referência ao nacional argentino Claudio Vallejos. O Governo da Argentina solicitou que o seu nacional fosse extraditado em razão de que o mesmo estava sendo processado naquele país por cometer os crimes, que se sucederam entre 1976 e 1983, de tortura, homicídio, sequestro qualificado e desaparecimento forçado de pessoas. Não consta no teor do acórdão a indicação dos dispositivos legais argentinos e brasileiros que correspondem às condutas praticadas pelo extraditando, contudo, o Ministro relator Gilmar Mendes dispõe em seu voto que:

Os fatos descritos encontram correspondência no Direito Penal brasileiro, com exceção do chamado crime de desaparecimento forçado de pessoas.

Segundo o entendimento adotado na EXT n. 974/Argentina, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas ainda não foi ratificada pelo Estado brasileiro; significa dizer que suas normas portanto não foram incorporadas ao ordenamento interno e, em consequência, não foi criado o tipo penal correspondente ao desaparecimento forçado de pessoas. Considerou-se, entretanto, a possibilidade de análise da dupla tipicidade com base no delito de sequestro. Entendimento que adoto também.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Extradição n° 1.278**. Extradição instrutória. 2. Crimes de tortura, homicídio, sequestro qualificado e desaparecimento forçado de pessoas. 3. Atendimento dos requisitos formais. 4. Dupla tipicidade. Desaparecimento forçado de pessoas. Análise da dupla tipicidade com base no delito de sequestro. Entendimento adotado na EXT 974/Argentina. 5. Prescrição dos crimes de tortura e homicídio, segundo o ordenamento jurídico brasileiro. 6. Pedido de extradição deferido sob a condição de que o Estado requerente assumia, em caráter formal, o compromisso de comutar eventual pena de prisão perpétua em pena privativa de liberdade, com o prazo máximo de 30 anos. 7. Extraditando que responde a processo penal no Brasil por crime diverso daquele que versa o pedido de extradição. 8. Discricionariedade do Chefe do Poder Executivo para ordenar a extradição ainda que haja processo penal instaurado ou mesmo condenação no Brasil (art. 89 da Lei 6.815/1980). 9. Pedido de extradição deferido parcialmente (somente em relação aos crimes de sequestro). Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de setembro de 2012. Publicada em 04 de outubro de 2012. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2875328>. Acesso em 06 de jan. 2020



O Supremo Tribunal Federal, após decretar a prisão preventiva do nominado, recebeu a defesa prévia do extraditando, cujos fundamentos sustentaram que os fatos que lhe foram imputados não são verdadeiros, que o mesmo não teve participação nos delitos narrados no pedido extradicional e que ele já havia cumprido pena no Brasil pelo crime de estelionato, além de que, na época dos fatos, tinha uma filha de 14 anos.

Em 18 de setembro de 2012, o processo de extradição do nacional argentino foi devidamente instruído e analisado pelo Supremo Tribunal Federal, onde verificou-se que o Estado argentino possuía competência para processar e julgar os crimes imputados ao extraditando, portando, ainda, a devida documentação formalizadora do pedido extradicional. Com relação aos fatos imputados ao sr. Vallejos, as autoridades requerentes afirmavam que:

[...] reporta-se aos fatos ocorridos entre 1976 e 1983, no período da ditadura militar. Na época, o extraditando era militar do Exército argentino, destacado na Escola de Mecânica da Armada (ESMA), e é acusado de ter tomado parte nos crimes de tortura, morte e desaparecimento de pessoas, que deram triste fama àquele local.

O extraditando é acusado de ser criminalmente responsável pela privação ilegal de liberdade de pessoas, agravada por ter sido cometida por funcionário público com abuso de suas funções, violência e ameaças, na qualidade de partícipe secundário (autor mediato). Sustenta-se a ocorrência de crimes de tortura, no centro clandestino de detenção da Escola de Mecânica da Armada Argentina, seguidos do denominado “voo da morte”, para eliminação de pessoas.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Extradição n° 1.278**. Extradição instrutória. 2. Crimes de tortura, homicídio, sequestro qualificado e desaparecimento forçado de pessoas. 3. Atendimento dos requisitos formais. 4. Dupla tipicidade. Desaparecimento forçado de pessoas. Análise da dupla tipicidade com base no delito de sequestro. Entendimento adotado na EXT 974/Argentina. 5. Prescrição dos crimes de tortura e homicídio, segundo o ordenamento jurídico brasileiro. 6. Pedido de extradição deferido sob a condição de que o Estado requerente assumia, em caráter formal, o compromisso de comutar eventual pena de prisão perpétua em pena privativa de liberdade, com o prazo máximo de 30 anos. 7. Extraditando que responde a processo penal no Brasil por crime diverso daquele que versa o pedido de extradição. 8. Discricionariedade do Chefe do Poder Executivo para ordenar a extradição



Ao analisar as condutas imputadas ao extraditando, a Suprema Corte de Justiça verificou que as mesmas eram correspondentes ao crime de tortura, homicídio e sequestro qualificado. Após a análise da conduta imputada, verificou-se então a ocorrência do prazo prescricional, sendo constatado que com relação aos crimes de tortura e homicídio havia ocorrido a prescrição, pois já havia transcorridos mais de vinte anos desde a data dos fatos. Com relação ao crime de sequestro qualificado, a Suprema Corte de Justiça entendeu que:

[...] conforme assentado no julgamento da EXT n. 974/Argentina (DJe 4.12.2009) e da EXT n. 1.150/Argentina (DJe 17.6.2011), dada a natureza permanente do crime de sequestro, o prazo de prescrição somente começa a fluir a partir da cessação da permanência. Daí, concluir-se pela não-ocorrência da prescrição.<sup>49</sup>

Ao prosseguir com a análise do pedido extradicional, a Suprema Corte de Justiça analisou o teor da defesa do sr. Vallejos, em que alegava que o nominado respondia no Brasil processo penal pelo crime de estelionato. Nesse sentido, destacou o Ministro Relator o teor do art. 89 da Lei 6.815/1980, em que dispunha que, caso o extraditando estivesse sendo processado ou tivesse condenação em território

---

ainda que haja processo penal instaurado ou mesmo condenação no Brasil (art. 89 da Lei 6.815/1980). 9. Pedido de extradição deferido parcialmente (somente em relação aos crimes de sequestro). Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de setembro de 2012. Publicada em 04 de outubro de 2012. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2875328>. Acesso em 06 de jan. 2020

<sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Extradição n° 1.278**. Extradição instrutória. 2. Crimes de tortura, homicídio, sequestro qualificado e desaparecimento forçado de pessoas. 3. Atendimento dos requisitos formais. 4. Dupla tipicidade. Desaparecimento forçado de pessoas. Análise da dupla tipicidade com base no delicto de sequestro. Entendimento adotado na EXT 974/Argentina. 5. Prescrição dos crimes de tortura e homicídio, segundo o ordenamento jurídico brasileiro. 6. Pedido de extradição deferido sob a condição de que o Estado requerente assumia, em caráter formal, o compromisso de comutar eventual pena de prisão perpétua em pena privativa de liberdade, com o prazo máximo de 30 anos. 7. Extraditando que responde a processo penal no Brasil por crime diverso daquele que versa o pedido de extradição. 8. Discricionariedade do Chefe do Poder Executivo para ordenar a extradição ainda que haja processo penal instaurado ou mesmo condenação no Brasil (art. 89 da Lei 6.815/1980). 9. Pedido de extradição deferido parcialmente (somente em relação aos crimes de sequestro). Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de setembro de 2012. Publicada em 04 de outubro de 2012. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2875328>. Acesso em 06 de jan. 2020





brasileiro, a extradição seria executada apenas após a conclusão do mesmo, exceto se a expulsão do estrangeiro fosse conveniente ao interesse nacional. Por fim, com relação a parentalidade alegada, destacou a Corte de Justiça que, conforme entendimento dominante daquela Corte, possuir filho brasileiro não configura óbice ao deferimento do pedido extradicional.

Assim, concluiu a Segunda Turma que, com relação a conduta do sequestro qualificado, esta atendia aos requisitos formais previstos no artigo 78 da Lei n° 6.815/1980 e necessários para o deferimento do pedido extradicional. Ao ser proferida a decisão no caso em análise, foi decidido, por unanimidade, deferir parcialmente o pedido de extradição, em razão de o mesmo ser indeferido com relação aos crimes de tortura e homicídio, no qual verificou-se a ocorrência da extinção da punibilidade e o deferimento com relação ao crime de sequestro qualificado, decisão proferida nos termos do voto do Relator. Estavam presentes na sessão Ministro Relator Gilmar Mendes e a Ministra Cármen Lúcia.

Através da análise de nova decisão proferida pela Segunda Turma, referente ao pedido de extensão da extradição, datada de 22 de setembro de 2015, foi verificado que o nacional argentino Claudio Vallejos foi extraditado no dia 27 de março de 2013, com destino à Argentina. No entanto, no teor da referida decisão, por se tratar de um pedido de extensão da extradição, consta no mesmo que, em fase de instrução do processo, as autoridades argentinas reclassificaram a imputação em desfavor do extraditado. Reconheceram haver elementos suficientes para “considerar a conduta do acusado não como partícipe secundário, mas primário, pois teria oferecido colaboração indispensável à realização do fim perseguido pelo bando”<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Extensão na Extradição n° 1.278**. Extensão na extradição. 2. Crime de sequestro. Instrução. Reclassificação em desfavor do extraditado. Mudança da qualidade de partícipe secundário para primário. 3. Postura zelosa do juízo criminal argentino. Estabilização da imputação somente após a apreciação pelo tribunal de segundo grau argentino. 4.



Ao analisar o pedido de extensão, a Segunda Turma entendeu que não houve ofensa a prerrogativas processuais da defesa; que não havia como alegar ofensa à coisa julgada, tendo em vista que a *mutatio libelli*, que também é aceita na legislação brasileira; e destacou, ainda, que ao Supremo Tribunal Federal compete o sistema de contenciosidade limitada, se limitando assim a análise da existência da dupla tipicidade, a inexistência de fenômeno que revele a extinção da punibilidade, bem como a vinculação do deferimento à comutação de penas perpétuas ou de morte ao máximo permitido pelas leis brasileiras.

Ao realizar a votação, a Segunda Turma decidiu, em unanimidade, deferir o pedido de extensão na extradição, conforme o voto do Relator. Votaram os Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Teori Zavascki.

O quarto caso a ser analisado, a extradição n° 1.299, faz referência ao nacional argentino César Alejandro Enciso. O Governo da Argentina solicitou que o seu nacional fosse extraditado em razão de que o mesmo estava sendo processado naquele país por cometer os crimes, no ano de 1976, de privações ilegais da liberdade agravadas por incorrer em violência e ameaças, de trinta e nove pessoas, todas elas detidas por no CCDT ‘Automotivos Orletti’; e por sua duração, por mais de uma mês, em três (3) casos, previsto no art. 144 bis, alínea 1° e último parágrafo, conforme lei 14.616, em função do art. 142, alínea 1° e 5°, conforme lei 20.642, do

---

Ofensa à coisa julgada. Inocorrência. 5. Inalterados os fatos sobre os quais foi interrogado o requerido e sobre os quais a defesa se manifestou expressamente, não há falar em ofensa à ampla defesa. 6. Não obstante a reprimenda ao delito sob a ótica da participação primária tenha a pena maior que aquela na participação secundária, ao Supremo Tribunal Federal compete, consoante o sistema de contenciosidade limitada, tão só aferir a existência da dupla tipicidade, a inexistência de fenômeno que revele a extinção da punibilidade bem como a vinculação do deferimento à comutação, se for o caso, de penas perpétuas ou de morte ao máximo permitido pelas leis brasileiras. Precedentes. 7. Pedido deferido sob a condição de que o Estado requerente assumia, em caráter formal, compromisso de comutar eventual pena de prisão perpétua em pena privativa de liberdade, com o prazo máximo de trinta anos. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 de setembro de 2015. Publicada em 15 de outubro de 2015. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9577179>. Acesso em 06 de jan. 2020



Código Penal argentino; e aplicação de tormentos, previsto no art. 144 ter. Primeiro parágrafo, conforme lei 14.616 do Código Penal argentino, que danificaram trinta e nove (39) pessoas. Os referidos dispositivos legais correspondem às condutas de sequestro qualificado e tortura, prevista no art. 148, § 1º, inciso III do Código Penal brasileiro, e no art. 1º, inciso II, § 4º, inciso I da Lei 9.455/97.

Em 5 de junho de 2013, após o Supremo Tribunal Federal receber a documentação formalizadora do pedido extradicional, com base no art. 4º do Tratado de extradição firmado entre Brasil e a Argentina, e decretar a prisão preventiva do nominado, nos termos do artigo art. 82 da Lei nº 6.815/80, o extraditando foi interrogado em juízo, e conforme consta no relatório do acórdão, informou que:

[...] não teve ciência do processo penal em trâmite na argentina. Que não recebeu qualquer citação, intimação ou outro ato oficial noticiando a existência do referido processo em trâmite na Argentina; que não chegou a permanecer preso na Argentina; que deseja retornar à Argentina voluntariamente para apresentar-se à Justiça local e responder ao processo lá em trâmite; que concorda em ser extraditado para a Argentina a fim de que lá responda ao processo em trâmite; que o depoente apresenta problemas de saúde, consistentes em hipertensão aguda, câncer de pele, recebendo atendimento médico precário no presídio em que se encontra; que também é portador do vírus HIV ; (...) que a acusação objeto do pedido de extradição, no entender do depoente, possui cunho político; que, apesar disso, o depoente deseja retornar à Argentina para se defender da referida acusação; que, para viabilizar este retorno, abre mão de qualquer de todos os meios processuais e recursos em quaisquer processos em trâmite no Brasil, cujo objeto é a extradição do depoente; que, em autodefesa, acrescenta que, quando foi preso, o mandado de prisão emitido pelo STF era referente a processo de extradição 654/Itália, o qual, no entender do depoente, é fraudado; que não tem nenhum débito com o Governo Italiano, não pretendendo ser para lá extraditado” (fls. 577-578).<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Extradição nº 1.299**. Extradição Instrutória. Prisão Preventiva decretada pela Justiça Argentina. Tratado específico: requisitos atendidos. Crimes de sequestro qualificado (“Privación Ilegal de la Libertad Agravada”) e tortura (“Imposición de



Ademais, na mesma audiência, o advogado do extraditando apresentou a defesa escrita alegando que o pedido de extradição havia sido elaborado de forma fraudulenta, sendo que o suposto endereçamento pelo Governo Italiano jamais havia sido verificado; que o Governo Argentino fez constar novo pedido de extradição alegando fatos inexistentes sobre o acusado; que César Alejandro Enciso estava sendo acusado injustamente de ter cometido crimes bárbaros, num primeiro momento, contra italianos e, depois, contra o seu próprio povo; que verificou no procedimento de custódia que a mesma havia superado os 40 (quarenta) dias determinados pela legislação brasileira, não podendo mais vigorar, diante da intenção do extraditando de retornar ao seu País de origem para responder aos termos aduzidos; e, por fim, solicitou à Suprema Corte de Justiça que fossem tomadas as providências cabíveis no sentido do regresso do extraditando a Argentina.

Posteriormente, em 10 de setembro de 2013, o processo de extradição do nacional argentino foi devidamente instruído e analisado pela Suprema Corte de Justiça brasileira, onde verificou-se que o Estado argentino possuía competência para processar e julgar os crimes imputados ao extraditando, conforme previsto à época no artigo 78, inciso I, da Lei n° 6.815/80 e art. 80 da mesma lei, portando, ainda, a devida documentação formalizadora do pedido extradicional.

Com relação aos fatos imputados ao sr. Enciso, as autoridades requerentes afirmavam que o nominado havia privado ilegalmente a liberdade, bem como torturado os nacionais uruguaios e argentinos Maria del Pilar Nores Montedónico,

---

Tormentos”). Dupla tipicidade. Prescrição. Extinção da punibilidade dos crimes de tortura e sequestro em que as vítimas foram colocadas em liberdade. Crimes de sequestro em que as vítimas permanecem desaparecidas. Natureza permanente. Inocorrência de prescrição. Crimes políticos. Improcedência. Extradição parcialmente deferida. Relatora: Min. Carmén Lúcia, 10 de setembro de 2013. Publicada em 25 de setembro de 2013. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4568190>. Acesso em 06 de jan. 2020



Washington Pérez, Jorge Washington Pérez, Maria del Carmen Martínez Addiego, Elizabeth Pérez Lutz, Jorge Raúl González Cardozo, Enrique Rodriguez Larreta, Raquel Nogueira Pauillier, Enrique Rodriguez Larreta, Cecilia Irene Gayoso, Mônica Soliño Platero, Marta Bianchi, Luis Brandoni, Maria del Carmen Otonello, Sara Rita Méndez, Asilú Maceiro, Ana Inés Quadros, Eduardo Dean Bermudez, Maria Margarita Michelini Delle Piane, Raúl Altuna Facal, Edelweiss Zahn, Sergio López Burgos, José Félix Díaz, Laura Anzalone, Maria Elba Rama Molla, Ariel Rogelio Soto Loureiro, Alicia Raquel Cadenas Ravela, Ana Maria Salvo Sánchez, Gastón Zina Figueredo, Víctor Hugo Lubián Peláez, Marta Petrides, Ricardo Alberto Gayá, Brenda Orlinda Falero Ferrari e José Luis Muñoz Barbachán. Alguns, ao serem liberados, foram encaminhados ao Uruguai, outros não consta a informação.

Carlos Híber Santucho foi assassinado em 19 de julho de 1976, o mesmo teve sua liberdade privada pelo acusado, bem como foi torturado pelo mesmo. Gerardo Francisco Gatti Antuña, Julio César Rodríguez Rodríguez, Manuela Santucho e Cristina Sílvia Navaja permaneceram desaparecidos, sendo implicado as vítimas torturas durante o período em que tiveram sua liberdade privada pelo sr. Enciso. Os fatos supracitados foram retirados do teor do Voto da Ministra Relatora Carmén Lúcia.

Ao analisar as condutas imputadas ao extraditando, o Supremo Tribunal Federal verificou que as mesmas eram correspondentes ao crime de sequestro qualificado, previsto e punível pelo artigo 148, § 1º, inc. III do Código Penal brasileiro e tortura, previsto e punível pelo artigo 1º, inc. II, § 4º, inc. I da Lei 9.455/97. Após a análise da conduta imputada, verificou-se então a ocorrência do prazo prescricional das mesmas, sendo constatado que com relação aos trinta e nove crimes de tortura imputados ao extraditando e aos trinta e cinco crimes de sequestro, em que há notícia de que as vítimas foram libertadas no ano de 1976, havia ocorrido a prescrição, pois já havia transcorridos mais de vinte anos desde a data dos fatos.



Com relação aos demais crimes de sequestro qualificado, a Suprema Corte de Justiça entendeu que:

[...] não ocorreu a prescrição da pena referente aos crimes de “sequestro qualificado”, figurando como vítimas Geraldo Francisco Gatti Antuna (fl. 227), Júlio César Rodríguez Rodríguez (fl. 229), Manuela Santucho e Cristina Silvia Navaja (fls. 238/239), sob a análise da legislação de ambos os Estados, porque as vítimas não foram libertadas, persistindo a situação de desaparecidas e, por consequência, a permanência dos crimes.<sup>52</sup>

Assim, concluiu a Segunda Turma que, com relação as 4 (quatro) condutas supracitadas de sequestro qualificado, essas respeitavam e atendiam ao disposto art. III do Tratado de extradição entre o Brasil e a Argentina, promulgado pelo Decreto n. 62.979, bem como cumpriam os requisitos previstos à época no artigo 78 da Lei n° 6.815/1980, destacando ainda que não havia sido verificada a natureza política do pleito. Para chegar a esse entendimento, a Suprema Corte usou a extradição n° 974 como precedente judicial. Ao ser proferida a decisão no caso em análise, foi decidido, por unanimidade, deferir parcialmente o pedido de extradição, em razão de o mesmo ser indeferido com relação aos trinta e nove crimes de tortura imputados ao extraditando e aos trinta e cinco crimes de sequestro qualificado, em que foi verificada a ocorrência da extinção da punibilidade e o deferimento com relação a 4 (quatro) condutas de sequestro qualificado.

---

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Extradição n° 1.299**. Extradição Instrutória. Prisão Preventiva decretada pela Justiça Argentina. Tratado específico: requisitos atendidos. Crimes de sequestro qualificado (“Privación Ilegal de la Libertad Agravada”) e tortura (“Imposición de Tormentos”). Dupla tipicidade. Prescrição. Extinção da punibilidade dos crimes de tortura e sequestro em que as vítimas foram colocadas em liberdade. Crimes de sequestro em que as vítimas permanecem desaparecidas. Natureza permanente. Inocorrência de prescrição. Crimes políticos. Improcedência. Extradição parcialmente deferida. Relatora: Min. Carmén Lúcia, 10 de setembro de 2013. Publicada em 25 de setembro de 2013. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4568190>. Acesso em 06 de jan. 2020



Através de consulta ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, foi verificado que não consta a informação da data em que o nacional argentino foi entregue às autoridades requerentes, contudo, consta a informação de que em 26/12/2013, após a comunicação do trânsito em julgado e do início da contagem do prazo para a retirada do estrangeiro, o Ministério da Justiça prestou informações sobre o processo de extradição do sr. Enciso ao STF.

O quinto caso a ser abordado, a extradição n° 1.327, faz referência ao estrangeiro Roberto Oscar Gonzalez e ainda está em andamento no Supremo Tribunal Federal. O Governo da Argentina solicitou a extradição do nominado em razão de que o mesmo está sendo processado naquele país por cometer os crimes, durante o período de ditadura militar argentina, de sequestro contra múltiplas vítimas, algumas desaparecidas até a presente data, e tortura. A época dos fatos, o extraditando ocupava na Argentina o cargo de Delegado da Polícia Federal, atuando mais precisamente como Subinspetor da Direção Geral de Operações.

Com base nas informações prévias que consta na Decisão Monocrática datada de 05/11/2018, o extraditando foi interrogado em juízo em 25 de outubro de 2016, e em 6 de fevereiro de 2017, foi determinada a apresentação de defesa técnica do extraditando. Ademais, ressalto que o sr. Gonzalez, apesar de ter sido cumprido o mandado de Prisão Preventiva para fins de extradição em seu desfavor em 06/07/2015, aguardava análise do pedido extradicionário em sua residência, sob monitoramento eletrônico, com fundamento no artigo 319, incisos V e IX, do Código de Processo Penal brasileiro.

Através de consulta ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, foi verificado que o processo de extradição do nominado foi indeferido, por unanimidade, pela Primeira Turma da Suprema Corte de Justiça brasileira, em sessão virtual que foi realizada dos dias 01 a 08 de maio de 2020, sendo publicado o seu



indeferimento no dia 11 de maio de 2020. Foi alegado pela Suprema Corte que era inviável a extradição uma vez que não são puníveis os crimes cometidos pelo nominado no Brasil, sendo considerada a anistia bilateral, ampla e geral da Lei n° 6.683/1979, bem como em face da ocorrência da prescrição do pedido extradicional. Destaco ainda que da mencionada decisão não houve o trânsito em julgado e, conseqüentemente, o processo ainda não foi arquivado.

O sexto pedido a ser analisado, a extradição n° 1.270, faz referência ao nacional argentino Gonzalo Sanchez. O Governo da Argentina solicitou que o seu nacional fosse extraditado em razão de que o mesmo estava sendo processado naquele país por cometer os crimes, no ano de 1976, de privação ilegal de liberdade de pessoas, agravada por ter sido cometida por funcionário público com abuso de função, violência e ameaças, na condição de partícipe necessário, e imposição de tormentos com resultado morte, previstas nos artigos 42 e 44 (responsabilidade para o crime tentado), 45 (concurso de pessoas), 55 (concurso de delitos), 141 (privação de liberdade, sanção de 6 meses a 3 anos), 142 (privação da liberdade agravada, sanção de 2 a 6 anos) e 144 bis (tortura com resultado morte, pena de 10 a 25 anos), todos do Código Penal argentino. Os referidos dispositivos legais correspondem às condutas de homicídio, sequestro e lesão corporal, previstos nos art. 121, art. 149 e art. 129, todos do Código Penal brasileiro.

Após o Supremo Tribunal Federal receber a documentação formalizadora do pedido extradicional, com base no art. 4° do Tratado de extradição firmado entre Brasil e a Argentina, e decretar a prisão preventiva do nominado, o extraditando foi interrogado em juízo, e conforme consta no relatório do acórdão, informou que:

[...] negou a autoria dos delitos imputados. Afirmou que era oficial ajudante de órgão ligado à Prefeitura Naval da Argentina, voltado à função de salvar vidas. Disse ter permanecido no exercício do cargo até o ano de 1986. Aduziu





que fixou residência no Brasil em 2003, possuindo companheira e filho brasileiros (folha 565 a 570).<sup>53</sup>

Ademais, a defesa técnica do extraditando alegou que os crimes imputados ao acusado no pedido de extradição estavam prescritos, tratando-se de uma perseguição política; destacou que o extraditando era pai de Bernardo Gonzalo da Silva Sanchez, nascido e registrado no Brasil, e que desejava a naturalização impeditiva da extradição. Além disso, a defesa técnica requereu a revogação da prisão preventiva, sustentando o excesso de prazo da medida, e solicitou providências cabíveis à Suprema Corte de Justiça no sentido do regresso do extraditando a Argentina. O Supremo Tribunal Federal, ao inserir em pauta o julgamento do pedido extradicional verificou que o extraditando havia solicitado refúgio, sendo assim sobrestado o referido pedido até o julgamento do pedido de refúgio por ser definido como uma das hipóteses de vedações à concessão do pedido extradicional, prevista no artigo 33 da Lei n° 9.474/97. A prisão preventiva para fins de extradição de Gonzalo Sanchez foi revogada em 30 de março de 2016, sendo determinado por decisão judicial que fossem observadas as medidas cautelares necessárias à manutenção de informação sobre a localidade do nominado.

Após o indeferimento do pedido de refúgio, em 17 de outubro de 2017, o processo de extradição do nacional argentino foi devidamente instruído e analisado pela Suprema Corte de Justiça brasileira, onde verificou-se a veracidade da documentação formalizadora do pedido extradicional, bem como a presença dos requisitos necessários para o deferimento do pleito. Em um primeiro momento, o Ministro Relator Marco Aurélio analisou a dupla tipicidade, atribuindo as condutas

---

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Extradição n° 1270**. Extradição. Regularidade formal. Prescritibilidade e anistia dos crimes cometidos pelo extraditando. Observância do que decidido pelo Plenário na EXT 1362. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de dezembro de 2017. Publicada em 23 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14366098>. Acesso em: 15 de jan. 2020



imputadas as tipificações semelhantes ao delito de tortura, com causa de aumento por ter sido cometido por agente público mediante sequestro, e ao de tortura com resultado morte, descritos, respectivamente, nos artigos 1º, § 4º, incisos I e III, e 1º, § 3º, da Lei nº 9.455/1997. Posteriormente, ao analisar a punibilidade, verificou que extradição encontrava óbice na impossibilidade de o extraditando ser processado por atos semelhantes tendo em vista a anistia bilateral versada na Lei nº 6.683/1979 e verificou a incidência da prescrição às condutas atribuídas ao extraditando. Após o voto do Ministro Marco Aurélio, pediu vista do processo o Ministro Alexandre de Moraes e, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso o processo de extradição foi reexaminado.

Nessa segunda análise, foi percebida a presença dos requisitos formais necessários. Com relação a dupla tipicidade, os crimes imputados ao extraditando encontravam correspondência aos crimes de homicídio, sequestro e lesão corporal, previstos nos art. 121, art. 149 e art. 129, todos do Código Penal brasileiro. Com relação a punibilidade, registrou o Ministro Luís Roberto Barroso que os crimes de homicídio e de tortura, que são de natureza instantânea, estão prescritos. Com relação ao crime de sequestro, que possui natureza permanente, entendeu que:

Se o crime de sequestro é de natureza permanente e as pessoas sequestradas até hoje não foram encontradas, sem que tenha existido declaração de morte presumida, penso que não é possível reconhecer a prescrição quanto a este delito.<sup>54</sup>

Com relação aos fatos imputados ao sr. Sanchez, as autoridades requerentes afirmavam que o nominado seria “um dos responsáveis por, após restringir a liberdade

---

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Extradição nº 1.270**. Extradição. Regularidade formal. Prescritibilidade e anistia dos crimes cometidos pelo extraditando. Observância do que decidido pelo plenário na EXT 1362. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de dezembro de 2017. Publicada em 23 de fevereiro de 2018. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14366098>. Acesso em 20 de jan. 2020



de algumas pessoas, na época da ditadura militar daquele país, torturá-las e eliminá-las, em prática que ficou conhecida como o voo da morte.”<sup>55</sup>

Concluiu a Primeira Turma que, com relação a conduta do sequestro, essa atendia aos requisitos formais necessários à extradição. Para chegar a esse entendimento, a Suprema Corte usou a extradição n° 974 como precedente judicial. Ao ser proferida a decisão no caso em análise, foi decidido, por maioria, deferir parcialmente o pedido de extradição, em razão de o mesmo ser indeferido com relação aos crimes de homicídio e tortura que foram imputados ao extraditando, tendo em vista que foi verificada a ocorrência da extinção da punibilidade dos mesmos e o deferimento com relação ao crime de sequestro, sendo vencido o Ministro Relator Marco Aurélio e o Ministro Alexandre de Moraes.

Através de consulta ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, foi verificado que o trânsito em julgado da decisão que deferiu parcialmente a extradição de Gonzalo Sanchez ocorreu em 30 de maio de 2019. Conforme consta no teor da nota publicada no sítio eletrônico do Ministério da Justiça e Segurança Pública, no dia 11 de maio de 2020, Sanchez foi preso no Estado do Rio de Janeiro e, posteriormente, no dia 14 de maio de 2020, foi entregue às autoridades argentinas.<sup>56</sup>

Por fim, o sétimo caso a ser analisado, a extradição n° 1.362, faz referência ao nacional argentino Salvador Siciliano. O Governo da Argentina solicitou que o seu nacional fosse extraditado em razão de que o mesmo estava sendo processado naquele país por cometer os crimes de participação ou organização de uma

---

<sup>55</sup> Ibidem

<sup>56</sup> Tendo em vista que os fatos ocorreram de maneira simultânea a elaboração deste trabalho acadêmico, ainda não constava no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal maiores informações sobre a efetivação da extradição do nominado, sendo retirada a informação do sítio eletrônico do Ministério da Justiça e Segurança Pública. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Governo brasileiro realiza extradição de argentino condenado por crimes como homicídio e sequestro. Brasília, 14 de maio. 2020. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/governo-brasileiro-realiza-extradicao-de-argentino-condenado-por-crimes-como-homicidio-e-sequestro>. Acesso em: 14 de mai. 2020



associação ilícita chamada "Triple A", que operou entre os anos 1973 e 1975, homicídio e sequestro, previsto no art. 80, inciso 2º, art. 142, inciso 1º, e art. 210 do Código Penal argentino. Os referidos dispositivos legais correspondem às condutas de homicídio qualificado, sequestro e cárcere privado, e associação criminosa, prevista no art. nos artigos 121, § 2º, no art. 148, § 2º, e no art. 288 do Código Penal brasileiro. Em 08 de setembro de 2014, após o Supremo Tribunal Federal decretar a prisão preventiva do nominado, nos termos do artigo art. 82 da Lei nº 6.815/80, e receber a documentação formalizadora do pedido extraditacional, com base no art. 4º do Tratado de extradição firmado entre Brasil e a Argentina, o extraditando foi interrogado em juízo e negou a participação nos fatos a ele imputados. A defesa técnica do extraditando alegou que os crimes imputados ao extraditando tinham natureza política, e posteriormente, em 14 de abril de 2015, solicitou a revogação da prisão preventiva para fins de extradição em desfavor do sr. Siciliano, alegando que:

[...] a extradição fora solicitada diretamente por órgão do Poder Judiciário que não detém legitimidade ativa para formular o pedido. Sustentou, ainda, que a prisão ultrapassa o prazo razoável para a conclusão do processo de extradição. Quanto ao mérito, defendeu estarem prescritos os fatos imputados ao Extraditando e reafirmou que são preponderantemente políticos. Por fim, noticia o ingresso de pedido de refúgio em favor do extraditando, nos termos do art. 34 da Lei 9.474/97, informação também indicada por ofício do CONARE (fl. 602).<sup>57</sup>

Após a notícia de que a solicitação de refúgio formulada pelo extraditando havia sido arquivada em razão de pedido de desistência, em 09 de novembro de 2016, o processo de extradição do nacional argentino foi devidamente instruído e

---

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Extradição nº 1.362**. Extradição requerida pela República Argentina. Delitos qualificados pelo Estado requerente como de lesa-humanidade. Prescrição da pretensão punitiva sob a perspectiva da lei penal brasileira. Não atendimento ao requisito da dupla punibilidade (art. 77, VI, da Lei 6.815/1980 e art. III, C, do tratado de extradição). Indeferimento do pedido. Relator: Min. Edson Fachin, 09 de novembro de 2016. Publicada em 05 de setembro de 2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>. Acesso em 02 de fev. 2020



analisado pela Suprema Corte de Justiça brasileira, onde verificou-se que o Estado argentino possuía competência para processar e julgar os crimes imputados ao extraditando, conforme previsto à época na Lei 6.815/80 e no respectivo Tratado de extradição, promulgado pelo Decreto 62.979/68. Com relação aos fatos imputados ao extraditando, conforme consta no teor do Voto do Ministro Relator Edson Fachin, as autoridades requerentes alegavam:

Participação ou organização de uma associação ilícita chamada "Triple A" que operou entre os anos 1973 e 1975, cujo acionar para-policial se dedicou ao assassinato de toda militância de esquerda que tivesse uma atividade política pública, a eliminação dos comunistas e desafetos ao governo, mormente à ação de Lopez Rega. Assim, um grande número de dirigentes políticos e de diversas organizações que tivessem essa tendência, foram ameaçados e assassinados violentamente, atribuindo-se eles mesmos, na maioria dos casos, esses sucessos de forma pública através dos seus célebres comunicados e/ou deixando sua marca em cada um dos sucessos através de propaganda política. Esta organização terrorista, foi gestada sob o amparo do Ministro do Bem-estar Social da Nação desse momento, José López Rega, seu chefe político, quem colocou em andamento a estrutura institucional que lhe deu cobertura e impunidade ao acionar dessa organização. Esse fato foi qualificado legalmente sob a figura criminal da associação ilícita (artigo 210 do Código Penal de 1921);

Ter cometido o sequestro de Mario Domingo Zidda Antonio Mario Moses e Oscar Dalmacio Meza, por ocasião de atentar junto a um grupo de quinze pessoas aproximadamente, armadas, deslocando-se em vários carros, contra o salão do Partido Socialista dos Trabalhadores, localizado em El Talar, município de General Pacheco, Província de Buenos Aires, República Argentina, produzindo danos no mesmo, em 30 de maio de 1974, às 00.30 horas. As vítimas em questão apareceram com várias feridas de impacto de arma de fogo em diversas partes do corpo que lhes provocaram a morte, nesse dia, às 9.20 horas, no caminho asfaltado de acesso da Rodovia Nacional 6 à localidade de Manzanares, altura da Ferrovia Urquiza, Pilar, Província de Buenos Aires. Por sua vez, no dia dos fatos e perante as circunstâncias já descritas, também foram sequestradas três pessoas do sexo feminino, que foram



posteriormente liberadas, prévios golpes e ameaças, na barreira de Talar de Pacheco (artigo 142, inciso 1º do Código Criminal da Nação Argentina, cometido em forma reiterada em 6 oportunidades - Zidda, Moses, Meza, "Amanda ou Amalia", Mónica Wolff e Silvia Ferraté-, em concurso material com o crime previsto no artigo 80, inciso 2º do Código Penal da Nação Argentina, reiterado em três oportunidades -Zidda, Moses e Meza- na qualidade de partícipe necessário).<sup>58</sup>

Ao analisar as condutas imputadas ao extraditando, o Supremo Tribunal Federal verificou que as mesmas eram correspondentes aos crimes de homicídio qualificado, sequestro e cárcere privado, e associação criminosa, previstos e puníveis pelos artigos 121, § 2º, 148, § 2º e 288, todos do Código Penal brasileiro. Após a análise da conduta imputada, verificou-se então a ocorrência do prazo prescricional das mesmas, sendo constatado em um primeiro momento que a qualificação de lesa-humanidade atribuída também vinculava o Estado brasileiro, por ser uma norma de direito internacional cogente (*jus cogens*), e por essa razão, foi reconhecido o requisito da dupla punibilidade. O Ministro Relator Edson Fachin optou em seu Voto por deferir integralmente o pedido de extradição formulado pela República Argentina. Após o Voto do Ministro Relator, pediu vista do processo o Ministro Teori Zavascki e, nos termos de seu voto o processo de extradição foi reexaminado.

Nessa segunda análise, foi percebida que é inafastável, seja em razão do direito interno, ou por força do tratado de extradição firmado entre Brasil e Argentina, o preenchimento do requisito da dupla punibilidade como condição para o deferimento do pleito extradicional. Com relação a isso, argumentou o Ministro Teori Zavascki que:

---

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Extradição nº 1.362**. Extradição requerida pela República Argentina. Delitos qualificados pelo Estado requerente como de lesa-humanidade. Prescrição da pretensão punitiva sob a perspectiva da lei penal brasileira. Não atendimento ao requisito da dupla punibilidade (art. 77, VI, da Lei 6.815/1980 e art. III, C, do tratado de extradição). Indeferimento do pedido. Relator: Min. Edson Fachin, 09 de novembro de 2016. Publicada em 05 de setembro de 2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>. Acesso em 02 de fev. 2020



[...]ainda que houvesse norma de direito internacional de caráter cogente que estabelecesse a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, tal norma não encontraria aplicabilidade no Brasil, porquanto ainda não reproduzida no direito interno. E, ainda que considerado o Estatuto de Roma como norma supralegal, ou mesmo de estatura constitucional, ele não elidiria a força normativa do art. 5º, XV, da Constituição da República, segundo o qual “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.<sup>59</sup>

Ademais, no debate apurado em Plenário, destacou o Ministro Teori Zavascki a diferença entre imprescritibilidade com dupla punibilidade. Após a análise e elaboração dos votos dos Ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que optaram pelo indeferimento da extradição, e o voto dos Ministros Ricardo Lewandowski e Luís Roberto Barroso, optando pelo deferimento, pediu vista dos autos a Ministra Cármen Lúcia, Presidente da sessão. O Tribunal determinou que a prisão do extraditando fosse revogada, respondendo o processo em regime domiciliar.

Posteriormente, foram colhidos os votos da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Celso de Mello, concluindo o Tribunal, por maioria, pelo indeferimento do pedido extradicional, e sendo vencidos o Ministros Relator Edson Fachin, os Ministros Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Rosa Weber, que optou por revisar o seu voto.

Após a decisão do Plenário, foi determinada a expedição de alvará de soltura em favor do extraditando, e através de consulta ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, foi verificado que o trânsito em julgado do referido acórdão ocorreu em 11 de setembro de 2018.

---

<sup>59</sup> *Ibidem*



### **3 A CONVENÇÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE GUERRA E DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E OS REFLEXOS DA EXTRADIÇÃO N° 1.362.**

Neste capítulo será feita uma análise aprofundada da extradição n° 1.362, referente ao nacional argentino Salvador Siciliano, dando assim destaque aos crimes de sequestro cometidos por esse e levantando, por último, uma análise da aplicabilidade da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade no Brasil. Será abordado, ainda, um breve estudo acerca do crime de sequestro à luz da legislação brasileira, bem como será destacado o papel dos costumes internacionais e seus parâmetros de aplicação.

#### **3.1 O crime de sequestro sob a ótica da extradição n° 1.362.**

Na legislação brasileira, o crime de sequestro está previsto no artigo 148 do Código Penal. Dispõe no teor do caput deste artigo a conduta de “privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado”<sup>60</sup>.

Conforme analisa Guilherme de Souza Nucci, o tipo penal citado carrega como significado tolher a liberdade de alguém ou retê-la indevidamente em algum lugar, prejudicando-lhe a liberdade de ir e vir. O sequestro é estudado como a conduta-gênero, da qual é espécie o cárcere privado, que nas palavras do referido autor significa “encerrar a pessoa em uma prisão ou cela – recinto fechado, sem amplitude de locomoção.”<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Brasília, Presidência da República, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 19 de mar. 2020

<sup>61</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985073/cfi/6/44!/4/962/6@0:100>. Acesso em: 20 de mar. 2020





O crime de sequestro é classificado como um crime comum, material, comissivo ou omissivo, de natureza permanente, unissubjetivo e que, de regra é plurissubsistente. A situação de permanência do tipo penal ocorre quando o crime se mantém no tempo por lapso razoável, ou seja, é consumado no prolongar no tempo. Destaca ainda Guilherme de Souza Nucci a importância de entender a intenção do agente para a tipificação do delito.

Assim, conforme previamente analisado na extradição n° 1.362, os crimes de sequestro qualificado executado por Salvador Siciliano foram realizados em 30 de maio de 1974, às 00:30 horas, sendo as vítimas libertadas posteriormente com várias feridas pelo corpo, razão pela qual, naquele dia, foram a óbito, às 09:20 horas, em Buenos Aires. Além disso, também foram sequestradas três pessoas do sexo feminino, que foram posteriormente liberadas, mediante golpes e ameaças.

Conforme entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, na extradição n° 974, quando o desaparecido é tido morto, e nesse sentido há de se falar em uma data, o delito cometido deixa de ter uma natureza permanente de sequestro e passa a ter uma natureza instantânea do crime de homicídio, começando assim, a contar da data da morte, a contagem do prazo prescricional do crime. Ao verificar a extradição n° 1.362, nota-se que a discussão no Plenário recaiu exatamente sobre a prescrição dos crimes de sequestro qualificado cometido por Salvador Siciliano, analisando assim até qual momento durou a permanência do delito, bem como a hipótese da aplicação da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, que foi adotada pela Resolução 2.391 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 26 de novembro de 1968, não tendo o Brasil ratificado até os dias atuais tal convenção. Na legislação argentina, os fatos atribuídos ao extraditando tinham natureza de delitos de lesa-humanidade por constituírem grave violação aos direitos humanos, possuindo assim natureza de crime imprescritível.



Conforme narrado no voto do Ministro Relator Edson Fachin, um dos argumentos usados a favor da extradição seria que a manutenção do entendimento de que manter a prescrição sendo verificada apenas em conformidade com o previsto na lei brasileira geraria como consequência um país de imunidade para os autores das piores violações contra os direitos humanos. Dessa forma, não apenas violaria a jurisprudência da Corte Interamericana, cujo Brasil declarou obrigatoriedade, bem como ignoraria o princípio fixado no art. 4º, II, da Constituição Federal. Está evidente que a imprescritibilidade pertence ao direito penal internacional, nesse sentido a Procuradoria Geral da República se manifestou no caso abordado:

No direito brasileiro, também os crimes em causa são imprescritíveis, qualificação que decorre de normas do jus cogens, que, desde muito antes da consumação dos delitos, obrigam os Estados membros da comunidade internacional a promoverem a responsabilização criminal dos autores de crimes contra a humanidade.

Como afirmou o Procurador-Geral da República em manifestação na APDF 320/DF, "desaparecimentos forçados execuções sumárias, tortura e muitas infrações penais a eles conexas já eram, na época de seu cometimento pelo regime autoritário, qualificados como crimes contra a humanidade razão pela qual devem sobre eles incidir as consequências jurídicas decorrentes da subsunção às normas cogentes de direito internacional, notadamente a imprescritibilidade e a insuscetibilidade de concessão de anistia.

As normas - cogentes de direito costumeiro internacional que fundamentam a imprescritibilidade desses delitos remontam a 1945, e constituem prova da sua existência os seguintes atos: a) Carta do Tribunal Militar Internacional (1945);

b) Lei Conselho de Controle nº 10 (1945); e) Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal, com comentários (International Law Commission, 1950); d) Relatório da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) (1954); e) Resolução 2184 (Assembleia Geral da ONU, 1966); f) Resolução 2202 (Assembleia Geral da ONU, 1966); g) Resolução 2338 (Assembleia Geral da ONU, 1967); h) Resolução 2583 (Assembleia Geral da ONU, 1969);



i) Resolução 2712 (Assembleia Geral da ONU, 1970); j) Resolução 2840 (Assembleia Geral da ONU, 1971); k) Princípios de Cooperação Internacional na identificação, prisão, extradição e punição das pessoas condenadas por crimes de guerra e crimes contra a humanidade (Resolução 3074 da Assembleia Geral da ONU, 1973).

Assim, pode-se afirmar, sem qualquer sombra de dúvidas, que os crimes contra a humanidade são ontologicamente imprescritíveis. E assim são qualificados exatamente para efeito de impedir que fatos dessa natureza, que atentam contra direitos fundamentais do homem, especialmente a dignidade humana – fundamento de todos os direitos fundamentais – fiquem impunes.

Ressalte-se que a prescribibilidade dos crimes não constitui garantia fundamental, tendo em vista que não há previsão expressa na Constituição, muito menos decorre dos seus princípios e normas implícitas.

O instituto da prescrição, coma causa extintiva da punibilidade, está previsto e disciplinado na legislação ordinária, não podendo, por isso, fazer frente as normas cogentes do direito internacional a que o Brasil, por força das convenções e tratados a que aderiu, está constitucionalmente (art. 5º, §§ 2º e 3º) obrigado a observar.

Poder-se-ia dizer que as normas do direito internacional não são de obrigatória observância quando em confronto com normas do direito interno que

estabelecem normas de prescrição dos crimes. No entanto, coma observou o Procurador-Geral da República em sua manifestação na ADPF n° 320, citando André de Carvalho Ramos, não pode haver espaço para interpretações que conduzam à incompatibilidade entre as normas constitucionais com a normatividade internacional de proteção aos direitos humanos. Há, no caso, presunção absoluta de compatibilidade entre as normas<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Extradição n° 1.362**. Extradição requerida pela República Argentina. Delitos qualificados pelo Estado requerente como de lesa-humanidade. Prescrição da pretensão punitiva sob a perspectiva da lei penal brasileira. Não atendimento ao requisito da dupla punibilidade (art. 77, VI, da Lei 6.815/1980 e art. III, C, do tratado de extradição). Indeferimento do pedido. Relator: Min. Edson Fachin, 09 de novembro de 2016. Publicada em 05 de setembro de 2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>. Acesso em 05 de abr. 2020



Dessa forma, com a manifestação da Procuradoria Geral da República pleiteando a aplicação da regra de imprescritibilidade com relação aos crimes contra a humanidade, passou-se então a analisar esta segundo o Direito Internacional. Conforme destacado pelo Ministro Relator, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem sua jurisdição vinculada ao Estado brasileiro por força do disposto no art. 62 do Pacto de São José da Costa Rica e da declaração, formulada em 10 de dezembro de 1998, pelo qual o Governo da República Federativa do Brasil declarou que reconhecia, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos humanos, em conformidade com o artigo 62 desta mesma Convenção.

Ademais, conforme ainda destacado pelo Ministro Relator, o Estado brasileiro em outra oportunidade acabou reconhecendo que:

[...] são inadmissíveis as disposições de prescrição, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos [...] <sup>63</sup>

A mencionada proibição decorreria de normas costumeiras de direito internacional, da jurisprudência de organizações internacionais e, também, da doutrina. Embora o Supremo Tribunal Federal já tenha reconhecido o costume como fonte do Direito Internacional, a Suprema Corte de Justiça não fixou, em seus precedentes, critérios pelos quais o costume internacional pode ser reconhecido. Entretanto, a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça tem indicado alguns parâmetros para se fazer isso. Assim, destaca-se ser necessário avaliar a existência de uma prática geral, sendo essa aceita como direito.

---

<sup>63</sup> Ibidem



Entende-se por prática geral “as “instâncias de conduta” [...] que podem formar uma “rede de precedentes” [...] nos quais um padrão de conduta pode ser observável [...]”.<sup>64</sup> Como exemplo das práticas citadas seriam as ações físicas do Estado, como a passagem pelo território; atos do poder executivo, como os decretos; atos diplomáticos e correspondentes; julgamentos nas cortes nacionais; etc. Tais práticas não guardam hierarquia entre si, mas devem ser tomadas como um todo, significando que deve ser refletida nos principais órgãos do Estado.

No que se refere à generalidade da prática, à sua aplicação e não ao seu conteúdo, essa não precisa ser necessariamente reconhecida por todos os Estados. Esse entendimento, conforme relatado no Voto do Ministro Edson Fachin, foi aplicado na Corte Constitucional Alemã e trouxe grande impacto internacional. Sua aceitação, ou o seu conceito de *opinio juris*, se traduz na ideia de que os Estados devem acreditar que estão aplicando uma norma obrigatória do direito costumeiro internacional. Um exemplo de direito costumeiro que foi muito bem aceito foi o Direito de Passagem inocente, que logo passou a ser disciplinado por Convenção.

Ainda de acordo com o ressaltado no Voto do Ministro Relator, a Comissão de Direito Internacional elencou alguns atos que poderiam indicar a aceitação da prática, como a correspondência diplomática, a opinião de consultores jurídicos quando analisam se algo está em conformidade com o Direito Internacional consuetudinário e memorandos internos de funcionários do Estado. Os tratados também demonstram a existência de aceitação como lei, tendo em vista que as

---

<sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Extradição nº 1.362**. Extradição requerida pela República Argentina. Delitos qualificados pelo Estado requerente como de lesa-humanidade. Prescrição da pretensão punitiva sob a perspectiva da lei penal brasileira. Não atendimento ao requisito da dupla punibilidade (art. 77, VI, da Lei 6.815/1980 e art. III, C, do tratado de extradição). Indeferimento do pedido. Relator: Min. Edson Fachin, 09 de novembro de 2016. Publicada em 05 de setembro de 2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>. Acesso em 20 de abr. 2020



convenções são uma forma muito importante para a expressão da consciência jurídica dos povos.

Para que um tratado sirva como evidência de opinião jurídica, Estados e Organizações Internacionais, sendo ou não parte, devem demonstrar reconhecimento e respeito às regras enumeradas no mesmo, independentemente do tratado. Pode ser esse o caso quando um tratado pretende ser declarativo do direito internacional consuetudinário, explícita ou implicitamente. Assim, quando os Estados aceitam que o tratado ou certas disposições que nele são declarativas do direito internacional consuetudinário existente, isso pode servir como evidência clara de aceitação como lei.

Conforme afirmado por Hildebrando Accioly, Geraldo E. do Nascimento Silva e Paulo Borba Casella em sua doutrina:

[...] o costume tem seu espaço e seu papel reservados na jurisprudência internacional. No julgamento do caso da Delimitação da fronteira marítima na região do Golfo do Maine (1984), a Corte Internacional de Justiça, mais que apresentar conjunto de normas específicas, apontou: “esse direito compreende, na realidade, conjunto restrito de normas suscetíveis de assegurar a coexistência e a cooperação vital dos membros da comunidade internacional”, às quais cumpre acrescer uma série de normas consuetudinárias, “cuja presença na opinio juris dos estados se prova por meio de indução, partindo da análise de prática suficientemente comprovada e convincente, e não por meio de dedução, partindo de ideias pré-constituídas a priori”<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, entre Canadá e Estados Unidos*, julgamento de 12 de outubro de 1984 (Recueil, 1984, p. 299 e s., cuja passagem é mencionada: “pratique suffisamment étoffée et convaincante”. V. tb. RUIZ-FABRI, Hélène e Jean- Marc SOREL (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales* (Paris: Pedone, 2007, p. 246-248), observam que a produção de prova, perante jurisdições internacionais, muitas vezes se destina não somente a provar os fatos, mas igualmente o direito apud ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba (org). *Manual de direito internacional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610099/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 25 de abril de 2020



Assim, é visível que, no caso em análise, a aplicação da imprescritibilidade na Corte brasileira como um costume derivado de normas internacionais em casos grave violação à direitos humanos teria grande repercussão frente ao nosso ordenamento jurídico, precedentes seriam gerados e assim teriam grandes impactos à decisões judiciais como na extradição n° 1.362. Por fim, destaco que, como mencionado na introdução do presente artigo, a aplicação da imprescritibilidade seria também uma consequência de um processo de globalização e de um profundo crescimento de cooperação entre os países.

### **3.2 A aplicabilidade da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade no Brasil.**

A Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, datada de 26 de novembro de 1968, entrou em vigor em 11 de novembro de 1970. Conforme dispõe o art. 1° da mencionada Convenção, são considerados imprescritíveis:

#### **ARTIGO 1°**

São imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos, os seguintes crimes:

§1. Os crimes de guerra, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas resoluções nº3 ( I ) e 95 ( i ) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946, nomeadamente as "infrações graves" enumeradas na Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 para a proteção às vítimas da guerra

§2. Os crimes contra a humanidade, sejam cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas Resoluções nº3 ( I ) e 95 ( i ) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946; a evicção por um ataque armado; a ocupação; os atos desumanos resultantes da política de "Apartheid"; e ainda o crime de genocídio, como tal



definido na Convenção de 1948 para a prevenção e repressão do crime de genocídio, ainda que estes atos não constituam violação do direito interno do país onde foram cometidos.<sup>66</sup>

Os crimes supramencionados não são passíveis de prescrição, conforme prevê a convenção, pois ao serem praticados ferem a consciência universal, ressaltando ainda o caráter cruel dessas condutas. Se impunes, esses geram uma deficiência na memória social e um sentimento de injustiça. Acerca do assunto, dispõe Luiz Flávio Gomes:

Os crimes contra a humanidade (cometidos no nazismo e nas ditaduras militares) assim como os crimes de genocídio não podem ser tratados como crimes comuns (ou políticos). São crimes que ostentam um excepcional grau de crueldade e de tortura moral e física. À luz do *ius cogens* os primeiros (crimes contra a humanidade e genocídio) são imprescritíveis. O transcurso do tempo, nesses casos, não afasta a punibilidade dos delitos (que afetam de modo profundo a consciência universal)<sup>67</sup>

Ressalta-se assim, que não existe Estado isolado, sendo necessário para a aplicação do direito internacional a existência de uma sociedade internacional. Ao se tratar de soberania, podemos dizer que cada Estado não se encontra subordinado a qualquer norma de Direito Interno, mas que esse deve obedecer aos preceitos do Direito Internacional.

O Brasil, analisando a aprovação da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, se posicionou alegando a impossibilidade da mesma ser aplicada, pois a prescrição seria um princípio geral na

---

<sup>66</sup> COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA USP. **Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade**, de 26 de novembro de 1968. São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global-Declaracao-Internacionais-de-Protecao-sobre-a-imprescritibilidade-dos-crimes-de-guerra-e-dos-crimes-contra-a-humanidade.html>. Acesso em: 01 maio 2020

<sup>67</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Crimes contra a humanidade**: conceito e imprescritibilidade (Parte III). JusBrasil, Brasília, 06 de ago. 2009. Disponível em: <https://lfj.jusbrasil.com.br/noticias/1638524/crimes-contra-a-imprescritibilidade-parte-iii>. Acesso em: 01 maio 2020





legislação brasileira. Contudo, o principal argumento para os demais países ratificarem a mencionada convenção foi a natureza excepcional dos crimes contra a humanidade, sendo assim reconhecido o caráter de jus cogens das normas que tipificam tais crimes.

Assim, com relação à imprescritibilidade de crimes a Constituição da República Federativa do Brasil prevê no art. 5º, incisos XLII e XLIV, dois crimes que não são passíveis de prescrição:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

[...]

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático<sup>68</sup>

Contudo, em linhas gerais, frisa o art. 4º, II, CF/88 que o Estado brasileiro rege suas relações internacionais por meio de princípios como o da prevalência dos direitos humanos, conferindo assim uma primazia a esses. Ademais, analisando a fundo o teor do art. 5º, § 2º, da CF/88, esse dispositivo dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 01 de maio 2020

<sup>69</sup> Ibidem



Nesse sentido, existe o posicionamento de que a não ratificação pelo Brasil da Convenção em estudo não o exime de cumprir o que foi decidido pela Corte internacional, pois não haveria uma ofensa ao princípio da legalidade, já que o Estado brasileiro deve uma obediência a preceitos fundamentais de Direito Internacional. Ainda nessa mesma linha de pensamento, é invocável à análise da proteção de direitos humanos, princípio previsto na Constituição Federal de 1988 e que gera uma obrigação ao Estado brasileiro de seu cumprimento, tendo em vista o seu reconhecimento. O crime cometido por Salvador Siciliano possui natureza de crimes contra a humanidade, nesse sentido, nos termos do art. 27 da Convenção de Viena, o Brasil não poderia invocar limitações do direito interno para não cumprir com as obrigações internacionais, ou seja, não poderia deixar de destacar a natureza do crime cometido, que fere aos direitos humanos, e dessa forma deixar de acolher o entendimento de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.

A aplicação do entendimento de que o Brasil pode adotar dos preceitos previsto na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade mesmo sem sua ratificação geraria ao ordenamento jurídico brasileiro grandes impactos e uma imensa evolução ao direito. Essa seria aplicada como um costume da Corte Internacional, que já vem, ao longo do tempo, punindo cada vez mais os crimes de grande impacto a humanidade. Mesmo sem sua devida ratificação, no Brasil essa abriria novos precedentes fundamentais na Suprema Corte de Justiça, aprofundando assim ainda mais o valor dos Direitos Humanos e promoveria uma Cooperação Internacional ao combate ao crime. Ainda no mesmo sentido, a aplicação da Convenção supracitada geraria efeitos aos próximos casos de extradição passiva que se tratasse de crimes de guerra ou de crimes contra a humanidade, entendendo que cada vez mais esses devem ser punidos.

## CONCLUSÃO



O presente trabalho abordou o instituto de Cooperação internacional chamado extradição, destacando a problemática da extradição n° 1.362, que faz referência a Salvador Siciliano. Ao proceder o trabalho, foram destacados os argumentos favoráveis utilizados para deferimento do caso, sendo esse avaliado à margem dos impactos que a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e contra a Humanidade gerariam ao ordenamento jurídico brasileiro.

No primeiro momento, analisou-se minuciosamente o instituto extradicional, abordando seu conceito, características, competência e seus princípios norteadores. Nas subdivisões foi verificado a classificação do instituto extradicional, bem como o seu fluxo processual no Brasil, sendo assim, por fim abordada as vedações previstas na legislação brasileira que impedem a efetivação de uma extradição. Nessa primeira parte do trabalho, notou-se a complexidade do instituto trabalhado, bem como sua importância ao mundo jurídico e, principalmente, ao combate ao crime. A extradição é, conforme demonstrado, um dos meios mais eficazes de Cooperação Jurídica Internacional na área penal.

Na segunda seção do trabalho, foi analisado o papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal ao receber um pedido extradicional e, em seguida, foi analisado os casos de extradição passiva relativos a crimes da ditadura militar argentina que tramitaram, e ainda tramitam, no Brasil. Nessa segunda parte foi entendido que o julgamento feito pelo Supremo Tribunal Federal em um caso de extradição é, na verdade, um controle de legalidade, não podendo o mesmo julgar o mérito do pedido. Superado o papel exercido pela Suprema Corte de Justiça, notou-se uma quantidade significativa de casos com as mesmas características, bem como uma controvérsia em um dos casos especificamente, sendo esse estudado mais a fundo.

Na terceira seção e última parte a ser trabalhada, foi abordado a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade



e os reflexos da extradição n° 1.362, caso principal que foi analisado no trabalho. Aqui, em suas subdivisões, se estudou o crime de sequestro sob a ótica do mencionado caso, e nessa foi destacado elementos da legislação brasileira, bem como os argumentos favoráveis à extradição. Na segunda parte da terceira seção, foram destacados os crimes considerados imprescritíveis, conforme previsto na Convenção, e a possibilidade de sua aplicação em território brasileiro, visto a divergência com a legislação doméstica e a não ratificação do Estado brasileiro.

Nesse sentido, o objetivo da pesquisa foi verificar qual a diferença da extradição n° 1.362 perante as demais extradições trabalhadas e se nela havia a outra possibilidade de resultado com relação a decisão do Supremo Tribunal Federal de não extraditar o sujeito-objeto do pedido. Concluiu-se aqui que, conforme observado na terceira seção deste trabalho, ao analisar a tendência de decisões internacionais referentes a crimes semelhantes ao cometido por Salvador Siciliano, seria possível que o Brasil, mesmo sem ratificar a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, reconhecesse a imprescritibilidade do crime, pois este infringia aos Direitos Humanos, que é preceito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

Após a conclusão do trabalho, no dia 22 de maio de 2020, foi disponibilizado no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal o teor do acórdão referente a extradição n°1.327. A primeira Turma, por unanimidade, decidiu pelo indeferimento do pedido extradicional, destacando que o Roberto Oscar Gonzalez fazia jus a anistia bilateral prevista em lei, e entendeu que a natureza do crime cometido pelo extraditando não se configurava como sequestro, não sendo assim crime permanente. A imprescritibilidade tratada no pedido de extradição foi baseada na Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, o que a difere dos demais casos, bem como pelo entendimento da Suprema Corte de Justiça,



no que se refere a punibilidade, em aplicar a anistia bilateral prevista na Lei n° 6.683/1979.<sup>70</sup>

Por fim, foi compreendido que seria aplicável a mencionada convenção como um costume, uma das fontes de direito internacional. Isso ocorreria sem prejuízo a soberania do Estado brasileiro, pois esse não se submeteria a uma norma interna de nenhum outro Estado, mas sim a uma tendência internacional, sem infringir sequer ao princípio da legalidade, e respeitando assim aos Direitos Humanos.

Um possível deferimento ao caso analisado geraria uma decisão mais justa, pois fugiria a impunibilidade de crimes cometidos durante a ditadura militar argentina, bem como promoveria uma evolução a Cooperação Internacional, trazendo assim um papel de destaque ao combate ao crime no Brasil. Ignorar preceitos fundamentais como os de Direitos Humanos, baseando-se em um princípio geral da legislação doméstica brasileira torna perigosa a forma que o Brasil possa ser visto perante a comunidade internacional, podendo gerar até mesmo um desconforto em cooperar em casos análogos.

A não ratificação do Brasil com relação à Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade não pode servir como motivo para o descumprimento de normas de *jus cogens*, tendo em vista que o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos. Dessa forma, a ausência dessa ratificação específica não implicaria em uma liberação de

---

<sup>70</sup> As informações tratadas neste parágrafo foram encontradas na Jurisprudência recentemente publicada ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Foi verificado que o caso em análise ainda não transitou em julgado.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Extradição n° 1.327**. EXTRADIÇÃO – DUPLA PUNIBILIDADE – NÃO OCORRÊNCIA. Impõe-se o reconhecimento da inviabilidade da extradição, considerada a anistia bilateral, ampla e geral, prevista na Lei no 6.683/1979. EXTRADIÇÃO – PRESCRIÇÃO – LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. Incidindo a prescrição segundo a legislação brasileira – artigo 109, inciso I, do Código Penal –, cumpre assentar a inviabilidade do pedido de entrega do extraditado. Relator: Min. Marco Aurélio, 11 de maio de 2020. Publicada em 22 de maio de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752727746>. Acesso em: 27 de maio de 2020



obrigações do Estado brasileiro perante a sociedade internacional, bem como não isentaria o Estado brasileiro de seu dever de promover o combate ao crime e a paz mundial.

## REFERÊNCIAS:

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba (org). **Manual de direito internacional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610099/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>

ARAÚJO, Luiz Roberto; PRADO, Luiz Regis. Alguns aspectos das limitações ao direito de extraditar. **Revista Informação Legislativa**, v. 19, n. 76/out/dez., 1982.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

BRASIL. Decreto-lei n° 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm).

BRASIL. Lei n° 9.474/1997, de 22 de julho de 1997. Institui mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, Presidência da República, 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm).

BRASIL. Lei n° 13.445/2017, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migrações. Brasília, Presidência da República, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm).

BRASIL. Portaria n° 217, de 27 de fevereiro de 2018. Estabelece os procedimentos administrativos relativos aos pedidos de extradição passiva e ativa e de prisão cautelar para fins de extradição passiva e ativa, no âmbito do Ministério da Justiça. Brasília, Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018. Disponível em:



<https://justica.gov.br/sua- protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/legislacao/portaria-217-extradicao>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Extradição n° 1.150**. Extradição instrutória. Prisão preventiva decretada pela Justiça argentina. Tratado específico: requisitos atendidos. Extraditando investigado pelos crimes de homicídio qualificado pela traição (“Homicídio agravado por aleivosia e por el numero de participes”) e sequestro qualificado (“Desaparición forzada de personas”); dupla tipicidade atendida. Extinção da punibilidade dos crimes de homicídio pela prescrição: procedência. Crime permanente de sequestro qualificado: inexistência de prescrição. Alegações de ausência de documentação, crime militar ou político, tribunal de exceção e eventual indulto: improcedência. Extradição parcialmente deferida. Relator: Min. Carmén Lúcia, 19 de maio de 2011. Publicada em 16 de junho de 2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624223>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Extradição n° 1.362**. Extradição requerida pela República Argentina. Delitos qualificados pelo Estado requerente como de lesa- humanidade. Prescrição da pretensão punitiva sob a perspectiva da lei penal brasileira. Não atendimento ao requisito da dupla punibilidade (art. 77, VI, da Lei 6.815/1980 e art. III, C, do tratado de extradição). Indeferimento do pedido. Relator: Min. Edson Fachin, 09 de novembro de 2016. Publicada em 05 de setembro de 2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). **Extradição n° 974**. Extradição. Argentina. Tratado bilateral. Atendimento aos requisitos formais. Aditamento quanto ao crime de sequestro de menor. Dupla tipicidade. Configuração parcial. Prescrição. Inocorrência. Extradição parcialmente deferida. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 06 de agosto de 2009. Publicada em 04 de dezembro de 2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606492>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Extradição n° 1270**. Extradição. Regularidade formal. Prescritibilidade e anistia dos crimes cometidos pelo extraditando. Observância do que decidido pelo Plenário na EXT 1362. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de dezembro de 2017. Publicada em 23 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14366098>.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Extradição n° 1.327.** EXTRADIÇÃO – DUPLA PUNIBILIDADE – NÃO OCORRÊNCIA. Impõe-se o reconhecimento da inviabilidade da extradição, considerada a amnistia bilateral, ampla e geral, prevista na Lei no 6.683/1979. EXTRADIÇÃO – PRESCRIÇÃO – LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. Incidindo a prescrição segundo a legislação brasileira – artigo 109, inciso I, do Código Penal –, cumpre assentar a inviabilidade do pedido de entrega do extraditado. Relator: Min. Marco Aurélio, 11 de maio de 2020. Publicada em 22 de maio de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752727746>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Extradição n° 1.278.** Extradição instrutória. Crimes de tortura, homicídio, sequestro qualificado e desaparecimento forçado de pessoas. Atendimento dos requisitos formais. 4. Dupla tipicidade. Desaparecimento forçado de pessoas. Análise da dupla tipicidade com base no delito de sequestro. Entendimento adotado na EXT 974/Argentina. 5. Prescrição dos crimes de tortura e homicídio, segundo o ordenamento jurídico brasileiro. 6. Pedido de extradição deferido sob a condição de que o Estado requerente assumira, em caráter formal, o compromisso de comutar eventual pena de prisão perpétua em pena privativa de liberdade, com o prazo máximo de 30 anos. 7. Extraditando que responde a processo penal no Brasil por crime diverso daquele que versa o pedido de extradição. 8. Discricionariedade do Chefe do Poder Executivo para ordenar a extradição ainda que haja processo penal instaurado ou mesmo condenação no Brasil (art. 89 da Lei 6.815/1980). 9. Pedido de extradição deferido parcialmente (somente em relação aos crimes de sequestro). Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de setembro de 2012. Publicada em 04 de outubro de 2012. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2875328>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Extensão na Extradição n° 1.278.** Extensão na extradição. 2. Crime de sequestro. Instrução. Reclassificação em desfavor do extraditado. Mudança da qualidade de partícipe secundário para primário. 3. Postura zelosa do juízo criminal argentino. Estabilização da imputação somente após a apreciação pelo tribunal de segundo grau argentino. 4. Ofensa à coisa julgada. Inocorrência. 5. Inalterados os fatos sobre os quais foi interrogado o requerido e sobre os quais a defesa se manifestou expressamente, não há falar em ofensa à ampla defesa. 6. Não obstante a reprimenda ao delito sob a ótica da participação primária tenha a pena maior que aquela na participação secundária, ao Supremo Tribunal Federal compete, consoante o sistema de contenciosidade limitada, tão só aferir a existência da dupla tipicidade, a inexistência de fenômeno que revele a extinção da punibilidade bem como a vinculação do deferimento à comutação, se for o caso, de penas perpétuas ou de morte ao máximo permitido pelas leis brasileiras. Precedentes. 7. Pedido deferido sob a condição de que o Estado





requerente assuma, em caráter formal, compromisso de comutar eventual pena de prisão perpétua em pena privativa de liberdade, com o prazo máximo de trinta anos. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 de setembro de 2015. Publicada em 15 de outubro de 2015. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9577179>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Extradição nº 1.299**. Extradição Instrutória. Prisão Preventiva decretada pela Justiça Argentina. Tratado específico: requisitos atendidos. Crimes de sequestro qualificado (“Privación Ilegal de la Libertad Agravada”) e tortura (“Imposición de Tormentos”). Dupla tipicidade. Prescrição. Extinção da punibilidade dos crimes de tortura e sequestro em que as vítimas foram colocadas em liberdade. Crimes de sequestro em que as vítimas permanecem desaparecidas. Natureza permanente. Inocorrência de prescrição. Crimes políticos. Improcedência. Extradição parcialmente deferida. Relatora: Min. Carmén Lúcia, 10 de setembro de 2013. Publicada em 25 de setembro de 2013. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4568190>.

BUCHO, José Manuel da Cruz et al. **Cooperação Internacional Penal**. V. I. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2000.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA USP. **Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, de 26 de novembro de 1968**. São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declaracao-de-Tratados-Internacionais-de-Protecao-contra-os-crimes-de-guerra-e-dos-crimes-contra-a-humanidade.html>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, entre Canadá e Estados Unidos, julgamento de 12 de outubro de 1984 (Recueil, 1984, p. 299 e s., cuja passagem é mencionada: “pratique suffisamment étoffée et convaincante”. V. tb. RUIZ-FABRI, Hélène e Jean-Marc SOREL (dir.), La preuve devant les juridictions internationales (Paris: Pedone, 2007, p. 246-248), observam que a produção de prova, perante jurisdições internacionais, muitas vezes se destina não somente a provar os fatos, mas igualmente o direito.



DEL'OLMO, Florisbal de Souza. A extradição na contemporaneidade: breves reflexões. **Cadernos do programa de pós graduação**, Porto Alegre, n.4, p. 67-90, 2005.

FRAGA, Mirtô. **O novo Estatuto do Estrangeiro comentado**: Lei no 6.815 de 1980, alterada pela lei no 6.964 de 1981. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GOMES, Luiz Flávio. **Crimes contra a humanidade**: conceito e imprescritibilidade (Parte III). JusBrasil, Brasília, 06 de ago. 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1638524/crimes-contra-a-humanidade-conceito-e-imprescritibilidade-parte-iii>.

GUERRA, Sidney. Alguns aspectos sobre a situação jurídica do não nacional no Brasil: Da Lei do Estrangeiro à Nova Lei de Migração. **Revista Direito Em Debate**, Ijuí, n. 26, v.47, 90- 112, 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Governo brasileiro realiza extradição de argentino condenado por crimes como homicídio e sequestro. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/governo-brasileiro-realiza-extradicao-de-argentino-condenado-por-crimes-como-homicidio-e-sequestro>.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985073/cfi/6/44!4/962/6@0:100>.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Gleisse. O Supremo Tribunal Federal e o controle dos processos de extradição. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**, Brasília, v. 2, n.1, p. 261-279, jan./jun. 2005.

SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA (SNJ). **Manual de extradição**. Brasília: Departamento de Estrangeiros, 2012.

SEGABINAZI, Fabiane. Uma análise da extradição no direito brasileiro. 2004, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 24, p. 151-175, 2004.



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Regimento interno**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2019. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>.

STF. Ext. 1085. Decisão de 16.12.2009 e ACNUR. Manual de procedimentos técnicos para determinar a condição de refugiados de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados. Brasília: ACNUR, 2004.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229344/cfi/4!/4/2@100:0.00>.



## ANEXOS

Tabela 1 - Processo de extradição n° 974:

Número da extradição	974
Estado requerente	Governo da Argentina
Composição da Turma	Tribunal Pleno: Ministros Marco Aurélio, Menezes Direito, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Cármen Lúcia. Ausente o Ministro Celso de Mello, Ellen Gracie.
Crime	Sequestro qualificado e associação ilícita.
Suposta data do crime	1976
Data da decretação da prisão	-Não consta a data em que foi expedido o mandado de Prisão Preventiva para fins de extradição. - Foi cumprido em 26/02/2007
Natureza do pedido extradicional	Para fins de instrução processual.
Data da decisão do pedido extradicional	06/08/2009
Data da execução do pedido extradicional	07/04/2010
Resultado	Parcialmente deferido

Fonte: elaboração própria, baseado na análise jurisprudencial da extradição n° 974.

Com base em (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2009).



Tabela 2 - Processo de extradição n° 1150:

Número da extradição	1150
Estado requerente	Governo da Argentina
Composição da Turma	Plenário: Min. Carmén Lúcia, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luiz Fux. Ausentes: Min. Celso de Mello e Joaquim Barbosa.
Crime	Sequestro qualificado e homicídio qualificado.
Suposta data do crime	13 de dezembro de 1976
Data da decretação da prisão	- Foi expedido o mandado de Prisão Preventiva para fins de extradição em 16/09/2008. - Foi cumprido em 17/09/2008.
Natureza do pedido extradicional	Para fins de instrução processual.
Data da decisão do pedido extradicional	19/05/2011
Data da execução do pedido extradicional	13/10/2011
Resultado	Parcialmente deferido

Fonte: elaboração própria, baseado na análise jurisprudencial da extradição n° 1.150.

Com base em (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2011)



Tabela 3 - Processo de extradição n° 1.278

Número da extradição	1278
Estado requerente	Governo da Argentina
Composição da Turma	Segunda Turma: Presentes à sessão o Ministro Gilmar Mendes e a Ministra Cármen Lúcia. Ausentes os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa.
Crime	Sequestro qualificado, tortura e homicídio.
Suposta data do crime	1976 e 1983
Data da decretação da prisão	- Foi expedido o mandado de Prisão Preventiva para fins de extradição em 31/05/2012. - Foi cumprido em 06/06/2012.
Natureza do pedido extradicional	Para fins de instrução processual.
Data da decisão do pedido extradicional	18/09/2012
Data da execução do pedido extradicional	27/03/2013
Resultado	Parcialmente deferido

Fonte: elaboração própria, baseado na análise jurisprudencial da extradição n° 1.278.

Com base em (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2012)



Pedido de Extensão na extradição n° 1.278:

Número da extradição	EXTENSÃO DA EXTRADIÇÃO N° 1278
Estado requerente	Governo da Argentina
Composição da Turma	Presentes à sessão os Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Teori Zavascki. Ausente o Ministro Celso de Mello.
Crime	Sequestro qualificado - reclassificação da conduta do acusado de partícipe secundário para primário.
Suposta data do crime	1976 e 1983
Data da decretação da prisão	Foi decretada a prisão em 31/05/2012
Natureza do pedido extradicional	Para fins de instrução processual.
Data da decisão do pedido extradicional	22/09/2015
Data da execução do pedido extradicional	Trata-se de um pedido de Extensão da extradição.
Resultado	Parcialmente deferido

Fonte: elaboração própria, baseado na análise jurisprudencial da Extensão da extradição n° 1.278. Com base em (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2015).



Tabela 4 - Processo de extradição n° 1299:

Número da extradição	1299
Estado requerente	Governo da Argentina
Composição da Turma	Segunda Turma: Presentes à sessão os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki. Ausente o Ministro Celso de Mello.
Crime	Tortura e Sequestro qualificado.
Suposta data do crime	1976
Data da decretação da prisão	- Foi decretada a prisão preventiva para fins de extradição em 16/01/2013. - Não consta a data do cumprimento do Mandado de Prisão.
Natureza do pedido extradicional	Para fins de instrução processual.
Data da decisão do pedido extradicional	10/09/2013
Data da execução do pedido extradicional	Não consta informação.
Resultado	Parcialmente deferido

Fonte: elaboração própria, baseado na análise jurisprudencial da extradição n° 1.299.

Com base em (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2013)





Tabela 5 - Processo de extradição n° 1.327:

Número da extradição	1327
Estado requerente	Governo da Argentina
Composição da Turma	Primeira Turma: Ministros Rosa Weber (Presidente), Marco Aurélio, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.
Crime	Sequestro contra múltiplas vítimas, algumas desaparecidas até a presente data, e tortura.
Suposta data do crime	1976
Data da decretação da prisão	-Não consta a data em que foi expedido o mandado de Prisão Preventiva para fins de extradição. - Foi cumprido em 06/07/2015 - Aguardava análise do pedido extradicionaI em liberdade, sob monitoramento eletrônico.
Natureza do pedido extradicionaI	Para fins de instrução processuaI.
Data da decisão do pedido extradicionaI	11/05/2020
Data da execução do pedido extradicionaI	Entenderam pela inviabilidade da entrega do extraditando ao Governo requerente.
Resultado	Indeferido.

Fonte: elaboração própria, baseado na análise jurisprudenciaI da extradição n° 1.327.

Com base em (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020).



Tabela 6 - Processo de extradição n° 1270:

Número da extradição	1270
Estado requerente	Governo da Argentina
Composição da Turma	Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.
Crime	Sequestro, homicídio e tortura.
Suposta data do crime	1976 a 1983
Data da decretação da prisão	- Fora expedido o mandado de Prisão Preventiva para fins de extradição em 19/12/2011 - Dado o cumprimento em 07/02/2013 -Aguardava análise do pedido extradiciona em liberdade, sob monitoramento eletrônico. -Foi preso para fins de extradição em 11/05/2020.
Natureza do pedido extradiciona	Para fins de instrução processual.
Data da decisão do pedido extradiciona	17/10/2017
Data da execução do pedido extradiciona	14/05/2020
Resultado	Parcialmente deferido

Fonte: elaboração própria, baseado na análise jurisprudencial da extradição n° 1.270.

Com base em (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2017).



Tabela 7 - Processo de extradição n° 1362:

Número da extradição	1362
Estado requerente	Governo da Argentina
Composição da Turma	Plenário: Ministros Relator Edson Fachin, os Ministros Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Rosa Weber, Celso de Mello, Teori Zavaski, Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Marco Aurélio
Crime	Homicídio qualificado, sequestro sequestro e cárcere privado, e associação criminosa.
Suposta data do crime	1973 e 1975
Data da decretação da prisão	- Fora expedido o mandado de Prisão Preventiva para fins de extradição em 02/07/2014 - Dado o cumprimento em 03/07/2014 -Aguardava análise do pedido extradiciona em liberdade, em regime domiciliar.
Natureza do pedido extradiciona	Para fins de instrução processual.
Data da decisão do pedido extradiciona	09/11/2016
Data da execução do pedido extradiciona	Foi expedido alvará de soltura.
Resultado	Indeferido.

Fonte: elaboração própria, baseado na análise jurisprudencial da extradição n° 1.362.

Com base em (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2016).



# ESTUPRO CORRETIVO: A CULTURA DO ESTUPRO E A VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE E LIBERDADE SEXUAL DA MULHER COMO MÉTODO DE PUNIÇÃO

Bianca Denser Elbel<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso visa analisar quais foram as perspectivas sociológicas, jurídicas e histórias que criaram a chamada “cultura do estupro” e como este instituto foi responsável por gerar o dito “estupro corretivo”. Essa forma de estupro é aquela na qual o agente crê que a vítima é merecedora da violência sofrida, principalmente como um método de correção de comportamento desviante dos padrões impostos pela sociedade. A partir disso, essa pesquisa tem a expectativa de averiguar a construção social que levou a esse método de violência a ser utilizado nas mulheres como um modo de correção de comportamento, principalmente nos casos em que agem de maneira daquela esperada pelo ditame socialmente imposto.

**Palavras-chave:** Estupro. Cultura. Corretivo. Punição. Comportamento.

## 1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história da criminologia, diversos entendimentos foram criados para compreender por que uma pessoa cometia crimes. De Lombroso a Jef Pharrell<sup>2</sup>, chegou-se a crer que era um fator biológico que fazia o indivíduo cometer crimes ou o ambiente influenciava a pessoa, ao longo de sua vida, a crer que a única maneira

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. *E-mail:*

<sup>2</sup> Cesare Lombroso e Jeff Pharrell foram dois criminólogos de absurda relevância em suas respectivas épocas, tendo sido seu trabalho trazido diversos apontamentos e avanços no estudo da criminologia



de sobreviver era através do crime. De qualquer maneira que seja, esses autores criminólogos, ao realizarem seus estudos, focavam mais em uma temática de crimes patrimoniais, principalmente furtos e roubos, visto que são alguns dos delitos mais comuns. Os crimes de cunho sexual, no entanto, foram deixados muito a margem, até mesmo porque, antigamente, o estupro não era visto da mesma maneira que é visto atualmente.

A partir do fortalecimento do movimento feminista nos anos 1970, passou-se a discutir mais extensamente a posição da mulher na sociedade, seu papel cultural e de que maneira poderia ocorrer um emponderamento feminino, buscando-se uma igualdade de gêneros. Juntamente a esses pensamentos, inseriu-se em pauta o debate sobre o estupro e como este tipo de violência deveria ser tratado pelo ordenamento jurídico. Também nesta época, a criminologia passou a tratar a vítima como uma parte importante na prática do crime, visto que, anteriormente, o foco era apenas no agente e no punitivismo do Estado. Entretanto, mesmo diante desse contexto de estudos modernos e esclarecedores, a mulher acaba sendo “revitimizada”, pois há ainda um pensamento de que, nos casos de estupro, a vítima tem responsabilidade parcial ou total pelo que lhe ocorreu.

Neste contexto, busca-se compreender de que maneira a cultura do estupro, ao impor regramentos sociais, acabou por gerar uma situação em que a dignidade e liberdade sexual das mulheres são postas em uma posição tão insignificante, ou até mesmo irrelevantes, ao ponto em que torna-se socialmente aceitável que uma mulher seja violentada sexualmente, a depender do quão inserida no modelo culturalmente esperado ela está. Além disso, busca-se questionar se o estupro é utilizado de maneira a ser um corretivo nos casos de não cumprimento do ditame social.

Para auferir os conhecimentos necessários a esses questionamentos, o tipo de pesquisa realizado no presente estudo é a sócio jurídica, uma vez que serão



utilizados conceitos e autores das mais diversas áreas, especialmente direito e sociologia. Quanto ao método de procedimento, será utilizado o método monográfico, visto que essa modalidade busca unir a bibliografia trazida com críticas jurídicas e sociais ao tema e, apesar do presente estudo conter um apanhado histórico, esse será utilizado como suporte para alcançar o cerne do debate. No que se refere às fontes de pesquisa, o material colhido basear-se-á, em essência, em bibliografias, incluindo livros, artigos e demais conteúdos encontrados para embasar a argumentação e análise que serão trabalhadas.

Por se tratar de uma temática ampla, que possui diversas ramificações e influências, faz-se necessária uma delimitação dos pontos a serem abordados. O foco principal ficará centrado nos aspectos referentes ao estupro utilizado como método de punição a mulheres – aqui faz-se a ressalva quanto ao termo mulher que, sempre quando usado nesse trabalho, por uma questão de local de fala, refere-se a mulheres *cisgênero*<sup>3</sup>. Diante disso, por mais que haja extensa, necessária e relevante discussão a esse respeito, não haverá debate, neste presente estudo, quanto aos casos de estupro corretivo na população LGBTQI+<sup>4</sup>.

## 2 ESTUPRO

O crime de estupro remonta aos primórdios da humanidade, estando presente até mesmo em épocas que sequer se falava em civilizações organizadas nos moldes hoje vigentes. Desde então, instituiu-se uma realidade mundial que está permeada pelo patriarcalismo, ou seja, o homem é visto como “chefe” da família e detentor do

---

<sup>3</sup> Segundo as autoras sociólogas Kristen Schilt e Laurel Westbrook, entende-se por cisgênero os “indivíduos que têm uma correspondência entre o gênero em que foram atribuídos no nascimento, seus corpos e sua identidade pessoal”. Ou seja, a mulher cisgênero é aquela que nasceu biologicamente como mulher e foi socializada como mulher, não apresentando problemas em se identificar como tal

<sup>4</sup> A sigla LGBTQI+ faz referência as pessoas integrantes do movimento que luta por igualdade entre as diversas identidades de gênero, orientações sexuais e gêneros, buscando, também, trazer visibilidade e representatividade



poder familiar, o que, supostamente, o torna o responsável pelas decisões que serão tomadas no seio daquele agrupamento. Por isso, atribuiu-se a esse homem o “poder” de corrigir os membros de sua família da maneira que entendesse correta, sendo, uma delas, o estupro.

Segundo Vigarello<sup>5</sup>, esse pensamento advém da época em que a Grécia, de acordo com a concepção ocidental, era a sociedade mais desenvolvida do mundo, nos séculos XII a IX a.C. Nesta realidade, as mulheres, além de serem propriedade de seus maridos, não eram dotadas do status de cidadãs no seu modo pleno, de maneira que não tinham autonomia para qualquer ato. No que concerne ao estupro, não havia uma palavra específica para definir tal ato, mas era tratado como um tipo de abuso sexual. As punições à época eram voltadas meramente as vítimas, que poderiam até mesmo ser julgadas por adultério.

Por outro lado, Fernandes e Marques fazem uma breve análise de legislações antigas que buscavam punir o agente do estupro. Contudo, mesmo nessas ocasiões, a vítima ainda se via diante de uma realidade danosa a si, uma vez que poderia, em alguns casos, ser obrigada a casar-se com seu agressor. Este pensamento só reforça a ausência de personalidade da mulher, que mesmo em um caso de violência, via-se obrigada a seguir os ditames sociais para ser bem aceita em sua comunidade.

Desde os tempos mais remotos, o estupro era considerado um delito grave com penas severas. Entre os romanos, a conjunção carnal violenta era punida com a morte pela *Lex Julia de vi publica*. Na legislação hebraica, como notícia Magalhães Noronha, “aplicava-se a pena de morte ao homem que violasse mulher desposada, isto é, prometida em casamento. Se se tratasse de mulher virgem, porém não desposada, devia ele pagar cinquenta ciclos de prata ao pai da

---

<sup>5</sup> VIGARELLO, Georges. **História do estupro**: violência sexual nos séculos XVI-XX. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998



vítima e casar com ela, não a podendo ‘despedir em todos os seus dias’, porquanto a humilhou”<sup>6</sup>

Não diferente, no antigo oriente, as mulheres eram retratadas como meros objetos, não tendo qualquer poder de escolha. Tal fato é indicado pela maneira com que o livro Êxodos 20:17 lista-as como algo que não deve ser cobiçado, assim como uma casa, ou “coisa alguma”: “Não cobiçarás a casa do teu próximo, não cobiçarás a mulher do teu próximo, nem o seu servo, nem a sua serva, nem o seu boi, nem o seu jumento, nem coisa alguma do teu próximo.” (Êxodos 20:17)<sup>7</sup>. As religiões cristãs seguem, até os dias atuais, tais normas de conduta e, mesmo que a enumeração da mulher como uma mera coisa possa parecer esdruxula, há aqueles que defendem a continuidade deste modelo.

Na América do Norte, antes da colonização europeia, acredita-se que os casos de violência sexual eram praticamente inexistentes, uma vez que as mulheres desempenhavam papel central nas culturas indígenas. Nos poucos casos de violência sexual, as regras dessas culturas eram rapidamente aplicadas para deter o agente. Após a colonização, entretanto, o cenário se altera completamente. Tal pensamento coaduna com os entendimentos de Rossi, que leciona sobre a importância dos papéis de gênero quando se trata do crime de estupro.

Enfim, pode-se auferir que a violência sexual, mormente o estupro, é um comportamento extremamente marcado pela desigualdade de gênero, afirmando-se como uma relação de poder indissociável do exercício de poder decorrente da dominação masculina. Por conseguinte, conclui-se que a violência de gênero, que tem no elemento cultural seu grande sustentáculo e fator de perpetuação de violações contra as mulheres, é proveniente da objetificação da mulher e do seu corpo como propriedade de um homem, restringindo sua independência ao limitar sua autonomia e liberdade. Assim, a

---

<sup>6</sup> FERNANDES, Antonio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Estupro**: enfoque vitimológico. 1991. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/23376>. Acesso em 22 maio 2020

<sup>7</sup> **BÍBLIA**. Bíblia Online. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf>. Acesso em: 06 mar. 2020





violência contra as mulheres não é apenas uma manifestação da desigualdade sexual, mas sim um instrumento para a manutenção dessa assimetria.<sup>8</sup>

Tanto na América do Norte, Central ou do Sul, o ocorrido foi o mesmo: as mulheres nativas foram brutalmente violadas pelos colonizadores chegados de todo as partes do mundo. Tais mulheres foram subjugadas, de forma que eram apenas corpos disponíveis para aqueles homens satisfazerem seus desejos mais perversos com pessoas que estavam completamente incapazes de resistir, principalmente quando se leva em consideração o poderio armamentício que os colonizadores possuíam.

No América Latina, principalmente, o estupro foi quase um pilar da colonização lusitano-espanhola. Não somente as mulheres nativas, mas a mulheres negras traficadas com o intuito de escravidão eram nada mais que meros objetos a disposição de seus senhores, para o que quer que lhes viesse à mente. Não raro havia casos, portanto, de crianças nascidas fruto desses crimes, que, assim como suas mães, também se tornavam serventes forçados.

Esse ocorrido, além da cultura do estupro, resultou em mais um resultado prejudicial para as mulheres negras e indígenas, qual seja, ver seus corpos, até a atualidade, altamente sexualizados, sendo alvo constante de lascívia, principalmente masculina. Desse modo, além de já sentirem o sofrimento social por serem mulheres, as negras e indígenas ainda precisam lutar, concomitantemente, com o racismo que permeia a sociedade, preconceito este que as leva a serem constantes objetos de desejo, mas jamais sujeitas de direito. Nesse contexto, Manfrão leciona:

O estupro era considerado ato execrável, entretanto a ele eram atribuídos diferentes graus de gravidade: “o erro do acusado é agravado pela fraqueza ou 'inocência' da vítima. A agressão

---

<sup>8</sup> ROSSI, Giovana. **Os estereótipos de gênero e o mito da imparcialidade jurídica**: análise do discurso judicial no crime de estupro. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015



contra uma jovem impúbere é mais condenável do que o de uma mulher adulta”. A repressão, então, variava de acordo com a qualidade da vítima. Quando cometido contra uma virgem, por exemplo, a responsabilidade do agressor era muito mais pesada, pois o ataque à virgindade comprometia a honra e a posição das famílias, isso porque era considerado uma ofensa, não contra a mulher vítima, mas sim contra seu tutor, geralmente pai ou marido. Contudo, não era só a virgindade da vítima que aumentava a gravidade do crime, a classe social a que pertenciam vítima e o agressor também tinha esse poder. Dessa forma, a violência perpetrada contra uma escrava ou doméstica era considerada menos grave do que a cometida contra uma nobre, assim como a pobreza do agressor agravava seu gesto.<sup>9</sup>

No que concerne à tipificação desse crime, conforme preconiza Vigarello<sup>10</sup>, a Inglaterra, ainda no período medieval, tornou o estupro um crime capital. Contudo, a aplicação de pena aos estupradores era quase inexistente, visto que o pensamento vigente era de que a mulher era sedutora, que estava pedindo ou era merecedora do ataque sexual sofrido.

Em termo de legislação brasileira, o Código Criminal do Império<sup>11</sup>, em 1830, previu o crime de estupro, com pena de três a doze anos e pagamento de dote a família da vítima ou casamento entre o estuprador e a vítima, em troca de não aplicação da pena. No Código da República<sup>12</sup>, inseriu-se a previsão de diminuição de pena caso a vítima fosse uma prostituta ou uma “mulher pública”, além de haver a necessidade de comprovação da vítima ser uma “mulher honesta” para que o crime atingisse a tipificação prevista.

---

<sup>9</sup> MANFRÃO, Caroline Colombelli. **Estupro**: prática jurídica e relações de gênero. Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2009

<sup>10</sup> VIGARELLO, Georges. **História do estupro**: violência sexual nos séculos XVI-XX. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998

<sup>11</sup> BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm). Acesso em: 22 maio 2020

<sup>12</sup> BRASIL. **Decreto n° 847, de 11 de outubro de 1890**. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm). Acesso em: 22 maio 2020



O Código Penal<sup>13</sup> vigente, que data de 1940, inicialmente previa o crime de estupro e o crime de atentado violento ao pudor. Na previsão original, o crime de estupro apenas se caracterizava quando havia penetração pênis-vagina, chamada de conjunção carnal, e somente podia ter como agente ativo um homem e agente passivo uma mulher.

No ano de 2009, contudo, houve uma atualização da norma e o crime de estupro passou a ser crime comum, de maneira que qualquer um poderia ser o sujeito ativo, bem como o sujeito passivo. Além disso, não mais há a necessidade de configuração de conjunção carnal, sendo considerado estupro a conjunção ou outro ato libidinoso qualquer.

Esta mesma lei trouxe importante alteração no que diz respeito ao bem jurídico tutelado pelo capítulo VI do Código Penal. Anteriormente, os crimes sexuais eram tratados como “crimes contra os costumes”, o que perfazia-se como uma grande incongruência entre legislação e realidade, visto que não se tutela os costumes, as normas sociais, quando busca-se punir o agente que comete um crime sexual; tutela-se, em realidade, os direitos da vítima a escolha de seus parceiros sexuais, bem como sua dignidade de maneira geral. Por isso, a lei 12.015/2009<sup>14</sup> modificou o capítulo VI para “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

Ademais, no ano de 2018, com o advento da lei n° 13.718<sup>15</sup>, inseriu-se no ordenamento jurídico duas causas de aumento de pena, previstas no art. 226, inciso IV, alíneas “a” e “b” do Código Penal (1940). Se presentes, a pena aplicada ao caso

---

<sup>13</sup> BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 22 maio 2020

<sup>14</sup> BRASIL. **Decreto-Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm). Acesso em: 22 maio 2020

<sup>15</sup> BRASIL. **Decreto-Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm). Acesso em: 22 maio 2020



concreto necessariamente será aumentada de um a dois terços. A alínea “a” diz respeito ao crime de estupro coletivo, aquele no qual há mais de um sujeito ativo no crime, e a alínea “b” diz respeito ao crime de estupro corretivo, aquele no qual utiliza-se do estupro como um método de correção comportamental da vítima, seja ele sexual ou social.

Denota-se, a partir deste breve histórico, que a chamada “cultura do estupro” permeia a sociedade mundial desde seus primórdios. As represálias e censuras aplicadas a esse comportamento remontam a tempos recentes, de maneira que se pode concluir que há muito ainda o que se modificar no que diz respeito ao entendimento da população quanto aos direitos e individualidades da mulher, bem como quanto a repulsa ao crime de estupro.

### 3 CULTURA DO ESTUPRO

Quem me estuprou foram aquelas pessoas que, mesmo depois do ocorrido, insistem que a culpada sou eu. Que eu pedi para isso acontecer. Que eu estava querendo. Que minha roupa era curta demais. Que eu bebi demais. Que eu sou uma vadia. Ainda sou capaz de sentir o cheiro nauseante do meu agressor. Está por toda parte. E então eu percebo que, mesmo se esse cara não existisse, mesmo se ele nunca tivesse cruzado o meu caminho, eu não estaria a salvo de ter sido destroçada... Porque não foi só aquele cara que me estuprou. Foi uma cultura inteira.<sup>16</sup>

#### 3.1 Definições

O termo “cultura”, por si só, gera diversos questionamentos quanto a sua definição. No senso comum, pode ser compreendida como uma maneira de agir, de ser e estar em sociedade. Cuche<sup>17</sup>, sociólogo e antropólogo francês, ao tratar sobre

---

<sup>16</sup> VALEK, Aline. **Quem me estuprou**. 2012. Disponível em: <https://www.alinevalek.com.br/blog/2012/09/quem-me-estuprou/>. Acesso em: 24 mar.2020

<sup>17</sup> CUCHE. Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. Bauru-SP: EDUSC, 1999



cultura no âmbito das ciências sociais, consigna que a noção de cultura vem para desmistificar a naturalização de certas ações humanas, pois o que muitas vezes pode ser compreendido como intrínseco ao ser humano, na verdade, é fruto de suas interações sociais. Não poderia ser diferente quanto ao modo de compreensão da sexualidade feminina, sua externalização e suas consequências na personalidade da mulher.

O fortalecimento do movimento feminista remonta aos anos 1970 e consignou o termo “cultura do estupro”, que viria a ressaltar aqueles comportamentos, sutis ou não, que demonstravam a posição inferior em que a mulher era colocada na sociedade, de maneira que a violência sexual sofrida por essas pessoas era relativizada ou até mesmo silenciada. Juntando-se o pensamento de Cuche e os entendimentos advindos da estudada cultura do estupro, pode-se concluir que a sociedade, tanto homens quanto mulheres, absorveram esses atos como naturais quando, em realidade, não passam de constructos sociais.

Em razão da necessidade de se debater este assunto e compreender seu modo de influência na sociedade, a ONU Mulheres estabeleceu uma simples conceituação:

A cultura do estupro é uma consequência da naturalização de atos e comportamentos machistas, sexistas e misóginos, que estimulam agressões sexuais e outras formas de violência contra as mulheres. Esses comportamentos podem ser manifestados de diversas formas, incluindo cantadas de rua, piadas sexistas, ameaças, assédio moral ou sexual, estupro e feminicídio. Na cultura do estupro, as mulheres vivem sob constante ameaça.<sup>18</sup>

Convergindo com o definido acima, Brownmiller<sup>19</sup> determina que há uma cultura na qual a definição de sexualidade masculina como naturalmente agressiva e

---

<sup>18</sup> POR QUE falamos de cultura do estupro? **Nações Unidas Brasil**, 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/por-que-falamos-de-cultura-do-estupro/>. Acesso em: 14 fev.2020

<sup>19</sup> BROWNMILLER, Susan. **Against our will**: men, women and rape. New York: First Ballantine Books Edition, 1993



a feminina como passiva culmina em uma cultura que apoia o estupro. De igual maneira, Millet<sup>20</sup> consigna que o estupro tem alicerce em uma política sexual, distanciando-se do caráter biológico masculino. Nielsson e Wermuth<sup>21</sup> igualmente dizem que a cultura do estupro pode ser definida como “a culpabilização da vítima pelo fato dela ter sido alvo de violência sexual, compreendido como um comportamento masculino “natural””.

Dessa maneira, conclui-se que “nossa cultura pode ser caracterizada como uma cultura do estupro porque a imagem de uma relação heterossexual está baseada no modelo da sexualidade do estupro”<sup>22</sup> e é a partir desses relacionamentos heterossexuais que se formam as diretrizes do certo e errado na sociedade atual.

### 3.2 A figura da mulher na sociedade

A cultura do estupro, portanto, envolve normas de comportamento estabelecidas com base em “valores” impostos por aqueles que possuem o poder de ditar as regras na sociedade. Desde os primórdios da humanidade, esse papel vem sendo exercido por pessoas do gênero masculino; logo, a dominação feminina remonta ao período neandertal, na qual a mulher era vista como mero objeto de reprodução; e assim o foi até o início dos movimentos feministas, que buscam, pouco a pouco, desmistificar essa posição e encontrar um equilíbrio entre os gêneros.

O valor da mulher na sociedade machista – aquela em que o homem é visto como superior – está basicamente pautado em seu poder reprodutor e, por isso,

---

<sup>20</sup> MILLET, Kate. **Sexual politics**. Garden City, New York: Doubleday, 1970

<sup>21</sup> NIELSSON, Joice Graciele; WERMUTH, Maiquel A. Dezordi. A “carne mais barata do mercado”: uma análise biopolítica da “cultura do estupro” no Brasil. **RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 34, p. 171-200, 2018

<sup>22</sup> HERMAN, Dianne F. The rape culture. In: FREEMAN, Jo (ed.). **Women: a feminist perspective**. 3. ed. CA: Mayfield, 1984. p. 52



determinados estigmas são impostos, estabelecendo quais comportamentos coadunam com tal visão, sendo toda e qualquer figura que contrasta com esse imaginário tida como errada e merecedora de punição. Becker, em seu livro *Outsiders*<sup>23</sup>, consigna exatamente esse entendimento: aqueles que tem o poder sobre os regramentos sociais determinam o modo como cada grupo de indivíduos deve se portar e, aquele que não o segue, acaba sendo tido como um *outsider*, um estranho, uma pessoa que cometeu algo análogo a um crime, mas no aspecto social. É nesse contexto que a cultura do estupro cria a figura do estupro corretivo como método de sanção a mulher.

Todos os grupos sociais fazem regras e tentam, em certos momentos e em algumas circunstâncias, impô-las. Regras sociais definem situações e tipos de comportamento a elas apropriados, especificando algumas ações como “certas” e proibindo outras como “erradas”. Quando uma regra é imposta, a pessoa que presumivelmente a infringiu pode ser vista como um tipo especial, alguém de quem não se espera viver de acordo com as regras estipuladas pelo grupo. Essa pessoa é encarada como um outsider.<sup>24</sup>

Nos moldes impostos, vigentes já há séculos, as mulheres devem ser passivas, obedecerem a seus maridos, não opinar em conversas que não lhe dizem respeito, comportar-se sempre de maneira agradável, vestir-se de maneira a esconder seu corpo, ficar em casa e cuidar dos filhos. Para todas aquelas que ousam quebrar o *status quo*, não pode se esperar nada menos que uma forte reprimenda social e, as vezes, esta vem através da violência sexual, que é ato aplaudido por aqueles que hipocritamente se dizem corretos e seguidores dos bons costumes, mas que, no fim das contas, são meros propagadores dos ideais alheios e que, muitas vezes, mais lhe prejudicam do que trazem qualquer bemesse.

---

<sup>23</sup> BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008

<sup>24</sup> BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 15



A mulher “bela, recatada e do lar”<sup>25</sup>, é a regra de comportamento ideal imposta pela sociedade machista. Toda e qualquer outra mulher que não segue esse padrão é tida como desviante daquilo dito como correto. Quando uma mulher que não se encaixa nesse primeiro grupo sofre uma violência sexual, imediatamente busca-se culpabilizá-la, seja por meio da roupa que vestia, do local que estava, ou qualquer outro critério subjetivo encontrado para justificar tamanha barbárie. É dessa forma que a cultura do estupro pode ser percebida e mantida. Ao culpabilizar uma vítima de um crime sexual, apenas reforça-se que as mulheres nunca foram proprietárias de seus corpos, tendo apenas a posse temporária deles quando estes não são usados para satisfação do prazer masculino. Lima, neste sentido, leciona:

Os homens do mundo patriarcal devem pautar-se de forma sexualmente livre – e até libertina – devido à posição de superioridade e independência que lhes cabe. Devem ser, portanto, rígidos, másculos e dominadores. Por sua vez, às mulheres resta a necessidade de resguardar sua moral sexual, agindo de forma efetivamente recatada. Suas vestimentas, seus diálogos e seus comportamentos devem revestir-se da cautela necessária a ensejar o respeito do seio social. Seu corpo não é considerado sua propriedade, senão verdadeiro objeto de controle da sociedade<sup>26</sup>

A mulheres que se atrevem a exprimir prazer, a exercer sua sexualidade de forma plena, sem medo de estigmas e julgamentos são taxadas como vulgares e merecedoras de toda atrocidade que possa vir a lhes ocorrer. A objetificação e inferiorização do corpo feminino chega ao nível gritante de que até mesmo jovens, crianças, passam a ser sexualizadas, pois, na visão vigente, o papel da mulher não mudou daquele existente há milhares de anos: se não está servindo para perpetuação da espécie, o corpo feminino foi feito para sedução da lascívia masculina, seja por

---

<sup>25</sup> LINHARES, Juliana. Marcela Temer: bela, recatada e “do lar”. **Veja**, 2016. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/marcela-temer-bela-recatada-e-do-lar/>. Acesso em: 24 mar. 2020

<sup>26</sup> LIMA, Marina Torres Costa. **O estupro enquanto crime de gênero e suas implicações na prática jurídica**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito): Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2012





meio de mero olhares que geram asco, seja por assédios escondidos ou seja por meio de uma violência que tira toda a dignidade sexual da vítima.

Carol Smart<sup>27</sup> consigna que o pensamento criminológico, em relação as mulheres, era taxativo moralmente. Lombroso<sup>28</sup>, ao escrever sobre o homem delinquente, atribui a ele o crime em razão de um fator biológico. Entretanto, ao tratar da mulher delinquente, fala de depravação moral, de uma mulher que foge dos padrões de comportamento socialmente esperados. A comparação desses estudos vem a demonstrar que é atribuído a mulher, muito mais que ao homem, padrões de comportamento que, quando não cumpridos, rapidamente acabam por tornar a esta mulher uma criminosa, desviante, fato que a leva a carecer de correção, vindo esta a ser realizada, muitas vezes, através do estupro.

## 4 ESTUPRO CORRETIVO

O crime de estupro, bem como o estupro corretivo, encontra-se previsto no Título VI, que trata “Dos crimes contra a dignidade sexual”, Capítulo I, “Dos crimes contra a liberdade sexual”, do Código Penal<sup>29</sup>.

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Art. 226. A pena é aumentada:

IV - De 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado:

b) para controlar o comportamento social ou sexual da vítima.

---

<sup>27</sup> SMART, Carol. **Women, crime and criminology**: a feminist critique. London; New York: Routledge, 1976

<sup>28</sup> LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. **Criminal woman, the prostitute, and the normal woman**. Durham: Duke University Press, 2004

<sup>29</sup> BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 22 maio 2020



Inicialmente, esta previsão normativa foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro para buscar punir àqueles que visam corrigir a sexualidade de indivíduos LGBTI+ por meio da violência sexual, casos esses que se tornaram cada vez mais recorrentes. Diante deste cenário, o legislador viu-se obrigado a dar uma resposta a sociedade, que clamava por uma ampliação da punição estatal nos crimes de cunho sexual, em especial no que se diz respeito a sociedade LGBTI+ que, muitas vezes, encontra-se completamente desamparada pelas instituições responsáveis por prestar-lhes auxílio.

No ano de 2018, por meio da lei n° 13.718<sup>30</sup>, sancionada pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, que, naquela ocasião, fazia as vezes de Presidente da República, foi inserido no ordenamento jurídico uma causa de aumento de pena nos casos em que o crime de estupro é cometido com o viés de corrigir um comportamento social ou sexual da vítima.

Entende-se por causa de aumento de pena a figura jurídica que possui a capacidade, dentro dos parâmetros estabelecidos em lei, de aumentar a pena do crime em discussão. Desse modo, o crime de estupro, que em sua figura simples, tem pena de seis anos, pode chegar a ter como pena até dez anos, caso seja aplicado a ele a causa de aumento do estupro corretivo em sua fração máxima (dois terços).

Feita a positivação dessa causa de aumento de pena, é necessário também trazer uma conceituação dos casos em que deve ser aplicada. O autor Cezar Roberto Bitencourt<sup>31</sup>, renomado jurista e autor penalista, traz a conceituação de liberdade sexual como a “faculdade individual de escolher livremente não apenas o parceiro

---

<sup>30</sup> BRASIL. **Decreto-Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm). Acesso em: 22 maio 2020

<sup>31</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 4. p. 43



ou parceira sexual, como também quando, onde e como exercitá-la”. Dessa maneira, o estupro seria, mais diretamente, a violação a esses direitos, bem como a imposição de situação sexual contrária a vontade da vítima através da violência.

O renomado penalista Guilherme de Souza Nucci<sup>32</sup> traz em sua doutrina sobre os tipos penais uma breve introdução aos crimes contra a dignidade sexual, onde faz uma estranha correlação entre o instinto humano, a libido e ainda afirma que não há como um estupro ser cometido sem intuito do prazer. Ademais, constrói um pensamento que visa, de certa forma, justificar o ato praticado pelo agressor.

Enfim, o instinto sexual provoca, em muitos, uma série de anomalias sexuais, algumas delas verdadeiras aberrações sexuais, constituindo, inclusive, enfermidade mental. É preciso, portanto, cautela ao julgar delitos sexuais para conferir se o agente não padece de alguma enfermidade justificadora de medida de segurança em lugar de pena.<sup>33</sup>

Denota-se do acima exposto como a cultura do estupro acabou interferir até mesmo naqueles indivíduos que possuem amplo acesso a informação e são referência na área do direito penal. Bittencourt e Nucci são dois dos nomes mais respeitos no que concerne a análise da legislação criminal brasileira e, mesmo assim, reproduzem pensamento social de descarado machismo e desconsideração pela vítima, uma vez que parecer querer justificar as ações do agente do crime.

Da letra da lei, compreende-se que o estupro corretivo é aquele no qual o agente do crime busca, mediante violência ou grave ameaça, constranger alguém a ter relação sexual, seja essa a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, consigo ou com terceiro, para controlar o comportamento social ou sexual da vítima, uma vez que o considera errado, digno de correção.

---

<sup>32</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte especial: arts. 213 a 361 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

<sup>33</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte especial: arts. 213 a 361 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 5



O estupro corretivo, portanto, traz uma conotação mais profunda. Não é a violência sexual por si só, mas traz consigo intenções e motivos mais complexos, que muitas vezes têm origem nas construções advindas dos primórdios da sociedade. Nesse contexto, a figura do estupro passa a ser um meio para o fim da correção comportamental ansiada por aqueles que ditam os moldes socialmente aceitos.

## 5 CONCLUSÃO

A mulher cisgênero, durante milênios, teve seu comportamento, fala, vestimenta e personalidade não só podados, como determinados por aqueles detentores do poder social, do poder de definir o certo e o errado. Muitos métodos foram utilizados para manutenção desse domínio, inclusive a violência sexual. Nesse contexto, percebe-se que, conforme lecionado por Vilhena e Zamora, o estupro foi utilizado como um processo de intimidação.

Desde os tempos pré-históricos até o presente, acredito, o estupro tem representado uma função vital; não é nada mais nada menos do que um processo consciente de intimidação através do qual todos os homens mantêm todas as mulheres num estado de medo... Como a arma básica de força contra as mulheres, o estupro, uma prerrogativa masculina, é menos um crime sexual do que uma chantagem de proteção; é um crime político, o meio definitivo de os homens manterem as mulheres subordinadas como o segundo sexo<sup>34</sup>

O estupro, portanto, nunca foi um ato sexual propriamente dito, nunca foi utilizado para a pura satisfação de seu agente, pois não se trata de um ato de sexo, mas um ato de poder, como bem afirma Brownmiller<sup>35</sup>. A violência sexual, ao longo de toda história da humanidade, foi uma forma do agente dominante, o estuprador,

---

<sup>34</sup> VILHENA, Junia de; ZAMORA, Maria Helena. Além do ato: os transbordamentos do estupro. **Revista Rio de Janeiro**, n. 12, p. 115-130, jan./abr. 2004

<sup>35</sup> BROWNMILLER, Susan. **Against our will**: men, women and rape. New York: First Ballantine Books Edition, 1993



impor a vítima sua vontade, seja ela qual fosse. Tal ato não passa de uma forma de demonstração de poder, de quem obedece e de quem deve ser obedecido.

Nesse contexto, Charam preconiza que o estupro não é a realização de um desejo sexual desenfreado, instintivo, mas uma agressão, um “ato de violência e humilhação realizado por meio sexual. É expressão de poderio e raiva. E a sexualidade no estupro está a serviço de necessidades não sexuais”<sup>36</sup>. No mesmo sentido, preceitua Rossi:

Constatamos que ou a força ou a ira dominam, e que o estupro, em vez de ser principalmente uma expressão de desejo sexual, constitui, de fato, o uso da sexualidade para expressar questões de poder e ira. O estupro, então, é um ato pseudo-sexual, um padrão de comportamento sexual que se ocupa muito mais com o status, agressão, controle e domínio do que com o prazer sexual ou a satisfação sexual. Ele é comportamento sexual a serviços de necessidades não sexuais.<sup>37</sup>

Por todo o contexto trazido, é possível concluir que a mulher, ao ser estuprada, é punida, castigada, penalizada, repreendida, sancionada, corrigida. No ato de maior violência e humilhação a que uma pessoa, não só as mulheres, pode ser submetida, o agente sequer faz aquilo por prazer próprio, como muito se pensa. Na verdade, não passa de mais um modo, diante de tantos outros já existentes, de levar a vítima a reprimir-se e acatar a vontade daquele que, através desse ato de violência, impõe-se como superior.

Como lecionado por Harrison, o estupro é um crime construído a partir de uma natureza utilitarista, funcionando como punição às mulheres para que sirva ao propósito de moldar-lhes o comportamento.<sup>38</sup> É nesse diapasão que se deve perceber a verdadeira roupagem que o estupro deveria ter socialmente: a vítima não deveria

---

<sup>36</sup> CHARAM, Isaac. **O estupro e o assédio sexual**: como não ser a próxima vítima. Rio de Janeiro: Record; Rosa dos Tempos, 1997

<sup>37</sup> ROSSI, Giovana. **Os estereótipos de gênero e o mito da imparcialidade jurídica**: análise do discurso judicial no crime de estupro. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015



ser vista como culpada, como causadora da violência que lhe ocorreu e o agente, tendo todo esse contexto social, deve ter o julgamento justo e adequado pelo crime que cometeu.

A grande questão do presente debate é que passa à margem da sociedade e de seu entendimento que o estupro é um método de controle e não meramente um ato sexual desenfreado. Há ainda, e com grande força, o senso comum de que o estupro é culpa da vítima ou culpa de um instinto selvagem do agente, de modo que a compreensão da totalidade deste ato e de seus motivos ainda se encontra distante do cidadão comum, uma vez que até grandes doutrinadores das ciências jurídicas passam ao largo de assimilar tal contexto.

Ainda há uma grande presença do machismo e misoginia na sociedade, o que leva a uma maior dificuldade de expandir a verdadeira compreensão do estupro e de sua conjuntura, de modo a buscar meios para evitar que tal pensamento se reproduza e mulheres sejam

punidas por qualquer meio, inclusive pela via da violência sexual. Como explicitado por Foucault, “é a sociedade que define, em função de seus interesses próprios, o que deve ser considerado como crime”.<sup>38</sup>

Portanto, conclui-se que, por mais que há séculos as mulheres sejam punidas para encaixar-se nos moldes construídos, sendo o estupro um dos métodos – e talvez o pior de todos – para alcançar tal objetivo, a sociedade vigente pouco se importa com essa situação e pouco faz para questionar e alterar o *status* que a mulher tem na sociedade.

## REFERÊNCIAS

---

<sup>38</sup> HARRISON, Ross. Estupro: estudo de um caso em filosofia política. In: TOMASELLI, Sylvana; PORTER, Roy (orgs.). **Estupro**. Rio de Janeiro: Rio Fundo Ed., 1992. p. 97-116



BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

**BÍBLIA**. Bíblia Online. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf>. Acesso em: 06 mar. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 4.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm). Acesso em: 22 maio 2020.

BRASIL. **Decreto n° 847, de 11 de outubro de 1890**. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm). Acesso em: 22 maio 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 22 maio 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm). Acesso em: 22 maio 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm). Acesso em: 22 maio 2020.

BROWNMILLER, Susan. **Against our will**: men, women and rape. New York: First Ballantine Books Edition, 1993.

CHARAM, Isaac. **O estupro e o assédio sexual**: como não ser a próxima vítima. Rio de Janeiro: Record; Rosa dos Tempos, 1997.



CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. Bauru-SP: EDUSC, 1999.

FERNANDES, Antonio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Estupro: enfoque vitimológico**. 1991. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/23376>. Acesso em 22 maio 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1999.  
HARRISON, Ross. Estupro: estudo de um caso em filosofia política. *In*: TOMASELLI, Sylvana; PORTER, Roy (orgs.). **Estupro**. Rio de Janeiro: Rio Fundo Ed., 1992. p. 97-116.

HERMAN, Dianne F. The rape culture. *In*: FREEMAN, Jo (ed.). **Women: a feminist perspective**. 3. ed. CA: Mayfield, 1984. p. 52.

LIMA, Marina Torres Costa. **O estupro enquanto crime de gênero e suas implicações na prática jurídica**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2012.

LINHARES, Juliana. Marcela Temer: bela, recatada e “do lar”. **Veja**, 2016. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/marcela-temer-bela-recatada-e-do-lar/>. Acesso em: 24 mar. 2020.

LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. **Criminal woman, the prostitute, and the normal woman**. Durham: Duke University Press, 2004.

MANFRÃO, Caroline Colombelli. **Estupro: prática jurídica e relações de gênero**. Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2009.

MILLET, Kate. **Sexual politics**. Garden City, New York: Doubleday, 1970.

NIELSSON, Joice Graciele; WERMUTH, Maiquel A. Dezordi. A “carne mais barata do mercado”: uma análise biopolítica da “cultura do estupro” no Brasil. **RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 34, p. 171-200, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito: parte especial: arts. 213 a 361 do Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.





POR QUE falamos de cultura do estupro? **Nações Unidas Brasil**, 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/por-que-falamos-de-cultura-do-estupro/>. Acesso em: 14 fev. 2020.

ROSSI, Giovana. **Os estereótipos de gênero e o mito da imparcialidade jurídica: análise do discurso judicial no crime de estupro**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015.

SCHILT, K.; WESTBROOK, L. Doing gender, doing heteronormativity: “gender normals,” transgender people, and the social maintenance of heterosexuality. **Gender & Society**, v. 23, n. 4, p. 440–464, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0891243209340034>. Acesso em: 14 fev. 2020.

SMART, Carol. **Women, crime and criminology: a feminist critique**. London; New York: Routledge, 1976.

VIGARELLO, Georges. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

VILHENA, Junia de; ZAMORA, Maria Helena. Além do ato: os transbordamentos do estupro. **Revista Rio de Janeiro**, n. 12, p. 115-130, jan./abr. 2004.

VALEK, Aline. **Quem me estuprou**. 2012. Disponível em: <https://www.alinevalek.com.br/blog/2012/09/quem-me-estuprou/>. Acesso em: 24 mar. 2020.



# RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE PESSOAS JURÍDICAS: A INAPLICABILIDADE IMEDIATA DO DIREITO AO SILÊNCIO NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Bruno Nardelli Maranhão<sup>1</sup>

## RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar a aplicabilidade do direito ao silêncio no contexto dos processos administrativos sancionadores instaurados em face de pessoas jurídicas. Para tanto, analisou-se o arcabouço normativo que rege a matéria – lei, jurisprudência e doutrina– a fim de se compreender a origem histórica da garantia e, através da interpretação sistêmica das normas à luz do texto constitucional –bem como da análise de um caso concreto–, verificar a possibilidade de se estender ou não o direito ao silêncio a essas entidades. Em decorrência do presente estudo, a interpretação mais condizente com o ordenamento jurídico brasileiro aparenta ser a da impossibilidade, ressalvados os casos em que há expressa previsão legal nesse sentido.

**Palavras-chave:** princípio da presunção de inocência. Direito ao silêncio. Culpabilidade. Sanção Administrativa. Pessoa Jurídica. Processo Administrativo Sancionador.

## 1 INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS) do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)



O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de se afastar a aplicação do princípio constitucional da não culpabilidade, em especial do direito ao silêncio que dele decorre, nos processos administrativos sancionadores instaurados em detrimento de pessoas jurídicas. No âmbito dos processos administrativos sancionadores questiona-se se concessionárias e autorizatárias de serviços públicos, quando diante de requerimento de informações, poderiam alegar o direito ao silêncio com a finalidade de se evadir de possível sanção administrativa.

O direito ao silêncio, assim, tem sido constantemente invocado por pessoas a quem a Constituição Federal (CF) não o atribuiu de imediato. Embora seja possível o exercício do referido direito, deve-se observar que a interpretação sistêmica do direito (doutrina, leis e jurisprudência) faz crer que isso só seja possível mediante regulamentação por norma infraconstitucional.

Assim, o escopo do presente trabalho é analisar o caso à luz do direito administrativo sancionador a fim de verificar a possibilidade de se aplicar sanção a pessoa jurídica que supostamente tenta exercer direito que não lhe foi constitucionalmente assegurado, ou seja, verificar se é viável a interpretação do silêncio em desfavor da pessoa jurídica, diferentemente do que ocorre com pessoas físicas submetidas, principalmente, a processos judiciais criminais

## 2 ORIGEM DO “NEMU TENETUR SE DETEGERE”

Inicialmente, faz-se necessário entender a origem histórica do referido princípio. Segundo Maria Elizabeth Queijo<sup>2</sup>, o princípio estabeleceu suas raízes durante o iluminismo, época marcada pela construção e reconhecimento das garantias penais e processuais penais. Segundo a autora, à época, combateu-se o emprego da tortura e o juramento imposto ao acusado, de modo que qualquer

---

<sup>2</sup> QUEIJO, M. E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur de detegere e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012



declaração autoincriminativa era considerada antinatural. Os iluministas, assim, passaram a considerar imoral todas as formas utilizadas para impor a confissão por parte dos acusados.

Cesare Beccaria<sup>3</sup>, como um dos maiores expoentes do iluminismo penal – se não o maior –, trouxe à discussão um posicionamento interessante, no sentido de que a exigência do compromisso de dizer a verdade não poderia ser exigida do acusado por ser antinatural, mas, ao mesmo tempo, que o acusado que optava pelo silêncio deveria ser apenado gravemente ao deixar de responder ao interrogatório. Percebe-se, assim, que havia à época um embrião do que viria a ser o princípio de não produzir provas contra si mesmo que em muito se assemelha à posição defendida no presente trabalho – em razão de motivos e circunstâncias que lhe são próprios e que serão melhor aprofundados mais adiante – quanto ao processo administrativo sancionador: do acusado não pode ser exigida a verdade. No entanto, o silêncio pode ser interpretado em seu desfavor.

Nesse sentido, o posicionamento de Beccaria influenciou diretamente a legislação de alguns países europeus, como a Rússia e a Áustria. Sobre o assunto, Queijó assevera que a evolução da cultura penal, no que tange à vedação à autoincriminação veio tarde, a partir de 1790, pela obra de Filangieri. Posteriormente, houve contribuições de Bentham, Bonneville de Marsangy e outros. Prossegue então autora<sup>4</sup>:

Historicamente, à medida que se deu maior proteção ao indivíduo diante do Estado, o emprego da coação contra o acusado no interrogatório foi paulatinamente abolido ou minimizado.

Mas, mesmo admitida a possibilidade de silêncio, extraíam-se consequências negativas para o acusado. Pereira e Sousa, em

<sup>3</sup> BECCARIA, C. B. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

<sup>4</sup> QUEIJO, M. E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur de detegere e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 34



obra que data de 1831, entendia que o réu que não respondia era tido por confesso. Entretanto, não considerava tal aspecto suficiente para a condenação. Do mesmo modo, a lei francesa de 1897 previa advertência ao acusado de que o silêncio poderia ser interpretado em seu desfavor.

A evolução do princípio *nemo tenetur se detegere* conduziu, pouco a pouco, à exclusão da presunção de culpabilidade contra o acusado que exercesse o direito ao silêncio.

A evolução do postulado – principalmente a partir do iluminismo – alcançou eventualmente sentido contrário ao originalmente proposto. Felizmente, se antes a regra era a da presunção de culpabilidade do acusado, o princípio que hoje se consagra na Constituição da República é o da não-culpabilidade.

### **3 ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE**

O princípio da não-culpabilidade guarda *status* constitucional e costuma ser denominado de princípio da inocência presumida ou da presunção de inocência. Qualquer que seja a nomenclatura adotada – que a doutrina cuida de diferenciar, como se verá adiante –, o fato é que o postulado trata de garantir ao acusado o benefício do tratamento processual isento de juízo de culpabilidade. Em outras palavras, o princípio visa a garantir que quaisquer consequências oriundas de eventual confirmação quanto à prática de ato ilícito sejam guardadas para a efetiva confirmação do ato infracional, de modo que não recaia sobre o investigado qualquer malefício.

#### **3.1 Literalidade da CF/88 e Interpretação Sistêmica do Postulado**



Como decorrência do referido princípio, temos o direito de não-autoincriminação que, conforme a aula de Luiz Flávio Gomes<sup>5</sup>, contém várias dimensões que se expressam como meios de se exercer o direito. Uma dessas dimensões é a do direito ao silêncio. Assim, para o autor, o direito ao silêncio é tido como um desdobramento do direito de não autoincriminação, o qual emana do princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade), estabelecido no art. 5º, LVII da CF/88<sup>6</sup>.

Observe-se que a doutrina tem por hábito se debruçar acerca de qual terminologia seria mais acertada: princípio da presunção de inocência ou princípio da não culpabilidade? A fim de melhor elucidar a matéria, cumpre ressaltar a lição de Paulo Rangel<sup>7</sup>, segundo o qual:

A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa.

Continua então o autor asseverando que:

O magistrado, ao condenar, presume a culpa; ao absolver, presume a inocência, presunção *esta juris tantum*, pois o recurso interposto desta decisão fica sujeito a uma condição (evento futuro e incerto), qual seja a reforma (ou não) da sentença do tribunal.

Desta forma, o réu tanto pode ser presumido culpado como presumido inocente e isto em nada fere a Constituição Federal. Seria ilógico imaginarmos que o juiz ao condenar, presume o

---

<sup>5</sup> GOMES, L. F. **Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência**. 26 jan. 2010. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-autoincriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>. Acesso em: 08 setembro 2018

<sup>6</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 28 jul. 2019

<sup>7</sup> RANGEL, P. **Direito processual penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000. p. 25



réu inocente. Não. Neste momento, a presunção é de culpa e, óbvio, ao absolver, a presunção é de inocência.

Luis Gustavo de Carvalho<sup>8</sup>, com entendimento semelhante, defende o uso do termo “não-culpabilidade”:

Sustenta-se que não se pode presumir a inocência do réu, se contra ele tiver sido instaurada ação penal, pois, no caso, haverá um suporte probatório mínimo. O que se poderia presumir é a sua não-culpabilidade, até que assim seja declarado judicialmente. Não se poderia, assim, cogitar-se propriamente em uma presunção.

Tal interpretação se mostra alinhada com a posição do Supremo Tribunal Federal (STF), que reiteradamente optou pela utilização da nomenclatura não-culpabilidade<sup>9</sup>, o que se justifica se considerarmos o que traz a própria Constituição Federal no seu artigo 5º, LVII:

Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, pode-se arguir que – tanto pela literalidade do texto constitucional quanto pela preferência do Supremo pela terminologia de “não-culpabilidade” – houve uma delimitação acerca do alcance do postulado da não-culpabilidade e, consequentemente dos direitos dele decorrentes (direito à não autoincriminação e o direito ao silêncio dele decorrente), o que constitui forte indício de que, como regra, o constituinte originário tratou de restringir – do ponto de vista formal, pelo menos – a aplicação do referido princípio exclusivamente à matéria penal. Sobre essa interpretação e aplicação restritiva do enunciado, cabe destacar o trabalho de Fábio Medina<sup>10</sup>:

Costuma-se dizer que o princípio da presunção de inocência, no Direito brasileiro, se encontra consagrado especificamente em matéria penal. A jurisprudência assim o tem proclamado, de modo predominante,

---

<sup>8</sup> CARVALHO, L. G. G. C. de. **Processo penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 156

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 89.501, rel. min. Celso de Mello; HC 85.455, rel. min. Marco Aurélio; HC 80.719, rel. min. Celso de Mello, entre outros. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20760>. Acesso em: 03 mar 2019

<sup>10</sup> OSÓRIO, F. M. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 410



oscilando, às vezes, no tocante aos efeitos emprestados a essa cláusula constitucional, que teria origem implícita na Magna Carta. Estabelece, de fato, o art. 5º, LVII, da CF/88 que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, dispositivo que, mesmo nesse campo, recebeu interpretação restritiva.

Medina, todavia, não conclui pela responsabilização irrestrita, sem qualquer cuidado. Pelo contrário, o autor trata de balizar a adequação da presunção de não culpabilidade – por ele chamada de presunção de inocência – no campo do direito administrativo sancionador. Desse modo, ainda que o postulado não tenha aplicação regular nos processos administrativos sancionadores, estes devem ser devidamente instruídos de elementos aptos a justificar a responsabilização, ou seja, indícios, plausibilidade, concretização de provas e outros. Nesse contexto, o jurista trata de diferenciar o processo penal do administrativo<sup>11</sup>:

O ônus probante é distribuído de modo desigual e casuístico, com algumas regras gerais. Nem sempre a dúvida favorece o infrator, mas como regra geral é que ocorre no Direito Processual Penal, e ocorre com menor frequência no Direito Administrativo Sancionador, no qual a Administração Pública é a principal titular da pretensão punitiva, estando despida das mesmas vestes de imparcialidade. O princípio constitucional da presunção de inocência não tem o valor absoluto que se lhe emprestou em vários momentos.

A conclusão que se tira da lição do autor é a de que a presunção de inocência – ou de não culpabilidade – opera com diferenças expressivas no campo penal em comparação ao administrativo. A certeza que se tem, contudo, é no sentido de tratar-se de uma garantia genérica da pessoa humana, não da pessoa jurídica.

---

<sup>11</sup> OSÓRIO, F. M. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 417





A interpretação restritiva do princípio ganha ainda mais força se considerado o teor do art. 5º, LXIII da Carta Magna, dispositivo que tratou de consagrar o direito ao silêncio ao nível de direito fundamental:

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

A utilização do vocábulo “preso” refere-se, inequivocamente, às pessoas físicas sujeitas a penas restritivas de liberdade. A ameaça da liberdade, portanto, constitui condição *sine qua non* para o exercício do direito ao silêncio e da aplicação do postulado da não- culpabilidade, o que parece ser confirmado pela jurisprudência do Supremo:

A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. [...] Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. [HC 80.719, rel. min. Celso de Mello, j. 26-6-2001, 2ª T, DJ de 28-9-2001.]

Em face do princípio constitucional da não culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção, cumprindo interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos, especialmente aqueles prontos a colaborar com o Estado na elucidação de crime.[HC 85.455, rel. min. Marco Aurélio, j. 8-3-2005, 1ª T, DJ de 17-6-2005.]



Vê-se, portanto, que o STF tende a estabelecer como pressuposto da aplicação da presunção de não-culpabilidade a possível violação da liberdade de pessoa natural. A visão do Pretório Excelso fica ainda mais evidente no extrato a seguir, no qual o Tribunal Supremo suscita o postulado como arma primeira na defesa de ofensa à prerrogativa jurídica da liberdade, vejamos:

O postulado constitucional da não culpabilidade impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível. A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela CR, a ideologia da lei e da ordem. [HC 89.501, rel. min. Celso de Mello, j. 12-12-2006, 2ª T, DJ de 16-3-2007.]

Finalmente, em julgado mais atual, o Supremo reitera que a garantia em análise se aplica aos presos – pessoas naturais às quais fora imposta pena ou medida restritiva de liberdade:

A Constituição Federal assegura aos presos o direito ao silêncio (inciso LXIII do art. 5º). Nessa mesma linha de orientação, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica) institucionaliza o princípio da “não autoincriminação” (*nemo tenetur se detegere*). Esse direito subjetivo de não se autoincriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da CF). A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégia oportuna de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado.

[HC 101.909, rel. min. Ayres Britto, j. 28-2-2012, 2ª T, DJE de 19-6-2012.]



No que tange à doutrina, o mesmo entendimento pode ser extraído do trabalho de Sergio Gomes Nunes<sup>12</sup>, nos seguintes termos:

Ao aprofundar a análise, encontram-se, na doutrina de Bacellar Filho, três significações primordiais que podem ser deduzidas do princípio da presunção de inocência. Destaca-se, inicialmente, a concepção como princípio fundante de um modelo de processo sancionatório (criminal ou administrativo), ao emanar um acervo de garantias ao investigado, com a finalidade, até a decisão definitiva, de preservar a sua liberdade através de um processo justo e que respeite as configurações legais.

Assim, é certo que a regra constitucional é a da aplicação da presunção de não- culpabilidade e do direito ao silêncio às pessoas (humanas!) que se veem no centro de persecução penal que possa ensejar em pena restritiva de liberdade. Trata-se de entendimento extraído da própria literalidade do texto constitucional, respaldado pela doutrina e confirmado pelas acertadas decisões da Corte Suprema, que não deixam dúvidas quanto às hipóteses de aplicação do postulado.

### 3.2 A Excepcionalidade da Utilização Fora do Processo Penal

Conforme já demonstrado, não obstante a regra seja a da aplicação do princípio nos processos penais, não há que se falar na impossibilidade de haver exceções. A materialização das referidas garantias já foi observada fora do processo penal, notadamente em decisão do Supremo que versava sobre a aplicabilidade do pressuposto no âmbito das Comissões Parlamentares de Inquérito, ocasião em que a Corte entendeu que o direito ao silêncio – enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la – impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal

---

<sup>12</sup> NUNES, S. G. **A presunção de inocência no processo administrativo disciplinar**. 2013. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35705/64.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 de novembro de 2018. p. 44



específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado<sup>13</sup>.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também já analisou a aplicabilidade do postulado fora dos processos penais, vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - EMBRIAGUEZ HABITUAL NO SERVIÇO – COAÇÃO DO SERVIDOR DE PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO, MEDIANTE A COLETA DE SANGUE, NA COMPANHIA DE POLICIAIS MILITARES - PRINCÍPIO DO “NEMO TENETUR SE DETEGERE”

- VÍCIO FORMAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO - CERCEAMENTO DE DEFESA - DIREITO DO SERVIDOR À LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE E, INCLUSIVE, À APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - RECURSO PROVIDO.

É inconstitucional qualquer decisão contrária ao princípio *nemo tenetur se detegere*, o que decorre da inteligência do art. 5º, LXIII, da Constituição da República e art. 8º, § 2º, g, do Pacto de São José da Costa Rica.

Precedentes.

Ocorre vício formal no processo administrativo disciplinar, por cerceamento de defesa, quando o servidor é obrigado a fazer prova contra si mesmo, implicando a possibilidade de invalidação da penalidade aplicada pelo Poder Judiciário, por meio de mandado de segurança.

A embriaguez habitual no serviço, ao contrário da embriaguez eventual, trata-se de patologia, associada a distúrbios psicológicos e mentais de que sofre o servidor.

O servidor acometido de dependência crônica de alcoolismo deve ser licenciado, mesmo compulsoriamente, para

---

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 79.812, rel. min. Celso de Mello, j. 8-11-2000, P, DJ de 16-2-2001. = HC 80.584, rel. min. Néri da Silveira, j. 8-3-2001, P, DJ de 6-4-2001, “COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PRIVILÉGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO DIREITO QUE ASSISTE A QUALQUER INDICIADO OU TESTEMUNHA [...]”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC135290.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019



tratamento de saúde e, se for o caso, aposentado, por invalidez, mas, nunca, demitido, por ser titular de direito subjetivo à saúde e vítima do insucesso das políticas públicas sociais do Estado.

Recurso provido.

(RMS 18.017/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2006, DJ 02/05/2006, p. 390 – grifou-se)

A análise dos entendimentos jurisprudenciais acerca do tema leva a crer que a aplicação do direito à não-autoincriminação e do direito ao silêncio fora da esfera judicial penal denota a necessidade de se estar diante de fato conexo a conduta criminosa apta a ser imputada a pessoa física. Os casos observados aparentam operar a aplicação antecipada da garantia constitucional. Em outras palavras, o que ocorre é a materialização da não-culpabilidade da pessoa antes mesmo processo judicial, haja vista que eventual declaração sua poderia ensejar sua autoincriminação e servir de base para a instauração desse.

Assim, ainda que se admita o direito ao silêncio nos processos administrativos, trata-se de manifestação excepcional, que depende de relevante ameaça – atual ou iminente – ao direito de liberdade do administrado.

Importante se faz salientar que não se veda a aplicação do referido princípio fora do âmbito penal, pois que pode ocorrer excepcionalmente. Reitere-se, contudo, que as exceções não abrangem a garantia do princípio às pessoas jurídicas de forma imediata.

A interpretação conjugada dos incisos LVII e LXIII do art. 5º da CF/88 permite inferir que o princípio da não-culpabilidade (e o direito ao silêncio que dele se origina) não teria a sua aplicação imediatamente admitida na esfera administrativa – como há de se ver – e, como regra, apenas se manifestaria em matéria penal (ou conexa a esta), sendo ainda restrita às pessoas cujas condutas possam ser analisadas



sob o aspecto da culpabilidade, ou seja, exclusivamente às pessoas físicas (humanas).

É evidente, portanto, que a culpabilidade – que constitui um dos elementos integrantes do tipo penal – trata da motivação, da vontade, ou seja, de elementos estritamente subjetivos e elementares à infração. Como se sabe, apesar do elemento humano por trás das ações de pessoas jurídicas, essas são desprovidas de vontade, no sentido estrito da palavra.

A esse respeito, cumpre retornar à expoente lição de Medina<sup>14</sup>, que aborda a figura da culpabilidade em relação a pessoas jurídicas no campo do direito administrativo sancionador, *in verbis*:

No plano do Direito Administrativo Sancionador, pode-se dizer que a culpabilidade é uma exigência genérica, de caráter constitucional, que limita o Estado na imposição de sanções a pessoas físicas. Não se trata de exigência que alcança também as pessoas jurídicas, com o mesmo alcance. Pode-se sinalizar deveres de cuidado objetivos que se apresentam encadeados na relação causal. É por aí que passa a culpabilidade.

Ainda no mesmo assunto, o renomado autor reitera o fato de a culpabilidade ser, em regra, intrínseca às pessoas humanas, afastando-a, portanto, das pessoas jurídicas<sup>15</sup>:

Em síntese, as pessoas jurídicas não necessitam, em tese, de uma específica “culpabilidade” em suas atuações ou omissões, até porque tal conceito está indissolavelmente ligado à pessoa humana, mas podem ostentar enquadramento numa culpabilidade peculiar a essa dogmática setORIZADA que se desenvolve para tutelar as pessoas jurídicas penalmente responsáveis. Sempre é possível, dependendo das circunstâncias e das legítimas opções legislativas, um tratamento mais ou menos rigoroso às pessoas jurídicas, nos vários níveis de responsabilidade que coexistem num regime democrático. O sistema de responsabilização dessas entidades

---

<sup>14</sup> OSÓRIO, F. M. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 401

<sup>15</sup> OSÓRIO, F. M. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 405



ficará na dependência fundamental da chamada liberdade de configuração legislativa dos ilícitos, sempre respeitados os princípios constitucionais da proporcionalidade e interdição à arbitrariedade.

Cumprе salientar que as posições contrárias ao posicionamento do autor costumam-se dar no campo dos processos administrativos disciplinares, ou seja, que tratam de apurar a conduta humana no âmbito da administração pública. Nesse sentido, cite-se o trabalho de Amanda Pauli de Rolt<sup>16</sup>, *in verbis*:

A Carta Magna deve ser o ponto de partida, pois os princípios constitucionais são os limites ao regular exercício do ius puniendi do Estado. Sendo assim, podemos considerar, tal qual Romeu Felipe Bacellar Filho e Maria Sylvia Di Pietro, que o princípio constitucional da presunção de inocência “reclama observância em qualquer processo de cunho sancionador, seja penal ou administrativo [...]” (BACELLAR FILHO, 2014, P. 666). Nesse contexto, Ferraz e Dallari compreendem que: A ausência de disciplina específica para o procedimento de produção probatória nos processos administrativos de índole sancionatória atrai a incidência, para a regência da matéria, das disposições específicas do processo penal [...]. (FERRAZ, DALLARI, 2012, p. 205). Aplicam-se, assim, os desdobramentos do princípio da presunção de inocência ao processo administrativo sancionador, já apresentados nesta pesquisa. Entre eles tem-se a imposição à acusação de comprovar a culpabilidade do acusado, fruto do princípio da presunção de inocência.

A autora acima tece comentários relevantes quanto ao tema e trata de argumentar o seu ponto de vista com as palavras de Aury Lopes Jr., que severamente critica a interpretação restritiva do princípio e de outras peculiaridades do processo sancionador. O renomado autor pontua que o sistema probatório fundado a partir da presunção constitucional de inocência não admitiria nenhuma exceção

---

<sup>16</sup> ROLT, A. P. de. **Ônus da prova no processo administrativo sancionador**. 2016. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/171669/O%cc%82nus%20da%20Prova%20no%20Processo%20Administrativo%20Sancionador.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 abr. 2019. p. 47



procedimental, inversão de ônus probatório ou mesmo frágeis construções do estilo *in dubio pro societate*<sup>17</sup>.

Todavia, a própria autora se vê obrigada a admitir que talvez a única espécie de processo administrativo sancionatório que opera com esta garantia é o processo administrativo disciplinar<sup>18</sup>.

Destarte, resta claro que a garantia fora inicialmente formulada pelo constituinte originário com a intenção de resguardar o direito à liberdade das pessoas, de modo que a interpretação sistêmica da Lei Maior não poderia afastar a sua aplicação nos processos em que há a possibilidade de haver repercussões penais que se traduzam em ameaça a liberdade do indivíduo. Portanto, ainda que não se trate de processos penais, é natural que a garantia seja estendida a estes sem que haja desrespeito aos preceitos constitucionais, conforme já reiteradamente decidido pelo STF.

#### **4 A APLICABILIDADE OU NÃO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EM FACE DE PESSOAS JURÍDICAS**

No que tange à possibilidade de se operar o princípio *nemo tenetur se detegere* em processos administrativos sancionadores instaurados em face de pessoas jurídicas, propõe-se aqui a sua inaplicabilidade, cuja arguição é reforçada pelo fato de o texto constitucional, em matéria de direitos e garantias fundamentais, ser

---

<sup>17</sup> LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 568

<sup>18</sup> ROLT, A. P. de. **Ônus da prova no processo administrativo sancionador**. 2016. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em:  
<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/171669/O%cc%82nus%20da%20Prova%20no%20Processo%20Administrativo%20Sancionador.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 abr. 2019. p. 47





explícito quanto aos postulados que seriam – como regra – aplicáveis tanto a processos judiciais quanto a processos administrativos. Vejamos<sup>19</sup>:

LV - aos litigantes, em processo **judicial ou administrativo**, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]

LXXII - conceder-se-á habeas data:

para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, **judicial ou administrativo**;

[...]

LXXVIII a todos, no âmbito **judicial e administrativo**, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Razoável se faz inferir, portanto, que em razão de o constituinte originário ter optado por não estender a dita presunção de inocência à esfera administrativa e, pelo contrário, tê-la restringido aos processos judiciais em matéria penal, que referida garantia não seria aplicável, de imediato, aos processos administrativos. Diz-se “de imediato” haja vista que a ausência de previsão constitucional da referida garantia, não impede que a legislação infraconstitucional disponha em sentido contrário.

Partindo desse entendimento, vê-se que, embora não proibida, a aplicação do princípio ficaria condicionada à prévia disposição em norma infraconstitucional. Trata-se de entendimento que coaduna com o princípio da legalidade estrita, que

---

<sup>19</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 28 jul. 2019. (grifos nossos)



norteia a atuação da administração pública. Sobre o princípio da legalidade estrita, leciona Hely Lopes Meirelles<sup>20</sup>:

A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

No mesmo sentido, destaca-se a lição basilar de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>21</sup>, segundo o qual:

Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis.

Bandeira de Mello reitera tal posicionamento em obra diversa<sup>22</sup>, sustentando que o Estado de Direito é adstrito aos parâmetros da legalidade, de modo que é, inicialmente, submetido aos termos constitucionais; em seguida, aos próprios termos propostos pelas leis; e, por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público. Vê-se, pois, que a opinião do autor corrobora as ponderações ora apresentadas neste trabalho.

Portanto, em respeito ao princípio da legalidade estrita, não se faz possível à pessoa jurídica a que se destina o processo sancionador exigir a aplicação do

---

<sup>20</sup> MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 89

<sup>21</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. P. 108

<sup>22</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 6. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003



postulado, afastando assim a sua obrigação de colaborar com o esclarecimento dos fatos, ainda que sejam esses fatos que confirmem condutas ensejadoras de sanção.

Ademais, a Lei nº 9.784/1999<sup>23</sup>, que rege o processo administrativo federal, não traz qualquer disposição no sentido de ser garantido aos administrados o direito ao silêncio. Vejamos:

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

- ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;
- ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;
- formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;
- fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

Nesse contexto, o artigo 2º da referida norma também é silente quanto a qualquer previsão de tal natureza:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

- atuação conforme a lei e o Direito;

---

<sup>23</sup> BRASIL. Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal., 1999. Disponível em: <https://goo.gl/N9Km4>. Acesso em: 03 mar. 2017. (grifos nossos)



- atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;
- objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;
- atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
- divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;
- adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;
- indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;
- observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;
- adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;
- garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;
- proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;
- impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;
- interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

A análise atenta da norma faz com que se perceba uma certa redundância no sentido de reiterar princípios já constitucionalmente assegurados, tais como o do contraditório, da ampla defesa, da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, entre outros.



Todavia, apesar da aparente redundância normativa, percebe-se que mencionada lei, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, nada dispõe acerca do direito ao silêncio. Muito pelo contrário<sup>24</sup>:

Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

- **expor os fatos conforme a verdade;**
- proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;
- não agir de modo temerário;
- **prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.**

Sobre o dever de veracidade, cumpre anotar a lição de Jose dos Santos Carvalho Filho<sup>25</sup>, que entende pelo dever dos administrados em relatar os fatos conforme a verdade:

Os administrados devem, no processo administrativo, “expor os fatos conforme a verdade”. Trata-se do dever de veracidade, segundo o qual não é lícito relatar situações fáticas que não tenham correspondência com a realidade.

O dever de veracidade é corolário dos princípios da boa-fé e da lealdade processual, que representam postulados de suma importância para a resolução das questões deduzidas no processo. Se um fato é relatado em desconformidade com a verdade, o desfecho do processo estará seriamente comprometido e gravosos poderão ser os efeitos dessa conduta desleal.

---

<sup>24</sup> BRASIL. **Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal., 1999. Disponível em: <https://goo.gl/N9Km4>. Acesso em: 03 mar. 2017. (grifos nossos)

<sup>25</sup> CARVALHO FILHO, J. dos S. **Processo administrativo federal: comentários à lei 9.784, de 29.1.1999**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 89



O jurista segue então a explicar o dever de informação e colaboração e observe que o dever maior dos administrados, na verdade, é o de colaborar com o Poder Público.

Vejamos<sup>26</sup>:

O administrado tem o dever de prestar as informações a ele solicitadas pelas autoridades incumbidas do processo e colaborar para o esclarecimento dos fatos trazidos ao feito. Na verdade, o dever maior é o de colaboração, de caráter mais amplo, e dentro dele se insere o dever de informar para que o processo alcance a verdade real.

Diante da lição do renomado autor, surge a necessidade de se buscar respostas quanto ao porquê da aparente omissão legislativa no que tange à aplicação do postulado constitucional no âmbito dos processos administrativos. A esse respeito, voltemo-nos ao teor do art. 1º da referida norma, segundo o qual:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

O artigo inaugural da norma é cristalino no sentido de que a norma se materializa no sentido de desenvolver um equilíbrio entre os direitos dos administrados e, ao mesmo tempo, do interesse público – que pauta toda a atuação da administração pública. Assim, verifica-se que o processo administrativo deve ser conduzido com total respeito aos direitos e garantias constitucionalmente assegurados, mas de modo a atender ao fim maior a que se destina e que constitui a justificativa da existência do Estado e da administração pública: o interesse público.

Dito isso, cabe aqui uma reflexão *contrario sensu* acerca da interpretação conjugada do art. 5º, LVII da Lei Maior do Estado e do conteúdo da lei que regula o

---

<sup>26</sup> CARVALHO FILHO, J. dos S. **Processo administrativo federal**: comentários à lei 9.784, de 29.1.1999. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013



processo administrativo federal, ou seja os princípios, direitos e deveres nela contidos. Ora, fosse a presunção de inocência do administrado – previsão constitucional supostamente aplicável aos litigantes em processos administrativos – salutar à condução do processo administrativo, não estaria ela registrada na Lei nº 9.784/1999, tal como se deu, redundantemente, com relação aos demais direitos e garantias que gozam de status constitucional: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência?

Partindo dessa premissa, razoável seria supor que o princípio constitucional da não culpabilidade – e o direito ao silêncio que dele se origina – **não constitui direito inafastável do administrado** (pessoa jurídica). Corroborar tal entendimento, mais uma vez, a lição de Fábio Medina<sup>27</sup>, que admite explicitamente a possibilidade de o silêncio importar em prejuízo para o administrado, contanto que lhe seja garantida a oportunidade de produção probatória. *In verbis*:

Veja-se que a técnica do silêncio ou mesmo da omissão pode ser uma forma técnica de defesa, inclusive com a perspectiva de nulificação do processo ou procedimento. **Não se pode premiar aquele que fica em silêncio, mesmo dispondo de oportunidades de defesa, com a nulidade processual ou administrativa, retardando a prestação jurisdicional ou a decisão da autoridade competente. Por isso, o não uso de faculdade processuais pode traduzir prejuízos legítimos aos interesses dos acusados.** Pensamos que se mostra razoável o caminho de propiciar oportunidades aos acusados para o exercício de defesa. **Se essas oportunidades são ou não devidamente aproveitadas, utilizadas, parece-nos que é um problema dos acusados e de seus espaços de liberdade.**

Entende-se, pois, que este direito estaria sujeito, de certo modo, à liberalidade do legislador, com vistas a se possibilitar a adequação da norma procedimental

---

<sup>27</sup> OSÓRIO, F. M. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 446



específica de acordo com a matéria regulada, o que se alinha à própria Lei nº 9.784/1999, cujo art. 69 estabelece sua subsidiariedade em relação a outras normas:

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

Depreende-se assim que o legislador propositadamente facultou à norma específica a possibilidade de se garantir ao administrado o direito ao silêncio. Decisão acertada, se considerado o fato de que o Direito Administrativo é demasiadamente esparso e sua abrangência abarca uma infinidade de situações, cujas especificidades seriam mais bem tratadas de forma pontual, respeitados os princípios constitucionais que balizam a atividade da administração pública.

Observa-se, contudo, que mesmo em normas específicas, a intenção do legislador tem se mostrado inalterada. No contexto das concessionárias e permissionárias de serviços públicos, a Lei Geral das Concessões<sup>28</sup> traz incumbências às concessionárias que se alinham às obrigações previstas na Lei nº 9.784/1999: prestar contas ao poder concedente, garantir livre acesso à fiscalização e outros, sem qualquer menção a garantias dessa natureza.

Especificamente em relação ao *nemo tenetur se detegere*, faz-se fundamental destacar a lição de Maria Elizabeth Queijó<sup>29</sup>, que traça os parâmetros minimamente necessários para a interpretação restritiva do postulado:

Havendo lei restritiva do *nemo tenetur se detegere*, mister examinar se ela atende ao princípio da proporcionalidade. Se não atender, será eivada de inconstitucionalidade e,

---

<sup>28</sup> BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências., 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm). Acesso em: 28 jul. 2019

<sup>29</sup> QUEIJO, M. E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 548





consequentemente, a prova colhida com suporte nela será ilícita.

Se a lei restritiva for compatível com a Constituição, a proporcionalidade da restrição deverá ser examinada em concreto. Se a restrição for determinada, mesmo não havendo proporcionalidade, haverá violação ao *nemo tenetur se detegere* e a prova colhida será ilícita.

A responsabilização das pessoas jurídicas, portanto, é balizada por parâmetros constitucionais e normativos que norteiam a atividade da administração pública quando no exercício do seu poder sancionador. O que se impede é o arbítrio por parte do Estado, que é afastado quando se atendem aos princípios constitucionalmente previstos da legalidade, da proporcionalidade, da razoabilidade, e demais.

Desse modo, havendo a previsão legal para tanto, não há que se falar em possibilidade de negativa por parte das pessoas jurídicas no que tange à prestação de informações requeridas. Portanto, a obrigação de prestar as informações requeridas pela administração pública não pode ser elidida com a invocação de garantias constitucionais que não foram a ela direcionadas pelo constituinte originário.

## 5 ANÁLISE DE CASO

A fim de melhor ilustrar a aplicabilidade prática da celeuma no âmbito dos processos administrativos sancionadores optou-se por trazer à discussão exemplo de caso originado na Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). A esse respeito cumpre esclarecer que, não obstante o processo seja público, os extratos dos documentos decorrentes da atividade fiscalizatória da Agência tiveram suprimidos os trechos que continham informações que pudessem de alguma forma identificar os atuados, haja vista que se trata de caso ainda pendente de julgamento.



Ademais, ressalte-se que o objetivo do presente trabalho não é se aprofundar nas especificidades de um caso concreto, mas sim de usá-lo, de forma didática, com a finalidade de facilitar a compreensão acerca da (não) aplicabilidade do direito ao silêncio no âmbito do processo administrativo sancionador instaurado em face de pessoas jurídicas.

A situação que motivou a presente análise advém de discussão havida a respeito do auto de infração nº 009366/2019 que fora lavrado por fiscais da Agência Nacional de Aviação Civil em face de operador de aeronave, pessoa física, com fulcro no art. 299, VI do Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA)<sup>30</sup>, o qual traz o seguinte:

Art. 299. Será aplicada multa de (vetado) até 1.000 (mil) valores de referência, ou de suspensão ou cassação de quaisquer certificados de matrícula, habilitação, concessão, autorização, permissão ou homologação expedidos segundo as regras deste Código, nos seguintes casos:

[...]

VI - recusa de exibição de livros, documentos contábeis, informações ou estatísticas aos agentes da fiscalização

A ação fiscal que deu ensejo à autuação ocorreu em conjunto com autoridades policiais e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e teve como objetivo coibir atos ilícitos envolvendo operação de aeronaves agrícolas. A ação das autoridades públicas resultou em tentativa de fuga por parte dos autuados, conforme consta do Relatório de Ocorrência nº 009548/2019:

Chegamos ao local por volta das 07 hs. Inicialmente não avistamos nenhuma aeronave no local.

Passados em torno de 1 hora, uma das aeronaves decolou, sem que conseguíssemos identificá-la. Cerca de 1 hora mais tarde outra aeronave decolara.

---

<sup>30</sup> BRASIL. **Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986**. Dispõe do Código Brasileiro de Aeronáutica, 1986. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7565.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm). Acesso em: 30 jul 2019



A equipe manteve-se no local de campana, esperando pelo retorno das mesmas.

Inicialmente a primeira aeronave retornara em torno das 10:35 hs e a segunda em torno de 10:40 hs.

Neste exato momento, acionamos via rádio, a equipe aérea da Polícia Civil (que estava de sobreaviso em local próximo aguardando nossas instruções). Inicialmente eles avistaram o local. Na sequência deram um sobrevoo por onde estavam pousadas as aeronaves, avistando e nos retornando com detecção positiva para a aeronave [*suprimido*].

Em seguida, a mesma equipe policial comunicou que haviam 2 veículos em fuga, dado a velocidade que desprendiam.

A equipe ANAC imediatamente iniciou deslocamento visando barrar a fuga dos indivíduos.

No exato momento em que abriam a cancela para sair, enquanto a equipe ANAC barrava a saída, a equipe aérea da Polícia Civil aproximou-se do local, efetuando pouso e já solicitando rendição dos indivíduos que até então não sabíamos de quem se tratavam.

Na ocasião, o autuado recusou-se a prestar quaisquer informações aos fiscais da ANAC e, posteriormente, em sede de defesa, apresentou os seguintes argumentos:

Ora, estando o piloto preso, lá acautelado pela Polícia Civil não deveria ser pressionado a responder a qualquer questionamento do INSPAC que pretendia lavrar o presente Auto de Infração.”

[...]

Desta forma, na condição de PRESO, a Constituição assegurava ao piloto o direito de permanecer em silêncio: CRFB/88 - Art. 52 LXIII - O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

[...]

Quando a Constituição Federal garante ao preso o direito de permanecer calado, não pode haver uma aplicação de sanção pelo exercício deste direito.



Assim, observa-se que de tese defensiva do Operador – pessoa física, reitera-se –, pautou-se pelo já esmiuçado postulado constitucional do direito ao silêncio. Conforme já analisado ao longo deste trabalho, verifica-se que, à primeira vista, assiste ao autuado o argumento suscitado, posto que se tratava de operação cujos resultados claramente poderiam resultar em repercussões penais para o operador inquirido no ato da fiscalização, o que fora evidenciado pela estrutura da operação, que contava inclusive com auxílio do destacamento aéreo da Polícia Civil local.

Com relação ao Operador objeto da mencionada ação fiscal, nada há que se falar, a não ser que o caso ainda está pendente de julgamento em primeira instância administrativa da ANAC, de modo que o resultado do julgamento há de pacificar o entendimento no âmbito da Agência, uma vez que a operação conjunta com órgãos policiais, Ministério Público, IBAMA e órgãos de inteligência é uma realidade cada vez mais recorrente na referida Agência Reguladora.

Todavia, observa-se que o caso mencionado deu início a longos e acalorados debates entre os integrantes do corpo técnico de julgamento no que tange à possibilidade de aplicação de sanção em se tratando de pessoas jurídicas, o que motivou a pesquisa que aqui se desdobra. Ocorre que o CBA prevê conduta infracional análoga, que se aplica especificamente a pessoas jurídicas – concessionárias ou autorizadas de serviços aéreos, nos termos do art. 181 do referido Código<sup>31</sup>–, conforme disposto no art. 302, III, “1”:

Art. 302. A multa será aplicada pela prática das seguintes infrações: [...]

III - infrações imputáveis à concessionária ou permissionária de serviços aéreos:

[...]

---

<sup>31</sup> <sup>31</sup> BRASIL. **Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986**. Dispõe do Código Brasileiro de Aeronáutica, 1986. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7565.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm). Acesso em: 30 jul 2019



l) recusar a exibição de livro, documento, ficha ou informação sobre seus serviços, quando solicitados pelos agentes da fiscalização aeronáutica;

Assim, vislumbrou-se a possibilidade de, em decorrência de operações tais como a narrada, pessoas jurídicas que fossem questionadas posteriormente à operação – a empresa que detém a propriedade da aeronave, por exemplo – viessem a suscitar o princípio constitucional do direito ao silêncio como forma de se recusar a prestar informações ao órgão regulador. Nesse sentido, a recusa de prestar informações acarretaria a imputação da conduta infracional acima destacada, com a consequente lavratura de Auto de Infração e, possivelmente, a invocação do direito de permanecer em silêncio como tese de defesa.

Diante da dúvida quanto à aplicabilidade ou não do direito ao silêncio no âmbito do processo administrativo sancionador, surgiu a necessidade de se aprofundar o tema com o fim de se chegar a uma conclusão acerca da exigibilidade da prestação de informações à administração pública no contexto dos processos administrativos sancionadores instaurados em face de pessoas jurídicas.

Destarte, conforme já debatido ao longo do presente trabalho, a posição que nos parece ser mais alinhada ao ordenamento jurídico vigente é a de que não se faz possível, em processos administrativos sancionadores, que pessoas jurídicas suscitem a tese de direito ao silêncio a fim de se escusarem de sua obrigação legalmente imposta de prestar informações aos órgãos reguladores.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Constituição, enquanto Lei Maior do Estado, deve ser integralmente cumprida, mas há de se observar sempre a quem se dirige determinados postulados.

O princípio da não-culpabilidade, extraído do teor do artigo 5º, LVII da CF/88, dá origem ao direito ao silêncio, previsto no art. 5º, LXIII. A interpretação da



jurisprudência atinente à aplicação desses artigos, bem como do próprio texto constitucional, conduz à conclusão de que ambos são postulados aplicados – via de regra – apenas às pessoas humanas, no curso de processos judiciais.

Embora seja essa a regra observada, é certo que há exceções. Ocorre que as exceções verificadas nos casos concretos analisados pelos tribunais referem-se exclusivamente ao exercício do direito ao silêncio por pessoas físicas, ainda que fora dos processos judiciais em matéria criminal. A Conclusão a que se chega – e validada pela interpretação da jurisprudência

– é no sentido de que o direito ao silêncio é prerrogativa das pessoas físicas, haja vista a possibilidade de encarceramento dessas. O art. 5º, LXIII da CF/88 é claro no sentido de que o referido direito é privilégio conferido àqueles cujas falas possam resultar em restrição de liberdade, uma vez que fala que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”. Assim, o que ocorre é a interpretação extensiva do referido direito quando há a sua aplicação em processos administrativos – mormente os processos administrativos disciplinares –, mas sempre com relação à pessoa humana, nunca à pessoa jurídica sujeita a processo administrativo sancionador.

Ainda que se admita a possibilidade de se estender às pessoas jurídicas o direito de permanecer calada como forma de não produzir provas contra si mesma, cumpre observar que a regra nos processos administrativos é a de total cooperação destas, nos termos do art. 4º da Lei nº 9.784/99 e em razão da interpretação sistêmica dessa norma com a Constituição, que não previu tal direito àqueles dotados de personalidade jurídica.

Desse modo, compete às legislações específicas prever a possibilidade do exercício do silêncio pelas pessoas jurídicas como forma de se resguardarem de eventuais sanções. A omissão a esse respeito, portanto, possibilita ao administrador



público – que profere decisão administrativa de sanção – interpretar o silêncio de pessoa jurídica autuada por infração administrativa em seu desfavor. Não se trata de arbitrariedade, mas sim de efetivação do art. 3º, IV, da norma reguladora do processo administrativo federal, que outorga ao decisor a interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige.

O interesse público deve prevalecer. Dessa forma, não havendo previsão normativa nas leis específicas para o direito ao silêncio das pessoas jurídicas, não há óbice para interpretar o silêncio de quem tem o dever de prestar informações e colaborar com a verdade como um reconhecimento da prática da infração.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 6. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

BECCARIA, C. B. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 28 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986**. Dispõe do Código Brasileiro de Aeronáutica, 1986. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7565.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm). Acesso em: 30 jul 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências., 1995. Disponível em:



[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm). Acesso em: 28 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal., 1999. Disponível em: <https://goo.gl/N9Km4>. Acesso em: 03 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 89.501, rel. min. Celso de Mello; HC 85.455, rel. min. Marco Aurélio; HC 80.719, rel. min. Celso de Mello, entre outros. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20760>. Acesso em: 03 mar 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 79.812, rel. min. Celso de Mello, j. 8-11-2000, P, DJ de 16-2-2001. = HC 80.584, rel. min. Néri da Silveira, j. 8-3-2001, P, DJ de 64-2001, “COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PRIVILÉGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO DIREITO QUE ASSISTE A QUALQUER INDICIADO OU TESTEMUNHA[...]”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC135290.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Processo administrativo federal**: comentários à lei 9.784, de 29.1.1999. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, L. G. G. C. de. **Processo penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, L. F. **Princípio da não auto-incriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. 26 janeiro 2010. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>. Acesso em: 08 setembro 2018.

LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.  
MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NUNES, S. G. **A presunção de inocência no processo administrativo disciplinar**. 2013. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em:





<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35705/64.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 de novembro de 2018.

OSÓRIO, F. M. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

RANGEL, P. **Direito processual penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

ROLT, A. P. de. **Ônus da prova no processo administrativo sancionador**. 2016. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em:

<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/171669/O%cc%82nus%20da%20Prova%20no%20Processo%20Administrativo%20Sancionador.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 abr. 2019.



# ANÁLISE DO USO DE ARMA COMO CAUSA DE AUMENTO DE PENA NO CRIME DE ROUBO: ALTERAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.654/2018

Caio Italo Santiago Luongo<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a alteração trazida pela Lei nº 13.654/2018 no ordenamento brasileiro. Neste contexto, serão analisados os conceitos sobre o tipo penal do roubo, juntamente com as causas de aumento de pena e a forma que cálculo da dosimetria. Em seguida, será feita uma análise sobre a constitucionalidade da referida Lei, visto que este entendimento é divergente entre os tribunais, fato que difere na aplicação da Lei. Por fim, será exposto o entendimento jurisprudencial dos tribunais brasileiros, com a consequência trazida pela vigência da Lei 13.964/2019 – Pacote Anticrime.

**Palavras-chave:** Lei nº 13.654/2018. Alteração crime de roubo. Uso de arma como aumento de pena.

## INTRODUÇÃO

O Direito Penal é um ramo do Direito Constitucional que está diretamente ligado ao cotidiano dos cidadãos. Dentre as suas diversas atribuições podemos destacar os crimes em espécie, que estão explicitamente descritos no Código Penal Brasileiro (CP).

---

<sup>1</sup> Graduando no Curso de Bacharelado de Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).  
Professor Orientador: Marcus Vinícius Reis Bastos; e-mail: caio.luongo@sempreceub.com



O CP foi elaborado e promulgado em 1940, por isso, no decorrer das décadas, sofreu diversas alterações. As alterações feitas no CP ocorreram pelos mais diversos motivos, sendo que a maioria delas é para adequação da realidade jurídica em que se insere o Brasil.

Nesse contexto, alguns fatos perderam a sua tipicidade, se tornaram atípicos, ou seja, deixaram de ser considerados crimes, outros foram incluídos como fatos típicos, e diversos deles sofreram alterações específicas sobre as circunstâncias em que se dariam o desenvolver dos fatos. Desse modo, é visível a constante mudança que ocorre na legislação brasileira.

As alterações feitas pelo legislador podem ter reflexo positivo e serem capazes de trazerem mudanças efetivas e que correspondam ao efeito esperado. A política criminal, na maioria das vezes, age com o objetivo de diminuir a incidência dos crimes e, para alcançar essa meta, penaliza com mais rigor os crimes realizados de forma mais cruel.

Diversos são os exemplos presentes no CP em que a pena de um crime sofre um acréscimo se ele tiver sido realizado de uma maneira mais cruel, ou que dele se obtenha um resultado mais gravoso. Nesse sentido, esse presente trabalho visa analisar as causas de aumento de pena no crime de roubo, naqueles em que se tem o crime cometido com o uso de armas. Tal alteração ocorreu com a vigência da Lei nº 13.654/2018.

## **1 ROUBO: O TIPO PENAL**

O tipo penal, denominado como roubo, é um dos com maior incidência no território brasileiro. No decorrer dos anos, percebe-se que a legislação foi modificada com o objetivo de adequar a aplicabilidade da pena para os agentes infratores.



A análise da legislação correspondente revela uma quantidade significativa de situações diversas em que a pena aplicada ao crime, pelo magistrado, poderá ser menor ou maior a depender da forma que o delito fora praticado.

## 1.1 Conceito

O crime de roubo está contido no Capítulo II - Do Roubo e da Extorsão, do Título II - Dos Crimes contra o Patrimônio, do Código Penal. Definido pelo artigo 157, da seguinte maneira: “subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”, pena de quatro a dez anos de reclusão e multa. No tipo penal do roubo, os bens jurídicos protegidos são: o patrimônio, a integridade física e a liberdade do indivíduo. Guilherme de Souza Nucci em sua obra “Código Penal Comentado”, apresenta a seguinte definição:

O roubo nada mais é do que um furto associado a outras figuras típicas, com as originárias do emprego de violência ou de grave ameaça. É a reiteração da fórmula do furto a que se incorporam circunstâncias, de maneira tal que um roubo não pode existir sem que previamente seja furto.<sup>2</sup>

Rogério Greco traz a definição do crime de roubo, como sendo:

A figura típica do crime de roubo é composta pela subtração, característica do crime de furto, conjugada com o emprego de grave ameaça ou violência a pessoa. Assim, o roubo poderia ser visualizado como um furto acrescido de alguns dados que o tornam especial.<sup>3</sup>

Nota-se que a diferença entre o roubo e o furto é justamente o emprego da violência à pessoa ou da ameaça, com a finalidade da subtração do bem.

---

<sup>2</sup> NUCCI, G. de S. **Código Penal Comentado**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 928.

<sup>3</sup> GRECO, R. **Código Penal: comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 472



Além disso, observa-se a previsão de duas modalidades de violência junto ao tipo penal, a violência própria e a imprópria. Como leciona Greco:

[...] O art. 157 do Código Penal prevê dois tipos de violência. A primeira delas, contida na primeira parte do artigo, é a denominada própria, isto é, a violência física, a *vis corporalis*, que é praticada pelo agente a fim de que tenha sucesso na subtração criminosa; a segunda, entendida como imprópria, ocorre quando o agente, não usando de violência física, utiliza qualquer meio que reduza a possibilidade de resistência da vítima, conforme se verifica pela leitura da parte final do caput do artigo em exame.<sup>4</sup>

Além da violência (própria ou imprópria), também se caracteriza o crime de roubo quando se tem a grave ameaça (*vis compulsiva*). Tal definição é trazido com precisão por Vives Antón et.al.:

Vis compulsiva ou psíquica, que causa temor naquele a que se dirige, ao representar a ameaça explícita ou implícita, de um mal imediato de força suficiente para vencer a vontade contrária do sujeito contra o qual se dirige e provocar, também imediatamente, que este entregue a coisa ou possibilite ou não dificulte o ato de apoderamento [...]. Note-se que se exige a ameaça de um mal suficiente para produzir o temor desejado, mas não a idoneidade lesiva do meio ou instrumento intimidatório.<sup>5</sup>

Desse entendimento, é possível extrair que o crime de roubo é dotado de um status de crime complexo, visto que nele se pode visualizar a fusão de duas ou mais figuras típicas. Além disso, trata-se de um delito pluriofensivo, em que são protegidos vários bens jurídicos, sendo o patrimônio o principal bem jurídico envolvido nesse tipo penal.

---

<sup>4</sup> GRECO, R. **Curso de Direito penal: parte especial**. Vol. II. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 588

<sup>5</sup> VIVES ANTÓN, T.S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Derecho Penal**. Parte Especial. 3. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 405



Sobre o sujeito ativo, qualquer pessoa, exceto o próprio proprietário, poderá ocupar esse polo, assim como o sujeito passivo. O dolo identificado nesse tipo penal é o de subtrair com o emprego de violência ou grave ameaça, não existindo a sua previsão na forma culposa.

## 1.2 Roubo Próprio e Impróprio

O tipo penal do roubo pode ser classificado como próprio ou impróprio. A figura denominada roubo próprio é aquela em que a violência, grave ameaça ou qualquer outro meio que reduza a impossibilidade de resistência da vítima, ocorre antes ou durante a subtração do bem e tem como objetivo a concretização dessa subtração.

Já a figura denominada roubo impróprio, definida no art. 157, § 1º do Código Penal, a violência ou a grave ameaça ocorrerá após a consumação da subtração, visando o agente assegurar a posse da coisa subtraída ou a impunidade do crime. Vejamos: “na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro”<sup>6</sup>.

Nélson Hungria, apontando as diferenças entre o roubo próprio e o impróprio afirma que, *in verbis*:

A diferença entre elas é a seguinte: na primeira (chamada roubo próprio), o meio violento ou impeditivo da resistência da vítima é empregado *ab initio* ou concomitantemente à tirada da coisa, enquanto que na segunda (chamada roubo impróprio ou por aproximação), tendo sido empolgada a coisa *clam et occulte*, como no furto, o agente é surpreendido logo depois (isto é, antes de se pôr a bom recato) e vem a empregar violência (física ou moral) para assegurar a impunidade do

---

<sup>6</sup> BRASIL. Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 11 set. 2019



crime (evitar a prisão em flagrante ou ulterior reconhecimento ou indigitação, etc) ou a detenção da res furtiva.<sup>7</sup>

A violência, para assegurar a impunidade no roubo impróprio, deverá ocorrer de imediato após a subtração do bem, caso exista um lapso temporal em que fique caracterizado desígnios autônomos, ficará configurada a ocorrência de outro crime, por exemplo, lesão corporal.

### 1.3 Causas de Aumento de Pena

Tradicionalmente chamado de roubo qualificado, o § 2º do artigo 157 do Código penal prevê seis causas especiais de aumento de pena, também conhecidas como majorantes.

A primeira percepção que se tem ao visualizar essa parte do código é a revogação da primeira hipótese trazida pelo legislador. A redação antiga, vigente antes da Lei nº 13.654/2018, trazia a causa de aumento de pena para o crime praticado com o uso de arma prevista no inciso I, § 2º do artigo 157 do CP.

O inciso II do referido artigo dispõe sobre o concurso de pessoas. Nesse ponto, visa-se punir de forma mais severa a conduta praticada por mais de um agente, visto que essa condição traria maior temor à vítima e, ao mesmo tempo, dificultaria a sua possibilidade de defesa.

No inciso III, a previsão para o aumento de pena é se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente tem conhecimento dessa circunstância. Tal forma dispõe para os casos em que envolvem as empresas dedicadas a essa atividade, sendo que seus veículos estão sempre identificados, sendo mais atrativos aos agentes que possuem o dolo de praticar o crime.

---

<sup>7</sup> HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1967



Se a subtração for de veículo automotor, sendo este conduzido a outro Estado da Federação ou ao exterior, ocorrerá a incidência prevista no inciso IV e se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo a sua liberdade é a previsão do inciso V. Essas duas formas tratam, respectivamente, da dificuldade em recuperar o veículo, causando um dano maior aos proprietários e as seguradoras e do próprio perigo que a vítima está sendo exposta ao ter a sua liberdade restringida.

O inciso VI trazido pela vigência da Lei nº 13.654/2018, diz respeito a subtração de substâncias explosivas ou acessórias. Essa inclusão se deu ao grande aumento de ataques ocorridos aos caixas eletrônicos.

Com a vigência da Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecido como Pacote Anticrime, houve a inclusão de um novo artigo, que prevê um aumento de pena se a violência ou grave ameaça for exercida com emprego de arma branca.

O § 2º-A, igualmente incluído pela Lei nº 13.654/2018, trata das causas de aumento de pena em que a pena será aumentada em 2/3, sendo que no § 2º o aumento aplicado é de 1/3 até metade, sendo, o inciso I, a nova causa de aumento de pena com a utilização da arma de fogo.

A Lei nº 13.964/2019 incluiu o § 2º-B dispondo assim que será aplicada a pena em dobro se a violência ou grave ameaça for exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido.

Para que se possa ter o pleno entendimento das questões trazidas por essas novas redações, deve-se, inicialmente, destacar alguns pontos importantes, como a definição de arma de fogo e as particularidades das armas em geral.

## **1.4 Uso de arma como causa de aumento de pena**





O dispositivo revogado, após a vigência da Lei nº 13.654/2018, trazia a utilização de arma como causa de aumento de pena para o crime de roubo. Sendo que a arma, anteriormente mencionada, poderia ser tanto a arma própria, ou seja, aquele que possui a função específica de ataque ou defesa, por exemplo, como discorre Mirabete (2010), como as “armas de fogo (revólveres, pistola, fuzis, etc), e as armas brancas (punhais, estiletes, etc.) e os explosivos (bombas, granadas, etc)”, como aquela considerada imprópria, cuja a função fundamental não é a de ataque ou defesa, mas sim outra finalidade qualquer, por exemplo, a faca de cozinha, o taco de beisebol e uma barra de ferro.<sup>8</sup>

Para Rogério Sanches Cunha o substantivo arma gerava:

[...] controvérsia na doutrina. Para alguns, a expressão abrange somente os objetos produzidos (e destinados) com a finalidade bélica (ex.: arma de fogo). Outros, realizando interpretação extensiva, compreendem também os objetos confeccionados sem finalidade bélica, porém capazes de intimidar, ferir o próximo (ex.: faca de cozinha, navalha, foice, tesoura, guarda-chuva, pedra, etc.). Prevalece na doutrina e jurisprudência o sentido amplo, abrangendo as duas acepções [...].<sup>9</sup>

Ocorre que, com a vigência da Lei nº 13.654/2018, que alterou o artigo 157 do Código Penal, revogando o inciso I do § 2º e criando o § 2-A, a previsão majorada do uso de arma passou a ser específica para os casos em que o agente utilize uma arma de fogo, ficando, até a vigência da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), enquadrado no caput do referido artigo se o roubo foi praticado com arma branca ou imprópria.

Para que seja feita uma análise mais profunda sobre o novo dispositivo, deve-se ter conhecimento acerca do conceito de arma de fogo. Arma de fogo está assim definido pelo art. 3º, XIII, do Decreto nº 3.665/2000:

---

<sup>8</sup> MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**. Vol. 2. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 54

<sup>9</sup> CUNHA, R. S. **Direito penal: parte especial**. São Paulo: RT, 2008. v. III, p. 131



Art. 3º, XIII – arma de fogo: arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil.<sup>10</sup>

Desse conceito entende-se que se o agente ao abordar a vítima com granada, dinamite, mina terrestre (explosivos), motosserra, espada, facão, enxada, foice, entre outros (outras armas próprias e impróprias), não será mais enquadrada a sua conduta no roubo majorado pelo emprego de arma, tendo em vista que a única forma de majorar o roubo pelo emprego de arma será com a arma de fogo (ex.: revólver, pistola, fuzil, carabina etc.). Na previsão anterior aplicava-se a majorante do uso da arma, independente da natureza dessa, antiga redação do inciso I, § 2º, do artigo 157 do CP, sendo que o aumento seria de 1/3 até a metade.

Isso porque o emprego da arma agrava especialmente a pena em virtude de sua potencialidade ofensiva, conjugada com o maior poder de intimidação sobre a vítima. Os dois fatores, segundo Greco, devem estar presentes reunidos para efeitos de aplicação da majorante.<sup>11</sup>

Dessa forma, não se pode permitir o aumento de pena quando a arma utilizada pelo agente “não tinha, no momento da sua ação, qualquer potencialidade ofensiva por estar sem munição ou mesmo com defeito mecânico que impossibilitava o disparo, embora tivesse a possibilidade de amedrontar a vítima”. Tal arma, mesmo facilitando a subtração, não poderá ser considerada para efeitos de aumento de pena, tendo em vista a completa impossibilidade de potencialidade lesiva, ou seja, de produzir dano superior ao que normalmente praticaria sem o seu uso.<sup>12</sup> A viabilidade

---

<sup>10</sup> BRASIL. **Decreto n. 3.665, de 20 de novembro de 2000**. Institui Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3665.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3665.htm). Acesso em: 07 out. 2019.

<sup>11</sup> GRECO, R. **Código Penal: comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

<sup>12</sup> GRECO, R. **Curso de Direito Penal: parte especial**. Vol. II. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016



da arma, no caso concreto, deverá ser apurada por meio de perícia, se for constatado que a arma não possuía a potencialidade ofensiva que dela se espera, não poderá ser aplicada a causa de aumento de pena prevista pelo legislador, devendo, nesse caso, enquadrar-se o crime o tipo descrito no caput do artigo 157 do CP.

## 2 A APLICAÇÃO DA PENA

O estudo do direito penal abrange como um dos principais fundamentos o estudo da pena. Nesse sentido, a aplicação da pena pelo Magistrado em qualquer tipo penal deverá obedecer critérios previamente estabelecidos, sendo que esses critérios foram divididos em 3 fases para que se tenha a aplicação da pena. A primeira fase é a fase da análise do art. 59 do CP, conhecido como as circunstâncias judiciais, na segunda fase são analisadas as circunstâncias atenuantes e agravantes e na terceira fase as causas de aumento ou diminuição da pena.

De acordo com Nucci a aplicação da pena trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente fixados para a pena), deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada).<sup>13</sup> Ainda complementa que, consiste na aplicação prática do princípio constitucional da individualização da pena, presente no artigo 5º, XLVI, CF/88.<sup>14</sup>

### 2.1 Fases da Dosimetria

---

<sup>13</sup> NUCCI, G. de S. **Curso de direito penal, v.1: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2018

<sup>14</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 dez. 2019.



A primeira fase da dosimetria ocorre com a avaliação, pelo magistrado, das chamadas circunstâncias judiciais, presentes no artigo 59 do CP.

O artigo 59 do Código Penal<sup>15</sup> traz quesitos objetivos e subjetivos que serão analisados pelo juiz para a aplicação da pena base do réu, são eles: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima. De acordo com Bitencourt, essas circunstâncias estão além dos elementos essenciais à constituição do tipo penal, sendo, na verdade, elementos acidentais, que, embora não alterem a constituição ou a existência do tipo penal, influem na dosagem da pena.<sup>16</sup>

Na segunda fase serão analisadas as circunstâncias agravantes, previstas nos artigos 61 e 62, e as atenuantes, previstas nos artigos 65 e 66, ambas do CP<sup>17</sup>. Tais circunstâncias não possuem uma quantidade estabelecida na legislação, de quanto deverá ser agravado ou atenuado, caberá ao magistrado estabelecer essa quantidade. São exemplos de agravantes: a reincidência e o cometimento do crime por motivo fútil ou torpe. Como atenuantes da pena temos: o agente ser menor de 21 anos na data dos fatos, ou mais de 70 na data da sentença e ter cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral.

Para a aplicação das atenuantes, deverá ser observado o entendimento jurisprudencial presente na Súmula 231 do STJ<sup>18</sup>, a referida súmula assim dispõe, “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo

---

<sup>15</sup> BRASIL. **Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 10 dez. 2019

<sup>16</sup> BITENCOURT, C. R. **Manual de Direito Penal: parte geral, v. 1.**, 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002

<sup>17</sup> BRASIL. **Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 10 dez. 2019

<sup>18</sup> BRASIL. **Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011\\_17\\_capSumula231.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf). Acesso em: 05 jan. 2020



do mínimo legal”, ou seja, o juiz não poderá aplicar a redução proveniente de todas as atenuantes, se já tiver sido atingido o mínimo legal previsto no tipo penal.

Na terceira e última fase, serão analisadas as causas de aumento e diminuição, estando essas contidas tanto na parte geral, quanto na parte especial do Código Penal. Uma causa de diminuição é a do crime tentado, prevista no artigo 14, inciso II, a pena será diminuída de um a dois terços, e uma causa de aumento é a do próprio § 2-A, inciso I do art. 157 do CP, a pena será aumentada de dois terços se o violência ou grave ameaça for exercida com o emprego de arma de fogo. Nessa fase, o magistrado poderá aplicar todas as causas de diminuição de pena e a pena poderá ficar abaixo do mínimo legal.

Com a análise de todas essas circunstâncias o magistrado deverá estabelecer a pena do condenado, devendo essa ser proporcional ao agravo cometido. Dessa forma, verifica-se que o legislador falhou ao estabelecer um aumento de pena somente na situação em que o roubo fosse cometido com o emprego de arma de fogo, restando uma lacuna para os roubos cometidos com outros tipos de armas. A periculosidade mostra-se constatada quando tal delito penal é cometido com o emprego de qualquer tipo de arma que não seja uma arma de fogo. A aplicação da pena, nesses casos, deveria ser proporcional à periculosidade apresentada pela arma, fato que não ocorreu.

### **3 A ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 13.654/2018**

Como anteriormente citado, sendo aqui tratado mais a fundo, a Lei nº 13.654/2018 revogou o inciso I, do § 2º do artigo 157 do CP, que trazia a utilização de arma como causa de aumento de pena de 1/3 até metade. A Lei incluiu a nova redação do § 2º-A, no inciso I, se a violência ou grave ameaça for exercida com o emprego de arma de fogo, sendo aplicado o aumento de 2/3.



A aplicação da Lei Penal, antes da alteração trazida pela Lei nº 13.654/2018, atingia os agentes que praticavam o crime de roubo, estabelecendo patamares distintos de pena, se fosse na sua forma simples (caput do artigo) ou com a causa de aumento de pena, uso de arma. Cabe destacar, que a utilização de qualquer tipo de arma, sendo própria ou imprópria, resultaria no acréscimo da pena.

Observa-se que o legislador, com o pretexto de aumentar a punição de quem pratica o crime de roubo com uso de arma de fogo, restringiu o aumento nesse tipo penal somente para quem o pratica com esse instrumento específico. Ademais, omitiu-se sobre o aumento da pena se o crime for praticado com outro tipo de arma, havendo, nas duas modalidades violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Para que ocorresse a correta alteração pretendida pelo legislador, deveria ter sido criada uma majorante intermediária para os casos em que o roubo fosse praticado com uma arma distinta da arma de fogo, ou até mesmo permanecido o inciso I. Portanto, existiria dentro do art. 157 o roubo majorado pelo emprego de arma de fogo (§ 2º-A, I – aumento de 2/3) e o roubo majorado por outras armas que não arma de fogo (§ 2º, I – aumento de 1/3 até a metade).

### **3.1 Constitucionalidade da Lei nº 13.654/2018**

Lippel e Baptista, em sua produção acerca da (in) constitucionalidade da Lei nº 13.654/2018 dispõem, resumidamente, sobre o trâmite legislativo necessário para a aprovação de uma lei ordinária. Estando tal forma prevista na Seção VIII - Do Processo Legislativo, Subseção III - Das Leis, da Constituição Federal de 1988. O artigo 61, o primeiro dessa subseção, versa sobre de quem é a competência da



iniciativa de lei complementar ordinária, sendo esta do Senado Federal.<sup>19</sup>  
Complementa relatando o disposto no artigo 65:

Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.<sup>20</sup>

Sendo que a finalidade de revisão de uma matéria pela outra Casa é a segurança jurídica. As propostas feitas por uma das casas deverão ser revisadas pela outra, devendo ser submetida à Casa iniciadora se tiver ocorrido alguma emenda no texto.

Em seguida, os autores trazem uma breve linha do tempo indicando as datas e quais as relevantes alterações ocorridas em cada uma delas. O projeto de lei foi iniciado no Senado, pelo senador Otto Alencar, publicado em 25/03/2015, no DSF - Diário do Senado Federal. Recebeu proposta de emenda em 08/11/2017, mesma data de votação do projeto. O projeto e a emenda foram aprovados pela maioria, todavia, o Parecer 141/2017<sup>21</sup>, aprovado pelo plenário do Senado, ao ser publicado no Diário do Senado Federal, por algum lapso, não trouxe em seu texto o dispositivo previamente aprovado que previa a revogação do inciso I do § 2º do art. 157, do Código Penal.

---

<sup>19</sup> LIPPEL, G. L.; BAPTISTA, C. A. (In)constitucionalidade da Lei N. 13.654/2018: retirada da majorante no crime de roubo praticado com o emprego de arma branca. IX Simpósio Jurídico dos Campos Gerais. ISSN 2178-3314. 2018

<sup>20</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 jan. 2020.

<sup>21</sup> BRASIL. **Parecer Senado Federal n. 141, de 2017**. Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Projeto de Lei do Senado nº 149, de 2015. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7267047&disposition=inline>. Acesso em: 05 jan. 2020



Após a publicação, o texto enviado à CORELE, foi aquele aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, ou seja, contendo o dispositivo que revogava a causa de aumento de pena, sendo posteriormente encaminhado para a Câmara dos Deputados.

No dia de votação da Câmara, 28/02/2018, foram apresentadas três propostas de emenda, sendo uma delas rejeitada. Em seguida, o texto foi submetido a votação, foi votado e aprovado, sendo remetido ao Senado Federal no dia 06/03/2018.

O projeto emendado foi submetido ao Plenário no dia 27/03/2018, sendo aprovado por este e sancionado, em seguida, pelo Presidente da República no dia 23/04/2018. No dia seguinte, houve a publicação no Diário Oficial da União.

Desde a proposta inicial, restava clara a intenção do legislador em revogar o inciso que trazia a causa de aumento de pena, anteriormente prevista no Código Penal

Portanto, a revogação da causa de aumento de pena prevista no artigo 157,

§ 2º, inciso I, do Código Penal, além de constar no texto original do PLS 149/2015<sup>22</sup>, permaneceu no texto final aprovado pela CCJ no Senado Federal, depois, constou no PL 9.160/2017<sup>23</sup> aprovado pela Câmara dos Deputados, bem como no Substitutivo da Câmara dos Deputados 1, de 2018, ao PLS 149, de 2015, aprovado, em sua integralidade, pelo Senado Federal.

A apontada inconstitucionalidade formal do artigo 4º da Lei nº 13.654/2018 baseia-se em um equívoco na publicação do texto aprovado no Diário do Senado

---

<sup>22</sup> BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 149, de 2015**. Institui projeto de lei para alteração do Código Penal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3599802&ts=1567535301486&disposition=inline>. Acesso em: 05 jan. 2020.

<sup>23</sup> BRASIL. **Projeto de Lei n. 9.160/2017**. Institui análise do PLS n. 149/2015. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1625279&filename=PL+9160/2017](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1625279&filename=PL+9160/2017). Acesso em: 05 jan. 2020





Federal, não possuindo expressividade para viciar o processo legislativo, ao ponto de ter a sua inconstitucionalidade declarada. Vislumbra-se que a CORELE sanou a falha havida na publicação, não tendo assim alterado o texto aprovado.

### 3.2 Reflexos no Ordenamento Jurídico

A aplicação da nova redação do art. 157 do CP trazida pela Lei nº 13.654/2018 tem sido alvo de discussão em diversos âmbitos do poder judiciário em todo o país.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que alteração da causa de aumento de pena do crime de roubo seria uma *novatio legis in mellius*, ou seja, uma nova lei mais favorável que a anterior. A Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da Sexta Turma, explicou que:

Há, em verdade, de se reconhecer a ocorrência da *novatio legis in mellius*, ou seja, nova lei mais benéfica, sendo, pois, de rigor que retroaja para alcançar os roubos cometidos com emprego de arma branca, beneficiando o réu (artigo 5º, XL, da CF/88), tal como pretende a ilustre defesa.<sup>24</sup>

Além disso, é igualmente entendimento firmado nesta Corte que, mesmo após a edição da Lei nº 13.654/2018:

[...] o emprego de arma branca, embora não configure mais causa de aumento do crime de roubo, poderá ser utilizado para

---

<sup>24</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Interno no Habeas Corpus 432571/SC**. Direito Penal. Agravo Regimental. Roubo circunstanciado. Sentença. Dosimetria. Emprego de arma branca. *Novatio Legis in Mellius*. Lei 13.654/18. Recurso provido. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 22 de maio de 2018. Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Data de Publicação: DJe 04 de junho de 2018.



majoração da pena-base, quando as circunstâncias do caso concreto assim justificarem.<sup>25</sup>

No mesmo sentido, dispõe o Ministro Ribeiro Dantas:

Com o advento da Lei 13.654, de 23 de abril de 2018, que revogou o inciso I do artigo 157 do CP, o emprego da arma branca, embora possa eventualmente ser valorado como circunstância judicial desabonadora, não se subsume a qualquer uma das majorantes do crime de roubo, impondo-se, portanto, a redução da pena na terceira fase da dosimetria, em observância ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República.<sup>26</sup>

Por meio de análise da jurisprudência dos Tribunais Brasileiros verifica-se divergência entre eles no que concerne à constitucionalidade da Lei nº 13.654/18. Vejamos que o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais é pela constitucionalidade da Lei, assim como do STJ. Vejamos:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DELITO DE ROUBO. EMPREGO DE ARMA BRANCA. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 13.654/18. MAJORANTE REVOGADA. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA. RECURSO PROVIDO. Há de ser decotada a majorante relativa ao emprego de arma branca, em

---

<sup>25</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 436314/SC**. Habeas corpus. Substituto de recurso especial. Não cabimento. Roubo circunstanciado. Dosimetria. Emprego de arma branca (canivete). Lei n. 13.654/18. *Novatio legis in melius*. Aplicação em benefício do réu. Pena-base. Personalidade. Conduta social. Análise desfavorável com fundamento em condenações transitadas em julgado. Inviabilidade. Consequências do crime. Majoração fundamentada. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem parcialmente concedida. De ofício. Relator: Min. Felix Fischer, 16 de agosto de 2018. Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Data de Publicação: DJE 21 de agosto 2018.

<sup>26</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 446919/SP**. Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Roubo circunstanciado. Emprego de arma branca. Lei n. 13.654/18. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Circunstância afastada. Maus antecedentes. Condenação transitada em julgado atingida pelo prazo depurador de cinco anos. Motivação idônea para incremento da pena-base. Regime fechado indevidamente imposto. Pena-base acima do mínimo legal. Circunstância judicial desfavorável. Pena inferior a 4 anos de reclusão. Possibilidade do regime semiaberto. Constrangimento ilegal evidenciado. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 12 de junho de 2018. Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Data de Publicação: DJE 20 de junho 2018



se considerando a abolição criminis provocada pela Lei 13.654/18.<sup>27</sup>

Na mesma linha tramita o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO. EMPREGO DE ARMA BRANCA SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÕES RECÍPROCAS. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.654/18 AFASTADA. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. (IN) CONSTITUCIONALIDADE

FORMAL. O erro de redação contido na publicação do texto aprovado pelo CCJ no Diário do Senado Federal não maculou a tramitação legislativa do PSL 149/2015. Erro material em texto publicado que não contamina o trâmite legislativo, o qual se mostra regular e sem irregularidade que determine a declaração incidental de inconstitucionalidade. (IN) CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. Cabe ao Legislativo Federal a criminalização de determinadas condutas e a elaboração das penas, podendo trabalhar, dentro do seu grau de discricionariedade, os pesos atribuídos a cada conduta no que diz respeito às sanções. E, no caso dos autos, optaram por revogar um inciso que falava no uso de arma, de forma genérica, a fim de criar norma específica em relação ao uso de arma de fogo, exasperando a fração de majoração da pena. No caso, não existe inconstitucionalidade no caso dos autos, importando frisar que a arma poderá ser devidamente valorada na pena-base. SUFICIÊNCIA DA PROVA. Não se mostra possível a absolvição quando a prova angariada for sólida a identificar o acusado como autor da subtração. Hipótese em que a vítima reconheceu o acusado como sendo o autor do delito e o acusado confessou a prática da subtração. CONSUMAÇÃO. O Código Penal adota a teoria da apreensão ou amotio, segundo a qual a consumação do crime de roubo ocorre com a simples inversão da posse da res, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada. PENA. O fato do emprego de arma branca não majorar o crime de roubo, em razão da revogação do inc. I do § 2º do art. 157 do CP pela Lei nº 13.654/18, não significa dizer que não possa ser

---

<sup>27</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Aggravamento em Execução Penal 10145170013133001/MG**. Relator: Des. Matheus Chaves Jardim, 21 de março de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Data de Publicação: DJe 29 de março 2019



sopesada na pena basilar, pois se trata de circunstância que eleva a reprovabilidade da conduta. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. Possível a execução provisória da pena, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Colenda Câmara Criminal. APELOS DA DEFESA IMPROVIDO E DO MINISTÉRIO 70081726366, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Viviane de Faria Miranda, Julgado em: 29-08-2019).<sup>28</sup>

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina tem igualmente reconhecido a constitucionalidade da Lei, como visualizado na jurisprudência a seguir.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA BRANCA (ART. 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS), POR DUAS VEZES, EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 71 DO CÓDIGO PENAL). SUSCITADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 4º DA LEI N. 13.654/18 POR PARTE DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA JÁ APRECIADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA RECONHECIDA. O Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por ocasião do julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n. 0017841-38.2018.8.24.0000, concluiu pela constitucionalidade do art. 4º da Lei n. 13.654/18, afigurando-se inoportuno submeter novamente a matéria à apreciação daquele colegiado. RECURSO DEFENSIVO. PLEITEADA A EXCLUSÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO ENTÃO PREVISTA NO ARTIGO 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. COMPROVAÇÃO DE QUE O AGENTE, EM AMBAS AS EMPREITADAS, VALEU-SE DE UMA FACA PARA AMEAÇAR AS VÍTIMAS. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 13.654/18, QUE DEIXOU DE CONSIDERAR O EMPREGO DE ARMA BRANCA COMO CAUSA DE AUMENTO DE PENA. REVOGAÇÃO DO INCISO I DO § 2º DO ART.

157 DO CÓDIGO PENAL. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA.

<sup>28</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (7. Câmara Criminal). **Apelação Criminal 70081726366/RS**. Relator: Des. Viviane de Faria Miranda, 29 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Data de Publicação: DJe 30 de agosto 2019



TODAVIA, NECESSIDADE DE CONSIDERAÇÃO DE REFERIDA CIRCUNSTÂNCIA NA PRIMEIRA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA. DOSIMETRIA READEQUADA NO PONTO. INOCORRÊNCIA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. A superveniente Lei n. 13.654/18, ao revogar o inciso Ido § 2º do art 157 do Código Penal, impossibilitou a consideração do emprego de arma branca como causa majorante do crime de roubo. Em casos tais, imperioso o expurgo da referida causa de aumento da dosimetria, afigurando-se legítimo, por outro lado, considerar a utilização de arma branca na primeira fase do cálculo da pena, como circunstância judicial desfavorável, desde que não ocorra reformatio in pejus.<sup>29</sup>

Assim, verifica-se que a maioria dos Tribunais brasileiros reconheceu a constitucionalidade da Lei nº 13.654/2018, impossibilitando a consideração do emprego de arma branca como causa de aumento de pena no crime de roubo.

Todavia, verifica-se que o entendimento pela constitucionalidade da Lei nº 13.654/2018 não é unânime entre os Tribunais. Tem-se, como exemplo, o TJDF que, em um primeiro momento, reconheceu a *novatio legis in mellius* durante julgamento do processo 0008436-65.2017.8.07.0006, datado de 08/11/2018, e posteriormente, alterou o seu entendimento. Vejamos o entendimento inicial:

PENAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA BRANCA. LEI 13.654/18. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. DOSIMETRIA DA PENA. O conjunto

probatório comprova a materialidade e a autoria do crime de roubo imputado ao réu. Revogado o inciso Ido § 2º do artigo 157 do Código Penal pela Lei 13.654/18, o uso de arma branca ou imprópria no roubo deve ser considerado como circunstância judicial negativa para elevar a pena-base. O uso da faca aumenta o risco à integridade física da vítima e

---

<sup>29</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (1. Câmara Criminal). **Apelação Criminal 00134168220178240038/SC**. Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato, 31 de outubro de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina



evidencia maior periculosidade do agente. Redimensionada a dosimetria da pena. Apelação provida.<sup>30</sup>

Em seguida, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios por meio do incidente de inconstitucionalidade nº 2018.00.2.005802-5, reconheceu a inconstitucionalidade da Lei nº 13.654/2018, especificamente sobre a revogação do inciso I do § 2º do art. 157 do CP, por concluir que houve vício na tramitação do projeto de lei no Senado Federal. Vejamos:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 4º DA LEI 13.654/18. PROCESSO LEGISLATIVO. VÍCIO NA TRAMITAÇÃO DO PROJETO DE LEI NO SENADO FEDERAL. I - Da análise da

tramitação do projeto de lei que deu origem à Lei 13.654/18, constata-se que houve vício procedimental no Senado Federal, especificamente quanto ao erro na publicação do texto final do PLS nº 149/15 aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que não permitiu o conhecimento da matéria pelos demais Senadores e a eventual interposição de recurso para apreciação do Plenário. II - A supressão de uma fase do processo legislativo quanto à revogação do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal - causa de aumento da pena para o crime de roubo com o emprego de arma que não seja arma de fogo - configura a inconstitucionalidade formal do art. 4º da Lei 13.654/18, por manifesta violação aos arts. 58, § 2º, inc. I, da CF e 91 do Regimento Interno do Senado Federal. III - Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente. Efeitos inter pars e exnunc. Maioria.<sup>31</sup>

O TJDFT entendeu que o texto final do PLS nº 149/15 foi elaborado pela CCJC sem o art. 4º, que previa a revogação do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal, e enviado, em seguida, para ciência do Presidente do Senado Federal, ou seja, a revogação prevista não teria sido objeto de análise pelos demais senadores

---

<sup>30</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Criminal 20170610086064/DF**. Relator: Des. Mario Machado, 08 de novembro de 2018. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJE 21 de novembro 2018

<sup>31</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Conselho Especial). **Arguição de Inconstitucionalidade 20180020058025/DF**. Relatora: Des. Vera Andrighi, 23 de outubro de 2018. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJE 08 de novembro 2018



impedindo assim a possibilidade de interposição de recurso. Após a publicação, o texto final foi revisado pela Coordenação de Redação Legislativa - CORELE, momento em que a referida revogação teria sido reincluída no projeto de lei, sendo assim encaminhado para análise da Câmara dos Deputados.<sup>32</sup>

Dessa forma, após o incidente de inconstitucionalidade, o TJDFTR reconheceu a inconstitucionalidade da Lei nº 13.654/2018 aplicando a causa de aumento de pena pelo emprego de arma branca ou imprópria nos crimes de roubo. Vejamos.

Roubo. Emprego de arma branca. Inconstitucionalidade do art. 4º da

L. 13.654/18. Pena. Circunstâncias atenuantes. 1 - O Conselho Especial do Tribunal, no incidente de inconstitucionalidade n. 2018.00.2.005802-5, declarou a inconstitucionalidade do art. 4º da L. 13.654/18. Incide, assim, no roubo, a causa de aumento de pena pelo emprego de arma branca ou imprópria. 2 - A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (súmula 231 do STJ). 3 - Apelação do Ministério Público provida. Não provida a do réu.<sup>33</sup>

A 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo igualmente reconheceu a inconstitucionalidade formal do dispositivo que excluiu o aumento de pena para roubo com o uso de arma, desse modo, os desembargadores suspenderam o julgamento até que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo da Corte fizesse o controle difuso do art. 4º da Lei nº 13.654/2018.

---

<sup>32</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Revogação do inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal – Erro na Publicação do Ato Normativo Revogador – Inconstitucionalidade formal.** Disponível em:

<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2018/informativo-de-jurisprudencia-n-382/revogacao-do-inciso-i-do-ss-2o-do-artigo-157-do-codigo-penal-2013-erro-na-publicacao-do-ato-normativo-revogador-2013-inconstitucionalidade-formal>. Acesso em: 18 jan. 2020.

<sup>33</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20180910093614/DF**. Relator: Des. Jair Soares, 26 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 01 de outubro 2019



Em 05/09/2018, o TJSP, nos autos do processo 0017882-48.2018.8.26.0000, por maioria dos votos, conheceram e rejeitaram a arguição de inconstitucionalidade.<sup>34</sup> Segundo o voto do Desembargador Alex Zilenovski, divergente do relator, não se pode entrever a mácula máxima da inconstitucionalidade formal do preceito vergastado (artigo 4º da Lei 13.654/2018) por mero erro de publicação do resultado daquilo que foi, efetivamente, discutido e votado na CCJ do Senado Federal em caráter terminativo.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA VINCULANTE 10. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGOS 948 E S. DO NCPC. ARTIGOS 193 E 194 DO RITJSP. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO ARTIGO 4º DA LEI 13.654/2018, QUE EXCLUIU A CAUSA DE AUMENTO DA PENA PARA O CRME DE ROUBO COM O EMPREGO DE ARMA QUE NÃO SEJA ARMA DE FOGO. VÍVIO DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO INOCORRENTE. MERA IRREGULARIDADE NA PUBLICAÇÃO ERRÔNEA DA VOTAÇÃO TERMINATIVA DA CCJ DO SENADO QUE APROVOU O PROJETO E A EMENDA ADITIVA. CORREÇÃO FEITA PELA CORELE – SOMANDO O PROJETO ORIGINAL E A EMENDA ADITIVA 1, CONSTANDO A REVOGAÇÃO APROVADA PELA CCJ – SANANDO O ERRO DA PUBLICAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ABUSO ANTE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. A CORTE SUPREMA PRESTIGIA AS SOLUÇÕES INTESTINAS DE CONTROLE DO PROCESSO LEGISLATIVO, EVITANDO IMISCUIR-SE, O QUANTO POSSÍVEL, NO PROCESSO, DEIXANDO AOS PRÓPRIOS PARLAMENTARES A SOLUÇÃO DAS VICISSITUDES HAVIDAS NO TRAMITAR LEGISLATIVO. IMPERA O PRINCÍPIO GERAL *PAS DE NULITTÉ SANS GRIEF*. OPÇÃO LEGISLATIVA QUE HÁ DE SER RESPEITADA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA E

---

<sup>34</sup> VALENTE, F. *Lei que diminuiu pena em roubo com arma branca é constitucional, decide TJ- SP*. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-05/lei-diminuiu-pena-roubo-arma-branca-constitucional>. Acesso em: 22 set. 2019





HARMONIA DOS PODERES. INCIDENTE IMPROCEDENTE. ARGUIÇÃO REJEITADA.<sup>35</sup>

Após rejeitar a arguição de inconstitucionalidade, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo passou a reconhecer a constitucionalidade da referida lei.

Vejamos:

ROUBO CIRCUNSTANCIADO. Recursos defensivos. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade bem delineadas, o que rechaça a pretendida desclassificação para furto. Afastamento da causa de aumento do emprego de faca, não mais considerada como arma, após a edição da Lei nº 13.654/18, por representar novatio legis in mellius (lei nova favorável), sem ingerência nas penas. Constitucionalidade da Lei nº 13.654/18, declarada pelo Colendo Órgão Especial, no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0017882-48.2018.8.26.0000, inviabilizando novo debate. Inteligência do CPC/15, art. 927, V, de aplicação subsidiária (CPP, art. 3º). Inaplicabilidade das benesses do CP, art. 44. Regime preservado. Parcial provimento.<sup>36</sup>

ROUBO CIRCUNSTANCIADO. Recurso defensivo. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade bem delineadas. DOSIMETRIA. Manutenção da causa de aumento. Pretendido reconhecimento da inconstitucionalidade material da expressão "2/3" contida no § 2º-A, com a redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018. Inviabilidade. Constitucionalidade da referida lei, declarada pelo Colendo Órgão Especial, na AI nº 0017882-48.2018.8.26.0000, inviabilizando novo debate. Inteligência do CPC/15, art. 927, V, de aplicação subsidiária (CPP, art. 3º). Mesmo que assim não fosse, haveria impossibilidade de declaração por Órgão fracionário deste Tribunal, em obediência à cláusula de reserva de plenário, prevista na CF/88, art. 97 e à Súmula Vinculante/STF, nº 10.

---

<sup>35</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (Órgão Especial). **Arguição de Inconstitucionalidade nos autos do processo 0017882-48.2018.8.26.0000**. Voto divergente: Des. Alex Zilenovski, 05 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-divergente-tj-sp-roubo-arma-branca.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020

<sup>36</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (7. Câmara de Direito Criminal). **Apelação Criminal 00010998420178260559/SP**. Relator: Des. Eduardo Abdalla, 13 de fevereiro de 2019, 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, Data de Publicação: DJe 15 de fevereiro de 2019



Penas bem dosadas. Regime fechado preservado.  
IMPROVIMENTO.<sup>3737</sup>

Ao ser provocado sobre a constitucionalidade ou não da Lei nº 13.654/2018, o Superior Tribunal de Justiça tem alegado não ser competente para julgar tal feito, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Vejamos julgado do Ministro Nefi Cordeiro da Sexta Turma:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.654/2018. MATÉRIA A SER ANALISADA PELA SUPREMA CORTE. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. LEI 13.654/2018. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. REDUÇÃO DA PENA. AGRAVO

IMPROVIDO. 1. Não compete ao STJ, em recurso especial, o exame inaugural da inconstitucionalidade da Lei 13.654/2018, por vício formal, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 2. Incabível, na via eleita, o exame de violação a dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, cuja competência é reservada ao STF, nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal. 3. Com o advento da Lei n. 13.654, de 23 de abril de 2018, que revogou o inciso I do artigo 157 do CP, o emprego de arma branca, embora possa eventualmente ser valorado como circunstância judicial desabonadora, não se subsume a qualquer uma das majorantes do crime de roubo, impondo-se, portanto, a redução da pena na terceira fase da dosimetria, em observância ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República (HC 449.410/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018.)

4. Agravo regimental improvido.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (7. Câmara de Direito Criminal). **Apelação Criminal 15212899520198260050/SP**. Relator: Des. Eduardo Abdalla, 02 de fevereiro de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, Data de Publicação: DJe 05 de fevereiro de 2019

<sup>38</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1687565/MS**. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 18 de setembro de 2018. Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal Justiça, Data de Publicação: DJe 25 de setembro de 2018.



A respeito do tema, embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha se pronunciado, em sede de controle concentrado, sobre a inconstitucionalidade do artigo 4º, da Lei nº 13.654/2018, firmou o entendimento de que é possível a declaração da inconstitucionalidade da norma no caso concreto, de forma incidental, a ser realizado por magistrado de primeiro grau ou pelos Tribunais de Justiça, nesta última hipótese observando o princípio da reserva de plenário, previsto no artigo 97, da Constituição Federal. Igualmente firmou que a referida análise causaria violação ao princípio da violação dos poderes.

Em julgamento monocrático do Recurso Extraordinário 1.219.094/RS, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, a Ministra dispôs:

[...] não serem cabíveis questionamentos judiciais de atos de natureza *interna corporis* praticados nas Casas Parlamentares, sob pena de transformar-se o Poder Judiciário em instância de revisão de decisões adotadas no procedimento legislativo.<sup>39</sup>

Complementou ainda, no mesmo julgado:

Ausente questão diretamente relacionada a aspecto formal e procedimental referente ao processo legislativo previsto na Constituição da República, em respeito ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da Constituição da República), não há reparos a fazer na resposta judicial oferecida na espécie.

Verifica-se a aplicação do mesmo entendimento em recente julgamento no Recurso Extraordinário 1.257.182/DF de relatoria do Ministro Luiz Fux, o Ministro dispôs que:

[...] resta inafastável a constatação de que o procedimento apontado como violado restringe-se à interpretação do artigo 91 do Regimento Interno do Senado Federal, que regula o procedimento a ser adotado na hipótese de interposição do recurso previsto no artigo 58, § 2º, I, da Constituição Federal.

---

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Extraordinário 1219094/RS**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 05 de julho de 2019. Lex: Jurisprudência do Supremo Tribunal Justiça, Data de Publicação: DJe 06 de agosto de 2019



Dessume-se que o acórdão recorrido, diante da situação fática descrita nos autos, envolveu exclusiva interpretação de dispositivos regimentais, ficando retida a matéria ao âmbito de discussão parlamentar. Nesse sentido é a lição doutrinária de Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes (Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 35ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 35), ao dispor que “atos interna corporis do Legislativo são aquelas deliberações do Plenário, das Comissões ou da Mesa que entendem direta e exclusivamente com as atribuições e prerrogativas da corporação”.

Consecutariamente, a matéria julgada pelo Tribunal a quo revela-se exclusivamente interna corporis, cujo controle deve ser realizado no âmbito da própria Casa Legislativa, sob pena de ultraje à Separação de Poderes e à independência do Senado Federal para disciplinar o seu funcionamento de acordo com suas normas regimentais, mormente diante da ausência de previsão constitucional expressa sobre a obrigatoriedade de submissão, mediante recurso, ao pleno da Casa Legislativa de matéria decidida pelas Comissões.<sup>40</sup>

Portanto, o Supremo Tribunal Federal entende que a apreciação da alegada inconstitucionalidade resultaria na violação do princípio da separação dos poderes, por ser competência exclusiva do Legislativo deliberar sobre as questões *interna corporis* ali tratadas.

### 3.3 Pacote Anticrime - Lei nº 13.964/2019

Com a vigência da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), aplica-se a nova redação a respeito do tema. A inclusão do inciso VII, no § 2º do art. 157 do Código Penal, retornou com a previsão do crime de roubo cometido com arma branca, sendo a pena do caput aumentada de 1/3 (um terço) até metade. Dessa forma, os crimes praticados a partir de 23/01/2020, data em que entrou em vigor a nova lei, já terão a aplicação do novo dispositivo, já aqueles praticados antes da vigência da nova lei,

---

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Extraordinário 1257182/DF**. Relatora: Min. Luiz Fux, 03 de abril de 2020. Lex: Jurisprudência do Supremo Tribunal Justiça, Data de Publicação: DJe 04 de abril de 2020



serão julgados de acordo com o entendimento da constitucionalidade da Lei nº 13.654/2018, declarada por cada tribunal. Vejamos recente jurisprudência sobre o tema:

RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO USO DE ARMA BRANCA (FACA). INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. DADO

PROVIMENTO AO RECURSO. 1. Na oportunidade deste julgamento, esta matéria em discussão já estará sob outra regência, a das disposições da Lei 13.964/2019 (Do Pacote Anticrime), que voltou a considerar o crime de roubo como qualificado pelo uso de arma branca. Mas, reconhecida pelo Conselho Especial deste Tribunal a inconstitucionalidade formal do art. 4º da Lei nº 13.654/2018, que não mais considerava o uso de arma branca como causa de aumento de pena no crime de roubo; impunha-se a aplicação do direito conforme a redação anterior do Código Penal, que assim dispunha: “ROUBO - Art. 157, § 2º, inciso I - A pena aumenta-se de um terço até a metade, se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma”. 2. Dado provimento ao recurso do Ministério Público.<sup>41</sup>

APELAÇÃO CRIME. ROUBO MAJORADO PELA UTILIZAÇÃO DE ARMA BRANCA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA DE ROUBO. DESNECESSIDADE DE POSSE MANSA E PACÍFICA DA RES FURTIVA PARA CONSUMAÇÃO DE DELITO. IMPROCEDÊNCIA. MAJORAÇÃO DA PENA COM BASE EM AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DO STJ. ABOLITIO CRIMINIS PARCIAL. LEI N.13.654/2018. RETROATIVIDADE. DECOTE DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. RECURSO DESPROVIDO. PENAS REDUZIDAS DE OFÍCIO.

1.1. Não procede a pretendida desclassificação de roubo consumado para a forma tentada com base no argumento de que a ré foi presa em flagrante logo após a prática da subtração, não

---

<sup>41</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2. Turma Criminal). **Agravo em Execução 07002701620208070000/DF**. Relator: Des. João Timóteo de Oliveira, 27 de fevereiro de 2020. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 06 de março 2020



tendo a posse tranquila da res furtiva. 1.2 Segundo entendimento pacificado não só no âmbito desta Câmara, mas também no Superior Tribunal de Justiça, "consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desviada (Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 9/11/2015)". (REsp 1519860/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 25/05/2018). 2.1. "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base" (Súmula n. 444 do STJ). 2.2 Em razão da entrada em vigor da Lei n.13.654, de 23.04.2018, o emprego de armas que não sejam de fogo passou a configurar tão somente a grave ameaça caracterizadora do roubo simples, uma vez que foi revogado o inciso I do parágrafo segundo do artigo 157 do Código Penal, com a criação de majorante específica para o emprego de arma de fogo, a qual culminou na elevação da fração de acréscimo para 2/3 (art. 157, § 2º - A, inciso I, do Código Penal). 2.3. Assim, por força da nova redação do artigo 157 do Código Penal promovida pela Lei nº13.654, de 23.04.2018, exclui-se, de ofício, a majorante por utilização de arma (branca) artigo 157, §2º, I, do Código Penal, eis que, no decorrer do julgamento do presente feito, sobreveio a referida abolição criminis parcial. 2.4. Quanto à alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019, que introduziu o inc. VII no § 2º do art. 157 do Cód. Penal, fazendo ressurgir a majorante do emprego de arma branca, não se deve aplicá-la no caso concreto em face do princípio da irretroatividade da lei mais grave, conforme deliberado por esta Câmara, por unanimidade de votos, quando da apreciação do Apelo n. 0010822-10.2015.8.06.0154, na sessão de julgamento ocorrida no dia 11 de fevereiro de 2020, sob a relatoria do Des. Francisco Carneiro Lima. 2.5. Quanto ao regime prisional inicial, impositiva a alteração do semiaberto para o aberto, haja vista a ausência de circunstâncias judiciais negativas, nos termos do art. 33, § 2º, "c" do Cód. Penal. 3. Recurso desprovido por unanimidade. Penas e regime prisional alterados de ofício. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso de apelação para negar-lhe provimento, alterando-se, de ofício, as penas aplicadas e o regime prisional inicial, tudo nos termos do voto da relatora.



Fortaleza, 28 de abril de 2020. DESA. LÍGIA ANDRADE DE  
ALENCAR MAGALHÃES Relatora.<sup>42</sup>

Verifica-se portanto que, a partir da vigência do Pacote Anticrime, ocorreu uma pacificação a respeito do tema, sendo que nos crimes ocorridos no período da *vacatio legis* cada Tribunal estadual possui a discricionariedade para aplicar o seu entendimento a respeito da inconstitucionalidade da Lei nº 13.654/2018.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico brasileiro tem sido alterado, com o passar dos anos, para que haja uma maior compatibilidade com o período vivido pela sociedade, visando uma adequação da pena aplicada aos crimes praticados.

A alteração trazida pela Lei nº 13.654/2018 revogou o inciso que trazia a previsão da causa de aumento de pena do crime de roubo praticado com arma, causando uma omissão sobre o tipo de roubo mais recorrente, o praticado com arma branca, e penalizando de maneira mais incisiva o realizado com arma de fogo.

Na temática abordada fica evidente a ocorrência da *novatio legis in melius*, visto que a nova lei irá beneficiar os réus que foram enquadrados nesse tipo penal agora inexistente (MASSON, 2010)<sup>43</sup>. Com a ocorrência da *novatio legis in melius* (nova lei que beneficia o réu) ela deverá retroagir ainda que o fato já esteja decidido por sentença condenatória transitada em julgado. Tal aplicação está prevista tanto na

---

<sup>42</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará (1. Câmara Criminal). **Apelação 00298677120158060001/CE**. Relatora: Des. Lígia Andrade de Alencar Magalhães, 28 de abril de 2020. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará, Data de Publicação: DJe 29 de abril 2020

<sup>43</sup> MASSON, C. R. **Direito Penal Esquematizado Parte Geral**. Vol 1. 3ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010



Constituição Federal, art. 5º, inciso XL<sup>44</sup>, quanto no Código Penal, art. 2º<sup>45</sup>, parágrafo único.

Houve, nesse momento, questionamentos nos Tribunais estaduais acerca da (in)constitucionalidade do ato normativo que alterou esses dispositivos, não tendo ocorrido uma unanimidade a respeito do tema. Ao alcançar as instâncias superiores, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a constitucionalidade da lei, devendo, sua aplicação, beneficiar os então condenados pelo crime de roubo com uso de arma branca, pela reanálise da sua pena estabelecida em sentença condenatória e que a declaração se a referida lei é ou não constitucional é competência do Supremo Tribunal Federal.

O STF ainda não fez a análise em sede de controle concentrado, sendo esta realizada de forma incidental pelos magistrados de primeiro grau e Tribunais de Justiça, sendo a matéria tratada uma questão *interna corporis*, sob violação do princípio da separação dos poderes.

A Lei nº 13.964/2019, conhecido como Pacote Anticrime trouxe uma solução para referida ausência legislativa, incluindo um inciso específico, com causa de aumento, para os crimes de roubo praticados com arma branca.

Por fim, após estudo e análise sobre o tema, verifica-se que a alteração trazida pela Lei nº 13.654/2018 é constitucional devendo ser aplicada a lei mais benéfica até a data de vigência do Pacote Anticrime, Lei nº 13.964/2019.

## REFERÊNCIAS

---

<sup>44</sup> Art. 5º, XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

<sup>45</sup> Art. 2º, parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado





BITENCOURT, C. R. **Manual de Direito Penal: parte geral, v. 1.**, 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 3.665, de 20 de novembro de 2000**. Institui Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3665.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3665.htm). Acesso em: 07 out. 2019.

BRASIL. **Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. **Parecer Senado Federal n. 141, de 2017**. Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Projeto de Lei do Senado nº 149, de 2015. Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7267047&disposition=inline>. Acesso em: 05 jan. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 149, de 2015**. Institui projeto de lei para alteração do Código Penal. Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3599802&ts=1567535301486&disposition=inline>. Acesso em: 05 jan. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 9.160/2017**. Institui análise do PLS n. 149/2015.

Disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1625279&filename=PL+9160/2017](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1625279&filename=PL+9160/2017). Acesso em: 05 jan. 2020.

BRASIL. **Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011\\_17\\_capSumula231.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf). Acesso em: 05 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 436314/SC**.

Habeas corpus. Substitutivo de recurso especial. Não cabimento. Roubo circunstanciado. Dosimetria. Emprego de arma branca (canivete). Lei n. 13.654/18. *Novatio legis in mellius*. Aplicação em benefício do réu. Pena-base. Personalidade. Conduta social. Análise desfavorável com fundamento em condenações transitadas



em julgado. Inviabilidade. Consequências do crime. Majoração fundamentada. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem parcialmente concedida. De ofício. Relator: Min. Felix Fischer, 16 de agosto de 2018. Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Data de Publicação: DJe 21 de agosto 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 446919/SP**. Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Roubo circunstanciado. Emprego de arma branca. Lei n. 13.654/18. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Circunstância afastada. Maus antecedentes. Condenação transitada em julgado atingida pelo prazo depurador de cinco anos. Motivação idônea para incremento da pena-base. Regime fechado indevidamente imposto. Pena-base acima do mínimo legal. Circunstância judicial desfavorável. Pena inferior a 4 anos de reclusão. Possibilidade do regime semiaberto. Constrangimento ilegal evidenciado. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 12 de junho de 2018. Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Data de Publicação: DJe 20 de junho 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Interno no Habeas Corpus 432571/SC**. Direito Penal. Agravo Regimental. Roubo circunstanciado. Sentença. Dosimetria. Emprego de arma branca. *Novatio Legis in Mellius*. Lei 13.654/18. Recurso provido. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 22 de maio de 2018. Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Data de Publicação: DJe 04 de junho de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1687565/MS**. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 18 de setembro de 2018. Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Data de Publicação: DJe 25 de setembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Extraordinário 1219094/RS**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 05 de julho de 2019. Lex: Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, Data de Publicação: DJe 06 de agosto de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Extraordinário 1257182/DF**. Relatora: Min. Luiz Fux, 03 de abril de 2020. Lex: Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, Data de Publicação: DJe 04 de abril de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo em Execução Penal 10145170013133001/MG**. Relator: Des. Matheus Chaves Jardim, 21 de março de



2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Data de Publicação: DJe 29 de março 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (1. Câmara Criminal). **Apelação Criminal 00134168220178240038/SC**. Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato, 31 de outubro de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (7. Câmara de Direito Criminal). **Apelação Criminal 00010998420178260559/SP**. Relator: Des. Eduardo Abdalla, 13 de fevereiro de 2019, 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, Data de Publicação: DJe 15 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (7. Câmara de Direito Criminal). **Apelação Criminal 15212899520198260050/SP**. Relator: Des. Eduardo Abdalla, 02 de fevereiro de 2019, 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, Data de Publicação: DJe 05 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (Órgão Especial). **Arguição de Inconstitucionalidade nos autos do processo 0017882-48.2018.8.26.0000**. Voto divergente: Des. Alex Zilenovski, 05 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-divergente-tj-sp-roubo-arma-branca.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará (1. Câmara Criminal). **Apelação 00298677120158060001/CE**. Relatora: Des. Lúgia Andrade de Alencar Magalhães, 28 de abril de 2020. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará, Data de Publicação: DJe 29 de abril 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2. Turma Criminal). **Agravo em Execução 07002701620208070000/DF**. Relator: Des. João Timóteo de Oliveira, 27 de fevereiro de 2020. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 06 de março 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20180910093614/DF**. Relator: Des. Jair Soares, 26 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 01 de outubro 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Conselho Especial). **Arguição de Inconstitucionalidade 20180020058025/DF**. Relatora: Des. Vera



Andrighi, 23 de outubro de 2018. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 08 de novembro 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Criminal 20170610086064/DF**. Relator: Des. Mario Machado, 08 de novembro de 2018. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 21 de novembro 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Revogação do inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal – Erro na Publicação do Ato Normativo Revogador – Inconstitucionalidade formal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-05/lei-diminuiu-pena-roubo-arma-branca-constitucional>. Acesso em: 18 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (7. Câmara Criminal). **Apelação Criminal 70081726366/RS**. Relator: Des. Viviane de Faria Miranda, 29 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Data de Publicação: DJe 30 de agosto 2019.

CUNHA, R. S. **Direito penal: parte especial**. São Paulo: RT, 2008. v. III, p. 131.

GRECO, R. **Código Penal: comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 472.

GRECO, R. **Curso de Direito penal: parte especial. Vol. II**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 588.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal. Vol. VII**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

LIPPEL, G. L.; BAPTISTA, C. A. **(In)constitucionalidade da Lei N. 13.654/2018: retirada da majorante no crime de roubo praticado com o emprego de arma branca**. IX Simpósio Jurídico dos Campos Gerais. ISSN 2178-3314. 2018.

MASSON, C. R. **Direito Penal Esquematizado Parte Geral. Vol 1**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal. Vol. 2**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 54.



NUCCI, G. de S. **Código Penal Comentado**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 928.

NUCCI, G. de S. **Curso de direito penal, v.1: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VALENTE, F. **Lei que diminuiu pena em roubo com arma branca é constitucional, decide TJ-SP**. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-05/lei-diminuiu-pena-roubo-arma-branca-constitucional>. Acesso em: 22 set. 2019.

VIVES ANTÓN, T.S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Derecho Penal. Parte Especial**. 3. ed. Valência: Tirant lo Blench, 1999, p. 405.



# SOLUÇÕES NEGOCIADAS NA JUSTIÇA PENAL BRASILEIRA

Camila Batistella

## RESUMO

A justiça penal de soluções negociadas se apresenta como medida alternativa para o sistema de justiça criminal brasileiro, marcado por um processo penal em que predomina o tradicional espaço de conflituosidade. O presente artigo examina a introdução dos mecanismos negociais no ordenamento jurídico brasileiro e seu processo de expansão. A análise parte do movimento de expansão da justiça penal negociada nos países do sistema de *civil law*, a fim de identificar se tal expansão se traduz em um movimento de americanização do processo penal. Após a identificação das razões e das inspirações dessa expansão pelos países de tradição continental, adentra-se no cenário jurídico brasileiro para a análise dos mecanismos consensuais positivados até o atual momento na legislação pátria, bem como das propostas legislativas que tramitam no Congresso Nacional com a intenção de ampliar tais mecanismos, assim como seu âmbito de aplicação. Como metodologia, foi utilizada a análise documental nacional e internacional, especialmente dos atos normativos, e a revisão da literatura específica sobre a justiça penal de soluções negociadas. Nas considerações finais, sustenta-se que a expansão da justiça penal de soluções negociadas reflete um efetivo equacionamento de respostas alternativas para os conflitos penais e que o Direito brasileiro deve continuar avançando nesse movimento de expansão a fim de incorporar acordos processuais penais para os processos que já se encontram em curso com o propósito de solucionar a culpa do acusado de forma antecipada com a aplicação imediata de pena.

**Palavras-chave:** Acordos processuais penais. Consenso. Mecanismos negociais. *Plea bargaining*. Soluções alternativas.

## 1 INTRODUÇÃO

A utilização de acordos processuais penais como forma de resolução de conflitos criminais está diretamente associada ao direito norte-americano. Porém, a



justiça penal de soluções negociadas como medida alternativa que possibilita a celebração de acordos processuais penais entre acusação e defesa com o objetivo de evitar, ou ao menos de abreviar, a tradicional persecução penal em juízo tem ganhado cada vez mais espaço nos ordenamentos jurídicos dos países de *civil law*.

A discussão acerca da adoção de mecanismos negociais que visam simplificar e tornar mais céleres os procedimentos criminais tem se expandido e se fortalecido inclusive no Brasil, que tem seu sistema de justiça criminal marcado por altas taxas de criminalidade, pela ineficiência para lidar com todas as notícias de crimes formalmente comunicadas, pelo sentimento de impunidade e pela morosidade na tramitação dos processos criminais.

Dentre outras, essas são algumas das características que deixam evidente a necessidade de aprimoramento do sistema de justiça criminal brasileiro a fim de se alcançar uma gestão mais eficiente e mais célere. Nesse contexto, a busca por soluções alternativas para o conflito penal que reconheçam a necessidade de ampliar os espaços de consenso em relação ao tradicional espaço de conflito, marcado pela observância de procedimentos preestabelecidos e pela exaustiva instrução probatória em juízo, tem se mostrado como uma opção à crise enfrentada pelo sistema de justiça criminal brasileiro.

O presente trabalho se propõe, portanto, a problematizar o processo de introdução da justiça penal de soluções negociadas no Direito brasileiro e o movimento de expansão na adoção de mecanismos negociais no ordenamento jurídico pátrio. A propagação da justiça penal de soluções negociadas pelos ordenamentos jurídicos de países de tradição jurídica continental traduz um movimento de americanização do processo penal nos países de *civil law*? Quais são as inspirações e as razões de expansão dos mecanismos negociais de soluções alternativas para os países continentais? Qual a conformação dos acordos



processuais penais já positivados na legislação penal pátria? As principais propostas legislativas que ainda tramitam no Congresso Nacional pretendem ampliar o âmbito de incidência das soluções penais negociadas no ordenamento jurídico brasileiro? O Brasil deve avançar no sentido da promoção da justiça penal de soluções negociadas? Essas são as perguntas que o presente trabalho busca responder.

Para tanto, em um primeiro momento, são analisados os processos de introdução e consolidação da justiça penal de soluções negociadas em dois importantes países do sistema de *civil law*, Alemanha e Itália, e as principais recomendações e orientações normativas dispostas na ordem jurídica internacional que buscam promover as soluções alternativas para o conflito penal. Posteriormente, adentrando-se de forma específica no cenário jurídico nacional, é feita a análise do estado de coisas da justiça penal de soluções negociadas no processo penal brasileiro e, para além das mudanças mais recentes incorporadas na legislação pátria, a análise das principais proposições a respeito das soluções penais negociadas ainda em tramitação no Congresso Nacional.

Metodologicamente, a presente pesquisa se vale de análise documental, consistente na avaliação dos principais documentos normativos internacionais que estimulam a adoção de soluções alternativas no processo penal, da legislação nacional que regulamenta os institutos negociais já vigentes no Direito brasileiro e das principais proposições legislativas que ainda tramitam no Congresso Nacional que abordam o tema, além da revisão da literatura específica sobre a justiça penal de soluções negociadas no Brasil. A pesquisa se insere no marco jurídico-compreensivo (GUSTIN; DIAS, 2010, p. 28), dirigido à problematização da introdução da justiça penal de soluções negociadas no Brasil e às repercussões da sua adoção no ordenamento jurídico pátrio.





## 2 EXPANSÃO DOS ACORDOS PROCESSUAIS PENAIS: UMA JUSTIÇA PENAL DE SOLUÇÕES NEGOCIADAS

A utilização da justiça negociada no âmbito penal e processual penal está diretamente associada aos *plea agreements* do direito norte-americano. Tratam-se de instrumentos processuais utilizados nos Estados Unidos desde o século XIX por meio do quais as partes - acusação e acusado - negociam um acordo acerca de determinado caso penal. De um modo geral, o acordo está sujeito à homologação judicial e consiste na barganha de benefícios e de renúncias com o objetivo de se alcançar uma solução antecipada que seja satisfatória para ambas as partes (LANGER, 2017, p. 73).

Por um lado, quando a negociação é feita em torno do conteúdo da acusação, ou seja, dos próprios fatos imputados ao acusado, tem-se um acordo de *charge* ou *fact bargaining*. Esta espécie de acordo é compatível com ordenamentos de ampla discricionariedade persecutória e se apresenta de forma significativa no direito estadunidense. Por outro lado, quando a barganha é sobre a pena que será imposta ao acusado na sentença condenatória, tem-se um acordo de *sentencing bargaining* (SUXBERGER, 2019b, p. 120).

Define-se como *plea* a posição adotada pelo acusado diante do fato que lhe é formalmente imputado em juízo. Como regra, o acusado pode se declarar *guilty plea* ou *not guilty*. Ao se posicionar como *guilty plea*, o acusado admite ser culpado pelo fato que lhe é atribuído e aceita a imposição de uma pena reduzida de forma imediata e antecipada. Em contrapartida, quando se declara *not guilty*, o acusado afirma ser inocente, nega o fato que lhe é imputado e se sujeita ao processo, o *full trial* (NARDELLI, 2014, p. 341-342).

Existe ainda uma terceira espécie de declaração, admitida na jurisdição federal e em alguns estados norte-americanos, denominada de *nolo contendere*.



Nessa figura, o acusado não se declara culpado pelo fato, mas também não se opõe à acusação, aceitando a responsabilização. Nesse caso, assim como na *guilty plea*, o acusado aceita a imposição imediata e antecipada da pena. A diferença se dá em relação aos reflexos na esfera cível, uma vez que o *nolo contendere* não produz efeito sobre eventual ação civil de reparação de danos causados pelo crime (VASCONCELLOS, 2015, p. 62-63).

A resolução de conflitos por meio de acordos é a regra no sistema de justiça norte-americano. Vasconcellos (2015, p. 60) aponta que, a depender da região a ser estudada, a taxa de condenações obtidas a partir da barganha varia entre 90 a 98% nos Estados Unidos. No entanto, embora o sistema jurídico norte-americano seja figura central quando se fala em justiça penal negociada, os acordos penais também têm conquistado seu espaço nos ordenamentos continentais.

Conforme Suxberger e Gomes Filho (2016, p. 383-384), a introdução de mecanismos de justiça penal negociada em ordenamentos jurídicos do sistema *civil law* é marca da segunda metade do século XX e do início do século XXI. Langer afirma que as razões dessa introdução variam conforme a jurisdição considerada, mas que uma razão comum é o aumento da criminalidade experimentado a época (2017, p. 76).

Deve-se ressaltar que, embora a introdução da justiça penal negociada nos ordenamentos continentais tenha inspiração no modelo norte-americano, não se trata propriamente de um movimento de americanização do processo penal em países de *civil law*, mas sim de um movimento de expansão da utilização do consenso na resolução de conflitos penais em diferentes sistemas jurídicos. Portanto, "a expansão generalizada dos acordos penais não significa a expansão igualmente generalizada da *plea bargaining*" (SUXBERGER, 2019b, p. 119). Isso significa dizer que os países de tradição continental apresentam características próprias no processo de



introdução dos acordos processuais penais em seus ordenamentos jurídicos. A fim de ilustração, vejamos os exemplos da introdução do *Absprachen* na Alemanha e do *Patteggiamento* na Itália.

O ordenamento jurídico alemão possui a legalidade como regra, ou seja, em caso de notícia da prática de um crime deve ocorrer a persecução penal. Há reduzido espaço para o exercício de discricionariedade persecutória, seja por decorrência de oportunidade, seja por acordo entre acusação e investigado. Nesse país, a justiça penal negociada surgiu por volta década de 1970, desenvolvendo-se de modo informal, sem qualquer espécie de previsão legal. Criou-se na prática forense a possibilidade de negociação em casos confessados para a agilização do processo e a limitação da pena a ser imposta, chamada de *Absprachen*. No entanto, em torno desse novo instituto surgiram diversas críticas e discussões, ao passo que, em 1997, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (BGH) fixou as primeiras diretrizes para a aplicação do *Absprachen*. Foi decidido que o acordo não era contrário ao direito, mas que tratava-se de uma exceção ao sistema processual, havendo a necessidade de sua regulamentação (BRANDALISE, 2016, p. 79-86; VASCONCELLOS; MOELLER, 2016, p. 23).

O § 257c do *Strafprozeßordnung*<sup>1</sup> (StPO), que regula legalmente a realização de acordos, foi acrescentado apenas em 2009. Nos termos da previsão legal, em casos adequados, o tribunal pode chegar a um acordo com as partes sobre o curso e o resultado do processo. A fixação do acordo deve ser realizada em juízo e em audiência, atendendo às regras da oralidade e da publicidade. O acusado sempre deve ser orientado em relação às consequências da celebração do acordo. A confissão do acusado deve estar presente nos acordos. A proposta de confissão pode ser feita antes ou durante o julgamento e pode partir do acusado, do juiz ou do

---

<sup>1</sup> Código de Processo Penal alemão



representante do Ministério Público. É permitida apenas a negociação de limites mínimos e máximos de pena. Os acordos do tipo *charge bargaining* são proibidos. O acordo se concretiza quando o acusado e representante do Ministério Público concordam com a proposta do tribunal (BRANDALISE, 2016, p. 88-89; GERMANY, 1987, p. 128-129; VASCONCELLOS; MOELLER, 2016, p. 25).

A pena em concreto deverá ser definida pelo juiz a partir das circunstâncias relacionadas ao fato e às pessoas que dele participaram (BRANDALISE, 2016, p. 88). Se, por algum motivo superveniente, o juiz entender que os limites mínimos e máximos estabelecidos no acordo não são mais adequados às circunstâncias do caso concreto, poderá, excepcionalmente, deixar de seguir esses limites (GERMANY, 1987, p. 128-129; VASCONCELLOS; MOELLER, 2016, p. 25).

Brandalise (2016, p. 89-90) assevera que a confissão do acusado, por si só, não possui a capacidade de ensejar uma condenação antecipada com uma pena menor, uma vez que permanece ao juiz o dever da busca pela verdade material. Assim, o acordo possui a finalidade de encurtar o processo, mas não de encerrá-lo. Vasconcellos e Moeller (2016, p. 25) destacam que deve ser analisada a veracidade da confissão e se houver dúvida o acordo deverá ser rejeitado pelo juiz. Caso o acordo não seja aceito ou finalizado, a confissão do acusado não poderá ser utilizada contra ele (GERMANY, 1987, p. 128-129).

Schunemann (2013, p. 307) aponta que na *Absprachen* os protagonistas da negociação são o juiz e a defesa, diferentemente do sistema americano, restando ao Ministério Público uma menor participação através da possibilidade de veto. Langer (2017, p. 81) e Brandalise (2016, p. 89-90) ressaltam que outra diferença entre os dois sistemas é o acesso que a defesa possui às provas produzidas pela acusação no modelo alemão, o que resulta em maior poder de negociação para o acusado, diminuindo a possibilidade da prática de *overcharging*.



Brandalise (2016, p. 89-90) entende que o modelo alemão está mais próximo do *nolo contendere* americano, uma vez que o acordo não considera a confissão como um *guilty plea*, ou seja, a confissão não implica em uma condenação imediata, se mostrando mais como uma não contestação da acusação imposta. No mesmo sentido, Schunemann (2013, p. 307) afirma não ser possível a existência do *guilty plea* no processo penal alemão por não se tratar de um sistema adversarial e por estar adstrito à busca da verdade material.

Em 2013, a Corte Constitucional alemã (BVerfG) atestou a constitucionalidade da legislação referente aos acordos no processo penal, sob o argumento de que as limitações estabelecidas respeitam as garantias essenciais dos acusados e o processo penal alemão. Foi evidenciada a necessidade de respeito à busca da verdade, à publicidade e à proporcionalidade das punições, do acusado estar ciente de seus direitos e das consequências resultantes da celebração do acordo, de o acordo se referir somente ao objeto do processo em questão, bem como a necessidade das negociações serem registradas nos processo (BRANDALISE, 2016, p. 91-92; VASCONCELLOS; MOELLER, 2016, p. 27-28).

Langer (2017, p. 89-90) assevera que, diversamente do que ocorreu no sistema alemão, a inserção da justiça penal negociada na Itália fez parte de uma reforma processual penal que tinha certo apoio político e se inspirou no sistema adversarial estadunidense. Assim, mesmo com previsão constitucional expressa no sentido da obrigatoriedade da ação penal<sup>2</sup>, o Código de Processo Penal publicado em 1988 trouxe para o ordenamento italiano a possibilidade de negociação de acordos entre acusação e defesa como forma de resolução de casos penais (BRANDALISE, 2016, p. 93; 95).

---

<sup>2</sup> Artigo 112 da Constituição da República Italiana (ITÁLIA, 1947, p. 51).



O mecanismo de consenso mais difundido no sistema italiano é o *patteggiamento*, compreendido como a aplicação da pena por requisição das partes. A defesa e a acusação negociam um acordo sobre a sentença e requerem ao juiz a sua aplicação. A negociação não pode ser do tipo *charge bargaining*. A redução da pena negociada não pode superar a um terço da pena cabível para o caso. O acordo se restringe aos casos em que a sentença não supere cinco anos de prisão após a aplicação da redução negociada. Caso o juiz entenda que não se trata de hipótese de absolvição do acusado e que a sentença proposta é proporcional ao crime praticado, haverá a aplicação da pena requerida (LANGER, 2017, p. 93-94).

Ao juiz não cabe interferir no conteúdo do acordo. Cabe a ele a aceitação do acordo, por sentença, ou a sua recusa, de forma fundamentada. Caberá ao juiz rejeitar o acordo caso entenda que a pena acordada não seja adequada ao caso em questão. Havendo a rejeição, o acordo é devolvido à acusação, que poderá readequá-lo. Caso isso não aconteça, haverá o julgamento do processo. O juiz não poderá utilizar o acordo frustrado como fundamento de condenação (BRANDALISE, 2016, p. 98).

Caso a acusação não aceite celebrar um acordo com o acusado e o juiz entenda que essa recusa é injustificada, a sentença será proferida conforme os termos propostos pelo acusado, ou seja, o juiz reduzirá a pena ainda que após o transcorrer de todo o procedimento ordinário. Assim, tem-se a consagração do acordo como um direito subjetivo do réu (VASCONCELLOS; CAPARELLI, 2015, p. 446).

Na decisão nº 313/1990, a Corte Constitucional Italiana, ao analisar a constitucionalidade do mecanismo do *patteggiamento*, afirmou a necessidade de análise da pena pelo juiz, de forma que haja o controle da sua proporcionalidade e da sua adequação. A Corte entendeu, ainda, que o referido instrumento negocial atende aos dispositivos constitucionais que determinam a legalidade da persecução penal, a



liberdade pessoal, o direito à defesa e à presunção de inocência, bem como aos princípios da sujeição do juiz unicamente à lei, da exclusividade jurisdicional na determinação da pena e da necessidade de motivação das decisões (BRANDALISE, 2016, p. 96-97; ITALIA, 1990; VASCONCELLOS; CAPPARELLI, 2015, p. 446-447).

Brandalise (2016, p. 100-101) aponta que existe entendimento no sentido de que o *patteggiamento* se aproximaria do *nolo contendere* americano, uma vez que não haveria reconhecimento de culpa do acusado, tampouco a sua confissão, quando da aceitação do acordo, mas apenas a negativa de contestar a ação penal em troca da obtenção de benefícios. Assim, o acusado renunciaria apenas o contraditório, mas não a presunção de inocência. Todavia, o autor ressalta que a jurisprudência italiana tem entendido o *patteggiamento* como uma forma de admissão de responsabilidade, com renúncia, ainda que tácita, da presunção de inocência, visto que não seria possível aplicar uma pena sem o reconhecimento de responsabilidade.

Percebemos, portanto, que atualmente o uso dos acordos processuais penais é medida presente e estimulada não apenas no ordenamento norte-americano, mas também nos ordenamentos dos países europeu-continentais, inclusive com características próprias que se alinham às particularidades dos sistemas de justiça criminal de cada país. Além disso, ao direcionarmos o olhar para o plano internacional, constatamos que o movimento de expansão da utilização de mecanismos consensuais na resolução de conflitos penais também recebe arrimo, uma vez que é possível encontrarmos na ordem jurídica internacional recomendações e orientações normativas no sentido da promoção do uso de soluções negociadas e abreviadas a fins de aprimoramento dos sistemas de justiça criminal.

No cenário europeu, de onde é sabido que o direito brasileiro busca inspirações, a Recomendação nº R(87) 18 do Comitê de Ministros do Conselho da



Europa, de 1987, trata da simplificação da justiça criminal, incentivando a introdução e a ampliação do uso da discricionabilidade no exercício da atividade acusatória. Assim, é estabelecida uma série de medidas para se evitar a judicialização de casos de menor ofensividade (COUNCIL OF EUROPE, 1987, p. 1-2).

No tocante aos acordos, a Recomendação estabelece que os estados-membros devem revisar sua legislação a fim de permitir que as autoridades competentes promovam a possibilidade de celebração de acordos extrajudiciais. As categorias de delito em que caberá o acordo, bem como as condições que poderão ser propostas pelas autoridades ao acusado serão determinadas por lei. As condições deverão considerar o pagamento de uma quantia em dinheiro ao Estado ou a uma instituição de natureza pública ou beneficente, a restituição de bens ou vantagens obtidas pela prática do crime e a fixação de uma indenização adequada à vítima da infração. A aceitação do acordo extrajudicial e o cumprimento das condições impostas ao acusado impedem de forma definitiva o início de um processo para apurar aquele crime (COUNCIL OF EUROPE, 1987, p. 3-4).

Adicionalmente, nos países-membros em que é permitido pelas tradições constitucionais e legais, a Recomendação incentiva a adoção e a aplicação de *guilty pleas* (acordos de culpa) ou de procedimentos similares a este. Nessa hipótese, em um estágio inicial do processo, o acusado comparece em juízo a fim de declarar publicamente se aceita ou nega as acusações a ele imputadas. Se a declaração do acusado for no sentido de que aceita as acusações, o juízo poderá sentenciá-lo dispensando a instrução probatória ou pelo menos parte dela (COUNCIL OF EUROPE, 1987, p. 5).

Em 1990, a Assembleia Geral das Nações Unidas estabeleceu, por meio da Resolução nº 45/110, regras mínimas padrão para a elaboração de medidas não





privativas de liberdade, as chamadas Regras de Tóquio. Essas regras têm por objetivo incentivar a adoção, pelos países-membros da Organização das Nações Unidas (ONU), de medidas alternativas à prisão, bem como promover garantias mínimas para os indivíduos sujeitos à aplicação dessas medidas alternativas. As disposições das Regras de Tóquio devem ser aplicadas a todos os indivíduos denominados como infratores, ou seja, a suspeitos, acusados ou condenados, em todas as fases da administração da justiça criminal (BRASIL, 2016, p. 15). Aras (2019, p. 326) aponta que as Regras de Tóquio não possuem apenas um cunho penal, mas também possuem um enfoque processual penal ao tratarem de aspectos direcionados a evitar o próprio processo.

É estabelecido que o sistema de justiça criminal deverá oferecer uma grande variedade de medidas alternativas ao encarceramento, cabíveis desde a fase pré-julgamento até a fase pós-sentença, a fim de se evitar a aplicação de pena privativa de liberdade e de se assegurar uma maior flexibilidade, compatível com a natureza e a gravidade da infração, com a personalidade e os antecedentes do infrator e com a proteção da sociedade (BRASIL, 2016, p. 15).

De maneira específica, ao considerar o tratamento dos infratores, a Regra 2.5 dispõe que se deve evitar ao máximo o apelo aos procedimentos ou julgamentos formais em um tribunal (BRASIL, 2016, p. 16). Nesse sentido, ao tratarem das medidas que podem ser tomadas antes do processo, as Regras de Tóquio determinam que:

5.1 Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos



procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado (BRASIL, 2016, p. 17).

Por sua vez, a Regra 3.4 diz respeito à voluntariedade do infrator, estabelecendo que, se antes ou durante o processo forem aplicadas medidas alternativas à prisão que impliquem em obrigação para o infrator, será necessário o seu consentimento. Já a Regra 3.5 traz a previsão de controle judicial ao estabelecer que as decisões relativas à aplicação de medidas alternativas deverão ser submetidas ao exame da autoridade judiciária ou de qualquer outra autoridade competente, a pedido do infrator (BRASIL, 2016, p. 16).

Adicionalmente, em compêndio de normas e princípios sobre prevenção ao crime e justiça criminal, as Nações Unidas abordam a boa governança da justiça criminal. Ao tratar especificamente das diretrizes sobre o papel dos membros do Ministério Público, prevêem o seguinte em relação às alternativas à instauração do processo:

18. De acordo com lei nacional, os promotores devem dar a devida consideração à desistência de processos, descontinuando procedimentos condicional ou incondicionalmente, ou desviando casos do sistema de justiça formal, com total respeito pelos direitos do(s) suspeito(s) e da(s) vítima(s). Para esse fim, os Estados devem explorar totalmente a possibilidade de adotar planos alternativos, não apenas para aliviar o peso excessivo sobre os tribunais, mas também para evitar a estigmatização da detenção pré-julgamento, indiciamento e condenação, e também os possíveis efeitos adversos do encarceramento (BRASIL, 2009, p. 339).

Incitados por esse cenário de expansão e de estímulo à adoção de mecanismos consensuais como forma de solução alternativa para o conflito penal, vários países, inclusive países latino-americanos, começaram a incorporar em seus sistemas de justiça criminal diversas formas de negociação por meio das quais a



acusação e o investigado, acusado ou réu- a depender da fase processual - podem chegar a um acordo para evitar ou ao menos abreviar a persecução penal em juízo. Vejamos, portanto, como se deu a incorporação da justiça penal negociada no Direito brasileiro e como tem evoluído a regulamentação dos acordos processuais penais na legislação pátria.

### **3 ACORDOS PROCESSUAIS PENAIS NO BRASIL**

Afirma-se no Brasil a adoção do princípio da obrigatoriedade<sup>3</sup> da ação penal pública (PACELLI, 2019, p. 131; LOPES JR., 2019, p. 202; CAPEZ, 2019, p. 171). No entanto, o

movimento de expansão da justiça penal de soluções negociadas alcançou, inclusive, países com influência sobre a tradição jurídica brasileira. O Brasil, então, paulatinamente passou a mitigar a ideia de obrigatoriedade/indisponibilidade da ação penal pública por meio da adoção de alternativas pautadas no consenso na resolução de conflitos penais (BRANDALISE, 2016, p. 136-137).

Os primeiros traços da justiça penal negociada no Brasil surgem com a edição da Lei Federal nº 9.099/95 (BRASIL, 1995), que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, previstos no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Antes desta Lei existiram propostas que pretendiam introduzir mecanismos consensuais no ordenamento jurídico brasileiro, mas que não lograram êxito (VASCONCELLOS, 2015, p. 97-99). A Lei nº 9.099/95 implementou no Brasil um novo modelo de justiça criminal que privilegia os espaços de consenso por meio da valorização de soluções penais fundadas na vontade das partes que integram a relação processual (LIMA, 2016, p. 194).

---

<sup>3</sup> Também chamado de princípio da legalidade



A jurisdição de consenso prevista na Lei nº 9.099/95 intenta a celebração de um acordo entre acusação e defesa, a reparação dos danos causados ao ofendido e a aplicação de pena não privativa de liberdade. Procura-se evitar, sempre que possível, a instauração de um processo penal. Renato Brasileiro de Lima ressalta que, segundo a doutrina, a adoção de medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que têm por objetivo dificultar, evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou a sua execução ou, ainda, pelo menos, a sua redução, sem afastar o caráter ilícito da conduta praticada, traduzem a ideia do que significa a palavra despenalizar (2016, p. 194).

Dessa maneira, são previstos na Lei 9.099/95 três institutos consensuais e despenalizadores precursores: a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Embora cada um desses institutos apresente características próprias e aplique o consenso de maneira diversa, apresentam como ponto comum a aceitação pelo autor do fato da acusação que lhe é imputada, com a renúncia à possibilidade de defesa, e o consentimento deste em se submeter às obrigações que foram acordadas em troca de algum benefício (VASCONCELLOS, 2015, p. 99-101; 110).

O artigo 72 da Lei nº 9.099/95 prevê que em audiência preliminar, que ocorre antes do oferecimento da denúncia ou da queixa, o juiz deve esclarecer às partes acerca da possibilidade de composição dos danos civis, bem como sobre a aceitação da proposta de transação penal. A audiência preliminar tem como objetivo, portanto, a conciliação, seja civil ou penal, e a sua realização está condicionada à presença de advogado. Apenas nos casos em que a audiência preliminar restar infrutífera é que haverá o oferecimento da denúncia ou da queixa (LIMA, 2016, p. 224-225).

A circunstância de o processo já estar em andamento não se apresenta como óbice à efetivação dos institutos consensuais. O artigo 79 da Lei nº 9.099/95



determina que se não tiver havido possibilidade de tentativa de composição civil dos danos e de oferecimento de proposta de transação penal na fase preliminar, estas serão oportunizadas antes da realização da audiência de instrução e julgamento (LIMA, 2016, p. 237; 244).

A composição dos danos refere-se aos danos de natureza civil e ocorre, como regra, no primeiro momento da audiência preliminar. É conduzida pelo juiz ou por um conciliador sob sua orientação e, uma vez que trata de interesses de cunho patrimonial e, portanto, de direitos disponíveis, não há, como regra, a necessidade de intervenção do Ministério Público. Trata-se de uma tentativa de acordo civil entre o ofendido e o autor do fato a fim de se buscar uma solução acordada para o conflito penal por meio da reparação do dano causado à vítima. Se realizado, o acordo será reduzido a escrito e seu termo deverá ser homologado pelo juiz mediante sentença irrecorrível. O juiz não pode modificar o teor da composição civil. Seu papel é apenas homologá-la. Uma vez que não há limitação legal, a composição pode ser concretizada inúmeras vezes, sem restrição temporal (LIMA, 2016, p. 224-226; VASCONCELLOS, 2015, p. 101-102).

Nas ações penais de iniciativa privada ou pública condicionada à representação, a homologação do acordo civil acarreta a renúncia ao direito de queixa ou de representação, respectivamente. Portanto, em ambos os casos, a homologação do acordo resultará na extinção da punibilidade do fato, a sentença homologatória terá eficácia de título executivo judicial de natureza cível e o consenso existirá como forma de resolução da persecução penal. Caso o autor do fato descumpra o acordo, não será restituído à vítima o direito de queixa ou de representação (BRANDALISE, 2016, p. 137-139).

Já nos casos de ação penal pública incondicionada, a celebração do acordo não implica em extinção da punibilidade, sendo possível o oferecimento de proposta



de transação penal ou então da denúncia, hipótese em que a composição civil dos danos eventualmente poderá ser utilizada como causa de diminuição de pena (VASCONCELLOS, 2015, p. 101- 102).

A celebração do acordo de composição dos danos civis busca obter a reparação do dano sofrido pelo ofendido como forma de reconstrução do tecido social violado em alternativa à punição em si. Além disso, uma vez que há a participação direta da vítima, o acordo encontra nela suas reais necessidades materiais e psicológicas. Importante ressaltar que na celebração do acordo deve estar presente o voluntarismo. É necessário que haja a vontade daqueles que conciliam e que esta seja livre e esclarecida quanto aos direitos envolvidos e ao procedimento em si (BRADALISE, 2016, p. 140-141).

O segundo momento da audiência preliminar compreende a transação penal. Trata-se de instituto consensual aplicado às infrações penais de menor potencial ofensivo que surgiu em razão de imposição constitucional<sup>4</sup> e que expressa a natureza negocial de acordo entre acusação e defesa (VASCONCELLOS, 2015, p. 102-103). Caso não seja celebrado o acordo de composição dos danos civis nas hipóteses de crimes de ação penal pública condicionada à representação e de ação penal de iniciativa privada, ou na hipótese de crimes de ação penal pública incondicionada, mesmo que haja a composição civil dos danos, mas desde que não seja o caso de arquivamento, surge a possibilidade de oferecimento da transação penal (LIMA, 2016, p. 235; BRANDALISE, 2016, p. 141).

A transação penal é um acordo celebrado entre o titular da ação penal e o autor do fato delituoso, por meio do qual é proposta a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, ou seja, de pena restritiva de direitos ou de multa, de modo a se evitar o oferecimento da ação penal e, portanto, a instauração do processo.

---

<sup>4</sup> Artigo 98, Inciso I, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).



As implicações que a aceitação da transação penal trará ao autor do fato são essencialmente aquelas estipuladas de forma consensual no respectivo instrumento de acordo (LIMA, 2016, p. 224; 229; 234).

Para que seja proposta a transação penal é necessário que o autor do fato delituoso preencha os requisitos objetivos e subjetivos do art. 76 da Lei dos Juizados Especiais (LIMA, 2016, p. 229). O autor do fato não pode ter sido condenado por sentença definitiva à pena privativa de liberdade pela prática de crime e também não pode ter sido beneficiado por outro acordo de transação penal nos cinco anos anteriores. Adicionalmente, analisa-se os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias fáticas da conduta ilícita para se aferir se a adoção do acordo será necessária e suficiente (VASCONCELLOS, 2015, p. 104-105).

Aceita a proposta de transação penal pelo autor do fato delituoso e pelo seu defensor, esta será submetida à apreciação do juiz, que, após verificar a legalidade da proposta de acordo, aplicará a pena restritiva de direitos ou multa. A decisão que homologa a transação penal não gera antecedentes ou reincidência, reconhecimento de culpa, nem efeitos civis ou administrativos, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos (LIMA, 2016, p. 233). Devidamente cumprida a transação penal, ocorrerá a extinção da punibilidade do fato e estará encerrada a persecução penal (BRANDALISE, 2016, p. 141-142).

Uma vez que, nos termos da Súmula Vinculante nº 35<sup>5</sup> do Supremo Tribunal Federal (STF), a decisão que homologa a transação penal não faz coisa julgada material, o descumprimento pelo autor do fato daquilo que fora imposto pelo acordo

---

<sup>5</sup> Súmula Vinculante nº 35 - A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial (BRASIL, 2014).



implica no oferecimento da denúncia - ou na apresentação da queixa - com o prosseguimento da persecução penal (LIMA, 2016, p. 239).

Brandalise (2016, p. 143) explica que a transação penal aproxima-se do *nolo contendere* americano e não se confunde com a *plea bargaining* ou com a *guilty plea*, uma vez que não é celebrada para fins de obtenção da confissão do acusado para alguma diminuição da imputação ou da pena, bem como porque não há qualquer reconhecimento de culpa em tal hipótese, tendo em vista que a sentença que homologa o acordo não representa condenação e não produz reincidência.

O terceiro instituto despenalizador previsto na Lei nº 9.099/95 que também caracteriza exemplo de espaço de consenso e de justiça negociada no processo penal brasileiro é a suspensão condicional do processo (*sursis processual*). Trata-se de instituto com âmbito de aplicação mais abrangente que a composição civil dos danos e a transação penal, que se restringem às infrações penais de menor potencial ofensivo. A *sursis processual* pode ser proposta nos casos de crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidos ou não pela Lei dos Juizados Especiais, ressalvadas as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher (VASCONCELLOS, 2015, p. 108-109; LIMA, 2016, p. 262-265).

A Lei autoriza o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo ao acusado que não esteja sendo processado ou que não tenha sido condenado por outro crime, além de exigir que estejam presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena, prevista no artigo 77 do Código Penal (LIMA, 2016, p. 265-266). Atendidos os requisitos legais, a proposta de suspensão condicional do processo poderá ser apresentada pelo Ministério Público<sup>6</sup> juntamente com o oferecimento da denúncia, tanto em

---

<sup>6</sup> Nos crimes de ação penal pública, compete ao Ministério Público oferecer a suspensão condicional do





procedimento ordinário, sumário ou sumaríssimo<sup>7</sup> (VASCONCELLOS, 2015, p. 109).

A proposta de acordo será submetida à apreciação do acusado e de seu defensor. A aceitação do benefício constitui ato irretratável, salvo se comprovado que a manifestação de vontade do acusado foi eivada por vício de consentimento. A declaração de vontade do acusado, portanto, deve ser personalíssima, voluntária, formal, vinculada aos termos propostos, tecnicamente assistida e absoluta. Se o acusado não estiver assistido por defesa técnica na audiência designada para aceitação da proposta de *sursis* processual, faz-se necessário declarar a nulidade absoluta da decisão homologatória do acordo (LIMA, 2016, p. 267; 271).

Caso a proposta de acordo não seja aceita pelo acusado e por seu defensor, o processo retoma seu curso normal, com a designação de data para a realização de audiência de instrução e julgamento. Contudo, se aceita a proposta, esta será submetida à apreciação do juiz, que irá analisar a sua legalidade e a voluntariedade da aceitação. Homologada a proposta, o juiz irá receber a peça acusatória e, na sequência, suspender o processo, mediante a submissão do acusado a um período de prova variável de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, sob as seguintes condições: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. O juiz ainda poderá especificar outras condições a que fica

---

processo. Já na hipótese de ação penal privada, a legitimidade para oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo é do querelante. Logo, a recusa do querelante em oferecer a proposta de suspensão condicional do processo inviabiliza por completo a aplicação do benefício em favor do acusado, uma vez que nesse caso o juiz não pode conceder o benefício de ofício, nem tampouco se admite a formulação de proposta pelo Ministério Público (LIMA, 2016, p. 267-268)

<sup>7</sup> No caso do procedimento sumaríssimo, aplicado nos Juizados Especiais Criminais, será proposta a suspensão condicional do processo apenas se não houver sido realizado o acordo de transação penal (VASCONCELLOS, 2015, p. 109).



subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado (LIMA, 2016, p. 271-272).

A suspensão condicional do processo será obrigatoriamente revogada se, durante o prazo do período de prova, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. A revogação do benefício será facultativa se, no curso do prazo, o acusado descumprir qualquer outra condição imposta ou vier a ser processado por contravenção penal. Revogado o benefício da *sursis* processual, o processo retoma seu prosseguimento normal (LIMA, 2016, p. 263; 276).

Transcorrido o período de prova sem a revogação do benefício, o juiz declarará extinta a punibilidade do fato, sem que haja qualquer hipótese de sentença condenatória (BRANDALISE, 2016, p. 145). A concretização do benefício da suspensão condicional do processo não pressupõe reconhecimento de culpa do acusado e não gera maus antecedentes ou reincidência (VASCONCELLOS, 2015, p. 109-110).

Brandalise explica que assim como a transação penal, a suspensão condicional do processo não apresenta similitude com a *plea bargaining* e com a *guilty plea*, mas aproximar-se-ia do *nolo contendere* americano. Não é exigida a assunção de culpa do acusado e a definição jurídica do fato lhe é apresentada no momento em que a acusação é oferecida, ou seja, antes do acusado aceitar celebrar o acordo, sem que haja a possibilidade de alteração. A aceitação da proposta e o cumprimento das condições impostas causam reflexos apenas no prosseguimento da persecução penal. Não se trata de hipótese de condenação e, por consequência, não há negociação a respeito da pena (2016, p. 146).

Recentemente, outro instituto despenalizador ampliou o âmbito de aplicação da justiça penal negociada no Direito brasileiro. Em capítulo próprio, no artigo 18, a



Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (BRASIL, 2017), editada em 7 de agosto de 2017, previu o chamado acordo de não persecução penal, que, conforme Suxberger (2019a, p. 77, grifo nosso), pode ser definido como:

um negócio jurídico-processual celebrado entre o Ministério Público e o investigado confesso de crime praticado sem violência ou grave ameaça contra a pessoa *que autoriza o arquivamento da investigação preliminar*, se esse investigado atender ao que dele se exige como condições pessoais, cumprir medidas similares a penas restritivas de direitos e reparar o dano ou restituir a coisa à vítima.

Posteriormente, em 24 de janeiro de 2018, o artigo 18 da Resolução nº 181 foi alterado pela Resolução nº 183 também do Conselho Nacional do Ministério Público (BRASIL, 2018). O fato do acordo de não persecução penal decorrer do poder regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público fez com que se travassem muitas discussões em torno da sua constitucionalidade. Contudo, em 23 de janeiro de 2020, entrou em vigor a Lei nº 13.964/19 (BRASIL, 2019), denominada de Pacote Anticrime, que inseriu o artigo 28-A no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), de modo a positivar o acordo de não persecução penal em lei.

O acordo de não persecução penal evita a ação penal, uma vez que autoriza o Ministério Público a deixar de oferecer a denúncia nos casos em que eventual condenação em juízo não ensejaria recolhimento à prisão, que o anseio da vítima é atendido por meio da reparação do dano ou da restituição da coisa e o da coletividade por meio da renúncia a bens e direitos, o que equivale aos efeitos genéricos da condenação, e que o investigado é responsabilizado através da submissão voluntária ao cumprimento de medidas equivalentes a penas restritivas de direitos (SUXBERGER, 2019a, p. 77; 84). Neste ponto, vale destacar que o acordo de não persecução penal materializa no ordenamento jurídico brasileiro o disposto nas orientações normativas estabelecidas pelas Nações Unidas, em especial o item



5.1 das Regras de Tóquio (BRASIL, 2016) que, conforme visto anteriormente, trata das medidas alternativas à prisão que podem ser tomadas antes do processo.

Segundo a previsão legal, antes de oferecer a denúncia, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal ao investigado que tiver confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem o emprego de violência ou grave ameaça e com pena mínima cominada inferior a 4 (quatro) anos. Para aferição da pena mínima cominada ao delito serão consideradas as causas de aumento e de diminuição aplicáveis ao caso concreto. Vale destacar que o acordo só terá lugar se não for caso de arquivamento da investigação criminal. Logo, é necessário que o Ministério Público tenha a certeza de que ofertará ação penal no caso para que haja a proposta de acordo de não persecução penal (SUXBERGER, 2019a, p. 98).

O acordo deve ser necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime e o investigado terá de cumprir as seguintes condições previstas nos incisos do artigo 28-A do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) ajustadas cumulativa e alternativamente: reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do artigo 46 do Código Penal; pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do artigo 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com o caso concreto.



O acordo de não persecução penal não será aplicado nas hipóteses em que for cabível a transação penal; que o investigado for reincidente ou que houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; e que o agente tiver sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, pelo acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo. Adicionalmente, em consonância com o previsto no artigo 41 da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), que veda a aplicação dos institutos consensuais previstos na Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, o acordo de não persecução penal também não será aplicado no âmbito desses crimes em favor do agressor, bem como nos crimes praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

O acordo será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor e será formalizado por escrito. Para a sua homologação, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e a sua legalidade. Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. Homologado judicialmente o acordo, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. A vítima será intimada da homologação do acordo.

Em caso de recusa por parte do Ministério Público em propor o acordo, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, conforme previsto no § 14 do artigo 28- A do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).



Após a inserção do acordo de não persecução penal em Lei, a consequência jurídica do cumprimento integral do acordo passou a ser diferente da que era prevista na Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. Agora, o cumprimento do acordo não implica mais no arquivamento da investigação preliminar, mas sim em extinção da punibilidade. O juízo competente decretará a extinção da punibilidade do fato e a celebração e o cumprimento do acordo não constarão de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins de verificação do requisito de não ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração em acordo de não persecução penal. Logo, o acordo de não persecução penal não importa em uma condenação.

Em caso de descumprimento de quaisquer das condições estipuladas no acordo, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. Nessa hipótese, o Ministério Público poderá utilizar o descumprimento do acordo pelo investigado como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. A vítima será intimada em caso de eventual descumprimento do acordo de não persecução penal.

Conforme ressalta Suxberger, o acordo de não persecução penal não se dirige exatamente aos crimes que ensejam recolhimento à prisão. Trata-se de uma medida que atenua o fenômeno da judicialização das questões penais. O cumprimento do acordo redundará na aplicação de medida de responsabilização ao investigado confesso - o que não se trata de aplicação de uma sanção penal no seu sentido mais estrito - em nítida resposta despenalizante e consoante com os anseios atuais de se evitar a judicialização desenfreada de conflitos penais por meio da persecução penal em juízo (2019a, p. 79; 92).

Contudo, o autor supracitado adverte que, embora se cuide de medida despenalizante, uma vez que afasta a tradicional e estigmatizante resposta do Estado



ao cometimento de crimes por meio do processo penal, o acordo de não persecução penal amplia e intensifica o controle penal, dado que retira esfera considerável de insucesso da persecução penal na busca pela imposição de sanção penal. Ao passo que o investigado confesso concorda voluntariamente em se submeter a medidas de responsabilização, ele torna certa a imposição de medida que, embora não caracterize sanção penal em seu sentido mais estrito, cumpre informalmente as missões de retribuição e prevenção inerentes a resposta penal tradicional por meio da imposição de pena (SUXBERGER, 2019a, p. 93).

Nesse mesmo sentido se manifesta Brandalise ao tratar dos institutos consensuais previstos na Lei nº 9.099/95. O autor ressalta que, a partir do confronto do agressor com o crime praticado e as consequências dali advindas, as ideias de prevenção e de retribuição ao crime praticado se mantêm as mesmas da punição estatal clássica (2016, p. 140).

Por fim, cabe mencionar que, embora a colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850/13 (BRASIL, 2013) seja uma espécie de acordo processual e uma forma de justiça negociada, a análise deste instituto ultrapassa as pretensões deste artigo, uma vez que não se trata de um acordo processual que se presta a solucionar os conflitos penais de forma antecipada, ou seja, de modo a evitar ou abreviar a persecução penal em juízo. A colaboração premiada, conforme definido na própria Lei, é meio de obtenção de prova e materializa "uma opção clara de política criminal dirigida à implementação de meios mais eficientes de enfrentamento das organizações criminosas" (SUXBERGER; CASELATO JUNIOR, 2019, p. 223). Embora exista uma hipótese específica em que o Ministério Público poderá deixar de oferecer a denúncia em face do colaborador, em âmbito geral a colaboração premiada não visa evitar o *full trial* do agente que colaborou, ou seja, a colaboração premiada não prescinde do processo-crime contra o colaborador e os benefícios aos quais ele faz jus em razão do acordo são aplicados apenas no momento da sentença.



"Seu objetivo é o sobrestamento da ação, o perdão judicial ou a diminuição do quantum de pena aplicável" (BRANDALISE, 2016, p. 154).

Apreciados os pormenores dos espaços de consenso regulamentados na legislação pátria, pode-se afirmar que a justiça penal de soluções negociadas é realidade no sistema de justiça criminal brasileiro. Todavia, os mecanismos negociais que se prestam a solucionar os conflitos penais de forma antecipada existentes hoje no Direito brasileiro ainda possuem uma abrangência limitada. São acordos processuais que tiveram origem no âmbito das infrações penais de menor e médio potencial ofensivo, através da Lei nº 9.099/95, e que, recentemente, com a introdução da figura do acordo de não persecução penal no Código de Processo Penal, alcançaram a esfera dos crimes que não ensejariam recolhimento à prisão em caso de eventual condenação do agente em persecução penal deduzida em juízo. Além disso, trata-se de acordos que solucionam os conflitos penais de forma antecipada por meio da extinção da punibilidade do fato, ou seja, sem um juízo de mérito a respeito da culpa do investigado/acusado.

Sendo assim, passa a ser fundamental o exame das principais propostas legislativas que pretendem ampliar a aplicação dos acordos processuais penais no ordenamento jurídico pátrio para que possamos identificar em que sentido caminha a tendência de expansão da justiça penal de soluções negociadas no Direito brasileiro.

#### **4 PROPOSTAS DE EXPANSÃO DOS ACORDOS PROCESSUAIS PENAIS NO DIREITO BRASILEIRO**

Tramitam no Congresso Nacional propostas legislativas que pretendem ampliar o espaço de consenso existente no Direito brasileiro em matéria penal por meio da introdução de mecanismos transacionais mais amplos. São propostas que apresentam importantes inovações no cenário da justiça penal de soluções negociadas, que rompem com os limites impostos às atuais possibilidades de acordos





autorizadas pela legislação, uma vez que autorizam a negociação para imposição imediata de pena privativa de liberdade com a assunção de culpa pelo acusado.

Antes de nos debruçarmos sobre essas propostas, cabe esclarecer que nesta seção serão analisadas apenas as principais propostas legislativas que pretendem expandir o âmbito e a forma de aplicação dos acordos processuais penais no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, isso não significa dizer que não existam outras propostas legislativas que tramitem no Congresso Nacional a respeito dos acordos processuais penais. Como exemplo, citamos o Projeto de Lei nº 9.054, de 2017 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017), que, dentre outras alterações, propõe a inserção do artigo 394-B no Código de Processo Penal para que seja regulamentada a possibilidade de acordo antes do oferecimento da denúncia e que, por se tratar de proposta de acordo com conteúdo similar ao do acordo de não persecução penal, não será considerada como hipótese de expansão do espaço de consenso existente no Direito brasileiro em matéria penal.

Delimitadas as proposições legislativas que serão abordadas por este trabalho, passemos, então, a análise dessas propostas para que possamos identificar como se dão as pretensões de expansão dos acordos processuais penais que permitem a solução dos conflitos penais de forma antecipada por meio da simplificação da persecução penal em juízo.

Em 30 de abril de 2009, foi apresentado pelo Senador José Sarney o Projeto de Lei do Senado nº 156 (PLS 156/09) que almeja uma reforma global do Código de Processo Penal (SENADO FEDERAL, 2009). Por meio do Parecer nº 1.636 de 2010, a Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal apresentou, no dia 08 de dezembro de 2010, a redação final do PLS 156/09 no Senado Federal, que dispôs, nos artigos 283 e 284, sobre o chamado procedimento sumário (SENADO FEDERAL, 2010, p. 56-57).



Após a aprovação pelo Plenário do Senado Federal, o PLS 156/09 foi apresentado na Câmara dos Deputados, em 22 de dezembro de 2010, a fim de ser submetido à revisão e recebeu nesta Casa Legislativa o nº 8.045/2010 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2010). Durante a tramitação do Projeto de Lei na Câmara dos Deputados, em 13 de junho de 2018, o Deputado Federal João Campos apresentou Substitutivo que alterou o texto original do Projeto. Assim, o procedimento sumário passou a ser previsto nos artigos 308 a 315 do Substitutivo, texto que, até o presente momento, centraliza as discussões a respeito da reforma do Código de Processo Penal na Câmara dos Deputados (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018b).

O procedimento sumário autoriza a realização de negociação entre o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, e se traduz na possibilidade de acordo, ou, nos termos do texto do Substitutivo, de transação penal, para que as partes possam requerer, até o início da audiência de instrução, cumpridas as disposições do rito ordinário, o julgamento antecipado de mérito e a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos. Tal procedimento não se aplicaria aos casos submetidos ao Tribunal do Júri e de violência doméstica contra a mulher, tampouco aos crimes aos quais se aplicam o procedimento sumaríssimo. Há disposição expressa no texto do Substitutivo no sentido de que o julgamento antecipado de mérito não constitui direito público subjetivo do réu.

O requerimento do acordo deve ser apresentado por escrito e assinado pelas partes e deve conter obrigatoriamente a confissão do acusado em relação aos fatos imputados na peça acusatória; a indicação da pena a ser aplicada e o regime inicial de cumprimento; a declaração expressa das partes dispensando a produção das provas por elas indicadas, se for o caso; e a renúncia ao direito de impugnar a sentença homologatória do acordo.



Ao juiz é vedado participar da negociação realizada entre as partes. A ele caberá a análise a respeito da homologação do acordo, com a verificação da sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o acusado, na presença de seu defensor. O juiz ainda poderá, nos limites da proposta pactuada, se atendidos os requisitos legais, reconhecer as circunstâncias que abrandam a pena; substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; e aplicar a suspensão condicional da pena.

A decisão homologatória do acordo tem natureza e estrutura de sentença penal condenatória, inclusive com os efeitos da condenação, e produzirá todos os efeitos legais dela decorrentes. Caso o acordo não seja homologado, deverá ser desentranhado dos autos e as partes e o juiz ficam proibidos de fazer qualquer referência aos seus termos e condições no decorrer do processo. Caso não seja firmado o acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.

Portanto, o procedimento sumário previsto na proposta de alteração do Código de Processo Penal traduz hipótese de um rito processual alternativo, diverso do procedimento ordinário, que permite a solução antecipada do processo com a aplicação imediata de pena privativa de liberdade em razão do consenso entre as partes.

Semelhante ao que ocorre com o Código de Processo Penal, também existe proposta legislativa que sugere um novo Código Penal. Trata-se do Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012 (PLS 236/12), apresentado pelo Senador José Sarney em 09 de julho de 2012. O texto inicial do Projeto previu, na Parte Geral do Código Penal, Título VII, artigo 105, o instituto da barganha, isto é, acordo que poderá ser celebrado entre o órgão do Ministério Público ou o querelante responsável pela causa e o advogado ou defensor público, no exercício da autonomia das sua



vontades, para a aplicação imediata de pena e por meio do qual o processo se encerra de forma antecipada (SENADO FEDERAL, 2012).

O acordo poderá ser celebrado após ter sido recebida definitivamente a denúncia ou a queixa-crime e até antes da audiência de instrução e julgamento. Como requisitos, exige a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória; o requerimento de que a pena de prisão seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena; e a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

O regime inicial de cumprimento de pena fechado é vedado e, quando cabível, deve ser aplicada a substituição da pena de prisão por pena(s) restritiva(s) de direitos. A pena ainda poderá ser diminuída em até um terço do mínimo previsto na cominação legal mediante requerimento das partes.

O texto do PLS 236/12 não faz qualquer restrição quanto a gravidade dos delitos aos quais se aplicaria a possibilidade de barganha, ou seja, não é estabelecido nenhum limite de pena mínima ou máxima para o delito ao qual seria possível a aplicação do acordo. Também não existem maiores especificações acerca dos aspectos procedimentais do acordo no texto do Projeto; não há menção à necessidade de homologação judicial do acordo, por exemplo (VASCONCELLOS, 2015, p. 131-132).

Em dezembro de 2013, na Comissão Especial de Senadores encarregada de examinar a proposta de reforma do Código Penal, o relator, Senador Pedro Taques, apresentou, por meio do Parecer nº 1.576, Substitutivo que propôs a exclusão do instituto da barganha do texto do projeto de Código Penal em razão de se tratar de "instituto de difícil compatibilização com a cultura institucional brasileira", além de



ser "matéria processual" e que, portanto, restaria "mal situada em um Código Penal" (SENADO FEDERAL, 2013, p. 136-137).

O PLS 236/12 segue tramitando no Senado Federal. Embora ainda não votado, vale mencionar que, em dezembro de 2014, o relator da proposta na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), Senador Vital do Rêgo, apresentou relatório legislativo com nova proposta de Substitutivo, o qual recuperou a pretensão de inserção do instituto da barganha na Parte Geral do Código Penal, Título VII, artigo 105, com redação bastante similar à do texto inicial do PLS 236/12, porém ainda mais simplória (SENADO FEDERAL, 2012).

Em 19 de fevereiro de 2019, o Poder Executivo apresentou à Câmara dos Deputados um conjunto de propostas de alterações na legislação brasileira denominado de Pacote Anticrime do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Dentre estas propostas, foi apresentado o Projeto de Lei 882/2019 (PL 882/19), que propôs alterações na legislação penal e processual penal vigente a fim de estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Através da pretensão de inserção do artigo 395-A no Código de Processo Penal, o Projeto de Lei também trazia a possibilidade de acordo para aplicação imediata de pena (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019).

Em 13 de março de 2019, o PL 882/19 foi apensado ao Projeto de Lei 10.372/2018 (PL 10.372/18), conhecido como o projeto do Ministro Alexandre de Moraes. No dia 04 de dezembro de 2019, em sessão deliberativa extraordinária, o Deputado Lafayette de Andrada, na posição de Relator do PL 10.372/18, proferiu em Plenário parecer pela Comissão Especial que concluiu "pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa; pela adequação financeira e orçamentária; e, no mérito, pela aprovação da matéria na forma do Substitutivo apresentado". Ainda na mesma sessão, o Substitutivo apresentado pelo Relator foi aprovado e foi votada e



também aprovada a redação final do PL 10.372/18 na Câmara dos Deputados. Tanto o Substitutivo proposto, quanto a redação final do PL. 10.372/18, não trouxeram menções referentes a inserção do artigo 395-A no Código de Processo Penal (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018a).

Após ter sido remetido ao Senado Federal para revisão, o PL 10.372/18 foi transformado na Lei Ordinária nº 13.964/2019 em 24 de dezembro de 2019, que, conforme visto acima, carregou consigo a alcunha de Pacote Anticrime (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018a). A Lei nº 13.964/2019, por sua vez, não inseriu a possibilidade de acordo para aplicação imediata de pena no Código de Processo Penal (BRASIL, 2019). Porém, tramita no Senado Federal Projeto de Lei que reproduz integralmente a redação do PL 882/19. Trata-se do Projeto de Lei nº 1.864/2019 (PL 1.864/19). Portanto, a proposta de inserção do artigo 395-A no Código de Processo Penal segue tramitando no Congresso Nacional (SENADO FEDERAL, 2019).

Assim, conforme o disposto na proposta do artigo 395-A, após o recebimento da denúncia ou da queixa-crime e até o início da instrução criminal, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas. A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprável por decisão judicial, e o Ministério Público, ou o querelante, poderá deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal praticada pelo acusado.

São três os requisitos exigidos pelo acordo: a confissão circunstanciada da prática da infração penal; o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e consideradas as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas ao juiz; e a expressa manifestação das partes no



sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recorrer. Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo.

A celebração do acordo autoriza a concessão de benefícios ao acusado além do ordinariamente previsto no Código Penal, os quais podem ser aplicados separada ou cumulativamente (SUXBERGER, 2019b, p. 139-140). Assim, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo, as penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos. No caso de acusado reincidente ou de haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, há a exigência de que o acordo inclua o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.

Na hipótese de haver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo. Também deverá constar do acordo a destinação de eventual produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente. A proposta legislativa do acordo ainda traz dispositivo próprio de atenção à vítima, no sentido de que deverá ser previsto na avença valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do seu direito de demandar indenização complementar no juízo cível.

Para a homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva formal do acusado na presença do seu defensor técnico, e sua legalidade. O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem



manifestamente insuficientes para uma condenação criminal. Caso o acordo não seja homologado, ele será desentranhado dos autos e as partes e o juiz ficarão proibidos de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados. Se não houver acordo, o processo seguirá seu curso regular, com a realização de audiência de instrução e julgamento. Já na hipótese de ser homologado em juízo, o acordo será considerado sentença condenatória para todos os efeitos, ou seja, implicará na condenação do acusado nos termos do que fora negociado pelas partes.

Analisadas, portanto, as principais propostas legislativas que pretendem expandir o âmbito de aplicação dos acordos processuais penais no Direito brasileiro, percebemos que, assim como as hipóteses de consenso já consolidadas na legislação pátria, tratam-se de institutos que se prestam a solucionar o conflito penal de forma antecipada/abreviada por meio da simplificação da persecução penal em juízo. Porém, as principais discussões legislativas em torno dos acordos processuais penais inovam ao apresentar conformações distintas que visam a implementação de mecanismos consensuais que resolvam a culpa do acusado. Portanto, não se tratam mais de hipóteses de acordos que caso celebrados irão extinguir a punibilidade do fato. São hipóteses de acordos que, caso celebrados, redundarão na condenação do acusado.

Dessa maneira, o que se pretende é a introdução de acordos de culpa no Direito brasileiro, por meio dos quais as partes optam pela aplicação imediata de pena e há a concessão de benefícios ao acusado, que deverá confessar a prática da infração penal deduzida na peça acusatória. Assim, cabe perquirir se, nessa expansão da justiça penal de soluções negociadas, os acordos de culpa seriam uma possibilidade de solução alternativa para os conflitos penais no Direito brasileiro, isto é, se o Direito brasileiro comporta institutos que impliquem a assunção de culpa pelo acusado sem um processo que desenvolva integralmente o convencimento judicial a partir das provas produzidas em juízo.





## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A justiça penal de soluções negociadas, intimamente relacionada com os *plea agreements* do direito norte-americano, tem se expandido pelos ordenamentos jurídicos dos países do sistema de *civil law* e se apresentado como uma tendência mundial (LOPES JR., 2019, p. 203), sendo medida incentivada e estimulada inclusive na ordem jurídica internacional por meio de recomendações e de orientações normativas de órgãos dos sistemas regionais.

No entanto, o movimento de expansão da justiça penal de soluções negociadas não se traduz em uma americanização do processo penal pelo mundo, tampouco numa expansão generalizada da *plea bargaining*. Ao contrário, conforme restou demonstrado, os países de tradição continental inseriram os acordos processuais penais para evitar ou abreviar a persecução penal em juízo em seus ordenamentos jurídicos adaptando-os às características próprias de seus sistemas processuais penais. Portanto, tal movimento de expansão trata-se, na verdade, de um efetivo equacionamento de respostas alternativas para os conflitos penais em uma dimensão negociada do processo penal.

No Brasil, a justiça penal de soluções negociadas também se encontra em movimento de expansão. Os primeiros institutos negociais foram introduzidos no ordenamento pátrio de forma tímida quando da publicação da Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995). Tratam-se de mecanismos negociais aplicáveis no âmbito das infrações penais de menor (composição civil dos danos e transação penal) e médio (suspensão condicional do processo) potencial ofensivo.

Posteriormente, passados mais de 20 anos da introdução dos primeiros mecanismos negociais no ordenamento nacional, o acordo de não persecução penal, surgido do poder regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público e posteriormente inserido no art. 28-A do Código de Processo Penal pela Lei nº



13.964/19, ampliou o âmbito de aplicação dos acordos processuais penais no Direito Brasileiro para os crimes com pena mínima cominada inferior a 4 (quatro) anos praticados sem o emprego de violência ou grave ameaça, ou seja, crimes que em caso de eventual condenação não redundam em recolhimento à prisão.

A justiça penal de soluções negociadas é, portanto, realidade na legislação brasileira e se traduz em acordos processuais penais que se prestam a evitar o oferecimento da ação penal e, no caso da suspensão condicional do processo, a encerrar de forma antecipada o processo-crime. Se o investigado/acusado cumpre as condições pactuadas, esses acordos implicam na extinção da punibilidade do fato sem qualquer juízo de mérito a respeito da sua culpa/responsabilidade.

Desse modo, observa-se que os institutos negociais positivados na legislação brasileira não tocaram até o atual momento a solução de culpa do acusado no processo. É nesse sentido que se apresentam as propostas que atualmente tramitam no Congresso Nacional e que pretendem ampliar a justiça penal de soluções negociadas no Direito brasileiro. São proposições que buscam solucionar de forma antecipada processos que já se encontram com persecução penal formalizada em juízo, com a resolução da culpa do acusado para a imposição de sentença condenatória com a aplicação imediata de pena privativa de liberdade. São propostas que refletem mudanças que se apresentam como necessárias na busca por um melhor equacionamento do sistema de justiça criminal brasileiro, bem como na busca por um sistema mais eficiente, além de se encontrarem em conformidade com a ampliação dos espaços de consenso em relação aos tradicionais espaços de conflito no processo penal. Resta perquirir se o Direito brasileiro comporta tais institutos da forma como se apresentam nas propostas legislativas ainda em tramitação.

## REFERÊNCIAS



ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. *In*: CUNHA, Rogério Sanches et al (coords.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 273-330.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Regras de Tóquio**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>. Acesso em: 31 out. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018**. Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 06 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 05 mar. 2020.



BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm). Acesso em: 21 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm). Acesso em: 07 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 05 mar. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. **Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal.** Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN\\_Standards\\_and\\_Norms\\_CPCJ\\_-\\_Portuguese1.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf). Acesso em: 09 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Súmula Vinculante 35.** A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial. Pleno. Julg. 16 out. 2014. DOU 24 out. 2014, p. 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=35.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 25 abr. 2020.



CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 8.045, de 2010.** Código de Processo Penal. Disponível em:  
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 27 abr. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 9.054, de 2017.** Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em:  
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836>. Acesso em: 02 maio 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 10.372, de 2018a.** Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Disponível em:  
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 29 abr. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 882, de 2019.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em:  
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em: 29 abr. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Substitutivo PL 8.045/2010.** 13 jun. 2018b. Disponível em:



<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178982>. Acesso em: 9 abr. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. **Recommendation No. R(87) 18 of the Committee of Ministers to member States concerning the simplification of criminal justice**. Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987 at the 410th meeting of the Ministers' Deputies. Disponível em : [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016804e19f8](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804e19f8). Acesso em: 30 out. 2019.

GERMANY. **German Code of Criminal Procedure (Strafprozeßordnung – StPO)**. Code of Criminal Procedure as published on 7 April 1987 (Federal Law Gazette I, p. 1074, 1319), as last amended by Article 3 of the Act of 11 July 2019 (Federal Law Gazette I, p. 1066). 1987. Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stpo/englisch\\_stpo.pdf](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.pdf). Acesso em: 21 maio 2020.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ITÁLIA. [Constituição (1947)]. **Constituição da República Italiana**. Costituzione Italiana. Edizione in lingua portoghese. Disponível em: [https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/no\\_vita/XVII/COST\\_PORTOGHESE.pdf](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/no_vita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf). Acesso em: 11 abr. 2020.

ITALIA. Corte Costituzionale. Giudizio di Legittimità Costituzionale in Via Incidentale. **Sentenza 313/1990**. Roma, 26 giugno 1990. Pubblicazione in G. U. 04/07/1990 n. 27. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Acesso em: 28 maio 2020.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, v. 2, n. 3, p. 19–115, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41/38>. Acesso em: 04 nov. 2019.



LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 14, p. 331-365, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542/15863>. Acesso em: 22 abr. 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SCHUNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SENADO FEDERAL. Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal. **Parecer nº 1.636, de 2010**. Redação final do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4575260&ts=1571775883184&disposition=inline>. Acesso em: 7 abr. 2020.

SENADO FEDERAL. Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal. **Parecer nº 1.576, de 2013** sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que reforma o Código Penal Brasileiro, e proposições anexadas. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3516855&ts=1586469323821&disposition=inline>. Acesso em: 01 maio 2020.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 1.864, de 2019**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e



os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em:  
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136033>. Acesso em:  
30 abr. 2020.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009**. Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em:  
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em:  
27 abr. 2020.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em:  
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em:  
29 abr. 2020.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público**. Brasília: Fundação Escola, 2019a.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Projeto de lei anticrime e a adoção do procedimento abreviado no Brasil. *In*: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee de Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coords.). **Projeto de lei anticrime**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019b. p. 113-191.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Demerval Farias. Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial. **Revista de Direito Internacional**, v. 13, n. 1, p. 376-394. 2016. Disponível em:  
<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4097/pdf>. Acesso em: 31 out. 2019.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; CASELATO JUNIOR, Dalbertom. Efetividade e eficácia da colaboração premiada como chaves de compreensão para os limites da atuação judicial. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 18, n. 74, p. 221-240, jul./set. 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas





procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 15, p. 435-453, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880>. Acesso em: 23 out. 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. n. 147, p. 13-33, set./dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/10638>. Acesso em 29 out. 2019.



# MODALIDADES DE AÇÃO PENAL ADOTADAS AO CRIME DE ESTUPRO AO LONGO DO TEMPO: DICOTOMIA ENTRE INTIMIDADE E PERSECUÇÃO PENAL

Camila Viana Oliveira

## RESUMO

Ao longo do tempo, as modalidades de ação penal adotadas ao crime de estupro sofreram alterações. Em 1940, o crime de estupro era processado mediante ação penal privada. A partir de 2009, adotou-se a modalidade pública condicionada à representação para o crime de estupro. Já em 2018, passou a se aplicar a ação penal pública incondicionada para o crime em questão. As referidas mudanças, geram discussões a respeito de intimidade e de persecução penal, uma vez que a questão envolve, de um lado, a vítima e, de outro, o Estado, diante de um crime que causa repulsa e, em regra, ocorre às escuras, com a presença apenas da vítima e do agressor ou da agressora. Nesse sentido, a importância deste trabalho reside em analisar as modificações ocorridas no Código Penal, principalmente com o advento da Lei 13.718/2018, a fim de concluir pela modalidade mais adequada às ações penais de crime de estupro, levando em consideração tanto os direitos das vítimas quanto os deveres do Estado. Para isso, utilizou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica, embasando-se em livros clássicos de Direito Penal e de Direito Processual Penal, artigos científicos, monografias e decisões jurisprudenciais. Concluiu-se pela manutenção da modalidade de ação penal pública incondicionada ao crime de estupro, devendo o Estado fornecer o máximo de elementos para a proteção da vítima, que não deve ter seus direitos descartados, procurando, assim, evitar a Vitimização.

**Palavras-chave:** Estupro. Modalidades de ação penal. Lei 13.718/2018. Intimidade. Persecução Penal. Vitimização.

## INTRODUÇÃO



O presente tema insere-se nas áreas de Direito Penal e de Direito Processual Penal e analisará as diferentes modalidades de ação penal adotadas ao crime de estupro ao longo do tempo, mais precisamente entre 1940 até 2018, já que, entre esses marcos, houve as seguintes mudanças:

Quadro 1 – Alterações nas modalidades de ação penal adotadas ao crime estupro entre 1940-2018

1940	Crime de estupro processado mediante ação penal privada
2009	Crime de estupro processado mediante ação penal pública condicionada à representação
2018	Crime de estupro processado mediante ação penal pública incondicionada

Fontes: Decreto-Lei nº 2.848/1940, Lei nº 12.015/2009 e Lei 13.718/18.

Desse modo, verificar-se-á que as referidas alterações ocasionaram grande debate acerca de intimidade e persecução penal. Isso porque, por mais que o Estado tenha o dever de ajuizar ações de estupro quando houver indícios de autoria e materialidade, a vítima ainda resguarda seu direito à intimidade.

Destarte, a importância deste trabalho reside em analisar as modificações ocorridas no Código Penal, principalmente com o advento da Lei 13.718/2018, a fim de concluir pela modalidade mais adequada às ações de crime de estupro, levando em consideração tanto os direitos das vítimas quanto os deveres do Estado.

Esta pesquisa utiliza a metodologia de pesquisa bibliográfica, embasando-se em livros clássicos de Direito Penal e de Direito Processual Penal, artigos científicos, monografias e decisões jurisprudenciais.

No primeiro capítulo, será destrinchado o crime de estupro. Assim, verificar-se-á que o conceito de estupro mudou ao longo do tempo. Também, será declinado a respeito da dignidade sexual, que é o bem jurídico tutelado no estupro. Ainda, discutir-se-á sobre o sujeito ativo e o sujeito passivo do crime em questão, que, atualmente, pode ser qualquer pessoa, mas nem sempre fora assim, como será



explanado. Ao final do primeiro capítulo, será delineado sobre o titular da ação penal do crime de estupro.

Já no segundo capítulo, será dissertado sobre a natureza das ações penais. Isso porque elas podem ter natureza de ação penal privada, ação penal pública condicionada à representação ou ação penal pública incondicionada. Também, serão expostos os princípios norteadores de cada uma dessas modalidades citadas.

O terceiro capítulo abrangerá o tema “Contribuição da vítima para responsabilização penal”. Nesse condão, será trazida a discussão a respeito da relevância da palavra da vítima nos crimes sexuais. Também, se discorrerá sobre a importância da contribuição da vítima nos casos em que se pode extrair dela material genético do agressor ou agressora. Posteriormente, será dissertado sobre a Vitimização, momento no qual será explicitado sobre o que se trata o referido instituto. O último assunto tratado no capítulo em questão refere-se à Lei nº 13.718 (BRASIL, 2018), que tornou o estupro crime processado mediante ação penal pública incondicionada. Nesse ponto, serão trazidas diferentes teses: umas que sustentam a constitucionalidade da lei, outras que defendem que o dispositivo legal deve ser declarado inconstitucional.

Dessa maneira, será verificado que as teses supramencionadas geram discussões a respeito de intimidade e de perseguição penal. Portanto, analisando as referidas discussões, buscar-se-á uma resposta coerente, dentro da seara da ciência jurídica, que conclua pela modalidade de ação penal mais adequada ao crime de estupro.

## **1 DO CRIME DE ESTUPRO**

O crime de estupro tem grande enfoque no consentimento da vítima. Quer dizer, vislumbra-se o estupro ao passo que a vítima não consentir com o ato ou não



tiver condições de consentir, mediante o emprego de violência ou grave ameaça por parte do agressor ou agressora. Não obstante, o referido crime não se restringe a esse aspecto. Para bem entender o estupro e suas elementares, é necessário atentar-se aos seus aspectos intrínsecos.

Ao longo do tempo, os aspectos intrínsecos ao crime em questão sofreram alterações. Por exemplo, atualmente, o sujeito ativo do crime de estupro pode ser tanto o homem quanto a mulher, quer dizer, se trata de um crime comum. No entanto, nem sempre fora assim, já que o sujeito ativo do crime de estupro já foi considerado apenas como o homem, ou seja, se tratava de um crime próprio.

Nesse sentido, este capítulo destrinchará os aspectos intrínsecos, bem como as respectivas alterações no decorrer dos anos, ao crime de estupro.

## 1.1 Conceito e objetividade jurídica

Gaspar e Pereira (2018, p.2) definem violência sexual da seguinte maneira:

[...] qualquer ação em que uma pessoa em situação de poder e com uso de força física, coerção, intimidação ou influência psicológica, com ou sem uso de armas ou drogas, obriga outra pessoa a ter, presenciar ou participar de alguma interação sexual ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade.

Uma espécie de violência sexual é o estupro, que é o mais grave dos crimes contra a liberdade sexual, uma vez que é o que mais gravemente lesiona a liberdade e autenticidade da expressão da atividade sexual (COSTA, 2001).

Pelo Código Penal atual (BRASIL, 1940, Texto Digital), em seu artigo 213, conforme a última redação, dada pela Lei 12.015 de 2009 (BRASIL, 2009, Texto Digital), o estupro é definido como “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.



Anteriormente a edição da referida Lei 12.015 de 2009, o estupro era considerado como violência exclusiva à mulher e, ainda, constrangimento restrito à conjunção carnal, como se pode perceber pela redação do Código Penal (BRASIL, 1940, Texto Digital) do referido período, como segue: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”.

Assim, para a ocorrência do estupro, era necessária a introdução do pênis na vagina. Também, verifica-se que não era possível, de acordo com a legislação então vigente, que o homem fosse vítima de estupro. Ainda, qualquer outra conduta associada ao desejo sexual cometida mediante violência ou grave ameaça, que não a penetração do pênis na vagina, não era considerada como estupro, mas, sim, como crime diverso, como, por exemplo, atentado violento ao pudor (DANTAS; RODRIGUES, 2011).

À época em que perdurava essa antiga redação no Código Penal mencionada, Álvaro Mayrink da Costa (2001, p. 1412-1413), dissertou o que ora passo a expor:

O estupro é configurado em nossa legislação como ato de constranger (compelir, forçar, obrigar) mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Portanto, comete ilícito de estupro, o homem que, por meio de violência afetiva, física ou moral, ou depois de, para esse fim, ter tornado a mulher inconsciente ou a colocado em condições de não poder resistir, sendo irrelevante a idade, estado civil ou a ética comportamental, constrange-a à conjunção carnal, entendida lícita ou ilícita, com a penetração do pênis na vagina, ainda que parcial, excluindo o coito vulvar, existindo ou não a ejaculação. Nosso legislador afastou os denominados atos contra natura, separando a cópula vaginal, em que o sujeito passivo só pode ser a mulher, do coito oral e anal, que tonificam o injusto de atentado violento ao pudor, pois não são órgãos genitais. É o ponto de maior discussão nas reformas penais em relação aos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual realizadas em alguns países. Situa-se na unificação dos conceitos de conjunção carnal e ato libidinoso (coito vaginal, anal e oral), partindo do princípio de que inexistente distinção entre a ilicitude do fato com relação ao



local da penetração realizada sem o consentimento da vítima, constituindo a conjunção carnal, sendo indiferente o sexo do sujeito passivo. Tal orientação é adotada pelo Código Francês, que entrou em vigor em 1º de março de 1994, no sentido de que a violação é definida como todo o ato de penetração sexual, de qualquer natureza, cometido sobre outra pessoa mediante violência, constrangimento, ameaça ou surpresa. A nova legislação suprime o tipo de atentado ao pudor e cria a figura do assédio sexual [...].

Ainda, Gaspar e Pereira (2018, p. 2), afirmam:

No Brasil, houve mudanças da legislação nas últimas décadas a fim de melhor tipificar a violência sexual como crime. Na década de 2000, foram realizadas modificações no Código Penal, por meio das Leis nº 11.106/2005 e nº 12.015/2009, pelas quais se alterou o conceito de estupro, que agora abrange também os casos de atentado violento ao pudor e foram incluídos ambos os sexos como possíveis vítimas de violência sexual.

Cabe ressaltar, ainda, que o crime de estupro é abrangido pela Lei 8.072 de 1990, Lei de Crimes Hediondos (BRASIL, 1990). Dessa maneira, a partir de então, o estupro teve sua pena aumentada, sua persecução penal passou a ser mais rígida em relação aos crimes que não são abrangidos na referida lei, e tornou-se crime impassível de anistia, graça ou indulto.

Importante frisar, aqui, que já fora declarada a inconstitucionalidade do regime inicial fechado para os crimes hediondos pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento do *Habeas Corpus* número 111.840/ES (STF, 2012). Outrossim, o Supremo já afastara a proibição de progressão de regime nos crimes hediondos por meio do julgamento do *Habeas Corpus* número 82.959/SP (STF, 2006). Dessa maneira, haverá a progressão de regime, no entanto, de maneira mais dificultada, tendo o condenado que cumprir, a depender do caso, de 40 (quarenta) a 70 (setenta) por cento da pena para progredir de regime, conforme disposto no artigo 112, V, VI, VII e VIII, da Lei 13.964/2019 (BRASIL, 2019).



Mister se faz salientar que, por algum tempo, se discutiu a questão da tutela do crime de estupro, por si só, abarcar diferentes condutas e, em razão disso, a pena, por vezes, poder ser desproporcional ao delito cometido.

Certamente com o fito de apaziguar tal problema, o legislador introduziu, em 2018, a Lei nº 13.718 (BRASIL, 2018), inserindo, assim, o crime de importunação sexual entre os crimes contra a liberdade sexual. Portanto, tal crime está dentro dos crimes contra a liberdade sexual, mas é um tipo penal distinto do estupro.

Assim, casos como o de um homem que se masturba dentro de um ônibus ao lado de outra pessoa, por exemplo, são enquadrados como crime de importunação sexual. Portanto, é afastado o crime mais grave, qual seja, estupro. Outrossim, é afastado o crime mais brando, como o ato obsceno. Procurando, dessa forma, garantir penas proporcionais aos delitos cometidos (PRADO; CASTRO, 2018).

O delito de importunação sexual está insculpido no artigo 215-A do Código Penal (BRASIL, 1940, Texto Digital), que prevê a seguinte conduta típica: "Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave".

Verifica-se, então, que a importunação sexual é um delito subsidiário. Quer dizer, só há o crime de importunação sexual se a conduta não consumir crime mais grave, como, por exemplo, estupro e estupro de vulnerável. Dessa maneira, só haverá a importunação sexual se o ato consubstanciar conduta menos lesiva à liberdade sexual do que o estupro (PRADO; CASTRO, 2018).

Ante todo o exposto, pratica estupro aquele que, mediante violência ou grave ameaça, constringe alguém à conjunção carnal ou a praticar ou permitir que comele se pratique outro ato libidinoso dela diverso. Sendo assim, a objetividade jurídica é definida como a liberdade sexual do indivíduo, o seu direito de dispor do próprio





corpo, a sua liberdade de escolha na prática da conjunção carnal ou do ato libidinoso dela diverso (SARRUBBO, 2012). Sendo imperioso destacar que o crime de importunação sexual é um tipo independente dentro dos crimes contra a liberdade sexual, não sendo, portanto, abrangido como estupro.

Outrossim, o autor Victor Eduardo Rios Gonçalves (2018, p. 589) define a objetividade jurídica do estupro como “a faculdade de livre escolha do parceiro sexual”.

## 1.2 Bem jurídico tutelado

Identifica-se que o bem jurídico tutelado no estupro é a dignidade sexual. Para Guilherme Souza Nucci (2010, p. 42), a dignidade sexual:

Associa-se à respeitabilidade e à autoestima, à intimidade e à vida privada, permitindo-se deduzir que o ser humano pode realizar-se, sexualmente, satisfazendo a lascívia e a sensualidade como bem lhe aprouver, sem que haja qualquer interferência estatal ou da sociedade.

Ainda, Carvalho e Chagas (2012, p. 6-7) afirmam:

[...] dignidade sexual, no sentido da norma, abarca, de acordo com a concepção aqui desenvolvida, duas importantes vertentes, abrangendo tanto a integridade sexual, entendida como intangibilidade corporal ou o direito do ser humano a preservar o seu corpo contra agressões externas com fim libidinoso (inviolabilidade carnal), bem como a liberdade sexual, que nada mais é do que o direito de toda pessoa de escolher como, quando e com quem deseja manter atividade sexual, e quando prefere abster-se da mesma, preservando sua integridade sexual. Liberdade sexual, portanto, é o direito que possui cada ser humano de dispor livremente de sua integridade sexual, de acordo com suas próprias convicções (direito de autodeterminação sexual ou autonomia sexual), tanto em sua vertente positiva (escolha de parceiros sem limitação, ressalvada a liberdade sexual alheia), como negativa (direito ao não envolvimento em atividade de conteúdo sexual e direito de repelir as agressões sexuais de terceiros).



Outrossim, Bitencourt (2018, p. 49-50) disserta:

O bem jurídico protegido, a partir da redação determinada pela Lei n. 12.015/2009, é a liberdade sexual da mulher e do homem, o direito de exercerem a sua sexualidade, ou seja, a faculdade que ambos têm de escolher livremente seus parceiros sexuais, podendo recusar inclusive o próprio cônjuge, se assim o desejarem. Na realidade, também nos crimes sexuais, praticados sem o consento da vítima, o bem jurídico protegido continua sendo a liberdade individual, mas na sua expressão mais elementar: a intimidade e a privacidade, que são aspectos da liberdade individual; aliás, assumem dimensão superior quando se trata da liberdade sexual, atingindo sua plenitude ao tratar da inviolabilidade carnal, que deve ser respeitada inclusive pelo próprio cônjuge que, a nosso juízo, também pode ser sujeito ativo do crime de estupro.

Assim sendo, o estupro pode vir do próprio marido da vítima. Ora, não interessa quantas vezes uma mulher transou consensualmente com seu esposo. Se um determinado dia, a mulher não quiser transar com seu marido e este a obrigar a ter relações sexuais com ele, seja por violência ou por grave ameaça, que são as elementares do tipo em questão, vislumbra-se o estupro, uma vez que sua dignidade sexual está sendo violada. Ou, ainda, se a mulher não tiver capacidade de consentir com o ato, e o marido, ainda assim, praticar a relação sexual, impera o estupro de vulnerável.

Sobre a liberdade sexual, Bitencourt (2018, p. 50) explica:

Liberdade sexual da mulher significa o reconhecimento do direito de dispor livremente de suas necessidades sexuais, ou seja, a faculdade de comportar-se, no plano sexual, segundo suas aspirações carnis, sexuais ou eróticas, governada somente por sua vontade consciente, tanto sobre a relação em si como em relação a escolha de parceiros. Esse realce é importante, pois para o homem parece que sempre foi reconhecido esse direito. Em outros termos, se reconhece que homem e mulher têm o direito de negarem-se a se submeter à prática de atos lascivos ou voluptuosos, sexuais ou eróticos, que não queiram realizar, opondo-se a qualquer possível constrangimento contra quem quer que seja, inclusive contra o



próprio cônjuge, namorado(a) ou companheiro(a) (união estável); no exercício dessa liberdade podem, inclusive, escolher o momento, a parceria, o lugar, ou seja, onde, quando, como e com quem lhe interesse compartilhar seus desejos e manifestações sexuais. Em síntese, protege-se, acima de tudo, a dignidade sexual individual, de homem e mulher, indistintamente, consubstanciada na liberdade sexual de cada um e direito de escolha.

De forma parecida, já pensava Álvaro Mayrink da Costa em 2001 (p. 1419), quando afirmara:

[...] o marido pode ser sujeito ativo do crime de estupro, [...] o bem jurídico é a liberdade sexual [...], podendo a mulher dispor do uso de seu corpo, não será o casamento que lhe retirará o direito de não ser submetida, mediante violência ou grave ameaça, a copular com seu marido. A mulher não é objeto sexual que fica escravizada aos desejos do marido no casamento ou a companheira na união estável. Não há que se exigir a justa causa para a negativa, pois a matéria depois se desloca para o juízo de família (injúria menos grave). Há constrangimento da mulher, sob a alegação do dever de cumprir o débito conjugal, obrigá-la a realizar ato sexual, defeso o emprego da violência ou grave ameaça, que constituem abuso de direito, tipificando o injusto de estupro.

Portanto, o bem jurídico tutelado no crime do estupro não se atém a quantas vezes a vítima teve relações sexuais consensuais com o agressor, nem mesmo se a vítima não era mais virgem quando da agressão, como já fora, há tempos, tutelado. O bem jurídico no referido crime gira em torno do consentimento. Se a vítima não consentia com o ato ou mesmo se não possuía condições de consentir, seja por questão de idade ou por não ter condições de discernir sobre a situação, como num caso de embriaguez, por exemplo, se tem o estupro.

Importante frisar o que Gonçalves (2018, p.590) elucida:

Para que haja o crime, é desnecessário contato físico entre o autor do crime e a vítima. Assim, se ele usar de grave ameaça para forçar a vítima a se automasturbar ou a introduzir um vibrador na própria vagina, estará configurado o estupro. Da mesma maneira, se ela for forçada a manter relação sexual



com terceiro (o agente obrigar duas pessoas a fazerem sexo) ou até com animais. O que é pressuposto do crime, em verdade, é o envolvimento corpóreo da vítima no ato sexual. Por isso, se ela for simplesmente obrigada a assistir um ato sexual envolvendo outras pessoas, o crime será o de constrangimento ilegal (art. 146) ou, se for menor de 14 anos, o de satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A).

Bitencourt (2018, p. 50) conclui da seguinte maneira:

Enfim, o presente tipo penal, a partir da redação determinada pela Lei n. 12.015/2009, insere-se na finalidade abrangente de garantir a todo ser humano, que tenha capacidade de autodeterminar-se sexualmente, que o faça com liberdade de escolha e vontade consciente; pretende-se, em outros termos, assegurar que a atividade sexual humana seja realizada livremente por todos.

Dessa forma, o bem jurídico tutelado no crime de estupro é a dignidade sexual, com enfoque no consentimento para o ato.

### 1.3 Sujeito ativo

Como já fora mencionado neste trabalho, a redação anterior do Código Penal (BRASIL, 1940, Texto Digital), ao reportar-se ao estupro, era a seguinte: “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Portanto, o sujeito ativo era apenas o homem, já que a conjunção carnal só ocorre mediante a introdução do pênis na vagina. Assim, somente o homem poderia cometer o crime de estupro, segundo o tipificado à época. Logo, até então, o crime de estupro era um crime próprio.

Beatriz de Oliveira Melo, Sérgio Tibiriçá Amaral e Amarildo Samuel Junior (2014, p.8) afirmam:

No crime de estupro, delimitando-se ao texto legal que regia até 2008, o sujeito ativo é o homem, pois para haver conjunção carnal, é necessária a introdução do pênis a vagina, sendo esta introdução completa ou não. As qualidades e características da vítima independiam das causas da prática do crime.



Na mesma toada, Cezar Roberto Bitencourt (2018, p. 50 e 51), disserta que:

Sujeito ativo, individualmente considerado, sob a ótica da redação anterior, somente podia ser o homem, tendo como vítima somente a mulher. Nesse período, já sustentávamos não haver impedimento que uma mulher pudesse ser partícipe do crime de estupro, diante das previsões dos arts. 22, 29 e 30, *in fine*, do CP. Embora o crime de estupro fosse catalogado como crime próprio, pressupondo no autor uma particular condição ou qualidade pessoal (ser do sexo masculino), nada havia que impedisse a mulher de ser partícipe desse delito contra a liberdade sexual. Sustentávamos, ainda, que a mulher podia ser, excepcionalmente, a própria autora, nesse caso, mediato, quando, por exemplo, o autor imediato (executor) sofresse coação irresistível de uma mulher para praticar conjunção carnal violenta. Como nessa hipótese somente o coator responde pelo crime (art. 22 do CP), o sujeito ativo do crime de estupro seria uma mulher.

Álvaro Mayrink da Costa (2001, p. 1420), imbuído pela legislação vigente até então, em 2001, afirmara:

O sujeito ativo é sempre o homem, que tem por finalidade a conjunção carnal, compreendida como o coito normal, que se consuma com a penetração do pênis no órgão sexual feminino. A mulher pode ser co- autora, partícipe ou cúmplice, jamais autora. Admite-se a co-autoria por omissão quando o ilícito é praticado na presença da mãe da ofendida, diante da real e efetiva participação, pela inércia absoluta, constituindo violação do dever de proteção com a filha (omissão penalmente relevante). [...] A cópula deve ser entendida como resultado de uma relação heterossexual de conjunção carnal entre órgãos sexuais masculinos e femininos. Cuida-se de crime próprio, pois só o homem pode ser sujeito ativo, não se admitindo a possibilidade excepcional da mulher figurar no polo ativo.

Bitencourt (2018, p.51) explicita que:

A partir da Lei n. 12.015/2009 simplificou-se essa *quaestio*, e o crime de estupro passou a ser um crime comum, podendo ser praticado ou sofrido, indistintamente, por homem ou mulher. Sempre defendemos, por outro lado, que o marido também podia ser sujeito ativo de estupro contra a própria mulher (parceira). Nessa linha, evidentemente, a mulher, a partir de



agora, também pode ser autora do crime de estupro, inclusive contra o próprio marido (quando obrigá-lo, por exemplo, à prática de atos de libidinagem contra a vontade daquele). Dito de outra forma, qualquer dos cônjuges, a nosso juízo, pode constranger, criminosamente, o outro à prática de qualquer ato libidinoso, incorrendo nas sanções cominadas neste dispositivo legal. Nenhum dos cônjuges tem o direito de subjugar seu consorte e submetê-lo, contra a sua vontade, à prática sexual, seja de que natureza for. O chamado “débito conjugal” não assegurava ao marido o direito de “estuprar sua mulher” e, agora, vice-versa, ou seja, tampouco assegura a esta o direito de estuprar aquele, forçando-o à relação sexual contra sua vontade. Garante-lhes, tão somente, o direito de postular o término da sociedade conjugal, ante eventual recusa desses, digamos, “préstimos conjugais”. Em outros termos, os direitos e as obrigações de homens e mulheres são, constitucionalmente, iguais (art. 5º, I, da CF), inclusive no plano das relações sexuais matrimoniais. Coautoria e participação em sentido estrito são perfeitamente possíveis, inclusive entre homens e mulheres, na medida em que podem funcionar em qualquer dos polos (ativo ou passivo). Amplia-se, naturalmente, o alcance do concurso eventual de pessoas.

Dessa maneira, no parágrafo subsequente, Bitencourt (2018, p. 51) completa:

Coautoria e participação em sentido estrito são perfeitamente possíveis, inclusive entre homens e mulheres, na medida em que podem funcionar em qualquer dos polos (ativo ou passivo). Amplia-se, naturalmente, o alcance do concurso eventual de pessoas.

Ante o exposto, sujeito ativo do crime de estupro pode ser qualquer um, homem ou mulher, que, por meio de sua conduta, preencha as elementares do tipo do estupro. Sendo assim, o estupro é um crime comum.

## 1.4 Sujeito passivo

Anteriormente a edição da Lei nº 12.015/09, o sujeito passivo no crime de estupro era somente a mulher. Sobre o assunto, Bitencourt (2018, p. 51) disserta que:



Sujeito passivo, antes do advento da Lei n. 12.015, era somente a mulher, virgem ou não, recatada ou não, inclusive cônjuge ou companheira. O constrangimento ilegal empregado pelo marido para realizar a conjunção carnal à força, já sustentávamos, não constituía exercício regular de direito. A liberdade sexual já era um direito assegurado a toda mulher, independentemente de idade, virgindade, aspecto moral ou qualquer outra qualificação/adjetivação que se possa imaginar, a despeito de respeitável orientação doutrinário/jurisprudencial em sentido contrário. No crime de estupro não se pode perquirir sobre a conduta ou honestidade pregressa da ofendida, podendo dele ser sujeito passivo até mesmo a mais vil, odiada ou desbragada prostituta. Assim, qualquer mulher pode ser vítima de estupro: honesta, desonesta, prostituta, virgem, idosa etc., sempre que for obrigada à prática sexual contra sua vontade.

Bitencourt (2018) continua seu raciocínio evidenciando que a interpretação atual é a de que qualquer pessoa viva (mulher, independentemente de ser prostituta ou não, homem, heterossexual, homossexual, transsexual) pode ser sujeito passivo de estupro.

Assim, Bitencourt diz, *ipsis litteris* (2018, p. 51-52):

Mudou apenas no aspecto de que o homem, em qualquer circunstância, quando violentado, também é sujeito passivo do crime de estupro, a exemplo do que ocorria com o antigo crime de atentado violento ao pudor. Em outros termos, o crime de estupro pode ocorrer, indistintamente, em relação hetero ou homossexual (homem com homem e mulher com mulher). Sempre defendemos, por outro lado, que prostituta também podia ser vítima do crime de estupro (ver edições anteriores de nosso tratado de direito penal). Hoje, mais do que nunca, pois a prostituta também é sujeito de direitos e, a despeito de considerarem-na “uma profissional do sexo”, como tal, tem, igualmente, o seu direito de escolha, e, inclusive, pode recusar possíveis “clientes”, ou estabelecer condições, formas ou limites de sua atuação “profissional”. Finalmente, pode recusar-se a submeter-se aos caprichos ou desejos de determinados clientes. Ninguém é escravo de ninguém, e a própria prostituta também tem assegurada a sua dignidade sexual, que não pode ser ignorada pela ordem jurídica. Mister se faz ressaltar que o sujeito passivo do estupro deve ser a



pessoa viva, senão recai sobre o crime de vilipêndio a cadáver, descrito no artigo 212 do Código Penal com os seguintes dizeres: “Vilipendiar cadáver ou suas cinzas”.

Também, antigamente, considerava-se que mulher casada não podia ser sujeito passivo no crime de estupro, pois se ponderava que o sexo decorria do dever conjugal (Costa Jr.; Costa, 2011). Como se pôde perceber diante do já exposto, isso não existe mais. Sobre o assunto, Masson (2020, p.19) discorre:

Por seu turno, na modalidade “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, ou seja, ato de conotação sexual diverso da conjunção carnal, o ofendido pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, independentemente do sexo do sujeito ativo. Em outras palavras, pouco importa se a relação é heterossexual ou homossexual. São irrelevantes as condições pessoais da vítima. Pouco importa se ela é casada ou solteira, idosa ou jovem, virgem ou não, honesta ou promíscua, entre tantos outros predicados.

Dessa forma, o sujeito passivo é qualquer pessoa viva, homem ou mulher, que tenha sido violentado, constrangido, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

## 1.5 Titular da ação penal

A partir da Lei nº 13.718/2018 (BRASIL, 2018), o estupro passou a ser processado como ação penal pública incondicionada. Outrossim, é sabido que crime processado por tal ação é de titularidade do Ministério Público, conforme depreende-se da leitura do artigo 24 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, Texto Digital), que ora passo a citar: “Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.





Nem sempre fora assim. O crime de estupro já foi processado por ação penal privada em 1940, ação penal pública condicionada à representação da vítima em 2009 e, apenas em 2018, ação penal pública incondicionada. Diante desses períodos, se depreende titulares distintos, assim como será explanado.

Ante a ação penal privada, adotada entre 1940 e 2009 ao crime de estupro, o titular é a vítima ou seu representante legal e inicia-se com a chamada “queixa”, pois, o artigo 100, parágrafo 2º, do Código Penal (BRASIL, 1940, Texto Digital) impõe que “a ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo” e, o artigo 30 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, Texto Digital) disserta que “ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada”.

Segundo Gomes (2017, Texto Digital), no período que abrange os anos 1940 e 2009:

A ação somente era de titularidade incondicionada do Ministério Público quando havia abuso do pátrio poder ou a vítima estava sob a tutela do alzo, sendo evidente a situação de vulnerabilidade e a impossibilidade, na maioria das vezes, de promover a ação penal. Na hipótese de hipossuficiência financeira, a ação pública se condicionava à representação, exatamente para que a vítima ou os genitores decidissem se tinham interesse no processo. De todo modo, ao longo das décadas verificou-se a necessidade de atualizar a modalidade da ação, não só em face do amadurecimento da sociedade em relação ao tratamento dispensado às vítimas dos crimes, como pelas inúmeras situações de injustiças. Ante a falta de iniciativa do legislador, em 1984, o STF emitiu a Súmula 608: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”. Ou seja: quando houver lesões graves, gravíssimas ou morte da vítima (artigo 101, CP), a ação é de titularidade do Ministério Público, sem qualquer interferência da vítima quanto ao seu possível interesse no processo.



Em relação à ação penal pública condicionada à representação, esta se inicia com a denúncia do Ministério Público. No entanto, esse tipo de ação está sujeita a uma condição de procedibilidade, que é a representação pelo ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, ou de requisição do Ministro da Justiça. Assim, a titularidade da ação penal pública condicionada à representação é do Ministério Público, no entanto há, previamente, a necessidade da representação pelos sujeitos já ora mencionados.

Entre 2009 e 2018, conforme o *caput* e o parágrafo 1º do artigo 225, introduzido pela Lei nº 12.015 de 2009 (BRASIL, 2009, Texto Digital), do Código Penal (BRASIL, 1940, Texto Digital), o estupro era processado “[...] mediante ação penal pública condicionada à representação”. Somente em situações excepcionais, o estupro era processado mediante ação penal pública incondicionada.

Quanto à ação penal pública incondicionada, adotada ao crime de estupro desde 2018, a titularidade é do Ministério Público, independente de autorização da vítima ou de qualquer outra pessoa

Portanto, anteriormente, diante do estupro como ação penal pública condicionada à representação, era essencial que a vítima ou seu representante legal ou o Ministro de Justiça desejasse o ajuizamento da ação. No entanto, atualmente, por ser processado por ação penal pública incondicionada, o ajuizamento de ação relacionada ao crime de estupro independe do desejo da vítima ou dos demais então legitimados quando da ação penal pública condicionada à representação, bastando o Ministério Público, como titular da ação, denunciar. Assim, qualquer pessoa que presenciar um estupro, ainda que não seja a vítima, pode relatar ao Ministério Público, que, vislumbrando indícios de autoria e materialidade, deve denunciar o fato.

Dessa forma, reitera-se: o estupro processa-se mediante ação penal pública incondicionada. Portanto, o titular dessa ação é o Ministério Público.



## 2 MODALIDADES DE AÇÕES PENAIS

Este trabalho possui enfoque nas alterações de modalidades de ação adotadas ao crime de estupro entre 1940 e 2018. Nesse sentido, para a melhor compreensão do tema em tela, se faz importante o estudo das diferentes modalidades de ação penal (privada, pública condicionada à representação e pública incondicionada), assim como será exposto neste capítulo.

### 2.1 Ação penal privada

O critério legal para determinar a natureza da ação penal encontra-se disposto no artigo 100 do Código Penal.

Minuciosamente a respeito da ação penal privada, o Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940, Texto Digital) discorre, em seu parágrafo 2º do artigo 100, que esta “[...] é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo”.

Assim, a instauração do processo ocorrerá por meio de queixa oferecida pelo próprio ofendido ou por terceiros legitimados para tanto, como por exemplo, o representante legal, tutor ou curador, como também pelos sucessores do ofendido nos casos e na forma inserta no art. 31 do CPP (MACHADO, 2012).

Isso porque a ação penal privada é uma exceção, só ocorre quando a lei expressamente declara a ação como de titularidade privativa do ofendido, já que a regra é que a ação seja pública.

Imperioso destacar os princípios norteadores deste tipo de ação penal, que são: oportunidade, indivisibilidade, disponibilidade e intranscendência.

Sobre o princípio da oportunidade, Rodrigues (2015, Texto Digital) disserta:



Basicamente significa que o ofendido ou seu representante legal não são obrigados a propor a ação penal contra o autor do delito; exercerão o direito se quiserem conforme a conveniência social ou a oportunidade política da medida. Uma vez proposta a ação penal, em face desses princípios, dela poderão desistir, bem como de eventual recurso interposto. Apenas para efeito de comparação é o oposto do que ocorre com a ação penal pública. O ofendido ou seu representante legal se despojam da ação penal mediante certos atos, que constituem causas extintivas da punibilidade, a saber: a decadência e a renúncia – ambos antes do exercício da ação – e a perempção, a desistência e o perdão, estas últimas depois de seu exercício.

Já o princípio da indivisibilidade, encontra-se elucidado nos artigos 48, 49 e 51, todos do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, Texto Digital), que dispõem:

Art. 48. A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade.

Art. 49. A renúncia ao exercício do direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá.

Art. 51. O perdão concedido a um dos querelados aproveitará a todos, sem que produza, todavia, efeito em relação ao que o recusar.

A respeito do princípio da indivisibilidade, Guerra (2013, Texto Digital) explica

O denominado princípio da indivisibilidade é inerente à ação penal privada e consiste na necessidade de o querelante oferecer queixa contra todos os autores do fato, sob pena de extinção de punibilidade se houver renúncia com relação a algum deles. O aludido princípio conjuga-se com o princípio da oportunidade, que em sede de ação penal privada se contrapõe ao da obrigatoriedade, que vigora na ação penal pública. Dessa forma, só cabe ao querelante escolher processar ou não o autor do fato, e se o fizer, terá que oferecer queixa contra todos os envolvidos.



Assim, o princípio da indivisibilidade determina que, diante da ação penal privada, não é permitido ao querelante oferecer queixa apenas contra um dos agentes do delito. Quer dizer, se for oferecer queixa, tem de oferecer, obrigatoriamente, contra todos os referidos agentes (GUERRA, 2013). Nesse aspecto, é importante alhear que a renúncia, o perdão e a perempção são permitidos na ação penal privada. Ainda, qualquer deles, uma vez declarados, são irretroatáveis.

Moraes (2014, Texto Digital) disserta que, em relação ao princípio da disponibilidade, se entende que:

[...] se o ofendido decidir ingressar com uma ação penal contra o autor do fato, aquele poderá a qualquer tempo desistir do prosseguimento do processo, ou seja, o ofendido é quem decide se quer prosseguir até o final e essa disponibilidade pode se dar de duas formas, quais sejam, pela perempção ou pelo perdão do ofendido, estes dois institutos são causas de extinção da punibilidade e são aplicáveis a todos os tipos de ações privadas, com exceção da ação privada subsidiária da pública, uma vez que, nesta, o dever de agir cabe ao órgão do Ministério Público. O ofendido poderá dispor do processo até o trânsito em julgado da sentença.

Em relação ao princípio da intranscendência, este é oriundo do artigo 13 do Código de Processo Penal. Esse citado artigo traz a chamada responsabilidade subjetiva e, conseqüentemente, traz o princípio em questão, demonstrando que a ação penal privada só pode ser proposta contra aquele que efetivamente praticou o delito.

A respeito das modalidades de ação penal, Vicente Greco Filho (2015) dispõe que:

Quanto à legitimação para agir, a ação penal pode ser pública ou privada. A doutrina, com razão, critica a terminologia “ação pública” e “ação privada”, porque a ação penal é sempre pública em seu conteúdo, pois visa à atuação do *jus puniendi* do Estado, que é público. Pública ou privada é a iniciativa da ação. O correto, então, seria dizer: ação penal de iniciativa



pública e ação penal de iniciativa privada. A nova parte geral do Código Penal já corrigiu a terminologia (v. art. 100). Todavia, como o Código de Processo Penal ainda se refere à ação penal privada, as duas expressões poderão ser usadas indiferentemente.

Sobre a ação penal privada, André Estefam (2018, p. 559) discorre que:

Diz-se privada a ação penal cuja titularidade é conferida por lei ao ofendido ou ao seu representante legal. Nesses casos ocorre o fenômeno da legitimação extraordinária por substituição processual, uma vez que a lei outorga à vítima somente o direito de ajuizar a ação (*ius persecuendi in iudicio*), ao passo que a pretensão punitiva (*ius puniendi*) continua pertencendo ao Estado. A vítima, desse modo, ingressa com a ação em nome próprio, buscando a satisfação de direito material pertencente a outrem.

Também, Fernando Capez (2012, p. 181) aborda o assunto, definindo ação penal privada como ora passo a expor:

É aquela em que o Estado, titular exclusivo do direito de punir, transfere a legitimidade para a propositura da ação penal à vítima ou a seu representante legal. A distinção básica que se faz entre ação penal privada e ação penal pública reside na legitimidade ativa. Nesta, a tem o órgão do Ministério Público, com exclusividade (CF, art. 129, I); naquela, o ofendido ou quem por ele de direito. Mesmo na ação privada, o Estado continua sendo o único titular do direito de punir e, portanto, da pretensão punitiva. Apenas por razões de política criminal é que ele outorga ao particular o direito de ação. Trata-se, portanto, de legitimação extraordinária, ou substituição processual, pois o ofendido, ao exercer a queixa, defende um interesse alheio (do Estado na repressão dos delitos) em nome próprio.

Portanto, aqui, dois aspectos se destacam: a ação penal privada é subsidiária, de tal modo, só será cabível quando não aplicável a ação penal de natureza pública; a vítima terá o direito de ajuizar a ação, no entanto, a pretensão punitiva não pertence a esta, mas ao Estado.



Dessa maneira, a vítima é quem decide se haverá um processo ou não. Outrossim, decidindo pelo ajuizamento da ação, claro, necessitará que isso ocorra por meio de um advogado, profissional detentor de capacidade postulatória.

A modalidade privada de ação é adotada para os casos em que o bem jurídico violado atinge mais propriamente à vítima do que a coletividade ou, até mesmo, quando o ajuizamento da ação, com sua publicidade, causará transtorno tamanho que a vítima prefere o silêncio (FRANÇA, 2015).

A doutrina considerava que a adoção da ação penal privada para os crimes de estupro existia com o objetivo de evitar a *strepitus iudicci*, que seria a escandalização por meio do ajuizamento da ação, protegendo, assim, a vítima de outros danos, como moral e psicológico, que poderiam ser causados diante do posicionamento nocivo da sociedade ao terem conhecimento dos fatos (OLIVEIRA, 2008).

MARQUES e CUNHA (2012, p. 136), dissertam que:

Antes da Lei n. 12.015/2009, a ação penal, via de regra, nos crimes sexuais era de iniciativa privada, de acordo com o que estabelecia o *caput* do art. 225. Havia quatro exceções: a) procedia-se mediante ação pública condicionada à representação se a vítima ou seus pais não podiam prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; b) procedia-se mediante ação penal pública incondicionada se o crime era cometido com abuso do poder familiar, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador; c) procedia-se mediante ação pública incondicionada se da violência resultasse na vítima lesão grave ou morte; d) a ação penal era pública incondicionada, de acordo com a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, quando o crime de estupro fosse praticado mediante o emprego de violência real (aplicando-se o mesmo ao atentado violento ao pudor).

Portanto, até 2009, já que o estupro era tido como crime processado por ação penal privada, os titulares para ajuizar a ação penal de estupro eram a própria vítima



ou os terceiros legitimados. Ou seja, o processo sobre estupro só se iniciaria se estes dessem ensejo a ele antes que o direito para queixa decaísse, isto é, antes de decorridos 6 meses da ciência da autoria, como se depreende da leitura do artigo 38 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Verifica-se que a doutrina, à época, em geral, não concordava em deixar nas mãos unicamente do particular a decisão de ajuizar ação, em razão, especialmente, de crimes graves que envolviam os então chamados crimes de costumes, como o estupro e o atentado violento ao pudor. Isso porque, em tais casos, era nítido o interesse coletivo na punição do agente delitivo (ALVES, 2010).

Com o advento da Lei 12.015/2009 (BRASIL, 2009), esse cenário mudou, uma vez que o crime de estupro passou a ser processado como ação penal pública condicionada à representação. No entanto, essa natureza de ação para o crime de estupro também fora passageira, como será exposto ao longo deste trabalho.

## **2.2 Ação penal pública condicionada à representação**

Na ação penal pública condicionada à representação, a iniciativa para ajuizamento da ação é do Ministério Público. No entanto, condicionada à representação da vítima ou a requisição do Ministro da Justiça. Ocorre que, nesses casos, há uma violação maior ao particular do que propriamente a coletividade. Ainda, quando tratar-se de crime processado mediante ação penal pública condicionada à representação, em geral, o artigo trará o preceito de que proceder-se-á mediante representação (CARVALHO, 2016).

Ao se tratar dessa modalidade de ação, a vítima tem de representar em até 6 meses da ciência da autoria, sob pena de decair em seu direito, conforme os artigos 38 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) e 103 do Código Penal (BRASIL, 1940). Já quanto a requisição do Ministro da Justiça, há uma divergência doutrinária,





ao passo que há os que entendem que não há decadência do direito e há os que entendem que a decadência do direito também ocorre no prazo de 6 meses, por analogia (CARVALHO, 2016).

Imperioso se faz destacar os princípios norteadores da ação penal pública: oficialidade, divisibilidade, intranscendência, obrigatoriedade e indisponibilidade.

O princípio da oficialidade se trata da legitimidade que os órgãos estatais possuem diante da persecução criminal. Nesse sentido, a apuração dos fatos criminosos penais incumbe a polícia investigativa, enquanto a iniciativa da ação penal pública é de competência do Ministério Público, conforme dispõe o artigo 129, I, da Constituição Federal. Assim, a ação penal pública se aplica na fase pré-processual e, também, na fase processual (RODRIGUES, 2015).

Já o princípio da divisibilidade, nas palavras de Renato Ribeiro Rodrigues (2015, Texto Digital):

Esse princípio autoriza que, já havendo uma ação penal pública em face de determinado réu, será sempre possível que o MP intente outra ação pelo mesmo fato em face de outro acusado. Ainda em razão do mesmo princípio, é possível que o processo seja desmembrado em tantos quantos forem os réus, não sendo necessária a persecução penal através de uma única ação. A posição dominante na doutrina é que à ação penal pública aplica-se o princípio da divisibilidade, pois o Ministério Público pode eleger processar apenas um dos ofensores, optando por coletar maiores evidências para processar posteriormente os demais.

O princípio da divisibilidade pode ser ilustrado por meio da ementa do julgamento do Agravo Regimental em Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 126423, de Minas Gerais, ocorrido em 7 de outubro de 2016, pela Suprema Corte, disposta abaixo:

Agravo Regimental em Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*.  
2. Suposta prática dos crimes previstos nos arts. 288, *caput*;



299, *caput* (por cinquenta vezes), e 344, c/c os arts. 29; 61, II, “a”; 69, § 2º, e 327, todos do Código Penal. 3. Exceção de incompetência. 4. Preliminar de nulidade no julgamento do *writ* no Superior Tribunal de Justiça por ausência de intimação. Nulidade não configurada. 5. Mérito. Reconhecimento da incompetência absoluta do juízo de origem por não observância do art. 80 do Código de Processo Penal. 5.1. As instâncias precedentes, de forma acertada e motivada, demonstraram, irrefutavelmente, no caso, a justificada aplicação do contido no art. 80 do CPP, o qual prevê a separação facultativa dos feitos. Desmembramento em razão da complexidade e do excessivo número de pessoas envolvidas. 5.2. Existência de acusados que possuem foro especial por prerrogativa de função não obriga que todos os demais sejam processados no Tribunal Estadual, motivo pelo qual não há falar em violação aos princípios do juiz natural e do promotor natural. Precedentes. 5.3. **Princípio da divisibilidade da ação penal pública** incondicionada. **Não obrigatoriedade da denúncia contra todos os infratores em idêntico tempo e ato processual.** 5.4. O entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que o desmembramento da persecução penal, quanto ao agente não detentor do foro por prerrogativa de função, em regra, é medida que se impõe. Precedentes. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – 2ª Turma – RHC 126423 AgRg – Relator: Min. Gilmar Mendes – Publicação: 14/02/2017) **[grifo do autor]**

Quanto ao princípio da intranscendência, já mencionado no presente trabalho, este diz respeito, no caso da ação penal pública, a denúncia só poder ser intentada contra o verdadeiro autor do delito. Decorre de tal maneira, da Carta Magna (BRASIL, 1988, Texto Digital), mais precisamente no inciso XLV de seu artigo 5º, que discorre que: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

O princípio da obrigatoriedade ou da legalidade está disposto no artigo 24 do Código de Processo Penal e consiste no dever do Ministério Público, tendo notícia de uma infração criminal e tendo meios suficientes para atuar, ajuizar ação penal. Em



outros termos, verificando que se trata de fato típico, antijurídico e culpável, o Ministério Público é obrigado a oferecer denúncia. Esse princípio se funda na frase do latim que diz que *nec delicta maneant impunita*, que significa que nenhum crime deve passar impune (RODRIGUES, 2015).

Por fim, o princípio da indisponibilidade disserta que, uma vez oferecida a denúncia, o Ministério Público não pode desistir dela, em consonância com o artigo 42 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Da mesma forma, conforme o artigo 17 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), uma vez instaurado o inquérito, a autoridade policial não pode determinar o arquivamento. Ainda, é desse princípio que se depreende que o Ministério Público não pode desistir dos recursos que ele interpõe (RODRIGUES, 2015).

Ante todo o exposto, as seguintes observações merecem destaque: o Ministério Público é o titular da ação penal pública condicionada à representação, conforme disposto no artigo 24 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941); é permitida a retratação até a denúncia, de acordo com os artigos 102 do Código Penal (BRASIL, 1940) e 25 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Atendo-se especificamente a modalidade de ação penal em relação ao crime de estupro, como já elucidado anteriormente neste trabalho, esta mudou em 2009, com a Lei 12.015 do referido ano (BRASIL, 2009, Texto Digital), passando o estupro a ser processado “[...] mediante ação penal pública condicionada à representação”, deixando, então, de ser processado por meio de ação penal privada.

Com isso, a titularidade do crime de estupro deixou de ser exclusivamente da vítima e dos terceiros legitimados, recaindo a titularidade para o Ministério Público. Assim, daí em diante, a vítima e os terceiros legitimados passam a não mais poderem desistir da ação a qualquer momento.



Esse cenário se transformou ainda mais em 2018, quando o crime de estupro, por meio da Lei nº 13.718 (BRASIL, 2018), deixou de ser processado mediante ação penal pública condicionada, passando a ser processado por ação penal pública incondicionada, como ainda será declinado.

### **2.3 Ação penal pública incondicionada**

A ação penal pública incondicionada é a predominante, ou seja, a regra geral no sistema jurídico criminal brasileiro, e está disposta nos artigos 100, parágrafo 1º, do Código Penal e 24 do Código de Processo Penal.

Ela é intentada pelo Ministério Público, sem necessidade de manifestação da vítima ou terceiros legitimados e, também, sem necessidade de requisição do Ministro da Justiça para que a ação seja ajuizada. Assim, havendo prova da materialidade e indícios de autoria delitiva, a propositura da ação penal pública incondicionada independe da autorização de quem quer que seja.

Os princípios que regem a ação penal pública, quais sejam, oficialidade, divisibilidade, intranscendência, obrigatoriedade e indisponibilidade, já foram declinados neste trabalho. Em razão disso, desnecessário se faz discorrer-los um-a-um novamente.

Diante do arrazoado, vislumbra-se que há uma maior facilidade do Ministério Público para ajuizar ação quando se trata de ação penal pública incondicionada do que quando se tratava de ação penal pública condicionada à representação.

Isso em razão de o legislador objetivar que crimes tão graves como o estupro deixem de “passar despercebidos”. Almejando, assim, que o Estado identifique e puna o responsável pelo crime, dispondo de meios que lhe dê amplitude para isso, como foi feito ao adotar a modalidade de ação penal pública incondicionada para o estupro.



Fernanda Maria Alves Gomes (2018, Texto Digital) elenca diversas justificativas para a mudança, assim como segue, *ipsi litteris*:

Os porquês desse avanço são inúmeros: porque é um crime grave e hediondo; porque é um crime que a sociedade como um todo repudia e exige punição; porque assim como o homicídio, tentado ou consumado, deixa sequelas muitas vezes irreparáveis na vítima e ou seus familiares

Diante do elucidado, é evidente que o legislador primou, então, pela penalização do crime de estupro em detrimento da vontade da vítima. Ou seja, houve uma sobreposição de direitos, em que a persecução penal se sobrepôs ao direito de intimidade da vítima.

### **3 AÇÃO PENAL MAIS ADEQUADA**

Dada as diferentes modalidades de ação penal, questiona-se qual é a mais adequada ao crime de estupro. Nesse sentido, este capítulo discorrerá sobre os diferentes aspectos que envolvem a intimidade da vítima e a persecução penal, já que são assuntos relevantes para se definir a modalidade apropriada ao estupro.

Assim, abrangerá o tópico a respeito da importância da contribuição da vítima para a responsabilização penal. Em contrapartida, discorrerá sobre o dever do Estado de evitar a Vitimização. Finaliza-se, então, com a análise da constitucionalidade da mudança trazida pela Lei nº 13.718/2018, tecendo prós e contras sobre a matéria.

Tudo isso com o fito de, por meio do estudo expandido neste trabalho, encontrar uma resposta coerente, dentro da seara da ciência jurídica, que conclua pela modalidade de ação penal mais adequada ao crime de estupro.

#### **3.1 Contribuição da vítima para a responsabilização penal**



Como já declinado no presente trabalho, tornou-se desnecessária a representação da vítima para o ajuizamento da ação penal de estupro. Isso porque a referida ação, a partir de 2018, passou a ser processada como ação penal pública incondicionada. Portanto, anteriormente, se fazia necessário que a vítima tivesse o interesse em ver o criminoso ser processado. Enquanto, atualmente, o Estado, tendo indícios de autoria e materialidade, deve ajuizar a referida ação, sem necessidade de consentimento da vítima. Aqui, é imperioso ressaltar que, durante o andamento processual, os referidos indícios precisam ser provados para que haja a responsabilização criminal.

Mirabete (2007, p. 249) define o que é provar da forma abaixo explicitada

Provar é produzir um estado de certeza, na consciência e na mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou solução de um processo.

Portanto, a prova é imprescindível para o judiciário, pois ela que confirma ou que afasta a autoria e a materialidade.

Greco Filho (2013, p. 253) define a prova como “todo objeto ou coisa do qual, em virtude de linguagem simbólica, se pode extrair a existência de um fato”. No caso de estupro, as provas podem ser laudos psicológicos, exame de corpo de delito, análise do material genético encontrado, além das demais provas convencionais utilizadas no processo penal.

Ainda assim, o crime de estupro não é um delito em que o Estado toma ciência com facilidade, pois, em sua maioria, ocorre em locais em que se encontram presente apenas a vítima e o agente, em lugares escondidos, sem testemunhas que possam ajudar para a instrução do feito. Sendo, portanto, as provas acima mencionadas difíceis de serem colhidas, principalmente quando não há a contribuição da vítima.



Ademais, ainda que o Estado tome ciência dos fatos, a contribuição da vítima, mesmo que seja indispensável para o ajuizamento da ação, é importante para o deslinde processual quando da produção de provas. Até porque a palavra da vítima possui valor probatório alto.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que discorreu o que ora passo a expor:

É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, em crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima possui especial relevância, uma vez que, em sua maioria, são praticados de modo clandestino, não podendo ser desconsiderada, notadamente quando corroborada por outros elementos probatórios. (STJ – 6ª Turma – AREsp 1301938 AgRg – Relator: Min. Nefi Cordeiro – Publicação: 25/9/2018)

Também, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concede relevância a palavra da vítima nos crimes sexuais, como é possível se verificar por meio do trecho abaixo:

Nos crimes sexuais, a palavra da vítima, ainda que de pouca idade, tem especial relevância probatória, ainda mais quando harmônica com o conjunto fático-probatório. A violência sexual contra criança, que geralmente é praticado por pessoas próximas a ela, tende a ocultar-se atrás de um segredo familiar, no qual a vítima não revela seu sofrimento por medo ou pela vontade de manter o equilíbrio familiar. As consequências desse delito são nefastas para a criança, que ainda se apresenta como indivíduo em formação, gerando sequelas por toda a vida. Apesar da validade desse testemunho infantil, a avaliação deve ser feita com maior cautela, sendo arriscada a condenação escorada exclusivamente neste tipo de prova, o que não ocorreu no caso concreto, pois a condenação foi escorada nos elementos probatórios contidos nos autos, em especial pela prova testemunhal, segura e inequívoca de E. e S., irmão e cunhada do acusado, que presenciaram a relação sexual através da fechadura da porta, bem como pelo depoimento da avó que também presenciou o fato, sem contar com a confissão do acusado e do laudo pericial que atestou rupturas antigas e cicatrizes no hímen. (TJRJ – 1º C.C – Ap. 0009186-



56.2012.8.19.0023 – Relator: Min. Marcus Basilio –  
Publicação: 26/04/2013).

Portanto, verifica-se que, ainda que o Estado, sozinho, possua a legitimidade para ajuizar ação penal visando combater o estupro, a vítima é muito importante para o esclarecimento do crime. Sendo assim, a participação desta auxilia bastante no que tange à responsabilização penal, contribuindo para a busca pela verdade real, princípio adotado pelo nosso Direito Processual Penal que deve sempre ser ambicionado pelo juiz.

Nesse ponto, é claro que nenhum juiz tem como afirmar que se chegou à realidade dos fatos. No entanto, o ideal é buscar a verdade apurada nos autos, com o objetivo de que se aproxime da verdade real. Sobre isso, Machado (2014, p. 459) disserta que:

Trata-se, portanto, de uma verdade processual, reconstituída em torno de fatos bem delimitados no âmbito de um processo, sempre por intermédio das provas produzidas dialeticamente pelas partes, com a observância das regras e princípios que disciplinam toda a atividade probatória, tal qual estabelecido na lei e na Constituição.

Cabe ressaltar que as provas, em regra, não possuem hierarquia. No entanto, o juiz tem a liberdade de, por meio da livre convicção, sopesar as provas e decidir qual considera de maior importância. Mas, claro, sempre que fizer isso, deve agir de forma fundamentada (PIRES, 2018).

No entanto, ao se falar nos crimes sexuais, estes ocorrem, como já mencionado, em sua maioria, de forma clandestina, quer dizer, encontram-se presentes apenas agente e vítima, sem a presença de testemunhas.

Assim, há dificuldade em se obter provas nos crimes de estupro. Sobre o assunto, CAPEZ (2019, p. 89) disserta:





Nem sempre o estupro deixa vestígios. Na hipótese de tentativa, em que não chega a haver conjunção carnal, dificilmente restam elementos a serem periciados junto à ofendida, e, mesmo havendo consumação, os resquícios podem ter desaparecido com o tempo, ou podem nem sequer ter ocorrido, como na hipótese de mansa submissão após o emprego de grave ameaça, ou ainda quando não há ejaculação do agente, só para citar alguns exemplos.

Dessa forma, verifica-se ser mais difícil colher provas. Por isso, Avena (2009, p. 299) considera que:

Embora a palavra do ofendido deva ser considerada com reservas, exigindo-se que seja sempre confrontada com os demais elementos de prova existentes nos autos, não se pode deixar de reconhecer que em alguns casos, possui alto valor, como nas hipóteses de crimes contra os costumes (atualmente contra a dignidade sexual), os quais, cometidos na clandestinidade não apresentam testemunhas. Neste sentido, é pacificada a jurisprudência.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2017) segue o entendimento de Greco Filho e acrescenta que nos casos de estupro cometidos contra vulneráveis, a palavra da vítima também possui maior valor probatório. No entanto, nesses casos, tem-se que procurar proteger ainda mais a vítima quando do seu depoimento, utilizando, por exemplo, o chamado depoimento sem dano, que ocorrerá com a participação de psicólogo ou assistente social.

Aury Lopes Jr. (2016, p. 473) disserta que:

Nesses casos, considerando que tais crimes são praticados – majoritariamente – às escondidas, na mais absoluta clandestinidade, pouco resta em termos de prova do que a palavra da vítima e, eventualmente, a apreensão dos objetos com o réu (no caso dos crimes patrimoniais), ou a identificação do material genético (nos crimes sexuais).

Além da importância de sua palavra, em determinados casos, a vítima pode ser crucial para a produção de outras provas robustas, como a colheita de material genético do agressor. Assim, é importante adentrar no que ora se passa a expor.



Algumas vítimas de estupro, logo após a ocorrência do delito, se sentem enojadas com a violência que a acometera e a primeira atitude que adotam é tomar banho. Acontece que, ao tomar banho, pode se esvaír muitas provas do crime. Isso porque há a possibilidade de ter ficado pelo corpo da vítima algumas provas, como, por exemplo, pêlos pubianos do agressor ou da agressora, sêmen, pele dentro das unhas – casos de vítimas que tentam se defender e ficam restos de pele da agente ou do agente em suas unhas. Portanto, esses elementos podem ir totalmente embora com o banho.

Nogueira (2018, p. 20) trata do assunto supracitado, dissertando sobre a dificuldade de se obter provas nos delitos de estupro e, também, sobre a possibilidade de perda de provas do referido crime ao se tomar banho, assim como exposto abaixo:

[...] como é sabido, nem sempre crimes sexuais deixam elementos a serem analisados, a exemplo das hipóteses de tentativa, ou submissão da vítima logo após grave ameaça, não ejaculação do agente. Deve-se ainda incluir nesse rol os diversos atos libidinosos que podem configurar delito de estupro e que dificilmente deixam vestígios, como o sexo oral, beijos lascivos, toques impudicos, etc. Acrescente-se a isso a compreensível atitude da vítima que inúmeras vezes toma banho e se higieniza logo após o ato, em desespero, sentindo nojo do agressor e de si mesma. Tal prática prejudica deveras uma possível coleta de material para perícia.

É importante ressaltar que a suposta agressora ou o suposto agressor não é obrigado a fornecer seus materiais genéticos a exame para o deslinde processual, devido à cláusula *nemo tenetur se detegere* (o direito de não produzir prova contra si), esculpido no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal (PORTINHO, 2017).

No entanto, diante do caso supramencionado pode-se inverter o ônus probatório, conforme explica Capez (2012, p. 68):

Atualmente, ainda como meio de produção de prova essencial, temos a genética forense, a possibilidade de se colher material genético que ligue à autoria do fato, não somente no caso do



esperma, mas também fios de cabelo, resíduos de pele do autor nas unhas da vítima que tentou defender-se da injusta agressão, saliva, manchas de sangue, etc. A comparação do material que consiga ser recolhido de imediato quando do atendimento da vítima é essencial como elemento de prova apto a configuração da autoria delitiva. Contudo, em face do princípio da não auto incriminação, o suspeito não tem a obrigação de fornecer elementos de seu próprio corpo para a comparação genética, sendo que, neste caso de recusa, esta mesmo pode servir de elemento de convicção que seja apto a ensejar uma condenação do réu, invertendo-se, neste caso, o ônus probatório e gerando, como convicção uma presunção de autoria do acusado, que poderá afastar essa presunção fornecendo material genético (fio de cabelo, saliva, sangue) para comprovar a sua inocência.

Verifica-se que muitas provas podem ser perdidas diante do desconhecimento da vítima sobre o assunto. Nesse sentido, é importante a adoção de medidas pelo Estado de conscientizar a sociedade sobre os meios de preservação de provas relativas ao crime de estupro.

Diante do exposto, é possível vislumbrar que, em determinados casos, exame da vítima com o intuito de colher material genético da agressora ou do agressor junto pode ser crucial para a comprovação da autoria do estupro. Assim, mais uma vez, a contribuição da vítima se mostra importante para a persecução penal.

Ante o todo mencionado, verifica-se que a vítima, ainda que o estupro se processe mediante ação penal pública incondicionada, possui papel importante para a responsabilização criminal. Isso porque ela é basilar para destrinchar os fatos e possui papel formidável na instrução processual.

### **3.2 Vitimização**

A Vitimização é um instituto trazido pela Criminologia que se subdivide em três: Vitimização Primária, Vitimização Secundária e Vitimização Terciária. As



referidas classificações não possuem um conceito concreto na doutrina, assim, há divergências a respeito da definição de cada uma delas (MOLINA; GOMES, 2002).

A Vitimização primária pode ser classificada como primeiro momento de sofrimento enfrentado pela vítima. Quer dizer, o dano decorrido diante do delito penal em si. Carvalho e Lobato (2008) afirmam que se trata do dano gerado à vítima, pela conduta do agente, no momento do crime.

Manzanera (2010, p. 384) disserta que “los Sistemas Contemporáneos de Justicia Penal, al parecer se han preocupado fundamentalmente de descubrir, capturar, juzgar, sentenciar, encarcelar o rehabilitar a los delincuentes, sin prestar mayor atención a las víctimas”.

Em português: “Os Sistemas Contemporâneos de Justiça Penal, ao que parece, não se preocupado, fundamentalmente, em descobrir, capturar, julgar, sentenciar, encarcerar ou reabilitar os delinquentes, sem prestar maior atenção às vítimas”

A Vitimização Secundária tem total ligação com o trecho supramencionado. Isso porque ela dispõe sobre um segundo momento de sofrimento pelas vítimas, o momento da persecução penal, pois o Estado, em sua forma de agir, se preocuparia mais em desvendar os fatos para punir o agente do que em prestar assistência à própria vítima

Para Bárbara Emiliano de Paula (2018, p.22):

[...] a vitimização secundária é caracterizada pelos momentos consequentes a agressão, de forma que o dano, geralmente psicológico ou sequelas físicas, gera a necessidade em acionar o Poder Judiciário. Esta, também denominada de sobrevitimização, é a busca por instâncias formais que tem o dever de tutelar o direito violado.



Portanto, a Vitimização Secundária ou Sobrevitimização consiste no dano gerado à vítima pelo Estado. Quer dizer, a vítima, ao procurar o Estado, este, ao prestar um atendimento ruim, acaba por gerar um novo sofrimento à vítima. Assim, ela fica desacreditada de que seu dano será reparado. Fica desacreditada, também, de procurar o Estado para pleitear seus direitos (PAULA, 2018).

No caso do crime de estupro, a Vitimização Secundária pode ocorrer, por exemplo, ao acarretar que a vítima revivencie os fatos por meio de um processo, seja por prestar diversos depoimentos tanto em sede policial quanto em juízo, seja por ter de fazer o reconhecimento de pessoa ou, até mesmo, ao fazê-la presenciar diversos indivíduos julgando o ocorrido terrível pelo qual passou.

Ante o exposto, verifica-se que o Estado precisa dar maior atenção à vítima, fornecendo meios adequados para a sua proteção. Evitando, assim, que ela volte a sofrer, dessa vez, com o descaso do Estado com os danos que o processo pode trazer-lhe.

A Vitimização Terciária está imbricada com os danos causados à vítima diante da conduta negativa da sociedade para com a vítima em relação ao fato criminoso. Assim, Barros (2008, p. 72) define que: “A vitimização terciária é levada a cabo no âmbito dos controles sociais, mediante o contato da vítima com o grupo familiar ou em seu meio ambiente social, como no trabalho, na escola, nas associações comunitárias, na igreja ou no convívio social”.

É importante ressaltar que não necessariamente a configuração dessas subdivisões do instituto da Vitimização, quais sejam, Vitimização Primária, Vitimização Secundária e Vitimização Terciária se darão exatamente nessa ordem. Por exemplo, uma menina que passou pela Vitimização Primária ao sofrer estupro, mas, antes mesmo que decida recorrer ao Estado, decide contar ao seu tio o que



passara e seu tio não acredita no que diz, o que gera danos à menina, incidindo, aqui, a Vitimização Terciária (MOROTTI, 2015).

### **3.3 Lei nº 13.718/2018 - Constitucionalidade do dispositivo legal**

A Lei 13.718/2018 (BRASIL, 2018) alterou o Código Penal, mudando a condição de procedibilidade das ações referentes ao crime de estupro. Isso porque o referido crime deixou de ser processado mediante ação penal pública condicionada à representação, passando a ser processado mediante ação penal pública incondicionada.

Pois bem. O *caput* do artigo 225 do Código Penal (BRASIL, 1940, Texto Digital), que tinha sua redação dada pela Lei 12.015/09 (BRASIL, 2009, Texto Digital), dispunha que os crimes contra a liberdade sexual se procediam “[...] mediante ação penal pública condicionada à representação”. Outrossim, o parágrafo único desse artigo dissertava que se a vítima fosse menor de 18 (dezoito) anos ou vulnerável, esse crime proceder-se-ia mediante ação penal pública incondicionada.

Com a Lei número 13.718/2018 (BRASIL, 2018), passou a vigorar que a modalidade de ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável é pública incondicionada. Houve, assim, alteração do *caput* do artigo 225 do Código Penal e, conseqüentemente, a revogação de seu parágrafo único.

Posto isso, abre-se a discussão pleiteada neste presente trabalho, qual seja:

(a) de um lado, o dever do Estado de elucidar os crimes e responsabilizar seus agentes a fim de trazer a pacificação social, sendo muito importante para isso a contribuição da vítima durante a persecução penal, dado a especificidade do crime em análise; (b) do outro lado, com base no princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, dignidade da pessoa humana, e, também, com escopo no direito fundamental à intimidade, há a discricionariedade da vítima em não almejar a



responsabilização criminal com o intuito de afastar a Vitimização Secundária e Vitimização Terciária.

Dessa maneira, a mudança trazida pela Lei nº 13.718/2018 está alinhada a primeira tese supracitada. Por sua vez, a segunda tese traria a ideia de necessidade de se declarar inconstitucional o referido dispositivo legal, pois a vítima estaria tendo sua dignidade e intimidade violadas ao ser trazida ao processo independentemente de seu consentimento.

Os dois posicionamentos merecem atenção, pois trazem diferentes aspectos relevantes para o meio jurídico. Sendo assim, passa-se a análise deles.

A Lei em questão transformou o crime de estupro em ação penal pública incondicionada. Assim, independente da vontade da vítima, o Estado poderá investigar, judicializar e, se for o caso, responsabilizar o agente do crime em tela.

Levando-se em consideração que os agentes desses crimes, em sua grande parte, voltam a cometer o ato e, assim, cometem reiteradamente o estupro, tirá-lo das ruas é proteger não só a vítima como outras possíveis vítimas. Além disso, aqueles que, porventura, almejam cometer o delito terão a percepção mais nítida do efeito da punição exemplar. Isso sem contar que ter-se-ão menos crimes passando impunes na sociedade.

Também, sendo processado mediante ação penal pública incondicionada, retira-se a possibilidade de o agente ameaçar a vítima para que ela não represente ação contra ele, como era praxe quando do processamento do estupro por ação penal pública condicionada à representação, como se pode perceber pelo julgamento do Superior Tribunal de Justiça disposto abaixo:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM  
HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL.  
AMEAÇA NO AMBIENTE DOMÉSTICO. EXCESSO DE



PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. SENTENÇA PROFERIDA. SÚMULA N. 52/STJ. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. NOVO TÍTULO JUDICIAL. SENTENÇA QUE MANTÉM OS MESMOS FUNDAMENTOS. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO IMINENTE DE REITERAÇÃO DELITIVA.

RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. I - Sobrevindo a prolação de sentença condenatória, encerrando definitivamente a instrução criminal, resta superado o alegado excesso de prazo (Súmula n. 52/STJ). II - Novo título judicial, por si só, não tem o condão de prejudicar o recurso se mantidos os fundamentos da segregação cautelar. III - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. IV - *In casu*, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado na garantia da ordem pública, demonstrando, com elementos concretos extraídos dos autos, consistente no fato de se tratar de genitor que abusava sexualmente de filho menor de 5 (cinco) anos de idade, quando a companheira se encontrava no ambiente de trabalho, e que, **quando esta descobriu a prática criminosa, passou a ameaçá-la de morte para impedi-la de denunciá-lo à polícia**, além de existir registro nos autos de que o réu já fora preso e processado anteriormente pela prática de outros crimes. Todas essas circunstâncias hábeis a justificar a imposição da medida extrema em desfavor do recorrente, não apenas para garantia da ordem pública como também futura aplicação da lei penal, ante o risco iminente de reiteração criminosa. Recurso ordinário não provido. (STJ – 5ª Turma – RHC 87183 – Relator: Min. Felix Fischer – Publicação: 25/08/2017). **[grifo do autor]**

Ainda, um terceiro, tomando ciência do estupro poderá noticiar às autoridades competentes, como já vem, desde maio de 2017, com a decisão emanada na PET número 11805/DF (STJ, 2017), julgada pelo Superior Tribunal de Justiça, ocorrendo em relação aos crimes relacionados a Lei Maria da Penha.





Em contrapartida, há também a possibilidade de intromissão do Estado em relações interpessoais em que as partes não vislumbram aquilo como estupro, porém, na visão de terceiros, aquilo é estupro. Como, por exemplo, o masoquismo sem graves lesões ou, até mesmo, a hipótese de casal embriagado em que, para ambos, eles tiveram mais uma relação, no entanto, para um vizinho que vê a mulher chegando bêbada com o marido e escuta o ato sexual, aquilo foi um estupro e, por isso, leva o caso às autoridades.

Desse modo, em situações semelhantes, para a sociedade, podem estar presentes todas as elementares do crime de estupro nas suas modalidades, mas, para os que participam do ato, foi apenas mais uma relação sexual, não tendo interesse na responsabilização criminal do parceiro. Assim, esse casal terá de passar pelo crivo do sistema penal, ainda que não tenha interesse, se um terceiro levar à autoridade a questão.

Esses são alguns prós e contras da nova legislação. Passa-se, então, a análise da segunda tese, qual seja, direito à dignidade e à intimidade da vítima que não almeja a persecução penal com o fito de afastar a Vitimização Secundária.

Com a nova Lei, o Estado, tendo indícios de autoria e materialidade quanto a um crime de estupro, tem de investigar, independentemente da vontade da vítima acima mencionada. Esta certamente será intimada para ser ouvida quando do inquérito policial ou, até mesmo, ser chamada a produzir provas, como, por exemplo, corpo de delito. Surgindo a ação penal, será intimada para prestar depoimento e, participando dos atos processuais, muito provavelmente, ouvirá o relatório dos fatos repetitivamente.

Tudo isso sem contar com os atendimentos ruins às vítimas realizados pelo Estado. Sobre isso, Andreucci (2016) disserta que “como exemplos de vitimização



secundária pode-se citar o mau atendimento que eventualmente receba a vítima em delegacias de polícia, institutos médico-legais, fóruns e varas criminais”.

Além de tudo isso, há o olhar social para a vítima de estupro, que, muitas vezes, passa a ser estigmatizada. Podendo a sociedade, inclusive, apontá-las como culpadas por terem sido violentadas. Sobre isso Carvalho e Lobato (2008 , Texto Digital) dissertaram o seguinte:

A vitimização terciária, como visto, é aquela que ocorre no meio social em que vive a vítima. É a vitimização causada pela família, grupo de amigos, no seio de seu trabalho etc. A comunidade em que a vítima vive a vitimiza. Após a divulgação do crime, sobretudo aqueles contra os costumes, muitos se afastam, os comentários são variados e os olhares atravessados para a vítima, o que a fazem se sentir cada vez mais humilhada e, não raras vezes, até culpada do delito. Quando se tratam de vítimas crianças e adolescentes na escola, por exemplo, muitos são solidários; mas outros, até mesmo pela curiosidade, fazem perguntas demais, brincam com o fato, e mais constrangimentos impõem as vítimas. No ambiente de trabalho, o mesmo acontece. Entretanto, talvez a pior vitimização seja imposta pela família. Quando a família, alicerce da sociedade (art. 226 da CF) impõe à vítima mais sofrimento em decorrência do crime é que os efeitos são deletérios ao extremo. Muitos parentes rejeitam as vítimas, fazem comentários impertinentes. Pais tratam as vítimas como eternos coitados sem dar força a estes para se erguerem e superarem a derrota imposta pelo agressor.

De tal forma, levando em consideração que o Estado é ineficiente na assistência da vítima, quando da ação penal pública condicionada à representação, esta poderia decidir o que considerava mais favorável para si: representar a ação de estupro ou, simplesmente, abrir mão de representar para encontrar a sua paz de espírito, uma vez que a não intromissão do Estado já seria algo bom.

Contudo, a alteração trazida pela Lei de 2018 impede a possibilidade acima trazida, supostamente, violando a dignidade e a intimidade da vítima, o que justificaria pleitear a sua declaração de inconstitucionalidade.



Vislumbrou-se que a mudança trazida pela Lei nº 13.718/18 traz pontos positivos e negativos, havendo, assim, divergências em relação à referida mudança tratar-se de retrocesso ou de inovação. Dessa forma, passa-se ao questionamento de qual posicionamento deve prevalecer.

Primeiramente, identifiquemos os prós e os contras da tese “a”, qual seja, “o dever do Estado de elucidar os crimes e responsabilizar seus agentes a fim de trazer a pacificação social, sendo muito importante para isso a contribuição da vítima durante a persecução penal, dado a especificidade do crime em análise”:

**Quadro 2** – Prós e contras referentes ao crime de estupro ser processado mediante ação penal pública incondicionada

<b>ESTUPRO PROCESSADO MEDIANTE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA</b>	
<b>P R Ó S</b>	<b>CO NT RA S</b>
1 Dado que os agentes do crime de estupro, em sua grande parte, voltam a praticar o ato, está se protegendo não apenas a vítima, mas, também, outras possíveis vítimas;	1 Intromissão do Estado em relações interpessoais ao ajuizar ação contra um dos envolvidos por considerar como estupro atos que os participantes da relação consideram como normais.
2 Punição exemplar;	
3 Menos crimes passarão impunes na sociedade;	
4 Retira-se a possibilidade de o agente ameaçar a vítima para que ela não represente ação contra ele;	
5 Um terceiro, tendo ciência do crime, poderá noticiar às autoridades competentes.	

Fonte: autoria própria.



Observa-se que há cinco prós e apenas um contra em relação à primeira tese analisada. Ocorre que, apesar de o caso “contra” poder ocorrer, não merece prosperar no sentido de justificar a não adoção da modalidade de ação penal incondicionada para o crime de estupro. Isso porque, mesmo situações como a indicada, precisam ser investigadas, tendo em vista que é melhor investigar e realmente não se tratar de estupro do que não investigar e se tratar do crime em questão, o que levaria a deixar mais um criminoso impune e mais uma vítima às mínguas desse agente.

Incontestável é que apenas o fato de ser réu em processo criminal é prejudicial ao acusado, o que fica claro ao considerar que essa pessoa passa por constrangimento próprio, tem de constituir advogado, entre outros ônus. Sem contar que pode acarretar problemas para conseguir um emprego, já que a certidão disponível para quem é réu em processo penal não é a propriamente negativa, mas uma certidão positiva com efeito negativo, que explicita que o sujeito é réu em processo criminal, mas que o julgamento ainda não transitou em julgado.

Ainda, além desses efeitos, há normas que impedem o exercício de prerrogativas importantes quando se é réu em processo criminal, como, por exemplo, suspensão condicional do processo, que só pode ser utilizada se não estiver respondendo por outro crime, conforme dispõe o artigo 89 da Lei 9.099/95 (BRASIL, 1995).

O exposto supra se refere a responder por uma ação criminal, gênero. Quando se trata de ação penal referente a crime de estupro, as consequências são ainda maiores. O suposto agente será tratado como possível estuprador. Até mesmo na prisão, vislumbra-se que o tratamento a esse tipo de presidiário é pior, podendo até mesmo, sofrer abuso sexual pelos outros detentos, tendo em vista o crime pelo qual foi preso.



Assim, ser processado como réu em crime de estupro traz consequências muito sérias e graves para o possível agente. Nesse sentido, por isso, a importância da investigação, momento preliminar ao ajuizamento da ação.

A investigação criminal tem de colher, se possível, o depoimento da suposta vítima e do suposto criminoso, juntamente com as outras provas. Assim, é necessário se colher o maior número possível de indícios de autoria e provas de materialidade para que o delegado possa embasar a decisão do promotor em oferecer ou não a denúncia por meio de um relatório robusto, pois tratando-se do crime em questão, responder por ação penal traz consequências severas, como já exposto. Assim, se destaca a atuação do delegado para embasar a decisão do promotor.

Portanto, o estupro ser processado mediante ação penal pública incondicionada, modifica a atuação do delegado perante a notícia de um crime. Havendo indícios de autoridade e materialidade, deve investigar. Já a cognição da justa causa da ação penal perante o Ministério Público continuará ocorrendo da mesma forma, havendo elementos que indiquem a existência de um crime, ajuizar-se-á a ação. Caso contrário, não se dará prosseguimento à ação.

Dessa forma, para evitar as consequências sérias e graves de ser processado por crime de estupro, deve-se ter uma grande atenção quando da investigação criminal, que deve ser feita de forma extremamente minuciosa para que o Ministério Público, com auxílio das garantias processuais, possa ter elementos suficientes para evitar, ao máximo, injustiças

Não se nega que, ainda assim, injustiças podem ocorrer. Porém, a legislação deve dar soluções claras. Enquanto que o operador do Direito deve analisá-la para aplicar ao caso concreto. Ou seja, a legislação é abstrata e o operador do Direito que a concretiza.



Assim, tratando-se de crime de estupro processado mediante ação penal pública incondicionada, a legislação passa o imperativo de que o agente do Estado deve agir. Portanto, não deve ficar inerte frente a situações evidentes de estupro, como ocorria outrora quando se adotava a modalidade de ação penal privada ou pública condicionada à representação para o crime de estupro.

Desse modo, é preferível que a legislação, na fase de inquérito, apresente uma solução que possa gerar uma remota injustiça em casos extremamente pontuais a uma enorme quantidade de crimes que poderiam não ser investigados e responsabilizados ao se deixar em aberto a vontade da vítima. Nesse condão, é importante ressaltar que a fase de inquérito é apenas uma fase investigativa, quer dizer, não é um processo. O processo só virá, como já mencionado, com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público diante dos indícios de autoria e das provas de materialidade do crime de estupro por meio de um relatório policial robusto.

Fatídico é que o crime de estupro é terrível, causa asco enorme e pode gerar consequências irreparáveis ao psicológico da vítima. Nesse sentido, o Estado tem de procurar a proteção dessas vítimas e dar a elas especial atenção. Deve, ainda, agir para evitar a ocorrência dos crimes de estupros.

Passemos a identificar, juntamente com os demais prós e contras já trazidos, os pontos levantados – que estão em negrito - pela tese “b”, que se trata da discricionariedade da vítima em não almejar a responsabilização criminal para afastar a Vitimização Secundária, com base no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e, também, no direito fundamental à intimidade:

**Quadro 3** – Continuação do quadro 2

<b>ESTUPRO PROCESSADO MEDIANTE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA</b>	
<b>PROS</b>	<b>CONTRAS</b>



1. Dado que os agentes do crime de estupro, em sua grande parte, voltam a praticar o ato, está se protegendo não apenas a vítima, mas, também, outras possíveis vítimas;	1. Intromissão do Estado em relações interpessoais ao ajuizar ação contra um dos envolvidos por considerar como estupro atos que os participantes da relação consideram como normais;
2 Punição exemplar;	2 Ainda que não seja de sua vontade, a vítima será intimada para participar dos atos processuais;
3 Menos crimes passarão impunes na sociedade;	3 Participando dos atos processuais, muito provavelmente, ouvirá o relatório dos fatos repetitivamente;
4 Retira-se a possibilidade de o agente ameaçar a vítima para que ela não represente ação contra ele;	4 A vítima poderá sofrer com os atendimentos ruins realizados pelo Estado;
5 Um terceiro, tendo ciência do crime, poderá noticiar às autoridades competentes.	5 A vítima poderá ser estigmatizada perante o olhar social.

Fonte: autoria própria.

Não há dúvidas que, se tratando da dicotomia entre intimidade e obrigatoriedade da persecução penal, há pontos relevantes para os dois lados. Isso, tendo em vista que o crime de estupro é devastador. Até mesmo porque, ainda que o ato ocorra apenas uma vez, as consequências dele são incalculáveis, podendo refletir por toda a vida da vítima.

Nesse sentido, conjectura-se que o crime de estupro ter passado a ser processado mediante ação penal pública incondicionada favoreceu a proteção do bem jurídico tutelado pelo tipo, dadas as razões expendidas neste trabalho e, por isso, tal mudança pode ser considerada como inovação no ordenamento jurídico. Assim, a tese “a” merece prosperar.



No entanto, os pontos trazidos pela tese “b” não devem ser descartados. Pelo contrário. O Estado tem de fornecer elementos com o intuito de procurar minimizar o sofrimento da vítima, tem de procurar evitar a Vitimização Secundária.

Isso porque se constatou que um dos argumentos para a manutenção do crime de estupro sendo processado mediante ação penal pública condicionada à representação é o de que, dado que o Estado não dá o amparo necessário para a vítima, a sua não intromissão no assunto seria melhor do que a persecução penal. No entanto, o atestado de incompetência do Estado com a sua consequente omissão não é a solução que se deve esperar deste.

Nesse sentido, o que pode ser feito, por exemplo, é fixar o depoimento da vítima em uma única vez e o fazer assim como ocorre nos casos de depoimento sem dano, na presença de um psicólogo. Outrossim, continuar tramitando o processo de estupro em segredo de justiça, ocultando-se o nome da vítima, com o intuito de resguardar sua intimidade. Também, o Estado deve fornecer programas eficazes de assistência à vítima, tanto em grau social, como já vem ocorrendo em relação aos crimes de violência doméstica com a criação da Casa da Mulher Brasileira, quanto em grau médico.

A realidade é que, sem dúvidas, a proteção às vítimas de estupros deve ser uma luta coletiva, não só do Estado, mas também da sociedade e, principalmente, das famílias. A sociedade precisa largar o olhar preconceituoso, a família necessita dar apoio e o Estado deve levantar essa questão de proteção às vítimas.

O Estado tem que instigar a sociedade a notificar as autoridades sobre os casos de estupros, por meio de propagandas, por exemplo, como já vem ocorrendo nos casos de Violência Doméstica, em que o Estado utiliza como jargão que “em briga de marido e mulher se mete a colher SIM”. Só dessa forma evitar-se-á a disseminação





desse crime truculento. Ficar calado, não fazer nada sobre, só fará com que esse crime se alastre pela sociedade.

Assim, o estupro deve continuar sendo processado mediante ação penal pública incondicionada, mas com um olhar especial voltado à vítima, devendo o Estado fornecer meios para que não ocorra a Vitimização Secundária. Também, se faz necessário a elaboração de propagandas pelo Estado com o intuito de conscientizar a população, para evitar a chamada Vitimização Terciária. Tudo isso ressaltando que já é dever do Estado a prevenção e repressão do crime para afastar a Vitimização Primária.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho em tela trouxe em seu corpo um amplo material de pesquisa entre julgados, doutrinadores, legislações, estudos técnicos, os quais são essenciais para se construir um estudo concreto e coerente. Portanto, esta pesquisa atende aos requisitos científicos para se alcançar uma conclusão admissível para a ciência jurídica.

Dessa forma, fora verificado que o estupro é o mais grave dos crimes contra a liberdade sexual (COSTA, 2001). Ademais, fora elucidado que o crime em questão abrange os casos de atentado violento ao pudor. Ressaltou-se, também, que o estupro é intitulado como crime hediondo, assim, deve seguir o disposto na Lei nº 8.072/90. Além disso, em 2018, foi introduzido, com a Lei 13.718, o crime de importunação sexual como crime independente dentro dos crimes contra a liberdade sexual. Isso, com o fito de apaziguar a desproporcionalidade que poderia ser causada em razão do crime de estupro abarcar diferentes condutas.



Importante identificar que o bem jurídico tutelado no crime de estupro é a dignidade sexual. Tendo sido elencado, assim, que as pessoas devem ser livres para escolherem quando e com quem consentem em ter suas relações sexuais. Dessa forma, será verificada a concretização do estupro se a vítima não consentir ou não possuir condições para consentir com os atos. Sendo, aqui, imperioso destacar que é pressuposto para o crime, conforme preceitua Gonçalves (2018, p.590): “[...] o envolvimento corpóreo da vítima no ato sexual”.

Igualmente, elucidou-se que o estupro é um crime comum, portanto, pode ser praticado por qualquer indivíduo. Também, o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa viva, homem ou mulher. Por fim, fora declinado que, uma vez que o crime de estupro é processado mediante ação penal pública incondicionada, o titular é o Ministério Público.

Não se deve esquecer que a ação penal privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. Já na ação penal pública condicionada à representação, a iniciativa para ajuizamento da ação é do Ministério Público. No entanto, condicionada à representação da vítima ou a requisição do Ministro da Justiça (CARVALHO, 2016). Quanto à ação penal pública incondicionada, esta é intentada pelo Ministério Público independentemente de autorização de quem quer que seja, bastando que haja prova de materialidade e indícios de autoria delitiva para a propositura da ação pelo referido órgão ministerial.

Verificou-se que o crime de estupro por ocorrer, em sua maioria, às escuras, quer dizer, na presença apenas da vítima e do agente ou da agente, é um delito mais difícil de ser provado. Assim, diversos doutrinadores consideram que se deve dar um peso maior à palavra da vítima, mas, claro, desde que corroborada com os outros elementos de prova. Portanto, a palavra da vítima, principalmente quanto aos crimes contra a dignidade sexual, é de grande importância para o deslinde processual.



Também, em determinados casos, a vítima tem papel relevante na persecução penal no sentido de se poder obter, por meio dela, materiais genéticos do agressor ou da agressora em seu corpo. Ressalta-se que algumas vítimas, possivelmente por desconhecimento, enojadas com a violência que as acometeram, tomam banho após o ato, assim, fazendo com que as prováveis provas do delito se esvaíam. Nesse contexto, é importante que o Estado adote medidas no sentido de conscientizar a sociedade sobre meios para preservar as provas decorrentes de estupro.

Concluiu-se que o estupro ser processado mediante ação penal pública incondicionada é o mais adequado, pois, dessa forma, protege-se não só a vítima como outras possíveis vítimas. Além disso, assim, verificar-se-á o instituto denominado de punição exemplar e menos crimes passarão impunes na sociedade. Outrossim, retira-se a possibilidade de o agente ameaçar a vítima para que ela não represente contra ele. Também, dessa maneira, um terceiro que tenha ciência do crime em questão poderá noticiar o caso às autoridades competentes.

Fatídico é que a vítima de estupro tem de passar por muitas adversidades, mesmo após o crime. Isso porque, além de todo abalo psicológico que o crime em si traz (Vitimização Primária), a vítima pode sofrer com a atuação ruim do Estado (Vitimização Secundária) quando da investigação do crime e do trâmite da ação penal de estupro, sem contar que ela poderá ser estigmatizada pelo olhar social (Vitimização Terciária).

Por isso, as teses expedidas neste trabalho para manter o crime de estupro sendo processado mediante ação penal pública condicionada à representação não devem ser descartadas, mas, sim, observadas pelo Estado. Dessa forma, a vítima deve ter especial atenção.

Não se nega que o Estado terá que enfrentar obstáculos, mas ele deve lutar contra a disseminação do estupro. Também, deve fornecer o máximo de elementos



para a proteção da vítima, afastando, dessa forma, a Vitimização. Inclusive, deve procurar conscientizar a sociedade sobre a importância dessa luta.

Dessa maneira, o combate ao crime de estupro é um trabalho coletivo, tanto das famílias, quanto da sociedade e do Estado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/2009**. 2010. Disponível em:

<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/548/R%20DJ15%20com%20processo%20penal%20-%20leonardo%20barreto.pdf?sequence=1>.

Acesso em: 27 out. 2019.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. A valorização da vítima no processo penal brasileiro. **Empório do Direito**. 2016. Disponível em:

<http://emporiiodireito.com.br/a-valorizacao-da-vitima-no-processo-penal-brasileiro-por-ricardo-antonio-andreucci/>. Acesso em: 08 de mar. 2020.

AVENA, Norberto. **Processo penal**: versão universitária. São Paulo: Método, 2009

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial (arts. 213 a 311-A). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

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

Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848. **Código Penal**. 1940. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 04 jun. 2020.



BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848. **Código de Processo Penal**. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.015. 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm). Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.718. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm). Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.964. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 05 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.072. **Lei dos Crimes Hediondos**. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm). Acesso em: 05 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.099. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm). Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 1301938/RS**. Agravante: N L S. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 25 set. 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86394330&num\\_registro=201801284242&data=20180925&tipo=5&formato=P DF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86394330&num_registro=201801284242&data=20180925&tipo=5&formato=P DF). Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Petição n. 11805/DF**. Requerente: Min. Rogério Schietti Machado Cruz. Requerido: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Rogério Schietti Machado Cruz. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 17 maio 2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72407403&num\\_registro=201602969378&data=20170517&tipo=5&formato=P DF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72407403&num_registro=201602969378&data=20170517&tipo=5&formato=P DF). Acesso em: 05 jun. 2020.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus n. 87183/PI**. Recorrente: A D L. Recorrido: Ministério Público do Estado do Piauí. Rel. Min. Felix Fischer. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 25 ago. 2017. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75573851&num\\_registro=201701734990&data=20170825&tipo=5&formato=P DF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75573851&num_registro=201701734990&data=20170825&tipo=5&formato=P DF). Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 126423/MG**. Agravante: Ivonei Abade Brito. Agravado: Ministério Público Federal. Rel. Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 14 fev. 2020. Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2E SCLA%2E+E+126423%2E+NUM%2E%29+OU+%28RHC%2E+ACMS%2E+ADJ2 +126423%2E+ACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n24ww2 f>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 111840/ES**. Paciente: Edmar Lopes Feliciano. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Dias Toffoli. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 03 ago. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5049490>. Acesso em: 05 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82959/SP**. Paciente: Oseas de Campos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Marco Aurélio. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 01 set. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 05 jun. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial (arts. 213 a 359-H)**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARVALHO, Gabriella Arima de. **Ação Penal Pública Condicionada**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54041/acao-penal-publica-condicionada>. Acesso em: 27 out. 2019.

CARVALHO, Gisele Mendes de; CHAGAS, Edmar José. **Proteção da Dignidade Sexual ou Paternalismo Jurídico: a propósito do valor do consentimento do menor**



de 14 anos no crime de estupro de vulnerável. 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e721a54a8cf18c85>. Último acesso em: 1º set. 2019.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de; LOBATO, Joaquim Henrique de Carvalho. Vitimização e processo penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, out. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11854>. Acesso em: 08 mar. 2020.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal**: parte especial. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COSTA JR., Paulo José da. COSTA, Fernando José da. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DANTAS, Gleick Meira Oliveira; RODRIGUES, Thafis Maia. **A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual**: uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-nova-lei-de-combate-aos-crimes-contra-a-liberdade-sexual-uma-analise-acerca-das-modificacoes-trazidas-ao-crime-de-estupro/>. Acesso: 30 out. 2019.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: parte especial. 7.ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2018.

FRANÇA, Antonilson Lélis. **Ação Penal Pública e Ação Penal Privada**: peculiaridades. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41114/acao-penal-publica-e-acao-penal-privada-peculiaridades>. Acesso: 27 out. 2019.

GASPAR, Renato Simões; PEREIRA, Marina Uchoa Lopes. Evolução da notificação de violência sexual no Brasil de 2009 a 2013. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v.34, n. 11, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v34n11/1678-4464-csp-34-11-e00172617.pdf>. Acesso: 1º set. 2019.

GOMES, Fernanda Maria Alves. **Ação penal nos crimes sexuais praticados contra vulnerável**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-04/fernanda-gomes-acao-penal-crimes-sexuais-vulneravel>. Acesso: 30 out. 2019.

GOMES, Fernanda Maria Alves. **Até que enfim**: ação penal pública incondicionada para os crimes sexuais. 2018. Disponível em:



<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI288441,51045-Ate+que+enfim+acao+penal+publica+incondicionada+para+os+crimes+sexuais>. Acesso em: 28 out. 2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal**: parte especial. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GUERRA, Vinicius Roberto. **Princípios norteadores do Processo Penal**. 2013. Disponível em: <https://virogue.jusbrasil.com.br/artigos/111945343/principios-norteadores-do-processo-penal>. Acesso: 28 out. 2019.

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

MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Atlas, 2012.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

MANZANERA, Luiz Rodriguez. **Victimologia**. Cidade do México: Porrúa, 2010.

MARQUES, Ivan Luís; CUNHA, Rogério Sanches. **Processo Penal I**: investigação preliminar, ação penal, ação civil *ex delicto*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte especial (arts. 213 a 359-H). 10. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

MELO, Beatriz de Oliveira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá; JUNIOR, Amarildo Samuel. **O delito de estupro**. 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/viana/Downloads/4209-10917-1-PB.pdf>. Acesso em: 1º set. 2019.

MIRABETE, Julio Frabrini, **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.





MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luís Flávio. **Criminologia**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. **Da ação penal: conceito, espécies, características e princípios – um olhar crítico sobre o instituto**. 2014. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38984/da-acao-penal-conceito-especies-caracteristicas-e-principios-um-olhar-critico-sobre-o-instituto>. Acesso em: 28 out. 2019.

MOROTTI, Carlos. **Vitimização primária, secundária e terciária**. 2015. Disponível em: <https://morotti.jusbrasil.com.br/artigos/210224182/vitimizacao-primaria-secundaria-e-terciaria>. Acesso em: 1º jun. 2020.

NOGUEIRA, Ramoñ Henrique. **A valoração da prova no delito de estupro de vulnerável no direito processual penal brasileiro**. 2018. Disponível em: [https://monografias.ufm.br/jspui/bitstream/123456789/8522/1/Valora%C3%A7%C3%A3o%20da%20prova\\_Nogueira\\_2018.pdf](https://monografias.ufm.br/jspui/bitstream/123456789/8522/1/Valora%C3%A7%C3%A3o%20da%20prova_Nogueira_2018.pdf). Acesso em: 03 jun. 2020.

NUCCI, Guilherme Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PAULA, Bárbara Emiliania de. **Distorção de Conceitos: o tratamento da vítima como culpada. Análise sobre vitimização secundária e criminalização da vítima mulher nos crimes de violência de gênero**. 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/24210/3/DistorcaoConceitosTratamento.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2020.

PIRES, Rômulo Becker. **A valoração da palavra da vítima de abuso sexual como principal prova para a condenação do acusado**. 2018. Disponível em: <https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/2078/1/R%C3%B4mulo%20Becker%20Pires.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2020.

PORTINHO, Andrei Röehrs. **A prova pericial nos delitos sexuais e a (im)possibilidade de tentativa de estupro: um estudo de caso em perícias criminais**



de reprodução simulada realizadas no Rio Grande do Sul entre os anos de 2013 e 2014. **Justiça & Sociedade**, Porto Alegre, RS, v. 2, n. 1, 2017. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/viewFile/616/543>. Acesso em: 03 jun. 2020.

PRADO, Luiz Regis; CASTRO, Bruna Azevedo. **Importunação sexual: *primum examen***. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI291933,61044-Importunacao+sexual+primum+examen>. Acesso em: 1º set. 2019.

Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça. **Apelação penal n. 0009186-56.2012.8.19.0023/RJ**. Apelante: Francisco Candido Emerêncio. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Des. Marcus Basílio. Diário de Justiça Eletrônico, Rio de Janeiro, RJ, 26 abr. 2013. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201305007545>. Acesso em: 14 mar. 2020.

RODRIGUES, Renato Ribeiro. **Os princípios que regem a Ação Penal**. 2015. Disponível em: <https://renato07.jusbrasil.com.br/artigos/245040816/os-principios-que-regem-a-acao-penal>. Acesso em: 28 out. 2019.

SARRUBBO, Mário Luiz. **Direito Penal: parte especial**. Barueri, SP: Manole, 2012.



# STALKING E VIOLÊNCIA DE GÊNERO: A CRIMINALIZAÇÃO DO STALKING COMO MEDIDA PREVENTIVA AO FEMINICÍDIO

Camila Santana de Sousa

## RESUMO

O presente trabalho busca estudar a conduta do *stalking*, a perseguição obsessiva ou assédio por intrusão, e seu relacionamento com a violência de gênero. Analisando-se como o *stalking* é tratado em outros países e como se compara ao modo que é atualmente tratado no Brasil, avalia-se a possibilidade de a criminalização da conduta no ordenamento jurídico brasileiro servir como uma medida preventiva ao feminicídio. Para tal, utiliza-se de casos concretos ocorridos no país, análises feitas por pesquisadores brasileiros e estrangeiros, estatísticas quanto a casos de *stalking* que evoluíram para feminicídios, e decisões jurisprudenciais na esfera civil relacionadas a casos de *stalking*. Como resultado, conclui-se que apesar de haverem medidas alternativas para proteção de vítimas de *stalking* fora da esfera do direito penal, estas muito frequentemente se mostram insuficientes e a falta de reconhecimento do *stalking* como conduta específica, com aspectos particulares e exclusivos à esta, ao invés de uma forma vaga de assédio, dificultam tanto o amparo às vítimas como o estudo do fenômeno no Brasil.

**Palavras-chave:** *Stalking*. Criminalização. Assédio. Violência de gênero. Feminicídio.

## INTRODUÇÃO

Conduta comum, porém pouco discutida, *stalking* é o ato de perseguir obsessivamente uma pessoa e é também conhecido como assédio por intrusão. Como problema de pesquisa do presente trabalho, o *stalking* será discutido em sua relação



com a violência de gênero, de modo a averiguar se sua criminalização poderia servir como medida preventiva ao feminicídio.

No primeiro capítulo, de caráter introdutório, analisaremos o *stalking* de forma geral. Primeiramente, veremos seu conceito e como este se diferencia do sentido coloquial tipicamente associado à palavra no Brasil. Em seguida, definiremos as formas de *stalking*, com especial destaque ao *cyberstalking* – o *stalking* feito através de meios eletrônicos – com ênfase em como essa forma é tão severa quanto a tradicional.

Com o objetivo de restringir mais o conceito da conduta e ressaltar a necessidade desta ser reconhecida como autônoma, também analisaremos o assédio moral, o *bullying* e o *mobbing* que, apesar de possuírem várias semelhanças com o *stalking*, falham em abranger os aspectos mais centrais deste.

Em seguida, veremos o perfil dos praticantes de *stalking*. Este tópico abrangerá as demografias que são, estatisticamente, as maiores praticantes de *stalking*, o contexto em que o fazem, e os motivos por trás de suas atitudes. Usaremos destes motivos para classificar os praticantes de *stalking* em cinco categorias.

Finalizaremos o primeiro capítulo com relatos de casos concretos de *stalking* ao redor do mundo. Especificamente, veremos casos de grande notoriedade, como o *stalking* e assassinato de Shiori Ino, jovem japonesa cuja morte deu origem ao *Anti Stalking Act* no país. Veremos, também, como o descaso da polícia deixa vítimas desamparadas mesmo em países que reconhecem o *stalking* como crime, através do caso de Shana Grice, que durante os seis meses anteriores à sua morte procurou auxílio das autoridades contra seu *stalker*, sem sucesso.

Como conclusão, analisaremos um caso ocorrido em território brasileiro: o de Verlinda Robes, radialista vítima de *stalking* há mais de dois anos, que, desamparada pelas leis brasileiras, teve que abandonar sua residência e se mudar para uma cidade a



mais de 600km de distância de onde vivia anteriormente para escapar de seu *stalker* e que, mesmo assim, continuou a sofrer assédio por telefonemas.

No segundo capítulo, nosso objetivo será analisar a violência de gênero e o modo como esta se relaciona com o *stalking*. Começaremos definindo gênero como construção social e o papel deste dentro do patriarcado, para em seguida chegar ao conceito e características da violência de gênero em si. Em seguida, definiremos os tipos de violência de gênero, usando da Lei n° 11.340, que delimita cinco domínios, quais sejam: físico, patrimonial, sexual, moral e psicológico.

No tópico seguinte, trataremos dos aspectos culturais e sociais relacionados à violência de gênero, para compreender mais aprofundadamente como e por quê esse tipo de violência existe e continua a se propagar em sociedade. Especificamente, estudaremos os aspectos históricos, ideológicos, culturais, sociais e religiosos.

Concluindo o segundo capítulo, iremos utilizar tudo que foi narrado anteriormente para discorrer sobre o *stalking* como violência de gênero. Usando dos dados sobre praticantes de *stalking* vistos no primeiro capítulo e relacionando as motivações por trás de suas condutas com os aspectos da violência de gênero, veremos como o *stalking* compartilha de muitas das características vistas nesse tipo de violência, motivo pelo qual o mesmo pode ser classificado como tal, e sua criminalização vista como um modo de combater a referida violência.

No terceiro e último capítulo, nosso objetivo será usar das informações colhidas durante todo o trabalho para analisar a questão central do projeto: a necessidade da criminalização do *stalking* e como esta pode ser uma medida preventiva ao feminicídio.

Como tipificar o *stalking* é uma tarefa difícil, principalmente devido ao fato de muitos dos atos praticados pelos stalkers serem lícitos, de forma isolada, iniciaremos o capítulo observando como outros países tipificam o *stalking* em seus



ordenamentos jurídicos. Veremos, especificamente, três países: Estados Unidos, Reino Unido, e África do Sul, analisando como a criminalização do *stalking* surgiu nessas nações e quais os critérios exigidos para caracterização da prática do *stalking* dentro de suas leis.

Em seguida, analisaremos o *stalking* no ordenamento jurídico brasileiro atual. Apesar de não existir tipificação específica dentro do Código Penal, o *stalking* pode se encaixar na contravenção penal de perturbação de tranquilidade e existe a possibilidade de ele ser considerado ilícito na esfera cível, o que veremos ao analisar duas decisões favoráveis às vítimas ocorridas nas Câmaras Cíveis do Rio de Janeiro e de Minas Gerais. Ainda dentro da possibilidade de ilícito cível, veremos a possibilidade do *stalking* caracterizar abuso de direito, e, por fim, a possibilidade de vítimas encontrarem amparo através de medidas introduzidas pela Lei Maria da Penha.

Vistas essas possibilidades, iremos discutir no tópico seguinte sobre como essas soluções alternativas ainda não são suficientes para lidar com uma prática do nível de seriedade do *stalking*, seja por falharem em abranger a extensão e gravidade da conduta, não serem suficientes para inibir o *stalker* de continuar a assediar a vítima, ou por simplesmente serem de difícil acesso às vítimas, que precisam de celeridade no seu acesso à proteção para evitar consequências fatais.

Por fim, no tópico final do terceiro e último capítulo, iremos focar especialmente na correlação entre casos de *stalking* e feminicídio. Analisaremos se, baseado em tudo que foi estudado no decorrer do trabalho, se a criminalização do *stalking* poderá, de fato, servir como medida preventiva ao feminicídio.

## **1 A CONDUTA DO STALKING**

### **1.1 O conceito de *stalking***



Apesar de coloquialmente a palavra “*stalking*” ser associada ao ato de perseguir as atividades de determinada pessoa nas redes sociais, normalmente fruto de curiosidade, ciúmes ou interesse romântico<sup>1</sup>, o real significado da palavra se refere a uma conduta muito mais severa e, em muitos países, considerada criminosa.

Do inglês, *stalking* significa, em sua literalidade, “perseguir”. Segundo a *National Violence Against Women Survey* (“Pesquisa Nacional sobre Violência contra as Mulheres”), que é realizada pelo *Center for Policy Research* de Denver, Colorado, *stalking* seria:<sup>2</sup>

Um curso de condutas direcionado a uma pessoa específica que envolva repetidas aproximações físicas ou visuais; comunicação não consensual; ameaças verbais, escritas ou implícitas, ou uma combinação dessas, que causaria temor ao homem médio.<sup>3</sup>

Já o professor Damásio Evangelista de Jesus define *stalking* como:<sup>4</sup>

[...] uma forma de violência onde o sujeito ativo invade a esfera de privacidade do sujeito passivo, repetindo incessantemente a mesma ação por maneiras e atos variados, empregando meios e táticas diversas [...] Às vezes, o “*stalker*” espalha boatos sobre a conduta profissional ou moral da vítima, divulga que é portadora de um mal grave, que foi demitida do emprego, que fugiu, que está vendendo sua residência, que perdeu dinheiro no jogo, que está sendo procurada pela polícia etc. Com isso, vai ganhando poder

<sup>1</sup> Dicionário Popular. **Stalker**. Disponível em: <<https://www.dicionariopopular.com/stalker/>>. Acesso em: 24 ago. 2019

<sup>2</sup> THOENNES, NANCY; TJADEN, Patricia. **Stalking in America: Findings From the National Violence Against Women Survey**, abril 1998. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles/169592.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2019

<sup>3</sup> [...] “a course of conduct directed at a specific person that involves repeated visual or physical proximity, nonconsensual communication, or verbal, written or implied threats, or a combination thereof, that would cause a reasonable person fear,” [...]

<sup>4</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **“Stalking”**. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/colunas/stalking/4215>>. Acesso em: 24 ago. 2019



psicológico sobre o perseguido, como se fosse o controlador geral dos seus movimentos.<sup>5</sup>

Apesar de conceitos diferirem em certos aspectos conforme diferentes autores, de modo geral, pode-se entender *stalking* como o ato de perseguir uma pessoa, de forma deliberada e reiterada, utilizando-se das mais diversas táticas de perseguição e abordagem, como ligações telefônicas, envio de mensagens por SMS ou e-mail, cartas, ou mesmo a presença de fato em locais frequentados pela vítima, como seu local de estudo, trabalho e residência.<sup>6</sup> Como visto no conceito apresentado pelo professor Damásio, o agente pode chegar a criar boatos ou divulgar informações pessoais da vítima, de forma a intensificar o impacto psicológico de sua conduta.

A principal diferença entre o sentido coloquial de *stalking* e sua real definição está na interferência na vida privada da vítima e o caráter repetitivo da conduta. O simples ato de, por exemplo, olhar todas as publicações, fotos e comentários públicos de uma pessoa em determinada rede social não seria a conduta de *stalking* como crime, pois isto por si só não estaria interferindo na vida privada da vítima – justamente pelo fato das referidas publicações serem públicas - ou causando algum mal a seu bem jurídico tutelado.

Não é impossível, porém, caracterizar conduta criminosa de *stalking* através da internet, como veremos a seguir.

## 1.2 O cyberstalking

Apesar do conceito de *stalking* tradicionalmente envolver perseguições e importunações físicas, o chamado *cyberstalking* também tem sido reconhecido como

---

<sup>5</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. “*Stalking*”. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/colunas/stalking/4215>>. Acesso em: 24 ago. 2019

<sup>6</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. “*Stalking*” ou assédio por intrusão e violência contra a mulher. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/264233531/stalking-ou-assedio-por-intrusao-e-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 19 abr. 2019





uma forma de *stalking*, capaz de causar temor e dano psicológico em uma vítima, apesar de ser exercido somente no meio virtual.

Segundo o dicionário Lexico, da Universidade de Oxford<sup>7</sup>, *cyberstalking* é “o uso repetido de comunicações eletrônicas para assediar ou intimidar alguém, por exemplo, enviando e-mails com ameaças”.<sup>8</sup> A autora Alexis Moore, cuja definição de *cyberstalking* foi usada no projeto de lei que incluiu o *cyberstalking* no Código Penal da República das Filipinas<sup>9</sup>, define a conduta como um ataque com uso de meios tecnológico à uma pessoa que tenha sido escolhida especificamente para ser alvo deste ataque por motivos de raiva, vingança, ou controle.<sup>10</sup>

*Cyberstalking* nem sempre envolve comunicação direta com a vítima, o que faz com que muitas sequer percebam que estão sendo monitoradas. Muitos agentes usam das informações obtidas através do *cyberstalking* para a prática de outros crimes, como falsidade ideológica.

A maioria dos *cyberstalkers* conhecem suas vítimas, e muitos casos envolvem tentativas de chamar atenção de um ex-parceiro ou possível parceiro. Outros casos, especialmente aqueles que envolvem celebridades, podem também ser entre pessoas que não se conhecem. Muitos agentes sofrem de problemas de saúde mental e até mesmo acreditam que seu comportamento é desejado.

Importante realçar, também, que o *cyberstalking* nem sempre é conduzido por só um indivíduo, mas sim por um grupo de pessoas que podem escolher como alvo

---

<sup>7</sup> Lexico. *Cyberstalking*. Disponível em: <<https://www.lexico.com/en/definition/cyberstalking>>. Acesso em: 29 ago. 2019

<sup>8</sup> “The repeated use of electronic communications to harass or frighten someone, for example by sending threatening emails.”

<sup>9</sup> VILLAR, Manny. *Cyberstalking Bill: Introduced by Senator Villar*. Fifteenth Congress of the Republic of the Philippines. Disponível em: <<http://www.senate.gov.ph/lisdata/95988070!.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2019.

<sup>10</sup> MOORE, Alexis. *Cyberstalking and Women*. Disponível em: <<https://www.thoughtco.com/cyberstalking-and-women-facts-3534322>>. Acesso em: 30 ago. 2019



tanto só um indivíduo como um grupo ou organização, por motivos de diferença ideológica, vingança ou mesmo ganho financeiro.<sup>11</sup>

No Brasil, o termo *cyberstalking* ganhou popularidade após o caso que da apresentadora de televisão Ana Hickmann, em maio de 2016, no qual um homem que a seguia nas redes sociais se hospedou no hotel em que a mesma estava, rendeu um membro da sua equipe e o obrigou a levá-lo ao quarto da apresentadora. As informações divulgadas pela mídia relatam que o *cyberstalker* atirou em outra assistente de Hickmann dentro do quarto antes de ser morto com a sua própria arma pelo assistente que o havia levado até o local.<sup>12</sup>

No ano de 2013, entrou em vigor no Brasil a Lei 12.737/2012, conhecida popularmente como Lei Carolina Dieckmann. Esta lei dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, e, mais especificamente, tipificou o crime de invasão de aparelhos eletrônicos para obtenção de dados particulares, e definiu com agravante a divulgação ou comercialização do conteúdo obtido. Apesar de não tratar diretamente sobre *cyberstalking*, caracterizou um avanço importante na questão ao estabelecer punições específicas para crimes no ambiente digital.<sup>13</sup>

Por fim, importante realçar que não só por ser exercido por meios eletrônicos que o *cyberstalking* é uma modalidade menos severa do crime – há casos de *cyberstalking*, assim como no *stalking* tradicional, que chegam a ter resultado morte. Um exemplo é o primeiro e mais conhecido caso de *cyberstalking* com resultado morte ocorrido nos Estados Unidos: o assassinato de Christine Belford e Laura Mulford,

---

<sup>11</sup> BALABAN, David. **What Cyberstalking Is and How to Prevent It.** Disponível em: <<https://www.tripwire.com/state-of-security/security-awareness/what-cyberstalking-prevent/>>. Acesso em: 4 set. 2019

<sup>12</sup> G1. **Fã é morto após ameaçar Ana Hickmann em hotel de Belo Horizonte.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2016/05/homem-e-morto-dentro-de-hotel-na-zona-sul-de-belo-horizonte-diz-pm.html>>. Acesso em: 4 set. 2019

<sup>13</sup> Canal de Informações sobre Ciberameaças Brasil (CICBr). **O que é Cyberstalking.** Disponível em: <<https://www.cicbr.com.br/o-que-e-cyberstalking/>>. Acesso em: 4 set. de 2019.



executadas a tiros pelo ex-sogro de Belford. Belford tinha sofrido *cyberstalking* por parte de seu ex-sogro, ex-sogra e ex-cunhada, por ordens de seu ex-marido, durante 3 anos antes de sua morte, devido a disputas pela guarda de seus filhos.<sup>14</sup>

### 1.3 Assédio moral, *bullying* e *mobbing* comparados ao *stalking*

*Bullying* e assédio moral são condutas facilmente confundidas com o *stalking*, e de fato possuem diversas semelhanças, mas também há importantes distinções a serem feitas. No que se refere a assédio moral, o conceito apresentado pela doutrinadora Hádassa Dolores Bonilha Ferreira é o seguinte:

[Assédio moral é] o processo de exposição repetitiva e prolongada do trabalhador a condições humilhantes e degradantes e a um tratamento hostil no ambiente de trabalho, debilitando sua saúde física e mental. Trata-se de uma guerra de nervos, a qual conduz a vítima ao chamado “assassinato psíquico”.<sup>15</sup>

Já para Sônia Mascaro Nascimento, o assédio moral é:

[...] uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tem por efeito excluir o empregado de sua função ou deteriorar o ambiente de trabalho.<sup>16</sup>

Como se pode ver, o assédio moral se assemelha ao *stalking* no sentido de ser uma conduta repetida, prolongada, abusiva e de natureza principalmente psicológica. Diferentemente do *stalking*, porém, o assédio moral é caracterizado principalmente no ambiente de trabalho, ao qual o *stalking* não se limita. Além disso, o *stalking*

---

<sup>14</sup> RIVERO, Daniel. **How one woman’s murder led to the most important cyberstalking verdict in years.** Disponível em: <<https://splinternews.com/how-one-woman-s-murder-led-to-the-most-important-cybers-17938-55165>>. Acesso em: 7 set. de 2019

<sup>15</sup> FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. **Assédio moral nas relações de trabalho.** 2. ed. Campinas: Russel, 2010.

<sup>16</sup> NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Assédio moral.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011



necessariamente envolve violação à privacidade da vítima, o que não é necessário para caracterizar o assédio moral.

Diferentemente do *stalking*, também, um projeto de lei - 4.742/01, de autoria do Deputado Federal Marcos de Jesus (PL/PE) - que visa criminalizar o assédio moral no trabalho já foi aprovado pela Câmara dos Deputados no dia 13 de março e enviado em caráter de urgência para aprovação pelo Senado Federal.

Já o *bullying*, para Cleo Fante:

[...] define o desejo consciente e deliberado de maltratar uma outra pessoa e colocá-la sob tensão; é um termo que conceitua os comportamentos agressivos e anti-sociais, utilizado pela literatura psicológica anglo-saxônica nos estudos sobre a violência escolar.<sup>17</sup>

E para Marie-France Hirigoyen:

O termo *bullying* [...] vai de chacotas e isolamento até condutas abusivas de conotação sexual ou agressões físicas. Refere-se mais a ofensas ou violência individual do que organizacional, incluindo alguns desvios que podem levar a violência física [...]<sup>18</sup>

O *bullying* se assemelha ao *stalking* nos aspectos de ser uma conduta consciente e deliberada com o intuito de causar mal a outra pessoa, em regra -- apesar de haver casos minoritários de *stalking* em que o agente, normalmente por desvios de personalidade, acredita que não está causando mal a vítima ou que sua atitude é até mesmo bem vinda. Ambas as condutas, também, podem culminar em agressões físicas.

Diferentemente do *stalking*, porém, o *bullying*, similarmente ao assédio moral, refere-se a comportamento ocorrido normalmente em um ambiente específico

---

<sup>17</sup> FANTE, Cleo. **Fenômeno *bullying*: como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz**. Campinas: Verus, 2005

<sup>18</sup> HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-Estar no Trabalho: Redefinindo o Assédio Moral**. Tradução de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.



- no caso, o ambiente escolar. Apesar do *bullying* não ser considerado crime, existe previsão legal para sua prevenção através da Lei nº 13.663/18, que alterou o art. 12 da Lei nº 9.394/96, para “incluir a promoção de medidas de conscientização, de prevenção e de combate a todos os tipos de violência e a promoção da cultura de paz entre as incumbências dos estabelecimentos de ensino”.<sup>19</sup>

Por fim, o *mobbing* é uma variante do assédio moral, mais especificamente, um termo que era utilizado antes do conceito de assédio moral se concretizar. Novamente, nas palavras de Hádassa Dolores Bonilha Ferreira:

A primeira forma de descoberta do assédio moral foi o chamado *mobbing*. Esse termo advém do verbo inglês *to mob*, que transmite a ideia de tumulto, turba, confusão. [...] Consiste em um processo envolvendo vários indivíduos contra apenas um. [...] Sua utilização hodierna corresponde a perseguições coletivas, as quais podem culminar em violência física.<sup>20</sup>

O *mobbing* possui mais semelhanças com o *bullying*, e naturalmente, com o assédio moral, mas se assemelha ao *stalking* pois este também pode ser uma conduta que envolve um grupo contra apenas um indivíduo, envolve perseguição, e pode culminar em violência física. Diferentemente do *stalking*, porém, assim como o assédio moral, o *mobbing* costuma se referir apenas à perseguição dentro ambiente de trabalho, e não necessariamente envolve violação da privacidade da vítima.

Em face dos conceitos apresentados, realça-se a importância de reconhecer o *stalking* como uma conduta própria, com todas as peculiaridades que o caracterizam, de modo a efetivamente combatê-lo. Como o mesmo não pode ser encaixado por completo em nenhuma das condutas a que se assemelha, apresentadas acima, imprescindível sua conceitualização, especialmente pelo ordenamento jurídico.

<sup>19</sup> BRASIL. Lei nº 13.663, De 14 de maio de 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13663.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13663.htm)>. Acesso em: 9 set. 2019.

<sup>20</sup> FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. *Assédio moral nas relações de trabalho*. 2. ed. Campinas: Russel, 2010



## 1.4 O perfil dos praticantes do *stalking*

Em sua maioria, praticantes do *stalking* são homens e suas vítimas mulheres. Os agentes costumam estar desempregados durante a prática do *stalking*, e ter um nível de educação formal mais alto que de outros criminosos.

A motivação por trás da conduta varia, e inclui fatores como: o desejo tanto de reconciliação como vingança após rejeição por um ex-parceiro; busca de um relacionamento com uma pessoa que o agente julgava ser seu “verdadeiro amor”; o simples desejo de assustar e intimidar a vítima; ou até mesmo como preparação para uma tentativa de sequestro e estupro.<sup>21</sup>

Nas palavras de Ana Lara Camargo de Castro, promotora do Ministério Público especialista em crimes de *stalking* e co-autora de 2 livros publicados no Brasil, em entrevista ao G1, os assediadores podem ser classificados em 5 tipos. O primeiro seria “o rejeitado”, também o tipo mais comum:

É o tipo que se utiliza da maior variedade de práticas de perseguição e emprega todos os métodos de intrusão e assédio, por sentir-se preterido, rejeitado, ferido em seu orgulho. [...] em regra, incluem-se os *stalkers* em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher.<sup>22</sup>

O segundo seria “o rancoroso”, cuja atitude advém do sentimento de ter sido injustiçado, e assedia a vítima, conhecida ou não, que julga ser o motivo de sua raiva. Segundo a autora, para *stalkers* desse tipo:

[...] A motivação costuma ser vingança, mantida pela sensação de controle que obtém em causar medo na vítima. Pode também demonstrar ressentimento em relação à empresa,

---

<sup>21</sup> MULLEN, Paul E.; PURCELL, Rosemary; STUART, Geoffrey W. **Study of stalkers**. American journal of psychiatry, v. 156, n. 8, p. 1244-1249, 1999

<sup>22</sup> DIAS, Flávio; NAUJORKS, Jaqueline. '**Stalking**': Com medo, vítimas de assédio esbarram em lei que não vê urgência em crime de perturbação. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2019/02/06/stalking-com-medo-vitimas-de-assedio-esbarram-em-lei-que-nao-ve-urgencia-em-crime-de-perturbacao.ghtml>>. Acesso em: 14 set. 2019



autoridade ou ao sistema – forças poderosas e opressoras contra as quais acredita estar reagindo. Em classificações diversas, podem ser denominados como *stalkers* políticos ou de pauta específica.<sup>23</sup>

O terceiro seria “o carente”, aqueles cujo objetivo é a busca de intimidade, e cujas vítimas, em maioria, são estranhas ou conhecidas com quem o *stalker* deseja formar vínculo, como, por exemplo, pessoas famosas. De acordo com Castro, no que se refere à *stalkers* desse tipo:

[...] É comum que sofra de transtorno delirante e acredite estar sendo correspondido. Nessa categoria, encontram-se aqueles que, em classificações propostas por outros autores, podem ser denominados como de fixação delusória, assediadores de celebridades ou erotomaníacos.<sup>24</sup>

O quarto, o “conquistador incompetente”, é aquele que sente que deveria ser desejado pela vítima, e, não sendo, opta por persegui-la e assediá-la. Segundo a autora, dentro desta categoria:

[...] O foco nem sempre é uma vítima conhecida. Diferencia-se daquele carente de intimidade, porque sua motivação não é o estabelecimento de vínculo amoroso e, sim, encontro passageiro ou relação sexual. Costuma assediar por curto período de tempo e quando o comportamento é mantido, isso se dá por cegueira ou indiferença ao incômodo causado.<sup>25</sup>

E o quinto e último, “o predatório”, potencialmente o tipo mais perigoso de assediador, pois pode efetivamente atentar contra a vítima. A motivação desse tipo, nas palavras da autora:

[...] costuma ser a gratificação sexual, [...] mas geralmente evolui para estupro, servindo o *stalking* como instrumento de preparação para o ataque. [...] Diferente do rancoroso que

---

<sup>23</sup> Idem.

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> DIAS, Flávio; NAUJORKS, Jaqueline. '*Stalking*!': Com medo, vítimas de assédio esbarram em lei que não vê urgência em crime de perturbação. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2019/02/06/stalking-com-medo-vitimas-de-assedio-esbarram-em-lei-que-nao-ve-urgencia-em-crime-de-perturbacao.ghtml>>. Acesso em: 14 set. 2019



deseja impor desconforto e medo, o predador muitas vezes não tem qualquer interesse em perturbar a vítima ou alertá-la. Em outras classificações aparece como sádico.<sup>26</sup>

A maioria dos *stalkers* são solitários e socialmente incompetentes, mas todos demonstram-se capazes de causar medo e angústia em suas vítimas. Combater casos de *stalking* requer o uso tanto de medidas legislativas como de intervenções psiquiátricas nos agentes.<sup>27</sup>

### 1.5 O *stalking* em casos concretos

Apesar de seu reconhecimento como crime em alguns países ser relativamente recente, casos de *stalking* são extremamente difundidos em todo o mundo, e muitas vezes terminam em situações violentas.

No Japão, há um caso especialmente notório: o *stalking* e subsequente assassinato da estudante universitária Shiori Ino, que deu fruto à criação do *Anti-Stalker Act* no país, em novembro de 2000.<sup>28</sup> Ino foi vítima de *stalking* por Kazuhito Komatsu, um homem que, após apenas sair em alguns encontros com a jovem, começou a presenteá-la com produtos caros e chantageá-la emocionalmente. Quando Ino tentou terminar o relacionamento, Komatsu começou a ameaçar a jovem e sua família, e chegou a invadir a casa em que viviam para ameaçá-la, situação que foi inteiramente gravada por Ino e entregue para a polícia que, mesmo assim, recusou-se a ajudá-la, alegando que a situação era sua culpa por ter aceitado os presentes de Komatsu.

---

<sup>26</sup> Idem

<sup>27</sup> MULLEN, Paul E.; PURCELL, Rosemary; STUART, Geoffrey W. **Study of stalkers**. American journal of psychiatry, v. 156, n. 8, p. 1244-1249, 1999

<sup>28</sup> BEYER, Vicki L. **Ladies & The Law: The Murder That Resulted in Japan's Anti-Stalking Act**. Disponível em: <<https://savvytokyo.com/ladies-the-law-the-murder-that-resulted-in-japans-anti-stalking-act/>>. Acesso em: 10 set. de 2019





Após Ino devolver para Komatsu, por correio, todos os presentes que havia recebido, as ameaças se intensificaram nos meses subsequentes, incluindo cartas e pôsteres difamando Ino e sua família, que foram distribuídos pela vizinhança em que viviam. Em outubro de 1999, Ino foi assassinada a facadas, no caminho para a faculdade. O autor foi Yoshifumi Kubota, que havia sido previamente contratado por Komatsu pelo valor de 20 milhões de ienes.

Mesmo após sua morte, Ino foi difamada pela polícia de Saitama e por diversos tablóides, que chegaram a alegar que a jovem trabalhava como garota de programa. Somente após o caso ser investigado pelo jornalista Kiyoshi Shimizu e ter uma matéria publicada na revista FOCUS, incluindo uma foto de Komatsu, que o mesmo foi preso em dezembro de 1999. Após o caso ser exposto, o intenso clamor público por justiça deu fruto à primeira legislação japonesa anti-*stalking*, o supracitado *Anti-Stalker Act*.<sup>29</sup>

Nesse aspecto, o Japão é um país relativamente mais avançado no que se refere à criminalização do *stalking*, porém mesmo assim o país viu sua taxa mais alta de casos de *stalking* em 2017, com 23.000 casos, sendo cerca de 50% do total entre cônjuges ou ex-cônjuges, 13.2% entre conhecidos, 11% entre colegas de trabalho, 7.4% entres desconhecidos, e 7.8% em que o *stalker* não foi identificado.<sup>30</sup>

No Reino Unido, houve casos que chamam a atenção para o descaso da polícia com relação às vítimas de *stalking*. Em agosto de 2016, Shana Grice foi morta em sua própria casa pelo ex-namorado, Michael Lane. Nos meses que antecederam a morte de Grice, Lane instalou um rastreador no carro da jovem, usou uma chave roubada para invadir sua casa durante a noite e assisti-la dormir, ligou constantemente para

---

<sup>29</sup> **MURDER of Shiori Ino.** In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Wikimedia, 2019. Disponível em: <[https://en.wikipedia.org/wiki/Murder\\_of\\_Shiori\\_Ino](https://en.wikipedia.org/wiki/Murder_of_Shiori_Ino)>. Acesso em 14 set. 2019

<sup>30</sup> NIPPON. **Stalking Cases Reach 23,000 in Japan in 2017.** Jiji Press, Ltd. Disponível em: <<https://www.nippon.com/en/behind/110846/stalking-cases-reach-23-000-in-japan-in-2017.html>>. Acesso em: 14 set. 2019



ela de número desconhecidos e a seguiu nas ruas. Em uma de suas cinco tentativas, num período de 6 meses, de denunciar Lane para a polícia, Grice chegou a ser multada por “desperdiçar o tempo” dos oficiais, devido a não ter informado anteriormente que Lane era seu ex-namorado. No dia 25 de agosto de 2016, Lane invadiu a casa de Grice novamente, cortou a garganta da jovem e botou fogo em seu quarto.<sup>31</sup>

Casos como o de Grice são comuns e mostram que, mesmo em países que reconhecem o *stalking* como crime, muitas vezes as vítimas se encontram desamparadas pelas autoridades que as deviam proteger. Foi também o caso de Rosemarie Reilly, nos Estados Unidos - estudante de enfermagem que foi assassinada a tiros pelo ex-namorado, após um mês sendo perseguida e múltiplas tentativas de pedir socorro à polícia, a última apenas 9 dias antes de sua morte.<sup>32</sup>

O Brasil também não é exceção e enfrenta o obstáculo adicional do *stalking* não ser considerado crime no atual ordenamento jurídico. Um caso notório é o da radialista Verlinda Robes, que sofre *stalking* há mais de dois anos, por um homem que, em suas próprias palavras, acredita estar “cumprindo o propósito de Deus”, pois Robes é “sua prometida”.

No início, o suspeito ligava somente na emissora, constantemente pedindo músicas e tentando conversar com Robes, até mesmo fazendo perguntas pessoais. Eventualmente, a radialista começou a receber ligações constantes em seu telefone pessoal e até mesmo perfumes, roupas, dinheiro na rádio onde trabalhava. Robes

---

<sup>31</sup> MILLER, Ryan W. **A 19-year-old *stalking* victim was fined for 'wasting police time' — and then she was killed.** Disponível em: <<https://www.usatoday.com/story/news/world/2019/04/10/shana-grice-sussex-police-face-discipline-after-stalking-case/3428958002/>>. Acesso em: 14 set. 2019

<sup>32</sup> LANGE, Ariane. **Cops Had A Warrant To Arrest A *Stalker*. Nine Days Later, He Was Free, And She Was Dead.** Disponível em: <<https://www.buzzfeednews.com/article/arianelange/rosemarie-reilly-kelley-mcluskey-stalking-murder-lawsuit>>. Acesso em: 14 set. 2019



procurou a polícia pela primeira vez quando descobriu que o *stalker* mudou o endereço de suas faturas para o dele, como se morassem juntos.

Robes chegou até mesmo a deixar seu emprego na cidade de Costa Rica, onde mora o *stalker*, e mudou-se para Nova Andradina, a uma distância de 627 km. Mesmo em outra cidade, os presentes e as ligações continuaram. O *stalker* chegou a ameaçar que, se a visse com outra pessoa, iria matá-la. Por não haver um relacionamento, o caso de Robes não cabe na Lei Maria da Penha, que poderia potencialmente fornecê-la medida protetiva. Consequentemente, a situação foi registrada como mera perturbação de tranquilidade, uma contravenção penal.

O caso de Robes ilustra um dos maiores obstáculos ao combate do *stalking* no Brasil: é quase impossível sequer contabilizar o número de casos, pois estes são entendidos como meros aborrecimentos isolados, ou registrados como perturbação da tranquilidade, ameaça, calúnia, injúria, difamação, entre outros.<sup>33</sup>

## 2 O STALKING E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO

### 2.1 A violência de gênero, conceitos e tipos de violência

#### 2.1.1 Conceitos e definições

A violência com base no gênero é um fenômeno que atinge mulheres independente de sua idade, educação, classe social, raça, etnia ou orientação sexual. Segundo a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará, violência de gênero é uma “ofensa

---

<sup>33</sup> DIAS, Flávio; NAUJORKS, Jaqueline. '*Stalking*': Com medo, vítimas de assédio esbarram em lei que não vê urgência em crime de perturbação. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2019/02/06/stalking-com-medo-vitimas-de-assedio-esbarram-em-lei-que-nao-ve-urgencia-em-crime-de-perturbacao.ghtml>>. Acesso em: 14 set. 2019



contra a dignidade humana e manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”.<sup>34</sup>

Esta violência se relaciona ao poder legitimado socialmente dos homens sobre as mulheres e está também fundamentado em uma ideologia dominante que lhe dá sustentação. Importante, deste modo, relacionar o papel do gênero em si dentro do patriarcado para manutenção da violência de gênero.<sup>35</sup>

O gênero, conforme definido pela autora Victoria Barreda, é uma construção social que ativamente contribui para a desigualdade social entre homens e mulheres. Diz ela:

[...] o gênero pode ser definido como uma construção social e histórica de caráter relacional, configurada a partir das significações e da simbolização cultural de diferenças anatômicas entre homens e mulheres. [...] Implica o estabelecimento de relações, papéis e identidades ativamente construídas por sujeitos ao longo de suas vidas, em nossas sociedades, historicamente produzindo e reproduzindo relações de desigualdade social e de dominação/subordinação.<sup>36</sup>

É nesses papéis sociais dados ao homem e à mulher que o desequilíbrio de poder entre os sexos tem seu fundamento mais básico – através da elevação do papel masculino na sociedade em detrimento do feminino, que conseqüentemente induzem relações violentas entre os sexos, segundo as autoras Maria Teles e Mônica Melo.<sup>37</sup>

Visto o descrito, podemos inferir algumas das principais características da violência de gênero. Primeiramente, que ela decorre de uma relação de poder de

---

<sup>34</sup> COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará**. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2019

<sup>35</sup> BARBOSA, L. *et al.* **Assédio sexual, violência de gênero e relações de poder**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69354/assedio-sexual-violencia-de-genero-e-relacoes-de-poder>>. Acesso em: 5 de outubro de 2019

<sup>36</sup> OPIELA, Carolina Von. **Gênero y travestismo em el debate**. Buenos Aires: La Ley, 2012

<sup>37</sup> TELES, Maria A. de Almeida. MELO, Mônica. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2002



dominação do homem e de submissão da mulher, relação esta que se origina do próprio conceito de gênero: uma construção social que impõe papéis a mulheres e homens. Com a conseqüente valorização do papel do homem em detrimento do papel dado à mulher, influenciada pela ideologia patriarcal, se cria uma hierarquia de poder que induz a relações violentas entre os sexos.

Outra característica importante a se destacar é que a violência não se limita a relações interpessoais entre homens e mulheres. Como os papéis sociais impostos se propagam por toda a sociedade, esse desequilíbrio de poder pode ser encontrado também nas instituições, nas estruturas, no cotidiano, nos costumes -- essencialmente, em tudo que constitui uma relação social.

Por fim, um aspecto também relevante é a influência da relação afetivo-conjugal na violência de gênero: nesse tipo de relação, a proximidade entre vítima e agressor (seja esta uma relação doméstica, familiar ou simplesmente íntima de afeto) e a habitualidade das situações de violência colocam as mulheres numa posição de ainda maior vulnerabilidade dentro do sistema de desigualdades de gênero, quando comparado a outros sistemas de desigualdade como classe, raça ou etnia.<sup>38</sup>

### *2.1.2 Tipos de violência*

A própria Lei n° 11.340, que tem como objetivo criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, define os tipos de violência, delimitando cinco domínios, quais sejam: físico, patrimonial, sexual, moral e psicológico.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> BIANCHINI, Alice. **O que é “violência baseada no gênero”?** Disponível em: <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/312151601/o-que-e-violencia-baseada-no-genero>>. Acesso em: 07 out. 2019

<sup>39</sup> BRASIL. **Lei n° 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)> Acesso em: 07 out. 2019



O primeiro tipo definido é a violência física, pela qual se entende qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal. Nas palavras de Fonseca et al, esta violência implica ferir e causar danos ao corpo e é caracterizada por tapas, empurrões, chutes, murros, perfurações, queimaduras, tiros, dentre outros.<sup>40</sup>

Ao conceituar violência sexual, a lei não se limita a definição mais literal - quando o agressor obriga a vítima a presenciar, manter ou a participar de relação sexual não desejada - mas também inclui induzir a vítima a comercializar sua sexualidade, impedi-la de usar método contraceptivo, e forçá-la matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição. Inclui, também, o ato do agressor limitar ou anular o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

Importante destacar que embora a violência sexual seja comumente discutida no contexto fora de um relacionamento amoroso ou matrimônio, a lei não faz qualquer distinção no que se refere ao agressor ser casado ou ter qualquer tipo de relacionamento afetivo com a vítima, sendo perfeitamente possível o marido ou namorado de uma mulher cometer violência sexual contra a mesma, visto que estar em um relacionamento não implica consentimento.

No que se refere a violência psicológica, a lei a dá uma definição mais extensa, qual seja:

[...] qualquer conduta que cause à vítima dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e

---

<sup>40</sup> FONSECA, Denire Holanda da; RIBEIRO, Cristiane Galvão; LEAL, Noêmia Soares Barbosa. **Violência doméstica contra a mulher: realidades e representações sociais.** Psicol. Soc., Belo Horizonte, v. 24, n. 2, p. 307-314, ago. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-71822012000200008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822012000200008&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 07 out. 2019



limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação [...]”<sup>41</sup>

Novamente nas palavras de Fonseca et al, a violência psicológica ou emocional é a mais silenciosa, deixando marcas profundas, por não ter um caráter momentâneo e ter efeito cumulativo.<sup>42</sup> Como veremos mais à frente, o *stalking* como modalidade de violência de gênero se encaixa especialmente nesse tipo.

Por fim, a lei também define a violência patrimonial, pela qual se entende qualquer conduta que configure retenção, subtração ou destruição dos objetos, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos da vítima; e a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.<sup>7</sup>

## 2.2 Aspectos culturais e sociais relacionados à violência de gênero

Para compreender mais aprofundadamente como e por quê a violência de gênero existe como verdadeira epidemia e continua a se propagar em sociedade, é importante analisar aspectos ideológicos, culturais, sociais, religiosos, entre outros, e como estes se relacionam com esse tipo de violência.

No contexto histórico, pode-se ver que a violência de gênero já era presente e inclusive legitimada desde a Roma antiga: nela, o patriarca detinha poder de vida e de morte sobre sua esposa e seus filhos, através do chamado *pater familias*, o mais elevado estatuto familiar previsto na Lei das Doze Tábuas.<sup>43</sup> Em que pese na maioria das nações ocidentais o homem não mais ter, legalmente, tal poder, estes valores do

---

<sup>41</sup> BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)> Acesso em: 07 out. 2019

<sup>42</sup> FONSECA, Denire Holanda da; RIBEIRO, Cristiane Galvão; LEAL, Noêmia Soares Barbosa. **Violência doméstica contra a mulher: realidades e representações sociais**. Psicol. Soc., Belo Horizonte, v. 24, n. 2, p. 307-314, Ago. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-71822012000200008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822012000200008&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 07 out. 2019

<sup>43</sup> GUIMARÃES, Affonso Paulo. **Noções de Direito Romano**. Porto Alegre: Síntese, 1999



passado remoto continuam a ser transmitidos culturalmente, apesar de gradualmente com menos intensidade, e casos em que homens matam suas companheiras, por diversos motivos, dentre os quais predominou por longo tempo o da livre defesa da honra masculina, ainda são comuns.<sup>44</sup>

No que se refere ao aspecto ideológico, diz a professora Gláucia Fontes de Oliveira:

[...] observa-se que as mulheres diante da consolidação de um pensamento patriarcal, foram, ao longo do tempo, e ainda são, em algumas sociedades, educadas para “compreender” o universo masculino, e se submeterem à força de uma ideologia machista, a qual, por sua vez, lastreia-se na força física masculina.<sup>10</sup>

Isso se refere à socialização de gênero, o processo através do qual as crianças aprendem sobre as expectativas, atitudes e comportamentos sociais associados ao seu gênero<sup>45</sup>. É através deste processo que crianças começam a internalizar papéis de gênero, submetendo-se a uma ideologia machista.

A professora Oliveira também discorre sobre o aspecto cultural, sobre o qual, em suas palavras:

[...] pode-se dizer que a violência de gênero é fruto de hábitos e costumes que estão presentes na consciência coletiva, sendo, portanto, consequência da permanência de uma estrutura de poder patriarcal que ainda predomina no tempo hodierno. Outrossim, na sociedade atual ainda existem “cidadãos” que não conhecem seus direitos fundamentais, o que faz com que muitas pessoas deixem de reclamar judicialmente o fato de serem vítimas de violência de gênero, permitindo, assim, a continuidade desse problema social.<sup>10</sup>

---

<sup>44</sup> OLIVEIRA, Gláucia Fontes de. **Violência de gênero e a lei Maria da Penha**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 out. 2010. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/violencia-de-genero-e-a-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 08 out. 2019.

<sup>45</sup> MARTIN, Carol L. **Gênero: socialização inicial**. Enciclopédia sobre o Desenvolvimento na Primeira Infância. Disponível em: <<http://www.encyclopedia-crianca.com/genero-socializacao-inicial/sintese>>. Acesso em: 08 out. 2019.





A cultura está presente no que sentimos, pensamos e em como agimos como seres humanos, sendo ela um elemento constitutivo da experiência humana. Deste modo, não existe um sujeito independente da cultura.<sup>46</sup> Evidente, portanto, sua importância no modo como percebemos e interagimos com o mundo, e como é possível que ela afete, conseqüentemente, nossa percepção da violência de gênero, fazendo com que sejamos dessensibilizados a ela ou mesmo que cheguemos a achá-la justificável.

Quanto ao aspecto social, Oliveira cita a hierarquia entre gêneros:

[...] é possível dizer que a estruturação dos papéis sociais é feita com base na idéia de hierarquia entre gêneros, que ainda paira em muitas sociedades, seja nas atividades privadas ou íntimas da seara familiar, seja nas atividades públicas, no espaço do trabalho, do lazer coletivo, “justificando” a dominação masculina sobre as mulheres, sendo a violência um meio de manutenção de tal relação de dominação.<sup>47</sup>

O aspecto social é especialmente relevante quando analisamos os papéis de gênero e violência de gênero em relações além daquelas domésticas ou com um par romântico. Os papéis sociais afetam todas as nossas relações interpessoais, e por isso o aspecto social é um dos principais modos como a hierarquia de gênero se manifesta também nos ambientes de trabalho, nas instituições e estruturas.

Por fim, importante também considerar a influência da religião na questão de gênero. A grande maioria das religiões pregam a submissão da mulher ao marido, e, de modo geral, a superioridade do homem sobre a mulher. Especialmente em países predominantemente religiosos, é evidente a capacidade desses valores de

---

<sup>46</sup> CARVALHO, Déborah Soares de. **A perpetuação da violência de gênero na sociedade brasileira**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Psicologia) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016.

<sup>47</sup> OLIVEIRA, Gláucia Fontes de. **Violência de gênero e a lei Maria da Penha**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 out. 2010. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/violencia-de-genero-e-a-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 08 out. 2019



influenciarem o modo como agimos e interagimos com o mundo, em particular a indivíduos e famílias que sejam devotos de uma religião que pregue tais valores.

### 2.3 O *stalking* como violência de gênero

O *stalking* compartilha de muitas das características vistas nos tipos de violência de gênero, motivo pelo qual o mesmo pode ser classificado como tal, e sua criminalização vista como um modo de combater a referida violência.

Como visto no primeiro capítulo, em sua maioria, praticantes do *stalking* são homens, e suas vítimas mulheres. Apesar de situações em que a vítima é assediada por um completo estranho não serem incomuns, casos de *stalking* se dão, em sua maioria, entre casais pós-ruptura. Várias motivações dos agentes são comuns também em formas típicas de violência de gênero, por serem fundados em ideologias machistas, como o senso de posse sobre a mulher, que leva a um desejo de vingança após o fim do relacionamento.<sup>48</sup>

Há outra correlação importante de se realçar - a maioria das mulheres vítimas de *stalking* são também vítimas de violência doméstica. Uma pesquisa da feita pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos - a chamada *The National Violence Against Women Survey*, ou “a pesquisa nacional de violência contra mulheres” - demonstra que 81% das mulheres que sofreram *stalking* pelos ex-maridos ou ex-companheiros também sofreram violência física por parte deles; e 31% sofreram violência sexual. Já entre mulheres que não foram vítimas de *stalking*, 20% sofreram violência física de seus ex-maridos ou ex-companheiros, e 5% sofreram violência sexual.

---

<sup>48</sup> MULLEN, Paul E.; PURCELL, Rosemary; STUART, Geoffrey W. **Study of stalkers**. American journal of psychiatry, v. 156, n. 8, p. 1244-1249, 1999



Sendo assim, ex-maridos ou ex-companheiros que cometem *stalking* têm quatro vezes mais chances de também infligir violência física em suas vítimas do que os que não cometem *stalking*, e seis vezes mais chance de cometer violência sexual.<sup>49</sup>

A pesquisa também demonstrou uma ligação entre *stalking* e comportamento emocionalmente abusivo e controlador dentro de relacionamentos íntimos. Em entrevista com os participantes, a pesquisa descobriu que ex-maridos que cometiam *stalking*, seja antes ou depois do relacionamento terminar, tinham significativamente mais chances de apresentar comportamento emocionalmente abusivo ou controlador.

<sup>50</sup> Os resultados podem ser vistos na tabela a seguir:

---

<sup>49</sup> U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Stalking and Domestic Violence: The Third Annual Report to Congress under the Violence Against Women Act*. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ovw/172204.pdf>>. Acesso em: 17 out. de 2019

<sup>50</sup> U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Stalking and Domestic Violence: The Third Annual Report to Congress under the Violence Against Women Act*. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ovw/172204.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2019



Tabela 1 - Porcentagem de ex-maridos que apresentaram comportamento controlador ou emocionalmente abusivo, com base em terem cometido *stalking* ou não (continua)

<b>Tipo de comportamento emocionalmente abusivo/controlador</b>	<b>Ex-maridos que cometeram <i>stalking</i></b>	<b>Ex-maridos que não cometeram <i>stalking</i></b>
Dificuldade em ver situações sob a ponto de vista da vítima	87.7%	57.8%
Ciúmes e possessividade	83.7%	46.3%
Provocava discussões	90.3%	45.3%
Tentava limitar o contato com amigos e família	77.1%	32.3%
Insistia em saber onde a vítima estava a todo tempo	80.7%	34.4%
Fazia a vítima se sentir inadequada	85.5%	40.9%
Gritava com ou xingava a vítima	88.0%	44.5%



Intimidava a vítima	92.2%	33.1%
---------------------	-------	-------

Tabela 1 - Porcentagem de ex-maridos que apresentaram comportamento controlador ou emocionalmente abusivo, com base em terem cometido *stalking* ou não (conclusão)

<b>Tipo de comportamento emocionalmente abusivo/controlador</b>	<b>Ex-maridos que cometeram <i>stalking</i></b>	<b>Ex-maridos que não cometeram <i>stalking</i></b>
Impedia que a vítima soubesse ou acessasse recursos financeiros da família	59.6%	20.8%
Impedia a vítima de trabalhar fora de casa	30.7%	13.0%

Fonte: U.S. Department of Justice: The Third Annual Report to Congress under the Violence Against Women Act (2017)

Mulheres estão também mais vulneráveis quando em um relacionamento afetivo ou em um contexto doméstico. Em comparação à *stalkers* que não são conhecidos, aqueles que tiveram um relacionamento íntimo com a vítima tem mais chances de ter antecedentes criminais e serem usuários de drogas ou alcoólatras<sup>51</sup>,

<sup>51</sup> MOHANDIE, K. et al. **The RECON typology of *stalking*: Reliability and validity based upon a large sample of north American stalkers.** Journal of Forensic Science, v. 51, n. 4, p. 147-155



agredir as vítimas<sup>52</sup> e terceiros<sup>53</sup>, ameaçar ou agredir as vítimas com armas<sup>54</sup>, e de serem reincidentes, mesmo após intervenção judicial<sup>55</sup>.

Deste modo, percebe-se que o *stalking* afeta majoritariamente mulheres, que costumam ser vítimas de homens, em sua maioria, seus ex-companheiros, e que esta violência - de caráter psicológico - tem tendência a culminar em agressões físicas e sexuais. Julgamos importante, portanto, focar a argumentação a favor da sua criminalização sob a perspectiva da maioria das vítimas do delito, em especial sobre o *stalking* como um crime meio para feminicídios e da geral vulnerabilidade das vítimas a outros tipos de violência de gênero.

### 3 A NECESSIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO *STALKING*

#### 3.1 A tipificação do *stalking* em países estrangeiros

Tipificar o *stalking* é uma tarefa difícil, principalmente devido ao fato de muitos dos atos praticados pelos *stalkers* serem lícitos, de forma isolada, e pelo preceito constitucional brasileiro de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei.

Devido a isso, deve-se levar em consideração outros aspectos, em especial: i) a repetição contínua dos atos, mesmo que sejam lícitos, dentro de um certo período de tempo, ao ponto que essa repetição caracterize invasão à vida privada da vítima; e ii) os pedidos da vítima para que o *stalker* cesse suas atitudes. O primeiro elemento seria o mais importante, pois são os atos do *stalker* que causam intimidação e

---

<sup>52</sup> JAMES, D.; FARNHAM, F. *Stalking and serious violence*. Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law, v. 31, p. 432-439

<sup>53</sup> SHERIDAN, L.; DAVIES, G. *Violence and the prior victim-stalker relationship*. Criminal Behavior and Mental Health, v. 11, p. 102-116

<sup>54</sup> MOHANDIE, K. et al. *The RECON typology of stalking: Reliability and validity based upon a large sample of north American stalkers*. Journal of Forensic Science, v. 51, n. 4, p. 147-155

<sup>55</sup> ROSENFELD, B. *Recidivism in stalking and obsessive harassment*. Law and Human Behavior, v. 27, n. 3, p. 251-265



ansiedade na vítima, e muitas vezes esse medo pode impedir que a vítima chegue a pedir diretamente que o *stalker* pare de persegui-la.<sup>56</sup>

Como referência para nortear uma possível criminalização do *stalking* no Brasil, faremos um breve relato sobre a tipificação desta conduta em outros países.

### 3.1.1 Estados Unidos

O primeiro estado a aprovar uma lei *antistalking* nos Estados Unidos foi a Califórnia, impulsionada pelo assassinato da atriz Rebecca Schaeffer pelas mãos de um fã *stalker*, em 1990. Em 1991, a lei foi aprovada e a prática definida como crime.<sup>57</sup>

Atualmente, o *stalking* é tipificado no Código Penal dos 50 estados americanos e no *US Criminal Code*, sob a forma de *stalking* interestadual. Muitos estados também preveem responsabilidade civil pela prática de *stalking*, de forma autônoma do simples assédio. Foi também o estado da Califórnia o primeiro a prever *stalking* como ato ilícito em seu código civil específico, em 1998.

O parágrafo 1708.7 do Código Civil californiano lista alguns dos critérios exigidos para caracterização da prática do *stalking*, dentre o qual se destacam:

- a. *stalker* seguir, amedrontar ou ameaçar a vítima, mesmo após esta pedir que ele não mais continue;

---

<sup>56</sup> GERBOVIC, Luciana. *Stalking*. São Paulo: Almedina Brasil, 2016

<sup>57</sup> BAKKILA, Blake. **How Rebecca Schaeffer's Horrific Murder Led to the Nation's First Anti-Stalking Law**. Disponível em: <<https://www.goodhousekeeping.com/life/a27116831/rebecca-schaeffer-murder/>> Acesso em: 15 nov. 2019



- b. A vítima possuir razões plausíveis para temer pela sua própria segurança ou pela de sua família, ou pela de qualquer outra pessoa que resida ou tenha residido na casa da vítima até seis meses antes de o *stalker* iniciar a perseguição;
- c. Os atos do *stalker* durarem um certo período de tempo, mesmo que curto, ou seja, é necessário que haja repetição;
- d. A perseguição não precisa ser apenas física, podendo ser considerada *stalking* aquela que efetuada por meios eletrônicos.

Outros estados que também consideram o *stalking* como ilícito no país em seus Códigos Cíveis específicos incluem Arkansas, Kentucky, Michigan, Nebraska, Oregon, Rhode Island, South Dakota, Tennessee, Texas, Virginia, Washington e Wyoming.<sup>58</sup>

### 3.1.2 Reino Unido

O Reino Unido editou o *Protection from Harassment Act* em 1997 (PHA 1997), que prevê, de maneira ampla, a proibição de qualquer tipo de perturbação da tranquilidade alheia. Em 2012, houve a edição do *Protection of Freedoms Act*, que alterou o PHA 1997 de modo a incluir duas novas seções, 2A e 4A, que tipificaram dois novos delitos de *stalking*, com objetivo de ampliar o leque de opções de denúncias para promotores de justiça.<sup>59</sup> Essa nova tipificação permitiu distinguir o *stalking* de simples assédio, e facilitou a denúncia para as vítimas, fazendo com que, desde então, dez *stalkers* sejam julgados por semana pelas cortes do Reino Unido.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> GERBOVIC, Luciana. *Stalking*. São Paulo: Almedina Brasil, 2016

<sup>59</sup> GERBOVIC, Luciana. *Stalking*. São Paulo: Almedina Brasil, 2016

<sup>60</sup> CHORLEY, Matt. **10 stalkers in court every week since new laws were passed but campaigners warn it is just the tip of the iceberg**. Disponível em: <<https://www.dailymail.co.uk/news/article->





Algumas medidas cautelares que podem ser impostas ao *stalker* no Reino Unido incluem:

- i. Não fazer contato com a vítima, direta ou indiretamente, mesmo por meio de intermediários;
- ii. Não ir, intencionalmente, aos locais de moradia, estudo ou trabalho da vítima, qualquer que seja a razão;
- iii. Não entrar em contato ou publicar qualquer material relacionado à vítima em redes sociais;
- iv. Não reter, gravar ou pesquisar informações confidenciais da vítima.<sup>61</sup>

### 3.1.3 África do Sul

A África do Sul promulgou o *Protection from Harassment Act*, ou Ato de Proteção Contra o Assédio em 27 de abril de 2013, o qual estava em discussão no Parlamento desde 2011. O ato seguiu as recomendações da *South African Law Reform Commission*, uma comissão que tem objetivo de prover para os cidadãos sul-africanos uma proteção cível de baixo custo, de modo a protegê-los de comportamentos que não necessariamente constituem crime mas podem causar impacto negativo em seus direitos tutelados.

Segundo nota do Departamento de Justiça e Desenvolvimento Constitucional da África do Sul, o ato visa oferecer proteção para pessoas mais vulneráveis da

---

2563967/10-*stalkers*- court-week-new-laws-passed-campaigners-warn-just-tip-iceberg.html> Acesso em: 15 nov. 2019

<sup>61</sup> THE CROWN PROSECUTION SERVICE. *Stalking and Harassment*. Disponível em: <<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/stalking-and-harassment#a03i>> Acesso em: 15 nov. 2019



sociedade, como pobres e indigentes que não podem custear medidas legais ou indivíduos que estão sendo assediados por *cyberstalkers*.<sup>62</sup>

### 3.2 O *stalking* no ordenamento jurídico brasileiro

Por diversos motivos culturais, sociais, e até mesmo jurídicos, o *stalking* é pouco discutido e analisado no Brasil. Apesar disso, não se pode dizer que ele seja uma prática inexistente em território brasileiro, pois é um fenômeno presente em todos os países, tendo a própria Organização das Nações Unidas (ONU) recomendado ao seus Estados-membros, o que inclui o Brasil, a edição de normas civis e penais que impeçam ou ao menos reprimam este tipo de prática.<sup>63</sup>

Na esfera penal, o *stalking* pode se encaixar na contravenção penal de “perturbação da tranquilidade”, que possui a seguinte descrição:

Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável:

Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Apesar da dificuldade de encontrar temas relacionados na jurisprudência por serem poucos os casos de perseguição analisados pelo Judiciário brasileiro, há duas decisões que se destacam e exemplificam como o *stalking* pode ser considerado ilícito na esfera cível.<sup>64</sup>

A primeira, da 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, data de 4 de junho de 2008, e, de acordo com o relator, o *stalker* “abusou de seu direito de reconquista, e, por isso, praticou ato ilícito (artigo 187 do Código Civil de 2002)”.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> GERBOVIC, Luciana. *Stalking*. São Paulo: Almedina Brasil, 2016

<sup>63</sup> JESUS, Damásio. *Stalking*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10846/stalking>>. Acesso em: 05 nov. 2019

<sup>64</sup> GERBOVIC, Luciana. *Stalking*. São Paulo: Almedina Brasil, 2016.

<sup>65</sup> **Apelação cível n. 2008.001.06440**, Comarca do Rio de Janeiro capital, TJRJ, Vigésima Câmara Cível, Rel. Des. Marco Antonio Ibrahim, 04.06.2008. Disponível em:



A decisão foi pelo não provimento do recurso interposto pelo réu, o *stalker*, ex-namorado da vítima, e manteve a sentença que o obrigou a pagar uma indenização por danos morais de R\$ 19.000,00 (dezenove mil reais).

No caso, o réu passou cerca de 20 meses enviando e-mails para a vítima, fazendo uma “verdadeira caçada psicológica” com ela e seu novo namorado. O relator julgou que “o assédio praticado pelo ofensor é claro, ainda que as ameaças feitas à vítima tenham vindo ocultadas pelo véu de palavras aparentemente amigáveis”.

Houve pontos, porém, em que as ameaças do réu ficaram bem claras. Em um dos e-mails, o mesmo diz: “[...] vou fazer de tudo para te tirar daí. Tem outro detalhe dentro da mala do seu carro tem 3 camisetas novas. Isso é para vc [sic] ver que nenhuma segurança é invulnerável [...]”. Em conversa gravada pela vítima, o *stalker* também diz: “o que te espera lá na frente é o São João Batista, aquela, aquele túmulo que você fica olhando e venerando, ele é lá que te espera para você ficar junto com o seu pai e sua mãe... [...] eu não vou sujar a minha mão com você. Eu tenho quem suje minhas mãos no meu lugar. [...]”

Ainda de acordo com o relator:

Decerto que por amor, paixão ou saudade, qualquer pessoa pode (e em muitos casos, deve) tentar por todos os meios reconciliar-se com o objeto de seus sentimentos, mas não se pode fazê-lo a outrance. Há limites e o limite é a integridade psicológica do outro. É a paz interior. O inconformismo do amante não pode se transformar num estorvo nocivo à vida de ex namoradas, mulheres e companheiras.<sup>66</sup>

---

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000360155333E9681E6C0882AEFE8FEDF4FB16C402040219&USER=>> Acesso em: 15 nov. 2019

<sup>66</sup> **Apelação cível n. 2008.001.06440**, Comarca do Rio de Janeiro capital, TJRJ, Vigésima Câmara Cível, Rel. Des. Marco Antonio Ibrahim, 04.06.2008. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000360155333E9681E6C0882AEFE8FEDF4FB16C402040219&USER=>> Acesso em: 15 nov. 2019



A segunda decisão é da 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de 31 de março de 2011. Ela manteve a sentença que condenou o réu, o *stalker*, a pagar indenização por danos morais à sua ex-esposa, a vítima, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).<sup>67</sup>

No caso, o réu tinha a intenção de não mais arcar com a pensão alimentícia que devia e, para isso, se valeu de atitudes como ameaças através de vários telefonemas ao longo do dia, ligações para os pais da ex-mulher, contratação de detetive particular para vigiar a ex-esposa e ligações para seu local de trabalho.

Tal conduta poderia ter sido definida como abuso de direito, pois o ex-marido de fato possui o direito de tentar não mais pagar pensão, especialmente se a ex-esposa possui meios para se sustentar, mas, ao exercer esse direito, ultrapassou os limites impostos pela eticidade, socialidade e bons costumes. O fundamento legal para a condenação, porém, foi o art. 186 do Código Civil de 2002, demonstrando ser que outra possibilidade para a responsabilização do *stalker* na esfera cível é por meio da aplicação do art. 186 c/c 927 do Código Civil.<sup>68</sup>

Vítimas de *stalking* também podem encontrar certo amparo em medidas introduzidas com a Lei federal 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que tem como objetivo criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. No art. 7º da Lei estão elencadas as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, e no inciso II, que conceitua violência psicológica, se inclui a “vigilância constante” e “perseguição contumaz”, na qual o

---

<sup>67</sup> **Apelação cível n. 1.0106.14.002673-8/001**, Comarca de Belo Horizonte, TJMG, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Alberto Henrique, 31.03.2011. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=stalking&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=tru&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20referencias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em: 15 nov. 2019

<sup>68</sup> GERBOVIC, Luciana. *Stalking*. São Paulo: Almedina Brasil, 2016.



*stalking* poderia se encaixar, fazendo com que um *stalker* possa, potencialmente, ser submetido à restrições de alguma das medidas protetivas de urgência, como por exemplo o afastamento do lar, proibição de contato com a vítima, proibição de frequentar determinados lugares, etc.<sup>69</sup>

### 3.3 A insuficiência da legislação brasileira atual

Como visto, existem métodos dentro da legislação brasileira que permitem que um *stalker* seja punido por sua conduta, apesar do mesmo ainda não se encontrar tipificado no Código Penal. É nosso entendimento, porém, que essas soluções alternativas não são suficientes para lidar com uma prática do nível de seriedade do *stalking*.

Na esfera penal, a contravenção penal de “perturbação da tranquilidade” falha em abranger a extensão e gravidade do *stalking*, e, de fato, sequer se relaciona diretamente com o mesmo. Diz o professor Damásio de Jesus:

O "*stalking*", entre nós uma singela contravenção apenada com prisão simples ou multa, constitui fato mais grave do que muitos crimes, como a ameaça e a injúria. É certo que em muitas hipóteses esses delitos integram a ação global da perseguição, pelo que o sujeito não deixa de responder por eles em concurso (Código Penal, arts. 69 a 71). De ver-se, entretanto, que, apreciado o "*stalking*" como fato principal almejado pelo autor, ele é de maior seriedade do que os próprios delitos parcelares. Não devia, pois, inserir-se em infração de comportamento genérico, como hoje acontece. Por isso, a conduta merece mais atenção e consideração do legislador brasileiro, transformando-se o fato em crime específico (infração autônoma).<sup>70</sup>

A pena da contravenção penal também é extremamente leve - de quinze dias a dois meses de prisão, ou multa, ainda listada na lei em contos de réis - o que não é

<sup>69</sup> GERBOVIC, Luciana. *Stalking*. São Paulo: Almedina Brasil, 2016.

<sup>70</sup> JESUS, Damásio. *Stalking*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/stalking/4215>>. Acesso em: 16 nov. 2019



proporcional à uma conduta que causa sérios danos psicológicos ou mesmo físicos na vítima, além da violação à sua vida privada.

A possibilidade de recebimento de indenização na esfera cível, devido à caracterização de abuso de direito, é um possível conforto para vítimas. Porém, se pensarmos em todo o sofrimento impingido à vítima pelo *stalker*, além do risco que este representa em sociedade, mera compensação monetária é insuficiente - compensação que é, inclusive, limitada devido ao fato de *stalkers* serem sempre pessoas físicas.

Realça-se também que a indenização não impede, juridicamente, que o *stalker* continue a atormentar a vítima, sendo uma mera medida empregada para desestimular nova prática, não proibí-la. Um *stalker* com recursos financeiros suficiente poderia, por exemplo, simplesmente optar por arcar com o custo da indenização e continuar perseguindo a vítima. Se por acaso condenado na contravenção penal de perturbação da tranquilidade, o *stalker* sofreria, no máximo, prisão simples por dois meses, ou mesmo só multa, que igualmente à indenização é ineficiente contra um *stalker* com amplos recursos financeiros.

Visto isso, pode-se citar as medidas protetivas da Lei Maria da Penha como possível alternativa para coibir os problemas que o mero pagamento de indenização não pode. E de fato, é possível que essas medidas forneçam amparo à algumas vítimas. Porém, ainda há obstáculos que uma vítima que procure este auxílio encontra: a demora para obter a medida, durante a qual o *stalker* pode continuar atormentando-a; o fato de que, apesar de raros, homens também são vítimas de *stalkers* e a Lei Maria da Penha, a princípio, não se aplicaria a estes casos.

Já existe, também, um interesse por parte do legislador brasileiro de criminalizar o *stalking*. O Projeto de Lei do Senado (PSL) n. 236, de 2012, por



exemplo, prevê a inclusão do crime de “perseguição obsessiva ou insidiosa”, com a redação a seguir:

Perseguir alguém, de forma reiterada ou continuada, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade:

Pena - prisão, de dois a seis anos.

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.<sup>71</sup>

Há também o projeto de Lei 5.419/2009, que busca tipificar o *stalking* como artigo 146-A do Código Penal. Consta o seguinte em sua justificativa:

O que não podemos aceitar é que pessoas vivam atormentadas sem qualquer garantia legal de repressão aos abusadores, num delito que danifica a integridade física, íntima, psicológica, intelectual e moral das vítimas, pois uma vez realizada a perseguição, não se tem como voltar ao passado e corrigir o atentado. Assim sendo, alterações na legislação se impõem, sendo necessária a regulamentação deste crime cruel e bárbaro, assim como para a educação e o resgate do ofendido e de sua família, assim como já fizeram a Alemanha, Itália, dentre outros países.<sup>72</sup>

A entrada em vigor de um dispositivo no Código Penal brasileiro que tipificasse o *stalking* seria, sem dúvida, um alento muito necessário para as vítimas destecrime.

### 3.4 A criminalização do *stalking* como medida preventiva ao feminicídio

---

<sup>71</sup> Projeto de Lei do Senado (PSL) n. 236. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1572470009377&disposition=inline>> Acesso em: 16 nov. 2019

<sup>72</sup> Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 5.419/2009. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?jsessionid=A8CFBC0DE44E1F22F66C46DEB1A364C5.proposicoesWebExterno1?codteor=664484&filename=PL+5419/2009](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=A8CFBC0DE44E1F22F66C46DEB1A364C5.proposicoesWebExterno1?codteor=664484&filename=PL+5419/2009)> Acesso em: 16 nov. 2019



O principal motivo pelo qual julgamos a criminalização do *stalking* necessária e pela sua correlação com casos de feminicídio, ao ponto que acreditamos que tipificar o *stalking* seria uma medida preventiva a esse tipo de crime.

Levantamentos feitos nos Estados Unidos demonstraram que 76% das mulheres vítimas de feminicídio haviam sofrido *stalking* no ano anterior à sua morte, assim como 85% das mulheres que sobreviveram uma tentativa de feminicídio. 89% das vítimas de feminicídio que haviam sido previamente agredidas fisicamente também sofreram *stalking* nos doze meses anteriores à suas mortes, 79% das que sofreram outros tipos de abuso previamente também sofreram *stalking*, e 54% das que sofreram *stalking* no total chegaram a denunciar o crime para a polícia antes de serem assassinadas por seus *stalkers*.<sup>73</sup>

Evidente que casos de feminicídio em sua maioria envolvem *stalking* antes do assassinato acontecer de fato, sob um viés jurídico, a criminalização do *stalking* seria uma medida acessória que poderia aumentar a efetividade ao combate do feminicídio, pois serviria como lenitivo ou dificultaria a possibilidade do agente de consumir ou tentar um crime de sangue.

A partir do momento que se criminaliza esse tipo intermediário, o agente já será indiciado e obrigado a responder um processo por *stalking*. A partir desses procedimentos, o *stalker* passaria a estar sob a vigilância do Estado, ao passo que poderia ser mais facilmente submetido a diversas limitações legais, como por exemplo, proibição de frequentar determinados locais, proibição de ter contato com a vítima e podendo até mesmo suportar uma prisão cautelar. Se o *stalking* fosse considerado tipo penal autônomo, esse tipo de medida seria de mais fácil acesso a

---

<sup>73</sup> SPARC. *Stalking & Intimate Partner Violence: Fact Sheet*. Disponível em: <[https://www.stalkingawareness.org/wp-content/uploads/2018/07/SPARC\\_IPV\\_StalkingFactSheet\\_2018\\_FINAL2.pdf](https://www.stalkingawareness.org/wp-content/uploads/2018/07/SPARC_IPV_StalkingFactSheet_2018_FINAL2.pdf)> Acesso em: 16 nov. de 2019





vítimas que não se encaixam nas possibilidades elencadas pela Lei Maria da Penha, como por exemplo aquelas cujos *stalkers* são seus ex-namorados.<sup>74</sup>

Diz Henrique Perez Esteves:

[...] a perseguição obsessiva ou insidiosa é enfrentada como efeito, quando a bem da verdade precisa ser analisada como causa ou início para crimes mais graves como lesões corporais e feminicídio e isso deve ser contido através do poder simbólico e estigmatizante do direito penal. Nesse contexto, sendo o *stalking*, ainda hoje – um nada jurídico

– não é possível processar o perseguidor para que esse desista de levar avante eventual ideia de praticar um crime de sangue.<sup>75</sup>

Em resumo, a criminalização dessa conduta, ou seja, o tratamento do *stalking* como uma conduta autônoma (causa), e, não meramente como efeito, poderia ser um remédio eficaz para reduzir drasticamente a quantidade de crimes de feminicídio no Brasil - que possui a quinta maior taxa no mundo de crimes da espécie.<sup>76</sup> Visto a seriedade do problema da violência contra a mulher no país, é essencial que sejam tomadas o máximo de medidas possíveis para coibir essa violência, e a criminalização do *stalking* se evidencia como um dos métodos potencialmente mais eficazes para tal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

<sup>74</sup> ESTEVES, Henrique Perez. **Criminalização da perseguição obsessiva ou insidiosa (*stalking*) como mecanismo de combate ao feminicídio.** Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/criminalizacao-da-perseguido-obsessiva-ou-insidiosa-stalking-como-mecanismo-de-combate-ao-feminicidio>>. Acesso em: 16 nov. 2019

<sup>75</sup> ESTEVES, Henrique Perez. **Criminalização da perseguição obsessiva ou insidiosa (*stalking*) como mecanismo de combate ao feminicídio.** Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/criminalizacao-da-perseguido-obsessiva-ou-insidiosa-stalking-como-mecanismo-de-combate-ao-feminicidio>>. Acesso em: 16 nov. 2019

<sup>76</sup> EXAME. **Taxa de feminicídios no Brasil é a quinta maior do mundo.** Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/taxa-de-feminicidios-no-brasil-e-a-quinta-maior-do-mundo/>> Acesso em: 17 nov. 2019



O *stalking*, mesmo em países que o reconhecem como crime, ainda é tratado com grande descaso. Seja pelas autoridades policiais ou pelos seus familiares e amigos, vítimas de *stalking* frequentemente tem seu sofrimento tratado com menosprezo e dificuldade para conseguir amparo, muitas vezes com consequências fatais. Considerando os obstáculos ainda enfrentado pelas vítimas de *stalking* mesmo em países que este já é tipificado, não é difícil de se imaginar que as dificuldades das vítimas que vivem em países nos quais *stalking* sequer é considerado crime sejam ainda maiores.

Apesar de pouco discutido e não tipificado, muitas pessoas, em especial mulheres, são vítimas de *stalking* no Brasil. Frequentemente predecessor de crimes mais graves, como lesões corporais, estupros e assassinatos, o *stalking* também é, por si só, um crime com graves consequências ao bem-estar físico e psicológico de suas vítimas. É extremamente necessário que a severidade dessa conduta seja levantada e discutida nos meios acadêmicos, legislativos e sociais.

Foi este o objetivo deste trabalho, acima de tudo: trazer essa discussão a tona. Sob o viés do *stalking* como violência de gênero, nossa meta era demonstrar que *stalking* é um crime sério e que necessita prontamente ser tratado como tal, pois sua criminalização, além de oferecer amparo a vítimas que desesperadamente o necessitam, poderia ser uma medida preventiva a um crime inegavelmente monstruoso – o feminicídio.

Para argumentar a favor disso, no decorrer do projeto, utilizamos de casos concretos ocorridos no Brasil e no mundo, análises feitas por pesquisadores tanto brasileiros como estrangeiros, estatísticas quanto a casos de *stalking* que evoluíram para feminicídios e decisões jurisprudenciais na esfera civil relacionadas a casos de *stalking*. Foi utilizada tanto a pesquisa monográfica quanto a pesquisa com método comparado, ante a necessidade de analisar como outros países se organizam



juridicamente com relação a questão do *stalking*, especialmente aqueles que já criminalizam a conduta.

Ante tudo que foi estudado no decorrer do trabalho, concluiu-se que, em comparação a muitos outros países, o Brasil ainda se encontra muito atrasado no que se refere ao reconhecimento do *stalking* como um crime sério, que possui graves consequências físicas e psicológicas. Isso se reflete tanto na falta de consciência por parte da população em geral sobre o que sequer é o *stalking*, visto que a palavra obteve no Brasil um significado coloquial que difere do seu real conceito, como na omissão dos legisladores.

Apesar de ser possível conseguir certo amparo na esfera cível, a ausência de tipificação no Código Penal é um grande obstáculo para as vítimas na busca de proteção, além de dificultar o estudo dos casos ocorridos no país, visto que, na ausência de definição específica, casos de *stalking* são reportados como assédios ou perturbações genéricas. É quase impossível sequer contabilizar o número de casos ocorridos no país, pois estes são entendidos como meros aborrecimentos isolados, ou registrados como ameaça, calúnia, injúria, difamação, entre outros. Não se pode combater aquilo que sequer se compreende ou define – por isso, entre outras razões, a necessidade de definir *stalking* como conduta autônoma.

Ademais, mesmo a busca de amparo na esfera cível se prova insuficiente, visto que se limita, muitas vezes, ao mero pagamento de indenização. Esta não impede, juridicamente, que o *stalker* continue a assediá-la vítima, sendo uma mera medida empregada para desestimular – de forma branda – nova prática, e não proibí-la. Nada impede, afinal, que um *stalker* com amplos recursos financeiros opte por arcar com o custo da indenização e continuar perseguindo a vítima.

Na esfera penal, a contravenção penal de “perturbação da tranquilidade” falha em abranger a extensão e gravidade do *stalking*. Como conduta de maior seriedade



do que mero aborrecimento, não se justifica que se inclua dentro de tipificação genérica. Realça-se, também, que a pena da contravenção penal é extremamente leve, sendo esta somente de quinze dias a dois meses de prisão ou multa, esta ainda listada na lei em contos do réis, refletindo o quão desatualizada se encontra a legislação em frente ao fenômeno atual e que continua a evoluir. A pena da contravenção penal simplesmente não é proporcional à uma conduta que causa sérios danos psicológicos ou mesmo físicos na vítima, além da violação à sua vida privada.

Além disso, estatísticas mostram que a maioria das mulheres vítimas de *stalking* são também vítimas de violência doméstica; que ex-maridos ou ex-companheiros que cometem *stalking* têm quatro vezes mais chances de também infligir violência física em suas vítimas do que os que não cometem *stalking*, e seis vezes mais chance de cometer violência sexual; e que a maioria dos casos de *stalking* evoluem para incidentes de violência física mais grave. Sendo a maioria das vítimas mulheres, muitas vezes o que se inicia como *stalking* termina em feminicídio. Inexistente a tipificação da conduta, a dificuldade de intervenção é imensa, se não impossível, impedindo que os agentes sejam barrados antes de cometer crimes mais graves contra suas vítimas. Diante do pesquisado no decorrer deste trabalho, nos parece evidente que a criminalização do *stalking* seria uma medida eficaz de prevenção ao feminicídio.

Apesar de existirem projetos de lei que buscam preencher essa lacuna legislativa, estes se encontram parados há anos, enquanto as vítimas continuam a sofrer e *stalkers* seguem impunes. Com o crescimento do número de estudos e pesquisas sobre *stalking* feitos no Brasil – assim como o crescimento do número de vítimas – esperamos que a conduta passe a ser tratada por legisladores com a seriedade e urgência necessária. É preciso, mais do que nunca, que a questão seja tratada com celeridade. Não resta dúvida que a criminalização é necessária – o que



se precisaria discutir, daqui para frente, seriam as minúcias para melhor redigir o tipo penal que finalmente traria amparo a vítimas que tanto o necessitam

## REFERÊNCIAS

**Apelação cível n. 1.0106.14.002673-8/001**, Comarca de Belo Horizonte, TJMG, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Alberto Henrique, 31.03.2011. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=talking&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20ca dastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em: 15 nov. 2019.

**Apelação cível n. 2008.001.06440**, Comarca do Rio de Janeiro capital, TJRJ, Vigésima Câmara Cível, Rel. Des. Marco Antonio Ibrahim, 04.06.2008. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000360155333E9681E6C0882AEFE8FEDF4FB16C402040219&USER=>>> Acesso em: 15 nov. 2019.

BAKKILA, Blake. **How Rebecca Schaeffer's Horrific Murder Led to the Nation's First Anti-Stalking Law**. Disponível em: <<https://www.goodhousekeeping.com/life/a27116831/rebecca-schaeffer-murder/>> Acesso em: 15 nov. 2019.

BALABAN, David. **What Cyberstalking Is and How to Prevent It**. Disponível em: <<https://www.tripwire.com/state-of-security/security-awareness/what-cyberstalking-prevent/>>. Acesso em: 4 set. 2019.

BARBOSA, L. *et al.* **Assédio sexual, violência de gênero e relações de poder**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69354/assedio-sexual-violencia-de-genero-e-relacoes-de-poder>>. Acesso em: 5 de outubro de 2019.

BEYER, Vicki L. **Ladies & The Law: The Murder That Resulted in Japan's Anti-Stalking Act**. Disponível em: <<https://savvytokyo.com/ladies-the-law-the-murder-that-resulted-in-japans-anti-stalking-act/>>. Acesso em: 10 set. de 2019



BIANCHINI, Alice. **O que é “violência baseada no gênero”?** Disponível em: <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/312151601/o-que-e-violencia-baseada-no-genero>>. Acesso em: 07 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)> Acesso em: 07 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.663, De 14 de maio de 2018.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13663.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13663.htm)>. Acesso em: 9 set. 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **"Stalking" ou assédio por intrusão e violência contra a mulher.** Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/264233531/stalking-ou-assedio-por-intrusao-e-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5.419/2009.** Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=A8CFBC0DE44E1F22F66C46DEB1A364C5.proposicoesWebExterno1?codteor=664484&filenome=PL+5419/2009](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A8CFBC0DE44E1F22F66C46DEB1A364C5.proposicoesWebExterno1?codteor=664484&filenome=PL+5419/2009)> Acesso em: 16 nov. 2019.

Canal de Informações sobre Ciberameaças Brasil (CICbr). **O que é Cyberstalking.** Disponível em: <<https://www.cicbr.com.br/o-que-e-cyberstalking/>>. Acesso em: 4 set. de 2019.

CARVALHO, Déborah Soares de. **A perpetuação da violência de gênero na sociedade brasileira.** 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Psicologia) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016.

CHORLEY, Matt. **10 stalkers in court every week since new laws were passed but campaigners warn it is just the tip of the iceberg.** Disponível em: <<https://www.dailymail.co.uk/news/article-2563967/10-stalkers-court-week-new-laws-passed-campaigners-warn-just-tip-iceberg.html>> Acesso em: 15 nov. 2019.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará.** Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2019.



DIAS, Flávio; NAUJORKS, Jaqueline. '*Stalking*': **Com medo, vítimas de assédio esbarram em lei que não vê urgência em crime de perturbação.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2019/02/06/stalking-com-medo-vitimas-de-assedio-esbarram-em-lei-que-nao-ve-urgencia-em-crime-de-perturbacao.ghtml>>. Acesso em: 14 set. 2019.

Dicionário Popular. **Stalkear.** Disponível em: <<https://www.dicionariopopular.com/stalkear/>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

ESTEVES, Henrique Perez. **Criminalização da perseguição obsessiva ou insidiosa (*stalking*) como mecanismo de combate ao feminicídio.** Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/criminalizacao-da-perseguiçao-obsessiva-ou-insidiosa-stalking-como-mecanismo-de-combate-ao-femicidio>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

EXAME. **Taxa de feminicídios no Brasil é a quinta maior do mundo.** Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/taxa-de-femicidios-no-brasil-e-a-quinta-maior-do-mundo/>> Acesso em: 17 nov. 2019.

FANTE, Cleo. **Fenômeno *bullying*: como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz.** Campinas: Verus, 2005.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. **Assédio moral nas relações de trabalho.** 2. ed. Campinas: Russel, 2010.

FONSECA, Denire Holanda da; RIBEIRO, Cristiane Galvão; LEAL, Noêmia Soares Barbosa. **Violência doméstica contra a mulher: realidades e representações sociais.** *Psicol. Soc.*, Belo Horizonte, v. 24, n. 2, p. 307-314, ago. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-71822012000200008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822012000200008&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 07 out.2019.

G1. **Fã é morto após ameaçar Ana Hickmann em hotel de Belo Horizonte.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2016/05/homem-e-morto-dentro-de-hotel-na-zona-sul-de-belo-horizonte-diz-pm.html>>. Acesso em: 4 set. 2019

GERBOVIC, Luciana. ***Stalking*.** São Paulo: Almedina Brasil, 2016.

GUIMARÃES, Affonso Paulo. **Noções de Direito Romano.** Porto Alegre: Síntese, 1999.



HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-Estar no Trabalho: Redefinindo o Assédio Moral**. Tradução de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

JAMES, D.; FARNHAM, F. *Stalking and serious violence*. Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law, v. 31, p. 432-439.

JESUS, Damásio. “*Stalking*”. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/colunas/stalking/4215>>. Acesso em: 24 ago. 2019

JESUS, Damásio. *Stalking*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10846/stalking>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

LANGE, Ariane. **Cops Had A Warrant To Arrest A Stalker. Nine Days Later, He Was Free, And She Was Dead**. Disponível em: <<https://www.buzzfeednews.com/article/arianelange/rosemarie-reilly-kelley-mcluskey-stalking-murder-lawsuit>>. Acesso em: 14 set. 2019.

Lexico. *Cyberstalking*. Disponível em: <<https://www.lexico.com/en/definition/cyberstalking>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

MARTIN, Carol L. **Gênero: socialização inicial**. Enciclopédia sobre o Desenvolvimento na Primeira Infância. Disponível em: <<http://www.encyclopedia-crianca.com/genero-socializacao-inicial/sintese>>. Acesso em: 08 out. 2019.

MILLER, Ryan W. **A 19-year-old stalking victim was fined for 'wasting police time' — and then she was killed**. Disponível em: <<https://www.usatoday.com/story/news/world/2019/04/10/shana-grice-sussex-police-face-discipline-after-stalking-case/3428958002/>>. Acesso em: 14 set. 2019.

MOHANDIE, K. et al. **The RECON typology of stalking: Reliability and validity based upon a large sample of north American stalkers**. Journal of Forensic Science, v. 51, n. 4, p. 147-155.

MOORE, Alexis. *Cyberstalking and Women*. Disponível em: <<https://www.thoughtco.com/cyberstalking-and-women-facts-3534322>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

MULLEN, Paul E.; PURCELL, Rosemary; STUART, Geoffrey W. **Study of stalkers**. American journal of psychiatry, v. 156, n. 8, p. 1244-1249, 1999.





**MURDER of Shiori Ino.** In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Wikimedia, 2019. Disponível em: <[https://en.wikipedia.org/wiki/Murder\\_of\\_Shiori\\_Ino](https://en.wikipedia.org/wiki/Murder_of_Shiori_Ino)>. Acesso em 14 set. 2019.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Assédio moral.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. NIPPON. **Stalking Cases Reach 23,000 in Japan in 2017.** Jiji Press, Ltd. Disponível em: <<https://www.nippon.com/en/behind/110846/stalking-cases-reach-23-000-in-japan-in-2017.html>>. Acesso em: 14 set. 2019.

OLIVEIRA, Glauca Fontes de. **Violência de gênero e a lei Maria da Penha.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 out. 2010. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/violencia-de-genero-e-a-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 08 out. 2019.

OPIELA, Carolina Von. **Gênero y travestismo em el debate.** Buenos Aires: La Ley, 2012.

**Projeto de Lei do Senado (PSL) n. 236.** Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1572470009377&disposition=inline>> Acesso em: 16 nov. 2019.

RIVERO, Daniel. **How one woman's murder led to the most important cyberstalking verdict in years.** Disponível em: <<https://splinternews.com/how-one-woman-s-murder-led-to-the-most-important-cybers-1793855165>>. Acesso em: 7 set. de 2019.

ROSENFELD, B. **Recidivism in stalking and obsessional harassment.** Law and Human Behavior, v. 27, n. 3, p. 251-265

SHERIDAN, L.; DAVIES, G. **Violence and the prior victim-stalker relationship.** Criminal Behavior and Mental Health, v. 11, p. 102-116.

SPARC. **Stalking & Intimate Partner Violence: Fact Sheet.** Disponível em: <[https://www.stalkingawareness.org/wp-content/uploads/2018/07/SPARC\\_IPV\\_StalkingFactSheet\\_2018\\_FINAL2.pdf](https://www.stalkingawareness.org/wp-content/uploads/2018/07/SPARC_IPV_StalkingFactSheet_2018_FINAL2.pdf)> Acesso em: 16 de nov. de 2019

TELES, Maria A. de Almeida; MELO, Mônica. **O que é violência contra a mulher.** São Paulo: Brasiliense, 2002



THE CROWN PROSECUTION SERVICE. ***Stalking and Harassment***. Disponível em: <<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/stalking-and-harassment#a03i>> Acesso em: 15 nov. 2019.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. ***Stalking and Domestic Violence: The Third Annual Report to Congress under the Violence Against Women Act***. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ovw/172204.pdf>>. Acesso em: 17 out. de 2019.

VILLAR, Manny. ***Cyberstalking Bill: Introduced by Senator Villar***. Fifteenth Congress of the Republic of the Philippines. Disponível em <<http://www.senate.gov.ph/lisdata/95988070!.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2019.

THOENNES, NANCY; TJADEN, Patricia. ***Stalking in America: Findings From the National Violence Against Women Survey***, abril 1998. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles/169592.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2019.



# COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E OS CRIMES MILITARES POR EXTENSÃO E SUAS ABRANGÊNCIAS DE ACORDO COM A LEI Nº 13.491/2017

Carlos Eduardo Ribeiro Valente<sup>1</sup>

## RESUMO

**Introdução:** O presente trabalho de conclusão de curso auferirá o acontecido no dia 13 de outubro de 2017, o nascimento da Lei 13.491/2017, resultante do projeto de Lei da Câmara dos Deputados 44/2016 (PL 5.768/2016), com vigência imediata, que modificava o Código Penal Militar (CPM) para redefinir certos crimes militares e ampliar a competência da Justiça Militar dos Estados e da Justiça Militar da União (JMU). Dessa forma, serão abordadas várias condutas praticadas por militares das Forças Armadas, que eram de competência da Justiça Federal e foram transferidas à jurisdição militar. Esta lei, modificou certas infrações penais comuns, ou seja, quando praticadas nas condições previstas nas alíneas do inciso II do art. 9º do CPM, passam a ser também consideradas crimes militares, estando, portanto, submetidas à jurisdição castrense. A lei basicamente conta com apenas dois artigos, sendo seu dispositivo principal o artigo 9º do CPM. O artigo 2º da Lei, que previa vigência temporária, foi vetado pela presidência da República. O artigo 3º determina a vigência imediata da Lei, sem vacância. Tal discursão quanto à lei aplica-se aos inquéritos e às ações penais em curso, à nova definição de crimes militares, vale a regra da irretroatividade, especificamente à inovação do inciso II do artigo 9º do CPM. Observaremos que o parágrafo primeiro do artigo 9º manteve na competência do Tribunal do Júri os crimes dolosos contra a vida de civis praticados por policiais militares ou por bombeiros militares e, eventualmente, também os cometidos por integrantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica em atividades não especificadas no parágrafo seguinte, preexiste uma definição chamada de crimes por extensão, que também será abordada. Por sua vez, militares federais só serão julgados pelo Júri Federal, se suas condutas não forem praticas nas condições

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pelo UniCEUB. Carlos.eduardov@sempreceub.com



delimitadas no parágrafo 2º do artigo 9º., portanto, que a alteração legislativa chega num momento em que a segurança pública, mais especificamente, as operações envolvendo as Forças Armadas eram carentes de amparo jurídico. Nesse sentido, enfrentaremos as divergências doutrinárias nascidas dessa falta de amparo e grande modificação jurisdicional e legislativa que a lei enfrentará.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça Militar da União (JMU), Código Penal Militar (CPM), Código de Processo Penal Militar (CPPM), Lei 13.491/2017.

## ABSTRACT

**Introduction:** The present course conclusion work will take place on October 13, 2017, the birth of Law 13,491 / 2017, resulting from the Bill of Law of the Chamber of Members 44/2016 (PL 5.768 / 2016), which is effective immediately, modified the Military Penal Code (CPM) to redefine certain military crimes and expand the jurisdiction of the Military Justice of the States and the Military Justice of the Union (JMU). In this way, various conducts practiced by military personnel of the Armed Forces, which were the responsibility of the Federal Justice and were transferred to military jurisdiction, will be addressed. This law modified certain common criminal offenses, that is, when practiced under the conditions provided for in paragraphs of item II of art. 9º of the CPM, are now also considered military crimes, and are therefore subject to military jurisdiction. The law has only two articles, its main provision being article 9º of the CPM. Article 2º of the Law, which provided for temporary validity, was vetoed by the Presidency of the Republic. Article 3º determines the immediate validity of the Law, without vacancy. Such discourse on the law applies to ongoing investigations and criminal actions, to the new definition of military crimes; the rule of non-retroactivity applies, specifically to the innovation of item II of article 9º of the CPM. We will note that the first paragraph of Article 9º kept the crimes of the civilian life committed by military police or military firefighters in the jurisdiction of the Jury and, eventually, also those committed by members of the Navy, the Army and the Air Force in activities not specified in the following paragraph, there is a definition called crimes by extension, which will also be addressed. In turn, federal military personnel will only be tried by the Federal Jury, if their conduct is not practiced under the conditions outlined in paragraph 2 of article 9, therefore, that the legislative change comes at a time when public security, more specifically, operations involving the Armed Forces were lacking legal support. In this sense, we will face the doctrinal divergences born from this lack of protection and great juridical and legislative modification that the law will face.



**KEYWORDS:** Union Military Justice (JMU), Military Criminal Code (CPM), Military Criminal Procedure Code (CPPM), Law 13.491/2017, October 13, 2017.

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho abordará a entrada em vigor da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, que ampliou o conceito de crime militar, ao conferir nova redação ao artigo 9º do Código Penal Militar, que trouxe tormentosos desafios aos operadores do direito militar. Atualmente, após a vigência da Lei nº 13.491/17, qualquer crime pode ser considerado como infração penal militar, ainda que não previsto no Código Penal Militar e sim numa lei penal extravagante. Ocorre que identificar e classificar um crime militar como tal não é tarefa fácil porque a simples tipicidade taxativa, que para o crime comum é suficiente, para o ilícito penal castrense não é. A conduta típica e antijurídica deve estar também contemplada em uma das circunstâncias hipotético- condicionantes dos artigos 9º ou 10º do Código Penal Militar. Mas o fato é que só será finalmente crime militar aquele contemplado numa tipologia pré-existente na lei penal, seja ela comum ou militar, e ainda encontre assento numa das hipóteses do artigo 9º do Código Penal Militar, em especial o inciso II.

O estudo foi desenvolvido para demonstrar a modificação legislativa, o parágrafo primeiro do artigo 9º do Código Penal Militar determina que em regra os militares estaduais que cometam homicídio continuam a ser julgados pelo tribunal do júri, diferentemente daqueles cometidos por integrantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, dos crimes subsumidos pelo critério da ordem administrativa militar não seja exclusivo, sob pena de todos os crimes da legislação criminal, por força da Lei 13.491/17, praticados por militar, tornarem-se crime militar, mas, pela subsunção



subsidiária do art. 9º, inciso II, do CPM, tenha conjugado pelo menos mais uma circunstância daquele dispositivo legal. Em consequência, o crime militar não será o crime do militar, mas aquele que, praticado por militar, ou até por civil, nas circunstâncias do artigo 9º, do CPM, assim for definido em Lei, mantendo-se a sistemática de exigência legal para os crimes militares por extensão, por exemplo, paralelamente aos crimes impropriamente militares, distintamente dos crimes propriamente militares.

Quanto ao parágrafo segundo do referido artigo, mexerá em hipóteses de competência do Tribunal do Júri Federal, em seu artigo 5º, XXXVIII, alínea “d” da Constituição Federal, certas condutas passam a ser julgadas pela Justiça Militar da União, se enquadrarem nas situações previstas nos três incisos do novo parágrafo segundo, caso não se amoldarem, vale a regra geral do parágrafo primeiro, e também, os militares das Forças Armadas serão julgados pelo júri presidido por um juiz federal, nos crimes dolosos contra a vida de civis.

Assim, se um crime de homicídio for praticado por militar contra civil durante uma operação de paz, ou no curso de uma operação de garantia da lei e da ordem (GLO), a competência para julgamento será, por esta Lei, da Justiça Militar da União, e não da Justiça Federal (Júri). Uma vez que qualquer crime existente no ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Lei, tornou-se crime militar, desde que preenchida uma das condições previstas nas alíneas “a”, “b”, “c”, “d”, e “e” do inciso II do art. 9º do CPM (que não sofreram alteração com a entrada em vigor da Lei).

Nesse sentido, talvez o que teve maior conotação social, é o julgamento dos crimes dolosos contra a vida quando praticados por militares das Forças Armadas contra civil, ocasião em que serão da competência da Justiça Militar da União, desde que praticados no contexto das situações admitidas. No que abrange os militares



estaduais, os crimes dolosos contra vida de civil continuam sendo de competência do Tribunal do Júri, consoante art. 125, §4º, da Constituição Federal, a alteração legislativa nada alterou a competência para crimes dolosos contra a vida. Tais interpretações foram formadas, perante o uso das Forças Armadas nas missões de garantia da Lei e da Ordem – GLO, no Rio de Janeiro, situações nas quais eventualmente a população civil se envolve.

Entende-se que militares que matam civis devem ser julgados pelo Tribunal do Júri ou pela Justiça Militar o que era um problema, na verdade, este tema tornou-se mais complexo nos últimos anos em função da escalada da violência urbana, que tem ampliado a interação de militares das Forças Armadas com a população civil em território brasileiro, em situações de policiamento urbano. Tal interação deriva especialmente do emprego de militares na “ guerra” contra as drogas, por meio das chamadas operações de garantia da Lei e da Ordem (GLO), que podem ocorrer de formas descontínuadas e em áreas previamente estabelecidas e por tempo limitado, para ações de caráter preventivo e repressivo.

Dessa forma, os crimes que até então eram julgados pela Justiça Comum, ganharam abrangência na nova previsão legal, ampliando-se a competência para Julgamento da Justiça Militar da União. Além disso, a nova redação do inciso II do artigo 9º do CPM atribuiu à JMU e a Justiça Militar dos Estados a competência para julgar crimes, agora considerados “militares”, que estão previstos na legislação comum, como tortura, abuso de autoridade, ciber crimes, associação em organização criminosa, formação de milícia privada e etc. É ampliado o conceito de “ crime militar” impróprio ou impropriamente militar ou acidentalmente militar para abranger também infrações penais previstas apenas na legislação penal comum, o que antes não ocorria.



As Forças Armadas possuem uma estrutura moldada nos princípios da hierarquia e da disciplina, a intenção do legislador foi a de deixar a cargo da Justiça Especializada a competência para regular o processamento e o julgamento dos fatos que surgirem de tais situações. E isto porque, por mais que seja a qualificação técnica dos magistrados da Justiça Comum, a Justiça Militar da União, por estar mais acostumada às peculiaridades da vida castrense, não só no que tange ao seu aspecto estrutural, mas, principalmente, com relação aos valores que pairam na sociedade militar, terá uma maior sensibilidade na aferição de tais valores e princípios que lhe são inerentes

Como consequência promovida no inciso II do artigo 9º, do CPM, seu inciso III também foi modificado. Também são crimes militares os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I (crimes propriamente militares), como os do inciso II (crimes impropriamente militares), nos casos indicados nas suas quatro alíneas. Conceituando mais amplamente da segunda espécie, haverá potencialmente mais situações em que civis serão submetidos a julgamento pela Justiça Militar da União.

Este trabalho pretende indicar que, a Lei 13.491/2017 manteve as ressalvas (parágrafo segundo, inciso III, alínea ‘a’), do artigo 9º do CPM) e criou novas exceções à competência do júri quando os autores de crimes dolosos contra a vida forem militares da União.

Assim, a partir da publicação dessa lei, por força do parágrafo segundo do artigo 9º do CPM, os crimes dolosos, praticados por militares das Forças Armadas, contra a vida de civis serão julgados pela Justiça Militar da União, e não pelo tribunal do Júri. Restando ocorrer apenas nas hipóteses listadas no referido parágrafo segundo. Se a situação fática não encontrar enquadramento ali, valerá a regra do





parágrafo primeiro, que se aplica sempre aos militares estaduais e, eventualmente, aos militares federais.

Caberá ao Supremo Tribunal Federal dirimir os conflitos de competência que surgirem entre qualquer corte e o Superior Tribunal Militar em função dessa lei, cumprindo ao Superior Tribunal de Justiça a tarefa de definir os conflitos de competência que apareçam entre juízos federais e auditorias militares.

Adequadamente é a situação do julgamento dos militares das Forças Armadas, eis que, a partir de então, é necessário a fusão de dois contextos para que o julgamento seja realizado pela JMU: primeiro que o crime seja doloso contra a vida do praticado por militar das Forças Armadas contra civil; e, segundo, de ordem cumulativa, que tais crimes (dolosos contra a vida) sejam praticados no contexto do art. 9º e seus incisos.

As Forças Armadas agem de maneira subsidiária. A sua missão constitucional é totalmente distante da missão das polícias militares. Já vivenciando a nova Lei, se um militar do Exército, por exemplo, no exercício do policiamento em tais comunidades, pratica homicídio (consumado ou tentado) contra um civil, esta conduta será julgada pela Justiça Militar da União com fulcro neste dispositivo. Vale lembrar que a norma em vigor é norma que alterou a competência, de natureza processual, sendo, portanto, aplicada imediatamente nos termos do artigo 5º<sup>2</sup> do CPPM e do artigo 2º<sup>3</sup> do CPP. E justamente em razão de seu conteúdo processual, não há maiores repercussões quanto à normal penal no tempo, análise de retroatividade para beneficiar o réu ou outras repercussões para o acusado, a não ser o deslocamento da competência para a JMU, devendo os processos que tramitarem perante a Justiça

---

<sup>2</sup> Art. 5º As normas deste Código aplicar-se-ão a partir da sua vigência, inclusive nos processos pendentes, ressalvados os casos previstos no art. 711, e sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior

<sup>3</sup> Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior



Estadual ou mesmo Federal que se enquadrem no contexto da mudança legislativa, serem remetidos ao juízo competente, quem seja, o Juízo da Justiça Militar da União.

A Lei 13.491/17 possui dupla natureza jurídica: penal e processual, de forma que as infrações que ainda não foram processadas ou, que já processadas, mas ainda não possuem sentença de mérito, devem ser imediatamente remetidas para a Justiça Militar (desde a entrada em vigor da referida Lei em 13.10.17), assim como os inquéritos policiais em andamento, respeitando o princípio constitucional da irretroatividade *in pejus* (art. 5º, XL, CF).

Desse modo, a repressão e a persecução penal das novas infrações penais militares por extensão, trazidas pela nova lei, devem ser investigadas pela Polícia Judiciária Militar, atendendo ao comando constitucional (art. 144, §4º, *in fine*) e em harmonia com a disciplina do CPPM, bem como, na fase judicial, a cargo do *Parquet* das armas que oficia perante a Justiça Militar. Enfim, a Lei 13.491/17, em perfeita harmonia com a Constituição Federal, deve ser recebida com aplausos pela comunidade jurídica militar, que vê, agora, parcialmente corrigido a questão do legislador em relação à legislação penal militar, a qual, por ausência de modernização durante décadas, distanciou-se da legislação penal comum.

Nessa perspectiva, espera-se que o presente trabalho de conclusão de curso demonstre em suas diversas fases as consequências da aplicação da referida Lei e as divergências que surgiram quando o legislador fez transparecer a necessidade de uma legislação mais específica para os tempos vividos.

## **2 A RESPEITO DA LEI Nº 13.491/2017 DA SUA COMPETÊNCIA E APLICABILIDADE.**

Inicialmente cabe ressaltar que nos termos do art. 124 da Constituição Federal, compete à Justiça Militar, processar e julgar os crimes militares assim definidos em



lei. A lei em questão é o Código Penal Militar, especificando-os nos artigos 9º (Crimes militares em tempos de paz) e 10º (crimes militares em tempo de guerra). Sabemos que o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar foram instituídos pelo Decreto-Lei nº 1001 e nº 1002 respectivamente, ambos de 21 de outubro de 1969, resistindo ao passar do tempo com poucas alterações ou atualizações. É inegável o fato de que a atividade legislativa no âmbito penal comum se delimitou formalmente, porém, o legislador federal, quando das diversas produções normativas, deixa de fazê-la em relação à legislação militar. O Código Penal Comum passou, ao longo dos anos, por modificações com o propósito de modernizá-lo e torna-lo mais coerente das características da sociedade atual, porém o Código Penal Militar não tem acompanhado tais alterações.<sup>4</sup>

O Código Penal Militar, atualmente com 48 anos de vigência, foi alterado apenas em algumas poucas oportunidades. Quais sejam, cronologicamente, os atos normativos alteradores: Lei nº 6.544/78; Lei nº 9.299/96; Lei nº 9.764/98; Lei nº 12.432/11 e, por fim, a Lei nº 13.491/2017, sendo essa última lei o nosso foco de estudo.<sup>5</sup> Ressalta-se que em 2004, veio à alteração constitucional determinada pela Emenda nº 45, que também serviu como resposta à sucessão de crimes praticados por policiais militares contra a vida de civis, em virtude de ao longo dos anos 1990 chacinas cometidas e a aparente falta de resposta da Justiça Militar Estadual a casos de violência policial contra civis serviu para essa reforma, porém, a Emenda nº 45 não teria pretendido abranger os crimes dolosos contra a vida de civis praticados por militares das Forças Armadas. Em seu artigo 125º da Constituição Federal, o

---

<sup>4</sup> FIGUEIREDO, Rodrigo Vergueiro. Observações Iniciais da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017 acerca da Competência para o Julgamento dos Crimes Dolosos contra a vida praticada por militares da União contra civis. **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais- AMAJME**, Ano 20, nº 127, p. 31- 34, jan. /fev. 2018.

<sup>5</sup> CRUZ JUNIOR, Silvio Valois A Constitucionalidade da Lei 13.491/2017 e da Lei 9.299/96 diante da Teoria da Dupla Compatibilidade Vertical. **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais- AMAJME**. Ano 20, nº 126, p. 37-40, set. /dez. 2017.



legislador fez questão de estipular os cuidados apenas da Justiça Militar Estadual, portanto, ali presentes os delitos sujeitos à competência do júri só diz respeito aos policiais militares e aos bombeiros militares acusados de crimes dolosos contra a vida de civis. Já a competência da Justiça Militar da União (JMU) é regulada pelo artigo 124º da Constituição Federal, que não contém nenhuma ressalva desta ordem.<sup>6</sup>

As atribuições da Polícia Judiciária Militar e a competência da Justiça Militar foram impactadas sobremaneira com a edição, em especial das Leis 9.299/96 e 13.491/17. A Lei 9.299/96 alterando o CPM inseriu em seu texto um parágrafo único no art. 9º, prevendo que, **“os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão de competência da Justiça Comum”**. Já a alteração realizada junto ao CPPM, inseriu um segundo parágrafo no art. 82º, determinando que **“nos crimes dolosos contra a vida, praticado contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça Comum”**. Esclareço que o deslocamento de competência ao Tribunal do Júri, previsto no parágrafo quarto do artigo 125º da Constituição Federal<sup>7</sup>, apenas ocorreu em relação à Justiça Militar dos Estados e Distrito Federal, não tendo lugar quando o delito militar doloso contra a vida de civil for praticado por membros das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), isto porque a competência constitucional da Justiça Militar da União está delimitada no artigo 124º da

---

<sup>6</sup> ARAS, Vladimir. As Novas Competências da Justiça Militar após a Lei 13.491/2017. Artigo Publicado no Blog do Vlad, em 1/ de outubro de 2017. **Revista do Ministério Público Militar nº 29, Edição Especial Lei 13.491/2017**

<sup>7</sup> Art. 125 § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)



Constituição Federal, não alterado pelo constituinte reformador durante a reforma do judiciário.<sup>8</sup> (grifo nosso)

A redação antiga definia como crimes militares as condutas previstas no Código Penal Militar, ainda que tipificadas, de igual modo na lei penal comum, ou seja, o Código Penal. O Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a Lei nº 9.299/96, bem como a redação do artigo 9º, parágrafo único, do CPM e do artigo 82º, parágrafo segundo, do CPPM, afirmando que “nesses crimes a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum”. De qualquer forma à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que “a Justiça Militar dirá, por primeiro, se o crime é doloso ou não”; se doloso, encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça Comum. Registre-se: encaminhará os autos do inquérito policial militar. É a lei, então, que deseja que as investigações sejam conduzidas, por primeiro, pela Polícia Judiciária Militar. Diante de tudo, podemos afirmar que a compatibilidade constitucional das investigações dos delitos militares, pela polícia judiciária militar, já foi reconhecida pela Corte Suprema, tanto em sede de controle abstrato, quanto em sede de controle concreto.<sup>9</sup> Nesse sentido, cabe ressaltar o julgado do STF no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1224733/SP de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, em sua ementa:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA DE CIVIL PRATICADO POR POLICIAL MILITAR. COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DO JÚRI. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO

---

<sup>8</sup> CRUZ JUNIOR, Silvio Valois A Constitucionalidade da Lei 13.491/2017 e da Lei 9.299/96 diante da Teoria da Dupla Compatibilidade Vertical. **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais- AMAJME**. Ano 20, nº 126, p. 37-40, set. /dez. 2017

<sup>9</sup> CRUZ JUNIOR, Silvio Valois A Constitucionalidade da Lei 13.491/2017 e da Lei 9.299/96 diante da Teoria da Dupla Compatibilidade Vertical. **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais- AMAJME**. Ano 20, nº 126, p. 37-40, set. /dez. 2017



REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A competência constitucional do Tribunal do Júri, nos crimes dolosos contra a vida de civil praticado por militar, prevista no art. 125, § 4º, da Constituição Federal, possui caráter especial em relação à competência da Justiça castrense, de modo que, em tais hipóteses, caberá ao Juízo Militar encaminhar os autos do inquérito policial militar à Justiça comum, nos termos do art. 82, § 2º, do Código de Processo Penal Militar, Juízo este competente para, no exercício da sua Jurisdição, apreciar eventual existência de causa excludente de ilicitude. 2. Agravo Regimental a que se nega provimento.

A Justiça Militar, é órgão especializado do Poder Judiciário, pois a matéria que conhece diz respeito aos crimes militares previstos no Código Penal Militar e, após a Lei nº 13.491/17, os crimes previstos na legislação penal, quando praticados nos termos do artigo 9º, do CPM. A Justiça Militar do Brasil destaca-se no mundo, pois é das poucas que pertence ao Poder Judiciário, não se constituindo numa Corte Marcial ou administrativa. Seus juízes togados gozam das garantias constitucionais previstas no artigo 95º da Constituição Federal e, suas decisões são revisadas pelos tribunais de Sobreposição (STJ e STF), legitimando a sua existência e atendendo, inclusive, as exigências da ONU e da Comissão Internacional de Juristas, em relação à independência, competência e imparcialidade da Justiça Militar, reafirmando de forma plena o seu papel de guardião dos direitos fundamentais.<sup>10</sup>

Em 2011, uma emenda ao antigo parágrafo único do artigo 9º do Código Penal Militar promoveu uma supressão à competência do júri (Federal). Por força da Lei 12.432/2011<sup>11</sup>, os crimes militares quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil seriam de competência da Justiça comum (Estadual ou Federal), salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do artigo 303º da

---

<sup>10</sup> CRUZ JUNIOR, Silvio Valois A Constitucionalidade da Lei 13.491/2017 e da Lei 9.299/96 diante da Teoria da Dupla Compatibilidade Vertical. **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais- AMAJME**. Ano 20, nº 126, p. 37-40, set. /dez. 2017.

<sup>11</sup> Estabelece a competência da Justiça Militar para julgamento dos crimes praticados no contexto do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica, alterando o parágrafo único do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar



Lei 7.565/1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica. Essa ressalva visava estabelecer a competência da JMU quando militares da Força Aérea Brasileira fossem levados a destruir aeronaves clandestinas (hostis) ou suspeitas de tráfico de drogas em voos no espaço aéreo brasileiro<sup>12</sup>

Diante dos entraves históricos, nasceu no dia 13 de outubro de 2017, a Lei 13.491/2017, resultante do projeto de Lei da Câmara dos Deputados 44/2016 (PL 5.768/2016), que imediatamente modificou o Código Penal Militar para redefinir certos crimes militares e ampliar a competência da Justiça Militar dos Estados e da Justiça Militar da União (JMU). Dessa forma, várias condutas praticadas por militares das Forças Armadas, que eram de competência da Justiça Federal, foram transferidas à jurisdição militar. Além disso, certas infrações penais comuns, quando praticadas nas condições previstas nas alíneas do inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar, passaram a ser também consideradas crimes militares, estando, portanto, submetidas à jurisdição castrense. Dessa maneira, foi ampliada a competência da Justiça Militar da União para julgar civis por crimes militares, com base no artigo 9º, inciso III, do CPM. Considera-se que por força do artigo 125º, parágrafo quarto, da Constituição Federal, a Justiça Militar dos Estados só julga militares estaduais. As razões para tal mudança legislativa enraizaram polêmicas sobre a ampliação do papel das Forças Armadas na segurança Pública Urbana e das fronteiras, em tempos de endurecimento da violência e do aumento do poderio de organizações criminosas. Por falta de alternativas de segurança pública civil, militares têm sido utilizado pelo governo Federal em operações de garantia da Lei e

---

<sup>12</sup> ARAS, Vladimir. As Novas Competências da Justiça Militar após a Lei 13.491/2017. Artigo Publicado no Blog do Vlad, em 1/ de outubro de 2017. **Revista do Ministério Público Militar nº 29, Edição Especial Lei 13.491/2017**



da Ordem, o que vem acentuando situações potencialmente conflituosas com civis, criminosos ou não.<sup>13</sup>

A nova *ius* conta apenas com dois artigos, sendo seu dispositivo principal o artigo 9º do CPM. O artigo 2º da Lei, que previa vigência temporária, foi vetado pela Presidência da República. O artigo 3º determina a vigência imediata da Lei, sem vacância. A Lei aplica-se aos inquéritos e às ações penais em curso, à nova definição de crimes militares, vale a regra da irretroatividade, especificamente à inovação do inciso II do artigo 9º do CPM. Em um estudo detalhado, o parágrafo primeiro do artigo 9º manteve na competência do Tribunal do Júri os crimes dolosos contra a vida de civis praticados por policiais militares ou por bombeiros militares e, eventualmente, também os cometidos por integrantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica em atividades não especificadas no parágrafo seguinte. Assim, em regra, militares estaduais que cometam homicídio continuam a ser julgados pelo Tribunal do Júri. Por sua vez, militares federais só serão julgados pelo Júri Federal, se suas condutas não forem praticadas nas condições delimitadas no parágrafo segundo do artigo 9º. O parágrafo segundo do referido artigo, mexe em hipóteses de competência do Tribunal do Júri Federal, em seu artigo 5º XXXVIII, alínea “d” da Constituição Federal, certas condutas passam a ser julgadas pela Justiça Militar da União, se enquadrem nas situações previstas nos três incisos do novo parágrafo segundo, caso não se amoldarem, vale a regra geral do parágrafo primeiro, e também, os militares das Forças Armadas serão julgados pelo júri presidido por um juiz federal, nos crimes dolosos contra a vida de civis.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> ARAS, Vladimir. As Novas Competências da Justiça Militar após a Lei 13.491/2017. Artigo Publicado no Blog do Vlad, em 1/ de outubro de 2017. **Revista do Ministério Público Militar nº 29, Edição Especial Lei 13.491/2017**

<sup>14</sup> ARAS, Vladimir. As Novas Competências da Justiça Militar após a Lei 13.491/2017. Artigo Publicado no Blog do Vlad, em 1/ de outubro de 2017. **Revista do Ministério Público Militar nº 29, Edição Especial Lei 13.491/2017.**





Antes do início da vigência da referida Lei, o inciso II era claro ao dizer que, somente os crimes previstos neste Código, embora sejam com igual definição na lei penal comum, eram crimes militares, ou seja, cometimento de crimes previstos no referido Código. A partir de agora, com a alteração legislativa, os crimes previstos neste Código Penal Militar e os previstos na legislação comum (todas as leis penais do país) também são crimes militares, quando preenchidas uma das hipóteses do inciso II do artigo 9º do CPM. Dessa forma, os crimes que até então eram julgados pela Justiça Comum, ganharam abrangência na nova previsão legal, ampliando-se a competência para Julgamento da Justiça Militar da União.<sup>15</sup>

Porém, o que se pretende desde já rebater são aqueles argumentos, que procurando diminuir a credibilidade de tal modificação legal, na verdade, visa atingir a JMU – segmento do Poder Judiciário mais antigo e respeitado – taxando-a de corporativista ou, em outro dizer, levantando a falsa ideia de que se trata de uma Justiça Especializada descomprometida com os ideais de Justiça, o que é uma grande inverdade. Nesse sentido, em razão do atual cenário brasileiro, no âmbito da segurança pública, cada vez mais o emprego das Forças Armadas, de forma temporária e excepcional, é utilizado para garantir e manterem a ordem pública. E tais ações só se tornam possíveis graças aos pilares básicos que sustentam as Forças Armadas Brasileiras, hierarquia e disciplina. Tais princípios devem ser vistos como a base de todo o ordenamento jurídico, sobrepujando-se à demais normas existentes.<sup>16</sup>

Convenhamos que o primeiro grande passo a se dar após a vinda da novel Lei nº 13.491/17, de 13 de outubro de 2017, seja procurar identificar aquilo que

---

<sup>15</sup> ARAS, Vladimir. As Novas Competências da Justiça Militar após a Lei 13.491/2017. Artigo Publicado no Blog do Vlad, em 1/ de outubro de 2017. **Revista do Ministério Público Militar nº 29, Edição Especial Lei 13.491/2017.**

<sup>16</sup> FIGUEIREDO, Rodrigo Vergueiro. Observações Iniciais da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017 acerca da Competência para o Julgamento dos Crimes Dolosos contra a vida praticada por militares da União contra civis. **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais-AMAJME**, Ano 20, nº 127, p. 31- 34, jan. /fev. 2018



realmente represente um questionamento jurídico válido. Certamente, essa nova alteração trará um julgamento mais técnico sob o ponto de vista do direito material, afinal de contas, o Conselho Permanente terá uma visão mais detalhada e aprofundada do caso concreto, vez que sua própria estruturação permite aferir com maior sensibilidade a matéria que lhe é destinada. Nesse sentido, é necessário a fusão de dois contextos para que o julgamento seja realizado pela JMU, primeiro que o crime seja doloso contra a vida e praticado por militar das Forças Armadas contra civil; e, segundo, de ordem cumulativa, que tais crimes (dolosos contra a vida) sejam praticados no contexto do artigo 9º e seus incisos. Agora, por exemplo, caso um militar praticar algum crime doloso contra vida fora do exercício de suas funções, será julgado normalmente pela Justiça comum (Tribunal do Júri).<sup>17</sup>

Mais recente, a Lei 13.491/17 buscou regular tais situações incrementais. O antigo parágrafo único do artigo 9º do CPM passou a ser parágrafo primeiro e acresceu-se o parágrafo segundo, com três exceções à competência do Tribunal do Júri. Esse tema já tinha sido objeto da Lei 9.299/1996 que inequivocamente excluiu da competência da Justiça Militar os crimes dolosos contra a vida de vítimas civis. Tal diploma não distinguiu os ramos federal e estadual e alterou o artigo 9º, parágrafo único, do CPM e o artigo 82 do CPPM, evidenciando a competência do foro comum (não militar) e, portanto, do Tribunal do Júri. De igual modo, a Lei nº 13.491/2017 manteve as ressalvas (parágrafo segundo, inciso III, alínea ‘‘a’’, do artigo 9º do CPM) e criou novas exceções à competência do Júri quando os autores de crimes dolosos contra a vida forem militares da União. Assim, a partir da publicação dessa lei, por força do parágrafo segundo do artigo 9º do CPM, os crimes dolosos, praticados por militares das Forças Armadas, contra a vida de civis serão julgados pela

---

<sup>17</sup> FIGUEIREDO, Rodrigo Vergueiro. Observações Iniciais da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017 acerca da Competência para o Julgamento dos Crimes Dolosos contra a vida praticada por militares da União contra civis. **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais-AMAJME**, Ano 20, nº 127, p. 31- 34, jan. /fev. 2018



Justiça Militar da União, e não pelo Tribunal do Júri. Restando ocorrer apenas nas hipóteses listadas no referido parágrafo segundo. Se a situação fática não encontrar enquadramento ali, valerá a regra do parágrafo primeiro, que se aplica sempre aos militares estaduais e, eventualmente, aos militares federais<sup>18</sup>

Em 2014 houve uma tese indicada pelo Ministro do Superior Tribunal Militar Dr. José Barroso Filho, no caso do Complexo da Maré no Rio de Janeiro, no mesmo ano, quando um fuzileiro naval matou um traficante (civil). Foi estabelecida pelo STM a competência da JMU para o julgamento dessa ação penal. A jurisprudência do Superior Tribunal Militar, bem assim a do Supremo Tribunal Federal são no sentido de ser constitucional o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de militar em serviço pela Justiça Castrense da União, sem a submissão destes crimes ao Tribunal do júri, nos termos do artigo 9º, III, “d”, do CPM. A jurisprudência do STM sobre crimes praticados por militares contra a vida de civis é incompatível com artigo 5º, XXXVIII, da CF e com o próprio artigo 125º, cuja franquia, não permite ao legislador uma definição arbitrária de crime militar. Caberá ao Supremo Tribunal Federal dirimir os conflitos de competência que surgirem entre qualquer corte e o Superior Tribunal Militar em função dessa lei, cumprindo ao Superior Tribunal de Justiça a tarefa de definir os conflitos de competência que apareçam entre júzos federais e auditorias militares<sup>19</sup>. Cabendo tecer a jurisprudência de 2016 do Ministro Relator José Coêlho Ferreira o Recurso em Sentido Estrito nº 0000144-54.2014.7.01.0101 no que segue:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MINISTÉRIO  
PÚBLICO MILITAR. DECISÃO QUE REJEITOU A

---

<sup>18</sup> ARAS, Vladimir. As Novas Competências da Justiça Militar após a Lei 13.491/2017. Artigo Publicado no Blog do Vlad, em 1/ de outubro de 2017. **Revista do Ministério Público Militar nº 29, Edição Especial Lei 13.491/2017.**

<sup>19</sup> ARAS, Vladimir. As Novas Competências da Justiça Militar após a Lei 13.491/2017. Artigo Publicado no Blog do Vlad, em 1/ de outubro de 2017. **Revista do Ministério Público Militar nº 29, Edição Especial Lei 13.491/2017**



ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO MPM. *HOMICÍDIO DOLOSO* DE *CIVIL* PRATICADO POR MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. IMPROCEDENTE. EMPREGO DAS FORÇAS ARMADAS NA GARANTIA DA LEI E DA ORDEM (GLO). ATIVIDADE DE NATUREZA MILITAR. LEI COMPLEMENTAR Nº 97/1999 E 136/2010. ARTIGO 124 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO NÃO PROVIDO. DECISÃO

UNÂNIME. 1. A competência do júri quando a vítima for *civil* faz referência às justiças militares dos estados, e não à justiça militar da União. 2. A Lei Complementar nº 97/1999, alterada pela Lei Complementar nº 136/2010, modificou a "organização, preparo e emprego" das FFAA, estendendo o caráter de atividade militar para fins de aplicação do art. 124 da Constituição Federal, que trata da competência da Justiça Militar da União, considerando crime militar os possíveis delitos ocorridos no cumprimento de atividades subsidiárias. 3. Para o emprego das Forças Armadas em GLO é indispensável a garantia, a seus membros, da competência constitucional da Justiça Militar da União, por ser especializada e com conhecimento específico que lhe é peculiar, assegurando a manutenção da hierarquia e da disciplina, princípios basilares das Forças Armadas.

4. Recurso desprovido. Decisão unânime. **(grifo nosso)**

Em opinião a novel lei 13.491/2017 que alterou o artigo 9º do Código Penal Militar tem a atuação pretendida de que necessitam os militares federais, quais sejam, Marinha, Exército e Aeronáutica. Nesse sentido é inegável que, nos últimos anos a escalada da violência cresce em todos os sentidos, na segurança pública urbana e nas fronteiras do País; há tempos o aumento do poderio das organizações criminosas tem sido um problema que vem aumentando ao longo dos anos que não é resolvido. As operações da lei e da ordem (GLO), na garantia de que façam aquilo



que o Estado não conseguiu otimizar, propõe a garantia de que lei e a ordem serão cumpridas e o mais importante a segurança do cidadão será preservada.<sup>20</sup>

Como sabemos a Constituição Federal estabelece como crime militar aqueles definidos por lei (artigo 5º, LXI, 124 e 125, parágrafo quarto), ou seja, como diz Jorge Cesar de Assis, “o legislador adotou o critério *ratione legis*, isto é, crime militar, é o que a lei considera como tal. Não define: enumera. Não quer dizer que não seja cogitado dos critérios doutrinários *ratione persone*, *ratione loci*, ou *ratione numeris*. Apenas não estão expressos. Mas o estudo do artigo 9º do Código revela que, na realidade, estão todos ali contidos”.<sup>21</sup>

Nesse ponto, a caracterização do crime militar não depende da motivação da conduta do agente, bastando apenas, uma imposição legal, o preenchimento de requisitos objetivos ao caso concreto, ou seja, as que taxativamente estejam descritas no Código Penal. Para se rotular o crime como de natureza militar, há necessidade de o tipo penal, previsto no CPM e agora também previstos na legislação penal comum (Lei nº 13.491/2017), estar subsumido a uma das hipóteses contidas no artigo 9º, inciso II, do CPM, desse jeito, poderá se falar em caracterização do crime militar de competência exclusiva da Justiça Militar.<sup>22</sup>

Acho totalmente cabível e aceitável o fato de que com a nova lei, além dos crimes previstos no CPM, os delitos previstos na legislação penal comum, como, por exemplo, abuso de autoridade, tortura, disparo de arma de fogo, homicídio culposo ou lesões corporais culposas na direção de veículo automotor, etc., quando praticados

---

<sup>20</sup> ARAS, Vladimir. As Novas Competências da Justiça Militar após a Lei 13.491/2017. Artigo Publicado no Blog do Vlad, em 1/ de outubro de 2017. **Revista do Ministério Público Militar nº 29, Edição Especial Lei 13.491/2017.**

<sup>21</sup> ARAS, Vladimir. As Novas Competências da Justiça Militar após a Lei 13.491/2017. Artigo Publicado no Blog do Vlad, em 1/ de outubro de 2017. **Revista do Ministério Público Militar nº 29, Edição Especial Lei 13.491/2017**

<sup>22</sup> ROTH, Ronaldo João. Os Delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (Lei 13.491/17). **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME.** Ano 20, nº 126, p. 29- 36, set. /dez. 2017



por militares numa das hipóteses do inciso II do artigo 9º do CPM, são, desde a publicação da referida lei, considerados crimes militares.<sup>23</sup>

A Lei 9.299/96 foi considerada inconstitucional pelo STM, por meio de controle difuso de constitucionalidade, mas também porque a redação da EC 45/04 não contemplou a JMU na ressalva da competência do Júri. Dessa forma, em boa hora foi promulgada a Lei 13.491/2017, inserindo o parágrafo segundo do artigo 9º do CPM, estabelecendo expressamente a competência da JMU para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida de civil quando praticados por militares contra civis quando praticados por militares das Forças Armadas no exercício de suas atribuições constitucionais e legais. Corretamente, o tipo de missão em que os militares em questão promovem são determinadas ora pelo Presidente da República, ora pelo Ministro da Defesa, ou de ação que envolva segurança de instituição militar ou de missão militar, ou em atividade militar em operação de paz, ou no curso de uma operação de garantia da lei e da ordem (GLO), nada mais justo de que serem expressamente determinadas de forma única.<sup>24</sup>

Capaz é a percepção de que a alteração promovida pela Lei tem caráter material (ampliando o rol de crimes militares) e caráter processual (ampliando a competência da Justiça Militar). Nesse sentido, entendo, que a novel Lei, no que tange à fixação da competência da JMU para processar e julgar o homicídio doloso contra civil praticado por militares federais nas hipóteses previstas no parágrafo segundo do artigo 9º é perfeitamente harmônica com a Constituição Federal.

---

<sup>23</sup> DA ROCHA, Abelardo Julio, Pratica crime castrense o militar que integra organização criminosa? **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais-AMAJME**, Ano 20, nº 128, p. 23-26, março. / abril. 2018

<sup>24</sup> CRUZ JUNIOR, Silvio Valois A Constitucionalidade da Lei 13.491/2017 e da Lei 9.299/96 diante da Teoria da Dupla Compatibilidade Vertical. **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais- AMAJME**. Ano 20, nº 126, p. 37-40, set. /dez. 2017



Portanto, ao homicídio doloso *inter milites*, este delito, indiscutivelmente, é de competência da Justiça Militar, seja na JMU, seja na JME.<sup>25</sup>

Enquanto há muito a área jurídica militar ficou encaixada a legislação comum, de forma que, os crimes comuns eram crescentes com novas figuras penais na legislação comum, de forma atualizada e com penas mais proporcionais à realidade, o CPM, que é o diploma legal dos crimes militares, viu-se, durante décadas, esquecido e desprovido de modernização penal, o que agora foi corrigido com a nova Lei 13.491/2017, a qual não possui nenhum vício de inconstitucionalidade.<sup>26</sup>

A dimensão do quanto a competência das Justiças Militares – da União (JMU) e dos Estados (JME), foi ampliada é significativo, de forma que, agora as instituições militares por seus mecanismos de prevenção e repressão ao crime, dos seus integrantes especialmente, serão mais atuantes na repressão dos crimes militares. Entendido que, para caracterização de crime militar, há de ser preenchido exclusivamente os pressupostos objetivos da Lei (CPM), não sendo pertinentes a exigência de nenhum critério subjetivo, tais quais a motivação e o interesse militar, pois estes já suplantados no tipo penal (tipicidade direta) e nas hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM (tipicidade indireta), critérios esses que dão segurança jurídica na aplicação da lei. Sabendo fazer a diferenciação entre crime militar e crime do militar, pois, além do crime militar, pode ele também praticar o crime comum e o eleitoral

---

<sup>25</sup> DA ROCHA, Abelardo Julio, Pratica crime castrense o militar que integra organização criminosa? **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais-AMAJME**, Ano 20, nº 128, p. 23-26, março. / abril. 2018

<sup>26</sup> FIGUEIREDO, Rodrigo Vergueiro. Observações Iniciais da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017 acerca da Competência para o Julgamento dos Crimes Dolosos contra a vida praticada por militares da União contra civis. **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais-AMAJME**, Ano 20, nº 127, p. 31- 34, jan. /fev. 2018



por exemplo. Crime militar é aquele definido no CPM nas taxativas hipóteses nele contempladas.<sup>27</sup>

Entende-se que a lei tem dupla natureza jurídica, pois, de um lado trata do aspecto penal ao ampliar o rol de crimes militares com os tipos penais da lei penal comum, e, de outro lado, cuida do aspecto processual ao conferir à JMU a competência para conhecer dos crimes dolosos contra civil, bem como ampliando a competência da JMU e da JME para conhecer ditos crimes militares por extensão por exemplo. A competência do Juízo Singular decorrente da EC 45/04 ainda não ocorre no âmbito da JMU, de forma que na Especializada Federal todos os tipos penais previstos na legislação comum considerados crimes militares por extensão serão conhecidos, na primeira instância, pelo órgão colegiado, o Conselho de Justiça. Independentemente do rito processual que possuam, serão sempre processados e julgados de acordo com o rito processual estabelecido no CPPM, em razão do princípio da especialidade. Nos crimes militares de competência do colegiado, a disciplina já está prevista no CPPM, ao passo que nos crimes militares de competência do Juiz singular, deve ser aplicado o que está previsto no CPPM, no que couber, e por analogia a disciplina da legislação processual comum.<sup>28</sup>

As alterações da competência da Justiça Militar da União, para conhecer dos crimes dolosos contra a vida de civil nas taxativas hipóteses do parágrafo segundo do artigo 9º do Código Penal Militar, em decorrência do exercício das atribuições constitucionais e legais das Forças Armadas, que abrangem além do homicídio

---

<sup>27</sup> FIGUEIREDO, Rodrigo Vergueiro. Observações Iniciais da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017 acerca da Competência para o Julgamento dos Crimes Dolosos contra a vida praticada por militares da União contra civis. **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais-AMAJME**, Ano 20, nº 127, p. 31- 34, jan. /fev. 2018

<sup>28</sup> DA ROCHA, Abelardo Julio, Pratica crime castrense o militar que integra organização criminosa? **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais-AMAJME**, Ano 20, nº 128, p. 23-26, março. / abril. 2018





doloso outras figuras típicas contra a vida de civil e que passam agora a ser competência da JMU somam eficazes pontos inerentes ao meio militar.<sup>29</sup>

A Lei 13.491/2017 possui dupla natureza jurídica, qual seja, penal e processual, de forma que infrações não processadas ou já processadas, mas sem sentença de mérito devem ser imediatamente remetidas para a Justiça Militar, a partir da entrada em vigor desta referida Lei. Portanto, como afirmado no texto, a alteração legislativa chega num momento de segurança pública, mais especificamente em operações envolvendo as Forças Armadas eram carentes de amparo jurídico. A Justiça Militar da União na minha opinião merecia prosperar em novas questões, visando o detrimento dos novos tempos em que vivemos e nesse sentido, como todas as outras justiças, serão de forma adequada e com serenidade estudadas<sup>30</sup>

### **3 DOS CRIMES MILITARES POR EXTENSÃO E SUA ABRANGÊNCIA.**

Além dos crimes de natureza comum, a chegada da nova Lei trouxe um aumento ao rol de crimes militares e igualmente ampliou a competência da Justiça Militar trazendo uma nova categoria de crimes militares, à já sabida tradicional classificação dos crimes propriamente militares, aqueles previstos exclusivamente no CPM, aqueles contemplados na Constituição Federal art. 5º, LXI, in fine e no Código Penal (art. 64º). Além desses, existem também os crimes impropriamente militares (aqueles que possuem igual definição no Código Penal Comum), e agora com a entrada em vigor da referida lei, instituiu-se os crimes militares por extensão

---

<sup>29</sup> FIGUEIREDO, Rodrigo Vergueiro. Observações Iniciais da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017 acerca da Competência para o Julgamento dos Crimes Dolosos contra a vida praticada por militares da União contra civis. **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais-AMAJME**, Ano 20, nº 127, p. 31- 34, jan. /fev. 2018.

<sup>30</sup> FIGUEIREDO, Rodrigo Vergueiro. Observações Iniciais da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017 acerca da Competência para o Julgamento dos Crimes Dolosos contra a vida praticada por militares da União contra civis. **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais-AMAJME**, Ano 20, nº 127, p. 31- 34, jan. /fev. 2018



(aqueles previstos exclusivamente na legislação penal comum, isto é, no Código Penal e na legislação extravagante). José Cretella Jr., citando o voto do Ministro Paulo Brossard, do STF, “crime militar é somente aquele que a lei militar, que é o Código Penal Militar, define como tal. O delito penal é típico e todo conceito de qualquer figura *irus militar* deve partir do Direito positivo. *Crime militar é aquele que o Código Penal define como tal*. Nem mais, nem menos.”, e ainda: “crime militar não se confunde, assim, como crime de militar.”<sup>31</sup>

Por outro lado, “a caracterização do crime militar não depende da motivação da conduta do agente, bastando, apenas, por imposição legal, o preenchimento de requisitos objetivos, por imposição legal, o preenchimento de requisitos objetivos no caso concreto, quais sejam, as circunstâncias taxativamente descritas pelo legislador quando o agente pratica o crime, e o fato delituoso estar tipificado na Lei Penal Militar. Para se dizer que um crime tem natureza militar, há necessidade de o tipo penal estar previsto no CPM e agora também previsto em legislação penal comum, a referida lei estudada. Com isso, ao mudar a redação original do inciso II do art. 9º, do Código Penal Militar, abandonando o termo “embora também o sejam com igual definição na lei penal comum”, para abrigar a expressão “e os previstos na legislação penal”, o legislador esclareceu que não existem mais identidades de definição penal com tipos previstos no Código Penal Militar. Restando a criação de uma nova categoria de crimes militares, os denominados crimes militares por extensão, sendo identificados a partir da extensão das hipóteses do referido artigo. Esclarecido que o legislador apenas ampliou a abrangência dos chamados crimes militares.”<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> ARAS, Vladimir. As Novas Competências da Justiça Militar após a Lei 13.491/2017. Artigo Publicado no Blog do Vlad, em 1/ de outubro de 2017. **Revista do Ministério Público Militar nº 29, Edição Especial Lei 13.491/2017**

<sup>32</sup> DE ASSIS, Jorge Cesar, Crime Militar & Processo, Comentários à Lei 13.491/2017. Curitiba; **Juruá Editora**, 2018.



A definição de crime militar se mantém a mesma, ou seja, os crimes cometidos por militares integrantes das Forças Armadas e Forças Auxiliares decorrem, unicamente, do que agora são previstos nas hipóteses do art. 9º do CPM, crimes militares em tempo de paz constituem o que está no Código Penal Militar e, também, os previstos na legislação penal comum.<sup>33</sup>

Igualmente, as hipóteses previstas no inciso II do art. 9º do CPM, o que mais tem acontecido são aqueles crimes praticados pelo militar em serviço ou em razão da função, são situações em que o militar pratica um fato típico penalmente no exercício de sua função constitucional e legal, o qual é apurada pela Polícia Judiciária Militar (art. 144, §4º, *in fine*) e o processo e julgamento realizado perante a Justiça Militar da União (art. 124, CF), ou mesmo perante a Justiça Militar Estadual (art. 125, §4º, CF). Com a chegada da novel Lei, além daquele previstos no CPM, os crimes previstos na legislação penal comum, como, por exemplo, abuso de autoridade, tortura, disparo de arma de fogo e outros crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, homicídio culposo ou lesões corporais culposas na direção de veículo automotor e outros crimes previstos no Código de Trânsito Brasileiro, crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Lei de Licitações, etc, quando praticado pelo militar em uma das hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM, serão, com a publicação da Lei 13.491 de 16 de Outubro de 2017, consideradas crimes militares.<sup>34</sup>

Dessa forma, a novel lei 13.491/2017 ao ampliar o rol de crimes militares, albergando inclusive os crimes previstos na legislação penal comum, tanto no Código Penal, como na legislação extravagante implicou na criação de uma nova

---

<sup>33</sup> DE ASSIS, Jorge Cesar, Crime Militar & Processo, Comentários à Lei 13.491/2017. Curitiba; **Juruá Editora**, 2018

<sup>34</sup> ROTH, Ronaldo João. Os Delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (Lei 13.491/17). **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME**. Ano 20, nº 126, p. 29-36, set. /dez. 2017.



categoria de crimes militares, permitindo a classificação com base no artigo 9º do CPM, qual sejam: 1) crimes militares próprios, que são previstos exclusivamente no Código Penal Militar; 2) os crimes militares impróprios, aqueles que se encontram dispostos dentro do CPM, mas também estão previstos com igual definição na lei penal comum; 3) crimes militares por extensão, que estão previstos fora do CPM, ou seja, exclusivamente na legislação penal comum, mas que se caracterizam como de natureza militar pela tipicidade indireta construída pela conjugação do tipo penal comum com uma das hipóteses do inciso II do artigo 9 do Código Penal Militar.<sup>35</sup>

É nítido dois propósitos lógicos, primeiro em ampliar a competência da Justiça Militar aumentando conseqüentemente, o rol de crimes de natureza militar incluindo os crimes militares por extensão, ou seja, crimes existentes na legislação comum que, episodicamente, constituem-se crimes militares quando preencherem obviamente os requisitos do inciso II do artigo 9º do CPM, e em segundo, tornar a JMU competente para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida de civil praticados por integrantes das Forças Armadas quando no contexto das atribuições definidas no parágrafo segundo do artigo 9º do Código Penal Militar, afastando assim a competência do Júri nesses casos específicos.<sup>36</sup>

A modificação instaurada pela Lei 13.491/17, de fato tem caráter material, pois, amplia o rol de crimes militares e também caráter processual ao ampliar a competência da Justiça Militar. Percebe-se que a Constituição Federal não fez

---

<sup>35</sup> ROTH, Ronaldo João. Os Delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (Lei 13.491/17). **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME**. Ano 20, nº 126, p. 29- 36, set. /dez. 2017

<sup>36</sup> ROTH, Ronaldo João. Os Delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (Lei 13.491/17). **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME**. Ano 20, nº 126, p. 29-36, set. /dez. 2017



ressalva quanto aos crimes de competência do Júri como os fez em relação à Justiça Militar Estadual, de acordo com art. 125, parágrafo quarto da CF.<sup>37</sup>

Sem demora, a nova lei, no que tange à fixação da competência da JMU quanto ao homicídio doloso contra civil praticado por militares federais nas hipóteses previstas no parágrafo segundo inserido no art. 9º do CPM é perfeitamente harmônica com a CF. Restando claro, que, quanto ao homicídio doloso *inter milites*, é de competência da Justiça Militar, seja da União ou Estadual.<sup>38</sup>

A modernização do Direito Penal e Processual Penal Castrense, em relação a atualização da legislação penal comum, é visto como um atraso estrondoso, pois, enquanto uma era constantemente atualizada a outra ficou parada durante décadas, o que agora foi parcialmente corrigido com a novel lei. Desse jeito, o desvio de conduta criminal do militar seja ele federal ou estadual, quando abusar de suas atribuições, ou praticar crimes no exercício de suas funções, ou praticar crimes no interior do quartel, responderá por crime militar, o que é denominado crime por extensão, de qualquer forma responderá aos superiores hierárquicos, que terão maior controle e melhores meios para apuração de responsabilidade dos seus subordinados, com relativo rigor e celeridade próprias das atividades militares, contanto com a hierarquia e disciplina, institucionalizadas da eficiência das Justiças Militares, sem se quer perder a qualidade que os afeta.<sup>39</sup>

Importante citar que, quanto a nova regra do art. 9º, §2º do CPM, os crimes dolosos contra a vida de civil, incidirá somente contra militares das Forças Armadas

---

<sup>37</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Crimes Militares e a Lei nº 13.491/2017 em Relação ao Direito Intertemporal. **Revista Jurídica**, 483, jan, 2018

<sup>38</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Crimes Militares e a Lei nº 13.491/2017 em Relação ao Direito Intertemporal.

**Revista Jurídica**, 483, jan, 2018

<sup>39</sup> ROTH, Ronaldo João. Os Delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (Lei 13.491/17). **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME**. Ano 20, nº 126, p. 29-36, set. /dez. 2017



quando estejam em missão constitucional ou legal, de forma que não somente homicídio doloso contra a vida de civil, mas também qualquer outro crime contra a vida de civil, a competência será obrigatoriamente da JMU e não do Júri, nesses crimes, a JME será excluída desse rol. Destaca-se que, sendo a competência da JMU para os crimes dolosos contra a vida de civil, a Lei 13.491/17 passou a considerar que todos os delitos de competência do Júri e os previstos no Capítulo 1 do Título 1 do Código Penal, quais sejam, dos artigos 121 ao 126, serão considerados crimes militares, desde que esses crimes sejam praticados no contexto das atribuições militares previstas no §2º do art. 9º do CPM.<sup>40</sup>

Dentre outros, de acordo com a novel Lei, haverá a possibilidade de outros tipos penais, diferentes aos CPM, serem de competência da JMU e da JME, não obstante terem sido praticados nas hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM. Por exemplo, aqueles crimes previstos na legislação comum, praticados em serviço ou em razão da função, praticados no interior de local sob administração militar, crime de abuso de autoridade, crimes de tortura, etc. Ou seja, frisando que quaisquer dos crimes só serão considerados crimes militares por extensão, somente se, preenchidas uma das circunstâncias do artigo 9º, inciso II, alíneas ‘a, b, c, d ou e’, do CPM.<sup>41</sup>

Deverá ser reconhecido, com o apoio da doutrina, de maneira segura e sem se distanciar dos critérios objetivos do direito positivo, a identificação e o reconhecimento do crime militar, discernindo do crime comum, trabalho esse devidamente estruturado pelo legislador e pelo aplicador da lei garantindo a devida segurança jurídica no que reconhece à definição de crime militar. Nesse sentido, de acordo com jurisprudência do STM, Apelação, relatoria do Ministro Péricles Aurélio

---

<sup>40</sup> ROTH, Ronaldo João. Os Delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (Lei 13.491/17). *Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME*. Ano 20, nº 126, p. 29-36, set./dez. 2017

<sup>41</sup> DE ASSIS, Jorge Cesar, Crime Militar & Processo, Comentários à Lei 13.491/2017. Curitiba; **Juruá Editora**, 2018.



Lima de Queiroz, nº 7000364-30.2018.7.00.0000, o entendimento de crimes por extensão quanto a lei 13.491/17:<sup>42</sup>

EMENTA: APELAÇÃO DEFENSIVA. ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ACERVO PROBATÓRIO ROBUSTO. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICANTES EXCULPANTES. VIGÊNCIA DO TIPO PENAL. LEI 13.491/2017. INAPLICABILIDADE DA LEI 11.343/2006. I - É perfeita a

compatibilidade do delito de drogas capitulado no Codex Militar com a Constituição Federal de 1988. II - No tocante à bagatela própria, remansoso o entendimento sobre sua inaplicabilidade aos delitos dessa espécie perpetrados em local sujeito à Administração Militar. III - A respeito da subsidiariedade do Direito Penal e a suficiência da sanção disciplinar, entendo não estar autorizado ao Judiciário apropriar-se da atividade típica do Legislativo e, sem embargo da função hermenêutica, alargar o alcance despenalizador do tipo delitivo. IV - A inovação legislativa trazida pela Lei 13.491, de 16.10.2017, não afetou apenas os tipos previstos na legislação penal militar, mas também os previstos de forma diversa da lei penal comum. V - O legislador evidenciou que, para que os *crimes* previstos na legislação penal comum sejam considerados *crimes* castrenses - os chamados *crimes militares por extensão* - a conduta típica deverá ocorrer nos termos do inciso II do art. 9º do CPM e, logicamente, também nas circunstâncias do seu inciso III. No entanto, manteve incólumes as situações descritas no inciso I do referido dispositivo. VI - No caso em exame, nem mesmo se pode falar em emendatio, isso porque consta da Ata 11ª da Sessão de Julgamento da 1ª Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar, datada de 1º.3.2018, que o Réu fora condenado como incurso no art. 290, caput, e não nos termos do §1º, inciso II, conforme redigido na Sentença. Constituindo a questão em mero erro material a ser corrigido nesta Instância. VII - Recurso parcialmente provido. Decisão unânime.

---

<sup>42</sup> ROTH, Ronaldo João. Os Delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (Lei 13.491/17). *Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME*. Ano 20, nº 126, p. 29-36, set./dez. 2017



Convém destacar, da parte geral do CPM em relação ao CP diz respeito à natureza da ação penal, pois, o Código Penal Castrense prevê que todas as ações penais militares são públicas incondicionadas (art. 121), ressalvadas as exceções do art. 122 do CPM. Dessa forma, todas as ações penais de crimes militares por extensão serão de natureza pública incondicionada, de acordo com o art. 121 do CPM. Levando-se em consideração que regras como a previsão da prescrição mínima do CP e do CPM que são de 2 a 3 anos é inconciliável. A regra que deverá ser aplicada exclusivamente é a do CPM e não do CP. Ou por exemplo, a o CP extinguiu a prescrição retroativa entre a data do fato e o recebimento da denúncia diante da existência de pena transitada em julgado, o que não ocorreu no CPM, prevalecendo, a regra do CPM. Por outro lado, a vedação da incidência dos benefícios da Lei 9.099/95 (art. 90-A) no âmbito da Justiça Militar (crimes propriamente e impropriamente militares previstos no CPM) agora se entendem também aos crimes militares por extensão.<sup>43</sup>

Outros efeitos decorrentes da novel lei 13.491/17 é a perda de validade de algumas súmulas do STJ, que tratavam de crime comum praticado por militar em serviço, tais como: Súmula 6 (crime de trânsito com vítima civil), 75 (fuga de presos comuns), 90 (crime comum simultâneo ao crime militar) e 172 (crime de abuso de autoridade).<sup>44</sup>

A competência da Justiça Militar é definida constitucionalmente e se faz em função da natureza da infração, cabendo-lhe conhecer exclusivamente do crime militar. Diferencie-se o cabimento da JME, definido pela Emenda Constitucional 45/2004 ao modificar o art. 125 da CF introduziu o §5º, de forma que o julgamento

---

<sup>43</sup> DE ASSIS, Jorge Cesar, Crime Militar & Processo, Comentários à Lei 13.491/2017. Curitiba; **Juruá Editora**, 2018.

<sup>44</sup> ROTH, Ronaldo João. Os Delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (Lei 13.491/17). **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME**. Ano 20, nº 126, p. 29-36, set. /dez. 2017





de crimes militares praticados contra civil é competente ao Juiz de Direito, enquanto nos demais é a competência do Juízo Colegiado.<sup>45</sup>

Em consequência, a prática de um crime militar por extensão cometido contra vítima civil, serão processados e julgados perante o Juízo Singular (Juiz de Direito), enquanto crimes que não sejam contra civis, serão processados e julgados pelo Juízo Colegiado (Conselho de Justiça). De fato, a competência do Juízo singular decorre da EC 45/04, o que não ocorre na JMU, de forma que na Especializada Federal todos os tipos penais previstos na legislação penal comum considerados crimes militares por extensão serão conhecidos, na primeira instância, pelo órgão colegiado, o Conselho de Justiça.<sup>46</sup>

Importante salientar que os crimes militares por extensão, serão processados e julgados de acordo com o rito processual estabelecido no CPPM, em razão do princípio da especialidade. Os crimes militares de competência do Colegiado estarão previstos no CPPM, enquanto que os de competência do Juiz singular, será aplicado o que está no CPP, no que couber, e por analogia a disciplina da legislação penal processual comum.<sup>47</sup>

Dessa modificação legislativa nasceu uma nova categoria de crimes militares, dentre eles os crimes militares próprios, que são exclusivos do CPM, os crimes militares impróprios, que se encontram dentro do CPM, mas também são previstos com igual definição na lei penal comum e por fim os crimes militares por extensão, que são previstos fora do CPM, ou seja, na legislação penal comum, mas, se

---

<sup>45</sup> ROTH, Ronaldo João. Os Delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (Lei 13.491/17). **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME**. Ano 20, nº 126, p. 29-36, set. /dez. 2017.

<sup>46</sup> ROTH, Ronaldo João. Os Delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (Lei 13.491/17). **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME**. Ano 20, nº 126, p. 29-36, set. /dez. 2017

<sup>47</sup> ROTH, Ronaldo João. Os Delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (Lei 13.491/17). **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME**. Ano 20, nº 126, p. 29-36, set. /dez. 2017



caracterizam como de natureza militar pela tipicidade indireta do entendimento do tipo penal comum com uma das hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM. Dessa forma, aumentou o rol de crimes militares, igualmente houve alteração da competência da Justiça Militar da União, para conhecer crimes dolosos contra a vida de civil nas hipóteses do referido artigo, leva-se em consideração a interpretação do que seja crime militar a depender dos critérios objetivos da Lei, se caracterizando por elementos de ordem objetiva, não inserindo a motivação no exame do caso concreto. As novas infrações penais militares por extensão, devem ser investigadas pela Polícia Judiciária Militar e em harmonia com o CPPM. Em grande fase se encontra essas mudanças legislativas e em harmonia com a Constituição Federal devem ser recebidas tranquilamente na comunidade jurídica militar e na sociedade civil.<sup>48</sup>

## 5 CONCLUSÃO

A competência da Justiça Militar decorre da especial proteção que se cede a instituição militar. O projeto de lei da Câmara dos Deputados 44/2016, que altera o art. 9º, do Código Penal Militar, previa inicialmente uma cláusula de vigência temporária, justificada pelo fato de que “as Forças Armadas encontram-se, cada vez mais presentes no cenário nacional atuando junto à sociedade, sobretudo em operações de garantia da lei e da ordem, nas quais o militar se encontra mais exposto à prática da conduta delituosa em questão”.

Essa natureza temporária, entretanto, foi afastada pelo Senado Federal, por emenda apresentada na comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional. Absolutamente incongruente era a legislação anterior, onde um civil é julgado pela Justiça Militar e o militar das Forças Armadas pela Justiça comum. Neste ponto, o

---

<sup>48</sup> ROTH, Ronaldo João. Os Delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (Lei 13.491/17). *Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME*. Ano 20, nº 126, p. 29-36, set. /dez. 2017.



Projeto de Lei apenas corrigiu algumas questões, nos termos constitucionais, que compete à Justiça Militar da União o julgamento de todos os crimes militares, ainda que dolosos contra a vida, independentemente da condição da vítima.

Importante salientar que, o militar das Forças Armadas deve se preparar, cada vez mais, para o enfrentamento de adversários casuísticos, como traficantes de drogas, armas e de pessoas, contrabandistas, terroristas, bem como soluções plausíveis que envolvem doenças e outras opções que sejam necessárias. Cada vez mais os militares vêm sendo empregados em operações de garantia da Lei e da ordem, principalmente em comunidades carentes dos grandes centros urbanos.

Dessas atividades constitucionalmente outorgadas às Forças Armadas, estão regulamentadas na Lei complementar 97, de 09 de junho de 1999, e possuem, todas elas, portanto, caráter militar, a despeito de opiniões contrárias que por vezes buscam diminuir a relevância da atuação e a própria proteção dos militares envolvidos nessas ações.

Nesse sentido, o legislador da Lei 13.491/2017 não fez nada ofensivo à Constituição Federal, apenas ampliando a abrangência dos chamados crimes militares. Tal lei, não equiparou crime militar à legislação penal comum, apenas alterou o critério de caracterização do crime militar, ampliado com a nova lei, que antes somente aplicava-se aos crimes previstos no Código Penal Militar e que tivessem igual definição na legislação penal comum, teve seu raio de incidência dirigido a qualquer crime da legislação penal.

Todas as ações que podem ser realizadas quando do exercício das atribuições subsidiárias das Forças Armadas, são, naturalmente, ações de polícia, no sentido amplo da atuação, atividade de vigiar, fiscalizar, controlar condutas, para além da preservação da lei e da ordem, podendo abranger socorros a calamidades públicas, urbanas, etc. Não se confunde com a atividade de órgãos policiais propriamente



ditos, todos com previsão constitucional. O poder de polícia das Forças Armadas, deriva da Constituição Federal.

A lei 13.491/2017, de 13 de outubro de 2017 transformou profundamente o conceito de crime militar. O legislador deixou claro que não existe mais necessidade de identidade de definição penal com tipos previstos no CPM, criando-se assim, os denominados crimes militares por extensão, caracterizados pelas hipóteses extensivas do inciso II, do artigo 9º para qualquer delito comum.

A natureza híbrida da lei, com caráter penal amplia o leque dos crimes militares, abarcando igualmente os delitos da legislação penal comum na forma que o próprio CPM estabelece, e caráter processual ao passo, crimes militares contra a vida de civil praticados por militares serão de competência do Tribunal do Júri, ressaltando, no entendo, a competência da Justiça Militar da União quando os mesmos crimes sejam praticados por militares das Forças Armadas em algumas hipóteses por ela classificadas, porque em decorrência dessa nova classificação do crime anteriormente comum para crime militar, haverá inevitável deslocamento para Justiça Castrense, pois, lá ocorrerá o processo e julgamento.

Não resta dúvidas, de que era necessário esse reaparelhamento e reestruturação da Justiça Militar brasileira, tanto em nível de Estados e do Distrito Federal como no âmbito da União, frente não só ao aumento de carga de processos, como também da variada complexidade enfrentada.

Mesmo com a Lei 13.491/2017, haverá a necessidade dos operadores da atividade de polícia judiciária militar brasileira, assim como as instituições militares e a população como um todo, especialmente os operadores do direito, em incrementarem suas formações e aperfeiçoamentos para essa atividade militar que é pouco vista e entendida no Brasil. Ressalvado as competências da Justiça Militar da União, os militares das Forças Armadas e das Polícias e dos Corpos de Bombeiros



Militares deverão ter mais atenção e a comunidade jurídica deverá estar atenta as instituições e ao direito penal militar.

## REFERÊNCIAS

FIGUEIREDO, Rodrigo Vergueiro. Observações Iniciais da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017 acerca da Competência para o Julgamento dos Crimes Dolosos contra a vida praticada por militares da União contra civis. **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais-AMAJME**, Ano 20, nº 127, p. 31-34, jan. /fev. 2018.

CRUZ JUNIOR, Silvio Valois A Constitucionalidade da Lei 13.491/2017 e da Lei 9.299/96 diante da Teoria da Dupla Compatibilidade Vertical. **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais-AMAJME**. Ano 20, nº 126, p. 37-40, set. /dez. 2017.

ARAS, Vladimir. As Novas Competências da Justiça Militar após a Lei 13.491/2017. Artigo Publicado no Blog do Vlad, em 1/ de outubro de 2017. **Revista do Ministério Público Militar nº 29, Edição Especial Lei 13.491/2017**.

DA ROCHA, Abelardo Julio, Pratica crime castrense o militar que integra organização criminosa? **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais- AMAJME**, Ano 20, nº 128, p. 23-26, março. / abril. 2018

ROTH, Ronaldo João. Os Delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (Lei 13.491/17). **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais– AMAJME**. Ano 20, nº 126, p. 29-36, set. /dez. 2017.

DE ASSIS, Jorge Cesar, Crime Militar & Processo, Comentários à Lei 13.491/2017. Curitiba; **Juruá Editora**, 2018

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Crimes Militares e a Lei nº 13.491/2017 em Relação ao Direito Intertemporal. **Revista Jurídica**, 483, jan., 2018.



# O RECRUDESCIMENTO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO: UMA ANÁLISE À LUZ DO PARADIGMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Caroline Fernandes Maracajá

## RESUMO

O presente artigo teve como objetivo o debate acerca do aumento da medida socioeducativa de internação de acordo com o que dispõe a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. A pesquisa abordará os recortes históricos sobre o jovem em conflito com a lei e também um estudo sobre os elementos que caracterizaram a Doutrina da Proteção Integral. O estudo sobre essa matéria se faz necessário, pois a medida socioeducativa de internação é a mais severa entre as medidas e somente poderá ser aplicada por até três anos, devendo observar os princípios que a regem e respeitando que o adolescente é um sujeito de direitos e deveres.

**Palavras-chave:** Adolescente. Doutrina da Proteção Integral. Medida Socioeducativa. Internação.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar a possibilidade ou não do aumento da medida socioeducativa de internação, considerando o que dispõe a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que adota o paradigma da proteção integral.

A pesquisa registra relevância no âmbito acadêmico e social em decorrência do impacto que as jovens em conflito com a lei e as medidas a eles aplicadas tem na



sociedade. Para tanto, a metodologia aplicada empregará a revisão de literatura, doutrinas, consulta à legislação e uma breve análise de um projeto de lei que versa sobre o tema.

O marco teórico da pesquisa respalda-se no que se convencionou em chamar de paradigma das Nações Unidas da proteção integral a qual abrangeu o adolescente à condição de sujeito de direitos em fase peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Dessa forma, o primeiro tópico aborda a evolução histórica da responsabilização da criança e do adolescente, trazendo os recortes históricos desde a Código Criminal Brasileiro de 1830 até a implementação da Doutrina da Proteção Integral com a Constituição Federal de 1988. O tópico seguinte trará uma breve análise das medidas socioeducativas e posteriormente tratará com ênfase a medida socioeducativa de internação.

## **1 RECORTES HISTÓRICOS DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI**

No contexto nacional tem-se o Código Criminal Brasileiro (1830) que foi a primeira norma nacional que estabelecia a responsabilidade penal do jovem de 14 anos e essa imputação poderia estender-se aos menores de 14 anos, desde que agissem com discernimento na prática criminal e poderia a este ser aplicada uma medida que o direcionava para uma instituição de correção por tempo indeterminado, desde que não ultrapassasse os 17 anos. Essa medida apresentava dificuldades em ser executada pois a quantidade de casas de correção não eram suficientes para atender as demandas, o que tinha como consequência o direcionamento dos infantes para prisões de adultos<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> JESUS, Maurício Neves. **Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral**. Campinas, SP: Servanda, 2006, p. 33



Posteriormente com a Proclamação da República, em 1889, passou a vigorar o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (1890), o qual era amparado nos ideais da Escola Clássica e que tinha a pena como uma forma de vingança<sup>2</sup>. Ainda adotando o critério biopsicológico amparado na noção de discernimento, o maior de 9 anos e o menor de 14 anos seriam sujeitados à análise de um juiz<sup>3</sup>.

Por outro lado, juntamente com os movimentos internacionais que aconteciam, em meados de 1912 foi desenvolvido um projeto de lei pelo Deputado João Chaves, que tinha como objetivo criar tribunais e juízes especializados com jurisdição e competência no âmbito da criança e do adolescente, fazendo que saísse da esfera penal<sup>4</sup>.

A lei 4.242 de 5 de janeiro de 1921 previa que apenas os maiores de 14 anos de idade seriam imputáveis, entretanto, não previa nenhuma responsabilização aos menores dessa faixa etária, mesmo que tenham cometido algum ato ilícito penal com discernimento, o que era previsto no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (1890).

Em 1924 foi instituído o primeiro Juizado de Menores que possuía um estabelecimento próprio a fim de retirar e educar os infratores e abandonados. Entretanto, com o tempo passou a ser ineficaz<sup>5</sup>.

A primeira legislação que versava especificamente sobre crianças e adolescentes se deu com o Decreto 17.943-A de 12 de outubro de 1927, com a criação

---

<sup>2</sup> LOBO, S. L. **A idade no direito penal brasileiro: da menoridade**. Belo Horizonte: Mandamento, 2008, p. 44

<sup>3</sup> SARAIVA, J. B. C. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 36

<sup>4</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia R. F. L. Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**, 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 377-379

<sup>5</sup> JESUS, Maurício Neves. **Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral**. Campinas, SP: Servanda, 2006. p. 41





do Código de Menores de 1927, também conhecido como Código Mello Matos, onde o juiz exercia uma autoridade centralizadora, discricionária e protecionista sobre a infância pobre. Ainda com o Código de Menores de 1927 era possível analisar a diferença atribuída entre os adultos, crianças e adolescentes, já para o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (1890) apenas os menores de 14 anos eram inimputáveis. Todavia, a legislação de menores apenas tutelava aquele que era menor de 18 anos e que se encaixava no disposto do artigo 1º que tratava sobre aqueles que se encontravam em situação de abandono e delinquência, fazendo com que fosse afastado, a aplicação para todas as crianças e adolescentes. Nessa época, não havia uma preocupação efetiva com o jovem e, nesta esfera, com seu futuro<sup>6</sup>.

O início do século XX, foi marcado pela implementação do Modelo da Situação Irregular, onde havia um sistema totalmente organizado, caracterizado pela associação da palavra menor a crianças pobres e que, por esta razão, deveriam ser tuteladas pelo Estado a fim de manter a ordem<sup>7</sup>.

Os direitos e garantias não atingiam todas as crianças, apenas aquelas que se encontravam em situação irregular, que no caso eram aquelas que estavam em situação de abandono, pobreza ou que tinha cometido alguma infração. Por isso, como já mencionado, não havia um cuidado com a criança e uma preocupação com seus direitos fundamentais.

O Código de 1927 também tinha o objetivo de criar regras sobre o trabalho da criança e adolescente, a delinquência, a liberdade vigiada e o pátrio poder, sendo que essas normas passavam pela análise do juiz, que deveria decidir sobre o futuro dos infantes.

---

<sup>6</sup> DI MAURO, Renata Giovanoni. **Procedimentos civis no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 03.

<sup>7</sup> ANDRADE, Anderson Pereira de; MACHADO, Bruno Amaral. **Justiça penal juvenil: paradigmas e experiências comparadas**. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2017



Em seguida, diferentemente do que era estabelecido no Código Mello Mattos, a Consolidação das Leis Penais, Decreto 22.213 de 14 de dezembro de 1932, delimitou que os menores de 14 anos de idade não seriam criminosos, então instituiu a idade penal em 14 anos, provocando desarmonia com a legislação de menores, haja vista que sujeitava os adolescentes de 14 a 18 anos de idade ao Sistema Penal adulto. Deste modo, caso o menor de idade cometesse algum delito, ele seria tratado como adulto, fazendo com que o Código Mello Mattos fosse apenas aplicado caso estivesse em situação de abandono, que então foi solucionado com o Código Penal de 1940<sup>8</sup> que a imputabilidade foi fixada aos 18 anos.

No Brasil, o Serviço Social passou a integrar programas de bem-estar e, durante a vigência do Código de Menores de 1927, foi instituído o Serviço de Assistência aos Menores (SAM) – Decreto-lei nº 3.799 de 5 de novembro de 1941 que possuía uma atenção psicopedagógica aos jovens delinquentes e também uma preocupação correccional, impondo regime de internação com quebra do vínculo familiar.

Em 1964 o programa foi encerrado, devido a problemas apresentados, tais como, superlotação e ensino precário e assim foi criada através da Lei nº 4.513 de 1º de dezembro de 1964 a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), que tinha um instrumento de controle político e autoritário. Não havia o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, os mesmos eram vistos apenas como coisas. Pouco se discutia quanto as formalidades para o tratamento das crianças e adolescentes, não havia um procedimento especificado de recolhimento e encaminhamento do “menor”, é necessário mencionar também que havia a falta de contato com a família. A Funabem possuía uma proposta pedagógica-assistencial progressista, porém, ao analisar na prática, manifestava-se

---

<sup>8</sup> SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e responsabilidade penal: da indiferença à proteção integral**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016. p. 44-46



como um instrumento do regime político militar. Ocorrendo o golpe militar, a Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM) foi criada devido as críticas feitas ao SAM.

Com a lei nº 6.697 de 10 de dezembro de 1979 veio o Código de Menores e em seu art. 2º foi consolidada a doutrina da situação irregular. Havia a aplicação do princípio do melhor interesse de acordo com aquilo que o juiz decidia. De certa forma, o Código de Menores de 1979 era um “Código Penal do Menor”, posto que suas normas possuíam mais um viés sancionatório do que protetivo ou assistencial<sup>9</sup>. É válido que ressaltar que o Código não comportava nenhuma distinção entre os menores, fazendo que aqueles que foram vítimas de abandono recebesse o mesmo tratamento que aqueles autores de infrações penais<sup>10</sup>.

Era notória a diferença entre o “menor” e a “criança”, posto que, criança era aquela nascida em família rica, enquanto aqueles de famílias pobres eram sujeitos a assistência e proteção do Poder Público. Nesse sentido, toda criança e adolescente que se encontrava na pobreza era classificada como “em situação irregular”, o que reconhecia a proteção do Estado com estes, por meio do Juízes de Menores que os colocavam no sistema da Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM).

Em 1988 com a promulgação da Constituição Federal, especialmente com o art. 227, foi afastado o paradigma da situação irregular fundado pelo Código de Menores de 1979, dando espaço para o paradigma da proteção integral, que afirmava que a teoria do melhor interesse está relacionada a ideia de aplicar aquilo que melhor atenda as peculiaridades e necessidades da criança e do adolescente e dando prioridade absoluta a estes, os quais teriam direito à vida, saúde, alimentação,

---

<sup>9</sup> FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 08

<sup>10</sup> JESUS, Maurício Neves, **Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral**. Campinas, SP: Servanda, 2006. p. 59



educação, lazer, profissionalização, dignidade, respeito, liberdade e à convivência familiar e comunitária<sup>11</sup>, trazendo a responsabilidade para a família, Estado e sociedade.

De um lado há a Constituição Federal de 1988 que se fundamentava no paradigma da proteção integral e de outro lado, o Código de Menores que adotava a doutrina da situação irregular, a partir disso que veio a necessidade de criar um novo texto normativo sobre a criança e adolescente, que incluísse como fundamento a proteção integral<sup>12</sup>, com isso veio a ser elaborado o Estatuto da Criança e do Adolescente, que visava dar amparo aos artigos 227 e 228 da Constituição Federal.

## **2 ELEMENTOS QUE CARACTERIZAM A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL**

No âmbito internacional a proteção integral teve origem a partir de documentos internacionais, como a Declaração de Genebra de 1924 onde a Liga das Nações reconhecia que a criança era um ser especial, e também a Declaração Universal dos Direitos do Homem que definia cuidados e atenções especiais a infância, como disposto em seu art. XXV.

Posto isso, a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, foi o primeiro instrumento que teve real importância adotado pela Organização das Nações Unidas (ONU), que tinha como base a proteção especial e a garantia de um desenvolvimento saudável, o marco moral se deu com o reconhecimento de que a humanidade deveria dar a criança o melhor de seus esforços. Passou a ver as crianças como sujeitos de direitos, dando amparo para o desenvolvimento físico,

---

<sup>11</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 227. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14.nov.2019

<sup>12</sup> DI MAURO, Renata Giovanoni. **Procedimentos civis no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 42



mental, moral, espiritual, educação gratuita e compulsória e a prioridade na proteção e socorro<sup>13</sup>.

O Pacto de San José de Costa Rica de 1969, reafirmou os direitos e especializou o tratamento judicial para crianças e adolescentes e também e a corresponsabilidade entre a família, sociedade e Estado na proteção dos infantes, determinou também que toda criança por estar em condição inferior deveria ser dado a ela direito à proteção especial<sup>14</sup>.

As Regras de Beijing ou Regras mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil de 1985 veio para estabelecer diretrizes para a justiça especializada e regras mínimas para os adolescentes privados de liberdades<sup>15</sup>.

Faz-se necessário mencionar que as Regras de Beijing desenvolveu e expandiu os artigos da Declaração sobre os Direitos da Criança e do Adolescente que versavam sobre a captura, detenção, investigação, ação penal, julgamento, sentença e o tratamento institucional ou não dos infratores juvenis.

O primeiro documento aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 1990, foram as Regras Mínimas de Ried que é a base das ações e medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente, as Diretrizes de Ried concentravam-se na prevenção da delinquência juvenil mediana e a participação de todos da sociedade. Para definir que a prevenção da delinquência juvenil é uma parte essencial da prevenção do crime na sociedade, se fazia necessário o papel da família, da educação, da comunidade e ainda da grande mídia que estabelecia a função e a

---

<sup>13</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia R. F. L. Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.p. 54

<sup>14</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry; LUIZ, Valdemar P. **Direito da Criança e do Adolescente**. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 7-10

<sup>15</sup> *Ibidem*. p. 9-14



responsabilidade em relação a política social, legislação, administração da justiça juvenil, pesquisa, desenvolvimento e coordenação de políticas.

Além dos instrumentos internacionais mencionados, é importante falar sobre a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, pois esta empregou a doutrina da proteção integral ao afirmar que todos os menores de 18 anos de idade eram sujeitos de direitos específicos e, por isso, deveriam ser protegidos pois estavam em processo de desenvolvimento e sendo assim fariam jus a uma prioridade absoluta. Apresentava também uma força obrigacional maior do que a de uma Declaração, de modo que, havia um Comitê especializado com o intuito de verificar se os países signatários estavam seguindo o que havia sido determinado por este acordo. O Brasil por sua vez promulgou a Convenção sobre os Direitos da Criança através do Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990<sup>16</sup>. A Convenção sobre os Direitos da Criança se fez a partir do conjunto de instrumentos internacionais que terminaram formando a proteção integral, que é adotada pelas Nações Unidas e que também está presente na normatização brasileira.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), lei nº 8.069 sancionada em 13 de julho de 1990, surgiu devido a necessidade de efetivar os direitos estabelecidos expressamente na Constituição Federal<sup>17</sup>. Tendo como base três princípios essenciais. O primeiro é a corresponsabilidade, que assegura os direitos fundamentais da criança e do adolescente sendo de responsabilidade da família, pois é o primeiro espaço social onde a criança é inserida, da sociedade que interfere para garantir os direitos fundamentais, como acontece no Conselho de Direitos, que controla e formula políticas públicas que dão prioridade ao contexto familiar; fortalece o direito da criança em conviver com sua família, e por fim, do Estado que

---

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> DI MAURO, Renata Giovanoni. **Procedimentos civis no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43



é o criador de políticas públicas. O segundo trata da prioridade absoluta<sup>18</sup> que prioriza o atendimento médico, serviço público e nas políticas públicas e o terceiro que é a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento e por isso devem ser regidas por legislação específica e própria<sup>19</sup>.

O ECA estabeleceu em seu art. 2<sup>a</sup> que criança é aquela que possui 12 anos incompletos e adolescente dos 12 anos completos até os 18 anos incompletos<sup>20</sup>. Essa distinção é importante, principalmente quando se tratar à prática de ato infracional, pois ao adolescente infrator podem ser aplicadas as medidas protetivas constantes no art. 101 e socioeducativas do art. 112 e para criança infratora podem ser aplicadas somente as medidas protetivas<sup>21</sup>.

Para regulamentar a execução das medidas socioeducativas foi instituída a lei nº 12.594 de 18 de janeiro de 2012 o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). O mesmo foi aprovado pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e tem como finalidade implementar as políticas públicas para os adolescentes autores de ato infracional. Nas palavras de Ramidoff, o SINASE identifica-se como o “conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem desde o processo de apuração do ato infracional até a execução de medidas socioeducativas<sup>22</sup>.” Pode-se afirmar que é a comunicação com todas as políticas públicas e respeita os direitos humanos. A responsabilidade solidária da família, sociedade e Estado pela promoção e a

---

<sup>18</sup> BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, artigo 4, parágrafo único. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 14.nov.2019

<sup>19</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia R. F. L. Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 54

<sup>20</sup> BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, artigo 2, caput. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 14.nov.2019

<sup>21</sup> DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. In: OLIVEIRA, Thales Cezar de. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 06

<sup>22</sup> RAMIDOFF, Mário Luiz. **Sinase – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo: comentários à lei n. 12.594/12**. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 13



defesa dos direitos da criança e do adolescente, se concretiza no art. 227 da Constituição Federal e no art. 4 do ECA.

O art. 35 da referida lei estabelece os princípios gerais norteadores, tais como: o princípio da legalidade, da excepcionalidade, da prioridade restaurativa, da proporcionalidade, da brevidade, da individualização, da mínima intervenção, da igualdade e por fim, o princípio da convivencialidade<sup>23</sup>. O Sinase também estabelece os procedimentos de manutenção, substituição e suspensão referentes as medidas de meio aberto ou fechado, os direitos individuais dos adolescentes no cumprimento das medidas, a obrigatoriedade da criação de planos individuais de cumprimento de medidas elencadas a esta lei e por último, as hipóteses de extinção das medidas impostas a esses adolescentes<sup>24</sup>.

### 3 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Para falar da responsabilização do adolescente autor de ato infracional se faz necessário analisar três períodos: o da indiferença, o tutelar e por fim, o garantista. No primeiro, não havia uma distinção entre as crianças e os adolescentes praticantes de atos infracionais, de tal modo, que era todos eram tratados como se fossem adultos. No segundo, buscava uma proteção da criança e do adolescente o inserindo em uma prisão, todavia, não se tinha uma acusação formal e a prisão acontecia de uma maneira discricionária, influenciado pelo Código Mello Matos que era relacionado a doutrina da situação irregular. O terceiro período, os adolescentes passaram a ser considerados como pessoas em condição de desenvolvimento e era necessário um cuidado específico que atendesse a condição peculiar, para sofrer uma

---

<sup>23</sup> RAMIDOFF, Mário Luiz. **Sinase – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo: comentários à lei n. 12.594/12**. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 77-84.

<sup>24</sup> *Ibidem*. p. 5-11.





medida socioeducativa, tinha que haver uma acusação formal do Ministério Público. Esse período está mais direcionado ao paradigma da proteção integral.

As correntes doutrinárias no garantismo consistem, na proteção integral que afirmava que as crianças ou adolescentes em situação de risco ou que tivessem praticado ato infracional deveriam estar protegidas de qualquer forma, de tal modo, que não se permitia a existência de um direito penal juvenil, para este grupo a prisão era vista como uma forma de proteção. A segunda corrente é a do direito penal juvenil, onde o Estatuto da Criança e do Adolescente do art. 106 ao 111 delimita as garantias e direitos fundamentais<sup>25</sup>, o adolescente praticante de ato infracional deveria ser internado provisoriamente, tendo em vista que este era considerado como um ser perigoso para toda a sociedade. A proteção integral é usada na seara da proteção dos direitos fundamentais, porém, no campo da responsabilização do adolescente há um direito penal.

Considera-se ato infracional todo fato penalmente típico, ou seja, descrito como crime ou contravenção<sup>26</sup>. A definição de ato infracional dada pelo art. 103 do Estatuto da Criança e Adolescente, decorre do princípio da legalidade, posto que, para que haja a configuração de um ato infracional, é necessário que esse ato seja típico, ilícito e culpável<sup>27</sup>.

A fase no processo de responsabilização começa com a fase policial que se subdivide em: com flagrante que quando há gravidade do ato infracional tem-se a lavratura do auto de apreensão e a não liberação pela autoridade policial, o adolescente é encaminhamento ao Ministério Público, no prazo de 24 horas. Quando

---

<sup>25</sup> BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 22.nov.2019

<sup>26</sup> DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. In: OLIVEIRA, Thales Cezar de. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 150

<sup>27</sup> VERONESE, Josiane Rose P.; SILVEIRA, Mayra. **A Prática de Ato Infracional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 299-302



não há gravidade é feito um termo circunstanciado, nesse caso o adolescente é liberado, todavia, presta o compromisso de comparecer ao Ministério Público quando for notificado. Caso o adolescente esteja em situação de rua ou não é possível localizar os responsáveis, a delegacia deverá entrar em contato com o Conselho Tutelar<sup>28</sup>.

Na fase ministerial, quando não tem gravidade do ato infracional há a notificação e a oitiva informal, nesse caso deve-se observar as circunstâncias do ato infracional e a situação social do adolescente, quando há gravidade é necessária oitiva formal, a internação provisória e uma decisão judicial<sup>29</sup>.

Para se dar a internação provisória é indispensável os indícios suficientes de autoria e materialidade. Há uma necessidade imperiosa quanto a gravidade do ato, a repercussão social, a segurança pessoal do adolescente. As providências a serem adotadas encontram-se no art. 180 do ECA. O arquivamento acontece quando não há os elementos mínimos de materialidade ou que tal fato não se encontra tipificado. A remissão ocorre atendendo as circunstâncias e as consequências do fato, ao contexto social, personalidade, podendo cumular com medidas protetivas e/ou socioeducativas, exceto quando se tratar de semiliberdades e de internação, conforme disposto no art. 126 da mencionada lei. A remissão é um ato administrativo do Ministério Público e não é um direito subjetivo do adolescente, poderá ser revista a qualquer momento e é uma modalidade de transação, sua previsão legal está no art.

126. As espécies de remissão são, como forma de exclusão do feito e nesse caso é concedida pelo Ministério Público. A extinção do feito e nesse caso quem

---

<sup>28</sup> BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, artigos 171-190. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 22.nov.2019.

<sup>29</sup> Ibidem



concede é o juiz. E por fim a suspensão do feito, que também é concedido pelo juiz, porém, este não poderá conceder a remissão de ofício.

A representação consoante no art. 180 do ECA, equivale a denúncia no processo penal, deve ser realizada mediante petição e segundo o art. 183 tem o prazo de 45 dias, sendo este improrrogável. É uma ação socioeducativa pública e quem possui a titularidade é apenas o Ministério Público, havendo o recebimento da representação há a citação ou notificação do adolescente e de seus respectivos responsáveis, o prazo para apresentar a defesa é de 3 dias. Chegando na instrução, as testemunhas de acusação são ouvidas primeiramente, para que posteriormente as testemunhas de defesa sejam escutadas, entretanto, é possível inverter essa ordem caso não apresente inconveniência para a defesa. Na apresentação do adolescente, ele expõe sua versão sobre os fatos. É feito um estudo social, onde colhe-se informações da vida do adolescente e é importante para nortear as medidas socioeducativas a serem utilizadas. As razões finais são produzidas oralmente em sentença. Chegando na sentença (art. 189 do ECA), será julgado improcedente a ação socioeducativa pública que: estiver provada a inexistência do fato, não apresentar prova da existência do fato, não constituir fato criminal e não haver provas de que o adolescente tenha concorrido para o ato infracional. A intimação da sentença (art. 190, ECA) ocorre quando não houver medida restritiva de liberdade, nesse caso não tem a necessidade de intimar o adolescente.

As medidas socioeducativas equivalem a pena no direito penal, é importante ressaltar que as medidas socioeducativas são para os adolescentes e para as crianças aplicam-se medida protetiva, que não será objeto de estudo nessa pesquisa. A finalidade das medidas socioeducativas além de punir, também apresenta um caráter



educador e socializador. A carga de ressocialização e educação é maior do que a do castigo<sup>30</sup>.

Para Antonio Cezar Lima da Fonseca, as medidas socioeducativas elencadas no art. 112 do ECA, se subdividem-se em: medidas não privativas de liberdade ou em meio aberto, que no caso são as advertências, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade e a liberdade assistida. O segundo grupo são as medidas privativas de liberdade ou que são cumpridas em regime fechado, tais como, a semiliberdade e a internação<sup>31</sup>.

A medida de advertência disposta no art. 115 do ECA, é apenas uma admoestação que deve ser reduzida a termo e devidamente assinada pelo adolescente, os pais ou responsáveis, por um membro do Ministério Público e pela autoridade judiciária<sup>32</sup>. A advertência tem o objetivo de avisar para o adolescente e seus pais dos possíveis riscos que podem ocorrer na prática de ato infracional. Não há nenhuma vedação em relação à aplicação de várias advertências, segue a lógica de que o ato foi uma exceção na vida do adolescente<sup>33</sup>.

A medida de obrigação de reparar o dano, encontra-se no art. 116 e é aplicada quando se tratar de bens materiais da vítima, direta ou indiretamente, outro exemplo é a pichação e grafiteagem. É usada quando o adolescente puder efetivamente reparar o mal causado<sup>34</sup>. Tem como principal objetivo reeducar o adolescente infrator, o legislador busca que o adolescente compreenda a gravidade de seu ato e suas respectivas consequências.

---

<sup>30</sup> FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 332

<sup>31</sup> *Ibidem*. p. 334

<sup>32</sup> DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. In: OLIVEIRA, Thales Cezar de. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 176

<sup>33</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 210

<sup>34</sup> *Ibidem*. p. 177



A medida de prestação de serviços à comunidade é definida no art. 117 do ECA, onde estabelece que as atividades impostas para o adolescente “devem ser cumpridas durante a jornada máxima de oito horas semanais, domingos e feriados ou em dias úteis, de forma, que não prejudique a frequência na escola ou a jornada de trabalho<sup>35</sup>.”

A medida de liberdade assistida (art. 118, ECA) deve ser aplicada nos casos onde há uma gravidade média, que não tenha sido aplicada a violência ou grave ameaça contra a vítima. Nesse caso ao adolescente é atribuída uma liberdade, com supervisão do Juízo da Infância e da Juventude, que deverá ser feita por meio de um orientador<sup>36</sup>. Tem o prazo mínimo de 6 meses, podendo a qualquer tempo, ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, desde que seja ouvido o orientador, Ministério Público e o defensor, conforme art. 118, parágrafo segundo do ECA.

A medida de semiliberdade consoante no art. 120 do ECA consiste no regime de recolhimento noturno e a realização de atividades externas durante o dia, tendo a supervisão de uma equipe multidisciplinar<sup>37</sup>. O prazo desta medida não possui um tempo determinado mas não pode ultrapassar 3 anos, e o adolescente deve ser reavaliado a cada 6 meses, podendo excepcionalmente ser aplicada dos 18 aos 21 anos de idade<sup>38</sup>.

A medida socioeducativa de internação está no art. 121 do ECA. É a mais grave das medidas socioeducativas, é regida por três princípios, o da excepcionalidade, da

---

<sup>35</sup> BRASIL. Lei 8.069, 13 de julho de 1990, artigo 117, parágrafo único. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 24 nov. 2019

<sup>36</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry; LUIZ, Valdemar P. **Direito da Criança e do Adolescente**. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 100-103

<sup>37</sup> DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. In: OLIVEIRA, Thales Cezar de. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 182

<sup>38</sup> BRASIL. Lei 8.069, 13 de julho de 1990, artigo 120, parágrafo segundo cc artigo 121, parágrafo quinto. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 24.nov. 2019



brevidade e do respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento que estão expressamente no art. 227, parágrafo terceiro, inciso V da Constituição Federal. “Essa medida pressupõe a restrição de liberdade de ir e vir devendo ser cumprida em estabelecimento apropriado<sup>39</sup>”, conforme o art. 123 do ECA delimita.

#### 4 MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO

Para analisar a medida socioeducativa de internação que encontra-se no art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é importante frisar os princípios que a rege, que consiste no princípio da brevidade, excepcionalidade e a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento. Brevidade, pois, impõe que o período de internação do adolescente seja o mais rápido possível, não ultrapassando o prazo máximo de 3 anos. O princípio da excepcionalidade, pois a medida socioeducativa de internação somente será aplicada quando não houver aplicada nenhuma outra. Condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, pois o adolescente necessita de uma tutela especial, sendo que os interesses deverão estar acima de qualquer outro bem tutelado<sup>40</sup>.

Há uma diferença entre medida socioeducativa de internação sanção e a internação provisória. Quando fala em internação provisória tem-se o procedimento do processo cautelar, onde o prazo é de 45 dias, não há necessidade de prova, somente indícios suficientes de autoria e materialidade<sup>41</sup>. No caso da internação sanção é uma pena aplicada e fixada em sentença e tem o prazo de 3 anos. É válido

---

<sup>39</sup> FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 344.

<sup>40</sup> VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A doutrina da proteção integral e os princípios norteadores do Direito da infância e juventude**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n 94, nov. 2011. Disponível em <[http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_ed=10588](http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_ed=10588)>. Acesso em: 28.nov. 2019

<sup>41</sup> BRASIL. Lei 8.069, 13 de julho de 1990, artigo 122, inciso primeiro, segundo e terceiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 30.nov. 2019



ressaltar que a internação castigo não é uma medida socioeducativa, ela é aplicada caso haja o descumprimento de uma medida socioeducativa anteriormente violada<sup>42</sup>.

O art. 121 em seu segundo parágrafo, delimita que a medida socioeducativa de internação está sujeita a uma revisão que deve ser realizada no máximo semestralmente, tendo assim, um prazo indeterminado. A revisão semestral jamais poderá prejudicar o adolescente, devendo sempre observar a progressão da medida e não sua regressão<sup>43</sup>. O único prazo aplicado na medida de internação é o que se encontra no parágrafo terceiro do mesmo dispositivo legal, não podendo ultrapassar 3 anos.

Para que seja aplicada a medida de internação é necessário que tenha um processo penal completo e válido, garantindo os direitos individuais do adolescente. Essa medida somente poderá ser executada em local exclusivo para o adolescente e também não há a possibilidade de fixar em local destinado ao acolhimento institucional.

Completando os 3 anos, o adolescente deverá ser liberado, aplicando a ele um regime de semiliberdade ou de liberdade assistida. Faz-se necessário mencionar que caso o adolescente seja reincidente durante o período de adolescência, poderá a este ser aplicada mais 3 anos de internação. A liberação compulsória acontecerá quando o adolescente completar 21 anos, mesmo que o prazo para a medida ainda não tenha sido encerrada<sup>44</sup>.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 122, menciona que o jovem infrator somente sofrerá a privação de sua liberdade nas hipóteses previstas

---

<sup>42</sup> Ibidem

<sup>43</sup> MESSEDER Hamurabi. **Entendendo o Estatuto da Criança e do Adolescente**. ed. Impetus/Campus, 2009.

<sup>44</sup> ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.



taxativamente no referido artigo, isto significa, quando praticar o ato infracional mediante grave ameaça ou violência a pessoa; quando houver reiteração no cometimento de outras infrações graves e, por fim, quando houver descumprimento de medida socioeducativa imposta anteriormente<sup>45</sup>. No que tange a grave ameaça é fundamental que seja empregada uma forma para diminuir a capacidade de resistência da vítima<sup>46</sup>. Quando há violência é necessário que se comprovem as lesões, do mesmo jeito que acontece nos arts. 121 e 129 do Código Penal Brasileiro, quando não houver a possibilidade de fazer o exame pericial direto, é permitido o indireto, tais como, provas testemunhais e documentais<sup>47</sup>. Por fim, quando se tratar de descumprimento de medida anteriormente imposta, o juiz poderá aplicar a medida de internação desde que não ultrapasse o prazo permitido<sup>48</sup>.

Há diversas propostas para a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente tramitando na Câmara dos Deputados, dentre essas, pelo menos 50 versam sobre o aumento da medida de internação<sup>49</sup>, a título de exemplo, o Projeto de Lei número 1394/2019 do Deputado Federal Antônio Furtado partido PSL/RJ, tem como objetivo aumentar a medida socioeducativa de internação por até dez anos quando se tratar de ato infracional análogo a crime hediondo ou equiparado. A justificativa do autor do projeto se dá devido a impunidade relacionada ao jovem infrator, o que causa insegurança e o descontentamento da sociedade, com essa medida o Deputado busca que o adolescente responda de forma proporcional à gravidade do ato infracional cometido, sem que seja necessária a alteração da

---

<sup>45</sup> BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional**. 1. ed. Ilhéus: Editus, 2006. p. 184

<sup>46</sup> *Ibidem*. p. 185-189

<sup>47</sup> *Ibidem*

<sup>48</sup> *Ibidem*

<sup>49</sup> CONGRESSO, em foco. 500 projetos tramitam na Câmara para mudar o ECA. **Congresso em Foco**, Brasília, 12 de julho. 2015. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/500-projetos-tramitam-na-camara-para-mudar-o-eca/>>. Acesso em: 01 fev. 2020.





maioridade penal<sup>50</sup>. De acordo com o autor do projeto de lei é necessário adequar o ECA a realidade brasileira. Já para a Senadora Patrícia Saboya partido PDT/CE o sistema utilizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente prevê um tratamento aos jovens infratores como sujeitos de direitos e responsabilidades e quando há o cometimento de infrações estabelece medidas cujo além de ter a finalidade de punir, também serve para preparar esses adolescentes para o convívio social, deste modo, o problema não está no ECA e sim na falta de aplicação de seus preceitos por muitos governantes<sup>51</sup>.

O debate se faz necessário tendo em vista a complexidade do tema, pois, há o descontentamento com as medidas adotadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e o reflexo é a quantidade de projetos de leis que versam sobre o aumento da medida socioeducativa de internação, todavia, deve-se observar, os direitos e garantias que foram adquiridos com a Constituição Federal de 1988 e com o ECA, além dos princípios que regem a medida de internação, levando em consideração que deve haver o zelo com a integridade física e mental do adolescente, conforme dispõe o art. 125 da Lei nº 8.069/1990.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude dos fatos mencionados, se pode afirmar que a questão do jovem em conflito com a lei é algo que sempre esteve presente no Brasil. A questão a ser debatida é em relação as medidas aplicadas. Houve uma evolução significativa desde o Código Criminal Brasileiro de 1830, onde o jovem de 14 anos possuía uma responsabilidade penal e os menores de 14 também, desde que agissem com

---

<sup>50</sup> BRASIL, Câmara dos Deputados, PL 1394/2019, 13 de março de 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2193743>>. Acesso em: 01. Fev. 2020.

<sup>51</sup> BRASIL, Ministério Público do Paraná, **a juventude brasileira e a violência**. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-260.html>>. Acesso em: 03. Fev. 2020.



discernimento até chegar no Estatuto da Criança e do Adolescente que se baseia nos ditames do paradigma da proteção integral.

No modelo da situação irregular os direitos e garantias não serviam para todos as crianças, somente para aquelas que estavam em situação de abandono ou tivessem cometido algum ato infracional. Nesse momento não havia um zelo com os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes. Com o avanço da legislação e a chegada do Código de Mello Matos, caso o infante cometesse algum delito era tratado como se fosse adulto.

Com a Constituição Federal de 1988 foi afastada o modelo da situação irregular, porém, ainda estava presente no Código de Menores, causando uma desarmonia, a partir disso houve a necessidade de uma legislação que tratasse especificamente desses jovens e que estivesse em conformidade com a Constituição. É válido ressaltar que os instrumentos internacionais contribuíram para esse avanço nos direitos e garantias da criança e do adolescente.

As medidas socioeducativas equivalem a pena no direito penal, tem o objetivo de punir, mas também serve para educar e socializar esse jovem. A medida mais rígida aplicada é a de internação, possui um rol taxativo, além de ser amparar a três princípios que afirmam que a internação deve ser o mais rápido possível não podendo ultrapassar o prazo máximo de 3 anos, que será aplicada quando não houver mais nenhuma medida cabível e respeitando o desenvolvimento do adolescente.

De acordo com o art. 227 da Constituição Federal é dever da família, do Estado e da sociedade garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente, desta forma, é importante indagar se realmente é necessário o aumento da medida de internação, que de acordo com os recortes históricos trazidos nesta pesquisa não houve efetividade ao tratar esses jovens como se fossem adultos, ou se o que precisa é



que a sociedade e o Estado dê mais amparo a esses adolescentes, cumprindo e auxiliando da forma que está no Estatuto da Criança e do Adolescente.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Roberto Barbosa. **Direito da infância e da juventude**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia R. F. L. Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANDRADE, Anderson Pereira de; MACHADO, Bruno Amaral. **Justiça penal juvenil: paradigmas e experiências comparadas**. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2017.

BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional**. 1. ed. Ilhéus: Editus, 2006.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 227. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14.nov.2019

BRASIL. **Lei 8.069, 13 de julho de 1990**, artigo 117, parágrafo único. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 14.nov. 2019.

BRASIL, Câmara dos Deputados, **PL 1394/2019, 13 de março de 2019**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2193743>>. Acesso em: 01. Fev. 2020.

CONGRESSO, em foco. 500 projetos tramitam na Câmara para mudar o ECA. **Congresso em Foco**, Brasília, 12 de julho. 2015. Disponível em:



<<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/500-projetos-tramitam-na-camara-para-mudar-o-eca/>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. In: OLIVEIRA, Thales Cezar de. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI MAURO, Renata Giovanoni. **Procedimentos civis no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO, Martha de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. São Paulo: Monele, 2003.

MPPR, Ministério Público do Paraná, **a juventude brasileira e a violência**. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-260.html>>. Acesso em: 03. Fev. 2020.

JESUS, Maurício Neves, **Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral**. Campinas, SP: Servanda, 2006.

LOBO, S. L. **A idade no direito penal brasileiro: da menoridade**. Belo Horizonte: Mandamento, 2008, p. 44.

MESSEDER Hamurabi. **Entendendo o Estatuto da Criança e do Adolescente**. ed. Impetus/Campus, 2009.

RAMIDOFF, Mário Luiz. Sinase **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo: comentários à lei n. 12.594/12**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e responsabilidade penal: da indiferença à proteção integral**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.



VERONESE, Josiane Rose P.; SILVEIRA, Mayra. **A Prática de Ato Infracional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A doutrina da proteção integral e os princípios norteadores do Direito da infância e juventude**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n 94, nov. 2011. Disponível em <[http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_ed=10588](http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_ed=10588)> Acesso em: 28.nov. 2019



# PACOTE ANTICRIME PROPOSTO X APROVADO: O ENFRAQUECIMENTO DAS MEDIDAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Danielle Lima de Almeida

## RESUMO

A monografia busca promover um estudo acerca do Pacote Anticrime originário elaborado pelo ex-ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Fernando Moro, que objetiva o combate à criminalidade, em especial, ao crime corrupção mediante o endurecimento carcerário, medidas de investigação para a resolução de crimes e identificação de “pontos de estrangulamento” na legislação. A pesquisa pretende apresentar considerações gerais a respeito do Pacote Anticrime originário, de sua tramitação no Congresso Nacional e do atual cenário político-social no Brasil. Assim, serão analisadas as principais medidas propostas para combater a corrupção no país, escolhidas com base em informações do Ministério de Justiça e Segurança Pública, quais sejam as regras mais duras para julgamento dos embargos infringentes, a criminalização do caixa dois e o confisco alargado de bens, a fim de fornecer reflexões sobre os possíveis efeitos na sociedade brasileira. Por fim, com o intuito de concluir acerca da efetividade e implementação das medidas, serão analisadas as divergências entre a Lei nº 13.964/2019 e o Pacote Anticrime originário para verificar se o objetivo de combate à corrupção foi alcançado.

**Palavras-chave:** Pacote Anticrime. Lei 13.964/19. Criminalidade. Corrupção. Sergio Moro.

## 1 INTRODUÇÃO

O atual cenário de crise política e social do Brasil demonstra a falta de representatividade política e a desigualdade social, que geram o aumento da criminalidade, em especial, da corrupção, bem como também demonstra a existência de grande disparidade por parte da justiça criminal brasileira, que revela a necessidade de mudanças na legislação.



Ante tal contexto, o ex-ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Fernando Moro, propôs o Pacote Anticrime, que visa o enfrentamento de tal problemática. Para tanto, estabeleceu em sua proposta medidas para endurecer o sistema carcerário, resolver os crimes e identificar os "pontos de estrangulamento" na legislação brasileira. Assim, o projeto tem o intuito de combater a criminalidade, incluída a corrupção, por meio de diversas alterações na legislação vigente.

O Pacote foi apresentado ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo, em 19 de fevereiro de 2019, separado em três projetos de lei para a tramitação na Câmara dos Deputados que foram replicados no Senado Federal, diante da urgência na análise das medidas. No entanto, em 24 de dezembro de 2019, foi aprovada a Lei nº 13.964, com o intuito de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal.

A presente monografia, portanto, pretende apresentar as principais medidas ao combate à corrupção no Brasil previstas no Pacote Anticrime, que possuem como base informações do Ministério da Justiça e Segurança Pública, bem como apresentar as divergências entre o seu teor inicial e a Lei nº 13.964/19, para verificar se o Pacote Anticrime atingiu o objetivo, de combate à corrupção de maneira efetiva, que se buscava inicialmente com a edição da referida Lei.

O tema é atual e relevante para a sociedade brasileira, ainda mais ao se considerar que existem poucas obras que cuidam, de maneira aprofundada, sobre a questão, de forma que o estudo também permitirá a reflexão sobre a polemicidade de algumas medidas.

A metodologia presente na pesquisa bibliográfica será descritiva e reflexiva, utilizando-se de palestras, revistas, artigos científicos, notícias e informações de sites como o do Ministério da Justiça e Segurança Pública e do Senado Federal, para entender de maneira geral o Pacote, sua tramitação e o contexto político-social. Ademais, as análises das medidas destacadas serão feitas a partir da utilização da legislação vigente, dos projetos de lei, de livros, trabalhos acadêmicos, jurisprudências, doutrinas, artigos em meio eletrônico, *e-books*, análises e revistas



que serão primordiais para a construção do presente estudo. Assim, as divergências serão apresentadas a partir da legislação atual, de artigos de jornais em meio eletrônico e livros para discorrer acerca da lei aprovada, dos pontos destacados e da implementação das medidas.

Inicialmente, o Pacote Anticrime originário será analisado de maneira geral, momento em que serão esclarecidos os seus objetivos, fundamentos, as razões, o olhar do Ministério da Justiça e Segurança Pública, as principais medidas para impedir desvios na Administração Pública, bem como a tramitação no Congresso Nacional e o atual contexto político-social do Brasil.

Ademais, foram escolhidas para serem objetos de análise do presente estudo, as regras mais duras para julgamento dos embargos infringentes, a criminalização do caixa dois e o confisco alargado de bens, as quais, foram dispostas nos Projetos de Lei (PL) 881/2019 e 882/2019, apresentados à Câmara dos Deputados e nos Projetos de Lei do Senado (PLS) 1.865/19 e 1.854/19. Estas foram tratadas como prioridade pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública no combate à corrupção, diante do sentimento de impunidade da sociedade brasileira.

Ressalta-se que cada medida possui propostas totalmente diferentes, quando se fala em regras mais duras para julgamento dos embargos infringentes, o objetivo é a celeridade processual, já a criminalização do caixa dois pretende desestimular a corrupção no âmbito eleitoral com a sua regulamentação, e o confisco alargado de bens visa a efetividade em reaver bens adquiridos ilicitamente. Dessa forma, as principais medidas visam, em conjunto, promover efetividade para diminuir e dificultar a prática da corrupção no Brasil.

O ponto principal consiste na pesquisa realizada acerca das propostas escolhidas contra a corrupção, a fim de proporcionar reflexões acerca dos possíveis efeitos positivos ou negativos do Pacote Anticrime, que poderão recair sobre a sociedade. Cada proposta de mudança será analisada individualmente, a partir da apresentação da legislação brasileira atual, das considerações acerca do instituto, do





dispositivo proposto para modificar a legislação, bem como a demonstração da efetividade e do alcance das medidas.

Ao final, serão observadas as divergências entre o teor inicial do Pacote apresentado por Sergio Fernando Moro e o disposto na Lei 13.964/2019, em relação às principais alterações apresentadas para o enfrentamento da corrupção, uma vez que sofreu diversas modificações e foi totalmente desidratado. Destaca-se que as medidas consideradas significativas, inclusive para o Ministério da Justiça e Segurança Pública, não foram implementadas à Lei nº 13.964. Assim, a análise das divergências possibilitará a conclusão, considerando as reflexões expostas, acerca dos possíveis efeitos na realidade brasileira, da efetividade e da implementação das medidas que visam aperfeiçoar a legislação para diminuir a corrupção no Brasil.

## **2 O PACOTE ANTICRIME ORIGINÁRIO**

Em meio à criminalidade e à crise político-social no Brasil, surge o Pacote Anticrime com o intuito de combater a corrupção, os crimes violentos e o crime organizado, que devem ser enfrentados juntos para uma legislação aperfeiçoada e efetiva.

O presente capítulo se presta a realizar considerações, ou seja, uma noção geral do Pacote Anticrime, bem como a sua tramitação no Congresso Nacional e o contexto político- social em que está inserido.

### **2.1 Noções gerais acerca do Pacote Anticrime**

O Pacote Anticrime visa combater efetivamente a corrupção, o crime organizado e os crimes violentos mediante o endurecimento carcerário, medidas de



investigação para resolução de crimes e redução de “pontos de estrangulamento” na legislação (informação verbal).<sup>1</sup>

Ressalta-se que o projeto foi criado pelo ex-ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Fernando Moro, a partir de análise feita do cenário brasileiro atual, diante do grave sistema de corrupção, fortalecimento de organizações criminosas e crescimento de crimes violentos, para ser tratado como prioridade do Governo Federal.<sup>2</sup>

A proposta do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) compreende alterações em 14 leis, entre elas, o Código Penal, Código de Processo Penal, Código Eleitoral, Lei de crimes hediondos, entre outros. Ademais, pretende-se modificar a legislação vigente em conformidade com a realidade brasileira, visando combater crimes de maneira eficiente e diminuir a sensação de impunidade da sociedade.<sup>3</sup>

De acordo com o Sergio Fernando Moro:

O crime organizado alimenta a corrupção, que alimenta o crime violento. Boa parte dos homicídios estão relacionados à disputa por tráfico de drogas ou dívida de drogas. Por outro lado, a corrupção esvazia os recursos públicos que são necessários para implementar políticas públicas efetivas<sup>4</sup>

Isto posto, o Pacote Anticrime diferentemente da legislação atual agrava o cumprimento de pena em casos graves, como no caso de prática recorrente de

---

<sup>1</sup> Informação fornecida pelo ex-ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Fernando Moro, em aula magna que introduziu o debate quanto às mudanças legislativas necessárias para a melhoria do ordenamento jurídico criminal (Projeto de Lei Anticrime), UniCeub, em 13 mar. 2019.

<sup>2</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Perguntas e respostas sobre o pacote anticrime**, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/projetos/anticrime-1#p1>. Acesso em: 24 ago. 2019

<sup>3</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Projeto de Lei Anticrime adequa legislação à realidade atual e torna o cumprimento de penas mais eficiente**, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06>. Acesso em: 24 ago. 2019

<sup>4</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Sergio Moro apresenta Projeto de Lei Anticrime nesta segunda-feira**, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549193850.56>. Acesso em: 24 ago. 2019.



crimes. Neste caso, o regime inicial será fechado, além de haver maior rigor nas regras de progressão de penas e saídas temporárias.<sup>5</sup>

O Ministério da Justiça e Segurança Pública entende que o projeto é uma das medidas que são capazes de solucionar o problema da segurança pública, por meio de investigações, processos e penas efetivas e ágeis. Além disso, estudos são realizados para a elaboração de programas que visem enfrentar a violência mediante políticas de integração ao sistema educacional, social e de saúde.<sup>6</sup>

Dessa forma, o Pacote Anticrime busca o envolvimento da sociedade, dos estados e municípios. Além de não necessitar de recursos orçamentários na maioria de suas propostas, uma vez que visa melhorias no cenário econômico e na qualidade de vida dos brasileiros.<sup>7</sup>

Dentre as principais medidas do Projeto de Lei Anticrime originário estão: A prisão em segunda instância; A Pendência de Embargos de Declaração não corre prescrição; A criminalização da utilização de caixa dois em eleições; Redução de pena nos casos de legítima defesa se o excesso derivar de situação de medo, surpresa ou violenta emoção; Regime inicial fechado ou semiaberto em casos graves; Progressão de regime e saídas temporárias, nos casos de crimes hediondos a progressão será possível somente após o cumprimento de 3/5 da pena; A elevação da pena no caso de arma ilegal; Isolamento de lideranças criminosas armadas em presídios de segurança máxima; Acordos para crimes sem violência; Participação de agentes disfarçados em investigações de lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e

---

<sup>5</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Perguntas e respostas sobre o pacote anticrime**, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/projetos/anticrime-l#p1>. Acesso em: 24 ago. 2019

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Conheça os principais pontos do Anteprojeto de Lei Anticrime**, 2019. Disponível em: <https://justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549457294.68>. Acesso em: 24 ago. 2019.



venda ilegal de armas de fogo; Criação de Banco Nacional de dados multibiométrico, de perfil genético e balístico; Audiências por videoconferência.<sup>8</sup>

Destaca-se que a proposta prevê medidas para impedir desvios no âmbito da Administração Pública, quais sejam o regime inicial fechado para os condenados por crimes de peculato, corrupção ativa e passiva; Perda de bens ampliada quando se tratar de criminosos profissionais ou habituais; Regras severas para julgamento de Embargos Infringentes utilizados para garantir prescrição; Separação dos processos se um dos acusados possuir foro privilegiado; Criminalização de caixa dois em eleições; Infiltração de agentes em investigações de lavagem de dinheiro.<sup>9</sup>

### 3 AS TRAMITAÇÕES DOS PROJETOS DE LEI NO CONGRESSO NACIONAL

O Pacote Anticrime elaborado pelo ex-ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Fernando Moro, foi considerado como prioridade no Governo Federal ante a existência da corrupção sistêmica no Brasil, do aumento de crimes violentos e da consolidação do crime organizado.<sup>10</sup>

Com isso, foi apresentado pelo Poder Executivo à Câmara dos Deputados, em 19 de fevereiro de 2019, e dividido em três projetos, quais sejam os PL's 881/2019, 882/2019 e PLP 38/2019, a fim de obter uma análise eficiente e sua aprovação pelo Poder Legislativo para a criminalização do caixa dois em eleições, alterações no

---

<sup>8</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Conheça os principais pontos do Anteprojeto de Lei Anticrime**, 2019. Disponível em: <https://justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549457294.68>. Acesso em: 24 ago. 2019

<sup>9</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Conheça as iniciativas do Projeto de Lei Anticrime para atacar a corrupção**, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550596565.5>. Acesso em: 24 ago. 2019

<sup>10</sup> BRANCO, Leo. Moro admite dificuldades, mas está otimista com tramitação de pacote anticrime no Congresso. **O Globo**, Brasília, 11 de out. 2019. Brasil. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/moro-admite-dificuldades-mas-esta-otimista-com-tramitacao-de-pacote-anticrime-no-congresso-24011227>. Acesso em: 23 maio 2020



Código Penal, Código de Processo Penal e em leis esparsas, bem como regras de competência da Justiça Comum e da Justiça Federal.<sup>11</sup>

Entretanto, o cenário político não contribuiu para a célere tramitação, pois a reforma da previdência necessitava ser debatida com extrema urgência. Por esse motivo, a Senadora Eliziane Gama, apresentou o referido Pacote para tramitação no Senado Federal, com a concordância do ex-ministro Sergio Fernando Moro, para a obtenção de uma tramitação mais célere. Com isso, a Câmara dos Deputados manteve como prioridade o debate acerca da reforma da previdência e o Senado Federal, o Pacote Anticrime.<sup>12</sup>

Assim, após a apresentação do Pacote na Câmara dos Deputados, passaram a tramitar no Senado Federal três projetos, quais sejam PL's 1.865/2019, 1.864/2019 e PLC 89/2019, de igual teor para a realização de debate necessário diante do contexto político-social do país, visando sua aprovação.<sup>13</sup>

### 3.1 O contexto político-social do Brasil

O cenário brasileiro atual consiste em uma crise político-social, causada pela falta de representatividade na política e pela desigualdade social. Ocorre que representantes eleitos buscam seus próprios interesses e não correspondem às demandas da sociedade que sofre cada vez mais com a desigualdade. Dessa forma,

---

<sup>11</sup> SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). Nota dos coordenadores. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 6-7

<sup>12</sup> TRAMITAÇÃO do pacote anticrime deve ser iniciada no Senado, defende Eliziane. **Agência Senado**, Brasília, 28 de mar. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/03/28/tramitacao-do-pacote-anticrime-deve-ser-iniciada-no-senado-defende-eliziane>. Acesso em: 23 maio 2020.

<sup>13</sup> SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). Nota dos coordenadores. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 6-7



Alves entende que o luxo contribui para a desigualdade e corrupção política, afastando a virtude da sociedade.<sup>14</sup>

Além disso, Suxberger, Souza e Cunha entendem que a justiça criminal brasileira reflete a desigualdade social presente no país e que a sociedade clama por mudanças na legislação penal e processual penal, uma vez que o atual estado das coisas não se mostra efetivo, o que gera o sentimento de impunidade.<sup>15</sup>

Em relação aos crimes de corrupção, Livianu aponta que esse sentimento cresce constantemente e que se torna essencial para que práticas corruptas não sejam aceitas e consideradas naturais na sociedade.<sup>16</sup> Esse cenário esclarece que existem diversas questões relevantes que necessitam ser debatidas a fundo para enfrentar a corrupção.<sup>17</sup>

Moro afirma que é importante debater acerca das oportunidades e incentivos à corrupção e não somente sobre direito penal e processual penal. Nesse sentido, na legislação eleitoral é possível implementar medidas para o combate à corrupção, uma vez que a lei penal não é a melhor alternativa para prevenir o crime, pois sua aplicação é muito limitada.<sup>18</sup>

Entende-se que a corrupção não é apenas cultural, existe a necessidade de perceber sua atuação, e para enfrentá-la é essencial reduzir oportunidades a ponto de acarretar irregularidades. Logo, Kfoury apresenta que se o Estado não conta com

---

<sup>14</sup> ALVES, Vital Francisco Celestino. A relação entre a desigualdade e a corrupção política na filosofia de Rousseau. **Griot: Revista de Filosofia**, v. 17, n. 1, p. 93-94, 19 jun. 2018. Disponível em: <https://www3.ufrb.edu.br/seer/index.php/griot/article/view/807/520>. Acesso em: 25 maio 2020

<sup>15</sup> SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.), op. cit., p. 5-8.

<sup>16</sup> LIVIANU, Roberto. Introdução. In: LIVIANU, Roberto. **Corrupção e direito penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 22.

<sup>17</sup> MORO, Sergio Fernando. Prefácio. In: LIVIANU, Roberto. **Corrupção e direito penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 11

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 13



instrumentos eficazes, é preciso providenciá-los a partir das mudanças na legislação.<sup>19</sup>

É nítido que o atual estado das coisas da justiça brasileira necessita de alterações para assegurar ao povo a efetividade de suas normas. Assim, o Pacote Anticrime surge com o objetivo de aprimorar a legislação penal e processual penal, observando a Constituição da República. Entretanto, é necessário ressaltar que as propostas não bastam para solucionar o problema de todo um sistema, mas esse passo pode contribuir para a justiça no Brasil, conforme ressaltado por Suxberger, Souza e Cunha.<sup>20</sup>

A dificuldade consiste em sair do padrão de corrupção sistêmica que afeta o país a fim de encontrar o caminho da justiça criminal brasileira diante de um cenário complexo e caótico.<sup>21</sup> O Pacote Anticrime busca encontrar este caminho por meio das medidas apresentadas a fim de proporcionar efetividade às leis contra a criminalidade e, conseqüentemente, a mudança tão esperada pelos brasileiros.

#### 4 PRINCIPAIS MEDIDAS NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Ante o cenário atual, o sistema criminal brasileiro não se mostra efetivo, diante da grande desigualdade social estabelecida no país. É possível verificar por um lado a sensação de impunidade da sociedade brasileira e por outro o punitivismo exacerbado do Estado. Assim, as alterações legislativas são essenciais para propiciar mudanças na realidade brasileira.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> KFOURI, Juca. Apresentação. In: LIVIANU, Roberto. **Corrupção e direito penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 16-17

<sup>20</sup> SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). Nota dos coordenadores. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 8.

<sup>21</sup> MORO, Sergio Fernando, op. cit., p. 11-14

<sup>22</sup> SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). Nota dos coordenadores. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 5.



Nesse sentido, o Pacote Anticrime visa alterar diversos pontos na legislação atual por meio de medidas eficazes no combate aos crimes violentos, ao crime organizado e à corrupção (informação verbal).<sup>23</sup>

A seguir, serão apresentadas as principais medidas que visam combater a corrupção com base em informações do MJSP, a fim de oferecer uma análise e reflexões no que tange à aplicabilidade e efetividade das regras mais duras para o julgamento dos embargos infringentes, da criminalização de caixa dois e do confisco alargado de bens.<sup>24</sup>

#### **4.1 Regras mais duras para julgamento dos embargos infringentes**

Trata-se de proposta para alteração do art. 609 do Código de Processo Penal a fim de introduzir maior rigor no julgamento dos embargos infringentes e de nulidade, em que são cabíveis contra decisão não unânime. Nesse sentido, a medida visa possibilitar um julgamento mais célere, uma vez que restringe o cabimento do recurso para ser oposto apenas quando houver voto vencido a fim de absolver o réu.<sup>25</sup>

Portanto, o referido recurso será abordado a partir de sua apresentação conforme o Código de Processo Penal, das alterações propostas no Pacote Anticrime, de seu alcance e dos possíveis efeitos no Brasil.

##### *4.1.1 Os embargos infringentes no Código de Processo Penal*

Os embargos infringentes foram incluídos ao Código de Processo Penal por meio da Lei 1.720-B/1952, uma vez que o Código não contemplava o referido

---

<sup>23</sup> Informação fornecida pelo ex-ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Fernando Moro, em aula magna que introduziu o debate quanto às mudanças legislativas necessárias para a melhoria do ordenamento jurídico criminal (Projeto de Lei Anticrime), UniCeub, em 13 mar. 2019

<sup>24</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Conheça as iniciativas do Projeto de Lei Anticrime para atacar a corrupção**, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550596565.5>. Acesso em: 24 nov. 2019

<sup>25</sup> Ibidem





recurso originariamente. Entretanto, tal recurso tende a ser extinto, assim como foi feito no Novo Código de Processo Civil. Ademais, não há figura equivalente no direito processual comparado, pois não está previsto em legislações estrangeiras.<sup>26</sup>

Atualmente, os embargos infringentes e de nulidade são cabíveis contra acórdão que apresenta divergência quanto à questão de direito material, que visa a reforma da decisão, ou questão de direito processual, com o objetivo de anular o processo. O voto divergente demonstra que a decisão não é pacífica, sendo cabíveis os embargos infringentes a partir de decisão não unânime. Portanto, o recurso tem o condão de reduzir erros, diante de divergências por meio da ampliação da turma julgadora a fim de prevalecer o voto mais correto.<sup>27</sup>

Nesse sentido, o art. 609 do Código de Processo Penal prevê:

Art. 609. Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, Câmaras ou Turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária.

Parágrafo único - Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do artigo 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.<sup>28</sup>

A análise do cabimento de embargos infringentes é feita a partir da natureza da decisão e da divergência existente. Trata-se de recurso utilizado exclusivamente pela defesa, pelo acusado ou defensor e são cabíveis em face de decisões divergentes que julgam recurso em sentido estrito ou apelação.<sup>29</sup>

Apesar de se tratar de recurso de defesa, o Ministério Público, também possui legitimidade, desde que em favor do acusado, como fiscal da lei. Assim, podem ser

---

<sup>26</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 293-294

<sup>27</sup> Ibidem

<sup>28</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 11 nov. 2019.

<sup>29</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, op. cit.



opostos no caso de voto divergente no julgamento de *habeas corpus* ou revisão criminal. Por outro lado, não são cabíveis embargos infringentes e de nulidade contra decisões de turmas recursais.<sup>30</sup>

Ademais, a divergência no julgamento pode ser total ou parcial, como dois votos que mantêm a condenação e um que absolve ou caso concordem com a condenação mas discordem quanto a pena aplicada. Ressalta-se que não se trata de divergência quanto à fundamentação, mas quanto a conclusão do julgamento. Salvo, o interesse jurídico em fundamentação, como ocorre em casos de efeitos civis.<sup>31</sup>

Quanto à forma, os embargos deverão ser opostos por escrito, em petição ao relator do acórdão embargado. Portanto, não é possível opor esse recurso de forma oral. As razões recursais devem conter o voto divergente e podem compreender argumentos que não foram declarados no acórdão, desde que complementem o voto divergente, caso ultrapasse os limites da divergência, o recurso só será conhecido até o limite do voto vencido.<sup>32</sup>

O prazo para opor embargos infringentes é de 10 dias da publicação do acórdão, nos termos do art. 609 parágrafo único do Código de Processo Penal e o procedimento tem como base os arts. 610 e 613 do mesmo Código. Após opor embargos infringentes ao relator, a Procuradoria terá prazo de 10 dias para apresentar parecer, será distribuído, com vistas ao relator e revisor, respectivamente, no prazo de 10 dias e por fim será definida a data para julgamento.<sup>33</sup>

Os embargos infringentes possuem efeito devolutivo, uma vez que será julgado pelos mesmos juízes da decisão embargada, bem como outros julgadores que não participaram do julgamento. Portanto, órgão julgador irá apreciar a matéria impugnada e poderá dar provimento ao recurso diante de argumentos que

---

<sup>30</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Manual dos recursos penais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 293-294

<sup>31</sup> Ibidem, p. 295.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 299-300

<sup>33</sup> Ibidem, p. 300-301



fundamentem o voto divergente, ou negar provimento, mantendo o acórdão embargado, com fundamentação diversa do julgamento anterior.<sup>34</sup>

Haverá efeito extensivo dos embargos infringentes quando for proferida decisão não motivada em caráter pessoal, que será aproveitada para os demais réus em caso de concurso de agentes, nos termos do art. 580 do CPP. Ademais, haverá a possibilidade de retratação dos julgadores que proferiram o voto para a sua alteração, o que não se confunde com juízo de retratação do órgão julgador.<sup>35</sup>

Como regra, os embargos infringentes terão efeito suspensivo, uma vez que a lei não nega. Nessa linha, o STF se posicionou no Habeas Corpus nº 126.292/SP, Medida Cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, no sentido de que após o esgotamento das instâncias ordinárias a pena poderá ser executada provisoriamente. Entretanto, se houver voto divergente, serão cabíveis embargos infringentes com efeito suspensivo que impedirão a execução provisória da pena.<sup>36</sup>

#### *4.1.2 Da proposta que visa modificar as regras do recurso penal*

Feitas tais considerações acerca do recurso penal, cabe analisar a medida que objetiva a alteração das regras do julgamento dos embargos infringentes. A proposta do Projeto de Lei Anticrime consiste na alteração do art. 609 do CPP para a remoção do parágrafo único e a inclusão dos parágrafos 1º e 2º, que preveem o cabimento do recurso apenas quando houver voto vencido pela absolvição em segunda instância, no prazo de 10 dias, a partir da publicação do acórdão.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 301.

<sup>35</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Manual dos recursos penais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 303.

<sup>36</sup> *Ibidem*

<sup>37</sup> CARVALHO, Felipe Fernandes de; CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira. Embargos infringentes e de nulidade: outra sensível mudança do projeto "anticrime". **Revista Consultor Jurídico**, 19 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/opinio-embargos-infringentes-nulidade-projeto-anticrime>. Acesso em: 13 nov. 2019



Nesse sentido, a medida do Pacote Anticrime para alterar o art. 609 do Código de Processo Penal prevê:

Art.609

§ 1º Quando houver voto vencido pela absolvição em segunda instância, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de dez dias, a contar da publicação do acórdão, na forma do art. 613.

§ 2º Os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência e suspendem a execução da condenação criminal.<sup>38</sup>

Verifica-se que o Código de Processo Penal prevê o cabimento de embargos infringentes e de nulidade quando a decisão não for unânime em segunda instância e desfavorável ao réu. Já o Projeto de Lei Anticrime propõe o cabimento no caso de voto vencido pela absolvição em segunda instância, excluindo o desacordo parcial. Cumpre destacar que a mudança é significativa, uma vez que afeta o sistema de recursos e tem o condão de restringir o cabimento dos embargos, sendo possível a suspensão de execução da condenação criminal, conforme o disposto no §2º da proposta.<sup>39</sup>

Em análise do Projeto de Lei Anticrime, o Conselho Federal da OAB considerou a proposta descabida e punitivista, uma vez que restringe a possibilidade de cabimento do recurso de defesa somente quando houver voto divergente quanto à absolvição. Assim, caso o projeto seja aprovado, não serão cabíveis os embargos

---

<sup>38</sup> BRASIL, **Projeto de Lei nº 882/2019**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa.

Disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=1DAD7F2162C1999428C7718B9E\\_C91848.proposicoesWebExterno2?codteor=1712087&filename=PL+881/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1DAD7F2162C1999428C7718B9E_C91848.proposicoesWebExterno2?codteor=1712087&filename=PL+881/2019). Acesso em: 22 nov. 2019.

<sup>39</sup> CARVALHO, Felipe Fernandes de; CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira. Embargos infringentes e de nulidade: outra sensível mudança do projeto "anticrime". **Revista Consultor Jurídico**, 19 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/opiniao-embargos-infringentes-nulidade-projeto-anticrime>. Acesso em: 13 nov. 2019.



infringentes e de nulidade em casos de desclassificação e divergência quanto à dosimetria da pena<sup>40</sup>

Ressalta-se que foi realizada pesquisa no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul com informações relevantes para analisar o impacto da possível alteração:

Em pesquisa brevíssima no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, examinando-se por amostragem 100 acórdãos (do universo bruto de 2.190 acórdãos encontrados entre 20.12.2017 e 20.01.2019 - não havendo exclusão por matéria e portanto, o número total deve passar por filtros de adequação), observou-se que 40 tratavam da dosimetria da pena, 40 tratavam de absolvição, 12 examinavam nulidades processuais, 5 cuidavam de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, 3 tratavam de desclassificação. Diante de tais dados verifica-se facilmente que a proposta de reforma afetaria nesta amostragem, 60% dos casos, mantendo-se os embargos para apenas 40% das apelações. O que causa espécie é justamente que a maior parte das divergências (e onde efetivamente se realizou um julgamento minimamente colegiado) estaria a descoberto dos embargos na formulação do projeto, deixando de lado questões relevantes como nulidades, dosimetria da pena, regime de cumprimento da pena, etc.<sup>41</sup>

De acordo com a pesquisa apresentada pelo Conselho Federal da OAB, verifica-se que 60% dos casos seriam afetados negativamente, uma vez que a medida visa alterar o cabimento dos embargos infringentes e de nulidade à absolvição. Nota-se que em apenas 40% dos casos seria possível opor os referidos embargos enquanto as outras questões seriam ignoradas.<sup>42</sup>

Segundo o parecer de Cristiano Fragoso, os embargos infringentes não retardam as execuções penais, uma vez que o recurso é julgado no mesmo Tribunal

---

<sup>40</sup> SANTA CRUZ, Felipe; BREDÁ, Juliano (coord.). **Análise do projeto de lei anticrime**: OAB Nacional. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019. Disponível em: <http://s.oab.org.br/arquivos/2019/05/c28c402c-db24-4d8a-9b3c-5e03235fe6a2.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019

<sup>41</sup> SANTA CRUZ, Felipe; BREDÁ, Juliano (coord.). **Análise do projeto de lei anticrime**: OAB Nacional. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019. Disponível em: <http://s.oab.org.br/arquivos/2019/05/c28c402c-db24-4d8a-9b3c-5e03235fe6a2.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

<sup>42</sup> *Ibidem*.



em que foi proferido o acórdão embargado. Ademais, não se trata de impunidade, mas de punitivismo exacerbado. O ponto mais crítico consiste no momento em que não couber recurso no caso de três votos condenatórios diferentes e contra agravo em execução, uma vez que a absolvição do réu não é discutida. Ademais, os embargos infringentes não seriam cabíveis para tratar sobre a fixação do valor de reparação do dano, arresto, perda de instrumentos ou produto do crime, entre outros.<sup>43</sup>

Conforme o Conselho Federal da OAB, é possível que o regimento interno do Supremo Tribunal Federal tenha influenciado a criação da medida. Porém, o regimento trata de ação penal originária e excepcionalmente ordinária, não sendo plausível relacionar a Corte Suprema com a Ordinária.<sup>44</sup>

Portanto, o Conselho Federal rejeitou a proposta, por considerar inviável a restrição dos embargos infringentes de nulidade à absolvição, uma vez que não haveria razão o recurso, pois o cabimento consiste em qualquer ponto não unânime e desfavorável ao réu. Ademais, a proposta para a alteração do dispositivo em questão acarretaria diversos efeitos negativos, uma vez que a celeridade processual seria mínima e implicaria na diminuição da qualidade de prestação jurisdicional, ocasionando decisões injustas.<sup>45</sup>

Por outro lado, é possível dizer que a regra mais rígida para o julgamento de embargos infringentes advém das novas medidas contra a corrupção, que busca aprimorar a resposta do Estado à corrupção com base na duração razoável do processo, garantia fundamental estabelecida na Constituição Federal de 1988.

---

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> Ibidem.

<sup>45</sup> SANTA CRUZ, Felipe; BRENDA, Juliano (coord.). **Análise do projeto de lei anticrime**: OAB Nacional. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019. Disponível em: <http://s.oab.org.br/arquivos/2019/05/c28c402c-db24-4d8a-9b3c-5e03235fe6a2.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019



Assim, a proposta visa maior celeridade no exame e julgamento dos processos, observando os direitos fundamentais e minimizando a impunidade no Brasil.<sup>46</sup>

Portanto, a proposta de mudança na legislação para restringir o cabimento de embargos infringentes e de nulidade visa solucionar a morosidade dos processos judiciais, situação frequente nos casos de corrupção, que tem como consequência a prescrição e impunidade. É notório que os embargos infringentes muitas vezes são opostos com o intuito de protelar o cumprimento de decisões e impossibilitar a execução das penas. Por esse motivo, a existência de interrupção e suspensão da prescrição dos crimes de acordo com a previsão legal.<sup>47</sup>

Isto posto, verifica-se que a medida por si só não soluciona todo o problema de morosidade do Judiciário, mas poderá contribuir para a celeridade nos julgamentos de embargos infringentes de maneira efetiva.<sup>48</sup>

#### *4.1.3 O alcance e os efeitos das regras propostas na sociedade brasileira*

Inicialmente, a proposta de regras mais duras para o julgamento de embargos infringentes parece razoável para o atual cenário brasileiro, diante dos inúmeros escândalos de corrupção. Entretanto, conforme as análises divergentes apresentadas sobre a medida, o entendimento de que “a lei é para todos” se sobressai diante da possibilidade de falha humana que geraria a inconformidade daquele que foi prejudicado. Portanto, a proposta não seria benéfica, uma vez que o direito ao recurso de todos os brasileiros seria afetado.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> MOHALLEM, M. F.; BRANDÃO, B. *et al.* Novas medidas contra a corrupção. Rio de Janeiro: **Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas**, 2018, p. 127-128. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/23949>. Acesso em: 22 nov. 2019.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>49</sup> FRANCISCO, Ronaldo Vieira; GOLDFINGER, Fábio Ianni. Projeto de lei “anticrime” e as alterações nos embargos infringentes e embargos de nulidade. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 520



A medida não alcançaria apenas os políticos com alto poder aquisitivo que possuem condições para contratar uma defesa de qualidade. Atingiria aqueles com poucos recursos, que não possuem condições de pagar por esse serviço. Assim, a maioria dos indivíduos seria prejudicada nos casos em que não houvesse uma boa defesa, diante da necessidade de opor embargos infringentes para reverter decisão injusta.

Com a aprovação da proposta, o cabimento dos embargos infringentes e de nulidade seria restringido aos casos de julgamento com voto divergente quanto à absolvição. Portanto, em caso de divergência quanto à dosimetria da pena, nulidades e outras questões não seria cabível o recurso. Sendo possível apenas a interposição de Recurso Especial (STJ) e Extraordinário (STF), sem a possibilidade de reexame fático.<sup>50</sup>

Ressalta-se que o punitivismo *v.* impunidade é o ponto central da discussão. Nesse sentido, seria mais benéfico para a sociedade um processo célere ou uma prestação jurisdicional de qualidade? A reflexão se faz necessária para encontrar soluções equilibradas, pois não se trata de medidas punitivistas ou humanistas, mas de medidas em conformidade com a Constituição Federal de 1988, que respeite os direitos e garantias fundamentais.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> SANTA CRUZ, Felipe; BREDÁ, Juliano (coord.). **Análise do projeto de lei anticrime**: OAB Nacional. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019. Disponível em: <http://s.oab.org.br/arquivos/2019/05/c28c402c-db24-4d8a-9b3c-5e03235fe6a2.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019. p. 15.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 17.





#### 4.1.4 Criminalização do caixa dois eleitoral

Entende-se por caixa dois eleitoral, a prática de contabilização paralela de recursos recebidos a fim de financiar partidos políticos para influenciar de modo significativo as ações partidárias, o que é prejudicial em uma Democracia.<sup>52</sup>

Diante disso, o Pacote Anticrime propõe inclusão do artigo 350-A no Código Eleitoral, para criminalizar a prática de caixa dois em eleições, estabelecendo a pena de reclusão de dois a cinco anos, nos casos de arrecadação, recebimento, manutenção, movimentação ou utilização de recurso, valor, bens ou serviços, em paralelo com a contabilidade exigida pela legislação eleitoral.<sup>53</sup>

Assim, será abordada a falta de tipificação do caixa dois eleitoral e apresentado o dispositivo proposto para a criminalização da referida prática com o intuito de proporcionar uma reflexão acerca de sua aplicabilidade e efetividade.

#### 4.1.5 A ausência de tipificação do caixa dois na legislação atual

No Direito Penal brasileiro não existe crime específico para o caixa dois eleitoral.<sup>54</sup> Atualmente, essa prática é adequada no art. 350 do Código Eleitoral, sendo considerada uma espécie de crime de falsidade ideológica eleitoral.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> LEITE, Alar; TEIXEIRA, Adriano. **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. *E-book*. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-PT&lr=&id=pYtlDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA135&dq=CAIXA+DOIS+&ots=jWHWxAaUjc&sig=GiXyQ8hY6TgnVfNuoUI91P6TkP4#v=onepage&q=CAIXA%20DOIS&f=false>. Acesso em: 26 maio 2020. p. 135-136.

<sup>53</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Conheça as iniciativas do Projeto de Lei Anticrime para atacar a corrupção**, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550596565.5>. Acesso em: 24 nov. 2019.

<sup>54</sup> GOMES, Luiz Flávio. Caixa 2 eleitoral é crime?. **Jusbrasil**, 2 jul. 2015. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/204315523/caixa-2-eleitoral-e-crime>. Acesso em: 25 out. 2019.

<sup>55</sup> NUNES, Filipe Maia Broeto; MELO, Valber. Caixa 2 e o Supremo: (des)acertos e efeitos da decisão. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 24, n. 5741, 21 mar. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72724>. Acesso em: 11 out. 2019.



Art. 350. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais:

Pena - reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias- multa se o documento é particular.

Parágrafo único. Se o agente da falsidade documental é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo ou se a falsificação ou alteração é de assentamentos de registro civil, a pena é agravada.<sup>56</sup>

Caso configure o crime previsto no art. 350 do Código Eleitoral, apenas pessoas físicas, quais sejam os doadores e candidatos, respondem pelo delito praticado com o intuito de beneficiar o partido. Ademais, são necessárias declarações ou comprovações das informações incorretas, ou seja, provas fiscais e contábeis, o que dificulta ainda mais a responsabilização por esse crime. No entanto, a proposta para a criminalização do caixa dois eleitoral visa responsabilizar pessoas físicas envolvidas na movimentação e utilização desses recursos, o que vai além de seus dirigentes.

Diante disso, a proposta foi enviada à parte para o Congresso Nacional, uma vez que o ex-ministro da Justiça e Segurança Pública modificou o método para aprovação a fim de atender parlamentares que opinaram quanto à gravidade do crime, pois não consideraram o caixa dois eleitoral tão grave quanto os outros que fazem parte do Pacote, como crime organizado, violento e corrupção.<sup>57</sup>

O caixa dois é uma prática grave e frequente no Brasil, que foi descoberta em diversos casos de corrupção pela Operação Lava Jato. Diferentemente da opinião de políticos, sem a fiscalização e a punição adequada dessa prática, a democracia é

---

<sup>56</sup> BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Código Eleitoral. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm). Acesso em: 12 nov. 2019

<sup>57</sup> COELHO, Gabriela. CCJ do Senado aprova criminalização de caixa dois no "pacote anticrime". **Revista Consultor Jurídico**, 10 jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-10/ccj-senado-aprova-criminalizacao-caixa-dois>. Acesso em: 02 out. 2019.



colocada em risco, contaminando a política de tal modo que o pleito passa a ser ilegítimo e instável.<sup>58</sup>

Nesse sentido, o ex-ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Fernando Moro, afirmou em 2017, enquanto Juiz em casos da Operação Lava Jato em Curitiba:

Caixa 2 nas eleições é trapaça, é um crime contra a democracia. Me causa espécie quando alguns sugerem fazer uma distinção entre a corrupção para fins de enriquecimento ilícito e a corrupção para fins de financiamento ilícito de campanha eleitoral. Para mim a corrupção para financiamento de campanha é pior que para o enriquecimento ilícito. Se eu peguei essa propina e coloquei em uma conta na Suíça, isso é um crime, mas esse dinheiro está lá, não está mais fazendo mal a ninguém naquele momento. Agora, se eu utilizo para ganhar uma eleição, para trapacear uma eleição, isso para mim é terrível.<sup>59</sup>

Ademais, o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luís Roberto Barroso, também se manifestou acerca do caixa dois no ano de 2017:

Caixa 2 é crime, caixa 2 é um desvalor de conduta que precisa ser adequadamente punido na nossa legislação. É objeto de reprovação, não há dúvida alguma. Ele desigual a disputa eleitoral. É abuso de poder, abre a porta para troca de favores. O caixa 2 em tudo é negativo, é nefasto para o processo democrático.<sup>60</sup>

Portanto, é evidente que o caixa dois gera severos danos à sociedade brasileira e deve ser considerado grave, pois aquele que pratica tal conduta se vale da ausência de tipo penal específico.

---

<sup>58</sup> MOHALLEM, M. F. *et al.* **Novas medidas contra a corrupção**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/23949>. Acesso em: 22 nov. 2019

<sup>59</sup> MACHADO, Ana Paula; CALEIRO, João Pedro. O que é caixa 2 e o que isso significa para campanhas eleitorais. **EXAME**, São Paulo, 23 out. 2018. Brasil. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/o-que-e-caixa-2-entenda-o-que-isso-significa-para-campanhas-eleitorais/>. Acesso em: 03 nov. 2019.

<sup>60</sup> MACHADO, Ana Paula; CALEIRO, João Pedro. O que é caixa 2 e o que isso significa para campanhas eleitorais. **EXAME**, São Paulo, 23 out. 2018. Brasil. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/o-que-e-caixa-2-entenda-o-que-isso-significa-para-campanhas-eleitorais/>. Acesso em: 03 nov. 2019



#### 4.1.6 Da proposta para criminalizar o caixa dois eleitoral

A medida para o melhoramento da criminalização do uso de caixa dois em eleições consiste na mudança no Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965):

Art. 350-A. Arrecadar, receber, manter, movimentar ou utilizar qualquer recurso, valor, bens ou serviços estimáveis em dinheiro, paralelamente à contabilidade exigida pela legislação eleitoral. Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem doar, contribuir ou fornecer recursos, valores, bens ou serviços nas circunstâncias estabelecidas no caput.

§ 2º Incorrem nas mesmas penas os candidatos e os integrantes dos órgãos dos partidos políticos e das coligações quando concorrerem, de qualquer modo, para a prática criminosa.

§ 3º A pena será aumentada em 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), no caso de algum agente público concorrer, de qualquer modo, para a prática criminosa.<sup>61</sup>

A medida propõe a criminalização do caixa dois, com pena de dois a cinco anos, podendo chegar a oito anos e quatro meses. Estabelece como crime a arrecadação, recebimento, manutenção, movimentação ou utilização de recursos e bens não declarados em prestação de contas, ou declarados erroneamente, bem como a doação, contribuição ou fornecimento de bens e serviços nessas circunstâncias. Ademais, os candidatos, integrantes de partidos políticos e coligações que concorrem para a prática criminosa incorrem na mesma pena. Assim, haverá causa de aumento de pena de 1/3 a 2/3 em caso de concorrência de agente público.<sup>62</sup>

Com efeito, a medida visa responsabilizar não apenas os dirigentes por crimes cometidos para beneficiar o partido, mas também os envolvidos diretamente

---

<sup>61</sup> BRASIL, **Projeto de Lei nº 881/2019**. Altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para criminalizar o uso de caixa dois em eleições. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1712087&filename=PL+881/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712087&filename=PL+881/2019). Acesso em: 24 nov. 2019.

<sup>62</sup> COELHO, Gabriela. CCJ do Senado aprova criminalização de caixa dois no "pacote anticrime". **Revista Consultor Jurídico**, 10 jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-10/ccj-senado-aprova-criminalizacao-caixa-dois>. Acesso em: 10 out. 2019



na movimentação e utilização desses recursos e bens não declarados ou declarados erroneamente.<sup>63</sup>

Ressalta-se que o caixa dois consiste no uso de recursos não contabilizados e declarados ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) em campanhas eleitorais ou candidatos de determinado partido. Os recursos recebidos paralelamente geram efeitos, uma vez que o eleitor desconhece sua origem e destinação, bem como a situação em que os partidos políticos se encontram e ao que estão submetidos.<sup>64</sup>

Genericamente, o caixa dois é “prática de manutenção ou movimentação de recursos financeiros não escriturados ou falsamente escriturados na contabilidade de pessoas jurídicas as mais diversas, como associações, fundações, sociedade comerciais e partidos políticos”.<sup>65</sup>

A doutrina e jurisprudência descrevem o caixa dois como “a movimentação de recursos financeiros em campanhas eleitorais, sem o devido registro, por meio da omissão na prestação de contas”.<sup>66</sup>

Sendo considerado como uma espécie de falsidade ideológica eleitoral, nos termos do artigo 350 do Código Eleitoral, o caixa dois eleitoral se diferencia da falsidade ideológica comum prevista no Código Penal, artigo 299. Diante dessa especialidade, a Justiça Eleitoral é competente para julgar os crimes eleitorais e

---

<sup>63</sup> MACHADO , Ana Paula; CALEIRO, João Pedro. O que é caixa 2 e o que isso significa para campanhas eleitorais. **EXAME**, São Paulo, 23 out. 2018. Brasil. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/o-que-e-caixa-2-entenda-o-que-isso-significa-para-campanhas-eleitorais/>. Acesso em: 03 nov. 2019

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> MEDEIROS, Fabrício J. Mendes. **A criminalização do caixa 2 eleitoral**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-4850-16-estabelece-medidas-contra-a-corrupcao/documentos/audiencias-publicas/fabricio-juliano-mendes-medeiros-mestre-em-direito-e-professor-de-direito-constitucional-e-eleitoral>. Acesso em: 25 out. 2019

<sup>66</sup> *Ibidem*.



comuns que forem conexos, exceto a competência originária do Tribunal Superior e Tribunais Regionais, conforme o artigo 121 da CF/88.<sup>67</sup>

No tocante ao processamento e julgamento, Nunes e Melo demonstram que existe uma discussão sobre a fixação de competência, uma vez que a Justiça Eleitoral é especializada e cabe a aplicação subsidiária do Código do Processo Penal, nos termos do artigo 364 do Código Eleitoral. Entretanto, o art. 78 do CPP, estabelece que em caso de concurso entre jurisdição comum e especial, prevalecerá a especial.<sup>68</sup>

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entendeu que:

Agravo regimental. Petição. Doações eleitorais por meio de caixa dois. Fatos que poderiam constituir crime eleitoral de falsidade ideológica (art. 350 do Código Eleitoral). Competência da Justiça Eleitoral. Crimes conexos de competência da Justiça Comum. Irrelevância. Prevalência da Justiça Especial (art. 35, II, do Código Eleitoral e art. 78, IV, do Código de Processo Penal). Precedentes. [...] 1. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, nos casos de doações eleitorais por meio de caixa 2 - fatos que poderiam constituir o crime eleitoral de falsidade ideológica (art. 350, Código Eleitoral) -, a competência para processar e julgar os fatos é da Justiça Eleitoral (PET nº 6.820/DF-AgR-ED, Relator para o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 23/3/18). 2. A existência de crimes conexos de competência da Justiça Comum, como corrupção passiva e lavagem de capitais, não afasta a competência da Justiça Eleitoral, por força do art. 35, II, do Código Eleitoral e do art. 78, IV, do Código de Processo Penal. [...]. 4. Agravo regimental provido, para se determinar a remessa dos termos de colaboração premiada ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, para posterior encaminhamento ao juízo de primeiro grau competente. (STF - Acórdão Pet 7319/DF - Distrito Federal, Relator (a): Min. Edson Fachin, data de

---

<sup>67</sup> NUNES, Filipe Maia Broeto; MELO, Valber. Caixa 2 e o Supremo: (des)acertos e efeitos da decisão. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 24, n. 5741, 21 mar. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72724>. Acesso em: 11 out. 2019

<sup>68</sup> NUNES, Filipe Maia Broeto; MELO, Valber. Caixa 2 e o Supremo: (des)acertos e efeitos da decisão. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 24, n. 5741, 21 mar. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72724>. Acesso em: 11 out. 2019



juízo: 27/03/2018, data de publicação: 09/05/2018, 2ª Turma).<sup>69</sup>

Assim, a competência é da Justiça Eleitoral, em casos de doações eleitorais feitas por meio de caixa dois, fato enquadrado no art. 350 do Código Eleitoral (crime de falsidade ideológica eleitoral). Portanto, a competência da Justiça Comum nos crimes conexos não afasta a competência da Justiça Eleitoral.<sup>70</sup>

No âmbito geral, a Lei do Colarinho Branco nº 7.492/86 prevê o caixa dois em seu art. 11. Entretanto, trata-se crime próprio, em que o sujeito ativo deve estar previsto no art. 25 da referida lei. Está previsto também no art. 1º dos crimes contra a ordem tributária na Lei nº 8.137/90. Verifica-se, portanto, que não há crime específico para o caixa dois eleitoral no direito penal brasileiro, que atualmente possui adequação típica no art. 350 do Código Eleitoral.<sup>71</sup>

#### 4.1.7 A aplicabilidade e efetividade da medida

O Promotor de Justiça do Ministério Público do Ceará, Igor Pereira Pinheiro, entende que a tipificação do caixa dois na legislação brasileira é prescindível, uma vez que os casos são adequados ao art. 350 do Código Eleitoral, que dispõe sobre a falsidade ideológica eleitoral.<sup>72</sup>

Nesse sentido, o STF e TSE possuem o seguinte entendimento:

INQUÉRITO POLICIAL. DIREITO PENAL E  
PROCESSUAL PENAL. PRESCRIÇÃO. INVESTIGADOS

---

<sup>69</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2.Turma). **Acórdão Pet 7319/DF** - Distrito Federal. Agravo regimental. Petição. Doações eleitorais por meio de caixa dois. Fatos que poderiam constituir crime eleitoral de falsidade ideológica (art. 350 do Código Eleitoral). Competência da Justiça Eleitoral. Crimes conexos de competência da Justiça Comum. Irrelevância. Prevalência da Justiça Especial (art. 35, II, do Código Eleitoral e art. 78, IV, do Código de Processo Penal). Precedentes. Remessa dos termos de colaboração premiada ao Tribunal Regional.

<sup>70</sup> NUNES, Filipe Maia Broeto; MELO, Valber, op. cit

<sup>71</sup> GOMES, Luiz Flávio. Caixa 2 eleitoral é crime?. **Jusbrasil**, 02 jul. 2015. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/204315523/caixa-2-eleitoral-e-crime>. Acesso em: 25 jun. 2019.

<sup>72</sup> PINHEIRO, Igor Pereira. Projeto de Lei "Anticrime" e as mudanças na seara eleitoral. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 272.



MAIORES DE 70 (SETENTA) ANOS. RECONHECIMENTO PARCIAL. DESBLOQUEIO DE BENS. NÃO ACOLHIMENTO. AVOCAÇÃO. PROCEDIMENTOS JUDICIAIS E DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA INTERNACIONAL. FATOS DISTINTOS. INDEFERIMENTO. COMPETÊNCIA. QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL Nº 937. FATOS ANTERIORES AO ATUAL MANDATO E NÃO RELACIONADOS À FUNÇÃO PARLAMENTAR. RECEBIMENTO DE VALORES NÃO DECLARADOS PARA CAMPANHAS ELEITORAIS. CAIXA 2. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL PARA JULGAMENTO DOS CRIMES ELEITORAIS E CONEXOS. DOCTRINA E PRECEDENTES DO STF. [...] 5. O suposto

recebimento de valores não declarados, relativos a contratos públicos, para financiamento de campanhas eleitorais, mediante a utilização do instrumento denominado caixa dois, configura, em tese, o crime de falsidade ideológica eleitoral estabelecido no art. 350 do Código Eleitoral, ataindo a competência da Justiça Eleitoral para julgamento deste crime e dos conexos, nos termos do art. 35, II, do Código Eleitoral e art. 78, IV, do Código de Processo Penal (CPP). [...] (STF - QO Inq: 4428 DF - DISTRITO FEDERAL 0002710-11.2017.1.00.0000, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 28/08/2018, Segunda Turma).<sup>73</sup>

HABEAS CORPUS. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. DENÚNCIA. ART.

350 DO CÓDIGO ELEITORAL. DECLARAÇÃO FALSA. NOTAS FISCAIS. ART. 1º, I, DO DL 201/67. DESVIO DE RENDAS PÚBLICAS. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. LICITUDE. ORDEM DENEGADA. Histórico da demanda. 1. Os pacientes, Prefeito e Vice-Prefeito de Pirangi/SP, foram denunciados por desviar recursos públicos da área de educação, no total de R\$ 4.741,00, simulando ou

---

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2.Turma). **QO Inq: 4428 DF - DISTRITO FEDERAL 0002710- 11.2017.1.00.0000**. INQUÉRITO POLICIAL. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRESCRIÇÃO. INVESTIGADOS MAIORES DE 70 (SETENTA) ANOS. RECONHECIMENTO PARCIAL. DESBLOQUEIO DE BENS. NÃO ACOLHIMENTO. AVOCAÇÃO. PROCEDIMENTOS JUDICIAIS E DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA INTERNACIONAL. FATOS DISTINTOS. INDEFERIMENTO. COMPETÊNCIA. QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL Nº 937. FATOS ANTERIORES AO ATUAL MANDATO E NÃO RELACIONADOS À FUNÇÃO PARLAMENTAR. RECEBIMENTO DE VALORES NÃO DECLARADOS PARA CAMPANHAS ELEITORAIS. CAIXA 2. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL PARA JULGAMENTO DOS CRIMES ELEITORAIS E CONEXOS. DOCTRINA E PRECEDENTES DO STF. Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 28/08/2018, Segunda Turma. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748636920>. Acesso em: 22 nov. 2019.





superfaturando notas fiscais de serviços de empresa de autopeças contratada pela Prefeitura, com objetivo de financiar sua campanha à reeleição mediante "caixa dois" (arts. 350 do Código Eleitoral e 1º, I, do DL 201/67). [...] (TSE - HC: 21460 PIRANGI - SP, Relator: ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, Data de Julgamento: 02/08/2016, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 03/10/2016, Página 31).<sup>74</sup>

Dessa forma, a tipificação pretendida possui aspectos positivos em relação às causas de aumento de pena. No entanto, não é suficiente para alcançar o objetivo do Governo. Desse modo, Pinheiro questiona a razão pela qual não se tipificou o caixa 3, que consiste na declaração e doação para candidato em que o dinheiro tem origem pretérita de corrupção, ou seja, o doador apenas concede seu nome para a referida declaração perante a Justiça Eleitoral.<sup>75</sup>

Ademais, diante da comprovação de caixa dois, menciona que poderia haver a fixação de pena de cassação do registro ou mandato por recebimento de determinado percentual relevante para arcar com a campanha eleitoral.<sup>76</sup>

Em contrapartida, Marcio Bittar afirma em relatório que a falta de tipificação do caixa dois eleitoral na legislação brasileira favorece a sua continuidade:

A inexistência de tipo penal, da consideração da prática como criminosa é convite para a perpetuação dessa maneira deletéria de conduzir campanhas eleitorais. É notório que o abuso de poder econômico, com a utilização de grandes quantias de dinheiro, tem a capacidade de interferir no resultado das eleições, o que é inadmissível em uma democracia.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - HC: 21460 PIRANGI - SP. HABEAS CORPUS. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. DENÚNCIA. ART. 350 DO CÓDIGO ELEITORAL. DECLARAÇÃO FALSA. NOTAS FISCAIS. ART. 1º, I, DO DL 201/67. DESVIO DE RENDAS PÚBLICAS. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. LICITUDE. ORDEM DENEGADA. Relator: ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, Data de Julgamento: 02/08/2016. Data de publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, 03/10/2016. Disponível em: <http://sedesc1-03.inter.apps.tse.jus.br:8080/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearchServers.do?tribunal=TSE&livre=21460>. Acesso em: 22 nov. 2019.

<sup>75</sup> PINHEIRO, Igor Pereira. Projeto de Lei "Anticrime" e as mudanças na seara eleitoral. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coords.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 272

<sup>76</sup> Ibidem.

<sup>77</sup> SOUZA, André. Senado aprova criminalização do caixa dois eleitoral proposta pelo pacote anticrime de Moro. **O Globo**, Brasília, 10 de jul. 2019. Brasil. Disponível em:



Por fim, a proposta não irá solucionar, por si só, todos os problemas do processo eleitoral brasileiro, especialmente a desonestidade de partidos, candidatos, agentes públicos e empresários. Caso seja aprovada, não ocorrerá o aperfeiçoamento da legislação eleitoral, pois o referido pacote não enfrenta as principais problemáticas da legislação eleitoral vigente<sup>78</sup>

No entanto, a falta de tipificação do caixa dois eleitoral e suas consequências são reconhecidas, ainda que haja adequação da conduta no art. 350 do Código Eleitoral, uma vez que a tipificação contribuirá para ampliar a responsabilização, alcançando também os envolvidos diretamente na movimentação e utilização desses recursos e não apenas os dirigentes.<sup>79</sup>

## 4.2 O confisco alargado de bens

Entende-se que o confisco alargado de bens adequa-se às políticas criminais de perda dos produtos e proveitos do crime nos casos de presunções de ilícitos anteriores, com o objetivo de impedir a continuidade do ciclo criminoso.<sup>80</sup>

Este instituto ganhou destaque por se tratar de nova modalidade de confisco, mediante a inclusão no Código Penal em seu capítulo VI, que trata dos efeitos da condenação, do artigo 91-A.<sup>81</sup> A medida apresenta uma sanção econômica, que consiste na perda ampliada de bens do agente condenado com pena máxima

---

<https://oglobo.globo.com/brasil/senado-aprova-criminalizacao-do-caixa-dois-eleitoral-proposta-pelo-pacote-anticrime-de-moro-23796800>. Acesso em: 05 nov. 2019.

<sup>78</sup> PINHEIRO, Igor Pereira. Projeto de Lei "Anticrime" e as mudanças na seara eleitoral. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coords.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 272.

<sup>79</sup> SOUZA, André, op. cit.

<sup>80</sup> LINHARES, Sólón Cícero. OS LIMITES DO CONFISCO ALARGADO. **RJLB**, Ano 5 (2019), nº 2, p. 1793. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019\\_02\\_1731\\_1803.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_1731_1803.pdf). Acesso em: 20 nov. 2019

<sup>81</sup> CARDOSO, Francisco de Assis Machado. Projeto de Lei "Anticrime", o confisco alargado e demais medidas para aprimorar o perdimento do produto do crime. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 222



superior a seis anos de reclusão, quando houver indícios de que seja criminoso habitual ou profissional.<sup>82</sup>

A partir dessa compreensão, passa-se à análise do contexto atual a fim de conhecer os motivos para a implementação do confisco alargado de bens que visa aperfeiçoar a legislação, bem como os seus efeitos na sociedade brasileira.

#### *4.2.1 O contexto brasileiro atual*

Primeiramente, é necessário compreender que o “crime não pode compensar”,<sup>83</sup> conforme alertado pelo ex-ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Fernando Moro, que em rede social publicou sobre o recorde da Polícia Federal que apreendeu 548 milhões de reais em bens de organizações criminosas envolvidas em lavagem de dinheiro, corrupção e tráfico de narcóticos, apenas nos primeiros sete meses do ano de 2019. Os números são maiores do que todas as apreensões feitas em 2018, em que foram confiscados aproximadamente 451 milhões de reais.<sup>84</sup>

Cardoso entende que o Estado precisa atuar de forma que o agente do crime não consiga desfrutar daquilo que o motivou a praticar o delito. Portanto, tornam-se necessárias mudanças para o melhoramento da legislação penal e processual penal a fim de que o Estado atue igualmente contra organizações criminosas, principalmente daquelas envolvidas em corrupção.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Conheça as iniciativas do Projeto de Lei Anticrime para atacar a corrupção**, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550596565.5>. Acesso em: 24 nov. 2019.

<sup>83</sup> VASSALO, Luiz; MACEDO, Fausto. 'O crime não pode compensar', alerta Moro. **Estadão**, Brasília, 05 de ago. 2019. Política. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-crime-nao-pode-compensar-alerta-moro/>. Acesso em: 09 nov. 2019

<sup>84</sup> Ibidem.

<sup>85</sup> CARDOSO, Francisco de Assis Machado. Projeto de Lei "Anticrime", o confisco alargado e demais medidas para aprimorar o perdimento do produto do crime. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coords.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 220- 222.



Ocorre uma dificuldade no Brasil de reconhecer que as organizações criminosas lucram com os delitos praticados. Observando os crimes de colarinho branco, é possível constatar que na sociedade acontece uma espécie de identificação, pois são vistos de maneira diferente por serem empresários, políticos ou funcionários públicos. Entretanto, os criminosos financeiros, lucram muito mais com seus crimes, pois na maioria dos casos possuem a sua integridade física protegida, dificilmente são condenados e se condenados as penas aplicadas são mais brandas. Portanto, Francisco Assis Machado Cardoso considera como a “elite do crime”.<sup>86</sup>

É importante mencionar que além do confisco alargado de bens foram propostas outras medidas relacionadas a esse instituto, como a inclusão do art. 124-A no Código de Processo Penal, que diz respeito à destinação de alguns bens com relevante valor artístico e a mudança do art. 133, também do Código de Processo Penal, quanto à alienação de bens confiscados<sup>87</sup>

Na legislação atual, o art. 91 do Código Penal dispõe sobre os efeitos automáticos da sentença penal condenatória, quais sejam, a obrigação de indenizar o dano causado e a perda de instrumentos ou produtos do crime para União:

Art. 91 - São efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

---

<sup>86</sup> CARDOSO, Francisco de Assis Machado. Projeto de Lei "Anticrime", o confisco alargado e demais medidas para aprimorar o perdimento do produto do crime. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coords.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 220- 221.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 222-223.



do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)

§ 2º Na hipótese do § 1o, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012).<sup>88</sup>

Com isso, o art. 91, I do Código Penal, prevê a obrigação de indenizar como um dos efeitos da condenação que visa compensar o prejuízo causado à vítima, voltando ao status quo. Ademais, o inciso II do referido artigo traz o segundo efeito genérico que se trata da perda de bens em favor da União, quais sejam instrumentos ou produtos de crime praticado, uma vez que não é permitido sua utilização por ter origem ilícita.<sup>89</sup>

Dessa forma, verifica-se que ambos os efeitos do art. 91 do Código Penal são essenciais para o alcance da maioria de bens decorrentes de práticas criminosas, a fim de que ocorra a despatrimonialização do crime, fazendo-o não compensar.<sup>90</sup>

Além dos efeitos genéricos da condenação, o legislador introduziu mediante a Lei nº 12.694/12 (Lei de organização criminosa), o §1º do art. 91 do Código Penal, conhecido como confisco por equivalência, em que no caso de bens não encontrados ou situados no exterior, o confisco recairá, proporcionalmente, em outros bens que pertençam ao agente. Portanto, o confisco por equivalência ainda é restrito, uma vez que não é permitido o confisco amplo de bens pertencentes ao agente, vinculado apenas ao objeto da apuração. Sendo assim, a perda de bens poderá incidir de forma

---

<sup>88</sup> BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 09 nov. 2019

<sup>89</sup> CARDOSO, Francisco de Assis Machado. Projeto de Lei "Anticrime", o confisco alargado e demais medidas para aprimorar o perdimento do produto do crime. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 223-224.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 225.



restrita sobre o objeto, bem como aos valores proporcionais para a indenização por dano.<sup>91</sup>

A Lei 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), praticamente reiterou a disposição do art. 91, II, do Código Penal, em seu art. 7º, inciso I, pois prevê a perda em favor da União ou Estados de bens, valores e direitos decorrentes de forma direta ou indireta da lavagem de dinheiro. Ademais, a referida lei dispõe que caso os Entes Federativos sejam competentes, estes devem regular sobre a destinação dos bens adquiridos mediante perda judicial, sendo preferível que estes recursos sejam encaminhados para órgãos que lidem com a prevenção e combate da lavagem de dinheiro.<sup>92</sup>

#### *4.2.2 Da proposta para inclusão da modalidade de confisco no Código Penal*

A medida proposta para aperfeiçoar a perda do produto de práticas criminosas consiste na inclusão do art. 91-A no Código Penal:

Art. 91-A. No caso de condenação por infrações as quais a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º A decretação da perda prevista no caput fica condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou a sua vinculação a organização criminosa.

§ 2º Para efeito do perdimento previsto neste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

- que estejam na sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e

---

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 226

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 227



- transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 3º O condenado terá a oportunidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.<sup>93</sup>

Esta alteração permite o efetivo confisco alargado de bens do agente, que tem como objetivo desestimular a prática de delitos por organizações criminosas, uma vez que essa medida foca especialmente na despatrimonialização do crime, fazendo com que o agente reflita sobre os “benefícios” dos atos criminosos. Assim, o Estado atuará no aspecto econômico do crime de tal modo que irá dismantelar as organizações criminosas, fazendo com que a sociedade se sinta protegida.<sup>94</sup>

O referido instituto alcança os bens do agente, bem como aqueles que estão sob seu poder e que são incompatíveis com sua renda lícita. Possibilita a inversão do ônus da prova, em que o agente terá que comprovar a licitude dos bens que diferem de sua renda. Portanto, o Estado poderá atingir todos os bens que não tiverem origem lícita comprovada e não apenas os instrumentos, produtos ou proveito do crime e os bens equivalentes, conforme dispõe o art. 91, II e §1º do Código Penal.<sup>95</sup> Nesse sentido, Sólón Cícero Linhares entende que o referido instituto possui caráter penal com efeitos civis.<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> BRASIL, **Projeto de Lei nº 882/2019**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa.

Disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?jsessionid=1DAD7F2162C1999428C7718B9E\\_C91848.proposicoesWebExterno2?codteor=1712087&filename=PL+881/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=1DAD7F2162C1999428C7718B9E_C91848.proposicoesWebExterno2?codteor=1712087&filename=PL+881/2019). Acesso em: 10 nov. 2019.

<sup>94</sup> CARDOSO, Francisco de Assis Machado. Projeto de Lei "Anticrime", o confisco alargado e demais medidas para aprimorar o perdimento do produto do crime. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coords.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 228

<sup>95</sup> CARDOSO, Francisco de Assis Machado. Projeto de Lei "Anticrime", o confisco alargado e demais medidas para aprimorar o perdimento do produto do crime. In: SUXBERGER, Antonio Henrique



Linhares afirma que a perda alargada visa prevenir e demonstrar que o delito não compensa. Sua aplicação demanda um grande custo para o Estado Democrático de Direito, uma vez que garantias individuais passam a ser restringidas, mas neste ponto o instituto é válido, pois as garantias individuais não são extintas, o que seria considerado retrocesso.<sup>97</sup>

Entretanto, ao mesmo tempo em que o Estado procura frear as práticas complexas de crimes econômicos, entende-se necessária certa restrição de direitos individuais. Dessa forma, o instituto deve ser aplicado com cautela, ressaltando que não se fala há muito tempo em direitos absolutos.<sup>98</sup>

Assim, o principal ponto é o da limitação da perda alargada, pois caso limites sejam ultrapassados, bens jurídicos individuais e coletivos seriam lesionados, mais do que aqueles que visam proteger. Destaca-se que a limitação da perda de bens ampliada é feita por meio de requisitos objetivos.<sup>99</sup>

O confisco alargado de bens é importante e eficaz, bem como a proteção das garantias individuais. Portanto, é preciso um ponto de equilíbrio, feito por meio de requisitos objetivos, certos e determinados.<sup>100</sup>

Para Francisco de Assis Machado Cardoso, a proposta do Projeto de Lei Anticrime é valorosa, uma vez que na investigação criminal há uma grande dificuldade de identificação dos bens que pertencem ao agente e aqueles que passaram a compor o seu patrimônio. Por isso, é necessário identificar o beneficiário final ou efetivo, para que os bens que estão no nome do agente e aqueles que estão

---

Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coords.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 228.

<sup>96</sup> OLIVEIRA, Suzana Rososki de. Aspectos iniciais do confisco alargado de bens. **Canal Ciências Criminais**, fev. 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/confisco-alargado-de-bens/>. Acesso em: 24 nov. 2019.

<sup>97</sup> LINHARES, Sólon Cícero. OS LIMITES DO CONFISCO ALARGADO. **RJLB**, Ano 5 (2019), nº 2, p. 1793. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019\\_02\\_1731\\_1803.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_1731_1803.pdf). Acesso em: 20 nov. 2019

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> *Ibidem*.

<sup>100</sup> *Ibidem*.





apenas sob seu controle possam ser encontrados. Dessa forma, é possível comparar o real patrimônio do agente com o que foi declarado.<sup>101</sup>

Portanto, a proposta do confisco alargado visa identificar os bens que constituem o patrimônio do agente, bem como aqueles que foram ocultados por terem origem ilícita, para que não passem despercebidos durante a investigação criminal. A presunção legal de ilicitude faz com que o agente tenha que demonstrar, uma vez que há inversão do ônus da prova, a compatibilidade dos bens com seu patrimônio lícito, para que não sejam confiscados em favor da União.<sup>102</sup>

O art. 91-A proposto pelo Pacote Anticrime descreve no caput e §1º três requisitos do instituto do confisco alargado, quais sejam, a condenação prévia por crime com pena máxima superior a seis anos; a incompatibilidade do patrimônio do agente com a renda declarada e indícios de conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do agente<sup>103</sup>

O primeiro requisito consiste na condenação prévia por crime com pena máxima superior a seis anos é objetivo, ou seja, não há margem para avaliação subjetiva ou juízo de valor. Dessa forma, o agente estará sujeito, nestes termos, às regras do confisco alargado.<sup>104</sup>

Destaca-se que o dispositivo em questão não se refere ao trânsito em julgado, mas apenas à condenação do agente. Portanto, o confisco alargado será aplicado ao agente condenado mesmo não definitivamente por órgão competente ainda que por decisão monocrática. Se o referido instituto fosse aplicado somente com o trânsito em julgado não estaria de acordo com a proposta do Projeto Anticrime, pois a

---

<sup>101</sup> CARDOSO, Francisco de Assis Machado. Projeto de Lei "Anticrime", o confisco alargado e demais medidas para aprimorar o perdimento do produto do crime. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coords.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 228.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 229.

<sup>103</sup> Ibidem, p. 230

<sup>104</sup> Ibidem.



mudança visa a despatrimonialização do crime de maneira efetiva, identificando bens de origem ilícita para a perda alargada.<sup>105</sup>

É sabido que, rotineiramente, a perda de bens ocorre após todas as fases processuais e recursos cabíveis, o que gera um sentimento de impunidade na sociedade brasileira, uma vez que não é possível verificar a aplicação efetiva da sanção penal aos agentes. É necessário ressaltar que não se trata de discussão acerca da culpabilidade do agente para a restrição de sua liberdade, mas de indícios suficientes de práticas criminosas mediante a identificação de bens que excedem a renda lícita do agente, para a aplicação do confisco alargado.<sup>106</sup>

O segundo requisito para o confisco alargado é a incompatibilidade do patrimônio do condenado com a sua renda lícita, que deve ser demonstrado pela acusação, diante da presunção legal estabelecida. Portanto, cabe ao legislador atender o interesse da sociedade, no sentido de editar leis para a inversão do ônus da prova. Assim, em caso de divergência entre os bens do acusado com a renda lícita, será considerado que foram adquiridos de maneira ilícita.<sup>107</sup>

Nesse sentido, Francisco de Assis Machado Cardoso entende:

Dessa forma, privilegia o projeto, em primeiro lugar, o interesse da sociedade, freando a desmedida saga de se levar a presunção de inocência a limites extremos. Com a inversão do ônus da prova não se está dizendo que os bens do criminoso são de origem ilícita. Apenas fica estabelecido que caberá ao próprio condenado a obrigação de demonstrar a licitude dos bens e não à acusação, provar o contrário. Nesse sentido, nunca é demais recordar que a presunção legal incide sobre a ilicitude dos bens e não sobre a culpabilidade do agente.<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> Ibidem.

<sup>106</sup> CARDOSO, Francisco de Assis Machado. Projeto de Lei "Anticrime", o confisco alargado e demais medidas para aprimorar o perdimento do produto do crime. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coords.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 230-231.

<sup>107</sup> Ibidem, p. 231

<sup>108</sup> Ibidem



Dessa forma, caso o agente não comprove a licitude dos bens antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, haverá o perdimento de bens.<sup>109</sup>

O terceiro requisito para a aplicação do confisco alargado de bens é subjetivo e consiste na apresentação de elementos que comprovem a conduta habitual, reiterada ou profissional do agente, ou sua participação em organização criminosa.<sup>110</sup>

Além disso, o dispositivo proposto para a inclusão do confisco alargado traz a definição de “patrimônio do condenado”, bem como a de beneficiário final ou efetivo. Assim, entende-se por patrimônio do condenado os bens de que é titular, que estejam sob seu domínio direto ou indireto da data da infração penal ou recebidos a posteriori.<sup>111</sup>

#### 4.2.3 Efeitos da aplicação da medida no Brasil

É inegável que há discussões acerca da constitucionalidade da proposta que visa incluir o confisco alargado de bens na legislação brasileira, no sentido de que o referido instituto ofende a presunção da inocência e o princípio da não culpabilidade, por ser medida grave e aplicada após a sentença de segunda instância e antes do trânsito em julgado. Em contrapartida, o confisco alargado de bens seria eficaz para a redução de crimes econômicos e recuperação de prejuízos decorrentes desses delitos.<sup>112</sup>

Para Francisco de Assis Machado Cardoso, a proposta para a inclusão do confisco alargado de bens carece de ajustes para maior clareza em relação aos seus requisitos. Todavia, a sua aplicabilidade será de grande valia para o combate às

---

<sup>109</sup> Ibidem, p. 232.

<sup>110</sup> Ibidem, p. 233

<sup>111</sup> CARDOSO, Francisco de Assis Machado. Projeto de Lei "Anticrime", o confisco alargado e demais medidas para aprimorar o perdimento do produto do crime. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coords.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 245.

<sup>112</sup> OLIVEIRA, Suzana Rososki de. Aspectos iniciais do confisco alargado de bens. **Canal Ciências Criminais**, fev. 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/confisco-alargado-de-bens/>. Acesso em: 24 nov. 2019.



organizações criminosas, uma vez que a sanção econômica será mais efetiva com a despatrimonialização do crime<sup>113</sup>

Por outro lado, Távora e Alencar entendem que a proposta de inclusão do confisco alargado é baseada na “praticidade”, pois com a inversão do ônus da prova, vedada no Direito Criminal, não seria necessária a comprovação pelo Ministério Público de origem ilícita dos bens, cabendo ao agente demonstrar a licitude de seu patrimônio.<sup>114</sup>

Ademais, afirmam que os requisitos do referido instituto não são suficientes e ressaltam o disposto no § 2º inciso I, que traz a definição de “patrimônio do condenado”, em que frisam que tal dispositivo pode acarretar uma desordem jurídica.<sup>115</sup>

Conforme as opiniões acerca da proposta do confisco alargado de bens, é necessário ressaltar que em audiência pública na Câmara dos Deputados, Luíza Frischeisen, subprocuradora-geral da República, sugeriu o detalhamento do procedimento e considerou válidas as medidas para o aperfeiçoamento da legislação.<sup>116</sup>

Assim, o confisco alargado de bens demonstra que pode suprir a necessidade de mudança na legislação para a redução de crimes econômicos, ao mesmo tempo que as discussões acerca do instituto se tornam indispensáveis para análise dos princípios constitucionais e procedimentos adotados em outros países, de modo que

---

<sup>113</sup> CARDOSO, Francisco de Assis Machado, op. cit.

<sup>114</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Comentários ao Anteprojeto de lei Anticrime: Tripartido em três projetos de Lei conforme versão enviada ao Congresso Nacional**. Salvador: JusPODIVM, 2019. *E-book*. Disponível em: [http://ajufe.org.br/images/pdf/Comentarios\\_Anteprojeto\\_Anticrime\\_Nestor\\_Rosmar.pdf](http://ajufe.org.br/images/pdf/Comentarios_Anteprojeto_Anticrime_Nestor_Rosmar.pdf). Acesso em: 20 nov. 2019. p. 38.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 39

<sup>116</sup> MPF sugere alterações no pacote anticrime de Moro. **Destak**, São Paulo, 26 abr. 2019. Disponível em: <https://www.destakjornal.com.br/brasil/politica/detalhe/mpf-sugere-alteracoes-no-pacote-anticrime-de-moro>. Acesso em : 20 nov. 2019.



sua aplicação e seus efeitos sejam os mais benéficos possíveis para a sociedade brasileira.<sup>117</sup>

## 5 AS DIVERGÊNCIAS ENTRE A LEI 13.964/19 E O PACOTE ANTICRIME ORIGINÁRIO EM RELAÇÃO ÀS PRINCIPAIS PROPOSTAS NO COMBATE À CORRUPÇÃO

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, nomeada como “Pacote Anticrime” que tem como objetivo aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, surgiu por meio da solicitação de tramitação conjunta do PL 1.864/2019 com o PL 6.341/2019 no Plenário do Senado Federal.<sup>118</sup>

A nova lei passou a vigorar no dia 23 de janeiro de 2020, uma vez que o período de vacância estabelecido foi de 30 dias após a publicação oficial.<sup>119</sup> Nesse sentido, o art. 8º, § 1º da Lei Complementar (LCP) nº 95, incluído pela LCP nº 107/01, dispõe que nos casos em que a lei estipula o período de vacância, o dia da publicação e o último dia do prazo serão incluídos, de modo a vigorar no dia seguinte à consumação do prazo.<sup>120</sup>

O texto aprovado é constituído pelas medidas iniciais do ex-ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro, por modificações da Câmara dos Deputados e por propostas de uma comissão coordenada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes.<sup>121</sup>

---

<sup>117</sup> OLIVEIRA, Suzana Rososki de. Aspectos iniciais do confisco alargado de bens. **Canal Ciências Criminais**, fev. 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/confisco-alargado-de-bens/>. Acesso em: 24 nov. 2019.

<sup>118</sup> BRASIL. Senado Federal. **RQS 1108/2019**. 11 dez. 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8054546&ts=1578319198181&disposition=inline>. Acesso em: 25 maio 2020.

<sup>119</sup> BRASIL. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#art20](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#art20). Acesso em: 25 maio 2020.

<sup>120</sup> BRASIL. **Lei Complementar nº 95**, de 26 de Fevereiro de 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm). Acesso em: 25 maio 2020

<sup>121</sup> VIVAS, Fernanda. Pacote anticrime entra em vigor nesta quinta; veja ponto a ponto o que passa a valer. **G1**, 23 jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/23/pacote-anticrime-entra-em-vigor->



Assim, a Lei nº 13.964/19 dispõe sobre os seguintes pontos:

Pena máxima de 40 anos de prisão [...]; Legítima defesa [...]; Possibilidade de prisão de condenados depois de decisão do júri [...]; Novas regras para progressão de regime [...]; Mudanças nas regras para a liberdade condicional [...]; Proibição de 'saídão' para condenados por crime hediondo com morte [...]; Mudanças nas regras para a delação premiada [...]; Decisões colegiadas de juízes em casos envolvendo organizações criminosas [...]; Decisões colegiadas sobre presos em presídios federais [...]; Suspensão de prescrição da pena quando há recursos pendentes em tribunais superiores [...]; Criação de Banco Nacional de Perfis Balísticos [...]; Regras da cadeia de custódia [...]; Ampliação do tempo de permanência de presos perigosos em presídios federais [...]; Permissão para que estados e Distrito Federal construam presídios de segurança máxima [...]; Criação do Banco de Dados Multibiométrico e de Impressões Digitais [...]; Regras para o 'informante do bem' [...]; Confisco alargado de bens [...]; Acordo de não persecução penal antes da denúncia [...]; Acordo de não persecução penal em processos de tribunais superiores [...]; Uso de bens apreendidos por forças de segurança [...]; Envio a museus de obras de arte e bens culturais apreendidos [...]; Ampliação da pena por roubo com uso de arma branca ou de arma de uso restrito ou proibido [...]; Tipo de ação penal para crimes de estelionato e fraudes [...]; Regras para o regime disciplinar diferenciado [...]; Mudança no rol dos crimes hediondos [...]; Infiltração de policiais em crimes de lavagem de dinheiro [...]; Infiltração de policiais na internet [...]; Recursos para o Fundo Nacional de Segurança Pública [...]; Mudanças nas regras para medidas cautelares e mudança nas regras de prisão preventiva [...].<sup>122</sup>

---

nesta-quinta-veja-ponto-a-ponto-o-que-passa-a-valer.ghtml. Acesso em: 25 maio 2020

<sup>122</sup> VIVAS, Fernanda. Pacote anticrime entra em vigor nesta quinta; veja ponto a ponto o que passa a valer. **G1**, 23 jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/23/pacote-anticrime-entra-em-vigor->

nesta-quinta-veja-ponto-a-ponto-o-que-passa-a-valer.ghtml. Acesso em: 25 maio 2020



Ressalta-se que muitas propostas do ex-ministro Sergio Moro foram desconsideradas e o Pacote Anticrime originário foi desconstruído pelo Legislativo.<sup>123</sup> Em relação às principais propostas no combate à corrupção estudadas no capítulo anterior, verifica-se que não foram abrangidas as regras mais duras para o julgamento de embargos infringentes. Por outro lado, o confisco alargado de bens foi aprovado com algumas modificações.<sup>124</sup> Ademais, a medida que visa criminalizar o caixa dois tramita separadamente, a qual não faz parte da lei mencionada.<sup>125</sup>

Acerca da única proposta implementada dentre as apresentadas como principais no combate à corrupção, qual seja a do confisco alargado de bens, a Lei 13.964/19 dispõe em seu art. 91-A

Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

- de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e
- transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

§ 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do

---

<sup>123</sup> PEREIRA, Jeferson Botelho. A NOVÍSSIMA LEI Nº 13.964, DE 2019 E O PACOTE ANTICRIME. **Revista**

**Jus Navegandi**, jan. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78728/a-novissima-lei-n-13-964-de-2019-e-o-pacote-anticrime>. Acesso em: 25 maio 2020

<sup>124</sup> BRASIL. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#art20](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#art20). Acesso em: 25 maio 2020.

<sup>125</sup> BRASIL. Senado Federal, **Projeto de Lei nº 1865**, de 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136028>. Acesso em: 25 maio 2020



oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

§ 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

§ 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.<sup>126</sup>

Observa-se que foi retirado do texto aprovado a possibilidade de decretar a perda ampliada de bens ao condenado diante de provas que apontem conduta criminosa habitual, reiterada, profissional ou de vinculação à organização criminosa.<sup>127</sup>

Ademais, foram acrescentados os parágrafos 3º e 4º, nos quais dispõem sobre o procedimento a ser realizado, em que o Ministério Público deverá requerer a aplicação do confisco alargado com a indicação da diferença do valor do patrimônio e da renda lícita do condenado. Assim, o juiz irá apreciar e declarar a diferença de valores, indicando os bens que serão confiscados.<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#art20](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#art20). Acesso em: 25 maio 2020

<sup>127</sup> BRASIL, **Projeto de Lei nº 882/2019.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa.  
Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?sessioid=B157B1F7D3AA886C70557135BE\\_C68816.proposicoesWebExterno2?codteor=1712088&filename=PL+882/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?sessioid=B157B1F7D3AA886C70557135BE_C68816.proposicoesWebExterno2?codteor=1712088&filename=PL+882/2019). Acesso em: 25 maio 2019

<sup>128</sup> BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#art20](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#art20). Acesso em: 25 maio 2020.





Acrescentou-se também o parágrafo 5º, no qual prevê a perda de instrumentos usados em crimes por organizações criminosas e milícias para a União ou Estado, a depender da competência, mesmo que não ofereçam riscos.<sup>129</sup>

Assim, verifica-se que o texto aprovado restringiu o instituto proposto, de modo que as provas de habitualidade, condutas reiteradas e de profissionalismo não serão consideradas relevantes para a aplicação do confisco alargado de bens e não produzirá efeitos diante do cenário recorrente em crimes de corrupção. Portanto, o elemento subjetivo da medida que buscava vincular o condenado às referidas condutas criminosas foi descartado, restando apenas elementos objetivos para a possibilidade de aplicação do confisco alargado de bens.<sup>130</sup>

Constata-se que a aprovação de uma única proposta das quais foram mencionadas não é suficiente para possibilitar a diminuição da corrupção no Brasil, uma vez que a aprovação do conjunto de medidas efetivas seria apenas um passo para viabilizar o enfrentamento.<sup>131</sup> Portanto, diante das divergências verificadas, nota-se que a Lei 13.964/2019 não alcança as esferas necessárias a fim de possibilitar efeitos positivos no combate à corrupção.

Diante deste cenário, por um lado a aprovação da Lei nº 13.964/19 foi considerada como uma derrota, uma vez que não representa o principal interesse da sociedade atual, qual seja, o combate à corrupção. Por outro, foi vista como um avanço importante e que necessita de mudanças para o seu aprimoramento.<sup>132</sup>

---

<sup>129</sup> BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#art20](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#art20). Acesso em: 25 maio 2020

<sup>130</sup> CARDOSO, Francisco de Assis Machado. Projeto de Lei "Anticrime", o confisco alargado e demais medidas para aprimorar o perdimento do produto do crime. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coords.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos.** Salvador: JusPodivm, 2019. p. 235

<sup>131</sup> SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). Nota dos coordenadores. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos.** Salvador: JusPodivm, 2019. p. 5-8

<sup>132</sup> ARBEX, Thais; BRANT, Danielle; MATTOSO, Camila. Câmara aprova pacote anticrime sem principais bandeiras de Moro. **Folha de S. Paulo,**



Ademais, após a saída de Sergio Moro do Ministério da Justiça e Segurança Pública, este afirma que buscava combater a corrupção, o crime violento e o crime organizado. Entretanto, o trabalho foi concretizado apenas em relação ao crime violento e organizado, pois as medidas contra a corrupção não foram implementadas, uma vez que não houve esforço por parte do Planalto, o que acarretou no afastamento progressivo da agenda anticorrupção.<sup>133</sup>

Dessa forma, as alianças políticas interferiram na aprovação do projeto, o que não proporcionou efeitos totalmente positivos, uma vez que os interesses da sociedade foram deixados de lado. Assim, o Governo Federal não viabilizou o combate à corrupção para o fortalecimento necessário das instituições.<sup>134</sup>

Por fim, verifica-se que o Pacote Anticrime originário apresentava alterações capazes de aperfeiçoar a legislação e, principalmente, combater a corrupção. No entanto, outras medidas também são necessárias, como o melhoramento na distribuição de rendas e investimento na educação a fim de combater a desigualdade social, resultado da crise política.

Nesse sentido, as reflexões tornam-se essenciais para contribuir no melhoramento das propostas, uma vez que a Lei nº 13.964/19 não reflete uma das principais pautas, qual seja o enfrentamento da corrupção. Portanto, as medidas aprovadas não são suficientes para a diminuição significativa dos crimes de corrupção, uma vez que não proporcionam o fortalecimento das instituições com

---

Brasília, 4 dez. 2019. Disponível em:  
<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/12/camara-aprova-texto-base-do-pacote-anticrime-sem-principais-bandeiras-de-moro.shtml>. Acesso em: 26 maio 2020.

<sup>133</sup> EXCLUSIVO: Moro critica aliança com 'Centrão' e diz que Bolsonaro não apoiou o combate à corrupção, **G1**, 24 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/05/24/exclusivo-moro-critica-alianca-com-centrao-e-diz-que-bolsonaro-nao-apoiou-o-combate-a-corrupcao.ghtml>. Acesso em: 26 maio 2020

<sup>134</sup> EXCLUSIVO: Moro critica aliança com 'Centrão' e diz que Bolsonaro não apoiou o combate à corrupção, **G1**, 24 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/05/24/exclusivo-moro-critica-alianca-com-centrao-e-diz-que-bolsonaro-nao-apoiou-o-combate-a-corrupcao.ghtml>. Acesso em: 26 maio 2020



mecanismos eficazes a fim de evitar as oportunidades que acarretam irregularidades no setor público e privado.<sup>135</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo do Pacote Anticrime originário, elaborado por Sergio Fernando Moro, possibilitou amplas reflexões acerca das principais medidas elaboradas no combate à corrupção no Brasil, quais sejam, as regras mais duras para julgamento dos embargos infringentes, a criminalização do caixa dois e o confisco alargado de bens. Desde a análise da legislação penal, processual penal e especial até as propostas apresentadas, seu alcance e os possíveis efeitos no Brasil, de acordo com perspectivas distintas de diversos juristas. Além disso, se tornou possível visualizar as divergências entre o Pacote Anticrime originário e a Lei 13.964/2019, aprovada em 24 de dezembro de 2019.

Diante do contexto político-social, o Pacote Anticrime dividiu opiniões entre os brasileiros. De um lado, a ideia de que o sentimento de impunidade diminuirá e de que criminosos seriam punidos de forma mais rigorosa. Por outro lado, a ideia do punitivismo exacerbado, que não contribuirá para mudanças benéficas, apenas aumentará a população carcerária e a condenação dos menos favorecidos, por não possuírem condições de arcar com uma defesa de qualidade.

É certo que apenas o endurecimento das leis não gera a diminuição de crimes. A simples aprovação do projeto de lei não garante que ocorrerá a diminuição do crime organizado, violento e de corrupção. Entretanto, isso não significa que a legislação não precisa ser aperfeiçoada.

Ademais, nota-se que o Pacote apresenta alterações capazes de promover avanços na legislação. Porém, outras medidas são essenciais, como o melhoramento na distribuição de rendas e investimento na educação a fim de combater a

---

<sup>135</sup> KFOURI, Juca. Apresentação. In: LIVIANU, Roberto. **Corrupção e direito penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 17.



desigualdade social. Assim, é possível verificar que o Pacote Anticrime possui aspectos positivos e negativos, por isso as reflexões acerca das propostas se tornam necessárias.

A primeira proposta examinada consiste nas regras mais duras para os embargos infringentes. Conforme mencionado, os embargos infringentes estão previstos no art. 609 do Código de Processo Penal e são cabíveis contra acórdão desfavorável e não unânime, com divergência total ou parcial. O referido recurso é próprio da defesa, mas pode ser oposto pelo Ministério Público, agindo como fiscal da lei. Dessa forma, busca-se reformar a decisão que não é pacífica, quanto à questão de direito material ou a nulidade do processo, em relação à questão de direito processual, de maneira que contribua para a redução de erros em julgamentos por meio da ampliação da turma julgadora a fim de predominar a decisão mais correta e justa.

Diante disso, constatou-se que a proposta do Pacote Anticrime consiste na alteração do art. 609 do Código de Processo Penal, com a retirada do parágrafo único e a incorporação dos parágrafos 1º e 2º. A mudança ocorre no cabimento do recurso, com a eliminação da possibilidade de recorrer em hipótese de desacordo parcial. Portanto, restringe o cabimento dos embargos infringentes e de nulidade, não possibilitando sua oposição em casos de divergência quanto à dosimetria da pena e desclassificação, por exemplo.

A análise da legislação vigente e da proposta do Pacote Anticrime, em relação aos embargos infringentes e de nulidade, possibilitou a compreensão da existência do referido recurso e reflexões acerca dos possíveis efeitos da medida na sociedade brasileira. Por um lado restou demonstrada a rejeição da proposta pelo Conselho Federal da OAB, que a considera descabida e punitivista, pois conforme pesquisa realizada no TJRS, 60% dos casos seriam atingidos por essa mudança e apenas 40% teriam a possibilidade de opor os embargos infringentes e de nulidade.



Nota-se que as porcentagens são expressivas e muito relevantes para serem ignoradas. Em vista disso, o Conselho Federal da OAB se posicionou no sentido de que a medida geraria efeitos negativos, pois a celeridade processual seria insignificante e a qualidade jurisdicional seria afetada, possibilitando um cenário de injustiças

Por outro lado, constatou-se que a proposta apresentada foi criada a partir das Novas medidas contra a corrupção levantadas pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, que visa responder de maneira efetiva à corrupção, a partir da garantia fundamental prevista no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988, qual seja a duração razoável do processo. Portanto, a ideia consiste em dar celeridade ao julgamento de processos e diminuir a impunidade no país, respeitando os direitos e garantias fundamentais.

Assim, o debate de ideias permitiu a visualização de que a medida busca diminuir a demora na apreciação dos embargos infringentes e de nulidade, uma vez que é comum em casos de corrupção, a sua oposição para prolongar e causar obstáculo ao processo judicial. Ressalta-se que a proposta foi compreendida diante da dimensão que o crime de corrupção assumiu. Porém, isoladamente, não tem o condão de combater inteiramente a corrupção sistêmica do Brasil, tampouco de solucionar a demora do Judiciário, mas colabora para a realização de um julgamento mais célere, pois a restrição do cabimento diminuirá de maneira considerável o número dos referidos recursos.

Para mais, também foi evidenciado que a introdução da medida no ordenamento jurídico brasileiro causaria efeitos negativos na sociedade, pois o direito ao recurso dos brasileiros seria diretamente afetado, com base em opinião divergente acerca da proposta. Ocorre que a medida não alcançaria apenas os poderosos políticos, mas aqueles que não possuem recursos para contratar uma defesa especializada. Assim, o prejuízo seria causado diante da impossibilidade de recorrer de decisão injusta por meio dos embargos infringentes e de nulidade.



Isto posto, se de um lado tem-se o punitivismo do Estado, do outro lado tem-se o sentimento de impunidade dos cidadãos brasileiros. Diante de dois extremos, torna-se necessário a busca de soluções equilibradas, que não geram injustiças, mas que se baseiam na Constituição Federal de 1988 e que, conseqüentemente, respeitam os direitos e garantias fundamentais. Portanto, entende-se que a proposta produziria efeitos negativos para toda a sociedade, apesar de efetiva quanto à diminuição da oposição do referido recurso.

A segunda proposta analisada propõe a criminalização do caixa dois eleitoral, uma vez que não há previsão específica no Direito penal brasileiro. Todavia, constatou-se que essa conduta é considerada uma espécie do crime previsto no art. 350 do Código Eleitoral, qual seja a falsidade ideológica eleitoral. Nesse sentido, a medida apresentada pelo Pacote Anticrime busca criminalizar o caixa dois, a partir da incorporação de tipo penal próprio no Código Eleitoral para abranger essa prática.

Ocorre que o caixa dois é uma prática recorrente no Brasil, que tem sido descoberta, principalmente, por investigações da Lava-Jato. Verifica-se então que a previsão legal é necessária, por ser uma prática gravíssima e que coloca a democracia em risco por uma política desonesta.

O desenvolvimento do estudo acerca da proposta aludida conseguiu demonstrar que a ausência da previsão do crime de caixa dois no ordenamento jurídico brasileiro gera efeitos negativos, como a frequente prática do referido crime para ganhar disputas eleitorais de maneira desonesta, a partir de financiamentos ilícitos de campanhas, uma vez que o poder econômico influencia o resultado das eleições.

Assim, o crime de falsidade ideológica eleitoral, disposto no art. 350 do Código Eleitoral, consiste na omissão ou inclusão de declarações falsas em documento público ou particular a fim de privilegiar partido. Poderão responder o doador e candidato, sendo necessária a comprovação das informações falsas, o que mostra ainda mais a dificuldade de responsabilização pela conduta ilícita.



O Pacote Anticrime possibilita, então, a inclusão do art. 350-A no Código Eleitoral, para criminalizar o caixa dois e responsabilizar todos os envolvidos, desde a movimentação de recursos até a sua utilização, com pena fixada de dois a cinco anos de reclusão. Cumpre destacar que o referido dispositivo possui diversos núcleos do tipo, quais sejam, arrecadar, receber, manter, movimentar ou utilizar qualquer recurso, incluindo ainda aqueles que doarem, contribuírem ou fornecerem recursos. Ademais, a medida prevê aumento de pena de  $1/3$  a  $2/3$  nos casos em que concorra o agente público.

Conforme visto, o caixa dois eleitoral ocorre quando são feitas doações de recursos para campanhas eleitorais e estes são recebidos e utilizados, mas não devidamente registrados em documentos apresentados ao Tribunal Superior Eleitoral. Assim, esta conduta enquadra-se na falsidade ideológica eleitoral, prevista no art. 350 do Código Eleitoral e por estar prevista em lei especial, a regra é que compete à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os crimes comuns que forem conexos.

O debate proporcionado acerca da proposta de criminalização do caixa dois eleitoral abrange, por um lado, o apontamento de Pinheiro de que o tipo penal não é essencial, uma vez que a prática adequa-se ao art. 350 do Código Eleitoral, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral. Ademais, questiona-se o motivo pelo qual não foi proposto o tipo penal do “caixa 3” e a fixação de cassação de mandato ou registro, que seriam medidas mais proveitosas na seara eleitoral.

Por outro lado, verificou-se que a inclusão do dispositivo é necessária para deter a prática reiterada do caixa dois eleitoral, uma vez que o recebimento não declarado de grandes quantias em campanhas eleitorais afeta o resultado das eleições e conseqüentemente atinge a Democracia, conforme argumentado pelo ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luís Roberto Barroso.



Portanto, a medida mostra-se de suma importância e torna-se necessária para deter a reiteração da prática em eleições e ampliar a responsabilidade do crime aos que movimentam e utilizam os recursos a fim de obter vantagens. Além disso, a medida por si só não resolve os problemas da legislação eleitoral e da corrupção no Brasil, mas torna a responsabilização mais eficaz e abrangente com a previsão composta por vários núcleos do tipo e causa de aumento de pena em casos de concorrência de agente público.

A última proposta analisada seria a possibilidade de inclusão do art. 91-A no Código Penal que consiste em nova modalidade de confisco no que tange aos efeitos da condenação, conhecido como “confisco alargado de bens” que proporciona a perda ampla de bens do condenado com pena máxima superior a 6 anos de reclusão e que houver elementos que comprovem habitualidade ou profissionalismo no crime.

A medida busca retirar ideia de que “o crime compensa” no Brasil a partir da mudança na legislação penal e processual penal, a fim de que organizações criminosas não desfrutem do produto do crime cometido, em especial do crime de corrupção.

Ademais, o art. 91 do Código Penal prevê os efeitos da condenação, quais sejam a obrigação de indenizar o dano e a perda de bens em favor da União de instrumentos ou produtos do crime praticado. Além dos referidos efeitos, existem no ordenamento jurídico brasileiro legislações específicas como a de lavagem de dinheiro e de organizações criminosas que também preveem os efeitos da condenação por estes crimes, em especial.

Conforme o raciocínio esposado, o confisco alargado possibilita o alcance de bens não compatíveis com a renda lícita do agente, devendo este comprovar a sua origem. Além disso, o instituto não atinge somente os instrumentos, produtos e proveitos do crime, mas dos bens que não tenham sua origem lícita comprovada, conforme os limites traçados no dispositivo proposto.





As limitações da perda alargada consistem nos requisitos objetivos, quais sejam a condenação por crime com pena máxima superior a seis anos, patrimônio incompatível do agente com a renda declarada e indícios de habitualidade, reiteração ou profissionalidade do agente.

A discussão acerca do instituto demonstrou por um lado, a ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da não culpabilidade, uma vez que seus efeitos são anteriores ao trânsito em julgado. Por outro lado, entende-se que o confisco alargado de bens é necessário para a mudança na legislação e a consequente redução de crimes econômicos.

A despeito da consolidação das principais propostas inicialmente apresentadas pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, o ordenamento jurídico brasileiro admitiu o confisco alargado de bens mediante a aprovação da Lei 13.964/19, em que se alterou o teor inicial da proposta com a retirada de seu elemento subjetivo, que buscava vincular o condenado à condutas habituais, reiteradas ou profissionais ou às organizações criminosas.

Conclui-se que as propostas apresentadas, isoladamente, não possuem o condão de enfrentar por si só a corrupção sistêmica no Brasil. Ademais, cada medida propõe modificações em diferentes ramos do ordenamento jurídico brasileiro, seja na legislação penal, processual ou eleitoral. Caso aprovadas, seriam eficientes no que diz respeito à perda ampliada de bens, à celeridade do processo judicial e à responsabilização mediante a previsão do crime de caixa dois eleitoral.

Entende-se que as regras mais duras para os embargos infringentes e de nulidade ainda que haja bons resultados referentes à celeridade processual, existe um preço alto a ser pago mediante a restrição do cabimento do recurso. A criminalização do caixa dois eleitoral torna-se necessária e benéfica por ampliar a responsabilização da conduta ilegal e deter a sua reiteração. Já o confisco alargado contribui para a perda ampla dos bens de origem ilícita e não comprovada do condenado. Nesse



sentido, conclui-se que os efeitos das propostas seriam positivos, com exceção das regras mais duras para os embargos infringentes e de nulidade.

Por fim, destaca-se que a desarmonia entre os poderes, fruto da crise político-social, contribuiu para a fragmentação e desidratação do Pacote Anticrime, conforme observado perante a tramitação dos projetos de lei e a aprovação da Lei 13.964/19, que substituiu o texto original. Portanto, houve o afastamento progressivo das medidas que objetivavam o combate à corrupção ao longo do processo legislativo. Assim, verificou-se que a Lei 13.964/19 não contribuiu para o aperfeiçoamento considerável da legislação brasileira em relação aos crimes de corrupção.

Então, o Pacote Anticrime não atingiu o objetivo que se buscava por completo com a edição da Lei 13.964/19, uma vez que as propostas inicialmente apresentadas possuem maior profundidade por serem efetivas no combate à corrupção. Isso demonstra que mesmo com os possíveis efeitos positivos, parte significativa das medidas consideradas relevantes para o Ministério da Justiça e Segurança Pública não ganhou espaço e validade no ordenamento jurídico brasileiro a fim de diminuir as práticas criminosas constantes e enfrentar o sistema de corrupção existente no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Vital Francisco Celestino. A relação entre a desigualdade e a corrupção política na filosofia de Rousseau. **Griot: Revista de Filosofia**, v. 17, n. 1, 19 jun. 2018. Disponível em: <https://www3.ufrb.edu.br/seer/index.php/griot/article/view/807/520>. Acesso em: 25 maio 2020.

ARBEX, Thais; BRANT, Danielle; MATTOSO, Camila. Câmara aprova pacote anticrime sem principais bandeiras de Moro. **Folha de S. Paulo**, Brasília, 4 dez. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/12/camara-aprova-texto-base-do-pacote-anticrime-sem-principais-bandeiras-de-moro.shtml>. Acesso em: 26 maio 2020.



BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRANCO, Leo. Moro admite dificuldades, mas está otimista com tramitação de pacote anticrime no Congresso. **O Globo**, Brasília, 11 de out. 2019. Brasil. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/moro-admite-dificuldades-mas-esta-otimista-com-tramitacao-de-pacote-anticrime-no-congresso-24011227>. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 09 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 95, de 26 de Fevereiro de 1998**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm). Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#art20](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#art20). Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Código Eleitoral. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm). Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 881/2019**. Altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para criminalizar o uso de caixa dois em eleições. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1712087&filenam e=PL+881/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712087&filenam e=PL+881/2019). Acesso em: 24 nov. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 882/2019**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=1DAD7](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1DAD7)



F2162C1999428C7718B9EC91848.proposicoesWebExterno2?codteor=1712087&filename=PL+881/2019. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 1865, de 2019**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136028>. Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. Senado Federal. **RQS 1108/2019**. 11 dez. 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8054546&ts=1578319198181&disposition=inline>. Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2.Turma). **Acórdão Pet 7319/DF** - Distrito Federal. Agravo regimental. Petição. Doações eleitorais por meio de caixa dois. Fatos que poderiam constituir crime eleitoral de falsidade ideológica (art. 350 do Código Eleitoral). Competência da Justiça Eleitoral. Crimes conexos de competência da Justiça Comum. Irrelevância. Prevalência da Justiça Especial (art. 35, II, do Código Eleitoral e art. 78, IV, do Código de Processo Penal). Precedentes. Remessa dos termos de colaboração premiada ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Determinação que não firma, em definitivo, a competência do juízo indicado. Investigação em fase embrionária. Impossibilidade, em sede de cognição sumária, de se verticalizar a análise de todos os aspectos concernentes à declinação de competência. Agravo regimental provido. Relator (a): Min. Edson Fachin. Brasília, 27 de março de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749269843>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2.Turma). **QO Inq: 4428 DF - DISTRITO FEDERAL 0002710-11.2017.1.00.0000**. INQUÉRITO POLICIAL. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRESCRIÇÃO. INVESTIGADOS MAIORES DE 70 (SETENTA) ANOS. RECONHECIMENTO PARCIAL. DESBLOQUEIO DE BENS. NÃO ACOLHIMENTO. AVOCACÃO. PROCEDIMENTOS JUDICIAIS E DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA INTERNACIONAL. FATOS DISTINTOS. INDEFERIMENTO. COMPETÊNCIA. QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL Nº 937. FATOS ANTERIORES AO ATUAL MANDATO E NÃO RELACIONADOS À FUNÇÃO PARLAMENTAR. RECEBIMENTO DE VALORES NÃO DECLARADOS PARA CAMPANHAS ELEITORAIS. CAIXA 2.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL PARA JULGAMENTO DOS CRIMES ELEITORAIS E CONEXOS. DOCTRINA E PRECEDENTES DO STF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 28 de agosto de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748636920>. Acesso em: 22 nov. 2019.



BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE) - **HC: 21460 PIRANGI - SP. HABEAS CORPUS. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. DENÚNCIA. ART. 350 DO CÓDIGO ELEITORAL. DECLARAÇÃO FALSA. NOTAS FISCAIS. ART. 1º, I, DO DL 201/67. DESVIO DE RENDAS PÚBLICAS. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. LICITUDE. ORDEM**

DENEGADA. Relator: Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin. Brasília, 02 de agosto de 2016. Disponível em: <http://sedesc1-03.inter.apps.tse.jus.br:8080/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearchServers.do?tribunal=TSE&livre=21460>. Acesso em: 22 nov. 2019.

CARDOSO, Francisco de Assis Machado. Projeto de Lei "Anticrime", o confisco alargado e demais medidas para aprimorar o perdimento do produto do crime. *In*: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 219-246.

CARVALHO, Felipe Fernandes de; CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira. Embargos infringentes e de nulidade: outra sensível mudança do projeto "anticrime". **Revista Consultor Jurídico**, 19 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/opiniao-embargos-infringentes-nulidade-projeto-anticrime>. Acesso em: 13 nov. 2019.

COELHO, Gabriela. CCJ do Senado aprova criminalização de caixa dois no "pacote anticrime". **Revista Consultor Jurídico**, 10 jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-10/ccj-senado-aprova-criminalizacao-caixa-dois>. Acesso em: 02 out. 2019.

EXCLUSIVO: Moro critica aliança com 'Centrão' e diz que Bolsonaro não apoiou o combate à corrupção, **G1**, 24 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/05/24/exclusivo-moro-critica-alianca-com-centrao-e-diz-que-bolsonaro-nao-apoiou-o-combate-a-corrupcao.ghtml>. Acesso em: 26 maio 2020.

FRANCISCO, Ronaldo Vieira; GOLDFINGER, Fábio Ianni. Projeto de lei "anticrime" e as alterações nos embargos infringentes e embargos de nulidade. *In*: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 519-538.

GOMES, Luiz Flávio. Caixa 2 eleitoral é crime?. **Jusbrasil**, 2 jul. 2015. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/204315523/caixa-2-eleitoral-e-crime>. Acesso em: 25 out. 2019.



KFOURI, Juca. Apresentação. In: LIVIANU, Roberto. **Corrupção e direito penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 15- 18.

LEITE, Alao; TEIXEIRA, Adriano. **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. *E-book*. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-PT&lr=&id=pYtIDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA135&dq=CAIXA+DOIS+&ots=jWHWxAaUjc&sig=GiXyQ8hY6TgnVfNuoUI91P6Tk4#v=onepage&q=CAIXA%20DOIS&f=false>. Acesso em: 26 maio 2020.

LINHARES, Sólón Cícero. Os limites do confisco alargado. **RJLB**, ano 5, n. 2, 2019. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019\\_02\\_1731\\_1803.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_1731_1803.pdf). Acesso em: 20 nov. 2019.

LIVIANU, Roberto. Introdução. In: LIVIANU, Roberto. **Corrupção e direito penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 21- 27.

MACHADO, Ana Paula; CALEIRO, João Pedro. O que é caixa 2 e o que isso significa para campanhas eleitorais. **EXAME**, São Paulo, 23 out. 2018. Brasil. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/o-que-e-caixa-2-entenda-o-que-isso-significa-para-campanhas-eleitorais/>. Acesso em: 03 nov. 2019.

MEDEIROS, Fabrício J. Mendes. **A criminalização do caixa 2 eleitoral**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-4850-16-estabelece-medidas-contra-a-corrupcao/documentos/audiencias-publicas/fabricio-juliano-mendes-medeiros-mestre-em-direito-e-professor-de-direito-constitucional-e-eleitoral>. Acesso em: 25 out. 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Conheça as iniciativas do Projeto de Lei Anticrime para atacar a corrupção**, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550596565.5>. Acesso em: 24 ago. 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Conheça os principais pontos do Anteprojeto de Lei Anticrime**, 2019. Disponível em: <https://justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549457294.68>. Acesso em: 24 ago. 2019.



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Perguntas e respostas sobre o pacote anticrime**, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/projetos/anticrime-1#p1>. Acesso em: 24 ago. 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Projeto de Lei Anticrime adequa legislação à realidade atual e torna o cumprimento de penas mais eficiente**, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06>. Acesso em: 24 ago. 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Sergio Moro apresenta Projeto de Lei Anticrime nesta segunda-feira**, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549193850.56>. Acesso em: 24 ago. 2019.

MOHALLEM, M. F.; BRANDÃO, B. *et al.* Novas medidas contra a corrupção. Rio de Janeiro: **Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas**, 2018, Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/23949>. Acesso em: 22 nov. 2019.

MORO, Sergio Fernando. Prefácio. *In:* LIVIANU, Roberto. **Corrupção e direito penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 11- 14.

MORO, Sergio Fernando. **Projeto de Lei Anticrime: uma nova discussão**. *In:* AULA MAGNA COM SERGIO MORO, 2019. Brasília: UniCeub, 13. mar. 2019.

MPF sugere alterações no pacote anticrime de Moro. **Destak**, São Paulo, 26 abr. 2019. Disponível em: <https://www.destakjornal.com.br/brasil/politica/detalhe/mpf-sugere-alteracoes-no-pacote-anticrime-de-moro>. Acesso em : 20 nov. 2019.

NUNES, Filipe Maia Broeto; MELO, Valber. Caixa 2 e o Supremo: (des)acertos e efeitos da decisão. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 24, n. 5741, 21 mar. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72724>. Acesso em: 11 out. 2019.

OLIVEIRA, Suzana Rososki de. Aspectos iniciais do confisco alargado de bens. **Canal Ciências Criminais**, fev. 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/confisco-alargado-de-bens/>. Acesso em: 24 nov. 2019.

PEREIRA, Jeferson Botelho. A NOVÍSSIMA LEI Nº 13.964, DE 2019 E O PACOTE



ANTICRIME. **Revista Jus Navegandi**, jan. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78728/a-novissima-lei-n-13-964-de-2019-e-o-pacote-anticrime>. Acesso em: 25 maio 2020.

PINHEIRO, Igor Pereira. Projeto de Lei "Anticrime" e as mudanças na seara eleitoral. *In*: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 247-271.

SANTA CRUZ, Felipe; BRENDA, Juliano (coord.). **Análise do projeto de lei anticrime**: OAB Nacional. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019. Disponível em: <http://s.oab.org.br/arquivos/2019/05/c28c402c-db24-4d8a-9b3c-5e03235fe6a2.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

SOUZA, André. Senado aprova criminalização do caixa dois eleitoral proposta pelo pacote anticrime de Moro. **O Globo**, Brasília, 10 de jul. 2019. Brasil. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/senado-aprova-criminalizacao-do-caixa-dois-eleitoral-proposta-pelo-pacote-anticrime-de-moro-23796800>. Acesso em: 05 nov. 2019.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). Nota dos coordenadores. *In*: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). **Projeto de lei anticrime comentado por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 5-8.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Comentários ao Anteprojeto de lei Anticrime: Tripartido em três projetos de Lei conforme versão enviada ao Congresso Nacional**. Salvador: JusPODIVM, 2019. *E-book*. Disponível em: [http://ajufe.org.br/images/pdf/Comentarios\\_Anteprojeto\\_Anticrime\\_Nestor\\_Rosmar.pdf](http://ajufe.org.br/images/pdf/Comentarios_Anteprojeto_Anticrime_Nestor_Rosmar.pdf). Acesso em: 20 nov. 2019.

TRAMITAÇÃO do pacote anticrime deve ser iniciada no Senado, defende Eliziane. **Agência Senado**, Brasília, 28 de mar. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/03/28/tramitacao-do-pacote-anticrime-deve-ser-iniciada-no-senado-defende-eliziane>. Acesso em: 23 maio 2020.

VASSALO, Luiz; MACEDO, Fausto. 'O crime não pode compensar', alerta Moro. **Estadão**, Brasília, 05 ago. 2019. Política. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-crime-nao-pode-compensar-alerta-moro/>. Acesso em: 09 nov. 2019.

VIVAS, Fernanda. Pacote anticrime entra em vigor nesta quinta; veja ponto a ponto o que passa a valer. **G1**, 23 jan. 2020. Disponível em:





<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/23/pacote-anticrime-entra-em-vigor-nesta-quinta-veja-ponto-a-ponto-o-que-passa-a-valer.ghtml>. Acesso em: 25 maio 2020.



# OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS REFUGIADAS NO BRASIL

Danielle Nunes de Faria

## 1 INTRODUÇÃO

O refúgio, diferentemente de qualquer outra forma de proteção humanitária internacional, surgiu e se faz presente em uma evolução histórica, pautada na preocupação de Estados soberanos, com elementos como a segurança e a garantia de um mínimo existencial, adequado a pessoas que vivem em situações de instabilidade e em eminentes riscos, decorrentes de guerras e conflitos armados.

É um instituto desenvolvido com o intuito de cada vez mais corresponder as necessidades de vítimas de perseguição, intolerância e em situação de vulnerabilidade na seara internacional. Podendo afetar toda e qualquer classe, grupo, raça e faixa etária de pessoas.

Por esta razão, e possuindo uma enorme influência dos direitos humanos em seu cerne, ele foi e é interpretado com o objetivo de gerar novos dispositivos, de proteção e garantia de direitos, e uma maior adesão de seus instrumentos normativos.

Atualmente, o refúgio está atrelado a dois grandes princípios internacionais de direito público, que direta e indiretamente, afetam a sua concretização. São eles a Autodeterminação dos Povos e a Prevalência dos Direitos Humanos. Ambos com expressa previsão constitucional em nosso ordenamento no artigo 4º, incisos III e IV, bem como em convenções e tratados internacionais

Em consonância a estes princípios, temos direitos e garantias fundamentais presentes no texto constitucional de 1988, que merecem um devido valor e



efetividade, inclusive para a proteção do Estado Democrático de Direito e a consequente ordem pública da nação.

Tais direitos são por nós perceptíveis e visíveis na simples vida cotidiana, e servem como um meio próprio e eficaz para a proteção de nacionais em um primeiro momento.

Eles são responsáveis por locomover toda a máquina estatal, limitando poderes e garantindo direitos. E a sua interpretação aliada a princípios, também de ordem constitucional, formam um harmonioso e seguro sistema jurídico, que, juntamente às políticas públicas, desenvolvidas e efetivadas pelo poder legislativo e executivo, tornam a nossa sociedade mais isonômica, digna e justa para todos.

Dentro desses direitos fundamentais, vinculados a um direito internacional humano e a instrumentos normatizadores do instituto do refúgio, nós temos os direitos, as garantias e os preceitos básicos de proteção e assistência a crianças e adolescentes, os quais, passaram a ser resguardados pelo Estado, pelas organizações e pela própria comunidade brasileira, bem como, reconheceram a infância e a juventude a sua posição como sujeitos de direitos.

A problemática motivadora deste estudo é a importância dada pela população brasileira aos direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes, trazendo o impacto desta valoração na vida cotidiana de meninos e meninas que vivenciam a condição de migrantes e refugiados.

O impasse em volta do tema refere-se as dificuldades enfrentadas por essa categoria de indivíduos que recentemente teve seus direitos reconhecidos pelos países, e que mesmo assim encontram óbices na concretização deles em virtude da pouca disseminação de informações sobre o que são direitos fundamentais e como eles se completam, formando o micro sistema de direitos da infância e juventude migrante.



Assim sendo, o presente estudo tem como objetivo analisar os institutos jurídicos que fundamentam e garantem direitos a crianças e adolescentes refugiados no Brasil. Bem como o seu desenvolvimento no mundo, os seus reflexos no texto constitucional e, principalmente, a sua influência no caso atual de menores venezuelanos atravessando a fronteira com o Estado de Roraima (RR).

Para tanto, será o presente trabalho dividido em quatro capítulos e contará com a utilização de um método exploratório (coletando informações sobre o tema central e os seus subtópicos), bibliográfico, com estudo de caso e uma técnica de análise de dados qualitativa e quantitativa.

Primeiramente, será realizada uma pesquisa histórica e técnica referente à institutos de direito internacional público, percorrendo conceitos, entendimentos doutrinários, princípios e entidades competentes.

Em seguida questionado o que são, quais são, e como os direitos fundamentais são dialogados e efetivados em nossa sociedade, bem como será feita uma abordagem doutrinária

alusiva às características desse tema, à sua positivação na realidade jurídica nacional e a sua associação as necessidades básicas do ser humano.

Em um terceiro momento será estudado quem são essas crianças e adolescentes protegidos pela normatividade, nacional e internacional, o que as define, quais são os instrumentos legitimadores de seus direitos, quais são as suas garantias constitucionais e como elas foram inseridas na Constituição Federal de 1988.

E Para a compreensão da aplicação desses instrumentos, faremos toda uma análise pautada na soma dos elementos teóricos apresentados à situação fática de nossa sociedade, por meio de um enfoque no casual, apresentado em nosso quarto momento, relativo à condição de crianças e adolescentes venezuelanos em Pacaraima e em Boa Vista – RR.



A relevância deste trabalho está pautada na disseminação adequada de informação, inclusive através do meio acadêmico, a respeito do valor dos direitos fundamentais para a infância refugiada, por ainda ser um estudo bastante recente, com poucas publicações a respeito e poucas indagações sociais realizadas.

De outro lado, socialmente, merece ser conhecida a presente pesquisa no intuito de propagar as informações e os dados coletados de forma correta, imparcial e acessível a todos os públicos. De modo a conscientizar a população nacional sobre o assunto, tal como abolir com as situações de xenofobia existentes.

E, politicamente, mobilizar a sociedade e seus representantes a serem mais fraternos e lutarem não apenas por seus direitos, mas pelos direitos do próximo, e pelos direitos sociais como um todo, de modo a algum dia alcançarmos, ou pelo menos chegarmos perto, de um desenvolvimento cultural e humano exemplo para o mundo.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 O Refúgio**

#### *2.1.1 A História*

Em diversos momentos da história, as guerras foram relatadas como catastróficas medidas políticas, que possuíam o intuito de repelir agressões ou expandir o domínio econômico de um Estado. Elas eram tidas como expressões máximas da soberania e força de uma nação, e se concretizavam com a presença e o confronto físico entre indivíduos, frágeis e mortais.

Com o passar dos anos, e com as evoluções tecnológica, industrial e armamentista, as guerras passaram a ter estratégias diferentes e alcances territoriais



muito maiores<sup>1</sup> Consequentemente, o contingente de pessoas inocentes afetadas por seus reflexos cresceu, e estas passaram a vagar pelo mundo sem destino certo.

Por essas e outras razões, tivemos o aparecimento no mundo da figura do Refúgio, que é caracterizado por ser um instituto de direito internacional público, utilizado sistematicamente no âmbito do século XV. Em virtude dos deslocamentos de povos, como os Judeus, Muçulmanos, Protestantes e os Huguenotes, à procura de proteção e abrigo em territórios vizinhos aos seus de origem, uma vez que sofriam com as perseguições e violações de direitos.<sup>2</sup>

Contudo, como tema de discussão, o refúgio se fez presente apenas durante o século XX, no âmbito da Liga das Nações (1919). Em razão dos contínuos e massivos deslocamentos de civis da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), que fugiam em busca de proteção, tendo em vista as violências políticas e econômicas sofridas dentro do próprio país.<sup>3</sup>

Apesar de à época a Liga das Nações ter assumido esse compromisso junto a Cruz Vermelha, nem uma, nem outra, estavam preparadas para tratar desse assunto em específico. Consequentemente, no decorrer dos anos, se fez necessário a criação de Alto Comissariados e Organizações Internacionais responsáveis, inteiramente e especificamente, por tratar do refúgio como uma solução temporária e destinada a grupos de pessoas determinadas. Uma vez que eram deslocadas em razão de guerras ou conflitos armados no continente europeu.<sup>4</sup>

Inicialmente, o instituto do refúgio se apresentou no âmbito internacional como sendo uma prerrogativa do Estado em conceder um status a uma coletividade

---

<sup>1</sup> Cf. HISTORY. **Uma era de extremos**: 10 relatos chocantes de quem encarou a Segunda Guerra Mundial. [20--]. Disponível em: <<https://br.historyplay.tv/noticias/uma-era-de-extremos-10-relatos-chocantes-de-quem-encarou-segunda-guerra-mundial>>. Acesso em: 29 Setembro 2019

<sup>2</sup> JUBILUT, L. L. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional-dos-Refugiados-e-sua-Aplica%C3%A7%C3%A3o-no-Ordenamento-Jur%C3%ADdico-Brasileiro.pdf>>. Acesso em: 19 Outubro 2019. Pg. 23

<sup>3</sup> JUBILUT, 2007, pg. 24

<sup>4</sup> JUBILUT, 2007, pg. 73



de pessoas, que, em razão de uma perseguição nacional e política, deixavam seu país de origem para buscar proteção em outros países.<sup>5</sup>

No século XX, foi possível o surgimento e o desenvolvimento do grande princípio ligado ao instituto do refúgio, o *non refoulement*.<sup>6</sup> Ainda que de forma limitada, sua discussão durante a elaboração da Convenção de Genebra de 1933 (*Convention Relative au Statut Internacional Des Refugies*)<sup>7</sup> teve como resultado um direito público interno pautado em sua interpretação a contrário senso, reveladora de uma ampla solidariedade internacional, responsável por tornar mais humana a realidade dos migrantes. Muitas vezes vítimas de perseguições e discriminações no país de acolhida.

Em 1938, como sugestão da Noruega, foi possível a unificação do tratamento dado aos refugiados pelo mundo, e a concentração da responsabilidade em apenas um órgão mundial, conhecido como Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados.<sup>8</sup>

Saliente-se ainda que houve uma maior preocupação em se determinar individualmente quem eram os refugiados e qual o risco de perseguição eles estavam sofrendo, vez que, anteriormente a qualificação de um refugiado se dava através de critérios objetivos, como a nacionalidade e a etnia, de toda uma coletividade de pessoas.<sup>9</sup>

Todavia, o órgão criado durou apenas até 1946, quando ocorreu o fim da Liga das Nações.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> HATHAWAY, 1991 *apud* JUBILUT, 2007, pg. 27

<sup>6</sup> Este princípio dispõe que toda pessoa reconhecida como solicitante de refúgio, ou mesmo refugiada em outro país, que não o seu de origem, está proibida de ser devolvida para o território ao qual ela tenha sofrido risco a sua vida ou a sua integridade física. Paralelamente, foi possível o surgimento de todo um direito público interno pautado no contrário senso deste princípio, que se revela em uma ampla solidariedade responsável por tornar mais humana a realidade dos migrantes. Que muitas vezes sofrem outras formas de perseguições e discriminações

<sup>7</sup> JUBILUT, 2007, pg. 76.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pg. 77

<sup>9</sup> JUBILUT, 2007, pg. 77 e 78.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pg. 78



Embora durante todo esse trâmite temporal os Estados Unidos tenham se recusado a participar da Liga das Nações, com o conhecimento de que esta teria um fim programado, ele criou um Comitê Intergovernamental para Refugiados, que perdurou até 1947, posteriormente, sendo tal função de proteção assumida pela Organização das Nações Unidas (ONU), a qual muito além de se preocupar em estabelecer a paz após a Segunda Guerra Mundial, se preocupou também com a temática dos refugiados.<sup>11</sup>

Em uma de suas resoluções internas, a ONU já previa a criação de uma organização internacional que seria a responsável pela primeira ampliação do tema refugiado para os casos de deslocados internos, contudo, esta organização também possuía um limite temporal.<sup>12</sup>

Sendo assim, e temendo esse fim, em 1950 foi criado pela ONU o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), o qual perdura até os dias atuais, promovendo e realizando intervenções em países signatários, de convenções e/ou tratados, referentes ao tema e aos direitos humanos. Assim também abrangendo os direitos humanitários já presentes naquela época.<sup>13</sup>

O seu estabelecimento fez surgir uma nova fase de proteção marcada pela Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado. E neste documento de 1951,<sup>14</sup> o seu Artigo 1º previa como refugiado

Qualquer pessoa:

que foi considerada refugiada nos termos dos Ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de

---

<sup>11</sup> *Ibid.*, loc. cit

<sup>12</sup> *Ibid.*, pg. 79

<sup>13</sup> “O ACNUR foi estabelecido por meio das Resoluções 319 (V), de 3 de dezembro de 1949, e 428 (V), de 14 de dezembro de 1950, da Assembleia Geral da ONU, aprovadas por 36 votos a favor, 5 contra e 11 abstenções na 325.ª reunião plenária desse órgão, de acordo com a biblioteca da ONU em Genebra”.  
*Ibid.*, pg. 26

<sup>14</sup> ONU. ACNUR. Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados. Genebra, 28 de Julho de 1951. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf). Acesso em: 19 Outubro 2019.





28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados;

que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Como é de se notar, nesse instrumento internacional, o conceito de refugiado foi ampliado e positivado para abranger também perseguições e fundados temores desta em razão da religião e de opiniões políticas, conforme necessidades morais e sociais da época.

Na década de 60, com a descolonização da África e da Ásia<sup>15</sup>, foi necessária uma nova discussão relacionada ao grande fluxo migratório de refugiados pelo mundo, frente as reservas e as dificuldades em se aplicar a convenção de 1951, tendo em vista que está possuía tanto limites temporais, quanto limites geográficos em sua conceituação sobre o instituto.

Como consequência, em 1967, foi elaborado um protocolo com o intuito de ultrapassar as barreiras ligadas ao alcance do conceito. Este protocolo foi, portanto, “aplicado pelos Estados Membros sem nenhuma limitação geográfica”.<sup>16</sup>

Ainda que tal instrumento tenha sido um avanço para a história do instituto, ele possuía dois problemas:

- a. Como consequência do protocolo de 67 ser um instrumento autônomo a Convenção de 1951, pactuada por muitos países, este

---

<sup>15</sup> “Na década de 1960, em razão da descolonização dos continentes asiático e africano, os novos fluxos migratórios geraram uma nova disputa global em torno de zonas de influências pelos dois blocos (EUA vs URSS), percebendo-se assim a latente necessidade de alteração do texto da Convenção.” FURQUIM, A. **A criança refugiada desacompanhada ou separada: non-refoulement**, melhor interesse da criança e a inversão do caráter protetivo na prática brasileira. Curitiba, 2016. Disponível em <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/46441>>. Acesso em: 19 Outubro 2019, pg. 27

<sup>16</sup> JUBILUT, 2007, pg. 29



novo documento não foi aceito por vários Estados soberanos, que participaram apenas da Convenção anterior. Com efeito, até os dias atuais, ainda existem países que não reconhecem a ampliação geográfica instaurada pelo protocolo;

- b. Outrossim, embora esses dois documentos sejam os responsáveis por trazer ao tema uma grande evolução, eles não foram suficientemente tratados para definir refugiados, apenas caracterizá-los por sofrerem violações de direitos civis e políticos. De outro modo, embora essa definição tenha sido extremamente almejada com o intuito de uma melhor e mais efetiva proteção, ela era a razão dos Estados desenvolvidos temerem o aumento do número de solicitações e do tráfego de pessoas em seu território.<sup>17</sup>

Por conseguinte, outra ampliação importante referente ao conceito de refúgio no mundo foi a aprovação no ano de 1969 da Convenção da Organização da Unidade Africana (OUA)<sup>18</sup> sobre Refugiados, que em seu Artigo 1º, §2º dispõe:

Aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutra lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade.

Desta forma, foi possível compreender uma nova categoria de refugiados, que muito além de possuírem um fundado temor de perseguição, são compelidos a fugir de seu país de origem por razões de ocupação e (ou) dominação por outro Estado,

---

<sup>17</sup> JUBILUT, 2007, pg. 88

<sup>18</sup> Cf. “A Organização da Unidade Africana (OUA) foi criada no dia 25 de maio de 1963 em Addis Ababa, Etiópia, através da assinatura da sua Constituição por representantes de 32 governos de diferentes países africanos. A OUA foi substituída pela União Africana (UA) em 9 de julho de 2002”. BARRETO, L. P. T. F. **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas**. 1º. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2010. Disponível em: <[https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Ref%C3%BAgio-no-Brasil\\_A-prote%C3%A7%C3%A3o-brasileira-aos-refugiados-e-seu-impacto-nas-Am%C3%A9ricas-2010.pdf](https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Ref%C3%BAgio-no-Brasil_A-prote%C3%A7%C3%A3o-brasileira-aos-refugiados-e-seu-impacto-nas-Am%C3%A9ricas-2010.pdf)>. Acesso em: 19 Outubro 2019, pg. 75



bem como de perturbação grave da ordem pública interna, seja ela em parte ou em sua totalidade.

Igualmente, nas décadas de 70 e 80, a América Latina adotou uma nova concepção de refugiado, tendo em vista o direito humano de asilo. O intuito era de combater as constantes crises, inclusive de deslocados internos, ocasionadas pelos conflitos armados, decorrentes das políticas internas adotadas pelos países.<sup>19</sup>

Tal ampliação ocorreu na Declaração de Cartagena de 1984<sup>20</sup>, que assim dispõe em sua terceira conclusão

Face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se toma necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1., parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

Tendo em vista que a Declaração de 1984 é um instrumento regional, assim como o protocolo de 1967, ela possui uma aplicabilidade e vinculação apenas aos países que incorporaram os princípios e direitos humanos nela contidos as suas legislações internas

O grau e a forma de efetivação desses documentos variam de Estado para Estado, em razão da disponibilidade de recursos e da implementação desses direitos no dia a dia da população. Como é o caso de direitos como a saúde, a educação, a

---

<sup>19</sup> JUBILUT, 2007, pg. 164

<sup>20</sup> DECLARAÇÃO de Cartagena, Cartagena das Índias, 22 de Novembro de 1984. Disponível em: <[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Declaracao\\_o\\_d\\_e\\_Cartagena.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_o_d_e_Cartagena.pdf)>. Acesso em: 04 Novembro 2019



moradia, ao trabalho, dentre outros. E, uma vez que o Estado deixa de garantir esses direitos e de efetivá-los, mesmo havendo recursos e formas para tanto temos então a presença da perseguição social.<sup>21</sup>

Muito embora o refúgio seja um tema associado aos debates atuais, o instituto era reconhecido muito antes de todos esses acontecimentos narrados, existindo relatos no costume Grego em se prestar acolhimento a pessoas necessitadas, em locais de caráter inviolável e religioso. Posteriormente este fato foi adotado pelo Império Romano, ganhando um pequeno viés jurídico como o conhecemos

Com a chegada da Segunda Guerra Mundial, tivemos o aparecimento de refugiados judeus e alemães, a criação do Estado de Israel, responsável pelo deslocamento de milhares de palestinos do território, e a proclamação de direitos de liberdade, igualdade e fraternidade, voltados mais precisamente para o indivíduo.<sup>22</sup>

Em todos os casos foram constatados a presença de povos desprotegidos, vivendo de forma desumana e indesejável aos olhos do mundo. Ademais, a diferença entre eles foi o fato de os palestinos terem a desocupação de seu território e as suas condições de vida posteriores a isso provocados pela própria ONU.<sup>23</sup>

Como colocado pela doutrina e instrumentos internacionais, são cinco as razões consentidas e adotadas pelos países, que regulamentam o refúgio como uma garantia humanitária internacional, e são elas: a raça, a nacionalidade, a opinião política, a religião e o pertencimento a um grupo social.<sup>24</sup>

Desta forma, podemos notar que o reconhecimento do status/condição de refugiado foi ao longo do tempo sendo construído e amparado por legislações internacionais, voltadas para uma necessidade temporal e cultural de povos que clamavam por um mínimo existencial e legal.

---

<sup>21</sup> JUBILUT, 2007, pg. 46

<sup>22</sup> *Ibid.*, pg. 37

<sup>23</sup> *Ibid.*, pg. 26

<sup>24</sup> *Ibid.*, pg. 113



Essa concepção encontra-se fundada nas estreitas razões formadoras de tratados e convenções sobre o assunto, bem como em organismos internacionais criados inteiramente com a finalidade de proteção, em virtude dos mais variados conflitos armados e das mais diversas formas de supressão de liberdades.

Acrescente-se que, embora, a humanidade tenha adotado pensamentos de um Estado absoluto, soberano e discricionário no início dos tempos, uma recente concepção de cooperação e moralidade internacional tem mudado pensamentos, posicionamentos e atitudes, tanto nacionais, quanto globais.<sup>25</sup>

Sendo assim, podemos construir através dessa análise histórica, um entendimento de refúgio e refugiado que não se encontra findado e muito menos restrito em seu conteúdo, pelo contrário, temos um instituto dinâmico, que permite interpretações humanizadas de seus preceitos fundamentais.

Em síntese, essa questão está diretamente relacionada com o fato de na época ter ocorrido o surgimento dos estudos e construções, normativas e doutrinárias, acerca dos direitos humanos e fundamentais, como será explicado no capítulo seguinte deste trabalho, bem como pelo fato do refúgio advir de um instituto muito mais amplo e consentido entre os países da comunidade internacional, o direito ao asilo.

## **2.2 O Refúgio e o Asilo**

Assim como quaisquer outros institutos de direito internacional recepcionados por nós, o Refúgio e o Asilo, possuem importantes tarefas de concretização e melhoramento de interpretações dos Direitos Humanos nas esferas de poder dos Estados, bem como merecem uma importante análise e distinção de suas particularidades.

---

<sup>25</sup> JUBILUT, 2007, pg. 42



Na análise desses dois institutos, embora pareçam ter o mesmo objeto, devemos diferenciá-los a fim de compreender por que a legislação de nosso país recepciona os dois, mas possui um tratamento diferenciado para cada um.

Devemos, de outro modo, entender que embora sejam analisados separadamente, um não deixa de andar lado a lado com o outro na vida prática, tão pouco de visarem os Direitos Humanos como seu fim útil.

Para compreendermos melhor: ambos são garantidos quando ocorre uma falha do Estado em proteger direitos de seus nacionais. Contudo, o Asilo, em razão de toda a sua formação história, possui um caráter peculiar de atuação e pouco conhecido por nós. Muitas vezes até sendo considerado, pela doutrina, como amplo e protetor de indivíduos que não conseguem se enquadrar nas hipóteses normativas da noção de refugiado.<sup>26</sup>

Ele é entendido como um gênero e possui expressa previsão na Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948<sup>27</sup>, que em seu artigo 14º dispõe que “toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países”, e suas espécies são conhecidas como o asilo político (que também se subdivide em asilo territorial, diplomático e militar)<sup>28</sup> e o refúgio.

Como mencionado no subcapítulo anterior, o asilo é um preceito antigo, que possui relatos desde as civilizações gregas. Contudo, foi apenas com a Revolução Francesa de 1793, que este passou a abranger também a proteção a criminosos políticos, em razão da forte presença no mundo de regimes absolutistas, que julgavam e condenavam ao exílio pessoas que se insurgiam contra o poder do

---

<sup>26</sup> JUBILUT, 2007, pg. 36.

<sup>27</sup> ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 20 Outubro 2019.

<sup>28</sup> RAMOS, A. D. C.; RODRIGUES, G.; ALMEIDA, G. A. D. **60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro**. São Paulo: CL-A Cultural, 2011. Disponível em: <[https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/60-anos-de-ACNUR\\_Perspectivas-de-futuro\\_ACNUR-USP-UNISANTOS-2011.pdf](https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/60-anos-de-ACNUR_Perspectivas-de-futuro_ACNUR-USP-UNISANTOS-2011.pdf)>. Acesso em: 19 Outubro 2019, pg. 15



Estado. Nesta época, o asilo era entendido como uma discricionariedade do poder do governante.<sup>29</sup>

O asilo é formado por três pressupostos fundamentais caracterizadores de sua concessão: primeiramente ele só pode ser requerido por um estrangeiro, que deve, em segundo lugar, possuir como finalidade a proteção de agentes que cometam crimes estritamente políticos (e não comuns ou atentatórios contra os princípios da ONU)<sup>30</sup> e, não menos importante em terceiro, deve ser sustentado por uma questão de urgência atual e não futura.<sup>31</sup>

Nos dias atuais, o asilo se faz presente através das contínuas e massivas instabilidades políticas e econômicas que assolam inclusive os países da América Latina. Seus grandes marcos registrais no âmbito internacional foram a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948; como mencionada) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), responsável por trazer a obrigatoriedade dos Estados em conceder a proteção.<sup>32</sup> A Convenção dispõe:

Artigo 22. Direito de circulação e de residência [...]

3. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem pública, a moral ou a saúde pública, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

[...]

Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais.

Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à

---

<sup>29</sup> JUBILUT, 2007, pg. 38

<sup>30</sup> Neste último caso, os crimes dessa magnitude ficaram conhecidos como crimes de *jus cogens*, ou seja, contra valores considerados como de máxima e extrema importância para o direito internacional. RAMOS, RODRIGUES e ALMEIDA, 2011, pg. 19

<sup>31</sup> *Ibid.*, pg. 18

<sup>32</sup> JUBILUT, 2007, pg. 39



liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.<sup>33</sup>

A maior possibilidade de se pleitear o direito ao asilo em um âmbito internacional, está recentemente interligada com o fato de que a discricionariedade dos estados soberanos, em conceder o direito, agora pode se ter como restrita e vinculada ao entendimento de um tribunal (como é o caso da Corte interamericana de Direitos Humanos) e principalmente de um tratado/convenção criado a partir do núcleo duro dos Direitos Humanos.<sup>34</sup>

Em nosso ordenamento, o Asilo possui previsão expressa no artigo 4º, inciso X, de nossa Constituição Federal, e nos artigos 20, 27 e seguintes da Lei nº 13.445,<sup>35</sup> que institui as novas normas referentes a Migração. E previsão indireta, através do artigo 5º, inciso LII, da lei maior, que dispõe sobre a proibição de extradição de estrangeiros por crimes políticos e relacionados a opinião.<sup>36</sup>

Angelica Furquim,<sup>37</sup> conceitua o asilo como sendo “um grande guarda-chuva” que se materializa em um conjunto de meios para assegurar o acolhimento adequado de indivíduos que não podem retornar a sua nação ou residência em razão de perseguições injustas e muitas vezes desmotivadas.

Por outro lado, temos o Instituto do Refúgio, que por muitos doutrinadores é compreendido como um desdobramento do direito de asilo, criado para englobar situações, violações e indivíduos específicos tanto no âmbito internacional, quanto no âmbito nacional.

---

<sup>33</sup> OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, San José, 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 20 Outubro 2019

<sup>34</sup> RAMOS, RODRIGUES e ALMEIDA, 2011, pg. 20

<sup>35</sup> BRASIL. Lei 13.445, de 24 Maio de 2017. Institui a **Lei de Migração**. Brasília: Congresso Nacional, 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm)>. Acesso em: 04 Novembro 2019.

<sup>36</sup> RAMOS, RODRIGUES e ALMEIDA, 2011, pg. 17

<sup>37</sup> FURQUIM, 2016, pg. 33 e 34





O refúgio possui uma regulamentação ostensiva de sua abrangência e uma maior área de incidência, em comparação ao Asilo. Sua repercussão pode estar tanto ligada ao fato de os Estados participarem de tratados/convenções, quanto ao fato deles serem condenados ou provocados a decidir em razão dessa matéria.<sup>38</sup>

Todavia, o status de refugiado está ligado diretamente a supervisão de um órgão internacional, que fiscaliza e concretiza a sua proteção, enquanto de outro modo, o asilo depende diretamente da regulamentação e interesse interno de cada governante.<sup>39</sup>

Como colocado por Furquim,<sup>40</sup> o refúgio, é uma semente dos direitos humanos, e, portanto, carrega consigo todos os pressupostos (universalidade, condição de inerência a pessoa, a dignidade e o respeito a titularidade) de direito que devem ser garantidos pelo Estado e exercido/efetivado pelos cidadãos.

São elementos fundamentais para a concessão do refúgio a caracterização da perseguição, do fundado/justo temor e da extraterritorialidade.<sup>41</sup> Todavia, como demonstrado pela doutrina e pelas legislações mais recente, ambas as características podem ser relativizadas, tendo em vista o princípio maior de proteção e prevalência dos direitos humanos, como veremos a seguir.

Outro ponto importante, de distinção, é a sentença de concessão dos institutos. No refúgio, ela tem natureza declaratória e efeitos retroativos (*ex tunc*), enquanto no asilo, a decisão possui natureza constitutiva. Ou seja, ela trata de um preceito que apenas foi vislumbrado a determinado indivíduo em razão da condição física deste ser entendida como a condição de sujeito considerado asilado. Por este motivo, os seus efeitos apenas passam a surgir daquele momento em diante (*ex nunc*).<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> JUBILUT, 2007, pg. 44

<sup>39</sup> *Ibid.*, loc. cit

<sup>40</sup> FURQUIM, 2016, pg. 27

<sup>41</sup> JUBILUT, 2007, pg. 45

<sup>42</sup> RAMOS, RODRIGUES e ALMEIDA, 2011, pg. 24



O refúgio possui um caráter humanitário, diferentemente do asilo que, como trabalhado anteriormente, é tido como uma medida meramente política e discricionária dos Estados. Embora seja o asilo o responsável pelo desmembramento deste primeiro e pelo início de uma nova era humanitária, não pode ser confundido com uma liberdade do sujeito. Deve ser visto como um direito de um Estado soberano, que não se tem por inferior frente aos outros signatários e ao solicitante.<sup>43</sup>

O Brasil, apesar de ser um país participativo de convenções e tratados referentes ao tema do asilo, não tem ainda uma previsão expressiva de seu trâmite ou de órgãos responsáveis por sua implementação no sistema, como é o caso do refúgio e o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE). Nós possuímos apenas uma casual expressão de diplomacia internacional formalizada por meio de decisões singulares e raras.

Por esse motivo, é de extrema importância que não apenas os estrangeiros que adentram o nosso país, como todos aqueles órgãos e agentes envolvidos com a internalização de pessoas tenham consciência e ajam com responsabilidade ao distinguir esses dois institutos.

Não se tratam de apenas duas denominações de pessoas, mas sim de dois destinos humanitários completamente distintos, com fins, especificidades e legislações únicos. Para tanto, é de suma importância entendermos a legislação referente ao refúgio e suas áreas de incidência. Como faremos a seguir.

### **2.3 As Previsões Normativas Internacionais e Nacionais**

A positivação do direito ao refúgio no âmbito internacional, como mencionamos anteriormente, se fez presente

---

<sup>43</sup> JUBILUT, 2007, pg. 35



com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948,<sup>44</sup> que em seu artigo 14º prevê:

Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de se beneficiar de asilo em outros países.

Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por atividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

Logo após esse marco legal, e um ano após a criação do Alto Comissariado das Nações Unidas, foi celebrada e instituída a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados pelo próprio órgão internacional, durante os anos de 1948 a 1951, sob a supervisão da ONU.<sup>45</sup> Contudo, esse diploma legal só foi entrar em vigor em 1954.<sup>46</sup> E apenas em 1961 ela foi promulgada pelo nosso Presidente da República.<sup>47</sup>

Nesta Convenção foi possível o estabelecimento de um “princípio de que os seres humanos, sem distinção, devem gozar dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”,<sup>48</sup> e a definição do termo refugiado passou a ser aplicada, conforme o seu artigo 1º:

[...] a qualquer pessoa: 1) Que foi considerada refugiada nos termos dos Ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados; 2) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem

---

<sup>44</sup> ONU, 1948

<sup>45</sup> JUBILUT, 2007, pg. 83

<sup>46</sup> “A Convenção de 51 foi aprovada na Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e de Apátridas de 28 de julho de 1951 e entrou em vigor em 22 de abril de 1954”. *Ibid.*, *loc. cit*

<sup>47</sup> BRASIL. Decreto nº 50.215, de 28 de Janeiro de 1961. **Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados**, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. Brasília: Congresso Nacional, 1961. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D50215.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D50215.htm)>. Acesso em: 20 Outubro 2019

<sup>48</sup> ONU, 1951, preâmbulo



nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.<sup>49</sup>

Conforme a normatividade citada podemos perceber que existem momentos temporais importantes para a consolidação do Direito Internacional dos Refugiados, e que a sua abordagem com o decorrer dos anos ocorreu de maneira distinta, podendo ser dividida e estudada em três momentos históricos<sup>50</sup>:

O primeiro, é caracterizado pelo reconhecimento do indivíduo dentro de um grupo determinado que necessita de proteção, em meio aos anos de 1920 e 1935;

O segundo, é caracterizado por um viés social, em razão da promoção assistencial a grupos de indivíduos que se encontravam em condição de refugiados frente aos acontecimentos políticos da época. Isso durante os anos de 1935 e 1939;

Já o terceiro momento, é caracterizado por uma preocupação maior com um indivíduo determinado e individualizado pelo exame do mérito de sua solicitação singular, e se faz presente nos anos de 1938 a 1950.

Em 14 de Dezembro 1950, em sua resolução normativa 428,<sup>51</sup> a Assembleia Geral das Nações Unidas, reconhecendo a resolução 319 A, de 3 de Dezembro do ano anterior, institui o ACNUR, bem como todo um sistema jurídico de refugiados. E, em seu estatuto, o organismo internacional se comprometeu a adotar em suas ações a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o Protocolo Relativo ao Estatuto, de 1967, no qual dispõe em seu artigo 1º, §2º:

O presente Protocolo será aplicado pelos Estados Membros sem nenhuma limitação geográfica; entretanto, as declarações já feitas em virtude da alínea “a” do §1 da seção B do artigo I da Convenção aplicar-se-ão, também, no regime do presente Protocolo, a menos que as obrigações do Estado declarante

---

<sup>49</sup> ONU, 1951

<sup>50</sup> HATHAWAY, 1991 *apud* JUBILUT, 2007, pg. 27

<sup>51</sup> ONU. ACNUR. **Resolução 428 (V) Da Assembléia Geral das Nações Unidas**, 14 de Dezembro de 1950. [s. l.]. Disponível em:

<[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Estatuto\\_ACNUR.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Estatuto\\_ACNUR](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Estatuto_ACNUR.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Estatuto_ACNUR)>. Acesso em: 31 Maio 2020



tenham sido ampliadas de conformidade com o §2 da seção B do artigo 1 da Convenção.<sup>52</sup>

Como podemos notar, o Protocolo de 67 teve maior repercussão no cenário internacional de proteção dos refugiados em razão de em suas disposições normativas não reconhecerem limites geográficos e temporais, anteriormente alegados pelos Estados pactuantes da Convenção de 1951.

A Convenção de 1951, ainda em seu artigo 33, previu expressamente o princípio da proibição a não devolução dos refugiados, estendendo a estes a ampliação temporal e territorial a qual ela era vinculada (reiterando o previsto na Convenção de Genebra de 1933), assim dispendo:

Proibição de expulsão ou de rechaço

Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.<sup>53</sup>

Embora o Alto Comissariado tenha recebido plenos poderes através desses instrumentos do Direito Internacional para realizar a proteção dos refugiados, o órgão não possui a coercibilidade necessária para cobrar o cumprimento de ações por parte dos Estados, assim como faria um tribunal ou uma polícia internacional.

Mas em contrapartida, foi e continua sendo o grande promotor de políticas públicas e de incentivos para que no âmbito interno de cada Estado haja o desenvolvimento de instrumentos e de órgãos responsáveis pela proteção, ora efetuada por ele em âmbito internacional.

---

<sup>52</sup> ONU. ACNUR. **Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados**, Nova York, 31 de Janeiro de 1967. Disponível em: <[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Protocolo\\_de\\_1967.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Protocolo\\_de\\_1967](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967)>. Acesso em: 4 Novembro 2019

<sup>53</sup> ONU, 1951, art. 33



As ações e os desdobramentos desse instituto protetor em âmbito nacional proporcionam, além de fortalecer a soberania do Estado, uma maior interpretação e aplicação homogênea do instituto para os que adentram o território.

Em 2004, Na América Latina tivemos a presença de um importante instrumento sobre o refúgio, O Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina. Nele foram enfatizadas questões como:

[...] o humanismo e a solidariedade são princípios fundamentais que devem seguir orientando as políticas de Estado sobre refugiados na América Latina, [...] o caráter de *jus cogens* do princípio da não- devolução (*non-refoulement*), incluindo não rechaçar na fronteira consagrado na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967, e afirmado assim mesmo no artigo 22 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e o artigo 3 da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e o compromisso dos países de América Latina com a manutenção de fronteiras abertas para garantir a proteção e a segurança daqueles que têm direito à proteção internacional; [...] e o respeitar do princípio de não discriminação e de adotar medidas para prevenir, combater e eliminar todas as formas de discriminação e xenofobia, garantindo o exercício dos direitos de todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado, sem distinção alguma por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social, incluída a condição de refugiado e a de outras pessoas que necessitam proteção.<sup>54</sup>

Como notado, desde sua origem até os momentos atuais, o instituto do Refúgio tem evoluído diariamente com o intuito de diminuir cada vez mais as barreiras que ainda existem no direito internacional em se concretizar os direitos humanos e fundamentais de cada indivíduo. Em decorrência disso e da cooperação entre os países, o instituto garante um viés muito mais humanista e seguro juridicamente do que em tempos remotos

---

<sup>54</sup> JUBILUT, 2007, pg. 202



Assim como muitos países pelo mundo, o Brasil possuiu, e ainda possui, uma grande preocupação e responsabilidade em tratar dos direitos humanos e das crescentes movimentações de refugiados pelo mundo

Seguindo os mesmos princípios de demais entes da comunidade internacional, o nosso país teve o seu tempo e modo de evolução, seja através de fatores relacionados aos poderes do Estado (legislativo, executivo e judiciário), como por exemplo a produção legislativa de normas referentes ao tema ou relacionadas, como através de momentos específicos de nossa história cultural, como por exemplo, a atual cooperação entre órgãos, governo e sociedade civil, em acolher e integrar imigrantes de modo a evitar fatores discriminantes e de violência aos refugiados e asilados em nosso meio.

Em meados de 1979, após longos anos de autoritarismo vividos em nosso país, tivemos uma breve anistia de exilados e refugiados brasileiros. E no ano seguinte, foi aprovada nossa primeira Lei regulamentando o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815). Contudo, ela ainda possuía um pensamento muito arcaico para a época, sendo construída a partir dos princípios da soberania e da proteção do Estado Nacional, contra as possíveis ameaças de estrangeiros que ingressavam fronteiras a procura de abrigo.<sup>55</sup>

Com a constituição de 1988 e a redemocratização da nossa república, nós deixamos para trás os sentimentos de insegurança e instabilidade sociais ligados a Segunda Guerra Mundial, e passamos para um novo momento de nossa história: a constitucionalização e a concretização judicial dos ideais de direitos humanos.

Nessa época, o Estado brasileiro passou a ser mais participativo no Regime Internacional de Direitos Humanos da ONU, inclusive prevendo e ratificando no texto constitucional o compromisso, frente a toda comunidade internacional, em dar a prevalência e concretude a esses direitos dentro do ordenamento jurídico.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> FURQUIM, 2016, pg. 29

<sup>56</sup> FURQUIM, 2016, pg. 30



Embora o Brasil tenha mantido o Estatuto do Estrangeiro, demonstrando um atraso legislativo, no mesmo ano de publicação da Convenção de 1951<sup>57</sup> ela foi reconhecida nacionalmente, e em 1972<sup>58</sup> teve seu protocolo aderido com limitações geográficas, que apenas em 1989 foram abolidas pelo decreto de nº 98.602.<sup>59</sup>

Em 1997 tivemos a primeira legislação específica sobre o tema de refugiados,<sup>60</sup> que inclusive criou o nosso Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE),<sup>61</sup> órgão responsável pela análise de solicitações de refúgio, assim como a perda, a cessação e a concessão, por meio da declaração do status de refugiado as pessoas que se enquadram nos critérios.<sup>62</sup>

Neste mesmo contexto o Brasil aderiu a Declaração de Cartagena de 1984, promovendo uma ampliação do entendimento dado aos critérios de concessão do refúgio, abrangendo também o indivíduo que “devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade e buscar refúgio em outro país”, conforme disposto pelo artigo 1º, inciso III, deste dispositivo legal internacional.<sup>63</sup>

---

<sup>57</sup> BRASIL. Decreto nº 50.215, de 28 de Janeiro de 1961. **Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados**, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. Brasília: Congresso Nacional, 1961. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D50215.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D50215.htm)>. Acesso em: 20 Outubro 2019

<sup>58</sup> BRASIL. Decreto nº 70.946, de 7 de Agosto de 1972. **Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967**. Brasília: Congresso Nacional, 1972. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1970-1979/D70946.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D70946.htm)>. Acesso em: 20 Outubro 2019

<sup>59</sup> FURQUIM, 2016, *loc. cit.*

<sup>60</sup> BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de Julho de 1997. **Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951**, e determina outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm)>. Acesso em: 20 Outubro 2019

<sup>61</sup> BRASIL. Portaria nº 756, de 5 de Novembro de 1998. **Regimento Interno do Comitê Nacional para os Refugiados**. In: NACIONAL, I. Diário Oficial. Brasília: Ministro de Estado da Justiça, 1998. Cap. Seção e 1. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/anexos/RegimentoConareDOU1998.pdf>>. Acesso em: 20 Outubro 2019

<sup>62</sup> FURQUIM, 2016, *loc. cit.*

<sup>63</sup> DECLARAÇÃO, 1984





Em 1991, tivemos a Promulgação da Convenção referente aos Tratamentos Desumanos ou Degradantes em nosso país, por meio do Decreto de nº 40,<sup>64</sup> que em seu artigo 3º, inciso 1, previu que “Nenhum Estado Parte procederá à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida a tortura”. Demonstrando em mais um instrumento jurídico o nosso compromisso em dar total prevalência aos direitos humanos do indivíduo, inclusive respeitando a sua dignidade como pessoa.

Em 2017, tivemos a revogação do antigo Estatuto do Estrangeiro pela nova Lei de Migração nº 13.445,<sup>65</sup> que em seu dispositivo 3º possui expressa previsão dos princípios de Direitos Humanos, dentre eles a não discriminação (incisos II e IV), a acolhida humanitária (inciso VI), a igualdade de tratamento e oportunidades (inciso IX), e muitos outros.

Diante de toda a narrativa histórica, e não exauriente,<sup>66</sup> de nossa proteção aos refugiados, podemos notar que nosso país teve uma lenta, porém vasta, adesão a tratados e convenções internacionais, aos preceitos ligados ao tema do refúgio, como também os preceitos de direitos humanos. No capítulo a seguir será correlacionado a importância desses preceitos para a formação de nossa estrutura social, legislativa, política e jurídica, de proteção aos nacionais e internacionais, residentes e abrigados no território nacional.

---

<sup>64</sup> BRASIL. Decreto nº 40, de 15 de Fevereiro de 1991. **Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. Brasília: Congresso Nacional, 1991. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm)>. Acesso em: 20 Outubro 2019

<sup>65</sup> BRASIL, 2017

<sup>66</sup> Cf. Vide Plano de Ação do Brasil de 2014 (Cartagena +30), I Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher de 1987, Decreto nº 9.285 que reconhece a situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária na República Bolivariana da Venezuela, de 2018, Lei nº 13.684 que estabelece as medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária, de 2018, dentre outros



## 2.4 Os Órgãos Competentes pelo Acolhimento e Proteção de Refugiados

Como demonstrado e exposto nos subcapítulos antecessores, para que possamos ter a efetividade e a concretude do direito ao refúgio, tal como a proteção e prevalência dos direitos humanos, devemos nos atentar a estudar os órgãos responsáveis pela instituição, fiscalização e promoção de políticas públicas ligadas aos temas no âmbito nacional, bem como, pelo pleito e manutenção da integridade deste instituto perante cortes e órgãos internacionais.

Para adentrarmos na finalidade de cada órgão e entendermos a função desempenhada por eles, devemos expor como funciona um processo de requerimento de refúgio no âmbito do Brasil. E para tanto faremos observância aos textos de leis e as disposições institucionais.

Primeiramente, conforme disposto no Artigo 17 e seguintes, da Lei nº 9.474, e dos artigos 26 e 27 da Convenção de 1951, o procedimento de Refúgio inicia-se com o comparecimento do estrangeiro a uma autoridade competente<sup>67</sup> e a sua subsequente exposição de vontade em solicitar o seu “reconhecimento da condição de refugiado”.<sup>68</sup> Nesse mesmo momento, a autoridade competente informa ao solicitante que ele deverá prestar declarações, que formalizarão a data da abertura dos procedimentos

É diante dessa circunstância, como disposto por Larissa Leite<sup>69</sup> baseada no parágrafo único do Artigo 7º da lei 9.474, que se tem assegurado ao indivíduo o direito de não ser devolvido ao seu local de origem (princípio do *non refoulement*)

---

<sup>67</sup> Cf. Através do exposto, e para título de esclarecimento, temos que a autoridade competente por zelar e proteger nossas localidades fronteiriças e de maior vulnerabilidade internacional, é a Polícia Federal: uma instituição vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, subordinado a União, que foi fundada em 1944, e possui expressa previsão normativa em nossa Carta Maior, no Artigo 144, inciso I e parágrafo 1º. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 Outubro 2019

<sup>68</sup> BRASIL, 1997, art. 17

<sup>69</sup> LEITE, 2014, *apud* FURQUIM, 2016, pg. 32



No mesmo sentido, e por razões lógicas, é consensual na doutrina pesquisada que nessa primeira fase não se faz necessário a prova da condição de refugiado, vez que quem será responsável por tal medida é o CONARE<sup>70</sup>.

O Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), foi instituído pela Lei de nº 9.474 de 1997, que (a partir de seu artigo 11) dispõe sobre a competência e a estrutura desse órgão governamental vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, e possui a competência junto a Polícia Federal de analisar e decidir sobre o reconhecimento do status de refugiado.<sup>71</sup>

Após este primeiro contato em território nacional, o refugiado passa a ter o acesso ao seu direito de Ação e conseqüentemente a acompanhar o seu processo por meio de um protocolo, emitido pela mesma autoridade fronteiriça. A partir de então, tem o solicitante o dever de manter os seus dados pessoais, seu endereço e seu telefone atualizados, para que futuramente sejam efetivas as notificações e comunicação para prosseguimento processual.<sup>72</sup>

Por este protocolo, o solicitante terá o direito de requerer o seu Cadastro de Pessoa Física (CPF) provisório e o Ministério do Trabalho será notificado a emitir carteira de trabalho também provisória, haja vista que o solicitante deve renová-los junto a Polícia Federal até a decisão de seu processo.<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> Nesse sentido: “Conforme prevê o artigo 14 da Lei 9.474/97, CONARE é presidido por um representante do Ministério da Justiça e integrado por um representante do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Saúde, Educação e Trabalho e Emprego, da Polícia Federal e um representante de organização não-governamentais dedicada a atividades de assistência e proteção de refugiados no País”. FURQUIM, 2016, pg. 32

<sup>71</sup> GODOY, G. G. D. **Direitos e deveres dos solicitantes de refúgio no Brasil**. Brasília: ACNUR, 2010. Disponível em: <[https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Direitos-e-deveres-dos-solicitantes-de-ref%C3%BAgio-no-Brasil\\_ACNUR-2010.pdf](https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Direitos-e-deveres-dos-solicitantes-de-ref%C3%BAgio-no-Brasil_ACNUR-2010.pdf)>. Acesso em: 29 Setembro 2019, pg. 6.

<sup>72</sup> LEITE, 2014 *apud* FURQUIM, 2016, pg. 32

<sup>73</sup> GODOY, 2010, pg. 8



Desde então, também passam a valer as normas de nosso ordenamento ao pretendente refugiado e o direito a assistência médica e ao estudo com a rede pública.<sup>74</sup>

Uma importante distinção que devemos fazer neste contexto, ou seja, na entrada de um estrangeiro em nosso país, é a de refugiados e migrantes.<sup>75</sup> Embora ambos pareçam ser gênero e espécie, eles possuem objetos de proteção distintos e a proteção de direitos diferenciada em nosso ordenamento.

Os primeiros (refugiados), são sujeitos caracterizados por deixarem seu país de origem de forma forçada e por motivos de fundado temor de perseguição (por raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um grupo social, opiniões políticas, dentre outros). Já os migrantes, são indivíduos conhecidos por deixarem seus países de origem com o intuito de se reestabelecerem, temporariamente ou permanentemente, em outros países por motivos econômicos, financeiros e/ou sociais.<sup>76</sup>

Naturalmente, estes últimos são conhecidos desta forma pois são pessoas que advém de países tomados pela pobreza, pelo desemprego, pela criminalidade, e buscam melhores condições de vida e acesso a seus direitos fundamentais (muitas vezes) em países próximos territorialmente.<sup>77</sup>

Dando seguimento ao processo de refúgio, nós temos a entrevista do solicitante de refúgio com um representante do Comitê Nacional para Refugiados

---

<sup>74</sup> Após todos esses cuidados e direitos garantidos com o trâmite do processo, pode também o refugiado receber ajuda financeira fornecida pelo ACNUR, feita através das Cáritas Arquidiocesanas do Rio de Janeiro e de São Paulo. ANDRADE, J. H. F. D.; MARCOLINI, A. **A política brasileira de proteção e de reassentamento de refugiados**: breves comentários sobre suas principais características. Rev. Bras. Polít. Int., Brasília, v. 45, [n. 1], 2002. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-73292002000100008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292002000100008)>. Acesso em: 19 Outubro 2019, pg. 172.

<sup>75</sup> Gostaríamos de alertar que muitos dos doutrinadores e artigos abordados neste trabalho tratam da migração como o termo utilizado para definir pessoas que mudam de lugar, região ou país, com objetivos econômicos e/ou financeiros. DICIO. Dicionário Online de Português. **Migrante**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/migrante/>>. Acesso em: 31 Maio 2020

<sup>76</sup> GODOY, 2010, pg. 6

<sup>77</sup> *Ibid.*, loc. cit



(CONARE), onde a notificação para o agendamento deste ato será por meio do próprio órgão ou por meio de uma entidade da sociedade civil. Essa entrevista será uma auxiliadora do órgão deliberador para a futura tomada de decisão.<sup>78</sup>

Para saber sobre a decisão pelo órgão, deverá o solicitante se dirigir novamente até a Polícia Federal. Lá ele será informado: a) se houve o acolhimento de seu pedido, onde neste caso a própria polícia deverá fazer o Registro Nacional de Estrangeiro (RNE);<sup>79</sup> ou b) se houve a rejeição, não implicará em imediata devolução ao país de origem, o solicitante será notificado, para que em querendo, no prazo de 15 dias, protocolar seu recurso, que será remetido ao Ministério da Justiça para uma reanálise do caso. Neste último momento, em se tendo uma nova decisão denegatória, será a partir de então aplicado a legislação de estrangeiros de nosso país.<sup>80</sup>

Como podemos notar até então, embora a solicitação de refúgio seja uma tarefa extremamente importante, para que um estrangeiro não fique sob uma condição irregular em nosso país, ela não é a única forma de proteção a este indivíduo, uma vez que o Brasil é um país que possui compromissos internacionais relacionados a proteção de direitos humanos e mantém uma intensa garantia em seu ordenamento, a dignidade da pessoa humana.<sup>81</sup>

Mais adiante continuaremos a ter contato com novos órgãos e entidades, governamentais e não governamentais, de direitos interno e internacional, voltados para a proteção de migrantes, refugiados e pessoas em situação de vulnerabilidade, que estão constantemente atuando em nosso país.

Mas para isso, e diante dos refugiados e migrantes de todo o mundo, foi necessário a junção e positivação dos princípios e direitos da ordem mundial, assim como, a deliberação sobre a competência dos órgãos atuantes no ordenamento constitucional pátrio, como veremos adiante.

---

<sup>78</sup> *Ibid.*, pg. 9

<sup>79</sup> Depois de 4 anos de residência aqui no Brasil, caso o refugiado queira, pode ele requerer um visto de residência permanente sem que isso interfira em seus direitos como refugiado. *Ibid.*, *loc. cit*

<sup>80</sup> A Lei 13.445 de 2017, que institui as normas sobre Migração em nosso país; *Ibid.*, *loc. cit*

<sup>81</sup> GODOY, 2010, pg. 7



## 3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 3.1 Direitos Humanos, Fundamentais, Humanitários e Naturais

Como visto anteriormente, o direito ao refúgio surge de uma atual e comovente luta pela manutenção da paz mundial, em oposição as anteriores guerras e conflitos armados do mundo, provocadores das mais variadas violações de direitos, discriminações e massacres.

O início dessa preocupação com a paz surgiu com a ocorrência de conflitos de proporção internacional, que opostamente aos regionais, não possuíam um poder limitador, ou até mesmo eliminador, de interesses e da resistência humana.

Muitas vezes, esses conflitos internacionais são provocados em decorrência do poder soberano dos Estados, que muito além de tirar a efetividade das regulamentações extraterritoriais, condicionavam a aplicação dos direitos humanos ao bom interesse de cada governante.<sup>82</sup>

Contudo, atualmente possuímos alguns meios para a solução pacífica de controvérsias, conhecidas como: conciliação, bons ofícios, mediação e diplomacia.<sup>83</sup> E estas são responsáveis tanto pela paz, quanto pelo bom convívio entre as nações.

Nesse contexto, para entendermos as posturas e as evoluções do Direito Internacional, seja ele Humano, Humanitário, Fundamental ou dos Homens, devemos mais uma vez ter uma visão completa e integrada da evolução histórica dos povos e das culturas.

Uma vez que, aparentemente, todos esses sistemas são caracterizados por dimensões de direitos, que interagem e formam um sistema uno e seguro, de prevenção as violências e conflitos nas sociedades.

Inicialmente, temos de observar a já citada Segunda Guerra Mundial, que ficou conhecida pelo seu alto poder de destruição, principalmente por meio das armas

---

<sup>82</sup> JUBILUT, 2007, pg. 140

<sup>83</sup> *Ibid.*, loc. cit



nucleares e do extermínio sistematizado de grande parte de um povo por questões políticas. Em razão dela, toda a comunidade internacional se mobilizou para promover a paz, a segurança de seus povos e de seus recursos naturais.

Através dela também tivemos o surgimento de uma nova era, a era das cooperações e do trabalho integrado entre países e entidades não-governamentais.<sup>84</sup> Onde, mais recentemente, passaram a ser incluídas as entidades da própria comunidade civil.

Muito embora, tenham ocorrido todos esses esforços para proibir e encerrar de vez com a utilização da força para solucionar conflitos internos e entre países, a guerra não foi totalmente abandonada e erradicada do meio internacional

O uso da força ainda se faz presente legitimamente nos casos de defesa nacional e manutenção do estado de paz. Essas atitudes comprovam e fortalecem ainda mais a soberania dos Estados frente as determinações e intervenções dos entes de Direito Público Internacional.<sup>85</sup>

Devemos, portanto, observar que embora haja um direito internacional aparentemente universal e aplicável em todos os países e territórios do mundo, ele possui suas limitações. E uma delas é relacionada ao princípio (também de direito internacional) conhecido como Soberania dos Povos

Ainda no desencadear das grandes guerras mundiais, ocorreu o aparecimento dos mencionados conflitos internos e do consequente direito internacional humanitário, caracterizado pela constatação de uma nova modalidade de conflitos, com proporções e afetações maiores do que as disputas entre nações, e com o envolvimento da soberania estatal.

Com efeito, uma vez que essa soberania e conflito de interesses são constatados dentro de uma área territorial vinculada a um ente de direito

---

<sup>84</sup> JUBILUT, 2007, pg. 143

<sup>85</sup> *Ibid.*, loc. cit



internacional, temos o aparecimento de violações de direitos humanos e o aparecimento de sujeitos apátridas.

Para tanto, foi-se necessário a criação de um direito que muito além de lutar contra as violações de direitos humanos, pudesse dar uma maior proteção aos indivíduos que agora se encontram abandonados, perseguidos e peregrinando dentro de seus próprios países

O direito internacional humanitário, ou direito internacional dos conflitos armados, passou a ter previsão normativa internacional no II Protocolo de Genebra em 1977, em razão da expressiva necessidade em se regulamentar a guerra. Especialmente nos casos extremamente justificados de busca pela manutenção da paz mundial e local.<sup>86</sup>

Ou seja, este é um direito emergencial, que busca a renovação de um estado social seguro e humano, protegendo e garantindo o exercício de direitos, da dignidade humana e da igualdade em sociedade.<sup>87</sup>

Além disso, possui o direito internacional humanitário outras três características<sup>88</sup> inovadoras e essenciais ao campo jurídico, e são elas:

- I. A delimitação dos meios e fins, envolvidos e utilizados, durante um conflito, como por exemplo as Convenções de Haia de 1899 e 1907, as Convenções e Protocolos de Genebra 1949 e 1977, e o Direito de Nova York;
- II. Uma definição e um objeto um tanto amplos, que possibilitam a sua utilização para vinculação de Estados aos interesses coletivos<sup>89</sup> e extraterritoriais

---

<sup>86</sup> JUBILUT, 2007, pg. 146

<sup>87</sup> *Ibid.*, loc. cit

<sup>88</sup> *Ibid.*, loc. cit

<sup>89</sup> Cf. Em razão de ser formado pelo consenso de várias nações ocidentais com culturas assemelhadas, devido a era da globalização e da atual formação de blocos econômicos pelo mundo





- III. E a constante preocupação com os indivíduos afetados pelos conflitos, em razão de sua mais que integrada ligação com os direitos humanos.

A notada proximidade entre esses dois institutos de direito internacional (os direitos humanos e o direito humanitário) se deve a uma finalidade em comum, que é a proteção da pessoa humana e a preservação de sua condição de vida, de forma digna e igualitária, sem que haja qualquer forma de discriminação e desrespeito à sua existência como parte de um todo maior<sup>90</sup>

Essa sincera e nobre compreensão tem vínculo com dois outros institutos de direito: os direitos Fundamentais e os direitos dos Homens, ou como muitos conhecem, direitos Naturais

Conforme dispõe Vieira de Andrade (1987), nós podemos compreender os direitos fundamentais de diversas formas possíveis. Dentre elas podemos destacar o estudo filosófico ou jusnaturalista, a análise universalista ou internacionalista, ou através de uma perspectiva dos direitos fundamentais no ambiente Estatal ou constitucional.<sup>91</sup>

Mais cotidianamente encontraremos os direitos fundamentais sendo estudados e compreendidos em um plano constitucional ou Estatal, pois é este que representa de maior forma o nosso direito pátrio, e se concretiza positivamente em nossa realidade.<sup>84</sup>

Outro ponto importante de observarmos é que a análise que foi feita, e que deve ser feita para melhor compreensão da origem dos direitos fundamentais, deve advir de um direito comparado, ou seja, nós devemos buscar uma atualização

---

<sup>90</sup> JUBILUT, 2007, pg. 150

<sup>91</sup> ANDRADE, 1987 *apud* SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pg. 22 *et seq*



contínua de nosso ordenamento através da adequação e viabilidade as novas frentes humanistas do direito internacional a qual somos adeptos.<sup>92</sup>

Como colocado por Sarlet,<sup>93</sup> a nossa Constituição da República de 1988, traz diversas nomenclaturas para designar o que nós tratamos como direitos fundamentais.<sup>94</sup> Dentre elas, temos a título de exemplo, o artigo 4º, inciso II que trata dos direitos fundamentais como direitos humanos, e o artigo 5º, §1º, alínea “c”, designando os direitos e garantias fundamentais. Respectivamente, temos

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II - Prevalência dos direitos humanos;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Para Sarlet,<sup>95</sup> os direitos humanos e os direitos fundamentais exprimem uma dimensão histórica e relativa. Diferentemente dos direitos naturais, que possuem uma natureza pré-estatal e são reconhecidos minimamente por influenciarem o direito positivo dos mencionados anteriormente.

O doutrinador, desse modo, entende como direitos naturais, os direitos do homem que não possuem uma regulamentação positivada. Já os direitos humanos e os direitos fundamentais, embora tenham eles uma positivação/normatização, incidem sobre campos distintos.

---

<sup>92</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>93</sup> *Ibid.*, pg. 27

<sup>94</sup> A preferência pela nomenclatura “direitos fundamentais” não é à toa, ela é fruto de um rompimento de nosso direito constitucional positivo provocado pela inspiração da Lei Fundamental Alemã e da Constituição Portuguesa de 1976. *Ibid.*, pg. 28

<sup>95</sup> SARLET, 2012, pg. 30



Ou seja, os direitos humanos estão presentes no âmbito do direito internacional, e os direitos fundamentais, são frutos da normatização constitucional de um Estado Soberano, que podem ser reconhecidos ou outorgados.

Do exposto por Sarlet, nós podemos compreender o porquê de deduzirmos como relativos os direitos humanos e fundamentais: muito embora pareçam advir de um direito absoluto e universal (direitos naturais), eles possuem intrínseca relação com o instrumento normativo ao qual eles estão vinculados, a vontade das partes contratantes, aos momentos históricos envolvidos, e ao grau de eficácia dado a cada um dos institutos.

Portanto, podemos assimilar o todo apresentado com o quadro a seguir.

<b>CARACTERÍSTICAS</b>			
Quanto à			
	Forma	Aplicabilidade	Eficácia
<b>Direitos Naturais</b>	Ainda não positivados	A qualquer tempo e sujeitos	Dependem da sua uniformização como uma moral
<b>Direitos Humanos</b>	Positivados	A todos no âmbito internacional que pactuam e cooperam com tratados e acordos	Dependem da constitucionalização formal de seus ideais
<b>Direitos Fundamentais</b>	Positivados	A todos de uma nação, sem distinção de qualquer natureza	Imediata



Assim como citado por Bobbio em Furquim,<sup>96</sup> os direitos humanos nada mais são do que direitos históricos, mutáveis e que estão sempre em um processo de renovação/aprimoramento, segundo o contexto social e temporal ao qual estão inseridos. E seu marco normativo, de universalidade e indivisibilidade, é a Declaração Universal de 1948.<sup>97</sup>

Ligada à sua primeira característica, temos como condição *per se* a necessidade de a titularidade ser exercida por um sujeito humano (universalidade).

De outro modo, com relação a segunda, podemos ter em mente tanto a indivisibilidade do conteúdo dos direitos humanos, no sentido de que um destes não pode ser analisado ou garantido sem a observância dos demais, quanto podemos nos referir a indivisibilidade relativa ao âmbito de aplicabilidade (indivisibilidade).<sup>98</sup>

Uma vez que esses direitos não podem, e nem devem, ser aplicados e garantidos a determinados cidadãos de um Estado, mas sim, a todos os seres humanos sem qualquer distinção.

Nesse último desdobramento, podemos dizer que as duas características se encontram interligadas e integrando todo um sistema internacional de direitos.

O fato de os direitos humanos terem caráter universal e indivisível é extremamente relevante, tendo em vista que o seu fundamento maior é evitar, e se possível abolir, toda e qualquer forma de excesso da soberania dos Estados, herança dos regimes autoritários.<sup>99</sup>

Contudo, isso também consubstancia a noção de que, embora sejam os direitos humanos universais e indivisíveis, a sua prevalência como um princípio de

---

<sup>96</sup> FURQUIM, 2016, pg. 17.

<sup>97</sup> PIOVESAN *apud* FURQUIM, 2016, pg. 20

<sup>98</sup> FURQUIM, 2016, pg. 19

<sup>99</sup> *Ibid.*, pg. 21



direito internacional, deve, antes de qualquer coisa, respeitar os demais princípios da ordem internacional, como, por exemplo, o princípio da soberania dos Estados.

Outro ponto a ser analisado é a interdependência dos direitos: como vimos anteriormente, um direito humano não pode ser vislumbrado separadamente dos demais.

Logo, em contrapartida, faz-se presente o pressuposto de que esses direitos têm uma relação de interdependência, ou seja, eles devem ser analisados dentro de todo o seu contexto sistemático e integrado de tratados e convenções internacionais.<sup>100</sup>

Paralelamente e oportunamente ao desenvolvimento dos direitos humanos no meio internacional, foi possível o aprimoramento regional desses direitos inicialmente tidos como universais, indivisíveis e integrados.

A partir de então, como colocado por Furquim, tivemos três polos regionais de desenvolvimento jurídico/político dos direitos humanos: a Europa, a América e a África, onde se encontra uma estrutura formada por um Instrumento normativo, uma Comissão especializada e uma Corte julgadora.<sup>101</sup>

Diante do apresentado podemos notar que embora os direitos humanos sejam compreendidos por parte de nossa doutrina como universais, a outra parte da doutrina defende a regionalização e conseqüentemente a localidade desses direitos.

Contudo, nem uma e nem outra concepção se excluem. Pelo contrário, o que temos é um refinamento desses direitos para preservar muito além do princípio

---

<sup>100</sup> *Ibid.*, pg. 22

<sup>101</sup> “O sistema interamericano, a seu turno, tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que prevê a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana. Por fim, observa Piovesan, “o sistema africano apresenta como principal instrumento a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, que, por sua vez, instituiu a Comissão Africana de Direitos Humanos, tendo sido posteriormente criada a Corte Africana de Direitos Humanos, mediante um Protocolo à Carta, que entrou em vigor em 2004”. PIOVESAN, 2013 *apud* FURQUIM, 2016, pg. 22



maior de soberania dos estados, mas a dignidade, a igualdade, a liberdade e o respeito a determinadas populações e suas culturas.

### 3.2 A História

Para termos coerência e compreensão integrada na análise de Direitos de ordem Fundamental, temos que preliminarmente contextualizar, histórica e espacialmente, as evoluções e efeitos do surgimento desses direitos básicos da pessoa e da coletividade.

Na antiguidade, através dos pontos de vista filosóficos e religiosos, relatados em sociedades greco-romanas, democráticas e cristãs, nós tivemos o surgimento das primeiras convenções humanas ligadas as percepções de dignidade, liberdade e igualdade entre homens.<sup>102</sup>

Logo em seguida, ainda com a presença desses ideais e da corrente jusnaturalista do século XVI, as sociedades medievais produziram uma crença em postulados de caráter supra positivos, antecipando a formação escrita das leis, onde se controla o poder estatal atuando como legitimadores.<sup>103</sup>

O grande representador desse período foi São Tomás de Aquino, que desenvolveu a teoria de duas fontes de poder distintas: a primeira pautada na racionalidade humana e a segunda no direito positivo, enfatizando que o descumprimento desse direito natural, através dos governantes, seria legitimador da resistência social.<sup>104</sup>

Foi também ele o conceituador da dignidade humana, desenvolvendo esta como um valor natural, insuscetível de alienação e de condicionamento, tendo em vista a sua ligação com a personalidade do ser humano.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> SARLET, 2012, pg. 38.

<sup>103</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>104</sup> *Ibid.*, loc. cit

<sup>105</sup> *Ibid.*, loc



Posteriormente, nos séculos XVII e XVIII, tivemos a vinculação do direito natural as teorias contratualistas, bem como a laicização dos Estados por meio do iluminismo.<sup>106</sup> Neste período os direitos estavam intrinsecamente voltados para ideais como as liberdades e a dignidade da pessoa humana. Locke pontua a eficácia de oponibilidade frente aos detentores de poder. A partir de então, passam a existir sujeitos de direitos e não mais meras marionetes de um governante.

Contudo, apenas em Kant, nós tivemos um fechamento do ideal contratualista, tendo em vista uma definição de liberdade jurídica suprema e aplicável a todos em virtude de sua própria existência. Possuindo óbice apenas quando houver o choque com a liberdade de outros entes da coletividade, e limite, em relação a sua oponibilidade, contra leis as quais demos razão e consentimento de existirem.<sup>107</sup>

O surgimento dos direitos humanos ocorreu em 1215 na Inglaterra, com a *Magna Charta Libertatum*. Ela representou o primeiro instrumento normativo positivado, prevendo o início de alguns institutos jurídicos, hoje conhecidos por nós como o *habeas corpus*, devido processo legal (contemplando inicialmente apenas a formalidade do contraditório), e delimitação de propriedade.<sup>108</sup>

No século XVII, com a *Petition of Rights*, o *Habeas Corpus Act*, e o *Bill of Rights*, tivemos a percepção dos direitos humanos como positivamente de direitos costumeiros da sociedade inglesa, representativos de liberdades genéricas (tanto em seu conteúdo, quanto em sua titularidade).<sup>109</sup>

Contudo, nessa época, os direitos e liberdades garantidos, não eram capazes de vincular o poder parlamentar do Estado. Ficando, portanto, a legislação inglesa

---

<sup>106</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>107</sup> SARLET, 2012, pg. 39 e 40

<sup>108</sup> *Ibid.*, pg. 41.

<sup>109</sup> *Ibid.*, pg. 42



apenas com a fundamentalização dos direitos humanos, e não com a sua constitucionalização (formação dos direitos fundamentais).<sup>110</sup>

Apenas com a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e da Declaração Francesa, de 1789, foi possível o surgimento efetivo e escrita dos direitos fundamentais na ordem internacional.<sup>111</sup>

A primeira declaração (americana), foi responsável por incorporar a seu texto direitos e liberdades universais, supremos e eficazes, ligados a uma nova era democrática marcada pela separação dos poderes e por uma maior representatividade do povo perante os deveres do governante.<sup>112</sup>

Já a segunda declaração (francesa), de 1789, foi consequência de uma revolução contra a ordem social burguesa, e que, portanto, reconheceu ao povo e ao mundo direitos inalienáveis, imprescritíveis e com eficácia imediata. Direitos esses que não estavam diretamente ligados a necessidade de formação de uma independência, e sim, ao rompimento com tradições anteriormente impostas.<sup>113</sup>

De outro modo, a revolução francesa foi marco não apenas para o começo de direitos de cunho liberal, como a declaração americana, ela abriu espaço para o surgimento posterior de direitos de ordem social, assim compreendidos como direitos que dependiam de uma atuação do Estado

Isso provocou novos estudos filosóficos e doutrinários, na Europa e na América, agora para compreensão das novas evoluções desses direitos em gerações/dimensões.

### 3.3 As Dimensões de Direitos Fundamentais

Como disposto anteriormente, com a mutação de direitos naturais do homem para direitos de ordem fundamental de um Estado, nós tivemos o surgimento de

---

<sup>110</sup> *Ibid.*, loc

<sup>111</sup> *Ibid.*, pg. 43

<sup>112</sup> SARLET, 2012, pg. 43

<sup>113</sup> *Ibid.*, loc. cit.





teorias responsáveis por conceituar, caracterizar e situar em momentos históricos as espécies normativas que foram surgindo.

Com o passar do tempo os direitos, que inicialmente eram voltados as liberdades dos indivíduos e a limitação do poder do governante, ganharam novas roupagens filosóficas com o intuito de socorrer as frequentes carências e necessidades sociais.

Diferentemente da popular concepção (teoria geracional), esses direitos não se excluíaam ou deixavam de existir a partir de novos pontos de vista.<sup>114</sup> Pelo contrário, eles se desenvolveram como uma unidade que deve ser interpretada de forma complementar e cumulativa, não admitindo divisão ou exclusão de seu conteúdo.<sup>115</sup>

Esse pensamento advém da teoria dimensional de direitos adotada por nós neste trabalho.

Dessa forma, e já iniciando o estudo afundo nessa teoria, os então denominados direitos de primeira dimensão, foram formados a partir do sentimento social de oposição aos poderes, absolutos e ilimitados, dos governantes.<sup>116</sup>

Eles afirmaram uma garantia que além de ser positiva, se mostrou concreta e pertencente a todos os sujeitos, independentemente de seu status ou posição social, seu marco histórico se encontra a partir do século XVIII, com o período liberal-burguês.<sup>117</sup>

Esses direitos são voltados para a perspectiva individualista e limitadora de atuação do Estado, e são compreendidos como direitos negativos, de abstenção e resistência. Eles englobam liberdades civis e políticas e têm como exemplos, aqueles

---

<sup>114</sup> Essa mentalidade está atrelada a uma doutrina, que denominava essas teorias como gerações, em razão de não visualizar os direitos fundamentais de uma forma integrada e harmoniosa; SARLET, 2012, pg. 45.

<sup>115</sup> *Ibid.*, pg. 46

<sup>116</sup> *Ibid.*, loc

<sup>117</sup> *Ibid.*, loc. cit.



mesmos direitos protegidos pela doutrina jusnaturalista: as concepções de vida, liberdade, propriedade e igualdade. Esta última sendo interpretada apenas formalmente, ou seja, como uma igualdade de todos perante a lei.<sup>118</sup>

A influência dessa dimensão na sociedade, fez surgir institutos jurídicos que se fazem presentes até os dias atuais (o *habeas corpus*, o devido processo legal e o direito de petição).<sup>119</sup>

Posteriormente, com o avanço e crescimento exagerado da era industrial, e o surgimento de ideais socialistas pelo mundo, fez-se necessário o plito por direitos de feições sociais, econômicos e culturais, desta vez marcados pela presença atuante de um estado prestador de serviços e garantias.<sup>120</sup>

Neste momento as liberdades de primeira dimensão se mostravam insuficientes e incapazes de efetivar os direitos postos aos indivíduos que, também por outro lado, estavam carentes de um bem-estar (uma primeira noção de qualidade de vida).<sup>121</sup>

Sendo assim, e conforme pregado nas Constituições francesas de 1793 e 1848, brasileira de 1824, alemã de 1849 e 1919, e mexicana de 1917,<sup>122</sup> nós tivemos a formulação de novas liberdades e igualdades materiais (envolvendo agora o respeito aos desiguais na medida de suas desigualdades), de caráter individual, positivas, efetivas, prestacionais e de atuação do poder Estatal.<sup>123</sup>

De igual modo, tivemos a formulação da terceira dimensão, responsável por direitos de ordem transindividuais e coletivos.<sup>124</sup> A base deste novo momento foram os ideais de solidariedade e fraternidade, que trouxeram uma maior amplitude de

---

<sup>118</sup> SARLET, 2012, *loc. cit*

<sup>119</sup> *Ibid.*, *loc. cit*

<sup>120</sup> *Ibid.*, pg. 47.

<sup>121</sup> JUNIOR, N. N. D. S. **Segunda dimensão dos direitos fundamentais**. Âmbito Jurídico, 2010. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/segunda-dimensao-dos-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 16 Outubro 2019

<sup>122</sup> *Ibid.*

<sup>123</sup> SARLET, 2012, pg. 47

<sup>124</sup> *Ibid.*, *loc. cit*



titulares. Dentre eles nós podemos citar os direitos à paz, ao meio ambiente ecologicamente sustentável, a autodeterminação dos povos e a qualidade de vida.<sup>125</sup>

Essa terceira dimensão de direitos, teve como marco os processos de descolonização, as instabilidades do período de guerra fria e os avanços tecnológicos. E, ainda hoje, sua grande parte não encontra disposta em nosso ordenamento, muito embora já possua espaço e vez no âmbito internacional, através de instrumentos como os tratados, as convenções e os acordos feitos entre países e/ou blocos econômicos.<sup>126</sup>

Essas são as três dimensões basilares dos direitos fundamentais presentes em nosso país e em diversos outros no mundo. A partir delas a doutrina passa a divergir e a trazer novas dimensões de direitos, que na verdade, e como colocado por Sarlet,<sup>127</sup> são apenas desdobramentos dos direitos já conceituados nas três primeiras classes.

Outro ponto a se notar é que, como colocado em nosso capítulo anterior, o direito a paz, embora seja uma preocupação existente a muitos anos, passa a constituir, na perspectiva de direitos fundamentais, um importante elemento de proteção do ser humano, assim como a democracia e o estado de direito.<sup>128</sup>

Cabe alertarmos também, que os direitos de terceira dimensão dependem, não somente de uma atuação do Estado, mas, de toda a sociedade em constante vigilância e cooperação. Por isso são denominados de direitos fraternos.

Restou evidenciado que as três dimensões de direitos possuem uma explícita ligação aos ideais da Revolução Francesa, como contextualizamos anteriormente. Por esta razão, podemos notar com as variações históricas, que os ideais (e por consequência os direitos positivos) possuem uma coerência e integração no texto

---

<sup>125</sup> SARLET, 2012, pg. 48

<sup>126</sup> *Ibid.*, pg. 49

<sup>127</sup> *Ibid.*, pg. 54

<sup>128</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*



constitucional antes mesmo da constitucionalização dos direitos fundamentais americanos.

Essa nova constitucionalização de direitos de ordem fundamental, foi de importante relevância para a nossa sociedade, uma vez que passamos por momentos de muita tensão e violações de direitos

Foi somente através do direito comparado que passamos a modificar o cenário normativo, político e comercial de nosso país, visando alcançar uma maior interação com a ordem mundial, que estava a surgir, bem como diminuir as injustiças e ingerências do nosso poder público

### **3.4 Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi marcada por um processo de formação ligado a conjuntura de Estado Democrático e de Direito, em contradição as anteriores constituições e poderes constituintes. Até mesmo, representou uma maior participação e representatividade popular, por meio das eleições livres e secretas, pensadas pela Assembleia Nacional Constituinte em 1987.<sup>129</sup>

Inicialmente possuía 501 artigos e cerca de 20.700 emendas, as quais mais uma vez transpareceu a nova modalidade de democracia, caracterizada pela participação popular e marcada pela apresentação de 122 emendas populares, subscrita por mais de 30.000 eleitores.<sup>130</sup>

Outro ponto importante, da Constituição de 88, foi seu caráter analítico, pluralista, de cunho programático e dirigente.

---

<sup>129</sup> SARLET, 2012, pg. 63.

<sup>130</sup> *Ibid.*, pg. 64.



Analítica pois possuía muitos dispositivos constitucionais, assim como as constituições Portuguesas e Indiana. Isso devido a desconfiança de nosso poder constituinte aos legisladores infraconstitucionais.<sup>131</sup>

Pluralista, pois sua redação foi compromissária com as diversas reivindicações do povo, que muitas vezes divergia em opiniões. Ademais, o poder constituinte elencou uma gama gigantesca de direitos fundamentais de liberdade, políticos, sociais e civis. Ou seja, o legislador originário visou não somente abarcar as primeiras dimensões de direitos, mas fez questão de prever expressamente todas elas.<sup>132</sup>

Tivemos também o caráter programático/dirigente na Constituição, em razão do grande número de dispositivos dependentes de uma regulamentação legislativa específica, para que sejam estabelecidos os meios e fins a serem implementados e assegurados pelo poder público.<sup>133</sup>

O fato de nossa constituição ter sido precedida por um forte poder autoritário (regime militar de 1964 – 1985), fez com que ela desse uma maior relevância aos direitos fundamentais, reforçando seu regime jurídico e o seu conteúdo.<sup>134</sup>

O mesmo ocorreu também com as recentes Constituições da República Portuguesa de 1976 e Espanhola de 1978. Ambas foram resultantes de superações de regimes autoritários e fortes influências para nosso constituinte de 1988.<sup>135</sup>

Através de seu forte rigor lógico, a Constituição Federal de 1988 priorizou os direitos fundamentais, dando a eles a característica de normas parâmetro e de supremo valor para todo o nosso ordenamento.

Através de nosso artigo 5º, §1º da Constituição, nós tivemos a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais nela presentes, e, posteriormente,

---

<sup>131</sup> *Ibid.*, pg. 65

<sup>132</sup> *Ibid.*, loc

<sup>133</sup> *Ibid.*, loc. cit

<sup>134</sup> SARLET, 2012, pg. 66

<sup>135</sup> *Ibid.*, loc. cit



através do seu artigo 60, §4º, nós demos a esses direitos e garantias uma proteção conhecida como cláusulas pétreas, que nada mais são do que os impedimentos de supressão e esvaziamento do conteúdo relativo as normas fundamentais, pelo poder constituinte derivado e pelo legislador infraconstitucional.<sup>136</sup>

Outra característica fortíssima da Constituição de 88 foi a amplitude de seu catálogo de direitos fundamentais. Observa-se um título inteiro (Título II), assim como a sua adequação com as normatividades da Declaração Universal de 1948, e com os princípios e tratados de Direitos Humanos.<sup>137</sup>

Ademais, temos também presentes no Título I os princípios fundamentais de nosso Estado, pautados em relações internacionais, e com a presença dos direitos de terceira dimensão, como a autodeterminação dos povos (art. 4º, incisos I, III e IV), os direitos a defesa da paz, a solução pacífica de conflitos (art. 4º, incisos VI e VII), dentre outros.<sup>138</sup>

Como nem toda constituição é perfeita, a nossa possui algumas falhas no tocante a falta de rigor científico e falta de uma adequada técnica legislativa. Conseqüentemente, a fraqueza do diálogo dos direitos fundamentais, a presença de contradições, a ausência de uma sistematização de conteúdo, a amplitude desnecessária de alguns de seus conteúdos, englobando não apenas direitos fundamentais, mas também posições de fundamentalidade, tem gerado uma desprestigiabilidade e inefetividade de seus princípios.<sup>139</sup>

Todavia, embora nós tenhamos elencados todos esses defeitos e lacunas de nossa constituição, ela encontra-se, juntamente com os direitos fundamentais, em sua melhor forma e momento possíveis na história de nosso constitucionalismo.<sup>140</sup>

---

<sup>136</sup> *Ibid.*, pg. 67

<sup>137</sup> *Ibid.*, loc. cit

<sup>138</sup> *Ibid.*, loc. cit

<sup>139</sup> SARLET, 2012, pg. 68

<sup>140</sup> *Ibid.*, loc. cit



O que deve ser feito e mantido nesse momento é a preservação e o fortalecimento da força normativa da CF/88, por meio de sua indispensável e necessária “vontade”, como citado por Hesse.<sup>141</sup>

A ideia dos direitos fundamentais integrarem nossa CF/88 traz à tona o preceito de que ela concretiza o ideal de princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, e consagra também direitos de ordem fundamental positivados em outras partes de seu texto constitucional (art. 5º, §2º, CF/88), assim como em tratados internacionais. Além de que, sua diversidade de conteúdos impede que sejam estabelecidos critérios abstratos e genéricos, que possam demonstrar uma identidade, inclusive em se tratando de uma relação entre gênero e espécie.<sup>142</sup>

Portanto, devemos reconhecer que nossa constituição possui um sistema aberto e flexível de preceitos que permitem uma harmonia de conteúdos fundamentais, desenvolvidos e integrados por normas infraconstitucionais.

### 3.5 Necessidades Básicas vs Qualidade de Vida

Tendo em vista as constantes repercussões sociais provocadas pela condição precária de nosso Sistema Único de Saúde<sup>143</sup>, optamos por trazer neste subcapítulo uma análise harmônica com os temas já apresentados, tendo em vista a problemática da saúde e da qualidade de vida de crianças refugiadas em nosso país.

---

<sup>141</sup> *Ibid.*, pg. 69.

<sup>142</sup> *Ibid.*, loc. cit

<sup>143</sup> Cf. “*Em recente entrevista à Sputnik Brasil, a médica Karina Oliani, coordenadora de saúde do Instituto Dharma, que estava na fronteira do Brasil com a Venezuela, afirmou que os venezuelanos chegam ao Brasil com a imunidade baixa devido principalmente à desnutrição. Entre os aspectos das políticas públicas destinadas a essas pessoas, que chegam fragilizadas ao País e precisam ser integradas, está a assistência à saúde. Assim como todos os residentes no território nacional, os refugiados têm direito ao Sistema Único de Saúde (SUS), mas há dificuldades no acesso à saúde por parte dessa população, que tem vulnerabilidades específicas*”. SOCIEDADE Brasileira de Medicina Tropical. **Refugiados:** Brasil ainda precisa implementar apoio e políticas públicas para acolher essas pessoas. 14 de Agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.sbmt.org.br/portal/refugees-brazil-still-needs-to-implement-and-support-public-policies-to-welcome-these-people/>>. Acesso em: 01 Junho 2020



E como tratado inicialmente, faremos uma abordagem meramente empírica, moldada por construções acadêmicas referentes ao assunto, para que posteriormente façamos um melhor desfecho de nosso trabalho e uma conseqüente analogia com a realidade prática a ser relatada.

Preliminarmente, assim como qualquer outra área de atuação em nossa sociedade, a medicina possui termos e institutos provocadores de uma equivocada definição e particularidades, em virtude de sua ciência ter uma forte ligação com a história e cultura de uma região ou país.

Neste sentido, compreender o que é a saúde é fundamental para que consigamos defini-la e entender sua importância para o campo jurídico, assim como para o nosso tema, uma vez que esta é um direito fundamental, social e pertencente a todos de uma coletividade.

No nosso dia a dia, costumamos associar saúde a um estado/condição física antagônica ao estado de doença. Contudo, saúde, muito além do que um ponto antagônico, é também a compreensão de bem-estar físico, social, psicológico, e espiritual, aplicados a contextos como o tempo e o espaço. Ou seja, ela é o equilíbrio entre todos os pontos citados e o mundo ao seu redor.<sup>144</sup>

As necessidades humanas, estão vinculadas a esta noção de equilíbrio do bem-estar na saúde, e se apresentam com algo básico, universal e necessário à manutenção da vida digna. Elas são entendidas como um estado de carências corporais, conscientes ou inconscientes, que provocam uma instabilidade das forças vitais de um ser.<sup>145</sup>

Por ser um conceito, como dito anteriormente, que envolve uma contextualização histórica e social, pode ser facilmente relativizado e

---

<sup>144</sup> RODRIGUES, A. L.; MARIA, V. L. R. **Teoria das Necessidades Humanas Básicas**: conceitos centrais descritos em um manual de enfermagem. Rev. Cog. Enfer., Ponta Grossa, 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/reusp/article/download/135860/131676>>. Acesso em: 19 Outubro 2019, pg. 4

<sup>145</sup> *Ibid.*, loc. cit





constantemente moldado aos interesses e repercussões externas ao Estado.<sup>146</sup> Associada diretamente a essa consideração temos uma concepção humana de qualidade de vida, do qual inconscientemente ligamos ao estado de saúde e bem-estar.

Está qualidade é um termo criado entre indivíduos para designar um patamar de satisfação, ocasionado por influências dos meios pessoais, amorosos, familiares, sociais e ambientais durante toda nossa vida. É um termo, que por advir da racionalidade e do senso comum, possui equívocos e variações de perspectivas em sua caracterização.<sup>147</sup>

Para alguns, a qualidade de vida pode ser compreendida através do confronto entre expectativas individuais e realidades fáticas.<sup>148</sup> Para o nosso trabalho, temos que o termo qualidade de vida possuiu três formas subjetivas de seu entendimento<sup>149</sup>:

- a. Histórica: fundamentada em ambientes temporais com relativismos de desenvolvimento econômico, social e tecnológico no mundo;
- b. Cultural: voltada para a valoração e a importância dada pelos povos;
- c. E de castas sociais: ou seja, embasadas nas sociedades que possuem padrões de desigualdade.

Ao aplicarmos essas três formas podemos notar que as variações, do que é uma qualidade de vida, são frutos do meio ao qual estão inseridos os sujeitos.

Desde os séculos XVIII e XIX, a humanidade busca conceber estilos e situações de vida com qualidade para classes trabalhadoras negligenciadas durante a era industrial. E, em 1974, no Canadá, por meio do relatório Lalonde, tivemos uma

---

<sup>146</sup> *Ibid.*, pg. 5

<sup>147</sup> MINAYO, M. C. D. S.; HARTZ, Z. M. D. A.; BUSS, P. M. **Qualidade de vida e saúde**: um debate necessário. Rev. Ciên. Saú. Col., p. 7-18, 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232000000100002&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232000000100002&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 19 Outubro 2019, pg. 3

<sup>148</sup> MARTIN e STOCKLER *apud* MINAYANO, HARTZ e BUSS, 2000, *loc. cit*

<sup>149</sup> MINAYANO, HARTZ e BUSS, 2000, *loc. cit*



inquietação humanitária relacionada aos pontos determinantes de uma concepção de qualidade de vida.<sup>150</sup>

Esses pontos foram articulados através do estilo de vida adotado por um indivíduo, dos avanços biológicos humanos, das influências do ambiente físico e coletivo, no qual somos expostos, e da disponibilização dos serviços de saúde.<sup>151</sup>

Com a chegada dos anos 90, o mundo passou a ter uma nova preocupação, voltada agora para as grandes necessidades de utilização de novos meios de desenvolvimento sustentável e ecológico.<sup>152</sup>

Nessas circunstâncias, e especialmente em se tratando de nosso tema referente a crianças refugiadas, devemos considerar também como questão influenciadora da noção de qualidade de vida e consequentemente de equilíbrio do bem-estar e saúde, os efeitos de valores sociais não materiais ligados a pessoa, como é o caso do amor, do afeto, da liberdade, da realização pessoal, da dignidade, da solidariedade e da felicidade.<sup>153</sup>

A qualidade de vida, que pretendíamos trazer nesse capítulo, tal como a satisfação das necessidades básicas de um indivíduo e a sua saúde, envolvem nitidamente elementos da natureza humana, ou seja, a alimentação, a moradia, o trabalho, a educação, o lazer, o próprio acesso a saúde, e muitos outros meios necessários a suprir nossas carências e déficits.<sup>154</sup>

Portanto, podemos ligar as apresentadas ideias com a condição de crianças refugiadas fazendo uma ressalta que, como iremos constatar mais adiante: esses menores possuem um status peculiar de vulnerabilidade e carência maiores que as demais crianças em um meio social saudável e protetor.

---

<sup>150</sup> MINAYANO, HARTZ e BUSS, 2000, pg. 3

<sup>151</sup> *Ibid.*, loc. cit

<sup>152</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>153</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>154</sup> MINAYANO, HARTZ e BUSS, 2000, pg. 4



## 4 AS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

### 4.1 Teoria da Situação Irregular e da Proteção Integral

Como podemos notar nos capítulos anteriores, a apresentação e o enquadramento histórico de um determinado assunto são de extrema relevância para compreendermos como e porque se desenvolvem determinados institutos. E agora, mais uma vez, vamos construir uma história pouco contada e valorizada em nossa sociedade, referente ao início de toda a dignidade, respeito e conquista de direitos fundamentais por uma parte da população, que antes não era vista e nem ouvida como sujeito de direitos.

Estamos a nos referir a crianças e adolescentes que, segundo nosso ordenamento pátrio e proposições de nossa doutrina atual, compreendem os indivíduos desde a sua concepção até os seus 18 anos incompletos.

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.<sup>155</sup>

Em que pese o direito brasileiro empregue, tendo como base o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), uma diferenciação entre criança e adolescente - considerando como criança a pessoa menor de 12 anos e adolescente, como a pessoa que está na faixa de idade de 12 a 18 anos

-, o presente estudo, seguindo o entendimento empregado pela Convenção dos Direitos da Criança (CDC), adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Novembro de 1989 trata por criança todo o indivíduo menor de 18 anos de idade.<sup>156</sup>

---

<sup>155</sup> BRASIL. Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criança e do Adolescente** e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 05 Novembro 2019

<sup>156</sup> FURQUIM, 2016, pg. 12



E já de início, como colocado por Fuziwara<sup>157</sup>, não podemos sequer mencionar a expressão “história da infância”, pois o que temos são apenas registros na história da humanidade da participação de crianças e adolescentes, muitas vezes vitimadas por sua condição especial de sujeitos em desenvolvimento, na formação de marcos sociais e na luta por um espaço de proteção no mundo jurídico e político.<sup>158</sup>

Segundo a mesma autora, os direitos de crianças e adolescentes, assim como os direitos humanos, necessitaram de grandiosas lutas sociais, que apenas recentemente, tiveram o seu devido reconhecimento e construção no seio jurisprudencial e doutrinário. E, tudo isso, decorrente da forma de pensamento e funcionamento da sociedade em seus diversos meios e tempos.<sup>159</sup>

Na descoberta do Brasil por Portugal, por exemplo, tivemos a presença marcante de indígenas que viviam no território<sup>160</sup> e foram coagidos a catequização, assim como tivemos o tráfico constante de escravos africanos vindos de colônias portuguesas. Em ambos os casos, nós possuímos implicitamente a presença de menores, filhos e filhas de índios e negros escravos, que passavam por todas essas dificuldades de seus representantes, se não, até em piores condições, sofrendo todas as repercussões e efeitos deste período.

Historicamente, podemos notar a presença de crianças em registros culturais e medievais dos séculos XII e XIII na Europa. Nestes períodos, responsáveis por darem início a história da infância, elas eram vistas socialmente como pessoas de

---

<sup>157</sup> FUZIWARA, A. S. **Lutas Sociais e Direitos Humanos da criança e do adolescente**: uma necessária articulação. Rev. Serv. Soc. Soc., n. 115, p. 527-543, 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-66282013000300007&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-66282013000300007&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 19 Outubro 2019, pg. 3

<sup>158</sup> Fuziwara ao citar Ariès (1978) nos observa que o fato de crianças terem sido ao longo dos anos retratadas como acidentais aparições em fotos de adultos se deve pelo fato das mesmas serem consideradas frágeis em sua linguagem e em sua condição biológica, não podendo portanto se expressar da maneira correta. O próprio termo infância (*enfant*) nos remete a concepção de indivíduos que não falam, não sabem se expressar, e consequentemente não serão sequer ouvidos. FUZIWARA, 2013., pg. 3

<sup>159</sup> *Ibid.*, pg. 5

<sup>160</sup> *Ibid.*, pg. 6



baixa estatura, mas que possuía responsabilidades e deveres como qualquer outro adulto do povo.<sup>161</sup>

Com o transcorrer dos séculos XV e XVI, elas passaram a ser retratadas em maior número e em um cenário de gêneros, atreladas a um contexto familiar. No século seguinte, houve uma pequena ruptura ao retratar crianças isoladamente, com a intenção, e forma arcaica, de representar o que hoje entendemos como uma fotografia.<sup>162</sup>

No século XVIII, tanto no Brasil quanto no mundo, nós tivemos um afastamento<sup>163</sup> da busca pela retratação infantil, tendo em vista que o mais debatido e interessante da nação eram as questões relacionadas a política e a economia. Pouco se falava e se expressava culturalmente, principalmente no que diz relação ao cotidiano e as classes desfavorecidas do Estado.

Neste mesmo século e com a chegada do iluminismo, nós do ocidente passamos a ter uma nova concepção de criança, agora considerando-as como seres frágeis e suscetíveis de controle, enquanto ainda carecedoras de desenvolvimento.<sup>164</sup>

No século XX, e através da moderna, tivemos o surgimento de novas concepções de infância, pautadas em crianças criativas, solícitas e interativas socialmente (tanto com outros jovens, quanto com adultos).<sup>165</sup> Paralelamente, surgiram dois modelos teóricos vinculados as características e valores essenciais dos menores, e são eles:

---

<sup>161</sup> FURQUIM, 2016, pg. 39

<sup>162</sup> FURQUIM, 2016, pg. 39 *et seq*

<sup>163</sup> É interessante ressaltarmos que nos períodos retratados, a humanidade não possuía uma definição e um sentimento do que hoje entendemos como o afeto. Portanto, não podemos falar que nesses momentos houveram negligências em se retratar crianças e adolescentes, uma vez que estes eram vistos como entes dependentes e responsáveis em conjunto por manterem um todo maior que poderia ser tanto o Estado ao qual elas eram pertencentes, quanto a unidade/grupo familiar do qual elas haviam surgido. Ou seja, as crianças eram encarregadas, assim como os demais membros, a darem a subsistência necessária, não somente para saciar necessidades pessoais, mas para manter a harmonia e a cooperação em sociedade. *Ibid.*, pg. 41

<sup>164</sup> *Ibid.*, *loc. cit*

<sup>165</sup> *Ibid.*, pg. 42 e 43



1. A compreensão do menor como um ser mau e interessado em satisfazer seus próprios prazeres, como pregado pela doutrina cristã dessa época. Neste caso seriam os pais e os adultos em geral os responsáveis por conduzir o desenvolvimento desse menor por um caminho do bem e longe de más companhias
2. De outro modo, temos a compreensão do menor como sendo um ser frágil, inocente, puro, que apenas sabe brincar e sorrir, e que deve ser protegido em sua bondade por seus responsáveis e pelos demais adultos.

Em ambos, nós temos um problema em comum sendo germinado, que é a prisão da criança e do adolescente em uma perspectiva de incapacidade de agir por conta própria, de tomar suas próprias decisões, e de expressar seus sentimentos e vontades.<sup>166</sup>

Com o advento dos Estados-Nação, nós tivemos os primórdios da concepção de infância, conferindo aos pequenos uma condição de sujeitos positivados em ordenamentos. Contudo, estes ainda não tinham voz ou notoriedade no meio social, e, portanto, foi-lhes atribuído olhares de proteção como consequência de seu abandono por parte dos responsáveis ou de sua criminalização.<sup>167</sup>

Importante notarmos que, antes mesmo da formação dos Estados-Nação, já existia a constatação no meio jurídico internacional, retratações de menores, através do instituto de direito romano denominado “*patria potestas*”. No qual a criança, embora não tivesse seus direitos e deveres previstos em normas, possuía uma condição de submissão e controle perante o “*pater familiae*”.<sup>168</sup> Condição essa que permaneceu presente (porém sobre um novo modelo cultural) até final do século XIX, quando tivemos o aparecimento de uma nova corrente concepcionista de direitos a crianças, pautada na constatação de que crianças são imaturas e

---

<sup>166</sup> FURQUIM, 2016, pg. 42 e 43

<sup>167</sup> *Ibid.*, pg. 44

<sup>168</sup> *Ibid.*, pg. 43 e 44



vulneráveis na medida em que necessitam de uma proteção por parte de seus pais ou do Estado, na ausência deles<sup>169</sup>

A grande questão, estava no fato de que a partir deste modelo nós passamos a ignorar por completo a vontade e o interesse do menor. Somente a partir da década de 60 é que passamos a vislumbrar crianças e adolescentes como sujeitos capazes de tomar suas próprias decisões e de decidirem acerca do que seria o seu melhor interesse.<sup>170</sup>

No Brasil, tivemos dois marcos registrais do desenvolvimento dessas teorias em nossa história:

O primeiro se perfaz durante o século XIX, com a Doutrina do Direito Penal Menorista (Doutrina da Situação Irregular) embasada nos códigos penais de 1830 e 1890, onde estão presentes a caracterização do menor como um sujeito criminalizado ou abandonado de seus cuidados por parte de seus responsáveis, e a decorrente mobilização do poder judiciário responsável por aplicar o que entendia como melhor interesse do menor.<sup>171</sup>

E o segundo, através da promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, que marcam o início da atual Doutrina de Proteção Integral, com foco na proteção integral do menor, de seus direitos e prerrogativas, agora como sujeito de direito, e independentemente da situação a qual esteja atrelado.<sup>172</sup>

A questão central é combater a violência contra crianças e adolescentes por meio da defesa indireta de direitos, feita através de fortes setores da sociedade, questionando os processos políticos e jurídicos que se justificam na situação precária das classes menos favorecidas.

---

<sup>169</sup> *Ibid.*, loc. cit

<sup>170</sup> *Ibid.*, pg. 45

<sup>171</sup> FURQUIM, 2016, pg. 46.

<sup>172</sup> *Ibid.*, loc. cit



Desta forma, o objetivo a ser traçado sempre foi a busca por novas soluções duradouras, não apenas para dar visibilidade e voz a uma nova linha de pensamento (proteção integral), mas gerar uma nova era de valorização e conscientização do respeito de futuras gerações de nosso povo.<sup>173</sup>

Um exemplo bastante ocorrente na violação de direitos dessa camada da sociedade é o alarmante número de crianças e jovens cumprindo medidas socioeducativas, evidenciando um retrato social com sujeitos não contemplados pela proteção, garantia, instrução e respeito adequados de seus direitos fundamentais, e que, conseqüentemente buscam no crime e na marginalização o mínimo necessário de sua subsistência e crescimento.<sup>174</sup>

Muito embora nós ainda tenhamos dificuldades em compreender e efetivar o cumprimento desses direitos, e, em contrapartida, romper com nossos antepassados aplicadores da teoria da situação irregular, do autoritarismo e do patriarcalismo, a presença em nosso ordenamento do artigo 227, da CF/88, bem como a formulação e aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), nos passa uma nova sensação de esperança e de renovação dos interesses individuais e coletivos de nossa nação.

Outra normatividade que merece destaque, embora careça de uma devida efetividade prática, conforme nosso saber cotidiano, é a legislação penal incidente na temática infantil, adaptada para atender os milhares de casos de detentas gestantes e mães de crianças na fase de amamentação.<sup>175</sup> Ela é a caracterização do rompimento de um período anterior, pautado em maiores violações, para ambos os sujeitos.

## 4.2 Tripla/Quadrupla Vulnerabilidade da Infância Refugiada

A constatação de que o direito ao refúgio é usufruído por indivíduos em situação de vulnerabilidade, interna e/ou internacional, não é de se duvidar. Contudo,

---

<sup>173</sup> FUZIWARA, 2013, pg.10

<sup>174</sup> *Ibid.*, pg. 11

<sup>175</sup> FUZIWARA, 2013, pg. 13





muito internamente nessa coletividade de indivíduos, nós temos outras categorias que dispõem de uma vulnerabilidade maior, e são elas as mulheres, os idosos, os deficientes, os enfermos, e as crianças

Em si mesmas, elas já possuem uma dupla vulnerabilidade: primeiro por estarem expostas as violações de direitos humanos; e segundo, por sua natureza humana já aparentar uma fragilidade intrínseca ao ser, seja ela voltada ao aspecto físico, psicológico, cognitivo, fisiológico, e relacionada ao crescimento saudável.<sup>176</sup>

A análise que faremos a partir de então, e especialmente neste capítulo, refere-se à vulnerabilidade de crianças e adolescentes enquanto refugiadas, e sobre isso dispõe Furquim que “Toda criança é vulnerável, dependente e se encontra em processo de desenvolvimento”. Passaremos, desse modo, a caracterizar o que traz a esses indivíduos um terceiro e quarto grau de vulnerabilidade, e como todos se integram formando um forte risco para a existência das futuras gerações.

Temos primeiramente que a vulnerabilidade, a qual iremos tratar, envolve recursos e sujeitos necessitados, que são ligados por um nexos causal determinado pelo meio entre um e outro, ou seja, ela simboliza as dificuldades de obtenção dos bens materiais em razão do contexto social em que esses sujeitos se encontram.<sup>177</sup>

Recursos esses que na verdade são garantidos pelos direitos que caracterizamos anteriormente como direitos fundamentais. Neste caso em específico, estamos a nos referir de direitos fundamentais de terceira geração, que abarcam os direitos a educação, ao lazer, a saúde, e outros.<sup>178</sup>

---

<sup>176</sup> FURQUIM, 2016, pg. 38

<sup>177</sup> ABRAMOVAY, 2002 *apud* COSTA, A. P. M.; SAFI, S. D. S. L.; PAMPLONA, R. S. **Entre a doutrina da situação irregular e a da proteção integral**: o conceito de vulnerabilidade e a aplicação de medidas socioeducativas a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Rev. Bras. Dir.*, Passo Fundo, v. 14, n. 3, p. 55-75, 2018. Disponível em: <<https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1947>>.

Acesso em: 22 Outubro 2019, pg. 4

<sup>178</sup> COSTA, SAFI e PAMPLONA., 2018, pg. 4



Em razão disto, temos que a vulnerabilidade não é um estado físico e psicológico do sujeito, e sim uma característica constante relacionada ao meio em que ele está inserido. Portanto, o certo é visualizarmos ela como uma condição concreta e social que impossibilita o acesso de uma criança ou adolescente a determinado direito fundamental.<sup>179</sup>

Segundo Coimbra, Bocco e Nascimento, 2005,<sup>180</sup> enquanto nós vislumbramos a adolescência com uma lógica desenvolvimentista homogênea, nós estaremos considerando a adolescência uma fase universal. Agora, quando temos uma lógica individualista e imputável, seguindo os moldes do capitalismo, estaremos levando em consideração a forma como cada um enfrenta e resolve essa fase, ressaltando a própria capacidade (ou falta dela) do menor em lidar com questões de seu desenvolvimento.

Essa última lógica tem sido de marcante influência para aos discursos relacionados a infância, que podem depositar expectativas e qualidades culturais no indivíduo, a depender da situação financeira e social a qual ele vive. É o caso de jovens e crianças que habitam meios onde a pobreza é mais evidente, recai sobre elas o estigma da vulnerabilidade, da marginalidade, da violência, do risco para o próximo, e da repressão de políticas públicas e legislações locais.<sup>181</sup>

Já Sposito, Silva e Souza,<sup>182</sup> ressaltam que esse modo de pensamento acaba por separar os jovens em duas classes: a primeira, vulnerável e reprimida pelo Estado, e a segunda, esquecida e sem atenção. Associada a essa linha de pensamento temos, o combate ao desemprego sendo utilizado como forma de reprimir a criminalidade e diminuir os casos de jovens desocupados.

---

<sup>179</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>180</sup> COIMBRA *et al. apud* COSTA, SAFI e PAMPLONA, 2018, pg. 5

<sup>181</sup> COSTA, SAFI e PAMPLONA, 2018, pg. 5

<sup>182</sup> SPOSITO *et al.*, 2006 *apud* COSTA, SAFI e PAMPLONA, 2018, *loc. cit.*



Nesse mesmo sentido, Frezza, Maraschin e Santos,<sup>183</sup> dispõe que essa utilização do trabalho tem servido como meio para sinalizar a marginalização e a criminalidade entre jovens e crianças pobres e/ou que exercem subempregos.

Até agora podemos notar que todos os pontos apresentados pela doutrina demonstram uma juventude em um cenário de vulnerabilidade social, sobre a ótica de intervenção estatal segregadora,<sup>184</sup> e não voltada para a garantia de direitos e proteção conforme preconiza os direitos fundamentais.

Atualmente, embora o Estatuto da Criança e do Adolescente não conceitue especialmente a vulnerabilidade social, desenvolvendo apenas o contexto do risco, essa nova forma de conceber direitos e proteção as crianças e jovens tem fundamento nas orientações técnicas sobre o Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família (PAIF),<sup>185</sup> que, reconhece a complexidade do termo e define a situação como ocasionada pela fragilidade nas relações sociais, na inserção no meio laboral, e nos óbices de acesso aos serviços públicos e sociais de proteção.<sup>186</sup>

Do exposto, temos que a condição de vulnerabilidade vinculada as crianças e adolescentes, se dá em razão à consequente exposição social, econômica e política a qual os sujeitos estão ligados.<sup>187</sup>

---

<sup>183</sup> FREZZA *et al.*, 2009 *apud* COSTA, SAFI e PAMPLONA, *loc. cit*

<sup>184</sup> COSTA, SAFI e PAMPLONA, 2018, pg. 6

<sup>185</sup> BRASIL. **Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família: PAIF**. Ministério da Cidadania: Secretaria Especial do Desenvolvimento Social, 2013. Disponível em: <<http://mds.gov.br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/assistencia-social/psb-protacao-social-basica/projetos-psb/servico-de-protacao-e-atendimento-integral-a-familia-2013-paif>>. Acesso em: 22 Outubro 2019. BRASIL. **Caderno de Orientações: Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família e Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos**. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome Secretaria Nacional de Assistência Social – SNAS, 2016. Disponível em: <[https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia\\_social/cartilha\\_paif\\_2511.pdf](https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/cartilha_paif_2511.pdf)>. Acesso em: 22 Outubro 2019. BRASIL. **Orientações Técnicas sobre o PAIF: Trabalho Social com Famílias do Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família**. Ministério do Desenvolvimento e Combate à Fome, 2012. Disponível em: <[http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia\\_social/Cadernos/Orientacoes\\_PAIF\\_2.pdf](http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Orientacoes_PAIF_2.pdf)>. Acesso em: 22 Outubro 2019

<sup>186</sup> CRUZ e HILLESHEIM, 2016 *apud* COSTA, SAFI e PAMPLONA, 2018, pg. 7

<sup>187</sup> REIS *et al.*, 2014 *apud* COSTA, SAFI e PAMPLONA, 2018, pg. 8.



Dessa forma, devemos retirar da infância a responsabilidade pela sua vulnerabilidade, deixando de atrelar a criminalidade as condutas praticadas por esses indivíduos. Sendo assim, imperioso compreendermos que a condição de vulnerabilidade social engloba muito mais do que uma carência econômica, abrangendo também categorizações de raça, etnia, orientação sexual, e organizacional política.

Por conseguinte, e diante da análise de nossa temática, em relação as crianças e adolescentes refugiados, podemos classificar até três formas de vulnerabilidade, e são elas as decorrentes:

- a. Da ausência, muitas vezes, de seus representantes, responsáveis por zelar e garantir o seu desenvolvimento saudável, proporcionando os direitos necessários para sua subsistência e aprendizado;
- b. Da situação em que se encontram fora de seu ambiente familiar;
- c. Da ocasião, resultante de estarem implicitamente vinculadas a uma condição política e econômica aquém de seu país de origem, em contato com uma nova e desconhecida etnia e costumes.

À vista disso acrescenta Furquim,<sup>188</sup> segundo dados da Interpol, que o número de crianças separadas e desacompanhadas de seus pais, ou demais responsáveis legais, é alarmante, tendo em vista que mais de dez por cento desses indivíduos tem-se como desaparecidos durante o percurso e o desenrolar do processo de refúgio.

Assim sendo, encontram-se essas crianças, na mesma situação de proteção e garantia de direitos, ora relatado por nós: à depender de políticas públicas e legislações de um Estado, e de um povo, que ainda vislumbram e se encontram

---

<sup>188</sup> FURQUIM, 2016, pg. 13



conectados a uma concepção na qual dar atenção aos criminalizados e aos que geram um risco a coletividade é mais válido e efetivo para proteger os menores.

Face a esta situação, cabe a nosso trabalho elucidar adiante quais são os instrumentos de proteção a esses menores em nosso país e como eles se integram em um sistema de proteção e garantias.

### 4.3 Dispositivos de Proteção do Brasil e do mundo

Antes de quaisquer colocações iniciais, imperioso situarmos que os direitos presentes e elencados neste trabalho são revestidos com um dos princípios basilares dos direitos humanos, o direito de igualdade entre nacionais e estrangeiros. Não havendo, portanto, o que se falar em óbice na aplicabilidade de dispositivos presentes no texto da CF/88<sup>189</sup>, vez que a mesma traz expressamente tal preceito em seu art. 5º *caput*, a seguir transcrito.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Após introduzida a compatibilidade de aplicação das normatividades aos nacionais e estrangeiros, e apresentadas as peculiaridades deste ramo do direito responsável por buscar atender as necessidades de indivíduos ignorados e esquecidos, temos neste capítulo a incumbência de apresentar todos os marcos legais, nacionais e internacionais, que se preocuparam com a condição vulnerável e violada de diversas crianças e adolescentes.

Inicialmente devemos ressaltar a imprescindível participação da família, do Estado e da sociedade civil, como atores na proteção e na defesa do novo sistema de

---

<sup>189</sup> BRASIL, 1988, art. 5º, *caput*.



direitos de crianças e adolescentes, que passou a vigorar com implementação da teoria da proteção integral trazida pela Constituição de 1988.<sup>190</sup>

O funcionamento desse sistema de garantia de direitos está previsto expressamentena parte II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, referente a política de atendimento, e estabelece a participação de agentes governamentais e não governamentais nas causas relacionadas a infância.<sup>191</sup>

No âmbito internacional, o primeiro e mais amplo documento de proteção dos menores e dos direitos humanos foi a Declaração de Genebra de 1924,<sup>192</sup> conhecida também como sendo a “Declaração dos Direitos da Criança”. Ela foi aprovada pela Liga das Nações e proclamada como sendo a “Carta da Liga sobre a Criança”, e surgiu de uma proposta de cinco objetivos elaborados pela Organização *Save the Children Internacional* em 1923.<sup>193</sup>

Nesse documento foi firmado o compromisso, entre homens e mulheres de todas as nações, reconhecendo que a humanidade é responsável em relação a criança, e para tanto deve permitir que ela:

- Receba os meios necessários para o seu desenvolvimento normal, tanto material, quanto espiritual;
- Receba a alimentação, a amamentação, a ajuda e a recuperação quando essa (criança) conseqüentemente estiver passando por fome, doença, atraso em seu desenvolvimento, ou cometendo delitos, além de socorrer e proteger os órfãos e desabrigados;

---

<sup>190</sup> LIMA, F. D. S.; VERONESE, J. R. P. **Os direitos da criança e do adolescente**: a necessária efetivação dos direitos. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 5, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/99635>>. Acesso em: 5 Novembro 2019, pg. 114

<sup>191</sup> BRASIL, 1990.

<sup>192</sup> NATIONS, L. O. **Geneva Declaration of the Rights of the Child**. UN Documents - Gathering a body of global agreements, 1924. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/gdrc1924>>. Acesso em: 5 Novembro 2019.

<sup>193</sup> FURQUIM, 2016, pg. 45



- Receba imediatamente e primeiramente o alívio de suas dores em tempos de angústia;
- Seja protegida contra toda forma de exploração e posta, em contrapartida, em uma posição digna de se ganhar a vida; e
- Seja educada no juízo de que os próprios talentos devem ser dedicados a serviço de um bem maior a seus semelhantes.<sup>194</sup>

A Organização *Save the Children*,<sup>195</sup> foi fundada após a primeira guerra mundial através de Eglantyne Jebb, que buscou se unir a uma equipe de especialistas para trabalharem a favor de crianças e adolescentes afetadas pelo conflito. Em 1919, foi criada a sua sede em Genebra (União Internacional *Save the Children*) e em 1985 foi a chegada dessa organização na Colômbia, como resposta ao desastre do vulcão armeiro, onde foram mortas 25 mil pessoas. Seus ideais institucionais envolvem promover a sobrevivência, o aprendizado e a proteção de crianças e adolescentes pelo mundo, por acreditarem ser essas as únicas formas de inspirar progressos e avanços reais na maneira como o mundo trata as questões relacionadas a infância.<sup>196</sup>

Posteriormente, em 1959, nós tivéssemos a Declaração dos Direitos da Criança, com a Resolução de nº1.386, que foi “ratificada pelo Brasil; através do art. 84, inciso XXI, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos arts. 1º, da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, e 1º do Decreto nº 50.517, de 2 de maio de 1961”.<sup>197</sup> Que foram considerados:

---

<sup>194</sup> Tradução própria

<sup>195</sup> SAVE the Children. Colômbia. **Nuestra Historia**. Disponível em: <<https://www.savethechildren.org.co/qui%C3%A9nes-somos/nuestra-historia>>. Acesso em: 5 Novembro 2019

<sup>196</sup> SAVE the Children International. **Save the Children 100 Years: Who We Are**. Disponível em: <<https://www.savethechildren.net/about-us/who-we-are>>. Acesso em: 5 Novembro 2019

<sup>197</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados - Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Resolução nº 1.386 (XIV), de 20 de novembro de 1959. **Declaração dos Direitos da Criança, 1959**, preâmbulo. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecPrinSocJurRelProtcrian.html>>. Acesso em: 5 Novembro 2019



- i. Uma reafirmação de direitos humanos fundamentais, da dignidade e da importância da preservação da vida humana;
- ii. Uma promoção do progresso social, proporcionando melhores condições de vida em meio ao atual mundo de liberdades ampliadas;
- iii. Um reconhecimento da imaturidade física e mental, proporcionador de proteção e cuidados especiais, inclusive com uma proteção jurídica apropriada, antes e após o nascimento de crianças;
- iv. Uma reiteração da necessidade da proteção enunciada nas Declarações de 1924, de Direitos Humanos de 1948 e dos demais órgãos e agências, especializadas e interessadas, no bem estar de crianças; e
- v. Uma forma da humanidade em garantir o melhor de seus esforços à infância.

Assim, esse instrumento internacional também previu que os pais são os responsáveis, assim como a sociedade, as organizações não governamentais com esse fim, e as autoridades governamentais locais e nacionais, por todos os cuidados e proteções para com os menores.

Mais adiante, em 1979, com a comemoração dos vinte anos da Declaração, a Organização das Nações Unidas (ONU) proclamou o “Ano da Criança”, onde foi proposto pela Polônia, e aceito pela Assembleia Geral, a preparação de um tratado internacional responsável por colocar em termos jurídicos todos os princípios presentes no documento de 59.<sup>198</sup>

Recentemente, na história mundial, tivemos o surgimento da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989, que foi “adotada pela Resolução n.º L. 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas (...) e ratificada pelo Brasil

---

<sup>198</sup> FURQUIM, 2016, pg. 46





em 20 de setembro de 1990”,<sup>199</sup> juntamente com seus Protocolos Facultativos, sem reservas ou restrições, devido as disposições constitucionais de 1988, em especial ao princípio da Prevalência dos Direitos Humanos.

Ela foi a responsável por desenvolver uma nova política, pautada em uma cooperação com organizações internacionais e em objetivos traçados em torno de uma mudança social e estatal, rompendo com arcaicas concepções de autodeterminação, soberania nacional e não intervenção/ingerência em assuntos internos dos países.<sup>200</sup>

Além do mais, a Convenção foi responsável por contemplar entendimentos como os de proteção especial e integral, prioridade absoluta, desenvolvimento integral da criança, uma vez sendo sujeito de direitos, e o princípio do superior interesse da criança. A seu texto principal tivemos três protocolos facultativos, relacionados: a) a venda, prostituição e pornografia infantis; b) a participação de crianças em conflitos armados; e c) a procedimentos de comunicação.<sup>201</sup>

Com a Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº 8.069/90), foi iniciado um novo conceito jurídico para crianças e adolescentes, através do paradigma no qual elas são vistas em sociedade como legítimos sujeitos de direito, apenas em uma peculiar condição de desenvolvimento.<sup>202</sup> A partir daí, a população infanto-juvenil deixou de ser um

---

<sup>199</sup> Através do Decreto nº 99.710/90. “**Adotada pela Resolução n.º L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989.** Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28, de 24.09.1990. Ratificada pelo Brasil em 24.09.1990. Entrou em vigor no Brasil em 23.10.1990. Promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21.11.1990”. (grifo próprio) BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de Novembro de 1990. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança.** Brasília: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em: 6 Novembro 2019

<sup>200</sup> FURQUIM, 2016, *Ibid*

<sup>201</sup> Contudo, a convenção não foi a única a fazer referência a direitos infanto-juvenis, anteriormente as suas disposições, nós tivemos a Declaração Universal de Direitos do Homem (1948), Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), Proclamação da Conferência de Teerã (1968), Regras de Beijing sobre Justiça Penal para Jovens (1985), e muitos outros documentos internacionais regionais. ROMÃO, Luis Fernando de França. **A Constitucionalização dos Direitos da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Almedina, 2016, pg. 78 e 79

<sup>202</sup> FURQUIM, 2016, pg. 46



objeto e passou a ser titular de seus próprios direitos e liberdades, como qualquer outro adulto, bem como passou a ter uma maior, mais especializada e prioritária atenção dos pais, do Estado e da sociedade como um todo.<sup>203</sup> Dessa forma dispôs o artigo 227 da CF/88.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)<sup>204</sup>

Como podemos perceber, muito além de prever uma responsabilidade concorrente e um trabalho integrado entre esses entes, o dispositivo buscou reafirmar para nós a absoluta prioridade a qual devemos proporcionar aos menores, consubstanciando e concretizando o que hoje nós conhecemos como a teoria da proteção integral em nossa doutrina.<sup>205</sup> Isso só foi possível com a Emenda Constitucional nº 65 de 2010, e sobre isso explicaremos mais adiante.

Ainda na Constituição Federal de 88, nós nos deparamos com uma introdutória previsão de bem-estar que será promovido e garantido a todos, independentemente de idade, raça, sexo e cor, como um fundamento útil do Estado. Estamos a nos referir ao Título dos Princípios Fundamentais (Título I), especificamente ao artigo 3º, inciso IV, que *in verbis* dispõe

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.<sup>206</sup>

---

<sup>203</sup> *Ibid.*, loc. cit

<sup>204</sup> BRASIL, 1988, art. 227

<sup>205</sup> LIMA e VERONESE, 2012, pg. 53

<sup>206</sup> BRASIL, 1998, art. 3º, inciso IV



Posteriormente, no Título II, referente a Direitos e Garantias Fundamentais, nós podemos observar que a constituição visou proteger o direito à amamentação para as presidiárias que possuíam filhos nesse período de vida.

Art. 5º [...]

[...]

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;<sup>207</sup>

Do todo exposto, podemos notar que os direitos fundamentais referentes a crianças e adolescentes na Constituição Federal de 1988 encontram-se com uma enorme deficiência de previsão. Isso advém do fato da Constituição ter sido criada em uma época em que era percebida a infância em um ambiente familiar e subordinada ao controle dos pais e a qualquer outro adulto.<sup>208</sup>

Contudo, além da norma suprema, o Estado Democrático e de Direito também criou uma legislação específica para essa categoria de sujeitos, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Preliminarmente dispõe o estatuto em seu artigo 3º, que

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.<sup>209</sup>

O que nos faz pensar que, muito embora a CF/88 não tenha formalmente disposto em seus títulos fundamentais sobre a aplicação para os menores de seus

---

<sup>207</sup> BRASIL, 1988, art. 5º, inciso L

<sup>208</sup> ABREU, Daniele Aparecida Fernandes. **Violência Doméstica contra Crianças e Adolescentes: Realidade x Tratamento Jurídico**. Regrad, Marília-SP, v.1, ano 2, 2009, pg. 159-177. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjmwvyAoOHpAhXS H7kGHX3ND0UQFjAAegQIBB&url=https%3A%2F%2Frevista.univem.edu.br%2FREGRAD%2Farticle%2Fview%2F176%2F196&usg=AOvVaw3uG2Jup3CFMmMmsk8kO6ks>>. Acesso em: 01 Junho 2020, pg. 7 e 8

<sup>209</sup> BRASIL, 1988, art. 3º



direitos, o ECA supriu essa necessidade e trouxe muitos outros direitos detalhados e descritos em sua forma de aplicação, a exemplo, podemos citar o Art. 14º que em sua literalidade dispõe

Art. 14. O Sistema Único de Saúde promoverá programas de assistência médica e odontológica para a prevenção das enfermidades que ordinariamente afetam a população infantil, e campanhas de educação sanitária para pais, educadores e alunos.<sup>210</sup>

Por esse dispositivo percebemos uma norma programática, envolvendo um programa do governo com cunho social, que agora passa a ter o dever de atender as necessidades não apenas do menor enquanto sujeito, mas também como parte de uma convivência comunitária, em consequência abarcando seu ambiente familiar e educacional.

A doutrina trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente fundou-se na teoria da proteção integral prevista inicialmente na Convenção sobre o Direito da Criança de 1989, e nesse mesmo contexto formou-se o art. 5º do respectivo estatuto, onde podemos vislumbrar um comprometimento por parte do Estado em proteger e defender a criança e adolescente que se encontrar vítimas de

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.<sup>211</sup>

Como dispõe Abreu, esses direitos e proteções devidos pelo Estado, além de encontrarem previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), devem ser implementados e concretizados por meio do poder executivo, e quando este faltar em sua função de promotor de políticas públicas, terá o Ministério Público a legitimidade em propor ação civil pública para suprir a carência da efetividade dos direitos fundamentais infantis.<sup>212</sup>

---

<sup>210</sup> BRASIL, 1990, art. 14

<sup>211</sup> BRASIL, 1990, art. 5º

<sup>212</sup> ABREU, 2009, pg. 9



Essa premissa encontra-se lastreada no art. 201, inciso V do respectivo ECA, que assim dispõe

Art. 201. Compete ao Ministério Público:

[...]

- promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal.<sup>213</sup>

Outro ponto normativo importante, encontra-se presente nos artigos 22 e 23 do estatuto, que dispõem sobre a responsabilidade dos pais frente ao filho menor. Através deles podemos perceber a aplicação da teoria da proteção integral no momento em que o Estado determina aos pais cumprirem com seus deveres de sustento, guarda, educação, e outros decorrentes do melhor interesse, bem como ao obrigar cumprimento ou feitura das determinações judiciais para o menor.

E caso eles não o façam, receberão advertências e punições legais, até que não mais seja notada eficiência e seja necessário a aplicação de uma sanção mais grave aos pais, conhecida pelo termo “destituição do poder familiar”. O afastamento do poder familiar pode ser feito através da perda ou suspensão e é uma medida aplicada em último caso, devendo ser justificada e fundamentada pelo juiz de acordo com as hipóteses legais previstas e observado o princípio do contraditório.

Todo o exposto encontra-se previsto expressamente nos artigos citados e no 24º do mesmo estatuto, que assim dispõem

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas,

---

<sup>213</sup> BRASIL, 1990, art. 201, inciso V



assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder familiar. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 1º Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

§ 2º A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente. (Redação dada pela Lei nº 13.715, de 2018)

Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência<sup>214</sup>

Importante observar que, como colocado por Abreu, a carência das condições financeiras dos genitores não leva a perda automática de seu poder familiar, uma vez que, em nossa sociedade essa incumbência muitas vezes depende da participação do Estado e da própria comunidade para que sejam realizados os programas de auxílio a família e ao menor através do poder Executivo Municipal.<sup>215</sup> Por isso devemos ter uma cooperação entre os responsáveis e uma ação integrada para resolver as circunstâncias.

Por outro lado, temos ainda previsto na Constituição Federal a hipótese de recepção dos tratados internacionais e a sua equivalência as emendas constitucionais

---

<sup>214</sup> BRASIL, 1990, arts. 22, 23 e 24

<sup>215</sup> ABREU, 2009, pg. 10



quando versarem sobre direitos humanos e forem aprovados no Congresso Nacional em dois turnos por três quintos.<sup>216</sup>

Com essa hipótese, que teve sua regulamentação com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, nosso país passou a investir de forma mais imperativa e imediata nos Tratados referentes a Criança e adolescente, e por consequência, nós passamos a vigiar mais efetivamente a proteção garantida aos menores, inclusive com o auxílio de órgãos e entidades internacionais

Nesse sentido, a nova concepção dos direitos das crianças em nosso país, sob o prisma da Convenção, é pautada em quatro princípios fundamentais<sup>217</sup>:

O primeiro refere-se ao fato de ser reconhecido que as crianças possuem direitos;

O segundo refere-se ao reconhecimento desses direitos por meio da responsabilidade inicial dos pais;

O terceiro diz respeito a necessidade constante de assegurar o melhor interesse da criança, em todos os pontos correspondentes ao seu bem estar;

E em quarto, é a determinação do melhor interesse da criança feito por meio das cortes.

Ainda em relação à Convenção de direitos da Criança, temos a proteção e a consideração das opiniões dos menores como forma de garantir a oportunidade de acesso a procedimentos judiciais e administrativos que lhes digam respeito. Contudo, em nome do melhor interesse das crianças devem elas serem representadas e assistidas por um adulto com poderes para tanto.<sup>218</sup>

---

<sup>216</sup> BRASIL, 1988, art. 5º, §3º. *In verbs*: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo: DLG nº 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018)

<sup>217</sup> FURQUIM, 2016, pg. 47

<sup>218</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*



E é nesse contexto que a realidade é distorcida e a ideia de melhor interesse passa a gerar prejuízos em razão das políticas paternalistas. Tal fato permite considerar e rejeitar o poder de reconhecimento e salvaguarda das vulnerabilidades e necessidades dos menores.<sup>219</sup>

Em alerta, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) assentou que a proporção de crianças no continente Europeu tem aumentado, principalmente a partir de 2015, quando mais de 30% dos migrantes que chegavam em embarcações eram crianças.<sup>220</sup>

No mesmo ano, constatou-se que mais de 90.000 mil crianças desacompanhadas eram as responsáveis pelos pedidos de refúgio nos Estados da União Europeia, representando quase um quarto de todos os requerentes de asilo da região.<sup>221</sup>

No Brasil, os números de solicitantes de refúgio chegaram a um aumento de 2.000% dentre os anos de 2012 a 2016, onde 9,8% foi requerido por crianças desacompanhadas e/ou separadas de seus responsáveis legais. Diante desse quadro, podem essas crianças terem sido vítimas de sequestro, acidentalmente separadas de seus pais durante a jornada para o país de acolhida, serem órfãs, terem fugido por vontade própria ou vivido de forma independente.<sup>222</sup>

Desse modo, o princípio do *non-refoulement* passou a ser ampliado para abranger também a situação de muitas crianças no mundo, de modo que a sua ampliação foi tanto em decorrência da pessoa (*ratione personae*), quanto da matéria (*ratione materiae*).<sup>223</sup>

Por outro lado, não podemos dizer que houve na Convenção de 1951, bem como em seu Protocolo ampliativo, qualquer disposição normativa específica,

---

<sup>219</sup> *Ibid.*, pg. 48

<sup>220</sup> *Ibid.*, pg. 49

<sup>221</sup> FURQUIM, 2016, pg. 50

<sup>222</sup> *Ibid.*, loc. cit

<sup>223</sup> *Ibid.*, loc. cit





referente a crianças em condição de refúgio. Desta forma, aplicasse a todos indiscriminadamente e coletivamente, independentemente de idade, as disposições desses dois instrumentos combinados com a Convenção sobre os Direitos da Criança.<sup>224</sup>

Diante dessa situação de insegurança jurídica internacional nós temos, com o ACNUR e o Comitê de Direitos das Crianças, a criação de instrumentos norteadores da temática sendo constantemente elaborados.<sup>225</sup>

Em pesquisas em torno de crianças desacompanhadas, o ACNUR destaca que frequentemente essas crianças têm pouca ou quase nenhuma participação de decisão no momento da migração, o que pode gerar uma potencialização da vulnerabilidade desses menores.<sup>226</sup>

E como resposta a essa triste realidade, recomenda o Alto Comissariado que passemos a dar a esses indivíduos em desenvolvimento total prioridade de atendimento, de modo a tornar possível uma solicitação mais célere por meio de uma decisão justa.<sup>227</sup>

Além do mais, devem essas crianças serem representadas por um adulto que conheça seu passado e que promova seus interesses. Essa recomendação se aplica tanto para os menores de 16 anos, quanto para os menores de 18 anos, mesmo que o procedimento aplicado nos casos seja uma adaptação do procedimento para adultos.<sup>228</sup>

No intuito de integrar seu Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado de 1992, em 2009 o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) elaborou as “Diretrizes sobre proteção internacional: pedidos de asilo infantil nos termos dos artigos 1 (A) 2 e 1 (F) da

---

<sup>224</sup> *Ibid.*, pg. 56

<sup>225</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>226</sup> *Ibid.*, pg. 57

<sup>227</sup> FURQUIM, 2016, pg. 58

<sup>228</sup> *Ibid.*, *loc. cit*



Convenção de 1951 e / ou Protocolo de 1967 relacionados ao Estatuto dos Refugiados”, com o propósito de melhorar a atuação e o direcionamento dos Estados e do próprio ente na determinação da condição de refugiados crianças.<sup>229</sup>

Embora tenhamos notado todos esses e outros esforços legislativos, internacionais e nacionais, em especificar a proteção a crianças refugiadas, ainda se tem uma enorme deficiência nesse ponto. Em razão disto, o Alto Comissariado, juntamente com o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), tem se dedicado na proteção desses menores, vítimas de uma migração forçada, tendo em vista todas as vulnerabilidades a qual eles estão expostos. Inclusive com programas de reunificação familiar e de prevenção a exploração sexual e recrutamento militar.<sup>230</sup>

Já no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), especificamente na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), temos a presença do tema de crianças refugiadas em sua jurisprudência de 2014, na Opinião Consultiva (OC) nº 21, onde a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai pleitearam conjuntamente uma solução para o tema de crianças migrantes.

Ela possuía o fim de estabelecer padrões, princípios e obrigações concretas a serem seguidos pelos Estados em relação a matéria de direitos humanos que abarcam a proteção aos menores imigrantes e em situação de necessidade de proteção.<sup>231</sup>

Tal pedido foi devidamente correspondido como rol não exaustivo presente no item VII da OC, que assim dispôs:

VII PROCEDIMENTOS PARA IDENTIFICAR  
NECESSIDADES DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DE  
CRIANÇAS MIGRANTES E, SE FOR O CASO, ADOTAR  
MEDIDAS DE PROTEÇÃO ESPECIAL

A Corte Interamericana foi consultada sobre os procedimentos que deveriam ser adotados a fim de identificar os diferentes

---

<sup>229</sup> *Ibid., loc. cit*

<sup>230</sup> LOPES, A. M. D.; VIANA, R. G. A Proteção das Crianças Refugiadas no Brasil por meio do Controle de Convencionalidade. *Rev. Dir. Gar. Fund.*, Vitória, v. 17, n. 2, p. 81-106, 2016. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5911044.pdf>>. Acesso em: 21 Outubro 2019, pg. 89 e 90

<sup>231</sup> LOPES e VIANA, 2016, pg. 89 e 90



riscos para os direitos de crianças migrantes, determinar as necessidades de proteção internacional e adotar, se for o caso, as medidas de proteção especial que sejam requeridas, à luz dos artigos 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7 e 25 da Convenção Americana (sobre Direitos Humanos) e dos artigos I, XXV e XXVII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem

A Corte reconheceu anteriormente que, tanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu artigo 22.7, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem em seu artigo XXVII, cristalizaram o direito subjetivo de todas as pessoas, incluindo as crianças, de buscar e receber asilo, superando o entendimento histórico desta instituição como uma “mera prerrogativa estatal”, de acordo com as diversas convenções interamericanas sobre asilo.

[...]

Em resumo, através de uma interpretação harmônica das normas interna e internacional, que informa de forma convergente e complementar o conteúdo do direito previsto nos artigos 22.7 da Convenção e XXVII da Declaração, e tomando em consideração as pautas específicas de interpretação incluídas no artigo 29 da Convenção Americana (par. 54 supra), a Corte é da opinião de que o direito de buscar e receber asilo no marco do Sistema Interamericano se encontra configurado como um direito humano individual de buscar e receber proteção internacional em território estrangeiro, incluindo com esta expressão o estatuto de refugiado segundo os instrumentos pertinentes das Nações Unidas ou as correspondentes leis nacionais, e o asilo, conforme as diversas convenções interamericanas sobre a matéria.

Adicionalmente, a Corte nota que os desenvolvimentos produzidos no Direito dos Refugiados nas últimas décadas geraram práticas estatais, consistentes em conceder proteção internacional como refugiados às pessoas que fogem de seu país de origem devido a violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. Em atenção ao desenvolvimento progressivo do Direito Internacional, a Corte considera que as obrigações derivadas do direito de buscar e receber asilo são operativas a respeito das pessoas que reúnam os componentes da definição ampliada da Declaração de Cartagena, a qual responde não apenas às dinâmicas de deslocamento forçado que a originaram, mas que também satisfaz os desafios de proteção que derivam de outros padrões de deslocamento que ocorrem na atualidade. Este critério reflete uma tendência a



consolidar na região uma definição mais inclusiva que deve ser levada em consideração pelos Estados a fim de conceder a proteção como refugiado a pessoas cuja necessidade de proteção internacional é evidente.

Agora, é necessário reconhecer que os elementos da definição de refugiado foram tradicionalmente interpretados a partir das experiências de pessoas adultas ou maiores de 18 anos. Desse modo, dado que as crianças são titulares do direito de solicitar e receber asilo e podem, conseqüentemente, apresentar solicitações de reconhecimento da condição de refugiados em seu próprio nome, encontrem-se acompanhados ou não, deve-se dar aos elementos da definição uma interpretação que tenha em consideração as formas particulares em que pode se manifestar a perseguição de crianças, tais como o recrutamento, o tráfico e a mutilação genital feminina, assim como o modo em que elas podem experimentar estas situações. Neste sentido, o Comitê dos Direitos da Criança ressaltou a necessidade de que a definição de refugiado seja interpretada também à luz da idade e do gênero. Por outro lado, junto com as referidas causas tradicionais de refúgio, é pertinente alertar sobre os novos fatores que levam as pessoas e, em particular as crianças, a deslocar-se forçadamente de seus países de origem, entre os quais destaca-se o crime organizado transnacional e a violência associada à atuação de grupos não estatais.

Este direito de buscar e receber asilo comporta, nos termos dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, determinados deveres específicos por parte do Estado receptor, os quais incluem: (i) permitir que a criança possa peticionar o asilo ou o estatuto de refugiado, razão pela qual não podem ser rechaçados na fronteira sem uma análise adequada e individualizada de suas petições com as devidas garantias, através do respectivo procedimento; (ii) não devolver a criança a um país no qual pode sofrer risco de ser afetada sua vida, liberdade, segurança ou integridade, ou a um terceiro país de onde possa posteriormente ser devolvida ao Estado onde sofre este risco; e (iii) outorgar a proteção internacional quando a criança se enquadre nos critérios para isso e beneficiar com esse reconhecimento outros membros da família, em atenção ao princípio de unidade familiar. Todo o anterior implica, tal como este Tribunal ressaltou previamente, no correspondente direito dos solicitantes de asilo de que se assegure uma correta avaliação por parte das autoridades nacionais em relação às solicitações e ao risco que possa sofrer em caso de devolução ao país de origem.

Conseqüentemente, à luz do leque de situações que podem levar uma criança a se deslocar de seu país de origem (par. 35



supra), é relevante diferenciar aqueles que migram em busca de oportunidades para melhorar seu nível de vida, de quem requer algum tipo de proteção internacional, incluindo a proteção de refugiados e solicitantes de asilo (par. 37 supra), mas não limitada a ela. É por isso que, para cumprir os compromissos internacionais, os Estados se encontram obrigados a identificar as crianças estrangeiras que requerem proteção internacional dentro de suas jurisdições, seja como refugiado ou de algum outro tipo, através de uma avaliação inicial com garantias de segurança e privacidade, com o fim de proporcionar-lhes o tratamento adequado e individualizado que seja necessário através da adoção de medidas de proteção especial. A Corte considera que o estabelecimento de procedimentos de identificação de necessidades de proteção é uma obrigação positiva dos Estados e não instituí-los constituiria uma falta de devida diligência.

A Corte considera que, em virtude das normas internacionais invocadas, incluindo, em especial, os artigos 19 da Convenção e VII da Declaração, as autoridades fronteiriças não devem impedir o ingresso de crianças estrangeiras ao território nacional, ainda quando se encontrem sozinhas, não devem exigir documentação que não podem ter e devem encaminhá-las imediatamente ao pessoal que possa avaliar suas necessidades de proteção, a partir de um enfoque no qual prevaleça sua condição de crianças. Nesse sentido, é indispensável que os Estados permitam o acesso da criança ao território como condição prévia para levar a cabo o procedimento de avaliação inicial. Além disso, a Corte entende que a criação de uma base de dados com o registro das crianças que ingressem no país é necessária para uma proteção adequada de seus direitos.

A Corte considera que o procedimento de avaliação inicial deveria contar com mecanismos efetivos, cujo objetivo seja obter informação depois da chegada da criança ao lugar, posto ou porto de entrada ou tão logo as autoridades tomem conhecimento de sua presença no país, para determinar sua identidade e, caso seja possível, a de seus pais e irmãos, a fim de transmiti-la às entidades estatais encarregadas de avaliar e oferecer as medidas de proteção, de acordo com o princípio do interesse superior da criança. Nesse sentido, o Comitê dos Direitos da Criança especificou que “a determinação do interesse superior da criança exige uma avaliação clara e aprofundada de sua identidade e, em particular, de sua nacionalidade, paternidade, antecedentes étnicos, culturais e linguísticos, assim como as vulnerabilidades e necessidades especiais de proteção”. A obtenção desta informação deve ser feita mediante um procedimento que tome em conta a



diferença entre crianças e adultos e o tratamento de acordo com a situação.

Esse procedimento de avaliação inicial deve ser realizado em um ambiente amigável e que ofereça garantias de segurança e privacidade, bem como encontrar-se sob a responsabilidade de profissionais competentes formados em técnicas de entrevistas que tenham em conta a idade e o gênero. Ademais, os Estados devem tomar em conta as garantias processuais mínimas em conformidade com os princípios do interesse superior da criança e sua proteção integral, os quais incluem, mas sem estar a elas limitadas, as seguintes: que a entrevista se realize em um idioma que a criança possa compreender; que seja centrado na criança, sensível ao gênero e assegure sua participação; que a análise leve em consideração a segurança e a possível reunificação familiar; que reconheça a cultura da criança e considere sua rejeição a se manifestar na presença de adultos ou familiares; que forneça um intérprete caso seja necessário; que conte com pessoal altamente qualificado para lidar com crianças e facilidades adequadas; que forneça assessoria jurídica caso seja requerida; que ofereça informação clara e compreensível sobre os direitos e obrigações da criança e sobre a continuação do procedimento.

Ao ser uma etapa inicial de identificação e avaliação, a Corte considera que o mecanismo processual adotado pelos Estados, além de oferecer certas garantias mínimas, deve ter como meta, em conformidade com a prática geralmente seguida, os seguintes objetivos prioritários básicos: (i) tratamento conforme sua condição de crianças e, em caso de dúvida sobre a idade, avaliação e determinação da mesma;

determinar se se trata de uma criança desacompanhada ou separada;

determinação da nacionalidade da criança ou, se for o caso, de sua condição de apátrida; (iv) obtenção de informação sobre os motivos de sua saída do país de origem, de sua separação familiar se for o caso, de suas vulnerabilidades e qualquer outro elemento que evidencie ou negue sua necessidade de algum tipo de proteção internacional; e (v) adoção, caso seja necessário e pertinente, de acordo com o interesse superior da criança, de medidas de proteção especial. Estes dados deveriam ser recolhidos na entrevista inicial e registrados adequadamente, de tal modo que se assegure a confidencialidade da informação.

A seguir, a Corte desenvolverá os componentes específicos destes objetivos prioritários básicos que devem ser satisfeitos durante o procedimento de avaliação inicial, sem que isso implique que as questões a serem abordadas devam se limitar



unicamente às indicadas pela Corte, isto é, que tenham um caráter exaustivo, ou que sejam etapas necessariamente sucessivas.

[...]

Determinar se se trata de uma criança desacompanhada ou separada

A rápida determinação da situação de uma criança desacompanhada ou separada de sua família (par. 49 supra) deve ser realizada em caráter preferencial, dada sua especial vulnerabilidade sob estas circunstâncias, o que tem como consequência que o Estado deve atuar com um maior escrutínio e com algumas garantias diferenciadas, como será desenvolvido nos capítulos subsequentes. De igual forma, é pertinente que constem as razões pelas quais se encontra separado de sua família ou desacompanhado.

Nesse sentido, a Corte ressalta que a situação de criança desacompanhada ou separada as expõe a “diversos riscos que afetam a vida, sobrevivência e desenvolvimento, [como], por exemplo, o tráfico dirigido à exploração sexual ou de outra natureza ou a participação em atividades criminosas das quais pode resultar prejuízo para o menor ou, em casos extremos, a morte”, especialmente nos países ou regiões com presença do crime organizado.

[...]

Especificamente, os Estados têm a obrigação de adotar determinadas medidas de controle de fronteira com o objeto de prevenir, detectar e perseguir qualquer tipo de tráfico de seres humanos. Para isso, devem dispor de funcionários especializados encarregados de identificar todas as vítimas de tráfico de seres humanos, prestando especial atenção às mulheres e crianças. Para tanto, é essencial que se tome a declaração da vítima com o objetivo de estabelecer sua identidade e de determinar as causas que lhe obrigaram a sair de seu país de origem, tomando em consideração que as vítimas, ou potenciais vítimas, de tráfico de pessoas podem ser refugiadas caso reúnam os elementos para isso. Para assegurar um tratamento adequado às vítimas, ou potenciais vítimas, de tráfico infantil, os Estados devem conceder a devida capacitação aos funcionários que atuam na fronteira, sobretudo em matéria de tráfico infantil, com o objetivo de poder oferecer à criança assessoramento eficaz e assistência integral.

Nos casos de crianças que se encontrem acompanhados de adultos, a autoridade fronteiriça ou outra deve assegurar-se de que aqueles conheçam os seus acompanhantes para evitar casos de tráfico e exploração. Isso não implica, de modo



algun, que todo caso em que uma criança tenha se deslocado de forma independente e se encontre acompanhada de um adulto que não seja um familiar deve ser automaticamente considerado um caso de tráfico pelas autoridades correspondentes e então devolver a criança ao seu país de origem. A esse respeito, exige-se a mais estrita diligência por parte das autoridades fronteiriças para identificar as diferentes situações que requerem uma atuação oportuna, adequada e justa.

Determinação da nacionalidade da criança ou, se for o caso, de sua condição de apátrida

Um apátrida é “toda a pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo a sua legislação, como seu nacional”. Essa condição poderia originar-se por várias razões, entre as quais destaca-se a perda da nacionalidade, a privação da nacionalidade, a interpretação ou aplicação de legislações relativas à aquisição da nacionalidade e a sucessão de Estados. Sobre esta base, a Corte entende que a prova da condição de apátrida considera um relato combinado com informação do país de origem. A Corte reitera que a apatridia ocasiona uma condição de extrema vulnerabilidade e os Estados têm o dever de identificar, prevenir e reduzir a apatridia, assim como proteger a pessoa apátrida. Entre outras, os Estados têm a obrigação de não adotar práticas ou legislação a respeito da concessão de nacionalidade, cuja aplicação favoreça o incremento do número de pessoas apátridas, e de conceder sua nacionalidade à pessoa nascida em seu território, que, de outro modo, ficaria em condição de ser apátrida.

[...]

No contexto migratório, constitui uma obrigação do Estado receptor determinar se a criança é apátrida, sendo refugiada ou não, a fim de assegurar sua proteção como tal e, dependendo dos motivos de saída do país de residência habitual, encaminhá-la a um procedimento de determinação da condição de refugiado e/ou de apátrida, ou a um mecanismo complementar de proteção.

Obtenção de informação sobre os motivos de sua saída do país de origem, de sua separação familiar se for o caso, de suas vulnerabilidades e qualquer outro elemento que evidencie ou negue sua necessidade de algum tipo de proteção internacional

A fim de atender à situação concreta da criança, é necessário coletar informação adicional que permita determinar a possível existência de necessidades de proteção internacional, em razão de sua idade, seja como refugiado ou sob outras formas, e, uma vez identificada a necessidade de proteção específica ou a





potencial necessidade de proteção da pessoa, assegurar a remissão de seu caso às entidades competentes.

[...]

Os Estados também têm a obrigação de realizar uma identificação rápida de crianças que fogem por temor ao recrutamento forçado, seja pelas partes em um conflito armado ou por estruturas do crime organizado, para assim poder esclarecer se seu caso merece a solicitação de asilo ou requer proteção complementar.

Agora, a Corte reconhece que nem todos os casos de crianças migrantes chegam ao nível de requerer proteção internacional nos termos dos parágrafos anteriores. Entretanto, podem ocorrer situações de afetação dos direitos de crianças, que se encontram protegidos internacionalmente, as quais provocam o deslocamento do país de origem. É por isso que se faz necessário recolher informação sobre fatores pessoais, tais como a história pessoal e sua condição de saúde, física e psicológica, assim como sobre o entorno ambiental em que ocorreu a migração, para determinar a situação concreta de risco de violação de direitos em seu país de origem, de trânsito ou no país receptor, que mereça uma proteção complementar ou evidencie outras necessidades de proteção ou assistência humanitária, como as que resultam da tortura, da violência, do tráfico ou de experiências traumáticas.

[...]

Adoção de medidas de proteção especial, caso seja necessário e pertinente, de acordo com o interesse superior da criança

Uma vez recolhida a informação sobre os diferentes fatores que podem fazer com que as crianças se encontrem em uma situação concreta de vulnerabilidade, corresponde ao Estado determinar, nos termos do artigo 19 da Convenção e VII da Declaração e de acordo com uma avaliação do interesse superior da criança, as medidas de proteção especial requeridas para assegurar sua vida, sobrevivência e desenvolvimento (Capítulo X infra). Nesse sentido, o Comitê dos Direitos da Criança afirmou que é necessária também a “[a]valiação de aspectos particulares de vulnerabilidade, em especial os relativos à saúde, e de índole física, psicossocial e material, e de outras necessidades de proteção como as derivadas da violência no lar, tráfico ou trauma.”.

Nessa perspectiva, é necessário que o Estado receptor da criança avalie, através de procedimentos adequados que permitam determinar de forma individualizada o interesse superior da criança em cada caso concreto, a necessidade e pertinência de adotar medidas de proteção integral, incluindo



aquelas que facilitem o acesso à atenção em saúde, tanto física como psicossocial, que seja culturalmente adequada e com consideração às questões de gênero; que ofereçam um nível de vida em conformidade com seu desenvolvimento físico, mental, espiritual e moral, através da assistência material e programas de apoio particularmente com respeito à nutrição, o vestuário e a habitação; e assegurem o pleno acesso à educação em condições de igualdade. E, certamente, esta e as demais obrigações indicadas anteriormente adquirem particular relevância no caso de crianças migrantes portadoras de alguma deficiência física ou mental e, conseqüentemente, o Estado que os recebe deve prestar-lhes particular atenção e agir em relação a eles com a máxima diligência.

No que se refere às crianças desacompanhadas ou separadas de sua família, é indispensável que os Estados busquem a localização dos membros de sua família, não sem antes verificar que estas medidas correspondam ao interesse superior da criança e, se for possível e satisfizer o interesse superior da criança, realizem a sua reunificação ou reagrupação o quanto antes.

Quanto às crianças vítimas, ou potenciais vítimas, de tráfico, que se encontram em uma situação de extrema vulnerabilidade, os Estados têm o dever de protegê-las contra um novo risco de vitimização e prestar-lhes assistência jurídica e médica, tentando, na medida do possível, proteger a privacidade e identidade da vítima. Além disso, os Estados, na medida do possível, devem considerar a possibilidade de cumprir os propósitos anteriores através do fornecimento de: a) alojamento adequado; b) assessoramento e informação, em particular com respeito a seus direitos, em um idioma que as vítimas de tráfico de pessoas possam compreender; c) assistência médica, psicológica e material; e d) oportunidades de educação e/ou capacitação. Adicionalmente, devido à especial situação de vulnerabilidade das vítimas deste delito, os Estados devem, quando proceder, facilitar a obtenção de uma permissão para permanecer em seu território, sobretudo nos casos nos quais seu interesse superior assim o aconselhar ou para continuar com a investigação penal do perpetrador do delito.

Finalmente, a Corte considera crucial que os Estados definam, de forma clara e dentro de seu desenho institucional, a correspondente designação de funções no âmbito das competências que incumbem a cada órgão estatal e, caso seja necessário, adotem as medidas pertinentes para conseguir uma coordenação interinstitucional eficaz na determinação e adoção das medidas de proteção especial que correspondam, dotando as entidades competentes de recursos orçamentários



adequados e oferecendo a capacitação especializada a seus funcionários.<sup>232</sup>

Como podemos notar a corte buscou ao máximo nesse parecer garantir de forma eficaz o gozo dos direitos de liberdade pessoal, o acesso rápido, efetivo e gratuito à assistência jurídica e a defesa (garantia) dos interesses e bem-estar das crianças migrantes.<sup>233</sup>

Contudo, ainda diante de tais normatividades e da citada jurisprudência, encontra-se o tema debatido por nós necessidades de implementação interna por parte de cada Estado comprometido, não bastando um mero interesse como suficientemente para sanar as necessidades e vulnerabilidades presentes no cotidiano.

#### 4.4 Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente

Trata-se de um princípio intrinsecamente ligado a ideia de crianças e adolescentes em situação de refúgio, e que representa uma necessária medida para o afastamento das vulnerabilidades causadoras de necessidades e violações de direitos, na sociedade e em grupos de pessoas.

Este é um princípio que tem origens em um direito costumeiro utilizado para a solução de controvérsias entre interesses de uma criança e outra pessoa, onde o ideal é a prevalência do interesse da primeira sobre a segunda ou de instituições vinculadas ao Estado.<sup>234</sup>

Ele possui relatos do instituto inglês do *parens patriae* utilizado na Inglaterra, sendo compreendido como uma prerrogativa do Rei e da Coroa em proteger os

---

<sup>232</sup> CIDH. **Parecer Consultivo OC-21/14**, de 19 de Agosto de 2014. San José: Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2014. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_21\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf)>. Acesso em: 6 Novembro 2019

<sup>233</sup> LOPES e VIANA, 2016, pg. 91

<sup>234</sup> PEREIRA, T. D. S. Juliana e Fernando Gontijo Advocacia e Consultoria das Famílias e Sucessões. **O princípio do “melhor interesse da criança”**: da teoria à prática, 2000. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/material-juridico/artigos/>>. Acesso em: 21 Outubro 2019, pg. 1 e 2



necessitados que não podiam fazer por conta própria.<sup>235</sup> Nesta época ele estava ligado a necessidade de guarda de incapazes e de suas eventuais propriedades.

A partir do século XIV, tal incumbência passou a pertencer aos poderes do Chanceler,<sup>236</sup> que assim como o Rei exercia a função de proteção as crianças, aos loucos e aos débeis, em razão deles não possuírem o discernimento suficiente para administrar os próprios interesses.<sup>237</sup>

Apenas com a chegada do século XVIII essa equiparação entre os menores e os loucos foi distinguida pelo chanceler, e, apenas em 1836, este princípio passou a ser efetivado nas cortes inglesas como forma de proteção a vulnerabilidade infantil frente as controvérsias entre adultos e o próprio Estado.<sup>238</sup>

Já nas cortes americanas, em 1813 surge a figura do *parens patriae* atribuída aos juízes através da aplicação do “*best interest*”, dentro da jurisdição dos Estados autônomos.<sup>239</sup> Por meio do caso *Commonwelth v. Addicks*,<sup>240</sup> a corte da Pensilvânia entendeu que a lide travada entre a cômjuge adúltera e o marido nada tinha relação com o fato de que ela mesma prestava os cuidados necessários à criança em comum do casal

A partir de então, as Supremas Cortes passaram a ter o dever de supervisionar e controlar os guardiões, de modo que eles devessem agir sempre no melhor interesse de seus pupilos. A título de explicação, enquanto as cortes possuíam jurisdição extraordinária, sobre todos os estados membro de uma federação, os guardiões, por sua vez, passariam a ter autoridade civil apenas dentro dos limites estabelecidos por elas.<sup>241</sup>

---

<sup>235</sup> PEREIRA, 2000, pg. 2

<sup>236</sup> *Ibid.*, loc. cit

<sup>237</sup> *Ibid.*, loc. cit

<sup>238</sup> *Ibid.*, pg. 2 e 3

<sup>239</sup> *Ibid.*, pg. 3

<sup>240</sup> Foi julgado uma ação de divórcio em razão do adultério de uma cômjuge-mulher, onde se discutia também a guarda de uma criança. PEREIRA, 2000, pg. 3

<sup>241</sup> *Ibid.*, loc. cit



Na mesma circunstância, foi introduzida no país a “*Tender Years Doctrine*”, a qual pregava que a criança, em razão de sua pouca idade, é necessitada de cuidados, de afetos, de assistências e atenções indispensáveis de sua mãe, sendo ela a ideal para tanto. Esse entendimento foi o precursor da ideia de “presunção de preferência materna”,<sup>242</sup> que somente seria afastado em caso de comprovado despreparo.

A partir do século XX, o cenário se alterou e passou-se a aplicar a teoria do “*Tie Breaker*”, onde foi rechaçada essa visão materna e aceita a visão onde todos os fatores devem ser levados em igual consideração para prevalecer uma aplicação imparcial do melhor interesse da criança,<sup>243</sup> e para tanto, foi considerado a primazia da Emenda Constitucional nº XIV de 1865, que em termos:

EMENDA XIV (1868) Seção 1 Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.<sup>244</sup>

<sup>245</sup>Mais recentemente, tanto em nossa realidade nacional quanto internacional, o melhor interesse tem sido aplicado de forma a priorizar as necessidades do menor em detrimento as necessidades de seus responsáveis, devendo sempre ser analisado o caso concreto e o bem-estar no qual a criança deve estar propensa.<sup>246</sup> A convenção de Direitos da Criança realiza em nível internacional o amparo a esse princípio no disposto em seu artigo 3º

#### Artigo 3

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais,

---

<sup>242</sup> *Ibid.*, loc. cit

<sup>243</sup> *Ibid.*, loc. cit

<sup>244</sup> LOURENÇO, P. Direito Brasil. **Constituição dos Estados Unidos da América**. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/constituicoes/CUSAT.pdf>>. Acesso em: 6 Novembro 2019

<sup>245</sup>

<sup>246</sup> FURQUIM, 2016, pg. 54.



autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

[...]

Como podemos notar, este dispositivo determina a utilização do princípio na tomada de quaisquer decisões e ações, inclusive em circunstâncias de crianças desacompanhadas e separadas de seus pais contra a própria vontade, tomando por certo que, embora não seja o único, o melhor interesse da criança tem primazia sobre todas as situações.<sup>247</sup>

Ademais, muito embora o texto original da Convenção traga o termo “*the best interest*”, e a nossa legislação receptora utilize uma expressão quantitativa (maior interesse da criança) ao traduzir, devemos considerar que a qualificação deste princípio, diante de uma ocasião de conflitos entre o interesse do menor e de um adulto, representa a sobreposição dos interesses das crianças em consonância com o conteúdo orientador da convenção, da nossa ordem constitucional e infraconstitucional.<sup>248</sup>

#### **4.5 A Constitucionalização dos Direitos das Crianças e Adolescentes**

Para que um direito fundamental seja reconhecido em nosso sistema jurídico nacional, assim como em qualquer outro lugar pelo mundo, deve o preceito ser positivado em uma Constituição/Carta Maior de um Estado, evidenciando o acordo firmado entre indivíduos e o poder soberano, que se comprometem em zelar e em pôr em prática o pactuado.

---

<sup>247</sup> FURQUIM, 2016, pg. 55

<sup>248</sup> PEREIRA, 2000, pg. 1



Dessa forma, nada mais justo do que compreendermos como se deu a institucionalização dos direitos humanos de crianças e adolescentes em nosso ordenamento, mais precisamente em nossas Constituições ao decorrer dos anos.

Os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, quando devidamente compreendidos e propagados funcionam como pontes de ligação de um princípio a um sujeito de direito, e trabalham em uma luta diária contra paradigmas sociais desencadeadores de preconceitos, violências, vulnerabilidades, incertezas e mortes.

Internacionalmente, a atenção sobre eles teve início em 1919 através da estipulação da idade mínima para o trabalho, conforme dispôs a Convenção acolhida na Conferência Internacional do Trabalho, e posteriormente em 1921, por meio da Convenção relativa à Supressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, adotada pela Liga das Nações.<sup>249</sup>

Contudo, e como colocado anteriormente, o marco legal mundial, de caráter amplo e genérico, referente à infância, foi a Declaração da Criança do ano de 1924, que teve a participação não governamental da entidade *Save the Children International Union*.

Como Observado por Flávia Piovesan, citada por Romão, o Direito Humanitário Internacional integra e complementa o Direito Brasileiro inclusive diante da existência de lacunas normativas. O caso do Habeas Corpus nº 70.389-5, é um exemplo disso, referente ao crime de tortura contra crianças e adolescentes, onde tornou-se passível de complementação o tipo penal aberto do antigo artigo 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), através da Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção contra a Tortura.<sup>250</sup>

Em nosso país, a história começa através das crianças indígenas que, na época da colonização, eram vistas como um caminho para a cristianização, um sinal para a conversão dos adultos e o início da formação de um clero nativo.

---

<sup>249</sup> ROMÃO, 2016, pg. 77

<sup>250</sup> ROMÃO, 2016, pág. 85



Em relação a legislação vigente a época, tínhamos um Regimento Interno do Rei de Portugal Dom João III aplicável à infância, onde priorizava dar aos meninos um ensino voltado as tarefas de evangelização e construção de um povo brasileiro voltado aos valores da igreja.<sup>251</sup>

Não bastasse a falta de legislação, ainda era de se ver à época violências físicas praticadas contra crianças, que encontravam-se substituindo o trabalho de adultos, sendo cobiçadas sexualmente a partir dos doze anos de idade ou castigadas corporalmente até a morte. Naquela ocasião era costume educar através de castigos físicos e palmadas.<sup>252</sup>

Com a escravidão no Brasil, as filhas e filhos de negros também foram afetados com as atrocidades, porém sem a proteção dos religiosos como era o caso dos indígenas. Ademais, foram os religiosos os primeiros a promover e incentivar a escravidão africana, uma vez que essa deixava os indígenas livre para a catequização.<sup>253</sup>

Mais precisamente naquele meio, a legislação aplicável era o Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal, que reproduziu um direito legitimado por uma elite e um judiciário a serviço dos interesses de uma Metrópole, instituída por valores centralizadores e formalistas. Em outras palavras, a legalidade da época negou e excluiu brutalmente o pluralismo jurídico indígena e africano.<sup>254</sup>

Em 1707, tivemos a jurisdição eclesiástica, com as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia referindo-se ao batismo de crianças, e a também jurisdição

---

<sup>251</sup> *Ibid.*, pág. 22

<sup>252</sup> Os castigos corporais no Brasil surgiram no século XVI com os padres jesuítas que acreditavam e pregavam combater os pecados, mesmo os cometidos pelos menores indígenas. (*Ibid.*, pág. 23)

<sup>253</sup> Como citado por Scarano a partir dos sete anos os filhos de escravos podiam ser separados de seus pais e vendidos para donos de diversos lugares, desde áreas como a de mineração até como graciosos brinquedos e distrações para mulheres e filhas de seus donos. (*Ibid.*, pg. 24)

<sup>254</sup> ROMÃO, 2016, pág. 25





orfanológica com as Ordenações do Reino de Portugal que tratavam das causas cíveis dos órfãos e expostos referentes a criação e administração de bens.<sup>255</sup>

Com o Alvará 2 de Maio de 1731, foram criados os juizes singulares dos órfãos e expostos, como previsto na jurisdição civil das Ordenações do Reino, a eles competindo o primeiro grau de jurisdição, abarcado por questões como o inventário, a tutela e a curatela, e, no tocante aos crimes, levava-se em consideração a idade a qual o menor possuía e o arbítrio dos julgadores quanto a fixação das penas.<sup>256</sup>

Como forma de subsistência desses menores expostos, poderia o juiz de órfão, dá-los por soldada e obrigação de casamento. A soldada consistia na prestação de serviços em troca de um soldo estipulado pelo juiz.<sup>257</sup>

Com esse cenário, surgiram no Brasil através das Santas Casas de Misericórdia a primeira instituição de assistência da infância, a roda dos expostos, que como disposto por Romão “em alusão ao mecanismo recorrente nos mosteiros e conventos medievais cujos cilindros rotatórios de madeira garantiam o anonimato do expositor e a incomunicabilidade com o interior da instituição”.<sup>258</sup>

Essas instituições criadas com a Colonização se expandiram com o período do Império e permaneceram com a República, por meio do apoio dos juristas, até 1950, muito embora, antes mesmo em 1926, já existisse previsão expressa no art. 15 do Decreto nº 5.083.<sup>259</sup>

Em nossa carta constitucional de 1824, embora já presentes as garantias individuais e a limitação dos poderes do Estado, não tivemos referências específicas

---

<sup>255</sup> Na época, o batismo, realizado em crianças de até 8 anos, era visto como um ingresso na estrutura social, e abrangia a todos, inclusive os filhos de escravas. *Ibid.*, pág. 26.

<sup>256</sup> Segundo o entendimento legal, órfãos ou expostos eram aqueles filhos que não possuíam pai. Os mais abastados recebiam o ensino, os negros eram vistos como inocentes e a menoridade terminava aos vinte anos se comprovada a capacidade de se sustentar. *Ibid.*, pg. 27 e 28

<sup>257</sup> *Ibid.*, pg. 28

<sup>258</sup> Nas cidades onde não haviam as Santas Casas, a assistência competia as Câmaras, e assim como atualmente, as verbas para manutenção dessas instituições eram insuficientes e muitas vezes não chegavam ao seu destino. *Ibid.*, pg. 29

<sup>259</sup> ROMÃO, 2016, pg. 30



as garantias civis e políticas de crianças e adolescentes, apenas uma alusão à regência na menoridade do Imperador.<sup>260</sup>

Como mencionado por Romão, nesse momento considerávamos os menores como pequenos adultos. Pensamento seguido a partir da perspectiva de nosso Imperador Dom Pedro II, que embora ainda fosse criança teve de sofrer uma precoce transformação para a fase adulta em decorrência de seus deveres para com o povo.<sup>261</sup>

Apesar de a Constituição do Império não ter previstos direitos aos menores, o Estatuto Repressivo se encarregou de reprimir legalmente a infância em seus arts. 10º e 13º. Até então, não se pensava na prevalência da educação, apenas com a regulamentação do Decreto nº 1.331- A, que dispusemos de uma reforma dos ensinos primário e secundário do município da Corte.<sup>262</sup>

Aos meninos e meninas mais carentes, que estivessem em condição de rua e apresentassem menos de 12 anos de idade estava previsto o seu recolhimento em casas de asilo, bem como responsabilizava pais e responsáveis (tutores, curadores e protetores) a imporem o ensino do primeiro grau aos maiores de sete anos sem impedimento, físico ou moral, sob pena deles arcarem com uma multa por não cumprimento da obrigação.<sup>263</sup>

Para as crianças mais privilegiadas o estudo permanecia como uma forma de ingresso ao mundo adulto e a definição das funções do homem e da mulher em nossa sociedade ainda na infância.<sup>264</sup>

Com a chegada de 1870 e da abolição da escravatura tivemos como primeira medida tomada a Lei do Ventre Livre, rompendo com o paradigma romano *partus*

---

<sup>260</sup> *Ibid.*, pg. 31

<sup>261</sup> *Ibid.*, loc. cit

<sup>262</sup> *Ibid.*, pg. 32 e 33

<sup>263</sup> *Ibid.*, pg. 33 e 34

<sup>264</sup> *Ibid.*, pg. 34



*sequitur ventrem*, e tornando livres os filhos de escravas nascidos a partir da promulgação da lei.<sup>265</sup>

A partir do período Republicano passamos a considerar a infância como um problema, em virtude do aumento gigantesco populacional, conseqüentemente o crescimento do contingente de menores abandonados e da marginalidade nas grandes cidades.<sup>266</sup>

Para começar a nossa Constituição Republicana de 1891 nada previu sobre os direitos de crianças e adolescentes. Para ser mais exato ela se igualou a constituição de 1824 em relação aos direitos e garantias previstos.<sup>267</sup>

A Constituição Republicana de 1934 embora tenha tentado ter um teor progressista, inclusive sendo elaborada por uma Comissão do Itamaraty através do Governo Provisório de 1932, terminou marcada por se prender a dogmas republicanos anteriores. Contudo, seu anteprojeto previu medidas como a proteção igualitária entre filhos legítimos e ilegítimos, a faculdade dos filhos requererem a investigação de paternidade ou maternidade, como a competência da União, Estados e Municípios, prevista em lei federal, de fiscalizar e cumprir subsidiariamente os deveres dos pais para com seus filhos.<sup>268</sup>

Tais premissas não se cumpriram no projeto final do texto em razão dos direitos sociais ainda não serem materialmente considerados constitucionais. Desta forma, os direitos relacionados a infância não passavam de uma problemática familiar e, portanto, deveriam receber tratamento infraconstitucional no âmbito civil.<sup>269</sup>

Por outro lado, além de suprimir direitos revolucionários citados pela comissão elaboradora, a Constituição de 1934 fez questão de distinguir os filhos legítimos dos ilegítimos em seu art. 147, ao tratar do reconhecimento de filhos

---

<sup>265</sup> ROMÃO, 2016, pg. 34

<sup>266</sup> *Ibid.*, pg. 35

<sup>267</sup> *Ibid.*, pg. 36

<sup>268</sup> *Ibid.*, pg. 37

<sup>269</sup> *Ibid.*, pg. 38



naturais e dos emolumentos a serem pagos com a incidência de impostos, uma vez feita a transmissão da herança.<sup>270</sup>

Na década de 30, nosso país passou por um processo conflitivo de ideologias, uma vez que sob comando de Getúlio Vargas nós tivemos a dissolução de nossos representantes na Câmara e no Senado e a revogação da Constituição de 1934 com a promulgação da Carta Constitucional de 1937, mais conhecida por nós como Polaca, por ter como base a Constituição polonesa de Pilsudsky<sup>271</sup>

Estávamos a presenciar o início do Estado Novo ou Estado Nacional, fruto da Revolução de 1930, marcado por um gigantesco avanço nos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, uma vez que, em sua parte referente a Família a Constituição Federal cuidou de priorizar temas como o ensino da infância e da juventude, a igualdade entre os filhos legítimos e naturais, e os cuidados com os direitos desses, tudo isso através do esforço mútuo dos pais e da colaboração do Estado.<sup>272</sup>

Contudo, mais uma vez, tivemos uma constituição perfeita em seus avanços e conteúdo de direitos fundamentais, porém esvaziada de eficácia e aplicabilidade no plano real. Ela foi instrumento e meio de silenciar uma ditadura que já estava a acontecer.<sup>273</sup>

Diante desse cenário e no intuito de transpor o pensamento imposto pelo Estado Novo e inaugurar uma então democracia, em 1945, foi promulgada a Lei nº 13 que previa poderes a um novo Parlamento formado no final do mesmo ano, responsável por elaborar um novo texto constitucional sem qualquer projeto anterior ou comissão. Contudo deixou a transparecer uma notável semelhança com o conteúdo de nossa Constituição de 1934,<sup>274</sup> que, como colocado por Barbosa Lima

---

<sup>270</sup> ROMÃO, 2016, pg. 38 e 39

<sup>271</sup> *Ibid.*, pg. 39

<sup>272</sup> *Ibid.*, pg. 39 e 40

<sup>273</sup> *Ibid.*, pg. 40

<sup>274</sup> *Ibid.*, pg. 41



Sobrinho, pode ser explicado devido a uma resposta aos exageros presidencialistas e as tendências ditatoriais enfrentadas.<sup>275</sup>

Nessa então pensada Constituição de 1946, destacaram-se os arts. 164 e 157, inciso IX, que tratavam da assistência à maternidade, a infância, a adolescência, a família como um todo (principalmente as numerosas em filhos), e da restrição ao trabalho desempenhado pelos menores.<sup>276</sup>

Nas citadas falas parlamentares expostas por Romão, podemos notar a preocupação de nossos representantes com relação a nossa sociedade dividida em classes, nosso judiciário empenhado em favorecer as classes mais favorecidas, a pobreza e a marginalidade enfrentada pela nossa juventude exposta a realidade das ruas (uma vez que não mais estariam obrigada a trabalhos forçados) e a nossa aparência frente aos entes e regulamentações internacionais proibitivas do trabalho ao menores de 14 anos.<sup>277</sup>

A partir da insatisfação das classes dominantes (a elite) e das forças militares, sentiram-se ameaçados pela corrupção e pelos movimentos comunistas e sindicalistas, e em 1964 tentaram legitimar uma intervenção que culminaria na nossa Carta Constitucional de 1967, nos famosos atos institucionais e no governo exercido por Comandantes das Forças Armadas Brasileira<sup>278</sup>

Até o então ano de 1966, o presidente (João Goulart) havia sido deposto e vigia formalmente a constituição de 1946, possuindo vinte e uma emendas e três atos institucionais, que não eram suficientes aos preceitos da Revolução. Através dessa insuficiência foi planejado, promulgado e imposto, por meio do Ato Institucional nº4, a nova Constituição da República de 1967, no mesmo período em que o Parlamento se encontrava em recesso.<sup>279</sup>

---

<sup>275</sup> *Ibid.*, pg. 41 e 42

<sup>276</sup> ROMÃO, 2016, pg. 42.

<sup>277</sup> *Ibid.*, pg. 43

<sup>278</sup> *Ibid.*, pg. 44

<sup>279</sup> *Ibid.*, pg. 44 e 45



A Constituição Federal de 1967 foi um retrocesso as então conquistas na área da infância, uma vez que em seu art. 158 deixou de proteger os maiores de 14 anos do trabalho forçado, e em relação ao art. 167 limitou a assistência prestada pelos pais e o Estado apenas a maternidade, as crianças e adolescentes.<sup>280</sup>

Em 1969, o Presidente Costa e Silva cria uma comissão composta por juristas responsáveis pela elaboração do novo projeto Constitucional, tendo em vista que a antiga Constituição de 1967, agora encontrava-se em desuso, as crises sociais não deixavam de ocorrer e sobreveio a instituição do ato nº5 de 1968. Meramente foi emendada a citada constituição e em relação aos menores, a comissão realocou o anterior dispositivo do art. 167 no presente art. 165, inciso X.<sup>281</sup> Continuamos, portanto, substancialmente sob a vigência da ditadura constitucional regida por atos institucionais.

Para a nossa graça, em 1985, ocorreu a sobreposição de forças democráticas responsáveis pela abertura de uma nova perspectiva e pensamento ao povo brasileiro, passávamos agora para um período Republicano marcado pela judicialização do menor.

O direito do menor surgiu em 1975 com Alyrio Cavalliere, mais precisamente como uma nova matéria no curso de bacharelado em Direito da Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro.<sup>282</sup> Foi a partir das normas constitucionais de 1891 a 1967, é que tivemos o desenvolvimento de um ramo jurídico infraconstitucional voltado a infância e marcado pelos efeitos práticos de decisões em sentido estrito e vinculantes proferidas pelos juízes de menores.<sup>283</sup>

Inicialmente o direito menorista foi conceituado e associado a situação irregular de crianças e adolescentes, bem como as suas formas de tratamento e

---

<sup>280</sup> *Ibid.*, pg. 45

<sup>281</sup> ROMÃO, 2016, pg. 46

<sup>282</sup> *Ibid.*, pág. 47

<sup>283</sup> *Ibid.*, pg. 48



prevenção no meio jurídico, buscando manter sua autonomia, existência e crédito como um ramo do direito, sobretudo na limitação de seu conteúdo e alcance.<sup>284</sup>

Entretanto, em razão da falta de definição terminológica daquele período, tivemos uma definição da situação irregular do menor vinculada a atuação e finalidade do juizado de menores, assim como no respaldo dado pelo Instituto Interamericano da Criança,<sup>285</sup> em sua recomendação emitida em 1948, dispondo aos Estados para adotarem o código de menores e disporem sobre as situações irregulares.

O direito menorista, ligado a teoria da situação irregular, trouxe ao nosso ordenamento uma nova distinção entre os juízes de menores e os juízes de família, dado que a esses últimos se reservavam questões entre os pais, resguardando o interesse do menor, e aos juízes de menores, restava decidir sobre o interesse do menor e quando necessário, ao de seus pais ou responsáveis.<sup>286</sup>

Preventivamente, poderia o juiz de menores exercer sua jurisdição sobre toda a infância indistintamente, porém quando se tornava necessário realizar tratamento, deveria o juiz atuar apenas quando constatado a situação irregular do menor, seja em decorrência do abandono ou da delinquência (conhecida posteriormente como infração).<sup>287</sup>

Em Dezembro de 1926, foi promulgado o Decreto nº 5.083 pelo Presidente Washington Luís, responsável por estruturar harmoniosamente as leis de assistência e proteção as crianças e adolescentes, prevendo medidas necessárias (guarda, tutela, vigilância, educação, preservação) aos abandonados e infratores, que posteriormente

---

<sup>284</sup> *Ibid.*, loc. cit

<sup>285</sup> Organismo vinculado da OEA – Organização dos Estados Americanos. (*Ibid.*, pg. 49)

<sup>286</sup> ROMÃO, 2016, pg. 50.

<sup>287</sup> *Ibid.*, pg. 51



seriam aprimoradas e previstas no Decreto 17.943-A de Outubro de 1927, também conhecido como Código do Juiz Mello Mattos.<sup>288</sup>

O Código de Mello Mattos, preencheu uma lacuna legislativa e jurisdicional nos anos 20, e teve normatividades que se opunham aos chamados princípios gerais regulamentadores do Direito dos Adultos, exemplo disso foi a vedação a atuação de ofício do juiz, que agora, em decorrência do Código, passou a ser um poder/dever do juiz para que eles mesmos comecem um processo relativo à infância, que por sua vez, não podia esperar a boa vontade de um advogado ou promotor em tomarem as providências.<sup>289</sup>

De outra forma, a doutrina da situação irregular, formada nos anos 70, acreditava ser desnecessário e antiquado uma categorização (etiquetamento) de menores abandonados e delinquentes a partir da associação aos casos de incidência da situação irregular.<sup>290</sup> Nesse meio, o Código de Mello Mattos buscou ampliar a visão de casos envolvendo os menores, ganhando um sentido social protecionista.

Em 1943, foi organizada e criada uma Comissão Revisora do Código no intuito de harmoniza-lo com as demais normas de nosso ordenamento e suas alterações (Código Penal de 1940, Decreto Lei nº 3.200/1941 e o Departamento Nacional da Criança e do Serviço de Assistência a Menores – SAM/1941). Dos esforços resultou o Decreto Lei nº 6.026/1943, que tratava das medidas aplicáveis aos menores de 18 anos em casos de práticas de fatos considerados infrações.<sup>291</sup>

Entre as décadas de 50 e 70 tivemos a produção e apresentação de diversos anteprojetos destinados a substituir o Código de Mello Mattos, o mais chamativo foi o de nº 1000 apresentado em 1956, que se preocupou em classificar os menores em

---

<sup>288</sup> Naquela época, entendia-se como código as leis fundamentais da República, como por exemplo foi o caso do Código Comercial de 1850, Código Penal de 90, e o Código Civil de 1916. Ao denominar as leis de assistência e proteção as crianças e adolescentes abandonadas e delinquentes de “Código”, o juiz José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, buscou igualá-las as leis fundamentais de nossa República, e assim dar a elas um status mais relevante. *Ibid., loc. cit*

<sup>289</sup> *Ibid.*, pg. 52

<sup>290</sup> ROMÃO, 2016, pg. 53

<sup>291</sup> *Ibid.*, pg. 53 e 54





abandonados, podendo, a depender da situação encontrada, serem enquadrados em um critério total, eventual, moral, menores em perigo moral, e órfãos desamparados. Ademais, instituía um Conselho Nacional de Menores, responsável por elaborar um anteprojeto de lei que previa um corpo de assistentes sociais destinados a fazerem as vezes das autoridades policiais, e uma fundação nacional encarregada de receber doações com o fim de proteger e auxiliar a infância.<sup>292</sup>

O projeto tramitou na Câmara dos Deputados, recebeu críticas, propostas de melhoramento e debates acalorados até 1971, quando finalmente teve seu fim através da Mensagem nº 146 expedida pelo então Presidente da República.<sup>293</sup>

Ainda em meio ao Regime Militar, e aos anos 30, tivemos a preocupação com os menores em uma perspectiva da segurança nacional, bem como aos problemas sociais, a marginalidade entre os menores e a atenção aos discursos comunistas, responsáveis pela criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM) e da Doutrina da Segurança Nacional, representada pela Legião Brasileira de Assistência (LBA).<sup>294</sup>

Nesse Período tivemos também a presença de juízes de menores com seu poder protetivo reduzido, recebendo destaque aqueles que se esforçavam em conservar sua competência jurisdicional, como foi o caso de Alyrio Cavallier, juiz do Estado do Rio de Janeiro que determinou a polícia local e as forças armadas se reportarem a ele imediatamente após qualquer apreensão de menores infratores e subversivos.<sup>295</sup>

A partir de então, o Ministro da Justiça requereu um anteprojeto do Juiz Estado de Guanabara, que em seu esboço possuía a separação dos menores em grupos de: abandonados moral, material e intelectualmente; infratores; e em perigo

---

<sup>292</sup> *Ibid.*, pg. 54

<sup>293</sup> *Ibid.*, pg. 54 e 55

<sup>294</sup> A LBA desenvolvia programas voltados a maternidade e a infância estimulando o voluntariado ao serviço militar durante o regime. Seu destaque foi o Projeto Casulo inspirado em investir em menores e na segurança nacional ao mesmo tempo. ROMÃO, 2016, pg. 55 e 56

<sup>295</sup> *Ibid.*, pg. 56



moral. A Comissão Revisora, formada pelo presidente da FUNABEM, pelo próprio autor do esboço, por Alyrio Cavallieri e um assessor do Ministro, optou por remover as nomenclaturas de “abandono” e “infrator” para adotar um estado sócio-familiar.<sup>296</sup>

O projeto foi esquecido por falta de interesse do Governo, que optou no ano de 1975 pelo anteprojeto do Senador José Lindoso que contou com diversas contribuições de juízes de menores em sua elaboração e posteriormente recebeu o nome de Código de Juízes. Em Outubro do mesmo ano ele foi transformado na Lei nº 6.697, devotando-se a Doutrina da Situação Irregular e a Política do Bem Estar do Menor, porém restringiu-se a copiar o anterior Código de Mello Mattos apenas com substanciais alterações.<sup>297</sup>

A Lei nº 6.697 teve vigência por mais de dez anos e teve seu fim por um amplo movimento embasado na instituição de direitos e não na defesa de um ramo do Direito<sup>298</sup>

A fatídica constitucionalização dos direitos de crianças e adolescentes teve início em 1984, com o I Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Rua, e contou com o objetivo de discutir e sensibilizar a comunidade nacional para a problemática de crianças e adolescentes etiquetados como abandonados ou meninos de rua.<sup>299</sup>

Através do movimento foi formado o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, apoiado em 1985 pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), que chamou a atenção para o drama e a violação de direitos desses menores moradores de rua.<sup>300</sup>

---

<sup>296</sup> Descrevendo os menores sujeitos a lei sendo aqueles menores de 18 anos que: não possuindo pais ou responsáveis, ou não sendo adequadamente assistido por estes, sendo, portanto, ameaçados em sua saúde, segurança, moralidade e educação, se revelarem gravemente inaptos ao convívio social e tiverem praticado atos criminosos ou contravenções. *Ibid.*, pg. 57.

<sup>297</sup> *Ibid.*, pg. 57 e 58

<sup>298</sup> *Ibid.*, pg. 58

<sup>299</sup> ROMÃO, 2016, pg. 61

<sup>300</sup> Tais movimentos foram ocasionados em decorrência da *mobilização da cidadania*, indicativa de uma preocupação social com a nova elaboração de um texto constitucional. *Ibid.*, *loc. cit*



Com a formação da Assembleia Nacional Constituinte foi formado a Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança, que se reuniu em 1986 com o propósito de realização do IV Congresso “O Menor na Realidade Social”, posteriormente resultando na “Carta à Nação Brasileira” com a finalidade de provocar a todos para as causas da infância.<sup>301</sup>

Nesse contexto de “revolução sem armas” a UNICEF lança a campanha Criança Constituinte, como forma de apelar para que a população volte seus olhares aos constituintes da infância.<sup>302</sup>

Com a preocupação na insuficiência da inscrição de direitos da infância no texto constitucional, em 1987, foi apresentada a Emenda Popular nº 1, que sugeria a criação de um artigo em que fosse redigido que “Toda criança tem direito à vida, a um nome, a uma família, à educação, à saúde, ao lazer, à moradia, à alimentação, à segurança social e afetiva”<sup>303</sup>

Sob o enfoque da Campanha, mantida pela Comissão Nacional Criança e Constituinte e suas milhares de assinaturas pelo Brasil, tivemos a ampliação e o aprofundamento no debate acerca das situações de vida, desenvolvimento, e direitos da infância, que buscou acima de tudo um compromisso político com a causa.<sup>304</sup>

Posteriormente, contamos com a apresentação de uma Emenda ligada a entidades cristãs (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, Associação de Educação Católica do Brasil – AEC/BR, e Cáritas Brasileira), que pretendia a inclusão de preceitos relativos à vida, à organização familiar e à proteção dos

---

<sup>301</sup> *Ibid.*, pg. 62

<sup>302</sup> A campanha foi tamanha que em 1987 a Comissão Nacional da Criança e Constituinte levou ao Congresso quinhentas e oitenta crianças que cantaram e chamaram a atenção dos legisladores. *Ibid.*, pg. 65

<sup>303</sup> *Ibid.*, pg. 66

<sup>304</sup> *Ibid.*, loc. cit



menores no texto constitucional, bem como, a proteção contra as doenças evitáveis, a mortalidade infantil, as condições de rua e a falta de escolaridade.<sup>305</sup>

Além dessas, também foram propostas Emendas pelos parlamentares versando sobre temas como a necessidade de incorporação dos princípios da Declaração Universal dos Direitos da Criança em nosso ordenamento constitucional, a previsão explícita do adolescente ao texto constitucional, a fixação de uma idade limite na inimputabilidade penal, a igualdade entre filhos, a superação da doutrina da situação irregular, a necessidade de uma lei regulamentadora para a infância, a criação dos Conselhos de Direitos e da municipalização do direito dos menores, e questões referentes a adoção.<sup>306</sup>

O resultado de todos esses esforços e campanhas foi positivo e pode ser notado no caput do art. 227 de nossa Constituição da República de 1988, que tratou de preceituar como fundamento de nosso Estado a doutrina da proteção integral, estruturada na distribuição de deveres e responsabilidades, assim como na garantia da prioridade absoluta aos novos direitos da infância.<sup>307</sup>

A partir desse novo marco histórico nós tivemos a figura do Estado, da família e da sociedade compartilhando deveres e autonomia em promover, defender e garantir direitos de crianças e adolescentes, sem preferências de ação ou de responsabilidades entre eles, uma vez que todos são responsáveis.<sup>308</sup>

De outra forma, cuidou essa nova normatividade de ampliar o anterior entendimento de família, agora abrangendo laços de afetividade e um vínculo de cuidado, como nos casos da criação envolvendo um padrasto (a) ou irmãos mais velhos, ambos exercendo funções paternas e maternas, e, em interiorizar a proteção com a infância ao prever no art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990), a divisão da responsabilidade com as

---

<sup>305</sup> Na mesma linha, seguiu a posterior Emenda Popular *Criança, Prioridade Nacional*. ROMÃO, 2016, pg. 67.

<sup>306</sup> *Ibid.*, pg. 69 *et seq*

<sup>307</sup> *Ibid.*, pg. 72

<sup>308</sup> *Ibid.*, pg. 72 e 73



comunidades, que são atualmente consideradas os agrupamentos com vínculo mais estreito entre a sociedade e os menores.<sup>309</sup>

Outras mudanças sobrevieram na atuação do Estado em relação a infância, vez que com a nova Constituição da Republica de 1988 e os novos dispositivos de proteção tivemos uma divisão de competências entre os poderes, restando: ao Legislativo, a função de elaborar leis, fiscalizar a atuação do Executivo e analisar as legislações orçamentárias, a fim de certificar a remessa privilegiada dos recursos públicos para a infância; ao Executivo, a função de elaborar e executar as políticas públicas, tanto preventivas quanto repressivas na forma de execução das medidas socioeducativas; já, ao Judiciário, coube a função de reestruturar seus órgãos e serviços aos novos direitos através de sua função típica judicante. Cedendo sua anterior natureza executiva e assistencialista dos Juizados de Menores aos atuais Conselhos de Direitos e Conselhos Tutelares.<sup>310</sup>

Com o advento do princípio da prioridade absoluta, através do art. 227 da CF/88, tivemos também uma nova hermenêutica das garantias fundamentais para a infância, uma vez que ao dispor sobre essa prioridade, o parágrafo único do Art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tratou de enumerar minimamente, e de forma não exaustiva, como deve ser exigível e efetivado as determinações constitucionais. Para tanto, e em caso de dúvida sobre seu alcance, deve ser feito uma interpretação segundo a sua finalidade como garantia de direito fundamental, podendo ser necessário e útil à sua aplicação por extensão ou analogia e nunca sendo admitido a sua interpretação restritiva.<sup>311</sup>

Do mesmo modo, por se tratar o art. 227 de uma norma definidora de direitos e garantias de ordem fundamental, sua aplicação deve ser imediata (vide parágrafo 1º do art. 5º da CF/88), sendo suficiente para gerar direito público subjetivo aos seus

---

<sup>309</sup> Por adotarem valores e costumes em comum, são consideradas (as comunidades) a forma mais efetiva e célere em prover direitos e deveres a infância e a juventude. ROMÃO, 2016, pg. 74

<sup>310</sup> *Ibid.*, loc. cit

<sup>311</sup> *Ibid.*, pg. 76



destinatários e impor ao Estado um dever de agir, segundo disposto pela constitucionalização de direitos consolidada com a nova ordem jurisdicional.<sup>312</sup>

Dessa forma, podemos notar uma coerente e progressiva complementação de normatividades em nosso sistema constitucional de proteção à infância, inclusive decorrente da introdução de princípios ligados aos direitos humanos advindos do meio internacional. Tal fato possibilitou a criação e a introdução de concepções voltadas à infância por meio da doutrina nacional e do poder estatal (legislativo, executivo e judiciário), que fortaleceram e uniram a ação de agentes garantidores de direitos e proteções.

## 5 REPERCUSSÕES ATUAIS SOBRE O TEMA

### 5.1 Refugiados Venezuelanos no Estado de Roraima (2018-2019)

Como relatado por Martin, Goldberg e Silveira<sup>313</sup>, milhares de venezuelanos têm cruzado a fronteira e se aglomerado na região norte de nosso país, devido a grave e generalizada crise econômica e política pela qual passa a Venezuela.<sup>314</sup> Nesse deslocamento, de migrantes e refugiados, encontram-se membros da etnia Warao, que passaram a ocupar espaços públicos em Boa Vista - RR e em Manaus - AM.

---

<sup>312</sup> ROMÃO, 2016, pg. 76

<sup>313</sup> MARTIN, D.; GOLDBERG, A.; SILVEIRA, C. **Imigração, refúgio e saúde**: perspectivas de análise sociocultural. Rev. Saú. Soc., São Paulo, v. 27, p. 26-36, 2018. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-12902018000100026&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-12902018000100026&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 6 Novembro 2019, pg. 28 e 29

<sup>314</sup> Crise esta reconhecida pelo CONARE em 14 de Junho de 2018, com fundamento no inciso III do art. 1º da Lei nº9.474, de 1997. E que proporciona medidas como:

“1) procedimentos simplificados para a tramitação dos processos de nacionais venezuelanos; 2) indispensabilidade de entrevista de elegibilidade, devendo esta ocorrer de maneira simplificada; 3) indispensabilidade de verificação de excludentes, com base no art. 3º da Lei nº 9.474, de1997; \*OBS: decisão não se aplica a membros de colectivos e megabandas, entre outros grupos de guerrilha urbana, bem como membros de grupos criminosos organizados e pessoas que se beneficiam materialmente das circunstâncias na Venezuela; 4) mantida a indispensabilidade de verificação de óbices, por parte de qualquer instituição ou de indivíduo; 5) mantida a indispensabilidade de verificação de permanência em território nacional, inclusive podendo ser provada por meio de entrevista complementar; e 6) decisão válida por 12 meses, podendo ser prorrogada ou revista a qualquer momento, a depender das circunstâncias na Venezuela.” BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Refúgio em Números e Publicações, 4º Edição**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros>>. Acesso em: 6 Novembro 2019, pg. 35



Como disposto por Sophie Orr, Diretora Regional para as Américas, em uma entrevista para o site do Comitê Internacional da Cruz Vermelha:

A situação tem sido complexa durante muitos meses devido a vários fatores: crise econômica, manifestações de cunho social, deterioração dos serviços básicos, fluxos migratórios e altos índices de violência. Desde janeiro, a renovada crise política e o aumento na violência agravaram o quadro, colocando em risco os frágeis mecanismos para lidar com a situação e os recursos limitados da população. Os desafios para manter o sistema de saúde em funcionamento e para consertar a infraestrutura, por exemplo, estão tendo um impacto nos mais vulneráveis e na população em geral.

Como consequência, as pessoas continuam deixando o país. Normalmente, quem sustenta a família a deixa para trás, iniciando um caminho incerto e perigoso na esperança de encontrar um modo de ganhar dinheiro, seja nas áreas fronteiriças da Venezuela ou nos países vizinhos. Os que ficam precisam de muito apoio. As crianças abandonam a escola porque as mães não as podem alimentar, ou simplesmente porque os professores foram embora. Em alguns casos, elas vão para as ruas, tentando sobreviver desesperadamente, expondo-se a situações piores.

[...]

A situação na Venezuela provocou a migração de três milhões de pessoas, segundo as cifras da ONU. Além dos números, o CICV está preocupado com a vulnerabilidade desses migrantes. Uma pessoa ou uma família com poucos recursos, que faz uma longa viagem a pé, normalmente precisa de muito apoio.

Estamos particularmente preocupados com a situação dos migrantes que cruzam a fronteira com a Colômbia através de rotas irregulares. A presença de grupos armados significa que os migrantes enfrentam extorsão, ameaças, violência ou recrutamento forçado. As mulheres e menores desacompanhados são particularmente vulneráveis, sendo a violência sexual um perigo real.

Na Venezuela, algumas crianças são deixadas para trás aos cuidados dos membros idosos das famílias, ou simplesmente deixadas em uma situação altamente vulnerável. O êxodo está afetando as capacidades locais em todos os setores – professores, médicos, trabalhadores sociais e mesmo voluntários da Cruz Vermelha deixaram o país – agravando, por sua vez, a situação e complicando a possibilidade de uma pronta recuperação.



Neste ano, aumentamos a nossa resposta na Colômbia em 6,4 milhões de francos suíços para permitir aos migrantes o acesso aos serviços médicos, saúde mental e apoio psicossocial e reabilitação física. No ano passado, mais de 100 mil migrantes venezuelanos puderam falar com os seus familiares mediante o serviço telefônico oferecido pelo CICV na Colômbia, Equador e Brasil. Também providenciamos água e saneamento, reestruturamos alguns abrigos e doamos remédios aos hospitais na fronteira com a Colômbia. Na Venezuela, o CICV prestou apoio ao retorno dos restos mortais de venezuelanos aos seus familiares e ajudou a reunificar famílias. Também estabeleceu serviços de contato em cinco pontos diferentes ao longo do caminho.<sup>315</sup>

Esses refugiados fazem parte das nove mil emissões de concessão de refúgio em nosso país, além dos vinte mil pedidos formais de concessão, juntamente com grupos étnicos sírios, angolanos e colombianos.<sup>316</sup>

Esse quadro agravou-se mais especificamente no início do ano de 2018, e envolveu principalmente os estados de Roraima (RR) e do Amazonas (AM).<sup>317</sup>

Diante desses contextos, e visando reforçar o objetivo de nosso trabalho, foi realizada uma pesquisa em campo, na Capital de Boa Vista - RR, durante os dias 30 de Junho a 27 de Julho, onde foi possível fazer um paralelo entre as notícias, em meio televisivos e virtuais, com a realidade concreta e com o sentimento exarado pela opinião pública local.

Foram realizados encontros com representantes do Exército Brasileiro, na base militar de Boa Vista, e com representantes da Organização Internacional para Migração (OIM), que se encontram atualmente com uma base temporária em Boa Vista.

---

<sup>315</sup> CICV. Comitê Internacional da Cruz Vermelha. **Perguntas e respostas:** situação humanitária na Venezuela, 01 de Março de 2019. Disponível em: <[https://www.icrc.org/pt/document/perguntas-respostas-situacao-humanitaria-venezuela?gclid=CjwKCAjw44jrBRAHEiwAZ9igKNiFQXAYWuXJ-bp97a8h9AGZbPEZPYE3fCm-2i8eQMvMblqWK8YRoCWPAQAvD\\_BwE](https://www.icrc.org/pt/document/perguntas-respostas-situacao-humanitaria-venezuela?gclid=CjwKCAjw44jrBRAHEiwAZ9igKNiFQXAYWuXJ-bp97a8h9AGZbPEZPYE3fCm-2i8eQMvMblqWK8YRoCWPAQAvD_BwE)>. Acesso em: 01 Junho 2020.

<sup>316</sup> MARTIN, GOLDBERG e SILVEIRA, 2018, pg. 3 e 4

<sup>317</sup> Embora desde o ano de 2015 já tivessem relatos de refugiados no Estado. COSTA, Emily. **Após a crise migratória em Roraima, venezuelanos contam como é a vida em outros estados.** G1 RR. Boa Vista, 24 de Dezembro de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2018/12/24/apos-a-crise-migratoria-venezuelanos-contam-como-e-a-vida-em-outros-estados.ghtml>>. Acesso em: 17 Outubro 2019





Posteriormente foi buscado informações da ACNUR e UNICEF, com sedes permanentes localizadas em Brasília-DF, aonde foi possível o fechamento das informações buscadas sobre o deslocamento de venezuelanos e a resposta de órgãos internacionais e entidades públicas responsáveis por garantir direitos, proteção e defesa desses indivíduos em nosso território.

Diante dessas colocações passaremos a relatar a situação encontrada, bem como a trazer nos próximos subcapítulos os dados colhidos durante esse período, fundamentados pelos documentos publicados nos sites do Ministério da Justiça e Segurança Pública,<sup>318</sup> da Defensoria Pública da União, da Casa Civil e da Polícia Federal.

Inicialmente cabe a nós expormos que o Estado de Roraima é caracterizado por um clima equatorial úmido, com chuvas quase que frequentes, uma estação de seca bem definida e temperaturas que variam de 24 a 38 C° durante o ano. Sua área territorial total é de 224.300,506 mil km<sup>2</sup> e sua população se estima ser de 605.761 mil habitantes.<sup>319</sup>

No período em que foi realizada esta pesquisa em campo o clima encontrava-se bastante chuvoso e abafado, e a cidade bem movimentada: com a presença de muitos venezuelanos, em vários pontos comerciais e em rodovias, se deslocando para pontos de informação e proteção, ou para as demais cidades e Estado, uma grande maioria pedindo dinheiro e alimentos, e outra parcela procurando emprego e locais de abrigo.

No dia 25 de Julho de 2019, na 1º Brigada de Infantaria de Selva de Boa Vista, o coordenador adjunto da Operação Acolhida e coronel do Exército Brasileiro, Georges Kanaan, nos apresentou a coordenadora de emergência da OIM em

---

<sup>318</sup> BRASIL, Portal do Governo Brasil. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros/>> Acesso em: 17 de Outubro de 2019

<sup>319</sup> BRASIL. IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**, 2017. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rr/panorama>>. Acesso em: 17 outubro 2019



Roraima, Michelle Barron, e o tenente-coronel do Exército Brasileiro, Atilla Zoltán Balczó de Andrade, coordenador do Abrigo Rondon 3, em Boa Vista.

Neste mesmo dia nos deslocamos até a sede da Organização Internacional para Migração (OIM), perto do centro de Boa Vista, onde fomos recebidos pela coordenadora Michelle que nos apresentou a uma pessoa responsável pelo setor de coleta de dados e pesquisas da sede, que nos forneceu material e uma entrevista anônima. Em sua entrevista ele nos relatou que

As crianças podem ir à escola, elas estão nas escolas. O problema das escolas é ter vagas no momento em que as crianças chegam. [...] Às vezes, outro acontecimento é a demonstração de onde eles vêm e qual é a sua condição, pois acho que a maioria, mesmo profissionais, eles não têm certificados de estudo ou outras coisas que possam demonstrar em que nível eles estão. [...] A interiorização é um processo para ajudar as pessoas a se deslocar a cidades que poderão oferecer maiores possibilidades de emprego para a família. Contudo isso é algo que também poderá afetar a educação da criança. Imagina uma criança que já está aqui, e a família foi selecionada para a viagem, e ao chegar lá pode ser que tenha um abrigo, mas não uma escola. Em razão disto a UNICEF também está fazendo parte agora deste processo de interiorização. [...] No início, nesses primeiros (gráficos), não tinha nenhuma presença em Roraima, e agora já tem a presença referente a temas de água e saneamento, também crianças em espaços seguros e abrigos, e agora nas viagens. Pois o processo de seleção de pessoas em abrigos temporários (Rondons), com a informação de para onde elas irão viajar, verificar documentos de vacinas e de embalar as coisas que podem levar no avião [...] e aí no dia da viagem elas vão para o aeroporto acompanhadas por profissionais do programa de interiorização que vão no voo e que acompanham eles (refugiados) até o ponto final. Às vezes para chegar ao abrigo aonde eles vão, eles vão a uma cidade e desta cidade eles devem continuar de ônibus. Então as vezes o processo se inicia as 4 horas da manhã no abrigo, para fazer as listas [...], demarcar as malas, porque as vezes os voos pousam em diferentes cidades. Em uma cidade ficam uns, em outra cidade ficam outros, e por isso tem que assegurar assim como as empresas aéreas que as malas fiquem com as pessoas. “, “Às vezes 23 horas da noite, elas vão em um ônibus para seu destino, e você tem pessoas de diferentes cidades, de diferentes condições físicas, com crianças. [...] A primeira (presença da OIM em Roraima) foi em Janeiro de 2017, eu



vim em Fevereiro, e nesse momento ficamos na Universidade Federal, em um espaço, onde haviam quatro salas, uma delas era a sede da OIM, a outra era UNFPA<sup>320</sup>, a outra era uma sala de reuniões, as outras duas eram o ACNUR. E nesse primeiro momento eram somente três pessoas (órgãos). [...] Nós já tínhamos nossa sede em Brasília [...] há 4 anos, mas em Roraima não existia. Quando começou o ingresso, se começou a falar de pessoas chegando em Roraima, aí Brasília decidiu formar uma equipe que seria enviada [...] as pessoas que vinham para aqui foram contratadas para manter esse contato e essa presença entre agências. O ACNUR fez o mesmo. A OIM e o ACNUR chegaram ao mesmo tempo, buscando espaço na Universidade, e começaram a estabelecer os seus contatos com o governo, com a polícia e com o Exército. E o exército foi quem o governo pediu para estabelecer os abrigos. E as agências vão acompanhando sempre o processo com o conhecimento humanitário. O exército tem uma capacidade muito grande operacional, mas os interesses humanitários são também outras questões diferentes. [...] já vimos outras emergências, outras coisas que funcionam e outras vezes coisas que não dão certo no acolhimento [...] sempre, desde o início o governo do Brasil tomou a responsabilidade de acolher os imigrantes que estão chegando. E é isso que faz a operação acolhida e a Casa Civil desde o início, estão na liderança e supervisão. [...] no exército, a cada 3 ou 6 meses vem um contingente diferente, vindo de São Paulo, e de diferentes regiões, e são eles que dão segurança nos abrigos, nos armazenamentos, são eles que armazenam em um espaço, e toda a construção. Sempre foi um Estado muito presente, o que não acontece em outros cenários, as vezes de uma tragédia, onde o governo vai lá e o presidente diz que não há governo. Ou as vezes eles têm essa estabilidade política, mas que depois gera um conflito interno e outros tipos de coisa que tiram o suporte do governo, porque há instituições que não estão funcionando. [...] exemplo: no caso da documentação, as pessoas veem e outras vão, elas podem entrar sem passaporte, as vezes acontece de ter um documento que depende ser aceitado ou não. Na Venezuela não tem documento com foto crianças menores de 18 anos, então quando todas essas documentações são apresentadas o governo sempre atuou, sempre respondeu, as necessidades. [...] a

---

<sup>320</sup> Cf. O UNFPA, Fundo de População das Nações Unidas, é a agência de desenvolvimento internacional da ONU que trata de questões populacionais, sendo responsável por contribuir com os países para garantir o acesso universal à saúde sexual e reprodutiva, incluindo o exercício do direito à maternidade segura. O UNFPA também trabalha para que os direitos das juventudes sejam efetivados e para que todas as pessoas jovens possam atingir seu pleno potencial. Além disso, apoia os países na produção e utilização de dados populacionais para subsidiar a tomada de decisões no campo das políticas públicas. (UNFPA, Brasil. **Missão e Objetivos**. Disponível em: <<https://brazil.unfpa.org/pt-br/missao-e-objetivos>>. Acesso em: 01 Junho 2020



primeira opção de moradia, pois quando as pessoas chegavam, no caso pro exemplo de Boa Vista, as pessoas chegavam na Rodoviária Interestadual, saíam da rodoviária e estavam no espaço no centro da praça [...] onde elas montavam redes barracas, e aí muitas pessoas, cada vez mais, mais e mais, que saíam da Rodoviária, iam para lá. Havia muito crianças nesse meio da rotatória cruzando, de um lado ao outro da rua, uma situação terrível, e com a temporada das chuvas que nesse momento se aproximava também, então isso não podia continuar assim. Nesse momento o que se decidiu foi pegar todas essas pessoas e levar para um Coliseu Tancredo Neves. Mas continuava a chegar pessoas, e aí precisou formar essa estrutura de abrigos. Nesse momento a coordenação da Agência das Nações Unidas, OIM e ACNUR e nesse momento a decisão foi boa: ACNUR estava acompanhando o cadastro das pessoas dentro dos abrigos e a OIM a acompanhar as pessoas que estavam fora dos abrigos. Nesse sentido, nós começamos a fazer um trabalho mais de identificar as pessoas que estão morando na rua. [...] Em um primeiro momento nós recorríamos, durante a noite, quase todas as ruas de Boa Vista. Tinha quatro carros, em diferentes setores, e eles iam todas as noites onde eles viam pessoas dormindo na rua eles marcavam um ponto. No dia seguinte continuavam de onde ficaram no dia anterior e assim foi a cobrir quase toda a totalidade. Além disso o exército já tinha identificado, alguns prédios que haviam sido invadidos, prédios públicos ou privados, que eles encontraram como opção de moradia. Isso ocorreu em Setembro do ano anterior, e foi assim que começou o trabalho em conjunto com o exército. E o exército dá transporte, dá segurança, porque isso nós fazemos das 00 horas em diante, para garantir que são pessoas que realmente dormem nesse lugar. [...] As pessoas que estão nas ruas normalmente se encontram em baixo de uma árvore, em calçadas, na porta de lojas, mas pode ser que durante o dia quando a loja abre eles já não são mais vistos, praças, que são um dos lugares em que eles podem ir e ficar mais permanente, e em edifícios, clubes conhecidos como ocupações/invasões. [...] No início identificamos crianças e mulheres como as mais vulneráveis a estarem nas ruas para receberem ajuda e espaço/vagas nos abrigos, mas continuaram e continuam chegando, e os abrigos já estão quase que lotados a maioria. [...] Nos abrigos também, existem os abrigos indígenas e os não indígenas. [...] Crianças dormindo na rua têm todo tipo de risco, assim como mulheres e grávidas, que se acontecer alguma coisa de noite elas não tem ninguém que possam dar algum tipo de suporte, então as contagens que fazemos não são apenas para saber o quantitativo. [...] estes são dados que permitem a todos as demais situações e que cada um (órgão) dentro de sua competência possa fazer o seu trabalho. [...] uma das atividades



que nós temos, em Pacaraima (PETRIG) é no posto de triagem, uma área de recepção de imigrantes. Quem tem a responsabilidade de dar a documentação inicialmente é a Polícia Federal. Lá tem uma equipe da PF, mas com o aumento de imigrantes começou a acontecer de “não, você tem que vir amanhã”, “você em uma semana”, “você em um mês...” e assim começou a se acumular o processo. Você não pode garantir os direitos de uma pessoa, ela não pode buscar emprego, se não tem documento. Aí foi quando as agências entraram e apoiaram também o trabalho da polícia fazendo um trabalho um pouco como o dos agentes. Os dados que nós preenchemos vão também diretamente aos dados da polícia. Eles (refugiados) poderiam fazer eles mesmos, mas se eles não têm o conhecimento, internet, computador. No caso de PETRIG, quando alguém dizia que queria pedir refúgio, eles iam para a sala do ACNUR, e ACNUR se encarregava de preencher os dados. Quando eles queriam residência temporária eles iam para a OIM. [...] E aí a pessoa entrega seus dados, os seus dados pessoais, sua foto, para iniciar esse processo para que eles obtenham o CPF ou o protocolo de refúgio. Em um primeiro momento, todos que entravam em Pacaraima e queriam uma documentação [...] internet em Pacaraima é muito difícil, não funciona todo dia, tem também o problema de energia. Então as pessoas estavam sendo forçadas a ir a Boa Vista para fazer o trâmite de documentos na polícia, e se ele não conseguia voltar no mesmo dia ficava na rua [...] Esse posto de triagem é uma área de recepção de imigrantes que oferece os serviços de solicitação de refúgio, com o ACNUR, ou de residência temporária, com a OIM, emissão de CPF, carteira de trabalho, de vacinação, conta também com um espaço para crianças, atenção como tema de proteção, uma equipe da UNFPA tem ali também, serviços de ligações, com o programa de Telecomunicações sem Fronteiras e da Cruz Vermelha, as vezes tem os serviços de internet ou coisa assim, que permitem as pessoas que as vezes estão esperando o processo eles possam se comunicar com sua família. É uma área que tem toda uma assistência, uma polícia, tudo o que os imigrantes possam precisar em um só lugar. E agora em Manaus também está construindo também, ainda não está funcionando, mas o Estado já destinou um espaço para construir, e o exército está limpando toda essa zona e preparando para a construção de um PETRIG em Manaus. [...] Primeiro em Boa Vista, segundo em Pacaraima e no futuro em Manaus. Mas muitas pessoas que estão em outros municípios, que estão aqui e que ainda não fizeram esse trâmite e que ainda estão sem documentos. Então nós temos, as vezes aqui mesmo em Boa Vista, pessoas que moram em bairros mais longes e precisam caminhar muito para ir à polícia as seis da manhã, saindo de casa as quatro da manhã caminhando para



chegar. Então um dos problemas que temos aqui são das caravanas, uma das opções de caronas que se fazem em parceria com a comunidade religiosa, com o exército que tem transporte para levar eles, ou as vezes ir com os equipamentos e os computadores aonde eles estão (refugiados). Então eles convocam as pessoas para ir, um mutirão para tirar carteira de trabalho, CPF, algo que faça eles se deslocarem para outros lugares. O ideal é garantir que eles tenham documentação. [...] Às vezes eles preferem isso, entram por Pacaraima, iniciam um processo, mas no final do dia estão voltando para Santa Helena. E quando eles estão com esses documentos, eles podem decidir aonde ficar. Mas é mais tranquilo para eles ficar em Santa Helena, para quem tem família em Santa Helena, pode ser também que o custo do hotel e tudo seja muito mais barato do lado da Venezuela. Era muito mais difícil (o controle) quando só havia um PETRIG em Boa Vista, porque eles tinham que pagar o taxi, são 3 horas de viagem, então já era muito mais difícil estar as seis da manhã, e se nesse dia não conseguiram fazer todo o processo, eles tem que ficar até um outro dia. [...] Com o tempo, mesmo com carteira de trabalho, com CPF, em Boa Vista é muito difícil que consigam algum emprego, porque mesmo antes desse movimento migratório, a maior parte da população trabalha com o Estado, então isso é muito difícil para um estrangeiro que vá pegar uma dessas vagas. Por isso os esforços nesse momento estão sendo para a interiorização. Mas a interiorização não é apenas pegar uma pessoa que está aqui e levar para outro estado e boa sorte, não, porque se alguém está aqui em um abrigo normalmente vá para um outro abrigo nesse outro lugar. (Exemplo) Por mais que Santa Catarina diga que tem um abrigo, são eles que tem que nos informar, ou informar a Casa Civil para que ela possa coordenar quantas pessoas podem ir, qual será o perfil das pessoas. Pois são abrigos que somente aceitam homens, outros que são planejados apenas para famílias, que são para idosos ou pessoas com alguma vulnerabilidade que precisam se utilizar de banheiros condicionados. Então tudo isso são coisas que não podem ser resolvidas aqui, então tem todo um processo de conscientizar, e dos outros Estados também de informa. [...] A primeira modalidade (interiorização) era de um abrigo para um abrigo, essa é uma modalidade um pouco lenta, pois se já enviamos 50 pessoas a um abrigo em São Paulo, em uma próxima semana não podemos enviar ninguém, até que essas 50 pessoas consigam um emprego, ou saiam dos abrigos criando novas vagas, aí poderemos enviar outros. O compromisso é que essas pessoas enviadas possam ficar até 3 meses nesses abrigos. Durante esses 3 meses eles não tem que se preocupar com moradia ou algo mais, eles têm que se esforçar para buscar emprego e sair de lá. Depois com o tempo,



se pensou em trabalhar com as parcerias de trabalho, então as vezes alguns setores dizem que tem 100 vagas para trabalho, mas as vezes esse mesmo empregador, que conhece a situação dos Venezuelanos ajuda e se compromete em apoiar eles desde o início com abrigo ou algo do tipo, e quando eles (refugiados) já estão a receber o salário eles já tem que se responsabilizar por sua moradia. Uma outra (possibilidade), porque muitos diziam já conhecer alguém que conhece em outra cidade e que pode receber, aí existia um pouco o risco de a pessoa mentir, para conseguir algum emprego, então seria uma responsabilidade muito grande pegar alguém e levar lá e a pessoa ser explorada. Então temos também o sistema de reunificação familiar assim como o trabalho também tem que ser verificado. E agora também, por meio das igrejas, que têm se sensibilizado por todo o país. [...] Uma das coisas que há em Roraima é a distância, os preços dos voos são muito caros, e por isso mesmo é que agora estamos usando Manaus, pois daqui conseguiríamos enviar pessoas para Manaus de ônibus, aonde o custo é muito mais reduzido e pode ser um fluxo permanente, e de Manaus já tem voos muito mais baratos, para muitos outros destinos do Brasil. Esses voos de interiorização veem sendo feitos pela FAB com os aviões Hércules, ou as vezes são aviões muito pequenos que não tem nem banheiro. Então a outra coisa a se considerar sobre voos longes que não possuem banheiro, e as crianças que comeram ou beberam água [...] em voos comerciais, algumas situações nós podemos comprar voos para as pessoas até Brasília. Agora também, algumas linhas aéreas estão oferecendo cindo vagas por voos, que as vezes são dos voos que não foram vendidos (lugares). E assim, também muitas pessoas têm sido deslocadas, mas são as linhas aéreas que oferecem o que não vendem. [...] Inicialmente eram apenas voos da força aérea, no primeiro bimestre era um voo por mês, porque tinha toda a logística de onde vamos pegar as pessoas, onde vamos acomodá-las, então seriam apenas um voo por mês. Depois passou a dois voos por mês, um voo por semana, mil pessoas por mês, agora neste momento, o objetivo é duas mil pessoas por mês. Então, cada mês são mais voos, com mais modalidades, e não só os voos da FAB, mas também da sociedade civil, voos comerciais. [...] Obviamente é muito mais fácil (interiorizar) pessoas que já estão em um abrigo, que já tem um certo tempo, que já haviam sido previamente identificadas, as vezes através do ACNUR com as listas que eles têm dos abrigos oficiais, mas as vezes tem também a identificação de pessoas em situação de vulnerabilidade. Pessoas que foram exploradas laboralmente ou sexualmente, pessoas essas que não podem continuar aqui e temos que enviar a um outro lugar, porque elas podem sofrer algum tipo de represaria ou alguma coisa. Na Universidade



ainda temos um posto de informação, então quando as pessoas vão e conhecem como funciona a interiorização.<sup>321</sup>

A informalidade no transcrever e no expor as informações se deve ao fato de o informante dos dados não ter preparado nenhum roteiro ou discurso em específico sobre a situação que iria nos apresentar. Contudo, não necessitou mais do que algumas horas para nos relatar tudo o que havia presenciado e documentado em seus dias em Roraima.

No dia seguinte nos deslocamos novamente a Brigada de Selva onde fomos recebidos pelo Tenente Coronel Balczó que nos concedeu uma entrevista e nos explicou o que é a Operação Acolhida, conforme transcrito a seguir.

A operação ela iniciou fruto da crise migratória, da situação política da Venezuela, que vem se agravando nos últimos anos e só começou a gerar um êxodo de pessoas, um fluxo de pessoas [...] as pessoas começavam a deixar o país. E aí a partir de 2016, começou a ter um aumento no ingresso das pessoas venezuelanas no país. [...] Esses dados são do site da R4V<sup>322</sup>, que é um site do governo aonde vai explicando o que está sendo feito. [...] Então esse aumento [...] você vê assim que o Brasil tá com uma crise, mas olha a Colômbia [...] a gente olha para os países, nossos vizinhos aqui, e olha como está isso aqui [...] então a gente realmente tem um movimento grande, mas ainda não está [...] só que a resposta que o Brasil está dando tem servido como modelo para os demais países. Por exemplo, vem as pessoas para cá para entender o que que a gente tá fazendo em torno desse planejamento, como a gente tá lidando nessa crise migratória aqui, então esse êxodo gerou o grande acúmulo de pessoas, principalmente no estado de Roraima, que é a porta de entrada do país. E aí a gente tem o grande obstáculo fisiográfico, que eu posso dizer, que é além da floresta o rio Amazonas. Então isso impede que as pessoas ingressem para [...] e a gente tá em um Estado mais, praticamente, ao norte do país. Soma isso aí tudo e você acumula as pessoas aqui em Boa Vista. E Boa Vista é [...] o estado de Roraima já é um estado que tem as suas particularidades, e tem as suas deficiências também, na segurança pública, na saúde, na educação, e aí esse movimento migratório começou a gerar os impactos principalmente nessas

<sup>321</sup> Anônimo representante da OIM, 2019, Boa Vista – RR

<sup>322</sup> OPERATIONAL Portal. **Refugee Situations:** Refugees and migrants from Venezuela. Disponível em: <<https://r4v.info/en/situations/platform>>. Acesso em: 01 Junho 2020





três vertentes de [...] pública. Em Fevereiro o Presidente fez o decreto onde ele reconheceu a situação de vulnerabilidade, decorrente do fluxo migratório aqui em Roraima. E definiu a comissão do Comitê Interministerial, também. E a série de medidas que seriam feitas, e isso daí tudo depois virou uma lei. Os dois primeiros viraram uma lei em Junho [...] só que aqui já estava começando, as atividades já estavam acontecendo. E ainda teve uma ata da reunião na Casa Civil, sendo que [...] na verdade ela ampliou a operação para o estado do Amazonas, particularmente para o município de Manaus. Pois esse desordenamento que havia aqui, também está acontecendo lá em Manaus, principalmente na rodoviária. Já tem tudo mapeado lá também. [...] Esse vídeo aqui fala o que é a Operação Acolhida<sup>323</sup> [...] esse site é do Exército, nós temos canais no youtube, onde esses vídeos estão todos disponíveis lá. Tem uma série de outros explicando os três pilares que eu vou colocar aqui da Operação: ordenamento, abrigo e interiorização. Os três pilares principais. O que eu destaco aqui já é que esse Comitê Interministerial ele é o carro chefe disso aqui, a Casa Civil que coordena, então eu tenho 11 ministérios (ministério da saúde, educação e tal). E um dos ministérios é o ministério da defesa. O ministério da defesa ele compõe isso aqui, esse comitê se reúne uma vez por mês, em Brasília, e aí são apresentados os detalhes. Esse comitê tem os chefes, que são os ministros, tem os segundos na linha que são os subcomitês, e esse subcomitê ele elegeu um representante, que é o general Pazuello. Então o general Pazuello, ele é o representante desse subcomitê, então ele pode [...] ele acaba interagindo com outras esferas aqui do governo justamente para poder articular esse apoio. E ao mesmo tempo o MD criou a força tarefa, e designou um comandante que é o general Pazuello também. Então o general Pazuello ao mesmo tempo que ele representa essa parte do subcomitê aqui, ele é o escolhido como o interlocutor, aqui no estado de Roraima, ele também coordena as ações da força tarefa. Então esse papel que ele executa é um papel importante de entender. Pois ao mesmo tempo que ele executa as atividades táticas (o que são as atividades táticas? É a ponta da linha que está sendo realizado realmente, é o abrigo construído, é o nosso militar ali, é o posto de triagem funcionando [...] ao mesmo tempo que ele está aqui, ele está fazendo as articulações lá n nível político. E nível político articulando realmente “a precisa de uma demanda na saúde”, “precisa mandar alguma coisa de verbas...” [...] ele também tá fazendo essa articulação. Então a visão dele é bem ampla em relação a tudo, e ele também têm [...] ele também consegue realmente articular de forma mais

<sup>323</sup> ACOLHIDA, Operação. **Entenda o que é a Operação Acolhida**, 16 de Outubro de 2019. Disponível em: <<https://youtu.be/ttb72iOvS8k>>. Acesso em 21 Outubro 2019



rápida algumas coisas [...] o primeiro entendimento que tem que ter é esse da Operação [...] nossa missão é essa, então nossa missão é de cooperação. Então a gente coopera com o governo Federal, com o governo Estadual, com o governo Municipal, com as ONG's. Então a gente coopera, contribui para que o trabalho seja feito. Então a gente auxilia (com o que?) com medidas de assistência emergencial para o acolhimento de migrantes (quem são esses migrantes?). São os residentes ou refugiados, são as duas categorias, que eles vão se enquadrar (eu vou chegar lá). Provenientes da Venezuela e em situação de vulnerabilidade, porque a gente tem os imigrantes que não estão em situação de vulnerabilidade, eles passam por nosso fluxo no posto de triagem, mas a eles não necessitam de abrigo, não irão estar lá na rodoviária. Então eles têm uma condição financeira que ainda lhes permite a questão de passagem. Eles chegam na fronteira pedem o pedido de refúgio e vão comprar uma passagem e vão para São Paulo, vai pra Porto Alegre. [...] Por isso que em situação de vulnerabilidade, que são [...], decorrente desse fluxo migratório. Então nosso resumo é isso. E a gente puxa muito a parte do verbo, nós militares, juntamente com a cooperação. A gente coopera com [...] então você está vendo que é uma ação que tem que ser integrada. E essa integração é feita. Antes de ontem teve uma reunião de coordenação entre agências, que a gente fala. Uma grande reunião com mesas com diferentes níveis de mesa, e aqui vai sentar todo mundo, representantes, representantes da ACNUR, OIM, e aí a gente vai apresentando os grupos de trabalho [...] todo mundo trabalhando em [...] porque as soluções não vão sair de um, vão sair de todo mundo junto. A gente tá em revisão aqui da parte da missão ainda, pra cumprir a missão a força tarefa tá estruturada aqui dessa forma, a gente tem coordenador operacional que é o próprio general, o coronel Kannã tá aqui, ele é o próprio adjunto dele, o chefe estadual do conjunto para coordenar as operações do Estado Maior, com uma assessoria jurídica, que precisa como toda operação, temos três células principais: operação, logística e [...] é um trabalho com tudo isso integrado, essa questão de células integradoras do trabalho. Porque da mesma forma que a gente tem [...] o nosso trabalho também tem que ser integrado pra gente poder ter o resultado necessário. Então as células integradoras, então por exemplo: inteligência, planejamento, assuntos civis, a parte dos abrigos, operações (abrigos é uma parte da operação, ela não é a operação em si, é uma parte dela, é o meio da operação), operações de formação, interiorização, logística, parte da engenharia bem pesada aqui, construção, manutenção das infraestruturas, parte de administração financeira, e a saúde. E no comando, tem a parte de comando e controle, e a própria parte de comunicação social. Além disso a gente tem outros conjuntos aqui, que tem



um coordenador em Manaus (que já está lá agora), coordenando realmente as atividades lá na [...] representando o coordenador lá em Manaus, e um coordenador em Pacaraima, que também representa e coordena todas essas atividades em Pacaraima, inclusive com a cooperação entre outras agências. E aí nós temos um posto de triagem em Boa Vista, temos um posto de recepção e apoio na rodoviária, aqui em Boa Vista, temos uma base que é aqui, que nos possibilita executar todas as atividades, e temos a parte do destacamento de engenharia. É bastante gente e você tem que está integrado como eu falei, tem que integrar e, esse esforço, todo mundo faz parte, cada um desses parceiros que estão aqui, tem uma contribuição, e hoje nós temos 91 agências participantes, então realmente é bastante gente que tá contribuindo para [...] tem uma área aqui que distribui alimentação ali na rodoviária, e também auxilia no processo de interiorização (SENAI, SENAC, possibilitam cursos para os imigrantes) [...] Aqui são exemplos de atividades que são realizadas, ações de acolhimento e abrigamento. [...] Aqui é aquela praça Simão Bolívar, é ela assim hoje [...], mas na semana passada ela estava assim toda ocupada, completamente ocupada. E essa foi uma das ações que foram feitas. 21 de Março começou, então Fevereiro foi o Decreto, e em 21 de Março foi efetivamente. [...] A gente tem uma missão principal hoje, nossa missão principal hoje é interiorizar, então eu tenho uma quantidade de fluxo de imigrantes que entra, aí eles ficam normalmente em Boa Vista, e agora em Manaus. E muitos outros em outras regiões do país, então é igual uma torneira aberta, que tem uma quantidade de pessoas entrando. Se eu não tenho uma saída de pessoas na mesma proporção ou maior do que essa proporção de entrada eu tenho um acúmulo, e logicamente um transbordamento. E esse transbordamento é a quantidade de pessoas na rua, os impactos dos serviços, é isso que acontece. Então a gente tem que fazer o que? Eu preciso fazer abrigamento? Eu preciso abrigar as pessoas? Essa é a nossa missão principal? Será? Aqui tá a solução do nosso problema? Não, tá aqui ó (internalização). Porque aqui eu não consigo atuar, aqui é a Venezuela, [...] aqui eu vou construir um, dois, três, dez, [...] hoje nós temos onze abrigos, vinte, trinta abrigos, e é isso que vai ser a solução? Não, não é. Eu tenho que propor soluções, e a solução nossa tá aqui (internalização). Com base nisso daqui a gente deu uma mudada grande na operação e cada vez mais a gente está conseguindo interiorizar. Interiorizar realmente. Então aqui entram em média 550 (mil), no posto de recepção e identificação, lá em Pacaraima, e saem geralmente 300 (mil) em todo Brasil. [...] Então aqui é o que entra e sai no país todo e aí solicitam refúgio ou residência temporária (lá tem posto de triagem, lá em Pacaraima). É esse pessoal todo lá, então 320 (mil) não desejam abrigamento, então é o pessoal que não



é vulnerável (em torno de 30 por dia, 30 por dia é a nossa média). [...] Aqui são as nossas vertentes dentro da interiorização, o que a gente busca, cadastro de todas as vagas, a política de transporte, toda é feita por nós, e com apoio de todos os parceiros. O que a gente faz para os venezuelanos, a gente informa, a gente cadastra, integra os processos, buscas as vagas, depois apoia na saída (interiorização). As modalidades são: a vaga de emprego certo, reunificação familiar, reunificação social, sociedade civil institucional. São as modalidades de interiorização que acontecem. A pessoa tem um familiar que está lá em São Paulo, a gente facilita o processo, pega a documentação, tem a documentação que a própria OIM nos cobra e aí a gente articula tudo isso daí, e a gente apoia tudo nisso daí. Inclusive com quites distribuição de roupas, as doações que chegam elas saem por essa articulação. O que a gente faz é informar as pessoas (esse é o PETRIG), cadastramento, as reuniões de empresários, buscando as vagas (de emprego), entrevistas de emprego pelo Skype, e o final do processo, que é a interiorização, nos voos da força aérea, e o recebimento no destino também é feito por nós. [...] contam aí o que acontecessem, eles entram por aquele posto lá de identificação, passam no nosso posto de triagem, vão para um alojamento temporário nosso, e já podem ser interiorizados, ou vão para a rodoviária que, aqui não tem vaga para todo mundo mesmo, e já podem ser interiorizados, ou vão para os abrigos, e nos abrigos podem ser interiorizados, e aqui em Boa Vista que dá o apoio [...] no posto de interiorização e triagem, que fica aqui próximo [...] tem um alojamento em Manaus (para quem sai daqui de ônibus). Tá sendo analisado ainda pelo Comitê Interministerial se a gente vai conseguir ter um [...] de passagem, a partir de Brasília, indo para outras regiões do país [...] e a gente tem feito o aproveitamento, e uma das parceiras são as empresas aéreas, que fornecem as passagens gratuitamente, que são as sobras de voo. Em Boa Vista tem uma quantidade de voos, já em Brasília tem muito mais. [...] Então a gente conseguiu potencializar isso aí e reinserir esse pessoal. [...]. Um dos gráficos aí de entrada. [...] Tem 15 mil pessoas que já foram (interiorizadas) desde o ano passado, [...] os três pilares nosso: interiorização, abrigamento e ordenamento. [...] Eles chegam na fronteira e chegam no posto de recepção, lá tem o carimbo da PF e o passaporte [...] só que a pessoa chega sem documento, então ela faz um permissor (que chama), a polícia federal carimba esse permissor, e nesse posto ela é vacinada, os problemas relacionados a guarda já são resolvidos pela DPU, tem um escritório da DPU lá dentro, e a partir dali se a pessoa está entrando e tem condições de ir embora (como eu falei 220 vão embora todos os dias, se não até mais), carimba o passaporte, fez a solicitação do que quer que seja e vai embora. Se não ela



passa em nosso posto de interiorização. Aí lá eu tenho OIM, ACNUR, e aí eles orientam o que a pessoa vai fazer (refúgio ou residência temporária), a polícia federal abre o protocolo (o protocolo de refúgio e residência temporária), então é justamente aí que funciona. E aí a gente tem um posto de atendimento avançado, que é um módulo do hospital de campanha, que lá por exemplo, a gente já faz o CPF e o cartão do SUS, o CPF demora 3 dias para rodar o sistema da receita federal, e o cartão do SUS depende do CPF. Nesses três dias o que a pessoa vai fazer aqui? Vai ser atendida aonde se precisar? Aí é o módulo do nosso hospital de campanha que tá lá para fazer esse atendimento, então até isso tem que ser pensado. Alguns ficam no alojamento de passagem (BV-8). E tem um abrigo de indígena também. [...] Aqui (slide) são as instalações lá em Pacaraima até a pessoa chegar na fronteira. Identificação, triagem, área de apoio, onde nós vamos dar o apoio até mesmo para as agências, o alojamento de passagem, e o pelotão de fronteira. Tem as atividades lá do posto, tem atividades para criança, a UNICEF já está lá. [...] pra onde eles vão: Pacaraima, Boa Vista [...], outros estados, países, fluxo de fronteira normal. Vacinação que é feita: a gente tem mais de 200 mil doses aplicadas lá na fronteira. [...] aqui é o alojamento separado em gênero e famílias (alojamento temporário), abrigo de indígenas, nossa base (como ela está estruturada lá) e Boa Vista, que é lá na rodoviária, onde saem cerca de mil pessoas por dia, estrutura de apoio com guarda volumes, recepção das agências, refeitório onde são distribuídas as refeições, área de pernoite, tem futebol (atividade realizada lá), e lá no fundo foi montado área de lavanderia, área de banho e espaço criança. A UNICEF está lá. [...] no pernoite, a gente distribui as barraquinhas para basicamente todos os dias [...] algumas ocupações espontâneas que existem, as pessoas na rua em ocupações. Esse é o posto de triagem onde são feitas as mesmas coisas que são feitas lá (Pacaraima), só que acrescenta aqui a carteira de trabalho. Então a pessoa vai ter que vim, conseguir a carteira de trabalho para depois ser interiorizada. Uma ideia de cadastros registros que são feitos pelas agências parceiras. A vacinação também é aplicada aqui. As atividades que são coordenadas junto ao general e as agências da sociedade civil, o que cada uma faz, integração, saúde, alimentação e transporte, basicamente todas contribuem, mas algumas coisas só nós fazemos, principalmente a parte de infraestrutura. Chegou, foi ao posto de identificação, precisa de refúgio? não precisa de refúgio? polícia federal, e em relação a criança a DPU já vai e faz. Então a resposta ela tem que ser fechada, ela não pode ser [...] guarda, guarda temporária, as vezes vem a criança sozinha e eu não vou [...] o acolhimento tem que ser da melhor forma que o pai e a mãe está esperando, enquanto a criança está no espaço



Kids<sup>324</sup>, com um monitor do UNICEF que é contratado para isso. Nos abrigos também tem isso, tem a parte do abrigamento completo [...] e tem as atividades, as crianças estão a maioria matriculadas na rede estadual ou municipal de ensino, não há impacto em relação a isso porque havia várias escolas fechadas e a [...] começou a trabalhar aqui, então basicamente deu uma renovada. Então acho que no mais é isso.<sup>325</sup>

Após essas entrevistas foram realizadas pesquisas em campo em Brasília – DF, aonde foram consultadas as organizações UNICEF e ACNUR. O Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), não pode nos receber em razão de seminários que estavam sendo realizados em sua sede, mas nos recomendou sites de dados, já conhecidos por nós, e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) nos forneceu materiais físicos, reiterou as declarações prestadas pela Organização Internacional para Migração (OIM) e pelo tenente coronel Balczó, bem como nos indicou locais de atendimento a crianças e adolescentes aqui na capital do Brasil. Inclusive mencionando um abrigo especializado em crianças.

Deste modo, foi notado com essa pesquisa que embora estejam todos os órgãos, entidades não governamentais e governamentais, mobilizadas para dirimir a crise migratória, há ainda um déficit considerável de comunicação e cooperação entre esses órgãos, de forma que: o polo administrativo de toda a operação encontra-se dividido principalmente entre Brasília, Roraima e Manaus que realizam a internalização e várias outras funções; as agências e entidades internacionais, acabam ampliando a sua área de atuação para suprir lacunas e/ou realizar atividades em cooperação com outras, e isso gera um descontrole e um mesmo trabalho realizado por mais de um ente; e o mais agravante: o descontrole da entrada e saída de pessoas nas fronteiras, que como relatos a cima, ocorre devido a falta do sinal de internet, telefone e energia na região fronteiriça.

---

<sup>324</sup> ACOLHIDA, Operação. **Operação Acolhida no Dia das Crianças**, 19 de Outubro de 2019. Disponível em: <<https://youtu.be/7Op5Ue5W-9c>>. Acesso em: 21 Outubro 2019

<sup>325</sup> Balczó, 2019



Por outro lado, há ainda a falta de informações a comunidade nacional em relação ao o que simboliza e o que é o acolhimento de refugiados e migrantes, uma vez que o maior problema enfrentado em nosso mercado de trabalho e em nosso território atualmente é a questão da xenofobia e o preconceito a adultos e crianças venezuelanas que se encontram em nosso país.

Malkki (1996) e Sargent e Larchanché (2011) mostram que os imigrantes podem ser considerados ora como vítimas, ora como heróis; podem ser vistos como pessoas que fizeram algo errado em seu país (no caso dos refugiados); podem trazer doenças; podem aumentar os riscos de problemas sociais e econômicos. Além desses aspectos, remetem frequentemente à questão das diferenças culturais, seja pela língua falada, pelas vestimentas, pelos códigos de educação e conduta, pela forma como tratam as crianças *etc.* De alguma forma, os imigrantes, aqui incluídos os refugiados, deixam evidente que compartilham de outros modos de ver e viver o mundo. Assim, a cultura, definida geralmente de uma maneira superficial e estereotipada, é imediatamente implicada nas explicações, justificativas e sentimentos em relação a essas pessoas.<sup>326</sup>

## 5.2 Dados Numéricos Referentes as Crianças Venezuelanas em Roraima

Para embasar todos os depoimentos colhidos até então, foram coletados à época os dados de Órgãos e entidades, já citados, disponibilizados em sites que ajudam a compreender: as devidas proporções dos programas realizados, o quantitativo de pessoas atingidas pelas políticas públicas, os fatores de proteção que necessitam serem aprimorados, e as evoluções circunstanciais e sociais que estão a ocorrer em nosso território.

---

<sup>326</sup> MARTIN, GOLDBERG e SILVEIRA., 2018, pg. 6



Os principais dados coletados para este trabalho foram propiciados pelos sites do Ministério da Justiça e Segurança Pública<sup>327</sup>, da Casa Civil<sup>328</sup>, da Organização Internacional para as Migrações<sup>329</sup> e do Alto Comissariado das Nações Unidas Para Refugiados (ACNUR).

A tabela a seguir mostra dados colhidos desde o início do último ano (2018), quando o volume de imigrantes atravessando a fronteira começou a crescer desproporcionalmente e descontroladamente, até julho do presente ano (2019):

---

<sup>327</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Refúgio em Números e Publicações, 4ª Edição**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros>>. Acesso em: 6 Novembro 2019

<sup>328</sup> BRASIL, Portal do Governo. Presidência da República, Casa Civil. **Documentos**. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/operacao-acolhida/documentos>>. Acesso em: 01 Junho 2020

<sup>329</sup> *Ibid.*





PERÍODO DE APURAÇÃO	CONTEXTO DE PESSOAS	ÓRGÃOS RESPONSÁVEIS PELAS PESQUISAS	DADOS NUMÉRICOS E PERCENTUAIS
ABRIL DE 2018 – JUNHO DE 2019	INTERIORIZADAS	OIM e EXÉRCITO BRASILEIRO (OPERAÇÃO ACOLHIDA)	(10.200 totais) <sup>330</sup>  3.162 menores de 18 anos (31%)
MARÇO DE 2018 – ABRIL DE 2019	EM FLUXO MIGRATÓRIO (14 MUNICÍPIOS) <sup>331</sup>	OIM	(De 761 acompanhantes dos entrevistados)
	COM DOCUMENTAÇÃO (mais utilizada)		Cédula de Identidade utilizada por 85% das pessoas que cruzam a fronteira
	VACINADAS COMPLETAMENTE		368 menores de 18 anos (91% dos acompanhantes dos entrevistados)

Ainda segundo os dados colhidos da OIM:

<sup>330</sup> Dessas 10.200 pessoas interiorizadas, 423 foram trazidas para o Distrito Federal

<sup>331</sup> Segundo Dados da Matriz de Monitoramento de Deslocamento (DTM) disponibilizado pela OIM, as “entrevistas foram realizadas em pontos de trânsito (33%) e em bairros dos 14 municípios (67%). Nos pontos de trânsito, as entrevistas foram realizadas no PTRIG Pacaraima (15%), PTRIG Boa Vista (6%) e na Rodoviária Internacional de Boa Vista (12%).”

Acrescentamos que “PTRIG: Posto de Triagem é a área de recepção de migrantes onde se oferecem serviços de solicitação de refúgio ou de residência temporária, emissão de CPF, carteira de trabalho e vacinação. Conta também com espaço para menores, atenção a temas de proteção e serviço de ligações para contatar familiares”. OIM. Onu Migração. **Monitoramento do Fluxo da População Venezuelana**. Brasil, rodada 4, Abril 2019 Disponível em: <[https://brazil.iom.int/sites/default/files/Publications/OIM%20Brasil%20-%20DTM\\_Junho.pdf](https://brazil.iom.int/sites/default/files/Publications/OIM%20Brasil%20-%20DTM_Junho.pdf)>. Acesso em: 01 Junho 2020



Período de Apuração	Contexto de Pessoas	
MARÇO 2018 – ABRIL 2019	COM DOCUMENTAÇÃO (mais utilizada)	Cédula de Identidade utilizada por 85% das pessoas que cruzam a fronteira
	VACINADAS  COMPLETAMENTE	368 menores de 18 anos (91 % dos acompanhantes dos entrevistados)

Além dos dados apresentados, conforme dados da Matriz de Monitoramento de Deslocamento (DTM) de Abril de 2019: das 382 pessoas maiores de 18 anos (60% dos entrevistados) afirmaram estar desempregadas; das 249 (39%) empregadas e autônomas, 199 (80%) relataram receber menos que um salário mínimo; das 306 mulheres imigrantes, 22 estão grávidas (7%); e das 369 pessoas entrevistadas (> 18 anos; 58% de 636) possuem escolaridade até o nível secundário de ensino.

Tais dados são úteis para se analisar e pressupor a condição financeira dos 322 grupos familiares espalhados pelo Brasil, e conseqüentemente a condição de vulnerabilidade e carência das crianças presentes nesse meio.

Segundo informações prestadas a Polícia Federal<sup>332</sup>, entre os anos de 2017 e 2019 foi realizado o atendimento de 37.761.822 de migrantes em nosso território, dentre eles, 859.422 pessoas eram venezuelanas: 396.339 (46%) eram do sexo feminino, 462.868 (54%) eram do sexo masculino, e 215 não foram identificadas.

<sup>332</sup> FERNANDES, Nathalia Costa dos Santos. Estatísticas. Polícia Federal, publicado 13 de Março de 2019. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/servicos-pf/imigracao/estatisticas>>. Acesso em: 01 Junho 2020



Ainda nesse contexto, os imigrantes venezuelanos buscavam regularizar (registrar) sua condição migratória através<sup>333</sup>: 1) da Autorização de Residência Temporária, podendo ser convertida em um prazo indeterminado, com base na Portaria Interministerial nº09/18 (sucessora da Resolução Normativa do Conselho Nacional de Imigração 126/17); e 2) do Reconhecimento da Condição de Refugiado, segundo a Lei nº 9.474/97.

Somente no ano de 2019, 81.965 pessoas foram registradas, sendo 48% solicitado por Mulheres e 52% por homens. A faixa etária predominante entre eles é de 20 e 40 anos, e o perfil profissional de maior representação (24.136 de pessoas) é o de estudante, logo após seguido do de prendas domésticas, com 10.555 pessoas. No que se refere as solicitações de refúgio temos 135.033 pessoas venezuelanas cadastradas, ativas e inativas, 17.943 em 2017, 62.295 em 2018, e 50.303 em 2019.<sup>334</sup>

Em reportagem referente a ampliação da assistência aos refugiados, a Casa Civil divulgou dados de 2017 sobre venezuelanos onde<sup>335</sup>:

Mais de 115 mil foram solicitações	Mais de 90 mil foram solicitações de residência temporária	Mais de 157 mil CPFs foram emitidos Mais de 70 mil carteiras	Mais de 215 mil doses de vacinas (febre amarela, difteria e tétano, tríplice viral – sarampo, hepatite A, tetra, poliomielite, varicela, tríplice bacteriana, penta, hepatite B, H1n1) foram administradas <sup>336</sup>
------------------------------------	--	--	---

<sup>333</sup> Sistema de Registro Nacional Migratório – SISMIGRA *apud*. FERNANDES, 2019, pg. 10

<sup>334</sup> Sistema de Registro Nacional Migratório – SISMIGRA *apud*. FERNANDES, 2019,pg. 19, 20, 25, 26 e 36

<sup>335</sup> BRASIL, Portal do Governo. **Governo Federal assina acordos para ampliar assistência humanitária aos refugiados venezuelanos**. Presidência da República, Casa Civil, 02 de Outubro de 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/governo-federal-assina-acordos-para-ampliar-assistencia-humanitaria-aos-refugiados-venezuelanos>>. Acesso em 01 Junho 2020

<sup>336</sup> 135 mil doses somente em 2019



E dados referentes aos anos de 2018 – 2019 em que<sup>337</sup>:

Mais de 11 mil venezuelanos receberam atendimento médico no Posto de Atendimento Avançado em Pacaraima	3.183 migrantes foram atendidos na Defensoria Pública da União em Pacaraima	2.009 migrantes receberam atendimento do Ministério da Cidadania em Pacaraima
--	---	---

Segundo dados citados na 4º Edição do Refúgio em Números no site do Ministério da Justiça e Segurança Pública,<sup>338</sup> na data de 06 de Junho de 2019, estimou-se que 4.001.917 de nacionais da Venezuela constam como solicitantes de refúgio, refugiados e residentes nos sistemas do ACNUR.<sup>339</sup>

Em 2018, o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) decidiu 13.084 processos referentes ao instituto do refúgio, dos quais: 4.968 foram indeferidos pelo Conselho Nacional de Migração (CNIg), 3.949 foram extintos, 2.165 foram arquivados, 888 foram indeferidos elegibilidade, 777 foram reconhecidos elegibilidade, 309 tiveram a extensão dos efeitos da condição de refugiado deferidos, e os demais 28 tiveram o indeferimento dos efeitos, a perda ou a cessação da condição de refugiado.<sup>340</sup>

Das pessoas que foram reconhecidas como refugiadas (777) em 2018 pelo CONARE, 372 eram do sexo feminino e 714 eram do sexo masculino, em maior

<sup>337</sup> BRASIL, Portal do Governo. **Governo Federal assina acordos para ampliar assistência humanitária aos refugiados venezuelanos**. Presidência da República, Casa Civil, 02 de Outubro de 2019

<sup>338</sup> BRASIL. Refúgio em Números e Publicações, 4º Edição

<sup>339</sup> *Ibid.*, pg. 6

<sup>340</sup> Coordenação-Geral do Comitê Nacional para os Refugiados *Apud*. Refúgio em Números e Publicações, 4º Edição, pg. 14.



quantidade entre a faixa etária entre dos 30 aos 59 anos,<sup>341</sup> e com origem predominante da Síria (com 476 pessoas).<sup>342</sup>

Apenas 5 venezuelanos tiveram seu refúgio reconhecido, 2.120 tiveram seus processos extintos com fundamento em desistências e autorização de residência (segundo art. 52 da Lei nº 9.784/99 e art. 6º-B da Resolução Normativa nº 18 do CONARE),<sup>343</sup> 809 tiveram seus processos arquivados com base no art. 6º, incisos I e II da Resolução Normativa nº 23 do CONARE,<sup>344</sup> e de todos os reconhecimentos de refúgio nacional (777), 172 foram de crianças e adolescentes, de 0 a 17 anos.

Em 2018, das 6.554 pessoas refugiadas 3% eram venezuelanas, enquanto que 36% eram sírias.<sup>345</sup> Até Dezembro do mesmo ano, 85.438 solicitações de refúgio foram recebidas, sendo que 61.681 solicitações foram recebidas exatamente no mesmo ano e 81% delas apresentadas no estado de Roraima.<sup>346</sup>

### **5.3 Medidas Tomadas pelo Governo e Organizações Internacionais**

Uma vez colhidas informações, embasado o alegado em dados institucionais coletados por entidades, governamentais e não governamentais, e diante de toda a situação apresentada, mostrou-se necessário a colocação e abordagem de algumas medidas preventivas e repressivas para sanar as condições ora citadas, tanto em relação aos refugiados e migrantes, quanto em relação a comunidade local dos estados envolvidos

---

<sup>341</sup> BRASIL. Refúgio em Números e Publicações, 4º Edição, pg. 18

<sup>342</sup> *Ibid.*, pg. 15

<sup>343</sup> *Ibid.*, pg. 15, 19 e 18

<sup>344</sup> *Ibid.*, pg. 20

<sup>345</sup> *Ibid.*, pg. 30

<sup>346</sup> “Por que algumas solicitações foram extintas ou arquivadas? Algumas pessoas solicitaram desistência do pedido de reconhecimento da condição de refugiado, enquanto outras obtiveram residência temporária. Em ambos os casos, as solicitações foram extintas. Já os que saíram do país sem comunicar ao Conare, ou por período superior há 90 dias, tiveram suas solicitações arquivadas”. Coordenação-Geral do Comitê Nacional para os Refugiados *Apud* Refúgio em Números e Publicações, 4º Edição. pg. 34



Algumas medidas já foram mencionadas por nós durante o texto e serão lembradas nesse momento, da mesma forma, também iremos expor alguns órgãos e suas funções/responsabilidades, uma vez que estes são peças chaves à garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes refugiados

Inicialmente, podemos citar o programa Política Migratória e Universidade Brasileira (PMUB), que é uma colaboração do ACNUR e da Cátedra Sérgio Vieira de Mello, criada no ano de 2013, com o objetivo e a responsabilidade de realizar ações voltadas a responsabilidade desses dois entes, protetores dos direitos de migrantes

Esse programa realiza projetos como o de ensino de Português Brasileiro para Migração Humanitária (PBMIH), capacitações voltadas ao mercado de trabalho para migrantes, ensino de institutos de direito internacional público, bem como a sua melhor aplicação em nosso meio cultural para agentes públicos e nacionais, e oficinas temáticas para estrangeiros.<sup>347</sup>

Através desse e de outros projetos, semelhantes e anteriores ligados a educação, foi possível a promoção de uma maior inclusão e internalização de refugiados e migrantes em nosso país e em nossa cultura.

O Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família (PAIF), foi um dos serviços mencionados por nós anteriormente, e é um trabalho social com famílias, caracterizado por sua finalidade de fortalecer a função protetiva da família, prevenir a ruptura de vínculos, promover acesso e usufruto de direitos, e contribuir na melhoria da qualidade de vida, atuando de forma contínua, preventiva, protetiva e proativa,

---

<sup>347</sup> UNIVERSIDADE Federal do Paraná. **Extensão UFPR**: Programa Política Migratória e Universidade Brasileira atende cerca de 5 mil refugiados e migrantes entre 2014 e 2018. Superintendência de Comunicação Social, 23 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.ufpr.br/portalfpr/noticias/programa-politica-migratoria-e-universidade-brasileira-da-ufpr-atende-cerca-de-5-mil-refugiados-e-migrantes-entre-2014-e-2018/>>. Acesso dia 17 Outubro 2019



desenvolvendo as potencialidades das famílias e fortalecendo os vínculos comunitários.<sup>348</sup>

Ele foi desenvolvido a partir do reconhecimento de que as vulnerabilidades e riscos sociais em família extrapolam a dimensão econômica e influem na função protetiva da família e no direito à convivência familiar. Seus antecessores foram o Programa Núcleo de Apoio à Família (NAF) de 2001, e o Plano Nacional de Atendimento Integrado a Família (PNAIF) de 2003. Em Maio de 2004, através do decreto de nº 5.085, o programa tornou-se uma “ação continuada da Assistência Social” financiada pelo Governo Federal, e em 2009, sua denominação passou a ser Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família (permanecendo a sigla PAIF), devido a aprovação da Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais.<sup>349</sup>

o PAIF concretiza a presença e responsabilidade do poder público e reafirma a perspectiva dos direitos sociais, constituindo-se em um dos principais serviços que compõem a rede de proteção social de assistência social, que vem consolidando no país de modo descentralizado e universalizado, permitindo o enfrentamento da pobreza, da fome e da desigualdade, assim como, a redução da incidência de riscos e vulnerabilidades sociais que afetam famílias e seus membros.<sup>350</sup>

Outra medida de extrema importância, tomada por nosso governo, tem sido a interiorização de refugiados e migrantes venezuelanos, que segundo reportagem na Plataforma HELP do ACNUR Brasil, publicada em 12 de Março de 2019, mais de cinco mil venezuelanos foram beneficiados com essa iniciativa.<sup>351</sup> Entre os dias 13 e 23 mais duas rodadas da ação foram realizadas, e em específico, 234 migrantes e refugiados foram transportados para 14 localidades do Brasil (Recife e Igarassu - PE, Rio de Janeiro RJ, São Paulo, Guarulhos e Araçariguama - SP, Brasília - DF, Cuiabá - MT, João Pessoa e Conde - PB, Porto Alegre - RS, Caicó - RN, Goioerê - PR e

---

<sup>348</sup> BRASIL, PAIF, 2013

<sup>349</sup> BRASIL, PAIF, 2013

<sup>350</sup> Caderno de Orientações Técnicas do PAIF - vol. 1) *apud*. BRASIL, PAIF, 2013

<sup>351</sup> Vide ANEXO C. ACNUR Brasil, Plataforma Help. **Interiorização beneficia mais de cinco mil venezuelanos no Brasil.** 12 de Março de 2019. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2019/03/12/interiorizacao-beneficia-cinco-mil-venezuelanos-brasil/>>. Acesso em 01 Junho 2020



Feira de Santana -BA).<sup>352</sup> Outros 130, foram internalizados na cidade de Dourados - MG, algum deles em razão de um acordo feito entre a Operação Acolhida e uma empresa alimentícia que sinalizou uma oportunidade de trabalho para homens venezuelanos solteiros, conforme perfil exigido.

A oportunidade de trabalho tem sido grandemente promovida como solução a constante chegada de migrantes em Roraima. Relacionada a ela temos a metodologia do agendamento de entrevistas aos solicitantes de reconhecimento da condição de refugiado,<sup>353</sup> que no início do ano de 2018 contava com apenas 30/40% de sucesso na realização, e no final do mesmo ano fechou com 66%, devido as alterações no procedimento, como por exemplos: o contato com o solicitante na semana de sua entrevista (por e-mail ou aplicativo de troca de mensagens eletrônica), para confirmar a disponibilidade de participar; a conferência preliminar da qualidade da instrução processual da solicitação, para não haver casos com restrições processuais sendo encaminhados para as entrevistas; e a melhor qualidade da informação passada ao solicitante em relação ao procedimento a ser adotado antes da entrevista, bem como as consequências de seu não comparecimento.

Outro projeto de destaque nesse tema e já debatido anteriormente é a Operação Acolhida, que é uma Força Tarefa, exercida pelo Exército Brasileiro, coordenada pelo Governo Federal, através da Casa Civil e do apoio da ONU e de entidades não governamentais, criada para oferecer assistência emergencial aos migrantes venezuelanos e que possui três eixos de atuação: ordenamento das atividades fronteiriças (documentação, vacina e controle), acolhimento através do fornecimento de abrigo, alimentação e saúde, e interiorização, que (como já citado) é o deslocamento voluntário para outras Unidades da Federação.<sup>354</sup>

---

<sup>352</sup> *Ibid*

<sup>353</sup> BRASIL, Refúgio em Números e Publicações, 4º Edição, pg. 41

<sup>354</sup> BRASIL, Portal do Governo. Governo Federal assina acordos para ampliar assistência humanitária aos refugiados venezuelanos. Presidência da República, Casa Civil, 02 de Outubro de 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/governo-federal-assina-acordos-para-ampliar-assistencia-humanitaria-aos-refugiados-venezuelanos>>. Acesso em 01 Junho 2020





A estrutura montada no município de Pacaraima está em funcionamento desde junho de 2018 e conta com a atuação de servidores federais, militares e profissionais de organismos internacionais. Em setembro de 2018, iniciou o funcionamento do Posto de Triagem em Boa Vista. Na fronteira, também foi estabelecido um Posto de Atendimento Avançado

– PAA (Hospital de Campanha reduzido), para a atenção médica de emergência. Os imigrantes que solicitam regularização no país são vacinados. Com as estruturas da fronteira, é possível garantir a entrada e regularização ordenada no país, com a identificação, vacinação, regularização de todos os venezuelanos e imigrantes que solicitam permanência no Brasil.<sup>355</sup>

Ademais, foram construídos 13 abrigos pelo Governo Federal em Roraima, 11 deles em Boa Vista e 2 em Pacaraima, onde são realizadas 3 refeições ao dia, distribuição de kits de higiene pessoal, limpeza e fraldas, aulas de português, atividades infantis e atividades culturais (lúdicas e recreativas), bem como são fornecidos materiais para a confecção de artesanatos indígenas Warao, a utilização telefônica para comunicação com os parentes na Venezuela, a proteção e defesa dos direitos, e a segurança 24 horas.<sup>356</sup>

Porém, como mencionado pelo Tenente Coronel Balczó, o intuito não é abrigar, pois quanto mais o país abriga refugiados e migrantes em apenas uma de suas Unidades Federativas, mais os recursos se tornam escassos e a vida pública instável, assim como menos controle o governo tem sobre a entrada e a saída desses venezuelanos, e isso consequentemente repercute sobre as políticas públicas e a garantia necessária de direitos fundamentais.

Outras propostas de ação como a criação/ampliação de um Posto de Triagem em Manaus -AM, e a criação de um fundo para capturar recursos privados estão sendo planejados e aplicados nesse contexto. O intuito do primeiro seria desafogar a demanda do Estado de Roraima, bem como suprir a enorme demanda no Amazonas

---

<sup>355</sup> *Ibid*

<sup>356</sup> BRASIL, Portal do Governo. Governo Federal assina acordos para ampliar assistência humanitária aos refugiados venezuelanos. Presidência da República, Casa Civil, 02 de Outubro de 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/governo-federal-assina-acordos-para-ampliar-assistencia-humanitaria-aos-refugiados-venezuelanos>>. Acesso em 01 Junho 2020



através de uma ampliação da Operação Acolhida na cidade. Já no segundo caso, o foco é desafogar os recursos governamentais, assim como promover uma articulação e uma sinergia entre as iniciativas da sociedade civil, do governo e dos organismos internacionais. O responsável pela operação será a Fundação do Banco do Brasil, sob as diretrizes e acompanhamentos do Comitê Federal de Assistência Emergencial, presidido pela Casa Civil do Paraná - PR. Ambas as metas possuíram uma previsão de entrega para o segundo semestre de 2019.<sup>357</sup>

Como é de se notar, a mobilização nacional e internacional, de órgãos e agentes em realizar projetos, ações e operações, no intuito de proteger e defender direitos e deveres fundamentais de refugiados e migrantes venezuelanos é sem igual. Ademais, embora não citado por nós, aqui caberia também mencionar as normatividades elencadas anteriormente em nosso trabalho, que muito além de positivar direitos e deveres, cumprem o papel de verdadeiros “projetos” base aos trabalhos desempenhados pelo poder executivo e judiciário.

De outra forma, e para melhor conhecimento de alguns órgãos envolvidos com a causa de venezuelanos migrantes no Brasil, vamos a seguir expor um pouco sobre cada um e sobre sua história. Afinal, o que seriam dos projetos e das metas sem seus realizadores?!

De início, a Organização Internacional para Migrações (OIM), é uma organização intergovernamental criada em 1951 para tratar sobre assuntos relacionados as imigrações, como por exemplo a assistência humanitária e organizada à imigrantes. O trabalho dela é realizado com estreita colaboração com os outros entes, governamentais, intergovernamentais e não governamentais, ao passo que atualmente contam com 173 Estados-membros, 8 Estados observadores e mais de 401 escritórios espalhados pelo mundo. Ela é responsável por fornecer serviços e assessoramento aos governos e aos imigrantes. E seu estatuto prevê a intrínseca relação entre a migração e os constantes desafios econômicos, sociais e

---

<sup>357</sup> *Ibid.*



culturais, bem como enfatiza o respeito ao direito de liberdade de locomoção dos indivíduos.<sup>358</sup>

Em 2004, o Brasil passou a ser Estado-membro desta organização, contudo apenas em 2015 foi regulamentado e formalizado esta relação através do Decreto nº 8.503. Onde dispõe:

ACORDO ENTRE O GOVERNO DA REPÚBLICA  
FEDERATIVA DO BRASIL E A ORGANIZAÇÃO  
INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES REFERENTE  
À POSIÇÃO LEGAL, PRIVILÉGIOS E IMUNIDADES DA  
ORGANIZAÇÃO NO BRASI

O Governo da República Federativa do Brasil e A  
Organização Internacional para as Migrações (OIM)  
(doravante denominados as “Partes”)

Recordando que o Brasil é membro da Organização  
Internacional para as Migrações (doravante referida como  
“Organização”) desde 30 de novembro de 2004

Considerando o mútuo interesse em se estabelecer cooperação  
no âmbito das migrações, por um período prolongado;

Levando-se em consideração que o Artigo 27 da Constituição  
da Organização confere personalidade jurídica à Organização  
e que tal capacidade legal é necessária ao exercício das suas  
funções e ao cumprimento de seus objetivos, a Organização e  
seus funcionários devem gozar de privilégios e imunidades de  
acordo com o previsto no Artigo 28 da referida Constituição; e

Reconhecendo que os objetivos e as funções da Organização e  
as atividades levadas a cabo pela mesma e por seu pessoal lhes  
garantem a obtenção de privilégios e imunidades idênticos aos  
que são concedidos às Agências Especializadas da ONU e ao  
seu pessoal,<sup>359</sup>

A organização possui um quadro de Governanças (MIGOF), criado em 2015 e aplicado por nosso país, que se baseia em três princípios e três objetivos para assegurar uma migração segura, organizada e digna, tanto para sujeitos migrantes,

---

<sup>358</sup> NAÇÕES Unidas Brasil. **OIM**: Organização Internacional para as Migrações. Disponível em:  
<<https://nacoesunidas.org/agencia/oim/>>. Acesso em: 21 Outubro 2019

<sup>359</sup> OIM. Onu Migração. **Informe Dezembro 2018**. Disponível em:  
<<https://brazil.iom.int/sites/default/files/Publications/OIM%20-%20Informe%20OIM%20Brasil%20-%20Dezembro%202018.pdf>>. Acesso em: 01 Junho 2020.



quanto para a sociedade acolhedora. Ele é responsável pelo acompanhamento do progresso e execução de um Desenvolvimento Sustentável.

Dando continuidade, a Defensoria Pública da União, conforme sua Carta de Serviços,<sup>360</sup> é uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado (segundo dispõe a CF/88 em seu capítulo IV, seção IV), incumbida de prestar orientação jurídica, promover os direitos humanos e defende em todos os graus (judicial e extrajudicialmente) os direitos individuais e coletivos de forma gratuita e integral a quem dela necessitar (direitos previsto no art. 5º, inciso LXXIV da CF/88). Sua atuação ocorre de maneira corretiva, preventiva e consultiva perante as Justiças Federal, Eleitoral, Trabalhista, Militar, o Supremo Tribunal Federal e os Juizados Especiais Federais, em diversas áreas, e com o fim de minimizar os conflitos de interesse da sociedade e reprimir atos atentatórios aos direitos sociais.<sup>361</sup> Conforme a Portaria do Gabinete do Defensor Público-Geral Federal (GABDPGF) nº 200/2018, a Defensoria Pública da União (DPU) atua de forma imediata em 13 Grupos de Trabalho nas seguintes temáticas: Comunidades indígenas; Comunidades tradicionais; Garantia à segurança alimentar e nutricional; Assistência as trabalhadoras e trabalhadores resgatados de situação de escravidão; Assistência à vítima de tráfico de pessoas; Pessoas em situação de prisão e enfrentamento à tortura; Mulheres; Migrações, apatridia e refúgio; Pessoas em situação de rua; Catadoras e catadores; Defesa do direito à saúde; Moradia e conflitos fundiários; e Identidade de gênero e cidadania LGBTI - Lésbicas, Gays, Bissexuais, Pessoas Trans e Intersexuais.<sup>362</sup>

A DPU foi organizada e criada através da Lei Complementar nº 80/1994,<sup>363</sup> e através da Lei Complementar nº 132/2009, teve fortalecida sua função institucional

---

<sup>360</sup> BRASIL. Defensoria Pública da União. **Carta de Serviços**. Brasília, DPU, 2017. Disponível em: <<https://www.dpu.def.br/>>. Acesso em: 01 Junho 2020

<sup>361</sup> *Ibid.*, pg. 5.

<sup>362</sup> Vide ANEXO D

<sup>363</sup> BRASIL, Carta de Serviços, 2017. BRASIL, Câmara dos Deputados, Legislação. **Legislação Informatizada**: Lei Complementar nº 80, de 12 de Janeiro de 1994. Publicação



de promover e cientificar os direitos humanos aos refugiados, inclusive durante o procedimento perante a Polícia Federal, onde deve ocorrer a comunicação acerca do processo de solicitação do refúgio.<sup>364</sup> Isso ocorreu em virtude ao respeito e cumprimento das disposições da Convenção de 1951, do Protocolo de 1967, que tratam do princípio do *non refoulement*, bem como do art. 5º, inciso LV de nossa CF/88, que trata dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Uma vez que a maior problemática ligada aos refugiados estava no fato de que muitos deles entravam de forma irregular no Brasil, ou simplesmente se encontravam irregularmente em nosso país, e tornavam-se sujeitos ideais a sofrerem a deportação. Assim como os réus em qualquer processo penal, o indivíduo que se encontre em território alheio ao seu (alienígena) “ainda que sob a condição de refugiado, possui direito à assistência judiciária gratuita, a ser fornecida pelo Estado soberano onde se encontrar”<sup>365</sup>

Ademais, em consideração ao alto número de solicitações de reconhecimento do Refúgio e do livre tráfego de solicitantes entre o território nacional foi e é de extrema importância a Coordenação-Geral do CONARE atuar em cooperação com outras instituições com o intuito de maximizar os esforços para com os solicitantes. Dentre essas parcerias entre a sociedade civil e a Administração Pública temos as Cáritas, as Instituições de Ensino Superior, o ACNUR, que são os responsáveis diretamente por orientar os migrantes, assim como temos as parcerias com as Defensorias Públicas de todo o país, com a Advocacia Geral da União e as Prefeituras para disponibilização de locais e de um suporte técnico para a realização de entrevistas à distância (através de vídeo chamadas) e de mutirões de entrevistas presenciais.<sup>366</sup>

---

Original. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/1994/leicomplementar-80-12-janeiro-1994-363035-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 01 Junho 2020

<sup>364</sup> SÁ, Waltenberg Lima, Revista da DPU. **Uma nova função da Defensoria Pública perante o Direito Internacional Dos Direitos Humanos**. Publicado 10 de Outubro de 2018. N. 04 (2011): Revista da Defensoria Pública da União. Disponível em: <<https://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/revistadadpu/article/view/157>>. Acesso em: 01 Junho 2020

<sup>365</sup> *Ibid.*, pg. 10 *et seq*

<sup>366</sup> BRASIL, Refúgio em Números e Publicações, 4º Edição, pg. 40



Essas foram algumas medidas e órgão citados com importantes meios na concretização dos preceitos previamente elencados por nós e previstos em importantes normatividades internacionais e nacionais referentes aos direitos humanos e fundamentais. Sem a materialização desses agentes não seria possível o mínimo de proteção e defesa nacional aos migrantes que temos atualmente, tão pouco o ingresso deles em nosso judiciário para pleitear direitos e deveres garantidos por nossa Carta Constitucional.

Devemos lembrar que os verdadeiros profissionais e anjos na vida dos menores não são aqueles que estão por trás de roupas elegantes e que elaboram leis, e sim aqueles que tomam a frente e, independentemente de regulamentação, desempenham um papel humanitário e primordial na proteção de direitos fundamentais, salvando vidas, apartando conflitos, dando conforto e segurança a quem muitas vezes não possui nada além dos chinelos gastos ou da roupa do corpo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo preocupou-se em investigar a importância dada aos direitos e garantias fundamentais de crianças e adolescentes com o decorrer do tempo, principalmente no que se refere a influência dessa valoração na vida de menores refugiados.

Foi objetivado um trabalho minucioso com os institutos jurídicos que fundamentam e garantem direitos a infância refugiada no Brasil, e para tanto, fez-se necessária uma análise mais específica voltada para o desenvolvimento desses institutos ao redor do mundo, na Constituição Federal de 1988 e na relevância deles na circunstância vivida por menores venezuelanos.

Inicialmente, ao referir-se ao instituto do refúgio, o trabalho voltou-se a um preceito de Direito Internacional Público, que muito antes de ser estudado política e



academicamente pelo século XX, era utilizado para proteger e abrigar indivíduos de perseguições e violências pela Europa.

Através dessa perspectiva, o instituto se expandiu e teve delineado seu momento de atuação, seus sujeitos ativos e passivos (país concesso e indivíduos perseguidos), seu tempo de duração, seus órgãos e entidades defensores, e suas regras específicas. Neste último caso, foi citado o desenvolvimento do princípio da não devolução (*non refoulement*).

Pouco depois, o refúgio foi se aprimorando: ao ser utilizado extensivamente em ocasiões tanto internacionais, quanto internas de cada país (região), ao analisar novos fatos geradores de perseguição e deslocamento de civis, e ao desconsiderar limites temporários e geográficos de atuação.

Isso ocorreu devido a sua intrínseca relação com o direito ao asilo, que é entendido mundialmente como um dos iniciadores dos direitos humanos, um costume entre civilizações, possuindo expressa previsão legal na Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948.

Contudo, como restou demonstrado, o asilo não foi suficientemente capaz de locomover o instituto do refúgio. Vez que inicialmente era uma mera discricionariedade dos governantes, além de sua incidência depender do preenchimento de requisitos e condições não cobrados no refúgio, e de sua natureza advir de um ato constitutivo político.

Dessa forma, expôs o estudo que a normatização do direito ao refúgio se deu através da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Demonstrando a sua explícita ligação aos direitos humanos, responsáveis por desencadear todos os desdobramentos jurídicos internacionais e as evoluções interpretativas com o decorrer dos anos, bem como incentivar a formação de entidades protetoras, apelar a cooperação e aceitação de tratados e acordos humanista, sistematizar e regionalizar os dispositivos de proteção, e positivar o instituto na esfera constitucional de cada país.



A introdução do refúgio na constituição brasileira se deu apenas com o início da democratização da república, e transpareceu, em um momento inicial, o compromisso do país em aderir abertamente as novas convenções e acordos internacionais, principalmente, no tocante ao dar prevalência aos direitos humanos e a dignidade do indivíduo, através de ações como a distribuição de competências entre órgãos públicos, a conscientização nacional dos cuidados a serem tomados com os solicitantes de refúgio, a assistência integrada a eles, e a promoção de políticas isonômicas entre brasileiros e estrangeiros.

Muito embora o Brasil tenha se preocupado em ser signatário dos tratados e convenções, sofreu longos anos de atraso legislativo em desenvolver adequadamente o tema e implementar as normatividades já existentes

E para que essas medidas fossem realmente implementadas, e toda a finalidade por trás do instituto fosse compreendida, foi necessário o trabalho fazer uma abordagem única referente aos direitos humanos, sobretudo, para que fosse possível a compreensão das distinções entre este e os direitos fundamentais.

Visto inicialmente que tudo começou em decorrência dos conflitos de soberania, do uso da força, e da preocupação com a manutenção de civilizações, restou subentendido que tratam-se os direitos fundamentais, humanitários e naturais, de desdobramentos dos direitos humanos, uma vez que foram ou são incumbidos respectivamente de consagrar, no âmbito interno de cada país, os preceitos de direitos humanos em Cartas Constitucionais, ou referem-se a um patamar emergencial e imprescindível, diante dos conflitos das mais impensáveis naturezas e amplitudes, ou remetem-se aos primórdios morais formadores de princípios como a dignidade, a igualdade e a justiça, que embasam a razão de existência dos mesmos.

Todavia, como posto no decorrer do trabalho, embora todos possuam meios influenciadores diversos, nenhum direito se exclui ou prevalece sobre o outro, pelo contrário, todos esses direitos se complementam a depender das situações, e gozam





da mesma finalidade: proteger sujeitos do poder de governantes, dos Estados, e de quaisquer outros indivíduos que atentem contra o ser humano.

No que se refere a temática deste trabalho, sobretudo, restou evidente a necessidade dos direitos fundamentais, visto que são eles os que diretamente afetam as pessoas e a vida em sociedade. E é visando o aprimoramento e fortalecimento deles é que devem ser utilizados o direito comparado entre as nações e a constitucionalização dos direitos humanos.

Dessa forma, assimilando o apresentado é de se notar que o refúgio, embora seja um instituto de direito internacional, se consubstancia nos direitos fundamentais através de uma Carta Constitucional, e por ter essa característica ele se perfaz por meio de um contrato social, da necessidade histórica, social e geográfica das populações (ou seja, é mutável), e do grau de eficácia dado as suas positivamente.

Salienta-se também que foi em virtude dos direitos humanos e seus princípios que se tornou possível a limitação ao poder do Estado e a submissão dos governantes a uma constituição. Contextualizando historicamente, as sociedades greco-romanas foram desenvolvidas certas convenções ligadas a dignidade, liberdade e igualdade entre homens, posteriormente (por volta do século XVI), sendo complementadas pela natureza supra positiva formadora de leis, que conseqüentemente limitavam os poderes e legitimavam as ações dos Estados.

Diferentemente do Refúgio, os direitos humanos tiveram seu marco inicial a partir da *Magna Charta Libertatum* de 1215. Contudo, apenas em 1776, com a Declaração de Direitos do povo da Virgínia e a Declaração Francesa de 1789, é que fomos efetivar positivamente esses direitos. Conjuntamente, elas foram responsáveis por apresentar ao mundo direitos inalienáveis e ligados a um Estado Democrático de Direitos.

Graças ao transcorrer do tempo, além do fortalecimento dos direitos humanos, foi possível o surgimento de teorias interpretativas decorrentes do processo de constitucionalização e democratização dos povos. A que mais se destacou é a que



divide os direitos fundamentais em dimensões, a considerar: os de primeira dimensão aqueles limitadores do poder Estatal e garantidores de liberdades individuais (como por exemplo: o direito à vida); os de segunda, aqueles que dependeram das novas necessidades geradas pela era industrial, marcadas por feições sociais, econômicas e culturais (como por exemplo, o direito a saúde), e pela cobrança da prestação estatal; já os de terceira, influenciados pelo período da descolonização e da guerra fria, envolvem preceitos fraternos e solidários (como por exemplo, o direito a qualidade de vida), que transcendem a visão de garantias individuais, e que merecem um esforço coletivo para a sua concretização.

Além dessas, outras mais interpretações de dimensões foram e são realizadas modernamente, contudo sem tanta repercussão na temática do trabalho. Ademais, é de senotar que cada uma das dimensões apresentadas é de extrema relevância para a garantia dos direitos fundamentais de refugiado, uma vez que a depender do contexto elas são as responsáveis por enfatizar os direitos humanos de forma digna, justa e isonômica.

No tocante a Constituição Federal do Brasil de 1988, restou como essencial a menção ao processo de constitucionalização dos direitos humanos, frente a sua natureza analítica, pluralista, programática e dirigente de direitos, decorrente da necessidade em superar um passado autoritário e em positivar uma nova ordem de direitos com valor supremo.

Com ela, o brasileiro passou a ter de forma imediata a aplicabilidade de direitos e garantias fundamentais, tal como a vedação ao esvaziamento e supressão do conteúdo humanista deles.

Por essa razão, e presando pela materialização da dignidade humana, o nosso sistema constitucional reconhece a existência de direitos de caráter fundamental em outras partes de seu texto, em direitos infraconstitucionais e em normas internacionais (tratados, convenções e declarações).



Buscando aproximar e exemplificar um desses direitos fundamentais a realidade brasileira, foi mencionado o direito a qualidade de vida e a associação deste as necessidades básicas de todo ser humano. Restou, portanto, configurado que o direito fundamental a saúde muito além de uma condição física, é um estado de bem estar que envolve fatores físicos, sociais, psicológicos e espirituais, aplicados a situações temporais e espaciais.

Já as necessidades básicas, estão atreladas ao equilíbrio do bem estar na saúde humana, através do atendimento das carências corporais, a fim de manter uma vida digna, justa e igualitária. Contudo esse entendimento não é estático, recebendo constantemente influências de interesses e repercussões externas ao indivíduo.

A qualidade de vida, por sua vez, designa um patamar de satisfação ligado a questões pessoais, amorosas, familiares, sociais e ambientais incidentes durante toda a vida de um sujeito, bem como, vinculado as circunstâncias transitórias temporais, culturais e de grupos sociais.

Os citados conceitos foram elencados no intuito de situar elementos como a alimentação, a moradia, o trabalho, a educação e o lazer nos direitos fundamentais garantidos aos brasileiros e aos semelhantes, a este último compreendendo as crianças refugiadas.

Dando seguimento, foi preciso elencar quem eram essas crianças e adolescentes necessitadas da proteção dos direitos fundamentais, o que as define, quais instrumentos são protetores de seus direitos, e quais são as garantias a elas aplicadas e inseridas na CF/88.

Nesse caso, foram-nos contextualizadas as teorias e as impressões doutrinárias responsáveis por desenvolver os direitos infante juvenis no Brasil e no mundo, até porque, assim como os direitos fundamentais e o refúgio, essa nova temática está intrinsecamente vinculada aos direitos humanos e a evolução destes no decorrer da história.



Preliminarmente, utilizou-se o trabalho da concepção presente no art. 2º *caput* do Estatuto da Criança e do Adolescente, para definir os sujeitos de direitos a serem protegidos, a partir desse dispositivo definiu-se a infância e a adolescência respectivamente como sendo aquela abrangida desde o momento da concepção no ventre até os 12 anos incompletos, e a partir dos 12 anos até os 18 anos incompletos.

Historicamente, com a chegada do século XX, o mundo voltou seus olhares aos menores considerando-os parte integrante e participativa da vida adulta, como consequência, foram desenvolvidas as duas principais teorias caracterizadoras dessa fase, uma voltada para o pensamento de que os eles eram seres maus e interessados em satisfazer seus próprios prazeres, e outra, considerando-os seres frágeis e inocentes.

Em ambos os casos era necessário a responsabilização dos pais, que eram incumbidos de proteger a bondade dos filhos e conduzi-los caso estivessem adentrando caminhos errados. A partir de então, foi atrelado a infância a noção de que esta não possuía capacidade de pensar e agir por conta própria.

Com o surgimento dos Estados Nações, as crianças passaram a ser vistas como sujeitos de direitos, porém ainda incapazes de se expressar, e, portanto, foi-lhes atrelado a situação de abandono e de criminalização como consequência. Tal problemática seria facilmente sanada através de medidas tomadas por seus pais e, na ausência deles, pelo Estado.

Esse período na história do Brasil ficou conhecido como Doutrina do Direito Penal Menorista ou da Situação Irregular, e foi sucedido filosoficamente pela promulgação da Constituição cidadã de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, que iniciaram uma nova Doutrina pautada na Proteção Integral da infância, com foco na proteção dos menores sujeitos de direitos e capazes, independentemente do meio à qual eles estejam submetidos.

E nesse novo período no qual o país se encontra atrelado, importante mencionar as vulnerabilidades em torno dessa faixa de sujeitos, pois como



mencionado anteriormente é através do diagnóstico das carências e violações humanas e de direitos é que se faz possível o atendimento das necessidades básicas.

Primeiramente, nos expôs o trabalho que as vulnerabilidades tratadas nesse tema envolvem recursos e sujeitos necessitados, que são ligados por um nexu causal determinado pelo meio influenciador entre um e outro, ou seja, referiu-se as dificuldades de satisfação das necessidades em virtude do contexto social ao qual os sujeitos se encontram.

Através dessa percepção, embora tenha o estudo em um momento inicial atrelado a vulnerabilidade a uma condição do ser, esta deve ser compreendida corretamente como uma característica relacionada ao meio em que as crianças e adolescentes estão inseridas.

Nesse aspecto, e referindo-se aos menores refugiados, citou o estudo, a título de exemplo, quatro espécies de vulnerabilidades:

1. A social, aquela tida quando a sociedade etiqueta os menores a depender do meio e modo em que eles se encontram, também conhecida como xenofobia
2. A decorrente da falta de uma assistência e proteção por parte de algum responsável, vez que as crianças passam por um momento de desenvolvimento intelectual e cognitivo frente aos demais sujeitos da coletividade
3. A decorrente da carência do núcleo familiar, responsável pela iniciação e introdução do ser em um ambiente saudável, afetuoso e seguro, bem como do preparo para algumas ocasiões da vida;

E por último, e não menos importante ou exauriente, 4) tem-se a vulnerabilidade decorrente da situação de refúgio, tendo em vista que as crianças, assim como o ser humano em geral, estão expostas as mais impensáveis violações de direitos e de sua dignidade no momento em que se encontram longe das proteções de



um Estado. Muitas vezes decorrentes da exposição a exploração sexual, ao tráfico de menores, a influência das drogas e da milícia, dentre outros.

Para se prevenir essas situações foi desenvolvido um sistema de proteção as crianças refugiadas no Brasil e no mundo, que assim como os direitos fundamentais, conta com um esforço coletivo e integrado da família, do Estado e da sociedade civil em garantir e efetivar os direitos dos menores.

Esse sistema está previsto expressamente na parte II do Estatuto da Criança e do Adolescente, e teve início no meio internacional através da Declaração de Genebra de 1924 e da Declaração dos Direitos da Criança de 1959. Esta última ratificada pelo Brasil na CF/88 e na Lei nº 91/1935.

Reforçando tais disposições, foi trazido também o art. 5º do ECA, o compromisso do Estado em proteger toda criança e adolescente que se encontre em condição de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Essas normatividades simbolizaram a reafirmação dos direitos e da dignidade humana, a importância da preservação da vida, a promoção do progresso social com melhores condições de vida, o reconhecimento de uma imaturidade física e intelectual do menores exigindo uma proteção e cuidados especiais, uma reiteração da necessidade de aplicação das proteções ligadas aos direitos humanos infantis consubstanciados em instrumentos internacionais, e uma forma da humanidade em garantir o melhor de seus esforços.

Preliminarmente o estudo buscou explicar a fundamentação constitucional responsável por igualar crianças e adolescentes nacionais e estrangeiras em direitos, principalmente naqueles de ordem fundamental, com dimensões civis e sociais. Mencionou-se nesse sentido o caput do art. 5º da CF/88, que traz expressamente em sua disposição o princípio da igualdade pertencente ao cerne dos direitos humanos.

Prosseguindo, um importante instrumento do referido sistema, foi a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989, que simbolizou



um avanço nos direitos fundamentais dessa categoria de indivíduos, uma vez que contemplou entendimentos atrelados a proteção especial e integral, a prioridade absoluta, ao desenvolvimento completo da infância, a qualidade dela como sujeito de direitos, e o princípio do superior interesse.

Além do mais, ela foi a responsável por dar voz e ouvidos a opinião dos menores como forma de oportunizar o acesso aos procedimentos judiciais e administrativos que lhes digam respeito, e a responsável por modular o princípio da não devolução para os casos que envolverem menores, passando a aplica-lo tanto em decorrência da pessoa (*ratione personae*), quanto em razão da matéria (*ratione materiae*).

Por outro lado, quanto a Convenção de 1951 e seu Protocolo de 1967, nada constou em específico sobre a infância. Dessa forma consolidou-se o entendimento de que se aplicam indiscriminadamente as disposições da Convenção inclusive no tocante ao caso de refugiados menores.

Regionalmente, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) foi desenvolvido a Opinião Consultiva (OC) nº 21 de 2014, frente ao pleito formulado pela Argentina, Paraguai, Uruguai e pelo Brasil referente a migração de crianças, que buscou padronizar procedimentos, explicitar princípios e estabelecer obrigações a serem seguidas pelas Nações. Contando com um rol não exaustivo de procedimentos, visou garantir um eficaz gozo de direitos ligados as liberdades pessoais, o acesso rápido, efetivo e gratuito à assistência jurídica, e a defesa dos interesses e do bem estar dos menores.

Porém, para que sejam concretizadas todas essas idealizações relativas aos direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes refugiados, restou comprovado a necessidade do esforço em conjunto e do compromisso de entidades governamentais e sociais, em suprir as carências e os déficits do sistema brasileiro. Inclusive ao receptionar e legislar sobre assuntos de direitos humanos.



E sobre isso, o princípio do superior interesse da criança guarda uma estreita ligação, tendo em vista que preserva em seu passado um direito costumeiro, em que o Rei se utilizando da prerrogativa lhe conferida, protegia os necessitados que não o podiam se fazer por conta própria.

Mais recentemente, essa teoria foi aprimorada e passou a considerar o melhor interesse da criança, que é entendida como uma prioridade dada as necessidades infantis em detrimento as necessidades dos pais e responsáveis.

A preocupação com os direitos fundamentais de crianças no Brasil teve uma turbulenta e agitada luta pelo seu reconhecimento no texto constitucional, a começar pelas violências físicas praticadas contra crianças indígenas e filhas de escravas no período Colonial.

Ao citar esse desenvolver de direitos no âmbito constitucional do Brasil, desejou o trabalho encontrar as razões de nosso citado atraso legislativo, bem como expor a incrível evolução dos direitos humanos na história brasileira.

Primeiramente foram retratados períodos em que a maior preocupação dos governantes era relacionada as questões regulamentadoras de poder, de disseminação dos dogmas ligados à igreja, e do atendimento das necessidades e interesses das classes empoderadas.

Com a criação dos primeiros juízes singulares de órfãos e expostos da nação, foram solucionadas questões envolvendo inventário, tutela, curatela e o cometimento de crimes pelos menores. Embora na época ainda não existissem nenhuma regulamentação específica referente a infância, teve-se presente apenas o Estatuto Repressivo, encarregado de reprimir a infância e posteriormente uma regulamentação encarregada de reformar o ensino primário e secundário no Município da corte.

A primeira medida tomada e pensada na infância foi a Lei do Ventre Livre, que tornou livre os filhos e filhas de escravas nascidas a partir da promulgação da Lei.





Com o advento da República a infância passou a ser vista como um problema populacional, atrelada as situações de rua, marginalização e pobreza, e o Brasil sofreu drásticas crises políticas e sociais, inclusive passando por períodos autoritários e sem a efetividade e a aplicabilidade das disposições constitucionais. Isso desencadeou diversos retrocessos legislativos, atrasos nas regulamentações dos direitos sociais, violações de tratados e normas constitucionais, e um elevadíssimo sentimento de insatisfação.

Essa situação de calamidade pública, embora tenha durado longos anos, foi a responsável pelo emergencial surgimento: dos direitos da criança como matéria de estudo em faculdades; da fundamentalização de direitos, ainda que precariamente em anteprojetos e constituições não aplicadas; da distribuição de competências entre os órgãos do Estado; do sentimento e desejo cada vez maior em democratizar o país; da responsabilidade complementar dividida entre os pais, a comunidade e o Estado em tratar do menor; e pelo desenvolvimento cada vez mais humanitário das políticas públicas e judiciárias.

Esses aspectos foram os desencadeadores de uma nova, fortalecida e completa legislação infantil brasileira, sobretudo no que diz respeito a positivação e afirmação dos direitos fundamentais dos menores na CF/88.

Para a compreensão da importância de todas essas evoluções, desdobramentos e conquistas apresentou o trabalho em seu quarto momento uma análise de caso que demonstra a urgente necessidade de os direitos fundamentais serem aplicados a jovens e crianças refugiados.

Dos dados, relatos e estudos feitos as entidades envolvidas, restou compreendido que os direitos fundamentais, assim como os direitos humanos, muito mais do que uma positivação é fruto de uma construção social, histórica e moral, e, portanto, não se limita em sua forma, definição, procedimentos e meios, pelo contrário, ele é desenvolvido sempre com o intuito de atender as necessidades e,



principalmente, preservar e respeitar os mandamentos dos direitos humanos: a igualdade, a dignidade e a justiça.

Dessa forma, ao serem elaboradas leis, criado órgãos e entidades, incentivado o estudo, implementado políticas públicas, exarado decisões judiciais, e tomadas quaisquer decisões referentes ao tema, deve-se ser buscado sempre o cerne fundador de todo esse sistema, de maneira coesa, desvirtuada de quaisquer preconceitos, parcialidades e desejos pessoais, sempre vislumbrando toda essa conexão principiológica, e atuando em colaboração e comprometimento com os demais envolvidos na causa.

Os resultados da pesquisa realizada demonstram vários pontos merecedores de soluções, diversas falhas do poder público brasileiro, muitos agentes, programas e órgãos envolvidos na causa de crianças refugiadas, uma enorme parceria entre todos, uma preocupação frequente em internalizar as pessoas mais capacitadas e autossuficientes, um vasto investimento na área educacional e hospitalar, uma politização do assunto e a implícita corrupção dos recursos públicos investidos, dentre outros.

Ademais as melhores soluções vislumbradas para sanar as falhas ainda apresentadas encontra-se na correta conscientização sobre o assunto, no seu controle e cobrança por meio da população, e ao enfrentamento de pensamentos e atitudes xenofóbicas para com a infância.

Assim pode-se concluir que embora ainda existam grandes passos a serem tomados, para a aproximação da realidade com o verdadeiro ideal de direitos fundamentais da criança refugiada, muito já se alcançou desde os primórdios sombrios e violentos da humanidade e merece ser devidamente reconhecidos.

A necessidade disso se deve ao fato de em cada momento ter-se utilizado do melhor disponível e pensável a depender da necessidade. Assim também, merece ser considerado essa evolução a fim de serem desenvolvidos novos estudos focados na



solução de problemas atuais e na prevenção de circunstâncias violadoras de direitos e caracterizadoras de insegurança.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Daniele Aparecida Fernandes. **Violência Doméstica contra Crianças e Adolescentes**: Realidade x Tratamento Jurídico. Regrad, Marília-SP, v.1, ano 2, 2009, pg. 159-177. Disponível em:

<<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjmwvyAoOHpAhXSH7kGHX3NDoUQFjAAegQIBBAB&url=https%3A%2F%2Frevista.unive>

[sta.unive](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjmwvyAoOHpAhXSH7kGHX3NDoUQFjAAegQIBBAB&url=https%3A%2F%2Frevista.unive)

[m.edu.br%2FREGRAD%2Farticle%2Fview%2F176%2F196&usg=AOvVaw3uG2Jup3CFMmMmsk8kO6ks](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjmwvyAoOHpAhXSH7kGHX3NDoUQFjAAegQIBBAB&url=https%3A%2F%2Frevista.unive)>. Acesso em: 01 Junho 2020.

ACNUR, Brasil, Plataforma Help. **Interiorização beneficia mais de cinco mil venezuelanos no Brasil**. 12 de Março de 2019. Disponível em:

<<https://www.acnur.org/portugues/2019/03/12/interiorizacao-beneficia-cinco-mil-venezuelanos-brasil/>>. Acesso em 01 Junho 2020.

ACOLHIDA, Operação. **Entenda o que é a Operação Acolhida**, 16 de Outubro de 2019. Disponível em: <<https://youtu.be/ttb72iOvS8k>>. Acesso em 21 Outubro 2019.

ACOLHIDA, Operação. **Operação Acolhida no Dia das Crianças**, 19 de Outubro de 2019. Disponível em: <<https://youtu.be/7Op5Ue5W-9c>>. Acesso em: 21 Outubro 2019.

ANDRADE, J. H. F. D.; MARCOLINI, A. **A política brasileira de proteção e de reassentamento de refugiados**: breves comentários sobre suas principais características. Rev. Bras. Polít. Int., Brasília, v. 45, n. 1, 2002. Disponível em:

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-73292002000100008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292002000100008)>. Acesso em: 19 Outubro 2019.

BARRETO, L. P. T. F. **Refúgio no Brasil**: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. 1º. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2010. Disponível em:

<[https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Ref%C3%BAgio-no-Brasil\\_A-prote%C3%A7%C3%A3o-brasileira-aos-refugiados-e-seu-impacto-nas-Am%C3%A9ricas-2010.pdf](https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Ref%C3%BAgio-no-Brasil_A-prote%C3%A7%C3%A3o-brasileira-aos-refugiados-e-seu-impacto-nas-Am%C3%A9ricas-2010.pdf)>. Acesso em: 19 Outubro 2019.



BRASIL, Câmara dos Deputados, Legislação. **Legislação Informatizada:** Lei Complementar n° 80, de 12 de Janeiro de 1994. Publicação Original. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/1994/leicomplementar-80-12-janeiro-1994-363035-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 01 Junho 2020.

BRASIL, Portal do Governo Brasil. **Ministério da Justiça e Segurança Pública.** Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros/>> Acesso em: 17 de Outubro de 2019.

BRASIL, Portal do Governo. **Governo Federal assina acordos para ampliar assistência humanitária aos refugiados venezuelanos.** Presidência da República, Casa Civil, 02 de Outubro de 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/governo-federal-assina-acordos-para-ampliar-assistencia-humanitaria-aos-refugiados-venezuelanos>>. Acesso em 01 Junho 2020.

BRASIL, Portal do Governo. Presidência da República, Casa Civil. **Documentos.** Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/operacao-acolhida/documentos>>. Acesso em: 01 Junho 2020.

BRASIL, **Caderno de Orientações:** Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família e Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome Secretaria Nacional de Assistência Social – SNAS, 2016. Disponível em: <[https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia\\_social/cartilha\\_paif\\_2511.pdf](https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/cartilha_paif_2511.pdf)>. Acesso em: 22 Outubro 2019.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Resolução n° 1.386 (XIV), de 20 de novembro de 1959. **Declaração dos Direitos da Criança, 1959.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecPrinSocJurRelProtcrian.html>>. Acesso em: 5 Novembro 2019.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 Outubro 2019.

BRASIL, Decreto n° 40, de 15 de Fevereiro de 1991. **Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.** Brasília: Congresso Nacional, 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm)>. Acesso em: 20 Outubro 2019.



BRASIL, Decreto nº 50.215, de 28 de Janeiro de 1961. Promulga a **Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados**, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. Brasília: Congresso Nacional, 1961. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D50215.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D50215.htm)>. Acesso em: 20 Outubro 2019

BRASIL, Decreto nº 50.215, de 28 de Janeiro de 1961. **Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados**, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. Brasília: Congresso Nacional, 1961. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D50215.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D50215.htm)>. Acesso em: 20 Outubro 2019.

BRASIL, Decreto nº 70.946, de 7 de Agosto de 1972. **Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967**. Brasília: Congresso Nacional, 1972. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1970-1979/D70946.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D70946.htm)>. Acesso em: 20 Outubro 2019.

BRASIL, Decreto nº 99.710, de 21 de Novembro de 1990. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança**. Brasília: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em: 6 Novembro 2019.

BRASIL, Defensoria Pública da União. **Carta de Serviços**. Brasília, DPU, 2017. Disponível em: <<https://www.dpu.def.br/>>. Acesso em: 01 Junho 2020.

BRASIL, IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**, 2017. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rr/panorama>>. Acesso em: 17 outubro 2019.

BRASIL, Lei 13.445, de 24 Maio de 2017. Institui a **Lei de Migração**. Brasília: Congresso Nacional, 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm)>. Acesso em: 04 Novembro 2019.

BRASIL, Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criança e do Adolescente** e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 05 Novembro 2019.

BRASIL, Lei nº 9.474, de 22 de Julho de 1997. **Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951**, e determina outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm)>. Acesso em: 20 Outubro 2019.



BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Refúgio em Números e Publicações, 4ª Edição**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros>>. Acesso em: 6 Novembro 2019.

BRASIL, **Orientações Técnicas sobre o PAIF**: Trabalho Social com Famílias do Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família. Ministério do Desenvolvimento e Combate à Fome, 2012. Disponível em: <[http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia\\_social/Cadernos/Orientacoes\\_PAIF\\_2.pdf](http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Orientacoes_PAIF_2.pdf)>. Acesso em: 22 Outubro 2019.

BRASIL, Portaria nº 756, de 5 de Novembro de 1998. **Regimento Interno do Comitê Nacional para os Refugiados**. In: NACIONAL, I. Diário Oficial. Brasília: Ministro de Estado da Justiça, 1998. Cap. Seção e 1. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/anexos/RegimentoConareDOU1998.pdf>>. Acesso em: 20 Outubro 2019.

BRASIL, **Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família: PAIF**. Ministério da Cidadania: Secretaria Especial do Desenvolvimento Social, 2013. Disponível em: <<http://mds.gov.br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/assistencia-social/psb-protecao-social-basica/projetos-psb/servico-de-protecao-e-atendimento-integral-a-familia-2013-paif>>. Acesso em: 22 Outubro 2019.

CICV, Comitê Internacional da Cruz Vermelha. **Perguntas e respostas**: situação humanitária na Venezuela, 01 de Março de 2019. Disponível em: <[https://www.icrc.org/pt/document/perguntas-respostas-situacao-humanitaria-venezuela?gclid=CjwKCAjw44jrBRAHEiwAZ9igKNiFQXAYWuXJ-bp97a8h9AGZbPEZPZY3fCm-2i8eQMvMblqlWK8YRoCWPAQAvD\\_BwE](https://www.icrc.org/pt/document/perguntas-respostas-situacao-humanitaria-venezuela?gclid=CjwKCAjw44jrBRAHEiwAZ9igKNiFQXAYWuXJ-bp97a8h9AGZbPEZPZY3fCm-2i8eQMvMblqlWK8YRoCWPAQAvD_BwE)>. Acesso em: 01 Junho 2020

CIDH, **Parecer Consultivo OC-21/14**, de 19 de Agosto de 2014. San José: Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2014. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_21\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf)>. Acesso em: 6 Novembro 2019.

COSTA, A. P. M.; SAFI, S. D. S. L.; PAMPLONA, R. S. **Entre a doutrina da situação irregular e a da proteção integral**: o conceito de vulnerabilidade e a aplicação de medidas socioeducativas a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Rev. Bras. Dir., Passo Fundo, v. 14, n. 3, p. 55-75, 2018. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1947>>. Acesso em: 22 Outubro 2019.

COSTA, Emily. **Após a crise migratória em Roraima, venezuelanos contam como é a vida em outros estados**. G1 RR. Boa Vista, 24 de Dezembro de 2018.



Disponível em: <<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2018/12/24/apos-a-crise-migratoria-em-roraima-venezuelanos-contam-como-e-a-vida-em-outros-estados.ghtml>>. Acesso em: 17 Outubro 2019.

**DECLARAÇÃO de Cartagena**, Cartagena das Índias, 22 de Novembro de 1984. Disponível em:

<[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Declaracao\\_de\\_Cartagena.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf)>. Acesso em: 04 Novembro 2019.

DICIO, Dicionário Online de Português. **Migrante**. Disponível em:

<<https://www.dicio.com.br/migrante/>>. Acesso em: 31 Maio 2020.

FURQUIM, A. **A criança refugiada desacompanhada ou separada**: non-refoulement, melhor interesse da criança e a inversão do caráter protetivo na prática brasileira. Curitiba, 2016. Disponível em:

<<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/46441>>. Acesso em: 19 Outubro 2019.

FUZIWARA, A. S. **Lutas Sociais e Direitos Humanos da criança e do adolescente**: uma necessária articulação. Rev. Serv. Soc. Soc., n. 115, p. 527-543, 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-66282013000300007&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-66282013000300007&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 19 Outubro 2019.

GODOY, G. G. D. **Direitos e deveres dos solicitantes de refúgio no Brasil**.

Brasília: ACNUR, 2010. Disponível em: <[https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Direitos-e-deveres-dos-solicitantes-de-ref%C3%BAgio-no-Brasil\\_ACNUR-2010.pdf](https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Direitos-e-deveres-dos-solicitantes-de-ref%C3%BAgio-no-Brasil_ACNUR-2010.pdf)>. Acesso em: 29 Setembro 2019.

HISTORY, **Uma era de extremos**: 10 relatos chocantes de quem encarou a Segunda Guerra Mundial. [20--]. Disponível em: <<https://br.historyplay.tv/noticias/uma-era-de-extremos-10-relatos-chocantes-de-quem-encarou-segunda-guerra-mundial>>. Acesso em: 29 Setembro 2019.

JUBILUT, L. L. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. Disponível em:

<<https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional-dos-Refugiados-e-sua-Aplicacao%20no-Ordenamento-Juridico-Brasileiro.pdf>>. Acesso em: 19 Outubro 2019.

JUNIOR, N. N. D. S. **Segunda dimensão dos direitos fundamentais**. Âmbito Jurídico, 2010. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/segunda-dimensao-dos-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 16 Outubro 2019.



LIMA, F. D. S.; VERONESE, J. R. P. **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 5, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/99635>>. Acesso em: 5 Novembro 2019.

LOPES, A. M. D.; VIANA, R. G. **A Proteção das Crianças Refugiadas no Brasil por meio do Controle de Convencionalidade.** Rev. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 17, n. 2, p. 81-106, 2016. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5911044.pdf>>. Acesso em: 21 Outubro 2019.

LOURENÇO, P. Direito Brasil. **Constituição dos Estados Unidos da América.** Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/constituicoes/CUSAT.pdf>>. Acesso em: 6 Novembro 2019.

MARTIN, D.; GOLDBERG, A.; SILVEIRA, C. **Imigração, refúgio e saúde: perspectivas de análise sociocultural.** Rev. Saú. Soc., São Paulo, v. 27, p. 26-36, 2018. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-12902018000100026&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-12902018000100026&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 6 Novembro 2019.

MINAYO, M. C. D. S.; HARTZ, Z. M. D. A.; BUSS, P. M. **Qualidade de vida e saúde: um debate necessário.** Rev. Ciên. Saú. Col., p. 7-18, 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232000000100002&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232000000100002&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 19 Outubro 2019

NAÇÕES Unidas Brasil. **OIM: Organização Internacional para as Migrações.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/oim/>>. Acesso em: 21 Outubro 2019.

NATIONS, L. O. **Geneva Declaration of the Rights of the Child.** UN Documents - Gathering a body of global agreements, 1924. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/gdrc1924>>. Acesso em: 5 Novembro 2019.

OEA, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, San José, 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 20 Outubro 2019.

OIM, Onu Migração. **Informe Dezembro 2018.** Disponível em: <<https://brazil.iom.int/sites/default/files/Publications/OIM%20-%20Informe%20OIM%20Brasil%20-%20Dezembro%202018.pdf>>. Acesso em: 01 Junho 2020.





OIM, Onu Migração. **Monitoramento do Fluxo da População Venezuelana.** Brasil, rodada 4, Abril 2019 Disponível em: <[https://brazil.iom.int/sites/default/files/Publications/OIM%20Brasil%20-%20DTM\\_Junho.pdf](https://brazil.iom.int/sites/default/files/Publications/OIM%20Brasil%20-%20DTM_Junho.pdf)>. Acesso em: 01 Junho 2020.

ONU, ACNUR. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados.** Genebra, 28 de Julho de 1951. Disponível em: <[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf)>. Acesso em: 19 Outubro 2019.

ONU, ACNUR. **Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados,** Nova York, 31 de Janeiro de 1967. Disponível em: <[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Protocolo\\_de\\_1967.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Protocolo\\_de\\_1967](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967)>. Acesso em: 4 Novembro 2019.

ONU, ACNUR. **Resolução 428 (V) Da Assembléia Geral das Nações Unidas,** de 14 de Dezembro de 1950. [s. l.]. Disponível em: <[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Estatuto\\_ACNUR.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Estatuto\\_ACNUR](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Estatuto_ACNUR.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Estatuto_ACNUR)>. Acesso em: 31 Maio 2020.

ONU, **Declaração Universal dos Direitos do Homem.** Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 20 Outubro 2019.

OPERATIONAL Portal. **Refugee Situations:** Refugees and migrants from Venezuela. Disponível em: <<https://r4v.info/en/situations/platform>>. Acesso em: 01 Junho 2020.

PEREIRA, T. D. S. Juliana e Fernando Gontijo Advocacia e Consultoria das Famílias e Sucessões. **O princípio do “melhor interesse da criança”:** da teoria à prática, 2000. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/material-juridico/artigos/>>. Acesso em: 21 Outubro 2019.

FERNANDES, Nathalia Costa dos Santos. **Estatísticas.** Polícia Federal, publicado 13 de Março de 2019. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/servicos-pf/imigracao/estatisticas>>. Acesso em: 01 Junho 2020.

RAMOS, A. D. C.; RODRIGUES, G.; ALMEIDA, G. A. D. **60 anos de ACNUR:** perspectivas de futuro. São Paulo: CL-A Cultural, 2011. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/60-anos-de>>



ACNUR\_Perspectivas-de-futuro\_ACNUR-USP-UNISANTOS-2011.pdf>. Acesso em: 19 Outubro 2019.

RODRIGUES, A. L.; MARIA, V. L. R. **Teoria das Necessidades Humanas Básicas**: conceitos centrais descritos em um manual de enfermagem. Rev. Cog. Enfer., Ponta Grossa, 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/reusp/article/download/135860/131676>>. Acesso em: 19 Outubro 2019.

ROMÃO, Luis Fernando de França. **A Constitucionalização dos Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Almedina, 2016.

SÁ, Waltenberg Lima, Revista da DPU. **Uma nova função da Defensoria Pública perante o Direito Internacional Dos Direitos Humanos**. Publicado 10 de Outubro de 2018. N. 04 (2011): Revista da Defensoria Pública da União. Disponível em: <<https://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/revistadadpu/article/view/157>>. Acesso em: 01 Junho 2020.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SAVE the Children International. **Save the Children 100 Years: Who We Are**. Disponível em: <<https://www.savethechildren.net/about-us/who-we-are>>. Acesso em: 5 Novembro 2019.

SAVE the Children. Colombia. **Nuestra Historia**. Disponível em: <<https://www.savethechildren.org.co/qui%3%A9nes-somos/nuestra-historia>>. Acesso em: 5 Novembro 2019.

SOCIEDADE Brasileira de Medicina Tropical. **Refugiados**: Brasil ainda precisa implementar apoio e políticas públicas para acolher essas pessoas. 14 de Agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.sbmt.org.br/portal/refugees-brazil-still-needs-to-implement-and-support-public-policies-to-welcome-these-people/>>. Acesso em: 01 Junho 2020.

UNFPA, Brasil. **Missão e Objetivos**. Disponível em: <<https://brazil.unfpa.org/pt-br/missao-e-objetivos>>. Acesso em: 01 Junho 2020.

UNIVERSIDADE Federal do Paraná. **Extensão UFPR**: Programa Política Migratória e Universidade Brasileira atende cerca de 5 mil refugiados e migrantes entre 2014 e 2018. Superintendência de Comunicação Social, 23 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.ufpr.br/portafulpr/noticias/programa-politica->



migratoria-e-universidade- brasileira-da-ufpr-atende-cerca-de-5-mil-refugiados-e-migrantes-entre-2014-e-2018/>. Acesso dia 17 Outubro 2019.

## **ANEXO A - CONTATOS DE ÓRGÃOS E ENTIDADES RESPONSÁVEIS PELA PROTEÇÃO DE REFUGIADOS<sup>367</sup>**

### **Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE**

Telefone: (61)

2025 9225

website:

[www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br)

r/conare

Correio Eletrônico: [conare@mj.gov.br](mailto:conare@mj.gov.br)

### **Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados**

– ACNUR

Telefones: Escritório Brasília: (61) 3044 5744

Escritório

Manaus: (92)

3233 0288

website:

[www.acnur.org.br](http://www.acnur.org.br)

r

Correio Eletrônico: [brabr@unhcr.org](mailto:brabr@unhcr.org)

### **Ministério do Trabalho e Emprego – MTE**

Telefon

e: (61)

3317

6000

website:

[www.mte.gov.br](http://www.mte.gov.br)

e.gov.br

### **Cáritas Arquidiocesana de São Paulo**

Telefone: (11) 3115-2674 / 3241-3239

Correio Eletrônico:

[casp.refugiados@uol.com.br](mailto:casp.refugiados@uol.com.br)

### **Polícia Federal – PF**

Telefones: Brasília: (61) 3364 9259

São Paulo: (11) 3538 5000

Rio de Janeiro: (21) 3398 3198

Manaus: (92) 3655 1515

website: [www.dpf.gov.br](http://www.dpf.gov.br)

### **Instituto Migrações e Direitos Humanos**

Telefone: (61) 3340-2689

Correio Eletrônico:

[imd@miigrante.org.br](mailto:imd@miigrante.org.br) website:

[www.miigrante.org.br](http://www.miigrante.org.br)

---

<sup>367</sup> GOGOY, [20--], pg. 23 e 23



**Secretaria Especial de Direitos  
Humanos – SEDH**

Telefone:

: (61)

2025

3536

website:

[www.sed](http://www.sedh.gov.br)

[h.gov.br](http://h.gov.br)

Correio Eletrônico:

[direitoshumanos@sedh.org.br](mailto:direitoshumanos@sedh.org.br)

Ouvidoria Geral da Cidadania

telefone: (61) 2025 3116

**Ministério da Justiça e Segurança  
Pública – MJSP**

Telefone:

(61) 2025

3587

website:

[www.justic](http://www.justica.gov.br/)

[a.gov.br/](http://a.gov.br/)

**Conselho Nacional de Imigração – CNIg**

Telefone:

(61) 3317

6470

website:

[www.mte.g](http://www.mte.gov.br/cni)

[ov.br/cni](http://ov.br/cni)

**Caritas Arquidiocesana de Manaus**

Telefone: (92) 3212 9030

Correio Eletrônico:

[caritas@arquimaneaus.org.br](mailto:caritas@arquimaneaus.org.br)

**Associação Antônio  
Vieira** Telefone: (51)

3254-0140 Correio

Eletrônico:

[refugiados9474@yahoo](mailto:refugiados9474@yahoo.com.br)

[.com.br](mailto:refugiados9474@yahoo.com.br) website:

[www.asav.org.br](http://www.asav.org.br)

**Centro de Defesa dos Direitos  
Humanos**

Telefone: (11) 2358-

9606 Correio

Eletrônico:

[cddh.guarulhos@gmail.](mailto:cddh.guarulhos@gmail.com)

[com](http://com)

**Cáritas Arquidiocesana do Rio de  
Janeiro**

Telefone: (21) 2567-4177 / 2567-

4105

Correio Eletrônico:

[carj.refugiados@caritas- rj.org.br](mailto:carj.refugiados@caritas-rj.org.br)



## ANEXO B – FOTOS DO ACERVO DA CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA E DO MINISTÉRIO DA DEFESA<sup>368</sup>



Segunda fase da interiorização de venezuelanos em Roraima  
Foto: Romério Cunha/ Casa Civil da Presidência da República



Segunda fase da interiorização de venezuelanos em Roraima  
Foto: Romério Cunha/ Casa Civil da Presidência da República

<sup>368</sup> Cf. Disponível em: <<https://www.flickr.com/photos/ministreiudadefesa/tags/venezuelanos/>>. Acesso em: 01 Junho 2020. Disponível em: <<https://www.flickr.com/photos/casacivilbr/albums/72157690859485920>>. Acesso em: 01 Junho 2020



Segunda fase da interiorização de venezuelanos em Roraima  
Foto: Romério Cunha/ Casa Civil da Presidência da República



Sgt - Manfrim, M.D.



*Sgt-Manfrim/MD*

Foto: Alexandre Manfrim



*Sgt-Manfrim/MD*

Foto: Alexandre Manfrim



**ANEXO C – TABELA DE INTERIORIZAÇÃO DE  
VENEZUELANOS NO BRASIL.<sup>369</sup>**

<b>Interiorização de venezuelanos no Brasil</b>	
Amazonas	503
Bahia	75
Distrito Federal	267
Goiás	21
Mato Grosso	190
Mato Grosso do Sul	248
Minas Gerais	75
Paraíba	244

<sup>369</sup> ACNUR Brasil, Plataforma Help. Interiorização beneficia mais de cinco mil venezuelanos no Brasil. 12 de Março de 2019. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2019/03/12/interiorizacao-beneficia-cinco-mil-venezuelanos-brasil/>>. Acesso em 01 Junho 2020





Paraná	545
Pernambuco	268
Rio de Janeiro	283
Rio Grande do Norte	102
Rio Grande do Sul	918
Rondônia	117
Santa Catarina	482
São Paulo	877
Sergipe	35
<b>TOTAL</b>	<b>5.250</b>



## ANEXO D – TABELA DE VALORES DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO<sup>370</sup>

<b>Valores Organizacionais</b>	
Valores são princípios que modelam nossos padrões de comportamento. É aquilo em que acreditamos e que nos referencia ao tomarmos as nossas decisões e fazermos as nossas escolhas.	
<b>Prevalência da defesa dos direitos e interesses do assistido</b>	Foco no assistido, livre das influências contrárias a seus direitos e interesses, desde que amparado no ordenamento jurídico.
<b>Responsabilidade Social</b>	Atuação solidária e comprometida com a sociedade, o meio ambiente e a instituição.
<b>Unicidade</b>	Atuar de forma cooperativa na defesa do assistido e da instituição.
<b>Humanização</b>	Consideração do contexto psicossocial do assistido para proporcionar um atendimento adequado e multidisciplinar.
<b>Respeito</b>	Tratar com cordialidade, dignidade, presteza, seriedade, lealdade, tolerância e consideração os assistidos, equipe de trabalho e instituições.
<b>Comprometimento</b>	Atuar de forma dedicada e orientada a resultados.
<b>Proatividade</b>	Ter iniciativa em suas ações de forma dinâmica e criativa.
<b>Profissionalismo</b>	Atuação técnica planejada e coordenada para obtenção dos objetivos estabelecidos.
<b>Impessoalidade</b>	Atuação institucional com foco na isonomia e no interesse público.
<b>Qualidade</b>	Prestar assistência jurídica com solicitude e celeridade, buscando a excelência no serviço.
<b>Extrajudicialidade</b>	Privilegiar soluções extrajudiciais de conflito.
<b>Transparência</b>	Dar máxima publicidade e visibilidade aos atos, processos e políticas institucionais.
<b>Eficiência</b>	Celeridade nas ações e racionalidade na utilização dos recursos.

<sup>370</sup> BRASIL, Carta de Serviços, 2017, pg. 8



# A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS EM APARELHO CELULAR DURANTE PRISÃO EM FLAGRANTE

Eduardo Miguel Vaz Santos

## RESUMO

O presente Artigo tem por objetivo analisar a validade das provas obtidas em aparelho telefônico durante prisão em flagrante. Primeiramente será abordado o conceito do garantismo penal, apontando o seu conceito e como se aplica ao presente tema, de forma que demonstre um pouco dos efeitos da nossa Constituição dentro das provas obtidas sem mandado judicial. Posteriormente, serão analisados alguns conceitos de provas e suas legalidades de forma que se entenda aquelas que possam ser lícitas e também as ilícitas. Ainda, serão abordados alguns direitos constitucionais que envolvam o aspecto da prova, como o contraditório e a ampla defesa, trazendo à baila algumas das garantias constitucionais em vista do modelo garantista apresentado no primeiro capítulo. Por conseguinte, serão analisadas as visões dos Tribunais Superiores a ponto de se entender o que está sendo seguido com o objetivo de conhecer convicções e opiniões.

**Palavras-chave:** Provas ilícitas. Legalidade. Entendimento.

## INTRODUÇÃO

O tema está situado dentro da área penal do nosso ordenamento jurídico. O foco se mantém especificamente na área processual onde se estuda a validade das provas obtidas em um aparelho celular, sem ordem judicial, durante uma prisão em flagrante delito. Importante ressaltar que, por esse motivo, o tema aborda também a matéria constitucional sobre os direitos e garantias do cidadão brasileiro.

O mundo está sempre em constante evolução tecnológica; o que vem gerando dúvidas corriqueiras a respeito da utilização da tecnologia, para uma condenação ou absolvição, quando pode ajudar e também atrapalhar aqueles que tem a função de



realizar o julgamento. Com isso, o tema é dissertado sobre o fato de analisar se tais provas devem ser consideradas ou não para uma possível condenação e quais suas reais consequências.

É por esse motivo que aqui buscamos fontes de matéria constitucional de forma a mostrar se essas provas ferem direitos fundamentais do acusado ou não; ou até que ponto poderia beneficiar a sociedade como um todo.

Hoje, podemos constatar variações em decisões de juízes de primeiro grau a respeito do tema; sendo assim, buscaremos no presente artigo entender a opinião de cada um desses magistrados.

Entende-se que, nos dias atuais, ninguém pode ter seus direitos fundamentais feridos e/ou violados, haja vista que são garantias mínimas que o Estado oferece ao cidadão.

Assim, chegamos a um ponto muito importante e de forma complicada que seria o fato dessas provas levarem uma pessoa a ser condenada em um processo penal.

Neste caso, teríamos direitos fundamentais violados e um dos principais, que é o da Liberdade. Com isso, não se pode nos dias atuais termos erros no processo penal, de forma que deva ele correr de maneira clara e célere, para que tenhamos sempre o fim pretendido que é a justiça.

Hoje a tecnologia pode nos servir como ajuda, diversas vezes, porém, devemos ter o cuidado de averiguar até que ponto essa tecnologia está sendo usada de maneira lícita ou não, pois como citado anteriormente, pode esta vir a prejudicar diversos direitos do cidadão, e gerar decisões judiciais injustas.

O presente artigo, tem então por objetivo a análise da admissibilidade das provas obtidas em aparelho celular sem mandado judicial, mas o foco recai na validade dessas provas; se essas podem ser consideradas lícitas ou não.



Com isso, divide-se em três momentos: o primeiro na análise de conceitos e doutrinas garantistas, em uma visão da defesa dos direitos constitucionais. Posteriormente, analisando os conceitos de provas e legalidades com a caracterização das provas ilícitas e assim chegando a analisar as decisões de tribunais superiores.

## 1 PROCESSO PENAL E A CONSTITUIÇÃO

A ideia central aqui, é de trazer as definições do garantismo e como este se alinha com a perspectiva do processo penal, juntamente com a análise da admissibilidade de provas.

### 1.1 As origens do garantismo

O Garantismo Penal, decorre do marco plantado pela geração de 1960, onde na Itália, se concretizou em luta armada e terrorismo nos “anos de chumbo”, conduzida por movimentos e grupos que agiam com violência e meios irregulares para obter resultados na política.

Porém, já se existia o movimento Magistratura Democrática, este, se tratava de vários magistrados que eram declaradamente da parte esquerdista, tinham assim como membro, o jurista Luigi Ferrajoli, na qual é conhecido como o pai do garantismo penal.

A denominada “interpretação evolutiva” ou também conhecida como “jurisprudência alternativa” foi a primeira ideia ativista idealizada pelo Luigi Ferrajoli. Assim expõe Leonardo Giardin de Souza, em seu artigo sobre “Garantismo Penal: O cavalo de Troia do Sistema de Justiça Criminal Brasileiro”:

Em 1971, o então magistrado Ferrajoli, juntamente com seus colegas Salvatore Senese e Vincenzo Accattatis, apresentou em Roma o documento “Per una strategia politica di Magistratura Democratica”, cuja plataforma definia a justiça burguesa, referindo-se ao modelo do sistema judiciário italiano, como “giustizia di classe”, e assumia o grupo Magistratura Democrática “come componente del



movimento di classe”, incumbido de *corrigir as contradições internas do ordenamento jurídico, através da jurisprudência alternativa*. (SOUZA, 2018, p.104)

Desta forma, afirma também que:

Em meados dos anos 1970, o recrudescimento da luta armada e o estabelecimento de uma legislação antiterror na Itália contou com a crítica de setores do movimento, surgindo a expressão garantismo penal. Os magistrados ativistas denunciavam a repressão ao terrorismo e ao banditismo armado como criminalização da luta de classes. Foi esse o germe do que Ferrajoli sistematizou no final dos anos 1980 na obra *Diritto e Ragione*. (SOUZA, 2018, p.104) Feito esse breve relato referente à parte histórica, se chegou ao que temos hoje como denominado sistema garantista, que é tema do próximo item.

## 1.2 O modelo garantista

A ideia central desta teoria, parte de um ponto que entende que para o sistema de justiça criminal não ser um sistema irracional e ilegítimo, seria que quase necessário justificar a violência da pena com o estabelecimento de limites a forma em que o Estado dará a sua punição.

Assim, seria imposto ao julgador que ao pensar na punição que será dada pelo Estado, ele deve antes uma obediência certa e clara aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Porém, não tem que se falar de que o garantismo inventou normas, pois na constituição já é prevista, assim como os direitos nela expressos; o problema estaria no desenvolvimento desses institutos, pelos objetivos não expressos do doutrinador.

De uma forma mais objetiva, o garantismo surge como uma teoria do direito, que age como um instrumento de proteção aos direitos e garantias fundamentais, fazendo uma adequação entre a espécie constitucional e aplicação de normas infraconstitucionais. Desta forma expõe a autora Jéssica Ramos Saboia em seu artigo sobre Garantismo e Ativismo Judicial:

A teoria garantista visa à estruturação de um modelo normativo que satisfaça as exigências de um Estado de Direito



Democrático fundamentado no homem e na sociedade, servindo a esses como instrumento de proteção de seus direitos e garantias fundamentais. O sistema garantista é caracterizado por limites identificados como defesas do cidadão contra o arbítrio estatal. (SABOIA; NESTOS, 2017, p.56)

Assim, segundo Saboia e Nestos (2017), o garantismo pode ser visto como uma espécie normativa de direito a ser usado com o objetivo de fazer uma adequação entre o sistema constitucional e a aplicação das normas infraconstitucionais. Com isso, como relatado anteriormente, podemos concluir que o garantismo postula seus preceitos todos voltados na constituição, buscando impedir que o Estado descumpra a aplicação dos direitos fundamentais.

Há de se observar, que um modelo de Direito Penal garantista, visa a preocupação com as garantias e direitos na Constituição e não o objetivo de abolir a pena ou fazer com que culpados saiam no final do julgamento de forma impune.

Assim se entende a observação da autora já mencionada acima, a respeito do assunto: Nesse sentido, o garantismo se apresenta como uma teoria do direito penal compreendido como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, como sistema de proteção idôneo a minimizar a violência institucional dos aparatos repressivos. Revela-se, portanto, com instrumento apto para limitar o poder punitivo na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos. Por já se encontrarem no texto constitucional, cabe aos operadores jurídicos realizar a devida interpretação constitucional do Código de Processo Penal (CPP), que é de 1941, e que prevê, em seu bojo, normas incompatíveis com os preceitos garantistas. (SABOIA; NESTOS, 2017, p.57)

Com isso, o garantismo se encontra em quatro dimensões do poder judicial. Trazendo os dois primeiros para nosso artigo, discorre que “por mais perfeito que seja o sistema de garantias penais, a verificação jurídica da pena nunca ode ser absolutamente certa e objetiva” Ferrajoli, (2014).

Em um segundo plano, expõe que

[...] ainda que disciplinada pelo conjunto das garantias processuais, também a verificação fática de uma inserção judicial, da mesma forma que a de qualquer inserção empírica, exige decisões argumentadas. A prove empírica dos fatos



penalmente relevantes não é na realidade uma atividade apenas cognitiva, mas constitui sempre a conclusão mais ou menos provável de um processo indutivo, cuja aceitação é, por sua vez, um ato prático que expressa um poder de escolha a respeito de hipóteses explicativas alternativas. (FERRAJOLI, 2014, p.33)

Ora, de acordo com o tema elencado e abordado nesta presente pesquisa, fica clara a aplicação deste princípio abordado do assunto, afinal, o policial que se dispõe de sua função e da espécie de uma prisão em flagrante para averiguar e ordenar que um suspeito ou réu desbloqueie seu aparelho celular, com os fins de retirar dali provas contra o acusado, estaria este servidor estatal descumprindo normas e direitos fundamentais em nossa constituição como de se manter em silêncio e não produzir prova contra a própria pessoa, conforme Artigo 5º, LXII, CF?

Observamos assim, que o modelo garantista tem como ideia central que sejam sempre observados não somente os direitos fundamentais, mas também os deveres fundamentais dos Estado, todos estes previstos na Constituição.

A teoria do garantismo determina parâmetros de justificação do poder de punir, partindo de um conjunto de garantias substanciais, como por exemplo o princípio da legalidade, ofensividade culpabilidade e dentre outros.

Ao falarmos desta “proteção” dada pelo texto constitucional, em nosso atual sistema, é destacado como garantia das partes as premissas do devido processo legal, ou seja, de uma forma que haja uma igualdade processual, tendo assim um equilíbrio entre o Estado e o direito de liberdade do réu, com isso, se evita o tratamento discriminatório, que poderia vir a prejudicar a uma das partes.

Com isso a luz do garantismo, o processo penal não deveria ser visto por aqueles que estão à frente na linha do Direito, como um sistema de punição do Estado, todavia, deveria de ser enxergado como um instrumento de proteção ao acusado, na qual garantiria a ele, um julgamento justo e um sistema que ele poderá se defender, a tal ponto de que possa provar sua inocência perante ao sistema e a sociedade.





### 1.3 As garantias penais e processuais

Como explicitado acima em nosso texto, foi falado bastante dos princípios constitucionais e agora, podemos formulá-los e separar os princípios fundamentais de outros demais princípios, fazendo assim uma mesclagem para adaptá-los a um sistema, podendo o sistema ser o do processo penal.

A luz disso:

É, pois, possível formula-los, separar os princípios fundamentais daqueles considerados derivados e ordena-los dentro de sistemas ou modelos axiomáticos mais ou menos complexos e exigentes, conforme aqueles estejam incluídos ou excluídos em cada um desses sistema ou modelos. (FERRAJOLI, 2014, p.73)

Com isso, emprega onze termos que são usados na formulação destes princípios, que são eles: “Pena, delito, lei, necessidade, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa.” (FERRAJOLI, 2014).

Com essa ideia, todos esses termos empregados, teriam no modelo garantista uma condição necessária, isto é, uma função no momento de atribuição de uma pena dentro do modelo de direito penal garantista.

Temos como ideia neste modelo, que a responsabilidade penal é um conjunto de condições normativas, que são exigidas para que um acusado ou qualquer pessoa seja submetida à pena.

Desta forma, para o autor, que é considerado o pai deste sistema garantista, cada um desses termos designa uma condição de responsabilidade penal.

Assim, o principal autor deste modelo garantista, traz dez princípios que são considerados por ele fundamentais no modelo de garantias penais e processuais, são eles: Princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; Princípio da legalidade no sentido lato ou estrito; Princípio da necessidade ou da economia do direito penal; Princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; Princípio da



jurisdicionariade; Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoa; Princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; Princípio do contraditório ou da defesa e por fim o Princípio do ônus da prova ou da verificação.

Feita essa enumeração, completa FERRAJOLI (2014) “Estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem com certa força de expressão linguística- o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal”

A atuação destes princípios teria como ideia a de limitar o poder penal absoluto.

Por fim, denota-se que de todos os princípios explícitos aqui neste trabalho, um deles se destaca no sistema de garantias, que é o caso do princípio da legalidade estrita. Justifica assim FERRAJOLI (2014) “Enquanto o axioma de mera legalidade se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (nulla pena, nullum crimen sine lege), o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da pena legalidade penal”

Com o axioma da Legalidade estrita, a lei se faz de uma forma condicionada e não condicionante como no princípio meramente da legalidade. A simples legalidade da forma e da fonte seria uma condição de existência das normas que preveem crimes e delitos. Porém, em uma legalidade estrita, cria hipóteses de hierarquia constitucional, sendo uma condição de validade ou de legitimidade das leis.

Ora, desta forma, uma se dirigiria ao juiz e outra ao legislador, conforme expõe o autor:

Basta aqui dizer que, enquanto o princípio convencionalista de mera legalidade é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve que considera como delito qualquer fenômeno livremente qualificado como tal na lei, o princípio cognitivo de legalidade estrita é uma norma metalegal dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal, idônea a garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade de seus enunciados (FERRAJOLI, 2014,p.76)



Fica claro aqui, que segundo um dos principais modelos do sistema garantistas, a ideia seria a de vincular o juiz ou o julgador a uma lei, um sistema correto e já prescrito, como uma forma de evitar que o magistrado ou aquele que está julgando um réu, fugisse e se baseasse em pressupostos e demais fatos para determinar uma pena.

Com isso, ficaria aqui o julgador vinculado a uma lei, que expressamente vem sendo defendida pelo modelo garantista que é a Constituição Federal. Ora, se o magistrado está vinculado a uma lei, ele deveria assim seguir suas hierarquias, conforme já exposto aqui, ou seja, no momento de um julgado, deveria ele observar em primeira hipótese a mais alta norma do ordenamento jurídico que é a nossa Constituição. Desta forma, e aplicando ao nosso presente caso, ao verificar uma prova obtida para um processo penal, deve o magistrado averiguar a validade destas, ou seja, se no momento de sua colheita, foram respeitados os princípios constitucionais, ou se, serão irrelevantes no caso. É a partir deste ponto que surge a dúvida em nosso trabalho, as provas obtidas em aparelho celular durante prisão em flagrante sem mandado judicial, são válidas para uma eventual condenação? Poderemos encontrar a resposta para tal pergunta mais para frente em nossos próximos dois capítulos.

## **2 PROVA E LEGALIDADE**

Conforme exposto no capítulo anterior, a constituição está bastante presente ao tratarmos da matéria probatória do Direito Penal, seja na questão de colheita até a sua validação se é considerada lícita ou não. Além disso, apresentamos aqui o garantismo, o que se pode resumir que é aquilo que assegura o ponto constitucional, as garantias fundamentais a todos que cumprem pena ou são investigados por um processo penal.

### **2.1 Contraditório e ampla defesa**

Deste modo, o início deste projeto norteia-se no disposto no art.5º, Inciso LV, da Constituição Federal, que disserta que: “aos litigantes, em processo judicial ou



administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”. Ao analisar, nota-se que a vontade do legislador foi de estender a garantia a todos os cidadãos, sobre o qual esteja regente por um processo por a autoria de algum fato, de natureza penal que é o nosso caso ou administrativa, ou até de qualquer outra natureza, o que importa é que esteja tutelado pelo direito positivo, de uma forma que independe do órgão acusador ou da etapa do procedimento.

Assim, é de extrema importância o que diz Godoy:

No processo penal acusatório, a garantia do contraditório assegura a ampla defesa do réu e, portanto, é um dos corolários do devido processo legal. É este um direito que fomenta a igualdade das partes, constituindo, assim, um baluarte dos direitos de personalidade inerentes ao ser humano. A ausência do contraditório na persecução criminal torna-se uma violência, pois o réu se torna indefeso, infligindo afinal um grave dano a sua dignidade (GODOY NETO, 2006, p.171)

Assim, de acordo com Almeida (apud GODOY NETO, 2006), a verdade atingida pela justiça pública, não pode ser considerada válida em um juízo, sem que se dê oportunidade de defesa ao acusado.

Deste modo, o réu deve estar ciente daquilo de que vem sendo acusado, sendo sempre comunicado, dos termos dessa acusação e também daquelas provas que vem sendo usadas naquele presente processo.

Ao falarmos desta comunicação ao acusado, é preciso estabelecer aqui, que esse ato deve ser feito em momento oportuno e não em um longo prazo, ou seja, desde o início de tal processo, é necessário que o acusado tenha conhecimento daquilo que a ele vem sendo apontado.

Assim, o contraditório é uma maneira de um diálogo, uma dialética que se faz dirigida ao magistrado, para que desta forma, possa ele ser convencido e que este concretize sua decisão para que se resolva o litígio ali presente. Com isso, quando se estabelece a igualdade de condições entre o réu e o acusador, tem-se presente uma isonomia processual, de uma forma que garanta a eficácia e a legitimada da função



do Estado em seu modo jurisdicional. A partir deste princípio, nós teremos naquele litígio uma igualdade processual, deste modo, teremos no caso uma igualdade de direitos entre o réu e o acusador, fazendo com que esses se encontrem em um mesmo patamar até o momento de decisão do magistrado. Assim, se tem uma liberdade processual onde garante a cada parte constituir suas provas e praticarem seus devidos atos.

Neste ponto, expressa Raul Neto:

Neste mesmo sentido, Germano Marques da Silva, ao afirmar que este princípio traduz-se na estruturação da audiência em termos de um debate ou discussão entre a acusação e a defesa. Cada um dos respectivos titulares é chamado a aduzir as suas razões de fato e de direito, a oferecer as suas provas, a controlar as provas contra si oferecidas e a disreter sobre o resultado de umas e outras.<sup>145</sup> No que tange ao acusador, este terá de fundamentar, na sua peça processual, a narrativa clara e precisa dos fatos “que está a imputar ao futuro réu, a fim de que este tenha pleno conhecimento da acusação, podendo elaborar sua defesa e produzir as provas necessárias, sob pena de inépcia da inicial, por violação ao princípio em testilha” ( RAUL NETO, 2006. p.172) Ora, a garantia do contraditório, norteia todo o processo, assegurando os direitos processuais de cada parte.

Isso pois, é o contraditório que irá assegurar o direito de produzir provas de cada parte e também do acusado poder se defender daquilo que vem sendo imputado a ele. De acordo com essa grande garantia, não se pode o magistrado julgar de maneira diferente um ao outro, ou até mesmo beneficiar qualquer parte, só pelo simples fato de um estar no lado acusador e o outro do lado de que vem sendo acusado.

Ao pensar deste lado, é importante também conforme explicito acima, que o acusador seja claro em sua peça processual de acusação, de modo que fundamente de uma forma clara e precisa tudo aquilo ocorrido. Isso porque, após o início de um processo penal, gera ao réu, uma referência ruim a sua imagem, perante ao efeito natural desabonador sua personalidade, pois perante a sociedade, aquele que figura na qualidade de réu em um processo criminal, teria a qualificação de culpado, antes



mesmo de uma possível sentença. Deste modo, o direito ao contraditório como garantia fundamental vem também de uma forma a garantir o direito a imagem do acusado, pois dará a ele a oportunidade de esclarecimentos dos fatos segundo a sua perspectiva.

Apesar do exposto, a garantia do contraditório é conjunta a da ampla defesa, onde se tem uma medida contrária aos interesses da parte autora ou do estado, de um modo que se possa contraria-la fazendo assim a sua defesa.

Deste modo, a ampla defesa é nada mais que outra garantia processual, competente a todos indistintamente; pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiros etc.

Com isso, o contraditório e ampla defesa não são somente uma garantia processual instituídos ao nosso ordenamento jurídico, antes disso vem a ser uma garantia a própria pessoa humana, sendo um direito de personalidade. Isso porque, conforme esclarecemos no começo deste capítulo, um processo ou um inquérito processual por exemplo, pode gerar danos a figurar da imagem do acusado, deste modo, é necessário a garantia a sua pessoa, para que possa provar o contrário e esclareces os demais fatos.

Desta forma, entendemos a ampla defesa como uma forma de asseguramento ao réu ou acusado, que possa garantir a ele o direito de trazer ao processo demais elementos que possam esclarecer a verdade ou mesmo de se calar, com objetivo de provar sua inocência ou esclarecer os fatos ali presentes.

Vale ressaltar aqui, que o papel do Estado é garantir e proporcionar a todo réu a defesa em um processo criminal, devendo prestar assistência jurídica e conforme estabelece os requisitos, quando possível, gratuita àqueles mais necessitados.

Neste ponto, adentramos ao tópico importante consoante a importância da defesa técnica, ela surge como uma forma de assegurar a ampla defesa e o contraditório previstos na Constituição Federal, garantida em todo o processo.



Deste modo, a defesa técnica é indispensável, irrenunciável, e não apenas que deve ser suprida em caso da impossibilidade do acusado de se defender pessoalmente. (FERNANDES, 2002).

É importante também ao tratar desta matéria, destacar que a defesa técnica deve aparecer de uma forma plena, ou seja, para que se tenha uma efetiva defesa, ela deve estar presente desde o início da instrução penal, desde o inquérito policial, de um modo que possa contrapor a acusação que esta sim atua a partir do início da apuração policial.

É notório também que essa materialização do contraditório e da ampla defesa não está presente somente em nossa Constituição Federal.

Nesse caminho, objetivando materializar a garantia da ampla defesa e do contraditório, além dos já mencionados de ordem constitucional, o Código de Processo Penal, além de prever o instituto da nota de culpa como documento que contém os motivos da prisão, nome do condutor e das testemunhas, após alteração relativamente recente, passou a prever também a necessidade de comunicação à Defensoria Pública a prisão em flagrante, no prazo de até 24 horas, quando o autuado não indicar defensor próprio.

Cumpra relevar, ademais, o entendimento firmado em recente súmula vinculante de nº 1428, aprovada em sessão plenária pelo Supremo Tribunal Federal, em 02/02/2009, que normatiza o seguinte sobre o acesso do defensor à investigação: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (BARBOSA, 2011, p.85)

Deste modo, é importante que se tenha uma visão mais ampla da defesa, de que não se trata ela de uma forma negativa, de oposição ou resistência a pretensão do autor, ou seja, que estaria ali apenas se defendendo e retirando suas culpas levantando pontos que batem de forma contrária à acusação, e sim, a defesa deve ser vista na sua dimensão positiva, que seria o direito de participar e influenciar no



processo, não meramente como um acusado, mas de forma que se objetiva chegar a um resultado justo. Ora, advindo de uma sentença, é possível que esta reconheça que o autor do processo tenha agido de má fé, podendo ele responder até por denúncia caluniosa.

Assim, uma das principais formas de praticar sua defesa técnica e exercer o direito do contraditório e ampla defesa, é usufruindo do direito a prova, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo, devendo sempre se observar a sua legalidade.

Com isso, pode-se concluir pelos dois princípios que são ligados a defesa técnica que seria a sua materialização que, mediante estes, o sujeito tem a liberdade de acessar o conteúdo que fora produzido contra ele, reconhecer aquilo que está sendo imputado a sua pessoa e esclarecer os fatos, de um modo que possa fazer a sua defesa, com testemunhas e diversos outros meios probatórios. Importante salientar, de que todo o processo deveria ocorrer de uma forma que não prejudicasse sua imagem até uma sentença final, porém que é um grande trabalho a ser feito, devido a cultura da sociedade.

## 2.2 Garantia contra a autoincriminação

Neste tópico, trataremos do estudo da garantia contra a autoincriminação, como base no termo “*Nemo tenetur se ipsum accusare*” que significa que, ninguém pode ser obrigado a acusa-se a si próprio, como pequena introdução há de se falar que este princípio se refere a que nenhuma pessoa ou réu seja obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Ao final deste tópico, poderemos ter uma certa ideia se este princípio seria uma espécie de garantismo penal e se ao acusado fornecer seu celular aos policiais presentes em uma prisão em flagrante estaria ou não produzindo provas contra sua própria pessoa.





Com base em estudos diversos, o direito à não autoincriminação se dá no direito a não ser obrigado a depor por exemplo como testemunha contra sua própria pessoa em processo penal. Isso encontra-se em conjunto com o princípio da presunção de inocência e também ao direito de um julgamento justo. Machado e Raposo (2009).

Assim, na linha da história o primeiro aparecimento dessa garantia fundamental veio a surgir na Constituição Federal norte-americana em 1787, surgindo como um vasto conjunto de preocupações relacionadas a um modo que se evite que uma pessoa ou um acusado seja condenado de uma forma injusta, podendo ter seu objetivo comparado ao do garantismo, expresso aqui neste trabalho no capítulo de número 1.

Ao analisarmos esses objetivos desta garantia, Machado e Raposo (2009) coloca de forma muito própria a este artigo, os objetivos subjacentes da garantia contra não à autoincriminação, expõe assim:

Subjacente ao direito à não auto-incriminação encontra-se igualmente um princípio de prevenção do abuso de poder na recolha de informações, da invasão da privacidade e da recolha de elementos probatórios destituídos de fidedignidade. Igualmente relevante é o princípio da voluntariedade da confissão, de acordo com o qual a confissão deve resultar de uma escolha livre e não constrangida por parte do arguido. Pelo seu conteúdo, o direito à não auto-incriminação deve ser interpretado em termos razoavelmente amplos, a favor do arguido, na medida em que isso seja suportado por uma correta ponderação dos princípios relevantes<sup>3</sup>. Na origem histórica deste direito está a necessidade de proteger os arguidos diante dos interrogatórios policiais, como meio de evitar confissões coagidas. Este direito surgiu como uma reação consciente contra as práticas inquisitoriais medievais, na linha do instituto da *Prohibitio Formata* através do qual se pretendeu restringir os direitos de interrogação do clero<sup>4</sup>. Presentemente, o mesmo tem como ponto de partida o reconhecimento da fragilidade do indivíduo perante o monopólio estadual da coerção legítima. O direito à não auto-incriminação sofre, naturalmente, as restrições necessárias e adequadas à realização da finalidade constitucional da boa administração da justiça e do combate à criminalidade. (MACHADO; RAPOSO, 2009, p.14)



Dentro da tese do direito a não autoincriminação, podemos fala-la no aspecto material, onde estamos diante de um fato em que há uma carência, algo concreto em lei, para que possa- se por exemplo estabelecer-se seus limites, ou seja, em outras palavras não haveria algo concreto que mostrasse até que ponto está se ferindo o direito a não autoincriminação, como no caso em que se estaria indo contra o direito de garantia a propriedade ou não ao acessar uma casa ou um celular durante a prisão em flagrante.

Diante disto, para Machado e Raposo (2009), este direito tem um fundamento material de dupla natureza, substantiva e processual. Do ponto de vista substantivo, como anteriormente se disse, este direito encontra-se radicado na presunção da inocência e no direito a um julgamento justo e serve o objetivo de evitar abusos de poder por parte do Estado.

Desta forma, Machado e Raposo (2009) diz ainda que a pretensão deste direito é de proteger a dignidade, privacidade e autonomia individual durante um processo judicial. Ao se analisar esse tema no âmbito processual, se entende que o direito a não autoincriminação é indispensável no procedimento acusatório de um processo judicial, onde nesta parte o responsável a produzir provas é a parte acusadora onde esta não pode exigir que o acusado ou a ré manifesta-se em confissões.

Dentro dessas posições e estabelecidos o conceito e a ideia do direito a não autoincriminação, se passa análise ao nosso tema, e onde poderíamos aplicar tal princípio. Com isso, Machado e Raposo (2009) se posiciona ao explicar que esse princípio também adentra ao direito de não ser obrigado a oferecer quaisquer substancias ou elementos de provas que possam ajudar para sua incriminação.

Ora, um policial ao realizar uma prisão em flagrante delito, estaria ele sim agindo dentro da lei, porém, seria passível ordenar ao acusado, aquele que está sendo autuado no momento a desbloquear seu aparelho celular com os fins de ali localizar provas que possam prejudicar ainda mais o réu? Aqui, estaria ele claramente



obrigando o sujeito a produzir provas contra ele mesmo caso haja algo que prejudique a sua situação, pois aqui ele estaria oferecendo substancias e elementos de provas que realizem sua própria incriminação.

Com isso, entendemos que o direito contra a autoincriminação é bem aplicável ao réu analisado no nosso projeto, pois as vezes um simples desbloqueio de aparelho por medida forçada do agente estatal, destacando que este se encontra sem mandado judicial, estaria obrigando o acusado a realizar e produzir elementos de provas contra sua pessoa.

### 2.3 Das provas no processo penal

Para concluirmos este capítulo, se faz necessário abordar o principal tema que aqui vem sendo analisado, as provas! Até por esse motivo, fica para o encerramento do capítulo 2.

Desta forma, o conceito de prova é definido por Fiorin e Campos (2012): Conceitua, sendo ele amplo. Originalmente o termo “prova” origina-se do latim *probatio*. Tal termo temo significado de demonstrar, ser reconhecido. Desta forma, é aquilo em que se demostre a existência de tal fato ou algum ato.

Desta forma, há no ordenamento jurídico um grande sistema de princípios dentro das provas. Como: Auto Responsabilidade, Vedação das provas obtidas por meios ilícitos, liberdade probatória, livre convencimento, contraditório, e o da comunhão.

Assim, Fiorin e Campos (2012), definem esses princípios da seguinte maneira:

O Princípio da Auto Responsabilidade determina que cada uma das partes é responsável pelas consequências por suas ações e omissões na produção das provas, em função da faculdade processual da produção de provas pelas partes.<sup>15</sup>O Princípio da Oralidade, dá-se normalmente pela prevalência da produção de provas orais<sup>16</sup>, e prevalecendo esta sobre a prova escrita. O Princípio da Comunhão da Prova, “significa que a



prova, ainda que produzida por iniciativa de uma das partes, pertence ao processo e pode ser utilizada por todos os participantes da relação processual. O Princípio do Contraditório, “produzida a prova, a parte *ex adversa* tem o direito constitucional de poder manifestar-se sobre ela; se produzida pelo Juiz, sobre ela têm as partes o direito não só de tomar ciência da sua produção como, também, o de se pronunciar sobre ela” O Princípio do Livre Convencimento acarreta a livre persuasão do magistrado em seu julgamento, referente à valoração das provas, desde que devidamente fundamentada. O Princípio da Liberdade Probatória zela pela liberdade na produção de provas, ainda que de ofício, na busca da verdade real dos fatos. O Princípio da Vedação das Provas Obtidas por Meios Ilícitos resguarda a garantia constitucional do inciso LVI do artigo 5º da CRFB/88, onde nenhuma pessoa poderá ser condenada com fundamento em prova ilícita, matéria que será abordada com maior enfoque neste artigo. (FIORIN; CAMPOS, 2012, p.569)

Dentro deste mundo das provas, diversos autores destacam as provas ilícitas, que são aquelas principais abordadas por nós também neste trabalho, afinal, o tema principal aqui em discussão é se as provas obtidas em aparelho celular em prisão em flagrante sem mandado judicial são válidas ou ilícitas.

As provas em si, formam uma base para que o juiz fundamente sua decisão, quando ausentes essas, acarretará em absolvições.

Com isso, posicionam-se os autores que, nesta busca incessante de provas para chegar-se na verdade e afastando assim a probabilidade, são utilizados os mais variados meios para a produção de provas, justamente por tratar-se sobre questão de garantia da liberdade do indivíduo.

Ora, à luz desta observação, notamos que muitas formas são usadas para que se produza provas e uma delas ocorre durante prisões em flagrante. Quando os agentes do estado abordam o flagranteado, muitas vezes eles usam formas de adquirirem provas, uma delas, é quando estes obrigam ao acusado que desbloqueie seu aparelho celular para que ali possam observar e ver se é possível extrair provas contra eles, isso sem mandado judicial e sem avisá-los previamente que não são obrigados a praticar tal ato de desbloqueio.



Por conta disto expõem FIORIN e CAMPOS (2012) “Contudo, esta permissão probatória das partes, terceiros e juízes devem respeitar certos parâmetros morais e legais para o seu devido aproveitamento processual, sendo, portanto, limitada”.

A condução e investigação do ato ilícito deve seguir uma grade de regras que já são estabelecidas, seja de uma forma material ou também de uma forma processual. Assim, observa-se a proteção em prol da defesa social, de uma forma que não é tolerado uma aplicação de punição de qualquer modo, de uma forma que se utilize provas contrárias as leis e que não vai de acordo com a moral, pois quando se busca uma verdade justa, também se faz necessário que se utilize meios e métodos justos, lícitos e que não se prejudique nenhum dos direitos do acusado.

O grande problema estaria quando adentrássemos no ponto de vista da sociedade, assim expõe FIORIN e CAMPOS (2012) “O correto seria a utilização de qualquer meio ou prova como liberdade para o juiz penal realizar a pretensão punitiva do Estado, fazendo com que a obtenção da justiça na busca da verdade sobressaísse perante a liberdade individual”.

Eis aqui uma situação de grande problema para nós. Até que ponto se pode considerar uma prova ilícita em prol a sociedade? Seria isso possível?

No tema tratado em nosso trabalho gera um grande repercussão, pois em alguns casos os agentes do Estado sabem que se tem provas naquele aparelho celular que se encontra com o flagranteado, e naquele mesmo momento ordenam que este desbloqueie o aparelho para que possam colher as provas ao ponto de uma possível prisão provisória no momento da audiência de custódia.

Assim, há ocasiões em que se tem provas concretas no celular do réu de que ele por exemplo esteja tipificado no art.33 da Lei 11.343, ou seja, incurso no tipo penal de tráfico de drogas.



Ora, as drogas causam grandes prejuízos em toda a sociedade, destrói famílias e por sua conta acarreta em várias mortes por conta da guerra do tráfico. Desta forma, não estaríamos de certa forma protegendo o acusado, haja visto que se tem provas concretas de que este participa do meio ilícito e pratica o tráfico? Talvez fosse mais benéfico para a sociedade, que o magistrado ao receber as provas e os fatos, decretasse a condenação do réu, aproveitando tudo aquilo que foi colhido na prisão em flagrante e desta forma fizesse com que o acusado cumprisse sua pena com o fim de se reeducar perante a sociedade.

Porém, como falamos em nosso primeiro capítulo, se tem garantias e leis a serem seguidas, o modelo garantista é muito claro ao proclamar que é necessário sempre se atentar aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, além disso, deve-se seguir sempre a lei processual do Estado, na qual em nosso país, se tem de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, conforme art.5º, Constituição Federal.

Com isso, estando essa limitação que restringe a colheita de provas para que se possa instruir o processo penal e futuramente uma fundamentação da sentença, toda parte que legalmente não é aceita e que seja contrária a lei, é vedado a ser considerado como prova naquele processo.

Assim, FIORIN e CAMPOS (2012) “Caso ocorra de provas serem obtidas com violação à lei ou algum destes outros direitos implícitos ou explícitos, serão automaticamente provas ilícitas, vedada a sua utilização e proibida de instruir qualquer ato processual”.

Porém entende-se que as provas ilegais são divididas em duas categorias: As processuais que são chamadas de ilegítimas e as materiais que são as provas ilícitas. Desta forma entende Nucci (2009, p. 353), que: “As provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são obtidas com desrespeito ao direito processual”.



Desta forma, caso a ilegalidade se encontre no momento da produção da prova, como por exemplo em nosso caso, em que ela é produzida no momento da prisão em flagrantes com a ordenação de que o acusado desbloqueie seu celular sem um devido mandado, essa se enquadraria em prova ilícita.

Assim, a Constituição da República e o Código de Processo Penal são claros ao dispor de que há uma inadmissibilidade das provas ilícitas, assim dispõe:

Art. 5º [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais

Com a redação dos dois artigos se advém uma grande observação dos autores:

Observa-se que no texto constitucional o legislador não materializou o conceito de provas obtidas por meios ilícitos, apenas legislou a sua inadmissibilidade no processo. Então a doutrina como já salientado dividiu as provas ilegais em: provas ilegítimas (direito processual) e provas ilícitas (direito material). Porém com a nova redação do Código de Processo Penal novamente unificou as provas ilícitas em uma espécie apenas, sejam elas obtidas com violação a normas constitucionais ou legais, englobando tanto as de direito processual como de direito material em uma única terminologia, provas ilícitas. (FIORIN; CAMPOS, 2012, p.573)

Desta forma, entende-se que as disposições legais englobam tanto as provas ilegais quanto as provas ilícitas.

## 2.4 Teoria do fruto da árvore envenenada

Esta é uma teoria bastante utilizada no mundo do processo penal. É possível encontra-la em diversas ocasiões, como em tribunal do júri ou até mesmo em peças processuais.

Assim, Fiorin e Campos (2012) entendem que, a teoria teve sua origem nos Estados Unidos e foi adotada pela primeira vez em 1914. Ela consiste em que se a



árvore está envenenada, todos aqueles frutos que dela decorrem também estariam envenenados, ou seja, qualquer dos frutos que advenham desta árvore estarão também contaminados, também serão afetados.

Aplicando essa teoria em um conceito jurídico, caberia dizer que, toda prova lícita, mas que foi produzida por um meio de prova ilícito ou deriva de uma prova ilícita, essa que era válida também será a ser considerada ilícita, pois estaria contaminada pelas ademais. Portanto, caso a prova deriva de outra produzida ilicitamente, a primeira irá herdar a sua ilicitude.

Com isso, ao observar nosso caso, podemos notar que muitas vezes a prisão em flagrante é totalmente legal, e aquilo que foi achado em seu celular também são provas concretas e lícitas que podem vir a condenar o acusado, o detalhe estaria na forma em que foi obtida essa prova no celular do réu. As vezes ele poderia ter liberado e dado ciência do que iria acontecer, porém de que forma foi levado a esse convencimento? Mediante uma tortura física ou psicológica ou até mesmo enganado do que seria feito com aquele material probatório. Desta forma, tudo aquilo que era lícito será contaminado, ou seja, se tornará ilícito. Este seria um caso de aplicação da teoria do fruto da árvore envenenada.

### **3 O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Neste nosso último tópico do trabalho, após feita todas as observações necessárias, adentraremos na prática, para ver aquilo o que realmente acontece e como vem sendo feitas as decisões relativas ao nosso tema.

Ficou claro que o nosso trabalho buscou sempre analisar a admissão processual da prova obtida sem ordem judicial, no telefone celular apreendido em razão de flagrante com relação as garantias constitucionais, até por esse motivo, demos nosso primeiro capítulo para a teoria do garantismo.

- HC 66.368





O nosso primeiro análise entra no HC 66.368, que remete contra o acórdão 0201607-4 de 2006. No acórdão, houve a denegação da ordem em que se buscava a revogação da prisão preventiva e que se fossem desentranhadas as provas dos autos, visto que teriam sido essas provas colhidas sem autorização judicial no celular do acusado, e por esse motivo essas seriam ilícitas.

CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DAS ELEMENTARES DOS CRIMES. OFENSA AO ART. 41 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. NOME COMPLETO DAS VÍTIMAS NÃO EXPLICITADO. IRRELEVÂNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO DEMONSTRADO. ILEGALIDADE DE PROVA COLHIDA NO INQUÉRITO POLICIAL. INEXISTÊNCIA DE QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CONVERSAS ENTRE OS RÉUS E SEUS DEFENSORES. INTERCEPTAÇÃO NOS TELEFONES DOS INVESTIGADOS. FILTRAGEM QUE NÃO DEVE SER FEITA PELA AUTORIDADE POLICIAL. AFRONTA AO ESTATUTO DO ADVOGADO NÃO CONFIGURADA. DOCUMENTOS QUE PODEM SER DESCARTADOS PELO JUÍZO. SENTENÇA NÃO PROFERIDA. ORDEM DENEGADA.(

Superior Tribunal de Justiça (STJ)- Habeas Corpus (HC):66368 PA 2006/0201607-4, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 05/06/2007, T5- QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29/06/2007 P.673).

Neste presente caso, a quinta turma do Superior Tribunal de Justiça manteve a prisão que fora decretada pelo Tribunal De Justiça Do PA. Assim também, negou o desentranhamento das provas que haviam sido arguidas como ilícitas pela forma que foram colhidas nos aparelhos apreendidos no flagrante. Neste ponto, a turma entendeu que a colheita de provas nos aparelhos apreendidos quando em situação de flagrante, são de dever da autoridade policial, e por esse motivo, não necessitariam antes de uma autorização do judiciário.

Porém, a defesa impetrou outro HC em abril de 2012 perante o Supremo Tribunal Federal, com o mesmo fim de revogar a prisão preventiva. A mais alta



corte brasileira teve o mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de que se trata da autoridade policial e denegou o pedido.

Acontece, que em abril de 2016, Superior Tribunal de Justiça teve posição diferente perante o HC 51.531, onde o caso era semelhante e neste julgamento a sexta turma do órgão teve um entendimento contrário ao do anterior emitido pela mesma corte no HC 66.368

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL

EVIDENCIADO. 1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial. 2. Recurso ordinário em habeas corpus provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos. (STJ – RHC: 51531 RO 2014/0232367-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de julgamento: 19/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/05/2016)

Neste julgamento, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a colheita de provas no aparelho telefônico como imprescindível de ordem judicial, caso contrário, estaria sendo uma afronta a privacidade do indivíduo e ferindo seus direitos constitucionais.

Diante disso, o problema que decai é que tais casos podem servir de base para julgamento de casos análogos, logo, qual seria o ponto correto a ser adotado, haja visto essas discordâncias no Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Outro caso que serve como base, é o do HC 66.368 perante ao Superior Tribunal de Justiça, e, que se alegou mais uma vez colhida ilícita de provas, desta vez, os registros de ligações no celular do có-réu, haviam sido checados pelos agentes de polícia sem a devida ordem judicial.



Os argumentos da defesa não prosperaram e por isso houve HC perante o Supremo Tribunal Federal, no caso HC 91.867.

Neste, tendo como o relator Ministro Gilmar Mendes, da segunda turma, em 2012, por unanimidade decidiu por não reconhecer a ilicitude da prova e manteve o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com a decisão:

Pois bem. Não se pode olvidar que o inquérito policial é procedimento administrativo, inquisitório e preparatório, cuja finalidade precípua é a colheita de informações quanto à autoria e à materialidade do delito, a fim de subsidiar a propositura de eventual ação penal. Daí, dispor o art. 6º do CPP que a autoridade policial tem o dever de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal, impondo-lhe determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito, apreender os objetos que tiverem relação com o fato delituoso, colher as provas que servirem para esclarecimento do fato e suas circunstâncias, ouvir o ofendido, ouvir o indiciado, dentre outras diligências. (BRASIL, 2012).

Entretanto, diante de tantas divergências, a quinta turma do Superior Tribunal de Justiça em 2017, entendeu que são ilícitas as provas obtidas por meio de análise de aparelhos telefônicos de investigados sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial motivada. O ministro Reynaldo Soares disse que, embora não se trate de violação de garantia de inviolabilidade das comunicações, conforme o artigo 5º, XII, Constituição Federal, há uma violação dos dados armazenados no aparelho, que é vedado pelo inciso X, do mesmo artigo e diploma legal.

Neste caso do HC 89.981, é interessante o ponto da “prévia autorização”. Aqui, se trata do próprio flagranteado permitir que os policiais acessem seu celular.

Como uma outra forma de pesquisa em nosso trabalho e procurando mostrar a parte prática e de como são as visões dos magistrados, realizamos uma pequena entrevista com um Juiz da Vara Criminal de Brasília., do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.



O magistrado apontou durante sua entrevista, quando questionado sobre se a verificação sem ordem judicial violaria o direito à privacidade, que com certeza! Para ele, o aparelho celular também entra na privacidade do cidadão.

Foi questionado sobre os casos que recebe em sua vara, e afirma que ali, quase nunca tem problemas com essa situação, pois sempre nos processos constam que o réu autorizou a verificação dos policiais.

Bom, este é o mesmo ponto apontado acima, a “prévia autorização”. O problema aqui é de como essa autorização foi obtida, por livre espontânea vontade do acusado ou por meio de tortura ou algo que a forçasse a liberação.

Esse foi um caso no HC 529500, onde a decisão do Superior Tribunal de Justiça manteve a prisão do acusado por ter havido autorização prévia:

Ou seja, pelo contexto fático que ficou delineado nos autos, o paciente franqueou aos policiais, de forma espontânea, o acesso ao celular, havendo, inclusive, fornecido a senha de desbloqueio para a autoridade policial, o que afasta a apontada violação dos dados armazenados no seu celular. (STJ – HC 529500 2019/0254023-7, Decisão Monocrática, Ministro Rogerio Schietti, Data de julgamento: 30/03/2020)

Contudo, foi questionado a um juízo da capital federal, e conforme relatado pelo magistrado, o problema seria em regiões menores do Brasil, cidades de interior etc. Como estariam sendo obtidas essas autorizações?

Por fim, como podemos definir então quais as medidas adotadas e as visões dos tribunais superiores?

Já foi visto, que a prova não deve ser admitida em hipótese que ela tenha em seu método de produção, violado a lei. Com isso, a prova obtida no aparelho celular sem as formas legais de autorização devem ser invalidas e desentranhadas do processo. Entretanto, há hipóteses de excludentes de ilicitude do agente à acessão o aparelho. Desta forma, explica Vieira:

Suponha-se, que, o agente, acesse o telefone celular de um preso em flagrante, membro de quadrilha destinada a cometer



homicídios, sendo que o membro em questão já praticou o homicídio contra uma vítima e há outra pessoa correndo risco de morte a ser executado pelo restante da quadrilha. Existem, ainda, fortes elementos indicando que no telefone celular deste membro, existe a localização da pessoa em risco. O acesso a este telefone é urgente e decisivo para vida desta pessoa. (VIEIRA, 2020.)

Este seria um exemplo de excludente de ilicitude que poderia acarretar na validade das provas que foram coletadas. Esse foi o entendimento no HC 51.531/RO:

Não descarto, de forma absoluta, que, a depender do caso concreto, caso a demorada obtenção de um mandado judicial pudesse trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito, mostre-se possível admitir a validade da prova colhida através do acesso imediato aos dados do aparelho celular. Imagine-se, por exemplo, um caso de extorsão mediante sequestro, em que a polícia encontre aparelhos celulares em um cativo recém-abandonado: o acesso incontinenti aos dados ali mantidos pode ser decisivo para a libertação do sequestrado. (BRASIL. STJ, 2016)

Contudo, podemos entender que o posicionamento quanto do Superior Tribunal de Justiça, quanto do Supremo Tribunal Federal, que se acompanham, estes dependem sempre da situação em concreto. Entretanto, o que se pode concluir é que hoje são consideradas ilícitas as provas obtidas em aparelho celular sem a prévia e devida autorização. Isso, conforme o HC 530282/SE:

A proteção aos dados privativos constantes de dispositivos eletrônicos, como smartphones e tablets, encontra guarida constitucional, importando a prévia e expressa autorização judicial motivada para sua mitigação. 2. O entendimento prevalecente nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal é o de que são ilícitas as provas obtidas de aparelhos celulares sem prévia e devida autorização, seja judicial seja do réu, ressalvados os casos excepcionais. (STJ)

– HC: 530282 SE 2019/0258568-0, Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Data de Julgamento: 18/02/2020, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/02/2020).

Porém, estaremos sempre a fazer uma análise do caso concreto, pois conforme exposto no julgado acima, há casos excepcionais, dentro de cada um pode



haver diversas situações e demasiados modos que foram adotados para colher certas provas, como as excludentes de ilicitudes que também citamos aqui.

Assim é relatado no HC 51.531/RO de abril de 2016 pelo Ministro Rogério Schietti Cruz:

O tema é novo e, salvo o citado precedente do STF, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, já passados mais de 10 anos, é ainda sujeito a oscilações. Por ora, e sem prejuízo de reflexões mais aprofundadas e à luz de outros dados fáticos ou peculiaridades que apenas a realidade pode aportar ao direito, sigo o entendimento do eminente relator. Em verdade, sempre haverá, no âmbito das liberdades públicas, possibilidade de reavaliações da interpretação jurídica dada aos fatos julgados, sendo nefasto o estabelecimento de conclusões a priori absolutas. Nessa medida, o acesso aos dados do celular e às conversas de whatsapp sem ordem judicial constituem devassa e, portanto, violação à intimidade do agente. (STJ – RHC: 51531 RO 2014/0232367-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 19/04/2016, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/05/2016).

Ou seja, o tema estará sempre sujeito a oscilações, podendo mudar posicionamentos a depender do caso. Porém a atual visão dos tribunais é que, ressalvado casos excepcionais, essas provas são consideradas ilícitas. Outra “norma” que teríamos que retratasse esse entendimento, seria o informativo nº0583 do STJ, onde entendeu que são nulas as provas que sem a prévia autorização judicial, são obtidas pela polícia por meio da extração de dados presentes no celular do suposto autor de ato delituoso.

### **3.1 Poder de polícia**

Como vimos acima, os órgãos de julgamento apontaram diversas vezes quando decidiram de que não se trataria de prova ilícita, pois a verificação do aparelho celular fazia parte do poder de polícia.

Pois bem, devemos então analisar uma breve definição do termo. A Constituição Federal lista o sistema tripartido de poderes, onde o Estado detém poderes políticos exercidos pelo Poder Legislativo, Poder Executivo e o Poder



judiciário. Dentre os poderes, se tem de forma secundária os atos da administração pública, que fazem com que o interesse particular não se sobreponha ao coletivo.

Desta forma. Se tem o poder de polícia, que é definido por autores da seguinte maneira:

O Poder de Polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas a Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequando, direitos e liberdades individuais” (TÁCITO, 1975 apud MEIRELLES, 2002, p. 128).

Ainda, dispõe Maximiliano Calian em seu artigo que:

O ilustre professor Hely Lopes Meirelles, em sua magnífica obra do Direito Administrativo Brasileiro, conceitua o Poder de Polícia como uma faculdade da Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais. (COSTA, 2018, p.3)

Em seu final de trabalho, conclui que:

O poder de polícia destina-se assegurar o bem-estar geral, impedindo, através de ordens, proibições e apreensões, o exercício antissocial dos direitos individuais, o uso abusivo da propriedade ou a prática de atividades prejudiciais à coletividade. Quando o particular, mesmo de forma irregular, decide por ferir os preceitos que são regulamentados pela Administração Pública deve esta, portanto, fazer uso do Poder de Polícia e estabelecer sanções até que o particular faça a devida adequação de seu direito individual ao coletivo, a fim de garantir o bem-estar social.(COSTA, 2018, p.9)

Com isso, notamos que não se tem uma definição simples, e nem se tem claro quando e até onde possa ir o poder de polícia.

## CONCLUSÃO

Notamos, durante todo o exposto, que estamos diante de uma situação de tecnologia; ou seja, algo que permite uma mutação a qualquer tempo, estando sempre em evolução e constante mudança. Talvez isso dificulte ainda mais termos uma definição e posição centrada sobre a validade do que analisamos.



Ainda assim, não se pode tomar por base regras e técnicas tradicionais que são baseadas em tecnologias passadas, conforme dispõe nosso ordenamento jurídico para o sistema de provas que vem sendo gerado na geração atual. Ou seja, aquilo que dispõe os códigos, como o CPP, estão baseados em tecnologias passadas, onde não haviam aplicativos como os de hoje e nem sequer aparelhos que pudessem fazer trocas de mensagens e arquivos como os atuais. Com isso, dificulta ainda mais tomar decisões e fundamentar sentenças.

Assim, não é possível dizer que uma prova colhida em situação de flagrante em um aparelho telefônico é lícita, apenas pela previsão do CPP por base no poder de polícia.

Não é possível esquecer aqui o que foi trazido em nosso primeiro capítulo a respeito do garantismo! Não se trata de uma teoria que protege um lado ou outro e sim de uma tese que busca assegurar os direitos constitucionais. Desta forma, não há como seguir o CPP e basear-se no poder de polícia e esquecer a nossa Carta Magna, os direitos fundamentais. É inegável que o aparelho telefônico foi reconhecido como uma propriedade do cidadão, ou seja, inviolável sua privacidade.

Porém, como trazido aqui, a vedação dessas provas não tem um caráter absoluto, e sempre tem exceções, ainda mais quando agem em confronto com princípios que assim justifique.

Pensamos aqui, talvez estaremos deixando de efetuar a prisão e ter uma sentença favorável a sociedade quando desentranhamos provas e a consideramos ilícitas. Tal fato pode trazer sentença favorável ao réu, quando se tem provas que é culpado. Estaríamos aqui indo contra o interesse público e do bem comum. Às vezes, a depender da situação de flagrante possa haver grande risco para a coletividade, e o acesso naquele momento tornasse essencial, desta forma, as provas ali colhidas poderão ser consideradas lícitas pelas circunstâncias do momento. Outra situação é na forma de excludente de ilicitude, quando possa haver por exemplo uma pessoa em risco de morte, e o acesso naquele momento é fundamental para que se evite tal fato.





Vale ressaltar que em uma possível causa de legítima defesa, torna-se também fundamental o acesso para exercer tal direito.

Porém, pelos julgados aqui expostos, notamos que o entendimento é de que é sim uma violação a privacidade da pessoa. Entretanto, se mostra necessário a reavaliação talvez do Código de Processo Penal, ou da elaboração de uma lei que determine e deixe mais claro como lidar com situações que se está presente a tecnologia.

Isso mostra que, apesar do estudo feito, não temos como tirar conclusões absolutas e tudo pode depender de novas circunstâncias e casos que irão surgir ; devendo-se, então, observar sempre o posicionamento que vem sendo tomado, considerando-se uma área muito dinâmica que tem evoluções e mudanças a todo tempo como o da tecnologia.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Emerson. sistema Penal & violência. Rio Grande do Sul. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito**, v. 3, n. 1, p. 74-88, 2011. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:D6RASy1mDsAJ:revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/download/7942/6416+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 529500/AC- ACRE**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/826250944/habeas-corpus-hc-529500-ac-2019-0254023-7?ref=feed>. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 530282/SE- SERGIPE**. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/815690030/habeas-corpus-hc-530282-se-2019-0258568-0?ref=feed>. Acesso em: 12 abr. 2020;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 66.368/PA- PARÁ**. Relator. Ministro Gilson Dipp. 2006. Pesquisa de jurisprudência. Disponível



em:<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19236934/habeas-corporus-hc-66368-pa-2006-0201607-4/inteiro-teor-19236935>. Acesso em: 05 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm) Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 51.531/RO-Rondônia**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Pesquisa jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340165638/recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-51531-ro-2014-0232367-7/relatorio-e-voto-340165682?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91.867/PA-Pará**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>. Acesso em: 06 fev. 2020.

COSTA, Maximiliano Calian. **Poder de polícia**: uma abordagem do interesse de agir do Estado em busca da supremacia do interesse coletivo em detrimento do individual. 18 jul. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/poder-de-policia-uma-abordagem-do-interesse-de-agir-do-estado-em-busca-da-supremacia-do-direito-coletivo-em-detrimento-do-individual-2/>. Acesso em: 12 abr. 2020.

FERRAJOLI. Luigi, **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

FIORIN, Greco Dagoberto; CAMPOS, Eduardo Erivelton. A admissibilidade da prova ilícita no processo penal. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**, Itajaí, v. 3, n. 2, p. 565-582, 2012. Disponível em: LINK COMPLETO [www.univali.br/ricc](http://www.univali.br/ricc). Acesso em: 28 out. 2019.

MACHADO, J.; RAPOSO, V. O Direito À Não Auto-Incriminação e As Pessoas Colectivas Empresariais. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 3, n. 8, p. 13-47, 2009. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/484>. Acesso em: 15 jun. 2019.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal**: estudo sobre a valoração das provas penais. São Paulo: Atlas, 2010.



RAUL NETO. O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n.14, p.101-104, 2006. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-101-101-> Monografia\_Raul\_Godoy\_Neto\_(Inquerito\_policial\_contraditorio\_e\_ampla\_defesa).pdf Acesso em: 23 abr. 2020.

SABOIA, Jéssica Ramos; NESTOR, Eduardo Araruna Santiago. Garantismo e ativismo judicial: uma análise da presunção do estado de inocência e da sua relativização pelo STF.. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v.2, n. 2, p. 54-74, 2018. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1121>. Acesso em: 15 maio. 2019.

SOUZA, Leonardo Giardin. Garantismo penal: o cavalo de troia do sistema de justiça criminal brasileiro. Rio Grande do Sul. **Revista do Ministério Público Militar**, ano 63, n. 28, p 98-124, 2018. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/ler-artigo/>. Acesso em: 05 mar. 2019.

VIEIRA, Julio Cesar. **A admissão processual da prova obtida sem ordem judicial em telefone celular apreendido em razão de prisão em flagrante**. Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/direito/a-admissao-processual-prova-obtida-sem-ordem-judicial-telefone-celular-apreendido-razao-prisao-flagrante.htm>. Acesso em: 05 fev. 2020.

WALCHER, Guilherme Gehlen. A garantia contra a autoincriminação no Direito brasileiro: breve análise da conformação do princípio nemo tenetur se detegere à luz da jurisprudência nacional e estrangeira. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Guilherme\\_Walcher.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Guilherme_Walcher.html) Acesso em: 14 abr. 2020.



# ESTUDO CRÍTICO DA FUNÇÃO DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA AGNÓSTICA DE EUGENIO RAUL ZAFFARONI

Erika Geordani Paiva Rodrigues

## RESUMO

Embora exista previsão legal sobre qual a função da pena adotada no ordenamento jurídico brasileiro, reprová-la, preveni-la e proporcionar condições para uma harmônica integração social bem como a ressocialização do condenado ou internado, é notória a existência de mazelas e de falhas no sistema prisional tradicional, prejudicando, assim, uma execução penal condizente com a função proposta pelo texto legislativo. Diante disso, o trabalho em tela objetiva promover, por meio de uma análise de dados carcerários e de referências doutrinárias, um estudo crítico sobre qual função da pena é efetivamente cumprida no âmbito jurídico nacional à luz da teoria agnóstica da pena de Eugenio Raúl Zaffaroni.

**Palavras-chave:** Teoria da Pena. Sistema Prisional. Direito Penal. Teoria Agnóstica da Pena.

## 1 INTRODUÇÃO

Em face da conjuntura político-social de abusos policiais, de rebeliões carcerárias e de índices alarmantes de criminalidade, torna-se mister um estudo acerca de qual a efetiva função da pena no ordenamento jurídico brasileiro. É notória a conquista de um caráter humanizador da pena a partir do século XVII, no que toca a um contexto global, por meio da desenvoltura de princípios como a legalidade e a personalidade em somatória à criação posterior de correntes garantistas e de direito penal mínimo.



No entanto, a salvaguarda de direitos do apenado conjunta a uma função ressocializadora da pena, por vezes, apresenta força somente no plano teórico-jurídico, existindo, assim, uma dicotomia entre previsões legais e o que ocorre no contexto fático.

Diante disso, o presente trabalho visa a uma análise crítica sobre a teoria da pena no ordenamento jurídico brasileiro por meio de um estudo doutrinário e de dados no que tange ao sistema carcerário. A metodologia utilizada será, sobretudo, jurídico-sociológica e, no que concerne ao tipo de investigação, optou-se, pela pesquisa jurídico doutrinária. O raciocínio desenvolvido, por sua vez, consiste em predominantemente dialético.

O expoente máximo do castigo sobre o corpo como modelo anticriminal foram os suplícios. É sabido que a punição já era corpórea antes mesmo do aparecimento dos suplícios, no entanto, esse não se confunde com a simples punição física ou com a execução, trata-se de uma forma teatral de penalidade corporal assistida e apoiada por todo um conjunto social. Segundo Foucault seria uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune, não sendo, absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios, perdesse todo controle. Tendo nos “excessos” dos suplícios a investidura e toda a economia do poder.<sup>1</sup>

O espetáculo da punição transmitido por esquarteramentos públicos, decapitações e açoites seria, pois, a mais evidente manifestação do poder sobre o corpo do apenado. É na figura dos suplícios, portanto, que a pena cumpre uma função distinta da defendida pelo direito moderno, qual seja: a de demonstração de poder. Somente a partir do período entre 1830 e 1848 é cumprido o objetivo de findar os

---

<sup>1</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: histórias da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1987. [E-Book]. Disponível em: <[https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault\\_vigiar\\_punir.pdf](https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault_vigiar_punir.pdf)>. Acesso em: 22 de abril de 2020



suplícios<sup>2</sup>, apesar de em um contexto global esse tenha sido um processo contínuo e moroso.

O fim do caráter aflitivo das penas teve como propulsor Cesare Beccaria, responsável por elaborar “Dos delitos e das penas”, cujo conteúdo vanguardista alçou o princípio da legalidade como basilar do direito penal contemporâneo. De acordo com o autor, “as penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagradas e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos”<sup>3</sup>. Extingue-se, então, em princípio, o conteúdo cruel da punição e a demonstração de poder sobre o corpo do acusado.

É fato que até mesmo as penas que restringem a liberdade consistem em uma manifestação do domínio sobre o corpo, fazendo parte, nas palavras de Foucault<sup>4</sup>, de uma economia política do corpo. Todavia, trata-se de punição corporal expressivamente menos intensa que os suplícios ou que as execuções aplicadas no vigor do direito romano e germânico.

Houve, ainda, sobretudo por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a salvaguarda de uma natureza humanizada da pena. Consta na declaração que:

Artigo 5º: Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. (...)

Artigo 8º: Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

---

<sup>2</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: histórias da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1987. [E-Book]. Disponível em: <[https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault\\_vigiar\\_punir.pdf](https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault_vigiar_punir.pdf)>. Acesso em: 22 de abril de 2020

<sup>3</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição eletrônica eBookLibris, 2001. [E-Book]. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 22 de abril de 2020

<sup>4</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: histórias da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1987. [E-Book]. Disponível em: <[https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault\\_vigiar\\_punir.pdf](https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault_vigiar_punir.pdf)>. Acesso em: 22 de abril de 2020



Artigo 9º: Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado.<sup>5</sup>

Documentos e tratados internacionais posteriores se incumbiram de reafirmar e até mesmo de ampliar o caráter humanizado do poder punitivo expresso pela declaração supracitada. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por exemplo, traz garantias como a vedação às torturas e às penas cruéis, corroborando com o exposto na Declaração dos Direitos Humanos, bem como traz a figura da pena com finalidade essencialmente de reforma e de readaptação social dos condenados<sup>6</sup>.

No que toca ao ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi promulgada sob um viés garantista alinhado aos direitos primários expostos na Declaração Universal de Direitos Humanos. Dentre as diversas garantias constitucionais do preso, o artigo 5º, inciso XLIX exprime o direito basilar do poder punitivo moderno: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”<sup>7</sup>.

Questiona-se, contudo se as proteções legais expostas ao longo do texto constitucional, dos tratados internacionais ratificados e de outros diplomas legais têm sido aplicadas no contexto fático do sistema carcerário brasileiro. Na década de 1990, já na vigência da Constituição Cidadã de 1988 e após o regime militar de 1964, ocorreu o massacre do Carandiru, no qual, de acordo com números oficiais, foram mortos 111 presos pela intervenção policial após uma rebelião, embora haja dúvidas quanto ao real número de mortos<sup>8</sup>. Em um cenário mais recente, seja por ação ou omissão estatal, as garantias dos presos permanecem sendo violadas. No ano de 2020

---

<sup>5</sup> ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 22 de abril de 2020

<sup>6</sup> BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de Novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 12 de março de 2020

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 47ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015

<sup>8</sup> MACHADO, Máira Rocha; ASSIS MACHADO, Marta Rodriguez de (Org.). **Carandiru não é coisa do passado: um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos após o massacre**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. [E-Book]. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Carandiru-nao-e-coisa-do-passado.pdf>>. Acesso em: 12 de março de 2020



foi constatado que bactérias têm consumido partes do corpo de presos da Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, em Roraima, a qual se encontra em intervenção federal desde janeiro de 2019 após uma rebelião responsável por matar 33 presos<sup>9</sup>.

Dentre as diversas teorias da pena a serem estudadas nos tópicos subsequentes, em um Estado Democrático de Direito, o critério mínimo para a função da pena deveria ser o de ressocialização e, ainda que fosse adotada uma função preventiva, não deveria ser dotada de cunho aflitivo e cruel, vez que o conceito de suplícios e de punição corporal como demonstração de poder já foram, em princípio, superados.

Nessa perspectiva, diante da incongruência entre o plano teórico-jurídico e a realidade fática carcerária, urge questionar por meio da pesquisa aqui disposta: qual a função da pena tem sido efetivamente aplicada no ordenamento jurídico brasileiro?

## 2 TEORIAS DA PENA

### 2.1 Teoria absoluta da pena

A teoria absoluta da pena tem como aspecto basilar a retribuição ao infrator pelo mal por ele causado. Manifesta-se, precipuamente, na figura da teoria hegeliana, bem como na teoria elaborada por Immanuel Kant. Todavia, o conceito retribucionista, não mais foco do direito penal moderno, torna-se melhor compreendido quando se analisa à luz de seu contexto de surgimento.

O Estado absoluto fundava-se em um misto de religião, monarquia e nobreza, possuindo os componentes dessas classes diversos privilégios, inclusive no aspecto tributário, quando comparados aos demais membros da população<sup>10</sup>. A pena nesse momento histórico consistia em uma afronta à própria monarquia, sendo a figura do rei muitas vezes confundida com um enviado divino, de forma que a infração seria, pois, uma ofensa direta a Deus. Posto fim ao absolutismo por meio de uma era de

---

<sup>9</sup> **CONSULTOR JURÍDICO**. OAB-RR denuncia que presos têm partes do corpo deformadas por bactérias. ISSN 1809-2829. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-19/presos-roraima-partes-corpo-deformadas-bacterias>>. Acesso em: 9 de março de 2020

<sup>10</sup> HOBBSBAWN, Eric John Ernest. **A era das revoluções**: Europa. 14.ed.. São Paulo: Paz e Terra, 2001





revoluções e de revoltas populares, a pena não mais poderia se justificar por uma afronta ao rei absoluto, carecendo, assim, de um novo fim para a sua existência<sup>11</sup>.

Foi na ruptura do Estado absoluto, portanto, que surgiu o retribucionismo como aspecto justificador da pena. Tal teoria é tida como absoluta vez que não apresenta nenhum efeito social de reinserção do indivíduo na sociedade após a extinção da punibilidade ou de prevenção social, pautando-se exclusivamente em uma ideia de retribuição por todo mal causado. Nas palavras de Bitencourt:

Segundo esse esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre justo e injusto.<sup>12</sup>

O fundamento ético do retribucionismo teve como expoente máximo Immanuel Kant, representante do idealismo alemão. O filósofo nasceu em Königsberg, na Prússia Oriental no ano de 1724. Filho de pais luteranos, recebeu severa criação religiosa responsável por influenciar em suas construções filosóficas, sintetizadas em três obras principais: “Crítica da Razão Pura”, “Crítica da Razão Prática” e “Crítica do Juízo”<sup>13</sup>.

A construção kantiana retributiva possui como fundamento a premissa da norma penal enquanto imperativo categórico, isto é, uma ação com fim em si mesma. Na perspectiva do autor, o direito consiste em uma reunião de condições por meio das quais, com base em uma lei universal, o arbítrio de um é capaz de concordar com o arbítrio de outro<sup>14</sup>. A concepção de uma lei universal, portanto, parte do pressuposto de uma moralidade compartilhada entre todos os indivíduos dotados de racionalidade em um contexto global. Mencionada teoria incumbiu-se,

<sup>11</sup> HOBBSBAWN, Eric John Ernest. **A era das revoluções**: Europa. 14.ed.. São Paulo: Paz e Terra, 2001

<sup>12</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 118

<sup>13</sup> PORFÍRIO, Francisco. "Immanuel Kant"; Brasil Escola. Disponível em:

<<https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/immanuel-kant.htm>>. Acesso em 20 de abril de 2020

<sup>14</sup> KANT, Immanuel. **Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014



pois, de combater o relativismo moral, segundo o qual a moralidade dependeria da situação existente em cada caso.<sup>15</sup>

A ética de Immanuel Kant pautada no fim em si mesmo impediria que a pena aplicada ao indivíduo fosse utilizada de forma instrumentalizada com outra finalidade se não a do fim em si mesma de punir, ou, ainda, de retribuir o mal causado pelo comportamento criminoso. Fundou-se, assim, o retribucionismo kantiano como premissa justificadora da pena<sup>16</sup>

O fundamento jurídico primordial da teoria retributiva, por sua vez, foi desenvolvido por Friedrich Hegel. O filósofo nasceu em Stuttgart, Alemanha no ano de 1770 e foi conhecido como precursor do existencialismo. Por meio da obra “Linhas fundamentais de Filosofia do Direito”, Hegel construiu a ideia do crime enquanto negação do Direito posto<sup>17</sup>.

É evidente a aplicação do método dialético hegeliano no que toca à teoria absoluta da pena, haja vista a figura da antítese enquanto comportamento delitivo como negação do Direito e da síntese como negação da negação, isto é, a pena como negação da negação do Direito<sup>18</sup>. A pena seria, pois, uma forma de anular a negação do Direito que se dá na figura do comportamento delitivo. Embora os fundamentos sejam distintos, o retribucionismo hegeliano e kantiano possuem em comum a ausência de qualquer função preventiva, seja especial ou geral, ou, ainda, de qualquer função ressocializadora da pena, permanecendo exclusivamente um conteúdo retributivo do mal gerado à sociedade.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> ALMEIDA, Guido Antônio. Sobre o Princípio e a Lei Universal do Direito Em Kant. Belo Horizonte, 2006, Disponível em: < [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-512X2006000200002](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2006000200002)> Acesso em: 02 de março de 2020.

<sup>16</sup> KANT, Immanuel. Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 201

<sup>17</sup> KLEIN, Joel Thiago. As Críticas de Hegel à Teoria Moral de Kant: Um debate a partir do § 135 de Linhas Fundamentais da filosofia do direito. Santa Catarina, 2011 Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/download/8708/5751>>. Acesso em: 15 de março de 2020

<sup>18</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011

<sup>19</sup> GOMES, Erick Oliveira Rocha. **Finalidade da pena, tutela, bem jurídico e confronto com o viés jurídico-filosófico da moral**. Bahia, 2016. Disponível em: <



A incompatibilidade existente entre Estado Democrático de Direito e o retribucionismo fez surgir críticas doutrinárias à teoria absoluta da pena. Um dos mais assíduos discordantes, Claus Roxin, aduz que:

A teoria da retribuição não nos serve, porque deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque, como profissão de fé irracional e além do mais contestável, não é vinculante. Nada se altera com a substituição, que amiúde se encontra em exposições recentes, da idéia de retribuição (...) pelo conceito dúbio de expiação (...).<sup>20</sup>

Para o autor, a premissa de que a pena exige a retribuição é carente de fundamentação, vez que nada impede que a pena concentre em torno do indivíduo os esforços ressocializadores. Ademais, trata-se, na perspectiva de Roxin, de mero ato de fé, haja vista a impossibilidade de se compreender como é possível eliminar o delito enquanto um mal com outro mal que seria a pena<sup>21</sup>.

É evidente que a pena enquanto retribuição do mal causado tem como origem o sentimento de vingança popular e estatal resquício ainda da fase de demonstração de poder sobre o corpo do acusado, bem como da era dos suplícios como espetáculos teatrais públicos responsáveis por despertar na população um sentimento de revanche pelo crime cometido. Trata-se, portanto, de teoria superada e expressivamente incompatível com o direito penal moderno.

Ainda que se use o argumento da Justiça como fundante da teoria retribucionista, é notório que ao direito penal não é cabido promover a concepção imprecisa de Justiça, devendo-se ater à proteção dos bens jurídicos selecionados pelo legislador e, em termos de política criminal, prevenir crimes e usar de ferramentas ressocializadoras para reinserir o apenado na sociedade uma vez extinta a punibilidade. Ademais, mais indevido é o uso do argumento divino pautado na

---

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/finalidade-da-pena-tutela-bem-juridico-e-confronto-com-o-vies-juridico-filosofico-da-moral/> Acesso em: 18 de fevereiro de 2020

<sup>20</sup> ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 2004, p. 19

<sup>21</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011



necessidade de se pagar pelos seus atos, ou pecados, haja vista que no Estado Democrático de Direito a religião não é vinculada ao *ius puniendi* estatal.<sup>22</sup>

Apesar da inaplicabilidade da teoria absoluta no contexto atual e não obstante as críticas tecidas a essa, faz-se necessário reconhecer os pontos positivos oriundos do retribucionismo. O conceito de proporcionalidade à gravidade do crime praticado, amplamente aplicado ao direito penal moderno e alçado como princípio no ordenamento jurídico brasileiro, advém da teoria da pena enquanto retribuição pelo crime cometido. Trata-se, portanto, de teoria condizente com o contexto histórico em que foi criada e de evidente importância para a contemporaneidade no que toca à elaboração do conceito de proporcionalidade<sup>23</sup>

## 2.2. Teoria relativa da pena

Sob um viés antagônico ao retribucionismo penal, surge a teoria preventiva ou relativa da pena, a qual, segundo classificação elaborada por Paul Joan Anselm Ritter von Feuerbach, subdivide-se em teoria preventiva geral, atuando no escopo da sociedade nas modalidades negativa e positiva, e teoria preventiva especial, tendo como foco o próprio indivíduo apenado atuando também nas modalidades negativa e positiva. Trata-se de teoria a qual, em suma, visa a um efeito social, qual seja o de prevenção do comportamento delitivo, não se incumbindo, pois, de realizar justiça ou de retribuir o mal causado, mas sim de, por meio da aplicação da pena, evitar que novos delitos sejam cometidos no meio social.<sup>24</sup>

A teoria preventiva geral negativa tem como aspecto fundante a pena enquanto ameaça de punição, agindo, assim, no psicológico social com o fito de prevenir o fenômeno delitivo. Presume-se, portanto, que o homem, enquanto ser dotado de racionalidade, ao premeditar um comportamento criminoso, desistiria de praticá-lo

---

<sup>22</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011

<sup>23</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>24</sup> QUEIROZ, Shymene Silva. **A pena no Estado Democrático de Direito: Uma breve análise conceitual, principiológica e teleológica**. Brasil, 2010. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-pena-no-estado-democratico-de-direito-uma-breve-analise-conceitual-principiologica-e-teleologica/>>. Acesso em: 02 de abril de 2020



em virtude do medo da pena que eventualmente seria a ele imposta. A ameaça de pena age, pois, no psicológico do indivíduo dentro do meio social, e não no psicológico do apenado, com o intuito de que esse não venha a delinquir por medo de se encontrar na situação do próprio apenado. A pena seria, assim, conforme a corrente utilitarista, um mal necessário para que novos crimes fossem prevenidos.<sup>25</sup>

Nas palavras do penalista Rogério Greco:

Pela prevenção geral negativa, conhecida também pela expressão prevenção por intimidação, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir na sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados na condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal.<sup>26</sup>

É possível inferir que a teoria preventiva geral negativa adota a pena com a função de controle social por meio da ameaça e da intimidação. Trata-se, pois, de teoria falha e por diversas correntes criticada, vez que o controle social da pena não foi capaz por si só de, no contexto atual, reduzir ou, ainda, de paralisar os índices de criminalidade, os quais, ao contrário, permanecem subindo ainda que adotadas penas mais longas por meio da inclusão de qualificadoras para alguns tipos penais já existentes.

Ante as falhas expostas, surge a teoria preventiva geral positiva. Trata-se de teoria voltada não ao controle social por meio da ameaça da pena, mas de reforço à necessidade de fidelidade aos valores ético-jurídicos. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt, “a pena passa, então, a assumir uma finalidade pedagógica e comunicativa de reafirmação do sistema normativo, com o objetivo de oferecer estabilidade ao ordenamento jurídico<sup>27</sup>”.

A partir do desenvolvimento da função preventiva geral positiva, surgiram outras duas significativas teorias: a fundamentadora e a limitadora. A primeira delas

---

<sup>25</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral . 14. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 473

<sup>26</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral . 14. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 473

<sup>27</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17 ed.. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 145



tem como base os sistemas sociais de Niklas Luhmann, pautando-se na manutenção da expectativa da sociedade de se sentir segura devido à existência da pena. A teoria fundamentadora partiria, portanto, do pressuposto de que “enquanto o delito é negativo, na medida em que infringe a norma, fraudando expectativas, a pena, por sua vez, é positiva na medida em que afirma a vigência da norma ao negar sua infração”<sup>28</sup>.

A teoria limitadora, por sua vez, manifesta-se como uma alternativa ante as mazelas da fundamentadora. Consiste em uma teoria unificadora dialética desenvolvida por Claus Roxin a qual visa reunir em uma só finalidade a função preventiva geral e a função preventiva especial, de forma que a condenação adequada seria aquela que contemplasse esses dois fins. Havendo divergência entre ambas as finalidades, deverá prevalecer a função preventiva especial, desde que a redução do *quantum* condenatório não seja tamanha a ponto de banalizar o caráter da pena.<sup>29</sup>

No que toca à teoria preventiva geral como um todo, urge tecer algumas críticas. A primeira delas reside no fato de que não cabe ao direito penal desempenhar precipuamente uma função simbólica e pedagógica, cabendo à política criminal o desempenho desse papel. Isso porque ao *ius puniendi* estatal enquanto *ultima ratio* incumbe à proteção dos bens jurídicos previamente tutelados pela legislação penal, e não a função didática de ensinar aos indivíduos que compõem a sociedade que não se deve adotar um comportamento delitivo. Ademais, utilizar-se do direito penal para reafirmar valores ético-jurídicos, como propõe a teoria fundamentadora, é demasiado grave vez que a estabilização de expectativas sociais poderia se dar de outras formas que não por meio da norma penal. Como exemplo, poderiam ser utilizadas diferentes políticas criminais bem como alternativas de políticas públicas. Por fim, em se tratando da teoria legitimadora, não se faz justa a diminuição e, por

---

<sup>28</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 17 ed.. São Paulo: Saraiva, 2012, p.148

<sup>29</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão. São Paulo: Saraiva, 2011



vezes, a desconsideração da culpabilidade em detrimento da priorização dos dois fins da pena ansiados por Roxin no momento de fixação do *quantum* condenatório<sup>30</sup>.

A teoria preventiva especial, bem como ocorre na preventiva geral, visa evitar o delito, tendo assim um efeito preventivo social e sendo, pois, desvinculada do retribucionismo. Trata-se, contudo, de função da pena voltada ao indivíduo infrator especificamente e não aqueles que compõem o meio social. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt:

Retomando o exame dos fins perseguidos pela prevenção especial, lembramos que esta não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais.<sup>31</sup>

Entende-se que pela prevenção especial negativa há a inocuização daquele que delinuiu a partir da retirada física desse do convívio social, de forma que, na figura da intimidação pessoal, o condenado ao premeditar novo crime se lembrará da pena cumprida e do mal a ele gerado, não vindo, assim, mais a adotar um comportamento delitivo. É importante frisar, contudo, que a neutralização do apenado só ocorre a partir da pena privativa de liberdade<sup>32</sup>, restando dúvidas sobre qual seria, nesse caso, a teoria aplicada em se tratando de outras modalidades de pena. Exemplo de inocuização com fito preventivo especial negativo no ordenamento jurídico brasileiro é o regime disciplinar diferenciado previsto no artigo 52 da Lei de Execução Penal<sup>33</sup>.

No que tange à teoria preventiva especial positiva, não tem como objetivo intimidar o infrator ou retribuir o mal por ele causado, mas sim reafirmar os valores sociais de convivência com fulcro em uma ressocialização do apenado, evitando, assim, que esse venha a delinquir novamente. Mencionada teoria encontra subsídio

---

<sup>30</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17 ed.. São Paulo: Saraiva, 2012

<sup>31</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 142

<sup>32</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral . 14. ed. Niterói: Impetus, 2012

<sup>33</sup> BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 12 de março de 2020



em diversos tratados internacionais, inclusive na Declaração de Direitos Humanos e na Convenção Americana de Direitos Humanos, além de ter como expressão máxima a priorização das penas alternativas.<sup>34</sup>

Diante disso, é possível inferir que a teoria preventiva especial positiva soluciona o problema da preventiva especial negativa ao propor uma função para todas as modalidades de pena, uma vez que a faceta negativa da referida teoria apenas poderia ser aplicada às penas restritivas de liberdade. Contudo, críticas ainda se fazem necessárias. A mais importante seria a dicotomia existente entre a teoria preventiva especial positiva pautada na ressocialização do apenado quando comparada à realidade carcerária brasileira, como será trabalhado nos tópicos subsequentes<sup>35</sup>.

### 2.3 Teoria mista ou unificadora da pena

Ante a explanação nos tópicos supracitados acerca da finalidade da pena, é notória a existência de críticas quanto às teorias monistas justificadoras. Em síntese, critica-se a teoria absoluta, sobretudo, por ser desprovida de qualquer efeito social ao possuir como única finalidade a retribuição do mal gerado pelo comportamento delincente. No que toca à teoria preventiva geral em sua faceta negativa, é falho o pressuposto de que a ameaça de punição, por si só, seria capaz de prevenir o delito, vez que, como já exposto, o aumento da pena para determinados crimes não necessariamente reduz o índice de criminalidade. Ademais, a teoria preventiva geral positiva também é falha ao prever a pena como reafirmação de valores ético-jurídicos, isso porque o direito penal enquanto *ultima ratio* não deve ser dotado de caráter meramente simbólico. A teoria preventiva especial negativa, por sua vez, é incapaz de justificar as outras modalidades de pena além da privativa de liberdade. E, por fim, a teoria preventiva especial positiva, não obstante ser dotada de boas

---

<sup>34</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 145-171

<sup>35</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 145-171





intencões ao se pautar na ressocialização, não é condizente com a realidade carcerária da maioria dos ordenamentos jurídicos hodiernos.<sup>36</sup>

Diante, pois, da incapacidade das teorias monistas acima trabalhadas de lidar com a complexa gama de fenômenos sociais existentes no direito penal contemporâneo, surge, inicialmente a partir de Adolf Merkel, a teoria mista ou unificadora da pena, com o fito de abranger os aspectos positivos das teorias absoluta e preventiva. Nas palavras de Bitencourt:

Em resumo, as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado, além de buscar a consecução dos fins de prevenção geral e especial.<sup>37</sup>

Trata-se de teoria a qual, inicialmente, buscou justapor os fins preventivos, especiais e gerais, de forma a reproduzir, assim, as falhas das concepções monistas da pena. Contudo, posteriormente, em uma segunda etapa, passou a procurar outras construções capazes de unificar os fins preventivos gerais e especiais através dos estágios da norma, quais sejam, a cominação, a aplicação e a execução<sup>38</sup>.

Não obstante a teoria mista ou unificadora possua diversos críticos, sendo Claus Roxin o mais assíduo desses<sup>39</sup>, consiste em proposta justificadora da pena adotada no ordenamento jurídico brasileiro. Aduz o artigo 59 do Código Penal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

<sup>36</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 163-165

<sup>37</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 163-165

<sup>38</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 163-165

<sup>39</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral . 14. ed. Niterói: Impetus, 2012



- o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.<sup>40</sup>

De acordo com o caput do artigo retrotranscrito, em síntese o juiz estabelecerá a dosimetria da pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Depreende-se, pois, da referida previsão legal um misto entre a teoria absoluta, ao mencionar a necessidade de reprovação do crime, e a teoria preventiva ao destacar que a penalidade deverá se pautar também na prevenção do comportamento delitivo. Ademais, ao dispor ‘conforme seja necessário e suficiente’, o artigo 59 inferiu a aplicação do princípio da proporcionalidade na cominação da pena, sendo esse, novamente, decorrente da teoria preventiva.<sup>41</sup>

No escopo legal, portanto, adota-se a aplicação retribucionista da pena concomitantemente à aplicação preventiva, sendo possível identificar a primazia pela ressocialização, sobretudo no que toca à progressão de regime e à cominação de penas alternativas à privativa de liberdade. Todavia, a problemática reside na própria execução penal em que o aspecto ressocializador é, por muitas vezes, suprimido pela realidade carcerária. Ademais, no que diz respeito à fase posterior ao cárcere, é possível identificar que, na prática, permanecem os critérios antagônicos à reinserção do não mais apenado no contexto social<sup>42</sup>.

Ante o exposto no que toca à teoria mista ou unificadora adotada no ordenamento jurídico brasileiro, os tópicos subsequentes do trabalho aqui disposto cuidarão de uma análise acerca de qual a teoria da pena tem sido efetivamente aplicada no contexto fático, incumbindo- se, pois, de comparar a realidade carcerária,

---

<sup>40</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 de março de 2020

<sup>41</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** 17 ed.. São Paulo: Saraiva, 2012

<sup>42</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão.** São Paulo: Saraiva, 2011



a norma penal, a fase após o cumprimento da sanção penal e a teoria unificadora da pena.

## 2.4 Teoria deslegitimadora da pena

Eugenio Raúl Zaffaroni, marco teórico do trabalho aqui disposto, nasceu em Buenos Aires, Argentina no dia 7 de Janeiro de 1940. Formou-se pela Universidade Nacional do Litoral no ano de 1962. Participou da política argentina por um curto período como deputado constituinte em Buenos Aires e interventor no Instituto Nacional de Luta Contra a Discriminação. Acabou, contudo, por exercer a advocacia por mais de dois anos até ser nomeado, no ano de 2003, ministro da Corte Suprema da Argentina. Atualmente é juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O jurista foi responsável por desenvolver uma análise crítica do Direito Penal, elaborando, para tanto, dois importantes livros os quais servirão de base para a pesquisa aqui disposta, quais sejam: “Direito Penal Brasileiro” e “Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do Direito Penal”<sup>43</sup>.

Em contraposição às teorias legitimadoras da pena, surgem, no direito penal moderno, as teorias deslegitimadoras, sobretudo, na figura da teoria agnóstica de Eugenio Raúl Zaffaroni. Antes, contudo, de uma análise aprofundada no tópico aqui trabalhado acerca da mencionada teoria, faz-se necessário promover um estudo sobre o subsídio teórico de seu surgimento.

Não obstante no início de sua produção acadêmica Zaffaroni partisse do pressuposto do direito penal enquanto um instituto legítimo, a partir, sobretudo, da obra *Em busca das penas perdidas* é possível identificar com clareza o posicionamento do autor no que toca a uma perda de legitimidade do sistema penal. Na perspectiva do penalista, a dificuldade basilar da matéria penal residiria na

---

<sup>43</sup> ITO, Marina. **Função do Direito Penal é Limitar o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Revista Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>>. Acesso em: 28/04/2020



intensa preocupação com o *dever ser* exposto no texto normativo em detrimento do *ser*, isto é, o que o direito penal de fato é:

O discurso jurídico-penal é elaborado sobre um texto legal explicitando, mediante os enunciados da “dogmática”, a justificativa e o alcance de uma planificação na forma do “dever ser”, ou seja, como um “ser” que “não é” mas que “deve ser”, ou, o que é o mesmo, como um ser que “ainda não o é”. (...) Portanto, o discurso jurídico penal socialmente falso também é perverso: torce-se, retorce-se, tornando alucinado um exercício de poder que oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício de poder.<sup>44</sup>

Somado à preocupação excessiva com o *dever ser* em desfavor do *ser*, para o autor, outra crítica ao discurso jurídico-penal, no que toca a sua legitimidade, diz respeito ao uso exclusivo da legalidade formal como justificativa para o exercício do poder punitivo estatal<sup>45</sup>.

É evidente, na doutrina jurídica, que legalidade e legitimidade são conceitos distintos, consistindo o primeiro desses naquilo que está “de conformidade com a norma jurídica”<sup>46</sup> enquanto legitimidade, conceito mais complexo, possui vinculação a uma fundamentação axiológica ético-legal. Nessa diretiva, não bastaria ao direito penal a utilização da legalidade formal – tendo em vista que a pena e a tipificação de condutas encontram subsídio na própria lei, bem como seguem o devido processo legislativo para sua existência – como instrumento legitimador do discurso jurídico-penal, dada a diferença etimológica existente entre legalidade e legitimidade. O fato de o direito penal ser legal não o torna, portanto, na perspectiva do autor, legítimo.

Outro aspecto deslegitimador residiria no “poder militarizador e verticalizador- disciplinar”<sup>47</sup> exercido pelos órgãos do sistema penal. A pressão punitiva se exprime não somente por meio da aplicação legal da pena ou pela

<sup>44</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 18-19

<sup>45</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 18-19

<sup>46</sup> SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. [E-book]. Disponível em: < file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DICIONARIO\_JURIDICO\_BRASILEIRO.pdf >. Acesso em: 27 de março de 2020

<sup>47</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 23



ameaça da pena, as quais compõem parte ínfima e seletivista do direito penal como um todo, mas atinge, ainda, âmbitos diferentes da sociedade, de forma que até mesmo aqueles que são inimputáveis – em um primeiro momento excluídos, portanto, do alcance punitivo – acabam por serem alcançados pelo poder vertical militarizador:

Os órgãos do sistema penal exercem seu poder militarizador e verticalizador- disciplinar, quer dizer, seu poder configurador, sobre os setores mais carentes da população e sobre alguns dissidentes (ou “diferentes”) mais incômodos ou significativos. (...) Praticamente, não existe conduta – nem mesmo as ações mais privadas – que não seja objeto de vigilância por parte dos órgãos do sistema penal ou daqueles que se valem de sua executividade para realizar ou reforçar seu controle, embora mostrem-se mais vulneráveis em ações realizadas em público.<sup>48</sup>

O poder controlador exercido pelos órgãos penais, contudo, não encontra respaldo nos discursos jurídico-penais, uma vez que esses tratam apenas das condutas legalmente tipificadas. Esse exercício de poder, portanto, ocorre de forma grandiosamente seletiva e às margens da legalidade<sup>49</sup>.

Pondo fim ao capítulo primeiro nomeado de “A situação crítica do penalismo latino- americano” da obra “Em busca das penas perdidas”, Zaffaroni elenca um último aspecto responsável por figurar deslegitimidade ao discurso penal: a atuação da operacionalidade dos sistemas penais latino americanos à margem de qualquer hipótese de legalidade<sup>50</sup>. Não obstante as leis tipificadoras de condutas atuem, partindo de uma análise geral da América Latina, conforme à legalidade, não é errado inferir de forma generalizada que a operacionalidade do sistema penal se encontra preenchida de ataques aos direitos humanos e à qualquer garantia penal,

---

<sup>48</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 23-25

<sup>49</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 23-25

<sup>50</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 23-25



atuando mediante torturas, homicídios, estupro e corrupção por parte dos funcionários das agências executivas carcerárias<sup>51</sup>.

Ante a deslegitimidade do sistema penal como um todo e tendo em vista a seletividade que compõe o discurso jurídico-penal – o que o faz ainda mais antagônico a qualquer noção de legitimidade –, a teoria agnóstica surge quase que como uma consequência. Mencionada teoria, a qual encontra, no âmbito brasileiro, apoiadores como Nilo Batista na obra “Manual de Direito Penal Brasileiro” em coautoria com Eugenio Raúl Zaffaroni e Salo de Carvalho por meio da obra “Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do Poder Punitivo”, não consiste em uma nova teoria punitiva, mas sim em uma teoria responsável por desacreditar a própria finalidade da pena.

De acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni, não se pode transpor o cenário atual mediante uma nova teoria punitiva, mas sim por meio de uma teoria negativa ou agnóstica da pena, devendo-se ensaiar uma construção surgida do fracasso de teorias positivas sobre as funções manifestas. A partir da adoção de uma teoria negativa, seria possível, portanto, delimitar um horizonte ao direito penal sem provocar a legitimação dos componentes do estado de polícia característicos do poder punitivo<sup>52</sup>.

Embora seja possível tecer críticas à teoria supramencionada por parte dos apoiadores da legitimidade penal, alegando se tratar de proposta calcada no idealismo, sendo, pois, utópica, bem como sendo possível negar a necessidade de o discurso-jurídico penal se ater à realidade

– mais uma vez retornando à questão do *dever ser* na qual se baseia o direito penal –, trata-se de teoria mais adequada ante as mazelas existentes no sistema penal,

---

<sup>51</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 28-29

<sup>52</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003



sobretudo no que toca ao contexto hodierno da realidade carcerária. Nas palavras do autor:

Numerosos autores e cultores do discurso jurídico-penal, de pensamentos distintos e com níveis muito diferentes de elaboração discursiva, (...) em considerar que, como sua “ciência” encontra-se limitada estritamente pela lei, o discurso jurídico-penal deve reduzir-se à completitude lógica da interpretação da lei em nível semântico, procurando, zelosamente, evitar qualquer dado da realidade “incômodo” (não assimilável pelo discurso). Toda vez que a limitação (...) imposta é de impossível realização, já que nunca se pode interpretar um texto legal sem incorporar dados da realidade (a lei inspira sempre a regulamentar uma “realidade”), a incorporação ou exclusão destes dados não legais constitui apenas uma arbitrariedade (...).<sup>53</sup>

É errôneo, portanto, ao tecer críticas à teoria agnóstica, ater-se ao garantismo presente na Constituição Federal de 1988 e negar a seletividade e a violação aos direitos do apenado evidentemente presentes no cárcere, tratando-se, assim, de mera expressão de arbitrariedade.

## 3 ATUAL SITUAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

### 3.1 Seletividade penal

Independente de qual função da pena seja defendida, se da mera retribuição, de prevenção ou, ainda, de reafirmação de valores ético-sociais, é consenso que ao direito penal cabe a proteção dos bens jurídicos legalmente tutelados, por meio, pois, da “afetação de bens jurídicos do autor do delito (de sua liberdade, na prisão ou reclusão; de seu patrimônio, na multa; de seus direitos, nas penas restritivas)”<sup>54</sup>. A pergunta que se faz, todavia, é: a proteção desses bens jurídicos se faz de forma pautada na isonomia? A lei penal é aplicada igualmente a todos?

---

<sup>53</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 80

<sup>54</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 92



A seletividade, reforçada pelo direito penal do inimigo impregnado pelo punitivismo, traz à tona a construção de estereótipos de criminosos por parte do próprio meio social em comunhão à fabricação midiática e reafirmada pelos órgãos institucionais do sistema penal. “Esses estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes (delinquência de colarinho branco, dourada, de trânsito, etc)”<sup>55</sup>.

Não obstante, portanto, o direito penal detenha autonomia para, por meio da coerção penal, aplicar a lei a qualquer um que a ela se oponha, a seletividade determina a punição majoritária daqueles que se encaixam em estereótipos pré-fixados de marginalidade, os quais, no contexto brasileiro, consistem, sobretudo, naqueles indivíduos de classes economicamente desfavorecidas. Em síntese:

A seletividade estrutural do sistema penal – que só pode exercer seu poder regressivo legal em um número insignificante das hipóteses de intervenção planejadas – é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal. Os órgãos executivos têm “espaço legal” para exercer poder sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem<sup>56</sup>.

A forma de atuação seletiva do sistema penal reafirma, pois, uma concepção de criminalização da pobreza, ainda que alguns membros das classes mais pobres acreditem nesse entendimento em virtude da forte construção midiática em torno dos estereótipos de delinquentes. Para a melhor compreensão desse fato, contudo, faz-se necessária uma análise do contexto social hodierno brasileiro em somatória a uma posterior verificação de dados referentes ao sistema carcerário nacional.

O caput do artigo 6º da Constituição Federal de 1988 traz como direitos sociais mínimos para uma vida digna “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a

---

<sup>55</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 130

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 27





proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados”<sup>57</sup>. Todavia, a expressão dos dados atinentes ao desenvolvimento social recolhidos e compilados pelo IBGE coincide com uma realidade distinta da proposta pelo texto constitucional.

A partir de um exame das “condições de vida da população em aspectos relacionados à distribuição de rendimento, pobreza monetária e acesso a bens e serviços, ao longo do período entre 2012 e 2018”<sup>58</sup>, é possível destacar que, no ano de 2018, 57,6% dos rendimentos domiciliares per capita possuíam valor igual ou inferior ao salário mínimo vigente no ano em questão<sup>59</sup>, provando, assim, a permanência de uma desigualdade social significativa no cenário brasileiro. Ademais, a desigualdade em apreço se aprofunda mais quando analisada sob um viés racial, isso porque “enquanto 16,4% da população branca estava entre os 10% com maiores rendimentos, apenas 5,0 % da população preta ou parda encontrava-se nessa mesma classe de rendimentos em 2018”<sup>60</sup>.

A desigualdade social e racial acima demonstrada possui significativos reflexos no cenário carcerário brasileiro. De acordo com dados extraídos do INFOPEN<sup>61</sup>, no ano de 2016, 55% da população prisional era composta por jovens (considerados até 29 anos), sendo a maior parte homens. Ademais, nesse mesmo ano, 64% dos presos eram negros, o que demonstra uma sobre-representação desse grupo, tendo em vista que a população brasileira maior de 18 anos era composta por 53% de pessoas negras. No que toca ao grau de escolaridade consonante ao ano de 2016, 14% dos presos eram analfabetos, 15% possuíam o ensino médio incompleto e 51%

---

<sup>57</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 47ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015

<sup>58</sup> IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais: Uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira**. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf>>. Acesso em: 10 de Abril de 2020

<sup>59</sup> Ibidem

<sup>60</sup> Ibidem

<sup>61</sup> BRASÍLIA: Ministério da Justiça e Segurança. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN**, 2017. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 10 de Abril de 2020



possuíam ensino fundamental incompleto<sup>62</sup>. Embora não houvesse dados acerca da renda per capita dos presos antes da condenação no que toca ao ano de 2016, é possível inferir que, tomando como base o baixo ou inexistente acesso à educação, trata-se majoritariamente de indivíduos pertencentes a classes economicamente desfavorecidas, o que reforça a afirmação do sistema carcerário enquanto reflexo da desigualdade social e racial ainda existente na sociedade brasileira contemporânea.

O lapso temporal do ano de 2016 para o ano de 2019 não provocou profundas mudanças no que toca ao fato de a maioria da população carcerária ser composta por homens. Em consonância com o INFOPEN<sup>63</sup> de 2019, o número de presos masculinos corresponde a 95,06% do total de prisões. Todavia, não existem informações suficientes no levantamento acerca de raça, de escolaridade, e da renda per capita dos presos em momento anterior à prisão. Além da desigualdade racial e social notoriamente visível no sistema carcerário – desconsiderando, pois, como supracitado por Zaffaroni, os crimes de colarinho branco, por exemplo –, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) consiste em outro expoente da seletividade penal. Pela Lei n. 7.210 (Lei de Execuções Penais), a “prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado”<sup>64</sup>. O contexto de surgimento dos RDDs, contudo, deu-se com o fito de saciar a opinião pública no que toca a uma visão punitivista e retribucionista, visando conter as organizações criminosas

---

<sup>62</sup> BRASÍLIA: Ministério da Justiça e Segurança. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias:** INFOPEN, 2017. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 10 de Abril de 2020

<sup>63</sup> BRASÍLIA: Ministério da Justiça e Segurança. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias:** INFOPEN, 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTIkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFiMDktNzRlNmFkNTM0Mmwi3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 10 de Abril de 2020

<sup>64</sup> BRASIL. **Lei n° 7.210, de 11 de Julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. 1894. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 12 de março de 2020



violentas presentes no cárcere, expressando, mais uma vez, o ápice da seletividade penal, tendo em vista se tratar de um regime criado com um público direcionado –

leia-se direito penal do autor.

Além de violar o objetivo ressocializador do sentenciado vigente na Lei de Execuções Penais, bem como o princípio humanizador da pena presente no texto constitucional e além de representar autêntica vingança social<sup>65</sup>, o RDD exprime, portanto, da forma mais clara a manifestação da seletividade nos órgãos institucionais do sistema penal.

Ante todo o exposto, é possível responder a questão inicialmente proposta: a lei penal, embora tenha autonomia para tanto, não se aplica de forma isonômica a toda a população brasileira. Em momento ulterior, contudo, será possível retomar o tópico da seletividade penal ao promover uma análise no que toca a uma eventual função da pena.

### 3.2 A vida após o cárcere

A Lei n. 7.210/1984 traz no bojo de seu artigo 1º que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a **harmônica integração social** do condenado e do internado” (grifo nosso)<sup>66</sup>. O artigo 10º, por sua vez, estabelece que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o **retorno à convivência em sociedade**” (grifo nosso)<sup>67</sup>. Tratam-se, assim, ao visar à integração social do condenado e ao retorno à convivência em sociedade, de expressões máximas da função ressocializadora da pena dentro do escopo da teoria mista adotada no ordenamento jurídico brasileiro. A realidade carcerária, contudo, mostra-

---

<sup>65</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

<sup>66</sup> BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. 1894. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 12 de março de 2020

<sup>67</sup> BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. 1894. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 12 de março de 2020



se distinta da iniciativa reabilitadora proposta pelo texto da Lei de Execução Penal.

Embora a lei retrotranscrita preveja o direito à assistência educacional como meio de reintegração da população carcerária ao meio social<sup>68</sup>, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, no ano de 2016 “apenas 12% da população prisional no Brasil estava envolvida em algum tipo de atividade educacional, entre aquelas de ensino escolar e atividades complementares”<sup>69</sup>. O ano de 2019 não apresentou mudanças significativas, conforme dispõe o INFOPEN, apenas 16,53% dos presos, isto é, 124 mil de um total de 748 mil, possuem acesso à educação<sup>70</sup>.

No que toca à atividade laboral, direito também assegurado ao apenado pela Lei n. 7.210/1984 com finalidade educativa e produtiva, “em Junho de 2016, 15% da população prisional estava envolvida em atividades laborais, internas e externas aos estabelecimentos penais, o que representa um total de 95.919 pessoas”<sup>71</sup>. No ano de 2019 o quadro permaneceu semelhante, sendo de 19,28% o índice de laboraterapia pela população prisional total<sup>72</sup>. Um dos motivos para a dificuldade de acesso ao trabalho por parte dos encarcerados consiste na lotação das penitenciárias. Ainda em

---

<sup>68</sup> BRASIL. **Lei n° 7.210, de 11 de Julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. 1894. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 12 de março de 2020

<sup>69</sup> BRASÍLIA: Ministério da Justiça e Segurança. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN**, 2017. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-nacional-de-informacoes-penitenciarias-1/noticias/infopen-levantamento-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-nacional-de-informacoes-penitenciarias-1/noticias/infopen-levantamento-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 10 de Abril de 2020

<sup>70</sup> BRASÍLIA: Ministério da Justiça e Segurança. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN**, 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaZTIkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFIMDktNzRlNmFkNTM0MwI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 10 de Abril de 2020

<sup>71</sup> BRASÍLIA: Ministério da Justiça e Segurança. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN**, 2017. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-nacional-de-informacoes-penitenciarias-1/noticias/infopen-levantamento-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-nacional-de-informacoes-penitenciarias-1/noticias/infopen-levantamento-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 10 de Abril de 2020

<sup>72</sup> BRASÍLIA: Ministério da Justiça e Segurança. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN**, 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaZTIkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFIMDktNzRlNmFkNTM0MwI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 10 de Abril de 2020



consonância com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, no ano de 2019 havia um déficit total de 312.925 vagas, sendo 442.349 o total de vagas em contraposição a um número de 755.274 pessoas privadas de liberdade<sup>73</sup>. Nessa diretiva, espaços que seriam destinados ao desenvolvimento das atividades laborais acabam por ser ocupados por presos que não possuem lugar nas celas inicialmente disponibilizadas.

A dificuldade de acesso ao trabalho e à educação antes e durante o cumprimento da pena privativa de liberdade incide diretamente sobre a vida após o cárcere, promovendo elevados índices de reincidência criminal, demonstrando, assim, a falência da função ressocializadora da pena. Considerando a confiabilidade dos dados estatísticos sobre a reincidência na América Latina, tendo em vista a ineficiência de se aplicar uma política criminal coesa<sup>74</sup>, segundo estudo promovido pelo IPEA, a reincidência no Brasil consistia, no ano de 2015, em aproximadamente 70%<sup>75</sup>. Sendo assim, nas palavras de Bitencourt,

Apesar da deficiência dos dados estatísticos, é inquestionável que a delinquência não diminui em toda a América Latina e que o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar o delinqüente; ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado<sup>76</sup>.

Além dos aspectos acima trabalhados, outro fator contribui para a reincidência criminal: a autorização jurisprudencial para que, em alguns casos, seja exigida pelo empregador a certidão de antecedentes criminais. No ano de 2017, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) por meio de julgamento de incidente de recurso repetitivo firmou situações em que pode ser pedida ao trabalhador a

<sup>73</sup> BRASÍLIA: Ministério da Justiça e Segurança. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: INFOPEN, 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFIMDktNzRIUmFkNTM0M0WI3fi-widCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05M0YyL0RTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 10 de Abril de 2020

<sup>74</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011

<sup>75</sup> IPEA. **Reincidência Criminal no Brasil**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611\\_relatorio\\_reincidencia\\_criminal.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf)>. Acesso em: 15 de setembro de 2019

<sup>76</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 168



comprovação de certidão negativa de antecedentes criminais. Para a Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal, “a exigência é considerada legítima em atividades que envolvam, entre outros aspectos, o cuidado com idosos, crianças e incapazes, o manuseio de armas ou substâncias entorpecentes, o acesso a informações sigilosas e transporte de carga”<sup>77</sup>. A dificuldade de acesso ao trabalho, ante a possibilidade de, em alguns casos, ocorrer a averiguação de antecedentes criminais, contribui para que o indivíduo recorra novamente à criminalidade como meio de subsistência.

A partir do exposto, forçoso concluir que a função ressocializadora da pena, embora disposta no escopo da Lei n. 7.210/1984, não encontra subsídio fático durante a execução penal, haja vista o déficit existente no que toca ao acesso ao trabalho e à educação, bem como não possui aplicação na vida após o cárcere, tomando como base a autorização jurisprudencial para a verificação, em alguns casos, dos antecedentes criminais pelo empregador e os elevados índices de reincidência criminal.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após análise da norma penal, da realidade carcerária, das teorias legitimadoras, então adotadas pelo Brasil, bem como da fase após o cumprimento da sanção penal extrai-se que o atual modelo punitivo do Brasil fracassou. As penitenciárias estão superlotadas, os presos, em sua maioria não conseguem ressocialização e o que menos se consegue é evitar a prática de novas infrações penais, haja vista os gigantescos índices de reincidência. Assim, tem-se que a teoria clássica legitimadora do poder punitivo estatal adotada não cumpre suas funções declaradas, quais sejam, reprovar o agente pela infração penal e prevenir novos delitos.

---

<sup>77</sup> **CONSULTOR JURÍDICO.** TST define situações em que empresa pode pedir antecedentes criminais. ISSN 1809-2829. 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-abr-28/tst-define-quando-empresa-pedir-antecedentes-criminais>>. Acesso em: 15 de abril de 2020



Entretanto, surge em meio a esse contexto, no seio da doutrina penal e criminológica novas teorias que criticam essa visão clássica à cerca da justificação ou da legitimação da pena. Dentre elas a teoria agnóstica da pena que teve como precursor o professor Eugenio Raúl Zafaronni. A proposta dessa teoria é a redução drástica do poder punitivo estatal. É a mitigação do poder de punir do Estado no maior nível possível, sendo essa sua função primordial. Não seria uma nova teoria punitiva, mas sim uma teria responsável por desacreditar a própria finalidade da pena.

Ao criar a teoria agnóstica da pena Zaffaroni a faz baseada em três importantes fundamentos,

(a) primeiro, a seletividade do direito penal, sob o argumento de que esse incide sua força punitiva com muito mais rigor e na maior parte das vezes sobre, apenas determinada parcela da sociedade, via de regra pobres e marginalizados, assim, outras pessoas que praticam, por exemplo, crime do “colarinho branco” muitas vezes não chegam a receber tal atenção penal; (b) segundo fundamento, base da referida teoria, é que a pena não cumpre suas funções apresentadas e diante da ineficácia das funções que a teoria clássica propõe é que Zaffaroni também fundamenta a teoria agnóstica da pena; (c) por fim, o terceiro fundamento que guia essa teoria é de que a pena não é um ato jurídico e sim, político, ou seja, por se tratar de uma reafirmação do poder estatal, uma vez que ela não cumpre suas funções jurídicas violando direitos do apenado e da sociedade, não cumprindo as funções de retribuição e prevenção, portanto, a pena teria natureza estritamente política.

A propositura da referida teoria agnóstica da pena em contraposição às teorias legitimadoras, se vale de um modelo ideal de Estado, o “dever ser”. Aquele que se tem de um lado o estado de direito hipertrofiado, cumprindo suas funções humanistas, garantistas, políticas públicas efetivas e do outro lado o estado de polícia pequeno e irrelevante por não ter que aplicar tanta punição. O Brasil certamente não é o modelo ideal, não temos uma harmonia plena entre estado de direito e estado de polícia, em



que pese ser louvável o diálogo acerca do tema pelo simples fato de criticar e denunciar o fracasso do atual modelo punitivo. Tal teoria não poderia ser aplicada no Brasil ou em qualquer outro país subdesenvolvido com altos níveis de criminalidade. Para Zaffaroni é nítido a perda da legitimidade do sistema penal. A dificuldade essencial da matéria penal estaria na intensa preocupação com o “dever ser” exposto no texto normativo em detrimento do “ser”. Além disso, outra crítica ao discurso jurídico-penal, no que toca sua legitimidade, diz respeito ao uso exclusivo da legalidade formal como justificativa para o exercício do poder estatal. Porém, segundo o autor, o fato de o direito penal ser legal não o torna, legítimo. Por enquanto a teoria se faz importante pelo simples fato de propor uma discussão acerca do modelo atual. Entretanto, não pode ser vista como passível de aplicação imediata, precisa ser trabalhada e discutida.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Guido Antônio. **Sobre o Princípio e a Lei Universal do Direito Em Kant**. Belo Horizonte, 2006. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-512X2006000200002](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2006000200002)>. Acesso em: 02 de março de 2020.
- ANDRADE, Durval Ângelo. **APAC: A face humana da prisão**. 5 ed. Belo Horizonte: O Lutador, 2017.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição eletrônica eBookLibris, 2001. [E-Book]. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 22 de abril de 2020.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17 ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 47ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.





BRASIL. Decreto n° 678, de 6 de Novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 12 de março de 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 de março de 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 22 de abril de 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. 1894. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 12 de março de 2020.

BRASÍLIA: Ministério da Justiça e Segurança. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias:** INFOPEN, 2017. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 10 de Abril de 2020.

BRASÍLIA: Ministério da Justiça e Segurança. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias:** INFOPEN, 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTlkZGJjODQtNmJiMi00OTJhLWFiMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 10 de Abril de 2020.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal : parte geral.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

**CONSULTOR JURÍDICO.** OAB-RR denuncia que presos têm partes do corpo deformadas por bactérias. ISSN 1809-2829. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-19/presos-roraima-partes-corpo-deformadas-bacterias>>. Acesso em: 9 de março de 2020.

**CONSULTOR JURÍDICO.** TST define situações em que empresa pode pedir antecedentes criminais. ISSN 1809-2829. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-28/tst-define-quando-empresa-pedir-antecedentes-criminais>>. Acesso em: 15 de abril de 2020.



FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: histórias da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1987. [E-Book]. Disponível em: <[https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault\\_vigiar\\_punir.pdf](https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault_vigiar_punir.pdf)>. Acesso em: 22 de abril de 2020.

GOMES, Erick Oliveira Rocha. **Finalidade da pena, tutela, bem jurídico e confronto com o viés jurídico-filosófico da moral**. Bahia, 2016. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/finalidade-da-pena-tutela-bem-juridico-e-confronto-com-o-vies-juridico-filosofico-da-moral/>> Acesso em: 18 de fevereiro de 2020

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral** . 14. ed. Niterói: Impetus, 2012.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HOBBSAWN, Eric John Ernest. **A era das revoluções**: Europa. 14.ed.. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais**: Uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf>>. Acesso em: 10 de Abril de 2020.

ITO, Marina. **Função do Direito Penal é Limitar o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Revista Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>>. Acesso em: 28 de Abril de 2020.

KANT, Immanuel. **Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

KLEIN, Joel Thiago. **As Críticas de Hegel à Teoria Moral de Kant**: Um debate a partir do § 135 de Linhas Fundamentais da filosofia do direito. Santa Catarina, 2011 Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/download/8708/5751>>. Acesso em: 15 de março de 2020.

MACHADO, Maíra Rocha; ASSIS MACHADO, Marta Rodriguez de (Org.). **Carandiru não é coisa do passado**: um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos após o massacre. São Paulo : FGV Direito SP, 2015. [E-Book]. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Carandiru-nao-e-coisa-do-passado.pdf>>. Acesso em: 12 de março de 2020.



MEIRA, Sílvio A. B. **A Lei das XII Tábuas**: fonte do direito público e privado. Imprenta: Belém, 1956.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 22 de abril de 2020.

PORFÍRIO, Francisco. "**Immanuel Kant**"; Brasil Escola. Brasil. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/immanuel-kant.htm>. Acesso em 20 de abril de 2020

QUEIROZ, Shymene Silva. **A pena no Estado Democrático de Direito: Uma breve análise conceitual,principiológica e teleológica**. Brasil, 2010. Disponível em:<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-pena-no-estado-democratico-de-direito-uma-breve-analise-conceitual-principiologica-e-teleologica/>>. Acesso em: 02 de abril de 2020.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 2004.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. [E-book]. Disponível em: <[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DICIONARIO\\_JURIDICO\\_BRASILEIRO.pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DICIONARIO_JURIDICO_BRASILEIRO.pdf)>. Acesso em: 27 de março de 2020.

SÃO PAULO. **Painel Diversidades**. Janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/sap-faz-levantamento-inedito-sobre-populacao-lgbtqi-em-unidades-prisionais/>. Acesso em: 14 de abril de 2020.

SERRA, Victor Siqueira. "**Pessoa afeitada ao crime**": criminalização de travestis e os discursos do Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo: IBCCRIM, 2019.

WITKER, Jorge. **Como elaborar uma tesisendereço**: pautas metodológicas y técnicas para elestudiente o investigador delderecho. Madrid: Civitas, 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.



# A FORÇA DA MULHER NEGRA NA ATUAÇÃO JURÍDICO-SOCIAL

Fândela Cássia Candido

## RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objeto a análise da visão sobre a mulher negra e como essa exerce suas funções institucionais no âmbito jurídico-social. Correlaciona-se a força da ancestralidade feminina negra (e sua capacidade de exercer múltiplas funções à época em que foram escravizadas) com a força da mulher negra atual, que escolheu o caminho da ciência do Direito para exercer seu papel funcional na sociedade. Por meio do método bibliográfico qualitativo, com leituras de escritoras negras (como Angela Davis, filósofa e feminista que, em seu livro “Mulheres, Raça e classe”, percorreu, em meados de 1980, uma nova perspectiva da mulher negra e suas funções essenciais), busca-se ressaltar nesta monografia todo o contexto histórico da escravidão para, posteriormente, descrever seus efeitos nos dias atuais, da seguinte forma: inicialmente, utilizam-se dados para melhor compreensão do legado histórico da escravidão da mulher negra; em segundo lugar, disserta-se sobre as consequências ainda vigentes da exploração da mulher negra em múltiplas tarefas. A seguir, aborda-se o papel sociopolítico dado às mulheres negras e seus desafios para ocuparem espaços públicos e de poder. Por fim, por meio do método explorativo da entrevista com sete mulheres negras que decidiram enfrentar a selva jurídica e social do Direito, descrevem-se seus relatos, ressaltando o legado positivo e negativo proveniente da escravidão.

**Palavras-chave:** Mulher negra. Escravidão. Invisibilidade. Luta social. Ciência do Direito.

## INTRODUÇÃO

Força! Essa tem sido a palavra de honra que permeia o universo da mulher negra na sociedade brasileira como um todo desde seus primórdios. A escravidão foi um período bárbaro para a população afrodescendente por muitos séculos. Vê-se que ao utilizar o termo população refiro-me a todos os gêneros e idades; contudo, a história da mulher negra encontra-se ainda invisibilizada. Nesse sentido, busca-se



nesta monografia demonstrar quais os efeitos do período da escravidão para a mulher negra.

A mulher negra era vista como a maior e mais valiosa força de trabalho, acumulando em seu corpo robusto e ao mesmo tempo de anatomia frágil tanto a divindade da procriação, a habilidade de ser líder do seu lar, da sua comunidade e de sua própria vida, quanto, ainda, a força física de trabalhar em uma lavoura, equiparando-se à força física de um homem negro sem a prerrogativa da feminilidade dada às mulheres brancas, enquanto seu corpo era lucrativo de todas as formas aos seus ditos senhores.

As multitarefas e multipersonalidades ainda são os meios usados para a sobrevivência da mulher negra do século XXI, como o presente trabalho irá explanar, por meio de relatos de advogadas e estudantes de Direito, que mesmo em meio a preconceitos e adversidades enfrentam incansavelmente seu percurso educativo, profissional e social.

O presente trabalho encontra-se estruturado em três capítulos. No primeiro capítulo, aborda-se o legado da escravidão, com a literatura principal por meio do livro *Mulheres, raça e classe*, da autora Angela Davis, o qual perpassa pelos acontecimentos da escravidão pela ótica da mulher negra. O trabalho escravo, a pseudoliberalidade da mulher, as questões familiares e a escravidão da mulher negra no Brasil são os pontos sobre os quais nos debruçamos nesta monografia.

No segundo capítulo, explana-se sobre as consequências jurídicas da escravidão na realidade da mulher negra brasileira por meio do biopoder, do contrato racial e epistemicídio, além de referir-se aos dados estatísticos relativos ao lugar da mulher negra no mercado de trabalho, ao seu nível de escolaridade e à sua situação em violências de gênero (como a violência doméstica) utilizando-se, assim, da interseccionalidade como via metodológica.

Por fim, no terceiro capítulo, refere-se à inserção da mulher negra no âmbito jurídico-social, explanando histórias e biografias de mulheres negras à época da



escravidão, contadas no livro de Angela Davis, e das mulheres negras brasileiras, segundo o livro de Bianca Santana *Vozes insurgentes*; também se emprega aqui a metodologia da entrevista semiestruturada, com aplicação de questionários estruturados em contato com sete mulheres.

O objetivo do trabalho foi, por meio do lugar de fala da mulher negra acadêmica, dar voz às histórias das mulheres negras escravizadas e, nesse sentido, conseguir demonstrar que elas, ao mesmo tempo em que eram as maiores vítimas da escravidão com o seu papel de multitarefas, eram as que mais lutavam para que as suas realidades fossem modificadas. E assim, com essa força ancestral, demonstrar que as mulheres negras, hoje em dia, ainda necessitam percorrer um caminho mais árduo, com discriminações e dúvidas quanto ao seu potencial.

## 1 O LEGADO DA ESCRAVIDÃO

Esta parte introdutória é essencial para todo o contexto desta monografia. Inspira-se e, conseqüentemente, embasa-se na obra *Mulheres, raça e classe* (DAVIS, 2016), originalmente publicada em 1981, sendo de autoria da ativista feminista marxista, educadora, filósofa e escritora norte-americana Angela Davis. De toda a obra, seu primeiro capítulo foi considerado o norte para apresentar uma nova visão, dentro desse contexto, da vida das mulheres negras quanto ao seu papel social, braçal e intelectual durante a época da escravidão norte-americana.

No prefácio da edição brasileira, a autora Djamila Ribeiro, em sumo, expressa a importância da contribuição das palavras de Angela Davis de uma forma atemporal e dinâmica:

Angela Yvonne Davis é uma mulher à frente de seu tempo. E dizer isso não é afirmar que ela esteja desatenta às questões que afetam a sociedade em seu momento histórico; ao contrário, significa apontar o potencial revolucionário de seu pensamento, que nos inspira a pensar além e a sair do lugar-comum. (...)

*Mulheres, raça e classe* é a tradução do conceito de interseccionalidade. Angela Davis traz um potencial



revolucionário, e ler sua obra é tarefa essencial para quem pensa um novo modelo de sociedade. (DAVIS, 2016, p. 19)

## 1.1 A cronologia dos estudos da escravidão

Sabe-se que a escravidão foi um marco sangrento na história de toda conjuntura mundial. Contudo, quando se observa tal período, pouco se encontram teorias ou referências à mulher negra escravizada e sua importância para a construção histórica (DAVIS, 2016, p. 22).

Angela Davis cita que nos anos de 1900 em diante, no velho sul dos Estados Unidos, o debate sobre a escravidão tornou-se excessivamente acalorado em virtude da busca dos significados e consequências dessa para o contexto social de então. Entretanto, em meio a toda essa atividade intelectual, a situação específica das mulheres escravizadas, ainda permanecia incompreendida, como escrito por Angela:

Nessa onda de publicações, é evidente a ausência de um livro especificamente dedicado à questão das mulheres escravas. Quem, entre nós, aguardava com ansiedade uma análise séria sobre as mulheres negras durante o período da escravidão permanece, até o momento, decepcionado. Igualmente decepcionante tem sido a descoberta de que, com exceção do tema tradicionalmente debatido sobre promiscuidade versus casamento e sexo forçado versus sexo voluntário com homens brancos, os autores dessas novas obras têm dado atenção insuficiente às mulheres. (DAVIS, 2016, p. 22).

O debate sobre a escravidão ganhou destaque pelas demasiadas publicações em diferentes contextos, sendo alguns referidos por Angela Davis. Dentre eles, a obra intitulada de “*Slavery: A Problem in American Institutional and Intellectual Life*” [Escravidão: um problema na vida intelectual e institucional americana] foi publicada no ano de 1959, pelo professor e historiador norte americano Stanley Maurice Elkins (WATSON, 1959). Baseou-se na comparação polêmica entre a escravidão e os campos de concentração nazistas (DAVIS, 2016, p. 22).

Os estudos compararam as consequências psicológicas das pessoas objetos de ambos os fatos. Ele baseou sua pesquisa sociológica e psicológica na entrevista com prisioneiros dos campos de concentração nazistas, mostrando que o ambiente



totalitário, sistematicamente, destruiu suas capacidades de resistir, planejar e formar relacionamentos positivos sociais e, assim, correlacionando-se com a escravidão pré-guerra norte americana, a qual era um ambiente similar.

Concluiu-se que a escravidão instituiu um padrão de personalidade dependente e infantilizado nas pessoas negras escravizadas, além de um padrão de personalidade atemporal, ou seja, um século após o fim da escravidão ele considerava que os negros ainda possuíam uma (não) personalidade de completa passividade e dependência (WATSON, 1959).

Por óbvio, logo essa teoria fora considerada ofensiva por historiadores estudantes da escravização, pelos próprios ex-escravizados e seus descendentes, além dos representantes pós- guerra mundial. Entretanto, apesar de controversa, tal polêmica serviu de estopim para o início dos estudos sobre o homem, a mulher e as crianças negras no ambiente pré, durante e pós- escravidão (ARNOLD, 1959).

A obra *“The Black Family in Slavery and Freedom”* [A família negra na escravidão e na liberdade] do escritor americano e professor de história Hebert George Gutman foi publicada em 1977 e baseava-se em estudos detalhados, utilizando-se de censos, registros familiares, notas fiscais à época da escravidão, entre outros meios, com o intuito de visibilizar a vida familiar da população negra sob a ótica da escravidão nos Estados Unidos, tendo como principal argumento o fato de que a escravidão não separou a família negra, tendo esta permanecido intacta, apesar de todo o trajeto de comercialização e tráfico dos negros, além da objetificação da mulher negra (GUTMAN PAPERS, 1988).

O trabalho de Gutman foi bem recepcionado pela academia de historiadores, por ter seu foco primordial nos indivíduos e suas funções familiares, realçando que a ancestralidade e a cultura advinda com os negros não se perderam durante o contexto histórico da escravidão. Ele inferiu que a perpetuação da família negra se dá por manter tal vínculo, apesar das violências físicas e sociais, mantendo assim, um legado amplo para as próximas gerações (GUTMAN PAPERS, 1988).





Todavia, apesar de se utilizar de dados e censos consistentes, frutos de pesquisa em meio ao ambiente das famílias negras, Angela Davis afirma que a visão de Gutman ainda era a de um homem branco dentro da comunidade negra, pois possuía uma visão superficial da profundidade de toda a questão envolvida na família negra escravizada e do papel desenvolvido por cada membro para sua própria sobrevivência e da sua comunidade (DAVIS, 2016, p. 22).

Dentre as obras mencionadas por Davis, destaca-se o livro “*The Slave Community: Plantation Life in the Antebellum South*” [A comunidade escrava: A vida da colônia antes da Guerra do Sul], de John Wesley Blassingame, escritor negro, historiador, educador e um dos estudiosos precursores no estudo sobre a escravidão norte-americana, sob a ótica do homem negro, usando-se de testemunhos e evidências dos próprios escravizados que foram anteriormente ignoradas (STUCKEY, 2007).

A obra foi publicada em 1972, pela imprensa da Universidade de Oxford e republicada em 1979, por ter que ser revisada, após duras críticas da comunidade de estudiosos da escravidão americana, por acreditarem que as suas perspectivas não eram confiáveis, visto que, os negros ex-escravizados não eram confiáveis (STUCKEY, 2007).

A despeito de tais perspectivas, o referido livro é fundamental para os estudos primários da cultura dos escravos nas plantações do sul americano. Foi um dos primeiros livros apresentados, à época, a partir da perspectiva dos negros escravizados, contradizendo os demais historiadores, de maioria branca, que haviam interpretado e publicado livros que relatavam os negros escravizados como dóceis e submissos e que mantinham uma relação paternal com seus ditos senhores.

Blassingame, com o auxílio da psicologia, baseou-se os seus estudos na análise das narrativas dos negros fora da condição de escravizados, concluindo que estes teriam uma cultura independente e que dentro dela exerciam demasiados papéis de forma singular e fundamental para o fluxo dentro do contexto da comunidade,



evidenciando, portanto, a capacidade de exercer múltiplas personalidades e funções, o que outros estudiosos relataram não ser possível, devido ao ambiente hostil que a escravidão havia proporcionado a estes indivíduos (STUCKEY, 2007).

Sua crítica concentrou-se na argumentação de que os historiadores, como Gutman e Elkins, nunca exploraram sistematicamente as experiências de vida dos escravizados americanos. Afirma que ao se concentrar no que foi dito pelos que eram considerados proprietários de negros escravizados, configurou-se um estereótipo de submissão, apresentando uma visão distorcida de que o negro escravizado absteve-se de qualquer cultura significativa e distinta da sua vida familiar, religião, ancestralidade ou humanidade.

Ao invés de se identificar e se submeter ao seu dito senhor, o negro escravizado manteve muitos remanescentes de sua cultura africana, adquiriu um senso de valor nos bairros, controlava aspectos importantes de sua vida e agia de forma pessoal e significativa por sua própria vontade (STUCKEY, 2007).

Nesse aglomerado de publicações, evidencia-se a manipulação histórica, com as inúmeras trocas das teorias sobre o que ocorreu durante a escravidão e como, conseqüentemente, foram atribuídos e repassados os papéis sociais da população negra nos dias atuais após o fim desse período.

Cabe ressaltar, quão nítida é a invisibilidade da mulher negra dentro do contexto da escravidão, o qual ela fez parte e arca com as conseqüências. Angela Davis relata que há a falta de estudos e ausência de livros com argumentos plausíveis, especificamente, dedicados à questão das mulheres escravizadas, com análises consistentes e apreciativas, pois, descartando a hiperssexualização das mulheres, os autores das obras citadas deram atenção escassa às questões das mulheres enquanto sujeitas de direitos, como cita:

Em meio a toda essa atividade intelectual, porém, a situação específica das mulheres escravas permanecia incompreendida. As discussões incessantes sobre sua “promiscuidade sexual” ou seus pendores “matriarcais” obscureciam, mais do que



iluminavam, a situação das mulheres negras durante a escravidão. (...)

Os argumentos convincentes e bem documentados de Gutman e Blassingame (...) são extremamente valiosos. Mas, seu livro seria muito mais contundente se ele tivesse explorado de modo concreto o papel multidimensional das mulheres negras no interior da família e da comunidade escrava como um todo. (DAVIS, 2016, p. 23).

Angela Davis possui uma convicção profundamente peculiar quanto aos efeitos dos estudos sobre a ancestralidade das mulheres negras e o que trarão como proveito para a realidade da luta atual da mulher negra; em sumo, acredita que ao se findarem, do ponto de vista histórico, os mal-entendidos sobre as experiências das mulheres negras escravizadas, ter-se-á prestado um serviço inestimável a toda a geração. Cabe expor com as palavras da autora o transcrito pertinente:

Se, e quando, alguém conseguir acabar, do ponto de vista histórico, com os mal-entendidos sobre as experiências das mulheres negras escravizadas, terá prestado um serviço inestimável. Não é apenas pela precisão histórica que um estudo desses deve ser realizado; as lições que ele pode reunir sobre a era escravista trarão esclarecimentos sobre a luta atual das mulheres negras e de todas as mulheres em busca de emancipação. Como leiga, posso apenas propor algumas hipóteses que talvez sejam capazes de orientar um reexame da história das mulheres negras durante a escravidão. (DAVIS, 2016, p. 24)

Coaduna-se, neste trabalho, com tais ideias: ressignificar o papel da mulher negra é de interesse não apenas histórico, pois tais lições permitem esclarecer sobre a luta atual das mulheres negras e, assim, contribuir para a emancipação de todas as outras.

## **1.2 A força de trabalho da mulher negra escravizada**

Nesse contexto, correlaciona-se o grande espaço que o trabalho ocupa na vida das mulheres negras com a reprodução de um padrão estabelecido durante os primeiros anos da escravidão. Na condição de escravas, as mulheres tinham todos os outros aspectos de sua existência ofuscados pelo trabalho compulsório.



Aparentemente, segundo Davis, o ponto de partida de qualquer exploração da vida das mulheres negras na escravidão seria uma avaliação de seu papel como trabalhadoras:

O enorme espaço que o trabalho ocupa hoje na vida das mulheres negras reproduz um padrão estabelecido durante os primeiros anos da escravidão. Como escravas, essas mulheres tinham todos os outros aspectos de sua existência ofuscados pelo trabalho compulsório. Aparentemente, portanto, o ponto de partida de qualquer exploração da vida das mulheres negras na escravidão seria uma avaliação de seu papel como trabalhadoras. (DAVIS, 2016, p. 24)

O sistema escravista definia a população negra como propriedade. Já que as mulheres eram vistas, não menos do que os homens, como unidades de trabalho lucrativas, para os ditos proprietários de escravos elas poderiam ser desprovidas de gênero. Na citação que faz em seu livro, Angela Davis usa-se das palavras de um acadêmico: “[a] mulher escrava era, antes de tudo, uma trabalhadora em tempo integral para seu proprietário e apenas, ocasionalmente, esposa, mãe e dona de casa” (STAMPP, 1956, p. 343 *apud* DAVIS, 2016, p. 25).

Sendo assim, faz-se uma crítica quanto à ideologia de feminilidade do século XIX, que permeia até o momento da cultura atual, que enfatizava o papel das mulheres como mães protetoras, parceiras e donas de casa amáveis para seus maridos; entretanto, tal papel não cabia às mulheres negras, sendo consideradas praticamente anomalias (DAVIS, 2016, p. 25).

Apesar do que se presume a negra escravizada não era tão somente uma trabalhadora doméstica (cozinheira, arrumadeira e/ou ama-seca) na casa-grande, a maior parte das escravizadas trabalhava na lavoura, com trabalhos manuais (DAVIS, 2016, p. 25).

Sem nenhuma distinção, as meninas eram designadas para trabalhar com o solo, coletar algodão, cortar cana, colher, tabaco, etc. (DAVIS, 2016, p. 26). Jenny Proctor, idosa entrevistada em 1930, descreveu sua iniciação na lavoura, durante a infância, em uma fazenda de algodão do Alabama da seguinte forma:



Nossas cabanas eram velhas e mal-acabadas, feitas de estacas. Algumas fendas eram tapadas com lama e musgo, outras não. Nossas camas não eram boas, só armações de estacas pregadas na parede com velhos colchões rasgados jogados por cima. Claro que era difícil dormir, mas para os nossos ossos cansados depois das longas jornadas de trabalho na lavoura, a sensação era boa. Eu cuidava das crianças quando era pequena e tentava fazer a limpeza da casa como a senhora mandava. E então, assim que fiz dez anos, o senhor disse: “Leve essa preta para aquela plantação de algodão” (WATKINS e DAVID, 1970, p.16 *apud* DAVIS, 2016, p. 26).

A experiência de Jenny Proctor era típica. A maioria das meninas e das mulheres trabalhava arduamente na lavoura do amanhecer ao pôr do sol (DAVIS, 2016, p. 26). No que dizia respeito ao trabalho, a força e o quantitativo da produtividade, sob constante ameaça do açoite, eram mais relevantes do que questões relativas ao sexo. Nesse sentido, a opressão das mulheres era idêntica a dos homens (DAVIS, 2016, p. 26).

Não obstante, o intuito de afastar as polêmicas sexuais a respeito da mulher negra escravizada, precisa-se evidenciar que além dos açoites, estas ainda sofriam forma de agressão, que as diferenciavam, pois eram vítimas de abuso sexual e outros maus-tratos bárbaros (DAVIS, 2016, p. 26).

A postura dos senhores em relação às mulheres escravizadas era regida pela conveniência: quando era lucrativo explorá-las como se fossem homens, eram vistas como desprovidas de gênero; mas, quando podiam ser exploradas, punidas e reprimidas de modos cabíveis às mulheres, elas eram reduzidas exclusivamente à sua condição de fêmeas (DAVIS, 2016, p. 26).

Isto posto, a mulher negra escravizada, ora poderia ser considerada apta para os serviços domésticos, ora para a lavoura, equiparada aos homens nos campos. Ora ela era fêmea e reprimida conforme a vontade do seu dito senhor, ora sua mão de obra era lucrativa e explorada até exaurir-se (DAVIS, 2016, p. 25).

Ao legado do trabalho da mulher negra escravizada acrescenta-se sua contribuição para o início da industrialização. Angela Davis descreve que à época



das primeiras tentativas da industrialização no sul dos Estados Unidos, o trabalho escravo complementava o trabalho livre. Os fazendeiros ofereciam seus trabalhadores escravizados por meio de arrendamentos e as indústrias empregavam homens, mulheres e crianças (DAVIS, 2016, p. 28).

Mulheres e crianças constituíam grande parte da força de trabalho na maioria das fábricas de tecido, cânhamo e tabaco que utilizavam mão de obra escrava. [...] Às vezes, mulheres e crianças trabalhavam em setores mais “pesados”, como a refinação de açúcar e a moagem de arroz. [...] Outras indústrias pesadas, como as de transporte e de madeira, empregavam mão de obra escrava de mulheres e crianças em número considerável (STAROBIN, 1970, p. 164-165 apud DAVIS, 2016, p. 28).

Nesse período, a ideologia da feminilidade começou a surgir, como um subproduto da industrialização, tendo por intuito afastar as mulheres brancas do serviço das fábricas, pois elas eram fundamentais e próprias para cuidarem dos lares e de seus filhos. Entretanto, as mulheres negras jamais eram vistas como femininas demais para o trabalho nas minas de carvão, nas fundições de ferro, para o corte de lenha ou abertura de valas. O emprego das mulheres escravizadas chegava ao ponto de substituição de animais de carga para puxar vagões nas minas.

Na Inglaterra, ocasionalmente ainda se utilizam, em vez de cavalos, mulheres para puxar etc. os barcos nos canais, porque o trabalho exigido para a produção de cavalos e máquinas é uma quantidade matematicamente dada, ao passo que o exigido para a manutenção das mulheres da população excedente está abaixo de qualquer cálculo.

As mulheres negras eram muito mais lucrativas, tanto escravizadas, quanto livres, e essa associação dava-se pelo fato de que elas trabalhavam de modo tão árduo quanto os homens negros, equiparando sua força de trabalho, entretanto, com outros atributos, corroborando com uma característica além da ideologia da feminilidade do século XIX (DAVIS, 2016, p. 29).

Citando o que Angela Davis escreve em seu livro, essas características que as diferenciavam de todo o contexto social que existia à época, não davam às mulheres



negras algum tipo de orgulho, mas com certeza, “(...) elas deveriam ter consciência de seu enorme poder – sua capacidade de produzir e criar” (DAVIS, 2016, p. 29).

Essas mulheres aprenderam a extrair das circunstâncias opressoras de suas vidas a força necessária para resistir à desumanização e descaracterização diária da escravidão. A consciência que tinham de sua capacidade ilimitada para o trabalho pesado pode ter dado a elas a confiança em sua habilidade para lutar por si mesmas, sua família e seu povo (DAVIS, 2016, p. 30).

### **1.3 O fruto do seu ventre e a herança da mulher negra**

Em 1815, o tráfico internacional de mão de obra escrava foi proibido na América do Norte e, com isso, segundo Angela, iniciou-se a ameaça à expansão da indústria do algodão, uma vez que, sua principal fonte de trabalho barata tinha a grande propensão a diminuir drasticamente. Forçando os ditos senhores a contar com a reprodução natural como o método mais seguro para repor e ampliar essa população (DAVIS, 2016, p. 25).

Logo, a capacidade reprodutiva das mulheres negras escravizadas passou a ser demasiadamente valorizada e, igualmente, o seu próprio valor. Essas passaram a ser cada vez mais avaliadas em função de sua fertilidade (ou da falta dela), a que possuía potencial para ter doze, catorze ou mais filhos era cobiçada como um verdadeiro tesouro (DAVIS, 2016, p. 25).

Contudo, tal valorização não significa que, como mães, as mulheres negras gozassem de uma condição mais humanizada como trabalhadoras. A exaltação ideológica da maternidade

– tão popular no século XIX – não se estendia às escravizadas. Na verdade, aos olhos de seus ditos proprietários, elas não eram realmente mães; eram apenas instrumentos para a ampliação da força de trabalho escrava – “reprodutoras” –, ou seja, animais cujo valor monetário poderia ser calculado com precisão a partir de sua



capacidade de se multiplicar. Por conseguinte, seus filhos eram considerados mercadorias. (DAVIS, 2016, p. 26).

Um ano após a interrupção do tráfico de populações africanas, um tribunal decidiu que as escravas não tinham nenhum direito legal sobre seus filhos. Assim, de acordo com essa medida, as crianças poderiam ser vendidas e separadas das mães em qualquer idade, porque “crianças escravas estão no mesmo nível de outros animais” (WERTHEIMER, 1977, p. 109).

Os ditos proprietários buscavam garantir que as mulheres dessem à luz tantas vezes quanto fossem necessárias, mas não se compadeciam das grávidas ou as com criança de colo ao ponto de dispensar sua força de trabalho na lavoura. Em seu livro, Angela Davis demonstra o quão árduo e torturante era esse processo entre essas mulheres com os posteriores relatos (DAVIS, 2016).

Às mulheres grávidas, além de serem sujeitas ao trabalho nas lavouras, somavam-se os flagelos corporais desferidos. Havia lavouras e fazendas que as travavam com mais indulgência, não por motivos de humanização, mas porque “(...) simplesmente, os proprietários valorizavam uma criança escrava nascida com vida do mesmo modo que valorizavam bezerros ou potros recém-nascidos” (DAVIS, 2016, p. 28).

Uma mulher que diga algum desaforo enquanto trabalha no campo e que esteja em gravidez avançada é obrigada a deitar em um buraco feito para que caiba todo seu corpo e é açoitada com um chicote ou espancada com uma pá cheia de furos; a cada pancada se forma uma bolha. Uma das minhas irmãs foi punida dessa forma com tanta crueldade que o trabalho de parto se adiantou, e a criança nasceu no campo. Esse mesmo feitor, sr. Brooks, matou uma garota chamada Mary desse jeito. O pai e a mãe dela estavam na lavoura na hora (MOSES, 1969, p. 18 *apud* DAVIS, 2016, p. 28).

Às mulheres com crianças recém-nascidas, a opção era a de deixar seus filhos pequenos deitados no chão perto da área em que trabalhavam ou a de tentar trabalhar com ele preso às costas:





Diferente de outras mulheres, uma jovem se recusou a deixar seu bebê no fim da fileira em que trabalhava e inventou uma espécie de mochila, feita de trapos de lençóis, na qual ela prendia a criança, muito pequena, nas costas; e ficava assim o dia todo, usando a enxada como os outros apud (CHARLES, 1972, p. 48 *apud* DAVIS, 2016, p. 28).

Havia ainda as que podiam deixar seus filhos em cuidado de outras crianças ou de pessoas idosas que não possuíam mais a capacidade do trabalho pesado da lavoura; por consequência, não se tinha a possibilidade de amamentar ao longo do dia e trabalhavam com dor das mamas inchadas de leite. Angela Davis reproduz o relato de Moses Grandy, autor afro- americano, que diz:

Na fazenda a que me refiro, as mulheres que tinham bebês em fase de amamentação sofriam muito quando suas mamas enchiam de leite, enquanto as crianças ficavam em casa. Por isso, elas não conseguiam acompanhar o ritmo dos outros: vi o feitor espancá-las com chicote de couro cru até que sangue e leite escorressem, misturados, de suas mamas (MOSES, 1969, p. 18 *apud* DAVIS, 2016, p. 28).

Esse dinâmico e multidimensional sistema de uso da propriedade escrava, com enfoque nos direitos de propriedade dos ditos senhores sobre a sexualidade das mulheres negras escravizadas auxilia para o entendimento econômico, psicológico e social dos mecanismos de acumulação de capital que emergiram da escravidão como o modo de (re)produção (BECKLES, 2011, p. 240, *apud* DAVIS, 2016, p. 29).

## 1.4 As legislações e o não pertencimento de seus corpos

As leis, à época, não permitiam que os escravos recusassem as demandas sociais de seus senhores; por outro lado, previam punições para escravos recalcitrantes, desobedientes e rebeldes. Em vista disso, a violência sexual perpetrada contra a mulher escrava não era considerada uma ofensa legal e, por conseguinte, evidências de tais ações não aparecem nos registros de processos legais (BECKLES, 2011, p. 240, *apud* DAVIS, 2016, p. 29).

Nem os estatutos coloniais, nem os códigos de escravos davam aos escravizados qualquer direito sobre seus corpos. Ao contrário, transferiram e



consolidaram tais direitos na pessoa legal dos senhores de escravos. Na visão de Beckles, tal legalização do direito que intitulava o dito senhor com poder e autoridade social os colocou numa convergência de dominação racial, sexual e de classe sobre a mulher escrava gerando uma totalidade de terror e tirania. O patriarcado judicial apoiou e respaldou a representação ideológica da supremacia branca, iluminando a masculinidade hegemônica colonial (BECKLES, 2011, p. 242, *apud* DAVIS, 2016, p. 29).

A integração socioeconômica da mulher negra dentro do sistema da escravidão nas grandes plantações permitia o seu uso em diversos pontos ao longo do circuito da acumulação de capital. Sua contribuição para a geração de riquezas para o dito senhor envolvia não apenas seu papel como força de trabalho, e, sim, ainda, como reprodutoras dessa força de trabalho, sendo equivalente a obras-primas de seus negócios (BECKLES, 2011, p. 245, *apud* DAVIS, 2016, p. 29).

A indústria cruel de reprodução era uma parte importante da economia urbana e das relações escravistas, protegidas pelas normas da escravidão que criaram as condições estruturais sob as quais o dito senhor escravista poderia extrair o máximo de benefícios da sua condição de proprietário desses seres humanos cuja finalidade era gerar riqueza para ele (BECKLES, 2011, p. 245 *apud* DAVIS, 2016, p. 29).

Dentro desse contexto, retomam-se às principais características das mulheres negras: as multitarefas e as multipersonalidades. Ora a mulher negra poderia ser considerada apta para os serviços domésticos, ora desconsideravam-se completamente seus traços femininos para que fosse equiparada aos homens nos campos. Ora ela era fêmea e reprimida conforme à vontade do seu dito senhor, ora sua mão de obra era lucrativa e explorada até exaurir-se. Ora era explorada sexualmente para que de seu ventre fora tirado a lucratividade e reposição de mão de obra do dito senhor de pessoas escravizadas (DAVIS, 2016, p. 29).



## 1.5 Capitalismo industrial e a família (ex) escravizada

Com o fim da escravidão (formal, e não materialmente), a economia doméstica e a economia pública decorrentes do capitalismo industrial ressaltaram a ideologia do patriarcado, que marca o sistema social no qual o homem impõe-se como líder primário e predominante (DELPHY, 2009, p. 173-178). As mulheres são coercitivamente enquadradas como “mães” e “donas de casa”, embora, no caso da mulher negra, somado a tais funções de âmbito familiar, impunha-se o trabalho fundamental para o desenvolvimento do capitalismo industrial (DAVIS, 2016, p. 29).

Para os arranjos econômicos, os papéis sexuais hierárquicos eram uma vantagem, pois com isso, as relações entre homem e mulher negros no interior da comunidade escravizada não poderiam corresponder aos padrões ideológicos do patriarcado (DAVIS, 2016, p. 29-30). Nesse sentido, os estudos pós-escravidão, mencionaram em demasia sobre como se definir a família negra no ambiente da escravidão (DAVIS, 2016).

A maioria das análises históricas e sociológicas sobre a família negra durante a escravidão presume que pela recusa do dito senhor em reconhecer a maioria das paternidades que advinham dele mesmo e a omissão do nome do pai em muitos dos nascimentos, converter-se-ia seu núcleo familiar numa forma direta de arranjo familiar matriarcal, ou seja, em uma estrutura biológica matrilocal, a qual a mãe encontra-se no centro, como Angela explana:

Muito tem sido dito sobre o modo como os proprietários de escravos definiam a família negra: uma estrutura biológica matrilocal. Os registros de nascimento em muitos latifúndios omitiam o nome do pai, contendo apenas a mãe da criança. Por todo o Sul, as legislações estaduais adotavam o princípio do *partus sequitur ventrem*

– a criança herda a condição de escrava da mãe – Essas eram imposições dos proprietários (...) A maioria das análises históricas e sociológicas sobre a família negra durante a escravidão presume simplesmente que a recusa do senhor de reconhecer a paternidade entre seus escravos se converteu de



forma direta em um arranjo familiar matriarcal criado pela própria população escravizada (DAVIS, 2016, p. 30).

Desses estudos, Angela menciona *Moynihan report* [Relatório Moynihan], escrito em 1965, pelo sociólogo americano Daniel Moynihan, o qual relacionava diretamente os problemas sociais e econômicos da família negra à estrutura matriarcal, sendo este um apelo à introdução do patriarcado dentro das famílias negras. Segue trecho:

comunidade negra tem sido forçada a uma estrutura matriarcal que, por estar em desacordo com o restante da sociedade estadunidense, atrasa seriamente o progresso do grupo como um todo, impõe um peso esmagador sobre o homem negro e, em consequência disso, também sobre um grande número de mulheres negras (STAPLES, 1971, p. 37 apud DAVIS, 2016, p. 30).

O sociólogo Lee Rainwater, em desacordo com o relatório de Moynihan, referindo-se às condições sociais adversas da população negra como a falta de criação de empregos, maiores salários e outras reformas econômicas, reiterava a tese de que a escravidão havia, de fato, destruído a família negra, restando, supostamente, a esta população a família matriarca que enfatizava a primazia da relação entre a mãe e a criança e apenas laços frágeis ou nenhum laço com a figura paterna. Angela Davis cita o trecho do próprio Rainwater:

Em muitos casos, os homens não têm uma verdadeira casa; eles se mudam de uma família, onde estabelecem laços sexuais ou de parentesco, para outra. Vivem em hotéis baratos ou pensões; passam todo o tempo em instituições. Não são integrantes da família nas únicas “casas” que possuem – a casa de sua mãe ou a de sua companheira (RAINWATER, 1966, p. 172-216 apud DAVIS, 2016, p. 30-31).

Angela Davis mencionou novamente a obra “*The Black Family in Slavery and Freedom*” [A família negra na escravidão e na liberdade], de Hebert Gutman, que ficou conhecida por conter embasamentos materiais físicos, como documentos e cartas da própria população negra, certidões de nascimento contendo o nome do pai e da mãe, encontradas nas fazendas à época e, com isso, tal investigação levantou



evidências de que a família negra envolvia esposa, marido, crianças e, frequentemente, outros familiares e parentes por adoção:

Cerca de dez anos depois, em 1976, [Herbert Gutman] publicou o excelente *The Black Family in Slavery and Freedom*. Sua investigação levantou evidências impressionantes de prosperidade e desenvolvimento familiar sob a escravidão. Não foi a infame família matriarcal que ele descobriu, e sim uma família que envolvia esposa, marido, crianças e, frequentemente, outros familiares, além de parentes por adoção (GUTMAN PAPERS, 1988 apud DAVIS, 2016, p. 31).

Devido à escravidão, inúmeras famílias foram separadas à força bruta, por meio das vendas desproporcionais e, obviamente, sem considerar laços afetivos entre as pessoas. Entretanto, ao contrário do que se supõe de tal situação, Gutman aponta que os laços amorosos e afetivos permaneceram, juntamente com as normas culturais dessas relações familiares e o desejo incansável de sobreviverem juntos ao que a escravidão os fazia passar (DAVIS, 2016, p. 31).

A conclusão de Gutman, portanto, foi que além da família negra existir, ela lutou para preservar os seus indivíduos no contexto da escravidão, tendo que aderir há algumas normas internas de regulação para mostrar a existência dessa família. Mas, ainda assim essas normas eram diferentes daquelas que eram usadas como regentes nas famílias brancas, por exemplo, a falta do patriarcado no contexto familiar (DAVIS, 2016, p. 31).

A luta da família negra foi transformar a horda subumana de unidades de trabalhos escravos em algo humanizado, tentando todos os dias manter a sua vida familiar com o máximo de autonomia que lhes fosse possível, uma vez, que essa vida doméstica era de uma relevância inestimável, pois, era o único espaço em que podiam vivenciar verdadeiramente a experiência como seres humanos, sem açoite, sem autoritarismo (DAVIS, 2016, p. 32).

O trabalho doméstico não era visto como algo que diminuía as mulheres negras dentro do contexto da família ex-escravizada; na verdade, Angela Davis



relata que “o trabalho doméstico era o único trabalho significativo para a comunidade escrava como um todo” (DAVIS, 2016, p. 33), pois foi com esse contexto, que se iniciou a hierarquização entre as relações domésticas, que a mulher negra escravizada conseguiu preparar o alicerce de certo grau de autonomia. Segundo seu próprio artigo, mencionado no livro *Mulheres, raça e classe*, Angela relata mais sobre o tema:

No infinito anseio de prover as necessidades de homens e crianças ao seu redor [...],ela (A mulher negra) realizava o único trabalho da comunidade escrava que não podia ser direta ou imediatamente reivindicado pelo opressor. (...) O trabalho doméstico era o único trabalho significativo para a comunidade escrava como um todo. [...] Foi justamente por meio dessa labuta – que há muito tem sido expressão central do caráter socialmente condicionado da inferioridade feminina – que a mulher negra escravizada conseguiu preparar o alicerce de certo grau de autonomia, tanto para ela como para os homens. (...) **ela era levada a ocupar um lugar central na comunidade escrava. Ela era, assim, essencial à sobrevivência da comunidade.** (DAVIS, 2016, p. 33) (grifo nosso).

A questão que se destaca na vida doméstica dos negros é a da igualdade sexual, diferentemente do patriarcado imposto pela sociedade à época. Este trabalho que eles faziam em benefício próprio, e não para seus ditos senhores, era cumprido em termos de igualdade na comunidade, mas, visando os limites da vida familiar e coletiva (DAVIS, 2016, p. 34).

A população negra conseguia realizar um grande feito, transformar a igualdade negativa que emanava da opressão sofrida como homens e mulheres negros escravizados em uma igualdade positiva: o igualitarismo característico de suas relações sociais (DAVIS, 2016, p. 34).

## 1.6 A escravidão da mulher negra brasileira

Vistos os pressupostos teóricos de Angela Davis para a descrição dos efeitos da escravidão norte-americana sobre a mulher negra contemporânea, passa-se a examinar os relatos sobre a escravidão no Brasil, para fins de se verificar que, apesar



das diferentes circunstâncias da escravidão nos dois países, as mesmas conclusões da filósofa da teoria crítica aplicam-se à nossa realidade, pelo fato de se poder afirmar que a mulher negra brasileira contemporânea é também marcada por exercer multitarefas, num acúmulo histórico não reparado após a escravidão.

## 1.7 O contexto da escravidão no Brasil

A história da escravidão no Brasil tem um aspecto peculiar, pois se confunde com a identificação e a formação da própria nação brasileira, segundo o livro “Rebeliões de Senzala” do professor e jornalista Clovis Moura (MOURA, 2014, p. 12).

À princípio, cabe esclarecer que com todo o processo de colonização e escravidão no Brasil, o desenvolvimento tribal dos indígenas já existentes foi cortado. Com os primeiros colonos, toda a estrutura em que os índios se baseavam foi garroteada pelos elementos de dominação de Portugal, os quais ocupavam a terra e subjugavam os seus primitivos habitantes (MOURA, 2014, p. 12).

O primeiro trabalho indígena conduzido pelos colonizadores foi o de escambo para a derrubada e condução do pau-brasil em troca de produtos como miçangas, pentes e demais utensílios, esse sistema exigia do índio o seu trabalho sem nada em troca, degradando-o social e culturalmente (MOURA, 2014, p. 13).

Os Jesuítas impuseram outros tipos de padrões que iam de encontro aos costumes indígenas o que fez com o eles fossem marginalizados:

Os jesuítas substituíram esses padrões por outros, aquilatados e impostos segundo estereótipos e julgamentos morais que eram inteiramente estranhos aos indígenas. Esta defasagem levou a que a população indígena se fosse marginalizando progressivamente do processo produtivo. Do ponto de vista meramente econômico, foi substituído o conceito de propriedade das diversas tribos, que era comunal- primitivo (MOURA, 2014, p. 13).

Paralelamente, processavam-se tentativas violentas de escravidão do indígena; entretanto, para os colonos, eles eram, na sua maioria, improdutivos e



maus trabalhadores. A escravidão indígena tinha uma desvantagem que, na visão racista que se criava, advinha do próprio material humano, considerado muito mais primitivo do que o existente para as tarefas que desempenhavam e, do ponto de vista econômico, seu trabalho era considerado complementar e não qualificado (MOURA, 2014, p. 15).

O setor da agricultura necessitava de material humano mais adaptável, mais predisposto, do ponto de vista cultural, ao desempenho exigido no empreendimento colonial. E o colono, por este motivo e por questões econômicas, valeu-se de braços muito mais caros — do africano

— para possibilitar o posterior desenvolvimento da sociedade colonial (MOURA, 2014, p. 15- 16).

Para se compreender a substituição do indígena pelo negro na escravidão brasileira, não se pode deixar de analisar um dos aspectos mais importantes: a transformação do tráfico em atividade mercantil, com o emprego de grandes somas de dinheiro para capacitar o comércio de carne humana. Tal transformação exigiu e determinou que o preador, aquele que aprisionava os indígenas, fosse substituído forçosamente pelo traficante, que vinha com os africanos em viagens ultramarinas (MOURA, 2014, p. 16).

A economia, portanto, passou a ser voltada para essa atividade e quem a executava estava em condições de dominar o mercado escravo brasileiro. E assim, por conveniência, necessitava-se criar uma campanha humanitarista de defesa das populações indígenas. Essa campanha surgia exatamente como corolário ideológico dessa mudança de situação que já era previsível (MOURA, 2014, p. 16).

## **1.8 Os negros africanos em território brasileiro**

Quanto ao processo de escravidão dos negros africanos, Moura em seu livro “*História do negro brasileiro*”, menciona a evolução histórica e social do Brasil perpassando pelos preceitos da escravidão e pela contribuição forçada dos negros





africanos que vieram para suprir a economia e a necessidade de mão de obra durante quatro séculos de escravidão, mas que não usufruíram de nenhuma parcela dessa riqueza. Além de favorecerem os aspectos culturais, mantendo os seus padrões e, com isso, se autopreservando da opressão do sistema escravagista (MOURA, 1992, p. 4).

Segundo Moura, os primeiros negros africanos chegaram por volta de 1549, após a autorização de Dom João III para importação de cento e vinte deles para o seu próprio uso; mas a história sobre esse fato ainda comporta controvérsias, pois a presença deles confunde-se com a formação da Colônia e, depois, do Império (MOURA, 1992, p. 5).

Com a consolidação da economia colonial, o fluxo do tráfico se intensificou principalmente ao nordeste para o cultivo da cana-de-açúcar. Essas ondas sucessivas foram ocupando os espaços geográficos brasileiros, tornando-os grandes povoadores à época, pois o negro sabia que sua viagem era definitiva, sem possibilidades de voltar à terra natal (MOURA, 1992, p. 5).

Para mensurar, Moura destaca em seu livro que o total da população em 1586, era cerca de 57.000 habitantes e deste total, 25.000 eram brancos, 18.000 índios e 14.000 negros. Já em 1789, a população total era 3.250.000 habitantes e desse total havia 1.582.000 eram escravos, sem contar os negros libertos que ultrapassavam os 406.000 (MOURA, 1992, p. 5).

Não há como estabelecer um número exato de africanos importados da África pelo tráfico, pois se tende a se diminuir esses números, pela falta de dados estatísticos e pelo fato de que muitos historiadores procuram “branquear” a nossa população, instituindo outras nomenclaturas como pardos e mulatos para dispersar a contagem (MOURA, 1992, p. 5).

Durante o período do Brasil-Colônia, a produção de açúcar chega ao seu auge e, em consequência, o pico da importação de negros escravizados. É sabido que essa



produção era conseguida por meio de normas de trabalho estabelecidas pela classe senhorial e pelas estruturas de poder à época (MOURA, 1992, p. 8).

Nesse sentido as condições em que os escravos produziam essa riqueza eram sub-humanas: não tinha nenhum direito e pelas ordens do Reino, poderiam ser vendidos, trocados, castigados, mutilados ou mesmo mortos sem que ninguém ou nenhuma instituição pudesse intervir em seu favor. Eram considerados uma propriedade privada (MOURA, 1992, p. 9).

A alimentação do negro escravizado era completamente precária. Moura menciona o testemunho de Ademar Vidal: “*A comida era jogada ao chão. Semi nus, os escravos dela se apoderavam num salto de gato, comida misturada com areia, engolindo tudo sem mastigar porque não havia tempo a esperar diante dos mais espertos e mais velozes*” (VIDAL, 1940, p. 37 *apud* MOURA, 1992, p. 9).

A jornada diária de trabalho era de quatorze a dezesseis horas, sob a fiscalização do feitor, que não admitia pausa. Os castigos vinham quando o escravizado era considerado preguiçoso ou insubordinado, de acordo com a falta, com tortura específica, além das punições que os próprios ditos senhores criavam. De modo geral, as principais punições eram: captura (correntes, tronco, algemas), suplicio (máscaras, palmatória) e de aviltamento (ferro para marcar e placas de ferro com inscrições infamantes) (MOURA, 1992, p. 9).

Na divisão social do trabalho, noventa por cento ou mais dos escravos eram destinados às atividades da agroindústria açucareira, atividades nas minas ou fazendas de café e os demais eram os escravos domésticos. Esse período demonstra que os negros escravizados atuavam em todos os níveis da divisão do trabalho e de como as pessoas usufruíam do seu trabalho direta e indiretamente, além do dito senhor de escravo, pois estes eram os únicos que moviam a economia à época (MOURA, 1992, p. 11).



## 1.9 Quilombagem e resistências

Após esse período inicial surgiu a quilombagem: o movimento de rebeldias dirigido pelos escravos que se verificou no escravismo brasileiro em todo território nacional. Tornou-se uma mudança social com força desgastante significativa ao sistema escravista, no nível econômico-social e contribuiu para a substituição pelo trabalho livre (MOURA, 1992, p. 12).

Esse movimento não incluía apenas os negros fugitivos, mas índios perseguidos, mulatos, curibocas, pessoas perseguidas pela polícia, em geral, bandoleiros, devedores do fisco, fugitivos do serviço militar, mulheres sem profissão, brancos pobres e prostitutas (MOURA, 1992, p. 12).

Outra marca histórica no Brasil advindo pelo negro africano foi a sua própria cultura, a qual se tornou fundamental para a cultura brasileira. Sendo trazidos de várias partes da África, os negros trouxeram diversas matrizes culturais que serviram de resistência social ao regime que os oprimia e queria transformá-los em uma espécie de não-ser (MOURA, 1992, p. 17).

A sua religião, cozinha, indumentária, música, sistemas de regadio, plantações e outras manifestações sócias, inclusive dos indígenas. Segundo Moura, a cultura foi sinônimo de resistência:

Durante a escravidão, o negro transformou não apenas a sua religião, mas todos os padrões das suas culturas em uma cultura de resistência social. Essa cultura de resistência, que parece se amalgamar no seio da cultura dominante, no entanto, desempenhou durante a escravidão (como desempenha até hoje) um papel de resistência social (...) uma função de resguardo contra a cultura dos opressores (MOURA, 1992, p. 18).

Por esse motivo, foi arquitetada (e continua funcionando) a inferiorização das religiões africanas, seus instrumentos e credíncias (posteriormente denominadas como afro-brasileiras). O monopólio da igreja católica à época fez com que tais culturas se tornassem algo perigoso, o que pode ser reconhecido até hoje. Foram



realizadas às sombras durante a escravidão e pelos aparelhos de poder das classes dominantes, após a abolição (MOURA, 1992, p. 18).

Para Moura, aquele que não pode atacar de forma direta, procura formas simbólicas e alternativas para oferecer resistência a essas forças superiores. Dessa forma não houve sincretismo pelo negro, mas, pelo contrário, a religião foi preservada para os seus deuses para preservá-los da imposição da religião católica (MOURA, 1992, p. 18).

A política também foi uma área de participação e contribuição do negro, sendo ele livre ou escravizado, em quase todos os movimentos sócio-políticos, realizados no Brasil durante sua trajetória social e histórica. Além dos quilombos que também são considerados movimentos políticos independentes, dos próprios negros e estavam presentes em quase todos os confrontos na Colônia, Império e os dias atuais (MOURA, 1992, p. 20).

Nas lutas pela expulsão dos holandeses, pela independência, na revolução Farroupilha, nos movimentos radicais da plebe rebelde, como a Cabanagem, no Pará, no movimento Cabano, em Alagoas, ele esteve presente (o quilombo). Também na Inconfidência Mineira, Inconfidência Baiana (MOURA, 1992, p. 20).

## **1.10 Imigração estadual, abolição e trabalhadores europeus**

No ano de 1850, foi extinto o tráfico de escravos da África para o Brasil, iniciando-se, assim, a crise do sistema escravista, pois a tendência era o decréscimo da população negra no Brasil. E concomitantemente, a fuga do escravo era permanente tornando a defasagem ainda maior, além de custos altíssimos de mão de obra para impedir essas fugas (MOURA, 1992, p. 28).

Com o surgimento do café no Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais iniciou-se o recurso de importação dos negros de outras províncias decadentes, como Pernambuco, Bahia e Ceará. O que acarretou, por diversas vezes, na fragmentação da família negra para essas vendas. A realidade, portanto, era que o negro não apenas



trabalhava, mas era mercadoria que poderia ser vendida a qualquer momento (MOURA, 1992, p. 28).

Nesse momento, o negro deixou de ser mercadoria barata e substituível, mas, pelo contrário, devia ser protegida, pois a sua inutilização iria onerar o custo da produção. Em consequência, o capital investido deveria ser protegido e assim surgem as leis protetoras. A Lei sexagenária, a do ventre-livre, a extinção da pena de açoite, a proibição de se venderem para senhores diferentes membros da mesma família negra, entre outras, eram mecanismos que protegiam mais a propriedade do dito senhor do que a pessoa do negro escravo (MOURA, 1992, p. 29).

A crise no sistema e a guerra do Paraguai, a qual foi responsável por matar cerca de 90.000 negros, pela batalha compulsória e falsas promessas de liberdades, começaram a dar espaços para os imigrantes e configuraram pequenos grupos para pensarem no movimento abolicionista a partir de 1871. O que concretizou com a abolição da escravatura em 1888 (MOURA, 1992, p. 30).

A partir da data de 13 de maio de 1888 os então negros libertos passaram a ter uma nova forma de vida na sociedade brasileira. Segundo Florestan Fernandes: “(...) *aos escravos foi concedida à liberdade teórica sem qualquer garantia de segurança econômica ou de assistência compulsória*” (1965, p. 106). Esse fato transportou os negros das senzalas para os cortiços nas zonas urbanas (MOURA, 1992, p. 30-31).

Nesse sentido, foi suposto que se havia conquistado a liberdade e os caminhos para a cidadania estavam abertos, tendo como certa a equiparação dos então libertos negros com os demais cidadãos do Império. Entretanto, lamentavelmente, a cidadania era simbólica e habilmente elaborada pelas classes dominantes (MOURA, 1992, p. 33).

Após esse fato, vários movimentos negros surgiram para que a cidadania fosse algo plausível, como a Frente Negra Brasileira, que chegou a ser reconhecida internacionalmente. O movimento negro unificado contra a discriminação racial e,



assim, a partir dessas organizações militantes, outras surgiram no Brasil e que se encontram até hoje.

Até meados da década de 1880, tínhamos o enfoque sobre a escravidão, o movimento abolicionista e a transição para o trabalho livre. A partir da abolição, esses temas são substituídos pela necessidade de implantação no Brasil de políticas de incentivo à imigração europeia, justificando-se pela necessidade crescente de mão de obra para substituir os escravos. São construídas novas temáticas no sistema, como o desenvolvimento econômico industrial, urbanização e formação da classe operária brasileira.

Mas vale lembrar que no final do século XIX e início do século XX, surgem as teorias raciais que tiveram uma grande aceitação por parte da classe média e alta no país, pois afirmava a superioridade da raça branca. Nesse sentido, a imagem que os viajantes ou mesmo os pesquisadores tinham do país era que seu atraso devia-se ao fato de grande parte da população ser composta por negros. Apontavam como solução para que houvesse desenvolvimento a purificação da população que se tornaria branca ou mestiça. Essas teorias influenciaram o governo fazendo com que fossem adotadas políticas de incentivo à imigração de europeus, branqueando a população (MOURA, 1992, p. 34).

Nesse sentido, após a abolição os proprietários de terra prósperos, fábricas e comércio dispensaram a contratação de funcionários negros para trabalharem em seus estabelecimentos, pois queriam demonstrar modernização, através da possibilidade de aquisição de empregados brancos que era tido como símbolo de prestígio. E assim, após a pseudoliberalidade, surgiram às discrepâncias raciais e classes econômicas que permeiam as relações interraciais até hoje.



### 1.11 Mulheres negras: sua participação histórica na sociedade escravista

Falar da mulher negra escrava em um período de extrema opressão à população negra é penetrar no universo de quem viveu a experiência de ter tido sua identidade invisibilizada, ter sido submetida à violência, mas também destacam suas ações de resistência ao sistema. Segundo o entendimento de Maria da Penha, em seu artigo “*Mulheres negras: sua participação histórica na sociedade escravista*”:

(...) Pretende-se destacar a condição particular e específica dessas mulheres buscando recuperar na interconexão entre escravismo e patriarcado, as estratégias de resistência e as maneiras como a mulher escravizada procurava a liberdade, ou a liberta procurava ascender socialmente. (...) num quadro social que as oprimia, partindo da análise de que as mulheres negras participavam da sociedade escravista tanto na condição de escrava quanto de liberta e livre com demandas específicas e maneiras próprias, dada sua condição naquele quadro social. (PENHA, 2010, p. 2)

A submissão e obediência camuflavam estratégias de resistências que garantiam a sobrevivência de mulheres e homens negros. Quanto às relações, as mulheres escravizadas esgueiram-se dos parâmetros ideológicos, pois sua vida não estava voltada à procriação, nem a reprodução e nem somente seus afazeres domésticos, corroborando com o entendimento de Angela Davis, o que interessava aos ditos senhores era explorar a força produtiva de seus escravos, sem se importar com o gênero dessa tal força (PENHA, 2010, p. 3).

Às mulheres negras grávidas o trabalho era compulsório e quanto aos seus filhos a falta de humanidade era a mesma, pois eram vistos como algo antieconômico:

Assim uma mulher negra grávida era mantida desenvolvendo trabalho compulsório e com respeito aos filhos, a esses nenhuma importância era dada já que aos olhos do senhor eram antieconômicos, e não são raros os relatos de abandono de crianças por representarem uma despesa a mais para os senhores e também motivo para que a mãe negra passasse a desempenhar com menor intensidade suas tarefas visto que teria de dedicar-se ao filho (PENHA, 2010, p. 3).



Penha cita em seu artigo o pensamento de Giacomini que, se referindo ao quão árduo é ser uma mulher negra escravizada no Brasil, aponta que estas se utilizavam de meios como o aborto e o infanticídio para libertar seus filhos da escravidão:

Ser mulher e ser escrava dentro de uma sociedade extremamente preconceituosa, opressora e sexista, é reunir todos os elementos favoráveis a exploração, tanto econômica quanto sexual, e também ser o alvo de humilhações da sociedade nos seus diferentes seguimentos (...).

Não seria, no entanto, descabido identificar na prática do aborto e do infanticídio uma forma de resistência da escrava seja às péssimas condições oferecidas á procriação, seja ainda a inevitável condição escrava que legaria em herança aos filhos. Os infanticídios, vistos sob esse prisma, seriam, sobretudo, a única e trágica forma visualizada pela mãe escrava para livrar seus filhos da escravidão (GIACOMINI, 1988, p. 26 *apud* PENHA, 2010, p. 4).

As fugas eram muito frequentes e faziam parte dos protestos pela liberdade e resistências ao sistema escravagista. Apesar de toda dificuldade que envolvia a vida das escravizadas, a necessidade de fuga para abandonar não só trabalho, mas, também os castigos eram iminentes. Há casos também de escravizadas que fugiram acompanhadas de seus filhos, como a matéria do jornal à época intitulado “Jornal da Parahyba” de 23 de novembro de 1881:

Na noite do dia 10 do corrente desapareceu do engenho Jardim, d’esta comarca de bananeiras, a escrava Dionísia, preta gorda; estatura regular, feições grosseiras, olhos apertados, matriculada neste município em 1872 com a idade de 25 annos; um filho da mesma escrava de nome Fernando, cabra escuro, cabellos carapinhos, nariz muito chato, gago, com uma cicatriz de queimadura que apanha do estomago ao meio das costellas. (Jornal da Parahyba, 23 de novembro de 1881) (PENHA, 2010, p. 4).

O grau de complexidade que as fugas envolviam: a ação, fugir e manter-se escondido eram situações bem complexas, segundo Penha: “As fugas estavam inseridas na experiência cotidiana dos escravos e constituem um aspecto revelador dos mecanismos de resistência, destacando a constituição de comunidades, identidades e culturas” (PENHA, 2010, p. 5).





As fugas no Brasil se transformaram posteriormente nos símbolos de resistências quilombolas, comunidades negras em locais escondidos e fortificados em meio às florestas, onde se plantavam, produziam e buscava-se viver o mais próximo da liberdade (PENHA, 2010,

p. 5). Dentro desses quilombos surgiram líderes e guerreiras como Dandara, com a ideologia da liberdade nos seus traços.

Dentro do Quilombo dos Palmares, Dandara, juntamente com outras mulheres negras, cumpria um papel fundamental na plantação dos alimentos, produção da farinha de mandioca e no cuidado de crianças e idosos. Mas suas atividades não se limitavam a essas tarefas: ela também teria se dedicado à caça, a lutar capoeira e empunhar armas, liderando militarmente as mulheres que faziam parte do exército negro palmarino. Uma mulher que se recusou a aceitar qualquer tipo de acordo com os senhores racistas, que cinicamente tentavam cooptar os guerreiros negros, oferecendo terras para que eles deixassem de lado sua luta (PENHA, 2010, p. 5).

Seus sonhos eram permeados por uma ideia: a de que não bastaria conquistar a liberdade apenas para aqueles que viviam em Palmares. Sua luta era para conquistar a liberdade para todos seus irmãos. Apesar de ainda ser desconhecida pela ampla maioria da população, a história das mulheres negras foi marcada pela resistência, cumprindo um papel fundamental: com fugas, formação de quilombos, envenenamento de senhores, busca por um ritmo de trabalho menos árduo, formação de laços afetivos e comunitários de apoio (PENHA, 2010, p. 5).

Trazendo à vista o entendimento de Angela Davis com a visão da força da mulher negra na escravidão norte-americana e, apesar das diferentes circunstâncias da escravidão nos dois países, as conclusões da filósofa da teoria crítica aplicam-se à realidade brasileira: Multitarefas e multipersonalidades são os pontos essenciais da mulher negra na história.

Além de todo aspecto de invisibilidade, das construções familiares, das forças de trabalho na lavoura e domésticos, a necessidade, como mãe de decidir entre seu próprio filho ou a escravidão. Todos esses fatores permeavam as mulheres negras no



contexto da escravidão em um modo geral e foi perpassado pelo tempo e refletem na contemporaneidade.

## **2 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA ESCRAVIDÃO E A MULHER NEGRA**

### **2.1 Biopoder, Contrato racial e Epistemicídio na sociedade brasileira**

Aparecida Sueli Carneiro, doutora em filosofia pela Universidade de São Paulo, escritora e ativista do movimento negro brasileiro, fundadora e atual diretora do Geledés – Instituto da Mulher Negra e considerada uma das principais autoras do feminismo negro no Brasil, em sua tese de doutorado intitulada “*A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*” propôs um estudo de cunho reflexivo mesclando os conceitos de contrato racial, biopoder e epistemicídio e aplicando-o às relações raciais no Brasil, como segue:

Nela (tese) procurei demonstrar a existência no Brasil, de um contrato racial que sela um acordo de exclusão e/ou subalternização dos negros, no qual o epistemicídio cumpre função estratégica em conexão com a tecnologia do biopoder (CARNEIRO, 2011, p. 77).

Guardadas as devidas proporções, também esta monografia visa a realizar a interrelação entre os pressupostos da biopolítica (a partir das considerações de Michel Foucault sobre o tema) e do epistemicídio, para fins de se examinar a ideia de contrato racial, conforme segue

### **2.2 Biopoder por Michel Foucault e a realidade brasileira**

Michel Foucault, idealizador do paradigma filosófico de biopoder, identificou-o como a interferência sobre os processos biológicos da população, que fundamenta a sociedade a partir do século XIX, destacando que o domínio sobre os fenômenos naturais somente ocorre partindo de mecanismos de gestão rigorosos



(CARNEIRO, 2005, p. 78). A biopolítica<sup>1</sup> se converte em biopoder e promove três novos elementos desconhecidos: a população (os corpos múltiplos); a busca do controle sobre os fenômenos coletivos e aleatórios e o poder que consiste em fazer viver e em deixar morrer. Então, nesse terceiro elemento, Foucault incluiu em sua reflexão sobre as tecnologias de poder, o racismo. Para ele:

Foi nesse momento que o racismo se inseriu como mecanismo fundamental do poder, tal como se exerce nos Estados modernos, e que faz com que quase não haja funcionamento moderno do Estado que, em certo momento, em certo limite e em certas condições, não passe pelo racismo (Foucault, 2002, p. 304 *apud* CARNEIRO, 2005, p. 78).

Para o filósofo, os mecanismos para o controle do biopoder resumem-se à frase do “direito de fazer viver e deixar morrer”. Por ser uma das dimensões do poder de soberania dos estados modernos, esse direito de vida e de morte “só se exerce de uma forma desequilibrada, e sempre do lado da morte”. Assim, para Foucault (2002, p. 306):

(...) o racismo é indispensável como condição para poder tirar a vida de alguém, para poder tirar a vida dos outros. A função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o Estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo (FOUCAULT, 2002, p. 306 *apud* CARNEIRO, 2011, p. 25) (grifo nosso).

Portanto, o biopoder, segundo Foucault, permite ao Estado decidir quem deve morrer e quem deve viver e o racismo seria um elemento essencial para fazer essa escolha. Nesse sentido, entende-se que esse poder permite à sociedade livrar-se de seus seres indesejáveis. É essa política de extermínio que cada vez mais se instala no Brasil, pelo Estado, com a conveniência de grande parte da sociedade, advinda da estrutura de hierarquização imposta desde a época da escravidão; revestida de atualidade e estudos jurídico-sociais com mais complexidade (CARNEIRO, 2011, p. 25-26).

---

<sup>1</sup> A biopolítica é o termo utilizado por Foucault para designar a forma na qual o poder tende a se modificar no final do século XIX e início do século XX, sendo a prática de biopoderes locais. No biopoder, a população é tanto alvo como instrumento em uma relação de poder



Assim, Contrato Racial, Biopoder e Epistemicídio são conceitos que se prestam como contribuição ao entendimento das graves consequências advindas da escravidão, como o racismo. As análises relativas aos dados sobre a mortalidade, morbidade e expectativa de vida sustentam a visão de que a negritude encontra-se no epicentro da teoria de Foucault aplicável à realidade brasileira, sendo que, para Sueli Carneiro, a população negra é cerceada pelas recorrentes mortes que justificam o ponto de “deixar morrer”:

(...) sendo sua melhor ilustração o déficit censitário de jovens negros, já identificados estatisticamente em função da violência que os expõe prioritariamente ao “deixar morrer”, além dos demais negros e negras, cujas vidas são cerceadas por mortes, preveníveis e evitáveis, que ocorrem pela omissão do Estado (CARNEIRO, 2005, p. 80).

### 2.3 Contrato Racial por Charles Mills e o lugar de poder

O contrato racial foi concomitantemente desenvolvido na tese de Sueli Carneiro e na do filósofo afro-americano Charles Mills, no livro *The racial contract* [O contrato racial] (1997), que menciona que nossa sociedade é hierárquica e racialmente dividida em seus aspectos como sistema jurídico ou costumes. Assim, segundo o exposto por Sueli Carneiro:

A inquestionável supremacia branca ocidental no mundo como um sistema político não-nomeado estrutura: “uma sociedade organizada racialmente, um Estado racial e um sistema jurídico racial, onde o status de brancos e não brancos é claramente demarcada, quer pela lei, quer pelo costume” (MILLS, 1999, p. 14 apud CARNEIRO, 2011, p. 26).

Um tipo de sociedade em que o caráter estrutural do racismo impede a realização dos fundamentos da democracia, quais sejam a liberdade, a igualdade e a fraternidade, posto que semelhante sociedade consagra hegemonias e subalternizações racialmente recortadas (CARNEIRO, 2011, p. 26).

Tem-se, portanto, segundo Mills (1999, p. 14 apud CARNEIRO, 2005, p. 88), um sistema de poder fundado no contrato racial, da qual todos os brancos são beneficiários, embora nem todos sejam signatários. No Brasil, pode ser descrito pelas evidências empíricas como a absoluta prevalência dos homens brancos em



todas as instâncias de poder da sociedade, nos meios de comunicação, nas diretorias, gerências e chefias das empresas, nos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, nas hierarquias eclesiais, no corpo docente das universidades públicas ou privadas, entre outros (CARNEIRO, 2005, p. 88).

## **2.4 Epistemicídio por Boaventura de Souza Santos e o reflexo no Brasil**

Sueli Carneiro relata que as oportunidades educacionais são os principais ativos para a imobilidade social no País. Nessa dinâmica, o aparelho educacional tem se constituído, de forma quase absoluta, para os “racialmente inferiorizados”, o qual ocorre pelo rebaixamento da autoestima que o racismo e a discriminação provocam no cotidiano escolar; pela negação aos negros da condição de sujeitos de conhecimento, por meio da desvalorização, negação ou invisibilidade das contribuições da ancestralidade africana ao patrimônio cultural da humanidade e pela imposição da cultura europeia. A esses processos, Sueli Carneiro denominou-os como epistemicídio (CARNEIRO, 2005, p. 96).

O conceito de epistemicídio utilizado por Sueli Carneiro em sua tese foi descrito pelo Doutor em Sociologia do Direito, Boaventura Sousa Santos (1997), o qual descreve que o epistemicídio se constituiu e ainda se constitui pela invisibilidade da população negra, a deslegitimação dos seus conhecimentos e culturas ancestrais no processo de destituição da racialidade, da cultura e civilização, como descrito:

O epistemicídio se constituiu e se constitui num dos instrumentos mais eficazes e duradouros da dominação étnica/racial, pela negação que empreende da legitimidade das formas de conhecimento, do conhecimento produzido pelos grupos dominados e, conseqüentemente, de seus membros enquanto sujeitos de conhecimento (Carneiro, 2005, p. 96).

Uma das características do racismo é a maneira pela qual ele aprisiona o outro em imagens fixas e estereotipadas. Para Boaventura de Sousa Santos (1995, p. 328), a tentativa de eliminação da cultura negra, dada de forma devastadora desde a



escravidão, com a tentativa de impedir o surgimento e enriquecimento dos conhecimentos e culturas ancestrais infere-se do epistemicídio (CARNEIRO, 2005, p. 96):

Mas o epistemicídio foi muito mais vasto (...) pretendeu subalternizar, subordinar, marginalizar, ou ilegalizar práticas e grupos sociais que podiam ameaçar a expansão capitalista (...) e também porque ocorreu tanto no espaço periférico, extra-europeu e extra-norte-americano do sistema mundial, como no espaço central europeu e norte-americano, contra os trabalhadores, os índios, os negros, as mulheres e as minorias em geral (étnicas, religiosas, sexuais). (SOUSA SANTOS, 1995, p. 328 *apud* Carneiro, 2005, p. 96).

Sueli Carneiro destinou um tópico exclusivamente para a questão das mulheres negras, intitulado “*Mulheres negras: das mortes preveníveis e evitáveis*” (CARNEIRO, 2005, p. 78), o qual se destaca justamente a invisibilidade instrumentalizada pelo biopoder e o contrato racial, por meio do racismo, o qual respalda o não tratamento adequado às mulheres e decorrendo assim, às suas mortes previsíveis e evitáveis. Inicia-se com os dizeres:

Neste lugar de maior solidão, examino cada decisão que tomo à luz do que tenho aprendido sobre mim mesma e sobre a **autodestruição que me foi incutida pelo racismo e sexismo, pelas circunstâncias de minha vida enquanto uma mulher negra.**” (Lorde, 2000, p. 76) (grifo nosso).

Sueli Carneiro relata que o movimento feminista negro brasileiro tem usado esse termo médico para se referir à morte de mulheres por doenças preveníveis e, em caso de já estarem doentes, deveriam ter tido acesso a tratamento curativo. Portanto, são mortes que não deveriam ter ocorrido (CARNEIRO, 2005, p. 78).

Dentro desse contexto, Sueli Carneiro explana sobre a diversidade de tratamento racial no atendimento à saúde. Para ela, o não aprofundamento das reais peculiaridades das mulheres negras no tratamento acarreta mortes evitáveis, pelo simples fato das prerrogativas proporcionadas para tal desconhecimento que o contrato racial, o biopoder e o epistemicídio corroboram (CARNEIRO, 2005, p. 78):



Condições biológicas aliadas às condições sociais desfavoráveis potencializam-se para inscrever as mulheres negras num círculo de vicioso de incidência superior ao risco de morte (...)

Porém, a desqualificação da importância da vida segundo a racialidade imprime e determina o descaso e a desatenção, e, não prioridade, da busca de reconhecimento e conhecimento dessas singularidades (CARNEIRO, 2005, p. 81).

Sueli finaliza o tópico supracitado com a citação da médica Fátima de Oliveira (Oliveira, 2004):

A mortalidade precoce dos negros desnuda o racismo na (des)atenção à saúde. Além do que, invisibilizar é uma velha e vitoriosa estratégia política sexista e racista. Portanto, eis, para ela, a explicação das dificuldades de pesquisadores da área biomédica e do aparelho formador da área de saúde em relação ao recorte racial/étnico na pesquisa e na assistência em saúde (OLIVEIRA, 2004 *apud* CARNEIRO, 2005, p. 78).

Portanto, a correlação desses três elementos distintos de estudo – o biopoder, o contrato racial e o epistemicídio – no contexto da sociedade brasileira, demonstra-se, por Sueli Carneiro, como a existência de um dispositivo de racialidade.

O racismo descrito no biopoder opera na sociedade brasileira como instrumento articulador de uma rede de elementos bem definida pelo contrato racial, o qual hierarquiza as relações que retira os negros dos lugares de poder, que define as funções (atividades no sistema produtivo) e papéis sociais, este recorte interpretativo localiza neste cenário o epistemicídio como um elemento constitutivo do dispositivo de racialidade e biopoder com a tentativa de invisibilidade da cultura negra, tomando do negro a oportunidade de ser singular (CARNEIRO, 2005, pp. 78-82 e 96).

## **2.5 Dados sobre as mulheres negras no Brasil por meio da interseccionalidade**

Primordialmente, destaca-se que o documento aqui esmiuçado contém dados do ano de 2013, sendo esses específicos sobre a mulher negra dentro do contexto da sociedade brasileira, elaborado por instituições de destaque sobre os estudos descritos e de extrema relevância para a compreensão da presente monografia. Cabe



ressaltar ainda, que dados tão específicos não foram atualizados desde então, trazendo à realidade, a já mencionada invisibilidade da mulher negra brasileira. Isto posto, segue com a explanação pertinente.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA (2013) juntamente com a Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República - SPM/PR, a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República - SEPPIR/PR e a ONU Mulheres, elaboraram o documento intitulado “*Dossiê Mulheres Negras: Retrato das condições de vida das mulheres negras no Brasil*” (IPEA, 2013, p. 9).

Nele consolidaram os indicadores sociais anuais e em nível nacional brasileiro para mensurar as disparidades dos grupos gênero (homens/mulheres) e raciais (brancos/negros) em campos como: educação, mercado de trabalho, saúde, desigualdade de renda, entre outros. Com atenção especial às mulheres negras brasileiras, com o objetivo de analisar os contextos de inserção e participação delas na sociedade brasileira ao longo dos últimos anos. Como consta:

Os indicadores sociais disponibilizados todos os anos em nível nacional, e consolidados na publicação *Retrato das desigualdades de gênero e raça*, editada pelo Ipea em parceria com a Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM/PR), a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República (SEPPIR/PR) e a ONU Mulheres, permitem dimensionar as grandes distâncias que ainda separam homens e mulheres e negros e brancos. De qualquer ângulo em que se tomem estes grupos – no campo da saúde, do trabalho, da educação, no espaço doméstico –, a realidade ainda revela muitas desigualdades. (...) **As instituições parceiras abrem espaço para que as questões aqui colocadas sejam analisadas a partir da perspectiva de jovens mulheres negras**, convidadas a estudar um conjunto de indicadores sociais capazes de evidenciar as inúmeras desigualdades integrantes de suas experiências enquanto pertencentes ao grupo que vivencia, no cotidiano, o impacto destes processos múltiplos e simultâneos de exclusão (IPEA, 2013, p. 9) (grifo nosso).

Ademais, os indicadores supracitados são todos baseados nas Pesquisas Nacionais por Amostra de Domicílios (PNADs), realizadas anualmente pelo Instituto





Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e, portanto, são representativos da realidade nacional e contam com periodicidade anual. Cabe ressaltar que foi optado por se trabalhar com a categoria negra, construída a partir das somas das categorias preta e parda, assim coletadas pelo IBGE, utilizando-se de apenas duas categorias raciais para representatividade amostral: brancos e pretos.

O IPEA utilizou-se da ideologia da interseccionalidade dentro desse amplo estudo para o entendimento da dinâmica singular, a qual exige as relações de exclusão e opressão, ou seja, a percepção de uma mulher negra dentro de tal circunstância, não será a mesma de um homem negro, nem a de um homem negro será a de uma mulher branca e assim por diante, como o início do dossiê explica:

Trata-se da ideia de interseccionalidade, que remonta às dinâmicas e processos de interação entre dois ou mais eixos de subordinação na construção de situações de exclusão e opressão. Isto significa que tais situações são vivenciadas de forma diferenciada se consideradas mulheres negras e brancas, ou homens negros e brancos. São ainda mais diferenciadas se inseridas na análise as categorias de classe, geração, regionalidade ou orientação sexual (IPEA, 2013, p. 9).

O aspecto apontado pela SPM/PR é sobre o binômio: sexismo e racismo; ideologias geradoras de violência dentro do cotidiano brasileiro, o qual corrobora para uma estrutura desigual em diversos aspectos, como o reconhecimento de que a vivência das mulheres é perpassada por uma série de injustiças. Esse estudo trouxe a possibilidade de dar visibilidade às vozes silenciadas dessas jovens mulheres negras:

O sexismo e o racismo são ideologias geradoras de violência e estão presentes no cotidiano de todos(as) os(as) brasileiros(as): nas relações familiares, profissionais, acadêmicas e nas instituições, o que permite afirmar serem dimensões que estimulam a atual estrutura desigual, ora simbólica, ora explícita, mas não menos perversa, da sociedade brasileira (...). É também esta mesma compreensão que orientou a produção do Dossiê mulheres negras (...)

Trata-se do espaço ocupado por vozes silenciadas que provam ter o que dizer: são as vozes das jovens mulheres negras. Com efeito, todos os artigos contidos neste volume foram elaborados por jovens mulheres negras que cruzam as próprias



experiências com as realidades demonstradas nos dados que analisam (IPEA, 2013, pp. 11-12) (grifo nosso).

Para a ONU Mulheres, esta pesquisa foi propícia para o entendimento do binômio – sexismo e racismo – como base sedimentada para a pobreza no nosso País, e acrescenta que só se pode haver desenvolvimento efetivo quando se conhece as causas dos problemas da população e com a construção de políticas públicas adequadas à realidade brasileira. Além do enfrentamento das desigualdades étnico-raciais:

Para além de incluir as mulheres, a população negra e os povos indígenas nos cadastros e programas sociais, há que se estabelecer um compromisso com o rompimento das desigualdades étnico-raciais e de gênero, e com a desconstrução de papéis pré-concebidos e estereótipos, por intermédio da ação formativa, educativa e afirmativa. O *dossiê mulheres negras* vem, assim, somar-se aos esforços da ONU mulheres em promover a igualdade de gênero, raça e etnia e o empoderamento das mulheres no país (IPEA, 2013, p. 12).

Para a SEPPIR, o binômio causa estagnação aos avanços no quadro geral da história do Brasil, como a ampliação da escolaridade, por exemplo, pois eles não são suficientes para provocar uma redução significativa das visões estereotipadas e diferenciações nas condições de acesso aos direitos e às oportunidades. Nesse sentido, o *Dossiê* tem o olhar a partir de jovens pesquisadores – mulheres negras – as quais descreve suas possibilidades concretas e acesso ao trabalho, à educação:

Na história recente do Brasil, sobressaem os avanços em termos de crescimento econômico, de ampliação da escolaridade e de redução da pobreza, resultantes do êxito de políticas sociais de cunho redistributivo e de valorização do salário mínimo. Estas, associadas à adoção de ações afirmativas, especialmente no campo da educação (...) contudo, verifica-se que esse quadro mais geral de aumento de oportunidades tem sido insuficiente para provocar uma significativa redução nas desigualdades raciais e de gênero. (...) se destacam o racismo e o sexismo, que se combinam para delinear na sociedade visões que estereotipam e classificam capacidades e atributos de brancos e negros, de mulheres e homens, de modo a produzir condições diferenciadas de acesso a direitos e a oportunidades (...)



A partir do olhar de jovens pesquisadoras, elas mesmas representantes dos processos recentes de inserção da pessoa negra em diversas áreas da vida social. A leitura corajosa dos indicadores dá conta da situação da maioria das mulheres negras e descreve suas possibilidades concretas de acesso ao trabalho, à educação, à justiça e às tecnologias digitais. Trata-se de uma rica análise, que se coaduna com os esforços do governo federal para responder às demandas (IPEA, 2013, p. 13) (grifo nosso).

## 2.6 Compilação dos dados e índices gerais da mulher negra

Após as breves explanações de cada órgão idealizador do *Dossiê*, a introdução trouxe o objetivo de tal documento que consta da análise dos contextos de inserção e participação das mulheres negras na sociedade brasileira, tendo sido convidadas mulheres negras acadêmicas ou de organizações governamentais com reflexão acerca do tema, com o intuito de dar voz espaço a novas reflexões, como segue:

Objetiva analisar os contextos de inserção e participação das mulheres negras na sociedade brasileira ao longo dos últimos anos. Para a elaboração deste livro, foram convidadas jovens mulheres negras, com alguma inserção no campo da academia ou das organizações governamentais e que já houvessem produzido reflexões acerca da temática. **Esta escolha foi percebida pelas instituições organizadoras como uma forma de dar voz e espaço a novas reflexões que estejam surgindo no contexto nacional, valorizando a produção e o conhecimento deste grupo específico de mulheres** (IPEA, 2013, p. 13) (grifo nosso).

Nesse sentido, foi apresentada uma breve contextualização sobre o perfil das mulheres negras no Brasil. Para iniciar tal estudo, cabe mencionar que os dados começaram a ser analisados no ano de 1995 e são coletados até o ano de 2009. Nesse ano, do total de mulheres, 51% eram negras (IPEA, 2013, p. 21). Dado interessante a mencionar é o fato de que somente a partir de 2008, as negras passaram a essa porcentagem superior, com 70 mil negras a mais na totalidade da pesquisa (negras/brancas), no ano de 2009 a diferença era quase 600 mil (IPEA, 2013, p. 21).



Tal aumento, entretanto, não se refere a taxas de fecundidade ou de natalidade, segundo o *Dossiê*; na verdade, houve maior identidade, valorização e reconhecimento da população negra e para a população negra como tal, ou seja, há uma mudança na forma como as pessoas percebem e declaram sua própria raça ou cor (IPEA, 2013, p. 22).

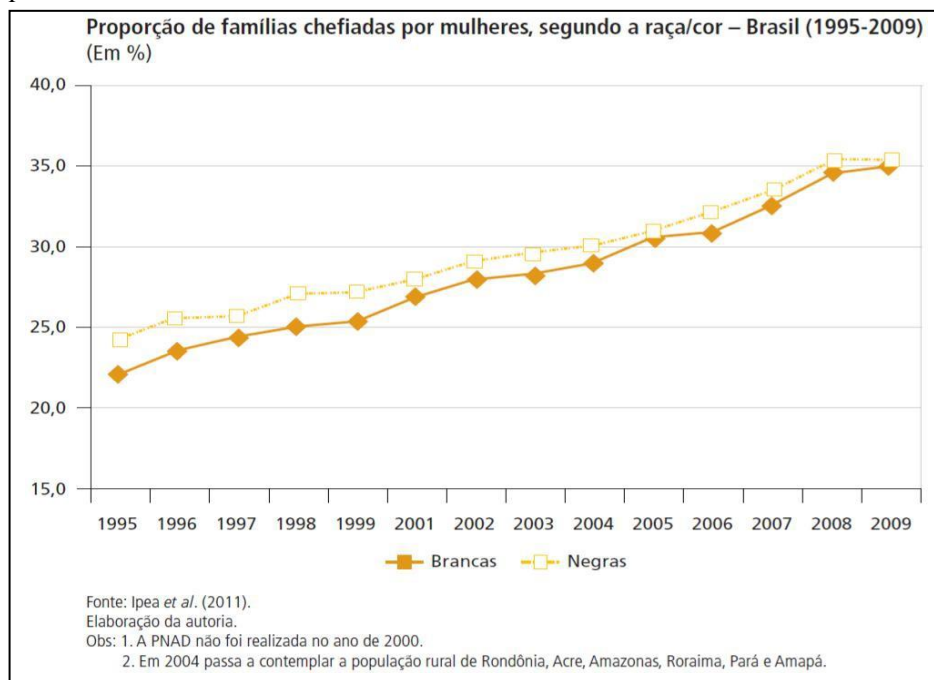
Outro conjunto de questões importantes para a análise das desigualdades raciais percebidas entre as mulheres refere-se às características e à conformação dos arranjos familiares entre os diferentes grupos raciais.

Vale destacar que o Brasil tem apresentado um quadro de mudanças em várias dimensões relativas à vida das mulheres. Neste contexto, uma relevante mudança verificada foi o aumento de mulheres apontadas como “chefes de família”. Tal definição foi colocada no primeiro censo em 1872 para definir o “homem da casa”, no decorrer do tempo, foi-se flexibilizando e no ano de 2010, o termo foi substituído por pessoa responsável, a qual é reconhecida como tal pelos moradores, além de trazer a possibilidade da responsabilidade compartilhada, sem critérios predefinidos para a escolha dos responsáveis, como por exemplo, critérios como renda, escolaridade, idade, entre outros. (IPEA, 2013, p. 24-25).

A tendência de aumento das mulheres como chefes de família, teve uma proporção significativa das mulheres negras. Enquanto a maioria das famílias era chefiada por mulheres brancas em 1995 (54,4%), em 2009, a maioria torna-se chefiada por mulheres negras (51,1%), conforme especificado no gráfico I:



GRÁFICO  
I



Em 1995, a grande maioria das famílias chefiadas por mulheres se caracterizava por uma chefia feminina solitária, na qual inexistia a figura do marido ou companheiro – cerca de 70%. Eram, predominantemente, mulheres idosas ou adultas separadas que residiam com seus filhos (IPEA, 2013, p. 27). Veem-se, nesse contexto, nitidamente, resquícios da família matriarcal, descrita por Angela Davis, a qual as mulheres negras eram o centro do núcleo familiar e muitas delas não tinham a presença masculina, devido à separação no período da escravidão.

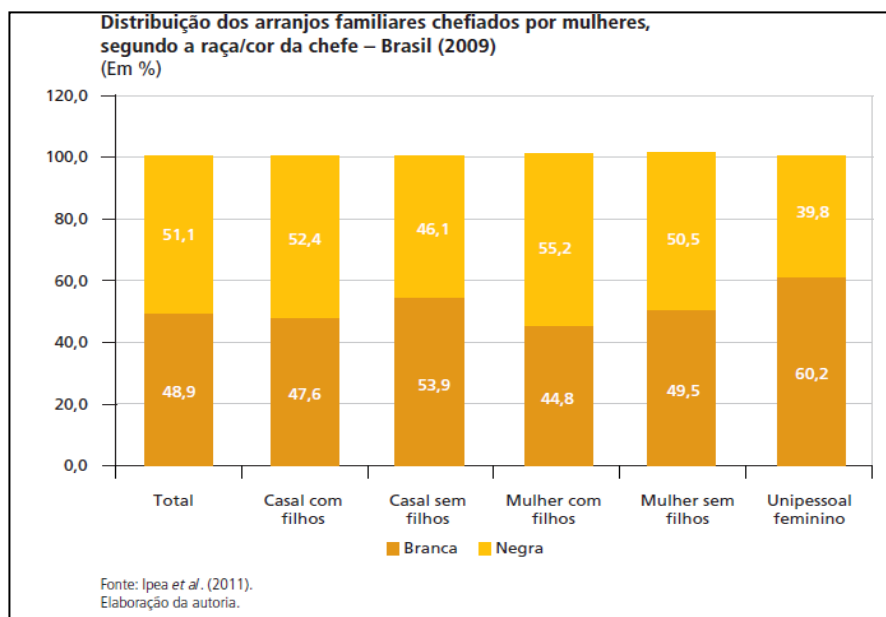
Ainda em 1995, os dados apontam que quase 70% das famílias era, naquele momento, do tipo “mulher com filhos”, 18% eram formadas por mulheres sozinhas e outros 10% por mulheres sem filhos, mas em coabitação com alguma outra pessoa. Menos de 3% desta chefia feminina envolvia mulheres que possuíam cônjuge ou companheiro. Outro aspecto, são os dados das famílias do tipo casal – com e sem filhos – cuja chefia era feminina, em 2009, alcançavam 26% do total. Em



movimento contrário, as famílias do tipo “mulher com filhos” perderam significância, atingindo 49% do total. Isto explica, portanto, que o apontamento de mulheres como chefes de família está cada vez menos limitado a lares monoparentais, trazendo consigo o reconhecimento de família negra (IPEA, 2013, p. 27).

As famílias chefiadas por mulheres negras são maioria entre aquelas dos tipos “casal com filhos” e “mulher com filhos” sendo respectivamente 52,4% e 55,2% do total das famílias com “chefia” feminina. Estas são famílias que tendem a ser mais numerosas e representavam os dois modelos mais frequentes entre as chefes negras e a chefia feminina de modo geral (IPEA, 2013, p. 27). Seguem dados, conforme o gráfico II:

GRÁFICO II



Duas outras vertentes quanto aos dados da família com mulheres negras são a renda e a faixa etária. Primeiramente, os dados indicam, de modo geral, uma melhora na renda *per capita* das famílias, beneficiando, mais fortemente, a população negra.



É possível perceber, ao longo do tempo, uma redução na desigualdade: em 1995, as mulheres negras ganhavam cerca de 40% do que recebiam as mulheres em geral, em 2009, chegaram a 51%. Não obstante, quanto ao crescimento da renda periódica, as piores condições de renda são das famílias chefiadas por mulheres negras: entre estas, 69% possuíam, em 2009, renda familiar de até um salário mínimo. A melhora da renda global não impediu, portanto, uma situação de carência, concluindo, que mesmo com o incremento na renda *per capita* em geral, não foi capaz de sanar um cenário de desigualdades de gênero e raça (IPEA, 2013, p. 29).

Quanto a esta etapa geral de compilações sobre as mulheres negras há, ainda, os dados relativos à faixa etária dessas mulheres dentro da sociedade brasileira; na totalidade, a chefia feminina tem como característica a prevalência de mulheres de faixas etárias mais elevadas. Entre as mulheres que chefiavam famílias, em 2009, 84% possuíam 30 anos ou mais de idade e, em relação à dimensão racial, nota-se que as mulheres negras chefes de famílias estão relativamente mais presentes entre aquelas de até 44 anos de idade (IPEA, 2013, p. 29).

### **3 ESCOLARIDADE, MERCADO DE TRABALHO, DESIGUALDADE E VITIMIZAÇÃO**

No estudo do IPEA, encontram-se três capítulos os quais são estudos produzidos por mulheres negras, dentro do seu lugar de fala, com temas relativos a: sistema educacional e mercado de trabalho, pobreza e desigualdade e vitimização e acesso à justiça. Ambos utilizando-se como base, de forma praticamente unânime, a interseccionalidade, segundo a visão principal da mulher negra para justificativa das invisibilidades e vulnerabilidades sociais (IPEA, 2013, p. 29).

O Capítulo I apresenta o texto elaborado por Edilza Correia Sotero, Doutoranda em sociologia pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH/USP), o qual trata do acesso diferenciado, pelas características de raça/cor e gênero, ao sistema educacional, especialmente ao ensino superior, ao longo do período de 1995 a 2009 (IPEA, 2013, p. 36).



A autora desenvolve suas reflexões tendo como referência o pensamento do feminismo negro, como o de Patricia Collins (1990), que posiciona as mulheres negras no centro do seu pensamento, trazendo uma reconfiguração das hierarquias, desconsiderando-se a matriz de dominação do patriarcado, para pensar a intersecção das desigualdades, sendo que a mesma pessoa pode se encontrar em diferentes posições dentro de um contexto, nesse caso, estaria assentado no cruzamento entre gênero, raça e classe, sem predominância de algum elemento sobre outro, não só em termos de produção, mas de análise, ao privilegiar o lugar que a mulher negra ocupa na estrutura social (IPEA, 2013, p. 36).

Há a reprodução da hierarquia no interior do sistema educacional, e com isso, a autora propõe a reflexão sobre a educação formal brasileira nos últimos dez anos, tendo como objeto de estudo a educação das mulheres negras no ensino superior, utilizando-se da interseccionalidade, investigando o lugar da mulher negra nesse campo e sua posição em relação aos demais grupos os quais compõem esse sistema acadêmico (IPEA, 2013, p. 37).

O primeiro ponto de pesquisa são os dados sobre a taxa de escolarização líquida<sup>2</sup> no ensino superior que teve um acentuado crescimento (por meio de ações afirmativas como bolsas e financiamentos), independentemente de gênero e raça, o qual revelou que, apesar do crescimento no acesso ao ensino superior no Brasil, este fato não significou igualdade de presença entre homens e mulheres no nível de ensino, mantendo a distância entre estes na sociedade, conforme gráfico III (IPEA, 2013, p. 37):

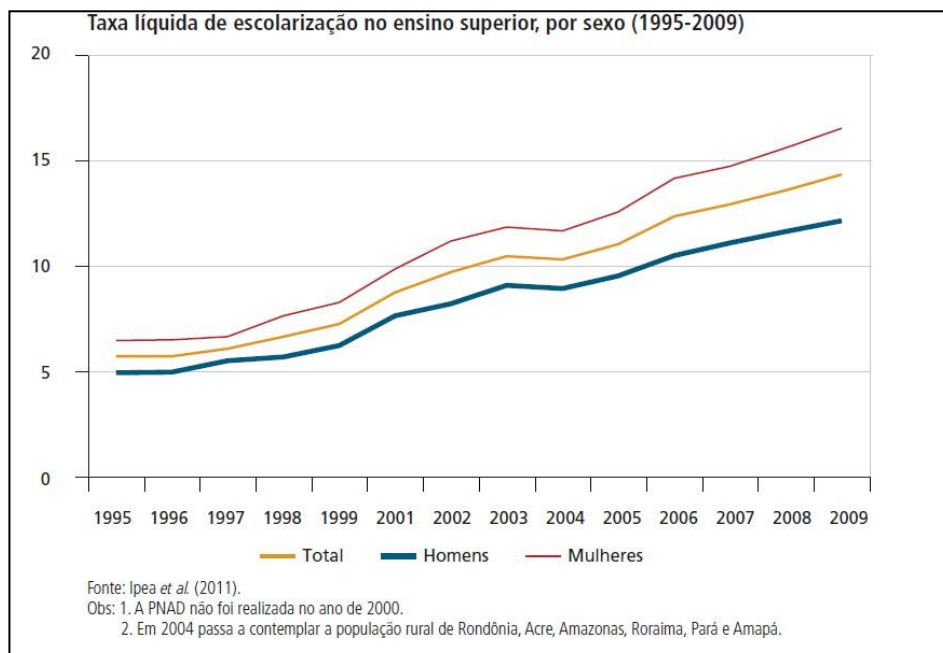
---

<sup>2</sup> A taxa líquida de matrícula pode ser definida como o percentual da população em determinada faixa etária que se encontra matriculada no nível de ensino adequado à sua idade. Neste relatório, a idade adequada que foi considerada é a compreendida entre 18 e 24 anos (IPEA, 2013, p. 38).





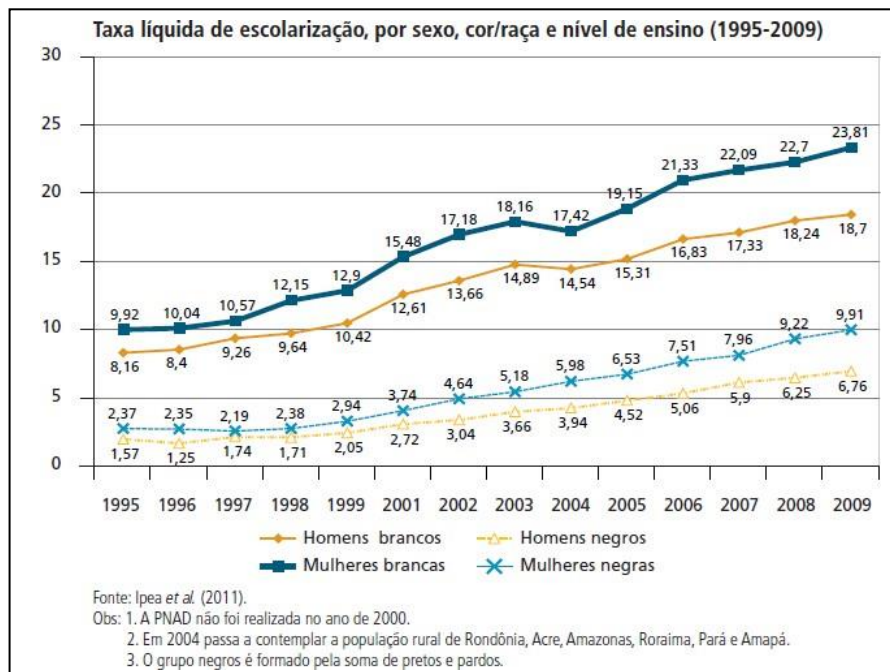
GRAFICO III



Vê-se, nitidamente, que as mulheres possuem as melhores chances de ingresso e permanência nas universidades (IPEA, 2013, p. 38). Entre outra perspectiva, quando se leva em consideração a classificação racial, há tamanha discrepância entre mulheres negras e brancas e entre homens negros e brancos, como se pode notar no gráfico IV, que representa a sequência histórica da taxa de escolaridade, por sexo, segundo cor/raça, a partir de 1995:



GRAFICO IV



O que se observar-se quanto a taxa líquida de escolarização no ensino superior, segundo a cor, é que as desigualdades raciais não estão diminuindo, a despeito do crescimento absoluto das taxas. Em 2009, a diferença entre mulheres brancas e negras era de 13,9 pontos percentuais, evidenciando as desigualdades no campo acadêmico. Portanto, no caso de inclusão ao ensino superior, tem-se uma ampliação da presença de mulheres negras no ensino superior, fortemente influenciada por estratégias de ações afirmativas implementadas ao longo dos últimos anos; entretanto, o aumento não é o suficiente para promover qualquer tipo de igualdade entre raças e gêneros (IPEA, 2013, p. 47).

A taxa de escolaridade influencia diretamente no mercado de trabalho, para a inserção, permanência e/ou ascensão. Nesse sentido, inicia-se a explanação do



segundo texto, realizado por Márcia Lima, professora de sociologia da Universidade de São Paulo (USP) e pesquisadora do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), e Flávia Rios, doutoranda em sociologia também na USP, abordando a questão das desigualdades no mercado de trabalho brasileiro, analisando-as por meio da sociologia, da estratificação social<sup>3</sup> e a interseccionalidade, valendo-se do binômio – raça e gênero – como explicação para esse fenômeno na sociedade, assim sendo (IPEA, 2013, p. 55):

Em primeiro lugar, tais atributos (raça e gênero) implicam em desvantagens históricas para determinados grupos sociais e atuam de maneira decisiva na definição da posição social dos indivíduos. Em segundo lugar, porque ajudam a compreender os mecanismos e processos de produção e reprodução das desigualdades, ao evidenciar a relação entre atributos individuais e estrutura social. Gênero e raça são, portanto, nos termos de Fraser (2001), paradigmas de coletividades bivalentes, pois abarcam dimensões econômicas e dimensões cultural-valorativas, implicando problemas de redistribuição e de reconhecimento (IPEA, 2013, p. 55).

A estratificação social explica-se com os termos: adscrição (atributos herdados – raça, sexo, idade, entre outros) e a aquisição (atributos adquiridos com base no esforço individual), aquele termo atua na hierarquização e influencia na posição social dos indivíduos no sistema de estratificação, refletindo-se em desigualdades entre os grupos sociais na apropriação de posições na hierarquia social (IPEA, 2013, p. 55). As autoras, ao delimitarem o conceito ao caso brasileiro, acreditam que apesar da redução das desigualdades sociais, ainda persistem padrões desproporcionais de participação na educação e no mercado de trabalho que afetam de forma específica as mulheres, os negros e, em especial, as mulheres negras (IPEA, 2013, p. 56).

Como, mencionado no primeiro texto, aqui se reitera que o melhor desempenho educacional, como as maiores taxas de escolarização, é representado

---

<sup>3</sup> Estratificação social é um conceito sociológico utilizado para classificar os indivíduos ou grupos a partir da análise das condições socioeconômicas, servindo também como base para entender a configuração da sociedade em hierarquias e na formação das desigualdades sociais



pelas mulheres; entretanto, elas ainda enfrentam desigualdades extremas no que diz respeito aos retornos esperados pelo investimento educacional: seus rendimentos são inferiores aos dos homens, sua participação nos postos de comando e na condição de proprietárias-empregadoras ainda é restrita.

Estas desigualdades também estão relacionadas à condição de gênero, como a média de horas trabalhadas das mulheres ser inferior a dos homens, dada a necessidade de dupla jornada, além de estarem concentradas nos setores de atividade com salários mais baixos (IPEA, 2013, p. 56).

Por meio dos dados, entre os anos de 1995 e 2009, analisou-se a situação das mulheres negras e as principais mudanças nesse contexto, examinando a sobreposição dos atributos – raça e gênero – no perfil socioeconômico dessas mulheres, tendo como foco o mercado de trabalho e dois aspectos, os quais complementam o entendimento: a educação (como já mencionado, tem extrema relevância na qualificação no mercado de trabalho) e a renda, como efeito posterior à inserção. Cabe mencionar, que as autoras descreveram o porquê desse recorte de período é considerado importante para a população negra, por ter dado certa visibilidade às temáticas da desigualdade na sociedade (IPEA, 2013, p. 57):

O período recortado é particularmente interessante, porque consiste em um contexto de grande discussão em torno de políticas públicas orientadas para a população negra, postas no âmbito nacional pela Marcha Zumbi dos Palmares, em novembro de 1995, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso; apresentadas no plano internacional pela Conferência de Durban, em 2001; e oficialmente institucionalizadas através de órgão próprio na gestão do governo Lula, com a criação da Secretaria de Promoção da Igualdade Racial e da Secretaria de Políticas para Mulheres, em 2003. Neste ambiente político, a temática das desigualdades raciais e de gênero ganhou certa visibilidade em meios de comunicação, nos círculos políticos da sociedade civil e nas universidades (IPEA, 2013, p. 57).

Considera-se o mercado de trabalho como meio ímpar de compreensão dos cenários de amplas desigualdades, uma vez que tanto o acesso ao mercado de



trabalho quanto à condição de ingresso neste representam etapas particularmente importantes na trajetória socioeconômica dos indivíduos.

A correlação entre o trabalho e a educação representa, nesse sentido, dois pontos de um mesmo momento: a posição inicial de ingresso no mercado de trabalho influencia-se pelas características educacionais e gera um forte efeito sobre a trajetória subsequente dos indivíduos. O outro ponto, diz respeito aos efeitos discriminatórios produzidos pelo mercado de trabalho: as desigualdades de acesso a determinados ramos de atividade, assim como o ingresso em ocupações menos formais, estão fortemente mediados por fatores que se relacionam com a discriminação de gênero e raça, o qual continua a operar nos processos de estratificação, onde mulheres negras são alocadas em posições subalternas (IPEA, 2013, p. 57).

Considerando esse panorama, a participação das mulheres negras no mercado de trabalho é um aspecto extremamente relevante para a compreensão da interseccionalidade dos marcadores adscritos – gênero e raça – na constituição das desigualdades sociais brasileiras. Soares (2000, p. 7), mencionado como percussor de uma pesquisa base de análise de renda (tendo o homem branco como padrão) e a despeito de um conjunto de variáveis controladas (como idade, escolaridade, categoria ocupacional e região), relatou que seus resultados indicaram um quadro alarmante no que toca tais desigualdades, particularmente no segmento das mulheres negras (IPEA, 2013, p. 59). Soares citado por IPEA segundo ele: *“As mulheres negras arcam com todo o peso da discriminação de cor e de gênero, e ainda mais um pouco, sofrendo a discriminação setorial-regional-ocupacional que os homens da mesma cor e a discriminação salarial das brancas do mesmo gênero”* (SOARES, 2000, p. 51 apud IPEA, 2013, p. 59)

As análises quanto ao mercado de trabalho, a partir do gráfico V, correlacionam a qualificação de um indivíduo com as chances de ele estar ocupado, ou seja, de pertencer ao mercado de trabalho. Nota-se o crescimento da participação de pessoas com mais anos de escolaridade, em particular, as que possuem o ensino



médio e superior. Contudo, ao se observarem os percentuais das mulheres negras em 2009, nota-se que só agora estas atingiram, nas faixas mais elevadas, valores próximos àqueles que as brancas tinham em 1995. As desvantagens das mulheres negras em relação às brancas eram tão elevadas no ponto de partida que, mesmo tendo um bom crescimento ao longo do período considerado, elas ainda se mantêm bem longe de se assemelhar ao perfil das mulheres brancas ocupadas e mais escolarizadas (IPEA, 2013, p. 65).

GRÁFICO V

<b>Variação percentual da escolaridade das/os ocupadas/os com 25 anos ou mais e da escolaridade da população com 25 anos ou mais – Brasil (1995 e 2009)</b> (Em %)							
Raça/gênero	Anos de escolaridade	População ocupada			População total		
		1995	2009	Variação	1995	2009	Variação
Mulheres brancas	Menos de 1 ano	9,9	4,3	-57,0	14,5	9,0	-37,6
	1 a 4 anos	31,5	15,7	-50,2	35,3	22,1	-37,4
	5 a 8 anos	21,1	18,3	-13,4	21,4	19,3	-9,9
	9 a 11 anos	19,3	32,3	67,4	16,8	28,3	69,0
	12 anos ou mais	18,1	29,5	62,5	12,1	21,3	76,3
Mulheres negras	Menos de 1 ano	25,3	11,0	-56,6	30,9	17,1	-44,6
	1 a 4 anos	35,2	22,3	-36,6	35,3	25,8	-26,9
	5 a 8 anos	18,9	22,6	19,2	18,6	22,0	18,1
	9 a 11 anos	15,0	30,6	104,8	11,7	25,8	121,4
	12 anos ou mais	5,6	13,5	140,2	3,5	9,3	162,4
Homens brancos	Menos de 1 ano	10,7	6,1	-42,8	12,6	8,3	-34,4
	1 a 4 anos	34,0	19,7	-42,0	35,2	22,7	-35,5
	5 a 8 anos	24,3	21,7	-10,7%	23,3	20,8	-10,4
	9 a 11 anos	17,1	30,7	79,7	16,1	28,4	76,3
	12 anos ou mais	13,9	21,7	56,6	12,9	19,9	54,0
Homens negros	Menos de 1 ano	28,6	15,0	-47,6	30,7	17,8	-42,1
	1 a 4 anos	37,2	26,3	-29,4	36,7	27,2	-25,8
	5 a 8 anos	20,1	23,9	19,3	19,4	23,0	18,4
	9 a 11 anos	10,9	26,7	145,7	10,2	24,6	142,2
	12 anos ou mais	3,3	8,1	147,1	3,1	7,4	141,7



Raça/gênero	Anos de escolaridade	População ocupada			População total		
		1995	2009	Variação	1995	2009	Variação
	<b>Menos de 1 ano</b>	<b>17,5</b>	<b>9,3</b>	<b>-47,1</b>	<b>20,7</b>	<b>13,0</b>	<b>-37,4</b>
	<b>1 a 4 anos</b>	<b>34,4</b>	<b>21,3</b>	<b>-38,3</b>	<b>35,6</b>	<b>24,4</b>	<b>-31,4</b>
<b>Total</b>	<b>5 a 8 anos</b>	<b>21,6</b>	<b>21,8</b>	<b>0,9</b>	<b>20,9</b>	<b>21,2</b>	<b>1,5</b>
	<b>9 a 11 anos</b>	<b>15,7</b>	<b>29,9</b>	<b>90,8</b>	<b>14,2</b>	<b>26,8</b>	<b>89,4</b>
	<b>12 anos ou mais</b>	<b>10,8</b>	<b>17,8</b>	<b>65,2</b>	<b>8,7</b>	<b>14,6</b>	<b>68,7</b>

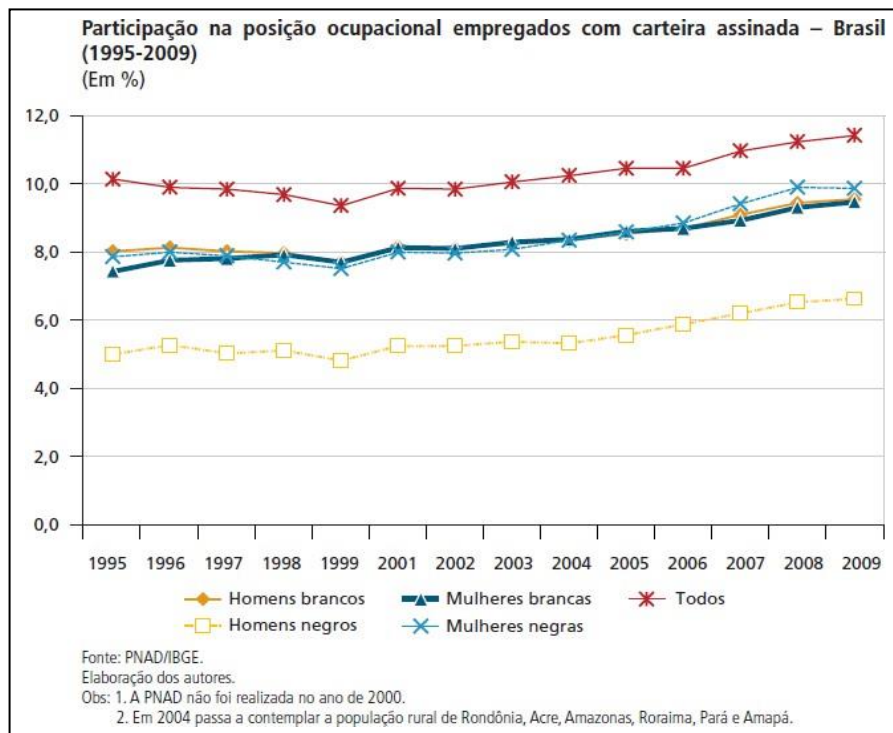
Fonte: PNAD/IBGE.  
Elaboração dos autores.

Esses dados evidenciam que, apesar dos nítidos avanços educacionais da população feminina brasileira, elas, e principalmente as mulheres negras, encontram fortes barreiras para converter suas melhores qualificações em maiores vantagens no mercado de trabalho. Ao se compararem estes indicadores com a análise educacional precedente, nota-se que há uma inversão da hierarquia de gênero, ou seja, as mulheres permanecem mais tempo na escola, por um lado; e, por outro, participam menos no mercado de trabalho, indicando desproporcionalidades na trajetória feminina tanto para esfera educacional como para a laboral. As mulheres negras representam a síntese da condição de dupla discriminação: marcadas pelo estigma racial na busca pelo emprego e pelas dificuldades encontradas pelas mulheres (IPEA, 2013, p. 66).

Outro contexto do estudo diz respeito às diferenças de inserção ocupacional, com finalidade de destacar a posição dos indivíduos no mercado de trabalho. No entrecruzamento de raça e gênero, especialmente, com o emprego de carteira assinada – que, segundo a pesquisa, apresenta os percentuais de participação mais elevados – teve aumento para os quatro grupos considerados. Com maioria de homens brancos, em detrimento das mulheres negras sendo 24,8% destas inseridas mercado de trabalho, considerando o ano de 2009. Nos segmentos intermediários, constam os homens negros com 36,9% e as mulheres brancas com 35,4%, como consta o gráfico VI (IPEA, 2013, p. 72):



GRAFICO VI



Mostra-se que o maior acesso ao emprego estável e de maior proteção social ao segmento masculino da população, quando comparado ao segmento feminino, mesmo tendo as mulheres mais credenciais educacionais que os homens. Sugere também que os diferenciais de raça e gênero têm peso expressivo quando combinados. As mulheres brancas, que, em geral, são mais escolarizadas, apresentam taxas de participação similares a dos os homens negros, que possuem piores taxas de escolarização. Ademais, as mulheres negras, que também são mais educadas em relação ao segmento masculino de seu grupo de cor, têm a menor participação nesta categoria (IPEA, 2013, p. 72).

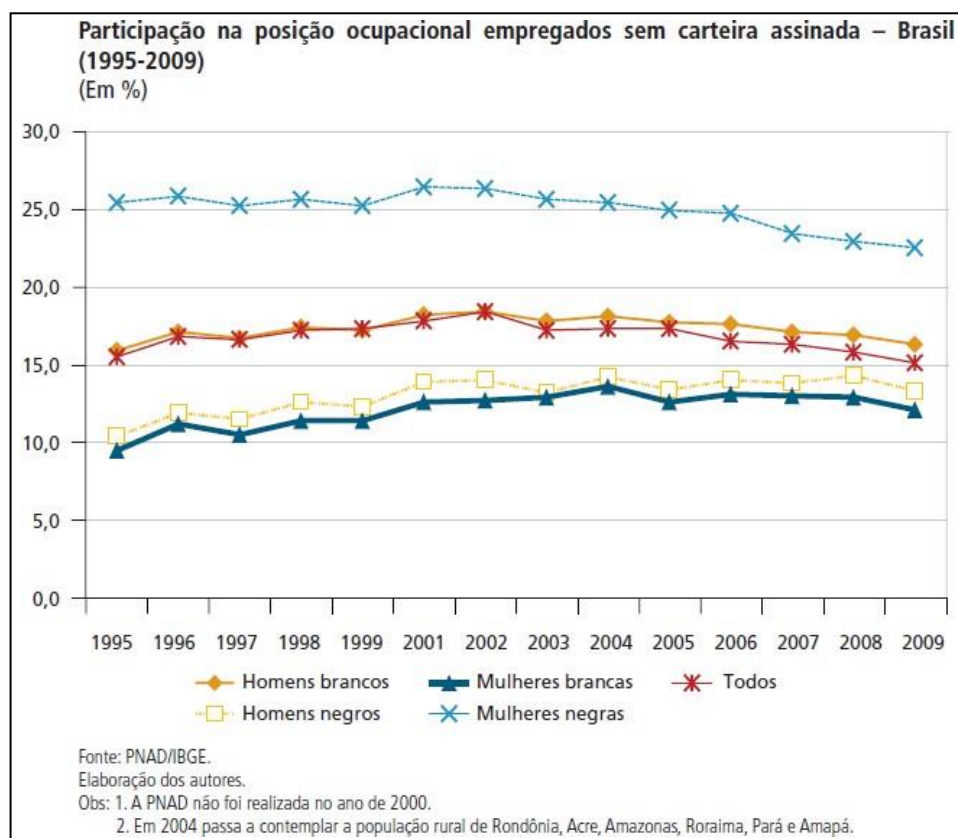
No outro lado, a categoria dos empregados sem carteira assinada representa uma condição ocupacional bastante precária, uma vez que não há formalização de vínculos e garantia de direitos trabalhistas. As mulheres negras ocupam o terceiro





lugar nessa categoria, saíram de 10,4% e chegaram ao patamar de 13,3%. O aumento da participação feminina negra nessas ocupações que não oferecem proteção social mostra, segundo o estudo, as desvantagens de gênero no acesso e permanência no mercado de trabalho. As mulheres, portanto, são alocadas naquelas com maior precariedade social (IPEA, 2013, p. 73). Os dados percentuais constam no gráfico VII:

GRAFICO VII

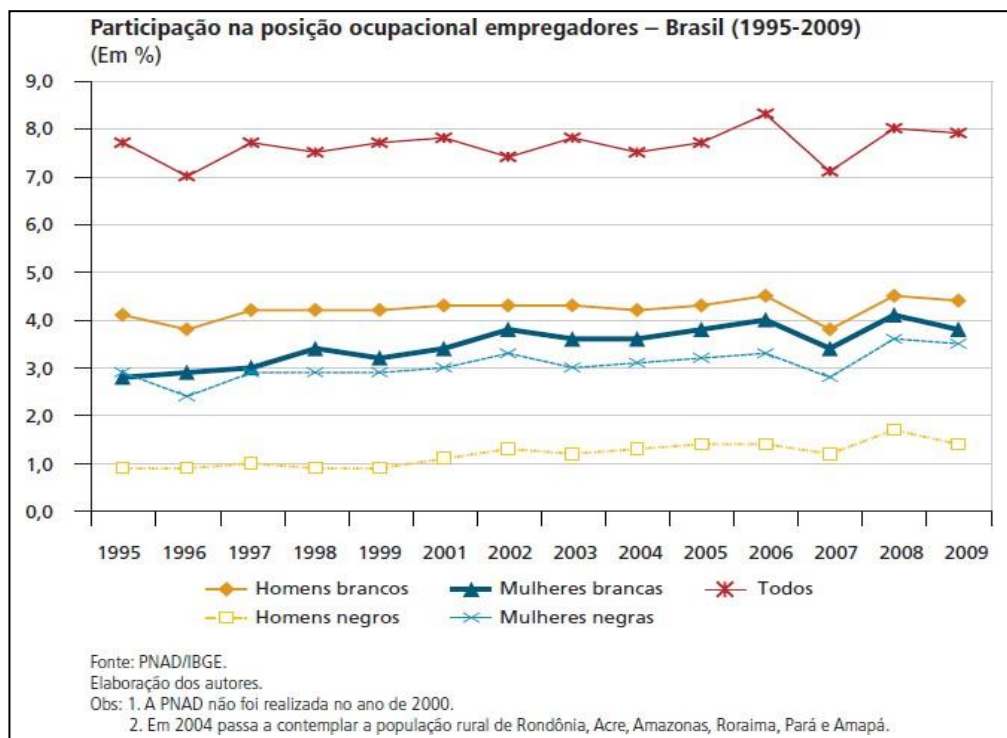


No topo da hierarquização do mercado de trabalho, consta a posição dos empregadores, onde as hierarquias raciais e de gênero tornam-se mais evidentes, uma vez que envolvem propriedade e posição de comando. Em linhas gerais, homens brancos concentram 7,9% deste grupo, seguidos das mulheres brancas, com



3,8%. No caso dos negros, são 3,5%, enquanto as mulheres negras correspondem apenas a 1,4% na categoria considerada. Nesse sentido, registra-se que as mudanças observadas no período quase não tiveram impactos sobre a hierarquia racial e de gênero verificada para essas mulheres nas posições de comando ou elevados, exemplificando, nitidamente, a construção da interseccionalidade e da estratificação social, pelo binômio, categorizando a mulher negra em seu último patamar (IPEA, 2013, p. 73-74). Consta no gráfico VIII:

GRAFICO VIII

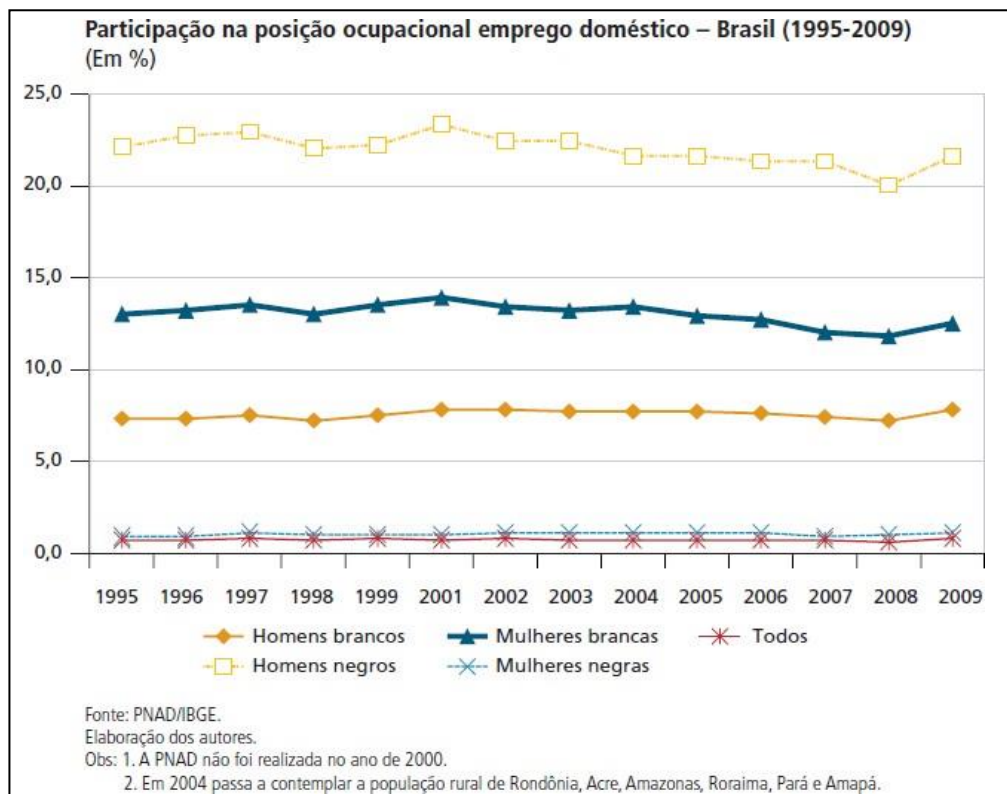


Em contraponto, na categoria de empregados domésticos a proporção de mulheres negras é de 21,6% (como consta no gráfico IX), entende-se esse contraste de concentração de mulheres negras no emprego doméstico como sendo uma herança arcaica da escravidão, por se tratar de um trabalho manual, pouco remunerado, com



forte presença de informalidade, pessoalidade, sem perspectivas de ascensão na carreira e, acima de tudo, por não possuir, até muito recentemente, os direitos trabalhistas equiparados aos demais trabalhadores protegidos. Trata-se, ademais, de uma ocupação bem difundida na cultura brasileira e fortemente marcada pela distância social (IPEA, 2013, p. 75).

GRÁFICO IX



Sendo assim, ao finalizar o estudo, as autoras mencionam que o apontamento do cenário das desigualdades de gênero e raça no mercado de trabalho brasileiro, utilizam-se estatísticas descritivas e os aspectos da adscrição e estratificação social para ressaltar a hierarquização desse contexto. Ademais, considera-se a importância da variável educação para compreender que apesar das mulheres ocuparem mais esse espaço, o retorno não condiz proporcionalmente, deixando as mulheres negras em



posições não favoráveis no mercado de trabalho, ou seja, observou-se um processo de redução das desigualdades raciais no campo educacional, mas estas ainda são bastante significativas nos níveis mais elevados (IPEA, 2013, p. 75).

Pelo exposto, cabe mencionar como a ancestralidade da mulher negra acarreta para ela trabalhos os quais ainda exigem mais mãos de obra e habilidades manuais. O trabalho doméstico é o exemplo ímpar para a realidade desse contexto, pois ele demonstra, exatamente, como a posição da mulher negra, ainda extremamente invisibilizada, pois em seu passado não teve a devida notoriedade do seu multitrabalho e, no seu presente, o mercado de trabalho a rebaixa, em contrapartida, a seu histórico acadêmico constantemente em elevação (IPEA, 2013, p. 75).

Por último, o terceiro texto, desenvolvido por Jackeline Romio, Doutoranda em demografia pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, sobre vitimização e acesso à justiça. O estudo inicia-se com uma crítica quanto a dificuldade de mensurar os dados de análise da violência às mulheres, mesmo sendo um fato transnacional e multifacetado, por não se encontrar fontes e informações sistematizadas e nacionais, com passíveis de separação por gênero, raça ou que possam contextualizar, como tipo de agressor, local, meio, entre outros (IPEA, 2013, p. 135). Tendo como objetivo a produção de fatores que ajudem no entendimento atual da violência contra a mulher segundo raça/cor (IPEA, 2013, p. 135).

Ainda sobre a dificuldade de obter tais dados a autora, cita o texto “o monstro mora em casa”, de Glaucio Soares (2010), argumentando a dificuldade de denúncia da violência, ainda mais em ambiente doméstico, além de ainda existir toda a questão subjetiva de entendimento das vítimas sobre a própria violência que elas sofreram:

(...) mesmo que realizado por questionários aplicados nos locais de residência das vítimas, com todos os cuidados sobre confidencialidade e a independência de quem o faz, livre de pressões de outros moradores do mesmo local, depende da



percepção que a vítima tem do que seja a agressão (SOARES, 2010 *apud* IPEA, 2013, p. 135).

No caso das mulheres negras, esta história torna-se mais complexa, pois as situações de violência as quais elas são expostas, multiplicam-se com os riscos de vitimização na experiência das violências originárias tanto da estrutura patriarcal, quanto do racismo brasileiro, resultando na mulher negra no meio da dicotômica situação de sofredoras e guerreiras nas suas representações.

Atualmente, essas representações sociais servem para mantê-las passivas e confusas em relação à violência, como a história perpetuava a atuação da mulher negra escravizada. Este estereótipo não influencia apenas as suas relações íntimas, mas também o dia a dia, como influenciou o seu passado (IPEA, 2013, p. 136-137).

A autora mencionou o entendimento segundo o qual as mulheres que sofrem violência tendem a colocar as suas necessidades em segundo plano e esta é uma das características fortes e presentes nas mulheres negras em virtude de sua condição histórica de invisibilidade social. Vale assinalar que a culpabilização da mulher pela violação a qual ela é submetida não é exclusividade das mulheres negras, mas também é amplificada pelos alicerces raciais que fundam sua condição de mulher na sociedade.

Nesse sentido, a autora baseou a pesquisa sobre a vitimização na Pesquisa Nacional por Amostra e Domicílios (PNAD) de 2009 para a análise empírica da violência contra a mulher, apesar de tratar apenas de informações que dependem dos entendimentos das vítimas sobre as próprias experiências de violências e sua disposição e interpretação ao declarar o fato, tem a possibilidade de desagregação dos dados por raça e gênero das vítimas, além de outras variáveis correlacionáveis ao fenômeno, como o tipo de relação com o agressor e o local da ocorrência (IPEA, 2013, p. 138).

Ademais, cabe ressaltar os parâmetros da interseccionalidade utilizados, com o binômio – gênero e raça – por meio da teoria feminista negra da Patrícia Hill Collins (2000), o que significa uma abordagem de gênero apropriada para analisar a condição



das mulheres negras. Envolvem-se as inter-relações: raça, classe social e gênero, compondo um sistema de opressão entre as classificações biológicas, a construção social como categorias de análise, as condições materiais que acompanham as mudanças nas construções sociais e a consciência das mulheres negras sobre as diversas realidades vivenciadas (COLLINS, 2000 *apud* IPEA, 2013, p. 138).

Collins argumenta, ainda, que o tema central do pensamento feminista negro é o legado da luta da mulher negra, visto que todas elas compartilham a comum experiência de comporem uma sociedade que as desprivilegia. Abordando como formas inesgotáveis de violência os estereótipos vinculados à representação social, como a passividade, já mencionada. Obtendo, assim, como resultado a supressão da experiência das mulheres negras. A autora menciona, ainda, que a abordagem da desnecessidade de discussões sobre as mulheres negras é bem conhecida e recorrente no Brasil, principalmente na área de informações estatísticas sobre violência e saúde. Nelas, encontram-se dados sobre mulheres em geral, mas que não revelam a experiência de vida das mulheres negras, acarretando com isso a invisibilidade e negligência no caso das análises (IPEA, 2013, p. 141).

Nessa perspectiva, a autora aplica a multiplicidade dos riscos de exposição à vitimização, cruzando sempre que possível as variáveis raça, gênero e classe social para cada contexto, como esforço inicial para entender a experiência da violência na vida das mulheres negras brasileiras. A análise da violência contra as mulheres é um desafio por seu caráter multivariado devido as situações imediatas que precedem os atos de violência e as formas de sua manifestação, como: o contexto de menosprezo histórico, conflitos na família, intolerância religiosa, perigos urbanos, racismo, desigualdades socioeconômicas, violências sexuais, conflitos nas relações conjugais-afetivas-sexuais e falta de segurança na sociedade em geral (IPEA, 2013, pp. 141-42).

A incidência e a intensidade destas situações estão diretamente ligadas ao status da mulher em cada sociedade. Agressões, nesse caso, são bastante frequentes e em cada lugar seguem diferentes justificativas e contextos, como possuem suas



legislações e percepções específicas. Toda essa diversidade torna mais complexa a busca pelas informações sobre os casos, invisibilizando, assim, as ocorrências, a denúncia e o tratamento desses casos dentro do sistema da sociedade. No caso do Brasil, a autora menciona que os dados são mensurados por duas fontes: a declaração de óbito e os boletins policiais, (IPEA, 2013, p. 142) como consta:

Os dados disponíveis no Brasil resultam de iniciativas governamentais e da sociedade civil organizadas no campo das ações e políticas públicas para o enfrentamento da violência contra a mulher, mas não configuram uma sistematização de dados estatísticos sobre o assunto e desenho de diagnósticos das dimensões do problema, como tratado anteriormente. As pesquisas existentes se guiam por uma série de bases de informações elaboradas com diversas outras finalidades, cada uma com seus limites e potencialidades. É possível mencionar duas fontes clássicas do estudo da violência: a Declaração de Óbito (DO)<sup>4</sup> e os boletins de ocorrência policial (BOs)<sup>5</sup> (IPEA, 2013, p. 142).

Estes documentos não são específicos quanto às informações necessárias, pois são gerais, dificultando o entendimento da violência e o seu contexto. Esses meios de informação resultam somente de casos de extrema violência, resultado por mortes ou gerado pela entrada no sistema de saúde ou de segurança pública. No Brasil, Soares reitera o entendimento das adversidades das informações:

Não dispomos, portanto, até o presente momento, de uma pesquisa brasileira, que contenha informações consistentes sobre os padrões, a magnitude, as conexões e os impactos das violências a que estão submetidos, tanto homens quanto mulheres, em diferentes contextos (SOARES, 2010, p. 2 *apud* IPEA, 2013, p. 146).

Os dados da pesquisa iniciaram-se com a perspectiva sobre como cada gênero – homem e mulher –, independente de classificação racial, sentem-se em relação à

---

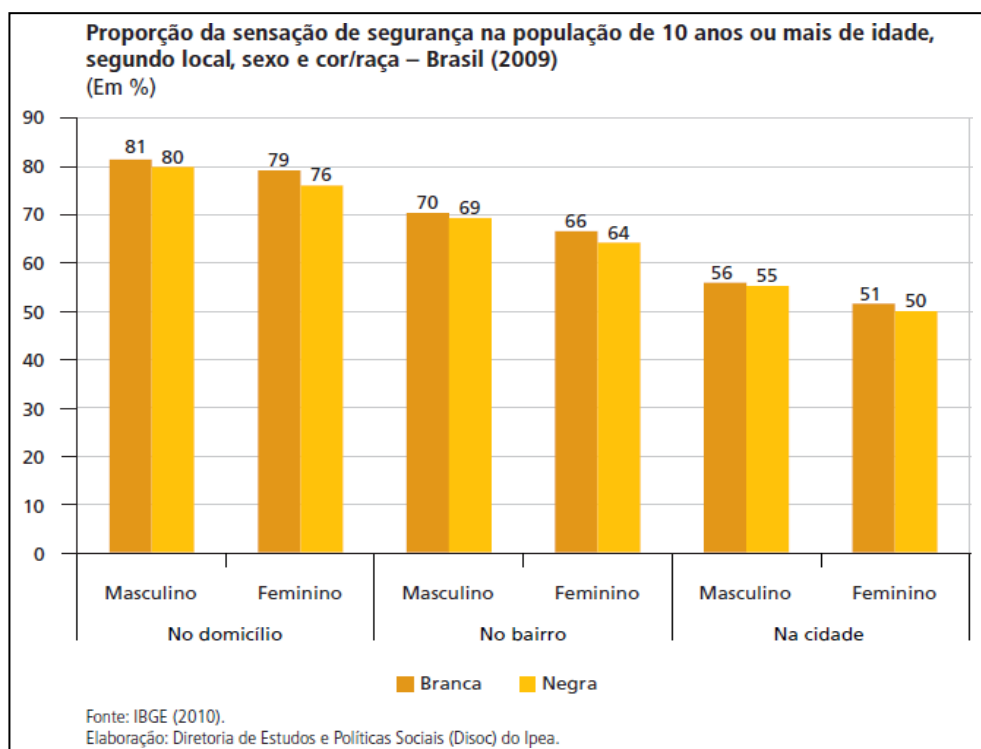
<sup>4</sup> As Declarações de Óbitos (DOs) são documentos de saúde pública e recolhidas periodicamente por órgãos estaduais. Estes órgãos são responsáveis pela digitalização e análise das informações. A DO é preenchida pelo médico – ou perito-legista, no caso de morte por causas não naturais – e deve ser levada ao cartório de registro civil. As informações são, depois, transferidas para os órgãos de estatística estaduais e, em seguida, para o Ministério da Saúde (MS), que administra desde 1975 o Sistema de Informação de Mortalidade (SIM/MS).

<sup>5</sup> O Boletim de Ocorrência (BO) é um documento de segurança pública, utilizado pela Polícia Civil para o registro da notícia do crime, isto é, para transcrever a comunicação oral do notificante processual na unidade policial – Distrito Policial (DP) – e registrar as providências preliminares adotadas



sensação de segurança em seu domicílio, no seu bairro e na sua cidade respectivamente. No gráfico X, as mulheres se sentem menos seguras no lar que os homens: 77,2% das mulheres e 80,2% dos homens declararam se sentir protegidos no domicílio. Esta diferença pode ser interpretada pela ótica das mulheres, a tradução do domínio masculino no lar, transformando, assim, o ambiente doméstico menos seguro para as mulheres (IPEA, 2013, p. 146-147).

GRAFICO X



Vale observar que, embora exista esta diferença na sensação de segurança no domicílio para mulheres e homens, é neste ambiente, em relação ao bairro e à cidade, o local em que homens e mulheres se sentem mais seguros. Ou seja, quanto mais distante do domicílio, maior a sensação de insegurança experimentada pelos indivíduos. É especialmente importante notar o componente sexual desta violência urbana, demonstrando que inclusive no espaço urbano e sem especificação de gênero

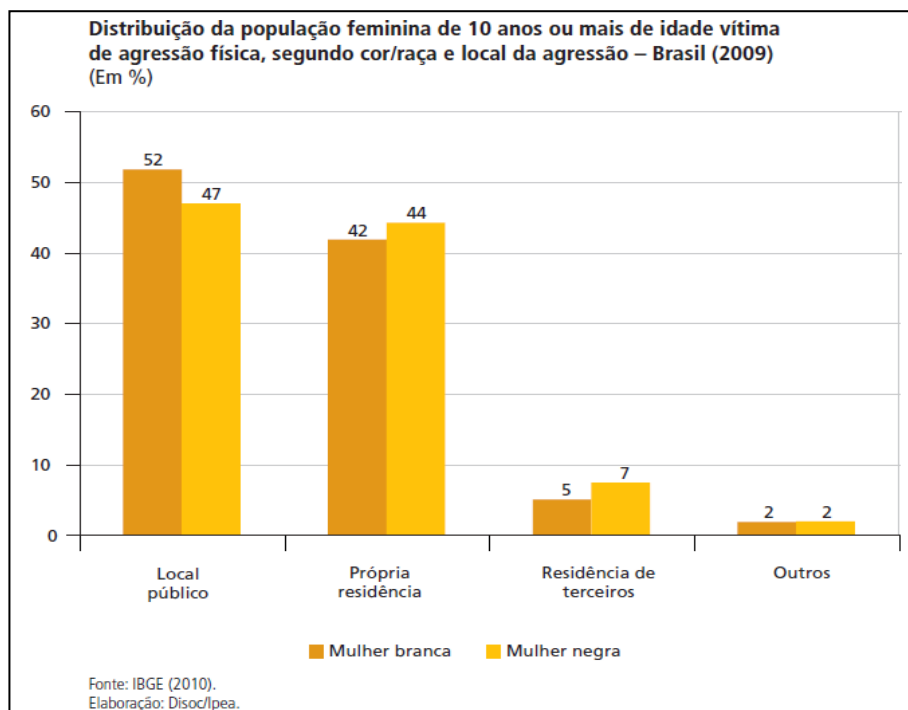




e raça, existe a vitimização feminina baseada em gênero, devido a constatações sociais como sexismo, classe social e racismo. (IPEA, 2013, p. 147).

Estas situações, sendo usadas somente em relação ao gênero feminino, verifica-se que as mulheres negras têm como cenário de mais incidência de agressão a própria residência ou a de terceiros; e as mulheres brancas, a via pública. Segundo o entendimento da autora, este contexto pode significar que as mulheres negras estão mais expostas a este tipo de violência que as vítimas brancas, inclusive quando a residência é de terceiros, (IPEA, 2013, p. 147). conforme gráfico XI:

GRAFICO XI



Quanto à classificação racial, independente de gênero, existe uma concentração das taxas de vitimização na população negra, tanto em relação às vítimas do sexo masculino, quanto às do sexo feminino: mulheres e homens negros são mais vitimizados, esta diferença acompanha outros índices de violência, como os índices



de homicídio e incidência de feminicídios, que atingem mais a população negra e jovem brasileira (IPEA, 2013, p. 147), conforme a tabela I:

TABELA I

Proporção da população de 10 anos ou mais de idade vítima de agressão, segundo sexo e cor/raça – Brasil (2009) (Em %)				
Sexo	Masculino		Feminino	
	Branca	Negra	Branca	Negra
Raça	1,5	2,1	1,1	1,4

Fonte: IBGE (2010).  
Elaboração: Disoc/Ipea.

Com esses dois fatores, classificação racial e lugares delimitados para a violência realizada, a autora inclui um novo dado: o tipo de agressor.

Na tabela II, nota-se que quando a agressão ocorre na residência da vítima, o tipo de agressor tende a fazer parte da rede de relações da mulher: em 50% dos casos, quando a agressão se dá no ambiente doméstico, são cônjuges ou ex-cônjuges os agentes da violência. No entanto, quando ela se dá em ambientes públicos, as agressões são cometidas majoritariamente por desconhecidos (IPEA, 2013, p. 153).

Para as mulheres negras, nota-se um aumento de pessoas conhecidas que a agrediram na residência, 24,2%, enquanto o percentual foi de 18,1 para as mulheres brancas. Quando o ambiente onde ocorreu a agressão foi a casa de terceiros, o principal agressor de brancas e negras foi o conhecido (39,7% para negras e 36,1% para brancas), seguido pelo (ex)cônjuge, que representou 31% e 27,2% dos agressores, respectivamente.

Isto significa que raça/cor tem impacto no perfil do agressor e/ou do local da agressão no espaço público (IPEA, 2013, p. 153).



TABELA II

<b>População feminina de 10 anos ou mais de idade vítima de agressão física, por raça/cor, local da agressão e identidade do agressor – Brasil (2009)</b> (Em %)						
	Relação entre agressor(a) e vítima/local da agressão	Própria residência	Residência de terceiros	Local público	Outros	Total
Negra	Cônjuge/ex-cônjuge	47,6	31,1	7,6	8,2	<b>26,9</b>
	Parente	20,4	18,8	3,4	1,8	<b>12</b>
	Pessoa conhecida	24,2	39,7	42,9	62,1	<b>34,8</b>
	Pessoa desconhecida	7,3	8,2	44,9	17,2	<b>25,1</b>
	Policial/segurança privada	0,5	2,2	1,3	10,8	<b>1,2</b>
	<b>Total</b>	<b>44,1</b>	<b>7,3</b>	<b>46,8</b>	<b>1,8</b>	<b>100</b>
	números absolutos	266.050	43.937	282.674	11.070	<b>603.731</b>
Branca	Cônjuge/ex-cônjuge	50,8	27,2	3,7	2,5	<b>24,5</b>
	Parente	20,4	24,6	1,3	2,1	<b>10,5</b>
	Pessoa conhecida	18,1	36,1	35,5	65,2	<b>28,8</b>
	Pessoa desconhecida	9	9,4	57,2	30,2	<b>34,3</b>
	Policial/segurança privada	1,6	2,7	2,2	0	<b>1,9</b>
	<b>Total</b>	<b>41,7</b>	<b>4,9</b>	<b>51,6</b>	<b>1,7</b>	<b>100</b>
	números absolutos	195.453	23.070	241.693	7.966	<b>468.182</b>

Fonte: IBGE (2010).  
Elaboração: Disoc/Ipea.

Em suas considerações finais a autora ressalta a importância de uma compreensão do fenômeno da violência contra as mulheres que leva em consideração a interseccionalidade de gênero, classe social e raça e se comprometa com a promoção dos direitos humanos das mulheres negras, especificando os aspectos da violência racial invisibilizados, em contextos, os quais não diferenciam o binômio – gênero e raça – que abrange e se contenta unicamente em o ser mulher ou o ser negro (IPEA, 2013, p. 153).

Ao término dos estudos do *Dossiê* em análise, pode-se inferir que por meio da percepção da interseccionalidade, fator esse que perpassa por formas diferenciadas de se obter uma visão geral sobre a condição da mulher negra no contexto brasileiro,



em aspectos de vulnerabilidade social, sendo estas: o campo acadêmico, o mercado de trabalho e a violência e vitimização (IPEA, 2013, p. 153).

No campo acadêmico pode-se perceber que os estudos ressaltam uma ascensão na entrada de mulheres negras no nível médio e no nível superior e essa ascensão advém de maiores oportunidades, como políticas públicas. Porém, tal ascensão não se considera proporcional, uma vez que, mesmo com mais mulheres negras dentro das escolas e universidades, estas não veem na realidade da sociedade, as mudanças que deveriam vir com esse contexto.

O maior exemplo disso é o mercado de trabalho, no qual as mulheres negras são as que menos ocupam trabalhos com segurança e direitos trabalhistas, e muito menos, os cargos que necessitam uma hierarquia superior. A realidade contradiz a perspectiva: ou seja, as mulheres negras trazem consigo uma história de trabalho árduo, como Angela Davis relata, e essas multitarefas são legados da ancestralidade, pois aquelas necessitavam também ser vistas e ouvidas, sem serem reconhecidas até o presente momento (IPEA, 2013, p. 165).

Os dados sobre a vitimização corroboram com esse mesmo legado, pois, independente de local, de agressor, entre outros fatores, as mulheres negras são as que mais sofrem com violências, seja ela doméstica, seja por conhecidos ou desconhecidos, sendo esse fator relevante, pois resalta o quão vulnerável e árduo o trajeto onde a mulher negra tem que traçar seus passos (IPEA, 2013, p. 165).

A força da mulher negra perpassa por cada situação de vulnerabilidade social: sexismo, hierarquização, estratificação social, mas com o acréscimo do racismo. O legado da mulher negra a permite vislumbrar o futuro com visões do que ainda podem alcançar em prol da sociedade. Os nossos passos vêm de longe.



## 4 A INSERÇÃO DA MULHER NEGRA NO ÂMBITO JURÍDICO-SOCIAL

### 4.1 A força da mulher negra: nossos passos vêm de longe

Seus filhos precisavam de exemplos masculinos fortes do mesmo jeito que suas filhas precisavam de exemplos femininos fortes (DAVIS, 2016, p. 34).

Angela Davis frisa constantemente a força e luta da mulher negra, sua resistência e persistência em desafiar o sistema escravagista e cruel de todas as formas possíveis, como base para todo o desenvolvimento do pensamento ancestral da mulher negra escravizada:

Se as mulheres negras sustentavam o terrível fardo da igualdade em meio à opressão, se gozavam de igualdade com seus companheiros no ambiente doméstico, por outro lado elas também afirmavam sua igualdade de modo combativo, desafiando a desumana instituição da escravidão. Resistiam ao assédio sexual dos homens brancos, defendiam sua família e participavam de paralisações e rebeliões. (...) elas envenenavam os senhores, realizavam ações de sabotagem e se juntavam às comunidades de escravos fugitivos (...). Dos numerosos registros sobre a repressão violenta que os feitores infligiam às mulheres, deve-se inferir que aquela que aceitava passivamente sua sina de escrava era a exceção, não a regra (DAVIS, 2016, p. 35).

Angela Davis cita casos de mulheres negras; por exemplo, uma mulher que foi terrivelmente espancada por resistir, sem sucesso, ao abuso sexual de um feitor; outra que era chamada de Tia Esther e que foi violentamente chicoteada por desacatar seu senhor, o qual insistia que ela rompesse seu relacionamento com o homem que ela amava (DAVIS, 2016, p. 35). Uma das mais vívidas descrições que faz das brutais punições reservadas às escravas envolve uma jovem chamada Nellie, açoitada pelo delito de “insolência”:

Havia momentos em que parecia que ela estava prestes a vencer aquele bruto, mas ele acabou por dominá-la e conseguiu amarrar seus braços na árvore para a qual a tinha arrastado. A vítima estava agora à mercê do impiedoso chicote. [...] os gritos da mulher, agora indefesa enquanto era submetida ao castigo truculento, se misturavam aos insultos roucos do feitor



e ao choro descontrolado de suas crianças assustadas. Quando a pobre mulher foi desamarrada, suas costas estavam cobertas de sangue. Ela foi açoitada, terrivelmente açoitada, mas não se rendeu e continuou a delatar o feitor e a ofendê-lo com os nomes mais sujos que conseguia encontrar (DAVIS, 2016, p. 35).

As mulheres negras ainda se rebelaram nas tentativas de fuga. Angela Davis menciona a história de Harriet Tubman, mulher negra, nascida ainda em condição de escravizada, abolicionista e humanitária (DAVIS, 2016, p. 35). Ainda quando jovem Harriet vira seu potencial como mulher, aprendeu com o pai a cortar árvores e a abrir trilhas e, enquanto trabalhavam lado a lado, ele lhe transmitiu conhecimentos que mais tarde se mostrariam indispensáveis nas dezenove viagens de ida e volta que ela realizaria ao Sul em busca de fuga (CARDOSO, 2017).

Foram inúmeras suas tentativas de fuga e após, por relato de historiadores, ela ter caminhado por prováveis 154 quilômetros de distância, encontrou sua então desejada liberdade. Já como fugitiva, ela organizou missões para salvar famílias escravizadas. Fazendo inúmeras viagens em condições adversas e durante a noite, ela nunca perdeu um passageiro sequer em seus comboios e, devido a isso, foi apelidada de Moisés entre os seus, pela alusão ao profeta bíblico que conduziu os hebreus à liberdade (CARDOSO, 2017).

Harriet se engajou na luta a favor do voto feminino, passando a frequentar reuniões organizadas por sufragistas, conhecidas como as primeiras ativistas feministas no século XIX<sup>6</sup>, e viajando para falar sobre sua participação na Guerra Civil e ilustrando com sua própria história o porquê que mulheres deveriam ter os mesmos direitos que os homens (CARDOSO, 2017).

Cabe ressaltar, a admiração de Angela por Harriet Tubman “(ela) foi uma pessoa extraordinária” (DAVIS, 2016). E assim, não desmerecendo seu trabalho, Angela Davis também prefere mencionar outro ponto de vista “O que ela fez foi

---

<sup>6</sup> O que foi o movimento sufragista. **Super interessante:** História, Mundo Estranho, 4 jul. 2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/o-que-foi-o-movimento-sufragista/> Acesso em: 7 out. 2019



*simplesmente expressar da própria maneira o espírito de força e perseverança conquistado por tantas mulheres de seu povo”, ou seja, Davis vê o trabalho que foi destaque como o de Harriet como o reflexo do legado de tantas outras mulheres negras escravizadas (DAVIS, 2016, p. 37).*

Angela Davis menciona as fugas que não obtiveram tanto sucesso, usando-se das palavras da abolicionista e defensora dos direitos das mulheres Sarah Grimké (GRIMKE, 2018, P.18), acerca de uma jovem costureira que obteve em decorrência de seus repetidos esforços para escapar da opressão do seu dito senhor, tantos açoitamentos que *“não havia um dedo de distância entre os cortes [...] costas laceradas e ensanguentadas, a boca mutilada e o peso do colar de ferro.”*(GRIMKE, 2018, p.18). Era assim que essa jovem negra passava os seus dias, como ela se agarrava a qualquer oportunidade de escapar da fazenda, acabou aprisionada com um pesado colar de ferro – e caso conseguisse quebrá-lo, um de seus dentes da frente seria arrancado para identificá-la.

Pode-se compreender melhor agora uma pessoa como Margaret Garner, escrava fugitiva que, quando capturada, matou a própria filha e tentou se matar. Ela se comprazia porque a menina estava morta – *“assim ela nunca saberá o que uma mulher sofre como escrava”* – e implorava para ser julgada por assassinato. *“Irei cantando para a forca em vez de voltar para a escravidão”* (DAVIS, 2016, p. 37).

A resistência se dá de várias formas, em muitos casos envolvia ações mais sutis do que as revoltas, rebeliões e fugas. Pode-se começar tais ações como aprender a ler e a escrever de forma clandestina e lecionar aos demais na comunidade. Angela Davis cita Milla Grandson, uma negra ainda em condição de escravizada que comandava uma “escola noturna”, dando aulas a seu povo das onze horas da noite às duas da manhã, daí saindo a alcinha de *“Midnight Teacher”* (Professora da meia noite), e de tal maneira que conseguiu ensinar centenas de pessoas (DAVIS, 2016, p. 37).



Destarte, a resistência da mulher negra vem em todos os contextos fáticos. Enquanto escravizadas, em busca da sua liberdade e a da sua comunidade, como fugitivas; por meio da força bruta, em lutas e guerras, ou por meio das fugas, abrindo caminho para os seus. Dentro das suas famílias mantendo a equiparação dos trabalhos, dentro da sua comunidade ensinando seu povo a ser livre através do conhecimento (DAVIS, 2016, p. 37).

Ao coadunar a obra de Angela Davis, ressalta-se o trecho do livro o qual ela resume a personalidade da mulher negra e o que esta soube fazer em meios as dores para sobreviver e reviver:

Vale repetir: as mulheres negras eram iguais aos seus companheiros na opressão que sofriram; eram socialmente iguais a eles no interior da comunidade escrava; e resistiam à escravidão com o mesmo ardor que eles. Essa era uma das grandes ironias do sistema escravagista: por meio da submissão das mulheres à exploração mais cruel possível, exploração esta que não fazia distinção de sexo, criavam-se as bases sobre as quais as mulheres negras não apenas afirmavam sua condição de igualdade em suas relações sociais, como também expressavam essa igualdade em atos de resistência. Essa deve ter sido uma terrível descoberta para os proprietários de escravos, pois aparentemente eles tentavam quebrar essa cadeia de igualdade por meio da repressão (DAVIS, 2016, p. 37).

Correlacionando-se ao entendimento sobre a força das mulheres negras exposto por Angela Davis com a realidade brasileira, o artigo do Instituto da Mulher Negra – Geledés “*Mulheres Negras: Nossos passos vêm de longe e irão muito mais além*” (IRACI, 2019) inicia seu texto com o conceito de “nossos passos vêm de longe”:

Ao utilizarmos a insígnia “nossos passos vêm de longe”, falamos de uma longa caminhada de mulheres negras que fizeram de suas vidas exemplo de luta e de resistência e que pavimentaram os caminhos para que o movimento de mulheres negras contemporâneo fosse considerado o que mais cresceu na última década. E são muitas as que deixaram de alguma forma a marca de seus pés nessa estrada (...) **são essas mulheres negras que possibilitaram que outras mulheres negras pudessem se tornar advogadas, sociólogas, escritoras, professoras, universitárias, parlamentares,**





**juízas e ocupassem, mesmo que de maneira ainda incipiente, o lugar que lhes tem sido negado pela sociedade racista e patriarcal.** (IRACI, 2019) (grifo nosso).

Com o intuito de dar nome à historicidade das mulheres negras no Brasil, o livro *“Vozes insurgente de mulheres negras: do século XVIII à primeira década do século XXI”* da autora Bianca Santana traz a história de mulheres negras que conseguiram destaque em alguns aspectos do cotidiano social brasileiro por meio de um minucioso e sensível trabalho de pesquisa. Para ela *“(…) insurgente (é) toda aquela que se revolta contra um poder estabelecido. E, quando se trata de mulheres pretas, toda insurgência é um ato revolucionário”* (SANTANA, 2019, p. 13).

Para Bianca Santana, expressões simples como representatividade ou capacidade de expressão foram negadas às mulheres negras há anos, por um reflexo da escravidão e patriarcado que as tornaram figurantes da história. Logo, para ela ter a oportunidade de publicar um trabalho com as vozes dessas mulheres, em primeira pessoa, torna-se um marco, assim segue:

Ter voz. Visibilidade. Representatividade. Expressar-se para manifestar suas angústias, críticas, histórias, alegrias, conquistas. Ter a capacidade de ampliar sua fala, de colocar a palavra em movimento e fazer com que ela possa alcançar corações e mentes e, por que não, transformá-las. Isso (entre muitas outras coisas) foi, por muito tempo, negado de forma veemente às mulheres negras brasileiras, reflexo do passado escravocrata e colonial que, em pleno ano de 2019, insiste em vigorar no país. Diante de tal cenário, é uma honra imensa ter a possibilidade de reunir em uma publicação vozes de mulheres negras tão diversas que, desde o começo do século XVIII contam suas histórias em primeira pessoa (SANTANA, 2019, p. 17).

A autora ainda concede à ancestralidade um papel primordial para as conquistas de espaço das mulheres negras hoje na sociedade e do dever imprescindível ampliar e propagar a jornada dessas mulheres:

Hoje, as jovens afrodescendentes que conquistam seu espaço, com muita luta, nos livros, nas redes sociais, nas universidades, nas escolas, nas ruas, ampliando nossa representatividade, só o fazem porque nossas antigas trilharam este caminho há muitos anos. Seguimos nós nesta caminhada,



amplificando essas vozes em alto e bom som e letra (SANTANA, 2019, p. 18).

Esperança Garcia, a primeira mulher negra descrita no livro de Bianca, foi uma mulher negra escravizada no século XVIII e, em 2017, recebeu o título de primeira advogada do Piauí, pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-PI). Em 1770 ela escreveu uma carta endereçada ao seu dito senhor que a comprou da fazenda de algodões onde vivia com seu marido, para cozinhar em sua casa. Relata nessa carta as violências sofridas por ela e pelos seus e seu único desejo que era voltar à fazenda onde vivia com seu marido e batizar sua filha:

Desde que o Capitão lá foi administrar, que me tirou da Fazenda dos Algodões, onde vivia com meu marido, para ser cozinheira de sua casa, onde nela passo tão mal. A primeira é que há grandes trovoadas de pancadas em um filho nem, sendo uma criança que lhe fez extrair sangue pela boca; em mim não posso explicar que sou um colchão de pancadas, tanto que caí uma vez do sobrado abaixo, peada, por misericórdia de Deus escapei. (...)

Pelo que peço a V.Sa. pelo amor de Deus e do seu valimento, ponha os olhos em mim, ordenando ao Procurador que mande para a fazenda onde ele me tirou para eu viver com meu marido e batizar minha filha. De V.Sa. sua escrava, Esperança Garcia (SANTANA, 2019, p. 21).

Laudelina de Campos Mello, nasceu em Poços de Caldas e foi a criadora da primeira associação brasileira de empregadas domésticas. Em 1990, concedeu uma entrevista a qual menciona que começou a trabalhar com sete anos de idade como empregada e babá e relata todos os preconceitos que passou nesse período:

A infância não foi [uma coisa boa]. Era sempre tratada como “negrinha”, “pererê”, “saci pererê”, “macaca”, sempre assim, né? Ninguém chamava pelo nome. Eu tinha uma revolta dentro de mim. Sempre fui maltratada, a gente não tinha direito de entrar num lugar onde branco estava, mesmo depois da falsa carta de liberdade que a gente recebeu, uma carta condicional, né?, não recebemos liberdade (SANTANA, 2019, p. 41).

Após casar-se, continuou a trabalhar como doméstica e ainda o fazia, com o nascimento de seu filho, deixando-o com a sogra. O que se mostra tão corriqueiro na vida da mulher negra, ao cuidar de outros lares, deixa o seu mesmo em segundo



plano. Laudelina, em 1936, na cidade de Santos em São Paulo fundou a primeira associação de empregadas domésticas. Segundo ela, essa associação foi criada para fazer um movimento, político, social e cultural para que os negros tivessem oportunidades de expandir:

A primeira associação fundada por mim foi em Santos, em 1936, onde nós fazíamos... nós tínhamos um grupo político chamado Frente Negra, e dentro desse grupo político havia várias entidades que funcionavam (...). Nessa ocasião, fizemos vários movimentos dentro do programa político, programa social e cultural. A gente estava procurando nessa época fazer um movimento cultural dentro do país, para que a raça negra tivesse mais oportunidade de expandir (SANTANA, 2019, p. 42).

No ano de 1954, com a vinda dos trabalhadores imigrantes, o jornal local à época chamado “*Correio Popular*” utilizava-se dos anúncios para especificar quais empregadas domésticas eram as mais “populares”: “(...) *precisa-se de uma empregada, prefere-se portuguesa, precisa-se de uma cozinheira de forno e fogão, prefere-se branca*”. Laudelina procurou o responsável sobre essas publicações para que tornasse essa procura por emprego mais isonômica e o resultado foi imediato:

í fui lá no Correio e perguntei: “quem é o diretor daquela parte?”, e o porteiro lá me disse “é Bráulio Mendes Nogueira”. Subi no elevador, já saí em frente dele, falei: “Você que é o Bráulio Mendes Nogueira?” — “Sou, em que lhe sirvo?” — “vai servir em muita coisa”. Falei: “E que história é essa de precisa-se de uma empregada, prefere-se branca; precisa-se de uma empregada, prefere-se portuguesa?”. Aí o Bráulio disse: “É, eles vem pedindo, traz o anúncio já escrito, a gente é obrigada a publicar. Mas quer saber de uma coisa? Vou acabar com esse negócio, a senhora topa a briga?”. Falei: “Topo”. Dia seguinte, seis horas, comprei o jornal, não tava... “precisa-se de uma empregada”, mas não dizia a cor nem a nacionalidade (SANTANA, 2019, p. 44-45).

E por essa iniciativa, Bráulio e Laudelina iniciaram a fundação de mais uma associação de empregadas domésticas na cidade de Campinas, reunindo a categoria, discutindo sobre assuntos de pauta até a realização do seu Estatuto. Depois dessa associação, fundou-se a do Rio de Janeiro em 1962 e depois em São Paulo, capital,



no ano de 1963 (SANTANA, 2019, p. 47). Toda essa expansão, segundo Laudelina, causava um imenso desconforto entre empregadas e patroas:

As patroas ficavam apavoradas, mandaram uma carta, ela ou ele, não sei, mas mandaram, né? E era briga de patroa com empregada que não queria que a empregada fosse pra Associação, que a Associação era de comunista. Você viu aquele que eu soltei contra as patroas? A empregada estava há dezesseis anos na casa, depois brigou com a patroa, saiu e a patroa não queria pagar, né? Aí eu fui conversar com a patroa. Tive várias brigas, sentava, conversava com a patroa... tinham muitas que eram boas, né? Resolvia logo o caso (SANTANA, 2019, p. 48-49).

Dentre esses casos, Laudelina destaca um caso de abuso sexual de uma menina que veio do interior para ser “criada” pela família branca. Laudelina, após discussões com a patroa, decidiu dar entrada na justiça e lutou até obter êxito nessa jornada:

A menina veio com 12 anos, e quando ela estava com 14 anos o patrão abusou dela, né? (...) Daí quando ela soube a menina já estava grávida, né. Aí ela pôs a menina pra rua, 11 horas da noite. (...) Aí ela me disse assim: “Ah! eu já resolvi, resolvi, está resolvido.” Eu falei: “Eu também vou resolver.” E fui lá no juiz e fiz a queixa né, o juiz chamou ela. Ela não queria ir porque era sogra do vereador, dona de butique, tudo. Aí o juizado incriminou ele, e o juiz: “O senhor precisa reparar o erro, chama o pai e a mãe dela, indeniza a menina, manda levar a menina pra casa porque ela não tem onde morar, não tem onde ficar.” (...) Naquela época, o juiz fez ele dar doze mil réis, era um dinheirão, deu pra comprar uma casa. Então ela não podia me ver nem pintada, não podia ver meu nome no jornal que ela rasgava o jornal, né? (SANTANA, 2019, p. 50).

Outro caso foi de uma empregada que após trinta anos de trabalho, cinco filhos dos patrões criados, ela adoeceu e não tinha como custear seu tratamento, não havia a previdência à época, pois ainda estavam em luta para conquistar o INPS e, obviamente, a patroa não queria ajudar. Foi então que Laudelina foi até o juiz que consentiu com a internação, mas infelizmente já se encontrava muito debilitada e faleceu (SANTANA, 2019, p. 52).

Quando se iniciaram as discussões trabalhistas, como piso salarial, as patroas ficaram estarecidas, pois a tendência era continuar na metodologia escravocrata de



trabalhar para descontar a comida, o quarto onde dorme, entre outras coisas. Laudelina em seu sindicato discutiu incessantemente para que os direitos das empregadas domésticas fossem concedidos, houve um avanço entre 1988 e 1989 (SANTANA, 2019, p. 56). Menciona-se que transferiu sua casa ao sindicato das empregadas, para que seu lar seja de uso e fruto até quando existir a última empregada doméstica no Brasil.

Eu já passei a [minha casa]. É [para o] Sindicato das Empregadas. Porque se eu deixar pra passar de morte, eu não tenho parentes pra deixar, mas vai aparecer alguém, pra ficar pro governo, eu não vou deixar. Então eu passei, já fui no cartório, já assinei. Pra continuar, pra usos e frutos: não pode vender, não pode dar, não pode alugar: pra usos e frutos, até quando existir a última empregada doméstica no Brasil. (SANTANA, 2019, p. 58)

Neusa Maria Pereira, jornalista formada pela faculdade Cásper Líbero, foi repórter e revisora em jornais da grande imprensa. Criadora da seção Afro-Latino-América do jornal *Versus* entre 1975 e 1979. Uma das fundadoras do Movimento Negro Unificado (SANTANA, 2019, p. 66). O texto publicado no jornal *Versus* em 1977, o qual deu início à seção Afro- Latino-América foi o escolhido por Bianca Santana para transcrição. Nele, menciona-se a mulher negra e seu pertencimento a uma das minorias raciais mais cruelmente vitimadas pelos castigos da divisão da sociedade em classes (SANTANA, 2019, p. 67). Neusa explica o motivo pelo qual essa divisão vitimiza com maior peso a mulher negra:

Essa divisão é a maior responsável pela campanha de difamação sofrida pela mulher negra, considerada pelos representantes dessa sociedade de classes como objeto sexual e de consumo fácil. Há muito que nós, afro brasileiros, estamos lutando para apagar esta mancha original e sair do lugar em que nos colocaram (grifo nosso) (SANTANA, 2019, p. 67).

As difamações à época da escravidão são usadas como feridas abertas para que o racismo e a inferiorização sejam ainda tão presentes. Para Neusa, lutar para mudar essa situação é exigência da história e cada negra nesse país grita as culpas, a violência e a imoralidade dessa sociedade:



Precisamos encontrar o remédio certo para cicatrizar as feridas que este tipo de gente enraizou em nossas almas. Lutamos para mudar esta situação que, para o grupo social dominante, é importante preservar. Mas tudo muda, é uma exigência da História. E cada negra existente neste país está gritando, ainda que silenciosamente, as culpas, a violência, a imoralidade dessa sociedade. Nosso perdão só virá com a redenção dos culpados (grifo nosso) (SANTANA, 2019, p. 68).

Quanto às oportunidades, as mulheres negras são obrigadas a encarar o racismo camuflado, pensando no pão de cada dia, mas de cabeça erguida e com o orgulho que foi o único bem que os antepassados legaram. Para enfrentar os sacrifícios, a mulher negra estuda, segundo Neusa:

Com sacrifícios a mulher negra brasileira tenta melhorar o nível de vida. E para isso estuda. Algumas chegam à Universidade, tentando alcançar uma colocação melhor e dinheiro. Nessa procura do que julgam ser direito, sofrem todas as penas do inferno na concorrência com a mulher branca (SANTANA, 2019, p. 68).

Para Neusa, a luta é companheira da mulher negra desde o seu nascimento. No período pós abolição, foi ela quem alavancou a família negra que pairava sem eira, nem beira:

A luta é companheira da mulher negra, sempre, desde seu nascimento. Nos tempos pós-abolição, quando os negros foram soltos no mundo sem eira nem beira, com seus serviços substituídos pelo do imigrante, ela manteve a dignidade da família, trabalhando nos fogões das tradicionais famílias brancas. Ela ajudou seu homem a salvar seu caráter (SANTANA, 2019, p. 69).

Hoje em dia, a força da mulher negra ainda não pode ser mais branda, pois ainda é ela que segura o lado mais pesado do barco. Quando falta de um lado, o outro não pode falhar. Os filhos necessitam do leite e o seu grito de fome machuca muito mais do que a chibata do antepassado.

Pois, quando uma falta, o outro não pode falhar. Os filhos necessitam do leite e seu grito de fome machuca muito mais do que a chibata dos “senhores” machucava a pele dos nossos antepassados. Por isso, ela enfrenta o trabalho coletivo e obscuro nas fábricas, nos campos e nas repartições públicas, hospitais e escolas mesmo nas posições mais inferiores.



Depois ainda vai para a sua maloca cuidar de tudo, dos filhos, fazer comida, lavar roupa (SANTANA, 2019, p. 69).

A mulher negra necessita defender seu destino e seu direito de ser mulher negra nesta sociedade em que a hipocrisia dita as normas de conduta. Apesar de tudo, a mulher negra sabe o que quer: Respeito, dignidade e entendimento como um ser pensante e capaz de ser mulher. Seu útero, seu seio e seu ser importam (SANTANA, 2019, p. 69).

Beatriz Nascimento (Aracaju, SE, 1942 – Rio de Janeiro, RJ, 1995), intelectual, historiadora, roteirista e militante. Foi uma das principais estudiosas dos quilombos. Escreveu

o roteiro do documentário *Ôrí*, de 1989, narrado por ela mesma, além de ser uma das criadoras do Instituto de Pesquisa das Culturas Negras (IPCN), em 1975. Foi assassinada por defender uma amiga da violência de seu companheiro, em 1995 (SANTANA, 2019, p. 113).

Bianca Santana transcreveu o artigo “*A mulher negra e o amor*”, publicado no Jornal *Majoria Falante*, em fevereiro-março de 1990, que possui uma temática distinta sobre a ótica da mulher negra, a condição amorosa e não sexual para se referir à mulher negra. Para Beatriz, as relações perpassam por questões de político, sociológico, poder e status dominante:

Pode parecer estranho que tenhamos escolhido a condição amorosa e não sexual para nos referirmos ao estado de ser mulher e preta no meu país. A escolha do tema funda-se em histórias de vida e na observação de aspectos da afetividade de mulher frente à complexidade das ligações heterossexuais. (...)

A temática da sexualidade nas relações homem e mulher atualmente é cada vez mais encarada do ponto de vista político ou sociológico. Ou seja, perpassa na discussão a questão do poder: o status dominante do elemento masculino em detrimento do outro elemento, o feminino (SANTANA, 2019, pp. 113-115).

Beatriz explica que se recorre às explicações econômicas, sociais e políticas, enfatizando o papel do trabalho, como fator da resolução da desigualdade ou



propulsor de um igualitarismo entre os dois sexos (SANTANA, 2019, p. 115). Com o entendimento da luta diária de trabalho, diversas vezes não qualificada, da mulher negra durante e após a escravidão no Brasil, reproduz um destino histórico à mulher negra, como um estigma da escravatura, uma vez que o trabalho passou a ter condição dignificante só nas últimas décadas desse século (SANTANA, 2019, p. 115).

A mulher negra é quem desempenha, em sua maioria, os serviços domésticos e os serviços em empresas públicas e privadas recompensadas por baixíssimas remunerações. São de fato empregos onde as relações de trabalho avocam as mesmas da escravocracia.

Essas profundas desvantagens existentes na vida da mulher negra repercutem em suas relações, marcadas mais por desejos e explorações por parte do homem, do que pelo desejo amoroso e afetivo. Beatriz relata que as famílias negras não obedecem às relações familiares tradicionais:

Via de regra, nas camadas mais baixas da população cabe à mulher negra o verdadeiro eixo econômico onde gira a família negra. Essa família, grosso modo, não obedece aos padrões patriarcais, muito menos aos padrões modernos de constituição nuclear (SANTANA, 2019, p. 115).

A família, nesse contexto, são todos aqueles (filhos, maridos, parentes) que vivem as dificuldades de uma extrema pobreza. O homem negro tem seu vínculo empregatício muitas vezes cerceado pelas contingências históricas e raciais e vê na mulher negra economicamente ativa meios para a sua sobrevivência, uma vez que a mulher se impõe a dupla jornada (SANTANA, 2019, p. 116).

Quanto à excepcionalidade em que a mulher negra ascende a profissões que requerem educação formal ou a arte, ainda sobressai o papel de mantenedora e quando traçam esse trajeto, variadas gamas de discriminação racial dificultam os encontros da mulher preta, seja com homens pretos, seja de outras etnias, Beatriz exemplifica:

Por exemplo: uma mulher preta que atinge determinado padrão social, no mundo atual, requer cada vez mais relações





de parceria, o que pode recrudescer as discriminações a essa mulher específica. Pois uma sociedade organicamente calçada no individualismo tende a massificar e serializar as pessoas, distanciando o discriminado das fontes de desejo e prazer. A parceria, elemento de complementação de todas as relações, inclusive os materiais, é obstruída e restringida na relação amorosa da mulher (SANTANA, 2019, p. 116).

Para Beatriz, quanto mais a mulher negra se especializa profissionalmente numa sociedade desse tipo, mais ela é levada a individualizar-se. Sua rede de relações também se especializa. Devido à sua construção psíquica, no embate entre a individualidade, a discriminação social e os padrões habituais, o homem teme a potência da mulher, que por sua vez, não aceita a proposta de dominação unilateral e por consequência ou permanece solitária, ou liga-se a alternativas, onde os laços de dominação possam ser afrouxados (SANTANA, 2019, p. 117).

Cabe à mulher a desmistificação do conceito de amor, segundo Beatriz Santana, transformando-o em dinamizador cultural e social (envolvimento na atividade política, por exemplo), buscando mais a paridade entre os sexos do que a igualdade abstrata. Rejeita-se a fantasia da submissão amorosa e, assim, surge uma mulher preta participante e que não reproduz o comportamento masculino autoritário, já que se encontra no oposto deste, podendo, assim, assumir uma postura crítica intermediando sua própria história (SANTANA, 2019, pp. 117- 118).

Dentre essas histórias mencionadas, uma correlaciona-se a outra e tornam-se um encontro cíclico de experiências de mulheres negras com a possibilidade de adensar as raízes para que essas lutas sejam consistentes e permanentes (SANTANA, 2019, p. 301).

As pensadoras negras têm rompido o silenciamento histórico imposto pela condição de escravizadas, em um primeiro momento, e depois pelo colonialismo, o racismo, o sexismo e a desigualdade de classes, manejando-se, com a força interpessoal a transcendência para a vida das mulheres negras atualmente, sendo inspiração e motivação para dar voz e tornar cada história ainda mais visível (SANTANA, 2019, p. 302).



Angela Davis acrescenta a esse entendimento que as mulheres negras foram responsáveis pela transmissão às suas descendentes do sexo feminino, nominalmente livres, um legado de trabalho duro, perseverança e autossuficiência, um legado de tenacidade, resistência e insistência na igualdade sexual, em resumo, um legado que explicita os parâmetros para uma nova condição da mulher. (DAVIS, 2016, p. 41).

## 4.2 A inserção da mulher nos espaços jurídicos

Quando a mulher negra se movimenta, toda a estrutura da sociedade se movimenta com ela (DAVIS, 2016, p. 55).

O contínuo crescimento da presença feminina no mercado de trabalho e nas esferas de poder, omite-se o fato de as negras não estarem experimentando a mesma diversificação de funções sociais. De regra, considera-se satisfatório que, em um conjunto de aproximadamente metade da população feminina do país, apenas uma ou outra negra ocupe posição de importância. E, ademais, esses casos específicos são utilizados para desqualificar as denúncias de exclusão racial.

Para Sueli Carneiro, esse fato se traduz em o matriarcado da miséria que caracteriza as condições de vida das mulheres negras no Brasil. Constata-se como:

(...) a conjugação do racismo com o sexismo produz sobre as mulheres negras uma espécie de asfixia social com desdobramentos negativos sobre todas as dimensões da vida, que se manifestam em sequelas emocionais com danos à saúde mental e rebaixamento da auto estima; em uma expectativa de vida, menor em cinco anos, em relação a das mulheres brancas, em um menor índice de casamentos, e sobretudo no confinamento nas ocupações de menor prestígio e remuneração. (CARNEIRO, 2011, p. 34).

## 4.3 Metodologia empregada: entrevista com mulheres negras

O objeto primordial da contextualização da historicidade e dados das mulheres negras de forma cronológica foi correlacionar tais fatos aos contextos atuais dessas mulheres no âmbito jurídico. Utiliza-se do método de entrevista exploratória semiestruturada e, posteriormente, questionários estruturados



realizados com sete mulheres negras, das quais são estudantes de direito e advogadas.

Preliminarmente, o intuito do projeto de pesquisa constituía-se nas entrevistas explorativas semiestruturadas com mulheres negras em áreas diferentes do direito, como: juíza, delegada, desembargadora, promotora, advogada e estudante de direito. Entretanto, devido à escassez das profissionais pelos motivos explanados e justificados no decorrer do desenvolvimento desse projeto monográfico, mesmo ao entrar em contato, com a primeira Promotora de Justiça negra do Distrito Federal, por exemplo, não obtive sucesso. E ainda houve dificuldades e certas resistências quanto à realização das entrevistas em si, por meio de telefone ou presencialmente, por vezes em razão da falta de tempo hábil das entrevistadas, envolvidas em multitarefas, por vezes por não sentirem a confiança esperada e nem a segurança em descrever a própria história.

Logo mais, por motivos de força maior, o projeto foi abruptamente interrompido em consequência da pandemia da Covid-19<sup>7</sup> e as suas medidas de isolamento social. No Distrito Federal, a pandemia teve início com o Decreto nº 40.509, de 11 de março de 2020 (DISTRITO FEDERAL, 2020), o qual dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus, além de outros Decretos do Executivo seguintes que ainda se encontram em vigor.

Em decorrência de tais circunstâncias, as entrevistas tornaram-se questionários estruturados, encaminhados por e-mail e aplicativos de comunicação às mulheres predispostas a colaborar com o projeto de pesquisa, cabendo mencionar que diferentemente das respostas pretendidas com entrevistas pessoais, as respostas dadas por escrito permitem maior reflexão e captação em detrimento da liberdade e espontaneidade das respostas em entrevistas reais e semiestruturadas.

---

<sup>7</sup> A Organização Mundial da Saúde (OMS) apresenta, publicamente, o nome oficial da doença respiratória coronavírus chinês, que é Covid-2019. <https://canaltech.com.br/saude/covid-19-este-e-o-nome-oficial-do-coronavirus-chines-160282/>.



Nesse sentido, após as devidas explicações, passa-se às análises individuais da entrevista e dos questionários realizados.

- **Vera Lúcia Santana Araújo**

A entrevista com a Dra. Vera Lúcia foi a primeira e única a ser realizada no dia 04 de julho de 2019, ainda no início do desenvolvimento do projeto. A entrevista durou por volta de uma hora e ao transcrevê-la comportou oito páginas. A dinâmica da entrevista foi surpreendente e abarcou em um primeiro momento a visão que somava ao trabalho uma experiência ímpar de vivência da mulher negra no contexto jurídico.

Vera Lúcia Santana Araújo, cisgênero, 59 anos, declarada e reconhecida negra, solteira, atuante nas atividades liberais, nasceu em Livramento de Nossa Senhora, no interior da Bahia. Sua mãe, professora de português, e seu pai, garimpeiro e analfabeto. Estudou em escola pública e sempre foi muito estudiosa, ganhando prêmios escolares de leitura na sua infância.

Antes de ingressar no Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, aos seus 18 anos de idade, Vera menciona que o Brasil estava à época em ditadura militar e assim foi descobrindo o outro lado de revolução. Vir para Brasília prestar o vestibular em 1978 foi um castigo, porque em Salvador ela só queria saber de “derrubar a ditadura”:

Mas, eu cheguei em Salvador, tinha acabado de fazer 16 anos e descobri que o mundo ia além dos livros, que o Brasil vivia em uma ditadura, que a gente precisava derrubar a ditadura, precisava fazer resolução, construir a igualdade e pra isso eu não precisava passar no vestibular (risos), foi como descobrir um universo. A vinda para a Brasília foi como um castigo, porque eu não fiz em Salvador e frustrei as expectativas da minha mãe, por querer revolucionar o universo e como minha irmã morava aqui ela decidiu me mandar pra cá, e acabei ficando mesmo.

Em Brasília começou a construir uma vida política, envolvendo-se em movimentos estudantis e construindo o seu espaço sociopolítico. E ao questioná-la sobre como descobriu sua paixão por política e movimentos sociais, ela disse, em



tom de brincadeira, que não considerava mais “paixão” e sim “instinto de sobrevivência” por se entender como mulher negra que vivia em uma ditadura e que não tinha liberdade, ainda mais, em um país com o histórico escravagista, extremamente elitista e excludente e, justamente por isso, ela não poderia deixar de fazer da sua própria existência um existir político.

Acrescenta que adoraria que o Brasil fosse um país com estabilidade política e econômica que tivesse avançado em uma democracia inclusa, mas a realidade não é essa e ela se encontra lutando por objetivos; hoje em dia, os quais ela achou que na sua idade não faria mais e mais uma vez menciona que luta por necessidade, por instinto de sobrevivência:

(...) e na medida em que você vai ganhando consciência dessas dimensões humanas, como mulher negra, e até por instinto de sobrevivência, eu não posso não fazer política, eu não posso não fazer da minha existência um fazer político, entendeu? Então, não é questão de paixão de vida, adoraria, por exemplo, que o Brasil estivesse em uma estabilidade política, econômica, que tivesse avançado em uma democracia inclusa, mas não! E isso me faz voltar a algumas atividades políticas que, na minha idade, não achei que faria mais, **então, não é questão de paixão maior da minha existência, mas de necessidade, por instinto de sobrevivência** (grifo nosso).

Foi dentro desse contexto da entrevista, o qual foi correlacionado o “instinto” com a “força” da mulher negra de Angela Davis. Ter consciência de ser mulher negra dentro dos espaços sociais e jurídicos que não comportam a mulher, nem tão pouco a mulher negra desde um contexto histórico e hierárquico e a partir disso idealizar as conquistas pessoais, esforçando-se para maiores visibilidades. Vera, então, acrescentou que essa visão não pode desassociar-se da dimensão coletiva, por termos na realidade uma estrutura e um estado extremamente patriarcal a despeito desse “poder de fogo” que naturalmente a mulher tem e na prática não se executa.

Existe uma percepção de centralidade masculina muito forte, apesar de Vera acreditar que houve muitos avanços com a luta feministas mudados com a referência



de raça e pelas conquistas das mulheres e também na educação desde 1973 – sua referência de patriarcado no contexto familiar.

Após voltarmos às perguntas que estavam estruturadas, ao questioná-la quanto seu histórico profissional e sua formação acadêmica, Vera explica, com absoluta consciência do seu privilégio, que não precisou trabalhar para custear seus estudos, porque quando veio à Brasília sua irmã já estava aqui com uma condição que podia ajudá-la. Ela fala que “podia se dar ao luxo” de fazer trabalhos voluntários na Defensoria Pública, algo que acarretou muita qualificação pessoal e profissional.

Contudo, ela nunca pode fazer algo além da sua graduação em Direito, pois a militância e ativismo político eram tão fortes em sua vida que ela acabou abandonando dois mestrados para ser advogada chefe no gabinete do GDF, mesmo sendo uma época em que ela se sentia desvalorizada.

Vera foi a primeira Coordenadora Jurídica da Comissão de Direitos Humanos na Câmara Legislativa. Ela fala sobre o preconceito de quem luta por tais direitos está em todas as áreas e poderes existentes, mas frisa no contexto dentro do Judiciário:

No próprio poder judiciário, o sistema de justiça visualiza operadores do direito com uma atuação mais marcante no campo dos direitos humanos, quase como uma atuação menor e isso não é um pensamento somente de direita, é um pensamento muito difundido. “fulana? É aquela advogada lá dos direitos humanos”, como algo menor, como algo desqualificante no ponto de vista profissional. (...)

É um atraso conceitual, uma rotulação simplória, rasteira, barata, de que a atuação no campo de direitos humanos é uma atuação menor, na área do direito, entendeu?! Imagina, é tipo assim, **“ah, fulano é advogado tributarista, então ele trabalha com coisa séria.” “ah, você trabalha com crimes raciais, aquele povo dos direitos humanos”** (risos).

Foi Coordenadora Jurídica ainda no Departamento Nacional de Trânsito, na Fundação Cultural Palmares, além de atuar no direito penal, eleitoral e civil. Mas, na atualidade, ela menciona que busca centralizar a sua atuação na parte penal, nas questões de violência de gênero e nos crimes raciais.



Ao ser questionada sobre sua participação em movimentos negros e de mulheres, Vera responde que é da frente de mulheres negras do Distrito Federal e do entorno que foi constituída em 2015.

Hoje em dia, ela se diz apartidária, mas sempre com suas vinculações e pensamentos voltados para articulações progressistas e humanistas, segundo ela “você não pode diante de um país de tamanha desigualdade se omitir politicamente”

Quanto às dificuldades e preconceitos inerentes a raça e gênero, foram perguntados quais foram os preconceitos pela ótica da sua realidade de mulher negra e Vera foi bem enfática em dizer que não iria usar o passado para falar sobre, pois elas ainda são, ainda existem, é uma realidade que tem que ser visibilizada.

Como advogada ela relata que sofreu diversos tipos de preconceitos. Nos atendimentos, as pessoas que ela atendia já sabiam que iam ser atendidos por uma mulher, mas quando se deparavam com uma mulher negra, já questionavam “mas, a senhora é advogada mesmo?” e no decorrer do atendimento continuavam a perguntar, ela falou que:

No cotidiano mesmo, no exercício da profissão, chegavam para atendimento e já sabiam da condição de ser mulher, mas quando viam uma mulher negra, ficavam questionando “mas, a senhora é advogada mesmo?” Eu estou lá conversando e tal, tentando resolver o problema e perguntam “mas, a senhora é advogada mesmo?” chegar em sala de audiência e o serventuário te indicar para sentar no lugar da parte.

Foi quando ela atribui esses fatores aos “espaços de poderes que não nos pertencem” (Apêndice A, 2019), as mulheres negras continuam sendo “aves raras” nesses espaços. Ela ressalta que a falta de negras no Judiciário, por si só já diz muito. O mesmo acontece dentro da OAB, nela não há sequer um censo sobre as raças e gêneros, ela disse que só viu algo do tipo feito pelo Conselho Nacional de Justiça sobre a magistratura somente. Ela disse que a atuação da advocacia da mulher negra do Brasil no cotidiano é resumida em: “descaso, o desrespeito, o destrato”



Ela ainda fala que as mulheres negras carregam saberes, uma história, que elas têm a força da ancestralidade para o exercício profissional, foi então que se adentrou ao tema da ancestralidade negra e como ela se fazia presente na vida dela. Vera mencionou então que tinha como vivência dessa experiência com a sua avó e sua mãe, sempre muito trabalhadoras e estudiosas, ela se refere como “um fio condutor ancestral extremamente intenso e denso”.

Correlacionando os temas ela disse que “ancestralmente, nós não estamos representadas em lugar nenhum dentro da história de poder, a história do poder não nos contempla, (...) hoje você pode ficar fuçando e captar um caso ou outro, mas como corpo coletivo a gente continua não existindo”, ela ainda acrescenta:

O que é força pra nos é o reforço da nossa exclusão nas relações de poder, porque ancestralmente nós não integramos o poder, percebe, digamos assim, o paradoxo, a contradição implícita do racismo, o que pra nós é força, densidade e peso no sentido da qualidade da história de vida que a gente mantém, é a negação histórica com a relação de poder. (...) **Nós nem sequer existimos!** (grifo nosso).

Para ela as mulheres negras sempre vão carregar essas histórias sofridas e, com isso, essa força intrínseca em sua história é qualificador, ao mesmo tempo em que é desqualificador na perspectiva do sistema. Nesse contexto, a entrevista tinha aberto outra visão sobre a força da mulher negra, a percepção da realidade do peso e contrapeso desse fato. Finalizando assim a entrevista, após agradecer pela valiosa contribuição.

- **Ilka Teodoro**

O questionário foi elaborado para manter o mesmo sentido que a entrevista proporcionou, iniciando com perguntas diretas e pessoais e posteriormente com perguntas discursivas sobre o contexto da vida e a pesquisa proposta pelo trabalho monográfico.

Ilka Teodoro, casada, cisgênero, 41 anos, Brasília, declarada e reconhecida preta pelo fator determinante da cor da sua pele, pai professor e mãe dona de casa.





Não faz parte de nenhum movimento social com a temática sobre as mulheres ou racial. Atualmente, é a primeira mulher negra a ocupar o cargo de administradora Regional do Plano Piloto nos seus 60 anos de história.

Ao ser questionada quanto à sua infância e adolescência, ela escreve que é a mais velha de quatro filhos e que tinha uma família enorme, com muitos familiares. Foi uma criança muito estudiosa, nas escolas particulares em que seu pai trabalhava, e que precisou amadurecer muito rápido devido ter começado a trabalhar e a entrar na faculdade cedo demais.

Ilka teve uma infância, como ela mesma escreveu, muito brincalhona e uma adolescência com lembranças esportivas, devido a isso, ela escreveu que só se deu conta da perversidade do racismo depois de adulta, com o primeiro episódio de racismo sofrido pela sua filha, o que a fez refletir, naquele momento, sobre o entendimento de diversos episódios que ela mesma sofreu no passado em razão da raça e do seu gênero.

Sobre sua formação, Ilka foi aprovada em Direito na universidade privada, tendo que trabalhar para custear esses estudos, tendo que abandonar o curso de Relações Internacionais que iniciara na Universidade de Brasília, devido a problemas de cunho psicológicos que dificultaram a sua realização. Em um episódio, foi ameaçada na faculdade por um ex-namorado. Dentro das universidades não enxergava diversidades étnico-raciais significativas e no ambiente de trabalho não teve contato com mulheres negras que exercessem cargos compatíveis com seu grau de escolaridade; somente ocupavam cargos de auxiliares, como copeira, faxineira e secretária. Na área jurídica tão pouco difere sua visão acerca do campo geral dos ambientes de trabalho: há pouco reconhecimento do trabalho de mulheres negras e pouquíssimas mulheres negras exercem seu papel nesse contexto.

A respeito da ancestralidade, ela acredita que a história das mulheres negras é muito invisibilizada, por não se encontrarem tão facilmente referências, por exemplo. O referencial mais próximo que ela possui é sua tia Lourdes Teodoro, que



ela viu muitas vezes lutando pelo seu lugar de direito e que ela só pôde perceber e se inspirar depois que adquiriu sua própria identidade.

Na sua experiência pessoal de interracialidade, Ilka escreveu que seu processo para construção de identidade ainda está em andamento pela dificuldade sobre se reconhecer uma mulher negra dentro da sociedade, acrescenta: “O processo de construção da minha identidade, que implica no resgate da ancestralidade, está em andamento. Nada é muito simples de reconhecer. É como montar um quebra cabeça de milhares de peças”

Ilka descreve as mulheres negras na sociedade atualmente e é bem enfática ao dizer que são invisíveis e objetificadas, não obstante as lutas que se traçaram pela história; o caminho a percorrer ainda é longo, necessita-se ampliar a representatividade e ocupar os espaços de poder, o povo preto precisa desse poder, como ela mesma escreveu “(...) *buscar uma nova conformação dos espaços de poder. Com poder para o povo preto*”.

Para Ilka os meios para a mulher negra ser mais vista na sociedade moderna são: representatividade e alto nível de escolaridade, tanto que numa visão auto avaliativa ela sente bastante reconhecida pelo cargo que ocupa atualmente.

- **Isabella Guedes Costa**

Isabella Guedes Costa, solteira, 19 anos, cisgênero, brasileira, declarada e reconhecida preta pelo fator determinante da cor da sua pele, atribuição social e autoidentificação, estudante de direito do UniCEUB, não participa oficialmente de um movimento, mas se considera ativista do movimento negro e do feminismo negro. Sua mãe é professora de educação física em Valparaíso/GO.

Isabella vem de uma infância e adolescência marcadas com vários traumas, depressão e outros transtornos psicológicos. Iniciou os seus tratamentos ainda muito nova, com seis anos de idade. Sentiu muito preconceito em suas relações familiares, amigos e colegas de escola nessa época.



Até o seu ingresso na faculdade, ela teve muitas dúvidas quanto à sua própria habilidade que advinha de dúvidas de outras pessoas que continuamente colocavam em prova a sua capacidade de ser alguém na vida, sobre seus sonhos serem altos demais e ela como incapaz de alcançá-los. Nesse sentido não se sente reconhecida nas áreas da sua vida, principalmente a educacional.

Dentro da faculdade ela não enxerga de uma forma satisfatória as diversidades raciais; menciona que pela proporção de pretos e pardos na população brasileira, o número deveria ser maior, ainda mais por estudar em faculdade particular, a visibilidade é ínfima. Tanto que ela ainda cita que não conhece nenhuma mulher preta que teve sucesso na área jurídica.

Quanto à ancestralidade, Isabella escreve que “as mulheres negras passaram por um processo de objetificação e sexualização brutal” e acredita que o legado da escravidão perpassa até os dias atuais colocando as mulheres à margem das questões sociais. Sendo as que mais sofrem com as violências como estupro, feminicídio, não reconhecimento acadêmico e profissional. Apesar de todo esse contexto, percebe um pequeno avanço na visibilidade da mulher negra, como papéis mais reconhecidos nas novelas e propagandas, fora de personagens estereotipadas.

No seu cotidiano ela enxerga a historicidade da mulher negra de forma negativa e positiva. De forma negativa ela percebe que precisa se impor muito mais para ser ouvida, na forma de se vestir para ir à faculdade e não duvidarem da sua capacidade, na necessidade de manter as suas notas sempre altas para que não seja colocado à prova o seu esforço. Mas, nenhuma dessas situações a faz recuar, pelo contrário, ela persiste e aguenta as humilhações para se levantar, erguer sua cabeça e ter com ela sempre a força de suas ancestrais.

Para ela conseguir ser reconhecida na sua própria história necessitou de muita imposição “Hoje (...) eu imponho que me reconheçam, imponho que me escutem e que me olhem”. Nesse sentido é que ela acredita que as mulheres negras serão visibilizadas, ocupando espaços no legislativo, executivo e judiciário, para ela:



Precisamos hoje estamos nas elites sociais, precisamos ocupar o legislativo, executivo e judiciário, para termos força para que as próximas tenham mais facilidade para chegar à onde chegaremos, e também para começar a fazer justiça com a população negra, fazer leis ao nosso favor e fazer essas leis serem cumpridas.

- **Shirley Ferreira**

Shirley Ferreira, solteira, reconhecida preta, 45 anos, brasileira, dois filhos, não marcou sua opção de gênero no questionário, estudante de direito e bolsista do ProUni, funcionária pública no interior de São Paulo, mãe boleira e pai caseiro e não faz parte de nenhum movimento de mulheres ou racial.

A infância e juventude de Shirley foi muito boa: seus pais já tinham condições financeiras melhores e, nos anos 1980, já possuíam carro e casa própria. Sua mãe faleceu quando ela tinha onze anos e ela começou a receber pensão. Aos dezesseis anos foi emancipada para receber parte dos bens de sua mãe e assim comprou sua casa própria.

Ela menciona que sua trajetória até ingressar na universidade foi árdua, mas ela sempre esteve determinada. Foi mãe solteira, sem qualquer auxílio do seu ex-marido. Batalhou muito para conseguir uma bolsa de estudos e após algumas tentativas conseguiu ingressar e está no segundo ano do curso de Direito. Começou sua carreira trabalhando com serviços gerais e atualmente trabalha pela prefeitura como agente de saúde e estuda no período noturno em outra cidade.

Apesar de se sentir valorizada hoje por ser funcionária pública, Shirley acredita que as mulheres negras não são reconhecidas nos dias atuais, tanto que também não se sentia até sua ascensão profissional. Para ela:

A mulher negra, é despercebida. Não são tão aceitas, se tiverem um cargo melhor, porque muitos, querem dar o devido valor, se acaso a mulher negra, for empregada doméstica ou cozinheira. Muitas pessoas, quando vêem uma mulher negra em ascensão, colocam defeito, criticam, zombam.



Ela batalhou muito para ser considerada e reconhecida e por isso concorda que o caminho para a visibilidade da mulher negra é se impor no que realmente acredita, lutar pelos seus direitos e não desistir, determinação e acreditar em você mesma.

- **Sara Siqueira de Jesus**

Sara Siqueira de Jesus, solteira, 25 anos, brasileira, cisgênero, declarada e reconhecida preta pelo fator determinante da cor da sua pele, estudante de direito e beneficiária do Fies e não faz parte de movimento racial ou de mulheres.

A infância e adolescência da Sara foi muito feliz, apesar dos preconceitos que sofreu. Ela fala que a cor da pele dela sempre foi um problema, ouvia coisas horríveis sobre sua cor e seu cabelo, chegou ao ponto de ouvir que não gostavam dela por ser preta e isso, conseqüentemente, a auto estima era baixa: “eu me odiava!”.

Por ser de família muito religiosa, seus pais falavam que ela poderia pedir tudo que quisesse a Deus e ela pedia para que Deus mudasse a sua cor e desse um cabelo “bom”. As questões estéticas ditas como padrão de beleza foram o martírio de sua vida. Logo com sete anos já começou a modificar a estrutura do seu cabelo para deixá-lo liso, até ficava feliz, mas nada bastava para que essa situação mudasse ou para que ela se encaixasse, para ela:

Quando você deixa de ser quem você é para agradar alguém é a pior sensação do mundo. Nem sei como expressar tamanha dor que sentia ao tentar me encaixar em algo que nunca me caberia, que não (foi) feito para mim

Nascida no interior de Minas Gerais, Sara cresceu no meio de pessoas muito humildes que tiveram que escolher entre estudar ou trabalhar para ter o sustento de cada dia nos seus lares e mesmo diante dessa situação seus pais valorizam os estudos e a incentivaram a estudar e acreditavam que por esse caminho ela poderia ter uma situação financeira diferente. Como foi uma menina que sonhava muito alto, quando



se formou no ensino médio, veio para Brasília ingressar na faculdade, mesmo com muita saudade das pessoas que a motivam a lutar todos os dias por uma vida melhor.

Quanto às diversidades raciais, Sara consegue enxergar algumas diversidades raciais na faculdade, ainda não é a ideal, mas que já se pode pressupor que as políticas de inclusão estão surtindo efeito e acredita que teremos uma grande diversidade étnica no futuro breve. Nas relações profissionais, apesar de não sofrer com preconceitos, ela reconhece que as mulheres negras ainda recebem menos mesmo realizando a mesma função. Em sua opinião:

Sei que mulheres negras ainda recebem menos que mulheres brancas mesmo realizando a mesma função. Triste essa realidade que se baseia na cor para avaliar competência, mas acredito que aos poucos estamos evoluindo e logo teremos o prazer de sermos reconhecida pelo nosso mérito.

Em uma visão geral, nos ambientes de trabalho, Sara menciona que quando para e analisa a situação só se encontram mulheres negras em funções que se equiparam à escravidão “servindo brancos”, dificilmente em altos cargos. Sara relata com tristeza que no âmbito jurídico não havia nenhuma negra exercendo função como atuante do Direito.

Não obstante à invisibilidade nos ambientes de trabalho, Sara relata que as lutas por igualdade de direito, visibilidade e reconhecimento são constantes. Pouco a pouco reconhece o potencial da mulher negra “a casa grande não é capaz de nos parar, somos revolucionárias e podemos tudo que quisermos”. E ao reconhecer esse potencial, entende-se que toda a marginalização do preto é só mais uma “mentira cruel e desumana chamada racismo”.

Quanto à ancestralidade da mulher negra, Sara ressalta que graças a essas percussoras do ativismo negro foi que a luta nunca parou. O legado dos ancestrais nos fortalece e nos revelam potenciais ocultos pelo racismo e que necessita ser desvendado e conquistar tudo o que nos foi postergado pela escravidão e racismo. Para Sara a invisibilidade da mulher negra é consequência desse extremo racismo, o qual faz com a mulher negra seja vista como qualquer coisa, menos mulher, para ela:



Somos vistas como objetos, que servem pra satisfazer prazeres sexuais, já que temos um biótipo bem atrativo para os homens. Somos máquinas programadas para satisfazer as necessidades da casa grande, mas aos poucos esse cenário vai se desfazendo e vamos conquistando novos espaços, antes ocupados só por brancos.

Para Sara, o simples fato de cursar nível superior não deveria ser símbolo de reconhecimento e visibilidade, mas infelizmente, ainda é um passo que poucos negros conseguem ter em sua trajetória de vida, gerando assim espanto e surpresa. Mas, com o ativismo, as políticas de igualdade e representividade são ferramentas necessárias para esse valor de mulher negra em qualquer área.

A maior motivação para as mulheres negras é ver outras negras alcançando os lugares de destaques, fazendo com que elas acreditem nelas mesmas e assim gerando força para lutar pelos ideais.

- **Olga Ferreira da Silva**

Olga Ferreira da Silva, solteira, 27 anos, brasileira, cisgênero, declarada e reconhecida preta pelo fator determinante da cor da sua pele, autoidentificação e traços hereditários.

Possui graduação em Direito e cursa Letras atualmente, com auxílio do FIES na primeira graduação e bolsa de estudos de 60% na graduação em curso, além de precisar trabalhar para custear os seus estudos. Seu primeiro emprego foi como trabalhadora informal/liberal (revendedora de calçados e roupas) e atualmente trabalha como educadora em saúde no SESC. Em sua infância, Olga conseguiu ter uma infância até os dez anos de idade, a qual brincava na rua e se divertia, depois dessa fase, ela foi pressionada a deixar os brinquedos de lado para se dedicar aos afazeres domésticos, devido ao seu primeiro ciclo menstrual precoce e pelos adultos acharem que ela já era “grande demais” para brincar de boneca. Quando adolescente, ela menciona que foi tranquila, estudou em escola pública e não trabalhava.



Quanto aos preconceitos sofridos nessa fase, ela não se recorda de ter sofrido alguma discriminação em ambiente escolar, pois sempre teve muitos amigos presentes. Entretanto, em casa, o problema era com o seu cabelo: sua mãe a agrediu diversas vezes para pentear e desembaraçar. Começou a alisar com doze anos de idade, aproximadamente, e quando tentou deixar o cabelo novamente crespo, sofreu preconceitos, associada aos primatas, sendo chamada de Orangotango.

Sua trajetória acadêmica foi bem árdua. Antes de entrar na faculdade ela fez curso técnico de enfermagem de forma gratuita fornecido pelo CEP Saúde em Planaltina/DF em 2009 no período matutino e para fazê-lo começou a estudar no ensino médio regular no período noturno, enquanto ainda estudava no Centro Interescolar de Línguas em Sobradinho no período vespertino.

Não teve nenhuma expectativa sobre conseguir pelo vestibular ingressar na Universidade pública, contudo, dedicou-se aos estudos e conseguiu passar em Letras – Francês em 2010, sua primeira opção era o curso de Direito, mas preferiu Letras pela menor concorrência. Entretanto, por causa da grande demanda como técnica à noite, com 44 horas semanais, além do curso no período diurno (8h00min as 18h00min) ela teve que trancar o curso. Em 2014, teve a oportunidade de cursar Direito pelo FIES na Faculdade Processus e o concluiu em 2019 e conseguiu muitos estágios nessa área que a sustentavam. E ainda, em 2016, ela começou a cursar Letras-Português na faculdade Estácio de Sá aproveitando suas matérias do curso anterior e com bolsa de 60%.

Ao questionamento sobre as diversidades étnicas no âmbito acadêmico, ela especifica diferentes contextos dentro das três universidades em que teve acesso. Quando cursou Direito havia uma disparidade entre os alunos, com sua maioria branca. Na Universidade de Brasília, ela ouvia dizer que era fácil entrar e difícil permanecer, com isso não acreditavam na constância dos alunos sem condições financeiras na universidade e na Estácio de Sá, a postura era a inversa, pois acreditavam no potencial do aluno, ela mencionou um professor que disse: “Não





importa como você entrou, sem saber quem é Machado de Assis, o mais importante é que você não vai sair daqui sem saber!”.

Ela se sente valorizada na área da saúde como técnica de enfermagem há 10 anos, tendo contato com outras mulheres nessa área em funções iguais a dela. Mas, no âmbito jurídico, no decorrer dos cinco anos que cursou Direito, nos quatro anos de estágios, dois anos no TJDF e dois anos no SEST/SENAT ela não teve contato com mulheres negras ou não a marcaram de forma específica para memorar.

Na historicidade da mulher negra, Olga acredita em uma ressignificação histórica, mas não nega a existência dos resquícios da escravidão ainda tão presentes no nosso país, apesar de todas as conquistas, a desvalorização ainda existe. Ela cita alguns exemplos pessoais:

Muitos lugares que frequento como a Comunidade Kalunga na Chapada dos Veadeiros as mulheres são postas numa situação de constrangimento, muitas mulheres negras falam com outras pessoas, até comigo, de cabeça baixa, não conseguem olhar no olho e perceber (o) valor que elas tem, crianças (meninas) de aproximadamente 10 anos trabalham nos restaurantes da comunidade, é horrível ver aquela situação, no contexto sócio cultural elas dependem do turismo da região para viver.

Como até ela mesma já ouviu, em forma de “brincadeira”: “Olha! a neguinha é advogada” quando se referiam a ela, pois a sociedade ainda desacredita a mulher negra. E ainda dentro desse contexto ressalta a honra e respeito das lutas dos nossos ancestrais:

Eu respeito e honro a luta de cada um deles, na verdade eles e elas criaram minha realidade hoje, meu presente, com lutas, e o presente se criou porque teve um passado e uma perspectiva de futuro. (grifo nosso)

Olga se sente muito pressionada a demonstrar conhecimento incessantemente e acredita que se não se especializar e aprofundar seus conhecimentos terá prejuízos para a sua inserção no meio jurídico, motivo pelo qual ela não se sente reconhecida. Um sentimento constante de que deve sempre buscar mais e mais.



Para ela a mulher negra sofre com a falta de oportunidade em detrimento da sua capacidade, pelo exemplo de sua própria trajetória que teve que ser de forma indireta para alcançar seu objetivo, usando-se de um “trampolim” para chegar em seu sonho de cursar Direito. Acreditando-se no “eu posso”, ela cita que “as pessoas negras, em um modo geral, precisam de oportunidade, porque capazes todos (nós) somos”.

- **Isadora Leão**

Isadora Leão, solteira, 28 anos, brasileira, Pernambucana, cisgênero, declarada e reconhecida parda pelo fator determinante da atribuição social e autoidentificação, trabalha no Instituto Brasiliense de Direito Público e faz parte do movimento *Direito nas ruas*, cursando pós-graduação em formação pública.

Isadora inicia relatando a sua infância e adolescência com inúmeros casos de discriminações raciais. Sua infância na escola foi marcada por exclusão dos demais colegas, sendo até vítima de assédio pelas crianças mais velhas. Na adolescência os preconceitos continuavam, agora com o seu cabelo, violência física, assédio sexual, inclusive por parte dos colegas da escola. Um professor, certa vez, pediu para que a turma analisasse seu rosto, o qual, segundo ele era “exótico”, em suas próprias palavras, ela fala:

(...) a infância na escola teve momentos bem complicados, caracterizados por exclusão dos demais colegas. Tinha poucos amigos, fui vítima de assédio sexual de crianças mais velhas, não era convidada para as festas das outras crianças, etc. A adolescência também se caracterizou por momentos semelhantes. Toda a escola se sentia autorizada a uma espécie de “gestão coletiva” do meu cabelo, na qual todos comentavam e davam sugestões... Sofri inúmeras cenas, algumas que chegaram à violência física, de assédio sexual, inclusive por parte de outros colegas da escola. Certa vez, um professor no meio da aula, me puxou pelo queixo e fez a turma analisar o



meu perfil, que segundo ele era “exótico” (não lembro a palavra exata, algo assim)

Em termos de dificuldades financeiras, a sua família enfrentou dificuldades na sua infância, mas a situação foi melhorando progressivamente, de que modo que não precisou trabalhar para ajudar em casa financeiramente.

Cursou o ensino fundamental e médio em escola pública federal, o que ela considera importante para a sua trajetória e um facilitador para entrar na universidade. Ao ingressar na Faculdade de Direito de Recife, teve muita dificuldade com o ambiente, segundo ela, elitizado e branco, o qual ela não se encaixava. Cumulou diversas atividades extracurriculares, como o Núcleo de Assessoria Jurídica universitária popular, por exemplo. Dentro desse contexto, ela se lembra de apenas mais um estudante negro.

Nos ambientes de trabalho, o racismo demarcou bastante as suas experiências. Ela percebeu sendo constantemente preterida aos seus colegas de trabalho e em relação ao que recebiam, segundo ela:

O trabalho se provou um ambiente de experiências de racismo bastante demarcadas. Vi pessoas brancas receberem mais para fazerem tanto quanto (em geral menos) do que eu fazia, serem rapidamente promovidas, enquanto eu não recebia aumento algum, mas minhas responsabilidades se multiplicavam.

Apesar de considerar um ambiente imparcial, Isadora menciona que uma das gerentes de onde ela trabalha é negra e que há uma quantidade razoável, considerando a realidade brasileira, de mulheres negras no local. No âmbito jurídico, ela percebe que o cenário é de exclusão. O corpo da mulher negra, na sua opinião, é um impeditivo para ocupar espaços e sua capacidade intelectual colocado constantemente a prova, sobrecarregado e operativo. Segundo ela:

Minha percepção é a de um cenário de exclusão. Seu corpo é um impeditivo para que você ocupe espaços, roupas, conduta, tudo é sempre questionado, ainda que sua postura seja muito mais “caxias” que a de qualquer outro funcionário. Se você executa o trabalho intelectual, as pessoas ao seu redor se aproveitam disso, a sobrecarregando, mas agem como se seu



trabalho fosse meramente operativo, sem qualquer processo intelectual ou estratégico.

Isadora, em sua dissertação na história do direito, contou com uma pesquisa documental em parte sobre a relação entre mulheres negras, espaços públicos e policiamento. E menciona que temas assim estão começando a ser mais trabalhados. Para ela não tem como entender a constituição das cidades sem pensar no papel das mulheres negras, estando em todos os lugares de forma bastante forte, fazia seu espaço, mesmo que a parte e inferior. Além de se compreender em torno da mulher negra as movimentações de uma economia negra e seus laços de solidariedade e cuidado, com suas palavras:

No que diz respeito às cidades, particularmente, espaços que estudei, não há como entender sua constituição sem pensar o papel das mulheres negras. O espaço urbano, em certo sentido, era feminino e negro (...) as mulheres negras estavam em todos os espaços imagináveis, das feiras, às praças públicas, passando por portos, cadeias, igrejas. (...) É também em torno das mulheres que se deve compreender a movimentação de uma economia negra, além dos laços de solidariedade e cuidado.

Em seu cotidiano, Isadora percebe de uma forma ímpar a ancestralidade da mulher negra, que cabe transcrever:

Está na centralidade das figuras femininas na minha família, de sangue e de santo. Está nas figuras que academicamente são relevantes para mim. Está em quem cuida dos meus passos, me ensina sobre valores, como conduzir a vida, me portar, a refletir academicamente, etc.

Quanto à visibilidade, menciona que se sente posicionada em um lugar ambíguo, pois ao mesmo tempo em que possui um relativo conhecimento acadêmico em sua área, ela sente os impeditivos e os freios do racismo. Acredita ter uma boa perspectiva de crescimento profissional, mas a despeito dessas expectativas, ainda enxerga que necessita trabalhar mais para ser reconhecida do que uma pessoa branca; ainda vê que essas pessoas são muito mais reconhecidas e valorizadas e ainda sente que tudo o que conquista fica sob ameaça do que aquilo que pessoas brancas constroem em suas vidas.



Quando questionada sobre os meios os quais a mulher negra torna-se mais visibilizada na sociedade atual, ela menciona que as possibilidades existem e a criatividade do povo negro mostra isso. Da organização política a inserção nos meios de comunicação, mas, todas elas necessitam do movimento complexo de resistir, driblar e brigar contra o racismo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes das considerações finais, cabe citar o discurso da atriz negra norte americana, Viola Davis, ao ganhar o Emmy como melhor atriz dramática no ano de 2015:

Na minha cabeça, eu vejo uma linha. E sobre essa linha, vejo campos verdes e flores adoráveis e mulheres brancas lindas, com seus braços estendidos para mim, sobre essa linha. Mas parece que eu não consigo chegar até lá, não importa como. Não consigo superar essa linha. Essa foi [a ativista pelos direitos civis] Harriet Tubman nos anos 1800. **E, deixem-me dizer uma coisa: a única coisa que separa mulheres negras de quaisquer outras é a oportunidade** (O TEMPO, 2015) (Grifo nosso)

As lutas dos negros para sobrevivência e reconhecimento da sua própria identidade vêm desde a escravidão. Historiadores e estudiosos percorrem por séculos para identificar e admitir o negro como um ser humano, pensante, com identidade própria, cultura, religiosidade, amor família.

Para a mulher negra essa invisibilidade torna-se ainda mais sentida, uma vez que suas histórias sequer foram mencionadas ou serviram como objeto de estudos por esses historiadores. Subjugada às relações de abuso e sexualidade, a mulher negra não pôde ser reconhecida como o ser humano multifuncional e com multipersonalidades que o livro de Angela Davis relata com veemência. Trabalhadoras de lavoura, trabalhadoras domésticas, guerreiras, estrategistas de fuga, professoras, mães, esposas e mulher, mulher negra! Sem nenhum benefício da feminilidade, ser mulher negra é muito além do que as ideologias tão possam refletir.



Os reflexos na atualidade consistem ainda em mulheres que são inferiorizadas e alocadas aos lugares de marginalização da sociedade, as mulheres negras são as que têm o melhor desempenho escolar em contrapartida dos poucos acessos as universidades, ao mercado de trabalho e lugares de poder. A conta não fecha! Faltam-se oportunidades, porque capacidade não lhes falta.

Ter esse lugar de fala, onde se encontram poucas mulheres negras, tanto na academia quanto no âmbito jurídico como um todo, é um privilégio sem igual. A pessoa que tem a sensibilidade de ler e reconhecer a história da mulher negra estará despertando para outro nível de entendimento. Como diz Angela Davis “quando acabarem-se os maus entendidos sobre a história da mulher negra, será de um ganho inestimável”.

Às mulheres que aqui contribuíram para endossar o entendimento da força da mulher negra, a vida de vocês será eternizada nesse trabalho e quanto mais mulheres negras tiverem acesso a oportunidades, mais elas vão se reconhecer e saber que não estão sozinhas! A ancestralidade nos proporcionou um legado, abriu-nos portas e nos fez guerreiras da selva de pedra urbana!

Vidas negras importam!

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Célia Maria Marinho. Onda negra, medo branco: O negro no imaginário das elites século XIX. São Paulo. AnnaBlume. 2ª edição. 2004.

BALL, Charles. Slavery in the United States: A Narrative of the Life and Adventures of Charles Ball, a Black Man [Escravidão nos Estados Unidos: A narrativa da vida e aventuras de Charles Ball, um homem negro]. Lewistown. J. W. Shugert, 1836, p. 150-1.

BECKLES, Hilary. OS DOMÍNIOS DO PRAZER: A mulher escrava como mercadoria sexual. OUTROS TEMPOS. 2011. Disponível em: [https://www.outrostempos.uema.br/OJS/index.php/outros\\_tempos\\_uema/article/view/62/49](https://www.outrostempos.uema.br/OJS/index.php/outros_tempos_uema/article/view/62/49). Acesso em: 20 julho 2019



CARDOSO, Gleice. Quem foi Harriet Tubman?. Revista Capitolina. 2017. Disponível em: <http://www.revistacapitolina.com.br/harriettubman/>. Acesso em: 20 julho 2019

CARNEIRO, Sueli. A Construção do outro como não-ser como Fundamento do ser. NEGRASOUL BLOG. 2005. Disponível em: <https://negrasoulblog.files.wordpress.com/2016/04/a-construc3a7c3a3o-do-outro-como-nc3a3o-ser-como-fundamento-do-ser-sueli-carneiro-tese1.pdf>. Acesso em: 10 fevereiro 2020

. Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil. São Paulo: Selo Negro, 2011.  
COLLINS, Patricia Hills. Pensamento feminista negro: conhecimento, consciência e a política do empoderamento. New York. 1990.

DAVIS, Angela. Mulheres, raça e classe. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016.

DELPHY, Christine. Patriarcado (teorias do). In: HIRATA, H. et al (org.). Dicionário Crítico do Feminismo. Editora UNESP : São Paulo, 2009, p. 173–178.

DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 40.509, de 11 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus, e dá outras providências. SINJ-DF, 2020. Disponível em: [http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/ad0fae78af5f4e50b46c7357b7ee8597/Decreto\\_40509\\_1\\_1\\_03\\_2020.html](http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/ad0fae78af5f4e50b46c7357b7ee8597/Decreto_40509_1_1_03_2020.html). Acesso em: 11 maio 2020.

FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade: curso no Collège de France. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

FRASER, Nancy Redistribuição ou reconhecimento? Classe e status na sociedade contemporânea. Revista interseções, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, p. 7-32, 2001.

GIACOMINI, Sonia Maria. Mulher e escrava: Uma Introdução ao Estudo da Mulher Negra no Brasil. Rio de Janeiro: Vozes. 1988.

GRIMKE, Sarah. History Of American Women: Abolitionists, Feminists, Poets And Writers, Suffragists, [S. L.], 4 Jul. 2018. Disponível Em: <Http://Www.Womenhistoryblog.Com/2013/03/Sarah-Grimke.Html>. Acesso em: 7 Out. 2019

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Brasil). Dossiê Mulheres Negras: Retrato das condições de vida das mulheres negras no Brasil. Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/biblioteca/igualdade-racial/dossie->



mulheres-negras-retrato-das- condicoes-de-vida-das-mulheres-negras-no-brasil.  
Acesso em: 13 fevereiro 2020

IRACI, Nilza. Mulheres Negras: nossos passos vêm de longe e irão muito mais além. GELEDÉS. 2019. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/mulheres-negras-nossos-passos- vem-de-longo-e-irao-muito-mais-alem/>. Acesso em: 10 fevereiro 2020

LORDE, Audre. Vivendo com o câncer. In: Werneck Jurema; Mendonça Maisa; White C. Evelyn. O livro da saúde as mulheres negras. Rio de Janeiro, Pallas, Criola, 2000.

Mel Watkins e Jay David (orgs.), To Be a Black Woman: Portraits in Fact and Fiction (Nova York, William Morrow & Co., 1970), p. 16. Citação retirada da obra de Benjamin A. Botkin (org.), Lay My Burden Down: A Folk History of Slavery (Chicago, University of Chicago Press, 1945).

MILLS, Charles W. the racial contract. Nova York: Cornell Univesity Press, 1999, p. 13-14 MOURA, Clovis. História do negro brasileiro. São Paulo. Editora Ótica. 2ª edição. 1992.

. Rebeliões da Senzala: Quilombos, Insurreições e Guerrilhas. São Paulo. Editora Ciências Humanas LTDA. 3ª edição. 2014.

MOSES, Grandy, Narrative of the Life of Moses Grandy: Late a Slave in the United States of America (Boston, [O. Johnson,] 1844), p. 18, citado em E. Franklin Frazier, The Negro Family in the United States (1939) (Chicago, University of Chicago Press, 1969).

OLIVEIRA, Fátima. Bioética: uma face da cidadania. São Paulo, Moderna, 8ª impressão, 2004. O TEMPO, “Não se ganha um Emmy por papéis que não existem”, diz Viola Davis. O TEMPO.

21 setembro 2015. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/diversao/nao-se-ganha-um-emmy-por-papeis-que-nao-existem-diz-viola-davis-1.1117992>. Acesso em: 10 fevereiro 2020 PAIVA, Vitor. A vida e a luta de Angela Davis, desde os anos 1960 até o discurso na Marcha das Mulheres nos EUA. HYPENESS. 2018. Disponível em: <https://www.hypeness.com.br/2017/01/a-vida-e-a-luta-de-angela-davis/>. Acesso em: 20 julho. 2019.

PENHA, Maria da. Mulheres negras: sua participação histórica na sociedade escravista. Cadernos Imbondeiro. João Pessoa, v.1, n.1, 2010.





RAINWATER, Lee. *Crucible of Identity: The Negro Lower-Class Family*, foi publicado originalmente em *Daedalus*, v. 95, 1966, p. 172-216.

SANTANA, Bianca. *Vozes insurgente de mulheres negras: do século XVIII à primeira década do século XXI*. Belo Horizonte. Maza edições. 2019.

SOARES, Glaucio O monstro mora lá em casa. *O globo*, 21 maio 2010. Disponível em: <http://suicidiopesquisaeprevencao.blogspot.com.br/2010/05/o-monstro-morala-em-casa.html>. Acesso 2.jun.2020. VIDAL, Ademir. *Costumes e práticas do negro*. In: *II Congresso Afro Brasileiro*. Salvados, 1937. *O negro no Brasil*. São Paulo. *Civilização Brasileira*. 1940. P.37. WATSON, Arnold. *Slavery: A Problem in American Institutional and Intellectual Life* [Escravidão: O problema institucional e intelectual na vida americana]. Chicago: The University of Chicago Press. 1959. Disponível em: <http://personal.tcu.edu/swoodworth/Elkins.htm>. Acesso em: 26 abril 2019.

WERTHEIMER, Barbara. *We Were There: The Story of Working Women in America* [Nós estávamos lá: A história de trabalho da mulher na América]. Nova York: Pantheon, 1977. p. 109.

Hebert George Gutman Papers. The New York Public Library: Archives & Manuscripts. 1988. Disponível em: <http://archives.nypl.org/mss/1268>. Acesso em: 20 julho 2019

*O capital: crítica da economia política*, Livro I: *O processo de produção do capital*, trad. Rubens Enderle, São Paulo, Boitempo, 2013, p. 467

Robert S. Starobin, *Industrial Slavery in the Old South* (Londres/Nova York, Oxford University Press, 1970), p.



# A MATERNIDADE NO CÁRCERE À LUZ DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA

Fernanda Amoras Magalhães

## RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso tem como objetivo trazer uma análise da situação da mulher gestante e mãe no sistema prisional brasileiro. A legislação pátria traz em seu bojo direitos bastante específicos para a mães e grávidas encarceradas. Ocorre que, no cotidiano dessas detentas, verificam-se violações a esses direitos, seja por falta de estrutura nos presídios, seja por falta de preparo para a efetivação da legislação na prática cotidiana. Ademais, há uma enorme dificuldade de se ter um mínimo de dignidade a essas gestantes e mães. Atualmente presencia-se uma evolução não só das leis, como a Lei nº 13.769/2018, que inseriu novas possibilidades de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, no artigo 318 do Código de Processo Penal, mas também na jurisprudência, como é o caso do *Habeas Corpus* nº 143.641/SP, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo como objeto a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, que teve como paciente todas as mulheres submetidas a prisão cautelar que ostentam a condição de gestantes, puérperas ou mães com crianças com até doze anos de idade sob sua responsabilidade. É cediço que, mesmo com a evolução das decisões e legislação, as dificuldades para a efetivação dos direitos está presente no dia a dia das mulheres, o que as faz ficarem expostas a situações até degradantes, com seus filhos entre as grades.

**Palavras-chave:** Mulher gestante. Sistema Prisional. Direitos. Legislação. Prisão Domiciliar.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como centro a análise da mulher no sistema prisional brasileiro e como se desenvolve a proteção e a evolução da gestação durante o encarceramento. A mulher, quando se torna detenta devido ao seu ato delituoso, enfrenta obstáculos não só na convivência dificultosa com outras



mulheres, mas principalmente consigo mesma, devido a realidade encontrada com a privação de liberdade.

A gestação torna o processo obrigatório como detenta ainda mais complicado, pois a ausência muitas vezes de assistência, acompanhamento pré-natal e pós-natal, tornam a mulher ainda mais vulnerável em um ambiente degradante não só para ela, mas principalmente para seu filho que irá nascer ou já tem poucos meses de vida. Sabe-se que, em muitos presídios, não há locais adequados para as mulheres permanecerem com seus filhos recém-nascidos até para a amamentação, sendo improvisados locais que não comportam a estrutura necessária. Ademais, poucos são os estados que possuem cadeias exclusivamente para as gestantes e puérperas.

É notório que a legislação evolui para a proteção dessas mulheres assim como a jurisprudência, ocorre que em grande parte do território nacional não se tem uma estrutura capaz de pôr em prática aquilo que a letra da lei determina, pois, estas mulheres são sujeitos de direitos e dignidade, devendo inclusive tornar a permanência do filho com a mãe o menos traumático possível.

No primeiro capítulo deste trabalho monográfico será abordado o sistema carcerário brasileiro tendo como ideia central o sistema carcerário feminino, bem como as particularidades femininas e seu cumprimento de pena. Ainda, será abordado a proteção as mulheres grávidas e mães encarceradas.

Posteriormente, será analisado o tratamento dado as gestantes e mães detentas e as violações aos direitos das mesmas durante o período de privação de liberdade. Ademais, será abordado o impacto da gravidez durante o aprisionamento e das mães com filhos no sistema prisional feminino.

Por fim, ao final desta monografia será descrito o impacto dado pela jurisprudência no julgamento do *Habeas Corpus* nº 143.641/SP no Supremo Tribunal Federal e a Lei Ordinária nº 13.769/2018, possibilitando a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar em certas condições e requisitos. Importante também se faz abordar a legislação voltada para os direitos das mulheres presas, que



alteraram não só o processo penal, mas também a execução penal na progressão de regime.

## 1 SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

### 1.1 Sistema Carcerário Feminino

O encarceramento é uma privação não só física como moral. O sistema privativo de liberdade tira do ser humano suas prerrogativas, como suas aptidões, disposições, comportamento, tendo como foco e tarefa sem qualquer interrupção a disciplina. É cediço que há tempos a privação de liberdade não atende aos anseios sociais no sentido de prevenção criminal e ressocialização. Porém, por outro lado, sem esta privação a sociedade ficaria à mercê da criminalidade.

Quando o Código Penal foi elaborado, em 1940, a estigmatização da mulher era ainda maior. A mulher era vista como uma simples pessoa submissa, indefesa e frágil. Sua educação era voltada ao lar, as tarefas domésticas. Ao passar dos anos algumas conquistas foram adquiridas como, por exemplo, o direito ao voto pelo Decreto-Lei nº 21.076/1932. Entretanto, falar da mulher presa e as violações de seus direitos ainda é bastante complexo, sendo tratados por muitos como um assunto inerte.

Nana Queiroz, no prefácio de seu livro “Presos que Menstruam”, afirma:<sup>1</sup>

O começo de minha pesquisa para este livro foi uma coleção de silêncios. As prateleiras das bibliotecas se calavam sobre as prisões femininas brasileiras. O cinema e a TV fingiam que elas nem existiam, a não ser para dar fim a uma ou outra vilã de novela ou uma trama de superação a uma mocinha injustiçada. Os jornais pouco falavam sobre o assunto e as reportagens que encontrei apenas tocavam a superfície de determinados problemas. Depois, veio à indiferença das secretarias de segurança pública. Algumas nem sequer respondiam a pedidos de visita, outras os negavam sob os mais diversos pretextos.

---

<sup>1</sup> QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2016. p. 17



Este trecho do prefácio da obra de Nana Queiroz apenas demonstra o descaso, o tabu, a resistência, que se tem quando o assunto é o encarceramento feminino.

O sistema prisional feminino tem sofrido um aumento considerável no número de detentas. De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional, a cerca de dezesseis anos houve um aumento de 698% da população carcerária feminina no Brasil. O número de mulheres encarceradas varia entre os estados brasileiros, onde São Paulo possui 36% de toda a população privada de liberdade no país.<sup>2</sup>

Esses dados refletem um verdadeiro descaso do Estado, no que diz respeito a efetivação de políticas públicas que visam coibir a inserção da mulher no crime. A média brasileira é de 5,8% de mulheres presas para 94,2% de homens. Ademais, 58% da população carcerária feminina responde por tráfico de entorpecentes, sendo a maioria delas por cumprirem tarefas de menor importância, como o transporte da droga, ou seja, não configuram uma real ameaça para a sociedade.<sup>3</sup>

Com relação à raça, etnia e cor, segundo dados do INFOPEN, na data de junho de 2017, há uma grande desproporção entre raças e cores. Com presença de 48,04%, percebe-se uma predominância da cor parda, sendo 35,59% de mulheres brancas e 15,51% de cor preta. A população amarela e indígena chega a 0,87%. Já em relação a escolaridade, 44,42% da população prisional feminina ainda não acessou o ensino médio. Apenas 14,48% da população prisional feminina concluiu o ensino médio. E apenas 1,46% possuem ensino superior completo<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> <sup>2</sup>ANDRADE, Milena Branco; SOUZA, Gabriel Vinicius de; TEOTÔNIO, Paulo José Freire. **A realidade do encarceramento feminino e a invisibilidade de mulheres grávidas no sistema prisional**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74383/a-realidade-do-encarceramento-feminino-e-a-invisibilidade-de-mulheres-gravidas-no-sistema-prisional>. Acesso em: 18 nov. 2019

<sup>3</sup> STEVENS, Cristina; OLIVEIRA, Susane; ZANELLO, Valeska; SILVA, Edlene; PORTELA, Cristane. **Mulheres e violências interseccionalidades**, Brasília, DF: Technopolitik, 2017, p. 69.

<sup>4</sup> RELATÓRIO sobre mulheres privadas de liberdade: junho 2017. Brasília: DEPEN. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf). Acesso em: 18 nov. 2019



Estes dados demonstram uma falha por parte do Estado, sendo este Estado que deveria promover a igualdade, a dignidade da pessoa humana, mas pelo contrário, expõem estas mulheres em situações degradantes.

Segundo o Ordenamento Jurídico, a mulher possui amplo direito, como tratamento digno de forma a não sofrer preconceito, entretanto não é o que se vê em nosso sistema prisional. Que por estar sempre superlotado encontra-se, na maioria dos estados, em situação de colapso geradora de condições extremamente desagradáveis e até insalubres, nesses ambientes prisionais, muitas vezes não possuindo sequer itens de higiene básica. Ora, as mulheres têm suas especificidades anatômicas, condições diferenciadas do homem, e, portanto, deve-se ter condições no mínimo elementares nos estabelecimentos prisionais, como áreas específicas para mulheres em estado gravídico e cuidados com o recém-nascido, entretanto a situação atual está longe da ideal. O que se tem são penitenciárias superlotadas com precários ambientes.

É importante lembrar que a Constituição Federal assegura a todos as garantias fundamentais, entre elas os direitos sociais que pertencem também as mulheres privadas de sua liberdade. Ademais, o Código Penal, em seu artigo 37, aduz: **As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes a sua condição pessoal.** Portanto, para que as normas sejam aplicadas de forma efetiva às mulheres, deixando de serem letras mortas, apenas ideais, é necessária uma urgente e profunda reforma nos presídios femininos para seu efetivo cumprimento.

## 1.2 Cumprimento da Pena e Particularidades Femininas

O sistema prisional brasileiro, nos últimos tempos, vem violando os direitos humanos no que diz respeito à dignidade humana. Consequentemente, expondo essas pessoas a condições de vida precárias e subumanas, tornando-se o oposto à Constituição Federal de 1988. Que preconiza a cada ser humano, o direito ao respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando um complexo de



direitos e deveres, que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato considerado degradante e desumano. Esses danos acometem as mulheres detentas com maior intensidade no sistema penitenciário brasileiro, onde são desencadeados vários problemas pelo descaso governamental. Inclusive devido à escassez de políticas públicas efetivas, capazes de contribuir para uma melhor qualidade de vida do grande contingente de mulheres que lá se encontra.<sup>5</sup>

A norma penal, à época, foi desenvolvida sob a visão machista, sendo que as especificidades femininas foram desconsideradas. O tratamento prisional da mulher, em comparação ao homem, é mais precário, pois as desigualdades estão justamente na visão da figura feminina como presa, quando os seus direitos aos tratamentos específicos são negligenciados não respeitando as peculiaridades da mulher. Esta especificidade está disposta também no princípio da individualização da pena, explicitada no artigo 5º, inciso XLVIII, da Constituição Federal:<sup>6</sup>

Art 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVIII - A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

Essas mulheres sofrem toda forma de desrespeito as suas especificidades, seja em prisão cautelar em presídios superlotados e inadequados para suas necessidades, até a submissão à falta de assistência à saúde.

Em relação à execução penal feminina, quando o assunto é a sexualidade, geralmente acontecem discriminações. Com relação ao homem, as visitas íntimas

---

<sup>5</sup> GRINCHPUM, A. P. L.; MARTINS, V. L. **Sistema prisional brasileiro: o contexto vivenciado pelas mulheres no meio carcerário.** In: JORNADA DE PESQUISA E VIII JORNADA DE EXTENSÃO DO CURSO DE DIREITO DA FAMES, 9., 2016: Santa Maria, RS. Anais. Santa Maria: FAMES, 2016, p.5

<sup>6</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 19 nov. 2019



são quase informais no presídio, entretanto para a mulher tal procedimento é visto como uma regalia. O direito sexual, em muitas unidades prisionais, é realizado diante do cumprimento de fortes normas e critérios.

É notório que a mulher apresenta diversas peculiaridades com relação a sua condição biogenética, como o fato de ser mãe e a necessidade de diversos cuidados específicos durante a gravidez e após o nascimento do filho, no período de amamentação. A privação de liberdade dessas mulheres não deveria ter interferência na maternidade, porém não é o que acontece. As mulheres, principalmente as gestantes, parecem invisíveis porque ocupam espaços masculinos, usam roupas masculinas, sequer conseguem absorvente íntimo em época de menstruação. Como também não tem locais apropriados, aos cuidados delas e de seus filhos, com relação ao tempo mínimo e acesso aos materiais necessários para esses procedimentos. É dever do Estado o fornecimento de produtos de higiene, como preservativo feminino, papel higiênico e absorvente íntimo.

Afirma Bitencourt em seu livro *Tratado de Direito Penal*:<sup>7</sup>

A imposição da abstinência sexual contraria a finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade, já que é impossível pretender a readaptação social da pessoa e, ao mesmo tempo, reprimir uma de suas expressões mais valiosas. Por outro lado, violasse um princípio fundamental do direito penal: a personalidade da pena, visto que, quando se priva o recluso de suas relações sexuais normais, castiga-se também o cônjuge inocente.

A autora Nana Queiroz aduz em seu livro “Presos que Menstruam”, que em casos extremos, quando falta absorvente durante a menstruação, as detentas improvisam usando miolo de pão velho como absorvente interno. Produtos como, cigarro, shampoo, sabonete, esmalte, tinta de cabelo são moedas valiosíssimas dentro dos presídios femininos, muito mais que nos masculinos, porque as mulheres tentam recuperar a dignidade através da vaidade. É fácil esquecer que mulheres são mulheres sob a desculpa de que todos os criminosos devem ser tratados de maneira

---

<sup>7</sup> BITENCOUT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 220





idêntica. Mas a igualdade é desigual quando se esquecem das diferenças. É pelas gestantes, os bebês [...] **que temos que lembrar que alguns desses presos, sim, menstruam [...]**.<sup>8</sup>

No livro *Prisioneiras*, o autor Drauzio Varella, afirma:<sup>9</sup>

Os problemas de saúde eram muito diferentes daqueles que eu havia enfrentado nas prisões masculinas. Em vez das feridas mal cicatrizadas, sarna, furúnculos, tuberculose, micoses e as infecções respiratórias dos homens, elas se queixavam de cefaleia, dores na coluna, depressão, crises de pânico, afecções ginecológicas, acne, obesidade, irregularidades menstruais, hipertensão arterial, diabetes, suspeita de gravidez. Afastado da ginecologia desde os tempos de estudante, eu não estava à altura daquelas necessidades.

Tais diferenças entre as doenças são explicadas justamente pelas desigualdades físicas e psicológicas.

A Lei de Execução Penal é a promessa de garantir um tratamento decente e humanizado para os detentos. Porém, como já explicitado, o Estado é bastante deficitário com relação a assistência as detentas. Sem o Estado, resta aos familiares levarem tais produtos, contudo, ressalta-se que, ao serem presas, grande parte dos familiares abandonam as detentas e elas acabam ficando sem esses itens básicos de higiene pessoal. Aduzem os artigos da Lei de Execução Penal:<sup>10</sup>

Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 13. O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração.

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

<sup>8</sup> QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 19

<sup>9</sup> VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 9

<sup>10</sup> BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm). Acesso em: 19 nov. 2019



Quanto a maternidade, não há aposentos e nem médicos disponíveis a todos os momentos para atender as mães e mais raro ainda é serem levadas ao hospital, ou seja, o parto muitas vezes ocorre em locais totalmente inadequados nos presídios. E, após o parto, o bebê dorme no chão, em condições precárias de acomodação, onde permanecem com as mães no período de amamentação.

Tanto as mães como os bebês enfrentam sérias consequências devido às condições da gravidez na prisão. Os altos índices de estresse e os inúmeros casos de depressão afetam a mulher de forma direta e levam para os bebês, que ainda se encontram na barriga, esses danosos fatores. As mudanças hormonais, que acontecem com qualquer gestante, tomam uma dimensão ainda maior do ponto de vista negativo entre as detentas, já que são adicionadas aos problemas já mencionados, como também a alimentação carente em nutrientes que são de suma importância para o desenvolvimento do feto. Isso aumenta de maneira considerável as chances de desenvolvimento de depressão pós-parto, comprovadamente mais frequentes entre mulheres presas do que em mulheres em situação de liberdade.<sup>11</sup>

O Direito Social da proteção à maternidade, assegurado no artigo 6º da Constituição Federal, é infringido no âmbito intramuros, bem como a integridade emocional e física da gestante, os quais deveriam ser cuidados emergentes da atuação estatal. A maior parte das concepções sobre as mães encarceradas entende que são mães de má qualidade e péssimo modelo de devotamento. Todavia, independente da sua condição penal, as mulheres encarceradas também são mães assim como outras, dispensando a criação de um prejulgamento que pode ser entendido como uma pena adicional.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> MELLO, Daniela Canazaro de. **A prisão feminina: gravidez e maternidade – um estudo da realidade de Porto Alegre – RS/Brasil e Lisboa/Portugal**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito. Porto Alegre: Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2014

<sup>12</sup> CARVALHO, Grasielle Borges Vieira de; RAMOS, Julia Meneses da Cunha. Maternidade no cárcere: desafios do sistema carcerário brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 39, p. 240-260, dez. 2018



A maternidade como um importante fato da vida da mulher, não pode ser considerada diferente na vida de uma mulher detenta. Entretanto, com as circunstâncias precárias, maus tratos, indignidade, elas aceitam tal situação, pois não terem outra escolha. Deve ser ressaltado, que ter as condições ideais para o nascimento do filho e poder amamentar não são questões de luxo e sim condições necessárias para a sobrevivência humana.

É bastante contraditório buscar a ressocialização da mulher presa, ao mesmo tempo que lhe são tolhidos diversos direitos e garantias constitucionais. A maternidade, bem como a questão sexual, tratado aqui, não só vai de encontro as leis, mas também, e primariamente, a vontade do indivíduo. Deve ser entendido que a presa precisa de atenção especial, principalmente devido as suas especificidades, inclusive sexuais

### 1.3 Proteção às Mulheres Grávidas e Mães Encarceradas

Em um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal garante que o Estado é o detentor exclusivo do *jus puniendi*, consubstanciado no direito de punir. Sendo assim, com base na legalidade e visando estabelecer equilíbrio social, seleciona condutas reprováveis e a partir daí, institui normas jurídicas a serem observadas pela sociedade e quando ocorre o descumprimento destas, o Estado é legitimado em aplicar uma sanção penal, com fundamento na pretensão punitiva. Entretanto, é de fundamental importância que o Estado não seja omissivo em relação as violações ocorridas aos direitos e garantias das mulheres gestantes e lactantes reclusas, bem como as condições que são submetidas.<sup>13</sup>

Para que se tenha um desenvolvimento corporal e mental pleno do filho, é imprescindível a manutenção da relação mãe e filho na fase inicial de vida. Para que isso ocorra o Estado deve cumprir seu dever na execução penal, proporcionando condições saudáveis que se desenvolva o vínculo familiar inicial.

---

<sup>13</sup> GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**, 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015, p. 6



As mulheres mães e gestantes encarceradas possuem direitos específicos devido às suas condições. Alguns deles vêm desde a Constituição Federal promulgada em 1988, outros mais recentes, foram trazidos com a tradução das Regras de Bangkok, pelo Conselho Nacional de Justiça. Desprezando afirmar a sua importância prática, uma vez que são momentos transformadores na vida das mulheres de um modo geral, e vivenciá-los em situação de privação de liberdade pode ser um sofrimento muito grande.<sup>14</sup>

## 1.4 Constituição Federal

Fundamental iniciar a abordagem com relação a proteção da mulher com a nossa Carta Magna, ao qual todas as outras leis devem tomar por base. Já em seu primeiro artigo, tem-se o principal fundamento tão utilizada em decisões referentes aos direitos humanos, qual seja, o da dignidade da pessoa humana<sup>15</sup>

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é um princípio basilar em qual todos os direitos devem se basear. Entretanto, sabe-se que este princípio, até mesmo vago, sozinho não traz o tratamento que as mulheres gestantes encarceradas devem ter. A Constituição Federal em seu artigo quinto, traz em seu bojo as garantias fundamentais dos presos homens e mulheres, como: tratamento digno, sem preconceito de raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação, vedação a tratamento desumano e cruel.

---

<sup>14</sup> SILVESTRIN, Sara Helena Piccoli. **As violações aos direitos das mulheres mães e gestantes nas penitenciárias femininas brasileiras**. Trabalho de conclusão de curso, Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ, p. 11

<sup>15</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso: 19 nov. 2019



Na lição de Ingo Sarlet sobre a dignidade da pessoa humana:<sup>16</sup>

Por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos [...]

A Lei Maior, em seu artigo quinto, traz norma específica sobre mães que amamentam. A mulher presa tem o direito de estar com seu filho no presídio, isso claro, se o juiz não conceder a prisão domiciliar. As penitenciárias deveriam conter uma ala para as mulheres grávidas e para aquelas que estão amamentando. Ademais, a criança tem o direito de se encontrar com médico pediatra enquanto estiver com a mãe na unidade prisional, como destaca o seguinte artigo:<sup>17</sup>

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

- ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação

Ademais, o inciso XLV, do artigo quinto, da Constituição Federal de 1988, traz o princípio da personalidade, na qual nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Este princípio é um desdobramento lógico dos fundamentos da

---

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

<sup>17</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso: 19 nov. 2019



responsabilidade penal individual e da culpabilidade. No caso em concreto a criança tem sua liberdade tolhida em virtude do aprisionamento de sua mãe. Posto isto, o Estado tem a obrigação de proporcionar condições dignas para o convívio entre mãe e filho, para que esta convivência não gere traumas.

### *1.4.1 Lei de Execução Penal*

Em se tratando da Lei de Execução Penal, este segue a mesma linha. Trata-se de uma lei que aborda sobre os direitos dos presos, respeitando, claro, a dignidade da pessoa humana, assegurando a saúde da interna, educação e assistência.

A Lei de Execução Penal traz princípios exclusivos para mulheres mães e gestantes, salientando-se o acompanhamento médico à mulher. Ademais, trata que as penitenciárias femininas deverão ser dotadas de espaço para a gestante e parturiente, além de creche para crianças maiores de seis meses e menores de sete anos. Assim aduzem os artigos 14, 88, 89 e 117, da Lei nº 7.210/84.<sup>18</sup>

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 3o Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

área mínima de 6,00m<sup>2</sup> (seis metros quadrados)

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis)

---

<sup>18</sup> BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm). Acesso em: 19 nov. 2019



meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

- condenada gestante

Além disso, o parágrafo segundo do artigo 83, da Lei de Execução Penal, estabelece que os estabelecimentos prisionais destinados as mulheres, deverão conter em suas dependências berçários, onde as condenadas poderão cuidar de seus filhos, inclusive amamentá- los, no mínimo, até seis meses de idade.

### *1.4.2 Regras de Bangkok*

As Regras de Bangkok foram aprovadas em 2010, durante a 65ª Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. Tais regras são um complemento às Regras Mínimas para o tratamento de Reclusos e as Regras Mínimas das Nações Unidas sobre Medidas não Privativas de Liberdade, conhecidas como Regras de Tóquio, adotadas em 1990.<sup>19</sup>

A versão em português foi publicada pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2016, com o intuito de sensibilizar os poderes públicos responsáveis pelo sistema carcerário e pelas políticas de execução penal para a questão de gênero nos presídios, estimulando melhorias no atendimento prestado e esta parcela da população brasileira.

Tais Regras trazem em seu bojo a temática de gênero vinculada a maternidade, em especial a fragilidade das mulheres que ingressam no cárcere com crianças, bem como aquelas que seriam responsáveis pelo sustento familiar. Ainda se tem o direito a saúde, acompanhamento médico e psicológico, tanto para as mulheres como também para seus filhos.

---

<sup>19</sup> BRASIL. **Regras de Bangkok, 22 de julho de 2010.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdcbc397c32eecd40afbb74.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019



Merece evidenciar a Regra 5:<sup>20</sup>

Regra 5: A acomodação de mulheres presas deverá conter instalações e materiais exigidos para satisfazer as necessidades de higiene específicas das mulheres, incluindo absorventes higiênicos gratuitos e um suprimento regular de água disponível para cuidados pessoais das mulheres e crianças, em particular mulheres que realizam tarefas na cozinha e mulheres gestantes, lactantes ou durante o período da menstruação.

Outrossim, as Regras de Bangkok preceituam que as mulheres devem ser sempre informadas por profissionais de saúde sobre a importância da amamentação e nunca serem desencorajadas a amamentar, sendo obrigatório garantir as condições para que a mulher passe o maior tempo possível com o filho, e que as mães na prisão tenham acesso a serviços permanentes de saúde.<sup>21</sup>

Com relação ao período pós-condenação, a Regra 46 considera as necessidades intrínsecas das mulheres grávidas e com filhos dependentes, de modo que quando possível deve ser preferível a pena não privativa de liberdade para as reclusas grávidas, com filhos e lactantes. Afirma, ainda, que a pena de prisão será cabível quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua.

A Regra 51<sup>22</sup> aduz que as crianças que convivem com as mães na prisão devem ter acesso a saúde, tendo seu desenvolvimento acompanhado por especialistas. Ademais, o ambiente oferecido para a educação deve ser o mais próximo possível daquelas que estão fora da prisão. Já a Regra 52<sup>23</sup> tem como escopo a separação da mãe e filho, e para isso, o Estado deve facilitar as visitas e contato entre eles.

---

<sup>20</sup> BRASIL. **Regras de Bangkok, 22 de julho de 2010**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdcbc397c32eecd40afbb74.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019

<sup>21</sup> MARCASSI, Rafaela Balero. **Gravidez e maternidade no Sistema Penitenciário Brasileiro**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52956/gravidez-e-maternidade-no-sistema-penitenciario-brasileiro>. Acesso em: 19 nov. 2019

<sup>22</sup> BRASIL. **Regras de Bangkok, 22 de julho de 2010**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdcbc397c32eecd40afbb74.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

<sup>23</sup> *Ibidem*





Por fim, a Regra 69 tem como foco a ressocialização da mulher e redução da estigmatização da mulher em conflito com a justiça criminal. Aufere que:<sup>24</sup>

Serão envidados esforços para revisar, avaliar e tornar públicas periodicamente as tendências, os problemas e os fatores associados ao comportamento infrator em mulheres e a efetividade das respostas às necessidades de reintegração social das mulheres infratoras, assim como de seus filhos/as, com o intuito de reduzir a estigmatização e o impacto negativo do conflito das mulheres com o sistema de justiça criminal nas mulheres e em seus filhos/as.

Esta importante regra tem como finalidade solucionar os abalos da vivência em privação de liberdade. O que se evidencia é que estas mulheres não deveriam sofrer sanções ou isolamentos ou segregação disciplinar, posto que elas devem receber orientações sobre dietas e saúde, ter acompanhamento médico, entre outras.

### *1.4.3 Lei de Uso de Algemas*

A Lei nº 13.434/17, passou a vigorar em abril de 2017 e em sua redação passou a proibir que mulheres sejam algemadas durante o parto. Esta lei altera o artigo 292, do Código de Processo Penal, e afirma ser vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médicos preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto.

Ainda, é vedado o uso de algemas também durante o período de puerpério imediato, que ocorre entre o primeiro e o décimo dia do pós-parto. O que se tinha antes dessa alteração era apenas a Súmula Vinculante 11, do Supremo Tribunal Federal, onde se permitia o uso apenas em caso de resistência e de receio de fuga, além de perigo à integridade física própria ou alheia.

A Lei nº 13.434/17 reforça normas que já vedavam o uso de algemas, como a resolução do Conselho Nacional de Política Criminal, em 2012, que já recomendava

---

<sup>24</sup> *Ibidem*



a não utilização de algemas ou outro meio de contenção, em presos que fossem conduzidos ou permaneçam em unidades hospitalares.

Apesar da normatização em torno das mulheres gestantes ou lactantes encarceradoras, ainda se observa uma enorme violação a esses direitos, que pode ser verificado antes da condenação, bem como durante a execução da pena.

## **2 ENCARCERAMENTO DE MULHERES GRÁVIDAS**

### **2.1 Tratamento dado as Grávidas e as Mães**

Tanto a proteção à maternidade, quanto à proteção à infância figuram como direitos sociais garantidos pela Constituição Federal em seu artigo sexto. Especificamente com relação ao direito à maternidade, a Carta Magna assegurou à mulher presa condições para que possa amamentar e permanecer com seus filhos durante este período.

Porém, a Constituição Federal brasileira não é o único marco normativo. A Lei de Execução Penal assinala algumas peculiaridades, que devem ser observadas nos estabelecimentos penais femininos, no intuito de que o direito à maternidade seja viabilizado.

O artigo 83, em seu parágrafo segundo, da Lei de Execução Penal, dispõe que os estabelecimentos penais destinados às mulheres serão dotados de berçário, no qual as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentando-os, no mínimo, até os seis meses de idade.<sup>25</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no Título reservado aos Direitos Fundamentais, prevê, em seu artigo sétimo, que a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que

---

<sup>25</sup> BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm). Acesso em: 27 jan. 2020



permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Não por outra razão, a chamada “Lei da Primeira Infância” alterou significativamente o Estatuto, a fim de se efetivar esses direitos constitucionalmente garantidos. Dentre as inovações trazidas, destaca-se a redação dada ao artigo oitavo, que previu expressamente que é assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, **às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério** e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.<sup>26</sup>

É cediço que, apesar dos marcos normativos, os problemas enfrentados nas penitenciárias não são atuais. Diversas questões referentes à superlotação e a precária estrutura dos presídios favorecem a disseminação de doenças infectocontagiosas. Ademais, as celas, muitas vezes são até improvisadas como enfermarias, não dispõem de infraestrutura e muito menos de profissionais qualificados, bem como escolta policial.

A ausência de agentes policiais qualificados, e até em números condizentes com a segurança de ambas as partes, dificultam a transferência das carcerárias para tratamentos de saúde. Ainda, é evidente a constante falta de medicamentos para tratamento de doenças. Ocorre, que a gestação, em mulheres privadas de sua liberdade, acarreta diversos transtornos para o desenvolvimento da gestação. Aduz Lisandra Paim Militão e Rosimery Barão Kruno:<sup>27</sup>

Embora a gestação seja um fenômeno fisiológico é consenso entre os profissionais de que podem surgir alguns problemas no decorrer desta fase, principalmente se tratando de gestantes

---

<sup>26</sup> PARANÁ. Ministério Público do Estado do Paraná. **Centro de apoio operacional das promotorias**. Disponível em: [http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo\\_186\\_Maternidade\\_no\\_carcere.pdf](http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo_186_Maternidade_no_carcere.pdf). Acesso em: 27 jan. 2020

<sup>27</sup> MILITÃO, Lisandra Paim; KRUNO, Rosimery Barão. Vivendo a Gestação Dentro do Sistema Prisional.

**Revista da Saúde**, Santa Maria, v. 40, n. 1, jan/jul. 2014



privadas de liberdade. É possível que essas mulheres já ingressem no sistema prisional com algumas disfunções físicas ou emocionais prévias, condizentes com sua situação de vulnerabilidade social. Não obstante, esse quadro poderá se agravar ainda mais nas condições pouco saudáveis oferecidas nestas instituições.

O Estado é responsável pela vida, pela saúde e pela dignidade da mulher encarcerada e da criança como seres de direito, não devendo ser punidas com a abstenção dos demais direitos humanos a ela inerentes. A carência de recursos básicos e a desvalorização do tratamento dado as presidiárias gestantes demonstra uma grave falha no que diz respeito aos direitos humanos. Outro fator, que vale ressaltar, é o fato de o recém-nascido necessitar ficar em UTI neonatal, pois após alta hospitalar a mãe deve retornar ao presídio, não podendo acompanhar a recuperação do filho.<sup>28</sup>

A Organização das Nações Unidas, em sua regra 23, nas Regras Mínimas dos Presos, trata de questão atinente as mães detentas:<sup>29</sup>

Nos estabelecimentos prisionais para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento de presas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, deverão ser tomadas medidas para que o parto ocorra em um hospital civil. Se a criança nascer num estabelecimento prisional, tal fato não deverá constar no seu registro de nascimento.

É indiscutível que toda mulher gestante necessita de um maior cuidado devido as grandes mudanças físicas e emocionais que ocorrem em seu corpo. Higiene, relação interpessoal e afetiva são fatores importantes para o desenvolvimento gestacional, que influenciam, inclusive, no parto e nas condições de saúde do recém-nascido.

---

<sup>28</sup> *Ibidem*

<sup>29</sup> BRASIL. **Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos**; 31 de agosto de 1955. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administração-da-Justiça.-Proteção-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Proteção-contr-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>. Acesso em: 27 jan. 2020



## 2.2 Violação aos Direitos das Grávidas e das Mães

As mulheres encarceradas sofrem dupla negligência pelo Estado brasileiro, uma vez que, além de pertencerem ao grupo já marginalizado dos presidiários, a falta de investimentos e políticas públicas, sob uma perspectiva de gênero, fazem com que, muitas vezes essas mulheres sejam tratadas como homens, deixando de ter acesso a itens básicos de saúde, como absorventes ou exames ginecológicos. Em seu artigo, *Homens que Menstruam*, Heidi Ann Cerneka afirma:<sup>30</sup>

Para considerar a questão de gênero no sistema penal, há que se ir além do mero gesto de pintar os muros da unidade de cor de rosa; dizer que a mulher é mais emocional; e tornar acessíveis os remédios controlados que ajudam a dormir. Contemplar a questão da mulher presa significa muito mais do que desenvolver concursos de “Miss Penitenciária”, como vem ocorrendo com frequência. O concurso de beleza na penitenciária reforça os estereótipos de beleza impostos às mulheres através das capas de revistas, cinema e das grandes telenovelas. Sendo assim, 99% da população prisional mais uma vez sentir-se-á feia perante os padrões de beleza, pois apenas uma sairá vencedora

A esta questão do tratamento da mulher na penitenciária, um fator que dificulta e muito a convivência da detenta no meio penitenciário, ainda mais a questão emocional e física, é a gravidez. Os períodos pré e pós-natal dentro dessas instituições envolvem essas mulheres em uma série de conflitos internos, como as constantes quebras de vínculos familiares nessa situação, e uma das piores perdas para ela é considerada a retirada do seu filho, caracterizando uma dupla penalização. A negligência no momento do parto deve ser considerada outro conflito para essas mulheres, visto que por vezes esse parto é realizado dentro da prisão, anulando o seu direito de ter atenção básica a ela e seu filho.

Os primeiros meses de vida da criança são de extrema importância para o seu desenvolvimento, visto que é o período fundamental para a construção de sua subjetividade, uma vez que a estrutura psíquica do bebê se constrói na relação íntima

---

<sup>30</sup> CERNEKA, Heidi Ann. *Homens que menstruam. Verdades do Direito*, Belo Horizonte, v. 06, n. 11, p. 61-78, jan./jun. 2009



entre a criança e sua mãe, durante os primeiros anos de vida. A história do bebê começa bem antes do seu nascimento, onde as experiências da mãe, no período gestacional, já influenciam na determinação psíquica que esse sujeito ocupará em suas respectivas famílias.

As mulheres grávidas e na fase de puerpério, que se encontram nas condições de privação de liberdade, necessitam de atenções essenciais e espaços adequados, onde elas se sintam capazes de desempenhar esse papel importante e complexo de adaptações entre mães- bebês nas primeiras semanas de vida.

A gestação implica em um processo de regressão psíquica e transformação física para acolher uma vida, provocando certa angústia, principalmente por sua rede de suporte familiar, em sua maioria, se encontrarem fragilizadas ou ausentes, considerando que elas estão afastadas de suas referências de afeto. Com o intuito de garantir uma melhor adequação de realidade para as gestantes ou mães que vivem no cárcere, faz-se urgente criar um ambiente satisfatório, no momento ímpar de vida dos envolvidos, visando que mães e filhos possam melhor ultrapassar esta fase de suas vidas.

### **2.3 Violação aos Direitos das Grávidas Antes do Encarceramento**

É possível perceber a violação de direitos das mulheres grávidas, nos mais variados âmbitos, desde antes da condenação, privando essas mulheres de responderem em liberdade, obstaculizando a realização da audiência de custódia, dentre outros, como durante o cumprimento da pena, uma vez que as penitenciárias não possuem estrutura física para receber o número cada vez maior de detentas. Além da falta crônica de pessoal qualificado para acolher essas mulheres, e assim colocar efetivamente em prática o que preceitua a lei. Quando colocadas em liberdade, essas



mulheres ainda sofrem com o estigma social que lhes é imposto, pois além de serem “mulheres-criminosas”, elas são também “mães-criminosas”.<sup>31</sup>

As violações aos direitos das gestantes, antes da condenação, giram em torno de duas problemáticas: a audiência de custódia e a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar. A audiência de custódia foi implementada no Brasil no ano de 2015. Basicamente, o objetivo da audiência de custódia é a garantia da rápida apresentação do preso ao juiz nos casos de prisão em flagrante. Nesta audiência o acusado é apresentado e entrevistado pelo juiz, e como também serão ouvidas as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou advogado constituído. Após as manifestações, o juiz analisa a prisão sob o prisma da legalidade, da continuidade e necessidade da manutenção da prisão ou da eventual concessão de liberdade.

A necessidade da audiência de custódia, nesta situação, se relaciona com os problemas vivenciados pelas gestantes e mães na prisão. Muitas delas podem apresentar condições de gravidez de risco, o que coloca sua saúde em perigo, além da sobrevivência do bebê. Tais problemas podem ser amenizados pela conversão da prisão cautelar em prisão domiciliar.<sup>32</sup>

A Lei da Primeira Infância nº 13.257/2016, tem como objetivo incentivar a promoção de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento integral e proteção da infância. Dentre as mudanças estão a inclusão de alguns incisos ao artigo 318, do Código de Processo Penal, que visa ampliar os casos de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para as mulheres grávidas e mães de filhos menores de 12 anos de idade. Essa é uma medida alternativa que possibilita à prisão de mulheres gestantes e/ou mães, que estão sendo processadas criminalmente, para que

---

<sup>31</sup> SILVESTRIN, Sara Helena Piccoli. **As violações aos direitos das mulheres mães e gestantes nas penitenciárias femininas brasileiras**. Trabalho de conclusão de curso, Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ, p. 27

<sup>32</sup> BALBUGLIO, Viviane. Questão de gênero na audiência de custódia. **Instituto Terra, Trabalho e Cidadania**, 05 set. 2014. Disponível em: <http://ittc.org.br/questao-de-genero-na-audiencia-de-custodia/>. Acesso em: 27 jan. 2020



possam aguardar em casa, e não no cárcere, a investigação e o julgamento do seu processo, permitindo dessa forma estarem próximas de seus filhos, *in verbis*:<sup>33</sup>

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

- maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

- extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

- imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

- gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

- mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

- homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, no dia 20 de fevereiro de 2018, emitiu uma decisão emblemática ao julgar o *Habeas Corpus* (HC) coletivo nº 143.641/SP. Na ocasião, foi concedida a ordem de garantia do benefício da prisão domiciliar às mulheres presas preventivamente, em todo o território nacional, que fossem gestantes, mães de crianças até 12 anos, ou cujos filhos sejam portadores de deficiência, desde que preenchidos alguns requisitos objetivos. Com a decisão, o Supremo Tribunal Federal diminuiu a margem de escolha dos juízes contra a concessão do benefício.<sup>34</sup>

Porém, mesmo com a decisão coletiva do Supremo Tribunal Federal (STF) há, inegavelmente, a resistência de alguns juízes para aplicar a decisão. O entendimento do STF determinou o cumprimento do HC coletivo, exceto nos casos

<sup>33</sup> BRASIL. **Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 28 jan. 2020

<sup>34</sup> RODRIGUES, Amanda; CASARIN, Ana; MAESTRO, Irene. **Marco legal e desencarceramento de mulheres**: audiência de custódia. Disponível em: < <http://itc.org.br/marco-legal-mulheres-custodia/>>. Acesso em: 28 jan. 2020





de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou “situações excepcionalíssimas devidamente fundamentadas”. Apesar disso, a expressão “situação excepcionalíssima”, por ser extremamente vaga e imprecisa, deu lugar a interpretações muito variadas, deixando uma margem bastante ampla para os juízes determinarem o que seria a situação excepcionalíssima.

Em pesquisa realizada pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), na capital de São Paulo, verificou que 59% das mulheres, que passaram pela custódia, preenchiam os requisitos legais, para o cumprimento de eventual prisão preventiva em regime domiciliar. Porém, o dado que mais chamou a atenção, em 58% dos casos, foi decretado a prisão preventiva. Dessa forma, a mulher que se encontrava em alguma das situações acima descritas, não foi contemplada com o direito de substituição por prisão domiciliar, em cristalino desrespeito ao que determina o Marco Legal ou a decisão do STF.<sup>35</sup>

O pretexto usado com maior frequência para a negativa da concessão, em 29% dos casos, foi a ausência de prova da maternidade ou gravidez, o que contradiz a decisão do STF, que determina a obrigatoriedade de considerar a palavra da mãe para comprovação da situação de guardião dos filhos e de seu estado gestacional.<sup>36</sup>

Outro argumento muito utilizado, em 20% dos casos, foi a alegação de uma suposta “situação excepcionalíssima” como, por exemplo, o fato da mulher armazenar drogas em casa, ou a quantidade de droga apreendida com ela, ou até mesmo a reincidência ou maus antecedentes da mulher.<sup>37</sup>

Como se vê, as duas problemáticas, audiência de custódia e conversão da prisão preventiva para prisão domiciliar, não estão dissociadas. Entretanto, infelizmente, são bastante negligenciadas, pois mesmo com o marco legal e a decisão do STF, o direito das gestantes não são respeitados.

---

<sup>35</sup> *Ibidem*

<sup>36</sup> *Ibidem*

<sup>37</sup> RODRIGUES, Amanda; CASARIN, Ana; MAESTRO, Irene. **Marco legal e desencarceramento de mulheres:** audiência de custódia. Disponível em: < <http://itcc.org.br/marco-legal-mulheres-custodia/>>. Acesso em: 28 jan. 2020



### *2.3.1 Violação aos Direitos das Grávidas no Cumprimento de Pena*

Como se pode ver, as violações dos direitos das gestantes começam já antes mesmo do cumprimento da pena, entretanto é durante o seu cumprimento que se tornam mais evidentes.

Um dos diversos problemas que afetam as mulheres encarceradas é a falta de estrutura dos complexos prisionais. A pesquisadora Mariana Lins, do Programa Justiça sem Muros, analisou diversos casos de violações aos quais as mulheres são submetidas:<sup>38</sup>

As cadeias femininas não diferem das masculinas em relação à superlotação e existe uma insalubridade inerente ao cárcere. Se tem 12 camas e 24, 30 pessoas, elas terão que se organizar ali, a dividir as camas, o que elas chamam de “valetar”. Isso ainda é considerado uma posição privilegiada, até porque elas tentam priorizar gestantes e idosas, mulheres que demandem uma atenção maior com relação ao descanso. E aquelas que não conseguem “valetar” vão dormir no chão, ficando mais expostas a ratos, baratas, calor. Outro direito violado é de acesso à água. Como o racionamento de água é frequente, há períodos em que as mulheres são impedidas de tomarem seus banhos, lavarem suas roupas e realizarem a limpeza das celas, o que acaba favorecendo a proliferação de doenças. A alimentação é outro grave problema. Há relatos de bichos na comida oferecida às detentas, muitas vezes azeda. Elas contam que faz adoecer. Há ainda o número muito limitado de vagas para estudar e trabalhar. A demanda delas é diversificada, mas a oferta não é. Tem mulheres que querem e precisam da alfabetização, e mulheres que querem e precisam da profissionalização. A gente precisa dar conta disso, é um direito delas trabalhar e estudar. Mas infelizmente ainda é bastante difícil.

A separação entre presídios masculinos e femininos, que está prevista na Lei de Execução Penal, é fundamental para a implementação de políticas públicas específicas para as mulheres. Dados de 2017, do INFOPEN Mulheres demonstram que, 74,9% das unidades prisionais no Brasil são exclusivamente masculinas.

---

<sup>38</sup> PONTE jornalismo. **Estudo indica a urgência de se desencarcerar as mulheres**. 10 mar. 2017. Disponível em: <http://carceraria.org.br/estudo-indica-a-urgencia-de-se-desencarcerar-as-mulheres.html>. Acesso em: 28 jan. 2020



Somente 7,0% são voltadas às mulheres, exclusivamente, e 18,2% são estabelecimentos mistos<sup>39</sup>. Onde detentos dos dois sexos encontram-se misturados, entretanto, cabendo a preferência aos detentos masculinos. Nos estabelecimentos prisionais mistos, são adaptadas alas e celas para as mulheres, sem qualquer tipo de cuidado e tratamento voltado para a ressocialização e para ampara-las dignamente.<sup>40</sup>

A gravidez no cárcere também não recebe os devidos cuidados. São poucas as instituições prisionais que prestam assistência adequada às mulheres grávidas e que, após o parto, podem disponibilizar um lugar propício para a mulher ficar com a criança, durante o período assegurado por lei. Segundo a Lei de Execução Penal, as penitenciárias femininas devem ter uma seção exclusiva para gestantes, parturientes e creche para crianças de 6 meses a 7 anos, porém, a lei não tem sido acompanhada de meios para seu cumprimento. Porque são poucas as unidades que têm esses espaços adequados. Todavia, existem algumas unidades prisionais voltadas para as mulheres gestantes e no puerpério, como por exemplo o Centro de Referência à Gestante Privada de Liberdade, em Minas Gerais. Mesmo assim, muitas mulheres gestantes permanecem nas celas normais até o período avançado da gravidez, devido a limitação do número de vagas.

Segundo o INFOPEN, de junho de 2017, a existência de estabelecimentos prisionais, que possuem cela/dormitório adequado para gestantes, é cerca de 14,2% das unidades prisionais que recebem mulheres gestantes ou lactantes, dessa forma totalizando 54 unidades.<sup>41</sup>

Nesse levantamento, o estado de São Paulo é o que possui a maior quantidade de unidades adequadas para gestantes, em número de 8 unidades, são estabelecimentos com vagas para mulheres. Nessa situação é seguido pelos estados do

---

<sup>39</sup> RELATÓRIO sobre mulheres privadas de liberdade: junho 2017. Brasília: DEPEN. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf). Acesso em: 28 jan. 2020

<sup>40</sup> QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 141

<sup>41</sup> RELATÓRIO sobre mulheres privadas de liberdade: junho 2017. Brasília: DEPEN. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf). Acesso em: 28 jan. 2020



Espírito Santo, Goiás e Minas Gerais, com 5 unidades em cada estado, com essas características. Nos estados do norte e do nordeste brasileiro não há sequer celas para essas gestantes permanecerem.<sup>42</sup>

Quando se trata de unidades com berçários e/ou centro de referência materno-infantil o número é ainda menor, a soma de todas as unidades com essas características no Brasil são apenas 48 unidades, São Paulo é o estado que possui maior quantidade, 8 unidades para 176 bebês.<sup>43</sup>

O índice para estabelecimentos femininos ou mistos que tem creche apropriada para receber crianças acima de 2 anos é ainda mais baixo, apenas 0,7%, que tem espaço para essa finalidade. Somente os estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná e Mato Grosso do Sul apresentam creches para os filhos das detentas.<sup>44</sup>

Quando não há vagas nesses locais, o procedimento é enviar as lactantes para berçários improvisados nas penitenciárias, onde elas podem ficar com os filhos e amamentá-los, mas não têm acesso a cuidados médicos específicos. O benefício não é estendido a todas as mulheres, quase sempre excluindo as que cumprem pena em locais impróprios, nesses casos sujeitando os recém-nascidos às mesmas condições subumanas em que vivem.

Como já demonstrado em tópico anterior, os dispositivos previstos na Lei nº 13.257/2016, Lei da Primeira Infância, bem como em decisão recente do Supremo Tribunal Federal, no HC coletivo nº 143.641/SP, não estão sendo aplicados às mulheres que teriam direito a prisão domiciliar. A pesquisadora do ITTC, Irene Maestro aduz:<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> *Ibidem*

<sup>43</sup> RELATÓRIO sobre mulheres privadas de liberdade: junho 2017. Brasília: DEPEN. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf). Acesso em: 28 jan. 2020

<sup>44</sup> *Ibidem*

<sup>45</sup> BOEHM, Camila, Agência Brasil - EBC. **Pesquisa mostra que gestantes presas não conseguem prisão domiciliar**. 04 set. 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.etc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-09/pesquisa-mostra-que-gestantes-presas-nao-conseguem-prisao>. Acesso em: 28 jan. 2020.



A gente percebe que o judiciário julga a mulher não apenas por ter infringido a lei, mas por estar infringindo um ideal de maternidade. Os argumentos utilizados pelos juízes mostram que ser mãe e cometer um crime faz com que a maternidade dessa mulher seja deslegitimada, seja menos merecedora de proteção, que ela não mereça a manutenção do vínculo com seus filhos.

Um estudo foi realizado pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz),<sup>46</sup> traçando um perfil da população feminina encarcerada, que vive com os filhos em unidades prisionais femininas no Brasil, evidenciou, um dado alarmante: uma em cada três mulheres grávidas, que se encontram encarceradas no país, tiveram que usar algemas durante o parto, e mais da metade teve menos consultas de pré-natal do que é recomendado pelo Ministério da Saúde, de pelo menos 6 consultas.

Ainda na mesma pesquisa, outros números que causam preocupação: o acesso à assistência no pré-natal foi inadequado, para 36% das mães. Enquanto, no período de hospitalização, 15% afirmam ter sofrido algum tipo de violência, seja verbal, psicológica ou física. Ainda segundo a pesquisa, 32% das grávidas presas não fizeram o teste de sífilis e 4,6% das crianças nasceram com a forma congênita dessa doença.<sup>47</sup>

Vale ressaltar, que mesmo existindo dentro do sistema prisional, o ambiente privado para as grávidas e mães com filhos pequenos, ainda assim não é o considerado adequado. Ao optar por este espaço do berçário, as detentas acabam se sentindo isoladas do convívio com outras detentas não mães. Ana Gabriela Mendes Braga e Bruna Angotti, no artigo “Da Hipermaternidade à Hipomaternidade no Cárcere Feminino Brasileiro”, aduzem:<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> LEAL, Maria do Carmo. Et al. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413=81232016000702061&lng=en&nr m=iso&tln g=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413=81232016000702061&lng=en&nr m=iso&tln g=pt). Acesso em: 28 jan. 2020

<sup>47</sup> LEAL, Maria do Carmo. Et al. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413=81232016000702061&lng=en&nr m=iso&tln g=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413=81232016000702061&lng=en&nr m=iso&tln g=pt). Acesso em: 28 jan. 2020

<sup>48</sup> BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. **Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro.** Disponível em: <<https://sur.conectas.org/wp->



[...] o tempo inativo vivido na creche somado ao pequeno número de presas, resulta em conflitos entre as mães que lá estão. Não há, no local, realização de atividades, podendo, raramente, algumas saírem para evento na penitenciária, deixando seus bebês com as demais. O espaço se diferencia do interior da prisão por haver maior liberdade de circulação interna e por estar separado do convívio prisional.

Como exposto, os períodos do ciclo gravídico e ciclo puerperal são momentos de maiores dificuldades para as mulheres no sistema prisional. Poucas são as unidades que atendem os direitos básicos da mulher neste período. Muitos direitos são negligenciados, evidenciando o abismo entre o que dispõe a lei e o que ocorre na dura realidade vivida por essas mulheres.

### *2.3.2 Violação aos Direitos das Grávidas Após o Cumprimento de Pena*

A população brasileira, apesar de ser um povo de inúmeras raças e etnias, ainda se mostra surpresa quando o assunto tratado é “mulheres encarceradas”, com relação a prática de crimes praticados por elas, quando quase sempre, são vítimas de muitas críticas infundadas.

Infelizmente, as mulheres mães continuam a sofrer com os efeitos de sua privação de liberdade. O que ocorre é que quando a mulher é presa ela sofre com uma dupla punição – por ser mulher e pelo crime cometido. É cediço que a ressocialização no Brasil é de extrema dificuldade, pois a sociedade ainda não está totalmente aberta para a reintrodução do ex-detento. O etiquetamento da “mulher criminosa” a acompanha mesmo após a liberdade, como preceitua a Teoria do Labeling Approach.<sup>49</sup> Ao perceber que a diferença de tratamento entre o homem e a

---

content/uploads/2015/12/16\_SUR-22\_PORTUGUES\_ANA-GABRIELA-MENDES-BRAGA\_BRUNA-ANGOTTI.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2020

<sup>49</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 86



mulher que cometeram crime é gritante. Essa diferença permanece mesmo ainda em liberdade, como demonstra Heide Ann Cerneka:<sup>50</sup>

Finalmente, há a questão pós-prisão, ou seja, da egressa. O homem, quando sai da prisão, normalmente volta para sua casa onde o estão aguardando sua mulher e seus filhos. A mulher, quando sai da prisão, muitas vezes não tem mais a sua casa, pois não houve ninguém para mantê-la. Ela precisa juntar seus filhos, que muitas vezes estão “espalhados” por sua família ou mesmo pela família do pai; ou, ainda, estão sendo cuidados por vizinhos ou instituições. A mãe encarcerada precisa criar um lar para eles ao mesmo tempo em que precisa demonstrar para o juiz que consegue emprego lícito. Não há política pública (nem privada) de apoio às pessoas saindo da prisão.

Devido a esse estigma que a sociedade impõe à essas mulheres, a reconstrução da vida delas, após o cumprimento da pena, torna-se uma tarefa perversamente árdua. O que se observa são mulheres mães criminalizadas legal e socialmente, mantendo geralmente em comum a baixa escolaridade, o subemprego aos que se submetem, a marginalização social e a violência estrutural que as circundam.<sup>51</sup> Como afirma Heide Ann Cerneka, em seu artigo “Homens que menstruam”:<sup>52</sup>

As prisões são somente lugares de castigo que “retiram a pessoa da sociedade” enquanto ela cumpre o dever da pena? Ou as propostas das políticas públicas de “reintegrar”, “ressocializar” são realmente válidas nesse contexto? Engano achar que alguém, por estar sob a custódia do Estado, perde temporariamente sua condição de cidadão. As Regras Mínimas das Nações Unidas Para o Tratamento de Reclusos (Princípio 61) declaram que “o tratamento não deve acentuar a exclusão dos reclusos da sociedade, mas sim fazê-los compreender que eles continuam fazendo parte dela.

Atualmente, já há projetos sociais que auxiliam, facilitam a ressocialização dessas mulheres na sociedade, que ainda é bastante patriarcal. Um dos projetos é o “(RE)começos da Enacuts USP São Francisco”, que foi idealizado no Curso de

---

<sup>50</sup> CERNEKA, Heidi Ann. Homens que menstruam. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 06, n. 11, p. 61-78, jan/jun. 2009

<sup>51</sup> SILVESTRIN, Sara Helena Piccoli. **As violações aos direitos das mulheres mães e gestantes nas penitenciárias femininas brasileiras**. Trabalho de conclusão de curso, Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ, p. 40

<sup>52</sup> CERNEKA, Heidi Ann. Homens que menstruam. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 06, n. 11, p. 61-78, jan/jun. 2009



Direito e tem como seu principal intuito o empoderamento de mulheres em situação carcerária, o que é bastante relevante, principalmente para aquelas em estado gravídico. O projeto funciona para desenvolver técnicas de confecção e convívio em grupos, o que é importante para a convivência em sociedade, pois muitas vezes são vistas como perigosas e com imenso preconceito.

O que se tem ainda hoje na sociedade brasileira é um sistema punitivo, com estigma social machista, que desestabiliza diretamente a mulher presa ou ex-detenta. Entretanto, esse estigma só não é maior do que o da “mãe criminosa”, que sofre ainda mais com estigmatização da sociedade, pois como é dito até mesmo por juízes: [...] **não pensou no seu filho antes de cometer o crime?** [...], as mulheres encarceradas muitas vezes são consideradas incapazes e indignas de criar seus filhos. Ocorre que, por muitas das vezes, o crime é cometido justamente para a sobrevivência deles.

## 2.4 A Gravidez na Prisão e o Impacto na Vida dos Filhos

As consequências trazidas pela gravidez no cárcere são inúmeras, seja durante a gestação, seja no nascimento, onde precisa se adaptar à realidade de um contexto pesado de um ambiente carcerário. Ainda, vale ressaltar o terceiro momento, quando o filho é separado da mãe para viver com algum familiar ou em alguma instituição, caso não tenha familiares.

O fato de não haver estruturas adequadas, na maioria dos complexos prisionais, faz com que as gestantes sejam transferidas para locais distantes de sua família, o que torna as visitas praticamente impossíveis, o que faz florescer ainda mais a sensação de abandono da detenta, em um momento de extrema vulnerabilidade.

Outro fator que se potencializa, é a ociosidade da gestante dentro da prisão. O fato de estar grávida impede muitas vezes de realizar seu ofício e o trabalho dentro da penitenciária, que são momentos de fuga dos tantos desafios que a envolvem naquele ambiente.





Não se pode fechar os olhos para a violência sofrida pelas detentas praticadas pelos agentes penitenciários. No livro “Presos que Menstruam”, de Nana Queiroz, relata violências sofridas por algumas detentas, como tortura, lesões corporais (pauladas na barriga), nas que foram presas quando já estavam grávidas.<sup>53</sup>

O que se observa é que os filhos antes mesmo de nascerem já são atingidos pelo ódio social, que são manifestados pela violência mesmo dentro da cadeia. Ou seja, são estigmatizados pelo fato de suas mães terem cometido algum delito. Acontece que essa violência provoca profundas consequências no desenvolvimento do feto.

A autora Nana Queiroz narra em seu livro:<sup>54</sup>

São inúmeros os estudos que indicam que aspectos psicológicos, emocionais e sociais da criança começam a se delinear dentro da barriga da mãe. Por isso, é imensurável a profundidade dos traumas com que esses bebês nascem. Lembro-me de uma visita à Unidade Materno-Infantil de Ananindeua, no Pará, quando conversava com cerca de vinte mães com seus bebês no colo. Perguntei quem ali havia sido presa grávida e sofrido algum tipo de tortura. A metade delas levantou a mão — e algumas riram um riso amargo.

Todos os fatos ocorridos na cadeia, que são vivenciados pela mãe, também repercutem no desenvolvimento do feto. Ademais, a má acomodação na cela, ausência de uma alimentação saudável, dentre vários outros fatores, prejudicam o desenvolvimento da gestação. Ainda, como já é sabido, a ausência de acompanhamento médico continuado, devido à ausência do pré-natal regular, através de importantes procedimentos médicos e laboratoriais, para o desenvolvimento saudável da gravidez, portanto, tornando a vivência nesse período de vulnerabilidade para a mulher, ainda mais complicado.

Após o parto, a mãe vive um grande dilema, pois sabe que ao mesmo tempo que é preciso e necessário a convivência com o filho, pelo menos nos seis primeiros

---

<sup>53</sup> QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 67

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 66



meses de vida, sabe também, que grades fazem parte do ambiente em que seu filho vive. Para os psicólogos ainda é melhor para a criança nascer presa, mas com a mãe, pois a convivência nos primeiros meses de vida é simbiótica e essencial para ambos, e não é à toa, que há previsão legal para que o bebê passe esse período com a genitora.<sup>55</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5, inciso XLV aduz que nenhuma pena passará da pessoa do condenado<sup>56</sup>. Esta norma-princípio trata da intranscendência da pena. Durante toda a permanência da mãe no presídio, o filho sofre com todas as condições precárias, até pior, pois é um ser em desenvolvimento, sendo frágil e vulnerável, o que prejudica em muito sua socialização. Ou seja, seus direitos constitucionais são violados, pois necessitam de um ambiente adequado.

No livro “Presos que Menstruam”, a autora Nana Queiroz, traz histórias que representam os malefícios para o desenvolvimento social das crianças que nascem no cárcere:<sup>57</sup>

[...] Até pouco tempo, porém, Francisca se preocupava com sua filhinha. Cássia era uma menina arredia, distante, que chorava muito e não gostava de interagir com ninguém. Sua existência era limitada àqueles poucos metros quadrados e ela não conhecia a própria família [...].

[...] Dez meses depois, finalmente, a direção do presídio resolveu colaborar para que ela entrasse em contato com os parentes. A pequena Cássia, então conseguiu sair em seu primeiro passeio com a avó. Conheceu os irmãos, a família, parque e ruas. Ficou fora por uma semana inteira [...].

[...] A mãe, que não se aguentava mais de saudade, ficou boquiaberta com a filha que recebeu de volta. Agora, Cássia pede colo para as outras presas e carcereiras, aprendeu a bater palminha e sorri de maneira gratuita e espontânea. Aquela criança tímida e rígida estava socializada[...].

---

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 65

<sup>56</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 29 jan. 2020

<sup>57</sup> QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 115-116



Portanto, fica evidente que os prejuízos sofridos pelo filho, enquanto está no ambiente carcerário, são diversos. Inclusive, dos filhos serem punidos pelos atos cometidos por suas mães, com profundas repercussões no desenvolvimento dessas crianças.

Com todas essas violações dos direitos, tanto das mães quanto dos filhos, a falta de estrutura básica nos estabelecimentos prisionais para ambos, verifica-se a existência de exemplos a serem seguidos. Na Penitenciária Feminina do Paraná, em Piraquara, Região Metropolitana de Curitiba, os filhos das detentas têm local adequado para ficar com suas mães, na Creche Cantinho Feliz, que tem como objetivo de assegurar aos recém-nascidos seus direitos básicos, como o de estreitar o vínculo entre mãe e filho.<sup>58</sup>

A Creche Cantinho Feliz possui instalação independente da estrutura carcerária. As crianças têm berços, cubas especiais para o banho, fraldário, armários, brinquedos, tatames, para desde cedo as crianças serem colocadas no chão, e com isso desenvolverem a autonomia e movimento livre, em ambientes lúdicos e higienizados. Além disso, a creche possui cozinha, lavanderia, máquina de lavar e secar roupa.<sup>59</sup>

Desde 2014, o Departamento Penitenciário do Paraná firmou uma parceria com o Grupo Marista, por meio da Rede Marista de Solidariedade, mantendo na creche da penitenciária feminina, três educadores, uma assistente social, uma enfermeira e um coordenador, além de uma equipe técnica multidisciplinar, como apoio as mães e para auxiliar no desenvolvimento das crianças. Como também

---

<sup>58</sup> CRECHE garante direitos de recém-nascidos no sistema prisional, Curitiba, 09 dez. 2019. Disponível em: <http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=104990&tit=Creche-garante-direitos-de-recem-nascidos-no-sistema-prisional>. Acesso em: 14 maio 2020

<sup>59</sup> CRECHE garante direitos de recém-nascidos no sistema prisional, Curitiba, 09 dez. 2019. Disponível em: <http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=104990&tit=Creche-garante-direitos-de-recem-nascidos-no-sistema-prisional>. Acesso em: 14 maio 2020



providenciar o atendimento necessário, atendimento médico, as vacinas indicadas, entre outros procedimentos essenciais.<sup>60</sup>

Assim que recebem alta do hospital, tanto a mãe quanto o bebê, vão para a creche e permanecem entre seis e sete meses. Durante esse período, as mães são responsáveis por todos os cuidados com seus filhos. Como rotina, permanecem na creche durante o dia, e durante o período noturno vão para a galeria materno-infantil, passando assim, juntos durante 24 horas.<sup>61</sup>

As mães são incentivadas a amamentar em livre demanda, a criar seus filhos, a fortalecer o vínculo mãe-filho e registrar na Caderneta da Criança, as anotações das diversas etapas de desenvolvimento da criança, como forma da família conhecer e entender a criança após a saída da penitenciária. Além disso, a penitenciária utiliza o meio de videoconferência, para que a família de forma extensa possa conhecer o bebê e o bebê se acostumar com rostos e vozes dos familiares.<sup>62</sup>

### 3 PRISÃO DOMICILIAR

Historicamente, o Direito Penal brasileiro sempre funcionou como um verdadeiro operador de clivagem social, desde a própria escravidão e mesmo ao longo dos anos. Prender, julgar e condenar mulheres, sem levar em consideração possíveis medidas alternativas, é dessa forma que tem sido operado o Poder Judiciário. Poder este que ainda é seletivo<sup>63</sup>

Sabe-se que a abordagem policial é demasiadamente violenta, principalmente em locais de populações mais carentes. As abordagens das mulheres muitas vezes são feitas na frente dos filhos, o que obviamente traumatiza as crianças que, por causa desse tipo de abordagem elas apresentam medo de sair de casa e se encontrar, principalmente, com qualquer policial na rua. Ou seja, não se considera se a criança

---

<sup>60</sup> *Ibidem*

<sup>61</sup> *Ibidem*

<sup>62</sup> *Ibidem*

<sup>63</sup> MULHERES em Prisão. Disponível em: <http://mulheresemprisao.org.br/>. Acesso em: 26 maio 2020



está observando toda a ação, e não se pensa, pois naquele momento a mulher se torna mais um objeto para a estatística criminal.

A autora do livro “Presos que Menstruam”, destaca que as mulheres apanham mesmo estando grávidas, e o mais grave: não adianta denunciar porque o exame de corpo de delito dificilmente vai atestar a violência padecida pela grávida, uma vez que isso pode resultar em disciplina para os que se excedem:<sup>64</sup>

Quando cheguei na delegacia, apanhei muuuuuuuuuuito. [...] Eu, eles colocava com a cabeça na descarga, na privada cheia de xixi. Bateram muito de um lado, quebrando os dentes da frente e tudo. Ixi! Apanhei muito. Nós ficou dois dias no Deic (Departamento Estadual de Investigações Criminais) sem comer, sem beber água, só pau. Pau mesmo, do feio.

Ademais, segundo Olga Espinoza, durante o confinamento as mulheres são submetidas a um rigoroso controle comportamental, com rotinas rígidas e castigos às transgressoras das regras. Com o passar do tempo, as internas passam por um processo de despersonalização individual, reproduzindo tão somente aquilo que a instituição lhes permite. Tornam-se mais conhecidas pelos números que recebem no sistema penitenciário, vinculados aos artigos penais que violaram, quer pelos próprios nomes.<sup>65</sup>

Uma das coisas mais comuns, que fogem do conhecimento do juiz é se a mulher está grávida. O fato de a mulher estar grávida não vem escrito no flagrante, não aparece no processo e toda a relação entre as partes, não passa de mero registro dos fatos nos autos. Como já se abordou neste trabalho monográfico, a maioria das detentas no Brasil são mães. Mães estas que cuidavam de seus filhos, que sustentavam seus filhos sozinhas e, até por isso, se envolviam no comércio de drogas, mais especificamente, na embalagem, que configuram os crimes mais cometido por elas.

---

<sup>64</sup> QUEIROZ, Nana. **Presos que Menstruam**. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015, p.147 e 150

<sup>65</sup> ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCRIM, 2004, p.149



A garantia da ordem pública se tornou um pilar para os juízes converterem, infelizmente, a prisão em flagrante para prisão preventiva, ou seja, uma “roupa que veste qualquer santo”. O aumento do encarceramento feminino vem crescendo de uma forma alarmante, mesmo que grande parte dessas prisões sejam evitáveis, conforme a legislação vigente, provocando a privação dos meios de subsistências dessas famílias.<sup>66</sup>

Antes da implementação das audiências de custódia, o encontro entre a mulher e o juiz levava centenas de dias. Como então ficava a mulher grávida na prisão temporária, sem qualquer tipo de assistência à espera da audiência? Com o advento da audiência de custódia e com toda a evolução legislativa sobre o tema, não se viu, porém, uma melhora significativa com relação aos cuidados com a mulher detenta na gravidez. Daí vem a pergunta: essas mulheres deveriam mesmo estarem presas? A resposta mais clara, a luz da legislação, é não! Esse não pode e não deve ser o único caminho como penalidade, excluindo-se a assimetria de gênero. Ora, as peculiaridades femininas não são levadas em considerações, na hora de se tomar uma decisão judicial, o que vai de encontro aos direitos humanos. Ao operar a prisão de uma mulher, o Poder Judiciário parece não agir pelas bases legais existentes, mas conforme aspectos “morais” na estreita visão de suposta forma “correta” de ser mulher, consequentemente, penalizando aquelas que não se encaixam nesse tipo de entendimento

Os presídios estão lotados de centenas de brasileiras à espera de julgamento ou que já foram condenadas, em clara manifestação de violação de seus direitos, portanto, não deveriam estar vivendo de forma tão dolorosa, longe dos filhos. A maneira como se prende no Brasil reafirma o descaso histórico quanto aos direitos humanos. A mulher tem direito a acompanhamento especializado durante a gestação, direito este assegurado pela Lei nº 9.263/96. Ademais, tem direito ao programa de atenção integral à saúde em todos os ciclos de vida, bem como ao atendimento pré-

---

<sup>66</sup> MULHERES em Prisão. Disponível em: <http://mulheresempresao.org.br/>. Acesso em: 26 maio 2020



natal. Entretanto, o que se observa na prática são mães algemadas na maca de um hospital momentos antes do parto, sem qualquer acompanhamento durante a gravidez.

O direito à saúde não é assegurado somente as mães. O Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 7º, determina que a criança e o adolescente têm o direito a proteção à vida e à saúde, desde o nascimento, para um desenvolvimento e crescimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência, mediante a efetivação de políticas públicas.<sup>67</sup>

Nos termos da Constituição Federal, a família, a sociedade e o Estado, há mais de 30 anos, contraíram obrigações solidárias a favor das crianças, dos adolescentes e dos jovens, garantindo-lhes, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de serem colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. É só conferir o que reza o artigo 227, da Carta Política no original e na redação dada pela Emenda Constitucional nº 65.<sup>68</sup> Este artigo da Lei Maior preconiza o princípio da prioridade absoluta, e quem é a prioridade absoluta? A criança, o filho. Tal dispositivo trouxe uma obrigação solidária entre a família e o Estado, que devem zelar pela boa educação e crescimento saudável da criança. Como pode ocorrer este crescimento longe dos cuidados da mãe? A carceragem é um lugar propício para os primeiros meses de vida de um recém-nascido? Essas são perguntas que devem ser consideradas pelos operadores do direito, quando se deparam com estes fatos, que são corriqueiros, mas invisíveis a luz dos processos. Mas, não é invisível o descaso do Estado com a grávida sem atenção especial, consultas médicas e materiais de higiene pessoal.

---

<sup>67</sup> BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 26 maio 2020

<sup>68</sup> OLIVEIRA, Romão C. **Um olhar sobre o artigo 227 da Constituição Federal**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-intervistas/artigos/2019/um-olhar-sobre-o-artigo-227-da-constituicao-federal>. Acesso em: 22 maio 2020



Desde o início da vida de uma criança a figura materna é de extrema importância. A relação com os pais é um requisito fundamental para o crescimento e desenvolvimento adequado da criança, tanto em aspectos físicos, como psíquicos e emocionais. Em primeiro lugar, é a mãe que concebe, que traz a criança ao mundo e os alimenta. O convívio com a mãe nesses primeiros momentos de vida é indispensável, para a existência de qualquer ser humano.

A ausência da mãe na primeira infância traz consequências negativas para a criança, com isso o desenvolvimento acaba sendo prejudicado, ao provocar, por exemplo, sentimentos como rejeição, mau comportamento, desequilíbrio emocional, até problemas de saúde. Além da importância da mãe, o ambiente em que a criança cresce também é um fator importante para esse desenvolvimento.

Os direitos das detentas gestantes e mães são negligenciados, durante o período de recolhimento nos estabelecimentos prisionais, como está contido no capítulo anterior, quando verificou-se que, a ausência de local adequado para as gestantes e para as crianças, foram motivos de questionamentos e discussões nos Poderes Legislativo e Judiciário, conforme registros na imprensa nacional nos últimos tempos.

O que deve ser lembrado sempre é que toda família é afetada com a prisão de alguém, mas quando a prisão é de uma mulher, é afetada de uma forma mais profunda, mais dramática e com efeitos irreversíveis para o filho que fica abandonado com a prisão da mãe. Como também aborda Ney Moura Teles, sobre a função simbólica do Direito Penal: **Querer combater a criminalidade com o Direito Penal é querer eliminar a infecção com analgésico.**<sup>69</sup>

A discussão sobre os direitos das gestantes, das mães e das próprias crianças, levou o Supremo Tribunal Federal a julgar *Habeas Corpus* nº 143.641/SP concedendo as mães o direito de ter sua prisão preventiva, dentro de um estabelecimento prisional, convertida para prisão domiciliar e ter o direito de um convívio com seu

---

<sup>69</sup> TELES, Ney Moura. **Direito penal** – parte geral. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1, p. 46





filho em um ambiente adequado. Além desse julgamento, foi criada uma lei tornando obrigatória a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar em caso de gestantes, mães de crianças até 12 anos, que estejam sob sua responsabilidade. O objetivo desses dispositivos é a proteção à criança e o direito de conviver com a mãe e familiares em um ambiente com estrutura adequada.

Todos esses instrumentos seguiram o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que de forma coerente com a realidade, reconheceu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, que os estabelecimentos prisionais se encontram em estado de coisas inconstitucionais, por violarem os direitos fundamentais da população carcerária.

### **3.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, pleiteando o reconhecimento a violação de direitos fundamentais da população carcerária e a determinação de diversas providências no tratamento prisional do país. A base dessa argumentação referiu-se que a situação dos presos configurava violação contínua de seus direitos fundamentais e humanos, com isso, caracterizava estado de coisas inconstitucionais.

Para demonstrar esse estado de coisas inconstitucionais foram apresentados diversos problemas estruturais do cárcere brasileiro, começando pela violação generalizada e de forma sistemática dos direitos fundamentais, além da inércia reiterada das autoridades públicas a fim de modificar essa crônica situação.<sup>70</sup>

O Supremo Tribunal Federal decidiu, de maneira cautelar, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, de relatoria do Ministro Marco

---

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADPF 347 MC/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 abr. 2020



Aurélio, a concessão parcial dos pedidos de audiência de custódia, com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, no prazo de 24 horas, contados do momento da prisão; além da liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional, com a finalidade de proporcionar recursos e meios, para financiar e apoiar, as atividades e programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional; também proibindo novos contingenciamentos.<sup>71</sup>

Nesse julgamento foi reconhecida a violação generalizada dos direitos fundamentais dos presos, e as penas aplicadas como penas cruéis e desumanas, violando expressamente a Constituição Federal. Quanto ao Fundo Penitenciário Nacional, foi destacado que a União estava contingenciando recursos, impedindo a elaboração de novas políticas públicas e inviabilizando a promoção de projetos já existentes.<sup>72</sup>

Os ministros destacaram, de maneira clara, que a atual situação dos estabelecimentos prisionais não tem a menor condição de ressocializar os presos, apenas alimenta ainda mais a criminalidade, transformando os estabelecimentos prisionais em verdadeiras “escolas do crime”, baseando-se nas taxas elevadas de reincidência.<sup>73</sup>

Para o relator, o estado de inconstitucionalidade só poderia ser afastado se houvesse mudança significativa do Poder Público – Legislativo, Executivo e Judiciário - e com o trabalho conjunto da União com os Estados e Distrito Federal.<sup>74</sup>

O Supremo Tribunal Federal tem como função principal tirar as autoridades públicas da inercia, provocar a criação de novas políticas públicas, aumentar a

---

<sup>71</sup> *Ibidem*

<sup>72</sup> *Ibidem*

<sup>73</sup> *Ibidem*

<sup>74</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADPF 347 MC/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 abr. 2020



deliberação política e social e monitorar a implementação das providências estabelecidas, assegurando a efetividade prática das soluções.<sup>75</sup>

### 3.2 Habeas Corpus nº 143. 641/SP

No Supremo Tribunal Federal foi impetrado pelo Coletivo de Advogados de Direitos Humanos e pela Defensoria Pública da União, o *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641/SP, em favor de todas as mulheres presas preventivamente, que ostentam a condição de gestante, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças. A demanda tinha como objeto a conversão de prisão preventiva em prisão domiciliar

A decisão do Supremo Tribunal Federal apresenta a valorização do princípio da personalidade, da intranscendência da pena, que assegura que a pena não pode passar da pessoa do condenado, e do princípio da primazia dos direitos da criança. Contudo esses princípios são ofendidos sistematicamente pela manutenção de prisão preventiva e de suas crianças, em ambientes inadequados e superlotados.<sup>76</sup>

O Estado, ao não oferecer os devidos cuidados com a saúde das gestantes e puérperas encarceradas, não oferecendo programas como de assistência pré-natal, e pós-natal de forma regular, acaba prejudicando também a saúde das crianças e dos nascituros, além de privá-los de condições adequadas para o seu desenvolvimento.

A ausência de cuidados à saúde das gestantes e das puérperas presas, além de infringirem princípios, como a individualização da pena, a vedação de penas cruéis e o respeito a integridade física e moral, também infringem a Lei de Execução Penal. Que determina a presença de instalações para atendimento de gestantes e crianças nos estabelecimentos prisionais de forma obrigatória.

---

<sup>75</sup> *Ibidem*

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2020



Apesar de ter previsão expressa em lei, as estruturas físicas das penitenciárias brasileiras não são preparadas de forma adequadas para atender essa população carcerária. Por não oferecer condições adequadas, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a deficiência do sistema prisional e concedeu o direito das mulheres gestantes e mães, a terem suas prisões preventivas substituídas por prisão domiciliar.

No *Habeas Corpus* nº 143.641/SP, por maioria dos votos, foi concedida a ordem de substituir as penas de prisão preventiva para prisão domiciliar de gestantes, puérperas ou mães com filhos sob sua responsabilidade, exceto em casos de crime com violência ou grave ameaça.

O Ministro Relator Ricardo Lewandowski, em seu voto, reconheceu a difícil situação do sistema prisional com as mulheres, especialmente as mulheres grávidas e puérperas que são privadas dos cuidados necessários à sua saúde, principalmente nos períodos de pré-natal e pós-natal. Esse relator, também reconheceu que no sistema prisional brasileiro existem graves falhas estruturais, que intensificam a cultura do encarceramento, que revela o grande número de presas provisórias, que na maioria das situações são pobres e vulneráveis. Aborda também a gravidade das consequências desse encarceramento em massa, que ferem a dignidade da pessoa humana, principalmente das gestantes e mães, pois são submetidas ao cárcere em situação degradante.

Há que se destacar, no voto do relator, os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres, de junho de 2017, que demonstram a falta de estrutura, de condições mínimas e despreparo para comportar mulheres, sobretudo mulheres gestantes e mães.<sup>77</sup>

Além de dados como esses, foi abordado também a incapacidade do Estado de garantir os cuidados básicos da maternidade de mulheres, que não se encontram em

---

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2020



situação de encarceramento.<sup>78</sup> O Estado ao não ser capaz de garantir cuidados com a saúde dessas mulheres viola preceitos constitucionais presentes no artigo 5º, da Constituição Federal:<sup>79</sup>

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...);

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Além da violação à Constituição Federal, há também violação à Lei de Execução Penal e as Regras de Bangkok, que aborda sobre o tratamento às mulheres presas, com o objetivo de combater a desigualdade e violência de gênero, e foi reconhecida como necessária a observação:<sup>80</sup>

“Historicamente, a ótica masculina tem sido tomada como regra para o contexto prisional, com prevalência de serviços e

---

<sup>78</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2020.

<sup>79</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 29 jan. 2020. Acesso em: 02 mar. 2020

<sup>80</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2020



políticas penais direcionados para homens, deixando em segundo plano as diversidades que compreendem a realidade prisional feminina, que se relacionam com sua raça e etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, situação de gestação e maternidade, entre tantas outras nuances. Há grande deficiência de dados e indicadores sobre o perfil de mulheres em privação de liberdade nos bancos de dados oficiais governamentais, o que contribui para a invisibilidade das necessidades dessas pessoas. O principal marco normativo internacional a abordar essa problemática são as chamadas Regras de Bangkok – Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Essas Regras propõem olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário. Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes, em nosso país, sinalizando, ainda, o quanto carece de fomento a implementação e a internalização eficaz pelo Brasil das normas de direito internacional dos direitos humanos. E cumprir esta regra é um compromisso internacional assumido pelo Brasil. Embora se reconheça a necessidade de impulsionar a criação de políticas públicas de alternativas à aplicação de penas de prisão às mulheres, é estratégico abordar o problema primeiramente sob o viés da redução do encarceramento feminino provisório. De acordo com as Regras de Bangkok, deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado”.

A realidade do cárcere brasileiro ocasiona o desrespeito tanto a Constituição Federal, como tratados internacionais e leis infraconstitucionais. Diante disso, o Ministro Lewandowski reafirma, que cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal, de modo a minimizar o quadro de violações a direitos humanos que vem se evidenciando.<sup>81</sup>

---

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2020



Assim, admitiu que tanto pelo ponto de vista da proteção dos direitos humanos ou sob a ótica utilitarista, não justifica manter a atual situação que as mulheres presas e seus filhos, que não perderam a cidadania, em razão da situação em que se encontram.<sup>82</sup>

Por todos os argumentos apresentados, o Ministro Ricardo Lewandowski decidiu pela concessão da ordem de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar de todas as mulheres presas que estejam grávidas, puérperas ou que sejam mães de crianças. Com exceção daquelas que cometeram crimes mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou em situações excepcionais, em que os juízes deverão fundamentar a decisão denegando o benefício. Acrescentou que, quando houver reincidência, o juiz deverá analisar o caso concret, sob a luz dos princípios e regras constitucionais.

Diante da negligência do Estado em melhorar as condições e estrutura do sistema prisional, para concretizar direitos das grávidas e mães presas, o Poder Judiciário não pode ser isento perante as situações que violam a Constituição Federal e a dignidade da pessoa humana das presas.

Essa decisão, que concedeu o *Habeas Corpus* coletivo, esclareceu ainda que mesmo o Estado, todos os poderes, tendo responsabilidade e dever de cumprir com as leis, o Poder Judiciário não concorda com a atual inércia dos demais Poderes, que deixam pessoas na sua maioria pobres em situação de descaso.

### 3.3 Lei Ordinária nº 13.769/2018

No ano de 2018, foi apresentada a proposta de Projeto de Lei nº 10.269, de autoria da Senadora Simone Tebet. A ementa desse projeto de lei estabelecia a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar de mulher gestante ou que fosse mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, e para disciplinar

---

<sup>82</sup> *Ibidem*



o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação.<sup>83</sup>

Em dezembro de 2018, foi sancionada a Lei nº 13.769, consequência do Projeto de Lei nº 10.269/2018, alterando o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, estabelecendo a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar de mulheres grávidas ou que forem mães ou responsáveis por crianças.

Após a promulgação, foi acrescentado ao Código de Processo Penal, os artigos 318-A e 318-B, que expõem sobre prisão domiciliar:<sup>84</sup>

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.

Com a alteração do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal, as Regras de Bangkok começaram a ser aplicadas, no contexto de encarceramento em massa feminino e uso excessivo de prisões provisórias.

O acréscimo dos artigos 318-A e 318-B, passou, juntamente com a decisão do *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641, a estabelecer critérios para os juízes, que têm o dever de observar nos casos de detenta grávida ou mãe com filhos menores de 12 anos, se preencher os requisitos legais para a substituição da pena. A não aplicação dos dispositivos legais deve ser justificada. Não obstante, ao tempo de se tornar um dever do juiz de substituir, continua sendo de modo discricionário quando fala das

---

<sup>83</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 10.269/2018**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2175798>. Acesso em: 10 mar. 2020

<sup>84</sup> BRASIL. **Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 10 mar. 2020





exceções, ou seja, quando o crime for violento ou tiver grave ameaça a pessoa, não tenha cometido crime contra filho ou dependente.

As alterações trazidas pela Lei nº 13.769/2018 alterou também os dispositivos da Lei de Execução Penal, passando a ter requisitos para integrar a progressão de regime, que não continha anteriormente, como ser primária e não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa. Além disso, também passou a prever que em caso de novo crime doloso ou falta grave, o benefício da progressão de regime será revogado.

O art. 112, §3º e §4º, dizem:<sup>85</sup>

Art. 112, §3º. No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

- não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

- não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

- ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

- ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

- não ter integrado organização criminosa. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

Houve alteração também na Lei nº 8.072/1990, que fala de Crimes Hediondos, quanto a progressão de regime.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm). Acesso em: 10 mar. 2020

<sup>86</sup> BRASIL. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm). Acesso em: 11 mar. 2020



Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

A grande preocupação do legislador, com a alteração dos dispositivos, foi oferecer às mães, que vivem no cárcere, melhores condições, garantir o direito materno, garantir a ressocialização das encarceradas, a aproximação das mães aos seus lares e aos filhos proteção, direito ao convívio com a mãe e com os familiares.

Além dessa lei, que tem o objetivo de melhorar a qualidade do convívio das crianças com as mães e familiares, está em tramite o Projeto de Lei nº 513/2013, que modifica a Lei de Execução Penal e trata da redução da superlotação dos estabelecimentos prisionais, além de buscar melhora da ressocialização da população carcerária, como também irá beneficiar as detentas gestantes e mães, promovendo o convívio um ambiente adequado.

Não se pode considerar todos os detentos e detentas como um todo, em um microssistema que é o sistema prisional. Encarcerar uma mulher, e ainda mais sendo mãe, é desconsiderar todas as peculiaridades femininas e todas as consequências familiares geradas pelo ato, em crimes que não geram perigo a sociedade. A verdade é que o encarceramento em massa das mulheres e de seus filhos, por uma sociedade ainda machista e patriarcal, as deixam invisíveis.

As principais questões que foram abordadas ao longo deste trabalho, com relação a situação da mulher no sistema carcerário brasileiro, infelizmente na prática, não têm sido levadas em consideração, como se verifica nas notícias a seguir:

“Gestante, em 2015, prestes a dar à luz e em meio a uma crise de abstinência, foi isolada numa solitária como castigo, onde, apesar dos gritos de socorro das presas em uma cela vizinha, somente dali saiu com o bebê já no colo, ainda ligado ao



seu corpo pelo cordão umbilical. Atendida, voltou ao isolamento, enquanto o filho foi encaminhado ao abrigo. Este é só um exemplo claro da invisibilidade sofrida pela mulher dentre tantos que acontecem diariamente no sistema prisional”.<sup>87</sup>

“Jéssica, ré primária, em 2018, após entrar em trabalho de parto no dia seguinte à sua prisão por tráfico de drogas, deu à luz no hospital e voltou à cadeia. Nas fotos que circularam nos telejornais, o bebê, enrolado num fino cobertor, dormia sobre um colchão imundo, mal imaginando, no seu sono inocente, que em seus primeiros minutos de vida fora do útero não recebeu visitas de parentes na maternidade, mas jornalistas na minúscula cela de uma delegacia de polícia em São Paulo”. Este é um bom exemplo do descaso com a prisão de mulheres grávidas.<sup>88</sup>

Tais fatos, apesar de estarem estampadas em uma reportagem, pouco impacto provocou na sociedade, haja vista que o Brasil é o quinto país em que se mata mais mulheres no mundo, conforme o “Mapa da Violência”<sup>89</sup> publicado pela Faculdade Latino-Americana de Ciência Sociais. A naturalização que está em torno da opressão sofrida pelas mulheres, em especial as negras e pobres, é apenas uma das facetas do patriarcado. O que ocorreu com Jessica e tantas outras mulheres invisíveis demonstram a crueldade do que é a maternidade no cárcere e a ausência de assistência séria e eficaz na gestação.

Deve-se salientar ainda, que as condições em que estas mulheres são postas no presídio são degradantes. Basicamente são locais em que as grades são corroídas, hospitais e ambulatórios não possuem medicamentos, cozinhas sem condições de higiene, escolas com deficiência de tudo e presos com verdadeiros arsenais em seu

---

<sup>87</sup> THOMÉ, Clarissa. Presa dá à luz dentro de solitária; Diretora de penitenciária é afastada, **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 26 out. 2015. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,presa-da-a-luz-dentro-de-solitaria-em-penitenciaria-do-rio,1786404>. Acesso em: 22 maio 2020

<sup>88</sup> ARAÚJO, Glauco. Recém-nascido fica em cela com mãe que foi presa pouco antes de dar à luz em São Paulo. **G1 SP**, São Paulo, 14 fev. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/recem-nascido-fica-em-cela-com-mae-que-foi-presa-pouco-antes-de-dar-a-luz-em-sp.ghtml>. Acesso em: 22 maio 2020.

<sup>89</sup> WASEL FISH, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015**: homicídio de mulheres no Brasil. Faculdade Latino- Americana de Ciências Sociais. Brasília, 2015



poder. Precária também em relação aos recursos humanos, onde se tem defasagem no número de policiais penais, psicólogos e médicos.<sup>90</sup>

Aquilo que o Estado não oferece pode ser encontrado na “Cantina”, lugar destinado a comercialização de itens de limpeza, perfumaria, alguns tipos de alimentos, cigarros e remédios.<sup>91</sup>

Em certos presídios, não existe a preocupação, por parte da diretoria, em facilitar a comunicação entre reclusas e a direção. Pelo contrário, o abuso de poder manifestados através da violência física e verbal, praticadas pelos carcereiros e agentes penitenciários muitas vezes é compactuado com os gestores dos presídios, que demonstram não estarem interessados em aproximar-se das presas para conhecer suas realidades, desejos, frustrações; enfim, conhecer o mundo delas. Tamanho o distanciamento, que, em determinadas situações, é preciso fazer fila de nomes e aguardar até um mês, para que uma presa possa conseguir ter acesso a direção e expor sua necessidade.<sup>92</sup>

Quando referimos à mulher encarcerada, o sistema penal e prisional, totalmente fundado em bases patriarcais e antropocêntrico, atua de forma violenta, estigmatizadora e seletiva. O Estado funciona como agente criminoso e criminalizante, ao operar prisões inadequadas para abrigar a população feminina, não considerando suas particularidades e as submetendo a tratamentos que não consideram suas necessidades promove, desse modo, sua invisibilidade e acentua a desigualdade de gênero.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> LEMGRUBER, Julita, PAIVA, Anabela. **A dona das chaves**: uma mulher no comando das prisões do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro; São Paulo: Record: 2010, p.104/105

<sup>91</sup> LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos**: análise sociológica de uma prisão de mulheres. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 43

<sup>92</sup> LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos**: análise sociológica de uma prisão de mulheres. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68

<sup>93</sup> CURY, Jessica Santiago, MENEGAZ, Marina Lima. **Mulher e o cárcere**: uma história de violência, invisibilidade e desigualdade social. Florianópolis, 2017. Disponível em: [http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499469506\\_ARQUIVO\\_ArtigoFazend oGenero- enviar.pdf](http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499469506_ARQUIVO_ArtigoFazend oGenero- enviar.pdf). Acesso em: 26 maio 2020



O que se vê são celas masculinas em que são levadas mulheres sem qualquer adaptação. Mulheres gestantes e com filhos pequenos amontoadas em celas superlotadas, maternidades que são verdadeiras celas basicamente adaptadas, mas que não suprem as necessidades para o cuidado com o filho. Ainda, gestantes que são levadas momentos antes ao hospital para o parto, isso quando não tem os seus filhos na própria cela.

No livro “A Dona das Chaves”, de Julita Lemgruber e Anabela Paiva, tal fato é retratado quando uma detenta de nome Jessie descobre sua gravidez na prisão e sofre com a falta de atenção do Estado. O atendimento do Desipe (Departamento do Sistema Penitenciário) era precário. Jessie não fez pré-natal e necessitou de ajuda de amigos para o custeio de atendimento médico e da ajuda de uma química da Santa Casa para a realização de exames.

Um ponto que deve ser abordado e que é de extrema importância, é o fato de que o sistema prisional não foi projetado, nem construído para as mulheres, desde sua criação, não foi pensado levando em consideração as particularidades da mulher. A aplicação da pena, de perda da liberdade, enseja toda uma discussão de como deveriam ser os locais para manter a detenta.

O cárcere feminino, desde os primórdios, foi pensado como uma forma de punição dos pais e maridos para a mulheres, além da forma de controle social, como destaca Soraia Mendes:<sup>94</sup>

[...] Além do controle do casamento, os conventos também serviam para resolver o problema das mulheres “desviantes”. Ou seja, de insubmissas, que tentavam escapar à autoridade de pais e maridos rejeitando as normas de conduta que lhes eram impostas [...].

Os debates sobre essa questão orbitam em torno das edificações, quem deveria gerir estes espaços, como tratar as presas nesse período. Experiências são feitas e questionadas, dentro desse cenário, fazendo surgir as primeiras prisões

---

<sup>94</sup> MENDES, Soraia da Rosa, **(Re)pensando a criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista**. Brasília: UNB, 2012. p.178



destinadas somente às mulheres. São locais administrados, no início, por congregações religiosas, como aduz Soraia Mendes:<sup>95</sup>

[...] A administração penitenciária feminina sob a coordenação de ordens religiosas foi algo recorrente até meados do século XX, o que corrobora o entendimento de que a noção de crime, criminoso e pena não se coadunam com o processo de transformação econômica que vem do século XVI até praticamente nossos dias. Para as mulheres há algo mais [...].

[...] Ao lado das penitenciárias instituídas a partir do início do século XX, também estavam em funcionamento o que poderia, em suas palavras, chamar de “casas de depósitos, que incluíam não só prisões para mulheres julgadas ou sentenciadas, mas também casas correccionais que abrigavam esposas, filhas, irmãs e criadas de homens e classe média e alta que buscavam castiga-las ou admoestá-las [...].

Nesse sentido, percebe-se que o sistema prisional, no mundo, foi criado e desenvolvido por homens e para os homens, como destacam Clarisse Nunes Maia, Flávio de Sá Neto, Marcos Costa e Marcos Luiz Bretas:<sup>96</sup>

“Talvez a única inovação implementada nos países latino-americanos, durante a segunda metade do século XIX, tenha sido a abertura de prisões e casas de correção para mulheres. Em geral, as presas eram detidas em cárceres concebidos especialmente para homens, o que criava complicações evidentes para os administradores e gerava um sem número de abusos e problemas para as próprias mulheres. A iniciativa de criar centros de detenção femininos não provinha, geralmente, das autoridades do Estado nem dos reformadores das prisões, mas de grupos filantrópicos e religiosos.”

Os registros apresentados por Soraia Mendes só fortalecem a fundamentação de que discriminação e ausência de direitos sempre vigoraram:<sup>97</sup>

[...] Mulheres sempre foram vítimas de penas públicas e privadas, de castigos, de critérios de condenação jurídicos e extrajurídicos fundados no papel de gênero que deveriam representar [...]

---

<sup>95</sup> *Ibidem*. p 182

<sup>96</sup> MAIA, Clarissa Nunes; NETO, Flávio de Sá; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz, **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2017, v.1. p. 28

<sup>97</sup> MENDES, Soraia da Rosa, **(Re)pensando a criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista**. Brasília: UNB, 2012. p 182



Quando se pesquisa, tendo por foco, a narrativa social da mulher, atenta-se para processos secundários, visto que o ator principal, neste contexto, é o homem, principalmente, quando ela foge do papel convencionado pela arcaica sociedade, que é a sua atuação no âmbito privado, para atuar como protagonista de crimes. O panorama mundial nos séculos XIX e XX, em relação ao encarceramento feminino, dá ensejo a debates sobre o que fazer com a mulher condenada à reclusão. O espaço, a estrutura destinada aos detentos do sexo masculino serve como acolhimento para as mulheres? No século XX surgiram presídios femininos no Brasil, sendo o primeiro deles o Presídio de Mulheres em São Paulo, em 1941, e a Penitenciária Feminina no Rio de Janeiro em 1942, porém ainda hoje os presídios mistos imperam no país, mais uma vez trazendo descaso as particularidades femininas.<sup>98</sup>

As violações com as mulheres começam, quando suas particularidades não são atendidas, quando não há estrutura física adequada nos estabelecimentos prisionais, nem o fornecimento de produtos de higiene pelo Estado como, por exemplo, absorvente para as mulheres utilizarem no período menstrual ou após o parto.

Sendo assim, uma das formas de amenizar as atrocidades vivenciadas cotidianamente pelas ingressas no sistema prisional seria o Estado, fomentador de políticas públicas, criar tais prerrogativas voltadas para o universo feminino para que assim, algumas de suas especificidades sejam respeitadas e concretizadas. Portanto, deve-se promover políticas públicas voltadas para a realidade prisional das mulheres.<sup>99</sup>

Alguns avanços, apesar de lentos, já podem ser vistos no âmbito do Executivo Federal. O DEPEN, por meio da Diretoria de Políticas Penitenciárias, no

---

<sup>98</sup> SANTOS, Jahyra Helena P. dos; SANTOS, Ivanna Pequeno dos. **Prisões**: um aporte sobre a origem do encarceramento feminino no Brasil. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c76fe1d8e0846243>>. Acesso em 22 maio 2020

<sup>99</sup> CURY, Jessica Santiago, MENEGAZ, Marina Lima. **Mulher e o cárcere**: uma história de violência, invisibilidade e desigualdade social. Florianópolis, 2017. Disponível em: [http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499469506\\_ARQUIVO\\_ArtigoFazend oGenero- enviar.pdf](http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499469506_ARQUIVO_ArtigoFazend oGenero- enviar.pdf). Acesso em: 26 maio 2020



início do ano de 2014, publicou a portaria interministerial MJ SPM nº 210, de 16 de janeiro de 2014, que instituiu a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional – PNAMPE.<sup>100</sup>

O PNAMPE surgiu dos encontros nacionais, workshops e reuniões de trabalho, coordenados pela Comissão Especial do Projeto Mulheres, com a participação de representantes dos órgãos estaduais de administração prisional, bem como pelo grupo de trabalho interministerial, que é composto por onze ministérios. Tal política nacional está em consonância com as Regras de Bangkok e está voltado a melhoria da situação do sistema penitenciário feminino.<sup>101</sup>

A ausência de efetivas ações governamentais no sistema prisional feminino traz consequências trágicas para estas mulheres. Mas, o que se deve entender é que a falta de compromissos com os princípios dos direitos humanos nesse sistema afeta toda uma sociedade, pois o ciclo se torna vicioso, haja vista que a mãe é encarcerada, fica longe do filho, o filho cresce sem suporte familiar. Muitas das vezes expondo essa criança vulnerável aos tentáculos do crime, que tempo depois poderá reproduzir a história de sua mãe ao ser preso por algum delito.

Por isso, faz-se necessário pensar em novos caminhos contrários ao aprisionamento, baseados em um suporte social, como uma forma de frear o aumento do encarceramento observado no Brasil e as várias formas de violências sofridas pelas presas, pois, conforme visto, o cárcere não atua para a diminuição da delinquência e violência, mas sim como propagador de violações de direitos. Por isso, deve-se analisar que a prisão domiciliar não é só um direito da mulher grávida, como também uma necessidade para seu filho e sua proteção integral, como determina a Constituição Federal.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> MISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Projeto mulheres**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/mulheres-1>. Acesso em: 21 maio 2020

<sup>101</sup> OLIVEIRA, Bruno Rodrigues de. **Mulheres Encarceradas: Longe dos Olhos do Poder**. IDP, Brasília, jun.2017. p.54

<sup>102</sup> CURY, Jessica Santiago, MENEGAZ, Marina Lima. **Mulher e o cárcere: uma história de violência, invisibilidade e desigualdade social**. Florianópolis, 2017. Disponível em:





Com tudo isso observa-se que além dos direitos das mulheres serem violados, ao negar a possibilidade de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, o julgador está ferindo o direito da criança de ter um ambiente familiar adequado. Portanto, visando solucionar o problema encontrado na violação desses direitos, a melhor maneira seria a concessão de substituição da prisão preventiva.

A concessão da prisão domiciliar não torna a detenta impune, mas garante aos filhos o direito do convívio familiar e materno, de um ambiente saudável e estruturado, pois são as crianças que tem o direito e não a mãe.

## CONCLUSÃO

Após a realização de análise da situação cotidiana das mulheres encarceradas, pode-se perceber que a maioria dessas mulheres privadas da liberdade são gestantes ou mães. Em sua maioria são mulheres pobres, desempregadas, vulneráveis, com famílias desestruturadas e que não oferecem risco à sociedade, pois um grande número dessas está em situação de recolhimento, por terem cometido delitos sob influência de seus companheiros.

A partir da análise dos direitos e garantias das mulheres gestantes e mães privadas da liberdade, em estabelecimento prisional, foi possível constatar, de forma cristalina, a violação a esses direitos, principalmente os direitos relacionados à saúde e a proteção delas.

Começando pelos espaços físicos dos estabelecimentos prisionais é evidente que são extremamente descuidados, as celas são pequenas e úmidas, tornando-se um ambiente propício para a proliferação de insetos e doenças; a alimentação é precária e por muitas vezes são oferecidos alimentos estragados, azedos; não há também materiais básicos de higiene, sendo um ambiente totalmente insalubre para qualquer ser humano.



Quanto aos direitos das mulheres gestantes de fazerem exames de acompanhamento gestacional, com profissionais de saúde, e as mulheres lactantes de amamentarem seus filhos, nos primeiros meses de vida, estes são desrespeitados e até não cumpridos, contrariando a legislação vigente sobre o tema.

Mesmo que a mãe encarcerada tenha o direito de permanecer com seu filho durante o período de amamentação, sabe-se que o estabelecimento prisional é um local inadequado para eles, o que acaba levando a consequências graves a saúde física e emocional.

No que se refere à legislação, que trata dos direitos das mulheres encarceradas, percebe-se que as normas legais, além de não serem aplicadas, pela falta de estrutura ou pela impossibilidade de ser efetivada, carecem de uma atenção mais específica relacionada às características inerentes das mulheres.

As condições, as necessidades das mulheres encarceradas, principalmente quanto a saúde, devem ser levadas em consideração para determinar ações e políticas públicas a serem realizadas. Quando não se leva em consideração essas características, além da violação de seus direitos, afeta toda a estrutura do sistema prisional.

Mas, merecem reconhecimento, as medidas que vêm sendo tomadas, com o objetivo de melhorar as condições estruturais visando a proteção de saúde das mulheres gestantes e mães, tanto no Poder Judiciário como no Poder Legislativo, onde foram editadas leis voltadas para as melhorias nos presídios femininos.

O Supremo Tribunal Federal, após o julgamento do *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641/SP, concedeu as mulheres gestantes e mães de filhos menores de 12 anos, sob sua responsabilidade ou com deficiência física ou psíquica, em prisão preventiva o direito de prisão domiciliar. Ocorre, que a aplicação dessa decisão carece de uma unidade de compreensão pelos juízes, principalmente em se tratando da audiência de custódia.



Além do *Habeas Corpus* nº 143.641/SP, há também a Lei nº 13.769/2018 que incluiu no Código de Processo Penal, a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar de mulheres gestantes e mães, garantindo ainda mais o direito dessas mulheres.

Por fim, o efetivo cumprimento dessas medidas é um desafio para a sociedade brasileira em fazer cumprir as determinações legais. Deve ser um esforço conjunto dos operadores do Direito, para se ter uma integral efetivação e o devido respeito à dignidade da pessoa humana, além de melhores condições de vida e melhores condições dentro do estabelecimento prisional. A ressocialização deve ser essencial, não só para prevenir a criminalidade, como também gerar condições que recuperem a dignidade perdida.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Milena Branco; SOUZA, Gabriel Vinicius de; TEOTÔNIO, Paulo José Freire. **A realidade do encarceramento feminino e a invisibilidade de mulheres grávidas no sistema prisional**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74383/a-realidade-do-encarceramento-feminino-e-a-invisibilidade-de-mulheres-gravidas-no-sistema-prisional>. Acesso em: 18 nov. 2019.

ARAÚJO, Glauco. Recém-nascido fica em cela com mãe que foi presa pouco antes de dar à luz em São Paulo. **G1 SP**, São Paulo, 14 fev. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/rece-m-nascido-fica-em-cela-com-mae-que-foi-presa-pouco-antes-de-dar-a-luz-em-sp.ghtml>. Acesso em: 22 maio 2020

BALBUGLIO, Viviane. Questão de gênero na audiência de custódia. **Instituto Terra, Trabalho e Cidadania**, 05 set. 2014. Disponível em: <http://ittc.org.br/questao-de-genero-na-audiencia-de-custodia/>. Acesso em: 27 jan. 2020

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.



BOEHM, Camila. Agência Brasil - EBC. **Pesquisa mostra que gestantes presas não conseguem prisão domiciliar**. 04 de set. de 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-09/pesquisa-mostra-que-gestantes-presas-nao-conseguem-prisao>. Acesso em: 28 jan. 2020.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. **Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro**. Disponível em: [https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2015/12/16\\_SUR-22\\_PORTUGUES\\_ANA-GA\\_BRIELA-MENDES-BRAGA\\_BRUNA-ANGOTTI.pdf](https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2015/12/16_SUR-22_PORTUGUES_ANA-GA_BRIELA-MENDES-BRAGA_BRUNA-ANGOTTI.pdf). Acesso em: 28 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 29 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 10 mar. 2020

BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm). Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 26 maio 2020.

BRASIL. **Lei 8.072, de 25 de julho de 1990**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm). Acesso em: 11 mar. 2020.

BRASIL. **Regras de Bangkok, 22 de julho de 2010**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

BRASIL. **Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos**; 31 de agosto de 1955. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administração-da-Justiça.-Proteção-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Proteção-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>. Acesso em: 27 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 143.641/SP**. Relator Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em:



<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADPF 347 MC/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 10.269/2018**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2175798>). Acesso em: 10 mar. 2020.

CARVALHO, Grasielle Borges Vieira de; RAMOS, Julia Meneses da Cunha. Maternidade no cárcere: desafios do sistema carcerário brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 39, p. 240-260, dez. 2018.

CERNEKA, Heidi Ann. Homens que menstruam. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 06, n. 11, p. 61-78, jan./jun. 2009.

CRECHE garante direitos de recém-nascidos no sistema prisional, Curitiba, 09 dez. 2019. Disponível em: <http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=104990&tit=Creche-garante-direitos-de-recem-nascidos-no-sistema-prisional>. Acesso em: 14 maio 2020.

CURY, Jessica Santiago, MENEGAZ, Marina Lima. **Mulher e o cárcere: uma história de violência, invisibilidade e desigualdade social**. Florianópolis, 2017. Disponível em: [http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499469506\\_ARQUIVO\\_ArtigoFazendoGenero-enviar.pdf](http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499469506_ARQUIVO_ArtigoFazendoGenero-enviar.pdf). Acesso em: 26 maio 2020.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCRIM, 2004, p.149.

GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

GRINCHPUM, A. P. L.; MARTINS, V. L. **Sistema prisional brasileiro: o contexto vivenciado pelas mulheres no meio carcerário**. In: JORNADA DE PESQUISA E VIII JORNADA DE EXTENSÃO DO CURSO DE DIREITO DA FAMES, 9., 2016: Santa Maria, RS. Anais. Santa Maria: FAMES, 2016.

LEAL, Maria do Carmo. Et al. **Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil**. Disponível em:



[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232016000702061&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000702061&lng=en&nrm=iso&tlng=pt). Acesso em: 28 jan. 2020.

LEMGRUBER, Julita, PAIVA, Anabela. **A dona das chaves**: uma mulher no comando das prisões do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro; São Paulo: Record, 2010.

LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos**: análise sociológica de uma prisão de mulheres. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MAIA, Clarissa Nunes; NETO, Flávio de Sá; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz, **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2017. v. 1.

MARCASSI, Rafaela Balero. **Gravidez e maternidade no sistema penitenciário brasileiro**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52956/gravidez-e-maternidade-no-sistema-penitenciario-brasileiro>. Acesso em: 19 nov. 2019.

MELLO, Daniela Canazaro de. **A prisão feminina: gravidez e maternidade – um estudo da realidade de Porto Alegre – RS/Brasil e Lisboa/Portugal**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito. Porto Alegre: Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2014.

MENDES, Soraia da Rosa. **(Re)pensando a criminologia**: Reflexões Sobre um Novo Paradigma desde a Epistemologia Feminista. Brasília: UNB, 2012.

MILITÃO, Lisandra Paim; KRUNO, Rosimery Barão. Vivendo a Gestação Dentro do Sistema Prisional. **Revista da Saúde**, Santa Maria, v. 40, n. 1, jan./jul. 2014.

MULHERES em Prisão. Disponível em: <http://mulheresemprisao.org.br/>. Acesso em: 26 maio 2020.

PARANÁ. Ministério Público do Estado do Paraná. **Centro de apoio operacional das promotorias**. Disponível em: [http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo\\_186\\_Maternidade\\_no\\_carcer\\_e.pdf](http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo_186_Maternidade_no_carcer_e.pdf). Acesso em: 27 jan. 2020.

MISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Projeto mulheres**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/mulheres-1>. Acesso em: 21 maio 2020.

OLIVEIRA, Bruno Rodrigues de. **Mulheres Encarceradas**: Longe dos Olhos do Poder. IDP, Brasília, jun. 2017.



OLIVEIRA, Romão C. **Um olhar sobre o artigo 227 da Constituição Federal**, Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2019/um-olhar-sobre-o-artigo-227-da-constituicao-federal>. Acesso em: 22 maio 2020.

PONTE jornalismo. **Estudo indica a urgência de se desencarcerar as mulheres**. 10 mar. 2017. Disponível em: <http://carceraria.org.br/estudo-indica-a-urgencia-de-se-desencarcerar-as-mulheres.html>. Acesso em: 28 jan. 2020.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.

RELATÓRIO sobre mulheres privadas de liberdade: junho 2017. Brasília: DEPEN. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf). Acesso em: 28 jan. 2020.

RODRIGUES, Amanda; CASARIN, Ana; MAESTRO, Irene. **Marco legal e desencarceramento de mulheres**: Audiência de Custódia. Disponível em: <http://ittc.org.br/marco-legal-mulheres-custodia/>. Acesso em: 28 jan. 2020.

SANTOS, Jahyra Helena P. dos; SANTOS, Ivanna Pequeno dos. **Prisões**: um aporte sobre a origem do encarceramento feminino no Brasil. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c76fe1d8e0846243>. Acesso em: 22 maio 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVESTRIN, Sara Helena Piccoli. **As violações aos direitos das mulheres mães e gestantes nas penitenciárias femininas brasileiras**. Trabalho de conclusão de curso, Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ.

STEVENS, Cristina; OLIVEIRA, Susane; ZANELLO, Valeska; SILVA, Edlene; PORTELA, Cristane. **Mulheres e violências interseccionalidades**, Brasília, DF: Technopolitik, 2017.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.



THOMÉ, Clarissa. Presa dá à luz dentro de solitária: Diretora de penitenciária é afastada, **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 26 out. 2015. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,presa-da-a-luz-dentro-de-solitaria-em-penitenciaria-do-rio,1786404>. Acesso em: 22 maio 2020.

VARELLA, Dráuzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015**: homicídio de mulheres no Brasil. Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais. Brasília, 2015. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf). Acesso em: 26 maio 2020.





# (IN)EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI Nº 11.340/2006 NA PREVENÇÃO DO FEMINICÍDIO

Fernanda Bispo Torres

## RESUMO

O presente artigo analisa as medidas protetivas da Lei nº 11.340/2006, seu histórico, conceito, as espécies previstas na lei, características, e as que são mais comumente utilizadas. Questiona a eficácia de tais medidas na prevenção dos crimes de feminicídio. Para isso, colhe-se a opinião de operadores do Direito a respeito do assunto, a fim de se concluir pela eficácia das medidas protetivas.

**Palavras-chave:** Artigo Científico. Medida protetiva. Eficácia. Feminicídio.

## INTRODUÇÃO

O feminicídio, caracterizado como homicídio praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, previsto no artigo 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal, é tema que tem ganhado repercussão nos dias atuais, em razão de frequente ocorrência no cenário brasileiro noticiada pela mídia.

Diante de tais fatos, é gerado um questionamento acerca da eficiência da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), vigente no país, criada com o intuito de impedir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher - sendo esta uma das hipóteses do crime de feminicídio, conforme artigo 121, § 2º-A, inciso I, do Código Penal - mais especificamente, acerca da eficiência das medidas protetivas trazidas pela mencionada Lei, tais como se as mulheres estão sendo verdadeiramente protegidas, e onde reside o problema, se presente na Lei nº 11.340/2006, se reside na aplicação deficiente da Lei, ou se os mecanismos existentes para combater tais



condutas não mais se revelam suficientes, sendo necessário buscar novas soluções, para além do Direito.

Assim, para melhor compreender acerca das medidas protetivas, o primeiro capítulo deste artigo realiza um breve histórico a respeito da Lei nº 11.340/2006, que é o diploma legal que prevê as medidas protetivas, e traz o conceito, as espécies existentes e quais são as mais comuns.

No segundo capítulo são apresentadas as opiniões de operadores jurídicos que atuam no âmbito do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher e na Vara do Tribunal do Júri em relação a eficiência das medidas protetivas no combate ao crime de feminicídio, analisados os pontos de dissenso e consenso entre as opiniões.

O terceiro capítulo aborda as deficiências e funcionalidades das medidas protetivas, tais como a aproximação da vítima com o agressor durante a vigência destas ou a revogação devido ao chamado ciclo da violência, a estrutura de atendimento às vítimas ser insuficiente para a demanda etc

E por fim, no quarto capítulo são apresentadas maneiras de aprimorar as medidas protetivas, tais como o investimento na educação de crianças, para que estas aprendam desde cedo a equidade de gênero entre homens e mulheres, e esse ensinamento seja repassado de geração em geração; educação das famílias, através de campanhas simples e rápidas transmitidas por meio de redes sociais muito utilizadas no cotidiano, ou até mesmo, como pano de fundo de novelas, que possuem alta audiência etc.

A metodologia adotada quanto ao tipo de pesquisa do presente artigo é bibliográfica, haja vista a utilização de doutrina, legislação e jurisprudência e ainda, há pesquisa de campo, em que há entrevista a 3 operadores jurídicos atuantes nas temáticas de violência doméstica e feminicídio.



## 1 MEDIDA PROTETIVA

As medidas protetivas, disciplinadas na Lei nº 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, constituem um meio para prevenção e impedimento da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme o artigo 1º, da Lei nº 11.340/2006.<sup>1</sup>

As medidas protetivas de urgência, previstas nos artigos 18 a 24 da Lei nº 11.340/2006, e a criação dos juzizados especializados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher são considerados as principais inovações da Lei Maria da Penha, tendo em vista que anteriormente à entrada da Lei nº 11.340/2006, o magistrado encontrava-se muito limitado em sua tentativa de proteção da mulher,<sup>2</sup> em razão da maioria dos atos de violência praticados contra esta, tais como ameaças, lesões corporais, perturbação da tranquilidade dentre outros, serem de competência dos Juzizados Especiais Criminais, onde aplica-se a Lei nº 9.099/1995, que traz em seu bojo o objetivo da conciliação, a qual dificulta o atendimento da mulher em suas necessidades psicossociais.<sup>3</sup>

Além disso, a Lei nº 9.099/1995 praticamente impedia a prisão em flagrante do agressor, enquanto a Lei Maria da Penha fortaleceu a possibilidade da prisão preventiva, independentemente dos motivos gerais previstos no Código de Processo Penal (CPP), inclusive para assegurar a eficácia das medidas protetivas de urgência.<sup>4</sup>

As medidas protetivas possibilitaram ampliar o alcance de proteção da mulher, expandindo o sistema de prevenção e combate à violência, e fornecer ao juiz uma margem de atuação para que possa decidir por uma ou outra medida protetiva,

---

<sup>1</sup> BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Lei Maria da Penha. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 26 abr. 2020

<sup>2</sup> BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero.** 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 185

<sup>3</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **A grande causa da violência [contra a mulher] está no machismo estruturante da sociedade brasileira.** 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/entrevistas/2019/a-grande-causa-da-violencia-contra-a-mulher-esta-no-machismo-estruturante-da-sociedade-brasileira>. Acesso em: 26 abr. 2020

<sup>4</sup> Ibidem



conforme a necessidade exigida pela situação. Além disso, foi assegurado ao magistrado utilizar-se de dispositivos de variadas áreas do Direito, uma vez que a Lei contempla, na parte referente às medidas protetivas de urgência, instrumentos de caráter civil, trabalhista, previdenciário, administrativo, penal e processual. Por essa razão, diz-se que a Lei Maria da Penha é heterotópica, ou seja, prevê em seu bojo dispositivos de diversas naturezas jurídicas.<sup>5</sup>

As principais características das medidas protetivas de urgência encontram-se nos artigos 18 a 20 da Lei nº 11.340/2006. Além disso, dividem-se em duas espécies, quais sejam: as que obrigam o autor da agressão, previstas no artigo 22 e as que são dirigidas à proteção da vítima e seus dependentes, previstas nos artigos 23 e 24.<sup>6</sup>

## 1.1 Origem

As mortes violentas de mulheres por razões de gênero, hoje denominadas como feminicídios, representam um fenômeno global, sendo toleradas por parte de governos e da própria sociedade, cujos costumes e tradições consideram natural, sob a justificativa de constituírem práticas pedagógicas atribuídas aos homens de punição das mulheres da família ou o tratamento das mulheres como objetos sexuais e descartáveis.<sup>7</sup>

Segundo Diana Russel, socióloga e feminista anglo-saxã, a dominação patriarcal configura-se como o panorama capaz de explicar a situação estrutural de desigualdade que inferioriza e subordina as mulheres aos homens, nutre os sentimentos de controle e posse sobre o corpo feminino, e justifica o sentimento de

---

<sup>5</sup> BIANCHINI op. cit. p. 185-186

<sup>6</sup> BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 186

<sup>7</sup> ONU MULHERES. **Diretrizes nacionais feminicídio**: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília: Enap. 2016. p. 13. Disponível em: <https://exposicao.enap.gov.br/items/show/267>. Acesso em: 26 abr. 2020



menosprezo pela condição social feminina, sendo tais sentimentos a causa dessas mortes.<sup>8</sup>

Foi a atuação de movimentos de mulheres e feministas, em contextos nacionais e internacional, a partir dos anos 1980, que contribuiu para que o tema da violência contra as mulheres fosse discutido no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. A partir desse momento, as diferentes formas de expressão da violência baseada no gênero ganharam visibilidade, sendo tratadas como problema social e violação aos direitos humanos. Apesar de terem sido registrados significativos avanços nas décadas seguintes nos campos político, legal e social, as mudanças necessárias para uma vivência das mulheres sem violência ainda ocorrem de forma lenta.<sup>9</sup>

No Brasil, na década de 1980, com a ocorrência de homicídios de mulheres, estes tornaram-se modelo da violência contra elas e ao mesmo tempo a bandeira de luta dos movimentos de mulheres e feministas. As primeiras denúncias realizadas referiam-se ao fato de órgãos de justiça e da sociedade tolerarem crimes que envolviam casais, nomeados como ‘crimes passionais’ e beneficiarem os autores, sob o fundamento de “legítima defesa da honra”.<sup>10</sup>

A título de exemplo, existe um caso emblemático de crime envolvendo relação íntima de afeto, ocorrido em 30 de dezembro de 1976, na cidade de Búzios, no litoral do Rio de Janeiro, ocasião em que Doca Street assassinou Ângela Diniz, gerando o término de um relacionamento de quatro meses. Segundo depoimentos que foram colhidos à época, Doca era sustentado financeiramente por Ângela e as discussões entre o casal eram frequentes.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> COPELLO, 2012 apud ONU MULHERES. **Diretrizes nacionais feminicídio**: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília: Enap. 2016. p. 19. Disponível em: <https://exposicao.enap.gov.br/items/show/267>. Acesso em: 26 abr. 2020

<sup>9</sup> ONU MULHERES op. cit. p. 13

<sup>10</sup> ONU MULHERES. **Diretrizes nacionais feminicídio**: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília: Enap. 2016. p. 14. Disponível em: <https://exposicao.enap.gov.br/items/show/267>. Acesso em: 26 abr. 2020

<sup>11</sup> Ibidem, p. 24



No dia do crime, após uma dessas discussões, Ângela teria exigido que Doca fosse embora de sua casa, fato este gerou inconformismo dele, logo, regressou ao local e a matou. Em outubro de 1979, no julgamento do acusado pelo Tribunal do Júri, a Defesa utilizou o argumento da legítima defesa da honra, sob o fundamento de que o acusado teria sido ultrajado por Ângela, que teria um relacionamento homossexual, hipótese esta que jamais chegou a ser comprovada. Os jurados acolheram o argumento da Defesa e o acusado foi condenado a uma pena de 2 anos de reclusão, com direito ao benefício da suspensão condicional da pena.<sup>12</sup>

Diante de tal decisão, o Ministério Público e o assistente de acusação quedaram-se inconformados e recorreram, contando com o apoio do movimento de mulheres, que realizou protestos e manifestação na frente do Fórum durante julgamento. Em novembro de 1981, Doca Street foi novamente levado a Júri. A Defesa se utilizou do mesmo argumento da legítima defesa da honra, entretanto a tese da acusação foi acolhida dessa vez pelos jurados e Doca Street foi condenado à pena de 15 anos de reclusão.<sup>13</sup>

O argumento da “legítima defesa da honra” é exemplo da convivência social e da justiça com esses crimes, que detém sentimento conservador de proteção da família e do casamento, caracterizando o comportando violento como atos isolados na vida do acusado, tendo em vista que geralmente é um homem de caráter ilibado e portador dos melhores atributos na vida privada - é um bom pai, um bom filho etc. - e na vida pública - é trabalhador etc. Consequentemente, o crime era tratado como de natureza íntima, episódico, encerrado no espaço privado, sem representar um perigo para a ordem social, dificultando as tentativas de criminalização e intervenção da justiça.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Ibidem

<sup>13</sup> Ibidem

<sup>14</sup> ONU MULHERES. **Diretrizes nacionais feminicídio**: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília: Enap. 2016. p. 24-25. Disponível em: <https://exposicao.enap.gov.br/items/show/267>. Acesso em: 26 abr. 2020



Posteriormente, seguindo o movimento internacional, foi registrada significativa mudança na conscientização da sociedade sobre a gravidade dessas situações com crescente denúncia da violência contra as mulheres.<sup>15</sup>

Desde os anos 1980, e por pouco mais de duas décadas, as iniciativas governamentais objetivadas ao combate da violência contra as mulheres continuaram sendo desenvolvidas de forma segmentada e com baixa institucionalidade, tendo como resultado respostas pouco efetivas e eficazes para prevenção da violência e proteção das mulheres.<sup>16</sup>

Somente a partir da criação da Secretaria Especial de Políticas para Mulheres da Presidência da República, em 2003, que o país passou a ter uma Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, com abordagem integral, intersetorial, multidisciplinar, transversal e capilarizada, desenvolvidas de forma articulada e colaborativa entre os poderes da República e os entes federativos.<sup>17</sup>

A Lei nº 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, criada com a finalidade de cessar e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher e sancionada em 7 de agosto de 2006, caracteriza mais um relevante progresso dessa década no que se refere aos direitos das mulheres e um marco das lutas feministas no Brasil, obtendo o reconhecimento das Nações Unidas como uma das legislações mais avançadas do mundo no tratamento dessa matéria.<sup>18</sup>

O Direito Internacional dos Direitos Humanos vem estabelecendo normas e padrões que inserem obrigações aos Estados de prevenir, investigar, punir e reparar as violações praticadas contra homens e mulheres. Com relação aos direitos humanos das mulheres, a CEDAW (1979) e a Convenção de Belém do Pará (1994) recomendam a incorporação de medidas que promovam os direitos das mulheres,

---

<sup>15</sup> Ibidem, p. 14

<sup>16</sup> Ibidem

<sup>17</sup> Ibidem

<sup>18</sup> UNIFEM, 2009 apud ONU Mulheres. **Diretrizes nacionais feminicídio:** investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília: Enap. p. 14. Disponível em: <https://exposicao.enap.gov.br/items/show/267>. Acesso em: 26 abr. 2020



dentre elas, as mudanças legislativas e o cumprimento estrito do dever de devida diligência, pelos Estados que assinaram e ratificaram as convenções.<sup>19</sup>

Entre 2007 e 2013, 14 países incorporaram mudanças legislativas para punir e coibir as mortes violentas de mulheres em razão de gênero, que segundo Vílchez, se distinguem em relação a: forma de nomear essas mortes – alguns países adotaram a expressão femicídio, enquanto outros utilizam feminicídio –, as condutas criminosas abrangidas pelas leis – alguns são considerados mais restritivos por tratarem apenas das mortes em âmbito de relações afetivas, os “femicídios íntimos”, outros tratam de forma ampla os crimes de ódio e menosprezo contra as mulheres ocorridos nos espaços público e privado –, e quanto à política criminal, uma vez que alguns países optaram por criar leis especiais, enquanto outros optaram pelas reformas nos códigos penais, sendo identificadas três modalidades de mudança: o femicídio/feminicídio como tipo autônomo, como agravante do homicídio simples ou a modificação do crime de parricídio.<sup>20</sup>

No Brasil, a mudança legislativa ocorreu em 9 de março de 2015, ocasião em que a então Presidenta da República, Dilma Rousseff, sancionou a Lei nº 13.104/2015, que altera o Código Penal Brasileiro, trazendo a previsão do feminicídio como uma das circunstâncias qualificadoras do homicídio, conforme disposto no artigo 121 do Código Penal (1940), além de incluir o feminicídio como crime hediondo, previsto no artigo 1º da Lei nº 8.072/1990.<sup>21</sup>

Com a nova legislação, o feminicídio é previsto no artigo 121, §2º, inciso VI, do Código Penal e se refere ao “crime praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino”, assim considerados atos que envolvam “I - violência

---

<sup>19</sup> MODELO DE PROTOCOLO, 2014; VÍLCHEZ 2012 apud ONU MULHERES. **Diretrizes nacionais femicídio:** investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília: Enap. 2016. p. 23. Disponível em: <https://exposicao.enap.gov.br/items/show/267>. Acesso em: 26 abr. 2020

<sup>20</sup> ONU MULHERES. **Diretrizes nacionais femicídio:** investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília: Enap. 2016. p. 13. Disponível em: <https://exposicao.enap.gov.br/items/show/267>. Acesso em: 26 abr. 2020

<sup>21</sup> Ibidem. p. 28





doméstica e familiar e II - por menosprezo ou discriminação à condição de mulher”, conforme inciso VI, § 2ºA, do mencionado artigo.<sup>22</sup>

O novo tipo penal também prevê o aumento de pena de um terço até a metade, se o crime for praticado sob uma das hipóteses do §7º, do artigo 121, do Código Penal, conforme redação dada pela Lei nº 13.771/2018.<sup>23</sup>

## 1.2 Conceito

Medidas protetivas são compreendidas como aquelas que visam garantir que a mulher possa atuar livremente ao optar pela procura de amparo estatal e jurisdicional, em desfavor de seu ofensor. Entretanto, para que o Estado possa agir e dar a concessão dessas medidas, se faz necessária a comprovação da prática de comportamento que importe violência contra a mulher, a partir das relações domésticas ou familiares dos envolvidos.<sup>24</sup>

Conforme jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), as medidas protetivas são tutelas de urgência previstas na Lei nº 11.340/2006 com a finalidade de salvaguardar a integridade física, psicológica e patrimonial da vítima de violência doméstica.<sup>25</sup>

A título de exemplo, há jurisprudência do TJDFT no sentido de deferimento da prorrogação de medida protetiva, a pedido da vítima, que é genitora do reclamante, sob o fundamento de que houve a demonstração de fundados indícios de cometimento de ilícito penal bem como da grave situação de perigo causado pelo

---

<sup>22</sup> Ibidem

<sup>23</sup> ONU MULHERES. **Diretrizes nacionais feminicídio**: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília: Enap. 2016. p. 28. Disponível em: <https://exposicao.enap.gov.br/items/show/267>. Acesso em: 26 abr. 2020

<sup>24</sup> CAMPOS, Beatriz Araújo. **Projeto**: violência doméstica. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019. p. 16. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/13353>. Acesso em: 26 abr. 2020

<sup>25</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Territórios (3. Turma Criminal). **Acórdão n. 1074073**. Processo Penal. Reclamação. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Medidas protetivas deferidas antes de ouvir o ofensor. Risco iminente. Perigo na demora. Demonstrados. Possibilidade. Suspensão da medida protetiva de afastamento do lar por ausência de risco. Não configurada. Reclamação improcedente. Relator Des. Demetrius Gomes Cavalcanti, data de julgamento: 08/02/2018, publicado no DJe: 16/02/2018



requerido no caso dos autos, uma vez que a vítima vive subjugada à vontade do reclamante, o ofensor, o qual frequentemente a agride, vive às suas expensas, obrigando-a a custear todas as suas despesas e, ainda, nos últimos anos, as referidas agressões se intensificaram em razão do uso constante de drogas. Por esse motivo, o juiz entendeu necessário a prorrogação da medida de afastamento do lar para que a vítima pudesse retornar à casa de sua propriedade sem a presença do reclamante. Ou seja, verificada a demonstração de risco iminente e perigo na demora, a medida protetiva foi deferida antes da oitiva do ofensor, para a proteção da vítima de violência doméstica.<sup>26</sup>

A Lei Maria da Penha, que prevê as medidas protetivas, requer como pressuposto para sua incidência, que a violência doméstica e familiar contra a mulher decorra de: (a) ação ou omissão baseada no gênero; (b) no âmbito da unidade doméstica, familiar ou relação de afeto; decorrendo daí (c) morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, cuja definição de gênero sobre o qual baseada a conduta, decorre do equivocado entendimento do sujeito ativo de possuir ‘direitos’ sobre a mulher ou de que ela lhe pertence, restando evidenciada a vulnerabilidade da vítima em razão da redução ou nulidade da autodeterminação, caracterizando-se, assim, conduta baseada no gênero para efeitos da Lei nº 11.340/2006, segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).<sup>27</sup>

No mesmo sentido, conforme jurisprudência do TJDF, a Lei Maria da Penha não abrange toda e qualquer violência contra mulher, ainda que a conduta seja

---

<sup>26</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (3. Turma Criminal). **Acórdão n. 1074073**. Processo Penal. Reclamação. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Medidas protetivas deferidas antes de ouvir o ofensor. Risco iminente. Perigo na demora. Demonstrados. Possibilidade. Suspensão da medida protetiva de afastamento do lar por ausência de risco. Não configurada. Reclamação improcedente. Relator Des. Demetrius Gomes Cavalcanti, data de julgamento: 08/02/2018, publicado no DJe: 16/02/2018

<sup>27</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **HC 349.851/SP**. Penal e Processo Penal. Habeas Corpus substituto de Recurso Ordinário. Estupro de vulnerável. Crime praticado por padrasto contra enteada. Aplicabilidade da Lei Maria da Penha. Caracterização da ação baseada no gênero. Writ não conhecido. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, data de julgamento: 28/11/2017, publicado no DJe: 04/12/2017.



praticada no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação de afeto, é necessário que a conduta seja baseada no gênero, que a agressão expresse posição de dominação do homem, e subordinação da mulher, dessa forma será aplicável a norma do artigo 5º, inciso II, da Lei nº 11.340/2006.<sup>28</sup>

### 1.3 Espécies de medidas protetivas

As medidas protetivas estão dispostas nos artigos 11, 22, 23 e 24, todos da Lei nº 11.340/2006, possuindo natureza jurídica e iniciativas de cumprimento distintas.<sup>29</sup>

- a) Medidas a cargo da autoridade policial: estão dispostas no artigo 11, da referida Lei, são medidas de cunho administrativo, que devem adotadas no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar.<sup>30</sup>

Guilherme Nucci realiza críticas acerca do mencionado dispositivo, no sentido de que não restam dúvidas de que o rol exposto nos incisos I a V do artigo 11, da Lei nº 11.340/2006 tem por finalidade alcançar a melhor proteção possível à mulher vítima da violência doméstica ou familiar, entretanto, diante de determinadas situações, a lei editada serve somente de modelo do que seria o ideal, uma vez que na prática, se encontra distante da realidade.<sup>31</sup>

Com relação ao inciso I, do referido artigo, configura medida a cargo da autoridade policial, quando necessário – e muitas vezes tal situação ocorre – garantir proteção policial à mulher vítima de violência doméstica ou familiar. Entretanto, segundo Nucci, ocorre que não há agentes policiais suficientes nem mesmo para o

<sup>28</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (3. Turma Criminal). **Acórdão 1139536**. Apelação Criminal. Lesão corporal. Violência doméstica. Preliminar de incompetência absoluta do juízo. Improcedência. Autoria e materialidade do crime de lesão corporal demonstradas. Palavra da vítima corroborada por outros elementos de prova. Absolvição. Impossível. Fixação de reparação dos danos morais à vítima. Legitimidade do Ministério Público. Reparação de dano moral na seara criminal. Possibilidade de acordo com julgado do STJ, Tema 983. Relator: Des. Demetrius Gomes Cavalcanti, data de julgamento: 22/11/2018, publicado no DJe: 29/11/2018

<sup>29</sup> AVENA, Norberto. **Processo penal**, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019. p. 875

<sup>30</sup> AVENA, Norberto. **Processo penal**, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 875

<sup>31</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1. p. 1047



patrulhamento de ruas, para a escolta de presos, para a proteção de prédios públicos ou de autoridades ameaçadas, nesse sentido, como se pretende garantir à mulher vítima de violência uma proteção policial eficiente, pessoal, direta e contínua, tendo em vista a falta de estrutura do Estado em sustentar os programas de proteção?<sup>32</sup>

Essa impressão de ruptura entre lei e fato gera, lamentavelmente, o sentimento comum na sociedade brasileira de que leis não servem para nada, brotando, assim, a incômoda sensação de impunidade, fomentadora, muitas vezes, da prática de crimes. Logo, segundo Nucci, haveria o descumprimento ao disposto no art. 11, inciso I, da Lei nº 11.340/2006.<sup>33</sup>

Com relação ao inciso II, do mesmo artigo, o encaminhamento da ofendida ao hospital, posto de saúde e IML já é praxe, dessa forma, a Lei apenas repete o que já é evidente. Quanto ao fornecimento de transporte e abrigo, previsto no inciso III, do mesmo artigo, para a sua concessão é necessária a estrutura do Estado, novamente, uma vez que a autoridade policial não pode criar um lugar para inserir a família vitimizada, e o Estado nem mesmo criou Casas do Albergado, para condenados em regime aberto, quem dirá disponibilizar verbas para esse programa.<sup>34</sup>

Com relação ao inciso IV, do mesmo artigo, que prevê o acompanhamento policial da ofendida para a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar, Nucci considera correto e, embora pareça, pela interpretação literal do dispositivo, ser obrigação pessoal da autoridade policial, o delegado de polícia, tal medida é naturalmente delegável aos agentes de polícia, quais sejam, investigadores, detetives e policiais militares.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 1047

<sup>33</sup> *Ibidem*

<sup>34</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1. p. 1047

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 1047



Finalmente, com relação ao inciso V, a informação à ofendida de seus direitos conferidos por esta Lei é positivo e independe de verba orçamentária, devendo, portanto, ser implementado sem qualquer óbice.<sup>36</sup>

- a) Medidas protetivas de urgência: podem ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conforme artigo 19, da Lei nº 11.340/2006.

Guilherme Nucci destaca uma importante observação, qual seja, a de que a Lei Maria da Penha não traz a possibilidade de o juiz decretar medidas de urgência de ofício, conforme o caso e de acordo com a finalidade da proteção. Nucci acredita que tal situação pode ser sanada pelo poder geral de cautela do juiz, ou seja, conforme a situação concreta, contornando-se a omissão legislativa.<sup>37</sup>

Há jurisprudência do Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais (TJMG) nesse sentido, afirmando que para se requerer quaisquer das medidas protetivas no âmbito de violência doméstica, uma simples representação da vítima, do Ministério Público ou da Autoridade Policial é suficiente, nos termos do artigo 19 da Lei nº 11.340/2006. Entretanto, isso não significa que o deferimento do pleito será imediato, automático, ou muito menos sem um prazo de vigência, devendo diante da omissão do legislador ser adotado o prazo decadencial previsto no artigo 38 do CPP, somente quando inexistir qualquer procedimento criminal correlato. Se não ficar demonstrado nos autos que a suposta vítima de violência doméstica/familiar esteja correndo risco físico, moral ou material, a decisão que deferiu a aplicação de medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha deve ser reformada.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Ibidem

<sup>37</sup> Ibidem, p. 1062

<sup>38</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais (7. Câmara criminal). **Apelação Criminal 1.0024.16.069799-1/001-MG**. Recurso Defensivo – Preliminar de nulidade – Ofensa aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa - Procedimento próprio- Rejeição - Lei 11.340/06 – Medidas protetivas de urgência – Deferimento liminar e confirmação ao final – Atrito familiar – Imóvel ocupado pelos envolvidos – Moradias distintas em um mesmo terreno urbano – Procedimento criminal não requerido – Desconhecimento de tal providência – Não demonstração do “fumus boni iuris” e do “periculum in mora” – Natureza excepcional e cautelar – Lapso temporal já transcorrido – Princípio da razoabilidade e da segurança jurídica – Impossibilidade de perpetuação das medidas - Revogação –



As medidas protetivas de urgência subdividem-se entre aquelas destinadas ao agressor e as destinadas à ofendida.<sup>39</sup>

- a) Medidas protetivas destinadas ao agressor: estão dispostas no artigo 22 da Lei nº 11.340/2006, o qual prevê que se for constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, determinadas medidas protetivas de urgência, entre outras.<sup>40</sup>

Segundo a jurisprudência do STJ, as medidas protetivas previstas no art. 22, incisos I, II e III, da Lei nº 11.340/2006 são de natureza penal, em razão disso, deve ser aplicado o procedimento previsto no Código de Processo Penal. Esse entendimento adveio de determinada situação concreta onde a imposição das medidas protetivas originou-se em requerimento elaborado em procedimento policial em que se apurava a prática de violência doméstica, o que evidencia a natureza criminal.<sup>41</sup>

Por sua vez, as medidas protetivas previstas nos incisos IV e V, possuem natureza civil, relacionam-se, especificamente, com o direito de família, podendo ser requeridas pela ofendida, por intermédio de advogado.<sup>42</sup>

Para Guilherme Nucci, a Lei nº 11.340/2006 prevê medidas inéditas, positivas e que poderiam, inclusive, ser estendidas ao processo penal comum, cuja vítima não fosse somente a mulher.<sup>43</sup>

---

Imperatividade. Relator: Des. Sálvio Chaves, data de julgamento: 13/09/2017, publicado no DJe: 22/09/2017

<sup>39</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 875.

<sup>40</sup>

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 875

<sup>41</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **AgInt no AREsp 608061/PE**. Processual Penal. Agravo regimental em Agravo em Recurso Especial. Violência doméstica. Lei n. 11.340/2006. Medidas protetivas de urgência previstas no artigo. 22, I, II e III, da Lei n. 11.340/2006. Caráter penal. Aplicação das regras previstas para os recursos criminais. Agravo oferecido fora do prazo legal de 5 dias. Intempestividade configurada. Ausência de fundamentos capazes de infirmar a decisão agravada. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, data de julgamento: 17/05/2016, v.u.e AgRg no REsp n. 1.441.022/MS, Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 2/2/2015

<sup>42</sup> AVENA op. cit. p. 875



Em seu ver, a suspensão da posse ou porte de arma de fogo do agressor é válida, uma vez que pode evitar que haja uma tragédia maior, como por exemplo, se o marido agride a esposa, causando-lhe lesão corporal, e possui arma de fogo, há probabilidade de que a conduta progrida para o homicídio<sup>44</sup>

Ainda segundo Nucci, o afastamento do lar também é positivo, tendo em vista que seria uma medida de separação de corpos resultante de crime e não de questões de conteúdo exclusivamente civil. A proibição de aproximação é igualmente correta, entretanto, deveria haver previsão na Lei nº 11.340/2006, do limite mínimo exato de distância, o que evitaria discussões acirradas nos processos. Por sua vez, a proibição de contato, podendo este ser realizado por meio de diversas formas, tais como e-mail, telefone, carta etc., também foi positiva. Quanto à frequência de determinados lugares, não vislumbra nenhum empecilho.<sup>45</sup>

Finalmente, com relação às medidas de caráter civil, de restrição ou suspensão do direito de visitas aos filhos menores e a prestação de alimentos, Nucci entende que tais medidas tão somente melhoram a eficiência da aplicação da lei, visto que, desde logo, o juiz criminal, possuindo competência cumulativa, toma a decisão.<sup>46</sup>

Importante destacar que as medidas protetivas de urgência dispostas na Lei nº 11.340/2006 possuem natureza jurídica de medida cautelar satisfativa. Dessa forma, não possuem prazo previsto para término e nem tampouco exigem propositura de ação penal ou cível para regularização das relações resultantes da concessão das medidas.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1. p. 1070

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 1070

<sup>45</sup> *Ibidem*

<sup>46</sup> *Ibidem*

<sup>47</sup> ONU MULHERES. **Diretrizes nacionais feminicídio**: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília: Enap. 2016. p. 109. Disponível em: <https://exposicao.enap.gov.br/items/show/267>. Acesso em: 26 abr. 2020



- a) Medidas protetivas destinadas à ofendida: classificam-se entre medidas de caráter pessoal, dispostas no artigo 23 e medidas de caráter patrimonial, dispostas no artigo 24.<sup>48</sup>

O artigo 23, incisos I e II, refere-se a medidas de cunho administrativo. Embora tenha sido atribuída ao juiz a respectiva determinação, é conferido ao Ministério Público a faculdade de providenciar diretamente as mencionadas medidas, nos termos do artigo 26, incisos I e II.<sup>49</sup>

Enquanto o art. 23, incisos III e IV, que refere-se a medidas que envolvem o direito de família, bem como o artigo 24, que refere-se a medidas de cunho patrimonial, devem ser solicitadas pela ofendida ao Poder Judiciário, por intermédio de advogado.<sup>50</sup>

Ressalte-se que o delegado de polícia detém legitimidade para estabelecer e aplicar medidas protetivas de urgência destinadas a mulheres vítimas de violência doméstica, conforme 12-C, inciso II, da Lei nº 11.340/2006.<sup>51</sup>

Na hipótese de descumprimento de decisão judicial que decreta medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, conforme artigo 24-A da Lei nº 11.340/2006, configura crime, punido com detenção de três meses a dois anos, sendo irrelevante a competência cível ou criminal do juiz que impôs as restrições, disposto no § 1º, do mesmo artigo. E na hipótese de prisão em flagrante do ofensor, apenas o juiz poderá conceder fiança, nos termos do § 2º, do mesmo artigo.<sup>52</sup>

Verifica-se também que, com a modificação do artigo 121, § 7º, do Código Penal, pela Lei nº 13.771/2018, para estabelecer majorantes à qualificadora do feminicídio, houve a introdução da hipótese de homicídio praticado em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas no art. 22, incisos I, II

---

<sup>48</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019, p. 876

<sup>49</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 876.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 876

<sup>51</sup> *Ibidem*

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 877





e III, da Lei Maria da Penha, impondo, nestes casos, o aumento da pena de um terço até a metade.<sup>53</sup>

Guilherme Nucci faz uma crítica com relação ao artigo 23, da Lei nº 11.340/2006, no sentido de que para efetivar o cumprimento da medida de encaminhamento da vítima e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção e atendimento, como por exemplo, casas-abrigo, se faz necessária a existência efetiva de investimentos estatais na área.<sup>54</sup>

Segundo jurisprudência do TJDF, a Lei Maria da Penha possui natureza híbrida, uma vez que é conferido ao juiz a possibilidade de adotar um conjunto de medidas protetivas de urgência de natureza criminal e também cível, a fim de resguardar a integridade física e mental da ofendida, dentre elas a prestação de alimentos provisionais ou provisórios, prevista no artigo 22, inciso V.<sup>55</sup>

A Lei Maria da Penha não prevê, de forma expressa, um prazo de duração para as medidas protetivas de urgência. Portanto, compete ao juiz, com observância aos critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, examinar as peculiaridades de cada caso e definir um prazo suficiente à garantia da proteção da mulher em situação de vulnerabilidade, que não acarrete excesso que transgrida injustificadamente o direito de ir e vir do réu.<sup>56</sup>

Nesse sentido, a jurisprudência do TJDF, afirma que o parâmetro concedido pela Lei nº 11.340/2006 para definir um prazo de duração para as medidas é a

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 877

<sup>54</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1. p. 1073

<sup>55</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (2. Turma Criminal). **Acórdão n. 1018057**. Agravo de Instrumento. Lei 11.340/2006. Violência doméstica. Alimentos. Competência. Extinção da obrigação. Impossibilidade. Redução do valor. Cabimento. Relatora: Des<sup>a</sup>. Maria Ivatônia, data de julgamento: 18/5/2017, publicado no DJe: 22/5/2017

<sup>56</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (1. Turma criminal). **Acórdão n. 1083749**. Reclamação. Violência doméstica. Medidas protetivas de urgência. Prazo. Parâmetro. Proteção dos direitos fundamentais. Situação de risco e vulnerabilidade. Reclamação parcialmente provida. Relator: Des. Carlos Pires Soares Neto, data de julgamento: 15/03/2018, publicado no DJe: 22/03/2018



garantia de máxima efetividade dos direitos fundamentais, a saber, coibir e prevenir situações de violência no âmbito doméstico e familiar.<sup>57</sup>

No tocante a prisão preventiva do ofensor, prevê a Lei Maria da Penha, em seu artigo 20, que caberá a prisão preventiva do agressor, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, podendo ser decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. Para isso, é necessária a presença de um dos fundamentos previstos no art. 312 do CPP, com exceção da garantia da ordem econômica, uma vez que este fundamento é incompatível com crimes que envolvem violência doméstica e familiar.<sup>58</sup>

Na mesma linha, o artigo 313, inciso III, do CPP, também prevê a prisão preventiva do ofensor na hipótese de crime que envolve violência doméstica e familiar contra a mulher para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência dispostas nos artigos 22, 23 e 24 da Lei nº 11.340/2006. Entretanto, é necessário demonstrar que, caso não seja decretada a prisão, tais medidas não se revelam eficazes para a proteção da vítima.<sup>59</sup>

Independentemente de existirem medidas protetivas pretéritas desrespeitadas, se houver premente risco à integridade física da ofendida e a necessidade de preservá-la da atuação nociva do agressor, nada impede a decretação da prisão preventiva com base no artigo 313, inciso III, do CPP, a fim de proteger a vítima, tendo em vista o caráter protetivo das disposições da Lei nº 11.340/2006, e em razão do artigo 20, da Lei Maria da Penha, que prevê a decretação da prisão preventiva a qualquer tempo, não fazendo referência sobre a necessidade do descumprimento de alguma medida protetiva aplicada.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> *Ibidem*

<sup>58</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019, p. 877

<sup>59</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019, p. 878

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 878



Polêmica questão refere-se ao fato de que artigo 20 da Lei nº 11.340/2006, não previu a legitimidade do querelante para requerer a prisão preventiva ao juiz, como ocorre com o artigo 311 do CPP, dessa forma, iniciou-se uma discussão a respeito da possibilidade de, nos delitos abrangidos pela Lei Maria da Penha, decretar a prisão quanto a crime de ação penal privada.<sup>61</sup>

Segundo Norberto Avena, é possível a decretação de prisão preventiva em crime de ação penal privada, tendo em vista a natureza eminentemente protetiva da Lei Maria da Penha.<sup>62</sup>

## 1.4 Medidas protetivas mais comuns

Na visão do promotor Marcelo Oliveira, que atua na Promotoria de Justiça do Tribunal do Júri de Brasília, para a visualização das medidas protetivas que tem sido mais comuns depende do tipo de violência que é praticada, uma vez que há violência verbal, física, psicológica, e tem aquelas que de maior notoriedade, quando a agressão pode aparentemente evoluir para o crime de homicídio. A depender do caso, as medidas protetivas vão se agravando. Afirma que medidas como o afastamento do lar e a proibição de contato com a vítima são bastante comuns. Atualmente, em razão da tecnologia, diz que tem se aplicado bastante a tornozeleira eletrônica, como uma forma de controlar o afastamento do agressor em relação à vítima. No que tange ao Tribunal do Júri, aplica-se com bastante frequência a medida de prisão cautelar.<sup>63</sup>

Para a Juíza Gislaíne Carneiro Campos Reis, coordenadora do Núcleo Judicial da Mulher do TJDF e titular do Juizado de Violência Doméstica e Familiar de Santa Maria, as medidas de afastamento do lar, proibição de contato e proibição de aproximação são disparadamente as mais comuns. A depender do local em que são requeridas, e se são advindas de uma classe social mais vulnerável ou não, geralmente existem outras. As pessoas que possuem um maior poder aquisitivo

---

<sup>61</sup> Ibidem

<sup>62</sup> Ibidem

<sup>63</sup> Entrevista realizada pela autora deste trabalho com o promotor do MPDFT, atuante no Tribunal do Júri, Marcelo Oliveira, na data 22/08/2019



geralmente pedem suspensão de procuração. Diz que na cidade de Santa Maria, a medida de busca e apreensão de arma também é muito comum, em razão dos altos índices de violência nessa região.<sup>64</sup>

Por fim, a coordenadora jurídica e defensora da Fundação de Assistência Judiciária (FAJ), Núbia Bragança, confirma que as medidas protetivas mais comuns são o afastamento do lar, a proibição de contato do ofensor com a vítima por qualquer meio de comunicação, tais como redes sociais, WhatsApp, por telefone e a frequentação de determinados lugares, como o local de trabalho da vítima.<sup>65</sup>

## **2 EFICÁCIA OU INEFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI Nº 11.340/2006 NA PREVENÇÃO DO CRIME DE FEMINICÍDIO**

A fim de verificar a eficácia das medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/2006 na inibição do crime de feminicídio, preferível a opinião de operadores do Direito, que lidam rotineiramente em seu trabalho com tal temática, tendo sido escolhidos 3 operadores jurídicos, sendo um promotor do Promotoria de Justiça do Tribunal do Júri, uma defensora e uma juíza, ambas do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra Mulher.

### **2.1 Opiniões dos operadores entrevistados**

O promotor Marcelo Oliveira, que atua no Tribunal do Júri do DF, acredita que tem sido eficaz. Em sua visão, em relação a tentativa de feminicídio, há a aplicação da medida de privação de liberdade, a saber a prisão, dessa forma, tem-se o afastamento do agressor em relação à sua possível vítima, conseqüentemente,

---

<sup>64</sup> Entrevista realizada pela autora deste trabalho com a coordenadora do Núcleo Judicial da Mulher do TJDF e titular do Juizado de Violência Doméstica e Familiar de Santa Maria, juíza Gislaine Cameiro Campos Reis, na data 29/08/2019

<sup>65</sup> Entrevista realizada pela autora deste trabalho com a coordenadora jurídica e defensora da Fundação de Assistência Judiciária (FAJ), Núbia Bragança, na data 29/08/2019



impede a consumação do delito de feminicídio pelo ofensor. Portanto, vislumbra-se a eficácia da medida protetiva decretada ao ofensor.<sup>66</sup>

Entretanto, lamentavelmente, a grande parte dos casos de feminicídio que são encaminhados ao tribunal do Júri são de crimes consumados. Entende ser necessário encontrar a porta de entrada deste problema, normalmente, nas varas de violência doméstica, onde os juízes costumam decretar outras medidas distintas da prisão, tais como o afastamento do lar, por vezes até a tornozeleira eletrônica.<sup>67</sup>

Acredita que a rede de proteção que foi criada a partir da Lei Maria da Penha tem ajudado bastante<sup>68</sup>

A coordenadora jurídica e defensora da Fundação de Assistência Judiciária (FAJ), Núbia Bragança, acredita que as medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/2006 são bastante eficazes na prevenção do crime de feminicídio, tendo em vista que, na hipótese de ausência de medidas protetivas, o índice de vítimas de feminicídio seria muito maior<sup>69</sup>

Utiliza como referência o Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra Mulher de Santa Maria, que é o único a oferecer acompanhamento de advogado para as vítimas em todas as audiências, por meio da Fundação de Assistência Judiciária (FAJ), fazendo cumprir o disposto no artigo 27, da Lei nº 11.340/2006, o qual enuncia que em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher que se encontra em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, salvo quando pedir a concessão de medida protetiva.<sup>70</sup>

Por exemplo, se a vítima tem uma audiência marcada para uma segunda-feira, o defensor comparece, se apresenta, e realiza perguntas a respeito do efetivo

---

<sup>66</sup> Entrevista realizada pela autora deste trabalho com o promotor do MPDFT, atuante no Tribunal do Júri, Marcelo Oliveira, na data 22/08/2019

<sup>67</sup> Ibidem

<sup>68</sup> Ibidem

<sup>69</sup> Entrevista realizada pela autora deste trabalho com a Coordenadora Jurídica e Defensora da Fundação de Assistência Judiciária (FAJ), Núbia Bragança, na data 29/08/2019

<sup>70</sup> Ibidem



cumprimento das medidas protetivas pelo ofensor, sobre o desejo de continuidade ou não das medidas protetivas, sobre a existência de alguma demanda como a dissolução de união estável, guarda, regulamentação de visita. O defensor colhe os dados de identificação da vítima, e agenda uma data para a entrega da documentação necessária para ajuizamento da demanda. Em poucos dias depois, por exemplo numa quinta-feira, a peça processual já está pronta, assim, a vítima comparece na FAJ, exerce o direito a leitura da peça processual formulada para atender sua demanda, após a ação pretendida é ajuizada.<sup>71</sup>

Diz ainda que já houve casos em que foi ajuizado o pedido de divórcio às 14:00, e logo às 19:00 foi proferida sentença deferindo o pleito da vítima, sendo, dessa forma, muito rápida a concessão da tutela jurisdicional.<sup>72</sup>

Ressalta que se a vítima de violência doméstica não obtiver essa tutela jurisdicional de conceder alimentos, partilha dos bens, divórcio, guarda das crianças, ela finda retornando o relacionamento com o agressor, porque ela não tem condições de dar continuidade sozinha.<sup>73</sup>

Afirma que há o serviço psicossocial, de capacitação que ministra cursos que ensinam alguma atividade lucrativa, pois as vítimas necessitam de renda, muitas das vezes, para não dependerem financeiramente do ofensor e acabarem se reaproximando.<sup>74</sup>

A defensora Núbia acrescenta que quando a vítima se dirige à delegacia e registra o boletim de ocorrência, no período de 30 minutos é realizado o encaminhamento do documento para a juíza, por meio do Processo Judicial eletrônico (PJe). A juíza avalia a necessidade e urgência da medida. Se concedida, a medida fica pronta no período de 15 minutos. Após, novamente no prazo de 15

---

<sup>71</sup> Entrevista realizada pela autora deste trabalho com a Coordenadora Jurídica e Defensora da Fundação de Assistência Judiciária (FAJ), Núbia Bragança, na data 29/08/2019

<sup>72</sup> Ibidem

<sup>73</sup> Ibidem

<sup>74</sup> Ibidem



minutos, tem-se o encaminhamento desta para o oficial de justiça, que se dirige ao domicílio do agressor para sua devida citação.<sup>75</sup>

Informa que na cidade de Santa Maria existe o Policiamento de Prevenção Orientada à Violência Doméstica da Polícia Militar do Distrito Federal (PROVID/PMDF), em que no momento em que é concedida a medida protetiva, o PROVID é acionado e se dirige até o domicílio da vítima, a fim de avisá-la sobre o deferimento da medida protetiva e informar o telefone para contato, em caso de necessidade. E também se dirigem até a residência do agressor, a fim de notificá-lo sobre a decretação de medida protetiva.<sup>76</sup>

Assim, acredita que a Lei Maria da Penha é eficaz porque o agressor percebe que com a decretação de medida protetiva, a polícia se dirigiu até sua residência para notificá-lo a respeito, então diante de disso, irá realmente evitar de se aproximar da vítima. Portanto, consegue-se evitar o feminicídio e diz que, desde os 5 anos em que trabalha na Fundação de Assistência Jurídica, dentro do Juizado de Violência Doméstica, ocorreram apenas 3 feminicídios, o que representa um percentual pequeno em relação aos outros lugares. Em um deles, a vítima retirou a medida protetiva em audiência, e reiterou posteriormente. Em outros casos, a vítima estava entrando em contato com o agressor.<sup>77</sup>

Assim, a defensora Núbia conclui que quando a vítima respeita a medida protetiva, na maioria das vezes é eficaz. Destaca que há também casos de feminicídio em que o agressor já possui histórico de crimes, ou vício em drogas. O Judiciário tenta de todas as formas dar essa proteção, concedendo a medida, e consequentemente impondo um protocolo a ser seguido pela vítima, que deve aderir a medida e não tentar reaproximação, e pelo ofensor, que deve se afastar da vítima. Entretanto, esse tipo de situação foge da cautela do juiz, promotor, defensor e da

---

<sup>75</sup> Ibidem

<sup>76</sup> Ibidem

<sup>77</sup> Entrevista realizada pela autora deste trabalho com a Coordenadora Jurídica e Defensora da Fundação de Assistência Judiciária (FAJ), Núbia Bragança, na data 29/08/2019



polícia. Além disso, não há policiais cuidando durante 24 horas da vítima, nem mesmo a sociedade tem.<sup>78</sup>

A juíza Gislane Carneiro Campos Reis, coordenadora do Núcleo Judicial da Mulher do TJDFT e titular do Juizado de Violência Doméstica e Familiar de Santa Maria, também acredita que a medida protetiva é muito eficaz. Em seu ver, as pessoas não têm ideia da quantidade de vítimas que são salvas, são efetivamente protegidas por conta da medida protetiva.<sup>79</sup>

A juíza utiliza como embasamento os seguintes dados: o número de medidas protetivas feitas no ano de 2018, de janeiro a dezembro, foi de 15.000. Teve 28 feminicídios, sendo que na maioria deles desde 2015 - quando entrou em vigor a Lei que incluiu o feminicídio - até hoje, a vítima nunca registrou uma ocorrência. E das que registraram, só 20% tinha medida protetiva. Então, é um número considerável de eficácia. Em São Paulo, no ano de 2017, foi feito também um grande estudo de feminicídio, onde constatou-se que 97% dos casos não tinha medida protetiva, com relação aos casos que tinha medida protetiva, faleceram 3%.<sup>80</sup>

Segundo a juíza, percentualmente, verifica-se que tem uma grande eficácia. Afirma que a maioria dos ofensores não descumpre, e a maioria dos casos em que ocorre os crimes mais graves, como o feminicídio, não foi dada a possibilidade de intervenção do sistema de justiça, do sistema protetivo, pois isso nem sequer foi noticiado, então há uma subnotificação da violência.<sup>81</sup>

Acrescenta que para além de evitar o feminicídio, que não constitui o único objetivo do sistema de justiça, procura-se evitar todas as violências que possam ocorrer no âmbito doméstico e familiar, inclusive aquelas que as crianças estão

---

<sup>78</sup> Ibidem

<sup>79</sup> Entrevista realizada pela autora deste trabalho com a coordenadora do Núcleo Judicial da Mulher do TJDFT e titular do Juizado de Violência Doméstica e Familiar de Santa Maria, juíza Gislane Carneiro Campos Reis, na data 29/08/2019

<sup>80</sup> Entrevista realizada pela autora deste trabalho com a coordenadora do Núcleo Judicial da Mulher do TJDFT e titular do Juizado de Violência Doméstica e Familiar de Santa Maria, juíza Gislane Carneiro Campos Reis, na data 29/08/2019

<sup>81</sup> Ibidem





assistindo. A medida protetiva tem um papel muito importante na quebra do ciclo de violência. Ao ingressar com a medida protetiva, tem-se a intervenção judicial, acompanhamentos psicossociais, sistema de monitoramento, que faz com o ofensor se afaste e também a violência que a criança que está assistindo é interrompida.<sup>82</sup>

Fabriziane Stellet Zapata, juíza titular do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Circunscrição do Riacho Fundo e coordenadora do Núcleo Judicial da Mulher, no mesmo sentido, acredita que a Lei Maria da Penha configura um instrumento efetivo no enfrentamento a este tipo de violência, sobretudo ao serem analisados os números de requerimentos de medidas protetivas de urgência; as medidas protetivas deferidas pelo Poder Judiciário; as políticas de proteção realizadas com base na lei e a quantidade de feminicídios consumados, ainda grande e indesejável, entretanto, revela-se proporcionalmente pequena se comparada a quantidade total de casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.<sup>83</sup>

Acrescenta que as medidas têm sido bastante eficazes no enfrentamento à violência contra a mulher, pois não se caracterizam como uma simples folha de papel, configuram uma decisão judicial que determina ao ofensor o afastamento do lar, a proibição de aproximação e contato com vítima e/ou familiares, entre outras condutas, que em caso de descumprimento, o agressor fica sujeito à pena de prisão preventiva. A partir dessa decisão, os ofensores são intimados por oficial de justiça e ficam cientes das consequências do seu descumprimento.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Ibidem

<sup>83</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **A grande causa da violência [contra a mulher] está no machismo estruturante da sociedade brasileira**. 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/entrevistas/2019/a-grande-causa-da-violencia-contra-a-mulher-esta-no-machismo-estruturante-da-sociedade-brasileira>. Acesso em: 26 abr. 2020

<sup>84</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **A grande causa da violência [contra a mulher] está no machismo estruturante da sociedade brasileira**. 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/entrevistas/2019/a-grande-causa-da-violencia-contra-a-mulher-esta-no-machismo-estruturante-da-sociedade-brasileira>. Acesso em: 26 abr. 2020



Por fim, Fabriziane diz que, o fato de a mulher conseguir sair de sua casa e procurar auxílio na delegacia de polícia ou acionar a polícia militar representa uma clara mensagem ao ofensor de que deseja romper a situação de subordinação e subjugação em que vive. Tal fato significa o início do rompimento do ciclo de violência, através de sinal claro por parte da vítima de busca por auxílio e proteção e ainda configura uma mensagem ao ofensor de limitação de sua conduta violenta.<sup>85</sup>

### *2.1.1 Pontos de dissenso*

A defensora Núbia acredita na educação como política pública de proteção da mulher, uma vez que esta constitui uma forma de conscientização, de construção de crenças e valores que nortearão a vida do ser humano. É no ambiente escolar que se permite obter os instrumentos essenciais para administrar as mudanças de pensamentos ruins, realizar objetivos e viver na sociedade de forma responsável, e consequentemente, agindo de forma respeitosa com a mulher, abandonando a ideia machista de posse sobre a mulher.

É na escola que se pode agir na construção do futuro, ensinando o respeito à mulher e fazendo-as abandonar a tradição machista arraigada na atual sociedade que se configura como causa de diversos feminicídios atualmente. É através da educação que se consegue garantir o traço de reflexão nas pessoas. Segundo Paulo Freire, a educação tem o condão de modificar as pessoas, que consequentemente, transformam o mundo.

Por sua vez, a juíza Gislaiane acredita que já existem diversas políticas protetivas, atuando em vários eixos, tais como política pública de proteção judicial, policial, psicossocial, política pública de trabalho e renda, de apoio para as crianças, de prevenção, de capacitação, de aperfeiçoamento, de informação, na saúde e na educação, entretanto, as pessoas não têm conhecimento de todas, e não há muito espaço midiático de informação, porque o espaço existente é muito tomado pelas

---

<sup>85</sup> Ibidem



notícias tristes. Em seu ver, deveria existir mais espaço na mídia para as notícias informativas de proteção, de que a mulher que venha a ser vítima de violência doméstica deve denunciar, não deve considerar como algo normal e informar sobre quais são seus direitos e a forma de exercê-los.

Destaca ainda que há quantidade insuficiente de profissionais dentro das políticas públicas governamentais, tais como serviços de saúde, educação, prevenção, psicossocial, advocacia e assistência jurídica, para o atendimento de todas vítimas, dessa forma, gera fila para conseguir o acesso ao serviço, conseqüentemente, não haverá adesão da vítima, então a tendência é que ela retorne o relacionamento com o ofensor. E essa prevenção é que gera toda a mudança na estrutura existente. Portanto, a juíza entende que a violência doméstica já está prevista em várias políticas públicas, o que precisa é que elas sejam efetivadas por meio de investimentos públicos, dado o seu caráter urgente.

Por fim, o promotor Marcelo acredita que as políticas públicas que enxerga como necessárias já estão sendo realizadas, uma vez que o Estado já trouxe a figura do feminicídio para a legislação penal que até então não existia, já foi criada uma rede de proteção, passando pelo hospital, órgãos de segurança e acompanhamento psicológico.

### *2.1.2 Pontos de consenso*

Pode-se observar que os 3 operadores do Direito entendem ser eficazes as medidas protetivas, tendo em vista que caso estas não houvessem, haveria um número muito maior de feminicídios, e que o problema reside na falha de aplicação da Lei Maria da Penha, por meio da falta de investimentos públicos para garantir efetividade da norma criada, ou na ausência de aderência da mulher à medida protetiva que lhe foi deferida, que se reaproxima do ofensor e revoga a medida mesmo estando diante de situação de risco.



Entretanto, diante do alto número de feminicídios que estão ocorrendo na atualidade, apesar da existência de lei com natureza protetiva, que é a Lei nº 11.340/2006 e a previsão da conduta de homicídio cometido contra mulher motivado por violência doméstica ou discriminação de gênero como crime, tipificado no Código Penal, afirmar a eficácia de medidas protetivas concedidas judicialmente, significaria dizer que não há necessidade de melhorar as leis, de buscar novas soluções para o expressivo número de feminicídios que estão ocorrendo na atualidade ou que está se normalizando o alto número de feminicídios.

Também há o consentimento de que há um ciclo de violência, no qual a vítima sofre, e acaba por revogar as medidas, porque acha que o ofensor vai mudar. Devem ser feitas campanhas de conscientização acerca dos riscos que a vítima corre em revogar as medidas, uma vez que se ela revoga, retira a proteção a ela conferida judicialmente, dando carta aberta para o agressor voltar a praticar as agressões. E retornando as agressões, se a vítima novamente quiser pedir medidas protetivas, o agressor irá acreditar que tendo em vista que a vítima já revogou uma vez, se ele pressioná-la e realizar o mesmo discurso que fez anteriormente a ela influenciando a revogação, ela novamente irá revogar, dessa forma, gera um ciclo de violência, que prejudica a busca de solução.

### **3 AS DEFICIÊNCIAS E FUNCIONALIDADES DAS MEDIDAS**

Tem-se como fator que impede a eficácia da medida protetiva o fato de que muitas mulheres não respeitam as medidas protetivas e acabam se aproximando do ofensor durante a vigência destas ou revogam as medidas mesmo estando sob risco, cuja situação de risco são ignoradas ou elas não possuem noção, por acharem normal ou banalizarem a violência sofrida. Tal situação pode ser explicada pela existência do chamado “Ciclo de violência”, onde ocorre a evolução gradual da violência, a



qual se inicia com agressões verbais, provocações e discussões e vai até incidentes de agressões físicas leves.<sup>86</sup>

Depois, a tensão vai aumentando até ocasionar uma agressão física grave, praticada num momento de ataque de fúria. Após, o agressor, arrependido, passa a ter um comportamento extremamente amoroso e gentil, na tentativa de compensar a vítima pela agressão praticada.<sup>87</sup>

Entretanto, o comportamento calmo e amoroso adotado pelo ofensor se transforma, após um determinado período, em novos pequenos incidentes de agressão, e com isso, gera um novo ciclo de violência. Com o passar do tempo, a cada retomada do ciclo, o pico de violência aumenta, que conseqüentemente pode levar a prática do crime de feminicídio, caso não seja interrompido esse ciclo.<sup>88</sup>

A juíza Gislaine, inclusive publicou uma matéria no jornal Correio Braziliense, na seção Direito e Justiça, em 19 de agosto de 2019, a respeito do ciclo de violência, onde mostra que em uma audiência que iria ser realizada, uma testemunha chamada para um caso de agressão física e ameaça envolvendo um casal que há muito conhece, já adentra a sala reclamando sobre ter que comparecer em juízo sendo que a vítima já reatou o relacionamento com o agressor. A juíza então, interrompe a audiência para explicar como funciona o ciclo da violência e buscar gerar nela reflexão, mudança de pensamento no sentido de que deve ajudar a vítima caso ela se encontre nessa situação, deve fazer sua parte acionando a polícia no 190, ou ligar para o Disque 180, podendo ser feita uma chamada anônima, ou realizar um registro no conselho tutelar diante do choro das crianças.

Verifica-se que geralmente, o agressor é companheiro da vítima, e pai de seus filhos, vindo a dificultar o rompimento da relação afetiva, mesmo estando a vítima em um contexto de violência. Por isso, em muitos casos, há uma tendência de a

---

<sup>86</sup> INSTITUTO DE PESQUISA DATA SENADO. **Aprofundando o olhar sobre o enfrentamento à violência contra as mulheres**. Brasília: Senado Federal, Observatório da Mulher Contra a Violência, 2018. p. 4

<sup>87</sup> Ibidem, p. 5

<sup>88</sup> Ibidem



vítima não tomar qualquer atitude contra o agressor, devido a sentimento de culpa pela violência sofrida, por achar que o comportamento violento irá cessar, ou, ainda, por possuir temor a sua integridade física ou de seus filhos.

Além disso, apesar do avanço representado pela Lei nº 11.340/2006 para o país, sua aplicação não tem sido feita de forma igualitária pela União, estados e municípios, mas sim, ocorrida em contextos sociais e políticos adversos, o que significa que ainda permanecem muitos obstáculos para o acesso das mulheres à justiça.<sup>89</sup>

Outra deficiência, identificada pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher (CPMI), em julho de 2013, ao retratar o cenário da implementação da Lei Maria da Penha no Brasil, foi o módico número de serviços e sua concentração nas capitais, recursos humanos insuficientes para o volume de atendimentos e procedimentos realizados nos espaços oferecidos, informação esta confirmada pela juíza Gislaíne, somados à deficiência na qualificação dos profissionais e à carência de sistemas de informações para o monitoramento e avaliação das respostas institucionais e sua eficácia no enfrentamento à violência contra as mulheres.<sup>90</sup>

O documento elaborado pela CPMI concluiu ainda que a Lei Maria da Penha ainda é aplicada de maneira parcial e prevê recomendação aos governos estaduais, ministérios públicos, defensorias públicas e tribunais de justiça no sentido de que devem ser realizados mais investimentos financeiros, técnicos e materiais para que

---

<sup>89</sup> ONU MULHERES. **Diretrizes nacionais feminicídio**: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília: Enap. 2016. p. 14. Disponível em: <https://exposicao.enap.gov.br/items/show/267>. Acesso em: 26 abr. 2020

<sup>90</sup> SENADO FEDERAL, 2013 apud ONU MULHERES. **Diretrizes nacionais feminicídio**: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília: Enap. 2016. p. 14-15. Disponível em: <https://exposicao.enap.gov.br/items/show/267>. Acesso em: 26 abr. 2020



haja melhor implementação e aplicação da Lei Maria da Penha, além de outras iniciativas objetivando o enfrentamento à violência contra as mulheres.<sup>91</sup>

Há também o fato de que se o Estado não responsabilizar os autores de atos de violência e a sociedade tolerar tais comportamentos violentos, seja expressa ou tacitamente, a impunidade pela violência contra a mulher estimula a prática de novos abusos, como também transmite a mensagem de que a violência masculina contra a mulher é aceitável, ou normal e obtém como resultado a denegação da justiça às diferentes vítimas/sobreviventes, mas também no fortalecimento das relações de gênero reinantes.<sup>92</sup>

Verificam-se algumas dificuldades para garantia de eficácia das medidas protetivas, tais como o próprio réu, que busca dificultar a atuação da polícia; falta de interação entre o Ministério Público e o Poder Judiciário; falta de sensibilidade do juiz competente na análise dos elementos para concessão da medida protetiva.<sup>93</sup>

#### 4 APRIMORAMENTO DAS MEDIDAS

A análise da medida protetiva deveria ser realizada com a apreciação dos elementos que podem ser encontrados na situação em concreto, de forma livre de preconceitos e estereótipos de gênero arraigados na sociedade.<sup>94</sup>

Para que haja eficácia no enfrentamento à violência contra a mulher que culmine no crime de feminicídio, deve ser realizada uma mudança no olhar da sociedade, que trata a violência praticada contra a mulher no interior do lar apenas como uma questão privada e de foro íntimo,<sup>95</sup> sendo necessário, de forma urgente,

---

<sup>91</sup> SENADO FEDERAL, 2013 apud ONU MULHERES. **Diretrizes nacionais feminicídio**: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília: Enap. 2016. p. 15. Disponível em: <https://exposicao.enap.gov.br/items/show/267>. Acesso em: 26 abr. 2020

<sup>92</sup> ONU MULHERES op. cit. p. 15

<sup>93</sup> Ibidem, p. 104

<sup>94</sup> Ibidem, p. 104

<sup>95</sup> GHISI, Ana Silvia Serrano; OLIVEIRA, Ana Claudia Delfini Capistrano de; OLIVEIRA, Paulo Rogério de Melo. Políticas de enfrentamento à violência contra as mulheres no marco dos 11 anos de Lei Maria da Penha. **Revista Brasileira de Tecnologias Sociais**, v. 4, n. 2, p. 149-161, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14210/rbts.v4n2>.



um movimento consciente de homens e mulheres visando a educação de meninos e meninas, que ensinem e mostrem, diariamente, que têm os mesmos direitos e oportunidades, denominada equidade de gênero e que merecem respeito.

Somente é possível mudar a cultura social machista através da educação, nas famílias, nas escolas, nos meios de comunicação, ou seja, por meios que promovem uma mudança de pensamento e comportamento nos indivíduos, segundo Fabriziane Zapata, juíza titular do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Circunscrição do Riacho Fundo e coordenadora do Núcleo Judicial da Mulher.<sup>96</sup>

Entendemos que podem ser realizadas campanhas simples e rápidas, como por exemplo vídeos que para serem transmitidos através do Youtube, de mensagens instantâneas pelo WhatsApp, que é a rede social mais utilizada atualmente, presente no cotidiano de grande parcela população brasileira. Outra medida seria investir na educação das famílias, por meio de mensagens contra a violência doméstica e familiar no contexto das novelas, ou outros programas emitidos pela TV que possuam alta audiência, que impactem o telespectador.

Deve-se informar as famílias, inclusive casais, acerca da importância do diálogo, e também sobre onde procurar apoio em momento de crise, como reagir diante de uma discussão, em razão da informação ser uma grande ferramenta para o aprimoramento da relação construída entre o casal, evitando-se assim, que a violência praticada ou sob o risco de ser praticada se agrave e transforme-se num feminicídio.

Podem ser realizadas sessões de terapias com profissionais especializados a casais, oferecidas pelo sistema de saúde público, direcionadas a aqueles que estejam enfrentando dificuldades, ou para que sejam ensinadas acerca de relações abusivas, como identificar quando não estão em uma relação saudável, objetivando evitar o ciclo da violência.

---

<sup>96</sup> ZAPATA, Fabriziane. Ser mulher é estar sob risco. **TJDFT**, 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/2019/ser-mulher-e-estar-sob-risco-1>. Acesso em: 26 abr. 2020





Deve-se direcionar o olhar para a prevenção da violência contra a mulher, investigar as causas, os gatilhos que desencadeiam a violência, tais como, álcool, substâncias entorpecentes, na busca pela campanha da paz, da não violência.

Apenas as soluções apresentadas pelo Direito Penal são insuficientes para conter a violência contra as mulheres em razão do gênero, a tipificação do feminicídio deve estar dentro de política mais abrangente para proteger e promover os direitos das mulheres, prevenindo a violação destes, especialmente o direito à vida, entendimento consentido entre especialistas.<sup>97</sup>

É sabida a responsabilidade da sociedade e do Estado de proteção das mulheres e promoção de seus direitos, sendo reforçada pelo termo “feminicídio”, previsto no Código Penal. Esse termo reforça ainda a necessidade de modificação da atuação do sistema de justiça criminal fundada em estereótipos de gênero e na discriminação contra as mulheres, tendo em vista que contribuem para a crença da sociedade na existência de impunidade e para que desacredite na justiça.<sup>98</sup>

Assim, deve haver modificação do olhar e das práticas dos(as) profissionais que atuam no processamento das medidas protetivas de modo a identificarem possíveis elementos que evidenciem que, em casos e circunstâncias particulares, as desigualdades de gênero influenciam no aumento da vulnerabilidade e risco para as mulheres. O conhecimento desses contextos e circunstâncias pelos operadores jurídicos é fundamental para que o Estado ofereça respostas mais adequadas para prevenir a prática do crime de feminicídio.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> CHIAROTTI, 2011 apud ONU MULHERES. **Diretrizes nacionais feminicídio**: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília: Enap. 2016. p. 23. Disponível em: <https://exposicao.enap.gov.br/items/show/267>. Acesso em: 26 abr. 2020

<sup>98</sup> ONU MULHERES op. cit. p. 28-29

<sup>99</sup> Ibidem, p. 29



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, foi possível perceber a grande relevância da Lei nº 11.340/2006 como instrumento de combate a violência doméstica e familiar, sendo tal circunstância capaz de se agravar e transformar-se em um crime de feminicídio, previsto no artigo 121, §2º, inciso VI, do Código Penal, tendo sido crucial para que houvesse o reconhecimento dos direitos das mulheres, que ao longo dos tempos, sempre foi considerada inferior, tendo em vista que a violência sofrida era justificada sob o argumento de legítima defesa da honra, ou ainda considerada uma prática pedagógica legitimada pela sociedade a ser utilizada pelo companheiro da vítima, que geralmente é o agressor.

Verificou-se que somente a partir dos anos 1980, a violência sofrida pelas mulheres naquela época passou a ser tratada como violação aos direitos humanos e ser vista como um problema social, e não mais como um episódio isolado na vida do agressor, como um problema de natureza íntima entre o acusado e a vítima. Entretanto, as medidas governamentais criadas para combater a violência contra a mulher não obtiveram respostas eficazes para prevenção e proteção das mulheres.

Dessa forma, percebe-se o quanto as mulheres sofreram com esses atos de violência até o Estado realmente iniciar medidas visando combater tais situações, por iniciativa dos movimentos feministas, que muito lutaram até conseguirem chamar a atenção das autoridades internacionais.

A Lei nº 11.340/2006 prevê as medidas protetivas, que se caracterizam como a tutela demandada pela ofendida com o intuito de cessar ou evitar a prática de vários tipos de violência, tais como física, moral, psicológica etc., quando verificado que há risco iminente e for demonstrado perigo na demora assim, são deferidas pelo juiz antes da oitiva do agressor visando a proteção da vítima.

As medidas protetivas podem ser divididas entre medidas de iniciativa de cumprimento da autoridade policial, previstas no artigo 11, da referida Lei, e medidas



protetivas de urgência, sendo estas últimas subdivididas entre aquelas destinadas ao agressor e aquelas destinadas à vítima. Neste ponto, entendemos que deveria a Lei prever a possibilidade de o juiz decretar medidas protetivas de urgência de ofício, observado o caso em concreto, tendo em vista a natureza protetiva da Lei nº 11.340/2006.

As medidas protetivas mais comuns são de afastamento do lar e proibição de contato. Acrescente-se ainda que podem variar conforme o local em que são requeridas e conforme o poder aquisitivo dos envolvidos.

Há consenso entre os operadores do Direito entrevistados de que as medidas protetivas são eficazes na prevenção do crime de feminicídio, tendo em vista que é oferecida assistência judiciária à vítima, e que diante do número de vítimas que registraram ocorrência, poucas tinham pedido de medida protetiva. Há uma subnotificação do número de casos de violência doméstica e familiar, visto que nem todas as vítimas registram boletim de ocorrência, e pedem medida protetiva, devido ao chamado ciclo da violência, pois a violência começa de forma leve e vai se agravando, e a vítima acredita que o ofensor irá mudar seu comportamento; ou devido a dependência emocional, financeira para com o ofensor; entre outros fatores.

Tendo em vista que o agressor, geralmente, é companheiro da vítima e pai de seus filhos, há uma maior dificuldade no rompimento da relação afetiva, mesmo diante de um contexto de violência. Por isso, ocorre em muitos casos, uma tendência de a vítima silenciar-se e não tomar qualquer atitude contra o agressor, diante de sentimento de culpa pela violência sofrida, ou sentimentos de temor pela sua integridade física e de seus filhos.

O fato de as vítimas não solicitarem medidas protetivas, ou revogarem estas, ou se reaproximarem do ofensor durante a vigência destas, ou ignorar o risco que estão correndo, devido as lesões sofridas se agravarem até se transformarem em um crime de feminicídio, e os homens continuarem a ter sentimentos de dominação para com a mulher, influenciam fortemente no aumento dos casos de feminicídio.



Tem-se ainda que, deve haver uma mudança no pensamento de homens e mulheres, quanto aos homens de que jamais devem se utilizar de violência contra mulher para solucionar conflitos matrimoniais, na maioria dos casos, e não devem nutrir sentimentos de posse, de domínio da mulher. Quanto a mulher, deve mudar o pensamento de que é normal, aceitável sofrer ameaças, lesões ou qualquer outro tipo de violência. A Justiça está à disposição para oferecer ajuda, tratamentos psicossociais, há uma rede de proteção criada para ajudar as mulheres por meio da Lei Maria da Penha e dispositivos inseridos no Código Penal.

Deve-se quebrar a crença enraizada na sociedade de que violência doméstica e familiar é um problema de natureza privada, que “briga entre marido e mulher, não se mete a colher”, pois a prevenção a violência doméstica e familiar é a melhor solução para combater o crime de feminicídio.

Deve também haver maior investimento estatal nos programas criados para o combate a violência contra a mulher, para que possa atender a maior quantidade possível de vítimas, oferecer condições para que a ofendida possa seguir com as medidas tomadas contra o ofensor, e não retorne com o relacionamento tóxico, através das seguintes medidas: aumentar o número de serviços e recursos humanos e estender a todas as cidades, não só nas capitais; investir na qualificação dos profissionais e em sistemas de informações que permitam monitorar e avaliar se tais instrumentos estatais estão sendo eficazes no enfrentamento a violência doméstica e familiar, melhorando, assim, as deficiências encontradas.

O tratamento no tocante a violência doméstica e familiar deve ser feito de forma igualitária pelos entes da federação, não podendo ocorrer a aplicação da Lei nº 11.340/2006 sob contextos sociais e políticos adversos, de modo que configure obstáculo para o acesso das mulheres à justiça.

Difundir por todos os meios publicitários, como rádio, TV, jornal, campanhas de conscientização, apresentar os caminhos oferecidos pela Justiça para o combate a esse problema, visando instruir, ensinar o que deve ser feito e como pode ser feito,



não só mostrar os casos de violência, mas também mostrar o que poderia ter sido feito para evitar.

Podem ser realizadas campanhas através de vídeos ou mensagens curtas que gerem impacto e que causem reflexão naqueles que assistirem, para serem transmitidas através do Youtube, WhatsApp, que estão presentes no cotidiano de grande parte da população brasileira. E ainda, investir na educação de crianças, sobre a equidade de gênero, para que este ensinamento seja repassado de geração em geração.

Portanto, a eficácia das medidas protetivas no combate ao crime de feminicídio depende da ação do Estado e da sociedade, entendendo-se que a solução deve ser a prevenção da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, porque evitando-se a prática de violência, conseqüentemente, evita-se a prática do crime de feminicídio.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo penal**, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **HC 349.851/SP**. Penal e Processo Penal. Habeas Corpus substituto de Recurso Ordinário. Estupro de vulnerável. Crime praticado por padrasto contra enteada. Aplicabilidade da Lei Maria da Penha. Caracterização da ação baseada no gênero. Writ não conhecido. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, data de julgamento: 28/11/2017, publicado no DJe: 04/12/2017.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **AgInt no AREsp 608061/PE**. Processual Penal. Agravo regimental em Agravo em Recurso Especial. Violência doméstica. Lei n. 11.340/2006. Medidas protetivas de urgência previstas no artigo. 22, I, II e III, da Lei n. 11.340/2006. Caráter penal. Aplicação das regras previstas para os recursos criminais. Agravo oferecido fora do prazo legal de 5 dias. Intempestividade configurada. Ausência de fundamentos capazes de infirmar a decisão agravada. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, data de julgamento: 17/05/2016, v.u.e AgRg no REsp n. 1.441.022/MS, Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 2/2/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Territórios (3. Turma Criminal). **Acórdão n. 1074073**. Processo Penal. Reclamação. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Medidas protetivas deferidas antes de ouvir o ofensor. Risco iminente. Perigo na demora. Demonstrados. Possibilidade. Suspensão da medida protetiva de afastamento do lar por ausência de risco. Não configurada. Reclamação improcedente. Relator Des. Demetrius Gomes Cavalcanti, data de julgamento: 08/02/2018, publicado no DJe: 16/02/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (3. Turma Criminal). **Acórdão 1139536**. Apelação Criminal. Lesão corporal. Violência doméstica. Preliminar de incompetência absoluta do juízo. Improcedência. Autoria e materialidade do crime de lesão corporal demonstradas. Palavra da vítima corroborada por outros elementos de prova. Absolvição. Impossível. Fixação de reparação dos danos morais à vítima. Legitimidade do Ministério Público. Reparação de dano moral na seara criminal. Possibilidade de acordo com julgado do STJ, Tema 983. Relator: Des. Demetrius Gomes Cavalcanti, data de julgamento: 22/11/2018, publicado no DJe: 29/11/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais (7. Câmara criminal). **Apelação Criminal 1.0024.16.069799-1/001-MG**. Recurso Defensivo – Preliminar de nulidade – Ofensa aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa - Procedimento próprio- Rejeição - Lei 11.340/06 – Medidas protetivas de urgência – Deferimento liminar e confirmação ao final – Atrito familiar – Imóvel ocupado pelos envolvidos – Moradias distintas em um mesmo terreno urbano – Procedimento criminal não requerido – Desconhecimento de tal providência – Não demonstração do “fumus boni iuris” e do “periculum in mora” – Natureza excepcional e cautelar – Lapso temporal já transcorrido – Princípio da razoabilidade e da segurança jurídica – Impossibilidade de perpetuação das medidas - Revogação – Imperatividade. Relator: Des. Sálvio Chaves, data de julgamento: 13/09/2017, publicado no DJe: 22/09/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (2. Turma Criminal). **Acórdão n. 1018057**. Agravo de Instrumento. Lei 11.340/2006. Violência doméstica. Alimentos. Competência. Extinção da obrigação.



Impossibilidade. Redução do valor. Cabimento. Relatora: Des<sup>a</sup>. Maria Ivatônia, data de julgamento: 18/5/2017, publicado no DJe: 22/5/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (1. Turma criminal). **Acórdão n. 1083749**. Reclamação. Violência doméstica. Medidas protetivas de urgência. Prazo. Parâmetro. Proteção dos direitos fundamentais. Situação de risco e vulnerabilidade. Reclamação parcialmente provida. Relator: Des. Carlos Pires Soares Neto, data de julgamento: 15/03/2018, publicado no DJe: 22/03/2018.

CAMPOS, Beatriz Araújo. **Projeto**: violência doméstica. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/13353>. Acesso em: 26 abr. 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **A grande causa da violência [contra a mulher] está no machismo estruturante da sociedade brasileira**. 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/entrevistas/2019/a-grande-causa-da-violencia-contra-a-mulher-esta-no-machismo-estruturante-da-sociedade-brasileira>. Acesso em: 26 abr. 2020.

GHISI, Ana Silvia Serrano; OLIVEIRA, Ana Claudia Delfini Capistrano de; OLIVEIRA, Paulo Rogério de Melo. Políticas de enfrentamento à violência contra as mulheres no marco dos 11 anos de Lei Maria da Penha. **Revista Brasileira de Tecnologias Sociais**, v. 4, n. 2, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14210/rbts.v4n2>.

INSTITUTO DE PESQUISA DATA SENADO. **Aprofundando o olhar sobre o enfrentamento à violência contra as mulheres**. Brasília: Senado Federal, Observatório da Mulher Contra a Violência, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.

ONU MULHERES. **Diretrizes nacionais feminicídio**: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília: Enap. 2016. Disponível em: <https://exposicao.enap.gov.br/items/show/267>. Acesso em: 26 abr. 2020.

ZAPATA, Fabriziane. Ser mulher é estar sob risco. **TJDFT**, 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2019/ser-mulher-e-estar-sob-risco-1>. Acesso em: 26 abr. 2020.



# A PRÁXIS DEMOCRÁTICA NO ESPELHO CONSTITUCIONAL SOB O PARADIGMA DA RAÇA: POR UM CONSTITUCIONALISMO LADINO- AMEFRICANO

Flávia Fernanda dos Santos Costa<sup>1</sup>

## RESUMO

Neste trabalho, proponho a rediscussão de conceitos que se apresentam com tendências a universalidade na teoria constitucional brasileira para compreender de que forma se fundam as epistemologias tradicionais e qual o seu âmbito de alcance. Neste sentido, pretende-se questionar quem é sujeito de direito para o constitucionalismo moderno, quem ou quais personagens conduzem a produção normativa, bem como os espaços de poder, e quem é informador ou influenciador legítimo nas reflexões sobre o Direito. Se as narrativas construídas ao longo da história sócio-política deste país possuem alicerce no ocidente, em que medida o constitucionalismo conforma o colonialismo, reconfigurando-o a partir de novas dinâmicas? É essa pergunta que nos trará uma releitura sobre a práxis democrática no Brasil – entre a prática, o ser e o dever ser – e que, também, nos aproximará do atlântico negro, trazendo processos e experiências de reorganização e (re)existência para um alcance do Direito em termos constitucionais que seja incluyente e não conformador de desigualdades.

**Palavras chave:** Raça; Teoria Crítica Racial; Branquitude; Eurocentrismo; Epistemicídio; Mito da democracia racial; Democracia; Constitucionalismo; Igualdade; Decolonialidade; Amefricanidade.

## INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB no primeiro semestre do ano de 2020. E-mail: flaviafernanda1996@gmail.com





O presente trabalho se insere no campo do Direito Constitucional para questionar a práxis democrática no Brasil a partir de epistemologias negras; com vistas a propor uma noção de constitucionalismo que esteja comprometida com a materialização de ideais de igualdade, liberdade e emancipação da população negra. Compreende-se a práxis, neste artigo, enquanto uma unidade dialética entre teoria – dever ser – e prática – o ser (SAVIANI, 2009, p. 6-7).

. Inicialmente, colhe-se referência à Teoria Crítica da Raça para demarcar a importância de observar o denominado sujeito de direito para além do homem, branco, heterossexual, cisgênero, classe média, cristão e não deficiente. Tensiona-se o caráter racial das categorias jurídicas, a fim de compreender como a raça se inscreve na construção das estruturas e práticas do Direito moderno (QUEIROZ, 2017, p. 14).

Nesse sentido, a mencionada teoria irá nos servir enquanto dimensão de observância obrigatória para realizar uma análise crítica das estruturas de organização vigentes, partindo da centralidade da raça enquanto informadora das reflexões sobre o Direito. Em seguida, o presente artigo denuncia o epistemicídio enquanto produção colonial da branquitude que atribui centralidade às produções eurocêntricas, em detrimento das cosmovisões ameríndias e amefricanas.

Posteriormente, levando-se em consideração a construção do imaginário social brasileiro que é resultado deste epistemicídio; trabalha-se o mito da democracia racial, que dissimula acerca dos elementos formadores do Estado brasileiro e acerca da identidade nacional supostamente pautada pela miscigenação e igualdade de oportunidades. Em contraposição, a categoria da amefricanidade e a decolonialidade são apresentadas como alternativa para (re)pensar práticas institucionais frente ao fenômeno do constitucionalismo.

O método investigatório utilizado para a elaboração da pesquisa é o jurídico-interpretativo, que se propõe a decompor um problema jurídico em seus diversos aspectos (GUSTIN & DIAS, 2010, p. 28) multidisciplinares, socioculturais, políticos



e antropológicos; bem como a vertente jurídico-sociológica, que analisa o Direito como variável que tensiona a sociedade e que trabalha com noções de efetividade (GUSTIN & DIAS, 2010, p. 28).

## **1 RAÇA E A TEORIA CRÍTICA RACIAL**

O presente artigo parte da perspectiva de que o Direito se apresenta de diversas formas e, dentre elas, faz-se importante para compreender o presente trabalho, a ideia de que este se manifesta como um mecanismo de controle social que interfere na dinâmica relacional da sociedade e atua sobre ela (PIRES & SILVA, 2015, p. 61).

Desta forma, considera-se que as desigualdades existentes perpassam, ainda, o estudo da Teoria Crítica da Raça (EUA), a fim de que sejam observados alguns critérios de dominação e opressão que são constitutivos da sociedade brasileira. Nessa perspectiva, há que se observar o denominado Sujeito de Direito para além do homem, branco, héterossexual, cis gênero, classe média, cristão e não deficiente.

Isto implica dizer que o aspecto racial será analisado ante ao Ordenamento Jurídico como dimensão de observância obrigatória para entender a integralidade dos sujeitos. Adotar a raça como informadora das reflexões sobre o Direito evidencia aspectos históricos, políticos, culturais e estruturais que são, por muitas vezes, negligenciados na produção jurídico-acadêmica. (PIRES & SILVA, 2015, p. 61)

É possível entender que a Teoria Crítica da Raça consiste na análise crítica de estruturas de organização vigentes, mas observadas pelo critério racial ante à dominação concreta. Partindo de tal pressuposto, promove-se um diagnóstico da atualidade com vistas à emancipação, tendo sido influenciada por vertentes como o Critical Legal Studies (1970), Marxist/Neo-Marxist e US/Third World Feminism. (NOBRE, 2011, p. 11, apud, PIRES & SILVA, 2015, p. 63)

Nesta perspectiva, tal teoria evidencia a existência de uma hierarquia racial institucionalizada, segregacionista, que é reproduzida diariamente e enraizada



culturalmente, tornando manifesta a importância de uma perspectiva racializada dentro dos estudos críticos. Assim, é possível observar que a ideia de universalidade das normas jurídicas sustenta um modelo de manutenção das desigualdades. Ganham destaque neste debate autoras como Kimberlé Crenshaw, Patrícia J. Williams, Angela P. Harris, dentre outras. (PIRES & SILVA, 2015, p. 65)

Ainda que haja uma pretensa universalidade, no plano formal, de alcance das normas jurídicas, é possível apontar uma incidência seletiva quanto a sua aplicabilidade material e de produção normativa. Desta feita, apenas a avaliação crítica do Direito que seja comprometida a identificar os fatores reais de poder, os obstáculos existentes à emancipação dos sujeitos subalternizados e que denuncie os critérios que sustentam o modelo de dominação confrontado, será capaz de se apresentar com tendências reais à universalidade.

Neste sentido, imperioso se mostra o que aduzem Thula Rafaela de Oliveira Pires e Caroline Lyrio Silva (2015, p. 65), ao afirmarem que: “a cegueira da cor, assim como a defesa de uma perspectiva neutra, objetiva, imparcial e ahistórica da realidade levam, ao contrário, à preservação das hierarquias raciais, de gênero, morais e sociais que se pretende superar”. Assim, a obstaculização de variantes, ou melhor dizendo, a marginalização da integralidade do indivíduo no debate político-jurídico, se torna mantenedora do status quo.

É importante destacar que a ideia de raça que aqui se apresenta não diz respeito a diferenciações biológicas, uma vez que este argumento já foi superado pela ciência. Fala-se em raça, no presente artigo, como um constructo social e unidade de análise não definida por conceito biológico ou genético, mas como categoria atribuída a determinados grupos minoritários por suas características fenotípicas, em contraposição ao padrão hegemônico dominante.

Por volta do século XIX as teorias biológicas definidoras de raça afirmavam a superioridade morfológica de certas raças e povos em detrimento de outros grupos tidos como inferiores. É no contexto da sociedade brasileira imperial que se produziu



a ideia de inferioridade humana do negro. Afinal, a escravidão somente era factível pois que se supunha a inferioridade humana dos africanos, e era preciso convencê-los disso, a fim de que não lhes incutisse pretensões de igualdade. (BERTÚLIO, 1989, p. 40)

Tendo em vista os critérios estabelecidos pela definição de raça através do aspecto biológico, surgiu a ideia de raça como categoria de análise social, histórica e antropológica; visto que tida como escopo fundante para determinar a hierarquia entre povos. Assim, os colonizadores foram colocados em posição de destaque em contraposição aos escravizados. Enquanto a prosperidade, a ascensão, a civilização e a beleza eram (são) atributos dos brancos; o subdesenvolvimento, a selvageria e a indolência, eram inatas aos negros e negras.

Embora a Teoria Critical Racial tenha emergido no contexto norte-americano, dialoga diretamente com o contexto social brasileiro. Sobre esta interlocução existente, é possível pontuar o que aduzem Thula Pires e Caroline Lyrio, senão, vejamos (2015, p. 68):

Ao levar em conta a realidade racial e o papel do direito na manutenção das desigualdades, a Teoria Crítica da Raça questiona fatos que também são relevantes no Brasil ao se discutir a estrutura racialmente hierarquizada da sociedade e das instituições, tais como: o fato de negros constituírem a maioria da população carcerária, a ausência de negros em profissões e cargos socialmente compreendidos como de prestígio (executivos, médicos, professores universitários, juízes, etc.), a maioria da população pobre e favelada, entre outros.

Deste modo, tal Teoria densifica o papel do Direito numa sociedade marcada pela desigualdade social que é, sobretudo, racial, desconformando-o. Busca-se, também, o desenvolvimento de uma legislação anti racista formalmente posta, mas materialmente eficaz; de uma jurisprudência produzida em consonância com uma sociedade racializada, não mantenedora de privilégios, crítica e isonômica pela concepção aristotélica – tratando os iguais com igualdade e os desiguais com diferença, na medida de suas desigualdades.



## 2 BRANQUITUDE E EPISTEMICÍDIO

Para pensar raça e racismo torna-se indispensável a subversão dos modelos de investigação tradicionais eurocêntricos até então vigentes, com suposta pretensão universalizadora, neutra (naturalizadora) e objetiva; no entanto, potencializadoras dos privilégios da branquitude. Dizer isto não implica em exaurimento frente a importância das epistemologias e reflexões tradicionais, mas é indicativo de críticas a seu respeito que, também, podem implicar na superação de paradigmas estruturantes.

Ao falar em branquitude no presente artigo, colhe-se influência à narrativa de Frantz Fanon (1952) no que diz respeito a uma de suas obras mais referenciadas: “Pele Negra, Máscaras Brancas”. Põe-se que a branquitude consiste na conduta omissiva ou comissiva daqueles com identitário racial branco (brancura) que tem por resultado o favorecimento uns dos outros, a fim de que sejam mantidos seus privilégios estruturais e estruturantes, naturalizando a convicção de único detentor da condição de ser humano, esta, mantenedora da hierarquia baseada em critérios raciais.

Neste sentido, pontua-se que a sociedade brasileira guarda estreita relação com a branquitude, pois, ainda que a população autodeclarada negra exprima maior percentual se comparada aos brancos, a ideia de mestiçagem e o mito da democracia racial que trataremos posteriormente são frequentemente utilizadas para encobrir o caráter racista de uma sociedade que nega sua branquitude.

Sobre tal raciocínio, Maria Aparecida Silva Bento, em “Branqueamento e Branquitude no Brasil” enuncia (2002, p. 14):

[...] uma boa maneira de se compreender melhor a branquitude e o processo de branqueamento é entender a projeção do branco sobre o negro, nascida do medo, cercada de silêncio, fiel guardião dos privilégios.

O que se vê comprometido nesse processo é a própria capacidade de identificação com o próximo, criando-se, desse



modo, as bases de uma intolerância generalizada contra tudo que possa representar a diferença.

Assim, podemos destacar também a existência de um plano material e subjetivo de validade da produção acadêmica dos negros e negras, estruturado na vigência de tais conceitos. Tal validade consiste na supervalorização da produção de conhecimento advindo de um padrão eurocentrado majoritariamente aceito, em contraposição à negação da legitimidade de outras formas de conhecimento produzidas por grupos dominados ou minoritários, num processo de destituição de sua racionalidade, cultura e civilização, denominado de epistemicídio. (CARNEIRO, 2005, p. 96)

A ideia de epistemicídio pensada por Boaventura de Sousa Santos (1997), a qual reproduzo neste trabalho por meio de um diálogo estabelecido com a narrativa de Aparecida Sueli Carneiro (2005, p. 72), consiste em um elemento constitutivo do dispositivo de racialidade e biopoder. Desta maneira, é um dos instrumentos mais eficazes e duradouros de dominação étnico-racial, uma vez que seleciona quem é sujeito de conhecimento, subalterniza e marginaliza a diversidade.

O dispositivo de racialidade e biopoder consistem numa aplicação dos conceitos de dispositivo e de biopoder desenvolvidos por Michel Foucault ao domínio das relações raciais. A partir deles averigua-se os processos de produção social, cultural, vitalismo e morte da eleição e subordinação racial. Bem como, a partir da articulação destes, faz-se potencial a análise de discursos, práticas e resistências produzidas e reproduzidas pelo epistemicídio. (CARNEIRO, 2005, p. 02)

O epistemicídio se qualifica com indigência cultural (CARNEIRO, 2005, p. 97), pois não só anula e desqualifica o conhecimento de povos subjugados, como também suprime o acesso à educação de qualidade, miserifica a produção intelectual do negro como possuidor e produtor de conhecimento e, ainda, o rebaixa cognitivamente neste processo discriminatório de produção epistemológica. Por isto, é possível dizer que “o epistemicídio fere de morte a racionalidade do subjugado ou a sequestra, mutila a capacidade de aprender”. (CARNEIRO, 2005, p. 97).



Nesse ínterim, tem-se por consolidado que a ciência seria uma prática social específica e privilegiada, porque produziria a única forma de conhecimento válido (SANTOS, 1997, p. 328, apud, CARNEIRO, 2005, p. 98), o que, por conseguinte, resulta na percepção de um único sujeito cognoscente válido, produto de uma superioridade europeia racialmente hegemônica. Em outras palavras, para Sueli Carneiro:

A negação da plena humanidade do Outro, a sua apropriação em categorias que lhe são estranhas, a demonstração de sua incapacidade inata para o desenvolvimento e aperfeiçoamento humano, a sua destituição da capacidade de produzir cultura e civilização prestam-se a afirmar uma razão racializada, que hegemoniza e naturaliza a superioridade europeia. (CARNEIRO, 2005, p. 99)

Trazendo a ideia de epistemicídio para o contexto brasileiro enquanto instrumento de censura de ideias, seletividade de produção epistêmica e processo de controle excludente, podemos observar tal expressão na história do Brasil ante a abolição da escravidão (1888) e as ideias empreendidas pela Igreja Católica com desdobramentos específicos sobre a população negra, por meio de influxos do racismo científico.

Tal assertiva se comprova com a noção de que o negro não tinha alma, ideia difundida por meio de uma bula papal em momento anterior a laicização do Estado moderno no séc. XIX (CARNEIRO, 2005, p. 104). Também, nesse mesmo contexto obscurantista em que o Brasil fora lançado desde a origem, o trabalho dos jesuítas passou a ser encarado por Portugal como risco de estímulo à movimentos emancipatórios, visto que crucial a função estratégica da educação no incremento desses processos. (FISCHMANN, 1989 e 1990, apud, CARNEIRO, 2005, p. 103)

Tais fatores encerravam qualquer discussão sobre crianças negras terem acesso à educação desde a ideia de República no Brasil pós abolição, é nesse contexto que se funda e se articula o epistemicídio ao dispositivo de racialidade. Assim restou sem alternativas, aos outrora escravizados e seus descendentes, o ônus



permanente da exclusão e obstaculização de qualquer forma de desenvolvimento social. Sueli Carneiro aponta:

A bula papal que decretou que o negro não tinha alma é o que vai permitir a constituição de um tipo *sui generis* de humanismo, o humanismo que se constitui sem negro: porque não tem alma, não é humano, sua ausência não impede esse tipo de humanismo. (CARNEIRO, 2005, p. 105).

Por conseguinte, tal “humanismo *sui generis*” constituído sem o negro reverbera em todos os contextos sociais, educacionais, políticos, profissionais, econômicos e culturais nos quais o negro não foi inserido; pelo contrário, foi e é retirado, excomungado, restringido e barrado, tornando escuridivente que o ideal democrático apenas existe se você não for preto.

### 3 MITO DA DEMOCRACIA RACIAL

No contexto pátrio, um dos maiores desafios enfrentados pelos estudiosos das relações raciais e pelos movimentos negros encontra-se no que foi denominado de mito da democracia racial, no que se refere a superação do pensamento imbricado no imaginário social e no inconsciente coletivo da sociedade brasileira.

Difundiu-se no Brasil uma ficção ideológica que consiste na ideia de que havia um alto grau de bondade e humanidade na escravidão praticada na América Latina pelas colônias espanholas e portuguesas, especialmente se comparada àquela que ocorreu nas colônias inglesas. (NASCIMENTO, 2018, p. 62)

Nas palavras do sociólogo Gilberto Freyre: “O sistema escravocrata por um lado, e o missionário por outro, continuariam a sua obra de devastação da raça nativa, embora mas lenta e menos cruel do que na América espanhola ou na inglesa. E com aspectos criadores que se opõem aos destruidores.” (FREYRE, 1933, p. 121)

Assim, sustentou-se que a presença ativa da Igreja Católica teria influenciado em um racismo cordial, com um tratamento mais brando e justo por parte dos colonizadores. No entanto, a Igreja ratificou, por diversas vezes, o terror desumano empreendido com o tráfico negreiro. Isto porque impôs o cristianismo, converteu os





escravizados e proibiram de professar a sua própria fé. Ainda, justificou os horrores da escravidão como meio para uma finalidade: A salvação.

Vejamos um dos discursos do famoso jesuíta, Padre Antônio Vieira, na Bahia (1633) a título de exemplo:

Escravos, estais sujeitos e obedientes em tudo a vossos senhores, não só aos bons e modestos, senão também aos maus e injustos [...] porque nesse estado em que Deus vos pôs, é a vossa vocação semelhante à de seu Filho, o qual padeceu por nós, deixando-vos o exemplo que haveis de imitar.

A história brasileira se construiu na literatura à base de manipulações e falseamento de dados históricos que influenciam diretamente no pensamento acrítico fomentado na educação brasileira desde a infância. Assim, tem-se como resultado uma população que desconhece a história política do país e a despreza, interferindo diretamente na construção de uma democracia representativa em prol do desenvolvimento social, visto que nega a origem de suas desigualdades e os impactos ainda prementes.

Exemplo disto é que, ainda hoje, aprende-se nas escolas que o Brasil foi “descoberto” por Pedro Álvares Cabral. Ou seja, o ensino básico curricular não explicita que esta Nação foi construída tendo por alicerce o genocídio de indígenas e negros, o saqueamento de terras, o estupro coletivo de mulheres negras, a truculência das forças armadas e a apropriação de riquezas de povos que já viviam nessas terras com organização própria antes de Portugal.

Sobre o tema, aponta Abdias Nascimento:

O papel do negro escravo foi decisivo para o começo da história econômica de um país fundado, como era o caso do Brasil, sob o signo do parasitismo imperialista. [...] O africano escravizado construiu as fundações da nova sociedade com a flexão e a quebra da sua espinha dorsal, quando ao mesmo tempo seu trabalho significava a própria espinha dorsal daquela colônia. Ele plantou, alimentou e colheu a riqueza material do país para o desfrute exclusivo da aristocracia branca. (NASCIMENTO, 2018, p. 59).



Gilberto Freyre, a partir do livro “Casa Grande e Senzala” (1933) foi fundante da ideia de democracia racial, ao dissimular acerca dos elementos formadores do Estado brasileiro e de sua identidade nacional. Embora o autor não tenha utilizado a expressão em seu livro, foi através de sua obra que tal conceito ganhou sistematização e status científico. (BERNARDINO, 2002, P. 251, apud, SILVA, 2015, p. 03)

A obra de Freyre introduz uma “fábula de convivência harmônica entre contrários” em que a miscigenação no Brasil teria lançado as bases de uma sociedade não atravessada pelo impacto da escravidão. A sociedade brasileira estaria, então, marcada pela ausência de discriminação racial e pela existência de oportunidades econômicas e sociais iguais para negros e brancos. (HASENBALG, 1979, p. 242, apud, SILVA, 2015, p. 04)

Nesse sentido, Casa Grande & Senzala apresenta a miscigenação como força motriz para redução de antagonismos existentes entre colonizador e escravizados, corrigindo esta distância social, e abrandando os horrores praticados durante a escravatura. Senão, vejamos a narrativa importada da obra de Freyre (1933, p. 140):

[...] a população inteira de negros, foi por outro lado o colonizador europeu que melhor confraternizou com as raças chamadas inferiores. O menos cruel nas relações com os escravos. [...] independente da falta ou escassez de mulher branca, o português sempre pendeu para o contato voluptuoso com mulher exótica. Para o cruzamento e miscigenação. Tendência que parece resultar da plasticidade social, maior no português que em qualquer outro colonizador europeu.

A ideia de miscigenação, na realidade, procura mascarar a política de embranquecimento que ocorreu na Era Vargas (1930 - 1945). Tal projeto político possuía o intento de produzir uma europeização dos costumes e da população por intermédio de uma política pública de incentivo à entrada de imigrantes europeus no Brasil, enquanto uma enorme massa de mestiços era deixada à margem do mercado de trabalho, desassistidos pelo Estado e sem que lhes seja concedido qualquer recurso, apoio ou meio de subsistência.



Vejamos o art. 2º do Decreto-Lei nº 7967, de 18 de setembro de 1945, assinado pelo então Presidente da República, Getúlio Vargas:

Decreto-Lei nº 7.967, de 18 de setembro de 1945

Dispõe sobre a Imigração e Colonização, e dá outras providências

O Presidente da República, usando das atribuições que lhe confere o artigo 180 da Constituição e considerando que se faz necessário, cessada a guerra mundial, imprimir á política imigratória do Brasil uma orientação racional e definitiva, que atenda à dupla finalidade de proteger os interesses do trabalhador nacional e de desenvolver a imigração que fôr fator de progresso para o país, DECRETA:

[...]

Art. 2º Atender-se-á, na admissão dos imigrantes, à necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, **as características mais convenientes da sua ascendência européia**, assim como a defesa do trabalhador nacional. (grifei)

Em “Genocídio do Negro Brasileiro: Processo de um racismo mascarado” (1977), Abdias Nascimento denuncia o mito da democracia racial, demonstrando empiricamente a presença de uma hierarquia racial no contexto pós abolição da escravatura. Assim, a ideia de democracia racial apresenta-se de maneira diametralmente oposta à realidade brasileira, e à serviço da branquitude.

Isto porque a abolição da escravatura e a miscigenação não tornaram fácil, por automático, a integração entre brancos e não brancos; não trouxe redenção aos escravizados, trazendo fartura, abundância e igualdade de condições. Pelo contrário, trouxe miséria, segregação habitacional, marginalização, sucateamento das relações trabalhistas e manteve o status quo dicotômico entre o branco-patrão e o negro-empregado, o branco instruído e o preto favelado.

Diante deste cenário, ainda há quem sustente que as desigualdades sociais têm relação tão somente com a renda e o poder aquisitivo, mas não com a cor, a pretexto de “sermos todos iguais e compormos uma raça única”. Ora, tal artificialidade argumentativa que apresenta a estratificação social como oposta à



racial não resiste a mais superficial análise, uma vez que, neste contexto, era o fator racial que determinava a posição social. (NASCIMENTO, 2018, p. 66).

Sobre o tema, aduz Abdias Nascimento (2018, p. 101):

Se os negros vivem nas favelas porque não possuem meios para alugar ou comprar residência nas áreas habitáveis, por sua vez a falta de dinheiro resulta da discriminação no emprego. Se a falta de emprego é por causa de carência de preparo técnico e de instrução adequada, a falta de aptidão se deve à ausência de recurso financeiro. Nesta teia, o afro-brasileiro se vê tolhido de todos os lados, prisioneiro de um círculo vicioso de discriminação - no emprego, na escola - e trancadas as oportunidades que lhe permitiram melhorar suas condições de vida, sua moradia, inclusive. Alegações de que esta estratificação é “não racial” ou “puramente social e econômica” são chavões que se repetem e racionalizações basicamente racistas: pois o fator racial determina a posição social e econômica na sociedade brasileira.

Neste sentido, é possível constatar que as autoridades governamentais e a sociedade dominante entenderam como suficiente a Lei Imperial nº 3.353/1888 para abolir a escravidão. Demonstraram-se satisfeitas em condenar os escravizados a um etnocídio permanente, uma vez que condenaram africanos “livres” e os seus descendentes a um novo estado econômico, político, social e cultural de escravidão em liberdade. (NASCIMENTO, 2018, p. 81-82) Ao negro, “cidadão recém proclamado”, não foram dadas condições ou amparo algum para participar nos negócios da Nação que ele fundara com seu trabalho; a fim de que, assim, permanecesse a economia, mentalidade e cultura, dependentes e colonizadas, a favor da aristocracia branca (NASCIMENTO, 2018, p. 81-82). Senão, vejamos o que dispõe os dispositivos da supracitada Lei Áurea, de 13 de maio de 1888, em sua totalidade:

Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888 Declara extinta a escravidão do Brasil.

A Princesa Imperial Regente, em nome de Sua Majestade o Imperador, o Senhor D. Pedro II, faz saber a todos os súditos do Império que a Assembléia Geral decretou e ela sancionou a lei seguinte:



Art. 1º: É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil.

Art. 2º Revogam-se as disposições em contrário.

Se a Lei Imperial nº 3.353/1888 sancionada pela Princesa Isabel libertou alguém, de certo, não foram os negros; mas, sim, os senhores de engenho, o Estado e a Igreja, que foram exonerados da sua responsabilização acerca das atrocidades cometidas durante aproximadamente três séculos de escravidão. E que, após aproximadamente 130 (cento e trinta) anos de sua publicação oficial, ainda não conseguiu atingir a finalidade a que “se propôs”.

É possível constatar a veracidade de tal argumento ao observarmos que não foi criada nenhuma política pública para inserção do negro na sociedade à época; em contrapartida, três anos após a abolição, o Ministro das Finanças, Rui Barbosa, assinou a Circular nº 29/1891 ordenando a destruição pelo fogo de todos os documentos históricos e arquivos relacionados com o comércio de escravos e a escravidão em geral. (NASCIMENTO, 2018, p. 58)

Apesar do mito da democracia racial ilustrar que a realidade do afro-brasileiro tem se assimilado ao padrão homogêneo de uma sociedade próspera, o atual cenário brasileiro ainda demonstra que, mesmo sendo a maioria em termos populacionais, os mesmos existem como minoria econômica, cultural e nos negócios políticos. Assim, suportam tão efetiva discriminação que encontram-se virtualmente fora da sociedade vigente e praticamente sem representação em qualquer área que envolva poder decisório. (NASCIMENTO, 2018, p. 98-104)

Sobre o tema, vejamos o que diz Florestan Fernandes, sociólogo precursor em denunciar a ideia de democracia racial:

Não existe democracia racial efetiva, onde o intercâmbio entre indivíduos pertencentes a ‘raças’ distintas começa e termina no plano da tolerância convencionalizada. Esta pode satisfazer às exigências do bom-tom, de um discutível ‘espírito cristão’ e da necessidade prática de ‘manter cada um no seu lugar’. Contudo, ela não aproxima realmente os homens senão na base da mera coexistência no mesmo espaço social e, onde



isso chega a acontecer, da convivência restritiva, regulada por um código que consagra a desigualdade, disfarçando-a e justificando-a acima dos princípios de integração da ordem social democrática. (FERNANDES, 1960, p. XIV)

Instaurou-se no Brasil a neocolonialidade, trazendo uma falsa percepção de que pessoas não brancas faziam parte de uma comunidade nacional, de um paraíso racial, enquanto a estrutura de privilégios que historicamente as discriminaram, era mantida (HASENBALG, 1996, apud, SILVA, 2015, p. 16). Assim, esta abolição simbólica da escravatura representa não o momento pós abolição, mas o pós escravatura, uma vez que esta não foi superada, encontrando-se vigente por meio de outras formas de dominação.

O produto da miscigenação efetua, na realidade, um projeto neocolonial com a finalidade de enfraquecer um determinado grupo étnico, social e politicamente. Isto porque a miscigenação, ao invés de criar uma categoria homogênea de mestiços, estabelece uma gradação de tonalidades de cor e traços físicos para, a partir disso, hierarquizar quem se aproxima da matriz europeia. Na medida em que se dá tal proximidade, se constrói a tutela de de direitos.

No mesmo sentido afirma Ronaldo Sales (2006, p.168) em sua tese “Raça e Justiça: O mito da democracia racial e o racismo institucional no fluxo de justiça”. O sociólogo trabalha a ideia de que a miscigenação não eliminou a discriminação, apenas a pluralizou conforme a presença ou ausência gradual de características “negras”. Assim, criam-se subcategorias para diferenciar grupos e estabelecer em que medida se dará a inserção e participação na sociedade.

A ideia de homogeneidade mestiça se trata de um malabarismo argumentativo raso para enxergar o racismo como uma patologia ou opção de individualidades e que não se apresenta como regra no Brasil. Assim sendo, a branquitude mantém uma máscara jurídica moderna para se utilizar da mesma condescendência dos senhores de engenho nas relações inter raciais.



Nesse Sentido, Frantz Fanon (1969, p. 40, apud, NASCIMENTO, 2018, p. 101) aponta que o racista numa cultura com racismo é, por esta razão, normal. Na mesma perspectiva, Kabengele Munanga, em entrevista para o Instituto Geledés (2019), indica que a peculiaridade do racismo no Brasil é sua construção pela negação de sua própria existência. Assim, se em tese não existe raça, racistas são aqueles que falam do racismo e trazem o debate para a esfera pública.

#### **4 AMEFRICANIDADE**

Levando em consideração o processo histórico de construção social ao qual o Brasil foi inserido, é possível dizer que a luta pelo direito inviolável à liberdade se iniciou muito antes do ato formal resultante da Lei Áurea e não acabou junto a ela, pois essa luta se estende até os dias atuais (GONZALEZ, 2018, p. 307). Isto porque os ameríndios e africanos foram subordinados a uma noção de latinidade que legitima diariamente a sua inferiorização, uma vez que pautadas numa cosmovisão eurocêntrica e neocolonialista da realidade. (GONZALEZ, 2018, p. 308)

Inseridos e classificados por um sistema ideológico de dominação, baseado no mito da democracia racial e no eurocentrismo, o Ser negro e o Ser indígena são suprimidos de sua própria humanidade. Isto ocorre porque lhes é negado o direito de estarem sujeitos não apenas aos seus próprios discursos – nas práticas sociais, jurídicas, trabalhistas, etc. – mas a partir de sua própria perspectiva histórica – para (re)pensar práticas institucionais, por exemplo. (GONZALEZ, 2018, p. 310)

Quando falamos neste trabalho em “sistema ideológico” nos valem da noção de ideologia conferida por Louis Althusser (1980, p. 77) na obra “Aparelhos Ideológicos do Estado”, em que aponta a ideologia como uma representação da relação imaginária dos indivíduos com suas condições reais de existência. Adotamos aqui a concepção de que a ideologia é uma falsa consciência, uma distopia, tendo como tarefa o estabelecimento de formas de domínio e sujeição engendradas por quem domina a partitura do Estado.



Vejamos o que aponta Jacques Rancière:

[...] a ideologia é um sistema de representações que em todas as sociedades assegura a relação dos indivíduos com as tarefas fixadas pela estrutura do todo social, este sistema não é, pois, um sistema de conhecimento. Pelo contrário, é o sistema de ilusões necessárias aos sujeitos históricos. (1970, p. 328-330, apud, VAISMAN, 2006, p. 256).

Ou ainda:

A eficácia do ideológico redundante, pois, na criação, pelas práticas induzidas, de sujeitos em situação de enfeudação absoluta em face do lugar que lhes é atribuído; os transforma em objetos mistificados de forças ocultas representadas por um novo sujeito da história: a ideologia. (DOSSE, 1993, p. 344, apud, VAISMAN, 2006, p. 266).

Assim, é possível dizer que a sociedade política é uma construção humana, e não um desenvolvimento orgânico, que determina o destino da maioria da população (WALZER, 1995, p. 164, apud, MILLS, 2013, p. 15). Esta maioria populacional em termos de Brasil é a população negra, representando 56,4%, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2020), e que se encontra subordinada por uma minoria quantitativa detentora de privilégios de toda classe.

Isto implica dizer que a natureza multirracial e pluricultural do Brasil é ignorada para recair sobre um tipo de racionalismo universal abstrato, típico de um discurso masculinizante e branco (GONZALEZ, 2018, p. 310). Neste tipo de lógica estrutural e estruturante não há espaço para a igualdade, especialmente quando se trata de diferentes grupos étnicos (GONZALEZ, 2018, p. 311), pois se trata de um sistema que transforma as diferenças em desigualdades. Neste sentido, vejamos:

Sendo os brasileiros herdeiros históricos das ideologias de classificação social (racial e sexual), bem como das técnicas jurídicas e administrativas das metrópoles ibéricas, as sociedades latino-americanas não podiam deixar de ser caracterizadas como hierárquicas e racialmente estratificadas. (GONZALEZ, 2018, p.312)

Partindo do reconhecimento dessa lógica estrutural, política, social, cultural e institucional, Lélia González criou uma categoria que dá enfoque a um novo olhar





sobre a formação histórico-cultural do Brasil (GONZALEZ, 2018, p. 321). Lélia traduz esta Nação como sendo parte de uma América Africana que foi degenerada de sua ladinoamefricanidade (GONZALEZ, 2018, p. 321-322) pela branquitude, eurocentrismo, eugenia, epistemicídio, necropolítica, mito da democracia racial e pelo racismo à brasileira.

Amefricanos são todos aqueles descendentes de africanos que são resultado do tráfico transatlântico, assim como aqueles negros que chegaram na América antes mesmo dessas terras terem sido vislumbradas por Cristóvão Colombo; estabelecendo, desse modo, um longo processo histórico que marca a presença do negro no Novo Mundo (GONZALEZ, 2018, p. 343).

Lélia González afirma que todos os brasileiros, e não apenas os “pretos” e “pardos” do IBGE, são ladinoamefricanos (GONZALEZ, 2018, p. 321). Além disso, também declara que o português falado no Brasil é expressão de uma marca de africanização, que foi ressignificado nestas terras, no que ela chama de “pretuguês”, delineando a influência negra na região caribenha. (GONZALEZ, 2018, p. 322).

A antropóloga aponta a necessidade de autoconsciência da população negra como forma de atingir uma consciência efetiva de si enquanto descendentes de africanos, a fim de que não permanecessem prisioneiros e cativos de uma linguagem racista (GONZALEZ, 2018, p. 329). Isto porque toda linguagem é epistêmica e auto designadora, assim, ela deve contribuir para a compreensão da sua própria realidade e noção de pertencimento (GONZALEZ, 2018, p. 331).

No mesmo sentido, Molefi Kete Asante aduz que “uma ideologia de libertação deve encontrar sua experiência em nós mesmos; ela não pode ser externa a nós e imposta por outros que não nós próprios; deve ser derivada da nossa experiência histórica e cultural particular” (1988, p. 31, apud, GONZALEZ, 2018, p. 332). Assim, objetiva que seja incorporada uma intensa dinâmica cultural de adaptação, resistência e reinterpretação que rompa barreiras puramente geográficas e que seja afrocentrada. (GONZALEZ, 2018, p. 329)



A amefricanidade, enquanto categoria, busca novas soluções frente aos problemas que foram impostos por uma ordem social, política e econômica que historicamente marginaliza corpos negros (GONZALEZ, 2018, p. 315). Esta teoria identifica a Diáspora como uma experiência histórica comum que deve ser reconhecida, pois, embora os cidadãos das diferentes partes da América (sul, central, insular e do norte) pertençam a sociedades diferentes, o sistema de dominação que fora engendrado em todas elas é o mesmo: o racismo. (GONZALEZ, 2018, p. 330)

Em uma sociedade fundada pelo parasitismo racista, povos negros e indígenas foram despojados de seu legado histórico e alijados de sua produção intelectual; bem como de suas contribuições para o avanço da humanidade nos níveis filosófico, científico, artístico e religioso. É justamente no resgate dessa unidade específica que consiste o valor metodológico desta teoria, pois, enquanto sistema etnográfico de referência, tem como produto a produção de toda uma descendência inspirada em modelos africanos que é herança de seus antepassados neste Continente. (GONZALEZ, 2018, p. 330-331). Vejamos:

Já na época escravista, ela [amefricanidade] se manifestava nas revoltas, na elaboração de estratégias de resistência cultural, no desenvolvimento de formas alternativas de organização social livre, cuja expressão concreta se encontra nos quilombos. [...] Reconhecê-la é, em última instância, reconhecer um gigantesco trabalho de dinâmica cultural que não nos leva para o lado do Atlântico, mas que nos traz de lá e nos transforma no que somos hoje: amefricanos. (GONZALEZ, 2018, p.333)

A amefricanidade se apresenta como uma alternativa em que se propõe novas discussões sobre as estruturas sociais tradicionais, bem como se apresenta com pretensões de reconstrução da identidade ameríndia e africana por meio do resgate dessas histórias (GONZALEZ, 2018, p. 316). A experiência amefricana possui particularidades empíricas diferentes daquelas vividas pelos africanos que permaneceram em África, no entanto, resguarda profundos laços que não se dissiparam após atravessar o Atlântico e que são pertinentes para pensar democracia e constitucionalismo no Brasil.



## 5 POR UM CONSTITUCIONALISMO LADINO-AMEFRICANO

Atribui-se, neste artigo, a concepção de constitucionalismo apresentada por Marcos Vinícius Lustosa Queiroz em “O Constitucionalismo Brasileiro e o Atlântico Negro”, enquanto uma experiência histórica que emerge como resposta a pressão estrutural por diferenciação entre política e Direito (2017, p. 12). Neste sentido, a Constituição se articula como instância política de processos de construção e reconstrução do Estado, pela qual a democracia se constitui como elemento chave para um sistema normativo que deve se auto fundamentar nas estruturas constitucionais (QUEIROZ, 2017, p. 12).

No mesmo sentido, enuncia Menelick de Carvalho Netto:

Torna-se cada vez mais visível que, na modernidade, tanto o Direito funda a si mesmo, bem como que igualmente a política, o Estado, é o próprio fundamento de si mesma. [...] É a diferenciação entre um Direito superior, a Constituição, e o demais Direito, que acopla estruturalmente Direito e política, possibilitando o fechamento operacional, a um só tempo, do Direito e da Política. Em outros termos, é por intermédio da Constituição que o sistema da política ganha legitimidade operacional e é também por meio dela que a observância ao Direito pode ser imposta de forma coercitiva. (CARVALHO NETTO, 2004, p.25)

Recentes processos constituintes emancipatórios tendem ainda por colocar em xeque o projeto de ruptura com a colonialidade que eles se propõem, ao menos no âmbito formal, a implementar (PIRES, 2018, n.p.). Isto ocorre porque há uma pretensão universalizadora que se apresenta nos discursos sobre a Constituição, situação em que se atribui uma condição de subsidiariedade a grupos historicamente silenciados ou marginalizados, que não são incluídos enquanto sujeitos constitucionais (QUEIROZ, 2017, p. 19). Por esse viés, alude Thula Pires:

A eficiência da crença na universalidade e neutralidade do constitucionalismo moderno, aliada no contexto pátrio ao compartilhamento do mito da democracia racial, fez com que o impacto de sua utilização para promover o enfrentamento



das desigualdades, notadamente as raciais, sociais e de gênero, se mantivesse esvaziado. (PIRES, 2018, p.n.)

Assim, as epistemologias tradicionais com tendências a universalidade de seus discursos e práticas na Constituição se coadunam a noção de epistemicídio, enquanto modelo de colonialidade do saber que nos acomete (PIRES, 2018, n.p.). Neste sentido, tais processos emancipatórios reinaugurados, postos frente à hermenêutica constitucional, ainda reproduzem um tratamento que hierarquiza identidades sociais, perpetua a estrutura social-colonial e os privilégios da branquitude na teoria constitucional (PIRES, 2018, n.p.).

Vejamos um trecho extraído da doutrina de José Afonso da Silva sobre a noção de democracia, a qual atribuímos esse papel de centralidade:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (SILVA, 2014, p. 122)

Ao observarmos a forma como a noção de democracia se articula na doutrina constitucional, é possível perceber que esta é apresentada enquanto um dever ser, pressupondo pluralismo, diálogo entre opiniões divergentes, a liberação da pessoa humana e o pleno exercício de tais direitos para sua materialização. Assim, a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consistiria na superação de desigualdades por intermédio de um regime democrático comprometido com a justiça social. (SILVA, 2014, p. 124)



Partindo desta perspectiva temos, pois, a singularidade de aprender a fazer democracia em um laboratório não democrático (SILVA, 2014, p. 130), que não apresenta a democracia enquanto existente, e, sim, a enuncia como um objetivo a ser alcançado. Isto porque a visibilidade pluralista que se extrai do texto constitucional ainda não se converteu em exercício de poder para o povo negro no contexto brasileiro. Assim, essa subsidiariedade nos processos constitucionais e nos espaços de poder acaba por reproduzir e naturalizar o etnocídio na América brasileira como pilar de manutenção da colonialidade (PIRES, 2018, p.n.).

Ainda, a doutrina de José Afonso da Silva aponta a igualdade enquanto essência da democracia, mas não qualquer igualdade, ela deve ser substancial e não deve se restringir às formalidades do campo jurídico (FERREIRA, 1983, p. 181, apud, SILVA, 2014, p. 134). No entanto, a igualdade na práxis democrática constitucional se apresenta enquanto uma não realidade, que encontra esteio nas formalidades constitucionais (art. 5º, caput, CRFB/88), mas não encontra amparo material e substancial para a população negra (GONZALEZ, 2018, p. 312).

Em sentido análogo, Charles Mills em “O Contrato de Dominação” trabalha a ideia de que apenas os homens brancos são, de fato, iguais; além disso, aduz que as instituições jurídico-políticas não são igualitárias em seu funcionamento, bem como reproduzem diversas formas de privilégios pautados em critérios de classe, gênero e raça (2013, p. 51). Levando tais fatores em consideração, faz-se necessário evidenciar as distinções existentes entre inclusão substancial e inclusão meramente formal, nominal (MILLS, 2013, p. 58).

No mesmo país em que a Constituição prevê que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza; garantindo-se aos brasileiros a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à segurança; 75,5% das pessoas assassinadas são negras (Atlas da violência, 2019, p. 49). De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2019 (p. 58) 75,4% das pessoas que morrem em decorrência das ações de agentes de segurança do Estado são negras.



No mesmo país em que a Constituição prevê a inviolabilidade do direito à propriedade, pessoas negras representam 75% entre os brasileiros em situação de extrema pobreza e, em contraponto, apenas 17,8% dos negros estão entre os mais ricos (IBGE, 2019, p. 51). Segundo dados da ong OXFAM, baseada em pesquisa extraída no IBGE/PNAD, pessoas brancas pobres recebem salário 46% maior que pessoas negras pobres (IBGE, 2018, p. 04).

Entre os desempregados, 64,2% são pessoas de cor (IBGE, 2018, p. 02), enquanto 95% dos cargos de liderança das 500 maiores empresas do Brasil são ocupados por pessoas brancas (ETHOS, 2016, p. 22). Nos dados acerca do trabalho infantil, 64,1% dessas crianças e adolescentes são negras, em contraposição à 35,9% que são brancas ou amarelas (IBGE, 2017).

No mesmo país em que a Constituição prevê a inviolabilidade do direito à igualdade, apenas 24,4% dos deputados federais são negros e 28,9% são deputados estaduais (IBGE, 2019, p. 11), demonstrando a sub-representação da população negra nos espaços decisórios de poder. Nas taxas de analfabetismo de pessoas com mais de 15 anos, pessoas autodeclaradas brancas representam 3,9%, este índice sobre para 9,1% quando se trata de pessoas negras (IBGE, 2018, p. 01).

Desse modo, proposições constitucionais se encerram no dever ser, uma vez que tanto a produção normativa quanto às interpretações a elas atribuídas não são pensadas para subverter a hegemonia ocidental. O Estado brasileiro, em seu trato político-social cotidiano, demonstra não estar preocupado com a materialização de direitos, mas, sim, comprometido com a manutenção de privilégios. Estes, por sua vez, tem cor, posto que é produto de uma construção histórico-hierárquica da branquitude. Nesses termos:

A legislação nem sempre reflete aquilo que a maioria do povo aspira, mas, ao contrário, em grande parte, busca sustentar os interesses da classe que domina o poder e que, às vezes, está em contraste com os interesses gerais da Nação. As classes dirigentes, embora constituindo concretamente uma minoria, conseguem, pelo sistema eleitoral, impedir a representação, nos Parlamentos, da maioria do povo, razão por que, fazendo a



maioria parlamentar, obtêm uma legislação favorável. (SILVA, 2014, p. 133)

Afim de reconfigurar epistemologicamente a maneira pela qual esses projetos políticos vêm sendo recepcionados no Brasil, Thula Pires destaca a importância de pensar um constitucionalismo que seja ladino-amefricano (PIRES, 2018, p.n.). Ou seja, pensar epistemologias que se proponham a colacionar propostas de descolonização do poder, do saber e do ser no Brasil, a partir de grupos mais afinados com a agenda política enunciada pelo texto constitucional e que esteja comprometido com a experiência ladino-amefricana (PIRES, 2018, p.n.).

O constitucionalismo ladino-amefricano se articula por intermédio de uma abordagem contra-hegemônica e a partir da perspectiva decolonial, desenvolvida por Nelson Maldonado-Torres (PIRES, 2018, p.n.). Trata-se de uma noção epistemológica que trabalha as origens do colonialismo; bem como permeia a análise das estruturas de dominação econômica, política e cultural que são reproduzidas na contemporaneidade (PIRES, 2018, p.n.).

A amefricidade é fundamental para pensar constitucionalismo brasileiro porque se compromete em romper com qualquer resquício do colonialismo imperialista e reorienta as investigações acerca das relações raciais, atribuindo uma posição de centralidade ao Ser negro (PIRES, 2018, p.n.). Deste modo, é possível dizer que as implicações políticas e culturais desta categoria se aproximam do ideal democrático, porque nos permite ultrapassar limitações impostas de caráter territorial, linguístico e ideológico, abrindo novas perspectivas (PIRES, 2018, p.n.).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos concluir que é possível redimensionar o fenômeno do constitucionalismo, refundando suas bases de construção e oferecendo modelos alternativos de organização (PIRES, 2018, p.n.). Por meio de uma epistemologia decolonial, buscar-se-á racializar para politizar, pretendendo, com isto, conceber



uma produção teórica e política que restitua a fala a sujeitos que foram infantilizados e destituídos, até então, da possibilidade de confrontar a hegemonia das perspectivas eurocêntricas no que se refere ao constitucionalismo (PIRES, 2018, p.n.).

Dessa maneira, o constitucionalismo ladino-amefricano reivindica um redimensionamento à trajetória dos povos ameríndios e amefricanos do Brasil, subvertendo os desenhos institucionais tradicionais a despeito das imposições perpetradas pela neocolonialidade (PIRES, 2018, p.n.). Tal concepção permite que a produção normativa e os espaços de poder sejam transversalizados por saberes e cosmovisões que sejam afrocentrados, partindo de experiências e processos de resistência que desafiam os lugares sociais e as estruturas de poder próprias da colonialidade (PIRES, 2018, p.n.).

A amefricanidade, frente ao constitucionalismo, incorpora modelos alternativos de organização política advindos de um processo histórico de intensa dinâmica cultural, adaptação, resistência, reinterpretação e criação de novos caminhos para a população negra em diáspora no Brasil (PIRES, 2018, p.n.). Assim, localiza-se essencialmente sob noções afrocêntricas, ou seja, permite que pessoas não brancas atuem sobre sua própria imagem, tendo por resultado práticas políticas e normativas de descolonização do poder, ser e saber, resgatando aquilo que o epistemicídio usurpou (PIRES, 2018, p.n.).

O constitucionalismo ladino-amefricano se apresenta com pretensões reais de materializar a democracia na hermenêutica constitucional, porque emerge enquanto signo que conecta o imaginário político dos direitos humanos aos negros (QUEIROZ, 2017, p. 173). Ele possibilita que os ideais revolucionários de igualdade e liberdade alcancem, de fato, a população negra (QUEIROZ, 2017, p. 173). Ainda, pensar o constitucionalismo ladino-amefricano pela ótica da decolonialidade redimensiona a desconstrução das estruturas racistas, patriarcais e heteronormativas, promovendo uma real convivência intercultural e pluriversal (PIRES, 2018, p.n.).





Por fim, ressalte-se que a transposição do legado da colonialidade produzida pela branquitude não implica na sua negação e nem na tentativa de produzir sobre ela o mesmo esquecimento imposto aos saberes e cosmovisões ameríndias e amefricanas, no entanto, retira dela a condição de absoluta, necessária e atual (PIRES, 2018, p.n.). Em contraponto, apresenta o constitucionalismo ladino-amefricano enquanto uma nova percepção sobre o Direito Constitucional que se conecta a realidade geopolítica da diáspora africana e que não só a tensiona, mas também atua enquanto agente demarcador das identidades sociais, políticas e raciais no Brasil (QUEIROZ, 2017, p.19).

## REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado**. Tradução de Joaquim José de Moura Ramos. Editorial Presença. Biblioteca Universal Presença. Lisboa. 1980, p. 77.

BENTO, Maria Aparecida Silva. **Branqueamento e Branquitude no Brasil**. In: Psicologia social do racismo - estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil. CEERT – Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002, p. (25-58).

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. **Direito e Relações Raciais: Uma introdução crítica ao racismo**. Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Florianópolis, 1989 (dissertação de mestrado).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 05 de outubro de 1988. Presidência da República - Casa Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 02 junho 2020, às 22h21min.

BRASIL. **Decreto-Lei 7967, de 18 de setembro de 1945**. Dispõe sobre a Imigração e Colonização, e dá outras providências. Presidência da República - Casa Civil. Revogada. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7967.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7967.htm)>. Acesso em 06 abril 2020, às 15h25min.

BRASIL. **Lei 3.353, de 13 de maio de 1888**. Declara extinta a escravidão no Brasil. Presidência da República - Casa Civil. Disponível em:



<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM3353.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm)>. Acesso em 06 abril 2020, às 15h28min.

CALIGARIS, Contardo. **Notas sobre os desafios para o Brasil**: Anais do Seminário Internacional “Multiculturalismo e racismo: o papel da ação afirmativa nos Estados Democráticos Contemporâneos”. Portal Geledés. 2009. Disponível em: <[https://www.google.com/url?q=https://www.geledes.org.br/notas-sobre-os-desafios-para-o-brasil/&sa=D&ust=1585923691028000&usg=AFQjCNGPb7EDxknjfcWn4qcDth\\_aKuPcIg](https://www.google.com/url?q=https://www.geledes.org.br/notas-sobre-os-desafios-para-o-brasil/&sa=D&ust=1585923691028000&usg=AFQjCNGPb7EDxknjfcWn4qcDth_aKuPcIg)>. Acesso em 06 abril 2020, às 15h42min.

CARNEIRO, Aparecida Sueli. **A construção do outro como não-ser como fundamento do ser**. Universidade de São Paulo – USP. Feusp, 2005 (tese de doutorado), p. 96-124.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Melhoramentos Editora, 2004.

ETHOS, Instituto; BID, Banco Interamericano de Desenvolvimento. **Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas**. 2016. Disponível em: <[https://www3.ethos.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Perfil\\_Social\\_Tacial\\_Genero\\_500empresas.pdf](https://www3.ethos.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Perfil_Social_Tacial_Genero_500empresas.pdf)>. Acesso em 05 junho 2020, às 15h04min.

FBSP, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: 2019. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>>. Acesso em 05 junho 2020, às 15h35min.

FERNANDES, Florestan. “Prefácio”, in F.H. Cardoso e Octávio Ianni. **Cor e Mobilidade Social em Florianópolis**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala - Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. Fundação Gilberto Freyre. Recife-Pernambuco-Brasil. 48ª edição, 2003, Global Editora. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/229314/mod\\_resource/content/1/Gilberto%20Freyre%20-%20Casa-Grande%20e%20Senzala.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/229314/mod_resource/content/1/Gilberto%20Freyre%20-%20Casa-Grande%20e%20Senzala.pdf)>. Acesso em 06 abril 2020, às 14h49min.

QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. **Constitucionalismo Brasileiro e o Atlântico Negro**: a experiência constitucional de 1823 diante da Revolução Haitiana. Brasília:



UnB, 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

GONZÁLEZ, Lélia. **Primavera para as Rosas Negras - Lélia Gonzalez em primeira pessoa**. São Paulo. Diáspora Africana: Editora Filhos da África, 2018.

MILLS, Charles W. **O Contrato de Dominação**. Belo Horizonte. Meritum, v. 8, n. 2. 2013, p. 15-70.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Editora Del Rey Ltda., 2010.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil**. Estudos e pesquisas: Informação demográfica e socioeconômica. N. 41. 2019. Disponível em: <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf)>. Acesso em 05 junho 2020, às 14h03min.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **PNAD contínua 2016: Brasil tem, pelo menos, 998 mil crianças trabalhando em desacordo com a legislação**. Agência IBGE Notícias. 2017. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/18383-pnad-continua-2016-brasil-tem-pelo-menos-998-mil-criancas-trabalhando-em-desacordo-com-a-legislacao>>. Acesso em: 05 junho 2020, às 16h46min.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística; PNAD, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio. **População, por cor ou raça**. Tabela 6403 - 1º trimestre 2020. Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6403#resultado>>. Acesso em 05 junho 2020, às 14h48min.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira**. Estudos e pesquisas: Informação demográfica e socioeconômica. N. 40. 2019. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf>>. Acesso em 05 junho 2020, às 14h23min.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; FBSP, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Atlas da Violência**. 2019. Disponível em:

<[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf)>. Acesso em: 05 junho 2020, às 14h32min.



MUNANGA, Kabengele. **Brasil não é uma sociedade com democracia racial.** Portal Geledés. 2019. Disponível em:

<[https://www.google.com/url?q=https://www.geledes.org.br/brasil-nao-e-uma-sociedade-com-democracia-racial-diz-antropologo/&sa=D&ust=1586188881776000&usg=AFQjCNFozwknnGC\\_gNRSAMhft78QmaJAg](https://www.google.com/url?q=https://www.geledes.org.br/brasil-nao-e-uma-sociedade-com-democracia-racial-diz-antropologo/&sa=D&ust=1586188881776000&usg=AFQjCNFozwknnGC_gNRSAMhft78QmaJAg)>. Acesso em 06 abril 2020, às 15h48min.

NASCIMENTO, Abdias, 1914-2011. **O Genocídio do Negro Brasileiro: Processo de um racismo mascarado.** 4ª edição. São Paulo: Perspectiva, 2018.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. SILVA, Caroline Lyrio. **Teoria Crítica da Raça como Referencial Teórico Necessário para Pensar a Relação entre Direito e Racismo no Brasil.** *Encontro Nacional do CONPEDI - UFS.* Florianópolis - Santa Catarina - SC, p. 61-85, 2015.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Por um Constitucionalismo Ladino-Ameicano.** In: BERNADINO-COSTA, Joaze; MALDONADO-TORRES, Nelson; GROSFUGUEL, Ramón (organizadores). *Decolonialidade e Pensamento Afrodiaspórico.* 1ª edição. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018. Não paginado.

SALES JUNIOR, Ronaldo Laurentino de. **Raça e Justiça: O mito da democracia racial e o racismo institucional no fluxo de justiça.** Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Recife, 2006 (tese de doutorado).

SAVIANI, D. **Sistema de Educação:** subsídios para a conferência nacional de educação. Texto organizado a pedido da Assessoria do MEC para servir de subsídio às discussões preparatórias da Conferência Nacional de Educação, 2009. Disponível em: <<http://www.ced.ufsc.br/pedagogia/Saviani.pdf>>. Acesso em 04 junho 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2014.

SILVA, Mateus Lôbo de Aquino Moura e. **Casa Grande & Senzala e o Mito da Democracia Racial.** 39º Encontro Anual da Anpocs. GT28: Pensamento social no Brasil. Caxambu - Minas Gerais. 2015. Disponível em: <<https://www.anpocs.com/index.php/papers-39-encontro/gt/gt28/9704-casa-grande-e-senzala-e-o-mito-da-democracia-racial/file>>. Acesso em 06 abril 2020, às 15h07min.



# GUERRA CONTRA AS DROGAS: OS EFEITOS DO PROIBICIONISMO E A CONSTRUÇÃO DO CRIMINOSO.

Gabriella Ribeiro Vaz Nogueira

## RESUMO

O presente artigo visa abordar a atual situação da política de drogas no Brasil apresentando um panorama geral de como ocorreu a luta contra as drogas desde o início do século XIX até o momento atual, abordando aspectos históricos e criminológicos. Para tanto, traz as legislações sobre o tema com seus aspectos sociais e a aplicabilidade da lei de drogas atual na prática. Considera-se os direitos humanos e direitos fundamentais garantidos a todos os indivíduos pela Constituição da República Federativa do Brasil. Aborda-se, também, a fragilidade da diferenciação entre o usuário e o traficante de drogas e uma breve análise sobre a criminologia no Brasil e sua influência na visão da sociedade no geral. Ao final, apresenta-se os efeitos provenientes da guerra às drogas, o cenário atual e discussões futuras.

**Palavras-chave:** Drogas, marginalização, criminalização, descriminalização, tráfico, proibicionismo, Direito Penal

## INTRODUÇÃO

O Brasil adotou o modelo criminalizador do uso e comércio de drogas, influenciado, além de um aspecto histórico, por correntes internacionais de políticas de combate às drogas, que surgiram na Década de 1930, as quais foram formalizadas por meio da Convenção de Genebra de 1936. O Brasil incorporou o referido tratado em 1938, porém a regulamentação efetiva da política contra o uso de entorpecentes somente se consolidou no período da ditadura militar Brasileira.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> CARVALHO, Salo de. A política de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006 – 8ª edição – São Paulo. Saraiva. 2016. p.50



Para haver a análise sobre a luta contra as drogas no Brasil, deve-se entender inicialmente todo um contexto histórico social e após isso a construção do sistema internacional de controle de drogas, bem como as três convenções da ONU, que rege o sistema internacional de controle das drogas em nível global, que será apresentado no presente trabalho em seu primeiro capítulo.

Atualmente, o debate internacional da descriminalização das drogas tem tomado grandes proporções, principalmente no campo jurídico, caminhando em um sentido oposto ao da criminalização. Há várias discussões sobre formas alternativas de não incentivar o consumo de entorpecentes, já aplicadas por diversos países, não associando mais o uso de drogas ao crime, analisando de fato como uma questão de saúde pública e não de segurança pública.

Nesse sentido, após a análise internacional, no segundo capítulo será abordado o cenário das drogas no Brasil, que adota um modelo de criminalização das drogas e permanece até hoje nele. Esse modelo, no período da ditadura militar, foi intensificado pelo maior controle sobre o uso de entorpecentes, uma vez que nessa época o uso de drogas estava vinculado a movimentos de resistência ao governo, razão pela qual a resposta estatal foi uma maior repressão ao uso das drogas. Com isso, começou a ser legitimado a percução penal dos usuários e traficantes de drogas, traçando uma diferenciação entre eles, sob os estereótipos de dependente químico e criminoso, respectivamente.<sup>2</sup>

Em 1976, com a edição da Lei nº 6.368/76, aconteceu a diferenciação das medidas punitivas entre o usuário e o traficante. Não havia previsão legal para a proibição do uso na referida lei, porém, o artigo 16 deixava clara a intenção de coibir o uso de entorpecentes, uma vez que não era permitido adquirir, guardar ou trazer consigo qualquer substância ilícita. Logo, o uso era proibido de maneira indireta.

---

<sup>2</sup> CARVALHO, Salo de. A política de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006 – 8ª edição – São Paulo. Saraiva. 2016. p.54



Assim, neste período em que a Lei nº 6.368 de 1976 estava em vigor, havia a busca por um tratamento mais rigoroso sobre o uso das drogas, e estabelecia pena de 3 a 15 anos para traficantes, em critérios objetivos para a dosimetria da pena, ficando a cargo do magistrado verificar a gravidade da conduta.

Atualmente vigora a lei nº 11.343 de 2006 onde há a diferenciação entre o usuário e o traficante de drogas, prevista nos artigos 28 e 33 desta lei. Assim, as respostas punitivas são distintas, há uma alta repressão aos traficantes e aplicação de outras medidas aos usuários dependentes<sup>3</sup>

Entretanto, hoje em dia o Brasil está posicionado no sentido oposto a nova perspectiva adotada pelas políticas contra as drogas por diversos países. Atualmente o que se percebe com o atual governo é que os sistemas de repressão intensificaram um posicionamento político conservador, fortalecendo essa guerra sem sentido e criando um inimigo, com ajuda da mídia, com características físicas intrínsecas.

Por fim, no terceiro capítulo será abordado os fenômenos sobre a marginalização dos usuários de drogas, onde há uma nítida realização de um controle classista da política de drogas. Ademais, é de suma importância trazer uma breve abordagem criminológica, analisando suas teorias, que contribuem para esse fenômeno de estigmatização do usuário, para entender o comportamento na política de drogas brasileira e nos índices de criminalidade e violência.

Desse modo, esse trabalho tem como objetivo analisar a problemática das drogas a partir de sua origem, perpassando pela influência dos tratados internacionais, pela análise acerca da constitucionalidade da política de repressão ao uso das drogas por meio do Direito penal, e o processo de marginalização que é aplicado a alguns usuários e porque a pretensão punitiva do Estado somente recai sobre os mesmos.

---

<sup>3</sup> CARVALHO, Salo, 2016, p. 105



## 1 A EVOLUÇÃO DO PROIBICIONISMO DAS DROGAS

O presente capítulo tem como objetivo apresentar os aspectos históricos de modo geral visando compreender o desenvolvimento e evolução das drogas na história e no cenário internacional. Será apontado no primeiro tópico a história da criminalização das drogas, desde os primórdios, e no segundo tópico apresentado uma breve análise da evolução das drogas em âmbito internacional. Ao final, no último tópico desse capítulo, será mostrado o controle e posicionamento da ONU sob as drogas.

### 1.1 A história da das drogas

Não há uma origem a ser claramente mencionada na criminalização das drogas, uma vez que o processo desta criminalização é absolutamente moral. O presente aspecto histórico é para ressaltar alguns pontos importantes do processo de criminalização.

A droga é uma substância sobre a qual o Estado exerce controle, podendo ser sintética ou natural. Esse controle é relativo, pois algumas drogas antes proibidas passaram a ser permitidas (como o caso do álcool e a Lei Seca nos Estados Unidos) e outras que eram permitidas passaram a ser proibidas (como no caso da heroína, que era vendida em todas as farmácias).

Além disso, a título de curiosidade, em grego, a palavra utilizada para a droga era *Phármako*, que significa bode expiatório. A Bíblia faz alusão a um bode que tinha como função carregar os pecados da humanidade. O que percebemos é que desde os primórdios estão mescladas a religião, a medicina e a magia (fatores sobrenaturais).<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> ESCOHOTADO, Antonio. *História elementar das drogas*. 1ª edição. Portugal: Antígona, 2004





Nesse sentido, a história das drogas acaba sendo quase tão antiga quanto à humanidade, mais antiga que o direito. Em diferentes culturas as drogas eram e são utilizadas para rituais sagrados, onde os indivíduos reafirmam sua identidade.

“Embora até há pouco tempo fosse um campo reservado ao sensacionalismo jornalístico, ou a abstrusos manuais de toxicologia, a particular história das drogas ilumina a história geral da humanidade com uma luz própria, como quando abrimos uma janela até então fechada para o horizonte, e aparecem as mesmas coisas sob uma perspectiva nova.”<sup>5</sup>

Na Grécia antiga, apesar da existência de inúmeras drogas, houve uma preocupação com o vinho, que representava na época um perigo social e individual, sendo o assunto motivo de debates filosóficos, como de Platão.

Nesse sentido, em dado momento, surge o posicionamento da Igreja contrário ao uso do vinho e de bebidas alcoólicas, pois o homem deve viver sua vida dedicada a Deus. A partir de então começam inúmeras abstinências de cunho religioso e cristão.

Entre os séculos XII e XIII, houve a perseguição à bruxaria. A feitiçaria passou a ser declarada como forma de heresia. No ano de 1484, Inocêncio VIII liberou a inquisição contra o paganismo, a antiga religião, que utilizava ervas e álcool em seus rituais. Assim, começou a haver perseguições principalmente direcionadas para mulheres.

Criou-se então uma certa ligação entre drogas, bruxaria e luxúria.<sup>6</sup> Entretanto, é curioso que, assim como nos dias de hoje para a rotulação do criminoso, havia diferença em quem poderia ou não ser considerado bruxo, através das características do indivíduo, ou seja, uma atitude pré determinada suspeita poderia levar a morte de

---

<sup>5</sup> ESCOHOTADO, Antonio. *História elementar das drogas*. 1ª edição. Portugal: Antígona, 2004

<sup>6</sup> MARGARET A. Murray. *The Witch-Cult in Western Europe*. Nova York: Oxford University Oress, 1971



uma pessoa totalmente inocente. Nesta época foram queimadas cerca de nove milhões de pessoas, 80% delas mulheres.<sup>7</sup>

Mais a diante, há a proibição sobre qualquer uso de drogas que não seja para aliviar dores momentâneas, e sendo depois proibido qualquer uso de remédios desconhecidos. Os que manipulavam medicamentos também passaram a ser perseguidos e em meio a todos essas atrocidades o saber pagão sobre a cura e drogas é considerado também bruxaria<sup>8</sup>.

O poder da igreja católica é desmembrado com a chegada do iluminismo e o fim da idade das trevas. As drogas passam a serem apoiadas por médicos, boticários e químicos. Surge a morfina e seu grande uso na guerra civil norte-americana, e logo depois surge também e a heroína. Depois veio o comercio da cocaína em 1859 e em 1900 todas as drogas eram disponíveis nas boticas e farmácias.

Em 1920, mais de meio milhão de pessoas foram transformadas em criminosas com a lei seca nos EUA. Após a queda da lei seca, foram discutidas as revogações da proibição do ópio, morfina e cocaína.<sup>9</sup>

Em 1970, durante o governo de Reagan, o desemprego urbano de homens negros aumentou em níveis extraordinários, tendo em vista o racismo institucional nos EUA. Para justificar afirmaram que esse índice de desempregados negros seria ligado ao aumento do uso de crack, quando na verdade o desemprego antecede e não sucede a utilização da droga.<sup>10</sup>

Percebemos o surgimento de uma nova marginalização, que sempre na história surge como uma forma de controle e de reprodução das desigualdades em cima de uma minoria. Nos Estados Unidos, por exemplo, conflitos econômicos foram transformados em conflitos sociais ligando as drogas aos mexicanos (que eram uma

---

<sup>7</sup> STARHAWK. *The Spiral Dance: a dança cósmica das feiticeiras* - 1a ed. São Paulo: Editora nova Era, 1993.

<sup>8</sup> ESCOHOTADO, Antonio. *História elementar das drogas*. 1ª edição. Portugal: Antígona, 2004

<sup>9</sup> ESCOHOTADO, Antonio. *História elementar das drogas*. 1ª edição. Portugal: Antígona, 2004. p. 106

<sup>10</sup> HART, Carl. *Um Preço Muito Alto: A jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas*. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2014



ameaça pelo aumento da imigração clandestina) e a criminalização da maconha. O que se cria é uma armadilha para os viciados, e em relação à criminalização ocorre por seguimentos morais.

Por fim, começa uma nova perseguição na história, sob uma nova perspectiva, onde há interesse na marginalização de certos indivíduos, como veremos adiante.

## 1.2 Evolução histórica internacional

As políticas sobre drogas são resultantes de fatores sociais, culturais, jurídicos, científicos e políticos, todos esses elementos interagindo entre si não apenas no espaço nacional, mas também numa pauta internacionalizada. Assim, não há como falar das drogas sem abordar sua evolução no âmbito internacional.

Em 1912, 1913 e 1914, países do mundo começam a querer acolher medidas para monitorar a farmacologia, e esse acolhimento é primeiramente refletido na convenção de Haia e mais tarde na conferência de Genebra, em 1925, sendo esta conferência com o propósito de fixar limites de produção de ópio e coca no mundo.<sup>11</sup>

Em 1931 aconteceu a conferência de Bangkok, onde houve uma revisão do acordo de Genebra que visava limitar a produção e distribuição de drogas. Em 1936 veio a nova convenção em Genebra, que tinha o objetivo de estabelecer para os estados participantes que tomassem providencias para proibir a disseminação do vício das drogas e a repressão ao tráfico ilícito. Após isso, as medidas contra as drogas começaram a crescer de forma exponencial, inclusive promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 2.994 de 17 de agosto de 1938.<sup>12</sup>

O sistema internacional que controla os entorpecentes é composto por três convenções da ONU, criadas em 1961, 1971 e 1988. Entretanto, as primeiras

---

<sup>11</sup> HART, Carl. Um Preço Muito Alto: A jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2014

<sup>12</sup> Ibidem, fls. 6



iniciativas diplomáticas para controlar o ópio surgiram no início do século XX. Essas três convenções internacionais são: a Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961, o Convênio sobre substâncias Psicotrópicas de 1971 e a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988.

Em 1961, foi aprovada a Convenção Única sobre Drogas Narcóticas ou Convenção de Viena, a primeira das três convenções da ONU sobre drogas, onde há uma preocupação com a saúde e o bem-estar da humanidade, consolidando os inúmeros tratados que a antecederam, incluindo a limitação do uso das substâncias para fins exclusivamente científicos e medicinais e a obrigação de criminalização de determinadas condutas. Tal convenção dispunha também sobre questões penais, recomendando a punição para todas as formas de tráfico. No Brasil tal convenção foi adotada por meio do Decreto Legislativo nº 5 de 1964.

As Convenções de 1971 e 1988 foram criadas pois houve o aumento do consumo de drogas nos países centrais, e assim foi instaurada a guerra às drogas, campanha que teve como grande influenciador o presidente Richard Nixon, dos EUA, gerando grandes movimentos moralistas. Richard Nixon declarou na época que “o abuso do uso de drogas ilegais era o inimigo público número um”.<sup>13</sup> Para os Estados Unidos se tornou interessante o fim da exportação de ópio tendo em vista a sua condição de liderança na segunda fase da revolução industrial do século XX, tendo também o interesse na segregação das minorias que eram formadas por imigrantes e descendentes de escravos, sendo associadas a consumidores de drogas, como por exemplo: os mexicanos com a maconha, os chineses com o ópio, os negros com a cocaína e os irlandeses com o álcool.

Com isso, através da política proibicionista, começou o uso de cunho bélico como “guerra as drogas”, “combate aos traficantes”, que para Salo de Carvalho tais termos incorporam ao imaginário político criminal, e segundo ele, o apelo à guerra era irracional, pois o que havia era uma ligação clara entre o tráfico de drogas e as

---

<sup>13</sup> <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=3047> – Discurso completo do presidente Richard Nixon, em 17 de Junho de 1971



organizações criminosas que ameaçavam a soberania e segurança dos Estados.<sup>14</sup> o Brasil foi extremamente influenciado pela cultura de guerra as drogas do EUA.

No Brasil, a convenção de 1988, contra o tráfico Ilícito de Entorpecentes, foi internalizada em 1991, por meio do Decreto n.º 154.<sup>15</sup> Nesse momento o traficante ganha papel de inimigo e o usuário de doente, sendo o uso de drogas encarado como uma doença contagiosa, segundo Rosa Del Olmo:

“O consumo de drogas não podia ser visto como uma simples “subcultura”, a droga e seus protagonistas haviam mudado. Tinha de ser visto como um vírus contagioso. A maconha coletivizava o consumo ao ser usada em ato público, compartilhado e voluntário. Deve se lembrar, por exemplo, dos hippies e do consumo maciço de maconha nos festivais de música ao ar livre com o famoso Festival de Woodstock. Era a arma por excelência que os jovens haviam encontrado para responder ao desafio da ordem vigente nos países envolvidos. Não é estranho então que se começasse a falar da droga em matéria de segurança, como o inimigo interno.” (DEL OLMO, p.36).

Tendo em vista o caráter punitivo dessas convenções e na época, a grande maioria dos países estabeleceu penas criminais também voltadas ao porte de drogas para uso pessoal e não apenas para o tráfico.

O sistema internacional de controle de drogas teve uma preocupação com a repressão da oferta, traçando estratégias de punição. Nessa época tanto o sucesso quanto o fracasso dos países estava sendo medido pelo número de pessoas presas pelo tráfico, pela quantidade de drogas apreendidas, e por isso era necessário ter leis mais rígidas.

Em 1998, foi realizada a primeira sessão especial da UNGASS, com a adoção do slogan “Um Mundo Livre de Drogas – Nós Podemos!”, que tinha como estratégia acabar em dez anos com o cultivo no mundo de papoula e coca. Após isso, com

---

<sup>14</sup> CARVALHO, Salo. A atual política brasileira de drogas. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 9, n. 34, p. 132. abr./jun. 2001

<sup>15</sup> SOUZA, Sérgio Ricardo de. Nova lei antidrogas: (lei 11.343/2006): comentários e jurisprudência. Niterói, Impetus. 2006, fls. 7



novos documentos, o objetivo era sempre reduzir ao máximo o cultivo ilícito de drogas.

Em 2009, a Comissão sobre Narcóticos avaliou os avanços obtidos nos últimos dez anos e pensar em um plano para orientar a política internacional contra as drogas nos próximos anos, já que se constatou o fracasso de alcançar as metas anteriormente trazidas. Este plano foi adotado pela Assembleia-Geral da ONU, onde reconhece a responsabilidade dos países produtores, consumidores e de trânsito, e organizou orientações para o funcionamento do controle internacional sob as drogas onde previa a redução da demanda e da oferta bem como a redução da lavagem de dinheiro. Nesse momento, alguns países começaram a experimentar alternativas para a solução de seus problemas locais com as drogas.

Já no início de 2010, os resultados do novo plano internacional de controle de drogas foram desastrosos, e assim outros países começaram a discordar das estratégias políticas proibicionistas. O consumo e produção de drogas estava cada vez maior mesmo com o enorme investimento internacional em repressão. O que se notava era que grandes cartéis controlavam a economia ilícita de drogas e o número de pessoas presas por delitos relacionados a entorpecentes aumentou de forma insustentável em muitos países do mundo, lotando presídios. Além disso, os índices de homicídios na América Latina dispararam, que é onde se concentra a maior parte da produção de cocaína do mundo e é rota do comércio ilegal destinado aos Estados Unidos (o maior consumidor mundial).

Com as experiências tidas nos países da Europa, começou a se rediscutir a possibilidade de uma regulamentação do comércio de maconha e começaram a questionar o regime de controle proibicionista internacional das drogas.

Contudo, todo o entusiasmo ocidental não era compartilhado por outros países como como Rússia, China e a maior parte dos países asiáticos, que discordavam de qualquer revisão das três convenções. Infelizmente toda organização que pensava em uma revisão desses tratados era acusada de ser “defensora das



drogas”. No entanto, problemas mundiais relacionados às drogas mudaram enormemente desde que esses acordos e tratados foram adotados, o mundo mudou, logo eram necessárias as mudanças na esfera internacional.

Logo, o sistema não era mais consensual, alguns países seguiam o modelo repressivo e outros mais legalistas. Entretanto, a ausência de normas internacionais concretas em relação as drogas podem enfraquecer o regime internacional e reduzir a sua capacidade de controle em relação à circulação de substâncias importantes.

O que se percebe é que países em desenvolvimento ainda seguem a política proibicionista que foi fortalecida principalmente nos Estados Unidos por uma questão de interesse. Além disso, cada cultura é singular, não podendo apenas copiar institutos trazido de outro país.

Finalmente, o cenário que temos são alguns países ainda adotando uma política altamente repressiva e outros em sentido diametralmente oposto. Já o Brasil, é signatário dos tratados e convenções internacionais e adota uma política repressiva ao uso das drogas até então, caminhando para eventuais avanços.

### **1.3 O controle internacional das drogas- onu**

Em 1945, após o término da Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas foi criada, e foram estabelecidas várias bases, entre elas, a do controle internacional de entorpecentes, que vigora até hoje, dando destaque as três convenções já narradas nesse artigo.

Essas 3 convenções das Nações Unidas controlam dentro da ONU a evolução do tráfico de drogas no mundo, e monitoram se os Estados-Membros estão cumprindo suas obrigações. Entretanto, como já mencionado, essa política de guerra às drogas vêm sendo questionada por vários países como Alemanha, Portugal, Holanda, Espanha, Reino Unido, dentre outros, cada qual com uma política mais liberal ou mais restrita.



O sistema da ONU obedece os seguintes pontos: i) é um modelo uniforme de controle que submete as substâncias proibidas a um regime internacional de interdição, sendo o seu uso terapêutico bastante restrito; ii) defende-se a criminalização do uso e do comércio, com opção primordial pela pena de prisão; iii) o tratamento e a prevenção ao uso de drogas ilícitas não é priorizado; iv) rejeição de alternativas, dentre elas as medidas de redução de danos, como a troca de seringas; v) não reconhecimento de direitos das comunidades e povos indígenas em relação ao uso de produtos tradicionais, como a folha de coca, diante da meta de erradicação das plantações e da cultura tradicional.<sup>16</sup>

Em 2016 se realizou a UNGASS, e seu documento final (UN, 2016) foi ótimo para os que apoiavam a força do sistema internacional de controle de entorpecentes, todavia foi considerado péssimo para aqueles que apoiavam o rompimento do regime de 1961 e a flexibilização de repressão sob as drogas. Mas, não foi de todo ruim. Teve um avanço pois um dos eixos do documento cuidava exclusivamente dos direitos humanos, que era uma grande lacuna para os documentos anteriores, e tratava de assuntos sobre gênero, populações vulneráveis e combate à massificação carcerária.

Diante da forte oposição de alguns países, ficou claro que não seria possível flexibilizar o regime internacional de controle, considerando que o sistema de 1961 é pautado na vedação ao uso não científico ou medicinal das substâncias submetidas ao controle mais rígido, nas quais se inclui a maconha. O problema foi ignorado por um tempo. Porém, alguns países continuaram pressionando e o tema da regulação da maconha era a grande discussão.

Com o tempo, as críticas às políticas proibicionistas da ONU aumentaram, por não estarem mostrando eficiência na proteção da saúde pública, tendo em vista que o tráfico e produção de drogas estavam cada vez mais forte. Assim, sociedades civis começaram a se organizar em redes internacionais não governamentais

---

<sup>16</sup> Série Pensando direito: Tráfico de Drogas e Constituição. Fls. 21





buscando um sistema global que protegesse “o bem-estar da humanidade, e garantisse alguns controles sobre substâncias potencialmente danosas, com flexibilidade suficiente, e que imponha limites no nível de repressão que é imposto a usuários e comerciantes e produtores de menor escala”.<sup>17</sup>

Em 2018 a situação inverteu. As inovações em todos os cenários possibilitaram a disseminação de novas agendas e debates na ONU em níveis inéditos sobre as drogas. Porém, alguns países continuaram com violento controle e repressão. Verificou-se mais uma vez que as metas não foram nem de longe alcançadas, e que a política de tolerância zero adotada por alguns países era cada vez mais falha. Segundo dados da própria ONU, além de não ter protegido a saúde pública, ainda agravou uma pandemia da AIDS e outras doenças, o que piorou a situação de países periféricos e em desenvolvimento.<sup>18</sup>

Em 2019, a ONU lançou diretrizes internacionais para políticas de drogas baseadas em direitos humanos, tendo em vista a violação aos Direitos Humanos nas abordagens “contra as drogas”. Essas diretrizes almejam guiar governos para o desenvolvimento de políticas públicas de drogas em conformidade com os Direitos Humanos. As grandes falhas dos sistemas no paradigma punitivo mostraram a necessidade de formular nova estratégia global sobre drogas, uma vez que há violações generalizadas aos direitos humanos.<sup>19</sup> Mandeep Dhaliwal, diretor do Grupo de HIV, Saúde e Desenvolvimento do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) alega que: “As políticas de controle de drogas se cruzam com grande parte da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e a promessa dos Estados-membros de não deixar ninguém para trás. Abordagens que violam os direitos humanos e fracassam em diminuir o tráfico ilícito de drogas deixam um rastro de sofrimento humano”.

---

<sup>17</sup> Série Pensando direito: Tráfico de Drogas e Constituição. Fls. 22-24

<sup>18</sup> Série Pensando direito: Tráfico de Drogas e Constituição. Fls. 27

<sup>19</sup> ONU lança diretrizes internacionais para políticas de drogas baseadas em direitos humanos disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-lanca-diretrizes-internacionais-para-politicas-de-drogas-baseadas-em-direitos-humanos/> Acesso em: 03/06/2020



Essas diretrizes buscam apresentar recomendações sobre a administração da justiça, e mostram práticas discriminatórias que ocorrem desde a abordagem, passando pela detenção e prisão arbitrária. Traz como solução a descriminalização de drogas para uso pessoal. Além disso, pretende acabar com a pena de morte em alguns países por delitos relacionados às drogas.

Constata-se que aproximadamente 25 países já acabaram com as penalidades criminais em relação ao usuário de drogas. Judy Chang, diretora-executiva da Rede Internacional de Pessoas que Usam Drogas, afirma que: “Chegou a hora de privilegiar a dignidade humana, em vez do isolamento social, e defender os direitos humanos, colocando fim ao vergonhoso legado do encarceramento em massa.”

As diretrizes afastam a abordagem punitiva para as drogas e são centradas nos Direitos Humanos, pois entendem que dessa forma melhora no acesso ao direito à saúde das pessoas, respeitando a dignidade humana.

Estima-se que noventa e nove por cento dos usuários de drogas injetáveis não têm acesso a algum serviço de redução de danos e são simplesmente ignorados ou criminalizados, aumentando a pandemia de HIV. A única maneira para se ter um avanço é colocar as pessoas no centro das questões, e não as drogas.

Por fim, a política repressiva proibicionista além de ser ineficaz, vai contra os direitos humanos, e quanto maior a proibição, maior o número de violência, mortes, discriminação, encarceramento massivo e crime organizado.

## **2 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE DROGAS**

Neste capítulo serão abordados os aspectos de evolução histórica da criminalização de drogas no Brasil, a evolução de suas leis e será feita uma análise entre a Lei de drogas vigente e a Constituição Federal. O primeiro tópico irá apontar a evolução das drogas no cenário brasileiro, desde o Brasil colonial. No segundo tópico irá apresentar uma linha do tempo em relação as legislações sobre drogas já



vigentes e a Lei de Drogas atual brasileira. Por fim, uma análise entre a Lei de Drogas e os princípios e garantias elencados na nossa Constituição Federal.

## 2.1 As drogas e a história brasileira

Contextualizando a sociedade brasileira desde a sua exploração, com choque entre os dois mundos na América, ocorreu um genocídio diário, sendo o trabalho produzido através do medo para se ter a meta mercantil.<sup>20</sup>

A moral e a política de drogas no Brasil, sempre andaram juntas, e em grande parte com a influência da religião. Com a vinda da família real para o Brasil em 1808, ocorre um período de grandes mudanças, e na época as Ordenações Filipinas que delimitavam o uso de entorpecentes, porém sem muitas proibições e penalidades.

Tivemos uma realidade social construída com a violência através do fenômeno da escravidão.<sup>21</sup> Com a nova constituição a partir da lei Áurea surge um novo medo onde se move as massas negras. A concepção do mercado de trabalho começa a ter características da nova sociedade brasileira, onde é extremamente excludente e racista.

Com o processo de remodelação da colônia, no Rio de Janeiro, chega a primeira lei incriminadora da maconha no mundo, a lei de Posturas de 4 de outubro de 1830, com previsões diferentes para escravos e seus senhores, sendo os escravos presos por um período de até três dias, podendo também sofrer punições físicas e os senhores apenas pagavam uma multa.<sup>22</sup>

Em 1890, surge o Código Penal Republicano devido ao aumento da violência, tornando crime ministrar ou vender substâncias ilegais, com a punição de multa. Até então, o que se percebe é que não houve penas mais duras ao comércio de drogas,

---

<sup>20</sup> BATISTA, Vera Malaguti. O Medo na Cidade do Rio de Janeiro: Dois Tempos de Uma História. 2a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 51

<sup>21</sup> BATISTA, Vera Malaguti. Difíceis Ganhos Fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro: Revan, 2003

<sup>22</sup> ROBINSON, Rowan. O Grande Livro da Cannabis. Guia completo de seu uso industrial, medicinal e ambiental. Tradução: Maria Luiza X.de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed. 1999. Pag 126



que só começa a acontecer com o aumento de drogas entre a população, sendo o ópio e a cocaína presente nas classes mais altas e a maconha nas mais baixas.<sup>23</sup>

Partindo para uma positivação ideológica, começou a haver um controle punitivo a partir de um controle social,<sup>24</sup> e para isso analisaremos as legislações no Brasil para compreender a relação do nosso país com as drogas, usuário e traficante, o tratamento jurídico para o usuário, para o traficante e a formação de um estereótipo com base nesse processo de criminalização.

Nesse contexto, a política de penalização começa a agir como um instrumento político de exclusão social e controle da pobreza. Através do exercício de estigmatização se cria uma diferença entre o poder de controle que o sistema penal não possui e o poder que realmente é exercido fica oculto.<sup>25</sup>

Entrou em vigor em 1920 a Convenção de Haia, com um modelo dito como sanitário, que incentivando a campanha contra entorpecentes, começou com uma fiscalização e controle maior da comercialização das drogas. Assim, em 1921, pela primeira vez, no Decreto 4294 de 06 de julho, há a previsão de pena de prisão de 1 a 4 anos para quem vender, expor à venda ou ministrar as chamadas substâncias psicoativas, isto é, cocaína, ópio e seus derivados. Para o usuário foi criado um estabelecimento de internação voluntária ou compulsória, principalmente para aqueles que faziam o uso do álcool.<sup>26</sup>

Em 1932, na época em que o presidente era Getúlio Vargas, foi elaborada a consolidação de leis penais e nesse momento ocorre grande influência da política internacional proibicionista, e esse fenômeno é chamado por Zaffaroni de “multiplicação dos verbos”, e passa a haver o aumento da repressão das drogas neste período.

---

<sup>23</sup> BOITEUX, Luciana. A Nova Lei Antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes

<sup>24</sup> Zaffaroni E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. Direito Penal Brasileiro – I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011

<sup>25</sup> BATISTA, Vera Malaguti. O Medo na Cidade do Rio de Janeiro: Dois Tempos de Uma História. 2a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014

<sup>26</sup> O Decreto 4.294 preceituava em seu Art. 3o: “Embriagar-se por habito, de tal modo que por actos inequívocos se torne nocivo ou perigoso a Si próprio, a outrem, ou á ordem pública: Pena: internação por tres mezes a um ano em estabelecimento correccional adequado.”



Neste momento, a posse de drogas é criminalizada pela primeira vez e tem pena de detenção de três a nove meses, caso o seu uso não for autorizado por um médico. Juntamente com isso, tráfico e importação irregular se tornam nessa época crimes inafiançáveis.<sup>27</sup>

Segundo Salo de Carvalho, com essa lei desencadeou uma política proibicionista sistematizada na década de 40:

Diferentemente da criminalização esparsa, a qual apenas indica preocupação episódica com determinada situação, nota-se que as políticas de controle (das drogas) são estruturadas com a criação de sistemas punitivos autônomos que apresentam relativa coerência discursiva, isto é, modelos criados objetivando demandas específicas e com processos de seleção (criminalização primária) e incidência dos aparatos repressivos (criminalização secundária) regulados com independência de outros tipos de delito.<sup>28</sup>

Após esse período o viciado passa a ser visto como doente. Em 1941, a lei 790 de 1936, passa a ser efetiva, criando uma comissão permanente para fiscalização das drogas, como uma política de proteção a saúde pública, onde era prevista a internação do toxicômano, inclusive aos que faziam uso de bebidas inebriantes, como um tratamento médico em estabelecimentos psiquiátricos.<sup>29</sup> O foco para esse tratamento era o uso de álcool e analgésicos.

Nos anos de 1936 e 1938, o decreto 891/38 cria a Lei de Fiscalização de Entorpecentes, onde há um sistema repressivo consolidado. Começa a vigorar a pena de prisão também para o usuário, e não somente internação como antes, inserindo a figura do usuário de drogas na lei penal. A partir de então o usuário passa a não sofrer apenas um tipo de patologia, como também se torna um criminoso.

---

<sup>27</sup> BOITEUX, Luciana. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. p. 138

<sup>28</sup> CARVALHO, Salo de. Op Cit. p12-13

<sup>29</sup> BATISTA, Nilo. Punidos e Mal Pagos : Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos no Brasil de Hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990



O código penal de 1940 traz a descriminalização da posse de drogas para uso pessoal, entretanto há um forte controle social da figura do usuário. Em contrapartida, o diploma civil ainda estigmatizava o usuário como louco.<sup>30</sup>

No período de 1964, durante a ditadura militar, foi intensificado o controle sobre o usuário de drogas, tendo em vista que nessa época o usuário estava vinculado para o governo aos movimentos de resistência, razão pela qual a resposta estatal foi uma maior repressão ao uso das drogas e rotular os usuários como pessoas imorais, indignas, calando indiretamente suas vozes. Com isso, passou a ser legitimado a persecução penal dos usuários, tratados como doentes e traficantes como criminosos.<sup>31</sup>

## 2.1 As leis de drogas no Brasil

Com visto, no Brasil, o processo de criminalização das drogas originou-se na década de 1930, e seus efeitos aumentaram durante a ditadura militar, sendo assim até hoje. A escolha da política adotada possui influência histórica e internacional, entretanto, mesmo com o passar dos anos, mesmo com uma mudança no cenário internacional, ainda permanece no viés repressivo e punitivo.

No período da ditadura militar pode-se dizer que começou uma nova caça às bruxas, com a criação de inquéritos militares e tribunais de execução, para punir “rebeldes” contrários à ditadura. Em meio às prisões políticas, torturas e supressão de direitos humanos, finda-se o modelo sanitário e começa um modelo extremamente bélico para a política criminal das drogas.

Com o fechamento do Congresso Nacional e a edição do Decreto-lei 385, de 26.12.1968, houve a ampliação do rol de criminalização de entorpecentes, incluindo

---

<sup>30</sup> HUNGRIA, Nelson (1959). Comentários ao Código Penal. v. 9. Rio de Janeiro: Forense V. IX, p. 139 apud

<sup>31</sup> CARVALHO, Salo de. **A política de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006** – 8ª edição – São Paulo. Saraiva. 2016



o porte para o próprio consumo.<sup>32</sup> O usuário foi criminalizado nas mesmas penas do tráfico.

O usuário retornou à posição de criminoso e é punido similarmente ao traficante. Ocorre o aumento também da pena máxima, com uma multa que poderia chegar a 100 vezes o salário mínimo vigente. Cabe destacar que nesta lei os termos descritos são “viciado” e “doente”, reforçando o caráter moralista tido na política de drogas em vigor na ditadura.

Esta lei vigorou até 1976, após a CPI das drogas, onde é instaurada a Lei 6.368, que é a primeira lei a ser estudada quando abordamos as leis de drogas no Brasil. Essa lei tratava as condutas relacionadas ao tráfico e ao porte de drogas, e ficou em vigor por vinte e seis anos. Acompanhando as tendências internacionais, as penas por tráfico aumentaram, chegando até 15 anos de detenção. Começou uma criação nessa época do estereótipo do narcotraficante.

No entanto, a pena do usuário ficou mais branda, podendo ser de 6 meses a 2 anos, além do pagamento de multa.<sup>33</sup> Com o aumento considerável de crimes,

---

<sup>32</sup> Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis. § 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, de três a doze contos de réis. § 2º Incorre em detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, o médico ou dentista que prescreve substância entorpecente fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior do que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar. § 3º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que: I - Instiga ou induz alguém a usar entorpecente; II - utilizar local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente; III - contribua de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente. § 4º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos

<sup>33</sup> Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena- Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa



principalmente o crime organizado, a lei não se mostrou mais eficaz por não prever métodos para o combate ao tráfico e o tratamento para o usuário.<sup>34</sup>

Após o fim da ditadura, surge a Constituição Federal de 1988, com um rol de direitos e garantias fundamentais, com isso a lei nº 6.368/1976 foi substituída em 2002 pela lei nº 10.409. Tal lei foi muito criticada por vários doutrinadores pois estava cheia de incorreções, e por isso chegou a sofrer inúmeros vetos em seus artigos, entrando em vigor totalmente descaracterizada. Por esse motivo, a lei nº 6.368/1976 não foi por completo revogada, vigorando as duas leis conjuntamente durante o período de quatro anos, o que causava problemas na interpretação.

Em 2006 surgiu a Lei nº 11.343 que trouxe uma quantidade enorme de novidades e é a lei de drogas que ainda permanece em vigor. No tópico a seguir aprofundaremos um pouco mais na atual lei de drogas do Brasil, bem como faremos uma análise entre essa lei e a Constituição Federal.

## 2.2 A constituição e a lei 11.343/2006

A Constituição de 1988, trouxe uma série de direitos fundamentais, logo, aparece uma nova ordem jurídica e a necessária adequação das demais leis. Nesse momento imperam os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa a todas as partes e a prisão passa a ser apenas por ordem de autoridade competente ou por flagrante delito.<sup>35</sup>

Entretanto, mesmo com a Constituição Cidadã, a criminalização do uso das drogas perdura até 2006 com a lei 11.343. Essa lei cria o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas e revoga totalmente as demais leis. Agora começa a se utilizar o termo drogas e não mais entorpecentes, que era utilizado no âmbito

---

<sup>34</sup> Na lei n. 6.368/1976, pode-se verificar que traficantes, usuários e dependentes eram tratados igualmente como criminosos, e tal questão era criticada duramente pela forma severa que se trata usuários e dependentes, e a forma branda e condescendente que tratava os criminosos, principalmente os mais organizados e influentes

<sup>35</sup> BOITEUX, Luciana. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006





internacional. Há uma série de avanços, já que são trazidos os direitos fundamentais e um caráter mais preventivo da utilização das drogas. Apesar de alguns avanços, houve a penalização para o tráfico de drogas, em que a pena era de 5 a 15 anos de prisão.

A lei 11.343/06, considera drogas “substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” em seu artigo primeiro. Assim, as substâncias também devem estar tipificadas, e constam todas elas na Portaria 344/98 da ANVISA.

Em relação ao usuário ocorre a despenalização, conforme o entendimento consolidado pelo STF no RE 430.105 julgado em 13.02.2007. A conduta não deixa de ser punida, porém o crime passa a ser configurado de menor potencial ofensivo. Assim, o Estado ainda tem o usuário como objeto de controle.

Nesse sentido, o que ocorre é o aumento significativo no encarceramento por tráfico, já que fica difícil diferenciar quem é traficante e quem é usuário e isso se une ao aumento de pena base para o traficante. O primeiro passo para diferenciar o traficante do usuário é saber o destino da droga, se é para consumo ou para terceiros. Entretanto, podemos afirmar que o traficante será pego apenas com maiores quantidade de droga? Não, e aí começa o problema da diferenciação entre usuário e traficante, sendo as pessoas de classe mais baixa os primeiros a serem prejudicados. Hoje em dia, a pena privativa de liberdade não é aplicada ao usuário, nem se ele se recusar a cumprir as medidas alternativas ou pagar multa.<sup>36</sup> Mas e na prática, como ocorre?

---

<sup>36</sup> “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade;  
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.



Apesar da ausência de fato de previsão legal de penas privativas de liberdade para os usuários de drogas, a nossa política nacional de drogas é movida na repressão constante aos usuários, prevalecendo o estereótipo de doente, associado o uso a uma patologia, uma conduta reprovável, e que há de ter uma resposta imediata e rigorosa do Estado na tentativa de coibir.

Há também em seu artigo 45 a possibilidade de isenção de pena<sup>37</sup>, onde ocorre a absolvição do réu em casos que comprove a dependência e por isso inimputabilidade, sendo aplicado uma medida de segurança, ou seja, internação compulsória penal.

O que se verifica é que a atuação do Estado ocorre pela força policial na repressão do uso das drogas, abordando o cidadão, por diversas vezes de maneira violenta, recheado de preconceito. O discurso de proteção ao bem jurídico saúde pública é falacioso, pois não condiz com a realidade social do nosso país, tendo em vista que não há qualquer movimento estatal no sentido de acabar com a dependência química e evitar os problemas de saúde decorrentes da mesma. É irracional enfrentar um problema dito como de saúde pública com o sistema penal, dessa forma o Estado agrava o próprio problema de saúde pública, pois a proibição e

---

§ 2o Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3o As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4o Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5o A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitalares, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas

<sup>37</sup> Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado



criminalização ao invés de políticas públicas de conscientização, causam mais riscos e danos à saúde que enganosamente é dita como protegida.

Nesse diapasão, Luciana Boiteux explica que:

“os policiais são responsáveis pela montagem das provas a serem apresentadas nos processos, e quase nunca são questionados em juízo. São eles as únicas testemunhas dos fatos delituosos arroladas na denúncia. Por outro lado, os juízes, de forma quase idêntica, citam julgados para fundamentar a sentença no sentido de prevalecer a palavra do policial para embasar a condenação do acusado.”<sup>38</sup>

Na prática, há a atuação das forças militares do Estado, encaminhando o usuário para delegacia, para que seja devidamente contactado o porte de drogas para consumo pessoal e conseqüentemente sejam aplicadas as penas previstas no art. 28 da Lei 11.343/2006. E nessa etapa da criminalização surge uma das maiores violações aos direitos individuais, tendo em vista que na maioria dos casos as autoridades policiais usam força desproporcional desde a abordagem, associando o usuário ao criminoso, desrespeitando direitos fundamentais a intimidade, a liberdade e até mesmo a integridade física. Além disso, não são poucos os usuários presos em flagrante por causa da ausência de critérios objetivos que diferenciam o uso do tráfico.

Ademais, Luís Carlos Valoir explica que:

“O processo, nesse tipo de crime, não é o local onde se apura o fato criminoso, mas simplesmente onde se repete o documentado pela polícia, como um teatro, onde o que está em julgamento não é o fato, mas somente o documento apresentado. Convalidando-se o auto de prisão em flagrante, elaborado logo após a prisão do acusado, tem-se como comprovado o fato, ou seja, o juiz, nos processos de tráfico de drogas, não é o juiz togado, mas o policial na rua.”<sup>39</sup>

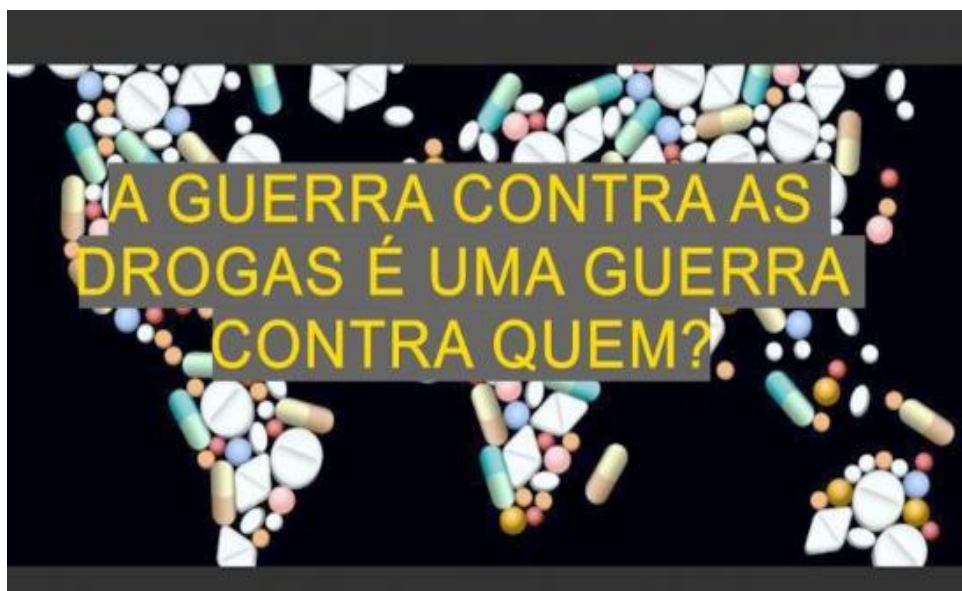
---

<sup>38</sup> BOITEUX, Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justice criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no Crime de tráfico de drogas. Revista Jurídica, Brasília, V.11, n. 94, pág. 21, 2009

<sup>39</sup> VALOIR, Luís Carlos. O direito Penal da Guerra às drogas. 2ªed – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p.459



A falta de critério objetivo abre espaço para uma atuação arbitrária e injusta, indo em sentido oposto aos direitos fundamentais trazidos pela Carta Magna. Percebemos, quando comparamos vários casos, que a guerra às drogas é mais uma guerra contra os negros e pobres. É notório que a população negra e pobre é a que mais sofre com a diferenciação de usuário e traficante.



Fonte: <https://cpca.org.br/a-guerra-contra-as-drogas-e-uma-guerra-contra-quem/> Acessado em 17 mar. 2020

A título de exemplificação, cabe lembrarmos o caso de Rafael Braga Vieira<sup>40</sup>, um homem pobre, negro e ex-catador de lixo, que em 2006 foi acusado de tráfico de drogas e associação ao tráfico, por portar 0,9 gramas de maconha e 9,6 gramas de cocaína. Rafael foi condenado à 11 anos e 3 meses de prisão, tendo seu pedido de Habeas Corpus nº 0029991- 26.2017.8.19.00006 sido negado pela Câmara Criminal do Rio de Janeiro.

---

<sup>40</sup> Caso Rafael Braga: Justiça nega liberdade a catador condenado por tráfico. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/08/caso-rafael-braga-justica-nega-liberdade-ecatador-condenado-por-trafico.htm>. Acesso em: 20/05/2020



Em contrapartida, Bruno Fernando Solo Borges, branco, rico e filho da Desembargadora do Mato Grosso do Sul Tania Garcia, foi detido com 130 quilos de maconha, munições de fuzil e uma pistola, mas apesar disso e da quantidade exorbitante de drogas, Bruno foi solto após passar apenas 3 meses na prisão, tendo em vista a concessão de dois Habeas Corpus pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Atualmente, Bruno está internado por síndrome Borderline, e não será responsabilizado pelos próprios atos.<sup>41</sup> O comparativo desses casos e vários outros enfatiza o fracasso da guerra às drogas e sua seletividade.

Nesse sentido, Julita Lemgruber e Luciana Boiteux afirmam que na prática criminal “o exame das “circunstâncias sociais e pessoais” é uma brecha para a rotulagem segundo atributos econômicos e socio-raciais, que tem levado jovens pobres, sobretudo negros, sem recursos para pagar advogados, ao encarceramento por tráfico”.<sup>42</sup>

Nesse diapasão, cabe destacar que nessa guerra as drogas o direito fundamentais dos milhares de moradores de favelas são violados, tendo em vista a interminável guerra da polícia com os traficantes de drogas.

Apenas em 2007, foram mortas 742 pessoas em tiroteios advindo da guerra contra as drogas no Rio de Janeiro<sup>43</sup>, ou seja, a guerra travada entre os traficantes e a polícia afeta não somente a vida destes, mas também tem repercussão direta na vida dos moradores, que morrem sendo inocentes. Esta situação evidencia a constante violação às garantias fundamentais dos moradores, no que tange à privacidade, a intimidade, à liberdade e integridade física, e sempre sob o argumento de que são práticas necessárias para acabar com os criminosos que controlam o tráfico nas

---

<sup>41</sup> Filho de desembargadora preso por tráfico de drogas é solto no MS. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/07/filho-de-desembargadora-presos-por-trafico-de-drogas-e-solto-no-ms.html>. Acesso em: 20/05/2020

<sup>42</sup> BOITEUX, Luciana. O fracasso da guerra às drogas. Disponível em [https://www.academia.edu/34664187/O\\_Fracasso\\_da\\_Guerra\\_às\\_drogas](https://www.academia.edu/34664187/O_Fracasso_da_Guerra_às_drogas). p. 360. Acesso em 10/03/2020

<sup>43</sup> Número de mortos em tiroteios no Rio cresce 37% no primeiro semestre deste ano, mostra aplicativo. Disponível Em <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/numero-de-mortos-em-tiroteios-no-rio-cresce-37-no-riosemestre-deste-ano-diz-aplicativo.ghtml>. Acesso em 03/03/2020



favelas. Os direitos fundamentais como: a liberdade, a segurança, a vida, a intimidade, a vida privada, a inviolabilidade do domicílio e o direito ao tratamento humano deveriam ser garantidos pelas autoridades e não violados.

Por fim, a busca pela guerra as drogas e redução do tráfico e consumo, vêm gerando muito mais vítimas na sociedade do que os próprios efeitos das drogas, sendo urgente a reconfiguração da política que vigora, pois os direitos fundamentais à vida de milhares de pessoas, entre elas militares, civis e agentes que praticam crimes vem sendo violados, sendo inadmissível sob qualquer fundamento.

### **3 CRIMINOLIGIA E ATUALIDADE**

O presente capítulo tem como objetivo apresentar alguns aspectos da criminologia de modo geral, visando ter uma breve compreensão sobre a construção da marginalização do usuário de drogas, cenário atual na política de drogas no Brasil, bem como, futuras expectativas. No primeiro tópico será abordado uma breve análise das teorias criminológicas que esclarecem a formação do estigma do marginal. Após essa breve análise, será mostrado, por fim, em que cenário estamos vivendo atualmente, quais são os novos entendimentos sociais e jurídicos e como estão sendo tratados na prática no Brasil.

#### **3.1 Breve análise criminológica**

A criminologia e o direito penal parecem caminhar lado a lado, entretanto, ambos buscam diferentes enfoques em se tratando do fenômeno criminal. Para o direito penal o crime é uma conduta antijurídica, típica e culpável, por ação ou omissão.

Por outro lado, a criminologia entende o crime sob uma perspectiva social, um fenômeno comunitário, onde abrange quatro elementos: a incidência massiva na população (não se pode tipificar como crime um fato isolado); incidência aflitiva do fato praticado (o crime deve causar dor à vítima e à comunidade); persistência



espaço temporal do fato delituoso (é preciso que o delito ocorra reiteradamente por um período significativo de tempo no mesmo território) e consenso inequívoco acerca de sua etiologia e técnicas de intervenção eficazes (a criminalização de condutas depende de uma análise minuciosa desses elementos e sua repercussão na sociedade).

Durante toda a história, a criminologia sofreu mudanças significativas e importantes. Com o surgimento da criminologia crítica, houve uma maior preocupação em superar padrões etimológicos e estender a crítica da desigualdade para o direito penal<sup>44</sup>, examina também a exploração econômica, o racismo e a violência do Estado. Já o sistema penal se torna uma ferramenta de lucro e propriedade privada, e o Estado assume um papel de política de poder a serviço da elite.

No Brasil é evidente contra quem a guerra contra as drogas é travada e a população que sofre com o estigma, começando na abordagem até a condenação. Para fortificar essa constatação, a autora Vera Malaguti fez um estudo com cerca de 180 processos em um período de 10 anos, e analisa as sentenças da infância e juventude onde o encarceramento é representado em massa pela juventude pobre, enquanto os jovens de classe média gozavam de tratamento alternativo.

L.A.B.M., 17 anos, branco, detido em 25//73 fumando maconha em um carro roubado. [...] já havia sido detido em 1971 por furto, mas é internado no Instituto Padre Severino por dois dias. A internação é rapidamente convertida em liberdade vigiada pelo Juiz, uma vez que a mãe se compromete a levá-lo para Brasília e lá submetê-lo inclusive a tratamento adequado. (difíceis ganhos fáceis, 89)

A criminologia percebe então que a criminalidade é uma condição atribuída a determinados indivíduos através de dois aspectos: os aspectos que as leis de fato protegem e a seleção por meio da estigmatização. Os crimes de colarinho branco, por

---

<sup>44</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos – 3 ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002



exemplo, não representam trabalho para a polícia, tampouco aparecem nas estatísticas, pois o estereótipo não representa o “inimigo”.

Em relação a teoria do etiquetamento (*labelling approach*), entende-se que o poder punitivo penal traz um processo de criminalização extremamente seletivo, logo, a conduta se torna criminalizada e seu ator se torna alguém criminoso a partir de processos sociais de definição, atribuindo a este indivíduo o estirpe de delinquente. Passamos a questionar: quem é definido como desviante?<sup>45</sup>

Ou seja, desde as normas abstratas até as instancias oficiais, há uma construção do desvio e como se dão os órgãos de controle. Zaffaroni em seu livro "Em busca das Penas perdidas", aplica o conceito de "instituições de sequestro" se referindo a prisões, escolas e asilos posteriormente ampliado por Foucault, usando o termo para se referir também à colônia (região marginalizada). Nesse livro de Zaffaroni é analisada a situação do sistema penal latino-americano em que os meios de comunicação, a família, os preconceitos e estigmas compõem um quadro de controle punitivo, uma forma de controle social para o próprio sistema penal. (ZACONNE, 2011, 29).

Dentro do contexto dos crimes ligados às drogas, tipificados na lei. 11.343, surge um estereótipo e é criado um controle informal. A grande mídia é a grande propagadora, difundindo e definindo o perigo, o tráfico e a violência configurando uma cultura do terror. O discurso apresentado pela mídia acaba legitimando e fortalecendo a guerra às drogas, e através da repetição, a verdade se torna pouco relevante diante do medo e terror, e isso é estudado pela criminologia Midiática.

---

<sup>45</sup> D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. Acionistas do Nada: quem são os traficantes de droga. 3ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011





MENU G1 SANTOS E REGIÃO TV BRASIL

## Empresário usou nomes falsos e comprou fubá para esconder 760 kg de cocaína em contêiner, diz PF

Droga seguiria à Europa, mas foi interceptada pela Receita Federal no Porto de Santos (SP). Bruno Lamego Alves, de 32 anos, foi preso por suspeita de organizar o esquema. Ele nega os crimes.

Por José Claudio Pimentel, G1 Santos

globo.com g1 globoesporte gshow videos

MENU G1 RIO DE JANEIRO

## Ex-morador de rua preso em protesto de 2013 é condenado a 11 anos de prisão por tráfico

Rafael Braga foi sentenciado por tráfico de drogas e associação ao tráfico.

Por G1 Rio  
21/04/2017 19h20 · Atualizado há 2 anos

A lei na América Latina é aplicada de tal forma que faz lembrar a teoria lombrosiana, onde o delinquente é determinado a partir de fatores biológicos hereditários, tendo um encarceramento específico construindo um verdadeiro *apartheid* criminológico<sup>46</sup> Ou seja, quando o réu pertencer a uma classe privilegiada

---

<sup>46</sup> BATISTA, Vera Malaguti. *Diffíceis Ganhos Fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Revan, 2003. p. 55



ele passa a ser visto como apenas um usuário, em contra partida, o indivíduo de classe pobre, vítima do desemprego estrutural, acaba sendo rotulado como traficante.



Na imagem acima, há um exemplo claro da crítica do Labelling Approach, onde há dois casos semelhantes, a mesma conduta criminal, entretanto tratados de formas distintas inclusive pela mídia. Na primeira notícia o homem é tratado como empresário, e as palavras como “esconder”, “supostamente” e “nega” são utilizadas para o leitor não ter a impressão de que se trata de um traficante. Já na segunda reportagem, não há dúvidas, pois são utilizadas as palavras: bandido, ex morador de rua, preso, condenado e tráfico.

Nesse sentido é o trecho de Vera Malaguti:

Os novos inimigos da ordem pública (ontem terrorista, hoje traficantes) são submetidos diuturnamente ao espetáculo penal, às visões de terror dos motins penitenciários e dos corredores da morte. Não é coincidência que a política criminal de drogas hegemônica no planeta se dirija aos pobres globais indiscriminadamente: sejam eles jovens favelados do Rio,



camponeses da Colômbia ou imigrantes indesejáveis no hemisfério norte.<sup>47</sup>

Por fim, na política de drogas ocorre uma coação do Estado relacionada diretamente aos usuários negros da periferia, estigmatizados como o inimigo, degenerados, delinquentes e imorais, o que gerou uma marginalização que podemos definir como a nova caça às bruxas.

### 3.1 O cenário nacional atual e discussões futuras

Atualmente, segundo estatísticas Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), foi constatado que os presos pelo delito de “tráfico de drogas” configuraram como a segunda maior incidência no sistema penitenciário, sendo a primeira roubo, estando atualmente com mais de setenta mil pessoas encarceradas sob a acusação de tráfico de drogas, ficando atrás apenas dos crimes de roubo qualificado.

O que temos é uma superlotação do cárcere brasileiro por tráfico de drogas, e um sistema prisional que não possui as condições básicas à ressocialização do indivíduo.

Dito isso, trazemos alguns julgados relevantes para um primeiro degrau no avanço ao fim da guerra às drogas.

Em 2011, em um caso julgado pela primeira turma do STF, foi aplicado o princípio da insignificância para crime de porte de drogas para consumo próprio, que foi um avanço, tendo em vista os entendimentos adotados até então pelo STJ.

Cabe ressaltar o artigo 28 da lei de drogas:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à

---

<sup>47</sup> BATISTA, Vera Malaguti. O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003 p. 84



comunidade;III - medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

O STJ entendia que mesmo havendo uma pequena quantidade de drogas, não seria afastada a tipicidade da consulta por ser uma característica própria do tipo:

A pequena quantidade de substância entorpecente, por ser característica própria do tipo de posse de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/06), não afasta a tipicidade da conduta. Precedentes. (HC 158.955/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, julgado em 17/05/2011)

Nesse caso em questão, o acusado teve apreendido 0,9 grama de maconha, já no julgado do STF, o acusado foi apreendido com 0,6 gramas de maconha, recaindo sobre ele o princípio da insignificância, mesmo que seja demonstrado como essa conduta que se está lesando o bem jurídico.

Dessa forma, percebemos o quão incoerente é pressupor que há dano à saúde pública, o porte de qualquer quantidade de droga, pelo simples fato de estar configurada no rol de substâncias proibidas por lei. Ou seja, fica nítida a configuração de uma intervenção desproporcional do Estado em prol da saúde pública, sendo incriminada uma conduta que não é capaz de oferecer risco ao seu próprio objeto.

Nesse sentido, uma das soluções alternativas que podemos trazer rapidamente, é que a regulação mais adequada quanto às drogas seria uma aproximação ao que houve com o tabaco: primeiramente uma regulação da produção, com eventual proibição de propagandas e taxaço maior na base de drogas, não restringindo a sua aquisição, e para o consumo deve haver restrições quantitativas, porém não penais, e caso haja excessos que seja resolvido na esfera cível.

Cabe esclarecer que a solução não está em acabar com as drogas, não há esta possibilidade, é uma luta sem fim. Entretanto, decisões alternativas precisam ser tomadas diante de um cenário desastroso, começando pela mudança na forma da abordagem aos usuários, descriminalizando-os, introduzindo uma política de redução



de danos para que pessoas que sejam dependentes químicos possam procurar ajuda, ao invés de serem taxados ou rotulados e sim serem apoiados para não irem direito para um processo criminal.

Outro caso importante para ser analisado foi o julgamento do HC 144161/SP, no ano de 2018, em que o STF entende que não configura crime a importação de pequenas sementes de maconha. Mesmo com a previsão expressa na lei de drogas, prevendo em seu artigo 33 que tal prática constitui crime, e sendo a planta Cannabis Sativa enquadrada no rol de drogas ilícitas, o STF entendeu que as sementes em questão não possuíam qualidade química para produção de droga, uma vez que essas sementes não possuem THC e não estão enquadradas no artigo 28 da lei de drogas.<sup>48</sup>

Por fim, o que foi entendido é que não há lesão ao bem jurídico, dada a quantidade e natureza jurídica das sementes, entendimento este que prevalece para a não tipificação em contrabando (artigo 334-A do Código penal).

A discussão sobre a descriminalização do porte de drogas iniciou em 2015 no STF, nessa discussão o relator do processo Gilmar Mendes defendeu a descriminalização, dando como alternativa o usuário responder na esfera civil e não penal. Segundo o entendimento dele a criminalização estigmatiza o usuário e compromete a medida de prevenção e redução de danos. Já os ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, entenderam por descriminalizar apenas o porte da maconha. Entretanto o processo está até então parado e sem data para voltar a julgamento.<sup>49</sup>

Em abril de 2019, foi aprovado pelo governo uma nova Política Nacional sobre Drogas, onde a principal mudança foi de como será o tratamento para os dependentes químicos, garantido atendimento médico e acesso a políticas públicas,

---

<sup>48</sup> Informativo 915, STF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5193311>>. Disponível em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/numero-de-mortos-em-tirroteios-no-rio-cresce-37-no-rimeirosemestre-deste-ano-diz-aplicativo.ghtml>. Acesso em 03/03/2020.

<sup>49</sup> Ao descriminalizar usuário de drogas, o STF pode garantir cultivo para fins medicinais? Disponível em: <https://www.cannabisaude.com.br/ao-descriminalizar-usuario-de-drogas-o-stf-pode-garantir-cultivo-para-fins-medicinais/>. Acesso em: 20/04/2020



possibilitando a superação do vício. Sem sombra de dúvida é mais um avanço, entretanto não há mudanças perceptíveis na prática.

O que se espera é que com a sua descriminalização, os presídios brasileiros sejam desafogados, tendo em vista que um terço dos mais de 600 mil presos está ligado ao tráfico. É provável também que esta mudança garanta o cultivo da planta Cannabis para fins medicinais a pacientes que necessitam.

Além do tráfico ser a segunda maior incidência no sistema penitenciário, o sistema que pune o tráfico se mostra extremamente seletivo, tendo em vista que a maior população carcerária é negra, com baixa escolaridade e pobre. Segundo dados mais atuais do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, de junho de 2016, 64% da população penitenciária é negra, conforme demonstrado no gráfico a seguir e 75,08% só completou o ensino fundamental.<sup>50</sup>

**Figura 4. Raça, cor ou etnia das pessoas privadas de liberdade e da população total**



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016; PNAD, 2015.

Além disso, no Senado está caminhando o PL 514/17 que prevê uma mudança na Lei de Drogas, mas especificamente para descriminalizar o “cultivo da Cannabis

<sup>50</sup> Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf) . Acesso em: 20/04/2020



sativa para uso pessoal terapêutico”. Entretanto a última movimentação desse projeto de lei foi em abril de 2019. Porém, neste projeto de lei não há a inclusão da planta Cannabis para cultivo doméstico.

A situação atual Brasileira é de extrema violência, e com o crescimento de um poder paralelo ligado ao tráfico. Com a política proibicionista, o que acontece é um comércio de drogas controlado por facções criminosas e usuários submetidos a compor o sistema desse tráfico e sem dificuldades para aquisição da droga. O usuário se submete ao uso das drogas sem qualquer controle de qualidade, causando maiores problemas à saúde pública, o bem jurídico que o Estado diz enganosamente proteger. O mercado internacional de drogas ilícitas movimenta cerca de 4000 bilhões de dólares por ano, enriquecendo o crime e dificultando a atuação do Estado em proibir entorpecente, formando uma guerra sem fim e sem sentido. A consequência é a violência cotidiana, morte, o risco a saúde e violação de garantias e direitos fundamentais para milhares de pessoas. A guerra contra as drogas causa danos muito mais graves que as drogas em si.<sup>51</sup>

## CONCLUSÃO

O presente trabalho não tem como pretensão esgotar o tema, tendo em vista sua enorme complexidade. O objetivo do trabalho é apresentar desde um cenário macro até a situação da política de drogas no cenário atual para que haja uma reflexão e crítica à política de guerra às drogas em que vivemos. A finalidade é contribuir para a discussão da guerra às drogas, seus problemas e a marginalização do usuário de drogas.

Dentro dessa lógica, percebe-se que o discurso central para guerra contra as drogas é o medo. Durante toda a história, houve momentos de proibição e de punição através do alastramento do medo, da desordem, do caos e da violência. A história se repete, mudando apenas seus alvos.

---

<sup>51</sup> KARAM, Maria Lúcia. Dos perigos da proibição à necessidade da legalização. Parte 01, 04/04/2013



Esse alastramento no Brasil é espalhado como uma estratégia de disciplinamento do povo, através de um segregacionismo histórico moralista puritano de uma cultura extremamente preconceituosa e racista. O medo sempre serviu como elemento inicial para políticas genocidas de controle social, e a sociedade prefere escolher não ter liberdade para gozar de uma falsa ideia de segurança, e assim os velhos erros se repetem.

Diante da análise acerca da descriminalização há o reconhecimento incontestado da violação dos princípios fundamentais, da massificação do encarceramento e dos prejuízos à própria saúde pública. Constatado a deslegitimação do modelo político criminal proibicionista e sua ineficácia – que se espera ter mostrado nesse trabalho- há de se pensar em políticas alternativas para o país.

Importante esclarecer que o presente trabalho reconhece que o Estado deve estar presente no que concerne ao combate as drogas e tratamentos de usuários. Contudo, o Estado deve seguir as diretrizes estabelecidas pela ONU, visando proteger os direitos humanos, criando campanhas de desincentivo às drogas e disponibilizando saúde pública de qualidade.

Por fim, a descriminalização é o primeiro passo de um grande avanço para a sociedade brasileira, que está em constante mudança social, rompendo com a ultrapassada política de guerra às drogas, ainda praticada no país.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, A. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. Punidos e Mal Pagos : Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos no Brasil de Hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. O Medo na Cidade do Rio de Janeiro: Dois Tempos de Uma História. 2a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 51.





BOITEUX, Luciana. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. p. 138.

BOITEUX, Luciana. O fracasso da guerra às drogas. Disponível em [https://www.academia.edu/34664187/O\\_Fracasso\\_da\\_Guerra\\_às\\_drogas](https://www.academia.edu/34664187/O_Fracasso_da_Guerra_às_drogas). p. 360. Acesso em 10/03/2020.

BRASIL, Decreto-lei 385, de 26.12.1968

BRASIL, Lei de Drogas. Lei nº 7.210/84 de 23 de agosto de 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CANNABIS E SAÚDE, Ao descriminalizar usuário de drogas, o STF pode garantir cultivo para fins medicinais? Disponível em: <https://www.cannabisesaude.com.br/ao-descriminalizar-usuario-de-drogas-o-stf-pode-garantir-cultivo-para-fins-medicinais/>. Acesso em: 20/04/2020

CARVALHO, S. Política de drogas: mudanças e paradigmas (nas trincheiras de uma política criminal com derramamento de sangue: depoimento sobre os danos diretos e colaterais provocados pela guerra às drogas). Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, v. 16, n. 63 (Edição Especial), p. 49, out-dez. 2013.

CARVALHO, Salo de. A política de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006 – 8ª edição – São Paulo. Saraiwa. 2016.

CARVALHO, Salo. A atual política brasileira de drogas. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 9, n. 34, p. 132. abr./jun. 2001.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. Acionistas do Nada: quem são os traficantes de droga. 3ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ESCOHOTADO, Antonio. História elementar das drogas. 1ª edição. Portugal: Antígona, 2004.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Secretaria Nacional de Segurança Pública, IBGE, 2016.

FOUCAULT, M. Vigiar e punir: nascimento da prisão. tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.



GLOBO G1, Filho de desembargadora preso por tráfico de drogas é solto no MS. Disponível em: < <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/07/filho-de-desembargadora-presos-por-trafico-de-drogas-e-solto-no-ms.html>> Acesso em: 20/05/2020

GLOBO G1, Número de mortos em tiroteios no Rio cresce 37% no primeiro semestre deste ano, mostra aplicativo. Disponível em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/numero-de-mortos-em-tiroteios-no-rio-cresce-37-no-primeiro-semestre-deste-ano-diz-aplicativo.ghtml> Acesso em 03/03/2020.

HART, Carl. Um Preço Muito Alto: A jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

HUNGRIA, Nelson (1959). Comentários ao Código Penal. v. 9. Rio de Janeiro: Forense V. IX, p. 139 apud

JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. Direito Penal do Inimigo: noções e críticas. (org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli.) 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

KARAM, Maria Lúcia. Dos perigos da proibição à necessidade da legalização. Parte 01, 04/04/2013

MARGARET A. Murray. The Witch-Cult in Western Europe. Nova York: Oxford University Press, 1971

PAULO, V. Direito Constitucional descomplicado. 5ª. ed., rev. e atualizada - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, 2010.

Série Pensando direito: Tráfico de Drogas e Constituição. Fls. 21

SHECAIRA, S. S. Criminologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. Nova lei antidrogas: (lei 11.343/2006): comentários e jurisprudência. Niterói, Impetus. 2006, fls. 7

STARHAWK. The Spiral Dance: a dança cósmica das feiticeiras - 1ª ed. São Paulo: Editora nova Era, 1993.

STF, Informativo 915, STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5193311> . Acesso em: 10/11/2018.



THE AMERICAN PRESIDENCY PROJECT, Discurso completo do presidente Richard Nixon, em 17 de Junho de 1971. Disponível em: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=3047> Acesso em: 10/04/2020

UOL, Caso Rafael Braga: Justiça nega liberdade a catador condenado por tráfico. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/08/caso-rafael-braga-justica-nega-liberdade-decatador-condenado-por-trafico.htm> Acesso em: 20/05/2020

VALOIR, Luís Carlos. O direito Penal da Guerra às drogas. 2ªed – Belo Horizonte: Editora D`Plácido, 2017, p.459

ZAFFARONI E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. Direito Penal Brasileiro – I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011



# A APLICABILIDADE DO *PLEA BARGAIN* NO DIREITO BRASILEIRO

Georges Hanna Massouh

## RESUMO

O presente trabalho, envolto na seara de Direito Processual Penal, visa o estímulo a um profícuo debate acerca do instituto denominado de *plea bargain*. O tema obteve sua repercussão acentuada com o advento do Projeto de Lei nº 6.341/2019, que, originalmente, visava a implementação da *plea bargain* no direito brasileiro. Ante tamanha notoriedade que o instituto obteve, esta pesquisa acadêmica encontrou terreno fértil para um estudo aprofundado sobre o tema e, principalmente, sobre a possibilidade de uma eventual mudança legislativa para a importação do instituto ao direito brasileiro. Desta forma, o presente trabalho objetivou a conceituação da *plea bargain* e suas modalidades em seu país de origem, os Estados Unidos, para adentrar na seara do direito comparado e traçar um paralelo ao modelo brasileiro. A pauta em questão vai desde a diferenciação entre os sistemas jurídicos da *civil law* e *common law* para desaguar nos agentes envolvidos na operacionalização da *plea bargain*. Por fim, o trabalho exemplifica os modelos de justiça negociada já existentes e em plena utilização no Brasil que, por ter um sistema jurídico distinto do americano, encontra suas próprias peculiaridades no ordenamento jurídico como um todo. Após a conclusão, o trabalho visa a obtenção de uma robustez argumentativa para que se possa entender quais são os empecilhos, vantagens ou desvantagens para importação da *plea bargain* ao direito brasileiro e, com isto, o trabalho conclui seu objetivo de estabelecer um entendimento holístico sobre o instituto e comparar a forma de sua aplicabilidade no direito norte-americano com o que seria implementado ao ordenamento jurídico Brasileiro.

**Palavras-Chave:** *plea bargain*. *civil law*. *common law*. Sistema Jurídico. Direito Processual Penal. Justiça Negociada. Magistrado. Acusação. Júri Popular. Transação penal. Suspensão Condicional do Processo. Colaboração Premiada. Acordo de Não Persecução Penal.

## INTRODUÇÃO



Ao analisar-se o judiciário brasileiro, faz-se conspícua a constatação de um grande problema que vem assolando este poder da república, qual seja, a sobrecarga de demandas processuais que, a cada dia, enfrentam uma exponente ascensão. No intuito de sanar esta situação, surgiu, nos Estados Unidos da América, a ideia de se criar uma justiça negociada, onde as lides e conflitos de interesses poderiam ser sanados antes mesmo de decorridas todas as fases do processo judicial ou, em alguns casos, antes mesmo da demanda chegar ao poder judiciário. Neste corolário, o instituto da *plea bargain*, objeto de estudo desta pesquisa acadêmica, obteve elevada aceitação no meio jurídico para solucionar as demandas criminais.

O tema escolhido para elaboração da presente pesquisa visa abarcar uma temática de relevante interesse social e propulsora de enfáticos embates acadêmicos entre diferentes juristas e estudiosos do direito. Com o advento da Lei, apelidados de “Pacotes Anticrimes”, que instituiu diversas alterações no processo penal brasileiro e visava, originalmente, a implementação da *plea bargain* ao ordenamento pátrio, uma pesquisa tanto doutrinária quanto empírica fez-se necessária para que se pudesse consolidar uma maior compreensão acerca do tema. Por esta razão, a questão em tela, notadamente contemporânea, ainda carecia de uma ótica que visava subsumir o instituto da *plea bargain* ao ordenamento jurídico brasileiro. Sob este escopo, a presente pesquisa visa abarcar tanto a aplicação do instituto em seu país de origem como, também, sua possível importação ao direito brasileiro.

Desta feita, a metodologia utilizada por este projeto deverá abarcar desde a gênese do instituto da *plea bargain*, passando pelo modo de sua aplicação em seu país de origem, até desaguar em um aprofundado e profícuo debate acerca da aplicabilidade do instituto dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Nesta toada, faz-se forçoso enfatizar que, todo o projeto estrutura-se sob o alicerce da problematização causada pela *plea bargain*, portanto, o ponto nevrálgico da pesquisa será, inevitavelmente, um contraposição de argumentos de defensores e críticos do instituto, que será analisada com imparcialidade e tecnicidade, de forma que, ao final, o leitor será capaz de formular, por si só, uma conclusão apropriada sobre o tema.



Para a problematização da pesquisa, no entanto, é imperioso ressaltar alguns pontos de extrema relevância para a aplicação da *plea bargain* ao ordenamento jurídico pátrio, principalmente, no tocante a dessemelhança em que se estrutura todo o ordenamento jurídico brasileiro e o estadunidense. Para isto, a pesquisa abará questões sobre as teorias políticas da *common law* e da *civil law*, ambas adotadas, respectivamente, pelo direito norte-americano e brasileiro. Ainda, para corroborar com todo o plexo técnico/jurídico envolvido na aplicabilidade ou não do instituto, deve-se, inexoravelmente, analisar os diferentes contornos dos procedimentos de acusação em vigência nos ordenamentos jurídicos comparados, de forma que, assim, o leitor poderá entender a dinâmica da *plea bargain* em sua origem, para que, posteriormente, se possa questionar sua aplicabilidade no direito brasileiro.

Neste corolário, se esclarece que, no início da presente pesquisa, o pacote anticrimes ainda era um Projeto de Lei em trâmite legislativo, sob o número PL 6.341/2019. Entretanto, durante a execução deste trabalho, o pacote anticrimes foi efetivamente aprovado e convertido em Lei e, embora tenha sofrido significativas alterações como, por exemplo, a não implementação da *plea bargain* tal como originalmente previsto, abriu brecha para debates ainda mais profícuos acerca do instituto.

A Lei 13.964/2019, que implementou o referido Pacote Anticrimes no ordenamento jurídico brasileiro, já está em pleno vigor em todo território nacional. Não obstante a *plea bargain* não ter encontrado respaldo nesta lei, já há, no Congresso Nacional, movimentos que visam, ainda assim, instituí-la por outras vias, como uma lei própria. Por este motivo, a implementação da *plea bargain* no ordenamento jurídico brasileiro ainda é objeto de acalorada discussão e, portanto, este projeto de pesquisa continua demonstrando-se de extrema relevância para a devida reflexão e para a consolidação do entendimento pleno sobre a matéria. Em suma, a pesquisa não se limitará a uma mera explicação sobre o instituto da *plea bargain*, mas, certamente, extrapolará o limite conceitual para, de maneira técnica e metodológica, trazer ao leitor uma compreensão holística sobre o instituto.



## 1 DOS SISTEMAS JURÍDICOS ADOTADOS

O *plea bargain* é um instituto jurídico do direito processual penal amplamente utilizado nos países de origem anglo-saxã, como os Estados Unidos da América, onde este instituto obteve sua gênese no final do século XIX e começo do XX. Por meio da *plea bargain*, faz-se possível a celebração de um acordo entre a acusação e o acusado de praticar um ilícito criminal. Este acordo deve ser posteriormente homologado pelo magistrado. Desta forma, o instituto consiste em atribuir um amplo poder de negociação ao membro representante do ministério público e este, por sua vez, poderá negociar a pena ou, eventualmente, a não persecução criminal do acusado, pelo intercâmbio de informações tidas como relevantes pela a acusação.

Por meio do acordo obtido na *plea bargain*, o acusado, ao aceitar a proposta apresentada pela acusação, deverá se declarar culpado dos crimes a ele imputados por intermédio do termo amplamente divulgado em obras cinematográficas que retratam os julgamentos norte-americanos, o famigerado *plead guilty*. Ao aceitar o acordo, o magistrado deverá alertar o acusado dos direitos que lhes serão tolhidos, como o direito a um advogado, o julgamento pelo tribunal do júri, o direito de ter conhecimento das provas obtidas pela acusação e, em muitos casos, o direito de recorrer às instâncias superiores de jurisdição.

Desta forma, deve-se enfatizar que, o gênero da *plea bargain*, subdivide-se em quatro espécies. A primeira espécie da *plea bargain* é a chamada *charge bargain*, ou a barganha da acusação, em tradução livre. Esta espécie ocorre quando o promotor de justiça sugere mudar a acusação do acusado para outro tipo penal menos grave, como, por exemplo, mudar a acusação de roubo para furto. Já a segunda espécie é a *count bargain*, onde, em acusações com pluralidade de delitos, será proposto a retirada de um ou mais ilícitos penais, como, por exemplo, em uma acusação de roubo e lesão corporal, o promotor poderá retirar a acusação de lesão corporal e manter a de roubo. Já na espécie denominada de *fact bargain*, o promotor



sugerirá uma barganha em relação aos fatos da acusação, onde, por exemplo, em uma acusação de tráfico de drogas em que foram apreendidos 20 quilos de substância proscrita, o ministério público oferecerá a denúncia por apenas 10 quilos, o que logrará uma pena menor ao acusado. Por último, tem-se o *sentence bargain*, que tem a natureza de uma recomendação onde, se o acusado aceitar o acordo e colaborar com informações, o promotor recomendará ao juiz o cumprimento de uma determinada pena para o acusado, que, importante frisar, não vinculará o magistrado a aceitá-la.

Em verde, quaisquer que sejam os conceitos que apresentem-se de forma concisa para definir tal instituto, não farão jus à complexidade que o envolve. Para que se possa entender seu verdadeiro significado e a real forma de sua aplicabilidade, deve-se, previamente, analisar a existência dos dois grandes gêneros que se contrapõem dentro do processo penal, são eles: a Justiça Consensual e a Justiça Conflitual ou Imposta.

Em se tratando de Justiça Conflitual ou imposta, deve-se ter em mente que é, em síntese, a justiça exercida pelas mãos do Estado, sendo este o único legitimado para exercê-la, de sorte a evitar que, em nome da justiça, venham a ser praticadas arbitrariedades pelas mãos de indivíduos privados contra outros concidadãos. Trata-se, em verdade, de um monopólio do emprego de certas atribuições ou até mesmo, como no caso do direito penal, do uso da força pelo Estado a fim de manter a ordem e a paz social.

No tocante à Justiça Consensual no âmbito do processo penal, deve-se ter em mente que a *plea bargain* encontra-se inserida na chamada Justiça Negociada, principal espécie do gênero da Justiça Consensual. Neste corolário, tem-se que, a rigor, é dada uma autonomia aos membros do ministério público, legitimados a exercer a persecução penal, para que estes possam barganhar ou negociar a pena com acusado em troca de informações que, em tese, trariam uma vantagem maior ao Estado do que a simples condenação de um réu. Em suma, seria uma espécie de





intercâmbio realizado entre o Ministério Público e o acusado, que poderia acarretar, por exemplo, no desmantelamento de uma organização criminosa através das informações obtidas por um de seus ex- integrantes, em síntese, poderia resultar na troca de um criminoso, por vários.

Neste sentido, evidencia-se que, em teoria, a *plea bargain* seria um instrumento hábil a combater as organizações criminosas em que haja uma estrutura organizada e hierarquizada. Contudo, a aplicação do instituído deve ser analisada sob a égide do mais detalhado escrutínio técnico, que deve perpassar da teoria à sua aplicação empírica, para que se possa chegar a uma conclusão definitiva sobre sua eficiência e aplicabilidade tanto no ordenamento jurídico brasileiro como no ordenamento jurídiconorte-americano.

Após as breves considerações sobre o instituto do *plea bargain*, para entender sua aplicabilidade no direito, faz-se necessário passar a uma análise técnica acerca do sistema jurídico em que o instituto se alicerça. Para isto, é indispensável a explanação de dois sistemas jurídicos que servem de estrutura para a construção do direito, que são, a *commun law* e a *civil law*.

Ao analisar os maiores ordenamentos jurídicos no mundo, pode-se perceber que, a depender de sua origem histórica, será adotado um destes dois sistemas ou, como em alguns casos, uma simbiose de ambos para a estruturação do direito no Estado.

## 1.1 Da civil law

Os países cujo ordenamento jurídico originaram-se da influência do direito romano-germânico tendem a adotar o sistema da *civil law*. Explica-se este fato pela própria história, tendo em vista que os romanos foram os maiores propulsores do direito positivado e sistematizado por meio de códigos, desde as Leis das Doze Tábuas, que representavam o cerne do direito romano, até o que chamamos, na atualidade, de Código Penal, Código Civil e outros complexos normativos



estruturados. Entretanto, este sistema jurídico permaneceu esquecido após a queda do império romano até o fim do período mais sombrio da idade média. Foi somente no século XII, após o redescobrimto do *corpus juris civilis*, escrito pelo então imperador Justiniano, é que se passou a readotar a racionalidade lógica e codificação das leis no Estado como base do sistema jurídico. Nascia, assim, o sistema jurídico da *civil law*.

A tendência dos romanos em, por meio do senado da República e da chancela do imperador, criar e positivar leis com o intuito de oferecer aos cidadãos o conhecimento prévio das normas do império e proporcionar-lhes um mínimo de segurança jurídica, fez com que o direito Romano caracteriza-se quase que integralmente por meio das leis escritas e previamente pactuadas, aprovadas segundo o processo legislativo vigente. Neste sentido, vão os ensinamentos de Castro (2017 apud CAMPOS, 2017):

O Sistema Jurídico do Civil Law caracteriza-se pelo fato de as leis serem a pedra primal da igualdade e da liberdade, posto que objetivava proibir o juiz de lançar interpretação sobre a letra da lei, fornecendo, para tanto, o que se considerava como sendo uma legislação clara e completa; onde, ao magistrado, caberia apenas proceder à subsunção da norma.

Portanto, vislumbra-se que, para o direito romano e, conseqüentemente, para o *civil law*, a lei escrita deve ser aplicada da forma como se encontra positivada e regida pela sistematização da codificação, sem sofrer qualquer tipo de mudança em sua aplicabilidade até que outra lei venha a substituí-la.

Deste modo, os Estados vizinhos ao antigo império romano passaram a adotar, desde o fim da idade média, a *civil law* como base para a edificação do direito. Este foi o caso, por exemplo, de Portugal, Itália e Alemanha que passaram a adotar este sistema jurídico de forma substancial para a formação do Estado. Devido a colonização de Portugal, o Brasil não foi exceção, passando a adotar, desde a colônia, a legislação portuguesa, bem como a influência do direito alemão e italiano.



Portanto, também o Brasil se tornaria um país adepto da *civil law*, ressalvadas suas peculiaridades pós- independência.

## 1.2 Da *common law*

Já o sistema jurídico da *common law*, por outro lado, encontrou sua gênese no direito anglo-saxão, que teve como o maior expoente a Grã-Bretanha. Historicamente, pelo fato de a Grã-Bretanha ter-se consolidado como uma monarquia baseada na tradição e nos costumes, foi-se criado o sistema jurídico da *common law*, que tem os costumes como principal fonte do direito e permanece, quase sempre, com uma evolução normativa em ritmo desacelerado, devido ao conservadorismo empregado nos costumes em geral.

Tal como na *civil law*, o intuito deste sistema foi estabelecer uma sensação de segurança jurídica, dando aos cidadãos a certeza de que, por ser os costumes e, portanto, o direito, quase inertes, não haveria risco de uma decisão judicial tomar um rumo diverso das lides anteriormente julgadas. Neste corolário, ressalta-se que, para a *common law*, as decisões judiciais têm primazia sobre as leis escritas, uma vez que a decisão judicial utiliza-se de uma norma escrita apenas em caráter norteador, mas o condão do julgamento será, em grande parte, os costumes e a tradição, consolidados pela jurisprudência e pela aplicação do direito empírico à lide.

Por ter sido uma colônia inglesa, os Estados Unidos da América, passaram a adotar este sistema jurídico como base da criação de seu próprio direito. Após o fim da revolução americana, em 1776, e da efetiva independência deste país para tornar-se um Estado soberano, os novos legisladores entenderam por manter o sistema da *common law* priorizando os costumes como fontes de direito. Este fator pode ser observado entranhado em todo o direito norte-americano, tanto pela Constituição Federal Americana e o *bill of rights*, promulgados, respectivamente, em 1787 e 1791. Também, a presença do júri popular para julgar a maioria dos casos, inclusive os de âmbito civil é mais um indicador deste fator. Nota-se, com isto, que a opinião popular, baseada nos costumes, é primordial para o sistema de justiça americano,



sobrepondo-se, inclusive às leis escritas. Neste mesmo sentido, ensina David (1997 apud CAMPOS, 2017):

Direito inglês está na origem da maioria dos países de língua inglesa, tendo exercido uma influência considerável sobre o direito de vários países que sofreram, numa época de sua história, a dominação britânica. Esses países podem ter se emancipado da Inglaterra e seu direito pode ter adquirido ou conservado características próprias. Mas a marca inglesa muitas vezes permanece profunda nesses países, afetando a maneira de conceber o direito, os conceitos jurídicos utilizados, os métodos e espírito dos juristas.

Ainda, na *common law*, não é raro analisar-se a criação de alguns institutos que não encontram respaldo legal e, por adotar os costumes com principal fonte do direito, será prezado o respeito aos precedentes. Trata-se de um respeito jurisprudencial, tendo em vista que a jurisprudência nada mais é, do que um caso que já fora julgado pelo judiciário e, com o intuito de atribuir segurança jurídica e por entender que os costumes não mudam de forma repentina, deve-se, neste sistema jurídico, acatar os entendimentos previamente julgados como o ponto arquimediano do direito.

Apenas se muda o entendimento jurisprudencial quando, de fato, mudarem os costumes, mesmo se a lei permanecer a mesma. Nota-se isto ao analisar os famosos casos “*Plessy v. Ferguson*” e “*Brown versus Board of Education*” que julgaram, em períodos distintos, respectivamente, constitucional e inconstitucional leis semelhantes que instituíam a segregação racial nos Estados Unidos da América.

No caso “*Plessy v. Ferguson*”, os *justices* (equivalentes aos ministros da Suprema Corte no Brasil) entenderam que a lei da cidade de Ferguson que instituíva vagões de trem para passageiros brancos e outros para passageiros negros de forma segregada, era constitucional, pois não desrespeitava a Constituição Federal Americana. Já, anos mais tarde, no caso “*Brown versus Board of Education*”, a Suprema Corte Americana acabou por declarar como inconstitucional todas as leis que estabelecessem qualquer tipo de segregação racial naquele país, como no caso



de Linda Brown que ajuizou uma ação após ser proibida de entrar pela mesma entrada de pessoas brancas na escola onde estudava.

Nota-se, nestes dois casos, que, mesmo sem qualquer alteração na constituição, as decisões de casos semelhantes foram diametralmente opostas por influência puramente da mudança dos costumes no território americano, mesmo com as normas escritas permanecendo as mesmas, o que denota, mais uma vez, a primazia da *common law* pelos costumes em detrimento da legislação escrita e positivada. Para melhor compreender o aludido, vão os ensinamentos de Leite e Silveira ([20-?], p. 05):

Segundo entendimento convencional da doutrina, o *common law*, modelo comum aos países de colonização inglesa, trataria as decisões judiciais como o principal elemento irradiador de normas, conferindo-lhes efeitos vinculantes e gerais e atribuindo à lei papel secundário.

Neste sistema, a partir das soluções proferidas em cada caso, buscar-se-ia, por indução, formular as regras aplicáveis a situações análogas. O desenvolvimento do direito, por isso, ocorreria na medida em que associações e distinções entre casos ensejassem a aplicação de resultados idênticos ou provocassem a criação de novos precedentes.

A comparação entre estes dois sistemas jurídicos é de extrema relevância para que se possa entender o instituto da *plea bargain* por meio de uma visão holística que estende-se desde sua origem até sua eventual aplicabilidade no direito brasileiro. Desta forma, não há como analisar a eficácia do instituto no Brasil sem, antes, ter permeado os sistemas jurídicos onde o instituto obteve sua gênese, ou seja, no sistema da *common law* e, de outro lado, o sistema jurídico adotado no Brasil.

Posto isso, já perceber-se o primeiro empecilho que a aplicabilidade do instituto enfrentará ao adentrar ao ordenamento jurídico brasileiro. Por tratar-se de um instituto completamente desenvolvido e voltado ao sistema jurídico da *common law*, deve-se ter em mente que, a sua incorporação ao ordenamento brasileiro necessitará de uma série de mudanças e alterações estruturais para adaptar-se ao sistema jurídico adotado no Brasil.



### 1.3 Do sistema jurídico brasileiro

Como já ventilado anteriormente, em teoria, o sistema jurídico adotado no Brasil consubstancia-se na *civil law*. Entretanto, ao esmiuçar a estrutura jurídica brasileira, levando em conta as diversas mudanças históricas sofridas, constata-se que, em verdade, o sistema jurídico brasileiro, com o passar dos anos, passou a ser uma simbiose entre o *civil law* e *common law*.

Evidencia-se este fato, ao observar-se que, cada vez mais, na prática jurídica, os advogados, magistrados e demais operadores do direito vem utilizando-se de precedentes jurisdicionais para fundamentar suas ações e proferir suas decisões. Isto porque, devido à complexidade das relações humanas, apenas as normas escritas são insuficientes para regulamentar todas as ações da sociedade moderna. Seria impossível esperar que o Poder Legislativo positivasse, observando os devidos ritos e trâmites legislativos, todos os aspectos da vida humana como ela se apresenta nos tempos atuais. Desta forma, resta, ao Judiciário, poder este que encontra-se no limiar entre os fatos da vida e o direito, encontrar uma solução justa para as lides, mesmo se, porventura, não haja uma norma específica regulamentando o aspecto do litígio objeto de julgamento.

Por esta razão, a tendência do ordenamento jurídico brasileiro vem encaminhando-se no sentido de adotar alguns aspectos da *common law*, contudo, sem perder a essência estabelecida pela *civil law*. Este é o caso, por exemplo, do direito processual civil que, com a vigência do Novo Código de Processo Civil (2015), estabeleceu, em seus artigos 489 § 1º, 926 e 927 que nenhuma decisão judicial seria considerada fundamentada se não seguisse os precedentes e a jurisprudência, bem como estabeleceu que tanto os juízes quanto os tribunais deveriam observar as decisões das instâncias superiores e o sistema de precedente.

Art. 489. [...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:



[...]

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

[...]

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante;

- os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

- os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional;

- a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (BRASIL, 2015).

Com isto, a própria legislação processual civil passou a não só admitir, mas também impor a observância aos precedentes e à jurisprudência consolidada pelas instâncias superiores como requisito de fundamentação das decisões judiciais. Já o direito penal, por sua vez, não foge à regra, cabe ao magistrado julgar as lides observando a jurisprudência das Cortes Superiores, principalmente as decisões cujo efeito caracteriza-se como *erga omnes* ou vinculante.

Tal constatação, faz-se flagrante ao analisar-se a recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da execução de pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, onde, no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54, restou assentada a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Tais ações buscavam questionar a constitucionalidade do referido artigo do Código de Processo Penal que versa sobre a impossibilidade da execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. Após o julgamento das ADCs, todos os juízes de execuções penais, quando provocados pelas partes, passaram a expedir



alvarás de soltura para os casos que subsumiam-se à decisão do STF, fundamentando os alvarás, inclusive, com o precedente estabelecido pela Suprema Corte.

À vista disto, vislumbra-se que, o Brasil não mais é um país onde vigora, unicamente, o sistema jurídico da *civil law*, mas, também, alguns relevantes aspectos da *common law*, o que leva a doutrina a descrever o sistema jurídico brasileiro atual como um sistema jurídico sincrético, misturando o aspecto codicista positivado, sem perder de vista a força dos precedentes jurisdicionais.

O sistema brasileiro atual não representa dialogo ou convergência entre os sistemas da Common Law e Civil Law, mas sim de um verdadeiro sincretismo entre os dois sistemas, uma adoção desorganizada de um sistema que, apesar de pautado na codificação, tem cultuado os precedentes como se fosse a única forma de fundamentação de uma decisão judicial, e como se fosse fundamentação suficiente (Gabriela Oliveira Freitas, anais do II congresso nacional da federação de pós-graduandos em direito (FEPODI, 2015 apud GONÇALVES, 2018).

Neste sentido, verifica-se um sincretismo entre os sistemas jurídicos. O Brasil ainda permanece um país eminentemente consubstanciado na *civil law* e o direito processual brasileiro propriamente dito mantem-se integralmente positivado e fiel aos estritos procedimentos formais ditados pelos Códigos de Processos. Nesta toada, por tratar-se de um instituto iminentemente processual, a *plea bargain* enquadra-se como um procedimento que, para ter sua aplicabilidade introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser indiscutivelmente positivada, não havendo a possibilidade de seu ingresso via construção ou invenção jurisprudencial. Por esta razão, o ex-Ministro da Justiça, Sergio Moro, propôs um projeto de lei que visava incluir, no processo penal brasileiro, o instituto da *plea bargain*, mas que fora substituído pelo acordo de não persecução penal.

A relevância de elucidar os diferentes institutos jurídicos encontra respaldo quando discute-se a legitimidade da aplicação da *plea bargain*. Nos Estados Unidos, é aceitável e legítimo que um membro do ministério público, que naquele país é eleito, possa negociar com o acusado em nome dos costumes sociais e até *contra*





*legem*, visto que as leis, naquele sistema, são meros norteadores das condutas, sendo o costume a verdadeira fonte de direito em caráter inarredável. De outro lado, os países adeptos da *civil law*, onde não se discuti, ao menos em tese, nada fora lei escrita, tal legitimidade atribuída à acusação encontra dificuldade em subsistir.

## 2 DOS PROTAGONISTAS DA *PLEA BARGAIN*

Inicialmente, deve-se realçar o fato de que, desde o surgimento da *plea bargain* nos séculos XIX e XX, os agentes que atuam na seara jurídica norte-americana, tal como em outros Estados, sofreram significativa evolução. Nesta lógica, ao analisar a jurisprudência norte-americana anterior a esse período, nota-se que as informações dadas pelos acusados quase nunca eram revestidas com a devida relevância, uma vez que, à época, em razão da fragilidade do acusado e de um sistema sem garantias de defesa, os tribunais não valorizavam os fatos narrados pelos réus, em razão de já estarem manchados com a ignomínia de criminosos, mesmo antes da condenação.

Dito isto, nota-se que, só depois da conquista de direitos e da consolidação do Estado garantidor e assegurador do devido processo legal, os acusados passaram a se defender de forma adequada, sendo resguardado o direito de constituírem defensores e obterem, com isto, uma paridade de armas com a acusação. Para entender a importância dos agentes envolvidos na *plea bargain*, faz-se imperioso uma breve retrospectiva sobre a política norte-americana e seus principais acontecimentos, como, por exemplo, a guerra civil americana e os movimentos a favor da implementação dos direitos civil naquele país.

A guerra da secessão americana, conflito marcado por uma violenta movimentação bélica e a disputa entre as colônias Sulistas e as Norte no século XIX foi um marco para a implementação de um ordenamento jurídico a nível federal nos Estados Unidos. Anteriormente a este conflito, o direito variava de acordo com o estabelecido por cada colônia americana, bem como por questões como cor da pele, o gênero e a nacionalidade do acusado, sendo, portanto, um direito que beneficiava



setores específicos da população. Desta forma, após a guerra, com as mudanças de rumos tomadas pelos Estados Unidos, principalmente com a abolição da escravidão e a implementação de um sistema federalista propriamente dito, o país passou a desenvolver sua potência econômica, dando uma reviravolta rumo ao progresso.

Passado quase um século deste conflito, os grupos de trabalhadores, imigrantes, mulheres, negros e toda a sorte de minorias tomaram as ruas do país pedindo direitos iguais e julgamentos justos a todos os cidadãos. Depois de inúmeros protestos, sacrifícios e mortes, estes ideais, pelo menos em tese, obtiveram resultados concretos. Assim, houve o advento de um direito uno para todos e o ordenamento jurídico daquele país teve de se adequar às novas mudanças. É neste escopo que, até a atualidade, vem se desenvolvendo, no direito norte-americano, a ascensão de magistrados independentes e imparciais, uma acusação que tem como função a manutenção da paz social e um júri desarraigado de antigos preconceitos. Todos os agentes citados exercem protagonismo na aplicação da *plea bargain* e, por esta razão, devem ser analisados, para que se possa entender a forma de sua organização e sua legitimidade para a aplicação do instituto.

## 2.1 Da acusação

Em se falando de um instituto típico da justiça negocial, faz-se mister compreender quem detém a legitimidade para promover a acusação criminal. Originado no direito americano, o *plea bargain* conta com a inexorável figura do *prosecutor* (equivalente ao Promotor de Justiça no Brasil) de um lado e do acusado, de outro. Portanto, para entender a dinamicidade dos procedimentos da *plea bargain*, deve-se fazer uma breve exposição sobre como se organiza o órgão da acusação americano para, a seguir, se possa comparar os modelos brasileiro e estadunidenses, uma vez que, o ponto nevrálgico da pesquisa gira em torno da problemática sobre a possibilidade ou não da importação de tal instituto ao Brasil.

Aqui, será avaliado a legitimidade atribuída aos membros do órgão estadunidense equivalente ao Ministério Público brasileiro. Naquele país, os membros



da acusação não exercem o cargo após serem empossados e aprovados por meio de concursos públicos de provas e títulos como no Brasil, mas, sim, por meio de nomeações ou eleições. Portanto, a legitimidade para negociar um eventual acordo de não persecução penal, nos Estados Unidos da América, é atribuído por meio da população direta ou indiretamente, visto que, os membros da acusação estão investidos de legitimidade dada pelos próprios cidadãos. Desta forma, a representatividade atribuída à acusação americana lhe é assegurada por meio de eleições diretas ou, se assim não for, por meio de nomeações ao cargo.

Deve-se, antes de mais nada, elucidar como estrutura-se o Ministério Público americano e como são nomeados/eleitos os *prosecutors* americanos. A figura do *U.S. attorney general* (cargo equivalente ao Procurador-Geral da República no Brasil), que, à época da colônia americana, já era utilizado como fiscal da coroa inglesa, foi institucionalizado e recepcionado pelo direito propriamente estadunidense pós-independência, com o advento do *judiciary act* de 1879, que instaurou a organização judiciária naquele país, bem como instituiu a previsão para que o *U.S. attorney general* nomeasse uma pessoa de notável saber jurídico para atuar em seu nome em cada estado norte-americano, os chamados *state`s attorney general* (equivalente ao cargo de procurador-geral do estado, no Brasil). Assim, nasce o primeiro esboço de promotores e procuradores de justiça naquele país. Neste sentido, são os ensinamentos de Tenório (2011 apud FONSECA, C. B. G.; CORREIO, L. S. S.; CORREIO, D. C. R., 2016, p.125):

Nos Estados Unidos, a Lei Judiciária de 1789 criou a Promotoria do Procurador-Geral, o qual se tornou, ao longo dos anos, o chefe do Departamento de Justiça, órgão equivalente à soma da Procuradoria-Geral da República e do Ministério da Justiça no Brasil.

Atualmente, o *U.S. attorney general*, atua como chefe do departamento de justiça norte-americana, o DOJ, *Department of Justice*, bem como exerce a chefia judiciária como advogado que representa os interesses dos Estado Unidos no âmbito federal. No Brasil, seria como uma mescla das atribuições de Procurador-Geral da



República e do Advogado-Geral da União, que defenderiam e aconselhariam juridicamente a federação e o chefe do Poder Executivo, bem como os ministros de estado (chamados de secretários nos Estados Unidos), tudo em esfera federal. Tal como o Procurador-Geral da República no Brasil, a indicação do *U.S. attorney general* dá-se por livre indicação do Presidente da República, sendo necessária a posterior aprovação perante Senado Federal (FONSECA, C. F., 2011).

Hierarquicamente abaixo da figura do *U.S. attorney general*, existe os *state`s attorney*, cuja a função específica varia de acordo com a constituição estadual de cada ente federado, mas que, em linhas gerais, se atribui a incumbência de processar os crimes, contravenções e, principalmente, ofensas cíveis cometidos em detrimento do estado americano, de acordo com os limites da jurisdição do estado em que atua. Este cargo aproxima-se do de Procurador-Geral do estado no Brasil, com a ressalva de que, nos Estados Unidos, estes agentes públicos são eleitos diretamente pelos cidadãos.

Já o *district attorney* é responsável por promover as ações penais em nome do estado onde atua. Este cargo é equivalente ao de Promotor de Justiça no Brasil. A depender do estado americano, o cargo de *district attorney* pode ser tanto eletivo, quanto de livre nomeação pelo chefe do poder executivo estadual e, posteriormente, ratificado pelo poder legislativo do ente federativo.

Abaixo dos *district attorney*, estão os *Assistant district attorney* que não são nem eleitos nem nomeados, mas, sim, contratados pelo escritório do *district attorney* entre advogados experientes, para auxiliar nas persecuções penais. O cargo de *Assistant District Attorney* é o que, no Brasil, entendemos, também, como promotores de justiça e, na maioria dos casos, são eles que estão à frente das demandas criminais. Nesta toada, observa-se que os *prosecutors* caracterizados pelos *district attorney* e *Assistant district attorney*, são cargos equivalentes aos Promotores de Justiça.



Desta forma, salienta-se que, em nenhum momento, a legislação estadunidense descreve o Ministério Público norte-americano como uma instituição centralizada, como no Brasil. Em verdade, aos integrantes desta instituição é dada total liberdade e discricionariedade em suas atividades. Neste sentido, são os ensinamentos de Ma, (2011 apud FONSECA, C. B. G.; CORREIO, L. S. S.; CORREIO, D. C. R., 2016, p.129):

O promotor está dotado por lei de uma ampla discricção para processar infratores da lei. Ele tem autoridade para promover ações penais públicas, conforme as informações de que dispuser, e de descontinuar-las quando, de acordo com seu próprio julgamento, os fins da justiça houverem sido alcançados.

Já no Brasil, por sua vez, o Ministério Público é estruturado como uma instituição autônoma, porém centralizada. Muito embora, nos dois países, a estrutura das instituições, se comparadas lado a lado, seja diametralmente oposta, sua principal diferença consubstancia-se no princípio da obrigatoriedade da persecução penal aplicado no Brasil. Ao contrário do que ocorre neste país, o direito estadunidense atribui completa discricionariedade aos membros do Ministério Público.

Tal princípio, consiste na afirmação imperativa que o Código de Processo Penal faz ao dispor, por meio de norma cogente que: “Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.” (BRASIL, 1941), em completa oposição à atuação do Ministério Público norte-americano, onde a decisão de prosseguir com a persecução criminal ou, porventura, deixar de processar o acusado, fica ao livre alvedrio do membro representante daquela instituição.

Portanto, aqui encontra-se outro ponto de grande relevância para a aplicabilidade da *plea bargain*. Ao comparar o Ministério Público do país de origem do instituto em questão, vislumbramos que, se o membro que representa a acusação estadunidense tem o poder de interromper a persecução penal, a ele é dado também o poder de proceder qualquer tipo de acordo, desde a redução de penas até a eventual



não persecução penal como no caso da *count bargain* ou *da fact bargain*, ainda que haja a necessária declaração de culpa do acusado.

No Brasil, por sua vez, para que haja a efetiva implementação do instituto da *plea bargain*, deve-se, primeiramente, mitigar o princípio da obrigatoriedade da persecução penal, o que, por si só, representaria uma drástica mudança na forma como as acusações criminais são levadas à cabo. A dramaticidade desta mudança acarretaria em uma completa reestruturação dentro da instituição do *parquet*, tendo em vista que toda a entidade é estruturada de acordo com as normas processuais hoje em regência e, portanto, haveria a necessidade de uma nova delimitação das atividades e competências funcionais de cada membro do ministério público frente à esta mudança que revolucionaria, para bem ou para mau, o processo penal brasileiro.

Importante frisar que, há quem assevere que a *plea bargain* não colide, necessariamente, com o princípio da obrigatoriedade da persecução penal, uma vez que para a efetiva celebração da barganha criminal, o acusado deveria declarar-se culpado (OLIVEIRA, 2016). Portanto, ao fazer um réu assumir a autoria de um crime, a acusação já obedeceria ao princípio da obrigatoriedade. Entretanto, o processo penal deve ser analisado de forma holística, entendendo-se que os princípios a ele aplicáveis são sincréticos e não devem ser interpretados de forma apartada. Como é sabido, o princípio fundamental do processo penal é o da verdade real, que estabelece a incansável busca pela realidade dos fatos e não admite presunções fictas dentro processo. Dito isto, resta evidenciado que, a obrigatoriedade da persecução penal deve abranger todos os esforços necessários até que seja esclarecida a realidade do fato investigado, não admitindo-se uma condenação carente de fundamentação, com a mera declaração de culpa do acusado. Vê-se, pois, que ambos os princípios da verdade real e da obrigatoriedade da persecução penal encontram-se atrelados.

Outro ponto de relevante interesse, como já vimos, diz respeito à legitimidade do *parquet* para atuar em negociações de processos criminais, tendo em vista que,



diferentemente dos Estado Unidos da América, no Brasil, os membros representantes do Ministério Público não são eleitos, mas, empossados após obterem êxito em concursos públicos de provas e títulos. Á vista disto, por não representarem direta ou indiretamente a população por meio de eleições, os representantes do Ministério Público não gozariam de total legitimidade popular para negociar as ações criminais, tal como feito na *plea bargain*, onde é lícito, inclusive, a alteração de fatos (*fact bargain*) ou sugestão de sentenças (*sentence bargain*).

No Brasil, o *parquet* está adstrito aos procedimentos legais estabelecidos na legislação processual e estes procedimentos, por sua vez, são emanados do poder legislativo federal, que são os representantes do povo legitimados por meio de eleições diretas, de sorte que a autonomia do Ministério Público brasileiro é reduzida à estrita observância da legislação processual criminal, não lhe sendo dada a discricionariedade de negociar as ações penais ou finda-las com a mera declaração de culpa do acusado.

## 2.2 Dos magistrados

O agente de relevante destaque e proeminência da atividade jurisdicional, diz respeito à figura do magistrado. Da mesma forma que os membros representantes da acusação americana, os magistrados daquele país também têm seu ingresso e na carreira jurisdicional de forma diversa da qual ocorre no Brasil. Sem fugir ao tema da aplicabilidade da *plea bargain* no direito brasileiro, faz-se necessário comparar a forma de ingresso na carreira da magistratura no Brasil, frente ao ingresso na magistratura norte-americana, para que, desta forma, se possa comparar a legitimidade e tecnicidade com a qual o poder judiciário destes dois Estados detém para a homologação do acordo de *plea bargain*.

Como já é de conhecimento geral, no sistema judiciário/administrativo brasileiro, o ingresso na carreira da magistratura, por força do artigo 93, inciso I da Constituição Federal da República Federativa do Brasil (1988), dá-se mediante concurso público de provas e títulos com a participação da Ordem dos Advogados



do Brasil em todas as respectivas fases. E será exigido do bacharel em direito o mínimo de três anos de atividade jurídica antes de sua efetivação na carreira da magistratura. Segundo a norma constitucional, o cargo inicial será, via de regra, o de juiz substituto, obedecendo-se a ordem de classificações.

O ingresso na atividade jurisdicional, por força de tal dispositivo, pouco se diferencia do ingresso das outras carreiras profissionais na administração pública em geral. Em verdade, ao observar-se com o devido zelo, a Constituição Federal de 1988, primou, pelo menos em tese, pela tecnicidade ao invés da pessoalidade, sendo tais cargos estritamente impessoais, por força da aplicabilidade dos concursos públicos de provas e títulos. Tudo em homenagem aos princípios administrativos da primazia do interesse público sobre o privado e o da impessoalidade no âmbito administrativo, onde os integrantes da administração pública devem ser, em todas as ocasiões, os mais capacitados tecnicamente para o exercício do cargo.

A Constituição Federal (1988), em seu artigo 94, ainda prevê outra forma de ingresso na carreira da magistratura, por meio do “quinto constitucional”. Por este meio, consolidou-se que um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, bem como dos Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal e dos Territórios seriam destinados à advogados de notável saber jurídico e reputação ilibada com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, bem como aos membros do Ministério Público, também com mais e dez anos de carreira, ambos indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Trata-se, em verdade, de um importante instituto constitucional que visa diversificar e pluralizar o poder judiciário para que haja uma integração entre as partes que atuam frente aos tribunais.

Por meio do quinto constitucional, os sujeitos que antes eram partes, passam a ser julgadores integrantes da magistratura. Tendo em vista que os magistrados nomeados por meio do quinto constitucional já atuaram em processos sob diferentes ângulos, na qualidade de magistrados, é cediço que sua perspectiva como julgador





será enriquecida com a experiência obtida em suas prévias atuações como advogados ou membros do Ministério Público.

A promoção na carreira da magistratura no Brasil dá-se mediante os critérios de antiguidade e merecimento. Em regra, salvo os magistrados do quinto constitucional, a carreira inicia-se com o cargo de juiz substituto, passando ao cargo de juiz titular até atingir o respeitável cargo de desembargador nos Tribunais de Justiça ou Regionais Federais de segunda instância, observando-se sempre a meritocracia e a experiência do magistrado.

Já nos tribunais superiores, os critérios são outros. O ingresso nestas cortes dá-se mediante nomeação do Presidente da República, sujeita a posterior chancela do Senado Federal depois da sabatina do indicado à vaga Ministro. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, é composto por, no mínimo, trinta e três ministros dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, com notável saber jurídico e reputação ilibada. A composição da Corte é dividida da seguinte forma, um terço da composição será oriundo de juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço de desembargadores dos Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal e dos Territórios, todos indicados mediante lista tríplice elaborada pelo próprio tribunal. Ainda, da mesma forma que previamente aludido no quinto constitucional, o outro um terço da corte será destinado aos advogados e membros representantes do Ministério Público indicados alternadamente (BRASIL, 1988).

Já o Supremo Tribunal de Federal, por sua vez, é composto por onze ministros dentre brasileiros natos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, com notável saber jurídico e reputação ilibada. Após a indicação do candidato a Ministro da Corte Constitucional, ele deverá ser sabatinado e aprovado pelo Senado Federal, pela maioria absoluta de seus membros.

À vista disso, faz-se imperiosa a constatação de que a carreira da magistratura brasileira é calcada em um critério técnico, desvinculada de aspectos políticos.



Mesmo os indicados às Cortes Superiores pelo Presidente da República, ainda devem provar sua tecnicidade jurídica frente ao Senado Federal, para, só então, serem efetivamente nomeados. Portanto, os magistrados brasileiros, sejam eles concursados, advindos do quinto constitucional ou nomeados, tem como premissa básica a meritocracia e a impessoalidade com a qual vêm a exercer a carreira da magistratura.

Já a magistratura norte-americana, por outro lado, é regida por princípios díspares aos brasileiros. No país de origem do *plea bargain*, os magistrados são, via de regra, advogados que atuaram em conciliações ou em frentes contenciosas. No entanto, não há a realização de concursos públicos como na praxe brasileira. O ingresso na magistratura varia de estado para estado, mas, via de regra, dá-se, por eleição popular direta. Entretanto, a forma de ingresso também pode se dar mediante a indicação do governador do estado ou do próprio poder legislativo (FONSECA, 2011).

Outra diferença discrepante entre o modelo da magistratura americana e brasileira, é que, naquele país, o cargo de juiz é exercido de forma temporária, ou seja, mediante mandato, diferentemente do modelo adotado no Brasil, onde o cargo da magistratura é exercido até sua aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos de idade.

Já na Suprema Corte norte-americana é composta por nove *justices* (equivalente aos Ministros do STF). Da mesma forma que o modelo brasileiro, os *justices* são nomeados pelo Presidente da República e confirmados pelo Senado Federal norte-americano. A única diferença, no entanto, é que, nos Estados Unidos, os Juízes da Suprema Corte não encontram uma aposentadoria compulsória em razão da idade como no Brasil, sendo este cargo, de fato, vitalício.

Esta breve comparação entre os modelos de estruturação e ingresso na carreira da magistratura norte-americano e brasileiro faz-se necessário para que, tal qual a comparação feita entre os membros representantes do Ministério Público destes dois



países, se possa, também, discutir a legitimidade dada aos magistrados para a homologação dos acordos na *plea bargain*. Neste corolário, ao observar a dicotomia entre os dois modelos de magistratura, faz-se patente que há, de um lado, um sistema que prioriza a tecnicidade e, de outro, um sistema que prima pela política, respaldado em legitimidade popular, tendo em vista as eleições diretas ou as escolhas indiretas dos magistrados norte-americanos.

Tudo isso faz-se evidente ao se observar que o sistema jurídico norte-americano é pautado pela *common law*, ou seja, a sua principal fonte de direito é a opinião popular, senso comum e os costumes. Desta forma, ao estabelecer um sistema de eleições e nomeações para os cargos da magistratura, o respaldo ao seu sistema jurídico resta evidenciado. Portanto, os americanos delegam ao povo o poder de escolher seus julgadores mediante a vontade popular, tendo em vista que a própria fonte de direito também encontra-se consubstanciada nesta mesma vontade popular. Assim, tem-se, pelo menos em teoria, um sistema onde as leis advêm do povo e os julgadores são eleitos pelo povo, restando, desta forma, também o poder judiciário respaldado pela democracia e vontade popular como os demais poderes da república.

No Brasil, mais uma vez, houve uma simbiose ao importar as teorias estrangeiras. Assim, temos um sistema de organização da magistratura que se dá de forma a misturar os elementos da *common law*, como no caso de nomeações do quinto constitucional ou dos Ministros de cortes superiores, e os da *civil law*, no tocante à primazia dada às qualidades técnicas dos mais qualificados a exercer a função pública por meio de concursos públicos. O Brasil, portanto, adota um sistema misto de ingresso à carreira da magistratura, de sorte que a legitimidade atribuída aos magistrados, será tanto advinda do povo ainda que indiretamente mediante as nomeações, bem como, de forma objetiva por meio dos concursos públicos.

Resta demonstrado, desta forma, mais uma diferença de contexto e cenário entre o Brasil e o local de origem da *plea bargain*, os Estados Unidos da América.



Percebe-se que todo o modelo organizacional, quanto o de ingresso na carreira, bem como no tocante à legitimidade da magistratura, são diametralmente opostos entre estes dois países, de sorte que, para que a *plea bargain* encontre aplicabilidade no Brasil dever-se-á refletir sobre mudanças ou no instituto, ou na estruturação da magistratura brasileira

### 2.3 Do Júri popular

Como será observado, o júri popular é outra peça fundamental para se entender como funciona os julgamentos nos Estado Unidos, a aplicabilidade da *plea bargain* e, também, para se dar continuidade à comparação entre o modelo de justiça norte- americano e o brasileiro. Pelo fato de o júri popular aparecer em diversas culturas desde tempos demasiadamente remotos, é difícil precisar com exatidão uma data para seu surgimento. Entretanto, pactuou-se, no meio acadêmico, que o júri popular, tal como o conhecemos, surgiu no século XIII na Inglaterra, onde, ressalta-se, tal como no modelo norte-americano, é regido pelo sistema jurídico da *common law*.

A etimologia da palavra júri advém da palavra em latim *jurare*, cujo significado consubstancia-se em fazer um juramento ou jurar algo (OLIVEIRA; NOGUEIRA, 2015). Nesta toada, fica evidente a importância do instituto para as democracias, sendo a função de jurado uma posição exerceria por um cidadão que jura aplicar as leis de seu Estado, seja ela positivada ou advinda do direito consuetudinário, agindo como um juiz leigo para julgar seus pares. Portanto, são cidadãos julgando outros concidadãos. Contudo, cada país estabeleceu uma maneira para reger os procedimentos adotados pelo júri popular.

No Brasil, o júri é tratado como uma garantia constitucional prevista pelo Constituição Federal de 1988, no rol de garantias fundamentais do artigo 5º, inciso XXXVIII



Trata-se de um direito basilar e estabelece um rito na organização judiciária brasileira, devendo prevalecer sobre leis infraconstitucionais. Nota-se, aqui outra influência da *civil law* no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que, o rito do tribunal do júri encontra seus procedimentos totalmente positivados na lei processual. Diferentemente dos Estados Unidos, o júri brasileiro só tem competência para julgar crimes dolosos contra a vida, tendo sua aplicabilidade limitada somente a estes casos, não admitindo-se supressão de sua competência sob nenhum pretexto, neste sentido, reza a Constituição Federal de 1988:

Artigo 5º. XXXVIII – e reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a plenitude de defesa;

o sigilo das votações;

a soberania dos veredictos;

a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; [...] (BRASIL, 1988)

Pelo fato já mencionado do Brasil ter suas origens calcadas no sistema da *civil law*, a aplicação da lei, em tese, deve se dar de forma mais objetiva possível, sendo a opinião popular, para este sistema jurídico, irrelevante para a aplicação do direito. Por este motivo, a competência do tribunal do júri brasileiro é reduzida e, na maioria dos casos, caberá a um juiz togado a incumbência de conduzir o julgamento de forma técnica, sendo a Lei preponderante à vontade popular, diferentemente do que ocorre nos países adeptos da *common law*.

Já nos Estados Unidos, por outro lado, a competência da atuação do tribunal do júri é demasiadamente expandida em relação à brasileira, podendo ser aplicado, inclusive, para julgamentos na esfera civil. Naquele país, o júri popular também encontra previsão constitucional e foi instituído pela 6º emenda à constituição americana que dá à todos os cidadãos o direito ao julgamento pelo júri popular, nos seguintes termos, *in verbis*:

Nos processos de direito consuetudinário, quando o valor da causa exceder vinte dólares, será garantido o direito de



juízo por júri, cuja decisão não poderá ser revista por qualquer tribunal dos Estados Unidos senão de acordo com as regras do direito costumeiro. (ESTADOS UNIDOS, 1787 apud OLIVEIRA; NOGUEIRA, 2015, p. 6)

Devido à amplitude de suas competências, o tribunal do júri encontra no direito norte-americano uma complexidade amplificada por diversos regulamentos que regem sua aplicabilidade. Em suma, nos processos criminais, o tribunal do júri norte-americano pode ser exercido pelo chamado *grand jury* que é composto, em regra, por vinte e três jurados, reunidos para avaliar se as provas apresentadas são suficientes para comprovar a autoria e materialidade do crime imputado ao acusado. Se o *grand jury* entender que as provas são o suficiente para denunciar o acusado, ele, então, vira réu e poderá ser julgado por um júri com a composição reduzida, em regra de seis a doze jurados a depender do estado e do crime praticado. Em verdade, o *grand jury* exerce o mesmo juízo que o magistrado brasileiro ao analisar as provas obtidas para receber ou rejeitar a denúncia criminal (OLIVEIRA; NOGUEIRA, 2015).

Então, se o *grand jury* aceitar a denúncia do acusado e este virar réu na ação criminal, será ele levado à presença de um juiz togado para declarar-se culpado ou inocente, ou, na terminologia norte-americana, *plea guilty* ou *plea innocent*. É neste momento que é dada a oportunidade de o réu renunciar ao direito de ser julgado pelo júri popular, declarando-se culpado, *pleaing guilty*, e, eventualmente, aceitar um acordo oferecido pelos promotores de justiça. É nesta fase processual que ocorre a *plea bargain*, onde a acusação americana e o réu poderão negociar a punição aplicável e as informações a serem barganhadas, bastando que ambos aceitem os termos e o réu se declare culpado, renunciando, assim, ao julgamento pelo júri popular.

Em verdade, o aceite da *plea bargain* é uma renúncia ao direito constitucional do réu de ser julgado pelo júri. Quanto a este ponto, são imprescindíveis as palavras de Oliveira e Nogueira, (2015, p. 7):

Embora nos Estados Unidos o direito ao julgamento pelo Júri tenha cará ter de direito fundamental, o acusado tem a



faculdade de abrir mão deste julgamento, optando por ser julgado por um juiz togado, desde que, receba a acusação por um crime mais brando, esse fenômeno é denominado “guilty plea” que é a “possibilidade de o acusado se declarar culpado”. Outro fenômeno realizado no júri norte-americano é a chamada “plea bargaining”, ou “plea bargain”, que é a possibilidade de realização de acordo entre o réu e a acusação, que viabiliza a utilização da guilty plea. Por exemplo: o investigado que cometeu um homicídio qualificado pode negociar com a promotoria para fins de reconhecer sua culpa em troca de uma acusação de homicídio simples. Nos Estados Unidos, cerca de noventa por cento das causas criminais são resolvidas pela aplicação da plea bargain.

Neste diapasão, fica clarividente que todo o sistema procedimental que rege a justiça criminal americana é voltado para os anseios e vontades da população, seja por meio de um julgamento pelo tribunal popular do júri ou pelo acordo ofertado por um membro da acusação que, direta ou indiretamente, recebeu legitimidade popular para exercer o cargo. Vislumbra-se, pois, a imperatividade da *common law* em seu mais elevado baluarte, a supremacia da opinião pública seja ela exercida direta ou indiretamente.

Portanto, resta demonstrado que, o júri popular norte-americano é estruturado por meio da ideia estadunidense de que, em sua democracia, o povo deve exercer um papel predominante em todas as esferas da atividade pública, inclusive no poder judiciário. Percebe-se, também, que é em meio a todo este sistema procedimental, diametralmente oposto ao sistema brasileiro, que o instituto da *plea bargain* se encontra inserido.

### **3 DAS ESPÉCIES DE JUSTIÇA NEGOCIAL JÁ EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO**

O direito brasileiro, no que tange à esfera criminal, já adota formas mais tímidas de soluções conflituais por meio da Justiça Negocial. Entretanto, tal possibilidade, em regra, restringe-se aos crimes considerados de menor potencial



ofensivo, onde, muitas vezes, o próprio fato de o acusado integrar o polo passivo em um processo criminal, já representa, por si só, uma punição ao fato a ele imputado.

Neste sentido, para que se de continuidade à análise dos institutos que serão analisados e, também, para eliminar qualquer tipo de confusão, faz-se necessário afirmar que todos os institutos que serão mencionados enquadram-se na esfera da Justiça Negociada, englobada, por sua vez, no grande gênero da Justiça Consensual.

Desta forma, alguns dos modelos de Justiça Negociada já existentes no Brasil são os institutos previstos na lei que disciplina os juizados especiais brasileiros, Lei 9.099/95; a colaboração premiada, regida pela Lei de Organizações Criminosas, Lei 12.850/2013; e alguns institutos previstos no próprio Código Penal Brasileiro, o decreto- Lei 2.848/1940. Alguns destes institutos estabelecem que o magistrado e Ministério Público, sempre que preenchidos os devidos requisitos legais, poderão suspender o processo ou, até mesmo, eximir o acusado da pena privativa de liberdade.

Percebe-se, então, que, a Justiça Negocial já encontra pleno respaldo no ordenamento jurídico brasileiro e, inclusive, encontram-se em implementação desde 1995 com o advento da mencionada Lei dos Juizados Especiais, Lei 9.099/95. A referida lei prevê a possibilidade do juiz, sempre que preenchidos os requisitos legais, suspender o processo do acusado mediante algumas condições, bem como a possibilidade de se transacionar a pena do acusado ou, também, substituir a persecução penal e convertê-la em reparações civis de danos. Já o Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei 2.848/1940, dá ao juiz a oportunidade de substituir a pena privativa de liberdade, por penas restritivas de direito. Também, outro enfoque que ganhou bastante notoriedade nos últimos anos foi a famigerada Lei n. 12.850/13, Lei das organizações criminosas, que prevê o instituto da delação premiada, onde o acusado poderá oferecer informações sobre a estrutura da organização criminosa a qual ele fora integrante, para, com isto, obter uma diminuição ou abrandamento da pena.





Portanto, à vista disso, vislumbra-se que todos estes instrumentos da justiça criminal negocial já estão sendo aplicados no Brasil, então, qual seria, porventura, a dificuldade de se implementar, também, o *plea bargain* em todas as suas espécies tal como na justiça norte-americana? A complexidade da matéria demonstra-se quando se tem em vista que, a estrutura dos sistemas jurídicos, dos agentes envolvidos e a forma de julgamento são antagonicamente diferentes entre os Estados Unidos e o Brasil. Como já fora previamente mencionado, a liberalidade exercida pelos promotores americanos estende-se desde o poder de alterar os fatos da acusação até, porventura, sugerir uma sentença ao juiz, levando em consideração que, em caso de prosseguimento do julgamento, o veredito referente ao julgamento dos crimes será dado pelo povo, constituídos sob o tribunal do júri.

### 3.1 Transação penal

A transação penal é um instituto amplamente utilizado no Brasil e tem sua previsão legal calcada nos artigos 72 e seguintes da Lei dos Juizados Especiais, Lei 9.099/95. Trata-se de instituto aplicável às contravenções penais, ou seja, crimes de menor potencial ofensivo com pena máxima de até dois anos, nos termos do artigo 61 do mesmo diploma legal. Portanto, antes de escrutinar o instituto em questão, deve-se, primeiramente, ler a forma como ele encontra-se positivado no ordenamento jurídico brasileiro. Assim rezam os artigos relevantes para a compreensão acerca da transação penal da Lei 9.099/95:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

[...]

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.



[...]

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. (BRASIL, 1995):

Pelo fato de a competência atribuída aos juizados especiais criminais serem restritas aos crimes de menor potencial ofensivo, nota-se que o mesmo será regido por princípios diferentes da justiça criminal comum, uma vez que os fatos aqui praticados são considerados de menor lesividade e, por este motivo, suas penas são iguais ou inferiores a dois anos. Desta forma, tem-se que os crimes submetidos aos juizados especiais criminais serão regidos pelo rito sumaríssimo do processo penal e atenderão aos princípios da oralidade, informalidade, simplicidade, economia processual e celeridade.

Dito isto, nota-se que este instituto encontra-se inserido na fase preliminar do processo penal nos juizados especiais criminais. Portanto, a transação penal ocorrerá em momento anterior ao processo propriamente dito. Assim, depreende-se do referido artigo 72 supracitado, que haverá duas possibilidades para impedir o prosseguimento da ação penal nos crimes de menor potencial ofensivo. A primeira é a chamada composição civil dos danos e a segunda, de outro lado, é a transação penal propriamente dita (PINTO, 2014).

A composição civil dos danos diz respeito a possibilidade de o acusado poder livrar-se do prosseguimento da ação penal movida contra ele, se restar acordado, na audiência preliminar, que o acusado se dispõe a reparar os danos por ele supostamente causados por meio de uma composição civil, ou seja, uma reparação pecuniária. Cita-se, para fins de esclarecimento, o exemplo doutrinário onde um acusado de pichar um muro, submete-se à composição civil dos danos e acorda em pagar o equivalente à reparação daquela parede pichada. Com isto, o acusado deixa de



responder a um processo criminal, para custear, no âmbito civil, a reparação de seu ato lesivo.

Já a transação penal propriamente dita, pode ser conceituada como a possibilidade de se impedir que o acusado continue a responder a ação penal, se ele concordar em ter substituídas as eventuais penas privativas de liberdade que lhe seriam impostas caso condenado, por penas restritivas de direitos, tais como, serviço comunitário, pagamento de valores à instituições de caridade, multa, entre outras. Ainda, faz-se demasiadamente importante frisar que, na transação penal, diferentemente da *plea bargain*, não há a assunção de culpa do acusado, sendo a sua eventual confissão irrelevante para a aplicação de tal instituto.

Desta forma, ambas as hipóteses trazidas pelo artigo 72 da Lei 9.099/95, necessitam, para sua aplicação, que o juiz observe o cumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos elencados pelo parágrafo segundo do artigo 76 do mesmo diploma legal. Ainda, uma vez preenchido os requisitos legais e aceita a proposta de transação penal, o acusado ficará impossibilitado de ser contemplado com outra transação penal pelo período de cinco anos.

Neste corolário, nota-se que o verdadeiro sentido deste instituto de Justiça Consensual Negociada é dar uma segunda chance ao acusado, para que, desta forma, se evite que ele sofra uma condenação criminal o que acarretaria, inevitavelmente, em maus antecedentes, bem como em punições mais severas. Também, o que vem sendo demonstrado de forma empírica, é que, a sanção de cunho civil ou patrimonial demonstra-se como mais educativa do que as penas privativas de liberdade. Devido à precariedade do sistema carcerário brasileiro, nota-se que as penitenciárias falham em ressocializar os internos e, por esta razão, o número de reincidências delituosas é amplificado para integrantes do sistema prisional.



### 3.2 Suspensão condicional do processo

Assim como a transação penal e composição civil dos danos, a suspensão condicional do processo, também encontra sua previsão legislativa na Lei dos Juizados Especiais, Lei 9.099/95, mais especificamente, em seu artigo 89. Pelo fato de deste instituto também encontrar-se inserido nos juizados especiais criminais, igualmente, deve-se aplica-lo apenas aos crimes de menor potencial ofensivo. Diferentemente do instituto da transação penal, a suspensão condicional do processo apenas é aplicável aos crimes cuja pena máxima em abstrato seja igual ou inferior a um ano. Para melhor compreensão do instituto, faz-se necessário sua leitura na Lei 9.099/95:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). (BRASIL, 1995)

Uma vez que o acusado não esteja respondendo a outro processo criminal ou não tenha sido anteriormente condenado, bem como preencha os requisitos do artigo 77 do Decreto-Lei nº 2.848/40, poderá ele fazer jus ao instituto da suspensão condicional do processo. Por meio deste instituto, uma vez aceita a proposta oferecida pelo Ministério Público, o processo será suspenso até que o acusado tenha completado as condições impostas pelo período de dois a quatro anos, como a reparação do dano, proibição de frequentar determinados lugares, prestar contas ao juiz, entre outras. Passado isto, e tendo o acusado cumprido com o que fora pactuado, será declarada a extinção de sua punibilidade e encerrado o processo.

Importante mencionar que, tal como na transação penal, a suspensão condicional do processo não enseja em admissão de culpa pelo fato imputado ao acusado, diferentemente do que ocorre na *plea bargain*. Outra característica que assemelha a transação penal e a suspensão condicional do processo, diz respeito à



tentativa de reparação civil dos danos, antes de se estabelecer outras condições à suspensão. Portanto, é mais uma tentativa de tornar um problema que seria enfrentado com sanções penais e convertê-lo em sanções civis, mudando o foco da pena do corpo do acusado, ao seu patrimônio

Com isto, se observar que, mais uma vez, a intenção de tal instituto visa oferecer ao acusado uma nova chance em que, por meio do cumprimento de algumas condições impostas, ele possa manter-se hígido, permanecendo com bons antecedentes criminais e sem sofrer penas privativas de liberdade. Este é, portanto, outro instituto derivado da Justiça Negocial Consensual já em pleno uso no processo criminal brasileiro, que tem por finalidade, não a assunção de culpa como é feita na *plea bargain*, mas, de outra forma, dar ao acusado de cometer crimes leves, uma nova oportunidade de se reestruturar e dar um novo caminho à sua vida, ou seja, ressocializar-se.

### 3.3 Colaboração Premiada

O presente instituto é, sem dúvidas, o mais comentado atualmente e o que mais se assemelha ao *plea bargain*. Trata-se do mesmo instituto utilizado na famigerada operação “Lava Jato” e amplamente divulgada pela mídia ao publicar matérias criminais. Por meio da colaboração premiada, o acusado que, voluntariamente, decide colaborar com as investigações, prestando informações relevantes para o desmantelamento da organização criminosa investigada, poderá obter uma redução de pena ou, até mesmo, uma substituição por pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O instituto está previsto no artigo 4º da Lei de organizações criminosas (2013), e estabelece o seguinte:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:



- a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. (BRASIL, 2013)

A colaboração ocorre no momento em que o acusado, espontaneamente, decide colaborar com as investigações, delatando, por assim dizer, a própria organização criminosa da qual fizera parte. Desta forma, após prestar as informações relevantes e firmar um acordo com o membro representante do Ministério Público, o acordo será levado ao juiz para que, conferindo a presença dos requisitos legais que lhe autorizem, o homologue e reduza a pena do acusado em até 2/3 (dois terços) ou, até mesmo, substitua a pena privativa de liberdade pela privativa de direitos.

Entretanto, a crítica que, com frequência, é atribuída a este instituto é que, na maioria dos casos, prende-se preventivamente o acusado para que se possa obter um acordo em momento posterior. Assim, a prisão seria utilizada, em tese, como meio de coerção para que o acusado experimente primeiro as amarguras da vida carcerária, para que, só então, lhe seja negociado um acordo de redução de pena em troca de informações. Tal dilema demonstra-se como o ponto relevante para Justiça Negociada, uma vez que, estar-se-ia discutindo a validade da coerção, ainda que de forma legal como a prisão, para obter-se acordos ou provas (SILVA, 2016).

Ora, é sabido que até mesmo na esfera civil, a utilização da coerção como meio da celebração de contratos ou negócios jurídicos é inválido, inadmissível e é tratado como vício de negócios jurídicos. Portanto, não se poderia esperar outra reação da esfera criminal, onde o que se pleiteia é um bem sagrado ao ser humano, a sua liberdade. É cediço que as prisões cautelares e processuais são de suma



importância para o devido cumprimento da legislação penal, todavia, estas mesmas medidas podem ser consideradas como meio de coerção para a implementação da colaboração premiada e cabe ao magistrado distinguir, no caso concreto, a coerção da devida aplicação das prisões cautelares.

Como já estabelecido previamente, o presente projeto de pesquisa não visa apresentar respostas uníssonas e categóricas às perguntas que, inevitavelmente, surgirão. Contudo, o objetivo é fazer com que, por meio da conceituação e exposição das críticas, crie-se um elemento questionador, para que o leitor possa, por intermédio deste projeto, encontrar terreno fértil para a elaboração de suas próprias respostas por meio do estudo aqui apresentado.

Neste sentido, faz-se mister ressaltar que a colaboração premiada foi o instituto que viabilizou a “operação lava jato” e mapeou uma corrupção sistêmica que entranhou-se dentro das instituições públicas brasileiras, não dizendo respeito a apenas um partido político, mas, sim, à todo o sistema público e, por isto, o instituto demonstrou-se de grande importância ao processo criminal brasileiro. Desta forma, sem fugir ao tema proposto, a teoria por trás do instituto da colaboração premiada é, de fato, eficaz no combate ao crime organizado e, por esta razão, encontrou respaldo no meio jurídico e acadêmico, restando suas críticas focadas no tocante à condução da colaboração premiada e não ao instituto em si.

### **3.4 Acordo de não persecução penal**

Diferentemente dos demais institutos da justiça negociada previamente aduzidos, o acordo de não persecução penal é uma realidade demasiadamente atual. A possibilidade de tal acordo advém da lei denominada “Pacote Anticrimes”, Lei 13.964/2019, que trouxe as mais variadas mudanças no direito penal e processual penal. Ao invés da implementação da *plea bargain* de forma irrestrita, como previa o projeto original desta lei, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal adotaram um meio caminho e, desta forma, estabeleceram o acordo de não persecução penal para crimes sem violência e que não ultrapassem quatro anos de pena máxima em



abstrato, para substituir a *plea bargain*. Também chamado de ANPP, tal instituto foi introduzido no artigo 28-A do Código de Processo Penal (RAMOS, 2018).

Neste sentido, para que haja a homologação do acordo de não persecução penal firmado entre o acusado e o membro representante do Ministério Público, o acusado deverá preencher os seguintes requisitos: confessar a autoria no crime, não ser o crime praticado com violência ou grave ameaça, não ser o caso de arquivamento da investigação, a pena máxima em abstrato do tipo penal deverá ser inferior a quatro anos, o crime não ter sido praticado em situação de violência doméstica, o agente não ser reincidente, não ser o caso de aplicação da transação penal, ter o agente bons antecedentes e não ter sido beneficiado com transação penal, suspensão condicional do processo ou o próprio acordo de não persecução penal nos cinco anos anteriores.

Desta forma, uma vez preenchidos os requisitos e desde que haja o consentimento voluntário do acusado, o acordo será proposto e será pactuado o cumprimento de algumas condições ajustadas, que variarão desde a reparação do dano ou restituição da coisa objeto do ilícito, à prestação de serviços a comunidade, o pagamento de prestação pecuniária ou outras medidas determinadas pelo Ministério Público. Após o firmamento do acordo, o mesmo deverá ser encaminhado à homologação do juiz que, em tese, deveria ser o juiz de garantias (outra inovação trazida pela Lei 13.964/19 que, até a finalização da presente pesquisa encontra-se com eficácia suspensa por decisão no STF) e deverá ser realizada uma audiência para a apuração da voluntariedade do acusado e do cumprimento dos requisitos legais.

Se o Magistrado entender que o acordo é desproporcional e que as medidas são inadequadas, insuficientes ou que não seja o caso de sua propositura, o acordo retornará ao Ministério Público para sua devida adequação ou, se for o caso, o magistrado determinará a continuidade das investigações e o prosseguimento da denúncia do acusado. De outro lado, se o magistrado consentir com o acordo, este será homologado e terá seu cumprimento perante o juiz da execução.





Em caso de descumprimento das medidas estabelecidas no acordo, o membro do Ministério Público informará ao juízo competente para que haja sua rescisão e o posterior oferecimento de denúncia criminal. Importante frisar que, a vítima será intimada da homologação do acordo, bem como de seu eventual descumprimento. Também, a aceitação e o cumprimento do acordo não constarão na certidão de antecedentes criminais do acusado, exceto para àquela averiguação já mencionada da proibição de usufruir do benefício por cinco anos. Uma vez cumprido o acordo em sua integralidade, o acusado terá extinta sua punibilidade.

Por fim, uma vez escrutinado o instituto, resta passar à uma análise teórica do mesmo. Como observado nos demais mecanismos de solução de conflitos penais por meios negociais, a intenção do legislador em solucionar situações criminais menos graves, cujo a pena máxima seja de até quatro anos, por meio de medidas diversas da prisão é, de fato, louvável. Entretanto, o fato de o acusado ter de se declarar culpado e “confessar o crime” para obter o benefício do acordo de não persecução penal demonstra-se um método que poderá ter sua constitucionalidade questionada.

Ora, muito embora o cumprimento do acordo não conste na lista de antecedentes criminais do acusado, o fato deste “confessar” a autoria de um crime para obter vantagens colide com o princípio da verdade real, uma vez que interrompe-se uma investigação em curso com a simplória assunção de culpa por parte de alguém que é investigado e deseja, acima de tudo, por fim à persecução penal. Mesmo quem não cometeu crime algum, pode sofrer com a acusação criminal. Mesmo tendo consciência de sua inocência, tal pessoa poderia vir a confessar um delito o qual não praticou, só pra se ver livre da ação penal. Por estes motivos, a assunção de culpa demonstra-se como uma medida questionável dentro da Justiça Criminal e poderá ser amplamente debatida no meio jurídico.

Explanados os devida e elogios e as pertinentes críticas, pelo fato do instituto ser demasiadamente recente no ordenamento jurídico brasileiro e, destaca-se, a ferramenta mais próxima do *plea bargain* até então no Brasil, não sabe-se ao certo



como será sua efetiva aplicação, se ainda terá sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal ou se, porventura, haverá qualquer modificação legislativa. A resposta para essas perguntas, foge da alçada da presente pesquisa e poderá ser objeto de estudo futuro. Entretanto, a reflexão sobre o instituto persiste e, com ela, a devoção dos operadores do direito sobre o tema.

## CONCLUSÃO

Ante todo o exposto pela presente pesquisa, vislumbrou-se que os sistemas jurídicos, os agentes envolvidos e as formas de Justiça Negocial brasileiras foram minuciosamente escrutinados e comparados para se buscar a problematização da questão que dá título á pesquisa, ou seja, a aplicabilidade da *plea bargain* no direito brasileiro. Após demonstradas as principais diferenças entre o ordenamento jurídico brasileiro e norte-americano, as dificuldades para a importação do instituto tal como ele se encontra em seu país de origem, revelam-se demasiadamente problemáticas em razão das peculiaridades demonstradas naquele país.

O primeiro obstáculo foi encontrado nos diferentes sistemas envolvidos nos ordenamentos jurídicos comparados, que são o da *common law*, nos Estados Unidos, o *civil law* ou o que se caracteriza, atualmente, como um sistema misto, no Brasil. Desta forma, demonstrou-se que o alicerce sobre o qual a *plea bargain* foi edificada é demasiadamente distinto do brasileiro. Em razão da primazia dos costumes sobre as leis o *plea bargain* encontrou, na *common law*, terreno muito mais fértil para o exercício de negociações entre acusação e acusado.

Percebe-se que, no *plea bargain*, o representante da acusação americana pode mudar a acusação, suprimir crimes, mudar os fatos narrados ou, até mesmo, sugerir uma pena. Nesta toada, evidencia-se que qualquer sistema que ainda tenha uma mínima parte fundada na *civil law*, com o brasileiro, onde as leis positivadas ainda detém importante relevância para a dicção do direito, uma negociação em que o Ministério Público poderia alterar os fatos, suprimir acusações ou até mesmo modifica-las é



questionável, a não ser que haja uma mudança na estrutura da aplicabilidade do instituto em questão. Assim, a *plea bargain*, em sua forma originária, encontra um impasse com a *civil law*.

Ainda, restou evidenciado outra dificuldade para a aplicabilidade do instituto em sua forma original, no que se refere aos agentes envolvidos. É cediço que a aplicação do direito norte-americano e o brasileiro são distintos, entretanto, a forma como é composto e estruturados os órgãos jurisdicionais, da acusação e do júri popular americano, poucas vezes é levada em consideração. À vista disto, o presente trabalho buscou empenhar-se em descrever a forma como são estruturados estes órgãos e o modo como seus membros são nomeados ou, como no caso norte-americano, eleitos, sempre traçando um paralelo com o modelo brasileiro. No que tange aos agentes que atuam perante o judiciário, uma diferença entre os dois países demonstrou-se realçada. Nos Estados Unidos, o equivalente aos promotores e procuradores de justiça, bem como os magistrados são, em sua maioria, eleitos ou nomeados, diferente do que ocorre no Brasil, onde a nomeação é realizada após a aprovação em concursos de prova e títulos ou nomeações técnicas. Dito isso, evidencia-se que, em um sistema onde há primazia pelos costumes, o próprio povo escolhe seus representantes para atuarem também na seara judicial e, desta forma, exercer a jurisdição por meio dos costumes, o que denota elevada legitimidade destes agentes que atuam em um sistema de *common law*.

Importante frisar, que tanto o sistema de escolha dos agentes brasileiros quanto os norte-americanos têm suas vantagens e desvantagens, enquanto o primeiro goza de tecnicidade, o segundo, por sua vez, dá primazia à vontade popular. Outro ponto que não deve escapar à atenção, é o fato do julgamento pelo tribunal do júri, diferentemente do que ocorre no Brasil, nos Estados Unidos, o júri popular deverá julgar todos os crimes, exceto, se houver a homologação do acordo de *plea bargain*, onde o acusado renunciará a este direito. À vista disto, percebe-se que o sistema jurídico norte-americano da *common law* encontra sintonia tanto com a escolha dos



agentes que atuam perante o poder judiciário, no caso das eleições, quanto na forma de seus julgamentos, pelo tribunal do júri.

Por fim, o trabalho esclareceu algumas formas de justiça criminal negociada já existentes no Brasil. Ao elucidar tais institutos e esclarecer suas finalidades fica clarividente que, diferentemente da *plea bargain* norte-americana, não é a confissão de culpa do acusado o que se almeja. Em verdade, os institutos brasileiros, como a transação penal, suspensão condicional do processo e os demais, têm o caráter de uma medida socioeducativa para os acusados de cometer crimes não graves e sem violência ou grave ameaça à pessoa. Trata-se de um modelo a salutar que, em consonância com a criminologia, vai de encontro à política do encarceramento em massa que não obteve resultados na redução da criminalidade.

Portanto, tais institutos por terem sido criados sob a égide da *civil law*, são, por natureza, os mais objetivos possíveis, tendo seus procedimentos e possibilidades integralmente positivados pela legislação processual criminal. Apesar de possibilidade de negociação entre o Ministério Público e o acusado, as regras que regem a matéria discriminam os requisitos objetivos para a concessão dos benefícios e os limites da negociação subjetiva, sendo todo o procedimento devidamente inspecionado e homologado pelo Magistrado.

Neste diapasão, ao elencar as principais dificuldades que o instituto da *plea bargain* encontraria ao adentrar o ordenamento jurídico brasileiro, a presente pesquisa cumpriu com seu objetivo. Nunca foi o intuito deste projeto de pesquisa guiar o leitor a uma ou outra conclusão. Em verdade, muito pelo contrário, desde o início, a pesquisa pautou-se pela problematização e, com a finalidade de auferir uma capacidade argumentativa técnica, expôs as pautas relevantes ao tema. No decorrer da elaboração da presente pesquisa, o projeto de lei que estabelecia o denominado “Pacote Anticrimes” e previa a criação da *plea bargain* no Brasil, Projeto de Lei 6.341/2019, efetivamente tornou-se Lei e já está em vigor em todo território



nacional, sob a Lei Federal nº 13.964/2019. Entretanto, os artigos que estabeleciam a *plea bargain* foram retirados do projeto durante o trâmite legislativo no senado.

Não obstante a retirada da *plea bargain* do projeto de lei original, já há, no Congresso Nacional, movimentos legislativos que visam, novamente, a inserção de tal instituto ao ordenamento jurídico brasileiro. Desta forma, o tema não perdeu seu objeto, e, diante de tamanha discussão acerca da matéria, reveste-se, cada vez mais, de interesse tanto acadêmico, como pragmático.

## REFERÊNCIAS

BARRETO, Ricardo de Araújo. **A delação premiada no Brasil**. 2014. Monografia (Pós-graduação em direito), Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza, 2014. Disponível em: <http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Monografia-Delacao-Premiada-versao-final.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17 jan. 2020

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm). Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 12 nov. 2019.



BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm). Acesso em: 12 nov. 2019

CAMPOS, F. T. **Sistemas de common law e de civil law: conceitos, diferenças e aplicações.** dez. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62799/sistemas-de-common-law-e-de-civil-law-conceitos-diferencas-e-aplicacoes>. Acesso em: 20 dez. 2019.

FONSECA, C. B. G. da; CORREIO, L. S. S.; CORREIO, D. C. R. Ministério Público dos Estados Unidos da América: uma análise das atuações federal e estadual. **RDIET**, Brasília, V. 11, n. 2, p. 119-151, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/7529/4914>. Acesso em: 20 dez. 2019.

FONSECA, C. F. **O cargo de district attorney.** 02 ago. 2011. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalaw-english/138461/o-cargo-de-district-attorney>. Acesso em: 01 dez. 2019.

GONÇALVES, M. V. **Civil Law e Common Law.** 2018. Disponível em: <https://markullino1987.jusbrasil.com.br/artigos/549093686/civil-law-e-common-law>. Acesso em: 19 dez. 2019.

LEITE, M.O. T.; SILVEIRA, C. **Racionalidade decisória e controle interpretativo no sistema do common law.** [20-?]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8e987cf1b2f1f6ff>. Acesso em: 05 abr. 2020.

OLCHANOWSKI, Nikolai. **Plea bargaining: análise desde a filosofia da pena.** 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/47597>. Acesso em: 03 abr. 2019.

OLIVEIRA, Felipe Scaldini. **A justiça consensual no processo penal: o modelo americano e o instituto da plea bargaining.** 2016. Monografia (Bacharelado em direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal De Juiz De Fora, Juiz de Fora, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/xmlui/bitstream/handle/ufjf/3320/felipescaldinideoliveira.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 maio 2019.

OLIVEIRA, M. A. de; NOGUEIRA, J. A. B. **O tribunal do júri: brasil x estados unidos: as grandes diferenças e poucas similaridades.** 2015. Disponível em:



<https://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2015/10/tribunal.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

PINTO, L. A. **O que é Transação Penal?**. 2014. Disponível em: <https://luizantoniofp.jusbrasil.com.br/artigos/148612891/o-que-e-transacao-penal>. Acesso em: 04 maio 2020.

RAMOS, Endril Coutinho. **Acordo de não persecução penal: evolução e aprimoramento do sistema penal brasileiro**. 2018. Monografia (Bacharelado em direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2018. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Juridica/article/view/7473/67647902>. Acesso em: 01 abr. 2019.

SILVA, Camila Alves. **A delação premiada como instrumento de combate ao crime organizado: uma visão entre a ética e o punitivismo**. 2016. Monografia (Bacharelado em direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/xmlui/handle/ufjf/3302>. Acesso em: 02 abr. 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/6943#preview>. Acesso em: 01 abr. 2019.



# PAÍSES DA AMÉRICA DO SUL COM O BRASIL

Geycielle Batista Dias dos Passos

## RESUMO

Este artigo versa sobre a violência obstétrica, conceituando o que é violência obstétrica, as leis que tratam sobre esse assunto em países diferentes, além de abordar leis específicas e estudar os artigos mais importantes e relevantes para o tema. Foi usado o comparativo entre as leis e projetos de leis nos países, Além de versar sobre a falta de uma lei federal no Brasil, e as leis estaduais já aprovadas, com estudo de cada artigo dessas leis e as comparando, já que os países abordados nesse trabalho têm características parecidas. É levantado a problematização se nos países que possuem leis específicas, somente elas já bastão para diminuição de casos e o quanto é útil essas leis, no Brasil se a falta de uma lei federal dificulta a denuncia e como devem ser tratados os casos de violência obstétrica, além de demonstrar o que está sendo feito nos países para combater tal violência.

**Palavras-chave:** Violência. Obstétrica. Gestante. Parturiente. Lei. Políticas.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo, traz como objeto central a violência obstétrica e todos os tipos de atos praticados que caracterizam essa violência, mas o principal objetivo a ser estudado é como a violência obstétrica é tratada legalmente no Brasil e os demais países da América do Sul, o comparativo será feito entre o Brasil e os países da América do Sul, já que são mais compatíveis em diversos aspectos com o Brasil, tendo uma certa compatibilidade na economia, na cultura dos países, entre outros aspectos, ajudando na comparação, abordando como o tema é tratado nesses países, já que teoricamente compartilham de um ambiente bem parecido, com isso, o foco será nesses, já que também são os pioneiros se tratando de leis que velam sobre o tema abordado. Além de abordar a problematização da falta de entendimento e de





divulgação pela sociedade, e como os casos de violência obstétrica são tratados pelo judiciário atualmente no Brasil.

Além de estudar os artigos mais importantes das leis que tratam sobre o assunto e os projetos de lei brasileiros que estão em tramitação, comparando e analisando cada um deles, também serão abordadas as políticas públicas utilizadas atualmente para o combate a violência obstétrica, tendo em vista que não há legislação específica tratando sobre o assunto.

Pergunta: qual é a importância de uma legislação específica sobre violência obstétrica? No Brasil há necessidade de uma legislação específica para o combate de tal violência? Porque mesmo com legislação específica os números de casos de violência obstétrica só crescem?

## 1 A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

O termo e o conceito de violência obstétrica é algo ainda novo e não se tem muitos doutrinadores no cenário acadêmico, com isso, há pouca produção a esse respeito, mas, se tem conceitos nos artigos, recomendações da Organização Mundial de Saúde (OMS), e legislações estrangeiras. O termo “violência obstétrica” foi utilizado pela vez no meio acadêmico pelo Dr. Rogério Pérez D’Gregorio, que era presidente da Sociedade de Obstetrícia e Ginecologia da Venezuela. De acordo com Pulhez (2013, p. 1), é a violência contra a mulher praticada em ambientes hospitalares no momento do parto.

O termo “violência obstétrica” pode ser entendido também como todos os atos “praticados contra mulher no exercício de sua saúde sexual e produtiva, podendo ser cometidos por profissionais de saúde, servidores públicos, profissionais técnico-administrativos e instituições públicas e privadas, vem como civis” (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 60). Esse termo é muito utilizado por movimentos sociais para denunciar práticas de violência as mulheres durante o parto, mas, a Organização



Mundial de Saúde (OMS), opta por não usar esse termo, falando, em “desrespeito, abusos e maus tratos” durante o parto (SOUSA, 2015).

Além desses conceitos, também se entende de violência obstétrica, segundo Andrade (2014, p. 1):

Entende-se por violência obstétrica qualquer ato exercido por profissionais da saúde no que concerne ao corpo e aos processos reprodutivos das mulheres expressos através de uma atenção desumanizada, abuso de ações intervencionistas, medicalização e a transformação patológica dos processos de parturição fisiológicos.

Assim, pode-se chegar à conclusão que o termo “violência obstétrica”, mesmo não tendo tanta visibilidade no meio acadêmico ele é de suma importância, pois é mais uma forma de violência praticada contra a mulher. No Brasil a população tem conhecimento desta modalidade de violência por meio das redes sociais, mas se tem um caráter superficial, nesses casos se entende a fragilidade da mulher na hora do parto e que os métodos a serem desenvolvidos pelos profissionais tem que colocar a mulher em uma posição de protagonista e as intervenções médicas não podem sobressair o papel da mulher. Nesse sentido, Andrade (2014, p. 3) argumenta:

O parto é um momento único e inesquecível na vida da mulher, quando o cuidado despendido pelos profissionais deveria ser singular e pautado no protagonismo da mulher, tornando-o mais natural e humano possível. Distintamente de outros acontecimentos que necessitam de cuidados hospitalares, o processo de parturição é fisiológico, normal, necessitando, na maioria das vezes, apenas de apoio, acolhimento, atenção e humanização.

Nesse sentido, entende-se que a violência obstétrica não é somente uma prática contra a mulher, e sim diversos tipos de intervenções sofridas no momento do parto e dentro das instituições hospitalares, não sendo só necessariamente procedimentos médicos, mas também agressões físicas, psicológicas e sexuais. Como se analisa a seguir.



## 1.1 Tipos de práticas consideradas “violência obstétrica”

Hoje são encontrados vários métodos e formas de violência obstétrica, segundo o estudo “Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado”, que foi realizado pela Fundação Perseu Abramo juntamente com o Serviço Social do Comércio (SESC), realizado em 2010, uma em quatro mulheres no Brasil já sofreram algum tipo de violência obstétrica, na mesma pesquisa mulheres informaram que durante a gestação, em consultas pré-natais ou até mesmo no parto, ouviram frases como “na hora da fazer não chorou, porque está chorando agora?”; “se gritar eu paro agora o que estou fazendo, não vou te atender”. (VENTURI et al., 2010, p. 173-177).

A violência obstétrica é cometida por meio de atos de caráter físico, verbal, e sexual, que serão tratados posteriormente um a um, pois tem várias práticas hospitalares que atentam contra a dignidade, liberdade e integridade da mulher, que caracterizam a violência obstétrica, tais práticas estão de certa forma interligadas, onde um ato pode caracterizar mais de um tipo de violência, em sua maioria as mulheres vítimas dessa violência se sentem intimidadas de denunciar os abusos e traumas sofridos, pelo fato de diversas práticas dessas já estarem enraizadas na prática médica.

### *1.1.1 Violência verbal e psicológica*

Como foi citado anteriormente, uma boa parte das gestantes já escutaram alguma expressão ofensiva, em um momento de total fragilidade, de acordo com o Silva (2014, p. 823) violência verbal ocorre quando se tem a utilização de expressões ofensivas à mulher, como “Na hora de fazer não gritou! Quem entrou agora vai ter que sair! É melhor seu marido não assistir o parto, senão ele ficará com nojo de você!”. Com essas expressões que causam um desrespeito enorme a gestante, essa violência verbal também aponta para outro tipo de violência, a institucional, que é a



supressão de direitos, como a entrada do pai na sala de parto. Que será tratado posteriormente.

A violência verbal está acompanhada da violência psicológica, são conhecidos como procedimentos de caráter psicológico, que são entendidos como sendo “toda ação verbal ou comportamental que cause na mulher sentimentos de inferioridade, vulnerabilidade, abandono, instabilidade emocional, medo, acuação, insegurança, dissuasão, ludibria mento, alienação, perda de integridade, dignidade e prestígio” (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 60). Geralmente, esses procedimentos de caráter psicológico provêm do abandono da gestante pela equipe profissional durante o parto, falta de esclarecimento, desprezo e humilhação.

Esses procedimentos também podem decorrer da realização de procedimentos de caráter físico ou sexual, assim as vítimas ficam com sequelas mais profundas e intensas. Assim, vale destacar o fato de que vários procedimentos adotados pelos profissionais durante o parto não são informados e esclarecidos de suas necessidades. O dossiê mencionado e elaborado pela Rede Parto do Princípio (2012) traz vários relatos de mulheres que passaram por procedimentos sem se quer serem avisada, tranquilizadas e informadas:

Durante um exame de toque, eu pedi para parar pois estava sentindo muita dor. O médico disse: ‘na hora de fazer tava gostoso, né?’. Nessa hora me senti abusada.

[...]

Depois que ela nasceu que eu soube que me cortaram. Eu não queria ter uma sequela sexual do parto. Já se passaram 3 anos e ainda sinto dor para ter relação. (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 101-102)

Vários relatos de abandono e desprezo:

Eu estava lá em cima daquela mesa de parto com as pernas para cima com o médico ali me mandando fazer força. A bebê não nascia. Daí o médico disse para eu continuar fazendo força e saiu da sala. Eu sabia que o meu bumbum estava no final da mesa, e que minha filha poderia cair no chão, pois não tinha ninguém na sala para ‘pegar’. Aí eu travei todo o meu corpo durante as contrações. Eu não sabia mais o que fazer (p. 133).



Tinha que ser! Olha aí, pobre, preta, tatuada e drogada! Isso não é eclampsia, é droga! (p. 135).

Quando eu estava me arrumando para ir embora da maternidade, uma mulher da equipe de enfermagem me disse: ‘Tchau! Até o ano que vem!’. Estranhei, e perguntei o porquê. Eu deveria voltar para maternidade no ano seguinte para realizar alguma outra avaliação? E ela continuou: ‘Você volta sim, vocês são tudo assim, ano que vem você vai ter outro.’ Meio sem entender, me despedi e só quando cheguei em casa entendi a ofensa (p. 136).

Na manhã seguinte do parto o médico passou na porta da enfermaria e gritou: ‘Todo mundo tira a calcinha e deita na cama! Quem não estiver pronta quando eu passar vai ficar sem prescrição!’. A mãe da cama do lado me disse que já tinha sido examinada por ele e que ele era um grosso, que fazia toque em todo mundo e como era dolorido. Fiquei com medo e me escondi no banheiro. E fiquei sem prescrição de remédio pra dor (p. 137).

O médico só gritava: ‘puxa ele logo, vocês estão quebrando-o todo, esse bebê já era, sintam o cheiro de podre, vou ter que interditar a sala, puxem!’. Então meu bebê nasceu e logo foram reanimar com apenas 50 batimentos cardíacos por minuto. O médico dizia: ‘Não adianta, esse já era, eu tenho 30 anos de profissão, esse já era, não percam tempo, ele está sofrendo... Já era, sintam o cheiro de podre, como uma mãe pode deixar uma infecção chegar a esse ponto?’. Eu estava em estado de choque, mas eu disse: ‘Estive aqui há 15 dias e o senhor disse que minha dor era frescura.’. O bebê faleceu, todos se calaram e me perguntaram: ‘Quer ver o corpo?’. Eu não quis. (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 133-138)

### *1.1.2 Violência institucional*

Tratando-se de violência institucional, Ciello (2012, p. 51) traz como uma definição do que é a violência institucional e por quem é cometida: “o que se considera violência institucional compreende a atuação do profissional de saúde dentro da instituição de atendimento, atrelando, de certa maneira, sua atuação às condições físicas, organizacionais e de recursos da mesma”. Sendo assim, a violência institucional é aquela que o profissional de saúde comete dentro da instituição hospitalar, onde os direitos das gestantes são violados, assim como afirma também Ciello (2012, p. 16):



Caráter institucional: ações ou formas de organização que dificultem, retardem ou impeçam o acesso da mulher aos seus direitos constituídos, sejam estes ações ou serviços, de natureza pública ou privada. Exemplos: impedimento do acesso aos serviços de atendimento à saúde, impedimento à amamentação, omissão ou violação dos direitos da mulher durante seu período de gestação, parto e puerpério, falta de fiscalização das agências reguladoras e demais órgãos competentes, protocolos institucionais que impeçam ou contrariem as normas vigentes.

Um ato que pode ser considerado violência institucional e também violência emocional é a negativa do direito ao acompanhante da gestante; onde por determinação da lei 11.108/05, que determina que é obrigatório que as instituições hospitalares e assemelhados permitam a presença de um acompanhante que seja indicado pela gestante para acompanhá-la durante o trabalho de parto, durante o parto e por um período de até 10 dias. Essa determinação é impositiva tanto para as instituições públicas quanto privadas;

Art. 19-J. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.

§ 1º O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturient

Embora a legislação que torna obrigatória a presença do acompanhante no momento do parto e pós-parto esteja vigente desde de 2005, as últimas estatísticas realizadas pela Rede Cegonha, onde mais de 25.000 mulheres entrevistadas entre novembro de 2011 e março de 2012, ficou comprovado que mesmo após cerca de seis anos que a lei foi sancionada, 62,4% das mulheres que foram entrevistadas declararam que estavam desacompanhadas durante o trabalho de parto. Entre os principais motivos acusados como causa foi que 57,3% das mulheres entrevistadas responderam que o serviço não permitiu a presença do acompanhante e 14,7% afirmam que não conheciam seu direito.

Esse é o ato de violência institucional praticado com mais frequência nas instituições hospitalares, principalmente no serviço público de saúde, mas não é só



esse ato que é praticado pelos profissionais de saúde dentro das instituições hospitalares, também tem os atos de caráter físico, que em sua maioria estão ligados também a violência institucional.

### *1.1.3 Violência física*

A violência física são os atos praticados diretamente sobre o corpo da gestante, atos que não possuem base científica e elementos que sejam suficientes a respaldar sua necessidade e tais atos causam dor e danos físicos de diversos graus as vítimas, um desse atos é conhecido como a Manobra de Kristeller, além desse ato também é considerado violência obstétrica a privação de alimentos, interdição à movimentação da mulher, além das agressões físicas como tapas, chutes entre outros atos de agressão que as vítimas sofrem na hora do parto, sendo bem extenso o rol de atos praticados por meio de violência física, a seguir será trabalhado alguns desses atos.

A Manobra de Kristeller é considerada por alguns especialistas como um procedimento ofensivo e danoso ao corpo da mulher, essa manobra é basicamente onde um médico ou enfermeiro apoia-se sobre a mulher e com seus braços e cotovelos pressiona sua barriga para acelerar a saída do bebê. Segundo Reis (2005, apud PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 105),

A manobra de kristeller é reconhecidamente danosa à saúde e, ao mesmo tempo, ineficaz, causando à parturiente o desconforto da dor provocada e também o trauma que se seguirá indefinidamente.

O uso dessa manobra pode trazer diversos riscos para mulher, médicos afirmam que os principais riscos “incluem a ruptura uterina, lesão do esfíncter anal, fraturas em recém- nascidos ou dano cerebral, dentre outros” (LEAL et al, 2014, p. 43). O Ministério da Saúde classificou a Manobra de Kristeller um pratica totalmente prejudicial ou ineficaz que deve ser eliminada. (BRASIL, 2001, p. 188). Mesmo com ao posicionamento do Ministério da Saúde, de acordo com a pesquisa



“Nascer no Brasil”, realizada pela Fiocruz, a Manobra de Kristeller foi bastante utilizada nos partos vaginais dos nascimentos analisados (SOUSA, 2015, p. 19), mostrando que se tem um grande abismo entre as práticas que são realmente consideradas eficaz e as que realmente são práticas nos ambientes hospitalares.

Além da Manobra de Kristeller, se tem outros métodos que são considerados violentos e desencorajados pela OMS, são procedimentos desencorajados pelos novos estudos médicos, sendo eles; a aplicação de ocitocina, posição de litotomia para o parto vaginal, uso rotineiro de raspagem dos pelos púbicos e uso do soro intravenoso para hidratação, uso rotineiros de enema, infusão intravenosa rotineira em trabalho de parto, exame retal, uso de pelvimetria radiográfica, massagens ou distensão do períneo durante o parto, manobra de Valsala, entre outros procedimentos considerados pela OMS condutas prejudiciais ou ineficazes e que deveriam ser eliminadas.

No Brasil não existe ainda uma forma regulamentada ou um protocolo geral de atendimento à gestante durante seu período na instituição hospitalar, o uso do soro intravenoso é prejudicial a gestante, pois prejudica a mobilidade, dificulta a forma de lidar com a dores uterinas, essa pratica é desnecessária em nascimentos que sigam a via natural, mas essa pratica é atualmente muito comum nas instituições hospitalares públicas e privadas, além dessa pratica comum, porém não recomendada se tem outras formas diversas que também são utilizadas sem necessidade, assim outra pratica comum é o uso de ocitocina sintética.

A ocitocina tem a função de promover as contrações uterinas, de uma forma ritmada, até o nascimento do bebê. Quando a mulher entra em trabalho de parto ela naturalmente produz a ocitocina, então a aplicação dessa substância só seria necessária em casos em que o trabalho de parto não está evoluindo como deveria, o grande problema é que o uso dessa substância se tornou rotineira, principalmente para induzir o parto nas mulheres com mais de 41 semanas de gestação, o uso dessa substância causa mais dor as gestantes e reafirma o fato de que os profissionais de





saúde querem acelerar os partos para poupar mais tempo, colocando o bem estar da mulher em segundo plano

Outra forma de violência, que ainda está muito velado em nossa sociedade é a cesariana eletiva sem indicação clínica, em janeiro de 2015, a Agência Nacional de Saúde publicou um estudo chamado de “Medidas de estímulo ao parto normal na saúde suplementar”, onde defende que o parto é uma questão de saúde onde a escolha do modelo deve ser pelo método mais adequado e mais seguro para cada caso, onde o bem estar da mãe e do bebê esteja em primeiro lugar. Segundo essa mesma pesquisa, o nascimento por meio cirúrgico amplia 120 vezes a probabilidade de a criança ter síndrome de angústia respiratória e triplica o risco de mortalidade materna.

Já para as mulheres, a cesariana acaba implicando o aumento da perda de maior volume de sangue, infecções e acidentes anestésicos, essa pesquisa mostrou que 55% dos partos realizados no país são cesarianos, sendo que na rede privada a taxa é de 84,60% e 40% na rede pública. Com essa taxa o Brasil vem liderando o ranking mundial de cesárias, estando muito acima do índice recomendado pela Organização Mundial de Saúde, que estabelece que apenas 15% dos partos ocorram por método cirúrgico (BRASIL, 2001, p.14).

O alto índice de cesarianas no país é justificado em razão da falta de informação que as gestantes tem sobre as possíveis consequências do parto cirúrgico. “As mulheres estão extremamente vulneráveis às indicações de cesáreas questionáveis, submetendo-se a uma cirurgia de grande porte com riscos e complicações para a mãe e bebê” (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 119).



## 2 O TRATAMENTO JURÍDICO E LEGAL NOS CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NOS PAÍSES DA AMÉRICA DO SUL

Diferente do Brasil a alguns países na América do Sul que tem legislação específica que aborde a violência obstétrica, grandes exemplos são a Argentina e a Venezuela, que foram os primeiros países latino-americanos a trazer uma lei que tenha como objeto a violência obstétrica.

### 2.1 Tratamento legal na Argentina

O tratamento que o governo argentino deu a violência obstétrica foi considerado um grande feito no país, destacando a *Lei n. 25.929 – Lei do Parto Humanizado* que foi promulgada em 17 de setembro de 2004, não estabeleceu realmente o que é a violência obstétrica, mas garantiu direitos às mulheres grávidas, durante o trabalho de parto, no parto e pós-parto, basicamente estabelece os Direitos de Pais e Filhos durante o Processo de Nascimento. No seu preâmbulo o legislador deu importância para juntar o governo e a sociedade para que assim juntos desenvolverem políticas e atividades para conscientização do tema:

Solicitar ao Poder Executivo, que, através do órgão competente, inicie dentro de suas atividades uma campanha destinada a conscientizar a sociedade sobre a importância do acompanhamento da mulher durante o parto por uma pessoa de sua escolha, e os benefícios que isso significa para a saúde da mãe e da criança. (ARGENTINA, 2004)

É importante reiterar que a Lei n. 25.929 não traz o conceito de violência obstétrica, mas ela traz em detalhes todos os direitos das gestantes durante o trabalho de parto, o parto e o pós-parto, são esses direitos: o de ser informada sobre todas as intervenções médicas que possam ocorrer durante todo o processo, dando a oportunidade a gestante para que ela possa optar livremente quando tiver mais de uma alternativa cabível; de ser tratada com total respeito, de maneira individual e personalizada, para ter a garantia da sua intimidade durante todo processo e respeito a suas tradições culturais; de ser considerada pessoa capaz, para que assim tenha



facilidade para participação ativa durante o parto, além de ser a protagonista do seu próprio parto; direito ao parto natural, respeitando o seu tempo biológico e psicológico, assim evitando intervenções e práticas invasivas que não sejam necessárias para o estado da gestantes ou da criança; de ser informada sobre o estado de saúde da criança, a evolução do parto e todas as outras informações que envolva ela e a criança; de não ser submetida a nenhum exame de intervenção cujo propósito seja de investigação, salvo consentimento manifestado por escrito, devidamente protocolado e aprovado pelo Comitê de Bioética; de estar acompanhada de uma pessoa de sua confiança durante todo o processo do parto; de ter a criança consigo durante a permanência na instituição hospitalar, desde que a criança não requeira cuidados especiais; de ser informada dos benefícios do aleitamento materno e receber apoio para amamentar; de receber informações sobre os cuidados necessários para cuidar para si e da criança e de ser informada sobre os efeitos adversos do tabaco, álcool e drogas sobre a criança e sobre si.<sup>1</sup>

A lei também estabelece direitos aos recém-nascidos, em geral, a lei determina que todo recém-nascido tem o direito de ser tratado com dignidade e respeito; de ter sua identificação; de não ser submetido a nenhum procedimentos cujo o proposito seja investigação ou docência, salvo se tiver aprovação do Comitê de

---

<sup>1</sup> Artículo 2º.- Toda mujer, en relación con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto, tiene los siguientes derechos: a) A ser informada sobre las distintas intervenciones médicas que pudieren tener lugar durante esos procesos de manera que pueda optar libremente cuando existieren diferentes alternativas. b) A ser tratada con respeto, y de modo individual y personalizado que le garantisse la intimidad durante todo el proceso asistencial y tenga em consideración sus pautas culturales. c) A ser considerada, em su situación respecto del proceso de nacimiento, como persona sana, de modo que se facilite su participación como protagonista de su propio parto. d) Al parto natural, respetuoso de los tiempos biológico y psicológico, evitando prácticas invasivas y suministro de medicación que no estén justificados por el estado de salud de la parturienta o de la persona por nacer. e) A ser informada sobre la evolución de su parto, el estado de su hijo o hija y, en general, a que se le haga partícipe de las diferentes actuaciones de los profesionales. f) A no ser sometida a ningún examen o intervención cuyo propósito sea de investigación, salvo consentimiento manifestado por escrito bajo protocolo aprobado por el Comité de Bioética. g) A estar acompañada, por una persona de su confianza y elección durante el trabajo de parto, parto y postparto. h) A tener a su lado a su hijo o hija durante la permanencia em establecimiento sanitario, siempre que el recién nacido no requiera de cuidados especiales. i) A ser informada, desde el embarazo, sobre los beneficios de la lactancia materna y recibir apoyo para amamentar. j) A recibir asesoramiento e información sobre los cuidados de sí misma y del niño oníña. k) A ser informada específicamente sobre los efectos adversos del tabaco, el alcohol y las drogas sobre el niño o niña y ella misma



Bioética; nos casos de internação, que ocorra junto à sua mãe e que seja o mais breve possível, sendo levado em consideração o estado de saúde de ambos e que seus pais recebam assessoramento e informação sobre o cuidados para o seu crescimento e desenvolvimento, assim como seu plano de vacinação<sup>2</sup>.

A lei também elenca os direitos aos recém-nascidos e seus pais que estão em situação de risco, trazendo a necessidade da prestação de informações sobre a evolução de saúde da criança, informando sobre o diagnóstico, prognóstico e tratamento; acesso à criança enquanto ela esteja internada, devendo os pais participarem das decisões a serem tomadas, além de outros direitos<sup>3</sup>. É importante ressaltar que a lei também determina punição para aqueles que descumprirem ou agirem em desconformidade da lei, será considerada falta grave, sem prejuízo de ser responsabilizado civil e/ou penalmente<sup>4</sup>.

Além da lei 25.929, a Argentina promulgou a Lei 26.485 –Lei de proteção integral às mulheres, para prevenir, sancionar, e erradicar a violência contra as

---

<sup>2</sup> Artículo 3º.- Toda persona recién nacida tiene derecho: a) A ser tratada en forma respetuosa y digna. b) A su inequívoca identificación. c) A no ser sometida a ningún examen o intervención cuyo propósito sea de investigación o docencia, salvo consentimiento, manifestado por escrito de sus representantes legales, bajo protocolo aprobado por el Comité de Bioética. d) A la internación conjunta con su madre en sala, y a que la misma sea lo más breve posible, teniendo en consideración su estado de salud y el de aquélla. e) A que sus padres reciban adecuado asesoramiento e información sobre los cuidados para su crecimiento y desarrollo, así como de su plan de vacunación

<sup>3</sup> Artículo 4º.- El padre y la madre de la persona recién nacida en situación de riesgo tienen los siguientes derechos: a) A recibir información comprensible, suficiente y continuada, en un ambiente adecuado, sobre el proceso o evolución de la salud de su hijo o hija, incluyendo diagnóstico, pronóstico y tratamiento. b) A tener acceso continuado a su hijo o hija mientras la situación clínica lo permita, así como a participar en su atención y en la toma de decisiones relacionadas con su asistencia. c) A prestar su consentimiento manifestado por escrito para cuantos exámenes o intervenciones se quiera someter al niño o niña con fines de investigación, bajo protocolo aprobado por el Comité de Bioética. d) A que se facilite la lactancia materna de la persona recién nacida siempre que no incida desfavorablemente en su salud. e) A recibir asesoramiento e información sobre los cuidados especiales del niño o niña. Artículo 5º.- Será autoridad de aplicación de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación en el ámbito de su competencia; y en las provincias y la Ciudad de Buenos Aires sus respectivas autoridades sanitarias

<sup>4</sup> Artículo 6º.- El incumplimiento de las obligaciones emergentes de la presente ley, por parte de las obras sociales y entidades de medicina prepaga, como así también el incumplimiento por parte de los profesionales de la salud y sus colaboradores y de la institución en que éstos presten servicios, será considerado falta grave a los fines sancionatorios, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiere corresponder



mulheres nos âmbitos em que desenvolvem suas relações interpessoais<sup>5</sup>, em 1º de abril de 2009, traz no seu 4º artigo o conceito de violência contra a mulher: Entende-se por violência contra a mulher toda conduta, ação ou omissão que de maneira direta ou indireta, tanto em âmbito público como privado, baseada em uma relação desigual de poder, afete sua vida, liberdade, dignidade, integridade física, psicológica, sexual, econômica ou patrimonial, assim como sua seguridade pessoal. Ficam compreendidas as perpetradas pelo Estado ou seus agentes.<sup>6</sup>

A lei também determina todos os tipos de violência que se enquadram no conceito, por exemplo, violência física, sexual e psicológica, trazendo também o conceito de violência obstétrica: aquela que exerce o profissional da saúde sobre o corpo e os processos reprodutivos das mulheres expressadas em um trato desumano, abuso de medicação e patologização dos processos naturais, em conformidade com a Lei 25.929.<sup>7</sup> Com objetivo de combater os tipos e modalidades de violência contra mulheres, essa lei determina que os três poderes do Estado, sendo eles o Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, adotem medidas cabíveis para garantir o respeito ao direitos constitucional onde se tenha igualdade entre homens e mulheres, estabelecendo os preceitos necessários.<sup>8</sup>

Se tratando de políticas públicas, a Lei 26.485 prevê a elaboração de protocolos específicos para todos os tipos de violência contra as mulheres, realizados pelo Ministério da Saúde da Nação, tendo como prioridade as áreas que necessitam maior atenção, com foco na saúde, emergências, clinicas médica, obstétrica,

---

<sup>5</sup> Ley 26.485 – Ley de protección integral a las mujeres, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres em los âmbitos em que desarrollen sus relaciones interpersonales

<sup>6</sup> ARTICULO 4º — Definición. Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridade personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes

<sup>7</sup> e) Violencia obstétrica: aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expressada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929. 12

<sup>8</sup> ARTICULO 7º — Preceptos rectores. Los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones. Para el cumplimiento de los fines de la presente ley deberán garantizar los siguientes preceptos rectores [...]



ginecologia entre outras, especificando os procedimentos a serem adotados nos casos de violência contra mulheres, sendo resguardada a intimidade da mulher, além de promover uma prática médica que não seja sexista, tornando o processo mais confortável possível para a vítima.<sup>9</sup>

O Ministério da Justiça, Seguridade e Direitos Humanos da Nação, tem como atribuições; proporcionar um intercâmbio a articulação com a Corte Suprema de Justiça para assim, incentivar os distintos níveis do Poder Judiciário a capacitação específica se tratando de violência contra a mulher.<sup>10</sup> A Lei 26.485, trouxe a previsão legal em que a mulher vítima de violência tem a possibilidade de ingressar judicialmente para pleitear a reparação dos danos e prejuízos na esfera cível, de acordo com a lei e procedimentos do país.<sup>11</sup>

Embora a evidente preocupação da nação argentina, com base nas duas leis analisadas, ainda se tem uma grande preocupação com os números de denúncias, um exemplo dessa preocupação foi uma notícia publicada em 2015 pela revista *La Nacion*, uma das revistas de maior circulação no país, onde se revelou que o número de denúncias era muito inferior ao real número de casos de violência obstétrica sofrida pelas gestantes, além disso a notícia trouxe a representatividade da dificuldade dos médicos reconhecerem a prática da violência obstétrica.

---

<sup>9</sup> ARTICULO 11 - Políticas públicas. El Estado nacional implementará el desarrollo de las siguientes acciones prioritarias, promoviendo sua rtilucación y coordinación con los distintos Ministerios y Secretarías del Poder Ejecutivo nacional, jurisdicciones provinciales y municipales, universidades y organizaciones de la sociedad civil con competencia en la materia: [...] 4.- Ministerio de Salud de la Nación: [...] c) Diseñar protocolos específicos de detección precoz y atención de todo tipo y modalidad de violencia contra las mujeres, prioritariamente em las áreas de atención primaria de salud, emergencias, clínica médica, obstetricia, ginecología, traumatología, pediatria, y salud mental, que especifiquen el procedimiento a seguir para la atención de las mujeres que padecen violencia, resguardando la intimidad de la persona asistida y promoviendo una práctica médica no sexista. El procedimiento deberá asegurar la obtención y preservación de elementos probatorios

<sup>10</sup> ARTICULO 11 – [...] 5.- Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación: 5.1. Secretaría de Justicia: [...] f) Propiciar instancias de intercambio y articulación com la Corte Suprema de Justicia de la Nación para incentivar en los distintos niveles del Poder Judicial la capacitación específica referida al tema

<sup>11</sup> ARTICULO 35. — Reparación. La parte damnificada podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia



Na Argentina foi disponibilizado um site explicativo, pois orienta o que é a violência obstétrica indicando como a mulher deve proceder e fazer a denúncia, pois a falta de informação das mulheres são responsáveis pela falta de denúncia das práticas de violência, também é disponibilizado neste site a informação que a mulher vítima de violência obstétrica pode recorrer por meio judicial e também apresentar reclamação administrativa diretamente à Defensoria do Povo e da Nação, podendo solicitar a intervenção de outros organismos.

## 2.2 Tratamento legal na Venezuela

A Venezuela foi o primeiro país da América do Sul a reconhecer a existência da violência obstétrica e a criar uma legislação que trate desse tem, assim entrou em vigor a *Lei orgânica sobre o direito das mulheres a uma vida livre de violência*<sup>12</sup>, promulgada em 2007, essa lei é diferente da Lei 26.485, tratada anteriormente, pois a lei venezuelana aborda diretamente a configuração dos delitos e nas possíveis punições, inclusive delimitando os atos necessários para a denúncia e investigação. Do mesmo modo que a Lei Argentina, o legislador da lei venezuelana se preocupa em tornar o tema mais acessível e de fácil entendimento para a sociedade, principalmente, na exposição de motivos, segundo o seguinte trecho:

Com esta Lei se pretende dar cumprimento ao mandato constitucional de garantir, por parte do Estado, o gozo e o exercício inalienável e interdependente dos direitos humanos das mulheres, assim como seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, sem nenhum tipo de limitação. Portanto, o Estado está obrigado a fornecer a proteção frente a situações que constituam ameaças, vulnerabilidade ou risco para a integridade das mulheres, suas propriedades, o disfrute de seus direitos e o cumprimento de seus deveres, mediante o estabelecimento de condições jurídicas e administrativas, assim como a adoção de medidas positivas a favor das mulheres para que a igualdade perante a lei seja real e efetiva.<sup>13</sup> (VENEZUELA, 2007)

---

<sup>12</sup> Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia

<sup>13</sup> Con esta Ley se pretende dar cumplimiento al mandato constitucional de garantizar, por parte del Estado, el goce y ejercicio irrenunciable e interdependiente de los derechos humanos de las mujeres, así



A lei venezuelana, trata em seu artigo 15, as diversas formas de violência, citando-as e conceituando cada uma delas, nesse rol foi incluído a violência obstétrica onde foi definida da seguinte forma:

Se entende por violência obstétrica a apropiación do corpo e processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais da saúde, que se expressa através de um tratamento desumanizado, abuso de medicalização e patologização dos processos naturais, causando a perda da autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seus corpos e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres.<sup>14</sup> (VENEZUELA, 2007)

Se tratando diretamente dos delitos, a lei venezuelana traz um rol de atos que constituem delitos, esse rol está elencado no seu artigo 51, da lei venezuelana que definiu com delitos os atos que:

Consideram-se atos constitutivos de violência obstétrica os efetuados por profissional da saúde, consistentes em: 1 – Não atender oportuna e eficazmente as emergências obstétricas. 2- Obrigar a mulher a parir em posição supina e com as pernas levantadas, existindo meios necessários para a realização do parto vertical. 3- Impedir a permanência do recém-nascido com a mãe, sem causa médica justificada, negando-a a possibilidade de carregá-lo e amamentá-lo imediatamente ao nascer. 4 – Alterar o processo natural do parto de baixo risco, mediante o uso de técnicas de aceleração, sem obter o consentimento voluntário, expresso e informado da mulher. 5 – Praticar o parto por via cesárea, existindo condições para o parto natural, sem obter o consentimento voluntário, expresso e informado da mulher.<sup>15</sup> (VENEZUELA, 2007)

---

como su derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, sin ningún tipo de limitaciones. Por ello el Estado está obligado a brindar protección frente a situaciones que constituyan amenazas, vulnerabilidad o riesgo para la integridad de las mujeres, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes, mediante el establecimiento de condiciones jurídicas y administrativas, así como la adopción de medidas positivas a favor de éstas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva

<sup>14</sup> O Artículo 15. [...] 13.- Violência obstétrica: Se entiende por violencia obstétrica la apropiación del cuerpo y procesos reproductivos de las mujeres por personal de salud, que se expresa en un trato deshumanizador, en un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, trayendo consigo pérdida de autonomía y capacidad de decidir libremente sobre sus cuerpos y sexualidad, impactando negativamente en la calidad de vida de las mujeres

<sup>15</sup> Artículo 51. Violencia Obstétrica. Se considerarán actos constitutivos de violencia obstétrica los ejecutados por el personal de salud, consistentes en: 1.- No atender oportuna y eficazmente las emergencias obstétricas. 2.- Obligar a la mujer a parir en posición supina y con las piernas levantadas, existiendo los medios necesarios para la realización del parto vertical. 3.- Obstaculizar el apego precoz





Além de estabelecer os delitos a lei estabeleceu as medidas cabíveis que devem ser adotadas para punir quem pratica os atos de violência, sendo eles os profissionais de saúde envolvidos durante os procedimentos e atos de violência praticados, sendo tais medidas:

Em tais casos, o tribunal deve impor ao responsável ou a responsável uma multa duzentas e cinquenta (250 U.T.) a quinhentas unidades tributárias (500 U.T.), devendo remitar cópia autenticada da sentença condenatória ao respectivo colégio ou instituição profissional, para efeitos de procedimento disciplinar correspondente.<sup>16</sup> (VENEZUELA, 2007)

Do mesmo modo que a Lei argentina previu a que com a ocorrência de qualquer do ato de violência a mulher pleitear judicialmente a indenização pelos danos e prejuízo sofridos, a lei venezuelana traz o mesmo direito, mas na lei venezuelana esse direito também se estende aos herdeiros quando os danos resultaram na morte da mulher<sup>17</sup>

---

del niño o niña con su madre, sin causa médica justificada, negándole la posibilidad de cargarlo o cargarla y amamantarlo o amamantarla inmediatamente al nacer. 4.- Alterar el proceso natural del parto de bajo riesgo, mediante el uso de técnicas de aceleración, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer. 5.- Practicare el parto por vía de cesárea, existiendo condiciones para el parto natural, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer

<sup>16</sup> Artículo 51. [...] En tales supuestos, el tribunal impondrá al responsable o la responsable, una multa de doscientas cincuenta (250 U.T.) a quinientas unidades tributarias (500 U.T.), debiendo remitir copia certificada de la sentencia condenatoria definitivamente firme al respectivo colégio profesional o institución gremial, a los fines del procedimiento disciplinario que corresponda

<sup>17</sup> Artículo 61. indemnización. Todos los hechos de violencia previstos en esta Ley acarrearán nel pago de una indemnización a las mujeres víctimas de violencia o a sus herederos y herederas en caso de que la mujer haya fallecido como resultado de esos delitos, el monto de dicha indemnización habrá de ser fijado por el órgano jurisdiccional especializado competente, sin perjuicio de la obligación de pagar el tratamiento médico o psicológico que necesitare la víctima. Artículo 62. reparación. Quien resultare condenado por los hechos punibles previstos en esta Ley, que haya ocasionado daños patrimoniales en los bienes muebles e inmuebles de las mujeres víctimas de violencia, estará obligado a repararlos con pago de los deterioros que hayan sufrido, lo scaulesserán determinados por el órgano jurisdiccional especializado competente. Cuando no sea posible su reparación, se indemnizará su pérdida pagándose el valor de mercado de dichos bienes



## 2.3 Tratamento legal no México

O senado Mexicano aprovou três dispositivos *na Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violência*, em abril de 2014, onde um desses dispositivos traz a tipificação da violência obstétrica, nesses moldes:

A presidenta da Comissão para a Igualde de Gênero, Diva Hadamira Gastélum Bajo, destacou a relevância de sancionar a violência obstétrica quando esta representa um negócio por parte de alguns ginecologistas obstetras, ao custo da saúde das mulheres e das crianças, pois atualmente mais de 50% dos partos se realizam por cesárias, em sua grande maioria desnecessárias.<sup>18</sup> (MÉXICO, 2014)

Com base no já exposto, fica notória a pretensão dos países abordados em fazer que as leis promulgadas sejam ferramentas para o combate intensivo contra a violência obstétrica para erradicar tal violência, mas mesmo com as leis a violência obstétrica ainda está com total força, sendo assim necessário acrescentar outros procedimentos para esse combate seja efetivo. É evidente que somente a promulgação de uma lei não é um instrumento hábil para combater esse grande problema social, a lei por si só não produz efeitos significativos na sociedade.

Um grande exemplo disso é o Brasil onde se tem diversas leis que versam sobre diversos assuntos e que mesmo assim não produzem por si só efeitos significativos. Infelizmente essas leis abordadas anteriormente, tem diversas lacunas em sua composição, um exemplo é a lei venezuelana onde deixa claro os delitos e as suas consequências legais, mas não traz em sua legislação os direitos das gestantes e dos recém-nascidos. A Rede Parto do Princípio (2012, p. 49-50), destacou nesse sentido:

De modo geral, o dispositivo legal venezuelano é bastante preciso em sua forma de coibir e erradicar a violência obstétrica, bem como outras modalidades de violência ou delitos, por seu caráter altamente rigoroso e punitivo. Explicita

---

<sup>18</sup> La presidenta de la Comisión para la Igualdad de Género, Diva Hadamira Gastélum Bajo, destaco la relevancia de sancionar la violencia obstétrica, cuando esta representa un negocio por parte de algunos ginecoobstetras, a costa de la salud de las mujeres y los niños, pues actualmente más del 50 por ciento de los partos se realizan por cesáreas, en su gran mayoría innecesarias



o que não deve fazer, ao profissional da saúde, a uma mulher gestante ou em trabalho de parto, sob pena de sofrer as consequências legais determinadas pela lei orgânica. Não há lei semelhante, no corpo legal venezuelano, à Lei Nacional nº 25.929 da República Argentina [...] Não há na lei venezuelana, inclusive, nenhuma menção ao direito ao acompanhante ou sua presença como fator de bem-estar e eleição da mulher, ou como devem ser tratados mães, pais e filhos no âmbito do atendimento à saúde [...]. Falta, neste sentido, à legislação venezuelana, a normatização do que se compreende como humanização do atendimento ao parto, bem como o entendimento deste processo como um evento familiar. Analisando por este olhar, a estrutura legal argentina indica um caminho mais seguro na construção de uma práxis médica e social que atendam não somente à garantia dos direitos da mulher contra a violência, mas à sociedade em seus processos de continuidade e estruturação biológica, cultural e política.

Com tudo, a postura desses países é extremamente plausível, mesmo que somente a lei não gere efeitos eficazes no combate a violência obstétrica, a promulgação dessas leis já são um grande passo para o combate, já que é algo que ocorre no cotidiano de mulheres no mundo todo e que não são tratadas com a importância que mereciam, já que nem as leis são eficazes, os governos não tratam com a importância necessária esse tema, além de ser um tema que é desconhecido por muitos não só no Brasil, mas em diversos países, até mesmo no meio acadêmico não se tem muita informação sobre o tema e essa falta de informação é uma das maiores causas da falta de denúncia, já que as vítimas não tem conhecimento dos seus direitos e o que são atos de violência, isso contribui diretamente para a banalização da violência obstétrica se tornando cada vez mais comum no cotidiano das mulheres.

### **3 O TRATAMENTO LEGAL E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O COMBATE A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL**

O Brasil atualmente não possui lei específica em âmbito federal trazendo a violência obstétrica como matéria, diferente dos outros países apontados anteriormente, já temos alguns projetos transitando a anos, e também temos projetos mais atuais, tanto da esfera Federal, quanto na esfera Estadual. Para esse estudo é válido abordar os projetos de lei mais atuais e algumas leis estaduais já vigentes,



pois fica mais objetivo tendo em vista que a maioria dos projetos de lei trazem em sua composição quase os mesmos direitos e deveres. Assim será abordado a seguir os mais relevantes e atuais projetos de lei e leis estaduais.

### **3.1 Projeto de Lei nº 7633/14**

Não tem como abordar esse assunto sem falar nesse projeto de lei, o qual é mais conhecido pelos estudantes, tal projeto de lei ainda tramita na esfera Federal, o Projeto de Lei nº 7633/14, proposto pelo então deputado Jean Wyllys, esse projeto de lei visa os direitos da mulher durante a gestação, parto e pós parto, além de visar a erradicação da violência obstétrica e do controle dos índices de cesarianas e das boas práticas obstétricas.

Esse projeto de lei se inicia tratando sobre o direito da gestante em assistência humanizada durante toda a gestação e após a gestação, nos artigos posteriores são tratadas as seguintes questões: os princípios da assistência humanizada no parto e no nascimento; os direitos das mulheres durante a gestação, no parto, abortamento e no estado puerpério; a elaboração de um Plano Individual de Parto, onde a própria gestante juntamente com seu médico pode delimitar os procedimentos e práticas de acordo com sua vontade; que os procedimentos realizados estejam no prontuário com suas devidas justificativas; a vedação expressa de determinados procedimentos.

Somente no artigo 13, que o tema é realmente abordado, esse artigo traz em seu escopo a caracterização e definição do que é violência obstétrica, onde violência obstétrica teria como características, a apropriação do corpo e processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais de saúde, por meio de abusos, tratamento desumanizados, além da perda da autonomia e capacidade da gestante decidir livremente sobre seu corpo, trazendo também a definição de violência obstétrica, como todo ato praticado que ofenda, de forma verbal ou física, as mulheres gestantes. No artigo seguinte é exposto de forma exemplificativa as condutas e procedimentos que se enquadram na definição de violência obstétrica, trazendo de forma minuciosa como nenhuma outra lei estuda aqui definiu.



O Projeto de Lei 7633/14, além aborda também a possibilidade de o profissional de saúde responder por processo administrativo, civil e criminal. Além disso o projeto também traz a proposta de um controle e monitoramento de cesárias em todo país, para que com isso aja uma redução significativa nos números de cesárias realizadas no país, já que a pratica de cesárias desnecessárias também pode trazer consequências para a mulher e a criança, como foi abordado em um tópico anterior. Esse Projeto de Lei é um dos mais conhecidos, mas também se tem outros projetos de lei tramitando ou que já foram sancionados.

Para esse artigo em questão é mais eficaz abordar as leis sancionadas acerca do tema, atualmente temos alguma leis estaduais sancionadas que visam definir e caracterizar a violência obstétrica, além de trazer outras questões em sua composição, assim abordarei as leis sancionadas.

### **3.2 Lei nº 20.127/2020**

No Estado do Paraná, a assembleia legislativa (Alep), aprovou a Lei nº 19.701 de 20 de novembro de 2018, onde a lei dispõe sobre a violência obstétrica e sobre os direitos da gestante e da parturiente, essa lei revogou a Lei nº 19.207/2017, que tratava da implantação de medidas de informação e proteção à gestante e à parturiente contra violência obstétrica. A Lei nº 19.701/2018 sofreu algumas alterações feitas pela Lei nº 20.127/2020, onde foram acrescentados alguns parágrafos e incisos, assim tal lei será abordada já com as modificações da lei nº 20.127/2020.

A Lei nº 19.701/2018, como já foi citado, dispõe sobre a violência obstétrica e os direitos da gestante e parturiente, o Artigo 2º dessa mesma lei, traz a exemplificação do que configura violência obstétrica, assim para a lei configura violência obstétrica; qualquer ação ou omissão que cause à mulher morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico; a negligência na assistência em todo período gravídico e puerperal; a realização de tratamentos excessivos ou inapropriados e sem comprovação científica de sua eficácia; a coação com a finalidade de inibir denúncias por descumprimento do que dispõe a lei. Em seu



parágrafo único, é citado os agentes que podem cometer esse tipo de violência sendo eles, qualquer profissional de saúde que atue em estabelecimentos hospitalares, seja público ou privado, incluindo redes de saúde suplementar e filantrópica e serviços prestados de formar autônoma.

O Artigo 3º, desta mesma lei, aborda os direitos da gestante e da parturiente, assim após o legislador exemplificar e explicar o que é considerado como violência obstétrica e quais são os agentes que podem praticar essa violência, o legislador se preocupou em abordar minuciosamente neste artigo os direitos da gestante e parturiente, este artigo curiosamente foi o que mais sofreu alterações com a lei nº 20.127/2020, onde foram acrescentados alguns parágrafos e incisos, pela importância desse artigo e a forma que foi extremamente minucioso é válido colocá-lo em sua íntegra;

Art. 3º São direitos da gestante e da parturiente:

- avaliação do risco gestacional durante o pré-natal, reavaliado a cada contato com o sistema ou equipe de saúde;
  - assistência humanizada durante a gestação, durante o parto e nos períodos pré- parto e puerperal;
  - acompanhamento por uma pessoa por ela indicada durante o período pré-parto e pós-parto;
  - tratamento individualizado e personalizado; V - preservação de sua intimidade;
  - respeito às suas crenças e cultura;
  - o parto adequado, respeitadas as fases biológica e psicológica do nascimento, garantindo que a gestante participe do processo de decisão acerca de qual modalidade de parto atende melhor às suas convicções, aos seus valores e às suas crenças; **(Redação do inciso dada pela Lei Nº 20127 DE 15/01/2020).**
  - o contato cutâneo, direto e precoce com o filho e apoio na amamentação na primeira hora após o parto, salvo nos casos não recomendados pelas condições clínicas. **(Parágrafo acrescentado pela Lei Nº 20127 DE 15/01/2020):**
- § 1º O parto adequado mencionado no inciso VII deste artigo é aquele que:
- promove uma experiência agradável, confortável, tranquila e segura para a mãe e para o bebê;



- garante à parturiente o direito a ter um acompanhante durante o parto e nos períodos pré-parto e pós-parto;

- respeita as opções e a tomada de decisão da parturiente na gestão de sua dor e nas posições escolhidas durante o trabalho de parto.(NR)

§ 2º Nas situações eletivas, é direito da gestante optar pela realização de cesariana, desde que tenha recebido todas as informações de forma pormenorizada sobre o parto vaginal e cesariana, seus respectivos benefícios e riscos, e tenha se submetido às avaliações de risco gestacional durante o pré-natal, na forma do inciso I deste artigo. **(Parágrafo acrescentado pela Lei Nº 20127 DE 15/01/2020).**

§ 3º A decisão tomada pela gestante deve ser registrada em termo de consentimento livre e esclarecido, elaborado em linguagem de fácil compreensão, de modo a atender as características do parto adequado. **(Parágrafo acrescentado pela Lei Nº 20127 DE 15/01/2020).**

§ 4º Para garantir a segurança do feto, a cesariana a pedido da gestante, nas situações de risco habitual, somente poderá ser realizada a partir da 39ª semana de gestação, devendo o registro em prontuário. **(Parágrafo acrescentado pela Lei Nº 20127 DE 15/01/2020).**

Os artigos seguintes abordam mais alguns direitos da gestante e parturiente, por exemplo, o direitos a informação sobre a evolução do seu parto e estado de saúde de seu filho, métodos e procedimentos disponíveis, tanto pra ela, quanto para seu filho, também é direito da gestante e parturiente negar a realização de exames e procedimentos que tenham como propósito exclusivamente de pesquisa, investigação, treinamento e aprendizagem ou que lhe cause dor e constrangimento. No Artigo 6º, traz o dever de todos os estabelecimentos de saúde em expor cartazes informando sobre a existência desta lei.

O legislador também traz como a vítima deve proceder para realizar a denúncia e em que órgãos essa denúncia deve ser feita, com denúncia realizada, havendo suspeita ou confirmação do descumprimento desta lei, os estabelecimentos hospitalares devem realizar notificação compulsória aos órgãos competentes. No Artigo 9º, o legislador traz as punições que deverão ser aplicadas em caso de descumprimento da lei, sendo elas; os estabelecimentos ao pagamento de multa no



valor de 1.000 UPF/PR (mil vezes a Unidade Padrão Fiscal do Paraná), aplicada em dobro em caso de reincidência; e os profissionais de saúde ao pagamento de multa no valor de 100 UPF/PR (cem vezes a Unidade Padrão Fiscal do Paraná), aplicada em dobro em caso de reincidência

Essa Lei Estadual é de certa forma bem completa, pois ela traz a definição e as características do que é violência obstétrica de uma forma bem sucinta, onde qualquer cidadão entende, sendo assim mais fácil o entendimento das vítimas dessa violência, tendo em vista que todas as classes sociais estão sujeitas a sofrerem com esse tipo de violência, a lei aborda também todos os direitos das gestantes e parturientes de forma completa, onde com a alteração sofrida pela lei nº 20.127/2020, teve o rol de direitos aumentados, abrangendo direitos que nenhuma outra lei que verse do mesmo assunto tenha.

Já na questão das punições do descumprimento da lei, ela só traz um tipo de “pena” a ser aplicada, sendo ela a multa, que deverá ser aplicada aos estabelecimentos e profissionais que a descumprirem, não trazendo a possibilidade de responsabilização civil, administrativa ou penal, assim tirando de certa forma a seriedade do que é violência obstétrica e o mal que ela pode causar a vítima, as sequelas que podem ser deixadas e os traumas das vítimas que sofrem com tal violência, pois o agente que comete tal violência, segundo essa lei, deverá somente pagar uma multa. Ao meu ver o legislador perdeu a oportunidade de fazer o agente ser responsabilizado de outras formas.

### **3.3 Lei nº 23.175/2018**

A Lei nº 23.175/18 do Estado de Minas Gerais, foi sancionada em 21 de dezembro de 2018 e publicada no dia seguinte no Diário de Executivo, essa lei garante atendimento humanizado à gestante, à parturiente e à mulher em situação de abortamento, assim para a prevenção da violência na assistência obstétrica no Estado. A lei condena qualquer pratica que estejam em desacordo com os direitos





garantidos por lei às gestantes, parturientes e mulheres em situação de abortamento, além de detalhar as condutas inapropriadas que podem prejudicar a mulher.

O Artigo 2º, versa sobre as praticas que são consideradas como violência obstétrica, que são essas: utilizar termos depreciativos para se referir aos processos naturais do ciclo gravídico puerperal; ignorar as demandas da mulher relacionadas ao cuidado e à manutenção de suas necessidades básicas, desde que tais demandas não coloquem em risco a saúde da mulher e da criança; recusar atendimento à mulher; transferir a mulher para outra unidade de saúde sem que haja garantia de vaga e tempo hábil para chegar ao local; impedir a presença de acompanhante durante o pré-parto, o parto, o puerpério e as situações de abortamento; impedir que a mulher se comunique com pessoas externas ao serviço de saúde, impossibilitando-a de conversar e receber visitas quando suas condições clínicas permitirem; deixar de aplicar, quando requerido pela parturiente e as condições clínicas permitirem, anestesia e medicamentos ou métodos não farmacológicos disponíveis na unidade para o alívio da dor; impedir o contato da criança com a mãe logo após o parto, ou impedir o alojamento conjunto, impossibilitando a amamentação em livre demanda na primeira hora de vida, salvo se a mulher ou a criança necessitar de cuidados especiais; submeter a mulher a exames e procedimentos cujos propósitos sejam pesquisa científica, salvo quando autorizados por comitê de ética em pesquisa com seres humanos e pela própria mulher mediante Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

Além dessas práticas, a lei versa sobre algo que não foi tratado nas leis que foram abordadas neste trabalho, ela aborda sobre algo de suma importância, onde é considerada violência obstétrica manter algemada, durante o trabalho de parto e o parto, a mulher que cumpre pena privativa de liberdade, exceto em casos de resistência por parte da mulher ou de perigo a sua integridade física ou de terceiros e em caso de fundado receio de fuga. Além disso a lei versa em seu Parágrafo único, que essa justificativa tem que ser feita por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar,



civil e penal do agente ou da autoridade, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Já no Artigo 3º, versa sobre o direito a informação que a gestante tem, assim ela deverá ser informada sobre: os riscos e benefícios das diversas práticas e intervenções durante o trabalho de parto e o parto; a possibilidade de escolha de um acompanhante para o apoio durante o parto; as estratégias e os métodos para controle da dor disponíveis na unidade, bem como os riscos e os benefícios de cada método; os diferentes estágios do parto e as práticas utilizadas pela equipe em cada estágio para auxiliar as mulheres em suas escolhas; o direito gratuito à realização de ligadura de trompas nos hospitais públicos e conveniados com o Sistema Único de Saúde (SUS) para os casos previstos em lei.

Os artigos seguintes discorrem sobre o direito ao sigilo, onde as informações obtidas em atendimento serão mantidas em sigilo, salvo para proteção da mulher com o seu consentimento, além de abordar que a prática de qualquer ato nos termos do artigo. 2º sujeitará o responsável, a sanções previstas em lei. Esta lei contém poucos artigos, mas versa sobre um assunto de suma importância trazendo os principais pontos, deixando claro os atos que são considerados violência obstétrica.

### **3.4 Políticas Públicas**

Mesmo o Brasil não tendo uma lei Federal que verse especialmente sobre a violência obstétrica, se tem leis e portarias que falam sobre algumas práticas específicas, sendo elas a Rede Cegonha, que é uma estrutura que o Ministério da Saúde oferece para que o atendimento do parto seja humanizado, para assim evitar violência obstétrica, com o mesmo objetivo de humanização do parto, temos o HumanizaSUS, Programa de Humanização no Pré-Natal e Nascimento, que versam sobre a humanização do parto, onde a gestante e parturiente são as protagonistas e devem ser tratadas com total humanidade e respeito, tendo seus direitos garantidos.



Também temos a Lei do acompanhante que determina que os serviços de saúde do SUS, da rede privada ou conveniada, são obrigados a permitir à gestante o direito a acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto, onde ela escolhe quem deve acompanhá-la neste momento tão importante, coisa que hoje em dia ainda não é respeitado por uma boa parte dos estabelecimentos hospitalares públicos, onde são impostas regras e quem deve ser obrigatoriamente o acompanhante da gestante..

O Ministério da Saúde tem como principais objetivos a redução da taxa de cesáreas e a formação humanizada dos profissionais da saúde para garantir, a redução da violência obstétrica, os programas tem um papel fundamental ao expor como os partos vem sendo realizados no Brasil, além de orientar o que precisa ser mudado para obter um tratamento humanizado e respeitoso, evitando assim a violência obstétrica contra as gestantes e parturientes, nesse momento delicado e de fragilidade.

## CONCLUSÃO

Por meio das análises realizadas no trabalho, foi possível entender mais sobre o assunto, que é a violência obstétrica, já que infelizmente não é um assunto tão abordado academicamente, talvez por não ter uma lei Federal específica que trate sobre esse assunto, mas que deveria ser visto com mais importância, já que é algo tão sério e que ocorre não só no Brasil, mas em diversos países, mostrando que é de suma importância a divulgação desse assunto, já que também muitas vitimas passam por situações de violência obstétrica, sem saber que é violência e muitos menos sem saber como agir caso sofra algum tipo de ato que caracterize violência obstétrica.

Em questão das leis dos países da América do Sul, fica evidente que as leis são bem compatíveis e parecidas, em sua maioria abordam o que caracteriza a violência obstétrica, para que a vitima tenha facilidade em identificar se sofreu ou não algo que configure violência obstétrica, também fica claro o quanto os



legisladores dessas leis se preocuparão em esclarecer quais são os direitos das mulheres nessa situação, faltando de certa forma em geral, a penalização para o agente que comete esse tipo de violência, deixando a desejar nisso, pois não versam sobre especificamente e detalhadamente de como os agentes serão penalizados caso cometa violência obstétrica.

O Brasil, por sua vez, não possui lei federal que verse especificamente sobre violência obstétrica, mas que existe políticas públicas, leis e portarias que visam combater de certa forma a violência obstétrica, além de alguns Estados estarem sancionando as próprias leis sobre esse assunto, como foi abordado anteriormente. Os Estados que até agora sancionaram suas leis, foram de certa forma bem felizes na elaboração de suas leis, já que versam sobre o que caracteriza violência obstétrica e os direitos das mulheres que se encontram nessas situações, mas como as outras leis também deixa a desejar em especificar a penalização dos agentes que cometerem violência obstétrica.

Observando tais direitos e a definição de violência obstétrica trazidas por essas leis, podemos ver uma certa compatibilidade com as leis dos outros países da América do Sul citados anteriormente e os projetos de lei e leis estaduais que foram aprovadas, mas também fica claro a falta de uma lei federal que verse sobre esse assunto, lembrando que não basta só ter uma lei específica sobre o assunto e sim a conscientização de toda a população, além de políticas públicas, principalmente a própria população juntamente com o Estado se unirem para diminuir esse tipo de violência tão presente no nosso dia a dia.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Briena Padilha. Violência obstétrica: a dor que cala. *In: SIMPÓSIO GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS*, 3. 27 a 29 de maio, **Anais...** Florianópolis, 2014.



ARGENTINA. **Lei n. 25.929 de 17 de setembro de 2004.** Lei de Parto Humanizado. Disponível em:  
[http://www.unicef.org/argentina/spanish/ley\\_de\\_parto\\_humanizado](http://www.unicef.org/argentina/spanish/ley_de_parto_humanizado)

.pdf. Acesso em: 01 out. 2019.

PARANÁ. **Lei nº 20.127/2020, de 15 de janeiro de 2020.** Altera a Lei nº 19.701, de 20 de novembro de 2018, que dispõe sobre a violência obstétrica, sobre direitos da gestante e da parturiente e revoga a Lei nº 19.207, de 1º de novembro de 2017, que trata da implantação de medidas de informação e proteção à gestante e à parturiente contra a violência obstétrica. 15 jan. 2020. Disponível em:  
<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=388956>. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Agência Nacional da Saúde. **ANS publica resolução para estimular parto normal na saúde suplementar.** 2015. Disponível em:  
<http://www.ans.gov.br/aans/noticiasans/consumidor/2718-ministerio-da-saude-e-ans-publicam-resolucao-para-estimular-partonormal-na-saude-suplementar>. Acesso em: 25 set. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n. 7633/2014.** Disponível em:  
[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=EBAEFDDFEC29A97E3EA070199A8DEBC8.proposicoesWeb2?codteor=1257785&filena me=PL+763 3/2014](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EBAEFDDFEC29A97E3EA070199A8DEBC8.proposicoesWeb2?codteor=1257785&filena me=PL+763 3/2014). Acesso em: 20 out. 2015.

CIELLO, Cariny. **Violência obstétrica: “parirás com dor”.** 2012. Disponível em:  
<http://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

MINAS GERAIS. **Lei nº 23175/2018, de 21 de dezembro de 2018.** Dispõe sobre a garantia de atendimento humanizado à gestante, à parturiente e à mulher em situação de abortamento, para prevenção da violência na assistência obstétrica no Estado. 21 dez. 2018. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=372848>. Acesso em: 20 fev. 2020.

LEAL, Maria do Carmo *et al.* Ampliando o debate. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 30, supl. 1, p. S43-S47, 2014. Disponível em:  
<http://www.scielo.br/pdf/csp/v30s1/0102311X-csp-30-s1-0043.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

PARTO DO PRINCÍPIO. Rede. **Violência obstétrica: “Parirás com dor”.** 2012. Disponível em:  
[https://docs.wixstatic.com/ugd/2a51ae\\_6f70af0dbb714e0894a5f84d96318a3f.pdf](https://docs.wixstatic.com/ugd/2a51ae_6f70af0dbb714e0894a5f84d96318a3f.pdf). Acesso em: 25 set. 2019.



PULHEZ, Mariana Marques. A “violência obstétrica” e as disputas em torno dos direitos sexuais e reprodutivos. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO, 10, **Anais...** Florianópolis, 2013.

SOUSA, Valéria. **Violência obstétrica**: considerações sobre a violação de direitos humanos das mulheres no parto, puerpério e abortamento. São Paulo: Artemis, 2015.

VENEZUELA. **Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida Libre de violencia**. Disponível em: [http://venezuela.unfpa.org/doumentos/Ley\\_mujer.pdf](http://venezuela.unfpa.org/doumentos/Ley_mujer.pdf). Acesso em: 01 out. 2019.

VENTURI, Gustavo; GODINHO, Tatau (orgs). **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado**. São Pulo: Fundação Perseu Abramo/Sesc, 2010. Disponível em: [http://novo.fpabramo.org.br/sites/default/files/pesquisaintegra\\_0.pdf](http://novo.fpabramo.org.br/sites/default/files/pesquisaintegra_0.pdf). Acesso em: 10 set. 2019.



# ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE PRINCIPIOLÓGICA E ASPECTOS LEGAIS DO NOVO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PENAIS

Gustavo Santana Gonçalves

## RESUMO

Com o intuito de buscar meios alternativos para resolução de conflitos penais, visando à economia e celeridade processual, além de desafogar a Justiça Criminal brasileira frente à sobrecarga e morosidade do processo penal tradicional no judiciário, foi exteriorizado o acordo de não persecução penal, que, inicialmente, era previsto pela Resolução nº 181 e nº 183, de 7 de agosto de 2017 e 24 de janeiro de 2018, respectivamente, do Conselho Nacional do Ministério Público. No entanto, no ano de 2019, houve a legalização deste instituto por meio da Lei nº 13.964/2019, popularmente chamada de “Pacote Anticrime”, acrescentando o art. 28-A ao Código de Processo Penal. O acordo de não persecução penal é um instituto de justiça penal consensual, de modelo negocial, havendo uma espécie de acordo entre a acusação (Ministério Público) e à defesa, em troca de eventuais benefícios ao investigado, desde que preenchidos determinados requisitos. Além disto, o acordo visa o minimalismo penal, ou seja, toda a persecução penal e a sentença penal condenatória como última alternativa punitiva (*ultima ratio*), a fim de controlar os índices de criminalidade, e diminuir a população carcerária. O procedimento penal brasileiro é compreendido em duas etapas distintas, quais sejam: a investigação criminal e o processo penal. Com a celebração do acordo, portanto, tem-se o arquivamento da investigação criminal, que culminará na não propositura da ação penal e, portanto, não há processo penal. Desta forma, o investigado cumpre penas alternativas às penas privativas de liberdade nos casos de crimes de média e baixa potencialidade ofensiva.

**Palavras-chave:** Acordo de não persecução penal. Processo Penal. Lei nº 13.964/2019. Princípios da Ação Penal. Meio alternativo de resolução de conflitos penais. Justiça consensual.



## INTRODUÇÃO

Conforme levantamento do Conselho Nacional de Justiça, a maioria das reclamações à sua Ouvidoria referem-se à morosidade processual no Poder Judiciário, o que representa, em dados, 55,02%, isso é, 3.354 dos registros compreendidos no período de abril a junho de 2018<sup>1</sup>.

A morosidade pode contribuir para a impunidade, ou a sensação da mesma, de modo a estimular o cometimento de novos crimes. Além disto, a demora na conclusão do processo gera ao réu um tipo de constrangimento ilegal, ao violar seu direito de ser julgado em prazo razoável, conforme o princípio do julgamento em prazo razoável, expresso no art. 5º da Constituição Federal de 1988<sup>2</sup>.

Sendo assim, a duração razoável do processo está intimamente relacionada com outros princípios, como o da economia processual e da celeridade, no sentido de que o Estado deve atuar sempre de forma eficiente e rápida<sup>3</sup>. E para que o Estado exerça o *jus puniendi* que lhe é conferido, a aplicação de meios alternativos para soluções penais tem-se demonstrado muito eficaz.

Nesse sentido, ao buscar um modelo de justiça criminal brasileiro mais moderno, além de considerar o aumento diário de demandas no Judiciário, frente ao princípio do julgamento em prazo razoável, surge o interesse do Estado em garantir aos cidadãos uma política judiciária justa e eficaz. Assim, passa-se a conferir extrema importância ao uso dos meios alternativos.

---

<sup>1</sup> Conselho Nacional de Justiça. **Morosidade da Justiça é a principal reclamação recebida pela Ouvidoria do CNJ**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62126-morosidade-da-justica-e-a-principal-reclamacao-recebida-pela-ouvidoria-do-cnj>>. Acesso em: 29 ago. 2019

<sup>2</sup> **Art. 5º**. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **LXXVIII** – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação

<sup>3</sup> GOMES, L. F. **Homicídios: lentidão da justiça prolonga infinitamente os velórios**. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121823658/homicidios-lentidao-da-justica-prolonga-infinitamente-os-velorios>>. Acesso em: 29 ago. 2019





Desta forma, inspirado no *plea bargaining* norte-americano, e em outros institutos europeus semelhantes, o acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, surge como uma alternativa de justiça consensual, para ser um meio alternativo de resolução de conflitos de maneira mais célere, em casos menos graves, além de oportunizar a economia de recursos públicos.

Diante do exposto, além de apresentar detalhadamente o instituto do acordo de não persecução penal, esta monografia tem por objeto desvendar os seguintes questionamentos: como será a aplicação deste instituto na justiça criminal brasileira? O acordo infringe algum princípio da ação penal?

Desta forma, trataremos no Capítulo I a persecução penal brasileira e os princípios da ação penal. Todo o procedimento da persecução penal brasileira tratada neste capítulo é a tradicional, ou seja, sem a adoção de meios alternativos dos conflitos penais. Este modelo tradicional tem sido associado, no Brasil, à morosidade do processo de julgamento, violando o direito do acusado de ser julgado em prazo razoável, conforme abordado acima. Além disto, o capítulo trata dos princípios da ação penal, que são fundamentais para a validade das normas, podendo ser expressos em lei, ou implícitos. Para um julgamento justo e em consonância com o direito individual absoluto da liberdade, nos termos da CRFB/88, é essencial que as normas estejam de acordo com os princípios da ação penal.

Já no Capítulo II, será analisado os meios alternativos, que não seja o meio tradicional, para resolução de conflitos penais. O capítulo começa diferenciando a justiça penal adversarial da consensual, além de demonstrar que a busca por soluções alternativas de resolução de conflitos penais se tornou um meio para o efetivo exercício do *jus puniendi* do Estado. Assim, a título de direito comparado, são apresentados os principais meios alternativos utilizados no mundo ocidental.

Por fim, no Capítulo III, além de expor o histórico no Brasil, será analisado, detalhadamente, o novo instituto do acordo de não persecução penal, trazida pela Lei



nº 13.964/19, e prevista no art. 28-A do Código de Processo Penal. Ademais, serão respondidos os questionamentos expostos acima, verificando a compatibilidade do instituto ao ordenamento jurídico brasileiro.

## **1 PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA E OS PRINCÍPIOS DA AÇÃO PENAL**

### **1.1 Persecução penal brasileira**

A atividade exercida pelo Estado para punir o infrator, é chamada de persecução penal (*persecutio criminis*). Em regra, inicia-se após a prática da infração penal pelo indivíduo, com a consequente busca pela materialidade e dos indícios de autoria. Na maioria das vezes, far-se-á por meio do inquérito policial, com o intuito de se obter um suporte probatório mínimo, os quais serão utilizados para iniciar a ação penal, com vistas à punição do infrator. Havendo justa causa, a denúncia será oferecida, e o acusado será julgado e punido de acordo com o devido processo legal, conforme o art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Deste modo, no Brasil, temos uma duplicidade de instrução, sendo a primeira fase nitidamente inquisitória, com a investigação, cuja forma mais comum é o inquérito policial e, a segunda fase, da ação penal, quando tem-se o processo propriamente dito.<sup>4</sup> Assim sendo, daremos maior enfoque à segunda fase da persecução penal, nos casos de ação penal pública.

#### *1.1.1 Investigação Criminal*

A fase de investigação criminal é uma fase preliminar que precede o processo penal propriamente dito, para apurar indícios de materialidade e de autoria delitiva. No País, em regra, esta fase é conduzida pela polícia judiciária, a qual se divide em

---

<sup>4</sup> POLASTRI, Marcellus. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 5 ed. São Paulo: Juspodivm, 2016, p. 6



Polícia Federal<sup>5</sup> e Polícia Civil<sup>6</sup>, ambas previstas na CRFB/88, art. 144, §§ 1º e 4º, respectivamente.

A polícia judiciária faz uma investigação preliminar e produz um relatório, juridicamente orientado, do resultado dessas investigações, por meio do inquérito policial. A condução do inquérito é de responsabilidade de uma autoridade policial, isso é, do delegado de polícia.<sup>7</sup>

Além disso, uma vez que o inquérito é presidido pelo delegado de polícia judiciária, visa-se apurar a ocorrência do fato, tratando-se de atuação diversa da conferida à atividade desempenhada pela polícia preventiva.

O doutrinador Guilherme Nucci descreve inquérito policial da seguinte forma:

Trata-se de um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípua é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime, bem como a composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação privada (grifo meu).<sup>8</sup>

Em suma, o inquérito policial é um procedimento policial administrativo, inquisitivo (investigativo) e escrito, que visa apurar a ocorrência de um crime e sua autoria. É uma ferramenta básica no início da persecução penal, instaurada pela

---

<sup>5</sup> § 1º **A polícia federal**, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, **destina-se a:** (...)

**IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União (grifo meu).**

<sup>6</sup> § 4º Às **polícias civis**, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as **funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais**, exceto as militares **(grifo meu)**.

<sup>7</sup> DE AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; DE VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. **O inquérito policial em questão - situação atual e a percepção dos delegados de polícia sobre as fragilidades do modelo Brasileiro de investigação criminal**. Revista Sociedade e Estado, Brasília, v. 26, n. 1, jan./abr. 2011, p. 60

<sup>8</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda. 2017, p. 199



autoridade policial, para formalizar a busca pela verdade do que ocorreu em um determinado crime.

Evidencia-se que os atos no inquérito policial são distintos dos atos processuais, visto que não há incidência do princípio do contraditório, de tal modo que há domínio da escrituração e do sigilo. Entretanto, se bem conduzido, conforme Polastri<sup>9</sup>, não deixa de ser instrumento de garantia para o suspeito, podendo a investigação ter o fim de evitar acusações injustas, como um filtro processual.

Cabe ressaltar que, ao contrário da fase judicial, não há exigência de formalidades no inquérito, podendo ser conduzido pela autoridade policial com discricionariedade, isto é, a autoridade aplica as diligências necessárias de acordo com cada caso concreto. As diligências previstas no arts. 6º e 7º, do Código de Processo Penal são apenas um rol exemplificativo, podem ser realizadas, mas não são obrigatórias.<sup>10</sup>

O prazo para a conclusão do inquérito, em regra, é de 10 dias, se o indiciado estiver preso, ou 30 dias, se o indiciado estiver solto, a partir da *notitia criminis*<sup>11</sup> nos termos do art. 10, do Código de Processo Penal:

**Art. 10.** O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> POLASTRI, Marcellus. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 5 ed. São Paulo: Juspodivm, 2016, p. 104

<sup>10</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus. 2016, p. 136

<sup>11</sup> É a notícia que chega ao delegado sobre a existência de um crime. Ocorre quando a autoridade policial tem conhecimento, espontâneo ou provocado, sobre um fato delituoso (CAPEZ. 2015, p 184).

<sup>12</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 04 de out. 2019



Deste modo, o inquérito busca alcançar a verdade real dos fatos e oferecer elementos ao membro do Ministério Público, um minucioso relatório<sup>13</sup> das apurações.

O membro do Ministério Público, como titular da ação penal pública, poderá (i) oferecer a denúncia, se entender que existem provas de materialidade e indícios suficientes de autoria; (ii) solicitar o arquivamento do Inquérito Policial; (iii) solicitar diligências complementares à autoridade policial, caso não tenha formado a sua opinião; ou (iv) requerer a extinção da punibilidade, por exemplo, pela ocorrência de prescrição. Caso o membro do MP entenda pelo oferecimento da denúncia, e havendo justa causa, inicia-se a ação penal.<sup>14</sup>

### *1.1.2 Ação Penal*

Antes de conceituar a ação penal, convém-se diferenciá-la de processo e, assim, considera-se que “a noção de ação deveria anteceder a de processo, até mesmo do ponto de visto lógico. Enquanto a ação qualificaria os meios de provocação da jurisdição, o processo seria o instrumental manejado para tal finalidade”.<sup>15</sup>

A ação penal, por sua vez, é o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto. É também o direito público subjetivo do Estado-Administração, único titular do poder-dever de punir, de pleitear ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo, com a consequente satisfação da pretensão punitiva.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Cuida-se, o relatório, de peça elaborada pela autoridade policial, de conteúdo eminentemente descritivo, onde deve ser feito um esboço das principais diligências levadas a efeito na fase investigatória, justificando-se até mesmo a razão pela qual algumas não tenham sido realizadas, como, por exemplo, a juntada de um laudo pericial, que ainda não foi concluído pela Polícia Científica (LIMA, 2016, p. 175

<sup>14</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2017, p. 265

<sup>15</sup> PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2019, p. 106

<sup>16</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23ª ed. São Paulo: SARAIVA, 2015, p. 201



Assim, pode-se inferir que a ação penal é um instituto fundamental no Estado Democrático de Direito, sendo essencial para demandar a prestação jurisdicional, com a aplicação do Direito Penal ao caso concreto, de tal modo que “a ação penal é o direito do Estado-Acusação ou do ofendido de ingressar em juízo, solicitando a prestação jurisdicional, representada pela aplicação do Direito Penal ao caso concreto”<sup>17</sup>, conforme explana o doutrinador Nucci.

Desta maneira, a exigência da prestação jurisdicional do Estado é um direito fundamental, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal<sup>18</sup>, como direito de ação.<sup>19</sup>

### 1.1.2.1 Início da Ação Penal

Com as condições necessárias e, havendo justa causa, a ação penal poderá ser iniciada por duas formas: ação penal pública (por meio de denúncia) e ação penal privada (por meio de queixa).

Destarte, destaca-se que o processo penal se baseia na Trilogia Processual: Jurisdição (o Estado tem o poder de dizer o direito); Ação (provocação ao Estado com o fim de bismar a jurisdição); e o Processo (conjunto de atos organizados que levam à prestação jurisdicional).

O processo é o instrumento pelo qual se materializa a jurisdição, com finalidade de provimento judicial e a solução da lide penal com a devida aplicação do direito, como destaca Fernando Capez:

Processo é uma série ou sequência de atos conjugados que se realizam e se desenvolvem no tempo, destinando-se à aplicação da lei penal no caso concreto. O processo nada mais

---

<sup>17</sup> NUCCI, Guilherme. **Conceito de ação penal**. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/conceito-de-acao-penal>>. Acesso em: 9 de out. 2019

<sup>18</sup> CRFB/88, art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

<sup>19</sup> Segundo a doutrina, o inciso XXXV também se relaciona com o princípio da inafastabilidade de jurisdição, que tem por objetivo garantir que somente o poder Judiciário seja capaz de dizer o direito com força de coisa julgada



é do que o meio pelo qual a atividade jurisdicional se viabiliza, ao passo que o procedimento constitui o instrumento viabilizador do processo.<sup>20</sup>

Este processo será conduzido por alguns tipos de procedimento. Conforme o art. 394 do Código de Processo Penal, o procedimento para a ação penal será comum ou especial<sup>21</sup>. No procedimento comum, conforme o § 1º do art. 394, do CPP, os ritos poderão ser:

- **Ordinário:** Quando a sanção máxima aplicada ao fato típico seja igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade, nos termos do art. 394, inc. I, do CPP, e que não seja crime com processamento especial, como nos crimes dolosos contra vida. O procedimento ordinário é aplicado subsidiariamente aos processos sumário, sumaríssimo e procedimentos especiais;
- **Sumário:** Quando a sanção máxima aplicada ao fato típico seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade, nos termos do art. 394, inc. II, do CPP;
- **Sumaríssimo:** Quando a sanção máxima aplicada ao fato típico seja inferior a 2 (dois) anos de pena privativa de liberdade, nos termos do art. 394, inc. III, do CPP, ressalvadas as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher<sup>22</sup>.

Neste presente trabalho, analisaremos o curso da ação penal pela perspectiva do rito ordinário. Em sede processual, pode-se dizer que o procedimento é composto

---

<sup>20</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23ª ed. São Paulo: SARAIVA, 2015, p. 586

<sup>21</sup> São exemplos de procedimentos especiais: Tribunal do Júri (crimes dolosos contra a vida), nos casos de crimes de menor potencial ofensivo conforme a Lei nº 9.099/95, crimes praticados por servidores públicos contra a administração em geral, crimes falimentares, crimes contra a propriedade imaterial, crimes praticados por organizações criminosas, crimes de competência originária dos tribunais superiores e crimes contra a economia popular

<sup>22</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus. 2016, p. 1786



de quatro fases distintas: postulatória, instrutória, decisória e recursal.<sup>23</sup> Sendo que, a fase recursal não será objeto de análise.

### 1.1.2.2 Fase Postulatória

A fase postulatória é a primeira fase do procedimento. Por seu turno, a ação penal, no rito ordinário, tem início com o oferecimento da denúncia ou da queixa, o que independe de seu recebimento pelo juiz, visto que não é titular do direito de ação conforme se depreende do art. 24 do CPP<sup>24</sup>. O magistrado, assim, tem a competência de averiguar se o exercício desse direito, por parte do MP, é regular ou não, de tal modo que, pode buscar, por meio da dilação probatória, a decisão de mérito.

Além disso, uma vez oferecida a denúncia, não há que se falar em retratação da representação da vítima, conforme art. 25, do CPP<sup>25</sup>, uma vez que a ação penal tem início com o oferecimento da denúncia. Do mesmo modo, uma vez oferecida a denúncia pelo MP, o mesmo não pode desistir, ainda que antes da peça ser recebida pelo juiz, conforme art. 42 do CPP<sup>26</sup>. Nesse sentido, Espínola Filho<sup>27</sup> afirma que o pedido de arquivamento, depois de apresentada a denúncia, é impossível, traduzindo a desistência da ação penal, que se veda ao Ministério Público.

A denúncia ou queixa será rejeitada nos casos previstos no art. 395, do CPP:

**Art. 395.** A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

- for manifestamente inepta;
- faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou
- faltar justa causa para o exercício da ação penal.

---

<sup>23</sup> Ibid., p. 1782

<sup>24</sup> Art. 24, CPP - Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

<sup>25</sup> Art. 25, CPP - A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia

<sup>26</sup> Art. 42, do CPP - O Ministério Público não poderá desistir da ação penal

<sup>27</sup> FILHO, Espínola. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. 1956, p. 429





Assim sendo, tratando-se de hipótese de rejeição da denúncia ou queixa, o Poder Judiciário responde à ação da parte, de forma a prestar-lhe satisfação e aplicar o direito ao caso concreto:

Rejeitada a peça acusatória, há possibilidade de interposição de recurso em sentido estrito (art. 581, I, CPP), provocando o tribunal a dizer o direito igualmente. Ressalte-se, desde logo, ser o recurso nada mais do que o prolongamento do direito de ação, pois pleiteia a parte vencida a revisão do julgado por órgão jurisdicional superior. Se não for dado provimento ao recurso, aplicou-se do mesmo modo a lei ao caso concreto, respondendo ao pleito do interessado.<sup>28</sup>

Uma vez rejeitada a acusação, pode-se interpor recurso em sentido estrito (art. 581, I, do CPP<sup>29</sup>), tratando-se de um prolongamento do direito de ação, a fim de se rever o julgamento por órgão jurisdicional superior. Por outro lado, se o magistrado se deparar com dúvida, quanto ao recebimento ou não de denúncia ou queixa-crime, não deve recebê-la.

O magistrado recebe a denúncia ou a queixa quando todos os requisitos do art. 41 do CPP estiverem presentes.

**Art. 41.** A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Quanto ao recebimento da denúncia ou queixa, Nucci explicita:

Quando o magistrado recebe a denúncia ou a queixa, tem-se por ajuizada a ação penal, vale dizer, encontra-se em termos para estabelecer a relação processual completa, chamando-se o réu a juízo. Serve, nesta última hipótese, para interromper a prescrição.<sup>30</sup>

Assim, não existe recurso contra decisão que recebe, mas existe uma Ação Autônoma de Impugnação, que é o *habeas corpus* objetivando o trancamento do

---

<sup>28</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda. 2017, p. 269

<sup>29</sup> Art. 581, CPP - Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: I - que não receber a denúncia ou a queixa

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 269



processo penal, que é utilizado nos casos de excludente de tipicidade (insignificância) e casos de prescrição (art. 109, CP), por exemplo. De acordo com o art. 177, inc. I, do CP, o recebimento interrompe a prescrição, conforme explana Renato Brasileiro de Lima:

Em regra, não há recurso contra a decisão de recebimento da peça acusatória. Se não há previsão legal de recurso contra a decisão de recebimento da peça acusatória, não se pode perder de vista que a jurisprudência tem admitido a impetração de habeas corpus objetivando o trancamento do processo penal.<sup>31</sup>

Após receber, o juiz mandará citar o acusado, de tal modo que a citação poderá ser pessoal (realizada pelo oficial de justiça ou no balcão), por hora certa (situação em que o réu se oculta para não ser citado – art. 362, do CPP), ou por edital (quando o réu não for encontrado – art. 361, do CPP).

Com a citação, o réu irá apresentar resposta à acusação, como sua primeira manifestação de defesa no processo, no prazo de 10 dias, nos termos do art. 396 e 396-A, do CPP. Em seguida, o Ministério Público irá se manifestar por meio da réplica, conforme o art. 409, do CPP e, posteriormente, ter-se-á a audiência de instrução e julgamento. Em síntese, o juiz pode rejeitar a denúncia, absolver sumariamente o réu, ou prosseguir o processo, marcando a audiência de instrução e julgamento, para a seguinte fase instrutória.

### 1.1.2.3 Fase Instrutória/Decisória

A fase instrutória se inicia com a audiência de instrução e julgamento, momento em que serão produzidas as provas pelas partes ou determinadas, subsidiariamente, pelo juiz<sup>32</sup>. A audiência de instrução e julgamento será realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, nos termos do art. 400, do CPP.

**Art. 400.** Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-

---

<sup>31</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus. 2016, p. 1803

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 1782



á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

Na audiência de instrução e julgamento, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nessa ordem, ressalvado o disposto no art. 222 do CPP, bem como os esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado (CPP, arts. 400, 411 e 531).<sup>33</sup>

Depois de ouvidas todas as testemunhas, apresentadas todas as provas documentais, feito tudo que se tem direito, o juiz questiona as partes para saber se ainda existe alguma diligência, ou seja, alguma prova a ser produzida, conforme o art. 402, do CPP. Se não houver diligência, ou se a diligência suscitada não for pertinente, é aberta oportunidade para os debates e alegações finais, nos termos do art. 403, do CPP.

Conforme o § 3º deste mesmo artigo, em virtude da complexidade da causa, do número de acusados, ou se a diligência for imprescindível, é possível que o juiz conceda às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação das alegações finais por memoriais.<sup>34</sup> O doutrinador Renato Brasileiro de Lima discorre sobre as alegações finais:

As alegações orais – se apresentadas por escrito, memoriais – consistem em ato postulatório das partes que precede a sentença final, no qual o Ministério Público, o querelante, o advogado do assistente e o defensor devem realizar minuciosa análise dos elementos probatórios constantes dos autos do processo (e do inquérito policial, subsidiariamente), valendo-se da doutrina e da jurisprudência, com o objetivo de influenciar o convencimento do juiz no sentido da procedência

---

<sup>33</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23ª ed. São Paulo: SARAIVA, 2015, p. 476

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 1841



ou improcedência de eventual pedido de condenação do acusado, fornecendo-lhe subsídios para a sentença.<sup>35</sup>

Caso as alegações orais sejam substituídas por memoriais, o juiz terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença (CPP, art. 403, § 3º)<sup>36</sup>. Neste caso, como a sentença não será proferida na própria audiência, colocando “termo” ao processo (encerrando o processo), resolvendo o conflito de interesses que lhe foi apresentado. A sentença contém o relatório, a fundamentação e o dispositivo. O magistrado pode, ainda, realizar a *emendation libeli*<sup>37</sup> (art. 383, do CPP) ou a *mutatio libeli*<sup>38</sup> (art. 384, do CPP).

## 1.2 Princípios da ação penal pública

Princípio, etimologicamente, significa causa primária, momento em que algo tem origem, elemento predominante na constituição de um corpo orgânico, preceito, regra, fonte de uma ação<sup>39</sup>. Melo define princípio da seguinte forma:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e sentido servido de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.<sup>40</sup>

Nesse sentido, para que se exerça o *jus puniendi*, o Estado deve observância aos seguintes princípios norteadores da ação penal pública, os quais encontram previsão ora na Constituição Federal, ora no Código de Processo Penal:

---

<sup>35</sup> Ibid., p. 1837

<sup>36</sup> Ibid., p. 1843

<sup>37</sup> Consiste em mero ajuste na tipificação jurídica com base na tipificação fática (CAPEZ, Fernando. 2016, p. 571).

<sup>38</sup> Quando o fato está incompleto na Petição Inicial, ou surge fatos novos/diversos não incluídos na denúncia. Neste caso, o promotor é chamado para fazer um aditamento (mudança) na petição. Então, é reaberto a instrução, com novos debates, dando prosseguimento ao processo. Se o promotor não faz este aditamento, será levado para o Ministro de Justiça (CAPEZ, Fernando. 2016, p. 572).

<sup>39</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda. 2017, p. 60

<sup>40</sup> MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros. 2009, p. 883



### 1.3 Princípio da Legalidade

No sistema brasileiro, este princípio é tido como basilar, e quanto ao processo penal, trata-se da exigência de observância à forma estabelecida em lei para a validade dos atos e termos do processo. A inobservância aos dispositivos constitucionais e processuais penais quanto à forma dos atos e termos processuais, tende a acarretar a nulidade, de acordo com o art. 564 do CPP.

Ressalta-se, ainda, que a competência para legislar sobre processo penal é privativa da União, conforme disposto no art. 22, inc. I da CRFB/88 e, quanto à vigência da lei penal, tem-se:

É certo que quanto ao processo penal vige a regra *tempus regit actum* ou princípio do efeito imediato (art. 2º, Código de Processo Penal), segundo o qual os atos processuais praticados na forma da lei anterior são válidos, passando os atos futuros à esfera jurídica da lei processual nova. Portanto, embora deva-se atender ao critério de legalidade, não se há de falar em irretroatividade da lei processual penal.<sup>41</sup>

Desta maneira, o princípio da legalidade afirma a obrigatoriedade do exercício pelo Estado do *jus puniendi*, desde que verificada a ocorrência de infração penal. Em consequência, não há que se falar em discricionariedade dos órgãos incumbidos da persecução penal no que atine à conveniência ou oportunidade de se instaurar inquérito policial ou propor ação penal.

### 1.4 Princípio da Obrigatoriedade

Identificada a hipótese de atuação, não pode o Ministério Público recusar-se a dar início à ação penal<sup>42</sup>, nos termos dos arts. 24, 28, 42 e 576, todos do CPP. Quanto ao princípio da obrigatoriedade, Nucci afirma:

Do dever estatal da persecução penal resulta, como regra, que o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal, se diante de fato que, a seu juízo, configure um ilícito penal. Daí

<sup>41</sup> ARAS, V. **Princípios do Processo Penal**. 2001, n.p. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2416/principios-do-processo-penal>>. Acesso em: 07 de out. 2019

<sup>42</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23ª ed. São Paulo: SARAIVA, 2017, p. 206



a regra básica da ação penal pública incondicionada, qual seja, o denominado princípio da obrigatoriedade.<sup>43</sup>

Dessa forma, entende-se que não há faculdade quanto à investigação nem quanto à punição do autor da infração, mas o poder-dever de fazê-lo. Por isso, praticada uma infração penal, ensejadora de ação penal pública incondicionada, a autoridade policial deve investigá-la e, havendo a constatação dos elementos necessários, o membro do MP deve, obrigatoriamente, apresentar denúncia, o que difere do princípio da oportunidade:

Não há, como regra, no Brasil, o princípio da oportunidade no processo penal, que condicionaria o ajuizamento da ação penal ao critério discricionário do órgão acusatório – exceção seja feita à ação privada e à pública condicionada. Ressalte-se que, neste último caso, se trata da incidência de ambos os princípios, ou seja, oportunidade para o oferecimento da representação, obrigatoriedade quando o Ministério Público a obtém<sup>44</sup>

Deste modo, mesmo que o início da ação penal por parte do membro do MP não seja discricionário, o Ministério Público tem a liberdade de identificar ou não as hipóteses de agir, desde que o faça fundamentadamente. Porém, nas hipóteses em que a lei exija a ação, é obrigatório o agir, para não violar os deveres funcionais do órgão. Nos casos em que a própria lei lhe concede discricionariedade para agir, ele poderá agir conforme a conveniência e oportunidade.

## 1.5 Princípio da Indisponibilidade

Deriva do princípio da obrigatoriedade e, preceitua que, uma vez iniciada a persecução penal, os órgãos competentes devem agir. Por isso, a autoridade policial não pode arquivar o inquérito policial e, do mesmo modo, o Ministério Público não pode desistir da ação penal interposta<sup>45</sup>, conforme assim disposto no CPP:

---

<sup>43</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda. 2017, p. 131

<sup>44</sup> *Ibid.*, p.108

<sup>45</sup> *Ibid.*, p.293



**Art. 17** - A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

**Art. 42** - O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

Assim, sendo, se o *parquet* se convencer da inocência do réu, não deve desistir da ação, mas se manifestar no sentido da absolvição do réu.<sup>46</sup>

Evidencia-se que este princípio somente é aplicável às ações penais públicas, uma vez que, em ações de iniciativa privada, a vítima ou o seu representante tem a faculdade de dispor da ação intentada, o que coaduna com o princípio da disponibilidade.

Por fim, faz-se necessário distinguir o princípio da obrigatoriedade e o princípio da indisponibilidade, uma vez que esse deriva daquele:

A única distinção que se pode observar entre obrigatoriedade e indisponibilidade seria em relação ao momento processual do respectivo exercício, sendo o primeiro aplicável antes da ação penal e o segundo a partir dela.<sup>47</sup>

Deste modo, o princípio da indisponibilidade funciona como desdobramento lógico do princípio da obrigatoriedade. Em outras palavras, se o Ministério Público é obrigado a oferecer denúncia, caso visualize a presença das condições da ação penal e a existência de justa causa (princípio da obrigatoriedade), também não pode dispor ou desistir do processo em curso (indisponibilidade). Enquanto o princípio da obrigatoriedade é aplicável à fase pré-processual, reserva-se o princípio da indisponibilidade para a fase processual.<sup>48</sup>

## 1.6 Princípio da Oportunidade Regrada

Este princípio, por sua vez, surgiu para mitigar os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública e pública condicionada

---

<sup>46</sup> TÁVORA, Nestor & DE ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9ª ed. 2014, p. 67

<sup>47</sup> Pacelli, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2019, p. 135

<sup>48</sup> Ibid., p. 293



com o advento da Lei nº 9.099/95, conforme conclusão do XVI Congresso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, quanto ao *sursis processual* e a transação penal:

Exceção ao princípio da indisponibilidade – 1. O princípio da obrigatoriedade convive harmonicamente com o procedimento do Juizado Especial e com o instituto da suspensão do processo; já o princípio da indisponibilidade não é respeitado na fase preliminar e no procedimento sumaríssimo (se ocorrer a conciliação). Na suspensão o referido princípio é atendido.<sup>49</sup>

Nesse sentido, conforme entendimento de Mirabete<sup>50</sup>, tem-se uma discricionariedade limitada, regrada ou regulada, a qual possibilita ao Ministério Público a discricionariedade de apresentar a proposta, nos casos permitidos em lei. Por isso, trata-se de hipótese válida, uma vez que observa a legalidade. Inclusive, consoante Damásio de Jesus<sup>51</sup> tem-se que os princípios da indisponibilidade e da obrigatoriedade da ação penal pública permanecem como regra na legislação do País. Assem, ressalta-se o seguinte:

Se, embora presentes os pressupostos que autorizariam ou exigiriam a propositura de uma ação penal pública, o membro do Ministério Público violar o dever de agir, o Código de Processo Penal admite a intervenção do juiz, que pode recusar o pedido de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação e propor ao chefe do *parquet* que reveja a proposta de arquivamento formulada pelo promotor de Justiça. A lei mais uma vez consagra de maneira expressa o princípio da obrigatoriedade quando proíbe que o Ministério Público desista da ação (art. 42 do código de processo penal) e, quando lhe proíbe a desistência do recurso (art. 572 do código de processo penal). Isto posto, não se admite que o Ministério Público, identificando uma hipótese na qual a lei exija sua atuação, se recuse a agir.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais: Comentários, Jurisprudência e Legislação**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas. 2000, p. 84

<sup>50</sup> Idem

<sup>51</sup> JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003

<sup>52</sup> RODRIGUES, R. R. **Os princípios que regem a ação penal**. 2015, n.p. Disponível em:

<<https://renato07.jusbrasil.com.br/artigos/245040816/os-principios-que-regem-a-acao-penal>>. Acesso em: 05 de out. 2019





Por fim, entende-se que o princípio da oportunidade regrada dá ao acusado o direito subjetivo do benefício da transação penal e *sursis* processual, mitigando-se, assim, o princípio da obrigatoriedade.

## 1.7 Princípio do Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal encontra previsão no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal de 1988:

**LIV** - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Conforme entendimento de Nucci<sup>53</sup>, trata-se da garantia ao procedimento integral e ao procedimento tipificado, de tal modo que não se admite a inversão da ordem processual ou a adoção de um procedimento por outro, de tal modo que, na existência de prejuízo, tem-se a nulidade.

Tem-se, assim, que o devido processo legal é um princípio abrangente e, ainda, sinônimo de garantia:

O conteúdo do devido processo legal é abrangente, envolvendo as garantias processuais fundamentais, quais sejam o contraditório e a ampla defesa, o Juiz Natural e imparcial, a isonomia processual, a publicidade, a motivação etc. Ademais, postula-se, hoje, sua observância em seu prisma substancial, efetivo, não bastando sua mera enunciação formal. Nesse sentido, importa a estipulação pelo legislador de procedimentos adequados à tutela do Direito Material e com respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, e, ao mesmo tempo, o respeito a esses procedimentos pelos Poderes Executivo e Judiciário.<sup>54</sup>

Assim, conclui-se que o devido processo legal é essencial para um julgamento justo e procedimental, respeitando a legislação de regência, assegurando as partes o contraditório e a ampla defesa.

---

<sup>53</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda. 2017

<sup>54</sup> RUSSO, L. **Devido processo legal e direito ao procedimento adequado**. 2007, n.p. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI44179,41046-Devido+processo+legal+e+direito+ao+procedimento+adequado>>. Acesso em: 06 de out. 2019



## 1.8 Princípio da Divisibilidade

Segundo esse princípio, é possível que, uma vez oferecida denúncia em face de determinado réu, o Ministério Público intente ação diversa em face de outro acusado, referente ao mesmo fato. Dessa maneira, é prescindível a persecução penal por meio de uma única ação, posto que o processo pode ser desmembrado em tantos quantos forem réus.

A jurisprudência, por seu turno, tem adotado o entendimento no sentido de que o MP pode processar apenas um dos ofensores, a fim de coletar maiores evidências para processar os demais posteriormente<sup>55</sup>.

Entretanto, doutrinadores adeptos à posição minoritária, tal como Rangel<sup>56</sup>, entendem que não há divisibilidade, mas, em verdade, um retardo no oferecimento da denúncia, dado que o *parquet* tem a obrigação de denunciar, mas tem a faculdade de coletar mais provas quanto aos demais autores do fato criminoso e, por isso, ter-se-ia o desmembramento da ação.

## 1.9 Princípio da Oficialidade

Caracteriza-se pelo caráter público das iniciativas de reação legal deflagradas contra o delito<sup>57</sup>. A CRFB/88 declara em seu art. 129, inc. I, como função institucional do Ministério Público, a promoção privativa da ação penal pública.

Por outro lado, a ação penal, pode ter sua iniciativa conferida aos particulares, o que ocorre em duas hipóteses: a) quando se trata de crime cujo bem juridicamente tutelado são disponíveis, tais como a honra e costumes e, ainda; b) quando o

---

<sup>55</sup> STF. HC 71538/SP - SÃO PAULO. HABEAS CORPUS. Relator (a): Min. ILMAR GALVÃO. Julgamento: 05/12/1995. Órgão Julgador: 1ª Turma

<sup>56</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Lúmen Júris Editora. Rio de Janeiro. 12ª Edição. 2007

<sup>57</sup> DOTI, R. A. **Princípios do Processo Penal**. 1993, p. 93. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176016/000470590.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05 de out. 2019



Ministério Público não propõe a ação dentro do prazo legal, ainda que se trate de crime que ofende bens indisponíveis<sup>58</sup>.

Em resumo, o referido princípio prima pela pretensão punitiva estatal que é intermediada pelos órgãos públicos, sendo durante o inquérito, pela autoridade policial e, em seguida, tratando-se de ação penal pública, pelo Ministério Público.

Nesse sentido, conclui-se que os princípios processuais penais aplicáveis à ação penal pública são de observância obrigatória, a fim de garantir uma eficiência estatal e legalidade quando do exercício do *jus puniendi* pelo Estado.

## 2 MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PENAIS

### 2.1 Justiça adversarial versus justiça consensual

A justiça criminal pode ser classificada como adversarial ou consensual. Inicialmente, cumpre ressaltar o entendimento do jurista Mirjan Damaška quanto à justiça adversarial, o qual entende que:

O processo acaba se transformando em uma batalha equilibrada entre acusação e defesa, ficando o juiz na qualidade de espectador passivo e tendo sua cognição restringida pela atividade probatória das partes (1973, p. 555).

Deste modo, Francisco Dirceu Barros<sup>59</sup> (2017), comenta que este tipo de justiça conflitiva, que soluciona os casos “com adoção de princípios e regras que eternizam as lides não mais soluciona o problema da ascendente criminalidade. Assim, urge o Brasil adotar, um sistema de respostas rápidas e que efetive o trinômio: a) prevenção

---

<sup>58</sup> Art. 5º, inc. LIX, da CRFB/88 - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal.

Art. 29 do CPP. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal

<sup>59</sup> BARROS, Dirceu Francisco. **A mentalidade adversarial: o fator que causa a cegueira deliberada no juiz, promotor e advogado criminal**, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64697/a-mentalidade-adversarial-o-fator-que-cause-a-cegueira-deliberada-no-juiz-promotor-e-advogado-criminal>>. Acesso em: 29 de ago. 2019



positiva da pena; b) reparação do dano causado pelo delito; c) reinserção social do delinquente”.

Desta maneira, entende-se que a busca por uma Justiça Criminal consensual se deu por conta da “sobrecarga dos sistemas judiciários criminais, pela morosidade do processo penal tradicional e pela insatisfação pública com os resultados até então obtidos”.<sup>60</sup>

Na justiça consensual, tem-se uma negociação penal, a qual se pode dar de diversas formas, a depender do instituto utilizado para negociação, podendo incluir a participação do acusado, da vítima, do magistrado e, ainda, dos advogados.

Assim, como meios alternativos à justiça adversarial, surgiram, no ordenamento jurídico brasileiro, institutos como a transação penal e da suspensão condicional do processo, as quais são ofertadas pelo Ministério Público.<sup>61</sup> Do mesmo modo, tem-se a *plea bargaining*, nos Estados Unidos, tratando-se de um acordo entre a acusação e o réu e, há, ainda, o *nolo contendere*, em que o acusado não se submete a um processo penal<sup>62</sup>.

Nesse sentido, surgiu, no País, a intenção de inovar no sistema jurídico brasileiro com a criação de institutos penais consensuais como meios alternativos de resolução de conflito.

## 2.2 Lei dos Juizados Especiais – Lei nº 9.099 de 1995

A Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099, de 1995) atende à previsão constitucional do artigo 98, inciso I.

---

<sup>60</sup> ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual – Controvérsias e desafios**. Editora JusPodivm, 2019, p 23. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/3be27e951f62fd6e7e426ecd76696688.pdf>>. Acesso em: 29 de ago. 2019

<sup>61</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Transação penal e suspensão condicional do processo devem ser feitas pelo MP, defende Janot**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/transacao-penal-e-suspensao-condicional-do-processo-devem-ser-feitas-pelo-mp-defende-janot>>. Acesso em: 17 set. 2019

<sup>62</sup> PINHEIRO, Roberta Azzam Gadelha. **As medidas despenalizadoras dos juizados especiais criminais**. Projeto de artigo científico. Rio de Janeiro, 2013



**Art. 98.** A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

**I** - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Com o objetivo de fazer-se mais célere os procedimentos judiciais e desafogar a Justiça Criminal<sup>63</sup>, o artigo 60<sup>64</sup> prevê a competência do JECRIM para conciliar, julgar e executar infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitando as regras de conexão de continência.

São considerados crimes de menor potencial ofensivo, as contravenções penais e os crimes com cominação de pena máxima não superior a 2 (dois) anos, que podem ser cumuladas ou não com a pena de multa, conforme disciplina o artigo 61<sup>65</sup> da mesma lei.

Esta Lei, de acordo com o artigo 62<sup>66</sup>, dispõe que os Juizados Especiais devem-se orientar pelos princípios da simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Além disto, almeja, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Deste modo, além dos meios alternativos de solução penal, a Lei tem a finalidade de atender ao princípio do julgamento em prazo razoável, com vistas a agilizar a justiça criminal, a fim de mitigar a morosidade da jurisdição brasileira.

---

<sup>63</sup> DE MELO, Adriano. **Os efeitos dos meios alternativos na solução dos conflitos penais**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38519/os-efeitos-dos-meios-alternativos-na-solucao-dos-conflitos-pena-is>>. Acesso em: 26 ago. 2019

<sup>64</sup> **Art. 60.** O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência

<sup>65</sup>

<sup>66</sup> **Art. 62.** O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade



### 2.2.1 Transação Penal

A Transação penal é um instituto jurídico despenalizador pré-processual, que atribui ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, a opção de propor a aplicação imediata de penas alternativas que não sejam privativas de liberdade, abrangendo duas espécies de pena: a multa e a restritiva de direitos, conforme prevê o *caput* do artigo 76 da Lei 9.099/95.

**Art. 76.** Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Este instituto tem base no direito penal consensual, sendo uma mitigação à exigência do devido processo legal, e cabível aos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais, ou seja, aos crimes de menor potencial ofensivo, que possuem pena máxima em abstrato de 2 (dois) anos, ou contravenções penais. Desta forma, Júlio Fabbrini Mirabete<sup>67</sup> conceitua a Transação Penal da seguinte maneira:

A transação penal é instituto jurídico novo, que atribui ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, a faculdade de dela dispor, desde que atendidas as condições previstas na Lei, propondo ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação, sem denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade. (2000, p. 117)

Logo, a transação pode ser oferecida antes do oferecimento da denúncia e, por consequência, a aceitação da proposta por parte do acusado, impede que o Ministério Público deflagre a ação penal, não dando continuidade à persecução penal.

Além disso, a aceitação não pode ser considerada como reconhecimento de culpa ou de qualquer responsabilidade sobre o fato, não podendo incidir em reincidência, nem consta na ficha de antecedente criminal. Porém, é registrada a

---

<sup>67</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais: Comentários, Jurisprudência e Legislação**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas. 2000



aceitação do acordo de Transação Penal para impedir que o réu se beneficie novamente do instituto durante o prazo de 5 (cinco) anos<sup>68</sup>.

Após a elucidação do conceito do instituto da Transação Penal, analisa-se as condições de admissibilidade da aceitação do acordo, pois o acusado precisa estar dentro dos parâmetros estabelecidos em lei para fazer jus ao benefício despenalizador.

Os primeiros requisitos a serem observados é que o crime cometido deve ser de menor potencial ofensivo, ou seja, cuja pena cominada não ultrapasse a 2 (dois) anos. Em seguida, observa-se que o crime que se trata de ação penal pública incondicionada, ou por meio da representação, nos casos de ação penal pública condicionada, não pode ser objeto de arquivamento.

Os outros requisitos a serem observados estão previstos no § 2º, do artigo 76 da Lei nº 9.099/95. Para que o Ministério Pública possa oferecer a proposta da Transação Penal, é imprescindível que o acusado:

- a) Não tenha sido condenado à pena privativa de liberdade com sentença transitada em jugado;
- b) Não tenha usufruído por um dos benefícios despenalizadores da Lei nº 9.099/95, nos últimos 5 (cinco) anos;
- c) Não tenha maus antecedentes, devendo ter como conduta social, personalidade do agente, bem como as circunstâncias, necessárias e suficientes para a adoção da medida.

Desse modo, Júlio Fabbrini Mirabete<sup>69</sup> discorre sobre o tema, comentando o artigo supracitado:

---

<sup>68</sup> MAGALHÃES, H. J. O.; DAS DORES, I. E.; BARROS, S. S. **O instituto da transação penal e sua aplicação nos crimes de menor potencial ofensivo em prol da celeridade da prestação jurisdicional**. Disponível em: < <https://hugogalo13.jusbrasil.com.br/artigos/388498556/o-instituto-da-transacao-penal-e-sua-aplicacao-nos-crimes-de-menor-potencial-ofensivo-em-prol-da-celeridade-da-prestacao-jurisdicional>>. Acesso em: 28 ago. 2019



Em primeiro lugar, a proposta de transação é proibida se o autuado já foi condenado anteriormente, em sentença transitada em julgado, por qualquer crime, à pena privativa de liberdade (art. 76, § 2º, I). A expressão sentença definitiva, contida no art. 76, não significa ‘sentença recorrível’, como inadequadamente consta do art. 593, I, do Código de Processo Penal, mas ‘sentença transitada em julgado’, pois o contrário infringiria o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, pelo qual ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’. Não haverá impedimento, portanto, se o feito anterior, em que foi proferida a sentença condenatória, estiver em fase de recurso, inclusive o extraordinário. (2000, p. 134)

Cabe destacar que se o réu não cumprir com suas obrigações impostas no acordo de Transação Penal, o juiz seguirá com a ação, designando audiência para oferecimento da denúncia.

### 2.2.2 *Suspensão Condicional Do Processo*

A Suspensão Condicional do Processo (ou *sursis* processual) é um instituto jurídico despenalizador, cabível quando cumpridos requisitos, nos casos de crimes de menor potencial ofensivo e com pena de até 1 (um) ano. Assim, encontra previsão no *caput* do artigo 89:

**Art. 89.** Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Este instituto tem base no direito penal consensual, sendo uma mitigação ao princípio da indisponibilidade da ação penal que, em resumo, obriga o Ministério Público a promover a ação penal pública se houver motivo para configuração de promover a denúncia e a respectiva ação penal.

---

<sup>69</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência e legislação.** 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas. 2000





O doutrinador Rogério Greco<sup>70</sup> define o instituto como “um instituto jurídico que tem por finalidade evitar a aplicação de pena privativa de liberdade nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano”.

Deste modo, para que seja considerado o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo, o acusado deverá cumprir algumas condições estabelecidas cumulativamente, além de apenas ter cometido crime com pena mínima cominada igual ou inferior a 1 (um) ano, salvo em hipóteses de violência doméstica e familiar contra mulher. Sendo assim, é imprescindível que o acusado:

- a) Não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime;
- b) Cumpra os requisitos da suspensão condicional da pena, conforme o art. 77 do Código Penal:
  - I. condenado não deve ser reincidente em crime doloso;
  - II. a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; e
  - III. não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do Código Penal (substituição por penas restritivas de direito).

Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>71</sup> reafirma que o *sursis* processual é aplicado seguindo algumas condições de admissibilidade da seguinte forma:

Assim, são condições para a admissibilidade da proposta de suspensão: 1) a pena mínima cominada ao crime não pode ultrapassar um ano; 2) não pode haver em relação ao réu outro processo em curso; 3) inexistência de condenação anterior por outro crime; e 4) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as

---

<sup>70</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 8. ed., Rio de Janeiro: *Impetus*, 2007

<sup>71</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003



circunstâncias, autorizem a concessão do benefício. (2003, p. 170)

Desta forma, ao cumpridor requisitos de admissibilidade, e o acusado aceite a proposta oferecida, antes mesmo de alguma eventual sentença condenatória, o curso do processo será suspenso, por um período de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

### 2.3 Plea bargaining

*Plea Bargaining* é um instituto processual penal norte-americano com fins de justiça penal consensual, em que há um acordo entre a acusação e o réu, no qual o acusado se declara culpado (*guilty plea* ou *plea of guilty*) em troca de benefícios, como a redução da pena, o não enfrentamento de um processo criminal extenso (o acusado renuncia o seu direito de ser submetido a um julgamento), e se evita mais custos tanto para o acusado quanto para o Estado.

O ex-juiz americano aposentado, Phillip Rapoza<sup>72</sup>, define o instituto conforme o que explicita HEUMANN, 1978; e MAYNARD, 1984 da seguinte forma:

*Plea bargaining* pode ser definido como o processo legal pelo qual o acusado renuncia a seu direito de ser submetido a julgamento, confessando sua culpa, em troca da redução da imputação que lhe é feita e/ou da pena a ser aplicada, ou de uma recomendação a ser dirigida pelo Ministério Público ao magistrado para atenuar a situação do réu, evitando, assim, a realização do processo (HEUMANN, 1978; MAYNARD, 1984 *apud* RAPOZA, Phillip, 2013, p. 18).

Com relação à aceitação de culpa do acusado e à renúncia ao direito de ser submetido a um julgamento, explicita Renato Brasileiro de Lima<sup>73</sup>:

[...] no *plea bargaining* norte-americano, o imputado manifesta perante o Ministério Público sua decisão de declarar-se culpado, aceitando as imputações acordadas, assim como a pena pactuada, ao mesmo tempo em que renuncia a certas garantias processuais. (2016, p. 2046)

---

<sup>72</sup> RAPOZA, Philip. **A experiência americana do *plea bargaining*: a exceção transformada em regra**. Julgar, Coimbra, v. 19, 2013, p. 208

<sup>73</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus. 2016



No processo penal americano, 90% de todos os casos criminais não chegam a ir a um julgamento, por haver uma negociação entre a acusação e o réu (e seu defensor) antes do julgamento, ou seja, adota-se o instituto *Plea Bargaining* como uma forma de benefício ao acusado, após a confissão de culpa (*Guilty Plea*) (CAMPOS, 2012, p. 4).

Deste modo, o instituto processual norte-americano *plea bargain*, por sua vez, é semelhante aos institutos processuais da Transação Penal e Suspensão Condicional do Processo (Lei nº 9.099/95), os quais estão previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, a *plea bargain* é originária de um sistema jurídico baseado no *common law*, ou seja, de origem consuetudinária.

O procedimento do *Plea Bargaining* no Sistema Federal dos EUA está previsto no "*Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 1 – Pleas*"<sup>74</sup>, ressaltando-se que aproximadamente dois terços dos Estados seguem estas regras, ainda que possuam autonomia para legislar sobre matéria penal.<sup>75</sup>

De modo geral, após a prisão do transgressor, a aplicação do *Plea Bargaining* na justiça criminal americana inicia-se com o oferecimento da denúncia pela acusação, na qual será submetida à apreciação de um magistrado. Posteriormente, é designado a data para o comparecimento perante o juiz, a fim de estar ciente das acusações, bem como a fixação da fiança<sup>76</sup>

Subsequentemente, após a formalização da acusação, o réu é levado ao Grande Júri (*Grand Jury*), cujas provas serão apresentadas a fim de decidir se o

---

<sup>74</sup> *Legal Information Institute – Federal Rules of Criminal Procedure – Rule 1. Pleas*. Disponível em <[https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule\\_11](https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11)>.

<sup>75</sup> O Estado do Alasca e a cidade de Filadélfia, no Estado da Pensilvânia, proíbem expressamente estes acordos, ao passo que a cidade de El Paso, no Estado do Texas, não o permite para o caso de crimes graves (MESSITTE, 2010, p. 5 e 9).

<sup>76</sup> CHERMERINSKY, Erwin.; LEVENSON, Laurie L. *Criminal Procedure 2008: Case and Statutory Supplement*. Aspen: Aspen Pub, 2008, p. 5-11 apud QUEIRÓS CAMPOS, 2012. p. 5



acusado será levado a julgamento. Em seguida, será realizada uma nova audiência (*arraignment on indictment*), conforme explica CHEMERINSKY e LEVENSON<sup>77</sup>:

Superada essa etapa, o réu é chamado a comparecer a uma nova audiência (*arraignment on indictment*), na qual será indagado como ele se declara, culpado ou inocente (*plea of guilty or not guilty*), além de advertido sobre as acusações. A corte, então, agendará uma data para julgamento, dentro de padrões constitucionais de rápido julgamento (*speedy trial*).

Segundo Campos<sup>78</sup>, no país norte-americano, na maioria dos casos, ocorre, antes do julgamento, uma negociação entre a acusação e o réu, por meio de seu defensor, podendo gerar a *guilty plea* (em que o acusado assume a culpa), ou *nolo contendere* (quando o réu não assume a culpa e afirma que não quer discuti-la). Nesse sentido, no instituto do *Plea Bargaining*, ao assumir a culpa, o Estado tem a faculdade de oferecer ao acusado uma redução das acusações ou da possível sanção a ser aplicada na sentença.

Se o réu, valendo-se da *guilty plea*, opta por confessar a culpa, uma audiência é agendada a fim de que tal decisão seja manifestada perante um magistrado, além de ocasionar a renúncia aos direitos conferidos ao réu em caso de julgamento. Nessa ocasião, incumbe ao juiz verificar se a confissão de culpa se deu de maneira voluntária e espontânea e, assim sendo, o magistrado aceitará tal confissão. Ademais, o *guilty plea* é utilizado como meio hábil de confissão no campo da responsabilidade civil, enquanto o *nolo contendere* não gera tais efeitos. Deste modo, explana Queirós Campos<sup>79</sup>:

Se o acusado decide confessar a culpa (*guilty plea*), é agendada uma audiência para que ele manifeste sua decisão perante um magistrado. A *guilty plea* é, ao mesmo tempo, uma admissão de cometimento do delito e uma renúncia aos direitos que o réu teria caso decidisse ir a julgamento. Por isso mesmo, na audiência, o juiz deve advertir o acusado sobre seus direitos à assistência por advogado, à produção de provas, a ir a julgamento e à não- autoincriminação, dentre outros.

---

<sup>77</sup> Idem

<sup>78</sup> Idem

<sup>79</sup> Idem



Também deve ser avaliada a voluntariedade da decisão, bem como a ausência de coerção sobre o acusado. Apenas caso a decisão do réu seja consciente e voluntária é que o juiz aceitará sua confissão de culpa.

Além disso, caso o réu não confesse a culpa, a acusação penal é levada a julgamento perante um magistrado togado ou perante um júri, tendo-se em vista que a 6ª Emenda à Constituição Norte-Americana garante aos réus a competência ao júri de julgamento de todas as infrações graves – sendo essas cuja sanção seja de prisão superior a 6 (seis) meses, conforme a Suprema Corte norte-americana<sup>80</sup>

Optando o réu por confessar a culpa, ter-se-á a concessão de privilégios por parte do Estado, os quais podem ser de duas espécies: reduz-se a pena aplicada na recomendação de sentença apresentada pela acusação ou da própria sentença ou, alternativamente, a redução da gravidade ou até mesmo do número de acusações feitas em desfavor do réu<sup>81</sup>.

Por conseguinte, para a efetivação do acordo, deve-se sempre submeter à aprovação do magistrado. Para que seja homologado o acordo do *Plea Bargaining*, o juiz analisará se o réu assumiu a culpa voluntariamente, pois a aplicação do instituto no procedimento criminal norte-americano se efetiva por aceitação binária, ou seja, do *parquet* e do acusado<sup>82</sup>.

Alguns doutrinadores, como Levenson Chemerinsky, sustentam que tal instituto pode pressionar um inocente a confessar a culpa a fim de evitar a condenação por acusação mais grave; há uma disparidade de poderes entre a acusação e a defesa, fator impeditivo do instituto ser visto como acordo; gera desconfiança na sociedade quanto à aplicação da justiça; permite que o acusado deixe de ser responsabilizado por todos os seus atos; frustra a expectativa da vítima quanto à efetiva punição do crime e diversas outras, conforme Queirós Campos<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> CHEMERINSKY, Erwin.; LEVENSON, Laurie L. Criminal Procedure 2008: *Case and Statutory Supplement*. Aspen: Aspen Pub, 2008, p. 5-11 apud QUEIRÓS CAMPOS, 2012. p. 5

<sup>81</sup> Idem

<sup>82</sup> Idem

<sup>83</sup> Ibid., p. 6



Sob outro ponto de vista, há aqueles que defendem o instituto da *plea bargain* no direito norte-americano. Alguns doutrinadores entendem que o direito a julgamento pelo júri não é inalienável, diferentemente do que ocorre com direitos naturais, tais como os direitos à vida e à liberdade.

Já a Suprema Corte dos Estados Unidos da América tem adotado o entendimento no sentido de que a prática do mencionado instituto é não só viável, mas também constitucional, desde que preencha os requisitos formais já fixados pela Corte, a fim de impedir a má conduta da acusação<sup>84</sup>.

Sendo assim, quanto ao *plea bargain*, conclui-se que o instituto americano é pautado no eficientismo ou utilitarismo do sistema estatal punitivo, de tal modo que é imprescindível que o réu renuncie a alguns direitos, ainda que constitucionalmente garantidos.

No Brasil, por sua vez, nota-se que através da criação de novos institutos criminais, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo, ou até mesmo por meio da inspiração em modelos já existentes em outros ordenamentos jurídicos estrangeiros, tal como no caso do acordo de não-persecução penal diante do *plea bargain*, há a tentativa de se implementar a justiça consensual criminal no País.

## 2.4 *Nolo contendere*

*Nolo Contendere*, que em sua tradução literal significa “sem contestação” ou “não quero litigar”, é um instituto italiano, em que o acusado não contesta a acusação, mas também não assume a culpa pelo crime, ou seja, não se discute a responsabilidade. O acusado não se submete a um processo penal, também não é penalizado com pena privativa de liberdade, porém, fica a cargo do juiz decidir se ele é ou não culpado.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978); *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970); *Gannet Co. Inc. v. De Pasquale*, 443 U.S. 368 (1979).

<sup>85</sup> HAIDAR, Vitor Costa. **A Aplicabilidade da Teoria dos Jogos e dos Institutos Despenalizadores como Instrumentos Capazes de Tornar o Sistema Penal Brasileiro Mais Célere e Eficaz**



A doutrinadora Roberta Azzam Gadelha Pinheiro<sup>86</sup> conceitua o instituto *nolo contendere* da seguinte forma:

*Nolo Contendere*, que é uma forma de defesa em que o autor do fato não discute a imputação, mas não admite a sua culpa nem declara sua inocência, a diferenciação existente no direito norte-americano entre o *Guilty Plea* e o *Nolo Contendere* está nos efeitos civil da resposta do acusado: no primeiro, o acusado assume a culpa, derivando efeito civil, no que tange à indenização. Ao passo, que no segundo a indenização será discutida. (2013, p.18)

O acusado pode invocar o instituto sem precisar reconhecer a culpa, diferentemente do *Guilty Plea*, no qual o acusado confessa a culpa (Ada Pellegrini Grinover. 2005, p. 45)<sup>87</sup>.

Assim, o procedimento do *Nolo Contendere*, no Sistema Federal dos Estados Unidos da América, se dá pelo mesmo procedimento do *Plea Bargaining*. Porém a diferença é que o acusado não assume a culpa nem rebate às acusações e, assim, não produz qualquer efeito sobre uma eventual ação civil de reparação de danos, por consequência da prática criminosa.

É o que explana Queirós Campos<sup>88</sup>:

[...] o *nolo contendere* possui o mesmo efeito da confissão de culpa, ou seja, o réu será imediatamente sentenciado no âmbito criminal. A única distinção é que, enquanto a *guilty plea* serve igualmente de confissão no campo da responsabilidade civil, o *nolo contendere* não produz qualquer efeito sobre eventual ação civil de reparação dos danos causados pelo crime. (2012, p. 4)

Assim como no *Plea Bargaining*, caso também não realize acordo por meio do *Nolo Contendere*, o acusado irá a julgamento, isso é: “Não havendo confissão de

---

<sup>86</sup> PINHEIRO, Roberta Azzam Gadelha. **As medidas despenalizadoras dos juizados especiais criminais**. Projeto de artigo científico. Rio de Janeiro, 2013

<sup>87</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarange; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2005

<sup>88</sup> CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. ***Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo***. Custos Legis – Revista eletrônica do Ministério Público Federal. 2012, p. 4



culpa ou *Nolo Contendere*, o caso vai a julgamento, que pode dar-se perante um magistrado togado (*Bench Trial*) ou perante um júri (*Jury Trial*)”<sup>89</sup>

Por fim, entende-se que este modelo de negociação, na justiça criminal americana, o acusado recebe uma pena menor do que a que ele teria, caso fosse submetido a um julgamento, e a acusação, por sua vez, ganha a certeza de uma condenação e gera economia aos recursos estatais.

### **3 ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

#### **3.1 Noções gerais e histórico do anpp no brasil**

O acordo de não persecução penal (ANPP) é um instituto de justiça penal consensual, de modelo negocial. Veremos algumas noções gerais e históricas do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

##### *3.1.1 Resoluções nº 181 de 2017 e nº 183 de 2019 do Conselho Nacional do Ministério Público*

O acordo de não persecução penal já se encontrava em previsão extralegal por meio do art. 18 da Resolução nº 181<sup>90</sup>, de 2017, o CNMP, o qual foi modificado em 24 de janeiro de 2018, através da Resolução nº 183<sup>91</sup> do Conselho, semelhante ao texto aprovado na nova lei.

A criação do instituto tinha como o objetivo tornar procedimentos judiciais mais céleres e desafogar a Justiça Criminal brasileira. Para tanto, o CNMP realizou

---

<sup>89</sup> Ibid., p.12

<sup>90</sup> BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017.** Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.p df>>. Acesso em: 20 mar. 2018

<sup>91</sup> BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/resolucao-cnmp-1832018.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018





diversos estudos e pesquisas e, assim, quanto ao acordo de não persecução penal, verificou-se a existência de institutos semelhantes em outros países.

Com a grande quantidade de normas incriminadoras vigentes no País, tem-se, conforme pontua o “Procedimento de Estudos e Pesquisas nº 01/2017” do Conselho Nacional do Ministério Público, um excesso de processos tramitando na justiça criminal:

(...) é imprescindível que se tome alguma providência para dar cabo à carga desumana de processos que se acumulam nas Varas Criminais do país e que tanto prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais.

(...) Nesse caso, porém, deixariam de incidir as graves restrições decorrentes de uma sentença penal condenatória, agilizando a resposta penal aos ilícitos praticados e minorando os efeitos prejudiciais das imposições de pena judicial.

Deste modo, percebe-se que houve uma precaução maior por parte do MP ao submeter crimes de diferentes potencialidades a uma mesma pena, qual seja: a pena privativa de liberdade. Portanto, tal acordo tratar-se-ia de utilidade social, tendo em vista que, tal instrumento consensual, na justiça criminal, poderia possibilitar benefícios como a ausência das graves restrições decorrentes de uma sentença penal condenatória e uma resposta penal ágil aos ilícitos praticados. Ou seja, uma celeridade na resolução dos casos menos graves, o que pode viabilizar a economia de recursos públicos.

### *3.1.2 Quanto à Constitucionalidade da Resolução nº 181/2017 do CNMP*

A constitucionalidade pode ser visualizada sob duas óticas, quais sejam: material e formal. A inconstitucionalidade material se caracteriza quando a norma não observa os dispositivos constitucionais. Por outro lado, a inconstitucionalidade formal decorre da inobservância aos requisitos procedimentais quanto à elaboração da norma, isto é, pela incompetência para legislar sobre a temática, pela



inobservância de quórum específico ou, ainda, pela ausência de pressuposto objetivo quanto à edição do ato normativo.<sup>92</sup>

O princípio da reserva legal, por sua vez, dispõe que somente a lei em sentido estrito tem a capacidade de legislar quanto às condutas típicas, bem como estipular as respectivas sanções. Neste sentido:

[...] Uma disposição que permita a aplicação de sanção, ainda que sem efeitos criminais secundários, elaborada por uma resolução, fere patentemente o princípio da legalidade e tantos outros princípios constitucionais e internacionais que não caberia neste texto.<sup>93</sup>

Verifica-se que, quanto à Resolução nº 181 de 2017 (atualizada pela Resolução nº 183 de 2019) do CNMP, houve uma inobservância ao princípio da reserva legal, uma vez que, sem amparo legal, cominou-se penas<sup>94</sup>. Assim sendo, em que pese a existência de constitucionalidade material, a Resolução padecia de inconstitucionalidade formal.

Uma vez que o novel instrumento negocial do ANPP carecia de base legislativa, não poderia alterar ou substituir uma lei em vigor. Neste sentido, percebe-se que o CNMP tentou não resvalar nas disposições legais quanto ao instituto da transação penal.<sup>95</sup>

A violação de competência e a desconsideração do princípio da obrigatoriedade da ação penal, por meio de uma resolução (ato infralegal), ensejaram o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade, as quais foram protocolizadas no Supremo

---

<sup>92</sup> CASTRO, Gabriel. 2016. Tipos de inconstitucionalidade: você sabe quais são? Disponível em: <<https://direitodiario.jusbrasil.com.br/artigos/444600467/tipos-de-inconstitucionalidade-voce-sabe-quais-sao>>. Acesso em: 18 de nov. de 2018

<sup>93</sup> SANTOS, Norton Makarthu Majela dos. **O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública: constitucionalidade, viabilidade e crítica**. 2018. 71f, p.61. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia), Departamento de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018

<sup>94</sup> Ibid., p. 62

<sup>95</sup> ANDRADE, Flávio da Silva. **O acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público - art. 18 da Resolução nº 181/2017: análise de sua compatibilidade constitucional**, p. 108. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Ano XIX, n. 137, Abril/Junho de 2018, ISSN 1982-1506



Tribunal Federal em outubro de 2017, quais sejam: a ADI nº 5.790<sup>96</sup>, de autoria da Associação Magistrados Brasileiros – AMB, e na ADI nº 5.793<sup>97</sup>, instaurada pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

Em ambas ações, os argumentos utilizados foram que o CNMP extrapolou seu poder regulamentar previsto no art. 130-A, § 2º, inc. I, da CRFB/88<sup>98</sup>, e a inobservância da competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual, previsto no art. 22, inciso I, da Constituição Federal<sup>99</sup>, assim como o art. 24, inciso XI<sup>100</sup>, que dispõe sobre a competência concorrente da União, Estados e Municípios quanto à prerrogativa de legislar sobre procedimentos em matéria processual<sup>101</sup>

Também se sustenta que houve uma violação do princípio da obrigatoriedade (ou indisponibilidade) da ação penal pública, pois é função do MP promover, privativamente, a ação, na forma da lei, nos termos do art. 129, inc. I, da Lei Maior. No entanto, a Resolução possui constitucionalidade material, uma vez que observa os preceitos constitucionais, conforme os princípios que serão oportunamente discorridos neste capítulo, tais como a inafastabilidade da jurisdição e o devido processo legal. Por outro lado, percebe-se que a Resolução padece de vício formal quanto à sua competência para elaboração.

---

<sup>96</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.790. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027>>. Acesso em: 25 abril 2019

<sup>97</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.793. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>>. Acesso em: 25 abril 2019

<sup>98</sup> **Art. 130-A.** O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: § 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências

<sup>99</sup> **Art. 22.** Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho

<sup>100</sup> **Art. 24.** Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XI - procedimentos em matéria processual

<sup>101</sup> MIETLICKI, Paulla Paim. **O acordo de não persecução penal e sua inserção no direito brasileiro.** Porto Alegre, 2018, p 44. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/174661/0/01061500.pdf?sequence=1>>. Acesso em 29 mar. 2019



Em suma, a competência para legislar sobre este tipo de matéria processual é exclusiva da União. Por isso, o Conselho Nacional do Ministério Público, em tese, não deveria ter criado a resolução prevendo este instituto<sup>102</sup>

### 3.1.3 Projeto de Lei nº 6.341 de 2019 – Pacote Anticrime

Em 4 de fevereiro de 2019, o Sérgio Moro, ministro da Justiça e da Segurança Pública do Brasil (MJSP), apresentou, em Brasília, às lideranças do Poder Executivo dos Estados, uma proposta de anticorrupção e antiviolação, que altera quatorze leis federais. Dentre as propostas do projeto, a qual se convencionou chamar “Pacote Anticrime”, está a adoção do acordo de não persecução penal. Entretanto, tal acordo já vem sendo realizado em alguns ministérios públicos do País, apesar da ausência de respaldo legal, o que gerou a interposição de ações diretas de inconstitucionalidade (ADI nº 5.790 e ADI nº 5.793), abordadas no tópico anterior.

O presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, determinou a criação de um Grupo de Trabalho para análise e estudo das mudanças promovidas na legislação penal e processual penal dos Projetos de Lei nº 10.372/2018<sup>103</sup>, 10.373/2018<sup>104</sup> e 882/2019<sup>105</sup>, no qual tramitaram apensados, com relatoria do deputado Capitão Augusto (PL/SP). O Projeto de Lei nº 882, de 2019, além de outras disposições, continha o acordo de não-persecução penal. Os Projetos de Lei nº

---

<sup>102</sup> MIETLICKI, Paulla Paim. **O acordo de não persecução penal e sua inserção no direito brasileiro**. Porto Alegre, 2018, p. 38. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/174661/0/01061500.pdf?sequence=1>>. Acesso em 29 mar. 2019

<sup>103</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 10372/2018**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>>. Acesso em: 16 de dez. 2019

<sup>104</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 10373/2018**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178171>>. Acesso em: 16 de dez. 2019

<sup>105</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 882/2019**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>. Acesso em: 7 de jun. 2019



10.372, de 2018 e nº 10.373, de 2018, foram elaborados por uma comissão de juristas criada pela Câmara e encabeçada pelo ministro Alexandre de Moraes.<sup>106</sup>

Já no Senado Federal, inicialmente, o anticrime tramitava por meio do Projeto de Lei nº 1.864, de 2019<sup>107</sup>, concomitantemente ao PL 882/19, na Câmara dos Deputados. Porém, com a aprovação do PL 10.372/18 na Câmara, a matéria chegou ao Senado como PL 6.341/2019<sup>108</sup>, de relatoria do senador Marcos do Val (PODEMOS/ES). Assim, o projeto de lei foi aprovado no Senado sem modificações, sancionado com vetos<sup>109</sup> pelo presidente Jair Bolsonaro, e entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020.

Na Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019<sup>110</sup>, o acordo de não persecução penal está disposto no art. 3º, acrescentando o art. 28-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, nas quais visam uma redação semelhante a constante do art. 18 da Resolução 181 do CNMP.

Ademais, o instituto do acordo de não-persecução penal deixou de ser respaldado em Resolução e passou a ser previsto em lei, mais especificamente, no Código de Processo Penal. Desta forma, supera-se o vício de inconstitucionalidade formal, que violava a reserva de lei em matéria processual, no qual é exclusiva da União, como já mencionado anteriormente.

Assim, como afirma Larissa Pinho, membro da diretoria de Justiça Restaurativa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), “após a lei, a

---

<sup>106</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Grupos de trabalho da Câmara e do CNJ vão analisar propostas de combate à violência**. 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/553584-grupos-de-trabalho-da-camara-e-do-cnj-va-analisar-propostas-de-combate-a-violencia/>>. Acesso em: 11 de jan. 2020

<sup>107</sup> SENADO FEDERAL. **PL 1.864/2019**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/136033>>. Acesso em: 7 de jun. 2019

<sup>108</sup> SENADO FEDERAL. **PL 6.341/2019**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/140099>>. Acesso em: 16 de dez. 2019

<sup>109</sup> SENADO FEDERAL. **Pacote anticrime é sancionado com vetos**. 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/26/pacote-anticrime-e-sancionado-com-vetos>>. Acesso em 11 de jan. 2020

<sup>110</sup> BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2020



conjectura mudou e passou-se a admitir os acordos”.<sup>111</sup> Já Andrade<sup>112</sup>, afirma que “a intenção expressada pelo CNMP deveria ter servido, desde logo, como (início de) projeto de lei junto às nossas casas legislativas” antes de pretender ele, por si apenas, regulamentar todo um procedimento em âmbito criminal.

Sendo assim, visa-se legalizar a prática do acordo de não persecução penal, a fim de que tal instituto esteja apto a produzir efeitos que não sejam passíveis de nulidade. Permitindo maior atuação e independência dos membros do Ministério Público e, ainda, uma resolução célere de determinados conflitos penais, tendo-se em vista que o acordo não pode ser realizado sempre, mas tão e somente quando houver a presença dos requisitos específicos e, ainda, pressupõe a efetiva participação do Judiciário, com o intuito de averiguar se o acordo se demonstra cabível e adequado para o fim objetivado.

### *3.1.4 Estudo do Direito Comparado para Implementação do ANPP*

Para implementar o acordo de não-persecução penal no nosso ordenamento jurídico, as discussões promovidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público e, posteriormente, pelo Congresso Nacional, se basearam na experiência alemã e norte-americana, como precedente de direito comparado.

Na Alemanha, o acordo decorreu de atos informais de promotores, uma vez que foi constatada a incapacidade do sistema persecutório quanto à averiguação das condutas criminosas e, por isso, inicialmente, não possuía previsão legal. Assim sendo, este acordo alemão é o instituto que mais influenciou a elaboração da

---

<sup>111</sup> CANÁRIO, Pedro. **Lei do “pacote anticrime” cria acordo de não persecução para crimes sem violência**. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/lei-pacote-anticrime-cria-acordo-nao-persecucao-penal>> Acesso em: 11 de jan. 2020

<sup>112</sup> FISCHER, D. ANDRADE, M. F. **Investigação criminal pelo Ministério Público: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 220



Resolução nº 181<sup>113</sup>, de 2017, o CNMP (Resolução nº 183, de 2018, do CNMP), como uma iniciativa do Ministério Público brasileiro.<sup>114</sup>

Em que pese a utilização do instituto estrangeiro, no âmbito do direito comparado, diferentemente do previsto no acordo brasileiro, na Alemanha, o juiz preside o acordo e, assim, é realizado em âmbito processual, de modo que pode suceder ou preceder ao julgamento. Desta maneira, o juiz possui a legitimidade de conduzir os acordos que são propostos pela acusação<sup>115</sup>

Por outro lado, parece-me que a Lei nº 13.964, de 2019 assemelha-se ao instituto norte-americano, *plea bargain*, o qual já foi objeto de análise desta monografia. Dado que, assim como o acordo brasileiro, o instituto norte-americano é previsto em lei, usufruindo, assim, do princípio da oportunidade no processo penal, com o objetivo de viabilizar o acordo, a fim para permitir as barganhas e consenso na ação penal. Nessa perspectiva, outra semelhança é que o princípio da oportunidade garante, ao acusador oficial, a faculdade de iniciar ou não a ação penal, incluindo todos as condutas criminosas ou até mesmo excluindo algumas. Pode, inclusive, pedir a absolvição ou condenação do acusado por delito menos grave, ainda que a prova conduza à outra solução jurídica.

Desta forma, ao utilizar o direito comparado como justificativa para implantação em nosso País, há sempre o risco, pois para que seja implantado o instituto, é necessária análise muito mais aprimorada e aprofundada para prever as possíveis consequências antes mesmo da instauração na realidade processual local,

---

<sup>113</sup> BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. Disponível em: <<https://www.cnmp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.p df>>. Acesso em: 20 mar. 2018

<sup>114</sup> DA CUNHA, Franciele Leite; PERUCHI, Vitor Antonio Guazzelli. **Análise constitucional da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional Do Ministério Público: acordo de não-persecução penal**. 2018, p.4. Disponível em: <[http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/01/fran\\_ciele\\_cunha.pdf](http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/01/fran_ciele_cunha.pdf)>. Acesso em: 10 de nov. 2019

<sup>115</sup> Idem



com finalidade de evitar posteriores alegações de inconstitucionalidade e de ilegalidade.<sup>116</sup>

### 3.2 Conceito de acordo de não persecução penal

O acordo de não persecução penal é um tipo de justiça penal consensual, de modelo negocial, em que há uma espécie de acordo realizado pelo Ministério Público com o investigado, em troca de eventuais benefícios, desde que preenchidos determinados requisitos elencados no art. 28-A da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.<sup>117</sup>

De acordo com Lara Thais Martins de Castro:

O Acordo de não Persecução Penal é um novo instrumento de acordo criminal, de natureza infralegal, no qual dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, introduzindo a figura do acordo de não persecução penal no sistema brasileiro.<sup>118</sup>

Já Francisco Dirceu Barros e Jefson Romanuic conceituam o acordo da seguinte forma:

O Acordo de Não Persecução penal é um instrumento jurídico extraprocessual que visa, na esteira de uma política criminal de descarcerização, realização de acordos bilaterais entre o Ministério Público e o perpetrador de ilícitos penais para que cumpra determinadas medidas, sem a necessidade de sofrer todas as mazelas que o processo criminal tradicional pode acarretar.<sup>119</sup>

---

<sup>116</sup> Ibid., p. 42

<sup>117</sup> BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2020

<sup>118</sup> CASTRO, Lara Thais Martins de. **A legalidade do acordo de não persecução penal à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-legalidade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro/>>. Acesso em: 22 jan. 2020

<sup>119</sup> BARROS, Francisco Dirceu e ROMANUIC, Jefson. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática**. Leme, SP: Editora JH Mizuno, 2019





Deste modo, entende-se que, nos delitos de menor potencial ofensivo, “não haverá efetiva segregação do indivíduo da sociedade”<sup>120</sup>, evitando mover a imensa engrenagem judicial com toda tramitação processual, para a imediata aplicação de medidas alternativas.

### 3.3 Requisitos de admissibilidade do ANPP

Os requisitos de admissibilidade estão previstos no caput do art. 28-A da Lei nº 13.964/19.

**Art. 28-A.** Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

Neste sentido, não se tratando de arquivamento, o MP poderá propor ao investigado o acordo, isso é, tratar-se-á de uma faculdade da alçada do *parquet*, que mediante análise de conveniência e oportunidade, decidirá pela propositura ou não do acordo. Assim, para que não seja caso de arquivamento, o fato deve ser típico, ilícito, culpável e punível, sendo necessário elementos mínimos probatórios sobre materialidade e autoria delitiva. Ressalta-se que:

“[...] os elementos probatórios mínimos exigidos não são necessariamente aqueles demandados para formar a justa causa para a deflagração da ação penal isso porque o art. 28-A, § 8º do CP permite que o Ministério Público prossiga na complementação das investigações, quando recusada a homologação do ANPP”<sup>121</sup>

O acusado também deve confessar formalmente ou circunstancialmente a prática delitiva, fundada em uma assunção de culpa como pré-requisito. A confissão deve ser total e plena, de modo que não é cabível o acordo se os fatos ilícitos forem

---

<sup>120</sup> Idem

<sup>121</sup> BALBI, Laura e ARAUJO, Douglas. **Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal**. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/78760/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 07 de jan. 2020



parcialmente confessados, isto é, alguns confessados e outros negados. Além disso, pressupõe-se que a confissão se dê de modo específico de forma a detalhar a conduta e, ainda, a eventual participação de terceiros. Na confissão qualificada, por sua vez, o investigado admite a conduta, apesar de manifestar restrições com o intuito de minorar ou até mesmo excluir os efeitos da sanção penal, tais como causas de excludente de culpabilidade ou ilicitude, não deve ser aceita. Por fim, a confissão circunstanciada requer a capacidade do indivíduo de assunção da responsabilidade pelos seus atos, a fim de promover a existência de uma verdadeira assunção de responsabilidade.<sup>122</sup>

Ademais, para que o MP proponha o acordo ao investigado, o crime não pode ter sido cometido com violência nem grave ameaça dolosamente à pessoa. Não há impedimento para celebração do acordo aos crimes de violência à coisa e nem os crimes culposos com violência à pessoa, quando inerentes ao próprio tipo. Assim, como a violência contra “coisa” não impossibilita a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito do art. 44, inciso I, do CP, não faz sentido interpretar de maneira mais rígida e impedir a celebração do acordo. Pois se o investigado vier a ser processado e condenado, terá direito ao benefício da substituição da pena por restritiva de direito, se o crime for cometido, assim como no ANPP, sem violência e grave ameaça, com pena de até 4 (quatro) anos.<sup>123</sup>

Ressalta-se, também, que a pena mínima cominada do crime cometido deve ser inferior a 4 (quatro) anos. Assim sendo, nota-se que o acordo pode ser celebrado não somente ao se tratar de infrações penais de menor potencial ofensivo, mas também às infrações penais de médio e alto potencial ofensivo.<sup>124</sup> O crime de furto, por exemplo, previsto no art. 155 do Código Penal, é cometido sem violência nem grave ameaça à pessoa e, inclusive, na figura do *caput*, tem a pena de reclusão de 1

---

<sup>122</sup> Idem

<sup>123</sup> Idem

<sup>124</sup> MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Classificação das infrações penais**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1000051/classificacao-das-infracoes-penais>>. Acesso em: 10 jan. 2020



(um) a 4 (quatro) anos. Neste caso, portanto, o Ministério Público poderia propor o acordo de não persecução penal.

Nos casos de concurso de crimes formal, material ou crime continuado, deve-se “aplicar o respectivo *quantum* de soma ou exasperação de pena no patamar mínimo, devendo, ainda, eventuais causas de aumento e de diminuição de pena serem levadas em conta para se chegar a menor pena cominada para fins de cabimento do ANPP”.<sup>125</sup> Já com relação ao requisito de pena mínima de quatro anos nos crimes culposos, Laura Balbi e Douglas Araújo entendem que:

Neste ponto, tenho que o requisito de quatro anos para pena mínima só deve ser observado quando se tratar de crime doloso, uma vez que para crime culposos mostra-se irrelevante o patamar da pena mínima. O desvalor do resultado do crime culposos é distinto do crime doloso pois decorre da inobservância de um dever objetivo de cuidado. Justamente por essa diferenciação é que admite-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos a todos os crimes culposos independentemente da pena aplicada, conforma o art. 44, I do CP. Para manter a simetria, tenho que, em sendo o crime culposos, o patamar da pena não influi no cabimento do ANPP.<sup>126</sup>

Destaca-se, também, que o acordo deve ser necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Este é um requisito subjetivo, tomando como base nas circunstâncias judiciais do caput, do art. 59, do CP, quais sejam “a culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima”.<sup>127</sup>

Dessarte, há uma discussão doutrinária se o Ministério Público é ou não obrigado a propor o acordo, caso o acusado tenha preenchido todos os requisitos legais, ou seja, se se trata de direito público subjetivo do acusado. Acredito não ser

---

<sup>125</sup> BALBI, Laura e ARAUJO, Douglas. **Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal**. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/78760/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 07 de jan. 2020

<sup>126</sup> Idem

<sup>127</sup> **Art. 59.** O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:



um direito subjetivo do acusado, mas caso o MP não queria oferecer o acordo, é necessário que fundamente a razão pela qual está deixando de fazê-lo, dando possibilidade de que a defesa desenvolva uma argumentação no pedido de revisão perante o Órgão Ministerial Revisional, realizando um pedido de reconsideração, com remessa dos autos, nos termos do art. 28, § 14, do CPP.<sup>128</sup>

### 3.4 Condições para homologação do ANPP

Em algumas condições, não se trata apenas da discricionariedade do membro do Ministério Público, mas dependem da proporcionalidade da infração penal, para aplicação das condições.<sup>129</sup> Para que o investigado faça jus ao acordo, deve-se sujeitar às condições enumeradas nos incisos do *caput* do art. 28-A da Lei nº 13.964 de 2019, as quais serão ajustadas cumulativa ou alternativamente:

Art. 28-A. (...)

- reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
- pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

---

<sup>128</sup> LOPES JÚNIOR, Aury e JOSITA, Hígya. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal.** 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em 08 mar. 2020

<sup>129</sup> GARCIA, Emerson. **O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões.** Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/item/1772-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-breves-reflexoes.html>>. Acesso em: 9 de nov. 2019



- cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.<sup>130</sup>

A primeira condição, prevista no inciso I, é a reparação do dano à vítima. Neste caso, esta condição ao investigado não se trata de discricionariedade do MP, uma vez que a vítima, salvo em impossibilidade, deve ser reparada pelo dano sofrido pela infração penal.

De acordo com o art. 63 do CPP<sup>131</sup>, é necessária uma condenação criminal para a formação de um título executivo, a fim de se obter uma reparação cível em favor da vítima. Porém, esta condição só pode ser exigida quando, por meio das condições econômicas do investigado, a reparação dos danos seja possível, ou no caso de haver dano líquido e certo. Mas não impede que uma reparação mínima possa ser fixada, mesmo que a título de dano moral, não impedindo uma verificação, pelo legitimado, do total do prejuízo perante o juízo cível competente.<sup>132</sup>

Ressalta-se, também, que o Promotor de Justiça pode notificar a vítima para comparecer e ajudar na celebração do ANPP, acordando a melhor forma de reparação ou restituição.<sup>133</sup>

A segunda condição, contida no inciso II, diz respeito à renúncia voluntária do investigado a bens e direitos indicados pelo *parquet*, como instrumentos, produto ou proveito do crime. Assim como na condição do inciso I, esta não se trata de faculdade do MP, pois a ideia é que o investigado não se locuplete por meio da

---

<sup>130</sup> BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2020

<sup>131</sup> **Art. 63**. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. **Parágrafo único**. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso iv do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido

<sup>132</sup> BALBI, Laura e ARAUJO, Douglas. **Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal**. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/78760/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 07 de jan. 2020

<sup>133</sup> FERREIRA, Lucas César Costa. **Acordo de não persecução penal: advento da Lei nº 13.964/19 e reflexos para o Ministério Público**. 2020. Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2020/01/3c12686e-acordo-de-nao-persecucao-penal.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2020



infração penal. Deste modo, para que seja realizado o acordo, além de confessar o crime, o investigado deve apontar e comprovar o *quantum* total da vantagem obtida. Assim sendo, torna-se mais fácil a identificação do proveito econômico do crime.<sup>134</sup>

A terceira condição, nos termos do inciso III, se refere à prestação de serviço comunitário ou a entidades públicas. A carga horária e quantidade de dias da prestação do serviço comunitário varia entre o mínimo e o máximo correspondente a 1/3 e 2/3 da pena mínima cominada em abstrato ao crime cometido.

Por exemplo, se a pena mínima cominada ao crime é de 2 (dois) anos de reclusão, e ao considerar uma hora de tarefa por dia, o acordo poderá prever de 240 a 480 horas de serviço comunitário. Assim, o Ministério Público poderá avaliar o caso concreto, como as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, além da reincidência, a reprovação da conduta, o prejuízo causado, entre outros, para apreciação da melhor fração a ser proposta ao investigado.

Desta forma, a prestação de serviço à comunidade, nos termos do art. 46 do CP, será fiscalizada pelo juízo da execução penal. Dessarte, presume-se que se trata de um título executivo criminal *sui generis*, pois em caso de inadimplemento, não pode forçar a sua execução, mas apenas a invalidação do acordo e a continuidade da persecução penal.

A quarta condição, previsto no inciso IV, é sobre o pagamento da prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do CP, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito. Conforme o art. 45 do CP, a importância proposta não pode ser inferior a 1 (um) salário mínimo ou superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos.<sup>135</sup><sup>136</sup> Por último, a quinta condição do inciso V, permite que o MP indique

---

<sup>134</sup> Idem

<sup>135</sup> FERREIRA, Lucas César Costa. **Acordo de não persecução penal: advento da Lei nº 13.964/19 e reflexos para o Ministério Público.** 2020. Disponível em:



qualquer outra condição, por prazo determinado, desde que seja proporcional e compatível com a infração penal imputada. Assim, deve-se indicar, prioritariamente, as penas restritivas de direito, serviços comunitários e prestação pecuniária, e ocasionalmente, o *parquet* pode indicar outra condição genérica a ser cumprida, mas que deva ser acordado de forma supletiva e residual. Como por exemplo, o Promotor de Justiça pode indicar que seja determinado o comparecimento do investigado a um tratamento de saúde específico, doação de bens in natura, além de outros instrumentos e práticas restaurativas.<sup>137</sup>

Deste modo, além de observar a legalidade, o juiz da execução deve fiscalizar a compatibilidade e proporcionalidade desta outra condição indicada pelo MP, e devolver os autos em caso de inadequação, insuficiência e abusividade da cláusula, nos termos do § 5º deste art. 28-A.

### 3.5 Circunstâncias que impossibilitam a proposta do ANPP

O art. 28-A da Lei nº 13.964/19, em seu § 2º enumera os casos em que a proposta não será admitida, em seus incisos I ao IV.

Art. 28-A. (...)

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

- se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

---

<<https://s3.meusitejuridico.com.br/2020/01/3c12686e-acordo-de-nao-persecucao-penal.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2020

<sup>136</sup> Conforme a jurisprudência do STJ, "nos termos do § 1º do art. 45 do Código Penal, a finalidade da prestação pecuniária é reparar o dano causado pela infração penal, motivo pelo qual não precisa guardar correspondência ou ser proporcional à pena privativa de liberdade irrogada ao acusado" (AgRg no REsp 1707982/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 27/04/2018), mas também deve-se "levar em consideração as diretrizes do art. 59 do Código Penal, bem como a situação econômica do paciente" (HC 352.666/MS, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 01/09/2016). Desta forma, a proposta do MP para prestação pecuniária deverá atender aos limites impostos pelo art. 45, §1º, do CP, e à condição financeira do investigado, além das diretrizes do art. 59, do CP

<sup>137</sup> FERREIRA, Lucas César Costa. **Acordo de não persecução penal: advento da Lei nº 13.964/19 e reflexos para o Ministério Público**. 2020. Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2020/01/3c12686e-acordo-de-nao-persecucao-penal.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2020



- se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

I - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

II - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.<sup>138</sup>

De acordo com o inciso I, não se admite o acordo nos casos em que for cabível a transação penal e, além disso, se o investigado incorrer em hipóteses que não permitem a transação penal, as quais estão estipuladas no artigo 76, § 2º da Lei nº 9.099/95, do mesmo modo, não celebrar-se-á o acordo. Assim, há uma ordem de preferência do oferecimento dos benefícios.

Em primeiro lugar, se a infração penal permitir a transação penal, esta deve ser oferecida. Se não couber transação penal, mas forem cabíveis a suspensão condicional do processo e o ANPP, o ANPP deve ser prioritariamente oferecido. Por fim, a suspensão condicional do processo só será oferecida se não couber o ANPP, ressaltando que o descumprimento do ANPP poderá ser utilizado como justificativa para não oferecimento do *sursis* processual.<sup>139</sup>

A respeito da transação penal, faremos um destaque e uma abordagem mais detalhada posteriormente.

A segunda circunstância que impossibilita o acordo, nos termos do inciso II, diz respeito à reincidência ou conduta criminal habitual, reiterada ou profissional. As ações penais em curso não impedem a celebração do acordo. O investigado não pode ser reincidente, assim como não ter elementos probatórios que indiquem conduta

---

<sup>138</sup> BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2020

<sup>139</sup> BALBI, Laura e ARAUJO, Douglas. **Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal**. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/78760/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 07 de jan. 2020





criminal habitual reiterada ou profissional, exceto as infrações penais pretéritas insignificantes, conforme inciso II. Se presentes estas hipóteses, o acordo não seria suficiente para a prevenção e reprovação do crime.

Também não é possível celebrar o acordo, conforme o inciso III, se o investigado foi beneficiado em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo nos últimos 5 (cinco) anos, contados da data da concessão do benefício até a data do cometimento da nova infração.

Do mesmo modo, de acordo com o inciso IV, não se admite a concessão do benefício do acordo de não persecução penal nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. “Ainda que não aplicável a Lei Maria da Penha ao caso, se o crime decorreu única e exclusivamente da condição de sexo feminino, não será aplicável o acordo”.<sup>140</sup>

O inciso V, § 1º, art. 18, da Resolução 181/17 do CNMP, modificado pela Resolução 183/18, proibia a celebração do acordo nos casos de crimes hediondos e equiparados. Apesar de não haver, nesta Lei<sup>141</sup>, proibição expressa destes casos, entendo não ser cabível. A constituição deu tratamento mais gravoso aos crimes hediondos e equiparados, impossibilitando a concessão de fiança, graça ou anistia. Assim, faz sentido permitir o benefício do acordo de não persecução penal.<sup>142</sup>

---

<sup>140</sup> Idem

<sup>141</sup> BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2020

<sup>142</sup> BALBI, Laura e ARAUJO, Douglas. **Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal.** 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/78760/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 07 de jan. 2020



Por fim, ao contrário dos crimes hediondos, os crimes militares<sup>143</sup> e eleitorais não estão excluídos da concessão do benefício. Mas deve-se avaliar o caso concreto, para que o acordo seja suficiente para a prevenção e reprovação do crime.

### *3.5.1 Quanto a Inaplicabilidade Diante do Cabimento da Transação Penal*

A Lei nº 13.964/19 estabelece, em seu inciso I do § 2º do art. 28-A, que o acordo não será celebrado quando for cabível a transação penal e, portanto, este instituto não colidirá com aquele.

Compreende-se que, no País, já há um reconhecimento da justiça criminal em âmbito consensual:

O ordenamento jurídico brasileiro já está familiarizado com institutos de Justiça penal consensual como a transação penal, para delitos de pequeno potencial ofensivo, e colaboração premiada, para crimes graves que podem envolver organizações criminosas. No entanto, faltava um instituto consensual para crimes de médio potencial ofensivo. Essa lacuna foi suprida com o acordo de não persecução penal (ANPP).<sup>144</sup>

Posto isto, ressalta-se que fundado em uma assunção de culpa, o acordo de não persecução penal tem como pré-requisito a confissão formal do cometimento do crime, de modo que, uma vez preenchidas as condições previstas pelo acordo, possibilita-se a aplicação de uma pena não privativa de liberdade. Nota-se que a

---

<sup>143</sup> FOUREAUX, Rodrigo. **O acordo de não persecução penal na justiça militar**. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/79320/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-na-justica-militar>>. Acesso em 03 fev. 2020

<sup>144</sup> MORAIS, Hermes Duarte. 2018. **Acordo de não persecução penal: um atalho para o triunfo da Justiça penal consensual?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-30/hermes-morais-acordo-nao-persecucao-penal-constitucional>>. Acesso em: 20 mar. 2018



distinção entre a transação penal e o acordo consiste na confissão e na aceitação da culpa.<sup>145</sup>

Sabe-se, assim, que a aceitação da proposta de transação penal não importa em confissão pelo beneficiado e, por isso, não há prejuízos próprios resultantes de uma condenação. Esta transação não pode ser considerada para fins de reincidência nem como fundamento, pela suposta vítima, para, no juízo cível, propor ação de indenização. Por fim, o único ônus do beneficiado é a impossibilidade de realizar outra transação dentro do prazo de cinco anos.<sup>146</sup>

Desta forma, se preenchidos os requisitos que possibilitam o oferecimento da transação penal, tais como o cometimento de crime com pena de até 2 (dois) anos, primariedade e bons antecedentes, além das demais particularidades previstas na Lei nº 9.099/95, não há que se falar em proposta de acordo de não persecução penal, quando há cabimento de transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais.

### 3.6 Quanto ao procedimento do ANPP

Em regra, o acordo deve ser celebrado na fase de investigação. Contudo, como se trata de norma mista (penal e processual), sua execução permite a retroação, como norma penal mais benéfica, nos casos em que já houve a denúncia. Assim, admite-se que seja realizado o acordo não apenas na fase pré-processual, mas também na fase processual, nos casos em que já houve o oferecimento ou recebimento da denúncia, mas que ainda não foram proferidas decisões condenatórias.

---

<sup>145</sup> SANTOS, Norton Makarthu Majela dos. **O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública: constitucionalidade, viabilidade e crítica**. 2018. 71f, p.61. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia), Departamento de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018

<sup>146</sup> LINHARES, Raul Marques e RITTER, Ruiz. 2018. **A aceitação da transação penal significa a admissão de culpa?** Disponível em: <<https://iaraschneider.com.br/noticias/direito-criminal/a-aceitacao-da-transacao-penal-significa-a-admissao-de-culpa>>. Acesso em: 12 de nov. 2018



Nos processos em que a denúncia já foi recebida, o instituto do acordo de não persecução penal pode funcionar como acordo para suspensão do processo e, cumprindo as exigências, promoverá a extinção da punibilidade do réu.

A ideia é que o investigado, ao ser ouvido em sede policial, manifeste seu interesse em celebrar o acordo. Assim, o Delegado de Polícia informará que se houver a confissão expressa e total, o MP poderá analisar o cabimento do acordo. Como o *parquet* possui a titularidade da ação penal, somente ele pode se comprometer a não oferecer a denúncia. O acordo só pode ser firmado com a anuência do investigado e sua defesa técnica. Ou seja, não é possível que somente a defesa técnica ou somente o investigado subscreva o acordo isoladamente. Mas não impede que eventual vício possa ser, posteriormente, suprido com a ratificação de seus termos.

Em eventual não oferecimento do acordo por parte do MP, mesmo quando presentes as condições e os requisitos de cabimento, o investigado poderá recorrer ao órgão de revisão do MP, conforme o § 14, do art. 28-A, da Lei nº 13.964/19.

**§ 14.** No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

Destarte, preenchido as hipóteses de cabimento do acordo, torna-se um poder-dever do Ministério Público em oferecer o acordo e, assim como na suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei nº 9.099/95)<sup>147</sup>, deve-se motivar em caso de eventual recusa.

---

<sup>147</sup> “A suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada” (Cf.> AgRg no HC 504.074/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 23/08/2019; RHC 99.181/GO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 22/04/2019).



### 3.6.1 Formalização por escrito do acordo

Com o oferecimento do acordo, este deve ser formalizado por escrito e firmado pelo membro do MP, pelo investigado e por seu defensor, nos termos do § 3º.

§ 3º O acordo de não persecução penal será **formalizado por escrito** e será **firmado** pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

É imprescindível a figura do defensor para a celebração do acordo, sob pena de nulidade absoluta do ato. Desta forma, a participação do advogado na negociação não pode ser apenas protocolar ou passiva, mas defender os interesses do investigado, buscando o suficiente necessário para reprimir e prevenir o crime praticado. Caso as condições propostas pelo *Parquet* sejam inadequadas, insuficientes e/ou abusivas, deve-se contestar para que sejam reformuladas.<sup>148</sup>

No caso de impossibilidade do investigado em obter a defesa técnica, uma solução seria a fixação de honorários a advogados dativos para atuar tanto na fase de celebração, bem como na realização de audiência de homologação. Uma outra possibilidade, seria com relação ao ajuste dos honorários advocatícios fixos para o acordo de não persecução penal.

Em havendo deliberação e convênio com a Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, é possível que seja ajustado valor mínimo para ser estabelecido como cláusula no ANPP, sobretudo quando identificada a capacidade financeira, ainda que mínima, do investigado. Para tanto, vale salientar, é imprescindível a celebração prévia de convênio com a OAB local, que deverá ter a incumbência de indicar lista de advogados inscritos para a celebração de ANPP.<sup>149</sup>

---

<sup>148</sup> FERREIRA, Lucas César Costa. **Acordo de não persecução penal: advento da Lei nº 13.964/19 e reflexos para o Ministério Público**. 2020. Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2020/01/3c12686e-acordo-de-nao-persecucao-pe.nal.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2020

<sup>149</sup> Idem



### 3.6.2 Audiência de Homologação

A audiência de homologação será realizada para que o juiz verifique legalidade e a voluntariedade por parte do acusado em aceitar o acordo, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, conforme o § 4º.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

É preferível que o defensor que atuou na celebração do acordo seja o mesmo presente na audiência de homologação.

Na audiência de homologação, o juiz deverá verificar, além da voluntariedade do investigado, a presença dos requisitos autorizadores, ausência de circunstâncias impeditivas, bem como a adequação, suficiência e não abusividade das cláusulas do acordo.

### 3.6.3 Recusa na homologação do acordo pelo Juiz

Primeiramente, cabe destacar que o juiz devolverá os autos ao MP para reformulação do acordo, com a concordância do investigado, quando considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo, nos termos do § 5º.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

Apesar disso, o Ministério Público poderá recusar-se a reformular o acordo.  
De acordo com Lucas César Costa Ferreira:

(...) A possibilidade de reformulação, porém, não obriga o órgão ministerial, que poderá recusar a reformulação, e, considerando a manifestação favorável do investigado e de seu



defensor, remeter os autos ao órgão superior (inteligência do § 14).<sup>150</sup>

Porém, de acordo com o § 7º, caso seja verificado a não voluntariedade do investigado, ou a ilegalidade do acordo, o juiz recusará a homologação da proposta do ANPP.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o

§ 5º deste artigo.

Da decisão judicial de não homologação a proposta de acordo de não persecução penal caberá recurso em sentido estrito, nos termos do inciso XXV do art. 581, do CPP<sup>151</sup>, acrescentado nesta nova Lei nº 13.964/19.

Cabe salientar que o art. 584 do CPP estabelece as hipóteses em que o recurso em sentido estrito terá efeito suspensivo. Este dispositivo não foi modificado pela nova legislação. Assim, em caso de recusa da homologação do acordo, não suspenderá a persecução penal.<sup>152</sup>

Desta forma, de acordo com o § 8º, o juiz devolverá os autos ao MP para análise de necessidade de complementação das investigações, requisitando novas diligências complementares (art. 16, do CPP<sup>153</sup>), ou o oferecimento da denúncia.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

---

<sup>150</sup> Idem

<sup>151</sup> **Art. 581.** Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: **XXV** - que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A desta Lei.

<sup>152</sup> FERREIRA, Lucas César Costa. **Acordo de não persecução penal: advento da Lei nº 13.964/19 e reflexos para o Ministério Público.** 2020. Disponível em: <[https://s3.meusitejuridico.com.br/2020/01/3c12686e-acordo-de-nao-persecucao-pe nal.pdf](https://s3.meusitejuridico.com.br/2020/01/3c12686e-acordo-de-nao-persecucao-pe%20nal.pdf)>. Acesso em: 22 jan. 2020

<sup>153</sup> **Art. 16.** O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia



### 3.6.4 Homologação Judicial do acordo

Com a homologação judicial do acordo, o juiz intimará a vítima e devolverá os autos ao MP para que inicie sua execução perante o juízo da execução penal, conforme os §§ 6º e 9º

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

Como a execução do acordo se dá perante o juízo de execução penal, após a ciência da sua homologação, caberá ao MP determinar a suspensão do inquérito policial. Posteriormente, o membro do MP “providenciará a remessa de cópia do ANPP e de sua homologação, acompanhadas de peças essenciais, ao membro que detenha atribuição em matéria de execução penal para o ajuizamento da correspondente execução do ANPP”<sup>154</sup>.

Homologado o acordo, ocorrerá o trancamento da ação penal, na fase em que se encontrar, podendo até suspender as investigações em curso. Em caso de rescisão do acordo, a persecução penal retomará da fase em que foi trancada, sem prejuízo aos atos praticados anteriormente.<sup>155</sup>

## 3.7 Quanto ao descumprimento do acordo

Uma vez celebrado o acordo entre o MP e o investigado, bem como a homologação pelo juiz, tem-se a submissão do investigado às condições previstas nos incisos do *caput* do art. 28-A, as quais podem ser ajustadas de forma cumulativa ou alternada.

---

<sup>154</sup> FERREIRA, Lucas César Costa. **Acordo de não persecução penal: advento da Lei nº 13.964/19 e reflexos para o Ministério Público**. 2020. Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2020/01/3c12686e-acordo-de-nao-persecucao-pe.nal.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2020

<sup>155</sup> Idem





Desta forma, em caso de descumprimento destas condições, o § 10 deste mesmo artigo estipula o seguinte:

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. (grifo meu).

Assim sendo, uma vez não observadas as condições e deveres, por parte do investigado, o Ministério Público deverá comunicar ao juiz da execução, que determinará a rescisão do acordo e intimar a vítima para informá-la do descumprimento por parte do acusado, conforme o § 9º. Desta decisão, a defesa poderá interpor agravo em execução, sem efeito suspensivo, nos termos do art. 197, da Lei nº 7.210/84.

Posteriormente, o membro do MP deverá solicitar a revogação da suspensão dos autos do inquérito policial e, em seguida, oferecer imediatamente a denúncia.

Neste caso, não há que se falar em prescrição, pois a Lei nº 13.964/19 adicionou o inciso IV ao art. 116 do Código Penal, acrescentando às causas impeditivas da prescrição enquanto não se cumpre ou não rescinde o acordo de não persecução penal.

**Art. 116** - Antes de passar em julgado a sentença final, a **prescrição não corre**:

**IV** - enquanto **não cumprido** ou **não rescindido** o acordo de não persecução penal. (grifo meu)

A prescrição da pretensão punitiva se inicia por meio das condições trazidas pelos incisos do art. 111, do CP. Na maioria das vezes, a prescrição já estará em curso quando for firmado a celebração do acordo. Porém, a “mera celebração do ANPP não constitui causa suficiente para a suspensão do curso prescricional, mas sim a sua homologação judicial”.<sup>156</sup> Assim, a partir da homologação, o lapso

---

<sup>156</sup> FERREIRA, Lucas César Costa. **Acordo de não persecução penal: advento da Lei nº 13.964/19 e reflexos para o Ministério Público**. 2020. Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2020/01/3c12686e-acordo-de-nao-persecucao-penal.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2020



prescricional da pretensão punitiva não correrá, permanecendo suspensa até o cumprimento ou rescisão do acordo.

### 3.7.1 *Quanto a Suspensão Condicional do Processo*

A suspensão condicional do processo tem por objetivo evitar a imposição de pena se tratando de crimes de médio potencial ofensivo. Este instituto está previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, o qual prevê o seguinte:

**Art. 89.** Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o **Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo**, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal) **(grifo meu)**.<sup>157</sup>

Desta maneira, com a suspensão da tramitação do processo e o preenchimento das condições estabelecidas, vencido o período de prova previamente determinado, a punibilidade do agente é extinta.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

Por sua vez, se o investigado descumprir o acordo de não persecução penal celebrado com o Ministério Público, o membro desta instituição pode utilizar tal argumento como justificativa para eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo, conforme o § 11º, art. 28-A, da Lei nº 13.964/19.

---

<sup>157</sup> BRASIL, Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm)>. Acesso em: 14 de nov. 2019



### 3.8 Quanto ao cumprimento do acordo

O juízo competente decretará a extinção de punibilidade apenas se o investigado tiver cumprido integralmente o acordo, conforme o § 13 do art. 28-A da Lei nº 13.964/19.

**§ 13.** Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

Segundo Laura Balbi e Douglas Araújo, tem-se que:

Tenho que compete ao juízo que homologou o acordo não só a prerrogativa de rescindi-lo, mas também de reajustar as condições fixadas e de extinguir a punibilidade quando integralmente cumprido, cabendo ao juízo executivo somente a sua fiscalização.<sup>158</sup>

Assim, a Lei nº 13.964/19 prevê, dentre outras modificações no CPP (art. 28-A), a inclusão da obrigatoriedade de remessa dos autos, por parte do MP, ao juízo competente, o qual possuirá a incumbência de decretar a extinção da punibilidade do agente após o cumprimento integral do acordo.<sup>159</sup>

Desta forma, ao estar ciente da decisão de extinção de punibilidade do decretada nos autos de execução do acordo, o membro do MP deverá juntar cópia do ato judicial no inquérito policial para promover o seu arquivamento em instância superior de revisão do Ministério Público, conforme o caput do art. 28, do CPP.<sup>160</sup>

Cabe destacar que, de acordo com o § 12, a celebração e o cumprimento do acordo não constarão na certidão de antecedentes criminais. Exceto como forma de impedimento ao agente que já tenha sido beneficiado pelo instituto do acordo de não

---

<sup>158</sup> BALBI, Laura e ARAUJO, Douglas. **Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal**. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/78760/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 07 de jan. 2020

<sup>159</sup> BARROS, Francisco Dirceu. **O Acordo de Não Persecução Penal e o Acordo de Não Continuidade da Persecução Penal**. Disponível em: <[http://genjuridico.com.br/2019/02/27/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-o-acordo-de-nao-continuidade-da-persecucao-penal-entenda-de-forma-didatica-o-futuro-do-processo-penal](http://genjuridico.com.br/2019/02/27/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-o-acordo-de-nao-continuidade-da-persecucao-penal-entenda-de-forma-didatica-o-futuro-do-processo-penal/)>. Acesso em: 15 de nov. 2019

<sup>160</sup> FERREIRA, Lucas César Costa. **Acordo de não persecução penal: advento da Lei nº 13.964/19 e reflexos para o Ministério Público**. 2020. Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2020/01/3c12686e-acordo-de-nao-persecucao-pe-nal.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2020



persecução penal nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da nova infração, nos termos do inciso III do § 2º do mesmo artigo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

Enfim, após detalhar o novo instituto e compreender melhor a sua aplicação no direito brasileiro, faremos uma análise de compatibilidade do acordo de não persecução penal com os princípios da ação penal.

### 3.9 Quanto aos princípios da ação penal<sup>161</sup>

Os princípios processuais penais que são aplicados à ação penal pública deverão ser obrigatoriamente observados, para que seja garantida a eficiência do Estado e a legalidade quanto ao exercício do *jus puniendi* pelo Estado. Destarte, analisaremos os princípios da ação penal aplicados ao procedimento do instituto do acordo de não persecução penal.

#### 3.9.1 Quanto à Oportunidade Regrada<sup>162</sup>

O princípio da oportunidade, como já tratado anteriormente<sup>163</sup>, constitui uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, o qual garante uma faculdade ao titular da ação penal (Ministério Público) quanto à propositura ou prosseguimento da ação em casos de escassa culpabilidade e pouca lesividade social.

Por sua vez, o acordo de não persecução penal se trata de um ato de disposição da ação penal, que excepciona a regra da obrigatoriedade da ação, cabendo ao Ministério Público, num juízo de conveniência e oportunidade, valer-se da discricionariedade quanto à disposição ou exercício da ação penal.

---

<sup>161</sup> Capítulo 1 – Persecução Penal Brasileira e os Princípios da Ação Penal

<sup>162</sup> SILVA, Eduardo Araújo da. **Ação penal pública (princípio da oportunidade regrada)**. Editora Atlas, cap. 2

<sup>163</sup> Capítulo 1 – Persecução Penal Brasileira e os Princípios da Ação Penal



A Constituição dispõe no art. 129, inciso I, que é função institucional do Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. Assim sendo, a CRFB/88 reforça a ideia de que o *parquet* deve observância à lei, mesmo sendo o titular da ação penal e, por isso, para que o MP desfrute do princípio da oportunidade regrada, pressupõe-se uma previsão legal específica quanto à sua aplicação.

Com a criação da nova Lei nº 13.964/19, que prevê o instituto, a exceção ao princípio da obrigatoriedade foi legalmente normatizada. Assim, pode ser aplicado o princípio da oportunidade regrada ao acordo de não persecução penal, como exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Além disto, BINDER<sup>164</sup> entende que o princípio da oportunidade também decorre dos princípios da *ultima ratio*, da mínima intervenção, da não naturalização, da economia da violência, da utilidade e do princípio de respaldo.<sup>165</sup> Assim, com o novo instituto, poderemos sentir a médio e longo prazo os efeitos, principalmente na diminuição de denúncias, aliviando a carga processual. Desta forma, aplica-se a *ultima ratio*, com uma ideia de intervenção mínima do Estado. Dá-se, então, mais autonomia às partes (MP e investigado), para não processar “condutas de menor relevância social, que não ofendem os bens jurídicos mais sensíveis à sociedade, alcançando a imediata e individualizada aplicação da pena”.<sup>166</sup> Assim entende Hermes Forchesatto Bueno:

Com essa inovação jurídica, na qual, o legislador teve êxito, podemos a médio e longo prazo sentir os efeitos da não persecução penal, principalmente no tocante a diminuição de denúncias, que deveriam ser realizadas pelo órgão Ministerial (princípio da obrigatoriedade da ação), concluindo com

<sup>164</sup> BINDER, Alberto. **Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, PP. 159-181

<sup>165</sup> CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **O acordo de não persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>>. Acesso em 15 de mar. 2020

<sup>166</sup> OLIVEIRA, Juliana Geovana Lasmari de. **Acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53573/acordo-de-no-persecucao-penal-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 15 de mar. 2020



exatidão os objetivos buscados pela promoção do acordo, que é aliviar a carga processual, na qual, tende a remover da *ultima ratio* condutas que não contêm um dano relevante a sociedade, ou seja, com menor potencial ofensivo ao bem jurídico tutelado pelo direito penal no caso concreto, como também, uma classificação das infrações, surgindo um afinilamento dos processos mais relevantes que devem passar pelo devido processo penal<sup>167</sup>.

Posto isto, conforme o caput do art. 28-A, entende-se que, uma vez preenchidos os requisitos autorizadores para a proposta do acordo, demonstrados acima, o MP poderá, ou não, fazê-lo.

### 3.9.2 *Quanto a Inafastabilidade da Jurisdição*

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, também reconhecido como princípio da indeclinabilidade, encontra previsão constitucional<sup>168</sup>, a qual preceitua que não há que se falar em exclusão da apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário.

Assim sendo, uma vez que o Estado possui o monopólio do *jus puniendi*, cabe-lhe exclusivamente o processamento de casos criminais, bem como a imposição das respectivas sanções.<sup>169</sup> Neste sentido, Borges preceitua que, no âmbito processual penal, a jurisdição “tem como finalidade o acertamento irrevogável dos chamados casos penais, isto é, das situações de dúvida quanto à aplicação ou não da sanção penal”.<sup>170</sup>

O art. 28-A, por sua vez, assegura a inafastabilidade da jurisdição nos §§ 4º e 6º, ao prever que, após a realização do acordo, entre o MP e o acusado, tem-se a submissão dos autos à apreciação judicial por meio de uma audiência, em que o juiz

---

<sup>167</sup> BUENO, Hermes Forchesatto. **Direito Penal: o acordo da “não persecução penal” e seus resultados a longo prazo**. Disponível em: <<https://jakobueno.jusbrasil.com.br/artigos/816617632/direito-o-penal-o-acordo-da-nao-persecucao-penal-e-seus-resultados-a-longo-prazo>>. Acesso em 15 de mar. 2020

<sup>168</sup> BRASIL. Constituição Federal. Art. 5º, inc. XXXV, da CRFB/88

<sup>169</sup> TALON, Evinis. **Breves comentários sobre a jurisdição penal**. 2017. Disponível em: <<https://evinistalon.com/breves-comentarios-sobre-a-jurisducao-penal/>>. Acesso em: 11 de nov. 2019

<sup>170</sup> BORGES, Clara Roman. **Jurisdição penal e normalização**. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 189



irá verificar a voluntariedade e legalidade do ato. Desta maneira, o acordo apenas será homologado judicialmente apenas se o juiz considerar que as condições são proporcionais, devolvendo os autos ao MP para iniciar a execução perante o juízo de execução penal.

### 3.9.3 Quanto a Independência Funcional dos Membros do MP

Conforme previsão da Carta Magna (art. 127, § 1º)<sup>171</sup>, a independência funcional é um dos princípios institucionais do Ministério Público, além dos princípios da unidade e indivisibilidade.

No que diz respeito à independência funcional, tem-se que o “livre convencimento de cada membro do Ministério Público, ou seja, inexistente vinculação dos seus membros a pronunciamentos processuais anteriores”<sup>172</sup>

O art. 28 do Código de Processo Penal, por seu turno, dispõe o seguinte:

**Art. 28.** Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Nota-se, assim, a observância ao princípio constitucional, de modo que, no âmbito processual penal, resguarda-se a autonomia do MP e de seus membros. Do mesmo modo, os §§ 5º e 8º, do art. 28-A, preveem que se o juiz entender pelo não cabimento do acordo, devolverá os autos ao MP para que: (i) seja reformulada a

---

<sup>171</sup> **Art. 127.** O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional

<sup>172</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Ministério Público: princípio da independência funcional.** Disponível em: <<https://ifg.jusbrasil.com.br/noticias/1564493/ministerio-publico-principio-da-independencia-funcional>>. Acesso em: 11 de nov. 2019



proposta do acordo, com concordância do investigado e seu defensor; (ii) análise de complementação das investigações; ou (iii) oferecimento da denúncia.

O § 5º pode se tornar alvo de debates por conceder permissão ao juiz de ampliar a sanção penal caso ele considere insuficiente as condições impostas. Já o § 8º trouxe uma aplicação diversa do § 6º, art. 18 da Resolução nº 181<sup>173</sup>, de 2017, do CNMP, em que se o juiz entender ser incabível o acordo, este deveria remeter os autos ao procurador-geral, o qual, se concordar com o entendimento do magistrado, deveria oferecer a denúncia ou designar outro membro para oferecê-la.

### 3.9.4 *Quanto ao Devido Processo Legal*

A noção de devido processo legal se insere em um contexto de Estado democrático de Direito, o qual visa a garantia do exercício de direitos individuais e sociais, de tal forma que os Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) são organizados de modo que um não avance arbitrariamente a função precípua do outro.<sup>174</sup>

O princípio do devido processo legal é originário da expressão inglesa *due process of law*, que se trata de uma cláusula inspirada nas emendas 5ª e 14ª da Constituição Americana. No ordenamento pátrio, por sua vez, encontra previsão no art. 5º, inc. LIV, da CRFB/88, a qual dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.<sup>175</sup>

Neste sentido, nota-se que o acordo garante observância ao devido processo legal, uma vez que, primeiramente, será formalizado, para posterior apreciação

---

<sup>173</sup> BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.p df>>. Acesso em: 20 mar. 2018

<sup>174</sup> DE SIQUEIRA, Alessandro Marques. **Estado Democrático de Direito. Separação de poderes e súmula vinculante**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12155/estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 30 de nov. 2019

<sup>175</sup> AMBAR, Jeanne. **Princípio do Devido Processo Legal**. Disponível em: <<https://jeannecarla.jusbrasil.com.br/artigos/508449934/principio-do-devido-processo-legal>>. Acesso em: 30 de nov. 2019





judicial, com o intuito de garantir que o investigado tenha seus direitos e garantias assegurados, conforme o § 3º.

### 3.9.4.1 Quanto à confissão e o Devido Processo Legal

De acordo com o caput do art. 28-A, é pré-requisito de admissibilidade do acordo, que o investigado confesse formalmente ou circunstanciadamente a prática delitiva.

Quanto à confissão, pode ser conceituada da seguinte forma:

É a admissão por parte do suposto autor da infração, de fatos que lhe são atribuídos e que lhe são desfavoráveis. O reconhecimento da infração por alguém que não é sequer indiciado não é tecnicamente confissão, e sim auto- acusação. Confessar é reconhecer a autoria da imputação ou dos fatos objeto da investigação preliminar por aquele que está no polo passivo da persecução penal.<sup>176</sup>

A confissão encontra previsão legal no art. 197 a 200 do Código de Processo Penal e, no Código Penal, no art. 65, inc. III, alínea “d”, além de estar previsto nas legislações extravagantes.

Há, ainda, requisitos intrínsecos e extrínsecos para que a confissão seja regularmente válida:

Com vista à validade da confissão, aponta a doutrina a necessidade da presença de requisitos intrínsecos e de requisitos formais. Como requisitos intrínsecos, destacam-se a verossimilhança, que se traduz como a probabilidade de o fato efetivamente ter ocorrido da forma como confessada pelo réu; a clareza, caracterizada por meio de uma narrativa compreensível e com sentido inequívoco; a persistência, que se revela por meio da repetição dos mesmos aspectos e circunstâncias, sem modificação no relato quanto aos detalhes principais da ação delituosa; e a coincidência entre o relato do confitente e os demais meios de prova angariados ao processo. Por outro lado, como requisitos formais estão a personalidade, devendo a confissão ser realizada pelo próprio réu, não se

---

<sup>176</sup> TÁVORA, Nestor. ANTONNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 359



admitindo seja feita por interposta pessoa, como o defensor e o mandatário; o caráter expresso, pois deve ser reduzida a termo; oferecimento perante o juiz competente, qual seja, o que está oficiando no processo criminal; a espontaneidade, impondo-se que seja oferecida sem qualquer coação; e a saúde mental, possibilitando-se o convencimento do juízo de que o relato não está sendo fruto da imaginação ou de alucinações do acusado.<sup>177</sup>

No que diz respeito ao acordo de não persecução penal, o acusado, por outro lado, para ser beneficiado pelo acordo, deve confessar formal e circunstanciadamente a sua prática. Assim, ressalta-se que a confissão é dotada de um caráter personalíssimo, de modo que somente o acusado pode confessar o fato delituoso e, assim sendo, veda-se a confissão por procuração.

Com a confissão no acordo formalizado por escrito e firmado pelo membro do MP, pelo investigado e por seu defensor, será realizada uma audiência para que o juiz verifique a voluntariedade por parte do acusado em aceitar o acordo, além da sua legalidade, conforme o § 4º.

Por conseguinte, o devido processo legal tem relação com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, posto que para ser celebrado, pressupõe-se a observância a diversos requisitos procedimentais, além da apreciação judicial prévia à implementação.

A confissão do acusado vem gerando inúmeras discussões, e a principal crítica é que a confissão fere o princípio da presunção de inocência. Além disto, questiona-se: após a confissão do acusado, no caso de descumprimento das condições estabelecidas em acordo, esta confissão pode ser utilizada como meio de prova para condená-lo? Não. A confissão não pode ser utilizada como prova contra o acusado com o posterior oferecimento da denúncia<sup>178</sup>. É o que entende Mazloun:

---

<sup>177</sup> AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal Esquematisado*. São Paulo: Método, 2009, p. 490

<sup>178</sup> LOPES JÚNIOR, Aury e JOSITA, Hígyna. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em 08 mar. 2020



Impende ressaltar que o descumprimento do acordo não valida a confissão como prova porque não há processo ainda, aplicável a regra do artigo 155 do CPP. Ademais, a situação assemelha-se à delação premiada desfeita, em que as provas autoincriminatórias não podem ser utilizadas em desfavor do colaborador.<sup>179</sup>

Da mesma forma, Cunha afirma que:

[...] apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal.<sup>180</sup>

Posto isto, entende-se que assim como na delação premiada, o acordo é desfeito, não podendo utilizar a confissão como meio de prova. Também não se deve condenar o acusado com base na confissão, pois o acusado não reconhece a culpa, mas há apenas uma confissão com admissão implícita de culpa. Além disto, é necessário que se realize o devido processo legal, e considerá-lo culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, nos termos do inciso LVII, do art. 5º, da CRFB/88<sup>181</sup>.

A confissão formal é realizada perante autoridade pública (policial ou membro do MP, por exemplo), de forma escrita, expressamente prevista nas cláusulas do acordo. A confissão circunstanciada diz respeito aos detalhes e especificações das principais características da infração sobre qual se trata o acordo, seja o tempo, lugar, meio de execução, e etc. Tal confissão é necessária para traçar limites objetivos de eventual formação de coisa julgada (art. 95, IV do CPP c/c art. 503 do CPC).<sup>182</sup>

<sup>179</sup> MAZLOUM, Ali e MAZLOUM, Amir. **Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso**. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opinioao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>>. Acesso em 11 mar. 2020

<sup>180</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodium, 2020. p. 129

<sup>181</sup> **CRFB/88, art. 5º, LVII** - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

<sup>182</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O acordo de não persecução penal**. 2020. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2020/01/31/o-acordo-de-nao-persecucao-penal/>>. Acesso em 11 mar. 2020



Já a confissão qualificada, entende-se não ser aceitável, devendo ser aplicada a atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do CP, conforme entendimento do Sauveí Lai:

A confissão qualificada – em que se alega uma causa de absolvição, como exculpante – reputamos imprestável à concessão dessa benesse, não obstante súmula n. 545 do STJ, que a reconhece como atenuante do art. 65, III, d do CP na fixação da pena, caso o Juiz a use na formação de sua convicção condenatória, situação bem diversa da presente, na qual se oferece um benefício pré-processual.<sup>183</sup>

Caso o investigado tenha praticado mais de uma infração penal, tendo confessado apenas uma das infrações, o acordo poderá ser feito apenas em relação ao fato admitido, devendo, assim, oferecer a denúncia, se houver justa causa, com relação à infração não confessada.<sup>184</sup>

## CONCLUSÃO

Observou-se com a presente monografia que os princípios da ação penal pública são de observância obrigatória, a fim de garantir uma eficiência estatal e legalidade quando do exercício do *jus puniendi* pelo Estado, por meio da persecução penal, analisado no Capítulo I.

Porém, em virtude da morosidade da jurisdição brasileira e da busca por soluções alternativas de resolução de conflitos penais, visando à economia e celeridade processual, almeja-se desafogar a Justiça Criminal. Desta maneira, garante-se, assim, o exercício do direito de punir do Estado, de modo que se criou alguns meios alternativos, que não seja pela via tradicional, para crimes de menor e

---

<sup>183</sup> LAI, Sauveí. **Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal**. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320078/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-pers-ecucacao-penal>>. Acesso em 11 mar. 2020

<sup>184</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O acordo de não persecução penal**. 2020. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2020/01/31/o-acordo-de-nao-persecucao-penal/>>. Acesso em 11 mar. 2020



médio potencial ofensivo. Por sua vez, no Capítulo II, a título de direito comparado, analisou-se os principais meios alternativos utilizados no mundo ocidental.

Assim sendo, com vistas àquelas questões, foi criado o instituto do acordo de não persecução penal, o qual, inicialmente, era previsto pela Resolução nº 181 e nº 183, de 7 de agosto de 2017 e 24 de janeiro de 2018, respectivamente, do Conselho Nacional do Ministério Público. Ocorre que, na Resolução, o instituto não era amplamente utilizado, devido à ausência de respaldo legal e, ainda, foi alvo de críticas, as quais foram materializadas mediante a interposição de ações diretas de inconstitucionalidade (ADI nº 5.790 e ADI nº 5.793). No entanto, em 2019, houve a legalização deste instituto por meio da Lei nº 13.964/2019, popularmente chamado de “Pacote Anticrime”, acrescentando o art. 28-A ao Código de Processo Penal.

Todavia, mesmo após a legalização do instituto, questionou-se quanto à sua aplicabilidade e compatibilidade diante dos princípios da ação penal, os quais foram objeto de estudo no Capítulo I e Capítulo III, respectivamente.

No Capítulo III, observa-se que, com a previsão do instituto na nova Lei nº 13.964/19, a exceção ao princípio da obrigatoriedade foi legalmente normatizada, de modo que se pode aplicar o princípio da oportunidade regrada ao MP, além da *autlimina ratio*, com uma ideia de intervenção mínima do Estado. Deste modo, garante-se a eficiência do Estado e a legalização quanto ao exercício do direito de punir, respeitando os demais princípios da ação penal, os quais são de observância obrigatória.

Na justiça criminal brasileira, por sua vez, a aplicação tornou-se viável aos crimes previstos no ordenamento jurídico. Nesse sentido, é cabível aos delitos que possuem penas de no mínimo 4 (quatro) anos, de modo que tais delitos não devem ser praticados mediante violência ou grave ameaça.

Além disto, o acordo de não persecução penal deve ser realizado entre o Ministério Público e o investigado, em troca de eventuais benefícios, desde que preenchidos determinados requisitos elencados no art. 28-A do Código de Processo



Penal. Observa-se também que o instituto não é aplicado quando cabível a transação penal de competência do JECRIM, não resvalando em suas disposições legais.

Em regra, no que diz respeito à sua compatibilidade ao ordenamento jurídico brasileiro, o acordo é celebrado na fase pré-processual. Ocorre que há exceções nos casos em que já houve a denúncia e inexistem decisões condenatórias. Assim, preenchidas as hipóteses de cabimento, o oferecimento do acordo torna-se um dever do MP, o qual, em caso de recusa, deve motivá-la.

A lei prescreve que o acordo deve ser formalizado por escrito e, ademais, o juiz da execução, em audiência de homologação, irá observar a voluntariedade do investigado, a legalidade do acordo e, a compatibilidade e proporcionalidade das condições indicadas pelo MP, assegurando o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Assim, assegura-se o princípio do devido processo legal, uma vez que, com a formalização do acordo e posterior apreciação judicial, o instituto garante que o investigado tenha seus direitos e garantias assegurados.

Dessa maneira, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade quando o investigado cumprir integralmente o acordo. Além do mais, a celebração e o acordo não constarão na certidão de antecedentes criminais.

Por outro lado, no caso de descumprimento, pelo acusado, de quaisquer condições estipuladas no acordo, o MP comunicará ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. No entanto, com o posterior oferecimento da denúncia, a confissão não pode ser utilizada como prova contra o acusado e, não pode condená-lo com base nesta confissão, pois não há uma admissão de culpa, a qual será efetivamente reconhecida apenas com o devido processo legal.

Diante do exposto, entendo que o instituto possui constitucionalidade material, uma vez que, além da compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, observa-se os preceitos constitucionais, tais como a oportunidade regrada, inafastabilidade da jurisdição, independência funcional dos membros do MP e o devido processo legal. Porém, entendo que ainda há alguns pontos omissos e/ou



controvertidos na previsão do instituto pela Lei nº 13.964/19, os quais serão alvo de diversos debates pela comunidade jurídica no que diz respeito a sua completa implementação.

Por fim, conclui-se que o instituto é perfeitamente aplicável à Justiça Criminal brasileira e, com a superação do vício de origem, o instituto do acordo de não-persecução penal, com suas melhorias, merece elogios, uma vez que objetiva aperfeiçoar a justiça, respeitando os princípios oportunamente apresentados, os quais balizam a ação penal.

## REFERÊNCIAS

- ALBERGARIA, Pedro Soares. *Plea Bargaining* Aproximação à Justiça Negociada dos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARAS, V. Princípios do Processo Penal. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2416/principios-do-processo-penal>>. Acesso em: 07 de out. 2019.
- ANDRADE, Flávio da Silva. O acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público - art. 18 da Resolução nº 181/2017: análise de sua compatibilidade constitucional, p. 108. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Ano XIX, n. 137, abril/junho de 2018, ISSN 1982-1506.
- BALBI, Laura e ARAUJO, Douglas. Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/78760/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 07 de jan. 2020.
- BARROS, A. J.S. LEHFELD, N. A. S. Fundamentos de Metodologia: Um Guia para a Iniciação Científica. 2ª Ed. São Paulo: Makron Books, 2000.
- BARROS, Francisco Dirceu e ROMANUIC, Jefson. Acordo de não persecução penal: teoria e prática. Leme, SP: Editora JH Mizuno, 2019.
- BAYER, D. A. Princípios Fundamentais do Direito Processual Penal – Parte 05. Disponível em: <<https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943169/principios-fundamentais-do-direito-processual-penal-parte-05>>. Acesso em: 07 de out. 2019.
- BINDER, Alberto. Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, PP. 159-181.



BOND, James E. *Plea bargaining and guilty pleas*. New York: Clark Boardman, 1975.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/resolucao-cnmp-1832018.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 04 de out. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.869; de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 3 out. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 3 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BUENO, Hermes Forchesatto. Direito Penal: o acordo da “não persecução penal” e seus resultados a longo prazo. Disponível em: <<https://jakobueno.jusbrasil.com.br/artigos/816617632/direito-penal-o-acordo-da-nao-persecucao-penal-e-seus-resultados-a-longo-prazo>>. Acesso em 15 de mar. 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O acordo de não persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>>. Acesso em 15 de mar. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Grupos de trabalho da Câmara e do CNJ vão analisar propostas de combate à violência. 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/553584-grupos-de-trabalho-da-camara-e>>





do-cnj- vao-analisar-propostas-de-combate-a-violencia/>. Acesso em: 11 de jan. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 882/2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>. Acesso em: 7 de jun. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 10372/2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>>. Acesso em: 16 de dez. 2019.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea Bargaining* e Justiça Criminal Consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Custos Legis – Revista eletrônica do Ministério Público Federal. 2012. Disponível em <[http://www.prtj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012\\_Penal\\_Processo\\_Penal\\_Campo\\_s\\_Plea\\_Bargaining.pdf](http://www.prtj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campo_s_Plea_Bargaining.pdf)>. Acesso em 29 mar. 2019.

CANÁRIO, Pedro. Lei do “pacote anticrime” cria acordo de não persecução para crimes sem violência. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/lei-pacote-anticrime-cria-acordo-nao-persecucao-penal>> Acesso em: 11 de jan. 2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 23ª ed. São Paulo: SARAIVA, 2015.

CERVO, A. L.; SILVA, R.; BERVIAN, P. A. Metodologia Científica. 6ª ed. São Paulo: Pearson, 2007.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. Juizados especiais cíveis e criminais: federais e estaduais. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

Conselho Nacional de Justiça. Morosidade da Justiça é a principal reclamação recebida pela Ouvidoria do CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62126-morosidade-da-justica-e-a-principal-reclamacao-recebida-pela-ouvidoria-do-cnj>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

COUTINHO, G. Sérgio Moro defende “*plea bargain*”, pauta proposta por Benedito Torres. Disponível em: <<http://www.mpggo.mp.br/portal/noticia/sergio-moro-defende-plea-bargain-pauta-proposta-por-benedito-torres#.XO60kOhKjcs>>. Acesso em: 25 de mai. 2019.

CUNHA, R. S. et. al. Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP. 1ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2018.



DA CUNHA, Franciele Leite; PERUCHI, Vitor Antonio Guazzelli. Análise constitucional da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional Do Ministério Público: acordo de não-persecução penal. 2018. Disponível em:

<[http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/01/franciele\\_cunha.pdf](http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/01/franciele_cunha.pdf)>. Acesso em: 10 de nov. 2019.

DE MELO, Adriano. Os efeitos dos meios alternativos na solução dos conflitos penais. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38519/os-efeitos-dos-meios-alternativos-na-solucao-dos-conflitos-penais>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

DOTTI, R. A. Princípios do Processo Penal. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176016/000470590.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05 de out. 2019.

DOTTI, R. A. e SACANDELARI, Gustavo Britta. Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o *plea bargain* brasileiro. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. 2019. Disponível em:

<[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/6312-Acordos-de-nao-persecucao-e-de-aplicacao-imediata-de-pena-o-plea-bargain-brasileiro](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6312-Acordos-de-nao-persecucao-e-de-aplicacao-imediata-de-pena-o-plea-bargain-brasileiro)>. Acesso em: 12 de nov. 2018.

FERREIRA, Lucas César Costa. Acordo de não persecução penal: advento da Lei nº 13.964/19 e reflexos para o Ministério Público. 2020. Disponível em:

<<https://s3.meusitejuridico.com.br/2020/01/3c12686e-acordo-de-nao-persecucao-penal.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2020.

FISCHER, D. ANDRADE, M. F. Investigação criminal pelo Ministério Público: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

FOUREAUX, Rodrigo. O acordo de não persecução penal na justiça militar. 2020.

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/79320/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-na-justica-militar>>. Acesso em 03 fev. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. Homicídios: lentidão da justiça prolonga infinitamente os velórios. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121823658/homicidios-lentidao-da-justica-prolonga-infinitamente-os-velorios>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Ministério Público: princípio da independência funcional. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1564493/ministerio-publico-principio-da-independencia-funcional>>. Acesso em: 11 de nov. 2019.



GRINOVER, Ada Pellegrini. FILHO, Antônio Magalhães Gomes. FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES, Luiz Flávio. Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. 5 ed. Revista dos Tribunais. 2005. p. 157.

HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*. Chicago: *The University of Chicago Press*, 1978. JESUS, Damásio de. Direito Penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury e JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em 08 mar. 2020.

JÚNIOR, Eliezer Siqueira de Sousa e CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Plea Bargaining* nos Estados Unidos da América e os Juizados Especiais Criminais no Brasil: Uma Análise de Direito Estrangeiro. Organização Comitê Científico, 2017. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rpej/article/view/2405/pdf>>. Acesso em 29 mar. 2019.

LAI, Sauvei. Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320078/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em 11 mar. 2020.

LEITE, Rosimeire Ventura. Justiça Consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro. Tese de Doutorado. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>>. Acesso em 29 mar. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Rio de Janeiro: Impetus. 2016.

LINHARES, Raul Marques e RITTER, Ruiz. 2018. A aceitação da transação penal significa a admissão de culpa? Disponível em: <<https://iaraschneider.com.br/noticias/direito-criminal/a-aceitacao-da-transacao-penal-significa-a-admissao-de-culpa>>. Acesso em: 12 de nov. 2018.

MATOS, G. C. Transação penal e o princípio da discricionariedade regrada. Disponível em: <<http://chaves-soletti.adv.br/artigos.php?act=artigo11>>. Acesso em: 06 de out. 2019.

MAYNARD, Douglas W. *Inside plea bargaining*. New York: *Plenum Press*, 1984.

MELO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros. 2009.



MAZLOUM, Ali e MAZLOUM, Amir. Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>>. Acesso em 11 mar. 2020.

MIETLICKI, Paulla Paim. O acordo de não persecução penal e sua inserção no direito brasileiro. Porto Alegre, 2018. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/174661/001061500.pdf?sequence=1>>. Acesso em 29 mar. 2019.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Juizados Especiais Criminais: Comentários, Jurisprudência e Legislação. 4. ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas. 2000.

MORAIS, Hermes Duarte. 2018. Acordo de não persecução penal: um atalho para o triunfo da Justiça penal consensual? Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-30/hermes-morais-acordo-nao-persecucao-penal-constitucional>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Classificação das infrações penais. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1000051/classificacao-das-infracoes-penais>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. 2020. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2020/01/31/o-acordo-de-nao-persecucao-penal/>>. Acesso em 11 mar. 2020.

MP/PE. Pacote anticrime propõe o acordo de não persecução penal. Disponível em: <<https://mppe.mp.br/mppe/comunicacao/noticias/10508-pacote-anticrime-propoe-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 25 de mai. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda. 2017, p. 199.

OLDONI, F., FACCHINI, O. D. Aspectos destacados da transação penal e da suspensão condicional do processo nos juizados especiais criminais. 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/leonardo%20woiciechovski%20domingos.pdf>>. Acesso em 29 mar. 2019.

OLIVEIRA, Juliana Geovana Lasmar de. Acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53573/acordo-de-nao-persecuo-penal-no-ordenamento-jurdico-brasilero>>. Acesso em 15 de mar. 2020.



OLIVEIRA, Luiz Rogério Monteiro de; CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho. A confissão em juízo: características, vícios e sua valoração. 2015. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102017-085858/pt-br.php>>. Acesso em 29 mar. 2019.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

POLASTRI, Marcellus. Ministério Público e Persecução Criminal. 5 ed. São Paulo: Juspodivm, 2016.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lúmen Júris Editora. Rio de Janeiro. 2007. 12ª Edição.

RAPOZA, Hon. Phillip. A Experiência Americana do *Plea Bargaining*: A Exceção Transformada em Regra. Coimbra Editora, 2013. Disponível em <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/207-220-Plea-bargaining.pdf>>. Acesso em 29 mar. 2019.

RODRIGUES, R. R. Os princípios que regem a ação penal. Disponível em: <<https://renato07.jusbrasil.com.br/artigos/245040816/os-principios-que-regem-a-acao-penal>>. Acesso em: 05 de out. 2019.

ROSETT, Arthur. *Plea bargaining. Encyclopedia of the American Constitution*. New York: Macmilian Publishing Company, v 3-p.1394-1396, 1986.

RUSSO, L. Devido processo legal e direito ao procedimento adequado. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI44179,41046-Devido+processo+legal+e+direito+ao+procedimento+adequado>>. Acesso em: 06 de out. 2019.

SALMI, Maíra Beuchamp. O Acordo de Leniência e seus Reflexos Penais. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11102012-085658/pt-br.php>>. Acesso em 29 mar. 2019.

SAMPIERI, H. Metodologia de pesquisa. 5ª ed: Porto Alegre, Penso, 2013.

SANTOS, Norton Makarthu Majela dos. O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública: constitucionalidade, viabilidade e crítica. 2018. 71f, p.61. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia), Departamento de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.



SENADO FEDERAL. Pacote anticrime é sancionado com vetos. 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/26/pacote-anticrime-e-sancionado-com-vetos>>. Acesso em 11 de jan. 2020.

SENADO FEDERAL. PL 1.864/2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/w eb/atividade/m aterias/-/materia/136033>>. Acesso em: 7 de jun. 2019.

SENADO FEDERAL. PL 6.341/2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/w eb/atividade/materias/-/materia/140099>>. Acesso em: 16 de dez. 2019.

SOBRANE, Sérgio Turra. Transação Penal. São Paulo: Saraiva, 2001.

SOUZA, José Alberto Sartório de. *Plea Bargaining: Modelo de Aplicação do Princípio da Disponibilidade*. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, dez. 1998. Disponível em: <[https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/400/plea%20bar g aining\\_Souza.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/400/plea%20bar g aining_Souza.pdf?sequence=1)>. Acesso em 29 mar. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acompanhamento Processual. ADI 5790 - Ação direta de inconstitucionalidade (Eletrônico). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5790&classe=ADI&origem=AP &recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acompanhamento Processual. ADI 5793 - Ação direta de inconstitucionalidade (Eletrônico). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5793&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 12 de abr. 2018.

TÁVORA, Nestor; DE ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 9ª ed. 2014.

THIOLLENT, M. Metodologia da pesquisa-ação. 15ª ed. São Paulo: Cortez, 2009.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Juizados Especiais Cíveis e Criminais: Comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

UCHOAS, L. A. Princípios do Processo Penal. Disponível em <<https://luizuchoas2010.jusbrasil.com.br/artigos/254534226/principios-do-processo-penal>>. Acesso em: 07 de out. 2019.



VALOIS, Luís Carlos e ROSA, Alexandre Morais da. A inafastabilidade da jurisdição na execução da pena: o Acre é aqui? 2017. Disponível em: <<https://emporiadodireito.com.br/leitura/a-inafastabilidade-da-jurisdicao-na-execucao-da-pena-o-acre-e-aqui>>. Acesso em: 12 de nov. 2018.



# ANÁLISE COMPARADA ENTRE A CRIMINOLOGIA ATUARIAL E O SISTEMA PENAL BRASILEIRO: A LÓGICA ECONÔMICA NA POLÍTICA CRIMINAL.

Helveti Santos Lima de Albuquerque

## RESUMO

Trata-se de pesquisa feita sobre um subtipo da criminologia chamado Criminologia Atuarial. O objetivo deste artigo é analisar potenciais contribuições da Criminologia Atuarial e sua aplicação no âmbito das políticas criminais, demonstrando correlações com o Sistema Penal Brasileiro. Os cálculos de riscos em torno de crimes, potenciais criminosos, ambientes demográficos e grupo considerados mais propensos a reincidir na prática de atos ilícitos são elementos da Criminologia Atuarial. Para não incorrer em estigmas rasos de classificação social, procura-se, neste artigo, examinar analisar de que modo o poder de polícia da Administração Pública, no que se refere a criminalidade, pode legitimamente criar bancos de dados nacional de criminosos de alto risco. A experiência dos EUA é ponto de ilustração para a discussão. E no Brasil, seria possível aplicar conceitos da Criminologia Atuarial no Sistema Penal? Em teoria, a proposta da Criminologia Atuarial e, em especial, a sua aplicação no caso concreto em políticas públicas criminais parece bem-intencionada, em uma primeira avaliação, e apta a produzir os resultados a que se propõe. Entretanto, racionalizar a criminalidade, ignorando os motivos político-sociais ensejadores do comportamento desviante, acaba por resultar no aumento da criminalidade, pois mantêm-se os motivos ensejadores que levam o sujeito a cometer crimes. Esse tipo de política criminal acaba favorecendo o aumento da população carcerária, ironicamente, aumentando os custos da Política Criminal, indo contraproposta de economicidade dos cofres públicos e eficiência da máquina pública, que seriam, supostamente, as grandes vantagens da Criminologia Atuarial.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Direito Processual Penal. Criminologia. Criminologia Atuarial. Política Criminal. Execução Penal. Sistema Prisional. Actuarial Justice. Actuarial Criminology.





## INTRODUÇÃO

O objetivo da pesquisa é compreender de maneira evidente quais são as potenciais contribuições da Criminologia Atuarial. Assim, pretende-se analisar a sua aplicação no âmbito das políticas criminais e demonstrar as correlações entre a Criminologia Atuarial e o Sistema Penal Brasileiro, e quais são seus **limites jurídicos**, suas **consequências** e **possíveis benefícios** para a sociedade.

Ademais, serão explorados os seus conceitos e particularidades, assim como a sua eventual utilização pelo Poder Público na prevenção de delitos e na neutralização de sujeitos considerados de alto risco, em especial no contexto da justiça dos Estados Unidos da América. Em um segundo momento, será feito um estudo comparativo sobre eventuais semelhanças identificadas no Sistema Penal Brasileiro.

Trata-se de um tema que é mais trabalhado efetivamente como conceito de implantação de políticas públicas criminais, em especial no cálculo de riscos de crimes que venham a acontecer, que tipos de pessoas estão no ambiente demográfico com mais chance de cometerem crimes.

Dentro desses grupos de risco verifica-se quem são os indivíduos considerados mais perigosos e com maiores chances de reincidirem na prática de atos ilícitos, e de que maneira o Estado pode neutralizar a ação desses indivíduos antes que possam cometer crimes. Isso tudo da maneira mais eficiente para a administração pública e com o menor custo possível para os cofres públicos.

A pesquisa sobre o tópico demonstrou haver diversidade de fontes bastante limitada, pois, trata-se de tema pouco conhecido no ambiente acadêmico brasileiro, pois, a Criminologia Atuarial é um termo raramente usado de maneira específica como conceito no Brasil. Porém, sem dúvida, suas características estão presentes no Sistema Penal Brasileiro, em especial em relação à individualização da pena, o



público alvo de abordagens policiais, a implementação de políticas criminais e a maneira como é gerido o Sistema Prisional Brasileiro.

No Primeiro Capítulo da pesquisa, intitulado “**Criminologia Atuarial e Política Criminal**”, será feito um estudo específico e aprofundado sobre o conceito de Criminologia Atuarial. Como os materiais específicos sobre o assunto escritos na língua portuguesa são escassos, salvo algumas teses e artigos, irei me valer de livros e artigos na língua inglesa para apresentar de maneira mais clara e completa o tema.

Ademais, no Segundo Capítulo, intitulado “**Como é feita a pesquisa de risco atuarial**” o autor irá expor de maneira clara como é feita a pesquisa de risco no caso concreto.

Por fim, os temas abordados no terceiro e último capítulo desta pesquisa partirão da análise da Criminologia Atuarial como ferramenta de controle social. Que servirá como base para responder a seguinte indagação: “**É possível a aplicação da Criminologia Atuarial no Sistema Penal Brasileiro?** ”.

Assim, buscando adequar os conceitos da Criminologia Atuarial à realidade do ordenamento jurídico brasileiro, o autor buscará encontrar possíveis benefícios e desvantagens resultantes da aplicação da Criminologia Atuarial no âmbito das políticas criminais no sistema penal brasileiro. Onde já se encontram vários exemplos desse tipo de justiça criminal, em especial na ceara do Direito Penal brasileiro e no âmbito da Execução Penal.

## **1 CRIMINOLOGIA ATUARIAL E POLÍTICA CRIMINAL**

A Criminologia Atuarial (*Actuarial Justice ou Actuarial Criminology*) se encontra no âmbito do Direito Penal, mais especificamente na área de Política Criminal. Trata-se de uma maneira de gestão do acontecimento de possíveis delitos, da identificação de possíveis criminosos. A Criminologia Atuarial tem foco principalmente naqueles que tem maior probabilidade de cometerem os crimes mais graves e aqueles com o maior risco de se tornarem reincidentes.



Quanto maior o risco apresentado pelo possível futuro criminoso maior será o nível da reprimenda, cominando na prisão perpétua (no âmbito da justiça criminal dos países que a adotam) ou até a pena de morte (medida legal utilizada em alguns estados norte-americanos<sup>1</sup>, como: Texas, Califórnia, Louisiana, Alabama, Georgia, entre outros).

A prisão perpétua sem direito a liberdade condicional e a pena de morte, por serem mais graves, não tem o condão de ressocializar o indivíduo, como se pode deduzir pela própria natureza da pena. O objetivo da política criminal baseada no sistema atuarial é a de afastar do resto da sociedade os criminosos considerados de alto risco, os incursores nos crimes mais graves e reprováveis e, por fim, os reincidentes contumazes. Assim, dando um fim preciso e definitivo à conduta criminal destes indivíduos no âmbito social.

Não obstante muitos de seus conceitos estarem presentes no funcionamento do nosso próprio Sistema Penal, não é comum o uso do termo criminologia atuarial, como termo específico, na doutrina de Criminologia e Direito Penal brasileira. Portanto, sistemas similares em conteúdo estarão invariavelmente representados pela ideia geral de Criminologia, em especial, a parte Criminologia com foco no aspecto social do crime.

### **1.1 O que é Criminologia Atuarial? Definições, conceitos e limites.**

A Criminologia Atuarial refere-se a um modelo teórico que aplica conceitos e métodos similares às pesquisas de risco fundamentadas em fórmulas matemáticas<sup>2</sup>. Uma característica fundamental da criminologia atuarial é o foco no fator de risco que determinado grupo apresenta. Através da visão atuarial, se desconstrói a figura do indivíduo e dos fenômenos sociais e os reconstrói como fatores de risco. Neste

---

<sup>1</sup> Portal Death Penalty Info. Estados Norte-Americanos que permitem a aplicação da pena de morte, c2019. Disponível em: <<https://deathpenaltyinfo.org/state-and-federal-info/state-by-state>>. Acesso em: 25 de out. de 2019

<sup>2</sup> BOSWORTH, Mary. **Actuarial justice. Encyclopedia of prisons & correctional facilities**, Thousand Oaks: Sage Publications, p. 11-14, 2005



contexto, pode se dizer que, sob a lente da criminologia atuarial o crime perdeu o seu componente moral, humano.

Na visão atuarial o crime é visto como um fenômeno social inevitável. Assim como era a visão de Durkheim, a conduta desviante seria algo normal<sup>3</sup>. Não se procura mais a sua erradicação, pois o crime é visto como algo que ocorre diretamente do convívio em sociedade. Ou seja, o crime é um fenômeno social inevitável, trata-se de uma consequência direta do convívio em sociedade e como consequência não há mais a pretensão de erradicá-lo totalmente por parte do Poder Público

Os crimes são vistos como incidentes de alta probabilidade de ocorrência, sobretudo as infrações de menor potencial ofensivo. O que a criminologia atuarial pretende nesses casos é prevenir e minimizar as consequências dos crimes. E a partir da análise dos riscos que várias situações e indivíduos inseridos em um determinado grupo possam apresentar se cria políticas públicas criminais.

O interesse principal da criminologia atuarial está em prever e prevenir a ocorrência de futuras infrações penais, e não em quais sanções são mais adequadas ao tipo e gravidade de cada crime. Também não há maior preocupação com a ressocialização do criminoso, muito menos é vista como prioridade<sup>4</sup>.

Portanto, pode se dizer que as políticas criminais atuariais não possuem o caráter igualitário característico dos sistemas penais dos Estados de Direito contemporâneos. Pois, não atinge “igualmente as pessoas em função de suas condutas”<sup>5</sup>, mas sim em função de características que o vinculem a determinado grupo de pessoas.

A Criminologia Atuarial não tem como prioridade entender as razões que ensejaram o cometimento do crime ou as circunstâncias que cercam cada indivíduo.

---

<sup>3</sup> DURKHEIM, É. **As regras do método sociológico**, trad. Paulo Neves, Ed. Martins Fontes, RJ: 1999

<sup>4</sup> BOSWORTH, Mary. **Actuarial justice. Encyclopedia of prisons & correctional facilities**, Thousand Oaks: Sage Publications, p. 11-14, 2005

<sup>5</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, p. 25, 2007



Ou seja, o foco principal é impedir que certas condutas ocorram, e preventivamente regular comportamentos futuros.

Trata-se de uma doutrina fundamentada na economia de recursos, para garantir de maneira mais eficiente, e com o menor esforço possível, que se realize as políticas criminais.

A intenção, explícita e implícita, é mesmo a de afastar o indivíduo do convívio social, principalmente os de alto risco, bem como o uso de estratégias e/ou políticas criminais preventivas que buscam “neutralizar” o indivíduo desviante, cerceando a sua liberdade em prol da “sociedade”<sup>6</sup>.

Dessa forma, o avanço tecnológico traz novas ferramentas fundamentais ao funcionamento desse tipo de política criminal, tanto como meio propagador quanto de justificativa de sua própria existência.

Ademais, pode-se perceber que os crimes têm probabilidade cada vez maior de ocorrerem, pois, cada vez mais se criminaliza novas condutas. Em especial condutas de menor gravidade, tem uma probabilidade muito alta de ocorrerem na realidade do nosso dia a dia contemporâneo. Nesse caso, o que a Criminologia Atuarial se propõe a fazer é tentar prevenir que os crimes ocorram, na medida do possível, e minimizando assim as suas consequências.

Segundo Dieter a criminologia atuarial tem, em sua essência, uma atitude discriminatória, pois, entende-se comumente a discriminação como o tratamento injusto ou covarde de pessoas ou grupos de pessoas baseado nas suas características físicas e/ou ideológicas que lhes são particulares<sup>7</sup>.

As estatísticas são feitas com base nas características que diferenciam determinado grupo dos demais, e dentro desses grupos, preocupa-se em identificar

---

<sup>6</sup> DEZORDI WERMUTH, Maiquel Ângelo. **Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal**. Revista Direito e Práxis, v. 8, n. 3, 2017.

<sup>7</sup> DIETER, M. S. **Política criminal actuarial – a criminologia do fim da história**. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013



quem são os indivíduos que cometerão, ou têm o maior potencial de cometerem, os crimes mais graves ou de incorrerem em reincidência no cometimento de crimes graves.

A incompatibilidade entre os princípios garantistas e a política criminal atuarial se apresenta de maneira bem clara ao examinarmos o princípio da proporcionalidade da pena. Pois se para a política criminal atuarial o objetivo é neutralizar o sujeito contumaz no cometimento de crimes, a preocupação maior, e também principal justificativa ensejadora da severidade das penas e punições, não é mais com o grau de importância do bem jurídico tutelado, mas sim a de afastar esse sujeito da sociedade no intuito de diminuir a índice de criminalidade<sup>8</sup>.

O interesse em afastar o criminoso de alta periculosidade do convívio em sociedade justifica a pena de prisão perpétua nos Estados Unidos. Pois, obviamente, a intenção não é ressocializar o preso, já que este nunca mais voltará a ser um cidadão livre, mas sim o de impedir definitivamente o seu convívio com o resto da sociedade.

Dieter argumenta que as tecnologias atuariais empregadas para identificação, contenção e controle social são notoriamente desumanas<sup>9</sup>. Para os atuários não há uma preocupação maior com o aspecto ético de se privar um indivíduo de sua liberdade:

“ao contrário dos profissionais de saúde, os *atuários* não têm, em princípio, compromisso ético com o *tratamento* do sujeito e, por isso, não precisam explicar a prática de atos violentos. Basta prevê-los.” (DIETER, 2013, p. 140).

A formação de bancos de dados atinge diretamente o “Direito ao esquecimento” do criminoso, perpetua a sua condição de desviante, e com isso fica evidente que não há nenhuma preocupação do Estado em reabilitar e ressocializar esse indivíduo. Uma

---

<sup>8</sup> Ibidem

<sup>9</sup> Ibidem



vez marcado pelo rótulo de “criminoso” é impossível que o mesmo volte a ter uma vida realmente normal em sociedade.

O estigma social levaria o indivíduo reeducando/ressocializado à três opções: Assumir o rótulo de criminoso, pois não há como voltar ao status quo, e como consequência, irá continuar cometendo crimes como meio de vida; Viver na ilegalidade, com o uso de nome e documentos falsos para evitar o preconceito e má vontade que o rótulo de criminoso atraem; Ou por fim, desistir de viver e ceifar a própria vida diante da impossibilidade de viver sua vida de maneira normal e pacífica em sociedade.

A tendência de identificar as pessoas e criar bancos de dados cada vez mais abrangentes, oferece sério risco às garantias individuais do cidadão<sup>10</sup>. A partir do momento que essas informações são transformadas em dados, que segurança a sociedade tem de que não serão usados para objetivos nefastos?

Um hacker, uma empresa multinacional, talvez o próprio governo, são possíveis vetores de vazamento dessas informações que podem prejudicar de maneira irreversível a vida de uma pessoa.

Um exemplo seria o vazamento proposital nas redes sociais do endereço residencial de uma determinada pessoa a quem se queira prejudicar, o chamado “Doxing”, que é muito usado por hackers para chantagear pessoas em troca do sigilo de informações pessoais.

## **2 COMO É FEITA A PESQUISA DE RISCO ATUARIAL**

A pesquisa de risco atuarial é feita fundamentada em fórmulas matemáticas e estatísticas de risco que analisam a probabilidade de algum determinado indivíduo agir de determinada maneira. Ou seja, apoia-se no uso de números e estatísticas para mensurar a probabilidade de determinados fatos futuros ocorrerem.

---

<sup>10</sup> Ibidem



Essas fórmulas geralmente são empregadas para o levantamento de riscos futuros com base em dados referentes a temas como economia, desemprego, saúde etc. Tais projeções são a espinha dorsal da indústria de seguros e financiamentos. Nesses casos, a pesquisa de risco é feita para se estimar a porcentagem a ser cobrada na franquia, para assim cobrir possíveis perdas e despesas da empresa de seguros<sup>11</sup>.

A pesquisa é feita principalmente a partir de estatísticas, censos e entrevistas com detentos. Para David Lyon o propósito da categorização das pessoas é para que sejam tratadas de forma diferenciada baseada no risco<sup>12</sup>. Isso causa o fenômeno que David chama de “*categorical suspicion*” em que uma determinada pessoa passa a ser considerada suspeita com base apenas em suas aparentes características e semelhanças com determinada classe social, etnia ou raça.

Nesse sentido, enxerga-se o comportamento humano a partir de técnicas de cálculo de risco, geralmente utilizadas em estudos estatísticos e econômicos voltados para o mercado de finanças e seguros<sup>13</sup>.

Assim, a visão da Criminologia Atuarial está voltada para o futuro, preocupada em propor medidas preventivas, e nesse sentido, não se preocupando, necessariamente, com a punição ou a ressocialização do indivíduo desviante. O foco é a identificação e neutralização, em especial, dos delinquentes mais perigosos, tanto em relação à gravidade do crime em si, quanto à probabilidade que esse indivíduo venha a delinquir novamente. Assim, esses criminosos considerados de alto risco, se tornam o “alvo prioritário de todo o aparelho punitivo.”<sup>14</sup>.

Existem três principais características na pesquisa de risco Atuarial: primeiro, busca-se um grupo de pessoas similares que apresentem um “fator de risco” maior, ou seja, a probabilidade de cometerem crimes. Geralmente a pesquisa é feita baseada

---

<sup>11</sup> BOSWORTH, Mary. **Actuarial justice**. *Encyclopedia of prisons & correctional facilities*, Thousand Oaks: Sage Publications, p. 11-14, 2005

<sup>12</sup> LYON, David. Surveillance, security and social sorting: emerging research priorities. **International criminal justice review**, v. 17, n. 3, p. 161-170, 2007

<sup>13</sup> BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Comares, 2007

<sup>14</sup> DIETER, M. S. **Política criminal actuarial – a criminologia do fim da história**. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Revan, p. 113-114, 2013





em estatísticas e com foco em grupos historicamente desviantes. Em um segundo momento, busca-se dentro desse grupo quem são os indivíduos mais perigosos. E por fim, como afastar, preventivamente, esse indivíduo do resto da sociedade, da maneira mais eficiente e de baixo custo possível. Busca-se afasta-los pelo maior tempo possível (principal justificativa da aplicação da prisão perpétua nos países que a adotam).

No âmbito do Sistema Penal, os aplicadores do método atuarial pretendem levantar os riscos (probabilidade) de certos crimes serem praticados e o grau periculosidade de possíveis delinquentes. Assim, os possíveis delinquentes de alto risco são identificados, classificados e organizados como fatores de risco. A gestão desses fatores de risco passa a ser o cerne da criminologia atuarial<sup>15</sup>.

Assim, pode-se dizer que o objetivo da pesquisa de risco atuarial, no âmbito do Direito Penal é:

“utilizar a pena criminal para o sistemático controle de grupos de risco mediante neutralização de seus membros salientes, isto é, a gestão de uma permanente população perigosa, pelo menor preço possível.” (DIETER, 2013, p. 100).

## **2.1 A Criminologia Atuarial aplicada às investigações forenses e a formação dos bancos de dados nacional de criminosos de alto risco nos EUA**

Um exemplo da dicotomia entre liberdade e segurança<sup>16</sup> é o Registro Nacional de Criminosos Sexuais nos EUA, trata-se de um registro de todos os indivíduos que foram processados ou condenados pela prática de crimes sexuais, esse registro deve ser feito compulsoriamente, por força de lei federal, a chamada Lei de Megan<sup>17</sup> (*Megan's Law*, em inglês).

---

<sup>15</sup> BOSWORTH, Mary. **Actuarial justice**. *Encyclopedia of prisons & correctional facilities*, Thousand Oaks: Sage Publications, p. 11-14, 2005

<sup>16</sup> DEZORDI WERMUTH, Maiquel Ângelo. **Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal**. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 3, 2017

<sup>17</sup> LEVENSON, Jill S.; COTTER, Leo P. **The effect of Megan's Law on sex offender reintegration**. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, v. 21, n. 1, p. 49-66, 2005



Essa Lei foi criada como resposta ao bárbaro estupro e subsequente assassinato da menina Megan, que tinha 7 anos de idade à época do crime. O crime foi cometido por um ex-detento com duas condenações anteriores por abuso sexual de menores. A importância do caso se dá pelo fato do criminoso residir na mesma rua que a família de Megan residia, na casa à frente.

Após a morte de Megan os pais da menina fizeram pressão para que os legisladores criassem uma lei que tornasse obrigatório notificar à comunidade de um determinado bairro toda vez que um ex- condenado por crimes sexuais contra menores ali fosse residir. Utilizaram principalmente o argumento de que a menina ainda estaria viva se eles tivessem conhecimento sobre o passado do criminoso.

A maior ofensa aos direitos fundamentais de liberdade e privacidade da vida pessoal é o fato de que esse registro está online em sites oficiais do governo de cada Estado e pode ser acessado por qualquer pessoa. Lá se encontra todas as características relevantes sobre o sujeito: nome, altura, peso, marcas, tatuagens, raça, registro de antecedentes, fotos e até o endereço onde reside!

Nos EUA os vizinhos da área onde o agressor reside e a família da vítima são notificados previamente sobre a soltura do mesmo para que já estejam cientes do retorno do mesmo à sociedade.

Lá também existem as chamadas “zonas livres de criminosos sexuais”, política de urbanismo que impede que o condenado por crimes sexuais resida em uma determinada área da cidade.

Mais um exemplo de marginalização de indivíduos baseada em grupos de risco nos EUA é o estado de alerta imposto após o ataque terrorista ao World Trade Center no dia 9 de setembro<sup>18</sup>. Essa maior preocupação com a segurança ocorre principalmente nos aeroportos e nas divisas com os EUA. O grupo de alto risco, no caso, são as pessoas de origem árabe ou de religião muçumana que são

---

<sup>18</sup> LYON, David. Surveillance, security and social sorting: emerging research priorities. **International criminal justice review**, v. 17, n. 3, p. 161-170, 2007



frequentemente vistos como suspeitos. Um homem com a barba grande, símbolo dos muçulmanos ortodoxos, tem altas chances de ser detido para interrogatório pelas autoridades presentes no aeroporto.

É inegável a presença e importância de questões raciais na mente dos norte-americanos, em relação ao assunto Anna Lauren Hoffmann<sup>19</sup> argumenta que a dependência em excesso do uso de bancos de dados e pesquisas como parâmetro para identificação de criminosos em potencial ultrapassa os limites de discursos constitucionais de não autoincriminação. E que essa maneira algorítmica de execução de políticas criminais apenas exacerbou as tensões raciais já existentes

Se partirmos dos dados estatísticos como métrica adequada e justa de identificação de potenciais criminosos nos EUA chegaríamos à conclusão errônea, e possivelmente racista, de que a maior propensão ao cometimento de crimes é algo característico da população de raça negra. Grande parte desses delitos ocorrem, entre outros fatores sociológicos e étnicos, em decorrência dos valores sociais impostos pelo grupo dominante, responsáveis pela definição das condutas delituosas<sup>20</sup>.

Segundos dados do *Federal Bureau of Prisons*, órgão do governo federal dos EUA, a população carcerária atual (maio de 2020) é composta por 38 % de negros<sup>21</sup>, sendo que as pessoas de raça negra compõem apenas 13% da população norte-americana<sup>22</sup>. Através de uma visão superficial da situação, verifica-se um alto índice de pessoas negras encarceradas proporcionalmente ao número de cidadãos negros nos EUA.

---

<sup>19</sup> HOFFMANN, Anna Lauren. Where fairness fails: data, algorithms, and the limits of antidiscrimination discourse. **Information, Communication & Society**, v. 22, n. 7, p. 902, 2019

<sup>20</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. Ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002

<sup>21</sup> Inmate Race – statistics based on prior month's data. **Federal Bureau of Prisons - BOP**, 2020. Disponível em: <[https://www.bop.gov/about/statistics/statistics\\_inmate\\_race.jsp](https://www.bop.gov/about/statistics/statistics_inmate_race.jsp)>. Acesso em: 01 de abril de 2020

<sup>22</sup> USA population divided by age, sex and race. **United States Census Bureau**, 2020. Disponível em: <<https://www.census.gov/quickfacts/fact/table/US/PST045219>>. Acesso em: 01 de abril de 2020



Porém, o foco do sistema penal atuarial em grupos de pessoas com características similares, inevitavelmente gerará maior foco e atenção das entidades de segurança pública sobre os indivíduos pertencentes a tal grupo. Logo, será identificado um maior número de crimes ocorridos, o que alimentará ainda mais a imagem de periculosidade desse grupo; criando-se assim um círculo vicioso.

### 3 A CRIMINOLOGIA ATUARIAL COMO FERRAMENTA DE CONTROLE SOCIAL

O enredo do livro *Minority Report*<sup>23</sup>, mais conhecido pela adaptação em filme, estrelado por Tom Cruise, pode ser visto como um exemplo da evolução final da Criminologia Atuarial como ferramenta de controle social. Em *Minority Report*, os crimes são previstos e impedidos momentos antes que ocorram, e os possíveis criminosos são presos como se houvessem efetivamente cometido o crime. Ou seja, a preocupação é, tão somente, identificar os possíveis criminosos e puni-los, sem se preocupar com a ressocialização do criminoso e nem as razões político-sociais que o levaram a cometer o crime.

Em um contexto tal, assume relevância apenas construir um perfil dos criminosos perigosos, de modo que eles possam ser identificados e classificados pelos agentes de segurança pública. E assim, “*neutralizados*” pelo maior período possível dentro do sistema prisional. Tal medida supostamente promoveria uma drástica redução dos índices gerais de criminalidade sem que reformas estruturais ou grandes investimentos em segurança pública fossem necessários.

Bastaria, nesse sentido, viabilizar a incapacitação física através de prisões de segurança máxima para os criminosos reincidentes e a vigilância virtual e tecnológica de baixo custo para os delinquentes eventuais<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> DICK, Philip K. **Minority Report: a nova lei**. 2. ed. São Paulo: Record, 2002

<sup>24</sup> DIETER, M. S. **Política criminal actuarial – a criminologia do fim da história**. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013



### 3.1 É possível a aplicação da Criminologia Atuarial no Sistema Penal Brasileiro

Um paralelo entre a Política Criminal Atuarial implementada nos Estados Unidos da América seria o regime de solitária em tempo integral instituído nas prisões de segurança máxima norte-americanas, reservadas aos presos mais perigosos. No Brasil se vê como reflexo dessa abordagem o chamado regime disciplinar diferenciado (RDD), onde da mesma maneira se isola o preso considerado de maior periculosidade, evitando assim o contato com outros reeducandos.

Segundo a lógica atuarial, para os delinquentes eventuais, os que são descartados como de menor risco, bastariam soluções de baixo custo e menos intrusivas como, por exemplo, o monitoramento através das tornozeleiras eletrônicas. No Brasil são utilizadas pelos detentos que se encontram no regime de cumprimento de pena semiaberto. No regime aberto exige-se o comparecimento mensal ou bimestral ao juízo competente para a assinatura do termo de comparecimento, sob pena de homologação da prática de falta grave.

O Art. 52, parágrafos §1º e §2º da Lei de Execução Penal<sup>25</sup> disciplina que cabe a aplicação do regime disciplinar diferenciado como medida cautelar ao reeducando que demonstre alto risco para a ordem e segurança, tanto da casa prisional, tanto para a sociedade em geral.

Verifica-se uma preocupação maior com dois aspectos semelhantes aos que são importantes para a criminologia atuarial. Primeiro a questão do alto risco do indivíduo a ordem e a segurança da sociedade. E no segundo exemplo, a preocupação com a gravidade do crime praticado, especialmente a associação para o tráfico, que é vista pelo direito penal como crime equiparado aos crimes hediondos.

Ademais, os crimes elencados na Lei de Drogas<sup>26</sup> são vistos como prioridade do poder repressivo estatal, efetivado através dos órgãos de segurança pública

---

<sup>25</sup> (BRASIL, Lei n. 7210, de Julho de 1984, 1984).

<sup>26</sup> (BRASIL, Lei n. 11.343, de 23 de Agosto de 2006, 2006)



brasileiros. Pois, outros crimes moralmente mais reprováveis, como os crimes contra a vida, são decorrentes, e muitas vezes, possuem correlação direta com o tráfico de drogas.

Há ainda no Brasil, o banco de coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. Instituída pela Lei nº 12.654/2012<sup>27</sup>, que é obrigatória para o indivíduo que praticar crime doloso com violência grave ou pela prática de crimes hediondos. É importante frisar que, de acordo com a lei não é obrigatório a identificação genética para quem cometer crimes equiparados aos hediondos, quais sejam: tráfico de drogas, tortura ou terrorismo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em teoria a proposta da Criminologia Atuarial, e em especial a sua aplicação no caso concreto através de políticas públicas criminais, parece, em um primeiro momento, bem intencionada e apta a produzir os resultados a que se propõe. Porém, racionalizar a criminalidade, ignorando os motivos político-sociais ensejadores do comportamento desviante, acaba resultando no aumento da criminalidade. Pois, mantidos os motivos ensejadores que levaram o sujeito desviante a cometer crimes e não havendo meios eficientes de ressocializar o reeducando, este certamente voltará a cometer crimes, muitas vezes se tornando um “meio de vida”.

Percebe-se uma intrínseca discriminação social na visão atuarial de crime. Pois, dados os fatores sociais e econômicos que são característicos da realidade de cada grupo que compõe a sociedade, se torna evidente que a maioria dos crimes será cometido pelas classes sociais mais pobres e marginalizadas.

---

<sup>27</sup> (BRASIL, Lei n. 12.654, de 28 de Maio de 2012, 2012)



Assim, tais políticas criminais podem resultar em mais atrito na relação da “sociedade dos iguais x sociedade dos desiguais”<sup>28</sup>, servindo como uma verdadeira ferramenta “*inclinada a legitimar sistematicamente o status quo*”<sup>29</sup>.

Como ensina Bernard E. Harcourt<sup>30</sup> existe uma “*illusion of efficiency*” que permeia os métodos de política criminal atuarial. Observa-se que talvez o objetivo seja exatamente esse – proporcionar uma maior sensação de segurança à população.

As políticas criminais atuariais acabam por favorecer o aumento da população carcerária, o que ironicamente vai contra a proposta de economicidade dos cofres públicos e eficiência da máquina pública, que seriam, supostamente, as grandes vantagens da Criminologia Atuarial.

A preocupação em manter os indivíduos mais perigosos pelo maior tempo possível encarcerados acaba gerando um custo enorme para os cofres públicos, dinheiro esse que poderia estar sendo investido no combate aos motivos ensejadores do comportamento desviante, através de investimento nas áreas essenciais: Saúde e Educação, que são a base de qualquer nação com cidadãos civilizados.

No Brasil por exemplo, o CNJ estima que o custo de um preso custa em média R\$ 2.700 aos cofres públicos<sup>31</sup>, quantia superior que equivale a mais de dois salários mínimos! Ou seja, essa quantia está sendo destinada a manter o preso em condições desumanas e ao mesmo tempo não gera qualquer benefício para a sociedade já que não há um ambiente propício a ressocialização. Ademais, verifica-se que não há uma contraprestação desse valor para a sociedade já que, em sua maioria, os presos não trabalham.

---

<sup>28</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2010

<sup>29</sup> PABLOS DE MOLINA, A. G. **Criminologia**. trad. Luiz Flávio Gomes, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed

<sup>30</sup> HARCOURT, Bernard E. **Against prediction: Profiling, policing, and punishing in an actuarial age**. University of Chicago Press, 2008

<sup>31</sup> MONTENEGRO, MANUEL. Ressocializar presos é mais barato que mantê-los em presídios. **Portal do Conselho Nacional de Justiça - CNJ**, 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/apac-onde-ressocializar-presos-custa-menos-que-nos-presidios/>>. Acesso em: 25 de out. de 2019



Ainda, segundo auditoria do TCU, de todos os Estados fiscalizados, todos estão com déficit de vagas para presos<sup>32</sup>, o que resulta em constantes rebeliões e acaba com qualquer possibilidade de ressocialização em condições dignas e humanas para o reeducando.

## REFERÊNCIAS

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Comares, 2007.

DURKHEIM, É. **As regras do método sociológico**, trad. Paulo Neves, Ed. Martins Fontes, RJ: 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. Ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, p. 25, 2007.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2010

LEVENSON, Jill S.; COTTER, Leo P. **The effect of Megan's Law on sex offender reintegration**. Journal of Contemporary Criminal Justice, v. 21, n. 1, p. 49-66, 2005.

DICK, Philip K. **Minority Report: a nova lei**. 2. ed. São Paulo: Record, 2002.

BOSWORTH, Mary. **Actuarial justice. Encyclopedia of prisons & correctional facilities**, Thousand Oaks: Sage Publications, p. 11-14, 2005

DEZORDI WERMUTH, Maiquel Ângelo. **Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal**. Revista Direito e Práxis, v. 8, n. 3, 2017.”

---

<sup>32</sup> Realidade prisional: auditoria mostra que o custo mensal do preso é desconhecido em vários Estados.

Portal do Tribunal de Contas da União - TCU, 2017.  
Disponível em:

<<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/realidade-prisional-auditoria-mostra-que-o-custo-mensal-do-presos-e-desconhecido-em-varios-estados.htm>>. Acesso em: 25 de out. de 2019





DIETER, M. S. **Política criminal actuarial – a criminologia do fim da história**. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

HARCOURT, Bernard E. **Against prediction: Profiling, policing, and punishing in an actuarial age**. University of Chicago Press, 2008.

HOFFMANN, Anna Lauren. Where fairness fails: data, algorithms, and the limits of antidiscrimination discourse. **Information, Communication & Society**, v. 22, n. 7, p. 902, 2019.

PABLOS DE MOLINA, A. G. **Criminologia**. trad. Luiz Flávio Gomes, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed.

LYON, David. **Surveillance, security and social sorting: emerging research priorities**. *International criminal justice review*, v. 17, n. 3, p. 161-170, 2007.

**Death Penalty Info**. Estados Norte-Americanos que permitem a aplicação da pena de morte, 2019. Disponível em: <<https://deathpenaltyinfo.org/state-and-federal-info/state-by-state>>. Acesso em: 25 de out. de 2019.

MONTENEGRO, MANUEL. Ressocializar presos é mais barato que mantê-los em presídios. **Portal do Conselho Nacional de Justiça - CNJ**, 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/apac-onde-ressocializar-presos-custa-menos-que-nos-presidios/>>. Acesso em: 25 de out. de 2019.

Realidade prisional: auditoria mostra que o custo mensal do preso é desconhecido em vários Estados. **Portal do Tribunal de Contas da União - TCU**, 2017. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/realidade-prisional-auditoria-mostra-que-o-custo-mensal-do-presos-e-desconhecido-em-varios-estados.htm>>. Acesso em: 25 de out. de 2019.

Inmate Race – statistics based on prior month’s data. **Federal Bureau of Prisons - BOP**, 2020. Disponível em: <[https://www.bop.gov/about/statistics/statistics\\_inmate\\_race.jsp](https://www.bop.gov/about/statistics/statistics_inmate_race.jsp)>. Acesso em: 01 de abril de 2020.

USA population divided by age, sex and race. **United States Census Bureau**, 2020. Disponível em: <<https://www.census.gov/quickfacts/fact/table/US/PST045219>>. Acesso em: 01 de abril de 2020.



# ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: EM QUE MEDIDA A PRESENÇA DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS PREJUDICAM A ESTRUTURAÇÃO E A APLICAÇÃO DAS REGRAS NO SISTEMA PRISIONAL: ANÁLISE DE CASO PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL – PCC

Igor de Andrade Moura

## RESUMO

O Presente trabalho de pesquisa pretende verificar a inter-relação existente entre o sistema prisional e as organizações criminosas. Tomando como base de estudo e avaliação a atuação do PCC – Primeiro Comando da Capital em sua crescente atuação no sistema penitenciário. Avaliando se a movimentação de presos entre os modelos prisionais federal de segurança máxima e o estadual de alguma forma, contribui para a expansão do grupo PCC e de gangues prisionais ou, ainda, se estimula ou favorece a emergência de novos coletivos de presos pelos estados e de que forma isso impacta sobre o monopólio da violência e do controle estatal das prisões. De fato, com as gangues prisionais, surge, aos poucos, um novo modelo de comportamento para os presos, com códigos próprios, rígidos e que conduzem à dominação de grande parte da população carcerária e do espaço prisional. Com isso, a prisão, que deveria ser uma instituição voltada para o controle da violência e da criminalidade, para a ressocialização do preso, transforma-se em ambiente de aperfeiçoamento da criminalidade e de mais violência e mais crimes, sendo essa, enfim, a razão da criação do Sistema Penitenciário Federal como mecanismo de controle dessa violência e também como forma de combater as gangues de presos. Contudo, como consequência de sua criação, deu-se o encontro de lideranças criminosas de todo o país, formando-se o que se chamou de “Comitê Central do Crime”.

**Palavras-Chave:** Organizações Criminosas. Prisões. Gangues Prisionais. Sistema Prisional. Crescimento da criminalidade.



## INTRODUÇÃO

O crime é um fato social e, infelizmente, a sociedade não possui mecanismos possíveis de evitar completamente a prática de condutas danosas à vida social, principalmente se quiser preservar suas características democráticas. Portanto, deve aceitar a ideia de que condutas criminosas sempre ocorreram e sempre ocorrerão, buscando-se soluções para lidar com tais condutas de modo menos danoso e mais efetivo.

No desenvolver histórico, a prática de condutas consideradas ilícitas no meio social sempre foi combatida com a imposição de sanções, geralmente de caráter aflitivo, com o intuito de adequar o indivíduo que incorreu no ilícito ou o grupo ao qual ele pertencia ao regramento social estabelecido. Essas sanções variaram bastante ao longo do tempo, passando por práticas cruéis como mutilações, castigos corporais e mortes por meios degradantes (fogueira, esquartejamento etc.) até, mais hodiernamente, restrições à liberdade e a alguns outros direitos do indivíduo, sem mais atingir diretamente o grupo do qual ele fazia parte.

É possível afirmar que ao longo do tempo ocorreu um processo de individualização e humanização das penas aplicadas. Contudo, atualmente, a aplicação de sanções no enfrentamento às condutas consideradas criminosas ainda dá bastante ênfase às funções punitiva e repressiva da pena, deixando-se um pouco de lado a função ressocializadora. Além disso, em países em que o sistema penal e carcerário se encontra em estado de colapso, como é o caso do Brasil, a própria função preventiva da aplicação da pena se torna comprometida.

A função preventiva geral perde sua força ante a constatação de um grave quadro de impunidade nacional. E nos casos em que efetivamente ocorre alguma punição, a função preventiva especial também não é exercida adequadamente, já que em vez de o criminoso não mais voltar a delinquir, na verdade ele se especializa em crimes ainda mais graves e se associa a outros criminosos ainda mais perigosos, tudo no âmbito do sistema penitenciário.



Nesse contexto, ganha força as organizações criminosas. O Presente estudo tem como objetivo principal abordar o tema enfrentado por todos hoje em dia, que é o crescimento da criminalidade com relação as organizações criminosas; abordando o surgimento dessas associações, como eles se dividem em tarefas, o modo que operam e analisar em que medida a presença dessas organizações prejudicam a estruturação e a aplicação das regras no sistema prisional, a partir das disposições trazidas no bojo da Lei n. 12.850/2013, que definiu o conceito de organização criminosa e regulamentou os meios de obtenção de prova e o procedimento criminal, abordando a atuação e evolução histórica de uma das principais e mais conhecidas organizações criminosas, nos dias de hoje: o Primeiro Comando da Capital (PCC).

O crime organizado é responsável pela prática de condutas criminosas que a sociedade tem enfrentado. Com isso, de acordo com a forma de atuação das organizações criminosas que se dá de maneira extremamente organizada, com divisão de tarefas entre seus membros e hierarquia, o assunto exigiu que o legislador tivesse uma maior atenção, o qual realizou alterações legislativas com relação a persecução penal, os possíveis meios para a colheita de provas e a valoração destas nos crimes praticados por organizações criminosas, com o objetivo de o Estado dar uma resposta à sociedade, alcançando resultados positivos que permitissem a desarticulação dessas organizações criminosas, pois apenas a utilização tradicional dos meios de colheita de provas não estavam sendo mais eficientes a ponto de produzir provas que fizessem com que tais organizações fossem desarticuladas. Com isso, foi criada a Lei n. 12.850/2013, com o objetivo de aprimorar a persecução penal abordando infrações penais cometidas por essas organizações criminosas

O trabalho se mostra relevante porque, apesar de já existirem vários trabalhos semelhantes sobre o tema, a maioria enfoca a evolução histórica da construção legislativa, e os conceitos determinantes de organizações criminosas, enquanto este trabalho se propõe a analisar, também, as transformações no sistema penitenciário e comunitárias causadas pela organização criminosa PCC podem acarretar.



O estudo justifica-se ainda, pelo relevante interesse social, pois é um assunto discutido de forma recorrente no âmbito da segurança pública, no que tange ao combate aos ataques praticados por essas associações; analisando se as medidas tomadas pelo Estado, como a transferência dos líderes dessas organizações criminosas de penitenciárias Estaduais para as penitenciárias Federais, tem sido eficiente e para que se possa entender também de que forma a presença de tais facções criminosas prejudicam a estruturação e a aplicação das regras no sistema prisional brasileiro.

Dessa forma surge o problema de pesquisa a ser trabalhado, analisando em que medida a presença das organizações criminosas prejudicam a estruturação e a aplicação das regras no sistema prisional.

Como resposta ao problema de pesquisa, o trabalho foi subdividido em três capítulos, todos eles construídos a partir da análise de doutrina nacional e de textos normativos legais e constitucional. No primeiro capítulo busca-se mostrar uma breve e despretensiosa evolução da histórica e legislativa sobre o conceito de organizações criminosas, do modo como o conceito vem gradativamente transformando-se conforme as necessidades e aperfeiçoamento da organização sobre o acesso a informação, necessidades dos membros de ser inserido socialmente ou por proteção por ser parte de um grupo.

O segundo capítulo por sua vez abordará as regras do sistema prisional, elucidando como é feita a progressão de regime dos apenados com base no Código Penal e na Lei n. 12.850/2013; como as organizações criminosas conseguem se manter mesmo tendo seus principais líderes sob domínio do Estado, abordando algumas formas de como esses líderes conseguem se comunicar com os demais detentos de outras penitenciárias e com o mundo exterior e de que maneira o Estado está se fazendo presente no combate à essas organizações criminosas aludindo as transferências dos comandantes das facções criminosas de penitenciárias Estaduais para penitenciárias Federais.



Por fim, no terceiro e último capítulo será abordado o surgimento e influência do PCC (Primeiro comando da Capital), dentro do sistema prisional brasileiro, como foi criado, seu objetivo, de que maneira atuam, como suas atividades são subdivididas e a hierarquia entre seus membros. Fazendo uma análise para responder ao problema de pesquisa: de que forma a presença das organizações criminosas prejudicam a estruturação e a aplicação das regras no sistema prisional, tendo como base o estudo feito nos dois capítulos anteriores.

## **1 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**

### **1.1 Histórico e Considerações Gerais Sobre o Crime Organizado.**

O efeito constituído pelas Organizações Criminosas no Brasil e no mundo é expressivo e um olhar atento sobre este novo cenário é necessário para compreender as alterações na dinâmica sociológica e, mais que isso, as alterações necessárias nos tradicionais conceitos de combate ao crime, segurança pública e medidas ressocializadoras dos integrantes dessas estruturas criminosas organizacionais.

Conjugar liberdade e responsabilidade, estabelecer direitos e deveres, garantir o livre acesso à informação e adotar medidas de segurança preventivas no combate ao crime são desafios que a sociedade global vem enfrentando com a Revolução Tecnológica e o Desenvolvimento e Complexidade do crime organizado.

Entender como muda os fundamentos do conceito de crime na estrutura do crime organizado, não é tarefa fácil. Enquanto a tecnologia é empregada internamente na melhoria de processos e atividades chave de cada negócio, seu impacto também tem efeito de longo alcance no ambiente, o qual as organizações criminosas operam.

A busca por uma conceituação, caracterização e formas de combate contra o crime organizado deve ser cada vez mais aprimorada a fim de permitir o seu



conhecimento, embora haja grande dificuldade nesse ponto devido a sua dinâmica e a altíssima capacidade de criar novos meios de ações criminosas<sup>1</sup>

A inquietação com a ascensão desse fenômeno não se dá apenas pelo cometimento de crimes, mas porque essas organizações são também responsáveis por terrorismo, desordem social, falência e a ineficácia do Estado democrático de Direito. Constituindo influência em todas as classes sociais<sup>2</sup>

Verifica-se a criminalidade organizada como uma empresa, que possui uma economia paralela e submersa, capaz de obter lucros rapidamente, motivo pelo qual é capaz de “seduzir” jovens que, devido à carência de desenvolvimento socioeconômico e educacional, estão em situação de vulnerabilidade e na falta de escolha que lhes promovam tantos benefícios optam por integrar a “empresa” como forma de sustento.<sup>3</sup>

Conforme dispõe Montoya, em sua obra *Máfia e Crime organizado* os delitos elementares praticados por organizações criminosas podem ser classificados como os ilícitos de primeiro nível, são aqueles que produzem dinheiro direta e imediatamente, como falsificação de moeda, tráfico de drogas e de armas, jogos de azar, exploração da prostituição, agiotagem, tráfico de obras de arte e sequestro de pessoas com fins extorsivos.<sup>4</sup>

Os ilícitos de segundo nível, são aqueles que não produzem um resultado financeiro imediato, porém, estão relacionados à manutenção de poder e controle da atividade, podemos citar como exemplo a vingança por acerto de contas, a lavagem de dinheiro, a corrupção, os homicídios por encomenda e as intimações e ameaças.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016

<sup>3</sup> MONTOYA, Mario Daniel. *Máfia e crime organizado. Aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 80

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 58



Por fim, mas não menos importantes, classificam-se os ilícitos de terceiro nível, os quais são cometidos com o objetivo de proteger o sistema criminoso e perpetuar a sua expansão. Neste nível é possível identificar delitos praticados para intimidar, como os atos de terrorismo político e a manipulação da imprensa por meio da promoção de campanhas escandalosas.<sup>6</sup>

A relevância do tema se apoia principalmente no seu caráter transnacional, pois operam rompendo ordenamentos e fronteiras de cada país. Depois por deter um imenso poder com base na estratégica global, possuindo, inclusive, em alguns casos, ligação com outros grupos semelhantes e também utilizando em seus atos extrema violência, sendo capazes de fragilizar e até anular os poderes do próprio Estado, provocando um grave dano social, econômico, político e jurídico.<sup>7</sup>

Desse modo, o poder do Estado é desafiado, enfrentando problemas quanto à sua legitimidade na sociedade. O crime praticado com metodologias avançadas de organização tem proliferado, alcançado áreas privadas e públicas.

O Estado tem sofrido a infiltração de organizações criminosas que desestruturam o poder, corrompendo funcionários, inserindo a violência, a corrupção, provocando desequilíbrio econômico, social e político.

Ao passo que muitos dos que são associados ao crime organizado estão nas favelas e nas margens da sociedade, as organizações criminosas ocupam espaço mais amplo, sendo chefiadas, muitas vezes, por empresários, políticos, ou funcionários de alta patente.<sup>8</sup>

A presença de grupos organizados na sociedade, contribui para que as comunidades se alterem, principalmente quando o Estado não cumpre com seu papel, e acaba por gerar um poder paralelo exercido pelo crime organizado, que tanto auxilia

---

<sup>6</sup> Ibidem, p.58

<sup>7</sup> Ibidem

<sup>8</sup> GONÇALVES, Alberto Borio. *Polícia Federal: fronteiras Oiapoque ao Chiuí*. Brasília, DF: Ministério da justiça - Secretaria da Polícia Federal, 1994





quanto intimida a população. Dessa maneira, instaura-se o conflito entre o Estado Civil e o Poder Paralelo dos criminosos.<sup>9</sup>

Conforme especifica Campos<sup>10</sup>, a ausência de políticas de controle de criminalidade, associada à miséria, à desigualdade na distribuição de renda, a falta de educação, habitação e emprego são fatores que cooperam para a existência do crime organizado, que surge como opção de vida, embora de forma ilícita, diante da falta do Estado em garantir as condições mínimas para a sobrevivência digna.

Nesse contexto ressalta-se:

O Crime Organizado alcançou tão grandes proporções porque ocupou perante a população mais carente um lugar que deveria, antes, ter sido ocupado pelo Estado, sendo que perante a parcela da população mais abastada surgiu como forma de aumentar ainda mais suas riquezas e seu poder. Tal é a realidade que há quem diga que o Crime Organizado é tal como um câncer no seio da sociedade, vez que corrompe todos os seus segmentos em todas as esferas de poder.<sup>11</sup>

Diante o exposto, e com o objetivo de perseguir a conceituação do principal objeto de estudo desse trabalho, se faz imperiosa a análise do crime organizado, à luz desses quatro fatores: social, econômico, político e jurídico.

No âmbito social, como incansavelmente exposto a criminalidade organizada beneficia-se da vulnerabilidade e da insuficiência de recursos das populações carentes para angariar adeptos, de forma que, muitos dos seus membros se associam para fugir da miséria, suprir necessidades de suas famílias e até mesmo como forma de sobrevivência, devido ao fato de a atividade criminosa possibilitar a estes

---

<sup>9</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006

<sup>10</sup> CAMPOS, Lidiany Mendes. *O crime organizado e as prisões no Brasil*. Artigo Científico, CONPEDI, ciências penais UFG, 2004

<sup>11</sup> CAMPOS, Lidiany Mendes. *O crime organizado e as prisões no Brasil*. Artigo Científico, CONPEDI, ciências penais UFG, 2004



indivíduos oportunidade de obtenção de lucro e respeito, decidem então fazer parte desse mundo.<sup>12</sup>

Além disso, outro fator preocupante no âmbito social, é o de que muitos delitos associados com o conceito de crime organizado, são rotulados como crimes sem vítimas, ou seja, os crimes de jogos de azar clandestinos, prostituição, narcóticos e pornografia.<sup>13</sup>

Nesse viés, observa-se que a pobreza, a falta de oportunidades e a miséria são terras férteis, no sentido de cultivo do crime organizado, servindo como principal fonte para recrutar membros, pois, para os que vivem em situação de miserabilidade, seja nas favelas do Rio de Janeiro ou nos subúrbios de Hong-Kong, essa pode parecer a única saída.

Sobre o contexto econômico, frisa-se a oferta de benefícios e condições propostos pela criminalidade que favorecem as atividades financeiras que visam expressivos lucros, principalmente no mercado financeiro.

Considera-se, nesse aspecto, as principais atividades ilegais que uma empresa pode cometer, quais sejam: corrupção, fraude financeira, acesso ao mercado negro, evasão fiscal, lavagem de dinheiro e a manipulação de subsídios públicos. Existe uma grande facilidade para o crime organizado devido ao seu alto poder de infiltração e especialmente onde a corrupção está amplamente difundida nos corpos policiais e nos entes políticos.<sup>14</sup>

Ressalta-se algumas vantagens inerentes ao crime organizado sob o aspecto econômico, em relação aos que praticam atividades dentro da legalidade, cita-se

---

<sup>12</sup> MONTOYA, Mario Daniel. *Máfia e crime organizado. Aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

<sup>13</sup> Ibidem, p. 38

<sup>14</sup> MONTOYA, Mario Daniel. *Máfia e crime organizado. Aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007



como exemplo o fato de ele se valer de recursos financeiros elevados, como financiamento ilimitado provido do tráfico, extorsão e agiotagem.

Conta também com o crédito fácil (advindo da corrupção) e pela concorrência mafiosa, pois os seus produtos não são impostos no mercado pela sua qualidade, mas por meio de intimidações e violências. Não se pode deixar de mencionar o fato de que a criminalidade reduz os encargos trabalhistas, uma vez que afastados os sindicatos por meio da violência (também contra os próprios trabalhadores a fim de oprimir o desejo destes de fazer valer os próprios valores) não há possibilidade de controle do cumprimento de quaisquer regras trabalhista.<sup>15</sup>

Dessa forma, é possível que o crime organizado constitua um sistema financeiro clandestino, em que às vezes o produto interno bruto ultrapassa o de diversos países. O principal desafio sobre esse contexto é que a “economia ilegal” transformou-se em uma nova classe econômica, sem nacionalidade, sem regras e sem limites, que influenciam, chegando até a controlar a capacidade dos governos em relação aos seus recursos financeiros, incidindo na inflação, sendo influência nas gestões de política criminal, educacional, ambiental e social, o que de pronto afeta os valores culturais morais de uma sociedade.<sup>16</sup>

Sobre o fator político, sublinha-se a explanação de Gonçalves<sup>17</sup>: “o crime de forma generalizada, é um fator puramente político, ou melhor, de política criminal de Estado”.

Cumprido salientar, que o poder paralelo das organizações criminosas adquire elevada força quando o Estado Mínimo é exercido. Quando o Estado abre mão de sua responsabilidade no fornecimento dos direitos sociais mais básicos, tais como previdência, estabilidade, saúde, segurança e educação, voltando sua atenção apenas para o Poder de Polícia, bem como incentivando a construção de presídios, ao invés

---

<sup>15</sup> Ibidem, p. 50

<sup>16</sup> Ibidem, p. 58

<sup>17</sup> GONÇALVES, Alberto Borio. *Polícia Federal: fronteiras Oiapoque ao Chiuí*. Brasília, DF: Ministério da Justiça - Secretaria da Polícia Federal, 1994



de promover e implementar mudanças sociais por meio de políticas públicas que atendam às demandas mais básicas da sociedade.<sup>18</sup>

A construção de penitenciárias e presídios não se mostra um modelo eficaz para o combate ao crime organizado, uma vez que mesmo dentro do sistema penitenciário existem facções criminosas que se organizam internamente e atuam dentro e fora dos presídios.

De acordo com Oliveira<sup>19</sup>, citando Foucault, as prisões funcionam como micro poderes, ou sociedades paralelas e o que ocorre dentro de seus muros pouco interessa à população, a não ser que ameace à segurança da sociedade institucionalizada.

Por fim, não menos importante, verifica-se as consequências desse fenômeno sob o aspecto jurídico.

A principal discussão apresentada nesse contexto é a definição do conceito de crime organizado, pois trata-se de um debate complexo. A dificuldade se encontra no fato de que, em cada país ele se desenvolve de maneira diferente. A importância da definição se sustenta em saber qual é o objetivo, permite conhecer quem de fato é o inimigo e quais as suas principais características para poder com isso ser controlado.

É importante considerar que a criação desse conceito é necessária do ponto de vista prático, bem como definido em lei, afim de homenagear os princípios constitucionais ligados a um julgamento justo e a ampla defesa.<sup>20</sup>

Entretanto, existem apontamentos limitativos que dificultam a luta do Estado no âmbito interno, como a lentidão da administração de uma justiça muitas vezes

---

<sup>18</sup> GONÇALVES, Alberto Borio. *Polícia Federal: fronteiras Oiapoque ao Chiuí*. Brasília, DF: Ministério da justiça - Secretaria da Polícia Federal, 09 de 1994

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Luciano Francisco de. *Crime organizado: a geada negra*. 89 f. Monografia Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2004. Disponível em: <https://www.escavador.com/sobre/7505951/lucianofrancisco-de-oliveira-novais>. Acesso em: 30 nov. 2019

<sup>20</sup> MONTOYA, Mario Daniel. *Máfia e crime organizado. Aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007



rígida, insegura e contraditória; além do baixo nível de eficiência e eficácia dos sistemas de repressão e de prevenção da criminalidade. Já no âmbito internacional, podemos citar as limitações de jurisdição, conflitos de interesses políticos, econômicos e militares, a falta de cooperação entre os Estados e a falta de coordenação e das políticas relacionadas ao crime organizado.<sup>21</sup>

Dito isso, cumpre argumentar: poder e riqueza, sem dúvida, são os objetivos primordiais das organizações criminosas existentes no Brasil e no mundo e, para alcançar tais finalidades, utilizam-se de diversos meios desviantes e ilegais, como a comercialização de drogas ilícitas, principalmente cocaína, heroína e outras sintéticas, tráfico de armas e de seres humanos, notadamente para fins de prostituição, comércio de órgãos e trabalho escravo e, de forma relevante e especial, classificada como o seu ponto fraco, já que deixa vestígios, a lavagem de dinheiro. Não somente meios ilícitos, mas aqueles aparentemente lícitos, a compra de empresas e de ações em Bolsas de Valores.<sup>22</sup>

## 1.2 Evolução histórica e legislativa das organizações criminosas

É sabido que as organizações criminosas evoluíram ao longo da história da civilização, prevalecendo o entendimento de que pessoas sempre se reuniram objetivando a comunhão de esforços para a consecução de fins comuns. Quando esses interesses e metas se mostram ilícitas nasce a ideia do crime organizado.

Para Schelavin:

A criminalidade em forma organizada, ao longo da história, certamente acompanhou indicadores econômicos, como “lei da oferta e da procura”. Também os indicadores político-sociais, como movimentos que transformaram estruturas sociais e o modo de produção, como o do sistema feudal para o monárquico, e a queda deste, com os movimentos revolucionários da França no Século XVIII, bem como os

---

<sup>21</sup> Ibidem

<sup>22</sup> GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Carregador flagrante preparado e esperado*: diferenças. 02 set. 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 30 nov. 2019



movimentos industriais, todos, de alguma forma, podem ter contribuído para a expansão do crime.<sup>23</sup>

No Brasil, apontam o cangaço como a forma mais antiga de organização criminosa, tendo como seu maior expoente Virgulino Ferreira da Silva, mais conhecido como Lampião. Tinha como base uma estrutura hierarquizada, piramidal, com ações voltadas para auferir riqueza por intermédio de ameaças, extorsões, sequestro de pessoas importantes e saques a vilas, fazendas e cidades nordestinas. Contando, para tanto, com a colaboração de chefes políticos, fazendeiros e policiais corruptos que facilitavam o acesso a armas e munições.<sup>24</sup>

Muitas organizações criminosas com expressiva atuação na contemporaneidade ou que já tiveram em evidência na mídia, nasceram de manifestações ou movimentos populares.

### 1.3 Evolução emergencial das gangues prisionais

Segundo a doutrina dominante atual, tendo como fundamento os requisitos do que se considera uma organização criminosa, ou seja, um grupo estruturado de pessoas, existente há algum tempo e atuando com o propósito de cometer crimes, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou material, pressupondo uma potencialidade destruidora e extremamente lesiva à sociedade.

O que se tem de mais antigo são as máfias ítalo-americanas e o fortalecimento das máfias orientais. Modernamente, no entanto, as atividades de organizações criminosas empresariais, principalmente a partir da segunda metade do século XX, e as organizações criminosas do tipo prisional, as conhecidas gangues de presos (também chamadas de facções), ganharam muito espaço e, infelizmente para a

---

<sup>23</sup> SCHELAVIN, José Ivan. *A teia do crime organizado*. São Paulo: Conceito, 2011, p. 27.

<sup>24</sup> SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014



realidade brasileira, encontram-se em expressivo crescimento, especialmente nas prisões brasileiras.<sup>25</sup>

Por conta disso, o modelo brasileiro de repressão e tratamento do crime, praticada a infração penal, surge, preferencialmente, o uso da prisão como mecanismo de controle social, notadamente para contenção de condutas mais graves e violentas.<sup>26</sup>

Ocorre que, especialmente nos últimos 20 anos, paralelo ao crescimento da violência e da criminalidade como um todo, o Brasil tornou-se um país que apresentou elevadíssimo crescimento da população carcerária. Este aumento, por sua vez, levou também ao incremento da violência dentro do cárcere, bem como ao fortalecimento e expansão das gangues prisionais, atualmente um dos maiores desafios e motivo de preocupação nacionais no campo da segurança pública.<sup>27</sup>

Conforme já mencionado anteriormente, o modo de separação de presos em grande parte das unidades prisionais do país, dá uma dimensão do poder das gangues prisionais e, em contrapartida, demonstra a extrema fragilidade do controle estatal das prisões.

#### **1.4 A antiga lei brasileira de crime organizado – Lei n. 9.034/1995**

No ordenamento jurídico brasileiro, o conceito do instituto de crime organizado ou de organização criminosa foi previsto pela primeira vez na Lei n. 9034/65.

Em 1989, o então Deputado Federal Michel Temer apresentou o projeto de Lei

---

<sup>25</sup> PORTO, Roberto. *Crime organizado e o sistema prisional*. São Paulo: Atlas, 2008

<sup>26</sup> PORTO, Roberto. *Crime organizado e o sistema prisional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 53

<sup>27</sup> CAMPOS, Lidiany Mendes; SANTOS, Nivaldo dos. *O crime organizado e as prisões no Brasil*. Congresso Nacional do CONPEDI: Fortaleza – CE, 2007. Anais do / XIV Congresso Nacional do CONPEDI. – Florianópolis, p. 489-490. Disponível em: [https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/O%20Crime%20Organizado%20e%20as%20pris%C3%83%C2%B5es%20no%20Brasil\(1\).pdf](https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/O%20Crime%20Organizado%20e%20as%20pris%C3%83%C2%B5es%20no%20Brasil(1).pdf). Acesso em: 14 nov. 2019



n. 3.516, ao qual, posteriormente, depois de várias alterações em sua tramitação pelo Senado, foi convertido na Lei n. 9.034/95.<sup>28</sup>

Essa lei logo que positivada já apresentou diversos problemas, em especial, a ausência do conceito de organização criminosa. Antes de ser publicada, ainda como projeto de Lei n. 3.516/89, havia a definição de organização criminosa em seu art. 2º, sendo expressa da seguinte forma<sup>29</sup>: "para os efeitos desta lei, considera-se organização criminosa aquela que, por suas características, demonstre a existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional e/ou internacional".<sup>30</sup>

Contudo, essa definição foi retirada do texto normativo, e por isso a referida lei, após ser sancionada em 1995, não definiu o crime organizado por meio de elementos essenciais, sendo assim, não relacionou condutas que estabeleceriam crimes organizados, e com isso optou por deixar em aberto os tipos penais caracterizadores da organização criminosa. Por outro lado, permitiu que qualquer delito pudesse ser configurado desta maneira.<sup>31</sup>

A época de sua promulgação, constituiu-se como um marco legal revolucionário. A revogada Lei n. 9.034 definiu e estabeleceu superficialmente alguns meios básicos e precários de produção de prova, bem como alguns poucos procedimentos de investigação relacionados aos delitos decorrentes da formação de quadrilha ou bando voltados para prática de crime organizado de qualquer natureza.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> GODOY, Luiz Roberto Ungaretti de. *Crime organizado e seu tratamento jurídico penal*. São Paulo: Elsevier, 2011

<sup>29</sup> SANTOS, Daniel Lin. Organizações criminosas: conceitos no decorrer da evolução legislativa brasileira. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4013, 27 jun. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28484>. Acesso em: 26 nov. 2019

<sup>30</sup> CAMPOS, Lidiany Mendes; SANTOS, Nivaldo dos. *O crime organizado e as prisões no Brasil*. Congresso Nacional do CONPEDI: Fortaleza – CE, 2007. Anais do / XIV Congresso Nacional do CONPEDI. – Florianópolis, p. 489-490

<sup>31</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *O crime organizado e a legislação brasileira*. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça penal: críticas e sugestões*. São Paulo: RT, v. 3, 1995

<sup>32</sup> SANCHES, Rogério. *Manual de direito penal parte especial*. 2. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2016





A antiga Lei disponibilizava dispositivos com natureza eminentemente processual, trazendo em seu bojo um início aos procedimentos de investigação e produção probatória como por exemplo o instituto da ação controlada, infiltração policial e colaboração premiada.<sup>33</sup>

Entretanto, a Lei restou deficiente ao não concretizar de forma objetiva os meios permitidos e disponíveis para execução das modalidades de investigação. Também se mostrou falha quando se omitiu em delimitar a abrangência das atuações e os legitimados para executá-las.

O principal aspecto apontado pela doutrina como falho na legislação, conforme já exposto, foi a ausência de definição do que seria organização criminosa e a sua prática delituosa.<sup>34</sup>

Diante disso, Godoy dispôs que diversos juristas ponderaram sobre a ausência de técnica legislativa na confecção do conceito de organização criminosa, mostrando que o legislador não definiu um sistema que seria interpretado por crime organizado. Sendo assim a doutrina e a jurisprudência passaram a reconhecer como organização criminosa aquelas que tivessem as características do crime de associação criminosa prevista no art. 288, do Código Penal.<sup>35</sup>

Ademais, Antônio Scarance Fernandes<sup>36</sup> entende como organização criminosa:

[...] parte da noção de organização criminosa para definir o crime organizado, o qual, assim, seria aquele praticado pelos membros de determinada organização;

parte-se da ideia de crime organizado, definindo-se em face de seus elementos essenciais, sem especificação de tipos penais,

---

<sup>33</sup> HABIB, Gabriel; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Leis penais especiais*, tomo II, 5. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2014

<sup>34</sup> HABIB, Gabriel; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Leis penais especiais*, tomo II, 5. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2014, p. 98

<sup>35</sup> GODOY, Luiz Roberto Ungaretti de. *Crime organizado e seu tratamento jurídico penal* São Paulo: Elsevier, 2011

<sup>36</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *O crime organizado e a legislação brasileira*. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça penal: críticas e sugestões*. São Paulo: RT, v. 3, 1995, p. 36



e, normalmente, incluindo-se entre os seus componentes o fato de pertencer o agente a uma organização criminosa;

utiliza-se o rol de tipos previstos no sistema e acrescentam-se outros, considerando-os como crimes organizados.

Podemos averiguar por sua ementa que a Lei n. 9.034/95<sup>37</sup> “dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organização criminosa”.

Porém, depois da sua aprovação, não houve nenhuma tipificação de organização criminosa e nem a definição de sua conduta, provavelmente pela dificuldade existente na época, em encontrar uma definição plena e que abrangesse as várias manifestações desse instituto.<sup>38</sup>

Em seu texto original, o artigo 1º da Lei n. 9.034/95 mencionava que iria regular os meios de provas, bem como procedimentos investigatórios oriundos de ações de quadrilha ou bando, não mencionando organização criminosa, mesmo tendo como ementa em seu Cap. I a seguinte descrição: “Da Definição de ação praticada por Organizações criminosas e dos meios operacionais de investigação e prova”.<sup>39</sup>

Foi criada a Lei n. 10.217/01 na tentativa de se definir o que seria Organização Criminosa. Contudo não obteve êxito.<sup>40</sup>

A conclusão, por parte da Lei n. 9.034/95, de não tipificar ou conceituar o crime organizado, ocasionou diversas críticas pela doutrina, mesmo possibilitando uma maior flexibilidade no âmbito de aplicação das medidas ali postergadas.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> BRASIL. *Lei n. 9.034, de maio de 1995*. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm). Acesso 28 nov. 2019

<sup>38</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e a proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

<sup>39</sup> BRASIL. *Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995*. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas

<sup>40</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e a proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 56



Após o advento da assinatura da Convenção de Palermo pelo Brasil surgiram novas discursões sobre a possibilidade da aplicabilidade do conceito de organização criminosa trazido por esse diploma legal.<sup>42</sup>

## 1.5 A Convenção de Palermo

Até o surgimento da Lei n. 12.694/12 não havia em nosso ordenamento jurídico a definição legal de “organização criminosa” e, por conta dessa omissão, de início, utilizou-se a definição dada pela **Convenção de Palermo**, que, por simples decreto (5.015/04), equivocadamente, passou a integrar o arcabouço legal brasileiro.<sup>43</sup>

Cumpre destacar que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como **Convenção de Palermo**, é o principal instrumento global de combate ao crime organizado transnacional. Aprovada pela Assembleia-Geral da ONU em 15 de novembro de 2000, data em que foi colocada à disposição dos Estados-membros para assinatura, e entrou em vigor no dia 29 de setembro de 2003.<sup>44</sup>

Entendendo:

[...] como grupo criminoso organizado aquele estruturado por três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.<sup>45</sup>

Nesse sentido observa-se que quando se trata das relações do indivíduo com organismos internacionais (com o Tribunal Penal Internacional), os tratados e

---

<sup>42</sup> Ibidem, p. 80

<sup>43</sup> PACELLI, Eugenio. *A lei de organizações criminosas – Lei n. 12.850/13*. Disponível em: <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>. Acesso em 14 nov. 2019

<sup>44</sup> UNODC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/marco-legal.html>. Acesso em 28 nov. 2019

<sup>45</sup> Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 291 e ss



convenções constituem as diretas fontes desse Direito penal, ou seja, eles definem os crimes e as penas. Conforme foi feito pela Convenção de Palermo com o conceito de Organizações Criminosas, e ocorreu também, por exemplo, no Tratado de Roma (que criou o TPI – Tribunal Penal Internacional). Nele acham-se contemplados os crimes internacionais (crimes de guerra, contra a humanidade etc.) e suas respectivas sanções penais.<sup>46</sup>

Como se trata de um *ius puniendi* que pertence ao TPI (organismo supranacional), a única fonte (direta) desse Direito penal só pode mesmo ser um Tratado internacional. Quem produz esse específico Direito penal são os Estados soberanos que subscrevem e ratificam o respectivo tratado.<sup>47</sup>

Porém, ao observar os limites e violações do Direito penal interno (relações do indivíduo com o *ius puniendi* do Estado brasileiro) tais tratados e convenções não podem servir de fonte do Direito penal incriminador, ou seja, nenhum documento internacional, em matéria de definição de crimes e penas, pode ser fonte normativa direta válida para o Direito interno brasileiro. O Tratado de Palermo (que definiu o crime organizado transnacional), por exemplo, não possui valor normativo suficiente para delimitar internamente o conceito de organização criminosa.<sup>48</sup>

Tal entendimento fundamenta-se na Carta Magna de 88, Lei Maior do Estado Brasileiro que positiva em seu Art. 84, VII: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”<sup>49</sup>

Ou seja, quem tem poder para celebrar tratados e convenções é o Presidente da República, mas sua vontade (unilateral) não produzirá efeitos jurídicos enquanto

---

<sup>46</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 123

<sup>48</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 124

<sup>49</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988



não passar pelo crivo do Congresso Nacional, que deverá aprovar para referendar tal tratado.

Ainda que tal tratado seja aprovado o Parlamento brasileiro, de qualquer modo, não pode alterar o conteúdo daquilo que foi subscrito pelo Presidente da República (em outras palavras: não pode alterar o conteúdo do Tratado ou da Convenção). O que resulta aprovado, por decreto legislativo, pois não é fruto ou expressão das discussões parlamentares, que não contam com poderes para alterar o conteúdo do que foi celebrado pelo Presidente da República.

Portanto os tratados e convenções configuram fontes diretas (imediatas) do Direito internacional penal, que pertence a organismos internacionais, mas jamais podem servir de base normativa para o Direito penal interno (que cuida das relações do indivíduo com o *ius puniendi* do Estado brasileiro), porque o parlamento brasileiro, neste caso, só tem o poder de referendar (não o de criar a norma).<sup>50</sup>

A dimensão democrática do princípio da legalidade em matéria penal incriminadora exige que o parlamento brasileiro discuta e crie a norma. Isso não é a mesma coisa que referendar, confirmar o que já vem pronto.

Nesse diapasão o Brasil ao adotar os termos da Convenção de Palermo para conceituar Organizações Criminosas, e inseri-lo no arcabouço legal Brasileiro, demonstra a fragilidade da norma, pois o conceito do instituto, conforme já mencionado, se deu por simples decreto.

Face da fragilidade da norma, o Colendo Supremo Tribunal Federal, em julgamento de habeas corpus impetrado por membros da Igreja Renascer em Cristo, acusados pela prática de lavagem de dinheiro, decidiu que a utilização da Convenção de Palermo violaria o princípio da legalidade, ante a omissão, inexistência de lei em

---

<sup>50</sup> Cf . MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 291 e ss



sentido formal e material definindo o que deveria ser entendido como organização criminosa.<sup>51</sup>

Posteriormente, em 24 de julho de 2012, inspirada na Convenção de Palermo, foi publicada a Lei n. 12.694, dispondo sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas<sup>52</sup>. Esta lei conceituava organização criminosa em seu artigo 2º como sendo:

a associação, **de 3 (três) ou mais pessoas**, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.<sup>53</sup>

## 1.6 O conceito de organização criminosa à luz da Lei n. 12.850/13

Por fim, em 2 de agosto de 2013, foi publicada a Lei n. 12.850/2013, mais recente atualização do ordenamento jurídico alusiva ao conceito e processamento de organizações criminosas, que trouxe em suas primeiras linhas a conceituação do que viria a formar uma organização criminosa.

Observa-se que este dispositivo se difere ao criminalizar a associação de pelo menos quatro pessoas para o fim de cometer infrações penais de modo geral. Definindo em seu art. 1º, §1º como sendo:

**a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas** estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de

<sup>51</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo*. 06 maio 2009. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 14 nov. 2019

<sup>52</sup> PACELLI, Eugenio. *A Lei de Organizações Criminosas – Lei n. 12.850/13*. Disponível em: <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>. Acesso em 14 nov. 2019

<sup>53</sup> BRASIL. *Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012*. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis n.s 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm).



infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.<sup>54</sup>

Ampliando, portanto, o número mínimo de integrantes (de três para quatro) e a pena a ser considerada (antes igual ou superior a quatro; agora mais de quatro anos).

O § 1º da referida lei inicia afirmando que integram como membros da organização criminosa “4 ou mais pessoas de modo organizado e ordenado, com o fim de obter vantagem de qualquer natureza perante outrem mediante prática de crimes”, caracterizando assim um crime formal, que é consumado mesmo sem a obtenção do resultado na forma de integrar a organização.<sup>55</sup>

O dispositivo legal ainda menciona outros atributos ao conceito estudado, os quais Adriano Mendes Barbosa<sup>56</sup> sintetiza muito bem o entendimento de cada um deles, definindo-os da seguinte forma:

A lei exige que esta associação criminosa há de ser estruturalmente ordenada e caracterizada por divisão de tarefas. Assim, não basta para a caracterização da organização criminosa que haja o mero concurso de pessoas. Para se ter uma *societas sceleris*, nos termos da lei, há de haver animus associativo entre seus membros e é preciso que ela possua uma estrutura organizacional estável montada com o escopo deliberado de exercer atividades voltadas à prática de infrações penais que possuem penas máximas superiores a quatro anos, ou ainda que tais infrações sejam de matriz transnacional.

No contexto delituoso da associação criminosa, os agentes devem exercer papéis no empreendimento criminoso para a consecução das infrações penais. Ou seja, os membros da organização atuam contribuindo para o desiderato criminoso da organização através de tarefas como planejamento, financiamento, lavagem de capitais, recrutamento de novos membros, infiltração nos órgãos públicos, cooptação de agentes públicos, execução de ações violentas e de grave

<sup>54</sup> BRASIL. *Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm).

<sup>55</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Atlas, 2015

<sup>56</sup> BARBOSA, Adriano Mendes. *Da organização criminosa*. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; BARBOSA, Emerson Silva (orgs.). *Organizações criminosas: teoria e hermenêutica da Lei n. 12.850/2013*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015, p. 81-136



ameaça como extorsões, lesões corporais, homicídios e ameaças.<sup>57</sup>

Ressalta-se a expressão “vantagem de qualquer natureza”, que tem por objetivo expor o entendimento de que se trata de qualquer tipo de ganho, de benefício ou de lucro em prol da organização, que seja de maneira direta ou indireta, através de atos delituosos que tenham as penas máximas superiores a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional.<sup>58</sup>

No que tange à expressão “ou de caráter transnacional”, Mendroni pondera:

[...] este termo não transforma todos os crimes praticados por organização criminosa em competência da justiça federal. Aqueles de “Caráter Transnacional” que se amoldem aos dispositivos constitucionais -, especialmente o art. 109, V, da CF, desde que em interpretação lógica e sistemática com demais dispositivos do ordenamento jurídico nacional e internacional, serão da justiça federal. Haverá, entretanto, casos como o de lavagem de dinheiro, que ainda mediante remessas e valores para o exterior, deverão ser correlatos à Justiça Estadual.

Ainda, pelo teor e lógica do dispositivo, quando a organização criminosa for de “caráter transnacional”, não há necessidade de constatação de todos os elencados elementos do tipo. A lógica está no fato de que, em outros Países, não se aplicando esta definição brasileira, mas se necessitando fazer valer a aplicação dos tratados e convenções internacionais, será possível assumir os conceitos estrangeiros – nos âmbitos dos ordenamentos jurídicos de outros Países sobre “organização criminosa”, para processar e punir, nos demais termos desta Lei, os seus agentes, pelas suas ações praticadas em território brasileiro, valendo-se dos respectivos acordos de cooperação internacional.<sup>59</sup>

Diante o exposto, é possível concluir que a lei procura proteger o bem jurídico da paz pública, pelo fato de o crime organizado afetar o próprio Estado de direito. A natureza jurídica do instituto é de perigo abstrato, podendo ser tanto um

---

<sup>57</sup> BARBOSA, Adriano Mendes. *Da organização criminosa*. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; BARBOSA, Emerson Silva (orgs.). *Organizações criminosas: teoria e hermenêutica da Lei n. 12.850/2013*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015, p. 81-136

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 98

<sup>59</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado aspectos gerais e mecanismo legais*. São Paulo: Atlas, 2015.





crime formal quanto material, e não admite tentativa, uma vez que deve ser fundamental a confirmação da divisão de tarefas, a estabilidade e a fixação de objetivos desse instituto.<sup>60</sup>

Cumpre sublinhar ainda na lei atual, a redação positivada na lei anterior, sobre os crimes de caráter transnacional (aqueles que a pena cominada é independente), foi mantida, mas observa-se inovação ao incluir os atos de terrorismo.<sup>61</sup>

A Lei n. 12.850/13 também caracteriza as condutas de promover, constituir, financiar ou integrar (pessoalmente ou por interposta pessoa) o crime organizado, e as ações de impedir ou qualquer forma atordoar investigação penal que envolva organização criminosa, punindo tais ações com a mesma pena, ou seja, reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.<sup>62</sup>

É imperioso ressaltar que a Lei também prenuncia a chamada “colaboração premiada”, dispondo em seu artigo 4º que:

O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

- a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

---

<sup>60</sup> Ibidem, p. 38

<sup>61</sup> HABIB, Gabriel; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Leis penais especiais*. São Paulo: Jus Podivm, 2016

<sup>62</sup> Ibidem, p. X



- a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.<sup>63</sup>

Dispõe ainda sobre a "ação controlada", definindo-a em seu art. 8º como o ato Retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.<sup>64</sup>

Para que esse ato de retardar a investigação policial ocorra é necessária a prévia comunicação ao juiz competente, que estabelecerá os limites e comunicará ao Ministério Público.<sup>65</sup>

Sobre a infiltração de agentes, a Lei n. 12.850/13 busca sanar a omissão referente a falta de previsão do procedimento realizado, dispondo, em seu artigo 10<sup>66</sup>:

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

§ 1º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

§ 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.<sup>67</sup>

Positivou, ainda, o acesso a informações e dados sem autorização judicial, em seu dispositivo legal n. 15:

---

<sup>63</sup> SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014

<sup>64</sup> SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014

<sup>65</sup> HABIB, Gabriel; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Leis penais especiais*. São Paulo: Jus Podivm, 2016

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. X

<sup>67</sup> SILVA, Eduardo Araújo da. *Op.cit*



Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito<sup>68</sup>

Nesse âmbito, verifica-se as inovações da citada lei, como medidas cooperativas para o combate as ações das organizações criminosas, além de normatizar a definição legal e conceitual de Organizações Criminosas, facilitando a identificação do “inimigo”.

A partir da Lei n. 12.850/13, que revogou a antiga Lei n. 9.034/95, o legislador finalmente introduziu o conceito de organização criminosa em conjunto com a tipificação desse crime de alta gravidade social.

Como se pode perceber o avanço na legislação brasileira foi bastante pertinente, pelo fato de a atuação dessas organizações criminosas no mundo moderno serem bastante complexas, gerando assim uma demanda de punição penal por parte do Estado brasileiro, que precisa de uma estrutura legal mais eficiente para combater os avanços desse fenômeno criminoso.<sup>69</sup>

Depois da análise da evolução conceitual de crime organizado no ordenamento jurídico brasileiro, bem como considerações importantes quanto à sua evolução história sob a visão de diversos aspectos, a interpretação através do tempo e também a implementação da tipificação da conduta com a nova Lei n. 12.850/13, é chegado o momento de analisar em que medida a presença das organizações criminosas prejudicam a estruturação e a aplicação das regras no sistema prisional.

---

<sup>68</sup> Ibidem

<sup>69</sup> BARBOSA, Adriano Mendes. *Da organização criminosa*. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; BARBOSA, Emerson Silva (orgs.). *Organizações criminosas: teoria e hermenêutica da Lei n. 12.850/2013*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015, p. 81-136



## 1.7 Crime Organizado e sua Definição

Com o premente objetivo de analisar os efeitos das Organizações Criminosas no sistema prisional Brasileiro é imprescindível que o estudo se fundamente em bases sólidas do conceito do instituto criminoso objeto do presente trabalho, que conforme já explanado não se classifica como tarefa fácil, ao perceber que o tema foi tratado por diversas legislações e convenções e ainda assim apresenta lacunas.

Portanto, é imperiosa a análise da interpretação doutrinária sobre o tema que segundo Haroldo dos Anjos o Crime Organizado nasce do processo de exclusão social isso porque, se “de fato tivesse surgido dentro de prisões, nos anos setenta com a fusão de presos comuns com os presos políticos à prisão de seus líderes, provavelmente teria fraturado sua expansão”.<sup>70</sup>

Destaca-se ainda, o entendimento sobre organização criminosa na visão do autor Guilherme de Souza Nucci<sup>71</sup>, como sendo um conjunto de pessoas organizadas á algum tempo, que tenham como finalidade a prática de crimes, sendo uma associação organizada e subdividida por atividades, com o objetivo de praticar atividades ilícitas e partilhando entre seus membros as vantagens adquiridas.<sup>72</sup>

Já o conceito de organização criminosa que a Lei n. 12.850/2013 adota em seu art. 1º, §1º, não é muito diferente, e diz o seguinte:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transacional.<sup>73</sup>

Conforme Nucci, a Lei n. 9.034/1995, revogada, que regia o crime organizado, não trazia em seu texto um tipo penal incriminador para tal conduta. Com

---

<sup>70</sup> ANJOS, J. Haroldo dos. *As raízes do crime organizado*. Florianópolis: IBRADD, 2002

<sup>71</sup> NUCCI, Guilherme de Sousa. *Manual de direito penal: parte geral, parte especial*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 12

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 12



isso, a única maneira para que se pudesse criminalizar qualquer associação que cometesse delitos infracionais dava-se pelo tipo penal do art. 288 do Código Penal, *in verbis*:<sup>74</sup>

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: (Redação dada pela Lei n. 12.850, de 2013) (Vigência)

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente. (Redação dada pela Lei n. 12.850, de 2013) (Vigência).<sup>75</sup>

Foi criado então um tipo específico para criminalizar os integrantes das organizações criminosas, mudando o texto e alterando o título do delito estabelecido pelo art. 288 do Código Penal.

## 2 SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

### 2.1 Fundamentos para Aplicação da Pena de Prisão

A presente pesquisa, não poderia deixar de abordar de forma conceitual a Pena no Brasil, que por definição, diz respeito a uma sanção estatal para os indivíduos que apresentam um comportamento considerado socialmente delinquente, reprovável. Portanto, condenar uma pessoa significa a sua retirada do convívio social para fins de proteção da sociedade.

Conceitua Nucci:

[...] é a sanção do Estado, valendo-se do devido processo legal, cuja finalidade é a repressão ao crime perpetrado e a prevenção a novos delitos, objetivando reeducar o delinquente, retirá-lo do convívio social enquanto for necessário, bem como reafirmar os valores protegidos pelo Direito Penal e intimidar a sociedade para que o crime seja evitado<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> Ibidem, p. 24

<sup>75</sup> BRASIL. *Código Penal. Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 14 nov. 2019

<sup>76</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal. Parte geral. Parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 379



Interpretada, inicialmente, apenas como forma de retribuição pelo mal causado, a pena, assumiu também papel preventivo, desestimulando no infrator a intenção ou vontade de voltar a cometer atos ilícitos. Na modernidade, angariando a função também de reeducar o preso para que ele pudesse voltar ao meio social regenerado. A corrente majoritária do direito penal defende que a função de ressocialização seria, hoje, a mais importante função da pena, contudo, a mais difícil de ser alcançada, dada as condições do sistema prisional, sem esquecer, conforme aponta Goffman<sup>77</sup>, que o indivíduo, inserido em uma instituição total, se ajusta ao ambiente anormal da instituição ao invés de se ajustar à realidade social mais ampla, de forma que a ideia de ressocialização se tornaria um objetivo de improvável concretização.

Portanto, nos âmbitos da retribuição e prevenção, a razão de ser da dureza da pena se justificaria por conta da dor que seria imposta ao criminoso como medida de repressão ao crime, sustentada ainda pela ideia de que o medo da punição, para criminosos considerados racionais, diminuiria o investimento no crime. O medo da prisão e o sofrimento a ela atribuído, funcionariam como uma intervenção, freios para a criminalidade. Da mesma forma, também os cidadãos expectadores, igualmente racionais, passariam a temer a violação da lei por medo da prisão.

Numa análise, mais moderna e crítica, a aplicação da prisão pena no Brasil poderia ser caracterizada como equivalente a aplicação básica da Teoria da Escolha Racional, onde, o agente executor, avaliando os custos e benefícios do crime, chega à conclusão de que os pontos negativos são superiores aos positivos, de forma que o crime a ser praticado não é compensador. Nessa contabilidade, evidentemente, a prisão representa custo significativo e, aplicada de forma eficiente, poderia efetivamente servir para desestimular a prática criminosa.

Para Campos, em estudo sobre a Teoria da Escolha Racional: “A decisão de cometer um crime resultaria, portanto, da maximização da utilidade esperada em que

---

<sup>77</sup> GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2001



o indivíduo calcula os futuros ganhos da ação criminosa, o valor da punição e as possibilidades de detenção e de aprisionamento[...].<sup>78</sup>

Nesse viés, nem mesmo no âmbito teórico, não se mostra possível renunciar à prisão como mecanismo de inibição do crime.

É evidente que a crise pela qual passa o sistema carcerário brasileiro é desafiadora e as mazelas impostas são também significativas. Porém, a despeito de suas falhas e das merecedoras críticas que lhe são dirigidas, repetidamente se diz que da prisão ainda não se pode abrir mão.

O próprio local onde se aloca o preso, ou seja, a penitenciária, simbolicamente deveria transmitir a ideia de que a pena é uma forma de expiação, de extirpação do mal, de purificação, voltando o preso, após o seu cumprimento, mais equilibrado para o meio social. Todavia, essa ideia original de pena com fins de reabilitação, não é o que se vê hoje em dia, principalmente diante das constantes rebeliões e fomento de facções criminosas.

Portando, mesmo levando em conta todas as suas falhas, não há, por ora, outro mecanismo que permita separar dos ditos civilizados, aqueles indivíduos que afrontam, de forma grave, o meio social. É o mal necessário, descrito por Foucault.<sup>79</sup>

A mudança no cenário nacional e internacional a respeito do crime e da violência, por conta também da expansão das facções criminosas no ambiente carcerário, atualmente ganha corpo uma nova teoria a respeito da finalidade da pena:

A chamada Teoria da Incapacitação, sustentada, inicialmente, por James Quinn Wilson, em linhas gerais defendia que O simples uso da prisão já levaria à incapacitação, pois as pessoas que cometem crimes estariam presas e presas não poderiam agir e a pena, por si só, já se bastava, independentemente de qualquer outra função.

---

<sup>78</sup> CAMPOS, Marcelo da Silveira. Escolha racional e criminalidade: uma avaliação crítica ao modelo. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, nº 22, pp. 93-110, 2008

<sup>79</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 2002



Teoria essa muito criticada e apontada como fundamento pelo super encarceramento nos Estados Unidos. Contudo, com a prisão de lideranças de organizações criminosas e, ainda, com a expansão das gangues de presos no ambiente carcerário, cometendo crimes ou comandando o crime de dentro das prisões, essa teoria teve que ser repensada, passando a vigorar a ideia de que, sob o enfoque da Teoria da Incapacitação, a finalidade da pena seria, então, a de impedir que o recluso cometesse crimes dentro das prisões ou que, de dentro delas, comandasse o crime do lado de fora, chefiando facções ou gangues de presos, pouco ou nada importando as questões relativas à sua recuperação social. Essa teoria apresentaria a base para a construção das unidades penitenciárias de segurança máxima.<sup>80</sup>

Tal regime denominado de segurança máxima e implantado em diversos países como “cárcere duro”, impondo, de início, programas rigorosíssimos para tratamento do preso, colocando-o em cela isolada, sem contato com outros reclusos, com visitas vigiadas e sem contato íntimo, amplamente controladas, inclusive no que diz respeito ao contato com o próprio advogado.<sup>81</sup>

Diante o exposto, é clarificante o entendimento de que os criminosos “mais ativos”, “mais violentos” e “perigosos” devem ser incapacitados, ou seja, de forma reversa, é inadmissível que presos comandem, de dentro dos presídios, uma organização criminosa, que continuem a ordenar ataques ou controlar o crime, impondo a violência e a barbárie à toda a sociedade. A grande dúvida, contudo, está relacionada à ideia do rotulo, ou seja, quem será intitulado como preso mais perigoso, mais violento, mais perverso, ou ainda, como efetivamente identificar o comportamento que deve ser endereçado para as políticas incapacitantes, cabendo

---

<sup>80</sup> SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003

<sup>81</sup> CAMPOS, Marcelo da Silveira. Escolha racional e criminalidade: uma avaliação crítica ao modelo. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, nº 22, pp. 93-110, 2008





destacar que, como descreve Durkheim, a punição, assim como o crime, está dentro da normalidade, sendo, portanto, aceitável.<sup>82</sup>

O inaceitável seria, o abuso, a violação dos direitos de defesa e dignidade o excesso de punição. Em contrapartida, se as escolhas recaírem sobre os presos mais perigosos, mais violentos e mais perversos, daqueles que precisam ser separados dos demais para serem contidos, a política incapacitante torna-se razoável e aceitável como mecanismo de controle das prisões.

O grande risco, portanto, estaria na escolha dos presos que deveriam ou não ser submetidos a um tratamento penal mais rigoroso, com maior controle de segurança, até mesmo porque, conforme, infelizmente não é incomum o erro do judiciário em suas condenações, visto em nome do equilíbrio social, já se aprisionou indevidamente, por anos, em unidades de segurança máxima, jovens relativamente inofensivos, embora com comportamentos inadequados.

Encaminhar para uma unidade prisional de segurança máxima, claramente restritiva e incapacitante, presos de baixa periculosidade, seria uma dupla falha do Estado. Primeiro por colocar um preso de baixa periculosidade misturado com outros muito perigosos. O condenado de menor grau de periculosidade seria alvo fácil dos presos mais experientes, que lhe dariam uma nova gama de informações para atuar no mundo do crime e isso não seria conveniente para o Estado, que, ao final, estaria facilitando o avanço das organizações criminosas dentro das prisões.<sup>83</sup>

Segundo pela economia, se gasta muito para construir e manter um presídio de segurança máxima e, por isso mesmo, não se deve utilizá-lo com um preso de

---

<sup>82</sup> DURKHEIM, E. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Cia. Ed. Nacional, 1990

<sup>83</sup> ADORNO, Sérgio & SALLA, Fernando. Criminalidade Organizada nas prisões e os ataques do PCC. 2007. *Estudos Avançados*, 21 (61), 7-29. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v21n61/a02v2161.pdf>. Acesso em 13 nov. 2019



baixa periculosidade, facilmente encaixado em outros presídios mais adequados ao seu perfil.<sup>84</sup>

### 2.1.1 A Política Penitenciária Nacional

Apesar de sinais evidentes de decadência do modelo atual, o Brasil continua aplicando a pena privativa de liberdade como principal mecanismo de punição e recuperação dos criminosos, adotando, a partir de 1940, com a edição do Código Penal de 1940 e, mais notadamente a partir de 1984, com a edição da Lei de Execução Penal e da reforma da parte geral do Código Penal, o regime progressivo de pena, onde o recluso progride do regime mais gravoso para o mais brando, do fechado, passando pelo semiaberto, até o aberto, finalizando com a possibilidade de cumprimento de pena em livramento condicional.<sup>85</sup>

É imperioso destacar, que o ordenamento jurídico brasileiro positiva formas variadas de estabelecimentos penais para recolhimento dos reclusos, podendo ser a penitenciária ou casa de detenção para os condenados ou presos provisórios, ou ainda as colônias penais industriais ou agrícolas para os presos em regime semiaberto e por fim os albergues para os presos em regime aberto.<sup>86</sup>

Uma diversidade de regimes e alternativas que não se findam, pois ainda cabe destacar os patronatos que se ocupam do acolhimento dos egressos ou liberados ou aqueles que cumprem período de prova durante livramento condicional.<sup>87</sup>

Regulamentados, no Brasil, pela Lei de Execução Penal - Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – LEP -, os estabelecimentos penais destinam-se, em especial, ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso, conforme dispõe o art. 82 e ainda informa que a mulher e o maior de 60 (sessenta)

---

<sup>84</sup> ADORNO, Sérgio & SALLA, Fernando. Criminalidade Organizada nas prisões e os ataques do PCC. 2007. *Estudos Avançados*, 21 (61), 7-29. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v21n61/a02v2161.pdf>. Acesso em 13 maio 2019

<sup>85</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus

<sup>86</sup> Ibidem

<sup>87</sup> Ibidem



anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.<sup>88</sup>

A classificação dos estabelecimentos penais, conforme preceitua a Lei de Execução Penal - Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – LEP, apresenta-se da seguinte forma:

Penitenciárias: previstas no art. 87 da LEP, destinadas ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado;

Colônias: previstas no art. 91 da LEP, podem ser agrícolas, industriais ou similares, destinadas ao cumprimento de pena em regime semiaberto;

Casa do Albergado: prevista no art. 93 da LEP, destina-se ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto e da pena restritiva de direitos de limitação de final de semana, caracterizada pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga;

Centro de Observação: previsto no art. 96 da LEP, onde são realizados os exames gerais e o criminológico, cujos resultados são encaminhados à Comissão Técnica de Classificação e servirão de base para indicar o tipo de estabelecimento e o tratamento adequado a ser ministrado a cada preso;

Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico: previsto no art. 99 da LEP, destina-se a abrigar os detentos (inimputáveis e semi- imputáveis) que necessitem de tratamento médico-psiquiátrico de internação ou ambulatorial;

Cadeia Pública: prevista no art. 102 da LEP, destina-se ao recolhimento de presos provisórios.<sup>89</sup>

Existem também os Presídios Federais e as Casas de Detenção, aqueles funcionando como estabelecimentos penais de segurança máxima e as últimas como estabelecimentos destinados aos presos provisórios, ou seja, àqueles que estão aguardando julgamento ou o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em 07 mar. 2020

<sup>89</sup> *Ibidem*

<sup>90</sup> TEIXEIRA, Sérgio William Domingues. *Estudo sobre a evolução da pena, dos sistemas prisionais e da realidade brasileira em execução penal – propostas para a melhoria do desempenho de uma vara de execução penal*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: FGV-Direito Rio, 2008



Por determinação de lei, são atribuídos aos estados membros da federação as responsabilidades pela custódia da maior parte dos reclusos, quer tenham sido julgados pela Justiça Estadual ou Federal, destacando que o Sistema Penitenciário Federal, apresenta apenas unidades prisionais de segurança máxima, destinadas a recolhimento de presos especiais, exclusivamente no regime fechado, inexistindo cumprimento de pena em regime semiaberto ou aberto que próprios do sistema penitenciário estadual.<sup>91</sup>

Ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), órgão máximo na estrutura da execução penal, subordinado ao Ministério da Justiça, cabe a elaboração, a cada quatro anos, do Plano Nacional de Política Criminal, fixando as diretrizes básicas para o funcionamento do sistema penitenciário nacional, conforme o artigo 64, incisos I e II da Lei n. 7.210, de 11 de julho e 1994 (Lei de Execução Penal).

Dentre as diretrizes mencionadas é imperioso ressaltar as que se referem às políticas de desencarceramento e também as relativas à preocupação com as condições do cárcere e o tratamento digno do preso, posto que dizem respeito ao fortalecimento da política de reintegração social, garantindo apoio ao egresso do sistema prisional em seu retorno à sociedade, a convivência familiar, a busca por meio de sustento.

Diante o sistema do cárcere, bem como o combate a violência que é desafio constante do país, é clarificante que a segurança pública encontra-se em grave crise no Brasil. Para além da temática das falhas estruturais do sistema prisional, como já exposto no presente trabalho, o comando de organizações criminosas e grupos de gangues de dentro das prisões também se agrupa aos problemas a serem enfrentados

---

<sup>91</sup> TEIXEIRA, Sérgio William Domingues. *Estudo sobre a evolução da pena, dos sistemas prisionais e da realidade brasileira em execução penal – propostas para a melhoria do desempenho de uma vara de execução penal*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: FGV-Direito Rio, 2008



pela segurança pública. Impressiona que o Estado brasileiro tenha apresentado, no ano de 2015, aproximadamente 60.000 homicídios.<sup>92</sup>

A evidência é de que a prisão, atualmente o mecanismo central da política prisional brasileira, não está servindo para o controle da violência e da criminalidade no país, inexistindo, apesar da elevação no número de prisões, melhoria nos índices de segurança pública.

O Brasil, conforme dados coletados junto ao *World Prison Brief* em 09.03.2020, é um dos países que mais se utiliza da prisão, conforme se vê pelo ranking abaixo:

---

<sup>92</sup> CERQUEIRA, Daniel et al. (orgs.). *Atlas da violência 2017*. Rio de Janeiro: Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), junho de 2017



Tabela 1: Ranking da População Carcerária Mundial.

PAÍS	RANKING DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA	POPULAÇÃO CARCERÁRIA	ANO DE COLETA	ÍNDICE CARCERÁRIO (I.C.)	RANKING DO ÍNDICE CARCEREÁRIO
EUA	1º	2.145.100	2015	666	2º
CHINA	2º	1.649.804	2015	118	136º
BRASIL	3º	672.722	2017	319	30º
RÚSSIA	4º	600.262	2018	431	12º
ÍNDIA	5º	419.623	2015	33	213º
TAILÂNDIA	6º	330.174	2018	478	8º
INDONÉSIA	7º	236.812	2018	89	157º
TURQUIA	8º	229.790	2017	285	38º
IRÃ	9º	225.624	2014	287	36º
MÉXICO	10º	208.689	2017	169	90º
FILIPINAS	11º	178.661	2017	172	87º
ÁFR. DO SUL	12º	161.054	2017	286	37º
COLOMBIA	13º	115.396	2018	226	57º
VIETNÃ	14º	115.035	2017	122	128º
ETIÓPIA	15º	113.727	2014	127	123º
EGITO	16º	106.000	2016	116	137º

Fonte: Dados coletados junto ao *World Prison Brief* – em 09/03/2020. P. 42 tese de mestrado.



Na modernidade, com aproximadamente 726.000 (setecentos e vinte e seis mil) presos, segundo dados do INFOPEN, dados coletados em 2017 o Brasil ocupava, no que se refere a taxa de encarceramento, a 25ª posição mundial e, em termos absolutos, a 3ª maior população carcerária do mundo<sup>93</sup>

A superlotação carcerária, pode-se dizer, é a razão de ser de quase todos os problemas que afligem o sistema carcerário. Com ela, desenvolve-se um ciclo impiedoso dentro das cadeias, pois, com celas superlotadas haverá concentração de presos e, por isso mesmo, a luta por espaço irá gerar permanente conflito entre eles. Conseqüentemente surgem os que mandam na cela e impõem aos mais fracos a obrigação de cumprirem determinadas ordens, como exemplo, assumirem todas as “brincas” criadas, como a entrada de algum objeto ilícito.<sup>94</sup>

Além disso, a própria relação entre agentes penitenciários e presos se torna mais desequilibrada, pois a simples retirada dos presos da cela se torna uma missão muito perigosa, onde os agentes penitenciários ficam mais expostos à ação da massa carcerária. Por esse motivo, em cadeias superlotadas, a saída dos presos das celas é reduzida, o que implica, muitas vezes, em diminuição do tempo de banho de sol, bem como de saídas para estudo e trabalho.<sup>95</sup>

Essa redução de direitos dos presos instiga, ainda mais, a relação deles com os agentes penitenciários, transformando o presídio em verdadeiro barril de pólvora. Nesse ambiente de permanente instabilidade, com permanente risco de motins e rebeliões, só quem ganha são as facções criminosas, que, em nome de lutarem pelas garantias legais dos presos e de garantir a segurança de seus membros, aliciam vários deles para as suas organizações.

---

<sup>93</sup> WORLD PRISON BRIEF. *World prison population list. Twelfth edition*. Disponível em: [https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wpp1\\_12.pdf](https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wpp1_12.pdf). Acesso em: 9 mar. 2020

<sup>94</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *CPI do Sistema Carcerário – Relatório Final*. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/.../2017/.../relatorio-cpi-sistema-carcerario-camara-ago20>. Acesso em 09 mar. 2020

<sup>95</sup> CAMPOS, Lidiany Mendes; SANTOS, Nivaldo dos. *O crime organizado e as prisões no Brasil*. Congresso Nacional do CONPEDI: Fortaleza – CE, 2007. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI – Florianópolis, pp. 489-490



Outro grande problema diz respeito à questão das drogas, tema também agravado pela superlotação carcerária. Conforme o CNPCP, que sustentam que a chamada “guerra às drogas”, ao invés de reduzir o consumo, fortaleceu e possibilitou a criação de organizações criminosas dentro e fora dos estabelecimentos penais e, ainda, permitiu que se agravasse a corrupção de pessoas e instituições, com perda considerável de recursos que poderiam estar sendo investidos em outras áreas, como a saúde, ou mesmo no efetivo combate à criminalidade.

O crime de tráfico, como apontam diversos estudiosos, continua sendo o carro chefe das gangues prisionais, constituindo-se principal fonte de arrecadação e mecanismo de domínio territorial, dentro e fora das prisões.<sup>96</sup>

Verifica-se ainda, que a ausência de um programa nacional de capacitação de servidores penitenciários tem sujeitado muitos estados a não priorizar essa necessidade de qualificação profissional. Os agentes penitenciários e demais profissionais do sistema prisional vivem em constante tensão e perigo em decorrência da sua atividade profissional, reconhecida pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) como a segunda mais desgastante e estressante do mundo.

Ainda assim, não possuem plano de atenção à sua saúde laboral e vão envelhecendo e adoecendo precocemente dentro do cárcere, sem capacidade de ter um efetivo auxílio nos crescentes desafios do sistema prisional.

Diante esse cenário, o conjunto de fatos perversos que integram o sistema carcerário brasileiro, é possível concluir que se trata de um ambiente hostil sem previsão de ressocialização e supressão da criminalidade.

Há que se desenvolver políticas de integração social nos estabelecimentos prisionais, por meio da promoção do acesso a saúde, a educação e ao trabalho, em cumprimento ao que dispõe a Lei de Execuções Penais, como dever social e condição de dignidade humana.

---

<sup>96</sup> DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013





De fato, as condições carcerárias brasileiras não são boas e se agravam ano a ano, em face do aumento significativo da população que se recolhe nas unidades prisionais.

O Brasil, conforme dados do INFOPEN, nos últimos quatro anos, aumentou a população carcerária em 104.512 (cento e quatro mil quinhentos e doze) presos, ou seja, uma elevação de 16,79%.

As condições dos cárceres brasileiros, superlotados, com celas sem nenhuma ventilação, iluminação ou incidência de sol, sem espaço para visitas, atividades educativas ou laborais, administrativas ou alojamento para funcionários, com notícias frequentes de mortes violentas intencionais, sem mencionar, as notícias de práticas de tortura e tratamento cruel e degradante contra os presos, tornam o ambiente prisional propício ao conflito e vulnerável ao comando de organizações criminosas<sup>97</sup>

Esse conjunto de fatores, permite a proliferação de gangues prisionais, o agrupamento de presos em busca de direitos, espaço, comando, poder, está formada a fina flor da criminalidade, reunida nos presídios federais e em presídios estaduais, trocando informações entre si. É necessário, de imediato que as carreiras desviantes que se fermentam no cárcere sejam suprimidas, porém, o grande desafio do Estado e da sociedade no geral, é encontrar soluções para gravame que só tende a crescer.

Nesse viés, o Promotor de Justiça Augusto Rossini, Diretor do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão do Ministério da Justiça, faz uma análise da medida adotada no Brasil no início dos anos 90, em São Paulo, quando os presos perigosos foram distribuídos pelo interior do Estado e em estados vizinhos, na tentativa de isolamento de lideranças criminosas, exigindo a reflexão, sobre este estudo, se a política adotada no Brasil é adequada, transferindo presos de diversos estados brasileiros para reuni-los nas unidades prisionais do Sistema Penitenciário Federal.

---

<sup>97</sup> DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013



Rossini destaca:

[...] ao chegar em uma das quatro unidades, o preso amplia o leque de conhecidos. De um momento para o outro, seu campo de atuação passa de estadual para nacional. [...] quando uma liderança do Maranhão se encontraria com outra do Rio Grande do Sul? quando uma liderança de São Paulo se encontraria com outra de Mato Grosso? há presos de todos os cantos do país, todos eles ostentando excessiva periculosidade e nefasta liderança em suas bases.<sup>98</sup>

Dias, por sua vez complementa:

Foi a partir desses presídios federais que a Família do Norte, no Amazonas, o Sindicato do Crime, no Rio Grande do Norte, e o Primeiro Comando Catarinense, em Santa Catarina, puderam confrontar o PCC ao se articularem nacionalmente com o Comando Vermelho.<sup>99</sup>

É certo que o problema das gangues de presos não possui solução simples. Não há regra ou padrão pré-estabelecido para combatê-las. Entretanto, representa inteligência social e política a adoção de medidas que possam reduzir seus poderes, incluindo, evidentemente, a redução do encarceramento massivo e a melhor utilização dos espaços prisionais, incluindo, evidentemente, o Sistema Penitenciário Federal.<sup>100</sup>

## 2.2 A Política de Adequação do Sistema Penitenciário Federal

Durante a década de 90 e início dos anos 2000, devastado por inúmeras rebeliões, mortes e fugas, o sistema penitenciário dos estados enfraqueceu, e, por outro lado o crime organizado dentro das prisões se fortalecia.

Nova medida precisava ser adotada de pronto, assim, a necessidade de criar um ambiente prisional mais seguro e controlado, onde a ordem e a disciplina fossem, de fato, exequíveis, arquitetou-se o Sistema Penitenciário Federal (SPF), sendo positivada a regulamentação prevista no art. 86, 1º da Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984, a Lei de Execução Penal.

---

<sup>98</sup> DIAS, Camila Caldeira Nunes. PCC: Hegemonia nas prisões e monopólio da violência. São Paulo: Saraiva, 2013

<sup>99</sup> Ibidem

<sup>100</sup> Ibidem



Com isso, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN-MJ), por intermédio do Decreto n. 6.061 de 15 de março de 2007, alterou sua estrutura regimental e instituiu a Diretoria do Sistema Penitenciário Federal, criando, enfim, unidades prisionais de segurança máxima e traçando um perfil adequado de presos que poderiam ser encaminhados para uma penitenciária federal, conforme orientação dos Decretos n. 6.509/2007 e 6.877/2009.

Os presídios federais que compõem o Sistema Penitenciário Federal, hoje em número de cinco (Catanduvas - PR, Campo Grande - MS, Porto Velho - RO, Mossoró - RN e Brasília - DF), são distribuídos nas cinco regiões do Brasil e encontram-se subordinados ao Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ), apresentando, em todas elas, as mesmas características de unidade prisional de segurança máxima.

Os presídios de segurança máxima possuem 208 (duzentas e oito) vagas, divididas em 4 (quatro) alas, cada uma delas com 52 (cinquenta e duas) vagas, subdivididas em 4 (quatro) vivências, sendo 13 (treze) o número máximo de presos por vivência. Além disso, cada penitenciária federal possui ainda 14 (quatorze) celas de isolamento, de Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

O perfil indicado para inclusão no sistema prisional federal, especificado no Decreto n. 6.877, de 2009, dispõe que o preso para ser incluído nesse regime de privação, deverá enquadrar-se em ao menos uma das características abaixo:

- Ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa;
- Ter praticado crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem;
- Estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado – RDD
- Ser membro de quadrilha ou bando, envolvido em prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça;
- Ser réu colaborador ou delator premiado, desde que essa condição represente risco à sua integridade física no ambiente prisional de origem; ou
- Estar envolvido em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem.



Fica evidente, portanto, que a proposta principal do Sistema Penitenciário Nacional consiste em manter sob custódia federal os criminosos mais perigosos, os líderes de facções, os expoentes da criminalidade nacional e internacional, afastando suas influencias danosas e evitando o domínio de suas influencias e a consequente contaminação que impunham aos outros presos no sistema penitenciário estadual, objetivando a desarticulação das organizações criminosas.

Cumprir destacar, que o Sistema Prisional Federal é composto de unidades prisionais com excelente estrutura física em termos de segurança, bem como constituiu corpo funcional de elevado nível, promovendo, ainda, a implantação de rigorosos protocolos de segurança para uma efetiva fiscalização carcerária. Além disso, cada uma de suas unidades foram equipadas com tecnologia de ponta e dotadas de um sistema de vigilância e disciplina diferenciados, de forma que, as penitenciárias federais, em mais de 12 (doze) anos de funcionamento, não registraram nenhuma fuga, morte, rebelião ou mesmo a entrada de drogas ou celulares, o que, infelizmente, é comum nos presídios estaduais.<sup>101</sup>

Porém, mesmo diante desse cenário aparentemente eficiente ao suprimir a criminalidade, a sua pretensão de desarticular as facções criminosas, conforme apontam os próprios manuais do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN-MJ), o que se configura como objeto do presente estudo é entender de fato, se a política de enfileiramento às organizações criminosas, em especial ao caso do PCC (Primeiro Comando da Capital), vem de fato acontecendo com a solução dada de implantação do Sistema Prisional Federal ou, ao contrário, ao permitir a reunião de lideranças criminosas nacionais, em um único espaço, se isso tem servido para a formação de novas articulações criminosas e a expansão dos coletivos organizados de presos pelas diversas regiões do país.

---

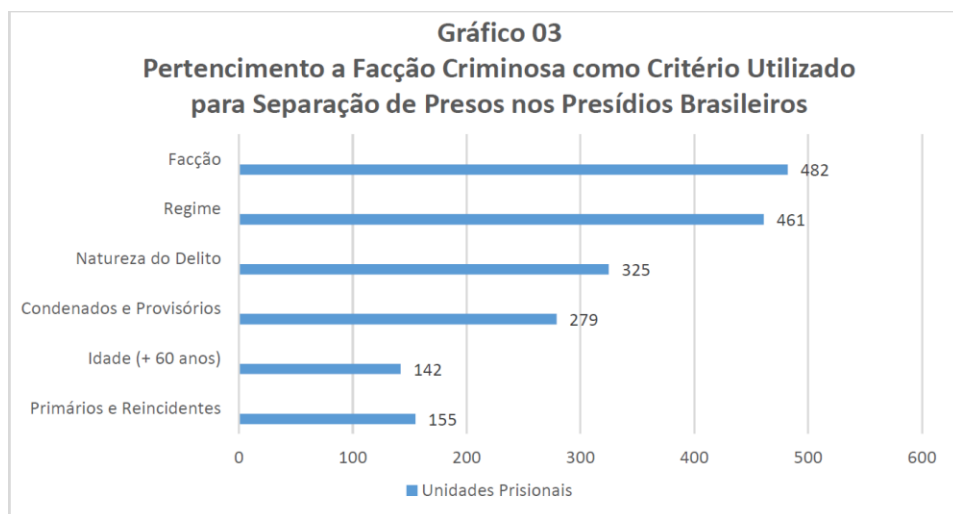
<sup>101</sup> SALLA, Fernando; GAUTO, Maitê; ALVAREZ, Marcos César. A contribuição de David Garland: a sociedade da punição. *Tempo Social [on line]*, 2006. Disponível em: [www.revistas.usp.br/ts/article/view/12505](http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12505). Acesso em 12 nov. 2019



### 3 INFLUÊNCIA DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO SISTEMA PRISIONAL

Conforme esmiuçado na pesquisa, devido ao modelo de tratamento do crime adotado pelo Brasil, a repressão para quando praticada a infração penal, se dá, preferencialmente, pelo uso da prisão como mecanismo de controle social, marcadamente, para contenção de condutas mais graves e violentas. Ocorre que, especialmente nos últimos 20 anos, paralelo ao crescimento da violência e da criminalidade como um todo, o Brasil tornou-se um país com elevadíssimo crescimento da população carcerária. Este aumento, por sua vez, levou também ao desdobramento da violência dentro do cárcere, bem como ao fortalecimento e expansão das organizações criminosas, atualmente um dos flagelos nacionais no campo da segurança pública.

Conforme já exposto, o modo de separação de presos em grande parte das unidades prisionais do país, permite perceber a dimensão do poder das gangues prisionais, em contrapartida, demonstra a extrema fragilidade do controle estatal das prisões, verifica-se no gráfico abaixo:

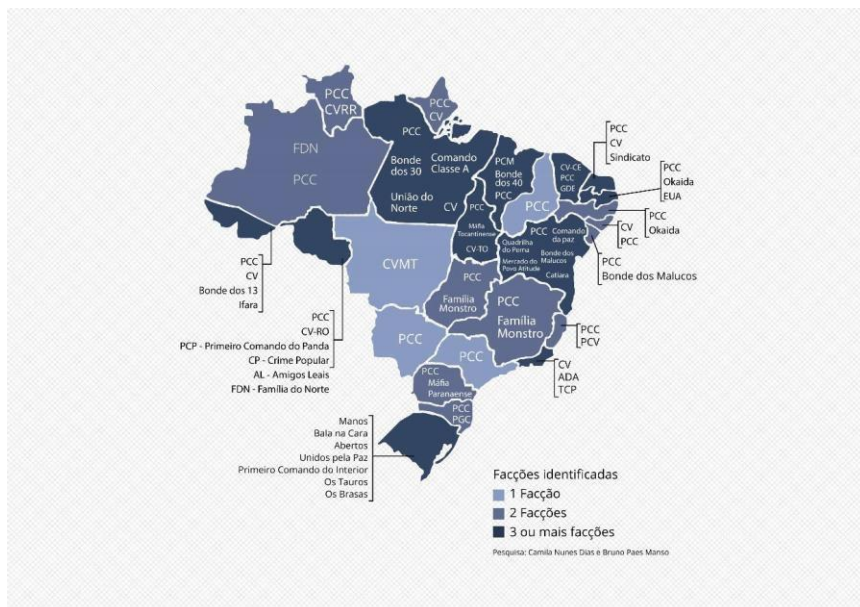


Fonte: Relatório do Conselho Nacional do Ministério Público (Ao todo, a fiscalização alcançou 1.438 unidades prisionais)



Aponta o Relatório da CPI do Sistema Carcerário Brasileiro, realizada em 2015 e divulgada em 2017, havia em 1990, uma população carcerária de 90.000 presos, distribuídos em cerca de 300 unidades. Em 2010, 20 anos depois, alcançou-se a marca de 496.000 presos, distribuídos em aproximadamente 1400 unidades, identificando-se um crescimento de 451% ou, ainda, um crescimento anual médio de 22,5%, o que representa um recorde mundial.

Conforme o gráfico, atualmente, já existe ao menos 482 (quatrocentos e oitenta e duas) unidades penitenciárias espalhadas pelo Brasil em que o pertencimento a uma facção criminosa se mostra como elemento primordial para a lotação de presos. Evidencia de pronto a fragilização do Estado no aspecto de controle do ambiente prisional e, pior, a continuar esse quadro, as facções criminosas ficarão cada vez mais fortalecidas e, por via inversa, o Estado, perdendo o devido controle, tornando-se refém desses coletivos organizados de presos que avançam por todos os estados brasileiros.



Fonte: Anuário Brasileiro de Segurança Pública - 2018/\*Rondônia e Acre, acrescidos com informações dos setores locais de inteligência penitenciária



Nesse diapasão, o estudo se dá sobre os mecanismos de controle e poder de uma dessas organizações criminosas, que se apresenta cada vez mais fortalecida e crescente em âmbito nacional e internacional, o PCC (Primeiro Comando da Capital) ou seja, uma breve análise que não se apresenta com intuito de esgotamento sobre como se dá a tomada de poder e expansão do PCC dentro sistema penitenciário brasileiro.

### **3.1 O Surgimento do Primeiro Comando da Capital (P.C.C.)**

A presença do crime organizado rompe as fronteiras do próprio sistema penitenciário, sendo possível observar no Brasil, desde a década de 1970, a formação de organizações criminosas derivadas de associações de presos políticos com presos comuns, a exemplo do Comando Vermelho (CV), e do Primeiro Comando da Capital (PCC).

Para melhor compreensão e aprofundamento da pesquisa a organização criminosa PCC, foi selecionada para aprofundamento em sua evolução histórica e estudo sobre a forma atuação dentro do sistema prisional brasileiro, para ser atualmente uma das mais potentes organizações criminosas do Brasil, se não for a de maior potência.

Nascida nas cadeias de São Paulo, a gangue criminosa conhecida por PCC tornou-se a maior e mais poderosa força criminosa do Brasil, com abrangência em todos os estados federativos, com mais de 30 mil integrantes e faturamento anual médio de R\$300.000.000,00 reais.<sup>102</sup>

Aponta-se, em estudos que durante o Governo de Franco Matoro, no Estado de São Paulo, iniciado em 1983, procurou-se desenvolver uma política de humanização dos presídios, estimulando a criação de comissões de presos, denominadas de Comissões da Solidariedade (com breve existência formal), a fim de que membros dessas comissões representassem a massa carcerária, fazendo ou

---

<sup>102</sup> REVISTA ISTO É. *Os donos do crime*. Edição 2456 de 06 jul. 2017



buscando fazer valer os direitos do encarcerado, sobretudo com a entrada em vigor da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984). Afirmando os autores:

Inseridas no contexto de uma política de extensão dos princípios democráticos às instituições prisionais, as Comissões de Solidariedade constituíram-se como canais diretos de comunicação entre os presos e a Secretaria de Justiça e os juízes corregedores (cf. Góes, 1991, p. 19). Através das comissões, os presos encaminhavam as demandas relativas às condições de cumprimento da pena de prisão e as reivindicações em termos do acesso aos direitos e sua garantia.<sup>103</sup>

A pretensão do governo de criar um grupo representativo para dar voz aos presos, não prosperou e, pouco tempo depois, surgiram denúncias de que um grupo de matadores, denominado Serpentes Negras, passou a desenvolver ações que tinham como escopo dominar a massa carcerária, via Comissão da Solidariedade. A ideia desse grupo não era, necessariamente, representar ou mesmo defender os presos, exigindo a garantia de seus direitos, tão aviltados pelo Estado, notadamente após a escalada de violência nas cadeias de São Paulo, cujo ápice foi o Massacre do Carandiru, em 02 de outubro de 1992, marco definitivo da extremada violação de direitos a que os presos eram expostos.<sup>104</sup>

O objetivo desses grupos era a busca pelo domínio dos encarcerados e, com isso, a promoção de uma espécie de empresa voltada para a prática de crimes. Em troca, de vender segurança e de defender os direitos dos presos, esses comandos internos aliciaram membros que estavam nas prisões ou que há pouco tempo nela se encontravam, criando uma nova estrutura nos presídios paulistas, e isso ficou claro com o surgimento do Primeiro Comando da Capital, em 1993. A sigla PCC é também conhecida por 15.3.3, onde 15 é a letra do alfabeto P e 3 a letra C, também

---

<sup>103</sup> GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2001

<sup>104</sup> FORT, Monica Cristiane; OLIVEIRA, Luis Ronaldo V. A. de. Medo e horror na cobertura jornalística dos ataques do PCC em São Paulo. *LOGOS: Comunicação e Universidade*, v. 14, n. 1, 2007. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/logos/article/view/15236/11538>. Acesso em 28 fev. 2020





chamado de “Sindicato do Crime”, atuando inicialmente no Presídio de Taubaté, conhecido por “Piranhão”.<sup>105</sup>

Nesse viés, seu surgimento se deu, efetivamente, no início dos anos 90, pouco depois do citado massacre do Carandiru, deixando 111 (cento e onze) mortos. Por conta desse episódio, para tentar acalmar e reequilibrar o sistema, lideranças do Carandiru foram removidas para presídios do interior e, parte delas, foi, então, encaminhada para o Anexo da Cadeia de Taubaté, também conhecido por “Piranhão”, pois, segundo pesquisadores, quando um preso era assassinado, o seu sangue era bebido pelos agressores. O Anexo da Casa de Custódia de Taubaté era, à época, tido como a unidade prisional mais segura do estado, porém, suas condições de custódia não eram as melhores, o que a levou a ser chamada pelos presos de “Caverna” ou “Campo de Concentração”.<sup>106</sup>

Os oito presos transferidos, do Carandiru para Taubaté, foram consagrados como “os da capital”, já que eram os únicos da cidade de São Paulo. Esses presos formaram um time de futebol e participaram de um torneio na cadeia, sendo campeões. Eufóricos, comemoraram a vitória em uma cela iluminada por velas e, durante a reunião, resolveram formar uma espécie de sindicato do crime, um partido do crime, um comando necessário para enfrentar o sistema e a Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo.<sup>107</sup>

Diante de tal formação resolveram promover um jogo amistoso contra jogadores do time “Comando Caipira”, grupo rival que tinha, até então, o controle da unidade prisional. O jogo foi marcado para o dia 31 de agosto de 1993.<sup>108</sup>

Nesse dia, durante o jogo, mataram o líder do time rival e jogaram bola com sua cabeça. A segunda liderança também foi morta e a sua cabeça ficou exposta,

---

<sup>105</sup> DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: Hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013

<sup>106</sup> FORT, Monica Cristiane; OLIVEIRA, Luis Ronaldo V. A. de. *Op.cit*

<sup>107</sup> DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013

<sup>108</sup> *Ibidem*



pendurada em uma estaca. Nascia, portanto, no dia 31.08.1993, o Primeiro Comando da Capital, inicialmente com o objetivo de combater a opressão dentro do sistema prisional paulista e, ainda, de vingar a morte dos 111 presos chacinados no Pavilhão 9 do Carandiru.<sup>109</sup>

Em 2001, o PCC revelou-se ao Brasil ao comandar 29 rebeliões simultâneas em cadeias de todo o estado de São Paulo, mobilizando 27 mil presidiários com o mesmo objetivo: rebelar-se contra o sistema carcerário opressivo.<sup>110</sup>

A demonstração do poder do PCC mostrou a fragilidade do sistema penitenciário e popularizou a facção, que teve um crescimento massivo de criminosos. Na mesma época a organização criou um estatuto com regras de conduta, com diretrizes idênticas às do Comando Vermelho, tendo à liderança José Márcio Felício, vulgo “Geleia”. A associação com o Comando Vermelho deu à organização maior força e poder a ambos, gerando uma situação sem precedentes no sistema carcerário brasileiro, já que os presos comandam diversas atividades ilegais de dentro dos presídios, tornando seu combate um desafio e uma necessidade.<sup>111</sup>

É imperioso ressaltar, que, após a rebelião de 2001, o governo paulista foi obrigado a reconhecer publicamente a existência do PCC e, numa tentativa de isolar e enfraquecer os líderes da facção, enviou Cesinha e Geleião para o Complexo Penitenciário de Bangu, no Rio de Janeiro, o que evidentemente acarretou o estreitamento das relações entre o Primeiro Comando da Capital (PCC) e o Comando Vermelho (CV).<sup>112</sup>

---

<sup>109</sup> FORT, Monica Cristiane; OLIVEIRA, Luis Ronaldo V. A. de. Medo e horror na cobertura jornalística dos ataques do PCC em São Paulo. *LOGOS: Comunicação e Universidade*, v. 14, n. 1, 2007. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/logos/article/view/15236/11538>. Acesso em 28 fev. 2020.

<sup>110</sup> MADEIRA, Felipe. O crime organizado perante a lei penal brasileira e a Constituição Federal. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVV, n. 71, dez. 2009. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6794](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6794). Acesso em: 28 fev. 2020

<sup>111</sup> DIAS, Camila Caldeira Nunes. Op.cit

<sup>112</sup> MADEIRA, Felipe. O crime organizado perante a lei penal brasileira e a Constituição Federal. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVV, n. 71, dez. 2009. Disponível em:



Nesse ínterim, César Augusto Roriz, conhecido como Cesinha, e José Márcio Felício dos Santos, o Geleião, assumiram a liderança do PCC, passando a coordenar atentados violentos contra prédios públicos e autoridades ligadas ao sistema prisional. Em novembro de 2002, Cesinha e Geleião, tidos como radicais e acusados de terem colaborado com a Polícia, foram banidos do grupo e jurados de morte e, por conta disso, fundaram uma facção dissidente, o Terceiro Comando da Capital (TCC), rival do PCC. Cesinha, depois de escapar de várias tentativas de assassinato, foi morto em 13 de agosto de 2006, no Presídio de Avaré, para onde havia sido levado. Geleião, o único dos fundadores do PCC ainda vivo, encontra-se hoje recolhido em penitenciária do Sistema Penitenciário Federal.<sup>113</sup>

Findas as lideranças de Cesinha e Geleião, que usavam atentados para intimidar as autoridades do sistema prisional, no final de 2002, o ex-trombadinha e assaltante de bancos Marcos Willians Herbas Camacho, o Marcola, também conhecido como Playboy, por ser uma pessoa muito vaidosa, assumiu o comando geral do grupo e é, ainda, o atual chefe do PCC (Primeiro Comando da Capital), tendo ao seu lado os presos Abel Pacheco de Andrade, o Vida Loka, Roberto Soriano, o Beto, Rogério Jeremias de Simone, o Gegê do Mangue, Daniel Vinicius Canônico, o Cego, Fabiano Alves de Souza, o Paca ou Bianco, Edilson Borges Nogueira, o Biroaska, e Júlio César Guedes.<sup>114</sup>

Pregando ações mais moderadas, Marcola destituiu os líderes da ala radical da facção, embora se aponte que, sob suas ordens, houve o assassinato do juiz-corregedor Antônio José Machado Dias, em março de 2003, no Estado de São Paulo. Para conseguir dinheiro para o caixa da facção, os membros do PCC exigem que os "irmãos", como são tratados os integrantes do grupo, paguem uma taxa mensal menor para os que estão presos e maior para os que estão em liberdade. O dinheiro é usado

---

[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6794](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6794).  
Acesso em: 28 fev. 2020.

<sup>113</sup> DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013

<sup>114</sup> *Ibidem*



para comprar armas e drogas, além de financiar ações de resgate de presos ligados ao grupo.<sup>115</sup>

### 3.2 Formas de atuação do PCC

Diante o breve histórico do surgimento da Organização criminosa, é possível perceber que suas formas de organização e logística são marcadas por uma verdadeira atividade empresarial do crime, cabe destacar, portanto, sua forma de atuação

Para se tornar membro do PCC, o criminoso precisa ser "batizado", ou seja, apresentado por um outro preso que já faça parte da organização criminosa e que se responsabilize por suas ações junto ao grupo. Todos têm de cumprir um estatuto, redigido pelos fundadores reunidos no Piranhão, em 1993, com cerca de 16 itens.<sup>116</sup>

O nº 9, por exemplo, diz: “O partido não admite mentiras, traição, inveja, cobiça, calúnia, egoísmo, interesse pessoal, mas sim: a verdade, a fidelidade, hombridade, solidariedade e o interesse comum ao bem de todos, porque somos um por todos e todos por um”.<sup>117</sup>

Em 2017, ao comemorar 24 anos de existência e vangloriando-se de ser modelo a ser seguido, o comando central do PCC alterou o seu estatuto, para 18 itens.<sup>118</sup>

O PCC é considerado a maior e mais influente facção criminosa no Brasil. Possui extensão até mesmo em outros países, como Uruguai, México, Colômbia, Paraguai e Bolívia. Por possuírem uma estrutura piramidal, seu comando é dividido

---

<sup>115</sup> DIAS, Camila Caldeira Nunes. PCC: Hegemonia nas prisões e monopólio da violência. São Paulo: Saraiva, 2013

<sup>116</sup> RIZZI, Rícard Wagner. *Estatuto do Primeiro Comando da Capital PCC 1533*. 25 abr. 2017. Disponível em: <https://www.aconteceuemitu.org/2012/01/o-estatuto-do-pcc-primeiro-comando-da.html> Acesso em 10 mar. 2020

<sup>117</sup> Ibidem

<sup>118</sup> Ibidem



em células, permitindo que as atividades criminosas continuem mesmo sem a presença dos seus líderes, que se encontram privados de liberdade.<sup>119</sup>

Curiosamente, as estruturas do PCC são comparadas às estruturas de uma empresa, visto que esta facção é capaz de movimentar milhões de reais por ano, gera emprego, sendo considerada uma “multinacional do crime”. Uma característica forte desse grupo é a organização. Sabem que para obter sucesso em suas várias formas de crime precisam criar e seguir regras. Por isso possuem um estatuto que regula e disciplina a facção.<sup>120</sup>

Destaca-se um trecho do Estatuto da organização:

**A Sintonia Final comunica a todos os irmãos que foram feitas algumas mudanças necessárias em nosso Estatuto.** O PCC foi fundado em 1993. Comemoramos esta data no dia 31 de agosto de todos os anos, mas 24 anos se passaram e enfrentamos várias guerras, falsos criminosos foram desmascarados, sofremos duros golpes, fomos traídos inúmeras vezes, perdemos vários irmãos, mas graças a nossa união conseguimos superar todos os obstáculos e continuamos crescendo.

Nós revolucionamos o crime impondo respeito através da nossa união e força que o certo prevalece acima de tudo com a nossa justiça, nós formamos a lei do crime e que todos nós respeitamos e acatamos por confiar na nossa justiça.

Nossa responsabilidade se torna cada vez maior porque somos exemplos a ser seguido.

Os tempos mudaram e se fez necessário adequar o Estatuto à realidade em que vivemos hoje, mas não mudaremos de forma alguma nossos princípios básicos e nossas diretrizes, mantendo características que são nosso lema PAZ, JUSTIÇA, LIBERDADE, IGUALDADE e UNIÃO acima de tudo ao Comando.

Que o novo Estatuto faça juz a cara que o Comando tem hoje e com o apoio e união de todos almejamos crescer cada vez mais, fortalecendo a ajuda aos que necessitam.

---

<sup>119</sup> FARIA, Gabriel Corrêa de. *Facções criminosas e o crime organizado*. 58f. Monografia. Universidade para o desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal, bacharel em Direito, Campo Grande, 2010

<sup>120</sup> *Ibidem*



Agradecemos todos os irmãos que se dedicam pela nossa causa e qualquer dúvida procure a Sintonia para que possíveis dúvidas sejam esclarecidas.

**Item:** Todos os integrantes devem lealdade e respeito ao Primeiro Comando da Capital, devem tratar todos com respeito, dando bons exemplos a ser seguidos pela massa, acima de tudo ser justo e imparcial.

**Item:** Lutar sempre pela PAZ, JUSTIÇA, LIBERDADE, IGUALDADE e UNIÃO, visando sempre o crescimento da organização, respeitando sempre a ética do crime.

**Item:** Todos os integrantes do Comando têm por direito expressar sua opinião e tem o dever de respeitar a opinião de todos. Sabendo que dentro da organização existe uma hierarquia e uma disciplina a ser seguida e respeitada. Aqueles integrantes que vier a causar divisão dentro do Comando, desrespeitando esses critérios, será excluído e decretado.

**Item:** Aquele integrante que for para rua tem a obrigação de manter o contato com a Sintonia da sua quebrada ou da quebrada que o mesmo estiver. Estar sempre a disposição do Comando, a Organização necessita do empenho e união de todos os integrantes. Deixamos claro que não somos sócios de um clube e sim integrantes de uma Organização Criminosa, que luta contra as opressões e injustiças que surgem no dia a dia e tenta nos afetar. Sendo assim, o Comando não admite acomodações e fraquezas.

**Item:** Todos os integrantes que estiver na rua, tem a mesma obrigação, sendo ele estruturado ou não, porém os estruturados têm condição de se dedicar ao Comando e quando possível participar de projetos que venham a criar soluções desamparo social e financeiro para apoiar os integrantes desamparados.

**Item:** O comando não admite entre seus integrantes, estupradores, pedófilos, caguetas, aqueles que extorquem, invejam, e caluniam, e os que não respeitam a ética do crime.

**Item:** É dever de todos os integrantes da facção colaborar e participar dos “progressos” do comando, seja ele qual for, pois os resultados desse trabalhos são integrados em pagamentos de despesas com defensores, advogados, ajuda para trancas, cesta básica, ajuda financeira para os familiares que perderam a vida em prol a nossa causa, transporte para cadeirantes, ou auxílio para doentes com custo de remédio, cirurgia e atendimentos médicos particulares, principalmente na estruturas da luta contra os nossos inimigos, entre várias situações que



fortalecem a nossa causa ou seja o crime fortalece o crime, essa é a nossa ideologia. [...] <sup>121</sup>

Diante desse trecho, cumpre destacar que a atuação da organização se pauta em valores marcados pela pactuação e solidariedade, porém o perpetua um fenômeno de violência. Além de agirem de forma violenta com a sociedade, por meio de roubo, corrupção, mortes entre outras coisas, os membros da organização agem com violência entre si caso descumpram o estatuto. De acordo com Silveira <sup>122</sup>:

Acontece que a pena para o descumprimento das regras adotadas pelas facções criminosas é a morte do faltoso. Como se vê, o crime organizado adota a pena de morte como regra básica. E a pena capital é aplicada pela simples quebra de sigilo. <sup>123</sup>

As estruturas responsáveis para lidar com esses casos envolvendo facções criminosas são muito falhas no país. Primeiramente por possuir brechas na legislação, baixa impunidade, fraqueza no controle das fronteiras e principalmente pela corrupção que ocorre dentro dos próprios órgãos que combatem crimes.

*Ex positis*, verifica-se que, as prisões brasileiras, reconhecidas pela sua desestruturação e violência, representam ambiente propício ao crescimento de grupos marginais que, atuando na ilegalidade, formam verdadeiras sociedades de criminosos. Aproveitam-se das fragilidades do sistema carcerário e, assim, ausente o devido controle por parte do Estado, esses grupos se fortalecem e, mais estruturados, avançam como organizações criminosas que, nos últimos anos, com ações simbólicas e violentas, vêm extrapolando os muros das unidades prisionais, intimidando e assustando toda a sociedade, desenvolvendo, a partir do universo prisional, o que se

---

<sup>121</sup> RIZZI, Rícard Wagner. *Estatuto do Primeiro Comando da Capital PCC 1533*. 25 abr. 2017. Disponível em: <https://www.aconteceuemitu.org/2012/01/o-estatuto-do-pcc-primeiro-comando-da.html> Acesso em 10 mar. 2020

<sup>122</sup> CAMPOS, Marcelo da Silveira. Escolha racional e criminalidade: uma avaliação crítica ao modelo. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, nº 22, pp. 93-110, 2008, p. 106 *apud* FÁRIA, Gabriel Corrêa de. *Facções criminosas e o crime organizado*. 58f. Monografia. Universidade para o desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal, bacharel em Direito, Campo Grande, 2010, p. 32

<sup>123</sup> FÁRIA, Gabriel Corrêa de. *Facções criminosas e o crime organizado*. 58f. Monografia. Universidade para o desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal, bacharel em Direito, Campo Grande, 2010



pode chamar de uma economia delinquente ou economia do mundo do crime, com todos os constrangimentos e equívocos que isso pode representar.<sup>124</sup>

É clarificante, que o crime organizado é considerado um fenômeno social de graves consequências para a sociedade e para o Estado, exigindo adoção de medidas eficazes de ações preventivas e repressivas por parte das instituições públicas, principalmente no que consiste à legislação vigente, que não pode deixar margens para omissão, colocando a soberania do Estado em risco.

O Brasil encontra-se com sérios problemas no combate ao crime organizado, pois se trata de um fenômeno humano complexo, englobando inúmeras áreas, não somente a segurança pública, envolvendo todo o sistema de persecução penal, necessitando de políticas públicas que alcancem a toda a população, suprimindo as necessidades básicas de educação, saúde e emprego, evitando que as organizações criminosas conquistem esses espaços, atraindo colaboradores e simpatizantes junto às comunidades.<sup>125</sup>

Ademais, conclui-se que a integração da polícia e seus sistemas, junto com a especialização humana, legislativa e material é medida premente para enfrentar as mais variadas e estruturadas organizações criminosas.

## CONCLUSÃO

O Direito Penal é, por excelência, um meio de controle social formal do qual se vale o Estado para efetivar a função constitucional de garantir a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à dignidade, etc. De outro modo, na medida em que a intervenção jurídico-penal implica em restrições a direitos fundamentais (como liberdade e patrimônio) sua aplicação sempre deve ser decorrer em conformidade com princípios constitucionais penais e processuais penais que se

---

<sup>124</sup> SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003

<sup>125</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *CPI do Sistema Carcerário – Relatório Final*. 2017. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/.../2017/.../relatorio-cpi-sistema-carcerario-camara-ago20>. Acesso em 17 maio 2020.





colocam como limite inegociável à incidência do poder punitivo e que, portanto, devem atingir eficácia para evitar os excessos perniciosos – e ilegais – das práticas punitivas inquisitoriais.<sup>126</sup>

Nesse sentido, vem sendo travada luta doutrinária incessante nos últimos anos em busca da afirmação de um direito processual penal pautado pela conformidade constitucional e pela exigência de concretização do sistema acusatório que essa conformidade exige, bem como, a aplicação de um direito penal máximo de forma efetiva no que tange a repressão e prevenção aos crimes bárbaros que causam pânico na sociedade, como os cometidos pelas Organizações Criminosas.

As mudanças são necessárias e urgentes. Da forma como está, fica claro que o sistema permanece preso às amarras do “inquisitorialismo”, como afirmam Coutinho e Kant de Lima, que chegam à conclusões semelhantes a partir de pressupostos teóricos inteiramente distintos. Como refere Lopes Jr., “o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido”.<sup>127</sup>

Afinal, o sistema penal em um Estado Democrático de Direito deve ser um sistema de garantias, onde a resposta penal somente deve surgir a partir da aplicação de um modelo que exclua a arbitrariedade tanto no momento de elaboração da norma quanto no de sua aplicação.<sup>128</sup>

Sem dúvida, uma jurisdição como direito fundamental e estruturada em torno do sistema acusatório pode dar aos processos de criminalização e combate ao crime organizado, outra conotação, para quem sabe ao menos diminuir sensivelmente – a

---

<sup>126</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2008

<sup>127</sup> *Ibidem*

<sup>128</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003



partir de uma perspectiva de redução de danos – a sujeição criminal que tristemente é tão característica dos traços inquisitórios do sistema processual penal brasileiro.<sup>129</sup>

Nesse sentido, o presente trabalho, voltou-se para o estudo da prisão, notadamente, com um olhar diferente, dirigido para as organizações criminosas, gestadas e desenvolvidas no interior do cárcere. Assim, o foco principal foi a análise desse fenômeno, buscando avaliar a inter-relação existente entre as transferências dos presos dos presídios estaduais para as penitenciárias federais, vinculadas ao Sistema Penitenciário Federal e, com isso, entender se esse procedimento tem servido como instrumento de expansão das organizações criminosas pelo país.

O crime organizado já demonstrou por mais de uma vez que tem poder e condições de causar pânico, não somente na sociedade brasileira, mas também dentro dos órgãos de segurança pública, deixando claro que o Brasil tem sérios problemas na forma com que trata o crime organizado.

Conforme explanação nos primeiros capítulos dessa pesquisa, verifica-se, que as atividades exercidas pelas organizações criminosas têm relação direta com a falta de educação, com os problemas na saúde pública, pobreza e **com a desestruturação e despreparo** da polícia para combater não somente estas atividades, mas o crime organizado em seu todo.

O tema proposto já era relevante, principalmente depois dos incidentes ocorridos em São Paulo, nos anos de 2002 e 2006, que chamaram a atenção para o poder de controle e destruição dessas organizações criminosas desenvolvidas nas prisões, também conhecidas por gangues de presos.<sup>130</sup>

Entretanto, atualmente, tornou-se ainda mais relevante, tendo em vista o fato de que a violência produzida no interior dos presídios alcançou um patamar excessivo, mostrando, rotineiramente, cenas dantescas de violência explícita,

---

<sup>129</sup> KHALED JUNIOR, Salah H. O sistema processual penal brasileiro: Acusatório, misto ou inquisitório? *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010

<sup>130</sup> MANSO, Bruno Paes. *A guerra – ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil*. São Paulo: Todavia, 2018



envolvendo decapitações e esquartejamentos entre adversários de facções diversas, como se viu nas rebeliões em presídios do Norte do país, entre outubro de 2016 e janeiro de 2017, e, mais ainda, pelo fato de que essa mesma violência já não fica mais contida nos muros altos dos presídios brasileiros, alcançando as ruas das cidades e contribuindo para o aumento da sensação de insegurança pública.<sup>131</sup>

De tudo o que se apurou, envolvendo toda a pesquisa e documentação colacionada, como respostas às questões formuladas, pode-se concluir que o modelo penitenciário atual, envolvendo a transferência de presos do sistema estadual para o federal, sem a adoção dos cuidados necessários, a despeito de toda a estrutura de segurança e controle que efetivamente possui o Sistema Penitenciário Federal, tem, de fato, contribuído para a expansão das organizações criminosas ou ao menos estimulado ou favorecido a emergência de novos coletivos organizados de presos, levando ao que se pode chamar de federalização ou expansão nacional das organizações criminosas.<sup>132</sup>

A bem da verdade, a ideia de transferência de presos perigosos de um lugar para um outro, por si só, já se mostrou, antes mesmo da criação do Sistema Penitenciário Federal, medida temerária, pois, na prática, servem mais para alastrar os domínios das organizações criminosas dentro do sistema prisional. Isso aconteceu, por exemplo, com a transferência de presos paulistas, membros do PCC, para o Paraná e para o Mato Grosso do Sul, fazendo com que surgissem representações locais dessa facção nesses dois estados.<sup>133</sup>

É evidente que, por ter custo exorbitante e um sistema de controle da pena extremamente exigente e minucioso, não se deve utilizar o Sistema Penitenciário Federal para abrigar presos de baixa ou média periculosidade, reservando-o, portanto, somente para aqueles de perfil mais violento, líderes de facção ou organização

---

<sup>131</sup> MANSO, Bruno Paes. *A guerra – ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil*. São Paulo: Todavía, 2018

<sup>132</sup> *Ibidem*

<sup>133</sup> MASSON, Cleber e MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017



criminosa ou que coloquem em risco o equilíbrio das unidades penais estaduais, de modo que o grau de periculosidade do preso e sua ascendência sobre a massa carcerária devem ser os pontos a considerar para sua eventual transferência para o sistema federal.

Acredita-se, então, que os apenados que frequentam os presídios federais são e devem ser especiais, ou seja, dos presos, somente os mais perigosos e, por conta disso, precisam de um controle mais acentuado.

A simples reunião de duas grandes lideranças de facções diversas em uma mesma ala de uma penitenciária, já indica a possibilidade de formação de uma espécie de central de criminosos, sendo imperiosa a pergunta: onde é que, fora do Sistema Penitenciário Federal, haveria a reunião de tantos criminosos de várias facções diferentes, com atuação em variados estados brasileiros? Provavelmente, em lugar nenhum, o que torna o Sistema Penitenciário Federal uma espécie de centro da criminalidade, de elemento concentrador da elite criminosa do país.<sup>134</sup>

Reunida essa liderança e evidenciada a confabulação entre eles, embora não permitida oficialmente, só quem irá ganhar será a criminalidade e, infelizmente, como visto nesta pesquisa, há evidências de que o sistema fala e os presos conversam entre si, passando e repassando as ordens, comandos e salves da criminalidade.<sup>135</sup>

Atingiu-se, assim, os objetivos propostos na pesquisa. Todavia, ante os problemas identificados, questões sensíveis precisam ser solucionadas, como o caso da suspensão das visitas íntimas em presídios federais, ainda pendente de análise pelo Poder Judiciário, capaz de alterar totalmente o equilíbrio do Sistema Penitenciário Federal.

A limitação temporal de permanência de um preso no sistema penitenciário federal, ao que se apontou, parece ser outro ponto falho, uma vez que a rotatividade

---

<sup>134</sup> TEIXEIRA, Sergio William Domingues. *Muros altos e rios de sangue o sistema penitenciário federal e a expansão das facções criminosas*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciência Política. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018

<sup>135</sup> *Ibidem*



de presos, com retorno para o estado de origem, sem os preparos necessários, pode servir como elemento fomentador de novas lideranças criminosas e reforço de facções locais.<sup>136</sup>

Assim, se houver o transcurso de mais de um ano ou mesmo mais de dois, perdurando a necessidade de manutenção do preso no sistema federal, tal medida deverá ser mantida, independentemente da intervenção dos tribunais superiores, salvo se, conforme proposto, criar, em cada um dos estados da federação, uma unidade prisional de segurança máxima, além de adoção de programas de classificação de presos e de unidades prisionais, talvez a providência mais sensata para combater o avanço das facções criminosas pelo país.<sup>137</sup>

Destaca-se, ainda, a necessidade de desenvolver a ideia iniciada pelo Sistema Penitenciário Federal de articular novo paradigma de aprimorar a classificação de presos e de unidades prisionais. Há também que se ter maior troca de informações entre as Justiças Estadual e Federal, aperfeiçoando-se também o trabalho de inteligência penitenciária, de incumbência direta, no caso, do DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional e das secretarias estaduais de assuntos penitenciários, promovendo maior diálogo entre as partes envolvidas, pois, se o comitê central do crime de fato existe, é necessário impedir e limitar sua atuação de alguma forma.<sup>138</sup>

Aponta-se, além disso, como solução a médio/longo prazo para enfrentar tamanho desafio, a criação de políticas públicas e programas de prevenção ao crime organizado, como exemplo cite-se: projetos sociais contra as drogas em escolas, educação sexual para adolescentes, oferta de cursos profissionalizantes, oferta de emprego, diálogos por diversos canais: escola, postos de saúde, redes sociais, televisão, música, teatro, oficinas, ouvidorias dos órgãos públicos, para entender as

---

<sup>136</sup> TEIXEIRA, Sergio William Domingues. *Muros altos e rios de sangue o sistema penitenciário federal e a expansão das facções criminosas*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós- graduação em Ciência Política. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018

<sup>137</sup> *Ibidem*

<sup>138</sup> SCHELAVIN, José Ivan. *Ações de controle do crime organizado: dimensões do fenômeno e desafios do sistema penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: UFSC, 2011



necessidades da comunidade e consolidar a presença do Estado, principalmente, em comunidades mais vulneráveis ao pertencimento do crime.

Somado a isso, é necessário que o Estado injete, nesse enfrentamento, verba suficiente para potencializar a capacitação dos servidores públicos, pois a solução para o problema está além de um combate eficaz das forças de segurança e sim em melhores investimentos em educação e saúde que são motivos relevantes ao crescimento da criminalidade. Havendo, também a necessidade de melhores investimentos na área de segurança pública.

Enfim, a prisão, continua sendo o “mal necessário” e tem que voltar a ser território do Estado e não de facção criminosa, de forma que, todas as medidas possíveis para atingimento desse objetivo, de difícil concretização, devem ser implementadas.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio & SALLA, Fernando. Criminalidade Organizada nas prisões e os ataques do PCC. 2007. *Estudos Avançados*, 21 (61),7-29. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v21n61/a02v2161.pdf>. Acesso em 13 nov. 2019.

ANJOS, J. Haroldo dos. *As raízes do crime organizado*. Florianópolis: IBRADD, 2002.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e a proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARBOSA, Adriano Mendes. *Da organização criminosa*. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; BARBOSA, Emerson Silva (orgs.). *Organizações criminosas: teoria e hermenêutica da Lei n. 12.850/2013*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *CPI do Sistema Carcerário – Relatório Final*. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/.../2017/.../relatorio-cpi-sistema-carcerario-camara-ago20>. Acesso em 09 mar. 2020.



BRASIL. *Código Penal. Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 14 nov. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012*. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis n.s 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm).

BRASIL. *Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm).

BRASIL. *Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995*. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9034.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20utiliza%C3%A7%C3%A3o%20de,a%C3%A7%C3%B5es%20praticadas%20por%20organiza%C3%A7%C3%B5es%20criminosas.&text=Art.,a%C3%A7%C3%B5es%20de%20quadrilha%20ou%20bando](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20utiliza%C3%A7%C3%A3o%20de,a%C3%A7%C3%B5es%20praticadas%20por%20organiza%C3%A7%C3%B5es%20criminosas.&text=Art.,a%C3%A7%C3%B5es%20de%20quadrilha%20ou%20bando).

BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm). Acesso em 07 mar. 2020.

BRASIL. *Lei n. 9.034, de maio de 1995*. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm). Acesso 28 nov. 2019.

CAMPOS, Lidiany Mendes. *O crime organizado e as prisões no Brasil*. Artigo Científico, CONPEDI, ciências penais UFG, 2004.



CAMPOS, Lidiany Mendes; SANTOS, Nivaldo dos. *O crime organizado e as prisões no Brasil*. Congresso Nacional do CONPEDI: Fortaleza – CE, 2007. Anais do / XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis, p. 489-490. Disponível em:

[https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/O%20Crime%20Organizado%20e%20as%20pris%C3%83%C2%B5es%20no%20Brasil\(1\).pdf](https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/O%20Crime%20Organizado%20e%20as%20pris%C3%83%C2%B5es%20no%20Brasil(1).pdf). Acesso em: 14 nov. 2019.

CAMPOS, Lidiany Mendes; SANTOS, Nivaldo dos. *O crime organizado e as prisões no Brasil*. Congresso Nacional do CONPEDI: Fortaleza – CE, 2007. Anais do / XIV Congresso Nacional do CONPEDI. – Florianópolis.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Escolha racional e criminalidade: uma avaliação crítica ao modelo. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, nº 22, pp. 93-110, 2008.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Escolha racional e criminalidade: uma avaliação crítica ao modelo*. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, nº 22, pp. 93-110, 2008, p. 106 *apud* FARIA, Gabriel Corrêa de. *Facções criminosas e o crime organizado*. 58f. Monografia. Universidade para o desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal, bacharel em Direito, Campo Grande, 2010, p. 32.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CERQUEIRA, Daniel et al. (orgs.). *Atlas da violência 2017*. Rio de Janeiro: Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), junho de 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DURKHEIM, E. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Cia. Ed. Nacional, 1990.

FARIA, Gabriel Corrêa de. *Facções criminosas e o crime organizado*. 58f. Monografia. Universidade para o desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal, bacharel em Direito, Campo Grande, 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. *O crime organizado e a legislação brasileira*. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça penal: críticas e sugestões*. São Paulo: RT, v. 3, 1995.





FORT, Monica Cristiane; OLIVEIRA, Luis Ronaldo V. A. de. Medo e horror na cobertura jornalística dos ataques do PCC em São Paulo. *LOGOS: Comunicação e Universidade*, v. 14, n. 1, 2007. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/logos/article/view/15236/11538>. Acesso em 28 fev. 2020.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 2002.

GODOY, Luiz Roberto Ungaretti de. *Crime organizado e seu tratamento jurídico penal*. São Paulo: Elsevier, 2011.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo*. 06 maio 2009. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 14 nov. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Carregador flagrante preparado e esperado: diferenças*. 02 set. 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 30 nov. 2019.

GONÇALVES, Alberto Borio. *Polícia Federal: fronteiras Oiapoque ao Chiuí*. Brasília, DF: Ministério da justiça - Secretaria da Polícia Federal, 1994.

HABIB, Gabriel; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Leis penais especiais*, tomo II, 5. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2014.

\_\_\_\_\_. *Leis penais especiais*. São Paulo: Jus Podivm, 2016.

KHALED JUNIOR, Salah H. O sistema processual penal brasileiro: Acusatório, misto ou inquisitório?

*Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2008.

MADEIRA, Felipe. O crime organizado perante a lei penal brasileira e a Constituição Federal. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVV, n. 71, dez. 2009. Disponível em:



[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6794](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6794). Acesso em: 28 fev. 2020.

MANSO, Bruno Paes. *A guerra – ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil*. São Paulo: Todavia, 2018.

MASSON, Cleber e MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Atlas, 2015

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

MONTOYA, Mario Daniel. *Máfia e crime organizado. Aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NUCCI, Guilherme de Sousa. *Manual de direito penal: parte geral, parte especial*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito penal. Parte geral. Parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Luciano Francisco de. *Crime organizado: a geada negra*. 89 f. Monografia Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2004. Disponível em: <https://www.escavador.com/sobre/7505951/lucianofrancisco-de-oliveira-novais>. Acesso em: 30 nov. 2019.

PACELLI, Eugenio. *A lei de organizações criminosas – Lei n. 12.850/13*. Disponível em: <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>. Acesso em 14 nov. 2019.

PORTO, Roberto. *Crime organizado e o sistema prisional*. São Paulo: Atlas, 2008. REVISTA ISTO É. *Os donos do crime*. Edição 2456 de 06 jul. 2017.



RIZZI, Rícard Wagner. *Estatuto do Primeiro Comando da Capital PCC 1533*. .25 abr. 2017. Disponível em: <https://www.aconteceuemitu.org/2012/01/o-estatuto-do-pcc-primeiro-comando-da.html> Acesso em 10 mar. 2020.

SALLA, Fernando; GAUTO, Maitê; ALVAREZ, Marcos César. A contribuição de David Garland: a sociedade da punição. *Tempo Social [on line]*, 2006. Disponível em: [www.revistas.usp.br/ts/artcicle/view/12505](http://www.revistas.usp.br/ts/artcicle/view/12505). Acesso em 12 nov. 2019.

SANCHES, Rogério. *Manual de direito penal parte especial*. 2. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2016. SANTOS, Daniel Lin. Organizações criminosas: conceitos no decorrer da evolução legislativa brasileira. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4013, 27 jun. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28484>. Acesso em: 26 nov. 2019.

SCHELAVIN, José Ivan. *A teia do crime organizado*. São Paulo: Conceito, 2011.

\_\_\_\_\_. *Ações de controle do crime organizado: dimensões do fenômeno e desafios do sistema penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: UFSC, 2011.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014.

TEIXEIRA, Sérgio William Domingues. *Estudo sobre a evolução da pena, dos sistemas prisionais e da realidade brasileira em execução penal – propostas para a melhoria do desempenho de uma vara de execução penal*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: FGV-Direito Rio, 2008.

\_\_\_\_\_. *Muros altos e rios de sangue o sistema penitenciário federal e a expansão das facções criminosas*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciência Política. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018.

UNODC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/marco-legal.html>. Acesso em 28 nov. 2019.

WORLD PRISON BRIEF. *World prison population list. Twelfth edition*. Disponível em: [https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl\\_12.pdf](https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf). Acesso em: 9 mar. 2020.



ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



# BANCO DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE PERSECUÇÃO PENAL

Isabella Caetano Da Costa

## RESUMO

A base de dados genéticos objetiva a identificação do indivíduo por meio de DNA - acelerando análise e comparação entre vestígios de crime e aqueles inseridos no banco. Nessa acepção, o presente estudo tem como objetivo principal analisar, sob um prisma das garantias constitucionais e penais, a criação de banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal, nos moldes traçados pelas Leis 12.654/12 e 13.964/2019. Discorre-se acerca das fragilidades do Banco Nacional de Perfis Genéticos. O tema é de extrema relevância porque suscita diversos questionamentos: por um lado, a obtenção de um perfil genético tem o poder de afetar direitos fundamentais pela intervenção corporal na coleta, quanto no âmbito da privacidade e da não autoincriminação; lado outro, a técnica é muito eficaz na identificação, com a possibilidade de determinar ligação biológica entre pessoas, condenação ou absolvição de um crime. Desse modo, ao analisar as contraposições de interesses, chegou-se à conclusão de que, apesar de os direitos fundamentais não possuírem caráter absoluto, não pode limitá-los sem a observância de critérios e conceitos bem definidos.

**Palavras-chave:** Banco Nacional de Perfis Genéticos. DNA. Direitos fundamentais. Identificação Criminal. Investigação criminal. Lei 12.645/2012.

## INTRODUÇÃO

A pesquisa acerca do material genético propiciou inúmeros avanços tecnológicos e biomédicos, inclusive no âmbito jurídico - reconhecimento de paternidade no processo civil e identificação de autor de crime no processo penal, por exemplo.

O frequente uso da análise genética no âmbito forense resultou na criação de bancos de perfis genéticos com fins de persecução penal. É de suma importância a



identificação criminal, visto que assim é possível a aplicação do direito penal para que ao término da persecução seja cominada a sanção à infração praticada pelo devido autor.

No Brasil, apenas em 2012 foi publicada a Lei 12.654, que trata da Identificação Genética Criminal e autoriza a coleta compulsória de material genético do acusado e do condenado – por crime hediondo ou por crime doloso contra pessoa cometido com grave violência – para fins de armazenagem em bancos de dados.

Como uma promessa do governo de prevenção delitiva e consequente redução da criminalidade, atendendo ao clamor popular por políticas públicas, a Lei trouxe em seu conteúdo um forte indicativo de utilização dos bancos de dados biológicos com a finalidade indireta de investigação de crimes (pretéritos ou futuros).

A criação de um banco de DNA para fins forenses acarreta diversos questionamentos no meio jurídico e acadêmico, visto que há afetação de direitos fundamentais. Podem ser citadas questões ligadas aos aspectos relacionados à intimidade dos dados genéticos, à coleta obrigatória de material biológico, à consequente intervenção do corpo humano e ao direito de não autoincriminação.

O estudo do uso de um banco de dados dessa natureza se justifica pelos riscos de desrespeito a direitos e a garantias fundamentais e, ainda, pela necessidade de se ampliar o debate, exigindo uma postura mais rígida para elaboração de leis e políticas públicas sobre a matéria, visto que a convencional proteção aos direitos carece de adequação diante das novas questões levantadas pelo rápido desenvolvimento genético.

É utilizado o procedimento metodológico da consulta bibliográfica, em uma ótica interdisciplinar, pois o tema relaciona-se com direito penal, processual penal, constitucional, humano e genética forense. Essencial o diálogo do Direito com outras áreas de conhecimento científico.



Em um primeiro momento, busca contextualizar o surgimento do banco de dados de perfis genéticos no Brasil. Expõem-se as características desse banco e o processo legislativo da sua criação. Após, examina a preocupação da sociedade com a segurança pública, que foi o motivo da criação do banco de DNA para fins penais. Analisa possível correlação entre dados de criminalidade e o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) brasileiro. Pondera-se, ainda, acerca da possibilidade de valorização da prova genética em detrimento do método de identificação criminal.

O segundo capítulo trata da Lei 12.654/2012, contemplando o aspecto processual, o âmbito de incidência e os direitos e garantias constitucionais por ela contrapostos – *nemo tenetur se detegere*, intimidade e inviolabilidade corporal.

Por fim, o terceiro capítulo examina a inovação legislativa da Lei 13.964/2019, a qual dispõe sobre a aplicação de falta grave ao preso que se negar à identificação genética, sob o prisma dos direitos citados.

## 1 BANCO DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS PENAIS.

Os biobancos são definidos como agrupamentos de material genético (amostras de DNA, células, tecidos) ligados a informações de variadas naturezas (genéticos, médicos, biológicos, familiares). Já as bases de dados genéticos referem-se aos elementos genéticos já sequenciados e digitalizados<sup>1</sup>.

O perfil genético consiste em um código numérico capaz de identificar indivíduos a partir da comparação entre amostras genéticas. É obtido a partir da ampliação do DNA, no qual, em alguns locais específicos, chamados *loci* ou marcadores, é contada a quantidade de repetições de uma sequência específica, chamada STR. Esse valor é o que forma o código do perfil genético.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos Para Fins de Persecução Criminal**. Relatório no 43, Ministério da Justiça. São Leopoldo, Brasil, 2012. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/Volume-4311.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2020

<sup>2</sup> CUNHA, Anita Spies; SCHIOCCHET, Taysa; LAZZARETTI, Bianca Kaini. **Bancos de Perfis Genéticos para Fins de Persecução Criminal: Implicações Jurídicas à Privacidade, Intimidade e Estigmatização Genéticas**. In: V REUNIÃO DE ANTROPOLOGIA DA CIÊNCIA E DA



Para fins forenses, consideram-se bases de armazenamentos de dados de indivíduos já condenados por alguma infração penal ou, inclusive, suspeitos e investigados, como também, perfis de vestígios biológicos de locais de crimes.

### *1.1 A introdução dos bancos de DNA no Brasil.*

Bancos de perfis genéticos são utilizados pelo sistema judiciário criminal há cerca de vinte anos nos Estados Unidos da América (EUA) e no Reino Unido. Em 1994, foi criado, no Reino Unido, o *UK National DNA Database* (NDNAD). Já, nos EUA, em 1998, o programa CODIS (*Combined DNA Index System*) começou a permitir a comparação dos perfis genéticos de amostras com outros pré-existentes do *National DNA Index System* (NDIS) – base de dados nacional, autorizada em 1994.<sup>3</sup>

Para criação de um banco genético, amostras biológicas (por exemplo, sangue ou saliva) são coletadas de indivíduos e/ou cenas de crime. O DNA é extraído e ampliado para produzir uma sequência de números, o qual consiste no perfil genético. Nesse banco de dados, é possível a comparação entre os perfis de DNA dos indivíduos e as amostras biológicas da cena do crime, com a finalidade de averiguar uma possível correspondência.

Segundo a *Forensic Genetics Policy Initiative*<sup>4</sup>, 60 (sessenta) países operam bancos de dados nacionais de DNA e, em ao menos 34 (trinta e quatro) países adicionais, os bancos estão expandindo ou sendo recém-estabelecidos.

---

TECNOLOGIA, 2015, Porto Alegre. Anais da ReACT - Reunião de Antropologia da Ciência e Tecnologia. Campinas: Rede de Antropologia da Ciência e da Tecnologia, 2015. v. 2

<sup>3</sup> GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Eduardo Leal. **O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro Três Anos após a Lei nº 12.654**. *Revistes Científiques de la Universitat de Barcelona: Revista de Bioètica y Derecho*, [s. l.], 2015. DOI <https://doi.org/10.1344/rbd2015.35.14284>. Disponível em: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/14284>. Acesso em: 28 mar. 2020

<sup>4</sup> Iniciativa que congrega três organizações internacionais sem fins lucrativos que se dedicam a produzir conhecimento e debates públicos sobre genética, disponível em: <http://dnapolicyinitiative.org>. Acesso em: 30 mar. 2020





Em 2009, o Departamento de Polícia Federal brasileiro (DPF) e a Agência Federal de Investigações (FBI) assinaram um acordo para a cessão do programa CODIS ao governo brasileiro, com a finalidade de possibilitar a criação de um banco de dados nacional com amostras de DNA de criminosos, suspeitos e vítimas. Assim, o diploma pátrio se assemelha ao modelo americano.<sup>5</sup>

No Brasil, apenas a partir da promulgação da Lei 12.654, em 28 de maio de 2012, foi admitida a coleta e o armazenamento de dados de perfis genéticos com fins de persecução penal. Assim, foi criado o BNPG, tanto para fins de identificação criminal em fase de investigação policial, quanto na fase de execução penal para manutenção de banco de dados de DNA de condenados.<sup>6</sup>

As legislações dos países recomendam, geralmente, que a gestão seja feita por órgão de natureza pública ou semipública, na tentativa de garantir um funcionamento e correta finalidade do banco. Nos EUA, a gestão nacional é feita pelo FBI e a local, pelos laboratórios estaduais. No Brasil, consoante o Decreto 7.950/2013, o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG) ficam designados no âmbito do Ministério da Justiça. A RIBPG atua como instrumento de investigação por propiciar o confronto automatizado de materiais genéticos provenientes de diversas fontes com vestígios advindos de locais de crimes e amostras de vítimas, suspeitos e condenados.<sup>7</sup>

A rede de bancos de dados no Brasil iniciou com um número restrito de estados e com o tempo mais laboratórios aderiram ao instituto. Por ser uma das

---

<sup>5</sup> SUXBERGER, Antonio H. G.; FURTADO, Valtan T. M. M. Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 809-842, mai./ago. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.122> Acesso em: 30 mar. 2020

<sup>6</sup> ASSIS, Éder Pereira de. **Do conflito entre o direito à produção de provas e o direito à não autoincriminação: nemo tenetur se detegere: no tocante às intervenções corporais**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 294, 2016

<sup>7</sup> BONACCORSO **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. 280 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010



avançadas ferramentas de identificação da atualidade, a realização de exames de DNA por parte das polícias e do Poder Judiciário cresce a cada dia.<sup>8</sup>

O primeiro relatório da RIBPG em 2015 apontava que o banco de dados era composto por 16 laboratórios que armazenavam 1.698 perfis genéticos, entre eles 1.524 de vestígios e 53 de condenados. Já o relatório de 2019 apresentou que até 28 de maio de 2019, 18 laboratórios estaduais, 1 laboratório distrital e 1 laboratório da Polícia Federal compartilhavam perfis genéticos no âmbito da RIBPG, que armazenam 21.184 perfis genéticos relacionadas a casos criminais, dentre eles 17.361 condenados e 9.111 de vestígios.<sup>9</sup>

Os modelos legais e jurídicos adotados em cada país diferenciam-se em vários aspectos e suscitam diversos questionamentos.

No caso *Maryland vs. King* (2013), a controvérsia era a constitucionalidade da lei estadual de Maryland que autorizava a coleta do DNA do investigado. A Corte Americana decidiu que o exame de DNA ajuda a polícia a vincular criminosos a seus crimes e também a identificar inocentes. Não havendo, portanto, afronta ao direito à privacidade.

Do mesmo modo, no Reino Unido, não é necessário o consentimento das pessoas envolvidas para extração do perfil genético, pois consideram a finalidade principal a colaboração para investigações criminais.<sup>10</sup> O banco de dados da Inglaterra é considerado o mais rígido e abrangente, pois inclui qualquer indivíduo

---

<sup>8</sup> TAVARES, N. L. F.; GARRIDO, R.G.; SANTORO, A. E. R. **O Banco de Perfis Genéticos e a Estigmatização Perpétua: uma Análise do art. 9º-A da Lei 7.210/84 à Luz da Criminologia Crítica.** Revista Jurídica (FIC), Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1795>. Acesso em: 30 mar. 2020

<sup>9</sup> BRASIL, Ministério da Justiça. **X Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (maio/2019).** Disponível em [https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/relatorio/relatorio\\_ribpg\\_mai\\_2019.pdf/view](https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/relatorio/relatorio_ribpg_mai_2019.pdf/view). Acesso em: 30 de março de 2020

<sup>10</sup> Garcia O Olonso A. **Las bases de datos de perfiles de ADN como instrumento en la investigacion policial.** IN: Casabona CMR. Bases de datos de perfiles de ADN y Criminalidad. Bilbao-Granada, 2002, p. 27-43



que cometeu infração penal. Consoante o *Annual Report*, publicado pelo banco inglês, em 2019, há armazenados mais de 6 milhões de perfis genéticos.<sup>11</sup>

Lado outro, em Portugal, conforme expresso no art. 18 da Lei 5/2008, a extração de material biológico e armazenamento dos resultados de DNA em banco de dados para identificação civil e criminal é admitida apenas com o consentimento expresso e voluntário do cidadão.

Segundo a *Forensic Genetics Policy Initiative*, os fatores que explicam a expansão mundial desses bancos são: barateamento da tecnologia de identificação genética; interesses econômicos envolvidos no desenvolvimento de laboratórios; crença em nova fase de combate à criminalidade, substituindo a subjetividade da inquirição criminal por objetividade.

No Brasil, a criação decorreu justamente de uma estratégia política para prevenção e redução da criminalidade. A técnica de identificação por DNA reduz as críticas por ser sustentada nesse discurso de grande eficácia e confiabilidade da genética forense, o que a coloca em um (irreal) patamar superior em relação às outras provas periciais<sup>12</sup>

## 1.2 Segurança pública e controle da criminalidade.

Diante do aumento da marginalidade, políticas criminais focam no cerne da segurança pública. Atendendo às exigências populares e ignorando estudos criminológicos, os legisladores buscam a elaboração de normas inflexíveis e

---

<sup>11</sup> NATIONAL DNA DATABASE (NDNAD). Londres: The Forensic Science Service, 2019/2020. Anual

<sup>12</sup> MACHADO, Helena, e Susana SILVA, 2008, **Confiança, voluntariedade e supressão dos riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses de informação genética**, em Catarina Frois (org.), *A Sociedade Vigilante: Ensaio sobre Vigilância, Privacidade e Anonimato*. Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/8808>. Acesso em: 30 de março de 2020



excessivamente rigorosas, mitigando os direitos dos suspeitos ou condenados e relativizando os princípios e garantias constitucionais.<sup>13</sup>

Essa mera crença idealista na qual supõe que o enrijecimento da lei previne delitos não condiz com a realidade: encarceramento cresce exponencialmente; índice de reincidência alto; miserável estruturação do sistema penal em colisão com direitos humanos.

"A incorporação da genética em modalidades de vigilância e de monitorização dos cidadãos cria formas de biovigilância, facilitada pelo apoio público na luta contra o crime e o terrorismo."<sup>14</sup>

Nesse contexto, movimentos populistas punitivos de "lei e ordem", a Lei 12.654/2012 (Identificação Criminal Genética) se insere. Cristiane Lemos critica a norma por apontar o "caminho científico como solução para frear os altos índices de criminalidade" e por ser considerada um "instrumento fundamental para o controle social dos indivíduos que ameaçam a ordem social."<sup>15</sup>

A Lei 12.654/12 cai como uma luva em meio a esse estado de polícia: reduz liberdades, direitos e garantias; facilita e acelera a aplicação da punição em uníssono com a política criminal atuarial; perpetua a desigualdade de tratamento entre as classes dominantes e dominadas.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> LEMOS, Cristiane Chaves. **A Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal – Entre a lógica do controle e a fragilidade processual penal.** Disponível em: [http://conteudo.pucrs.br/wpcontent/uploads/sites/11/2017/03/cristiane\\_lemos\\_2014\\_2.pdf](http://conteudo.pucrs.br/wpcontent/uploads/sites/11/2017/03/cristiane_lemos_2014_2.pdf). Acesso em: 30 de março de 2020

<sup>14</sup> MACHADO, Helena, e Susana SILVA, 2008, **Confiança, voluntariedade e supressão dos riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses de informação genética**, em Catarina Frois (org.), *A Sociedade Vigilante: Ensaios sobre Vigilância, Privacidade e Anonimato*. Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/8808>. Acesso em: 30 de março de 2020

<sup>15</sup> TAVARES, N. L. F.; GARRIDO, R.G.; SANTORO, A. E. R. **O Banco de Perfis Genéticos e a Estigmatização Perpétua: uma Análise do art. 9º-A da Lei 7.210/84 à Luz da Criminologia Crítica.** Revista Jurídica (FIC), Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1795>. Acesso em: 30 mar. 2020.

<sup>16</sup> *Ibidem*



No âmbito dessas normas, há uma interpretação extensiva que resulta em uma legitimação de uma atividade probatória orientada pela “busca de provas por meios insidiosos e invasivos”.<sup>17</sup>

Ocorre que a prevenção delitiva é multifatorial. A criminologia, por vários estudos, busca analisar o impacto do enrijecimento das leis nos índices de criminalidade. Porém, não existe correlação conclusiva sobre a eficiência de um controle que implique em redução na incidência de infrações. Neste sentido, na manifestação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) no Recurso Extraordinário no 973.837/MG, cita-se a conclusão de Albrecht Peter-Alexis sobre a eficácia desta expectativa de prevenção sobre crimes violentos, realizada após profunda pesquisa:

Os delitos violentos, de menor ocorrência quantitativa em relação aos delitos de massa, são cometido apesar da alta ameaça penal e dos elevados riscos de descobrimento e de perseguição, pelo que mais a socialização do ser humano, menos a intimidação jurídico-penal deveria ser significativa para a generalizada não comissão: desejo de embriaguez, agressividade e potenciais de destruição desenvolvem-se amplamente, independente de determinações de cumprimento normativo postuladas jurídico-penalmente.<sup>18</sup>

Além disso, o Banco de Perfis Genéticos é uma tecnologia nova e não há estudos empíricos capazes de afirmar que o cadastro genético de criminosos é eficiente para reduzir o quantitativo de crimes.

Ocorre que tecnologias trazem promessas de melhorias, mas ao mesmo tempo, acompanham-se de inquietudes - por não ser neutra. Considerando que a tecnologia se transforma constantemente, o Direito sempre será tardio em relação a

---

<sup>17</sup> AMARAL, Augusto Jobim. **A formação cultural inquisitória no contexto brasileiro: o punitivismo e seus atores.** Revista Jus Societas, v.5, n.2, p. 89–113, 2011. Disponível em: <http://revista.ulbrajp.edu.br/ojs/index.php/jussocietas/article/view/1644>> Acesso em: 11 set. 2014

<sup>18</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal.** Curitiba: IPCP, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 90. apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 973.837.** Minas Gerais, **30 de maio de 2016.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4991018&numeroProcesso=973837&classeProcesso=RE&numeroTema=905>. Acesso em: 28 mar. 2020



ela. Necessárias, por conseguinte, novas formas de interpretar e aplicar o Direito para não ocorrer a completa supressão de direitos.

Diante do exposto, não existe uma oposição entre garantia de direitos e segurança pública, mas é vital conciliá-las e utilizar as tecnologias para promoção de direitos. Permitir a colheita de DNA, indistintamente, não tem força convincente para prevenção de reincidência ou novos delitos. A propósito, pode ocorrer uma supressão de direitos concretos, em não observar a real necessidade, adequação e proporcionalidade do caso, vinculando-se, posto isso, infelizmente ao direito penal do autor em grupos considerados vulneráveis.

### 1.3 Identificação ou produção de prova: o uso do BNPG.

A identificação criminal é considerada excepcional nos casos dos civilmente identificados pela Constituição Federal no art. 5º, inciso LVIII.

O perito oficial papiloscópico Antônio Tadeu Nicoletti Pereira aponta os seguintes objetivos essenciais à identificação: individualização do autor dos crimes para especificá-lo em suas relações civis; assegurar direitos para garantir que apenas o acusado cumpra as sanções das infrações; identificação para a garantia da segurança pública.<sup>19</sup>

Para ocorrer a persecução penal, é lógica a necessidade da identificação humana, desde a fase investigativa até a jurisdicional. É um requisito essencial, inclusive, à denúncia, queixa (art. 41, CPP) ou sentença (art. 381, I, CPP).<sup>20</sup>

Conforme visto, a identificação humana é um processo que consiste, precipuamente, na obtenção e registro dos dados que singularizam uma pessoa para

---

<sup>19</sup> PEREIRA, Antônio Tadeu Nicoletti. **A identificação civil e sua inter-relação com a identificação criminal.** Disponível em: [http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/ident\\_civil\\_criminal.pdf](http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/ident_civil_criminal.pdf)

<sup>20</sup> SILVA, Emílio de Oliveira e. **Identificação genética para fins criminais: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n. 12.654/2012.** Belo Horizonte: Del Rey, 2014



comprovação da identidade, de modo que um sujeito não se passe por outro, gerando insegurança nas relações sociais.<sup>21</sup>

É que a correta identificação do investigado ou do acusado é elementar para a adequada persecução penal, resguardando-se inclusive terceiros, que poderiam ser por ela atingidos, caso se admitisse que o investigado pudesse falsear tais dados, para se subtrair à responsabilidade penal. Assim, quanto aos dados de qualificação, o acusado não poderá silenciar, como também não poderá faltar com a verdade.<sup>22</sup>

O processo datiloscópico e o fotográfico são também métodos eficazes de identificação. A impressão digital, tanto quanto o perfil genético, é singular e permanece inalterada ao decorrer da vida. Consoante Rafael Sauther<sup>23</sup>, em métodos científicos, a datiloscopia é o método que melhor se adequa à identificação imediata, pois é mais barato, rápido e seguro. Em contraposição às indicações técnicas, a Lei 12.037/2009 no art. 5º, parágrafo único, inseriu a tipagem genética dentro dos métodos de identificação imediata, alocando o método de identificação genética no mesmo patamar dos métodos clássicos (fotografia e datiloscopia). Porém, como aponta Garrido e Rodrigues, a prova de DNA alcançou posição de destaque nos tribunais, "tornando-se um recurso 'irresistível e imperioso' e deixando de ser meio complementar de prova para fundamentar as decisões dos magistrados".<sup>24</sup>

Então, paira-se a dúvida: se, tecnicamente, a datiloscopia é mais adequada no cenário de identificação criminal imediata, tanto que a Lei a definiu no mesmo nível de igualdade a técnica de DNA, qual a finalidade de identificar novamente os condenados por tipagem genética, sendo que é mais oneroso?

---

<sup>21</sup> Ibidem

<sup>22</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O princípio nemo tenetur se detegere e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?**. 250. ed. [S. l.]: Boletim Ibbccrim, 2013. 7-9 p. v. 21

<sup>23</sup> SAUTHIER, Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12**. Curitiba: [s. n.], 2015. 233 p

<sup>24</sup> GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Eduardo Leal. **O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro Três Anos após a Lei nº 12.654**. *Revistes Científiques de la Universitat de Barcelona: Revista de Bioètica y Derecho*, [s. l.], 2015. DOI <https://doi.org/10.1344/rbd2015.35.14284>.

Disponível em: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/14284>. Acesso em: 28 mar. 2020



Não há como se desvincular da resposta de que "a tipagem genética, usada isolada ou conjuntamente com a base de dados, possui a dupla função de identificar e investigar (identificação imediata e mediata)."<sup>25</sup> Existe uma dupla finalidade: "identificação imediata em relação ao indivíduo de referência e identificação mediata em relação às amostras em local de crime."<sup>26</sup>

O texto da Lei 12.654/12 trouxe mudanças substanciais ao panorama da identificação criminal no Brasil, assim como introduziu aparato científico probante.<sup>27</sup> Emílio de Oliveira e Silveiro afirma que a identificação criminal e a produção de provas se embaraçam na referida Lei.

No primeiro caso, a identificação serve para “conhecer ou confirmar a identidade das pessoas apontadas como autoras de delitos e, posteriormente, fixar-lhes eventuais e anteriores envolvimento com outros crimes”. Na segunda hipótese, os métodos de identificação são utilizados como meios de provas consideradas urgentes e relevantes, o que exige que ela se submeta ao crivo de uma decisão judicial que observe a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida.<sup>28</sup>

Da mesma maneira, Maria Elizabeth Queijo discorre que tem como objetivo a identificação de autoria de delito, em persecuções penais futuras, ou naquela que está em andamento.

A finalidade é inegavelmente probatória. Pretende-se, por meio da coleta desse material, realizar perícia. Por isso, é inegável que sobre ela incide o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, inexistindo, pois, dever de colaboração. Daí a consequência de que a recusa em cooperar não pode levar à configuração do crime de desobediência, nem se pode admitir execução coercitiva tendente à produção da prova. De igual modo, da recusa não

---

<sup>25</sup> SAUTHIER, Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12**. Curitiba: [s. n.], 2015. 233 p.

<sup>26</sup> Ibidem

<sup>27</sup> NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei 12.654/12**. 2a ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015

<sup>28</sup> SILVA, Emílio de Oliveira e. **Identificação genética para fins criminais: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n. 12.654/2012**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2014





de poderá extrair qualquer consequência negativa ao investigado ou acusado.<sup>29</sup>

Diante do exposto, observa-se que os problemas gerados pela confusão entre a identificação criminal e a produção de provas podem constituir medidas de intervenção violadoras de direitos e garantias fundamentais, se não respeitadas as individualidades do caso. Imperioso, portanto, discutir as possíveis afetações dessas ingerências estatais, bem como as hipóteses de admissibilidade dessas disposições no âmbito penal.<sup>30</sup>

## **2 A LEI 12.654/2012 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DISPUTA.**

A Lei 12.654/2012 institui o Banco de Dados de Perfis Genéticos no Brasil, para fins de identificação criminal em fase de investigação policial e de manutenção de banco de dados de DNA de condenados na fase de execução penal.

No âmbito criminal brasileiro, a obtenção da amostra biológica, a análise de sua informação genética e o armazenamento em banco de dados tem repercussões em direitos fundamentais, visto que estabelece uma ferramenta de dupla finalidade, como abordado no tópico anterior.

### **2.1 Direito a não autoincriminação – *nemo tenetur se detegere*.**

O *nemo tenetur se detegere* está expresso no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988. Apesar de a norma constitucional referir-se apenas a pessoa presa, é estendida a todos os suspeitos ou acusados, consoante o art. 14.3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto 592 de 1992). Esta garantia fundamental abrange tanto o direito ao silêncio quanto a autodefesa negativa - não ser compelido a responder questionamentos e ter a faculdade de se

---

<sup>29</sup> QUEIRO, Maria Elizabeth. **O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?**. 250. ed. [S. l.]: Boletim Ibccrim, 2013. 7-9 p. v. 21

<sup>30</sup> SILVA, Emílio de Oliveira e. **Identificação genética para fins criminais: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n. 12.654/2012**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014



abster de produção ou de colaboração para quaisquer provas, sem que se possa adotar contra o denunciado medida judicial. Desse modo, é considerado um direito de primeira geração, visto que a finalidade é a prevenção da ingerência do Estado na vida particular do indivíduo; ou seja, está dentre os direitos de liberdade. “Representa barreira à atividade investigatória e probatória ilimitada por parte do Estado.”<sup>31</sup>

Na medida em que o processo penal caracteriza-se pela busca da verdade, o direito a não autoincriminação, no sentido de impor limites aos poderes instrutórios do juiz, correlaciona-se a esse ideal, contrapondo-o e relativizando-o. Para Salah H. Khaled Jr, o “argumento da verdade correspondente relativa permanece sendo utilizado para sustentar a busca da verdade pelo juiz, conformando um inaceitável ativismo judicial, que rompe com a estrutura acusatória do devido processo legal”.<sup>32</sup> Isto posto, impor ao acusado a obrigação de submeter-se à produção de provas retrata um resquício da concepção de que o acusado é objeto da prova no processo penal.<sup>33</sup>

Embora o *nemo tenetur se detegere* consolida-se um direito fundamental, não é absoluto. Autores defendem que a não autoincriminação deve ser tutelada pelo interesse público e, portanto, pode sofrer restrições, regulada somente em lei, respeitados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Portanto, não há prerrogativas absolutas, mas existem critérios para que sejam feitas de maneira controlada.

---

<sup>31</sup> QUELJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo : o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 9788502171572. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000004023&lang=pt-br&site=eds-live> . Acesso em: 16 mar. 2020

<sup>32</sup> KHALED JR., Salah H. **A produção analógica da verdade no processo penal.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 166-184, 2015. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/1861#preview>. Acesso em: 30 de março de 2020

<sup>33</sup> QUELJO, M. E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo : o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 9788502171572. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000004023&lang=pt-br&site=eds-live> . Acesso em: 16 mar. 2020



O art. 3, IV, c/c o parágrafo único do art. 5 da Lei 12.037/2009, com a redação alterada pela Lei 12.654/2012, dispõe que a coleta compulsória de material genético para fins de identificação criminal, embora apresentado documento de identificação, poderá ser realizada por determinação judicial, caso seja essencial às investigações. Pode o juiz ordenar a extração de DNA, coercitivamente, de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa.

Temos então dois requisitos nesse caso: essencialidade às investigações e autorização judicial. Analisando essas hipóteses, ocorre que a Lei não definiu os critérios de essencialidade a nortear a decisão judicial, nem mesmo quais crimes abrangem. Foi lacônica. "Dessarte, basta uma boa retórica policial e uma dose de decisionismo judicial para que os abusos ocorram."<sup>34</sup>

Diante da grave restrição ao *nemo tenetur se detegere* e da gravidade da intervenção corporal, a decisão deveria pautar-se pela tríade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em atendimento ao mencionado princípio, a restrição ao *nemo tenetur se detegere* deveria ser indispensável e a menos gravosa possível, em termos de qualidade, intensidade e duração: ser adequada, isto é, idônea à produção da prova pretendida e útil para o processo, incidindo sobre pessoa determinada contra a qual existissem indícios de autoria ou participação em infração penal; ser razoável, sendo um dos critérios a gravidade do delito; respeitar o núcleo essencial do direito fundamental em questão e a saúde e dignidade do acusado. Além disso, o controle jurisdicional seria sempre necessário. Em termos mais concretos a lei restritiva do *nemo tenetur se detegere* levaria em conta se a prova a ser produzida implica ou não intervenção corporal (invasiva ou não), bem como a natureza da colaboração exigida do acusado (que só poderia ser passiva); a gravidade do delito em apuração e o grau dos indícios de autoria ou participação existentes.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> LOPES Jr., Aury. **Lei 12654/2012: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo (Nemo tenetur se detegere)**. Boletim IBCCRIM, ano 20, n. 236, ano 2012

<sup>35</sup> QUELJO, Maria Elizabeth. **O princípio nemo tenetur se detegere e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?**. 250. ed. [S. l.]: Boletim Ibccrim, 2013. 7-9 p. v. 21



Maria Elizabeth Queijo explica que o conflito entre interesse privado e interesse público é apenas aparente. Na realidade, são conflitos de interesses público: de um lado, busca pela autoria para a persecução penal; de outro, processo penal ético pautado na legalidade e na dignidade da pessoa humana. Conclui, ainda, que o reconhecimento de direitos fundamentais ilimitados não pode obstar o processo penal, mas, da mesma maneira, não pode aniquilar o núcleo essencial do princípio em busca do direito à prova ilimitada, "sobretudo com a colaboração inarredável do acusado, e à busca irrestrita da verdade, mesmo a pretexto de combater a criminalidade crescente e organizada".<sup>36</sup>

Em relação aos condenados por crime hediondo ou por crime doloso cometido com violência de natureza grave contra pessoa, o art. 9-A, caput, da Lei de Execução Penal, com redação da Lei 12.654/2012, tornou obrigatória, independente de controle jurisdicional, a extração de DNA para inserção no BNPG. Este, por sua vez, poderá ser acessado pela autoridade policial, estadual ou federal, mediante prévia autorização judicial. Óbvio, portanto, a finalidade probatória do banco de dados de DNA em relação a fatos futuros.

A Lei novamente não definiu o que são crimes praticados "com violência de natureza grave contra pessoa". Maria Elizabeth Queijo questiona a necessidade e o cabimento de coleta em condenações, por exemplo, por falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. E, nesse caso, não há nem controle jurisdicional para análise da adequação, ficando a mercê de medidas policiais.

Por fim, há de se chegar na conclusão de que a referida Lei não é apta a restringir o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Não estipula critérios proporcionais, dispõe de conceitos muito amplos à coleta de materiais genéticos para

---

<sup>36</sup> QUEIJO, M. E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo : o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 9788502171572. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmb&AN=edsmb.000004023&lang=pt-br&site=eds-live> . Acesso em: 16 mar. 2020



fins criminais; criando, portanto, uma fragilidade dos parâmetros da lei e consequente insegurança jurídica. Para restringir um princípio e direito fundamental é necessário proporcionalidade à exaustão, pois lei com imprecisão não se presta a essa finalidade.

## 2.2 Direito à intimidade.

O direito à intimidade é expresso no artigo 5º, inciso X da Carta Magna, nos seguintes termos: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Conforme cita Rafael Sauthier, José Adércio Leite Sampaio elucida que o direito à intimidade, espécie do gênero vida privada, “constitui um conjunto de faculdades, consistentes na seletividade de informações que ingressam no campo de percepção individual e de controle sobre aquelas que dela partam”.<sup>37</sup>

É de grande importância o princípio da intimidade nas questões das informações genéticas, visto que nos genomas estão contidas informações e características de cada indivíduo - inclusive, familiares. Assim, quando as amostras biológicas, perfis de DNA e dados pessoais são coletados indiscriminadamente para abastecimentos dos bancos de dados, as preocupações são agravadas por se tratarem de dados sensíveis - doenças clínicas, características físicas e psíquicas, familiaridade -, as quais podem expor a intimidade dos indivíduos. Assim, a capacidade de ferir à intimidade e à privacidade genética é ilimitada<sup>38</sup>, o que torna a maior preocupação dentre os brasileiros.

---

<sup>37</sup> José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: Uma visão jurídica de sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo horizonte: Del Rey, 1998. pag 351apud SAUTHIER, Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12**. Curitiba: [s. n.], 2015. 351 p

<sup>38</sup> CUNHA, A.S.; SCHIOCCHET, T. **Bancos de Perfis Genéticos para Fins de Persecução Criminal: Implicações Jurídicas à Privacidade, Intimidade e Estigmatização Genéticas**. In: SCHIOCCHET, T.; GARRIDO, R.G. (Org). **Bancos de Perfis Genéticos para Fins de Persecução Criminal: Práticas Periciais e Impactos Jurídico-Sociais (I)**. Multifoco, p. 127-154, 2018



Em *Van der Velden* contra Holanda, 29514/05, decisão de 7 de dezembro de 2006, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos consignou que a coleta genética para fins criminais não se trata de métodos neutros de identificação, por revelarem características pessoais. Porém, a Corte apreciou que a finalidade de prevenção e investigação de crimes sobressai à intromissão à privacidade genética.<sup>39</sup>

No Brasil, foi estabelecido no art. art. 5º-A., § 1º, da Lei 12.037/09, com redação da Lei 12.654/12, que os dados inseridos nos bancos de DNA não podem revelar traços somáticos ou comportamentais dos indivíduos, exceto determinação genética de gênero. É uma estratégia interessante para evitar utilização indevida de informações genéticas, porém também deveria restringir a vinculação direta dos dados pessoais (CPF, filiação, identificação pessoal) às informações genéticas.<sup>40</sup> Em razão da Lei 13.444/2017, a qual viabiliza o compartilhamento de informações entre as esferas administrativas, o temor acerca da utilização de dados genéticos sensíveis aumenta. É necessário, portanto, assegurar o sigilo dessas informações, garantindo que não haverá processamento automatizado de dados, compartilhando-o indiscriminadamente.<sup>41</sup>

Somado a isso, a tecnologia avança constantemente o que pode levar os estudiosos a aprofundarem o conhecimento sobre o genoma humano<sup>42</sup>. Assim, existe a possibilidade de perfis genéticos serem capazes, no futuro, de revelarem traços

---

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 973.837**. Minas Gerais, **30 de maio de 2016**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4991018&numeroProcesso=973837&classeProcesso=RE&numeroTema=905>. Acesso em: 28 mar. 2020

<sup>40</sup> SANTANA, Célia Maria Marques de, ABDALLA-FILHO, Elias. **Banco Nacional de Perfis Genéticos Criminal: uma discussão bioética**. *Revista Brasileira De Bioética*, 8(1-4), 31-46. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7775>. Acesso em: 11 jan. 2020

<sup>41</sup> FRAZÃO, Ana; LINDOSO, Maria Cristine. **O projeto anticrime de Moro e o problema do tratamento de dados genéticos**. [s. l.], fev.2020, Coluna Constituição, empresa e mercado. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-projeto-anticrime-de-moro-e-o-problema-do-tratamento-de-dados-geneticos-13022019](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-projeto-anticrime-de-moro-e-o-problema-do-tratamento-de-dados-geneticos-13022019). Acesso em: 17 março. 2020

<sup>42</sup> ECHTERHOFF, Gisele. **Direito à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 148. apud SAUTHIER, Rafael. **A identificação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12**. Curitiba: [s. n.], 2015. 148 p.



somáticos ou comportamentais, podendo gerar uma discriminação e exposição da intimidade.<sup>43</sup>

Nesse panorama, o Reino Unido e alguns estados americanos - Califórnia, Colorado, Massachusetts e Nova York - desenvolvem a pesquisa familiar no banco de dados de perfis genéticos para fins criminais.<sup>44</sup> Consiste em apontar parentes biológicos do indivíduo do perfil genético desconhecido. Baseia-se no fato de que "parentes de primeira ordem – pai, irmão ou filhos – que compartilham informações genéticas, possuem um número maior de informações em comum do que indivíduos não aparentados".<sup>45</sup>

A busca familiar não é regulamentada no Brasil, mas poderia implicar em inconstitucionalidade, visto que o perfil genético coletado poderia ser utilizado para identificar parentes, contrariando o princípio da pessoalidade da pena.<sup>46</sup>

Por fim, é imprescindível ponderar as conseqüências da coleta genética forense na identidade das pessoas e das famílias. Deve ser amplamente definido na lei, adequando-se aos diplomas de proteção de dados, e alertado aos inclusos no banco que: o perfil do DNA seja apenas o não codificante; amostras biológicas sejam descartadas prontamente, definidos os regulamentos, e não utilizadas para outros fins<sup>47</sup>; regulamentado (em lei, decretos e resolução) a dissociação entre perfil

---

<sup>43</sup> SANTANA, Célia Maria Marques de, ABDALLA-FILHO, Elias. **Banco Nacional de Perfis Genéticos Criminal: uma discussão bioética**. *Revista Brasileira De Bioética*, 8(1-4), 31-46. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7775>. Acesso em: 11 jan. 2020

<sup>44</sup> ALMEIDA, Mariana Oliveira de. **A problemática trazida pelos bancos de perfis genéticos criminais no Brasil**. 2014. 126 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/127979>>. Acesso em: 30 de março de 2020

<sup>45</sup> SANTANA, Célia Maria Marques de, ABDALLA-FILHO, Elias. **Banco Nacional de Perfis Genéticos Criminal: uma discussão bioética**. *Revista Brasileira De Bioética*, 8(1-4), 31-46. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7775>. Acesso em: 11 jan. 2020

<sup>46</sup> GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. **Crítica científica de "Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados"** - Apontamentos sobre a inconstitucionalidade da Lei 12.654/2012. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal: Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal - IBRASPP*, [s. l.], v. 4, ed. 2, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.163>. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/163>. Acesso em: 28 mar. 2020

<sup>47</sup> MACHADO, Helena, e Susana SILVA, 2008, **Confiança, voluntariedade e supressão dos riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses de informação genética**, em Catarina



genético, amostra biológica e dados pessoais; estipulado os fatos autorizadores de o Estado ter acesso à base de dados de DNA.

### 2.3 Coleta obrigatória e intervenção corporal.

A Constituição Federal de 1988 introduziu o direito à vida e à liberdade no rol de direitos fundamentais e, conseqüentemente, como cláusulas pétreas. Em decorrência, esculpiu a integridade física e moral como direitos básicos individuais.<sup>48</sup>

O direito à integridade física relaciona-se diretamente com a inviolabilidade corporal contra ingerências que possam causar danos à integridade do corpo humano, incluindo a saúde. Protegem-se igualmente os atributos físicos do indivíduo contra lesões corporais, psíquicas e até morais, proporcionando o livre e sadio desenvolvimento do ser humano.<sup>49</sup>

Por sua vez, intervenções corporais são medidas investigatórias realizadas sobre o corpo dos indivíduos, sendo dispensável o consentimento destes e mediante coação direta caso necessário, a fim de apurar circunstâncias fáticas importantes para o processo penal, em relação às condições físicas ou psíquicas do sujeito que sofre as intervenções, ou objetos escondidos com ele.<sup>50</sup>

De fato, medidas interventivas são restrição ao direito à integridade física, posto que exames de sangue e inspeções nas cavidades corporais constituem

---

Frois (org.), *A Sociedade Vigilante: Ensaio sobre Vigilância, Privacidade e Anonimato*. Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/8808>. Acesso em: 30 de março de 2020.

<sup>48</sup> NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei 12.654/12**. 2a ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015

<sup>49</sup> SILVA, Emílio de Oliveira e. **Identificação genética para fins criminais: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n. 12.654/2012**.

Belo Horizonte: Del Rey, 2014

<sup>50</sup> GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal**. Madri: Colex, 1990, p. 290





intervenções que, em grau de intensidades diferentes, importam em vulneração ao corpo humano.<sup>51</sup>

Ainda no âmbito das intervenções, é mister observar que há afetação aos direitos de liberdade, de dignidade da pessoa humana e de integridade física, a qual abrange também o direito à saúde<sup>52</sup> Sobretudo quando não há consentimento e se faz necessária a coação.

No processo penal, por muitas vezes, existe esse conflito entre o interesse público e a intimidade. Atualmente, a jurisprudência predominante é no sentido de que o interesse público na persecução prevalece sobre os direitos individuais do acusado, embora por muitas vezes questionável à luz do princípio da proporcionalidade - regulador dos atos estatais, proibindo excessos e vedando o arbítrio do Estado. Como, no julgamento do HC 71.373/RS, o Ministro Francisco Resek votou favoravelmente ao exame de sangue compulsório em um processo de investigação de paternidade, por não demonstrar prejuízos à saúde do réu e também pelo fato de o direito de inviolabilidade corporal não ser absoluto e ilimitado. Igualmente, no RHC 66.869/PR, a Corte posicionou-se no sentido de que “não é coerente levar em consideração pequena ofensa à integridade física resultante da intervenção corporal consistente na extração de sangue ou de outra amostra material biológico”.<sup>53</sup>

De fato, não há absolutização de direitos, visto que isso impede que outros direitos fundamentais de mesma importância convivam harmoniosamente no mesmo ordenamento jurídico.<sup>54</sup> No entanto, devem ser descartadas quaisquer intervenções

---

<sup>51</sup> SILVA, Emílio de Oliveira e. **Identificação genética para fins criminais: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n. 12.654/2012.**

Belo Horizonte: Del Rey, 2014

<sup>52</sup> NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei 12.654/12.** 2a ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015

<sup>53</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso em Habeas Corpus 66.869. Paraná, **06 de dezembro de 1988.** Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/722059/recurso-em-habeas-corpus-rhc-66869-pr>. Acesso em: 28 mar. 2020

<sup>54</sup> SILVA, Emílio de Oliveira e. **Identificação genética para fins criminais: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n. 12.654/2012.**



que provoquem notáveis riscos para a saúde – realizando-se um juízo de valor, observadas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade.

A Lei 12.654/2012 inovou, polemicamente, ao criar a obrigatoriedade de extração de material biológico de condenado por crimes hediondos ou por crime doloso praticado com violência de natureza grave contra a pessoa com a finalidade de criar um banco de dados de DNA, sem estabelecer o consentimento como condição nem mesmo uma prévia autorização judicial. A coercitividade do procedimento tornou-se de maior relevância.

Para a manutenção dos bancos de perfis genéticos para fins penais, é inevitável a necessidade de acesso ao corpo humano (ou parte dele) para se obter algum resultado. "A obtenção da amostra biológica é, assim, a ponte de acesso ao corpo."<sup>55</sup>

Quanto às espécies de intervenção corporal, existem duas modalidades: provas invasivas e provas não invasivas. Conforme distingue Renato Brasileiro:

provas invasivas: são as intervenções corporais que pressupõem penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não, implicando na utilização (ou extração) de alguma parte dele ou na invasão física do corpo humano, tais como os exames de sangue, o exame ginecológico, a identificação dentária, a endoscopia (usada para localização de droga no corpo humano) e o exame do reto; 2) provas não invasivas: consistem numa inspeção ou verificação corporal. São aquelas em que não há penetração no corpo humano, nem implicam a extração de parte dele, como as perícias de exames de materiais fecais, os exames de DNA realizados a partir de fios de cabelo encontrados no chão, etc.<sup>56</sup>

---

Belo Horizonte: Del Rey, 2014

<sup>55</sup> SCHIOCCHET, T. **O humano entre o direito e a genética: pressupostos para o debate legislativo acerca das implicações jurídicas concernentes à criação de bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil**. In: André Luís Callegari; Lenio Luiz Streck; Leonel Severo Rocha (Org.). Constituição. Sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Ied. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, v. 8, p. 285-203. Disponível em: <https://unisinios.academia.edu/TaysaSchiochet>. Acesso em: 30 mar. 2020

<sup>56</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 6. ed. rev. amp. e atual - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018



Ainda, as intervenções podem ser consentidas ou não consentidas. Havendo o consentimento do sujeito passivo da medida, após prévia advertência do direito do *nemo tenetur se detegere*, a intervenção corporal poderá ser realizada.<sup>57</sup>

O método de intervenção mais utilizado nos laboratórios forenses é o do suabe oral, o qual consiste em um esfregaço da mucosa jugal (parte interna da bochecha), com o uso do cotonete de haste longa estéril<sup>58</sup> O procedimento foi publicado em 2013 pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça e Cidadania e foi incorporado pelo Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, através da Resolução no 3 de 2014.

Trata-se de um procedimento indolor, mas que alguns doutrinadores, como Nicolitt e Whers, consideram invasivo, pois afetam os direitos fundamentais e há ingerência sobre o corpo humano<sup>59</sup> - elementos essenciais para o conceito de intervenção corporal. Em contrapartida, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos considera a técnica não invasiva.<sup>60</sup>

A problemática surge, principalmente, quando a técnica de coleta for compulsória, pois apesar de não haver danos à saúde na técnica do suabe oral, há afetação de outros direitos e garantias (como a autodeterminação corporal e informacional).

A doutrina diverge sobre a legitimidade do Estado para submeter o acusado a tais procedimentos sem sua concordância. Quanto à cooperação do acusado, pode ser ativa ou passiva. Conforme Queijo, essa pressupõe um atuar positivo do sujeito,

---

<sup>57</sup> Ibidem

<sup>58</sup> JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. **Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos**. Perícia Federal, Brasília, ano 9, n. 6, p. 17-20, jun. 2007/mar. 2008 Disponível em: <https://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/26.pdf>. Acesso em: 30 de março de 2020

<sup>59</sup> NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei 12.654/12**, 2a ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015

<sup>60</sup> UNESCO, Organização das Nações Unidas. **DECLARAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE DADOS GENÉTICOS HUMANOS**. Paris: UNESCO, 2004. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_inter\\_dados\\_genericos.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf). Acesso em: 30 mar. 2020



precedido de consentimento livre e esclarecido. Enquanto, esta requer a tolerância do indivíduo perante a produção de determinada prova, diante de conduta omissiva.<sup>61</sup>

Ocorre que o direito de recusa e a omissão do réu na produção probatória não têm caráter absoluto, pois, se assim fossem, frustrariam a persecução penal. Desse modo, é possível a obrigação do acusado em suportar negativamente diligências no próprio corpo, reconhecida a relevância para o interesse público e observados os princípios de legalidade e de proporcionalidade na medida. Essa imposi o já   prevista no direito brasileiro: identifica o datiloscópica, fotografias para registro criminal, reconhecimento pessoal e prisão provisória de finalidade instrutória indireta.<sup>62</sup>

Considerando que presos - condenados e suspeitos - possuem autonomia reduzida por não possuir capacidade de livre escolha, os procedimentos de coleta de material genético exigem altíssima transparência. Assim, os procedimentos devem observar: dignidade da pessoa humana, consentimento livre e informado<sup>63</sup> Fundamental, além disso, determina o judicial motivada em rela o   razão da coleta,   finalidade e   causa de o delito ter sido considerado grave.

Enfim, as interven es corporais não podem ser absolutamente proibidas. Também não podem ser absolutamente permitidas. O ponto de equilíbrio   o princípio da dignidade humana. Pode haver interven o sem maior risco   dignidade.<sup>64</sup>

  reconhecido que   aceitável a extra o de DNA para fins penais sem o consentimento de um indivíduo em algumas circunstâncias específicas - definidas na

---

<sup>61</sup> QUEIJO, M. E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo : o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 9788502171572. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmb&AN=edsmb.000004023&lang=pt-br&site=eds-live> . Acesso em: 16 mar. 2020

<sup>62</sup> HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incrimina o.** Tese (Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003

<sup>63</sup> SANTANA, Célia Maria Marques de, ABDALLA-FILHO, Elias. **Banco Nacional de Perfis Genéticos Criminal: uma discussão bioética.** *Revista Brasileira De Bioética*, 8(1-4), 31-46. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7775>. Acesso em: 11 jan. 2020

<sup>64</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **A Constitui o e as Interven es Corporais no Processo Penal: existirá algo além do corpo?** . Processo Penal, Constitui o e crítica: Ed. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, ano 2011, p. 524, 2015



legislação. Porém, é indiscutível a necessidade de se reconhecer e valorizar parâmetros éticos e jurídicos consolidados na construção e manutenção desses bancos.

Sobretudo, no que diz respeito à coleta de DNA, sempre antecedida por uma explicação dos procedimentos, bem como das consequências do resultado. Deve-se respeitar o direito ao consentimento livre e esclarecido – informação verbal e por formulário –, direito ao contraditório, intervenção corporal mínima, direito ao acompanhamento de advogado, previsão legal taxativa dos delitos autorizadores e decisão judicial motivada com proporcionalidade.<sup>65</sup>

O consentimento informado (livre de coerção ou ameaças) usualmente é uma condição das leis de privacidade ou proteção de dados, mas também deve ser escrito explicitamente na legislação do banco de dados de DNA.<sup>66</sup> Para ser válido, deve ser totalmente informada a utilização desses dados, inclusive, que pode contribuir à condenação e outras possíveis consequências, especificando os propósitos específicos.

Em face do exposto, o ordenamento jurídico é omissivo e, isto posto, gera insegurança jurídica ao indivíduo no procedimento investigativo e probatório, além de interferir na sua privacidade, representando comportamentos arbitrários por partes dos agentes estatais<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 973.837**. Minas Gerais, **30 de maio de 2016**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4991018&numeroProcesso=973837&classeProcesso=RE&numeroTema=905>. Acesso em: 28 mar. 2020

<sup>66</sup> FORENSIC GENETICS POLICY INITIATIVE. **Establishing best practice for forensic DNA databases**. Setembro, 2017, disponível em : <http://dnapolicyinitiative.org/wp-content/uploads/2017/08/BestPractice-Report-plus-cover-fina.l.pdf>

<sup>67</sup> SILVA, Emílio de Oliveira e. **Identificação genética para fins criminais: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n. 12.654/2012**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014



### **3 LEI 13.964/2019 - MUDANÇA NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL.**

O pacote anticrime, como foi popularmente chamado, era composto por alterações nas leis penais e processos penais. A proposta foi apresentada pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro, com o objetivo de estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência.

Em 24 de dezembro de 2019, o Presidente da República Jair Bolsonaro sancionou o Projeto de Lei nº 10.378/2018 (numeração da Câmara dos Deputados) e, então, em 23 de janeiro de 2020, a Lei 13.964/2019 entrou em vigor após a *vacatio legis*.

Em relação à mudança na Lei de Execução Penal, a proposta de novas medidas para aprimorar a investigação de crimes recaiu sobre o texto do art. 9º-A e art. 50. Confira:

Art. 9º-A. §8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

Art. 50. VIII recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

Incluso, assim, mais uma hipótese de falta grave, consistente na insubmissão a procedimento de identificação genética para fins de persecução penal.

#### **3.1 Insubmissão a procedimento de identificação genética.**

Ao prever a compulsoriedade da intervenção corporal como produção probatória, podem advir as seguintes consequências jurídicas da insubmissão ao procedimento: indício de culpabilidade; crime de desobediência; coerção física para obtenção do DNA.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> QUEIJO, M. E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 9788502171572. Disponível em:



Ocorre que a primeira consequência é inconstitucional por ferir a presunção de inocência.<sup>69</sup> Da mesma maneira, a responsabilização criminal não pode ser aceita, pois, diante da legitimidade da recusa, com observância ao *nemo tenetur se detegere*, não se pode configurar crime.<sup>70</sup> Por último, a coerção física ofende diversos direitos e garantias constitucionais, apenas poderia ser possível, em situações excepcionais, por decisão judicial, respeitados os princípios da ampla defesa, do contraditório e da proporcionalidade.

A Resolução nº 10 de 2019, do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, no art. 8º, dispõe que a recusa “será consignado em documento próprio”, cabendo à autoridade judiciária competente determinar a “submissão do acusado à coleta compulsória ou outras providências que entender cabíveis, a fim de atender à obrigatoriedade prevista na Lei 12.654/2012”.

Com o advento da Lei 13.964/2019, a recusa da pessoa privada de liberdade a colaborar voluntariamente no procedimento de coleta de material biológico encontrou respaldo pela primeira vez em uma legislação ordinária - e não em resoluções de órgãos administrativo. Com isso, a insubmissão à identificação genética caracteriza falta disciplinar de natureza grave. Assim, surgem ao preso consequências executivo-penais previstas em diploma legal.

A coleta compulsória de DNA deixa de ser exceção e torna-se a regra, como se tal procedimento fosse algo absolutamente corriqueiro e não suscitasse complexas discussões sobre os direitos dos condenados, tanto sob o prisma criminal, como sob o prisma da proteção de dados.<sup>71</sup>

---

<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmb&AN=edsmb.000004023&lang=pt-br&site=eds-live> . Acesso em: 16 mar. 2020

<sup>69</sup> HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003

<sup>70</sup> QUEIJO, M. E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo : o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 9788502171572. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmb&AN=edsmb.000004023&lang=pt-br&site=eds-live> . Acesso em: 16 mar. 2020

<sup>71</sup> FRAZÃO, Ana; LINDOSO, Maria Cristine. **O projeto anticrime de Moro e o problema do tratamento de dados genéticos**. [s. l.], fev.2020, Coluna Constituição, empresa e mercado. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-)



Ocorre que sancionar a ampliação do banco de dados, ao estipular sanções as quais extravasam o administrativo da execução penal e que podem afetar diretamente a pena cominada, figura inadequado. Estamos diante de um regime jurídico lacônico, como foi exposto anteriormente e, inclusive, foi inapropriado pelo fato de o assunto estar pendente de análise de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, com a repercussão geral reconhecida (Recurso Extraordinário 973.837/MG).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou o Banco Nacional de Perfis Genéticos para fins de persecução penal, nos moldes da Lei de Identificação Criminal e da Lei de Execução Penal, com as alterações introduzidas pelas Leis 12.654/2012 e 13.964/2019. O objetivo precípua foi promover uma discussão acerca dos aspectos jurídicos e sociais na criação deste instituto, bem como tratar das lacunas da legislação que o regulamenta.

A discussão reside em torno de três questões, aparentemente, incongruentes: a obrigação estatal em garantir a segurança pública; avanços da tecnologia e as vantagens que podem oferecer à sociedade e à genética forense; respeito à garantia constitucional de não produzir prova contra si mesmo, da intimidade e da inviolabilidade corporal.

A legislação sob análise possui caráter duplo: identificação criminal e produção probatória, com intuito à investigação da autoria delitiva e construção de banco de dados de DNA. O tema é controverso, pois se deve observar os direitos inerentes aos acusados, suspeitos ou condenados, na coleta, no armazenamento e na utilização das amostras biológicas.

---

empresa-e-mercado/o-projeto-anticrime-de-moro-e-o-problema-do-tratamento-de-dados-geneticos-13022019. Acesso em: 17 março. 2020





Apesar de não existirem direitos absolutos, somente podem ser restringidos se respeitados requisitos, como legalidade com critérios e conceitos bem definidos, autorização judicial fundamentada, respeitadas necessidade, adequação e proporcionalidade. Ocorre que o ordenamento jurídico acerca da temática é omissivo e, assim, gera insegurança jurídica ao indivíduo no procedimento investigativo e probatório, além de interferir na sua privacidade, o que pode representar comportamentos arbitrários por partes dos agentes estatais.<sup>72</sup>

Diante de tais fundamentações, nota-se que o BNPG foi estabelecido no Brasil sem a devida discussão jurídica e acadêmica. A lei foi publicada no intuito de atender o clamor público de o legislativo produzir regulamentos mais rigorosos na esperança de reduzir a criminalidade no país e, assim, deixou a desejar na regulação de temas como: definição, dissociando-os, do perfil genético, da amostra biológica e dos dados pessoais genéticos; destino das amostras biológicas e impossibilidade de uso para outro fim; possibilidade ou não de realização de buscas familiares; fatos autorizadores de o Estado ter acesso à base de dados de DNA; fornecimento ao direito ao consentimento livre e esclarecido; previsão legal taxativa dos delitos autorizadores de inclusão ao BNPG.

De fato, o avanço da genética forense traz diversos benefícios para sociedade e para o Direito. Porém, por muitas vezes, o presente trabalho destacou fragilidades da legislação da identificação genética para fins criminais no Brasil, sobretudo em relação com os riscos ou má utilização desse instrumento em detrimento de direitos dos cidadãos e princípios postulados pela Constituição Federal.

Em conclusão, observa-se que é imperiosa a proteção aos direitos e garantias fundamentais, por intermédio de instrumentos jurídicos robustos, no sentido de conceitos e procedimentos bem definidos. Com isso, é esperançoso incentivar o debate acerca do tema que passou despercebido pela comunidade jurídica.

---

<sup>72</sup> SILVA, Emílio de Oliveira e. **Identificação genética para fins criminais: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n. 12.654/2012**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014



## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Mariana Oliveira de. **A problemática trazida pelos bancos de perfis genéticos criminais no Brasil**. 2014. 126 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2014. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/127979>>. Acesso em: 30 de março de 2020.

ASSIS, Éder Pereira de. **Do conflito entre o direito à produção de provas e o direito à não autoincriminação: nemo tenetur se detegere: no tocante às intervenções corporais**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 294, 2016.

AMARAL, Augusto Jobim. **A formação cultural inquisitória no contexto brasileiro: o punitivismo e seus atores**. Revista Jus Societas, v.5, n.2, p. 89– 113, 2011. Disponível em: <http://revista.ulbrajp.edu.br/ojs/index.php/jussocietas/article/view/1644>> Acesso em: 11 set. 2014.

BONACCORSO **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. 280 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BRASIL. **Decreto nº 7950, de 12 de março de 2013**. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Brasília, 12 mar. 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm). Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.037, de 1 de outubro de 2009**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Brasília, 21 jan. 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm). Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012**. Altera as Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Brasília, 28 maio 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm). Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Altera as Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras



providências. Brasília, 24 dez. 2019. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.444, de 11 de maio de 2017**. Dispõe sobre a Identificação Civil Nacional (ICN). Brasília, 2017. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13444.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13444.htm). Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL, Ministério da Justiça. **X Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (maio/2019)**. Disponível em [https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/relatorio/relatorio\\_ribpg\\_mai\\_2019.pdf/view](https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/relatorio/relatorio_ribpg_mai_2019.pdf/view). Acesso em: 30 de março de 2020

BRASIL. **Resolução nº 10, de 28 de fevereiro de 2019**. Dispõe sobre a padronização de procedimentos relativos à coleta obrigatória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Brasília, 28 fev. 2019. Disponível em: [http://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/66952743](http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/66952743). Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 973.837. Brasília, 2016. Disponível em:  
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018>. Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 71.373. Rio Grande Do Sul, **22 de novembro de 1996**. Disponível em:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066>. Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 973.837. Minas Gerais, **30 de maio de 2016**. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4991018&numeroProcesso=973837&classeProcesso=RE&numeroTema=905>. Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso em Habeas Corpus 66.869. Paraná, **06 de dezembro de 1988**. Disponível em:  
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/722059/recurso-em-habeas-corpus-rhc-66869-pr>. Acesso em: 28 mar. 2020.



CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. A Constituição e as Intervenções Corporais no Processo Penal: existirá algo além do corpo?. **Processo Penal, Constituição e crítica**: Ed. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, ano 2011, p. 524, 2015

CUNHA, Anita Spies; SCHIOCCHET, Taysa; LAZZARETTI, Bianca Kaini. **Bancos de Perfis Genéticos para Fins de Persecução Criminal: Implicações Jurídicas à Privacidade, Intimidade e Estigmatização Genéticas**. In: V REUNIÃO DE ANTROPOLOGIA DA CIÊNCIA E DA TECNOLOGIA, 2015, Porto Alegre. Anais da ReACT - Reunião de Antropologia da Ciência e Tecnologia. Campinas: Rede de Antropologia da Ciência e da Tecnologia, 2015. v. 2.

LIMA, Carlos Eduardo Martins; SCHIOCCHET, Taysa. **A UTILIZAÇÃO DOS BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE PERSECUÇÃO CRIMINAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA BIOÉTICA E DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**. [S.l.], 21 jan. 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/5213>. Acesso em: 27 mar. 2020.

FORENSIC GENETICS POLICY INITIATIVE. **Establishing best practice for forensic DNA databases**. Setembro, 2017, disponível em : <http://dnapolicyinitiative.org/wp-content/uploads/2017/08/BestPractice-Report-plus-cover-fina1.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2020.

FRAZÃO, Ana; LINDOSO, Maria Cristine. **O projeto anticrime de Moro e o problema do tratamento de dados genéticos**. [s. l.], fev.2020, Coluna Constituição, empresa e mercado. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-projeto-anticrime-de-moro-e-o-problema-do-tratamento-de-dados-geneticos-13022019](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-projeto-anticrime-de-moro-e-o-problema-do-tratamento-de-dados-geneticos-13022019). Acesso em: 17 março. 2020.

García O Olonso A. **Las bases de datos de perfiles de ADN como instrumento en la investigación policial**. IN: Casabona CMR. Bases de datos de perfiles de ADN y Criminalidad. Bilbao-Granada, 2002.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Eduardo Leal. **O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro Três Anos após a Lei nº 12.654**. Revistes Científiques de la Universitat de Barcelona: Revista de Bioética y Derecho, [s. l.], 2015. DOI <https://doi.org/10.1344/rbd2015.35.14284>. Disponível em: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/14284>. Acesso em: 28 mar.2020.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. **Crítica científica de "Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados" - Apontamentos sobre a**



**inconstitucionalidade da Lei 12.654/2012.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal: Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal - IBRASPP, [s. l.], v. 4, ed. 2, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.163>. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/163>. Acesso em: 28 mar. 2020.

GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal.** Madri: Colex, 1990.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação.** Tese (Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. **Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos.** Perícia Federal, Brasília, ano 9, n. 6, p. 17-20, jun. 2007/mar. 2008 Disponível em: <https://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/26.pdf>. Acesso em: 30 de março de 2020.

KHALED JR., Salah H. **A produção analógica da verdade no processo penal.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 166-184, 2015. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/1861#preview>. Acesso em: 30 de março de 2020.

LEMOS, Cristiane Chaves. **A Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal – Entre a lógica do controle e a fragilidade processual penal.** Disponível em: [http://conteudo.pucrs.br/wpcontent/uploads/sites/11/2017/03/cristiane\\_lemos\\_2014\\_2.pdf](http://conteudo.pucrs.br/wpcontent/uploads/sites/11/2017/03/cristiane_lemos_2014_2.pdf). Acesso em: 30 de março de 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único.** 6. ed. rev. amp. e atual - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

LOPES Jr., Aury. **Lei 12654/2012: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo (Nemo tenetur se detegere).** Boletim IBCCRIM, ano 20, n. 236, ano 2012.

MACHADO, Helena, e Susana SILVA, 2008, **Confiança, voluntariedade e supressão dos riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses de informação genética,** em Catarina Frois (org.), *A Sociedade Vigilante: Ensaios sobre Vigilância, Privacidade e Anonimato.* Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/8808>. Acesso em: 30 de março de 2020.



NATIONAL DNA DATABASE (NDNAD). Londres: The Forensic Science Service, 2019/2020. Anual.

NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei 12.654/12**. 2a ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Antônio Tadeu Nicoletti. **A identificação civil e sua inter-relação com a identificação criminal**. Disponível em: [http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/ident\\_civil\\_criminal.pdf](http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/ident_civil_criminal.pdf)

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O princípio nemo tenetur se detegere e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?**. 250. ed. [S. l.]: Boletim Ibccrim, 2013. 7-9 p. v. 21.

QUEIJO, M. E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo : o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 9788502171572. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000040423&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 16 mar. 2020.

SANTANA, Célia Maria Marques de, ABDALLA-FILHO, Elias. **Banco Nacional de Perfis Genéticos Criminal: uma discussão bioética**. *Revista Brasileira De Bioética*, 8(1-4), 31-46. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7775>. Acesso em: 11 jan. 2020.

SAUTHIER, Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12**. Curitiba: [s. n.], 2015. 233 p.

SCHIOCCHET, T. **O humano entre o direito e a genética: pressupostos para o debate legislativo acerca das implicações jurídicas concernentes à criação de bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil**. In: André Luís Callegari; Lenio Luiz Streck; Leonel Severo Rocha (Org.). *Constituição. Sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. 1ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, v. 8, p. 285-203. Disponível em: <https://unisininos.academia.edu/TaysaSchiocchet>. Acesso em: 16 mar. 2020

SCHIOCCHET, Taysa. **A regulamentação da base de dados genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA**. *Novos Estudos Jurídicos (Online)*, v. 18, p. 518-529, 2013. Disponível em: <https://unisininos.academia.edu/TaysaSchiocchet>. Acesso em: 16 mar. 2020



SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos Para Fins de Persecução Criminal**. Relatório no 43, Ministério da Justiça. São Leopoldo, Brasil, 2012. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/Volume-4311.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2020

SILVA, Emílio de Oliveira e. **Identificação genética para fins criminais: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n. 12.654/2012**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SUXBERGER, Antonio H. G.; FURTADO, Valtan T. M. M. **Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 809-842, mai./ago. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.122>. Acesso em: 30 mar. 2020.

TAVARES, Natalia Lucero Frias; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. **O Banco de Perfis Genéticos e a Estigmatização Perpétua: uma Análise do art. 9º-A da Lei 7.210/84 à Luz da Criminologia Crítica**. Revista Jurídica (FIC), Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1795>. Acesso em: 30 mar. 2020.

UNESCO, Organização das Nações Unidas. **DECLARAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE DADOS GENÉTICOS HUMANOS**. Paris: UNESCO, 2004. Disponível em: [http://bvms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_inter\\_dados\\_genericos.pdf](http://bvms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf). Acesso em: 30 mar. 2020.



# A JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUAS POSSÍVEIS RESPOSTAS PARA O CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO

Iury Souza de Azevedo

## RESUMO

A Justiça Restaurativa pode ser considerada como um paradigma de justiça que tem em conta, sobretudo, as necessidades das vítimas de delitos e a reparação dos danos a elas causados. Nesse sentido, o presente trabalho, desenvolvido pelo método de revisão bibliográfica, tem por objetivo discutir de que forma a Justiça Restaurativa pode representar uma resposta penal mais satisfatória às vítimas, aos seus dependentes ou à comunidade em um crime de homicídio culposo. Compreende-se que o campo do delito mencionado se mostra conveniente para aplicar tal modelo de justiça, devido à ausência de vontade direta na causação do dano, bem como diante manifesta inaplicabilidade da pena privativa de liberdade nesses casos.

**Palavras-chave:** Homicídio Culposo. Culpa Consciente. Dolo Eventual. Justiça Retributiva. Justiça Restaurativa.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende investigar como a resolução dos casos em que houve o cometimento de homicídio culposo são realizadas no âmbito do sistema criminal atual e como o paradigma restaurativo pode contribuir para o avanço na aplicação da justiça nessas circunstâncias, onde há o cometimento de um crime com o resultado morte, entretanto, na sua forma culposa.

A análise da Justiça Restaurativa será delimitada somente aos crimes de homicídio culposo diante do fato da culpa transmitir um menor grau de reprovação e, no tocante ao homicídio, por ser um delito que resulta em um resultado gravíssimo, irreparável, com uma notável ruptura de relacionamentos e traumática





para as partes, pois os familiares perdem um ente próximo e o autor comete uma violação indesejável.

Diante disso, o estudo objetiva comparar as atuais penas imputadas aos autores de homicídio culposo às técnicas restaurativas e analisar qual proposta se demonstra mais adequada às partes na medida em que há, de fato, a responsabilização do autor, o amparo emocional aos familiares e pessoas próximas às vítimas e a tentativa de reparação desses danos, inclusive os sentimentais.

No ordenamento jurídico penal brasileiro os métodos de restauração preponderantemente são aplicados nos delitos de menor potencial ofensivo e atos infracionais. Dessa forma, vê-se que as únicas respostas oportunizadas aos outros delitos são a pena de privativa de liberdade, a restritiva de direitos ou a de multa, com o foco na violação do bem-jurídico protegido e a punição do infrator da lei, sem o oferecimento de outras formas para o alcance da resolução dos conflitos.

Nos casos de homicídio culposo, ainda, existe a crença de que a substituição da pena por restritivas de direito faz com que o autor do crime cumpra uma reprimenda branda sem qualquer senso de responsabilização, resultando no aumento do sentimento de impunidade dos familiares da vítima, sobretudo quando suas emoções de raiva e dor são descartadas e o foco do sistema justiça penal está somente na punição.

Assim, outras medidas devem começar a ser implementadas para a mudança desse cenário. É nesse espaço que a Justiça Restaurativa ganha lugar para atuar e aplicar os seus princípios fundamentados na humanidade, cooperação e empatia. Entretanto, também é nesse lugar que projetos de lei para o endurecimento das penas ganham força.

No decorrer da pesquisa, será explorado sobre o contexto no qual a pena de homicídio culposo tem sido aplicada nos dias atuais, quais as medidas que os poderes Judiciário e Legislativo têm empregado e qual a proposta do modelo de justiça



restaurativo para o alcance da equidade e envolvimento de todos os afetados pelo crime para resolução da lide.

A cientificidade do trabalho se demonstra pelos objetivos pretendidos, visto que apresenta investigar resultados para um problema que atinge todas as esferas sociais, além de estudar ideias, métodos, técnicas e efeitos da Justiça Restaurativa confrontada à pena de prisão imposta aos indivíduos que cometem o homicídio culposo.

Quanto ao método, a pesquisa será realizada em três partes e se apresenta com um estudo bibliográfico, baseando-se nas discussões filosóficas e doutrinárias permeadas há séculos sobre o avanço do sistema criminal e no recente debate sobre a implementação da Justiça Restaurativa no âmbito do sistema penal brasileiro.

A primeira parte consiste em um levantamento bibliográfico exploratório. Esse mapeamento se dirigirá às normas, diretrizes e principais temáticas concernentes à função da pena privativa de liberdade no delito supramencionado, por meio de uma abordagem sociojurídica. Além desse levantamento documental, pretende-se realizar um levantamento exploratório de um caso concreto para análise de como o Estado tem respondido os envolvidos no cometimento de um homicídio culposo.

Posteriormente, realizar-se-á a categorização dos projetos de leis que pretendem melhorar a resposta estatal no contexto do crime discutido e apresentar o modelo restaurativo de justiça como uma possível resposta para resolução dessa lide, expondo a atuação e as finalidades do paradigma.

Por fim, a terceira parte consiste no estudo das medidas restaurativas que podem ser aplicadas, realizando-se uma abordagem filosófica e normativa a fim de entender os limites e possibilidades da aplicação desse paradigma de justiça, com uma abordagem jurídico-compreensiva (GUSTIN; DIAS, 2010, p. 28).

Busca-se, nesta última parte, levantar informações sobre como os métodos restaurativos podem contribuir para a resolução dos conflitos com a consequente



pacificação social. Ainda, pretende-se o delineamento de técnicas, alternativas e propostas, para caracterizar o marco propositivo da pesquisa e sua utilidade na interação entre investigação acadêmica e aprimoramento das práticas do sistema de justiça criminal.

À vista disso, considerando que o obsoleto sistema de justiça criminal brasileiro, com estabelecimentos prisionais lotados e as penas, ainda que restritivas de direitos, meramente vingativas, que não propiciam sentimentos de empatia e alteridade aos mais afetados pelo crime, os familiares e pessoas próximas à vítima, que o presente estudo será realizado, a fim de analisar a viabilidade da aplicação da Justiça Restaurativa nos casos de homicídio culposo.

## **1 A PUNIÇÃO DOS CRIMES CULPOSOS E O ANSEIO DAS VÍTIMAS POR JUSTIÇA**

A conduta culposa pode originar-se de atos omissivos ou comissivos, o que interfere é a vontade do autor do fato na ação ou omissão. Para configuração do crime culposos é necessário que o agente não tenha agido com o dever de cuidado que lhe era exigido.

O Código Penal apresenta três modalidades do crime culposos –imprudência, negligência e imperícia. Na imprudência, o agente pratica a ação de forma desacomodada, atuando, assim, com falta de cuidado. A negligência, por seu lado, é caracterizada pela não realização de uma conduta que deveria ter sido praticada. Já a imperícia é verificada em situações de ausência de aptidão para o exercício de certa arte ou profissão (TELES, 2004 *apud* TOURINHO, 2017, p. 334).

Por sua vez, as espécies de culpa são: consciente, inconsciente, própria e imprópria. Na consciente, o autor prevê o resultado, mas espera que ele não ocorra, supondo poder evitá-lo com a sua aptidão. Na inconsciente ele não antevê o resultado, entretanto, este era previsível, considerando que qualquer outra pessoa, em circunstâncias similares, o preveria. A própria é aquela em que o agente não quer



e não assume o risco de produzir o resultado, mas lhe dá causa por displicência. Por fim, na imprópria, o autor, por erro evitável, pressupõe certa situação que, se presente, excluiria a ilicitude do seu ato.

No mesmo sentido, em relação aos delitos culposos, a legislação brasileira dispõe que a culpa não é a regra, mas a exceção. A regra consiste na ideia de que todo crime seja doloso, ao passo que se fala em crime culposo somente quando houver previsão expressa na lei nesse sentido.

Tourinho (2017, p. 314) leciona que, na perspectiva tradicional, os elementos compositivos do delito culposo são: conduta humana, inobservância do dever objetivo de cuidado, previsibilidade objetiva, evitabilidade, cognoscibilidade, resultado, nexo de causalidade e tipicidade.

Dessa forma, Ginotti Pires (2009 *apud* TOURINHO, 2017, p. 337) expõe que o crime culposo apresenta uma ideia de menor reprovabilidade, quando contrastado ao doloso, em virtude da ausência da vontade em causar um mal ilícito e, ainda, da periculosidade do agente. Portanto, o legislador, ao estabelecer a pena do delito em exame, adequou o seu quantitativo às circunstâncias e consequências do crime.

Os crimes de homicídios culposos estão previstos no Código Penal (CP) e no Código de Trânsito Brasileiro (CTB). O artigo 121, § 3º, do CP, dispõe que, quando o homicídio é culposo, a pena será de detenção entre um a três anos. Por outro lado, o artigo 302 do CTB prevê que, quando o crime é cometido na direção de veículo automotor, a pena será de dois a quatro anos de detenção. O mesmo diploma legal determina que quando a morte resulta de direção embriagada, de participação em “racha” ou de manobra arriscada, a pena será de reclusão, não se alterando o quantitativo da reprimenda.

Observa-se que, consoante os parâmetros para fixação do regime de pena estabelecidos pelas codificações penal e de trânsito, a condenação proveniente pela prática de um homicídio culposo, raramente, resultará na imposição do regime semiaberto ou fechado. Preponderantemente, o regime aberto será colocado.



Nessas situações, há que se observar que a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por restritivas de direitos, por estarem preenchidos os requisitos do artigo 44 do CP. Sendo assim, embora a legislação imponha uma pena de prisão aos que praticam homicídio culposo, esta excepcionalmente será implementada.

Diante disso, considerando o dano causado às vítimas de homicídio culposo (morte) e a reprimenda insuficiente empregada aos autores do crime (restritivas de direito), os juízes sentenciantes têm classificado a conduta dos agentes na modalidade do dolo eventual, oportunidade na qual o julgamento será realizado no âmbito do tribunal do júri e as penas serão mais severas.

Sucedese que o entendimento adotado não é pacificado entre os tribunais brasileiros, em razão da diferença tênue entre o dolo eventual e a culpa consciente. Por isso, comumente, os delitos de homicídio inicialmente caracterizados como culposos ora são vistos sob a ótica da culpa consciente, ora pelo dolo eventual, convertendo-os em doloso, causando insegurança no mundo jurídico e desproporcionalidade na aplicação da reprimenda.

Por isso, a presente pesquisa visa sustentar que as consequências penais àqueles que praticam homicídios culposos se demonstram inoperantes, pois a aplicação de penas restritivas de direitos, diante a gravidade causada, ainda que culposa, causa sentimento de revolta a injustiça aos familiares e amigos da vítima, ao passo que a prisão, com a consideração do dolo eventual, invoca-se desproporcional.

## **1.1 As vítimas secundárias descartadas pelo sistema de justiça penal**

Um fator importante é delimitar o conceito de vítima nos crimes dessa natureza devido o peso emocional que o cometimento do delito ocasiona em pessoas próximas às vítimas primárias. Para Guilherme Câmara (2004 *apud* GIAMBERARDINO, 2015, p. 44), o conceito de vítima abrange todo indivíduo, afetado diretamente ou reflexivamente pelo crime, na sua pessoa ou patrimônio,



tendo suportado qualquer tipo de lesão, como consequência de ações ou omissões que violem seus direitos fundamentais.

A Declaração dos Princípios Básicos de Justiça relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder (ONU, 1985, n. 1) incluem como vítimas os familiares ou amigos próximos que tenham sofrido um prejuízo em relação ao delito cometido. Dessa forma, os familiares e pessoas próximas às vítimas devem ser consideradas como vítimas secundárias, pois necessitam de uma rede social para diminuir as consequências do crime.

A morte de uma pessoa próxima pode desencadear diversos problemas psicológicos. Diversas reações emocionais e comportamentais são apontadas pela Medicina, tais como sentimento de vazio, fragilidade, desespero, solidão, perda de interesse pela vida, raiva, ódio, culpa, isolamento, ansiedade, medo, tristeza ou angústia. Tratam-se, assim, de consequências graves que repercutem na qualidade de vida das pessoas próximas à vítima (COSTA; NJANEINE; SCHENKER, 2016, p. 3090).

De igual modo, destacam-se os efeitos na manutenção das relações familiares. O ambiente familiar torna-se desconfortável e angustiante, pois o convívio diário faz emergir as lembranças da vítima, além de problemas financeiros que podem ocorrer em decorrência da morte, principalmente se a vítima era uma provedora na renda familiar (COSTA; NJANEINE; SCHENKER, 2016, p. 3091).

Em entrevista concedida ao portal de notícias G1 (OLIVEIRA, 2019), o advogado que defende familiares das vítimas do incêndio ocorrido na Boate *Kiss*, Ricardo Breier, relatou que seis pais de jovens mortos na tragédia morreram por ataques cardíacos em virtude de alta depressão e muitos outros sofrem por conta do episódio.

Costa, Njaneine e Schenker (2016, p. 3092) realizaram um estudo que demonstra um forte descrédito no sistema de justiça criminal acerca das representações sociais de justiça de mães que tiveram filhos assassinados no Brasil,



atestando a inércia do Estado em relação às necessidades dessas vítimas secundárias. Nessa linha, variados grupos e associações de familiares de vítimas de infrações penais têm surgido na tentativa de reverter essa situação de descaso.

Sendo assim, uma especial atenção precisa ser oferecida aos entes de vítimas de homicídio. Enquanto se espera apoio e acolhimento, muitas famílias acabam esbarrando em situações de descaso, invisibilidade e despreparo profissional. É preciso um olhar compreensivo para essas famílias e para o desenvolvimento de métodos capazes de acolhê-las em face das suas múltiplas demandas (COSTA; NJANEINE; SCHENKER, 2016, p. 3095).

Diante desse cenário, conclui-se que outras respostas devem ser apresentadas para garantia do alcance das finalidades da pena e amparo dos familiares e pessoa próximas às vítimas. O caso da Boate *Kiss* demonstra como as famílias sentem-se desamparadas pelo sistema de justiça penal, pois não se oferece uma resposta e quando se oferece não há o sentimento de justiça realizada.

## **1.2 O caso da Boate *Kiss***

O acidente da Boate *Kiss* resultou em diversas mortes e lesões, entretanto, a discussão se os autores desse suposto delito ocorreram em dolo eventual ou culpa consciente perdurou por quase sete anos, entre vindas e idas dos autos ao Juízo do primeiro grau e o Superior Tribunal de Justiça, resultando na demora da resposta penal estatal e o sentimento de desamparo e descrença das vítimas no sistema de justiça.

Em suma, o dolo eventual e a culpa consciente ocorrem quando o autor de um fato ilícito, ao praticar uma conduta, prevê o risco de causar um dano a um bem jurídico penalmente tutelado, mas continua praticando-o. A diferenciação dos institutos se dá quando o agente aceita ou não o risco, pois no primeiro ele o aceitou, enquanto no segundo acreditou sinceramente na sua não ocorrência.



Como se vê, na prática, tal diferenciação é incerta, considerando que para atestar com certeza se o autor dos fatos agiu com dolo eventual ou culpa consciente o magistrado, em tese, teria que adentrar na mente daquele. É tormentosa e demanda conhecimento jurídico sobre os institutos para que a indicação correta seja executada, porém, ainda assim, é comum existirem diversas contradições entre os entendimentos adotados pelos tribunais pátrios em casos concretos.

Determinada situação se vê no incêndio da Boate *Kiss*. O incêndio na boate, localizada no estado brasileiro do Rio Grande do Sul, ocorreu na madrugada do dia 27 de janeiro de 2013 e matou 242 pessoas, além de ferir 636 outras. Segundo apurações, o desastre foi provocado pela imprudência e más condições de segurança do espaço.

Nas investigações, apurou-se que os responsáveis pela tragédia eram os integrantes da banda que se apresentavam na madrugada daquele dia, os donos da casa noturna e o poder público. Ocorreram várias manifestações nas imprensas nacional e mundial que remetiam mensagens de solidariedade e criticavam as condições das boates no país e a omissão das autoridades.

O inquérito policial apontou diversos responsáveis pelo acidente, entretanto, somente quatro se tornaram réus na ação penal, sendo eles: os empresários Elissandro Callegaro Spohr e Mauro Londero Hoffmann, sócios da boate, e os músicos Marcelo de Jesus dos Santos e Luciano Augusto Bonilha Leão, integrantes da Banda Gurizada Fandangueira.

O juízo responsável pelo caso na primeira instância, em julho de 2016, pronunciou os réus por homicídio duplamente qualificado, submetendo estes ao tribunal do júri. No entanto, a defesa opôs embargos de declaração contra a sentença alegando omissão, contradição e ambiguidade na decisão, mas o pedido foi rejeitado pelo magistrado *a quo*.

Em contrapartida, os réus recorreram ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e, em dezembro de 2017, os desembargadores acolheram o pleito





defensivo, oportunidade na qual afastaram o dolo eventual e decidiram que o crime foi culposos, determinando que o julgamento do caso ocorresse em uma vara criminal comum, submetendo-os a um juiz singular e não por voto popular.

Diante disso, o Ministério Público e a Associação dos Parentes das Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria (AVTSM) interpuseram Recurso Especial perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) para tentar reverter a decisão do Tribunal de Justiça.

Pondera-se que a Associação de Familiares de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria foi criada com a finalidade de lutar pela defesa dos direitos e interesses dos que sofreram com a morte de entes queridos e daqueles que sobreviveram. Por isso, constata-se que esses familiares lutam e anseiam por uma resolução do caso na tentativa de apaziguar a dor causada pelo evento.

No STJ, novamente o entendimento foi alterado e os ministros da Sexta Turma, por unanimidade, decidiram que os quatro réus deveriam ser julgados pelo tribunal do júri, reconhecendo que, em verdade, houve dolo eventual, pois os acusados assumiram o risco de matar. Para o ministro relator, Rogério Schietti, o risco não poderia ser ignorado pelos réus.

O mestre de obras Flávio Silva, presidente da AVTMS e pai da Andrielle, uma das vítimas do acidente, assistiu ao julgamento no STJ com uma camiseta que continha a imagem da filha. Segundo ele, os familiares das vítimas clamam por justiça para evitar novas tragédias e que a falta de punição faz com que outros casos semelhantes ocorram no Brasil, colocando as vidas de outras pessoas em risco (OLIVEIRA, 2019).

Com a decisão do STJ que reconheceu o dolo eventual, tendo em vista que a defesa dos acusados não recorreu, haverá o julgamento pelo tribunal do júri pela prática de homicídio doloso. O presidente da associação das vítimas supramencionado, ao final do julgamento, desabafou e disse estar aliviado ao dizer



que a partir dessa decisão é que haverá a possibilidade para se fazer justiça (REZENDE, 2019).

Por isso, depreende-se que, ainda que as condutas dos autores, *a priori*, sejam classificadas como culposas, a tendência dos aplicadores do direito é colocar o ato em dolo eventual. Isto porque a atual resposta penal oferecida pelo Estado ao crime de homicídio culposo não é suficiente para alcançar as finalidades da pena, de forma que não são aplicáveis aos autores do fato medidas de reprovação e prevenção, além da sociedade ser abrasada pela sensação de impunidade.

Impor uma pena restritiva aos autores do delito em comento ou uma privativa de liberdade resulta em dois paradoxos: (1) o fato dos entes da vítima se sentirem desamparados pela justiça criminal em razão da ausência de uma resposta estatal convincente, como discorrido no primeiro tópico e (2) a desproporcionalidade da reprimenda considerando as particularidades que ocasionaram a infração, pois a prevenção deve ser direcionada à ampliação do sentido de cautela do agente, a partir de meios que possibilitem o aprendizado de ações de cuidado.

Por isso, o raciocínio aplicado de que o dolo eventual deve ser reconhecido para a imposição de uma reprimenda mais severa não deve prosperar, na medida em que, nas circunstâncias fáticas apresentadas, as finalidades de prevenção e reprovação podem ser atingidas com a colocação de medidas alternativas diversas da prisão, como sustenta o tópico seguinte.

### **1.3 A desproporcionalidade da resposta penal para os crimes culposos**

Ao longo dos séculos o Direito Penal tem oferecido diferentes respostas à questão de como solucionar o problema da criminalidade por intermédio dos estudos que originam as “teorias da pena”, principal forma de reação ao delito (NERY, 2015, p. 77). A pena de prisão é denominada como principal, mas existem outros meios de



reação social à criminalidade que se demonstram mais eficazes na medida em que proporcionam às partes um papel mais ativo e humano na resolução da lide.

A partir do século XIX, após reflexões sobre os objetivos da pena, começaram a surgir as teorias “mistas” ou “conciliatórias” na esfera criminal, que refletiam a noção de que a punição penal tinha por fundamento a prevenção e a retribuição, dando origem a uma fusão entre as visões retributivas e utilitárias.

Contudo, é preciso considerar as particularidades dos delitos culposos, pois devem ser apresentados resultados jurídicos proporcionais às intenções que ocasionaram a infração. Beccaria (1997, p. 62) argumenta que a finalidade das penas não é atormentar ou afligir o autor do fato, tampouco desfazer uma infração já cometida, mas de impedir que o agente cause novos danos à sua comunidade. Logo, é necessário escolher a pena e o modo de aplica-las, guardadas as proporções, causando a impressão mais humana e duradoura à sociedade e ao réu.

A legislação brasileira buscou essa proporcionalidade ao definir penas mais brandas, no que se refere ao quantitativo, aos crimes culposos, visto que o Código Penal impõe pena privativa de liberdade aos homicídios culposos, sem distinguir, qualitativamente, dolo de culpa. Porém, a resposta estatal oferecida ainda não se demonstra como suficiente para satisfazer os objetivos da pena.

Logo, a partir do momento que se reconhece os resultados negativos e agnósticos da pena, sem nenhuma consequência positiva, o único ofício legítimo possível que resta ao direito penal e processual não é a justificação ou legitimação da punição, mas sua contenção e redução (GIAMBENARDINO, 2015, p. 23), o que não se vê atualmente.

Foucault (1969 *apud* GIAMBENARDINO, 2015, p. 23) destaca que o direito criminal transforma o mero transgressor em criminoso, não importando a natureza do delito praticado, sendo todos colocados na mesma categoria sem qualquer distinção. Em complementação, Maria Rocha Machado (*apud* TIVERON, 2014, p. 53) aduz que o baixíssimo grau de criatividade para aplicar sanções que sejam adequadas para



lidar com as mais diversas modalidades de crimes são as causas da obsolescência do sistema penal.

No mesmo sentido, Raquel Tiveron (2014, p. 47) expõe o argumento da criminologia crítica de que diferentes condutas criminosas não devem ser punidas com o mesmo remédio – a pena de prisão. A autora questiona que seria como ir a um médico com um braço quebrado ou com uma apendicite aguda e ao paciente for oferecido o mesmo tratamento para ambos os problemas: uma aspirina (MILLER, 1989 *apud* TIVERON, 2014, p. 52).

Os críticos abolicionistas asseveram que o sistema de justiça criminal se tornou um arranjo de extremos, variando entre prisões infamantes e liberdade ineficaz, sem abrir a possibilidade de outra resposta mais particularizada, humanizada e criativa aos conflitos (TIVERON, 2014, p. 52).

Não se desconhece que a intervenção estatal nas situações de natureza culposa se demonstra como necessária, em razão dos diversos danos que estas determinadas condutas resultam. Entretanto, um juízo valorativo-ponderativo deve ser realizado a fim de estabelecer os mecanismos adequados à correção de tais desvios de cautela, evitando-se desproporcionalidades na aplicação da justiça penal (TOURINHO, 2017, p. 337).

Dessa forma, os objetivos da pena devem ser congruentes à realidade dos delitos culposos, de forma que esta seja direcionada à ampliação do sentido de cautela do indivíduo, a partir de recursos que sirvam à aprendizagem de ações de cuidado, pois, ainda que previsível ou prevista a ocorrência do dano, o autor do fato atua sem refletir nos riscos que o seu comportamento pode gerar ou, acreditando nas suas habilidades, que o resultado será evitado (TOURINHO, 2017, p. 338).

De igual modo, o agir de forma cautelosa não pode ser percebido como um dever permanente, considerando que a própria natureza humana não se apresenta com precisão e cuidado incessantes. É natural do ser humano cometer equívocos,



pois qualquer indivíduo pode descumprir o seu dever de cuidado, causando, por vezes, um resultado antijurídico.

Entretanto, os legisladores insistem na ideia de agravar as penas de reclusão para que exista um período mínimo de recolhimento, na ideia de que o enclausuramento possui um efeito positivo na reprovação do crime, de modo que o encarceramento proporcionará ao autor do delito um tempo de reflexão e arrependimento. É nesse contexto que alguns projetos de lei são apresentados para o aumento das penas.

#### **1.4 Os projetos de lei que visam mudanças na aplicação da pena**

O Brasil vive uma crise de segurança pública. A superlotação e o custo elevado das prisões aos cofres públicos são fatores que deslegitimam o sistema criminal atual, ocasionando a descrença brasileira na aplicação da justiça pelos Tribunais. Nesse sentido, as políticas criminais devem objetivar causar na sociedade uma maior sensação de segurança.

No momento atual, em síntese, o sistema de justiça criminal está focado na aplicação do castigo e garante [ou tenta garantir] que aquele que cometeu um crime receba o que “merece” (ZEHR, 2017, p. 33). É de conhecimento geral a ineficiência do atual sistema de justiça que, aliada ao seu alto custo financeiro e humano, tem falhado em responsabilizar os autores e em trazer alguma compensação às vítimas dos crimes (TIVERON, 2009, p. 41).

A população carcerária brasileira, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (BARBIÉRI, 2019), ultrapassou a marca de 800.000 mil. Vê-se que o crescente processo de enclausuramento oficial não tem surtido efeito significativo em face da escalada da criminalidade. Atualmente, o que se verifica é o aumento dos tipos penais e das penas, sem que os supostos efeitos retributivistas e prevencionistas deem mostras de sua eficácia (FELBERG, 2015, p. 83).



São múltiplos os projetos de lei propostos para alteração da legislação penal atual. A título de exemplo, nos casos de homicídios culposos, a Lei nº 13.546/2017 (BRASIL, 2017) trouxe a alteração do artigo 302, parágrafo 3º, do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997), no tocante à natureza da reprimenda, modificando-a para pena de reclusão. Como discutido, a mudança não surtiu efeitos práticos, mas isso demonstra a intenção do legislador em agravar cada vez mais a forma de cumprimento das penas.

Diversas são as propostas de mudanças dos Códigos Penal (BRASIL, 1940) e de Trânsito (BRASIL, 1997), porém, são apresentadas com o intuito de dissuadir a prática criminosa mediante o constrangimento causado pela colocação de penas mais rigorosas. Outro exemplo é o Projeto de Lei nº 600/2019 (BRASIL, 2019), que pretende alterar o Código de Trânsito no tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito nos crimes culposos de homicídio e lesão corporal, quando o motorista estiver sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência.

O Projeto de Lei (BRASIL, 2019) foi apresentado pelo Senador Fabiano Contarato com o intuito de acrescentar à legislação a redação que proíbe a aplicação de medidas alternativas na forma do artigo 44, inciso I, do Código Penal aos crimes de trânsito.

Art. 1º O Código de Trânsito Brasileiro – Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 312-B:

Art. 312-B. Aos crimes previstos no §3º do art. 302 e no §2º do art. 303 deste Código, não se aplica o disposto no inciso I do art. 44 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.(NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

O autor da proposta explica que os índices de acidentes que ocasionam em morte são altos e, no mesmo sentido, a aplicabilidade das penas restritivas de direito resultam em um sentimento de impunidade para os familiares das vítimas. Dessa



forma, o autor do projeto de lei pontua que a alteração é necessária, pois a reprimenda atual é branda.

Na mesma linha, o parecer do Senador Marcos do Val, relator do projeto na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, que aprovou a mudança, manifestou a necessidade de autores de fatos como esses passarem, ao menos, um período mínimo da prisão como um preso comum, ainda que em regime semiaberto. De acordo com o parlamentar, a prisão tem um evidente potencial dissuasório e deve ser utilizada quando necessária.

Por outro lado, um país que evoluiu para alcançar, ao menos na teoria, a condição de Estado Democrático de Direito, deve caminhar contra os ideais postulados pelas teorias absolutas da pena, de caráter meramente retributivo, visto que, na prática, o país possui maior afinidade com os efeitos punitivistas (MICHELI; LIMA, 2018, p. 101).

Freud (SOUSA; ZUGE, 2018, p. 837) é um dos autores que denuncia a contradição que o homem impõe a si mesmo, tomando alguns caminhos como únicos, ainda que à custa de algum sofrimento. A criação do sistema penal e a constatação de sua atual disfuncionalidade geram essa problemática: constata-se a inoperância do sistema, no entanto, continua-se a alimentá-lo.

Portanto, compreende-se que na atualidade a sociedade busca a imposição de penas mais severas como forma de coibir e isolar do meio social os autores de homicídios culposos, por entender que a resposta estatal atual não é medida suficiente. Nessa linha, os legisladores não apresentam alterações legislativas com o intuito de desaprisonar e buscar meios alternativos de solução de conflitos, mas de aprisionamento.

Sendo assim, a finalidade da atuação do Direito Penal encontra-se prejudicada, pois nos homicídios culposos há o cometimento da ação em virtude do descuido humano, por falta de atenção ou diligência. Portanto, como será discutido



no tópico seguinte, o enclausuramento não é a resposta adequada, visto que não propicia uma reação adaptada ao crime.

### **1.5 O endurecimento das penas: uma solução ficta**

Por que a prisão, algo tão negativo, é uma das únicas respostas penais oferecidas à criminalidade? Conforme esclarecem Ana Gabriela Mendes Braga e Maria Emília Accioli Bretan (2008, p. 24), a vivência prisional agrava o quadro de vulnerabilidade que levou o autor do fato a cometer um crime, sobretudo nos delitos culposos, quando o indivíduo pratica o ato por imprudência, negligência ou imperícia.

A sociedade em geral acredita que o aumento das penas de um crime é suficiente para evitá-lo e fazer com que o autor não o cometa novamente. Entretanto, a eficácia das leis penais que impõem reprimendas mais duras é contestável, pois o efeito dissuasório da pena está mais condicionado à percepção do acusado da gravidade do delito cometido do que pela quantidade da pena em si (TIVERON, 2014, p. 77).

Rogério Schietti (2011, p. 63 *apud* TIVERON, 2014, p. 78) observa que a criação de novos crimes e o aumento das penas não solucionam o problema da criminalidade. Segundo o autor, essas ações, quando muito, aliviam a sensação de impunidade e faz com que as comunidades acreditem que o Estado está intervindo com mais rigor. Os afetados pelo delito, todavia, continuam sem exercer um papel ativo na ação penal.

Há aqueles que reclamam por essa função ativa, contudo, quando o Estado atua no agravamento das punições como meio de evitar o crime, como nos casos em que ganham espaço propostas legislativas que buscam aumentar as penas, a exemplo do Projeto de Lei nº 600/2019 (BRASIL, 2019), a sociedade acredita estar sendo suprida em suas aclamações, mas a matriz da questão continua sem um desenlace.





Outro fator é a legitimidade que o Estado confere às vítimas e suas comunidades quando adota políticas nesse sentido, pois, ao invés de incentivar seus cidadãos a ansiarem alterações positivas na legislação penal e, assim, promover uma sociedade livre, justa e solidária, subsidia espaço à vingança como se justiça fosse.

Em suma, dentre as principais características do punitivismo está a prevalência do direito penal rígido com foco no autor do fato. Assim, o indivíduo comete um crime contra o Estado e deve responder por meio da pena de prisão. Dessa forma, é um modelo de justiça que dá espaço à existência de penas desumanas e degradantes, sem muita preocupação com os demais envolvidos (OLIVEIRA; SANTANA; CARDOSO, 2018, p. 160).

Contudo, ainda assim, como asseveram Oliveira, Santana e Cardoso (2018, p. 160), observa-se que ao desapropriar da vítima e do autor do fato a capacidade de se envolverem com a busca da solução e pacificação do conflito, o Estado não propicia a diminuição da criminalidade e tampouco a satisfação da vítima ou particulares interessados.

Goffman (1974, p. 56) leciona que o mais perigoso ainda é a mortificação do eu daquele que será aprisionado em razão de um crime pelo qual não tinha a intenção de ocasionar, quando sobrepesada por uma punição excessiva em relação à infração cometida, gerando um sentimento de vingança por ter sido submetido ao castigo desproporcional.

Figueiredo Dias (2007, p. 46 *apud* TOURINHO, 2017, p. 242) aduz que o caráter retribucionista da pena deve ser recusado, pois no Direito Penal não se pode subsistir uma pretensão de vingança. Outrossim, ensina que o sentido do mal na aplicação da pena deve ser considerado como uma doutrina social-negativa, inimiga de qualquer tentativa de restauração da paz jurídica da comunidade alcançada pela atividade do delito culposos.



Segundo Claus Roxin (1997, p. 82 *apud* TOURINHO, 2017, p. 2042), a ideia da pena como retribuição e punição é conhecida desde a antiguidade e permanece ativa na consciência das comunidades com naturalidade. Por consequência, uma pena é considerada como justa desde que corresponda a uma longa duração, de forma a compensar a gravidade do delito. O autor discursa que por trás desse pensamento se encontra o velho princípio de Talião.

Dessa forma, o paradigma punitivo não cumpre com a sua função de ressocialização e repressão do crime, de modo que se apresenta como uma falsa ideia de realização da justiça. Para além disso, empreende ações contrárias ao seu objetivo, uma vez que, na aplicação das penas nos casos de crimes culposos, leva-se em consideração o autor do delito, descontextualizando-o, desconsiderando a sua condição de pessoa humana falha e os outros aspectos que resultaram no cometimento da infração.

Não se desconhece a gravidade e o resultado de um crime de homicídio, ainda que culposo. No entanto, a resposta estatal deve ser positiva, operando-se de forma a causar no autor a sensação de arrependimento e desejo em reparar o dano causado, mesmo que simbolicamente, além de atender às necessidades dos familiares e pessoas próximas da vítima, proporcionando um papel ativo nesse processo.

Sendo assim, depreende-se que o sistema criminal necessita de uma reforma geral, todavia, por ser o crime culposo composto pela ausência de cuidado na manifestação da vontade, sem a intenção de ocasionar um dano, ou acreditando-se nas habilidades pessoais, uma atenção especial deve ser concedida, aplicando-se penas com um propósito de se instigar no autor do fato ações futuras de cuidado e cautela.

Portanto, impor uma pena de prisão no cometimento de homicídio culposo, advindo de uma ação não intencional, não possui qualquer sentido prático para os familiares e pessoas próximas da vítima, ao autor do crime, tampouco para a sociedade. Observa-se, então, que uma nova resposta deve ser apresentada nas



resoluções dos conflitos ocasionados pelo homicídio culposo, considerando o crime como uma violação de pessoas e relacionamentos.

Nesse contexto, é propício o surgimento de novas formas de resolução de conflitos para que as condutas tipificadas como homicídio culposo responsabilizem os autores e atendam às finalidades da pena, bem como não causem na sociedade e entes das vítimas sentimentos de revolta, injustiça e impunidade, pois estes não podem se sentir desamparados, em razão dos diversos danos sofridos.

## **2 INCLUSÃO DAS VÍTIMAS E DA COMUNIDADE: A PROPOSTA RESTAURATIVA**

### **2.1 O crime como violação a pessoas e relacionamentos**

No que concerne às finalidades das penas, existe uma necessidade de rompimento com a concepção retribucionista, afastando meios punitivos da vingança para o alcance dos fins penais. Na contemporaneidade, há a necessidade da realização de uma justiça participativa e democrática, na ideia de restauração, com o resgate de uma função mais ativa das partes envolvidas e uma atenção especial às suas necessidades. Em suma, é necessário incluir os envolvidos no processo como protagonistas da ação e construir respostas penais humanas e inclusivas (TOURINHO, 2017, p. 1).

A perspectiva pela qual se enxerga o crime determina o modo como se configura o problema e a solução do conflito. Compreender o delito como um dano e uma violação de pessoas e relacionamentos faz com que a sua resolução se dê de outra forma, pois a justiça estará focada no envolvimento das partes afetadas com o objetivo de promover a reparação, reconciliação e segurança (ZEHR, 2018, p. 183 e 185).

O sistema punitivista objetiva causar um mal ao autor do fato, independente da natureza do seu crime, em compensação ao mal que ele causou à sociedade. Ele considera a comunidade como algo abstrato e impessoal, define o Estado como vítima



e o crime como violação de regras, não atentando-se para as relações rompidas após o cometimento do delito (ZEHR, 2018, p. 189). Não obstante, o direito penal deve ir além do punitivismo, fortalecendo os relacionamentos em uma sociedade que vem, cada vez mais, tornando-se individualista.

O crime causa um dano à vítima, ao autor do fato, aos familiares, pessoas próximas a estes e à sociedade, isto é, afeta a convivência de todos os envolvidos direta ou indiretamente. Portanto, os efeitos do cometimento de uma infração reverberam como ondas e afetam muitos indivíduos, não apenas a vítima primária e o autor (ZEHR, 2018, p. 187).

O autor da infração, principalmente em situações em que se encontra na direção alcoolizado ou sob o efeito de outras substâncias, encontra-se vulnerável na medida em que pode ter se colocado nessa circunstância por alguma violação sofrida anteriormente à ação do delito. Por outro lado, aqueles que não se encontravam nesse cenário de vulnerabilidade, sentem-se mal pelo grande dano causado.

Em contrapartida, o dano físico e emocional causado aos entes das vítimas é indubitável. A “vida”, como bem jurídico, é o mais importante de todos aqueles que a sociedade resolveu proteger por meio do direito penal. A violação da vida, de fato, é de difícil conciliação com a ideia de reparação. Uma vida perdida será, inegavelmente, uma vida para sempre perdida (RODRIGUES, 2012, p. 832).

Concernentemente ao relacionamento entre os entes da vítima e autor do crime, mesmo que eles não possuam um vínculo anterior, cria-se uma relação após o delito, em regra, hostil. Caso não resolvida, essa ligação infensa poderá afetar o bem-estar de todos (ZEHR, 2018, p. 186). À vista disso, o sistema de justiça deve procurar solucionar esses conflitos a fim de restabelecer a paz na sociedade.

A verdadeira justiça deve começar por identificar e tentar satisfazer as necessidades humanas (ZEHR, 2018, p. 195). Em todo o processo os afetados pelo crime precisam sentir-se confortáveis e satisfeitos com o decorrer da ação e o resultado. Por óbvio haverá uma colisão de interesses, porém, quando as partes estão



envolvidas diretamente e chegam a um consenso mutuamente, o sentimento de realização é maior.

Diante disso, indaga-se: é possível pensar em outro modelo criminal que seja capaz de oferecer algum tipo de controle sobre as práticas delituosas, na mesma medida em que se atenta às necessidades de todos os envolvidos no crime, prevenindo a ocorrência de novas infrações homicidas culposas?

O próximo tópico apresenta os princípios da Justiça Restaurativa para uma análise da viabilidade da sua aplicação nos crimes de homicídios culposos, considerando ser este um modelo de justiça que possui como foco as necessidades de todos os afetados pelo crime, sobretudo as das vítimas consideradas como secundárias.

## **2.2 Restaurar ou punir? O surgimento de um novo paradigma**

Diferentemente do que ocorre com o método punitivo em crise, a Justiça Restaurativa, nova proposta paradigmática, consiste no reconhecimento do crime como conflito humano e, conseqüentemente, em soluções mais integradoras, capazes de contemplar o crime como um paradigma social e comunitário, reconhecendo, assim, a especificidade, complexidade e diversidade do conflito criminal (OLIVEIRA; SANTANA; CARDOSO, 2018, p. 164).

Diante da indagação, tem-se que algumas práticas alternativas estão ganhando força no cenário jurídico mundial. Uma delas é a Justiça Restaurativa, prática difundida em muitos países, que procura dar voz às partes envolvidas no processo e questionar o monopólio estatal da justiça criminal, propondo um conceito mais amplo de crime e das suas conseqüências, com foco na restauração (SOUZA; ZUGE, 2011, p. 827).

Marshall (1999, p. 5) caracteriza a Justiça Restaurativa como um processo que busca a resolução de conflitos por meio da responsabilização dos indivíduos e da reparação dos danos causados, onde as partes envolvidas reúnem-se para decidir em



conjunto como lidar com as consequências oriundas do crime e seus efeitos para o futuro.

Os primeiros países que possuem experiências na área são o Canadá e a Nova Zelândia. A partir de então o modelo restaurativo foi conquistando seu espaço em outros Estados. O Brasil, segundo o Conselho Nacional de Justiça, está em caráter experimental, porém, a adoção das técnicas no país já é estudada desde 2004 (SEVERO, 2017).

A Justiça Restaurativa surgiu após se verificar que quatro tipos de necessidades estavam sendo negligenciadas nos processos de justiça criminal, sendo eles: a informação sobre o ato criminoso e o autor do fato, a descoberta da verdade sobre os motivos do crime, o empoderamento das vítimas e a reparação dos danos causados pela infração. Diante disso, a teoria e a prática da Justiça Restaurativa surgiram e foram moldadas pelo esforço de levar a sério as ‘necessidades de justiça’ dos envolvidos no processo (ZEHR, 2017, p. 28-30).

Raquel Tiveron (2014, p. 288) acentua que a Justiça Restaurativa se apresenta como um meio alternativo que oferece uma resposta ao crime inspirado nos valores da humanização. Para pesquisadora, essa prática reconhece o crime como um conflito humano e propõe um modelo penal mais reparador e integrador.

Aponta a autora que as técnicas restaurativas possuem componentes democráticos que a diferenciam do sistema atual de justiça, tais como a gestão emancipatória e participativa do conflito, a devolução da administração do caso aos seus protagonistas, o empoderamento comunitário e o elevado conteúdo pedagógico.

Entende-se que enquanto a justiça convencional diz “você fez isso e tem que ser castigado!”, a Restaurativa pergunta: “o que você ainda pode fazer para restaurar o prejuízo que trouxe?”. Diante disso, abandona-se a concepção meramente vingativa do processo e acredita que, por intermédio da escuta das partes, se alcança possibilidades mais autênticas de justiça (SOUZA; ZUGE, 2011, p. 832).



A principal crítica ao sistema tradicional de justiça é a sua estigmatização, que enfoca o delito primeiramente como uma violação aos interesses do Estado, e apenas secundariamente como uma violação aos direitos da vítima. Na perspectiva restaurativa, o crime é uma violação de relacionamentos e pessoas, e o que se busca é uma solução que promova reparação, reconciliação e confiança (TIVERON, 2009, p. 42).

Entende-se que o modelo restaurativo de justiça se preocupa em especial com as necessidades das vítimas de atos ilícitos, aquelas necessidades que não estão sendo adequadamente atendidas pelo sistema de justiça penal (ZEHR, 2017, p. 28). O objetivo básico para se considerar um método como restaurativo é a busca pela reparação dos danos causados às vítimas e a responsabilização do autor do fato. Nesse sentido, o paradigma expande o círculo dos interessados no processo ampliando-o para além do Estado e do autor do fato (ZEHR, 2017, p. 27).

Uma das características desse novo paradigma é o desenvolvimento da habilidade das partes de proferirem observações sem a introdução de preconceitos. Os envolvidos se expressam em termos objetivos e neutros em vez de termos de julgamento. Por meio desses métodos, é possível que o processo restaurativo atinja seu escopo de chegar a um acordo sobre quais ações devem ser tomadas para reparar os danos. (CNVC, 2012 *apud* TIVERON, 2014, p. 181).

Em uma abordagem restaurativa, os sentimentos, danos físicos, perdas e ponderações das vítimas são aceitos sem censura ou crítica, além da sua experiência não ser ignorada, minimizada ou banalizada. As partes do processo sentem-se envolvidas e compreendem melhor os motivos que ensejaram o delito. Por isso, a comunicação direta e a satisfação de ser ouvida contribuem para a diminuição dos traumas dos familiares e conhecidos da vítima (TIVERON, 2009, p. 45-46).

A dinâmica proporcionada pelas técnicas restaurativas possibilita ao agente reconhecer os erros cometidos, estabelecer expectativas comportamentais adequadas e desenvolver relações interpessoais com a sociedade, além de acatar a sua



responsabilidade, buscar reparar o dano e desculpar-se com os entes da vítima. As técnicas discutidas oferecem uma intervenção tridimensional sobre o delito: mediante a reparação dos danos patrimoniais e emocionais das vítimas, com a responsabilização e reintegração do autor da infração e pela participação comunitária no processo (TIVERON, 2014, p. 31).

O objetivo do paradigma é oferecer uma experiência reparadora para todos os envolvidos e afetados pelo crime. Idealmente a Justiça Restaurativa ocupa-se em prevenir o mal e em aplicar a justiça depois de ocorrido o dano (ZEHR, 2017, p. 39). Compreende-se que o sistema criminal não pode ser insensível aos prejuízos que a vítima sofre em consequência do delito e como consequência da investigação e do processo (TIVERON, 2009, p. 44).

Dentro de uma perspectiva restaurativa, a vítima deixa de ser simples expectadora de um procedimento formal e passa a manifestar-se verdadeiramente. No sistema convencional, as vítimas imaginam-se ‘clientes’ do Promotor de Justiça, mas logo percebem que o real interesse defendido por esse agente é o estatal, que nem sempre coincide com o objetivo dela, que pode ter a sua pretensão particular desassistida (TIVERON, 2009, p. 44).

Diferentemente do sistema tradicional de justiça, as técnicas restaurativas são baseadas em valores como “respeito, cortesia, remorso, desculpa, perdão, compromisso, solidariedade, humanismo, sentimento comunitário, equilíbrio e paridade entre os participantes” (TIVERON, 2009, p. 43). O respeito permeia os princípios do paradigma e deve orientar sua aplicação durante todo o processo. Quando alguma parte não é respeitada, não há Justiça Restaurativa, mesmo se adotados fielmente os seus princípios (ZEHR, 2017, p. 53).

Para atingir as metas de Justiça Restaurativa é necessário que as vítimas estejam engajadas no procedimento e saiam dele satisfeitas, bem como os autores do fato devem compreender como as suas ações afetaram outras pessoas e assumam a responsabilidade pelos atos cometidos. Por fim, o resultado final, na medida do





possível, deve ajudar a reparar os danos causados e as razões que levaram ao cometimento do crime devem ser tratadas (ZEHR, 2017, p. 54).

Quer se reconheça ou não, todos estão ligados uns aos outros e ao mundo em geral através de uma teia de relacionamentos. “Quando essa teia se rompe, todos são afetados”. Os elementos fundamentais da Justiça Restaurativa (dano e necessidade, obrigações e engajamento) derivam dessa perspectiva (ZEHR, 2017, p. 52). Por isso, a Justiça Restaurativa deve ter igual preocupação e compromisso com as vítimas, autores e pessoas ligados a estes, envolvendo todos no processo.

No homicídio culposo, o procedimento restaurativo possibilita ao autor do fato, além de arrepende-se dos seus atos, compreender o sentimento dos entes da vítima, o seu ponto de vista, desculpar-se com estes, acatar sua responsabilidade em relação ao ocorrido e reparar o dano, ainda que simbolicamente.

Zehr (2018, p. 207) acentua que o primeiro estágio da Justiça Restaurativa é atender às necessidades imediatas, especialmente às da vítima e afetados pelo crime. Depois disso, deve buscar identificar necessidades e obrigações mais amplas. Para tanto o processo deverá colocar o poder e a responsabilidade nas mãos dos diretamente envolvidos: familiares e pessoas próximas à vítima e autor do crime. Deve haver espaço também para o envolvimento da comunidade.

Em um segundo plano, a Justiça Restaurativa deve tratar do relacionamento entre a vítima e o autor do delito, facilitando sua interação e a troca de informações sobre o acontecido, sobre cada um dos envolvidos e sobre suas necessidades. Em terceiro lugar, ela deve se concentrar na resolução dos problemas, mas em intenções futuras (ZEHR, 2018, p. 207).

A Justiça Restaurativa se apresenta como um paradigma que possibilita o avanço necessário ao Direito, proporcionando à sociedade um novo valor de justiça, aquele que possui por objetivo à alteridade e a empatia. Raquel Tiveron (2009, p. 37) acentua que se trata de um paradigma que pretende reconstruir as relações sociais e emocionais dentro da sociedade.



Portanto, compreende-se que a instauração das práticas restaurativas na resolução da lide no cometimento dos crimes de homicídios culposos pode resultar na melhor aplicação da pena, atendendo, assim, aos anseios de todos os afetados pelo delito, considerando os princípios do paradigma que preservam o diálogo, o respeito e a reparação.

Em contrapartida, as críticas apontam para a ideia de que não pode existir a reparação, em nenhum grau, da vida que foi assassinada. Nessas circunstâncias, apesar da demonstração de que a Justiça Restaurativa não se trata, tão somente, da reparação material, o próximo tópico dissertará sobre tal entendimento que pode ser um limitador da aplicação do paradigma aos casos.

### **2.3 Restaurar o irrestaurável?**

O homicídio foi criminalizado pela legislação brasileira com o intuito de se proteger o bem jurídico vida – um dos mais importantes protegidos pelo ordenamento penal. De fato, uma vez cometido o crime o bem jurídico não poderá ser restaurado. Por isso, a principal indagação é: como a Justiça Restaurativa pode ser implementada em um crime como o homicídio culposo?

Reeves ensina que quanto mais os afetados percebem os danos de uma infração como irreparáveis, menos receptivos eles são com a ideia de um modelo restaurativo e com a possibilidade de encontrarem-se com o autor do fato (1989, p. 46 *apud* TIVERON, 2014, p. 439). Todavia, a ideia de restauração apresentada ao homicídio culposo não está relacionada à vida perdida.

A Justiça Restaurativa possui uma abordagem tanto do crime quanto das suas consequências, com um foco, também, na relação entre as partes. Desse modo, vislumbra as reparações material, moral e emocional, que resultam na responsabilização espontânea por parte do autor do crime (ZEHR, 2008 *apud* SOUZA e ZUGE, 2011, p. 830).



Bruno Rodrigues (2012, p. 832) assevera que a perspectiva restaurativa traz à discussão a premissa de que a violação do direito não constitui simples atentado contra a ordem jurídica, mas também como uma ruptura nas relações entre os envolvidos, incluindo a comunidade. A restauração tem natureza mais ampla, objetivando, na medida do possível, a pacificação social. Este objetivo, assim, não é obstado pelo fato de não se poder trazer novamente a vítima.

Nessa linha, não se deve entender a finalidade de restauração unicamente no seu sentido material, porque não se trata apenas de uma justiça de ressarcimento de danos materiais, mas de um paradigma que procura a pacificação social por meio da reparação de todos os efeitos decorrentes de um crime, sejam eles materiais, psicológicos ou simbólicos (RODRIGUES, 2012, p. 830).

Não obstante, cabe apontar que a ideia de reparação material não é descartada, considerando, à título de exemplo, que a vítima primária seria a provedora financeira do seu lar. Nesses casos, pode-se compreender que o causador do crime poderá contribuir materialmente para atenuar o desamparo econômico que aqueles dependentes poderiam sofrer.

Outrossim, Mark Umbreit revela que muitas vítimas solicitam oportunidades de diálogos mediados para expressarem o impacto do delito sobre as suas vidas, a fim de obterem respostas a perguntas que elas possuem para o “fechamento de um ciclo” ou “cicatrização da sua dor”, de modo que elas possam seguir adiante com suas vidas (2007, p. 1 *apud* TIVERON, 2014, p. 441).

O doutrinador aduz que é um imenso tabu a ideia de não aplicação do paradigma em crimes como esses, pois após o procedimento os envolvidos experimentam um grande alívio em ficar frente a frente com o responsável pelo crime, poder compartilhar da sua dor, dizer ao autor as conseqüências do seu ato e os sentimentos que persistiram, além de eventualmente descobrirem a dinâmica dos fatos cujo desconhecimento poderia lhes atormentarem no decorrer da vida (UMBREIT, 2007 *apud* TIVERON, 2014, pp. 443-444).



Por certo, a oferta do modelo restaurativo prescinde de uma preparação psicológica dos participantes para a realização do encontro, especialmente quando fala-se de um delito que envolveu a morte de um indivíduo importante para os familiares e pessoas próximas. Logo, existe todo um procedimento para que a reunião entre os envolvidos se torne um espaço de restauração e não de confronto.

Nesse sentido, acredita-se que a Justiça Restaurativa pode ser aplicada nos casos de homicídios culposos, pois o que se pretende não é somente a restauração material, ainda que simbólica, mas também a psicológica, emocional e moral, visando construir uma sociedade pacificada com penas mais conscientes e adequadas ao combate do crime, considerando a observância de uma sanção que introduz aspectos de arrependimento e prudência para o autor da infração.

Para aplicação do paradigma, ainda, é necessário o envolvimento e vontade de todos os que foram afetados pela infração, pois somente assim o modelo poderá alcançar suas finalidades e conceder às partes um encontro respeitoso, empático e restaurativo. Apresentar o papel de cada indivíduo no programa é de suma importância para clareza do motivo do envolvimento de cada um e o alcance das metas estabelecidas. Por isso, o último tópico definirá a atuação de cada um.

## **2.4 A atuação dos envolvidos no encontro restaurativo**

Definir a atuação das pessoas que participam no processo da Justiça Restaurativa é importante, considerando que o paradigma busca incluir todos os afetados pelo crime, pois um dos seus objetivos é alcançar a pacificação social entre os envolvidos, ao passo que todos terão a oportunidade de falar, ouvir, expressar as emoções e expulsar qualquer sentimento maléfico que possa ser instaurado após o cometimento da infração.

Zehr (2017, p. 49) aponta que a Justiça Restaurativa se preocupa com a restauração e integração de todos os que sofreram algum dano. Portanto, estão inclusos as vítimas e afetados, aqueles que deram causa ao crime e a comunidade



como um todo, pois o paradigma busca distribuir igualmente o cuidado por todas as partes envolvidas.

De início, no homicídio culposo, percebe-se que os principais envolvidos são os familiares da vítima, considerados como vítimas secundárias, e o autor do fato. Parentes e amigos próximos também foram afetados, logo, podem possuir interesse em participar do procedimento. Além desses, podem existir outros indivíduos da comunidade com algum grau de envolvimento, como vizinhos e colegas de profissão.

Desse modo, é importante apontar quais os papéis que cada indivíduo pode exercer nesse procedimento, a fim de constatar como o modelo de justiça restaurativo demonstra-se democrático e como os envolvidos podem contribuir para o alcance das finalidades do programa.

#### 2.4.1 *Vítimas*

Um fator importante é delimitar o conceito de vítima nos crimes dessa natureza no tocante à aplicação da Justiça Restaurativa. A Declaração dos Princípios Básicos de Justiça relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder (ONU, 1985, n. 1) incluem como vítimas os familiares ou amigos próximos que tenham sofrido um prejuízo em relação ao delito cometido.

Em concordância, Guilherme Câmara (2004 *apud* GIAMBERARDINO, 2015, p. 44) diz que o conceito de vítima abrange todo indivíduo, afetado diretamente ou reflexivamente pelo crime, na sua pessoa ou patrimônio, tendo suportado qualquer tipo de lesão, como consequência de ações ou omissões que violem seus direitos fundamentais. Por isso, os familiares e pessoas próximas à vítima primária são considerados como vítimas secundárias, pois também foram afetados diretamente pelo delito.



Na Justiça Restaurativa, a principal preocupação é com as demandas das vítimas, pois a maioria das suas necessidades não estão sendo adequadamente atendidas pelo sistema de justiça criminal (ZEHR, 2017, p. 28). O objetivo básico para se considerar um método como restaurativo é a busca pela reparação dos danos causados às vítimas.

Dentro dessa perspectiva, a vítima deixa de ser simples expectadora de um procedimento formal e passa a manifestar-se verdadeiramente. No sistema convencional, as vítimas imaginam-se “clientes” do Promotor de Justiça, “mas logo percebem que o real interesse defendido por esse agente público é o estatal, que nem sempre coincide com o interesse dela, que pode ter a sua pretensão particular desassistida” (TIVERON, 2009, p. 44).

Os sentimentos advindos após o homicídio são os de confusão, impotência, vulnerabilidade e pavor. A maioria dos familiares e pessoas próximas sentem que o seu espaço foi violado, ao passo que o mundo se torna um lugar potencialmente perigoso e não mais um ambiente confortável e seguro. Por isso, a experiência de vivenciar esse crime afeta todas as áreas da vida, de modo que os seus efeitos são traumáticos e de longo alcance (ZEHR, 2018, p. 29-31).

Portanto, as vítimas precisam de empoderamento e envolvimento com a solução do caso. Zehr (2018, p. 35) assevera que os familiares necessitam de oportunidades para expressar suas emoções, como a raiva, medo e dor, provenientes da reação humana natural à violação do delito. Elas precisam que sua “verdade” seja escutada e compreendida pelos outros.

A vitimização é uma experiência traumática porque é uma violação de algo fundamental: a autoimagem como indivíduo autônomo em um mundo que tem significado, tendo em vista que o crime é uma violação da confiança depositada no relacionamento com a sua comunidade. Assim, os familiares e afetados desatendidos poderão ter dificuldade para alcançar a recuperação. Ressalta-se que a cura para



essas pessoas não implica em esquecer ou minimizar a dor, mas significa um senso de recuperação, resolução e transcendência (ZEHR, 2018, p. 37 e 191).

É por isso que no modelo restaurativo o foco central está nas necessidades das vítimas. No caso do homicídio, está nas demandas dos familiares e pessoas próximas à vítima primária, porque atualmente o sistema penal ao invés de ajudá-los o lesam, na medida em que roubam o seu poder de atuar na resolução do conflito, pois, quando muito, atuam apenas como testemunhas.

Diante disso, considerando que aqueles que mais sofrem com o cometimento do crime não são amparados pela justiça criminal, na proporção em que não é possibilitada a oportunidade de expressar os sentimentos, não há esforços para restauração material, emocional e moral, além da retirada do poder ativo na resolução da lide, percebe-se que essas pessoas necessitam de uma participação colaborativa no processo, que é proporcionada pela Justiça Restaurativa.

#### *2.4.2 Autor do fato*

O atual sistema de justiça é quase que inteiramente voltado ao autor do crime, já que após a prática da infração preocupa-se em apurar sua culpa e puni-lo. Nessa perspectiva, o foco é direcionado ao seu passado e o seu comportamento delituoso, na medida em que há a sua despersonalização para transformá-lo em um “objeto do processo” (TIVERON, 2014, p. 308).

Compreende-se que o trauma é uma experiência central não apenas para aqueles que foram vítimas, mas também para o causador do crime, sobretudo quando se trata de um delito culposos. Por óbvio, o sofrimento maior é daqueles que perderam um familiar ou amigo, entretanto, considerando que o modelo restaurativo se preocupa com todos, as causas que levaram o autor a cometer a infração também devem ser tratadas.



Como discutido, os legisladores pretendem agravar as penas de prisão por considerar que as reprimendas atuais não são suficientes para o alcance da prevenção e reprovação do crime, pois não resultam em reclusões, acreditando-se, assim, que deve-se implementar ao menos um período de enclausuramento para o autor do crime refletir sobre a sua conduta delituosa.

Em contrapartida, a Justiça Restaurativa é sensível às necessidades de todas as partes, apresentando-se com um potencial inclusivo com o intuito de aplicar as reprimendas não como um castigo ou vingança, que por consequência exclui o autor da comunidade, mas com um olhar para o futuro, de modo que este assuma e se responsabilize pela consequência dos seus atos, bem como cumpra uma pena útil às vítimas, à comunidade e a ele.

O modelo restaurativo exige que o autor do delito reconheça sua culpa e assuma a responsabilidade de reparar os danos causados. Isso ocasionará na compreensão da profundidade do sofrimento causado na família e pessoas próximas à vítima. De igual modo, a ele será oportunizada a possibilidade de expor suas emoções e pedir perdão aos afetados pela sua ação.

Com efeito, em um diálogo entre as partes, o autor do crime poderá descobrir sentimentos de empatia e o impacto do seu ato na vida dos envolvidos. Raquel Tiveron (2014, p. 311) ensina que ao priorizar a restauração dos relacionamentos, o procedimento restaurativo sugere não apenas uma nova prática de justiça, mas, principalmente, uma missão pacificadora. Assim, a resposta ao crime não será a segregação e o isolamento do causador do delito, mas a sua integração na sociedade.

A pesquisadora pontua que o afastamento do autor da sua comunidade não deve acontecer, sobretudo porque se houver prisão seu tempo de recolhimento será por tempo determinado e ele voltará ao convívio comunitário (TIVERON, 2014, p. 311). Por isso, acolhê-lo e integrá-lo na sociedade após o cometimento do homicídio culposo deve ser um dos objetivos buscados pelo processo.





Zehr (2018, p. 204) ressalta que os autores dos crimes possuem muitas necessidades e precisam aprender a ser mais responsáveis e adquirir habilidades de autocuidado e controle, necessitando, de igual modo, de apoio emocional para canalizar a raiva, a frustração e desenvolver uma autoimagem sadia e positiva para lidar com a culpa.

Desse modo, a participação do autor do fato em um procedimento restaurativo lhe proporcionará um espaço de fala e escuta empática, ao passo que ele será responsabilizado pela sua conduta, cumprindo uma sanção decidida entre as partes e útil às vítimas e ao seu processo de recuperação, tendo em vista que o acontecimento do crime também lhe causou traumas.

### *2.4.3 Comunidade*

Raquel Tiveron (2014, p. 338) disserta que a participação da comunidade é um recurso estratégico que auxilia na democratização do sistema criminal e promove o reforço dos laços entre o autor do fato, vítimas e sociedade, elevando a consciência da importância da participação de cada um no processo e o senso de proteção comunitária, bem como o sensação de segurança e comando.

O envolvimento da comunidade nos processos de restauração podem ocasionar em diversas controvérsias, pois até que ponto qualquer indivíduo, “da comunidade”, pode participar da resolução da lide? Zehr (2017, p. 44) pondera que para a Justiça Restaurativa as questões principais são: a) quem do grupo comunitário se importa com as pessoas envolvidas no delito?, e b) como envolvê-las no procedimento? O autor assevera que o paradigma restaurativo se concentra nas microcomunidades que são diretamente afetadas pelo crime.

Cabe ressaltar que a comunidade não deve tomar para si o conflito e direcionar o processo, pois a sua participação está relacionada ao auxílio no



cumprimento do acordo entre as partes, na construção de respostas ao delito, na melhora do comportamento do autor do crime para que a infração não ocorra novamente e na sua inclusão social em busca da pacificação comunitária.

A comunidade, ainda, pode propiciar um apoio de atendimento ou serviços para cuidar das causas que ocasionaram o crime, como um programa de combate ao uso abusivo de álcool ou drogas. Outrossim, o auxílio da rede comunitária não está limitada às causas diretas do delito, mas pode estender-se às outras vulnerabilidades caso necessário, quando, por exemplo, perceber-se que as vítimas ou o autor estão em situação de pobreza, sem moradia ou emprego. Na medida do possível, a comunidade pode contribuir para a erradicação dessas circunstâncias (TIVERON, 2014, p. 343).

Diante disso, vê-se a vantagem dos círculos restaurativos comparados à mediação, pois estas últimas são realizadas apenas entre vítima e autor do crime. Por isso, depreende-se que o envolvimento da comunidade pode resultar em vários pontos positivos na resolução do conflito, ao passo é função principal desses membros apoiar e facilitar o acordo restaurativo.

#### *2.4.4 Facilitadores*

A função do facilitador é promover a negociação entre os envolvidos na busca de um resultado satisfatório de modo mútuo para as partes. Seu papel é assegurar que os presentes permaneçam no foco das questões e metas pelas quais houve a designação de um encontro e que todos mantenham uma comunicação respeitosa e civilizada (DAOU, 2014, p. 130).

Violeta Daou (2014, p. 132), facilitadora, capacitadora e coordenadora de projetos de práticas de Justiça Restaurativa, ensina que a postura do facilitador deve ser pautada pela imparcialidade que crie confiança nos envolvidos, além de estar disposto a ouvir com atenção e credibilizar, reconhecer e entender cada versão apresentada pelas partes.



Raquel Tiveron (2014, p. 301) apresenta a ideia de que o modelo restaurativo demanda uma reformulação do papel comum do mediador, pois ele deve abandonar a postura voltada à elaboração de acordos e assumir uma que priorize o diálogo e a ajuda recíproca entre as partes.

Os facilitadores devem abrir espaço para que os participantes explorem fatos, sentimentos e soluções. Os envolvidos devem ser estimulados a contar suas histórias, questionar os fatos que desejarem, expressar as emoções e trabalhar para chegar a uma decisão mutuamente aceitável (ZEHR, 2017, p. 63).

À vista disso, é fundamental a presença do facilitador como um indivíduo parcial que buscará manter o ambiente pacificado, preservando o diálogo e o respeito entre todos, conferindo aos envolvidos momentos de escuta e fala, a fim de se garantir um resultado útil ao programa restaurativo.

Diante dos assuntos discutidos neste capítulo, conclui-se que, em teoria, a aplicação da Justiça Restaurativa aos casos de homicídio culposo demonstra-se mais adequada em face da resposta que a Justiça Retributiva tem ofertado aos afetados pelo crime. O próximo capítulo procurará elucidar como a instauração do programa pode acontecer na prática, com a indicação das técnicas que podem ser empregadas, a apresentação de um caso concreto com a aplicação do modelo e como a sociedade precisa reagir a essas mudanças para que o paradigma alcance suas finalidades.

### **3 A APLICAÇÃO PRÁTICA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA AO CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO**

A Justiça Restaurativa deve empoderar os participantes do processo, assim, todos devem ter o direito de contar a sua versão da história do fato delitivo e a liberdade para decidir acerca do modo de resolução do conflito da maneira mais pacificadora e útil a todos (RODRIGUES, 2012, p. 831).



Uma das características desse novo modelo de justiça é o desenvolvimento da habilidade das partes de proferirem observações sem a introdução de preconceitos. Os envolvidos se expressam em termos objetivos e neutros em vez de termos de julgamento. Por meio desses métodos, é possível que o processo restaurativo atinja seu escopo de chegar a um acordo sobre quais ações devam ser tomadas para reparar os danos (CNVC, 2012 apud TIVERON, 2014, p. 181).

Com o perdão, a alteridade, o colocar-se no lugar do outro, com o foco nas possibilidades do futuro e não nas perdas que se passaram é que é possível dar um passo à frente, rumo a um recomeço. Esse fundamento é válido para todas as partes do procedimento, a fim de que ninguém fique refém da culpa e do ressentimento gerados pelo crime (TIVERON, 2009, p. 54).

### **3.1 O procedimento restaurativo**

O processo deve possibilitar ao autor do fato, além de arrepender-se dos seus atos, compreender e ser empático com os sentimentos dos afetados, desculpar-se com eles, acatar sua responsabilidade em relação ao crime e, na medida do possível, reparar o dano. Ressalta-se que, em nenhum momento, o causador do delito será forçado a assumir as responsabilidades, pois, ao final, se discordar do decidido poderá ser encaminhado à justiça comum (TIVERON, 2009, p. 47).

Os familiares e pessoas próximas à vítima, igualmente, terão a oportunidade de entender o contexto em que o crime foi cometido, expor os seus sentimentos, principalmente a dor, raiva e angústia, questionar sobre eventuais dúvidas relacionadas ao modo de execução do delito, perdoar, se assim compreenderem, o autor do fato e buscar um acordo de restauração.

No que concerne ao consenso dos familiares acerca do curso do procedimento restaurativo ou o seu desfecho, o mais adequado a ser feito pelo facilitador, com base nos princípios do programa, será, em um primeiro momento, incentivar o



consenso. Caso a tentativa seja mal sucedida, o facilitador poderá encerrar os diálogos e encaminhar o caso à justiça comum (RODRIGUES, 2012, p. 836-837).

Em relação ao modo como o procedimento será realizado, Zehr (2017, p. 63) observa que para resolver a lide três coisas fundamentais precisam acontecer: a) o mal cometido deve ser reconhecido; b) a equidade precisa ser criada ou restaurada; e c) as intenções futuras necessitam ser discutidas. Diante disso, esses devem ser os três pilares para o início de um processo de restauração.

Atualmente, existem diversas técnicas e métodos considerados como restaurativos, entretanto, Zehr (2017, p. 62) ensina que todos os modelos possuem um elemento em comum: o diálogo baseado nos três fundamentos aduzidos no parágrafo anterior. Portanto, o encontro presencial entre vítimas e autor será estimulado. Quando impossível ou inapropriado, pode-se substituir alguma das partes por representantes ou utilizar-se de cartas e vídeos para a comunicação.

Apesar da pluralidade de modelos restaurativos, três técnicas apresentam-se como principais e são as mais aplicadas pelos países: encontro entre vítima e ofensor, conferência de grupos familiares e círculos. Todas elas podem ser utilizadas na resolução do conflito advindo pela prática de um homicídio culposo.

Zehr (2017, p. 66) ensina que o encontro entre vítima e ofensor é constituído basicamente pela presença daqueles que foram diretamente atingidos pelo dano. No homicídio culposo, seria a família da vítima e o autor do crime. Parentes e amigos, ainda que próximos, poderão participar mas possuirão uma atuação secundária. A comunidade, por outro lado, poderá estar envolvida como facilitadora ou supervisora do acordo, mas não participa do encontro.

As conferências de grupos familiares são maiores pois, para além do encontro entre vítima e autor, incluem a família natural e a “adotada”. Assim, as pessoas que são mais importantes para as partes podem ser convidadas para participar do procedimento. Além disso, outros indivíduos que exercem uma função pública



na sociedade, como policiais, promotores, defensores etc., podem envolver-se nas conferências proporcionando interesses e pontos de vista diferentes.

Conforme Zehr (2018, p. 175-176), o envolvimento das famílias aumenta potencialmente as possibilidades da “vergonha reintegradora”, aquela que denuncia o mal causado e não o autor do fato, utilizando-se dessa vergonha para fortalecer o caráter dele e o senso comunitário. Ao contrário disso, a vergonha estigmatizante passa a mensagem de que não apenas o ato é mau, mas que a pessoa também é má, porém, não é isso que a Justiça Restaurativa prega, pois a conferência familiar é um lugar para aplicação positiva dessa vergonha.

Os processos circulares, por sua vez, possuem mais ênfase na participação comunitária, por isso são encontros com muitos membros da microcomunidade presentes. Zehr (2018, p. 177) salienta que as dimensões de fortalecimento da sociedade e de resolução de problemas comunitários são grandes e isso auxilia no reforço dos laços entre os indivíduos e famílias, pois todos sentem-se responsáveis por cooperar no processo de restauração.

Nesse modelo os participantes se acomodam em círculo e um objeto chamado de “bastão de fala” passa de mão em mão para que todos tenham a oportunidade de falar na medida em que estão na posse desse instrumento. Em razão do envolvimento comunitário, os participantes podem abordar circunstâncias mais abrangentes que estejam resultando em violações na comunidade e discutirem formas de amenizar ou extinguir esses riscos.

Independente da técnica aplicada, o procedimento restaurativo deve possibilitar o empoderamento dos familiares da vítima e do autor do fato, mediado pelo facilitador, para que eles sintam-se protagonistas da resolução do caso e exerçam sentimentos de empatia, solidariedade, respeito e cooperação.

Ressalta-se que em qualquer modelo o autor deve reconhecer, em alguma medida, sua responsabilidade, ainda que parcialmente, pois não inicia-se um processo restaurativo quando a pessoa nega que cometeu aquele ato. O



reconhecimento da culpa é um pré-requisito para aplicação da Justiça Restaurativa (ZEHR, 2017, p. 63).

Além disso, cabe acentuar que os afetados pelo crime devem participar do programa de forma inteiramente voluntária. A Resolução da UNESCO (2002, nº 7 e 8) determina que o programa restaurativo será aplicado quando houver o consentimento livre e voluntário da vítima e do autor do crime, podendo esse consentimento ser retirado a qualquer momento durante o procedimento.

Para determinar o modelo restaurativo mais adequado ao caso deve-se analisar a situação em concreto, pois diante da variedade de técnicas aplicáveis, a depender do acontecimento delituoso, um programa pode ser mais adequado que o outro. O objetivo é aplicar a forma mais restaurativa possível.

A título de ilustração, o homicídio culposo pode ter sido em direção veicular, então o programa mais útil pode ser a conferência familiar ou o círculo, onde a comunidade poderá discutir maneiras de prevenção à direção alcoolizada. Por outro lado, quando se trata de um homicídio culposo descrito no Código Penal, a realização de encontros entre os familiares e autor pode ser suficiente para responsabilização e restauração.

Portanto, quando se fala em instauração da Justiça Restaurativa não se pode, de antemão, definir quais medidas e métodos serão aplicados, pois o paradigma apresenta uma variedade de técnicas que poderão auxiliar na resolução da lide, mas independente do modo, os valores como diálogo, responsabilização, reparação e empatia devem estar presentes. Assim, o caso concreto deve ser analisado e, a partir desse momento, o programa que melhor atender aos anseios das partes definido.

No caso que será apresentado no tópico seguinte o modelo utilizado foi o do encontro em círculo, onde estavam presentes o autor do crime, a vítima, os familiares de ambos, além de amigos e vizinhos. Todos os presentes reuniram-se em um círculo, demonstrando que ninguém ali é superior, ao passo que o seu momento de fala é quando você está com o “bastão”, que pode ser qualquer objeto, preservando-se,



aqui, somente a sua finalidade – o momento de se expressar é quando se está na posse do instrumento.

### 3.2 Caso concreto

A Justiça Restaurativa no Brasil é mais aplicada em delitos de menor potencial ofensivo e em atos infracionais. São raras a utilização desse modelo em outros crimes. Em razão disso, não há registros da instauração do programa em infrações de natureza culposa e, por isso, a presente pesquisa não apresentará um caso de homicídio culposo com o uso do paradigma.

Apesar disso, houve um caso de tentativa de homicídio na cidade de Araguaína, Tocantins, onde aplicaram as técnicas restaurativas paralelamente à pena privativa de liberdade em que o autor e vítima eram vizinhos e se encontravam em um bar durante o cometimento da ação. As informações do caso foram extraídas de uma reportagem exibida pelo programa “Profissão Repórter”, do canal de televisão Globo, em 31 de outubro de 2018.

Em síntese, o autor, Marcos Gomes, e a vítima, Charles de Carvalho, estavam bêbados em um bar no ano de 2006 e em uma discussão no estabelecimento entre os dois Marcos proferiu golpes com um facão na cabeça e no braço de Charles. A ação penal foi instaurada e o ofensor foi preso e condenado à pena de dez anos de reclusão em regime inicial fechado em 2017.

O modelo restaurativo utilizado no caso foi o círculo, realizado em uma sala na penitenciária onde o condenado cumpre sua pena. No encontro, estavam presentes a vítima com seus familiares, o ofensor também com seus parentes e vizinhos próximos aos principais envolvidos. A facilitadora iniciou a reunião informando os princípios da Justiça Restaurativa e o modo como o processo seria direcionado.

Nos momentos de fala, vizinhos expressaram como foram afetados pelo crime e como o autor, Marcos, fazia falta na vizinhança. Após, o autor teve a oportunidade de expressar seus sentimentos de arrependimento e pedir perdão à vítima e às





famílias. A vítima, por sua vez, disse que não guardava rancor, aceitou o perdão ofertado e, ao fim, abraçaram-se.

O acordo firmado entre as partes foi no sentido de que o Marcos, autor do crime, e sua família financiariam um tratamento contra o uso abusivo de bebidas alcólicas para a vítima, Charles, como uma forma de reparação ao dano ocasionado. Assim, o resultado propiciou o perdão entre os envolvidos diretamente no crime e entre as famílias vizinhas, além de oportunizar à vítima um tratamento para o seu vício.

A reportagem não informa se houve algum benefício para o autor do delito diante da sua participação no programa restaurativo, apenas comunica que ele continuará em regime fechado. Entretanto, o envolvimento dos afetados proporcionou uma reparação simbólica à vítima e o fortalecimento dos laços entre as famílias, o que o simples enclausuramento não oferece.

Constata-se, portanto, que a aplicação da Justiça Restaurativa possui grandes vantagens para aqueles que participam do programa. No caso em análise, o Estado se importou em aplicar a pena e executá-la, ao passo que o autor do delito permaneceria enclausurado por um determinado tempo e, durante esse processo, poderia alimentar sentimentos de ódio e raiva. A resposta estatal não buscou solucionar o caso por completo, tampouco atender o mais afetado.

Por outro lado, o modelo de justiça restaurativo incluiu as famílias e comunidade na resolução da lide, para que todos sintam-se responsáveis pela manutenção da paz na vizinhança, concedeu à vítima a oportunidade de realizar um tratamento contra o álcool – o causador principal da discussão, pois as partes estavam bêbadas durante o conflito –, concedeu aos indivíduos um momento para expressão das emoções e promoveu o perdão entre todos, finalizando um ciclo de violência.

No caso em análise, onde os objetivos da Justiça Restaurativa foram alcançados, o programa foi aplicado em um homicídio tentado, onde houve a intenção de matar. Logo, se em situações mais graves, em relação à vontade do autor do crime,



houve o sucesso do paradigma, no homicídio culposo a aplicação do programa demonstra-se cabível e mais benéfica a todos os envolvidos, em razão dos argumentos apresentados no decorrer do presente estudo.

Diante disso, compreende-se como importante a instauração do modelo restaurativo de justiça nos casos de homicídio culposo para que as penas sejam aplicadas em conformidade com as causas do acontecimento delitivo e todos os afetados sejam beneficiados na resolução da lide, inclusive quanto aos sentimentos.

### **3.3 Dos muros da retribuição às pontes da restauração: os caminhos a percorrer até a prática do *ubuntu***

*Ubuntu* é uma antiga palavra advinda da África e significa que "uma pessoa é uma pessoa através de outras pessoas", isto é, um ser é considerado humano a partir do momento que ele se integra em uma sociedade e se preocupa em contribuir positivamente com a sua comunidade. Assim, a humanidade de um indivíduo está associada ao modo como ele se relaciona com o seu próximo.

A palavra não possui uma tradução direta, mas seu significado está relacionado à ideia de "humanidade para os outros". É um termo que apresenta ideais humanísticos como generosidade, cooperação e respeito, como uma forma de buscar o bem-estar de todos os que se encontram a sua volta.

Hogemann e Oliveira (2019, p. 15) lecionam que o *ubuntu* não suprime os direitos individuais num contexto comunitário, pois tem como princípio o respeito da autonomia das pessoas como um requisito essencial na construção e desenvolvimento da humanidade em uma sociedade. No mesmo sentido, Nelson Mandela (2010) ensina que a palavra não significa que as pessoas não devam se preocupar com o seu progresso pessoal, mas o progresso pessoal deve contribuir para o progresso da comunidade.

Portanto, o *ubuntu* desestimula o entendimento de que o homem pressupõe a comunidade, mas de forma oposta, compreende que o ser se torna humano por



intermédio da sua relação de empatia e humanidade para com os demais membros da sua sociedade (HOGEMANN; OLIVEIRA, 2019, p. 15).

No continente africano diversas decisões de magistrados são pautadas sob a filosofia do *ubuntu*. A Corte Constitucional Sul-Africana utiliza-se desse termo em variados julgamentos que envolvem os Direitos Humanos, pois acredita que esse modo de viver, pensando na promoção do coletivo, sobretudo no bem-estar da sua comunidade, é uma característica que todo indivíduo deva possuir para ser humano.

Nessa filosofia, as maneiras de aplicação da justiça devem ser baseadas nos princípios da humanidade, de forma que um indivíduo não sinta prazer na imposição de um castigo ao seu próximo. Ressalta-se que não está a se falar em impunidade, mas em refletir sobre outras possibilidades de responsabilização e restauração do dano causado após o cometimento de um crime.

Atualmente, diferente da proposta apresentada pela legislação penal brasileira, de que as penas serão aplicadas para reprovação e prevenção do crime, as condenações são aplicadas para castigar e os afetados pelo delito, tanto vítima quanto comunidade, sentem-se desamparados pelo sistema de justiça por acreditar que as reprimendas de enclausuramento são insuficientes para abranger toda a dor causada pela infração cometida. Assim, a visão da sociedade é de que o Estado deve operar o castigo através da dor para que a justiça seja aplicada.

Essa sensação de desamparo e impunidade resultou no agravo da intolerância com aqueles que cometem crimes, ainda que culposos. Nos dias atuais não se discute na sociedade formas alternativas de aplicação da pena, ao contrário, quando fala-se de crime, independente da sua natureza, a tolerância é zero, pois o castigo deve ser imposto e a prisão implementada.

Diante desse pensamento, várias são as críticas impostas à Justiça Restaurativa, pois muitos acreditam que esse paradigma relativiza a punição, tornando a pena mais branda porque retira a possibilidade do Estado em aplicar um



castigo ao autor do delito, ao passo que propicia outros meios de responsabilização diferente da prisão.

Considerando que o modelo de justiça restaurativo possui um grande potencial em promover o desencarceramento, muitos acreditam que o paradigma é uma forma dos autores de delitos se beneficiarem (TIVERON, 2014, p. 439), pois entende-se que a única forma de punir é com o aprisionamento e o que se distancia disso não combate o crime. Por isso, a Justiça Restaurativa não é compreendida por muitos críticos da área.

Entretanto, enquanto não se pensar em “humanidade para todos” a sociedade continuará a defender a prisão como única forma de responsabilizar um autor de um crime, pois são nos estabelecimentos prisionais que a liberdade do indivíduo é restringida, na proporção que outros direitos, como a dignidade e privacidade, estarão reprimidos em razão do atual estado das penitenciárias brasileiras.

É importante observar que o principal objetivo da Justiça Restaurativa é oferecer às partes um papel mais ativo na resolução da lide, sendo que o principal objetivo é oferecer à vítima e aos afetados pelo delito uma forma de restauração e esclarecimentos para que os traumas advindos após a infração sejam tratados. Dessa forma, é evidente a melhoria que a aplicação do paradigma proporcionaria ao sistema de justiça, visto que atualmente as vítimas e os envolvidos atuam de maneira simplória durante a ação penal e não recebem nenhum amparo do Estado, pois a atenção está direcionada na imposição do castigo ao autor do crime.

Diante disso, enquanto os indivíduos da sociedade não entenderem que a humanidade é para todos e que um ser se torna humano quando pratica os princípios da cooperação e relacionados, ou seja, quando há a prática de *ubuntu*, não existirá espaço para a instituição de um paradigma que apresenta meios alternativos de responsabilização, ainda que mais benéficos a todos os envolvidos, pois a concentração dos esforços estará na coação do castigo, que em nada beneficia as partes.



O presente estudo visa demonstrar como a Justiça Restaurativa pode intervir na lide quando há a prática de homicídio culposo, contudo, ainda que apresentadas todas as benesses que o paradigma pode propiciar, antes de qualquer coisa a sociedade necessita exercitar a prática de *ubuntu*, pois somente assim a ideia de que a prisão é a única resposta ao crime será superada.

Deve-se compreender que a imposição de um sofrimento ao autor do delito não diminui as dores causadas pelo crime nos familiares e pessoas próximas, tampouco é a única forma de responsabilizá-lo. A comunidade precisa construir outros meios de responsabilização, fundamentadas no resgate da empatia, responsabilidade e alteridade, buscando a participação ativa de todos os afetados pela infração. Praticar *ubuntu* significa estar bem quando sua comunidade está em paz, por isso a contribuição da Justiça Restaurativa pode ser relevante.

## CONCLUSÃO

Em síntese, o estudo iniciou-se com a apresentação da pena atribuída ao crime de homicídio culposo, ao passo que demonstrou a desproporcionalidade da sua aplicação e a sensação de impunidade e sentimento de justiça causado nas vítimas secundárias. Diante desse cenário, os legisladores buscam formas de agravar essa reprimenda com a difusão de novos projetos de lei que impõem penas mais severas – que também se colocam como soluções fictas.

À vista disso, o segundo capítulo buscou apresentar um novo paradigma de justiça, baseado nos valores do diálogo, responsabilização, reparação e empatia. O modelo restaurativo demonstra-se como mais adequado na aplicação da sanção ao crime em estudo, pois procura tratar dos traumas de todos os envolvidos.

Por conseguinte, o terceiro capítulo discutiu as formas da aplicação da Justiça Restaurativa na prática, identificando as principais técnicas que podem ser instauradas para o alcance das finalidades do programa, comprovando sua viabilidade



a partir da análise de um caso concreto em que consagrou-se um acordo entre as partes e o perdão. Ainda assim, o último tópico incumbiu-se de afirmar que o avanço do Direito só será possível com a mudança da sociedade a partir da prática de *ubuntu*.

O Código Penal introduz que as penas serão aplicadas para reprovação e prevenção do crime, entretanto, lançam os infratores da lei em um local ermo, sem estrutura, sem amparo emocional ou ressocializador. Quando existe a possibilidade de cumprir uma pena alternativa, fixa-se uma prestação pecuniária que pode ser quitada em cota única, como se a vida da vítima pudesse ser valorada, sem qualquer incentivo à reflexão e reparação direta da conduta delituosa.

Em relação aos familiares e pessoas próximas à vítima, o Estado pouco se importa com as suas dores e traumas, pois, quando muito, são intimados para testemunhar e notificados dos acontecimentos do processo. Porém, o sentimento de dor, angústia e revolta continua presente, ainda que existisse uma pena de cem anos de prisão, pois aquele ente não voltará. Além disso, doenças como a depressão pode agravar esse quadro.

Nesse contexto, em razão dos resultados trágicos do modelo retributivo, há a necessidade de se imaginar um modelo de justiça com a proposta de mudar o olhar que o sistema criminal tem para os afetados pelo crime, com o respeito às particularidades de cada caso (OLIVEIRA; SANTANA; CARDOSO, 2018, p. 162).

Nesse sentido, deve-se questionar se os enclausuramentos habituais do autores do crimes por um tempo determinado propiciam uma resposta empática, humana, compreensível e adequada à comunidade, familiares e pessoas próximas à vítima, e se estes sentem-se amparados pela justiça penal. Os dados atuais mostram que o sistema criminal encontra-se falido.

Em contrapartida, a Justiça Restaurativa se apresenta como um paradigma que possibilita o avanço necessário ao Direito, proporcionando à sociedade um novo valor de Justiça, aquele que possui por objetivo à alteridade e a empatia. Por isso, a investigação proposta se demonstra como uma alternativa aos casos de homicídios



culposos onde a pena de prisão não comprova sua causa e, a família, considerada vítima secundária, continua sem o seu papel ativo na justiça penal.

Diante das modalidades de homicídio, demonstra-se mais considerável a ideia de restauração nos casos de culpa, pois a Justiça Restaurativa concede uma resposta mais empática a todas as partes presentes no conflito ocasionado após o cometimento do homicídio culposo.

Se a culpa se classifica, quanto ao resultado, como uma inconsciência negligente, diante de uma previsibilidade, ou como uma consciência displicente, pois a uma atitude foi de excessiva confiança, tem-se uma circunstância na qual uma política criminal estritamente retribucionista apresentará problemas para lidar (RODRIGUES, 2012, p. 836). Portanto, nesses casos, a possibilidade de existir um acordo e perdão é amplamente maior.

Depreende-se que a impossibilidade da restauração do bem-jurídico protegido não impede a aplicação dos métodos restaurativos. Quem defende tal afirmativa não compreende o entendimento de que o crime é uma violação de pessoas e relacionamentos, ao passo que a pacificação social também é uma finalidade do paradigma.

Por certo não há que se falar em um conceito próprio de Justiça, entretanto, com o percorrer das vertentes filosóficas, compreende-se que a Justiça é daqueles conceitos ou daquelas práticas do mistério, ou seja, da ordem da poesia, da arte, da alma. Não é possível acessá-la apenas mentalmente. Ela deve ser vivenciada na sua dimensão emocional, mental e espiritual. Somente quando a sociedade possuir coragem para se abrir a esta dimensão é que existirá alguma possibilidade de conexão à humanidade e à teia de convivência humana harmônica (WAKIM, 2014, p. 18).

Inúmeras ciências ressignificam o modo de ver seus objetos de estudos e metodologias aplicadas, todavia, a Ciência do Direito ainda resiste ao caminho da evolução, com medo de suavizar sua cientificidade. É dessa forma que o Direito “confere legitimidade institucional a uma estrutura jurídica desatualizada que, por



conta deste descompasso histórico, muitas vezes, retroalimenta o círculo de violência ao qual visa contrapor” (WAKIM, 2014, p. 18-19).

Diante disso, conclui-se que a Justiça Restaurativa pode contribuir significativamente para o avanço do Direito Penal, na medida em que procura dar às partes um tratamento de equidade na busca da reparação dos danos causados por intermédio do diálogo, com a observância dos valores como a cooperação, alteridade e respeito. Isso faz com que o sistema criminal se distancie do seu caráter unicamente punitivo e aplique humanidade para todos.

## REFERÊNCIAS

BARBIÉRI, Luiz Felipe. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação.** 2019. Disponível em:

<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em: 12 mai. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Brasília: Congresso Nacional, 1940. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 12 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. **Institui o Código de Trânsito Brasileiro.** Brasília: Congresso Nacional, 1997. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm). Acesso em: 12 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.546, de 19 de dezembro de 2017. **Altera dispositivos da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para dispor sobre crimes cometidos na direção de veículos automotores.** Brasília: Congresso Nacional, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13546.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13546.htm). Acesso em: 12 mai. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 600, de 2019. **Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, para dispor sobre a substituição de pena dos crimes previstos no §3º do art. 302 e no §2º do art. 303.** Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135146>. Acesso em: 12 mai. 2020.





FELBERG, Rodrigo. **A reintegração social dos cidadãos-egressos**: uma nova dimensão de aplicabilidade às ações afirmativas. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

GIAMBENARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HOWARD, Zehr. **Justiça restaurativa**: teoria e prática. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo, Palas Athena, 2017.

HOWARD, Zehr. **Trocando as lentes**: justiça restaurativa para o nosso tempo. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo, Palas Athena, 2018.

MARSHALL, Tony F. **Restorative justice**: An Overview. Londres, Home Office, Information & Publications Group. 1999. Disponível em: <http://rds.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/occ-resjus.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

MICHELI, Lisa Rocha; LIMA, Thales Gabriel Moreira. Justiça restaurativa: uma alternativa paralela na resolução de crimes de natureza culposa. **Revista Transgressões, Ciências Criminais em Debate**, v. 6, dezembro de 2018.

NELSON, Mandela. O significado de *ubuntu*. **Nelson Mandela fala sobre o UBUNTU**. 2010. Entrevista concedida a o Instituto Padre Antônio Vieira. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=9QnEaKZ\\_4kY](https://www.youtube.com/watch?v=9QnEaKZ_4kY). Acesso em: 20 mai. 2020.

NERY, Déa Carla Pereira. Teorias da pena e sua finalidade no direito penal brasileiro. Cuiabá, MT: **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, 2015.

OLIVEIRA, Mariana. **Tragédia na boate Kiss**: STJ decide nesta terça-feira se acusados vão a júri popular. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/18/tragedia-na-boate-kiss-stj-decide-nesta-terca-feira-se-acusados-vao-a-juri-popular.ghtml>. Acesso em: 11 mai. 2020.

OLIVEIRA, Samyle; SANTANA, Selma; CARDOSO NETO, Vilobaldo. Da justiça retributiva à justiça restaurativa: caminhos e descaminhos. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, 2018, n. 28.

ONU. **Declaração dos Princípios Básicos de Justiça relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder**. Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas na sua resolução 40/34, de 29 de Novembro de 1985. Disponível em:



<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecPrincBasJustVitCriAbuPod.html>. Acesso em: 03 abr. 2020.

ONU. **Resolução 2002/12 de 24 de julho de 2002**. Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Genebra: o autor, 2002. Disponível em: [http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Materi\\_al\\_de\\_Apoio/Resolucao\\_ONU\\_2002.pdf](http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Materi_al_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf). Acesso em: 03 abr. 2020.

REZENDE, Constança. **STJ decide que acusados de incêndio na boate Kiss vão A júri popular**. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/06/18/julgamento-stj-boate-kiss-juri-popular.htm>. Acesso em: 11 mai. 2020.

RODRIGUES, Bruno Sousa. **Justiça restaurativa e homicídios: um horizonte possível**. Salvador: Universidade Federal da Bahia, grupo de pesquisa de Justiça Restaurativa, 2012.

SEVERO, Rivadavia. **Estudo identifica Justiça Restaurativa emergente e carregada de mitos**. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisa-identifica-justica-restaurativa-emergente-e-carregada-de-mitos/>. Acesso em: 12 mai. 2020.

SOUSA, Edson Luiz André; ZÜGE, Márcia Barcellos Alves. Direito à palavra: interrogações acerca da proposta da Justiça Restaurativa. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 31, n. 4, p. 826-839, 2011.

TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014.

TIVERON, Raquel. Promover justiça com perdão e alteridade: a proposta da justiça restaurativa. **Univ. JUS**, Brasília, n. 19, p. 35-61, jul./dez. 2009.

TOURINHO, Luciano. **Justiça restaurativa e crimes culposos: contributo à construção de um novo paradigma jurídico-penal do estado constitucional de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

WAKIN, Luís Roberto. Apresentações. In: GRECCO, Aimée, *et al.* **Justiça Restaurativa em ação: práticas e reflexões**. São Paulo: Dash, 2014.



# A LEI DO FEMINICÍDIO: A NATUREZA JURÍDICA DESTA QUALIFICADORA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Jéssica Mendes Muniz

## RESUMO

O presente trabalho pretende analisar as discussões referentes à inclusão da qualificadora do feminicídio no Código Penal Brasileiro, bem como a natureza jurídica desta. Para tanto, será feita uma análise acerca das teses favoráveis e contrárias (conservadoras ou progressistas) à resposta penal mais rigorosa aos assassinatos de mulheres provocados pelo simples fato do sujeito passivo do crime ser uma mulher. Nesse sentido, será estudada e demonstrada a perspectiva de autores que entendem que a referida qualificadora possui natureza jurídica subjetiva, aqueles que entendem que se trata de uma qualificadora de natureza objetiva e, por fim, a perspectiva daqueles que entendem ser híbrida a natureza jurídica do feminicídio. Assim, inicialmente, será abordada a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), uma vez que tal lei é tida como um marco nas conquistas feministas. A seguir, será explorada a lei do feminicídio, explicando acerca da origem do termo, qual seu conceito, o contexto de edição de tal lei no ordenamento jurídico brasileiro, bem como será abordada a tipificação do feminicídio em outros ordenamentos jurídicos. Posteriormente, serão apresentados os tipos de feminicídios existentes atualmente e, por fim serão expostas as correntes de pensamentos acerca da natureza jurídica da qualificadora em questão, que se trata do objeto principal do presente trabalho.

**Palavras-chave:** Feminicídio. Direito penal. Violência de Gênero. Qualificadora. Criminologia Clássica. Criminologia Feminista.

## INTRODUÇÃO

As mulheres são submetidas, desde as sociedades mais remotas, à força masculina em diferentes esferas, sejam elas sociais, culturais, políticas ou morais. Entretanto, embora a sociedade patriarcal seja uma realidade antiga, com o passar do tempo o movimento feminista foi criando forças e mostrando que a violência contra



a mulher, apenas pelo gênero, também era um problema do Estado e estava se tornando comum e sem nenhuma penalidade.

Através de muita luta as feministas conseguiram ganhar o seu espaço e tornar qualquer tipo de violência contra a mulher um tipo penal, que prevê possíveis sanções e penalidades para quem as comete.

A Lei Maria da Penha, de 7 de agosto de 2006, veio como um primeiro avanço no que tange à violência contra as mulheres em decorrência do gênero feminino, uma vez que trouxe mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Contudo, tal Lei não conferiu grandes melhoras no que tange aos índices de violência contra a mulher que geravam sua morte, bem como, se mostrou pouco e insuficiente para garantir a dignidade e segurança das mulheres que, por medo, muitas vezes, deixavam de oferecer denúncia contra seu agressor, ou por falta de confiança no Estado não procuravam uma delegacia para garantir uma tutela jurídica imediata.

Nesse quadro de insuficiência penal, foi sancionada, em 9 de março de 2015, a Lei 13.104, conhecida como a Lei do Femicídio, a qual altera o Código Penal (art.121 do Decreto Lei nº 2.848/40), incluindo a morte de mulheres em razão do gênero (femicídio) como uma modalidade de homicídio qualificado, entrando no rol dos crimes hediondos.

Acontece que a palavra “femicídio”, assim como o seu significado ainda é muito desconhecido por boa parte das pessoas, tendo em vista ser um assunto ainda muito recente.

Assim, o presente trabalho busca fazer uma análise acerca da Lei 13.104/15, trazendo o contexto em que foi inserida a qualificadora do feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de feminicídio, os tipos de feminicídios existentes, assim como a natureza jurídica da qualificadora do feminicídio.



No capítulo 1, será abordado o contexto em que a Lei 13.104 foi criada, trazendo os dados do mapa de violência, assim como será apresentado qual o conceito de feminicídio e os ordenamentos jurídicos que o Brasil se inspirou para criar a referida Lei.

O capítulo 2, por sua vez, versará sobre os tipos de feminicídios existentes, quais sejam: íntimos, não íntimos e por conexão.

Por fim e não menos importante, o capítulo 3 tratará da natureza jurídica da qualificadora do feminicídio, se subjetiva, objetiva ou híbrida.

Tal classificação é um tanto quanto importante, visto que caso se entenda que a qualificadora do feminicídio possui natureza jurídica subjetiva, esta não se comunicará aos demais coautores ou partícipes bem como, não haverá a possibilidade de se falar em homicídio privilegiado.

Contudo, caso se entenda que trata-se de uma qualificadora de natureza objetiva, a mesma poderá se comunicar com os demais coautores e partícipes assim como, será possível a cumulação da mesma com as qualificadoras do motivo torpe ou do motivo fútil.

A metodologia utilizada para desenvolver o presente trabalho foi a análise documental e a revisão crítico-literária, especialmente a brasileira e latino-americana já produzida acerca do tema. Assim, os métodos utilizados foram leituras e análises documentais e bibliográficas, de artigos, livros, pesquisas, leis, jurisprudências e notícias e, por isso, será uma pesquisa qualitativa.

Ante o exposto, a presente monografia traz reflexões acerca do processo de construção da violência contra a mulher, bem como o seu ponto mais extremo, o feminicídio, as suas particularidades e a influência da sociedade patriarcal/capitalista nele.



## **1 A TIPIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

É inquestionável que a violência de gênero se trata de um problema social, o qual infringe diretamente os direitos humanos, bem como a dignidade das mulheres. Assim, no intuito de enfrentar tal problemática, vários países, por meio de um esforço comum, passaram a firmar tratados no sentido de erradicar e combater tal violência.

Nesse sentido, o Brasil, assumiu o compromisso, junto à comunidade internacional, de garantir o direito das mulheres de viver uma vida digna e sem violência.

Assim, em 9 de março de 2015 foi aprovada a lei nº 13.104/15 (Lei do Femicídio), a qual alterou o artigo 121 do Código Penal (CP), para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, assim como alterou também o artigo 1º da Lei 8.072/90 para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

### **1.1 Contexto de Edição da Lei 13.104/15 e Dados do Mapa da Violência**

Desde os tempos mais antigos a mulher é colocada em uma posição de inferioridade em relação ao homem, ou seja, em uma situação de submissão e dependência perante o sexo masculino, onde os homens exerciam total domínio sobre as mesmas.

No Brasil, a sociedade foi marcada por uma cultura machista e patriarcal, onde o homem era quem comandava e sustentava a família, bem como quem decidia acerca do matrimônio dos filhos, enquanto às mulheres cabia apenas o papel de cuidar da casa e dos filhos, sendo criadas e educadas para o lar e para a família, sem ter direito a fazer parte do mercado de trabalho e nem de estudar.



Dessa forma, a influência do machismo e do patriarcalismo gerou e ainda gera inúmeras consequências no cotidiano das mulheres brasileiras, uma vez que as mesmas não conseguem desempenhar um papel de igualdade perante o homem nos espaços públicos de convivência social sem que venham a sofrer algum tipo de discriminação, ficando extremamente vulneráveis e a mercê de diversos tipos de violência, seja nas relações afetivas, no ambiente de trabalho ou mesmo dentro de suas próprias residências.

Em decorrência dessa cultura patriarcal e machista, os homens creem que as mulheres são suas propriedades e, por isso podem dominá-las da forma como entenderem, seja agredindo-as verbalmente, seja humilhando-as, espancando-as ou mesmo chegando ao ponto extremo de matá-las.

Assim, cansadas de tal cenário, as mulheres, através de movimentos feministas, por meio de protestos, vem lutando, desde a década de 70 por reformas políticas e jurídicas no tratamento da violência doméstica e familiar, utilizando-se das mais diversas estratégias.

Nesses diversos anos de luta, as feministas conseguiram inúmeros progressos, como: (a) a criação de Delegacias Especializadas no Atendimento a Mulheres (DEAMs) e sua incorporação como política pública; (b) a reforma da legislação com a inclusão da violência doméstica como circunstância agravante ou qualificadora de crimes; (c) a mudança na interpretação doutrinária e jurisprudencial dos crimes praticados com violência doméstica; (d) revogação de diversos tipos penais discriminatórios bem como a definição de inúmeras medidas protetivas.

No ano de 1996, o Brasil se tornou signatário de uma importante Convenção, a chamada Convenção de Belém do Pará para “Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher” assumindo a responsabilidade perante outros países de adotar as medidas recomendadas pela Convenção como meio de acabar com a violência de gênero que foi considerada “ofensa à dignidade humana” e as liberdades fundamentais, adequando a sua legislação para condenar qualquer forma de



violência contra a mulher, além de oferecer todos os mecanismos administrativos e judiciários a fim de reparar essa vítima de violência. (BRASIL, 1996).

Contudo, até o ano de 2004 não havia, no Brasil, nenhuma regulamentação que tratasse de forma específica a violência doméstica e familiar contra a mulher, ainda que o artigo 226 da Constituição Federal buscasse assegurar a proteção da família coibindo qualquer tipo de violência em seu âmbito.

Assim, no ano de 2006, foi promulgada a Lei 11.340, conhecida pelo epíteto de “Lei Maria da Penha”, a qual é tida como avanço e marco fundamental no combate à violência contra a mulher, visto que a partir de tal Lei reconheceu-se, definitivamente, a violência de gênero, no ambiente doméstico, como violação dos direitos humanos das mulheres. (LIMA, 2016).

Referida Lei criou mecanismos para reprimir a violência doméstica e familiar contra a mulher e é reconhecida pela Organização das Nações Unidas (ONU) como uma das melhores legislações mundiais no que tange ao enfrentamento à violência contra as mulheres.

De fato, a Lei 11.340/06 fortaleceu as lutas do movimento feminista no Brasil, fazendo com que os problemas de violência doméstica contra a mulher ficassem mais nítidos e perceptíveis, inserindo as demandas do movimento feminista no centro das políticas públicas brasileiras.

Contudo, segundo Garcia (2013) a Lei Maria da Penha não foi capaz de reduzir as taxas de mortalidade relacionadas com tal tipo de agressão, *in verbis* (GARCIA, 2013, p. 1):

Constatou-se que não houve impacto, ou seja, não houve redução das taxas anuais de mortalidade, comparando-se os períodos antes e depois da vigência da Lei. As taxas de mortalidade por 100 mil mulheres foram 5,28 no período 2001-2006 (antes) e 5,22 em 2007- 2011 (depois). Observou-se sutil decréscimo da taxa no ano 2007, imediatamente após a vigência da Lei e, nos últimos anos, o retorno desses valores aos patamares registrados no início do período.





De acordo com o exposto no Mapa da Violência 2015, o sociólogo Waiselfisz (2015, p. 8) constatou que, entre os anos de 2003 e 2013, o número de mulheres, vítimas de homicídio, cresceu de 3.937 para 4.762. Ao analisar tais dados, verificou-se que houve um aumento de 8,8% na taxa de homicídios de mulheres em relação ao crescimento da população feminina no período.

Dessa forma, as pesquisas do Mapa de Violência 2015 (Cebela/Flacso) mostram que o Brasil ocupa a quinta posição entre os países com mais homicídios contra mulheres do mundo, números esses que podem ser de fato bem maiores, tendo em vista que a pesquisa ainda não aponta as dimensões reais dos feminicídios no país. Isso ocorre, principalmente, pela dificuldade encontrada de acesso a estatísticas reais dos homicídios, quando apresentados pela segurança pública e pelos serviços de saúde (MELLO, 2016).

Com a chegada da Lei Maria da Penha, houve uma pequena redução na taxa de homicídios de mulheres, o supracitado estudo aponta uma percentagem de 4,2 em 2006 e de 3,9 em 2007, contudo tal redução não se manteve ao longo do tempo, uma vez que a taxa voltou a crescer a partir de 2008, quando retornou ao patamar de 4,2%, chegando a 4,8% em 2012. (WAISELFISZ, 2015).

Percebeu-se então, que as medidas realizadas apenas no âmbito do Judiciário eram insuficientes diante da problemática enfrentada pelas mulheres diariamente, por isso, além de se fazer necessária uma política pública mais ampla, objetivando atender a sociedade de forma a evitar que a violência no âmbito doméstico e familiar aconteça, faz-se necessário também uma separação dos casos de lesão corporal contra mulher, de competência dos Juizados de Violência Doméstica, e os casos de tentativa de homicídio e homicídio consumado, de competência do júri, abrindo assim a necessidade de uma discussão sobre a criminalização do feminicídio como uma conduta qualificadora, com objetivo de reduzir os casos de morte das mulheres que sofrem com condutas abusivas e com a violência doméstica diária (MELLO, 2016).



Assim, em 8 de fevereiro de 2012, o Senado Federal instalou uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) com a finalidade de averiguar a situação da violência contra a mulher no Brasil, bem como apurar denúncias de omissões por parte do poder público quanto à aplicação dos instrumentos legais de proteção das mulheres em situação de violência.

A CPMI visitou diversos estados e concluiu, logo de início, a gravidade como a violência contra a mulher é manifestada, na grande maioria dos casos, por seus namorados, companheiros ou ex-namorados. Constatou ainda um aumento significativo dos casos de feminicídios nos últimos 30 anos.

A conclusão da CPMI foi pela necessidade de se tipificar o feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro, com o reconhecimento pela ONU Mulheres que a não tipificação de tal crime seria uma das causas para o aumento deles no mundo todo, e com isso o Projeto de Lei n 292/2013 foi encaminhado, que dentre inúmeras recomendações, trouxe uma mudança no Código Penal com o acréscimo do §7º, incluindo a figura do feminicídio como qualificadora do crime de homicídio. (BUZZI, 2014).

O projeto de Lei 292/2013 foi então protocolado no Senado Federal e sugeriu que o artigo 121 do Código Penal passasse a vigorar da seguinte forma (SENADO FEDERAL, 2013, p. 1002):

Art. 121 [...]

§ 7º Denomina-se feminicídio à forma extrema de violência de gênero que resulta na morte da mulher quando há uma ou mais das seguintes circunstâncias:

- relação íntima de afeto ou parentesco, por afinidade ou consanguinidade, entre a vítima e o agressor no presente ou no passado;
- prática de qualquer tipo de violência sexual contra a vítima, antes ou após a morte;
- mutilação ou desfiguração da vítima, antes ou após a morte:  
Pena - reclusão de doze a trinta anos.



§ 8º A pena do feminicídio é aplicada sem prejuízo das sanções relativas aos demais crimes a ele conexos.

Tal projeto foi então encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) onde foi aprovado um substitutivo dando ao feminicídio uma nova definição legal, incluída uma quarta circunstância caracterizadora da conduta delitiva, bem como a expressão “que resulta na morte da mulher” foi suprimida a fim de punir a tentativa. Assim, o projeto foi aprovado pela CCJ a seguinte redação:

Art. 121. [...]

Homicídio qualificado

§ 2º [...]

Feminicídio

VI – contra a mulher por razões de gênero. [...]

§7º Considera-se que há razões de gênero em quaisquer das seguintes circunstâncias:

- violência doméstica e familiar, nos termos da legislação específica;
- violência sexual;
- mutilação ou desfiguração da vítima;
- emprego de tortura ou qualquer outro meio cruel ou degradante.

Posteriormente, o PL 292/2013 passou pela análise da Procuradoria da Mulher do Senado Federal, onde houve um novo substitutivo o qual manteve o feminicídio como morte por razões de gênero, porém somente em duas circunstâncias: I) violência doméstica e familiar; II) menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Tal substitutivo alterou de forma substancial o projeto original da CPMI, uma vez que manteve apenas a circunstância do feminicídio íntimo, sendo as demais substituídas e concentradas nas expressões menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (CAMPOS, 2015)

Ademais, o substitutivo supramencionado inovou ao aumentar a pena em 1/3 à metade se o crime for praticado durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto; contra pessoa menor de 14 e mais de 60 anos e na presença de descendente ou



ascendente da vítima. Assim, foi aprovado e enviado à Câmara dos Deputados onde passou a tramitar como PL 8305/2014. (CAMPOS, 2015)

Na Câmara dos Deputados, a expressão “razões de gênero” inserida no inciso VI do §2º foi substituída por “razões da condição de sexo feminino”, sendo assim aprovado pelo parlamento e sancionado pela Presidenta da República, dando origem à Lei 13.104. (CAMPOS, 2015)

Assim, a Lei 13.104 foi promulgada com a seguinte redação (BRASIL, 2015):

Homicídio simples Art. 121. [...]

Homicídio qualificado § 2º [...] Femicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino [...]

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

- violência doméstica e familiar;
- menosprezo ou discriminação à condição de mulher. [...]

Aumento de pena [...]

§7º A pena do femicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

Art. 2º O art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 1º [...]

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI).”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Ressalta-se, por fim, que por ser um homicídio qualificado, o femicídio entrou para o rol dos crimes hediondos, sendo incluído no inciso I do artigo 1º da Lei



nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), tendo, assim, a pena em abstrato mais elevada (de 12 a 30 anos), bem como é insuscetível de anistia, graça, indulto ou fiança.

## 1.2 Conceito de Femicídio

Entende-se por feminicídio o ato de matar uma mulher pelo simples fato de esta pertencer ao sexo feminino, dando a este conceito um significado político com o objetivo denunciar a ausência do Estado nestes casos bem como, o descumprimento de suas obrigações.

A autora Wânia Pasinato em seu artigo, *Femicídio e as mortes de mulheres no Brasil*, apresenta e analisa o conceito de feminicídio através dos primeiros esboços intelectuais acerca do tema, que remontam aos estudos de Russell e Caputti, juntamente com a bibliografia latino-americana a respeito do tema. Sobre o assunto:

A expressão feminicídio ou – ‘femicide’ como formulada originalmente em inglês – é atribuída a Diana Russel, que a teria utilizado pela primeira vez em 1976, durante um depoimento perante o Tribunal Internacional de Crimes contra as Mulheres, em Bruxelas. Posteriormente, em parceria com Jill Radford, Russel escreveu um livro sobre o tema, o qual viria a se tornar a principal referência para os estudos aqui analisados [...] De acordo com a literatura consultada, Russel e Radford utilizaram a expressão para designar os assassinatos de mulheres que teriam sido provocados pelo fato de serem mulheres [...] outra característica que define feminicídio é não ser um fato isolado na vida das mulheres vitimizadas, mas apresentar-se como um ponto final em um continuum de terror, que inclui abusos verbais e físicos e uma extensa gama de manifestações de violência e privações a que as mulheres são submetidas ao longo de suas vidas. (PASINATO, 2011, p. 223-224)

Assim, Pasinato expõe duas autoras pioneiras do assunto, Radford e Russel, e como estas denominam ‘feminicídio’, como sendo o homicídio misógino de mulheres, ou seja, a morte de mulheres pelo simples fato de serem mulheres. Ademais, não se trata de qualquer morte de mulheres, e sim aquela decorrente de um histórico de abusos psicológicos e físicos, sendo o homicídio o ponto final deste *continuum*.



Segundo Pasinato (2011, p. 230):

Para Fragoso (2002), o que explicaria as mortes não seria a condição de gênero, mas o fato de as mulheres não estarem desempenhando seus papéis de gênero adequadamente. Para as três autoras, nessas mortes não são identificados outros motivos relacionados à raça/etnia, geração, ou à filiação religiosa ou política.

A autora Wânia Pasinato salienta ainda que outra característica do feminicídio é o fato de o mesmo não ser um evento isolado na vida de certas mulheres, ou seja, a violência contra elas é tida como universal e estrutural, se fundamentando no sistema de dominação patriarcal presente em praticamente todas as sociedades do mundo ocidental.

O feminicídio é retratado pelas autoras como um crime cometido por homens contra mulheres, seja individualmente ou em grupos e que possui características misóginas, de repulsa contra as mulheres. Algumas autoras defendem, inclusive, o uso da expressão generocídio, apontando para o caráter de extermínio de pessoas de um grupo de gênero pelo outro, como no caso do genocídio. (PASINATO, 2011)

Para a autora Diana Russel (2011) o feminicídio é caracterizado pela morte de “femininas” por homens em razão de serem femininas. A autora explica que emprega o termo “femininas” em vez do termo “mulheres”, porque quer englobar também bebês meninas e “senhoras”.

No conceito de feminicídio de Russel (2011) se incluem: o apedrejamento até a morte; a morte por do estupro; o assassinato de mulheres pelo fato de serem infiéis, rebeldes ou por qualquer outro motivo fútil; a morte por mutilações genitais; a morte de mulheres traficadas, escravas sexuais ou prostitutas; os crimes contra a mulher com a justificativa de “defesa da honra”; ou a morte de mulheres por assassinos em série, além das formas “secretas” de morte de mulheres, como a prática de aborto pelo governo, proibição de uso de anticoncepcionais, ou em virtude de crenças religiosas, que acabam por ocasionar de alguma forma a morte delas.



O conceito de Russel é considerado muito irrestrito e foi adotado em alguns países da América Latina. Porém, com o passar dos anos, o termo feminicídio foi reunindo vários conceitos e, em razão disso se fez imprescindível uma restrição de seu conceito, visando evitar interpretações diversas que trariam insegurança jurídica para o Direito Penal.

Em razão disso, houve uma delimitação do conceito, sendo excluídas condutas que não podiam ser consideradas crimes e que não teriam relevância penal bem como, aquelas que, apesar de graves contra a mulher, não possuíam o dolo de matar.

Assim, a partir das conceituações trazidas por diferentes autoras, numa junção entre a teoria feminista e o que seria o feminicídio, é possível concluir que, em decorrência de papéis de gênero previamente estabelecidos, ou seja, deveres e obrigações que são esperados das mulheres, deu-se início a uma série de violência contra estas, que muitas vezes culminava em suas mortes.

Entretanto, afirma Pasinato (2011) que com a contribuição da feminista e deputada federal mexicana, a autora Marcela Lagarde, a convicção em torno do tema se altera um pouco, tendo em vista que esta diferencia o termo “femicídio” de “feminicídio”, por considerar que o primeiro perde força ao ser traduzido para o castelhano, propondo, então, que seja usado o termo “feminicídio” para denominar “o conjunto de delitos de lesa humanidade que contém os crimes e os desaparecimentos de mulheres”.

Diferentemente de Russeal e Radford, Lagarde entende que a definição de feminicídio se associa à impunidade do Estado de Direito, sendo esta a explicação para a sustentação de tais crimes no tempo.

É importante salientar que o ponto de partida de Lagarde na análise do feminicídio foi a matança cruel de mulheres em Ciudad Juárez, cidade mexicana na fronteira com os Estados Unidos, e que chamou atenção no ano 2000 pelo número exorbitante de feminicídios, resultados da ação do narcotráfico, das rivalidades entre



grupos de poder paralelos, bem como do descaso do governo, que não tomou providências nem mesmo após ser condenado no tribunal internacional por sua inércia.

Marcela Lagarde (2004) finaliza aduzindo que o feminicídio se molda através do ambiente ideológico e social de sexismo e misoginia, de violência normalizada contra as mulheres bem como, por ausências legais e de políticas do governo, gerando condições inseguras de convivência para as mulheres. Além disso, o silêncio social, a falta de atenção, a ideia de que há problemas mais urgentes, assim como vergonha e a raiva são fatores que contribuem para o feminicídio.

O modelo de protocolo latino americano de investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero, realizado pela ONU Mulheres, UNETE e a ONU, também percebe os termos supramencionados como coisas distintas, tendo assim o considerado:

O feminicídio. O processo de conceituação do fenômeno da morte violenta de uma mulher por ser mulher adquiriu importância na década de 1970 quando a expressão “femicídio” (ou *femicide* em inglês) foi cunhada por Diana Russel. Esta expressão surgiu como alternativa ao termo neutro de “homicídio” com o fim político de reconhecer e visibilizar a discriminação, a opressão, a desigualdade e a violência sistemática contra a mulher que, em sua forma mais extrema, culmina na morte. De acordo com a definição de Russell, o feminicídio se aplica a todas as formas de assassinato sexista [...] O feminicídio. O desenvolvimento do conceito anterior, a pesquisadora mexicana Marcela Lagarde cunhou o termo “feminicídio”. O definiu como o ato de matar uma mulher somente pelo fato de pertencer ao sexo feminino conferindo a este conceito um significado político com o propósito de denunciar a falta de resposta do Estado nestes casos e o descumprimento de suas obrigações internacionais de garantia, inclusive o dever de investigar e de sancionar. Por esta razão, Lagarde considera que o feminicídio é um crime de Estado. [...] O conceito abraça o conjunto de fatos que caracterizam os crimes e desaparecimentos de crianças e mulheres em casa em que a resposta das autoridades seja a omissão, a inércia, o silêncio ou a inatividade para prevenir e erradicar estes delitos. (ONU MUJERES, 2020, p. 13, tradução nossa)





O Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre a Violência contra a Mulher (CPMI) do Congresso Nacional também deu uma definição para o feminicídio:

O feminicídio é a instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte. Ele se expressa como afirmação irrestrita de posse, igualando a mulher a um objeto, quando cometido por parceiro ou ex-parceiro; como subjugação da intimidade e da sexualidade da mulher, por meio da violência sexual associada ao assassinato; como destruição da identidade da mulher, pela mutilação ou desfiguração de seu corpo; como aviltamento da dignidade da mulher, submetendo-a a tortura ou a tratamento cruel ou degradante. (BRASIL, 2013, p. 1003)

Desta feita, constata-se que vários são os conceitos na tentativa de buscar uma solução para a triste realidade que vivem as mulheres. Contudo, ainda há muito que se discutir acerca do assunto a fim de alcançar a erradicação da violência contra as mulheres.

### **1.3 Inspiração de Outros Ordenamentos Jurídicos**

Ao observar o crescente aumento da violência contra as mulheres nas últimas décadas assim como, a omissão do Estado na investigação dos crimes praticados em razão do gênero, alguns Estados da América Latina e do Caribe, com base em decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, resolveram tipificar o feminicídio em suas legislações internas. Dentre os países ibero-americanos que apoiaram a ideia de estabelecer o feminicídio como um delito autônomo, em suas legislações internas, cita-se a Bolívia (2013), Peru (2013), Costa Rica (2007), Chile (2010), Guatemala (2008), El Salvador (2010), a Nicarágua (2012), Panamá (2011), Venezuela (2014) bem como, alguns estados do México. Contudo, não há uma uniformidade na definição dos elementos do tipo penal, uma vez que tais países têm tomado caminhos legislativos distintos, tendo uma falta de técnica jurídica, como nos casos da Bolívia, Guatemala, El Salvador e Nicarágua que tipificam de maneira muito ampla o feminicídio (GEBRIM; BORGES, 2014).



A magistrada Adriana Ramos de Mello (2015) aponta que 16 países da América Latina já ratificaram a Lei do feminicídio em seus ordenamentos jurídicos, tendo a Costa Rica sido o primeiro país a ratificar o crime de feminicídio em sua legislação e, após sua implementação, mais 15 países seguiram a mesma linha, seja através da própria tipificação, ou estabelecendo agravantes para os crimes de assassinatos ocorridos em razão do gênero feminino.

Sobre o tema, assim dispôs a autora (MELLO, 2015, p. 58):

Com a contribuição dos movimentos feministas e das organizações de mulheres, foram constatados e denunciados vários assassinatos de mulheres. O movimento aumentou com a denúncia de alguns casos emblemáticos e rumorosos de mulheres que foram mortas por seus maridos e companheiros, revelando a impunidade destes crimes e a ausência de resposta por parte dos Estados.

Importante mencionar que a nomenclatura do feminicídio é de extrema importância no que tange ao reconhecimento deste tipo como crime. Isso porque de acordo com Adriana Ramos de Mello (2015, p. 58):

[...] é importante, pois, ao conceituar como crime de assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres, constitui um avanço na compreensão política do fenômeno que era há pouco tempo inviabilizado.

A violência ao qual atende a Lei do feminicídio é um reflexo da sociedade machista, patriarcal e discriminatória somada à ausência de políticas públicas e de responsabilidade do Estado em punir os crimes que são cometidos. Dessa forma, o reconhecimento deste tipo penal, foi se mostrando indispensável, em vários países, seja como uma qualificadora ao assassinato de mulheres, de modo que modifique e atualize as leis penais, seja por meio de leis que iniciem sancionando condutas violentas, reprimindo assim a reprodução da violência.

É de suma importância destacar os movimentos sociais a favor da tipificação da Lei do feminicídio, na América Latina, é resultado de anos de violência extrema contra a mulher, onde nos países latino-americanos, encontram-se grande parte das sociedades mais nocivas para a mulher.



Modelli (2016) explica que as várias e distintas interpretações acerca do feminicídio entre os países acontece pois, em regra, cada país possui o seu contexto político e social. Nas regiões onde o Estado não é presente ou possui relações íntimas com o tráfico, as mulheres ficam ainda mais vulneráveis à violência.

Segundo os autores Borges e Gebrim (2014, p. 65):

Na Bolívia (2013), o delito de feminicídio foi incorporado ao Código Penal como uma ação de extrema agressão, que viola o direito fundamental à vida e causa a morte da mulher pelo simples fato de ser mulher. Dispõe que será sancionado com uma pena de trinta anos, sem direito a indulto, quem matar uma mulher em qualquer das seguintes circunstâncias: i) quando o autor seja ou tenha sido cônjuge ou convivente da vítima ou tenha estado ligado a ela por uma relação análoga ao de afetividade, intimidade, mesmo sem viver juntos; ii) pelo fato de a vítima se ter negado a estabelecer com o autor uma relação de casal, namoro, afetividade ou intimidade; iii) em virtude de a vítima se encontrar em situação de gravidez; iv) pelo fato de a vítima se encontrar em uma situação de relação de subordinação ou dependência em relação ao autor ou tenha com este uma relação de amizade, laboral ou de companheirismo; v) quando a vítima se encontre em um situação de vulnerabilidade; vi) quando, antes da morte, a mulher tenha sido vítima de violência física, psicológica, sexual ou econômica cometida pelo mesmo agressor; vii) quando a morte tenha sido precedida por um delito contra a liberdade individual ou a liberdade sexual; viii) quando a morte tenha conexão com o delito de tráfico de pessoas; ou ix) quando a morte seja resultado de ritos, desafios grupais ou práticas culturais. Observa-se, desse modo, que o tipo penal na Bolívia é bem amplo, abrangendo várias formas de feminicídio. Todavia, viola os princípios da razoabilidade e da individualização da pena, ao prever uma pena única de trinta anos, sem direito a indulto.

A Costa Rica, por sua vez, tipifica o feminicídio como “quem dê morte a uma mulher com a quem mantenha uma relação de matrimônio, em união de fato, declarada ou não”. Dessa forma, percebe-se que tal país acolhe apenas o feminicídio íntimo, ou seja, o homicídio ocasionado dentro de uma relação íntima de matrimônio ou convivência. Já a Colômbia, não criou a figura do feminicídio como um crime autônomo, porém incorporou ao seu Código Penal a agravante do homicídio cometido “contra uma mulher pelo fato ser mulher”. O México, apesar de



reconhecer a existência do feminicídio, não alterou o seu Código Penal a fim de criminalizar tal delito, embora existem leis estaduais que o tenham feito, contudo sem uniformidade, havendo a possibilidade daquilo que é considerado feminicídio em um estado, não o ser em outro (GEBRIM; BORGES, 2014).

Percebe-se, portanto, que cada país escolheu a melhor forma de legislar, diante de seu cenário fático, político e econômico, apresentando legislações com algumas ou várias distinções entre si, com as penas das mais variadas, mas que, não obstante buscam erradicar a violência contra as mulheres.

## **2 TIPOS DE FEMINICÍDIO**

Conforme exposto, várias são as definições sobre o que vem a ser o feminicídio, umas mais abrangentes e outras mais restritivas.

Segundo Vásquez (2009) as definições mais abrangentes envolvem situações como “a mortalidade materna evitável, por aborto inseguro, por câncer e outras enfermidades femininas, pouco ou maltratadas, e por desnutrição seletiva de gênero”. Neste viés, estão incluídas no conceito de feminicídio as mortes de mulheres causadas por ações ou omissões que não necessariamente constituem delito, uma vez que, em geral, o elemento subjetivo que requerem os delitos contra a vida, a intenção de matar, está ausente ou são condutas que não podem ser imputadas a determinada pessoa, sem que haja prejuízo da imputação aos Estados por violação aos direitos humanos por descumprimento a obrigações relativas à garantia do direito à vida das mulheres.

As definições mais restritivas, por sua vez, conceituam o feminicídio apenas como a morte violenta de mulheres resultante de homicídio, ou de homicídio qualificado, cometido por um indivíduo ou por um grupo de indivíduos, em virtude de motivos misóginos.

Entretanto, se faz necessário ressaltar que conforme Vásquez (2009) o Estado pode ser responsabilizado internacionalmente no que tange às suas obrigações em



matéria de direitos humanos seja em relação à classificação mais abrangente de feminicídio seja na mais restritiva.

Segundo Pasinato (2011, p. 233) a identificação e classificação dos feminicídios enfrenta alguns obstáculos, sobre o assunto:

Um dos maiores obstáculos para os estudos sobre mortes de mulheres, e sobre os homicídios de forma geral, no Brasil é a falta de dados oficiais que permitam ter uma visão mais próxima do número de mortes e dos contextos em que ocorrem. Os estudos e relatórios sobre a situação dos feminicídios em países da América Latina não enfrentam situação diferente. A maior parte dos trabalhos aponta para a falta de dados oficiais, a ausência de estatísticas desagregadas por sexo da vítima e de outras informações que permitam propor políticas de enfrentamento para esta e outras formas de violência que atingem as mulheres. Em muitos casos a estratégia adotada pelos estudos acaba sendo a utilização de dados provenientes de diferentes fontes – como registros policiais, registros médico-legais, processos judiciais, documentos do Ministério Público e, uma das fontes mais utilizadas, a imprensa escrita.

Além da ausência de dados oficiais que possibilitem uma visão mais próxima do número de mortes de mulheres e dos contextos em que estas ocorrem, Pasinato (2011, p. 233-234) traz ainda outro obstáculo:

Outro obstáculo apontado pelos estudos para a identificação e classificação dos feminicídios, deve-se ao fato de não haver essa figura jurídica. A maior parte dos países da América Latina possui leis especiais para a violência doméstica familiar, mas essas leis não enquadram a morte de mulheres de forma diferenciada. Assim, para o sistema policial e judicial – fontes de dados para alguns dos estudos – as mortes de mulheres são classificadas e processadas segundo a tipificação penal existente em cada país, o que engloba os homicídios qualificados ou simples, parricídio, uxoricídio e a figura do homicídio por violenta emoção que abarca os crimes passionais. Essas classificações aplicam-se a todas as mortes, independente de terem sido cometidas contra homens ou mulheres, algumas se aplicam apenas a adultos, outras podem se aplicar também às crianças. Dessa forma, a classificação do crime também não permite isolar o conjunto de registros policiais e/ou processos que envolvem mulheres.



Assim, sustenta a autora que devido à tantos dados e informações as pesquisas vêm buscando instaurar algumas características com o objetivo de diferenciar os femicídios de crimes comuns, evitando, assim, a impunidade penal.

A primeira preocupação diz respeito à distinção dessas mortes dos crimes passionais. O argumento a ser usado para tanto é bastante frágil e se baseia na premeditação e intencionalidade para a prática do crime. Segundo Pasinato (2011, p. 235):

O objetivo é fazer com que as mortes de mulheres não caiam na “vala comum” do entendimento de que o crime passional é menos grave e é frequentemente legitimado pelas instâncias judiciais que garantem a aplicação de penas mais leves ou mesmo a impunidade nesses casos.

Há preocupação, também, em evidenciar que as mortes de mulheres são distintas das mortes decorrentes da criminalidade comum, em particular daquela que é causada pela ação de gangues e quadrilhas. Tal distinção é ainda mais importante em países em que a atuação de tais grupos tem crescido, inclusive com a participação de mulheres – como em El Salvador, Honduras, Guatemala, entre outros – onde atribuir esses crimes a briga entre gangues é caminho seguro para o arquivamento de processos.

Em países como Nicarágua, Guatemala e El Salvador, os quais vivenciaram períodos de fortes e violentos conflitos, existe também uma preocupação em expor que essas mortes não são uma herança desses períodos de conflitos.

Assim, afirma Pasinato (2011, p. 235) que:

Reconhecendo que o conceito de femicídio/feminicídio ainda carece de melhor formulação, algumas autoras têm empregado uma tipologia que teria sido elaborada por Ana Carcedo em sua pesquisa sobre os femicídios na Costa Rica (s.d.) procurando assim demonstrar que, embora essas mortes sejam todas provocadas por uma discriminação baseada no gênero, existem características que refletem as diferentes experiências de violência na vida das mulheres e tornam esse conjunto de mortes heterogêneo e complexo.



Desta feita, diante de tal contexto a classificação mais comum dos feminicídios divide-os em três diferentes grupos, quais sejam: feminicídios íntimos, feminicídios não íntimos e feminicídios por conexão.

## 2.1 Feminicídios Íntimos

No Feminicídio Íntimo há uma relação familiar mais próxima do agressor com a vítima, ou seja, a vítima tem ou teve uma relação ou convivência mais próxima com o agressor, podendo ser até mesmo uma mulher conforme exemplo de Cabette (2014, p. 1):

Obviamente a vítima do “Feminicídio” somente poderá ser uma mulher. Já o autor do crime em geral será um homem, mas nada impedirá que uma mulher atue como coautora ou partícipe. Além disso, tendo por base a Lei 11.340/06 não é totalmente afastável a hipótese de que uma mulher possa ser sujeito ativo do crime de “Feminicídio”, desde que esteja atuando em uma relação de “violência de gênero” contra a vitimada. Por exemplo, se uma mãe mata a própria filha porque não quer permitir que esta estude e pretende lhe impor um papel social estritamente feminino segundo uma visão que divide de forma estanque as funções sociais de homens e mulheres (inteligência do artigo 5º. E seu Parágrafo Único da Lei 11.340/06 que, aliás, não exclui da violência de gênero as relações homoafetivas).

Assim, neste tipo de feminicídio estão englobados tanto parceiros, maridos, companheiro da vítima, como também quem reside com esta mesmo que de forma esporádica e se aproveita da convivência para impor sofrimento a vítima, lhe causando violência doméstica no âmbito familiar.

Como bem descrevem os autores Borges e Gebrim (2015, p. 62):

[...] feminicídio íntimo, que é aquele em que a vítima tinha ou havia tido uma relação de casal com o homicida, não se limitando às relações com vínculo matrimonial, mas estendendo-se aos conviventes, noivos, namorados e parceiros, além daqueles praticados por um membro da família, como o pai, padrasto, irmão ou primo.



Importante mencionar que a expressão familiar aqui no caso deve ser estendida àquelas pessoas que moram na residência, ainda que de maneira esporádica seguindo o disposto no artigo 5º da Lei 11.340/2006, que assim dispõe:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - No âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; 49 III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Ressalta-se ainda que, de acordo com os dados do Relatório sobre o Peso Mundial da Violência Armada, 66 mil (sessenta e seis mil) mulheres morrem anualmente vítimas de homicídio doloso, sendo que a grande maioria dos casos ocorre no âmbito doméstico por seus parceiros, familiares ou amigos das vítimas.

Ademais, de acordo com o Mapa da Violência do Brasil (2012), 68,8% dos homicídios de mulheres aconteceram dentro de casa, sendo que 42,5% do total das agressões, o agressor era parceiro ou ex-parceiro da vítima. Além do mais, na faixa dos 20 aos 49 anos, 65% das agressões tiveram autoria do parceiro ou do ex.

Assim, levando-se em consideração os dados indicadores da violência supramencionados, que demonstram que a violência doméstica é a que mais vitima as mulheres em todo o mundo, sendo que, não raro, acaba resultando em sua morte, pode-se afirmar com certa margem de segurança que grande parte dos feminicídios cometidos tanto em âmbito local quanto mundial se enquadra nesta categoria.

Por fim, importante acentuar que tal espécie de feminicídio frequentemente impacta de forma irreversível a vida de outras pessoas ligadas à vítima, especialmente a dos eventuais filhos do casal, os quais acabam sendo obrigados a





viver na longe da mãe e também do pai, quando este responde a processo criminal e é condenado a cumprir pena privativa de liberdade.

## 2.2 Femicídios Não Íntimos

No feminicídio não íntimo, por sua vez, o agressor não possui relações íntimas, familiares ou não tem uma convivência com a vítima, contudo pratica o crime em razão de a mesma ser mulher e por discriminação ou menosprezo à condição do sexo feminino.

Incluem-se neste tipo de feminicídio inclusive os casos em que o agente nem ao menos conhece sua vítima, porém alimentado por um ódio, menosprezo ou discriminação resolve dar fim à vida da mulher em virtude desses sentimentos.

Na visão de Greco (2015) ao contrário do íntimo, no feminicídio não íntimo a vítima não possui nenhuma relação com o agente, qual seja, é aquele cometido por pessoas com os quais a vítima não possuía relações íntimas, familiares ou de convivência.

Pasinato (2011, p. 236) assim se posiciona:

Femicídio não íntimo: são aqueles cometidos por homens com os quais a vítima não tinha relações íntimas, familiares ou de convivência, mas com os quais havia uma relação de confiança, hierarquia ou amizade, tais como amigos ou colegas de trabalho, trabalhadores da saúde, empregadores. Os crimes classificados nesse grupo podem ser desagregados em dois subgrupos, segundo tenha ocorrido a prática de violência sexual ou não.

Importante mencionar que em algumas regiões, o feminicídio não íntimo atinge de maneira desproporcional mulheres que trabalham com profissões estigmatizadas socialmente, tais com trabalhadoras do sexo. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) (2012), os dois massacres verificados em escolas nos Estados Unidos no ano de 2006, foram caracterizados como feminicídio pelo fato de os atiradores procurarem por estudantes meninas e professoras como alvo. Segundo o assassino em série, David Berkowitz, o mesmo se sentia determinado e em total



acordo consigo mesmo que devia matar uma mulher para se vingar de todas aquelas que o fizeram sofrer (RUSSEL; HARMES, 2001).

Confome traz Buzzi (2014), o massacre de Realengo, no Rio de Janeiro, onde um jovem atirador invadiu a escola municipal Tasso da Silveira e disparou contra diversos alunos, é um exemplo de feminicídio não íntimo ocorrido no Brasil. Isso porque, das doze crianças que morreram, dez eram meninas e hoje se sabe que o assassino buscava atirar em meninas, visto que para o mesmo estas eram “seres impuros”.

Segundo Russeal e Harmes (2001), outra forma de um feminicídio não íntimo se exteriorizar é quando ocorre a morte de mulheres resultantes de violência sexual quando, por exemplo, estas são estupradas ou abusadas sexualmente antes de serem mortas. Tais formas de feminicídios, precedidos de violência sexual são uma forma de terrorismo que evidencia a dominância masculina e gera uma sensação de insegurança constante à todas as mulheres

## 2.3 Feminicídios por Conexão

Por fim, os chamados feminicídios por conexão caracterizam-se quando uma mulher atua para evitar o assassinato de outra mulher e, no processo, acaba também se tornando uma vítima fatal, ou seja, uma mulher é vítima sem ser a visada, uma vez o agente busca matar uma determinada mulher e acaba atingindo uma terceira inocente, no qual responderá como se aquela tivesse matado, conforme dispõe o artigo 20 § 3º do Código Penal:

Art. 20 [...] § 3º O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão a da contra quem o agente queria praticar o crime.

O que ocorre é o denominado “aberratio ictus” onde o agente vai responder como se tivesse consumado o crime contra a pessoa que visava, sendo



desconsideradas, portanto, as qualidades da vítima real e levadas em consideração as da vítima virtual.

Muito embora a doutrina explique que ocorrerá o feminicídio por conexão nos casos de erro de execução, imprescindível se faz acrescentar que do mesmo modo ocorrerá caso o agente venha a atingir terceira pessoa acreditando ser a visada (erro sobre a pessoa).

O doutrinador Reis (2015) ao distinguir o erro de execução do erro sobre a pessoa esclarece que ambos se tratam de erros acidentais que não excluem o crime incidindo sobre dados acidentais do crime ou sobre a postura de sua execução. Contudo, no erro sobre a pessoa o agente visa uma pessoa e acaba atingindo outra, enquanto no erro de execução ele visa à pessoa desejável, mas por erro nos meios de executórios do crime acaba atingindo pessoa diversa.

Segundo Reis (2015) o feminicídio por conexão seria o extermínio das mulheres, visto que estas se encontravam na linha de frente de um homem que tentava assassinar outra mulher, o autor cita como exemplo casos em que outras mulheres buscar intervir para evitar a prática de um delito contra outra mulher e acabam sendo exterminadas, aqui pode a mulher atingida ser até mesmo desconhecida.

Acontece que o autor supramencionado ao entender de tal forma acaba deixando margens para dúvidas, uma vez que entende que se o indivíduo deseja assassinar uma mulher e outra intervém sendo atingida será o agente enquadrado nas penas do feminicídio. Entretanto, a assertiva do doutrinador se mostra equivocada, uma vez que deverá responder o sujeito pelo feminicídio por conexão por erro sobre a pessoa ou erro na execução, apenas quando visando uma mulher atinge outra ou ocorra um desvio nos meios executórios atingindo pessoa diversa.

Nos casos em que outras mulheres buscam intervir visando evitar a prática de um delito contra outra mulher e acabam exterminadas, dificilmente se enquadraria no delito de feminicídio, visto que não ocorre nem erro sobre a pessoa e nem na



execução a fim de se imputar a qualificadora ao agente, devendo incidir outra qualificadora como motivo torpe ou fútil.

Assim, conforme exposto, para que o agente responda pelo feminicídio atingindo pessoa não visada somente será possível se por acidente ou erro no uso dos meios de execução o agente venha a atingir pessoa diversa, ou se ocorrer um erro sobre a pessoa atingindo pessoa estranha supondo ser a visada.

Ainda, segundo Pasinato (2011, p. 236):

Femicídios por conexão: são aqueles em que as mulheres foram assassinadas porque se encontravam na “linha de fogo” de um homem que tentava matar outra mulher, ou seja, são casos em que as mulheres adultas ou meninas tentam intervir para impedir a prática de um crime contra outra mulher e acabam morrendo. Independem do tipo de vínculo entre a vítima e o agressor, que podem inclusive ser desconhecidos.

A classificação do feminicídio tal qual elaborada tem como objetivo evidenciar a intenção violenta do fenômeno. Ela é útil, pois indica o caráter social generalizado da violência de gênero, afastando abordagens que visam culpar a vítima e a representar os agressores como mentalmente perturbados e fora de controle ou a tratar estas mortes como crimes passionais, ocultando e negando a verdadeira dimensão do problema.

Ademais, tal classificação nos permite desarticular o discurso de que a violência contra a mulher é pontual e privada sendo que, na verdade, possui caráter evidentemente social, visto que reflete as relações de poder historicamente estabelecidas entre os sexos.

### **3 A NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO**

No crime de homicídio (art. 121 do Código Penal) as qualificadoras se dividem em natureza subjetiva e natureza objetiva. Os incisos I, II e V do referido artigo são classificados como de natureza subjetiva. Já os incisos III, IV e V são tidos como de natureza objetiva.



Tendo o inciso VI sido inserido ao art. 121 do Código Penal somente no ano de 2015, surgiram dúvidas acerca de qual seria a natureza jurídica da qualificadora trazida por tal inciso.

Dessa forma, desde que a Lei 13.104/2015 foi sancionada, alterando o art.

121 do Código Penal para incluir a qualificadora do feminicídio ao crime de homicídio, a doutrina e a jurisprudência vêm discutindo acerca de qual seria a natureza jurídica de referida qualificadora, se objetiva ou se subjetiva.

Tal discussão é um tanto quanto importante, uma vez caso se entenda que a qualificadora do feminicídio possui natureza jurídica subjetiva, esta não se comunicará aos demais coautores ou partícipes bem como, não haverá a possibilidade de se falar em homicídio privilegiado. Contudo, caso se entenda que trata-se de uma qualificadora de natureza objetiva, a mesma poderá se comunicar com os demais coautores e partícipes assim como, será possível a cumulação da mesma com as qualificadoras do motivo torpe ou do motivo fútil.

Assim, há doutrinadores que consideram referida qualificadora como de natureza objetiva; outros a consideram como sendo de natureza subjetiva bem como; existem doutrinadores que entendem que tal qualificadora possui natureza mista, dividindo as formas de feminicídio considerando a hipótese do art. 121, § 2º

-A, I CP (violência doméstica e familiar) como sendo de natureza objetiva e as hipóteses do art. 121, § 2º-A, II CP (menosprezo ou discriminação) como subjetivas.

### **3.1 A Natureza Subjetiva do Feminicídio**

As qualificadoras de natureza subjetiva são aquelas relacionadas com a motivação do crime, com o *animus* do agente, ou seja, com a vontade/intenção do agente, estão situadas na esfera interna do indivíduo, são circunstâncias de cunho pessoal que dizem respeito apenas ao réu e, por isso não se estendem aos coautores



ou partícipes do crime, em caso de concurso de pessoas, exceto se esses também tiverem a mesma motivação para a prática do crime.

Dessa forma, as qualificadoras classificadas como de natureza subjetiva não se vinculam ao crime praticado pelo agente, como os meios ou modos de execução, mas sim, à motivação e à pessoa do mesmo.

Assim, são classificadas como sendo de natureza subjetiva as qualificadoras elencadas nos incisos I, II, V e VII do art. 121, § 2º do CP, quais sejam: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil; V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime, VII - contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição. Isso porque todas as qualificadoras supramencionadas estão ligadas à motivação do agente que praticou o delito.

Grande parte da doutrina se posiciona no sentido de que qualificadora do feminicídio é de natureza subjetiva, ou seja, se relaciona com a esfera interna do agente. Nesse paradigma, o agente pratica o crime homicídio contra mulher por razão da condição de sexo feminino, sendo essa a motivação do crime.

Sobre o tema, assim dispõe Rogério Sanches Cunha (2015, p. 347):

[...] a qualificadora do feminicídio é subjetiva, pressupondo motivação especial: o homicídio deve ser cometido contra a mulher por razão das condição de sexo feminino. Mesmo no caso do inciso I do § 2º-A, o fato de a conceituação de violência doméstica e familiar ser um dado objetivo, extraído da lei, não afasta a subjetividade. Isso porque o § 2º-A é apenas explicativo; a qualificadora está verdadeiramente no inciso VI, que, ao estabelecer que o homicídio se qualifica quando cometido por razões da condição do sexo feminino, evidente que isso ocorre pela motivação, não pelos meios de execução.



Francisco Dirceu Barros (2016), Márcio André Lopes Cavalcante (2016) e Mauro Truzzi Otero (2016) também compartilham de igual entendimento, uma vez que para eles a qualificadora do feminicídio não se relaciona, em nenhum momento, com o modo ou o meio de execução do crime, mas sim com a vontade/motivação do agente, com a esfera interna deste.

O promotor de justiça Cleber Masson também afirma que a natureza da qualificadora do feminicídio é subjetiva, vejamos (2016, p. 44):

O feminicídio constitui-se em circunstância pessoal ou subjetiva, pois diz respeito à motivação do agente. O homicídio é cometido por razões de condição de sexo feminino. Não há nenhuma ligação com os meios ou modos de execução do delito. Consequentemente, essa qualificadora é incompatível com o privilégio, que a exclui, afastando o homicídio híbrido (privilegiado-qualificado).

O advogado criminalista Cezar Roberto Bittencourt (2015), que também entende que a qualificadora do feminicídio possui natureza jurídica subjetiva, explica que o feminicídio não é praticado apenas quando se mata uma mulher, mas também quando há razões de gênero por trás, demonstrando um sentimento intrínseco do agente, que se caracteriza como um sentimento machista quanto às mulheres.

Assim, afirma Bittencourt (2015) que: “[...] o próprio móvel do crime é [...], igualmente, a vulnerabilidade da mulher tida, física e psicologicamente, como mais frágil, que encoraja a prática da violência por homens covardes, na presumível certeza de sua dificuldade em oferecer resistência ao agressor machista. ”

A autora Alice Bianchini (2016) também compartilha do entendimento de que a natureza jurídica da qualificadora do feminicídio é subjetiva, tendo em vista que está relacionada com a motivação do agente. Para embasar seu pensamento, apresenta três argumentos. O primeiro argumento diz respeito ao fato de que a legislação brasileira já definia as três hipóteses de feminicídio (presente nos incisos I e II, § 2o-A, art. 121, CP), aplicando-as como homicídio qualificado por motivo torpe ou fútil, dependendo da interpretação que era feita, visto que não havia



uniformidade na aplicação. Dessa forma, a nova Lei veio tão somente para dirimir determinada divergência bem como, também para chamar atenção para a violência contra a mulher (BIANCHINI, 2016, p. 216-217).

Dentro de tal paradigma, igualmente definem Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (CUNHA; PINTO, 2015, apud BIANCHINI, 2016, p. 217):

A mudança, portanto, foi meramente tipográfica, migrando o comportamento delituoso do art. 121, § 2o, I, para o mesmo parágrafo, mas no inc. IV. A virtude dessa alteração está na simbologia, isto é, no alerta que se faz da necessidade de se coibir com mais rigor a violência contra a mulher em razão da condição do sexo feminino.

O segundo argumento trazido por Bianchini (2016) e que corrobora com o primeiro, é que para os casos verificados antes da Lei no 13.104/2015, a qual estabeleceu feminicídio, deve-se aplicar as qualificadoras subjetivas de motivo fútil ou torpe, à luz do que já era comum nas Cortes brasileiras (BIANCHINI, 2016, p. 218).

O terceiro e último argumento estabelece a distinção entre femicídio e feminicídio. Para a autora (BIANCHINI, 2016), o simples fato de ocorrer um homicídio contra uma mulher não se encaixa como feminicídio, uma vez que se faz necessário também, que haja uma motivação especial do agente.

Assim conclui Bianchini (2016, p. 218):

[...] a Lei do feminicídio não trouxe uma nova qualificadora, tratando, apenas, de aclarar situação já de ordinário presente nos processos penais que envolvem morte de mulheres, mas que, frequentemente, não vinha à tona. A invisibilidade da violência contra a mulher, aliás, não é fenômeno unicamente vivenciado no campo jurídico, mas que, infelizmente, abarca todas as esferas da vida das mulheres.

Luiz Flávio Gomes (GOMES; BIANCHINI, 2015) também define qualificadora do feminicídio como de natureza subjetiva, visto motivação específica desse delito, que o diferencia do femicídio, por se tratar de ofensa à condição do sexo feminino, como, por exemplo, o sentimento de posse que um homem possui em





relação à mulher, como ele a vê como sendo um objeto ou, ainda, quando ele pensa que a mulher não pode contrariar suas vontades. Desta forma, o agente mata por causa da condição de sexo feminino. Para ele a violência de gênero não é uma maneira de execução do crime, mas, sim o motivo/razão.

O desembargador Antonio Loyola Vieira da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná na relatoria da Apelação Criminal, proferiu o acórdão nº 62992 e considerou que a natureza do feminicídio é subjetiva, *in verbis*:

A qualificadora em apreço não é objetiva, não basta que a vítima seja mulher, porque assim se estaria falando em feticídio apenas. No feminicídio, além da vítima ser do sexo feminino, alia-se o dolo específico de que a morte tenha por motivação a violência de gênero, o menosprezo ou discriminação à condição de mulher – natureza subjetiva, portanto.

Este também é o entendimento compartilhado pela 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no Recurso em Sentido Estrito nº 1008216001102-7/001:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – DECISÃO DE PRONÚNCIA TENTATIVA DE HOMICÍDIO – IMPRONÚNCIA – IMPOSSIBILIDADE – PRESENÇA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – INADMISSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PROVAS CABAIS DE OCORRÊNCIA DA LEGÍTIMA DEFESA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE – DESCLASSIFICAÇÃO PARA AMEAÇA – INADMISSIBILIDADE – INDÍCIOS DE QUE O ACUSADO TENHA AGIDO COM ANIMUS NECANDI – SOBERANIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – QUALIFICADORAS DO MOTIVO FÚTIL E FEMINICÍDIO – BIS IN IDEM – OCORRÊNCIA – CIRCUNSTÂNCIAS DE NATUREZA SUBJETIVA – APLICAÇÃO SIMULTÂNEA – IMPOSSIBILIDADE – DECOTE DAS DEMAIS QUALIFICADORAS – INVIABILIDADE – APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 64 DO TJMG – COMPETÊNCIA DO JUÍZO POPULAR – MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

[...]



Configura *bis in idem* a imputação simultânea das qualificadoras do “motivo fútil” e do “feminicídio”, previstas respectivamente nos incisos II e VI do §2º, do art. 121 do CP, tendo em vista que ambas as circunstâncias dizem respeito à motivação do crime, possuindo natureza subjetiva, já que refletem igualmente o elemento interno que conduziu o autor à prática do delito [...]

Assim, sendo tal qualificadora de natureza subjetiva, para fins de dosimetria da pena, não poderá a mesma ser cumulada com as demais qualificadoras de natureza subjetiva dispostas no artigo 121 do Código Penal, quais sejam as elencadas no § 2º, incisos I, II e V, assim como, as causas de diminuição do § 1º do artigo 121 do Código Penal, em razão de haver incompatibilidade de motivos.

### 3.2 A Natureza Objetiva do Feminicídio

Enquanto as qualificadoras de natureza subjetiva estão ligadas à motivação do agente ao praticar o crime, conforme já exposto, as qualificadoras de natureza objetiva, por sua vez, dizem respeito ao crime em si, como os modos ou meios de execução, bem como o tipo de violência empregado pelo agente.

Assim, as qualificadoras elencadas no art. 121, § 2º, incisos III e IV (III com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido) possuem natureza objetiva, visto que se relacionam com os meios ou modos de execução do delito.

O promotor de justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), Amom Albernaz Pires (2015), entende que em qualquer das expressões dispostas no § 2º-A do art. 121, do CP, quais sejam: I) violência doméstica ou familiar e II) menosprezo ou discriminação à condição de mulher, a qualificadora do feminicídio terá natureza objetiva, visto que não se vinculam com a motivação do agente, mas sim com os meios e modos de execução do crime. De acordo com o autor, tais expressões resultado de uma interpretação autêntica do próprio legislador,



visando para explicar o que seria “razões da condição do sexo feminino”. Dessa forma, ambas são de caráter objetivo por se relacionarem com os meios e modos de execução do crime bem como, por se tratarem de tipos de violência específicas contra a mulher dispostos no art. 5º da Lei Maria da Penha.

Segundo afirma Pires (2015):

A nova qualificadora do feminicídio não constitui o móvel imediato da conduta, isto é, o agente pode ter agido por causa de uma discussão banal com a vítima (motivo fútil) ou por causa da sua possessividade e ciúme excessivo em relação à vítima ou em razão de seu inconformismo com o término do relacionamento afetivo (motivo torpe), para ficar só nesses dois exemplos corriqueiros na lida do Tribunal do Júri, dentre muitos outros. Durante o interrogatório de um réu que tenha praticado um feminicídio, jamais lhe será perguntado se ele cometeu o crime “por razões de gênero” (ou “por razões da condição de sexo feminino”), mas qual o acontecimento, atitude ou episódio do contexto fático-probatório do caso que fez eclodir ou o levou ao ato de violência macabro, ocorrência essa que geralmente constitui algum motivo fútil ou torpe na maioria das vezes, conforme exemplificado.

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 605) também entende que tal qualificadora possui natureza objetiva, vejamos:

Trata-se de uma qualificadora objetiva, pois se liga ao gênero da vítima: ser mulher. Não aquiescemos à ideia de ser uma qualificadora subjetiva (como o motivo torpe ou fútil) somente porque se inseriu a expressão “por razões de condição de sexo feminino”. Não é essa a motivação do homicídio. O agente não mata a mulher porque ela é mulher, mas o faz por ódio, raiva, ciúme, disputa familiar, prazer, sadismo, enfim, motivos variados, que podem ser torpes ou fúteis; podem, inclusive, ser moralmente relevantes. Sendo objetiva, pode conviver com outras circunstâncias de cunho puramente subjetivo. Exemplificando, pode-se matar a mulher, no ambiente doméstico, por motivo fútil (em virtude de uma banal discussão entre marido e esposa), incidindo duas qualificadoras: ser mulher e haver motivo fútil. Essa é a real proteção à mulher, com a inserção do feminicídio. Do contrário, seria inútil. Fosse meramente subjetiva (ou até objetivo- subjetiva como pretendem alguns), considerar-se-ia o homicídio suprailustrado como feminicídio apenas. E o motivo do agente? Seria desprezado por completo? O marido/companheiro/namorado mata a mulher porque se sente



mais forte que ela, o que é objetivo, mas também porque discutiu por conta de um jantar servido fora de hora (por exemplo). É essa a lógica adotada pela Lei Maria da Penha. Pune-se a lesão corporal contra a mulher, dentro do lar, como lesão qualificada (art. 129, § 9.º, CP), independentemente do motivo. Aliás, se for torpe, por exemplo, acrescenta-se a agravante (lesionou a mulher para receber o valor de um seguro qualquer, ilustrando). Sob outro aspecto, a qualificadora é objetiva, permitindo o homicídio privilegiado-qualificado. O agente mata a mulher em virtude de violenta emoção seguida de injusta provocação da vítima. O companheiro surpreende a companheira tendo relações sexuais com o amante em seu lar, na frente dos filhos pequenos. Violentamente emocionado, elimina a vida da mulher porque é mais forte – condição objetiva, mas o faz porque ela injustamente o provocou. Podem os jurados, levado o caso a julgamento, reconhecer tanto a qualificadora de crime contra a mulher como a causa de diminuição do § 1.º do art. 121.

O desembargador da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, George Lopes Leite, ao relatar o acórdão n. 20150310069727RSE decidiu, de forma inédita, que a qualificadora do feminicídio possui natureza objetiva, subsistindo outras circunstâncias que qualificam o homicídio pelo motivo (torpe ou fútil):

[...] A inclusão da qualificadora agora prevista no artigo 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal, não poderá servir apenas como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil, que são de natureza subjetiva, sob pena de menosprezar o esforço do legislador. A Lei 13.104/2015 veio a lume na esteira da doutrina inspiradora da Lei Maria da Penha, buscando conferir maior proteção à mulher brasileira, vítima de condições culturais atávicas que lhe impuseram a subserviência ao homem. Resgatar a dignidade perdida ao longo da história da dominação masculina foi a ratio essendi da nova lei, e o seu sentido teleológico estaria perdido se fosse simplesmente substituída a torpeza pelo feminicídio. Ambas as qualificadoras podem coexistir perfeitamente, porque é diversa a natureza de cada uma: a torpeza continua ligada umbilicalmente à motivação da ação homicida, e o feminicídio ocorrerá toda vez que, objetivamente, haja uma agressão à mulher proveniente de convivência doméstica familiar. 3 Recurso provido. (TJ-DF - RSE: 20150310069727, Relator: GEORGE LOPES LEITE, Data de Julgamento: 29/10/2015, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 11/11/2015 . Pág.: 105)



O Superior Tribunal de Justiça (STJ) no informativo 625, firmou entendimento no sentido de que é possível que o agente seja condenado pelas qualificadoras do motivo torpe e feminicídio, *in verbis*:

Não caracteriza *bis in idem* o reconhecimento das qualificadoras de motivo torpe e de feminicídio no crime de homicídio praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar. Isso se dá porque o feminicídio é uma qualificadora de ordem OBJETIVA - vai incidir sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, enquanto que a torpeza é de cunho subjetivo, ou seja, continuará adstrita aos motivos (razões) que levaram um indivíduo a praticar o delito. STJ. 6ª Turma. HC 433.898-RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 24/04/2018 (Info 625)

Ainda, no julgamento do HC 430222/MG, julgado em 15/03/2018, o Superior Tribunal de Justiça, novamente entendeu que a qualificadora do feminicídio possui natureza objetiva, afirmando as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio não possuem a mesma natureza e, portanto, são compatíveis, podendo ser cumuladas sem que haja *bis in idem*, vejamos:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes. 2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. HOMICÍDIO. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE. INCOMPATIBILIDADE COM O FEMINICÍDIO. NÃO OCORRÊNCIA. NATUREZA DIVERSA DAS CIRCUNSTÂNCIAS EM QUESTÃO. ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA. 1. Conquanto o § 1º do artigo 413 do Código de Processo Penal preveja que "a fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena", não há dúvidas de que a decisão que submete o acusado a julgamento pelo Tribunal do



Júri deve ser motivada, inclusive no que se refere às qualificadoras do homicídio, notadamente diante do disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, que impõe a fundamentação de todas as decisões judiciais. 2. No caso dos autos, depreende-se que as instâncias de origem fundamentaram adequadamente a preservação das duas circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio atribuído ao recorrente, reportando-se aos pressupostos fáticos que autorizam a sua apreciação pelo Tribunal do Júri. 3. As qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio não possuem a mesma natureza, sendo certo que a primeira tem caráter subjetivo, ao passo que a segunda é objetiva, não havendo, assim, qualquer óbice à sua imputação simultânea. Doutrina. Precedentes. 4. Habeas corpus não conhecido. ” (HC 430.222/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 22/03/2018)

Assim, caso se entenda que a qualificadora do feminicídio possui natureza objetiva, é plenamente possível que haja a cumulação da mesma com as qualificadoras de natureza subjetiva, como motivo fútil e torpe bem como poderá se comunicar com os demais coautores e partícipes.

### **3.3 Natureza Híbrida do Feminicídio**

Há, ainda, autores, como os membros do Ministério Público de São Paulo (Everton Zanella, Márcio Friggi, Marcio Escudei e Vírgilo Amaral) que compartilham do entendimento que a qualificadora do feminicídio possui natureza híbrida ou mista, pois para estes as circunstâncias previstas no inciso I, § 2º - A, do art. 121 do CP, qual seja violência doméstica e familiar é objetiva e a prevista no inciso II, § 2º A, do mesmo diploma legal, qual seja menosprezo ou discriminação à condição de mulher é subjetiva.

Para os promotores supramencionados, em que pese a disposição prevista no inciso I, § 2º - A, do art. 121 do CP, nos reporte à ideia de motivação (“em razão da condição de sexo feminino”), as definições trazidas pela Lei Maria da Penha indicam um contexto de violência de gênero, ou seja, um quadro fático-objetivo que não se



vincula aos motivos determinantes à execução do crime, razão pela qual tal qualificadora possui natureza objetiva.

Assim, ao se entender que o inciso I, § 2º - A, do art. 121 do CP possui natureza objetiva, será plenamente possível que se tenha um feminicídio privilegiado, uma vez que haverá compatibilidade entre a qualificadora de natureza objetiva supramencionada com o privilégio trazido pelo art. 121, § 1º do Código Penal, o qual segundo o informativo 557 do STF possui natureza subjetiva, não havendo que se falar, portanto, em *bis in idem*.

No que tange à norma disposta no § 2º - A, inciso II, do art. 121 do CP sustentam os *parquets que* “não conta com referência normativa no nosso ordenamento jurídico. Nessa linha, caberá ao aplicador delimitar a extensão do conteúdo da expressão menosprezo ou discriminação à condição de mulher”. Zanella et al (2015, p. 6)

Objetivando reforçar seus argumentos no que tange à necessidade de se reconhecer a natureza mista da qualificadora do feminicídio, os autores supramencionados explicam o que o pretende o inciso II, *in verbis*:

Trata-se de indicação que amplia o cenário abarcado pela Lei Maria da Penha e que com ele não se confunde. Nesse trilho, qualquer situação de fato não correspondente ao palco que encerre âmbito doméstico, familiar ou de relação íntima do agente com a vítima pode se reportar ao inciso II. No entanto, o argumento só terá validade lógica se a compreensão do inciso telado, ao contrário da indicação do inciso I, sinalizar tratar-se o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher de motivo imediato do crime, independentemente do cenário fático-objetivo no qual o evento macabro se desenvolveu. Efetivamente, o contexto objetivo de violência de gênero é aquele reportado pelo art. 5º da Lei Maria da Penha e que caracteriza o feminicídio executado nas condições do

§ 2º-A, inciso I. Em qualquer outro contexto, haverá feminicídio se o móvel do delito foi simplesmente o menosprezo ou à discriminação a que se refere o inciso II. (ZANELA et al., 2015, p. 7)



Contudo, imprescindível destacar que caso se entenda que de fato o inciso I, § 2º - A, do art. 121 do CP possui natureza objetiva sendo possível, portanto, que se tenha a figura do feminicídio privilegiado, conforme já abordado anteriormente, a doutrina majoritária entende que tal crime não poderá se inserir no rol de crimes hediondos, o que acaba por contrariar a Lei 13.104/2015, que prevê expressamente a inclusão do feminicídio como crime hediondo.

Assim, é de demasiada importância ressaltar que a intenção do legislador ao criar uma norma mais gravosa ao cometimento do crime em comento e nominá-la, não pode ser levada à nulidade em função de sua interpretação.

Portanto, é possível dizer que, atualmente, existem 3 correntes acerca da natureza da qualificadora em comento: a subjetiva, que trata ambos os incisos como natureza subjetiva; a objetiva, que trata ambos os incisos como de natureza subjetiva e a híbrida, que trata o inciso I como objetiva e o inciso II como subjetiva.

### **3.4 As consequências da classificação da qualificadora do feminicídio**

Conforme já exposto anteriormente, a classificação da qualificadora do crime de feminicídio em objetiva, subjetiva ou híbrida acaba por gerar algumas consequências, sendo a primeira delas relacionada a sua comunicabilidade ou incomunicabilidade. De acordo com o art. 30 do CP “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.”

Dessa forma, se a qualificadora for classificada como de natureza objetiva, então essa circunstância se comunicará também a eventual coautor ou partícipe do crime. No entanto, se for classificada como de natureza subjetiva, não haverá essa comunicabilidade, visto que a corrente subjetivista entende ser o feminicídio uma condição de caráter pessoal, qual seja, uma motivação interna do agente, logo, de acordo com o artigo 30 do CP não poderá haver comunicabilidade. Por fim, para





aqueles que entendem que a qualificadora do feminicídio possui natureza híbrida, será aplicada a mesma analogia, ou seja, no inciso I, § 2º - A, do art. 121 do CP haverá comunicabilidade, tendo em vista que se está diante de uma qualificadora objetiva. Já no que tange ao inciso II, § 2º - A, do art. 121 do CP, não haverá comunicabilidade entre o autor e eventual coautor ou partícipe do crime, pois a circunstância prevista em tal inciso é classificada como de natureza subjetiva.

Nesse sentido, Zanella et al, ao considerarem o feminicídio como de natureza objetiva (em caso de violência doméstica e familiar) e subjetiva (em caso de menosprezo ou discriminação), resumem bem a consequência supramencionada, vejamos:

A solução é diferente na hipótese de feminicídio decorrente de violência doméstica ou familiar, como já apontamos acima. A natureza da qualificadora em testilha, na forma há pouca defendida, implica em desdobramentos nas hipóteses de concurso de pessoas diante da regra inserta no artigo 30 do Código Penal. Nesse trilho, o coautor ou partícipe de feminicídio responderá pela figura qualificada se o delito for cometido em contexto de violência doméstica ou familiar, por certo, desde que o predito cenário tenha ingressado na sua esfera de conhecimento. De outro lado, a conduta movida pelo menosprezo ou simples discriminação à condição de mulher – circunstância de caráter pessoal – não se comunica ao coautor ou partícipe. Este, impelido pela mesma razão, concorre no feminicídio por motivo próprio e não por conta de regras de comunicabilidade previstas no artigo 30 do Código Penal. (ZANELLA et al., 2015, p. 7- 8)

Outra consequência quando da classificação da qualificadora do feminicídio diz respeito à possibilidade de ser o homicídio qualificado pelo feminicídio privilegiado ou não. Conforme já tratado anteriormente, somente poderá ser admitida a figura do homicídio privilegiado-qualificado se qualificadora possuir natureza objetiva, uma vez que de acordo com o informativo 557 do Supremo Tribunal Federal (STF), o privilégio já possui natureza subjetiva. Portanto, o privilégio só pode conviver com qualificadoras objetivas, tendo em vista que essas não possuem caráter pessoal e subjetivo. (CUNHA, 2015).



Logo, se a qualificadora do feminicídio for considerada de natureza objetiva, admite-se a figura do homicídio privilegiado-qualificado. No entanto, se a qualificadora for considerada como de natureza subjetiva, não será admitida tal possibilidade.

Enfim, a última consequência a ser analisada diz respeito à possibilidade de cumular qualificadoras de natureza subjetivas. Caso o feminicídio seja considerado de natureza objetiva, não haverá qualquer problema de incidirem, juntamente, qualificadoras de natureza subjetiva, tais como o motivo torpe ou fútil, por exemplo.

Entretanto, caso seja considerada como de natureza subjetiva, não poderá haver a incidência das demais qualificadoras de natureza subjetiva, uma vez que todas se relacionam com a motivação pessoal do agente e são contraditórias entre si. Ademais, pelo princípio do *ne bis in idem* tal cumulação também não se sustenta, visto que haveria uma dupla imputação de várias motivações. Portanto, na elaboração do último quesito, atinente às qualificadoras, caso seja acolhida uma de natureza subjetiva, as demais de mesma natureza serão, automaticamente, afastadas, conforme traz Alice Bianchini (2015, p. 217-218):

A principal consequência do presente raciocínio é a seguinte: uma vez comprovada a qualificadora do feminicídio, não se pode mais invocar, por exemplo, o motivo torpe: uma mesma circunstância não pode ensejar duas valorações jurídicas (está proibido o *bis in idem*). No momento da quesitação, portanto, o juiz deve submeter aos jurados, primeiramente, o quesito da qualificadora do feminicídio; sendo ela acatada pelo Conselho de Sentença, sobram prejudicadas, sob pena de *bis in idem*, as demais qualificadoras subjetivas que, eventualmente, tenham sido apresentadas pela acusação.

Assim, de acordo com Renato Lima, ao se formular o último quesito, deve-se, primeiramente, se indagar a respeito das qualificadoras, cada uma de forma individualizada e, após, sobre as causas de aumento de pena, também de maneira individualizada. Nessa segunda formulação, estão enquadradas as novas causas de aumento de pena, relacionadas ao feminicídio, presentes no art. 121, § 7º do CP, incluídas também pela Lei no 13.104/15 (LIMA, 2016, p. 1397).



## CONCLUSÃO

Entende-se por feminicídio a morte de mulheres pelo simples fato de serem mulheres, ou seja, quando há uma discriminação, um menosprezo pela condição feminina. Tal fenômeno decorre de um sistema patriarcal, no qual a mulher era vista como um ser inferior ao homem, era vista como um objeto, como uma propriedade do homem e, em razão disso, as mesmas eram vítimas de abusos verbais e sexuais; tinham seus órgãos sexuais mutilados; eram queimadas e mortas. Portanto, imprescindível se faz conhecer esse fenômeno para que o Estado possa impedir a morte desenfreada, porém evitável de mulheres.

Dessa forma, visando combater as diversas formas de violência contra a mulher, foram sendo criadas leis nacionais, as quais foram introduzindo gradativamente garantias a fim de combater tais violências. Contudo, somente a partir de recomendação internacional é que foi possível se ter uma norma própria e específica que tratasse com rigidez em tais crimes e garantisse às mulheres uma atenção especial e multidisciplinar que o caso suplica.

Foi nesse cenário que em 9 de março de 2015 foi aprovada a lei 13.104/15, também conhecida como Lei do Feminicídio, a qual passou a tratar especificamente de homicídios praticados contra mulheres por razões de condição do sexo feminino, quando envolver violência doméstica e familiar e/ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Tal lei modificou o art. 121 do Código Penal Brasileiro inserindo o feminicídio como uma circunstância qualificadora do crime de homicídio, bem como o inseriu rol de crimes hediondos, ou seja, para tais crimes não será admitido anistia, graça ou indulto, tampouco fiança.

Contudo, por envolver relações domésticas e familiares, a lei supramencionada passou a ser muito debatida e criticada trazendo à tona diversas questões.



Uma das questões trazidas e que foi objeto do presente trabalho diz respeito à natureza de tal qualificadora, tendo em vista que dependendo de qual natureza for, haverá uma consequência distinta no âmbito criminal. Assim, existem, atualmente, três entendimentos distintos acerca do tema. Para a grande parte da doutrina, tal qualificadora possui natureza subjetiva, uma vez que se relaciona com a motivação do agente, ou seja, com a esfera íntima do agente, uma vez que o mesmo praticou o crime em razão da condição do sexo feminino. Logo, para esta corrente o fato da vítima ser mulher não constitui crime, sendo necessário que o agente mate *por razões da condição de sexo feminino*.

Há também a corrente que entende que se trata de uma qualificadora de natureza objetiva, uma vez que se trata de uma forma de violência, de um modo de executar o crime, possibilitando uma maior punição, visto que poderá haver a cumulação com as qualificadoras do motivo fútil e torpe sem que haja *bis in idem*. Nesse caso, o simples fato da vítima ser mulher já constitui o feminicídio.

Por fim, há uma terceira corrente, a qual defende que a qualificadora em comento possui natureza mista (subjetiva e objetiva), tendo em vista que defende que a circunstância prevista no inciso I, § 2º - A, do art. 121 do CP, qual seja violência doméstica e familiar é objetiva, pois conta com definições claras expressas no art. 5º da Lei Maria da Penha e a prevista no inciso II, § 2º - A, do mesmo diploma legal, qual seja menosprezo ou discriminação à condição de mulher é subjetiva, visto não conta com referência normativa no ordenamento jurídico, cabendo ao aplicador do direito delimitar a extensão do conteúdo.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), por sua vez, através do julgamento de dois Recursos em Sentido de Estrito (RESE), se manifestou no sentido de que quando o crime envolver violência doméstica e familiar a qualificadora terá natureza objetiva e, quando houver menosprezo ou discriminação à condição de mulher será de natureza subjetiva. Tal posicionamento se



aproxima da terceira corrente doutrinária, a qual entende que a natureza jurídica da qualificadora mista.

Entender que a qualificadora do feminicídio possui natureza objetiva traz algumas consequências jurídicas, uma vez nesse caso, tal qualificadora será aplicada também coautor e partícipe, bem como haverá a possibilidade do feminicídio coexistir com outras qualificadoras da natureza subjetiva como motivo torpe e fútil (art. 121, § 2º, incisos I, II e V do CP).

Portanto, o TJDFT ao delimitar que o crime de feminicídio, cometido nessa situação específica de violência doméstica e familiar, possa coexistir com o motivo torpe ou fútil demonstra a busca de tal Órgão julgador em desestimular que tal crime ocorra, punindo o agente de uma forma mais dura ao calcular a pena deste.

Por fim, importante ressaltar que a Lei do Feminicídio tem como objetivo dar maior visibilidade, bem como coibir o problema da violência contra a mulher. Portanto, muito embora ainda haja interpretações machistas acerca de tal qualificadora, a morte de mulheres em razão do gênero é tratada, atualmente, de uma forma muito mais séria e vem sendo muito mais debatida pela sociedade. Dessa forma, o chamado “crime passional” vem perdendo cada vez mais espaço nos debates, uma vez que argumentos machistas não mais estão sendo admitidos quando o assunto é a morte de mulheres.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. *Estudo completo do feminicídio*. 2015. Disponível em: <http://www.impetus.com.br/artigo/876/estudo-completo-do-feminicidio>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BELLOQUE, Juliana Garcia. *Feminicídio: o equívoco do pretense Direito Penal Emancipador*. 2014. Disponível em: [https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/JULIANABELLOQUE\\_IBCCRIM270\\_feminiciomaio2015.pdf](https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/JULIANABELLOQUE_IBCCRIM270_feminiciomaio2015.pdf). Acesso em: 20 jan. 2020.



BIANCHINI, Alice. A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva?. *Revista EMERJ*, v. 19, n. 72, p. 203-219, 2016. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista72/revista72\\_203.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista72/revista72_203.pdf). Acesso em: 20 jan. 2020.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Homicídio discriminatório por razões de gênero*. [S.d]. Disponível em: <http://www.cezarbitencourt.adv.br/index.php/artigos/34-homicidio-discriminatorio-por-razoes-de-genero>. Acesso em: 12 dez. 2019.

BORGES, Paulo César Corrêa; GEBRIM, Luciana Maibashi. *Violência de gênero: tipificar ou não o femicídio/feminicídio?*. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/503037/001011302.pdf?sequence=1>. Acesso em: 7 dez. 2019.

BUZZI, Ana Carolina de Macedo. *Feminicídio e o Projeto de Lei no 292/2013 do Senado Federal*. 2014. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/122342>. Acesso em: 8 jan. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8.305, de 2014*. Com a finalidade de alterar o Código Penal para inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do homicídio. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858860>. Acesso em: 18 dez. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 jan. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996*. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm). Acesso em: 6 dez. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006*. Lei Maria da Penha. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 7 dez. 2019.



BRASIL. *Lei nº 13.104, de 9 de Março de 2015*. Lei do Feminicídio. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm). 2015. Acesso em: 4 dez. 2019.

BRASIL. Senado Federal. *Comissão Parlamentar Mista de Inquérito*: relatório final. Com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência. 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 18 dez 2019.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 292, de 2013*. Com a finalidade de alterar o Código Penal para inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do homicídio. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=133307&tp=1>. Acesso em 20 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). Habeas Corpus. *HC 430.222/MG*. 1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento [...]. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais - DPMG. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, 15 de março de 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22JORGE+MUSS%22%29.MIN.&processo=430222&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 7 jan. 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Feminicídio*: mais um capítulo do Direito Penal simbólico agora mesclado com o politicamente correto. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/35133/feminicidio>. Acesso em: 12 jan. 2020.

CAMPOS, Carmen Hein de. Uma análise crítico-feminista. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul: Violência, Crime e Segurança Pública*, v. 7, n. 1, p. 103-115, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/20275>. Acesso em: 11 dez. 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários ao tipo penal do feminicídio (art. 121, §2º, VI do CP)*. 2015. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2015/03/comentarios-ao-tipo-penal-do.html>. Acesso em: 12 dez. 2019.



CUNHA, Rogério Sanches. *Lei do Feminicídio: breves comentários*. 2015. Disponível em: <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios>. Acesso em: 12 fev. 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (1ª Turma). Recurso em Sentido Estrito. *RSE 90478120150310069727*. 1 Réu pronunciado por infringir o artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal, depois de matar a companheira a facadas motivado pelo sentimento egoístico de posse [...]. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - MPDFT. Recorrido: Marcos Alexandrino. Relator: Des. George Lopes Leite. Brasília, 29 de outubro de 2015. Disponível em: <https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/254720142/recurso-em-sentido-estrito-rse-20150310069727>. Acesso em: 12 jan. 2020.

FRANÇA, Rafaela Ferreira; VELOSO, Roberto Carvalho. A tipificação do crime de feminicídio como medida para o enfrentamento da violência contra a mulher. *Revista Ceuma Perspectivas*, São Luís, v. 31, n. 1, p. 6–17, 2018. Disponível em: <http://www.ceuma.br/portalderevistas/index.php/RCCP/article/view/176/pdf>. Acesso em: 2 dez. 2019.

GARCIA, L. P. *et al. Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2013. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925\\_sum\\_estudo\\_feminicidi\\_o\\_leilagarcia.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidi_o_leilagarcia.pdf). Acesso em: 30/12/2019. Acesso em: 5 fev. 2020.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015*. 2015. Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>. Acesso em: 5 fev. 2020.

GRECO, Rogério. *Feminicídio: comentários sobre a lei nº 13.104, de 9 de março de 2015*. 2015. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>. Acesso em: 12 dez. 2019.

LAGARDE, Marcela. *Por la vida e la libertad de las mujeres: fin al feminicídio*. 2004. Disponível em <http://americalatinagenera.org/newsite/images/cdr-documents/publicaciones/leydemediosconperspectivadegenero.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.





MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte especial*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. v. 2.

MELLO, Adriana Ramos. *Breves comentários à lei 13.104/2015*. 2015. Disponível em: <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/delivery/documento>. Acesso em: 10 jan. 2020.

MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo jurídico, 2016. Disponível em: [https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2013/07/ADRIANARAMOSDEMELLO\\_FEMICIDIO.pdf](https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2013/07/ADRIANARAMOSDEMELLO_FEMICIDIO.pdf). Acesso em: 12 dez. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. (6ª Câmara Criminal). Recurso em Sentido Estrito. *RSE 1008216001102-7/001*. A decisão de pronúncia é baseada apenas na materialidade do fato e na existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, atento ao disposto no art. 413, do Código de Processo Penal [...]. Recorrente: Francisco José de Faria. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais – MPMG. Relator: Des. Jaubert Carneiro Jaques. Bonfinópolis, 5 de setembro de 2017. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/499280779/rec-em-sentido-estrito-10082160011027001-mg/inteiro-teor-499280859?ref=serp>. Acesso em: 5 maio 2020.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. 18. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MODELLI, Laís. *Feminicídio: como uma cidade mexicana ajudou a batizar a violência contra mulheres*. *BBC Brasil*, 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-38183545>. Acesso em: 14 jan. 2020.

MORENO, Renan de Marchi. *A Eficácia da Lei Maria da Penha*. *DireitoNet*, 2014. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8757/A-eficacia-da-Lei-Maria-da-Penha>. Acesso em: 12 fev. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

ONU MUJERES. *Modelo de protocolo latino-americano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*. 2020. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/ProtocoloLatinoamericanoDeInvestigacion.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2020.



OTERO, Mauro Truzzi. *Feminicídio: mais um equívoco do legislador*. 2015. Disponível em: <https://docplayer.com.br/25094127-Feminicidio-mais-um-equivoco-do-legislador.html>. Acesso em: 5 fev. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. (1ª Câmara). Apelação Criminal. *Acórdão nº 62992*. 1. Como consabido, para que se admita o homicídio na forma privilegiada-qualificada há de haver compatibilidade entre as circunstâncias, o que, a toda sorte, não ocorreu na espécie, haja vista que o Conselho de Sentença reconheceu tanto o privilégio da violenta emoção quanto à qualificadora do feminicídio, sendo ambos de ordem subjetiva [...]. Apelante: Luis Antonio de Souza. Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná - MPPR. Relator: Des. Antonio Loyola Vieira. Bocaíuva do Sul, 8 de março de 2018. Disponível em: [http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12506644/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1703933-1#integra\\_12506644](http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12506644/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1703933-1#integra_12506644). Acesso em: 14 jan. 2020.

PASINATO, Wânia. Femicídios e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos Pagu*, n. 37, p. 219-246, jul./dez. 2011.

PIRES, Amom Albernaz. *A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio e sua quesitação no Tribunal do Júri*. 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/37108/a-natureza-objetiva-da-qualificadora-do-feminicidio-e-sua-quesitacao-no-tribunal-do-juri>. Acesso em: 8 jan. 2020.

REIS, Wanderlei José dos. *Direito penal para provas e concursos: mais de 600 questões dissertativas de direito penal dos melhores concursos jurídicos do País*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

RUSSEAL, Diana. *The Origin and Importance of The Term Femicide*. [S.d] Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/ProtocoloLatinoamericanoDeInvestigacion.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2019.

RUSSEL, Diana E. H; HARMES, Roberta A. *Femicide in Global Perspective*. New York: Athene Series, Feminist Scholarship on Culture and Education. 2001.

VÁSQUEZ, Pastilí Toledo. *Feminicidio*. México: OACNUDH, 2009. Disponível em: <http://hchr.org.mx/files/doctos/Libros/feminicidio.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2020.

VELOSO, Priscilla Jeiner. *Feminicídio: o outro lado de uma mesma moeda*. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38048/feminicidio-o-outro-lado-de-uma-mesma-moeda>. Acesso em: 10 abr. 2020.

WAISELFISZ, Júlio Jacobo. *Mapa da violência 2012: Homicídios de mulheres no Brasil*. 2012. Disponível em:



[https://www.mprj.mp.br/documents/20184/227960/Mapa\\_Violencia\\_2012\\_Mulheres\\_Instituto\\_Sangari.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/227960/Mapa_Violencia_2012_Mulheres_Instituto_Sangari.pdf). Acesso em: 8 fev. 2020.

WAISELFISZ, Júlio Jacobo. *Mapa da violência 2015: homicídios de mulheres no Brasil*. 2015. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf). Acesso em: 8 fev. 2020.

ZANELLA, Everton; FRIGGI, Márcio; ESCUDEIRO, Marcio; AMARAL, Vírgilio. *Femicídio: considerações iniciais*. São Paulo: Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo. 02 jun. 2015. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_criminal/Artigos/FEMINIC%C3%8D DIO%20-%20Considera%C3%A7%C3%B5es%20Iniciais%20-%20CAOCrim%20-%20Texto%20Final.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos/FEMINIC%C3%8D DIO%20-%20Considera%C3%A7%C3%B5es%20Iniciais%20-%20CAOCrim%20-%20Texto%20Final.pdf). Acesso em: 21 fev.2020.



# LEI MARIA DA PENHA: AUSÊNCIA DE ESTUDO TEÓRICO FEMINISTA E PRÁTICA FORENSE EM ACOLHIMENTO À VÍTIMA NO CURSO DE DIREITO

Jéssica de Aguiar Portela<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho pretende debater a necessidade do currículo nacional do direito comportar o estudo das teorias feministas do direito, abarcando o estudo sobre o gênero, sobre a Lei Maria da Penha como disciplina independente e contextualizada na luta feminista e as delegacias especializadas de atendimento à mulher, como meio de prática forense. O objetivo desta pesquisa é chamar a atenção para necessidade de atualização do currículo de graduação em direito, para que haja maior qualificação profissional para o atendimento de vítimas e agressores. O método utilizado foi a pesquisa bibliográfica. Por meio dessa análise, o resultado que se apresenta é a doutrina/jurisprudência brasileira é resistente às teorias feministas e os estudos sobre gênero por atribuição de correntes ideológicas e seu desenvolvimento é atrasado, ainda que haja uma legislação fundada nesses preceitos. Concluiu-se, portanto, que, há a necessidade de uma matéria de estudos teóricos feministas no direito brasileiro, e isso não resultará em uma violação à convicções sobre a perda/diminuição da masculinidade e nem sobre o tratamento do homem com a mulher, pois o estudo feminista estuda as causas de violência, o estudo do gênero e do sexo, para que não haja confusão no caso concreto. A voz das teóricas feminista precisa, mais do que nunca, de visibilidade no meio jurídico e sem que outros juristas deturpem ou utilizem razões androcêntricas. O Estado precisa desenvolver as instituições que Lei Maria da Penha exige para que haja a correta integração entre os indivíduos, e se importe com as mortes noticiadas e aquelas que estão invisíveis aos olhos da mídia. Ainda, ressalta-se que com o desenvolvimento das instituições, o direito precisa integrar, em matérias práticas, a vivência do aluno de graduação com o ambiente de assistência jurídica ou policial

**Palavras-chaves:** Maria da Penha. Delegacia especializada. Gênero. Graduação. Atualização. Resistência. Feminismo.

---

<sup>1</sup> Bacharel do curso de Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais-FAJS – (jessica.portela15@sempreclub.com).



## INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo chamar a atenção para necessidade de atualização do currículo de graduação em direito, para que haja maior qualificação profissional para o atendimento de vítimas e agressores, e assim permitir que a legislação fundada em preceitos e estudo feministas, estejam em consonância com o ensino teórico e prático das instituições de ensino superior. O artigo está dividido em três partes, incluindo as considerações finais. A primeira parte, a ausência do estudo feminista no curso de direito, busca num primeiro momento dar as bases dos estudos feministas, estudando o porquê da resistência de juristas e legisladores em adotar as teorias feministas, e, num segundo momento, apresentando um projeto que no âmbito do Distrito Federal poderia incluir a prática forense de graduação com o fim de qualificar profissionais para o atendimento à mulheres vítimas de violência doméstica. A segunda parte, a lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), busca remontar a construção da Lei Maria da Penha, e demonstrar a situação atual da aplicação no território nacional das disposições legislativas. Na terceira parte, as delegacias especializadas de atendimento à mulher, dispõe sobre o surgimento de delegacias especializadas no atendimento da mulher, a rede a qual essa delegacia pertence que deve o correto acolhimento da vítima de violência, bem como, demonstrar a deficiência na concretização dessas unidades em algumas unidades federativas do Brasil.

Por fim, as considerações finais apresentam a conclusão deste trabalho.

### **1 A AUSENCIA DO ESTUDO FEMINISTA NO CURSO DE DIREITO**

Antes de adentrar no currículo do curso de direito, faz-se mister estudar a epistemologia e filosofia do pensamento jurídico ocidental, que de certa forma, contribuem para manutenção da relação de poder baseada no gênero. Campos destaca como primeira crítica às ciências e disciplinas acadêmicas o que ela chama



de “dicotomia ‘razão’ e ‘sensibilidade’”, que no pensamento científico moderno sustentou a divisão do masculino e do feminino<sup>2</sup>.

Olsen ainda sustenta que em decorrência do pensamento dualista (presente desde o tempo da cultura grega clássica, com Platão, até o tempo liberal moderno), há tendência para a separação (oposição) entre os termos (ou as disciplinas), que são hierarquizadas e sexualizadas, cabendo se definir qual lado cabe o que. Dessa forma, Olsen ensina que o direito está aliado ao masculino dessa separação de gênero da distribuição do poder (visto que o masculino é superior ao feminino)<sup>3</sup>.

Mas essa relação tem mudado devido ao alcance das mulheres em maiores postos de trabalho e conseguido alcançar patamares sociais, empresariais e políticos maiores. Harding chama esse fenômeno de “percepção social da diferença”, a qual ele reparte em três processos distintos: a) simbolismo de gênero (metáforas dualista de gênero, que embora sejam percebidas não são relacionadas ao sexo); b) estrutura de gênero (relacionado à divisão do trabalho conforme o gênero) e; c) identidade de gênero (trata-se da identificação pessoal do gênero a que pertence, subjetividade)<sup>4</sup>.

Apesar da semelhança com os pensamentos de Harding, Scott adota duas premissas para definir gênero: 1) como construção das relações e o segundo 2) relacionado como o poder. No primeiro, o gênero é a própria base das relações que se constitui de quatro elementos essenciais: os simbolismos culturais para evidenciar a contradição; os conceitos jurídicos, educativos e normativos utilizados para interpretar os símbolos, que buscam limitar o conter seu significado, definindo a oposição binária (masculino e feminino), fixando o gênero e retirando a conflituosidade do termo<sup>5</sup>; o terceiro ponto refere-se à dimensão política estruturante

---

<sup>2</sup> CAMPOS, Carmen Hein de. Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.) **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.

<sup>3</sup> OLSEN, Frances. Feminism and the legal critical theory: an American perspective. In OLSEN, Francis (Ed.) **Feminist Legal Theory: foundations and outlooks**. New York University Press, 1995, vol.1, p. 473

<sup>4</sup> HARDING, Sandra. *Ciencia y Feminismo*. Madrid: Ediciones Morata, 1996. p. 14.

<sup>5</sup> SCOTT, Joan. “Gênero: uma categoria útil de análise histórica”. Porto Alegre, **Revista Educação e Realidade**, v. 16, n. 2, p. 5-19, jul./dez. 1990, p. 14



das relações sociais, como a família, o grau de parentesco, divisão do trabalho e educação e até o sistema político; o quarto e último ponto refere-se à identidade subjetiva, que verifica a interação do indivíduo com a sociedade (relações sociais).

Já a premissa relacionada com o próprio poder, trata o gênero como determinante para a articulação, divisão e exercício do poder. Scott ensina que os conceitos de gênero estabelecem um conjunto de referências que auxiliam na percepção e organização de símbolos da vida social, e, na medida que a interpretação desses símbolos estiver relacionado com a distribuição de poder, o gênero torna-se um poder envolvido em si mesmo, dessa forma, a autora explica que as complexas relações sociais de legitimação e construção recíproca permitem compreender o que é “gênero”<sup>6</sup>.

Apresentado o conceito e importância do gênero, parte para a sua análise dentro do direito. Smart explica que o direito é parte do processo de fixação do gênero e essa separação de masculino e feminino é rígida, e não reconhece (em primeiro plano) a existência de um meio-termo para esses gêneros. A autora ainda alerta para que o direito não seja pensando como engenharia política e social (assim as bases se engendrariam ainda mais), mas sim como um local com a possibilidade de se estudar e debater as mudanças e significados de gênero, contudo, aponta que nessa perspectiva, a possibilidade de mudança concreta, fora apenas da literalidade jurídica, é reduzida<sup>7</sup>.

Um ponto para demonstrar essa dualidade de gênero e não reconhecimento do contíguo entre esses dois, é o próprio casamento e a união estável, onde há previsão expressa no texto constitucional e infraconstitucional da união entre homem e mulher. Por muito tempo, a permissão estava restrita nessa dualidade, oposição sexual para ocorrer o casamento ou união estável, mas a conquistas gays e lésbicas

---

<sup>6</sup> SCOTT, Joan. “Gênero: uma categoria útil de análise histórica”. Porto Alegre, **Revista Educação e Realidade**, v. 16, n. 2, p. 5-19, jul./dez. 1990 p. 16

<sup>7</sup> CAMPOS, Carmen Hein de. Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.) **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4



fez o sistema jurídico reconhecer algo que desafia a separação de gênero (o que resulta numa série de decorrências jurídicas (como os direitos previdenciários, sucessórios, adoção etc), Campos ressalta que essas conquistas produzem mudanças até na concepção de cidadania<sup>8</sup>.

Carmen Hein Campos chama a atenção para uma deficiência no ensino brasileiro e na prática fundamentadora do direito nacional, visto que juristas brasileiros não utilizam das teorias para fundamentar suas petições ou decisões/sentenças/acórdãos, sobretudo em matérias consideradas “do campo masculino”, como o direito penal, ainda que haja uma grande gama de materiais produzidos por mulheres. Em países como os Estados Unidos, Canadá, Inglaterra e Dinamarca possuem nos seus currículos acadêmicos a oferta da disciplina “teoria feminista do direito” e algumas possuem departamentos especializados<sup>9</sup>.

Alder explica que a negação científica da produção acadêmica de mulheres está relacionada também com a ocultação teórica e Tereza Lauretis complementa essa afirmação expondo que os produtores e críticos não valorizam as produções feministas, e quando valorizam voltam-se à pontos específicos dessas abordagens que acabam por acomodar seus interesses pessoais e/ou interesses androcêntricos, observáveis nas críticas feitas à Lei Maria da Penha<sup>10</sup>.

Campos expõe que uma das maiores contribuições feministas na contemporaneidade foi a definição de um sujeito de direito do feminismo. A crítica feminista permitiu romper e desconstruir a categoria “mulher” ou “mulheres”, sem a atribuição de arquétipos ou a identificação de um padrão social, étnico e/ou social de uma mulher. O conceito “mulher”, como sujeito de direito do feminismo, comporta toda a diversidade, inclusive as que são atravessadas pelo machismo estrutural, e, no

---

<sup>8</sup> Op. Cit.

<sup>9</sup> CAMPOS, Carmen Hein de. Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.) **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 5

<sup>10</sup> LAURETIS, Teresa. A tecnologia de gênero. In HOLLANDA, Heloísa Buarque de. **Tendências e Impasses: o feminismo como crítica da cultura**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994, p.206-242





ponto de identidade de gênero, se classifica como dinâmica, contingente e precária<sup>11</sup>. Há também a multiplicidade de discursos, que podem, ou não, estarem relacionados, mas fazem parte do movimento de determinação e deslocamento (do significado de gênero), o que pode causar desconforto teórico, segundo Harding<sup>12</sup>.

Dito isso, a contribuição da produção feminista influenciou e abriu espaço para esse setor acadêmico que tanto é ignorado pelo sistema jurídico brasileiro, pois através dele que se concretizou a expressão “mulheres” como o sujeito passivo da violência doméstica (retirando o termo “vítima” da Lei Maria da Penha). Isso só foi possível porque a teoria feminista possui o atributo de “descolamento discursivo”, nas palavras de Campos que, utilizando de Smart, explica que esse deslocamento torna possível até a ressignificação de gênero<sup>13</sup>. Mas até mesmo a disposição de “mulher em situação de violência” disposta na lei sofre a crítica por teóricas feministas norteamericanas, que por costume processual de não atribuir “vítima” (agora como sujeito processual criminal), preferem chamar a mulher de “sobrevivente” (*Survivor*).

Outro ponto que Campos chama a atenção é da possibilidade de a mulher figurar como agressora, que como consequência jurídica reconhece a união homossexual entre mulheres, e que basta dessa forma a agressão em ambiente familiar (rompimento do dualismo sexual). A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ainda interpreta de forma semelhante, quando julgou ação de uma mãe contra a filha, sendo que esta última praticou a violência doméstica (patrimonial, verbal e moral) contra a genitora, àquela Corte decidiu que apenas bastavam como requisitos a relação de intimidade e afeto, podendo figurar como “agressor”<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> CAMPOS, Carmen Hein de. Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.) **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 5

<sup>12</sup> Op. Cit

<sup>13</sup> SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. In BIRGIN, Haydée. **El derecho em el gênero y el gênero em el derecho**. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000, p. 31-71

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus (HC) nº 277.561/AL**. Ementa: crime de ameaça. lei maria da pena. incidência. relação familiar entre filhas e a genitora. vulnerabilidade atestada pelas instâncias de origem. necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória para a desconstituição de tal entendimento. impossibilidade na via eleita. constrangimento ilegal não



Ademais, a autora lista uma série de pontos a serem pesquisados pela doutrina e pela própria cultura processual e jurisprudencial brasileira, que muitas vezes suprimem possibilidades legais (como a não aplicação de institutos despenalizadores, ainda que sejam respostas aos quadros de violência) e não apresentam uma nova medida, e mesclando tipos penais à outros. Esta pesquisa faz um adendo à esse último ponto, pois, à época da obra da autora ainda não se havia criado a figura do feminicídio, que não é tipo penal autônomo, mas sim a qualificação de um pré-existente.

Feitas essa considerações, Campos finaliza dizendo que, ainda que não seja ideal o desenvolvimento jurídico com a teoria feminista (que engloba o estudo das relações de poder, o gênero, as relações sociais-políticas e econômicas do gênero), o reconhecimento do desconforto com essa teoria (especialmente quanto ao deslocamento de discurso), já é um começo para o desenvolvimento teórico-normativo<sup>15</sup>.

Todas essas informações básicas sobre a teoria feminista do direito, com o foco estudado no gênero e como esse estudo é essencial para a compreensão da Lei nº 11.340/2006, pois a expressão “gênero” disposto nos artigos 5º e 8º da mesma lei, possuem fundamentação jurídica, além da separação sexual ou identificação do sexo biológico, supera a compreensão sobre o próprio sujeito de direito (mulher) e o argumento do enfraquecimento do termo sem a devida diferenciação jurídica da mulher que é agressora, da mulher agredida (chamada de “sobrevivente” na teoria feminista americana).

Visto a exposição acima, muda-se o foco da abordagem para o currículo nacional do curso regular de graduação em direito. No ano de 2018, o Ministério da Educação (MEC), por meio da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional

---

evidenciado. writ não conhecido. Relator: Jorge Mussi. Quinta Turma. Brasília, 06 nov. 2014. DJE 13/11/2014

<sup>15</sup> CAMPOS, Carmen Hein de. Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.) **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 10



de Educação, alterou o currículo nacional do curso de direito para a inclusão das matérias: teoria do direito, direito previdenciário e formas consensuais de resolução de conflitos<sup>16</sup>.

Não se contemplou, por ausência de iniciativa, a inclusão de uma matéria de estudos sobre a teórica feminista (inclui gênero, relações de poder e relações sociais), violência doméstica e primeiros atendimentos à vítima. Atualmente o estudo da Lei Maria da Penha é oferecida dentro de outras matérias como uma legislação penal extravagante, que dá as bases legais da Lei Maria da Penha<sup>17</sup>.

No Distrito Federal, a Polícia Militar possui o programa “Prevenção Orientado à Violência Doméstica e Familiar” (PROVID), regulamentado pela Portaria PMDF 985/2015, implantado em todas as regiões administrativas, com o objetivo do enfrentamento à violência doméstica, ações preventivas e promoção dos direitos humanos. O programa é repartido em três eixos fundamentais: ações de prevenção primária (no âmbito familiar); ações de prevenção secundária (no âmbito policial com patrulhamento ostensivo e visita solidária) e; articulação com os demais órgãos/instituições que prestam apoio às vítimas de violência doméstica<sup>18</sup>.

Dentre o público atendido pelo PROVID, estão mulheres em situação de violência, que possuem atendimento integrado com a Delegacia Especializada da Mulher de Brasília, onde, por meio de parceria entre o Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, com o Tribunal de Justiça e a Secretaria de Estado de

---

<sup>16</sup> BRASIL. Ministério da Educação (MEC). **Resolução CNS/CES nº 5, de 17 de dezembro de 2018**. Institui as diretrizes curriculares nacionais do curso de direito e dá outras providências. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=104111rces005-18&category\\_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=104111rces005-18&category_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192). Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>17</sup> BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 30 set. 2019

<sup>18</sup> DISTRITO FEDERAL. Polícia Militar do Distrito Federal. **Prevenção Orientado à Violência Doméstica e Familiar (PROVID)**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://servicos.pm.df.gov.br/index.php/policimento/80-prevencao-orientada-a-violencia-domestica-provid>. Acesso em: 28 jan. 2020



Segurança, prestam atendimento jurídico voluntário e gratuito às mulheres vítima de violência doméstica que procuram ou são encaminhadas para atendimento na unidade da delegacia no bairro Asa Sul.

Guardadas as devidas proporções e já reconhecida as dificuldades da implementação e infraestrutura das delegacias especializadas, pode-se teorizar que as instituições poderiam, com apoio e desenvolvimento das delegacias de atendimento à mulher em todo o país, oferecer a oportunidade e reconhecimento do atendimento à essas vítimas como prática forense do currículo de direito, uma vez que a autoridade máxima das delegacias especializadas devem ser chefiadas por pessoas formadas no curso de direito (e muitos acadêmicos seguem para prática criminal e as carreiras policiais de Estado), o que pode proporcionar ao estudante, a possibilidade de atender essas vítimas, tudo acompanhado pelo prévio estudo daquilo que se desenvolveu no segundo capítulo.

Quanto mais cedo se proporcionar ao estudante de graduação a oportunidade de estudar a teoria feminista (englobados pelas matérias já explicadas em parágrafos anteriores) e lhe dar condições de entender as questões acerca da diferença entre sexo, sexualidade e gênero, será possível que eles possam esclarecer clientes, amigos, outros profissionais sobre a importância de entender como esses fatores são determinantes nas relações de poder, pois não importa se seguirá a carreira da advocacia ou as carreiras de Estado (policial, persecução, magistratura etc), todas elas são de essenciais para o desenvolvimento da justiça.

A teoria feminista sofre uma grande controvérsia, pois é sempre atribuída um caráter político de esquerda, quando na verdade a luta por direitos femininos não possui partidarismo, por se tratar de uma questão de concretização de direitos humanos fundamentais das mulheres em sociedade. O estudo sobre as bases do gênero, dos dispositivos penais/civis/administrativos da lei e o aparelhamento estatal



criado para resgatar a mulher da violência faz-se importante, pois o Brasil é um dos países que mais se matam mulheres no mundo<sup>19</sup>.

A Lei Maria da Penha, não é uma lei puramente penal, é na verdade uma lei multifacetada, com capítulos penais, com dispositivos cíveis, policiais e administrativos. A rede estrutural do combate tem como porta de entrada uma instituição policial, mas sem que haja apenas a atribuição penal da lei, os demais elementos (inclusive a teoria por trás de toda a lei) se tornam ineficazes, o que acaba por perpetuar ainda mais a situação de violência da mulher brasileira.

Por fim, neste capítulo estudamos as bases dos estudos sobre e gênero e podemos aprender que comporta um estudo amplo que auxiliam no entendimento do pensamento moderno, das relações de poder, da predeterminação do papel masculino e feminino em sociedade, e assim entender como e porque a mulher sofre violência doméstica (seja de cônjuge ou de familiares), que muitas vezes acabam no óbito da mulher.

Dessa forma, ressalta-se que o desenvolvimento da legislação contra a violência doméstica sofrida pela mulher, sofreu resistência, questionamento da sua constitucionalidade, assim como Campos explicou, a cultura processual brasileira resiste fortemente às teorias feministas, contudo, a Lei Maria da Penha possui fundamentação voltada nesses estudos feministas. Acabamos, portanto, por comportar uma legislação que juridicamente está travada por uma cultura jurídica ultrapassada e resistente na renovação.

## **2 A LEI MARIA DA PENHA (LEI Nº 11.340/2006)**

Para se iniciar o debate acerca de disposições específica da Lei nº 11.340/2006<sup>20</sup>, é preciso listar uma série de antecedentes importantes, tanto em nível

---

<sup>19</sup> SUDRÉ, Lu; COCOLO, Ana Cristina. **Brasil é o 5º país que mais mata mulheres**. São Paulo, UNIFESP, 2016. Disponível em: <https://www.unifesp.br/edicao-Atual-entreteses/item/2589-brasil-e-o-5-pais-que-mais-mata-mulheres>. Acesso em: 28 jan. 2020



nacional, como em nível internacional. Sobre este último, ressalta-se que no ano de 1975, o movimento de direitos humanos prevalecente no ocidente destacou a luta pelos direitos civis das mulheres, visto que muitas delas não recebiam tratamento adequado em vários níveis sociais, assim como no âmbito doméstico<sup>21</sup>.

A segregação da mulher estava (e ainda está) envolto na ideia que há direitos de propriedade do homem (geralmente o esposo/companheiro) sobre a figura da mulher, a qual se exige o comportamento aceitável, envolvendo três grandes características: submissão, fragilidade e incapacidade<sup>22</sup>. Fora desses requisitos, além da necessidade do homem ser o protetor (ou o pai ou marido), a mulher era (e ainda é) marginalizada e/ou abandonada.

Para resolver esse impasse, Oliveira explica que os “direitos das mulheres”, juntamente da crescente luta feminista, fez com que esse ramo fosse inserido na luta dos direitos humanos em geral. A autora ainda destaca que essa negligência de tratamento da mulher não era uma realidade restrita ao Brasil, mas à diversos outros países<sup>23</sup>.

Em 1978, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, elaborou o mais completo documento sobre a temática de proteção às mulheres, a Convenção sobre Eliminação e todas as formas de discriminação contra a Mulher. Esse documento foi elaborado pelo Comitê CEDAW, onde os Estados Partes elegeram, para mandatos de 4 anos, 23 peritas, que tinham como objetivo o estudo sobre a

---

<sup>20</sup> BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 30 set. 2019

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Andréa Karla Cavalcanti da Mota Cabral de. **Histórico, produção e aplicabilidade da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006**. Monografia (curso de Especialização em Processo Legislativo) – Centro de Treinamento e Aperfeiçoamento, Câmara dos Deputados, 2011. p. 33

<sup>22</sup> ALMEIDA, J. S. **As relações de poder nas desigualdades de gênero**. Série-Estudos - Periódico do Programa de Pós-Graduação em Educação da UCDB, pp. 165-181, jan/jun. 2011). p. 173

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Andréa Karla Cavalcanti da Mota Cabral de. **Histórico, produção e aplicabilidade da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006**. Monografia (curso de Especialização em Processo Legislativo) – Centro de Treinamento e Aperfeiçoamento, Câmara dos Deputados, 2011. p. 33



aplicação das disposições do tratado levando em conta as particularidades dos sistemas jurídicos<sup>24</sup>.

O Brasil adotou essa convenção em 1984, porém ressaltou alguns dos pontos, em razão de incompatibilidade jurídicas de alguns temas. O instrumento que internalizou essa política foi o Decreto nº 4.377 de 2002<sup>25</sup>.

Consequente, o Brasil se tornou signatário da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará de 1994, que foi internalizado por meio do Decreto nº 1.973/1996<sup>26</sup>.

E mais tarde, em 1998, se tornou signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizado no sistema jurídico por meio do Decreto Legislativo nº 89/1998<sup>27</sup>, esse instrumento fez com que o Brasil se reconhecesse como membro da Organização dos Estados Americanos (OEA), concordando pela jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e ao Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

É possível observar que, até esse momento, o Brasil se comprometeu, em âmbito internacional, a proteger e dar condições de proteção às mulheres, especialmente as que sofrem violência doméstica. Contudo, no plano interno, não

---

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Andréa Karla Cavalcanti da Mota Cabral de. **Histórico, produção e aplicabilidade da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006**. Monografia (curso de Especialização em Processo Legislativo) – Centro de Treinamento e Aperfeiçoamento, Câmara dos Deputados, 2011. p. 34

<sup>25</sup> BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm). Acesso em: 06 out. 2019

<sup>26</sup> BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1 de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm). Acesso em: 06 out. 2019

<sup>27</sup> BRASIL. **Decreto Legislativo nº 89, de 1988**. Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1998/decreto-legislativo-89-3-dezembro-1998-369634-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 06 out. 2019



havia ações afirmativas para criar alguma política pública para coibir ativamente a segregação feminina no espaço sócio-político brasileiro. Apenas com a trágica história pessoal e processual de Maria da Penha Maia Fernandes, que chamaram a atenção ao Brasil.

Em 25 de maio de 1983, Marco Antônio de Heredias Viveros, disparou um tiro de espingarda contra a sua esposa, Maria da Penha, deferida no dorso da vítima, enquanto ela dormia. Essa lesão lhe custou os movimentos do corpo, deixando-a paraplégica irreversivelmente. O acusado à época informou que indivíduos haviam invadido o domicílio e eles haviam atirado na esposa dele<sup>28</sup>.

Ao sair da emergência médica, Maria da Penha foi submetida ao cárcere privado, além de continuar a ser vítima da violência doméstica do marido. A premeditação de uma nova tentativa de assassinato ficou evidente quando Marco Antônio tentou eletrocutá-la durante o banho, além de ter obrigado ela a fazer um seguro de vida com ele sendo o beneficiário<sup>29</sup>.

Em 1982, foi iniciado o processo de perseguição contra o agressor junto à justiça brasileira, e somente após sete anos ele foi condenado à uma pena de 15 anos de prisão, contudo, essa condenação foi anulada no ano de 1992, e em 1996 houve um novo julgamento que condenou o agressor em 10 anos de prisão. Devido aos recursos interpostos pelos advogados, o agressor não foi preso. Nesse meio tempo, em 1994, a vítima escreveu o livro: “Sobrevivi, posso contar”, a qual ganhou grande repercussão.

Mesmo passados 15 anos da denúncia e julgamentos, o agressor da Maria da Penha, não havia recebido uma condenação da justiça brasileira e continuava em liberdade, devido à esse fato e também pelo conhecimento do livro da vítima pelo Centro de Justiça e Direito Internacional (CEJIL), este, a vítima e o Comitê Latino-

---

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Andréa Karla Cavalcanti da Mota Cabral de. **Histórico, produção e aplicabilidade da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006**. Monografia (curso de Especialização em Processo Legislativo) – Centro de Treinamento e Aperfeiçoamento, Câmara dos Deputados, 2011. p. 34

<sup>29</sup> Op. Cit





Americano do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher) formalizaram uma denúncia formal contra o Brasil junto à OEA, no órgão responsável de averiguar suspeitas de violação aos direitos humanos estabelecidos pelos signatários de tratados internacionais: Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

A denúncia tomou repercussão internacional devido à aceitação da representação contra o Brasil, por meio do Relatório 54/2001 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), com fundamento de violação de três acordos internacionais assinados e ratificados pelo governo federal, sendo eles: A Convenção Americana de Direitos Humanos (artigos 1º, 8º, 24 e 25); A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (artigos 2 e 18); e a Convenção de Belém do Pará (artigos, 3º; 4º, a, b, c, d, e, f e g; 5º e 7º)<sup>30</sup>.

Nas conclusões do tema, o relatório reconhece que o governo brasileiro (que sequer havia controvertido o tema e não apresentou qualquer prova da não- violação) descumpriu os dispositivos citados, em especial os de garantia proteção judicial e garantir, por meios próprios a obrigação de respeitar os direitos humanos, em decorrência do longo tempo de processamento do agressor, atribuindo como “dilação injustificada” e “tramitação negligente”<sup>31</sup>.

Com os olhos voltados para o Brasil e a crescente pressão, o processo do agressor foi finalizado, com o resultado de condenação. Ele foi preso por 2 anos de prisão em regime fechado. Em atenção às recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) o presidente à época, promulgou com base nos dispositivos internacionais acima citados e no art. 226, § 8 da Constituição Federal<sup>32</sup>, a Lei nº 11.340 de 2006<sup>33</sup>, com vigor a partir de 22 de setembro de 2006,

---

<sup>30</sup> ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos (OEA). **Relatório Anual 2000 – Relatório Anual nº 54/01**. Caso 12.051 – Maria da Penha Maia Fernandes. Brasil, 4 abr. 2001. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299\\_Relat%20n.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf). Acesso em: 15 out. 2019. p. 7-12

<sup>31</sup> ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos (OEA). **Relatório Anual 2000 – Relatório Anual nº 54/01**. Caso 12.051 – Maria da Penha Maia Fernandes. Brasil, 4 abr. 2001. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299\\_Relat%20n.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf). Acesso em: 15 out. 2019. p. 13.14.

<sup>32</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil. 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 09 out. 2019



conhecida também como Lei Maria da Penha, em referência à luta da mulher que lutou por anos contra a violência doméstica.

Um estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) avaliou que a criação da Lei Maria da Penha<sup>34</sup> criou mecanismos para combater a violência doméstica sob três aspectos: i) aumento da pena para o agressor; II) aumento do empoderamento e do aparato de segurança para as vítimas e; III) aperfeiçoamento do sistema jurisdicional brasileiro, para que fosse mais célere quando envolver violência doméstica. Todos esses fatores perpassam pelas formas de violência explicadas na lei (a violência física, psíquica e sexual) que forem praticadas dentro do âmbito doméstico (o que não significa dizer que fisicamente a casa, mas sim o da afetividade em si, a convivência conjugal)<sup>35</sup>.

Já no artigo 11 da Lei nº 11.340/2006, são definidos comandos à autoridade policial (ordinariamente o delegado de polícia) para o correto acolhimento da vítima, consistente em cinco medidas: a) a garantia de proteção policial e comunicação ao Ministério Público e ao poder judiciário; b) encaminhamento para o hospital (ou posto de saúde) e para o Instituto Médico Legal (para exame de corpo de delito); c) transporte para um abrigo para a vítima e seus dependentes, ou colocá-la em local seguro quando houver perigo de vida; d) acompanhar a vítima para retirar seus

---

<sup>33</sup> BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 30 set. 2019

<sup>34</sup> BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 30 set. 2019

<sup>35</sup> CERQUEIRA, Daniel, et al. Avaliando a efetividade da lei maria da penha. Brasília, mar. 2015. p.8. Disponível em: [http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2048k.pdf](http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2048k.pdf). Acesso em 25 abr. 2019



pertences do domicílio (quando necessário) e; e) informar à vítima os seus direitos conferido pela lei e os serviços à disposição<sup>36</sup>.

O artigo 22 da lei acima referida, preceitua medidas contra o agressor, que vão desde a suspensão de posse ou porte de armas até a prestação de alimentos provisionais. Essa disposição ressalta a importância para coibir e prevenir a vítima de possíveis situações temerárias, especialmente ao risco de vida. Lima explica que recebida a queixa a vítima não poderá desistir do processamento do agressor, e em casa da autoridade policial for omissa na apuração ou em seguir as condutas dos artigos anteriormente citados, além das demais disposições, serão responsabilizados<sup>37</sup>.

Para não banalizar a violência doméstica no Brasil, assim como acontecia anteriormente<sup>38</sup>, a Lei nº 11.340/2006 impediu que as disposições de “despenalização” ou “descarcerização”<sup>39</sup> da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais)<sup>40</sup> pudessem ser aplicadas às penas definidas pela Lei Maria da Penha, independentemente da pena aplicada ao crime (art. 41), e para melhor atender a celeridade judicial, as demandas seriam resolvidas em um Juizado Especial de

---

<sup>36</sup> BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 30 set. 2019

<sup>37</sup> LIMA, Altamiro Araújo de. **Lei maria da penha** - comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Mundo Jurídico. 2007. 1. p. 67

<sup>38</sup> Tomaz explica que anteriormente à lei, as questões envolvendo violência doméstica contra a mulher, era possível aplicar os institutos despenalizadores, e muitas das demandas eram resolvidas com a doação de cestas básicas para instituições carentes, o que causa banalização e sentimento de impunidade ao agressor. [TOMAZ, Luana de Souza. **Da expectativa a realidade: a aplicação de sanções na lei maria da penha**. Tese (doutorado em Direito, Justiça e Cidadania no séc. XXI) – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2016. p.12].

<sup>39</sup> TOMAZ, Luana de Souza. **Da expectativa a realidade: a aplicação de sanções na lei maria da penha**. Tese (doutorado em Direito, Justiça e Cidadania no séc. XXI) – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2016. p.12.

<sup>40</sup> BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 17 out. 2019



Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher com atribuição de resolver as questões civis e criminais da violência (art. 14).

Apesar da criação da Lei Maria da Penha, não é possível, ainda, dizer que os estados brasileiros possuem a estrutura necessária para o aparato completo para acolher a vítima de violência doméstica e para coibir e garantir a proteção da vítima e educação do agressor, especialmente as casa de abrigo, as delegacias especializadas (que serão melhor tratadas no capítulo seguinte) ou até mesmo o juizado específico nos municípios menores.

Sobre essa falta de infraestrutura, foi formada uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) do Congresso Nacional em 2011 para apurar a falta de condições, ausência de políticas públicas e denúncias de omissões do poder público, ao tratar as mulheres em situação de violência em todas as unidades federativas. O relatório dessa comissão foi aprovado no ano de 2013, e naquela época, já apontava uma realidade cruel para as mulheres que sofrem da violência doméstica.

Em Rondônia, estado que proporcionalmente se mata mais mulheres (15,3 a cada 100 mil mulheres) tinha apenas uma delegacia especializada. Em Manaus (Amazonas), havia cerca de 4,5 mil inquéritos estavam engavetados. Em Boa Vista (Rondônia), a delegacia da mulher não dispunha de telefone ou internet e viaturas estavam paradas por falta de manutenção. Com exceção da delegacia da mulher de Brasília, as demais delegacias não tinham pessoal preparado para atender as vítimas. O número de juizados era menor que o número de delegacias da mulher<sup>41</sup>.

Sobre os juizados, foi constatado que maioria deles estavam concentrados nas grandes capitais ou grandes cidades, e as pequenas cidades/municípios, com média de três juizados por unidade federativa, e com número de funcionários reduzidos. Minas Gerais, por exemplo, os três juizados do estado contabilizavam 58 mil processos à espera de julgamento. Essa realidade consubstancia-se em duas

---

<sup>41</sup> SANEAMENTO, a linha divisória da saúde pública: proteção às vítimas ainda é insuficiente. **Revista Em discussão**, Brasília, ano 7, n. 27, p. 32, mar. 2016. p. 32-38



consequências: a) a demora do processamento dos casos com sentenças sendo declaradas muito distante da queixa (risco de prescrição); b) os juizados se limitavam à resolver questões criminais e ignorando as questões civis (divórcio, pensão, guarda etc)<sup>42</sup>.

Somado à isso, os casos de violência doméstica têm ganhado maior destaque nacional, e, desde a criação do crime de feminicídio, esta realidade se mostra ainda mais cruel. Pelos números, uma reportagem do portal de notícias G1, mostra que apenas no primeiro trimestre de 2019, houve o aumento de 76% nos casos só no Estado de São Paulo. Outro dado alarmante foi de que no ano de 2018 haviam sido relatados 21 casos de feminicídio, e apenas nos três primeiros meses, já haviam sido registrados 37 casos<sup>43</sup>.

No capítulo seguinte, será tratado acerca da criação das delegacias de polícia especializadas no atendimento, repressão e prevenção da violência contra a mulher, criada pela Lei e quais as suas atribuições para garantir os direitos da mulher em condição de abuso, e ainda será mostrado dados relativos à estrutura, ou a ausência dela, em alguns dos estados da federação brasileira. Assim, será possível aferir que, o Estado contribui para que a situação de violência se perpetue.

### **3 AS DELEGACIAS ESPECIALIZADAS DE ATENDIMENTO À MULHER**

De início, para o debate acerca do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, apresenta-se o panorama delineado pela autora Cecília Macdowell Santos, que identificou três momentos para estabelecer os marcos históricos dessa luta: I) a criação da primeira delegacia da mulher, em 1985; II) Surgimento dos

---

<sup>42</sup> SANEAMENTO, a linha divisória da saúde pública: proteção às vítimas ainda é insuficiente. **Revista Em discussão**, Brasília, ano 7, n. 27, p. 32, mar. 2016, p. 32-38

<sup>43</sup> ACAYABA, Cíntia; ARCOVERDE, Léo. Casos de feminicídio aumentam 76% no 1º trimestre de 2019 em SP; número de mulheres vítimas de homicídio cai. São Paulo, **G1 SP e Globo News**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/04/29/casos-de-feminicidio-aumen-tam-76percent-no-1o-trimestre-de-2019-em-sp-numero-de-mulheres-vitimas-de-homicidio-cai.gh.html>. Acesso em: 17 out. 2019



Juizados Especiais Criminais, em 1995 e; III) Promulgação da Lei Maria da Penha, em 2006. A autora citada explica que esses três momentos representam fluxos e refluxos das lutas feministas pelos direitos e garantias de políticas públicas que só foi possível graças às forças sociopolíticas do feminismo<sup>44</sup>.

Para melhor contextualizar o estudo, volta-se aos anos de 1980, onde as lutas feministas tomaram grande força devido à casos de violência contra a mulher que culminavam em absolvição dos maridos agressores (ou até mesmo assassinos), já que os tribunais atribuíam aos delitos a tese de “legítima defesa da honra”. Grupos feministas, como o SOS Mulher, se formaram para montar um aparato de proteção às mulheres que sofriam violência<sup>45</sup> (independente de classe social, raça, cor, etnia ou ideologia)<sup>46</sup>.

A abertura política para essas reivindicações aconteceu antes da Constituição de 1988, iniciado no governo civil de Jose Sarney, entre os anos de 1985- 1989, com a criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, integrado por membros do estado e representantes da sociedade civil (a maioria de feministas), que, segundo Macaulay, teve grande importância em levar os anseios feministas para a nova constituição em cerca de 80% das reivindicações<sup>47</sup>.

Já na esfera estadual, o Estado de São Paulo teve grande destaque, visto que foi o pioneiro em relação à criação da primeira delegacia especializada em atender as demandas de mulheres vítimas de violência. O governador eleito à época pelo Movimento Democrático Brasileiro (MDB), Franco Montoro, em atenção às

---

<sup>44</sup> SANTOS, Cecília Macdowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. Publicação Online, **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 89, jun. 2010. p. 153. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/3759>. Acesso em: 17 out. 2019.

<sup>45</sup> GROSSI, Miriam Pillar. **Discours sur les femmes battues: représentations de la violence sur les femmes au Rio Grande do Sul**. Tese de doutorado, Universidade de Paris V, 1988

<sup>46</sup> GREGORI, Maria Filomena. **Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista**. São Paulo: Paz e Terra, 1993

<sup>47</sup> MACAULAY, Fiona. **Difundiéndose hacia arriba, hacia abajo y hacia los lados: políticas de género y oportunidades políticas en Brasil – De lo privado a lo público**: 30 años de lucha ciudadana de las mujeres en América Latina. México: Siglo XXI - UNIFEM: LASA, 331-345, 2006



demandas feministas, criou em 1983 o Conselho Estadual de Condição Feminina (CECF), que tinha como prioridade o tema da violência.

A Comissão de Violência definiu que as causas da violência doméstica e conjugal contra a mulher eram resultantes de problemas sociais e estruturais, anteposto de dominação masculina por meio do abuso físico, sexual e psicológico. Para combater essa realidade a CECF propôs uma política integrada de serviços, consistentes em: assistência em saúde, assistência psicológica, atendimento policial (capacitado), casa-abrigo, educação etc<sup>48</sup>.

Em 1984, foi criado o Centro de Orientação Jurídica e Encaminhamento à Mulher (COJE) para a prestação de serviços jurídicos e psicológicos, contudo, essas medidas conquistadas pelos anseios feministas logo foram absorvidos pelo Estado de forma precária e temporária, já que o caráter de voluntariado enfraqueceu a estrutura montada pelo governo. Com as delegacias da mulher, Santos explica que esses anseios e lutas foram praticamente silenciados<sup>49</sup>.

Com idealização de Michel Temer, então Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, aonde as delegacias da mulher seriam compostas por policiais femininas e especializadas em crimes contra a mulher, o governador Franco Montoro em agosto de 1985 criou a primeira delegacia da mulher do Brasil e da América Latina, por meio do Decreto nº 23.769/1985<sup>50</sup> do Estado de São Paulo.

A elaboração do decreto foi realizada em conjunto com o governo estadual e as reivindicantes feministas, que estudaram e discutiram sobre as atribuições acerca da atribuição da nova delegacia, as relações desta com o Conselho Estadual de Condição Feminina (CECF) e organizações feministas não governamentais. Para

---

<sup>48</sup> SANTOS, Cecília MacDowell. **Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: lutas feministas e políticas públicas sobre violência contra mulheres no Brasil**. Oficina do CES, 301, 2008

<sup>49</sup> SANTOS, Cecília MacDowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. Publicação Online, **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 89, jun. 2010, p. 157. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/3759>. Acesso em: 17 out. 2019

<sup>50</sup> SÃO Paulo. **Decreto nº 23.769, de 6 de agosto de 1985**. Cria a Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1985/decreto-23769-06.08.1985.html>. Acesso em: 17 out. 2019



explicar o resultado dessa colaboração, a autora utiliza de um trinômio: *absorção, tradução e traição*. O primeiro e o segundo estão intimamente ligados, pois o governo de São Paulo absorveu (atendeu) parcialmente os anseios feministas e foram traduzidos (materializados) em serviços policiais (centro da política pública). Justamente essa tradução que ensejou a traição (desvio do objetivo), visto que o foco da abordagem se voltou à criminalização e não na “institucionalização da capacitação de funcionárias das DDM a partir de uma perspectiva feminista”<sup>51</sup>.

Os governos paulistas seguintes não inovaram ou fortaleceram as ligações com a CECF, e esta não conseguiu também formar uma defesa feminista que tivessem consenso, eficácia e representatividade. Somado a isso, o governo não capacitou os agentes policiais com a perspectiva de gênero para abordar as vítimas, o que tornava a delegacia da mulher, apenas mais uma unidade policial<sup>52</sup>.

Na seara da administração pública federal, os governos Fernando Collor (1990-1992), Itamar Franco (1992-1993) e Fernando Henrique Cardoso (1995-1998 e 1999-2002) não modificaram ou fortaleceram a estrutura do Conselho Nacional de Defesa da Mulher, que já havia sido enfraquecido com o governo Collor que praticamente retirou as feministas do governo federal. Essa situação apenas começou a mudar no final do segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso e no governo Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2006 e 2006-2010)<sup>53</sup>.

Passando ao segundo marco delineado por Santos, a criação dos juizados especiais, começou no ano de 1995 com a Lei nº 9.099/95<sup>54</sup> com o objetivo de simplificar a justiça civil e criminal e torna-la mais eficiente quando a lide não

---

<sup>51</sup> SANTOS, Cecília Macdowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. Publicação Online, **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 89, jun. 2010. p. 158. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/3759>. Acesso em: 17 out. 2019

<sup>52</sup> Santos, Cecília MacDowell. **Women's Police Stations: Gender, Violence, and Justice in São Paulo, Brazil**. New York: Palgrave Macmillan, 2005

<sup>53</sup> SANTOS, Cecília Macdowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. Publicação Online, **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 89, jun. 2010. p. 159. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/3759>. Acesso em: 17 out. 2019

<sup>54</sup> BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm). Acesso em: 18 out. 2019





envolvesse uma questão complexa. Para os juizados especiais criminais, a questão seria resolvida pela aplicação de penas alternativas em substituição das penas repressivas (reclusão e detenção), desde que fosse de menor potencial ofensivo (até dois anos de pena abstrata).

Ainda que tinha sido idealizado para resolver as questões de violência doméstica (lembrando que esse período é 11 anos antes da Lei nº 11.340/2006<sup>55</sup>), o juizado criminal influenciou do funcionamento das delegacias de defesa da mulher, visto que foi retirado destas a mediação de conflitos procedimentos investigativos, pois os crimes de maior registro nas delegacias eram a lesão corporal leve e ameaça, cujas penas são inferiores à dois anos<sup>56</sup>.

Debert explica que o modelo e conciliação dos juizado especiais criminais na área de família (responsáveis pela apuração das denúncias de violência doméstica) promovia judicialização da família e despolitização da justiça, além de que a idealização das delegacias especializadas e dos juizados criminais em relação aos sujeitos de direitos da relação são diversos, já que na primeira o foco é a mulher em estado de violência, enquanto que no segundo o sujeito é coletivo familiar. Portanto, para Debert, a conciliação e a função assistencialista incorporadas às delegacias da mulher, são prejudiciais<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 30 set. 2019

<sup>56</sup> BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM). Pesquisa nacional sobre as condições de funcionamento das delegacias especializadas no atendimento às mulheres: **Relatório final**. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. Brasília, 2001

<sup>57</sup> DEBERT, Guita Grin. As delegacias de defesa da mulher: judicialização das relações sociais ou politização da justiça?, in Mariza Corrêa e Érica Renata de Souza (orgs.), **Vida em família: uma perspectiva comparativa sobre “crimes de honra”**. Campinas: Pagu-Núcleo de Estudos de Gênero/Universidade Estadual de Campinas, 16-38, 2006



Ao terceiro ponto, a criação da Lei Maria da Penha<sup>58</sup>, Santos explica que até o ano de 2004 não havia em tramitação qualquer projeto que envolvesse a violência família e doméstica contra a mulher. Franceschet ainda ensina que os demais países da América Latina adotaram legislações tratando o tema como assunto da esfera civil, excluindo a esfera criminal<sup>59</sup>. No caso brasileiro, a iniciativa começou com o Projeto de Lei nº 4.559/2004, que foi desenhado com os anseios feministas previu uma série de medidas protetivas, preventivas e criminais com abordagem multidisciplinar para combater a violência contra a mulher no ambiente doméstico<sup>60</sup> (passando pelos âmbitos criminais, civis e administrativos).

No ano de 2003, o governo Lula criou a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM) com status ministerial, que atuaria a criação e execução de políticas públicas e garantias para as mulheres, especial às que estivessem em condição de violência. No último ano do governo de Fernando Henrique Cardoso, foi criada a Secretaria de Estado dos Direitos da Mulher (SEDIM), que não teve impacto ou estrutura suficiente (em razão do curto período de existência) para política nacional<sup>61</sup>.

Essa secretaria mudou o paradigma das políticas públicas para o combate da violência no âmbito doméstico (visto que antes a secretaria do governo Fernando Henrique Cardoso não podia executar políticas públicas, pela ausência de status de ministério), e assim, a abordagem se voltou a criar uma rede integrada pautada na

---

<sup>58</sup> BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 30 set. 2019

<sup>59</sup> FRANCESCHET, Susan. The Politics of Domestic Violence Policy in Latin America. In: INTERNATIONAL CONGRESS OF THE LATIN AMERICAN STUDIES ASSOCIATION, XXVII., Montreal. Anais... Montreal, 2007

<sup>60</sup> SANTOS, Cecília Macdowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. Publicação Online, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 89, jun. 2010. p. 162. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/3759>. Acesso em: 17 out. 2019

<sup>61</sup> PASINATO, Wânia; SANTOS, Cecília MacDowell. *Mapeamento das delegacias da mulher no Brasil*. Campinas: Núcleo de Estudos sobre gênero Pagu, 2008. p. 16



“transversalidade”, e não apenas na criação e articulação de delegacias da mulher, mas que esta seria apenas a porta de entrada do sistema<sup>62</sup>.

A transversalidade e a rede integrada do sistema consistiriam em dois eixos, um horizontal e um vertical. O primeiro eixo, focado nos serviços a serem disponibilizados para assegurar o correto atendimento, para que seja eficiente a proposta demanda um atendimento intersetorial (mais uma área de atendimento, seja em serviços disponível, como em locais físicos de acordo com a situação para os casos que envolverem perigo às vítimas). O segundo eixo está voltado na articulação entre as políticas federais, estaduais e municipais, para o oferecimento dos serviços e seu fortalecimento institucional<sup>63</sup>.

Para materializar a proposta de combate, a SPM lançou dois planos importantes: 1) Plano Nacional de Prevenção, Enfrentamento e Erradicação da Violência contra a Mulher, em 2003; e 2) Plano Nacional de Políticas para a Mulher, em 2005. O conceito do primeiro plano consistia no combate da cultura do machismo que subjuga a mulher em condição de propriedade e não de pessoa. Já o segundo plano tinha dois objetivos bases e uma série de metas a serem alcançadas<sup>64</sup>.

Os objetivos e metas do PNPM, descrito por Pasinato e Macdowell descrevem como objetivos principais: 1) Implantação da Políticas Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher e; 2) Garantir o correto atendimento (integral e humanizado) às vítimas de violência doméstica. Para tanto, foram estabelecidos cinco metas: a) definição das aplicações de normas técnicas nacionais para o funcionamento de serviços da rede integrada (seja por prevenção, assistência ou enfrentamento) contra a violência doméstica; b) integração de serviços locais/municipais, regionais/estaduais e os nacionais; c) instituir Mapeamento de Delegacias Especializadas em atendimento à Mulher no Brasil, com o oferecimento

---

<sup>62</sup> Op. Cit

<sup>63</sup> PASINATO, Wânia; SANTOS, Cecília MacDowell. **Mapeamento das delegacias da mulher no Brasil**. Campinas: Núcleo de Estudos sobre gênero Pagu, 2008. p. 16

<sup>64</sup> PASINATO, Wânia; SANTOS, Cecília MacDowell. **Mapeamento das delegacias da mulher no Brasil**. Campinas: Núcleo de Estudos sobre gênero Pagu, 2008. p. 17



de 17 programas da rede especializadas; d) Ampliar em 50% o número de delegacias especializadas ou nos núcleos existentes nas delegacias existentes; e) aumentar em 15% os serviços de atenção à mulher em condição de violência<sup>65</sup>.

Na meta “d”, o Plano Nacional Política para as Mulheres especifica quais são os serviços a serem disponibilizados pela vítima: atendimento policial pelas delegacias especializadas no atendimento à mulher em condição de violência doméstica; apoio da Polícia Militar, Corpo de Bombeiros, Centro de Referência, Casas-Abrigo, Serviços de Saúde, Instituto Médico Legal, Defensorias Públicas, além da inserção e condições especiais para programas sociais de trabalho, habitação e renda, educação e cultura; acesso facilitado à justiça, movimentos sociais e conselhos<sup>66</sup>.

Para padronizar os diversos modelos de delegacias da mulher existentes até aquele momento, a Secretária Especial de Políticas para a Mulher lançou em 2006 a Norma Técnica de padronização de Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher (NT). A elaboração desse documento contou com a participação de especialistas, pesquisadores e policiais, com o objetivo de promover o apoio institucional do poder público para capacitar os profissionais da rede policial e de apoio (médico e psicológico, das casas de abrigo e outros serviços) e atribuir às delegacias especializadas a responsabilidade gerencial da rede integrada<sup>67</sup>.

Esse documento estabelece o passo-a-passo a ser seguido durante o atendimento à mulher, além de definir qual a estrutura mínima que as delegacias devem contar para realizar o atendimento médico e/ou psicológicos, com participação

---

<sup>65</sup> BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para Mulheres/Presidência da República (SPM/PR). **Plano Nacional de Políticas para as Mulheres**. Brasília, 2005. Disponível em: [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pnpm\\_compacta.pdf](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pnpm_compacta.pdf). Acesso em: 11 nov. 2019

<sup>66</sup> BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para Mulheres/Presidência da República (SPM/PR). **Plano Nacional de Políticas para as Mulheres**. Brasília, 2005. p. 19-20. Disponível em: [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pnpm\\_compacta.pdf](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pnpm_compacta.pdf). Acesso em: 11 nov. 2019

<sup>67</sup> BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para Mulheres/Presidência da República (SPM/PR). **Norma Técnica de Padronização das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher**. Brasília, 2006. Disponível em: [www.observatoriodegenero.gov.br/publicacoes/at\\_download/file](http://www.observatoriodegenero.gov.br/publicacoes/at_download/file). Acesso em: 11 nov. 2019. p. 22



das demais delegacias da polícia civil. O documento, ainda, aponta a falta de apoio institucional por parte do poder público nos estados para estruturar (com serviços e pessoal as delegacias especializadas, e isso quando elas existem) e apoiar financeiramente o aparato médico, psicológicos e de abrigos<sup>68</sup>.

### **3.1 A normatização do centro de referência de atendimento à mulher**

Assim como as delegacias especializadas da mulher, os Centros de Referência (Especializados) de Atendimento à Mulher (CRAM/CEAM) possuem regulamentação para que, sendo parte da rede integrada de assistência integral, preste os primeiros serviços da vítima de violência após o registro em uma delegacia especializada em atendimento à mulher.

Historicamente, o berço dessa iniciativa surgiu em São Paulo, no ano de 1980, com o programa chamado SOS Mulher (que ainda está vigente no Estado de São Paulo<sup>69</sup>), o programa tinha como objetivo inicial, ser um canal de denúncias de violência doméstica, o seu aperfeiçoamento (até hoje) envolve uma série de serviços, de alcance até maior que os do CRAM da Lei Maria da Penha, pois oferece um banco estadual de empregos, um banco próprio de financiamento e incentivo ao empreendedorismo da mulher e direcionamento à outros serviços.

Em 1984, como foi explicado em capítulo anterior, foi inaugurado o Centro de Orientação Jurídica e Encaminhamento à Mulher (COJE), oferecendo para mulheres os atendimentos de prestação de serviços jurídicos e psicológicos. Esse centro nasceu como uma demanda de movimentos feministas, porém toda a sua prática era por voluntárias e pouca de iniciativa estatal. Essa estrutura foi logo

---

<sup>68</sup> PASINATO, Wânia; SANTOS, Cecília MacDowell. **Mapeamento das delegacias da mulher no Brasil**. Campinas: Núcleo de Estudos sobre gênero Pagu, 2008. p. 17

<sup>69</sup> Serviço ativo, com o objetivo de permitir denúncias de violência doméstica. Disponível em: <https://www.sosmulher.sp.gov.br/>. Acesso em: 27 maio 2020



absorvida por outras estruturas do Estado, especialmente pelas delegacias da mulher<sup>70</sup>.

Outra iniciativa que permitiu a criação do CRAM foi o lançamento da Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180 em 2005, e no ano seguinte a edição e publicação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) que demandou e veiculação em todos os estados e no Distrito Federal em criar serviços de atendimento, integrado com a delegacia especializada em atendimento à mulher em situação de violência.

Sabido que o CRAM é uma política pública de promoção de atendimento multiprofissional, demanda que o agente ali inserido esteja capacitado para ouvir a vítima da forma correta e auxiliie na superação da condição de violência e identificar outras formas de violência (que às vezes não é do conhecimento dela) que foram praticados contra ela.

A Presidência da República editou e publicou a Norma Técnica de Uniformização dos Centro de Referência de Atendimento à Mulher em situação de violência, em 2006, estabelecendo uma série de requisitos mínimos, objetivos e serviços a serem prestados. De início a norma define que a CRAM é uma unidade de articulação entre os serviços da rede integrada, com a DEAM, com órgãos públicos, com saúde, segurança pública para facilitar o atendimento<sup>71</sup>.

Dayrell explica que o Centro de Referência é importante, pois é elemento da desconstrução da violência, pois a sua atividade preventiva trabalha para acabar com o ciclo de violência da mulher (no seu âmbito doméstico) e do âmbito social. O centro de referência, então, fornecerá um suporte amplo para a tomada das decisões, visto que a mulher agredida (seja física, verbal, moral, patrimonialmente) não dispõe de condições, muitas vezes, de se ver como vítima. Por isso o papel de

---

<sup>70</sup> SANTOS, Cecília Macdowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. Publicação Online, **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 89, jun. 2010. p. 157. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/3759>. Acesso em: 27 maio 2020

<sup>71</sup> BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para Mulheres. **Norma Técnica de Uniformização - Centros de Referência de Atendimento à Mulher em Situação de Violência**. Brasília, 2006. p. 47



instruir as mulheres é crucial, pois identificando as vítimas e agressores, que se conseguirá acabar com o ciclo<sup>72</sup>.

Entre os objetivos definidos na norma técnica de uniformização estão: a atividade de prevenção à violência doméstica, o aconselhamento e acompanhamento jurídico, atendimento psicossocial, atendimento em momento de crise, todos esses serviços com profissionais capacitados (tanto para atuação, quanto para atendimento específico à vítima de violência doméstica), contando com uma rede de atendimento local, ao mesmo tempo que coleta dados da violência naquela localidade<sup>73</sup>.

Para ilustrar essa realidade, usa-se de exemplo a pesquisa realizada por Lima *et al*, na unidade do Centro de Referência de Apoio à Mulher da cidade de Londrina/PR e regiões. A unidade oferta atendimento especializado nas áreas jurídicas, psicológicas, educacional segurança e assistência social a mulheres vítimas de qualquer violência<sup>74</sup>.

O atendimento da mulher é iniciado na unidade, que faz o levantamento de dados da mulher (para fins estatísticos de elabora e aperfeiçoamento de políticas públicas) e em seguida, há uma divisão: 1) caso não for necessário outro serviços específico para o caso concreto, a mulher é encaminhada para os outros serviços da própria unidade; 2) caso haja necessidade de um serviço especializada, a mulher é encaminhada para um dos seguintes órgãos: Delegacia da Mulher, Fórum, Unidades Básicas de Saúde (UBS), Conselho Tutelar e outros serviços não abarcados nos parâmetros do CRAM<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> DAYRELL, Vivian de Moura. **Violência de Gênero: uma etnografia no Centro de Referência de atendimentos no DF.** Brasília, Centro Universitário de Brasília – UNICEUB (dissertação de mestrado), curso de mestrado, 2014. p. 58

<sup>73</sup> BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para Mulheres. **Norma Técnica de Uniformização - Centros de Referência de Atendimento à Mulher em Situação de Violência.** Brasília, 2006. p. 47

<sup>74</sup> LIMA, E. C. S. et all. **Políticas públicas e psicologia da “Lei Maria da Penha”.** Londrina, Anais do I Simpósio sobre estudos de gênero e políticas públicas, Universidade Estadual de Londrina, GT. 52, 2010. p. 2

<sup>75</sup> LIMA, E. C. S. et all. **Políticas públicas e psicologia da “Lei Maria da Penha”.** Londrina, Anais do I Simpósio sobre estudos de gênero e políticas públicas, Universidade Estadual de Londrina, GT. 52, 2010. p. 2



Os autores ainda explicam dados sobre o atendimento da unidade:

Em geral as usuárias são de classe social baixa, entre 19 e 45 anos de idade e com pouca escolaridade, sem muitos vínculos familiares, são reincidentes no CRAM e há casos de usuárias que procurou a Instituição no primeiro casamento e agora procura no segundo. Há registro de 25% de reincidência.<sup>76</sup>

Um fato, que atinge o objetivo dessa pesquisa é que os autores chamam a atenção para a composição da unidade e a forma que eles operam, inclusive os estagiários da unidade:

Na cidade de Londrina-PR, é notadamente exemplar o trabalho efetuado pelos profissionais do CRAM e da Secretaria da Mulher. Psicólogos e estagiários trabalham em conjunto com propósitos de atuação, junto à Lei Maria da Penha, tornando instituições de referência no cenário nacional e América Latina. Ao longo de 15 anos de trabalho no CRAM a psicóloga relata que 8.500 usuárias já procuraram a Instituição, passaram pelas oficinas profissionalizantes<sup>77</sup>.

Pode-se deduzir que, os estagiários inseridos nesse sistema, possuem vantagem por terem a oportunidade de entrarem em contato com a orientação, capacitação e manejo ao atendimento em mulheres em condição de violência. Para o operador do direito, essa experiência deveria estar agregado à prática forense, pois o operador do direito poderá entrar em contato com uma vítima em algum momento, ainda que seja apenas a orientação.

Nesse tópico foi possível entender a importância de ter um Centro de Referência de Atendimento à Mulher bem integrado com outros órgãos públicos, pois se tornou um dever do Estado proteger a mulher de todas as formas de violência. E para que esses centros, e os demais serviços, especialmente os de orientação jurídica disponham de profissionais que possam entender, explicar e esclarecer as condições de violência que a vítima vive, para poder restaurar sua vivência social.

---

<sup>76</sup> LIMA, E. C. S. et all. **Políticas públicas e psicologia da “Lei Maria da Penha”**. Londrina, Anais do I Simpósio sobre estudos de gênero e políticas públicas, Universidade Estadual de Londrina, GT. 52, 2010. p. 2

<sup>77</sup> Op cit





Passa à conclusão do trabalho.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final dessa pesquisa, podemos entender que a luta feminista dentro do direito possui muitos obstáculos para que se reconheça um direito da mulher em plenitude. Muita dessa resistência está enraizada no preconceito teórico das teorias feministas que desenvolvem temas de enorme importância para a sociedade brasileira (já que é uma das mais que mata no mundo).

No primeiro capítulo, estudamos a teoria feminista do direito. Nela estudamos temas desenvolvidos por teóricas feministas norte-americanas e europeias sobre o estudo do gênero. O gênero é por definição, a identificação pessoal e social de um indivíduo, e o seu gênero pode, ou não, estar relacionado com o sexo biológico. Esse termo encontra-se voltado para o campo de identificação subjetiva e não objetiva. A identificação objetiva está relacionada ao sexo biológico de um ser humano. Ambos os termos não são equivalentes.

Esse estudo sobre o sexo e o gênero, foram importantes para a inserção desses entendimentos quando da elaboração da Lei Maria da Penha. Em termos teórico a lei possui uma fundamentação que muito é necessária para a realidade brasileira, contudo, a sociedade brasileira, até em seu ambiente acadêmico tem tido resistência em aprimorar e aprofundar o estudo sobre as bases predecessoras da lei.

Nesse capítulo também foi estudado que na mais recente reforma do curso de direito, não houve qualquer menção em criar uma disciplina autônoma em se estudar a teoria feminista do direito, dentro da elaboração da Lei Maria da Penha. Essa falta de discussão pode gerar uma série de deficiências de alunos da graduação em entender a diferença entre os termos “gênero” e “sexo”, os entendimentos das raízes sociológica e psicológica da violência contra a mulher e sobre o correto tratamento à vítima.



É importante capacitar os estudantes de direito para a realidade, pois eles serão os futuros advogados, delegados, promotores de justiça, magistrados e outros operadores do direito que podem, eventualmente ou cotidianamente, lidar com a violência doméstica, e saber tratar e entender as condições da vítima e do agressor, são essenciais para frear a terrível realidade, em que nem mesmo o poder público é capaz de frear a morte de uma mulher a cada duas horas, no Brasil<sup>78</sup>.

No segundo capítulo da pesquisa estudamos as condições fáticas que demandaram do Brasil a necessidade de uma legislação que disciplinasse a violência contra a mulher. Em nível internacional o Brasil se comprometeu, em diversas convenções em criar políticas de repressão à violência e outras formas de maus-tratados contra a mulher. Em nível nacional, o caso de Maria da Penha Maia Fernandes ganhou enorme visibilidade e utilizada como um exemplo da violência de mulheres invisíveis aos olhos do Estado brasileiro, até então.

A Lei Maria da Penha não é uma legislação puramente penal, ela é multifacetada e multidisciplinar, pois cria uma série de mecanismo que regem uma rede assistencial que envolvem serviços de acolhimento, serviço médico, serviço psicológico, assistência social e assistência jurídica. Há previsões de seara civil e administrativas, para que haja a facilidade da mulher (e o núcleo familiar, se for o caso) se resguardem do agressor.

Infelizmente a lei não é aplicada da forma ideal. Muitos estados do Brasil não possuem nem a metade dos serviços que a lei dispõe. Algumas até nem possuem telefone ou internet, o que faz com que o Estado esteja inerte e até seja um colaborador da violência doméstica da mulher. Os serviços básicos que alguns estados possuem estão contando com delegacias da mulher, e, às vezes, com centro de referência de atendimento à mulher.

---

<sup>78</sup> No Brasil, uma mulher é morta a cada duas horas vítima da violência. Publicação Digital, Portal de Notícias G1, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/03/08/no-brasil-uma-mulher-emorta-a-cada-duas-horas-vitima-da-violencia.ghtml>. Acesso em: 27 maio 2020



No terceiro capítulo estudamos a concretização das delegacias especializadas de atendimento à mulher. Essa iniciativa foi muito anterior à Lei Maria da Penha que foi aproveitado e inserido dentro de um conjunto que deveria fornecer todos um atendimento integrado. Nesse capítulo estudamos algumas deficiências e erros realizados por governos em atribuir a titularidade das delegacias apenas mulheres (ainda que seja o mais recomendável), mas de forma que acaba o Estado privilegiando e dando condições de homens não serem capazes de resolver violência doméstica e limitando as delegadas a se fixarem em uma única área de atuação.

Também foi tratado de forma isolada dentro do capítulo sobre a normatização dos Centros de Referência (Especializado) de Atendimento à Mulher (CRAM/CEAM). Que seria o segundo passo do atendimento policial realizado pela Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher (DEAM). Por meio dessa pesquisa, pode-se entender a importância de ter um serviço desse com profissionais que saibam e estejam capacitados para lidar com a violência doméstica.

Por fim, algumas considerações devem ser levadas em conta: a) o direito brasileiro precisa ter uma matéria de estudos teóricos feministas, e isso não resultará em uma violação às convicções sobre a perda/diminuição da masculinidade e nem sobre o tratamento do homem com a mulher, pois o estudo feminista estuda as causas de violência, o estudo do gênero e do sexo, para que não haja confusão no caso concreto; b) a voz das teóricas feminista precisa, mais do que nunca, de visibilidade no meio jurídico e sem que outros juristas deturpem ou utilizem razões androcentricas e; c) o Estado precisa desenvolver as instituições que Lei Maria da Penha exige para que haja a correta integração entre os indivíduos, e se importe com as mortes noticiadas e aquelas que estão invisíveis aos olhos da mídia; d) com o desenvolvimento das instituições, o direito precisa integrar, em matérias práticas, a vivência do aluno de graduação com o ambiente de assistência jurídica ou policial.



## REFERÊNCIAS

ACAYABA, Cíntia; ARCOVERDE, Léo. **Casos de feminicídio aumentam 76% no 1º trimestre de 2019 em SP**; número de mulheres vítimas de homicídio cai. São Paulo, 2019. Disponível em:

<https://g1.globo.com/sp/saopaulo/noticia/2019/04/29/casos-de-feminicidio-aumentam-76percent-no-1o-trimestrede-2019-em-sp-numero-de-mulheres-vitimas-de-homicidio-cai.ghtml>. Acesso em: 17 out. 2019.

ALMEIDA, J. S. **As relações de poder nas desigualdades de gênero**. Série- Estudos - Periódico do Programa de Pós-Graduação em Educação da UCDB, pp. 165-181, jan/jun. 2011).

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM). **Pesquisa nacional sobre as condições de funcionamento das delegacias especializadas no atendimento às mulheres**: Relatório final. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, 2001.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil. 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 09 out. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1 de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm). Acesso em: 06 out. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm). Acesso em: 06 out. 2019.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 89, de 1988**. Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1998/decretolegislativo-89-3-dezembro1998-369634-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 06 out. 2019.



BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm). Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm). Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação (MEC). **Resolução CNS/CES nº 5, de 17 de dezembro de 2018.** Institui as diretrizes curriculares nacionais do curso de direito e dá outras providências. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=104111rces005-18&category\\_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=104111rces005-18&category_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192). Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para Mulheres. **Norma Técnica de Uniformização - Centros de Referência de Atendimento à Mulher em Situação de Violência.** Brasília, 2006.

BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para Mulheres/Presidência da República (SPM/PR). **Norma Técnica de Padronização das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher.** Brasília, 2006. Disponível em: [www.observatoriodegenero.gov.br/publicacoes/at\\_download/file](http://www.observatoriodegenero.gov.br/publicacoes/at_download/file). Acesso em: 11 nov. 2019. p. 22.

BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para Mulheres/Presidência da República (SPM/PR). **Plano Nacional de Políticas para as Mulheres.** Brasília, 2005. p. 19-20. Disponível em: [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pnpm\\_compacta.pdf](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pnpm_compacta.pdf). Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus (HC) nº 277.561/AL.** Ementa: crime de ameaça. lei maria da pena. incidência. relação familiar entre filhas e a genitora. vulnerabilidade atestada pelas instâncias de origem. necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória para a desconstituição de tal



entendimento. impossibilidade na via eleita. constrangimento ilegal não evidenciado. writ não conhecido. Relator: Jorge Mussi. Quinta Turma. Brasília, 06 nov. 2014. DJE 13/11/2014.

CAMPOS, Carmen Hein de. Razão e Sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CERQUEIRA, Daniel, et al. **Avaliando a efetividade da lei maria da penha**. Brasília, mar. 2015. Disponível em: <http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td2048 k.pdf>. Acesso em 25 abr. 2019.

CORRÊA, Mariza. **Os crimes da paixão**. São Paulo: Brasiliense, 1981.

DAYRELL, Vivian de Moura. **Violência de Gênero**: uma etnografia no Centro de Referência de atendimentos no DF. 2014. Dissertação (mestrado) Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, Brasília, 2014.

DEBERT, Guita Grin. As delegacias de defesa da mulher: judicialização das relações sociais ou politização da justiça? In: Corrêa, Mariza e Souza, Érica Renata de. (org.). **Vida em família**: uma perspectiva comparativa sobre “crimes de honra”. Campinas: Pagu-Núcleo de Estudos de Gênero/Universidade Estadual de Campinas, 2006. P.16-38.

DISTRITO FEDERAL. Polícia Militar do Distrito Federal. Prevenção Orientado à Violência Doméstica e Familiar (PROVID). Brasília, 30 maio 2018. Disponível em: <http://servicos.pm.df.gov.br/index.php/policiamento/80-prevencao-orientada-aviolenci-a-domestica-provid>. Acesso em: 28 jan. 2020.

FRANCESCHET, Susan. The Politics of Domestic Violence Policy in Latin America. In: INTERNATIONAL CONGRESS OF THE LATIN AMERICAN STUDIES

ASSOCIATION, XXVII., Montreal. Anais... Montreal, 2007.

GREGORI, Maria Filomena. **Cenas e queixas**: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

GROSSI, Miriam Pillar. **Discours sur les femmes battues**: représentations de la violence sur les femmes au Rio Grande do Sul., 1988. Tese (doutorado), Universidade de Paris França V, 1988.



HARDING, Sandra. **Ciencia y Feminismo**. Madrid: Ediciones Morata, 1996. p. 14.

No Brasil, uma mulher é morta a cada duas horas vítima da violência. Publicação Digital, Portal de Notícias G1, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/03/08/no-brasil-uma-mulher-emorta-a-cada-duas-horas-vitima-da-violencia.ghtml>. Acesso em: 27 maio 2020.

LAURETIS, Teresa. A tecnologia de gênero. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de. **Tendências e Impasses: o feminismo como crítica da cultura**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. p.206-242.

LIMA, Altamiro Araújo de. **Lei maria da penha** - comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Mundo Jurídico, 2007.

LIMA, E. C. S. et al. **Políticas públicas e psicologia da “Lei Maria da Penha”**. Londrina, SIMPÓSIO SOBRE ESTUDOS DE GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS, I, Londrina. Anais... Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2010.

MACAULAY, Fiona. **Difundiéndose hacia arriba, hacia abajo y hacia los lados: políticas de género y oportunidades políticas en Brasil – De lo privado a lo público: 30 años de lucha ciudadana de las mujeres en América Latina**. México: Siglo XXI - UNIFEM: LASA, 2006.

OLIVEIRA, Andréa Karla Cavalcanti da Mota Cabral de. **Histórico, produção e aplicabilidade da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006**. 2011. Monografia (curso de Especialização em Processo Legislativo) – Centro de Treinamento e Aperfeiçoamento, Câmara dos Deputados, Brasília, 2011.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos (OEA). **Relatório Anual 2000 – Relatório Anual nº 54/01**. Caso 12.051 – Maria da Penha Maia Fernandes. Brasil, 4 abr. 2001. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299\\_Relat%20n.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf). Acesso em: 15 out. 2019. p. 7-12.

OLSEN, Francis (ed.) **Feminist Legal Theory: foundations and outlooks**. New York University Press, v.1, p. 473-489, 1995.

PASINATO, Wânia; SANTOS, Cecília MacDowell. **Mapeamento das delegacias da mulher no Brasil**. Campinas: Núcleo de Estudos sobre gênero Pagu, 2008.

SÃO Paulo. **Decreto nº 23.769, de 6 de agosto de 1985**. Cria a Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1985/decreto-23769-06.08.1985.html>. Acesso em: 17 out. 2019.



SANTOS, Cecília Macdowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. Publicação Online, **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 89, jun. 2010. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/3759>. Acesso em: 17 out. 2019.

SCOTT, Joan. “Gênero: uma categoria útil de análise histórica”. **Revista Educação e Realidade**, Porto Alegre, v. 16, n. 2, p. 5-19, jul./dez. 1990. p. 14.

SANEAMENTO, a linha divisória da saúde pública: proteção às vítimas ainda é insuficiente. **Revista Em discussão**, Brasília, ano 7, n. 27, p. 32, mar. 2016

SMART, Carol. La teoria feminista y el discurso jurídico. In BIRGIN, Haydée. **El derecho em el gênero y el gênero em el derecho**. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000. p. 31-71.

SUDRÉ, Lu; COCOLO, Ana Cristina. **Brasil é o 5º país que mais mata mulheres**. São Paulo, UNIFESP, 2016. Disponível em: <https://www.unifesp.br/educacao-atualentreteses/item/2589-brasil-e-o-5-pais-que-mais-mata-mulheres>. Acesso em: 28 jan. 2020.

TOMAZ, Luana de Souza. **Da expectativa a realidade: a aplicação de sanções na lei maria da penha**. 2016. Tese (doutorado em Direito, Justiça e Cidadania no séc. XXI) – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.





# TERRITÓRIO VIRTUAL E A FACE DA VIOLAÇÃO DO DIREITO DAS MULHERES

Juliana Santos Azeredo

## RESUMO

O presente trabalho utiliza-se do método de abordagem dedutivo qualitativo e das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental para responder o problema de pesquisa condizente a quais são as mudanças trazidas pelas novas leis ao combate de crimes sexuais cometidos no ciberespaço. Em primeiro momento, é apresentado o contexto da mulher ao longo dos anos na sociedade e quais os tipos de violência contra a mulher existe no nosso ordenamento jurídico brasileiro. Depois é abordado a ascensão da violência devido a inovações tecnológicas. Com o intuito de melhor compreendê-los, é feita uma apreciação acerca da história da internet e dos crimes cibernéticos sexuais. Ainda, são expostas as legislações que tratam do tema até o ano de 2019, consistentes na Lei Carolina Dieckmann, no Marco Civil, no Código Penal, na Lei Maria da Penha, na Lei n. 13.718/2018 e na Lei n. 13.772/2018, além de alguns projetos de lei ainda em tramitação.

**Palavras-chave:** Direitos. Desigualdade Gênero. Internet. Mulher. Violência. Cybercrimes sexuais.

## INTRODUÇÃO

O tema escolhido tem o intuito de mostrar em que medida a violência praticada por meios cibernéticos mostra a desigualdade de gênero e viola o direito das mulheres.

Optou-se por pesquisar um tema em voga na sociedade atual, diante da gama de problemas relacionados a exposição virtual, gerando danos irreversíveis, tanto para a vítima quanto para o ordenamento jurídico brasileiro, refletindo nas relações interpessoais. Essa exibição tem tanto pontos negativos quanto positivos.



Também se faz necessário mencionar a mutabilidade do presente tema em virtude da grande evolução que o advento da internet tem causado na sociedade, surgindo assim novos obstáculos para a aplicabilidade do direito penal de maneira concisa.

A abordagem da temática se faz presente no cotidiano da população, pois com a evolução constante da tecnologia o acesso à internet está cada vez mais fácil, alterando, inclusive, o modo de relação social entre os indivíduos, que passou a ser de forma mais ampla e instantânea.

Essa troca de informações por meio de redes sociais e outras áreas de comunicação digital têm aberto um espaço muito grande para a violência contra as mulheres neste meio virtual<sup>1</sup>, por mais um meio para a perpetração destas.

A matéria em questão traz uma análise sócio jurídica, relacionando contextos sociais e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, o que o torna muito interessante e robusto, mas ao mesmo tempo cheio de recursos, visto que o assunto é debatido com frequência por autores, Ministros e Deputados.

O tema escolhido será explorado a partir de uma análise crítica sobre a falta de legislação que proteja a mulher da violência de gênero causada por crimes cibernéticos. Portanto, é válido ressaltar que não se trata apenas de aplicabilidade de legislação, mas sim de todo um contexto fático, jurídico e histórico apenas respaldado dentro da jurisdição nacional.

A presente obra, visa também atrair atenção para os debates atuais de projetos de lei da violência de gênero, que surgiram diante da necessidade que a sociedade tem de legislações relacionadas à área específica do direito digital, uma vez que há uma lacuna a ser preenchida oriunda de uma possível falha no campo do saber e um desacordo em conhecimentos ou teorias antes admitidas.

---

<sup>1</sup> LARISI apud GALVÃO, Patrícia. **Violência de gênero na internet**. [s.d]. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-de-genero-na-internet/>. Acesso em: 20 abr. 2019



Primeiramente, pretende-se explorar o contexto histórico mostrando a evolução da mulher na sociedade e depois como e onde surgiu a violência de gênero. Em um segundo ponto, tratar-se-á sobre a violência contra mulher no Brasil incluindo seus tipos. Após, será abordado conceitos e qualificações dos crimes cibernéticos, quais são os atuais crimes da internet ligados às mulheres, como essa situação é vista no Brasil e quais são os meios de propagação.

Por fim, explicar-se-á sobre as atuais legislações de proteção a mulher e a necessidade de criação de uma lei específica, tendo em vista que a violência de gênero no campo cibernético é uma situação bem real e presente no cotidiano, com o surgimento da era digital. Assim, serão enfrentados os termos negligenciados pela população e compartilhadas as propostas de como minimizar o problema aqui identificado e apresentado.

A tarefa desse trabalho não pode ser solitária de forma que convido todas que desejam compartilhar as angústias e descobertas desse tema à leitura crítica da realidade aqui apresentada.

## **1 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SOCIEDADE**

As mulheres, a começar da antiguidade, continuamente sofrem maus-tratos e violência, de forma psicológica, física ou moral, pois estão, desde os primórdios e até os dias atuais em um patamar de submissão em relação aos homens. Não como antigamente, pois houve uma série de mudanças ao longo dos anos. De acordo com Campos<sup>2</sup> e Corrêa as pesquisas apontam que:

A primeira base de sustentação da ideologia de hierarquização masculina em relação à mulher, e sua consequente subordinação, possui cerca de 2.500 (dois mil e quinhentos) anos, através do filósofo helenista Filon de Alexandria, que propagou sua tese baseado nas concepções de Platão, que defendia a ideia de que a mulher pouco possuía capacidade de

---

<sup>2</sup> Amini Haddad Campos recebeu o Prêmio Nacional Carlota Queirós, por sua atuação à promoção da Equidade de Gênero



raciocínio, além de ter alma inferior à do homem. Ideias, estas, que transformaram a mulher na figura repleta de futilidades, vaidades, relacionada tão-somente aos aspectos carnis<sup>3</sup>

Diante disso faz-se necessário um estudo da evolução histórica do papel da mulher na sociedade para que se possa melhor compreender os dias atuais e refletir sobre o modo como o sexo feminino é visto.

## 1.1 Evolução social da mulher e a conquista por direitos sociais

À luz da história, as mulheres sempre tiveram um papel de submissão em relação aos homens. Na criação do mundo, aos olhos dos cristãos, Deus fez o homem e de sua costela a mulher. Esse fato deu origem a uma declaração machista que é reproduzida na sociedade até os dias de hoje, “a mulher veio da costela do homem”, diminuindo a figura feminina, colocando-a em patamar de subordinação<sup>4</sup>

Na pré-história, as mulheres eram encarregadas de cuidar da alimentação de todos, muito mais que os homens, que, por vezes, retornavam sem sucesso da caça. Contudo, com o tempo, elas passaram a ser propriedades, primeiramente de seus pais e posteriormente de seus maridos. Não tinham o direito de participar da política, da economia e nem da vida na sociedade<sup>5</sup>

A partir da antiguidade Oriental, mais precisamente com o advento do Código de Hamurabi<sup>6</sup>, em 2000 a.C, as mulheres foram vistas como escravas domésticas, além de possíveis servas do credor dos maridos temporariamente, caso estes se

---

<sup>3</sup> CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindalva Rodrigues. **Direitos humanos das mulheres**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 99

<sup>4</sup> LIMA, Thauany. **Entenda o patriarcado e como ele afeta homens e mulheres**. 2019. Disponível em: <https://www.msn.com/pt-br/estilo-de-vida/cabelo/entenda-o-patriarcado-e-como-ele-afeta-homens-e-mulheres/ar-BBHrxSs>. Acesso em: 09 dez. 2019

<sup>5</sup> BASEGGIO, Julia Knapp; SILVA, Lisa Fernanda Meyer da. As condições femininas no Brasil colonial. **Revista Maiêutica**, Indaial/SC, v. 3, n. 1, p. 19-30, 17 ago. 2015. Disponível em: [https://publicacao.uniasselvi.com.br/index.php/HID\\_EaD/article/viewFile/1379/528](https://publicacao.uniasselvi.com.br/index.php/HID_EaD/article/viewFile/1379/528). Acesso em: 10 dez. 2019

<sup>6</sup> Código de Hamurabi, representa o conjunto de leis escritas, sendo um dos exemplos mais bem preservados desse tipo de texto oriundo da Mesopotâmia



tornassem insolventes<sup>7</sup> Na sociedade egípcia, dentro da mesma era, as mulheres de classes gozavam de acesso a recursos que as mais humildes não tinham, como por exemplo, o acesso à educação; ou seja, o tratamento não era dado de forma homogênea pelo gênero, e sim pela classe em que ocupavam na sociedade.

Algumas ainda detinham direitos jurídicos, enquanto outras eram responsáveis apenas pelas tarefas do lar, cuidados com a família, trabalhos de tecelagem e campo, possuindo, desse modo, um papel secundário na sociedade.<sup>8</sup> Segundo a pesquisadora Glória Maria D. L. Pratas:

Apesar da discriminação sofrida pelas mulheres ao longo da história, a figura feminina no Egito, se comparada a outras civilizações antigas, com certeza gozava de uma posição social e jurídica privilegiada. Os textos jurídicos encontrados, tratam do casamento, da gestão dos bens, sem esquecer o divórcio, o futuro do patrimônio dos filhos e as questões de herança.<sup>9</sup>

Ainda assim, em meio as dificuldades, existiram destaques femininos na política, dentre elas Cleópatra, responsável pelo comando do Egito.<sup>10</sup>

Entrando na Antiguidade Clássica, é possível inferir que na Grécia Antiga não havia direitos jurídicos para as mulheres, nem educação, ademais, elas, se quer poderiam aparecer sozinhas em público. Nessa mesma época, o homem gozava de todos os direitos e era uma espécie de possuidor tão absoluto da mulher que acreditava ter direito sobre a vida de sua companheira.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> CABANELLAS apud LUSTOSA SOBRINHO, Joaquim. A evolução social da mulher. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 24, n. 96, p. 303-314, out. 1987. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181805>. Acesso em: 07 dez. 2019

<sup>8</sup> TUDOR BRASIL. **A Mulher no Antigo Egito**. 2016. Disponível em: <https://tudorbrasil.com/2016/01/22/a-mulher-no-antigo-egito/>. Acesso em: 10 dez. 2019

<sup>9</sup> PRATAS, Glória Maria. Trabalho e religião: o papel da mulher na sociedade faraônica. **Revista Mandrágora**, São Paulo, v.17, n. 17, 2011, p., 157-173

<sup>10</sup> TUDOR BRASIL, op.cit

<sup>11</sup> LIRA, Higor. **Aspectos históricos da discriminação de gênero e da violência doméstica contra a mulher**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43397/aspectos-historicos-da-discriminacao-de-genero-e-da-violencia-domestica-contra-a-mulher>. Acesso em: 06 out. 2019



Já no Império Romano, a mulher levava o título de *res*, que no latim significa coisa, por serem objetos de constante violência, sem nenhum tipo de reprovação perante a sociedade, o que mostrava assim o autoritarismo do homem.

Esse despotismo da figura masculina surgiu com a figura do patriarcado em que os homens mantinham o poder primário e predominavam em todas as funções de liderança, autoridade, privilegio social e controle de propriedade, não deixando as mulheres terem capacidade jurídica e nem religiosa<sup>12</sup>, uma vez que estas só poderiam participar se tivesse autorização do pai ou do marido<sup>13</sup> Como acentua Fustel de Coulanges<sup>14</sup>:

No mundo greco-romano antigo o poder do marido sobre a mulher excedia as raia do absurdo. Podia vende-la, repudia-la, ou mesmo matá-la, sem que daí decorresse qualquer responsabilidade. Não era livre nem senhora de si mesma. Nunca mandava. Nada podia possuir. Nada lhe cabia reivindicar. Não podia ser defensora nem acusadora, não tinha direito à justiça da cidade, porque possuía em sua própria casa, feita pelo pai e depois pelo marido. Não podia ser de testemunha. Não transmitia os laços de parentescos. Não dava nome à família, porque segundo os antigos, a mulher não transmitia a vida nem o culto<sup>15</sup>

A situação de opressão em que os homens colocavam as mulheres não deixavam que elas fizessem parte da sociedade, pois eram tidas sempre como coisa, não alcançando, de forma alguma, situação de sujeito de direito nas relações jurídicas<sup>16</sup> O jurista Robert Villers afirma que:

---

<sup>12</sup> WIKIPEDIA. **Patriarcado**. 2020 Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Patriarcado>. Acesso em: 12 abr. 2020

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Numa Denis Fustel de Coulanges foi um historiador francês, positivista e gênio do século XIX. Sua obra mais conhecida é *A Cidade Antiga (La Cité Antique)*, publicado em 1864

<sup>15</sup> CABANELLAS apud LUSTOSA SOBRINHO, Joaquim. A evolução social da mulher. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 24, n. 96, p. 303-314, out. 1987. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181805>. Acesso em: 07 dez. 2019

<sup>16</sup> **VILLERS** apud FANCELLO, Marina. **A mulher na idade média**. 2018. Disponível em: <https://medium.com/@marinafancello/a-mulher-na-idade-m%C3%A9dia-84cf0dcedff2>. Acesso em: 09 out. 2019



Em Roma, a mulher, sem exagero ou paradoxo, não era sujeito de direito... Sua condição pessoal, as relações da mulher com seus pais ou com seu marido são da competência da domus da qual o pai, o sogro ou o marido são os chefes todo-poderosos.<sup>17</sup>

Na Idade Média, com a queda do Império Romano do Ocidente, as mulheres começaram a adquirir uma pequena autonomia para conduzir seus próprios negócios, sem a interferência dos maridos ou de seus pais. Elas adquiriram a liberdade de escolha, o direito à propriedade e à educação, em virtude da difusão do Evangelho com o advento do Cristianismo, que, de certa forma, tornou-se responsável por trazer a dignidade da mulher no matrimônio.

Nessa era existiu a figura da Santa Joana D'Arc, chefe militar, que conseguiu conquistar uma boa parte do território francês, sendo logo após traída, vendida ao rei da Inglaterra como se fosse um objeto<sup>18</sup> e condenada a queimar na fogueira na praça de Rouen por vestir-se como homem.<sup>19</sup>

Após este período de grandes avanços, veio a Idade Moderna, a data da queda da Constantinopla<sup>20</sup>, Capital do Império Romano, com seus retrocessos. Tempo em que as mulheres, independentemente de classe social eram reprimidas em sua sexualidade, liberdade de expressão, cultura e saber. Dentro do sistema político e econômico o homem possuía a função central, voltando a predominar o patriarcado, e as mulheres as tarefas caseiras e familiares. Nessa época surgiu a preocupação com o corpo e com etiqueta doméstica. Os costumes cotidianos se tornam símbolos de diferenciação social, empurrando as mulheres a condição de reflexo do ideal masculino de beleza.

---

<sup>17</sup> Ibidem

<sup>18</sup> FANCELLO, op.cit

<sup>19</sup> HIPERCULTURA (comp.). **Conheça a história de Joana d'Arc, a guerreira que se tornou santa.** [s.d]. Disponível em: <https://www.hipercultura.com/historia-de-joana-d-arc/>. Acesso em: 12 abr. 2020.

<sup>20</sup> PISSURNO, Fernanda Paixão. **Queda de Constantinopla.** [s.d]. Disponível em: <https://www.infoescola.com/idade-media/queda-de-constantinopla>. Acesso em: 09 out. 2019



Somente após alguns movimentos liberais na Europa a mulher consegue se desvincular desses afazeres domésticos e passa a integrar o mercado de trabalho, devido também ao capitalismo que trouxe a autossuficiência econômica.<sup>21</sup>

Em suma as mulheres medievais mesmo assumindo, por vezes a liderança, não abdicavam de ter um papel social como mulher. Enquanto as mulheres modernas se espelhavam em um modelo masculino e sacrificavam sua natureza para serem reconhecidas.

Ainda nessa era, devido às dificuldades em comercializar com países da Ásia, os reinos europeus procuraram outras rotas, que levaram à descoberta do Brasil em 1500, dando início ao período pré-colonial, época em que os portugueses chegaram ao país implementando sua cultura.<sup>22</sup>

Logo após, já no período Brasil colonial, apesar da Igreja Católica estar em grande influência do Cristianismo na Europa, as mulheres não tiveram os grandes benefícios concedidos na Idade Média.

As índias que cá estavam foram dominadas, exploradas, submetidas ao pai, ao irmão, ao marido e até mesmo à fé cristã. Por um outro lado, se tornaram responsáveis por repercutir valores e os repassar a sociedade, dando rumo a colonização em questão de princípios<sup>23</sup>, como explica professora de Sociologia, aposentada, da UNESP, Heleieth I.B. Saffioti<sup>24</sup>:

A condição da mulher brasileira era tão inferior que sua posição na escala social podia ser comparada à de um cão. As relações entre os homens e as mulheres e a consequente

---

<sup>21</sup> VIEIRA, Marcelo Paulo; SANTOS, Carlos Alberto Ferreira dos; MALAQUIAS, Priscila. **Visões sobre a mulher na Idade Moderna**. 2006. TCC (Bacharel em filosofia e ciências humanas) - Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2006. Disponível em: <http://www.biuvicente.com/blog/?p=16>. Acesso em: 12 dez. 2019

<sup>22</sup> PISSURNO, op. cit

<sup>23</sup> BASEGGIO, Julia Knapp; SILVA, Lisa Fernanda Meyer da. As condições femininas no Brasil colonial. **Revista Maiêutica**, Indaial/SC, v. 3, n. 1, p. 19-30, 17 ago. 2015. Disponível em: [https://publicacao.uniasselvi.com.br/index.php/HID\\_EaD/article/viewFile/1379/528](https://publicacao.uniasselvi.com.br/index.php/HID_EaD/article/viewFile/1379/528). Acesso em: 10 dez. 2019

<sup>24</sup> Professora de Sociologia, aposentada, da UNESP, e do Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais da PUC-SP





posição da mulher na família e na sociedade constituem parte de um sistema de dominação mais amplo. Por essa razão, a análise da posição social da mulher na ordem escravocrata senhorial, exige que se caracterize a forma pela qual se organizava e distribuía o poder na sociedade escravocrata brasileira, época em que se formaram certos complexos sociais justificados hoje em nome da tradição.<sup>25</sup>

As mulheres negras, escravas, trazidas ao Brasil, contribuíram na criação dos herdeiros, na amamentação, transmissão de histórias, hábitos, costumes, pois viviam nas casas-grandes fazendo as tarefas do lar. Essas mulheres, muitas vezes, iniciavam os filhos dos proprietários na vida sexual, sendo submetidas às maldades impostas pelos senhores coloniais.

Já as mulheres brancas, eram o exemplo de elegância da sociedade, embora vivessem más condições de alimentação e higiene e fossem excluídas da educação. Além disso era exigido delas virgindade, sutileza, submissão à moral masculina e também castidade. As colonas sofriam por conta de seus maridos que praticavam a poligamia ao manter relacionamentos com escravas e índias, enquanto preservavam a fidelidade e a submissão aos esposos.<sup>26</sup>

No período imperial, após a independência do Brasil, ano de 1822, começo do século XIX, com a família real e toda Corte Portuguesa já instalada no Rio de Janeiro, houve mudanças significativas, em razão da influência real. As mulheres brancas que antes permaneciam somente em casa, passaram a frequentar festas, teatros, igrejas, aumentando o contato social.

---

<sup>25</sup> OLIVEIRA, A. C. M. de. A Evolução da mulher no Brasil do período da Colônia a República. In: Seminário Internacional Fazendo Gênero, 13., Florianópolis, 2017. **Anais eletrônicos [...]**. Disponível em:

[http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1494945352\\_ARQUIVO\\_ArtigoCompleto-13MundodasMulhereseFazendoCidadania11.pdf](http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1494945352_ARQUIVO_ArtigoCompleto-13MundodasMulhereseFazendoCidadania11.pdf). Acesso em: 12 dez. 2019

<sup>26</sup> BASEGGIO, op. cit



Em 1824, com a primeira constituição republicana do Brasil, apenas o homem era visto como cidadão. A mulher, não podia votar nem ser eleita, nem funcionária pública, mas podia trabalhar em empresas privadas.<sup>27</sup>

Assim, devagar, a figura feminina era integrada à sociedade. No final desse período, a partir da última metade do século XIX, jornais que defendiam os direitos das mulheres começaram a ser editados, mostrando a posição de inferioridade ocupada na época, o descaso com relação aos direitos a elas conferidos, além de trazer a respeito da importância de educação para as mulheres em benefício da sociedade<sup>28</sup>

Fim do período Imperial, adveio o período Republicano com a proclamação da república em 1889, pontapé inicial para as transformações do papel feminino na sociedade.

No fim do século XIX, as negras escravas tiveram suas cartas de alforria, graças a Princesa Isabel que sancionou a Lei Áurea, mas com as dificuldades acabavam se tornando prostitutas a fim de evitar a fome e a miséria.<sup>29</sup> As mulheres brasileiras já sabiam ler e escrever. Começaram a trabalhar em indústrias brasileiras, principalmente nas têxteis, devido a influência da Revolução Industrial inglesa<sup>30</sup>, deixando o trabalho doméstico, embora, ainda com salário inferior ao dos homens que exerciam a mesma tarefa.<sup>31</sup> No dizer de Maria Berenice Dias<sup>32</sup>:

---

<sup>27</sup> PARANÁ, Secretaria da Educação do Paraná. **As Mulheres e as Leis Brasileiras através da História**. [s.d.] Disponível em: <http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=841>. Acesso em: 10 dez. 2019

<sup>28</sup> LIRA, Higor. **Aspectos históricos da discriminação de gênero e da violência doméstica contra a mulher**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43397/aspectos-historicos-da-discriminacao-de-genero-e-da-violencia-domestica-contra-a-mulher>. Acesso em: 06 out. 2019

<sup>29</sup> OLIVEIRA, A. C. M. de. A Evolução da mulher no Brasil do período da Colônia a República. In: Seminário Internacional Fazendo Gênero, 13., Florianópolis, 2017. **Anais eletrônicos [...]**. Disponível em: [http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1494945352\\_ARQUIVO\\_ArtigoCompleto-13MundodasMulhereseFazendoCidadania11.pdf](http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1494945352_ARQUIVO_ArtigoCompleto-13MundodasMulhereseFazendoCidadania11.pdf). Acesso em: 12 dez. 2019

<sup>30</sup> Ibidem.

<sup>31</sup> ESSY, Daniela Benevides. **A evolução histórica da violência contra a mulher no cenário brasileiro: do patriarcado à busca pela efetivação dos direitos humanos femininos**. 2017. Disponível em:



O modelo familiar da época era hierarquizado pelo homem, sendo que desenvolvia um papel paternalista de mando e poder, exigindo uma postura de submissão da mulher e dos filhos. Esse modelo veio à sofrer modificações a partir da Revolução Industrial, quando as mulheres foram chamadas ao mercado de trabalho, descobrindo assim, a partir de então, o direito à liberdade, passando a almejar a igualdade e a questionar a discriminação de que sempre foram alvos. Com essas alterações, a mulher passou a participar, com o fruto de seu trabalho, da manutenção da família, o que lhe conferiu certa independência. Começou ela a cobrar uma participação do homem no ambiente doméstico, impondo a necessidade de assumir responsabilidade dentro de casa e partilhar cuidado com os filhos<sup>33</sup>

Ainda no mesmo período, em Nova York, operárias de uma fábrica de tecidos, fizeram uma grande greve, reivindicando melhores condições de trabalho, como a redução na carga diária de trabalho, equiparação de salários com os homens e tratamento digno dentro do ambiente de trabalho. A manifestação foi reprimida com total violência, as 130 tecelãs foram trancadas dentro da fábrica e incendiadas, morrendo carbonizadas, surgindo assim o dia internacional da mulher alguns anos depois.

O século XIX trouxe profundas transformações culturais, no espaço urbano e rural e nas relações interpessoais. Foi uma época em que se deu início ao processo de conquista do espaço feminino, onde, as mulheres, puderam começar a escolher seus caminhos, mesmo sofrendo preconceito quando não era o que a sociedade ou a família esperavam.<sup>34</sup>

---

<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50534/a-evolucao-historica-da-violencia-contra-a-mulher-no-cenario-brasileiro-do-patriarcado-a-busca-pela-efetivacao-dos-direitos-humanos-femininos>. Acesso em: 14 dez. 2019

<sup>32</sup> Ex-Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e atualmente vice-presidente nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM

<sup>33</sup> ESSY, Daniela Benevides. **A evolução histórica da violência contra a mulher no cenário brasileiro: do patriarcado à busca pela efetivação dos direitos humanos femininos**. 2017. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50534/a-evolucao-historica-da-violencia-contra-a-mulher-no-cenario-brasileiro-do-patriarcado-a-busca-pela-efetivacao-dos-direitos-humanos-femininos>. Acesso em: 14 dez. 2019

<sup>34</sup> CINTRA, Lilian Garcia de Paula. **A mulher brasileira do século XIX: um olhar machadiano**. 2015. Disponível em: <https://psicologado.com.br/abordagens/psicologia-analitica/a-mulher-brasileira-do-seculo-xix-um-olhar-machadiano>. Acesso em: 14 dez. 2019



Adentrando no século XX, as Leis da Família advindas em 1910, trouxeram um pequeno avanço jurídico para as mulheres na relação conjugal, ao estabelecer que deveriam basear-se na liberdade e na igualdade, como regra.<sup>35</sup>

Em 1918 foi iniciado um movimento que reivindicava o direito da mulher ao voto, onde a mais importante líder sufragista, Bertha Lutz, contribuiu para a aprovação do Código Eleitoral, assegurando à mulher o direito de voto e de se eleger, em 1932, através do decreto-lei nº19.694<sup>36</sup>

A Constituição que vigorava até 1933 baseava-se no patriarcalismo, onde os poderes marital e paternal eram apenas do chefe de família. As mulheres tinham um papel secundário e sem nenhum tipo de papel atributivo em decisões dentro da família<sup>37</sup>

Em 1934, a Constituição Federal consagrou finalmente o princípio da igualdade entre os sexos, proibindo as diferenças de salário para o mesmo trabalho e condições insalubres, ainda por cima, garantiu a assistência médica e sanitária à gestante com descanso antes e depois do parto, nessa linha:<sup>38</sup>

Art. 113, § 1º. Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou do país, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> MACHADO, Narciso. **A mulher no regime republicano**. 2010. Disponível em <https://www.publico.pt/2010/02/14/jornal/a-mulher-no-regime-republicano-18795903>. Acesso em: 14 dez. 2019

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> MACHADO, Narciso. **A mulher no regime republicano**. 2010. Disponível em: <https://www.publico.pt/2010/02/14/jornal/a-mulher-no-regime-republicano-18795903>. Acesso em: 14 dez. 2019

<sup>38</sup> PARANÁ, Secretaria da Educação do Paraná. **As Mulheres e as Leis Brasileiras através da História**. [s.d.] Disponível em: <http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=841>. Acesso em: 10 dez. 2019

<sup>39</sup> TEIXEIRA, Vanessa Castilho; COELHO, Vânia Maria Bemfica Guimarães Pinto. **Igualdade entre os sexos na Constituição Federal**. 2006. TCC (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito de Varginha, Varginha, 2006. Disponível em: <https://www.fadiva.edu.br/documentos/jusfadiva/2006/13.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2019



A Constituição de 1937 manteve as conquistas, acrescentando somente o direito a voto para as mulheres, como já exposto. Já a de 1946 retratou um significativo no mundo feminino, ao eliminar a expressão "sem distinção de sexo" trazido pela Constituição de 1934.<sup>40</sup>

A partir de 1962, as mulheres brasileiras adquiriram liberdade para preencher o espaço público, que era um lugar inacessível, tornando-se relativamente capazes e responsáveis pelos atos da vida civil, bem como parte do mercado de trabalho<sup>41</sup>

A Constituição de 1967 reduziu o prazo da aposentadoria para a mulher de 35 para 30 anos, enquanto a de 1969 não alterou direito algum.<sup>42</sup>

Na lei do contrato individual de trabalho, decreto-Lei 49.408 de 1969, o marido, podia proibir a mulher de trabalhar fora de casa, e até mesmo, rescindir o contrato de trabalho, caso do não consentisse, sem alegar quaisquer razões<sup>43</sup> Dada tal informação é possível perceber que mesmo com uma lei, era necessário ter aprovação do homem, se não, esta se tornava ineficaz.

Em 1975 foi instituído pela ONU o Ano Internacional da Mulher, dois anos depois foi promulgada a lei do divórcio em nosso ordenamento jurídico, garantindo a liberdade feminina de findar à sociedade conjugal em casos de violência doméstica.<sup>44</sup>

A Constituição Federal de 1988 veio assegurar direitos às mulheres como cidadãs e trabalhadoras, sendo no mesmo período criado o Conselho Nacional dos

---

<sup>40</sup> PARANÁ, op. cit

<sup>41</sup> ESSY, Daniela Benevides. **A evolução histórica da violência contra a mulher no cenário brasileiro: do patriarcado à busca pela efetivação dos direitos humanos femininos.** 2017. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50534/a-evolucao-historica-da-violencia-contra-a-mulher-no-cenario-brasileiro-do-patriarcado-a-busca-pela-efetivacao-dos-direitos-humanos-femininos>. Acesso em: 14 dez. 2019

<sup>42</sup> PARANÁ, op. Cit

<sup>43</sup> MACHADO, Narciso. **A mulher no regime republicano.** 2010. Disponível em: <https://www.publico.pt/2010/02/14/jornal/a-mulher-no-regime-republicano-18795903>. Acesso em: 14 dez. 2019

<sup>44</sup> LIRA, Higor. **Aspectos históricos da discriminação de gênero e da violência doméstica contra a mulher.** 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43397/aspectos-historicos-da-discriminacao-de-genero-e-da-violencia-domestica-contra-a-mulher>. Acesso em: 06 out. 2019



Direitos da Mulher. Essa Constituição que vigora até os dias de hoje trouxe a Isonomia com direitos iguais a homens e mulheres, a legalidade, os Direitos Humanos, os deveres individuais e coletivos, os Direitos Sociais, os Direitos Trabalhistas, os Direitos das Trabalhadoras Domésticas, os Direitos Políticos, a Seguridade Social, o Direito a Família e a Propriedade<sup>45</sup>

No ano de 2006, a lei 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha, entrou em vigor<sup>46</sup> graças a uma farmacêutica brasileira, natural do Ceará, que sofreu constantes agressões por parte do marido e resolveu acionar o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). O caso em questão só foi solucionado em 2002 quando o Brasil foi condenado por omissão e negligência pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo que reformular as próprias leis e políticas em relação a violência doméstica.

A lei Maria da Penha contempla os casos violência psicológica como afastamento dos amigos e familiares, ofensa e aborda os crimes de propriedade como a destruição de objetos e documentos, difamação e calúnia, bem como os de agressões físicas. Com esta lei foi possível ter a prisão do suspeito de agressão, além de ordenar o afastamento do agressor à vítima<sup>47</sup> em virtude da alteração que esta lei trouxe ao Código Penal brasileiro.<sup>48</sup>

No ano de 2015, o Brasil teve outra grande conquista para as mulheres, a entrada em vigor da Lei de nº 13.104 que trata do Femicídio. Uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito foi formada para tratar da violência contra a mulher

---

<sup>45</sup> PARANÁ, Secretaria da Educação do Paraná. **As Mulheres e as Leis Brasileiras através da História**. [s.d.] Disponível em:

<http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=841>. Acesso em: Acesso em: 10 dez. 2019

<sup>46</sup> ALVES, Thiago Alex Silva. **A Lei Maria da Penha completo**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65125/a-lei-maria-da-penha-completo>. Acesso: 29 mar. 2020

<sup>47</sup> BEZERRA, Juliana. **Lei Maria da Penha**. 2019. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 29 mar. 2020

<sup>48</sup> DAMASCENO, Cátia. **Violência contra a mulher**: quais são os tipos e como denunciar. Brasília, 04 maio 2018. Facebook: @mulheresbemresolvidas. Disponível em: <https://www.facebook.com/mulheresbemresolvidas>. Acesso em: 29 mar. 2020



no país, onde a principal função era investigar tal situação nos estados brasileiros, o que resultou em um percepção de que há uma relação direta entre os crimes em que as vítimas eram mulheres e o feminicídio.<sup>49</sup> De acordo com a conclusão da CPMI de violência contra a mulher no Brasil<sup>50</sup>:

A luta para a superação da violência contra as mulheres é dever de todos os poderes constituídos e de toda a sociedade. A violência contra as mulheres ameaça à democracia, enfraquece a igualdade entre homens e mulheres, favorece a discriminação e compromete a integridade física e psíquica das futuras gerações<sup>51</sup>

A partir de tais relatos históricos é possível aferir que a mulher ao longo dos anos era invisível e possuía um papel antagônico tendo que percorrer um longo e tardio caminho, para alcançar posições sociais e políticas, por meio de lutas, originando como resultado a conquista de seus direitos.

## 1.2 A mulher contemporânea

Infelizmente, a sociedade, mesmo nos dias atuais, apesar das efetivas mudanças trazidas pela constituição de 1988, ainda possui um grande o domínio do homem sobre a sociedade, enraizado pelo patriarcalismo, onde se nota um absoluto prestígio da figura masculina no trabalho, na política e nas lideranças.

Este fato nada mais é do que o resultado, como explicitado no subtítulo anterior, da governança dos homens que foram considerados os “Chefes de Família”. Por isso, ainda há muitas mulheres em situação desfavorável perante os maridos

---

<sup>49</sup> MERELES, Carla. **Entenda a lei do feminicídio e por que ela é importante**. 2018. Disponível em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/entenda-a-lei-do-femicidio-e-por-que-e-importante/>. Acesso em: 29 mar. 2020

<sup>50</sup> A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a Mulher (CPMIVCM) foi criada por meio do Requerimento nº 4 de 2011-CN, com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência

<sup>51</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Comissão parlamentar mista de inquérito da violência contra a mulher, de 2012**. Brasília, DF: Subsecretaria de Apoio às Comissões Especiais e Parlamentares de Inquérito, 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 29 mar. 2020



dentro da sociedade conjugal, aos chefes nas plataformas profissionais e até mesmo nas ruas. Afinal, qual mulher não tem medo de sair de casa as 23h da noite desacompanhada? O simples direito de ir e vir enseja o medo.

Essa visão não crítica sobre as mulheres não foi completamente superada no atual século XXI, entretanto, é possível verificar que conquistaram alguns direitos em comparação aos séculos passados, como por exemplo a inserção no mercado de trabalho, ampliação da liberdade sexual e reprodutiva, conquista da independência financeira e dos direitos políticos. Por outro lado, essa autonomia veio acompanhada de novos obstáculos, dentre deles, a dificuldade de conciliar atividades familiares com a vida profissional.

Todavia, deve-se lembrar que a maior conquista das mulheres no atual século é o direito de escolha, advindo do resultado de longas batalhas durante a história do universo feminino,<sup>52</sup> como por exemplo, o poder priorizar a atividade profissional em relação a vida pessoa.

Contudo, embora as mulheres tenham alcançado esses direitos, ainda há um longo caminho a percorrer até a equidade, já que no intrínseco de muitos homens, o gênero feminino nunca deixará de ser submissa ao masculino. Fato este que resulta na violência, tendo em vista que o homem sempre foi colocado no centro e a mulher como um produto derivado que não poderia ter qualquer tipo de ascensão, sofrendo sanções caso fugisse da regra.

---

<sup>52</sup> RIBEIRO, Amarolina. **Mulher moderna**. Brasil Escola. [s.d.] Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/mulher-moderna.htm>. Acesso em 15 dez. de 2019.





### 1.3 Violência de gênero

A violência é um conceito de múltiplas dimensões e conotações, que de acordo à Organização Mundial da Saúde<sup>53</sup> inclui:

O uso intencional de força, poder físico, ou ameaças, contra si mesmo, outra pessoa, ou contra um grupo ou comunidade, cujo resultado desemboca com alta probabilidade em lesões, morte, sequelas psicológicas, ou mau comportamento.<sup>54</sup>

Partindo deste pressuposto, de acordo com a Organização das Nações Unidas<sup>55</sup>, a violência de gênero pode ser entendida como um tipo de agressão física ou psicológica exercida contra qualquer pessoa ou grupo de pessoas partir do seu sexo ou gênero, impactando de negativa em sua identidade e bem-estar social.

Essa opressão apresenta diferentes manifestações, como por exemplo dano, ameaças, coerção ou outra privação de liberdade que surgem em todos os âmbitos da vida social e política, educacional, através principalmente dos meios de comunicação.

A Associação Americana de Psicologia<sup>5657</sup> aborda que as diversas evidências existentes sugerem a violência como um comportamento agressivo aprendido através de normas socioculturais acrescido de fatores psicológicos e da expectativa de papéis que deve ter uma pessoa na sociedade.

---

<sup>53</sup> Organização Mundial da ou de Saúde é uma agência especializada em saúde, fundada em 7 de abril de 1948 e subordinada à Organização das Nações Unidas

<sup>54</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. **The economic dimensions of interpersonal violence.** [S.l.s.n.].Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Viol%C3%Aancia\\_de\\_g%C3%AAnero#cite\\_note-50](https://pt.wikipedia.org/wiki/Viol%C3%Aancia_de_g%C3%AAnero#cite_note-50). Acesso em 20. Abr. 2019

<sup>55</sup> WIKIPÉDIA. **Violência de gênero.** 2019. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Viol%C3%Aancia\\_de\\_g%C3%AAnero](https://pt.wikipedia.org/wiki/Viol%C3%Aancia_de_g%C3%AAnero). Acesso em: 06 jun. 2019

<sup>56</sup> <sup>56</sup> A Associação Americana de Psicologia é uma organização que representa a psicologia nos Estados Unidos da América e no Canadá. Tem por volta de 150 mil membros, sendo a maior do gênero do mundo

<sup>57</sup> UNIVERSA. **Associação americana de psicologia reconhece existir masculinidade toxica.** 2019. Disponível em: <https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2019/01/15/associacao-americanade-psicologia-reconhece-existir-masculinidade-toxica.htm>. Acesso em: 20 abr. 2019



A adversidade da violência de gênero surge quando uma determinação adquire um papel discriminatório com pesos e medidas diferentes. Na circunstância da nossa sociedade, os papéis masculinos são sobrevalorizados em detrimento dos femininos. De acordo com Maria Amélia Teles e Mônica de Melo<sup>58</sup> as obrigações impostas às mulheres e aos homens, consolidadas ao longo da história e reforçadas pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos. Já Victoria Barreda<sup>59</sup>, faz uma referência a Carolina Von Opiela trazendo uma outra denominação:

O gênero pode ser definido como uma construção social e histórica de caráter relacional, configurada a partir das significações e da simbolização cultural de diferenças anatômicas entre homens e mulheres. [...] implica o estabelecimento de relações, papéis e identidades ativamente construídas por sujeitos ao longo de suas vidas, em nossas sociedades, historicamente produzindo e reproduzindo relações de desigualdade social e de dominação/subordinação.

Em suma, o importante é compreender que a violência de gênero está ligada diretamente a uma relação de poder e dominação que foi construída ao longo dos anos mediante os graves castigos, punições físicas e humilhações que as mulheres sofriam pelos homens, justificadas pela sociedade patriarcal.

A partir da necessidade de um cuidado em especial com as mulheres, no ano de 1950 as Organizações das Nações Unidas (ONU) implementou que a liberdade e os direitos devem ser empregadas de forma igualitária<sup>60</sup>

No Brasil, no final dos anos 70, o termo violência de gênero começou a ser utilizado em razão das mobilizações feministas contra os assassinatos de mulheres e

---

<sup>58</sup> TELES, Maria A. de Almeida; MELO, Mônica. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2002. p. 18

<sup>59</sup> OPIELA, apud BARREDA, Victoria. O que é “violência baseada no gênero”? Art. 5º da Lei Maria da Penha. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/312151601/o-que-e-violencia-baseada-no-genero>>. Acesso 26. abr. 2020

<sup>60</sup> SILVEIRA M.L.. **História da enfermagem Revista eletrônica** 2014; v. 5 n. 15. p. 54-66. jan-jul., 2014 Disponível em: <http://www.abennacional.org.br/centrode memoria/here/vol5num1artigo5.pdf>. Acesso 26. abr. 2020



a impunidade dos agressores, comumente absolvidos em nome da defesa da honra<sup>61</sup>. Essas mobilizações acarretaram nas denúncias de espancamentos e maus tratos conjugais. Essa expressão passou a ser utilizada como sinônimo de violência doméstica em função de sua maior incidência neste espaço.

O início dos anos 80 foi marcado por mobilizações femininas contra a violência de gênero, momento em que se teve a participação de várias Organizações Não Governamentais (ONGs), dentre elas, Ações em Gênero, Cidadania e Desenvolvimento (AGENDE), o Gênero, Justiça e Direitos Humanos (THEMISO), o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM).<sup>62</sup>

Na década de 90, com o desenvolvimento dos estudos de gênero, alguns autores passaram a utilizá-lo como um conceito mais amplo<sup>63</sup>, abrangendo não apenas as mulheres, mas também crianças e adolescentes,

Assim sendo, a denominação violência de gênero se refere a tipos diferentes, mas a terminologia é utilizada na forma de sinônimo de violência contra mulher, como afirma uma publicação da Revista Interamericana de Psicologia, em 2013<sup>64</sup>, uma vez que as mulheres que sempre foram estimuladas a suportar os maus-tratos.<sup>65</sup>

As relações humanas foram ignoradas e negligenciadas, resultando em alterações que acabaram por fragilizar e isolar o núcleo familiar. Grande parte das relações humanas acabam sendo implicitamente ignoradas, negligenciadas e

---

<sup>61</sup> GROSSI, M. P. Gênero, violência e sofrimento. **Antropologia em primeira mão**, Florianópolis, p.1-22, 1998

<sup>62</sup> Ibidem.

<sup>63</sup> SAFFIOTI, Heleieth I. B.. Violência de Gênero no Brasil Atual. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, p. 443, jan. 1994. ISSN 1806-9584. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16177/14728>. Acesso em: 14 dez. 2019

<sup>64</sup> LOURENÇO, Lelio Moura et al. Panorama da violência entre parceiros íntimos: uma revisão crítica da literatura. **Interamerican Journal Of Psychology**, Juiz de Fora, v. 47, n. 1, p. 91-100, 2013. Disponível em: <http://www.redalyc.org/html/284/28426980011/index.html>. Acesso em: 20 abr. 2019

<sup>65</sup> Ibidem.



agredidas, tornando-se um círculo perverso que revela um espaço conflitivo que perpassa várias instâncias reproduzindo a violência de gênero<sup>66</sup>

No entanto, a responsabilidade de combater a violência contra a mulher não é somente do Estado, todos são cogestores, portanto corresponsáveis, devendo a sociedade estar preparada para não permitir que haja negligência frente a qualquer violência contra a mulher, principalmente nos meios cibernéticos que estão em voga na era digital. É importante entender que os Direitos das mulheres são também os Direitos Humanos.

## 2 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994, define, no Capítulo 1, artigo 1, como violência contra mulher<sup>67</sup>:

Qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Essa intimidação contra a mulher, não é somente doméstica e familiar é cometida por parceiros, familiares, conhecidos ou agentes do Estado, por meio de estupro, agressões físicas e emocionais, prostituição forçada, mutilação genital, violência racial e assassinatos,<sup>68</sup> mais conhecido, este último, como feminicídio desde 1970<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> SILVEIRA M.L. **História da enfermagem Revista eletrônica** 2014; v. 5 n. 15. p. 54-66. jan-jul., 2014 Disponível em: <http://www.abennacional.org.br/centrode memoria/here/vol5num1artigo5.pdf>. Acesso em: 26. abr. 2020

<sup>67</sup> BRASIL. **Decreto nº 1.973**, de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. . Belém do Pará, PA, 09 jun. 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm). Acesso em: 29 mar. 2020

<sup>68</sup> SCHRAIBER, Lilia Blima et all. Violência contra a mulher: estudo em uma unidade de atenção primária à saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 36, n. 4, p. 470-477, ago. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v36n4/11766.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2020

<sup>69</sup> DOSSIÊ violência contra as mulheres. **Feminicídio**. [s.d.]. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/feminicidio/>. Acesso em: 29 mar. 2020



## 2.1 Tipos de violência contra a mulher

Afora o feminicídio e a violência doméstica, pouco se discute sobre outros tipos de violência tão importantes quanto os citados e que merecem a devida atenção.

Conforme disposto no artigo 7º da Lei nº 11.340 de 2006<sup>70</sup> são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras<sup>71</sup>:

- a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
- a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause danos emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;
- a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
- a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
- a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. – colocar aqui

---

<sup>70</sup> Lei Maria da Penha

<sup>71</sup> BRASILIA. Conselho Nacional De Justiça. **Formas de violência contra a mulher**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/violencia-contra-a-mulher/formas-de-violencia-contra-a-mulher/>. Acesso em: 29 mar. 2020



A violência física pode ser entendida como qualquer tipo de conduta, seja uma ação ou omissão, capaz de colocar em risco, ou ainda causar algum tipo de dano a integridade física da mulher. Um exemplo clássico dessa violência é o espancamento.

Quando se fala em violência psicológica, é importante lembrar que esta pode derivar de uma conduta, omissa ou não, em que haja degradação e controle das ações, comportamentos, crenças de outra pessoa, causando danos emocionais, como, a diminuição da autoestima e a perturbação do desenvolvimento da mulher. Dentre esse tipo de violência pode-se citar a humilhação, a manipulação, o isolamento e até mesmo a vigilância constante.

Já a sexual, deriva apenas de uma ação, ou seja, o contato sexual, sendo este físico, verbal ou virtual. Neste caso, a mulher se vê em uma situação de constrangimento, sendo obrigada a manter ou participar de relação sexual não desejada, com o próprio agressor ou terceiro, por meio da força, intimidação, ameaça ou coação.

A patrimonial implica em dano, perda, subtração, destruição ou retenção de objetos, documentos pessoais, bens e valores. Deixar de pagar pensão alimentícia, causar danos propositais a objetos da mulher, e ainda, controlar o dinheiro da filha, namorada ou esposa, são espécimes de condutas desse tipo de violência.

Por fim, a Lei Maria da Penha traz a violência moral, caracterizada por condutas de injúria, difamação ou calúnia, como por exemplo, acusar a mulher de traição, fazer críticas mentirosas ou desvalorizar a vítima pelo modo de se vestir.<sup>7273</sup>

Ante todas essas formas de opressão abordadas na Lei Maria da Penha, é possível, mais uma vez, perceber que a mulher tem um patamar inferior na sociedade

---

<sup>72</sup> BRASILIA. Conselho Nacional De Justiça. **Formas de violência contra a mulher**. [s.d.] Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/violencia-contra-a-mulher/formas-de-violencia-contra-a-mulher/>. Acesso em: 29 mar. 2020

<sup>73</sup> INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Tipos de Violência**. 2018. Disponível em: <http://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/tipos-de-violencia.html>. Acesso em: 29 mar. 2020



em relação ao homem, os quais, acabam se valendo de tal posição para praticar as violências.

O Instituto Datafolha, em 2017, realizou uma pesquisa juntamente com o Fórum Brasileiro de Segurança. Essa análise mostrou que 22%, o que corresponde a 12 milhões de mulheres brasileiras, sofreram algum tipo de ofensa verbal em 2016, 10% vivenciaram ameaça de violência física, 8% de ofensa sexual, 4% foram intimidadas com faca ou arma de fogo, 3% acabaram espancadas ou estranguladas e 1% levou pelo menos um tiro.

Outra informação muito importante coletada trouxe que em 61% dos casos o agressor é um conhecido, sendo 19% das vezes, companheiros atuais das vítimas e 16% ex-companheiros. De acordo com a pesquisa as agressões mais graves ocorreram dentro da casa das vítimas, em 43% dos casos, já nas ruas a violência ocorre em 39% dos casos.<sup>74</sup>

Além desses dados, o estudo expôs ainda que, 52% das vítimas se calaram após sofrer a violência, 11% procuraram uma delegacia da mulher e 13% preferiram o auxílio da família.<sup>75</sup>

O grande problema é que muitas mulheres ficam caladas, seja por vergonha, medo ou até mesmo negligência por parte das autoridades policiais. O silêncio das mulheres não implica somente em uma omissão em buscar ajuda, há por trás disso o medo de uma nova violência vinda do agressor, de perder a guarda dos filhos e até de um desamparo financeiro. Afora que a figura feminina é julgada pela sociedade ao permanecer em um relacionamento abusivo, não importando o motivo,<sup>76</sup> fato este

---

<sup>74</sup> DAMASCENO, Cátia. **Violência contra a mulher**: quais são os tipos e como denunciar. Blog Mulheres Bem Resolvidas. Brasília, 04 maio 2018. Facebook: @mulheresbemresolvidas. Disponível em: <https://www.facebook.com/mulheresbemresolvidas>. Acesso em: 29 mar. 2020

<sup>75</sup> BRASIL. Fórum de Segurança Pública. Secretaria de Segurança Pública. Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil. **Revista Brasileira de Segurança Pública**. v. 11 n. 1, p. 17. 2017. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2020

<sup>76</sup> CARASCO, Daniela. **Por que muitas mulheres não denunciam a violência doméstica que sofrem?** São Paulo: Uol, 2017. Disponível em:



explicitado pelo Observatório Brasil da igualdade de gênero<sup>77</sup>, na publicação sobre o enfrentamento de todas as formas de violência contra as mulheres<sup>78</sup>, conforme abaixo demonstrado:

O enfrentamento às múltiplas formas de violência contra as mulheres é uma importante demanda no que diz respeito a condições mais dignas e justas para as mulheres. A mulher deve possuir o direito de não sofrer agressões no espaço público ou privado, a ser respeitada em suas especificidades e a ter garantia de acesso aos serviços da rede de enfrentamento à violência contra a mulher, quando passar por situação em que sofreu algum tipo de agressão, seja ela física, moral, psicológica ou verbal. É dever do Estado e uma demanda da sociedade enfrentar todas as formas de violência contra as mulheres. Coibir, punir e erradicar todas as formas de violência devem ser preceitos fundamentais de um país que preze por uma sociedade justa e igualitária entre mulheres e homens.

As violências supracitadas, tem por consequência diminuir a qualidade de vida da mulher, atingindo principalmente a saúde física, psicológica e social. Ademais, ainda, traz um isolamento da vítima e, por decorrência, uma perda do apoio dos familiares e amigos, tornando-as cada vez mais vulneráveis e dependentes da situação em que se encontram<sup>79</sup>

Segundo autores de um texto publicado na Revista Psicologia e Sociedade:

A articulação da dimensão de gênero com uma visão mais aprofundada do fenômeno da violência nos permite compreender como esta é marcada na intersubjetividade e no

---

<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2017/10/31/por-que-muitas-mulheres-nao-denunciam-a-violencia-domestica-que-sofrem.htm>. Acesso em: 29 mar. 2020

<sup>77</sup> O Observatório Brasil da Igualdade de Gênero surgiu em diálogo com a iniciativa da Comissão Econômica para América Latina e o Caribe - CEPAL - de criação de um Observatório de Gênero para América Latina e Caribe como estratégia de disseminação de informações acerca das desigualdades de gênero e dos direitos das mulheres

<sup>78</sup> OBSERVATÓRIO BRASIL DA IGUALDADE DE GÊNERO. **Enfrentamento de todas as formas de violência contra as mulheres**. [s.d.]. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/areas-tematicas/violencia>. Acesso em: 29 mar. 2020

<sup>79</sup> FONSECA, Denire Holanda da; RIBEIRO, Cristiane Galvão; LEAL, Noêmia Soares Barbosa. Violência doméstica contra a mulher: realidades e representações sociais. **Psicologia & Saúde**, Belo Horizonte, v. 24, n. 2, p. 307-314, ago. 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-71822012000200008&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822012000200008&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 29 mar. 2020





encontro com a alteridade, a partir de uma demarcação de poder, de negação e de opressão às mulheres<sup>80</sup>.

Esse olhar aprofundado, trouxe uma percepção mais incrementada da violência de gênero, o que possibilitou a reflexão dos tipos e significados abordados na Lei Maria da Penha, além de um fácil e rápido reconhecimento nas relações interpessoais, resultando assim, em enfrentamento e superação por parte da figura feminina.

Em contrapartida, essas definições apresentam limitações, uma vez que não abordam a verdadeira complexidade e subjetividade dos casos concretos. Dessa forma, faz-se necessário ampliar o olhar para a perspectiva dos direitos humanos e aprimorar a dimensão da negação da dignidade humana que permeia toda a violação de direitos e se configura em violência contra a mulher.

Além do mais, essa perspectiva traz à tona a necessidade de uma reflexão política e ética que abarque uma compreensão crítica e complexa da sociedade, da história, das leis e costumes, dos direitos e violações e das próprias noções de humanidade e dignidade<sup>81</sup>.

Por isso, é tão importante a política de integração e proteção a mulher, principalmente em relação as facilidades de propagação do mundo virtual, que, por sinal, apresentam um aumento significativo a cada dia.

---

<sup>80</sup> GUIMARÃES, Maisa Campos; PEDROZA, Regina Lucia Sucupira. Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. **Revista Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p.256-266, ago. 2015. Mensal. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-71822015000200256&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822015000200256&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 29 mar. 2020

<sup>81</sup> GUIMARÃES, Maisa Campos; PEDROZA, Regina Lucia Sucupira. Violência contra a mulher problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. **Revista Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p.256-266, ago. 2015. Mensal. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-71822015000200256&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822015000200256&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 29 mar. 2020



## 2.2 A tecnologia e a ascensão da violência contra a mulher

A tecnologia é um dos meios mais importantes na propagação de informação e para que possa entender a violência cibernética, é necessário antes passar pela evolução tecnológica.

A revolução digital proporcionou a todos uma maior facilidade de acesso ao universo dos computadores, devido ao avanço das ciências eletrônicas que fizeram emergir a internet e a outras novas tecnologias, utilizadas para coletar, compartilhar, distribuir informação e comunicar. A rápida expansão destas tecnologias mudou a forma com que as pessoas se relacionam umas com as outras e com o mundo.

Mas o que é essa tal de internet? Entende-se como conjunto redes de computadores presentes em qualquer lugar, permitindo o acesso e troca de informações em todo planeta por meio de um conjunto de protocolos.

Consoante estudos feitos pelo IBGE, no Brasil, 36,8 milhões de lares possuem conexão com a internet, tornando-se assim o 78º país de 202 com a maior cobertura de rede, o equivalente a 64,7% da população.<sup>82</sup>

Diante de todo avanço social há ganhos e perdas, principalmente na sociedade da informação, em que os crimes praticados pela internet necessitam de uma análise minuciosa devido a evolução cibernética. Com isso, surgiram vários impactos principalmente para o Direito, onde antigos conceitos legais passam por constantes modificações a fim de que se possa ter um enquadramento à nova realidade baseado em novas situações jurídicas, já que o número de ilícitos aumentou

---

<sup>82</sup> INSTITUTO BRASILEIRO de GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Coordenação de Trabalho e Rendimento. **Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal**. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=295753> Acesso em: 31 mar. 2020



drasticamente, como explica Rodrigo Guimarães Colares<sup>83</sup>, em seu artigo sobre *cybercrimes*<sup>84</sup>.

Isto é, a tecnologia pode ser usadas de diferentes maneiras, inclusive para ampliar ou limitar liberdades e direitos, como é o caso da violência contra as mulheres, onde o dano físico, mental ou sexual que as mulheres sofrem afetam de forma desproporcional

Segundo Emerson Wendt<sup>85</sup>, em um artigo sobre os aspectos da violência de gênero na internet<sup>86</sup>, houve uma mudança radical na comunicação interpessoal, a qual influenciou comportamentos sociais, desde o incremento da cultura crítica instantânea e a potencial mudança político-social por meio das manifestações via web. Para ele, a mulher acaba se tornando mais uma vítima em potencial de situações que lhe causem dano, sofrimento e angústias.

Em contrapartida com o pensamento descrito, Beatriz Accioly Lins<sup>87</sup>, Mestra em Antropologia Social, aborda que não é culpa da internet que as exposições ou divulgações sem autorização de conteúdos íntimos de mulheres na internet com conteúdo difamatório deve ter vasão, mas de reflexos de uma sociedade patriarcal<sup>88</sup>.

A partir dessas vertentes de pensamento, mesmo diferentes, é possível mais uma vez concluir que a mulher está sempre em situação de desvantagem, seja pela

---

<sup>83</sup> Mestre (LL.M.) em Direito de Tecnologia da Informação e Telecomunicações, University of Strathclyde (Glasgow, UK)

<sup>84</sup> COLARES, Rodrigo Guimarães. **Cybercrimes: os crimes na era da informática**. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3271/cybercrimes-os-crimes-na-era-da-informatica>. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3271/cybercrimes-os-crimes-na-era-da-informatica>. Acesso em: 06 mar. 2019

<sup>85</sup> Delegado de Polícia Civil do RS

<sup>86</sup> WENDT, Emerson. **Violência de gênero da internet**. [s.d.]. Disponível em: [https://www.academia.edu/15354028/Viol%C3%Aancia\\_de\\_G%C3%AAnero\\_da\\_Internet?auto=download](https://www.academia.edu/15354028/Viol%C3%Aancia_de_G%C3%AAnero_da_Internet?auto=download). Acesso em: 06 mar. 2019

<sup>87</sup> Mestra em Antropologia Social no Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social (PPGAS) da Universidade de São Paulo

<sup>88</sup> LINS, Beatriz Accioly. “Ih, vazou!”: pensando gênero, sexualidade, violência e internet nos debates sobre “pornografia de vingança”. **Revista dos alunos de pós-graduação em Antropologia Social da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 25, n. 25, p. 246-266, 02 out. 2017. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/114851/134104>. Acesso em: 21 abr. 2019



cultura de uma sociedade patriarcal, agora, computadorizada ou pelo próprio avanço tecnológico.

Em uma perspectiva global, as mulheres têm menos acesso à tecnologia e controle sobre ela do que os homens. Uma pesquisa feita pela Associação para o Progresso das Comunicações<sup>89</sup>, nos países de média e baixa renda, mostrou que as mulheres têm 21% menos probabilidades de ter um telefone móvel. Esta desigualdade tem relação com a desigualdade de gênero mais ampla que existe nestas sociedades.

Mesmo no mundo atual moderno e globalizado, o acesso à educação, os custos de conexão, a falta de infraestrutura física, a pobreza, a disponibilidade de tempo e atitudes culturais são fatores contribuintes para as desigualdades de gênero no acesso, uso e controle da internet.

A conexão entre a violência contra mulher e a tecnologia da informação surge a partir do momento em que ambas são utilizadas conjuntamente para perpetrar a violência de várias formas, principalmente por meio dos aparelhos celulares, diante da fácil acessibilidade, como os serviços de localização dos telefones, a vigilância de mensagens de texto e chamadas recebidas, sem falar das gravações íntimas e sexuais de mulheres sem sua autorização.

Nessa mesma pesquisa, foi aferido que as formas mais frequentes de violência contra a mulher nos meios relacionadas à tecnologia, estão compreendidos na perseguição *on-line* e no *cibermolestamento*, na violência doméstica, quando a tecnologia é usada em atos de abuso em relações familiares ou conjugais, na agressão sexual e estupro, em que a internet é utilizada para seguir os movimentos e atividades das mulheres, na violência contra a mulher culturalmente justificada, onde há uma mascarada aceitação dos atos de violência, e, por fim, na violência dirigida a

---

<sup>89</sup> Este projeto trabalhou com organizações de direitos das mulheres de doze países da África, Ásia e América Latina entre 2009 e 2011 e ofereceu apoio a estas organizações para que investigassem e respondessem à violência relacionada com a tecnologia, e fortalecessem sua capacidade para usar ferramentas TIC em suas respostas à violência. O informe baseia-se também em outros trabalhos do Programa de Apoio às Redes de Mulheres (PARM) da APC na área de VCM, direitos das mulheres, direitos sexuais e TICs



comunidades que sofrem ataques e perseguições por conta da identidade sexual, de gênero ou posição política.

A internet permite, em virtude da forma anônima, que se cometa violência distante das mulheres às quais se dirigem, o que torna mais difícil a identificação, e por consequência a denúncia à justiça. Os serviços de rastreamento de telefones e as plataformas para compartilhamento de informações na rede também permitem a vigilância das atividades das mulheres e a reprodução e distribuição de fotos íntimas com muito pouco esforço e baixo custo.

Devido à memória da internet e a possibilidade de reprodução infinita da informação, as mulheres experimentam as consequências dos textos e imagens da violência dirigida a elas sem poder fazer nada para controlar esta situação.

Em muitos casos de violência, os perpetradores são vários, como por exemplo na distribuição não autorizada de imagens privadas, na qual se tem um agressor principal e outras pessoas que publicam as imagens, tornando-se ofensores adicionais. Da mesma maneira, ocorre com a perseguição *on-line* que costumeiramente tem vários abusadores envolvidos publicando comentários sexualmente agressivos e ameaças.

Todos estes atos violentos infringem um conjunto de direitos das mulheres, incluindo o direito à privacidade e à proteção de informação pessoal e de dados sensíveis.

As pesquisadoras feministas defendem a ideia de que no contexto digital o corpo transcende ao físico. Em consequência, a distribuição de representações íntimas e abusivas de corpos viola o direito das mulheres à integridade e à autonomia.

Além disso, a violência relacionada à tecnologia afeta o direito das mulheres de expressarem opinião no ambiente digital com liberdade e desfrutar das comunidades *on-line*, violando portanto, também o acesso à informação.



O dano que as mulheres sofrem por conta desta violência é principalmente psicológico e emocional e inclui medo, nojo, *stress* e depressão. Ademais, o abuso virtual, se não é controlado, pode levar ao abuso físico na vida real. Em alguns casos, a opressão relacionada à tecnologia desembocou em suicídios, em particular de pessoas jovens.

As mulheres que sofrem este tipo de abuso também tendem a retirar-se das redes sociais, e na vida real, acabam não participando mais da vida política, social e econômica,<sup>90</sup> por isso é necessário que haja uma remodelação do campo virtual, como explica Maiara Larisi<sup>91</sup>:

Acho que a internet é maravilhosa, nós não conseguiremos, nem queremos refreá-la, mas nós precisamos ser capazes de intervir no espaço da internet. Nós precisamos pensar no espaço virtual como nossas novas ruas e nossas novas casas e pensar no que é necessário fazer para manter as mulheres seguras, em particular as meninas. Isso apresenta novos desafios para todos nós, não apenas nas nossas análises de diferentes ‘sites’ de violência, mas crucialmente em torno de nossa abordagem de prevenção, solução de crises e apoio contínuo.

À vista disso faz-se necessário uma análise minuciosa dos crimes informáticos praticados contra as mulheres para a melhor compreensão sobre o tema e sugestões de medidas a serem tomadas, não só pela legislação, mas pela sociedade de fato, já que as pessoas se escondem na internet, por, de certa forma não ter coragem de agir pessoalmente, afinal o mundo virtual nada mais é do que o reflexo da comunidade.

### 3 OS CRIMES CIBERNÉTICOS

Devido ao desenvolvimento da tecnologia houve um crescimento exponencial da internet, aumentando, por conseguinte, o número de indivíduos que por ela

---

<sup>90</sup> FIALOVA, Katerina; FASCENDINI, Flavia. Vozes dos espaços digitais: violência contra a mulher relacionada à tecnologia. *Revista Politics*, Rio de Janeiro, maio 2012.

Disponível em: <https://politics.org.br/edicoes/vozes-dos-espacos-digita%C3%A7oes-digitais-viol%C3%Aancia-contra-mulher-relacionada-%C3%A0-tecnologia>. Acesso em: 24 nov. 2019. – ver se tem mais informações

<sup>91</sup> Diretora executiva da ONG britânica End Violence Against Women Coalition (Coalizão de Combate à Violência contra Mulheres)



navegam, como previamente já apontado. Essa aglomeração de usuários acabou tornando o meio cibernético propício para o cometimento de ilícitos.

A ONG Safernet<sup>92</sup> recebeu 133.732 queixas somente em 2018, enquanto em 2017 foram registradas 63.698, por meio da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos. Entre as categorias mais denunciadas estão a pornografia infantil, a apologia e a incitação à violência e crimes contra a vida, bem como violência contra mulheres ou misoginia, sendo este último crime o que mais apresentou crescimento de 1.639,54% a mais em relação ao ano anterior<sup>93</sup>

Neste contexto é possível verificar que os crimes cibernéticos têm repercussão muito maior que os crimes comuns, devido ao alto um índice de casos, que acaba, de certa forma, gerando um assunto novo para o judiciário, principalmente em relação as brandas penas impostas aos acusados em relação aos prejuízos e transtornos causados a vítima, um exemplo disso é a violência contra a mulher no meio digital.

Fabrizio Rosa<sup>94</sup> conceitua o crime de informática como sendo:

A conduta atente contra o estado natural dos dados e recursos oferecidos por um sistema de processamento de dados, seja pela compilação, armazenamento ou transmissão de dados, na sua forma, compreendida pelos elementos que compõem um sistema de tratamento, transmissão ou armazenagem de dados, ou seja, ainda, na forma mais rudimentar; O 'Crime de Informática' é todo aquele procedimento que atenta contra os dados, que faz na forma em que estejam armazenados, compilados, transmissíveis ou em transmissão; . Assim, o 'Crime de Informática' pressupõe dois elementos indissolúveis: contra os dados que estejam preparados às operações do computador e, também, através do computador, utilizando-se software e hardware, para perpetrá-los; A

---

<sup>92</sup> A SaferNet é uma organização não governamental, sem fins lucrativos, que reúne cientistas da computação, professores, pesquisadores e bacharéis em direito com a missão de defender e promover os direitos humanos na Internet

<sup>93</sup> ROSA, Natalie. **Brasil registra aumento de 1.600% em denúncias de crimes online contra mulheres**. Canaltech, 2019. Disponível em: <https://canaltech.com.br/seguranca/brasil-registra-aumento-de-1600-em-denuncias-de-crimes-online-contra-mulheres-132103/>. Acesso em: 21 abr. 2020

<sup>94</sup> Coordenador do Curso de Direito da FAJ-Faculdade de Jaguariúna, e professor de Direito Penal na FAJ e professor do Curso MBA em LLM Direito Corporativo do Grupo IBMEC



expressão crimes de informática, entendida como tal, é toda a ação típica, antijurídica e culpável, contra ou pela utilização, de processamento automático e/ou eletrônico de dados ou sua transmissão. Nos crimes de informática, a ação típica se realiza contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou a sua transmissão. Ou seja, a utilização de um sistema de informática para atentar contra um bem ou interesse juridicamente protegido, pertença ele à ordem econômica, à integridade corporal, à liberdade individual, à privacidade, à honra, ao patrimônio público ou privado, à Administração Pública, etc.<sup>9596</sup>

Em suma, os crimes da era digital são aqueles cometidos com o uso de computadores e similares. O avanço trouxe pontos positivos a sociedade, mas ao que tange o tratamento da mulher ele mostrou a sua face nefasta<sup>97</sup>, proporcionando aos agressores se esconderem atrás da internet, para praticarem violência moral, psicológica e sexual contra a mulher.<sup>98</sup>

### 3.1 Cybercrime e o direito penal brasileiro

Os *cybercrimes*, mais conhecidos como crimes cibernéticos são diferentes das demais transgressões, diante da peculiaridade que se tem em utilizar dispositivo com internet para a prática delitiva.<sup>99</sup>

Esses crimes apresentam as características de transnacionalidade, universalidade e ubiquidade, uma vez que todos os países fazem uso da informática

---

<sup>95</sup> ROSA, Fabrizio. **Crimes de Informática**. Campinas: Bookseller, 2002. p. 53

<sup>96</sup> SAÚDE E CRIANÇA. **Violência de gênero é uma realidade brasileira e precisa ser enfrentada**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.saudecrianca.org.br/novidades/violencia-de-genero-e-uma-realidade-brasileira-e-precisa-ser-enfrentada/>. Acesso em: 20 abr. 2019

<sup>97</sup> OLIVEIRA, Vinícius Koinaski Borges de. **as alterações trazidas pelas novas leis ao combate de crimes sexuais cibernéticos**. 2019. TCC (Bacharelado em Direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://200.237.249.183/bitstream/handle/12345/8181/TCC%20-%20Vin%20C3%ADcius%20Koinaski%20Borges%20de%20Oliveira%20PDF.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 abr. 202

<sup>98</sup> PARANÁ PORTAL. **Crimes virtuais contra mulher têm crescimento de 1.640%**. mar. 2019. Disponível em: <https://paranaportal.uol.com.br/geral/crimes-virtuais-contra-mulher-tem-crescimento-de-1-640/>. Acesso em: 10 maio. 2020

<sup>99</sup> COURI, Gustavo Fuscald. **Crimes pela Internet**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2009/trabalhos\\_22009/GustavoFuscaldCouri.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/GustavoFuscaldCouri.pdf). Acesso em: 06 jun. 2019





independentemente do seu estágio econômico, social ou cultural. Dessa forma, a partir do fácil acesso, os crimes digitais potencializaram-se, devido a ampla atuação, criando-se diferentes modos delitivos.

Eles podem se caracterizar, consoante o ordenamento jurídico brasileiro de acordo com a forma de cometimento, sendo divididos em crimes que o computador é instrumento da infração, quando por exemplo, alguém se utilizando de um dispositivo para afetar o direito à privacidade das pessoas, e aqueles cometidos contra o aparelho.

Ainda é possível classificar esses crimes em próprios, ou seja, só podem ser praticados mediante meios informáticos, e impróprios, que são crimes praticados de qualquer forma, onde os computadores são apenas mais um meio para a execução<sup>100</sup>. Os crimes digitais possuem quatro formas. A primeira é a situação em que o computador se figura como objeto, onde o próprio dispositivo é o alvo gerando um crime fim, cuja as condutas ainda não estão expressamente incluídas como típicas no ordenamento jurídico, como o crime de invasão, contaminação por vírus, sabotagem de sistemas, furto de informação, furto de propriedade intelectual, vandalismo cibernético.

A segunda, e mais importante, pois é o tema abordado no presente trabalho, consiste na utilização dele como instrumento para o delito, caso em que a internet é a principal ferramenta de incidência, como por exemplo fraude em conta corrente e/ou cartões de crédito, transferência de valores ou alterações de saldos e fraudes de telecomunicações, divulgação ou exploração de pornografia.

A terceira compreende em um meio incidental para outro delito, sendo utilizado de forma secundária para a consumação, esta forma não é propriamente um crime informático, dentre as práticas estão os crimes contra a honra, o jogo ilegal, a

---

<sup>100</sup> SANTOS, Liara Ruff Dos; MARTINS, Luana Bertasso; TYBUCSH, Francielle Benini Agne. Os crimes cibernéticos e o direito a segurança jurídica: uma análise da legislação vigente no cenário brasileiro contemporâneo. *In*: Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, 4., Santa Maria, Rio Grande do Sul, 2017. **Anais eletrônicos** [...]. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/7-7.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2020



lavagem de dinheiro, as fraudes contábeis e o registro de atividades do crime organizado.

Por último, tem-se a máquina associada à prática de um crime, como a pirataria de software, falsificações de programas, divulgação, utilização ou reprodução ilícita de dados e programas, comércio ilegal de equipamentos e programas.

Além da classificação do crime cibernéticos quanto à forma, ainda podem-se distinguir, quanto à essência, em puros e impuros, sendo para ele os verdadeiros crimes informáticos os puros, e os impuros os crimes comuns realizados por meio do computador.<sup>101</sup>

Já ao abordar a autoria desse tipo criminal é indispensável notar que existe forte conflito entre dois princípios constitucionais, o da liberdade de expressão e a vedação do anonimato. De um lado tem-se a internet dando a garantia de anonimato, do outro a liberdade de expressão e o direito à privacidade, o que acaba resultando em um vazio jurisprudencial acerca do tema.

Na mesma linha de raciocínio, ainda seguindo o direito penal brasileiro, é primordial que se tenha a apuração do momento exato da ocorrência do fato típico para a aplicação da norma penal, pois os meios informáticos trazem uma pequena dissociação temporal, por possibilitarem programação de um delito. Assim, a ação poderia acontecer em tempo real ou ficto, a depender da vontade do agente, por isso para efeito penal, valerá como referência a ação inicial que programou a execução, ainda que a mesma ocorra em momento posterior.

No que tange ao lugar, o princípio da territorialidade foi adotado como regra, contudo o meio virtual não possui um espaço físico delimitado, o que gera um acesso amplamente dinâmico, onde a concepção de território como espaço físico dá lugar para o virtual, transcendendo os limites territoriais e ensejando na aplicação do princípio da extraterritorialidade para a resolução do conflito.

---

<sup>101</sup> COSTA, Alvaro Mayrink. Crime informático. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v.7, n.28, p. 24-40, 2004



Em regra, quanto a materialidade, o crime digital é um ilícito que deixa vestígios, impondo-se à perícia nos termos do Código de Processo Penal<sup>102</sup>. O perito deve informar o juiz todas as circunstâncias necessárias para demonstrar a ocorrência do crime e a comprovação de determinada autoria.

Nesses crimes, o bem jurídico divide-se naqueles em que o direito da privacidade é violado, e os de cunho econômico e de segurança nacional. A problemática encontrada no âmbito da violência contra a mulher surge quando a conduta não se enquadra em nenhum contexto no ordenamento jurídico pátrio, constituindo assim a necessidade de interferência legislativa para a criação de uma norma específica.

Os crimes praticados pela internet seguem a regra geral de competência para julgamento, disposta no art. 69 e seguintes do Código de Processo Penal<sup>103</sup>. Por esta razão, os crimes de possível constatação de localidade serão processados no foro de resultado.<sup>104</sup>

Depois da ampla explicação sobre o conceito do que é crime cibernético abe agora usar sua conceituação para aplicá-lo aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher e as diversas consequências.

---

<sup>102</sup> Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Parágrafo único. Dar-se-á prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva:

- violência doméstica e familiar contra mulher;
- violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência

<sup>103</sup> Art. 69. Determinará a competência jurisdicional: I - o lugar da infração:

II - o domicílio ou residência do réu; III - a natureza da infração;

- a distribuição

<sup>104</sup> COURI, Gustavo Fuscaldo. **Crimes pela Internet**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2009/trabalhos\\_22009/GustavoFuscaldoCouri.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/GustavoFuscaldoCouri.pdf). Acesso em: 06 jun. 2019



## 3.2 Tipos de cybercrimes, suas consequências e a legislação penal

Os crimes a seguir abordados foram minuciosamente escolhidos a fim de tratar a realidade da mulher brasileira dentro do ordenamento jurídico, as consequências que eles causam tanto no âmbito individual quanto à coletividade e uma reflexão de como a mulher ainda se enquadra na sociedade atual.

### 3.2.1 A Pornografia de Vingança (*Revenge Porn*)

O termo *Revenge Porn* é uma expressão criada nos Estados Unidos que significa pornografia de vingança ou pornografia de revanche. O vocábulo é utilizado para denominar a divulgação de fotos, vídeos, áudios, montagens, ou qualquer outro material sexualmente gráfico, íntimo e privado, sem autorização, com o objetivo de expor a mulher e causar danos. Fatima Burégio<sup>105</sup>, conceitua pornografia de vingança como:

O termo consiste em divulgar em sites e redes sociais fotos e vídeos com cenas de intimidade, nudez, sexo à dois ou grupal, sensualidade, orgias ou coisas similares, que, por assim circularem, findam por, inevitavelmente, colocar a pessoa escolhida a sentir-se em situação vexatória e constrangedora diante da sociedade, vez que tais imagens foram utilizadas com um único propósito, e este era promover de forma sagaz e maliciosa a quão terrível e temível vingança.<sup>106</sup>

As vítimas desta divulgação não-consensual, expostas na internet para o livre acesso de qualquer interessado, passam a ser humilhadas, intimidadas, perseguidas e assediadas, em um ciclo conhecido pela teoria feminista como *slut-shaming*<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> Especialista em Processo Civil, Responsabilidade Civil e Contratos, Produtora de Conteúdo Jurídico e Autora e Comentarista do site Jurídico Jusbrasil

<sup>106</sup> BURÉGIO, Fátima. **Pornografia da Vingança: você sabe o que é isto?** 2015. Disponível em: <https://ftimaburegio.jusbrasil.com.br/artigos/178802845/pomografia-da-vinganca-voce-sabe-o-que-e-isto>. Acesso em: 19 abr. 2020

<sup>107</sup> *Slut-shaming* é definido como o ato de induzir uma mulher a se sentir culpada ou inferior devido a prática de certos comportamentos sexuais que desviam das expectativas ditas tradicionais do seu gênero. Estes comportamentos incluem, dependendo da cultura, ter um grande número de parceiros sexuais, ter relações sexuais fora do casamento, ter relações sexuais casuais, agir ou se vestir de uma maneira que é considerada excessivamente sexual



O Projeto Vazou do Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas (GECC) coordenado professor de Direito da Faculdade Estácio do Rio Grande do Sul, Leandro Ayres França, colheu em 2018, 141 depoimentos anônimos, sendo 84% mulheres, com 24 anos, em média.

Foi constatado que 81% conhece quem vazou os arquivos e estes eram majoritariamente do sexo masculino. O estudo também indicou que o meio de compartilhamento mais comum foi a plataforma *WhatsApp* com 70%, seguida pelo *Facebook* com 26%, o que de acordo com a publicação de 2019, do jornal *Correioda Manhã* são 16 mil casos de denúncia por dia<sup>108</sup>

A maior parte das vítimas, cerca de 82% relataram ter tido algum tipo de relacionamento afetivo com a pessoa responsável pelo vazamento, onde mais da metade sabia da gravação.

Além disso, 44% das entrevistadas acreditaram que o motivo do vazamento foi vingança. Na maioria dos casos registrados não houve investigação policial nem processo judicial, porém mesmo assim, de acordo com o delegado André Luis Ribeiro, da Delegacia de Repressão a Crimes Eletrônicos<sup>109</sup>, 20% dos casos de crimes eletrônicos são de pornografia de vingança.

Os efeitos mais recorrentes relatados foram ansiedade, isolamento do contato social, depressão, estresse pós-traumático, automutilação e pensamentos suicidas, assédio em lugares públicos, abandono das atividades diárias como escolas, cursos, faculdades, mudança de residência, agressões, perda do emprego e dificuldade para conseguir um novo.<sup>110</sup>

---

<sup>108</sup> DIAS, Sónia. **Facebook recebe denúncias de 16 mil casos de ‘pornô de vingança’ por dia**. 2019. Disponível em: <https://www.cmjornal.pt/tv-media/detalhe/16-mil-casos-de-porno-de-vinganca-por-dia>. Acesso em: 19 abr. 2020

<sup>109</sup> Delegado da Delegacia da Repressão aos Crimes eletrônicos da Polícia Civil do Espírito Santo

<sup>110</sup> FRUTUOSO, S. G. **Projeto Vazou reúne depoimentos de vítimas de revenge porn**. [s.d]. Disponível em: <http://mulheresageis.com.br/projeto-vazou-reune-depoimentos-de-vitimas-de-revenge-porn/>. Acesso em: 19 abr. 2020



Um caso muito importante que ficou bem conhecido à época foi o da aluna da USP, Thamiris Mayumi Sato. A jovem decidiu terminar o relacionamento em julho de 2013, contudo não conformado o ex-parceiro, no mesmo mês, começou a ameaçá-la, alternando entre pedidos de desculpas e chantagens de que, caso não voltassem, espalharia conteúdo íntimo. No dia 31 de outubro, começou a receber no *Facebook* mensagens e solicitações de amizade de diversos desconhecidos, descobrindo assim que havia uma foto em que aparecia nua circulando na rede social. De acordo com a estudante:

Ambos tínhamos fotos um do outro e ele sempre me disse que não me prejudicaria se terminássemos. A diferença é que, quando o namoro terminou, eu deletei todas as nossas fotos – normais e comprometedoras –, e nunca usaria isso contra ele. Não sei o que ele é capaz de fazer. Se as ameaças de me expor foram concretizadas, não duvido da possibilidade de ele me matar.

Percebendo que havia sido vítima Thamiris escreveu em seu perfil no um depoimento contando tudo pelo que estava passando, acusando o ex-namorado de ser responsável pelo ocorrido. Segundo ela, ele fez isso por machismo, misoginia e por se sentir injustiçado com o término.

Outro caso famoso foi o da dinamarquesa Emma Holten que teve fotos nuas divulgadas pelo ex-namorado aos 17 anos, mas virou o jogo fazendo um ensaio nu e publicando na internet para quebrar com o tabu.

Ellen, nome fictício dado a entrevistada pelo site grandes reportagens, também foi vítima da pornografia de vingança. Quando decidiu terminar, a vítima sofreu ameaças para voltar ao relacionamento, mas não o fez, procurou apenas as autoridades policiais o que não foi o suficiente, já que dias depois, ela estava no trabalho quando a irmã chegou com um envelope contendo retratos dela nua, em uma espécie de folder com partes do corpo e do rosto. Em pouco tempo as imagens foram parar na internet. Em depoimento a jovem disse que tem medo de tirar foto até de biquini.



No caso de Ellen, a Polícia Civil só conseguiu chegar ao suspeito através do código de revelação impresso nas fotos. Segundo especialistas é muito difícil ter controle sobre o material que circula na web<sup>111</sup>

Diante de todo esse cenário e da frequência que os casos aconteciam foi necessário adotar uma legislação que trouxesse a penalização adequada para as condutas, tendo em vista que, na maioria das vezes os réus nem condenados eram, e se responsabilizados, passavam a pagar somente um cesta básica, o que gerava uma culpabilização da vítima ou enquadramento em crimes não específicos.

A conduta, antes de ser criminalizada, era enquadrada em outros tipos penais, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Sendo assim, alguns julgadores entendiam como delito de difamação, por ofender a honra objetiva, outros diziam que se adequava ao artigo 140 c/c 141, III, ambos do Código Penal, ou seja, injúria praticada por meio que facilite a divulgação do conteúdo íntimo.

Então, nesse sentido, para solucionar as divergências, a conduta passou a ser considerada como crime, diante da implementação da Lei nº 13.718/18 que inseriu novos crimes no texto do Código Penal. Dentre eles, foi criada a figura do crime de divulgação de cena de estupro ou de cena de sexo ou pornografia.<sup>112113</sup> Vejamos:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

---

<sup>111</sup> MAGESK, Laila; SOARES, Leonardo. **Pornografia de vingança**: um crime que não para de crescer. um crime que não para de crescer. Disponível em: <https://grandesreportagens.gazetaonline.com.br/?p=606>. Acesso em: 19 abr. 2020.

<sup>112</sup> NUCCI, Amanda Ferreira de Souza. **Uma análise sobre revenge porn e a eficácia dos mecanismos jurídicos de repressão**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-30/opiniaio-revenge-porn-eficacia-mecanismos-repressao>. Acesso em: 19 abr. 2020

<sup>113</sup> BANQUERI, Poliana. **Nova lei representa avanço no combate à pornografia de vingança**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-01/poliana-banqueri-lei-avanco-pornografia-vinganca>. Acesso em: 19 abr. 2020



Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

§1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

§2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.<sup>114</sup>

Spencer Sydow e Ana Laura Castro, no livro *Exposição Pornográfica Não Consentida Na Internet*, trazem a seguinte divisão de práticas do *caput* do referido artigo:

a divulgação do registro do crime de estupro, possibilitando que o agente seja penalizado por incidir em ambos os tipos, (b) a apologia ou indução à prática do crime de estupro, atividade que diz respeito apenas ao uso de fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual visando estimular o referido crime, e busca atingir especialmente a disseminação de sítios voltados à propagação de discursos de ódio que fomentam crimes sexuais, e (c) registros de cenas de sexo, nudez ou pornografia sem o consentimento da vítima.<sup>115</sup>

Para eles, o legislador quis preservar a dignidade, intimidade e privacidade, afastando apenas a proteção específica à honra, uma vez que esta tem um caráter subjetivo de prejuízo a vítima. Ademais, afirmam que a consumação pode ser tanto instantânea quanto permanente, pois o agente é o detentor do poder de cessar a conduta lesiva, gerando assim a possibilidade de tentativa<sup>116</sup>

<sup>114</sup> BRASIL. **Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 19 abr. 2020

<sup>115</sup> CASTRO, A. L. C. de; SYDOW, S. T. **Exposição pornográfica não consentida na Internet: da pornografia de vingança ao lucro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 134-136. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_boi\\_2006/RTrib\\_n.959.02.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/RTrib_n.959.02.PDF). Acesso em: 21 abr. 2020

<sup>116</sup> CUNHA apud GUIMARÃES, Ana Larissa Gonçalves. **Crimes virtuais e novas modalidades de violência de gênero contra a mulher: a divulgação não consentida de imagens íntimas na internet**. 2019. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RPxHYKQC0bs>. Acesso em: 06 abr. 2020





Dessa forma, deve-se entender que o fenômeno da pornografia de vingança, agora configurado como delito, deve ser analisado sob uma perspectiva de violência de gênero, aliado ao Código Penal, partindo-se do pressuposto de que esta é só mais uma consequência de um contexto histórico e sociológico da dominação masculina sobre a autonomia e sexualidade feminina.<sup>117</sup>

### 3.2.2 “Sextorsão”

O termo oriunda da junção dos vocábulos sexo e extorsão. É um neologismo<sup>118</sup> que teve origem nos Estados Unidos, em 2010, ao ser usado oficialmente pelo FBI (*Federal Bureau Investigation*), em um caso no qual um hacker chantageou mulheres, ameaçando expor sua intimidade, caso não atendessem as exigências de enviar novas fotos nuas. No Brasil, a globalização potencializou a capacidade de difusão das informações tornando assim o termo mais conhecido.

Sextorsão é uma situação em que o poder é utilizado como instrumento para obtenção de vantagens sexuais, onde quem ameaça se utiliza do medo e vergonha da vítima, ou seja, é uma chantagem *on-line* pelo constrangimento de uma pessoa à prática sexual ou pornográfica registrada em foto ou vídeo para envio, em troca da manutenção do sigilo, previamente armazenados por aquele que faz a ameaça<sup>119</sup>. Nesse mesmo sentido, o Promotor de Justiça e professor de Direito Penal e Processo Penal, Rogério Sanches Cunha explica:

A prática que passou a ser conhecida como *sextorsão* refere-se a uma forma de exploração sexual na qual a vítima é chantageada através da ameaça de publicação de imagens e vídeos de si mesma, dotadas de cunho sexual, previamente

<sup>117</sup> BUZZI, Vitoria de Macedo. **Pornografia de vingança**: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/133841/TCC%20Vit%C3%B3ria%20Buzzi%20Versao%20Repositorio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 abr. 2019

<sup>118</sup> CASTRO, op. cit.

<sup>119</sup> D'URSO, Adriana Filizzola. **Sextorsão e estupro virtual**: novos crimes na internet. novos crimes na internet. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/263939/sextorsao-e-estupro-virtual-novos-crimes-na-internet..> Acesso em: 21 abr. 2020



compartilhadas mediante *sexting* ou subtraídas de seus arquivos pessoais digitais, objetivando a obtenção de alguma vantagem. Nessas situações é comum que a vítima seja constrangida a enviar mais mídias de conteúdo erótico ao agressor, constantemente sob a ameaça de divulgação tanto do conteúdo original quanto deste último obtido sob chantagem.<sup>120</sup>

Ainda, segundo o docente, a realidade criada pelo progresso da tecnologia deve ser catalogada pela doutrina. Partindo desse pressuposto afirmou que o comportamento pode configurar vários tipos penais.

Para o autor, se o agente com a posse das imagens solicita mais, configurará a conduta do constrangimento ilegal abordada no artigo 146 do Código Penal<sup>121</sup>, agora, se a intenção for patrimonial, o criminoso incorrerá no artigo 158<sup>122</sup> do mesmo diploma legal.

---

<sup>120</sup> CUNHA, apud GUIMARÃES, Ana Larissa Gonçalves. **Crimes virtuais e novas modalidades de violência de gênero contra a mulher:** a divulgação não consentida de imagens íntimas na internet. 2019. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RPxHYKQC0bs>. Acesso em: 06 abr. 2020

<sup>121</sup> Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

§ 1º - As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.

§ 2º - Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência.

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

II - a coação exercida para impedir suicídio.

<sup>122</sup> 122 Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º - Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade.

§ 2º - Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior.

§ 3º Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente



Por fim, deve ser analisada mais duas ações, a primeira quando o delituoso exige em troca a satisfação sexual incidindo no artigo 213<sup>123</sup>, caso de estupro tentado ou consumado e, quando, a intenção do agente é ferir a honra da vítima, devendo responder por calúnia<sup>124</sup>, difamação<sup>125</sup> e injúria<sup>126</sup>, disposto nos artigos 138, 139 e 140 respectivamente.

Consoante Juliana Cunha, coordenadora psicossocial da organização Safernet, mulheres e meninas que sofrem sextorsão somam 69% de todos os casos atendidos pela ONG<sup>127</sup>, que tem atendido casos desde 2012. Em um depoimento coletado a vítima de 18 anos disse que:

---

<sup>123</sup> Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos

<sup>124</sup> Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

§ 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:

- se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

- se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;

- se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível

<sup>125</sup> Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

<sup>126</sup> Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa

<sup>127</sup> ROSA, Ana Beatriz. **Campanha contra 'sextorsão' expõe as consequências trágicas de crimes online**: ameaças de vazamentos de fotos íntimas atingem, sobretudo, mulheres e meninas nas redes sociais. 2018. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/amp/2018/05/15/nao-e-sua-culpa->



Estou sendo chantageada por um senhor de 50 anos aproximadamente. Nunca nos vimos pessoalmente, ele é de outro Estado. Enviei umas fotos íntimas pra ele, agora ele está me ameaçando. Se eu não ficar com ele, vai enviar minhas fotos pra o meu namorado. Estou desesperada!<sup>128</sup>

Fora do Brasil, o caso da Amanda Todd teve grande repercussão. Aos 13 anos, em 2010, a vítima ficou amiga de uma pessoa que pediu para ela mostrar os seios para a câmera, tempo depois a mesma enviou a ela uma mensagem no Facebook dizendo que se não mostrasse mais, a foto seria publicada, como ela não atendeu o pedido a foto apareceu para todos na mesma rede social. Perseguida e ridicularizada, precisou trocar de escola, o que acabou desencadeando um caso de ansiedade e depressão ao ser alvo de provocações e assédios. Um mês depois, cometeu suicídio.<sup>129</sup>

Na mesma linha, em pesquisas feitas pela jornalista Ana Letícia Loubak, foi constatado que mais de 200 milhões de contas de e-mail acabaram sendo vítimas da conduta em 2019, onde as vezes o autor nem possui as imagens, mas utiliza-se da chantagem para obter vantagem<sup>130</sup>. Nestes casos, o golpe consiste em dizer que há gravações íntimas em sites pornôis exigindo um pagamento para que o vídeo não seja enviado aos seus contatos pessoais e profissionais<sup>131</sup>. No mundo, os dados estimam que o Brasil é o país que mais corre risco.

Em suma, no Brasil não há um adequação típica correta para o crime, amolda-se o caso concreto para os crimes supracitados, o que de certa forma acaba gerando uma insegurança jurídica e um não punitivismo, além de esbarrar no princípio da

---

campanha-contra-sextorsao-expoe-as-consequencias-tragicas-de-crimes-online\_a\_23434514/. Acesso em: 20 abr. 2019

<sup>128</sup> SAFERNET. **O que é sextorsão?** [s.d.]. Disponível em: <https://new.safernet.org.br/content/o-que-%C3%A9-sextors%C3%A3o>. Acesso em: 22 abr. 2020

<sup>129</sup> Ibidem

<sup>130</sup> LOUBAK, Ana Letícia. **Golpe de sextorsão atinge 200 milhões de e-mails**: entenda e saiba se proteger: Prática criminosa fez mais de sete milhões de vítimas só no primeiro semestre de 2019. Techtudo, 2019. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/08/golpe-de-sextorsao-atinge-200-milhoes-de-e-mails-entenda-e-saiba-se-protoger.ghml>. Acesso em: 22 abr. 2020

<sup>131</sup> SOUZA, Lisandro Carmona de. **Golpe de sextorsão está ativo na internet**. 2019. Disponível em: <https://blog.avast.com/pt-br/golpe-de-sextorsao-esta-ativo-na-internet>. Acesso em: 22 abr. 2020



proibição da analogia e da estrita legalidade adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro<sup>132</sup>

### 3.2.3 *Estupro virtual*

Um estupro físico geralmente é caracterizado pelo uso da força para dominar a vítima, já o virtual a violência é baseada em um domínio psicológico, cercado de ameaças, chantagens, constrangimentos, por meio da internet. Ambos tem o intuito de realizar o ato libidinoso ou sexual não consentido, como salienta Fernando Capez no Livro Curso de Direito Penal:

A hipótese em comento não se confunde com aquela em que a vítima é obrigada a praticar atos libidinosos em si própria, como a masturbação para que o agente a contemple lascivamente. Embora nesses casos não haja contato físico entre ela e o agente, a vítima foi constrangida a praticar ato libidinoso em si mesma. Surge aí a chamada autoria mediata ou indireta, pois o ofendido, mediante coação moral irresistível, é obrigado a realizar o ato executório como longa manus do agente.<sup>133</sup>

No Estado do Piauí, em 2017, houve o primeiro caso de estupro virtual no Brasil, se tornando emblemático e muito importante para o ordenamento jurídico brasileiro. A Delegacia de Repressão aos Crimes de Informática investigou um caso em que o suposto criminoso, ex-namorado, utilizava um perfil falso em uma rede social, ameaçando exibir imagens íntimas da vítima nua praticando atos sexuais, caso não o enviasse mais fotos e vídeos se masturbando com vibradores e outros objetos.

O acontecido, embora não esteja no tipo de forma literal, o que gerou uma grande polêmica no ordenamento jurídico brasileiro, foi enquadrado no artigo 213

---

<sup>132</sup> ALVES, Jessicka. **Os Princípios Fundamentais do Direito Penal**. JusBrasil, 2015. Disponível em: <https://jessickaalves.jusbrasil.com.br/artigos/189556430/os-principios-fundamentais-do-direito-penal>. Acesso em: 22 abr. 2020

<sup>133</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal 3. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 23



do Código Penal, por entender o juiz como ato libidinoso qualquer gesto destinado a satisfazer a lascívia e o apetite sexual de alguém<sup>134</sup>. Como é transcrito nesta redação:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Alguns operadores do direito concordaram com a posição tomada pelo magistrado diante possibilidade de constranger alguém mediante da grave ameaça de divulgação de fotos íntimas, mesmo sem contato físico, devido a alteração legislativa introduzida pela Lei n° 12.015/09 para os crimes sexuais que incluiu no tipo penal além da conjunção carnal, a prática de qualquer ato libidinoso diverso dela<sup>135</sup>.

Guilherme de Souza Nucci, ao analisar o artigo concluiu que o verbo “constranger” significa podar a liberdade a fim de obter a conjunção carnal ou ato libidinoso, ou seja, é fundamental apenas que a vítima não queira a conjunção carnal ou o ato libidinoso no momento ou até nas condições sugeridas.

Em contrapartida, existem aqueles que entendem que os crimes sexuais preservam a dignidade física sexual, que no caso em concreto não foi violada, dessa forma, para eles, não se pode comparar o estupro virtual a um caso de conjunção carnal forçada, até porque seria penalmente desproporcional, então para estes configura-se apenas como uma das formas de sextorsão pelo constrangimento ilegal. O tema ainda é questão de muitos debates por não existir uma posição pacífica a respeito<sup>136</sup>, porém o Supremo Tribunal Federal entendeu que o contato físico é dispensável para a configuração do tipo penal do artigo 213 do

---

<sup>134</sup> ARAÚJO, Gabriela Moraes Lopes de. **Estupro virtual**: a lesão da liberdade sexual no ciberespaço. 2019. TCC (Bacharelado em Direito) - Unievangélica, Anápolis, 2019. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/1336/1/Monografia%20-%20Gabriela%20Lopes.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019

<sup>135</sup> OGAMA, Willian Oguido. Dos crimes contra a dignidade sexual: as principais mudanças advindas com a Lei n° 12.015/2009. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v.15, n. 2626, 9 set. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17370>. Acesso em: 22 abr. 2020

<sup>136</sup> D'URSO, Adriana Filizzola. **Sextorsão e estupro virtual**: novos crimes na internet. novos crimes na internet. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/263939/sextorsao-e-estupro-virtual-novos-crimes-na-internet..> Acesso em: 21 abr. 2020



Código Penal em decisão proferida no ano de 2017 no julgamento Recurso Extraordinário com

Agravo nº 1066864 RS. Na decisão o ilustre Ministro Dias Toffoli expôs:

(...) a maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal - CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido. (...) Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena, na hipótese de eventual procedência da ação penal<sup>137</sup>

Sobre o tema, seguindo a mesma linha de raciocínio do Excelso Ministro citado, Rogério Grecco, Ex-Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais também leciona:

Entendemos não ser necessário o contato físico entre o agente e a vítima para efeitos de reconhecimento do delito de estupro, quando a conduta do agente for dirigida no sentido de fazer com que a própria vítima pratique o ato libidinoso, a exemplo do que ocorre quando o agente, mediante grave ameaça, a obriga a se masturbar.<sup>138</sup>

Depreende-se então, no caso em tela, presentes todos quesitos constante do tipo penal do estupro, a vítima foi constrangida mediante grave ameaça pela exposição de fotos íntimas, a praticar outros atos libidinosos mediante da produção de novas imagens para o agente<sup>139</sup>

---

<sup>137</sup> DIAS, Leonardo de Sales. Breves comentários sobre o crime de estupro virtual. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 23, n. 5453, jun. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65616>. Acesso em: 23 abr. 2020

<sup>138</sup> GRECO, apud SUZUKI, Cláudio. **Afinal de contas, existe ou não “estupro virtual”**. JusBrasil, 2017. Disponível em: <https://claudiosuzuki.jusbrasil.com.br/artigos/490709922/afinal-de-contas-existe-ou-nao-estupro-virtual>. Acesso em: 22/04/2020

<sup>139</sup> SANTOS, Letícia Ferreira dos. **Estupro virtual contra as mulheres**. 2019. TCC (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS, Centro Universitário de Brasília (UNICEUB), Brasília, 2019. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13947/1/21751369.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2020



Um ano após o sucedido, foram computados 137 casos de estupro virtual na imprensa, onde 15,5% eram menor de 18 anos, 83 % tinham entre 18 e 59 anos e 1,5 mais de 60 anos, consoante pesquisa feita pela Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher Câmara dos Deputados que utilizou a análise de dados da Associação de Educação do Homem de Amanhã de Brasília (HABRA).<sup>140</sup>

No Espírito Santo, um rapaz de 22 anos, foi preso, suspeito de estupro virtual de 13 vítimas. O jovem criava um perfil falso na internet e enviava um link para várias possíveis vítimas sob o aviso de que detinha imagens íntimas delas e, ao clicar no site, as vítimas tinham seus perfis em redes sociais hackeados. Ele obtinha fotos que a vítima já tinha compartilhado em conversas privadas e então passava a ameaça-la, exigindo enviasse vídeos ou fotos em posições sexuais que ele mesmo definia.<sup>141</sup>

Em novembro de 2018, a Delegacia de Atendimento à Mulher do Rio de Janeiro prendeu três suspeitos de praticarem estupro virtual. Em um dos casos, uma jovem foi forçada a filmar relações sexuais com o porteiro do prédio em que mora.<sup>142</sup> Já em 2019, um rapaz de 25 anos, em São Paulo mantinha contato com uma

mulher via *WhatsApp* e ao conseguir sua confiança, convenceu-a de enviar fotos íntimas, ameaçada, foi obrigada a enviar foto pornográfica de sua filha<sup>143</sup>

Em todos os casos apresentados, foi possível enquadrar o fato ao tipo penal de estupro a partir do advento da Lei n. 12.015/2009.<sup>144</sup>

---

<sup>140</sup> COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER. **Mapa da violência contra a mulher**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2020.

<sup>141</sup> MACHADO apud ARAÚJO, Gabriela Moraes Lopes de. **Estupro virtual: a lesão da liberdade sexual no ciberespaço**. 2019. TCC (Bacharelado em Direito) - Unievangélica, Anápolis, 2019. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/1336/1/Monografia%20-%20Gabriela%20Lopes.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019

<sup>142</sup> *Ibidem*

<sup>143</sup> *Ibidem*

<sup>144</sup> *Ibidem*





### 3.2.4 Sexting e a exposição íntima não autorizada

A palavra “sexting” é resultado da combinação de *sex* com *texting*. O termo é utilizado para se referir à exposição do corpo nu ou seminudo em virtude de desejo próprio ou de terceiros, por meio de tecnologias digitais. Esse fenômeno é uma nova forma de expressar a sexualidade, contudo o problema surge quando essas imagens são expostas sem a devida permissão e conhecimento da vítima, gerando um constrangimento público, tornando-se assim, uma realidade muito perigosa. Nesse sentido explica Suzana da Conceição Barros<sup>145</sup>:

O sexting consiste no envio, compartilhamento e postagem de mensagens eróticas, fotos de corpos desnudos e de vídeos que mostram relações sexuais, ou seja, de materiais que apresentam conteúdos sexuais, sensuais e eróticos, por meio de tecnologias digitais (smartphones, tablets, computadores, e sites de redes sociais, como Facebook e Twitter etc.), para namorados/as, ficantes, paqueras, amigos/as, ou para uma multidão de conhecidos/as e desconhecidos/as, quando postados na internet, por exemplo. Crianças, adolescentes, adultos, isto é, sujeitos de diferentes faixas etárias, vêm aderindo a essa prática.

É uma prática que tem afetado diretamente os relacionamentos, isto porque no desenrolar do vínculo sedimentado entre as pessoas se estabelece uma relação de confiança, de aproximação, carinho e cumplicidade. Levando os parceiros a compartilharem seus momentos íntimos entre si.

A tecnologia aproximou as pessoas e possibilitou por vezes a melhora nos relacionamentos, contudo a utilização inadequada com a transmissão de mensagens com exposição de cenas íntimas da parceira ou do parceiro especialmente para a mulher tem causado efeitos irreversíveis, pois a retirada das imagens das redes sociais da internet e do WhatsApp tem sido quase tarefa impossível, daí a necessidade de se punir aquele que viola o princípio da confiança expondo a companheira, por meio de mecanismos praticamente impossível de ser revertido.

---

<sup>145</sup> Professora e Pós Graduada em Educação em Ciências pela FURG



Sydow e De Castro manifestam que este comportamento delituoso pode ser pela simples exposição da vítima, por vaidade ou fama do divulgador, para chantagem ou obtenção de vantagem, ou com objetivo de lucro. Nesses dois últimos os autores alegam que se trata de mais uma modalidade de sextorsão.<sup>146</sup>

A atriz Carolina Dieckmann no ano de 2012, foi vítima de *sexting*. No caso, o infrator enviou um *e-mail* induzindo-a a abrir o anexo, para que, por meio dessa mensagem ocorresse a busca de vulnerabilidades no computador dela e consequentemente o furto das fotos da atriz nua e, por fim a ameaça de publicação caso ela se recusasse a ceder as chantagens.

A partir desse famoso fato, o projeto de lei 2.793/2011, com o intuito de promover previsão legal para os delitos cibernéticos, foi sancionado no mesmo ano transformando-se na lei ordinária 12.737, inserindo novos tipos ao Código Penal<sup>147</sup> Vejamos a Lei Carolina Dieckmann, como ficou conhecida:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos e dá outras providências.

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, fica acrescido dos seguintes arts. 154-A e 154-B:

Art. 154-A. Invasão dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

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

---

<sup>146</sup> CASTRO, A. L. C. de; SYDOW, S. T. **Exposição pornográfica não consentida na Internet: da pornografia de vingança ao lucro.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. Disponível em:

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_boletim\\_2006/RTrib\\_n.959.02.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boletim_2006/RTrib_n.959.02.PDF). Acesso em: 21 abr. 2020. p.134-136

<sup>147</sup> SARA, Mayra Matuck. **Aspectos gerais da Lei 12.737/12: lei dos crimes informáticos, também conhecida como Lei Carolina Dieckmann.** Empório do Direito, 2018. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/aspectos-gerais-da-lei-12-737-12-lei-dos-crimes-informaticos-tambem-conhecida-como-lei-carolina-dieckmann>. Acesso em: 24 abr. 2020



§1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput .

§2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§4º Na hipótese do § 3º , aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

§5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: I- Presidente da República, governadores e prefeitos;

Presidente do Supremo Tribunal Federal;

Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.” Art. 3º Os arts. 266 e 298 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940

- Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública

Art. 266

§ 1º Incorre na mesma pena quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento.

§ 2º Aplicam-se as penas em dobro se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública.” (NR)

“Falsificação de documento particular



Art. 298

Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, equipara-se a documento particular o cartão de crédito ou débito.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor após decorridos 120 (cento e vinte) dias de sua publicação oficial.<sup>148</sup>

Com o advento dessa lei alguns debates também vieram a tona. Autores como Deivid Willian dos Prazeres e Hélio Rubens Brasil defenderam que foco da lei Carolina Dieckmann deveria ser a proteção integral aos direitos da personalidade da vítima e não o patrimônio, pois o prejuízo econômico é incerto, ao passo que a lesão às garantias individuais sempre se faz presente na hipótese de interceptação ilegal de dados. Um outro ponto defendido por eles é que a lei não trouxe nenhuma questão relacionada a investigação<sup>149</sup>

Assim sendo, perante a necessidade ainda de legislação para o Sexting e outros crimes que já existiam a época, surgiu em 2014, a Lei 12.965, mais conhecida como Marco Civil da Internet. Em seu artigo 13, estabelece que os provedores devem manter os registros pelo tempo de um ano, podendo ser prolongados a guarda do registro por mais tempo desde que solicitado pela autoridade policial, administrativa ou Ministério Público.

Em uma pesquisa realizada pela ONG Safernet, tão citada neste trabalho, 63% dos participantes disseram já terem enviado mensagens de sexo virtual por mais de cinco vezes ou recebido. A instituição afirmou também que desde o ano de 2014 houve expressivo aumento dos atendimentos relativos a problemas com sexting<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup> BRASIL. **Lei 12.737, de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm). Acesso em: 20 abr. 2019

<sup>149</sup> PRAZERES, Deivid Willian dos; BRASIL, Hélio Rubens. **Lei Carolina Dieckmann e os crimes cibernéticos: a ineficiência decorrente do contumaz atropelo legislativo**. 2013. Disponível em: [www.santanabrasil.adv.br](http://www.santanabrasil.adv.br). Acesso em: 20 abr. 2019

<sup>150</sup> GOMES, Cibele Cynthia Araújo; ORTEGA, Leila Saddi; RAMOS, Ivo de Jesus. Identificação do Fenômeno Sexting por Estudantes de Ensino Profissional Tecnológico de Minas Gerais. **Holos**, Minas Gerais, v. 1, n. 36, p. 1-12, 14 fev. 2020. Disponível em: <http://www2.ifm.edu.br/ojs/index.php/HOLOS/article/view/7657>. Acesso em: 24 abr. 2020



Um caso recente é da cantora brasileira Luísa Sonza de 20 anos que teve uma foto nua divulgada em sua rede social em 2019. Na ocasião, a vítima, em depoimento afirmou que teve dificuldades para acessar o perfil antes do vazamento ocorrer.<sup>151</sup>

Diante do relatos faz necessário entender que sexting é uma conduta que coloca em risco o direito de personalidade, intimidade, honra e a boa fama, dado que provoca consequências à imagem, por tempo indeterminado. Por isso, não há dúvidas quanto à necessidade da criação de um tipo penal específico para a conduta da com penas proporcionais ao sofrimento causado à vítima.

### 3.2.5 Cyberstalking

O *cyberstalking* nada mais é do que a perseguição, o *stalking*, do mundo virtual. Para J. Reid Meloy<sup>152</sup>, psicólogo norte-americano, o neologismo designa a invasão indesejada à vida de alguém por meio da internet.<sup>153</sup> Seguindo o semelhante pensamento, Marcello Adriano Mazzola, renomado advogado italiano afirma que a conduta *on-line* em questão possui mais vantagens do que a física, dentre elas pode- a possibilidade de comunicação a distância, o contato com desconhecidas e a garantia do anonimato, tendo em vista que de acordo com ele 80% dos casos de *stalking* se dão por e-mail.<sup>154</sup>

Ainda, ao aprofundar o estudo sobre o tema acrescentou que as informações utilizadas pelo autor do delito são as que a própria vítima expõe na internet a respeito de si, principalmente nas redes sociais. Como por exemplo, *Facebook* com função

---

<sup>151</sup> SILVEIRA, Athus. **O que é sexting?** Saiba tudo sobre a prática de sexo por mensagens. TechTudo. 2019. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/03/o-que-e-sexting-saiba-tudo-sobre-a-pratica-de-sexo-por-mensagens.ghtml>. Acesso em: 24 abr. 2020

<sup>152</sup> Psicólogo Forense, Consultor Criminal e Civil americano, Professor Clínico de Psiquiatria da UCDS e Membro da Faculdade de San Diego Psychoanalytic Center

<sup>153</sup> MELOY apud GERBOVIC, Luciana. **Stalking**. São Paulo: Almedina, 2019. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?id=5XqYDwAAQBAJ&dq=stalking+mulher&lr=lang\\_pt&hl=pt-BR&source=gbs\\_navlinks\\_s](https://books.google.com.br/books?id=5XqYDwAAQBAJ&dq=stalking+mulher&lr=lang_pt&hl=pt-BR&source=gbs_navlinks_s). Acesso em: 24 abr. 2020

<sup>154</sup> MAZZOLA apud GERBOVIC, op. cit



que permitir a todos os conhecidos virtuais saberem o local onde se está naquele exato momento.

Para Alessia Micoli, mesmo o *cyberstalking* ocorrendo no mundo virtual, os efeitos resultam no mundo físico e podem chegar a ser mais devastadores do que os provocados pelo *stalking* no mundo real, principalmente em razão da facilidade de anonimato, do meio e da rápida divulgação de dados e imagens.<sup>155</sup>

No Brasil, o médico e psicanalista Francisco Daudt afirma que:

O stalking, traduzido por ele como “perseguição implacável”, vem sendo substituído pelo instrumento de perseguição mais diabólico já inventado: a internet. Ela permite fuçar, não somente o lixo, mas todo o conteúdo de e- mails. Possibilita difamar, não com palavras, mas com filmagens e fotos íntimas postadas na rede. Nas mãos de um bom hacker, a devassa da vida do outro é completa. O inferno tornou-se muito pior na era da informática, e o modo como funciona toda essa tecnologia não pode ser de desconhecimento de autoridades policiais, advogados, Ministério Público e Poder Judiciário, sob pena de se ter minimizado os danos que um stalker pode causar, ao fazer uso da informática, principalmente, na sua perseguição<sup>156</sup>

Resumidamente, o *cyberstalking* constitui uma forma particular de violência, baseada na reiteração de importunações, ameaças ou outros tipos de comunicação sem consentimento da vítima, perseguindo-a e cerceando a liberdade, por meio da internet.

A organização EndRevengePorn disponibilizou, em 2014 resultados de uma pesquisa que realizou, 93% das vítimas entrevistadas relataram ter adquirido estresse emocional devido ao ocorrido; dessas, 49% passaram a ser assediadas ou perseguidas na internet por usuários que tiveram acesso às suas gravações.<sup>157</sup>

---

<sup>155</sup> MICOLI apud GERBOVIC, op.cit

<sup>156</sup> DAUDT apud GERBOVIC, Luciana. **Stalking**. São Paulo: Almedina, 2019. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?id=5XqYDwAAQBAJ&dq=stalking+mulher&lr=lang\\_pt&hl=pt-BR&source=gbs\\_navlinks\\_s](https://books.google.com.br/books?id=5XqYDwAAQBAJ&dq=stalking+mulher&lr=lang_pt&hl=pt-BR&source=gbs_navlinks_s). Acesso em: 24 abr. 2020

<sup>157</sup> BUZZI, Vitoria de Macedo. **Pornografia de vingança**: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. 2015. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2015. Disponível em:



No relatório Violência contra a mulher na internet, em contribuição conjunta do Brasil e ONU no ano de 2017, foi constatado que os métodos mais utilizados como meio de prática da conduta virtual são as interações não solicitadas ou obsessivas e perfis falsos criados para assediar alguém.

Um exemplo citado pelo parecer foi o caso de Amanda, que sofreu perseguição virtual por uma pessoa que não conheceu *on-line*. A vítima ao se afastar deste indivíduo começou a receber ameaças através de perfis falsos em redes sociais e, ainda teve divulgado dados pessoais em plataformas de relacionamento. A polícia foi acionada, mas de acordo com ela nada mudou e nenhuma medida foi tomada para sua proteção.

Em outra pesquisa feita, agora pelas autoras Mariana Tordin Boen<sup>158</sup> e Fernanda Luzia Lopes<sup>159</sup>, no estudo sobre a vitimização pro *stalking*, constatou-se que a maior parte das mulheres, cerca de 53,3% sofreram durante a relação amorosa e 76,7% depois de terminada a relação amorosa, sendo que em alguns casos os comportamentos aconteceram em dois ou mais momentos da relação, dessas cerca de 20,5% tiveram a saúde psicológica muito afetada<sup>160</sup>

Aqui no país, o *stalking* não é crime, a jurisprudência tem identificado que a prática é apenas uma contravenção penal prevista no artigo 65 do Decreto-lei nº 3.688 de 1941<sup>161</sup>, como a seguir disposto:

Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável:

Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.<sup>162</sup>

---

<<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/133841/TCC%20Vit%C3%B3ria%20Buzi%20Versao%20Repositorio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 abr. 2019

<sup>158</sup> Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Marília, SP, Brasil

<sup>159</sup> Universidade São Francisco, Itatiba, SP, Brasil

<sup>160</sup> BOEN, Mariana Tordin; LOPES, Fernanda Luzia. Vitimização por *stalking*: um estudo sobre a prevalência em estudantes universitários. **Revista Estudos Feministas**. Florianópolis, v. 27, n. 2, 2019. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2019000200218&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2019000200218&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 25 abr. 2020

<sup>161</sup> Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 - Lei das Contravenções Penais



Todavia, a consequência do delito ser uma contravenção penal e não crime é que a competência para processar passa a ser dos Juizados Especiais Criminais, conforme determinada o artigo 61<sup>163</sup> da Lei 9.099/05<sup>164</sup>. Ressaltando que se a vítima estava ou está em uma relação íntima com o perseguidor, ela pode invocar as medidas protetivas da Lei Maria da Penha<sup>165</sup>, visto que os artigos 5<sup>166</sup> e 7<sup>167</sup>

---

<sup>162</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm). Acesso em: 25 abr. 2020

<sup>163</sup> Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa

<sup>164</sup> Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências

<sup>165</sup> Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 - Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências

<sup>166</sup> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

- no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
- no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
- em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual

<sup>167</sup> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

- a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
- a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
- a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.





classificam a violência psicológica como um dos elementos possíveis para se pedir proteção.

Atualmente tramita o Projeto de Lei nº 5.419/2009 apensado ao 1.369/2019<sup>168</sup> que segundo a Câmara dos Deputados está pronto para Pauta na Mesa Diretora (MESA), o qual tem o intuito de alterar o Código Penal, tipificando o crime de perseguição. Vejamos:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte

Art. 149-B: Perseguição Art. 149-B. Perseguir ou assediar outra pessoa, de forma reiterada, por meio físico ou eletrônico ou por qualquer outro meio, direta ou indiretamente, de forma a provocar-lhe medo ou inquietação ou a prejudicar a sua liberdade de ação ou de opinião:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

§1º As penas aplicam-se cumulativamente e poderão ser aumentadas até metade quando houver o concurso de mais de 3 (três) pessoas, ou se houver o emprego de arma.

§ 2º Aplica-se a majoração de pena prevista no § 1º quando houver violação do direito de expressão.

§ 3º Aplica-se o disposto no § 1º quando o agente, por meio eletrônico ou telemático, simular a atuação de várias pessoas na conduta prevista no caput.

§ 4º Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência. Forma qualificada

§ 5º Se o agente foi ou é íntimo da vítima:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.<sup>169</sup>

Paralelamente há um projeto de lei do Senado nº 236 de 2012 que pretende reformar todo o Código Penal incluindo também, além de outras mudanças, um novo tipo de tipo de ameaça, que seria o crime de Perseguição Obsessiva ou Insidiosa. No

---

<sup>168</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1369/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229558&ord=1>. Acesso em: 25 abr. 2020.

<sup>169</sup> Ibidem



entanto, o mesmo ainda se encontra Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania desde o dia 07 de fevereiro do corrente ano<sup>170</sup>

Posto isso, é plausível concluir que há uma necessidade de criação de leis apropriadas para contemplar a nova realidade que surge a cada dia no mundo digital. Até porque se faz importante esclarecer que muitos dos nossos tipos penais foram criados em 1940, retratando um mundo completamente diferente, que tinha como base o machismo institucionalizado.

Antigamente a mulher era vista como submissa, devendo obedecer ao homem. Em contrapartida, com a evolução da luta das mulheres pela equidade, a história vem tomando um rumo diferente. Em que a figura feminina passa a ganhar espaço na esfera pública dominada somente por homens, gerando as mudanças legislativas que trouxeram um diferente pensar a sociedade. Como cita Soraia da Rosa Mendes, em sua tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília:

É exatamente porque os direitos fundamentais são sempre leis dos mais fracos contra a lei dos mais fortes, que esses têm validade como direitos do indivíduo para proteger as pessoas também – e acima de tudo – contra as suas culturas, e, até mesmo, contra suas famílias: a mulher contra o pai e o marido. (...) Os paradigmas extraídos do mundo masculino das ciências sociais redundam na negação da humanidade da mulher. Penso como Facio e Camacho que somente quando conseguirmos demonstrar isto, será possível conjuntamente, homens e mulheres, criar modelos, parâmetros e paradigmas que respondam a uma concepção de mundo, e de nosso papel nele, mais harmonioso, pacífico e enriquecedor.<sup>171</sup>

---

<sup>170</sup> BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 09 de julho de 2012**. Institui novo Código Penal, sendo dividido em Parte Geral (art. 1º ao 120) e Parte Especial (art. 121 ao 541). . Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 25 abr. 2020

<sup>171</sup> MENDES, Soraia da Rosa. **(Re)pensando a criminologia**: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista. 2012. Tese (Doutorado em direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11867/1/2012\\_SoraiadaRosaMendes.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11867/1/2012_SoraiadaRosaMendes.pdf). Acesso em: 10 maio 2020



Todas essas alterações legislativas são espécies de caminhos abertos para inclusão dos crimes virtuais na lei, uma vez que estes fazem um estrago que o crime comum não faz, devido ao acesso e facilidade. Diante disso, as penas precisam ser mais altas e severas, trazendo as modificações legislativas necessárias, para que se tenha a prevenção dos delitos, juntamente com a transformação da sociedade em que vivemos.

Assim, é possível afirmar que as mudanças precisam ir adequando a realidade do dia a dia, dos atos praticados pelos criminosos para que não se gere uma gama de impunidades.

Além disso, falta um certo desenvolvimento tecnológico para as polícias e órgãos públicos responsáveis pela fiscalização e controle do mundo virtual conseguirem identificar e punir os criminosos cibernéticos com maior precisão, facilidade e rapidez.

Em suma, a internet deu voz e tirou o rosto das pessoas dando-as coragem para fazerem o quiser, inclusive potencializar a violência contra a mulher. A rede social encheu de impavidez os indevidos, fazendo com que esses ultrapassassem a linha do respeito e os princípios da liberdade e da confiança que permeiam as relações interpessoais.

### **3.3 Violação de princípios constitucionais**

A confiança desponta como uma base da sociedade contemporânea. Nessa senda o Direito Penal moderno adotou o princípio da confiança. Esse fundamento é baseado em uma expectativa de que as pessoas tenham condutas de um modo já



esperado, ou seja, atitudes normais dentro dos padrões sociais.<sup>172</sup> Juarez Cirino dos Santos,<sup>173</sup> citando Roxin<sup>174</sup>, afirma que o princípio da confiança é:

Capaz de indicar os limites do dever de cuidado ou do risco permitido no trânsito. [...] É generalizada a noção de que o princípio da confiança significa a expectativa, por quem se conduz nos limites do risco permitido, de comportamentos alheios adequados ao cuidado objetivo<sup>175</sup>

De acordo com Juliana Zanuzzo dos Santos<sup>176</sup> o princípio da confiança deve ser entendido de acordo com o contexto social aplicado, por não se tratar de um princípio absoluto, sendo ligado a previsibilidade do resultado<sup>177</sup>

Esse princípio não possui unicamente um fundamento normativo, senão também fatos sociais e psicológico, vez que, aprioristicamente, ela incide no plano comportamental dos cidadãos ou seja trata-se de um orientador da conduta humana, um grande exemplo pode ser observado quando a mulher dorme de costas para o seu parceiro, mostrando uma plena confiança na relação.<sup>178</sup>

Assim, pode-se afirmar, então, que também permeia as relações íntimas de afeto, onde a mulher confia que o parceiro não vai agredi-la fisicamente ou virtualmente, além de expô-la a outras circunstâncias graves e vexatórias.

Ao enviar uma foto de cunho sexual a mulher crê que não haverá consequências negativas. Na maior parcela dos casos, existe um tipo de revanche de

---

<sup>172</sup> REDE DE ENSINO LUIZ FLÁVIO GOMES. **O que é o Princípio da Confiança acolhido pelo Moderno Direito Penal?** 2011. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1112533/o-que-e-o-principio-da-confianca-acolhido-pelo-moderno-direito-penal-patricia-a-de-souza>. Acesso em: 27 maio 2020

<sup>173</sup> Juarez Cirino dos Santos foi o pioneiro da criminologia crítica no Brasil, um dos mais importantes criminalistas e criminólogos brasileiros de todos os tempos. Atualmente, é o Presidente do Instituto de Criminologia e Política Criminal

<sup>174</sup> Claus Roxin é um jurista alemão, um dos mais influentes dogmáticos do direito penal alemão, tendo conquistado reputação nacional e internacional neste ramo. É detentor de doutorados honorários conferidos por 17 universidades no mundo. Foi o introdutor do Princípio da bagatela, em 1964, no sistema penal e desenvolveu o Princípio da Alteridade ou Transcendentalidade no Direito Penal

<sup>175</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 179

<sup>176</sup> Advogada. Pós-graduada em Direito Civil pela PUC-PR. Psicóloga. Graduada pela PUC-PR

<sup>177</sup> SANTOS, Juliana Zanuzzo. **O que se entende por princípio da confiança?**. 2012. Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121923753/o-que-se-entende-por-principio-da-confianca>. Acesso em: 30 mai. 2020

<sup>178</sup> Ibidem



pós término, onde há a exposição de fotos e extorsão em que se exige algo para que a intimidade não seja divulgada, bem como o estupro virtual, sexting e o cyberstalking.

A globalização de um modo positivo aumentou a possibilidade rápida e eficaz de informação, do lado negativo deu voz aos que estavam escondidos, fazendo com que estes tivessem mais coragem a cometer crimes, e trouxe uma maior facilidade de propagação para esses abusos de exposições virtuais da mulher.

Esse princípio pode ser analisado juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>179</sup>, disposto na nossa Carta Magna<sup>180</sup>. Partindo desse pressuposto, pode-se entender que a mulher tem o direito de enviar fotos para quem bem confia, o que não deve ensejar em divulgações, retirando ali sua dignidade, seus bens de personalidade, sua imagem ou até mesmo o mínimo existencial psicológico.

A dignidade da pessoa humana deve sempre objetivar a ampliação do princípio da solidariedade, reconhecendo a evolução, não devendo extrapolar a máxima “o seu direito acaba onde começa o dos outros”, que envolve bom senso, ética e valores morais e, também, direitos e deveres assegurados em Lei.

A Constituição Federal de 1988 se encontra orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-se necessário estabelecer, em alguma medida, a proteção ao interesse do indivíduo de forma basilar.

A liberdade de expressão é o direito que permite as pessoas manifestarem opiniões sem medo de represálias, ou seja, significa o direito de exteriorizar a opinião pessoal ou de um grupo, sempre com respeito.

Assim, pode-se também relatar que ao violar o princípio da confiança e da dignidade da pessoa humana, o agressor também fere a limitação do princípio da liberdade de expressão da mulher.

---

<sup>179</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana

<sup>180</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988



Contudo, esse direito sofre uma limitação quando se passa a divulgar um conteúdo pessoal a terceiros, uma vez que a mulher tem o direito de se expor dentro de uma relação, mas não a obrigação de aceitar tal repasse de informações sobre ela. Além disso, a prática dos nudes não possui quaisquer proibições legais, pois abarca o âmbito da intimidade e livre vontade dos participantes. Por isso, foi criado a Lei do Marco Civil na internet que protege imagens contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, mas, tal regulamentação ainda não se faz suficiente para acompanhar a sociedade, sendo necessário que os princípios que permeiam as relações dos indivíduos se amoldem cada vez mais aos casos concretos.

## CONCLUSÃO

O objetivo do presente estudo é constatar o dinamismo na incidência dos crimes sexuais contra as mulheres, demonstrando a relevância que possuem quando praticados no meio cibernético e a vulnerabilidade do sexo feminino na sociedade.

A desigualdade de tratamento para homens e mulheres não nasceu da tecnologia, apenas migrou do campo físico para o virtual, fato este se dá devido as pessoas acharem que a internet é um território livre e, com isso, fazer a violência contra a mulher, na vida real, ganhar novos formatos na rede de computadores.

A acessibilidade aos equipamentos tecnológicos trouxe para a sociedade diversos impactos, principalmente na seara do Direito, conceitos básicos legais tiveram de ser reformulados, além disso houve também o surgimento de situações jurídicas, que ensejam um tratamento diferenciado e conhecimentos mais específicos sobre as matérias informáticas.

A discriminação e os crimes na rede têm crescido significativamente em razão do anonimato, onde as denúncias, principalmente, de crimes ligados à violência contra a mulher tiveram uma fatal intensificação com a tecnologia crescente. Por isso, é



necessário a ajuda do Estado para prevenir, investigar, denunciar e punir a violência doméstica e todas as formas de violência contra a mulher.

As violências psicológicas e morais quando exploradas no campo cibernético, acabam se entrelaçando, mesmo tendo conceitos distintos, como já visto anteriormente. A primeira, destina-se a ferir a autoestima, o interior da vítima, já a segunda está ligada a condutas, aquilo que se faz ou deixa de fazer, acusar a mulher de traição, fazer críticas mentirosas ou desvalorizar a vítima pelo modo de se vestir.

Desde o ano de 2013 uma série de projetos de lei vêm sendo propostos no Brasil para enfrentar a violência de gênero *on-line* pela via da criminalização, devido ao número de suicídios advindos da exposição de mulheres na internet e pelo fato das mulheres buscarem recursos jurídicos para que o próprio direito de exposição não seja afetado.

O fato é que direito de personalidade e imagem se contrapõe ao limites que as vezes as mulheres têm que se submeter para não sofrer reprimendas da sociedade machista e patriarcal. O bem jurídico protegido na Carta Magna é oponível erga omnes, ou seja, indisponível e indissociável, por isso não podem sofrer limitações, salvo voluntárias, lícitas e cabíveis.

A necessidade de se criar leis, adveio com o progresso aliado a dificuldade de proteger as usuários dos *cybercrimes*, seja pela disponibilização de senhas e informações pessoais ou pela exposição indevida da imagem. Por isso, a legislação de um país é tão importante quando se fala em garantias de direitos dos indivíduos.

Portanto, as medidas para regulamentação ao acesso à internet que existem hoje são apenas para evitar os crimes existentes, muitas vezes fazendo uma analogia e um apanhado geral de várias leis, como por exemplo, o estelionato virtual em que se adequa a Maria da Penha e o Código Penal para criminalizar tal conduta.



Diante do aparecimento de novas modalidades, como citado, deste uso inapropriado da internet, se faz necessário ter uma legislação tipificada para uma maior segurança do usuário.

A atual legislação brasileira atualmente utiliza o Código Penal em uma interpretação analógica para enquadrar os crimes cibernéticos contra mulheres, mas desde 2018 a Câmara dos Deputados tem aprovado criações de juizados especiais criminais digitais<sup>181</sup>, aprovado mudanças na lei acerca de crimes que expõe fotos íntimas na internet<sup>182</sup> e até mesmo discutido sobre questões de competência em relação a crimes cibernéticos interestaduais<sup>183</sup>.

A Lei 13.772, conhecida como Marco Civil da Internet também é utilizada, mas não se tem um tipo suficiente para os delitos, mesmo com as alterações trazidas à Lei Maria da Penha e ao código Penal, uma vez que na maioria das vezes se utiliza a interpretação de um tipo baseada em fundamentadas discussões, por isso se faz necessário algo mais concreto que se adequa as condutas.

Diante disso denota-se que para a caracterização de um crime é necessário que haja uma tipificação expressa como crime por lei, uma conduta seja ela omissiva ou comissiva, e que esta esteja válida e apta a produzir efeitos perante todos.

---

<sup>181</sup> BRASIL. **Projeto de Lei nº 6832, de 07 de fevereiro de 2017.** Dispõe sobre a criação dos Juizados Especiais Criminais Digitais. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122943>. Acesso em: 20 abr. 2019

<sup>182</sup> BRASIL. **Projeto de Lei nº 5555, de 09 de maio de 2013.** Inclui a comunicação no rol de direitos assegurados à mulher pela Lei Maria da Penha, bem como reconhece que a violação da sua intimidade consiste em uma das formas de violência doméstica e familiar; tipifica a exposição pública da intimidade sexual; e altera a Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=576366>. Acesso em: 20 abr. 2019.

<sup>183</sup> <sup>183</sup> BRASIL. **Projeto de Lei nº 5202, de 06 de maio de 2016.** Inclui os crimes praticados contra ou mediante computador, conectado ou não a rede, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado ou de telecomunicação no rol das infrações de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme, quando houver indícios da atuação de associação criminosa em mais de um Estado da Federação ou no exterior. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2083671>. Acesso em: 20 abr. 2019





Além disso é necessário trazer outra reflexão. Será que só implementar uma lei tipificando as condutas é o suficiente? Ou deve-se também se fazer uma política de remodelo da sociedade patriarcal, agora virtual?

A mulher é sempre tratada como culpada, mesmo quando vítima, ao expor suas fotos para quem confiança, ela sempre ouve “mas também para que foi mandar?”. É necessário hoje entender que a mulher deve ser livre para fazer o que em entender com seu corpo ou imagem, o que não dá direito ao outro de cometer abusos.

A lei de certa forma deve resguardar a mulher sim para que não se gere uma impunidade, mas além disso é necessário mudar a sociedade, mudar as formas de pensar principalmente no que tange a culpabilidade da vítima.

A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos, interferindo assim no princípio da dignidade da pessoa humana, no que a mulher deseja ou não naquela hora, subsistindo apenas julgamentos. Isso não deve mais prosperar na sociedade, os cidadãos não devem mais permitir limitações femininas, afinal todos são iguais perante a lei.

## REFERÊNCIAS

ADVOCACIA MOREIRA CONSULTORIA & JURÍDICA. Crimes sexuais pela internet: a violência contra a mulher entre o real e o virtual. 2019. Disponível em: <https://advocaciamoreira80.jusbrasil.com.br/noticias/694951588/crimes-sexuais-pela-internet-a-violencia-contra-a-mulher-entre-o-real-e-o-virtual>. Acesso em: 06 jun. 2019.

AGÊNCIA ESTADO. Denúncias na internet de violência contra a mulher crescem 1.640% em 2018: Dado faz parte do balanço anual da ONG SaferNet, que atua na defesa dos direitos humanos na rede. 2019. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/02/05/interna-brasil,735532/denuncias-na-internet-de-violencia-contra-a-mulher-crescem-em-2018.shtml>. Acesso em: 24 nov. 2019.



ALVES, Jessicka. Os Princípios Fundamentais do Direito Penal. JusBrasil, 2015. Disponível em: <https://jessickaalves.jusbrasil.com.br/artigos/189556430/os-principios-fundamentais-do-direito-penal>. Acesso em: 22 abr. 2020.

ALVES, Thiago Alex Silva. A Lei Maria da Penha completo. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65125/a-lei-maria-da-penha-completo>. Acesso: 29 mar. 2020.

ARAÚJO, Gabriela Moraes Lopes de. Estupro virtual: a lesão da liberdade sexual no ciberespaço. 2019. TCC (Bacharelado em Direito) - Unievangélica, Anápolis, 2019. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/1336/1/Monografia%20-%20Gabriela%20Lopes.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

ARAÚJO, Maria de Fátima. Gênero e violência contra a mulher: o perigoso jogo de poder e dominação. 2008. 5 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Psicologia, Universidade Estadual Paulista (unesp), São Paulo, 2008. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-350X2008000300012](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-350X2008000300012). Acesso em: 06 jun. 2019.

ASSIS, Pablo de. Conheça os cybercrimes e aprenda a se defender deles. 2010. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/conexao/3486-conheca-os-cybercrimes-e-aprenda-a-se-defender-deles.htm>. Acesso em: 13 mar. 2019.

AUDIÊNCIA BRASIL. STJ: crimes sexuais pela internet: a violência contra a mulher entre o real e o virtual. 2019. Disponível em: <https://audienciabrasil.jusbrasil.com.br/noticias/686193854/stj-crimes-sexuais-pela-internet-a-violencia-contra-a-mulher-entre-o-real-e-o-virtual>. Acesso em: 24 nov. 2019.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Violência contra a mulher: consequências da perspectiva de gênero para as políticas de segurança pública. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 62, n. 3, p.103-133, 21 dez. 2017. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v62i3.51841>. Acesso em: 30 nov. 2019.

BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. 2014. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade de Brasília (UNB), Brasília, 2011. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69922014000200008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000200008). Acesso em: 06 jun. 2019

BANQUERI, Poliana. Nova lei representa avanço no combate à pornografia de vingança. Conjur. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-01/poliana-banqueri-lei-avanco-pornografia-vinganca>. Acesso em: 19 abr.2020.



BARREDA, Victoria. O que é “violência baseada no gênero”? Art. 5º da Lei Maria da Penha. JusBrasil, 2017. Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/312151601/o-que-e-violencia-baseada-no-genero>. Acesso 26. abr. 2020.

BASEGGIO, Julia Knapp; SILVA, Lisa Fernanda Meyer da. As condições femininas no Brasil colonial. Revista Maiêutica, Indaial/SC, v. 3, n. 1, p. 19-30, 17 ago. 2015. Disponível em: [https://publicacao.uniasselvi.com.br/index.php/HID\\_EaD/article/viewFile/1379/528](https://publicacao.uniasselvi.com.br/index.php/HID_EaD/article/viewFile/1379/528). Acesso em: 10 dez. 2019.

BEZERRA, Juliana. Lei Maria da Penha. 2019. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 29 mar. 2020.

BOEN, Mariana Tordin; LOPES, Fernanda Luzia. Vitimização por stalking: um estudo sobre a prevalência em estudantes universitários. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 27, n. 2, 2019. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2019000200218&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2019000200218&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1369/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=229558&ord=1>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Código Civil Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Distrito Federal, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10718759/artigo-186-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. CPI dos Crimes Cibernéticos nº 10, de 2015, de 2015. Brasília, Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=214D61B364D3F74027CAB7F56C3E0C39.proposicoesWeb2?codteor=1455189&filename=REL+4/2016+CPICIBER+%253D%253E+RCP+10/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=214D61B364D3F74027CAB7F56C3E0C39.proposicoesWeb2?codteor=1455189&filename=REL+4/2016+CPICIBER+%253D%253E+RCP+10/2015). Acesso em: 20 abr. 2019

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão parlamentar mista de inquérito da violência contra a mulher, de 2012. Brasília, DF: Subsecretaria de Apoio às Comissões Especiais e Parlamentares de Inquérito, 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do



Pará, em 9 de junho de 1994. . Belém do Pará, PA, 09 jun. 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm). Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm). Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Fórum de Segurança Pública. Secretaria de Segurança Pública. Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil. Revista Brasileira de Segurança Pública. v. 11 n. 1, p. 17. 2017. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Lei 12.737, de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm). Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Lei 13.709, de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, 14 ago. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm#art60](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm#art60). Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm). Acesso em: 11 março. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.735, de 2012. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, e a Lei no 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências. Brasília, 30 nov. 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112735.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112735.htm). Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 23 abr. 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 20 abr. 2019.



BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Brasília, 24 set. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm). Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 19 abr. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº 5202, de 06 de maio de 2016. Inclui os crimes praticados contra ou mediante computador, conectado ou não a rede, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado ou de telecomunicação no rol das infrações de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme, quando houver indícios da atuação de associação criminosa em mais de um Estado da Federação ou no exterior. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2083671>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 5555, de 09 de maio de 2013. Inclui a comunicação no rol de direitos assegurados à mulher pela Lei Maria da Penha, bem como reconhece que a violação da sua intimidade consiste em uma das formas de violência doméstica e familiar; tipifica a exposição pública da intimidade sexual; e altera a Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=576366>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 6832, de 07 de fevereiro de 2017. Dispõe sobre a criação dos Juizados Especiais Criminais Digitais. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122943>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 09 de julho de 2012. Institui novo Código Penal, sendo dividido em Parte Geral (art. 1º ao 120) e Parte Especial (art. 121 ao 541). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Crimes sexuais pela internet: a violência contra a mulher entre o real e o virtual. 2019. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Crimes-sexuais-pela-internet:-a-viol%C3%A2ncia-contra-a-mulher-entre-o-real-e-o-virtual](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Crimes-sexuais-pela-internet:-a-viol%C3%A2ncia-contra-a-mulher-entre-o-real-e-o-virtual). Acesso em: 20 abr. 2019.



BRASILIA. Conselho Nacional De Justiça. Formas de violência contra a mulher. [s.d.]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/violencia-contra-a-mulher/formas-de-violencia-contra-a-mulher/>. Acesso em: 29 mar. 2020.

BURÉGIO, Fátima. Pornografia da Vingança: você sabe o que é isto? 2015. Disponível em: <https://ftimaburegio.jusbrasil.com.br/artigos/178802845/pornografia-da-vinganca-voce-sabe-o-que-e-isto>. Acesso em: 19 abr. 2020.

BUZZI, Vitoria de Macedo. Pornografia de vingança: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. 2015. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/133841/TCC%20Vit%C3%B3ria%20Buzzi%20Versao%20Repositorio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 abr. 2019.

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindalva Rodrigues. Direitos humanos das mulheres. Curitiba: Juruá, 2007. p. 99

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal 3. 15 ed . São Paulo: Saraiva, 2017. p. 23.

CARASCO, Daniela. Por que muitas mulheres não denunciam a violência doméstica que sofrem? São Paulo: Uol, 2017. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2017/10/31/por-que-muitas-mulheres-nao-denunciam-a-violencia-domestica-que-sofrem.htm>. Acesso em: 29 mar. 2020.

CASIQUE, Leticia Casique; FUREGATO, Antonia Regina Ferreira. Violência contra mulheres: reflexões teóricas. Revista Latino-americana de Enfermagem - Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto – USP, Ribeirão Preto, v. 14, n. 6, p. 950-956, nov./dez. 2006.

CASTRO, A. L. C. de; SYDOW, S. T. Exposição pornográfica não consentida na Internet: da pornografia de vingança ao lucro. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 134-136. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/R Trib\\_n.959.02.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/R Trib_n.959.02.PDF). Acesso em: 21 abr. 2020.

CIBERATIVISMO. Ciberativismo: o que é? 2016. Disponível em: <https://medium.com/@ciberativismo/ciberativismo-o-que-%C3%A9-b7e9b3c4f4ef>. Acesso em: 26 mar. 2019.

CINTRA, Lilian Garcia de Paula. A mulher brasileira do século XIX: um olhar machadiano. 2015. Disponível em:



<https://psicologado.com.br/abordagens/psicologia-analitica/a-mulher-brasileira-do-seculo-xix-um-olhar-machadiano>. Acesso em: 14 dez. 2019.

COLARES, Rodrigo Guimarães. Cybercrimes: os crimes na era da informática. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3271/cybercrimes-os-crimes-na-era-da-informatica>. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3271/cybercrimes-os-crimes-na-era-da-informatica>. Acesso em: 06 mar. 2019.

COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER. Mapa da violência contra a mulher. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2020.

COSTA ALMEIDA, André Augusto Lins da. A Internet e o Direito, Revista Consulex, v2, n. 24, p. 52-53 Dezembro/1998.

COSTA, Alvaro Mayrink. Crime informático. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.7, n.28, p. 24-40, 2004.

COURI, Gustavo Fuscaldo. Crimes pela Internet. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2009/trabalhos\\_22009/GustavoFuscaldoCouri.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/GustavoFuscaldoCouri.pdf). Acesso em: 06 jun. 2019.

CRAESMEYER, Bruno Ramos. Caiu na net: violação de intimidade e regime de vigilância distribuída. 2017. Dissertação (Mestrado em Comunicação) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

D'URSO, Adriana Filizzola. Sextorsão e estupro virtual: novos crimes na internet. novos crimes na internet. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/263939/sextorsao-e-estupro-virtual-novos-crimes-na-internet..> Acesso em: 21 abr. 2020.

DAMASCENO, Cátia. Violência contra a mulher: quais são os tipos e como denunciar. Brasília, 04 maio 2018. Facebook: @mulheresbemresolvidas. Disponível em: <https://www.facebook.com/mulheresbemresolvidas>. Acesso em: 29 mar. 2020.

DAMATTO, Felipe César; RALL, Ricardo. Estudo dos possíveis motivos do aumento de incidentes de malwares nas empresas. 2011. Disponível em: <http://fatecbt.edu.br/seer/index.php/tl/article/view/107/66>. Acesso em: 27 mar. 2019.



DEBERT, Guita Grin; GREGORI, Maria Filomena. Violência e gênero novas propostas, velhos dilemas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 23, n. 66, p.167-185, fev. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v23n66/11>. Acesso em: 30 nov. 2019.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICAS E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. Anuário das mulheres brasileiras. São Paulo. 2011. Anual. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/anuario/2011/anuarioMulheresBrasileiras2011.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2019.

DIAS, Leonardo de Sales. Breves comentários sobre o crime de estupro virtual. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 23, n. 5453, jun. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65616>. Acesso em: 23 abr. 2020.

DIAS, Leonardo de Sales. Breves comentários sobre o crime de estupro virtual. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, v. 23, n. 5453, 6 jun. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65616>. Acesso em: 23 abr. 2020.

DIAS, Sônia. Facebook recebe denúncias de 16 mil casos de ‘pornô de vingança’ por dia. 2019. Disponível em: <https://www.cmjornal.pt/tv-media/detalhe/16-mil-casos-de-porno-de-vinganca-por-dia>. Acesso em: 19 abr. 2020.

DOSSIÊ violência contra as mulheres. Femicídio. [s.d.]. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/femicidio/>. Acesso em: 29 mar. 2020.

ESSY, Daniela Benevides. A evolução histórica da violência contra a mulher no cenário brasileiro: do patriarcado à busca pela efetivação dos direitos humanos femininos. 2017. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50534/a-evolucao-historica-da-violencia-contra-a-mulher-no-cenario-brasileiro-do-patriarcado-a-busca-pela-efetivacao-dos-direitos-humanos-femininos>. Acesso em: 14 dez. 2019.

FANCELLO, Marina. A mulher na idade média. 2018. Disponível em: <https://medium.com/@marinafancello/a-mulher-na-idade-m%C3%A9dia-84cf0dcedff2>. Acesso em: 09 out. 2019.

FARIA, Fernanda Cupolillo Miana de; ARAUJO, Júlia Silveira de; JORGE, Marianna Ferreira. Caiu na rede é porn: pornografia de vingança, violência de gênero e exposição da “intimidade”. *Contemporânea Revista de Comunicação e Cultura*, Bahia, v. 13, n. 3, p. 659-677, 07 dez. 2015. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/contemporaneaposcom/article/view/13999/10888>. Acesso em: 21 abr. 2019.





FEDOTOV, Yury. Atuando para deter o cibercrime. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-atuando-para-deter-o-cibercrime/>. Acesso em: 21 abr. 2019.

FIALOVA, Katerina; FASCENDINI, Flavia. Vozes dos espaços digitais: violência contra a mulher relacionada à tecnologia. Revista Politics, Rio de Janeiro, maio 2012. Disponível em: <https://politics.org.br/edicoes/vozes-dos-espa%C3%A7os-digitais-viol%C3%A2ncia-contra-mulher-relacionada-%C3%A0-tecnologia>. Acesso em: 24 nov. 2019. – ver se tem mais informações

FONSECA, Denire Holanda da; RIBEIRO, Cristiane Galvão; LEAL, Noêmia Soares Barbosa. Violência doméstica contra a mulher: realidades e representações sociais. Psicologia & Saúde, Belo Horizonte, v. 24, n. 2, p. 307-314, ago. 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-71822012000200008&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822012000200008&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 29 mar. 2020.

FRUTUOSO, S. G. Projeto Vazou reúne depoimentos de vítimas de revenge porn. [s.d]. Disponível em: <http://mulheresageis.com.br/projeto-vazou-reune-depoimentos-de-vitimas-de-revenge-porn/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

G1. Justiça mantém prisão de rapaz por estupro virtual contra bebê: mãe da criança também foi indiciada. TV TEM, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2019/02/09/justica-mantem-prisaode-rapaz-por-estupro-virtual-contra-bebe-mae-da-crianca-tambem-foiindiciada.ghtml>. Acesso em: 23 abr. 2019.

G1. Polícia Civil prende três suspeitos de praticarem 'estupro virtual' e outros crimes sexuais pela internet. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/11/27/policia-civil-prende-tressuspeitos-de-praticarem-estupro-virtual-e-outros-crimes-sexuais-pela-internet.ghtml>. Acesso em: 26 abr. 2019.

GALVÃO, Patrícia. Violência de gênero na internet. [s.d]. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-de-genero-na-internet/>. Acesso em: 20 abr. 2019

GARCIA, Andressa. Cibercrimes no Brasil, em boa parte, são cometidos por parentes e amigos. JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://garciandressa.jusbrasil.com.br/noticias/543730346/cibercrimes-no-brasil-em-boa-parte-sao-cometidos-por-parentes-e-amigos>. Acesso em: 20 abr. 2019

GERBOVIC, Luciana. Stalking. São Paulo: Almedina, 2019. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?id=5XqYDwAAQBAJ&dq=stalking+mulher&lr=lang\\_pt&hl=pt-BR&source=gbs\\_navlinks\\_s](https://books.google.com.br/books?id=5XqYDwAAQBAJ&dq=stalking+mulher&lr=lang_pt&hl=pt-BR&source=gbs_navlinks_s). Acesso em: 24 abr. 2020.



GIFFIN, Karen. Violência de gênero, sexualidade e saúde. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro. Disponível em: <[https://www.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X1994000500010](https://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X1994000500010)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

GOMES, Cibele Cynthia Araújo; ORTEGA, Leila Saggi; RAMOS, Ivo de Jesus. Identificação do Fenômeno Sexting por Estudantes de Ensino Profissional Tecnológico de Minas Gerais. *Holos, Minas Gerais*, v. 1, n. 36, p. 1-12, 14 fev. 2020. Disponível em: <http://www2.ifrn.edu.br/ojs/index.php/HOLOS/article/view/7657>. Acesso em: 24 abr. 2020.

GRECO FILHO, Vicente. Algumas observações sobre o direito penal e a internet. *Boletim IBCCRIM*, v. 8, 2000.

GROSSI, M. P. Gênero, Violência e Sofrimento. *Antropologia em primeira mão*, Florianópolis, p. 1-22, 1998.

GUGLINSKI, Vitor. Aplicação da lei maria da penha a crimes virtuais. 2014. Disponível em: <https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/121936326/aplicacao-da-lei-maria-da-penha-a-crimes-virtuais>. Acesso em: 24 nov. 2019.

GUIMARÃES, Ana Larissa Gonçalves. Crimes virtuais e novas modalidades de violência de gênero contra a mulher: a divulgação não consentida de imagens íntimas na internet. 2019. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RPxHYKQC0bs>. Acesso em: 06 abr. 2020

GUIMARÃES, Barbara Linhares; DRESCH, Márcia Leardini. Violação dos direitos à intimidade e à privacidade como formas de violência de gênero. 2014. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/833/619>. Acesso em: 20 abr. 2019.

GUIMARÃES, Maisa Campos; PEDROZA, Regina Lucia Sucupira. Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. *Revista Psicologia & Sociedade*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p.256- 266, ago. 2015. Mensal. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-HIPERCULTURA](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-HIPERCULTURA). Conheça a história de Joana d'Arc, a guerreira que se tornou santa.[s.d]. Disponível em: <https://www.hipercultura.com/historia-de-joana-d-arc/>. Acesso em: 12 abr. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO de GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Coordenação de Trabalho e Rendimento. Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em:



<http://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=295753> Acesso em: 31 mar. 2020.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. Tipos de Violência. 2018. Disponível em: <http://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/tipos-de-violencia.html>. Acesso em: 29 mar. 2020.

LEAL, José Carlos. A Maldição da Mulher: de Eva aos dias de hoje. São Paulo: Editora DPL, 2004.

LIMA, José Afonso de; SANTOS, Claudiene. Violência Doméstica: vulnerabilidade e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

LIMA, Thauany. Entenda o patriarcado e como ele afeta homens e mulheres. 2019. Disponível em: <https://www.msn.com/pt-br/estilo-de-vida/cabelo/entenda-o-patriarcado-e-como-ele-afeta-homens-e-mulheres/ar-BBHrxSs>. Acesso em: 09 dez. 2019.

LINS, Beatriz Accioly. “Ih, vazou!”: pensando gênero, sexualidade, violência e internet nos debates sobre “pornografia de vingança”. Revista dos alunos de pós-graduação em Antropologia Social da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 25, n. 25, p. 246-266, 02 out. 2017. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/114851/134104>. Acesso em: 21 abr. 2019.

LIRA, Higor. Aspectos históricos da discriminação de gênero e da violência doméstica contra a mulher. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43397/aspectos-historicos-da-discriminacao-de-genero-e-da-violencia-domestica-contr-a-mulher>. Acesso em: 06 out. 2019.

LOPES, Raíssa de Almeida. A violência de gênero da pornografia de vingança em aplicativos de mensagens instantâneas: uma análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. 2019. TCC (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – Fajs, Uniceub, Brasília, 2019. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13321/1/21207672.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

LOUBAK, Ana Letícia. Golpe de sextorsão atinge 200 milhões de e-mails: entenda e saiba se proteger: Prática criminosa fez mais de sete milhões de vítimas só no primeiro semestre de 2019. Techtudo, 2019. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/08/golpe-de-sextorsao-atinge-200-milhoes-de-e-mails-entenda-e-saiba-se-protger.ghtml>. Acesso em: 22 abr. 2020



LOURENÇO, Lelio Moura et al. Panorama da violência entre parceiros íntimos: uma revisão crítica da literatura. *Interamerican Journal Of Psychology*, Juiz de Fora, v. 47, n. 1, p. 91-100, 2013. Disponível em: <http://www.redalyc.org/html/284/28426980011/index.html>. Acesso em: 20 abr. 2019.

LUSTOSA SOBRINHO, Joaquim. A evolução social da mulher. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 24, n. 96, p. 303-314, out. 1987. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181805>. Acesso em: 07 dez. 2019

MACEDO, Nathalí. A lei que pune crimes cibernéticos contra mulheres e o que nós temos com isso. 2018. Disponível em: <https://www.diariodocentrodomundo.com.br/lei-que-pune-crimes-ciberneticos-contra-mulheres-e-o-que-nos-temos-com-isso-por-nathali-macedo/>. Acesso em: 24 nov. 2019.

MACHADO, Narciso. A mulher no regime republicano. 2010. Disponível em: <https://www.publico.pt/2010/02/14/jornal/a-mulher-no-regime-republicano-18795903>. Acesso em: 14 dez. 2019.

MAGESK, Laila; SOARES, Leonardo. Pornografia de vingança: um crime que não para de crescer. um crime que não para de crescer. Disponível em: <https://grandesreportagens.gazetaonline.com.br/?p=606>. Acesso em: 19 abr. 2020.

MARTINS, José Renato. "Sextorsão" e "estupro virtual" os perigos de uma decisão judicial equivocada: Não podemos esquecer que o delito de estupro é considerado crime hediondo (art. 1º, V, lei 8.072/90) e inafiançável, cuja pena privativa de liberdade, na hipótese de condenação penal, varia entre seis e dez anos de reclusão. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI263670,81042-Sextorsao+e+estupro+virtual+os+perigos+de+uma+decisao+judicial>. Acesso em: 20 abr. 19.

MARTINS, Lorena Paes Miranda e; SOUZA, Sílvia Regina Eulálio de. Crimes cibernéticos, exposição da mulher na mídia e sua subjetividade. 2015. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais., Minas Gerais, 2016.

MELO MOREIRA ADVOGADOS. O que é Cibercrime: O que é Cibercrime e quais os principais cibercrimes praticados. Disponível em: <https://melomoreiraadvogados.com.br/cibercrimes-saiba-mais-sobre-os-principais-crimes-praticados-na-internet/>. Acesso em: 06 mar. 2019.

MENDES, Soraia da Rosa. (Re)pensando a criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista. 2012. Tese (Doutorado em direito) –



Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em:  
[https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11867/1/2012\\_SoraiadaRosaMendes.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11867/1/2012_SoraiadaRosaMendes.pdf).  
Acesso em: 10 maio 2020.

MERELES, Carla. Entenda a lei do feminicídio e por que ela é importante. 2018.  
Disponível em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/entenda-a-lei-do-femicidio-e-por-que-e-importante/>. Acesso em: 29 mar. 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2001. v.3.

MORERA, Jaime Alonso Caravaca et al. Violência de gênero: um olhar histórico. História Enfermagem Revista Eletrônica, Brasília, v. 5, n. 1, p.54- 66, jun-jul 2014. Disponível em: <http://www.here.abennacional.org.br/here/vol5num1artigo5.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2019

NUCCI, Amanda Ferreira de Souza. Uma análise sobre revenge porn e a eficácia dos mecanismos jurídicos de repressão. 2019. Disponível em:  
<https://www.conjur.com.br/2019-jul-30/opiniao-revenge-porn-eficacia-mecanismos-repressao>. Acesso em: 19 abr. 2020.

OBSERVATÓRIO BRASIL DA IGUALDADE DE GÊNERO. Enfrentamento de todas as formas de violência contra as mulheres. [s.d.]. Disponível em:  
<http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/areas-tematicas/violencia>. Acesso em: 29 mar. 2020.

OGAMA, Willian Oguido. Dos crimes contra a dignidade sexual: as principais mudanças advindas com a Lei nº 12.015/2009. Revista Jus Navigandi, Teresina, v.15, n. 2626, 9 set. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17370>. Acesso em: 22 abr. 2020.

OLIVEIRA, A. C. M. de. A Evolução da mulher no Brasil do período da Colônia a República. In: Seminário Internacional Fazendo Gênero, 13., Florianópolis, 2017. Anais eletrônicos [...]. Disponível em:  
[http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1494945352\\_ARQUIVO\\_ArtigoCompleto-13MundodasMulhereseFazendoCidadania11.pdf](http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1494945352_ARQUIVO_ArtigoCompleto-13MundodasMulhereseFazendoCidadania11.pdf). Acesso em: 12 dez. 2019.

OLIVEIRA, Ana Carolina Gondim de A.; COSTA, Mônica Josy Sousa; SOUSA, Eduardo Sérgio Soares. Feminicídio e violência de gênero: aspectos sóciojurídicos. Revista Tema, Paraíba, v. 16, n. 24/25, p.21-43, jan./dez. 2015. Anual. Disponível em: <http://revistatema.facisa.edu.br/index.php/revistatema/article/view/236>. Acesso em: 30 nov. 2019.



OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Aspectos principais da lei n. 12.965, de 2014, o Marco Civil da Internet: subsídios à comunidade jurídica. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502899/TD148.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 mar. 2019.

OLIVEIRA, Vinícius Koinaski Borges de. as alterações trazidas pelas novas leis ao combate de crimes sexuais cibernéticos. 2019. TCC (Bacharelado em Direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://200.237.249.183/bitstream/handle/12345/8181/TCC%20-%20Vin%20C3%ADcius%20Koinaski%20Borges%20de%20Oliveira%20PDF.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 abr. 2020.

PARANÁ PORTAL. Crimes virtuais contra mulher têm crescimento de 1.640%. mar. 2019. Disponível em: <https://paranaportal.uol.com.br/geral/crimes-virtuais-contra-mulher-tem-crescimento-de-1-640/>. Acesso em: 10 maio. 2020.

PARANÁ, Secretaria da Educação do Paraná. As Mulheres e as Leis Brasileiras através da História. [s.d.] Disponível em: <http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=841>. Acesso em: Acesso em: 10 dez. 2019.

PENHA, Maria da. Sobrevivi... posso contar. 2. ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

PERICO, Thais. Violência de gênero desde os primórdios. Disponível em: <http://www.cafecomempreendedorismo.com.br/violencia-de-genero-desde-os-primordios/>. Acesso em: 24 nov. 2019.

PISSURNO, Fernanda Paixão. Queda de Constantinopla. [s.d]. Disponível em: <https://www.infoescola.com/idade-media/queda-de-constantinopla>. Acesso em: 09 out. 2019.

PRATAS, Glória Maria. Trabalho e religião: o papel da mulher na sociedade faraônica. Revista Mandrágora, São Paulo, v.17. n. 17, 2011, p., 157-173.

PRAZERES, Deived Willian dos; BRASIL, Hélio Rubens. Lei Carolina Dieckmann e os crimes cibernéticos: a ineficiência decorrente do contumaz atropelo legislativo. 2013. Disponível em: [www.santanabrasil.adv.br](http://www.santanabrasil.adv.br). Acesso em: 20 abr. 2019.

REDE DE ENSINO LUIZ FLÁVIO GOMES. O que é o Princípio da Confiança acolhido pelo Moderno Direito Penal? 2011. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1112533/o-que-e-o-principio-da-confianca-acolhido-pelo-moderno-direito-penal-patricia-a-de-souza>. Acesso em: 27 maio 2020.



RIBEIRO, Amarolina. Mulher moderna. Brasil Escola. [s.d.] Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/mulher-moderna.htm>. Acesso em 15 dez. de 2019.

ROSA, Ana Beatriz. Campanha contra 'sextorsão' expõe as consequências trágicas de crimes online: ameaças de vazamentos de fotos íntimas atingem, sobretudo, mulheres e meninas nas redes sociais. 2018. Disponível em: [https://www.huffpostbrasil.com/amp/2018/05/15/nao-e-sua-culpa-campanha- contra-sextorsao-expoe-as-consequencias-tragicas-de-crimes- online\\_a\\_23434514/](https://www.huffpostbrasil.com/amp/2018/05/15/nao-e-sua-culpa-campanha- contra-sextorsao-expoe-as-consequencias-tragicas-de-crimes- online_a_23434514/). Acesso em: 20 abr. 2019

ROSA, Fabrizio. Crimes de Informática. Campinas: Bookseller, 2002. p. 53.

ROSA, Natalie. Brasil registra aumento de 1.600% em denúncias de crimes online contra mulheres. Canaltech, 2019. Disponível em: <https://canaltech.com.br/seguranca/brasil-registra-aumento-de-1600-em- denuncias-de-crimes-online-contra-mulheres-132103/>. Acesso em: 21 abr. 2020.

SAFERNET. O que é sextorsão? [s.d.]. Disponível em: <https://new.safernet.org.br/content/o-que-%C3%A9-sextors%C3%A3o>. Acesso em: 22 abr. 2020.

SAFFIOTI, Heleieth I. B.. Violência de Gênero no Brasil Atual. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, p. 443, jan. 1994. ISSN 1806-9584. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16177/14728>. Acesso em: 14 dez. 2019.

SALOMÃO, Gilberto. Império Romano - Cristianismo - Da pregação de Jesus a Constantino. 2014. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/imperio-romano---cristianismo- da-pregacao-de-jesus-a-constantino.htm>. Acesso em: 24 nov. 2019

SANTOS, João Vitor. Violência de gênero é mais do que o homem agressor e a mulher vítima. 2018. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/188-noticias/noticias-2018/576814-violencia-de-genero-e-mais-do-que-o-homem-agressor-e-a-mulher-vitima>. Acesso em: 30 nov. 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 179.

SANTOS, Juliana Zanuzzo. O que se entende por princípio da confiança?. 2012. Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121923753/o-que-se-entende-por-principio-da-confianca>. Acesso em: 30 mai. 2020.



SANTOS, Letícia Ferreira dos. Estupro virtual contra as mulheres. 2019. TCC (Bacharel em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS, Centro Universitário de Brasília (UNICEUB), Brasília, 2019. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13947/1/21751369.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2020.

SANTOS, Liara Ruff Dos; MARTINS, Luana Bertasso; TYBUCSH, Francielle Benini Agne. Os crimes cibernéticos e o direito a segurança jurídica: uma análise da legislação vigente no cenário brasileiro contemporâneo. *In: Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade*, 4., Santa Maria, Rio Grande do Sul, 2017. Anais eletrônicos [...]. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/7-7.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2020.

SARAK, Mayra Matuck. Aspectos gerais da Lei 12.737/12: lei dos crimes informáticos, também conhecida como Lei Carolina Dieckmann. *Empório do Direito*, 2018. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/aspectos-gerais-da-lei-12-737-12-lei-dos-crimes-informaticos-tambem-conhecida-como-lei-carolina-dieckmann>. Acesso em: 24 abr. 2020.

SAÚDE E CRIANÇA. Violência de gênero é uma realidade brasileira e precisa ser enfrentada. [s.d.]. Disponível em: <https://www.saudecrianca.org.br/novidades/violencia-de-genero-e-uma-realidade-brasileira-e-precisa-ser-enfrentada/>. Acesso em: 20 abr. 2019

SCHMIDT, Guilherme. Crimes Cibernéticos. 2014. Disponível em: <https://gschmidtadv.jusbrasil.com.br/artigos/149726370/crimes-ciberneticos>. Acesso em: 06 jun. 2019.

SCHRAIBER, Lilia Blima et all. Violência contra a mulher: estudo em uma unidade de atenção primária à saúde. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 36, n. 4, p. 470-477, ago. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v36n4/11766.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2020.

SILVEIRA M.L.. História da enfermagem Revista eletrônica 2014; v. 5 n. 15. p. 54-66. jan-jul., 2014 Disponível em: <http://www.abennacional.org.br/centrodememoria/here/vol5num1artigo5.pdf>. Acesso 26. abr. 2020.

SILVEIRA, Athus. O que é sexting? Saiba tudo sobre a prática de sexo por mensagens. *TechTudo*. 2019. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/03/o-que-e-sexting-saiba-tudo-sobre-a-pratica-de-sexo-por-mensagens.ghhtml>. Acesso em: 24 abr. 2020.





SIRINO, Sérgio Inácio. Adultério: consumação do crime pela Internet. Possibilidade. Revista Eletrônica Jus Navigandi, n. 45. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/doutrina/texto.asp?id=1833>. Acesso em 24. Abr. 2020

SOUSA, Rainer Gonçalves. A mulher no mundo colonial. Disponível em: <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiadobrasil/a-mulher-no-mundo-colonial.htm>. Acesso em: 24 nov. 2019.

SOUZA, Lisandro Carmona de. Golpe de sextorsão está ativo na internet. 2019. Disponível em: <https://blog.avast.com/pt-br/golpe-de-sextorsao-esta-ativo-na-internet>. Acesso em: 22 abr. 2020.

SUZUKI, Cláudio. Afinal de contas, existe ou não “estupro virtual”. Disponível em: <https://claudiosuzuki.jusbrasil.com.br/artigos/490709922/afinal-de-contas-existe-ou-nao-estupro-virtual>. Acesso em: 22/04/2020.

TEIXEIRA, Vanessa Castilho; COELHO, Vânia Maria Bemfica Guimarães Pinto. Igualdade entre os sexos na Constituição Federal. 2006. TCC (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito de Varginha, Varginha, 2006. Disponível em: <https://www.fadiva.edu.br/documentos/jusfadiva/2006/13.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2019.

TELES, Maria A. de Almeida; MELO, Mônica. O que é violência contra a mulher. São Paulo: Brasiliense, 2002.

TUDOR BRASIL. A Mulher no Antigo Egito. 2016. Disponível em: <https://tudorbrasil.com/2016/01/22/a-mulher-no-antigo-egito/>. Acesso em: 10 dez. 2019.

UNIVERSA. Associação americana de psicologia reconhece existir masculinidade toxica. 2019. Disponível em: <https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2019/01/15/associacao-americana-de-psicologia-reconhece-existir-masculinidade-toxica.htm>. Acesso em: 20 abr. 2019.

VELOSO, Adriano Arruda; SILVA, Andreia Ramos. A constante violência contra a mulher na sociedade brasileira. 2019. Biblioteca Digital de Segurança Pública, Goiás, 2019. Disponível em: [https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/bitstream/123456789/1638/1/979248731334\\_Adriono\\_Arruda\\_Veloso\\_Dep%C3%B3sito\\_final\\_13447\\_1154847563.pdf](https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/bitstream/123456789/1638/1/979248731334_Adriono_Arruda_Veloso_Dep%C3%B3sito_final_13447_1154847563.pdf). Acesso em: 30 nov. 2019.

VIEIRA, Eice de Almeida et al. Ser mulher: aspectos psicossociais do empoderamento feminino. *In*: Congresso de iniciação científica da FASB, 17, 2019,



Barreiras. Anais eletrônico [...]. Disponível em:  
<http://fasb.edu.br/revista/index.php/cic/article/view/497>. Acesso em: 30 nov. 2019.

VIEIRA, Marcelo Paulo; SANTOS, Carlos Alberto Ferreira dos; MALAQUIAS, Priscila. Visões sobre a mulher na Idade Moderna. 2006. TCC (Bacharelado em filosofia e ciências humanas) - Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2006. Disponível em: <http://www.biuvicente.com/blog/?p=16>. Acesso em: 12 dez. 2019.

VIVO. O que são cibercrimes. 2016. Disponível em: <https://dialogando.com.br/o-que-sao-cybercrimes/>. Acesso em: 06 mar. 2019.

WENDT, Emerson. Violência de gênero da internet. [s.d.]. Disponível em: [https://www.academia.edu/15354028/Viol%C3%Aancia\\_de\\_G%C3%AAnero\\_da\\_Internet?auto=download](https://www.academia.edu/15354028/Viol%C3%Aancia_de_G%C3%AAnero_da_Internet?auto=download). Acesso em: 06 mar. 2019.

WIKIPEDIA. Patriarcado. 2020 Disponível em:  
<https://pt.wikipedia.org/wiki/Patriarcado>. Acesso em: 12 abr. 2020

WIKIPÉDIA. Violência de gênero. 2019. Disponível em:  
[https://pt.wikipedia.org/wiki/Viol%C3%Aancia\\_de\\_g%C3%AAnero](https://pt.wikipedia.org/wiki/Viol%C3%Aancia_de_g%C3%AAnero). Acesso em: 06 jun. 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. The economic dimensions of interpersonal violence. [s.l:s.n.].Disponível em:  
[https://pt.wikipedia.org/wiki/Viol%C3%Aancia\\_de\\_g%C3%AAnero#cite\\_note-50](https://pt.wikipedia.org/wiki/Viol%C3%Aancia_de_g%C3%AAnero#cite_note-50). Acesso em 20. Abr. 2019



# A INFLUÊNCIA MIDIÁTICA NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI

Kaiane Mariana Galeno Costa

## RESUMO

Esta monografia, tem por escopo analisar casos de grande repercussão midiática que foram julgados precipitadamente pelos veículos de comunicação, interferindo em suas sentenças devido à especulação dos casos, assim em contraponto à violação de direitos e garantias estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Neste interim será relatado a evolução gradativa do Tribunal do Júri, bem como a sua relação com os meios de comunicação, e o paralelo entre casos selecionados pela mídia e pequenos casos que nem se quer são mencionados pelos veículos midiáticos. De igual modo, far-se-á análise de alguns casos de comoção nacional e a forma com que foram retratados pelo meio jornalístico. Por fim, será feito a análise de dois direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal, quais sejam, a liberdade de imprensa e a presunção da inocência.

**Palavras-chave:** Influência midiática. Tribunal do júri. Presunção de inocência. Liberdade de imprensa

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, homenageou o instituto do Tribunal do Júri em seu texto, com o objetivo de que todos os crimes dolosos contra a vida fossem devidamente julgados por essa instituição.

O Tribunal fora criado, com o intuito de resguardar os direitos e garantias fundamentais, permitindo que o cidadão comum participasse diretamente do julgamento, cabendo-lhe a decisão de julgar o mérito quanto à materialidade do fato e o indício de autoria, quando se tratando de crimes dolosos contra a vida, portanto, homicídio doloso, aborto, induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio e infanticídio. No entanto, ao conceder a competência de órgão julgador ao cidadão,



criou-se uma fragilidade, tendo em vista a ausência de conhecimento técnico do corpo de jurados, sendo estes possivelmente influenciado por qualquer informação.

Verificou-se, portanto, que mesmo o Tribunal do Júri sendo dividido em duas partes e sendo a primeira composta pela presença de um juiz tecnicamente instruído, a segunda fase possui a fragilidade de ser corrompida pela quantidade de informações disseminadas nos diversos meios de comunicação existentes. O tema despertou a atenção do ordenamento jurídico.

O tema é ainda mais emblemático quando se trata da seara penal, uma vez que a liberdade de imprensa colide diretamente com o princípio da presunção de inocência, ambos previstos na Constituição.

Os noticiários, visando somente a obtenção de lucro, usam de temas emblemáticos, casos complexos para comover a população, fazendo interpretações pessoais, manipulando e até mesmo deformando informações para tornar o fato mais atrativo, de forma que inicia-se um julgamento se qualquer previsão legal, consequentemente sem qualquer resguardo de direitos e garantias fundamentais.

Desse modo, nesta presente monografia, busca-se analisar o papel que a mídia tem desempenhado ao fazer a cobertura de crimes dolosos contra a vida e se ao exercer a liberdade de imprensa, os meios de comunicação influenciam na decisão final do Tribunal do Júri. Faz-se ainda, uma análise quanto à origem histórica, conceitos, princípios que versam sobre esse instituto tão importante no ordenamento jurídico brasileiro.

A problemática paira sobre conflitos de princípios constitucionais fundamentais, haja vista a complexidade de aplicação de cada um, assim como as limitações necessárias para que não haja supressão de garantias fundamentais e, portanto, aplicação harmônica entre eles.

O primeiro capítulo abarca a origem histórica do Tribunal do Júri, bem como a sua evolução no ordenamento jurídico, trazendo as principais características do



supracitado instituto em cada momento histórico no Brasil. Faz-se uma análise dos princípios constitucionais que versam sobre o Tribunal do Júri, assim como a relevância de cada um deles para a aplicação da lei no caso concreto, respeitando todos os direitos e garantias previstas na Constituição Federal.

No segundo capítulo realiza-se uma análise de casos reais e emblemáticos ocorridos no Brasil que foram severamente desgastados pela mídia, assim como a interferência de toda a especulação sobre os casos na decisão do conjunto de jurados que compõem o Tribunal do Júri.

Em seguida, passa-se a analisar a influência da mídia no processo penal brasileiro fazendo um paralelo entre a liberdade de imprensa, de expressão e de informação, juntamente com o princípio da presunção de inocência, bem como sobre o julgamento feito pela mídia antecipadamente sobre casos de competência do poder judiciário.

Por fim, o último capítulo aborda a posição de tribunal no qual a mídia se colocou, momento em que ao exercer a veiculação de informações, molda a opinião popular, antecipando a condenação de pessoas sem que haja qualquer previsão legal para isso.

## 1 O TRIBUNAL DO JÚRI

É de suma importância fazer a contextualização história do Tribunal do Júri, tendo em vista ser um instituto muito antigo, criado para a execução de um julgamento justo, feito por pessoas do povo, cujo objetivo era o julgamento sem a interferência direta do Estado<sup>1</sup>.

Ao longo dos tempos, o rito do júri foi se modificando e se aperfeiçoando, tornando-se um sistema coerente entre cidadãos leigos e juízes togados em busca de fazer se cumprir o art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal.

---

<sup>1</sup> RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri**: visão linguística, histórica, social e jurídica. – 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018



## 1.1 Breve contextualização histórica

A origem do Tribunal do Júri é bastante controversa, alguns acreditam que surgiu na Grécia e em Roma<sup>2</sup> de um modo bem diferente do conhecido nos dias atuais, outros acreditam que a primeira manifestação do Tribunal do Júri em um ordenamento social foi na Carta Magna da Inglaterra, em 1215, e ficou consolidado na revolução Francesa em 1789.

Sobre o tema Rangel elucidou:

O Júri não nasceu na Inglaterra, mas o Júri que hoje conhecemos e temos no Brasil, é de origem inglesa em decorrência da própria aliança que Portugal sempre teve com a Inglaterra, em especial depois da guerra travada por Napoleão na Europa, em princípios do século XIX, contra a coroa inglesa com a consequência para o reino português, porém terminado com a derrota de Napoleão, em 1814<sup>3</sup>.

O Tribunal do Júri teve início no Brasil, em 18 de junho de 1822, por meio de um decreto, antes mesmo de ser declarada a independência do país, com o objetivo de julgar crimes referentes à imprensa em relação ao abuso de liberdade. Em 1824 o instituto foi inserido na Constituição, no qual os jurados eram selecionados de acordo com sua posição social e uma vez escolhidos, tornavam-se integrantes do poder judiciário com competência para decidir quanto ao fato e ao juiz togado caberia somente a aplicação da lei.

Em 1832 entrou em vigor o primeiro Código de Processo Penal que compilou as normas penais em um único livro. Nesse sentido, Boris Fausto narra que:

Em 1832, entrou em vigor o Código De Processo Criminal, que fixou normas para a aplicação do Código Criminal de 1830. O Código de Processo deu maiores poderes aos juízes de paz, eleitos nas localidades já no reinado de Dom Pedro I, mas que agora podiam, por exemplo, prender e julgar pessoas acusadas de cometer pequenas infrações. Ao mesmo tempo, seguindo o modelo americano e inglês, o Código de Processo instituiu o júri, para julgar a grande maioria dos crimes, e o

---

<sup>2</sup> CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018

<sup>3</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 558



habeas corpus, a ser concedido a pessoas presas ilegalmente, ou cuja liberdade fosse ameaçada.<sup>4</sup>

O júri era subdividido em duas categorias: o grande júri (*grand jury*) e o pequeno júri (*petty jury*). O grande júri era composto por 23 jurados, que se reuniam para analisar o caso concreto e decidir se acusaria ou não o réu, se afirmativa a acusação, o réu era encaminhado ao pequeno júri, composto por 12 jurados que decidiriam o mérito. Se negativa a acusação o juiz julgava de imediato pela improcedência.

Vejamos:

Art. 248. Finda a ratificação do processo, ou formada a culpa, o Presidente fará sair da sala as pessoas admitidas, e depois do debate, que se suscitar entre os jurados, por a votos a questão seguinte:

Procede a acusação contra alguém?

O Secretário escreverá as respostas pelas fórmulas seguintes:  
O Jury achou matéria para acusação contra F. ou F.

O Jury não achou matéria para acusação.<sup>5</sup>

Em 1841, em meio a revoluções e atos de protesto, o governo insere no ordenamento jurídico brasileiro a Lei 261<sup>6</sup>, de 3 de dezembro de 1841 decorrente uma reforma processual penal para conter a onda de protestos<sup>7</sup>. A lei, previa a extinção do grande júri com o objetivo de retirar direitos e garantias fundamentais, criando um sistema inquisitivo em que o poder se concentrava nas mãos do juiz que era escolhido pelo monarca, sem que houvesse qualquer imparcialidade ou independência funcional por parte do magistrado<sup>8</sup>.

A lei, em seu conteúdo era centralizadora, absolutista e autoritária. O júri de acusação foi extinto e a competência de pronunciar os réus recaiu aos delegados e

<sup>4</sup> FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 6. ed. São Paulo: EDUSP, 1999. p. 163

<sup>5</sup> BRASIL. Primeiro **Código de processo criminal** disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm). Acesso em 12 mar 2020

<sup>6</sup> CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018

<sup>7</sup>

<sup>8</sup> RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. – 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018



subdelegados que passaram a integrar o judiciário. Em 1871, após a revogação de alguns artigos da supracitada lei, o júri foi reestabelecido no ordenamento jurídico<sup>9</sup>.

O júri permaneceu após a Proclamação da República sem que houvesse qualquer alteração significativa em sua estrutura. Em 1937 foi editado o Decreto 167 de 1935<sup>10</sup>, sendo este a primeira lei penal criada após a proclamação da República.

O decreto diminuiu a independência e soberania do júri, e o Estado passa a ser extremamente punitivo restringindo a liberdade e permitindo a repressão, sob o argumento de defesa ao chamado bem jurídico. O júri deixou de ser uma manifestação popular e democrática para ser manipulada pelo Estado.

A competência do Tribunal do Júri era determinada no art. 3º do mencionado decreto composto por um rol taxativo dos seguintes crimes<sup>11</sup>: homicídio, infanticídio, induzimento ao suicídio duelo com resultado morte ou lesão seguida de morte, roubo seguido de morte e sua forma tentada<sup>12</sup>.

Nesse contexto histórico que ocorreu o fato que ficou conhecido como um dos maiores erros do judiciário brasileiro, o caso dos irmãos Naves. Em 1937, diante de um júri sem qualquer soberania e totalmente manipulado pelo Estado o judiciário ceifou a liberdade de dois inocentes.

O Estado Novo, período assim conhecido pela implementação de um regime autoritário que perdurou até 1946, momento em que o instituto do Tribunal do Júri foi retirado por meio do art. 172 da ordem constitucional vigente à época (Constituição de 1937), assim como direitos e garantias constitucionais<sup>13</sup>. Vejamos:

Art. 172. Os crimes commettidos contra a segurança do Estado e a estrutura das instituições serão sujeitos a justiça e processo especiaes, que a lei prescreverá. § 1o A lei poderá determinar a applicação das penas da legislação militar e a

---

<sup>9</sup> RANGEL, op. cit

<sup>10</sup> RANGEL, op.cit

<sup>11</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo penal. 25. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação. 2009

<sup>12</sup> RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri**: visão linguística, histórica, social e jurídica. – 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018

<sup>13</sup> CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri**: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018





jurisdição dos tribunais militares na zona de operações durante grave commoção intestina. § 2º O official da activa, da reserva ou reformado, ou o funcionario publico, que haja participado de crime contra a segurança do Estado ou a estrutura das instituições, ou influido em sua preparação intellectual ou material, perderá a sua patente, posto ou cargo, si condemnado a qualquer pena pela decisão da justiça a que se refere esse artigo.<sup>14</sup>

A ausência do supracitado Tribunal tinha por escopo subtrair direitos garantidos em constituições anteriores, tendo em vista o momento político no qual o Brasil se encontrava<sup>15</sup>.

Em 1946, a nova Constituição Federal trouxe consigo a democratização e consagrou o rito do júri em seu artigo 141, § 28, protegendo a soberania dos veredictos, e estabelecendo que somente seriam julgados pelo Tribunal do Júri os crimes dolosos contra a vida, bem como a plenitude da defesa do réu, o que importaria em um novo julgamento em caso de erro ou nulidade processual.

Nesse interim, o Tribunal do Júri adquiriu o espaço na Constituição Federal dentro dos capítulos direitos e garantias individuais, com sua competência devidamente estabelecida para julgar crimes dolosos contra a vida, consagrando assim os princípios que norteiam o instituto, tais como a soberania dos veredictos, sigilo das votações, plenitude da defesa do réu<sup>16</sup>.

Posteriormente, a Constituição de 1967 passou a vigorar no país, com uma estrutura bem semelhante à Constituição de 1946, o Tribunal do Júri permaneceu nesse novo texto com algumas alterações. Foram extintos os princípios da plenitude da defesa e o sigilo das votações, um regresso no que tange aos direitos anteriormente garantidos.

---

<sup>14</sup> BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm) acesso em 03 mar 2020.

<sup>15</sup> RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018

<sup>16</sup> CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.



A situação piorou em 1969, momento em que se instaurou no Brasil o regime militar. Por meio da Emenda Constitucional de 69, todos os princípios que regiam o júri foram suprimidos, restando apenas a competência de julgar crimes dolosos contra a vida.

Em 1988, o Brasil consagra-se como um Estado Democrático de Direito consolidando o regime político na nova Constituição, reafirmando os princípios norteadores do Tribunal do Júri que haviam sido retirados anteriormente pela Emenda Constitucional de 69.

O art. 5º, inciso XXXVIII, alíneas “a”, “b”, “c” e “d” restabelece os princípios da plenitude da defesa, da soberania dos veredictos, do sigilo das votações e da competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, dentro de um contexto democrático, em que os cidadãos adquiriram o direito constitucional de julgar seus pares, soberanamente, dentro dos limites da legalidade.

Importante salientar que o Tribunal do Júri não é um instituto nascido no Brasil, foi um sistema criado na Inglaterra<sup>17</sup>, cuja função do júri era a absolvição ou condenação do réu, e o juiz tinha como função apenas conduzir o júri de modo justo, ou seja, se assemelha bastante ao júri conhecido atualmente. Os Estados Unidos dentre vários outros países, também adotou o Tribunal do Júri tanto na seara cível quanto na seara penal, e tem por escopo o julgamento democrático realizado por seus semelhantes, ressalvadas as diferenças.

Assim, é possível visualizar a relevância do Tribunal do Júri, composto por populares nas maiores civilizações do mundo, no que tange ao implemento da democracia no Estado, bem como a representação popular dentro do poder judiciário, o que reflete diretamente no desenvolvimento social.

---

<sup>17</sup> RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri**: visão linguística, histórica, social e jurídica. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2018



## 1.2 Princípios Constitucionais do júri

A Constituição Federal de 1988, vigente até os dias atuais, firmou-se em ideais democráticos, trazendo consigo elementos predominantes em relação ao instituto do Tribunal do Júri, quais sejam: a) plenitude da defesa, b) sigilo das votações

c) a soberania dos veredictos d) competência para os julgamentos dos crimes dolosos contra vida, todos os princípios estabelecidos no art. 5º, XXXVIII, da Carta Magna.

Lenio Streck esclarece:

Nunca é demais repetir que o Estado Democrático de Direito assenta-se em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais. Não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais- sociais, e não há direitos fundamentais-sociais – no sentido que lhe é dado pela tradição – sem democracia. Há assim uma copertença entre ambos.<sup>18</sup>

Nesse sentido, importante elucidar cada um desses princípios.

### 1.2.1 Plenitude de defesa

A plenitude da defesa, princípio previsto na Constituição Federal, no art. 5º, XXXVIII, “a”, diferencia-se do conceito de ampla defesa tendo em vista abranger outros instrumentos de defesa, não se restringindo somente a defesa técnica, realizada por meio de um advogado<sup>19</sup>, como é o caso da ampla defesa, também prevista na Constituição Federal.

Este princípio norteador do rito do Tribunal do Júri, tem por escopo permitir que o réu, em igualdade de condições ao acusador, se defenda de forma plena, sem limitações, podendo utilizar todos e quaisquer recursos dentro do limite da legalidade.

---

<sup>18</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 101

<sup>19</sup> CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri**: teoria e prática. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2018



A plenitude de defesa, assegura ao acusado a defesa oral, conforme previsto no art.476 e ss. Do Código de Processo Penal<sup>20</sup>, de modo que ele tem liberdade de esclarecer os fatos conforme aconteceram, e não somente por alegações escritas, o que contribui para o convencimento do juiz.

O princípio supracitado é exclusivo do rito do Tribunal do Júri e de extrema importância para a defesa do réu e para a elucidação dos fatos, uma vez que o jurado não precisa fundamentar a sua decisão o que acaba dificultando a defesa do acusado<sup>21</sup>.

Guilherme Nucci, esclarece,

A razoável explicação para isso é que o constituinte fez questão de ressaltar que, como regra geral, em qualquer processo judicial ou administrativo, tem o acusado o direito à ampla defesa, produzindo provas em seu favor e buscando demonstrar sua inocência, a fim de garantir o devido processo legal, única forma de privar alguém de sua liberdade ou de seus bens. Mas, no cenário do júri, onde a oralidade é essencial e a imediatidade, crucial, não se pode conceber a instituição sem a plenitude da defesa. Portanto, apesar de ser uma garantia de o acusado defender-se com amplitude, é característica fundamental da instituição que a defesa seja plena. Um tribunal popular, onde se decide por íntima convicção, sem qualquer motivação, sem a feição de ser um tribunal livre, especialmente para o réu, não é uma garantia individual, ao contrário, é um fardo dos mais terríveis<sup>22</sup>

Essa garantia constitucional permite ao réu que fundamente a sua defesa em valores pessoais, religião e qualquer outro meio legal, com o objetivo de convencimento dos jurados e por conseguinte, a absolvição<sup>23</sup>. A ausência deste princípio constitucional, pressupõe uma defesa injusta e inadmissível no ordenamento brasileiro.

---

<sup>20</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo penal. 25. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação. 2009

<sup>21</sup> GOULART, Fábio Rodrigues. **Tribunal do júri**: aspectos críticos relacionados à prova. São Paulo: Atlas, 2008

<sup>22</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri: princípios constitucionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999 p 140

<sup>23</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo penal. 25. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação. 2009



A plenitude da defesa, portanto, é tratada por Eugênio Pacelli Oliveira como sendo:

uma defesa irretocável, tanto pelo fato do defensor ter preparo suficiente para estar na tribuna, ou de o réu utilizar-se do direito à autodefesa, ouvido em interrogatório e tendo sua tese levada em conta pelo juiz presidente, por ocasião da elaboração do questionário<sup>24</sup>.

O exercício desse princípio deverá ser feito por meio de profissional qualificado para tanto, com o enfoque em uma defesa vasta, baseando-se em valores da vida, razões emocionais, histórico familiar, mesmo que não possua embasamento legal, para conquistar o convencimento dos jurados. Conforme o artigo 497, inciso V do Código de Processo Penal<sup>25</sup>, uma vez que o advogado negligencia a defesa do réu, é um direito dele ter a nomeação de outro defensor para o exercício da função.

### *1.2.2 Sigilo das votações*

O sigilo das votações, tem previsão constitucional no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “b”, cujo objetivo é assegurar ao jurado que a sua decisão não tenha qualquer tipo de julgamento ou retaliação<sup>26</sup>. A realização do feito ocorre de forma confidencial, somente com a presença dos representantes da justiça e os jurados, conforme o artigo 485, §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal:

Art.485. Não havendo dúvida a ser esclarecida, o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial afim de ser procedida a votação. § 1º Na falta de sala especial, o juiz presidente determinará que o público se retire, permanecendo somente as pessoas mencionadas no caput deste artigo. ” § 2º O juiz presidente advertirá as partes de que não será permitida qualquer intervenção que possa perturbar a livre manifestação

---

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p.46

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018

<sup>26</sup> OLIVEIRA, op. cit



do conselho e fará retirar da sala quem se portar inconvenientemente.<sup>27</sup>

O voto é imparcial, sem a necessidade de fundamentação, feita sob livre manifestação dos jurados, sem que haja qualquer intercessão externa referente à decisão, o que justifica a rigorosidade do procedimento.

Cumprе ressaltar, que princípio do sigilo das votações não viola o princípio da publicidade, tendo em vista a excepcionalidade do ato<sup>28</sup>. O artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal, esclarece que os atos processuais só não respeitarão o princípio da publicidade quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, cabendo, portanto, a exceção do sigilo das votações<sup>29</sup>.

Os jurados são cidadãos comuns, escolhidos de forma aleatória, sem distinção de classe social, raça, etnia, havendo uma variação de características dos escolhidos, de forma que não haja qualquer padrão para compor o grupo.

O Código de Processo Penal, esclarece o procedimento adotado acerca dos votos, bem como sob o plenário, garantindo a incomunicabilidade dos jurados, detalha ainda que a votação deverá ser feita em salas especiais, para que haja a plena aplicação deste princípio.

### *1.2.3 Soberania dos Veredictos*

Previsto no artigo 5º, inciso, XXXVIII, alínea “c” da CF, o princípio da soberania dos veredictos, em regra, tem por finalidade resguardar a decisão do corpo de jurados de forma que a decisão não possa ser modificada na esfera recursal<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de outubro de 1941** disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). acesso em 19 nov 2020

<sup>28</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 26.ed. São Paulo: Saraiva educação. 2009

<sup>29</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 04 jan 2020

<sup>30</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018



Esse princípio é fundamental para a integridade do julgamento do júri, uma vez que a análise feita pelos jurados é uma racionalização dos fatos<sup>31</sup>, do conteúdo probatório para a íntima convicção e não uma análise vinculada à legislação.

Importante salientar que existem algumas exceções quanto à soberania dos veredictos, como esclarece Fernando Capez:

A soberania dos veredictos implica a impossibilidade de o tribunal técnico modificar a decisão dos jurados pelo mérito. Trata-se de princípio relativo, pois no caso da apelação das decisões do Júri pelo mérito (art. 593, III, d) o Tribunal pode anular o julgamento e determinar a realização de um novo, se entender que a decisão dos jurados afrontou manifestamente a prova dos autos. Além disso, na revisão criminal, a mitigação desse princípio é ainda maior, porque o réu condenado definitivamente pode ser até absolvido pelo tribunal revisor, caso a decisão seja arbitrária. Não há anulação nesse caso, mas absolvição, isto é, modificação direta do mérito da decisão dos jurados.<sup>32</sup>

Portanto, percebe-se que mesmo a decisão do júri sendo soberana, é possível que seja reformada ou até mesmo anulada em situações específicas, conforme traz a doutrina e decisões dos Tribunais.

Assim, em regra, a decisão proferida pelo corpo de jurados é soberana segundo a Constituição Federal, no entanto é possível que o mérito seja apreciado novamente em casos específicos. Esse reexame do mérito só poderá ser feito pelo tribunal a quem lhe deu causa, portanto, o Tribunal do Júri.

#### *1.2.4 Competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida*

A Constituição Federal estabelece ainda em seu artigo 5º inciso, XXXVIII, “d” que somente o júri terá competência para julgar crimes dolosos contra a vida.

Os crimes estão em rol taxativo estabelecido no artigo 74, §1º do Código de Processo Penal, quais sejam: homicídio, seja simples, privilegiado ou qualificado,

---

<sup>31</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

<sup>32</sup> CAPEZ, op.cit.p. 630



previstos no artigo 121 §1º e §2º; infanticídio 123; aborto, previsto nos artigos 124 a 127; auxílio, induzimento ou instigação ao suicídio previsto no artigo 122, todos do Código Penal<sup>33</sup>.

São puníveis esses crimes tanto na forma tentada como consumada com exceção do crime do artigo 122 do Código Penal, que admite apenas a consumada do delito<sup>34</sup>.

Importante salientar que alguns crimes que são dolosos contra a vida não serão submetidos ao rito do Tribunal do Júri, uma vez que o constituinte os excluíram, devido as suas peculiaridades, é o caso de genocídio, latrocínio (o objeto jurídico é o patrimônio e não a vida), e alguns casos previsto na Constituição em que se trata de prerrogativa de função<sup>35</sup>.

Por fim, o Tribunal do Júri, sendo um órgão da justiça comum poderá ser estadual ou federal a depender das especificidades do caso concreto.

### *1.3 Organização e funcionamento do Tribunal do Júri*

O Tribunal do Júri é um órgão colegiado assegurado no artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal, e está previsto também no Código de Processo Penal.

O artigo 447 do CPP explicita:

Art. 447. O Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018

<sup>34</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.948, de 7 de dezembro de 1940**. Código penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)

<sup>35</sup> AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: método, 2017

<sup>36</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). acesso em 19 de nov 2019





De acordo com a doutrina majoritária, o júri é um processo bifásico, o *judicium accusationis* ou sumário de culpa e o *judicium causae* ou plenário do júri<sup>37</sup>. A primeira fase é conduzida por um juiz togado e tem o objetivo de analisar se há indícios reais e contundentes para que o acusado prossiga para a segunda fase. Após a verificação da possível ação por parte do agente, o Ministério Público oferecerá a denúncia, sem a qual é indispensável ao processo<sup>38</sup>.

Proferida denúncia o réu terá 10 dias a contar da sua intimação para se defender, sendo este ato, também imprescindível para a continuidade processual. Esse momento é ideal para arrolar testemunhas, alegar preliminares e as demais argumentações para corroborar a defesa<sup>39</sup>.

Importante salientar que essa defesa obrigatoriamente tem que ser feita por um advogado, e na ausência deste, será nomeado um.

Após a apresentação da defesa, também chamada de resposta à acusação, o juiz intimará o Ministério Público para se manifestar em até 5 dias. Posteriormente, o MP terá 10 dias para a realização de diligências, bem como para inquirição de testemunhas e em seguida ocorrerá a audiência de instrução e julgamento que tem por escopo ouvir a vítima, as testemunhas, apreciação de provas, interrogatório do acusado dentre outros procedimentos que se façam necessários<sup>40</sup>.

Ao final o juiz sentenciará com base no que fora esclarecido no curso do processo, decidindo pela pronúncia, pela desclassificação, pela impronúncia ou absolvição sumário do réu.

---

<sup>37</sup> ROZIEIRA, Matheus. 2ª fase do tribunal do júri. Mar 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64990/2-fase-do-tribunal-do-juri>. acesso em 19 de nov de 2019

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018

<sup>39</sup> AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: método, 2017

<sup>40</sup> AVENA, op. cit



### 1.3.1 Impronúncia

A decisão de impronúncia está prevista no art. 414, *caput*, do Código de Processo Penal<sup>41</sup>. O réu será impronunciado quando não houver indícios suficientes de autoria ou provas da materialidade do fato, o que acarretará o arquivamento do processo, podendo ser desarquivado a qualquer momento caso haja novas provas.

Capez esclarece:

Trata-se de decisão terminativa de natureza processual (interlocutória mista terminativa), que não analisa o mérito da causa, e que por essa razão, só faz coisa julgada formal. Surgindo novas provas o processo pode ser reaberto a qualquer tempo, até a extinção da punibilidade (CPP, art. 414, parágrafo único). O juiz não diz que o réu é inocente, mas que, por ora, não há prova suficiente para a questão ser debatida perante o Júri. Equipara-se a rejeição da denúncia ou queixa.<sup>42</sup>

Cumprido ressaltar que a decisão que declara a impronúncia não decide o mérito, tendo em vista que a qualquer momento poderá ser alegada nova denúncia, ou o surgimento de novas provas que ocasionaram no desarquivamento do processo. Somente se resolverá o mérito, se houver alguma questão de extinção de punibilidade, como prescrição.

Contra a sentença que declara a impronúncia, caberá o recurso de apelação conforme previsto no art. 416 e 593, ambos previstos no Código de Processo Penal.

### 1.3.2 Desclassificação

O juiz decidirá pela desclassificação quando, após a análise do processo, identificar que o crime não consiste em crime doloso contra a vida e, portanto, não

---

<sup>41</sup> TALON, Evanis. **As diferenças entre impronúncia e pronúncia**. 22 de mar de 2018. Disponível em: <https://evinistalon.com/as-diferencas-entre-impronuncia-e-absolvicao-sumaria/> acesso em 22 de nov de 2019

<sup>42</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 663



sendo de competência do Tribunal do Júri<sup>43</sup>. Assim, o juiz encaminhará os autos para o juiz competente.

Ao desclassificar o crime, o juiz não poderá dizer para qual delito desclassificou, uma vez que estaria invadindo a esfera de competência do juízo monocrático e proferindo um prejulgamento dos fatos. Deverá, então, limitar-se a dizer omissão, restar a dúvida sobre qual o juízo monocrático que deve receber o processo, deverão os autos ser remetidos ao juízo competente para o julgamento da infração mais grave, pois quem pode o mais, pode o menos.<sup>44</sup>

A desclassificação consiste em atribuir uma nova classificação ao crime cometido e conseqüentemente o encaminhamento para o juiz competente<sup>45</sup>, por exemplo, a desclassificação do crime de homicídio para o de lesão corporal.

Pode acontecer ainda, a desclassificação imprópria, denominada assim pela doutrina, quando um crime passa a ter outra classificação, porém ainda sob a competência do instituto do júri, é o exemplo de uma desclassificação de infanticídio para homicídio simples.

### 1.3.3 Absolvição sumária

Se o magistrado decidir pela absolvição sumária, antecipará a decisão do Tribunal do Júri, uma vez que convencido, dentre o rol previsto no artigo 415, do Código de Processo Penal, de que ficou provada a inexistência do fato, provado não ser ele o autor ou partícipe do fato, o fato não constituir infração penal, e, demonstrada causa de isenção de pena ou exclusão do crime<sup>46</sup>. Vejamos:

Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

<sup>43</sup> AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: método, 2017

<sup>44</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p 662

<sup>45</sup> CANTALICE, Arthur da Silva Fernandes. **Entenda o procedimento da primeira fase do júri**. Canal ciências criminais. 18 maio 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-procedimento-da-primeira-fase-do-juri/> acesso em 27 jan 2020

<sup>46</sup> AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: método, 2017



- provada a inexistência do fato; (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)
- provado não ser ele autor ou partícipe do fato; (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)
- o fato não constituir infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)
- demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)<sup>47</sup>

A absolvição sumária é a única decisão de mérito, isto é, gera coisa julgada formal e material<sup>48</sup>. Contra essa decisão caberá o recurso de apelação.

### 1.3.4 Pronúncia

A decisão de pronúncia, encaminha o processo para a segunda fase. É um juízo de admissibilidade onde o juiz reconhece a materialidade do fato e indícios de autoria, uma vez identificados o juiz deverá proferir a decisão devidamente fundamentada, sem ultrapassar os limites de sua competência.

A pronúncia é uma decisão interlocutória mista não terminativa que encerra uma fase do processo sem condenar ou absolver o acusado. É a chamada sentença processual que, após análise das provas do processo, declara admissível a acusação a ser desenvolvida em plenário do Júri, por estar provada a existência de um crime doloso contra a vida a ser provável a sua autoria. É tal decisão o divisor de águas entre o *judicium accusationes* e o *judicium causae*.<sup>49</sup>

Uma vez pronunciado, o réu será encaminhado ao plenário do Tribunal do Júri<sup>50</sup> onde iniciará a segunda fase o Tribunal do júri.

<sup>47</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 3689, de 3 outubro de 1941**. Código de processo penal. disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em 19 nov 2019

<sup>48</sup> CANTALICE, Arthur da Silva Fernandes. **Entenda o procedimento da primeira fase do júri**. Canal ciências criminais. 18 maio 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-procedimento-da-primeira-fase-do-juri/> acesso em 27 jan 2020

<sup>49</sup> CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 60- 61

<sup>50</sup> CANTALICE, Arthur da Silva Fernandes. **Entenda o procedimento da primeira fase do júri**. Canal ciências criminais. 18 maio 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-procedimento-da-primeira-fase-do-juri/> acesso em 27 jan 2020



Importante salientar que a decisão de pronúncia não gera coisa julgada, é uma decisão interlocutória, mista não terminativa. O recurso cabível é o recurso em sentido estrito, conhecido como RESE, previsto no art. 581, inciso IV, do Código de Processo Penal.

### *1.3.5 A segunda fase do Tribunal do Júri*

Iniciada a segunda fase do rito do Tribunal do Júri, inicia-se a preparação do processo para ir ao plenário. O réu deverá ser intimado pessoalmente e caso não seja encontrado será intimado por edital, e, se não houver recursos referente à pronúncia, o magistrado determinará a intimação das partes para que sejam apresentados documentos, requerimento de alguma exigência, bem como o rol de testemunhas que irão ao plenário, no prazo de 5 dias<sup>51</sup>. A segunda fase do Tribunal do Júri comporta 5 testemunhas de defesa (se houver mais de um acusado no processo, será 5 testemunhas para cada réu) e 5 testemunhas de acusação.

Importante salientar que as testemunhas de plenário, deverão comparecer, obrigatoriamente no dia do julgamento para que sejam ouvidas pelo conselho de sentença, não podendo ser “lido” o depoimento de testemunhas.

Neste momento processual, os jurados terão a responsabilidade de decidir quanto ao fato ocorrido, fazendo a análise das provas, formulando seu convencimento por meio do julgamento, somente sobre o fato em questão.

Os jurados serão selecionados pelo juiz presidente de acordo com sua idoneidade sem que haja qualquer padrão em relação aos escolhidos. Lenio Streck diz:

Os jurados, escolhidos dentre os cidadãos de notória idoneidade, fazem parte, assim, de um padrão de normalidade e um padrão de aceitação pela sociedade. A normalidade, então, é uma normalidade instituída, onde normal tem a

---

<sup>51</sup> AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: método, 2017



acepção de normar, de estabelecer um dever-ser-social-não-desviante. E, ao ser instituída, ao mesmo tempo passa a ser instituinte.<sup>52</sup>

A escolha é uma etapa muito importante em que o juiz estabelece contato com a comunidade, buscando uma diversidade de representantes<sup>53</sup>. O serviço de jurado é público e de exercício obrigatório e somente poderá ser recusado mediante fatos específicos relativos à pessoa ou função exercida estabelecido no artigo 437 do Código de Processo Penal.

Existem ainda as pessoas que são impedidas, bem como as que não podem servir ao conselho de sentença, conforme previsto nos arts. 448 e 449 do Código de Processo Penal<sup>54</sup>.

Os jurados deverão ser maiores de 18 anos, sem qualquer distinção ou escolha padrão de pessoas e a recusa importará em punições ao jurado desde multa à suspensão dos direitos políticos. O sorteio dos 25 jurados é feito publicamente pelo juiz presidente, que serão convocados pelo correio ou por outro meio de comunicação.

Cumprе salientar, que os jurados são servidores da justiça, incumbidos pela lei no que tange ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida, portanto são considerados juízes de fato.

Se o réu, devidamente intimado, estiver solto e não comparecer ao plenário, o júri ocorrerá sem a presença do mesmo (à revelia), no entanto se o réu estiver preso e por algum motivo não tiver sido levado à plenário o julgamento não poderá prosseguir, devendo, portanto ser adiado. Cumprе ressaltar que o CPP permite que o defensor peça a dispensa do comparecimento do réu, mas é uma excepcionalidade<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos e rituais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p 111

<sup>53</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 26. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019

<sup>54</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 3689, 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em 19 nov 2019

<sup>55</sup> ROZIEIRA, Matheus. **2ª fase do tribunal do júri**. Jus.com.br. Mar 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64990/2-fase-do-tribunal-do-juri>. acesso em 19 de nov de 2019



No que tange às testemunhas, se estiver presente na comarca em que ocorrerá o júri e se foi arrolada com clausula de imprescritibilidade, é obrigatória a presença a mesma para que prossiga o plenário, caso contrário deverá ser remarcado. Quando a testemunha arrolada estiver em outra comarca, e por algum motivo não conseguir comparecer em plenário, não será obrigada ao comparecimento<sup>56</sup>.

Em plenário, conforme previsto no artigo 473 do Código de Processo Penal, primeiramente será ouvido o ofendido, se possível, e em seguida a inquirição das testemunhas arroladas pela acusação, nesse momento os jurados poderão fazer perguntas ao ofendido bem como para as testemunhas, sempre por intermédio do juiz que estiver presidindo o júri.

Após a oitiva das testemunhas de acusação, serão ouvidas as testemunhas de defesa, apresentação de laudos periciais, reconhecimento de documentos, acareações e ao final, o interrogatório do acusado.

Por fim, os debates orais iniciarão, momento em que o Ministério Público fará a acusação, sempre vinculado ao que estiver descrito na pronúncia. Em seguida a defesa fará sua sustentação, sendo permitidas réplica e tréplica<sup>57</sup>.

Após o fim do plenário, a sentença será lida pelo presidente e se condenado, ao juiz togado, caberá apenas a fixação da pena.

## 2 A MÍDIA E O TRIBUNAL DO JÚRI

Não é nada incomum, nos julgamentos realizados no Brasil, a transmissão e acompanhamento de casos de repercussão nacional feito pelos jornais e programas de rádio.

---

<sup>56</sup> CAPEZ, op.cit

<sup>57</sup> AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: método, 2017



Essas coberturas realizadas pela mídia refletem diretamente na formação de opinião popular, e conseqüentemente na decisão preferida pelo conselho de sentença.

Neste contexto, analisar-se-á casos emblemáticos que ocorreram no Brasil, em que os julgamentos ocorreram antes de qualquer manifestação do poder judiciários, e sem qualquer previsão legal: o julgamento midiático.

## 2.1 Casos emblemáticos do julgamento feito pela mídia

A responsabilidade do julgamento realizado pelo corpo de jurados, em absolver ou condenar uma pessoa, somente pelo convencimento dos fatos e das provas, sem que haja um conhecimento técnico quanto ao presente instituto, exprime uma sensação de fragilidade ao procedimento. Quando a informação do fato se dá por meio da transmissão midiática, torna-se um julgamento injusto, contaminado.

Os meios de comunicação, veiculam informações referentes aos fatos criminosos, objetivando reter a atenção do receptor, sem observar as conseqüências irreversíveis que advém, pela forma com que se é noticiado, principalmente quando são fatos que repercussão nacional.<sup>58</sup>

Ante os fatos, conclui-se impossível a imparcialidade daqueles que julgarão o delito, bem como um julgamento justo, uma vez que a decisão, irracionalmente, se vincula ao fato noticiado e por conseguinte a opinião popular.

---

<sup>58</sup> FREITAS, Paulo. **Criminologia midiática e Tribunal do Júri**. A influência da mídia e da opinião pública na decisão dos jurados. 2 ed. São Paulo. Impetus. 2018





### 2.1.1 O caso goleiro Bruno<sup>59</sup>

No dia 14 de junho de 2010 Eliza Samudio foi vista pela última vez ao sair de um hotel no Rio de Janeiro. Segundo as investigações, após deixar o hotel Eliza foi até o Sítio de Bruno Fernandes, à época goleiro do Flamengo, localizado em Esmeraldas/MG e desapareceu desde então.

Segundo testemunhas, o relacionamento de Bruno e Eliza era conturbado, e chegou ao fim com aproximadamente um ano, após a vítima anunciar que estava grávida e se recusar a fazer o aborto, proposta esta que teria sido feita pelo goleiro.

Eliza prestou queixas algumas vezes alegando que tinha sido ameaçada pelos amigos de Bruno, e que foi mantida em cárcere privado, no entanto nada foi comprovado<sup>60</sup>. Posteriormente, constatou-se que a criança era mesmo filho do goleiro.

Durante as investigações, algumas testemunhas relataram que Eliza teria sido estrangulada, esquartejada e que o corpo teria sido enterrado junto com concreto e que o crime foi motivado devido à não aceitação da paternidade da criança<sup>61</sup>. Outra linha de investigação apontou que Bruno e os outros envolvidos teriam dado os restos mortais de Eliza aos cachorros, no entanto o corpo não foi encontrado e nenhuma das hipóteses foram comprovadas.

O caso teve repercussão internacional, feita sob uma cobertura midiática incessante na qual todas as informações que surgiam eram divulgadas com o objetivo de alcançar altos índices de audiência.

---

<sup>59</sup> Associação do Ministério Público de Minas Gerais. **Caso Eliza Samúdio:** Bruno Fernandes condenado a 22 anos e 3 meses. JusBrasil. 2012. Disponível em: <https://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100383586/caso-eliza-samudio-bruno-fernandes-condenado-a-22-anos-e-3-meses?ref=feed> acesso em 25 abr 2020

<sup>60</sup> **Relembrando os acontecimentos do caso Eliza Samudio.** uol notícia. Cotidiano. 01 mar 2013. disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/03/01/relembre-os-acontecimentos-do-caso-eliza-samudio.htm> acesso em 25 abr 2020

<sup>61</sup> O GLOBO RIO. **Entenda o caso do goleiro Bruno.** o globo notícias. 24 fev 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/entenda-caso-do-goleiro-bruno-20975301> acesso em 25 abr 2020



Bruno foi condenado a 22 anos e 3 meses de prisão em regime fechado por sequestro e cárcere privado, ocultação de cadáver e homicídio triplamente qualificado (motivo torpe, asfixia e uso de recurso que dificultou a defesa da vítima). Algum tempo depois surgiram novas informações referentes a localização do corpo da vítima, no entanto após buscas feitas no local nada foi encontrado.

O corpo da vítima nunca foi encontrado, entretanto, Bruno já havia sido condenado pelo “tribunal da mídia” no momento em que a vítima desapareceu. A divulgação do caso foi feita sob um jornalismo sensacionalista, sem qualquer respeito aos princípios constitucionais como a presunção de inocência, baseado em informações precipitadas, tendenciosas e sem a devida comprovação de veracidade<sup>62</sup>.

Conforme o fato narrado, o réu foi submetido ao Tribunal do Júri, composto por jurados parciais e contaminados pelas informações divulgadas. Bruno Fernandes foi condenado e ainda que pairasse dúvidas sobre a sua inocência dificilmente seria absolvido, uma vez que qualquer pessoa sem o devido conhecimento técnico e somente recebendo informações tendenciosas veiculadas pela mídia julgariam pela condenação do réu.<sup>63</sup>

### *2.1.2 O caso de Adriana Villela, o assassinato da 113 sul.*

No dia 28 de agosto de 2009, José Guilherme Villela, ex-ministro do Superior Tribunal Eleitoral, Maria Villela, advogada, e Francisca Nascimento Silva

---

<sup>62</sup> **Relembrando os acontecimentos do caso Eliza Samúdio.** uol notícia. Cotidiano. 01 mar 2013. disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/03/01/relembre-os-acontecimentos-do-caso-eliza-samudio.htm> acesso em 25 abr 2020

<sup>63</sup> SOUZA, Percival de. **Segredos do caso Eliza Samúdio assassinada pelo goleiro Bruno.** R7. Notícias. Arquivo vivo. Histórias de dois repórteres Percival Souza e Renato Lombardi. 26 mar 2020. Disponível em: <https://noticias.r7.com/prisma/arquivo-vivo/segredos-do-caso-eliza-samudio-assassinada-pelo-goleiro-bruno-26032020>. Acesso em 25 abr 2020



funcionária do casal, foram executados a facadas em um apartamento na 113 sul, em Brasília<sup>64</sup>.

Iniciou-se as investigações e todos os meios possíveis foram utilizados para elucidar o motivo dos assassinatos, dentre os recursos utilizados, uma vidente que afirmava manter contato com José Villela. Entre erros, acertos, implantações de provas e torturas, as investigações da polícia foram completamente questionáveis criando um ambiente perfeito para que a imprensa mantivesse o assunto sempre em evidência, uma vez que todo o Brasil acompanhava o caso.

Após alguns ajustes na busca pelos culpados identificou-se os criminosos, Leonardo Campos, ex-porteiro do prédio, Paulo Cardoso, sobrinho do porteiro e Francisco Mairlon, amigo de Paulo.

Segundo o depoimento dos acusados, o crime foi ordenado por Adriana Villela, filha do casal, que além de não possuir um bom relacionamento com os pais visava o recebimento da herança, avaliada em 160 milhões à época<sup>65</sup>.

Os três acusados rapidamente foram condenados, no entanto Adriana só foi submetida à Júri Popular em 23 de setembro de 2019, 10 anos após o assassinato.

Às vésperas do julgamento, todos os noticiários rememoravam o famoso “caso da 113 sul”, refazendo a cronologia dos acontecimentos, avaliando os depoimentos e as provas, implementando mais uma vez o fato na memória das pessoas e inevitavelmente o prévio julgamento com base nas informações deturpadas veiculadas pela imprensa<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> AMORIM, Felipe. **Adriana Villela é condenada a 67 anos por morte dos pais e da empregada**. Uol Brasília. Cotidiano. 03 mar 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/10/03/tribunal-do-juri-condena-re-do-crime-da-113-sul-a-67-anos-de-prisao.htm> acesso em 27 abr 2020

<sup>65</sup> FERREIRA, Afonso. **Crime da 113 sul**: após 10 anos, Adriana Villela vai a julgamento.G1, 23 set 2019.Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/09/23/crime-da-113-sul-apos-10-anos-adriana-villela-vai-a-julgamento-saiba-como-funciona-o-juri-popular.ghtml> acesso em 27 abr2020

<sup>66</sup> O GLOBO RIO. **Entenda o caso do goleiro Bruno**. o globo notícias. 24 fev 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/entenda-caso-do-goleiro-bruno-20975301> acesso em 25 abr 2020



O julgamento durou 10 dias, sendo o julgamento mais longo já ocorrido no DF, e por 10 dias o julgamento foi televisionado ininterruptamente, não por se tratar de um fato de extrema relevância social, tendo em vista que todos os dias homicídios e julgamentos do Tribunal do Júri ocorrem, mas por se tratar do homicídio de um ex-ministro do TSE, orquestrado pela própria filha, portanto um caso extremamente importante para conseguir pontos de audiência.

Adriana Villela foi condenada pelo homicídio do pai, da mãe e da empregada da família, e ainda pelo furto de joias e dinheiro. A pena foi fixada em 67 anos e 6 meses.

Para a imprensa pouco importa os direitos e garantias fundamentais da ré, bem como se naquele momento estão tratando da vida de alguém, o mercado midiático funciona baseado em porcentagens e visualizações e não em notícias de importância social.

Consequência dessa visibilidade negativa é o pré-julgamento inconscientemente feito por quem recebe as informações.

Esses crimes de grande repercussão social, os quais preenchem o vazio dos noticiários retiram à plenitude da defesa do réu, princípio garantido no artigo 5º da Constituição Federal, haja vista que os jurados que compõem o júri participam do julgamento com opinião consolidada referente ao caso por meio de reportagens, depoimentos, reconstituições<sup>67</sup>.

Nota-se a necessidade de uma avaliação dos casos a serem transmitidos e perpetuados a nível nacional, devendo somente ocorrer em notícias de interesse público, que afete diretamente a sociedade e não por mera especulação da vida alheia. Não há que se fazer uma análise de culpa e sim dos direitos fundamentais violados em troca de pontos de audiência.

A juíza Rosimeire Ventura Leite, esclarece:

---

<sup>67</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003



De fato, é necessário que haja critérios objetivos, a fim de que a matéria não dependa apenas da discricionariedade judicial. Assim, na eventualidade de um ordenamento jurídico aceitar julgamentos televisionados total ou parcialmente, o mínimo que deve exigir é a anuência da defesa e do acusado, bem como o respeito ao direito à imagem daqueles participantes que não queiram ser identificados<sup>68</sup>

Diante da narrativa dos fatos feita pelos noticiários, os jurados não se prendem ao que foi dito em plenário, ou as provas contidas nos autos, por consequência a decisão não se dá pelo convencimento ante as investigações e acervo probatórios, a decisão, portanto, é viciada tomada com base em manifestações sensacionalistas e posicionadas.

Nesse momento, morre o direito do réu à um julgamento justo e imparcial, uma vez que o julgador decide impelido do sentimento de pseudo justiça disseminado pela mídia, bem como pela revolta do público, cerceando qualquer chance do acusado demonstrar a sua inocência.

### 2.1.3 Caso Mércia Nakashima

Em 2010 a advogada Mércia Nakashima, de 28 anos foi morta pelo ex namorado, Mizael Bispo. Após receber uma ligação de Mizael, Mércia saiu da casa de seus familiares e nunca mais foi vista.<sup>69</sup>

O julgamento foi transmitido ao vivo, sem cortes, detalhando o procedimento investigativo, a argumentação da acusação e da defesa, tal como o enredo de uma novela, e segundo o TJSP foi o primeiro julgamento a ser transmitido ao vivo no Brasil.

---

<sup>68</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Audiências e julgamentos televisionados:** controvérsias acerca da relação entre processo penal e liberdade de imprensa. Associação dos magistrados da Paraíba. AMPB. 14 nov 2008. Disponível em: <http://www.ampb.org.br/artigos/Audi%C3%Aancias+e+julgamentos+televisionados+%C2%96+controv%C3%A9rsias+acerca+da+rela%C3%A7%C3%A3o+entre+processo+penal+e+liberdade+de+imprensa/27>. Acesso em: 25 nov 2019 paulo/noticia/2015/08/mizael-condenado-no-caso-mercia-e-transferido-ao-presidio-de-tremembe.html. Acesso em 01 mar 2020

<sup>69</sup> G1, São Paulo. **Caso Mércia Nakashima:** Mizael, condenado no caso Mércia, é transferido ao presídio de Tremembé. G1. 04 ago 2015. São Paulo. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao->



O réu não confessou o crime, e, no ano de 2013 foi condenado a pena de vinte anos de reclusão. Mizael escreveu um livro onde se declara inocente e ainda relata que sempre sofreu preconceito racial por parte da família a namorada.

O caso Mércia Nakashima<sup>70</sup> teve repercussão em âmbito nacional e todos os dias relatava-se um pouco do crime, mesmo que apenas informações subsidiárias, para que entretenimento permanecesse até o dia do julgamento, que teoricamente seria o fim da “novela da vida real”.

Não há como dimensionar a consequência da ampla divulgação de casos do rito do Tribunal do Júri, bem como com a exposição dos acusados e de todos os participantes, sejam testemunhas, peritos, advogados ou auxiliares da justiça<sup>71</sup>.

Não é possível saber se os acusados seriam ou não inocentados se não houvesse uma divulgação tão manipulada dos casos, fato é, que todos os casos de grande repercussão conduzidos pelos programas de rádio e televisão os réus foram condenados, coincidência ou não<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Secretaria de segurança pública do Estado de São Paulo. **Caso Mércia Nakashima**. Polícia Civil. 16 set 2019. São Paulo. Disponível em:

[http://www.policiacivil.sp.gov.br/portal/faces/pages\\_home/noticias/noticiasDetalhes?contentId=UCM\\_047604&collectionId=358412565221037014&rascunhoNoticia=0&\\_afLoop=1701694494490172&\\_afWindowMode=0&\\_afWindowId=centralEditorial#!%40%40%3F\\_afWindowId%3DcentralEditorial%26collectionId%3D358412565221037014%26\\_afLoop%3D1701694494490172%26contentId%3DUCM\\_047604%26rascunhoNoticia%3D0%26\\_afWindowMode%3D0%26\\_adf.ctrl-state%3D2plegb0in\\_4](http://www.policiacivil.sp.gov.br/portal/faces/pages_home/noticias/noticiasDetalhes?contentId=UCM_047604&collectionId=358412565221037014&rascunhoNoticia=0&_afLoop=1701694494490172&_afWindowMode=0&_afWindowId=centralEditorial#!%40%40%3F_afWindowId%3DcentralEditorial%26collectionId%3D358412565221037014%26_afLoop%3D1701694494490172%26contentId%3DUCM_047604%26rascunhoNoticia%3D0%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D2plegb0in_4)  
acesso em 01 mar 2020

<sup>71</sup> LIMA, Cezar de. BERTONI, Felipe Faoro. **Caso Nardoni**. Canal ciência criminal. Jus Brasil. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/328093525/caso-nardoni> acesso em 27 fev 2020

<sup>72</sup> PASSOS, Kênya Roberta Pereira. **O sensacionalismo midiático e seus reflexos no tribunal do júri**. Jus.com.br. artigos. Ago 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60027/o-sensacionalismo-midiatico-e-seus-reflexos-no-tribunal-do-juri/4> Acesso em 01 mar 2020



#### 2.1.4 Caso Isabela Nardoni<sup>73</sup>

Isabella Nardoni morreu ao ser jogada do sexto andar de um prédio na cidade de São Paulo. A menina tinha apenas 5 anos de idade. O caso ocorreu em 2008 e chocou a todos os brasileiros<sup>74</sup>.

O pai de Isabella, bem como a madrasta foram apontados como sendo os principais suspeitos e a partir desse momento, os jornais e revistas começaram a fazer a cobertura completa do caso.

Toda e qualquer informação que a polícia disponibilizava se convertia em 3 ou 4 dias de programação. A imprensa pressionava, diariamente, a polícia para que obtivessem respostas quanto ao caso e tudo isso perdurou por um longo período.

Os suspeitos foram ouvidos e mesmo afirmando a inocência foram condenados pelo crime. E, ainda que se declarando inocentes as capas de revistas afirmavam o contrário e ainda explicavam o motivo pelo qual haviam praticado os crimes.

Os advogados de defesa trouxeram à baila a questão do espetáculo feito pela mídia em relação ao caso, e quanto isso é prejudicial ao julgamento justo e imparcial. O advogado de defesa afirmou que não acredita que teve a oportunidade de defende-los, uma vez que a exposição do caso foi tamanha que antes mesmo que ocorrer o julgamento previsto na constituição todos já sabiam qual seria a sentença do júri e que ir à plenário foi apenas o cumprimento da formalidade prevista emle<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> DA REDAÇÃO. **Isabella Nardoni: 10 anos do pior dos crimes**. VEJA. São Paulo. 29 mar 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/videos/estudio-veja/isabella-nardoni-10-anos-do-pior-dos-crimes/> acesso em 27 fev 2020.

<sup>74</sup> FERREIRA, Kadeh. **Caso Isabella: a sentença de cada um**. Um texto por semana. 14 abr 2010. Disponível em: [http://umtextoporsemana.blogspot.com.br/2010\\_04\\_11\\_archive.html](http://umtextoporsemana.blogspot.com.br/2010_04_11_archive.html) Acesso em: 06 set 2019

<sup>75</sup> PASSOS, Kênya Roberta Pereira. **O sensacionalismo midiático e seus reflexos no tribunal do júri**. Jus.com.br. artigos. Ago 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60027/o-sensacionalismo-midiatico-e-seus-reflexos-no-tribunal-do-juri/4> Acesso em 01 mar 2020



Importante salientar que não se trata da culpabilidade dos acusados, mas se os direitos e garantias fundamentais estão sendo devidamente respeitados<sup>76</sup>.

## 2.2 A mídia e a imparcialidade dos jurados

Conforme abordado acima, a Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, inciso LIV, que todos, independentemente da gravidade do que tenha feito, não serão privados da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Significa dizer que toda pessoa tem o direito a um julgamento justo e imparcial, em observância aos princípios constitucionais, bem como aos procedimentos estabelecidos em lei<sup>77</sup>.

Quando se trata de crimes dolosos contra a vida, é difícil precisar se esses princípios e leis são efetivamente respeitados, uma vez que ao receber a informação do fato ocorrido pela imprensa, que tem por escopo dramatizar a história para entreter o telespectador, a comoção pública é inevitável. Falar de público é falar do cidadão comum que compõe a sociedade, o mesmo cidadão que é mencionado no artigo 436 do Código de Processo Penal, sendo ele maior de 18 anos e de notória idoneidade. O jurado é o cidadão comum, é o telespectador, o leitor de jornal que recebe a informação veiculada sem qualquer controle do que está sendo noticiado.

A imprensa, no momento em que ela analisa o contexto e cria um enredo para explicar o fato, deixa de ser meramente informativa e passa a ser o órgão julgador tendo em vista ser a principal fonte de formação de opinião pública, influenciando em um julgamento feito por juízes, que decidem por íntima convicção, sem a necessidade de fundamentá-las, sem qualquer conhecimento jurídico, portanto, extremamente vulnerável a fatores externo.

---

<sup>76</sup> LIMA, Cezar de. BERTONI, Felipe Faoro. **Caso Nardoni**. Canal ciência criminal. Jus Brasil. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/328093525/caso-nardoni> acesso em 27 fev 2020

<sup>77</sup> CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri**: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018





Criar, modificar, trazer hipóteses, reconstruções, possíveis causas da morte, inclusão de elementos, fatos que nem sempre condizem com a verdade são meios utilizados de ampliar o conteúdo veiculado, sem que haja comprometimento com a verdade, inúmeros erros são cometidos por meio do pré-julgamento popular que reflete nas condenações do júri.

O autor Tucci, esclarece:

Indubitável é que a pressão da mídia produz efeitos perante o juiz togado, o qual se sente pressionado pela ordem pública, por outro lado, de maior amplitude é este efeito sobre o júri popular que possui estreita relação com a opinião pública construída pela campanha midiática, é obvio, pois, que isto faz com que a independência do julgador se dissipe não podendo este realizar um julgamento livre por estar diante de uma verdadeira coação. “Levar um réu a julgamento no auge de uma campanha de mídia é levá-lo a um linchamento, em que os ritos e fórmulas processuais são apenas a aparência da justiça, se encobrendo os mecanismos cruéis de uma execução sumária”<sup>78</sup>

Nota-se uma grande dificuldade de desvencilhar a decisão do júri popular com o pré-julgamento feito pela imprensa, principalmente no que tange aos crimes de repercussão nacional<sup>79</sup>. O fato da decisão dos jurados não ser fundamentada não os isentam da imparcialidade ao responder os quesitos formulados pelo juiz presidente.

Ximenes Rocha elucidou a problemática, vejamos:

O poder da imprensa é arbitrário e seus danos irreparáveis. O desmentido nunca tem a força do mentido. Na Justiça, há pelo menos um código para dizer o que é crime; na imprensa não há norma nem para estabelecer o que é notícia, quanto mais ética. Mas a diferença é que no julgamento da imprensa as pessoas são culpadas até a prova em contrário. 40 Tem sido comum os meios de comunicação condenarem antecipadamente seres humanos, num verdadeiro linchamento, em total afronta aos princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, quando não lhes invadem, sem qualquer escrúpulo, a privacidade, ofendendo-lhes aos sagrados direitos

<sup>78</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Tribunal do júri**. Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. P. 115

<sup>79</sup> FREITAS, Paulo. **Criminologia midiática e Tribunal do Júri**. A influência da mídia e da opinião pública na decisão dos jurados. São Paulo. Impetus. 2018



à intimidade, à imagem e a honra, assegurados constitucionalmente. Aliás, essa prática odiosa tem ido muito além, pois é corriqueiro presenciarmos, ainda na fase da investigação criminal, quando sequer existe um processo penal instaurado, meros suspeitos a toda sorte de humilhação pelos órgãos de imprensa, notadamente nos programas sensacionalistas da televisão, violando escancaradamente, como registra Aduino Suannes, o constitucionalmente prometido respeito à dignidade da pessoa humana. Não foram poucos os inocentes que se viram destruídos, vítimas desses atentados que provocam efeitos tão devastadores quanto irreversíveis sobre bens jurídicos pessoais atingidos.<sup>80</sup>

Significa dizer que imprensa se tornou parte do judiciário, no entanto, com objetivos contrários, desrespeitando princípios constitucionais, prejudicando as investigações, contaminando veredictos e ceifando a justiça.

Alguns métodos são estabelecidos em lei para evitar que os jurados sejam influenciados por fatores externos, entretanto apenas a garantia da incomunicabilidade do jurado ou sigilo dos votos não asseguram a imparcialidade e o livre convencimento do júri, uma vez que o julgamento se inicia no momento em que as informações são divulgadas publicamente.

Importante salientar, que essa interferência direta da mídia nos julgamentos do júri só ocorre efetivamente em crimes de repercussão nacional, haja vista que em crimes locais, que não há uma divulgação tão invasiva, os princípios constitucionais de proteção ao júri são passíveis de serem respeitados<sup>81</sup>.

Alguns doutrinadores sustentam a ideia de que em crimes de grande alcance nacional deveriam ser suspensos por um determinado período até o clamor público amenize, a fim de proporcionar um julgamento mais justo ao acusado. Geraldo Mascarenha Prado elucidada:

A parte que se sinta prejudicada por excessiva exposição pública dos fatos do processo a ponto de razoavelmente supor

---

<sup>80</sup> ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Mídia, processo penal e dignidade humana**. São Paulo, v.11, n.n. esp. 2003. p 3

<sup>81</sup> FREITAS, Paulo. **Criminologia midiática e Tribunal do Júri**. A influência da mídia e da opinião pública na decisão dos jurados. São Paulo. Impetus. 2018



que os membros da comunidade (...) estão sujeitos à influência externa, pode reclamar a suspensão do curso do procedimento, durante determinado período.<sup>82</sup>

Não é possível dizer se a suspensão processual resolveria o problema, ou até mesmo que não resultaria em outros problemas maiores, mas a ausência de medidas efetivas no que tange a imparcialidade dos jurados e a invasão midiática na seara jurídica, é extremamente prejudicial ao devido processo legal previsto na Constituição.

A intenção do Tribunal do Júri ser composto por populares, é uma homenagem à democracia, tendo em vista o julgamento realizado por seus semelhantes, em paralelo aos parâmetros legais e constitucionais, porém, é um instituto relativamente frágil no que se refere à influência midiática.

Sendo assim, faz-se necessário repensar a relação entre a mídia e o Tribunal do Júri juntamente com velocidade em que as informações são transmitidas, uma vez que a veiculação de uma informação não pode ser mais importante do que o direito à vida e a liberdade de alguém.

### 3 A INFLUÊNCIA MIDIÁTICA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO<sup>83</sup>

Considera-se mídia, qualquer organização cujo objetivo é disseminar informações, notícias, mensagens e entretenimento em que intermedeia a produção do conteúdo ao receptor, utilizando-se de diversos meios, quais sejam, televisão, revistas, jornais, informativos, internet. Dentre os meios mencionados, destacam-se a internet, a televisão e a imprensa, com o maior alcance de espectadores.

Momento algum se questiona a importância da mídia em um contexto social, uma vez que é de extrema importância que as notícias sejam divulgadas e

---

<sup>82</sup> <sup>82</sup> PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas *apud* ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e Poder Judiciário:**

a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro. p 65. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

<sup>83</sup> BRITO, Alexis Couto. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. Editora atlas. 4 ed. 2018



propagadas na sociedade, para que as pessoas se mantenham informadas sobre quaisquer acontecimentos que considerem relevantes para si ou para outrem<sup>84</sup>.

Em que pese o objetivo final da mídia seja, de fato, dissipar conteúdo, existe um interesse econômico no processo, na medida que, o que será noticiado, antecipadamente é estudado no que tange a sua relevância e importância no país para que se alcance o maior número de pessoas e, conseqüentemente, gere maior lucro.

Diante disto, é evidente que os veículos de comunicação optam por conteúdos relacionados ao Poder Judiciário, em especial, crimes dolosos contra a vida, ou temas relacionados, uma vez que despertam a curiosidade e até mesmo comoção na sociedade, tendo em vista que se trata de algo imensurável: a vida.

Essas informações de cunho delicado causam desconforto em quem recebe a notícia, pois atinge direitos e valores de cada indivíduo<sup>85</sup>. Na medida que, quem tem a responsabilidade de divulgar esse determinado tipo de conteúdo, possui a informação no que tange ao valor desse conteúdo para o indivíduo, a mídia manipula e modifica dados do fato para torná-lo mais “atraente” e por conseguinte interfere na verdade dos fatos e causa danos irreparáveis.

A promotora de justiça Ana Lúcia Menezes Vieira, se posicionou quanto ao assunto:

A linguagem sensacionalista, caracterizada por ausência de moderação, busca chocar o público, causar impacto, exigindo seu envolvimento emocional. Assim, a imprensa e o meio televisivo de comunicação constroem um modelo informativo que torna difusos os limites do real e do imaginário. Nada do que se vê (imagem televisiva), do que se ouve (rádio) e do que se lê (imprensa jornalística) é indiferente ao consumidor da notícia sensacionalista. As emoções fortes criadas pela imagem são sentidas pelo telespectador. O sujeito não fica do lado de fora da notícia, mas a integra. A mensagem cativa o receptor, levando-o a uma fuga do cotidiano, ainda que de forma passageira. Esse mundo-imaginação é envolvente e o

---

<sup>84</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

<sup>85</sup> BRITO, FABRETTI, LIMA, op. cit



leitor ou telespectador se tornam inertes, incapazes de criar uma barreira contra os sentimentos, incapazes de discernir o que é real do que é sensacional<sup>86</sup>

Ante o exposto, é incontestável que a propagação de conteúdo feita pelos veículos de comunicação, atingem em cheio o Poder Judiciário, em especial a esfera penal que, além de ter que lidar com os casos típicos, ainda precisa deliberar a respeito de litígios referentes ao direito de liberdade de imprensa<sup>87</sup>, bem como presunção de inocência e direitos à liberdade a proteção da intimidade, vida privada, honra e imagem, todos previstos no artigo 5º da Constituição Federal.

### 3.1 Julgamento midiático: O julgamento não previsto em lei

Dentro do regime político adotado no Brasil, sendo este o Estado Democrático de Direito, a liberdade de imprensa desempenha o exercício de sua atividade de forma livre, sem censuras, plena, estabelecendo uma relação social entre a informação e o receptor, tendo em vista o direito do indivíduo de ser instruído sobre conteúdos relevantes e fatos do cotidiano.

O direito de imprensa estabelecido na Constituição Federal, comumente circula na seara penal, ao noticiar e opinar sobre casos e pessoas que estão sob a responsabilidade do Poder Judiciário. Muitas vezes a parcialidade da mídia interfere negativamente na atuação da justiça, é o caso do Tribunal do Júri que é composto por pessoas comuns, sem a exigência de qualquer formação e que acabam julgando com base no clamor social.

Não há como dizer que o acusado será submetido ao julgamento justo e imparcial se antes de qualquer apreciação do Tribunal competente o réu já está

---

<sup>86</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 52

<sup>87</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e poder judiciário**: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007



condenado pela opinião pública consolidada pela divulgação deturpada dos veículos de comunicação<sup>88</sup>.

Sobre isso, Almeida elucida:

Na sociedade brasileira atual, Direito Penal e Mídia possuem uma relação muito próxima. As pessoas se interessam por informações que dizem respeito à burla das regras penais. A imprensa, portanto, não tem como ficar alheia ao interesse causado pelo crime, mesmo porque a imprensa é o “olho da sociedade”. Jornais impressos, revistas, o noticiário televisivo e radiofônico dedicam significativo espaço para este tipo de notícia. Acontece que, muitas vezes, a divulgação reiterada de crimes e a abordagem sensacionalista dada por alguns veículos de comunicação acabam por potencializar um clima de medo e insegurança. A criminalidade ganha máxima e a sociedade começa a acreditar que está assolada pela delinquência. Cria-se uma falsa realidade que foge aos verdadeiros números da criminalidade<sup>89</sup>.

Não cabe a imprensa, nem a sociedade, em termos gerais, julgar os acusados em casos de grande repercussão, como o caso do goleiro Bruno ou o caso da Isabella Nardoni. Esses casos, assim como vários outros foram esgotados pela mídia, em suposições, exposição dos réus, opiniões pessoais, feitas sem qualquer observância à direitos constitucionais, apenas com o intuito de lucrar com sensibilidade social e não com o objetivo de informar.

Importante salientar que a liberdade de imprensa deve observar os limites legais e constitucionais, para que o processo penal seja preservado, assim como o direito de quem está sendo julgado, uma vez que a opinião jornalística disseminada para todo o País implica informalmente na condenação do indivíduo.

O autor Nery, diz que:

---

<sup>88</sup> BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito penal brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007

<sup>89</sup> ALMEIDA, Judson Pereira de. **Os meios de comunicação de massa e o Direito Penal**: a influência da divulgação de notícias no ordenamento jurídico penal e no devido processo legal. Vitória da Conquista – BA. 2007. Monografia Científica em Direito na FAINOR - Faculdade Independente do Nordeste, 2007, p. 33



É possível destacar, em qualquer dos órgãos da mídia, espaços dedicados à questão criminal, com nítida preferência a alguns tipos de crimes, previamente selecionados, que são reiteradamente exibidos, narrados e descritos constantemente. Neste cenário, é possível que tamanha quantidade de informações veiculadas exerça alguma forte influência no comportamento das pessoas em geral, o que é extensível aos sujeitos processuais – especialmente ao juiz<sup>90</sup>

Nesse sentido, não há no ordenamento jurídico brasileiro nenhum artigo que dê poderes à imprensa para julgar, e nem mesmo dê o direito de declarar a culpa de qualquer cidadão, e, uma vez que os jurados do Tribunal do Júri, cidadãos escolhidos para compor o conselho de sentença, com poder para declarar culpado ou inocente o seu par, cabe à imprensa o dever moral de transmitir somente a verdade no limite do que está previsto no processo penal para que não retire direitos e garantias constitucionais dos réus nos processos do Tribunal do Júri<sup>91</sup>.

No Brasil existem vários processos chamados de processos midiáticos, ou seja, processos conduzidos pela especulação dos veículos de notícias<sup>92</sup>. São processos classificados pela imediatividade, tendo em vista que devido ao impacto dos acontecimentos na sociedade, o Estado busca dar uma resposta rápida mesmo que as vezes insatisfatória em termos de qualidade técnica.

Diferentemente dos processos criminais comuns, que tramitam em velocidade “normal”, os processos conduzidos pela mídia exigem uma tramitação rápida, para que seja noticiada rápida com o intuito de alimentar a sensação de justiça esperada pela população, portanto a colheita de provas, a elaboração de laudos periciais, a oitiva das testemunhas, manifestação do Ministério Público, bem como outros procedimentos processuais são feitos sob uma celeridade incomum.

---

<sup>90</sup> NERY, Arianne Câmara. **Considerações sobre o papel da mídia no processo penal**. 2010. Monografia de Graduação. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC, Rio de Janeiro/RJ, 2010, p. 41

<sup>91</sup> SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Controle Judicial dos Limites Constitucionais à Liberdade de Imprensa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

<sup>92</sup> SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia. Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010



Neves diz que:

A imprensa conhece o processo criminal muito por baixo, muito elementarmente. Joga, quase sempre, apenas com informações, sempre tendenciosas ou parciais (resultantes de diálogos com autoridades ou agentes policiais, advogados e parentes das partes etc.). Ora, se assim é, a crônica ou a crítica, em tais circunstâncias, é, por via de consequência, às vezes injusta, não raro distorcida, quase sempre tendenciosa. Portanto, à vista de episódios que serão encaminhados ao Judiciário, ou que neste já se encontrem, cabe ao jornalista, por sem dúvida, a tarefa de aperfeiçoar sua prudência<sup>93</sup>

O sensacionalismo das notícias possui características circenses, cujo objetivo é chocar, escandalizar, fazer do caso concreto uma telenovela em que cada pequeno detalhe relevante ao processo se torna um capítulo diferente de entretenimento social. No entanto, essa exposição maléfica na seara criminal, é determinante para a condenação precipitada do réu.

Devido a tanta especulação, junção de fatos, provas opinião pública, audiências televisionadas, mídia, é impossível separar o que é real do que é ficção, ainda mais para um jurado leigo.

O caso de Isabella Nardoni é um dos maiores exemplos no ordenamento jurídico brasileiro de violação de direitos constitucionais por parte da imprensa. Importante salientar que não está em discussão a culpa ou inocência dos acusados, e, sim, a interferência da mídia no julgamento justo e imparcial<sup>94</sup>.

Em resumo, em 2008 Isabella Nardoni, uma menina de apenas 5 anos que morreu após ser jogada do sexto andar de um prédio em São Paulo. Na época, os principais suspeitos eram o pai, Alexandre Nardoni, e a madrasta, Anna Carolina

---

<sup>93</sup> NEVES, Francisco de Assis Serrano. **Direito de imprensa**. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 407- 408

<sup>94</sup> E-CODE. **O excesso da mídia no caso da menina Isabella**. Disponível em: <http://ecode.messa.com.br/2008/04/drops-o-excesso-da-mdia-no-caso-da.html> Acesso em: 06/10/2019





Jatobá<sup>95</sup>. O pai de Isabella foi condenado a 31 anos e um mês de reclusão e a madrasta, a 26 anos e 8 meses, por homicídio triplamente qualificado.

Em depoimento, seu genitor declarou que, na data dos fatos, chegou a sua residência acompanhado de sua mulher Anna Carolina Jatobá e de seus três filhos adormecidos. Assim, levou a vítima ao apartamento, onde a colocou na cama e, posteriormente, retornou a garagem a fim de ajudar sua esposa à subir com seus outros filhos, contudo ao retornar ao seu apartamento, notou que a luz do quarto de seus filhos estava acessa e a grade de proteção da janela estava cortada, bem como que sua filha havia sumido, ocasião em que percebeu que o corpo dela estava caído no jardim. Ainda, relatou na época dos fatos, que acreditava que sua filha havia sido atirada pela grade de proteção por alguma pessoa que não gostava dele, relatando que suspeitava de um pedreiro com quem recentemente havia discutido.<sup>96</sup>

A história contada pelo pai de Isabella não convenceu ninguém, momento em que a mídia vislumbrou um caso realmente lucrativo, a partir de então sugou cada detalhe do caso, divulgou todas as informações possíveis, recriou a cena e iniciou o julgamento midiático, prévio e inconstitucional.

Os acusados nunca confessaram o crime e mesmo após a condenação, em 2010, transmitida em rede nacional, afirmam que são inocentes. Após o fim do julgamento os advogados de defesa alegaram em entrevista que nunca tiveram a chance de defendê-los realmente, uma vez que a exposição foi tão grande que o júri foi somente uma formalidade legal.

### 3.2 Os limites à liberdade de imprensa e a informação

Como já mencionado, a liberdade de informação, é a liberdade de exercer a atividade veicular informações para indeterminadas pessoas, e temos como exemplo, televisão, jornal internet, entre outros. A liberdade de imprensa, diferentemente da

---

<sup>95</sup> UM TEXTO POR SEMANA. **Caso Isabella: a sentença de cada um.** Disponível em: <[http://umtextoporsemana.blogspot.com.br/2010\\_04\\_11\\_archive.html](http://umtextoporsemana.blogspot.com.br/2010_04_11_archive.html)> Acesso em: 06/10/2019

<sup>96</sup> DILLMANN, André Luis. **Tribunal do Júri:** A influência da mídia nas decisões do conselho de sentença. 2012. p 44. Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em: <http://www.escavador.com/sobre/8496488/andre-luis-dillmann> acessado em 03 mar 2020



liberdade de expressão, tem como objetivo o compromisso com a verdade, quando transmitir fatos e acontecimentos.

No entanto, sob o álibi de estar protegida pela Constituição Federal a imprensa começou a cometer vários abusos no que tange à transmissão de informação.

Diante do exercício desenfreado de veiculação de informações, observou-se a necessidade de limitar essa garantia, mesmo sendo ela constitucional.

O artigo 221 da Constituição diz:

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

- preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
- promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
- regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
- respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.<sup>977</sup>

O supracitado artigo é um dos primeiros indícios de que a liberdade de imprensa não é absoluta. Em seus incisos, é possível observar que há princípios a serem respeitados, que atuam como norteadores, buscando harmonia constitucional. Cumpre ressaltar que o artigo menciona apenas televisão e rádio, no entanto, todos os veículos de comunicação devem respeitar o artigo 221 da CF/88.

O artigo em comento possui suma importância no ordenamento jurídico, tendo em vista a quantidade de pessoas atingidas diariamente por informações de diversos meios de comunicação, dentre elas crianças e adolescentes, em fase de formação de caráter e valores.

---

<sup>97</sup> BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Presidência da República. 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 11 abr 2020



Limitar a liberdade dos meios de comunicação encontra razoabilidade na influência que causam sobre a sociedade, tendo em vista que formam opiniões bem como transmitem conhecimento e informação, e, uma vez que a informação transmitida é deturpada não é possível conter suas consequências<sup>98</sup>.

Com o intuito de abranger a diversidade tecnológica de comunicação e outros meios que venham a ser criados no futuro, o artigo 222, §3º da CF/88 elucida a preocupação do Constituinte em estender princípios constitucionais a rede mundial de computadores. Vejamos:

Artigo 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

§ 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no artigo 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais<sup>99</sup>

Estabelecer regras eficazes no que tange à rede mundial de computadores é extremamente trabalhoso, tendo em vista ser um espaço virtual ilimitado em que prevalece o anonimato, bem como usuários de todo o mundo atuando também em qualquer lugar do mundo, com isso, é muito importante que a ordem jurídica tenha o mínimo de controle sobre este vasto espaço.

Ainda que existam esses limites reais quanto à atuação da imprensa na sociedade, não é difícil encontrar abusos em notícias, e, é nesse âmbito que o Estado juntamente com Ministérios Público, dentre outros órgãos, trabalham para fiscalizar e punir esses excedentes<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

<sup>99</sup> BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Presidência da República. 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 11 abr 2020

<sup>100</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003



O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, traz como direito fundamental a inviolabilidade à vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Esse direito colide diretamente com o direito à liberdade de imprensa que também é um direito fundamental<sup>101</sup>.

O direito a intimidade e a vida privada, como o próprio nome sugere, é o direito que o indivíduo tem de escolher a quem compartilhará a sua intimidade, ou até mesmo reservá-la para si, a escolha do próprio indivíduo. Portanto qualquer ato que viole esse direito de escolha, viola o princípio fundamental.

Na teoria é simples a identificação do limite à vida privada e a intimidade, entretanto, quando analisada sob a perspectiva do caso concreto torna-se uma tarefa difícil, a depender de fatores externos.

Destaca-se que os meios utilizados para regulamentar o exercício de liberdade de imprensa e de expressão não pode ser classificado como censura. Faraco entende que:

O fato de algum nível de controle poder ser encontrado em países com tradição democrática muito maior do que o Brasil (...) já seria suficiente para demonstrar isso. Por outro lado, no caso brasileiro, é a própria Constituição Federal, de inegável caráter democrático, que estabelece a exigência de a programação de rádio e televisão observar certos conteúdos, ao mesmo tempo em que veda a censura (cf. art. 220 e seguintes)<sup>102</sup>

Assim, o direito à vida privada, bem como a intimidade, só deve ser relativizado quando a informação tiver real interesse público, sem que se confunda o interesse com mera especulação.

---

<sup>101</sup> ALMEIDA, Judson Pereira de. **Os meios de comunicação de massa e o Direito Penal**: a influência da divulgação de notícias no ordenamento jurídico penal e no devido processo legal. Vitória da Conquista – BA. 2007. Monografia Científica em Direito na FAINOR - Faculdade Independente do Nordeste, 2007

<sup>102</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. **Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação**. rádio, televisão e internet. Tese de livre docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007, p. 196



O artigo 5º, inciso X, da CF/88 trata também sobre o direito à honra, seja ela subjetiva (honra vinculada à autoestima), seja ela objetiva (honra vinculada à reputação). Além da disposição constitucional, o direito à honra foi homenageado pelo código penal, bem como pelo código civil e possui extrema importância no ordenamento jurídico brasileiro, perdurando mesmo após a morte de seu titular, transferindo aos familiares a legitimidade para a tomada de qualquer medida judicial.

O direito à imagem, também abarcado no supracitado artigo, nada mais é que direito do indivíduo de ter a sua imagem preservada, de forma idônea, uma vez que a imagem é o que identifica a pessoa em sociedade. Essa proteção tem por escopo garantir tanto a proteção no aspecto físico como no aspecto moral, haja vista a vinculação natural da imagem do indivíduo a qualquer fato ocorrido, seja o fato verdadeiro ou não<sup>103</sup>.

Cabe ainda mencionar, que existem várias outras proteções dentro da Constituição Federal que tem por objetivo restringir os poderes da liberdade de imprensa, dentre eles, podemos destacar, a inviolabilidade de domicílio que mesmo não estando diretamente ligado ao mencionado princípio, impede que ao exercer a divulgação de informações ultrapasse o limite do domicílio.

O sigilo das comunicações também é um potencial limitador no que tange à responsabilidade de divulgação comunicação pessoal. A proibição de divulgação de informações obtidas por meios ilícitos também é uma forma de coibir o abuso dessa garantia constitucional.

Nota-se que o legislador se preocupou em delinear a forma de atuação dos veículos de comunicação de forma que a Constituição Federal colaciona vários artigos e incisos sobre o tema, bem como outras normas legais buscam incidir sobre esse direito tão importante. No entanto, nem sempre a leis e normas conseguem frear milhares de informações e conteúdos diários produzidos por milhares de usuários e ainda averiguar a veracidade do que é transmitido. Paiva esclarece:

---

<sup>103</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003



Os meios de comunicação estão sendo conduzidos pelos mesmos princípios da indústria de produtos convencionais, onde, aqueles que exploram não levam em conta as peculiaridades da responsabilidade social da comunicação<sup>104</sup>

Nesse sentido, o mercado de “meios de comunicação” trabalha com a ideia de não interferência estatal com o argumento e livre iniciativa, ocorre que, todo e qualquer mercado possui regulamentação estatal objetivando delimitar eventuais abusos.

### 3.3 Liberdade de imprensa e a presunção de inocência

Conforme falado acima, a mídia é a forma com que a informação é transmitida ao receptor, independentemente do veículo informativo que seja usado, tendo por escopo dar conhecimento de fatos importantes para quem recebe a mensagem.

Diante de um contexto histórico vivido no Brasil conhecido como Regime Militar, no qual restringiu-se vários direitos sociais, dentre eles a censura de conteúdos veiculados pela imprensa, a Constituição Federal de 1988 tendo como regime político a Democracia, homenageou, no capítulo V, em seus artigos 220 a 224 a comunicação social, estabelecendo seus direitos e deveres, assegurando a liberdade de imprensa, expressão pensamentos, dentre outros.

A liberdade de imprensa, nada mais é do que a possibilidade de um determinado indivíduo propagar acontecimentos, informações, opinião, ideias sobre variados assuntos, de forma livre podendo alcançar números ilimitados de pessoas<sup>105</sup>. Assim como o direito de divulgar, quem veicula essas informações adquire a responsabilidade quanto à veracidade do que está sendo dito.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, esclarece:

---

<sup>104</sup> PAIVA, Clarice Amaral. **Um mundo e poucas vozes**. XXV Congresso Anual em Ciência da Comunicação. Salvador, Intercom. Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2002, p. 1

<sup>105</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003



Quem veicula uma informação, ou seja, quem divulga a existência, a ocorrência, o acontecimento de um fato, de uma qualidade, ou de um dado, deve ficar responsável pela demonstração de sua existência objetiva, despida de qualquer apreciação pessoal.<sup>106</sup>

A ideia de resguardar o direito a comunicação é muito importante para que as pessoas tenham conhecimento necessário para a formação de um senso crítico, e assim não haja uma alienação social<sup>107</sup>. No entanto, o que deveria ser um instrumento para o desenvolvimento social, com a transmissão de notícias transparentes, com dados reais, se transformou em um comércio extremamente lucrativo.

Notícias apelativas, sensacionalistas, escolhidas a dedo com o intuito de atingir o emocional do receptor, de forma positiva ou negativa são as principais escolhas da mídia na hora de disseminar o conteúdo. O objetivo por trás de todo esse cuidado na seleção das matérias é o lucro<sup>108</sup>.

Dessa forma, vislumbrando a finalidade monetária, a imprensa usa o seu direito de comunicação indevidamente, escolhendo casos que ainda não foram analisados pelo Poder Judiciário, especulando cada detalhe do fato para alcançar números, sem se preocupar com a violação de outros direitos constitucionais, como a presunção de inocência, a honra e ao direito a intimidade, por exemplo.

Os prejuízos causados por toda essa especulação são incalculáveis, pois tiram a ineficácia de princípios previstos na Constituição Federal, bem como antecipam o julgamento de pessoas que perdem seu instrumento de defesa, uma vez que o julgamento midiático, mesmo sendo um julgamento não previsto no texto constitucional já foi feito, e, possivelmente o indivíduo já foi condenado pela sociedade.

---

<sup>106</sup> Revista de Direito do consumidor – RDC 41/253 – Jan – mar/2002. **A INFORMAÇÃO COMO BEM DE CONSUMO**, p. 554

<sup>107</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e poder judiciário**: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007

<sup>108</sup> SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Controle Judicial dos Limites Constitucionais à Liberdade de Imprensa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008



Assim como a liberdade de expressão, a presunção de inocência é um princípio previsto na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso, LVII e tem por escopo restringir o poder do Estado de punir sem que haja a harmonização com outros princípios como devido processo legal.

No que tange ao contexto histórico do assunto em comento, Michelle Kalil Ferreira argumentou:

Seu marco principal ocorreu no final do século XVIII, em pleno iluminismo, quando na Europa Continental, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório de base romano-canônica, que vigia desde o século XII. Nesse período e sistema o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. Surgiu, daí, a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado [...] <sup>109</sup>

A presunção de inocência é um princípio implícito no texto Constitucional, tendo em vista que não afirma a inocência de quem está sendo acusado, no entanto, só permite a declaração de culpa após o transito em julgado da sentença penal condenatória.

Devido à importância desse princípio, bem como a interligação com a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental estabelecido na Carta Magna, a presunção de inocência é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, cujo objetivo é tutelar a liberdade do indivíduo, permitindo que todos os seus direitos sejam preservados e que possa se defender com todos os instrumentos legalmente previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

De forma sucinta, podemos entender a presunção de inocência da seguinte forma:

Trata-se de um princípio penal o de que ninguém poderá ser tido por culpado pela prática de qualquer ilícito senão após ter

---

<sup>109</sup> FERREIRA, Michelle Kalil. **O Princípio da Presunção de Inocência e a exploração Midiática.** Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 9, p. 150 -181, jul./dez. 2007. p. 165. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/27368>. Acesso em 14 maio 2020





sido como tal julgado pelo juiz natural, com ampla oportunidade de defesa. O Estado, em relação aos suspeitos da prática de crimes ou contravenções, deverá proceder a sua acusação formal e, no curso do devido processo, provar a autoria do crime pelo agente. É por isso que se diz que o princípio está intimamente ligado com o Estado Democrático de Direito, já que, se assim não fosse, estar-se-ia regredindo ao mais puro e total arbítrio estatal. Portanto, essa dimensão do princípio da presunção de inocência não se circunscreve ao âmbito do processo penal, mas alcança também, no foro criminal, o âmbito extraprocessual. Ao indivíduo é garantido o não tratamento como criminoso, salvo quando reconhecido pelo sistema jurídico como tal. Portanto, a autoridade policial, carcerária, administrativa e outras não podem considerar culpado aquele que ainda não foi submetido à definitividade da atuação jurisdicional.<sup>110</sup>

Nota-se que o referido princípio é a maior garantia constitucional no que tange à força de punição do Estado em desfavor do acusado, e uma vez que o Estado não demonstre a veracidade da acusação, nenhuma punição poderá ser aplicada ao indivíduo pois sua inocência é presumida.

Portanto, ainda que o devido processo legal seja respeitado, e todas as fases do processo sejam concluídas, se houver quaisquer dúvidas no que tange ao envolvimento do acusado no fato típico, momento posterior à avaliação de todos os meios de prova, não poderá ser aplicada nenhuma sanção ao acusado.

Assim, intrínseco ao regime político adotado no Brasil, a presunção de inocência garante ao indivíduo que direitos fundamentais como a liberdade, não sejam violados e a Constituição seja devidamente respeitada.

Ocorre que, em determinados momentos, princípios constitucionais que possuem vertentes distintas acabam colidindo, é o que ocorre com a liberdade de imprensa, tendo em vista que quando ultrapassa os limites constitucionais de outros

---

<sup>110</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 630



direitos, como a presunção de inocência, retira a garantia constitucional, ferindo o ordenamento jurídico<sup>111</sup>.

É indiscutível que os meios de comunicação se tornam instrumentos que auxiliam de forma positiva o processo penal<sup>112</sup>. Todavia, uma vez que os meios de comunicação, antes mesmo de iniciado o processo, escolhem um caso policial emblemático e relatam tudo o que se tem de conhecimento sobre eles, como nome de suspeito, imagens e vida privada, ele retira o direito de defesa do acusado julgando antecipadamente o fato, expondo publicamente a vida do indivíduo de forma que a sentença vem antes do devido processo legal.

Não é possível mensurar as consequências dessas divulgações excessivas, tendo em vista que a perda do direito de defesa não se coloca em números, ainda que o devido processo legal venha a ser respeitado, um julgamento extrajudicial foi feito, e a imagem do indivíduo sempre estará vinculada ao “suposto” fato criminoso.

A mídia inicia o seu trabalho de divulgação no momento que o fato acontece, portanto no momento em que a incerteza prevalece sobre tudo, pois não houve investigação, as provas ainda não foram avaliadas e de acordo com que o tempo vai passando outros fatos vão acontecendo e os casos anteriores vão sendo esquecidos. Mesmo que o resultado do processo seja a absolvição, a imagem do inocente sempre ficará manchada, uma vez que o momento do resultado não é tão aclamado como o momento da divulgação. A imprensa, visa lucro.

---

<sup>111</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. 2 edição reescrita e acrescida de temas. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Renovar, 2003

<sup>112</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia E Poder Judiciário**: A influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007



Dessa forma, a liberdade de imprensa deve ser exercida em harmonia com a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que não há no ordenamento jurídico brasileiro a antecipação de julgamento<sup>113</sup>.

Nota-se, portanto, uma relação conflituosa entre dois direitos constitucionais, ao tempo que um princípio veda algo, o outro permite o que fora vedado anteriormente. Cumpre ressaltar que não há hierarquização de princípios constitucionais, portanto, caberá a análise do caso para saber qual princípio deverá ser preservado.

Sobre o tema Sergio Ricardo de Souza demonstra que:

Essa é uma situação típica onde a melhor solução se encontra na aplicação da ponderação de valores, através do critério exalado do princípio da proporcionalidade, como forma de definição do bem jurídico que deve preponderar, se a proteção da honra, refletida através do nome ou da imagem vinculados a um fato caracterizar infração de natureza penal e, por via de consequência, a própria garantia da personalidade como um reflexo da dignidade da pessoa humana daquele investigado, ou, a liberdade de informação jornalística, exercida neste caso com o objetivo precípua de bem informar à sociedade sobre os riscos que cada um de seus membros estaria correndo em face de o investigado encontrar-se solto; ou mesmo da desmoralização do sistema judiciário estatal em face de um remisso em cumprir as normas sociais se esquivar de submeter-se ao procedimento estatal legalmente criado para investigar a sua conduta.<sup>114</sup>

Conforme o entendimento, conflitos como estes, entre princípios com mesma relevância hierárquica, somente o caso concreto permitirá dizer qual prevalecerá, sempre havendo harmonia entre eles.

Sendo assim, uma vez que o texto constitucional aborda dois princípios antagônicos, protegendo dois direitos extremamente importantes no que tange ao Estado Democrático de Direito, caberá a Carta Magna resguardar o direito de um

---

<sup>113</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. 2 ed. reescrita e acrescida de temas. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Renovar, 2003

<sup>114</sup> SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Controle Judicial dos Limites Constitucionais à Liberdade de Imprensa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 143-144



indivíduo no que se refere à sua inocência, até que haja uma sentença transitada em julgado<sup>115</sup>.

É de suma importância avaliar a aplicação do princípio da liberdade de imprensa e o princípio da presunção de inocência por meio da lei da ponderação, no qual Robert Alexy explicita:

A lei da ponderação mostra que a ponderação deixa decompor-se em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro<sup>116</sup>

Nesse sentido, entende-se que a ponderação é a aplicação de um princípio prevalecendo sobre o outro, e quando mais se suprime um princípio, maior deve ser o cumprimento do prevalecente.

No ordenamento jurídico brasileiro não existe aplicação de princípios de forma absoluta, assim como não há uma regra estabelecida no que tange aos conflitos entre princípios constitucionais e, portanto, deverá ser analisado o caso concreto<sup>117</sup>.

O art. 220 §1º da Constituição Federal prevê que “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”, esclarecendo que os limites de liberdade de imprensa dar-se-á pelos próprios termos da Constituição<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013

<sup>116</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/Organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 111

<sup>117</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. 2 ed. reescrita e acrescida de temas. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Renovar, 2003

<sup>118</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e Mídia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2003. p. 174



A presunção de inocência, é um princípio implícito decorrente da interpretação do art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, no qual esclarece que o acusado é inocente até a sentença penal condenatória não passível de recurso.

Desse modo, nota-se que a presunção de inocência, presente no texto Constitucional, deverá ser exercida como um limite à liberdade de imprensa, haja vista que a interpretação da norma tem como objetivo dirimir o pré - julgamento e por conseguinte evitar denegrir a imagem do acusado que, conforme a Carta Magna, até o final do devido processo legal é considerado inocente<sup>119</sup>.

Essa proteção à imagem e à vida do acusado é proveniente do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista tratar do resguardo aos direitos básicos dos seres humanos, dentre eles os direitos individuais o réu<sup>120</sup>. O princípio da dignidade da pessoa humana, neste caso, estará atrelado ao princípio da ponderação atuando como composição de conflitos entre direitos constitucionais, haja vista ser um valor supremo, bem como a base do texto constitucional.

O Doutrinador Daniel Sarmiento afirma que “nenhuma ponderação poderá importar em desprestígio à dignidade do homem”<sup>121</sup>.

Nesse sentido, entende-se que os instrumentos utilizados para solucionar conflitos entre direitos e garantias constitucionais, como princípio da ponderação e da proporcionalidade, têm por escopo resguardar valores preponderantes como a presunção de inocência, sem que haja supressão de ao direito à liberdade de imprensa.

---

<sup>119</sup> Idem. p. 168 -169

<sup>120</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013

<sup>121</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Segunda tiragem. 1 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002. p. 75



## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, objetivou-se oferecer informações técnicas e conhecimento obtido por meio de pesquisas acadêmicas, referente à influência midiática negativa nas decisões proferidas pelo Tribunal do Júri. Verificou-se ainda, a importância de maior rigor no que tange ao procedimento do júri bem como a responsabilização dos meios de comunicação, para resguardar direitos e garantias constitucionais.

É incontestável que a liberdade de imprensa ultrapassa os limites legais impostos, afetando os julgamentos e manipulando as decisões, mesmo que indiretamente, uma vez que é impossível ater-se somente as informações contidas nos autos, haja vista a quantidade de informações transmitidas pelos veículos de comunicação.

Desse modo, não há qualquer garantia do devido processo legal previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, visto que o cidadão, desprovido de conhecimento técnico, que vai ao tribunal com a competência de julgar seu ímpar já foi devidamente instruído e dificilmente posicionar-se-á de modo contrário ao que já fora convencido anteriormente, por meio de notícias veiculadas.

A liberdade de imprensa deixa de exercer um papel fundamental na sociedade fazendo mau uso do seu direito constitucional, no momento em que não observa as limitações impostas, objetivando apenas o fim lucrativo.

É necessário observar a importância da imparcialidade das decisões proferidas, respeitando a presunção da inocência, disponibilizando ao acusado um julgamento justo independentemente do resultado final, ou da opinião pública.

O instituto do Tribunal do Júri, também previsto na Constituição Federal, é consagrado como cláusula pétreia, portanto não pode ser alterada ou modificada sem um rigoroso procedimento, o que nos permite reafirmar que a postura da mídia brasileira necessita de modificações para se adequar e respeitar a Constituição Federal.



Por fim, conclui-se que algumas medidas precisam ser verificadas para que haja a harmonização entre o princípio constitucionais: liberdade de imprensa, princípio da presunção de inocência, assim como o direito à intimidade, para que todos os direitos e garantias sejam resguardados e pacifique-se o ordenamento jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/Organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALMEIDA, Judson Pereira de. **Os meios de comunicação de massa e o Direito Penal**: a influência da divulgação de notícias no ordenamento jurídico penal e no devido processo legal. Vitória da Conquista – BA. 2007. Monografia Científica em Direito na FAINOR - Faculdade Independente do Nordeste, 2007.

Âmbito jurídico. 01 out 2014. Disponível em:  
<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-129/principios-constitucionais-do-tribunal-do-juri/> acesso em 20 abr 2020.

AMORIM, Felipe. **Adriana Villela é condenada a 67 anos por morte dos pais e da empregada**. Uol Brasília. Cotidiano. 03 mar 2019. Disponível em:  
<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/10/03/tribunal-do-juri-condena-re-do-crime-da-113-sul-a-67-anos-de-prisao.htm> acesso em 27 abr 2020.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e poder judiciário**: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

ARAÚJO, Daniela Galvão de. Revista de Ciências Jurídica / Pensar o Direito. 3. ed. São José do Rio Preto, 2008.

ARAÚJO, Daniela Galvão. **Tribunal do júri**: organização. Jus.com.br. artigos. Ago 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59672/tribunal-do-juri-organizacao>. Acesso em 13 ou 2019.

Associação do Ministério Público de Minas Gerais. **Caso Eliza Samúdio**: Bruno Fernandes condenado a 22 anos e 3 meses. JusBrasil. 2012. Disponível em:  
<https://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100383586/caso-eliza-samudio-bruno-fernandes-condenado-a-22-anos-e-3-meses?ref=feed> acesso em 25 abr 2020



AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo; método, 2017.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito penal brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm) acesso em 03 mar 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de outubro de 1941** disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). acesso em 19 nov 2020.

BRASIL. Primeiro **Código de processo criminal** disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm). Acesso em 12 mar 2020.

BRITO, Alexis Couto. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. Editora atlas. 4 ed. 2018.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CANTALICE, Arthur da Silva Fernandes. **Entenda o procedimento da primeira fase do júri**. Canal ciências criminais. 18 maio 2019. Disponível em:

<https://canalcienciascriminais.com.br/o-procedimento-da-primeira-fase-do-juri/> acesso em 27 jan 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo penal**. 25. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação. 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 26. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARTAXO, Beatriz Rolim. **Princípios constitucionais o tribunal do júri**.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. 2 edição. reescrita e acrescida de temas. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Renovar, 2003.





CONCEIÇÃO, Marcela dos Santos. **A influência da mídia no julgamento do casal Nardoni**. Conteúdo jurídico. Direito processual penal. 01 out 2012. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/31699/a-influencia-da-midia-no-julgamento-do-casal-nardoni>. acessado em 08 mar 2020.

DA REDAÇÃO. **Isabella Nardoni: 10 anos do pior dos crimes**. VEJA. São Paulo. 29 mar 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/videos/estudio-veja/isabella-nardoni-10-anos-do-pior-dos-crimes/> acesso em 27 fev 2020.

DIAS, Monia Peripolli. **Colisão de Direitos: Liberdade de imprensa e a Presunção de Inocência**. 3 congresso internacional de direito e contemporaneidade. Edição 2015. V congresso iberoamericano de investigadores e docentes de direito e informática- REDE ciiddi. UFSM. Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria, RS. 29 maio 2015. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/2-9.pdf>. acesso em 11 jan 2020.

DILLMANN, André Luis. **Tribunal do Júri: A influência da mídia nas decisões do conselho de sentença**. 2012. p 44. Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em: <http://www.escavador.com/sobre/8496488/andre-luis-dillmann> acessado em 03 mar 2020.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação**. rádio, televisão e internet. Tese de livre docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 6. ed. São Paulo: EDUSP, 1999. FERREIRA, Afonso. **Crime da 113 sul: após 10 anos, Adriana Villela vai a julgamento**. G1, 23 set 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/09/23/crime-da-113-sul-apos-10-anos-adriana-villela-vai-a-julgamento-saiba-como-funciona-o-juri-popular.ghtml> acesso em 27 abr 2020.

FERREIRA, Kadeh. **Caso Isabella: a sentença de cada um**. Um texto por semana. 14 abr 2010. Disponível em: [http://umtextoporsemana.blogspot.com.br/2010\\_04\\_11\\_archive.html](http://umtextoporsemana.blogspot.com.br/2010_04_11_archive.html) Acesso em: 06 set 2019.

FERREIRA, Michelle Kalil. **O Princípio da Presunção de Inocência e a exploração Midiática**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 9, p. 150 -181, jul./dez. 2007. p. 165. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/27368>. Acesso em 14 maio 2020.

FLORILO, Bruno Viudes. **Os limites da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito**. Jusbrasil. Artigos. 2015. Disponível em: <https://brunovfadv.jusbrasil.com.br/artigos/185532154/os-limites-da-liberdade-de-imprensa-no-estado-democratico-de-direito> acesso em 22 fev 2020



FREITAS, Paulo. **Criminologia midiática e Tribunal do Júri**. A influência da mídia e da opinião pública na decisão dos jurados. 2 ed. São Paulo. Impetus. 2018

G1, São Paulo. **Caso Mercia Nakashima**: Mizael, condenado no caso Mércia, é transferido ao presídio de Tremembé. G1. 04 ago 2015. São Paulo. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/08/mizael-condenado-no-caso-mercia-e-transferido-ao-presidio-de-tremembe.html>. Acesso em 01 mar 2020.

GONÇALCES, Carlos Eduardo Pires. Mignoli Jéssica Dal Col. **A influência da mídia nos Julgamentos pelo Tribunal do Júri**. Jus.com.br. artigos. out 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70007/a-influencia-da-midia-nos-julgamentos-pelo-tribunal-do-juri#sdfootnote32sym>. acesso em 02 out 2019.

GOULART, Fábio Rodrigues. **Tribunal do júri**: aspectos críticos relacionados à prova. São Paulo: Atlas, 2008.

Jus.com.br. **Limites constitucionais ao exercício da liberdade de imprensa**. Jus.com.br. artigos. Dez 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23177/limites-constitucionais-ao-exercicio-da-liberdade-de-imprensa/3> acessado em 12 out 2019.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Audiências e julgamentos televisionados**: controvérsias acerca da relação entre processo penal e liberdade de imprensa. Associação dos magistrados da Paraíba. AMPB. 14 nov 2008. Disponível em: <http://www.ampb.org.br/artigos/Audi%C3%Aancias+e+julgamentos+televisionados+%C2%96+controv%C3%A9rsias+acerca+da+rela%C3%A7%C3%A3o+entre+processo+penal+e+liberdade+de+imprensa/27>. Acesso em: 25 nov 2019.

LIMA, Cezar de. BERTONI, Felipe Faoro. **Caso Nardoni**. Canal ciência criminal. Jus Brasil. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/328093525/caso-nardoni> acesso em 27 fev 2020.

MENESES, Erigutemberg. **O julgamento da imprensa por antecipação ao julgamento pelo tribunal do júri sob a perspectiva do agenda-setting**. Jusbrasil. Artigos. Set. 2019. Disponível em: <https://erigutemberg.jusbrasil.com.br/artigos/744424593/o-julgamento-da-imprensa-por-antecipacao-ao-julgamento-pelo-tribunal-do-juri-sob-a-perspectiva-do-agenda-setting?ref=feed> acessado em 14 mar 2020.

MILÍCIO, Gláucia. **Advogados criticam espetacularização do júri**. Consultor jurídico. 24 mar 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-mar->



24/espetaculo-midia-prejudicar-casal-nardoni-dizem-advogados acesso em 28 fev 2020.

NERY, Arianne Câmara. **Considerações sobre o papel da mídia no processo penal**. 2010. Monografia de Graduação. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. PUC, Rio de Janeiro/RJ 2010.

NEVES, Francisco de Assis Serrano. **Direito de imprensa**. São Paulo: Bushatsky, 1977.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri: princípios constitucionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo. Revista dos Tribunais 2008.

O GLOBO RIO. **Entenda o caso do goleiro Bruno**. o globo notícias. 24 fev 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/entenda-caso-do-goleiro-bruno-20975301> acesso em 25 abr 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

PAIVA, Clarice Amaral. **Um mundo e poucas vozes**. XXV Congresso Anual em Ciência da Comunicação. Salvador, Intercom. Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2002.

PASSOS, Kênya Roberta Pereira. **O sensacionalismo midiático e seus reflexos no Tribunal do Júri**. Jus.com.br. artigos. Ago 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60027/o-sensacionalismo-midiatico-e-seus-reflexos-no-tribunal-do-juri/4> Acesso em 01 mar 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas *apud* ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e Poder Judiciário**: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro. P 65. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.



QUEIROZ, Gabriel de Freitas. SILVEIRA, Matheus. **Tribunal do júri**. Artigo quinto. 21 fev 2020. Disponível em: [https://www.politize.com.br/artigo-5/tribunal-do-juri/?gclid=Cj0KCQjwy6T1BRDXARIsAIqCTXonucY\\_Ko8EbQNY2VvvgkVfNTEtEes1 QTIX9ADHtVGvh4QApafBQGwaAlUKEALw\\_wcB](https://www.politize.com.br/artigo-5/tribunal-do-juri/?gclid=Cj0KCQjwy6T1BRDXARIsAIqCTXonucY_Ko8EbQNY2VvvgkVfNTEtEes1 QTIX9ADHtVGvh4QApafBQGwaAlUKEALw_wcB). acesso em 22 abr 2020.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri**: visão linguística, histórica, social e jurídica. – 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. **Relembrando os acontecimentos do caso Eliza Samudio**. uol notícia. Cotidiano. 01 mar 2013. disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/03/01/relembre-os-acontecimentos-do-caso-eliza-samudio.htm> acesso em 25 abr 2020.

Revista de Direito do consumidor. **A INFORMAÇÃO COMO BEM DE CONSUMO**. RDC 41/253. Jan. mar/2002

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Mídia, processo penal e dignidade humana**. São Paulo, v.11. 2003.

ROZIEIRA, Matheus. **2ª fase do tribunal do júri**. Jus.com.br. Mar 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64990/2-fase-do-tribunal-do-juri>. acesso em 19 de nov de 2019.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Segunda tiragem. 1 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002.

Secretaria de segurança pública do Estado de São Paulo. **Caso Mércia Nakashima**. Polícia Civil. 16 set 2019. São Paulo. Disponível em: [http://www.policiacivil.sp.gov.br/portal/faces/pages\\_home/noticias/noticiasDetalhes?contentId=UCM\\_047604&collectionId=358412565221037014&rascunhoNoticia=0&\\_afzLoop=1701694494490172&\\_afzWindowMode=0&\\_afzWindowId=centralEditorial#!%40%40%3F\\_afzWindowId%3DcentralEditorial%26collectionId%3D358412565221037014%26\\_afzLoop%3D1701694494490172%26contentId%3DUCM\\_047604%26rascunhoNoticia%3D0%26\\_afzWindowMode%3D0%26\\_adf.ctrl-state%3D2plegb0in\\_4](http://www.policiacivil.sp.gov.br/portal/faces/pages_home/noticias/noticiasDetalhes?contentId=UCM_047604&collectionId=358412565221037014&rascunhoNoticia=0&_afzLoop=1701694494490172&_afzWindowMode=0&_afzWindowId=centralEditorial#!%40%40%3F_afzWindowId%3DcentralEditorial%26collectionId%3D358412565221037014%26_afzLoop%3D1701694494490172%26contentId%3DUCM_047604%26rascunhoNoticia%3D0%26_afzWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D2plegb0in_4) acesso em 01 mar2020

SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia. Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.



SOUZA, Percival de. **Segredos do caso Eliza Samúdio assassinada pelo goleiro Bruno**. R7. Notícias. Arquivo vivo. Histórias de dois repórteres Percival Souza e Renato Lombardi. 26 mar 2020. Disponível em: <https://noticias.r7.com/prisma/arquivo-vivo/segredos-do-caso-eliza-samudio-assassinada-pelo-goleiro-bruno-26032020>. Acesso em 25 abr 2020

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Controle Judicial dos Limites Constitucionais à Liberdade de Imprensa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos e rituais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TALON, Evanis. **As diferenças entre impronúncia e absolvição sumária**. 22 de mar de 2018. Disponível em: <https://evinistalon.com/as-diferencas-entre-impronuncia-e-absolvicao-sumaria/> acesso em 22 de nov de 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Tribunal do júri: aspectos críticos relacionados à prova / Fábio Rodrigues Goulart. – São Paulo: Atlas, 2008.

TRINDADE, Eliane. **Filha de ex ministro diz não ser a Richthofen do cerrado**. Folha de São Paulo. Cotidiano. São Paulo. 12 dez 2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1212201020.htm> acesso em 27 abr 2020.

TUCCI, Rogério Lauria. **Tribunal do júri**. Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

UM TEXTO POR SEMANA. **Caso Isabella: a sentença de cada um**. Um texto por semana. 14 abr 2010. Disponível em: [http://umtextoporsemana.blogspot.com.br/2010\\_04\\_11\\_archive.html](http://umtextoporsemana.blogspot.com.br/2010_04_11_archive.html) Acesso em 06 mar 2020.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.



# A NECROPOLÍTICA ASSOCIADA AO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Laura Crystina Santana Lopes<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo científico visa a abordar o tema referente à constatação da necropolítica ao sistema carcerário brasileiro. O conceito da necropolítica é abordado pelo filósofo camaronês Achille Mbembe, podendo ser resumida como a adoção pelo Estado, estrategicamente, de “políticas da morte”, isto é, de políticas veladas ou declaradas de extermínio da população ou de grupo de indivíduos, vistos como inimigos dentro da sociedade civil. A proposta deste artigo é o de fazer uma associação desta política com a gestão do sistema carcerário brasileiro, que se encontra falido, ao menos nos termos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, que reconheceu o estado de coisas inconstitucional na execução penal, devido à negligência estatal. A metodologia adotada para a pesquisa é a bibliográfica qualitativa.

**Palavras-chave:** necropolítica, Achille Mbembe, sistema carcerário brasileiro.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a analisar os impactos da necropolítica associada ao sistema carcerário brasileiro. A necropolítica é um conceito do filósofo camaronês Achille Mbembe e é abordada em seu livro homônimo, *Necropolítica*. Mencionada, atualmente, com maior frequência no Brasil, como “a política da morte”, em razão da expansão de casos de violência institucional cometida por agentes públicos, a necropolítica vem, também, sendo abordada como conceito fundante de estudos de perspectiva racial, dado o aumento da violência contra a população negra e afrodescendente.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. [laura.lobes@sempreceub.com](mailto:laura.lobes@sempreceub.com).



Atrélada ao racismo e à violência contra a população mais pobre e periférica, a necropolítica tem ganhado relevância na atual gestão governamental da União, ante os discursos de incentivo à violência do Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, que frequentemente coopta a população ao armamento e ao enfrentamento de supostos inimigos nacionais<sup>2</sup>. Por inúmeras ocasiões, o Chefe de Estado tem demonstrado sua vinculação ideológica à prática da tortura<sup>3</sup> <sup>4</sup>, considerada como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal), dado afetar a dignidade da pessoa humana e, assim, caracterizar-se como um crime contra a humanidade.

Por esta e outras razões, é que podemos afirmar, como veremos, a incidência no Brasil atual de uma necropolítica, nos termos conceituais defendidos por Achille Mbembe, quando examinadas as políticas de extermínio pós-modernas de Estados e sociedades de viés autoritário. Este artigo, em especial, debruça-se sobre a crise que marca a execução penal brasileira.

Para tanto, este artigo está dividido em cinco tópicos, excetuadas esta introdução e as considerações finais.

Inicialmente, aborda-se, de modo sucinto, o conceito de necropolítica e como esse conceito condiz tanto com a realidade em que estamos vivendo. Depois, aborda-se a realidade das instituições penais brasileiras para fins de ressaltar a enorme violência cometida pelo Estado brasileiro com a desproteção a todos os direitos e garantias individuais diversos da limitação à liberdade de ir e vir que são atingidos pelo cumprimento da pena.

---

<sup>2</sup> BEHNKE, Emily. Bolsonaro publica vídeo e reforça defesa de armar população. *Terra*. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/bolsonaro-publica-video-e-reforca-defesa-de-armar-populacao,0e446db0438786dd5933fa7ed9f6afb48fsnv7yr.html>. Acesso 23.mai.2020

<sup>3</sup> MÁIA, Gustavo. Bolsonaro diz que Ustra, militar condenado por tortura na ditadura, é 'herói nacional'. *O Globo*. Data de publicação: 8.ago.2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/bolsonaro-diz-que-ustra-militar-condenado-por-tortura-na-ditadura-heroi-nacional-23862950>. Acesso 23.mai.2020

<sup>4</sup> CASTRO, Fabrício de. Bolsonaro diz que denúncias de tortura na ditadura são 'tudo cascata para ganhar indenização'. *O Estado de S. Paulo*. Data de publicação: 29.fev.2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-diz-que-denuncias-de-tortura-sao-tudo-cascata-para-ganhar-indenizacao,70003215183>. Acesso 23.mai.2020



Em terceiro lugar, aborda-se a falência das políticas atuais de combate à tortura dentro das unidades penitenciárias, bem como a não eficácia das medidas preventivas de violência em sociedade, demonstrando-se como inexistente uma política de segurança pública realmente efetiva e, portanto, capaz de reduzir os índices de criminalidade, punidos de modo seletivo na segunda fase de criminalização, realizada pelas instâncias judiciais, em especial.

Para a realização deste artigo, utilizou-se do método bibliográfico quali-quantitativo, com levantamento de dados acerca do sistema prisional e das políticas de combate à tortura no Brasil.

## 1 O CONCEITO DA NECROPOLÍTICA

Como fundamento teórico deste artigo, valemo-nos do conceito de necropolítica para explicar o quadro de exclusão e de violência institucionais ocasionadas por uma postura estatal predeterminada. Inicialmente, assim, apresenta-se neste tópico a essência da necropolítica para, então, a delimitarmos no universo correspondente à execução penal no Brasil.

É do filósofo camaronês Joseph-Achille Mbembe o conceito de necropolítica. Desenvolvendo pesquisas na área de teoria política aliada à história, Achille Mbembe é o autor do ensaio *Necropolítica*<sup>5</sup>, que visa a tratar da questão da soberania dos Estados, normalmente utilizada como amparo para expressar seu poder e capacidade de decisão sobre quais vidas merecem ser vividas e quais corpos são matáveis.

O ensaio insere-se no conjunto de estudos de biopolítica, segundo as lições do filósofo Michel Foucault, e que, para Mbembe, pode ser resumida como “(...) aquele

---

<sup>5</sup> MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. *Revista Arte & Ensaios*. Programa de Pós-Graduação em Artes Visuais da Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Rio de Janeiro, n. 32. dez.2016. pp. 123-151





domínio da vida sobre o qual o poder tomou o controle”<sup>6</sup>. Entretanto, Mbembe busca a superação do paradigma foucaultiano para analisar o contemporâneo e, logo de início, questiona o modo de exercício desse poder quando se trata de definir o direito à vida ou a relegação à morte:

Mas sob quais condições práticas se exerce o direito de matar, deixar viver ou expor à morte? Quem é o sujeito dessa lei? O que a implementação de tal direito nos diz sobre a pessoa que é, portanto, condenada à morte e sobre a relação antagônica que coloca essa pessoa contra seu ou sua assassino/a? Essa noção de biopoder é suficiente para contabilizar as formas contemporâneas em que o político, por meio da guerra, da resistência ou da luta contra o terror, faz do assassinato do inimigo seu objetivo primeiro e absoluto? A guerra, afinal, é tanto um meio de alcançar a soberania como uma forma de exercer o direito de matar. Se consideramos a política uma forma de guerra, devemos perguntar: que lugar é dado à vida, à morte e ao corpo humano (em especial o corpo ferido ou morto)? Como eles estão inscritos na ordem de poder?<sup>7</sup>

Para responder tais questões, o filósofo alude à relação entre o *imperium* do Estado (sua soberania) e o flerte constante com regimes de exceção, marcadamente de extrema-direita (como o nazismo, fascismo e totalitarismo). O auge da violência da Segunda Guerra, como de notório conhecimento, deu-se nos campos de concentração da Alemanha nazista, que definiam o direito à vida de uns, em detrimento da morte de outros.

Nesse movimento há duas vertentes, portanto: uma que foca na estrutura estatal que se autointitula o poder de atribuir a uns e outros o status de sujeitos de direitos e outra que enfoca as pessoas vítimas das por essa escolha política genocida.

De um lado (o da soberania), expressam-se as normas estatais produzidas por pessoas livres que escolhem os parâmetros de convivência mútua e, logo, as pessoas a quem se destinam tais normas na forma de direitos e as pessoas a quem cumpre a

---

<sup>6</sup> MBEMBE, Achille. Necropolítica. *Revista Arte & Ensaios*. Programa de Pós-Graduação em Artes Visuais da Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Rio de Janeiro, n 32. dez.2016. p. 123

<sup>7</sup> MBEMBE, Achille. Necropolítica. *Revista Arte & Ensaios*. Programa de Pós-Graduação em Artes Visuais da Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Rio de Janeiro, n 32. dez.2016. p. 123-124



realização de uma série de deveres. De outro (o dos corpos matáveis), ressalta-se o racismo institucional adotado pelo Estado como via que permite a definição de vida e morte dos indivíduos.

A soberania pode ser compreendida como aquilo que ampara as escolhas políticas de uma sociedade pela violência e pela exclusão de uma parcela – a parcela indesejável, já que, na sua construção há a interferência de desejos reais ou imaginários que marcam cada sociedade.

Como herança da violência da estrutura colonial, o racismo é o que define, na necropolítica, a escolha pela vida de uns e pela morte de outros. O racismo é a base da necropolítica, pois, como dito, influencia a sociedade a pensar os corpos negros não como sujeitos, mas objetos – o que gera quadros de desigualdade socioeconômico até hoje sentidos pela sociedade.

A noção de raça, segundo Aníbal Quijano, é constituída a partir da exploração colonial europeia do início da Idade Moderna (entre séculos XV e XVII), fazendo com que negros e indígenas fossem vistos como menos que humanos, num estado selvático que justificaria toda a violência genocida e etnocida em seu nome realizada.

Para Anibal Quijano:

A idéia de raça, em seu sentido moderno, não tem história conhecida antes da América. Talvez se tenha originado como referência às diferenças fenotípicas entre conquistadores e conquistados, mas o que importa é que desde muito cedo foi construída como referência a supostas estruturas biológicas diferenciais entre esses grupos. A formação de relações sociais fundadas nessa idéia, produziu na América identidades sociais historicamente novas: índios, negros e mestiços, e redefiniu outras. Assim, termos com espanhol e português, e mais tarde europeu, que até então indicavam apenas procedência geográfica ou país de origem, desde então adquiriram também, em relação às novas identidades, uma conotação racial. E na medida em que as relações sociais que se estavam configurando eram relações de dominação, tais identidades foram associadas às hierarquias, lugares e papéis sociais correspondentes, com constitutivas delas, e,



conseqüentemente, ao padrão de dominação que se impunha. Em outras palavras, raça e identidade racial foram estabelecidas como instrumentos de classificação social básica da população. Com o tempo, os colonizadores codificaram como cor os traços fenotípicos dos colonizados e a assumiram como a característica emblemática da categoria racial. Essa codificação foi inicialmente estabelecida, provavelmente, na área britânico-americana. Os negros eram ali não apenas os explorados mais importantes, já que a parte principal da economia dependia de seu trabalho. Eram, sobretudo, a raça colonizada mais importante, já que os índios não formavam parte dessa sociedade colonial. Em conseqüência, os dominantes chamaram a si mesmos de brancos<sup>8</sup>.

De acordo com Achille Mbembe, de fato, a necropolítica dos dias atuais repisa e revivência os efeitos do colonialismo, estrutura secular que explora os corpos e vidas de parcela da humanidade em prol do enriquecimento de outra, sob paradigmas pseudocientíficos que visam a justificar tal violência.

Sistema político e econômico típico dos séculos XV a XVIII, com reminiscências nos séculos XIX e XX, o colonialismo, mesmo velado, mantém padrões de exclusão que se atualizam no racismo estrutural e na desigual distribuição de direitos na contemporaneidade.

O colonialismo articula, assim, modos de ser e agir na pós-colônia e o conceito de necropolítica é seu explícito exemplo. Como antes (nas colônias), a raça continua a ser um dos elementos que definem o caráter de sujeito de direitos de uns e outros. Na própria dimensão da Segunda Guerra Mundial, o racismo apresentava-se como tecnologia de poder que instrumentalizava o poder do Estado totalitário nos campos de concentração, que foram espaços de exercício da tortura e também de experimentos científicos que objetificavam o corpo aprisionado e sempre identificado por uma identidade racial diversa da do opressor, conforme ensinamento de Hannah Arendt:

---

<sup>8</sup> QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 117-118



Dois novos mecanismos de organização política e de domínio dos povos estrangeiros foram descobertos durante as primeiras décadas do imperialismo. Um foi a raça como princípio da estrutura política; o outro, a burocracia como princípio do domínio no exterior. Sem a raça para substituir a nação, a corrida para a África e a febre dos investimentos poderiam ter-se reduzido – para usar a expressão de Joseph Conrad – à desnorteada “dança da morte e do comércio” das corridas do ouro. Sem a burocracia para substituir o governo, a possessão britânica da Índia poderia ter sido abandonada à temeridade dos “infratores da lei na Índia” (Burke), sem que isso alterasse o clima político de toda uma época<sup>9</sup>.

O negro, visto como coisa (objeto, e não sujeito de direitos), tem sua existência marcada pelo jogo externo de atribuição ou negação de sua subjetividade e dignidade e, na atualidade, repete a visão de coisa que lhe era atribuída nos tempos da escravidão legalizada. Nas palavras de Mbembe,

Como instrumento de trabalho, o escravo tem um preço. Como propriedade, tem um valor. Seu trabalho é necessário e usado. O escravo, por conseguinte, é mantido vivo, mas em “estado de injúria”, em um mundo espectral de horrores, crueldade e profanidade intensos. O sentido violento da vida de um escravo se manifesta pela disposição de seu supervisor em se comportar de forma cruel e descontrolada, e no espetáculo de dor imposto ao corpo do escravo. Violência, aqui, torna-se um elemento inserido na etiqueta, como chicotadas ou tirar a própria vida do escravo: um ato de capricho e pura destruição visando incutir o terror. A vida de um escravo, em muitos aspectos, é uma forma de morte em vida. Como sugere Susan Buck-Morss, a condição de escravo produz uma contradição entre a liberdade de propriedade e a liberdade da pessoa. Uma relação desigual é estabelecida junto com a desigualdade do poder sobre a vida. Esse poder sobre a vida do outro assume a forma de comércio: a humanidade de uma pessoa é dissolvida até o ponto em que se torna possível dizer que a vida do escravo é propriedade de seu dominador. Dado que a vida do escravo é como uma “coisa” possuída por outra pessoa, sua existência é a figura perfeita de uma sombra personificada<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 267

<sup>10</sup> MBEMBE, Achille. Necropolítica. *Revista Arte & Ensaios*. Programa de Pós-Graduação em Artes Visuais da Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Rio de Janeiro, n 32. dez.2016. p. 131-132



Esse poder que definia o escravo como um ser quase animalesco encontra ainda amparo nas políticas de caráter segregacionista – sendo a pessoa negra ainda alvo dessas escolhas de exclusão.

No ensaio “*Sobre o óbvio*”, o antropólogo Darcy Ribeiro visa a desconstruir todos os argumentos racistas tidos como óbvios pelo senso comum – sendo estes o olhar de que a educação é prejudicial ao corpo social, que negros são inferiores aos brancos e que somos um povo fadado ao insucesso.

Em uma passagem de contestação, Darcy Ribeiro afirma que:

A quarta obviedade, mais difícil de admitir (...) é a obviedade doída de que nós, brasileiros, somos um povo de segunda classe, um povo inferior, chinfrim, vagabundo. Mas tá na cara! Basta olhar! Somos 100 anos mais velhos que os estadunidenses, e estamos com meio século de atraso com relação a eles. A verdade, todos sabemos, é que a colonização da América no Norte começou 100 anos depois da nossa, mas eles hoje estão muito adiante. Nós, atrás, trotando na história, trotando na vida. Um negócio horrível, não é? Durante anos, essa obviedade que foi e continua sendo óbvia para muita gente nos amargurou. Mas não conseguíamos fugir dela, ainda não.

A própria ciência, por longo tempo, parecia existir somente para sustentar essa obviedade. A antropologia, minha ciência, por exemplo, por demasiado tempo não foi mais do que uma doutrina racista, sobre a superioridade do homem branco, europeu e cristão, a destinação civilizatória que pesava sobre seus ombros como um encargo histórico e sagrado. Nem foi menos do que um continuado esforço de erudição para comprovar e demonstrar que a mistura racial, a mestiçagem, conduzida a um produto híbrido inferior, produzindo uma espécie de gente-mula, atrasada e incapaz de promover o progresso. Os antropólogos, coitados, por mais de um século estiveram muito preocupados com isso, e nós, brasileiros, comemos e bebemos essas tolices deles durante décadas, como a melhor ciência do mundo. O próprio Euclides da Cunha não podia dormir porque dizia que o Brasil ou progredia ou desaparecia, mas perguntava: como progredir, com este povo de segunda classe? Dom Pedro II, imperador dos mulatos brasileiros, sofria demais nas conversas com seu amigo e afilhado Gobineau, embaixador da França no Brasil, teórico

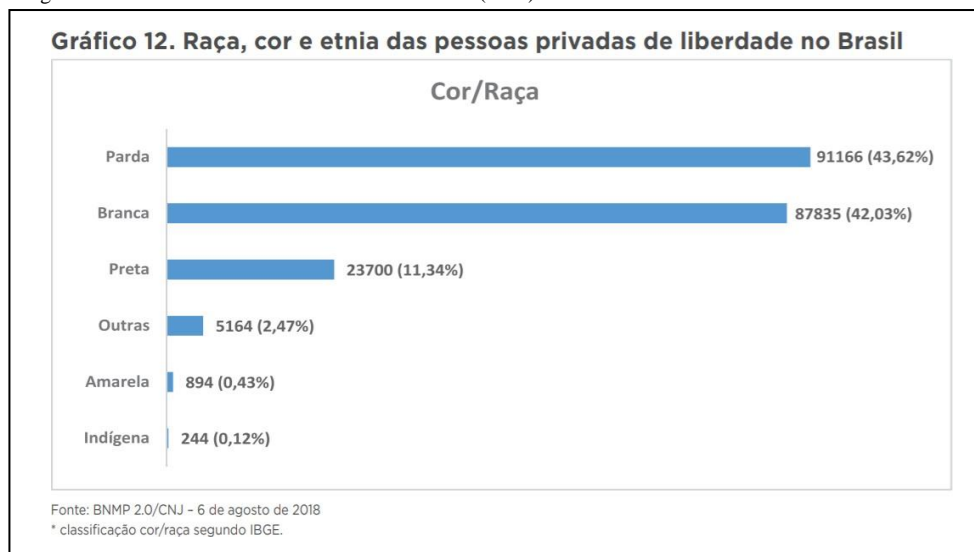


européu competentíssimo da inferioridade dos pretos e mestiços<sup>11</sup>

A vinculação do negro ao atavismo e ao atraso são, assim, argumentos do senso comum que servem ao propósito de negar-lhe lugar no mundo, como sujeitos de direitos com dignidade, sendo indispensável o combate a esta violência estrutural. O olhar que se tem da sociedade brasileira ainda persiste a ser verticalizado, ignorando que toda e qualquer sociedade é composta por cidadãos considerados como iguais numa linha horizontal.

Neste artigo científico, pretende-se realizar a vinculação da necropolítica ao exame da execução penal brasileira, considerado que, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no que tange ao quesito raça, cor etnia, 54,96% das pessoas presas no Brasil até 2018 foram classificadas como pretas ou pardas<sup>12</sup>.

Imagem 1 – Levantamento racial do BNMP 2.0 – CNJ (2018)



<sup>11</sup> RIBEIRO, Darcy. Sobre o óbvio. In: Ensaios insólitos - Rio de Janeiro, Editora Guanabara, 1986. Disponível em: [http://www.biolingagem.com/ling\\_cog\\_cult/ribeiro\\_1986\\_sobreobvio.pdf](http://www.biolingagem.com/ling_cog_cult/ribeiro_1986_sobreobvio.pdf). Acesso 20.mai.2020

<sup>12</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, agosto de 2018. p. 52



Considerada, assim, a alta criminalização da população negra e, deste modo, a seletividade do sistema prisional, passamos a examinar a aplicação do conceito de necropolítica para abordagem do sistema prisional brasileiro.

## **2 A REALIDADE INCONSTITUCIONAL DAS INSTITUIÇÕES PENAS BRASILEIRAS**

As prisões surgem em fins do século XVIII e início do século XIX com funções políticas latentes: o disciplinamento dos aprisionados para uma dulcificação de seus corpos e criação sistemática de obedientes às ordens superiores do sistema do capitalismo. A crer-se em Michel Foucault, segundo seu método genealógico contido em “*Vigiar e Punir*”, as prisões não são uma evolução humanitária da pena cruel ou de degredo, mas uma readaptação ao novo modelo político vigente em toda a Europa posteriormente, a nível global. Assim, é notória a vinculação entre fins políticos e o exercício do *jus puniendi* pelo Estado – que, mais do que um direito, é uma *potestade* (um poder de controle social).

Em termos ideológicos, no entanto, as prisões são mencionadas, na linguagem liberacionista da filosofia iluminista do período, como contrárias à prática abominável da tortura física; afinal, já o indivíduo levava em seu corpo as marcas de um mal que fizera à sociedade, não cabendo ao Estado puni-lo uma segunda vez, por meio de um ritual de violência ostensiva, mas de reintroduzi-lo ao convívio social, de forma harmônica e gradativa.

A função ressocializadora da pena de prisão, aliada à função retributiva de antes, marcava os novos contornos da punição estatal liberal, o que demonstrava, sob novo enfoque, o poder daquele que pune como um poder de tutela e de proteção.

Nestes termos, as prisões teriam vindo para trazer mais humanidade para aqueles indivíduos que cometeram crimes, executando-se a pena de forma mais justa e utilitária – o que tão logo demonstrou-se ser uma promessa não cumprida.



As prisões nascem em crise, ou ainda, as prisões são a crise em sociedade. A seletividade da população prisional, a retirada de direitos civis e políticos para além dos relativos à liberdade de ir e vir, a diminuição de condições dignas do cumprimento das penas – tudo indica a prisão não como um mecanismo de eficácia ressocializadora, mas como espaços de contenção dos indesejáveis ou daqueles que, por razões étnico-raciais ou de classes, não têm, sozinhos, condições de inserção na sociedade capitalista.

No caso brasileiro, somam-se à função iluminista da pena privativa de liberdade os percalços não superados de uma punição colonizadora feita contra os antigos escravos ou subalternos: a tortura contra os corpos dos presos é regra, não exceção.

A ideia compassiva de uma sociedade dócil e gentil cede à realidade seu viés autoritário e opressor, por meio da ocorrência constante de práticas de violação aos direitos humanos internalizadas socialmente como triviais.

Mesma realidade é traçada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que, ao realizar mutirões em 2019, alertava para os gravames da política de encarceramento no Brasil. Os Mutirões do CNJ mostraram que a população carcerária brasileira era de 812 mil presos. 41,5% são presos provisórios<sup>13</sup>. Esses números não levam em conta as pessoas em prisão domiciliar. Para o levantamento, o CNJ consultou os juízes responsáveis pelo monitoramento do sistema carcerário dos 26 estados e do Distrito Federal.

De acordo com os dados anteriores, que não contabilizavam prisões domiciliares, em dezembro de 2017, a população carcerária chegou ao elevado patamar de 726 mil presos<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> BARBIÉRI, Luiz Felipe. CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação. *Portal G1*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso 1º.jun.2020.

<sup>14</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, agosto de 2018





No mesmo período, de acordo com o *Relatório Mundial de Direitos Humanos*, edição de 2019, elaborado pela ONG *Human Rights Watch*<sup>15</sup>, apresentaram-se os desafios que o país ainda precisava enfrentar, como a violência policial, o uso da tortura e a superlotação das prisões. As práticas abusivas de policiais brasileiros eram motivo de preocupação e de alarme mundial.

Em junho de 2016, mais de 726.000 adultos estavam atrás das grades em estabelecimentos prisionais com capacidade máxima para metade desse número, segundo dados do Ministério da Justiça. O governo federal estimava que até o final de 2018 haveria quase 842 mil presos.

A superlotação e a falta de pessoal tornam impossível que as autoridades prisionais mantenham o controle de muitas prisões, deixando os presos vulneráveis à violência e ao recrutamento por facções.

Menos de 15% dos presos têm acesso a oportunidades educacionais ou de trabalho, e os serviços de saúde são frequentemente deficientes. A Defensoria Pública do Rio informou que, somente naquele estado, 266 pessoas morreram nos presídios em 2017, a maioria devido a condições tratáveis, como diabetes, hipertensão ou doenças respiratórias<sup>16</sup>

A situação precária dos presídios do país é, assim, um reflexo de uma violência estrutural da sociedade brasileira também vivenciada extramuros. A desigualdade social, aliada às práticas racistas e classistas, engendra um quadro de violações constantes de direitos humanos, apenas contidas com o sufocamento das demandas sociais pelo uso arbitrário das forças policiais. A imagem veiculada internacionalmente dos presídios brasileiros é, nesse sentido, um espelho da desigual distribuição da cidadania no País.

No que tange à tortura dentro dos estabelecimentos prisionais, segundo a Pastoral Carcerária (entidade da Igreja Católica que atua, em caráter voluntário, dentro do sistema penitenciário brasileiro), em seu estudo intitulado *“Tortura em tempos de*

---

<sup>15</sup> ROTH, Kenneth. *Relatório Mundial 2019: Nossa Revisão Anual dos direitos humanos ao redor do mundo*. Human Rights Watch. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2019>. Acesso 1º.jun.2020

<sup>16</sup> ROTH, Kenneth. *Relatório Mundial 2019: Nossa Revisão Anual dos direitos humanos ao redor do mundo*. Human Rights Watch. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2019>. Acesso 1º.jun.2020



*encarceramento em massa*”, foram realizadas mais de 175 denúncias de presos brasileiros entre julho de 2014 e agosto de 2018<sup>17</sup>.

Conceitua-se a tortura por disposições supraconstitucionais (isto é, em tratados internacionais), o que pode ser resumido por lições de Guilherme de Souza Nucci, que seguem transcritas:

Segundo o art. 1º, inciso I, da Convenção da Organização das Nações Unidas, de Nova York, “designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou dela decorram<sup>18</sup>.

Ainda, conforme Guilherme de Souza Nucci:

Para fins deste trabalho, no entanto, prefere-se conceito mais abrangente que, na exposição acerca do conteúdo que define a tortura, menciona todo e qualquer “(...) método de submissão de uma pessoa a sofrimento atroz, físico ou mental, contínuo e ilícito, para a obtenção de qualquer coisa ou para servir de castigo por qualquer razão<sup>19</sup>.

Tal definição sobreleva em importância o fato de que a tortura não se restringe à tortura física, mas também é caracterizada por todo sofrimento psicológico causado por ameaças de mal grave e imediato. Nesse aspecto, considerando-se que as prisões já foram consideradas como um *estado de coisas inconstitucional* pelo Supremo Tribunal

---

<sup>17</sup> SILVEIRA, Pe. Valdir João. *Tortura em tempos de encarceramento em massa*. Brasília: CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, 2018. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Tortura-em-tempos-de-encarceramento-em-massa-2018.pdf>. Acesso jun.2020

<sup>18</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Conceito de Tortura*. Website Guilherme Nucci, 2016. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/conceito-de-tortura>. Acesso 2.jun.2020

<sup>19</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Conceito de Tortura*. Website Guilherme Nucci, 2016. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/conceito-de-tortura>. Acesso 2.jun.2020



Federal, é de se afirmar que o próprio ato de aprisionamento se constitui como uma tortura psicológica latente e contínua, tendo em vista a sua não proteção aos bens essenciais à dignidade do preso.

Nos termos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n.º 347/MC/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), o descumprimento de direitos fundamentais de toda população carcerária permite o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional, pois as ações e omissões dos Poderes Públicos da União, Estados e do Distrito Federal permite a ocorrência de superlotação e de todas as condições degradantes do sistema carcerário brasileiro, o que, segundo o Ministro Marco Aurélio, ofende “[...] a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos”<sup>20</sup>.

Portanto, quando se fala em tortura, logo procuram-se no corpo do indivíduo as marcas de tal agressão, ignorando que esta não se reduz à lesão física tão somente, marcada que está pela perda da dignidade da pessoa, ante a ausência de políticas repressoras a este tipo de agressão.

É preciso recordar-se que o estabelecimento prisional é em si um espaço que amplifica a tensão entre as pessoas, exigindo-se máximo de controle da força para que não haja qualquer excesso ou abuso de poder. Nas palavras de Armida Bergamini Miotto:

A imagem do criminoso, como a de um ser que mete medo, não melhorou, mas o contrário se deu, com as elaborações doutrinárias próprias do século XIX, da metade para o fim e dos começos do século XX. Segundo as elaborações dessa doutrina, os criminosos, em geral, seriam, em graus diversos, perigosos. Essa qualificação de “perigoso” obviamente não contribuiria para diminuir o medo do povo em geral e do

---

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n.º 347/DF. CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. (...). Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso 2.jun.2020



pessoal das prisões especificamente, em relação aos criminosos.

Assim sendo, a interação dos sentimentos e estados emocionais dos presos e dos integrantes do pessoal se processa em espiral ascendente de agressividade, brutalidade, violência, até às mais sérias consequências.

Ainda que os presos tenham dado real motivo para uma reação de contenção ou de repressão do pessoal, a insegurança do dito pessoal, resultante do seu despreparo e inerente medo, leva a reações inadequadas, despropositadas, abusivas, que deixam de ser força para ser violência<sup>21</sup>.

### **3 A FALÊNCIA DAS ATUAIS POLÍTICAS DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA NO CÁRCERE**

O encarceramento (ou prisionalização), sinônimo da criminalização terciária, é o resultado do processo de criminalização secundária que define, por meio de um processo judicial penal, a responsabilidade penal dos acusados, tornando-os condenados. Aos olhos da sociedade, os condenados somatizam defeitos a serem expurgados do convívio social: o estigma de imoralidade e de subversão engendra, em sociedade, um olhar de violência estatal que sobreleva o real. A pessoa presa passa a não ser mais vista como um sujeito de direitos, perdendo sua dignidade (o valor em si mesma).

Nas palavras de Viviane Isabela Rodrigues,

Apesar do reconhecimento da falência da prisão, legitimam-se socialmente discursos atrelados a consensos sociais punitivos, os quais requisitam o poder punitivo do Estado por meio do endurecimento das legislações penais, da redução da maioria penal e da minimização dos direitos inerentes à pessoa condenada. O ódio social e os discursos que o sedimentam endossam a cegueira coletiva acerca da questão penal. Pede-se coletivamente paz com violência; pede-se segurança com prisões violatórias; pede-se o extermínio da pobreza com ações meritocráticas; pede-se ressocialização do egresso prisional mediante a violação de seus direitos.

---

<sup>21</sup> MIOTTO, Armida Bergamini. *A violência nas prisões*. Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 1983, p. 15



Incongruências sem fim, que balizam e naturalizam o cenário de caos social<sup>22</sup>

Vê-se, então, que o Estado ocupa, na execução penal, o lugar de um vingador, quando, como ente burocrático que é, deveria resguardar direitos e protegê-los, distribuindo os bens jurídicos de forma equânime: à sociedade, o direito à reparação pela lesão jurídica realizada pelo cometimento do delito; aos acusados e condenados, o direito ao processo e à execução penal dignas, respectivamente, que restrinjam apenas a liberdade de locomoção, por período pré-fixado em sentença, garantindo-lhes o direito à reinserção social.

Ao não se manter, entretanto, na função de garantidor de direitos, o Estado assume o discurso da violência estrutural, violando-se assim, com frequência, o art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, que informa que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, bem como as garantias previstas nos incisos XLVI a LXVIII do mesmo artigo, que informam, em geral, que a pena não subtrairá outros direitos do condenado que não sua liberdade de ir e vir, com respeito à dignidade do preso e a todas as suas circunstâncias.

De acordo com a ONU, “(...) a impunidade em casos de tortura praticados por agentes públicos contra presos se tornou a regra – e não a exceção – no sistema penitenciário brasileiro”<sup>23</sup>. Internamente, com o propósito de combater a prática de tortura, criou-se o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura – MNPCT, cujas atividades destinam-se ao enfrentamento da não responsabilização de agentes públicos que a cometem, esvaziando-se, assim, a política pública.

O MNPCT, desde 2015, realiza inspeções em estabelecimentos penais e encaminha para órgãos correcionais os casos de constatada tortura praticada por agentes públicos no exercício do poder de polícia do Estado. Como parte do Sistema

---

<sup>22</sup> RODRIGUES, Viviane Isabela. *Entre grades invisíveis*: da (des)proteção social ao egresso prisional. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 219-220

<sup>23</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Impunidade por tortura nas prisões é regra no Brasil. Nações unidas*, 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-impunidade-por-tortura-nas-prisoese-regra-no-brasil/>. Acesso 2.jun.2020



Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, o Mecanismo é composto por onze peritos especialistas, a quem se autoriza o acesso às instalações de unidades prisionais.

Como modo de esvaziar a política pública, o Decreto n.º 9.831, de 2019, édito do Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, remanejou os cargos de peritos para a estrutura do Ministério da Economia, exonerando-se os ocupantes de então e tornando o trabalho como voluntário e, portanto, não remunerado. A medida tornaria o sistema inviável de ser realizado em sua missão, gerando ambiente amplo para mais violações.

Logo depois de apresentada a proposta, a Procuradoria-Geral da República pleiteou a nulidade do decreto, mencionando afronta ao princípio da legalidade, já que um decreto regulamentar não pode alterar estrutura de órgão criado por lei. Além disso, o MNPCT cumpre função assumida internacionalmente<sup>24</sup>.

Uma liminar foi concedida pela 6º Vara Cível do Rio de Janeiro que anulou parcialmente o decreto, que representa não apenas uma afronta aos direitos humanos assumidos em âmbito global, como o reflexo de uma política de extermínio – ou necropolítica.

A falência das políticas de combate à tortura pode, portanto, ser examinada sob o viés conceitual de Achille Mbembe, anteriormente mencionado, pois, segundo o filósofo camaronês, há em andamento na contemporaneidade uma política de morte a todos os indesejáveis, um saber-poder que determina quem tem direito à vida e à morte.

---

<sup>24</sup> CONSULTÓRIO JURÍDICO – CONJUR. *PGR pede nulidade de decreto que altera órgão de combate à tortura*, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-02/pgr-nulidade-decreto-altera-orgao-combate-tortura>. Acesso 2.jun.2020



A grande maioria das pessoas encarceradas no Brasil é negra, de acordo com os dados levantados pela Pastoral Carcerária<sup>25</sup>, no ano de 2018: 70% são pessoas negras, 85% são homens e 30% têm entre 18 e 24 anos. Denota-se, assim, uma seletividade prisional que encarcera, majoritariamente, a população jovem negra. Os dados de violência contra essa população permitem-nos atestar, portanto, a ocorrência de uma necropolítica, marcada por um racismo institucional.

A violação, portanto, a tantas garantias dos direitos humanos dos presos representa o exercício de uma necropolítica que serve ao escuso interesse político de negação da dignidade humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível afirmar-se que o conceito de necropolítica, do filósofo camaronês Achille Mbembe, enquadra-se à realidade atual do sistema carcerário brasileiro, explicando-lhe os vieses de opressão que se realizam por inércia do Estado, movido pelo discurso segundo o qual há inimigos a serem combatidos e eliminados do jogo político democrático.

A necropolítica (ou política da morte) atualiza o discurso de ódio e uma função ideológica de base, desviando a atenção dos cidadãos para um jogo político realizado nos bastidores, mantendo-se desigualdades e rompendo-se com o ideal de construção de uma sociedade plural.

O sistema prisional brasileiro, já caracterizado pelo Supremo Tribunal Federal como um estado de coisas inconstitucional, representa a vertente de eliminação de direitos e de seus sujeitos, ofuscando os direitos individuais em prol da realização de uma política de extermínio de parcela indesejável da população, conforme o olhar

---

<sup>25</sup> SILVEIRA, Pe. Valdir João. *Tortura em tempos de encarceramento em massa*. Brasília: CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, 2018. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Tortura-em-tempos-de-encarceramento-em-massa-2018.pdf>. Acesso jun.2020



racial e classista impressos na cultura brasileira, segundo os ensinamentos de Darcy Ribeiro.

O esvaziamento da política de combate à tortura é sintoma desse quadro de exclusão, bem como da pauta ideológica que afeta a dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

ARENDRT, Hannah. Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BARBIÉRI, Luiz Felipe. CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação. Portal G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso 1º.jun.2020.

BEHNKE, Emily. Bolsonaro publica vídeo e reforça defesa de armar população. Terra. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/bolsonaro-publica-video-e-reforca-defesa-de-armar-populacao,0e446db0438786dd5933fa7ed9f6afb48fsnv7yr.html>. Acesso 23.mai.2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n.º 347/DF. CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. (...). Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso 2.jun.2020. CASTRO, Fabrício de. Bolsonaro diz que denúncias de tortura na ditadura são ‘tudo cascata para ganhar indenização’. O Estado de S. Paulo. Data de publicação: 29.fev.2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-diz-que-denuncias-de-tortura-sao-tudo-cascata-para-ganhar-indenizacao,70003215183>. Acesso 23.mai.2020.





CONSULTÓRIO JURÍDICO – CONJUR. PGR pede nulidade de decreto que altera órgão de combate à tortura, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-02/pgr-nulidade-decreto-altera-orgao-combate-tortura>. Acesso 2.jun.2020.

MAIA, Gustavo. Bolsonaro diz que Ustra, militar condenado por tortura na ditadura, é 'herói nacional'. O Globo. Data de publicação: 8.ago.2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/bolsonaro-diz-que-ustra-militar-condenado-por-tortura-na-ditadura-heroi-nacional-23862950>. Acesso 23.mai.2020.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. Revista Arte & Ensaios. Programa de Pós-Graduação em Artes Visuais da Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Rio de Janeiro, n 32. dez.2016. pp. 123-151.

MIOTTO, Armida Bergamini. A violência nas prisões. Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 1983.

NUCCI, Guilherme de Souza. Conceito de Tortura. Website Guilherme Nucci, 2016. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/conceito-de-tortura>. Acesso 2.jun.2020.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

RIBEIRO, Darcy. Sobre o óbvio. In: Ensaios insólitos - Rio de Janeiro, Editora Guanabara, 1986. Disponível em: [http://www.biolingagem.com/ling\\_cog\\_cult/ribeiro\\_1986\\_sobreobvio.pdf](http://www.biolingagem.com/ling_cog_cult/ribeiro_1986_sobreobvio.pdf). Acesso 20.mai.2020.

RODRIGUES, Viviane Isabela. Entre grades invisíveis: da (des)proteção social ao egresso prisional. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

ROTH, Kenneth. Relatório Mundial 2019: Nossa Revisão Anual dos direitos humanos ao redor do mundo. Human Rights Watch. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2019>. Acesso 1º.jun.2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Impunidade por tortura nas prisões é regra no Brasil. Nações unidas, 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-impunidade-por-tortura-nas-prisoas-e-regra-no-brasil/>. Acesso 2.jun.2020



SILVEIRA, Pe. Valdir João. Tortura em tempos de encarceramento em massa. Brasília: CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, 2018. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Tortura-em-tempos-de-encarceramento-em-massa-2018.pdf>. Acesso 1º.jun.2020.



# OS REFLEXOS DA FORMAÇÃO E SELETIVIDADE POLICIAL: (DES)CONSTRUÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Leandro José do Prado

## RESUMO

Buscamos uma análise crítica dos processos de formação dos policiais militares brasileiros, a fim de compreendermos como esses aspectos estruturados da identidade policial influenciam a atividade de policiamento cotidiana, que, atualmente, afasta-se das ideias de uma polícia cidadã e mostra-se distante dos valores constitucionais, democráticos e dos direitos humanos. Pretende-se, também, entender o contexto social, as variáveis e contradições dos processos de criminalização no qual estão inseridos os policiais militares no desempenho de suas atividades, bem como elaborar reflexões em relação ao discurso ideológico do sistema de justiça criminal, pautado na punição, na seletividade e desigualdade desse sistema. Espera-se, ao final, apresentar algumas propostas para a transformação da atuação policial e mentalidade da sociedade diante desse cenário que neutraliza a reflexão crítica.

**Palavras-chave:** Criminologia - Sistema de Justiça Criminal – Polícia Militar – Curso de Formação.

## 1 INTRODUÇÃO

A centelha que me levou a enveredar nos caminhos sedutores desse trabalho de conclusão do curso de Direito começou a germinar desde o dia 30 de abril de 2010, momento em que eu passei a exercer a função de Fiscal de Trânsito no município de Anápolis –GO. Juntamente com as diversas atividades definidas pela Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), atuei, em parceria com a Polícia Militar do Estado de Goiás, em diversas operações de fiscalização de trânsito e segurança pública – desde abordagens a condutores em *blitze* até apoio funcional em operações



policiais nos bares e estabelecimentos comerciais das regiões periféricas da cidade. Além disso, os policiais militares também eram diuturnamente escalados para trabalharem ao lado dos fiscais de trânsito na região, compondo as viaturas do órgão municipal e dando suporte operacional.

Durante dez anos trabalhando no órgão de trânsito da prefeitura de Anápolis –GO, envolvendo-me nessas atividades colaborativas com a Polícia Militar do Estado de Goiás, eu fiquei intrigado com o comportamento e o modo de pensar desses policiais e a maneira na qual esses fenômenos se assemelhavam entre eles – como se vislumbrasse um *habitus* castrense. Nesse processo, não poucas vezes, foram constatadas situações de excesso de poder por parte dos policiais militares em relação a determinados grupos vulneráveis da sociedade. Algo que parecia tão legítimo e natural para os castrenses, deixava-me perplexo e assustado, pois se distanciava em muito dos valores constitucionais e da dignidade humana. Fácil notar que, em quase todas as circunstâncias, as vítimas se enquadravam nos grupos mais estigmatizados da população. Não raramente me questionava o que motivava tais comportamentos demasiadamente hostis e animalescos da maioria dos policiais em relação a sociedade que deveria servir.

As causas desse quadro constrangedor, que se desenhava na prática policial, inclusive para os servidores de uma instituição pública diversa, na minha percepção eram variadas, relacionando-se, em boa medida, com os processos de seleção e formação da instituição policial, embora refletissem toda uma lógica punitiva e discriminatória do sistema de justiça criminal. Assim, a insatisfação e o cansaço da rotina estressante dos policiais, a falta de qualidade de serviço, a internalização da cultura militarista e bélica, bem como o sentimento de animosidade em relação aos cidadãos - considerados como inimigos - eram, na minha percepção, sementes germinadoras dos desvios de comportamento que se distanciavam dos ideais de uma polícia cidadã, defensora dos ideais democráticos e dos direitos humanos.



A necessidade de impor, a qualquer custo, a autoridade policial, incitada pela fabricação do espírito do guerreiro, os processos estruturais de degradação humana do policial, os conflitos entre o discurso institucional e os interesses ocultos e a realidade cotidiana poderiam contribuir para a materialização dessas ações truculentas – projetando na população todos os aspectos negativos da policização. Somado a esses elementos, temos o sistema de justiça criminal que promove a ideologia da defesa social, a racionalidade penal moderna e os constantes bombardeios dos meios de comunicação e do senso comum que estimulam comportamentos estritamente punitivos das agências policiais.

Outra experiência pessoal que me levou à problematização desse trabalho encontra-se na minha própria rede de amigos e familiares. Diversos deles, após ingressarem nas carreiras policiais, perderam o brilho transformador e pueril no olhar, entregaram-se ao ceticismo e à frustração de uma vida tumultuada. Alguns amigos policiais não se adaptaram à profissão, por não conciliarem os valores pessoais, sociais e familiares com a dura realidade prática e a estrutura opressora da instituição policial, seguindo caminhos diferentes. Outros conseguiram, por sua vez, inserir-se naquela realidade construída a partir do discurso ideológico da justiça criminal – que escamoteia a natureza desigual, seletiva e estereotipada desse sistema – tornando-se aparentemente seres alienados daquele processo.

Essas percepções particulares sobre a atividade policial, juntamente com a constatação do recorrente sentimento social e midiático, que paira no senso comum, em relação à lógica organizacional dessas instituições no que tange à desorganização, baixa eficiência, violência estruturada, conflitos entre os seus atores, fez com que surgisse o interesse de nos aprofundarmos nessa área da criminologia que, minimamente debatida nas pesquisas da graduação, é a porta de entrada no processo de criminalização secundária, qual seja, a atuação das agência policiais.

Dessa maneira, pretende-se, aqui, a partir de uma análise teórica dos processos de seleção e formação dos policiais militares brasileiros, mormente



goianos e distritais, considerando o contexto histórico, econômico e social no qual esses atores se inserem, descrever criticamente como funciona o sistema penal, tanto a sua função instrumental, quanto a simbólica, a fim de considerarmos como esses aspectos influenciam a atividade de policiamento cotidiana, que se mostra distante da concepção de uma polícia cidadã e discrepante dos valores constitucionais, democráticos e dos direitos humanos. Busca-se, assim, entender o contexto social, as variáveis e contradições do processo de criminalização no qual estão inseridos os nossos policiais militares no desempenho de suas atividades, bem como, tecer críticas ao discurso ideológico do sistema de justiça criminal, pautado na punição, na seletividade e desigualdade desse sistema.

Em razão da minha experiência profissional, da convivência e amizade com policiais goianos e distritais (meu irmão do meio, inclusive, trabalhou na PMDFT durante vários anos, antes de ingressar na Polícia Rodoviária Federal), da necessidade de um recorte do nosso objeto, condizente com uma pesquisa acadêmica de conclusão de curso da graduação, considerando ainda as dificuldades de transparência e de acesso a esse tipo de conteúdo institucional em relação às agências castrenses, como bem elucidou Castro (2011), pretendemos delimitar nosso campo de análise teórica as Polícias Militares do Estado de Goiás e do Distrito Federal.

Partimos do pressuposto, conforme constataremos durante o trabalho, por meio de referenciais teóricos e do próprio sistema de gestão estratégica dos órgãos, o quanto a consolidação de valores e os processos de policização dessas instituições se assemelham. Espera-se, ao final, apresentar algumas diretrizes, ainda que incipientes, considerando-se que se trata de um trabalho de conclusão de curso, para a transformação da atuação policial nesse cenário que neutraliza a reflexão crítica, a fim de que possamos tecer elementos capazes de expandir as possibilidades de pesquisa sobre o nosso objeto.

Primeiramente, será desenhada – por meio da perspectiva da criminologia crítica, em sintonia com a dogmática penal e a política criminal – as características,



as estruturas e as contradições do sistema de justiça criminal. Nesse caminho, demonstraremos que as agências de polícia estão inseridas num contexto social mais profundo, pautado na construção e na perpetuação das relações sociais verticais, da ideologia da defesa social e da racionalidade penal moderna – em que todos têm o seu papel definido: a criminalidade, o criminoso, as agências criminalizantes do sistema de justiça criminal. Em seguida demonstraremos os contornos da atuação policial que, na ânsia de cumprir o seu dever ideologicamente traçado, tornou-se teratológica e incrédula dos valores constitucionais fundamentais da pessoa humana.

A segunda parte do trabalho é marcada por características estruturais, normativas e teóricas da atuação policial – englobando os preceitos constitucionais e jurídicos. Será, ainda, abordado, a partir do discurso institucional, os valores, os objetivos e a missão da polícia – que se constroem durante os processos de seleção e formação dos policiais militares. Além disso, não nos furtaremos de apresentar as críticas dos pensadores sobre essas agências – rompendo a face serena do discurso institucional e adentrando naquele universo problemático e tácito da atividade policial – que envolvem a policização e as diversas mazelas e violências estruturais da nossa realidade.

Ao final, buscaremos entender os reflexos que a formação do policial e a retroalimentação do *habitus* castrense em torno da violação aos preceitos do Estado de Direito e aos Direitos Humanos. Para tanto, trabalharemos a dialética entre o discurso policial, as estratégias de seleção e formação dos castrenses e os reflexos desses fenômenos na realidade da polícia que leva a possível desconstrução dos valores humanos e constitucionais. Pretendemos obter, por conseguinte, possíveis propostas de reestruturação da instituição policial para que ela se coadune com os anseios constitucionais dessa função pública.



## 2 O PODER PUNITIVO E O PAPEL DA POLÍCIA

### 2.1 O sistema de justiça criminal e a relação com a criminologia crítica

O desenvolvimento crítico das diretrizes do respectivo trabalho, assim como os aspectos elementares da criminologia crítica, remete à análise do sistema de justiça criminal e à concepção dos saberes que se intercomunicam para a elaboração de uma rede de pensamentos específica do sistema penal.

Nesse sentido, para definir os elementos configuradores do sistema de justiça criminal e os apontamentos da criminologia crítica sobre a questão, cumpre estabelecer as peculiaridades das áreas de dogmática penal, criminologia e política criminal, partindo do modelo de ciência penal global proposto por Franz von Liszt, cuja ciência criminal é definida como o conjunto do saber jurídico penal formado por essas áreas do saber. (FERREIRA, 2016, p. 24).

Embora já superada a ideia proposta por Liszt de que, nessa relação de dependência das “ciências irmãs”, a Criminologia e a Política Criminal seriam ciências auxiliares do Direito Penal, faz-se necessário defini-las a fim de que, em seguida, possamos abordar o modelo integrado de ciências criminais reestruturado pela Criminologia Crítica de Alessandro Baratta e analisar o sistema de justiça criminal. Conforme retrata Carolina Costa Ferreira (2016), direito penal, política criminal e criminologia são “ciências interdependentes no sentido de cada uma desenvolver, questionar e analisar o seu objeto, mas também estão interligadas, pois têm como elo os objetos de pesquisa: o crime, a criminalidade e seu combate” (FERREIRA, 2016, p. 25).

Sobre a dogmática penal, diversos estudos que tratam desse segmento específico do saber jurídico tendem a afirmá-la, na relação com a sociedade, como algo imprescindível para a existência do corpo social. Embora não desprovida de verdade, essa concepção separa o direito penal do contexto histórico ao qual ele se desenvolve e se mostra limitado.





Nilo Batista (2007) considera tal definição como algo superficial e sujeito a cair no “universalismo a-histórico”, ou seja, a história do direito está inserida no contexto histórico ao qual se desenvolve, influenciando e sendo influenciado. O autor segue o raciocínio instrumental da ciência jurídica penal, no qual, fruto de um processo social, cumpre funções concretas dentro de uma sociedade. Assim, a dogmática penal determina e, também, é determinada por elementos econômicos, políticos, culturais do contexto histórico em que se insere.

O direito penal exerce uma função política, como técnica de controle social, na qual ele “existe para cumprir finalidades, para que algo se realiza, não para a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais”. Nota-se, desse modo, uma marcante congruência entre as finalidades do Estado e as da dogmática penal. (BATISTA, 2007, p. 19).

A função primordial da dogmática penal, segundo Batista (2007), é estruturar e garantir determinada ordem econômica e social. Trata-se daquilo que o autor chama de “função conservadora ou de controle social”. Ele não descarta a existência de outras funções do direito penal, em certas condições, embora com menos estrelato que a função conservadora, tais como a função educativa e a função transformadora.

Assim, semelhante a todo nicho do saber humano, o direito penal é dinâmico e cumulativo, algumas vezes regressivo, manifestando-se e transformando-se ao longo do tempo. “Seus horizontes mudam em função de revoluções epistemológicas e mudanças de paradigmas científicos.” (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, 2011, p. 42).

Conhecer as finalidades do direito penal corresponde a identificar os objetivos da criminalização de determinadas condutas praticadas por determinadas pessoas, bem como, os objetivos das penas e outras medidas jurídicas de reação ao crime; tarefa essa que o autor atribui aos juristas. (BATISTA, 2007, p. 23).

Os pensamentos de Batista (2007) e Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011), os quais nos filiamos, são coerentes com a concepção que Monjardet (2003)



desenvolve sobre a atividade policial – conforme veremos posteriormente. Desse modo, seguindo os trilhos sociais, econômicos e políticos traçados ao longo da história, percebemos que a atividade policial, assim como a dogmática penal, possui um viés dinâmico e instrumental – mantendo os resquícios colonizadores da nossa sociedade escravocrata, repressiva e conservadora.

Seguindo a definição da dogmática penal, Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011) nos trazem elementos que caracterizam o Direito Penal, na perspectiva instrumental, na qual os autores o consideram como um sistema racional e não contraditório que deve, a partir da interpretação da legislação penal, em sintonia com outros ramos do saber jurídico, orientar os juristas na redução e contenção do poder punitivo do estado de direito, em que este necessita prevalecer sobre o estado de polícia.

As normas penais que servem de parâmetro das decisões judiciais, cujo objetivo é limitar o poder punitivo, são fundamentais para a subsistência do Estado de Direito, que deve prevalecer enquanto força de contenção do Estado de polícia que está latente no seu interior. Considerando que a existência do Estado de Direito puro seja algo utópico – devemos, ao menos, ir ao encontro desse referencial – buscando o maior alcance possível. Portanto, um Estado de Direito com maior eficiência e eficácia em reprimir os anseios do autoritarismo estatal. (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, 2011, p. 41).

Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011) afirmam que o Estado de Direito contém impulsos do Estado de polícia, cujo enfraquecimento deste ocorre na medida em que se concretizam as ações voltadas para a resolução efetiva de conflitos e a promoção da paz social. O máximo que o modelo exclusivamente punitivo do Estado de polícia faz é congelar o conflito, deixando que ele se dissolva com o tempo – o que está bem distante de uma solução definitiva

– fragilizando, desse modo, o Estado de direito. Assim, "o volume de conflitos suspensos por um estado será o indicador de sua vocação de provedor de



paz social e, por conseguinte, de sua força como estado de direito” (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, 2011, p. 41- 42).

Seguindo a linha de pensamento apresentada, podemos concluir que, ao analisarmos o cenário brasileiro da política criminal e de atuação das instituições policiais, navegamos em um barco permeado de águas turvas e revoltas, prestes a imergir. As instituições policiais buscam, atendendo aos apelos dos demais atores sociais por uma reação enérgica, devolver essas águas ao mar por meio de baldes furados – sem a preocupação de que o verdadeiro problema está nos buracos do casco.

Nesse ponto, cabe ressaltar o ensinamento de Zaffaroni (2020) em que o Direito está em uma luta perene pela afirmação dos Direitos Humanos – ora seguimos em frente, ora caminhos devagar e, em alguns momentos, recuamos em passos largos. Assim, concordando com o mestre argentino, acreditamos que, na atual conjuntura social e política, em matéria global e regional de Direitos Humanos, enfrentamos um processo de regressão das conquistas e do pacto civilizatório. Desse modo, veremos como o Sistema Penal brasileiro está deteriorado e acometido de uma grave crise política e social. Trata-se, segundo Zaffaroni (2020), de uma problemática que envolve segurança nacional - no que se refere à vida, à liberdade, ao país enquanto um Estado de Direito.

Infelizmente, a partir dessa relação, definida por Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011), entre Estado de polícia e Estado de Direito, acreditamos que a realidade social e histórica brasileira tem demonstrado a prevalência do Estado de polícia, tantos nos discursos institucionais, midiáticos e informais, quanto na cultura policial, em detrimento do Estado de Direito, o que acarreta verdadeira involução da nossa sociedade.

Além disso, os aspectos formais e regulamentares existentes, que remetem a interpretação do jurista a fim de promover o Estado de Direito, acabam reféns das redes informais e de atuação discricionária dos agentes do sistema de justiça



criminal – muitas vezes movidos por interesses conflitantes, institucionais ou pessoais, cujos valores e princípios positivados são distorcidos ou forçadamente adaptados para ratificar as suas ações práticas, sejam elas lícitas ou não.

A questão da estrutura punitiva cristalizada na nossa sociedade pode ser entendida, a partir dos ensinamentos de Pires (2004), como um reflexo da racionalidade penal moderna, que nos faz assimilar a “*estrutura telescópica*” do direito penal como algo essencial e obrigatoriamente vinculado a pena afliativa, determinando e valorando as normas de comportamento, bem como a mentalidade de todos os integrantes do sistema de justiça criminal.

Aquilo que Pires (2004) define como “*estrutura telescópica*” corresponde à ideia de que a norma penal é construída pela justaposição lógica do preceito primário (aquele comportamento impositivo ou proibitivo, previsto pela norma) e do preceito secundário (a pena correspondente a violação do preceito primário).

A pena afliativa (a morte, o castigo corporal, a prisão, a multa), elucida Pires (2004), ocupa o papel identitário principal na lógica do sistema penal. Assim, a estrutura telescópica reflete um pensamento medieval no qual o castigo determina a valoração do comportamento socialmente reprovado, gerando uma série de problemas de sentido, pois, analisam-se as normas de conduta e a pena como se fossem duas vertentes de pensamento inseparáveis. Nesse viés, o sentimento de justiça somente é saciado quando a punição ocorre e mostra-se impiedosa.

Desse modo, a primeira questão levantada pelo autor é a consequente dogmatização na ciência jurídica da relação crime e pena, na qual não existe um crime sem uma pena correspondente. Parece impossível, aos olhos da racionalidade penal moderna, conceber o sistema penal e a existência do comportamento delitivo sem a aplicação da pena afliativa – é algo ontológico à dogmática penal. (ÁLVARO PIRES, 2004, p. 41).

Outra problemática, ventilada por Pires (2004), em relação à racionalidade penal moderna, traduz-se no modo de atuação dos operadores do sistema penal em



que tendem a agir seguindo essa lógica exclusivamente punitiva. Diante do comportamento reprovável, parte-se do pressuposto que se deve, necessariamente, aplicar a pena afliativa e, em regra, a pena restritiva de liberdade, a mais severa possível.

Seria essa, portanto, a conduta que se molda ao senso comum, como representação de eficiência da função exercida pelos agentes públicos da justiça criminal. Cria-se a ilusão de que a pena deve ser necessária e proporcional, negativamente, ao comportamento reprovado. Desse modo, a estrutura telescópica faz parte da nossa sociedade de modo que, não raramente, escutamos nas esquinas da vida, bem como também está presente no âmbito da estrutura policial, que todo sofrimento para o criminoso é merecido – mostrando-se imprescindível que a repressão seja tão efetiva e cruel quanto o crime praticado e socialmente repudiado – no qual a função inata do policial seria o uso da força, da violência – tanto quanto a do promotor é acusar e a do juiz buscar a máxima dosimetria da pena.

Torna-se inconcebível a existência de uma norma de comportamento (como não matar alguém) como algo relevante em si mesma, mas que somente possui sentido se acompanhada de uma punição que seja tão maléfica quanto a própria conduta criminosa. Esse modelo no qual se estrutura a sociedade brasileira é evidenciado nos discursos da opinião pública e, até mesmo, dos atores do sistema de justiça criminal, quando nos deparamos com o mito da impunidade: “a polícia prende e a justiça solta”, “bandido bom, é bandido morto”, “a legislação penal tem que ser rigorosa; deveria ter pena de morte ou perpétua no Brasil”. Devemos romper com esse pensamento acríptico que está emaranhado nas nossas ações.

A associação entre crime e pena produz em relação ao estudo do sistema penal algo parecido com o que Bourdieu identifica no tocante aos estudos do Estado: as ciências sociais, a filosofia e o saber jurídico têm dificuldade de pensar o crime e o sistema penal sem aplicar a esses objetos as categorias de pensamento produzidas e legitimadas pela própria racionalidade penal moderna. Com efeito, esses saberes não conseguem tomar suficiente distância do sistema de pensamento e das práticas institucionais que pretendem



descrever e analisar. Um tal distanciamento crítico exige a possibilidade teórica de apresentar a configuração efetiva desse sistema como uma possibilidade entre outras de atualização do sistema, e não necessariamente a mais feliz. A racionalidade penal moderna constitui, portanto, um obstáculo epistemológico ao conhecimento da questão penal e, ao mesmo tempo, à inovação, isto é, à criação de uma nova racionalidade penal e de uma outra estrutura normativa. (ÁLVARO PIRES, 2004, p. 43).

Esse sentimento de primazia pela punição, definido por Pires (2004), em resposta a um comportamento considerado negativo, a nosso modo pensar, traz inúmeras consequências para a representação social do nosso sistema de justiça criminal. Discursos midiáticos e da opinião pública, medidas institucionais que cedem às pressões sociais, buscam criar a ilusão de que a proliferação dos tipos penais e a dolorosa e pesada mão estatal são a solução para a falsa percepção de impunidade (no Brasil se pune bastante) e a erradicação da criminalidade.

O modelo que Pires (2004) denomina de estrutura telescópica tem fundamento, mas, na nossa opinião, carece de profundidade e delimitação. Nesse sentido, seria interessante uma contextualização em relação ao sistema penal brasileiro para chegarmos à constatação de que existe uma “racionalidade penal vingativa”, mais particularmente, definida pelo desenvolvimento da instituição policial brasileira e da política de segurança pública no país, culturalmente determinado pela reatividade, seletividade e extermínio, a partir de uma sociedade historicamente estruturada em valores racistas e escravocratas, bem como marcada institucionalmente por um longo estado de violência e perseguição política nos períodos de exceção. Essa perspectiva vindicativa tem movimentado a política criminal brasileira e os atores, ainda que inconscientes, do nosso sistema de justiça criminal.

Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011) estabelecem a relação interdisciplinar entre direito penal e política criminal, na qual esta, enquanto “saber secante não jurídico”, é resultado da interação do direito penal com a ciência política



e a “engenharia institucional”. Tornando- se, assim, um saber fundamental para a manutenção do Estado de direito.

É função da ciência política precisar os efeitos das decisões legislativas e judiciais e, por conseguinte, notificar ao dogmático, ao parlamento e ao juiz as consequências reais daquilo que o primeiro propõe e os demais decidem, assim como informar-lhes acerca do sentido político geral do quadro de poder em que tomam as suas decisões, o qual pode ser liberal ou autoritário, garantidor ou policial, isto é, reforçador ou debilitador do estado de direito. (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, 2011, p. 275).

Portanto, percebe-se que, na visão dos autores, a política criminal deve desenvolver uma valoração geral a fim de enfrentar a questão criminal e o exercício real do poder, assim, propondo políticas de controle e solução. Eles a interpretam como um campo especializado da ciência política e, em específico, aquilo que reflete no sistema de justiça criminal. “Por isso, a política criminal contemporânea deve abarcar em seu campo a valoração da estrutura do sistema penal e das propostas formuladas a seu respeito, ou seja, reconhecer um forte componente de política institucional.” (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, 2011, p. 275).

Batista (2007) aborda a Política Criminal a partir de uma perspectiva mais ampla que a simples assistente ou conselheira de políticas penais, assim, ele a distingue como campo do saber dinâmico e transformador da dogmática penal e da realidade da justiça criminal, atuando no âmbito das políticas de segurança pública (instituição policial); das políticas judiciárias (instituição judicial) e das políticas penitenciárias (instituição prisional). Trata-se de diretrizes que almejam a transformação da legislação criminal e dos atores responsáveis pelo cumprimento dos preceitos normativos. “A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal”. (BATISTA, 2007, p. 34).

Desse modo, a política criminal moderna, aponta Batista (2007), deve direcionar o seu pensamento crítico para os caminhos “descriminalizantes” e “desjudicializantes”, a fim de reduzir a dimensão punitiva do sistema de justiça criminal. A sua finalidade tem como norte, portanto, subtrair a força punitiva estatal



– retirando das mãos da persecução penal o alcance em relação aos comportamentos reprováveis que seriam administrados sem o emprego de sanções criminais.

Nesse sentido, as pesquisas empíricas no âmbito criminal, olhando para a nossa realidade, conforme extraímos de Batista (2007), tem comprovado o fracasso das medidas punitivas e restritivas de liberdade no enfrentamento da criminalidade – remetendo a necessidade de reestruturação das políticas criminais a fim de reduzir os tentáculos de incidência do sistema penal.

Lamentavelmente, ainda se encontram na ignorância, inauditos dos ensinamentos da ciência criminal moderna, os nossos governantes hodiernos – que se municiam de discursos institucionais sensacionalistas e populistas de incentivo à repressão, violência e intolerância no enfrentamento de criminosos selecionados, principalmente delitos de subsistência, mas também de seus opositores políticos e ideológicos – submetidos ao patamar de outsiders. Assim, na contramão daquilo que Batista (2007) estabeleceu como política criminal moderna ideal, notamos que o Estado brasileiro tem insistido em propostas cada vez mais punitivas e criminalizantes – que servem somente para satisfazer os sentimentos nacionais de vingança social e os empreendedores morais.

Nesse sentido, como exemplo recente, citamos a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que alterou a legislação penal para torná-la mais rigorosa – como, por exemplo, o aumento do limite do cumprimento da pena privativa de liberdade no país de 30 para 40 anos e a desnecessária previsão da legítima defesa dos agentes de segurança pública que repelem agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

Temos ainda que o financiamento em política de segurança pública no Brasil, segundo dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, foi de 91 bilhões de reais no ano de 2019, um aumento de 3.9% em relação ao ano anterior, o que corresponde a 1,34% do PIB. Esses valores, segundo Lima, Bueno e Mingard (2016), são proporcionais aos investimentos na área de segurança pública de países como





Alemanha e Espanha, cujas taxas de homicídio são menores que 1 por 100 mil habitantes.

Levando em consideração que essa taxa no Brasil, segundo dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, chega a 27,5 por 100 mil habitantes, os gastos públicos investidos no país não se coadunam com a realidade, mas, tão somente, com as prioridades políticas fantasiosas e midiáticas. Assim, temos que, por mais recursos financeiros e tipos penais produzidos pela nossa política criminal, tal modelo de cunho repressivo é comprovadamente ineficaz na redução da criminalidade.

Dessa maneira, torna-se imprescindível a reestruturação da política de segurança pública do país e do sistema de justiça criminal, desvencilhando da ultrapassada cultura autoritária, a partir dos processos de integração e mudanças na gestão organizacional, que não sejam direcionados para os interesses institucionais, mas se preocupem com as demandas sociais, na defesa e primazia da democracia e dos direitos humanos.

Esse movimento, necessariamente, exige uma alteração significativa das nossas polícias. Todavia, acreditando que tais agências, além de suas singularidades, também representam os contornos da sociedade na qual estão inseridas, as mudanças devem ser ainda mais profundas e substanciais – envolvendo a todos nós.

Concordamos com o mestre Zaffaroni (2020) quando diz que a nossa sociedade tem regredido aos tempos dos homens das cavernas, que desenhavam as suas caças nas paredes a fim de que tais imagens se materializassem em animais abatidos. Nos dias modernos, em vez de paredes e cavernas, escrevemos nos tipos penais e nos Diários Oficiais – a fim de criarmos a ilusão da realidade. Assim, podemos considerar que o sistema de justiça criminal brasileiro ainda se encontra enclausurado nas sombras do mito da caverna de Platão.

O que ocorre na prática, conforme bem explicitou Zaffaroni (2020), diante a incapacidade operacional do aparato da justiça criminal, é a consolidação de uma



verdadeira fábrica seletiva de encarcerados – que corresponde, no Brasil, em mais de 800 mil presos, em sua absoluta maioria negros, pobres e analfabetos – e um processo deliberado de seleção de criminosos e vítimas pelo sistema, tendo a polícia como carro-chefe desse desfile fúnebre.

Baratta (2011) ressalta a importância de se considerar o papel da opinião pública e dos processos psicológicos-ideológicos na legitimação do atual direito penal desigual. Desenvolvendo esse tema, o autor expõe duas concepções do termo. A primeira, em seu sentido amplo, a opinião pública se refere aos estereótipos de criminalidade e das teorias do senso comum sobre a questão, que potencializam e promovem os processos de estigmatização e de reação informal, em sintonia com a reação institucional, ao desvio. Outra concepção sobre a opinião pública, indicada pelo autor, é a de que ela se traduz em instrumento de comunicação ideológica e política do pensamento dominante a fim de reproduzir e legitimar os discursos dissimulados do sistema penal.

Para romper com esse discurso ideológico tradicional, torna-se necessário travar uma “batalha cultural e ideológica” a fim que se desenvolva uma nova consciência em relação à criminalidade e ao desvio. Busca-se, assim, reverter a ideologia dominante no âmbito da cultura, da ciência e da comunicação social – levando a questão criminal, segundo Baratta (2011), para uma “discussão de massa no seio da sociedade e da classe operária”. (BARATTA, 2011, p. 205).

Entretanto, cabe ressaltar a visão de Zaffaroni (2012), para dizermos que é preciso cautela, ao interpretarmos os ensinamentos de Baratta (2011), no que se refere à questão da ideologia dominante - a fim de não cairmos no precipício leviano e acalentador de uma teoria conspiratória. Pois, quando lidamos com a concepção das agências responsáveis pelo controle social e os desdobramentos desse sistema criminalizante, devemos ter em mente a complexidade dos fatos sociais. Sejam eles funcionais ou disfuncionais ao poder, serão confrontados pelos interesses dos grupos conflitantes, não podendo analisá-los em preto e branco.



Longe de atuar como organismo harmônico com o fito de satisfazer os desígnios do grupo dominante, entendemos que o sistema penal o faz de modo compartimentado, no qual cada agência tem os próprios critérios de qualidade, seus discursos externos e internos, seus mecanismos de recrutamento, treinamento e atuação. Essas agências disputam poder e, portanto, há entre elas um relacionamento instável, caracterizado mais pelo antagonismo do que pela cooperação. O esforço de todas elas provoca um equilíbrio precário que é percebido exteriormente como algo harmônico e, em consequência, estimula a pecha conspiratória.

O que podemos perceber em comum nessas agências é a necessidade que eles têm de punir ou satisfazer a opinião pública dessa capacidade repressora, para que não caiam no ostracismo e inutilidade da própria instituição. Porém, como são operacionalmente incapazes de abarcar toda a dimensão de condutas consideradas criminosas – são deliberadas a agir por meio da seletividade. Sendo assim, a nossa proposta é analisar todo essa construção operacional, autoritária e seletiva do sistema de justiça criminal a partir da ótica da instituição policial, que está na cadeia inicial e discricionária de seleção e repressão dos grupos vulneráveis – desrespeitando os princípios do Estado democrático de direitos.

A partir disso, podemos constatar que, conforme os traços delineados pelos diversos autores sobre a dogmática penal e a política criminal, a criminologia crítica exerce um papel imprescindível para o desenvolvimento reflexivo das questões criminais e para o desnudamento das contradições do sistema de justiça criminal – estudando os processos de criminalização e situando o componente criminológico como um elemento de análise externo, cuja criminalidade não é uma qualidade ontológica dos sujeitos e dos comportamentos, mas um atributo socialmente construído e projetado em determinados indivíduos por meio de processos de definição e estigmatização.

Cabe ressaltar, a partir de Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011), a percepção de que o sistema penal atua como um filtro, no caso, podemos destacar a



atividade policial que corresponde ao primeiro contato discricionário da criminalização secundária e interpretação (adaptação) das legislações criminais, no qual os sujeitos estigmatizados são selecionados.

As vítimas do processo seletivo da atuação coercitiva da polícia não são afetadas apenas por se enquadrarem em um perfil socialmente delineado, mas, por se encontrarem num estado de vulnerabilidade – considerado pelos autores citados – potencializando o risco de serem criminalizadas até mesmo por uma situação burlesca e insignificante. Nesse sentido, o tipo penal coringa, o cheque em branco da polícia, na ausência de qualquer outro delito de subsistência para ser encaixado no caso concreto, conforme a minha experiência profissional, é o crime de desacato e o de resistência.

Portanto, superando o paradigma etiológico, a criminologia crítica se tornou o divisor de águas que, segundo a percepção de Baratta (2011), possibilitou estabelecer uma nova abordagem sobre a criminalidade, que passou a ser analisada por meio do paradigma da reação social. A criminalidade, nessa perspectiva, pode ser considerada como “um bem negativo, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos”. (BARATTA, 2011, p. 161).

A criminologia crítica, dialogando com as diversas áreas do saber, propõe-se, conforme Baratta (2011), a desconstruir todos os preceitos da ideologia da defesa social, cujo sistema de justiça penal se apropria, e que tanto a escola criminológica clássica quanto a positivista promovem. Diferentemente das demais teorias que a precederam, desenvolve os seus fundamentos a partir da integração simultânea de perspectivas micro e macrosociológicas.

O sistema de justiça criminal passa, portanto, a ser objeto de questionamento da criminologia crítica que, estudando os processos de criminalização e atuação das agências que o integram, apresenta a verdadeira face do sistema desigual, seletivo e estigmatizante - o que se revela totalmente contrário ao seu discurso ideológico.



As críticas traçadas por Baratta (2011) possuem viés histórico materialista em relação ao conceito de desvio – buscando considerar a desigualdade social e os fatores socioeconômicos nos processos de distribuição da criminalidade. Trata-se de uma construção pertinente, considerando a questão criminal no Brasil, onde a maioria da população encarcerada é pobre, analfabeta e responde por delitos de subsistência, como os crimes de tráfico ou patrimoniais.

A questão econômica no Brasil, embora tenha oscilado entre momentos de recessão e de crescimento, não é capaz de justificar, todavia, o encarceramento em massa no país que permanece num crescente e, segundo palestrou Zaffaroni (2020), remete a um campo de concentração gerido pelos próprios presos – numa deterioração da figura do Estado. Assim, a problemática criminal vai além da dimensão de classes, levantada por Baratta (2011), na medida em que diversos outros grupos minoritários são alvos da seletividade da justiça criminal, seja por critérios excludentes de idade, sexo, gênero, nacionalidade, raça ou etnia.

Podemos citar o perfil dos grupos perseguidos por ações policiais e condenados pelo Judiciário: homens negros, jovens, pobres e analfabetos – além dos povos indígenas, LGBTs, imigrantes venezuelanos, haitianos, africanos. Cita-se, ainda, determinadas religiões relegadas a marginalidade e a estigmatização criminalizante, como candomblé, umbandismo, espiritismo, islamismo. Essa seletividade, que tem transformado ao longo da nossa história tais segmentos em outsiders, baseia-se nos resquícios de uma sociedade conservadora, machista, católica, escravocrata e racista, bem como, é influenciada pela situação de vulnerabilidade em que esses grupos possam se encontrar.

Podemos exemplificar a seletividade perversa do nosso sistema de justiça criminal, por meio dos dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, no que se refere a mortes decorrentes de operações policiais. Assim, no ano de 2018, ocorreram 6.220 mortes causadas pela polícia. A cada 100 mortes violentas intencionais no país, 11 são de autoria da polícia. Trata-se de uma situação bélica em



que morrem, em média, 17 pessoas por dia, oriundas de operação policial. Dessas vítimas, 99,3% são homens; 77,9% estão entre 15 a 29 anos, 75,4% são negros. Assim, notamos o quanto nosso sistema de justiça criminal é seletivo, violento e injusto – ao contrário do que é narrado pela ideologia da defesa social.

Cristina Zackseski (2000) define o sistema de justiça criminal – a partir de uma concepção ampla do termo – como espécie do controle social, ou seja, formas de reação da sociedade a um comportamento (ou pessoa) considerado desviante, problemático e criminoso. A autora faz distinção entre controle social formal ou institucionalizado, que é aquele realizado pelo Estado, e controle social informal, que é exercido de forma difusa na sociedade.

O sistema de justiça criminal, do modo como está estruturado, dirige sua atenção a uma parte mínima da violência da sociedade, através do conceito de criminalidade, elaborado por aqueles que detêm o poder de definição. Assim, dotado de uma seletividade estrutural, caracterizada pela ‘discrepância entre programas de ação previstos nas leis penais e as possibilidades reais de intervenção do sistema’, e também por uma orientação que restringe a sua atuação a determinados delitos e delinquentes, com uma conotação social, ele está apto a dar apenas uma resposta penal simbólica e não instrumental ao fenômeno da criminalidade e à insegurança urbana. (ZACKSESKI, 2000, p.1).

Nesse sentido, coaduno com a perspectiva de Zaffaroni (2020) que também nos traz uma dimensão conceitual mais aberta do sistema penal. Trata-se, segundo o mestre argentino, do conjunto de agências não orgânicas, cujas características, interesses, natureza e conflitos são distintos. Nele estão inseridos tanto o aparato estatal das instituições policiais, o Ministério Público, o Judiciário, as agências penitenciárias - como também as universidades, os meios de comunicação social, as mídias, a sociedade civil.

A atuação coercitiva empreendida pela instituição policial, embora limitada, é fundamentada pela racionalidade moderna e pelo discurso da defesa social como uma reação necessária – sendo estimulada pelos demais atores e empreendedores morais do sistema de justiça criminal. Assim, no âmbito da lógica telescópica da



nossa sociedade, a punição, que antes era tratada como uma faculdade, mostrando-se ilimitada a vontade do Rei, passa a ser regulamentada e obrigatória. Segundo Pires (2004), essa imperatividade da pena se generaliza e consolida-se no sistema penal, possivelmente, a partir segunda metade do século XVIII.

A racionalidade penal moderna se estabelece na forma de um sistema de pensamento autônomo em relação às visões políticas do mundo. Possui um viés, segundo Pires (2004), “*pré-político*” ou “*trans-político*”. Nessa perspectiva, podemos considerar as diferentes bandeiras partidárias que conduziram o leme do Estado brasileiro, desde Fernando Henrique, Lula, Dilma, Temer, até Bolsonaro, mas o caráter criminalizante, repressivo e encarcerador da política criminal pátria permaneceu incólume – retroalimentando a violência e banalizando a questão penal. Desse modo, os diversos grupos sociais no país, ainda que ideologicamente divergentes, tendem a reproduzir o mesmo discurso penal racionalizante.

Pode-se afirmar que as distinções políticas de esquerda/direita, ou ainda as distinções científicas de pensamento crítico/tradicional, não manifestam diferenças empíricas coerentes e significativas em matéria penal. Com efeito, há sistemas culturais de pensamento que não se apresentam como incompatíveis com uma consciência individual “de esquerda”, “progressista”, “crítica” ou simplesmente “humanista”. (PIRES, 2004, p. 46).

O modelo punitivo de se fazer justiça por parte das agências do sistema penal acaba gerando uma relação paradoxal com os direitos humanos. Estes são distorcidos e neutralizados perante o pensamento punitivo. Trata-se da pedra angular no modo pelo qual a instituição policial se relaciona com o mundo. Assim, a pena é justificada como instrumento de defesa dos direitos humanos e, por isso, tais direitos são duramente mitigados ao serem confrontados com determinados aspectos da realidade cotidiana e dogmática penal. “A racionalidade penal moderna é levada então a veicular vários enunciados teóricos visando conciliar uma política de austeridade com os temas da justiça e do humanismo”. (ÁLVARO PIRES, 2004, p. 46).



Pires (2004) trata dessa questão considerando, na ótica dessa racionalidade, uma cisão dos conceitos de ser humano e justiça. Assim, a noção de justiça seria a aplicação da pena proporcional ao delito cometido. O ideal de justiça é visto como a negação da própria impunidade, aquilo que contrariaria o verdadeiro humanismo: o cidadão “de bem”, a vítima, a própria humanidade considerada em abstrato.

Para a racionalidade penal moderna tudo se passa como se o direito penal não pudesse defender os direitos humanos e ao mesmo tempo devesse exprimi-los de forma positiva, concreta e imediata. Desse ponto de vista, os direitos humanos são em parte neutralizados como finalidades para a reforma do direito penal, pois é a este último que é designada a função de proteger os direitos humanos, ao passo que estes não devem "enfraquecer" sua própria proteção humanizando demasiadamente o direito penal. (ÁLVARO PIRES, 2004, p.47).

Nesse prisma, diante da visão distorcida de integrantes das agências policiais, diversas vezes ouvi de policiais com quem trabalhei: os direitos humanos atrapalham o cumprimento eficaz da atividade policial, que é pautado na lei e na ordem, bem como, os delinquentes não são passíveis de serem considerados detentores de direitos humanos. Tratativas que, em pleno século XXI, principalmente oriundo de um pensamento institucional, levam-nos para a Idade das Cavernas. Por óbvio, conforme apreendemos em Monjardet (2003), a atividade policial deve priorizar e defender os direitos humanos, que devem ser compreendidos como o fim a ser almejado e não como o calcanhar de Aquiles para aplicação da força policial coercitiva.

Entendemos que as críticas pontuadas por Pires (2004) se inserem nos preceitos da ideologia da defesa social, cujos princípios se confundem com a filosofia dominante na ciência jurídica, das escolas criminológicas clássica e positiva, e com o discurso do sistema penal e do senso comum – mas, como já dissemos, não se trata de um sistema homogêneo. Baratta (2011), por meio da criminologia crítica, buscou desconstruir essa estrutura enraizada no sistema penal ao demonstrar a sua contradição, desigualdade, fragmentariedade e seletividade.





Desse modo, os princípios da ideologia da defesa social são difundidos pelo discurso das agências oficiais do sistema penal, bem como, internalizados e reproduzidos pela sociedade, pelos meios de comunicação e demais instituições de controle social. O que Baratta (2001) propõe, a partir disso, é a desconstrução desse pensamento viciado - a partir das diversas áreas do saber humano e da consolidação de nova visão de mundo, de um olhar questionador e descontaminado em relação à questão criminal - por meio da criminologia crítica.

Cabe, assim, a partir dos ensinamentos de Baratta (2011), questionarmos a ideia de legitimidade e eficácia do sistema de justiça criminal, mais especificamente esse trabalho volta-se para a instituição policial, por ser a porta de entrada nessa retórica do combate à criminalidade (princípio da legitimidade) e promoção da segurança pública; também cabe indagar a funcionalidade do indivíduo vulnerável que é considerado criminoso aos olhos do sistema penal; se ele realmente é um elemento negativo e danoso para a sociedade (princípio do bem e do mal) e, nesse sentido, se os valores e normas desrespeitados representam as verdadeiras ofensas aos interesses fundamentais e à paz social (princípio do Interesse social ou do delito natural). Deve-se refletir sobre o discurso que retrata a aplicação da lei penal como imparcial (princípio da igualdade), sendo a reação punitiva um meio eficaz e imprescindível na prevenção da criminalidade (princípio da finalidade ou prevenção).

## **2.2 O papel do inimigo no sistema penal**

Podemos destacar no discurso do sistema de justiça criminal e de seus agentes públicos a busca pela reafirmação do papel legitimante de suas instituições, atribuído pela sociedade, assim como, a ênfase na relevância da reação punitiva, a fim de combater a criminalidade e proteger os valores e as normas dessa estrutura social. Nesse sentido, quando analisarmos a concepção da atividade policial e os processos de formação dos seus atores, contataremos que eles são intrinsecamente associados



ao uso legítimo da força, enquanto propriedade exclusiva atribuída ao aparelho estatal.

Baratta (2011) desconstrói a legitimidade, presente na ideologia da defesa social, apontando-nos a teoria psicanalítica da criminologia. Nesse sentido, todos os indivíduos possuem dentro de si um instinto delinquente que é reprimido e acompanhado do sentimento de culpa – sendo a superação dessas fronteiras e a externalização dos impulsos o comportamento criminoso suscetível de punição. Assim, a reação penal se sustenta na identificação dos membros da sociedade com o comportamento criminoso e na necessidade de reforço do superego - por meio dos órgãos de controle social, como a igreja, a escola e a polícia

- para não desencadear o efeito cascata de ações semelhantes ao indivíduo que conseguiu superar os limites da cogitação.

Outra vertente da teoria psicanalítica da criminologia apontada por Baratta (2011), por meio das contribuições de Alexander e Staub, encontra-se na inversão da lógica anterior. Assim, o indivíduo passa a se identificar com a sociedade punitiva e com a atuação do sistema penal – observando a pena aflitiva dos infratores como uma recompensa pelo esforço inibitório de seus impulsos violentos. “A pena adquire assim também um significado de recompensa pela renúncia ao sadismo”. (BARATTA, 2011, p. 54).

Há ainda, por parte de Alexander e Staub (apud Baratta, 2011), a partir da lógica psicanalítica, uma crítica aos operadores do sistema de justiça criminal. Estes, por possuírem os instintos violentos presente nos demais indivíduos que violaram as normas, utilizam-se do aparato estatal e do exercício rigoroso e abusivo da reação punitiva para satisfazerem as suas “tendências antissociais não suficientemente reprimidas.” (BARATTA, 2011, p. 53).

Nesse sentido, acredito que os meios de comunicação social desempenham um papel estratégico na exposição do espetáculo da violência – desenhado em detalhes narrativos bem cinematográficos. A demasiada exposição da tragédia e do



sofrimento gera, inicialmente, um sentimento de curiosidade e indignação nos indivíduos, que se identificam com a necessidade punitiva das autoridades e abraçam a retórica: fazer justiça a todo custo.

Posteriormente, os excessos de conteúdo sanguinário da violência e de repressão das cruzadas contra a criminalidade desenvolvem naquele indivíduo certo grau de apatia. Cria-se o sentimento de indiferença diante da dor dos outros, questão bem diagnosticada por Sontag (2003), e que, a nosso ver, também está associado ao modo como os policiais lidam com a rotina de policiamento, além dos valores culturalmente apreendidos e desenvolvidos no curso de formação. Portanto, parte de uma consciência coletiva de grupo, muito mais do que a simples identificação natural do sujeito pela transgressão, aquilo que direciona o policial a se aprofundar na carreira militar.

Em contato com diversos policiais no meu trabalho como agente de trânsito, aquilo que eles mais se identificam como válvula propulsora para ingressarem no cargo está mais associado a necessidade financeira e a estabilidade do concurso público, no caso brasileiro, do que propriamente um meio de extravasar a sua agressividade reprimida. Quase que em absoluto, por outro lado, percebi que os policiais possuem inclinação para uma moral conservadora e autoritária da nossa sociedade, com todos os estereótipos que o sistema de justiça criminal carrega consigo. Esses valores estanques tendem a se intensificar quando aceitos pela instituição, como veremos depois, e cria-se uma relação de interesse, de integração e cumplicidade da atividade policial, ainda que internamente não seja tão homogênea quanto buscam transparecer.

Embora seja verdade que pessoas cuja natureza se inclina a enxergar os problemas morais e legais apenas em preto e branco tendam, com maior frequência do que as outras a escolher o trabalho policial como uma vocação, é importante enfatizar que a necessidade de desconsiderar a complexidade desses problemas é construída estruturalmente na ocupação policial em si. (MONJARDET, 2003, p. 101)



Em continuidade ao “modelo de explicação psicanalítica da reação punitiva”, compreende Baratta (2011) que a pena não é suficiente para atender as pretensões sociais, faz-se necessário que haja, para um repouso mais humano e tranquilo sobre o travesseiro plumoso, a projeção da culpa e das nossas tendências agressivas por meio de um elemento externo a nós mesmos. Nesse ponto, a sociedade requer a figura do criminoso estereotipado, extraído dos grupos sociais mais vulneráveis, para refletir todas as ameaças e males existentes. Mostra-se mais reconfortante e expurgador o sacrifício do objeto de transferência do comportamento criminoso. Define-se, assim, o papel do indivíduo estereotipado: o bode expiatório.

Portanto, entendemos que os preceitos de direito penal e o sistema de justiça criminal não somente refletem a seletividade da realidade penal e suas desigualdades sociais, como atuam proativamente nos fenômenos criadores e reprodutores dessa realidade. Assim, um indivíduo criminalizado que, num contexto de vulnerabilidade, é selecionado pela força coercitiva da polícia e condenado pelo furto de galinhas - integrará a espiral de violência e isolamento do sistema de justiça criminal, que se projeta externamente; esse sujeito se tornará um assassino, um latrocida em potencial. Desse modo, justifica-se a atuação seletiva do sistema, legitimando-se as próprias relações de desigualdade e as condições de desvantagens dos grupos sociais criminalizados. O inimigo construído pelo discurso penal se torna funcional para sustentar o sistema, a lógica e a própria existência de seus algozes.

Em primeiro lugar, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Incidindo negativamente sobretudo no status social dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, ela age de modo a impedir sua ascensão social. Em segundo lugar, e esta é uma das funções simbólicas da pena, a punição de certos comportamentos ilegais serve para cobrir um número mais amplo de comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização. Desse modo, a aplicação seletiva do direito penal tem como resultado colateral a cobertura ideológica desta mesma seletividade. (BARATTA, 2011, p. 166)



Além da existência do bode expiatório, aponta Zaffaroni (2012), é necessário propalar, a fim de legitimar a criminalização e eliminação desses sujeitos, o permanente sentimento de pânico, de medo e de temor social, cuja responsabilidade é atribuída exclusivamente ao sujeito estereotipado. Nesse contexto, a própria concepção de proteção e segurança pública tende a ser distorcida para tais propósitos.

Os estudos sociológicos do desvio de Becker (2008) e as considerações sobre a criminologia midiática desenvolvida por Zaffaroni (2012) podem contribuir para o entendimento dos processos de criminalização e construção dos estereótipos – recrudescendo a funcionalidade do inimigo e incentivando a busca pela punição, enquanto fim em si mesmo, ignorando os valores fundamentais e humanos. Podemos, assim, desconstruir os aspectos ideológicos da igualdade, justiça e imparcialidade presentes na retórica justificadora do Sistema – em que tomaremos como pauta a atividade policial – para trazer à tona as mazelas que são forjadas na formação dos agentes.

### **2.3 A desumanização da prática penal e o recrudescimento da produção de estereótipos**

Narciso, na mitologia grega, era tão belo que os próprios oráculos alertaram para que ele jamais olhasse a sua imagem, sob pena de ter a vida amaldiçoada, o que de fato ocorreu. Após o personagem contemplar os seus traços nas margens de um lago, refletindo todo complexo de arrogância, vaidade e egoísmo, ele caiu em razão da sua própria tragédia. Assim é o sistema de justiça criminal que, diante do espelho de suas atrocidades, segundo Baratta (2011), conserva e reproduz a realidade social mais submersa.

A seleção de determinados grupos de indivíduos para serem subjugados pela aplicação da pena aflitiva, conforme Zaffaroni (2012), é um processo comum na estruturação do poder estatal de sociedade. Trata-se dos processos de criminalização primário e secundário. Aquela se refere ao aspecto legislativo, à construção de uma



norma penal que passa a incriminar determinadas condutas e a estabelecer a sanção penal para aqueles que as infringem.

Subsequente a etapa da criminalização primária (elaboração de lei penal), tem-se o processo da criminalização secundária que consiste no processo de persecução penal por parte das agências estatais, a fim de identificar, processar, punir e executar as sanções penais daqueles que foram definidos como transgressores da lei penal. Assim, constata Zaffaroni (2012), a criminalização secundária é uma “ação punitiva exercida sobre pessoas concretas” que supostamente violaram a norma penal, cuja função é incumbida aos agentes do sistema de justiça criminal: policiais, promotores, juízes e agentes penitenciários. Estes, por sua vez, em razão das impossibilidades operacionais, são forçados, para não cair em desuso, a agir seletivamente.

Analisando os processos seletivos, que constata as desigualdades do sistema, percebe-se que, conforme Zaffaroni (2012) e Baratta (2011), a seletividade criminalizante e a fragmentariedade da legislação penal se materializa e fortalece no sistema de justiça criminal, em especial, no âmbito das agências policiais. Nesse sentido, as barreiras operacionais das instituições policiais em solucionar todas as questões criminais impostas na legislação penal, bem como todo o processo de assimilação ideológica pelo sistema penal e a construção do modelo estereotipado da delinquência, a fim de justificar a sua própria funcionalidade e existência institucional, condicionam a atenção seletiva e punitiva das forças de segurança pública para os grupos mais vulneráveis.

A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais vulneráveis à criminalização secundária porque: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem



suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se auto-realiza). (ZAFFARONI, 2012, p. 47).

Analisando os mecanismos de atuação do direito penal que configuram os processos de criminalização, Baratta (2011) e Zaffaroni (2012) desconstruem a retórica da igualdade e da imparcialidade, tecendo uma crítica ao sistema de justiça criminal. Nesse sentido, contraditando a ideologia da defesa social, o direito penal é, por excelência, instrumento de desigualdade. Ele não sombreia igualmente a todos, mas distribui desigualmente, entre os grupos sociais, o status de criminoso.

O caráter fragmentário da legislação penal consiste em proteger os interesses das classes privilegiadas, segundo Baratta (2011), e criminalizar comportamentos considerados próprios das classes vulneráveis. O autor reforça a ideia de que o processo seletivo e fragmentário do sistema de justiça criminal se mostra mais acentuado na criminalização secundária. Assim, a seleção dos indivíduos estigmatizados e perseguidos como criminosos está relacionada a posição ocupada por eles na escala social.

As maiores chances de ser selecionado para fazer parte da ‘população criminosa’ aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positiva e em boa parte da criminologia liberal contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o status de criminoso é atribuído. (BARATTA, 2011, p. 165).

Assim como Baratta (2011), Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011) entendem que os países onde a estratificação social é mais acentuada, levando a uma extrema desigualdade social na distribuição das riquezas, são também aqueles onde a seletividade é mais intensa. Nesses países, a atuação das agências de criminalização secundária, como a polícia, acaba se mostrando mais violenta e abusiva –



independentemente da danosidade do comportamento delitivo, mas está pautada na discriminação social e estigmatização dos grupos minoritários.

Em síntese: a imensa disparidade entre o programa de criminalização primária e suas possibilidades de realização como criminalização secundária obriga a segunda a uma seleção que, em regra, recais sobre fracassadas reiterações de empreendimentos ilícitos que insistem em seus fracassos, através dos papéis que o próprio poder punitivo lhes atribui ao reforçar sua associação com as características de certas pessoas mediante o estereótipo seletivo. (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, 2011, p. 51).

Nesse ponto, cabe reforçar a importância de estudarmos os mecanismos de estruturação e operação da atividade policial – na medida em que essa instituição se coloca como o alicerce da criminalização secundária. Ela tem o poder discricionário de destacar na realidade fática, em meio ao oceano imenso de violações normativas, quais são os indivíduos e os delitos recortados e submetidos ao sistema de justiça. Portanto, a polícia é, conforme Zaffaroni (2011), a ponta de lança da criminalização secundária, pois está em contato direto com a comunidade. Nessas circunstâncias, torna-se mais perceptível as investidas de discriminação, de violência e desrespeito às garantias constitucionais por parte de seus integrantes.

A partir da lógica seletiva e fragmentária desse sistema criminal, podemos considerar que as suas instituições não só enfrentam superficialmente a questão da violência estrutural, como também atuam no sentido de promover as injustiças sociais. Em todas as formas de violência estrutural, segundo Baratta (1993), haverá sempre a repressão das necessidades reais do homem, consistindo na violação e repressão dos direitos humanos.

[...] injustiça social é sinônimo de violência estruturada. Se usamos esta definição podemos sustentar que violência estrutural é a repressão das necessidades reais e, portanto, dos direitos humanos no seu conteúdo histórico-social. A violência estrutural é uma das formas de violência; é a forma geral da violência em cujo contexto costuma originar-se, direta ou indiretamente, todas as outras formas de violência. (BARATTA, 1993, p. 47)





A injustiça social pode ser manifestar de diferentes maneiras: violência individual, violência de grupos, violência internacional, violência institucional. Esta remete a atuação dos órgãos estatais da justiça criminal, seja nos parâmetros da norma ou da ilegalidade, como as agências policiais. Baratta (1993) entende que apenas parcela da violência estruturada, a individual, é enfrentada pelo sistema de justiça criminal – ainda que minimamente. As demais injustiças são ignoradas e, quando não, como no caso das violências institucional e de grupo, são considerados apenas as condutas individuais dos agentes – ignorando-se o contexto de conflito social, algo mais amplo, no qual eles se inserem.

Podemos concluir que, dentro dessa atual estrutura, a resposta penal não é efetiva, mas essencialmente simbólica – em que essas agências – impulsionadas por empreendedores morais (mídia, opinião pública, agentes políticos e grupos religiosos) - vendem uma realidade ilusória do sistema de justiça criminal. Assim, a função declarada não condiz com a função realmente desempenhada. A atuação do sistema de justiça criminal retroalimenta as desigualdades e injustiças sociais (violência estruturada); situações que são legitimadas pelo discurso da racionalidade penal moderna e pela ideologia da defesa social.

O nosso sistema de justiça criminal é simbólico, pontua Baratta (1993), porque é incapaz de agir preventivamente nos conflitos sociais, mas, somente atua de modo reativo nos efeitos da infração penal – quando os danos são irreparáveis. O controle penal está sempre a um passo atrás dos fatos ocorridos, restando apenas a oferta da resposta simbólica, que ocorre tardiamente, por meio da violência institucional, como uma forma de vingança e compensação precária em razão das condutas lesivas já praticadas. Além disso, o autor considera todas as etapas da persecução penal mera representação da realidade, já defasada em relação ao delito, uma “ficção da identidade do sujeito”. (BARATTA, 1993, p. 50-51).

Esse contexto de violência institucional se fortalece na medida em que a criminologia midiática, apresentada em Zaffaroni (2012), constrói toda a sua narrativa



distorcida da realidade pautada no estereótipo do criminoso, com todos os seus aspectos sociais, econômicos, raciais, étnicos, nacionais, culturais e de gênero dos grupos em situação de vulnerabilidade. Assim, a verdade velada é que, para combater o inimigo na guerra contra o crime, o sistema de justiça criminal deve apresentar todas as suas armas para se chegar a um precioso empenho repressivo – pouco importando as consequências disso tudo, desde que elas não sejam expostas.

A criminologia midiática, portanto, acalenta o sentimento coletivo para a vingança punitiva contra o bode expiatório e incita o exercício repressivo e arbitrário das agências da justiça criminal. Para isso, cria-se uma realidade maniqueísta e sitiada num constante estado de guerra e pânico – cujos únicos responsáveis são os marginais estereotipados, pouco importando se cometeram algum delito, em especial, os jovens negros, pobres e estropiados são considerados responsáveis pela desordem e, em questão de tempo, incorrerão (se já não ingressaram) na criminalidade que nos aterroriza.

A imagem bélica do poder punitivo implica: a) aumentar os níveis de antagonismo nos estratos sociais inferiores; b) impedir ou dificultar a coalizão ou o acordo no interior desses estratos; c) aumentar a distância e a incomunicabilidade entre os diversos estratos sociais; d) potencializar os medos (espaços paranoicos), as desconfianças e os preconceitos; e) desvalorizar as atitudes e discursos de respeito pela vida e pela dignidade humana; f) dificultar as tentativas de encontrar caminhos alternativos para a solução de conflitos; g) desacreditar os discursos limitadores da violência; h) apresentar os críticos do abuso de poder como coniventes ou aliados dos delinquentes; i) habilitar, no que concerne a esses críticos, a mesma violência concernente aos delinquentes. (BATISTA, ZAFFARONI, ALAGIA, e SLOKAR, 2011, p. 59).

O discurso da criminologia midiática é campo fértil para a existência do Estado autoritário que, desenvolvendo-se pelo crime e pelo medo, buscando controlar todas as esferas da vida política e socioeconômica. Nessa atmosfera, as instituições policiais se fortalecem e se autonomizam com o discurso ideológico de



promoção da segurança e da paz social. Porém, o que ocorre na realidade são abusos de poder e violência estruturada.

Como temos vistos nos últimos motins de policiais no Brasil, que chutaram os baldes da legalidade para o espaço, assumindo verdadeiras condutas criminosas, os agentes promotores da segurança pública estão, cada vez mais, desacreditados em relação ao Estado de Direito, o qual sofre um processo de deterioração e perda de autonomia que beira ao caos. O pior disso tudo, mediante diversos aplausos de espectadores alienados.

O fortalecimento policial reforça a autonomização das corporações policiais o que se traduz em arbitrariedade, participação da própria autoridade preventiva na perpetração dos delitos, aumento da chamada criminalidade organizada, perda do controle governamental, ineficácia crescente na prevenção de delitos graves, eliminação física dos competidores, corrupção das autoridades políticas, tolerância burocrática judicial ou corrupção direta, debilitação ou supressão de todos os controles democráticos etc. (ZAFFARONI, 2012, p. 326).

Adotamos essa linha de raciocínio que, segundo Zaffaroni (2012), retrata a política do espetáculo, pautada nos discursos midiáticos - em especial, podemos considerar, os televisivos, os das mídias sociais e da internet - nos quais os atores políticos e os agentes da justiça criminal se prendem aos parâmetros estabelecidos pelos próprios meios de comunicação e ficam adstritos a representação do personagem, com falas roteirizadas sobre a questão criminal, a segurança pública e a “causalidade mágica”.

Nessa simbiose, os empreendedores morais buscam, por meio da presença artificial de especialistas criminais, vestir-se de um discurso raso e justificar a realidade fabricada com a roupagem científica. Normalmente, utiliza-se de operadores do sistema penal (policiais, delegados, promotores, juízes, peritos,) quando se propõe abordar questões relacionadas à ciência penal, ao direito processual, à criminologia, às políticas criminais e às próprias instituições de segurança pública ou a um fato curioso de violência cotidiana. Não é raro, muitos



desses atores do sistema penal procurarem a mídia como meio de ascensão pessoal e política.

Essas autoridades acabam retroalimentando, de acordo com Zaffaroni (2012), as técnicas *völkisch*, próprias do discurso midiático, pois se limitam a falar do trivial, das suas experiências habituais relacionadas aos estereótipos da criminalidade, ou seja, aquela realidade já alimentada e construída pelo discurso midiático, mas que agora, com a presença do especialista, perante a audiência desqualificada, confere-lhe uma áurea de cientificidade, mas, sem os elementos metodológicos e empíricos necessário para abordar aquela problemática. Somente abordam questões óbvias, tratadas como verdades acríicas e absolutas, relacionadas às suas atividades, à “realidade construída”. (ZAFFARONI, 2012, p. 339).

Podemos estabelecer, desse modo, que a criminologia midiática também direciona os processos de seleção criminalizante. Assim, o poder dos meios de comunicação, na prática, acaba reduzindo o Estado de direito, impondo quais comportamentos reprováveis devem ser dignos de atenção do poder político e das agências do sistema penal. Ela “debilita o poder político em função da autonomização das corporações policiais e da antipolítica, e também decide, com suas campanhas, a própria seleção criminalizante.” (ZAFFARONI, 2012, p. 322) A influência seletiva dos processos de criminalização por parte dos meios de comunicação se dá a partir da narrativa que ela constrói e nos apresenta, travestida de clamor popular e de pautas reivindicatórias da sociedade. Desse modo, concordamos com Zaffaroni (2012) que os comunicadores sociais estão entre os empreendedores morais da atualidade. Sendo as agências policiais e os demais integrantes da justiça criminal os impositores. Podemos contextualizar os empresários morais a partir dos comunicadores sociais em busca de audiência; do político em busca de admiradores; dos grupos religiosos querendo notoriedade e reafirmação dos seus valores sagrados; das organizações sociais na defesa das minorias; dos chefes de polícia desejando reconhecimento e poder. Esses elementos interferem na atividade policial,



nas estratégias e respostas em relação aos diversos tipos de infração penal.

A reivindicação contra a impunidade dos homicidas, dos estupradores, dos ladrões e dos meninos de rua, dos usuários de drogas etc., não se resolve nunca com a respectiva punição de fato, mas sim com urgentes medidas punitivas que atenuam as reclamações na comunicação ou permitem que o tempo lhes retire a centralidade comunicativa. (BATISTA, ZAFFARONI, ALAGIA e SLOKAR, 2011, p. 45).

Um exemplo clássico sobre o papel dos meios de comunicação na agenda criminal pode ser retratado por meio das campanhas midiáticas de comoção popular, na década de 1990, em razão do homicídio da atriz Daniella Perez, da emissora Rede Globo. O episódio gerou um forte apelo popular e contribuiu para a inclusão do homicídio qualificado na Lei de Crimes Hediondos em 1994. Nesse caso, podemos visualizar como a mídia influencia as agências de justiça criminal e as tomadas de decisão dos agentes políticos na área da segurança pública. (ELUF, 2007, p. 86)

Nesse sentido, Porto (2009) nos ensina que diversas políticas públicas de segurança são impostas pelos meios de comunicação, a partir da representação distorcida de conteúdos pré- selecionados e repassados a sociedade, impondo uma atuação imediata dos gestores públicos. Tais políticas criminais guiadas pela representação midiática carecem de efetividade, pois, rapidamente caem no abismo do esquecimento jornalístico. A crítica da autora repousa na necessidade de romper com essa estrutura leviana dos empreendedores midiáticos, buscando soluções mais consistentes e estruturais para as políticas criminais

Os empreendedores morais são aqueles grupos de atores sociais que, a partir da posição social privilegiada em que se encontram, investem em uma verdadeira cruzada moral a fim de estabelecer as regras oriundas de seus interesses e iniciativas. Becker (2008) também nos traz a figura dos reformadores cruzados que, ápice do empreendedor moral, estão mais preocupados com os fins do que com os meios de impor as suas regras. Nesse sentido, o que importa para o cruzado, segundo Becker (2008), é o resultado, ou seja, os efeitos da lei em relação a sua luta moral.



O resultado positivo do reformador cruzado é a configuração de um novo conjunto de regras, o que também resulta em novos funcionários e agências de imposição dessas regras. Há, assim, a institucionalização da cruzada moral, cujo reflexo final, aponta Becker (2008), é o surgimento da força policial. Esta, incluída na categoria de impositores das regras, movimentou-se por meio de outros sentimentos e interesses que não se coadunam com os valores defendidos pelos empreendedores morais.

Embora alguns policiais tenham sem dúvida uma espécie de interesse missionário em reprimir o mal, é provavelmente muito mais típico que o policial disponha de certa visão neutra e objetiva de seu trabalho. Ele está muito menos preocupado com o conteúdo de qualquer regra particular que com o fato de que é seu trabalho impor a regra. Quando as regras são alteradas, ele pune o que antes era comportamento aceitável, assim como deixa de punir o comportamento que foi legitimado por uma mudança nas regras. (BECKER, 2008, p. 161).

Desse modo, a imposição da regra justifica o modo de vida do agente impositor por meio de dois interesses traçados por Becker (2008): a) justificativa da sua posição de impositor, da razão pela qual seu trabalho existe; b) busca pelo respeito, pelo reconhecimento dos demais atores. A instituição policial, enquanto impositora de regras, deve valorizar a sua função de duas maneiras: ao mesmo tempo em que demonstra agir eficazmente na imposição das regras, emoldura a sua imprescindibilidade por meio da ênfase nas infrações recorrentes. Assim, evita-se o ostracismo político e social da atividade policial.

Os impositores possuem, segundo Becker (2008), uma visão pessimista da natureza humana e, por esse motivo, entendem que os indivíduos estereotipados são criminosos em potencial. Da mesma maneira, os já caídos na delinquência nunca conseguirão se regenerar, pois “as características da natureza humana é que levam as pessoas para o mal”. Essa visão em relação aos outsiders, ratifica-se a partir da experiência diária dos agentes impositores, percebendo que o problema da criminalidade, por mais que eles se diligenciem, é persistente. Nesse sentido, os



impositores tendem a não acreditar nas tentativas de transformação, de reforma dos infratores. (BECKER, 2008, p. 162).

Além da visão cética, reforçada pela experiência diária dos impositores, estes tendem a agir condicionados por uma incessante busca de autoafirmação e respeito – que são elementos capazes de influenciar o comportamento dos impositores da regra, de tal modo, que essa necessidade de impor a sua autoridade leva os agentes a justificarem os seus comportamentos abusivos e violentos em relação aos sujeitos tratados como outsiders. O uso da violência como meio, ainda que ilegal, de consecução da ordem e do respeito é comum na atividade policial.

Da mesma maneira, um impositor de regras provavelmente acredita ser necessário que as pessoas com quem lida o respeitem. Se não o fizerem, será muito difícil realizar seu trabalho; seu sentimento de segurança no trabalho será perdido. Portanto, boa parte da atividade de imposição é dedicada não à imposição efetiva de regras, mas à imposição de respeito às pessoas com quem o impositor lida. Isso significa que uma pessoa pode ser rotulada de desviante não porque realmente infringiu uma regra, mas porque mostrou desrespeito pelo impositor da regra. (BECKER, 2008, p. 163).

Becker (2008) cita, ainda, a capacidade de ponderação que os agentes impositores de regras se revestem em relação à quantidade de infrações que existem. Nesse sentido, a ausência de fervor moral sobre o conteúdo das regras faz como que tais impositores estabeleçam prioridades de atuação. Esse *modus operandi* está relacionado às questões particulares do trabalho, bem como, à falta de recursos necessários e à percepção de que não podem fazer todo o serviço diante quantidade de infrações que ocorrem corriqueiramente. Esse pensamento é coerente com aquele utilizado por Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011) para desenvolverem a seletividade do sistema de justiça criminal.

Como não tem interesse no conteúdo de regras particulares propriamente ditas, os impositores de regras muitas vezes desenvolvem sua própria avaliação privada da importância dos vários tipos de regras e infrações. Esse conjunto de prioridades pode diferir consideravelmente daquelas esposadas pelo público geral. Por exemplo, usuários de drogas acreditam, de modo típico (e alguns policiais me confirmaram isso



pessoalmente) que a polícia não considera o uso da maconha um problema tão importante ou uma prática tão perigosa quanto o uso de drogas opiáceas. (BECKER, 2008, p. 165).

Em suma, aplicando as regras e estabelecendo os outsiders de modo seletivo, podemos contextualizar a atividade policial a partir de critérios como: a) necessidade de justificar e demonstrar a sua posição, a relevância do seu trabalho; e as influências da formação e cultura policial na construção do inimigo; b) necessidade de impor respeito e demonstrar a sua autoridade, na medida em que o “suspeito” reage a abordagem do policial; c) presença de elementos intermediários que possam afetar a imposição de regras e, assim, evitar a punição;

d) juízos de valor e atuação discricionária da polícia, que definem os critérios de prioridade e importância dos delitos a serem reprimidos, contrariando, inclusive, as diretrizes políticas e institucionais.

O poder das instituições policiais não se esgota no processo criminalizante e seletivo do sistema penal – que corresponde a uma pequena parcela do controle social que essas agências exercem – isso porque o número de pessoas selecionadas é pequeno em relação à totalidade da população. O que realmente impacta no âmbito de atuação das agências policiais, segundo Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011), é o que eles definem como “controle configurador positivo da vida social”. Segundo esses autores, as agências policiais não se destacam em razão da atuação exclusivamente punitiva do delito, mas pelo poder de domínio e interferência na vida das pessoas – muitas vezes – por meio de ações arbitrárias e excessivas.

[...] tudo sob o argumento de prevenir e vigiar para a segurança ou investigação com vistas à criminalização -, constituindo um conjunto de atribuições que podem ser exercidas de um modo tão arbitrário quanto desregrado e que proporcionam um poder muitíssimo maior e enormemente mais significativo que o da reduzida criminalização secundária. Sem dúvida, este poder configurador positivo é o verdadeiro poder político do sistema penal. O que interessa politicamente são as formas capilarizadas e invasivas pelas quais as agências policiais exercem seu poder, e não, por certo, a prevenção e o castigo do delito. (BATISTA, ZAFFARONI, ALAGIA, e SLOKAR, 2011, p. 52).





Segundo Zaffaroni (2012), a criminologia midiática contribui para a legitimação do controle configurador positivo ocultando da sociedade que, na promoção da ideologia da defesa social, temos a intensificação do controle estatal, com os aparatos sofisticados e os primitivos, e a redução dos espaços de liberdade social. Assim, a mesma sociedade que reivindica a proteção do Estado contra os criminalizados, com o pretexto de proteção, é controlada e vigiada intensamente. Cabe considerar que esse poder configurador positivo, segundo Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011), estendem-se a todas as instituições do poder executivo formalmente constituídas pelo poder polícia.

Podemos constatar que os discursos midiáticos, do sistema de justiça criminal, da polícia correspondem a nossa realidade social, que desde a iniciação dos seus membros, constrói-se por meio de mecanismos de discriminação, manutenção dos estratos sociais e formação de grupos marginalizados, que são desumanizados pela sociedade e pelo sistema penal. Assim, é comum ouvirmos de um policial que, como presenciou Castro (2011) na sua pesquisa etnográfica, um cidadão negro, de chinelo e bermuda, pilotando uma motocicleta na periferia da cidade, não é cidadão digno de ter os seus direitos respeitados, mas somente um “peba” suspeito, um criminoso em potencial desde a sua existência.

Podemos dizer que os preconceitos e desigualdades sociais estão presentes no nosso sistema educacional, do ensino fundamental até o superior, contribuindo para a formação e conservação dos estereótipos a partir de instrumentos seletivos e excludentes. Baratta (2011) nos remete a existência de pesquisas nas sociedades capitalista, as quais concluem que aqueles que estão na parte superior da pirâmide social são submetidos as “sanções positiva”, ou seja, acesso aos níveis mais qualificados de instrução. Em contrapartida, são ofertadas “sanções negativas” aos jovens oriundos das camadas pobres - como reprovações disciplinares recorrentes, escolas desestruturadas e abandonadas pelo poder público, expulsões e evasões.



O autor chama a atenção para um aspecto potencializador dos efeitos negativos da instituição educacional: a maneira como a comunidade escolar e a sociedade lidam com os jovens marginalizados ocorre por meio do distanciamento social, da rejeição, da transferência do mal e da culpa para eles, bem como, a existência de outras reações negativas não institucionais. “Por isso, encontramos no sistema penal, em face dos indivíduos provenientes dos estratos sociais mais fracos, os mesmos mecanismos de discriminação presentes no sistema escolar”. (BARATTA, 2011, p. 175)

A criminalidade, portanto, no âmbito da atual sociologia criminal desenhada por Baratta (2011), não é um dado preexistente, facilmente constatado nas estatísticas oficiais, mas sim uma realidade socialmente constituída. Nesse ponto, as agências oficiais contribuem para definição dessa realidade por meio da “percepção seletiva dos fenômenos” que se evidencia no “*recrutamento*” da população selecionada criminalmente.

Entretanto, para se definir socialmente um grupo como representante da população criminosa é necessário que os indivíduos assumam esse status social, tomando para si a identidade criminosa, agindo para se consolidar na carreira criminosa. Essa assunção do papel de criminoso, muitas vezes, constitui-se por meio dos efeitos da pena sobre a identidade social dos sujeitos desviantes – gerando reações institucionais e não institucionais, como a exclusão social e a falta de solidariedade, que impulsionam o sujeito estigmatizado para os caminhos da delinquência secundária. (BARATTA, 2011, p.180)

Nesse sentido, Becker (2008) nos traz que, a partir do modelo sequencial do desvio, o momento crucial na formação da carreira criminosa se dá no instante em que o indivíduo rotulado como desviante é exposto publicamente como tal. Basta um delito cometido pelo sujeito vulnerável ao etiquetamento. A partir daí, surgem consequências negativas para a “participação social mais ampla e a autoimagem do indivíduo”. Trata-se do nascimento de novo status social; considera-se aquele



indivíduo, não como ser humano, mas, por meio da identidade delinquente - *outsider*. Ele é definido como pária não somente pelo ato infracional cometido isoladamente, mas em razão de todos os aspectos pessoais e sociais de sua vida

Presume-se que um homem condenado por arrombamento, e por isso rotulado de criminoso, seja alguém que irá assaltar outras casas; a polícia, ao recolher delinquentes conhecidos para investigação após um crime, opera com base nessa premissa. Além disso, considera-se provável que ele cometa também outros tipos de crime, porque se revelou uma pessoa sem 'respeito pela lei'. Assim, a detenção por um ato desviante expõe uma pessoa à probabilidade de vir a ser encarada como desviante ou indesejável em outros aspectos. (BECKER, 2008, p.43)

Assim, no momento em que o indivíduo é etiquetado como desviante, o rótulo passa a ser elemento inalienável em relação a todos os outros potenciais de vida e necessidades reais que o definem enquanto ser humano. “A identificação desviante torna-se dominante”. Desse modo, tem-se um processo de estigmatização da pessoa. A sociedade e os “grupos convencionais” passam a reagir de modo a isolar e a discriminar o *outsider*, que passa a ser moldado, inclusive na própria percepção de si, segundo essa identidade que lhe foi atribuída. A etapa final para a consolidação da carreira desviante, segundo Becker (2008), ocorre com a entrada do indivíduo nos grupos desviantes organizados, razão pela qual gera um efeito revelador em relação à auto percepção do sujeito. Momento em que ele, observando a sua volta, depara-se exclusivamente com os integrantes do seu grupo de excluídos, cuja sensação de pertencimento o envolve, neutraliza os discursos contrários e ratifica os ideais transgressores. (BECKER, 2008, p. 43-47).

Essa mesma perspectiva apresentada por Becker (2008) em relação aos processos de etiquetamento e consolidação das carreiras criminosas também pode ser utilizada para compreendermos os processos de policização e os desafios da carreira policial. Assim, a instituição policial que, como já colocamos, está na linha frontal dos processos de seleção e repressão do sistema de justiça criminal, mas que é interpretada – do modo semelhante aos outsiders que ela reprime – com indiferença



e discriminação. Assim como Becker (2008) aponta os processos de seletividade e criminalização de *outsiders*, podemos considerar a existência, a partir da perspectiva social, de uma estigmatização da atividade policial que também repercute nos processos institucionais seletivos e formadores desses policiais que ratificam o *habitus* castrense, refletindo na interação discricionária e repressiva desses atores com a sociedade e os Direitos Humanos.

Portanto, será pertinente, nesse momento, discutirmos os conceitos, a origem e a legitimidade da atuação policial no combate à criminalidade; qual a percepção dos policiais em relação aos indivíduos considerados suspeitos e criminosos. Buscaremos, ainda, refletir sobre o discurso institucional e os interesses particulares dos atores sociais envolvidos. Demonstraremos que a reação seletiva e repressora da nossa polícia não corresponde a um meio eficiente no combate à criminalidade, levando a degradação dos Direitos Humanos e a própria alienação dos policiais. Nesse sentido, discutiremos a maneira pela qual se estrutura a atividade policial, os processos de formação, os valores e a cultura castrense, os aspectos possíveis da profissionalização da carreira. Enfim, buscaremos desvendar o verdadeiro papel da polícia em uma sociedade democrática.

### **3 SEMANA ZERO: FORMAÇÃO DA IDENTIDADE POLICIAL NO BRASIL.**

A *Semana Zero*, conforme nos ensina Castro (2011), em sua pesquisa etnográfica sobre o curso de formação do Batalhão de Operações Especiais da PMDF, define o primeiro contato entre alunos e instrutores durante o treinamento policial. Trata-se do período de maior exigência física e psicológica dos iniciados, que são levados ao extremo da condição humana. Além de consistir em estratégia seletiva daqueles que demonstram maior preparo físico, mental e resiliência, configura-se como processo deliberado de construção do *habitus* castrense – que será reforçado durante toda a carreira policial e acarretará diversas consequências na vida do indivíduo – personificando a figura do guerreiro.



Assim como a Semana Zero representa a entrada do indivíduo nesse *campo* específico do sistema de justiça criminal, a instituição policial tem percorrido uma trajetória determinada por sua origem histórica, cujos reflexos repercutem nos dias atuais, no modo como a atividade de policiamento é direcionada para interesses distintos do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Humanos.

Desse modo, Bretas e Rosemberg (2013) apontam os primeiros traços da atividade de policiamento, ainda que desprovida de especialização, durante o período colonial, por meio de forças militares que atuavam nas regiões urbanas, em especial no controle das estradas e nas questões de resistência e fuga de pessoas escravizadas. A atuação coercitiva desses agentes era respaldada normativamente a partir de condutas consideradas criminosas, previstas nas Ordenações Filipinas, cuja perversidade das penas variavam: confisco, banimento, açoitadas (violência física), enforcamento e esquartejamentos (pena de morte).

Entretanto, o surgimento e a institucionalização da polícia brasileira ocorreram com a chegada da família real portuguesa no Brasil, no período de 1808. É nesse momento que são criados os primeiros organismos públicos que carregam consigo a concepção de polícia: a Intendência Geral de Polícia (1808) e a Guarda Real de Polícia (1809).

Nesse momento, a ideia de polícia comporta uma visão muito mais ampla de gestão da ordem, envolvendo tarefas que mais tarde vão ser atribuídas a outros órgãos do Estado. A Intendência de Polícia se associará fortemente ao nome do primeiro intendente, Paulo Fernandes Vianna, que vai dirigi-la até 1820, caracterizando-se como um quase prefeito da cidade do Rio de Janeiro, e, nesse sentido, sua atuação vai ser objeto de estudo. (BRETAS & ROSEMBERG, 2013, p. 167).

A instituição policial no país se inicia de modo precário e mal disciplinado em meio a uma sociedade essencialmente escravocrata. A sua missão primordial era exercer o controle social e repressivo, bem como, ser instrumento do interesse regencial em expandir os tentáculos do poder estatal para as mais diversas e distantes regiões brasileiras. Desse modo, a presença do aparelho policial no contato direto



com a sociedade, sem qualquer impacto transformador, desencadeia diversos conflitos de interesses locais.

Representantes oficiais de um Estado que até então não estava presente, essas instituições policiais vão reproduzindo e se integrando às práticas do mando local, instaurando versões distintas da luta pelo monopólio da força, mas neste caso com um uso da força física fora de qualquer controle. (BRETAS & ROSEMBERG, 2013, p. 167).

Percebemos uma instituição policial fundamentada na estrutura burocrática do poder real que, a partir do choque de forças com estruturas sociais locais, buscava a organização e, aos poucos, ganhava autonomia – começando a desenvolver uma noção de especialidade e monopólio da atividade policial que se consolidará durante a Primeira República.

Interessante como os autores desenham a funcionalidade da atividade policial em que, no contexto da sociedade colonial escravocrata, os agentes eram semelhantes a capitães do mato no controle dos escravizados, embora, eles ainda se ocupassem de assunto triviais, sem atribuir relevância, oriundos das demandas da população. (BRETAS & ROSEMBERG, 2013)

Além disso, Bretas e Rosenberg (2013) retratam a imagem do policial semelhante ao homem escravizado. O policial era aquele sujeito do sexo masculino, mulato, não escravo e pobre, que buscava no ministério um refúgio contra discriminações sociais. Algo parecido com os policiais dos dias atuais, normalmente selecionados nos mesmos nichos sociais em que se encontram os seus potenciais alvos de coerção. Vivemos na modernidade, quanto a atividade policial, uma verdadeira caçada dos capitães do mato.

A complexidade da construção do Estado brasileiro e da expansão da esfera da nação, num contexto de “particularidade” escravista, encontra metonímia no compasso de organização das forças policiais. A começar pela demografia das polícias militares, que mimetizam, em certa medida, o recorte étnico do universo populacional masculino, onde abundam indivíduos não brancos, de baixa extração econômica. (BRETAS & ROSEMBERG, 2013, p. 169).



A partir da proclamação da República (1889), o surgimento de uma nova estrutura política no país, cuja busca da modernização ocorre pelo modelo repressivo de Estado. Dentro dessa conjuntura, temos a dissolução do sistema escravocrata, o crescimento urbano das principais cidades brasileiras, a ascensão do “federalismo descentralizado”, exige-se uma profunda transformação da instituição policial – na qual Bretas e Rosemberg (2013) definem como policiamento de rotina que, voltado para a figura do policial, é influenciado por regulamentos, leis, instruções normativas.

A atividade policial no período republicano, seguindo a lógica positivista do Código Penal de 1890, mantém o viés racista, voltando-se para o controle social dos indivíduos pertencentes aos grupos considerados socialmente perigosos. A polícia não se atém à conduta infracional, mas, o foco é o inimigo da ordem pública: o vadio, o bêbado, o cafetão, o capoeirista. (SOUSA & MORAIS, 2011, p.6).

Após o Golpe de 1930, marcando o fim da Primeira República, temos a consolidação do período ditatorial de Getúlio Vargas. Nesse ínterim, a polícia age como instrumento do poder político centralizado para subjugar os seus dissidentes. A função primordial da atividade policial – em detrimento da rotineira segurança pública – fundamentava-se na vigilância, no controle e, caso necessário, extermínio dos inimigos do Estado. Todo o controle do aparato policial se encontra nas mãos do Exército e do Presidente, o que causou deterioração e sucateamento da instituição que repercute nos dias atuais. (SOUSA & MORAIS, 2011, p. 07).

Outro momento histórico que influenciou a roupagem institucional da polícia foi o período entre 1964 e 1985, quando militares e civis instituíram, por meio de um golpe, o regime ditatorial no país. Os poderes absolutos das Forças Armadas definiam a institucionalização da violência, da tortura e do extermínio - lastreados num discurso nacionalista de defesa do país contra inimigos internos - tudo



detalhado na Doutrina de Segurança Nacional elaborada pela Escola Superior de Guerra do Exército. (SOUSA & MORAIS, 2011).

Nesse período, a Polícia Militar, enquanto força auxiliar do Exército, previsto na Constituição de 1967, tornou-se a única instituição policial a realizar o patrulhamento ostensivo das cidades, subordinando-se ao poder político militar centralizado.

Em 1967 foi criada a Inspeção-Geral das Polícias Militares do Ministério do Exército (IGPM) – Decreto-lei n° 317, de 13 de março de 1967, e Decreto-lei n° 667, de 2 de junho de 1969 – destinada a supervisionar e controlar as Polícias Militares estaduais. Cabia à IGPM estabelecer normas reguladoras da organização policial, controlar os currículos das academias de polícia militar, dispor sobre os programas de treinamento, armamentos, manuais, e regulamentos utilizados pelas Polícias, além de manifestar-se sobre as promoções dos Policiais Militares, esse controle irá influenciar profundamente o perfil das Polícias brasileiras. (SOUSA & MORAIS, 2011, p.8).

Para consolidar a política ditatorial militar, foi decretada, em 1967, a Lei de Segurança Nacional, que apontava os crimes contra a Segurança Nacional. As consequências funestas da norma se refletiram na supressão dos direitos fundamentais. Criminosos escolhidos a dedo, opositores do sistema e parcela marginalizada da sociedade, quando sobreviviam as investidas policiais, eram julgados pela Justiça Militar. A função desse teatro judicial, no período de exceção, era transparecer para a sociedade uma aparente legalidade do Estado repressivo. (SOUSA & MORAIS, 2011)

Constatamos que esse período desastroso da nossa história trouxe inúmeras consequências na estruturação da atividade policial, porque não haviam limites para a violação dos Direitos Humanos. Houve a institucionalização das técnicas de tortura, violência e extermínio em massa. Eram condutas fundamentadas pelo discurso da defesa nacional – semelhante ao que Baratta (2011) elucida na ideologia da defesa social. Nesse caso, o inimigo interno a ser combatido pela polícia era o cidadão





brasileiro que lutava pela preservação dos seus direitos e garantias fundamentais, morria pela sua liberdade.

Quando olhamos o livro Rota 66 – a história da polícia que mata, em que o jornalista Caco Barcellos (1987) analisou caos que policiais da ROTA ( Ronda Ostensiva Tobias de Aguiar), unidade de policiamento especializado de São Paulo, herança do período ditatorial de 1964, torturavam e executavam inúmeras pessoas, em sua maioria pobres e negros, a partir de uma frágil suspeita visual. Em seguida, simulavam um cenário de troca de tiros e falseavam uma legítima defesa. Tais comportamentos arbitrários e homicidas, que ainda ocorrem, remetem a essa estrutura cruel, herança do passado, não tão longínquo, da instituição policial e que influencia os processos de policização.

A partir de 1987, a Assembleia Nacional Constituinte, em meio aos processos de redemocratização do nosso país, elabora, nos dizeres de Ulisses Guimarães, a Constituição cidadã de 1988 – caracterizada pela participação popular e plena realização da cidadania - envolvendo uma dimensão moderna de valores sociais, princípios, fundamentos e garantias constitucionais. (SILVA, 2015).

Desse modo, conforme extraímos do Preâmbulo, a nossa Carta Magna, com seu poder normativo constitucional máximo, foi elaborada pelo povo em defesa e promoção dos valores fundamentais da sociedade brasileira. Sendo assim, a atividade de policiamento, presente no artigo 144 da Constituição Federal, norteia-se a partir desses ideais e objetivos supremos.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)



Nesse prisma, analisando o art. 144 da Constituição Federal, Sousa e Morais (2011) apontam para pretensão de mudança paradigmática dos órgãos de Segurança Pública. Assim, sob a égide da Carta Cidadã, a polícia deixaria no passado as suas ações repressivas e de interesse do Estado – a fim de assumir uma postura proativa, cuja finalidade é a sociedade. Deve-se instituir a gestão participativa na resolução dos conflitos de violência, por se tratar de direito e responsabilidade de todos. No modelo democrático, a atividade policial prioriza a cidadania plena, o respeito à dignidade da pessoa humana e os Direitos Humanos. (SOUSA & MORAIS, 2011).

Diante do panorama histórico brasileiro na construção identitária da polícia militar, concluímos que, desde a sua origem, ela se consolidou como objeto de articulação dos interesses políticos da sua época, reforçando a concepção instrumental da atividade policial – conforme retratou Monjardet (2003). Nesse sentido, a polícia brasileira se constituiu como o martelo de várias faces estatais, a ferramenta para as finalidades do poder hegemônico. Assim, a instituição policial se cristalizou a partir da lógica repressora do Estado de polícia em detrimento do Estado de Direito, conforme apontamos em Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011).

Aquela estrutura burocrática, bélica e supressora dos Direitos Humanos ainda reflete se na instituição policial. Organização que forjou, ao longo da história brasileira, o seu corpo e a sua alma à guisa de mecanismos arbitrários (historicamente institucionalizados, mas que, a partir da consolidação da Constituição Cidadã, tornaram-se ilegais) para impor a autoridade estatal. Logo, não é de se espantar que as ações policiais potencializam os abusos de poder, o medo, os preconceitos sociais; ignoram a vida e a dignidade humana; inviabilizam a solução pacífica e efetiva dos conflitos.

Lembrando alguns dos argumentos da ideologia da defesa social de Baratta (2011), podemos dizer que a instituição policial tem, no seu discurso fundacional, o dever de instituir a ordem em prol da sociedade, enquanto instância legítima do uso da força, do controle social e na defesa dos interesses comuns, por meio da guerra



contra o criminoso. Além disso, o fenômeno político de construção do inimigo do Estado policial - herança da sociedade escravocrata, colonizadora e punitiva - repercute no atual processo de criminalização das minorias no Brasil.

Esses elementos de paranoia, violência e estigmatização, conforme Zaffaroni (2012), também são difundidos pelos meios de comunicação, cujo empreendedorismo direciona, reforça e legitima o comportamento truculento da polícia militar. Infelizmente, percebemos o quanto a polícia se vê na função de carrasco do Estado policial; que se impõe desrespeitando os direitos e as garantias fundamentais; que atua como capitã-do-mato; que persegue e extermina o objeto, não humanizado, projetado nas minorias escravizadas. Porém, assim como nos períodos ditatoriais, nada é abertamente declarado; tudo é travestido de legalidade, heroísmo e justiça. Ações abusivas são teatralizadas pelos agentes para se mostrarem legítimas. Os assassinatos policiais, vimos em Barcellos (1987), são tratados como legítima defesa - num cenário desenhado por troca de tiros. A morte da criança ou do policial na operação desastrosa é fatalidade colateral na guerra inevitável contra o verdadeiro responsável: o criminoso.

Por mais que os tempos mudaram - exigindo-se, cada vez mais, a prevalência do Estado de Direito e a contenção dos aspectos transgressores da atividade estatal - a transformação da mentalidade e tradição da polícia militar denota esforço hercúleo. Assim, os obstáculos humanitários, embora superados no universo normativo, enraizaram-se na estrutura dessa organização - sendo acriticamente repassados nos cursos de formação castrense e no sistema de ensino educacional militar: escolas militares surgiram e se fortaleceram nos últimos anos, como no Distrito Federal e em Goiás, com pretexto de educar, disciplinar e estabelecer a ordem entre os jovens rebeldes e delinquentes das escolas públicas. Nesse ponto, lembramos Baratta (2011), os preconceitos e desigualdades sociais estão presentes no sistema educacional, assim como no sistema de justiça criminal, a partir de instrumentos seletivos e excludentes.



Esse viés arcaico em que a polícia se desenvolve - dentro dos tabuleiros do Estado Democrático de Direito que contrasta com a realidade histórico-cultural da instituição - deve ser diagnosticado e expurgado para que possamos repaginar os seus valores e implementar mecanismos transformadores da substância que define o campo e o *habitus* policial. Desse modo, haverá a efetivação máxima do Estado de Direito, onde a polícia atuará valorizando e cumprindo as demandas constitucionais e sociais. Os Direitos Humanos não serão os inimigos, mas sim, o princípio, o meio e o fim da atividade policial.

## **4 EM BUSCA DA DEFINIÇÃO CONCEITUAL.**

### **4.1 Polícia: as várias faces do martelo.**

Quando nos deparamos com os desafios de balizar o conceito de polícia, apesar da existência de múltiplas vertentes, aquilo que nos vem à mente é a ideia de um aparelho estatal estruturado, cuja finalidade consiste em combater a criminalidade por meio da aplicação coercitiva da lei e da ordem. Durante os diversos anos em que me relacionei com policiais militares, na minha vida de agente público, bem como, observando a construção da polícia por meio da mídia e opinião pública, conforme já analisado na criminologia midiática, notamos essa dimensão conceitual – na guerra contra o crime e o delinquente – em prol da Segurança Pública.

Afirmar que a atividade de policiamento consiste em manter a paz e controlar o crime é superficial e abstrato – reforçando os paradigmas da ideologia da defesa social. Nesse sentido, Bittner (2003) aponta que essa linha conceitual, além de restringir as interpretações sobre o papel da polícia, serve de pretexto para “propósitos polêmicos” tanto para os que criticam as ações policiais, quanto para aqueles que idolatram a instituição.

Outra questão, quanto ao papel da polícia de impor o respeito à ordem e à lei, Bittner (2003) faz uma crítica sobre esse ponto de vista. Assim como Bittner (2003),



diversos outros juristas – Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011), Monjardet (2003) – entendem que a atividade policial é essencialmente discricionária ao invocar e, às vezes, até manipular a legislação, reforçando as tensões e injustiças já existentes na sociedade ou agindo conforme interesses próprios.

Além dessa percepção refutada pelos autores e que, um tanto rasa, permeia o senso comum, temos, ainda, a construção de diversas considerações doutrinárias da atividade policial enquanto monopólio legítimo do uso da força coercitiva em uma sociedade. Essa perspectiva é compreendida desde Weber, quando o sociólogo atribuiu ao Estado moderno a reivindicação do uso exclusivo e legítimo da violência física, na qual o poder estatal é a única fonte aceita para o exercício da violência. A visão weberiana tem sido a base lógica para a abordagem de diversos autores na definição da polícia na nossa sociedade. (HAGEN, 2006).

Nesse sentido, Bittner (2003), pretendendo desenvolver uma concepção ampla da atividade policial, define que ela se relaciona com a autoridade monopolizada do uso da força, efetiva ou potencial, na medida em que as situações exijam a solução de conflitos sociais. Busca-se, assim, por meio do uso legítimo da força, construir o conceito mais abrangente possível da polícia, a fim de abraçar toda a gama de diversidade de funções exercidas nas atividades hodiernas de policiamento.

Assim, “o papel da polícia é entendido melhor como um mecanismo de distribuição de força coercitiva não negociável empregada de acordo com os preceitos de uma compreensão intuitiva das exigências da situação”. (BITTNER, 2003, p.138). Segundo o autor, existem dois modelos, incompatíveis entre si, para a institucionalização do uso da força numa coletividade que busca a paz social. Tais modelos são desenvolvidos para solucionar o possível paradoxo moral que nasce entre a sociedade democrática e o uso exclusivo da força coercitiva.

O modelo de cunho militarista, que define o “inimigo” a ser combatido por meio da força legítima, na mesma proporção ou superior à dele, desenvolve-se no



sentido de travar uma permanente “guerra” do Estado no combate à criminalidade. Nesse perfil de polícia, conforme Bittner (2003), prevalece os valores militarista de obediência inquestionável, solidariedade entre os irmãos de farda e prevalência do espírito incansável do guerreiro.

Por outro lado, temos como modelo ideal de Bittner (2003) o sistema profissional de policiamento, cujo processo envolve “prudência, economia e julgamento ponderado.” O trabalho significa responsabilidade pública, investida de rigor técnico, metódico, informado e confiante das tomadas de decisões. O agente seleciona adequadamente as estratégias necessárias e proporcionais para estabelecer o equilíbrio da ocorrência. “No futuro, é possível (e certamente não impensável) que os policiais possam ser capazes de conseguir o resultado desejado para qualquer problema sem nunca recorrer ao uso da força física”. (BITTNER, 2003, p. 195).

Seguindo essa linha, Hagen (2006), inspirando-se em diversos autores, como Bourdieu, Klockars, Muir, Reiner, consolida a sua visão sobre o conceito de polícia como aparato estatal detentor exclusivo do uso legítimo da força coercitiva, segundo regras legalmente estabelecidas, em qualquer situação e contra qualquer pessoa. Embora a nossa mentalidade, dentro do viés ideológico da defesa social e da estrutura telescópica da racionalidade penal, aproxima-nos dessa concepção em que a atividade policial está associada ao uso legítimo e exclusivo da força coercitiva, parece-nos passível de contestação. Pois, além de não ser existir um monopólio da força, esse atributo não define a polícia. Ao contrário do que muitos pensam, Monjardet (2003) dita que a força física não é o meio de ação mais substancial da instituição policial.

Seguindo esse entendimento, ao qual nos filiamos, Monjardet (2003) aponta que, no sentido estrito do termo, a atividade policial não é detentora do monopólio legítimo da força física. Embora seja atributo da ação policial, ela não a define. Basta dizer que outras agências estatais e privadas também estão autorizadas ao uso da violência regrada, embora, em menor amplitude de objeto e de situações - como



hospitais psiquiátricos, instituições prisionais, autoridade parental (no poder familiar).

Nesse sentido a força pública é, em seu território, universal e, caso se faça questão de conservar a idéia do monopólio, pode dizer-se que a polícia detém o monopólio da força em relação a todos. Mas não é indispensável atribuir a polícia um ‘monopólio’ no sentido mais restrito do termo para definir a sua especificidade. O monopólio não é necessário se a polícia detém força suficiente para regular o emprego que dela fazem todos os outros detentores. (MONJARDET, 2003, p. 26).

Desse modo, existem outros mecanismos que, alternativos ao uso incisivo da força, devem ser empregados pela polícia, a fim de que ela alcance os objetivos pretendidos em determinada situação conflituosa. A força física é apenas um meio de ação, não tão efetivo, dentre inúmeros outros mais sensatos e eficazes que a polícia dispõe para cumprir seu mister.

Logo, dando menor ênfase na legitimidade das ações de violência institucional, existem outros meios, na nossa opiniões, mais louváveis de resolução de conflitos , mas, exigem a formação e o preparo mais adequados do sujeito. Serviços de inteligência e perícia ou os métodos de manutenção da paz, apontados por Bittner (2003), como a persuasão verbal, as técnicas de isolamento, o *alter casting* (alteração do elenco ou do molde) são exemplos disso. Sendo assim, quanto mais democrática é a sociedade, o que não é o nosso caso, menor é a pretensão da polícia em recorrer à força violenta – bastando apenas a força simbólica e a sua representação. O uso da força nas sociedades desenvolvidas é algo em extinção e, desde o início, revela os seus limites de incidência.

Assim, segundo Monjardet (2003), compreendemos a polícia como agência institucional incumbida de articular, mobilizar e empregar - decisiva e suficiente - a força coercitiva, a fim de estabelecer o domínio e as diretrizes das relações na sociedade. Expandindo a concepção restrita de polícia, o autor busca interpretá-la a partir de três aspectos essenciais – analisando-a como instrumento de funcionamento



na sociedade - remetendo às dimensões institucional, organizacional e profissional que lhe constituem.

A polícia, para Monjardet (2003), é vista como instituição, utilizada como instrumento político, empregada em nome dos interesses da coletividade ou de quem detém o poder. Trata-se de organização, cujo funcionamento burocrático e informal geram opacidade e inércia. Ao mesmo tempo, ela é vista como atividade eivada de anseios, valores e *ethos* próprios dos sujeitos que a integram e resistem a instrumentalização institucional pura – configurando, portanto, toda a complexidade da atividade policial.

Contrariando Bittner (2003) e Hagen (2006), Monjardet (2003) não atrela a concepção institucional de polícia com o monopólio da força. A polícia, para o autor francês, não possui finalidade que lhe é própria. Mas, é metaforicamente retratada como um martelo que atende as exigências dos que o manejam; no caso da polícia, a sociedade. Assim como as propriedades físicas do martelo fazem dele a ferramenta adequada para bater prego, escalar penhasco, quebrar o vidro da janela de emergência ou arrebatara a cabeça de alguém - cada instituição policial tem, como elemento específico, as finalidades que lhe são socialmente atribuídas.

A polícia é totalmente para servir [ancillaire], e recebe sua definição – no sentido de seu papel nas relações sociais – daquele que a instrumentaliza. Por isso, pode servir a objetivos os mais diversos, à opressão num regime totalitário ou ditatorial, à proteção das liberdades num regime democrático. (MONJARDET, 2003, p. 22).

Seguindo essa ideia, que pode causar estranhamento nos acostumados com o sentimento vindicativo da função policial, Goldstein (2003) entende que a polícia, na prática, supera as ações de combate à criminalidade e de seletividade na persecução penal. O autor chega a sugerir o desprendimento da polícia do sistema de justiça criminal. Ela deve ser analisada como unidade administrativa do Estado de Direito que assume inúmeras funções e responsabilidades e está em contato direto com os cidadãos - servindo a comunidade que lhe molda. Reconhecendo os múltiplos





objetivos da atividade policial, que destoam do sistema de justiça criminal, o autor compilou alguns padrões de policiamento urbano:

Prevenir e controlar condutas amplamente reconhecidas como atentatórias à vida e à propriedade (crimes graves). 2. Auxiliar pessoas que estão em risco de dano físico, como as vítimas de um ataque criminoso. 3. Proteger as garantias constitucionais, como o direito à liberdade de expressão e de reunião. 4. Facilitar o movimento de pessoas e veículos. 5. Dar assistência àqueles que não podem se cuidar sozinhos: os bêbados, os viciados, os deficientes mentais, os deficientes físicos e os menores. 6. Solucionar conflito, sejam eles entre poucas pessoas, grupos ou pessoas em disputa contra seu governo. 7. Identificar os problemas que têm potencial de se tornarem mais sérios para o cidadão, para a polícia ou para o governo. 8. Criar e manter um sentimento de segurança na comunidade. (GOLDSTEIN, 2003, p. 56/57).

Essa visão de Goldstein (2003) é coerente com os valores constitucionais e democráticos de uma sociedade desenvolvida. Durante as minhas experiências de campo, atuando em parceria com a polícia, notei que, na maioria das ocorrências, o policial atua como elo intermediário, conciliador e paternal, na promoção da justiça e cidadania, na resolução de conflitos e estabelecimento da segurança pública e paz social. Porém, o agente não tem consciência e nem qualificação para agir de outra maneira que não seja a violência.

Assim, a atividade policial consiste, diante das demandas cotidianas, em um instrumento de desenvolvimento dos direitos humanos, dos valores sociais e fundamentais. Entretanto, o modo como a nossa sociedade se constitui e os mecanismos de formação e estruturação da polícia – em que somos forçados a partir de uma trajetória histórica e cultural totalmente discrepantes do que o discurso constitucional promove. Cabe a todos nós resistirmos e rompermos com esses dogmas perversos que definiram os nossos *habitus*.

Acredito, diante disso, que a forma como a polícia desempenha o seu papel é também um reflexo da nossa própria sociedade, por mais que essa tente disfarçar a sua verdadeira feição. Nesse sentido, acredito que a nossa sociedade, conforme notamos no contexto político e social hodierno, é extremamente violenta e hipócrita. Em



termos de discurso, adoramos assumir a postura condizente com valores de honestidade, igualdade, respeito e dignidade da pessoa humana. Mas, no campo prático, agimos em prol da discriminação, do racismo, da corrupção e da violência estrutural e física.

Assim, quando a sociedade critica seus governantes corruptos ou seus policiais brutalizados e racistas, está olhando para o espelho da própria realidade. Essas instituições constituem os reflexos autoritários e egocêntricos de Narciso, que deverão ser expostos, ao analisarmos os aspectos jurídicos, “profissionais” e de policização dessa agência, a fim de propormos a necessária reestruturação da atividade policial, que seja digna de atender os anseios constitucionais e democráticos do Estado de Direito, e que não se resuma a aplicação exclusiva e desmedida da força bruta.

#### **4.2 Aspectos jurídicos e institucionais da atividade policial no Brasil**

A Constituição Federal de 1988 reservou um capítulo inteiro para estruturar a atividade policial e definir as diretrizes e princípios desse mister. Assim, houve a separação capitular da função policial vinculada a noção de Segurança Pública em relação às Forças Armadas de Segurança Nacional. Segundo o artigo 144 da Carta Magna, a segurança pública – exercida pelos órgãos de polícia - é dever do Estado e, concomitantemente, direito e responsabilidade de todos. Conforme percebemos, a atividade policial deve primar por ações preventivas que (abandonando aquela desgastada postura autoritária, repressiva e isolada) integrem tanto o aparelho estatal quanto a comunidade, num processo de construção conjunta dos valores e demandas sociais.

A nossa Carta Cidadã define as agências policiais como órgãos promotores e defensores dos direitos e garantias constitucionais, dos valores sociais e Direitos Humanos. Trata-se do modelo de policiamento democrático cuja finalidade essencial é o desenvolvimento da cidadania plena e do respeito à dignidade da pessoa humana.



Para tanto, é preciso entender o que seria a polícia, a segurança pública, bem como, redefinir as finalidades dos órgãos policiais de preservar a ordem pública, a incolumidade das pessoas e o patrimônio, estampados na Constituição.

Segundo José Afonso da Silva (2015), a palavra segurança na seara jurídica, nos diversos ramos que é utilizada, reveste-se do sentido de garantia, estabilidade e proteção daquela situação jurídica específica. Desse modo, quando se fala em Segurança Pública, esta remete a manutenção da ordem pública interna, em contraponto com a Segurança Nacional que se volta para a defesa externa do Estado. Portanto, para aprofundar nesse significado, devemos compreender o que seria ordem pública interna – fenômeno demasiadamente subjetivo - que sustenta, junto com o discurso da ideologia da defesa social de Baratta (2011), as diversas arbitrariedades e abusos das agências policiais e que legitimam inúmeras ações violadoras dos direitos humanos e das garantias constitucionais em nome da garantia da ordem pública.

Segundo Muniz (2001), tornou-se herança da nossa história política, sendo positivado nas constituições republicanas, incluindo a Carta Magna de 1988, que possui traços da função bélica da Polícia Militar, sustentando a tradição do Estado de polícia destinado a resguardar os interesses de Segurança Nacional, a previsão de uma “força auxiliar e reserva do Exército”. Essa percepção é transferida para a atividade policial nas cidades, a fim de estabelecer e garantir a ordem interna do Estado. Cria-se uma lógica que pressupõe a existência de uma instituição de combate permanente contra a sociedade – uma percepção distorcida e autoritária de ordem pública que exclui o cidadão, visto como inimigo do Estado. (MUNIZ, 2001, p. 183)

Nessa perspectiva, podemos notar o quanto as diretrizes normativas regionais enfatizam a questão da ordem pública. A Lei nº 6.450, de 14 de outubro de 1977, regulamentando a atividade policial no Distrito Federal, demonstra o caráter subjetivo do termo, bastante confortável para distorções e condutas arbitrárias e repressoras do aparelho policial.

Art. 1º - A Polícia Militar do Distrito Federal, instituição permanente, fundamentada nos princípios da hierarquia e



disciplina, essencial à segurança pública do Distrito Federal e ainda força auxiliar e reserva do Exército nos casos de convocação ou mobilização, organizada e mantida pela União nos termos do inciso XIV do art. 21 e dos §§ 5º e 6º do art. 144 da Constituição Federal, subordinada ao Governador do Distrito Federal, destina-se à polícia ostensiva e à preservação da ordem pública no Distrito Federal. (Redação dada pela Lei nº 12.086, de 2009).

Art. 2º - Compete à Polícia Militar do Distrito Federal:

– Executar com exclusividade, ressalvadas as missões peculiares das Forças Armadas, o policiamento ostensivo, fardado, planejado pela autoridade competente, a fim de assegurar o cumprimento da Lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos; (Redação dada pela Lei nº 7.457, de 1986).

– Atuar de maneira preventiva, como força de dissuasão, em locais ou áreas específicas, onde se presuma ser possível a perturbação da ordem;

– Atuar de maneira repressiva, em caso de perturbação da ordem, precedendo o eventual emprego das Forças Armadas; e Polícia Militar do Distrito Federal Plano Estratégico 2011-2022 19

– Atender à convocação, inclusive mobilização, do Governo Federal em caso de guerra externa, ou para prevenir ou reprimir grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção nos casos previstos na legislação em vigor, subordinando-se à Força Terrestre para emprego em suas atribuições específicas de Polícia Militar e como participante da Defesa Interna e da Defesa Territorial. (Redação dada pela Lei nº 7.457, de 1986). (Grifo nosso)

Notamos, além da presença constate do termo “ordem pública”, um viés repressivo guiado para o combate, para a guerra externa e interna por parte da polícia militar, numa contradição lógica com os próprios valores constitucionais e com o plano estratégico da PMDF. Outra questão que se destaca é a mensagem seletiva, discricionária e discriminatória presente no inciso II, do art. 2º da Lei. Nesse sentido, não precisamos de esforço para definir quais são as regiões onde “sociedade de bem” e a polícia acreditam concentrar a perturbação da ordem e que sejam “merecedoras” da “força de dissuasão” policial. Seguindo a mesma mentalidade da Lei distrital, temos a Lei nº 8.125, de 18 junho de 1976, da Polícia Militar do Estado de Goiás:



Art. 2º - Compete à Polícia Militar:

- Executar com exclusividade, ressalvadas as missões peculiares às Forças Armadas, o policiamento ostensivo fardado planejado pelas autoridades policiais competentes, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos;
- Atuar de maneira preventiva com força de dissuasão, em locais ou áreas específicas, onde se presume ser possível a perturbação da ordem;
- Atuar de maneira repressiva, em caso de perturbação da ordem, precedendo o eventual emprego das Forças Armadas;
- Atender à convocação do Governo Federal, em caso de guerra externa ou para prevenir ou reprimir grave subversão da ordem ou ameaça de sua irrupção, subordinando-se ao Comando da 11ª Região Militar para emprego em suas atribuições específicas de Polícia Militar e como participante da defesa territorial;
- Realizar serviços de prevenção e de extinção de incêndios, simultaneamente com o de proteção e salvamento de vidas e materiais no local de sinistro, bem como o de busca e salvamento, prestando socorros em casos de afogamentos, inundações, desabamentos, acidentes em geral, catástrofes e calamidades públicas. (*Grifonosso*).

Todavia, refutando eventuais distorções utilizadas pelos aparelhos policiais, Silva (2015) traz a real dimensão de ordem pública no Estado Democrático de Direito, cujo termo deve ter como parâmetro e ser interpretado a partir da colaboração e integração das instituições oficiais de segurança pública com a comunidade.

Ordem pública será uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes. Convivência pacífica não significa isenta de divergências, de debates, de controvérsias e até de certas rusgas interpessoais. Ela deixa de ser tal quando discussões, divergências, rusgas e outras contendas ameaçam chegar às vias de fato com iminência de desforço pessoal, de violência e do crime. (SILVA, 2015, p.792).

A partir do conceito de ordem pública de Silva (2015), temos que o papel da Segurança Pública, exercido pelos órgãos policiais do artigo 144 da Constituição,



consiste em promover, manter e restabelecer a convivência social a fim de que o indivíduo possa exercer as suas liberdades com dignidade e respeito e ter seus direitos constitucionais resguardados.

Desse modo, além dos fundamentos de Silva (2015), definimos a polícia militar como objeto de estudo, na medida em que ela incorpora diversos problemas estruturais na consecução do seu ministério. Isso porque a atividade dialoga diretamente com as ruas, com o cotidiano, com os cidadãos – além de projetar, no campo de ação, todos os processos seletivos de criminalização e injustiças sociais “em primeira mão” que provavelmente desencadearão, lá na frente, o desfecho final da liberdade e consolidação identitária do criminoso.

#### **4.3 O discurso institucional.**

Instituição representa, segundo Monjardet (2003), um organismo que, por meio dos valores e regras estabelecidos, dando-lhe singularidade, busca a satisfação dos interesses coletivos. O autor passa a considerá-la como um dos pilares do conceito tridimensional de polícia (composto pelos elementos institucional, organizacional ou opacidade e profissional).

Assim, como já tratamos da propriedade e capacidade institucional de mobilização dos recursos policiais e do aparente monopólio do emprego da força nas relações sociais internas, que Monjardet (2003) denomina de interesse instrumental, caberá a nós abordamos, nesse momento, o que o autor define como interesse substancial.

Aquilo que a polícia é incumbida de satisfazer e preservar define o elemento substancial dos interesses coletivos. Trata-se da finalidade definida pela sociedade sobre qual é o papel da agência policial, o seu conteúdo essencial. “Aqui se oscila entre aquilo que é comum a toda polícia, seus meios de ação, e o que é próprio de cada polícia, aquilo em nome do que ou em vista do que esses meios de ação lhe são confiados”. (MONJARDET, 2003, p. 29).



Monjardet (2003) entende que - diferentemente da escola, onde a função essencial é a transmissão do saber, ou do hospital, cujo conteúdo é a cura de doenças – o instrumento policial carece de conteúdo substancial. Isso faz com que a instituição policial busque preencher essa lacuna valorativa por meio de diversas normas e, conforme veremos, de processos de seleção e formação do policial. O autor, ao desenvolver os aspectos funcionais da polícia francesa, apontando-a como exceção a pluralidade normativa, evidencia a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no artigo 12, como interesse substancial da atividade policial de todo Estado Democrático de Direito.

“A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública; esta é, portanto, instituída em benefício de todos, e não para a utilidade particular daqueles a quem ela é confiada” (DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789).

Desse modo, percebemos que a atividade policial deve direcionar todas as suas energias para uma finalidade específica e universal que é a garantia dos Direitos Humanos, dos valores sociais e princípios constitucionais. Assim, essa é a razão de ser da instituição policial, a sua missão legítima e primordial.

Observando o sistema de gestão estratégica das polícias militares do Distrito Federal e do Estado de Goiás, podemos constatar que, no plano do discurso institucional publicizado pelos órgãos, a “identidade estratégica” das referidas instituições, no que se refere as missões, valores e visão, apontam para integração e participação da sociedade nos projetos relacionados à Segurança Pública, além de resguardar os Direitos Humanos.

#### Missão

Promover a segurança e o bem-estar social por meio da prevenção e repressão imediata da criminalidade e da violência, baseando-se nos direitos humanos e na participação comunitária.

#### Visão



Ser reconhecida como instituição policial moderna e de referência nacional na prevenção e na repressão imediata da criminalidade e da violência, pautada na defesa e respeito aos direitos humanos, na filosofia de policiamento comunitária, na análise criminal, no policiamento orientado para o problema e na qualidade profissional de seus integrantes.

Valores

São valores da força policial militar do Distrito Federal:

A honestidade;

A ética profissional;

O cientificismo;

O respeito aos direitos humanos. (SISTEMA DE GESTÃO ESTRATÉGICA DA PMDFT, 2014, p.21).

Podemos notar que os valores universais do ser humano não são colocados tratados pelos projetos institucionais enquanto finalidade em si mesmos. Mas, são apenas caminhos a serem seguidos no combate à criminalidade. A nosso ver, essa perspectiva, ao ser confrontada com a realidade prática dos policiais, mostra-se contraditória - principalmente quando, conforme falamos da legislação regional, o objetivo definido pela função policial é impor a lei e a ordem pública – presente, inclusive, no plano estratégico das instituições.

Desse modo, os Direitos Humanos são considerados, na prática e no *habitus* policial, um entrave à necessidade de aplicação da força pública. Altera-se a ordem de prioridades na medida em que eles deixam de ser a razão de existência e consecução da atividade policial. Mas, são considerados, no meio castrense, o caminho tortuoso ou o empecilho para se impor autoridade, repressão e violência.

Não é de surpreender, portanto, que o código de profissão consagre, assim – inconscientemente sem dúvida, mas é a crítica mais radical que se pode opor a suas condições de produção -, um dos traços mais poderosos da cultura policial: a ideia de que a lei, reverenciada em princípios como o alfa e o ômega da função e da legitimidade policiais, é, na prática e na tarefa cotidiana, um obstáculo à eficácia profissional, ao bom termo de missões pragmáticas como prender delinquentes, prevenir manifestações violentas ou colocar um grupo extremista sob controle. (MONJARDET, 2003, p. 34).





Embora os aspectos políticos e institucionais busquem direcionar a atividade policial, segundo Monjardet (2003), existe uma organização informal da polícia (que se evidencia por meio de comportamentos, finalidades, seletividade e normas particulares) e interesses profissionais e corporativos próprios dos policiais que fazem frente às pretensões políticas da instituição polícia, do sistema criminal e demais atores sociais e políticos.

Assim, incumbe apresentarmos, a partir de agora, as contradições existentes entre o discurso institucional, que beira ao “politicamente correto”, e a realidade cotidiana da polícia, que flerta com a tragédia, e que podem ser identificadas tanto na perspectiva social, por meio da formação do estereótipo policial, quanto nos processos de policização dos policiais.

### **4.3 Concepção popular: estereótipo do policial.**

Conforme entendemos os processos históricos que marcaram o surgimento da polícia no Brasil e a sua relação com a sociedade, desenhados por meio de uma trajetória de violência e controle social das classes vulneráveis e escravizadas e cujas consequências do Estado policial perduram até hoje, conflitando com as diretrizes constitucionais modernas, fica nítido que a imagem da polícia se confunde com a sua concepção popular.

Existe, segundo Dornelles (2003), uma ambiguidade de expectativas e comportamentos na relação entre polícia e sociedade. Ao mesmo tempo em que a população espera da atividade policial mais respeito aos direitos humanos e às leis na garantia da segurança pública; outra parte bastante virulenta da sociedade grita pela perpetuação do estereótipo negativo da atividade policial - reforçando a brutalidade, a violência, o extermínio, a corrupção e arbitrariedade. A polícia também oscila nesse pêndulo de pensamentos que revela divergências entre o discurso institucional e as práticas policiais. De acordo com a autora, o policial vive numa luta incessante pela aceitação social e pela imposição da sua autoridade.



Certamente uma instituição policial que durante toda a sua construção – enrijecida nos momentos ditatoriais – foi adestrada técnica e ideologicamente para caçar, enfrentar e abater os inimigos (no caso a própria sociedade e suas minorias) usando apenas a força bruta e a intimidação para conter as “insurgências” e defender a ideia distorcida de ordem pública – não sabe lidar com as bases de uma segurança pública pautada nos valores de Cidadania e Direitos Humanos do Estado Democrático de Direito.

Dentro dessa lógica, concordamos com Batista, Zaffaroni, Alagia, Slokar (2011) no sentido de que existe um sentimento bélico e uma cultura da violência latente na sociedade moderna e que se incorporou, promovido pelos meios de comunicação de massa e pelas próprias instituições públicas, no modelo punitivo de combate à criminalidade – como se estivéssemos num permanente estado de guerra, no qual para combater o inimigo (o crime e o criminoso) é possível quaisquer estratégias, inclusive a violação de garantias penais e processuais. Logo, a imagem bélica do poder punitivo, além de habilitar os crimes de Estado no combate ao delito, promove o autoritarismo do Estado de polícia em detrimento do Estado de Direito.

Além disso, há uma contradição nos discursos sociais, em que existe apelo social e midiático para ações repressoras em relação aos criminosos e, conseqüentemente, aos grupos marginalizados, ao mesmo tempo em que essa mesma sociedade refuta o papel violento da polícia. Seguindo essa perspectiva popular estigmatizante da atividade de policial, Bittner (2003) nos apresenta características que constituem a realidade social da prática policial, bastante pertinentes para o nosso contexto pátrio. Assim, o policial militar, que também se torna outsider da sociedade, é retratado socialmente por uma miscelânea de sentimentos de desdém, medo, desprezo, fascínio, arbitrariedade, truculência, brutalidade, discricionariedade e discriminação.

Desse modo, o mister policial é considerado uma “ocupação corrompida”. Trata-se da representação social, para Bittner (2003), do desprezo e asco em relação



a função desempenhada. Algo historicamente construído e com resquícios na “consciência moderna”, em que o policial é visto como ignorante e possui reduzida formação intelectual. Submete-se a uma mísera remuneração para agir no “mundo das sombras”, lidando com o mal, com o submundo – e provavelmente será contaminado ou levado para os caminhos da corrupção. Esse universo da atividade do policial, ambigualmente, gera fascínio nas mentes populares supondo que existe adrenalina, ação e ousadia ao enfrentar a morte e o perigo.

Em suma, a mancha que adere ao trabalho de polícia está relacionada ao fato de os policiais serem vistos como fogo para combater o fogo, porque, no curso natural de seus deveres, os policiais infligem ferimentos, mesmo merecidos, e sua própria existência atesta que as aspirações mais nobres da espécie humana não contêm os meios necessários para assegurar a sua sobrevivência. (BITTNER, 2003, p. 100).

Outra dimensão popular, trabalhada em Bittner (2003) consiste, pela sua própria natureza, na ideia de ser injusto e ofensivo a alguém. Logo, o policial sempre irá contrariar uma das partes em conflito – levando a questionar a brutalidade e violência da atividade policial, na medida em que esta enverga os interesses humanos “articulados ou passível de articulação”. Portanto, a função policial – na ótica da sociedade – será essencialmente permeada por dubiedades morais, por lidar com conflitos humanos, onde um dos lados apontará o comportamento policial como violento, arbitrário, truculento e abusivo. Ainda que ele seja o mais sutil possível, será estigmatizado como grosseiro e repugnante.

Descreve Bittner (2003) que, por meio das expectativas públicas, o policial se torna um elemento ratificador das tensões e preconceitos sociais. Assim, a atuação deles é discriminatória, parcial e seletiva em relação aos locais e aos indivíduos suspeitos. Os alvos policiais são tratados como potenciais criminosos não em razão da conduta praticada, mas por ser quem eles são – grupos vulneráveis da sociedade (pobres, negros, homens, jovens, indígenas, homossexuais etc.). A partir da “distribuição ecológica do trabalho policial”, baseada no processo seletivo de criminalização, Bittner (2003) critica o papel da polícia que retroalimenta as



injustiças sociais e o sectarismo, enquanto estrutura estruturada na própria realidade em que a instituição se movimenta e na natureza de suas ações.

Como a predominante maioria das intervenções policiais são baseadas em meras suspeitas ou em simples tentativas de indicação de riscos, pode-se esperar que os policiais julguem preconceituosamente as questões, mesmo quando, pessoalmente, sejam inteiramente livres de preconceito. Nas circunstâncias atuais, mesmo o mais imparcial dos policiais, que só leve em conta as probabilidades como ele as conhece, vai se sentido razoavelmente justificado se suspeitar mais de um jovem negro pobre do que de um velho branco rico; e assim que suspeitar, vai atuar rápida e rigorosamente contra os primeiros e tratar os segundos em reserva e deferência. Pois, ao calcular o risco, o policial sabe que, no primeiro caso, a maior probabilidade de errar está na falta de ação e, no outro caso, em uma ação ilegal. (BITTNER, 2003, p. 104).

A partir das contribuições de Dornelles (2003) e de Bittner (2003), podemos considerar que a imagem social da instituição policial brasileira tem sido construída por meio da representação da arbitrariedade, corrupção, violência e ilegalidade das ações dos seus policiais, que acabam sendo confundidos com própria imagem da delinquência. Assim, acreditamos que o comportamento negativo, atribuído ao policial militar, remete tanto aos processos históricos, as políticas de formação e policização, quanto pela forte demanda social que, acalentada, conforme vimos Becker (2008), pelos empreendedores morais brasileiros, clama pela atuação agressiva e, às vezes, ilegal da polícia no combate à criminalidade.

Cabe a nós, analisando o contexto *interna corporis* da atividade policial, refletir sobre essas questões e propor a alteração dessa estrutura destrutiva. Transformação essa que deve envolver toda a sociedade brasileira – a partir de um modelo de conscientização e educação que estimule o pensamento ético e promova a valorização da Cidadania e dos Direitos Humanos – não só no mundo das ideias, mas também por meio do comportamento. Afinal, a nossa polícia não veio de marte, mas é a literal tradução da sociedade na qual ela se insere e se relaciona, marcada por uma violência estrutural e institucional– supressora das nossas necessidades reais.



## 5 POLICIZAÇÃO: A CONSTRUÇÃO DO *HABITUS* POLICIAL.

A literatura policial costuma tratar de assuntos sobre (principalmente nos países latino- americanos) violência, arbitrariedade, autoritarismo, seletividade da polícia. Além de abordar aspectos necessários para reestruturação da instituição policial, excluindo a presença do Estado policial que, distorcendo a concepção da ordem pública, gera isolamento da sociedade que ele se diz defender. Esses estudos tentam romper com o estereótipo do policial guerreiro, a fim de construir uma arquitetura policial que coadune com os valores constitucionais e os Direitos do Homem e do Cidadão.

Nesse sentido, acreditamos que o cerne dos problemas enfrentados está associado aos processos de formação, socialização e treinamento dos policiais militares que são capazes construir uma identidade e cultura policial própria e distinta dos demais campos do sistema criminal, da vida social e das finalidades constitucionais dos órgãos de segurança pública.

Na relação entre Polícia Militar e comunidade, os PMs constroem estereótipos ou modelos de comportamento para as pessoas da comunidade, baseando-se nos valores militares, ou seja, aqueles enfatizados durante o que denominamos chamar de processo de socialização na Academia de Polícia Militar. Esses estereótipos ou representações criam certas expectativas nos PMs em relação ao comportamento dos civis de uma determinada comunidade. Tais expectativas, geralmente, não correspondem à visão de mundo dos civis, gerando um desnível de comunicação e relacionamento entre uns e outros, o que pode resultar em violência policial. (SILVA apud FRANÇA, 2019, p. 364/365).

Segundo França (2019), trata-se de processo pelo qual os policiais são socializados para serem somente soldados, ou seja, há a fabricação de “máquinas militares”. Isso ocorre por meio do adestramento subjetivo do indivíduo – fundamentando-se na hierarquia, disciplina, na resiliência física e mental, na integração, unidade, preservação do grupo e idolatria do espírito do policial guerreiro. Para desenvolvermos, desse modo, as particularidades da constituição do



policial militar, utilizaremos dois elementos conceituais que se mostram necessários. O primeiro é a questão da policização, tratada por Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011), enquanto o segundo reflete o processo de socialização dos policiais, desenvolvido por Castro (2011).

Definiremos policização, a partir de Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011), como a lógica de seleção, condicionamento e treinamento institucional a qual se submetem os policiais. Nesse sentido, a instituição seleciona e recruta seus “guerreiros” nas mesmas camadas sociais onde se insere a seleção criminalizante e vitimizante, pagando salários insuficientes e sustentando as decisões institucionais por meio de uma estrutura hierarquizada e vertical. Trata-se de um processo de assimilação institucional da identidade militar.

Se considerarmos que os criminalizados, os vitimizados e os policizados (ou seja, todos aqueles que sofrem as consequências desta suposta guerra) são selecionados nos estratos sociais inferiores, cabe reconhecer que o exercício do poder estimula e reproduz antagonismos entre pessoas desses estratos mais frágeis, induzidas, a rigor, a uma auto-destruição. (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR , 2011, p. 58).

Esse processo é condicionado pela natureza de serviço dos futuros policiais, a partir da estrutura de treinamento e formação militarizada, violenta e rígida; da supressão da consciência profissional e sindical dos policiais; das técnicas de condicionamento voltados para operações militares pautadas na seletividade, na violência estrutural e na supressão dos Direitos Humanos, da presença constante dos riscos de morte e problemas familiares – que passam a ser desconsiderados em prol de uma causa maior; das precariedades de treinamento e instabilidade no trabalho.

Em suma, este setor se vê instigado a assumir atitudes antipáticas e inclusive a ter condutas ilícitas, a sofrer isolamento e desprezo, a sobrecarregar-se de um estereótipo estigmatizante, a submeter-se a uma ordem militarizada e inumana, a passar por uma grave instabilidade no trabalho, a privar-se dos direitos trabalhistas elementares, a correr consideráveis riscos de vida, a incumbir-se da parte mais desacreditada e perigosa do exercício do poder punitivo, a expor-se às primeiras críticas, a ser impedido de criticar outras



agências (sobretudo as políticas) e, eventualmente, a correr maiores riscos de criminalização que todos os demais operadores do sistema. (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, 2011, p.57).

A socialização é elemento relevante para entendermos como os policiais militares sofrem com o choque de ideias e valores, na medida em que nascem os conflitos entre o aprendizado pessoal, teórico e acadêmico da profissão e as distorções da prática policial. Nesse sentido, Castro (2011) diz que socialização é o processo de integração do indivíduo num determinado grupo - a partir da internalização dos valores, das crenças, das normas, das performances e dos papéis definidos. Segundo a autora, esse sistema pode ser analisado em dois momentos, socialização primária e a secundária, e costuma ser definido por rituais de passagem.

A socialização primária é aquela em que o sujeito é inserido nos primeiros momentos da vida (infância). Trata-se de mecanismos de identificação simplificados, pois, não existem outros parâmetros de valoração e crenças para confrontar. Isso se traduz numa internalização mais estável. Já no caso da socialização secundária, a pessoa traz consigo valores predefinidos, que são confrontados com as novas crenças e normas externas. (CASTRO, 2011, p. 52).

Assim, por meio da socialização secundária, o indivíduo se insere em determinado grupo, normalmente aquele identificado como de maior prestígio, alinhando-se aos valores do grupo – a fim de se tornar membro. É o momento de assimilação de novas regras e comportamentos, tendo como referência os membros mais experientes daquele grupo. A socialização pleiteia a manutenção da ordem e dos padrões estabelecidos.

Trabalhando com o processo de socialização, Castro (2011) se apropria do conceito de *habitus* que, desenvolvido por Bourdieu, assegura o comprometimento subjetivo dos indivíduos e a reprodução dos valores e comportamentos internalizados. O *habitus* se coloca, desse modo, enquanto elemento cíclico da



estrutura social – mantendo os padrões estabelecidos pelo grupo e minimizando possibilidades de mudanças - embora esteja em constante desenvolvimento.

Sob outro prisma o *habitus* pode também ser tratado enquanto conciliador das oposições compostas pela realidade exterior e realidades individuais, capaz de expressar de forma relacional a interdependência entre indivíduo e sociedade nas formas de trocas recíprocas entre o mundo objetivo e o mundo subjetivo. O *habitus* é uma subjetividade socializada, concebido enquanto sistema relacional capaz de por disposições estruturadas e estruturantes, adquirido pelas experiências cotidianas e orientando para o agir cotidiano. (CASTRO, 2011, p. 54).

Ingressando nos meandros da organização informal e dos interesses “profissionais” da categoria – que compõem os demais elementos da concepção de polícia de Monjardet (2003) – temos que o adestramento da cultura policial é desenvolvido a partir de mecanismos de seleção, formação e treinamento do sujeito – dentro daquela concepção panóptica de Foucault (1999) - baseado no domínio contínuo do poder por meio da obediência, hierarquia e disciplina, pautando-se no rígido controle do corpo, da mente e do tempo dos recrutas – e num processo de etiquetamento que desenvolveu modelos de distinção dos policiais considerados bons (guerreiros, destemidos e obediente) e aqueles *outsiders* (burocratas, preguiçosos e insubordinados).

Tudo isso gera consequências no modo como o policial percebe e se relaciona com o mundo – estabelece um *habitus*, cria-se a identidade policial, uma cultura militar e a necessidade truculenta de impor a sua autoridade. Em vez de servir aos interesses sociais e constitucionais do policiamento, o policial aprende a viver no permanente estado de sítio contra a sociedade civil – onde são eleitos certos grupos vulneráveis como inimigos a serem abatidos a qualquer custo, sob o pretexto de preservar a paz e a ordem.

Em relação ao treinamento dos policiais, para Castro (2011), o principal objetivo, além da capacitação técnica, encontra-se no burilamento dos sentimentos e emoções correspondentes ao “*ethos* profissional do guerreiro”, que, somado à





“docilização” do corpo em situações adversas, promove a crença do êxito no enfrentamento de “qualquer tipo de mal”. Nesse sentido, o processo de treinamento e seleção dos prospectos se desenvolve num ritual de passagem do universo civil para o campo militar – moldando em dolorosas lapidadas a nova maneira de ser do indivíduo, em conformidade com *ethos* policial.

Nesse propósito, o primeiro contato que o indivíduo possui com a instituição policial, durante o curso de formação, é decisivo para a infusão ideológica do policial militar na sua trajetória profissional, trata-se da Semana Zero. Esse momento simbólico, composto por violenta carga energética de atividades físicas e psicológicas, conduz o recruta ao limite da condição humana, busca-se preparar corpo e alma para receber o espírito militar do guerreiro – desprendendo-se das amarras de sua antiga e ridicularizada vida civil. Na verdade, é o primeiro passo da instituição para obter êxito na construção da nova identidade social dos ingressos na carreira. Trata-se, a nosso ver, da socialização baseada no processo pedagógico rotineiro e desgastante que culmina na mortificação do *self*, ou seja, na anulação, em grande medida, da antiga identidade da vida civil dos novatos.

Há o intenso burilamento dos prospectos, baseado nos rígidos parâmetros de hierarquia e disciplina, além das questões de condicionamento físico e mental que determina a seleção dos recrutas mais adequados ao perfil policial. Cabe ressaltar a importância das redes de informação e o currículo oculto nesse processo, conforme aponta Castro (2011), essa teia de comunicação traduz a compilação de normas extraoficiais que circulam nas instituições, compondo a cultura de trabalho daquele ambiente e que determinam a valoração dos policiais.

Os currículos ocultos são tão relevantes quanto as diretrizes e regulamentos formais, pois são saberes intimamente vinculados aos objetivos intrínsecos a cada grupo. Segundo Castro (2011) é possível a mesma instituição coexistir com diversos currículos, dentro das diversas ramificações existentes. Nesse sentido, a autora narra o que presenciou em relação a oficiais do curso do BOPE-DF, que discutiam a



reprovação de um aluno baseado na frequência de atestados médicos que ele apresentava na sua unidade de lotação original.

Essa rede de comunicação informal, que Castro (2011) aponta na pesquisa sobre o curso de formação dos policiais miliares do Distrito Federal, perpassa toda a instituições policial e, inclusive, as operações de policiamento e o trabalho rotineiro nas ruas, na medida em que, na realidade, dificilmente as atividades policiares respeitam os parâmetros legais de atuação. Tais ações, em sua maioria, acabam sendo complementadas, remendadas e adaptadas aos valores constitucionais e normativos dos direitos penal e processual – senão rasgadas completamente.

Nesse sentido, os policiais que estão ambientados na lógica dessa rede têm diversas informações vinda das ruas e do quartel sobre locais de crimes e delinquentes catalogados. Assim, muitas vezes, o indivíduo é detido e considerado suspeito, em determinada região, simplesmente por já ter antecedente criminal ou em razão do catalogo de informação que os policiais possuem daquela região sobre o “meliante”. Igualmente, diversos locais considerados como espaços de criminalidade são conhecidos pelos policiais militares, porém, a atuação incisiva naquele ambiente somente ocorre em circunstâncias específicas e discricionárias. Portanto, notamos que os policiais são, desde a sua formação, induzidos a agirem por meio das redes informais de comunicação e estereótipo criminoso. Essas questões nos remetem aos ensinamentos de Becker (2008) sobre o modelo sequencial do desvio e a construção da carreira criminosa.

Um passo importante e decisivo na construção da carreira criminosa, aponta Becker (2008), ocorre no momento em que o sujeito é rotulado e exposto publicamente como desviante. A partir desse processo de etiquetamento, surgem consequências para a “participação social mais ampla e a autoimagem do indivíduo”. Nasce, assim, um novo status social; passa-se a tratar o cidadão a partir da identidade delinquente; cria-se a figura do *outsider*. Ele é definido não somente em relação ao ato em si, mas em todos os aspectos particulares e sociais da vida.



Presume-se que um homem condenado por arrombamento, e por isso rotulado de criminoso, seja alguém que irá assaltar outras casas; a polícia, ao recolher delinquentes conhecidos para investigação após um crime, opera com base nessa premissa. Além disso, considera-se provável que ele cometa também outros tipos de crime, porque se revelou uma pessoa sem ‘respeito pela lei’. (BECKER, 2008, p.43).

O primeiro contato do indivíduo com a instituição policial também é marcado, durante a semana zero, por um “ritual simbólico” que promove a supressão do nome civil do sujeito. No mesmo ato, esse recruta é batizado com a numérica que o definirá ao longo da sua formação, num processo de despersonalização do ser. Aquele momento representa o enterro do passado, de tudo que ele já viveu e se identificou.

A perda do nome, segundo França (2019), corresponde a uma violenta mutilação na personalidade do ser. Além do impacto na vida dos policiais e a despersonalização do ser, Castro (2011), analisando o curso de formação do policiamento especializado do BOPE-DF, identifica a numérica como estratégia de imposição hierárquica e disciplinar.

As numéricas são certamente um dos elementos chaves da formação e do dito processo de diferenciação desses profissionais, servindo de elemento intermediário entre o antes e depois do curso de especialização. Sua memória enquanto produtora da cultura profissional é tão forte que referências a ela permanecem mesmo após o curso. (CASTRO, 2011, p.80)

A necessidade de reificação dos recrutas é, segundo a autora, uma saída da instituição policial para que o treinamento militar fosse viabilizado sem que houvesse quaisquer entraves em relação ao tratamento truculento sofrido pelos alunos. Todos os espaços e objetos utilizados pelos alunos são identificados por meio da numérica. Os mecanismos de padronização, disciplina e, principalmente, desumanização do indivíduo, alimentam-se da premissa de primeiro destruir quem ele é para depois reconstruir o que ele será.

Podemos visualizar essa coisificação, conforme França (2019), nos aspectos visuais e uniformes dos cadetes. Os recrutas, segundo o autor, quando ingressam no curso de formação da Polícia Militar da Paraíba são chamados de “bichos”. A



uniformização destes recrutas homens e mulheres (chamados de “bichoforme”), enquanto não são considerados policiais, é composta por calça jeans, camisa branca e tênis preto; homens de cabelos raspados e mulheres de penteado preso. Além disso, a assepsia pessoal e as vestes devem ser impecáveis. Qualquer deslize gera punição. Percebemos que, ao observar os policiais recrutas nos quartéis de Anápolis-GO e seguindo as lições de etnografia de Castro (2011), esse processo de reificação é semelhante nas polícias militares de Goiás e do Distrito Federal.

[...] esse processo faz os cadetes se autorregularem e se autocontrolarem, pois eles passam a vigiar a si mesmos, pelo medo de que cada passo que se é dado no quartel esteja sendo observado. Esse controle ajuda ainda mais a uniformizar o corpo de alunos, visto que todos acabam adaptando-se a esse processo interno e externo de coerção psicológica, disciplinando cada vez mais seus corpos e suas subjetividades para evitar as punições e serem vistos como cadetes disciplinados. (FRANÇA, 2019, p. 382).

Caso o recruta supere as etapas do curso de formação, ele se sentirá honrado com a possibilidade de usar a farda militar e será renascido com o “nome de guerra”, normalmente usa-se o sobrenome do policial. Trata-se da simbologia do nascimento policial, quando ele se insere de fato no campo organizacional da polícia, aquilo que França (2019) chama de “fábrica de soldados” – em que os recrutas passam a integrar a nova identidade social. O processo de policização foi estabelecido e será reforçado durante toda a carreira policial.

Notamos que, no curso de formação, todo o processo de construção do policial é pautado na premissa da hierarquia, disciplina, vigilância e punição. Esses aspectos são desenvolvidos por Foucault (1987), em “Vigiar e Punir: o nascimento da prisão”, como mecanismo de controle das operações do corpo, que se dá por meio da sujeição constante das suas forças e impõem uma relação de “docilidade-utilidade” e submissão. Trata-se de técnicas de dominação, adestramento e manifestação do poder empreendidas desde o século XVII. Assim, podemos considerar que a formação dos policiais é desenhada sobre essa estrutura em que os corpos físico e mental dos recrutas são intensamente subjugados pelos instrutores. Nesse panorama,



um elemento exaltado no arquétipo do bom policial e intensamente utilizado nos cursos de formação da PMGO e PMDFT é fascínio do sofrimento e superação da dor.

O sofrimento físico, psicológico e emocional exacerbado no curso de formação policial tem o propósito, segundo Castro (2011), mais simbólico, ritualístico e legitimador do que o aspecto técnico e simulador de um contexto adverso e potencializado, conforme defendido pelas instituições policiais. Tais situações extremas de sofrimento ultrapassam a realidade cotidiana da função policial. Elas visam estabelecer uma tradição na qual todos os integrantes do grupo (antigos, atuais e futuros policiais) mantêm uma unidade, comunhão e sintonia. Desse modo, os policiais compartilham o mesmo padrão ritualístico e simbólico de dor, superação e ascensão; ou seja, promove-se um sentimento de identidade profissional e de pertencimento, constrói-se uma irmandade de valores morais compartilhados, mas também da dor vivida.

Além do papel enquanto filtro de seleção e conseqüente força propensora ao desenvolvimento da resistência, a dor é descrita como servindo de função ao grupo. Nas situações criadas espera-se que o grupo se una em prol dos mais fragilizados e se necessário os suporte em suas fraquezas. Trata-se de exercício onde é exacerbado o espírito coletivo, servindo ao propósito de criar uma identidade, assim como, estabelecer laços de sustentabilidade. Quanto à identidade, a dor serve para imprimir noção equivalente ao ‘nós’ passamos por isso. (CASTRO, 2011, p.88).

Trata-se do que Bittner (2003) chama de “*esprit de corps*” (espírito de corporativismo) que consiste no sentimento de solidariedade exigido do policial, característico da estrutura militarista, e está vinculado aos valores moldados no curso de formação, principalmente nas atividades que reclamam intenso desgaste físico e psicológico: o grupo deve se unir e se integrar para sobreviver. Assim, o sentimento agregador de “um por todos e todos por um” é assimilado na cultura policial como algo necessário para a manutenção da estrutura do grupo diante das situações de perigo e ameaça constantes que envolvem a atividade policial.



Essa situação se mostra prejudicial à atividade policial, principalmente quando confrontamos com os inúmeros casos de ilegalidade e abusos de poder. Nesse sentido, as violações aos direitos constitucionais, em razão do espírito de integração policial, apontado por Castro (2011), são acobertadas pelos colegas de farda, inclusive pelos superiores hierárquicos. Assim, dependendo apenas do controle interno das ações policiais, dificilmente chegaríamos a prevenção e responsabilização dessas práticas ilícitas em razão, segundo Bittner (2003), do “código do silêncio” dos policiais.

Ocorre que esse corporativismo policial, além de promover a fraternidade entres os policiais, acaba segregando - num processo de dualidade e maniqueísmo – a própria sociedade. Esse costume castrense exige um laço de confiança e conviência entre os policiais – código do silêncio – em relação aos deslizes e às ilegalidades cometidos contra cidadãos e em determinadas situações. Esse aspecto é projetado, conforme já trabalhamos, em uma constante sensação de conflito da atividade policial com os interesses sociais em jogo.

Equipes de parceiros não falam uns dos outros na presença de membros que não pertençam à equipe, o pessoal das ruas não fala sobre seus pares na presença de policiais graduados e, naturalmente, nenhum membro do departamento fala sobre nada que esteja remotamente relacionado com o trabalho policial com qualquer pessoa de fora. (BITTNER, 2003, p.156-157).

Esses comportamentos se mostram comuns na atividade policial e se potencializam na banalidade da violência policial discricionária, como percebi diversas vezes em operações policiais nas regiões mais pobres da cidade de Anápolis, a naturalidade como o cidadão é agredido, mas que na percepção do policial, naquele momento, são seres inferiores e indignos de direitos, merecem aquilo somente por serem assim e estarem ali, são simplesmente “pebas” afrontando a autoridade e a ordem pública. Embora não seja o cerne desse trabalho, o fortalecimento do controle externo da ação policial, enquanto papel do Ministério



Público e da sociedade civil, ajudaria a reduzir essa escalada de violência institucional.

A problemática da violência institucional também pode ser considerada a partir da necessidade dos policiais, que são adestrados, desde o curso de formação, para se colocarem, no patamar que Becker (2008) nos apresentou, como impositores de regras, tornando-se imprescindível, a qualquer custo, impor a autoridade e o cumprimento da regra, assim como os próprios policiais fazem em relação a estrutura militar e assim foi internalizado.

Nesse sentido, o “apego ao princípio da autoridade” está entre os interesses policiais apontados por Monjardet (2003) em que, em grande medida, a função do policial se concentra mais na imposição do respeito perante os sujeitos envolvidos do que realmente fazer cumprir a legislação. A questão da autoridade, bem como, a sua ideia de dissolução na sociedade líquida, nutre o discurso policial e a relevância do seu ímpeto impositivo como, por exemplo, a fragmentação dos valores ditos tradicionais, da confiança e disciplina que estruturavam a família, a escola e a justiça.

Em segundo lugar, esse interesse baseia as dificuldades endêmicas entre a polícia e os grupos sociais que, por razões estruturais, mais facilmente que outros se dobram a esta imposição de autoridade: os jovens, por um lado, definidos por essa idade da vida em que a auto-afirmação e a busca da identidade passam por um questionamento da autoridade tradicional; as minorias étnicas, de outro lado, cuja cultura própria pode veicular outras formas ou outras simbolizações da autoridade. O racismo policial antijovens ou anti-imigrados se compreende o mais das vezes assim. (MONJARDET, 2003, p. 158).

Nesse sentido, é interessante notar, conforme relato Castro (2011) na pesquisa etnográfica no curso de formação da unidade de polícia especializada do Distrito Federal, a preocupação dos instrutores em direcionar os limites da atuação policial entre o uso da força legítima e a ilegal. Igualmente, é possível visualizar a propagação dos estereótipos do indivíduo considerado criminoso, denominado pelos



policiais por meio do jargão “peba” – que normalmente está relacionado às classes desprivilegiadas, como os negros, os pobres, os LGBTs, os indígenas. A própria expressão atribuída a tais sujeitos estigmatizados como se fossem menos dignos ou não-cidadãos, que diante da presença da pesquisadora, tornou-se motivo de jocosidade entres os policiais e alunos do curso. Isso significa que os alvos da atuação policial, os “pebas”, são – na representação dos castrenses – suprimidos da condição de cidadãos.

O instrutor tratava sobre abordagem e cuidados que deveriam ser observados a fim de não repercutirem em sanções que seguiriam ao ‘arrepio da Lei’. Na minha presença ele passou a usar termos mais polidos e medidos, sendo que os sorrisos dos alunos denunciavam a falta de naturalidade do discurso. Numa das vezes ele brincou: ‘ai você pega o peba...Opa, peba não, é cidadão!’, todos caíram na gargalhada e a aula continuou em meio a termos obviamente contidos [...] Nas aulas os instrutores tinham forte preocupação em informar os alunos dos riscos que corriam durante as abordagens, inclusive o risco de cometerem um engano e responderem por isso: ‘você matou a vítima, deixou de ser autoridade e passou a ser bandido Vai pra Papuda’. (CASTRO, 2011, p.95-96).

Os processos de policização tendem a desenvolver no policial a ideia que ele deve viver num estado permanente de serviço, alerta e desconfiança. Desse modo, o pensamento e a função militar jamais são deixados de lado, pelo contrário, ele é a essência e a primazia da sua vida profissional, familiar e social. Estes dois núcleos de existência e de valores pessoais do castrense (família e sociedade) são tratados no processo de formação do militar como elementos secundários do policial em relação ao *esprit de corps*. Trata-se daquilo que Castro (2011) identificou como estado de prontidão, que atua, inclusive, como parâmetro de avaliação representativa do policial considerado ideal. Portanto, constatamos que o treinamento policial tem como prioridade máxima o adestramento das regras e disciplinas *interna corporis*. Assim, o bom policial é aquele sujeito disciplinado, subordinado as diretrizes institucionais e que não foge à luta. Em contrapartida, a agência policial negligência a formação de policiais capacitados para se integrarem com a sociedade civil.





A ideia de prontidão remete à exigência de que o policial esteja em todos momentos de sua vida preparado e disponível para desempenhar o seu ministério. Esse sentimento incita que o policial é policial 24 horas por dia e que, em prol da irmandade do grupo, deve agir como tal, sem qualquer tipo de desligamento em relação ao seu Batalhão. Essa condição gera, por sua vez, inúmeros problemas sociais e familiares para o policial, bem como, transtornos psicológicos oriundos da alienação institucional.

Sobre dedicação ao Batalhão a aos cursos de formação, especialmente nos casos daqueles que fizeram inúmeros cursos, e repercussão destes na composição familiar, alguns policiais confessaram a existência de colegas que atribuíam à profissão o motivo principal da separação conjugal e que frequentemente as esposas demandavam maior atenção. Durante o curso foi enfatizado aos alunos que problemas familiares não seriam objeto de abono e caso tivessem algum empecilho familiar que antecipadamente se retrassem do curso. Certa vez, numa aula, o coordenador disse: se vocês têm mulher grávida, com problema de saúde e filhos é melhor saírem logo'. (CASTRO, 2011, p. 103).

Esse sentimento de tudo ou nada: o policial deve entregar a sua vida, o seu sangue e a sua alma em prol da missão maior, da causa, da fraternidade policial – ainda que isso relegue os demais campos de socialização e afetividade do ser humano. Mesmo que anule as demais potencialidades de existência e qualidade de vida que o definem como ser humano. Assim, surgem os conflitos internos, os problemas psicológicos e os casos de suicídio.

Tal situação que envolve a prontidão de serviço e os abalos psicológicos devido à sobrecarga emocional do *ethos* policial, conforme o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, é alarmante. Dados sobre as mortes de policiais, em 2019, apontam que dos 343 policiais que morreram em razão da profissão, 256 deles faleceram nos horários de folga, ou seja, 75% dos policiais mortos naquele ano. Nesse ínterim, a maioria das mortes não ocorreram por assassinatos, mas sim por meio do suicídio: são 104 autoextermínios em razão do estresse policial. Tal situação



deve fundamentar debates sobre o que tem adoecido os policiais e a real necessidade que eles têm de portarem armas de fogo nos períodos de folga.

Chegamos à conclusão que o processo de adestramento militar, todas as violências sofridas pelos recrutas nessa etapa, a própria mentalidade que se constrói em relação ao estado permanente de guerra contra a sociedade, exigindo do policial dedicação ininterrupta em detrimento dos valores familiares, bem como, o desamparo psicológico e os preconceitos no meio (o espírito do guerreiro machista) fazem com que os sentimentos reprimidos pelo policial favoreçam esse cenário catastrófico e silencioso. Algo que, inclusive, necessitaria de um estudo mais aprofundado noutra oportunidade, haja vista que a questão da numérica na semana zero – quando transferida para o sofrimento humano, num processo reificador, pouco se sabe dos limites psicológicos e emocionais do policial que, como notamos, não raramente surtam ou atentam contra a própria existência.

Analisando as contribuições etnográficas de Castro (2011) e França (2019) sobre a formação dos policiais militares, podemos notar um traço cultural da organização policial que nos remete ao pragmatismo exacerbado. Normalmente, ele é fundamentado pelas exigências de ocorrências do cotidiano e estruturado por meio do sistema de repressão e sanções em desfavor dos recrutas – muito mais do que retribuições. Essa mentalidade, que estimula a animosidade e o estado de violência interna contra o próximo, transfere-se para as relações com a sociedade.

A tradição institucional da polícia em seguir os princípios do Estado agressor, conforme tratou Zaffaroni na criminologia midiática, Baratta (2011) na ideologia da defesa social e Pires (2004) ao tratar da estrutura telescópica, é condicionante essencial no processo de policização dos policiais. Nesse prisma, nasce a idolatria do policial operacional, cujo espírito guerreiro é capaz de vencer a dor, o medo, a morte e qualquer mal que obste a sua missão. O propósito de existir é para combater o inimigo criminoso, como se a força física e a violência policial fossem a principal finalidade, senão a única.



Muitos dos cadetes também criam a imagem estritamente voltada para ser “operacional”, condição de muito valor e apreço entre os policiais militares e que denota ser reconhecido no corpo institucional como o policial que age nas ruas contra a delinquência e a “bandagem”, com dedicação e ótima condição física. Muitos cadetes dizem que prender meliantes e “marginais” em operações diversas e arriscadas torna-se fator de motivação para trabalhar, e esta vontade é percebida nos uniformes que recebem apetrechos e objetos variados (cantis, porta-armas – coldres –, cintos), que lembram as atividades desenvolvidas nas ruas, nas operações policiais militares. (FRANÇA, 2019, p. 385).

O arquétipo heroico do policial militar que busca o combate e o esforço operacional bélico são exaltados na cultura policial; em contrapartida, o policial burocrata é ridicularizado, visto como aquele que foge da luta para se esconder no escritório. Além disso, existe a discriminação do policial “comum”, visto como *outsider* pelos Batalhões Especializados (os Caveiras da farda preta). A cultura da violência policial, segundo Castro (2011), está presente no curso de formação, nas canções e na representação social dos atores. Trata-se de algo direcionado para uma guerra contra a sociedade, no caso, a parcela definida como meliantes.

Assim, analisando a estrutura programática do curso de formação do BOPE-DF e as canções motivacionais existentes, segundo Castro (2011), compreendemos como a força física faz sentido para o policial e se projeta nas ruas. Nota-se que, observando os estudos da autora, as matérias presentes no curso de formação do grupo de policiamento especial do Distrito Federal, cuja carga horária é de 540 horas aulas, grande parte das disciplinas é direcionada para a questão bélica, para o uso da força e do combate. Assim, conteúdos relevantes para a formação ética, humana e moral dos militares, bem como, outros que promovem o lado humano e social do policial, são reservados somente 10 horas aulas: Direitos Humanos, Criminologia e Policiamento Comunitário, Noções de Inteligência, Legislação aplicada à atividade policial.

Portanto, nos cursos de formação policial, em relação a pirâmide hierárquica do saber humano, as disciplinas de violência e confronto militar e combate ao



inimigo são o ápice da formação policial. Nesse sentido, matérias como Patrulhamento Tático (80 horas), Armamento, Munição e Tiro (40 horas); Operações de Choque (30 horas); Munições menos que letais (30 horas), Tiro de Combate (20 horas) são a essência na formação do policial, aquilo que é idolatrado e o policial levará consigo ao longo de sua carreira. (CASTRO, 2011, p. 70-71).

Dentro desse panorama, notamos que as exigências físicas e mentais do concurso de formação, que buscam a supressão dos sentimentos humanos (dor, afeto, medo, alegria) são muito mais elementos simbólicos de preparação do espírito e desenvolvimento da identidade do policial guerreiro do que simplesmente questões técnicas e instrumentais defendidas pelos instrutores, conforme já apontamos. Nesses moldes, também estão as músicas motivacionais.

As canções militares carregam uma simbologia estratégica na formação do policial, pois, elas são instrumentos de ratificação dos valores do grupo. A finalidade delas é criar a identidade profissional e exaltar o “espírito de guerreiro”. As letras das músicas, ao serem retratadas por Castro (2011), expõem os preconceitos e estereótipos do inimigo a ser derrotado e definem o arquétipo policial. Nesse sentido, transpassam as melodias das canções policizantes temas que incentivam a violência, o combate, o uso de armas letais, a guerra, a morte, a criminalização da favela, o sofrimento físico, o esforço, a coragem e a honra que simbolizam o policial repressor.

Existem na polícia algumas tradições. Uma são verdadeiras e outras são jargões. Turma que quer servir no gabinete militar. E turma de pistola na favela quer entrar. Ser burocrata e operar computador. Ou ser PATAMO e na favela tocar horror. FUZIL e PT na mão. É o BOPE...força padrão. (CASTRO, 2011, p.98).

Eu tenho uma mania que é tradição. De nunca me entregar de não cair no chão. O que eu faço pouca gente quer fazer. O frio e a fome é grande e a sede é pra valer. Uniforme camuflado e pouca água no cantil. A mochila bem pesada. E guarda alta o meu fuzil. Cachorro latindo, criança chorando. Vagabundo atirando e o PATAMO chegando. Bate com a mão, bate com o



pé, bate com o pau. O PATAMO é mau. Quebra geral. (CASTRO, 2011, p. 100).

A expropriação de sentimentos e a criação de outros são etapas consideradas no curso de formação como elementos da cultura policial— cuja finalidade não é a Defesa dos Direitos Humanos e do Cidadão, mas a vontade de superar tais valores (fundamentais no Estado de Direito) considerados infortúnios pelos policiais. Segundo Monjardet (2003), a capacidade de reprimir o delinquente é, no campo policial, elemento de mensuração de eficácia e qualidade da atividade castrense. Aquilo que, juntamente com a hierarquia e subordinação militar, fazem o bom policial.

Nesse sentido, Castro (2011) aborda alguns aspectos internos no curso do BOPE da PMDFT que se espera na ordem das emoções e sentimentos, ou seja, o condicionamento e a negação destes. Para tanto, os recrutas são submetidos a situações extremas de altura, calor, frio, inanição, fogo, água, gás lacrimogêneo, enclausuramento e violências físicas e morais.

Em instruções como esta, assim como várias situações criadas pela coordenação, esperava-se expor a turma de tal forma que seria possível abstrair-lhe a 'essência', sendo tal crença presente nos diálogos de forma que a exposição a situações extremas possuiria tal finalidade, entendendo-se por essências o que de melhor e pior existia internamente. (CASTRO, 2011, P. 109)

Nesse ponto, Castro (2011) acrescenta a preocupação que os policiais possuem em não transparecer qualquer fraqueza ou fragilidade ao público externo e ao Batalhão. Assim, mesmo que submetido a condições adversas, sofrendo internamente, devem manter a postura do guerreiro inabalável - capaz de vencer as missões que foram determinadas. Portanto, o curso de formação da PMDFT requer a negação e expropriação de todos os sentimentos que são rotulados de fraqueza e fragilidade da vida humana.

No caso do Batalhão de Operações Especiais da PMDF existe uma pré-determinação do sentir e do agir e o vácuo produzido pela negação de determinadas ações e emoções é preenchido por outras ações e emoções consideradas adequadas, sendo



estas ensinadas durante o curso de formação que além de capacitá-los serve de filtro para aqueles considerados inaptos. Não se trata exclusivamente de interditos de ordem emocional, mas de sensações físicas naturalmente demandadas pelo organismo, sendo esses corpos doutrinados para suportarem tais exposições e tal doutrinação ganha seu limite ávido ao atingir a esfera abstratas das emoções e sentimentos e estabelecer padrões de policiamento pautados nesse ordenamento.” (CASTRO, 2011, p.114).

O processo de policização é sedimentado na memória do corpo e do espírito dos policiais - gerando a perpetuação, a legitimação e a reprodução da violência sofrida internamente nos quartéis na relação com os cidadãos. Assim, a consecução de uma polícia militar que atue em direção aos valores e preceitos constitucionais e democráticos, que seja capacitada estruturalmente e que entre em sintonia com os anseios da sociedade democrática e justa deve necessariamente se submeter a reestruturação dos cursos de formação castrense - além de questionamentos sobre a militarização e a profissionalização do mister policial.

## 6 CONCLUSÃO

Constatamos a existência valores próprios que definem a identidade policial. Embora essa lógica de atuação se assemelhe aos demais institutos do sistema de justiça criminal, que refletem a racionalidade estrutura telescópica trabalhada por Pires (2004), os vieses da criminologia midiática, encabeçado por Zaffaroni (2012), a ideologia da defesa social, apresentada por Baratta (2011), com suas construções punitivas, seletivas, discricionárias, fragmentárias, estigmatizantes e injustas que estão enraizados na nossa sociedade por séculos de exploração, repressão e extermínio de grupos vulneráveis.

Percebemos que o discurso da ideologia da defesa social de Baratta (2011) e da estrutura telescópica de Pires (2004) moldaram a instituição policial desde a sua origem. Assim, a partir do viés macrossociológica de Baratta (2011), vimos que a história política e econômica do país foi campo fértil para o fortalecimento do Estado de polícia, cuja instituição policial era o principal instrumento controle social dessa



política repressora. Assim, as violações dos direitos fundamentais à liberdade, à vida, à pluralidade, à dignidade humana eram condutas institucionalizadas pela violência policial. As execuções e torturas policiais – que pautaram a nossa história escravocrata, oligopolista, permeada pelas desigualdades, injustiças sociais e regimes ditatoriais – eram acobertadas pelo discurso ideológico do Estado de polícia.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha rompido com esse panorama e instituído a imprescindibilidade do Estado de Direito que respeita os valores e garantias constitucionais e os Direitos Humanos – e como aponta Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011) – contém os impulsos do Estado policial. Todavia, agência policial não conseguiu essa perspectiva moderna, pois, ela construiu um *habitus* guiado pela repressão contra a sociedade. A polícia acredita que é a única instância legítima para o controle social e, por isso, pode tudo – independentemente de qualquer controle externo.

Esse trabalho, no campo microssociológico de Baratta (2011), possibilitou-nos compreender o *habitus* policial que, promovido e retroalimentado pelos processos de seleção e formação dos policiais militares, determina o comportamento natural e violento da polícia – marcado por padrões impositivos e discricionários de autoridade, abordagem e repressão. O modo como os cursos de formação da polícia militar é desenvolvido para ser uma “fábrica de soldados”, cujos valores de corporativismo policial, prontidão e prioridade da missão militar, hierarquia, disciplina, operacionalidade no combate ao crime e a supressão dos sentimentos naturais como medo, dor, alegria, empatia, bem como, a desconsideração dos Direitos Humanos, são essenciais para a construção do espírito do guerreiro. Nossos policiais, assim, são treinados para um estado permanente de guerra urbana, no qual o inimigo é destacado dentro da sociedade. cuja única solução é a violência institucional proporcional ou até superior a criminalidade confrontada a qualquer custo, inclusive, às custas de muitas vidas.



A história da violência institucional da polícia, que sempre foi o martelo do Estado de polícia, os processos de policização no curso de formação dos policiais acarretaram consequências negativas em relação ao *habitus* castrense como: a naturalização e impunidade das práticas de extermínio e tortura; o *esprit de corps* da polícia militar ao ignorar tais condutas; a coisificação do ser humano e a criminalização seletiva – tanto do criminoso, quanto do policial; o treinamento policial para combater e matar inimigos. Essas questões são imunizadas pelo sistema de justiça criminal e pelos meios de comunicação – num reforço aos princípios da ideologia da defesa social e desrespeito aos Direitos Humanos. Casos como os de Valdimir Herzog; Gilson Nogueira, o Massacre do Carandiru, bem como experiência que tive nos anos de serviço público com a PMGO, elucidam as perversidades do *habitus* policial e a inércia do sistema de justiça criminal.

Herzog era jornalista da TV Cultura que investigava casos de abuso de autoridade da polícia, durante a Ditadura Militar no Brasil (1964-1975). O jornalista foi capturado pelo serviço de inteligência militar, acusado de conspirar contra o país, sendo torturado com choques elétricos, não resistiu aos ferimentos. A sua morte, em 1975, foi simulada pelo Estado brasileiro como suicídio: a corda no pescoço da nossa democracia. A violação aos Direitos Humanos no caso Herzog, ignorado pelo Brasil, somente foi reconhecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que, depois de 43 anos de impunidade, determinou a condenação do Brasil e que o país alterasse a certidão de óbito para constar o homicídio, indenizasse a família da vítima e revisasse a Lei de Anistia brasileira, que beneficia os algozes do regime ditatorial. A hipocrisia do nosso sistema de justiça criminal e dos preceitos do Estado de Direito são tantas que, em 2010, o STF decidiu pela constitucionalidade da Lei de Anistia (ADPF nº 153) – inviabilizando, na esfera interna, o julgamento de crimes da Ditadura Militar. Acredito que o Brasil seja raridade, entre as sociedades vítimas da violência institucional daquele momento, por não haver Justiça de Transição. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016).





As práticas do Estado policial, a impunidade e tranquilidade com que elas ocorrem estão fundidas na atividade policial, ainda nos dias atuais. Uma das piores experiências da minha vida comprova isso: assim que ingressei no concurso de agente de trânsito em Anápolis- GO, deparei-me com um grupo de policiais à paisana (conhecida como P2), a fim de obter informações de uma criança negra e pobre, que supostamente havia furtado objetos no pátio do órgão de trânsito, na época sob o comando de um Tenente da Polícia Militar, começou a torturar com choques elétricos o menor para que ele entregasse os objetos furtados. Algo tão comum para o Tenente e os torturadores quanto beber um copo de água – acobertado pela estrutura opressora e impiedosa da polícia militar que suprime a existência dos Direitos Humanos para atingir os seus fins cruéis.

Outro caso recente que traduz como o corporativismo policial e a retroalimentação desse *habitus* castrense, a partir de história e dos valores presentes na formação do policial, em ignorar os valores constitucionais do Estado de Direito, ocorreu quando agentes de trânsito presenciaram um veículo objeto de roubo estacionado no centro de Anápolis-Go. Assim que a polícia foi comunicada da situação, compareceu ao local a P2 (algo que cabe reflexão sobre a ilegalidade dessa técnica policial) para, numa tocaia, prender o infrator que, após a P2 perceber se tratar de um Sargento do Batalhão Especializado da Polícia Militar de Goiás, foi prontamente liberado do local com o veículo roubado. Argumentaram para os meus amigos agentes de trânsito um burlesco discurso em que o Sargento tinha autorização judicial. Os colegas, amedrontados com as ameaças, fingiram acreditar.

Temos ainda, como reflexos do *habitus* policial e da história castrense atrocidades aos direitos e garantias constitucionais e aos Direitos Humanos, o caso Gilson Nogueira de Carvalho, em 1996, advogado e ativista que foi executado por policiais em razão das denúncias sobre a violação dos Direitos Humanos por parte de policiais militares e civis que integravam o esquadrão de morte Meninos de Ouro. Devido a morosidade do sistema de justiça criminal em investigar e punir os responsáveis pela morte de Gilson, o caso também foi submetido à Corte IDH que



condenou o Estado brasileiro pela omissão em cumprir seu dever legal e por não coibir a práticas do grupo de extermínio. Nos casos citados, foi ventilado pela Corte a questão da desmilitarização da polícia brasileira – o que, em razão de tudo que concluímos – é uma realidade improvável; o que demonstra ser um objeto de discussão para os próximos trabalhos acadêmicos. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2005).

O massacre do Carandiru, em 1992, também demonstra as mazelas do sistema criminal e da prática policial. Passados 28 anos da chacina por parte da Polícia Militar de São Paulo, que acarretou a morte de 111 detentos, na operação policial para conter a rebelião no Pavilhão 9, os responsáveis seguem impunes. Embora Justiça tenha condenado os autores, incluindo o mandante do extermínio, Coronel Ubiratan, os julgamentos pelo Tribunal do Júri foram posteriormente anulados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo – cujo argumento principal da decisão foi não individualização das condutas dos policiais. O caso segue sem solução, demonstrando a conveniência do Estado brasileiro e do sistema criminal com as práticas de violência institucional contra determinados grupos vulneráveis. (AGÊNCIA BRASIL, 2017)

Essas circunstâncias apontam o quanto as nossas instituições e a polícia militar estão alheias aos preceitos constitucionais e aos Direitos Humanos. O *habitus* da polícia se estruturou numa lógica opressora do Estado de polícia – que desconstrói os princípios, direitos e garantias constitucionais do Estado de Direito. Nesse sentido, constatamos que, além da herança histórica, os processos de criminalização seletiva e de formação dos recrutas pela Polícia Militar, promovendo a policização e reforçando o *habitus* policial, desrespeitando os Direitos Humanos e a nossa Constituição Federal que são tratados como obstáculos para as práticas policiais.

Assim, a função policial tem ignorado o seu verdadeiro propósito e não está a serviço da sociedade, em sintonia e proximidade com as demandas sociais, promovendo e defendendo os Direitos Humanos enquanto finalidade precípua e limitadora das rodas da repressão, da arbitrariedade e do fascínio pela guerra. Mas, a



fim de justificar suas ações policiais, sustentados pela criminologia midiática, apropriam-se do discurso, que Baratta (2011) falso, de legitimidade policial no controle da ordem pública, da existência de cidadãos de bem que sofrem com as ameaças dos criminosos, de defesa dos interesses fundamentais da sociedade e da atuação justa e imparcial do sistema de justiça criminal, cuja pena é instrumento inevitável para ressocialização e contramotivação dos infratores. Assim, devemos romper com esse pensamento punitivo, pois, ele inviabiliza e mascara a realidade seletiva, fragmentária e desigual da atividade policial e da nossa sociedade. Acreditamos que a nossa polícia, assim como sustenta Monjardet (2002), é o espelho da nossa sociedade. Exige-se, portanto, uma mudança paradigmática de toda a sociedade, uma transformação do organismo social que se afaste da estrutura telescópica, conforme tratou Pires (2004). Também é preciso estabelecermos políticas de valorização e reestruturação da instituição policial – tanto no âmbito organizacional, quanto nos processos de formação dos seus prospectos.

Nesse sentido, podemos identificar mecanismos que tornem a nossa polícia um instrumento de respeito aos valores democráticos e humanos presentes na Constituição, buscando a integração com a sociedade, a profissionalização, a reformulação e autonomia científica e educacional na formação dos policiais e, consequentemente, a desmilitarização da polícia. Devemos buscar a reestruturação da gestão de segurança pública no país, por meio de reformas estruturais - desenvolvendo uma coordenação integrada que preze pela transparência, controle das instituições policiais, aproximação das atividades policiais com a sociedade, respeito aos Direitos Humanos. Esse modelo deve estabelecer a profissionalização, cooperação e padronização das instituições de justiça criminal – com foco nas atividades preventivas e de inteligência. Segundo Lima (2019), essa nova arquitetura política e institucional das polícias, baseada na centralidade, coordenação uníssona e inteligência, foi bastante eficiente durante a Copa do Mundo no Brasil – devendo ser o cerne da política de segurança pública no país.



Outra questão relevante, a nosso ver, passa pela humanização e transformação no sistema de recrutamento e formação das polícias, que estejam em sintonia com os processos de profissionalização, valorização da atividade policial e promoção dos valores constitucionais e de cidadania. Para isso, assim como já determinou a Corte Internacional de Direitos Humanos em casos em que o Brasil foi condenado em razão da violência policial, é imprescindível que haja a desmilitarização das nossas polícias. A militarização, que estrutura o *habitus* policial, determina uma atuação policial essencialmente brutalizada e voltada para o combate bélico contra os inimigos internos (a própria sociedade), impede os avanços e melhorias trabalhistas e estruturais dos policiais, faz com que os Direitos Humanos dos policiais e dos sujeitos estigmatizados sejam desrespeitados.

Nesse sentido, acreditamos que a formação dos nossos policiais deveria ser desenvolvida a partir de um rigor técnico e científico, em que a habilitação para atividade de segurança pública ocorreria por meio da formação policial acadêmica e específica, cujos instrutores – embora profissionais da área – não estivessem submetidos ao pragmatismo e aos interesses institucionais dos órgãos de polícia e cujas disciplinas fosse definidas por parâmetros constitucionais e valores humanos que acalentassem a construção de uma polícia essencialmente democrática e cidadã.

A concretização das propostas de Baratta (1993) sobre a política criminal alternativa também nos parece interessante. Pois, elas limitam as ameaças por parte das agências do sistema penal aos Direitos Humanos. Assim, o prognóstico da política criminal alternativa, em diálogo com a Criminologia Crítica, a fim de superar as violências penal e estrutural do Estado requer o estabelecimento de programas de contenção da racionalidade punitiva por meio de um direito estritamente rigoroso e afirmativo das garantias jurídicas do estado de direito e dos direitos humanos e a promoção de uma política descriminalizadora numa trajetória de superação do atual sistema penal, substituindo-o por um sistema mais justo e condizente com a defesa dos direitos humanos frente a violência estruturada.



Todavia, essas propostas não são simples, além da resistência natural das instituições policiais para eventuais transformações nas suas estruturas, há considerável intransigência da sociedade brasileira em desvencilhar-se das nossas raízes históricas, autoritárias e ratificadoras da violência estrutural – de injustiças sociais e ataques aos Direitos Humanos. Necessitamos, assim, que haja uma mudança paradigmática da nossa própria mentalidade – rompendo com as ideologias tradicionais e estruturas telescópicas – e uma desconstrução dos desajustes que caracterizam o sistema de justiça criminal e a atividade policial.

Nesse sentido, como filete propulsor de novas pesquisas, pretendemos investir em novas pesquisas etnográficas sobre os cursos de formação da Polícia Militar para identificarmos, além da tratativa teórica, os mecanismos da policização, bem como, definir o perfil social, econômico e cultural dos policiais. Algo que também nos parece fascinante: qual o papel da mulher policial e dos policiais LGBT dentre de um habitus castrense que os colocam como *outsiders*? Seria isso possível, como eles lidam e reagem dentro dessa perspectiva.

Outra questão instigante seria desvendar quem são os vigilantes do vigia. Assim, traçarmos a noção de como funciona os processos de controle interno e externo dos abusos policiais; qual o perfil dos denunciados e denunciantes dos casos de violência policial; como as Ouvidorias da PM lidam com esses processos; o Ministério Público cumpre com a sua função constitucional (art. 129, inciso VII) de controle externo das polícias, acreditamos que existe algo que não é transparente ou publicizado – exceto quando escorrega nos meios de comunicação algum registro de abuso policial. O caminho é árduo e suscetível de niilismos das pessoas e das instituições que resistem em ignorar as mudanças. Porém, as diversas contribuições e reflexões da criminologia crítica, das nossas universidades e dos diversos atores sociais comprometidos com a transformação da sociedade e efetivação dos valores constitucionais e dos Direitos Humanos são bússolas para semearmos uma nova perspectiva, que inspire e aponte uma luz no fim do túnel.



## REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA BRASIL. **Massacre do Carandiru completa 25 anos sem punição.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/>. Acesso em: 05/06/2020.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal.** Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 6ª Edição. 2011. 254 p.
- BARATTA, Alessandro. **Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal.** Fascículos de Ciências Penais. Ano 6. V. 6. Nº 2. 1993. Pg. 44-61.
- BARCELLOS, Caco. **Rota 66: a história da polícia que mata.** LIVRO. 37ª edição. Rio de Janeiro: Globo, 1987.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 11ª edição, março de 2007. 136p.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. 2ª reimpressão, abril de 2015.
- BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio.** Tradução: Maria Luiza X. de Borges; revisão técnica: Karina Kuschnir. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BRETAS, Marcos Luiz; ROSEMBERG, André. **A história da polícia no Brasil: balanço e perspectivas.** Rio de Janeiro: Revista Topoi, v. 14, n. 26, jan.-jul. 2013, p. 162-173. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2237-101x014026011>. Acesso: 01/04/2020.
- BITTNER, Egon. **Aspectos do trabalho policial.** Tradução: Ana Luísa Amêndola Pinheiro. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.
- CASTRO, Priscila Aurora Landim. **Os convencionais e os especiais: um estudo sobre a construção dos integrantes do Batalhão de Operações Especiais da PMDF.** Universidade de Brasília. Instituto de Ciências Sociais. Departamento de Sociologia. Brasília, 2011.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso 12 879: Vladimir Herzog e outros, Brasil. 2016.** Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/demandas.asp>. Acesso em: 05/06/2020.



CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso 12.058: Gilson Nogueira de Carvalho, Brasil.** Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/demandas.asp>. Acesso em: 05/06/2020.

ELUF, Luiza Nagib **A paixão no banco dos réus: casos passionais célebres: de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves.** 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007

FRANÇA, Fábio Gomes. **“O soldado é algo que se fabrica”: notas etnográficas sobre um curso de formação Policial Militar. Programa de Pós-Graduação em Sociologia.** Sergipe: Editora UFS. Revista Tomo, n. 34, jan-jun, 2019. Pg. 359-392. Disponível em: <https://doi.org/10.21669/tomo.v0i34.10378>. Acesso: 01/04/2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 38ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SOUSA, Reginaldo Canuto; MORAIS, Maria do Socorro Almeida. **Polícia e sociedade: uma análise da história da segurança pública brasileira.** V Jornada Internacional de Políticas Públicas. Universidade Federal do Maranhão. Centro de Ciências Sociais. Programa de Pós- Graduação em Políticas Públicas. Maranhão, 2011. Disponível em: [http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/CdVjornada/JORNADA\\_EIXO\\_2011/PODER\\_VIOLENCIA\\_E\\_POLITICAS\\_PUBLICAS/POLICIA\\_E\\_SOCIEDADE\\_UMA\\_ANALISE\\_DA\\_HISTORIA\\_DA\\_SEGURANCA\\_PUBLICA\\_BRASILEIRA.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/CdVjornada/JORNADA_EIXO_2011/PODER_VIOLENCIA_E_POLITICAS_PUBLICAS/POLICIA_E_SOCIEDADE_UMA_ANALISE_DA_HISTORIA_DA_SEGURANCA_PUBLICA_BRASILEIRA.pdf) . Acesso: 01/04/2020.

DORNELLES, João Ricardo W. **Conflito e segurança pública: entre pombos e falcões.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

FERREIRA, Carolina Costa. **O estudo de impacto legislativo como estratégia de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal.** Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, para a obtenção do título de Doutora em Direito, Estado e Constituição Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20344/1/2016\\_CarolinaCostaFerreira.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20344/1/2016_CarolinaCostaFerreira.pdf). Acesso: 17/11/2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário brasileiro de segurança pública 2019.** Coordenação: Samira Bueno e Renato Sérgio de Lima. Edição 2019. São Paulo, 2019. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br](http://www.forumseguranca.org.br). Acesso: 01/04/2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** Tradução: Raquel Ramallete. 20ª Edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.



GOLDSTEIN, Herman. **Policiano uma sociedade livres**. Tradução: Marcello Rollemberg. Revisão da tradução: Maria Cristina P. da Cunha Marques. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

HAGEN, Acácia Maria Maduro. **O trabalho policial: estudo da Polícia Civil do Rio Grande do Sul**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2006.

JUNIOR, José Maria Pereira da Nóbrega. **O que se escreve no Brasil sobre Segurança Pública? Uma revisão da literatura recente**. Revista Brasileira de Segurança Pública. Vol. 12. Nº 2. São Paulo, ago-set 2018, pg. 14-46. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br](http://www.forumseguranca.org.br). Acesso: 01/04/2020.

LIMA, Sérgio Renato; BUENO, Samira; MINAGRDI, Guaracy. **Estado, polícias e segurança pública no Brasil**. Vol. 1. N.1. São Paulo: Revista Direito GV, jan-abr 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/59454/57846>. Acesso: 01/04/2020.

MACHADO, Bruno Amaral; PORTO, Maria Stela Grossi. Homicídio na área metropolitana de Brasília: **Representações Sociais dos Delegados de Polícia, Promotores de Justiça e Magistrados**. Sociologias, Porto Alegre, v. 17, n. 40, p. 294-325, dez. 2015.

MONJARDET, Dominique. **O que faz a polícia**. Posfácio: Jean-Marc Erbès. Tradução: Mary Amazonas Leite de Barros. Ed. Revista 2002. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

MUNIZ, Jaqueline. **A crise de identidade das polícias militares brasileiras: dilemas e paradoxos de formação educacional**. Vol. 1. Security and Defense Studies Review, 2001. Disponível em: [http://nc-moodle.fgv.br/cursos/centro\\_rec/docs/a\\_crise\\_identidade\\_policia.pdf](http://nc-moodle.fgv.br/cursos/centro_rec/docs/a_crise_identidade_policia.pdf). Acesso: 01/04/2019.

PIRES, Álvaro. **A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos**. Novos Estudos CEBRAP, n.º 68, março 2004, pg. 39-60. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121354/mod\\_resource/content/1/Pires\\_A%20racionalidade%20penal%20moderna.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121354/mod_resource/content/1/Pires_A%20racionalidade%20penal%20moderna.pdf). Acesso: 17/11/2019.

PORTO, Maria Stela Grossi. **Mídia, segurança pública e representações sociais**. Tempo Social, Revista de sociologia da USP, v. 21, n.2, pg. 211-233, nov. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-20702009000200010>. Acesso: 01/04/2020.





SETTON, Maria da Graça Jacintho. **A teoria do habitus em Pierre Bourdieu: uma leitura contemporânea.** Revista Brasileira de Educação, nº 20, pg. 60-70. Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-24782002000200005>. Acesso: 01/04/2020.

SONTAG, Susan. **Diante da dor dos outros.** São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

ZACKSESKI, Cristina. **Da prevenção penal à nova prevenção.** In. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 29. São Paulo: RT, 2000, p. 167 – 19.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar.** Coordenadores: Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini. São Paulo. Editora Saraiva, 2012. Coleção Saberes Críticos.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Seminário Internacional Judiciário, Sistema Penal e Sistema Socioeducativo: questões estruturais e mudanças necessárias.** Auditório do Conselho Nacional de Justiça. Brasília, março. 2020. Transmissão ao vivo: TV Justiça. Acesso: 03 e 04 de março de 2020.



# PORQUE MULHERES NEGRAS SÃO AS QUE MAIS SOFREM VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA?

Lílian Maria De Andrade Mourão<sup>1</sup>

## RESUMO

Este trabalho foi desenvolvido com o objetivo de demonstrar as razões pelas quais as mulheres negras são as maiores vítimas da violência obstétrica. Dessa forma, para melhor compreensão acerca do tema, este artigo traz a conceituação desse tipo de violência, as normativas internacionais, a nota técnica do Ministério da Saúde e os projetos de lei em tramitação, para então abordar as questões sobre gênero, raça, interseccionalidade e direitos sexuais e reprodutivos das mulheres negras. Ao final, veremos casos de esterilização compulsória ocorridos nos Estados Unidos e no Brasil e relatos de mulheres vítimas da violência obstétrica.

**Palavras-chave:** violência obstétrica; mulheres negras; gênero; raça; interseccionalidade; direitos sexuais; direitos reprodutivos.

## ABSTRACT

This work was developed with the objective of demonstrating the reasons why black women are the biggest victims of obstetric violence. Thus, for a better understanding of the theme, this article brings the conceptualization of this type of violence, the international norms, the technical note of the Ministry of Health and the bills in process, to then address the issues of gender, race, intersectionality and sexual and reproductive rights of black women. At the end, we will see cases of compulsory sterilization that occurred in the United States and Brazil and reports of women victims of obstetric violence.

**Keywords:** obstetric violence; black women; genre; breed; intersectionality; sexual rights; reproductive rights.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. [lilian.ammourao@gmail.com](mailto:lilian.ammourao@gmail.com)



## INTRODUÇÃO

A violência obstétrica é um tema que vem sendo bastante discutido na sociedade. Cada vez mais as pessoas estão abrindo os olhos para esse tipo de violência que, até então, não era muito divulgada.

Com acesso à informação, as mulheres se deparam com os relatos de pessoas que sofreram violência obstétrica e percebem que também foram vítimas de alguma forma, seja física ou verbalmente. Com isso, surgem movimentos para que essa violência seja erradicada.

O objetivo deste trabalho é demonstrar, através das teorias críticas de raça e da interseccionalidade, por que as mulheres negras sofrem mais violência obstétrica do que as mulheres brancas. Através desse estudo podemos perceber que o racismo e o sexismo andam lado a lado, deixando as mulheres negras às margens na nossa sociedade e de uma série de políticas públicas, dentre as quais as políticas de saúde.

Dessa forma, o primeiro capítulo traz o conceito de violência obstétrica a partir de uma contextualização histórica do surgimento desse termo em países como Venezuela, Argentina e México. Será abordada, também, a discussão entre o Ministério da Saúde e o Ministério Público Federal sobre o uso da expressão “violência obstétrica” e os projetos de lei em tramitação. Ainda nesse capítulo será demonstrada a incidência da violência obstétrica em mulheres negras e os dados referentes a essa violência, de acordo com a pesquisa “Nascer no Brasil”<sup>2</sup>.

No segundo capítulo será discutida a questão de gênero e raça e seu ponto de intersecção, para demonstrar a necessidade de se enxergar esses marcadores sociais de forma única, não de maneira separada, para que as políticas públicas atendam as mulheres negras. Além disso, serão analisados seus direitos sexuais e reprodutivos.

---

<sup>2</sup> VASCONCELLOS, Maurício Teixeira Leite et al. **Desenho de amostra Nascer no Brasil Pesquisa Nacional sobre Parto e Nascimento**. Cad Saúde Pública 2014. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/csp/v30s1/0102-311X-csp-30-s1-0049.pdf>>. Acesso em 14jan. 2020



Para demonstrar a existência da violência obstétrica, no terceiro capítulo serão abordados casos de esterilização compulsória que ocorreram nos EUA e no Brasil. Também serão abordados relatos divulgados no documentário “Violência Obstétrica – A voz das brasileiras”<sup>3</sup> e casos de mulheres negras que foram vítimas dessa violência.

Por que as mulheres negras não recebem atendimento digno quando estão prestes a passar por um momento que as deixa tão vulneráveis? Por que elas são privadas de seus direitos básicos? Encontraremos essas respostas neste trabalho.

## 1 CONCEITO DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Atualmente, a violência obstétrica é um tema que gera muitas discussões. Comportamentos e procedimentos médicos durante o pré-natal, parto e puerpério tidos até então como “normais”, vem sendo bastante refutados pela sociedade.

Muitas mulheres sofreram e ainda sofrem esse tipo de violência sem se dar conta disso, porém, hoje em dia esse assunto está sendo bastante discutido em várias áreas, como na medicina e no direito, ainda que não haja regulamentação específica quanto à proibição de certas práticas que constituem violência obstétrica. A divulgação desse importante tema na mídia vem fazendo com que as pessoas fiquem mais atentas quanto aos comportamentos e procedimentos adotados pelos profissionais da saúde, todavia, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que esse problema seja efetivamente combatido, já que trata-se de um tema nebuloso perante a sociedade.

De acordo com a Fundação Perseu Abramo,

o conceito internacional de violência obstétrica define qualquer ato ou intervenção direcionado à mulher grávida, parturiente ou puérpera (que deu à luz recentemente), ou ao seu bebê, praticado sem o consentimento explícito e informado da mulher e/ou em

---

<sup>3</sup> VIOLÊNCIA obstétrica – A Voz das Brasileiras. Produção: Bianca Zorzam, Ligia Moreiras Sena, Ana Carolina Franzon, Kalu Brum, Armando Rapchan. 2012. (51 min)  
Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=eg0uvonF25M>>. Acesso em 10 maio 2020



desrespeito à sua autonomia, integridade física e mental, aos seus sentimentos, opções e preferências.<sup>4</sup>

Segundo a OMS, o termo refere-se à

apropriação do corpo da mulher e dos processos reprodutivos por profissionais de saúde, na forma de um tratamento desumanizado, medicação abusiva ou patologização dos processos naturais, reduzindo a autonomia da paciente e a capacidade de tomar suas próprias decisões livremente sobre seu corpo e sua sexualidade, o que tem consequências negativas em sua qualidade de vida.<sup>5</sup>

Ligia Sena e Charles Tesser citam alguns exemplos de atos/procedimentos que podem ser considerados violência obstétrica, dentre eles:

proibir a mulher de ser acompanhada por seu parceiro ou outra pessoa de sua família ou círculo social; realizar qualquer procedimento sem prévia explicação do que é ou do motivo de estar sendo realizado; realizar qualquer procedimento sem anuência prévia da mulher; realizar procedimentos dolorosos ou constrangedores sem real necessidade, tais como: enema, tricotomia, permanência na posição litotômica, impedimento de movimentação, ausência de privacidade; tratar a mulher em trabalho de parto de maneira agressiva, rude, sem empatia, ou como alvo de piadas; separar o bebê saudável de sua mãe após o nascimento sem qualquer necessidade clínica justificável.<sup>6</sup>

Nos anos 1980 e 1990 já existia discussão sobre a ocorrência de violência no parto, porém, foi após os anos 2000 que esse tema passou a ser efetivamente investigado no país.<sup>7</sup>

Diversas críticas a respeito da assistência ao parto estavam surgindo, dessa forma, criou-se o “Movimento em Prol da Humanização do Parto e nascimento,

---

<sup>4</sup> FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Violência no parto: Na hora de fazer não gritou**. 2013. Disponível em: <<https://fpabramo.org.br/2013/03/25/violencia-no-parto-na-hora-de-fazer-nao-gritou/>>. Acesso em 04 nov. 2019

<sup>5</sup> BRASIL. Conselho Nacional da Saúde – Ministério da Saúde. **Violência obstétrica: CNS se posiciona contra extinção do termo, proposta pelo Ministério da Saúde**. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/588-violencia-obstetrica-cns-se-posiciona-contr-extincao-do-termo-proposta-pelo-ministerio-da-saude>>. Acesso em 08 nov. 2019

<sup>6</sup> SENA, Ligia Moreiras; TESSER, Charles Dalcanale. **Violência obstétrica no Brasil e o ciberativismo de mulheres mães: relato de duas experiências**. Interface (Botucatu)[online]. 2017, vol.21, n.60, pp.209-220. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-32832017000100209&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-32832017000100209&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em 04 nov. 2019. p. 211

<sup>7</sup> Ibid. p. 209



envolvendo diversos profissionais e instâncias da sociedade.” Esse movimento tem fundamento no reconhecimento da mulher como protagonista e como sujeito ativo no processo de parto, “com ênfase nos aspectos emocionais e no reconhecimento dos direitos reprodutivos femininos”.<sup>8</sup>

O movimento pela humanização do parto se deu por iniciativa dos estados brasileiros, que buscavam dar novo significado a assistência e trazer o foco para a figura da mulher. A chamada “Carta de Campinas” – carta de fundação da Rehuna (Rede pela Humanização do Parto e do Nascimento) – foi um documento muito importante, pois funcionou como uma denúncia das práticas violentas ocorridas durante o parto. Essas práticas foram consideradas como pouco humanas e constrangedoras, e faziam com que o nascimento de um ser humano, que deveria ser um momento especial, fosse um verdadeiro pesadelo<sup>9</sup>

A maioria dos integrantes da Rehuna eram profissionais da saúde, principalmente enfermeiras e médicos, portanto, mesmo verificada a ocorrência de violência na hora do parto, essa informação era pouco repassada para as mulheres, que são as maiores interessadas no assunto. Com a chegada da rede mundial de computadores no Brasil, a qualidade na assistência ao parto começou a ser divulgada no país por meio de algumas listas eletrônicas, como: Amigas do Parto, Rehuna e Parto Nosso, o que fez com que a violência no parto passasse a ser discutida<sup>10</sup>

Sobre essa ótica, Diniz afirma que houve uma novidade política com grande potencial de mudança, pois as listas eram formadas por mulheres de classe média usuárias do SUS, por isso essa interação levou a múltiplas iniciativas – pessoais, institucionais e elaboração de políticas públicas<sup>11</sup> Com o surgimento das novas

---

<sup>8</sup> Ibid. p.210

<sup>9</sup> Ibid. p.210

<sup>10</sup> SENA, Lígia Moreiras; TESSER, Charles Dalcanale. **Violência obstétrica no Brasil e o ciberativismo de mulheres mães: relato de duas experiências**. Interface (Botucatu)[online]. 2017, vol.21, n.60, pp.209-220. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-32832017000100209&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-32832017000100209&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em 04 nov. 2019. p.210

<sup>11</sup> DINIZ, Carmen Simone Grilo. **Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento**. Ciência & saúde coletiva vol.10 no.3. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em:



tecnologias, mais pessoas tiveram acesso às informações, fato que incentivou a luta contra a violência obstétrica no país.

Uma pesquisa realizada em 2010 pela Fundação Perseu Abramo<sup>12</sup> constatou que 25% das mulheres que tiveram partos normais, tanto na rede pública, quanto na rede privada, relataram ter sofrido maus-tratos e desrespeitos durante o trabalho de parto, parto e/ou pós parto imediato. Dados que, além de comoverem a opinião pública, incentivaram a promoção de pesquisas sobre o tema, pois ficou evidente que a violência institucional representa um sério problema de saúde pública no Brasil.<sup>13</sup>

Mesmo com pesquisas, teses e relatos, as práticas violentas na assistência ao parto ainda estavam invisíveis à maioria das gestantes, profissionais da saúde e gestores. Porém, com os diversos movimentos de mulheres e profissionais em prol da humanização do parto, passaram a problematizar coletivamente a questão numa proporção jamais vista anteriormente. Foi quando surgiu a expressão “Violência Obstétrica”.<sup>14</sup>

## 1.1 Normativas Internacionais

A Venezuela foi o primeiro país latino-americano a adotar a expressão “violência obstétrica”, em uma lei de 2007. De acordo com Ligia Sena e Charles Tesser, a Venezuela adotou a seguinte definição para o termo:

A violência obstétrica é definida em termos de apropriação do corpo e do processo reprodutivo feminino pelos profissionais da saúde, podendo ser expressa por: tratamento desumanizado, uso abusivo de medicação e conversão do processo natural de

---

<[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232005000300019&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232005000300019&script=sci_arttext)>. Acesso em 07 nov. 2019

<sup>12</sup> FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado**. Pesquisa de opinião pública. Agosto, 2010. Disponível em: <[https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa\\_org\\_br\\_sites\\_default\\_files\\_pesquisaintegra.pdf](https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa_org_br_sites_default_files_pesquisaintegra.pdf)>. Acesso em 04 nov. 2019

<sup>13</sup> SENA, Ligia Moreiras; TESSER, Charles Dalcanale. **Violência obstétrica no Brasil e o ciberativismo de mulheres mães: relato de duas experiências**. Interface (Botucatu)[online]. 2017, vol.21, n.60, pp.209-220. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-32832017000100209&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-32832017000100209&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em 04 nov. 2019. p.210

<sup>14</sup> Ibid



nascimento em patologia, com conseqüente perda da autonomia feminina e impossibilidade de decidir livremente sobre seus corpos e sua sexualidade, o que impactaria negativamente na qualidade de vida da mulher.<sup>15</sup>

Argentina e México já possuem legislação específica sobre o tema. A Lei argentina de nº 26.485/2009 define que a violência obstétrica

é aquela exercida pelos profissionais da saúde caracterizando-se pela apropriação do corpo e dos processos reprodutivos da mulher, através de um tratamento desumanizado, abuso da medicação e patologização dos processos naturais.<sup>16</sup>

A violência obstétrica é uma realidade em diversos países do mundo inteiro, mas apesar de ser uma expressão recente, já existia com outras denominações. Um exemplo é a carta publicada pelo jornal Guardian, no Reino Unido:

Nos hospitais, as mulheres têm que enfrentar a solidão, a falta de simpatia, a falta de privacidade, a falta de consideração, a comida ruim, o reduzido horário da visita, a insensibilidade, a ignorância, a privação de sono, a impossibilidade de descansar, a falta de acesso ao bebê, rotinas estupidamente rígidas, grosseria [...] as maternidades são muitas vezes lugares infelizes, com as memórias de experiências infelizes. (1960 apud Beech e Willington, p. 2)<sup>17</sup>

Apesar de ser uma prática recorrente em muitos hospitais no Brasil, a violência obstétrica não é tipificada em lei brasileira, conforme veremos no tópico 1.3 deste trabalho, o que faz com que os autores dessa violência permaneçam impunes.

<sup>15</sup> SENA, Lígia Moreiras; TESSER, Charles Dalcanale. **Violência obstétrica no Brasil e o ciberativismo de mulheres mães: relato de duas experiências**. Interface (Botucatu)[online]. 2017, vol.21, n.60, pp.209-220. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-32832017000100209&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-32832017000100209&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em 04 nov. 2019

<sup>16</sup> PAES, Fabiana Dal'mas Rocha. **Violência obstétrica, políticas públicas e a legislação brasileira**. Revista Consultor Jurídico – Conjur, outubro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-08/mp-debate-violencia-obstetrica-politicas-publicas-legislacao-brasileira>>. Acesso em 18 nov. 2019

<sup>17</sup> DINIZ, Simone Grilo et al. **Violência obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil**: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna, e propostas para sua prevenção. J. Hum. Growth Dev. [online]. 2015, vol.25, n.3, pp. 377-384. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12822015000300019&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822015000300019&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em 18 nov. 2019





## 1.2 Nota Técnica do Ministério da saúde

Em 3 de maio de 2019, o Ministério da Saúde se manifestou contra o uso do termo “violência obstétrica”. Além de afirmar que os profissionais da saúde não tem intenção em causar danos, alega que seu uso “não agrega valor e que estratégias têm sido fortalecidas para a abolição de seu uso”. Em nota, o Ministério da Saúde afirma que o termo não se ajusta com a forma trazida pela OMS e que o uso dessa expressão somente seria justificada caso houvesse dano intencional apaciente<sup>18</sup>.

Essa manifestação foi pauta de discussão, pois o Ministério Público Federal entendeu que o Ministério da Saúde agiu erroneamente ao defender a proibição do uso do termo e recomendou que, ao invés de fazer isso, deveriam se preocupar em buscar soluções para resolver esse problema que afeta a vida de tantas mulheres.

Na recomendação de nº 29/2019, o Ministério Público Federal enfatiza “os direitos das mulheres a uma assistência digna e respeitosa durante toda a gravidez e parto, independentemente da intencionalidade dos profissionais em causar danos” e que sejam adotadas “ações positivas para produzir dados relativos a práticas respeitosas e desrespeitosas na assistência à saúde, com sistema de responsabilização e apoio aos profissionais”. Além disso, relatou que no inquérito civil nº 1.34.001.007752/2013- 81 estão presentes anexos referentes a diversos hospitais e maternidades trazendo várias denúncias sobre violências sofridas por mulheres durante o atendimento obstétrico.<sup>19</sup>

As denúncias presentes nesse inquérito trazem relatos terríveis de mulheres que foram alvo de piadas e xingamentos, amarradas por profissionais da saúde, submetidas a procedimentos sem seu consentimento e proibidas de levar acompanhante.

---

<sup>18</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Despacho de 03 de maio de 2019 - DAPES/SAS/MS**. Disponível em: <[https://sei.saude.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&codigo\\_verificador=9087621&codigo\\_crc=1A6F34C4&hash\\_download=c4c55cd95ede706d0b729845a5d6481d07e735f33d87d40984dd1b39a32d870fe89dcf1014bc76a32d2a28d8f0a2c5ab928ff165c67d8219e35beb1a0adb3258&visualizacao=1&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.saude.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=9087621&codigo_crc=1A6F34C4&hash_download=c4c55cd95ede706d0b729845a5d6481d07e735f33d87d40984dd1b39a32d870fe89dcf1014bc76a32d2a28d8f0a2c5ab928ff165c67d8219e35beb1a0adb3258&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0)>. Acesso em 22 nov. 2019

<sup>19</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. **Recomendação nº 29/2019**. 07 de maio de 2019. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/recomendacao\\_ms\\_violencia\\_obstetrica.pdf](http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/recomendacao_ms_violencia_obstetrica.pdf)>. Acesso em 22 nov. 2019



O MPF entende que

negar a ocorrência da "violência obstétrica", vinculando-a à prova de intenção do profissional em causar dano, equivale a enfraquecer as ações positivas do Estado e de toda a sociedade para que a violência no parto seja combatida, bem como contribui para amparar teses defensivas de médicos e enfermeiros que, não obstante atuem de forma agressiva, abusiva e desrespeitosa em atendimentos obstétricos, confiam na impunidade, em especial por parte dos Conselhos Profissionais.<sup>20</sup>

O uso do termo não deve ser abolido, muito pelo contrário, deve ser amplamente divulgado, para que os profissionais da saúde aprendam a respeitar o corpo da mulher e a reconheçam como um ser dotado de autonomia e digna de um tratamento decente, não como objeto, e também para que as mulheres encontrem respaldo e se sintam seguras para denunciar caso passem por situações que as fizerem sofrer esse tipo de violência.

Os conselheiros do Conselho Nacional de Saúde também se posicionaram

contra a extinção do termo e recomendaram que o Ministério da Saúde “possa trabalhar com maior intensidade e firmeza no combate a tais práticas e maus tratos nas maternidades, conforme recomenda a OMS”<sup>21</sup>

### 1.3 Projetos de lei em tramitação

No Brasil ainda não existe uma lei que conceitue ou tipifique a violência obstétrica. Porém, ela pode ser considerada como uma violação aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, o que possibilita que profissionais da saúde, hospitais, planos de saúde e o Estado sejam responsabilizados na esfera civil e/ou penal.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. **Recomendação nº 29/2019**. 07 de maio de 2019. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/recomendacao\\_ms\\_violencia\\_obstetrica.pdf/](http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/recomendacao_ms_violencia_obstetrica.pdf/)>. Acesso em 22 nov. 2019. p. 06

<sup>21</sup> BRASIL. Conselho Nacional da Saúde. **Recomendação nº 024, de 16 de maio de 2019**. Disponível em: <<https://www.conselho.saude.gov.br/recomendacoes/2019/Reco024.pdf>>. Acesso em 22 nov. 2019

<sup>22</sup> NOGUEIRA, Beatriz Carvalho. **Violência obstétrica: análise das decisões proferidas pelos tribunais de justiça da região sudeste**. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito de Ribeirão



Em que pese esteja em tramitação o projeto de lei federal (PL 7.633/2014)<sup>23</sup> de autoria do deputado Jean Wyllys, que dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal, ainda não existe uma lei federal específica que trate sobre o tema. Existe legislação genérica estadual e municipal. Algumas dessas leis são:

- Diadema (SP): norma específica (Lei 3.363/2013)
- São Paulo – Capital: Lei Municipal 15.894/2013
- São Paulo – Estado: Lei Estadual 15.759/2015
- Ribeirão Preto (SP): substitutivo ao Projeto de Lei 109/2013 (Pacto Municipal Social para a Humanização da Assistência ao Parto).
- Minas Gerais – Estado: projeto de lei 4.783/2013 (Plano Estadual para a Humanização do Parto)<sup>24</sup>

## 1.4 Dados da Violência Obstétrica

Na pesquisa “Nascer no Brasil” foram 23.940 puérperas entrevistadas. Nesse estudo ficou constatado que as maiores vítimas da violência obstétrica são as mulheres negras.

Os percentuais de mulheres que relataram violência verbal, física ou psicológica foram maiores para as mulheres pardas ou pretas, de menor escolaridade, com idade entre 20 e 34 anos, da Região Nordeste, com parto por via vaginal, que não tiveram acompanhante durante a internação, atendidas no setor público ou que tiveram trabalho de parto. Os percentuais de mulheres que avaliaram os diversos aspectos da relação com os profissionais de saúde como “excelente” foram maiores para as mulheres de cor

---

Preto/USP. 2015. Disponível em: <<http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-26082016-101211/?&lang=br>>. Acesso em 22 nov. 2019. p.441

<sup>23</sup> CAMARA dos Deputados. **Projeto de Lei 7633/2014**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=617546>>. Acesso em 22 nov. 2019

<sup>24</sup> ZORZAM, Bianca; CAVALCANTI, Priscila. **Direito das mulheres no parto: conversando com profissionais da saúde e do direito**. 1. ed. São Paulo: Coletivo Feminista de Sexualidade e Saúde, 2016. Disponível em: <<https://www.mulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/02/direito-mulheres-parto.pdf>>. Acesso em 12 jan. 2020. (p. 38)



branca, da classe A/B, com escolaridade superior completo, da Região Sul, submetidas à cesariana, que tiveram acompanhante durante a internação, atendidas no setor privado, e que não passaram pelo trabalho de parto.<sup>25</sup>

Apesar de ser uma violência que aumenta cada vez mais, até o momento não foram encontrados dados atualizados do Ministério da Saúde sobre sua incidência nas maternidades do Brasil. Isso é um problema, pois contribui para a falta de visibilidade para políticas públicas sobre o tema.

Dessa forma, o próximo capítulo deste trabalho tratará das questões de gênero, raça, interseccionalidade e do racismo estrutural, a fim de investigar por que essa violência afeta muito mais as mulheres negras do que as mulheres brancas.

## 2 GÊNERO, RAÇA E INTERSECCIONALIDADE

De acordo com a pesquisa realizada pela PNAD Contínua (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua), em 2018, 51,7% da população brasileira são mulheres, enquanto 48,3% são homens.<sup>26</sup>

Embora existam mais mulheres do que homens no Brasil, as mulheres são minorias. O termo “minorias” não faz referência a quantitativo (números), é um termo qualitativo. A sociedade cria um papel de subordinação da mulher em relação ao homem, por isso estão dentro das minorias. O ângulo que analisamos é que determina se um grupo é maioria ou minoria. Em se tratando da questão de gênero, existe um subgrupo, o das mulheres negras. Entre mulheres negras e mulheres brancas, as mulheres negras são minorias, pois além de sofrerem o preconceito por serem mulheres, ainda sofrem a discriminação em razão da cor de sua pele.

---

<sup>25</sup> D'ORSI, Eleonora et al. **Desigualdade social e satisfação das mulheres com o atendimento ao parto no Brasil: estudo nacional de base hospitalar**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 30 Sup: S154-S168, 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/csp/v30s1/0102-311X-csp-30-s1-0154.pdf>>. Acesso em 14 jan. 2020. p.158

<sup>26</sup> IBGE. **Quantidade de homens e mulheres**. 2018. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html>>. Acesso em 14 jan. 2020



Vivemos em uma sociedade extremamente sexista. A famosa frase de Simone de Beauvoir “ninguém nasce mulher: torna-se mulher”<sup>27</sup> é exatamente o retrato da sociedade em que vivemos. Desde criancinhas as mulheres são ensinadas a se comportarem como “mocinhas”. O papel destinado a elas perante a sociedade é o de mãe, esposa que cuida da casa e dos filhos, enquanto o homem é o ser superior, provedor da casa e que “pode tudo”. Essa ideia colocada em nossas cabeças reforça ainda mais as desigualdades existentes entre homens e mulheres e contribui para a institucionalização da violência.

Mas o preconceito de gênero não é o único que as mulheres negras enfrentam. Elas também são vítimas de discriminação por conta de sua raça.

De acordo com Silvio Almeida,

o racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam<sup>28</sup>

Silvio Almeida traz 3 concepções sobre o racismo: individual, institucional e estrutural. Na concepção individual, “não haveria sociedades ou instituições racistas, mas indivíduos racistas que agem isoladamente ou em grupo”<sup>29</sup>. Na concepção institucional houve um progresso, pois não se considerava mais o racismo como sendo um comportamento individual, esse entendimento aborda o racismo presente nas instituições.

Dessa forma,

no caso do racismo institucional, o domínio se dá com estabelecimento de parâmetros discriminatórios baseados na raça, que servem para manter a hegemonia do grupo racial no poder. Isso faz com que a cultura, a aparência e as práticas de poder de um determinado grupo tornem-se o horizonte

---

<sup>27</sup> BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida**. Tradução de Sérgio Millet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro. 2ª edição. 1967. p.9

<sup>28</sup> ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018, p.25

<sup>29</sup> Ibid. p.28



civilizatório do conjunto da sociedade. Assim, o domínio de homens brancos em instituições públicas – por exemplo, o legislativo, o judiciário, o ministério público, reitorias de universidades públicas etc. – e instituições privadas – por exemplo, diretoria de empresas – depende, em primeiro lugar, da existência de regras e padrões que direta ou indiretamente dificultem a ascensão dos negros e/ou mulheres, e, em segundo lugar da inexistência de espaços em que se discuta a desigualdade racial e de gênero, naturalizando, assim, o domínio do grupo formado por homens brancos<sup>30</sup>

A terceira concepção é a estrutural. Segundo essa ideia, o motivo pelo qual as instituições são racistas é porque a própria sociedade é racista. Por isso, o termo “racismo estrutural”, faz referência a um racismo que está enraizado no corpo social.<sup>31</sup>

O racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo “normal” com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural. Comportamentos individuais e processos institucionais são derivados de uma sociedade cujo racismo é regra e não exceção.<sup>32</sup>

Também a respeito da questão racial, temos a Teoria Crítica da Raça. O argumento principal dessa teoria é de que o racismo não é uma prática tida como incomum, mas que pode ser observado diariamente na sociedade, já que é um “comportamento tão culturalmente enraizado, que as práticas discriminatórias sutis do dia a dia não são percebidas.”<sup>33</sup>

Essa teoria traz o conceito de raça como sendo uma construção social. Dessa forma:

o critério racial como unidade de análise, não é definido por um conceito biológico ou genético, mas como categoria socialmente construída através da atribuição de determinadas características aos grupos minoritários – indicativas de subalternidade e

---

<sup>30</sup> Ibid. p.31

<sup>31</sup> Ibid. p.36

<sup>32</sup> Ibid. p.38

<sup>33</sup> SILVIA, Caroline Lyrio; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre Direito e racismo no Brasil**. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS. Aracaju, 2015. p.65



inferioridade – em contraposição ao padrão definido como dominante<sup>34</sup>

A teoria traz também os conceitos de *color blindness* (cegueira da cor) e de meritocracia. Acredita-se que por ser pautada em uma “crença liberal em uma igualdade formal e na atuação neutra do Estado”<sup>35</sup>, a cegueira da cor faz com que, ao invés de serem superadas, sejam mantidas as hierarquias de raça e gênero.

Em se tratando da meritocracia, o pensamento opera da mesma forma. Acredita-se que as pessoas que fazem parte das instituições, conseguiram chegar lá por mérito próprio, e que as minorias raciais não estão presentes nesses ambientes em razão da falta de oportunidades, não por conta do racismo institucional<sup>36</sup>

Kimberle Crenshaw, pesquisadora e ativista, relata uma história muito interessante que viveu na época da faculdade quando participou de um grupo de estudos com mais dois colegas afro-americanos. Um desses colegas foi aceito na agremiação de estudantes de Harvard que até então não aceitava negros. Ela e o outro colega foram convidados para visitar a agremiação, mas estavam com medo do preconceito que poderiam sofrer quando chegassem, já que era um instituição tradicionalmente branca. Quando chegaram até o local, o colega anfitrião disse que eles não poderiam entrar pela porta da frente, então o colega que estava com ela disse que se eles não pudessem entrar pela porta da frente, não iriam entrar, pois não aceitariam discriminação racial. Quando lhes foi dito que na verdade não poderiam entrar pela porta da frente não porque eram negros, mas sim porque Kimberle era mulher, o colega aceitou entrar pela porta dos fundos e foi aí que ela percebeu que todo aquele posicionamento contra a discriminação racial, não foi aplicado quando ficou evidente que a discriminação era de gênero. A partir desse acontecimento, iniciou o estudo sobre interseccionalidade<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> Ibid. p.66

<sup>35</sup> Ibid. p.65

<sup>36</sup> Ibid. p.66

<sup>37</sup> CRENSHAW, Kimberle, **A Interseccionalidade na Discriminação de Raça e Gênero**. Disponível em: <<http://acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf>>. Acesso em 23 fev. 2020. p.07 e 08



De acordo com Kimberle Crenshaw, é importante entender que a discriminação racial e a discriminação de gênero andam lado a lado, portanto, não devem ser examinadas separadamente, mas em conjunto. Por exemplo, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Cedaw) trata da violação dos direitos das mulheres, enquanto a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial versa sobre a questão de raça. Por conta da interseccionalidade, as instituições devem trabalhar conjuntamente para que as políticas públicas atendam as mulheres negras de maneira eficaz, pois como na prática as discriminações ocorrem simultaneamente, não faz sentido encará-las como se fossem categorias diferentes. Dessa forma, “uma das razões pelas quais a interseccionalidade constitui um desafio é que, francamente, ela aborda diferenças dentro da diferença.”<sup>38</sup>

Tradicionalmente, entendemos a discriminação de gênero como aquela que afeta as mulheres e a discriminação racial como sendo aquela que relaciona-se com a raça. No entanto, ao fazermos essa diferenciação, estamos desamparando pessoas que sofrem esses preconceitos de maneira sobreposta, como é o caso das mulheres negras. É aí que entra a teoria interseccional. “A interseccionalidade sugere que, na verdade, nem sempre lidamos com grupos distintos de pessoas e sim com grupos sobrepostos.”<sup>39</sup>

Para melhor compreensão acerca da interseccionalidade, segue abaixo a demonstração utilizada por Kimberle para representar o ponto de intersecção entre gênero e raça:

---

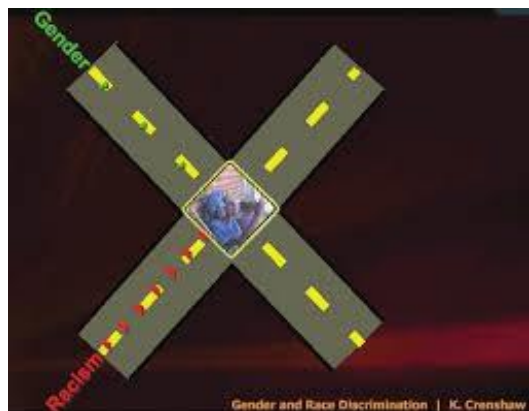
<sup>38</sup> Ibid. p.08 e 09

<sup>39</sup> Ibid. p.09 e 10





Figura 1 – Cruzamento: raça e gênero



Fonte: Kimberle Crenshaw<sup>40</sup>.

Observando a figura acima, é mais fácil entender o ponto onde os marcadores sociais (gênero e raça) se cruzam. Por isso a importância de entendermos a discriminação contra a mulher e a discriminação racial como sendo única. É justamente nesse ponto de intersecção que se encontram as pessoas mais suscetíveis a sofrer os mais variados tipos de violência, inclusive a violência obstétrica discutida neste trabalho.

## 2.1 Direitos sexuais e reprodutivos das mulheres negras

Da mesma forma que a figura do homem negro é associada à marginalização, a figura da mulher negra é associada à sexualização. Basta observar seus papéis em novelas, onde na maioria das vezes são representadas como mulheres sensuais, e até mesmo as propagandas de carnaval, onde a figura central é uma mulher negra quase nua. É importante ressaltar que essa associação da mulher negra a um símbolo sexual não surgiu agora, é um pensamento enraizado na sociedade. Desde o tempo da

<sup>40</sup> CRENSHAW, Kimberle, **A Interseccionalidade na Discriminação de Raça e Gênero**. Disponível em: <<http://acaoaducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf>>. Acesso em 23 fev. 2020. p.11



escravidão, seu corpo é objeto de desejo pelos “homens brancos”. Elas eram constantemente estupradas por eles e tratadas como meros objetos.

De acordo com Ângela Davis,

a escravidão se sustentava tanto na rotina do abuso sexual quanto no tronco e no açoite. Impulsos sexuais excessivos, existentes ou não entre homens brancos como indivíduos, não tinham nenhuma relação com essa verdadeira institucionalização do estupro. A coerção sexual, em vez disso, era uma dimensão essencial das relações sociais entre o senhor e a escrava. Em outras palavras, o direito alegado pelos proprietários e seus agentes sobre o corpo das escravas era uma expressão direta de seu suposto direito de propriedade sobre pessoas negras como um todo. A licença para estuprar emanava da cruel dominação econômica e era por ela facilitada, como marca grotesca da escravidão.<sup>41</sup>

No século XIX, nos Estados Unidos, o estupro era um crime racial, ou seja, os casos de estupro investigados eram apenas os que ocorriam com as mulheres brancas, se uma mulher negra fosse estuprada o processo era anulado. Apesar desse preceito ter sido eliminado formalmente, ainda hoje pode-se observar sua incidência nos julgamentos dos casos de estupro.

As mulheres envolvidas em casos de estupro tendem a ser julgadas pelo que faziam, pelo que vestiam quando foram estupradas. A raça tende a levar a todas essas inferências e suposições. Estudos têm mostrado que os processos movidos por Cruzamento: raça e gênero 13 mulheres afro-americanas são os que têm a menor probabilidade de serem levados a sério e resultarem na prisão dos culpados. Quando os culpados são presos, raramente são condenados e, quando condenados, a punição média do estuprador de uma mulher negra é de dois anos, contra seis anos quando a vítima é uma mulher latina e dez anos quando a vítima é uma mulher branca. Isso reflete o fato de que, a despeito de todos os outros fatores que tradicionalmente determinam quando se acreditará em mulheres, é a raça das mulheres negras que determina se as pessoas acreditarão nelas ou não. Sua raça é mais importante do que o fato de ela ter sido ferida, de conhecer a vítima, do que estava vestindo quando foi estuprada. Todos os fatos que, tradicionalmente, fazem com que os júris acreditem nas vítimas não surtem efeito quando se tratam de

---

<sup>41</sup> DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016. p.174



mulheres afro-americanas. Isso é um produto de uma interseção.<sup>42</sup>

Essas estatísticas mostram que as mulheres não tem acesso aos direitos sexuais. De maneira alguma o estupro deve ser considerado menos gravoso quando praticado com mulheres negras. Elas fazem jus ao mesmo tratamento que as mulheres brancas recebem.

Em se tratando dos direitos reprodutivos, em 1970 iniciou-se a discussão sobre o tema. Surgiram diversos movimentos das mulheres em defesa da autonomia corporal, controle da própria fecundidade e atenção especial à saúde reprodutiva, essa fase foi marcada pela luta para que houvesse a descriminalização do aborto e acesso à contracepção. As questões trazidas pelos movimentos ganharam o fórum da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, em 1994, e os Direitos Reprodutivos foram reconhecidos como fundamentais, incorporando-se ao rol de direitos humanos básicos.<sup>43</sup>

Angela Davis descreve que no século XIX a campanha pelo controle de natalidade surgiu com a reivindicação pela “maternidade voluntária”, o que foi tido como um desaforo para muitas pessoas que defendiam que a mulher não poderia deixar de satisfazer os desejos sexuais de seus maridos. Em 1970, essa questão instaurou o movimento pela contracepção nos EUA.<sup>44</sup>

Sobre o conceito dos Direitos Reprodutivos, tem-se que:

os Direitos Reprodutivos são constituídos por princípios e normas de direitos humanos que garantem o exercício individual, livre e responsável, da sexualidade e reprodução humana. É, portanto, o direito subjetivo de toda pessoa decidir sobre o número de filhos e os intervalos entre seus nascimentos, e ter acesso aos

---

<sup>42</sup> CRENSHAW, Kimberle, **A Interseccionalidade na Discriminação de Raça e Gênero**. Disponível em: <<http://acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf>>. Acesso em 23 fev. 2020. p. 12 e 13

<sup>43</sup> VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. UNFPA: Fundo de População das Nações Unidas. 3ª edição. Brasília, 2009. Disponível em:

<[http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos\\_reprodutivos3.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos3.pdf)>. Acesso em 13 mar. 2020. (p. 22)

<sup>44</sup> DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016. p.197



meios necessários para o exercício livre de sua autonomia reprodutiva, sem sofrer discriminação, coerção, violência ou restrição de qualquer natureza.<sup>45</sup>

Segundo Miriam Ventura,

a natureza dos Direitos Reprodutivos envolve direitos relativos: à vida e à sobrevivência; à saúde sexual e reprodutiva, inclusive, aos benefícios ao progresso científico; à liberdade e à segurança; à não-discriminação e o respeito às escolhas; à informação e à educação para tomada de decisão; à autodeterminação e livre escolha da maternidade e paternidade; ao casamento, à filiação, à constituição de uma família; à proteção social à maternidade, paternidade e à família, inclusive no trabalho.<sup>46</sup>

No período da escravidão o aborto autoinduzido era algo corriqueiro, não porque as mulheres queriam se ver livres dos filhos, mas sim pelas condições precárias em que essas crianças iriam nascer. “Abortos e infanticídios eram atos de desespero, motivados não pelo processo biológico do nascimento, mas pelas condições opressoras da escravidão.”<sup>47</sup>

Angela Davis aponta que “em Nova York, durante os muitos anos que precederam a descriminalização do aborto no estado, cerca de 80% das mortes causadas por abortos ilegais envolviam mulheres negras e porto-riquenhas”<sup>48</sup>, o que evidencia que os direitos sexuais e reprodutivos não as alcançavam.

Ainda nos dias atuais percebe-se que a grande maioria das mulheres negras também não tem acesso aos direitos reprodutivos. Os direitos não as alcançam da forma como deveriam por conta do racismo enraizado na sociedade. Até mesmo na

---

<sup>45</sup> VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. UNFPA: Fundo de População das Nações Unidas. 3ª edição. Brasília, 2009. Disponível em: <[http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos\\_reprodutivos3.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos3.pdf)>. Acesso em 13 mar. 2020. p.19

<sup>46</sup> Ibid. p.19

<sup>47</sup> DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016. p.218 e 219

<sup>48</sup> DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016. p.218



hora do parto, as mulheres negras recebem uma quantidade menor de anestesia, pois existe um pensamento de que elas aguentam mais dor.<sup>49</sup>

### 3 CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NOS EUA E NO BRASIL

#### 3.1. Relatos de casos de esterilização compulsória nos Estados Unidos e no Brasil

Com a reivindicação pela “maternidade voluntária”, no final do século XIX as mulheres brancas estadunidenses passaram a ter menos filhos, pois a vida no campo estava dando lugar a vida urbana, e, por conta disso, não era mais necessário que as famílias fossem formadas por numerosas pessoas. Com esse declínio na taxa de natalidade de crianças brancas “o fantasma do ‘suicídio de raça’ foi levantado nos círculos oficiais”<sup>50</sup>

Angela Davis relata em sua obra que o presidente Theodore Roosevelt, declarou que

“a pureza da raça deve ser mantida”. Em 1906, ele equiparou abertamente a queda na taxa de natalidade entre a população branca nativa à iminente ameaça do “suicídio de raça”. Em seu discurso sobre o estado da União daquele ano, Roosevelt fez uma advertência às mulheres brancas de famílias aristocráticas engajadas na “esterilidade voluntária – o único pecado para o qual a pena é a morte da nação, o suicídio da raça”. Esses comentários foram feitos em um período de crescimento acelerado da ideologia racista e de grandes ondas de tumultos raciais e linchamentos no cenário doméstico.<sup>51</sup>

A manobra do presidente não deu certo e a causa passou a ser ainda mais apoiada, pois as feministas defendiam que o controle de natalidade era um meio para que

---

<sup>49</sup> VAZ, Amanda Poli. **O enfrentamento da violência obstétrica de viés racial na América latina sob a ótica dos direitos humanos**. Trabalho de Conclusão de Curso de especialização em Direitos Humanos na América Latina, da Universidade Federal de Integração Latino-Americana. Foz de Iguaçu, 2019. Disponível em: <<https://dspace.unila.edu.br/123456789/5121>>. Acesso em 12 jan 2020. p.28

<sup>50</sup> DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016. p.201 e 202

<sup>51</sup> *Ibid.* p.202



elas alcançassem seus objetivos de trabalhar e estudar, demonstrando não se importar com o racismo sofrido por suas “irmãs negras”. Por conta desse episódio, ficou claro que o movimento feminista daquela época lutava apenas pelos anseios das “mulheres privilegiadas da sociedade”.<sup>52</sup>

Muitos defendiam a ideia do “suicídio da raça”. Dessa forma,

cada vez mais, aceitava-se nos círculos do movimento que as mulheres pobres, tanto negras quanto imigrantes, tinham um “dever moral de restringir o tamanho de sua família”. O que era reivindicado como um “direito” para as mulheres privilegiadas veio a ser interpretado como um “dever” para as mulheres pobres.<sup>53</sup>

Em 1939, foi criado o “Projeto Negro” pela Federação dos Estados Unidos pelo Controle de Natalidade. Em suas palavras, defendiam a ideia de que

a massa de negros, particularmente no Sul, ainda procria de fomanegligente e desastrosa, o que resulta no aumento, entre os negros ainda mais do que entre os brancos, daquela parte da população que é menos apta e menos capaz de criar filhos de maneira apropriada.<sup>54</sup>

Com base nesse pensamento, a Federação recrutou pastores negros para comandarem os lugares onde havia o controle de natalidade para que eles contivessem os “rebeldes” que difundissem a ideia de que eles estavam querendo disseminar a população negra. “Esse episódio confirmou a vitória ideológica do racismo associado às ideias eugenistas no movimento pelo controle de natalidade”<sup>55</sup>

A terrível violência sofrida por duas meninas negras, no Alabama, chamou a atenção da mídia, o que fez com que a prática demasiada de esterilização fosse descoberta. As irmãs Relf, Minnie Lee (12 anos) e Mary Alice (14 anos), foram vítimas da esterilização compulsória. “Foram levadas, sem despertar nenhuma suspeita, a uma sala de operações onde cirurgiões roubaram de modo irreversível sua capacidade de

---

<sup>52</sup> DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016. p.202

<sup>53</sup> Ibid. p.203

<sup>54</sup> Ibid. p.206

<sup>55</sup> Ibid. p.206



dar à luz”<sup>56</sup>, por ordens do Comitê de Ação Comunitária de Montgomery e financiada pelo Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar, depois de descobrirem que o medicamento Depo-Provera, que foi dado as garotas previamente, causava câncer. Posteriormente, a mãe das meninas contou que “permitiu” que a operação fosse feita porque foi enganada por assistentes sociais, pois ela não sabia ler e foi pedido que ela marcasse um “X” no documento. O teor desse escrito não lhe fora revelado, mas como ela achava que se tratava de uma autorização para que as filhas continuassem recebendo as injeções de Depo-Provera, não achou que teria problema assinalar o documento.<sup>57</sup>

Depois do caso das irmãs Relf ganhar notoriedade, outros casos vieram à tona. Em Montgomery, onze adolescentes foram esterilizadas assim como Minnie Lee e Mary Alice.

Outro caso lastimável ocorreu com Nial Ruth Cox, que foi ameaçada pelas autoridades da Carolina do Norte. Disseram que se ela não fizesse a cirurgia de esterilização, cortariam a assistência de sua família. Nial ingressou com uma ação judicial contra um estado que era adepto as práticas eugenistas.<sup>58</sup>

Sob os auspícios da Comissão de Eugenia da Carolina do Norte, segundo se revelou, 7.686 esterilizações haviam sido realizadas desde 1933. Embora as operações fossem justificadas como medidas para prevenir a reprodução de “pessoas com deficiência mental”, cerca de 5 mil dessas pessoas esterilizadas eram negras. De acordo com Brenda Feigen Fasteau, advogada da União Estadunidense pelas Liberdades Civas [American Civil Liberties Union; Aclu, na sigla original] que representava Nial Ruth Cox, o histórico recente da Carolina do Norte não era muito melhor: “Até onde posso analisar, as estatísticas revelam que, desde 1964, aproximadamente 65% das mulheres esterilizadas na Carolina do Norte eram negras e aproximadamente 35% eram brancas”<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> Ibid. p.206

<sup>57</sup> DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016. p.206

<sup>58</sup> Ibid. p.207

<sup>59</sup> Ibid. p.207



O estado da Carolina do Sul não fica atrás em relação aos casos de esterilização compulsória:

Dezoito mulheres de Aiken denunciaram ter sido esterilizadas por um médico chamado dr. Clovis Pierce no início dos anos 1970. Único obstetra da cidadezinha, Pierce havia esterilizado de modo sistemático beneficiárias do programa de assistência médica Medicaid que já tinham duas ou mais crianças. De acordo com uma enfermeira de seu consultório, dr. Pierce insistia que mulheres grávidas beneficiárias de políticas de bem estar social “teriam de se submeter à esterilização voluntária” se quisessem que ele realizasse seus partos. Embora estivesse “cansado de pessoas que se divertem por aí, têm bebês e pagam por eles com meus impostos”, o dr. Pierce recebia cerca de 60 mil dólares em dinheiro dos contribuintes pelas esterilizações que realizava. Durante seu julgamento, ele teve o apoio da Associação Médica da Carolina do Sul, cujos membros declararam que médicos “têm o dever moral e o direito legal de insistir em obter a permissão de esterilização antes de aceitar pacientes, desde que isso aconteça na primeira consulta”<sup>60</sup>

Esse mesmo processo também aconteceu no Brasil. A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) foi criada para investigar o grande volume de esterilizações que vinham ocorrendo no país. O relatório nº 2, de 1993, do Congresso Nacional, aborda esses casos<sup>61</sup>.

Nesse relatório ficou demonstrado que as mulheres negras foram as mais esterilizadas. As entidades do movimento negro nacional foram as primeiras a denunciar a prática de esterilização. “Desde 1983 estas entidades vêm advertindo para o direcionamento das políticas de controle demográfico para os negros”<sup>62</sup>. Isso aconteceu porque o governo de Paulo Maluf defendia a redução da natalidade entre pessoas negras. Inclusive, uma campanha publicitária feita na Bahia, em 1986, exibia

---

<sup>60</sup> DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016. p.207 e 208

<sup>61</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Relatório nº 2 de 1993** – Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/85082/CPMIEsterilizacao.pdf?sequence=7&isAllowed=y>>. Acesso em 02 jun 2020

<sup>62</sup> Ibid. p.49





outdoors com fotos de pessoas negras e com escritos dizendo que eram “defeito de fabricação”<sup>63</sup>

Hoje em dia prevalece a ideia, que já virou senso comum, de que famílias pobres, numerosas, é que são os fatores impeditivos para o desenvolvimento do País. Não se pode ignorar que, em todo o mundo, o racismo é dos mecanismos mais eficientes de reprodução de desigualdades sociais e de exclusão política, econômica e social. Por isso afirma-se que o controle de natalidade praticado hoje no Brasil, através da esterilização cirúrgica, visa impedir o crescimento populacional pobre, que é majoritariamente composta por negros. Pode-se do mesmo modo afirmar que a presença do negro como componente majoritário da população pobre é decorrência do racismo, responsável por gerar as condições de pobreza do negro no Brasil.<sup>64</sup>

O então presidente dos Estados Unidos, Gerald Ford, adotou o Relatório Kissinger, que defendia a ideia de que o aumento da população dos países de terceiro mundo “era uma ameaça para a segurança nacional americana, pois geraria riscos de distúrbios civis e instabilidade política”<sup>65</sup>. Com isso, o relatório servia de base para programas de laqueadura forçada no Brasil.

### 3.2 A Violência Obstétrica no Brasil

No Brasil, o documentário “Violência Obstétrica - A voz das brasileiras” traz relatos de mulheres que foram violentadas de diversas maneiras durante o pré-natal, parto e puerpério, seja verbal ou fisicamente.<sup>66</sup>

No documentário diversas mulheres relataram que tiveram seu direito à presença de acompanhante, garantido pela Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005,

---

<sup>63</sup> Ibid. p.49

<sup>64</sup> Ibid. p.50

<sup>65</sup> CRUZ, Eliana Alves. **O caso Janáina me lembrou que o Brasil já fez esterilização em massa – com apoio dos EUA.** The Intercept. 18 de julho de 2018. Disponível em <<https://theintercept.com/2018/07/18/laqueaduras-esterilizacao-forcada-mulheres/>>. Acesso em 02 jun. 2020

<sup>66</sup> VIOLÊNCIA obstétrica – A Voz das Brasileiras. Produção: Bianca Zorzam, Lígia Moreira Sena, Ana Carolina Franzon, Kalu Brum, Armando Rapchan. 2012. (51 min)  
Disponível em:

<<https://www.youtube.com/watch?v=eg0uvonF25M>>. Acesso em 10 maio 2020



negado. Com isso, deixaram de compartilhar o momento do nascimento com outra pessoa e tiveram que ficar sozinhas quando mais precisavam de apoio emocional.

Jerusa da Silva relata que além do médico ter feito o exame do toque, todos os outros estagiários também fizeram. Isso demonstra uma tremenda falta de respeito com o corpo da mulher, já que ela foi tratada como mero objeto de estudo para que os médicos em formação pudessem aprender a realizar o exame.<sup>67</sup>

Episiotomias foram demasiadamente realizadas sem o consentimento das gestantes e sem explicação do porquê estariam sendo feitas em grande parte das entrevistadas, o que até hoje causa desgastes por conta da modificação da anatomia da vagina.

Há muitos relatos de que médicos tentaram fazer com que as mulheres optassem pela cesariana e muitas vezes arrumavam falsos pretextos para que a cirurgia fosse realizada.

Para demonstrar como a interseccionalidade entre gênero e raça ocorre na prática, abordarei alguns casos de violência obstétrica ocorridos com mulheres negras.

Alyne da Silva Pimentel Teixeira estava grávida de seis meses quando procurou assistência médica porque estava sentindo dores abdominais e náusea. No hospital, ela recebeu medicação analgésica e logo em seguida foi liberada. Ocorre que, como a dor não passou, ela voltou para o hospital e recebeu a notícia de que o filho que ela gerava estava morto. Após esperar horas para ser atendida, foi levada para cirurgia de retirada dos restos da placenta. Por conta de complicações durante o procedimento, Alyne foi transferida para outro hospital, onde ficou durante horas no corredor, pois

---

<sup>67</sup> Ibid. 8min25seg



não haviam leitos disponíveis, o que ocasionou sua morte devido a uma hemorragia digestiva<sup>68</sup>.

Esse emblemático caso foi revelado à Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Cedaw), que culpou o Brasil pela falta de atendimento médico apropriado perante as complicações no período gestacional de Alyne e determinou que sua família fosse indenizada. Além disso, exibiu instruções para que o atendimento às gestantes melhorasse<sup>69</sup>.

Para a Convenção, “a assistência à saúde uterina e ao ciclo reprodutivo é um direito básico da mulher e a falta dessa assistência consiste em discriminação, por tratar-se de questão exclusiva da saúde e da integridade física feminina”<sup>70</sup>.

Fernanda Gomes também foi vítima de um racismo escancarado no momento em que deu à luz. Ela relata que estava sentindo muita dor e o médico injetou um remédio para induzir o trabalho de parto sem seu consentimento. Quando falou que não estava mais aguentando, seu obstetra disse que ela deveria aguentar por ser gorda e negra<sup>71</sup>.

Kátia Alves conta que o médico tentou induzir o parto sem sua permissão e que em nenhum momento foi questionada sobre seu plano de parto. Além disso, foi utilizado o fórceps sem que ela estivesse anestesiada. Ela passou por tudo isso sozinha, pois teve seu direito a acompanhante negado<sup>72</sup>.

Por conta do uso inadequado do fórceps, Kátia sofreu as consequências. Foram necessários cinquenta pontos para que o rasgo feito da vagina até o anus fosse

---

<sup>68</sup> SENADO FEDERAL. **Entenda o caso Alyne**. Agência Senado. 14 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/11/14/entenda-o-caso-alyne>>. Acesso em 02 jun 2020

<sup>69</sup> Ibid

<sup>70</sup> Ibid

<sup>71</sup> BORGES, Pedro. **Segundo Ministério da Saúde, 62,8% das mulheres mortas durante o parto são negras**. Alma Preta – Jornalismo Preto e Livre. 06 de março de 2018. Disponível em: <<https://almapreta.com/editorias/realidade/segundo-ministerio-da-saude-62-8-das-mulheres-mortas-durante-o-parto-sao-negras>>. Acesso em 02 jun. 2020

<sup>72</sup> Ibid



fechado. No entanto, esse procedimento foi tão mal feito que ela teve que passar por uma cirurgia reparadora<sup>73</sup>.

Como se não bastasse todo esse sofrimento, após o fim do procedimento, ela teve que ouvir o médico e as enfermeiras falarem que ela foi a culpada por tudo que ocorreu, pois não parava de gritar.<sup>74</sup>

Esses foram apenas alguns casos selecionados para demonstrar como a violência no parto incide sobre as mulheres negras. Esse tipo de violência não é uma “fantasia” como muitos imaginam, é a realidade que todos os dias diversas mulheres enfrentam ao dar à luz. É um momento de felicidade que acaba se tornando um pesadelo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de estar sendo atualmente o cerne de diversas discussões, a violência obstétrica acontece há muito tempo, antes mesmo de receber essa denominação, e afeta milhares de mulheres. De acordo com a pesquisa “Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado”<sup>75</sup>, uma em cada quatro mulheres já sofreu algum tipo de violência no atendimento ao parto. Isso é ainda mais comum quando se trata de mulheres negras, que são vítimas em 66% dos casos.<sup>76</sup>

Após o estudo sobre a interseccionalidade entre gênero e raça, racismo estrutural e teoria crítica da raça, é evidente o motivo pelo qual as mulheres negras são as maiores vítimas da violência obstétrica. Elas ocupam uma posição inferior

---

<sup>73</sup> Ibid

<sup>74</sup> BORGES, Pedro. **Segundo Ministério da Saúde, 62,8% das mulheres mortas durante o parto são negras**. Alma Preta – Jornalismo Preto e Livre. 06 de março de 2018. Disponível em: <<https://almapreta.com/editorias/realidade/segundo-ministerio-da-saude-62-8-das-mulheres-mortas-durante-o-parto-sao-negras>>. Acesso em 02 jun. 2020

<sup>75</sup> FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado**. Pesquisa de opinião pública. Agosto, 2010. Disponível em: < [https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa\\_org\\_br\\_sites\\_default\\_files\\_pesquisaintegra.pdf](https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa_org_br_sites_default_files_pesquisaintegra.pdf)>. Acesso em 15 maio 2020. p.175

<sup>76</sup> Ibid



perante a sociedade, justamente pela junção desses dois marcadores sociais (gênero e raça).

Conforme o exposto por Kimberle Crenshaw, as mulheres negras sofrem uma discriminação mista ou composta, que é definida como sendo a junção da discriminação racial e discriminação de gênero.<sup>77</sup>

Infelizmente, a escravidão deixou seus vestígios no corpo social e continua marcando as mulheres. A ideia de que o “homem branco” é superior e a raça negra é inferior ainda faz parte do pensamento de grande parte da sociedade, onde o racismo está enraizado e estruturado. Por conta disso, as mulheres negras sempre são objeto de tutela da sua sexualidade, sobretudo em relação aos seus direitos sexuais e reprodutivos, e sendo as últimas a acessarem serviços públicos de qualidade.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida.** Tradução de Sérgio Millet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro. 2ª edição. 1967.

BORGES, Pedro. **Segundo Ministério da Saúde, 62,8% das mulheres mortas durante o parto são negras.** Alma Preta – Jornalismo Preto e Livre. 06 de março de 2018. Disponível em: <<https://almapreta.com/editorias/realidade/segundo-ministerio-da-saude-62-8-das-mulheres-mortas-durante-o-parto-sao-negras>>. Acesso em 02 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional da Saúde. **Recomendação nº 024, de 16 de maio de 2019.** Disponível em: <<https://www.conselho.saude.gov.br/recomendacoes/2019/Reco024.pdf>>. Acesso em 22 nov. 2019.

---

<sup>77</sup> CRENSHAW, Kimberle, **A Interseccionalidade na Discriminação de Raça e Gênero.** Disponível em: <<http://acaeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf>>. Acesso em 15 maio 2020. p.13



BRASIL. Congresso Nacional. **Relatório nº 2 de 1993** – Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/85082/CPMIesterilizacao.pdf?sequence=7&isAllowed=y>>. Acesso em 02 jun 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Recomendação nº 29/2019**. 07 de maio de 2019. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/recomendacao\\_ms\\_violenca\\_obstetrica.pdf/](http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/recomendacao_ms_violenca_obstetrica.pdf/)>. Acesso em 22 nov. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Despacho de 03 de maio de 2019** - DAPES/SAS/MS. Disponível em: <[https://sei.saude.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&codigo\\_verificador=9087621&codigo\\_crc=1A6F34C4&hash\\_download=c4c55cd95ede706d0b729845a5d6481d07e735f33d87d40984dd1b39a32d870fe89dcf1014bc76a32d2a28d8f0a2c5ab928ff165c67d8219e35beb1a0adb3258&visualizacao=1&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.saude.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=9087621&codigo_crc=1A6F34C4&hash_download=c4c55cd95ede706d0b729845a5d6481d07e735f33d87d40984dd1b39a32d870fe89dcf1014bc76a32d2a28d8f0a2c5ab928ff165c67d8219e35beb1a0adb3258&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0)>. Acesso em 22 nov. 2019.

CAMARA dos Deputados. **Projeto de Lei 7633/2014**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=617546>>. Acesso em 22 nov. 2019.

CARDIM, Nathália. **GDF abre sindicância para apurar denúncias de negligência no HRSam**. Metrôpoles, 19 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/distrito-federal/gdf-abre-sindicancia-para-apurar-denuncias-de-negligencia-no-hrsam?amp>>. Acesso em 12 maio 2020.

CRENSHAW, Kimberle. **A Interseccionalidade na Discriminação de Raça e Gênero**. Disponível em: <<http://acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf>>. Acesso em 23 fev. 2020

CRUZ, Eliana Alves. **O caso Janaína me lembrou que o Brasil já fez esterilização em massa – com apoio dos EUA**. The intercept. 18 de julho de 2018. Disponível em: <<https://theintercept.com/2018/07/18/laqueaduras-esterilizacao-forcada-mulheres/>>. Acesso em 02 jun. 2020.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016

DINIZ, Carmen Simone Grilo. **Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento**. Ciência & saúde coletiva vol.10 no.3. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232005000300019&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232005000300019&script=sci_arttext)>. Acesso em 07 nov. 2019.



DINIZ, Simone Grilo et al. **Violência obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil:** origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna, e propostas para sua prevenção. J. Hum. Growth Dev. [online]. 2015, vol.25, n.3, pp. 377-384. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12822015000300019&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822015000300019&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em 18 nov. 2019.

D'ORSI, Eleonora et al. **Desigualdades sociais e satisfação das mulheres com o atendimento ao parto no Brasil: estudo nacional de base hospitalar.** Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 30 Sup: S154-S168, 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/csp/v30s1/0102-311X-csp-30-s1-0154.pdf>>. Acesso em 14 jan. 2020.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado.** Pesquisa de opinião pública. Agosto, 2010. Disponível em: <[https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa\\_.org\\_.br\\_sites\\_default\\_files\\_pesquisaintegra.pdf](https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa_.org_.br_sites_default_files_pesquisaintegra.pdf)>. Acesso em 15 maio 2020.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Violência no parto: Na hora de fazer não gritou.** 2013. Disponível em: <<https://fpabramo.org.br/2013/03/25/violencia-no-parto-na-hora-de-fazer-nao-gritou/>>. Acesso em 04 nov. 2019.

IBGE. **Quantidade de homens e mulheres.** 2018. Disponível em:

<<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html>>. Acesso em 14 jan. 2020.

NOGUEIRA, Beatriz Carvalho. **Violência obstétrica: análise das decisões proferidas pelos tribunais de justiça da região sudeste.** Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP. 2015. Disponível em:

<<http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-26082016-101211/?&lang=br>>. Acesso em 22 nov. 2019.

PAES, Fabiana Dal'mas Rocha. **Violência obstétrica, políticas públicas e a legislação brasileira.** Revista Consultor Jurídico – Conjur, outubro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-08/mp-debate-violencia-obstetrica-politicas-publicas-legislacao-brasileira>>. Acesso em 18 nov. 2019.

SILVIA, Caroline Lyrio; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre Direito e racismo no Brasil.** Encontro Nacional do CONPEDI/UFS. Aracaju, 2015.



SENA, Lígia Moreiras; TESSER, Charles Dalcanale. **Violência obstétrica no Brasil e o ciberativismo de mulheres mães: relato de duas experiências.** Interface (Botucatu) [online]. 2017, vol.21, n.60, pp.209-220. Disponível em:

<[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-32832017000100209&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-32832017000100209&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em 04 nov. 2019.

SENADO FEDERAL. **Entenda o caso Alyne.** Agência Senado. 14 de novembro de 2013. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/11/14/entenda-o-caso-alyne>>. Acesso em 02 jun 2020.

VASCONCELLOS, Maurício Teixeira Leite et al. **Desenho de amostra Nascido no Brasil: Pesquisa Nacional sobre Parto e Nascimento.** Cad Saúde Pública 2014.

Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/csp/v30s1/0102-311X-csp-30-s1-0049.pdf>>. Acesso em 14 jan. 2020.

VAZ, Amanda Poli. **O enfrentamento da violência obstétrica de viés racial na América latina sob a ótica dos direitos humanos.** Trabalho de Conclusão de Curso de especialização em Direitos Humanos na América Latina, da Universidade Federal de Integração Latino-Americana. Foz do Iguaçu, 2019. Disponível em:

<<https://dspace.unila.edu.br/123456789/5121>>. Acesso em 12 jan 2020.

VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil.** UNFPA: Fundo de População das Nações Unidas. 3ª edição. Brasília, 2009. Disponível em:

<[http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos\\_reprodutivos3.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos3.pdf)>. Acesso em 13 mar. 2020

VIOLENCIA obstétrica – A Voz das Brasileiras. Produção: Bianca Zorzam, Lígia Moreiras Sena, Ana Carolina Franzon, Kalu Brum, Armando Rapchan. 2012. (51 min) Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=eg0uvonF25M>>. Acesso em 10 maio 2020.

ZORZAM, Bianca; CAVALCANTI, Priscila. **Direito das mulheres no parto: conversando com profissionais da saúde e do direito.** 1. ed. São Paulo: Coletivo Feminista de Sexualidade e Saúde, 2016. Disponível em:

<<https://www.mulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/02/direito-mulheres-parto.pdf>>. Acesso em 12 jan. 2020.





# A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA: ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO DIANTE DE LACUNAS NORMATIVAS

Lucas de Sousa Alves

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a legitimidade da criminalização da LGBTfobia perante o Supremo Tribunal Federal via Ação Direta de inconstitucionalidade por Omissão, com fundamento nos limites impostos pelos princípios da legalidade e da intervenção penal mínima. Para a discussão do tema questionou-se se homofobia e transfobia se enquadram no conceito de racismo e se a criminalização de tais condutas seriam uma forma de interpretação conforme a constituição ou analogia *in malam partem*. Assim, foi realizada uma revisão doutrinária sobre os princípios do direito penal e foi tomado como objeto os votos e os pedidos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de saber se há legitimidade na decisão e se há violação de garantias individuais. A relevância do tema consiste na comção social e jurídica da criminalização de uma conduta até então não penalizada, no qual o Supremo Tribunal Federal ultrapassou suas funções e usurpou competência do Poder Legislativo, aplicando analogia *in malam partem*, vedada no direito penal, para abranger a homofobia e a transfobia no tipo penal de racismo.

**Palavras-chave:** Criminalização. Legitimidade. LGBTfobia. Princípio da Legalidade. Direito Penal Mínimo.

## 1 INTRODUÇÃO

O termo LGBTfobia é utilizado para designar condutas discriminatórias contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis ou transexuais (comunidade LGBT) por conta da sua orientação sexual ou identidade de gênero. Tais condutas não estão expressamente descritas como infração penal. A Lei 7.716/89 tem como crime de racismo a prática, a indução ou a incitação a discriminação ou preconceito de raça,



cor, etnia, religião ou procedência nacional, não abarcando a discriminação em virtude de identidade de gênero ou de orientação sexual.

Desse modo, 30 anos após a promulgação da Constituição Federal sem a criminalização da homofobia e da transfobia pelo Poder Legislativo, o Partido Popular Socialista (PPS), bem como a LGBT+, ajuizaram respectivamente uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO nº26) e um Mandado de Injunção (MI 4733/DF), no qual pediram o reconhecimento da omissão do Congresso Nacional ao não criminalizar a homofobia e a transfobia e o reconhecimento dessas condutas como racismo a partir do conceito de "racismo social" estabelecido no caso Ellwanger (HC 82.424/RS), criminalizando-as enquanto não for editada lei penal específica sobre o tema. Ambos processos foram julgados conjuntamente.

O interesse na presente pesquisa advém da sua relevância social e jurídica, sua amplitude de discussão a respeito da criminalização da homofobia e da transfobia em uma conjuntura de omissão legislativa e intervenção judicial, frequentes violações de direitos da população LGBT, bem como a repercussão midiática e a repercussão no interesse geral da sociedade a respeito do tema. Para o meio jurídico, a relevância consiste na inovação de um tipo penal pelo Poder Judiciário sem que seja interpretado como analogia *in malam partem* pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

O presente trabalho tem a finalidade de discutir quais o limites da legitimidade do STF em criminalizar a LGBTfobia via ADO, considerando dois princípios do Direito Penal, quais sejam, o princípio da legalidade e o princípio da intervenção mínima. No qual pelo princípio da legalidade, não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, enquanto no princípio da intervenção mínima o poder de incriminar do Estado é limitado, podendo se utilizar da lei penal como último recurso (*ultima ratio*). Além disso, a problemática



consiste em analisar se a decisão do STF consistiu em uma interpretação analógica ou em uma analogia *in malam partem*, vedada pelo direito penal.

Para tanto, buscou-se fazer uma revisão bibliográfica da doutrina, artigos e periódicos. Em seguida foram identificados os pedidos e os argumentos dos votos dos Ministros do STF por meio de pesquisas jurisprudenciais, além de pesquisas no meio virtual. Por fim, buscou-se concatenar os fundamentos doutrinários com os votos proferidos pelo STF, bem como conceituar sociologicamente o termo racismo através de revisão de literatura e elaborar uma crítica a respeito da decisão.

O tipo de pesquisa foi descritiva, relacionando a atuação do Poder Judiciário na criminalização da homofobia e transfobia em face da omissão do Poder Legislativo, com abordagem qualitativa a respeito dos princípios do direito penal e do conceito de racismo. Quanto a técnica de pesquisa, foi a pesquisa bibliográfica e análise documental.

O estudo do trabalho se deu em três capítulos, o primeiro aborda dois princípios, o princípio da legalidade e o princípio da intervenção mínima. Assim, inicialmente, conceituou-se e contextualizou-se o princípio da legalidade, sua importância para a segurança jurídica e seus desdobramentos, como a vedação a analogia *in malam partem*. Em seguida abordou-se o Direito Penal mínimo, alertando que a aplicação simbólica do Direito Penal pode acarretar descrédito no ordenamento jurídico, bem como a tendência a transgredir direitos individuais.

No segundo capítulo são feitas análises dos votos dos 11 (onze) ministros do Supremo Tribunal Federal, no qual o Ministro Celso de Mello foi o relator da ADO nº 26 e o Ministro Edson Fachin foi o relator do MI 4.733/DF. Sendo 7 (sete) dos ministros favoráveis a criminalização da LGBTfobia por entenderem que o enquadramento de homofobia e transfobia no conceito de racismo se trataria de uma interpretação em conformidade com a Constituição.

No terceiro capítulo é feita uma crítica aos votos dos Ministros do STF tendo como fundamento os princípios da legalidade e do Direito Penal mínimo,



correlacionando-os. Além disso, aborda o conceito de racismo por um viés sociológico latino-americano, contrapondo-se ao apresentado pelo Ministro relator da ADO nº 26, bem como a ressignificação do termo raça pelo movimento negro.

Por fim, a presente pesquisa chegou a conclusão de que a decisão do STF em criminalizar condutas de homofobia e transfobia violou o princípio da legalidade, pois somente ao Poder Legislativo foi atribuído a competência para legislar em matéria penal. Violou-se também o Direito Penal mínimo, uma vez que a criminalização de condutas restringem direitos individuais de liberdade e devem ser tratados como uma exceção. Além disso, entendeu-se que enquadrar o preconceito ou discriminação em decorrência de orientação sexual e/ou identidade de gênero como racismo foi aplicação de analogia *in malam partem*, sendo, portanto, proibido, uma vez que o conceito de racismo é preciso e não admite ampliação.

## 2 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

### 2.1 Princípio da legalidade e analogia *in malam partem*

Segundo Luiz Regis Prado (2019, p. 140), após a Revolução Francesa, o princípio da legalidade passou a ser uma exigência de segurança jurídica e de garantia individual, pois garantia a liberdade do cidadão ante a intervenção arbitrária do Estado.

Fruto dos ideais iluministas, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 8º prescreveu que "Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente publicada. No Brasil, tal preceito foi integrado pela primeira vez na Carta Magna de 1824, quando o Brasil ainda era Império, e, conseqüentemente, ainda permeado por ideias absolutistas, contrárias à uma democracia. (VERDAN, 2009, p. 3- 4).

Para Bitencourt (2000, p. 9), as ideias iluministas de igualdade e liberdade, conferiram ao Direito Penal um caráter menos cruel do que aquele que predominou



durante o Estado Absolutista, pois limitou a intervenção estatal nas liberdades individuais.

O regime ditatorial, que ocorreu no Brasil na década de 1960, foi marcado pelo total desrespeito às instituições basilares de um Estado Democrático, maciça repressão e desacato ao cidadão como ser humano. Diante disso, o constituinte, marcado pelo garantismo constitucional, inaugurou uma nova ordem, no qual o princípio da legalidade foi recepcionado pela atual Constituição Federal, pelo artigo 5º, inciso XXXIX, como cláusula pétreia, elencando o referido preceito como Direitos e Garantias Fundamentais. (VERDAN, 2009, p. 4- 5).

Nota-se que o objetivo primário do princípio da legalidade foi o de limitar a intervenção arbitrária e desmedida do ente estatal, inclusive seu poder punitivo. A necessidade da legalidade na esfera penal é nítida, uma vez que punir alguém fundado no mero desejo dos governantes não é plausível. (VERDAN, 2009, p. 5).

Marco Antônio Marques da Silva (2001, p. 7) apontou que:

O princípio da legalidade é, no Estado Democrático de Direito, consequência direta do fundamento da dignidade da pessoa humana, pois remota à ideia de proteção e desenvolvimento da pessoa, que o tem como referencial. A clareza e o limite da formulação normativa dos tipos penais, no âmbito do direito penal, são exigências deste princípio, enquanto no processo penal, viabilizam as formas de intervenção do Estado na vida do cidadão, requerendo, como veremos mais adiante, a observância, não só da legalidade desta intervenção, como também de outros princípios informadores do processo penal.

O Princípio da Legalidade se desdobra no Princípio da Anterioridade da Lei, no Princípio da Exigibilidade da Lei Escrita, Princípio da Proibição da Analogia *in Malam Partem*, Princípio da Taxatividade e Princípio da Reserva Legal. (VERDAN, 2009, p. 6)

Isso implica dizer que "*nullum crimem, nulla poena sine lege praevia*", ou seja, a lei que institui o crime e a pena deve ser anterior ao fato ao qual é destinado a



punir, sendo vedado a edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade. (VERDAN, 2009, p. 6)

É necessário a edição de uma lei escrita para criar normas penais incriminadoras, tal norma deve ser "submetida aos rígidos processos de formulação legislativa constitucionalmente estabelecidos, com obediência de todos os ritos e fórmulas para a validade formal da lei" (LOPES, 1994, p. 107).

Assim, a necessidade de tipificação é um dos resultados da legalidade, como adverte Michael Foucault (2014, p. 86):

É portanto necessário controlar e codificar todas essas práticas ilícitas. É preciso que as infrações sejam bem-definidas e punidas com segurança, que nessa massa de irregularidades toleradas e sancionadas de maneira descontínua com ostentação sem igual seja determinado o que é infração intolerável, e que lhe seja infligido um castigo de que ela não poderá escapar.

A analogia *in malam partem* é proibida dentro do Direito Penal, sendo vedada a criação de crimes, bem como a fundamentação e o agravamento da pena por meio de analogia. Em contrapartida, a analogia *in bonam partem* é totalmente permitida, pois sempre que for benéfica ao cidadão, será utilizada a analogia. (VERDAN, 2009, p. 8).

Greco reforça a ideia de que a aplicação de analogia só é permitida no Direito Penal para beneficiar o réu, jamais para prejudicá-lo. Assim, A respeito da analogia *in malam partem*, orienta que:

[...] é terminantemente proibido, em virtude do princípio da legalidade, o recurso à analogia quando esta for utilizada de modo a prejudicar o agente, seja ampliando o rol de circunstâncias agravantes, seja ampliando o conteúdo dos tipos penais incriminadores, a fim de abranger hipóteses não previstas expressamente pelo legislador etc. (GRECO, 2015, p. 94)

Segundo Maurício Lopes (1994, p. 123), admite-se no Direito Penal o emprego da analogia, desde que respeitado o critério do *favorabilia amplianda*,



permitindo a aplicação da analogia quando esta implicar na exclusão do crime ou da culpabilidade, isenção ou atenuação da pena e extinção da punibilidade.

Além disso, Luiz Regis Prado (2010, p. 141-142) afirma que seria inconstitucional a utilização de qualquer outro ato normativo, que não seja a lei em sentido estrito, para a criação de crimes e penas. Desse modo, não seria possível a aplicação de analogia *in malam partem* para condenar o acusado:

Em resumo: a lei formal, e tão somente ela é fonte criadora de crimes e de penas, de causas agravantes ou de medidas de segurança, sendo inconstitucional a utilização em seu lugar de qualquer outro ato normativo (v.g., medida provisória), do costume ou do argumento analógico *in malam partem*-exigência de lei escrita (*nulla poena sine lege scripta*)

Há que se diferenciar, contudo, a analogia da interpretação analógica, sendo a primeira utilizada quando não existe o direito positivo e a segunda é uma forma de interpretação do direito positivo. Assim, orienta Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini (2019, p. 99):

Não se deve confundir analogia com interpretação analógica. Analogia não é forma de interpretação, mas sim forma existente a um caso semelhante, em relação ao qual haja uma lacuna legal. Na analogia, o operador se vale de um método indutivo- dedutivo. Em primeiro, partindo de regras específicas busca a norma abstrata ou princípio que as orienta (indução, do particular para o geral). Reconhecido o princípio geral, o operador parte diretamente do princípio para resolver a situação de fato que revelou a lacuna na legislação (dedução, do geral para o particular).

Para Thomas Hobbes (2008, p. 248), na ausência de qualquer lei punitiva, não há que se falar em acusação. Depreende-se do evidenciado que a analogia preenche uma lacuna normativa existente no ordenamento jurídico, contudo, se há uma lacuna nos tipos penais, estes crimes não existem.

Cumprido ressaltar que, no Ordenamento Criminal Brasileiro, é proibido a criação de leis penais indeterminadas, de conceitos genéricos ou vagos, que podem dar margem a abusos e interpretações equivocadas, devendo as mesmas serem claras



e precisas, pois a lei só vai exercer sua função preventiva quando for acessível a todas as pessoas, independente do nível social. (VERDAN, 2009, p. 9).

Luiz Regis Prado (2010, p. 141) observa que a reserva legal possui caráter absoluto em matéria penal, impedindo que o poder legiferante seja delegado a outro órgão, uma vez que se trata competência exclusiva do Poder Legislativo.

Pode-se dizer, então, assim como afirma Eduardo Luiz Santos Cabette (2019, p. 44- 45), que a o Judiciário acaba invadindo a atribuição legislativa conferida exclusivamente ao Poder Legislativo, desprezando a garantia da legalidade penal, bem como a tripartição dos poderes, que vão além de uma mera organização estatal, mas uma função de garantia da liberdade.

Desse modo, é inconcebível que o julgador possa considerar como crimes condutas que não foram tipificadas pelo legislador. Não é possível se admitir que um Estado Constitucional de Direito se converta a um Estado de Exceção. (CABETTE, 2019, p. 45- 46).

## 2.2 Direito penal mínimo

Diante da ineficácia das ações do Estado, a sociedade contemporânea vive num contexto de insegurança e violência. Assim, buscam-se soluções por meio do direito penal na expectativa de proteção e segurança, contudo, o direito penal deve ser considerado como a última *ratio*.

Dessa forma, orienta Rosa:

Partindo-se do Direito Penal como última *ratio* (princípios da lesividade, necessidade e materialidade), a regulamentação de condutas deve se ater à realização dos Princípio Constitucionais do Estado Democrático de Direito, construindo-se, dessa forma, modelo minimalista de atuação estatal que promova, de um lado, a realização destes Princípios e, de outro, impeça suas violações, como de fato ocorre com a explosão legislativa penal contemporânea, quer pelas motivações de manutenção do *status quo*, como pela "Esquerda Punitiva". Não há dúvida que a resposta estatal é a





mais violenta de todas e, por isso, não pode ser o primeiro mecanismo de controle social. (ROSA, 2014, s/p.).

Segundo Marques da Silva (2008) a ampliação do direito penal com o objetivo de reduzir os índices de criminalidade de maneira rápida, tendem a transgredir direitos individuais e fragilizar a tutela de bens jurídicos constitucionais protegidos.

Garcia (2005, p. 94) alerta que a ameaça de sanções graves é meramente simbólica, pois o legislador já sabe que tais sanções não serão capazes de proteger eficazmente os bens jurídicos a que se propõe. Acabando por criar a imagem de um Direito Penal incapaz. Corroborando com tal entendimento, Hommerding (2013, p. 28) adverte que a aplicação de lei penal de maneira simbólica pode acarretar a descredibilidade do ordenamento jurídico, bem como bloquear as funções do Direito Penal.

Segundo Luigi Ferrajoli (2014), o direito penal é indispensável à manutenção harmônica da convivência social, pois, apesar de ser um instrumento de repressão violento, também é instrumento de garantia da liberdade individual. Além disso, o mesmo autor ressalta que a tipificação penal não é uma mera decisão do legislador, mas deve atender condições estabelecidas na Constituição, como se vê a seguir:

A estrutura do nosso ordenamento é, por conseguinte, aquela de um "Estado de direito" em sentido estrito, onde o exercício de qualquer poder - não apenas do Poder Judiciário e do Executivo e administrativo, mas também do Poder Legislativo

- está subordinado aos vínculos da legalidade não só formais, mas também substanciais. O legislador penal não tem o poder de dispor ou predispor proibições, penais e juízos "quando" e "como" quiser, mas apenas na presença de condições estabelecidas como necessárias pelos princípios garantistas enunciados na Constituição (FERRAJOLI, 2014, p. 641- 642)

Indaga-se se é legítima, justificável e adequada, sob o ponto de vista do direito penal mínimo, a diferenciação qualitativa dos crimes homofóbicos em relação aos demais crimes, levando em consideração seus bens jurídicos, uma vez que, segundo afirma Luisi (2003, p. 169), o Direito Penal não tem por objeto a tutela de



direitos subjetivos, como o bem da vida (homicídio homofóbico), da integridade física ( lesões corporais homofóbicas) e da liberdade sexual (violação sexual homofóbica) (CARVALHO, 2014, p. 266- 267)

Carvalho (2014) responde a própria indagação, afirmando entender como legítima a demanda dos movimentos sociais LGBT pela criminalização da homofobia, pois estes grupos "possuem a mesma legitimidade postulatória para a efetivação de suas pautas políticas (positivas e negativas) que, por exemplo, o movimento de mulheres e o movimento negro".

Além disso, Carvalho (2012, p. 208) ressalta o impacto cultural positivo em criminalizar a homofobia, pois retira as agressões motivadas por discriminações contra LGBTs da invisibilidade e as põe em discussão, bem como facilita o levantamento e mapeamento de dados, aprofundamento em pesquisas, medidas protetivas específicas etc.

O mesmo autor ressalta, ainda, que, sob o ponto de vista do Direito Penal mínimo, a melhor técnica de elaboração legislativa seria a identificação desta forma de violência, e não a criação de um tipo específico e uma agravação da pena.

Para Luisi (2003, p. 175) a criminalização pode ser desnecessária e inadequada se houver outras formas de sanções ou outros meios de controle social suficientes para a tutela desse bem:

[...] necessária se faz a intervenção penal por insuficientes às outras sanções que a ordem jurídica dispõe para uma adequada tutela. O critério básico, portanto, desse processo de escolha, há de guiar-se pelo princípio da *última ratio* que, partindo da relevância o bem e da gravidade da lesão ao mesmo, faz com que se torne necessária a intervenção penal.

### 3 ANÁLISE DOS VOTOS

Diante da inexistência da criminalização específica de condutas homofóbicas e transfóbicas, foram propostas a MI 4733/DF, pela LGBT+, e a ADO 26/DF, pelo Partido Popular Socialista (PPS), os quais foram julgados no STF. Assim, nos



pedidos, buscou-se o reconhecimento formal da existência de omissão inconstitucional por parte do Poder Legislativo, bem como postula-se o preenchimento da lacuna normativa via judicial, de maneira a determinar que os atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero dos integrantes da comunidade LGBT achem-se compreendidos na definição de racismo.

A análise dos votos dos Ministros do STF consiste em extrair das argumentações se o preenchimento da lacuna normativa via judicial, que visa criminalizar o preconceito à diversidade de gênero e orientação sexual mediante o conceito de racismo social, realmente se trata ou não de analogia in malam partem, bem como a consequência que isso pode trazer para um Estado Democrático de Direito.

### **3.1 Voto do Ministro Celso de Mello (relator da ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26)**

O Supremo Tribunal Federal determinou por diversas vezes que o direito à autodeterminação do próprio gênero ou à definição de sua orientação sexual caracteriza-se como poder fundamental de qualquer pessoa, uma vez que não se trata de mera "ideologia de gênero" ou teoria sobre a sexualidade humana, mas expressões do princípio do livre desenvolvimento da personalidade. Tal poder fundamental possui natureza constitucional, tratando-se de um essencial direito humano cuja realidade deve ser reconhecida pelos Poderes Públicos, tal como foi feito no julgamento da união civil homoafetiva pela Suprema Corte (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, das quais foi Relator o Ministro AYRES BRITTO) e, também, no julgamento referente à alteração do prenome da pessoa transgênero, independente de cirurgia de transgenitalização e laudos de terceiros (ADI 4.275/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDISON FACHIN). (BRASIL, 2019).

É importante destacar que o Parecer Consultivo OC-24/2017, instaurado por iniciativa da República da Costa Rica ao interpretar as cláusulas do Pacto de São



José da Costa Rica (incorporada formalmente no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 678/1992), reafirmou a essencialidade do direito à identidade de gênero e à orientação sexual da pessoa humana e a indispensabilidade do respeito e da proteção estatal à convivência harmônica e aos desenvolvimento livre, digno e pleno das diversas expressões de gênero e da sexualidade. (BRASIL, 2019).

No decorrer dos séculos, a repressão, a intolerância e o preconceito em razão da orientação sexual ( ou, mesmo, da identidade de gênero), tomou graves proporções no Brasil. De modo a marginalizar, estigmatizar e privar essas pessoas de direitos básicos, em um contexto social hostil e vulnerador. (BRASIL, 2019).

No período colonial, em que a legislação reinol foi imposta ao Brasil por Portugal, foi possível constatar a maneira cruel com que as autoridades da Coroa perseguiram e reprimiram os homossexuais. Segundo afirma Veronica de Jesus Gomes (2010), em Dissertação de Mestrado, as Ordenações do Reino - as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603)- foram marcadas pelo combate aos atos de sodomia, considerada "pecado nefano", mediante sanções gravíssimas que viabilizavam, inclusive, a imposição do "supplicium extremum". Conforme já assinalavam as Ordenações Afonsinas no século XV, o julgamento do pecado/crime aos sodomitas era demasiadamente severa, chegando até a morte. (BRASIL, 2019).

Desse modo, o Ministro Relator conclui que o Estado não pode tolerar comportamentos nem elaborar deliberações normativas com caráter discriminatório que provoquem a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não. Assim, os integrantes da comunidade LGBT têm direito de receber igual proteção das leis e do sistema político- jurídico estabelecido pela Constituição da República. (BRASIL, 2019)

Desde 18/03/1983 funciona o "*Grupo Gay da Bahia - GGB*", que foi admitido como "*amicus curiae*" nos autos, o qual monitora a violência contra a população LGBT, apresentando relatórios anuais que revelam por meio de dados



estatísticos que a comunidade LGBT no Brasil é, constantemente, vítima das mais diversas formas de agressão motivadas, única e exclusivamente, pela orientação sexual e/ou identidade de gênero dos indivíduos. Por meio de informações obtidas pela rede mundial de computadores, nos meios de comunicação social e, também, mediante voluntários que atuam em atividade de cooperação com o grupo LGBT, foi possível ao "Grupo Gay da Bahia" chegar a algumas conclusões que serão elucidadas a seguir. (BRASIL, 2019)

Em 2017, houve uma aumento de homicídios contra o grupo LGBT de 30% em relação ao ano anterior, alcançando o número de 445 mortes. Além disso, 56% desses assassinatos ocorreram em via pública. Dessas 445 mortes mencionadas, 194 (43,6%) eram gays, 191 (42,9%) trans, 43 (9,7%) lésbicas, 5 (1,1%) bissexuais e 12 (2,7%) heterossexuais, sendo esses últimos mortos em circunstâncias que revelam condutas homofóbicas dos agressores. No ano de 2018, até o mês de outubro, foram registrados 347 homicídios de pessoas LGBT no Brasil. O número de transgêneros mortos entre 2016 e 2017 demonstra que o Brasil é o primeiro colocado no "ranking mundial", conforme afirma o Relatório Mundial da *Transgender Europe*, organização que registra dados relacionados ao tema. (BRASIL, 2019).

Cabe destacar que os dados supracitados podem ser imprecisos ante a alta taxa de subnotificação. Segundos a Manifestação Grupo Gay da Bahia, o Poder Público apresentou um relatório a respeito da homofobia e transfobia, com dados referentes a 2011, no qual foram registradas 6.809 denúncias de violações aos direitos humanos da população LGBT, dentre os quais 278 foram homicídios. Cumpre ressaltar que a maior parte das violências ocorre no ambiente doméstico, correspondendo a 42%, enquanto as agressões ocorridas nas ruas somam 30,8 %. (BRASIL, 2019).

Diante dos números assustadores, o Ministro Celso de Mello entende que os mesmos autorizam e validam os argumentos realizados pelo advogado Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, subscritor da petição inicial em questão, uma vez que o



pseudo- ‘direito’ das pessoas comuns se acharem detentoras de agredir, ofender, discriminar e matar pessoas por sua mera orientação sexual ou identidade de gênero revela a concepção de que essas pessoas têm de que os LGBT’s são menores, inferiores, degradados em sua essencial dignidade, de modo a se enquadrar nos termos de um comportamento racista. (BRASIL, 2019).

Segundo afirmou o Ministro Celso de Mello, constata-se que a omissão do Congresso Nacional em produzir normas legais de proteção penal à comunidade LGBT, uma vez que representa situação configuradora de ilicitude afrontosa ao texto da Lei Fundamental da República, pois há, manifestamente, a previsão do dever estatal de criar normas legais com bases impositivas de mandado de incriminação, conforme dispõe o art. 5º, XLI, CF, quando afirma que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, bem como o artigo 5º, XLII, CF, quando afirma que “a prática de racismo constitui crime [...], nos termos da lei”. (BRASIL, 2019).

Configuram requisitos para a declaração de inconstitucionalidade por omissão a imposição constitucional de legislar somada ao estado de mora do legislador, demonstrada pela superação excessiva de prazo razoável para legislar. Diante dessa situação, não se pode permitir a degradação da Constituição à condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade do legislador comum, de modo que, mediante a ação direta por omissão, a própria Constituição Federal autoriza a reação jurisdicional com a finalidade de concretizar a eficácia das cláusulas constitucionais frustradas. (BRASIL, 2019).

A alegação de que a existência de propositura legislativa no Congresso Nacional afastaria a configuração de inércia por Parte do Poder Legislativo não foi acolhida pelo Ministro Relator, uma vez que há manifesta manobra protelatória da oposição parlamentar, destinada a frustrar a tramitação legislativa de projeto de lei que tipificava crimes contra comunidades LGBT. Tem-se como exemplo concreto o Projeto de Lei nº 5.003/2001, proposto pela Deputada Federal Iara Bernardi, que foi



aprovado pela Câmara dos Deputados após mais de 5 anos de tramitação, contudo, depois que foi encaminhado ao Senado Federal, passando a ser designado de Projeto da Câmara nº 122/2006, teve sua apreciação encerrada, pois sua tramitação decorreu mais de 08 anos, e, segundo as normas regimentais (RISF, art.322, §1º), as proposições que se encontrem em processamento há mais de duas legislaturas serão automaticamente arquivadas. A aprovação do Requerimento nº 1.443/2013, do Senador Eduardo Lopes, importou na anexação do PL nº 122/2006 ao de instituição do Novo Código Penal brasileiro (PL do Senado nº 236/2012), o que demonstrou evidente embaraço e retardamento criado com a finalidade de frustrar a tramitação legislativa do projeto mencionado. Cumpre ressaltar, ainda, que, transcorridos mais de 17 anos desde a proposição do PL nº 122/2006, esta sequer teve concluída sua apreciação pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, encontrando-se sem prazo para ser votado até o presente momento. (BRASIL, 2019).

Diante da constatação objetiva de que houve mora inconstitucional capaz de gerar lesividade à posição jurídica das pessoas tuteladas pela cláusula constitucional descumprida (CF, art. 5º, XLI e XLII) entende-se como justificável a intervenção do Poder Judiciário de proceder à colmatação de uma omissão normativa flagrantemente inconstitucional, uma vez que não se pode tolerar a inércia dos órgãos estatais. Tolerar tal situação equivaleria a fraude à Constituição. (BRASIL, 2019).

O Ministro ressalta a ilegitimidade de uma Constituição elaborada com o intuito de apenas ser executada nos pontos que se mostrem convenientes aos desígnios governamentais ou de grupos majoritários, desrespeitando frontalmente aos direitos das minorias expostas a um quadro de vulnerabilidade.

Segundo José Afonso da Silva (2012, p. 224) não basta, com efeito, ter uma Constituição promulgada e formalmente vigente; impende atuá-la, completando-lhe a eficácia, para que seja totalmente cumprida [...]. (BRASIL, 2019)



Para complementar a linha de raciocínio traçada pelo Ministro, o mesmo se utiliza, em seu voto, das palavras de J.J Gomes Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 46) "a Constituição impõe-se normativamente, não só quando há uma ação inconstitucional (fazer o que ela proíbe), mas também quando existe uma omissão inconstitucional (não fazer o que ela impõe que seja feito)." (BRASIL, 2019).

Diante do reconhecimento da existência de mora imputável ao Congresso Nacional, tem-se como possibilidades de colmatação do "*vacuum legis*", a cientificação do Congresso Nacional para que adote, em prazo razoável, as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional (CF, art. 103, §2º) ou o reconhecimento imediato pela Corte de que a homofobia e a transfobia enquadrem-se no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/89 mediante interpretação conforme à Constituição. (BRASIL, 2019).

Em fundamento da Procuradoria-Geral da República, esta opinou no sentido de conferir a interpretação conforme à Constituição ao sentido de raça previsto na Lei 7.716/89, a fim de se reconhecer como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatório e preconceituosos contra a população LGBT, assinalando que tal proposta não traduz a aplicação de analogia "*in malam partem*" e não ofende o princípio da legalidade em matéria penal, pois o conceito de raça sob o viés biológico ou antropológico é obsoleto, devendo tal interpretação ser conferida de acordo com o princípio da dignidade do ser humano e o Estado Democrático de Direito, projetando-se numa dimensão abertamente cultural e sociológica de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social, levando em consideração o contexto histórico e a variação no conceito de racismo conforme o tempo e o local. (BRASIL, 2019).

O Julgamento do HC 82.424/RS pelo Supremo Tribunal Federal reafirma a proclamação contida na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) de que todos os membros da família humana são dotados de igual dignidade e valor, de modo que a pretensão de subdividir a humanidade em "raças" revela-se inconciliável





com os padrões éticos e morais definidos na ordem internacional e nacional, bem como desprovido de legitimidade científica e jurídica (BRASIL, 2019), como é possível vislumbrar pelos trechos da decisão:

"(...) 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por qualquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo.

(...) 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistemática da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. (BRASIL, 2004)

Parte da doutrina defende que o racismo é uma ideologia que objetiva construir hierarquias artificialmente apoiadas em suposta hegemonia de um grupo sobre outros, tendo como fundamentos critérios pseudo-científicos para justificar a discriminação e exclusão. Dentre as doutrinas que concebem tal entendimento, destacam-se Samantha Ribeiro Meyer- Pflug, Fabiano Augusto Martins Silveira e Alexandre Assunção e Silva. (BRASIL, 2019).

Dessa forma, o Ministro Relator entende que, da mesma forma como se deu no HC 82.424/RS (caso Ellwanger), impõe-se ao Supremo Tribunal Federal



reafirmar a orientação consagrada de que racismo não se restringe a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, mas também um conceito cultural e sociológico, abrangendo situações de homofobia e transfobia. (BRASIL, 2019).

Ressalta, ainda, que tanto no plano internacional (Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial) quanto nacional, os critérios para se identificar a discriminação racial resultam da motivação orientada pelo preconceito e da finalidade de submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades, seja na esfera pública, seja na esfera privada. Razão pela qual se evidencia a correlação entre racismo com a homofobia e a transfobia. (BRASIL, 2019).

Nas palavras de Daniel Borrillo (2010, p 34- 39):

Enquanto violência global caracterizada pela supervalorização de uns e pelo menosprezo de outros, a homofobia baseia-se na mesma lógica utilizada por outras formas de inferiorização: tratando-se de ideologia racista, classista ou antisemita, o objetivo perseguido consiste sempre em desumanizar o outro, em torná-lo inexoravelmente diferente.

Importante também destacar o posicionamento doutrinário de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 305), que afirma:

[...] raça é um termo infeliz e ambíguo, pois quer dizer tanto um conjunto de pessoas com os mesmos caracteres somáticos como também um grupo de indivíduos de mesma origem étnica, linguística ou social. Raça, enfim, é um grupo de pessoas que comunga de ideias ou comportamentos comuns, ajuntando-se para defendê-los, sem que, necessariamente, constituam um homogêneo conjunto de pessoas fisicamente parecidas. Aliás, assim pensando, homossexuais discriminados podem ser, para os fins da aplicação desta Lei, considerados como grupo racial [...] Parece-nos que é racismo, desde que, na esteira da interpretação dada pelo STF, qualquer forma de 'fobia', dirigida ao ser humano, pode ser manifestação 'racista'. Daí porque inclui-se no contexto da Lei 7.716/89. Nem se fale em utilização de analogia 'in malam partem'. Não se está buscando, em um processo de equiparação por semelhança, considerar o ateu ou o homossexual alguém 'parecido' com o integrante de determinada 'raça'. Ao contrário, está-se negando existir um conceito de 'raça' válido para definir qualquer



agrupamento humano, de forma que 'racismo' ou se preferível, a discriminação ou preconceito de 'raça' é somente uma manifestação de pensamento segregacionista, voltado a dividir os seres humanos, conforme qualquer critério leviano e arbitrariamente eleito, em castas, privilegiando umas em detrimento de outras.

Diante do elucidado, o Ministro entende que atos de homofobia e transfobia são formas contemporâneas de racismo, de modo a inserir tais condutas na tipificação penal da Lei nº 7.716/89, a fim de preservar a garantia da dignidade da pessoa humana, bem como efetivar o preceito Constitucional consubstanciado no art. 3º, IV. Além disso, o Ministro afirma que aceitar tese diversa significaria tornar mais frágil a proteção conferida pelo ordenamento jurídico aos grupos em situação de vulnerabilidade, como no caso dos integrantes da comunidade LGBT. (BRASIL, 2019).

Ressalta que a interpretação do ordenamento jurídico não se confunde com o processo de produção normativa, uma vez que o procedimento hermenêutico realizado pelos Órgãos do Poder Judiciário objetiva a extração da interpretação de diversos diplomas legais vigentes que compõem o quadro normativo positivado pelo Estado para aplicar o direito. Na ação constitucional em questão, a parte autora alega que a noção conceitual de "raça" tem merecido múltiplas interpretações, entendimento consubstanciado por ilustres doutrinadores, de modo a reconhecer como possível a configuração do crime de racismo quando a discriminação dirigida à vítima for em razão de sua orientação sexual ou sua identidade de gênero. (BRASIL, 2019).

O Ministro não ignora que é inadmissível a utilização de analogia "*in malam partem*" em matéria penal e enfatiza que seu entendimento não envolve aplicação analógica das normas penais previstas na Lei nº 7.716/89, mas limita-se a mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação já existente, uma vez que atos de transfobia e homofobia constituem manifestações de racismo em sua dimensão social, denominado de racismo social. (BRASIL, 2019).



### **3.2 Voto do Ministro Edson Fachin (Relator do Mandado de Injunção 4.733 Distrito Federal)**

Preliminarmente, o Ministro registra que a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) é legitimada para impetrar o mandado de injunção, tendo em vista que preenche o requisito do art. 12, III, da Lei 13.300/2016 e seus objetivos sociais estão de acordo com o pedido formulado, conforme dispõe o art. 3º do seu estatuto social. (BRASIL, 2018).

Cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar a impetração (art. 102, I, "q", da CRFB), uma vez que, nos termos do artigo 22, I, da Constituição Federal, a omissão imputada é de competência do Congresso Nacional. (BRASIL, 2018).

Ressalta que é evidente o direito subjetivo à legislação no que tange ao objeto, pois há a imposição do dever estatal de legislar, bem como a previsão do direito a legislação no próprio texto constitucional. (BRASIL, 2018).

De acordo com a jurisprudência da Corte, os projetos de lei que tramitam sobre a matéria no Congresso Nacional não servem para afastar o reconhecimento da omissão inconstitucional, pois a omissão está constatada quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. (BRASIL, 2018)

Diante do quadro de violações sistemáticas contra a população LGBT e sob o argumento de que nenhuma instituição pode deixar de cumprir integralmente a Constituição, o Ministro rejeita as preliminares relativas ao conhecimento da ação. Além disso, julga procedente o mandado de injunção no mérito, pois o art. 5º, XLI, da CRFB prevê mandado de criminalização contra a discriminação homofóbica e transfóbica, de modo que comporta ao Supremo Tribunal Federal, ante a omissão legislativa, a colmatação da legislação de combate à discriminação mediante interpretação conforme, até que esta seja suprida pelo Congresso Nacional. (BRASIL, 2018).



Cumprе ressaltar que, com base no artigo 5º, XLI, da CRFB, o Plenário do Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme à Constituição para que não fossem aplicados à lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher nos dispositivos da lei dos juizados especiais no julgamento da ADI 4.424, sob Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe 31.07.2017, sob a seguinte alegação:

(...) No caso presente, não bastasse a situação de notória desigualdade considerada a mulher, aspecto suficiente a legitimar o necessário tratamento normativo desigual, tem-se como base para assim se proceder a dignidade da pessoa humana artigo 1º, inciso III, o direito fundamental de igualdade artigo 5º, inciso I e a previsão pedagógica segundo a qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais artigo 5º, inciso XLI. (BRASIL, 2018).

Assim, a proteção de direitos fundamentais pode resultar na criação de tipos penais próprios. Tal entendimento é o mesmo do julgamento do HC 104.410, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 26.03.2012, quando se afirmou que "a Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, §4º)". (BRASIL, 2018).

Para reconhecer o direito penal como instrumento adequado para a proteção de bens jurídicos, o Supremo Tribunal Federal tem usado como fundamento o princípio da proporcionalidade, na modalidade de proibição de proteção insuficiente. (BRASIL, 2018). Tal posicionamento tem respaldo na orientação doutrinária de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2007), o qual afirma que:

Nossa Constituição Federal de 1988 traz como peculiaridade a quantidade de ordens de criminalização que lançou, à espera do adimplemento pelo legislador ordinário. Elas não podem ser ignoradas, nem a omissão em cumpri-las pode ser justificada por orientações de política criminal. Não é possível acatar a Constituição quando ela está em conformidade de nossas inclinações filosóficas ou ideológicas e renegá-las à letra morta quando não está. (GONÇALVES, 2007, p. 305-306).



Segundo André de Carvalho Ramos (2006), em "Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos", a Confederação Mundial sobre Direitos Humanos de Viena, vem vislumbrando tomar medidas imediatas para evitar e combater todas as formas de racismo, xenofobia e manifestações análogas de intolerância, apelou a todos os governos a adoção de medidas penais cabíveis e a promulgação de leis adequadas.

A redação do §3º do art. 140 do Código Penal foi alterado pela Lei 10.741/2003, passando a tipificar a injúria que utilize elementos de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. Diante da não tipificação das discriminações ligadas ao sexo e à orientação sexual, demonstra-se tal omissão legislativa, ainda mais relevante, se levada em consideração o direito à igualdade, uma vez que os parâmetros de proteção da população negra ou idosa são distintos do parâmetro de proteção à população LGBT. (BRASIL, 2018).

O reconhecimento da mora legislativa impõe o deferimento do mandado de injunção para determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora, conforme dispõe o artigo 8º da Lei 13.300 Além disso, o Supremo Tribunal Federal superou sua antiga jurisprudência para reconhecer cabível a atuação do Poder Judiciário nos casos de inatividade ou omissão Legislativa quando o risco da omissão puder se transmutar em omissão jurisdicional. (BRASIL, 2018).

O entendimento de que caberia ao Judiciário estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado está prevista no artigo 8º, inciso II, da Lei 13.300. (BRASIL, 2018). Além disso, tal orientação possui respaldo na doutrina de João Francisco da Fonseca (2016):

A decisão concessiva de mandado de injunção, em suma, contém uma "ordem" - palavra sinônima tanto de mandado quanto de injunção. Primeiro, uma ordem formal para que o



impetrado promova a edição da norma regulamentadora em prazo razoável. Depois, se isso não ocorrer, uma ordem formal para que o sujeito passivo da relação jurídica de direito material - caso tenha participado do processo - pague certa quantia, entregue um bem, realize determinada atividade ou deixe de realizá-la, conforme o objeto do mando de injunção ajuizado. (FONSECA, 2016, p. 127).

Nos termos da Lei 7.716/1989, impedir ou obstar acesso à órgão da Administração Pública, ou negar emprego em empresa privada por preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional são condutas típicas, contudo, não haveria crime se as mesmas condutas fossem praticadas em virtude de preconceito à identidade de gênero ou orientação sexual. Entende-se como leitura incompatível com o Texto Constitucional tolerar alguns atos atentatórios à dignidade da pessoa humana enquanto se protege outros, pois a Constituição afirma que tem por objetivo "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". (BRASIL, 2018).

É dever da Corte Constitucional proteger a integridade do direito à igualdade toda vez que o mesmo for invocado, pois tratar a dignidade das pessoas de forma diferenciada é manifestamente atentatório à Justiça. Assim, por mais que envolva matéria penal, não é possível alegar que o mandado de injunção deveria limitar-se apenas ao reconhecimento da mora. (BRASIL, 2018).

No precedente julgado pelo Plenário da Corte, relativo ao caso Ellwanger (HC 82.424), entendeu-se que não era possível afastar a imprescritibilidade do crime de racismo imputado ao paciente, que teria distribuído obras de conteúdo anti-semita, ao fundamento de que os judeus não seriam raça, pois, enquanto intérpretes da Constituição, o princípio da igualdade está a exigir dos julgadores que se reconheça a igual ofensividade do tratamento discriminatório, tanto para enquadrar judeus como vítimas de racismo, como homossexuais e transexuais. (BRASIL, 2018).

Desse modo, o Ministro, diante das razões suscitadas, julgou procedente o mandado de injunção para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso



Nacional, bem como para estender a tipificação dos crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, prevista na Lei 7.716/89, para discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

### 3.3 Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes afirma que a não criminalização de crimes de homofobia e transfobia suscita um desvio dos comandos constitucionais que firmam a reprovabilidade de condutas discriminatórias, bem como expõe grupos minoritários a situações graves de violência social, o que seria uma justa causa legitimadora para a intervenção do Poder Judiciário. (BRASIL, 2019).

Ele destaca que a mera apreciação da omissão legislativa pelo Tribunal, por si só, parece ter impulsionado o Parlamento a abandonar o estado de absoluta inércia na regulamentação da matéria, pois no início do ano de 2019, em datas posteriores ao início do julgamento da ADO nº26, foram desarquivadas por deliberações das respectivas Casas Legislativas proposições legislativas sobre o tema. Quanto às propostas legislativas desarquivadas, destaca-se (i) o Projeto de Lei 9.8032/2014, que amplia a proteção de que trata a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2016 (Lei Maria da Penha) às pessoas transexuais e transgêneros; (ii) o Projeto de Lei 336/2015, que instituiu o chamado Estatuto das Famílias do Século XXI; e (iii) o Projeto de Lei 7.292/2017, que altera o art. 121 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o LGBTcídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio; e o art. 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o LGBTcídio no rol de crimes hediondos. Esses projetos de lei, reitera-se, foram desarquivados pela Mesa Direto da Câmara nas datas de 21.2.2019 e 22.2.2019, poucos dias após o início da apreciação desta ADO pelo Plenário. (BRASIL, 2019).

Gilmar Mendes ressalta que, apesar dos avanços referidos nas propostas legislativas supracitadas, o destino das proposições legislativas examinadas é absolutamente imprevisível, razão pela qual não se mostram aptas a suprir a proteção





das minorias que se almeja tutelar na ADO. Assim, o Ministro entende que não há como afastar o cabimento da ação apreciada. (BRASIL, 2019).

Afirma, ainda, que a Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º) através de mandados de criminalização expressos. Essa dimensão de feição objetiva dos direitos fundamentais legitimam a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público, mas também garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros. (BRASIL, 2019).

Pode-se dizer que uma proteção insuficiente se configura quando o Estado não faz nada, mas também quando os instrumentos de tutela existentes não são aptos a garantir o exercício de direitos e liberdades individuais, como afirma Bernhard Sclink. Quando da fixação de mandados de criminalização, o texto constitucional impõe ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, inclusive para tutelar situações de deficiência da proteção criminalizante. (BRASIL, 2019).

Além disso, através de informações colhidas do Relatório "Violência LGBTFóbicas no Brasil", produzido pelo Ministério dos Direitos Humanos em 2018, os quais indicam abusos cotidianos dos mais variados tipos, demonstram o quadro atual de extrema vulnerabilidade dos grupos LGBT, sem que haja uma resposta efetiva do Estado no sentido de resguardar as esferas jurídicas individuais violadas. Dados compilados do Disque Direitos Humanos - Dique 100 demonstraram que, apenas em 2016, foram reportados ao total de 4.783 casos de denúncias e violações. (BRASIL, 2019).



O Ministro Gilmar Mendes chega a conclusão, diante dos dados supracitados, que o caso em questão vai além de uma ausência de disciplina legislativa que desenvolva política pública, mas se trata de direitos fundamentais básicos de minorias que merecem ser reconhecidos. Desse modo, afirma:

A realidade fática demonstra ostensivamente que a ausência da criminalização de atos de homofobia e transfobia acaba contribuindo para restrições indevidas de direitos fundamentais e para um quadro generalizado de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. (BRASIL, 2019).

Foi observado também que o núcleo do tipo penal contemplado no art. 1º da Lei 7.716/1989 originalmente afigurava-se circunscrito a preconceitos de raça e de cor, no qual foi paulatinamente ampliado para outras formas de discriminação que se afiguram igualmente incompatíveis com o princípio da igualdade. Tal ampliação de proteção criminal se deu pela edição da Lei 9.459/1997, que alterou o art. 1º, firmando a reprovabilidade da discriminação resultante de etnia, religião ou procedência nacional. Quanto a interpretação constitucional da Lei Antirracismo, o Ministro afirma que, de acordo com a jurisprudência adotada pelo Tribunal julgador, a norma clama por uma ampliação progressiva de proteção criminal em direção à repressão de toda e qualquer forma de discriminação. (BRASIL, 2019). Tal interpretação se extrai do julgamento do Habeas Corpus 82.424/RS (o chamado Caso Ellwanger), no qual o Ministro Relator da época, Maurício Correa consignou expressamente que:

limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência de direitos humanos (BRASIL, 2004).

Diante do exposto, o Ministro Gilmar Mendes enuncia que a expressão raça não pode ser vista isoladamente como uma expressão simplesmente biológica, mas também deve se considerar as diversas acepções a que o termo se submete, sendo elas a antropológica e a sociológica. Afirma também que o termo “raça” possui o



condão de dividir e classificar os seres humanos em “categorias”, resulta de um processo político-social que, ao longo da história, originou o racismo, a discriminação e o preconceito segregacionista.

Diante da debilidade das políticas criminais que tem permitido a perpetração de violações do dever constitucional de proteção consubstanciado no art. 5º, XLI, da Constituição, o Ministro Gilmar Mendes entende ser compatível com o Texto Constitucional a solução interpretativa do art. 20 da Lei 7.716/1989, que já criminaliza a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, para se estender a tipificação a atos de homofobia e transfobia. (BRASIL, 2019).

O Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2019) ressaltou que a Lei 13.300, de 2016, que regulamentou a ação constitucional do mandado de injunção deu uma solução ao dissídio entre jurisprudência e doutrina em torno da possibilidade de adoção de sentenças de perfil aditivo quando dispõe em seu artigo 9º o seguinte:

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1º Poderá ser conferida eficácia **ultra partes** ou **erga omnes** à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. (BRASIL, 2016).

Ante o exposto, o Ministro entende ser perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro a adoção de sentenças de perfil concretizador e aditivo, uma vez que o Estado tem um dever de proteção aos direitos fundamentais, o qual vem sofrendo restrições sistemáticas em um contexto generalizado de discriminação. Além disso, o Ministro afirma considerar extravagante dizer que o Congresso seria o melhor a encaminhar esse tema, devido a inércia do órgão e da não tomada de decisão por razões políticas variadas.

Em seguida, é abordado, em seu voto, a respeito do ativismo judicial, já prevendo as futuras críticas a respeito de sua decisão. Dessa forma, para afastar possíveis críticas a respeito do denominado ativismo judicial, o Ministro afirma que é



preciso compreender o papel Judiciário num contexto histórico de hipertrofia dos demais poderes, bem como num cenário de desconfiança e de falhas na concretização de direitos fundamentais, especialmente no caso de minorias em que o acesso à arena de decisão política é restrito. Acrescenta, ainda, que segundo John Hart Ely (1981), é possível uma postura ativa do Judiciário com vistas a facilitar a representação política de minorias, bem como à sua proteção.

"Vimos como diversos direitos não mencionados na Constituição devem receber proteção constitucional em razão do seu papel em manter abertos os canais de mudança política. Uma análise similar parece ser aplicável à proteção das minorias." (ELY, 1981, p. 172).

O contexto norte-americano no qual a obra supracitada de Ely se insere se relaciona com o caso *Brown vs. Board of Education*, no qual a Suprema Corte norte-americana declarou a inconstitucionalidade da segregação racial de crianças em escolas públicas. Tal decisão se tornou um marco histórico do movimento pelos direitos civis e superou precedente da própria Corte que reconhecia como legítima a máxima "*separate but equal*". Entende-se tal postura como ativa, e não ativista, na consagração de direitos fundamentais de minorias em um cenário de violação sistêmica. Aproveitando-se as similaridades dos casos, o Ministro Gilmar Mendes acrescenta que a ausência de tipo penal específico para a homofobia tem sido óbice à fruição de direitos básicos de pessoas em razão de sua orientação sexual, reconhecendo a aplicabilidade da Lei 7.716/1989 às condutas discriminatórias relacionadas à homofobia e à transfobia, enquanto não sobrevier legislação específica sobre o tema, valendo-se da proporcionalidade e da jurisprudência da Corte. (BRASIL, 2019).

### 3.4 Voto do Ministro Alexandre de Moraes

Para a omissão constitucional do Poder Legislativo ficar constatada, é necessário a análise de duas questões sucessivas. A primeira se refere a incidência do inciso XLI do art 5º da CF nas condutas discriminatórias praticadas em razão de orientação sexual ou identidade de gênero (homofobia e transfobia). O que, na



percepção do Ministro Alexandre de Moraes, é incontestável, uma vez que a violência física, os discursos de ódio, os homicídios motivados pela orientação sexual e a identidade da vítima configuram flagrante discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Já a segunda se refere a obrigatoriedade de edição de norma penal incriminadora específica para tipificar as condutas de homofobia e transfobia e, conseqüentemente, sanar o estado de mora inconstitucional. (BRASIL, 2019).

Por se tratar de tema complexo, faz-se importante a análise dos componentes internacionais mínimos e obrigatórios exigidos para a salvaguarda igualitária dos direitos e liberdades fundamentais, como a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, no qual afirma que a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa, não devendo ser motivo de discriminação ou abuso. (BRASIL, 2019). Assim como a Organização das Nações Unidas, a qual editou o documento "Nascidos Livres e Iguais- Orientação sexual e identidade de Gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos" (*Born Free and Equal - Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law*), no qual em um dos seus "CINCO PRINCIPAIS TÓPICOS" afirma:

4. Proibir a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero. Promulgar leis abrangentes que incluam a orientação sexual e identidade de gênero como motivos proibidos para discriminação. Em especial, assegurar o acesso não discriminatório a serviços básicos, inclusive nos contextos de emprego e assistência médica. Prover educação e treinamento para prevenir a discriminação e estigmatização de pessoas intersexo e LGBT.

Ante o consenso internacional mencionado a respeito das medidas necessárias para a efetiva proteção contra condutas homofóbicas e transfóbicas, resta evidenciado a significativa omissão constitucional do Poder Legislativo. (BRASIL, 2019).

Cumprе ressaltar que a posição tópica do inciso XLI indica uma verdadeira determinação constitucional para a edição de lei penal, uma vez que faz parte do



núcleo penal e processual penal do artigo 5º, protetivo ao direito de liberdade, iniciando-se no inciso XXXVII (não haverá juízo ou tribunal de exceção) e prosseguindo até o inciso LXVIII (consagração do habeas corpus); mesmo que não exclusivamente penal em alguns dispositivos. Mais importante do que isso, no entanto, é a interpretação lógica e teleológica de diversos dispositivos constitucionais protetivos de direitos e liberdades fundamentais de importantes grupos historicamente vulneráveis. (BRASIL, 2019).

Os tipos penais referentes a discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional foram implementados na Lei 7.716/89 observando o inciso XLII, do artigo 5º da CF. Bem como ocorreu em relação à implementação de medidas protetivas aos direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes, dos idosos, das pessoas com deficiência e dos consumidores. (BRASIL, 2019).

Nos 30 (trinta) anos de vigência da Constituição Federal, o Congresso Nacional editou leis necessárias para efetivar a proteção dos direitos e liberdades fundamentais de grupos tradicionalmente vulneráveis, pautando-se sempre pela necessidade de incluir a criação de tipos penais específicos, além das normas administrativas e civis. De tal forma, não há razão constitucional ou lógica para se ignorar a necessidade de edição de tipos penais para discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, em virtude de orientação sexual e identidade de gênero. Diante do exposto, o Ministro Alexandre de Moares declara a inconstitucionalidade por omissão do Senado Federal, caracterizando-se o estado de mora inconstitucional. (BRASIL, 2019).

O princípio da reserva legal não permite a condenação por analogia ou por considerações de convivência social. Contudo, segundo o Ministro, a impossibilidade de colmatação da omissão constitucional por meio de criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário e a vedação de utilização de aplicação analógica *in peius* das normas penais não se confundem com o legítimo exercício



hermenêutico do Supremo Tribunal Federal no âmbito da jurisdição constitucional. (BRASIL, 2019).

Segundo Miguel Reale (1985, p. 168), o ato de julgar "não se reduz a uma atitude passiva diante dos textos legais". Quando a norma apresentar vários significados, é possível à Suprema Corte, em sede de Jurisdição Constitucional, utilizar-se da função hermenêutica, ou seja, interpretação conforme a constituição, a fim de adequar e compatibilizar o significado da lei aos exatos comandos constitucionais. (BRASIL, 2019).

Segundo Canotilho (1998, p. 230), "a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela".

Desse modo, levando em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), com os seus objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, I e IV), o princípio da igualdade (CF, art. 5º, caput e inciso I) e a aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, §1º), o Ministro Alexandre de Moraes entende que os dispositivos penais da Lei 7.716/1989 devem ser interpretados de modo a abranger a discriminação ou preconceito em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero, de modo que tal interpretação esteja em consonância com os fundamentos da República já mencionados. (BRASIL, 2019).

### **3.5 Voto da Ministra Rosa Weber**

A Ministra Rosa Weber entende as identidades sexual e de gênero como direito a própria individualidade e a própria identidade, traduzindo um dos elementos constitutivos da noção de pessoa humana titular de direitos fundamentais.



Isso por que é a partir do reconhecimento de identidade que o indivíduo pode desenvolver a sua personalidade, autonomia e lugar na comunidade a que pertence. Cumpre ressaltar que o direito à auto determinação sexual decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III). Desse modo, o descumprimento de tal comando pelo Poder Legislativo, no tocante a direitos e liberdades fundamentais titularizados por pessoas identificadas como homossexuais ou transexuais, abre a via da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que visa colmatar o vazio legislativo impeditivo da efetividade da norma constitucional. Ficando devidamente demonstrada a mora do Poder Legislativo em cumprir a determinação que lhe foi imposta pelo artigo 5º, inciso XLI, da CF, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. (BRASIL, 2019).

Em uma sociedade marcada pela heteronormatividade, a concretização do princípio da igualdade em relação às identidades minoritárias de gênero e orientação sexual reclama a adoção de ações em instrumentos afirmativos voltados exatamente para a neutralização da situação de desequilíbrio existente. Uma vez constatada a desigualdade de fato, o fim desejado da igualdade jurídica só é alcançado materialmente ao se conferir aos desiguais tratamento desigual na medida da sua desigualdade. (BRASIL, 2019).

No que tange ao pedido principal da ADO, que tem como precedente o HC 82.424/RS, a Ministra entendeu, assim como o Min. Relator, pela efetiva ampliação conceitual do conceito jurídico constitucional de racismo, de modo que abarque em sua abrangência semântica a discriminação com base em gênero e orientação sexual, referidos como discriminação por transfobia e homofobia. A Ministra afirma, ainda, que a nova interpretação está em conformidade com a recomendação da doutrina jurídica que afirma que diante de normas constitucionais que visam implementar proteção a direitos fundamentais seja evitado método interpretativo que reduza ou debilite, sem justo motivo, a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais. (BRASIL, 2019).





### 3.6 Voto do Ministro Luiz Fux

Inicialmente, o Ministro faz uma breve explanação a respeito da distinção entre um mero homicídio e contra um integrante homossexual, como exemplo de uma bala perdida, e o que seria uma violência motivada pela discriminação homofóbica. Ressalta, ainda, que tais condutas são fatos cotidianos, criando a impressão de um Estado de coisas inconstitucional. (BRASIL, 2019).

Em seu voto, foi inserido um relatório do Ministério dos Direitos Humanos, divulgado em 2018, que registrou um total de 2964 violações de direitos humanos sofridos por indivíduos que se diferenciam por sua orientação sexual ou posicionamento quanto a identidade de gênero consolidadas ocorrências em 2016. (BRASIL, 2019).

O Ministro também afirma que a violência, além de física, também pode ser simbólica, quando, por exemplo, um estabelecimento se recusa a contratar um indivíduo por este ser um integrante da comunidade LGBT. Configurando-se delitos homofóbicos. Além disso, o Ministro concorda que houve mora legislativa em efetivar proteção aos direitos LGBT, uma vez que, ao criar a punição do homicídio por motivo torpe ou fútil, o legislador originário não poderia imaginar que tal motivo fosse a homofobia. Ressalta também que os projetos de lei não são garantias de que serão aprovados, não afastando, portanto, a inércia legislativa. (BRASIL, 2019).

Sendo assim, acredita-se que a imposição da judicialização da questão seria adequada. Apesar das diversas críticas sofridas pela Suprema Corte diante do seu protagonismo, o Ministro afirma que é bastante difundido pelos doutrinadores o entendimento de que a jurisdição constitucional se impõe quando se trata de defesa das minorias contra as violências da maioria. (BRASIL, 2019).

Em contrapartida, afirmou-se que o Judiciário, por força do princípio da legalidade "não há crime sem lei anterior que o defina", não poderia criar uma figura, contudo, o Ministro defende que o Judiciário está apenas fazendo uma interpretação de legislação infraconstitucional, que trata do racismo à luz da



homofobia. Reitera, ainda, que o Supremo Tribunal Federal já havia firmado, no HC 82.424/RS, o conceito de racismo como um delito cometido contra o ser humano inferiorizado por outro, seja pela cor de pele, seja por ele ser judeu ou homossexual. Ressalta a importância de tal interpretação conforme a Constituição, pois implica em delitos imprescritíveis. (BRASIL, 2019).

A abordagem sociológica trazida em seu voto é de Axel Honneth, na denominada "A gramática moral dos conflitos sociais", reconhecendo que a criminalização das condutas altera a cultura do povo e, no caso da homofobia e transfobia, tal alteração não se dá somente pela força da imprescritibilidade, mas principalmente pela forma de inserção dos integrantes da comunidade LGBT, de modo a gerar o auto respeito e o respeito recíproco. (BRASIL, 2019).

Entende, por fim, que acolher os pedidos da comunidade LGBT é cumprir um compromisso da justiça de dar a cada um aquilo que é seu. Sendo, portanto, dever do Judiciário julgar procedente os pedidos na forma dos relatores Ministro Celso de Mello e Edson Fachin, considerando racismo os atos de violência física e simbólica contra os integrantes da comunidade LGBT, sem prejuízo ao Legislativo de criar um tipo específico para esses fatos que aniquilam a noção de humanidade. (BRASIL, 2019).

### **3.7 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski**

O Ministro afirma que, atualmente, os direitos relativos à orientação sexual e à identidade de gênero são reconhecidos como essenciais para a dignidade e humanidade da pessoa humana, tanto nacional, quanto internacionalmente. Os Princípios de Yogyakarta voltam-se a proteger o indivíduo diante da violência, assédio, discriminação e exclusão dirigidos contra pessoas em todas as partes do mundo motivados pela orientação sexual ou identidade de gênero. (BRASIL, 2019).

Afirma, ainda, que a criminalização de condutas discriminatórias, além de ser um passo importante, é obrigatório, uma vez que a Constituição contém claro



mandado de criminalização neste sentido (CF, art. 5º, XLI). Sendo tal artigo expressamente reconhecido pela 2ª Turma da Suprema Corte como mandado de criminalização no *Habeas Corpus* 104.410/RS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. (BRASIL, 2019).

"A constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art.227, §4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos." (BRASIL, 2012).

O Ministro ressalta que a omissão parlamentar em cumprir o mandado de criminalização pode ser compreendido como um fenômeno político, uma vez que os atores políticos tem ciência de que são mais responsabilizados pelas suas ações impopulares do que pelas suas omissões perante seus eleitores. Dessa forma, como bem explica Ran Hirschl, o Poder Judiciários torna-se instituição sensível aos reclamos de grupos sistematicamente excluídos da esfera pública. (BRASIL, 2019).

A punição criminal da homofobia e da transfobia é simbólica e, segundo pensa o Ministro, é também apenas um primeiro passo para inverter diametralmente a tendência opressora contra grupos sistematicamente privados de direitos. (BRASIL, 2019).

Fazendo um paralelo do julgamento em questão com a violência contra a mulher, o Ministro destaca o pensamento de Debora Diniz e Sinara Gumieri, autoras do livro "Violência do gênero no Brasil: ambiguidades da política criminal", no qual vêem a Lei Maria da Penha como "um instrumento de aprendizado civilizatório diante da realidade sociológica da violência de gênero e da negação histórica de acesso à justiça para mulheres". (BRASIL, 2019).

O Ministro entende estar configurada a mora legislativa inconstitucional na criminalização específica da homofobia e da transfobia, uma vez que, apesar da Câmara baixa ter aprovado o Projeto de Lei 5003/2001, que ao ser remetido ao



Senado recebeu o número 122/2006, a Câmara Alta se omitiu na análise do projeto mencionado, contrariando frontalmente a Constituição. (BRASIL, 2019).

É proibida, por diversos organismos de tratados de direitos humanos da ONU, a discriminação relativa à orientação sexual ou à identidade de gênero. Existem diversas decisões e orientações gerais neste sentido emitidas pelo comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, pelo Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, pelo Comitê sobre os Direitos da Criança, pelo Comitê contra a Tortura e pelo Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, valendo menção específica à Resolução 17/19 das Nações Unidas sobre "Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, dentre outros órgãos. (BRASIL, 2019).

Em seu voto, para demonstrar estatisticamente o fruto do preconceito e da intolerância, foi apresentado que, "445 LGBT+ morreram no Brasil em 2017, vítimas de homotransfobia, sendo 387 assassinatos e 58 suicídios. A cada 19 horas, um LGBT é brutalmente assassinado ou se suicida vítima da 'LGBTfobia'. Matam-se mais homossexuais no Brasil do que nos 13 países onde vigora pena de morte contra os LGBT". (BRASIL, 2019).

Apesar da mora legislativa ser incontestada, o Ministro entende que não é cabível invocar os precedentes concretistas firmados nos Mandados de Injunção-MIs 670, 708 e 712, pois a questão tratada se refere a matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta. Assim, afirma que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, exigindo, portanto, lei em sentido formal. Reitera que a Constituição é clara ao afirmar em seu artigo 5º, XXXIX, que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". (BRASIL, 2019). Assim, em relação ao tema da reserva legal, há o seguinte precedente do STF:

"Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional da lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador,



regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF)". (BRASIL, 2015).

Para o Ministro, a extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal atentaria contra o princípio da reserva legal, a qual constitui garantia fundamental dos cidadãos, promovendo segurança jurídica a todos. Cumpre ressaltar que o princípio mencionado também está disposto no art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. (BRASIL, 2019).

Desse modo, diante de todo o exposto, o Ministro vota no sentido de conhecer parcialmente a ação, reconhecendo a mora legislativa e dando ciência ao Congresso Nacional para que este adote providências necessárias. (BRASIL, 2019).

### **3.8 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso**

Inicialmente, o Ministro faz uma breve nota do que seria a homofobia, conceituando-a nos seguintes termos: violência física ou psicológica contra uma pessoa em razão de sua orientação sexual, manifestando-se em agressões, ofensas e em atos discriminatórios. (BRASIL, 2019).

Ressalta que o número de violência homofóbica é bastante expressiva, de acordo com dados levantados pelo relatório *Violência LGBTfóbicas no Brasil*, divulgado em 2018 pelo Ministério dos Direitos Humanos, no qual, nos anos de 2015 e 2016 houve 3859 denúncias relacionadas à população LGBT. Também afirma que o Brasil é o país que registra o maior número de assassinatos contra transexuais no mundo, de acordo com o levantamento divulgado pela ONG *TransgenderEurope* em 2018. (BRASIL, 2019).

O Ministro afirma que não se pode interpretar o direito em abstrato, mas dentro de um contexto de uma determinada realidade social. Do ponto de vista teórico, o Ministro considera que o papel do Estado e do direito deverá ser o de intervir na defesa dos direitos fundamentais de grupos vulneráveis, no caso em questão a comunidade LGBT. Acrescenta que a decisão não se restringe à liberdade



sexual, mas também a integridade física, psíquica e o direito a própria vida dos integrantes da comunidade LGBT. (BRASIL, 2019).

Ressalta que a criação primária das leis é indiscutivelmente do Poder Legislativo, contudo, a interpretação constitucional é um papel típico do Supremo Tribunal Federal. O Ministro enfatiza que há uma fronteira entre a legislação e a interpretação da Constituição, a qual não é tão clara em casos complexos como a questão julgada. Tal fronteira é demarcada por uma linha que pode ser traçada em dois planos distintos. No primeiro plano, a Suprema Corte deve ser deferente diante das decisões políticas tomadas na criação de lei pelo Congresso Nacional, devendo o Supremo Tribunal Federal invalidá-las somente quando houver manifesta afronta à Constituição. No entanto, quando o Congresso Nacional não atua em situações em que há mandamento constitucional para que atue, o Ministro entende que o papel do Supremo Tribunal Federal se amplia legitimamente para fazer valer a Constitucional. (BRASIL, 2019).

O segundo plano dessa fronteira diz respeito à matéria que esteja sendo discutida. A regra geral tem sido a de deixar o maior espaço possível para a atuação do Poder Legislativo, por este representar o povo, valendo para questões econômicas, administrativas e sociais, porém, quando estiver em risco direitos fundamentais ou a preservação das regras do Estado democrático, a postura mais proativa do Supremo Tribunal Federal torna-se justificável, uma vez que este órgão é incumbido de proteger a regra da democracia e direitos fundamentais, mesmo em oposição a vontade da maioria. (BRASIL, 2019).

Assegura, ainda, que os dois fatores que alargam a fronteira da interpretação constitucional estão presentes no julgamento em questão, havendo uma omissão do Congresso Nacional em normatizar um tema, bem como direitos fundamentais em risco, quais sejam, a liberdade, a igualdade, a integridade e a própria vida da comunidade LGBT. (BRASIL, 2019).



Afirma que o Tribunais Constitucionais como o Supremo Tribunal Federal possui três grandes papéis. O primeiro papel é o contramajoritário, que ocorre quando o Poder Judiciário invalida atos de outros Poderes, a exemplo da declaração de uma lei como inconstitucional. O segundo papel, apesar de não rotineiro, é o representativo, que ocorre quando se atende demandas da sociedade que não foram atendidas a tempo e a hora pelo processo político majoritário, como exemplo da decisão do nepotismo, no qual não havia lei que proibisse o nepotismo, mas o Supremo, por interpretação constitucional, assim a estabeleceu. Por fim, o terceiro papel é o iluminista, que deve ser exercido em situações excepcionais e que, ao ver do Ministro, se enquadra no presente caso. O papel iluminista ocorre quando se quer empurrar a história a determinados temas mesmo contra a vontades majoritárias para se promover um avanço civilizatório, como exemplo da atuação da Suprema Corte Americana quando proibiu a segregação racial nas escolas públicas. Cumpre ressaltar que a Constituição é um dos principais produtos do iluminismo. (BRASIL, 2019).

Juridicamente, o Ministro entende pela mora constitucional diante do art. 5º, inciso XLI da CF. Entende, ainda, que é legítima a punição criminal pela relevância do bem jurídico (integridade física/psicológica e vida) e a sistematicidade da violação desses direitos, como bem demonstram os números apresentados. Além disso, outras discriminações são punidas com o direito penal, inclusive a discriminação de caráter religioso, e, portanto, não punir a discriminação por orientação sexual da mesma forma que se pune a discriminação racial, religiosa e contra o deficiente, seria hierarquizar as violações de direitos fundamentais. (BRASIL, 2019).

Ressalta, ainda, que a punição administrativa não tem se mostrado efetiva na coibição contra a violência homofóbica diante da adoção de tais medidas por alguns Estados da Federação. Desse modo, o Ministro entende que deixar de punir a homofobia seria uma hipótese de proteção deficiente dos direitos fundamentais, que o princípio da proporcionalidade em matéria penal não admite. (BRASIL, 2019).



Assim, admite a interpretação que abrange a discriminação por homofobia e transfobia no conceito de racismo, diante de uma interpretação pré-existente do Supremo Tribunal Federal no caso Ellwander de que o racismo é "uma realidade social e política, sem nenhuma referência a raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo, na verdade, em reprovável comportamento que decorre da convicção de que há entre os diversos grupos humanos uma hierarquia, suficiente para justificar atos de segregação racial, inferiorização e até mesmo de eliminação de pessoas". Reiterando que não se trata de analogia *in malam partem*, nem de criação de um tipo penal por sentença aditiva. (BRASIL, 2019).

### 3.9 Voto da Ministra Carmen Lúcia

Inicialmente, para resumir o quadro normativo brasileiro, a Ministra fala a respeito do preâmbulo da constituição, que, apesar de não possuir força normativa, serve como orientação para demarcar o caminho pelo qual transita a interpretação das normas, tem-se que os representantes do povo brasileiro se reuniram em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. (BRASIL, 2019).

No art. 1º, inciso III, da Constituição, tem-se que " a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana". Já no artigo 3º, inciso IV, da Constituição tem-se que são "objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". (BRASIL, 2019).

O artigo 5º, caput, da Constituição prevê que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros





residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade". O inciso III do mesmo artigo afirma que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante". O inciso XLI afirma que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". Já o inciso XLII do mesmo artigo prevê que "a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" Por fim, o §1º do artigo 5º CF, ressalta que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". (BRASIL, 2019).

Diante da exposição do quadro normativo e passados mais de 30 anos da promulgação da Constituição Federal, há de se perguntar quantas mortes são levadas a efeito numa absurda discriminação atentatória aos direitos fundamentais daqueles que integram a comunidade LGBT para que o Legislativo tome alguma providência. Além disso, o Poder Judiciário, agora invocado diante da omissão do legislador, poderia também se omitir? (BRASIL, 2019).

No artigo 102 da Constituição, tem-se que "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente a guarda da Constituição", de modo que esta seja efetivada, e não mera folha de papel. Enquanto no § 2º do mesmo artigo, atribuiu-se a Suprema Corte a obrigação de, verificado uma omissão inconstitucional que deslegitima um Estado democrático de direito pela ausência de cumprimento de direitos fundamentais, há que se colmatar essa omissão. (BRASIL, 2019).

Ainda, no art 5º, inciso LXXI, tem-se que "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". Portanto, a Ministra entende que é dever do Supremo Tribunal Federal cumprir obrigação específica e expressa de guardar a Constituição, no sentido de fazê-la efetiva e eficaz, jurídica e socialmente. A Ministra ressalta que não desconhece a existência do inciso XXXIX do mesmo artigo, o qual prevê que "não há crime sem lei anterior que o defina". (BRASIL, 2019).



Assim, em seu voto, acredita que as decisões proferidas pelos relatores conseguem fazer a Constituição efetiva e eficaz, jurídica e socialmente, sem desprezar o comando do princípio da legalidade (CF 5º, inciso XXXIX). (BRASIL, 2019).

Afirma, ainda, que todos os sistemas constitucionais e legais contemporâneos baseiam-se no ditame posto no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), que é de cumprimento obrigatório aos países que a tenham acolhido em seu ordenamento interno, a qual sinaliza a imperiosidade de se dotar de eficácia a conquista de direitos fundamentais, na base dos quais a igual dignidade inerente a todos os seres humanos independe de se observar critério de raça, sexo, credo ou opção ideológica. No preâmbulo da Declaração Universal dos direitos do homem e do cidadão de 1948, se reconhece a dignidade inerente a todos os membros da família humana. O desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade. É essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei para que o homem não seja compelido como o último recurso à rebelião contra a tirania e a opressão de grupos ou Estados. Assim, dispõe o artigo 1º da mencionada declaração: "Todos as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade". (BRASIL, 2019).

Assim, diante do comando impositivo de criminalização previsto no art. 5º, inciso XLI da Constituição Federal, após 30 anos de sua promulgação, bem como tantas mortes, ódio e incitação contra homossexuais, a Ministra reconhece a inércia do legislador brasileiro, afirmando-a como inconstitucional. Ressalta que os atentados decorrentes da homotransfobia revela situação de barbárie, uma vez que objetiva a eliminação do que parece diferente física, psíquica e sexualmente. (BRASIL, 2019).



Desse modo, a Ministra afirma que é dever do Supremo Tribunal Federal efetivar a obrigação estabelecida pela Constituição de criminalizar ou estabelecer instrumentos punitivos para que haja averiguação e punição ao direito de não ser discriminado e desrespeitado qualquer ser humano, bem como pela sua orientação ou identidade sexual, a fim de que não se anule a efetividade do princípio da dignidade humana, nos termos do artigo 102 da Constituição Federal. (BRASIL, 2019).

Ressalta que a tutela dos direitos fundamentais há de ser plena, para que a Constituição não se torne mera folha de papel. Além disso, pelo entendimento extraído pela Ministra com base no §1º do artigo 5º CF, (as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata), entende como possível enquadrar a homofobia e a transfobia como espécie na tipificação do crime de racismo, que conta com norma expressa no ordenamento jurídico brasileiro, para ser aproveitado como fundamento nas decisões. De modo a se entender o racismo como racismo social, que segrega e vulnerabiliza os integrantes da comunidade LGBT. (BRASIL, 2019).

A interpretação conforme a constituição não retira a proteção constitucional ao direito ao exercício das manifestações de crenças ou religiões, que são livres e cujos dogmas não podem ser questionados pelo Estado. (BRASIL, 2019).

Por fim, a Ministra vota no sentido de acompanhar os votos dos Ministros Relatores, o Min. Celso de Mello (ADO nº 26) e Min. Edson Fachin (MI 4733), reconhecendo a mora legislativa inconstitucional, para se incriminar os atos atentatórios aos direitos fundamentais reativamente aos integrantes do grupo LGBT e, até que sobrevenha o cumprimento do mandado constitucional de incriminação estabelecido nos incisos XLI XLII do art. 5º da CF, bem como enquadrar a homofobia e a transfobia como tipo penal definido na Lei 7.716/1989. (BRASIL, 2019).



### 3.10 Voto Do Ministro Marco Aurélio

Afirma que não é no Supremo Tribunal Federal, guarda maior da Constituição, uma vez que a atuação do Poder Judiciário é vinculada ao direito positivo, ao qual cabe ao Congresso Nacional. Em suas palavras, a arte de interpretar não deve ser um ato discricionário. Ainda, afirma que, caso estejam presentes os requisitos tanto para uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, quanto para um Mandado de Injunção, os mesmos se encerram com uma simples decisão declaratória. (BRASIL, 2019).

Ressalta que o Supremo Tribunal Federal tem atuado para reconhecer e efetivar os direitos fundamentais das minorias, incluindo a comunidade LGBT, contudo, sempre atento aos limites impostos pelo Texto Constitucional. (BRASIL, 2019).

É dever do Poder Público, no Estado Democrático de Direito, promover a convivência pacífica com o outro na ceara do pluralismo, sem admitir o crivo da maioria sobre escolhas exclusivamente morais. Nos termos do artigo 102, caput, da Constituição Federal, incumbe ao Tribunal zelar para que o principal documento normativo do Estado não seja esvaziado por conduta omissiva ou comissiva dos agentes públicos, em especial dos agentes políticos e órgãos de estatura constitucional, como é o caso dos ocupantes dos Poderes Legislativo e Executivo. (BRASIL, 2019).

O constituinte de 1988 procurou fornecer instrumentos processuais voltados à obtenção da efetividade ou eficácia social das normas jurídicas presentes na Carta da República. A interpretação constitucional levada a cabo quando verificada a omissão inconstitucional tem se mostrado especialmente necessária para o sucesso dos propósitos basilares da Constituição Federal. (BRASIL, 2019).

O Relatório denominado "Mortes violentas de LGBT no Brasil", elaborado pelo Grupo Gay da Bahia (GGB), demonstrou a ocorrência de 320 homicídios e 100 suicídios no ano de 2018 de homossexuais, bissexuais e transgêneros no território



nacional. De modo que o Brasil alcançou a posição de campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais, contabilizando uma morte violenta a cada 20 horas. (BRASIL, 2019).

Tendo em vista os números apresentados, indicadores de barbárie incompatível com os avanços civilizatório obtidos nas últimas décadas, surge imperativo o reconhecimento, seja da importância da atuação combativa dos grupos admitidos nos processos em referência (ADO nº 26 e MI 4733), seja da proteção insuficiente fornecida aos integrantes desse grupo vulnerável. Destaca-se ao comando constitucional contido no inciso XLI, do artigo 5º, segundo o qual "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais", no qual o Ministro ressalta o uso do termo "lei" na norma. Assim, o Ministro entende que não é admissível dar interpretação que contrarie o princípio da legalidade. (BRASIL, 2019).

O Ministro considerou inadequado o uso do Mandado de Injunção no caso, pois acredita não haver demonstração de direito subjetivo de determinada coletividade, no caso, os integrantes da comunidade LGBT, cujo exercício do direito estaria inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora a versar sobre a criminalização específica de todas as formas de transfobia e homofobia. O Ministro entende como incompatível a providência de criar um tipo penal provisório, mediante pronunciamento judicial, bem como incompatível com a natureza declaratória da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. (BRASIL, 2019).

Afirma que os pedidos formulados confundem a atuação do Supremo Tribunal Federal em relação aos demais Poderes, no qual se submetem, qualquer Estado de Direito Democrático, ao princípio da Reserva de lei em matéria Penal. O ditame constitucional é claro "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (CF, art 5º, inciso XXXIX), do qual derivam garantias seculares, como a proibição à analogia, a utilização do direito consuetudinário para



fundamentar ou agravar a pena, a vedação à retroatividade e a vedação de leis penais e penas de conteúdo indeterminado. (BRASIL, 2019).

A estrita legalidade no que direciona a ortodoxia na interpretação da Constituição Federal em matéria Penal, não viabiliza ao Tribunal, em desconformidade com expressa e clara restrição contida na lei maior, esvaziar o sentido literal do texto mediante a complementação de tipos penais. Ao versar sobre a discriminação aos preceito considerada raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, a lei 7.716/1989 não contempla a decorrente de orientação sexual. Acrescenta, ainda, que o HC 82.424/RS não conduz a conclusão diversa. Entende descabível a tipificação e enquadramento da homofobia e transfobia no conceito ontológico-constitucional de racismo em razão da taxatividade dos delitos expressamente previstos em lei penal, os quais não podem ser tomados como meramente exemplificativos e desprovidos de significado preciso, pois retira a ampliação do conteúdo proibitivo dos tipos versados na lei 7.716/1989, sob pena de ter-se o esvaziamento dos núcleos existentes nos preceitos incriminadores "raça, cor, etnia, religião e procedência nacional". Entende que, do contrário, terá usurpada a competência do Congresso Nacional para legislar sobre Direito Penal (artigo 22, inciso I, da Constituição Federal), cujo caráter privativo afasta até mesmo a edição de medidas provisórias de natureza penal pelo Presidente da República ( CF, art. 62, §1º, inciso I, alínea b). (BRASIL, 2019).

Observa que o fato da interpretação não estar vinculada à lei em sentido estrito, mas ao subjetivismo dos magistrados no exercício das funções inatas ao Estado-juiz, causam prejuízo à segurança jurídica tão almejada. Ressalta que, logicamente, ou se declara eventual mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e transfobia, ou se reconhece o enquadramento da homofobia e da transfobia no conceito ontológico constitucional de racismo, identificando-as como núcleo já contido nos tipos penais exaustivos previstos na Lei 7.716/1989, de modo que não haveria que se falar em omissão do Congresso Nacional. (BRASIL, 2019).



Entende que a possível omissão do legislador não pode ser suplantada por exegese extensiva da legislação em vigor. Ressalta a importância em se observar a independência e harmonia dos Poderes da República (Legislativo, Executivo e Judiciário), a fim de que se perceba os limites das Separações dos Poderes e da Reserva Legal em termos penais. Adverte que a Constituição Federal, ao dispor que não há crime sem lei, exige que a lei seja em sentido formal e material. (BRASIL, 2019).

Desse modo, o Ministro diverge dos relatores para inadmitir o Mandado de Injunção, pois entende não haver seguimento que tenha direito à criminalização e, admitindo em parte a ADO, sem, no entanto, reconhecer a omissão legislativa quanto à criminalização específica da homofobia e transfobia, bem como sem ampliar o entendimento de racismo da Lei 7.716/1989 para homossexuais e transexuais. (BRASIL, 2019).

### **3.11 Voto do Ministro Dias Toffoli (Presidente)**

O Ministro Dias Toffoli, presidente do Supremo, foi sucinto em seu voto, limitando-se a acompanhar o voto do Ministro Ricardo Lewandowski pela procedência parcial dos pedidos, reconhecendo a omissão legislativa, mas não enquadrando a homofobia e a transfobia como crimes de racismo. (BRASIL, 2019).

O Presidente da Suprema Corte afirmou que, apesar da divergência nos votos proferidos, todos repudiam a discriminação, o discurso de ódio, o preconceito e a violência em função da orientação sexual e/ ou identidade de gênero de um indivíduo. (BRASIL, 2019).

O Ministro ressalta que o julgamento em questão dará efetividade ao artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, segundo o qual é objetivo da República Federativa do Brasil promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 2019).



## 4 CRÍTICA AOS VOTOS

Primeiramente, diante do que foi apresentado, entende-se que homofobia e transfobia não se trata de racismo. Segundo a definição tratada por Vala, Brito e Lopes (1999), o racismo consiste na discriminação baseada em uma configuração multidimensional de crenças, emoções e orientações comportamentais em relação a pessoas por causa da cor. (VALA; BRITO; LOPES, 1999)

Afirmar que as condutas homofóbicas e transfóbicas são racismo sob um viés social, ou racismo social, implicaria dizer que a Lei nº 7.716/89 estaria inoperante em sua plenitude antes da decisão do Supremo Tribunal Federal. Implicaria dizer também que o conceito de racismo seria impreciso, o que é vedado pelo princípio da taxatividade no direito penal.

Para René Ariel Dotti (2003, p. 60):

"enquanto o princípio da anterioridade da lei penal se vincula às fontes do Direito Penal, o princípio da taxatividade preside a formulação técnica da lei penal e indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando redige a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais, para se saber, taxativamente, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente admitido. Tal exigência, como é curial, implica em outra: o da necessidade da prévia lei ser escrita".

Apesar dos dados apresentados na ADO nº 26, que demonstram violações de direitos da comunidade LGBT, não é possível concluir que a criminalização de tais condutas pela atuação do Poder Judiciário seja o meio mais adequado dentro de um Estado Democrático de Direito, no qual se pressupõe a harmonia e separação das funções entre os Poderes da República, bem como a exigência da legalidade e anterioridade da lei penal. (BRASIL, 2019)

Apesar da discricionariedade que o Poder Legislativo tem para criminalizar certas condutas e outras não, o Poder Judiciário, na ADO nº 26, entendeu que houve omissão do legislativo em criminalizar a LGBTfobia. O referido entendimento se consolidou mediante a análise do art. 5º, XLI, CF, quando afirma que "a lei punirá





qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, bem como o artigo 5º, XLII, CF, o qual afirma que “a prática de racismo constitui crime (...), nos termos da lei”. (BRASIL, 2019)

Quanto a declaração de omissão do Poder Legislativo somado ao estado de mora não há muito o que contrariar, uma vez que entendeu-se haver, manifestamente, a previsão do dever estatal de criar normas legais com bases impositivas de mandado de incriminação. A problemática advém do momento em que se entende que o Poder Judiciário teria a legitimidade de criar tais normas legais.

Não é difícil entender que o próprio dispositivo do art. 5º, XLI, CF prevê que é a lei que deve punir qualquer discriminação, bem como deve ser nos termos da lei a criminalização do racismo prevista no artigo 5º, XLII, CF. A própria Constituição Federal afirma que cabe ao Poder Legislativo o papel de legislar sobre o tema. Não é atribuição do Supremo Tribunal Federal decidir se a LGBTfobia é ou não crime, mas apenas declarar ou não a omissão do Congresso Nacional.

O ministro Luis Roberto Barroso, em seu voto, argumenta que além da função típica do STF de julgar, o mesmo possui o papel representativo, o qual consiste em atender as demandas da sociedade que não foram atendidos a tempo e hora pelo processo político majoritário, bem como o papel iluminista de empurrar a história a determinados temas mesmo contra a vontades majoritárias para se promover um avanço civilizatório. No entanto, esses possíveis papéis desempenhados pelo Supremo tribunal Federal são válidos desde que não violem os preceitos constitucionais.

A Constituição é clara ao afirmar em seu artigo 5º, XXXIX, que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Importante destacar que o princípio da reserva legal constitui garantia fundamental dos cidadãos, promovendo segurança jurídica a todos. Sendo assim, o STF tem como uma de suas funções guardar a Constituição, porém, a decisão de criminalizar a



homofobia e a transfobia pode causar um efeito contrário a isso, deixando dúvidas e incertezas no mundo jurídico brasileiro. (BRASIL, 1988).

Em diversos votos, os ministros alegam que diante da omissão do Poder Legislativo, o Poder Judiciário também não poderia se omitir. Entretanto, não se trata de omissão quando não se trata de uma atribuição de sua competência, bem como quando se põe em cheque uma garantia constitucional a respeito da liberdade individual.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2009, p. 25), o Poder Judiciário exerce um papel contramajoritário quando invalida a atuação dos demais poderes, os quais foram escolhidos pelo povo, portanto, pela maioria. Logo, a legitimidade de sua atuação se encontra em questionamento quando intervém em poderes que tiveram como origem a vontade popular, uma vez que os membros do Poder Judiciário não foram eleitos, como é o caso dos membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

O entendimento que mais se aproxima da doutrina apresentada no primeiro capítulo da presente pesquisa é o do Ministro Ricardo Lewandowski, que não contesta a mora legislativa, frente às violações apresentadas contra os direitos fundamentais da comunidade LGBT, mas entende ser incabível precedentes concretistas firmados nos Mandados de Injunção (MIs 670, 708 e 712), por se tratar de matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta. Sendo assim, somente o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, prevalecendo o dogma da reserva constitucional da lei em sentido formal.

Além disso, o voto do Ministro Marco Aurélio está de acordo com o Princípio da legalidade, no qual afirma que o mesmo se trata de garantias seculares como a proibição à analogia, a vedação à retroatividade e a vedação de leis penais e penas de conteúdo indeterminado.

Entende-se, ainda, que, conforme apontou o ministro Marco Aurélio, a criminalização da LGBTfobia por uma fonte jurisprudencial usurpa a competência



do Congresso Nacional para legislar sobre Direito Penal (artigo 22, inciso I, da Constituição Federal), cujo caráter privativo afasta até mesmo a edição de medidas provisórias de natureza penal pelo Presidente da República ( CF, art. 62, §1º, inciso I, alínea b). (BRASIL, 2019).

Como já elucidado no primeiro capítulo da presente pesquisa, há diferenças entre analogia e interpretação analógica. O Supremo Tribunal Federal insiste em dizer que o enquadramento das práticas homofóbicas e transfóbicas como crime de racismo se trata de mera interpretação conforme a Constituição Federal.

Contudo, interpretação analógica sempre trará uma fórmula casuística e uma fórmula genérica, permitindo uma extensão *in malam partem* ou *in bonam partem*, enquanto a analogia tem por intuito suprir as lacunas da lei, sendo possível a analogia *bonam partem*, mas sendo vedada a *in malam partem*.

Sendo tal conceito preciso, não há generalidade que permita uma interpretação analógica. O que de fato o STF fez foi uma analogia *in malam partem*, pois tenta suprir a lacuna normativa existente no ordenamento jurídico, criminalizando uma conduta que até então não era crime e, portanto, sendo mais prejudicial ao réu.

A atuação ativista do STF pode acarretar cada vez mais o descrédito da população brasileira para com os parlamentares. O STF cada vez mais vem se afastando de ser um órgão meramente jurídico-constitucional, passando também a ser político, de modo que, ao interpretar o Direito, vislumbra sua decisão como substituta do texto constitucional, passando a usurpar uma função que é essencialmente política. (PINHO, 2019, p. 56- 57)

A tomada da decisão do STF em criminalizar a LGBTfobia põe em questionamento a limitação do seu poder. Bem como fomenta uma crise institucional ante a usurpação de poderes que não lhe foram conferidos pelo povo.



Cumprе salientar que a criminalização da LGBTfobia via jurisdicional infringe o princípio da legalidade, que, além de ser uma cláusula pétrea, é de fundamental importância para o Direito Penal como garantia de liberdade individual e para um Estado Democrático de Direito.

Torna-se notória a tentativa do Poder Judiciário em criar um tipo penal quando o mesmo esvai o conceito de racismo tratado na legislação brasileira, agregando diversos outros conceitos antropológicos e doutrinários. O conceito de "racismo social" é forçadamente colocado no conceito de racismo, consubstanciado na Lei nº 7.716/89.

Cumprе ressaltar que o conceito de racismo está diretamente ligado a um contexto histórico, social, cultural político e econômico (GOMES, 2012, p. 729). Sendo assim, no contexto brasileiro, coloca-se em consideração a ideia de raça interligada ao período colonial latino-americano. Para Quijano (2005, p.227) a ideia de raça é "uma construção mental que expressa a experiência básica de dominação colonial e que desde então permeia as dimensões mais importantes do poder mundial". A lógica por trás dessa dominação está no eurocentrismo.

Quijano (2005) argumenta, ainda, que a ideia de racismo talvez tenha tido sua origem a partir das diferenças fenotípicas entre conquistadores e conquistados, mas que foi construída com base nas hipotéticas diferenças de estruturas biológicas entre esses grupos. Além disso, novas identidades sociais (indígena, negra, mestiça) surgiram devido as relações sociais fundadas na ideia de raça. Um padrão de dominação foi imposto a essas identidades, as quais foram associadas a hierarquias, lugares e papéis sociais específicos.

Na visão de Hall (2003, p. 69),

(...) raça é uma construção política e social. É a categoria discursiva em torno da qual se organiza um sistema de poder socioeconômico, de exploração e exclusão - ou seja - o racismo. Todavia, como prática discursiva, o racismo possui uma lógica própria. Tenta justificar as diferenças sociais e



culturais que legitimam a exclusão racial em termos de distinções genéticas e biológicas, isto é, na natureza.

No Brasil, a ideia de raça é ressignificada e politizada pelo movimento negro como discurso e prática social, construindo novos instrumentos teóricos, ideológicos, políticos e analíticos para explicar como o racismo opera na vida cotidiana. Assim, a ressignificação e a politização tornam visível a questão étnico racial, objetivando igualdade à população negra como sujeitos de direitos a partir do reconhecimento das diferenças sociais. Além disso, rompe-se as visões distorcidas, negativas e naturalizadas a respeito dos negros, da sua história e da sua cultura, bem como afasta a hipotética inferioridade racial pregada contra a população negra. (GOMES, 2012, p. 731).

A ideia de raça ganhou uma nova roupagem a partir da segunda metade dos anos de 1990 através da ressignificação construída pelo movimento negro, no qual as ações afirmativas ganharam espaço como propostas para a educação superior e o mercado de trabalho. Tais propostas se tornaram um compromisso em 2001, quando o Brasil foi signatário do Plano de Ação de Durban, reconhecendo internacionalmente a existência institucional do racismo. O Estado sofreu mudanças internas na sua estrutura a partir do anos 2000, no qual ocorreu a criação da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (Seppir) e a criação de cotas raciais que foram adotadas por diversas universidades públicas como forma de acesso. (GOMES, 2012, p. 739).

Desse modo, percebe-se que ao longo das décadas, o conceito de racismo veio se estruturando com base na ressignificação e politização do movimento negro. Políticas públicas voltadas ao racismo ganharam espaço e modificaram a estrutura do Estado, trazendo inúmeros avanços sociais. Contudo, a decisão do STF em tornar o conceito de racismo tão abrangente e genérico, abarcando a homofobia e a transfobia, pode vir a comprometer essas políticas públicas voltadas a esse segmento específico, que ainda é um problema estrutural no Brasil.



Além disso, a criação de condutas criminosas pela via jurisdicional podem gerar diversos problemas, fomentando a insegurança jurídica. Tem-se que, com a aprovação pelo Congresso Nacional de nova lei específica sobre o tema, haverá problemas intertemporais entre a lei aprovada pelo Legislativo e a decisão do Judiciário, pois caso a lei seja mais benéfica, esta retroagirá e tornará letra morta a decisão judicial enfocada, contudo, caso a lei seja mais rígida, então alguns serão julgados mais beneficentemente de acordo com a decisão do STF e outros mais rigorosamente nos termos da legislação de regência. (CABETTE, 2019, p. 46).

Outro problema seria causado caso o Congresso crie uma lei especial tratando da homofobia e da transfobia, sem a imprescritibilidade prevista no crime de racismo, pois haverá condutas que por um determinado período foram consideradas como gravíssimos crimes de racismo, imprescritíveis e inafiançáveis e posteriormente passaram a ser consideradas como delitos comuns, inclusive prescritíveis. (CABETTE, 2019, p. 47).

Dessa forma, tem-se que na ADO número 26, buscando soluções céleres para reduzir os índices de criminalidade contra a população LGBT, transgrediu o princípio da legalidade, bem como o da tripartição dos poderes. Insta mencionar que se tratam de garantias individuais a liberdade, uma vez que estão diretamente interligados à limitação do Poder estatal e sua arbitrária intervenção na vida dos indivíduos.

Vale destacar que a restrição de liberdade de um indivíduo é *ultima ratio*, ou seja, é uma medida que deve ser tomada em último caso, pois se trata de uma exceção à regra de liberdade individual.

Desse modo, sob a óptica do direito penal mínimo, a criminalização da LGBTfobia pelo STF sob o argumento de que há agressões, ofensas e discriminações voltadas especificamente para a comunidade LGBT se trata de uma utilização simbólica do direito penal. Como já elucidado, o Direito penal não possui finalidade pedagógica, de tal forma que dificilmente a criminalização da homofobia



e da transfobia por si só irá efetivar os direitos fundamentais dessa minoria e proteger eficazmente os bens jurídicos aos quais se propõem, como foi alegado pelos Ministros do STF.

Tendo como base, a linha de raciocínio da intervenção mínima pelo Direito penal, seguem alguns questionamentos: até que ponto pode-se dizer que a proteção de bens jurídicos é insuficiente? A previsão de homicídio combate eficazmente os assassinatos? Quais garantias de que criminalizar a homofobia por si só vai minimizar as violações contra a comunidade LGBT?

Cumprido ressaltar que a ampliação do direito penal, consistente na interpretação da homofobia e da transfobia como crimes de racismo, com a finalidade de reduzir os índices de criminalidade de maneira célere, acaba por acarretar a transgressão a direitos individuais de liberdade.

Diante do elucidado, bem como sob a óptica da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da ampliação do crime de racismo às condutas de homofobia e transfobia, tem-se que não foi respeitado o princípio da intervenção penal mínima, pois o órgão que possui atribuição de julgar, e não legislar, utiliza-se do Direito Penal, instrumento repressivo que limita a liberdade dos indivíduos, para criminalizar uma conduta que não está tipificada.

O Ministro Edson Fachin afirma que o Supremo Tribunal Federal superou sua antiga jurisprudência para reconhecer cabível a atuação do Poder Judiciário nos casos de inatividade ou omissão Legislativa quando o risco da omissão puder se transmutar em omissão jurisdicional. Ocorre que quando se trata de Direito Penal e de criminalizar condutas, a atuação jurisdicional vai de encontro com o princípio da legalidade, que, como já explicitado, prevê no Código de Processo Penal, bem como na constituição, que não haverá crime sem lei anterior que o defina.

O princípio da legalidade é importante instrumento de garantia da liberdade individual. Além disso, é garantia contra as arbitrariedades estatais, assegurando que ninguém poderá ser preso por um crime que não é previsto em lei já esculpida.



A tipificação de injúria, bem como a abrangência da Lei de racismo para outros elementos além da raça, como religião, condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, implica na demonstração da omissão legislativa por não abarcar discriminações ligadas ao sexo e à orientação sexual, tendo como base o direito à igualdade. Além disso, declarar a omissão do Congresso Nacional está dentro das funções do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, não implica dizer que o Poder Judiciário pode usurpar a função de outro Poder para comaltar tal lacuna normativa. Não há hierarquia entre princípios, portanto, é descabido pensar que o Princípio da igualdade pode ter maior relevância que o Princípio da Legalidade, ainda mais quando se trata de matéria de Direito Penal.

Por fim, entende-se que o posicionamento da Corte em criminalizar as discriminações motivadas por orientação sexual e identidade de gênero apenas fomentam a insegurança jurídica, pois ofendem princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, como o princípio da legalidade, da separação dos poderes e do Direito Penal mínimo. Desse modo, sob a alegação de se proteger garantias individuais, estaria justamente passando por cima das mesmas.

## 5 CONCLUSÃO

Quando iniciou-se o trabalho de pesquisa, constatou-se que havia uma novidade no ordenamento jurídico, referente a criminalização da LGBTfobia pelo Poder Judiciário, em virtude de lacunas legislativas, uma vez que tais condutas não são tipificadas penalmente por lei em sentido estrito. Em contraponto a decisão, a Constituição federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, enfatiza que somente há crime se houver lei prévia em sentido formal. Por esta razão, diante da repercussão social, midiática e jurídica, considerou-se importante estudar sobre tema.

Diante disso, a pesquisa teve como objetivo geral analisar a legitimidade da LGBTfobia via ADO com base no princípio da legalidade e do Direito Penal





mínimo. Constata-se que o objetivo geral foi atendido por que efetivamente o trabalho conseguiu demonstrar que o Supremo Tribunal Federal não teria legitimidade para criar tipos penais.

Os objetivos específicos foram atendidos, sendo que o primeiro objetivo era identificar os princípios da legalidade e da intervenção penal mínima, o qual foi realizado através de revisões de literatura.

O segundo objetivo consistiu em identificar os pedidos e argumentos dos votos dos ministros do STF na ADO nº 26 e no MI 4733/DF, o qual se cumpriu por meio de pesquisas documentais e de pesquisas no meio virtual.

O terceiro objetivo específico era analisar os argumentos dos votos com base nos princípios do direito penal, bem como verificar se o conceito de racismo admite ampliação de significado, sendo também atendido através de mais pesquisas bibliográficas e correlacionando aspectos dos princípios penais com os votos dos ministros do STF.

A pesquisa partiu da hipótese de que houve violação ao princípio da legalidade na criminalização da LGBTfobia, pois o STF aplicou analogia *in malam partem* para enquadrar homofobia e transfobia como crime de racismo. Durante o trabalho, verificou-se que a hipótese foi confirmada, uma vez que a Constituição Federal é bastante clara ao afirmar que somente o Poder Legislativo pode criminalizar condutas. Além disso, o conceito de racismo é preciso, não comportando discriminações em função da orientação sexual e/ ou identidade de gênero.

Diante da metodologia abordada, percebe-se que o presente trabalho não trouxe soluções que pudessem combater as violações aos direitos fundamentais da população LGBT. O estudo se limitou a decisão do STF como órgão não competente a legislar sobre matéria de Direito Penal.



Pesquisas futuras podem abordar esse tema com relação a políticas públicas voltadas a comunidade LGBT com o intuito de efetivar seus direitos fundamentais, bem como possíveis projetos de lei, uma vez que a criminalização da LGBTfobia por si só terá um efeito meramente simbólico se não acompanhado de políticas públicas e trabalhos pedagógicos.

Conclui-se que, embora se queira igualdade de direitos e soluções céleres, a criminalização da LGBTfobia via ADO pelo STF traz riscos a segurança jurídica, deturpa os princípios da legalidade e do Direito Penal mínimo e, em um Estado Democrático de Direito, o supostos avanços sociais não podem ser acompanhados de retrocessos nas garantias individuais.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, 2009.

BORRILLO, Daniel. *Homofobia - História e Crítica de um Preconceito*. Autêntica. 2010. p. 34- 39.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 ago. 2019.

BRASIL, *Lei 13.300, de 23 de junho de 2016*. Lei que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.300%2C%20DE%2023,coletivo%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.300%2C%20DE%2023,coletivo%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias). Acesso em 04 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). *Habeas Corpus 82.424/RS*. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 19 de março de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em 04 de junho de 2020.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). *Ag. Reg. no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 121.835/PE*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de outubro de 2015. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9832750>. Acesso em 04 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). *Habeas Corpus 104.410/RS*.

Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 06 de março de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>. Acesso em: 04 de junho de 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (PLENÁRIO). Mandado de Injunção. *MI 4733/DF*. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 16 de novembro de 2018.

Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhes.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 04 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Mandado de Injunção. *MI 670 ES*.

Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 30 de outubro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>. Acesso em 04 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Ação Direta de

Inconstitucionalidade por Omissão. Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público, Controle de Constitucionalidade, Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. *ADO 26*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 12 ago. 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Criminalização da homofobia pelo STF: uma aberração jurídica. *Revista Jurídica*, v. 69, n. 501, p. 41-49, jul. 2019.

CANOTILHO, J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 230.

CANOTILHO, J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra. n. 2.3.4, 1991, p. 46.

CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia queer. *Sistema de Penal & Violência*, v. 4, n. 2, p. 152- 168, 2012.

CARVALHO, Salo de. Sobre a criminologia da homofobia: perspectivas desde a criminologia *queer*. In: MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura; SCHWARTZ,



- Germano André Doederlein. (Org.). *O direito da sociedade*. Canoas: Unilasalle, 2014. v. 1, p. 257- 281.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Tradução livre, p. 172. 1981.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4 ed. Rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FONSECA, João Francisco da. *O processo do mandado de injunção*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 127.
- FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.
- GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do risco e a (in) eficiência do direito penal na era da globalização. *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre, 2005, n.17, p.77-104.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 305- 306).
- GOMES, Nilma Lino. *Movimento negro e educação: ressignificando e politizando a raça*. Educ. Soc., Campinas, v. 33, n. 120, jul.-set. 2012. p. 727-744.
- GOMES, Verônica de Jesus. *Vício dos Clérigos: A Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa*. Niterói, UFF, 2010.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- HALL, S. *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. Belo Horizonte: UFMG; Brasília, DF: Unesco no Brasil, 2003.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. Prefácio. In: LIRA, Cláudio Rogério Sousa. *Direito Penal na pós-modernidade: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 21-30.
- JUNQUEIRA, Gustao; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2019.



LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Legalidade Penal - Volume 1 - Projeções Contemporâneas*. Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2.ed. revista e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MARQUES DA SILVA, Ivan Luís. Direito Penal neo-constitucionalista: equilíbrio necessário entre os anseios da sociedade e a legitimidade do ordenamento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais - RBCCRIM*, São Paulo, n.73. p.35- 74. 2008.

MENEZES, Filipe. *Analogia e interpretação analógica*. Canal ciências criminais, 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/analogia-interpretacao-analogica/>. Acesso em: 06 de maio de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008 p.305.

PINHO, Samara de Oliveira. Aspectos do contexto fático-jurídico do debate sobre a criminalização da homofobia e transfobia: análise qualitativa e quantitativa da omissão legislativa em face do apelo (social) ao STF. *Revista digital constituição e garantias de direitos*, v. 12, n. 1, p. 45-68, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/17470>. Acesso em: 03 out. 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro parte geral*, ats. 1º a 120. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

QUIJANO, A. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, E. (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais - perspectivas latino- americanas*. Buenos Aires: Clacso, 2005. p. 227-278.

RAMOS, André de Carvalho. *Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas de proteção das vítimas de violações de direitos humanos*. Revista brasileira de ciências criminais. n. 62, 2006, p. 9- 55.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 168.

ROSA, Alexandre de Moraes. Para entender o Garantismo Penal de Ferrajoli. *Empório do Direito*. 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli>. Acesso em: 15 nov. 2019.



SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. Malheiros. n. 4, 8ª ed., 2012, p. 224.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

VALA, J.; BRITO, R.; LOPES, D. *Expressões dos racismos em Portugal*. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais, 1999.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. *Jurid Publicações Eletrônicas*, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <http://jornal.jurid.com.br>. Acesso em 17 nov. 2019.

WENDT, Valquíria P. Cirolini. *(Não) criminalização da homofobia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.



# A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO FERRAMENTA DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Lucas Aguiar Pastorin

## RESUMO

O trabalho acadêmico buscou caracterizar a utilização do instituto da colaboração premiada, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, buscou-se realizar uma extensa conceituação do que vem a ser o instituto da colaboração premiada, sua natureza jurídica, o seu histórico, os dispositivos legais que fazem uso desse instituto e os benefícios que podem ser oferecidos aos delatores que colaborarem com o Estado. Ocorreu uma abordagem mais específica sobre relação da Nova Lei de Organização Criminosa e o instituto da colaboração premiada, como também, a análise da jurisprudência brasileira relacionada a temática de crime organizado, através de julgados específicos. Houve uma análise de como o instituto da colaboração premiada vem sendo aplicado na legislação brasileira, através do estudo de julgados que tratam sobre a utilização do instituto com diferentes fundamentações legais e as suas respectivas vinculações doutrinárias. Por fim, conclui-se que enfrenta questões éticas e morais, uma vez que em muitos casos a investigação não chegaria a uma conclusão se essa ferramenta não fosse utilizada, sendo de suma importância para fazer frente a crescente expansão dos crimes, sobretudo o organizado.

**Palavras Chave:** Colaboração. Premiada. Características. Valores constitucionais. ética. Organizações Criminosas.

## ABSTRACT

The academic work sought to characterize the use of the institute of award-winning collaboration, within the Brazilian legal system, we sought to carry out an extensive conceptualization of what comes to be institute of award-winning collaboration, its legal nature, its history, the legal provisions that make use of this institute and the benefits that can be offered to whistleblowers who, collaborate with the State. There was a more specific approach regarding the relationship between the New Criminal Organization Law and the institute of winning collaboration, as well as the analysis of Brazilian jurisprudence related to the theme of organized crime,



through specific judgments. There was an analysis of how the award-winning collaboration institute has been applied in Brazilian legislation, through the study of judges that deal with the use of the institute with different legal foundations and their respective doctrinal links. Finally, it is concluded that it faces ethical and moral issues, since in many cases the investigation would not reach a conclusion if this toll was not used, being of paramount importance to face the growing expansion of crimes, especially organized crime.

**Keywords:** Collaboration, Awarded, Characteristics, Constitutional Values, Ethic, Criminal Organizations.

## INTRODUÇÃO

A sociedade sempre sofreu com o comportamento transgressor de alguns dos seus integrantes, por não concordarem, ou até mesmo por não se importarem, buscam burlar as normas e regulamentos previamente definidos, na tentativa de obter algum tipo de vantagem, nem que para isso seja necessário que outra pessoa ou grupo seja de alguma forma lesado.

Em combate a esse processo, que infelizmente é uma atitude social que desarticula comportamentos éticos e morais, o Estado é pressionado pelas demandas da parte prejudicada, cobrando respostas às inúmeras transgressões praticadas contra as normas e regulamentos por ele estabelecidos, que devem ser aplicados igualmente a todos. Contudo, na mesma medida que são criados leis, normas, regulamentos, manuais, dentre outros instrumentos congêneres, surgem ações ardis para burlar o sistema. Trata-se de um ciclo, que evolui de diferentes maneiras, tornando muitas vezes o que era concebido como “errado” anteriormente, em algo aceitável.

Portanto, no momento que a coletividade ou os estados fortes estão sendo danificados, em razão do cometimento dos atos criminosos de alguns dos seus indivíduos, deverá o Estado, em favor da maioria, não medir esforços para coibir a prática delituosa, por ser essa uma de suas competências e para que isso seja possível, as ferramentas de combate ao crime precisarão acompanhar a realidade. No





Brasil, essa competência é atribuída pelo artigo 3o da Constituição Federal de 1988, quando confere os objetivos da República Federativa do Brasil.

Nessa dinâmica social, surgiu o instituto da delação premiada, que em síntese, é uma ferramenta jurídica que permite a premiação do agente que colaborar livremente com a justiça, prestando informações para a recuperação do(s) bem/bens ou desmantelamento de quadrilhas.

No entanto, a sua criação causa controvérsia, pois existem argumentos que afirmam ser o instituto uma maneira do criminoso comprar a impunidade, através da entrega de seus comparsas de crime.

Nossa atividade acadêmica tem por finalidade demonstrar nossa erudição e práxis diante do tema proposto para reflexão. A divisão da construção epistemológica é apresentada em três capítulos, a saber: O primeiro, cuidou da definição de crime organizado, da origem desta forma de criminalidade e seus tipos, além da natureza jurídica e o seu histórico, ao fim do capítulo o instituto é destrinchado nas leis com mais ênfase no assunto.

No segundo, é abordado o impacto da lei da organização criminosa no instituto da colaboração premiada, onde é abordado como o instituto age contra o crime organizado, bem como, os prêmios aos colaboradores, a redução de pena, o perdão judicial e pôr fim a substituição da pena restritiva de liberdade pela restritiva de direitos.

No terceiro e último, será exposto o instituto da Colaboração Premiada de acordo com a nossa constituição federal e seus princípios, além de abordar os aspectos éticos e a morais de nossa cultura. Ao fim desse capítulo é citado os pontos positivos e negativos desse instituto buscando analisar junto com a ética e a moral se o mesmo é benéfico a sociedade ou apenas ao colaborador.

E finalizamos a atividade reflexiva expondo a eficácia da colaboração premiada no combate as organizações criminosas com algumas considerações finais.



Assim, o estudo tem o objetivo de verificar se a colaboração premiada consiste em meio eficaz de obtenção de provas e mecanismo de combate as organizações criminosas, garantindo a efetividade da justiça.

## **CAPÍTULO 1 – ASPECTOS BASAIS DA COLABORAÇÃO PREMIADA**

### **1.1 Conceito**

Delação (Nome antigo, que foi substituído por questões éticas) (HOUAISS, 1976) deriva do latim *delatione, delatìo, ònis*, denúncia, acusação que significa “denunciar, revelar (crime ou delito); acusar como autor de crime ou delito; deixar perceber; denunciar como culpado; denunciar-se como culpado; acusar-se”. (FERREIRA: 1999).

Premiada provém de prêmio, “dar prêmio ou galardão a; laurear; galardoar; pagar; recompensar; remunerar”. (FERREIRA: 1999), sendo premiado aquele que recebeu o prêmio. Destarte, por interpretação simplesmente gramatical, colaboração premiada significa denúncia que resultará em prêmio ao denunciador. No âmbito jurídico, a expressão também possui o mesmo significado, pois o legislador concede prêmios ao delator que colabora nas investigações, quando além de assumir a autoria de um fato delituoso, atribui a um terceiro a participação na atividade criminosa. Na concepção de Jesus (2006):

É a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato). Trata-se de premiada pois incentivada pelo legislador, que premia o delator, concedendo-lhe benefícios (redução da pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando, etc.).

Com a intenção de promover a busca da verdade processual, o legislador brasileiro utiliza o instituto de colaboração premiada em diversas leis, como ferramenta efetiva de obtenção de dados inatingíveis pelas autoridades, que foram descobertos pela oferta da redução de pena ou manutenção da liberdade ao delator.



Nessa linha, o instituto da colaboração premiada pode ser sintetizado como uma figura jurídica que premia o denunciante através da concessão dos benefícios: perdão judicial, redução de pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, início do cumprimento da pena em regime aberto e nos casos pós condenação, não aplicação de penalidade. Segundo Inella (2000) leciona que:

Só se pode falar em colaboração quando o réu também confessa, porque, se negar a autoria, atribuindo-a a outrem, estará escusando-se da prática criminosa, em verdadeiro ato de defesa e, portanto, o valor da assertiva, como prova, será nenhum. Destarte, o elemento subjetivo essencial na colaboração, para sua credibilidade como prova, é a confissão do delator. Se pode falar em colaboração quando o réu também confessa, porque, se negar a autoria, atribuindo-a a outrem, estará escusando-se da prática criminosa, em verdadeiro ato de defesa e, portanto, o valor da assertiva, como prova, será nenhum. Destarte, o elemento subjetivo essencial na colaboração, para sua credibilidade como prova, é a confissão do delator.

Assim, nota-se que a confissão é elemento essencial para que ocorra a colaboração premiada, porém se difere da confissão espontânea onde o réu apenas admite a prática criminosa. Para que haja a configuração da colaboração premiada é necessário que o autor confesse a participação no delito e que forneça informações, que contribuam para a localização e identificação dos demais coautores e partícipes do grupo, além de outros requisitos exigidos na legislação específica.

Neste sentido, a Desembargadora Nilsoni Freitas relatora do julgado abaixo deixa claro a inviabilidade da analogia entre confissão espontânea e colaboração premiada. Vejamos o documento legitimado:

FURTO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DELAÇÃO PREMIADA. REDUÇÃO. CRITÉRIOS. DIFERENCIAÇÃO. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PENA DE MULTA. PROPORCIONALIDADE.

MANUTENÇÃO. I –Impossível se aplicar o mesmo critério de redução previsto legalmente para a delação premiada à atenuante da confissão espontânea, eis que se tratam de institutos com diferentes naturezas jurídicas, fundamentos, requisitos e consequências para a investigação penal. II - A pena pecuniária deve guardar correspondência com a



reprimenda corporal de forma que, ausente a alegada desproporcionalidade, o quantum deve ser mantido. III – Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF - APR: 20140510003124 DF 0000307- 79.2014.8.07.0005, Relator: NILSONI DE FREITAS, Data de

Julgamento: 10/07/2014, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 17/07/2014. Pág.: 175)

Nucci (1997) nos auxilia nesse contexto, segundo a autor:

Quando se realiza o interrogatório de um co-reu e este, além de admitir a prática de um fato criminoso do qual está sendo acusado, vai além e envolve outra pessoa, atribuindo-lhe algum tipo de conduta criminosa, referente a mesma imputação.

## 1.2 A colaboração aberta e a fechada

Em uma classificação doutrinária, pode se distinguir dois tipos de colaboração: aberta e a fechada.

Quando o agente vem a público, se identifica e presta informações que delatam o ato dos seus comparsas, em troca de benefício próprio, a doutrina classifica esse tipo de colaboração como colaboração aberta. Isto é, o delator confessa um crime do qual participou, acaba sendo identificado nesse processo, mas também atribui atitudes criminosas a terceiro coparticipante, consumando a sua traição (GUIDI: 2006).

Já na colaboração fechada, o delator se mantém em anonimato, escondido, quando presta informações na forma de uma ajuda sem interesses e sem qualquer tipo de ameaças. Um exemplo seria o colaborador secreto que presta informações a polícia pelo disque denúncias, mas que não deseja ser identificado, pois dessa forma, colocaria a sua vida em risco, como também, não há interesse em receber algum benefício, porque em tese, não está praticando o ato ou não está sendo acusado disso.

## 1.3 Da natureza jurídica da Colaboração Premiada



Para nós existe uma perceptível omissão legislativa em relação à natureza jurídica da Colaboração Premiada. Alguns doutrinadores entendem que a colaboração premiada pode ser admitida como um meio de prova, para isto deve se analisar seu valor probatório. Parte da doutrina a classifica como uma prova anômala, por não se identificar com nenhuma outra prova dentro do ordenamento jurídico brasileiro, porém tal classificação é bastante polêmica na doutrina e jurisprudência.

Destarte a natureza jurídica da colaboração premiada vai variar de acordo com cada caso concreto, podendo ser uma causa de diminuição de pena, perdão judicial, estabelecimento do regime penitenciário a ser cumprido, tudo irá depender da legislação em que a colaboração está sendo aplicada, pois cada uma traz sua especificidade.

De acordo com o material analisado com olhar acurado, podemos concluir que a natureza jurídica da colaboração premiada engloba três ramos do direito: processual, material e como negócio jurídico. A parte relacionada ao direito processual penal vem do fato da colaboração ser uma técnica especial de investigação, pelo qual se permite alcançar ou facilitar a resolução do caso concreto, por consequência não envolve somente o agente colaborador, mas também os frutos de sua colaboração.

A natureza jurídica material consiste e abarca os reflexos jurídico-penais que o acordo de colaboração poderá trazer para o acusado-colaborador, quando da dosimetria da pena, podendo este substituir, reduzir ou isentar a pena, alterar o regime prisional de cumprimento da reprimenda, servir de perdão judicial ou até mesmo como uma espécie de imunidade, implicando no não oferecimento da denúncia (SOARES, ARAÚJO: 2016).

Por fim, dentro da esfera da Teoria Geral do Direito Penal e Processual Penal, tem-se a natureza jurídica de negócio jurídico processual público, cujos elementos de legalidade e legitimidade, quer sejam a existência, validade e eficácia do negócio, devem ser entendidos sob uma lógica de direito público- penal e não sob a lógica de



direito privado. Isso porque há a necessidade de adequação e (re)modulação de tudo que for importado ao Direito Penal lato sensu.

O STJ no caso abaixo decidiu pela seguinte natureza jurídica da colaboração premiada, analisemos o documento:

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. LEGITIMIDADE DOMINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPETRAR HABEAS CORPUS. DELAÇÃO PREMIADA.EFETIVA COLABORAÇÃO DO CORRÉU NA APURAÇÃO DA VERDADE REAL. APLICAÇÃO MINORANTE NO PATAMAR MÍNIMO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. "A legitimação do

Ministério Público para impetrar habeas corpus, garantida pelo art. 654, caput, do CPP, somente pode ser exercida de acordo com a destinação própria daquele instrumento processual, qual seja, a de tutelar a liberdade de locomoção ilicitamente coarctada ou ameaçada. Vale dizer: o Ministério Público somente pode impetrar habeas corpus em favor do réu, nunca para satisfazer os interesses, ainda que legítimos, da acusação" (HC 22.216/RS, Rel. Min. FELIXFISCHER, Quinta Turma, DJ 10/3/03). 2. O sistema geral de delação premiada está previsto na Lei 9.807/99. Apesar da previsão em outras leis, os requisitos gerais estabelecidos na Lei de Proteção a Testemunha devem ser preenchidos para a concessão do benefício. 3. **A delação premiada, a depender das condicionantes estabelecidas na norma, assume a natureza jurídica de perdão judicial, implicando a extinção da punibilidade, ou de causa de diminuição de pena.** 4. A aplicação da delação premiada, muito controversa na doutrina e na jurisprudência, deve ser cuidadosa, tanto pelo perigo da denúncia irresponsável quanto pelas consequências dela advinda para o delato re sua família, no que concerne, especialmente, à segurança. 5. Competindo ao Órgão ministerial formar o convencimento do juízo acerca da materialidade e autoria delitiva aptas a condenação, ficou consagrado o princípio do nem o tenetur se detegere. Apesar da ausência de previsão expressa do princípio da não auto acusação na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, ficou assegurada a presunção de inocência e o direito absoluto de não ser torturado. 6. O Pacto de São José da Costa Rica consagrou o princípio da não auto acusação como direito fundamental no art. 8º, § 2º, g, dispondo que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo nem a se declarar culpado.



7. A delação premiada, por implicar traição do corréu ao comparsa do crime, não pode servir de instrumento a favor do Estado, que tem o dever de produzir provas suficientes para o decreto condenatório. 8. Ao delator deve ser assegurada a incidência do benefício quando da sua efetiva colaboração resulta a apuração da verdade real. 9. Ofende o princípio da motivação, consagrado no art. 93, IX, da CF, a fixação da minorante da delação premiada em patamar mínimo sem a devida fundamentação, ainda que reconhecida pelo juízo monocrático a relevante colaboração do paciente na instrução probatória e na determinação dos autores do fato delituoso. 10. Ordem concedida para aplicar a minorante da delação premiada em seu grau máximo, fixando-se, assim, a pena do paciente em 2 anos e 4 meses de reclusão, competindo, destarte, ao Juízo da Execução a mediata verificação acerca da possível extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena imposta na Ação Penal 3.111/04, oriunda da Comarca de Estrela do Sul/MG.(STJ - HC: 97509 MG 2007/0307265- 6, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 15/06/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/08/2010).

Nota-se que no caso acima o STJ reconheceu a aplicação da colaboração premiada, assumindo a natureza jurídica de perdão judicial, resultando na causa de diminuição de pena, diante da sua colaboração que configurou uma perfeita sintonia com o contexto probatório dos autos, reduzindo a pena a 1/3, ou seja, uma causa de diminuição.

Diante o exposto acima, podemos concluir que a Natureza Jurídica da colaboração premiada é uma espécie de “meio de obtenção de prova”, não se entendendo por este termo como meio de prova propriamente dito, e sim como um procedimento, uma técnica para alcançar as provas, que engloba alguns ramos do direito.

## 1.4 Histórico

Instituída pelo filósofo Rudolf Von Ihering, no século XIX, a colaboração premiada era a ferramenta que o Estado utilizava para desvendar crimes complexos, de difícil solução. Vejamos seu argumento no contexto histórico do século XIX (sem anacronismos), segundo Cerqueira (2005) parafraseando o pensador:



Um dia, os juristas vão ocupar-se do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade ou arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas sobretudo no interesse superior da coletividade.

No entanto, o instituto da colaboração premiada tem sua existência comprovada desde os primórdios bíblicos, com ocorrências em todas as eras, como um instrumento para o combate àqueles que se opunham ao poder hierárquico principal, quando oferecia vantagem aos denunciantes. Como exemplo na história do Brasil (SANTOS: 2006), podemos destacar uma forma de utilização do instituto em favor do Coronel Joaquim Silvério dos Reis, na Conjuração Mineira de 1789, quando delatou colegas, que foram condenados a forca, em troca do perdão dos impostos que devia a coroa portuguesa. Outrossim, na época da ditadura militar brasileira, era comum a delação de figuras dos meios políticos ou artísticos, em troca da liberdade.

Nos tempos atuais, a forma como a colaboração premiada é abordada, tem origem na legislação internacional, dentre as quais destacaremos a norte americana, inglesa e italiana. Nos Estados Unidos da América, acordos entre a acusação e réus, com oferta de prêmio em troca de informações, já vem sendo aplicada há muito tempo, dentro do âmbito jurídico (SILVA: 2003). Na Inglaterra, ocorreram diversos casos, com decisões onde utilizaram o instituto de colaboração premiada comprovadamente, como na luta contra o terrorismo norte-irlandês, em 1982, no setor de criminalidade econômica, em 1972, na criminalidade organizada, no caso Smith em 1982. Na Itália, em combate à máfia, o instituto favorecia aqueles que confessavam e informavam às autoridades detalhes dos crimes, bem como, os seus agentes, quando demonstrou grande eficácia no desmantelamento das organizações criminosas.

Na concepção do direito brasileiro Jesus (2006) nos instiga a observar esse aspecto histórico:





A origem legal do instituto vem das Ordenações Filipinas na parte criminal do Livro V, com vigor desde 1603 até o nascimento do Código Criminal de 1830. No Título VI, item 12, que definia o crime de *Lesá Magestade* do Código Filipino, sendo no Título CXVI, concederia até o perdão para os delatores, na forma do texto: “Como se perdoará aos malfeitores que derem outros à prisão.

Sendo em 1990 que a colaboração premiada adquiriu diferentes contornos dentro do ordenamento jurídico nacional, possibilitando uma nova forma de sua utilização no combate à criminalidade, através do Parágrafo Único, do Artigo 8, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

Desde então a legislação vem sendo modificada, principalmente em relação à proporção da premiação e o que a colaboração contribuiu de fato para a solução do caso concreto.

## 1.5 O Instituto na Legislação Brasileira

### 1.5.1 Lei dos Crimes Hediondos – Lei nº 8.072/90

Adotado em outros países para o combate ao terrorismo, a colaboração premiada foi inserida por definitivo no Brasil, por meio da Lei de Crimes Hediondos, no seu Artigo 8, *in verbis*:

Art. 8º Será de 3 (três) a 6(seis) anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico de ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

Os crimes hediondos que o dispositivo trata, são aqueles estabelecidos também no inciso XLIII, do Artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, que dá a possibilidade de redução da pena, desde que atendido o seu critério mínimo. Isto é, o



delator poderá usufruir do benefício legal, desde que a sua informação possibilite às autoridades o dismantelamento daquele grupo criminoso.

Outra contribuição importante que essa lei traz é a revogação do artigo 159 do Código Penal, para os crimes que envolvem extorsão mediante sequestro. No artigo 7º é adicionado a redação do parágrafo 4º, contendo o seguinte texto:

§ 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

Portanto, nos termos da Lei de Crimes Hediondos, o acusado que denunciar outros envolvidos, na forma prevista, terá a possibilidade de usufruir da redução de pena, desde que atendidos os requisitos mínimos, na fase de aplicação da pena.

### *1.5.2 Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional - Lei nº 7.492/86*

A Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995, acrescentou dispositivo a Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, na forma do parágrafo 2º, de seu Artigo 1º, dispondo:

Art. 1º Ao art. 25 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, é acrescentado o seguinte parágrafo:

Art. 25.

§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Dentro desse contexto, os requisitos mínimos, para que o delator possa receber prêmio em razão de sua confissão, são a participação e a revelação de toda ação da quadrilha que ensejou no delito. Sendo que nesse caso, a revelação poderá ser feita, seja na fase de investigação policial, seja na fase de apuração judicial.



### *1.5.3 Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária e Econômica - Lei nº 8.137/90*

Também objeto de alteração da Lei nº 9.080/95, a Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária e Econômica teve seu artigo 16 alterado, através da adição de um parágrafo único, da seguinte maneira:

Art. 16. Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Portanto, para essa aplicação, a colaboração premiada, que poderá ser feita tanto para uma autoridade policial, como para uma autoridade judicial, ocorre simplesmente por revelar, com veracidade comprovada, a trama delituosa, não sendo necessário que dela decorra o reparo do dano.

### *1.5.4 Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas - Lei nº 9.807/99*

No artigo 1º, da Lei nº. 9.807, de 13 de julho de 1999, dispõe:

Art. 1º As medidas de proteção requeridas por vítimas ou por testemunhas de crimes que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal serão prestadas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências, na forma de programas especiais organizados com base nas disposições desta Lei.

§ 1º A União, os Estados e o Distrito Federal poderão celebrar convênios, acordos, ajustes ou termos de parceria entre si ou com entidades não-governamentais objetivando a realização dos programas.

§ 2º A supervisão e a fiscalização dos convênios, acordos, ajustes e termos de parceria de interesse da União ficarão a cargo do órgão do Ministério da Justiça com atribuições para a execução da política de direitos humanos.

Seu artigo 2º, em seu parágrafo 1º, estende a proteção ao círculo de convivência íntimo do delator, da seguinte maneira:



Art. 2º A proteção concedida pelos programas e as medidas dela decorrentes levarão em conta a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova.

§ 1º A proteção poderá ser dirigida ou estendida ao cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual com a vítima ou testemunha, conforme o especificamente necessário em cada caso.

No entanto, as medidas de proteção que essa legislação oferece são opcionais, isto é, a testemunha ou a vítima poderá escolher se aceita ou não esse amparo, pois a sua liberdade, em nenhum momento, poderá ser restringida, sem que a própria pessoa esteja de acordo. A proteção é um benefício e não uma penalidade (NUCCI: 2010). Essa exclusão poderá ser requerida conforme dispõe o artigo 10:

Art. 10. A exclusão da pessoa protegida de programa de proteção a vítimas e a testemunhas poderá ocorrer a qualquer tempo:

- por solicitação do próprio interessado;
- por decisão do conselho deliberativo, em consequência de:  
cessação dos motivos que ensejaram a proteção;  
conduta incompatível do protegido.

Nesse caso, existe a disposição de perdão judicial, desde que atendidos o disposto no artigo 13 dessa lei, que coloca como condição a identificação da quadrilha envolvida, a localização da vítima com sua integridade física preservada e a recuperação parcial ou total do produto do crime. Levando em consideração a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso. Se por acaso a vítima for encontrada com sua integridade física violada, mas ainda com vida, desde que mantido as outras condições acima citadas, o delator poderá ter a sua pena reduzida, na forma do artigo 14 dessa mesma lei.

Para as testemunhas que estão presas, quando teoricamente já estão protegidas pelo Estado, pois estão com a responsabilidade de sua tutela ligada ao ente estatal, o seu encarceramento deverá ser em segregação. Isso se deve ao fato de



que nesses casos, a proteção da sua integridade física e psicológica é dever do Estado e a sua separação dos demais é fator fundamental para sua efetividade, mas que na situação atual dos presídios brasileiros, é uma tarefa de difícil realização. Muitos são os casos que essas testemunhas acabam sendo vítimas de tortura e até assassinato, pois não tiveram sua proteção por separação apropriada.

Conforme explicado no parágrafo anterior, mesmo sendo de difícil aplicação devido ao sistema carcerário brasileiro, foi dada atenção especial aquele denunciante dos colegas de crime, conforme artigo 15 discorre:

Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

§ 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.

§ 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei.

§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.

### *1.5.5 Lei de Lavagem de Capitais - Lei nº 9.613/98*

O parágrafo 5º, do artigo 1º, da lei de Lavagem de Capitais, traz possibilidades que embora já abordadas nesse trabalho, não haviam sido relacionadas à legislação propriamente dita, *in verbis*:

Art. 1º[...] § 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à



localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.  
(Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

Portanto, aquele participante do crime que colaborar de forma efetiva, poderá ter a redução precária de sua pena, através do seu cumprimento inicial em regime aberto. Outras possibilidades que essa lei traz é o de perdão judicial ou substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Devido à falta de maior detalhamento objetivo dentro da legislação, ficará a cargo do juiz analisar os casos e seu contexto, para os casos de redução de pena na forma de restrição de liberdade ou cumprimento em regime aberto. Para o perdão judicial será necessário a denúncia de outras infrações que até o momento não haviam sido descobertas, como também a localização de bens.

### *1.5.6 Lei de Drogas - Lei nº 11.343/06*

Essa lei revogou a antiga Lei de Tóxicos, Lei nº 10.409/02, que de certo modo restringia a aplicação do instituto de colaboração premiada. Nessa lei, apenas existe a possibilidade de redução da pena, desde que atendidos os requisitos mínimos nela dispostos, no artigo 41, *in verbis*:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Isto é, o delator poderá usufruir do instituto desde que instaurado inquérito policial, quando existir colaboração livre de qualquer forma de coação, com indicação dos envolvidos e com recuperação total ou parcial do produto do crime.

### *1.5.7 Acordo de Leniência - Lei nº 10.149/00*



Em seus artigos 35-B e 35-C, essa lei traz benefícios para aqueles que colaborarem de fato para as investigações e o processo administrativo, no que diz respeito as infrações contra a ordem econômica.

### *1.5.8 Lei da Organização Criminosa – Lei nº 12.850/13*

Por último, como forma de destaque, está a Lei do Crime Organizado, que trouxe inúmeras inovações ao instituto, que podem ser empregadas até para complementação dos outros diplomas que também utilizam da colaboração premiada.

Devido a sua elevada importância para o instituto de colaboração premiada, discorreremos no capítulo seguinte, sobre os diversos aspectos dessa lei e o seu impacto na legislação atual.

## **CAPÍTULO 2 – O IMPACTO DA LEI DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NO INSTITUTO DE DELAÇÃO PREMIADA**

### **2.1 A delação premiada contra o crime organizado**

Para contextualizar a importância do instituto da delação premiada, dentro do combate ao crime organizado, é imperativo compreender o que o legislador define como crime organizado. No parágrafo 1º, do artigo 1 da Lei nº 12.850/13 diz:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Então, toda estrutura ordenada, criada entre uma associação de quatro ou mais pessoas, com divisão formal ou informal de tarefas, que o objetivo direto ou indireto



seja a obtenção de vantagem, através da prática de infrações penais, com penas máximas superiores a quatro anos ou de caráter transnacional, será considerado crime organizado.

Compreendemos que as organizações criminosas possuem capacidade de coordenação e decisão coesa, que desencadeia uma relação hierárquica e de auxílio, dentro dos diferentes segmentos do grupo, quando distribui tarefas ordenadas, para o alcance do interesse comum, que é a obtenção do maior lucro possível (GOMES: 1997).

Além das organizações terem a capacidade de estruturar pessoas em favor da prática de um delito que traga algum tipo de benefício a esses integrantes, a mesma também possui uma grande força de corrupção. Hassemer (1994) destaca:

Não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção da Legislatura, da Magistratura, do Ministério Público, da Polícia, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade [...]. (HASSEMER, 1994)

O Estado enfrenta grave dificuldade em identificar os agentes públicos que são corrompidos por essas organizações, pois ao participarem dos atos criminosos ou viabilizarem o seu acontecimento, escamoteiam a organização criminosa, fechando os elos de identificação e desmantelamento dos envolvidos. Como o principal objetivo da organização criminosa é o lucro fácil, a sua concepção ocorre geralmente em torno de operações empresariais ou econômicas. Existe pesquisa que estima ser mais de um quarto do dinheiro em circulação no mundo todo, fruto de alguma espécie de crime organizado (SILVA, 2003). E nesse ponto cabe ressaltar que a capacidade financeira de uma

organização criminosa, está intimamente ligada ao seu poder.

Há também um grande desenvolvimento tecnológico dessas organizações, possibilitando a sofisticação dos seus processos, o maior controle territorial, o





disfarce mais elaborado de provas dos seus crimes, dentre outros benefícios que a tecnologia pode oferecer.

Por fim, a confidência dos integrantes dessas organizações criminosas é mantida, na maioria das vezes, através da violenta opressão dos seus colaboradores. Caso um integrante queira se rebelar contra a organização que faz parte, ou até mesmo uma pessoa que não faz parte desse crime organizado mas queira o seu fim, poderá ser ameaçado e enfrentar consequências desastrosas, diretamente ou através de seus familiares, como forma de coibir o testemunho, a delação premiada ou qualquer outro tipo de atitude que possa desmanchar a organização.

Entendemos que é diante desse contexto, que a colaboração premiada ganha grande destaque na nova lei de combate ao crime organizado, pois as características do crime organizado impõem ao Estado que elabore avançadas estratégias de combate, que de maneira inteligente e eficaz, consigam além de simplesmente destruir as organizações existentes, coibir a criação de novas, através do conhecimento técnico do funcionamento das atuais.

## **2.2 Apanhado geral da Lei nº 12.850/13**

Após extensa contextualização sobre o instituto da delação premiada, seu histórico e as formas de utilização dentro de diversos dispositivos legais brasileiros, esse capítulo será dedicado a pormenorização sequencial da nova Lei do Crime Organizado por trazer diversas inovações ao instituto em referência, que têm sido utilizadas, de maneira análoga, como forma de complementação de outros diplomas legais, quando também preveem a utilização da delação premiada.

A seção I, que é denominada por “Da Colaboração Premiada”, da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, serve exclusivamente para regulamentar a delação premiada. Essa afirmação pode ser confirmada pelo artigo 4º, da referida lei, que inicia a seção citada.



A previsão legal deste artigo é que haverá perdão judicial ou redução da pena privativa de liberdade àquele que colaborar de maneira efetiva e voluntária com as investigações e com o processo criminal, apresentando posteriormente um rol contendo as situações que serão consideradas para que o benefício seja oferecido ao delator.

Outra previsão está contida no parágrafo 3º, do artigo 4º, que se trata da suspensão em até seis meses, que poderá ser prorrogada por igual período, da denúncia relacionada ao réu que colaborar com a delação, podendo ainda ocorrer a finalização das investigações. Segue o trecho supracitado:

§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

Além do destacado no parágrafo anterior, cabe também ressaltar que durante o cumprimento das medidas de colaboração, o parágrafo determina que o respectivo prazo prescricional seja suspenso.

Seguindo o texto do artigo 4º, da referida Lei, o parágrafo 4º, faz uma previsão inovadora quando possibilita o Ministério Público deixar de oferecer denúncia, se o colaborador estiver dentro das possibilidades descritas em seus incisos, *in verbis*:

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

- Não for o líder da organização criminosa;
- For o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

Nessa linha de inovação, segue também o parágrafo 6º da Lei:

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou,



conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Porquanto, o juiz será excluído das negociações para acordo de colaboração, preservando assim sua imparcialidade. O acordo ocorrerá entre o delegado de polícia e o investigado, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e defensor. Caberá ao juiz, apenas o momento da homologação desses acordos, quando serão remetidas as declarações do colaborador e a cópia da investigação, para serem verificadas as questões de regularidade, legalidade e voluntariedade, quando também, de maneira sigilosa, o colaborador poderá ser ouvido pelo juiz, na presença do seu defensor.

A ação do juiz, acima explicada, está prevista no parágrafo 7º, subsequente ao anterior, do artigo 4º da Lei nº 12.850/13:

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

Ainda sobre a homologação, o parágrafo 8º, do artigo 4º, da Lei em comento, possibilita ao juiz recusar a homologação do acordo, ou readequá-lo ao caso concreto, quando identificar que a proposta não atende aos requisitos legais.

Já no parágrafo 10, do artigo 4º, da Nova Lei de Combate ao Crime Organizado, há uma importante previsão legal de que as partes poderão se retratar da proposta, isto é, poderão alterar esse acordo, sendo que as provas autoincriminatórias, que forem produzidas pelo colaborador, nunca poderão ser utilizadas contra ele.

Neste sentido, conseguimos visualizar no recente processo da operação Lava-Jato, algumas fases da colaboração premiada.

Decisão: 1. Trata-se de requerimento, formulado pelo Procurador- Geral da República, de homologação do Termo de Acordo de Colaboração Premiada, firmado, de um lado, pelo



Ministério Público Federal e, de outro, por Delcídio do Amaral Gomez, conforme prevê o

§ 7º do art. 4º da Lei 12.850/2013. Informou o requerente que o mencionado acordo de colaboração premiada, celebrado no âmbito da denominada Operação Lava Jato, veicula 21 (vinte e um) termos de declarações do colaborador, lavrados em duas vias e documentados mediante registro audiovisual contido em mídia digital (fl. 3). Destacou que tal acordo foi firmado com a finalidade de obtenção de elementos de provas para o desvelamento dos agentes e partícipes responsáveis, estrutura hierárquica, **divisão de tarefas e crimes praticados pelas organizações criminosas no âmbito do Palácio do Planalto, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, do Ministério de Minas e Energia e da companhia Petróleo Brasileiro S/A** entres outras (fl. 3) e esclareceu, ainda, que o **acordo de colaboração celebrado também teve por fim a recuperação do proveito das infrações penais praticadas pelo colaborador, no valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e meio de reais) (fl. 4). Sobre as declarações prestadas pelo colaborador**, apontou o requerente, em essência, o seguinte (fls. 4-5): O presente expediente está diretamente relacionado com os fatos apurados no bojo dos Inquéritos 4170 e 3989/STF. Naquele, fora oferecida denúncia contra o colaborador, Diogo Ferreira, André Esteves e Edson Ribeiro por terem se envolvido numa trama criminosa para evitar que Nestor Cerveró firmasse acordo de colaboração com o Ministério Público Federal. O objetivo principal era evitar que Nestor Cerveró falasse dos fatos criminosos envolvendo o próprio colaborador e André Esteves. Contudo, nas declarações prestadas no bojo do presente acordo, o colaborador esclarece que outras pessoas estão envolvidas na trama, tais como a família Bumlai e o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Nota-se que até aqui foram especificadas as finalidades do acordo, bem como o preenchimento do requisito de regularidade. O colaborador deixa bem claro que as provas são válidas e mostra a divisão de tarefas e crimes praticados pelas organizações criminosas no âmbito do Palácio do Planalto, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, do Ministério de Minas e Energia e da companhia Petróleo Brasileiro S/A Tribunal Federal, caracterizando assim a organização criminosa.

O colaborador, além dos fatos atinentes à denúncia oferecida no bojo do Inquérito 4170/STF, esclareceu, nos demais Termos de Colaboração, diversos fatos que interessam diretamente à investigação em curso acerca da atuação da



organização criminosa que é objeto do Inquérito 3989/STF. Resta, clara, assim, a conexão do presente Acordo com os mencionados autos, o que atrai a competência desse eminente Relator. A respectiva homologação cabe ao Supremo na medida em que os Termos de Colaboração mencionam autoridades com foro por prerrogativa de função junto a essa Corte. Fez sobressair, ainda, a cláusula 10 do mencionado acordo, que prevê prazo mínimo de 180 dias para o levantamento do sigilo do conteúdo do acordo e dos respectivos termos de declarações (fl. 6). Aduziu, ao final, ver preenchidos os requisitos legais para a devida homologação do termo de colaboração premiada, nos termos do art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/2013, enfatizando que não há possibilidade para sindicabilidade do mérito do acordo (salvo, evidente, dos temas relacionados à legalidade) (fl. 6). Para o fim da verificação determinada pelo art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/2013, deleguei ao Juiz Márcio Schiefler Fontes, magistrado convocado para atuar neste Gabinete, a oitiva prevista naquele dispositivo, a teor do art. 21, II e XIII, do RISTF. Realizada a audiência determinada nas dependências deste Tribunal, juntaram-se os respectivos termos e mídia digital, em que consta a gravação audiovisual da oitiva do colaborador, na presença de defensores por ele constituídos. Ato contínuo, determinei que os interessados procedessem à adequação da cláusula relativa ao regime de sigilo (a já aludida cláusula 10) com a Lei 12.850/2013, na consideração de que é indispensável ficar claro no acordo de colaboração que o regime de sigilo nele previsto de modo algum compromete ou contraria o regime próprio da Lei 12.850/2013, notadamente no que se refere ao normal desenvolvimento da atividade estatal investigatória e aos direitos de terceiros assegurados pela referida Lei e pela Súmula Vinculante 14/STF (fl. 240), além do que fosse ajustado o disposto na Cláusula 13 à superveniente decisão proferida nos autos da AC 4.039. Em resposta, os acordantes requereram o aditamento em relação à mencionada cláusula 10, a fim de que conste que as partes concordam que o sigilo dos termos de depoimento prestados pelo colaborador perdure apenas até a homologação do acordo (fls. 245-246). Por outro lado, no tocante à cláusula 13, sustentou que não há conflito entre elas e as dispostas na decisão nos autos da Cautelar 4.039, porque a decisão de homologação do acordo, por ser superveniente e de mesma hierarquia, deve prevalecer em relação àquela, autorizando, assim, a harmonização das condições anteriormente aplicadas ao colaborador na AC 4.039 com aquelas previstas no acordo agora homologado (fl. 245). 2. Dos documentos juntados com o pedido é possível constatar que, efetivamente, há elementos indicativos, a partir dos termos do depoimento, de possível envolvimento de várias autoridades detentoras de prerrogativa



de foro perante tribunais superiores, a exemplo de parlamentares federais, o que atrai a competência do Supremo Tribunal Federal, a teor do art. 102, I, b, da Constituição. 3. Afirmada a competência, examino o pedido de homologação. A constitucionalidade da colaboração premiada, instituída no Brasil por norma infraconstitucional na linha das Convenções de Palermo (art. 26) e Mérida (art. 37), ambas já submetidas a procedimento de internalização (Decretos 5.015/2004 e 5.687/2006, respectivamente), encontra-se reconhecida por esta Corte (HC 90688, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 12/02/2008, DJe-074 DIVULG 24-04-2008 PUBLIC 25-04-2008 EMENT VOL- 02316-04 PP-00756 RTJ VOL-00205-01 PP-00263 LEXSTF v. 30, n.

358, 2008, p. 389-414) desde antes da entrada em vigor da Lei 12.850/2013, que exige como condição de validade do acordo de colaboração a sua homologação judicial, que é deferida quando atendidos os requisitos de regularidade, legalidade e voluntariedade. A voluntariedade do acordo foi reafirmada pelo colaborador no depoimento já mencionado, prestado judicialmente na presença e com anuência de seus advogados, conforme demonstra a mídia juntada aos autos. À regularidade da documentação apresentada pelo Ministério Público se soma a legitimidade do procedimento adotado, com especial observância da Lei 12.850/2013.

Neste momento visualiza-se a fase da homologação, bem como sua fundamentação conforme exigência da Lei 12.850/2013. Foi revelado pelas declarações o envolvimento de pessoas com foro de prerrogativa de função da corte suprema, por isso a homologação compete ao STF. O Ministro Ricardo Lewandowski deixa bastante claro que sua homologação é válida e bem fundamentada no preenchimento dos requisitos da regularidade, voluntariedade e legalidade.

Quanto ao conteúdo das cláusulas acordadas, é certo que não cabe ao Judiciário outro juízo que não o da sua compatibilidade com o sistema normativo. Sob esse aspecto, o conjunto das cláusulas do acordo guarda harmonia com a Constituição e as leis, com exceção da expressão renúncia à garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio, constante no título VI do acordo (fl. 20), no que possa ser interpretado como renúncia a direitos e garantias fundamentais, devendo ser interpretada com a adição restritiva



ao exercício da garantia e do direito respectivos no âmbito do acordo e para seus fins.

4. Por fim, nada impede o levantamento do sigilo, tal como evocado pelo aditamento de fls. 243-250. É que a Constituição proíbe restringir a publicidade dos atos processuais, salvo quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, LX), e estabelece, com as mesmas ressalvas, que a publicidade dos julgamentos do Poder Judiciário é pressuposto inafastável de sua validade (art. 93, IX). Não há, aqui, interesse social a justificar a reserva de publicidade. É certo que a Lei 12.850/2013, quando trata da colaboração premiada em investigações criminais, impõe regime de sigilo ao acordo e aos procedimentos correspondentes (art. 7º), sigilo que, em princípio, perdura até a decisão de recebimento da denúncia, se for o caso (art. 7º, § 3º). Essa restrição, todavia, tem como finalidades precípuas (a) proteger a pessoa do colaborador e de seus próximos (art. 5º, II) e (b) garantir o êxito das investigações (art. 7º, § 2º). No caso, o colaborador já teve sua identidade exposta publicamente e o desinteresse manifestado pelo órgão acusador revela não mais subsistir razões a impor o regime restritivo de publicidade. 5. Não é demais recordar que o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada não é por si só meio de prova, até porque descabe condenação lastreada exclusivamente na delação de corréu (HC 94034, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 10/06/2008, DJe de 5/9/2008). A Lei 12.850/2013 é também expressa nesse sentido (art. 4º, § 16): Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador. 6. Ante o exposto, **HOMOLOGO** o Termo de Acordo de Colaboração Premiada (fls. 10-24), secundado por termo de confidencialidade (fl. 25), apensos (fls. 26-27), anexos (fls. 28-109) e termos de depoimento (fls. 110-226), além do aditamento (fls. 244-246), a fim de que produzam seus jurídicos e legais efeitos perante qualquer juízo ou tribunal nacional, nos termos da Lei 12.850/2013. Fica prejudicado o requerimento formulado no item b (fl. 8), diante do levantamento do sigilo, já que o Ministério Público poderá, a seu critério, instruir com cópia procedimento já em curso perante o Supremo Tribunal Federal ou requerer compartilhamento dos mesmos elementos, conforme o caso. Nessa linha, indefiro, por ora, o requerido no item c (fl. 8), em razão de seu conteúdo genérico, sem especificações quanto aos documentos a serem compartilhados e a relação com as investigações em curso. Intimem-se. Brasília, 14 de março de 2016. Ministro Teori Zavascki Relator Documento assinado digitalmente (STF - Pet: 5952 DF - DISTRITO FEDERAL 0011456-96.2016.1.00.0000, Relator: Min.



TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 14/03/2016)

Nota-se que a colaboração premiada é um acordo que pode ser realizado entre o Delegado de Polícia ou membro do Ministério Público com o investigado. No caso acima, visualiza-se que o acordo foi firmado entre o Ministério Público e o colaborador Delcídio Amaral. Que obteve sua homologação judicial após a análise dos requisitos essenciais, tais como: regularidade, legalidade e voluntariedade.

A voluntariedade foi confirmada de acordo com o depoimento do colaborador e a anuência de seus advogados. À regularidade da documentação apresentada pelo Ministério Público se soma a legitimidade do procedimento adotado, com especial observância da Lei 12.850/2013. Após análise dos documentos oferecidos pelo colaborador, restou-se comprovado que há elementos indicativos, a partir dos termos do depoimento, de possível envolvimento de várias autoridades detentoras de prerrogativa de foro perante tribunais superiores, a exemplo de parlamentares federais. Sendo assim, preenchidos os requisitos o Supremo Tribunal Federal decidiu por homologar o acordo colaboração, acrescido com um termo de confidencialidade.

Já no parágrafo 14º, do artigo 4º, da Lei, faz a seguinte declaração: “§ 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.”

Portanto, o legislador vincula o colaborador a prestar todas as informações possíveis, criando um forte compromisso legal desse réu, com desvendamento do caso e com a verdade perseguida.

Enfim, no artigo 5º da Lei Nº 12.850/13, são dispostos os direitos conferidos ao colaborador:

Art. 5º São direitos do colaborador:

I - Usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; II - Ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservadas;

- ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;





- Participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
- Não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
- Cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Conquanto, na forma do artigo supracitado, o agente que se tornar um colaborador, prestando as informações às autoridades, lhe serão concedidos os direitos elencados. Caso necessite e concorde, serão oferecidas as medidas de proteção que trata a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas, Lei nº 9.807/99, em especial em seu artigo 15, conforme tratado no capítulo 1, subitem 1.4.4 desta presente reflexão.

É também direito do colaborador, ter o seu nome, qualificação, sua imagem, dentre outras informações pessoais, guardadas em sigilo, não sendo disponibilizadas ao público em geral, como forma de preservar a identidade do agente.

Será conduzido em separado dos demais coautores e partícipes, quando estiver em juízo, buscando evitar qualquer tipo de influência ou possibilidade de violação da integridade física do delator, como também, no momento da sua participação nas audiências, poderá solicitar que não haja contato visual com os outros acusados.

Como forma de também garantir o sigilo de sua identidade, os meios de comunicação ficam proibidos de filmar ou fotografar o agente, desde que ele não aceite. Caso contrário, se houver a expressa autorização, proferida pelo colaborador, poderão ser autorizadas filmagens ou fotografias.

Por último, caso seja sentenciado à alguma pena que envolva a restrição de sua liberdade, ele poderá cumprir essa pena em um estabelecimento diversos dos outros corréus ou condenados.

## 2.3 Inovações



Diante do contexto apresentado, fica evidente a contribuição expressiva da nova lei de combate ao crime organizado, ao instituto da colaboração premiada. Logo no capítulo II dessa Lei, que trata da investigação e sobre os meios de obtenção de prova, está escrito no inciso I do artigo 3º, que a colaboração premiada será considerada como meio de obtenção de provas, em qualquer fase da persecução penal.

Adiante, na seção I, no artigo 4º da Lei, existe a regulamentação dessa colaboração premiada, que traz a novidade de poder substituir a pena restritiva de liberdade por pena restritiva de direitos, com isso, o legislador permite mais um benefício ao réu colaborador. Anteriormente, a colaboração premiada possibilitava apenas a redução penal ou perdão judicial, mas agora, com esse novo benefício, o réu que colaborar, poderá ser sentenciado a uma restrição de direitos que possui um viés extremamente ressocializador, quando esse será condenado a prestar serviços à comunidade, como forma de reparo ao dano realizado.

Outra novidade, que põe fim a uma antiga discussão, sobre a necessidade de cumular os objetivos a serem atingidos com a delação, para que essa possa ser premiada, consta dentro do artigo 4º, na sua parte final, quando discorre claramente que a mesma poderá ser concedida sempre que forem atingidos um ou mais dos resultados elencados nos seus incisos, *in verbis*:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

- a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;



- a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Uma importante definição, consta no parágrafo 2º, do artigo 4º, da Lei em comento:

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Sempre foi polêmica a possibilidade de o delegado oferecer um acordo de delação premiada. Entendemos que ao permitir essa condição ao delegado de polícia, é conferido ao mesmo a capacidade postulatória.

No entanto, o dispositivo é claro e não deixa dúvidas, quando diz que o delegado de polícia poderá requerer ao Ministério público ou representar ao juiz, no momento do inquérito policial, a concessão de perdão judicial ao delator. Isto é, apenas na fase de inquérito policial, que o delegado está autorizado a requerer ao Ministério Público, parte com real capacidade postulatória, ou representar ao juiz, um pedido de acordo premiado. Caso o Ministério Público não aprove a proposta de acordo, poderá ainda ser aplicado o artigo 28 do Código de Processo Penal, que leva a responsabilidade de decisão ao Procurador Geral de Justiça.

No parágrafo 4º da Lei nº 12.850/13, existe uma previsão inédita, que permite ao Ministério Público deixar de oferecer a denúncia, sem a necessidade de homologação do juiz, quando alcançados um ou mais dos objetivos dispostos nos incisos do artigo 4º, para aquele colaborador que não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar a efetiva colaboração. Ou seja, o acordo não chegará nem ao conhecimento do juiz.



Outro ponto tratado nessa Lei, que já foi objeto de discussão, é a proposta de acordo de delação premiada, quando o réu já está sentenciado. A polêmica ocorre, pois se acredita que nesses casos, não existe uma efetiva colaboração do réu com as investigações, apenas uma tentativa do mesmo em melhorar a sua própria sentença. Nesse caso, o intuito do réu vai contra o princípio do instituto de delação premiada, pois não demonstra de maneira objetiva o arrependimento do réu, nem o seu interesse com a colaboração nas investigações.

Porém, o parágrafo 5º da Lei em pauta, prevê:

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Assim, quando a delação for posterior a sentença, a pena poderá ser diminuída até a metade ou poderá ser apreciada uma progressão de regime, mesmo que os requisitos objetivos não estejam presentes. Esse parágrafo tem em seu escopo a oferta de dois tipos de premiação ao réu, redução da pena ou progressão de regime, mesmo que ele não tenha efetivamente colaborado com as investigações, no entanto, a sua colaboração poderá ainda ajudar no combate a uma organização criminosa, recuperar algum produto dos crimes, dentre outras possibilidades.

Seguindo o texto da Lei nº 12.850/13, ainda no artigo nº 4, percebe-se uma importante fixação de entendimento do legislador, em seu parágrafo 14, que define:

§ 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

Com essa afirmação, dentro de um dispositivo legal, não há mais a possibilidade de um réu se valer do benefício, sem ter que abandonar o seu direito ao silêncio. Nesse sentido, já existia entendimento jurisprudencial e doutrinário (LEAL: 2012), que o réu optando por colaborar em razão da premiação, renúncia do seu direito ao silêncio.



Enfim, no parágrafo 16, do artigo 4º da nova lei de combate ao crime organizado, existe um importante ressalva a de que, nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Aqui o legislador define que a colaboração do réu, que tem o intuito de conseguir benefícios com suas informações, não poderá ser a única prova de um crime, mas que deverá formar parte de um contexto, corroborando outros achados da investigação.

### **2.3 Prêmios oferecidos aos colaboradores**

Antes da criação da Nova Lei de Crimes Organizados, Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, os únicos prêmios oferecidos àqueles que colaboravam com a justiça para o desvendamento de atos criminais era a redução de pena e o perdão judicial. Conforme será tratado de forma analítica no capítulo 2, a lei em referência traz inúmeras inovações e dentre elas a possibilidade de novos benefícios que também poderão ser ofertados ao colaborador.

Portanto, além da redução de pena e do perdão judicial, na forma da Lei nº 12.850/13, o delator poderá ter a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, benefício de ter pena com início de cumprimento em regime aberto e para casos de réus já sentenciados, a alternativa de progressão de regime.

Nesse sentido, trataremos adiante, em particular, dos principais tipos de benefícios concedidos, como forma de esclarecer melhor a relação dos mesmos com a colaboração que o delator faz à justiça.

### **2.4 Redução de Pena**



A legislação brasileira prevê em diversos casos a possibilidade de diminuir ou isentar pena a alguém, sendo que para concessão desse benefício, a análise normalmente é feita sobre o comportamento do mesmo, no momento da prática do ato criminoso. Nos casos que essa redução da pena é em virtude de o réu estar usufruindo do instituto da colaboração premiada, diversos dispositivos legais, preconizam que a análise para concessão que deve ser feita nesse momento, está diretamente relacionada à constatação que o comportamento do sujeito é voluntário ou espontâneo, conforme o caso, quando decide colaborar livremente com a justiça, sem que esteja sobe coação.

Nesse momento é importante salientar que sempre será observado o sistema trifásico para aplicação da redução de pena. Em 1984, na reforma da Parte Geral do Código Penal, ocorreu o marco do início dessa tese, que segundo Paulo José da Costa Júnior assevera, o legislador decidiu a sua posição, nessa época, quando aceitou o desdobramento do processo de fixação de pena, que é composto por três fases. Sendo a primeira fase formada pela consideração das circunstâncias judiciais pelo magistrado, na segunda será levado em conta as agravantes e atenuantes legais e a terceira e última fase, quando apreciará às causas de aumento ou de diminuição de pena (COSTA: 1989).

Destarte, o artigo 68 do Código Penal, preceitua:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Portanto, as três fases da aplicação da sentença estão legalmente definidas, ficando na última fase a aplicação do aumento ou redução, bem como, a aplicação



desse aditivo ou supressão, no caso de concurso de causas, deverá ser limitada ao juiz, para que adote a causa que mais diminua.

Cabe esclarecer, que em concordância com o explicado no primeiro parágrafo desse item, como também, o demonstrado no subtítulo 1.3 desse capítulo, a redução de pena decorrerá de fatores diferenciados, que seguem a luz do dispositivo legal utilizado no caso. Por exemplo, sob a luz da Lei de Lavagem de Dinheiro o requisito para concessão de prêmio que reduzirá a pena do delator é a colaboração espontânea. De forma diferente, a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas requer a colaboração voluntária do agente, como critério fundamental para o consentimento da aplicação do instituto de colaboração premiada.

Porém, apesar de diversos dispositivos legais tratarem do benefício de redução da pena e qual é o seu alcance em cada caso, bem como, a adoção do sistema trifásico, que determina o momento de aplicação da redução, não existe certeza se a redução será aplicada de forma individualizada para cada crime perpetrado ou na sentença final, considerando a soma total das penas. A interpretação para esse trabalho, a luz do sistema trifásico, é que a redução será aplicada na soma total, pois ela ocorre nas fases anteriores.

## **2.5 Perdão Judicial**

Romeiro define o perdão judicial como um benefício previsto no ordenamento jurídico do Brasil, o qual possibilita ao juiz declarar que o réu não é passível de pena, mesmo quando comprovadamente existir todos os elementos necessários à condenação do mesmo, pois agindo dessa forma, evitará o mal desnecessário e injusto, por vislumbrar que o acusado não tem intenção de agir novamente de maneira delinquente (ROMEIRO: 1978).

Em concordância com esse conceito, sintético e objetivo, pode ser observado que a doutrina de Tourinho Filho, conceitua o perdão judicial de maneira semelhante. Quando pondera que com a prática de uma infração penal, o direito de



punir migra de um plano abstrato para o concreto, transformando o direito potencial em efetivo. Mas que na presença dessa possibilidade de perdão jurídico, o Estado poderá solicitar ao juiz a aplicação do *sanctio júris* ao culpado.

São diversas as razões que podem fazer o Estado abdicar-se do direito de punir, Filho (1985) nos auxilia a entender essa posição:

Elimina-se a punibilidade por motivos de contingência, conveniência ou oportunidade, que por sua vez extinguem os próprios fundamentos da punibilidade, tornando dessa maneira, impossível a concretização do *jus puniendi*. Sendo esses fundamentos a necessidade e a utilidade da punição. O legislador não fala sobre a extinção do crime ou da pena, mas na extinção da punibilidade.

Portanto, seguindo esse constructo epistemológico, quando é oferecido perdão judicial dentro de um contexto de colaboração premiada, significa que o Estado enxerga que o delator está arrependido e de alguma forma repara totalmente o dano causado, ou até mesmo colabora para um bem maior. Ficando assim, sem sentido a sua efetiva punição.

## **2.6 Substituição da pena de restrição de liberdade por restritiva de direito**

Para melhor compreensão do benefício da substituição da pena de restrição de liberdade por restritiva de direito, quando oferecido ao delator de crime organizado, é necessário observar a legislação e a doutrina relacionada à pena alternativa restritiva de liberdade.

Para isso, observemos primeiramente ao disposto no inciso IV do artigo 59, do Código Penal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Alterado pela L- 007.209-1984), IV - a substituição da pena





privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Sendo assim, no momento do juiz pesar qual será a pena mais adequada, levando em consideração além da personalidade do agente, os demais elementos citados no artigo acima e principalmente, a finalidade preventiva, se torna natural nesse instante do processo, examinar a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direito (BITTENCOURT: 2011).

Pode se observar que a imposição de oferecer uma pena adequada ao ato delituoso é sem sombra de dúvidas, algo extremamente benéfico ao réu, no caso em estudo, colaborador com a justiça, pois acontece nesse ato uma substituição de uma pena que produz sérios efeitos negativos por outra pena que tem um caráter ressocializador.

Assim, podemos asseverar que a questão, quando dispõem que a falência da pena privativa de liberdade, que não atende às aspirações por ressocialização, fortalece a tendência moderna de procurar substitutivos penais para essa sanção, sempre que aplicada a casos relacionados a crimes de menor gravidade e que para os seus agentes o encarceramento não seria a punição mais adequada (MIRABETE; FABBRINI: 2012).

Porquanto, a oferta desse benefício ao delator, como forma de prêmio pela sua colaboração, possibilita a aplicação de uma pena mais adequada a um réu que decidiu prestar informações úteis ao Estado.

## **CAPÍTULO 3 – A DELAÇÃO PREMIADA, A CONSTITUIÇÃO, A ÉTICA E A MORA**

### **3.1 Princípios Constitucionais**

A base de todo o sistema normativo está nos princípios constitucionais, quando se apresentam como a fundação para a construção do ordenamento jurídico. São eles que dão a estrutura e a harmonia ao edifício jurídico (NUNES: 2002).



Como são princípios importantes para orientar, iluminar ou condicionar a interpretação das outras normas jurídicas, no caso que ocorre a pluralidade de sentidos. Entendemos que a interpretação deverá acontecer em consonância com o princípio mais próximo e de maior relevância para o caso. Nessa direção, que Ataliba (2010) instrui:

[...] princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico, apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente a perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos)”.

Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados: tem que ser prestigiados até as últimas consequências.

Portanto, os princípios constitucionais devem ser adotados como o padrão, norteadores a seguir dentro do sistema jurídico, ficando o Estado e toda a sociedade vinculados a eles, pois representam o desejo do coletivo e por isso devem ser considerados em todas as situações.

### 3.1.1 Do Contraditório

O *audiatur et altera pars*, princípio do contraditório, foi descrito na Constituição Federal de 1988 e no Código Penal Brasileiro, garantindo que o acusado deverá conhecer a acusação que lhe está sendo atribuída, para que possa assim, providenciar a sua defesa, conforme dispõe o artigo 5º, LV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art, 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes: (...) LV – Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com o meios e recursos a ela inerentes.



Entendemos que o princípio do contraditório deve ser pleno e efetivo. Pleno, devido a precisão do princípio em referência estar presente durante todo o decorrer processual, até o seu devido encerramento. Efetivo, pois a não é apenas dar a outra parte a oportunidade formal de se pronunciar sobre as acusações ou atos a ele imputados, mas garantir os meios necessários ao acusado, para que possa contrariá-los (FERNANDES: 2007).

Em síntese, o que ocorre no momento da delação premiada, que esbarra no princípio do contraditório, é que as informações apresentadas pelo delator não são disponibilizadas ao delatado, ficando este sem acesso às acusações, para que no conhecimento das argumentações possa providenciar a sua defesa. Somente quando essa fase é encerrada, o direito à defesa será concedido ao acusado. Ainda assim, ele não terá acesso integral a tudo que o incrimina, como por exemplo, a identificação do delator, que seria peça fundamental na composição de sua defesa, como também, não existe acareação entre o colaborador e o acusado.

Um julgado bem importante que decidiu acerca da delatação do co-réu foi o julgamento do **Hábeas Corpus 84.517-7-SP**, relatado do então ministro do STF **Sepúlveda Pertence**, que pacificou que:

II – A chamada de co-réu, ainda que formalizada em Juízo, é inadmissível para lastrear a condenação Insuficiência dos elementos restantes para fundamentar a condenação

(...) não se trata somente de uma fonte de prova particularmente suspeitosa (o que, dado o princípio da livre convicção do juiz seria insuficiente para justificar a regra cogitada), mas de um ato que, provindo do acusado, não se pode, nem mesmo para certos efeitos, fingir que provenha de uma testemunha. O acusado, não apenas não jura, mas pode até mentir impunemente em sua defesa (...) e, portanto, suas declarações, quaisquer que sejam, não se podem assimilar ao testemunho, privadas como estão das garantias mais elementares desse meio de prova.” E mais adiante disse que: “O conteúdo do interrogatório, que não é testemunho com respeito ao interrogado, tampouco pode vir a sê-lo a respeito dos demais, porque seus caracteres seguem sempre os mesmos. O que se designa como chamada de co-réu não é mais que uma confissão, que além de o ser do fato próprio, o é



do fato alheio, e conserva os caracteres e a força probatória dos indícios e não do testemunho.” Tudo para concluir que: “Dos co-denunciados do mesmo delito, por conseguinte, um não pode testemunhar nem a favor nem contra o outro, já que suas declarações mantêm sempre o caráter de `interrogatório`, de tal modo que seria nula a sentença que tomasse tais declarações como testemunhos..( HHCC 74.368, Pleno, DJ 28.11.97; 81.172, 1.ª T, DJ 07.3.03).

Portanto é inadmissível a fundamentação condenatória com base na delação dos corréus, pois ele não é prova suficiente para uma condenação. Sendo apenas prova coadjuvante no contexto fático probatório tornando nula a sentença que fosse fundamentada nesses testemunhos.

Neste sentido o STJ seguiu o posicionamento do STF.

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. (1) IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. CONFIRMAÇÃO EM REVISÃO CRIMINAL. PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DO TÍTULO. ALEGAÇÃO DE QUE A SENTENÇA SE ESCORARIA APENAS EM CHAMADA DE CORRÉU. DESACOLHIMENTO. MENÇÃO, NAS INSTÂNCIAS ANTERIORES, A OUTROS ELEMENTOS DE PROVA.

ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. Não é viável, no contexto de racionalização do emprego do habeas corpus, a sua utilização como sucedâneo recursal. **2. É inadmissível, diante de condenação transitada em julgado, confirmada em sede de revisão criminal, juízo absolutório, ao argumento de que o édito se escoraria apenas em solteira chamada de corréu, quando, nas instâncias anteriores, há menção a outros elementos de prova, como depoimento judicial de um policial ratificando a ocorrência da delação, além da alusão a elemento indiciário, de vinculação do paciente a corréu com participação proativa no sucesso delitivo.** 3. Ordem não conhecida.(STJ - HC: 213923 RJ 2011/0170658-7, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 27/03/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/04/2014)

Nesse sentido, após o precedente do STJ e as ideias acima expostas podemos concluir que há uma ligação entre o princípio do contraditório e o princípio da ampla



defesa na medida que garantem uma aplicação processual penal justa nos casos específicos, tratando-se de direitos indispensáveis aos acusados.

### 3.1.2 Publicidade

A legislação impõe, geralmente, que todos os atos devem ser públicos, sendo a exceção nos casos que o decoro ou o interesse público recomendem a sua omissão. Essa regra está descrita artigo 792, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal (CAPEZ: 2011). Analisemos o artigo abaixo:

Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

Porquanto, o cerne do princípio é a responsabilidade do Estado em manter a transparência dos atos, provendo as informações que lhe forem solicitadas (AVENA: 2009).

Se tratando de casos colaboração premiada, o ato sozinho demanda sigilo, pois o delator que está colaborando com as investigações precisa ter a sua integridade física preservada, uma vez que para oferta do benefício, as informações prestadas têm grande relevância, pois geralmente tratam de fatos importantes ou pessoas e organizações criminosas com forte poder no mundo da criminalidade, que descobrindo delação, poderiam mandar executar o informante.

Assim, o ato de delatar obriga a não aplicação do princípio da publicidade, precisando ser encaixado na exceção, por incriminar o delator e os delatados, que na



sua divulgação poderiam violar os elementos de prova ou ofender a integridade física do colaborador. Neste sentido foi decidido pela Suprema Corte o seguinte:

**RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**  
EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE COOPERAÇÃO. DELAÇÃO PREMIADA. DIREITO DE SABER QUAIS AS AUTORIDADES DE PARTICIPARAM DO ATO. ADMISSIBILIDADE. PARCIALIDADE DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SUSPEITAS FUNDADAS. ORDEM DEFERIDA NA PARTE CONHECIDA.

I - HC parcialmente conhecido por ventilar matéria não discutida no tribunal ad quem, sob pena de supressão de instância. II - Sigilo do acordo de delação que, por definição legal, não pode ser quebrado.

III - Sendo fundadas as suspeitas de impedimento das autoridades que propuseram ou homologaram o acordo, razoável a expedição de certidão dando fé de seu nomes. IV - Writ concedido em parte para esse efeito(STF HC 90.688-5 PR).

Sendo assim, podemos concluir que o instituto da colaboração premiada aborda alguns procedimentos que simboliza a ineficiência do Estado em combater a criminalidade, pois não respeita diversas garantias individuais, incluindo o princípio da publicidade. Sendo necessário que exista uma legislação específica a respeito da colaboração premiada. Isso porque não existe uma maneira uniforme dela ser aplicada no processo penal. Pois, assim como está sendo utilizada, a delação premiada proporciona uma série de violações ao princípio da publicidade dos atos processuais. Podendo considerar que é uma ferramenta utilizada pelo Estado, que fere diversas garantias constitucionais, principalmente, o princípio da publicidade, prejudicando, dessa forma, a igualdade das partes no devido processo legal.

### *3.1.3 Individualização da pena*

A Constituição Federal de 1988 traz com destaque o princípio da individualização da pena, em seu artigo 5º, inciso XLVI, quando dispõe que todo cidadão que cometer crime, a ele será aplicada uma pena individualizada, na medida



e proporção do delito cometido. Compreendemos que esse entendimento é imperioso para existência do justo equilíbrio, é abstrata em relação ao legislador e concreta em relação ao juiz, entre a gravidade do ato criminoso e a sanção determinada. Em síntese, deverá a pena ser compatível com a magnitude da lesão ao bem jurídico fruto de delito e à adequada medida de segurança da população devido a periculosidade criminal do agente (PRADO: 2008).

Em relação a delação premiada, o juiz deverá observar os critérios de concessão dos benefícios, se baseando na avaliação acurada do nível de reprovabilidade da conduta do agente. Em outras palavras, o juiz estabelecerá uma relação inversamente proporcional, quanto maior for a contribuição do informante, menor será a censura de sua conduta. Não obstante, será a análise que deverá ser feita sobre a personalidade do colaborador, contando a seu favor, quando se mostrar mais inclinada aos valores da sociedade e da justiça.

Logo, o princípio da individualização da pena não se opõe ao instituto da delação premiada, quando a pena a ser aplicada ao agente será conforme a sua personalidade e as circunstâncias de colaboração que o fizeram se redimir.

### *3.1.4 Verdade real*

Quando existir inconformidade do juiz com a verdade formal desenhada nos autos, o magistrado poderá utilizar o princípio da verdade real para investigar de fato como a situação ocorreu, onde toda a verdade produzida nos autos é uma verdade processual, quando se aplica a máxima o que não está nos autos, não está no mundo (CARVALHO: 2009).

Como o instituto de delação premiada apenas produz uma prova que deve ser parte de uma conjuntura, para poder ser aceita, a busca pela verdade real não pode ser baseada, única e exclusivamente nessa prova. Por existir a possibilidade de as informações prestadas estarem acrescidas de fatos inexistentes, em virtude de um desejo de vingança latente no colaborador.



Diante disso, entende-se que perante apenas as declarações prestadas pelo delator, o princípio não poderá ser invocado, pois não há previsão legal que abarque a condenação de um réu, com base somente nas informações de um ex-integrante da ação delituosa, sem antes correlacionar essas afirmações com o contexto e as outras provas.

### 3.1.5 *Não produzir prova contra si mesmo*

Existe grande discussão doutrinária a respeito do princípio constitucional de não produzir prova contra si mesmo. De acordo com o raciocínio de Alexandre Moraes, o direito de permanecer em silêncio, aplicado pela Constituição e seguindo a orientação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que prevê em seu art. 8º, § 2º, g, o direito a toda pessoa acusada de delito não ser forçada a depor contra si mesma, tão pouco se declarar culpada, se exibindo como complemento aos princípios do *due process of law* e da ampla defesa, que garante ao acusado além do direito de silêncio, o direito a prestar informações falsas e inverídicas, sem que seja responsabilizado, pois o crime de perjúrio não é conhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro (MORAES: 2000).

Em nossa concepção, o direito ao silêncio é apenas a amostra de uma garantia muito maior, desenhada pelo princípio de não produzir prova contra si mesmo, quando não poderá existir nenhum tipo de prejuízo jurídico ao sujeito passivo que negar colaboração na sua acusação ou por permanecer em silêncio quando for interrogado, acrescentando que no exercício desse direito não poderá ser conferido ao acusado a presunção de culpabilidade, na proporção que o processo penal deverá ocorrer com presunção de inocência. Assim, qualquer tipo de recusa não confere a culpabilidade, muito menos delito de desobediência. Porquanto, o princípio da não autoincriminação, provém não apenas da garantia de poder se manter em silêncio no interrogatório, como também, do acusado não poder ser forçado a corroborar com acareações, reconhecimentos, reconstituições, dentre outros (GESU: 2010).





O princípio *nemo tenetur se detegere* garante ao acusado que ele não será obrigado a produzir prova contra si mesmo. Com isso, o artigo 186 do Código do Processo Penal, garante:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa

Em tradução exata, a expressão *nemo tenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a se descobrir, ou seja, a se acusar (QUEIJO: 2003, p.4). Assim, quando o acusado for informado pelo juiz do seu direito de permanecer em silêncio, o réu poderá deixar de responder às perguntas feitas pelos integrantes do julgamento, não sendo esse comportamento, passível de interpretação negativa, em seu desfavor.

Cabe ressaltar que o direito de permanecer calado é expressamente reconhecido pela Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LXIII: O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Todavia, na utilização do instituto de delação premiada, aquele réu que se tornar colaborador da justiça, informando dados relevantes para o desvendamento de investigações ou recuperação de objetos, em troca de benefícios, abdicará desse princípio constitucional.

Podemos concluir que a colaboração é uma faculdade e não uma obrigação logo, se a pessoa se apresenta para depor com essa obrigação um dos pré-requisitos é a verdade e as provas. Diante da ideia anterior podemos concluir que ele não é obrigado a ficar calado, podendo confessar/colaborar na hora que ele se sentir à vontade para tal, visto que é algo facultativo e não obrigatório. A constituição lhe dar o direito de ficar calado, e como a colaboração é uma faculdade falar a verdade é uma obrigação para gozar dos benefícios da mesma.



### *3.1.6 Devido processo legal*

Conforme preceitua o princípio do devido processo legal, existem garantias que devem ser respeitadas dentro do direito penal, sendo elas: acesso à justiça penal; presença do juiz natural em matéria penal; um tratamento paritário entre as partes envolvidas; direito de defesa do acusado, indiciado, ou condenado, com todos os seus direitos e meios de recursos garantidos; publicidade dos atos processuais; motivação nos atos de decisão; prazo razoável de duração do processo; e legalidade na execução penal (TUCCI: 2009).

Nesse sentido, o devido processo legal se apresenta como uma barreira à utilização segura do instituto de delação premiada. Em reflexão sobre essa situação, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho apostila que existe de certo modo, uma violação desse princípio, na medida que são realizados acordos entre o Ministério Público e a defesa dos colaboradores, tornando inacessíveis os depoimentos prestados pelos delatores, naqueles processos que são utilizados. Por conseguinte, tais acordos ferem o princípio do devido processo legal, em virtude dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, norteadores do ordenamento jurídico nacional (COUTINHO: 2006).

## **3.2 Discussões Jurídicas, Éticas e Morais acerca do instituto**

Existe a discussão sobre o instituto da colaboração premiada e a sua possível inconstitucionalidade. Por um lado, a criminalidade vem aumentando e se sofisticando, causando pânico na população que cobra a resposta repressora do Estado, na esperança de conseguir mais segurança. Em contraponto, na busca de atender às demandas da população, o Estado cria e utiliza ferramentas jurídicas, que muitas vezes esbarram na linha tênue da Constituição e seus princípios, sendo acusado de autoritário ou de benevolente com os criminosos.

Na visão de Helder Silva Santos, além de a delação esbarrar nos valores predominantes da sociedade, a oferta de prêmio em troca das informações do delator



cria um paradoxo jurídico que se manifesta no desvirtuamento dos fins do direito penal, no rompimento da noção de ordenamento jurídico e no enfraquecimento do poder regulador e orientador da lei (SANTOS: 2014).

Embasado pelo artigo 5º da Constituição brasileira, o citado autor assevera que o papel principal do Direito Penal é proteger os elencados bens jurídicos, norteados por valores importantes para sociedade, mas que a inserção do instituto de delação premiada no ordenamento jurídico nacional, em sua visão, estimula a população a trair, desconfiar e ser individualista.

Em consonância com o entendimento de Helder Silva Santos, Damásio de Jesus, enxerga a delação premiada como um instrumento antipedagógico que se choca contra os preceitos morais irrenunciáveis. Protesta ainda o autor, que além de não ser didática, a lei não se reveste de princípios cívicos decentes, pois leciona que a traição é algo aceitável e redutor de pena (JESUS: 2014).

Todavia, grande parte da doutrina e da jurisprudência é favorável à aplicação da colaboração premiada.

Quando analisamos que para o Estado fazer cumprir as leis e penas que estabelece, ele precisará impor a sua execução e por isso, quanto menos força ele empregar nesse cumprimento, mais denotará legitimidade às suas instituições jurídicas. Nessa linha, a voluntariedade ou espontaneidade da delação premiada estão a favor da causa, pois o agente do crime que decide colaborar com a justiça, tem ciência que será penalizado e ao se conscientizar da situação, aceita a possibilidade de usufruir de benefício para suavização da sua pena.

Outro fator positivo da aceitação do delator, em colaborar com a investigação, é o viés de redenção que esse instituto possui. Por estar contribuindo para sociedade, reparando o mal causado por ele e seus cúmplices, o colaborador facilita ao Estado a aplicação de suas leis e sanções.



Portanto, o pensamento de inconstitucionalidade do instituto da delação premiada não deve prevalecer, já que o criminoso age por vontade própria, sem coibição por meio do emprego de violência, não há de se falar em violações dos seus direitos fundamentais, na medida em que ele está exercendo a sua liberdade de escolha. Costa (2014) nos ajuda nessa compreensão:

O criminoso não é obrigado a negociar com o Estado, visto que as leis que utilizam do favor premial, exigem que o ato seja de iniciativa pessoal, voluntária ou espontânea. Ainda que sugerida por terceiros, a decisão final de colaboração ou não, será livremente feita pelo agente. Em se delatando, será concedido benefício, se de fato ocorrer *Jus Persequendi* do Estado.

Apesar de já ponderado, cabe reforçar que em relação ao princípio de não produzir prova contra si mesmo e a sua ligação com o direito constitucional ao silêncio, pode-se observar que enquanto o réu não decidir, livremente, se fará uso do instituto de delação premiada, quando a ele oferecida, continuará garantida sua total manutenção desse direito, na forma do artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal de 1988. Essa garantia está embasada, também, pelo pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, que toda pessoa deste país terá o direito de “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem se declarar culpada” (Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, 1969).

Se tratando das alegações doutrinárias que versam sobre alusão ao princípio da proporcionalidade, cabe notar o que Costa (2014) opinou:

A aplicação da mesma pena aos agentes, (...) representa ofensa a condição humana, atingindo-o, de modo contundente, na sua dignidade de pessoa. Existe uma dificuldade para que esse princípio possa ser viabilizado, ou seja, não há um critério que seja útil como medida de proporcionalidade. Esse critério deve ser buscado em um juízo de adequabilidade entre a gravidade do preceito sancionatório e a danosidade social do comportamento incriminado. E é claro que aquele que colaborou com a justiça por meio da delação causou uma menor danosidade social, razão pela qual deve receber uma redução de sua pena em relação a seus comparsas.



Diante do desvendado, pode-se entender que apesar do debate em torno da delação premiada, a sua inconstitucionalidade não pode ser de fato afirmada. Essa ferramenta jurídica é apenas uma resposta ao crescimento desenfreado da criminalidade, da sofisticação dos crimes, do aumento da crueldade humana e principalmente, para o combate às organizações que se formam em favor do cometimento de atos criminosos que além de atingirem os cidadãos, põem em risco as instituições e a soberania do Estado.

Como os principais aspectos apontados pelos críticos do instituto da delação premiada estão no campo ético, há de se refletir sobre a relação da ética e do direito. Pois, na discussão ética, a análise é feita sobre o ente, sem que ele esteja diretamente ligado ao fato, mas na discussão jurídica o exame seria prático, o ente sempre precisará estar relacionado a um caso concreto.

Apesar de a conduta humana ter seguramente algum conteúdo genético ou instintivo, como acontece com os outros animais, a sua adaptação social é principalmente de natureza moral (SÁENZ: 1998).

Os princípios morais, como também os legais, têm em seu desígnio garantir a sobrevivência e a prosperidade do grupo. No entanto, mesmo que existam certas regras morais que ultrapassam a força de qualquer lei, existe a ideia de que a ética não consegue estabelecer de forma sólida e plena o que é devidamente aceito para sociedade. Assim sendo, já que a filosofia enfrenta dificuldade em universalizar conceitos éticos, o direito partilha do mesmo mal, quando apresenta as respostas imediatas para solução de problemas concretos, mas que frequentemente demonstram ter falhas.

No sentido da ética filosófica, pode-se observar a relação entre essa e o direito, como dois campos que trabalham em sinergia e por isso partilham da mesma dificuldade, que consiste na universalização de normas e regras sociais.

### **3.3 Pontos positivos e negativos do instituto**



Portanto, diante dessa sintética conceituação da relação sinérgica entre a ética e a elaboração de regras e normas jurídicas, cabe trazer uma ponderação de pontos positivos e negativos, na forma contraposição de aspectos éticos e práticos, que se observa na utilização da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, discorre Nucci (2008):

São pontos negativos da delação premiada: a) oficializa-se, por lei, a traição, forma antiética de comportamento social; b) pode ferir a proporcionalidade da aplicação da pena, pois o delator receberia pena menor do que os delatados, cúmplices que fizeram tanto ou até menos que ele; c) a traição, em regra, serve para agravar ou qualificar a prática de crimes, motivo pelo qual não deveria ser útil para reduzir pena; d) não se pode trabalhar com a ideia de que os fins justificam os meios, na medida em que estes podem ser imorais ou antiéticos; e) a existente delação premiada não serviu até o momento para incentivar a criminalidade organizada a quebrar a lei do silêncio, que, no universo do delito, fala mais alto; f) o Estado não pode aquiescer em barganhar com a criminalidade; g) há um estímulo a delações falsas e um incremento a vinganças pessoais. São pontos positivos da delação premiada: a) no universo do criminoso, não se pode falar em ética ou valores moralmente elevados, dada a própria natureza da prática de condutas que rompem com as normas vigentes, ferindo bens jurídicos protegidos pelo Estado; b) não há lesão a proporcionalidade na aplicação da pena, pois esta é regida, basicamente, pela culpabilidade (juízo de reprovação social), que é flexível. Réus mais culpáveis devem receber penas mais severas. O delator, ao colaborar com o Estado, demonstra menor culpabilidade, portanto, pode receber sanção menos grave; c) o crime praticado por traição é grave, justamente porque o objetivo almejado é a lesão a um bem jurídico protegido; da delação seria a traição de bons propósitos, agindo contra o delito e em favor do Estado Democrático de Direito; d) os fins podem justificar os meios, quando estes forem legalizados e inseridos, portanto, no universo jurídico; e) a ineficiência atual da delação premiada condiz com o elevado índice de impunidade reinante no mundo do crime, bem como ocorre em face da falta de agilidade do Estado em dar efetiva proteção ao réu colaborador; f) o Estado já está barganhando com o autor de infração penal, como se pode constatar pela transação; g) o benefício instituído por lei para que um criminoso delate o esquema no qual está inserido, bem como os cúmplices, pode servir de incentivo ao arrependimento sincero, com forte tendência à regeneração interior, o que seria um dos fundamentos da própria aplicação da pena; h) a falsa



delação, embora possa existir, deve ser severamente punida; i) a ética é juízo de valor variável, conforme a época e os bens em conflito, razão pela qual não pode ser empecilho para a delação premiada, cujo fim é combater, em primeiro plano, a criminalidade organizada (NUCCI, 2008)

Nesse texto, ponderou NUCCI aspectos negativos e positivos da delação premiada, demonstrando lados opostos desses dilemas. Quando asseverou como ponto negativo, oficializar a traição, mediante lei, mesmo que esse comportamento não seja ético, mas replicou que não há de ser falar em ética dentro do mundo do crime, pois na própria natureza dessas práticas está a quebra das normas vigentes.

Também argumentou que apesar de existirem críticas quanto à possível quebra de proporcionalidade das penas que o instituto provocaria, pois, o delator estaria recebendo pena menor do que os outros integrantes do ato criminoso que tiveram a mesma atitude ou pior, existe a ligação da pena com a culpabilidade do réu, portanto o réu que colabora com o Estado, apresenta menor culpabilidade e por isso a sua pena deverá ser reduzida.

Outra situação é que a princípio a traição serviria para agravar outros crimes, no entanto, apesar da traição ser algo egocêntrico, no caso da delação premiada, essa traição tem bons propósitos ao visar proteger o Estado Democrático de Direito, indo contra o delito.

Critica-se também que usar a ideia de que os fins justificam os meios está errada, quando existe uma quebra de princípios morais e éticos, mas em contrapartida, quando existe uma legalização de uma prática, que é utilizada para bem do coletivo, e por consequência a sua inserção no ordenamento jurídico, os fins podem justificar os meios.

Um ponto negativo apontado é que a delação premiada atualmente não incentiva o desmanche do crime organizado, pois a lei do silêncio fala mais alto dentro desse mundo. Apesar de ser uma verdade, levando em consideração o elevado nível de impunidade do país e a dificuldade do Estado em dar proteção aos delatores, que acabam ficando coibidos de prestar depoimentos, os diversos julgados que estão



presentes nesse trabalho, demonstram que a situação está mudando, com o aperfeiçoamento da prática.

Foi destacado que para as delações falsas, por vingança pessoal ou simples necessidade de favorecimento, devem ser punidas com rigidez, pois o benefício deve ser um incentivo para as delações genuínas, que agregam valor e sentido à investigação, além de provocar no réu uma reflexão de arrependimento, com o mesmo sentido da pena que será nele aplicada.

Por último, refletiu que a ética é juízo de valor variável, que pode ser alterado conforme a época ou os bens a que estão sendo atingidos e por isso, não poderá ser uma barreira para a aplicação do instituto de delação premiada, que tem a nobre finalidade de guerrear contra o crime organizado O que a Lei 13.964/2019 modificou na colaboração premiada?

A Lei que é conhecida popularmente por pacote anticrime foi apresentada no dia quatro de Fevereiro pelo ex ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, o Projeto promove alterações em 14 leis, que vão desde o Código Penal (CP) e o Código Processual Penal (CPP) até legislações pouco conhecidas, como a 12.037/2009 (que trata da identificação de criminosos pelo Estado) e a 13.608/2018 (que regula o recebimento de denúncias e o oferecimento de recompensas).

As mudanças foram organizadas em 19 objetivos, que visam atacar três questões centrais: a corrupção, o crime organizado e os crimes violentos.

Com a entrada em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, a lei promove mudanças na legislação penal e processo penal, com isso teve que ocorrer mudanças e atualizações na redação final desde trabalho com melhoras a meu ver, porém, com lacunas existentes ainda, como poderemos ver ao longo desse capítulo.

Podemos destacar as mudanças mais significativas e que iremos destrinchar ao logo desse tópico. São elas:

- a) Nova regulamentação na negociação preliminar





- b) Proibição de mudança de normas legais sobre regime inicial de cumprimento de pena e sobre a progressão de regime
- c) Proibição de renúncia do colaborador ao direito de recorrer da homologação do acordo
- d) Direito do réu delatado de se manifestar após o réu colaborador
- e) Gravação das tratativas e atos de colaboração
- f) Proibição de decretação de medidas cautelares penais, de oferecimento de denúncia e de proferimento de sentença apenas com base nas declarações do colaborador
- g) Rescisão do acordo em caso de omissão do colaborador sobre fatos relevantes (arts. 3º A, a 3º C, 4º e 5º da lei de organizações criminosas).
- h) Permissão de agentes da polícia infiltrados virtuais na internet para crimes de organizações criminosas (inserção dos arts. 10-A a 10-D e 11 na lei das organizações criminosas).
- i) Criação de órgãos para recebimento de informações por parte de informantes, além de mecanismos de proteção e estímulo aos informantes (como indenização em dobro por danos morais e recompensas de até 5% dos valores recuperados de crimes contra administração pública).

### *3.3.1 As principais inovações da lei “anticrime” na colaboração premiada*

Em alguns dos seus novos dispositivos a lei 13.964/2019 “anticrime” introduziu na lei do crime organizado (Lei 12.850/2013) uma regulação legal de práticas e entendimentos já solidados pela jurisprudência e doutrina. Como exemplo podemos citar o Art. 3-A, que trata a colaboração como um negócio jurídico



processual, meio de obtenção de prova, a pressupor utilidade e interesses públicos (categorias já generalizadas no estudo da colaboração).

Na nova lei, para a celebração do acordo de colaboração é necessário que haja fundamentação pela autoridade pública quando houver a rejeição da proposta de acordo de colaboração, bem como a expressa vedação à utilização das informações fornecidas pelo proponente quando não celebrado o acordo por iniciativa da autoridade pública.

Art. 3º-B, § 1º A proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado. (...) § 6º Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade”.

No que se refere às sanções premiaias, foram preservados os prêmios já aplicados originariamente, porém agora passou-se a restringir a aplicação da imunidade processual que é a “não denúncia” ao caso de colaboração sobre fato desconhecido previamente pelo Ministério Público .Essa restrição só se aplica aos casos futuros.

"Art. 4º, § 4º Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se à infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador:

- Não for o líder da organização criminosa;
- For o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 4º-A. Considera-se existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador”.

Ainda se falando das sanções premiaias, agora, além do que já era exigido (Exame de regularidade, legalidade e voluntariedade), exige-se nos termos da nova



lei, o exame da “adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos parágrafos 4º e 5º do artigo 4º da Lei do crime organizado.

"Artigo 4º, § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: (...) II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo;"

Essa exigência não se fazia presente na versão anterior da Lei do Crime Organizado, prevalecendo no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que seria legítima a pactuação de sanções premiais extralegais, desde que não fossem mais prejudiciais ao colaborador do que as previstas em lei.

É pertinente a referência à divergência manifestada pelo ministro Gilmar Mendes, ao defender a necessidade de respeito ao rol legal de sanções premiais, mesmo que o resultado não seja favorável ao investigado/acusado: “[...] o princípio da legalidade também é importante in malam partem. Em nosso sistema, a ação penal pública é obrigatória e indisponível. O Ministério Público não pode escolher quem vai acusar, ou desistir de ações em andamento. As hipóteses de perdão e de redução da pena são legalmente previstas. O juiz não pode absolver ou relevar penas de forma discricionária.” (STF, Pet

7.074 QO, relator: ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 29 de junho de 2017, acórdão eletrônico DJe-085 divulgado em 2 de maio de 2018 e publicado em 3 de maio de 2018).

Sendo assim, notamos que não existe mais espaço para sanções extralegais nos acordos de colaboração premiada. Visto que o comando legal exige do magistrado, no juízo, de homologação, que verifique a adequação dos “benefícios” pactuados com aqueles estabelecidos no rol legal, lembrando que a nulidade das



cláusulas que violem os critérios legais de cumprimento de pena, quando a sanção premial importar em privação de liberdade.

Nessa nova lei trouxeram a impossibilidade de que seja recebida a denúncia com base exclusivamente nas declarações do colaborador. Esse entendimento antes causava uma divergência na suprema corte, onde parte dos ministros admitiam o recebimento da denúncia fundada exclusivamente nas declarações do colaborador e outra parte não.

Recentemente houve um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre o julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus 157.627, oportunidade na qual se afirmou o direito do delatado de apresentar memoriais escritos depois de apresentados os memoriais pelo colaborador. Com o pacote anticrime passa a assegurar esse direito de pronunciamento posterior do delatado em relação a todas as fases do processo.

"Art. 4º, § 10-A Em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou".

Podemos destacar também os parágrafos 17 e 18, inseridos pela nova lei no artigo 4º da Lei do Crime Organizado, que expressamente disciplinam a possibilidade de que o acordo homologado seja rescindido em caso de omissão dolosa pelo agente colaborador e a exigência de que o colaborador cesse seu envolvimento com a prática criminosa relacionada com o objeto do acordo.

"Art. 4º, § 17. O acordo homologado poderá ser rescindido em caso de omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração.

§ 18. O acordo de colaboração premiada pressupõe que o colaborador cesse o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração, sob pena de rescisão".

### *3.3.2 Lacunas ainda existentes no acordo de colaboração premiada*

Primeiramente podemos citar que a Lei do Crime Organizado, mesmo com a reforma, ainda se mostra tímida em relação à possibilidade de rescisão do acordo de



colaboração premiada. Porém, em caso de descumprimento pelo agente colaborador, sempre que possível for, deve-se conferir preferência à revisão do acordo, normalmente com o redimensionamento das sanções premiaias. Sendo assim, preserva-se o interesse público no resultado da colaboração, permanecendo o agente a colaborar com a atividade persecutória estatal.

A legislação deveria estabelecer critérios dos quais decorra a possibilidade de rescisão e revisão do acordo, e qual deve ser o resultado de um segundo descumprimento do acordo já objeto de revisão, como se fosse uma reincidência. Com a nova lei apenas se encontra à possibilidade expressa à possibilidade de rescisão no caso de omissão dolosa e de continuar o colaborador praticar os atos ilícitos relacionados com a colaboração. Seria interessante, buscando a segurança jurídica, aprofundar as hipóteses/critérios para os atos destacados.

Em geral o acordo de colaboração premiada é de prestação futura, porém em certos casos é indefinido na sua totalidade, pois não tem como estabelece todo o conteúdo a ser produzido, o que se vai delimitar com precisão no decorrer da instrução. Diante do exposto é preciso que se compreenda que nem todo fato desaprovado pela autoridade celebrante deve importar em rescisão ou mesmo em revisão do acordo. Deve-se demonstrar a má-fé do colaborador, o dolo na conduta incompatível com a postura de colaboração. Para isso, é indispensável a instrução processual, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório. Porém mesmo com a nova lei não se dispõe de balizas legais para se avaliar a existência de descumprimento do acordo pelo colaborador, a maior ou menor gravidade do descumprimento e se tal descumprimento deve importar em rescisão do acordo ou em sua revisão. Essa temática é objeto de exame pelo ministro Edson Fachin, no Inquérito 4.483, ainda pendente de decisão.

A Lei do Crime Organizado, em seu artigo 4º, parágrafo 6º, estabelece que “as partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu



desfavor.” Ou seja, entende-se que ambas as partes podem se retratar e que as provas produzidas até então apenas não poderão ser utilizadas contra o colaborador. Porém, é inconcebível que possa o Ministério Público ou a polícia se retratar da proposta de acordo e, ainda assim, utilizar as provas fornecidas pelo colaborador contra terceiros delatados. A lei nova parece ter se atentado para isso, expressamente proibindo a utilização das informações e provas fornecidas pelo colaborador se o acordo não for celebrado por iniciativa da autoridade pública.

"Art. 3-B, § 6º Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade".

Entretanto, não se revogou o parágrafo 6º do artigo 4º o que parece ser necessário.

Acho que mesmo em caso de retratação pelo agente colaborador, não se deveria admitir a utilização das provas por ele fornecidas contra terceiros. Até a assinatura do acordo, todas as informações e os documentos fornecidos pelo colaborador o são exclusivamente para fins de negociação. Se o colaborador fornece informações e documentos de boa-fé, mas, ao final, não se convence da utilidade da celebração do acordo, não pode a atividade de negociação exercer efeitos incriminatórios contra terceiros. É por meio do acordo e não da negociação que a autoridade adquire legitimamente o material probatório. Além disso, se a retratação por parte do Ministério Público é plenamente possível e não deve produzir qualquer efeito, da mesma forma deve se entender a retratação do colaborador.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir dos estudos realizados na confecção do presente trabalho podemos entender e compreender que existem diversos pontos polêmicos na utilização do instituto da delação premiada, em contrapartida, essa ferramenta jurídica possibilita a eficácia na solução de investigações, em casos de grave crueldade contra a vida e o



bem-estar social, que não seriam solucionados se esse instituto não estivesse presente no ordenamento jurídico brasileiro.

É exclusividade da raça humana o estabelecimento de relações baseadas na confiança, até o fortalecimento de um vínculo entre as pessoas pressupõe do crescimento da lealdade de uns para com os outros. Do contrário, penso toda a estrutura social estaria em iminência de ruptura, já que a sua manutenção por medo e interesses pessoais manteria vínculos frágeis e insuficientes para uma sociedade harmônica e coesa. Diante das análises de diversos aspectos da prática de delação premiada, sendo possível perceber o porquê de não ter esperança na pacificação breve do tema, em virtude dos paradigmas e valores da sociedade atual. Quando estão presentes, no cerne dos nossos princípios, a lealdade e o amor ao próximo, estimular a prática da traição, ofertando ao delator os benefícios da impunidade, por ato que foi praticado em conjunto, é uma incongruência moral.

No entanto, a incontestável utilidade do instituto no combate ao crime, principalmente, o organizado, cria a um paradoxo. Diante das constatações feitas, a partir da análise jurisprudencial e doutrinária, não há possibilidade de negar a aplicabilidade do instituto, como também a sua eficácia. Diversas investigações ficariam inconclusivas, se a delação premiada não tivesse sido implementada no ordenamento jurídico nacional, quando produziu prova complementar a construção da verdade perseguida.

Dentro dessa ponderação crítica, se deve pesar o argumento basilar da questão, a voluntariedade do agente. Conforme discorrido nesse trabalho, o artigo 4º da Lei 12.850 de 2013, estabelece requisitos claros para concessão de prêmio, deixando o colaborador obrigado a aceitar os seus termos. Outrossim, o juiz apenas homologará o acordo quando perceber que existe legitimidade da voluntariedade do agente.

Então, se o agente toma a decisão com liberdade, não está sendo forçado a adotar iniciativa que vai contra a sua moral, pelo contrário, se esse indivíduo



presentir imoralidade nessa atitude, poderá rejeitar a proposta de receber o benefício em troca de suas informações.

Outro aspecto a ser observado é que a crítica sobre o ferimento ético que a colaboração premiada culmina, não se aplica a todas as formas desse instituto. Pois, aquele agente que não fizer declarações que delatam a atividade criminosa de seus comparsas, mas prestar informações que cooperem para recuperação total ou parcial de produto do crime ou para preservar a integridade física da vítima, também poderá receber os benefícios em função da sua colaboração.

Se observarmos o previsto no artigo 15 do Código Penal, a figura do arrependimento eficaz e da desistência voluntária, ou até mesmo o arrependimento posterior, previsto no artigo 16 do mesmo código, conseguiremos perceber que eles transmitem a real intenção do legislador, de promover o sentimento de arrependimento no agente criminoso, estimulando o mesmo a adotar uma conduta de remorso e redenção para com os crimes praticados.

Com a nova lei algumas lacunas referentes ao acordo de colaboração premiada foram preenchidas, porém, não podemos negar e ignorar que algumas ainda permanecem. A falta de normatividade a disciplinar de maneira completa o acordo de colaboração premiada é prejudicial ao sistema de Justiça, à sociedade e à própria higidez do instituto da colaboração, pois permite a celebração indiscriminada de acordos, com cláusulas oriundas exclusivamente da criatividade da autoridade celebrante, a dar origem a processos contra agentes delatados sem o necessário substrato probatório, além daquilo mencionado pelo colaborador (muito presente na operação lava jato). Com a nova lei, o legislador brasileiro perdeu a chance de promover uma profunda reforma no instituto da colaboração premiada, o que se espera que venha a ocorrer o quanto antes.

Por último, o sistema de colaboração premiada é fruto da inovação jurídica, frente aos desafios que o crime organizado impõe ao Estado brasileiro e a sociedade. Uma vez que esses grupos causam danos sociais de elevado impacto, são altamente





expansíveis, incontroláveis e possuem uma rede social de ligações corruptas e ocultas na política e na economia. Tornando imperioso que o Estado estabeleça ferramentas para justiça, de igual poder, para combatê- los, em favor do coletivo e do bem público.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### OBRAS ACADÊMICAS

ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo., (1999) Da prova no processo penal. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva.

ALIGHIERI, Dante., (1999) A Divina Comédia em forma de narrativa. Rio de Janeiro: Editora Ediouro.

AVENA, Norberto., (2009) Processo penal esquematizado. São Paulo: Editora Método

BITENCOURT, Cezar Roberto., (2011) Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1 – 16ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. Colaboração Premiada: lições práticas e teóricas. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CAPEZ, Fernando., (2011) Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva.

CARVALHO, Natália Oliveira de., (2009) A delação premiada no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de. (2005) Delação premiada. Revista Jurídica Consulex, Brasília, v. 9, n. 208.

COSTA, Paulo José Junior. Comentários ao Código Penal. Parte geral. São Paulo: Saraiva. 1989.

COSTA, Marcos Dangeloda., (2020) Delação Premiada. < Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,delacao-premiada,22109.html> >. Acesso em: 14/05/2020.



COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. (2006) Acordos de delação premiada e o conteúdo mínimo ético do estado. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 54, n. 344, p. 91-99.

DURKHEIM, Émile., (2012). Da divisão do trabalho social. (Trad. Eduardo Brandão) São Paulo: Editora Martins Fontes.

FERNANDES, Antônio Scarance., (2007) Processo penal constitucional. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. De Jure, Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, Subseção II – Direito Processual Penal 1. Artigos1.1 – ADelação Premiada. Disponível em <[https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/201/dela%C3%A7ao%20premiada\\_Fonseca.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/201/dela%C3%A7ao%20premiada_Fonseca.pdf?sequence=1)>. Acesso em 14/05/2020.

FRANCO, Alberto Silva., (1992) Crimes Hediondos. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GESU, Cristina Di., (2010) Prova penal & falsas memórias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul., (1997) Crime Organizado: enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GUIDI, José Alexandre Marson., (2006) Delação Premiada no Combate ao Crime Organizado. São Paulo: Editora Lemos de Oliveira.

HASSEMER, Winfried., (1994) Segurança pública no estado de direito. Tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 5, jan./mar.

JESUS, Damásio de. O estágio atual da delação premiada no direito brasileiro. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/7551/estagio-atual-da-delacao-premiada-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 14/05/2020.

LEAL, Magnólia Moreira. A delação premiada: um questionável meio de provas frente aos princípios e garantias constitucionais. Disponível em: < [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=7663](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7663)>. Acesso em 14/05/2020.

MARCÃO, Renato., (2005) Delação premiada. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, n. 7, p. 103-107, ago./set.



MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N., (2019) Manual de Direito Penal. Parte Geral, 28ª Edição Revista e Atualizada. São Paulo: Editora Atlas.

MORAES, Alexandre de., (1999) Direitos humanos fundamentais e Constituição de 1988. In: Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Editora Atlas.

NUCCI, Guilherme de Souza., (2010) Leis penais e processuais penais comentadas. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NUCCI, Guilherme de Souza., (2007) Código Penal Comentado. 7. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NUNES, Luiz A. R., (2002) O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Editora Saraiva.

PACELLI, Eugenio. Atualização do Curso de Processo Penal - Comentários ao CPP – Lei 12.850/13. Disponível em: < <http://eugeniopacelli.com.br/artigos/> >. Acesso em: 14/05/2020.

PRADO, Luis Regis., (2008) Curso de direito penal. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais.

QUEIJO, Maria Elizabeth., (2003) O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Editora Saraiva.

ROMEIRO, Jorge Alberto., (1978) Elementos de direito penal e processo penal. São Paulo: Editora Saraiva.

SAÉNZ, Jose Montoya., (1998) Introducion a algunos problemas de la historia de la ética. Universidade de Valencia, Espanha: manuscrito.

SANTOS, Helder Silva. A delação premiada e sua (in)compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/10244/a-delacao-premiada-e-sua-in-compatibilidatedecom-o-ordenamento-juridico-patrio/2> >. Acesso em: 14/05/2020.

SILVA, Eduardo Araújo da., (2003) Crime organizado: procedimento probatório. São Paulo: Editora Atlas.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa., (1995) Processo penal. São Paulo: Editora Saraiva.



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

WEBER, MAX em II Lavoro Intelletuale come Professione, Torino, 1948, apud Dicionário de Política (Bobbio, Matteucci e Pasquino). Brasília, UNB, 1986

## **JURISPRUDÊNCIA**

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)> Acesso em: 20 de agosto de 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 25 de outubro de 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em 26 de agosto de 2019.

BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, Lei de crimes contra o sistema financeiro. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm)> Acesso em 26 de setembro de 2019.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária e Econômica. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm)> Acesso em 26 de setembro de 2019.

BRASIL. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm)> Acesso em 29 de outubro de 2019.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, Lei de Lavagem de Capitais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm)> Acesso em 29 de outubro de 2019.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, Lei de Drogas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)> Acesso em 04 de novembro de 2019.



BRASIL. Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, Acordo de Leniência.  
Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L10149.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10149.htm)> Acesso em 04 de novembro de 2019.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, Lei da Organização Criminosa.  
Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)> Acesso em 14 de outubro de 2019.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, Lei do pacote anticrime  
Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)> Acesso em 04 de junho de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código do Processo Penal.  
Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm) >  
Acesso em 14 de setembro de 2019



# AS PRISÕES CAUTELARES SOB A ÓTICA DO GARANTISMO PENAL

Ludmilla de Melo Silva

## RESUMO

Trata-se de uma análise das prisões cautelares previstas no ordenamento jurídico brasileiro segundo o modelo teórico do garantismo penal. Desta feita, é importante apresentar os seus conceitos, com base na legislação e na doutrina, discutindo suas particularidades e aplicações. A partir dessas definições, foi abordada a teoria desenvolvida pelo italiano Luigi Ferrajoli como base no seu livro “Direito e Razão”. Trata-se de uma obra que apresenta os principais aspectos desta teoria, principalmente por ressaltar que a pretensão punitiva do Estado deve ser limitada afim de proteger os direitos e liberdades constitucionais do indivíduo. A emprego dessa teoria, no presente trabalho, se justifica por apresentar um arcabouço teórico que fornecerá fundamento para desenvolver uma reflexão sobre a utilização das prisões cautelares pelo Estado brasileiro. Os quatro pontos principais para reflexão são: o impacto no sistema carcerário, o impacto na vida do acusado, o tempo de prisão e o tempo de duração processual. Foram escolhidos por demonstrarem o conflito com as garantias e direitos dos indivíduos.

**Palavras-chave:** Prisão preventiva. Prisão em flagrante. Prisão temporária. Garantismo Penal.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito penal brasileiro não tem a previsão de um procedimento cautelar apartado, mas isso não quer dizer que não existam meios para garantir o exercício da jurisdição pelo Estado na esfera penal. Para isto, independente do momento processual, utilizam-se as prisões e medidas cautelares.

O trabalho tem por aporte teórico o garantismo penal detalhado na obra “Direito e Razão: teoria do garantismo penal” de Luigi Ferrajoli especificamente quanto às medidas cautelares e seus fundamentos para, assim, analisar a legislação e a doutrina brasileiras no que se refere ao presente tema.



No primeiro capítulo será elencado as possibilidades de prisões cautelares previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Não existe possibilidade de aplicar uma medida que não tenha previsão legal. O princípio da legalidade no direito penal caracterizado pela expressão em latim *nullum crimen, nulla poena sine lege*, nas palavras de Toledo (1994, p.21), nada mais é do que “a elaboração das normas incriminadoras e das respectivas sanções constitui matéria reservada ou função exclusiva da lei”.

Entretanto, Aury Lopes Junior(2017, p.15) aborda que “são feitas leis penais sem um estudo dos seus possíveis reflexos a curto, médio e longo prazos. Tampouco se faz um acompanhamento da implantação com a respectiva correção de rumos.” Não há uma evolução do direito penal para acompanhar a evolução da sociedade e criar mecanismos que atendam a expectativa da população e ao mesmo tempo permita que o acusado tenha seus direitos e garantias respeitados.

As diversas medidas cautelares representam hoje um impacto na população carcerária. Por isso se faz necessário apresentar os seus conceitos, aplicações e peculiaridades. Para Bitencourt (2017), a pena privativa de liberdade atingiu seu ápice na segunda metade do século XIX, causando assim um questionamento que a finalidade da prisão não era alcançada, pois em vez de recuperar o delituoso, estimulava a reincidência.

Conforme será abordado, as aplicações das medidas cautelares podem representar uma proteção da sociedade ou uma garantia do regular tramite processual, haja vista a própria previsão da lei, como podemos observar no art. 312, do Código de Processo Penal, que prevê a prisão preventiva para “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”.

Nesses casos, o juiz deverá sempre utilizar a melhor medida no caso concreto. Ele deverá escolher a melhor medida cautelar para atender determinada finalidade. A intenção do presente trabalho, é trazer essas prisões cautelares



conforme a previsão legal e realizar uma discussão, com base na doutrina, das suas particularidades e aplicações.

Será analisado o poder punitivo do Estado através desses instrumentos que visam a garantir uma efetividade jurisdicional e se justificam por assegurar a finalidade do processo penal.

No segundo capítulo, o garantismo penal, a teoria desenvolvida pelo italiano Luigi Ferrajoli será apresentada tendo como base o seu livro “Direito e Razão”. Trata-se de uma obra que apresenta os principais aspectos desta teoria, principalmente por abordar que a pretensão punitiva do Estado deve ser limitada afim de proteger os direitos e liberdades constitucionais do indivíduo.

A teoria do italiano se amolda nas orientações constitucionais vigentes, uma vez que nossa Constituição traz princípios básicos do direito penal tal como o direito previsto no art. 5, inciso LIV que estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Alguns dos aspectos trazido nessa obra serão utilizados para embasar as questões trazidas no capítulo três deste trabalho. É importante ressaltar que a obra apresenta uma série de questionamentos sobre a legislação penal visando a analisar a validade da norma em confronto com a garantias fundamentais dos indivíduos.

A utilização dessa teoria, no presente trabalho, se justifica por apresentar um arcabouço teórico que fornecerá embasamento para desenvolver uma reflexão sobre a utilização das prisões cautelares para dar efetividade na função punitiva do Estado.

Ferrajoli aborda em seu livro questionamentos sobre a real necessidade de privar um indivíduo de sua liberdade, seja para evitar a sua fuga ou para evitar que provas do delito sejam destruídas. Alguns dos aspectos apresentados por ele são de suma importância para demonstrar que privação de liberdade pode não ser a medida mais razoável para garantir a ordem.





O debate permeia sobre aspectos individuais, tais, por exemplo, como o direito de um processo de investigação realizado dentro de um tempo razoável e a possibilidade do acusado ser capaz de produzir provas e se defender sem embaraço. No quesito coletivo, o autor traz considerações sobre a efetividade das penas privativas de liberdade em detrimento do delito cometido e qual seria a real intenção em utilizar um instrumento como as prisões provisórias para garantir a eficácia do processo.

Por fim, no último capítulo, será abordado pontos de conflito entre a decretação das medidas cautelares e as garantias previstas na teoria garantista. Foram escolhidos quatro pontos principais: impacto no sistema carcerário, impacto na vida do acusado, tempo de prisão e tempo de duração processual.

Neste ponto, será apresentado autores que se vinculam a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli para embasar a análise das medidas cautelares no sistema penal brasileiro. Woltmann e Souto (2009) abordam que o sistema penitenciário está falido, que as instituições carcerárias são precárias e as condições subumanas na qual vivem os presos definitivos. E esta é mesma realidade daqueles que ainda não tiveram uma condenação definitiva, os alvos das medidas cautelares.

Por isso, a teoria do garantismo penal tem um papel importante para contrabalancear um desejo punitivo daqueles que tratam a mitigação de garantias fundamentais como algo necessário para atingir a segurança pública e a defesa social.

O trabalho não tem o intuito de encerrar o debate ou formular uma verdade sobre o tema, apenas apresentar considerações, as quais possuem o escopo de chamar atenção para a forma que as medidas cautelares impactam na sociedade e é um aspecto relevante no direito processual penal.

## **2 MEDIDAS CAUTELARES**

O artigo 5º da Constituição Federal em seu inciso LVII, prevê que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.



BRASIL, 1988) Desta forma, considerando o princípio da presunção da inocência, a pretensão punitiva do Estado está condicionada ao devido processo legal.

O artigo 283 do CPP estabelece que:

“ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.” (BRASIL, 1941)

Se faz necessário a utilização de instrumentos que garantam a efetiva prestação jurisdicional. Segundo Aury Lopes Júnior(2017, p. 24) “as medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de punir”. Cabe observar, que a preocupação aqui não é punir o indivíduo e sim resguardar o processo para que ele tenha a devida efetividade.

Lima (2019, p. 859) argumenta que a tutela jurisdicional cautelar é desempenhada por uma série de medidas previstas no Código de Processo Penal e na legislação especial. Desta forma, não há a possibilidade de extrapolar a previsão legal para aplicar uma medida cautelar. O objeto das medidas cautelares é a tutela do processo, ou seja, representa uma coerção do Estado para assegurar a finalidade do processo.

Para a aplicação das medidas cautelares devem-se observar a previsão legal e seus requisitos no caso concreto. Neste ponto, a teoria do garantismo mostra a sua influência, conforme Souza, Paródia, Boechat e Pereira (2016, p. 717) “o garantismo inicia-se através do princípio da legalidade”. Por não ser uma antecipação da pena, sua aplicação deve observar a existência de um delito, bem como indícios suficientes de autoria.

Lopes Júnior (2019, p. 583) faz uma diferenciação das medidas cautelares do processo cível e do processo penal:



não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.”

Esse aspecto é importante tendo em vista que a pretensão punitiva do Estado não está vinculada ao tempo da resposta jurisdicional ao crime cometido, mas sim a possibilitar que essa resposta não seja afetada pela conduta do imputado no decorrer do processo, como por exemplo a dilapidação do patrimônio, a alteração de provas ou até mesmo a fuga do imputado.

Diante desses aspectos, vale ressaltar que as medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal eram restritas a prisão cautelar ou a liberdade provisória. Porém com a promulgação da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, o rol de medidas cautelares foi ampliado (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 585).

Assim, estão previstas nos artigos 319 e 320 do Código Processual Penal as medidas cautelares:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

- comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

- proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

- proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

- proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).



- recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

- suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; .....(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

- internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

- fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

- monitoração eletrônica.(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º (Revogado).(Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º (Revogado).(Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º (Revogado).(Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, 1941)

Essas medidas cautelares podem ser impostas independente da decretação da prisão cautelar. Elas são autônomas, sendo inclusive utilizadas em conjunto com a prisão. O juiz deverá utilizar um juízo de ponderação para, no caso concreto, estabelecer uma medida cautelar ou uma prisão cautelar. Não é razoável que ao final do processo o acusado seja condenado a uma pena restritiva de direitos e como decisão cautelar ele tenha sido privado da sua liberdade. (RANGEL, 2018, p. 1346/1347)



Embora representem uma evolução no direito processual brasileiro, as medidas cautelares não serão objeto de discussão. O foco do presente trabalho é as prisões que fazem parte do título IX do Código de Processo Penal juntamente com as medidas cautelares.

## 2.1 Prisão em flagrante

### 2.1.1 Conceito

A prisão em flagrante é uma medida que visa proteger a sociedade, materializada na privação de liberdade do indivíduo sem a necessidade de autorização judicial. Sua previsão legal está no art. 302 do CPP, in verbis:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal;

– acaba de cometê-la;

– é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.(BRASIL, 1941)

Nas palavras de Renato Brasileiro Lima (2019, p. 953) “o flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo”, portanto, trata-se de restrição da liberdade de natureza cautelar e caráter administrativo, considerando que não é determinada por juiz. Ressalta-se só é possível realizar uma prisão em flagrante se estiverem identificados indícios de autoria e materialidade.

A prisão em flagrante, conforme Pereira e Lemes (2018, p. 165), facilita o cumprimento do dever estatal, uma vez que evita que o crime tenha consequências subsequentes, bem como impede a fuga do acusado.

Portanto, a prisão em flagrante se dá quando o acusado é surpreendido no andamento da prática do delito. Para Aury Lopes Júnior (2019, p. 600) “essa certeza



visual da prática do crime gera a obrigação para os órgãos públicos, e a faculdade para os particulares, de evitar a continuidade da ação delitiva, podendo, para tanto, deter o autor”.

Logo a prisão em flagrante não fica restrita a autoridade policial, já que o a própria previsão do art. 301, do CPP, fala em “qualquer do povo poderá” prender quem tiver nas situações previstas no art. 302, do CPP.

### 2.1.2 Finalidade

A prisão em flagrante tem como missão atraparalhar, adiar ou evitar o ato criminoso, resguardando toda a população e restaurando a ordem pública. Para Rangel (2018, p. 816) são fundamentos para a prisão em flagrante:

evitar a fuga do autor do fato; resguardar a sociedade, dando-lhe confiança na lei; servir de exemplo para aqueles que desafiam a ordem jurídica e acautelar as provas que, eventualmente, serão colhidas no curso do inquérito policial ou na instrução criminal, quer quanto à materialidade, quer quanto à autoria.

Lembrando que a vida do criminoso é importante, logo, quando ele é preso, procura-se protegê-lo da reação popular pelo seu delito.

Aury Lopes Júnior (2019, p. 603) ressalta que a “restrição da liberdade a título de prisão em flagrante não pode superar as 24h (prazo máximo para que o auto de prisão em flagrante seja enviado para o juiz competente, nos termos do art. 306, § 1º, do CPP)”. Justamente por ser uma medida precária, de mera detenção, que não visa a garantir o resultado final do processo, pode ser realizado por um particular ou pela autoridade policial.

Conforme a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, a prisão em flagrante também tem como finalidade a prisão do investigado para possibilitar a captação de prova, procurando sempre demonstrar vantagens no tocante à apuração dos fatos. Outro objetivo da prisão em flagrante é evitar que o delito de fato ocorra



(quando for possível chegar durante a sua concretização), defendendo a vítima e evitar que o acusado possa evadir do local do crime. (MARCÃO, 2012, p. 57/58)

Nas palavras de Aury Lopes Júnior (2017, p. 52):

A prisão em flagrante é uma medida precautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24 horas, nas quais cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.

No tocante à natureza jurídica da prisão em flagrante, existe muita discussão, mas boa parte dos doutrinadores defende que se trata de uma prisão de medida cautelar. (SÁ e SOUZA FILHO, 2018, p. 6).

### *2.1.3 Pressupostos*

A prisão em flagrante se dá quando alguns aspetos estão presentes. Para Aury Lopes Junior (2019, p. 605):

Exige-se a conjugação de 3 fatores: 1. perseguição (requisito de atividade); 2. logo após (requisito temporal); 3. situação que faça presumir a autoria (elemento circunstancial). O conceito de perseguição pode ser extraído do art. 290 do CPP, especialmente das alíneas “a” e “b” do parágrafo primeiro.

O artigo 303 do Código de Processo Penal estabelece a permanência no ato criminoso como aspecto importante para caracterizar o flagrante. Infração permanente é aquela cuja consumação se prorroga no tempo, como, por exemplo, a posse de drogas. (TOLEDO, 1994, p. 147)

Nos casos de crime permanente, o flagrante pode ser realizado a todo tempo e em qualquer ambiente, inclusive dentro da própria casa. Isto é, a autoridade policial pode entrar na casa alheia, mesmo à noite, sem mandado e sem aquiescência do morador. (MARCÃO, 2012, p. 88)



Cabe ressaltar que não é possível realizar prisão em flagrante nos crimes habituais, uma vez que a ação considerada isoladamente não constitui delito, pois apenas passar a existir quando acontece a reiteração. Portanto o flagrante apenas retrataria o fato isolado que, em regra, é considerado fato atípico. Embora essa posição não seja unânime na doutrina, pois existem aqueles que comprovando a reiteração da conduta agente seria cabível o flagrante. (LIMA, 2019, p. 966).

Outro pressuposto é o *periculum in mora*, característica comum das medidas cautelares. Nesta situação, conforme Nucci (2019, p. 784), ele é presumido quando referir-se de infração penal em pleno desenvolvimento, já que visa proteger a ordem pública e impedir a lei seja contrariada. Ficará a critério do juiz após a concretização do auto de prisão em flagrante, deliberar, efetivamente, se o *periculum* existe, consentindo, ou não, que o acusado permaneça em liberdade. Aury Lopes Junior (2019, p. 620) pontua:

mesmo que se tenha uma situação de perigo a ser cautelarmente tutelado, é imprescindível que o juiz o analise à luz dos princípios da necessidade, excepcionalidade e proporcionalidade, anteriormente explicados, se não existe medida cautelar diversa, que aplicada de forma isolada ou cumulativa, se revele adequada e suficiente para tutelar a situação de perigo.

Essa análise deve ser realizada pelo magistrado em 24 horas conforme previsão do art. 306, § 1º, do CPP.

#### 2.1.4 Modalidades

Conforme estabelecido nos incisos I a IV do artigo 302, do CPP, podemos identificar as seguintes espécies: flagrante próprio, impróprio e presumido. Todavia, a doutrina e a jurisprudência também construíram algumas modalidades que merecem atenção. Neste tocante, falaremos acerca de flagrante: provocado ou preparado, compulsório ou obrigatório, facultativo, esperado, forjado e retardado.





O inciso I do art. 302, CPP, traz a hipótese denominada como flagrante próprio. Guilherme Nucci (2019, p. 787) define que o flagrante próprio ocorre quando o “agente está em pleno desenvolvimento dos atos executórios da infração penal”. E apenas pela intervenção de alguém, impede-se a continuidade da execução, transformando, muitas vezes, em tentativa.

Ainda é visto como flagrante próprio aquele previsto no inciso II do artigo 302, do CPP, o qual aduz que é considerado em flagrante delito aquele que acabou de realizá-lo. (RANGEL, 2018, p. 799)

O flagrante impróprio está previsto no inciso III, artigo 302, do CPP, que descreve ocorre quando o agente: “é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”. Aqui, o principal o debate está na caracterização do termo “logo após”, que determina o início da perseguição.

Para Renato Brasileiro Lima (2019, p. 959) define-se da seguinte forma: “por logo após compreende-se o lapso temporal que permeia entre o acionamento da autoridade policial, seu comparecimento ao local e colheita de elementos necessários para que dê início à perseguição do autor”. Para Aury Lopes Júnior (2017, p. 57) “logo após é um pequeno intervalo, um lapso exíguo entre a prática do crime e o início da perseguição”.

O dispositivo legal exige que a perseguição inicie logo após o fato, ainda que dure por muitas horas após o início da execução dos atos criminosos.

No flagrante presumido, previsto pelo inciso IV do artigo 302, CPP, o sujeito é achado, logo depois, com utensílios, armas, elementos ou papéis que façam pressupor ser ele o autor da infração. Diversamente do que acontece no impróprio, não existe perseguição, apenas o encontro desse sujeito. Guilherme Nucci (2019, p. 769) elucida:

É o que comumente ocorre nos crimes patrimoniais, quando a vítima comunica à polícia a ocorrência de um roubo e a viatura



sai pelas ruas do bairro à procura do carro subtraído, por exemplo. Visualiza o autor do crime algumas horas depois, em poder do veículo, dando-lhe voz de prisão.

O flagrante preparado é um tipo construído pela doutrina e pela jurisprudência. Ele se forma na situação onde o indivíduo é induzido ou instigado a realizar o delito, e, nesta ocasião, acaba sendo preso em flagrante. (MARCÃO, 2012, p. 77) Nesse caso, se faz necessário se atentar para a Súmula n. 145 do Supremo Tribunal Federal que estabelece que “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

O exemplo mais empregado para elucidar essa espécie de flagrante é a utilizada por Reis e Gonçalves. Trata-se de uma situação em que policiais avisados da possibilidade de um sujeito ser assaltante de bancos, infiltra um agente para se aproximar o sujeito. Depois de algum tempo, o policial disfarçado conta ao sujeito que é assaltante e o propõe a praticar o delito. Assim se dirigem a uma agência bancária e anunciam o roubo. Contudo, já existem policiais à paisana no local que evitam a consumação do fato e realizam a prisão do sujeito. (REIS e GONÇALVES, 2019, p. 407)

O flagrante facultativo é o previsto no artigo 301 do Código de Processo Penal, o qual autoriza a qualquer cidadão prender quem esteja em flagrante delito. (RANGEL, 2018, p. 794) O dispositivo utiliza o termo “poderá” quando trata de prisão efetuada pelo cidadão, ou seja, permite que ele o faça em determinada situação. Porém, quando se trata das autoridades policiais, o termo utilizado é “deverão”, sendo, portanto, uma obrigação, algo mandamental quando se trata de tais autoridades.

A modalidade de flagrante esperado não possui previsão expressa na legislação, e nas palavras de Aury Lopes Junior (2017, p. 64/65) “exige muito cuidado e tem sua legalidade ou ilegalidade aferida no caso concreto, pois, dependendo da situação, estaremos diante de um crime impossível”.

O flagrante esperado ocorre quando a polícia, seja através de atividade investigativa ou denúncia, acredita que um crime ocorrerá em determinado lugar e



realiza a “campana”, mas sem interferir com qualquer agente provocador. No momento em que observa a prática do delito, o policial interfere e realiza a prisão em flagrante. (LIMA, 2019, p. 962)

O flagrante forjado, como se depreende do próprio nome e nas palavras de Pacelli (2019, p. 543) ocorre:

diante de suposta criminalidade habitual, quando os agentes policiais plantam, isto é, forjam, a prova de um crime atual para incriminar determinada pessoa. Evidentemente, a única consequência jurídica que se pode extrair de semelhante manobra é a punição de seus idealizadores e executores, por manifesta violação do direito.

Por fim, o flagrante retardado é, conforme definição dada por Guilherme Nucci (2019, p. 773), “a possibilidade que a polícia possui de retardar a realização da prisão em flagrante, para obter maiores dados e informações a respeito do funcionamento, dos componentes e da atuação de uma organização criminoso”. Assim, ele se dá em um momento mais conveniente para investigação.

## **2.2 Prisão preventiva**

### *2.2.1 Conceito*

A prisão preventiva é uma das modalidades de prisão provisória, não representa pena estabelecida em decisão condenatória transitada em julgado, motivada pela necessidade assecuratória da ordem pública, da regularidade e do resultado do processo penal e/ou da aplicação da lei penal. (LOPES JUNIOR, 2019, p. 631/632)

Segundo Mirabete (2019, p.681) a prisão preventiva é a “decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal, diante da existência dos pressupostos legais, para assegurar os interesses sociais de segurança”.

Renato Brasileiro Lima (2019, p. 984) aponta os seguintes motivos para não confundir a prisão temporária com a prisão preventiva:



a prisão temporária só pode ser decretada durante a fase pré-processual (Lei nº 7.960/89, art. 1º, incisos I, II e III); a prisão preventiva pode ser decretada tanto durante a fase de investigação policial quanto durante o processo (CPP, art. 311); b) a prisão temporária não pode ser decretada de ofício (Lei nº 7.960/89, art. 2º); durante a instrução processual, é cabível a decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado (CPP, art. 311); c) a prisão temporária só é cabível em relação a um rol taxativo de delitos, listados no art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89, e no art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos e equiparados); não há um rol taxativo de delitos em relação aos quais seja cabível a decretação da prisão preventiva, bastando, para tanto, o preenchimento dos pressupostos constantes do art. 313 do CPP; d) a prisão temporária possui prazo pré-determinado: 5 (cinco) dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (Lei nº 7.960/89, art. 2º); 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, em se tratando de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 4º), findo o qual o preso será colocado imediatamente em liberdade, independentemente da expedição de alvará de soltura pelo juiz, salvo se tiver sido decretada sua prisão preventiva. De seu turno, a prisão preventiva não tem prazo pré-determinado.

Pereira (2010, p. 23) conceitua abordando alguns aspectos importante da prisão preventiva:

Trata-se de uma medida coercitiva que afeta quase todos os direitos fundamentais da pessoa humana, atingindo a liberdade pessoal e a presunção de inocência, incidindo também na igualdade e no estigma que a passagem pela prisão significa para uma pessoa, transformando-a em desigual perante a sociedade.

Por inteligência do artigo 311, do CPP, cabe sua decretação em qualquer etapa da investigação policial ou do processo penal, sempre por autoridade judiciária competente, de ofício, se no curso da ação penal, do querelante ou do assistente, ou por solicitação do Ministério Público, ou por representação da autoridade policial.

Aury Lopes Junior (2017, p. 92) alega que o legislador brasileiro insiste em consentir com a prisão preventiva decretada de ofício, sem suficiente entendimento e assimilação das regras essenciais ao sistema acusatório constitucional e da própria



garantia da imparcialidade do julgador. Seguindo a linha desse autor e da teoria do garantismo penal, o ativismo judicial que viola a imparcialidade e representa uma ofensa as garantias fundamentais do acusado. (FERRAJOLI, 2002, p. 506).

### 2.2.2 *Finalidade*

A prisão preventiva visa a retenção do indivíduo para que este não possa embarçar o andamento do processo e quando a sua prisão faz-se necessária para manter a ordem pública, ou seja, quando há ameaça da paz e tranquilidade do meio social, conforme previsto no artigo 312, do CPP.

Segundo Souza, Paródia, Boechat e Pereira (2016, p. 720/721):

a prisão preventiva decretada antes da sentença condenatória não deve ter o caráter educativo e sequer repressivo, sob pena de ofender a própria natureza jurídica da prisão preventiva, que é medida cautelar.

Com a criação das Leis nº 11.719/2008 e 12.403/2011, a prisão preventiva se tornou a única modalidade de prisão existente no ordenamento jurídico a se pode decretar no curso do processo. (RANGEL, 2018, p.823)

Assim, existe três possibilidade em que poderá ser imposta a prisão preventiva:

a qualquer momento da fase de investigação ou do processo, de modo autônomo e independente (arts. 311, 312 e 313, CPP);

como conversão da prisão em flagrante, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CPP); e

em substituição à medida cautelar eventualmente descumprida (art. 282, § 4º, CPP). (PACELLI, 2019, p. 559)

Dessa forma, a prisão preventiva visa tutelar a fase de investigação e a fase processual. Conforme Nucci (2019, p. 790) a prisão preventiva “pode ser necessária para a tranquilidade social ou para a efetividade do processo-crime”.



### 2.2.3 Pressupostos

Os pressupostos ou requisitos da prisão preventiva são os elementos que autorizam a sua decretação. Nesse sentido, o artigo 312 do CPP prevê tais requisitos, descrevendo as condições necessárias para caracterizar a justa causa para a imposição da medida cautelar constritiva de liberdade (*fumus comissi delicti*) e os seus motivos ensejadores (*periculum libertatis*). (GONÇALVES, 2019, p. 428)

Nucci (2019, p. 793) alerta para utilização de critérios como o da razoabilidade e proporcionalidade para controlar a duração da prisão preventiva, utilizando critérios no caso concreto para evitar que a prisão preventiva seja mais gravosa que a condenação definitiva.

#### 2.2.3.1 Fumus comissi delicti

*Fumus comissi delicti*, nas palavras de Lima (2019, p. 989), é “consubstanciado pela prova da materialidade e indícios suficientes de autoria ou de participação”. Aury Lopes Junior (2019, p. 633) esclarece que esse é um conceito muito relevante para ficarmos apenas com a letra da lei, para ele se faz necessário invocar uma interpretação sistemática e constitucional.

Ferrajoli (2012, p. 5) aponta que no processo penal acusatório do Estado Constitucional é indispensável o confronto entre as partes perante o terceiro imparcial, que adote as normas constitucionais e discutindo sobre dispositivos normativos com linguagem clara.

Na decretação da prisão preventiva, o magistrado precisa realizar um juízo de probabilidade, uma vez que não há certeza. Seria um predomínio de razões positivas sobre a qual a infração penal é analisada, isto é, a prova de que a conduta é, visivelmente, típica, ilícita e culpável (SOUZA, PARÓDIA, BOECHAT e PEREIRA, 2016, p. 725).



### 2.2.3.2 Periculum libertatis

Conforme leciona Aury Lopes Junior (2017, p. 98) o *periculum libertatis* é o “perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”.

Trata-se, portanto, do perigo real que a permanência do acusado em liberdade ocasiona para a investigação criminal e para o processo penal. A análise do *periculum libertatis* é algo subjetivo e amplo. Vejamos:

O fator problemático na análise do *periculum libertatis* é a ampla liberdade do juiz concedida pelo CPP, tendo em vista ter lhe conferido aferição subjetiva das justificativas para a decretação da prisão preventiva, sendo objeto de flagrante inconstitucionalidade, ainda não analisada pelo Supremo Tribunal Federal. (SOUZA, PARÓDIA, BOECHAT e PEREIRA, 2016, p. 725).

De acordo como artigo 312 do CPP, a prisão preventiva é decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal ou em caso de descumprimento das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. Então, basta o magistrado fundamentar a decisão em um desses pontos.

Porém, a decisão não pode ser fundamentada na descrição genérica que compõem o tipo penal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica na necessidade aliar os pressupostos do artigo 312 do CPP com as razões que evidenciem a imprescindibilidade da prisão preventiva. A decisão do ministro Celso de Mello no HC 132615 demonstra esse entendimento:

tenho para mim que a decisão em causa, ao impor prisão cautelar à ora paciente, apoiou-se em elementos insuficientes, destituídos de base empírica idônea, revelando-se, por isso mesmo, desprovida da necessária fundamentação substancial.

[...]



É por isso que esta Suprema Corte tem censurado decisões que fundamentam a privação cautelar da liberdade no reconhecimento de fatos que se subsumem à própria descrição abstrata dos elementos que compõem a estrutura jurídica do tipo penal.

Delmato Junior (2019, p. 307) afirma que nenhum juiz iria decretar uma prisão preventiva se não tivesse, ao menos naquele momento preliminar, se convencido com a argumentação apresentada pela Polícia e pelo Ministério Público, considerando uma alta probabilidade de ser mantida as verdades apresentadas para condenar o acusado.

## **2.3 Prisão temporária**

### *2.3.1 Conceito*

A prisão temporária está prevista na Lei n. 7.960/89 e é uma medida privativa da liberdade de locomoção, decretada por tempo determinado, destinada a permitir as investigações de crimes considerados graves, durante o inquérito policial. (GONÇALVES, 2019, p. 441)

Foi uma medida inicialmente criada pela criada Medida Provisória nº 111, de 24/11/1989 que acabou apresentando um vício de iniciativa que não é sanado com a conversão da medida em lei. Nessa mesma seara, a prisão preventiva apresenta inconstitucionalidade uma vez que a restrição de liberdade de um suspeito que, não existindo elementos suficientes de sua conduta nos autos do inquérito policial, é preso para que esses elementos sejam encontrados não deveria ser permitido no Estado Democrático de Direito. (RANGEL, 2018, p.867)

Ferrajoli (2002, p.511) defende que a “prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio”, portanto para ele não deveria existir a prisão preventiva no ordenamento jurídico. Cezar Bitencourt (2011, p. 161) reforça que a questão da privação da liberdade, nas atuais condições do sistema carcerário, deve ser analisada com cautela haja vista a crescente desumanização das prisões.





### 2.3.2 Finalidade

Segundo Nucci (2019, p. 758) finalidade da prisão preventiva é “assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave”. Sanguiné (2014, p. 96) define que a prisão temporária tem como finalidade:

auxiliar a investigação policial de crimes graves e repulsivos mediante o recolhimento de elementos imprescindíveis para a formação do inquérito policial (art. 1º, inc. I, da Lei n. 7.960, de 21.12.1989) e à consolidação da justa causa para a ação penal, que de outra maneira não se conseguiria, bem como para satisfazer a necessidade de imediata e eficaz reação social à prática de crimes graves e repulsivos

Trata-se de uma prisão dirigida à investigação e que não existe no curso do processo penal por afastamento de seu embasamento. Terminada a investigação preliminar, não se pode mais considerar a aplicação da prisão temporária. Diante desse panorama, a prisão temporária acaba se tornando um instrumento na cultura inquisitória em que se utiliza a privação da liberdade para alcançar a confissão e a “colaboração”. (LOPES JUNIOR, 2019, p.678) Ocorre que o interrogatório não deve ser utilizado com esse intuito e sim permitir que o acusado possa apresentar sua versão sem a inclusão de fatos inverídicos. (FERRAJOLI, 2002, p. 512/513).

### 2.3.3 Pressupostos

O artigo 1º da Lei n. 7.960/89 apresenta as hipóteses de cabimento para decretação da prisão temporária. O inciso I autoriza “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”. O inciso II permite “quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”. E, por fim, no inciso III, admite a temporária “quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes”: relacionando, a seguir, inúmeras infrações penais, possuindo por característica comum o fato de constituírem infrações



mais gravemente apenadas, muitas das quais abrangidas entre os crimes hediondos ou equiparados. (PACELLI, 2019, p. 554)

Segundo Marcão (2019, p. 209):

imprescindível é aquilo sem o que não se pode conseguir algo ou chegar a um determinado ponto. Neste caso, deve a prisão antecipada e excepcional revelar-se imprescindível, e, portanto, apresentar-se como única alternativa lógica e possível para se obter determinada prova ou conjunto de informações, sem as quais não chegará a bom termo a investigação criminal iniciada e documentada em inquérito policial regularmente instaurado.

Já a hipótese do inciso II refere-se ao prejuízo que representa a não identificação dos dados do investigado, se o agente não possui residência fixa ou não fornece elementos para o esclarecimento de sua identidade, as investigações poderão ser prejudicadas sobremaneira, considerando que não será possível encontrar o acusado. (MENDONÇA, 2011, p. 321)

Em relação ao inciso III, especifica “quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes”:

homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2o); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1o e 2o); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1o, 2o e 3o); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1o e 2o); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1o, 2o e 3o); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);389

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);390 i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1o); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);1) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1o, 2o e 3o da Lei n° 2.889, de 1o de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei n° 6.368, de 21 de outubro de 1976);391 o) crimes contra o sistema financeiro (Lei n° 7.492, de 16 de junho de 1986); p)



crimes previstos na Lei de Terrorismo (incluído pela Lei nº 13.260/16). (BRASIL, 1989)

Não existe unanimidade na doutrina quanto a aplicação dos requisitos para a decretação da prisão temporária. Lima (2019, p. 1029) apresenta as 5 correntes:

basta a presença de qualquer um dos incisos: tem fundamento em regra básica da hermenêutica, segundo a qual incisos não se comunicam com incisos, mas somente com o parágrafo ou com o caput;

é necessária a presença cumulativa dos três incisos;

além do preenchimento dos três incisos, é necessária a combinação com uma das hipóteses que autoriza a prisão preventiva;

deve o inciso III estar sempre presente, seja combinado com o inciso I, seja combinado com o inciso II (corrente majoritária);

sempre serão necessários os incisos I e III.

Para este trabalho, vamos nos filiar a corrente majoritária. Portanto, a prisão temporária somente poderá ser decretada quando estiverem presentes as situações previstas nos incisos III combinada com os incisos I ou II.

### **3 MEDIDAS CAUTELARES E O GARANTISMO PENAL**

O italiano Luigi Ferrajoli apresenta no livro *Direito e Razão* a teoria do garantismo penal, onde ele aborda os aspectos formais e substanciais que tem a função de garantir realmente aos indivíduos todos os direitos fundamentais estabelecidos no ordenamento jurídico. E a partir desses direitos fundamentais analisar se determinada norma tem validade. Na sua obra, ele apresenta diversas discussões sobre a pretensão punitiva do Estado.

Neste trabalho, utilizaremos sua abordagem sobre as medidas cautelares, prisões e as suas aplicações.

Segundo Ferrajoli:

a crescente ineficácia das técnicas processuais, que em todos os países evoluídos tem provocado um aumento progressivo da prisão cautelar em relação ao encarceramento sofrido na



expição da pena; a ação dos meios de comunicação, que tem conferido aos processos, sobretudo aos seguidos por delitos de particular interesse social, uma ressonância pública que às vezes tem para o réu um caráter aflitivo e punitivo mais temível do que as penas (FERRAJOLI, 2002, p. 377).

Neste contexto, o autor (FERRAJOLI, 2002, p. 378). afirma que “nem as penas privativas de liberdade, nem as penas pecuniárias, nas atuais circunstâncias, parecem estar em condições de satisfazer os fins que justificam o direito penal”. Ele acredita que os mecanismos previstos no Direito Penal não estão atingindo a finalidade para quais foram estabelecidos diante da necessidade de uma resposta jurisdicional para a sociedade.

O desenvolvimento das medidas alternativas e das sanções substitutivas demonstram a crise das penas privativas de liberdade. Ferrajoli (2002, p.379) reconhece que a “prisão tem sido sempre, em oposição a seu modelo teórico e normativo, muito mais do que a “privação de um tempo abstrato de liberdade””, e, portanto, provoca ao indivíduo determinadas ocorrências que tornam a pena privativa de liberdade uma situação extremamente gravosa. Dentre elas, o autor cita:

à aflição corporal da pena carcerária acrescenta-se a aflição psicológica: a solidão, o isolamento, a sujeição disciplinária, a perda da sociabilidade e da afetividade e, por conseguinte, da identidade, além da aflição específica que se associa à pretensão reeducativa e em geral a qualquer tratamento dirigido a vergar e a transformar a pessoa do preso (FERRAJOLI, 2002, p. 379).

Desta forma, a prisão é uma situação lesiva para a dignidade da pessoa humana, penosa e inutilmente aflitiva. Demonstra que a sua aplicação pode acarretar em um afastamento do imputado da sociedade e não será capaz de efetivar a reeducação do indivíduo considerando todo essa aflição imposta.

Um dos fatores que deve ser observado na decretação da privação da liberdade, segundo Ferrajoli, é o tempo dessa privação, vejamos:

a duração máxima da pena privativa de liberdade, qualquer que seja o delito cometido, poderia muito bem reduzir-se, curto prazo, a dez anos e, a médio prazo, a um tempo ainda



menor; e que uma norma constitucional deveria sancionar um limite máximo, digamos, de dez anos(FERRAJOLI, 2002, p. 381).

O tempo da privação da liberdade é um aspecto essencial para análise das garantias do indivíduo uma vez que produz um custo de sofrimentos nãoequilibrados com a pretensão punitiva. O autor apresenta como uma possível solução para as situações provocadas pela privação da liberdade a redução do tempo de cumprimento da pena. Ele entende que dez ou quinze anos é o tempo máximo para reclusão, seria um período humanamente tolerado e faria a supressão da prisão perpetua e ocasionaria a redução de todas as demais penas privativas de liberdade.

Conforme Ferrajoli, a duração máxima da pena privativa de liberdade, independente do delito praticado, deveria ser reduzida a curto prazo a dez anos e a médio prazo em um tempo ainda menor. Para ele:

Uma redução desses gêneros suportaria uma atenuação não só quantitativa, senão também qualitativa da pena dado, que a ideia de retornar a liberdade depois de um breve e não após um longo ou um talvez interminável período tornaria sem dúvida mais tolerável e menos alienante a reclusão (FERRAJOLI, 2002, p. 381).

Uma vez que essas reduções sejam efetivadas os argumentos humanitários que defendem a flexibilidade das penas caem por terra e minimiza os danos causado ao indivíduo, tendo em vista que uma pessoa condenada a muitos anos saíra completamente diferente do que entrou.

Já em relação a pena pecuniária Ferrajoli tem uma abordagem bem pessimista. Para ele, trata-se de uma pena aberrante sobre vários pontos de vista. Vejamos:

Sobretudo porque é uma pena impessoal, que qualquer um pode saldar, o que resulta duplamente injusta: em relação ao réu, que não a quita e se subtrai, assim, à pena; em relação ao terceiro, parente ou amigo, que paga e fica assim submetido a uma pena por um pato alheio. A pena pecuniária é desproporcional em qualquer delito, ao estar abaixo do limite mínimo que justifica a imposição da pena (FERRAJOLI, 2002, p. 382).



Penas pecuniárias deveriam ser abolidas sob o ponto de vista do autor, pois poderia ser transformada em uma sanção administrativa e, portanto, descriminalizaria o delito ou então ela seria insuficiente e acabaria sendo substituída por outra sanção.

Neste contexto, Ferrajoli (2002, p.383) afirma que a justiça penal “não pode ser incomodada e sobretudo não pode incomodar o cidadão por fatos de escassa importância, como o são a maior parte dos atualmente castigados simples multas”. Ele transfere para o legislador a incumbência de decidir se o fato proibido deve ter caráter administrativo ou penal. Assim:

uma sanção pecuniária mais ou menos elevada, quando entenda que o fato não lesiona bens ou direitos fundamentais e, por conseguinte, qualificado como ilícito administrativo de competência da autoridade administrativa; uma pena restritiva da liberdade pessoal, ou quando, contrário, seja considerado lesivo a bens de fundamental interesse individual ou coletivo e seja qualificado como um delito é de competência da autoridade judiciária (FERRAJOLI, 2002, p. 384).

Desta feita, as penas pecuniárias são desproporcionais por defeito e as penas privativas de direitos que tem conteúdo patrimonial são desproporcionais por excesso em relação a gravidade do delito.

Por isso, o autor sugere a criação de um sistema de penas alternativas. FERRAJOLI (2002, p. 385) alega que “na perspectiva da superação da pena privativa de liberdade, o problema mais difícil é, obviamente o tipo de pena que irá substituí-la”, mas utilizando as chamadas medidas alternativas tais como a prisão domiciliar, limitação do fim de semana, a semiliberdade, a liberdade vigiada, e outras semelhantes, poderão constituir uma alternativa mais efetiva que a pena privativa de liberdade.

Para viabilizar esse sistema, os conteúdos das penas devem sofrer uma transformação e Ferrajoli admite que será necessário a redefinição teórica e normativa das privações de bens e de direitos compatíveis com a preservação da dignidade da pessoa. Assim ele estabelece:



A previsão legal da reclusão só para poucos, gravíssimos delitos e por um tempo máximo determinado, por exemplo, os três primeiros anos; e a previsão, após três primeiros anos, e desde o início para os demais delitos, de penas legais correspondentes às atuais medidas alternativas, como a semiliberdade, limitação de fim de semana, as prisões domiciliares e outras semelhantes (FERRAJOLI, 2002, p. 386).

Nesse sentido, pode-se alterar o conteúdo da pena mudando os direitos apontados como objeto da privação da liberdade pessoal, mas segundo Ferrajoli (2002, p.386) “o que não pode ser alterado é o caráter privativo da pena, que é condição de sua certeza, legalidade e determinação”. Há aqui uma preocupação com as garantias dos indivíduos.

Segundo Ferrajoli (2002, p.386), a “liberdade - tal como a vida - é, na realidade, um direito personalíssimo, inalienável e indisponível e [...] sua privação total deveria ser proibida”. Os outros direitos, no entanto, por serem disponíveis admitem formas mais variadas de privação ou de supressão.

A construção dessas restrições deve se aliar as garantias processuais penais expressas por princípios que delimitam quando e como julgar, tais como a presunção de inocência, separação entre juiz e acusação, ônus da prova e o direito de defesa do acusado. O autor (FERRAJOLI, 2002, p. 495). define que “as garantias penais como as processuais valem apenas por si mesmas, mas, também, como garantia recíproca de efetividade”. Deste modo:

As garantias penais, ao subordinar a pena aos pressupostos substanciais do crime – a lesão, a conduta e a culpabilidade -, são tanto efetivas quanto mais estes forem objeto de um juízo, em que sejam assegurados ao máximo a imparcialidade, a verdade e o controle (FERRAJOLI, 2002, p. 495).

Isto posto, possibilita a garantia de um juízo não arbitrário já que as garantias penais e processuais estão vinculadas ao princípio da legalidade e logo estão restritos apenas aquilo que estiver previsão legal. Ferrajoli aborda que o princípio da legalidade garante a prevenção de ofensas previstas como delitos e o princípio de submissão à jurisdição previne vinganças e penas privadas. Neste sentido vale ressaltar que:



As garantias processuais que circundam a busca da verdade processual no processo cognitivo asseguram a obtenção de uma verdade mínima em obediência aos pressupostos da sanção, mas também garantida, graças ao caráter empírico e determinado das hipóteses acusatórias, por cânones de conhecimento como a presunção de não culpabilidade até prova em contrário, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a publicidade do procedimento probatório, o contraditório e o direito de defesa mediante refutação da acusação (FERRAJOLI, 2002, p. 498).

Trata-se de uma demonstração que o modelo do processo penal tem que ser permeado por parâmetros mínimos que garantam a sociedade a devida responsabilização do imputado e também permita que o acusado possa exercer sua defesa sem maiores constrangimentos. Isso só é possível quando um ordenamento jurídico está alinhado com ideais que promovam um Estado Democrático de Direito.

Essa tem sido uma premissa de grande parte dos ordenamentos jurídicos e como Ferrajoli (2002, p. 500) apresenta “a existência da motivação " de fato " e " de direito " como condição necessária da validade dos provimentos jurisdicionais é prescrita por normas jurídicas específicas” possibilita a busca pela verdade processual que todos os interessados desejam. Ainda nessa seara, FERRAJOLI (2002, p. 502) versa que o “interesse penal geral já se encontra satisfeito preventivamente pela função Legislativa, à qual é confiada a definição em abstrato das figuras delitivas”.

Ferrajoli apresenta ainda a seguinte finalidade do processo penal:

O escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das liberdades do Cidadão, mediante a garantia da Verdade - uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debatidas

- contra o abuso e o erro (FERRAJOLI, 2002, p. 503).

Trata-se de uma legitimação da atividade do juiz, aquele que é dotado para realizar análise imparcial dos fatos e do direito, afim de estabelecer a verdade processual. Essa verdade sustenta o sistema penal que é construído da seguinte forma:





é essencialmente um sistema de definição e averiguação dos desvios puníveis, a epistemologia adotada passa a ter uma direta relevância teórico-jurídica: Seja entendida em sentido descritivo, como instrumento de análise de controle das técnicas de investigação concretamente admitidas e praticadas pelos ordenamentos penais positivos; seja, pelo contrário, entendido em sentido prescritivo, isto é, como modelo deontológico ou normativo de um sistema penal cognitivo, tendenciosamente " com verdades" e " tem valores"(FERRAJOLI, 2002, p. 505).

Desta forma a jurisdição, dentro da tradição garantista, é a atividade indispensável para obter a prova de que um sujeito cometeu um delito. FERRAJOLI (2002, p. 505) ainda complementa que se “tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena”. Aqui há um importante ponto a ser ressaltada, nas palavras de Ferrajoli (2002, p. 506) “a culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova de culpa - ao invés da de inocência, presumida desde o início - que forma o objeto do juízo”.

Por isto, a jurisdição deve atentar-se ao princípio da presunção da inocência para assim validar o Estado Democrático de Direito. Ferrajoli aponta que:

Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam (FERRAJOLI, 2002, p. 506).

Se deixarmos de lado o princípio da presunção da inocência, corremos o risco de voltar a idade medieval, onde a mera suspeita ou dúvida de culpabilidade consistia numa semiprova.

Uma vez atrelada a jurisdição ao princípio da presunção da inocência, se faz necessário apresentar os aspectos que envolvem as medidas cautelares. Para Ferrajoli:

A história da detenção cautelar do imputado no transcurso do processo está estritamente conectada com a do princípio da presunção de Inocência: na medida e nos limites em que a



primeira foi sendo cada vez mais admitida e praticada, seguiram-se de perto os desenvolvimentos teóricos e normativos do segundo (FERRAJOLI, 2002, p. 508).

A partir desse ponto, o autor utiliza-se do pensamento de outros influentes pensadores para construir a sua linha de raciocínio sobre a decretação da prisão preventiva. O primeiro pensador abordado foi o Hobbes:

Assim, para Hobbes, a prisão preventiva não é uma pena mais um " ato de hostilidade " contra o cidadão, de modo que " qualquer dano que faça um homem sofrer, com prisão ou constrição antes que sua causa seja ouvida, além ou acima do necessário para assegurar sua custódia, é contrário à lei da natureza. Hobbes justificou a “carceragem” com a necessidade de “custódia de um homem acusado”, afirmando que nesse caso ela “não é uma pena, pois se supõe que ninguém seja punido antes de ter sido ouvido em juízo” (FERRAJOLI, 2002, p. 508).

Em sequência, apresentou o pensamento de Beccaria:

Para Beccaria, " sendo a privação da Liberdade uma pena, não pode proceder a sentença senão quando assim exigir a necessidade": Precisamente, a " custódia de um cidadão até que seja culpado,... deve durar o menor tempo e deve ser um menos dura possível" e " não pode ser senão o necessário para impedir a fuga ou não ocultar a prova do crime". Beccaria, depois de tê-la considerado “necessária” contra o perigo de fuga ou de deterioração das provas, chegou a considera-la “uma pena que por necessidade deve, diferentemente de qualquer outra, preceder a declaração do delito” (FERRAJOLI, 2002, p. 508).

Por fim, complementou com Voltaire que definiu que " o modo pelo qual em muitos Estados se prende cautelarmente um homem assemelha-se muito a um assalto de bandidos” (VOLTAIRE *apud* FERRAJOLI, 2002, p. 508). Após essa apresentação do que foi dito pelo os pensadores, Ferrajoli concluiu que:

Em suma, ainda que em nome de “necessidades” diversas, por vezes invocadas cada qual como exclusiva – somente o perigo de fuga, só o risco de deterioração das provas, ambos esses perigos juntos, ou simplesmente a gravidade do delito em questão e a necessidade de prevenção; ou ainda conjuntamente os perigos de natureza processual e os de natureza penal – a prisão preventiva acabou sendo justificada por todo o pensamento liberal clássico (FERRAJOLI, 2002, p. 509).



A evolução da prisão preventiva durante alguns regimes, como por exemplo o fascismo, teve um enfraquecimento uma vez que não existia obstáculos para o uso e abuso da sua aplicação, Ferrajoli (2002, p.510) aduz que “a prisão preventiva assumia assim a fisionomia de uma verdadeira medida de prevenção contra os perigosos e suspeitos ou, pior, de uma execução provisória, ou antecipada, da pena”. Esse encarceramento preventivo sem a devida observação da presunção da inocência demonstra um esvaziamento das garantias penais e processuais. Ferrajoli defende que:

Toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio. Não há de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos, sem processo (FERRAJOLI, 2002, p. 511).

Para ele é preciso apreciar a necessidade de utilizar a prisão preventiva, não pode ser uma mera conveniência do Estado. A intenção da prevenção pode ser justificada por duas finalidades: o perigo da deterioração das provas e o perigo de fuga do acusado. Não se deve confundir a intenção de proteger as provas com o interrogatório do acusado tendo em vista que não se trata de conseguir uma confissão. De acordo com Ferrajoli:

O interrogatório do imputado, em uma visão não inquisitória de processo, não é uma necessidade da acusação, mas um direito de defesa, que deve servir não para formar prova de culpabilidade mas só para contestar a imputação e para permitir a defesa do acusado (FERRAJOLI, 2002, p. 512/513).

O interrogatório não pode ser uma medida coercitiva, em crimes graves deve ser compreendido como uma exigência instrutória afim de possibilitar que o imputado não apresente falsas defesas. Deve-se levar aqui o mesmo parâmetro da duração da prisão, não deve ter longo período de interrogatório uma vez que se mostra ineficaz longos períodos de privação de contato com o mundo exterior.

Ferrajoli (2002, p.513) aduz que “excluída a função de conservação das provas, o prolongamento da detenção não pode ter outro efeito que o de colocar o



imputado numa condição de submissão”. Essa condição coloca obstáculo à defesa do acusado, pode induzir a uma confissão e nem o mais inocente dos homens estaria em condições de enfrentar os seus acusadores sem sucumbir.

A custódia preventiva depois do interrogatório somente é considerada favorável quando olhamos a defesa como um obstáculo. Para o autor, o perigo de fuga do imputado está evidenciado não pelo medo da pena, mas sim pela possibilidade de ser preso preventivamente. Caso não existisse essa perspectiva, o acusado se preocuparia em se defender e não em achar meios de fuga (FERRAJOLI, 2002, p. 514).

Ademais, considerando que em uma sociedade informatizada e internacionalmente integrada uma fuga é algo bem complexo. Ferrajoli (2002, p. 514/515) acredita que bastaria “uma vigilância mais intensa ao imputado sobretudo nos dias precedentes à sentença” do que forçar ele a clandestinidade de uma fuga e um estado de permanente insegurança.

Por se tratar de uma questão de dignidade, um cidadão presumidamente inocente deveria poder enfrentar seus juízes livre, principalmente para que ele consiga enfrentar a acusação de forma igualitária, organizando sua defesa. Para Ferrajoli:

a única necessidade processual que pode justificar uma coação momentânea – a não deterioração das provas antes do primeiro interrogatório – é o ao menos em grande extensão satisfeita pela condução coercitiva do imputado à frente do juiz de modo a permitir a contestação do fato e a realização das primeiras defesas sem adulterações anteriores (FERRAJOLI, 2002, p. 515).

Neste ponto, o melhor é que do interrogatório do acusado até a sua condução ao júízo tivesse apenas os dias necessários para realizar as notificações, evitando o prolongamento do processo de forma desnecessária. Desta forma, estaria legitimando o Poder Judiciário e fortalecendo o papel dos juízes como garantidores dos direitos fundamentais dos cidadãos. Na opinião de Ferrajoli (2002, p. 516) a “redução dos prazos do processo, seguiria um aumento seguro da eficiência judicial. Mas,



sobretudo, resultaria fortalecida a confiança na magistratura e restaurada a certeza do direito”.

O prolongamento da marcha processual pode afetar um importante fator influenciador na defesa da decretação da prisão preventiva: a opinião pública. A ideia de um acusado não julgado de imediato acaba provocando um clamor social que ele não será punido. É por isso que a jurisdição não pode ser derogada, precisa ter uma organização judiciária bem estabelecida com seus métodos e procedimentos definidos, com a divisão entre as funções de juiz e acusação (FERRAJOLI, 2002, p. 515).

Ferrajoli (2002, p. 516) alega que “o princípio da não derrogação da jurisdição, mesmo acompanhado, como em nosso ordenamento, do princípio da obrigatoriedade da ação penal, não significa, no entanto que nenhum crime deva ficar sem julgamento e pena”. O que acarreta numa quantidade de leis para punir pequenas transgressões e resulta na inefetividade dos controles e sanções penais.

## **4 ANÁLISE DOS PONTOS CONFLITIVOS À LUZ DO GARANTISMO PENAL**

### **4.1 Impacto no sistema carcerário**

Considerando gráfico abaixo, retirado do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, demonstra que 40% da população carcerária não possui condenação, superando a quantidade de presos em condenação definitiva.



**Gráfico 5. Pessoas privadas de liberdade pela natureza da medida**



Fonte: BNMP 2.0/CNJ - 6 de agosto de 2018

\* Cumpre anotar que, no sistema, o documento hábil a mudança da natureza de prisão sem condenação para prisão decorrente de condenação é a guia de recolhimento, de modo que são computados como presos sem condenações as pessoas que já condenadas em primeiro grau em relação às quais não foi expedida guia de recolhimento. Neste sentido o parágrafo 1º do artigo 2º da Resolução CNJ n. 113/2010 estabelece o prazo máximo de cinco dias para a expedição da guia de recolhimento definitiva ou de internação, dispondo o artigo 9º do mesmo ato normativo que a guia provisória deve ser expedida após o recebimento de eventual recurso.

As prisões cautelares representam uma porcentagem alta em relação à manutenção de pessoas presas, sem prazo determinado para soltura. (TORRES, 2020, p. 950)

O INFOPEN de junho de 2019 apresenta o número de vagas no sistema penitenciário totaliza 460.750 enquanto a quantidade de presos custodiados no sistema penitenciário é de 752.277, numa clara demonstração que a estrutura penitenciária brasileira já não suporta a demanda que tem recebido.

Aires (2020, p. 11) alerta que os presídios brasileiros estão lotados, apresentando condições baixas de higiene e segurança dos internos, ademais não há uma separação entres os acusados pela natureza do seu crime e, portanto, recebem o mesmo tratamento, sem promover uma reabilitação. A Lei 7.960/1989, em seu art. 3º, estabelece que o preso temporário não poderá ficar junto sequer com os demais presos cautelares (presos preventivos e em flagrante).

Saguiné (2014, p. 680) acrescenta:

Convém recordar que o encarceramento incrementa a reincidência, pouco importando se trate de prisão cautelar ou de prisão-pena. Além disso, uma das maneiras efetivas pela qual é possível conter, na prática, o uso abusivo da prisão cautelar consiste em escapar de uma radical bipolaridade



político-criminal: prisão-liberdade provisória e criar um amplo rol de medidas cautelares alternativas à prisão

Cabe notar que o aumento no número de presos não foi seguido por um aumento da mesma ordem no número de vagas no sistema, embora tenham sido criadas novas vagas e novos estabelecimentos penitenciários. Utiliza-se num modelo falido ao mesmo tempo em que se aposta, no nível discursivo, em modelos alternativos, medidas cautelares— estes ainda longe do centro da política penal nacional. (COELHO E CARVALHO FILHO, p. 60/67)

O próprio Conselho Nacional da Justiça reconhece na publicação do Mutirão Carcerário que estamos a entupindo nossas prisões por uma utopia de diminuir a criminalidade e “pondo atrás das grades os violadores das normas penais, mas não raro esquecidos da condição de seres humanos dos que, subtraídos momentaneamente do nosso convívio, abandonamos depois dos muros”. (BRASIL, CNJ, 2011, p. 9). Na publicação Justiça em números, podemos ver que a maioria das penas aplicadas em 2018 foram privativas de liberdade, um total de 219,3 mil execuções, 63,9% do total. (BRASIL, 2019, p. 160)

Nas palavras de Ferrajoli (2002, p. 377) esse cenário representa a crise da pena de prisão, a impotência dos procedimentos cautelares tem provocado um abarrotamento no encarceramento. Para o autor, a utilização dessas medidas em larga escala se dá pela atuação dos meios de comunicação que desejam imprimir na sociedade uma falsa sensação de segurança quando delitos de cunho patrimonial são fortemente reprimidos pela polícia e recebem a resposta punitiva do judiciário.

Em uma entrevista para Revista DESC, Ferrajoli foi questionado sobre a possibilidade de redução do encarceramento no sistema penal brasileiro em razão da superlotação, vejamos sua resposta:

A superlotação é, em si mesma, um tratamento contrário ao senso de humanidade que, como tal, é ilegítimo e não deve ser de modo algum permitido. Quanto ao encarceramento em massa, no Brasil como nos Estados Unidos, é sempre o sinal inequívoco do caráter discriminatório e classista do direito penal desses países. Tanto mais nesses países, por isso, seria



necessário impor processos de descriminalização e de desencarceramento. Há anos venho propondo, por um lado, a redução da duração máxima das penas para 15 ou no máximo 20 anos e, por outro lado, a previsão de uma ampla gama de sanções penais alternativas à reclusão para todos os crimes não graves. Acrescento que uma verdadeira política anticrime, que realmente tenha foco na segurança, deveria ser, muito mais do que uma política criminal, uma política social, capaz de reduzir as causas econômicas e materiais da criminalidade de rua e de subsistência e, obviamente, mais difícil e trabalhosa que o simples agravamento demagógico das penas.(FERRAJOLI, PONTES, BRONZO, 2019, p.38)

As prisões e penitenciárias brasileiras se transformaram em depósitos humanos, onde homens e mulheres são deixados aos montes, sem a menor dignidade. Os locais que foram projetados para acomodar duzentos e cinquenta presos e acabam acomodando em média seiscentos ou mais, facilitando o aparecimento de doenças graves e outras mazelas, no meio dos detentos. (WOLTMANN, SOUTO, 2009, p. 39)

Para Bauman (1999, p. 129) a prisão não deve a estratégia a ser utilizada para combater a criminalidade ou garantir a segurança da sociedade. E ele afirma que “colocar mais gente na prisão e por mais tempo até aqui não se mostrou a melhor maneira).

Recentemente visualizamos um movimento do judiciário brasileiro para reavaliar a situação de presos sem condenação e presos em regime semiaberto ou do grupo de risco em razão da pandemia de coronavírus. As medidas foram amplamente divulgadas pelos meios de comunicação e foi motivo de revolta da população.

Para ilustrar, em recente caso, a 4ª Turma Cível do TJDF, teve uma decisão no mesmo sentido:

A 4ª Turma Cível do TJDF, em decisão do relator, deferiu pedido liminar feito pela Defensoria Pública do Distrito Federal – DPDF, para suspender a prisão de 29 pessoas que deixaram de cumprir com a obrigação de prestar alimentos. A decisão terá efeitos enquanto perdurar a situação de emergência em saúde pública de importância nacional ou o





estado de transmissão comunitária do COVID-19, a critério do juízo de primeiro grau.

[...]

Ao decidir, o magistrado destacou que, **embora as condições gerais "sejam boas e suficientes em momento de normalidade, em quadro de pandemia causada por vírus (...) é forçoso reconhecer que, apesar dos esforços e medidas profiláticas adotadas pela DCCP, resta uma margem de risco de contágio e que precisa ser sopesada, considerando a natureza da obrigação e a finalidade da segregação"**.

Na decisão, o relator ressaltou ainda que "a prisão civil dos atuais devedores não configura pena, mas tão somente meio coercitivo para o cumprimento de obrigação de natureza alimentar e a fim de garantir

o sustento daqueles que dele dependem". Além disso, o desembargador salientou que "**dadas as proporções e magnitude de cada um dos direitos em conflito, o interesse do credor ao pagamento de prestação alimentar não pode se sobrepor à saúde e integridade do devedor**". (grifo nosso)

O que podemos observar com esse movimento é uma tentativa de o Estado responder com mais efetividade para evitar a consequência dos problemas estruturantes, tais como as violações sistemáticas de direitos provocado pelo inchaço desordenado da massa carcerária nacional. Ponderando a alta taxa de mortalidade dentro dos presídios, uma vez que há seis vezes mais chances de morrer na prisão sob custódia do Estado que fora, evidenciando que se está cada vez mais longe de um sistema digno, principalmente para aqueles indivíduos que não possuem condenação em definitivo. No período compreendido entre outubro de 2017 a agosto de 2018, totalizaram 109 mortos dentro do sistema penitenciário brasileiro, segundo dados do BNMP 2.0. (BRASIL, 2019, p. 44)

Segundo estudo realizado por Magalhães e Souza Filho (2018, p.12), a situação de superlotação dos presídios seria amenizada se a lei fosse aplicada com mais rigor. Considerando que boa parte da população carcerária está em prisão preventiva mesmo quando a legislação brasileira estabelece a presunção de inocência até o trânsito julgado do processo.



## 4.2 Impacto na vida do acusado

Para Bobbio (2004, p. 49) o “homem tem direitos inatos e adquiridos; e o único direito inato, ou seja, transmitido ao homem pela natureza e não por uma autoridade constituída, é a liberdade”. A liberdade é uma das garantias previstas em nossa Constituição, desde a liberdade de locomoção como a de poder ter a sua crença.

Segundo Ferrajoli (2002, p. 379) submeter indivíduos sem pena à aflição corporal da pena carcerária é um adiantamento da condenação e pode implicar em situações irreversíveis para o acusado, tais como a perda da sociabilidade, da afetividade, da identidade, além do tratamento dirigido ao acusado pela sociedade.

Ademais, o artigo 84 da Lei de Execuções Penais (LEP) estabelece que “o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado”, e nos seus incisos ainda há uma diferenciação seguindo critérios da natureza do crime que está sendo acusado. Da mesma forma, o artigo 102 da LEP determina que os detentos sob prisão provisória devem ser colocados em cadeias públicas. (BRASIL, 1984)

Essa separação também é uma determinação prevista no artigo 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos “os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas”.

Contudo essa não é a realidade dos presos provisórios no Brasil. A vida carcerária tem condições que podem desempenhar um entrave na ressocialização do indivíduo. Bitencourt (2011, p. 165) classifica essas condições em fatores materiais, psicológicos e sociais, vejamos:

Fatores materiais: As deficiências de alojamentos e de alimentação facilitam o desenvolvimento da tuberculose, enfermidade por excelência das prisões. Contribuem igualmente para deteriorar a saúde dos reclusos as más condições de higiene dos locais, originadas na falta de ar na umidade e nos odores nauseabundos. Mesmo as prisões mais modernas, onde as instalações estão em um nível mais



aceitável e onde não se produzem graves prejuízos à saúde dos presos, podem, no entanto, produzir algum dano na condição físico-psíquica do interno já que, muitas vezes, não há distribuição adequada do tempo dedicado ao ócio, ao trabalho, ao lazer e ao exercício físico.

Fatores psicológicos: um dos problemas mais graves que a reclusão produz é que a prisão, por sua própria natureza, é um lugar onde se dissimula e se mente. O costume de mentir cria um automatismo de astúcia e de dissimulação que origina delitos penitenciários, os quais, em sua maioria, são praticados com artimanhas (furtos, jogos, estelionatos, tráfico de drogas, etc.) [...] A aprendizagem do crime e a formação de associações delitivas são tristes consequências do ambiente penitenciário.

Fatores sociais: a segregação de uma pessoa do seu meio social ocasiona uma desadaptação tão profunda que resulta difícil conseguir a reinserção social do delinquente, especialmente no caso de pena superior a dois anos. O isolamento sofrido, bem como a chantagem que poderiam fazer os antigos companheiros de cela, podem ser fatores decisivos na definitiva incorporação ao mundo criminal.

A situação dos presos é desumana, o encarceramento representa uma punição maior do que estipulado pela justiça. São tolhidos não apenas da liberdade, mas de educação, saúde, alimentação, privacidade e segurança. As condições impostas não ferem apenas a dignidade dos presos, como também não contribui para sua ressocialização, facilita ainda mais para um perfil violento. (CARVALHO, PEREIRA, 2019, p. 7/8).

O próprio Estado reconhece que não tem estrutura suficiente para separar o preso provisório daquele que já possui condenação, bem como não fornece condições dignas nos presídios. (LIMA, 2019, p. 926)

O acórdão do Recurso Especial Nº 1.537.530 - SP (2014/0320774-0) é uma demonstração que os Tribunais esquecem do dever do Estado de resguardar os direitos fundamentais dos presos. A DPE-SP ajuizou Ação Civil Pública que visava obrigar o Estado de São Paulo a disponibilizar, em suas unidades prisionais, equipamentos para banho dos presos em temperatura adequada ("chuveiro quente").



Foi deferida liminar e o Estado de São Paulo requereu a suspensão da liminar. A decisão do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo suspendeu os efeitos da liminar e a DPE-SP interpôs Agravo Regimental que foi improvido e gerou o Recurso Especial Nº 1.537.530 – SP. O relator Ministro Herman Benjamin asseverou que:

O caso concreto, no entanto, é peculiar, por ferir triplamente aspectos existenciais da textura íntima de direitos humanos substantivos. Primeiro, porque se refere à dignidade da pessoa humana, naquilo que concerne à integridade física e mental a todos garantida. Segundo, porque versa sobre obrigação inafastável e imprescritível do Estado de tratar prisioneiros como pessoas, e não como animais. Por mais grave que seja o ilícito praticado, não perde o infrator sua integral condição humana. Ao contrário, negá-la a um, mesmo que autor de crime hediondo, basta para retirar de todos nós a humanidade de que entendemos ser portadores como parte do mundo civilizado. Terceiro, porque o encarceramento configura pena de restrição do direito de liberdade, e não salvo-conduto para a aplicação de sanções extralegais e extrajudiciais, diretas ou indiretas. Quarto, porque, em presídios e lugares similares de confinamento, ampliam-se os deveres estatais de proteção da saúde pública e de exercício de medidas de assepsia pessoal e do ambiente, em razão do risco agravado de enfermidades,

Por isso, a vida da pessoa que é submetida ao encarceramento é impactada de diversas formas, tanto no aspecto interno como externo. Nas palavras de Delmanto Junior (2019, p. 37) a prisão é “a maior dentre as várias humilhações que o processo penal pode impor a uma pessoa, ao lado do desconforto social gerado com a sua soltura, notadamente para aqueles que nutrem o pensamento de que se foi preso é porque culpa tinha”.

A mera prisão cautelar já apresenta uma grande modificação na imagem de um cidadão. Conforme Breno Nascimento Pacheco (2010, p. 93) aponta:

“Para o senso comum, não difere a prisão cautelar da prisão pena. Quando noticiada a prisão de alguém, a impressão que se enraíza no subconsciente de cada cidadão, é de ser o aprisionado culpado e não inocente, como o deseja a Lex Legum. Preso, o sujeito deixa de trabalhar e entra no mundo paralelo que é o das cadeias e penitenciárias públicas, com seu altíssimo efeito criminógeno e estigmatizante”.



Woltmann e Souto (2009, p. 41) alertam que no momento que “alguém está sob suspeita do cometimento de um crime, por menor que seja, já é marginalizado, não só pela população em geral, mas pelas autoridades policiais”. Pela decretação da prisão cautelar o indivíduo já é julgado pela sociedade e responsabilizado por atos que existe apenas uma suspeita do seu envolvimento.

Todos esses aspectos abordados, neste capítulo, se agravam com a duração em que o acusado fica encarcerado. Considerando que uma vez preso, a pessoa passa a criar uma vida apartada da sociedade e perde a função que desempenhava no seu meio social, perde os vínculos com familiares e frequentemente saem sem emprego. (BITENCOURT, 2011. P. 173)

### **4.3 Tempo de prisão**

A Lei 13.964/2019, em seu art. 2º, alterou de 30 anos para 40 anos a pena máxima de prisão no Brasil. Esse aumento por si só, não concebe um sistema de criminal equitativo e não resolve os problemas efetivos da execução penal e o encarceramento, pois uma pena restritiva de liberdade não deve se estender por um longo período. (FERRAJOLI, 2002, p. 381).

Em se tratando de prisões cautelares, Aury Lopes Junior (2019, p. 591) esclarece que “poderão ser revogadas ou substituídas, a qualquer tempo, no curso do processo ou não, desde que desapareçam os motivos que as legitimam, bem como poderão ser novamente decretadas”. Para este autor, a crítica está na indeterminação, pois apenas a prisão temporária tem prazo definido por lei, as demais medidas cautelares ficam a critério do magistrado a definição da sua duração.

Para suprir essa lacuna legislativa, segundo Ruy (2019, p. 400) a jurisprudência brasileira por muito tempo empregou a denominada “regra dos 81 dias”. Para formulação dessa regra, eles utilizaram a soma dos prazos necessários para a prática dos atos que eram preciso realizar na persecução penal até a prolação



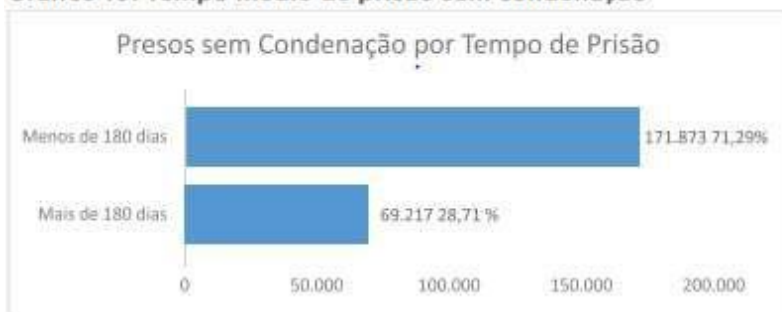
da sentença de primeiro grau, e assim chegou ao prazo de 81 (oitenta e um) dias para o encerramento da instrução criminal de processos relacionados a réus presos.

Essa regra não subsistiu por diversos, fatores, inclusive a elasticidade da interpretação dada pelos tribunais. Dessa forma, não temos uma uniformização no quesito tempo de prisão. Delmato Junior (2019, p. 456 e 458) pontua:

na prática, a única probabilidade de ser solto, por excesso de prazo, é na hipótese de haver um gritante desrespeito a esses prazos, sendo só um ou dois os réus, sem precatórias, sem perícias requeridas pela defesa, ou seja, um caso simples.[...] Em se tratando de prisão cautelar e excesso de prazo, a massificação de nossa jurisprudência é manifesta no sentido de se ter um verdadeiro “cardápio” de justificativas aptas a flexibilizar excessos de prazo, deixando-se à avaliação subjetiva de cada julgador a análise se houve desídia do Poder Judiciário ou da acusação, ou se estão atuando diligentemente.

Para exemplificar, o levantamento feito pelo CNJ através do BNMP apurou que tem indivíduos presos há mais de 180 dias, sem, contudo, avaliar no caso concreto se existia algum excesso de tempo na manutenção da medida. O gráfico abaixo demonstra essa realidade:

**Gráfico 10. Tempo médio de prisão sem condenação**



Fonte: BNMP 2.0/CNJ - 6 de agosto de 2018

\* Como já registrado em nota à Tabela 12, as pessoas condenadas em relação às quais não foi expedido guia de recolhimento são computadas como presos sem condenação.

\*\* Diante da integração dos sistemas em parte dos registros não constou a data de cumprimento da ordem de prisão, de modo que esse dado deverá ser depurado continuamente pelo sistema. O registro apresentado acima se refere ao número total de 241.090 prisões consideradas, em relação às quais a data foi incluída.

Não há mecanismos para avaliar a duração da prisão cautelar. Ada Pellegrini Grinover alertou que “prendem preventivamente e o acusado pode ficar lá pelo resto da



vida. Há muitos casos em que a pessoa sequer é julgada. O sistema penal funciona muito mal”. (MATSUURA E VASCONCELLOS, 2016).

A ausência de um prazo estabelecido em lei e a falta de uniformização nos entendimentos dos tribunais tem sido sanado na doutrina com a aplicação dos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade. (MONTEIRO, 2018, p. 48). Nesse sentido, em razão de não ter um parâmetro definido em lei, o prazo de duração de uma prisão cautelar de ser capaz de fornecer ao acusado ou indiciado, elementos para desenvolver todos os princípios constitucionais que orientam o processo penal. A permanência prolongada, abusiva e irrazoável de uma prisão cautelar de alguma pessoa ofende diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana previsto em nossa Constituição e é um dos pilares em que se sustenta o Estado Democrático de Direito, consagrado pelo sistema de direito constitucional positivado, nos moldes da teoria do garantismo penal. (SILVA, 2018, p.4)

#### **4.4 Tempo duração processual**

Em complementação ao tópico anterior, a celeridade nos processos parece ser o melhor caminho para resolver, a princípio, a situação dos presos provisórios. O direito à presunção de inocência deve ser garantido ao acusado e por essa razão ele não pode ser esquecido no presídio, já que não há uma diferenciação entre o preso provisório e o condenado no sistema penitenciário brasileiro. Por outro lado, é preciso maior rigor por parte da justiça, e mais cautela na hora de analisar um pedido de prisão preventiva, tendo em vista a situação caótica dos presídios. (MAGALHÃES e SOUZA FILHO, 2018, p. 12).

A regra é a estrita observância, pelo Estado, dos prazos previstos para a prática dos atos processuais, somente se aceitando a sua não observância em situações excepcionais, em que se exija uma ponderação hermenêutica para além dos limites dogmáticos, na linha da obrigação de afirmação de princípios constitucionais de igual relevância. (PACELLI, 2019, p. 519)



A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segue o entendimento de que a razoável duração do processo deve ser medida à luz das particularidades do caso concreto, levando-se em consideração, por exemplo, a quantidade de acusados, o número de testemunhas a serem ouvidas, a necessidade de expedição de cartas precatórias, a natureza e a complexidade dos crimes imputados, assim como a atuação das partes (HC 138.736-AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 6/9/2017; HC 138.987-AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 7/3/2017; RHC 124.796-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 24/8/2016; HC 135.324, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 6/12/2016; HC 125.144-AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 28/6/2016).

O Superior Tribunal de Justiça concretizou seu entendimento sobre o tema com a edição de algumas súmulas, todas no intuito de afastar alegações sobre o excesso de prazo no processo penal, tais como:

Súmula n.º 21 do STJ: Com a pronúncia resta superado o alegado constrangimento ilegal por excesso de prazo na instrução;

Súmula n.º 52 do STJ: Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo;

Súmula n.º 64-STJ: Não há constrangimento ilegal por excesso de prazo se a demora, em feito complexo, decorre de requerimentos da própria defesa. (STJ)

Essas súmulas são utilizadas para justificar a morosidade do Judiciário, utilizando parâmetros para demonstrar que não há uma reavaliação da medida cautelar se superado algum ato processual. Concordam nesse sentido Lopes Júnior e Badaró:

Inexiste um referencial de duração temporal máxima e, cada vez mais, os tribunais avalizam a (de)mora judicial a partir dos mais frágeis argumentos, do estilo: complexidade (apriorística?) do fato, gravidade (in abstracto?), clamor público (ou seria a opinião publicada), ou a simples rotulação de “crime hediondo”, como se essa infeliz definição legal se





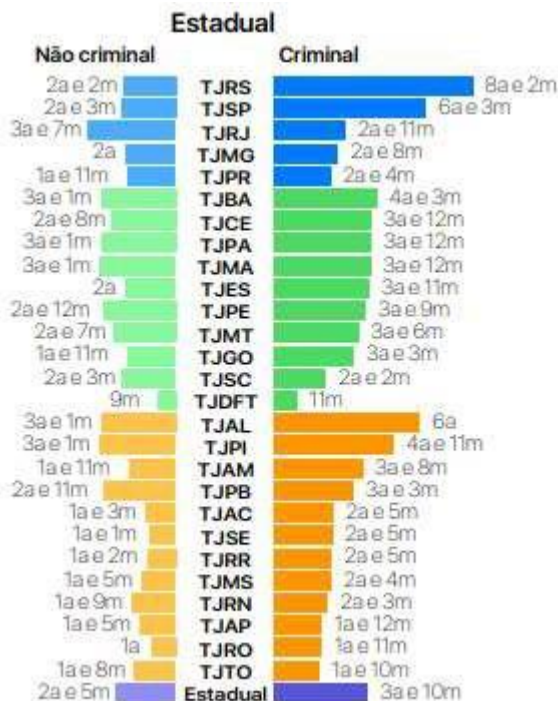
bastasse, autolegitimando qualquer ato repressivo. (LOPES JUNIOR E BADARÓ, 2009, p.107)

Para Ferrajoli (2002, p. 515) “não há razão para procrastinar o julgamento e para não conduzir o imputado à presença dos juízes para proceder ao debate nas formas mais simplificadas previstas para os julgamentos abreviados ou imediatos”. Ele acredita se o tempo fosse reduzido aos dias necessários para fazer as notificações a duração do processo seria mínimo.

Não em todos os casos a culpa é exclusiva do Estado, o acusado pode violar a garantia da duração razoável do processo, se no caso concreto realizar atos manifestamente protelatórios. Ruy (2019, p. 398) apresenta exemplos de como o acusado pode protelar o processo:

reiteração de adiamentos de audiências requeridos pela parte, ora em razão de alegação de saúde quando o problema não impede o comparecimento, ora em razão de frequentes trocas de advogados e a hipótese de fuga do acusado, impedindo ou retardando o julgamento.

O CNJ apurou o tempo médio dos processos baixados no ano de 2018 por tribunal indicam quadros distintos no 2º grau e nos tribunais superiores. Na fase de conhecimento de 1º grau, o tempo do processo criminal é maior que o do não-criminal em todos os ramos de Justiça. A taxa de congestionamento criminal (73,3%) supera a não-criminal (59,2%), na primeira instância. O gráfico abaixo demonstra a diferença do tempo médio de tramitação dos processos criminais e não criminais na justiça estadual: (BRASIL, 2019, p. 161)



O que podemos notar, é que na grande parte dos estados os processos criminais demoram mais tempo para chegar a uma conclusão do que um processo cível. Essa delonga é capaz de resultar em uma sensação de impunidade, em uma demonstração de que o Estado não punindo devidamente aqueles que cometem ilícitos penais. (CASTILHOS E JUNG, 2019, p. 23).

Nas palavras de Ferrajoli (2002, p. 572) “a observância do rito não é só uma garantia de justiça mas também uma condição necessária da confiança dos cidadãos na justiça”. Para ele, o correto desenvolvimento do rito funciona como um freio para o juiz e a sua não observância acarreta a nulidade processual, proporcionando uma garantia de via dupla abarcando a sociedade e o acusado. Desta forma, teríamos um regramento estabelecido de como o processo deve tramitar.

A legislação brasileira embora tenha estabelecido os ritos processuais no artigo 394 do CPP (BRASIL, 1941), não se preocupou em estabelecer critérios de



tempo para cada ato processual. Aury Lopes Junior (2019, p. 83) afirma que “o ideal seria a clara fixação da duração máxima do processo e da prisão cautelar, impondo uma sanção em caso de descumprimento (extinção do processo ou liberdade automática do imputado)”.

Infelizmente essa lacuna legislativa cria uma incerteza jurídica, resultando prejuízo para a sociedade, para a vítima e o acusado, bem como seus familiares que ficam reféns da prestação jurisdicional sem saber quando ocorrerá o julgamento ou mesmo a permanência do acusado em prisão sem condenação. (DELMATO JUNIOR, 2019, p. 403)

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou analisar as prisões cautelares estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro tendo como norte a teoria do garantismo penal desenvolvida pelo italiano Luigi Ferrajoli. Vale ressaltar neste momento algumas descobertas e conclusões do que foi exposto, e observando que não constitui nosso propósito a elaboração de entendimentos que esgotarão completamente o debate sobre os aspectos abordados, até porque conforme demonstrado no trabalho não há na doutrina ou jurisprudência um consenso sobre tais discussões.

Delmanto Junior (2019, p. 25) traz uma interessante observação quando ele afirma que a liberdade jurídica do indivíduo é o fundamento do processo penal, ou seja, “um instrumento da liberdade que surge como complemento dos direitos e garantias individuais, impondo limites à atuação estatal em cumprimento do seu dever de prestar jurisdição” .

Ferrajoli (2011) ainda complementa que as garantias primárias, tal com o direito à vida, protegidas pelo direito penal não existiriam caso ele tivesse previsão legal. A título de exemplo, a ausência na lei de proibição de prisão sem mandado motivado pela autoridade competente afronta a garantia de liberdade pessoal.



Podemos observar várias garantias previstas em nossa Constituição que visam promover um direito penal justo, tais como o devido processo legal (art. 5, LIV), princípio da legalidade (art. 5, XXXIX), princípio da presunção de inocência (art. 5, LVII), entre outras.

Dessa forma, está presente no ordenamento jurídico brasileiro aspectos garantistas, tal como na teoria do garantismo penal assim definida por Ferrajoli (2002, p. 684), uma vez que se trata de um modelo normativo do direito penal, pautado pela estrita legalidade, adequado ao Estado de Direito, baseado em um poder mínimo que visa minimizar a violência e maximizar a liberdade, confrontando a função punitiva do Estado e as garantia dos direitos dos cidadãos .

Em se tratando de prisões cautelares, considerando que ainda não tem sentença condenatória, a presunção de inocência é o princípio que sofre o maior ponto de tensão em um Estado Democrático de Direito, pois é o custo a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém que pode ser inocente.

Para Saguiné (2014, p. 197) esse confronto existe pela “consideração da culpabilidade do acusado como ponto de partida para a imposição de qualquer medida cautelar”. Ele ainda acrescenta que os requisitos de decretação da medida cautelar, exigência de verossimilhança do crime e de suspeita fundada da autoria de um fato, são o que justificam uma atuação “cautelar” do juiz, e devem, portanto, motivar a decisão.

Obter uma resposta para sociedade e resguardar os direitos fundamentais das vítimas de crime e de seus familiares não devem sobrepor a proteção dos acusados contra a atuação estatal no processo penal. A ideia é que ambos os lados devem ter seus direitos protegidos pelo Estado. Não é porque o indivíduo cometeu um ilícito penal que ele perde seus direitos e garantias fundamentais, até porque não existe nada em nossa sociedade que é capaz de retirar todos os direitos de um cidadão.



As prisões cautelares são estabelecidas para proteger o resultado útil do processo, afim de evitar que durante a marcha processual exista alteração fática pelo lapso temporal até a sentença. Em alguns casos, a liberdade do acusado é um risco e pode afetar aspectos importantes durante o curso do processo, seja apagando de provas, ameaçando testemunhas, evadindo ou, ainda, continuando a praticar crimes. Assim, quando as prisões cumprem sua função instrumental-cautelar ela seria admitida, em nome da necessidade e da proporcionalidade para justificar a violação de diversas garantias.

O problema são os reflexos provocados pelas prisões cautelares no sistema carcerário e no acusado. Partindo do modelo teórico formulado por Ferrajoli (2002, p. 379), existe uma punição antecipada quando se restringe a liberdade de um indivíduo sem condenação. Percebe-se que por mais admissíveis que sejam as razões decisivas da medida cautelar, esta acarreta uma marca irreparável à imagem de quem esteja sob investigação, além de gerar uma série de implicações prejudiciais no estado social, familiar e econômico do sujeito passivo da medida.

Os dados do BNPM 2.0 e do INFOPEN demonstram que as prisões cautelares geram uma superlotação no sistema carcerário, uma vez que o crescimento das vagas não são proporcionais à demanda.

As condições abordadas no item 4.1 demonstram que o sistema carcerário brasileiro não está apto a garantir os direitos do investigado. Bitencourt (2011, p. 163- 164) pontua que a prisão está longe de ser um ambiente favorável para ressocializar o preso, pois a pessoa fica em um ambiente com uma população maior do que a sua capacidade, ocasionando um ambiente propício para violência e maior chance do indivíduo permanecer no mundo do crime.

Assim, a prisão cautelar seria a última medida utilizada para garantir o bom andamento das investigações e da tramitação do processo. Uma vez admitida a prisão cautelar, resta avaliar o tempo de duração da medida. E esse é um dos maiores questionamentos quando falamos de prisões cautelares.



Nas palavras de Aury Lopes Junior (2019, p. 592) “reina a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão”. Apenas a prisão temporária teve seu prazo máximo determinado em lei. As demais modalidades ficam condicionadas ao entendimento do magistrado ou do Tribunal.

Em virtude da inexistência de regramento ou entendimento jurisprudencial que motive o seria excesso de prazo, a solução mais coerente parece ser a aplicação do Princípio da Razoabilidade como fixador do tempo da prisão cautelar. Essa análise deve ser feita no caso concreto, utilizando como parâmetro a complexidade da causa, conduta das partes no processo e gravidade do delito. Tais aspectos são citados pela doutrina como fundamentais para delimitar o tempo da prisão cautelar.

Contudo, Ruy (2019, p. 433) afirma que “há tendência nos Tribunais Superiores pátrios em manter prisões provisórias longas por meio de argumentação genérica, pautada em elementos vagos”. Isso provoca um alto índice de prisões cautelares, principalmente pela delongada tramitação do processo que é outro fator importante para analisar quando se decreta uma prisão cautelar.

O processo deve ser condicionado pelo fator “tempo”. Ou seja, os procedimentos somente tutelam efetivamente os direitos se forem realizados de forma tempestiva, permitindo uma correta distribuição do tempo no processo. Portanto, a celeridade processual é uma demonstração do princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5, inciso LXXVIII, da Constituição.

Ademais, a prisão do acusado até o julgamento do processo imprime uma percepção de justiça feita à sociedade, no entanto, isso não é justiça. Por mais hediondo que seja um crime, o acusado precisa ser tratado conforme a legislação penal.

Existe outras formas do Estado garantir os direitos e garantias constitucionais do investigado, tais como, colocar o acusado em regime de vigilância, prisão



domiciliar, utilizar tecnologia a exemplo das pulseiras com GPS, entre outras formas de monitoração do comportamento, já que são menos drásticas que a prisão.

Desta forma, as prisões cautelares são um importante instrumento no ordenamento jurídico que apresenta importantes aspectos de reflexão, sobretudo quando estabelecido em um Estado Democrático de Direito. A efetiva proteção dos direitos e garantias fundamentais só pode ocorrer quando existe um modelo de Estado que tenha como ponto de partida a legalidade dos seus atos, ainda mais na esfera penal.

## REFERÊNCIAS

AIRES, Caroline Paiva. **Sistema carcerário brasileiro: crise ignorada**. Disponível em: < <http://editora.pucrs.br/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2018/arquivos/83.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

ARAÚJO, Allan Guimarães. **Sistema carcerário brasileiro: crise na execução penal**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito).

UniEVANGÉLICA. 2019. Disponível em:<<http://repositorio.aee.edu.br/jspui/bitstream/aee/1257/1/Monografia%20-%20Allan%20Guimar%c3%a3es%20Araujo.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. Marcus Panchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Nas prisões brasileiras, o mínimo que se perde é liberdade. Revista **Consultor Jurídico**, 6 jan. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-06/cezar-bitencourt-massacre-manaus-foi-tragedia-anunciada>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

\_\_\_. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7 reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOECHAT, Wagner Saraiva Ferreira Lemgruber; SOUZA, Luiz Fernando de Oliveira; PARÓDIA, Mariane Silva ; e PEREIRA, Malu Maria de Lourdes Mendes. As implicações da decretação da prisão preventiva sob a ótica da teoria do



garantismo penal de Luigi Ferrajoli. **Revista da Universidade Vale do Rio Verde**, v. 13, n. 2, p. 714-734, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos**, Brasília, agosto de 2018. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819f4c3ef4.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

\_\_. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2020.

\_\_. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Reentradas e reinterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Panorama-das-Reentradas-no-Sistema-Socioeducativo.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

\_\_. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Mutirão carcerário: raio-x do sistema penitenciário brasileiro**. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/10/mutirao\\_carcerario.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/10/mutirao_carcerario.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2020.

\_. Departamento Penitenciário Nacional. **INFOPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2019. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br/>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

\_\_. Tribunal de Justiça de Distrito Federal. **TJDFT defere HC coletivo para soltura de presos provisórios por dívida alimentar**. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/marco/tjdft-defere-hc-coletivo-para-soltura-de-presos-provisorios-por-divida-alimentar>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06 dez. 2019.

\_\_. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 out. 1941.





Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2019.

\_. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

**Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 maio 2011.

Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2019.

\_. **Lei nº 7.960**, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2020.

\_. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.537.530 São Paulo**.

Relator. Min. Herman Benjamin. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/dl/resp-1537350-acordao-publicado-anos.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

..... Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 145**. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>>  
> Acesso em: 12 mar. 2020.

\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 132.615 São Paulo**. Relator: Min Celso de Mello. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC132615ministroCelsodeMello.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 177.354**

**Mato Grosso**. Relator: min. Alexandre de Moraes. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751606152>>.  
Acesso em 15 mar. 2020.

CARVALHO, Rodrigo Santos; PEREIRA, Jacó Santos. **A situação carcerária no Brasil sob a ótica da dignidade da pessoa humana**. 2019. Disponível em:

<<https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/handle/123456789/2093>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

CASTILHOS, Tiago Oliveira; JUNG, Valdir Florisbal. Prazo razoável do processo: liberdade de imprensa versus presunção de inocência do acusado. **Revista de**



**Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, v. 5, n. 1, p. 22-41, 2019. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/5416>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

COELHOS, Maria Thereza Ávila Dantas; CARVALHO FILHO, Milton Júlio de. **Prisões numa abordagem interdisciplinar**. Salvador: EDUFBA, 2012. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/7mkg8/epub/coelho-9788523217358.epub>>. Acesso em: 24 mar. 2020.

COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, de 22 de novembro de 1969. San José, Costa Rica. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 12 mar. 2020.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal: as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

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

\_. Doce cuestiones en torno a Principia iuris. Eunomía. **Revista en Cultura de la Legalidad**, n. 1, sep.-feb. 2012. Disponível em: <<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2154>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

\_.; PONTES, José Antônio Siqueira; BRONZO, Pasquale. Entrevista com Luigi Ferrajoli. **DESC-Direito, Economia e Sociedade Contemporânea**, v. 2, n. 1, p. 31-50, 2019. Disponível em: <<https://seer.facamp.com.br/seer/index.php/FACAMP/article/view/28>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual esquematizado**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JORDÃO, Amanda dos Santos; CINTRA NETO, Bento Barbosa. A duração razoável do processo penal. **Revista de Estudos Jurídicos**, v. 1, n. 28, 2018. Disponível em: <<http://www.actiorevista.com.br/index.php/actiorevista/article/view/100>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; COELHO, Marcial Duarte; e RODRIGUES, Paulo Gustavo Lima e Silva. A incompletude do “garantismo penal”: entre a salvaguarda do direito à liberdade e a vedação à proteção deficiente. **Revista da Esmal**, n. 3, 2018. Disponível em: <



<http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/120> >. Acesso em: 10 mar. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 7 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury Celso. **Direito processual penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

\_\_\_. **Prisões cautelares**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

MAGALHÃES, Bruno Barbosa; SOUZA FILHO, Wandirley Rodrigues de. **Prisão preventiva**: da presunção de inocência à antecipação de pena e seus reflexos no sistema carcerário brasileiro. 2018. Disponível em: <<https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/handle/123456789/1162>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCELINO, Skarlett et al. **A falta de prazo na prisão preventiva e a violação aos princípios constitucionais**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Faculdade de Direito de Vitória – FDV, 2018. Disponível em: <<http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/512>>. Acesso em: 25 mar. 2020.

MARTINS, Jomar. Homem preso por engano receberá R\$ 20 mil de danos morais do RS. Revista **Consultor Jurídico**, 7 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-07/homem-presno-engano-recebera-20-mil-danos-morais-rs>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

MATSUURA, Lilian; VASCONCELOS, Marcos. Com Executivo e Legislativo em crise, o Judiciário tomou conta de tudo. Entrevista com Ada Pellegrini Grinover. Revista **Consultor Jurídico**, 12 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-12/entrevista-ada-pellegrini-grinover-advogada-processualista>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011.



MEZZALIRA, Ana Carolina; SILVEIRA, Silvania Dellamora. **Análise jurídico-psicológica sobre as repercussões do encarceramento do indivíduo antes da sentença condenatória transitada em julgado.** Disponível em:

<<https://editora.pucrs.br/acesolvire/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2018/arquivos/21.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal** – Interpretado. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MONTEIRO, Alícia Hartmann. **Duração razoável da prisão preventiva.** 2018. 55 f. Monografia (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em:

<<https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12476>>. Acesso em: 25 mar. 2020.

NOVELLI, Rodrigo Fernando. A teoria do garantismo penal e o Princípio da legalidade. **Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, Mato Grosso do Sul**, v. 16, n. 31, 2014. Disponível em:

<[https://www.unigran.br/dourados/revista\\_juridica/ed\\_anteriores/31/artigos/artigo06.p df](https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo06.p df)>. Acesso em: 10 fev. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

PACHECO, Breno Nascimento. **Prisão preventiva: a impossibilidade de se justificar o cárcere preventivo perante o estado democrático de direito e garantismo real.** 2010. Disponível em:

<<http://200.19.146.79/index.php/revistafadir/article/view/18431>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

PEREIRA, Tharllisson Rafael; LEMES, Fernando Lobo. Direitos fundamentais no Brasil: sobre o conceito doutrinário e jurídico da prisão em flagrante. **Vertentes do Direito**, v. 5, n. 2, p. 146-169, 2018. Disponível em:

<<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/5177/14445>>. Acesso em: 03 mar. 2020.

PEREIRA, Keila Cristina. **Prisão preventiva frente a teoria do garantismo.** 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE, Governador Valadares, 2010. Disponível em:

<<http://www.pergamum.univale.br/pergamum/tcc/Prisaopreventivafrenteateoriadogar antismo.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2020.



PEREIRA, Tharllisson Rafael; LEMES, Fernando Lobo. Direitos fundamentais no Brasil: sobre o conceito doutrinário e jurídico da prisão em flagrante. **Vertentes do Direito**, v. 5, n. 2, p. 146-169, 2018. Disponível em: <<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/5177>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

PEREIRA, Viviane de Freitas; MEZZALIRA, Ana Carolina. O Supremo Tribunal Federal e o prazo razoável da prisão preventiva. **Âmbito Jurídico**, v. 13, n. 78, p. 5-19, 2010. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-78/o-supremo-tribunal-federal-e-o-prazo-razoavel-da-prisao-preventiva/>>. Acesso em: 07 mar. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Medidas processuais penais de urgência**. Disponível em: <[http://www.academia.edu/download/57833487/RAMOS\\_medidas\\_processuais\\_penais\\_de\\_urgencia.pdf](http://www.academia.edu/download/57833487/RAMOS_medidas_processuais_penais_de_urgencia.pdf)> Acesso em: 01 mar. 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

RYU, Daiana Santos. Prisão cautelar e prazo razoável na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 5, n. 1, p. 389-438, 2019. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/176/159>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

SÁ, Wellis Jones Batista de; SOUZA FILHO, Wandirley Rodrigues de. **As modalidades de prisão penal e sua eficácia no direito brasileiro**. 2018. Disponível em: <<https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/handle/123456789/1150>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

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

SILVA, Augusto César de Lima. **Excesso de prazo nas prisões provisórias**. 2018. Disponível em: <<http://repositorio.asc.es.edu.br/handle/123456789/1865>>. Acesso em: 10 mar. 2020.



SILVA, Túllio Martins; NETO, Edmundo Carneiro de Rezende. A crise do sistema prisional brasileiro e reflexos na atuação da polícia militar. 2018. Disponível em: <<https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/handle/123456789/1115>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

SILVA JÚNIOR, Petrônio Pereira Rodrigues da; ZAUKE, Renata Braga; LEITE, Leonardo Canez. Um estudo das medidas cautelares: em especial a prisão preventiva. **FACIDER-Revista Científica**, v. 13, n. 13, 2019. Disponível em: <<http://sei-cesuacol.edu.br/revista/index.php/facider/article/view/198>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

SOUZA, Lucas Endrigo de Lucena. **Banalização da prisão preventiva quando usada pela autoridade judiciária como forma de cumprimento antecipado da prisão pena**. Trabalhos de Conclusão de Curso. Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA Caruaru, 2019. Disponível em: <<http://200-98-146-54.clouduol.com.br/handle/123456789/2144>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

SOUZA, Érika; BARBOSA, Igor Andrade Barbosa; DA SILVA, Valdirene Cássia. INFLUÊNCIA MIDIÁTICA NA CONDENAÇÃO POPULAR ANTECIPADA. **Revista**

**Observatório**, v. 5, n. 6, p. 429-452, 2019. Disponível em: <<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/observatorio/article/view/7658>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

TESCHE, Luan Paulo Giacobbo. **A duração da prisão cautelar**: análise a partir de um modelo de processo penal garantista. Trabalhos de Conclusão de Curso. 2015. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/3036>>. Acesso em 18 mar. 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORRES, Eli Narciso Silva da. **Prisão, educação e remição de pena no Brasil**. Jundiaí: Paco e Littera, 2019.

VINHAL, Victor Ulisses Luiz. NOGUEIRA, Fábio Batista. **A prisão temporária como ferramenta para a investigação criminal**: uma análise acerca da sua (in)constitucionalidade. Trabalhos de Conclusão de Curso, 2019. Disponível em: <[https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/bitstream/123456789/1561/1/978785821-1993\\_V%c3%adctor\\_Ulisses\\_Luiz\\_Vinhal\\_V%c3%adctor\\_Ulisses\\_Luiz\\_Vinhal\\_1344\\_7\\_3651305.pdf](https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/bitstream/123456789/1561/1/978785821-1993_V%c3%adctor_Ulisses_Luiz_Vinhal_V%c3%adctor_Ulisses_Luiz_Vinhal_1344_7_3651305.pdf)>. Acesso em: 09 mar. 2020.



WOLTMANN, Angelita; SOUTO, Raquel Buzatti. A incompatibilidade da prisão provisória com o sistema prisional brasileiro diante do garantismo penal e da dignidade do acusado. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**, v. 9, n. 12, p. 33-48, 2009. Disponível em: [http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito\\_e\\_justica/article/view/169](http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/169) Acesso em: 10 mar. 2020.

ZÚNIGA, Álvaro Henrique de. **A constitucionalidade da prisão cautelar**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: <<http://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/9357/1/AHZ%C3%BAAniga.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2020.



# A CADEIA DE CUSTÓDIA DO PACOTE ANTICRIME: INSTITUTO GARANTIDOR DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Luís Augusto Goulart de Abreu Catta Preta

## RESUMO

Artigo científico que analisa a relação entre cadeia de custódia e as garantias do contraditório e da ampla defesa – à luz da Lei 13.964/2019, pacote anticrime, e de acordo com doutrina, legislação e jurisprudência – restando demonstrada a importância do referido instituto na aplicação e observância dessas garantias

**Palavras-chaves:** Artigo científico. Cadeia de Custódia. Provas. Contraditório. Ampla Defesa. Verdade Real. Realidade. Imparcialidade. Legalidade de Provas. Processo Penal. Penal. Pacote Anticrime. Lei 13.964/2019.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo analisar a relevante e positiva inserção no Código de Processo Penal<sup>1</sup> de dispositivos que determinam e regulam a cadeia de custódia das provas, por meio da edição e promulgação da Lei n.º 13.964 de 2019<sup>2</sup>, vulgo pacote anticrime, até então omitida pelo poder legislativo brasileiro.

Tem-se como objetivo, já que extremamente promissora no ordenamento jurídico brasileiro, esclarecer o que é a cadeia de custódia e o que determinam os novos dispositivos legais, sendo crucial consignar a necessidade de seu cumprimento, que permite a aplicação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941

<sup>2</sup> BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019





O descumprimento, ou mesmo a irrelevância do instituto da cadeia de custódia, pode ser muito oneroso, custoso ao dever de proferir decisões justas e técnicas – absolutamente inviável na ausência do contraditório e da ampla defesa –, conferido ao poder judiciário.

A escolha do tema para a elaboração do artigo, vestido de trabalho de conclusão do curso de direito, se deu através de corriqueira conversa, tida durante um almoço qualquer com Ava Garcia Catta Preta, minha prima e chefe; que me fez compreender como se faz necessária a observância do cumprimento da cadeia de custódia das provas, para que se torne possível observar um processo criminal estritamente fiel à verdade real dos fatos.

Para a efetiva formulação desse artigo, serão apresentados conceitos indispensáveis para sua compreensão, será exposto o trecho da nova Lei referente à cadeia de custódia, demonstrando sua importância e serão relacionados a cadeia de custódia e as referidas garantias constitucionais, com respaldo na própria legislação, doutrina e jurisprudência.

## **2 ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O INSTITUTO “CADEIA DE CUSTÓDIA”**

No artigo em comento se demonstrará, fundamentadamente, a necessidade da cadeia de custódia para o cumprimento das garantias constitucionais nos processos criminais a partir da estrutura proposta, em especial quanto à observância do contraditório e da ampla defesa.

### **2.1 Conceitos**

Para que se adentre no mérito da questão proposta nesse artigo, necessária se faz a compreensão de, pelo menos, três conceitos, quais sejam, Cadeia de Custódia, Contraditório e Ampla Defesa.



Cadeia de Custódia, apesar de estranho à legislação criminal brasileira até o final do ano de 2019, é termo conhecido há bastante tempo por grande parte dos operadores do direito.

Para a doutrina, conceitua a cadeia de custódia, o fazendo de maneira satisfatoriamente completa, o professor Badaró<sup>3</sup>, em seu livro de processo penal, nos seguintes termos:

“O conceito de cadeia de custódia surgiu originalmente na jurisprudência norte- americana, quase que como uma imposição natural da verificação da integridade da prova. Para garantir a fidelidade entre a prova e o fato histórico reconstruído, é indispensável a manutenção da cadeia de custódia, isto é, á história cronológica escrita, ininterrupta e testemunhada, de quem teve a evidência desde o momento da coleta até que ela seja apresentada como prova no tribunal”. Além disso, é necessário que cada uma dessas pessoas declare que a coisa permaneceu substancialmente na mesma condição durante todo o tempo que permaneceu sob sua posse.

Trata-se, portanto, de um **procedimento de documentação ininterrupta, desde o encontro da fonte da prova, até a sua juntada no processo**, certificando onde, como e sob a custódia de quais pessoas e órgãos foram mantidos tais traços, vestígios ou coisas que interessam à reconstrução histórica dos fatos no processo, com a finalidade de garantia de sua identidade, integridade e autenticidade. ”

Há de se destacar, do conceito exposto, que a cadeia de custódia não é nada inovadora ou inventada, como a lâmpada, por exemplo; mas sim uma “*imposição natural*” e até mesmo lógica, já que na sua ausência não pode ser fiel a “*história reconstruída*”, que nada mais é que a instrução processual, com a verdadeira realidade fática.

Já para a jurisprudência, o Excelentíssimo Ministro Rogério Schietti Cruz, quando do julgamento do HC 160.662/RJ<sup>4</sup>, que se deu pela colenda 6ª Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça, ainda no ano de 2014, em seu brilhante voto,

---

<sup>3</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp.506.

<sup>4</sup> HC 160.662/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 18/02/2014, DJe 17/03/2014



delimitou o conceito de cadeia de custódia ao consignar que “*O Estado tinha o dever de conservar à inteireza a prova essencial, pelo que parece, para a descoberta dos fatos.*” .

Nesse sentido, apesar de extremamente escassa, ao tratar de instituto demasiadamente novo em nossa legislação, a jurisprudência assenta que cadeia de custódia é, também, o dever do Estado de preservar as provas para que se torne possível a descoberta da verdade real dos fatos.

E, finalmente, para a legislação, pela inteligência do *caput* do art. 158-A, o primeiro inserido pelo pacote anticrime no Código de Processo Penal, no quetange à cadeia de custódia, tem-se o seguinte conceito:

“Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.”

Portanto, pelo que se depreende dos três diferentes conceitos apresentados, pode-se dizer que cadeia de custódia é um instituto, formado por diferentes procedimentos, de cuidado com o elemento probatório, documentados, que visam manter a integridade da prova, inalterada e inviolada, em busca da verdade real dos fatos, para que se tenham decisões judiciais muito mais precisas e justas.

Passando-se aos conceitos das garantias constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa, umbilicalmente ligadas entre si, estão previstas no mesmo dispositivo legal, o art. 5º, inciso LV, redigido nestes termos: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Dos profícuos ensinamentos do professor Aury Lopes Junior<sup>5</sup>, extrai-se o conceito do contraditório:

---

<sup>5</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pp.112



“O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo. ”

Ressalte-se, rapidamente, que trata o Contraditório de um meio de viabilizar as necessárias “*confrontação da prova e comprovação da verdade*”!

E por último, como se depreende ainda dos ensinamentos de Aury, a ampla defesa se divide em autodefesa e defesa técnica, guardando esta maior relevância para o presente artigo. A defesa técnica seria compreendida então pela atuação de um defensor, um advogado, que possui conhecimento técnico suficiente para tal.

Nesse diapasão, pouco mais adiante, Aury ainda esclarece sua importância, destarte:

“A justificação da defesa técnica decorre de uma *esigenza di equilibrio funzionale* entre defesa e acusação e também de uma acertada *presunção de hipossuficiência* do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador. “

E registre-se que a defesa técnica é excepcionalmente importante para que se observe o devido processo legal no estado de direito, e isso se depreende não só do fato de ser garantia expressa na constituição, bem como pelo fato de ser considerada indisponível – não se cogita no processo penal a ausência de um defensor, conforme art. 261, CPP.

Pelo exposto, não resta dúvida alguma de que essas três garantias, uma mais que outras, guardam amplos conceitos e exigem a aplicação de muitas outras normas e princípios, para se verem integralmente contempladas.



Sendo assim, no presente artigo, que tem por escopo relacionar essas três garantias e a cadeia de custódia, passa-se à análise dos dispositivos legais acrescentados no CPP em referência desta, para que se demonstre o quão relevante é para a observância daquelas.

## 2.2 Legislação vigente da cadeia de custódia

A parte da legislação brasileira que trata da cadeia de custódia, que será apresentada adiante, encontra-se delimitada nos arts. 158-A, B, C, D, E e F do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei 13.964, de 2019.

O *caput* do primeiro desses artigos, art. 158-A, do CPP, esclarece o que se considera cadeia de custódia, devidamente exposto no tópico anterior desse capítulo. Em seus três parágrafos, determina o termo inicial da cadeia de custódia, a responsabilidade dos agentes públicos para com ela e o conceito do que vem a ser vestígio. Veja-se:

“Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

§ 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio.

§ 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação.

§ 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.”

O art. 158-B, do CPP, de importância igual ou maior que o anterior, é o que define minuciosamente cada etapa da cadeia de custódia, estabelecendo o que e como deve ser feito para que se tenha uma cadeia de custódia séria e que permita um julgamento fiel à verdade real dos fatos, *vide*:



“Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:

- reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial;
- isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime; III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento;
- coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza;
- acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;
- transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse;
- recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu;
- processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito;
- armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente; X - descarte: procedimento referente à



liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.”

Portanto, tem-se até então: o conceito da cadeia de custódia; a fixação dos procedimentos a serem realizados com qualquer vestígio relacionado à cena de crime; e quais são esses procedimentos, reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte.

Dentre esses procedimentos elencados, ao que parece, o legislador quis dar especial importância a dois deles – coleta e acondicionamento dos vestígios. Isso porque deles tratam os próximos arts. 158-C e 158-D, do CPP, assim lavrados:

“Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares.

§ 1º Todos vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados como descrito nesta Lei, ficando órgão central de perícia oficial de natureza criminal responsável por detalhar a forma do seu cumprimento.

§ 2º É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização.

Art. 158-D. O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material.

§ 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte.

§ 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo.

§ 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada.

§ 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a



matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado.

§ 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente. “

Caminhando para o final, o art. 158-E, do CPP, por sua vez, determina a existência de uma central de custódia, que seria justamente um local viável para o escoreito cumprimento dos procedimentos primorosamente estabelecidos, *ipsis literis*:

“Art. 158-E. Todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

§ 1º Toda central de custódia deve possuir os serviços de protocolo, com local para conferência, recepção, devolução de materiais e documentos, possibilitando a seleção, a classificação e a distribuição de materiais, devendo ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio.

§ 2º Na central de custódia, a entrada e a saída de vestígio deverão ser protocoladas, consignando-se informações sobre a ocorrência no inquérito que a eles se relacionam.

§ 3º Todas as pessoas que tiverem acesso ao vestígio armazenado deverão ser identificadas e deverão ser registradas a data e a hora do acesso.

§ 4º Por ocasião da tramitação do vestígio armazenado, todas as ações deverão ser registradas, consignando-se a identificação do responsável pela tramitação, a destinação, a data e horário da ação. “

Por derradeiro – mas também de extremo valor à cadeia de custódia, portanto, à verdade real dos fatos – o art. 158-F, do CPP, determina que após a realização de uma hipotética perícia no material, esse deverá ser devolvido à central de custódia, *in verbis*:

“Art. 158-F. Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer.

Parágrafo único. Caso a central de custódia não possua espaço ou condições de armazenar determinado material, deverá a autoridade policial ou judiciária determinar as





condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal. “

Então, o acima apresentado é o trecho do CPP, acrescentado pelo pacote anticrime, que se refere, de maneira inédita, à cadeia de custódia – instituto tão caro às garantias do contraditório e da ampla defesa, todos esses estipulados pelo legislador em busca da verdade real dos fatos, que permite julgamentos infinitamente mais condizentes e justos.

### **2.3 Cadeia de custódia e sua busca pela a verade real dos fatos.**

Até esse ponto, apareceu por algumas vezes o termo verdade real dos fatos, e não foi à toa. Nas palavras de Geraldo Prado<sup>6</sup>, talvez atualmente o melhor doutrinador do tema cadeia de custódia, “*As categorias verdade e prova têm encontro marcado no processo penal e é natural que seja assim*”. Se é natural que se relacionem os termos prova e verdade, natural também que se relacione cadeia de custódia da prova e verdade real dos fatos. Explica-se:

Sem medo de errar, pode-se dizer que o principal objetivo da cadeia de custódia é certificar, na medida do possível, que a prova que determinará o livre convencimento do juiz – e, com efeito, sustentará a sentença a ser proferida – seja genuinamente autêntica, ou seja, inalterada, intacta.

Para isso, a cadeia de custódia determina epistemologicamente não só como deve se dar cada procedimento com a prova, mas também a documentação de cada um deles. Apenas assim será viável chegar ao juízo uma prova confiável, que se saiba que não foi criada, alterada ou danificada, em discordância das leis, que geraria um julgamento duvidoso, injusto.

---

<sup>6</sup> PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 21



Nesse sentido, em relação à documentação do caminho da prova, veja-se o que leciona Badaró<sup>7</sup>:

“O procedimento de documentação da cadeia de custódia tem por finalidade assegurar a autenticidade e a integridade da fonte de prova. A autenticidade significa que a fonte de prova é genuína e autêntica quanto à sua origem. A partir de um conjunto de dados individualizadores, garante-se que a coisa objeto de perícia ou simplesmente apresentada em juízo é a mesma que foi colhida, guardada e examinada. Por outro lado, a integridade é a condição da fonte de prova que se apresenta íntegra ou inteira, não tendo sido adulterada, sofrendo diminuição ou alteração de suas características, que se mantêm as mesmas desde a sua colheita.”

A importância disso se dá porque a autenticidade da prova, que deve ser um elemento epistêmico, é o que permite que a narrativa apresentada durante a instrução penal – seja pela defesa, seja pela acusação – alcance a verdade real dos fatos e se aproxime efetivamente da realidade, do acontecimento em si, que nunca poderá se repetir de igual modo.

No que tange à referida proximidade com a realidade e o alcance da a verdade real dos fatos, imprescindível citar Geraldo Prado<sup>8</sup>, que diz que não se pode “(...) *supor que realidade e verdade, do ponto de vista da epistemologia, são a mesma coisa e de que o juiz, munido de aparato intelectual refinado pelos anos de prática, está em condições de ter acesso à realidade (...)*”.

Deve-se entender que a realidade é o presente, o momento único que se vive, enquanto a verdade real percorre entre as teorias do conhecimento, e Geraldo Prado mais a frente assenta:

“O processo de responsabilização criminal, no entanto, não lida com a *dimensão da realidade* nestes termos. O juiz não decide sobre o que está experimentando, mas acerca de um *fato* que pode ou não ter ocorrido ou até mesmo pode ter

---

<sup>7</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp.506

<sup>8</sup> PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 21



ocorrido, mas não necessariamente como as partes afirmam que existiu.

O juízo sobre *os fatos* não opera na *dimensão da realidade*, mas sobre uma controvérsia acerca do passado que, por estar espacial e fisicamente inacessível, coloca o problema da *verdade das proposições* a seu respeito. Assim, por exemplo, duas horas depois de o leitor terminar de ler este ensaio alguém poderá lhe perguntar: *o que estava escrito no estudo?* Será essa interrogação o tema controvertido a respeito do qual incidirão os critérios de verdade investigados no âmbito das teorias do conhecimento.

(...)

O modo como o hipotético leitor demonstrará a outra pessoa que ele, leitor, leu o livro há duas horas é uma questão epistemológica e não ontológica. “

Em outras palavras, a instrução do processo penal não pretende alcançar a realidade, o que seria uma utopia, já que “*espacial e fisicamente inalcançável*”, mas pretende sim alcançar a verdade real, compreendida então como a versão apresentada pelas partes e comprovada epistemologicamente. Assim, do mesmo jeito que a demonstração do leitor do livro, também a maneira como se apresentam os fatos no processo é questão epistemológica.

E no que tange a buscar a verdade real, registre-se o termo *mesmidade*, importado da doutrina espanhola, que não possui correspondente na língua portuguesa, mas estabelece que a prova colhida seja a mesma prova que chega ao juízo, senão, *vide* lição de Badaró<sup>9</sup>:

“(...) a doutrina espanhola desenvolveu-se a ideia de ‘mesmidade’ da prova. Para tanto, é necessário observar uma série de garantias formais na custódia e tratamento dos elementos de prova, para evitar qualquer mudança ou alteração dos mesmos, bem como para garantir que os elementos apresentados ao juiz sejam os mesmos que foram recolhidos no início da investigação. “

Ademais, relaciona-se a busca pela verdade real com a cadeia de custódia, a partir de quando se entende que esta estabelece critérios específicos e objetivos – epistemológicos – para a validade da prova, permitindo que se observe a mesmidade.

---

<sup>9</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp.507



Inclusive, há de se transcrever importante anotação de Aury Lopes Junior<sup>10</sup>, que bem constatou que em vez de se perquirir a boa ou má-fé de quem lida com a prova, algo completamente subjetivo, deve-se estipular critérios objetivos que assegurem a veracidade dessa, afastando do julgador, já extremamente abarrotado, tal embrulho subjetivo, *in verbis*:

“(…) não se limita a perquirir a boa ou má-fé dos agentes policiais/estatais que manusearam a prova. Não se trata nem de presumir a boa-fé, nem a má-fé, mas sim de objetivamente definir um procedimento que garanta e acredite a prova independente da problemática em torno do elemento subjetivo do agente. A discussão acerca da subjetividade deve dar lugar a critérios objetivos, empiricamente comprováveis, que independam da prova de má-fé ou “bondade e lisura” do agente estatal. “

Então, esses “*critérios objetivos*”, que fazem as vezes do critério subjetivo da boa ou má-fé, e juntos estabelecem a cadeia de custódia, amparam a busca epistemológica da verdade real, e, por isso, intimamente se relacionam.

Ainda nesse sentido, definir os critérios objetivos de manuseio da prova, é recomendação que Geraldo Prado<sup>11</sup> também defende ao aludir que a “*adequação a parâmetros de confiabilidade epistêmica configura condição prévia de admissão do elemento probatório para fim de posterior valoração.* “

E não só, além de aferir a legalidade e admissão da prova, a cadeia de custódia tem ainda no campo da análise epistemológica, o condão de afastar as provas não admissíveis e evitar que essas corrompam o livre convencimento do julgador. Veja-se, nesse sentido, mais uma vez, ensinamento de Geraldo Prado<sup>12</sup>:

“(…) um sistema probatório deve estar dotado de meios para detectar e excluir elementos probatórios inconfiáveis, evitando que estes elementos contaminem a *crença judicial*, convertendo-se em ‘evidências que dispensam provas’, como será visto mais adiante. “

<sup>10</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pp.456

<sup>11</sup> PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 31

<sup>12</sup> PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 39



Portanto, como demonstrado, a cadeia de custódia auxilia a análise epistemológica da prova, em busca da verdade real – que não se confunde com a realidade – alcançada com a conquista da *mesmidade*, para permitir ao juiz um julgamento seguro e confortável, por admitir ou afastar as provas, a depender de sua confiabilidade.

## **2.4 A cadeia de custódia e seu custo para o contraditório e a ampla defesa**

Ampla e precisamente explanados o conceito e a finalidade da cadeia de custódia da prova no processo criminal, torna-se a demonstrar a imprescindibilidade dessa para a adequada aplicação das garantias constitucionais em questão.

Rememore-se a importância da cadeia de custódia para propiciar a *mesmidade* da prova, de maneira epistemológica, em busca da verdade real, com o intuito de garantir ao julgador conforto e segurança para proferir o *decisum*, de acordo com seu livre convencimento.

Nessa perspectiva, sendo a cadeia de custódia o instituto que assegura a *mesmidade* da prova, de maneira epistemológica, em busca da verdade real, por óbvio, ela permite a aplicação do contraditório – compreendido como garantida que confronta a prova e comprova a verdade – e a ampla defesa – compreendida como a garantia que exige defesa técnica, atuante no controle da atividade epistemológica.

Logo, a implementação de dispositivos legais que estabelecem e regulamentam a cadeia de custódia, sem dúvida, foi grande avanço para a legislação penal de nosso ordenamento jurídico, bem como para acusação, julgador e defesa – de maneira singular para esta última.

Pois bem. Antes da referida regulamentação, por diversos momentos – tanto durante a fase investigatória quanto durante a fase de instrução – ficava a prova sob os cuidados exclusivos da acusação, a seu bel prazer, distante de qualquer determinação que pudesse epistemologicamente aferir a admissão dela em juízo.



Desse modo, era absolutamente irreal, impensável, a rastreabilidade da prova e a referida análise epistemológica, em evidente detrimento do contraditório e da ampla defesa, em especial a defesa técnica, realizada por advogado qualificado.

E nessa perspectiva, mais uma vez, se faz necessário mencionar as palavras de Geraldo Prado<sup>13</sup>, que talentosamente assim escreveu:

“A questão é sensível na medida em que a tendência à acumulação quântica de poder’ em mãos da acusação – e, eventualmente, de corpos da magistratura com funções para-policiais’ – rompe o necessário equilíbrio processual e pode levar até mesmo ao encobrimento definitivo de ilegalidades praticadas ao longo da investigação criminal. Os fins não justificam os meios. “

Destaque-se desse trecho, a acertada menção a um rompimento do – necessário – equilíbrio processual, a paridade de armas. Esse equilíbrio guarda ligação direta com o contraditório e a ampla defesa; ao ponto de na sua ausência, estes restarem impraticáveis.

Nesse contexto, a defesa sempre esteve em desvantagem no processo criminal, já que só pudera atuar contradizendo os elementos que a acusação escolhesse trazer aos autos; portanto, ausente o contraditório perante o elemento informativo como um todo e ausente a ampla defesa pela inviabilidade de escolher o que lhe convém à instrução penal. Nota-se então, desde já, a importância lógica da cadeia de custódia para ampla defesa e contraditório.

Dessarte, questiona-se: que segurança tem a defesa, na inexistência de escorreita cadeia de custódia, de que dentre todos os elementos colhidos não há prova suficiente para a absolvição do réu, que a acusação simplesmente preferiu omitir?

Por óbvio, em resposta, não há segurança nenhuma, mas, em contraponto, segundo Aury Lopes Junior<sup>14</sup>, o contraditório “*deve ser visto em duas dimensões: no*

---

<sup>13</sup> PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 67



*primeiro momento, é o direito à informação (conhecimento); no segundo, é a efetiva e igualitária participação das partes. É a igualdade de armas, de oportunidades”.*

E ainda nesse sentido, extrai-se o categórico ensinamento do incansável professor Geraldo Prado<sup>15</sup>:

“A defesa, por sua vez, tem o direito de conhecer a totalidade dos citados elementos informativos para rastrear a legalidade da atividade persecutória, pois de outra maneira não haveria como identificar provas ilícitas.

O conhecimento integral dos elementos colhidos ao longo da investigação é necessário para a defesa avaliar a correção do juízo do Ministério Público sobre a infração penal supostamente praticada pelo acusado e assim repudiar os excessos e/ou as acusações infundadas e, por derradeiro, para prepara-se para produzir a contraprova. “

E mais a frente, ao citar Leonardo Holman, Prado assinala o dever da defesa de atuar ativamente, não só à míngua do que a acusação traz a conhecimento do juízo, veja-se:

“Leonardo Holman, por sua vez, coloca em perspectiva o fato de que cabe ao defensor um papel fundamental de ‘busca, seleção, preparação e produção das porções de informação que fluem de cada uma das evidências produzidas em juízo’ em um processo penal de corte acusatório dirigido à busca da verdade. “

Daí que se dá a importância da cadeia de custódia para o contraditório e a ampla defesa, pois é ela – através de suas etapas e a documentação das mesmas, buscando epistemologicamente a verdade real – que permite aproximar ao máximo o defensor técnico da integralidade dos elementos colhidos e produzidos, à *mesmidade*, viabilizando a ampla defesa e o contraditório.

Em relação à toda e qualquer prova deve haver o contraditório – a manifestação de ambas as partes –, para, em segundo plano, serem observados o devido processo

---

<sup>14</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pp.113

<sup>15</sup> PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 65



legal, a ampla defesa, a paridade de armas, a presunção de inocência e até a imparcialidade do juízo.

E no tocante à ampla defesa, é de interesse absoluto da defesa técnica a produção, ou ao menos a possibilidade de produzir, a qualquer tempo, toda e qualquer prova viável e plausível, na perspectiva do julgador.

Dentre as possíveis provas a serem produzidas, via de regra, de acordo como CPP, algumas visivelmente relacionam diretamente com a regulamentação da cadeia de custódia, quais sejam: i) a prova testemunhal, que consiste na inquirição em juízo, sob juramento, de testemunhas; ii) a prova documental, que consiste na juntada ou no requerimento da juntada por terceiro de documentos comprobatórios; iii) prova pericial, que consiste em perícia realizada por perito nomeado pelo juízo, podendo as partes apresentar quesitos e nomear assistente técnico; iv) reconstituição do delito, que consiste, segundo Aury<sup>16</sup>, em aferir *“a compatibilidade de uma hipótese histórica com os marcos do fisicamente exigível ou aceitável”*; e v) indícios, que consiste, em *“circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstância”*, conforme art. 239, do CPP.

Tem-se, então, breve conceito das provas constantes no CPP que, de cara, guardam relevância com a cadeia de custódia, também constante no CPP, e já exposta em capítulo anterior. Desse modo, passa-se à análise associativa de cada artigo e cada prova, pertinentes, para que se demonstre ao fim a relevância dessa legislação para os caros princípios constitucionais em questão.

O primeiro deles é o art. 158-A, §2º, do CPP, o qual determina que *“O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação”*, e, assim, permite que se exerça o contraditório e a ampla defesa, na medida que se pode requerer ao juiz a intimação

---

<sup>16</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pp.545





do referido perito responsável, para que preste depoimento em juízo como testemunha, para esclarecer algo necessário.

Já o art. 158-B, III, do CPP, tem a seguinte redação:

“Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:

(...)

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento. “

De sua simples leitura, percebe-se um intuito do legislador de preservar as provas, em busca da *mesmidade*, e, por conseguinte, a verdade real, o que é extremamente positivo para que se note a aplicação do princípio do contraditório.

Ademais, com fulcro nesse dispositivo, algumas provas podem vir a ser requeridas, a depender do caso concreto, de modo a viabilizar também a efetivação da ampla defesa, quais sejam, prova pericial, documental e até mesmo uma reconstituição do delito, com os mencionados “*fotografias, filmagens ou croqui*”.

Outro artigo da cadeia de custódia que permite que possamos aplicar nos casos reais os princípios da ampla defesa e do contraditório, respectivamente, através de possível prova pericial e nomeação de assistente e da busca pela *mesmidade*, é o 158-B, IV, do CPP, que estipula a coleta, como “*ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza*” .

Ainda no art. 158-B, do CPP, especificamente em seus incisos V e IX, intimamente ligados, já que tratam do acondicionamento e do armazenamento da prova, também sobressai a vontade do legislador de buscar a *mesmidade*, o que permite o contraditório e percebe-se a eventualidade de se requerer as provas pericial, testemunhal e documental, já que assim redigido:



“Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:

(...)

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;

(...)

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente. “

O inciso VII do art. 158-B, do CPP, trata do recebimento do material e determina sua documentação, com assinatura e identificação de quem o fizer, motivando, teoricamente, a necessidade de uma prova testemunhal do agente identificado ou documental, restando observada a incidência da garantia da ampla defesa, veja-se:

“Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:

(...)

- recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu. “

O artigo 158-B, VIII, do CPP, que trata do exame pericial, outorga certas provas que, porventura, podem vir a ser requeridas, como a própria nomeação de assistente técnico e a prova testemunhal, com a inquirição do perito, sendo então de extrema relevância para ampla defesa, *vide*:

“Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:

(...)



processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito. “

Além disso, a viável nomeação de assistente na perícia prevista por esse artigo é caso escolar de aplicação do princípio do contraditório, uma vez que se observaria a produção de prova e contraprova pericial, sobre o mesmo elemento, produzidas pelos representantes de cada uma das partes.

O art. 158B-X, do CPP, assim estabelece o descarte: “*procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial*”. Nesse inciso, o legislador exigiu a autorização judicial para o descarte do material, de suma importância para a aplicação do contraditório, já que impossibilita o descarte por uma das partes quando bem entender, e da ampla defesa, já que permite manifestação quanto ao mesmo ou até mesmo recurso da autorização, a serem apresentados pela defesa.

Passando ao art. 158-D, do CPP, importam os §§ 1º 4º, 5º, assim transcritos:

“Art. 158-D. O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material.

§ 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte.

(...)

§ 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado.

§ 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente. “

Nos referidos parágrafos, constam alguns termos pertinentes, como “*lacres*”, “*nome e matrícula*” e “*lacre violado*”, que conferem a possibilidade de requerimento de produção de prova documental, pericial ou testemunhal, a depender do caso, de



modo que resta evidente, mais uma vez, a importância da legislação da cadeia de custódia para a garantia da ampla defesa.

Chegando ao fim, o art. 158-E e seus parágrafos, do CPP, determinam a criação de uma central de cadeia de custódia, com um setor de protocolo, documentações específicas e a identificação de pessoas, veja-se:

“Art. 158-E. Todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

§ 1º Toda central de custódia deve possuir os serviços de protocolo, com local para conferência, recepção, devolução de materiais e documentos, possibilitando a seleção, a classificação e a distribuição de materiais, devendo ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio.

§ 2º Na central de custódia, a entrada e a saída de vestígio deverão ser protocoladas, consignando-se informações sobre a ocorrência no inquérito que a eles se relacionam.

§ 3º Todas as pessoas que tiverem acesso ao vestígio armazenado deverão ser identificadas e deverão ser registradas a data e a hora do acesso.

§ 4º Por ocasião da tramitação do vestígio armazenado, todas as ações deverão ser registradas, consignando-se a identificação do responsável pela tramitação, a destinação, a data e horário da ação. “

Com isso, também para esse dispositivo, não é nem um pouco difícil imaginar no campo hipotético situação que enseje a necessidade de requerimento de provas testemunhal, documental e pericial, fazendo se aplicar a garantia da ampla defesa, novamente.

E por último, o art. 158-F, do CPP, no próprio *caput*, dispõe que “*Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer*”, de modo que resguarda a garantia da ampla defesa e do contraditório, respectivamente, ao permitir que a qualquer momento as partes ou o juízo reproduzam a prova e não permitir, mais uma vez, que uma das partes haja indiscriminadamente.



Assim sendo, pela leitura dos dispositivos legais acrescentados pelo pacote anticrime em referência à cadeia de custódia da prova somada aos esclarecimentos sobre as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa expostos, observa-se que a cadeia de custódia maximiza tais garantias.

### 3 CONCLUSÃO

Por todo o exposto no artigo, resta fartamente comprovada a relação estreita e direta entre a cadeia de custódia e as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa; ressaltada ainda a necessidade da observância da cadeia de custódia – que é capaz de epistemologicamente conferir a *mesmidade* – para que estejam inteiramente contempladas essas garantias.

O artigo científico apresentado teve por escopo conceituar e associar a cadeia de custódia, o contraditório e a ampla defesa, despejando especial atenção ao valor desse instituto para a aplicação dessas garantias constitucionais.

No entanto, ainda há muito o que se estudar a respeito da recente legislada e regulada cadeia de custódia, não só a respeito da relação aqui exposta, mas também da relação com outras importantes garantias, como a presunção de inocência.

De todo modo, concluiu-se que a cadeia de custódia é um instituto efetivo para a observância das garantias do contraditório e da ampla defesa sob a égide de um estado democrático de direito.

### REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020;

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941; BRASIL. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019;

**HC 160.662/RJ**, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 18/02/2014, DJe 17/03/2014;



LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020; e

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.



# A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO: O DECLÍNIO DA NORMA E A DESUMANIZAÇÃO DO DIREITO

Luiz Fernando Gomes Assad

## RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso teve como objetivo analisar as razões determinantes para a negativa de provimento da ADPF 442 no âmbito judicial, assim como firmar uma tese jurídico-filosófica para tornar inadmissível qualquer tentativa de legalização da prática abortiva no Brasil e no mundo, tendo como base a Filosofia Aristotélica e a tese de Santo Tomás de Aquino, ambas acerca da Ética e do Bem. Além disso, trouxe ao escopo da tese as diversas razões jurisprudenciais que levaram à legalização do aborto no resto do mundo, notadamente nos Estados Unidos da América e na Alemanha, em decisões como *Roe v. Wade* e *Abortion I e II*. No que tange à realidade normativa do mundo inteiro, é evidente a corrente de legalização do aborto no âmbito mundial, com exemplos sendo seguidos em diversos países do mundo. Tal é fruto de uma militância organizada e uma mudança sensível no padrão de moralidade da cultura ocidental durante todo o século XX, notadamente no que diz respeito ao aborto e à cultura sexual. Enquanto isso, o Brasil ainda é um dos poucos dos grandes países que criminaliza o aborto, e os partidos apoiadores da causa buscam a sua legalização por via indireta, na Suprema Corte. Todavia, ao aplicar a lógica básica e a filosofia aristotélico-tomista à ADPF 442 e às muitas razões ditas “incontestáveis” para a legalização do aborto no Brasil e no mundo, vê-se claramente que carregada de diversos argumentos sofismáticos e incoerentes, razão pela qual se conclui, no presente trabalho, que o aborto é a antítese daquilo que é essencialmente jurídico e real, e seria contraditório legalizá-lo.

**Palavras-chave:** Aborto. Legalização do Aborto. Brasil. ADPF 442. Dignidade da pessoa humana. Aristóteles e o Aborto. Sumo Bem e o Direito.

## INTRODUÇÃO

A legalização da prática abortiva está na pauta político-ideológica mundial à pelo menos um século. Antes, ainda que especulada pelos teóricos e filósofos quanto



à sua eticidade e moralidade, o aborto jamais se fazia presente em círculos de debates, e a moralidade daqueles tempos, mais comedida em questões sexuais, não privilegiava o controle reprodutivo como direito juridicamente tutelado.

O presente trabalho tem a pretensão de tratar do aborto de forma laica, filosófica e jurídica, sempre privilegiando a razão prática, a filosofia da realidade e o direito natural para propor uma refutação geral das razões que os defensores do aborto legal se utilizam para gerar sua legalização. Deste modo, aprofundaremos filosófica e juridicamente as razões que amparam o próprio direito, a finalidade da vida e da moralidade humanas e a origem valorativa da norma, provando, ao fim e ao cabo, o grande abismo que existe entre o positivismo forçado da legalização e a realidade provada do crime de aborto.

Vivemos em um período de grande polarização. Não se trata de uma polarização política entre direita e esquerda, mas de uma polaridade social que jamais foi vista na história humana. Desde a revolução sexual dos anos 1960, com o advento do relativismo moral e religioso e a desconstrução de realidades concretas pelas teorias de alguns filósofos modernos e pré-modernos, toda a civilização ocidental – e, porque não, todo o mundo – entrou em um período de polarização moral, política, social e religiosa. Tal processo é justo, evidente, e fruto da capacidade humana de ser livre para escolher o que fazer com sua própria vida. Todavia, até que ponto a polarização social e cultural do homem poderá ir contra a realidade concreta da natureza? Qual a distinção entre o interesse público e o interesse privado, mais especialmente em relação ao aborto?

Dito isto, passemos à descrição do referido trabalho e sua estruturação lógica. No primeiro capítulo, será abordado a filosofia aristotélico-tomista quanto à finalidade da vida humana, o bem e a felicidade enquanto parte de sua teoria de ética. Além disso, alguns aspectos metafísicos da realidade serão expostos, para sedimentar as raízes da tese que será desenvolvida.





Em seguida, como consequência da filosofia exposta no primeiro capítulo, será estudada a relação do Direito (enquanto fenômeno humano) e a realidade natural. Após, o fenômeno normativo será estudado enquanto coisa jurídica eminentemente humana e, portanto, ligada à natureza. Deste modo, se sedimentará as raízes da análise que estará por vir.

Ato contínuo, no terceiro capítulo será exposto um breve resumo da evolução fático-jurídica quanto ao aborto no mundo contemporâneo, e as principais teses – especialmente a de Ronald Dworkin, em *O Domínio da Vida* – que amparam a legalização da prática.

Então, chegaremos ao ponto culminante do trabalho, em que se analisará, ponto a ponto, a ADPF 442 e seus pressupostos filosófico-jurídicos, que serão aplicados em contraposição ao que foi exposto nos capítulos anteriores, demonstrando a improcedência e a patente irracionalidade dos argumentos utilizados na tese da Requerente (Partido Socialismo e Liberdade – PSOL).

Deste modo, o trabalho se sedimenta como uma tentativa – ainda em construção acadêmica – de prova filosófico-jurídica de que, em sendo o Direito um fenômeno que brota da natureza humana e, sendo seus componentes, como a norma, igualmente humanos, a legalização do aborto seria, ao fim e ao cabo, inumana e, portanto, antijurídica. Vejamos.

## **1 A FILOSOFIA ARISTOTÉLICA, O BEM, A FELICIDADE, O DIREITO E AS NORMAS**

### **1.1 A filosofia Aristotélica, o Sumo Bem e a felicidade do Homem**

A discussão quanto à finalidade das muitas realidades que nos cercam pode dar origem à séculos de reflexão filosófica. Desde os filósofos gregos aos mais modernos e midiáticos pensadores, a finalidade da existência humana - e de todas as suas ramificações - está para a filosofia como a norma está para o Direito. É curioso pensar que o movimento dos astros, das marés, das aves e o próprio movimento da



história pudessem gerar tantos embates filosóficos. A pergunta, respondida por muitos dos sábios das gerações que antecederam a nossa, tomada para si pelas ciências teológicas e renegada pela Ciência Jurídica como "moralista" e "antiquada", ou mesmo "inútil", está eternamente presente nas almas humanas, como uma inquietação silenciosa que não tem fim.

Qual é, enfim, a finalidade da vida humana?

Pode-se objetar que tal pergunta é excessivamente abstrata, contrapondo-se que cada ser humano pode definir a finalidade de sua vida à seu bel prazer, já que não há um código moral que se aplique a todos os seres humanos e à todos os sistemas jurídicos. Deste modo, dotado de uma racionalidade própria, o ser humano não é determinado por nada além de sua própria vontade, razão pela qual a pergunta não teria resposta.

Ao contrário, temos que a pergunta não é nem abstrata e nem moralista. Explico. Aplicando o mesmo raciocínio, por analogia, à outros objetos, desta vez criados pelo próprio homem, temos que todos possuem uma finalidade que lhes é própria, **mas que existe para fora deles**. Uma cadeira, por exemplo, tem sua finalidade no sentar-se de um homem. Uma piscina, no nadar de alguém, ou na umidificação de um ambiente. Não existe *per si*. Ao contrário, existe para proporcionar algo, para realizar algo que está, de certa forma, **fora de si**. No exemplo da cadeira, vemos que ela mesma é utilizada para que alguém se sente, e nesta medida ela cumpre sua finalidade consigo mesma. Todavia, para que este mesmo fim se realize, **é necessário que algo exterior seja a realização de sua finalidade**. Afinal, sem alguém para sentar-se, nadar ou usufruir da umidade proporcionada pelos exemplos mencionados, tais coisas perdem a própria razão para a qual foram criados pelo homem em primeiro lugar.

Deste modo, por meio da razão, podemos aplicar por analogia o mesmo raciocínio à muitas outras coisas, e **ver-se-á que todas possuem para si uma finalidade**, e estas finalidades encontram-se fora delas, **como que ainda por**



**conquistar.** Como um trabalho inacabado, que não se completa pela simples existência.

Na verdade, é este o raciocínio que rege o princípio do estudo da finalidade da vida humana. Por analogia, percebe-se claramente que o homem possui para si um fim que lhe é próprio; **algo para o qual sua própria vida e existência apontam e devem seguir.** Portanto, a pergunta é válida, cheia de profundos significados filosóficos e ramificações teóricas, inclusive para o próprio Direito. O ser humano não é como um Deus que tudo pode à seu bel prazer, como se se auto determinasse pela simples vontade própria, sem qualquer vinculação à realidade ou à verdade de sua existência. O relativismo - até mesmo o moral - é, portanto, a filosófico, porque despoja a existência humana de qualquer vinculação com a opressora **realidade** das coisas.

Ainda, como se viu, não estamos a defender a existência de um Deus que é o fim da vida humana, por mais que, pelos raciocínios apresentados, seja esse o caminho mais lógico. A pretensão da tese é puramente humana e até mesmo jurídica, mas jamais teológica.

Mesmo assim, por primeiro, aguardemos o desenvolvimento do raciocínio filosófico que estamos trilhando para aplicá-lo à realidade pretendida, que é a do Direito.

Quanto ao que era tratado, cabe dizer que é exatamente este o questionamento inicial da Ética de Aristóteles. O Filósofo, grandioso por si só, passa a tratar do fim das coisas e tende a demonstrar seu pensamento por muitas analogias com a realidade.

Tomando por objeto as atividades humanas, mais adequadas à ter uma finalidade própria, podemos facilmente concluir que todas elas possuem um fim. Nos termos do próprio mestre, temos que:

Admite-se geralmente que toda arte e toda investigação, assim como toda ação e toda escolha, têm em mira um bem



qualquer; e por isso foi dito, com muito acerto, que o bem é aquilo a que todas as coisas tendem.<sup>1</sup>

Ora, como são muitas as ações, artes e ciências, muitos são também os seus fins: o fim da arte médica é a saúde, o da construção naval é um navio, o da estratégia é a vitória e o da economia é a produção de riqueza. Mas quando tais artes se subordinam a uma única faculdade — assim como a selaria e as outras artes que se ocupam com os cavalos se incluem na arte da equitação, e esta, juntamente com todas as ações militares, na estratégia, há outras artes que também se incluem em terceiras —, em todas elas os fins das atividades principais devem ser preferidos a todos os fins subordinados (como a equitação para as artes militares), porque estes últimos são procurados por causa dos primeiros. Não faz diferença que os fins das ações sejam as próprias atividades ou algo distinto destas, como ocorre com as ciências que acabamos de mencionar.

Se, pois, para as coisas que fazemos existe um fim que desejamos por ele mesmo e tudo o mais é desejado no interesse desse fim; e se é verdade que nem toda coisa desejamos com vistas em outra (porque, então, o processo se repetiria ao infinito, e inútil e vão seria o nosso desejar), evidentemente tal fim será o bem, ou antes, o sumo bem.<sup>2</sup>

Em se tratando destas atitudes propriamente humanas, pode-se inferir, como conclui o próprio Filósofo, que as ações humanas sempre tem por finalidade um bem. Como ele mesmo declara, a atividade "estratégia" tem por fim a vitória (um bem), e a "economia" tem por fim a riqueza (outro bem). Todas estas atividades humanas possuem ainda centenas de outras atividades que lhes são próprias e subordinadas. Vê-se que, para a atividade econômica, é necessário uma série de outras atividades - planejamento, exercício da matemática financeira e etc. - para que o fim riqueza seja atingido.

É evidente que muitas destas concepções filosóficas podem ser confundidas com mero senso comum. A filosofia aristotélica é mestra por tal razão: busca

---

<sup>1</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. v. 4. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1973

<sup>2</sup> Idem



explicar filosoficamente o que é evidente pela própria realidade. Qualquer um que faça dele leitura tem para si que as acepções e raciocínios do filósofo são extremamente lógicas, ligados à própria estrutura da realidade. Continuemos.

É evidente também, ainda, pelo que foi acima transcrito, que alguns bens são maiores do que outros. Deste modo, estando os bens buscados distribuídos de forma subordinada, há algumas espécies de bem que se busca tendo em vista um outro, maior e mais completo. Deste modo, buscamos, por exemplo, riqueza (um bem) para termos tranquilidade financeira (outro bem).

Ainda, percebe-se que alguns bens nós aparentemente desejamos por eles mesmos, sem qualquer subordinação à outro. Se todos os bens desejados fossem subordinados à outros maiores do que estes, tal procedimento seria infinito, sem fim algum, e nunca atingiríamos qualquer desejo, sendo inútil o próprio ato de desejar. É necessário que exista um Bem que seja principal, para onde todos os demais bens apontam. Em outras palavras, um Sumo Bem.

Aos religiosos, tais afirmações aristotélicas (profundamente ligadas à sua Metafísica) levam às bases para a prova filosófica da existência de Deus, como provado por São Tomás de Aquino em suas cinco vias. Para estes, o Sumo Bem seria Deus, que confere Bondade à tudo que é bom, por ser ele mesmo a própria Bondade em grau absoluto. E isto se daria com todas as outras perfeições dos seres. Deste modo, Deus não é somente "perfeito", mas é tudo aquilo que é Perfeito. Contém toda a Perfeição, que existe Nele mesmo, e tudo que é Perfeito só o é porque Deus É.

Cumprе esclarecer que, ainda que os princípios teológicos sejam também filosóficos, as pretensões da presente reflexão, como dito, estão para abaixo da Teologia. Todavia, se todas as atividades humanas buscam o Bem, e há necessariamente um Bem buscado por si mesmo, que subordina todos os outros bens, chegamos ao princípio norteador de nossa reflexão filosófica: existe, deste modo, **um bem essencialmente humano.**



Os seres humanos, então, quando realizam atividades quaisquer ou tem uma vida político-jurídica comum, apontam para um bem humano essencial; algo que humanamente buscam, para onde sua própria vida aponta e tem sentido. Há algo que não possuem de forma inata – **que está fora de si** –, mas buscam em suas atividades humanas. Há algo que os atrai e para onde todas as suas atividades apontam, assim como o cuidar de cavalos pode apontar para um outro bem maior, qual seja, a riqueza agropecuária.

Deste modo, concluímos facilmente que o homem busca o Bem. Agora, resta saber qual é este bem humano para o qual todas as nossas atividades apontam, e quais as características próprias deste mesmo bem.

Para elucidar nosso caminho - que já foi traçado anteriormente, diga-se -, ninguém melhor do que o próprio Filósofo, que pontua:

Voltemos, porém, ao ponto em que havia começado esta digressão. A julgar pela vida que os homens levam em geral, a maioria deles, e os homens de tipo mais vulgar, parecem (não sem um certo fundamento) identificar o bem ou a felicidade com o prazer, e por isso amam a vida dos gozos. Pode-se dizer, com efeito, que existem três tipos principais de vida: a que acabamos de mencionar, a vida política e a contemplativa. A grande maioria dos homens se mostram em tudo iguais a escravos, preferindo uma vida bestial, mas encontram certa justificação para pensar assim no fato de muitas pessoas altamente colocadas partilharem os gostos de Sardanapalo.

A consideração dos tipos principais de vida mostra que as pessoas de grande refinamento e índole ativa identificam a felicidade com a honra; pois a honra é, em suma, a finalidade da vida política. No entanto, afigura-se demasiado superficial para ser aquela que buscamos, visto que depende mais de quem a confere que de quem a recebe, enquanto o bem nos parece ser algo próprio de um homem e que dificilmente lhe poderia ser arrebatado.<sup>3</sup>

Percebe-se claramente que o filósofo começa a traçar um caminho à sua ética. Partindo da conclusão de que todo ser humano busca um bem, resta-nos perguntar

---

<sup>3</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. v. 4. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1973



que bem seria esse, ainda mais diante da infinidade de pareceres e opiniões acerca da **bondade subjetiva de certos fins**.

Para Aristóteles, a finalidade das ações humanas é, portanto, a felicidade. Tal é o Bem que norteia nossos atos de vontade e que buscamos. Tal é a "obra po realizar" nesta terra. Tal é o caminho a ser traçado e a ética a ser seguida. Tal é o bem árduo que os seres humanos buscam e sempre buscaram desde o início dos tempos.

Todavia, há ainda uma distinção bastante importante a ser feita, para que não caiamos em grave erro. No caso, as noções modernas de o que significaria a "felicidade" precisam ser analisadas e contrapostas com a realidade, tendo em vista que não se adequam ao pensamento aristotélico do amplo conceito de felicidade, como se verá mais adiante. Ainda, veremos que as noções modernas de felicidade podem ser definidas como disformes e fluidas, mais baseadas no prazer e no conforto **do que na realização do que o homem é ou deveria vir a ser**.

Deste modo, passemos à reflexão do que significa a felicidade enquanto bem buscado.

Para tanto, precisamos delimitar, como fez Aristóteles, as várias espécies de vida natural. Isto porque, se a vida humana tem como fim a felicidade, esta felicidade precisaria ser propriamente humana, jamais animal, ou mesmo vegetal. Se são as atividades exercidas que buscam um bem, e o Sumo Bem é buscado por excelência naquelas menores atividades e fins do dia-a-dia, há de ter um sumo bem adequado à vida própria e especificamente humana. Não poderia nos encher de completude uma felicidade puramente animal ou, em outros termos, sensitiva. Deve haver uma necessária diferenciação entre as formas de vida e aquilo que é sumo bem para cada uma destas formas.

Deste modo, o milenar mestre filosófico traça algumas formas de vida, que parecem ser comuns à muitos seres. A natureza o demonstra, e a experiência científica atesta. Assim, como declara Aristóteles:



A vida parece ser comum até às próprias plantas, mas agora estamos procurando o que é peculiar ao homem. Excluamos, portanto, a vida de nutrição e crescimento. A seguir há uma vida de percepção, mas essa também parece ser comum ao cavalo, ao boi e a todos os animais. Resta, pois, a vida ativa do elemento que tem um princípio racional; desta, uma parte tem tal princípio no sentido de ser-lhe obediente, e a outra no sentido de possuí-lo e de exercer o pensamento.<sup>4</sup>

Assim, temos que a vida "de nutrição e crescimento" está nos organismos vegetais, e mesmo nos muitos microrganismos que nos envolvem. Ademais, há a vida sensitiva e instintiva dos animais, definidos a pouco tempo pela legislação pátria como "seres semoventes", capazes de sentir. Tal vida é comum a todos os animais enquanto tais, mas ainda não os faz dignos de mesmo tratamento que um ser humano. O que nos diferencia, portanto, destes? Algumas gramas de massa encefálica para além do que possuem os animais?

Pois, a conclusão que se chega é que há, em nós, uma vida ativa que tem princípio racional. Em outras palavras, nossa forma própria de vida – porque carregamos as outras duas, é evidente – é a vida inteligente e ativa, também denominadas de "inteligência" e "vontade". Como faculdades de uma "alma" ou obscuridades ainda desconhecidas do cérebro humano, pouco importa. O que se vê, todavia, é que há uma disparidade entre nós e aqueles demais seres que nos circundam. Somos capazes de escolher, de interagir, de conhecer a verdade, de filosofar e – porque não? – de amar.

Assim, vemos que a felicidade humana reside naquilo que está para além da felicidade própria dos animais ou das plantas. Vemos que uma planta encontra-se perfeitamente satisfeita em suas aspirações quando se encontra bem nutrida e bem iluminada, sedimentada em solo fértil e nutritivo. Do mesmo modo que não chamamos feliz – ao menos não humanamente - um boi que pasta, não chamamos jamais à um arbusto de feliz.

---

<sup>4</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. v. 4. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1973





Ê natural, portanto, que não chamemos feliz nem ao boi, nem ao cavalo, nem a qualquer outro animal, visto que nenhum deles pode participar de tal atividade.<sup>5</sup>

Ocorre que, no último século, o advento do relativismo moral e das filosofias pós-modernas individualistas, que veem a felicidade na autodeterminação e na liberação das próprias vontades, ainda que imorais, porém prazerosas, faz com que qualquer entendimento de felicidade que esteja fora do binômio "conforto/bons sentimentos" fique incompreensível. Deste modo, todas as noções modernas de felicidade apontam para a prática de um certo conforto financeiro e social, que permita atividades prazerosas e despreocupadas. Sobre os mantras de "família", "carreira" e "paz", o homem moderno busca nas próprias sensações que todas essas realidades proporcionam sua própria felicidade.

Assim, em um longo processo filosófico, depois acadêmico, e, então, prático-social, transformou-se o homem de uma "obra por fazer" a um "buscador de condições de ter prazer e tranquilidade de vida". Trabalha-se, portanto, para obter os meios de ter prazer. A felicidade, então, é confundida com a vida prazerosa, por mais nobre que isso pareça.

Aí está a profunda dificuldade do homem moderno de conhecer a felicidade como proposta por Aristóteles, que reside na vida virtuosa. Feliz, portanto, para Aristóteles, é quem, por meio da vontade, exerce o hábito da virtude, e cumpre a vida humana de forma virtuosa. É, ainda, como que um ato da inteligência – que quer a virtude, e conhece os meios para praticá-la – e da vontade, que a persegue, por meio dos atos humanos da vida comum.

Vemos, portanto, que a Virtude é o belo fim das atividades puramente humanas, e que o homem virtuoso é o homem feliz. Ainda que não possua todas as virtudes, aquele que possui virtudes é, ao menos em parte, feliz.

---

<sup>5</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. v. 4. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1973



Para Santo Tomás de Aquino, que desenvolveu grande parte de sua genialidade filosófica tendo por base o pensamento aristotélico, declara, na Suma contra os Gentios:

Depreende-se do exposto que o sumo bem do homem não está nos bens da parte sensitiva, pois esses bens são também comuns ao homem e aos animais.

Além disso, o intelecto é melhor do que os sentidos. Por isso, o bem do intelecto é melhor que o bem dos sentidos. Logo, o sumo bem do homem não consiste nos sentidos.

Além disso, os máximos deleites sensíveis estão nos prazeres trazidos pelos alimentos e pelo sexo, e neles deveria estar o sumo bem, se estivesse na parte sensitiva. Mas nessas coisas não está o sumo bem. Logo, o sumo bem do homem não está na parte sensitiva.

Além disso, os sentidos são amados devido à sua utilidade e por causa do conhecimento que trazem. Ora, toda utilidade dos sentidos destina-se aos bens corpóreos. Com efeito, o conhecimento próprio dos sentidos destina-se ao conhecimento intelectual. Por isso, os animais, que não têm intelecto, só se deleitam sensivelmente devido à utilidade corpórea, enquanto pelo conhecimento sensitivo buscam os alimentos e os prazeres sensíveis. Logo, o sumo bem do homem, que é a felicidade, não está na parte sensitiva.<sup>6</sup>

Resta dizer ainda que os mestres Aristóteles e Santo Tomás de Aquino não diminuem a parte sensitiva - os sentidos e prazeres - como algo puramente animal e inútil ao homem. São coisas em si boas, excelentes em sua capacidade de o serem. Declarar, com razão, que o ser humano não encontra sua felicidade nestas coisas não significa que devemos abster-nos delas para sermos felizes, e vivermos eternamente penitentes e mortificados nos prazeres, como uma espécie de monges zen.

Ao contrário, as paixões fazem parte da natureza humana, e são bens à serem vividos pelo homem. Todavia, rebaixar a felicidade ao exercício habitual de atos sensitivos do conforto e do prazer é como utilizar-se de uma geladeira para trancar uma porta: há total plausibilidade, já que a geladeira é grande e pesada, e pode servir para tal fim. Ocorre que há uma infinidade de bens e finalidades que estão sendo

---

<sup>6</sup> AQUINO, Tomas de. Santo. **Suma contra os Gentios**: vol. II: livros III e IV. Tradução de D. Odilão Moura O. S. B. Revisão de Luis A. De Boni. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996



ignorados ao utilizar-se da coisa com tal propósito, e sua finalidade suma, sua função principal, está sendo largamente ignorada e inutilizada. Em síntese, seria melhor trancar uma passagem com uma porta, que estaria sendo utilizada para seu fim correto. Do mesmo modo, utilizar-se de uma geladeira para gelar alimentos estaria perfeitamente de acordo com seu fim. E tudo estaria no seu devido lugar.

Ademais, cumpre expor, ainda que em forma de síntese, as considerações metafísicas de Aristóteles acerca do “ato” e da “potência” das coisas que existem. Tal compreensão – mesmo básica – é fundamental para a exposição da tese que virá a seguir, em seus aspectos práticos e completos

Ora, utilizemos o exemplo de uma parede branca. Enquanto tal, existente e perfeitamente estável, temos que tal objeto analisado está em ato. O “agente” o é enquanto tal quando está em ato. Logo, para a filosofia aristotélica, uma parede é branca enquanto está em ato.

Todavia, tal parede branca tem certas potências. Em outras palavras, ela poderia tornar-se vermelha, ou verde, ou azul. Cabe ressaltar que, enquanto a parede branca possui apenas potência de tornar-se vermelha, nada acontece. É necessário que uma tinta vermelha (que o é em **ato**), possa transformar a potência da parede para transformar-se em vermelha em ato.

Tal analogia, ainda que simplória, pode-se aplicar a todas as coisas e entes criados. Enquanto **existe**, com seus **acidentes** (a cor da parede, por exemplo, e seu material, são acidentes do “ser” parede. Parede é a essência, o ser do objeto. Acidente contribui para a forma, mas sem alterar ou diminuir o “ser” do referido objeto), a coisa está em **ato e possui potência de transformar-se. Para que a potência transforme-se em ato, outro objeto em ato deve agir sobre a potência do objeto anterior.**

Potência: A potência não é um princípio agente. O que está em potência reduz-se ao acto, por algo que já está em acto. Potência e acto são as primeiras diferenças do ser. O que está em potência é algo que também está em acto, não sob o mesmo



aspecto. O que está em potência, naturalmente se move por outro que está em acto. A potência é activa ou passiva, a potência activa o é segundo a forma.<sup>7</sup>

E quais seriam, portanto, as profundas consequências da aplicação destas correntes filosóficas ao Direito?

Ora, enquanto criação humana – e não podemos negar que o Direito, enquanto tal, seja uma criação humana –, o Direito deve necessariamente carregar em si algo de propriamente humano. Não só pela sua própria criação, mas pela natureza específica do Direito.

Sendo um instituto – ou uma ciência – que estuda os regulamentos, atos, comportamentos e a própria moralidade dos atos humanos, o Direito está intimamente ligado à todas as pessoas, das comuns às excêntricas, dos religiosos aos ateus. É, ainda que falho, um “algo” que está inter-relacionado com a experiência humana de vida cotidiana. E se o fim último das atividades humanas pessoais e coletivas nesta terra é o bem humano da felicidade e de uma boa vida, o Direito deve, portanto, permitir, regular, incentivar e provocar, no limite de suas ramificações, este **bem** essencialmente humano.

Com isso, a realidade de que a norma jurídica tem o sentido de se tornar instrumento de realização de determinado valor, isto é, a justiça, como no caso em estudo, pela modalidade comutativa, onde o devido é rigoroso, por dizer respeito a um direito próprio da pessoa, como por exemplo, a vida, a integridade física, a dignidade.<sup>8</sup>

Pois bem. Para além da realidade teórica, portanto, aonde se aplica a filosofia exposta – e outros aspectos filosóficos, que jamais se separam do estudo do Direito-na prática jurídica e nas normas emitidas pelos órgãos competentes? Ainda, qual a inter-relação da filosofia aristotélico-tomista e da exegese constitucional com a prática do aborto? Seria esta prática adequada ao Direito e possível de ser permitida

---

<sup>7</sup> FERREIRA DOS SANTOS, Mário. **Aristóteles e as mutações**. São Paulo. LOGOS. 1955, p. 26

<sup>8</sup> SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. **O aborto e sua antijuricidade**: uma teoria que transforma e redefine o Código Penal, nos crimes contra a Pessoa, subclasse dos Crimes contra a Vida. São Paulo. LEJUS. 1997, p. 58



e regulamentada pela norma, levando em consideração o que expomos quanto à natureza humana? Não seria o aborto um instituto ajurídico, repreensível pela lei penal, inumano e antinatural?

## 1.2 O Direito e a Norma

Ainda que não exaustivamente provadas todas as alegações filosóficas introduzidas no tomo anterior, é prudente que passemos à analisar a discussão de ponto de vista diverso.

Este presente trabalho tem como base dois pressupostos de caráter jurídico e filosófico: **o Direito como instituto completamente humano, devendo** trazer consigo todos os traços do **sentido natural** da vida humana, como se prova pela Ética e a Metafísica de Aristóteles e São Tomás de Aquino, e a **norma como parte integrante deste mesmo instituto completamente humano**, devendo, **enquanto tal**, buscar solidificar, em normas de maior ou menor importância, de maior ou menor conteúdo coercitivo, a busca natural da vida humana pelo exercício da liberdade – esta que é **capacidade humana, não direito** – de forma responsável, atrelada ao Bem, à felicidade e à natureza próprias deste instituto. Desta feita, a norma - ou a ausência de normas - jamais pode obstar tal princípio da natureza humana, transmitido de forma intrínseca aos institutos criados pelos homens, grupo de coisas em que se inclui o Direito e a norma.

Logo, por consequência lógica, partindo dos pressupostos acima elencados, a legalização (ou descriminalização) da prática abortiva é profundamente contrária à natureza da norma e do Direito, assim como é contrária à própria natureza humana. Isto é o que se buscará provar nos tomos seguintes.



### *1.2.1 O Direito e a controvérsia do Direito Natural*

Ainda que se possa elencar uma série de indisposições dos juristas modernos com o Direito Natural, não se pode negar a sua parcela de participação na formação das normas jurídicas e na integração de decisões judiciais modernas.

Leo J. Elders declara:

Muitos autores afirmam que a lei natural não existe, uma vez que o fundamento sobre o qual ela foi construída foi desmanchado: não há determinação natural que possa nos impor suas regras: decidimos livremente sobre nosso agir. Normas, eles supõem, dependem do entorno cultural. O relativismo moral é a melhor abordagem para a vida moral. Um antropologista pode apontar diferentes formas de comportamento em diferentes culturas, algumas das quais podem ser abomináveis para outras. John Locke, dizem, foi um precursor deste ponto de vista. Em seu Ensaio acerca do Entendimento Humano, Locke observa que é muito raro encontrar um princípio moral que não tenha sido desprezado ou condenado pela opinião dominante de alguma sociedade.

Deste modo, a lei natural foi arrancada da reflexão humana acerca do Direito. Enquanto, durante longo período de tempo, aquilo que essencialmente pertencia à razão natural e ao enfrentamento filosófico tornou-se mera perda de tempo, dando espaço à uma análise procedimental do Direito moderno e do Estado, trocando o absolutismo da realidade concreta pela abstração sofismática. Continua Leo J. Elders:

Abandonar a natureza como critério dos nossos atos chegou a ponto de fazer com que em filosofia política alguns autores usassem a expressão “democracia procedimental” para sugerir que um governo deveria sistematicamente preferir a não-religião à religião, a livre união ao casamento, o aborto à proteção do nascituro etc. Outras áreas que abandonaram as normas da natureza ou foram deixadas aos bolsos de grupos privados são as dos pacientes terminais e embriões humanos. Cientistas, buscando grandes conquistas financeiras, querem dispor de total liberdade para explorar o potencial de obter materiais para medicamentos capazes de curar certas doenças.

Enquanto evolução contínua, o Direito passou da abstração metafísica à mera decisão positiva. Todavia, reside ainda no arcabouço filosófica uma assertiva: ainda



que parta de reflexões dialéticas, ideológicas ou não, de juristas e congressistas, que unem-se em assembleia para formular normas e princípios regentes do ordenamento jurídico, faz parte da constituição própria do Direito a sua ligação própria com a natureza humana.

Ora, é evidente: um Direito que não passe por essa própria característica – a que o direito natural tão louvavelmente tomou para si – seria propriamente ajurídico e beiraria a inexistência. Se o Direito, enquanto tal, emana de seres humanos inteligentes, que aplicam **sua inteligência** – característica propriamente humana – para solucionar os conflitos da existência humana por meio de normas prévia ou posteriormente emitidas, o Direito deve ser, e é, **naturalmente** humano.

Por essa própria lógica, temos que, em sendo o Direito ligado às **ações humanas**, deve eminentemente buscar regular e normatizar aquilo à que as ações humanas **devem** idealmente buscar. Isso inclui, é evidente, proibir comportamentos e atitudes reprováveis, que atentam contra a **natureza humana** e, conseqüentemente, contra a essência do Direito.

No dizer de Leo J. Elders:

Muitos autores de escolas positivistas e analíticas argumentavam que é impossível passar do “é” para o “deve ser”. Mesmo um autor bastante conhecido e amplamente aclamado como Germain Grisez subscreve essa afirmação. Ora, se quer-se dizer que a ordenação moral difere do reino da natureza física, ela até está correta. Mas, se se pretende negar que os preceitos centrais da vida moral são baseados na sua conformidade com as demandas da natureza, então está errada.

É evidente que, para o Direito natural enquanto tal, a natureza biológica do homem tem sua grandiosa importância, mas não é central. Trata-se, ao contrário, das exigências e demandas da consciência humana natural de certo e errado, amparadas pela razão e pela reflexão acerca da Verdade. Quando partimos de um pressuposto de que a verdade objetiva inexistente, perde-se a capacidade de fazer qualquer reflexão acerca do certo e do errado, inclusive com relação à elaboração de normas. O certo e o errado, portanto, nascem a partir da vontade, e não da razão. Ainda que



profundamente imoral e irracional, uma cultura que pratica o infanticídio deve ser mantida intocada, e outra que pratica o canibalismo deve ser igualmente pura. Deste modo, ainda que tais comportamentos sejam contrários ao que há de bom e justo, a **cultura** e o **ambiente social** de determinada comunidade é que determinam o certo e o errado, e não a razão humana, amparada na lógica e na reflexão acerca do Bem.

Quando todas as realidades se tornam subjetivas e abstratas, o próprio homem encontra em si mesmo uma concepção adequada de bem, ainda que tal concepção seja má e sustentada por pressupostos incorretos. Enquanto a humanidade perdeu o impulso de buscar, pela reflexão filosófica, os parâmetros da verdade objetiva para compreender a realidade, a moralidade humana perdeu seus amparos e tornou-se, para o Direito, inexistente, ao menos no que é inconveniente. Logo, o Direito tornou-se, como foi mencionado, procedimental e utilitário, e não justo de forma inequívoca.

Destes conceitos teóricos e filosóficos de lei natural nascem uma centena de princípios e normas do nosso ordenamento jurídico. O Código de Defesa do Consumidor parte da virtude humana – natural – da justiça e da solidariedade, evidenciando a necessidade de proteger o lado vulnerável de uma relação cível. O Estatuto da Criança e do Adolescente é, antes de tudo, uma proteção à vulnerabilidade dos anos primários de formação de uma pessoa, e rege tanto as ações estatais como os princípios, direitos, normas e proibições que devem reger os anos primeiros.

Pode-se encontrar pressupostos naturais em todo o Direito. Não se trata apenas de um instituto arbitrário criado para controlar um grupo de pessoas. Trata-se, então, de uma aspiração natural da natureza humana de colocar **ordem** no **caos**, de **ordenar** um grupo de pessoas que, unidas, servem-se mutuamente umas às outras.

Não se diz isto de modo romântico-piedoso, mas de modo eminentemente prático. O Direito regula, ainda, relações de troca: um comerciante, que produz um determinado bem, serve o cidadão comum vendendo tais bens em sua loja. O Cidadão, que trabalha para poder consumir tais bens, serve o comerciante com seu





dinheiro, produzido enquanto servia um outro cidadão, seu empregador. O empregador, por outro lado, serve outros cidadãos com os serviços de sua empresa, e assim sucessivamente.

Todas essas **atividades** humanas buscam um bem para quem as realiza, ou em prol de alguém pelas quais tal pessoa as realiza. Logo, se o Direito regula as atividades essencialmente humanas – ou que brotam e estão inter-relacionadas com a existência humana –, não há maior fonte para o direito que o bem e a natureza **humana**.

Isso não significa, é evidente, que a positivação do Direito deva ser excluída. Em uma sociedade complexa, com demandas, conflitos e necessidades exigentes, o Direito Positivo é uma necessidade tão básica quanto a eletricidade. Ainda que se possa colocar limites à positivação das normas, o que importa é que, por trás destas, sempre haverá resquícios da natureza do Direito, da própria estrutura humana e de seus postulados naturais. Ousamos dizer também que, separado desta realidade, o Direito perde sua essência, seu ponto de sustentação e, por consequência, sua juridicidade e validade subjetivas.

### *1.2.2 A Norma e a Realidade*

De certo modo, a presente tese trata, ao menos indiretamente, do problema com o positivismo jurídico e suas consequências filosóficas e sociais. O grande mestre Miguel Reale, declara, em sua obra, que:

A falha do positivismo começa quando pensa atingir a síntese científica aceitando os resultados das ciências como ponto de partida. Além da necessidade já assentada de um critério de valor para ordenar as explicações parciais do real, acresce que os resultados mesmos são suscetíveis de dúvida, pondo o problema de sua validade intrínseca. Todos os resultados que a Ciência nos oferece serão sempre validos? Quantas e quantas



vezes a Ciência não nos apresenta conclusões provisórias, precárias e, até mesmo, precipitadas.<sup>9</sup>

Deste modo, fica clara que a problemática do positivismo está em seu **critério de valoração para com as normas que dele emanam**. Deste modo, as normas não estão adstritas ou vinculadas à nenhuma realidade que não seja a vontade humana do legislador, a ciência empírica e a vontade dos tempos.

Isto ocorre porque, para o positivista, **a verdade ou a moral é um mero construído** linguístico, uma espécie de fórmula criada pelo homem para explicar uma coisa, e é eternamente mutável, porque com a mudança da linguagem e da socialidade, a verdade também muda. Logo, a verdade quanto à realidade não estaria ligada à essência desta realidade mesma, mas à sua mera formulação linguística.

Para clarificar a problemática, uma pequena anedota pode nos ajudar a compreender a questão. Poderíamos imaginar que, em um país fictício, a Constituição Federal dissesse que é lícito o roubo em caso de extrema riqueza do sujeito assaltado.

Tal normativa poderia se dar tanto de modo explícito, como um preceito constitucional que permita o roubo em determinada circunstância, como de modo implícito, pelos princípios constitucionais analisados em sua totalidade.

Existe uma lógica na norma: o excesso de bens materiais do sujeito autorizaria o menos favorecido à usurpá-lo de sua propriedade. De certo modo, a falta do bem roubado não faria mal ao sujeito abastado, e faria excessivo bem ao sujeito empobrecido. Logo, um certo **bem** social estaria garantido.

Poderíamos argumentar e desenvolver este imaginário preceito constitucional de diversas formas jurídicas. Poder-se-ia louvá-lo em alto e bom som por garantir uma “propriedade constitucional mínima”, um conceito jurisprudencial criado pela Suprema Corte de nosso país imaginário para a interpretação do **direito à propriedade**, o que garantiu ao ladrão o **direito** de roubar do cidadão abastado.

---

<sup>9</sup> REALE, M. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva. 2002. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502136557/>>. Acesso em: 30 mar. 2020



Poderíamos, ainda, determinar um “mínimo razoável”, também em Tribunal, para ser aplicado em casos análogos nas cortes menores de nossa nação fictícia. Seria ainda possível criar uma lei regulamentadora do “**roubo digno**”, que criasse centros de unificação da renda excessiva para que os sujeitos abastados evitassem a usurpação espontânea de sua propriedade excessiva.

Poderíamos, ainda, criar uma série de preceitos e análises constitucionais quanto à dignidade da pessoa humana frente ao conceito da “propriedade constitucional mínima”, que receberia uma série de louvores por anos à fio no Judiciário e na Academia de nossa nação imaginária.

Pois bem. Finalizado o exemplo, temos claro que, no caso exposto, o **direito constitucional positivo criou um preceito jurídico a partir do nada**, e as instituições da nação espremeram este conceito jurídico como uma laranja, tirando dele uma série de inovações jurídico-normativas, o que é evidente e corriqueiro em nossas democracias constitucionais.

Todavia, é necessário que se olhe para a questão por um ângulo diverso. Como se viu, o problema do positivismo jurídico está em seu **critério de valoração** ética da norma.

É claramente evidente que, no que diz respeito à ordem constitucional, os postulados constitucionais nunca surgem, de forma pura, da mente do legislador. Passam, ao contrário, por um crivo jurídico-moral conjunto e até mesmo contínuo, **porque, na sua própria origem, a constituição de uma nação é o dever-ser** daquela sociedade organizada.

Deste modo, em sendo uma espécie de “dever-ser”, a constituição da república está necessariamente ligada ao Ser. E, em última instância, sendo o “Ser” a natureza própria da realidade – ou, ao menos, aquilo (ou Aquele) que sustenta esta realidade –, a Constituição de uma nação jamais poderia agir de forma contrária à realidade **natural** da ordem.



Não se trata, no caso, de uma **natureza primitiva** do homem, como que analisado sob um aspecto primitivo e pré-social, recém saído de um processo evolutivo que deu origem à espécie humana. Se trata, ao contrário, da própria realidade exposta na natureza humana e na realidade das coisas.

Quanto à capacidade humana de **possuir certas coisas**, esta está intimamente ligada ao conceito de justiça. Ora, se a justiça é “dar a cada um o que é seu por direito”, temos que a propriedade é, antes de ser um **direito constitucional criado pelo homem**, uma capacidade humana natural. Aquilo que produzimos é nosso, ainda que comunitário. A propriedade e a justiça tal como são estão no cerne da existência humana social. Ainda que os bens sejam dispostos à toda a comunidade, eles pertencem àquela comunidade específica, e nenhuma outra tem o **direito** de usurpá-la desta pertença. Deste modo, vemos que a noção de justiça ligada à propriedade está como que enxertada na realidade social humana, seja na pessoa uma ou na comunidade.

**Logo, o problema do exemplo dado quanto àquela nação fictícia está no fato de que o direito à propriedade não advém de uma simples votação de homens eleitos ou de um desejo social de proteção financeira, mas advém da natureza própria da realidade.**

Deste modo, o direito, para ser válido, jamais poderia contrariar a natureza própria da realidade, **ainda que** as realidades jurídicas pudessem ser propriamente regulamentadas e organizadas. Não se trata de um “retorno ao mínimo jurídico”, mas de uma coerência da norma para com a realidade.

Deste modo, o Direito não tem a capacidade de criar ou modificar o tecido próprio da existência humana. Nenhuma caneta ou corte humana poderia fazê-lo, sob o perigo de tornar-se, ao contrário, profundamente desumana, arbitrária e injusta.

Quanto ao que está alegado, leciona Miguel Reale:

Toda regra jurídica, além de eficácia e validade, deve ter um fundamento. O Direito, consoante outra lição de Satammler,



deve ser, sempre, “uma tentativa de Direito justo”, por visar à realização de valores ou fins essenciais ao homem e à coletividade. O fundamento é o valor ou fim objetivado pela regra de direito. É a razão de ser da norma, ou *ratio juris*. Impossível é conceber uma regra jurídica desvinculada da finalidade que legitima sua vigência e eficácia.<sup>10</sup>

E continua o mestre:

Em resumo, são três os aspectos essenciais da validade do Direito, três os requisitos para que uma regra jurídica seja legitimamente obrigatória: o fundamento, a vigência, e a eficácia, que correspondem, respectivamente, à validade ética, à validade formal ou técnico-jurídica e à validade social.<sup>11</sup>

Fácil é perceber que a apreciação ora feita sobre vigência, eficácia e fundamento vem comprovar a já assinalada estrutura tridimensional do Direito, pois a vigência se refere à norma; a eficácia se reporta ao fato, e o fundamento expressa sempre a exigência de um valor.<sup>12</sup>

Quanto à justiça e seu conceito, sua origem e suas fórmulas, e, principalmente, quanto à sua relação com o Direito positivo, Miguel Reale opta por uma posição moderada de ver o Direito. Quando declara que “*a ordem não é senão uma projeção constante da pessoa humana*”, o grande jurista liga à própria essência da humanidade enquanto tal ao que é ético e jurídico, ligando o Direito Natural ao direito Positivo naquilo que é mais lógico, racional e, enfim, justo.

Eis, por conseguinte, como e porque a justiça deve ser, complementarmente, subjetiva e objetiva, envolvendo em sua dialeticidade o homem e a ordem justa que ele instaura, porque esta ordem não é senão uma projeção constante da pessoa humana, valor- fonte de todos os valores através do tempo.<sup>13</sup>

Deste modo, a justiça figura-se como a **virtude da ordem justa e com finalidade social, qual seja, embora seja uma virtude eminentemente pessoal, seu objetivo direto é a correta relação de cada pessoa com o seu, em suma, a objetividade da ordem justa**. Isso se torna eminentemente claro na Ética Aristotélica, quando percebemos que as atividades humanas, quais sejam, o

---

<sup>10</sup> Reale, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

<sup>11</sup> Idem

<sup>12</sup> Reale, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1991

<sup>13</sup> Idem



Direito e a norma, apontam ao bem que lhes faz jus, ou seja, a Justiça e a ordem, com finalidade **social**.

É evidente, portanto, que o Direito não é um compêndio de regras interiores acerca das virtudes humanas da vida interior, mas nasce em virtude da necessidade humana de uma **ordem social, eminentemente justa**. Quanto ao mais, desenvolveremos o tópico referente à virtude da Justiça na vida social e no Direito quando detalharmos a evidente contradição entre esta virtude natural e o suposto “direito” ao aborto. Prossigamos.

## **2 EXPOSIÇÃO FÁTICO-JURÍDICA SOBRE O ABORTO NO MUNDO**

Enquanto objeto de estudo do presente trabalho, faz-se necessária, para a própria técnica acadêmica, delimitar o objeto de estudo quanto à seu conceito, à sua positivação legal, quando houver, e à própria problemática jurisprudencial. É necessário delimitar o que está sendo estudado, e aonde estão os pressupostos, conceitos e conflitos analisados.

Portanto, ainda mais do que no primeiro capítulo, desceremos um pouco mais para o mundo das leis positivas e, no tempo oportuno, ainda mais um pouco para o mundo dos fatos, da realidade vivida. Terminada esta fase, poderemos dizer que tudo será coroado: o Direito, a realidade e a filosofia serão unidos para expor o desenvolvimento da provocação explorada no título.

O Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940) inclui o **crime** de abortamento voluntário no tomo de Crimes contra a Vida, logo abaixo do crime de infanticídio. Os termos usados, como para qualquer tipificação penal, são simples.

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque. Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante. Pena - reclusão, de três a dez anos.



Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante.  
Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

O artigo 124 é claro: é um crime contra a vida **provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque**. Há alguns detalhes de relevo necessário. Os crimes de aborto estão incluídos no capítulo referente aos crimes dolosos contra a vida, o que demonstra o entendimento do legislador quanto à vida humana intrauterina. Ainda, são tipificados tanto o consentimento da gestante (ou a auto provocação de aborto) quanto o ato do aborteiro, o que evidencia ainda mais o caráter grave do ato para o legislador.

Com efeito, merece destaque o fato de que o presente trabalho acadêmico se debruça sobre o abortamento provocado, excluindo do presente estudo toda hipótese de aborto espontâneo. Para o mundo moral e ético, há necessidade do elemento **vontade** para que haja qualquer julgamento ético-moral do ato analisado.

Ainda, cabe expor que trataremos o "aborto provocado" como uma única coisa, independentemente das motivações que levem alguém à provocá-lo. Para a análise filosófico-jurídica que aqui se será exposta, não há qualquer diferença entre um abortamento de feto anencéfalo ou mal formado, de um procedimento decorrente de estupro, ou de mera vontade da gestante. Todos estes, ainda que divirjam em suas motivações e contextos, são iguais em espécie: **são abortamento de gestação provocado voluntariamente.**

Consequentemente, podemos dizer que o objeto do presente estudo é a análise jurídica, moral e ética do abortamento voluntário provocado com o consentimento – ou não – da gestante.

De todo modo, avançando ao conceituamento do termo, temos que a palavra "aborto" vem do latim *abortus*, derivado de *ab-orior*, que é o oposto de *orior*, que significa "nascer". Para além da etimologia, temos que, para a ciência médica, o



aborto é a expulsão do feto, natural ou provocada, durante o período de gravidez. Difere-se, logicamente, do parto, que ocorre ao fim da gestação e tem por consequência o nascimento com vida, ainda que dure apenas alguns segundos, dias ou meses.

O Direito considera como **aborto** a provocação da morte do feto dentro do útero materno, ou a sua expulsão prematura **para que venha à óbito**, em qualquer fase da gravidez. O conceito, vemos, é abrangente e tem como centro o fenômeno "morte fetal". Ao contrário do que fazem crer os defensores da prática abortiva, temos claro que *o aborto* está claramente centrado na *morte* de um ser humano em fase intrauterina.

É possível perceber um fenômeno interessante no debate público relativo ao aborto. Aos apoiadores da causa, militantes da legalização da prática abortiva no Brasil e no mundo, o termo 'morte fetal' é proibido. Fala-se em "interrupção da gestação", "solução de saúde pública", "direito fundamental de dispor de seu próprio corpo", "direito à autodeterminação", "liberdade sexual" e "autonomia da vontade sobre sua própria vida". A maior parte dos termos aqui citados geram bons sentimentos em boa parte das pessoas, porque utiliza termos bastante virtuosos. Liberdade, saúde, direito fundamental, autodeterminação e autonomia são palavras neutras, porque são transformadas moral e eticamente pelos termos e contextos que as acompanham.

A eliminação do termo "morte" do conceituamento do aborto tem motivações políticas e didáticas, e é usada pelos apoiadores da prática em suas *manipulações* políticas, já que tira um fardo moral aos apoiadores da causa; ninguém em sã consciência apoia a provocação da morte de um inocente. Ainda que retirado o termo e trocado pelo eufemismo "interrupção da gestação", o abortamento voluntário de uma gestação é **contrário ao Direito**, que é eminentemente **humano** e deve buscar, necessariamente, não por uma obrigação moral, **mas por sua própria**





**natureza substancial enquanto “conceito”**, o Sumo Bem à que todo ser humano, inevitavelmente, busca.

Enquanto parte integrante das discussões morais e éticas ao longo de toda a história humana, o suposto direito ao aborto é citado da Bíblia ao Alcorão, na filosofia grega aos escritos de Hipócrates, na legislação romana à teologia católica. Mesmo tendo permanecido silencioso ao longo de boa parte da história – pela hegemonia moral cristã ao longo da Idade Média, Moderna e o início da contemporânea – o "direito" ao aborto foi objeto de diversas correntes jusfilosóficas ao longo do tempo. Sinteticamente, sem nos alongar na descrição histórica, vejamos:

Na Índia, as leis de Manu já reconheciam a dignidade das crianças, dos pobres e dos doentes, inclusive dos nascituros. O famoso e excessivamente citado Código de Hamurabi ditava a pena de morte e um tipo de indenização econômica pelas diversas espécies de aborto praticadas na época.

A Sagrada Escritura, venerada pela maior religião do planeta, o Cristianismo, determinava a pena de morte ao homem que matasse mulher grávida ou a agredisse para provocar a morte do feto. Valia a lei do "olho por olho, dente por dente".

Na Civilização hedonista grega e romana, o instituto do aborto era mais francamente tolerado. Platão (427-347 a.C) trouxe a prática como solução para selecionar os mais dotados e como meio de controle de natalidade em um Estado perfeito. O uso da prática como eugenia, para montar uma raça mais perfeita, e como controle de fecundidade já está em ascensão há séculos.

O grande Aristóteles, utilizado na presente obra justamente para refutar o direito ao aborto, **admitia a prática como controle de natalidade de um Estado**. Declara expressamente, em "A política", que o aborto era tolerável até o momento em que tivesse recebido “sensibilidade e vida”, o que, de acordo com os escassos conhecimentos científicos da época, acontecia apenas a partir do quadragésimo quinto dia após a fecundação, o que se prova como irreal com os conhecimentos modernos.



O célebre médico Hipócrates incluiu no seu famoso juramento a proibição dos médicos de fornecerem às mulheres remédios que fossem abortivos. Tal juramento é repetido todos os anos nas formaturas de Medicina pelos neo-médicos, e evidencia ainda mais a concepção geral de que o feto é vida humana plena, que merece ser protegida por aqueles que tutelam a saúde.

Em território ocidental-cristão, a Igreja Católica Apostólica Romana sempre decretou pela patente imoralidade do abortamento voluntário, tendo como primeiro registro escrito a "Doutrina dos Doze Apóstolos", a Didaché, espécie de catecismo primitivo da Igreja.

O que fica historicamente evidente é que o aborto sempre foi tido, pelas civilizações antigas, como frontalmente contrário à ética e ao Direito, sendo inegavelmente banido de diversas sociedades civilizadas, ainda que parcialmente.

Ainda que tenhamos delimitado um importante passo para a história do aborto no ocidente primitivo, temos ainda que expor o ressurgimento da militância pró-legalização na história moderna. Para desenvolver-se em tão curto espaço de tempo, o ideário moderno sobre controle de natalidade, planejamento familiar e, conseqüentemente, sobre **o aborto**, teve obrigatoriamente de desenvolver-se em espaço de grande hegemonia financeira e cultural: os Estados Unidos da América, nação que possui a cultura mais expansiva, influente e poderosa do planeta.

Ainda que tenha permanecido especialmente adormecido durante boa parte da história ocidental medieval e moderna, o tema da interrupção voluntária da gravidez ressurgiu timidamente como debate político-social em meados do século XIX, nos Estados Unidos, com o surgimento de insurreições femininas quanto à sua participação na sociedade e nas políticas públicas.<sup>14</sup>

Havia, no fim do século XIX, um clima de questionamento dos valores tradicionais, principalmente por meio das artes, da cultura e da música. Com o início

---

<sup>14</sup> MAZZA, George. **O que você precisa saber sobre o aborto**. São Paulo: Ecclesiae, 2019



das pequenas revoluções feministas no fim daquele século, surge uma personagem histórica de central importância para a temática do aborto provocado: Margaret Sanger, nascida em 1879, sexta filha de uma família pobre de onze irmãos. Tais experiências de pobreza e miséria – além de uma família numerosa – influenciaram profundamente o pensamento da militante com relação ao aborto. Vejamos.

Partindo do pressuposto de que muitas famílias americanas eram extremamente pobres porque tinham numerosos filhos, Margaret Sanger concluiu que precisava encontrar um meio de dar às mulheres a possibilidade de decidir quantos filhos teriam. Esse meio, sendo ela, era o aborto, procedimento através do qual as mulheres seriam "emancipadas", tendo total controle de quantos filhos teriam em suas famílias, mesmo que isso custasse a saúde das gestantes e a vida de seus filhos.

Neste ideário, Margaret escreve um de seus primeiros trabalhos, *Woman and the New Race*. No livro, a militante escreve que "a coisa mais misericordiosa que uma numerosa família faz para uma de suas crianças é matá-la". Ainda, Margaret se empenhava fortemente em descobrir e fazer conhecidos outros meios de controle de natalidade, possibilitando às mulheres a possibilidade de ter domínio sobre suas próprias gestações.

Aparentemente virtuosa, Margaret Sanger montou a primeira clínica de aborto em larga escala dos Estados Unidos: a notória *Planned Parenthood*. Atualmente, a organização é uma das maiores agências de "controle reprodutivo" do planeta, influenciando a legalização da prática abortiva em diversos países do mundo.

Ainda assim, no fim do século XIX e início do século XX, a prática do aborto era ainda muito limitada, e as ideias perpetradas por Margaret Sanger tinham ainda pouco alcance perante as pessoas comuns, razão pela qual permaneceram ainda dormentes por algumas décadas.

As ideias relativas ao aborto começaram a espalhar-se no mundo acadêmico quando da publicação de duas obras demográficas: "Um ensaio sobre princípio populacional", de Malthus, publicada em 1798 e "População: um estudo do



malthusianismo", de Warren Simpson Thompson, publicado em 1915. Ambas as obras analisam o crescimento populacional e seus efeitos sobre a economia das famílias e da própria sociedade.

A conclusão dos estudos é errônea, mas teve grande impacto: famílias numerosas normalmente são famílias pobres. Deste modo, países populosos demais normalmente são países pobres. Assim, as maiores economias do planeta passaram a concentrar esforços em fornecer à sociedade o ideal de que havia a necessidade de controlar a natalidade das famílias, em vista do bem comum e da prosperidade das famílias.

Neste cenário, a geração dos filhos e as famílias numerosas passaram a ser associadas com a pobreza e o desconforto, e as famílias começaram, lenta e progressivamente, a diminuir de tamanho.

Foi paralelamente a este cenário acadêmico-intelectual que, após a Primeira Guerra Mundial, parte dos grandes empresários americanos passou a criar suas próprias fundações de filantropia, existentes até hoje. Estão incluídas a *Ford Foundation*, *Rockefeller*, *Carnegie*, *MacArthur* e a *Hewlett, David e Lucille Packard*.

Tais associações foram criadas com recursos próprios de seus fundadores, com o intuito de adquirir do governo norte-americano a tradicional isenção fiscal prometida pelo governo e a própria realização de trabalhos filantrópicos, além da defesa de interesses sociais dos conglomerados econômicos de seus donos.

Para além dos justos motivos para sua fundação, estas fundações passaram a financiar e custear pesquisas quanto ao controle populacional e ao controle de natalidade das famílias.

Com o passar do tempo, já na década de 1960, a discussão relativa ao aborto avançou. Não se tratava mais de mero controle populacional – já que houve certo declínio das ideias *Malthusianas* –, mas de **planejamento familiar**. A temática central relativa ao aborto estava não mais na ideia de que o controle populacional era



necessário para evitar a simples pobreza, mas também para evitar um colapso tanto da economia americana quanto da mundial, cada vez mais interligadas pelo fenômeno globalizatório.

Neste cenário, o presidente americano John F. Kennedy fundou a Agência Americana para o Desenvolvimento Internacional (USAID), responsável por gerenciar a "ajuda" sobre o controle populacional em países estrangeiros e no próprio território americano. Uma de suas tarefas principais era a promoção do controle de natalidade e do planejamento familiar **por meio** do aborto e de práticas correlatas, como o treinamento de profissionais de saúde para realizar a prática, a distribuição de medicamentos abortivos e a esterilização de mulheres em fase gestacional ou após um certo número de gestações.

Ainda que o governo americano promovesse, sob o título de planejamento familiar, o aborto em terras estrangeiras, até meados de 1973 a prática ainda era proibida no território nacional.

Foi com o caso *Roe vs. Wade* que a prática abortiva ganhou força e legalidade nos Estados Unidos. A decisão da Suprema Corte permitiu e regulamentou o aborto em uma única canetada, em todo o território nacional americano, em fevereiro de 1973. Assim, todos os estados americanos não podem promulgar leis que proíbam ou impeçam o aborto, mas apenas leis que regulamentem a prática.

A decisão histórica foi celebrada e odiada não só no território americano, mas em todo o mundo civilizado. As paixões que a referida decisão suscita encontram amparo em seus efeitos, mas ainda em sua tese. A decisão baseou-se tanto no princípio da **privacidade pessoal, declarando ser a decisão de abortar uma questão de foro íntimo, inalcançável pelo poder coercitivo do Estado de fazer ou de não-fazer**, quanto de que o nascituro não poderia ser considerado como pessoa, inaugurando o famigerado **marco dos trimestres**, que aumenta a proteção estatal ao feto na medida em que a gestação avança.



A própria ADPF 442, quando expõe uma argumentação fática quanto às principais jurisprudências do mundo relativas ao aborto, delimita tanto o argumento acima enunciado, baseado na privacidade, quanto outro, emitido pela jurisprudência alemã em *Abortion I*, que **manteve a criminalização do aborto, mas criou um tipo penal que não previa punição quando o ato ilícito era praticado nas 12 primeiras semanas de gestação.**<sup>15</sup> Na prática, a legalização efetivamente ocorreu, sem que a corte tivesse o peso moral de excluir a tipificação penal de um ato reprovável.

Desde então, pouco mudou. As decisões jurisprudenciais da Suprema Corte Americana (como *Webster vs. Reproductive Health Services*, 1989, e *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey*, 1992)<sup>16</sup> apenas alargaram os termos de *Roe vs Wade*, de forma que o marco dos trimestres foi desconsiderado e o aborto foi sedimentado como direito reprodutivo, proibindo-se qualquer Estado Americano de proibir o aborto, mas apenas de regulamentá-lo. Da mesma forma, na Alemanha, **foi determinado que o aborto seria permitido por questões sociais e de saúde, fator que explicitamente incluía o bem-estar, a estabilidade financeira e social da mulher grávida e a sua *psiqué***, tudo sob a argumentação de “saúde”.

A quantidade de países com leis permissivas à prática abortiva aumentou vertiginosamente, e a militância política em países resistentes cresce. A estratégia principal é, ainda, a legalização por via secundária, ou seja, por meio das Supremas Cortes, menos resistentes à prática e pouco pressionadas pela opinião pública, que, no Brasil, ainda é majoritariamente resistente ao assunto.

O célebre Ronald Dworkin, na grande obra “Domínio da Vida”, divide a argumentação anti-aborto em duas faces: uma à que o autor chama de independente e outra, à que nomeia derivativa. **A primeira pressupõe o fato de que a vida humana é,**

---

<sup>15</sup> STF. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 442**. Petição Inicial. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 30 mar. 2020

<sup>16</sup> ABBOUD, Carolina J. **Webster v. Serviços de Saúde Reprodutiva**. 1989. A Enciclopédia do Projeto Embrião. Registro e contextualização da ciência dos embriões, desenvolvimento e reprodução. Disponível em: <<https://embryo.asu.edu/pages/webster-v-reproductive-health-services-1989>>. Acesso em: 30 mar. 2020



**de algum modo, intrinsecamente sagrada.** Logo, não se poderia jamais ferir a vida humana em qualquer estágio, porque, ainda que em estágios iniciais de desenvolvimento e proteção, a vida humana seria sacrossanta. A segunda, ao contrário, pressupõe que, desde a concepção, **o feto é sujeito de direitos, e aplicam-se à ele os princípios inerentes da vida: ele tem interesse em não morrer.** Logo, o aborto é, para quem adota tal princípio, não só comparável, mas igual à um assassinato.

Como vimos, um dos argumentos “anti-aborto” que Ronald Dworkin tipifica é o argumento independente. Nas palavras do próprio, vejamos:

A segunda afirmação que se pode fazer mediante o uso da reconhecida retórica é muito diferente: a vida humana tem um valor intrínseco e inato; a vida humana é sagrada em si mesma; o caráter sagrado da vida humana começa quando sua vida biológica se inicia, ainda antes de que a criatura a qual essa vida é intrínseca tenha movimento, sensação, interesses ou direitos próprios. Chamarei esta objeção de objeção independente, uma vez que não depende de nenhum direito ou interesse particular, assim como não os pressupõe. Uma pessoa que aceita *esta* objeção, e argumente que o aborto deve ser proibido e regulamentado por lei por *esta* razão, acredita que o governo tem uma responsabilidade independente de proteger o valor intrínseco da vida.<sup>17</sup>

Com relação ao argumento que o teórico chama de “derivativo”, o jurista avança: declara que a maior parte dos militantes contrários ao aborto parte do princípio independente, e não do derivativo. Logo, aquelas pessoas que acreditam argumentar pela vida humana do feto desde a concepção estão, ao contrário, argumentando pela sacralidade da vida. Isto porque, ainda de acordo com Dworkin, se tomarmos como pressuposto o argumento derivativo, temos que o feto é titular de direitos e, dessa forma, titular de **interesses que podem ser violados, de forma igualitária à qualquer outro membro da comunidade civil.**

---

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida:** aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da Tradução Silvana Vieira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 13



Argumentando de forma contrária ao argumento derivativo – de que o feto tem “direito” e “interesse” em manter-se vivo, Dworkin declara que:

Não tem sentido imaginar que alguma coisa tenha interesses *próprios*

– não obstante ser importante o que lhe aconteça –, a menos que tenha, ou tenha tido, alguma forma de consciência: algum tipo de vida mental e de vida física<sup>18</sup>

E ainda:

Alguém age contra meus interesses quando escolhe outra pessoa para um cargo ao qual me candidatei, ou move um processo contra mim, ou bate em meu carro, ou escreve uma crítica negativa de meu livro, ou projeta uma ratoeira melhor e passa a comercializá-la a um preço inferior ao daquela que fabrico, mesmo quando essas ações não me causem nenhuma dor física e, na verdade, mesmo quando nem me dou conta de que tenham ocorrido. Meus interesses estão em jogo **não por minha capacidade de sentir dor**, mas devido a um conjunto diferente e mais complexo de capacidades: **ser ou não capaz de sentir prazer, afeições e emoções, ter esperanças e expectativas, experimentar decepções e frustrações.**<sup>19</sup>

Então, temos que o argumento **derivativo** (aquele que considera que o feto tem interesses e direitos que lhe são próprios) é contrarrazoado por Dworkin levando em consideração a **experiência humana de vida comum**. Em outras palavras, o jurista declara que, já que incapaz de sentir e experimentar as vicissitudes normais de uma vida humana típica, como frustrações, dores, esperanças, expectativas e alegrias, o feto não é capaz de ter **interesses, e por isso não tem direitos**. Logo, para este, não há coerência em tal argumento, haja vista que o feto não é capaz de ter interesses por não ter consciência de si mesmo.

Na obra “Domínio da Vida”, então, Dworkin passa a analisar a perspectiva do aborto pelo aspecto do argumento “independente”, aquele que declara ser a vida humana **sagrada**, e por isso, inviolável. Por fim, o jurista conclui pela incapacidade

---

<sup>18</sup> Ibidem. p. 21

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da Tradução Silvana Vieira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 23





do Estado de proibir a prática abortiva, em razão da **liberdade religiosa** prevista na Constituição Americana.

Esta grande obra, celebrada em muitos círculos jurídicos, faz distinções importantes quanto aos argumentos “pró-vida”. Ainda assim, em nossa visão, a tese possui erros graves em sua assertiva de que a vedação do suposto “direito ao aborto” não encontra amparo filosófico-jurídico adequado à realizar esta mesma proibição.

Todavia, para analisar estes argumentos – muitos dos quais usados pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) na sua ADPF 442, onde pede a declaração de não receptividade, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dos artigos 124 e 126 do Código Penal –, partiremos, no próximo tomo, da análise da respectiva petição inicial da ADPF à luz da doutrina filosófico jurídica exposta nos tomos anteriores, e sob os argumentos de fato e de direito que forem pertinentes ao debate, para provar, em tese e de fato, que o aborto é profundamente ajurídico, desumanizante, e que sua legalização – ou descriminalização – são o declínio acentuado do sentido correto e justo da norma jurídica.

### **3 ANÁLISE JUSFILOSÓFICA DA ADPF 442**

Em março de 2017, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) apresentou aos escaninhos do Supremo Tribunal Federal a petição inicial da ADPF 442, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental com o objetivo de ver reconhecida a não-receptividade dos artigos 124 e 126 do Código Penal à atual Constituição Federal de 1988. Devidamente assinada pelos dirigentes do referido partido, a propositura da ação causou rebuliço no país.

A tentativa de descriminalizar o aborto por vias judiciais é estratégia conhecida da militância pró-aborto, e é prática bem sucedida em diversos países do mundo, notadamente na Alemanha e nos Estados Unidos, em meados do século XX.

A relatoria ficou à cargo da Ministra Rosa Weber, conhecida por seus votos sensatos e temperados. Ainda assim, a digna Ministra se viu pressionada pelos efeitos



da decisão, razão pela qual instituiu uma Audiência Pública – onde os diversos *amicus curiae* relevantes poderiam se manifestar –, para acalmar os ânimos dos cidadãos brasileiros e trazer o debate público para os ouvidos de Vossas Excelências.

Na referida audiência, algumas dezenas de representantes foram ouvidos. Padres, juristas (como a digna colega, Dra. Janaína Paschoal), militantes, representantes de movimentos sociais, pastores, religiosos das mais diversas religiões e tantos outros. De certo modo, toda a sociedade brasileira viu-se representada naquele debate, dando à Corte Suprema um certo alívio na tomada da decisão. De todo modo, com as polêmicas decisões do STF nos últimos anos e a pressão popular sobre a Corte, os dignos Ministros devem ainda adiar a sessão de julgamento da referida ADPF por tempo indeterminado.

De todo modo, a referida petição inicial parte de pressupostos jurisprudenciais, expondo, à título de Direito comparado, as decisões judiciais mais relevantes quanto à questão no mundo, argumentando pela adequação da jurisprudência nacional às decisões estrangeiras. Após, parte aos argumentos filosófico-jurídicos e principiológicos, argumentando que, em razão destes, a criminalização do aborto é questão inconstitucional que deve ser definitivamente afastada.

O presente tomo, como parte central da tese, será dividido em dois pontos. Um se dedicará à refutação dos argumentos centrados na “dignidade da pessoa humana” e do conceito de “pessoa constitucional” enquanto elementos asseguradores de um suposto “direito ao aborto”. O outro, por outro lado, buscará a refutação dos argumentos centrados na autonomia e na cidadania da mulher e na vedação da tortura e do tratamento degradante às mulheres como elementos asseguradores do referido direito abortivo. Deste modo, os argumentos jusfilosóficos centrais da tese do “Partido Socialismo e Liberdade” estarão cobertos, não alongando-nos em discussões e digressões que não servem à tese aqui exposta.

Vejamos.



### **3.1 Da inadequada defesa da dignidade da pessoa humana em apoio ao Aborto, e do errôneo conceito de “pessoa constitucional” como suporte ao direito abortivo**

A quarta seção da petição inicial da ADPF 442 se denomina como “a tese da violação à dignidade da pessoa humana, à cidadania e à não discriminação das mulheres pela criminalização do aborto e seu impacto nos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura, à saúde e ao planejamento familiar”.

A referida seção é uma construção argumentativa que parte da estruturação do conceito da dignidade da pessoa humana, dividindo-o em um conteúdo essencial mínimo, como tipificado pelo próprio Ministro Barroso: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário.

Deste modo, passa a argumentar – e este é, de algum modo, o argumento central no que se refere ao feto - que o princípio da dignidade da pessoa humana deve estar sempre ligado ao sintagma “pessoa humana”, não bastando a atribuição de “valor intrínseco” – ou seja, o pertencimento à espécie – para a imputação de direitos fundamentais à quem quer que seja.

Lê-se:

O valor intrínseco do humano anima o preceito fundamental da dignidade da pessoa humana. O pertencimento à espécie confere um estatuto moral e jurídico diferenciado às criaturas humanas quando comparado às outras criaturas biológicas. Reconhecer valor intrínseco no pertencimento à espécie humana não é o mesmo que designar todas as criaturas humanas como pessoas constitucionais e, conseqüentemente, a elas conferir direitos e proteções fundamentais.

O entendimento do complexo sintagma constitucional “dignidade da pessoa humana” exige maior complexificação analítica do que simplesmente o pertencimento à espécie para os efeitos protetivos e garantidores do princípio constitucional. É certo que somente os humanos recebem o estatuto de pessoa para a Constituição Federal.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> STF. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 442**. Petição Inicial. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 30 mar. 2020



Ora, de certo modo, a tese acima sintetizada é o ponto de partida para a autorização efetiva da descriminalização do aborto. Se o feto, ainda que reconhecido como criatura humana, não possui um suposto “estatuto de pessoa constitucional”, não há de se falar em proteção para este ou crime para o agente.

Apenas partindo desse pressuposto é que qualquer argumentação referente à cidadania, liberdade, saúde, vedação à tortura, autonomia e planejamento familiar ganham qualquer relevo de seriedade. De outro modo, seriam apenas a imputação grave e criminosa do direito de uns sobre outros, e não a “concretização da autonomia *feminina* em grau máximo”, como fazem acreditar os defensores desta causa.

De todo modo, ousamos discordar frontal e completamente com a tese exposta na referida ADPF: além de ser incorreta e ilógica, a referida tese, sob um aspecto filosófico geral, se aproxima gravemente de teorias totalitárias e eugênicas, sem medo de exagerarmos nesta questão.

Ainda que não se trate de uma análise político-ideológica, é *mister* declarar que as alegações da Requerente flertam gravemente com teorias eugênicas, ao **tornar um mero fato de direito positivo e discricionário das cortes** a aplicação do estatuto de pessoa à uma criatura humana.

A inicial da ADPF 442 declara que, além do “portal” do valor intrínseco (ou seja, ser pessoa humana), há uma segunda camada de aplicação da dignidade da pessoa humana, que é a qualificação como “pessoas constitucionais”. **Não bastaria o pertencimento à espécie humana, mas o estatuto de “pessoa humana” para a imputação de direitos fundamentais.**

Além disso, encontra certo amparo na doutrina de Dworkin, quando este declara que o estatuto de pessoa está centrado na experiência físico-mental de sentimentos, expectativas e interesses, e não na sua própria existência humana enquanto tal.



Ao elaborar tais argumentos, a tese gera alguns conflitos lógicos: o estatuto de pessoa humana é construto positivo do direito? A espécie humana possui subdivisões biológicas ou metafísicas, em que alguns seriam pessoas, e outros não? Em não sendo o valor intrínseco do humano suficiente para a aplicação da dignidade da pessoa humana enquanto preceito constitucional, é a vontade do Estado quem determina esta “segunda camada” que se é necessária passar para a aquisição de direitos?

Em primeiro, cabe responder que o estatuto de **pessoa humana** não é construção positiva do direito e nem deveria ser. Como reconhece a própria tese da minuta que aqui se analisa, o embrião ou feto é **efetivo pertencente da espécie humana**, mas não se caracterizaria como pessoa constitucional.

Como declara André Gonçalves Fernandes:

O utilitarismo transforma-se na tônica das relações sociais e, uma vez triunfante a ideia da força como fundamento do direito, a noção de universalidade dos direitos humanos corre o risco de ficar arruinada e, logo em seguida, a própria democracia reinante que, carente de valores objetivos e de pressupostos morais capazes de sustenta-la, pode descambar no totalitarismo.

E não é só. Acima disso, estão questões fundamentais relativas à pessoa e à sociedade. Será que sou eu que constituo o outro em sua subjetividade? A existência alheia está condicionada pelo reconhecimento que lhe concedo ou nego?<sup>21</sup>

Ora, se o feto ou embrião são pertencentes da espécie humana, é cabível dizer que tem **valor intrínseco de humano**. Em possuindo valor intrínseco de humano, cabível declarar, portanto, que são membros inteiros da espécie humana, não sendo possível que existam “meio-humanos” ou “quase-humanos”, como a história tanto nos prova.

A Convenção dos Direitos da Criança (Assembleia Geral da ONU de 20 de novembro de 1989) afirma, em seu preâmbulo, que “a criança, por sua falta de

---

<sup>21</sup> FERNANDES, André Gonçalves. **Livre para Nascer**: o aborto e a lei do embrião humano. 1 ed. São Paulo: Vide Editorial, 2018, p.145



maturidade física e mental, necessita de proteção e atenções particulares, incluída a devida proteção legal, *seja antes, seja depois do nascimento* (grifos nossos).

Ainda, não é possível declarar que o ser humano em estágio de desenvolvimento inicial não se enquadraria como pessoa. Se assim o fosse, ele não poderia chamar-se humano. **Afinal**, todas as pessoas humanas – homens e mulheres, de todas as raças e gêneros – passam pela fase intrauterina. A lógica clássica nos ensina que algo não pode ser e não ser ao mesmo tempo sobre o mesmo aspecto. Não é possível que “algo” seja membro da espécie humana sem que seja plenamente humano, assim como não é possível ser pessoa ao mesmo tempo em que não se é plenamente uma pessoa.

Como leciona Silmara Chinelato:

O desenvolvimento do nascituro, em qualquer dos estágios – zigoto, mórula, blástula, pré-embrião, embrião e feto -, representa apenas um *continuum* do mesmo ser, que não se modificará depois do nascimento, mas apenas cumprirá as etapas posteriores de desenvolvimento, passando de criança a adolescente e de adolescente a adulto.<sup>22</sup>

É reconhecível facilmente, pelo próprio senso de realidade do homem, que todo ser humano é **pessoa natural**, ainda que debilitada, incompleta ou marcada por seu próprio estágio de desenvolvimento. O que faz a espécie humana é o fato de que somos, por natureza, **pessoas**. Ainda que o Direito dedique algumas limitações à determinadas pessoas, a depender da idade, por exemplo, isso não as torna menos humanas ou com uma personalidade limitada.

Conforme André Gonçalves Fernandes, citando Millan-Pueles:

Essa dignidade consiste, do ponto de vista filosófico, segundo Millan- Pueles, num conceito que se inscreve em três planos: “o da essência ou natureza do homem; o do fundamento transcendente do valor desta ideia e o das exigências jurídico-naturais desse mesmo valor”.

---

<sup>22</sup> CINELATO, Silmara. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 300



Deste modo, a dignidade da pessoa humana reside não na outorga jurídico social de tal direito, mas na natureza própria do fato de que somos humanos e, deste modo, brotam as exigências naturais desse mesmo valor. Logo, “ser membro da espécie humana” é suficiente para, de todo modo, gerar exigências jurídico-sociais no campo próprio do Direito.

Ainda que se possa assumir que uma **pessoa** é apenas aquela que tem expectativas, frustrações, consciência de si mesma e experimenta a realidade humana, teríamos que declarar forçosamente que muitos seres humanos já nascidos não poderiam se encaixar nestes limites: o inválido, o demente senil, aquele que está em coma, as crianças recém nascidas e os vitimados de algum acidente cerebral perdem, muitas vezes, as funções cerebrais e animadas que os garante, supostamente, o “ser pessoas”.

Ora, é evidente, portanto, que a **mera experiência humana de si mesmo e da vida comum são insuficientes** para a caracterização de pessoas, sob o peso de serem arbitrárias e de algum modo eugênicas.

Assim, levando estas realidade em conta, o nascer – como processo de saída do útero feminino – não garantiria a existência humana enquanto pessoa, porque não há mudanças significativas na estrutura da existência daquele mesmo ser. Ora, se não há mudanças significativas do recém-nascido para aquele que vivia de forma intrauterina, não se pode falar em mudança **ontológica**, mas apenas em mudança **jurídica**.

Logo, sob qualquer aspecto de raciocínio, para a referida tese, a personalidade de alguém está intimamente ligada à **norma**, e não à natureza. Não se trata de uma “transformação ontológica” de *mero membro da espécie* para *pessoa humana*, mas de uma **aplicação fictícia da lei sobre a realidade**. É, ao fim e ao cabo, uma ficção jurídica criada para organizar à quem se imputariam direitos e à quem não.

O próprio Habermas, a quem o Requerente se utiliza em diversas passagens da referida inicial, declara:



Por essa razão, para mim, junto com a instrumentalização da vida pré- pessoal está em jogo uma auto compreensão ética da espécie, que determina se ainda podemos continuar a nos compreender como seres que agem e julgam de forma moral. Quando nos faltam razões morais que nos forcem a uma determinada atitude, temos de nos ater aos indicadores éticos da espécie. Suponhamos que, com o uso de embriões exclusivamente para pesquisa, se imponha uma prática que trate a proteção da vida humana pré-pessoal como algo secundário em relação a “outros objetivos” e mesmo em relação à perspectiva do desenvolvimento de bens coletivos de grande importância (por exemplo, novos métodos de cura). A dessensibilização do nosso olhar em relação à natureza humana, que caminhará de mãos dadas com o fato de nos *habitarmos* a tal prática, prepararia o caminho para uma eugenia liberal.<sup>23</sup>

Logo, o conceito de **pessoa constitucional** é gravemente abusivo e fictício. Não existem “pessoas constitucionais”, mas apenas pessoas naturais sobre as quais a constituição e as leis preveem deveres, direitos e capacidades. A existência de **pessoa constitucional** é um abusivo jurídico **criado** para amparar **linguisticamente um direito inexistente**, criando a partir do nada uma natureza jurídica de personalidade para a espécie humana em determinado estágio de desenvolvimento. É um portal, mas um portal falso.

Logo, vemos que na própria composição da realidade o ser humano enquanto tal é sempre **pessoa**, e a negação deste mesmo princípio é a raiz e a natureza de teorias eugênicas e puristas. É evidente que, considerados como pessoas de igual natureza e dignidade, os negros, judeus e/ou politicamente e nacionalmente divergentes jamais seriam livremente assassinados **com** amparo filosófico e legal. O mesmo pode se dizer dos deficientes físicos e mentais, moradores de rua e inválidos de todo gênero, assassinados por iniciativa do Estado (e amparo jurisprudencial) em muitos países do mundo<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> HABERMAS, Jurgen, **O futuro da natureza humana: a caminho da eugenia liberal?** Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.98-99

<sup>24</sup> FORTE, David F. **Da interrupção da gravidez ao extermínio: o genocídio internacional da Síndrome de Down.** Fonte: <<https://www.gazetadopovo.com.br/justica/da-interrupcao-da-gravidez-ao-exterminio-o-genocidio-internacional-da-sindrome-de-down-1qx5by8nrx4ioav9mrpxtvorq/>>. Acesso em: 08 abr. 2020





À título de argumentação, temos a triste notícia de que, em países como a Islândia, onde o aborto é largamente autorizado, cem por cento (100%) dos bebês portadores de Síndrome de Down e outras deficiências genéticas e formativas são abortados, o que é aclamado como um grande sucesso de saúde pública. A ideia largamente autorizada de que **ter filhos** é um **direito** gera, na mentalidade e na *práxis* modernas, medidas dramáticas de aborto e descarte de embriões.

Todos os abusos jurídico-sociais da história foram criados como **ficções jurídicas** quanto à natureza própria da pessoa humana e seu valor intrínseco. Ainda que com consequências diversas, a instalação destas teorias em um ordenamento jurídico acende o alerta vermelho da ética. Afinal, se alguns não são pessoas, nem todos os seres humanos são protegidos pelo direito. Quem serão os próximos?

### **3.2 Da suposta violação dos direitos constitucionais da mulher na criminalização do aborto, no que diz respeito à autonomia, à cidadania, à liberdade, à vida, à saúde, à igualdade, à proibição da tortura e tratamento degradante e ao planejamento familiar**

Após a declaração de que os embriões e fetos não possuem *status* de pessoa constitucional e a exposição pormenorizada desta alegação, a referida ADPF continua suas razões ao demonstrar que a proibição do direito ao aborto fere largamente os direitos fundamentais das mulheres, notadamente no que diz respeito à autonomia, à cidadania, à vida, à saúde mental e física (no que se inclui a vedação à tortura) e o direito ao planejamento familiar.

Como declara a própria inicial da referida ADPF, nos termos de Luiz Roberto Barroso, a autonomia “corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na própria concepção de bem, sem influências externas indevidas”. De certo modo, a tradição constitucional dos Estados Unidos da América aplicou tal princípio de forma inequívoca na decisão de *Roe v. Wade*, sedimentando o “direito à privacidade” como amparo ao aborto legal.



Nos termos da própria ADPF, há uma construção lógica na concatenação de todos esses princípios constitucionais elencados acima:

70. Dignidade da pessoa humana das mulheres e cidadania informam como interpretar o direito à autonomia no caso concreto do aborto. Os indivíduos não existem em condições abstratas. Suas escolhas são sempre feitas em contextos sociais dados e suas motivações são também informadas pelas condições concretas em que vivem. A proteção da autonomia como autodeterminação exige a garantia das condições sociais para a sua realização como projeto de vida: **por isso autonomia é tanto a capacidade individual de se autodeterminar quanto as oportunidades, condições e proteções para o exercício da autodeterminação. É do encontro da autonomia privada com os direitos à igualdade e não discriminação que a vida digna cidadã das mulheres pode ser protegida.**<sup>25</sup>

Ainda, ligando-se ao conceito de pessoas constitucionais, prossegue declarando que “as pessoas constitucionais nascem em situação de vulnerabilidade existencial – todas dependem das políticas públicas e sociais, das redes de afeto e sociabilidade do reconhecimento, para o desenvolvimento adequado”.

Segue-se declarando, como uma sentença de forte apelo dramático, que “direito ao aborto é condição para a plenitude de um projeto de vida”.

Declara, ainda, que “a gravidez coercitiva, isto é, a “maternidade compulsória”, nos termos de Siegel, representa um regime injusto de controle punitivo com potenciais efeitos destrutivos ao projeto de vida das mulheres”.

Deste modo, ao proibir a prática abortiva e tipifica-la como crime, o Direito Penal e o Estado abrem mão da proteção constitucional das mulheres e comete um crime grave contra elas mesmas, ao privá-las de um suposto projeto de vida e forçar as mulheres à gravidez compulsória.

---

<sup>25</sup> STF. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 442**. Petição Inicial. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 30 mar. 2020



Tal narrativa está longe de ser verdadeira. Por primeiro, é evidente se declarar que o aborto legalizado, ainda que seja uma questão jurídica que afeta diretamente as decisões das mulheres, não é uma questão puramente feminina. O jogo linguístico dos “espaços de fala” pode funcionar para certas questões, mas deveria ter mais a ver com “conhecimento de causa” do que “direito de expressar-se” sobre determinado assunto.

Quanto ao aborto, não se pode expor a questão como puramente feminina. Nos termos da própria ADPF, trata-se de uma controvérsia em torno de “direitos reprodutivos”. Ora, é evidente, pela própria natureza dos atos, que a reprodução é **de toda a espécie humana**. Ainda que as mulheres, por sua própria **constituição física**, carreguem em seus ventres o fruto dos atos reprodutivos, estes atos são sempre **humanos**, sendo **absolutamente necessário os gametas de ambos os sexos para que se dê a reprodução**. Logo, falar de **direitos reprodutivos** é falar de reprodução da espécie humana, e não de uma questão puramente feminina.

Quanto à controvérsia de existirem ou não os chamados “direitos reprodutivos”, o presente trabalho se absterá. Tal discussão pode servir para uma futura tese específica, mas não para os objetivos aqui buscados.

Ademais, procurando fugir do fato incontestável de que todo ser humano passa pela fase intrauterina, o partido Requerente perverte a razão humana e busca provar, por um jogo de palavras, que o mesmo tipo penal que busca **proteger a vida** é, ao contrário, um **atentado contra a própria vida**. Ora, é evidente que se trata de uma incoerência conceitual.

Nas palavras de Janaína da Conceição Paschoal, encontra-se:

A discussão posta não gira em torno de decidir quando começa a vida, mas de um fato incontroverso: para usufruir do direito à vida e, por conseguinte, todos os demais direitos, é preciso nascer. A legalização do aborto aniquila tal direito e, portanto, fere o direito à vida. Ademais, na linguagem adotada por



Habermas, tal legalização gerará a “dessensibilização do nosso olhar em relação à natureza humana”.<sup>26</sup>

Ainda, a Requerente declara ser a criminalização do aborto um atentado contra as mulheres negras, indígenas e pobres, e com todas as mulheres em geral, sendo um ato de discriminação por parte do Estado.

Tais alegações são, novamente, mais um jogo linguístico do que uma argumentação coerente. Ainda que se possa discutir a vulnerabilidade dos mais diversos grupos sociais minoritários, liga-los à temática do aborto é gravemente incorreto, para não dizer escandaloso. Ora, as mulheres negras, indígenas, pobres, nordestinas e transexuais – como alega a exordial – ainda que tenham direito de autodeterminação e liberdade, tiveram também o direito de nascer. Ainda assim, aquelas mulheres e homens negros, indígenas, pobres, nordestinos e transexuais que estão no ventre de suas mães também têm direito a nascer.

Logo, trata-se de uma discussão **filosófico-jurídica**, não **político-ideológica**. Utilizar-se desta terminações tem apenas um único objetivo: estigmatizar quem se opõe à essas práticas como machista, homofóbico, transfóbico, racista e genocida. Ora, e é exatamente o contrário!

Nos termos da própria Janaína Paschoal, chefe da cadeira de Direito Penal da conceituadíssima Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, vemos que:

Para que todos os seres humanos possam viver suas orientações e escolhas em plenitude, faz-se necessário que possam nascer e, desde o mais embrionário momento, sejam reconhecidos como pessoas dignas de tutela estatal.

Ademais, como já dissemos anteriormente, não há como proceder o argumento de que a proibição do aborto seria discriminatório porque “apenas mulheres engravidam”. Isto é, ao contrário, um **fato da natureza**, que não deriva de qualquer escolha, nem dos homens, nem das mulheres. Ora, se o Direito subverte a

---

<sup>26</sup> PASCHOAL, Janaína da Conceição. Direito de Nascer. Disponível em: <<https://conexaopolitica.com.br/ultimas/aquele-ser-humano-tem-direito-a-nascer-diz-janaina-sobre-descriminalizacao-do-aborto/>>. Acesso em: 20 abr. 2020



natureza humana enquanto tal e a coloca abaixo de si, não há mais Direito, mas pura tirania e irracionalidade.

O argumento de que proibir o aborto seria equiparável à tortura e ao tratamento degradante é ainda mais falacioso. É evidente que, nos próprios termos das Convenção Contra a Tortura, e Outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, a tortura é definida como:

Para os fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castiga-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou dela decorram.

É evidente que é impossível comparar o impedimento de se realizar o aborto à tortura. Os sofrimentos físicos e naturais inerentes à uma gravidez **não podem ser considerados tortura**, primeiro por serem propriamente naturais e inevitáveis, e evita-los com base na interrupção de uma vida humana é largamente desproporcional, criminoso e evitável do ponto de vista prático.

A bem da verdade, o que se vê na petição inicial da referida ADPF é uma tentativa contumaz de se mudar a natureza mesma das coisas, ou arrumar subterfúgios para evitar as consequências supostamente desagradáveis das escolhas pessoais de cada um. Enquanto o “sexo livre” gerou uma liberalização sexual que alguns dizem ser benéfica, gerou também uma série de consequências físicas, mentais e sociais que advém da própria **natureza** do sexo humano. Ora, é inegável que o ato sexual reproduz. Ainda que se tenham meios de evitar a reprodução, uma



vez acontecida, a reprodução já aconteceu, e negá-la ou termina-la é que seria um atentado contra a natureza e a vida humanas.

Deste modo, vemos que não há embasamento teórico na referida ADPF, e que suas razões são usualmente ilógicas e, por isso, improcedentes no âmbito judiciário. A autonomia feminina, o direito à dignidade da pessoa humana, a cidadania e a liberdade da mulher não são feridas pela criminalização do aborto, em qualquer hipótese, e amparar-se nessas razões é, no mínimo, intelectualmente desonesto.

### 3.3 A Filosofia Aristotélico-Tomista e o aborto legal como desumanização do Direito

Para finalizar de forma adequada o presente trabalho, cumpre fazer uma breve explanação quanto à ligação de todos os argumentos acima citados com a filosofia exposta no primeiro capítulo. Fazê-lo enquanto se analisa a ADPF 442 em seus termos estritos pode parecer desafiador, mas a própria teoria aristotélica salta aos olhos quando de uma análise mais alargada das razões da presente tese acadêmica. Vejamos.

O mestre Hervada, quando leciona sobre o princípio da dignidade que advém da dimensão de “ser pessoa”, declara (grifos nossos):

Condição que é a moderna forma de expressar o que ao indivíduo humano corresponde por ser indivíduo pessoal, isto é, a natureza racional; por isso, nesta expressão se contém o que corresponde à pessoa por ser realização existencial da natureza humana, que é a natureza racional. A condição neste caso se refere à natureza humana, pondo o acento no traço mais peculiar desta: sua racionalidade. A dimensão racional é o princípio de ordem. Em virtude de sua índole de forma ou princípio informador, o espírito humano enquanto cognoscente, isto é, a razão se constitui no princípio dirigente do obrar humano. **A razão é a regra da conduta da pessoa humana, de modo que a retidão desta se mede por ser segundo sua razão.** Daí que a regra do obrar correto se dá na *recta ratio*, a reta razão que marca com seus decretos a ordem própria do obrar pessoal.



É visível que, no que diz respeito ao agir humano, tal agir é dirigido à consecução de certos fins, os quais comportam a realização ou a perfeição do homem.

Conforme vimos na primeira parte do primeiro capítulo, **o fim** das atividades humanas é sempre um bem. Ora, se o Direito, enquanto atividade (*latu sensu, evidentemente*) e condição de ordem da humanidade organizada, muda suas finalidades, é evidente que sua natureza transforma-se. Logo, é evidente que, enquanto atividade humana, o Direito jamais poderia esquivar-se de ter como finalidade o bem humano, qual seja, a ordem e a reta conduta e, por fim, a felicidade.

Ainda, o direito jamais poderia proteger um comportamento humano que esteja abaixo daquilo que é razoável e reto, guiado pela razão, porque perderia de vista aquela finalidade que lhe é própria, qual seja, o bem e a ordem. Deste modo, em diversos conflitos éticos e morais de diferentes magnitudes, o Direito toma para si duas atitudes principais: ou omite-se, deixando para o indivíduo a chance de comportar-se retamente ou não, e nesta atitude se incluem boa parte dos conflitos morais do nosso século, ou normatiza-os e tipifica-os, **incluindo no rol dos crimes aquilo que é gravemente contrário à reta razão ou reprovando tais condutas como ilícitos civis.**

Boa parte da argumentação da ADPF 442, analisada supra, centra-se no fato de que um suposto **direito à privacidade** – que leva o Direito a omitir-se quanto à questões morais controversas em certos casos – ampara a pretensão de descriminalizar a prática abortiva, já que o **aborto** seria mais uma dessas atitudes morais que não estão aptas a serem tuteladas pelo braço penal do Estado.

No que diz respeito às questões morais controversas ligadas ao modo de vida privado dos cidadãos, é louvável que o Estado e o sistema jurídico se omitam. Afinal, não há qualquer razão para que o Estado proíba o exercício de alguma prática, desde que esteja posta entre os limites do razoável e do bem comum, ainda que estejam ações contrárias à *recta ratio*. Nesta seara se encontra a liberdade religiosa, a liberdade sexual, as uniões estáveis, o reconhecimento de direitos patrimoniais em



uniões homoafetivas, a prática de certos ritos pessoais da forma que aprouver ao indivíduo, o direito de comprar e possuir armas de fogo (em determinados países), o direito de usufruir da posse e da propriedade de um quase sem número de objetos móveis e de imóveis como o indivíduo bem entender e diversos outros direitos que a retórica da ADFP 442 chama de “direito à autodeterminação”.

Todavia, é importante que se faça uma distinção clara entre a capacidade humana de fazer escolhas ligadas à sua própria vida privada e da tutela estatal sobre certas ações éticas e morais.

Como bem exposto na primeira parte deste trabalho, no dizer de Aristóteles, “*o bem é aquilo a que todas as coisas tendem*”. Como pergunta fundamental da reflexão filosófica dos primeiros capítulos, o trajeto comum iniciou-se com a pergunta fundamental da filosofia: o fim da vida humana.

Tornou-se evidente, pela própria análise da realidade, que a vida e as atividades humanas buscam o bem e, de algum modo, ao Sumo Bem, já que é **necessário que exista um Bem ao qual todos os outros bens estão ligados, já que, se este Bem não existisse, seria inútil qualquer busca pelo bem, porque ficaríamos eternamente buscando bens subordinados a outros, e o Bem em si mesmo não existiria.**

Para Aristóteles, portanto, o Sumo Bem à que todos os homens buscam é a Felicidade e, a partir deste ponto, sua ética desenvolve-se a partir da teoria da vida virtuosa, que demonstra a **objetividade** da vida feliz propriamente humana. Tal vida moral e feliz não é ligada necessariamente à sensações e concepções subjetivas de uma felicidade sensorial, mas à conquista de uma vida virtuosa.

Logo, em sendo o Sumo Bem a realização completa do homem e sendo as atividades humanas –notadamente, o Direito – tendentes de algum modo à realização e ao encontro deste mesmo Bem, temos que aquilo que foge ao que é propriamente o Bem humano vai de encontro à **natureza própria** das atividades humanas.





Por isso, podemos afirmar com clareza que a **legalização da prática abortiva, juntamente com um positivismo irrazoável que se utiliza de argumentos linguísticos e tecnicidades do Direito para justificar o injustificável são, ao fim e ao cabo**, deturpações da razão pela qual existe o Direito, e atacam a própria natureza que dá origem à este: a humanidade.

A tese aqui exposta não está argumentando que a prática abortiva é ajurídica porque “ataca a humanidade do feto”, como um argumento baseado puramente nas evidências biológicas de pertença à espécie. Ainda, não se está declarando que o aborto é contrário à uma espécie de felicidade sensorial subjetiva da mulher que aborta. Ao contrário, é a **natureza própria do Direito – a justiça e a ordem -, unida à natureza humana que lhe dá origem (que busca, em suas atividades, a felicidade)** que pugna a legalização desta prática, ainda mais quando amparada por conceitos como “o direito à privacidade e à dignidade”.

Nos dizeres de André Gonçalves Fernandes, temos que:

A justiça é a virtude da ordem justa e com finalidade social, quer dizer, embora seja uma virtude pessoal, seu objetivo direto é a correta relação de cada pessoa com o seu, em suma, a objetividade da ordem justa. A virtude da justiça deve ser julgada não pela perfeição que alcance no interior do sujeito, mas pela perfeição com que se estabelece na relação jurídica com o outro. Dado que a justiça consiste na virtude de dar a cada um o que é seu, é óbvio que tem a alteridade como atributo, isto é, ser virtude de uma relação social. Significa que o reto ou o virtuoso decorre do equilíbrio entre dois ou mais sujeitos, ou seja, uma harmonia determinada pela proporção das pessoas em relação a uma coisa: que seja dado justamente o direito do outro.

Deste modo, se a justiça regula a relação entre duas pessoas, é evidente que esta exige que, no caso do aborto, em sendo o feto uma **pessoa** – já que o **status de personalidade não é subjetivo, ou seja, não reside no meu reconhecimento do outro como pessoa, mas na objetividade de sua natureza** – exista uma proibição estatal da interrupção da vida humana, justamente pelo direito que todo ser humano possui de **nascer**.



Em assim sendo, devemos reconhecer, inequivocamente, a verdade nestas palavras de Aristóteles:

Está claro que precisamos obter conhecimento das causas primeiras porque é quando pensamos compreender sua causa primeira que reivindicamos conhecer cada coisa particular.<sup>27</sup>

Se o Direito tem como causa a busca humana pelo Bem na organização de uma sociedade justa e ordenada, assim como a resolução dos conflitos humanos – a paz, portanto, sendo um bem –, e estando a causa primeiro do Direito intimamente ligada ao desejo humano de Bem, qualquer norma, integração ou decisão que contrarie estas realidades está fadada a destruir aquilo que há de humano, justo, ordenado e belo na ciência do Direito.

Por tais razões é que se diz que, em havendo a aplicação da reta razão à realidade das vida humana, é inviável dizer que o aborto não contrarie a sua própria natureza e das suas atividades. É evidente que, sob qualquer aspecto, o ser humano possui certas capacidades que lhe concedem direitos positivos, quais sejam: a autodeterminação, a liberdade de desenvolver-se moralmente, a capacidade de prosperar patrimonialmente, o direito à uma vida sã, sadia e feliz e tantas outras.

Em assim sendo, se todos possuem tais capacidades, como se poderia dizer que o aborto figura entre elas? Explico: se o aborto é a interrupção de uma vida humana, e a vida humana já existe com tais capacidades (a se desenvolverem, é evidente), como se poderia dizer que o Direito poderia tutelar uma atitude que tolhe todas estas capacidades naturalmente humanas?

Poderia ser contraposto o argumento de que, em muitas situações humanas, as mazelas sociais tolhem tais capacidades de desenvolver-se sadiamente em direção à busca do Bem. Todavia, para um aspecto de análise filosófico-racional, tal fator pouco importa: as mazelas sociais e mentais à que muitos estão expostos não lhes tolhe a capacidade de realizar tais coisas, mas dificulta sua concretização no mundo real. Todavia, maiores ou menores desafios não diminuem a dignidade intrínseca que

---

<sup>27</sup> ARISTÓTELES. *Metafísica*. São Paulo: Createspace Independent Publishing Platform, 1986. p. 49



tais capacidades trazem, e muito menos podem tolher ou diminuir a qualidade que está no fato de ser apenas membro da espécie humana

Ora, se o Direito é instituto propriamente humano – que brota da razão humana e de sua organização –, deve sempre buscar atingir aquele sumo bem que está acima dele. É evidente que, em se tratando de uma atividade humana, o Direito está dentro de um “sistema natural” de busca pela felicidade humana. Todavia, tal felicidade não é subjetiva ou mesmo relativista, ainda que cada ser humano, em dado momento da vida, possa fazer as escolhas que lhe compete fazer.

O aborto, ao contrário, figura como uma destas escolhas contrárias à razão ou, em palavras mais simplórias, gravemente errada. As diversas argumentações emotivas usadas em sua defesa tendem a inverter a ordem moral normal para seu próprio favor, colocando mulheres como vítimas de uma situação opressora. Ressalto que não estou a defender que todo “feminismo” é vitimista. Ao contrário, as narrativas militantes criadas pelos seus defensores é que o são.

Pode-se concluir, portanto, que o aborto é **antinatural**, porque contrário à natureza humana de gerar vida e exercer suas capacidades de acordo com a reta razão e **antijurídico**, porque o Direito, como todas as atividades humanas, está ligado à busca humana pelo Bem, e está subordinado à ela.

Então, salta aos olhos que o aborto seja gravemente contrário à ordem jurídica justa. A felicidade, para Aristóteles, está justamente em viver uma vida virtuosa, conceito que está ligado intrinsecamente à vida justa. Se a justiça é uma virtude da qual as atividades humanas geralmente dependem para serem virtuosas, mais ainda o Direito dela depende. E a justiça, como visto, é largamente aceita como “dar a cada um o que é seu por direito”. Neste caso, deve-se dar às mulheres grávidas todo o acompanhamento e o apoio de que precisam para tomar decisões para si e seus filhos, voluntariamente gerados ou não. Aos homens nesta relação, recai toda a responsabilidade legal e moral de proverem e protegerem os seus. Aos recém-



gerados, o direito de nascer, para poderem ver a luz do dia e exercer as capacidades propriamente humanas que já possuem em seu próprio **ser**.

Percebemos claramente que os direitos acima limitam-se entre eles: os homens genitores tem obrigações e deveres atinentes à sua função nesta relação humana de reprodução. As mulheres também. Aos seres humanos recém gerados, como ainda não podem ter as obrigações atinentes à sua existência plena – como também não o podem as crianças nascidas –, resta serem protegidos e guardados pelo ordenamento, tendo em vista o bem, a justiça e a felicidade humanas que o Direito tem a nobre atividade de proteger e guardar.

## CONCLUSÃO

O aborto é a interrupção de uma gravidez que ocorreu por alguma razão indesejada, gerado pela intervenção medicamentosa ou física para a destruição e expulsão do embrião ou feto presentes no útero. Analisando a referida descrição do ato abortivo, vemos a sua complexa ramificação. Abortar é um ato humano complexo e jamais simplório, porque envolve ações, sentimentos e reflexões da consciência que são pessoais e intransferíveis da mulher – ou do casal – que decide por essa alternativa.

Enquanto interrupção de uma gravidez, vimos nos tomos anteriores que o aborto é necessariamente a interrupção do desenvolvimento natural de uma vida humana. A reprodução humana se dá pela fecundação de um óvulo saudável e, tornando-se um novo organismo humano, desenvolve-se até que esteja pronto a sair do útero materno e **nascer**. No entendimento deste trabalho, o **ser** está ligado à natureza própria da coisa que é, e, nesta seara, o embrião é plenamente membro da espécie humana, ainda que não carregue as características acidentais que supostamente o faria reconhecido como pessoa.



Ainda, em sendo um ato humano – nenhum processo é interrompido sem uma intervenção que o faça parar –, o aborto tem sobre si uma análise de moralidade. Enquanto seres humanos – e o que nos distingue é a inteligência e a vontade, como vimos no primeiro capítulo –, nossas ações tem um caráter inato de certo e errado, de mal e bom. Todas as ações humanas, como vimos, buscam o Bem. Todavia, buscar o bem por meios maus é, ao fim e ao cabo, substituir o Bem buscado pelo Mal gerado.

Enquanto ato humano que envolve a participação de diversos setores de uma sociedade organizada – farmacêutico, saúde pública, profissionais de saúde e etc. -, o aborto é justamente objeto de uma **norma** que o proíbe, em razão de suas sérias consequências à razão e à ordem natural. Enquanto **interrupção de uma vida humana que se desenvolve**, o aborto é tipificado no tomo referente aos crimes contra a vida, e a razão de lá estar é evidente.

Muitos dos homens e mulheres que defendem a descriminalização da prática abortiva argumentam pela dignidade da pessoa humana *mulher*, que possa garantir à ela os direitos de autodeterminação e autonomia, privacidade e **pluralismo razoável**, nos termos da inicial que analisamos.

Ora, vemos claramente que o aborto pode até ser defendido pela lógica da razoabilidade, mas jamais pela defesa da dignidade; é a própria dignidade e o valor intrínseco que possui o humano que amparam qualquer tentativa legal de subjugar qualquer ser humano que passeie sobre a terra. Apelar para a dignidade e a autonomia de um ser humano sobre outro seria, ao contrário, apoiar a autonomia de outros seres humanos sobre si, ou de um ente erigido por seres humanos sobre os individuais (Estado x indivíduo). É, ao fim e ao cabo, uma proteção à dignidade humana a criminalização do aborto.

Não se tratou, neste trabalho, sobre os números estatísticos dados pela mídia. Não foram usados porque são inúteis à reflexão que se fez. Baseando-se em questões de reflexão teórica aplicadas à realidade prática, o dano causado por clínicas de aborto clandestinas não é argumentativa razoável para a liberalização da prática abortiva.



Afinal, o dano causado é **evitável**. Não pela legalização da prática, o que seria apenas um caminho mais curto, mas pela fiscalização e conscientização do homem moderno sobre as **consequências naturais de uma sexualidade ativa**. O sexo é, naturalmente, atividade reprodutiva, ainda que se coloquem barreiras à essa consequência.

Pode-se argumentar pelas mulheres vítimas de estupro. É compreensível dizer que estariam amparadas pela inexigibilidade de conduta diversa. Todavia, a pergunta que deve ser feita quanto à este ponto pode parecer fria, mas é altamente necessária: o sofrimento psicológico dá margem à interrupção de uma vida humana? Ainda que seja severamente intenso? Não se trata de uma pergunta abusiva, mas de uma pergunta racional: ainda que o sofrimento seja imenso, isto seria razoável, na perspectiva de uma hierarquia de valores?

Ademais, o presente trabalho pode gerar mais dúvidas a serem desenvolvidas e respondidas do que respostas à serem tabeladas. O mundo moderno é tão plural que a irrazoabilidade tornou-se direito e o Estado e o homem buscam dobrar à realidade natural para caber em seus caprichos. Deste modo, a gravidez, que sempre foi a consequência de um ato humano natural, tornou-se um **direito**, que se pode ou não exercer, ainda que já tenha acontecido.

As capacidades humanas não são um direito, mas meras capacidades enquanto tais. Ainda que uma mulher possa escolher não ser mãe – e isto é plenamente autônomo –, nenhuma pessoa em sã consciência poderia declarar que uma mulher poderia tornar-se homem. Pode escolher ser tratada como homem, comportar-se como homem e ser socialmente vista como homem – e exigir respeito à sua escolha –, mas jamais seria um.

Deste modo, a realidade de que a reprodução humana acontece de forma natural não pode ser dobrada. **Isto não ocorre por uma perspectiva moral imutável, mas por uma exigência do ser da realidade**. Uma mulher que aborta – com amparo estatal –, gera danos para si, para outrem, e para toda uma série de princípios que



regem o próprio *status* de ser humano que ela tomou para si mesma. Se eu é que decido quem é humano e quem não o é, o outro (o indivíduo ou o Estado) tem a mesma prerrogativa para si. É o princípio da equidade.

Como dissemos nos tomos anteriores, se o *status de humano* é perspectiva puramente pessoal minha sobre o outro, ou do Estado e da Lei sobre o outro, qualquer coisa pode ser teorizada e criada pela jurisprudência e pelo ente legislador, porque não há limites à razão. Se o único limite da razão é a sua própria inventividade para criar conceitos e classificações, a razão não possui qualquer limite a não ser a sua própria capacidade de criar palavras.

Deste modo, retomar os princípios primeiros da reflexão moral e jurídica do ato humano que busca o Bem é primordial para retomarmos não só a beleza e a ordem da vida comum, mas a própria humanidade do Direito. É, ao fim e ao cabo, uma luta dos homens por sua própria humanidade, conceito que foi integrado, como tantos outros, ao rol de coisas tipificadas e conceituadas pelo Estado, e não pela mão opressora da realidade. O mundo, o Direito e a norma ganham, portanto, ares de inexistência e desumanidade.

Por essa razão, é correta a sentença primeira deste trabalho. A legalização do aborto é o declínio da norma porque, enquanto tal, uma norma emana do que é profundamente humano (a busca do bem) e, fora disto, torna-se tão destruída que vira uma tirana.

Enquanto homens, somos profundamente atraídos pelo Bem. E o Bem, enquanto objeto tão diverso e expandido, tem no Direito sua roupagem de justiça: dar a cada um o que é seu por direito: às pessoas, a vida. À realidade, sua dominância. À natureza e ao Ser de cada coisa, o reconhecimento de sua imutabilidade. Assim, e só assim, buscaremos corretamente o bem que tão pessoalmente ansiamos.



## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Carolina J. Webster v. Serviços de Saúde Reprodutiva. 1989. A Enciclopédia do Projeto Embrião. Registro e contextualização da ciência dos embriões, desenvolvimento e reprodução. Disponível em: <<https://embryo.asu.edu/pages/webster-v-reproductive-health-services-1989>>. Acesso em: 30 mar. 2020
- AMARAL, Rafael Caiado. O aborto: perspectiva filosófico-constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.
- AQUINO, Tomas de. Santo. Suma contra os Gentios: vol. II: livros III e IV. Tradução de D. Odilão Moura O. S. B. Revisão de Luis A. De Boni. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. v. 4. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1973.
- ARISTÓTELES. Metafísica. São Paulo: Createspace Independent Publishing Platform, 1986.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- CINELATO, Silmara. Tutela civil do nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da Tradução Silvana Vieira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- ELDERS, Leo J. S.V.D. A Natureza como base das ações morais. Disponível em: <<https://contraosacademicos.com.br/a-natureza-como-base-das-acoes-morais/>>. Acesso em: 02 fev. 2020.
- FERNANDES, André Gonçalves. Livre para Nascer: o aborto e a lei do embrião humano. 1 ed. São Paulo: Vide Editorial, 2018.





SANTOS, Mário Ferreira dos. Aristóteles e as mutações. São Paulo. LOGOS. 1955.

FORTE, David F. Da interrupção da gravidez ao extermínio: o genocídio internacional da Síndrome de Down. Fonte: <<https://www.gazetadopovo.com.br/justica/da-interruptao-da-gravidez-ao-extermínio-o-genocídio-internacional-da-síndrome-de-down-1qx5by8nzx4ioav9mrpxtvorq/>>. Acesso em: 08 abr. 2020.

GANDRA MARTINS, Ives; MARTINS, Roberto Vidal. A questão do aborto. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

HABERMAS, Jurgen, O futuro da natureza humana: a caminho da eugenia liberal? Tradução de Karina Jannini. São Pulo: Martins Fontes, 2004.

HART, H. L. A. O Conceito do Direito. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HERVADA, Javier. Lições propedêuticas de filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MAZZA, George. O que você precisa saber sobre o aborto. São Paulo: Ecclesiae, 2019.

PASCHOAL, Janaína da Conceição. Direito de Nascer. Disponível em: <<https://conexaopolitica.com.br/ultimas/aquele-ser-humano-tem-direito-a-nascer-diz-janaina-sobre-descriminalizacao-do-aborto/>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

RAZZO, Francisco. Contra o Aborto. 2 ed. São Paulo: Record, 2018.

REALE, M. Filosofia do Direito. 20 ed. São Paulo: Saraiva. 2002. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502136557/>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.  
SANTOS, Mário Ferreira dos. Aristóteles e as mutações. São Paulo. LOGOS. 1955.

SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. O aborto e sua antijuricidade: uma teoria que transforma e redefine o Código Penal, nos crimes contra a Pessoa, subclasse dos Crimes contra a Vida. São Paulo. LEJUS. 1997.

STF. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 442. Petição Inicial. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 30 mar. 2020.



# AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: EFEITOS DE SUA APLICAÇÃO E SUA EFICÁCIA NA CONTENÇÃO DA ARBITRARIEDADE NO PODER PUNITIVO.

Lully Carla da Silva Jorge

## RESUMO

Tendo em vista a Resolução nº 213/15 do Conselho Nacional de Justiça que tornou obrigatória a audiência de custódia para todos os Tribunais do País após 1º de fevereiro de 2016, o presente trabalho, através de revisão bibliográfica, tem por finalidade precípua investigar se há eficácia do referido instituto no tocante a contenção da arbitrariedade no poder punitivo estatal. Para tanto, iniciará o estudo aprofundando nos ornamentos históricos de sustentação que este instituto possui, com atenção a Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Humanos. Por conseguinte, apresentará o instituto conceituando-o e detalhando as problemáticas encontradas atualmente na sua aplicação, principalmente após a determinação de obrigatoriedade; Chegando a conclusão de que, embora este mecanismo seja imperativo, a inatividade do Estado em cumpri-la, além de promover violação aos direitos humanos, promove o encarceramento desnecessário e superlotação do sistema prisional, o que pode ser solucionado através de uma maior rigidez e atenção a obrigatoriedade que já fora constituída para então torná-lo não só efetivo, como eficaz.

**Palavras-chaves:** Audiência de custódia. Direitos Humanos. Projeto de Lei 554/2011.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo visa introduzir uma inovação na política criminal, o instituto da Audiência de Custódia que, por meio dos Decretos nº 678/92 e nº 592/92, respectivamente, está prevista na Convenção Americana de Direitos



Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos sancionados pelo Brasil.

A norma estabelece a garantia básica de que todas as pessoas que forem presas em flagrante devem ser conduzidas à autoridade competente no prazo de 24 horas da lavratura do auto de prisão em flagrante.

Este mecanismo tem um papel muito importante na predominância dos direitos humanos, já que, busca não só promover o direito à ampla defesa, à integridade psicofísica, como também verificar a ilegalidade ou necessidade da decretação da prisão provisória, a qual, não raras vezes, é decretada de forma arbitrária.

Embora haja a obrigatoriedade da implementação, atualmente poucos estados brasileiros implantaram a audiência de custódia, de forma a tratá-la como indispensável, o que promove o encarceramento desnecessário e superlotação do sistema prisional.

Nesta senda, tomando o Distrito Federal como exemplo ilustrativo numérico, as conversões de prisão em flagrante em cautelares preventivas findam num número exorbitante de presos preventivos, haja vista que cerca de 40% dos presos do Distrito Federal são presos provisórios.

Desta forma, busca-se demonstrar o tratamento que o ordenamento jurídico brasileiro tem dispensado ao instituto e as consequências deste tratamento.

## **1 DESENVOLVIMENTO**

Conceituamos a audiência de custódia como sendo instituto que visa proteger, resguardar os direitos inerentes à pessoa do preso, consistente na sua condução, sem demora, à presença de uma autoridade judicial para, de imediato, verificar a necessidade, adequação e legalidade da prisão, possibilitando aplicação de medidas judiciais ou não judiciais (SOUZA, 2016, p.03)



A dignidade da pessoa humana é o fundamento principal da Constituição Federal, em prol dos direitos e garantias fundamentais do homem e do cidadão, não fugindo de tal proteção os direitos dos presos, da pessoa flagrada e custodiada.

Assim, em meio a todo este problema estrutural enfrentado, depara-se com a necessidade de garantir à pessoa do preso dignidade, não lhe retirando nenhum dos direitos que não sejam restringidos ou lhes retirados pela privação à liberdade, o que na prática não acontece, o preso perdeu sua liberdade e todos seus outros direitos de uma só vez, não tendo a mínima dignidade dentro de uma cela superlotada (PIVA, 2018, p. 18).

Segundo aponta Carlos Alexandre de Azevedo Campos, citado na petição da ADPF 347, a suplantação das profanações de direitos depreende a aplicação de medidas enigmáticas por uma numerosidade de órgãos, envolvendo mutações estruturais, que conseguem depender da aplicação de mecanismos públicos, ratificação das políticas públicas presentes ou concepção de novas políticas, entre outros parâmetros.

## **1.1 O sistema prisional brasileiro e a violação de direitos fundamentais.**

Nos últimos tempos, o Brasil vem enfrentando um aumento muito grande da população carcerária, não sendo o bastante, lamentavelmente sofremos pelo excesso de presos e pelas precárias condições das cadeias. Conforme relatório da Organização Não Governamental *Human Rights watch*, a maioria das prisões brasileiras enfrentam graves problemas de violência e superlotação. Segundo os últimos dados do Ministério da Justiça, o número de adultos presos aumentou de 85 por cento de 2004 a 2014 e ultrapassa 622.000 pessoas, quantidade 67 por cento acima da capacidade oficial das prisões. (*Human Rights Watch*, 2017, apud Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD, p.77).



O nosso sistema penitenciário não é diferente, de uma forma geral, está arruinado, necessita passar por uma reestruturação de forma urgente. Todo o sistema está abarrotado, assim o Brasil ocupa a 4º posição da maior população carcerária do mundo, atrás somente dos Estados Unidos, Rússia e China (MARTIS, 2017).

No que se refere ao número de pessoas privadas de liberdade no Brasil, de acordo com os dados da DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), de 2010, a população penitenciária chegou a 622.202 pessoas em dezembro de 2014. Quanto ao perfil socioeconômico dos detentos, mostram que 55% têm entre 18 e 29 anos, 61,6% são negros e 75,08% possuem o ensino fundamental completo. Ademais, vale ressaltar que desse número preocupante de pessoas que ingressam nesse sistema, 40% delas estão presas provisoriamente (MARTINS, 2017, p 03).

É nítido o desrespeito à dignidade do detento e, embora não mais se apliquem penas de açoitamento, crucificação e esquartejamento físico, por exemplo, a alma e o psicológico do detento são esquartejadas, dilaceradas e açoitadas com o tratamento recebido (BEZERRA, 2016, p. 03).

Os principais problemas que atingem o sistema penitenciário brasileiro, como a superlotação, a violência, as violações de direitos humanos e o domínio de facções criminosas são recorrentes nessas prisões, propiciando assim a não aplicação do real sentido da pena restritiva de liberdade, que seria incluir a pessoa privada de liberdade à sociedade de forma digna. Contudo, hoje, em muitas situações a prisão está sendo vista como sinônimo de punição. Tendo como ênfase o cidadão brasileiro, a Constituição Federal de 1988 reconheceu como um dos seus fundamentos principais, o princípio da dignidade da pessoa humana. A respeito desta concepção, a ideia de proteção e existência digna deveria ser assegurada de forma plena a todos os cidadãos brasileiros (MARTINS, 2017, p. 03).

Conforme Flávia Cristina Piovesan (2000, p. 54), a dignidade da pessoa humana está fundada como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando- se,



ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como modelo constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, ainda afirma Sarlete (2006 apud. MARTINS, 2017):

O princípio constitucional visa a garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, e tampouco conduz ao mero oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação do direito civil, de um direito que não mais encontra nos valores individualistas de outrora o seu fundamento axiológico.

O Brasil torna a praticar sérias infrações quando da sua falta de diligência nas instâncias internas para contornar a situação dos presídios e o resguardo dos direitos fundamentais dos presos. É importante ressaltar que para dar eficácia a lei, assegurando assim as pessoas privadas de liberdade as garantias que lhe são inerentes, é necessário criar um ambiente digno e adequado a manutenção da integridade física e moral de um ser humano, visando sempre a reeducação e a ressocialização na sociedade (MARTINS, 2017, p. 06).

### *1.1.1 Do tratamento jurídico dado à audiência de custódia.*

Após três anos da implantação das audiências de custódia, o mundo jurídico faz uma análise retrospectiva sobre o inovador instituto de natureza processual.

Apesar da forte resistência por parte de alguns operadores do Direito, os métodos adotados no procedimento do flagrante delito vêm contribuindo no sentido de não agravar ainda mais a situação do sistema prisional, garantindo, ao mesmo tempo, o fiel cumprimento da ordem constitucional (GURGEL, 2018, p. 01).



A respeito da audiência de custódia, esclarece o Conselho Nacional de Justiça – CNJ (Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/>. Acesso em: 01 maio 2020):

Durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades.

Ao que tange a previsão normativa, alguns instrumentos estabelecem a audiência de custódia, inclusive Tratados Internacionais.

Inicialmente enfatiza dispor que o artigo 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos – CADH (Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)). Acesso em: 01 maio 2020), conhecida também como Pacto de São José da Costa Rica, assim estabeleceu:

7.5 -Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

O Brasil aderiu a referida Convenção em 1992, internalizando-a pelo Decreto n. 678, em 06 de novembro daquele ano.

O artigo 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>). Acesso em: 01 maio 2020), que também foi aderido pelo Brasil e promulgado através do Decreto n. 592/92, dispõe acerca da audiência de custódia:

9.3 Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer as



funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam o julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Dita audiência também está assegurada na Convenção Europeia de Direitos Humanos (Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 01 maio 2020). Vejamos:

5. 3 Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.

### *1.1.2 Prazo para a apresentação do preso.*

A audiência de custódia é o instrumento processual no qual determina que todo preso em flagrante deve ser levado à presença da autoridade judicial, no prazo de até 24 horas, para que esta avalie a legalidade e necessidade de manutenção da prisão (PIMENTA, 2016, p.01).

A previsão legal encontra-se, desde muito, em tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Com efeito, o art. 7º., 5, do Pacto de São Jose da Costa Rica ou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos diz: "Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo." No mesmo seguimento, o art. 9º., 3do Pacto





Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York (PIMENTA,2016, p.01).

Cuida-se de direito do preso, mas, mesmo com as previsões supralegais, o sistema jurídico brasileiro não tinha, até então, elaborado condições para que este direito pudesse ser efetuado. De fato, no Brasil o primeiro contato entre juiz e preso normalmente ocorria na audiência de instrução e julgamento, que, pode levar meses para ser designada (PIMENTA,2016, p.01).

Em fevereiro de 2015, o CNJ lançou um projeto para garantir a realização da audiência de custódia, e um ano depois, em 01.02.2016, entrou em vigor uma resolução que determina tais audiências no Poder Judiciário. A resolução estipulou prazo de 90 dias, contados a partir da entrada em vigor, para que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais se adequassem ao procedimento. Este prazo encerrou no corrente mês (PIMENTA, 2016, p.01).

No Brasil, não há lei que regule o tema, embora já haja projeto tramitando no Congresso (PLS nº 554/2011). Porém o STF já se posicionou no sentido de ratificar a legalidade da metodologia das audiências. No estado de São Paulo, as audiências vêm sendo realizadas desde 2014, por determinação do Tribunal de Justiça, que regulamentou o tema no Provimento Conjunto nº 03/2015. Desde então, o programa já reduziu em 45% (quarenta e cinco por cento) o número de prisões provisórias no estado (PIMENTA,2016, p.01).

### 1.1.2.1 Efeitos positivos e negativos da audiência de custódia.

A Audiência de custódia vem para o avanço do nosso ordenamento jurídico, entretanto é necessário algumas mudanças e aperfeiçoamentos na lei. A maneira em que ela vem sendo aplicada interfere na segurança da sociedade (DA SILVA, 2016, p.01).



Na audiência, o magistrado analisa a prisão sob o princípio da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual outorga da liberdade, com ou sem a imposição de medidas cautelares (DA SILVA, 2016, p.01).

O erro consta no ato do judiciário liberar dependentes químicos e autores de violência doméstica, o problema está na falta de acompanhamento posterior, para o tratamento. Essas pessoas que estão gozando da liberdade, são autores de furtos e roubos, com problemas que envolvem o álcool e drogas, estão sendo devolvidas a sociedade, da mesma maneira que foram presas, esmorecendo o trabalho do Ministério Público e da Polícia. A lei proíbe a internação compulsória, e eles não vão se tratar por conta própria, sendo um risco para a sociedade (DA SILVA, 2016, p.01).

A respeito dos casos de violência doméstica, há uma preocupação maior, os autores do crime estão sendo liberados no momento em que mais estão agressivos. A audiência de custódia nesse tipo de crime, não tem que ser conduzida por quem não tem conhecimento sobre violência de gênero (DA SILVA, 2016, p.01).

Para que haja melhora do mecanismo, é necessário um trabalho em conjunto. As leis precisam ser melhoradas, as falhas devem ser corrigidas para que a audiência de custódia sirva realmente à sociedade (DA SILVA, 2016, p.01).

Por outro lado, a audiência de custódia evita que pessoas sejam presas injustamente, e com isso, alivia a superlotação das cadeias. Precisamos de investimentos na construção de escolas, hospitais e não de presídios. É necessário compreender que há alternativas de ressocialização e de inserção social, que as políticas públicas precisam humanizar e não desumanizar (PANIAGO, 2016, p.01).

Como se não fosse suficiente a superlotação que se submete o detento a condições desumanas, é importante frisar o custo para manter o preso. Se colocarmos no papel, é necessário o pagamento do salário de agentes, carcerários, energia, água, alimentação, meio de locomoção para as audiências entre outros, ao final, se calcularmos tudo, a manutenção de um preso no Brasil custa, em média,



entre R\$ 2.400 e R\$3.472,22 mensais, enquanto a tornozeleira custa de R167,00 a R\$ 660,00 por mês. Toda via, é uma grande economia para os cofres públicos (PANIAGO, 2016, p.01).

A sociedade acredita que ao liberar o preso, o judiciário está colocando um bandido de volta as ruas, porém, esse pensamento é completamente equívoco, pois, depois da apresentação do preso a um juiz, no prazo d 24 horas do flagrante delito, o juiz avalia a real necessidade de manter preso ou a aplicação de uma medida alternativa (PANIAGO, 2016, p.02).

A opinião da sociedade sempre irá contra o preso, é necessária uma visão ampla para entender que, a pessoa que cometeu o delito veio da sociedade, ele é fruto dela e, uma hora ele tem que voltar, visto que há um grande risco do preso se tornar uma pessoa mais violenta e mais perigosa, devido ao convívio com outros presos mais perigosos. (PANIAGO, 2016, p.02).

#### 1.1.2.2 A (in) efetividade da audiência de custódia face à mentalidade inquisitória.

A audiência de custódia é o direito que todo cidadão brasileiro possui, no caso de prisão, de ser conduzido à presença de um magistrado, no prazo de 24 horas, sem demora, a fim de se prevenir ou cessar eventuais atos de maus tratos, tortura, bem como, para promover um espaço democrático de discussão acerca da necessidade, legalidade, ou possível irregularidade na prisão. Ou seja, tem o intuito de evitar prisões desnecessárias e ilegais, arbitrárias, bem como violações aos direitos e garantias individuais (DE POLI, 2017, p. 02).

Apenas são tratados na audiência de custódia a legalidade da prisão e a preservação da incolumidade física e psíquica da pessoa custodiada, não versa sobre questão de mérito. Ao constar ilegalidade na prisão, deve de imediato ser relaxada.



O Conselho Nacional de Justiça apresentou dados referentes à realização das audiências de custódia em todo o território nacional até o mês de junho de 2017. Eles demonstraram que foram realizadas 258.485 audiências de custódias em todo território nacional, das quais 55,32% (142.988) resultaram em prisão preventiva, e 44,68% (115.497) resultaram em liberdade. Em 4,90% (12.665) delas, existiu alegações de violência no ato da prisão, e em 10,70% (27.669), ocorreu encaminhamento assistencial (DE POLI, 2017, p. 02).

Muitas disposições da Resolução 213/15, além daquelas previstas na constituição, não são respeitadas pela autoridade judicial durante a audiência de custódia, como, por exemplo, a excepcionalidade no uso de algemas, o conhecimento do custodiado acerca do instituto e dos seus direitos, questionamentos sobre o momento da prisão e sobre o tratamento recebido pelos agentes estatais, entre muitos outros (DE POLI, 2017, p. 02).

Muitas são as razões que resultaram na (in)efetividade da audiência de custódia, sendo algumas delas: desrespeito ao prazo estipulado (face a ausência de plantão nos finais de semana e feriados, além da modificação deliberada dos prazos pelo arbítrio judicial); inexperiência e má vontade dos juízes para a condução da audiência de custódia; ausência de comprometimento com a finalidade do instituto (proteção dos direitos e garantias individuais); realização da audiência de custódia como mera formalidade; falta de infraestrutura e pessoal, e, a pior delas, a prevalência da cultura do encarceramento e da mentalidade inquisitória (DE POLI, 2017, p. 03).

Podemos então ver que, para que ganhe efetividade nas audiências de custódia e cumpra com a finalidade pretendida, deve haver além do controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade, a fim de que o sistema jurídico pátrio se adeque também as garantias previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos; respeito aos direitos e garantias individuais, treinamento de todos os envolvidos; investimentos em infraestrutura e pessoal; cumprimento das



regras do jogo; entre outros. Ou seja, é preciso uma plena e efetiva mudança no sistema processual penal (DE POLI, 2017, p. 03).

Se não houver um real comprometimento com a concretização da audiência de custódia, sobretudo, com a mudança da racionalidade dos operadores do direito, dos legisladores e dos demais envolvidos, tudo permanecerá como sempre esteve, isto é, continuará se reproduzindo e se perpetuando no tempo, haverá ainda mais presos (DE POLI, 2017, p. 03).

### 1.1.2.3 O porquê a audiência de custódia não consegue ter uma maior efetividade na sua aplicação no processo penal brasileiro.

A audiência de custódia é a garantia que o preso tem, em caso de prisão, tem que ser conduzido à presença de um magistrado, sem delonga, com a finalidade de se prevenir ou acabar com possíveis atos de maus tratos ou tortura, da mesma maneira que proporcione um ambiente democrático de contestação a respeito da legalidade, precisão e se há possíveis irregularidades no ato de prisão. Isto é, a audiência de custódia tem por finalidade impedir prisões ilegais, sem necessidades e arbitrárias, do mesmo modo que o descumprimento das garantias individuais e direitos dos presos.

Ha inúmeras motivos que ocasionam a (in) efetividade da audiência de custódia, um deles é: o descumprimento ao prazo estabelecido (alteração estabelecida dos prazos pelo arbítrio judicial, além da falta dos plantões nos finais de semana e feriados); desorganização, inaptidão e desprazer dos magistrados para a realização da audiência de custódia; a falta de compromisso com a aplicação do instituto, que nada mais é que a proteção dos direitos e as garantias individuais dos presos; a efetuação da audiência de custódia como simples rito; e o pior de todos, a perspicácia inquisitória e o predomínio da cultura do encarceramento.

Além das disposições previstas na Constituição Federal, há muitas outras disposições da Resolução que não são seguidas pela autoridade judicial no decorrer



da audiência de custódia, como por exemplo, o raro uso de algemas, o conhecimento do preso a respeito dos seus direitos e garantias, e o instituto, indagações a respeito do momento da prisão e com relação a abordagem feita pelos agentes estatais, dentre muitas outras.

Podemos então perceber que, com o intuito de a audiência de custódia adquira efetividade e atenda o propósito pretendido, é necessário ter o controle de convencionalidade além de ter o controle de constitucionalidade, com a finalidade de que o ordenamento jurídico concilie também os direitos que estão previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos; a preparação de todos envolvidos; o cumprimento das garantias individuais e dos respectivos direitos; o emprego de infraestrutura, o seguimento de todas as regras, dentre outras. Isto é, uma mudança necessária e completa no sistema processual penal brasileiro.

Como sabemos, alterar a lei para que se altere o sistema processual penal e assegure a efetivação da ordem democrática determinada pela Constituição, não é o suficiente. É preciso uma real alteração de pensamento, pois, conforme (PIRSIG, 1984, p.97-98):

(...) enquanto se atacarem os efeitos ao invés das causas, não haverá mudança nenhuma. O verdadeiro sistema é o nosso próprio modelo atual de pensamento sistemático, a própria racionalidade. Se destruímos uma fábrica, sem aniquilar a racionalidade que a produziu, essa racionalidade simplesmente produzirá outra fábrica igual. Se uma revolução derrubar um governo sistemático, mas conservar os padrões sistemáticos de pensamento que o produziram, tais padrões se repetirão no governo seguinte. Fala-se tanto sobre sistema, e tão pouco se entende a seu respeito.

#### 1.1.2.4 Fatores impactantes no resultado obtido com a implementação da audiência de custódia no Distrito Federal.

O projeto de implantação da audiência de custódia foi dirigido pelo ex-presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, o Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, o qual assegurou que a implementação



gradual e sistemática da audiência de custódia em todo o território nacional permitiria a redução da quantidade de prisões preventivas e consequentemente diminuiria a superlotação das cadeias, como se observa na MC HC 140512 SP (2017) de sua relatoria (AGUIAR, 2019, p.36):

A audiência de custódia tem por escopo assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, por meio de apreciação mais adequada e apropriada da prisão antecipada pelas agências de segurança pública do Estado. Ela garante a presença física do autuado em flagrante perante o juiz, bem como o seu direito ao contraditório pleno e efetivo antes de ocorrer a deliberação pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Com isso, evitam-se prisões desnecessárias, atenuando-se a superlotação carcerária e os gastos que decorrem da manutenção de presos provisórios indevidamente intramuros. Acompanhado de seu advogado ou de um defensor público, o autuado será ouvido, previamente, por um magistrado, que decidirá sobre o relaxamento da prisão ou sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Nessa oportunidade, o juiz também avaliará se a prisão preventiva pode ser substituída por liberdade provisória até o julgamento definitivo do processo, e adotará, se for o caso, medidas cautelares como o monitoramento eletrônico e apresentação periódica em juízo. Poderá determinar, ainda, a realização de exames médicos para apurar se houve maus-tratos ou abuso policial durante a exceção do ato de prisão.

A ausência de previsão legal disciplinando o prazo de duração da prisão preventiva, é um fator que contribui predominantemente para que a audiência de custódia não alcance de forma efetiva seu objetivo fundamental. Assim, não há prazo máximo para o cumprimento de uma prisão cautelar preventiva ocasionando com que muitas vezes um indivíduo fique meses, ou até anos, preso, aguardando um julgamento de primeira instância. Conforme relato da Secretaria de Estado da Segurança Pública e da Paz Social, as constantes rotineiras, e quase que automáticas conversões de prisão em flagrante em cautelares preventivas cessam num número absurdo de presos preventivos, haja vista que cerca de 40% dos presos do Distrito Federal são presos provisórios (AGUIAR, 2019, p.38).

Para que seja efetiva a audiência de custódia quanto seu objetivo desencarcerador, urge a necessidade de alteração da atual política repressiva e



descriminalizante, em virtude de que agravou ainda mais o caos do sistema carcerário (AGUIAR, 2019, p.41).

Em janeiro de 2016 a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES) ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (STF, ADI 5448, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 02/02/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 05/02/2016 PUBLIC

10/02/2016) contra o ato normativo, sustentando sua inconstitucionalidade formal, por suposta usurpação de competência privativa do Congresso Nacional para dispor sobre matéria processual penal (art. 22, I, da CF). (MASI, 2016, p. 04)

Entretanto, a impugnação ao menos chegou a ter conhecimento, uma vez que o STF não admite a legitimidade ativa de associação que representa apenas uma parcela da categoria profissional, quando o ato impugnado repercute sobre a esfera jurídica de toda uma classe (no caso, a Magistratura). (MASI, 2016, p. 04)

A Resolução 213/15 do Conselho Nacional de Justiça não há nenhuma inconstitucionalidade formal, haja vista que somente institui e deu efetividade a um instrumento garantista e pautado nos direitos e garantias do preso, que já estava englobado no nosso ordenamento desde o ano de 1992, como afirmou o Supremo Tribunal Federal na ADI 5240/SP (BRASIL. Supremo Tribunal Federa. Ação Direta de Inconstitucionalidade. [...] ADI - 5.240/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro: Luiz Fux. Requerente: ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL. Réu: PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Réu: CORREGEDOR-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Brasília, 01 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%285240%2EENUME%2E+OU+5240%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tin.yurl.com/y4vjmheq>>. Acesso em: 01 maio 2020) ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL - Brasil. Nesta, o tribunal entendeu, por maioria, ser a audiência de custódia compatível com a Constituição e





também com a legislação penal ordinária, como se observa no voto do Ministro Celso de Mello (AGUIAR, 2019, p.42):

Os elementos adicionais, agora bem explicitados pelo eminente Relator, permitem-me acompanhar Sua Excelência para confirmar, no plano material, a inteira validade jurídico constitucional do Provimento Conjunto nº 03/2015 do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que se limitou, de modo plenamente legítimo, a conferir efetividade ao que dispõe o Artigo 7º, item n. 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo em vista a circunstância de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais revestem-se, em nosso sistema normativo, de aplicabilidade direta e imediata (CF, art. 5º, § 1º).

Segundo Marcelo Zerbini, o ato judicial está de acordo com a norma legislativamente perfeita que trata do tema. As Audiências de Custódia foram dispostas no Pacto de San José da Costa Rica, assinado pelo Poder Executivo, ratificado pelo Poder Legislativo e, finalmente, promulgado por decreto em 6 de novembro de 1992, encontrando-se perfeitamente compatível com a norma constitucional vigente (ZERBINI, 2016, P.229-252, apud. AGUIAR, 2019, p.42).

As controvérsias poderão ser acordadas se um projeto de lei fosse aprovado, tendo em vista haveria uma maior preocupação dos agentes envolvidos em realizar precisamente o que dispõe o procedimento, além de que nortearia a adoção deste procedimento e certamente evitaria possíveis nulidades, tornando o procedimento uniforme e padronizado em todo o país. Há um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional desde 2011 (PLS 55474 de autoria do Senador João Capiberibe), projeto este que já sofreu várias emendas, para alterar o artigo 306 do Código de Processo Penal e com isso determinar, por lei em sentido estrito, no prazo de vinte e quatro horas, depois de efetivada sua prisão em flagrante, a apresentação do preso à autoridade judicial, a fim de que seja resguardada sua integridade física e psíquica e na qual será analisada a necessidade ou não da manutenção da prisão. A referida proposta legislativa foi aprovada em sessão plenária no Senado Federal e foi apensada ao Projeto de Lei nº 8045/2010, que discute a reforma do Código de Processo Penal (AGUIAR, 2019, p.43).



Além do mais, devem-se buscar modificações mais amplas e em diversos setores da sociedade e do aparelho estatal, com foco de compensar o caos carcerário, haja vista que meras mudanças legislativas, por si só, não possuem a capacidade de sequer amenizar o grave problema do sistema prisional, como bem expõe Giacomolli e Galícia (GIACOMOLLI; GALÍCIA, 2017, p.1-12, apud AGUIAR, 2019, p.43) :

Todavia, como ficou bem demonstrada após a reforma parcial de 2011, implementada pela Lei n. 12.403, não basta a alteração legislativa desacompanhada de uma mudança de comportamento dos atores processuais no mesmo sentido da norma. Essa é apenas uma das estratégias.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao fim deste trabalho, podemos concluir que a audiência de custódia no sistema prisional brasileiro corresponde a um grande avanço civilizatório do nosso processo penal, na grande luta pelo reconhecimento das garantias e dos direitos fundamentais pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais adotados pelo Brasil.

Contudo, temos a necessidade de adotar um monitoramento mais eficiente das audiências de custódia com o intuito de analisar e propor modificações significativas, com o objetivo de que o instituto cumpra suas finalidades básicas e promova mudanças positivas no sistema penitenciário brasileiro, em especial na cultura punir enraizada na sociedade.

O ministro Luiz Fux suspendeu a eficácia do artigo 310, parágrafo 4º, do Código de Processo Penal (CPP), a sua redação determina que “transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a



ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva”.

Com a decisão do Ministro Luiz Fux, a liminar parcialmente concedida pelo presidente do STF permanece anulada. O ministro José Antônio Dias Toffoli, que, dentre outros pontos, delongava o prazo para implementação do juiz das garantias por 180 dias.

“Em análise perfunctória, e sem prejuízo de posterior posicionamento em sede meritória, entendo presentes os requisitos para a concessão da medida cautelar pleiteada. Não se desconsidera a importância do instituto da audiência de custódia para o sistema acusatório penal. No entanto, o dispositivo impugnado fixa consequência jurídica desarrazoada para a não realização da audiência de custódia, consistente na ilegalidade da prisão. Esse ponto desconsidera dificuldades práticas locais de várias regiões do país, especialmente na região Norte, bem como dificuldades logísticas decorrentes de operações policiais de considerável porte, que muitas vezes incluem grande número de cidadãos residentes em diferentes estados do país. A categoria aberta “motivação idônea”, que excepciona a ilegalidade da prisão, é demasiadamente abstrata e não fornece baliza interpretativa segura aos magistrados para a aplicação do dispositivo.

“Nesse ponto, entendo que, uma vez oportunamente instruído o processo quanto à realidade das audiências de custódia em todo o país, o Plenário poderá decidir o mérito, inclusive, sendo o caso, fornecendo balizas interpretativas mais objetivas para as categorias normativas nele incluídas. Por ora, a eficácia do dispositivo deve ser suspensa para se evitarem prejuízos irreversíveis à operação do sistema de justiça criminal, inclusive de direitos das defesas. Ex positis, concedo a medida cautelar requerida para suspender a eficácia do artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal (CPP), na redação introduzida pela Lei nº 13.964/2019.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. [...] ADI - 6.298 MC/DF. Vice Presidência. Relator Ministro: Luiz Fux. Requerente: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIRO . Requerente: ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO



BRASIL. Réu: PRESIDENTE DA REPÚBLICA.  
Réu:

CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 03 de fevereiro de 2020. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%286298%2ENUME%2E+OU+6298%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ruqfrhx>>. Acesso em: 30 abr. 2020, grifo nosso)

Dessa forma, fica bem claro que o nosso ordenamento tem a necessidade de modificações para obtermos uma eficácia, visto que a audiência tem efetividade, mas a sua aplicabilidade a torna ineficaz. A audiência de Custódia veio com com a finalidade da redução da superlotação das cadeias, visto que conforme o Conselho Nacional de Justiça, o Brasil é o terceiro país do mundo que prende seus indivíduos.

O sistema carcerário do Brasil em nada diminuirá nos próximos anos se as audiências de custódia permanecerem acontecendo de forma arbitrária e desconsiderando complementemente o Conselho Nacional de Justiça. Infelizmente nosso sistema penitenciário é cheio de falhas, descumprimentos de preceitos e garantias fundamentais, o qual não respeita de forma alguma os Direitos Humanos, tenha ainda mais esse obstáculo para a sua melhoria.

O proposto da audiência de custódia é impedir o encarceramento em massa, porém os operadores do direito não estão dispostos a enfrentar esse problema de fato, visto que é preciso ter uma maior rigidez, controle e importância ao seguimento da obrigatoriedade, como na prática não acontece isso, resultamos na superlotação carcerárias.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Davi. **Audiência de Custódia, Lições Preliminares**. Disponível em:<http://araujodavi.jusbrasil.com.br/artigos/190252425/audiencia-de-custodia>. 2015. Acesso em: 19 ago. 2019.



BEZERRA, Marília. O atual cenário do sistema penitenciário brasileiro e a violação de direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.direitoscivis.net.br/2017/05/> . 2016. Acesso em 15 abr. 2020

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 213 de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em 19 de jan. 2020

BRASIL. Decreto-lei nº 2.481, de 3 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, v. 126, n. 190, 4 out. 1988. Seção 1, parte 1, p. 19291-19292.

BRASIL. Supremo Tribunal Federa. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. [...] ADI - 6.298 MC/DF. Vice Presidência. Relator Ministro: Luiz Fux. Requerente: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIRO . Requerente: ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. Réu: PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Réu: CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 03 de fevereiro de 2020. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%286298%2E%2E+OU+6298%2E%2E+NAO+S%2E%2E+PRES%2E%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ruqfrhx>>. Acesso em: 30 abr. 2020)

CONJUNTURA ECONÔMICA. Rio de Janeiro: FGV, v. 38, n. 9, set. 1984. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 07 set. 2016

Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2019.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> . Acesso em: 03 jul. 2019.

DA SILVA, Arthur. Promotora critica audiências de custódia e avisa: “tranquem suas casas cidadãos de bem” . Disponível em <https://www.olharjuridico.com.br/noticias/exibir.asp?id=31097> . 2016. Acesso em 10 dez. 2019



DE POLI, Camilin A (in)efetividade da audiência de custódia face à mentalidade inquisitória. <http://www.justificando.com/2017/12/20/inefetividade-da-audiencia-de-custodia-face-mentalidade-inquisitiva/> .2017. Acesso em 13 jan. 2020

Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Atos internacionais. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Brasília, 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 04 jul. 2019.

Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 1992. (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 04 jul. 2019.)

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-11/lewandowski-audiencias->

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 07 set. 2016

FERREIRA, Paulo Henrique de Oliveira. O jornalismo on line. **Revista de Estudos de Jornalismo**, Campinas, v. 6, n. 1, p. 65-77, jan./jun. 2003.

<https://www.megajuridico.com/a-violacao-dos-direitos-humanos-no-sistema-penitenciario-brasileiro/> . Acesso em: 02 abr. 2020

<https://jus.com.br/artigos/50929/a-audiencia-de-custodia-e-a-problematiza-policia>. 2016 . Acesso em 13 de abr. 2020

<https://www.migalhas.com.br/depeso/239559/audiencia-de-custodia-o-que-e-e-como-funciona> . 2016. Acesso em 11 dez. 2019

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Audiências de Custódia do Conselho Nacional de Justiça – Da política à prática. In: Consultor Jurídico, 11 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-11/lewandowski-audiencias-custodia-cnj-politica-pratica>>. Acesso em: 09 jul. 2019.

MARTINS, Kamilla. **A violação dos direitos humanos no sistema penitenciário brasileiro**. Disponível em : <https://www.megajuridico.com/a-violacao-dos-direitos-humanos-no-sistema-penitenciario-brasileiro/> . 2017. Acesso em : 15 de nov. 2019



PIMENTA, Luciana. Audiência de custódia: o que é e como funciona. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/239559/audiencia-de-custodia-o-que-e-e-como-funciona> . 2016. Acesso em 11 dez. 2019

PIOVEZAN, Flavia. Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIRSIG, Robert M.. Zen e a arte da manutenção de motocicletas: uma investigação sobre valores. trad. Celina Cardim Cavalcanti. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984, p. 97-98.

Publicação “Audiência de Custódia” (<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>)  
Acesso em 15 de abr. 2020

**SOUZA, Rodrigo.** A audiência de custódia e a problemática policial. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50929/a-audiencia-de-custodia-e-a-problematICA-policial>. 2016 . Acesso em 13 de abr. 2020

TEIXEIRA, Anderson. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. Disponível em:  
<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2020.121.05>  
Acesso em: 18 jan. 2020



# O VAGÃO ROSA EM FOCO: A MOBILIDADE FEMININA COMO QUESTÃO DE GÊNERO NO DISTRITO FEDERAL

Marcela de Aragão Rodrigues

## RESUMO

O presente artigo discute a mobilidade feminina e a questão de gênero. Um elemento essencial do texto é demonstrar como o machismo influencia a falta de segurança das mulheres nos transportes públicos, apresentando o histórico da mulher em relação ao uso dos meios de transporte com enfoque no chamado “Vagão Rosa”, o direito à cidade e sua relação com o empoderamento feminino e a efetividade das políticas públicas criadas até o momento para a discussão dos problemas de mobilidade das mulheres. A metodologia de pesquisa utilizada mesclou o levantamento bibliográfico e a pesquisa empírica, por meio da aplicação de um questionário virtual, cujos dados demonstram o medo das mulheres ao usar os meios de transporte e como elas veem a política pública do vagão exclusivo como boa opção, mas apenas a curto prazo. No final, cabe dizer que a saída das mulheres para o ambiente público ainda resulta em muitos perigos, entre eles o próprio trajeto dentro de qualquer transporte público; porém, as mesmas não devem ser segregadas nas políticas públicas atuais, devendo haver também uma maior participação feminina na elaboração delas, para que a perspectiva de gênero contribua para sua eficiência e proposição a longo prazo.

**Palavras-chave:** Mobilidade feminina. Desigualdade de gênero. Vagão rosa. Mulheres. Políticas Públicas.

## INTRODUÇÃO

O contexto que envolve a mobilidade urbana feminina passou e ainda passa pelas mais complexas mudanças, levando em conta a evolução da sociedade no que tange às questões de gênero. Entretanto, nos dias atuais, a segurança patrimonial e física das mulheres ainda é um enorme empecilho para as mesmas, o que muitas vezes dificulta o avanço na consolidação de sua autonomia.





De acordo com a Companhia do Metropolitano de São Paulo (2019), o índice de mobilidade feminina nos transportes coletivos e individuais entre 2007 e 2017 aumentou, ou seja, a mulher passa a ter maior acesso ao ambiente público e o faz por esses meios de transporte, e não a pé ou de bicicleta, buscando ter uma maior segurança talvez. Logo, observa-se desses dados uma grande importância para que se desenvolvam mais políticas públicas sobre transporte coletivo, direcionadas especificamente às mulheres, em suas disposições. Pensando dessa forma, foi criada a política pública do “Vagão Rosa”, que visa diminuir a insegurança de mulheres ao utilizarem os metrô, já que estes e outros transportes públicos são parte fundamental para o deslocamento feminino da área interna (dentro de casa) para a área externa (fora de casa).

Com isso, entre as políticas públicas abordadas, é de grande relevância tratar sobre o “Vagão Rosa” ou o vagão preferencial para mulheres e deficientes físicos, além da discussão sobre sua eficácia, cabendo um olhar especial à sua importância e como esta política colabora ou não para o avanço do feminismo e da igualdade de gênero em um país ainda predominantemente patriarcal (BRASIL, 2014, p. 3-4).

Assim, considerando que o Brasil tem um longo histórico de machismo e isso influencia na falta de segurança nos transportes públicos ou na criação de políticas públicas que favoreçam as mulheres, levando à sua entrada tardia no mercado de trabalho (ALBUQUERQUE, 2016, p. 1), por exemplo, ressalta-se que esta presença contínua de uma sociedade patriarcal impede a independência feminina, especialmente no seu direito de ir e vir. Logo, é necessário analisar todo esse histórico de forma a complementar a compreensão da sociedade acerca dos perigos incessantes que mulheres sofrem por apenas serem mulheres, dando maior enfoque na sua forma de mobilidade.

Ademais, cabe aqui reforçar que é imprescindível o questionamento sobre se as políticas públicas que envolvem a mobilidade feminina cumprem realmente com seu objetivo de garantir a segurança das mulheres em suas trajetórias diárias ou se



apenas refletem ainda mais a ideia do machismo na nossa sociedade, segregando-as. Isso porque a própria ideia do “Vagão Rosa”, como um exemplo, não surgiu a pedidos de mulheres (BALASSIANO; BARROS; TEIXEIRA, 2019, p. 3) e, até pouco tempo, as mesmas não entendiam seu propósito ou simplesmente não o usavam.

Hoje, com a evolução de pensamentos feministas, fica claro que nem sempre as ideias propagadas para buscar a segurança de mulheres são de fato efetivas na prática, e isso é demonstrado pelo medo constante que todas sentem ao sair de casa para se deslocar em direção a qualquer lugar (ALMEIDA, 2018, p. 16), seja noite ou dia, já que são sempre bombardeadas com informações de casos de feminicídios ou assédios sem fim e possuem consciência de que podem ser a próxima vítima, se já não forem. Tendo em vista o site de notícias Metrôpoles (2019), através do projeto “Elas por Elas”, o número de casos de violência contra a mulher registrados somente nas delegacias do Distrito Federal no ano de 2019 chegou à 16.954 e os casos de feminicídios foram 33 consumados e 89 tentativas. Logo, o questionamento passa a envolver não somente a eficácia de políticas públicas, mas a forma como mulheres foram e são tratadas e como isso reflete nas suas lutas diárias para fazerem coisas simples como apenas conseguir sair de casa com segurança.

Dessa forma, de maneira a enfrentar a discussão acerca da política pública do “Vagão Rosa”, cabe a sua análise com perspectiva de gênero, ou seja, buscar entender essa construção social de regras, costumes e hábitos (BANDEIRA, 2005, p.7-8), que não se relaciona diretamente com a questão biológica do sexo, para pontuar seus principais defeitos ou acertos, e suas consequências perante as mulheres e para ter um resultado prático sobre o assunto junto com os dados da pesquisa empírica e qualitativa.



## **1 CONHECENDO O UNIVERSO DA MOBILIDADE DAS MULHERES NO DISTRITO FEDERAL: PESQUISA EMPÍRICA E SEUS RESULTADOS.**

O artigo científico buscou tratar do vagão rosa em duas partes diferentes, sendo uma teórica e a outra empírica. Decidiu-se tratar do assunto por uma entrevista semiestruturada através de formulários do Google, pela internet, já que essa ferramenta garantiria um grande alcance entre as mulheres, por poderem responder em qualquer momento em que elas tiverem maior disponibilidade e pelo compartilhamento mais fácil. O formulário de pesquisa foi amplamente divulgado por meio do aplicativo de comunicações *WhatsApp*. Tal forma de pesquisa foi escolhida por garantir a presença de diversas opiniões femininas recentes sobre o “Vagão Rosa” (sua eficácia, pontos positivos e negativos), e sobre como as mulheres se sentem ao utilizar os transportes públicos no geral, buscando entender se a política pública do vagão exclusivo para mulheres e deficientes físicos é eficiente ou não para a proteção da integridade física feminina e como o machismo afetou esta segurança. Trata-se, assim, de uma pesquisa de opinião, para aferir a percepção social sobre o “Vagão Rosa”.

Assim, a pesquisa empírica por formulário na internet foi escolhida para trazer uma maior praticidade tanto para a pesquisadora quanto para quem a respondeu, e, apesar de todos os pontos positivos, também existiram pontos negativos, como, por exemplo, a falta de controle sobre quem de fato estava respondendo ao questionário, e se essa pessoa responderia à pesquisa de maneira completa. Logo, como a maioria das perguntas eram independentes entre si, algumas mulheres não chegaram a responder integralmente à entrevista semiestruturada, porém, não foi algo que afetou efetivamente o artigo em si, pelo contrário, mesmo com algumas perguntas não respondidas, as respostas dadas foram muito importantes do ponto de vista qualitativo, para dar base e complementar toda a parte teórica do trabalho.



É importante ressaltar que as perguntas foram baseadas nas pesquisas empíricas realizadas por Albuquerque (2016) e por Balassiano, Barros e Teixeira (2019), porque se relacionam diretamente com o tema aqui abordado, apesar de terem sido realizadas em um local diferente (artigos com foco na região metropolitana do Rio de Janeiro).

Dessa forma, buscando atingir uma boa parcela de mulheres que moram em Brasília ou em suas cidades-satélites, a pesquisa foi liberada virtualmente no dia 27 de setembro de 2019 e circulou até o dia 21 de outubro de 2019, quando se iniciou a análise dos resultados das 148 pessoas que a tinham respondido. É necessário expor aqui que a pesquisa não é quantitativa porque a parcela de mulheres que acessa o metrô é muito maior do que as que foram de fato entrevistadas virtualmente, já que de acordo com o G1 (METRÔ, 2016) o número de pessoas que utilizam esse meio de transporte representam 4,9% da população do Distrito Federal. Ou seja, não há como representar o número real de mulheres desta porcentagem, mas buscou-se apontar uma realidade ou um cenário específico para ser estudado e analisado neste artigo.

Perguntas como “você se identifica como uma mulher?” e “você usa o vagão rosa?” serviram para selecionar as pessoas que realizariam a pesquisa, já que o foco é buscar respostas de mulheres que utilizam de fato o “Vagão Rosa”. Além disso, apesar de o interesse inicial acerca da primeira pergunta ser de também abordar os transgêneros do sexo masculino que se identificam com o sexo feminino e como seriam suas locomoções dentro dos transportes públicos, especialmente no metrô e seu “Vagão Rosa”, não foi possível ao longo da pesquisa conseguir mais dados sobre esse quesito, que, apesar de importante, foi deixado de lado para que se aprofundasse no estudo de mulheres cisgênero e sua relação com o transporte público.

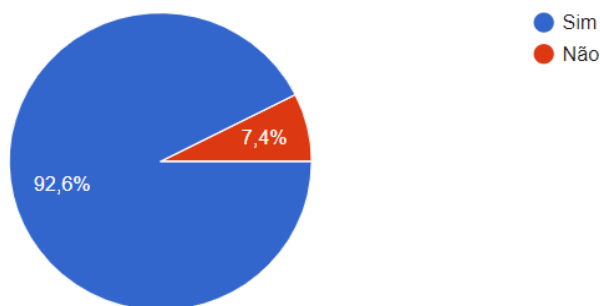
Também é importante destacar que a pesquisa era finalizada com a resposta negativa às duas perguntas acima, mas, caso as mulheres entrevistadas não



utilizassem o “Vagão Rosa”, elas poderiam justificar o porquê antes do fim da pesquisa, o que foi essencial para a busca de reflexões em torno da efetividade de tal política pública, já que responderam que não faziam uso do referido vagão por não saber qual é, por falta de sinalização, por estar muito longe da escada da estação, por não representar as mulheres no geral, por ser muito lotado e por não resolver o problema principal, já que as mulheres permanecem sendo assediadas em outros locais.

Perguntas referentes aos horários, frequências e motivos do uso do vagão exclusivo serviram para separar as mulheres de acordo com suas respostas sobre aspectos positivos e negativos do metrô. Além disso, buscando um dos objetivos do artigo científico, vieram as perguntas acerca da eficácia da política pública do “Vagão Rosa” ao questionar sobre a segurança/integridade física da mulher e se tal proposta era viável a curto/longo prazo ou apenas inviável.

**Gráfico 1:** Você se identifica como uma mulher?

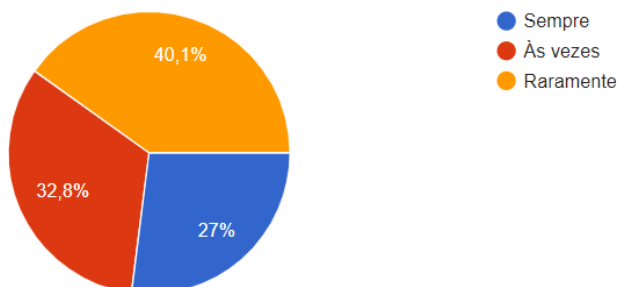


Fonte: Elaboração própria.

Sobre os resultados, primeiramente, cabe analisar a primeira pergunta “você se identifica como uma mulher?” já que o foco da pesquisa recai exatamente sobre essas pessoas. Porém, para as 11 pessoas que não se identificavam como mulheres o formulário teve seu fim, e só teve continuidade para as outras 137 pessoas que efetivamente se identificavam como uma mulher.

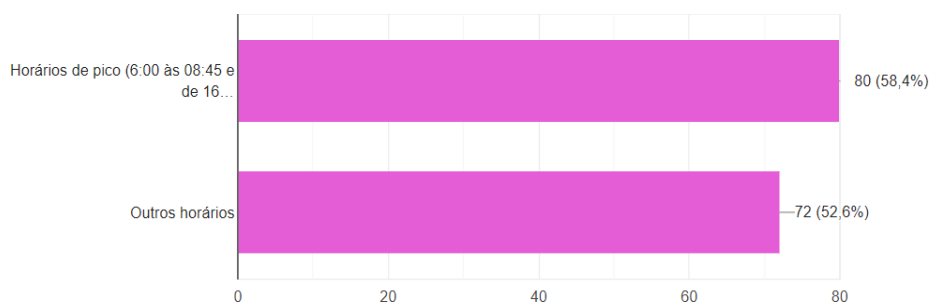


**Gráfico 2:** Com qual frequência você acessa o metrô?



Fonte: Elaboração própria.

**Gráfico 3:** Em qual horário você costuma acessar o metrô?



Fonte: Elaboração própria.

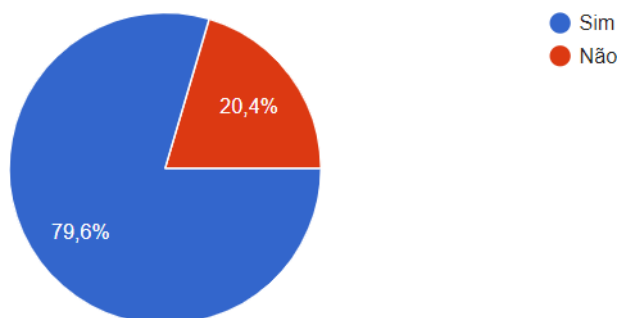
O questionamento sobre “com qual frequência você acessa o metrô?” e “em qual horário você costuma acessar o metrô?” servem de base para outras análises. Como um exemplo, se a mulher acessa o metrô com maior frequência em horários de pico, ela pode estar ainda mais sujeita a passar por situações de constrangimento, como assédios, já que há maior lotação nos vagões. Para a primeira pergunta, cabe a reflexão de que as mulheres que acessam o metrô com mais habitualidade podem sentir insegurança com maior frequência e, conseqüentemente, usar o “Vagão Rosa” para evitar problemas que já tenham visto acontecer com outras pessoas ou com elas mesmas. Na pergunta sobre a frequência percebe-se que 55 mulheres usam o metrô



raramente, 45 às vezes e 37 sempre, ou seja, a maioria das entrevistadas não têm o costume de usar o metrô. Já sobre os horários de acesso ao metrô, 80 mulheres usam esse transporte público nos horários de pico e 72 em outros horários.

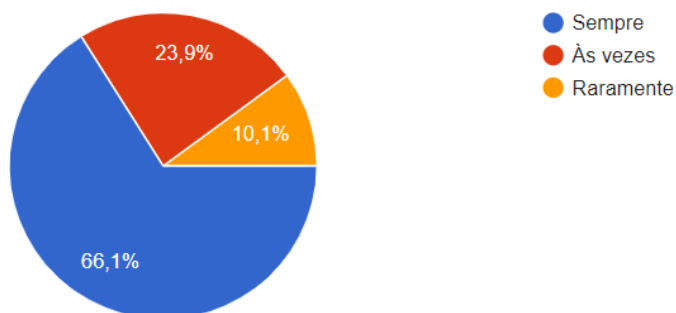
Ademais, é importante ressaltar que na pesquisa como um todo não se abordaram os temas de classe e raça especificamente, voltando o foco para questões de gênero, o que não significa de forma alguma que os primeiros fatores não afetam a mobilidade das mulheres, pelo contrário. Porém, buscando aprofundar apenas em um ponto e pela maior praticidade da pesquisa empírica em si, fez-se este recorte.

**Gráfico 4:** Você usa o vagão rosa (vagão exclusivo para as mulheres e deficientes físicos)?



Fonte: Elaboração própria.

**Gráfico 5:** Com qual frequência você usa o vagão rosa?



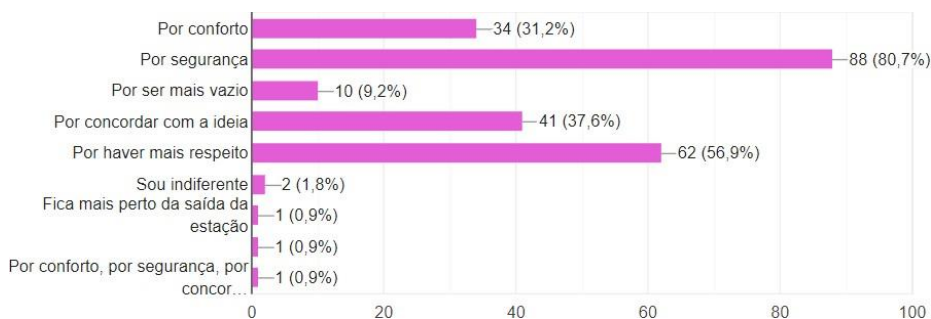
Fonte: Elaboração própria.



Após as outras perguntas, temos mais duas focadas para o centro da pesquisa que são “você usa o vagão rosa?” e “com qual frequência você usa o vagão rosa?”. Ambas as perguntas têm como objetivo observar se a política pública sobre o vagão exclusivo para mulheres e deficientes físicos tem chamado atenção o suficiente para ser de fato utilizado. Na segunda pergunta, temos que 72 mulheres usam sempre o vagão rosa, 26 às vezes e 11 raramente, o que nos dá margem para analisar que, apesar de muitas mulheres utilizarem o metrô raramente, a grande maioria usa o vagão exclusivo quando utiliza esse meio de transporte. Para a primeira pergunta, 109 mulheres utilizam o vagão rosa e 28 não, sendo essas últimas direcionadas para outra pergunta que é “por que você não usa o vagão rosa?”, oferecendo às participantes da pesquisa um espaço em branco para dizerem seus motivos.

Dessa forma, como já foi citado anteriormente, para as respostas da pergunta acima, mostram-se motivos que envolvem a falta de sinalização do “Vagão Rosa”, ou a sua inexistência quando a mulher utilizava o metrô, a sua lotação, a localização em um local muito longe da plataforma e outras respostas críticas que afirmam que as mulheres não devem ser assediadas em lugar nenhum e, por isso, não devem ser direcionadas a um vagão específico para prevenir tal crime, o que não resolveria o problema maior, a cultura machista.

**Gráfico 6:** Por qual motivo você usa o vagão rosa?

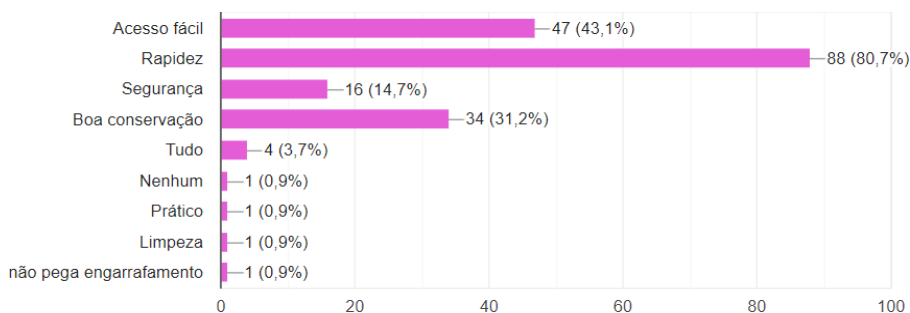


Fonte: Elaboração própria.



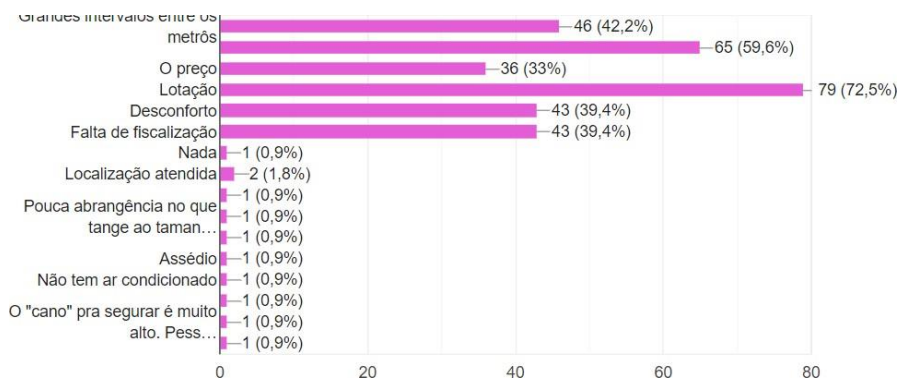


**Gráfico 7:** Quais desses aspectos são tidos como positivos no metrô para você?



Fonte: Elaboração própria.

**Gráfico 8:** Quais desses aspectos são tidos como negativos no metrô para você?



Fonte: Elaboração própria.

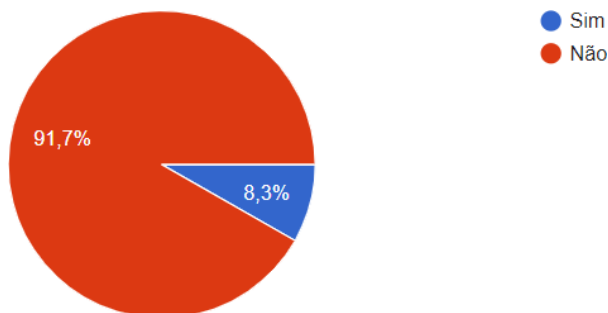
As perguntas que se referem aos aspectos negativos e positivos do metrô e o motivo pelo qual as mulheres usam o “Vagão Rosa” foram importantes para uma maior compreensão sobre o porquê de o vagão exclusivo ser tão utilizado pelas usuárias femininas, sendo que as entrevistadas poderiam marcar mais de uma opção apresentada e também oferecer uma nova alternativa. Logo, tivemos que os dois grandes motivos para a utilização dessa política pública foram “por segurança” (88 mulheres responderam isso) e “por haver mais respeito” (62 mulheres responderam isso), além de darem seus próprios motivos, contabilizados como “menos



possibilidade de ser assediada”, “por conforto, segurança e por concordar com a proposta” e “por ficar mais perto da saída”. As outras respostas sobre os motivos foram marcadas como opções de “maior conforto”, “por concordar com a ideia” e “por ser mais vazio”, nas quais 34, 41 e 10 mulheres responderam, respectivamente.

Sobre o questionamento acerca dos aspectos positivos do metrô, 88 mulheres responderam que um fator primordial é a “rapidez”, sendo que 47 responderam que seria pelo “acesso fácil”, 34 pela “boa conservação” e 16 pela “segurança”, o que mostra como o transporte público em si não garante a proteção da mulher no dia-a-dia. A “limpeza” e a “praticidade” também foram aspectos destacados como positivos no campo livre da pesquisa pelas mulheres. Já sobre os aspectos negativos, 79 mulheres marcaram a “lotação”, 65 marcaram a “falta de respeito dos usuários”, 46 marcaram o “grande intervalo entre os metrôs”, 43 marcaram o “desconforto” e a “falta de fiscalização” e 36 marcaram o “preço”. A “localização atendida”, “falta de estações” e “pouca ventilação nos vagões” foram outras respostas que as usuárias decidiram compartilhar no campo livre.

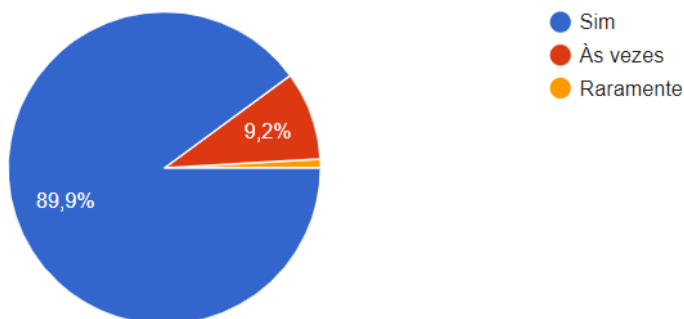
**Gráfico 9:** Você considera os transportes públicos no geral como seguros?



Fonte: Elaboração própria.



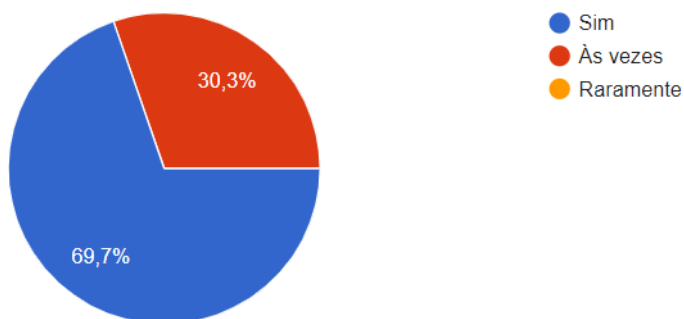
**Gráfico 10:** Você entende o vagão rosa como uma forma de proteção à sua integridade física?



Fonte: Elaboração própria.

A pesquisa também faz referência às perguntas sobre a segurança e integridade física da mulher dentro dos transportes públicos no geral e no vagão rosa. Para 109 mulheres que responderam a pergunta do Gráfico 9, 100 disseram que os transportes públicos no geral não são considerados como seguros e 9 sentem que há segurança nos meios de transporte. Já em relação ao vagão exclusivo especificamente, 98 das mulheres o consideram como uma forma de proteção à sua integridade física sempre, 10 acreditam que o vagão as protejam às vezes e apenas 1 respondeu que raramente a política pública cumpria essa função.

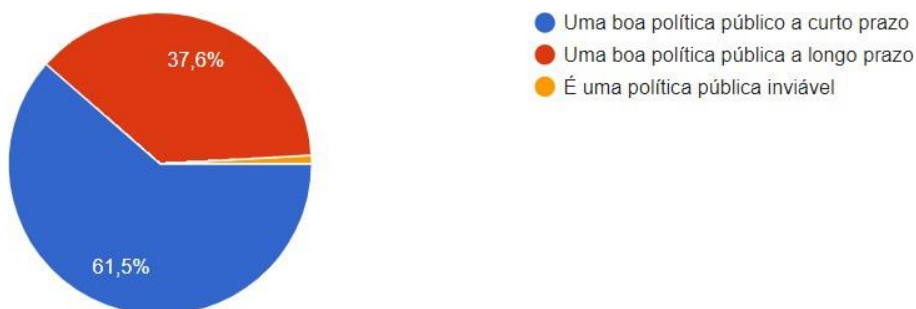
**Gráfico 11:** O uso do vagão rosa cumpre com a finalidade de prevenir/evitar desconfortos ou constrangimentos para você?



Fonte: Elaboração própria.



**Gráfico 12:** Você considera o vagão rosa como:



Fonte: Elaboração própria.

A respeito da eficácia da política pública em si, a pesquisa trouxe a pergunta “o uso do vagão rosa cumpre com a finalidade de prevenir/evitar desconfortos ou constrangimentos para você?” em conjunto com a escolha de opções de que o “Vagão Rosa” seria uma boa política pública de longo ou curto prazo ou que não seria uma boa política pública. Assim, 76 mulheres responderam que o vagão exclusivo cumpre com sua finalidade e 33 marcaram que isso ocorria apenas às vezes. Sobre as opções, 67 mulheres responderam que o vagão exclusivo é uma boa política pública a curto prazo, 41 consideram que é uma boa política pública a longo prazo e 1 considera a política como inviável. Ou seja, apesar de muitas mulheres considerarem que o “Vagão Rosa” é uma forma de proteger suas integridades físicas, elas entendem também que não é uma política à longo prazo já que não resolve a totalidade do problema.

Como uma conclusão acerca das respostas das usuárias de transportes públicos, e, especialmente do metrô e de seu vagão exclusivo de mulheres, cabe a percepção de que, em geral, as mulheres não se sentem seguras ao utilizar transportes públicos, mas aderiram à política pública do “Vagão Rosa” como forma de solução rápida para ter um pouco mais de tranquilidade no cotidiano, mesmo sabendo que o problema tem, historicamente, raízes muito mais profundas e que ele



não se resolverá com a simples opção de segregação de mulheres em um local onde nenhum homem poderá tocá-las.

## 2 TRAJETÓRIA DA MOBILIDADE FEMININA

A mulher, historicamente, passa por dificuldades para sair do ambiente privado e ir para o público, diferente dos homens. Isso ocorre porque desde os tempos agrícolas, o homem era quem trabalhava no cultivo e a mulher se encarregava das tarefas domésticas que se encaixariam melhor com a eventual maternidade (BEAUVOIR, 1970, p. 89). Logo, os homens conseguiram se desenvolver mais em diversos aspectos específicos fora de casa enquanto a mulher tinha sua liberdade, no geral, restringida e essas limitações impactaram em sua evolução ao longo dos anos.

Com a chegada da Revolução Industrial em 1780 e com a mudança dos trabalhos artesanais para o trabalho pesado nas fábricas, o serviço doméstico passa a ser extremamente desvalorizado, fazendo com que se iniciasse a entrada das mulheres no mercado de trabalho, o que fazia com que as mesmas acumulassem muita vezes o serviço dentro de casa e o serviço dentro das fábricas, se tornando cada vez mais exaustas (MACHADO, 2017, p. 3). A falta do lucro capitalista gerou essa nova realidade para as mulheres que até hoje reflete na nossa sociedade, já que, pelo entendimento patriarcal histórico, elas seriam as responsáveis por todos os afazeres domésticos, e, se precisassem trabalhar, teriam que dar conta dos dois, muitas vezes sozinhas. Conforme UN-Habitat (2012, p. 4), “embora os homens e as mulheres passem o mesmo tempo trabalhando, o trabalho da mulher não é remunerado ou reconhecido, uma vez que essas tarefas são consideradas suas funções tradicionais”, ou seja, as tarefas domésticas são só uma das muitas obrigações femininas que são desvalorizadas.

Temos ainda que antigamente, em relação à mobilidade, a mulher era limitada aos ambientes privados com vestimentas que dificultam, por exemplo, sua mobilidade em um cavalo ou em bicicletas enquanto ao homem é permitido e



adaptado o uso dos mais diversos meios de transporte que vão surgindo. Logo, enquanto mulheres passavam por dificuldades para subir em uma bicicleta por recomendações médicas, já que ela poderia “danificar” seus genitais femininos (MACHADO, 2017, p. 4), e por apenas poderem usar trajes pesados e inadequados que poderiam causar acidentes fáceis nesse meio termo, o homem era livre para ir e vir no ambiente público e privado, criando e fazendo uso de vários transportes para facilitarem a sua circulação, ignorando quaisquer adaptações femininas (PRADO, 2018, p.32).

Além disso, voltando para os ambientes da sociedade, cabe uma importante diferenciação que traz grande impacto para essa dificuldade da mulher de conseguir sair do ambiente privado no que diz respeito à questão de gênero e sua diferenciação com o sexo. Assim, sexo deve ser distinguido de gênero, sendo que o primeiro faz referência à elementos biológicos como genitálias, seios, e outras características do corpo humano no sexo feminino, masculino ou para pessoas intersexuais (pessoas que possuem tanto elementos biológicos femininos quanto os masculinos). Já, quando tratamos de gênero, estamos falando sobre uma construção histórica sob diversos aspectos que mudam de acordo com o tempo (OKIN, 2008,

p. 318), tendo uma relação indireta com o sexo e que cria uma ideia de papéis “corretos” para mulheres e homens dentro da sociedade.

O gênero criou uma ideologia tão forte de papéis individualizados que isso afeta a forma como as mulheres deveriam se portar dentro do ambiente doméstico até hoje, principalmente quando este era o único lugar que ela poderia estar. Assim, não há dúvidas de que as construções históricas e sociais contribuíram para os grandes obstáculos que a mulher encontra ao sair de casa e ir para qualquer lugar público. Isso foi o que limitou a privacidade e intimidade feminina em um ambiente privado, que é tido como um local onde os homens poderiam colocar ou tirar suas máscaras, tendo a liberdade de deixar seu papel social de lado, mas as mulheres, não (OKIN, 2008, p.325).



Logo, tem-se que a mulher teria um papel familiar interno de ser mãe e dona-de-casa, enquanto o homem, em sua grande maioria, só se veria enquadrado em seu papel familiar fora de casa, onde todas as suas responsabilidades se completariam, já que é de praxe que suas funções como pai no ambiente privado sejam negligenciadas para que consiga o tal esperado sucesso no ambiente público, recaindo sobre os ombros das mulheres o peso de conseguir completar suas tarefas de casa sozinhas (OKIN, 2008, p. 308). Ademais, há uma força feminina descomunal que faz as mulheres conseguirem cumprir com seu “papel social” no privado e ainda se adequar à rotina de trabalho no público, se quiserem ou necessitarem, mas serem continuamente julgadas por apenas querer se desenvolver criativamente e por fugir do que lhe é imposto pelo patriarcado, situação essa que um homem nunca passaria. Logo, percebe-se que a mulher acumula fardos extras já que é considerada como a cuidadora primária de sua família (SARAIVA, 2017, p. 7).

Com tudo isso, ainda há as próprias limitações das cidades, que impedem a locomoção segura das mulheres que fazem seu trajeto direcionado para locais públicos. Como as cidades são construídas majoritariamente por homens, não há uma atenção voltada para as desigualdades de gênero, o que reforça a opressão e preconceitos que as mulheres sofrem ao circular fora de casa (ALMEIDA, 2018, p. 13). Assim, o planejamento urbano favoreceu em grande parte os homens ao entender que o espaço público é direcionado para eles e o espaço privado pertenceria às mulheres, ignorando totalmente as últimas (SARAIVA, 2017, p. 5). De acordo com Calió (1992, p. 4):

Essa distinção das esferas públicas e privadas “sexuou” a cidade, gerando uma dominação masculina. Os estudiosos tiveram dificuldade em reconhecer a existência dessa dominação, o que resultou na invisibilização das mulheres na multidão que compõe o espaço urbano.

Então, o direito à cidade é aquele no qual todos em sociedade deveriam sentir que fazem parte e habitam o local onde transitam, ou seja, é fazer parte de onde convive no cotidiano, o que envolve o direito à mobilidade e direitos às necessidades



básicas de infraestrutura que estão amplamente relacionados com recortes de gênero, classe e raça (ALBUQUERQUE, 2019, p. 31). Para as mulheres, a ausência do direito à cidade se nota quando as mesmas não tem acesso seguro para transitar no ambiente público, como os homens, por exemplo, principalmente quando não se leva em consideração a falta de iluminação ou calçadas, tornando essa trajetória ainda mais perigosa dependendo do horário em que elas sairão de casa, fazendo com que as mesmas deixem de pertencer naqueles ambientes por medo.

Ademais, de acordo com a pesquisa realizada por Bastos (2017) na plataforma online Gênero e Número, só existem 5 mulheres que lideram secretarias municipais e autarquias das capitais e tratam de mobilidade urbana, demonstrando uma clara deficiência na representação feminina sobre o tema, o que explica o fraco planejamento urbano e as poucas políticas públicas que de fato “abraçam” as mulheres em seu deslocamento, provocando mais insegurança e desconforto às mesmas (BALDUINO; JESUS, 2018, p. 1).

Além disso, fatores como o vazio urbano trazem novamente à tona o fato de que a mulher é completamente ignorada no planejamento das cidades e, assim, se torna alvo fácil e vulnerável para violências diversas. O vazio urbano ocorre quando há um horário em que todas as atividades na cidade se interrompem, e, conseqüentemente, a mulher se sente “presa” em casa por ter medo de sair para o ambiente externo e sofrer algum tipo de violência, ou, só sai de casa se estiver com amigos ou familiares, majoritariamente do sexo masculino (ITDP - BRASIL, 2018, p. 30).

Dessa forma, serviços necessários e que deveriam ser garantidos à todos são negligenciados, como serviços de luz, de transportes públicos e policiamento, e isso afeta diretamente a forma como as mulheres se sentem ao sair de casa, buscando muitas vezes um homem próximo à elas para se considerarem um pouco menos inseguras e vulneráveis em um ambiente muitas vezes hostil (ALMEIDA, 2018, p. 21). Ou seja, está mais do que claro a ausência de um planejamento urbano que leva





em consideração o direito à cidade para as mulheres e a segurança feminina em todo o percurso, que inclui a saída de casa até o seu destino final, e não somente dentro dos transportes públicos (BALDUINO; JESUS. 2018, p. 5).

Conclui-se então que faltam políticas públicas relacionadas ao direito à cidade que envolvam e protejam de fato as mulheres sem segregá-las ainda mais no trajeto para o ambiente externo. Para isso, a participação feminina é mais do que essencial para criar formas de melhorar as propostas implementadas, para alertar a falta de fiscalização das que já existem e para ajudar na formação de novas políticas públicas, já que as mulheres raramente têm presença direta nesse processo, o que é no mínimo estranho, sendo que elas são o público alvo em perspectiva.

### **3 O EMPODERAMENTO FEMININO E SUAS MUDANÇAS NO DIREITO À CIDADE E PROTEÇÃO NOS TRANSPORTES PÚBLICOS.**

O feminismo foi e continua sendo um movimento de extrema importância para as mulheres, já que tem um papel fundamental para a criação de diversas políticas públicas que vêm influenciando o cotidiano feminino. Cabe pontuar aqui que tal movimento não se deu da noite para o dia, possuindo fases ou “ondas” em tempos diferentes, que continuam presentes até hoje.

A primeira onda feminista, de acordo com Pedro (2015), ocorreu por volta do final do século XIX, no qual as mulheres foram em busca de poder político e conquistaram o direito de voto, por exemplo. Durante este momento, ocorria a Revolução Francesa que ressaltava os ideais de liberdade, fraternidade e igualdade, mas estes não abordavam as mulheres em seu contexto, fazendo com que elas se juntassem e reivindicassem tais direitos para si também, baseados nas ideologias do iluminismo (VARELA, 2015 *apud* VERGO, 2014, p. 3). Tudo isso gerou um choque de pensamentos, os inovadores contra os antigos, motivo pelo qual tal período se perdurou por mais tempo.



A segunda onda ocorreu no ano de 1960, período subsequente à segunda guerra mundial, que trouxe grandes decepções a respeito de direitos civis e de uma sociedade democrática (MIRANDA, 2015, p. 350). Logo, houve grande questionamento acerca do patriarcado e o feminismo, especialmente sobre a subordinação recorrente das mulheres aos homens, o que levou à luta feminina de novos direitos de igualdade (LAGO, 2012, p. 4-5).

Já na terceira onda feminista, que surgiu no início de 1990 e continua presente até hoje, temos a ampliação dos temas já discutidos anteriormente, focando no estudo das relações de gênero (KOLLER; NARVAZ, 2006, p. 649). Assim, de acordo com Miranda (2015, p. 351) “a referida onda amplia o leque das questões discutidas até então pelos movimentos feministas e coloca temas como prostituição, lesbianismo, raça e etnia no centro dos debates”.

Todas essas fases são resultado de movimentos sociais impulsionados pelas mulheres em busca de seus direitos e, que no Brasil, resultaram no direito de voto em 1932, na criação do Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres em 1985, na constitucionalização de direitos igualitários para homens e mulheres na Constituição de 1988, entre outros acontecimentos (MIRANDA, 2015, p. 359-360). Mostra-se então a importância do estudo de gênero, que de acordo com Vieira (2013, p. 35) é “além de uma redefinição e do alargamento das noções tradicionais daquilo que é historicamente importante, a disciplina passou a incluir tanto a experiência pessoal e subjetiva quanto as atividades públicas e políticas das mulheres”. Em adição à conquista de direitos e à luta pela igualdade entre os gêneros, as ondas também colaboraram para a criação de políticas públicas voltadas para as necessidades femininas, porém nem sempre são a melhor opção a longo prazo.

De acordo com Farah (2004, p. 47) “política pública pode ser entendida como um curso de ação do Estado, orientado por determinados objetivos, refletindo ou traduzindo um jogo de interesses”. Assim, apesar de as políticas públicas serem de extrema importância para a conquista da autonomia feminina, estas, em suas grandes



maiorias, são guiadas por homens, que não atendem os interesses das mulheres (CRESCENCIO, 2016, p. 15), ou por movimentos feministas, mas que raramente são levadas à frente.

Dessa forma, cabe a análise de alguns movimentos e políticas públicas realizadas com foco nas mulheres e suas consequências no mundo feminino. Após a Revolução Industrial, marco para a entrada das mulheres no mercado de trabalho em ambiente público, como já foi citado acima, a bicicleta se tornou um meio de transporte requisitado pelas moças trabalhadoras, que foram contra todos os impedimentos morais, já que se tinha a ideia de que ela poderia atrofiar o útero, e se tornou um grande passo para adquirir maior autonomia e direitos iguais (MELO; SCHETINO, 2009, p. 116). Ademais, a moda feminina também teve uma grande reviravolta com a aceitação do uso de bicicletas por mulheres, já que estas usavam mais calças bloomer e spencers (espécie de casaco masculino da época), o que tornou as vestimentas mais leves e confortáveis para a locomoção do dia-a-dia (MACHADO, 2017, p. 5).

É importante citar também o movimento “Vamos Juntas”, iniciado em 2015 pela jornalista Babi Souza, com o objetivo de que as mulheres marcassem entre elas de terem uma rota e meio de transporte em comum para se deslocarem, já que sozinhas haveria uma maior insegurança em relação ao percurso. Este movimento se expandiu para uma rede online onde as mulheres conseguem compartilhar relatos de assédios e abusos, o que gera uma maior sororidade (BALDUÍNO; JESUS, 2018, p. 3).

O Espaço Mulher, de acordo com o blog Busca Ônibus (ESPAÇO, 2017), surgiu de diversas demandas femininas, acolhidas pelas empresas Brasil Sul, Viação Garcia, Santo Anjo e Eucatur de ônibus em viagens rodoviárias, e se trata de haver a reserva de alguns assentos para as mulheres neste transporte sem nenhum custo adicional, que possuem a cor rosa ou lilás. Esses assentos só poderão ser comprados



por mulheres e tal medida teria como objetivo trazer maior conforto e segurança feminina durante o trajeto.

Outra política pública com foco feminino foi o “Vagão Rosa” ou o vagão exclusivo para as mulheres e deficientes físicos, implementado no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro, pela Lei Estadual número 4.733/2006, reformada e transformada em Lei Estadual número 7.250/2016, projetos do Deputado Estadual Jorge Picianni, claramente uma medida que não envolveu uma demanda feminina originalmente, desde já fortemente criticada por algumas mulheres por este motivo (SILVA, 2017, p. 13-14). Esta política, foco da pesquisa empírica feita para este artigo, foi vetada em São Paulo pelo governador por causa das excessivas controvérsias e insatisfações do público feminino (ALBUQUERQUE, 2016, p. 13), e foi adotada na capital do país pela Lei Distrital 4.848/2012 e implementada de fato em 2013, período em que somente era exclusivo para mulheres nos horários de pico, assim como no Rio de Janeiro, mas em 2015 a política pública foi estendida para o horário integral, sempre no primeiro vagão, de acordo com o site de notícias R7 (METRÔ-DF, 2015).

Ademais, os temas de violência, saúde, meninas e adolescentes, geração de emprego e renda para o combate à pobreza, educação, trabalho, infraestrutura urbana e habilitação, questão agrária, incorporação da perspectiva de gênero por toda política pública ou *transversalidade* e o acesso ao poder público são elementos que devem sempre vir à tona quando se diz respeito à políticas públicas para mulheres, já que são as principais demandas dos movimentos femininos atuais (FARAH, 2004, p. 56-58). Uma maior observação ao termo *transversalidade*, que foi adotado na China, durante a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial das Mulheres, é indispensável por fortalecer ainda mais a autonomia feminina, e, de acordo com Silva (2017, p. 11):

As políticas públicas orientadas pela transversalidade de gênero devem, portanto, promover a redução da desigualdade entre os sexos; considerar que a especificidade de homens e mulheres constituem elementos de uma estruturação social e



de direitos; rearticular ações políticas e sociais sob o olhar de gênero; e enfrentar o racismo e o sexismo nas suas ações.

Logo, ainda de acordo com Silva (2017, p. 10-11), nota-se a diferença entre políticas públicas universais e políticas públicas focalizadas. As últimas buscam reconhecer uma desigualdade recorrente com um grupo vulnerável específico para que consigam atender melhor às suas necessidades para acabar com o desequilíbrio. Já as primeiras, não focam em grupos particulares e tendem à desconsiderá-los e também suas demandas, por serem muito genéricas. Assim, devem ser utilizadas as políticas focalizadas para abarcar os grandes elementos reivindicados pelas mulheres atualmente.

Ademais, cabe a análise do quinto Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (IPEA, 2020) no Brasil que visa acabar com a desigualdade entre homens e mulheres e dar maior autonomia às mulheres através do empoderamento (IPEA, 2019, p. 5). São nove metas globais para se alcançar na ODS 5, abrangendo diversos assuntos, como a discriminação feminina, violência contra mulheres, valorização do trabalho doméstico, participação da mulher na esfera política e econômica e etc. Esses objetivos buscam ser assegurados por alguns órgãos brasileiros, entre eles cabe citar, de acordo com Miranda (2015, p. 360-361), a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM), criada em 2003 no governo do Presidente Lula, sendo esta vinculado ao Gabinete da Presidência e ao Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (composto por mulheres de movimentos feministas e de mulheres que participaram de processos eleitorais).

Além disso, a partir de Conferências Municipais, Estaduais e da I Conferência Nacional de Política para Mulheres veio o I Plano Nacional de Política para Mulheres em 2004, e mais tarde, com a II e III Conferência Nacional de Política para Mulheres (2007 e 2011), veio o II Plano Nacional de Política para Mulheres entre 2013 e 2015 (MIRANDA, 2015, p. 361). Também cabe citar os Planos Plurianuais criados entre 2004 e 2007 em conjunto com a SPM, ONU e UNICEF que buscaram colocar em evidência as lutas de movimentos feministas (ANDRADE;



BARZOTTO; MEYER, 2019, p. 83). Tudo isso favoreceu para a criação de políticas que buscassem atingir os objetivos da ODS 5, alcançando direitos femininos que antes se perdiam em legislações abstratas.

Em resumo, é de suma importância a contínua participação política das mulheres para que haja maior questionamento e conscientização dos problemas do cotidiano feminino, visando também que as políticas públicas venham de demandas, de fato, femininas, alcançando o interesse e os desconfortos de mulheres. Assim, sendo os movimentos feministas apenas o início da chamada de mais mulheres para o mundo político, estas devem sempre continuar se posicionando e fazendo história para as demais gerações, afirmando suas autonomias, já que, conforme Souza-Lobo (1991, p. 247), “freqüentemente as análises ignoraram que os principais atores nos movimentos populares eram, de fato, atrizes”.

#### **4 A INFLUÊNCIA DO MACHISMO NO DIFÍCIL ACESSO SEGURO PARA AS MULHERES NOS TRANSPORTES PÚBLICOS: OS ACHADOS DA PESQUISA EMPÍRICA.**

É visível a dificuldade que todas as mulheres enfrentam no dia-a-dia por conta da questão de gênero, especialmente quando se trata de sua mobilidade. Como já foi citado neste artigo anteriormente, não é recente a ausência do direito à cidade em relação ao sexo feminino, muitas vezes porque quem decide a questões legais e urbanas são homens. Assim, ainda falta um grande número de mulheres envolvidas no campo político, tendo em vista que o Brasil está ocupando a 115ª posição no ranking de mulheres na política de acordo com o site de notícias Agência Brasil (2017), que se baseou na pesquisa do Projeto Mulheres Inspiradoras, com dados do Banco Mundial e do TSE.

Logo, os interesses femininos em relação ao direito à cidade são deixados de lado, gerando diversas consequências, especialmente a insegurança para simplesmente andar fora de casa. Isso demonstra a importância no empoderamento feminino que, para Lagarde (1996,



p. 209), “implica na inversão dos mecanismos de poder patriarcais fundados na opressão e na mudança de normas, crenças, mentalidades, usos e costumes, práticas sociais e conquistas de direitos pela mulher”.

Tudo isso envolve um problema muito maior, que não foi e nem está perto de ser resolvido, o machismo. Essa dominação masculina também não é de hoje, e está fortemente relacionada com o capitalismo, já que a exploração econômica e opressão sexual da mulher andam de forma paralela (CALIÓ, 1992, p. 4). Isso significa que, desde que a Revolução Industrial teve seu pico, trazendo as mulheres para fora de seu ambiente privado para trabalharem nas fábricas, as mesmas sofrem desigualdades em relação à seus salários e ao tipo de atividade que são permitidas fazer.

Ao mesmo tempo, os homens recebiam mais e poderiam realizar qualquer atividade que estivesse ao seus alcances, dando a ideia de que teriam uma espécie de “poder” sobre as mulheres, dominando-as economicamente. Tudo isso reforçando um paradigma de que elas não têm autonomia alguma, e, assim, as mesmas deveriam se ater ao ambiente privado e cuidar das atividades domésticas, de acordo com essa visão machista.

Conforme Welzer-Lang (2001, p. 461), “os homens dominam coletiva e individualmente as mulheres. Esta dominação se exerce na esfera privada ou pública e atribui aos homens privilégios materiais, culturais e simbólicos”, ou seja, quanto mais inseguras e dominadas as mulheres forem, mais privilegiados serão os homens. Cabe também refletir aqui que, ainda na atualidade, as mulheres são oprimidas através de oportunidades de empregos, que estão, em sua grande maioria, relacionadas com seus afazeres domésticos, ou seja, até mesmo no que tange a área profissional cabem as nuances da sociedade patriarcal (MOREIRA, 2017, p. 31-32), e a mulher se vê constantemente desamparada com tantos obstáculos.

Ademais, como já foi dito, o patriarcado fixou tanto a ideia de que a mulher deve se conformar em ser subjugada e dominada, que a mesma foi perdendo espaço



no ambiente público, julgando e sendo julgada inclusive por outras mulheres se escolhesse um caminho diferente (CRUZ, 2016, p. 70). Assim, com os seus direitos à cidade ofuscados, o mundo fora de casa foi ficando cada vez mais assustador para todas as mulheres corajosas que decidiam frequentar o ambiente público, mesmo que fosse para visitar um parente, dar uma volta no parque ou ir trabalhar e lutar por sua autonomia. De acordo com Moura e Melo (2017, p. 1220), “elas têm diariamente o direito de ir e vir negado, restando-lhes duas opções: viver à margem da sociedade ou se arriscar nos caminhos diários e viver à mercê da violência urbana”.

Com isso, fatores como a falta de calçadas, a falta de luzes em horários noturnos, locais pouco frequentados (ou até os muito frequentados) são um sinal de perigo às mulheres, que pensam duas vezes antes de sair de casa. O medo frequente e incessante, o “olhar para trás” ao ouvir passos na rua, o perigo de sofrer um assédio ou estupro faz parte do cotidiano feminino, já que apesar de as mulheres lutarem contra tudo isso ainda se veem longe de uma solução eficaz e duradoura. Conforme Almeida (2018, p.16):

O medo enfrentado pelas mulheres na cidade se reflete em atividades como utilizar o transporte público devido ao receio de ser assediada, transitar por vias públicas vazias e em que não há iluminação adequada, com altos riscos de serem violadas sexualmente, reduzindo a autonomia e liberdade da mulher na ocupação do espaço público.

De acordo com a pesquisa empírica feita no artigo em questão, fica claro que as mulheres não se sentem seguras utilizando nenhum meio de transporte (100 pessoas responderam isso), e o motivo pelo qual elas mais usam o “Vagão Rosa” é justamente pela sua segurança (de acordo com 88 pessoas entrevistadas), seguido pela ideia de haver mais respeito (resposta de 62 pessoas), o que só comprova que a mobilidade feminina ainda passa por uma série de dificuldades, e que qualquer tentativa de tornar o percurso mais fácil, é aceita de bom grado, motivo pelo qual muitas fazem uso de tal política pública (109 pessoas responderam isso), mas sabem que é de curto prazo (conforme a resposta de 67 pessoas).





Isso porque, apesar de o vagão exclusivo para mulheres e deficientes físicos proteger a integridade física das mulheres (resposta de 98 pessoas), ele não resolve o problema maior, o machismo impetrado na sociedade, que continua sendo a causa das violências físicas sofridas em outros vagões, do lado de fora dos metrô, em outros transportes públicos e até mesmo dentro de casa. Ou seja, é uma política que cumpre com a finalidade de evitar constrangimentos durante o percurso (de acordo com 76 pessoas), mas não resolve nada após a saída da mulher para continuar com sua rota.

Tudo isso gera outros problemas, como, por exemplo, a ideia de que segregar uma mulher, separando-a de todos os homens, seria o certo a se fazer, e as que não optassem por isso seriam culpadas por qualquer forma de violência sofrida. Remete também a ideia de que a dominação masculina é legitimada, e que homens podem tratar as mulheres como bem entendem se elas estiverem fora de seu “círculo de proteção” (CRUZ, 2016, p. 9). Além disso, no entendimento de Farah (2004, p. 65), “há programas que, embora focalizem as mulheres ou a elas dirijam módulos específicos, acabam por reiterar desigualdades de gênero, reafirmando uma posição tutelada e subordinada da mulher tanto no espaço público como no privado”.

Outros problemas relacionados com a mesma política citada são a falta constante de sinalização e fiscalização, o que gera oportunidade para homens ocuparem o espaço destinado à segurança dessas mulheres (MOREIRA, 2017, p. 45), e até mesmo o desconhecimento dessa política por várias mulheres, já que, de acordo com a pergunta “Por que você não usa o Vagão Rosa?” na pesquisa empírica, foi pontuado por uma das entrevistadas que ela nem saberia qual é o referido vagão, por isso não o utilizava. Tudo isso gera uma enorme frustração e aclamação feminina de que mulheres devem sempre ser respeitadas onde estiverem, e que deve haver uma maior conscientização e educação voltadas para todos sobre o que é assédio, como denunciar e como de fato tratar uma mulher para ir desconstruindo o que a sociedade patriarcal criou, e, só então trazer à tona uma paz para as mulheres ao sair ou permanecer em casa.



É importante ressaltar também que a política voltada a reservar um vagão exclusivo para as mulheres, seja em horário integral ou não, foi iniciada fora do país e ainda funciona até hoje. Em 1992, na Índia, o vagão exclusivo para mulheres foi criado pela primeira vez em horário integral e, como várias mulheres relataram que ele estava sendo desrespeitado por homens, foi-se aumentado o policiamento no local (ALBUQUERQUE, 2016, p. 12). A alternativa se espalhou rapidamente para Cairo no Egito, Cidade do México no México, Tóquio e Osaka no Japão (local com alto índice de assédios nos metrôs e trens, principalmente pela superlotação) e outros (BALASSIANO; BARROS; TEIXEIRA, 2019, p. 6-7).

O mais interessante é que além da política do vagão exclusivo para mulheres no exterior existem programas e serviços voltados essencialmente para o meio feminino e que buscam garantir sua proteção e sua assistência, como por exemplo, táxis somente com motoristas mulheres e que só atendem passageiras femininas no Egito, Dubai, Síria e Líbia, o programa “Viajemos Seguras” no México que oferece um disque-denúncias de assédio 24 horas nos transportes públicos, a criação de vagas próximas aos pontos de ônibus ou estações de trem e metrô e perto de postos de iluminação reservadas para mulheres na Alemanha e na China, a feminização da polícia de tráfego (inclusão simbólica de mulheres através da mudança da cor dos semáforos ou sinais nas ruas) em Viena e no Peru e também a linha Athenea de ônibus exclusivos para mulheres no México (ALBUQUERQUE, 2016, p. 12-13).

Sendo assim, entende-se que, apesar de a política do “Vagão Rosa” ser extremamente polêmica, a mesma traz conforto e segurança, mesmo que temporariamente, para as mulheres durante seu percurso do ambiente privado para o público. Talvez seja o início de uma maior visibilidade feminina por parte dos planejadores urbanos, já que incitou inúmeros questionamentos e reforçou a necessidade de existir um espaço seguro para as mulheres circularem, da mesma forma que os homens. Com certeza esse espaço não irá surgir sem muitas lutas e oposições femininas, mas a voz das mulheres poderia trazer novas opções de



políticas públicas para a mobilidade feminina, e, quem sabe, transformar pensamentos machistas no futuro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista as informações trazidas à tona até este momento, cabe dizer que a estrutura patriarcal continua influenciando na insegurança das mulheres em diversos aspectos, mas principalmente ao usarem os transportes públicos. Isso ocorre porque até hoje a ideia de dominação masculina (tanto econômica quanto sexual) sobre as mulheres é a que prevalece, fazendo com que estas se tornem objetificadas para trazerem benefícios aos homens, e assim, ficando à mercê dos mesmos.

Sair do ambiente doméstico e se dirigir ao ambiente público não é o ideal ainda para as mulheres na nossa sociedade, já que o último é um local de enorme presença masculina. O maior problema nisso é saber que os homens que prevalecem no ambiente externo foram educados a tratar as mulheres como bem entendem e aí mora o perigo para aquelas que saem sozinhas (ou não) e usam os transportes públicos para se deslocarem.

Além disso, um planejamento urbano que se preocupe com os interesses dessas mulheres ainda não se faz presente, o que significa que as ruas de ambientes públicos não possuem iluminações, calçadas ou paradas seguras suficientes para que haja uma despreocupação feminina ao circular pela cidade. O direito à cidade não é algo que envolve o cotidiano das mulheres, já que a falta da presença feminina na política é um fato, e a maioria esmagadora de homens buscam trazer à tona os seus próprios interesses, por ser este ambiente “seus” historicamente.

Assim, cabe dizer que os movimentos feministas trouxeram grande visibilidade para a importância de incluir as mulheres nos direitos, e estão a cada dia mais levando à aprimoração da construção de um ambiente seguro, mas ainda não são suficientes. O mesmo pode ser dito da política pública do “Vagão Rosa”, que



nem mesmo foi uma reivindicação feminina, mas serviu para resolver, às vezes, os assédios nos metrô para aquelas que o usam.

Com tudo isso, o que pode ser entendido é que, de acordo com uma das respostas dadas pelas entrevistadas na pesquisa empírica realizada, “[...] rosa é apenas uma linda cor. Nem é a minha preferida. Não ajuda em nada na luta das mulheres por segurança, por justiça ou por qualquer motivo que seja a luta. O vagão é uma espécie de ‘cala a boca’, uma vez que não resolve o real problema”. Ou seja, falta mais conscientização, educação, campanhas para promover o respeito às mulheres e o fim do machismo na nossa sociedade, porque até que isso ocorra, todas as outras políticas serão apenas eficazes, mas a curto prazo.

De acordo com outra resposta das entrevistadas, “[...] considero que devo ter meu direito de não ser assediada em qualquer lugar, inclusive nos outros vagões” e “devo ser respeitada como mulher em qualquer lugar que esteja” fica claro o desespero feminino em apenas querer o básico, que é o direito das mulheres de ir e vir sem serem desrespeitadas e sem sofrerem medo constante todos os dias ao sair de casa.

A dificuldade de utilizar os meios de transporte ou até mesmo ao andar a pé para sair do ambiente privado e fazer qualquer coisa, por conta da insegurança que as mulheres sentem, é fruto da dominação masculina e resulta na legitimação do patriarcado, que vai conseguindo aos poucos amedrontar ainda mais o público feminino para voltar ao “seu local de origem”, que seria o ambiente doméstico, na visão dos homens, para cuidar da família e dos afazeres diários e cansativos, que muitas vezes elas não querem.

Assim, quando não há uma falta de liberdade para fazer escolhas, existem diversos obstáculos para realizá-las, e a mulher se vê cada dia mais escrava da ditadura patriarcal. Logo, além da educação para converter essa ideia principal, é de suma importância a participação feminina dentro da política e também a reivindicação de seus direitos através de movimentos sociais, dando maior



visibilidade aos seus interesses e levantando questionamentos para instigar outras mulheres a acompanhá-las e mudar a alienação dos homens em relação à autonomia feminina, que já está acontecendo desde a primeira onda.

Dessa forma, a união dessas mulheres na busca de seus direitos deve envolver também o fim do capitalismo, que tem uma relação direta com a opressão que elas sentem. E, também, é importante que todas as classes, gêneros e raças tenham seus interesses abordados por estes movimentos, e que assuntos desprezados pelo homem, como o assédio e violência sexual, sejam trazidos à tona, já que apenas assim haverá a possibilidade de criar uma ampla defesa destes direitos para que sejam aclamados, buscando o bem-estar e a igualdade do coletivo.

Com grande persistência nesta luta, a intenção futura é que o número de assédios e feminicídios diminuam e que o ambiente público seja devidamente alcançado pelas mulheres com facilidade, sem insegurança, sem medo da lotação nos meios de transporte, trazendo direitos de igualdade e divisão de tarefas igualitárias entre homens e mulheres, para não sobrecarregar só um indivíduo. Assim, busca-se o fim da segregação para que as mulheres possam atuar em ambos os ambientes, sendo respeitadas em qualquer lugar que estiverem, seja em casa ou fora dela, e podendo finalmente alcançar mais independência em todos os sentidos.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, M. I. B. **De quantos caminhos se faz um direito?:** mobilidade e gênero nos quadros de cidade. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2019. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/46907/46907.PDF>>. Acesso em: 10 de jul. 2020.

ALBUQUERQUE, M. I. B. **Nos trilhos do vagão rosa:** debates sobre a política de vagão único. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2016. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio\\_resumo2016/relatorios\\_pdf/ccs/DIR/DIR-Mariana%20Imbelloni%20Braga%20Albuquerque.pdf](http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2016/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Mariana%20Imbelloni%20Braga%20Albuquerque.pdf)>. Acesso em: 23 maio 2019.



ALMEIDA, A. C. A. **Cidade segura para as mulheres:** o direito à cidade da mulher e a ocupação dos espaços públicos. Recife: FDR-UFPE, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/27437>>. Acesso em: 20 maio 2019.

ANA LETÍCIA. **Espaço mulher:** o lugar só delas no ônibus. Blog busca ônibus, 22 jun. 2017. Disponível em: <<http://blog.buscaonibus.com.br/espaco-mulher-onibus/>>. Acesso em: 14 fev. 2020.

ANDRADE, S. S.; BARZOTO, C. E.; MEYER, D. E. E. Transversalidade de gênero em políticas públicas: Uma revisão de literatura. **Revista Prâksis**, Novo Hamburgo, v. 2, p. 81- 106, maio 2019. ISSN 2448-1939. Disponível em: <<https://periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistapraksis/article/view/1816/2377>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

BALASSIANO, R.; BARROS, P. L.; TEIXEIRA, E. H. S. B. **O vagão exclusivo para mulheres no sistema metro-ferroviário:** a visão da usuária. Rio de Janeiro: COPPE-UFRJ, s.d. Disponível em: <[https://www.academia.edu/26097635/O\\_Vag%C3%A3o\\_Exclusivo\\_para\\_Mulheres\\_no\\_Sistema\\_Metro-Ferrov%C3%A1rio\\_a\\_Vis%C3%A3o\\_da\\_Usu%C3%A1ria](https://www.academia.edu/26097635/O_Vag%C3%A3o_Exclusivo_para_Mulheres_no_Sistema_Metro-Ferrov%C3%A1rio_a_Vis%C3%A3o_da_Usu%C3%A1ria)>. Acesso em: 22 abr. 2019.

BALDUÍNO, A. A.; JESUS, D. S. **Reflexões sobre mobilidade urbana de mulheres a partir de um recorte de classe e raça.** VII Seminário corpo, gênero e sexualidade. Rio Grande do Sul: FURG, 2018. Disponível em: <<https://7seminario.furg.br/images/arquivo/313.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2019.

BALDY, A.; PEREIRA, S. **A mobilidade urbana da região metropolitana de São Paulo em detalhes.** Companhia do metropolitana de São Paulo – metrô e Secretaria estadual dos transportes metropolitanos. 24 jul. 2019. Disponível em: <[http://www.metro.sp.gov.br/pesquisa-od/arquivos/Ebook%20Pesquisa%20OD%202017\\_final\\_240719\\_versao\\_4.pdf](http://www.metro.sp.gov.br/pesquisa-od/arquivos/Ebook%20Pesquisa%20OD%202017_final_240719_versao_4.pdf)>. Acesso em: 21 fev. 2020.

**BANDEIRA, L.** Fortalecimento da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres para avançar na transversalidade da perspectiva de gênero nas políticas públicas. Brasília, jan. 2005. Disponível em: <<http://transformatoriomargaridas.org.br/sistema/wp-content/uploads/2015/02/Genero-no-PPA-2004-2007.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

BASTOS, M. **Maioria no transporte público, mulheres estão à margem das políticas de mobilidade.** Gênero e Número, 9 mar. 2017. Disponível em:



<<http://www.generonumero.media/maioria-no-transporte-publico-mulheres-estao-a-margem-das-politicas-de-mobilidade/>>. Acesso em: 1 maio 2020.

BEAUVOIR, S. **O segundo sexo: fatos e mitos**. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.

CALIÓ, S. A. Incorporando a questão de gênero nos estudos e no planejamento urbano. 1992. Disponível em: <<http://observatoriogeograficoamericalatina.org.mx/egal6/Geografiasocioeconomica/Geografiacultural/737.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2020.

CRESCENCIO, I. E. **Representações discursivas sobre o feminismo na I conferência nacional de políticas para as mulheres (2004)**. Brasília: UnB, 2016. Disponível em: <[https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/23231/1/2016\\_IsabelEscobarCrescencio.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/23231/1/2016_IsabelEscobarCrescencio.pdf)>. Acesso em: 6 ago. 2019.

CRUZ, M. F. S. **Afinal qual é o espaço da mulher? Um estudo sobre a política de delimitação dos espaços da mulher no metrô do distrito federal: a culpabilização da vítima de abuso sexual nesse espaço**. Brasília: UnB, 2016. Disponível em: <[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/17437/1/2016\\_MariaDeFatimaCruz\\_tcc.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/17437/1/2016_MariaDeFatimaCruz_tcc.pdf)>. Acesso em: 2 maio 2019.

ESPAÇO mulher: O lugar só delas no ônibus. Blog busca ônibus. 22 de junho de 2017. Disponível em: <<http://blog.buscaonibus.com.br/espaco-mulher-onibus/>>. Acesso em: 14 fev. 2020.

FARAH, M. F. S. Gênero e políticas públicas. **Revista estudos feministas**, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 47, jan. 2004. ISSN: 1806-9584. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2004000100004/7943>>. Acesso em: 7 mar. 2019.

GANDRA, A. **Brasil ocupa 115º lugar em ranking de mulheres na política**. Agência Brasil, Rio de Janeiro, 30 mar. 2017. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-03/brasil-ocupa-115o-lugar-em-ranking-de-mulheres-na-politica>>. Acesso em: 3 fev. 2020.

IPEA. ODS 5: Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas: o que mostra o retrato do Brasil? **Disponível em:** <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/9378>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

IPEA. **Tolerância social à violência contra às mulheres**. 4 abr. 2014. Disponível em:



<[http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327\\_sips\\_violencia\\_mulheres.pdf](http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres.pdf)>. Acesso em: 3 mar. 2020.

ITDP - BRASIL. **O acesso de mulheres e crianças à cidade**. 2018. Disponível em: <[http://2rps5v3y8o843iokettbxnya.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2018/01/ITDP-Brasil\\_-\\_O-Acesso-de-Mulheres-e-Crianças-a-Cidade\\_-JAN-2018-1.pdf](http://2rps5v3y8o843iokettbxnya.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2018/01/ITDP-Brasil_-_O-Acesso-de-Mulheres-e-Crianças-a-Cidade_-JAN-2018-1.pdf)>. Acesso em: 22 jan. 2020.

KOLLER, S. H; NARVAZ, M. G. Metodologias e estudos de gênero: articulando pesquisa, clínica e política. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 11, n. 3, p. 647-654, dez. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-73722006000300021&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-73722006000300021&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 27 ago. 2019.

LAGARDE, M. **Gênero y feminismo: desarrollo humano y democracia**. Madrid: Horas&Horas, 1996.

LAGO, M. C. S. **A psicanálise nas ondas dos feminismos**. Santa Catarina: UFSC, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/1350>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

LIMA, R. **Elas por elas: os números por trás dos feminicídios em 2019 no DF**. Metrôpoles. 26 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/materias-especiais/elas-por-elas-os-numeros-por-tras-dos-femicidios-em-2019-no-df>>. Acesso em: 22 fev. 2020.

MACHADO, V. S. G. **A bicicleta como um veículo feminista: a relação entre o cicloativismo e o feminismo nas cidades de Niterói e Rio de Janeiro**. Seminário Internacional Fazendo Gênero 11. Florianópolis, 2017, ISSN 2179-510X. Disponível em: <<https://7seminario.furg.br/images/arquivo/313.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2019.

MELO, V. A; SCHETINO, A. A bicicleta, o ciclismo e as mulheres na transição dos séculos XIX e XX. **Revistas Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 17, n. 1, p. 111-134, abr. 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2009000100007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2009000100007)>. Acesso em: 30 nov. 2019.

MELO, J. H. A; MOURA, S. C. R. Mobilidade urbana na perspectiva das mulheres: Hacktivism no mapeamento de assédios em transportes públicos. In: **WOMEN IN INFORMATION TECHNOLOGY (WIT)**, 11, São Paulo. **Anais do XI Women in information technology...** Porto Alegre: Sociedade Brasileira da Computação, jul. de 2017. Disponível em: <<https://sol.sbc.org.br/index.php/wit/article/view/3411>>. Acesso em: 8 jan. 2020.





MIRANDA, C. M. Os movimentos feministas e a construção de espaços institucionais para a garantia dos direitos das mulheres no Brasil e no Canadá. **Interfaces Brasil/Canadá** - Revista Brasileira de Estudos Canadenses, Canoas, v.15, n.1, p. 347-385, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/interfaces/article/view/6721>>. Acesso: 17 dez. 2019.

MOREIRA, J. B. B. **Lugar de mulher é onde ela quiser:** um estudo sobre direito à cidade e ao transporte público sobre perspectiva de gênero. Natal: UFRN, 2017. Disponível em: <<https://monografias.ufrn.br/jspui/handle/123456789/5640>>. Acesso em: 20 maio 2019.

METRÔ-DF terá vagão exclusivo para mulheres durante todo o funcionamento. Notícias R7, 31 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/distrito-federal/metro-df-tera-vagao-exclusivo-para-mulheres-durante-todo-o-funcionamento-31082015>>. Acesso em: 7 jun. 2019.

METRÔ é usado só por 4,9% da população do DF, diz pesquisa da CNT. Notícias G1, 16 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/metro-e-usado-so-por-49-da-populacao-do-df-diz-pesquisa-da-cnt.ghhtml>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

OKIN, S. M. Gênero, o público e o privado. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 305-332, ago. 2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2008000200002&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2008000200002&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 15 dez. 2019.

PEDRO, J. M. Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica. História, **Franca**, v. 24, n. 1, p. 77-98, 2015. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-90742005000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742005000100004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 2 jan. 2020.

PRADO, M. F. **Proposta de bicicleta para incentivar seu uso e empoderamento da mulher na mobilidade urbana.** Porto Alegre: UFRGS, 2018. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/193368>>. Acesso em: 3 abr. 2019.

SARAIVA, A. C. M. **Gênero e planejamento urbano:** trajetória recente da literatura sobre essa temática. XVII ENANPUR. São Paulo, 2017

SILVA, A. R. N. **Assédio e violência no transporte público e o vagão feminino:** análise da política pública de segregação sob uma perspectiva de gênero. Rio de Janeiro: EMERJ, 2017. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/genero\\_e\\_direito/edicoes/1\\_2017/pdf/AneliseRoquedoNascimentoSilva.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/genero_e_direito/edicoes/1_2017/pdf/AneliseRoquedoNascimentoSilva.pdf)>. Acesso em: 11 ago. 2019.



SOUZA-LOBO, E. **A classe operária tem dois sexos: trabalho, dominação e resistência.** São Paulo: Brasiliense, 1991.

UN-HABITAT. **Gender and urban planning: issues and trends.** Nairobi: United Nations Human Settlements Programme, 2012.

VERGO, T. M. W. **Autonomia e empoderamento das mulheres usuárias das políticas públicas sociais:** algumas considerações a partir das teorias políticas feministas no trato dos conceitos de empoderamento e autonomia para as mulheres. 18º Redor. Recife: UFRPE, 2014. Disponível em: <<http://www.ufpb.br/evento/index.php/18redor/18redor/paper/view/696/765>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

VIEIRA, C. A. **Imagens reveladas, diferenças veladas:** relações de gênero na dinâmica do espaço público na cidade do Salvador, Bahia. Salvador: UFBA, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/23891>>. Acesso em: 8 fev. 2020.

WELZER-LANG, D. A construção do masculino: Dominação das mulheres e homofobia. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 9, n. 2, p. 460-482, 2001. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2001000200008&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2001000200008&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 17 mar. 2019.



# A TUTELA DOS DADOS PESSOAIS DO ACUSADO NO BRASIL: ANÁLISE DA VIABILIDADE DE FORNECIMENTO DO CONSENTIMENTO DO TITULAR DOS DADOS PARA ATIVIDADES DE INVESTIGAÇÃO E REPRESSÃO DE INFRAÇÕES PENAIS

Maria Clara Ferreira Santiago

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, especificamente no mecanismo de tutela das garantias do acusado submetido às intervenções penais e, por consequência, não sujeito as ingerências da lei. O trabalho irá percorrer um aspecto temporal entre as legislações vigentes no Brasil, essencialmente aquelas que versaram sobre a tutela dos dados pessoais e, também, as que se limitaram a tratar da proteção ao direito à privacidade. Prosseguindo, a pesquisa irá se dedicar sobre situações que envolveram o vazamento de dados em âmbito nacional e internacional. Passará, então, para a análise do *General Data Protection*, instituído no ordenamento jurídico europeu, e da própria Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Ao final, analisará a viabilidade de fornecimento do consentimento sob a ótica do direito penal, para o acesso dos dados pessoais de um acusado, à luz das garantias constitucionais da privacidade e da não autoincriminação.

**Palavras-Chave:** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Tratamento de dados. Persecução. Atividades de investigação e repressão de infrações penais. Penal. Consentimento. Direito à privacidade. Direito à não autoincriminação. Garantias constitucionais. Acusado.



## INTRODUÇÃO

O tratamento dos dados pessoais no ordenamento brasileiro teve ascensão tardia. Malgrado algumas normativas versarem sobre a tutela do direito e da garantia individual da privacidade, foi só com a introdução da Lei do Marco Civil da Internet que se falou, pela primeira vez, em proteção de dados pessoais na legislação.

No entanto, apenas com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, sancionada no ano de 2018, pelo presidente em exercício à época, Michel Temer, é que se deu atenção à tutela dos respectivos dados, tendo como principal inspiração no ordenamento jurídico internacional o Regulamento Geral 679/2016, da União Europeia.

A lei trouxe uma série de definições para sua melhor compreensão e diversas medidas para o tratamento dos dados pessoais, tendo como principais fundamentais aqueles dispostos em seu art. 2º, traçando como princípio basilar o respeito à privacidade. Contudo, a temática excetuou a hipótese de tutela dos dados pessoais quando voltados para atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Nesta perspectiva é que se dá o objeto central de questionamento do presente trabalho, de modo a investigar a viabilidade de aplicação dos mecanismos da lei geral de proteção de dados pessoais à tutela de dados do acusado no âmbito do direito penal, ainda que seu art. 4º tenha restringido essa aplicação, especificamente à possibilidade de fornecimento do consentimento para o acesso e tratamento dos dados pessoais por parte daquele submetido à atividades de investigação e repressão penal.

A relevância de estudo do tema se dá pela necessidade de observância sobre como o ordenamento jurídico irá se comportar, mais precisamente, em razão da omissão da lei geral aos procedimentos de investigação de criminal a partir de sua entrada em vigor, que acontecerá no ano de 2020.



Pela recente positivação da legislação, ainda em estágio de *vacatio legis*, a originalidade do trabalho recai sobre a baixa produção acadêmica do tema e pela indispensabilidade do tratamento dos dados pessoais no ambiente criminal.

A pesquisa irá se inclinar, de início, no contexto histórico que culminou na produção da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais dentro do ordenamento brasileiro, desde a Constituição Federal de 1988 até a instituição da lei supramencionada. Ademais, irá abordar casos emblemáticos, a nível nacional e internacional, sobre vazamento de dados, por meio da pesquisa dogmática e histórica.

Em seu segundo capítulo, o presente trabalho analisará o Regulamento Geral da União Europeia e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, em aspectos gerais, à luz do direito comparado. Neste viés, cumpre destacar que o trabalho não pretende esgotar, de forma integral, as legislações dispostas acima e sim afunilar os principais conceitos para a concepção do objeto central do estudo. Assim, se dará especial atenção ao instituto do consentimento, um dos requisitos principais para o referido tratamento.

Para só então, no último capítulo, debruçar-se sobre o objeto central do trabalho: as questões da lei geral sob a ótica da seara penal, as implicações do consentimento e os aspectos intrínsecos ao direito à privacidade e ao direito à não autoincriminação, partindo de um método de pesquisa bibliográfica e de um método de abordagem hipotético-dedutivo para correlacionar todos os institutos estudados separadamente, chegando a uma conclusão particular.

## 1 CONTEXTO HISTÓRICO

A instituição de leis que tratassem da proteção de dados pessoais percorreu quatro gerações, conforme leciona Bioni (2018). A primeira geração decorreu da preocupação com o processo massivo dos dados do cidadão em meio a formação do



Estado Moderno, tendo, como principal enfoque, a determinação de controle rígido da utilização da internet pelos entes governamentais.

Já na segunda geração, a atenção, que era voltada para as bases de dados pessoais estatais, estendeu sua preocupação à esfera privada, transferindo ao titular dos dados a responsabilidade de protegê-los. A terceira geração tratou, a fundo, do titular dos dados, estabelecendo sua participação no tratamento, desde a coleta até o compartilhamento de suas informações, de acordo com o mesmo autor.

A quarta geração, em que se insere a lei geral brasileira, objetivou sanar a deficiência de todas as legislações das gerações anteriores, atuando na criação de autoridades que regulassem o tratamento dos dados pessoais, além de relativizar a centralidade do consentimento, mas sem eliminar o protagonismo que lhe foi conferido (BIONI, 2018).

O Brasil se manteve silente quanto ao tema por muitos anos. Contudo, alguns marcos temporais foram relevantes para o início do tratamento: a Constituição Federal de 1988, prevendo a garantia constitucional a privacidade; os fóruns internos do MERCOSUL, em 2005, com debates intrínsecos a proteção de dados pessoais e; o debate público realizado pelo Ministério da Justiça, no ano de 2010, sobre o anteprojeto da lei de proteção de dados (DONEDA, 2018, p. 310).

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro sob a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Em meados de maio de mesmo ano entrava em vigor na Europa o *General Data Protection Regulation*, o Regulamento Geral de Proteção de Dados nº 679/2016, que influenciava diretamente na produção da legislação brasileira.

A instituição da lei geral teve início no Projeto de Lei nº 53, de 2018, no Senado Federal, e no Projeto de Lei nº 4.060, de 2012, na Câmara dos Deputados. O projeto de lei foi de iniciativa do Deputado Federal Milton Antônio Casquel Monti, integrante do Partido Liberal, antigo Partido da República.



A justificativa para a rápida mobilização em prol da aprovação do projeto de lei, em caráter de urgência, foi o vazamento de dados em países estrangeiros, onde fora constatado que “o tema mobilizou o Congresso principalmente depois do vazamento de dados dos usuários do Facebook, uma das maiores redes sociais, coletados pela empresa Cambridge Analytica e usados nas últimas eleições nos Estados Unidos” (AGÊNCIA SENADO, 2018).

E, também, no território nacional já que, em 2018, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios denunciou uma suposta comercialização de dados pessoais por uma empresa pública federal de processamento de dados (AGÊNCIA SENADO, 2018).

A necessidade de tratamento sobre o tema “dados pessoais” se deu permeada por diversos episódios que culminaram em sua regulamentação em vários países. Na percepção de Quintiere (2019, p. 180):

A proteção de dados tem relevo não apenas com a edição da referida norma, como também em outros Países. Na Europa, foi editado o General Data Protection Regulation (GDPR), o qual passou a ser obrigatório em 25 de maio de 2018 e aplicável a todos os países da União Europeia (UE). Já em solo norteamericano, foi editado o California Consumer Privacy Act of 2018 (CCPA), aprovado em 28 de junho de 2018 (AB 375).

Além das normas instituídas no cenário internacional, principalmente o Regulamento da União Europeia, que refletiu na produção da lei de proteção de dados, destacaram-se casos de relevo sobre violação de dados pessoais como o escândalo da *Cambridge Analytica*, na campanha de Donald Trump, presidente eleito nos Estados Unidos no ano de 2016, bem como a intervenção da mesma empresa no processo do *Brexit*, na Europa. Já nacionalmente, também no ano de 2018, noticiava-se o suposto vazamento de dados pessoais pelo Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO).

Sobre a incidência internacional, a *Cambridge Analytica* se tornou protagonista de um dos maiores vazamentos de dados. A empresa foi fundada no ano de 2013, como sendo um desdobramento da SCL Group, *Strategic Communication*



*Laboratories*, que tinha como diretor executivo Alexander Nix. Além da Campanha de Donald Trump, a empresa atuou, também, no *Brexit*, saída do Reino Unido da União Europeia.

Especificamente sobre a eleição de Donald Trump, o caso da *Cambridge Analytica* foi um dos notórios que mais exigiu positivamente a tutela dos dados pessoais. O escândalo que envolveu o *Facebook* foi noticiado no ano de 2018 pelos jornais estrangeiros *The Guardian* e *The New York Times*.

De acordo com o *The New York Times* (2018), a *Cambridge Analytica* adquiriu o acesso a dados de cerca de 50 milhões de usuários do *Facebook*. A coleta de dados pessoais foi o ponto chave para traçar a personalidade de propensos eleitores com base nas “curtidas”, nos compartilhamentos, nas amizades e, até mesmo, nas características pessoais dos usuários, de modo a criar grupos de público-alvo a serem atingidos por publicidades específicas.

A compra de dados dos usuários do *Facebook* foi relatada por Christopher Wylie, ex- diretor de tecnologia da *Cambridge Analytica*. Segundo Wylie à Pablo Guimón, correspondente do *EL PAÍS* (2018), os dados foram obtidos por meio do aplicativo *thisisyourdigitallife*, que avaliava o perfil psicológico do usuário, desenvolvido por um pesquisador da Universidade de Cambridge. O aplicativo ainda permitia o alcance das redes de amizades dos usuários.

O ex-diretor de operações de plataforma do *Facebook*, Sandy Parakilas, que atuou na direção da rede social nos anos de 2011 e 2012 afirmou que, na época em que atuava como diretor o *Facebook*, já não se tinha controle sobre o fluxo de dados dos usuários e, muito menos, de que maneira esses dados eram utilizados. A crítica feita por Parakilas, perceptível nos anos de 2011 e 2012 foi contemporânea ao cenário do ano de 2018 (GUIMON, 2018).

Com relação ao *Brexit*, movimento de saída do Reino Unido da União Europeia, de acordo com Wylie ao *EL PAÍS* (2018), em entrevista concedida, o movimento não teria ocorrido sem a influência da empresa visto que “o referendo foi





ganho com menos de 2% dos votos e muito dinheiro foi gasto em publicidade na medida certa, com base em dados pessoais”.

Tais eventos acarretaram no fechamento da *Cambridge Analytica* em maio de 2018 (EL PAÍS, 2018), tendo sido registrado pedido de falência perante os Estados Unidos em decorrência dos prejuízos financeiros que a empresa sofreu após o estopim dos acontecimentos.

Já em território nacional fora noticiado, no ano de 2018, o suposto vazamento de dados por parte do Serviço Federal de Processamento de Dados, SERPRO. Teria sido apontado o repasse de informações ao site Consulta Pública, oriundas de dados da Receita Federal (COELHO, 2018).

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, por meio da Comissão de Proteção dos Dados Pessoais, no ofício sob o nº 20/2018, noticiou à Procuradoria da República no Distrito Federal sobre a prática de extração de documentos de Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) e de Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ). O Despacho Ministerial ratificou que a venda de informações dos titulares dos dados era uma prática comum, feita, até mesmo, pela administração pública, direta e indireta.

Do que consta do ofício produzido pelo Promotor de Justiça, Frederico Meinberg Ceroy, a comercialização de dados pessoais pela empresa consistia na venda e disponibilização de “nome completo; número de inscrição no CPF; data de nascimento; sexo; nome completo da mãe; número do título de eleitor; endereço completo do domicílio fiscal; situação da inscrição no CPF e data do óbito” (MINISTERIO PUBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2018).

No ano de 2019, o Ministério Público constatou novas irregularidades nos procedimentos adotados pela empresa, agora no serviço *Datavalid* envolvendo o programa de dados da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) utilizado pelo Departamento Nacional de Trânsito, o DENATRAN (MINISTERIO PUBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2019).



Na representação apresentada perante o Tribunal de Contas da União, a Procuradora- Geral de Justiça, Fabiana Costa, afirmou que o SERPRO, através do *Datavalid*, fazia o tratamento ilegal das informações advindas do DENATRAN, que dizia respeito a dados pessoais e a, também, dados sensíveis. Nos termos da representação protocolada:

O serviço comercializado consiste em validar a identidade das pessoas por meio de sua biometria (impressões digitais e reconhecimento facial), sendo disponibilizado a entidades públicas, privadas e de classe, tais como instituições financeiras, locadoras de veículos, aplicativos, companhias aéreas, seguradoras, *e-commerces*, empresas de tecnologia, empresas de varejo, dentre outros (MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2019, p. 2).

Com a implementação da plataforma digital *Datavalid* e o fornecimento de dados da CNH sem o consentimento ou mesmo conhecimento de seus titulares, a empresa pública estaria atuando em constante violação aos ditames do Marco Civil da Internet e a da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (MINISTERIO PUBLICO DO DISTRITO FEDERAL, 2019).

Apesar dos acontecimentos que envolveram a *Cambridge Analytica* e o SERPRO, terem sido os mais noticiados e servirem de motivação para a confecção da lei geral, houve vários outros que compreenderam o vazamento de dados em larga escala. O pesquisador de segurança da Avast, Martin Hron (2019), listou os 10 maiores vazamentos ocorridos no ano de 2018 ao redor do mundo. Em uma listagem crescente de afetados com os vazamentos, os números variaram entre 37 milhões e 1 bilhão.

A legislação anterior à lei geral já tinha previsão sobre o tratamento dos dados pessoais. O Marco Civil da Internet, assentado pela Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, cuja revogação de alguns dispositivos deu-se com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, tinha definido como princípio norteador da



utilização da internet, em seu art. 3º, III, a proteção dos dados pessoais (BRASIL, 2014).

Em que pese o Marco Civil da Internet ter sido a primeira legislação a tratar dessa proteção, a Lei de Acesso à Informação, nº 12.527/2011, em seu art. 31, *caput*, na seção responsável por tratar das informações pessoais, dispunha sobre a necessidade de transparência e respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem pessoal, liberdades e garantias individuais durante o tratamento das informações pessoais (BRASIL, 2011).

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), previu em seu art. 43, o direito “acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes”.

As normativas, anteriormente mencionadas e, recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, buscaram abranger os dados pessoais apesar de não entrarem afundo no tema. Neste sentido, vale destacar que a Carta Magna já enunciava, à título de garantias fundamentais, a tutela da intimidade, da privacidade, bem como a inviolabilidade dos dados, de acordo com os incisos X e XII, de seu art. 5º (BRASIL, 1988).

## **2 DIREITO COMPARADO: ANÁLISE DAS NORMATIVAS FUNDANTES E DOS PRINCÍPIOS BASILARES DO REGUEMANTO EUROPEU E A DA LEI GERAL BRASILEIRA**

A elevada ruptura à privacidade dos dados pessoais na internet exigiu, por parte dos organismos de proteção de diversos países, o tratamento do tema em seus respectivos ordenamentos jurídicos. O pioneirismo no debate aconteceu na Europa, na Diretiva 95/46/EC, relativa à proteção de dados pessoais das pessoas singulares e à livre circulação desses dados.



O *General Data Protection Regulation* ou Regulamento Geral de Proteção de Dados, foi instituído pelo Regulamento (UE) 679/2016, substituindo a Diretiva Europeia 95/46/CE. O referido regulamento “estabelece as regras relativas ao tratamento, por uma pessoa, uma empresa ou uma organização, de dados pessoais relativos a pessoas na UE” (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

A proteção dos dados pessoais teria mais espaço nos ordenamentos jurídicos na hipótese de tratamento via tratado internacional, observando que os fluxos de dados ultrapassam fronteiras geográficas. A União Europeia, no entanto, obteve êxito em reunir, em um único regulamento, o *General Data Protection Regulation*, normativas sobre o tema, alcançando todos os seus 28 Estados-membros (PINHEIRO, 2018, p. 37).

Aprovado em 06 de abril de 2016, o Regulamento entrou em vigor no ordenamento europeu só após o período transição, estabelecido com final em 25 de maio de 2018: “para dar tempo aos Estados-Membros e às partes interessadas de se prepararem devidamente para o novo quadro jurídico”, conforme preconizou a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho (2016).

O regulamento influenciou diretamente na produção da legislação brasileira, tendo sido sancionada, também, no ano de 2018:

A lei brasileira possui trajetória peculiar em relação a outras leis latino- americanas de proteção de dados. Tendo sido sancionada no mesmo ano da entrada em vigor do Regulamento Europeu de Proteção de Dados (GDPR) e da revisão da Convenção 108 do Conselho da Europa, é um das primeiras normativas da região a ter sentido a influência mais direta do GDPR, ao mesmo tempo em que reflete fortemente características próprias do ordenamento jurídico brasileiro. Estes elementos derivam diretamente da forma com que a sua redação foi trabalhada desde o seu início. (DONEDA, 2018, p. 309).

Algumas diretrizes estabelecidas no Regulamento 679/2016 do Parlamento Europeu e do Conselho, ressaltaram a tutela dos dados pessoais. No considerando de nº 1, se estabeleceu que o tratamento de dados pessoais é um direito fundamental,



com o devido respaldo na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Ambas legislações garantiram as pessoas o direito à proteção de seus dados.

O Regulamento trouxe princípios basilares e universais para o tratamento da proteção dos dados em todo o território da União Europeia, conforme o considerando de nº 2:

Os princípios e as regras em matéria de proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais deverão respeitar, independentemente da nacionalidade ou do local de residência dessas pessoas, os seus direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente o direito à proteção dos dados pessoais.

O presente regulamento tem como objetivo contribuir para a realização de um espaço de liberdade, segurança e justiça e de uma união económica, para o progresso económico e social, a consolidação e a convergência das economias a nível do mercado interno e para o bem-estar das pessoas singulares. (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

No que tange à aplicação do *General Data Protection Regulation*, o legislador estrangeiro tangenciou seu alcance como sendo apenas para as pessoas singulares, sem abranger as chamadas pessoas coletivas. Ademais, o regulamento restringiu negativamente o tratamento dos singulares, tornando inviável a proteção de dados pessoais nas esferas pessoal e doméstica, conforme os Considerandos de nº 14 e 18.

O Regulamento 679/2016, da União Europeia, em se tratando da aplicação material, o Artigo 2º, estatuiu diversas hipóteses nas quais o regulamento não se aplicaria, uma delas a seara penal:

2. O presente regulamento não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

d) efetuado pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detenção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública (UNIÃO EUROPEIA, 2016).



Em contrapartida, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais pôde ser definida por seus cinco eixos principais: “i) unidade e generalidade da aplicação da Lei; ii) legitimação para o tratamento de dados (hipóteses autorizativas); iii) princípios e direitos do titular; iv) obrigações dos agentes de tratamento de dados; v) responsabilização dos agentes” (DONEDA, 2018, p. 312).

A lei geral asseverou, mais especificamente, em seu art. 1º, sobre seu principal campo atuação que compreendeu o tratamento dos dados pessoais, inclusive, nos meios digitais. O referido dispositivo traçou seu objetivo fundante: a proteção dos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (BRASIL, 2018).

Na delimitação material e territorial de aplicação da lei teve-se como destino, de acordo com o art. 3º, as pessoas naturais ou pessoas jurídicas, tanto aquelas de direito público como as de direito privado. Concernente à aplicação territorial buscou-se observar se as operações e atividades de tratamento, bem como os dados coletados, teriam sido obtidos em território nacional, independentemente do país de sede ou do país em que estivesse localizada a pessoa natural ou a pessoa jurídica.

O art. 4º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, elencou diversas hipóteses de exceção à aplicação do tratamento de dados pessoais. De acordo alínea “d”, do rol do inciso III, do dispositivo, é inaplicável a disposição da lei quando se tratar de atividades de investigação criminal e de repressão de infrações penais (BRASIL, 2018), tal qual o ordenamento europeu.

Outro dispositivo de destaque da lei geral foi o art. 5º, que definiu, para o melhor entendimento da lei geral, uma série de conceituações. O legislador estabeleceu o dado pessoal como sendo a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (BRASIL, 2018). Partindo deste pressuposto, subdividiu os dados pessoais em dois tipos: dados sensíveis e dados anonimizados.

Os dados sensíveis nos termos do inciso I, do art. 5º, foram compreendidos como os de “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a



sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”. Já os dados anonimizados, compreenderam aqueles cuja titularidade não pode ser identificada, conforme o inciso III (BRASIL, 2018).

Sobre os sujeitos abarcados na lei, criou-se a figura do titular dos dados e a dos agentes da proteção. O titular compreendeu a pessoa natural, a qual pertence os dados pessoais a serem tratados, já os agentes de proteção englobariam o controlador e o operador, ambas pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado, sendo o primeiro “a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais” e o segundo, aquele que realiza o tratamento em nome do controlador (BRASIL, 2018).

Por fim, mais um dispositivo de ênfase da lei geral foi o art. 7º que previu dez hipóteses para o tratamento dos referidos dados. A definição do consentimento foi compreendida, pela lei geral, como sendo a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”, consoante o art. 5º, XII, (BRASIL, 2018).

## **2.1 A importância do consentimento para o tratamento dos dados pessoais**

Bioni (2018) revela que na primeira versão do anteprojeto de lei da lei geral de proteção de dados pessoais, apresentado no ano de 2010, na sua primeira consulta pública, o consentimento era a única base legal de tratamento dos referidos dados. A ocorrência foi a mesma no ano de 2015, na segunda consulta pública.

Ainda de acordo com o autor:

Após tais consultas públicas, o texto enviado ao Congresso Nacional, que depois veio a ser aprovado e sancionado, acabou por posicionar o consentimento como sendo uma das hipóteses



legais e não na cabeça do dispositivo. Isso significa que, em termos de técnica legislativa, o consentimento não só deixou de ser a única base legal para o tratamento de dados, como também foi alocado topograficamente sem ser hierarquicamente superior às demais bases legais por estarem todas elas horizontalmente elencadas em incisos do art. 7º da LGPD (2018).

No entanto, o consentimento não deixou de ser o vetor mais importante para a realização do tratamento, já que a leitura dos princípios fundantes da lei geral e o corpo normativo da própria lei evidenciaram a preocupação com a participação do titular dos dados pessoais em sua capacidade de autodeterminação informacional, ou seja, no fluxo em que percorriam suas informações (BIONI, 2018).

Além de primeiro requisito consubstanciado no art. 7º, I, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, o consentimento foi o princípio basilar para o tratamento dos respectivos dados. As condições para que o consentimento fosse considerado efetivo, pela lei geral, foram previstas na sua própria definição (art. 5º, XII), devendo o mesmo ser livre, informado, inequívoco e com uma finalidade determinada (DONEDA, 2018, p. 314).

O consentimento informado para Bioni (2016, p. 44), compreendeu a ciência a respeito do uso, coleta e compartilhamento dos dados. Já a adjetivação livre, para o mesmo autor “cinge-se, assim, à concepção de um ato volitivo que deve não ser fruto de coação (física ou moral), a fim de que a autodeterminação informacional seja vetorizada de forma genuína”.

A finalidade pré-determinada seria o direcionamento do consentimento, de modo que o mesmo não constituísse uma permissão genérica que embasasse qualquer tipo de tratamento de dados. Quanto ao caráter inequívoco do consentimento, em suma, referiu-se a desnecessidade de “uma ação afirmativa por parte do seu titular, mas poder ser implicitamente extraída do contexto de uma relação” (BIONI, 2016, p. 45).

Para Schermer, Bart e Hof (2014), além de todos os requisitos acima consubstanciados, seria indispensável ao titular dos dados a posse de conhecimento





básico sobre as possíveis consequências que a manifestação da vontade poderia gerar.

### **3 ANÁLISE DA VIABILIDADE DE FORNECIMENTO DO CONSENTIMENTO DO TITULAR PARA ACESSO AOS DADOS PESSOAIS NAS ATIVIDADES DE INVESTIGAÇÃO E REPRESSÃO À INFRAÇÕES PENAIIS: VIOLAÇÃO AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS**

De acordo com Mendes, “os dados pessoais relativos à suspeita de cometimento de crimes não são de forma alguma privada ou íntimos”, configurariam informações de cunho meramente pessoal, divergindo-se das esferas da privacidade e da intimidade (2014, p. 164), o que afastaria, por consequência, a concessão do consentimento. Apesar da referida posição doutrinária, os dados pessoais encontram-se ligados ao direito da privacidade e ao consentimento, mesmo nas atividades de repressão a ilícitos penais.

O direito à privacidade, positivado pelo legislador constituinte no inciso X, do art. 5º, da Carta Magna, abrangeu “o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo” (QUINITIERE, 2019, p. 179, *apud* OLIVEIRA, 1980, p. 50). Enquanto a intimidade foi definida como uma espécie de subgênero do primeiro direito.

A necessidade do debate sobre a privacidade se deu em decorrência da utilização de novas tecnologias que propiciaram acesso e divulgação de fatos inerentes a privada no ambiente virtual (MENDES, 2014, p. 27). A difusão dos meios tecnológicos ensejou um fenômeno crescente de invasão e exposição da vida privada.

Tal fenômeno já era perceptível em 1890, em que a fotografia, jornais, entre outras tecnologias da época, eram consideradas formas de invasão da vida privada e doméstica por (WARREN & BRANDEIS, 1890, p. 195). Os mencionados autores,



na defesa da privacidade, buscaram traçar seus limites de alcance, e, um deles, seria o consentimento, responsável por excluir quaisquer violações de direitos. Na lição atemporal acima transcrita, o consentimento já se alinhava aos preceitos da privacidade.

No plano nacional, ainda na fase de recém nascimento da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, em sua jurisprudência, mais especificamente no Recurso Ordinário em *Habeas Data*, o RHD 22/DF, em 1991, que tratava da requisição de acesso a dados pessoais constantes no Serviço Nacional de Informações, por meio do recurso em *habeas data*.

No processo citado, o Ministro Celso de Mello reconheceu a existência dos direitos à personalidade inerentes ao consentimento: “A garantia de acesso a informações de caráter pessoal, registradas em Órgãos do estado, constitui um natural consectário do dever estatal de respeitar a esfera de autonomia individual, que torna imperativa a proteção da intimidade” (BRASIL, 1991).

Na própria leitura de Mendes (2014, p. 170), a análise jurisprudencial e normativa demonstrou que existe uma rica experiência institucional em curso, que reconhece a evolução do conceito de privacidade, de modo a abarcar a proteção dos dados pessoais no ordenamento jurídico vigente.

O caminhar da jurisprudência brasileira, especificamente nos Tribunais Superiores, tangenciou seu entendimento sobre o acesso a dados e uso da tecnologia como um instrumento para efetivação, também, da tutela jurisdicional penal. O informativo nº 583, do Superior Tribunal de Justiça, entendeu como nula prova obtida por meio da extração de dados e de conversas registradas no aplicativo de mensagens *WhatsApp*, sem prévia autorização judicial (QUINTIERE, 2019, p. 183). Assim, não há que se falar em privacidade sem o fornecimento do consentimento.

Relativamente ao direito à não autoincriminação, este encontra-se consubstanciado na máxima latina *nemo tenetur se detegere*, como bem pondera Moraes (2000, p. 285):



O direito de permanecer em silêncio, constitucionalmente consagrado, seguindo orientação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que prevê em seu art. 8º, § 2º, g, o direito a toda pessoa acusada de delito não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada, apresenta-se como verdadeiro complemento aos princípios do due process of law e da ampla defesa, garantindo-se dessa forma ao acusado não só o direito ao silêncio puro, mas também o direito a prestar declarações falsas e inverídicas, sem que por elas possa ser responsabilizado, uma vez que não se conhece em nosso ordenamento jurídico o crime de perjúrio

A referida garantia à não autoincriminação encontra-se no inciso LXIII, do art. 5º, da Carta Magna. Apesar de o comando fazer alusão ao direito de permanecer calado, o direito de silêncio é uma manifestação de uma garantia muito maior, segundo a qual o sujeito a uma intervenção penal não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando interrogado (GESU, 2010, p. 50).

Fazendo um paradoxo do fornecimento do consentimento com o fornecimento de material genético, para fins utilização de prova no processo penal, na lição de Lopes Junior sobre o material genético (2017, p. 433) têm-se que, ao acusado, deveria ser concedido o direito à recusa do fornecimento, sem que tal recusa fosse interpretada em desfavor dele. Se tal possibilidade de recusa não é ofertada, o acusado estaria produzindo prova contra si mesmo.

Para ele, a obrigatoriedade de o investigado fornecer material genético viola o princípio do *nemo tenetur se detegere*, no entanto “havendo o consentimento do suspeito, poderá ser realizada qualquer espécie de intervenção corporal, pois o conteúdo da autodefesa é disponível e, assim, renunciável” (LOPES JUNIOR, 2017, p. 434).

Ainda sob a perspectiva de fornecimento de material genético, Sauthier (2015, p. 13), afirma que “a privacidade informacional protege as informações pessoais [...] que possam conduzir à identificação da pessoa como tal”.



De igual modo, pode-se fazer, também, comparação à recusa de realização de teste alcoolemia, popularmente conhecido como bafômetro. Tal faculdade ganhou respaldo com lastro no direito à não autoincriminação:

a recusa do condutor em submeter-se ao bafômetro ou a um exame de sangue não configura crime de desobediência nem pode ser interpretada em seu desfavor, pelo menos no âmbito criminal. Nessa linha, há precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não se pode presumir a embriaguez de quem não se submete a exame de dosagem alcóolica: afinal, a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo (princípio do *nemo tenetur se detegere*). (LIMA, 2014, p. 87).

Assim, o consentimento informado do titular dos dados pessoais figuraria de modo a garantir que não houvesse violação do direito à privacidade e para que não houvesse a produção de provas do acusado contra si mesmo e, para que na recusa do fornecimento do consentimento, o ato não fosse interpretado prejudicialmente ao acusado, práticas vedadas constitucionalmente no ordenamento brasileiro.

### 3.1 Preocupações com o tema

É direito do titular dos dados pessoais, quando na pendência de uma intervenção penal, ser tutelado. A impossibilidade de aplicação da lei geral ao procedimento criminal, em verdade, resulta em uma mitigação das garantias acima previstas. Quintiere, sobre o tema, entendeu que:

o conjunto de instrumentos e normas existentes no Brasil, em especial aquele relativo à proteção de dados, a Constituição Federal, de 1988, Código Penal, Código de Processo Penal, Lei nº 9.296, de 1998, e Lei Geral de Proteção de Dados não garantem ao Estado, mais especificamente na condição de titular da Jurisdição, condições mínimas no combate preventivo às violações aos direitos de autodeterminação informativa do réu, pela utilização de *dataveillance*, violando igualmente o princípio do *nemotenetur se detegere*.

Em atenção a necessidade de tutela dos dados pessoais durante a perseguição penal, Quintiere sugeriu uma proposta de regulamentação do tema à luz das



disposições constantes na lei que disciplina a interceptação telefônica, sob o nº 9.296 de 1996 (2019, p. 187). Como enfoque específico para o art. 2º, da referida proposta, têm-se a exigibilidade de observância de alguns requisitos.

A investigação do fluxo de dados, conforme a sugestão do autor, só deverá ser admitida quando verificada a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, quando a prova não puder ser obtida por outros meios disponíveis e o ilícito ser passível de sanção mínima de detenção, incabível para os fatos que constituírem contravenção penal.

Nos termos do art. 4º, *caput*, da proposta de Quintiere, o pedido para investigação do fluxo de dados terá de conter a demonstração de que a medida é essencial para a apuração do ilícito penal, indicando, ainda, os meios que serão empregados para a realização do referido tratamento.

A proposição do autor, na eventualidade de inobservância dos requisitos acima mencionados, é de que seja considerada crime a prática de investigação de fluxo de dados discretos que não observe as disposições legais, que se proceda sem a autorização devida ou, ainda, que quebre sigilo de justiça, na linha do art. 10.

Com a mesma preocupação sobre a tutela dos dados pessoais nasceu a Proposta de Emenda à Constituição nº 17/19 que “insere a proteção de dados pessoais, incluindo os digitalizados, na lista de garantias individuais da Constituição Federal de 1988.”. A referida proposta é de autoria do Deputado Federal Orlando Silva, do Partido Comunista do Brasil.

Durante o debate realizado em novembro de 2019, na Câmara dos Deputados, “especialistas defenderam que a proteção de dados pessoais, incluindo os digitalizados, deve figurar entre os direitos fundamentais previstos na Constituição” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019).

Christian Perrone, representante do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro afirmou, durante o debate, que nos mais diversos ordenamentos



jurídicos estrangeiros a proteção de dados é tida como direito fundamental, a exemplo a União Europeia. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019).

Ademais, no ano de 2020, foi aprovada a Estratégia Nacional de Segurança Cibernética, E-Ciber, na figura Decreto nº 10.222, de 5 de fevereiro de 2020. A referida normativa teve por objetivo estratégico: “Tornar o Brasil mais próspero e confiável no ambiente digital; Aumentar a resiliência brasileira às ameaças cibernéticas; e Fortalecer a atuação brasileira em segurança cibernética no cenário internacional” (BRASIL, 2020).

Apesar da iniciativa positiva em fomentar a educação e a regulamentação da segurança cibernética, as medidas de viés penal se bastaram nas ações estratégicas de combate aos crimes cibernéticos e de proteção à privacidade daqueles vítimas desses crimes. Entretanto, o decreto nada versou sobre a tutela da segurança cibernética sob à perspectiva dos direitos de um acusado.

Ainda em estágio de *vacatio legis*, cujo intervalo finda em meados de agosto de 2020, a preocupação maior se dá com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais para o ano corrente, motivada por algumas das omissões legislativas, como a concernente à esfera penal.

O Deputado Federal Carlos Gomes Bezerra Gomes, do Partido Movimento Democrático Brasileiro, propôs, por meio do Projeto de Lei sob o nº 5.762/2019, a prorrogação da data de entrada em vigor da referida legislação como sendo para 15 de agosto de 2022 (BRASIL, 2019).

A justificativa para tanto foi de que poucas das grandes empresas brasileiras iniciaram os processos de adaptação ao cenário instituído pela lei (BRASIL, 2019, p. 2). Além disso, a preocupação do Deputado se deu, também, com a instauração da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, sem tempo hábil para debate e tratamento da matéria.



Não obstante que o projeto não tratasse sobre a aplicação dos institutos da lei às investigações criminais, tal ausência normativa preocupou a Câmara dos Deputados. O Presidente da Casa, o Deputado Federal Rodrigo Maia, do Partido Democratas, criou uma comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de lei sobre proteção de dados pessoais para fins de segurança pública, defesa nacional e atividades de investigação de infrações penais (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019).

A comissão de juristas que tem como presidente o Ministro Nefi Cordeiro, do Superior Tribunal de Justiça, conforme a literalidade de seu art. 1º, é “destinada a elaborar anteprojeto de legislação específica para o tratamento de dados pessoais no âmbito de segurança pública, infrações penais e repressão de infrações penais”, e terá 120 dias para conclusão dos trabalhos, desde a data de sua instalação, com a possibilidade de prorrogação do período quando solicitado pelo presidente.

O referido ato do Presidente, do dia 26 de novembro de 2019, teve por consideração o caráter personalíssimo dos dados pessoais, combinado à necessidade de preservação da privacidade do indivíduo, especialmente quando esses dados estiverem intimamente ligados à probabilidade de privação da liberdade daquele submetido as investigações penais.

Durante encontro do colegiado, promovido em 03 de fevereiro de 2020, os integrantes fizeram um levantamento inicial, por meio de pesquisas acadêmicas, principalmente na União Europeia, de modo a destacar alguns assuntos como: “proteção de dados pessoais; aspectos constitucionais; cooperação jurídica internacional; e processo penal”. Com o próximo encontro marcado para março de 2020, a comissão irá proceder a oitiva de especialistas no assunto (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020).



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

De início, constatou-se que o cenário imbuído na tutela dos dados pessoais na legislação brasileira percorreu diversos marcos temporais legislativos, cujo primórdio se deu na Constituição Federal, por meio da tutela da privacidade e da intimidade, até a instituição da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Em que pese o tratamento expresso dos dados pessoais ter ocorrido apenas na lei geral de proteção, o tema já era objeto de atenção por outras legislações, como o Marco Civil da Internet, a Lei de Acesso à Informação e o Código de Defesa do Consumidor.

Os fenômenos ocorridos, a níveis nacional e internacional, como o escândalo da *Cambridge Analytica* na campanha eleitoral de Donald Trump e no *Brexit* e o vazamento de dados pelo SERPRO, foram os maiores responsáveis pela positivação da proteção dos referidos dados no Brasil.

Passando, no segundo capítulo, pela análise do direito comparado, teve-se como espelho para a construção da legislação no ordenamento brasileiro o Regulamento da União Europeia 679/2016 que, em verdade, já era pioneira do tema desde a Diretiva Europeia 95/46/CE. O regulamento europeu, ao contrário da norma brasileira, estabeleceu a tutela dos dados pessoais como um direito fundamental.

Ambas as legislações definiram seus princípios basilares como sendo o tratamento e proteção de dados pessoais e restringiram seu alcance: nenhuma das leis buscou tutelar os dados pessoais no âmbito da persecução penal. Ainda assim, buscou-se analisar alguns dos principais institutos da lei geral para sua melhor compreensão, como as conceituações definidas e os requisitos para o tratamento de dados.

O primeiro requisito consubstanciado para o referido tratamento na lei geral foi o consentimento. O protagonismo do consentimento, como visto no primeiro





capítulo, percorreu quatro gerações de lei, em algumas atuava como vetor principal e, em outras, era restringido.

No próprio anteprojeto da lei geral, a única hipótese de tratamento desses dados era sob o fornecimento do consentimento. Apesar de a lei ter sido sancionada com outras nove hipóteses de tratamento, divergindo-se do projeto inicial, o consentimento não perdeu sua importância, em decorrência da preocupação com a autodeterminação informacional.

Para entender o instituto, conforme a conceituação do art. 5º, XII, da lei geral, foi necessário definir o que seria o consentimento livre, informado, inequívoco e com finalidade determinada.

Apesar da restrição de alcance da lei geral aos procedimentos criminais, buscou-se analisar sobre a viabilidade de aplicação do instituto do consentimento aos procedimentos de cunho criminal. Isto, para entender se é possível que o titular dos dados pessoais, ora investigado, possa ter ingerência sobre o acesso e tratamento de seus dados.

Para tanto, no último capítulo, tratou-se do consentimento e da privacidade e da não autoincriminação. A posição de Mendes ainda revelava certo distanciamento dos dados pessoais de um acusado da tutela da lei geral, pautando-se em que tais informações consistiram em meras informações, excluindo a privacidade a intimidade.

Contudo, na linha da mesma posição doutrinária, foi demonstrada a necessidade de debate sobre a privacidade, principalmente com o fenômeno crescente de invasão e exposição da vida privada, já perceptível em 1980, por Warren e Brandeis que consideraram que a única maneira de não se violar a privacidade era por meio do consentimento.



O Ministro Celso de Mello, no julgamento do RHD 22/DF, em 1991, reconheceu que o acesso a informações de caráter pessoal exigiam a proteção e o respeito estatal da autonomia individual e da intimidade.

Mendes reconheceu a evolução da jurisprudência no que concerne à proteção dos dados pessoais à luz do direito à privacidade. Conforme demonstrou Quintiere, o acesso a dados e tecnologia, especificamente no âmbito penal, efetivou a tutela jurisdicional penal. Assim, o consentimento e privacidade caminharam juntos, a forma de não violar a garantia constitucional da privacidade se deu por meio do fornecimento do consentimento expresso do titular dos dados para sua utilização.

Na análise do consentimento à luz do direito à não autoincriminação, consubstanciada no brocado *nemo tenetur se detegere*, em comparação ao fornecimento de material genético e a realização do teste de alcoolemia, o direito de recusa deveria ser ofertado, caso contrário haveria violação da máxima acima, conforme destacou Lopes Junior. O mencionado autor considerou que o consentimento afastaria tal violação.

Quintiere, em proposta de regulamentação do tema, em razão da lei geral ter esquivado de tratá-lo, sugeriu que a investigação de dados só deve ocorrer quando houver indícios razoáveis de autoria ou participação delitiva, quando a prova não puder ser obtida por outros meios e para delitos de sanção mínima de detenção. A obediência de tais requisitos relativizaria a mitigação da autoincriminação e da privacidade.

Ainda nesse contexto surgiu a proposta de emenda constitucional para englobar os dados pessoais como sendo um direito fundamental, tal medida seria eficaz para tutelar os dados de um acusado, pois não haveria proteção seletiva apenas de possíveis vítimas.

Apesar de ter sido aprovada a Estratégia Nacional de Segurança Cibernética, a referida legislação manteve-se silente quanto à medidas de proteção penais de um



acusado, tratando apenas como preocupação, a criminalização de condutas virtuais ilícitas.

Em que pese a celeridade com que o Congresso Brasileiro buscou estatuir a lei geral, a rápida positivação desencadeou questionamentos inerentes à proteção dos dados no âmbito do direito penal, inclusive ensejou a criação de uma comissão para tratar do tema em específico.

Assim, verificou-se que não deverá ser considerada a possibilidade de exclusão da tutela jurisdicional da lei geral ao direito penal, mesmo que a referida lei se esquive de tal tratamento, em respeito aos princípios e garantias constitucionais da privacidade e da vedação à autoincriminação, a tutela deve ser efetivada, ainda que mediante alteração legislativa da lei geral ou da instituição de uma nova lei que aborde o tema.

Em que pese isto, é indispensável que seja considerado o caráter personalíssimo dos dados pessoais e que seja ofertada a possibilidade do direito de consentimento ou mesmo do direito de recusa, por parte de um acusado para o referido tratamento e, posteriormente, modificação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

O ordenamento jurídico brasileiro deverá aguardar a normatização do tema pela Comissão de Juristas criada pelo presidente da Câmara dos Deputados, dando preferência para oferta do direito ao fornecimento ou da recusa e, se esses direitos não forem considerados, que o acesso e tratamento de dados pessoais de acusado esteja submetido a tutela do poder judiciário e ao contraditório e à ampla defesa.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO (Ed.). **Projeto de lei geral de proteção de dados pessoais é aprovado no Senado**. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/07/10/projeto-de-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-e-aprovado-no-senado>. Acesso em: 22 out. 2019.



AVAST. **Os últimos 10 maiores vazamentos de dados**. 2019. Disponível em: <https://blog.avast.com/pt-br/os-ultimos-10-maiores-vazamentos-de-dados> . Acesso em: 13 out. 2019.

BIONI, B. R. **Proteção de dados pessoais : a função e os limites do consentimento**. [s. l.], 2018. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmb&AN=edsmb.000013124&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 15 out. 2019.

.. **Xeque-mate**: o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. USP- Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação. Relatório de Pesquisa, 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Emenda à Constituição nº 17 de 2019**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133486>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.762 de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2227704>. Acesso em: 18 jan. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.060 de 2012**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 53 de 2018**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133486>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasil, 5 outubro 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 10.222, de 5 de fevereiro de 2020**. Aprova a Estratégia Nacional de Segurança Cibernética. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10222.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10222.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em:



[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm). Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm). Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Data n. 22/DF**, Pleno, j. 19-9-1991, m.v., rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello, DJ 1º-9- 1995.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (Brasil). **Comissão de juristas vai ouvir especialistas sobre uso de dados pessoais em investigações**. [S. l.]: Da Redação - MO, 4 fev. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/634101-comissao-de-juristas-vai-ouvir-especialistas-sobre-uso-de-dados-pessoais-em-investigacoes/>. Acesso em: 6 fev. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (Brasil). **Especialistas defendem legislação que coloque proteção de dados como direito fundamental**. [S. l.]: Ana Chalub, 6 nov. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/610575-especialistas-defendem-legislacao-que-coloque-protexcao-de-dados-como-direito-fundamental/>. Acesso em: 2 jan. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (Brasil). **Maia cria comissão de juristas para propor lei sobre uso de dados pessoais em investigações**: Colegiado terá 120 dias para elaborar o anteprojeto que, depois, será analisado pelo Congresso. [S. l.]: Natalia Doederlein, 27 nov. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/618483-maia-cria-comissao-de-juristas-para-propor-lei-sobre-uso-de-dados-pessoais-em-investigacoes/>. Acesso em: 17 dez. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (Brasil). **PEC transforma proteção de dados pessoais em direito fundamental**. [S. l.]: Natalia Doederlein, 9 ago. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/565439-PEC-TRANSFORMA->



PROTECAO-DE- DADOS-PESSOAIS-EM-DIREITO-FUNDAMENTAL. Acesso em: 16 jan. 2020.

COELHO, Gabriela. **MP-DF acusa empresa pública de vender dados pessoais de brasileiros. Revista Consultor Jurídico**, 31 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-31/mp-df-acusa-empresa-publica-vender-dados-brasileiros#top>. Acesso em: 29 out. 2019.

DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico *Journal of Law* [EJLL], v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 10 out. 2019

DONEDA, Danilo; SCHERTEL, Laura Mendes. **Um perfil da nova Lei Geral de Proteção de Dados brasileira**. In: BELLI, Luca et al. Governança e regulações da Internet na América Latina: análise sobre infraestrutura, privacidade, cibersegurança e evoluções tecnológicas em homenagem aos dez anos da South School on Internet Governance. FGV Direito Rio, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/27164>. Acesso em: 10 ou 2019.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Cedam, 1992.

GESU, Cristina Di. **Prova penal & falsas memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GUIMÓN, Pablo. Cambridge Analytica, empresa pivô nível no escândalo do Facebook, é fechada. **El País**, 02 maio 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/02/internacional/1525285885\\_691249.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/02/internacional/1525285885_691249.html). Acesso em: 31 out. 2019

\_. O 'Brexit' não teria acontecido sem a Cambridge Analytica. **El País**, 26 março 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/26/internacional/1522058765\\_703094.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/26/internacional/1522058765_703094.html)>. Acesso em: 29 out. 2019

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Salvador: Juspodivim, 2014.

LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal**. [s. l.], 2017. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000012596&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 5 fev. 2020.



MARTÍ, Silas. Entenda o escândalo do uso de dados do Facebook. **Folha de São Paulo**, 22 mar. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/03/entenda-o-escandalo-do-uso-de-dados-do-facebook.shtml>. Acesso em: 27 out. 2019.

MENDES, L. S. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor** : linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 9788502218987. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000005030&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 27 jan. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Fabiana Costa Oliveira Barreto. Procuradoria-Geral de Justiça. **Representação**, Brasília, DF, 10 de junho de 2019. Disponível em: [http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/comunicacao/junho\\_2019/Representacao\\_TCU\\_-\\_SERPRO\\_-\\_PGJ.pdf](http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/comunicacao/junho_2019/Representacao_TCU_-_SERPRO_-_PGJ.pdf). Acesso em: 05 nov. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Frederico Meinberg Ceroy. Comissão de Proteção de Dados Pessoais. Ofício 20/2018 – CPDP/MPDFT. **Despacho Ministerial**, Brasília, DF, 30 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oficio-mpf-base-dados.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Ministério Público representa contra o Serpro no TCU. Assessoria Especial de Imprensa, Brasília, DF, 19 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2019/10987-mpdft-representa-contr-o-serpro-no-tcu>. Acesso em: 04 nov. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO, **Diretiva 95/46/CE, 24 de outubro de 1995**, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A31995L0046>. Acesso em: 31 out. 2019.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCE FERNANDES, Antônio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 1992.



PINHEIRO, P. P. **Proteção de dados pessoais** : comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). [s. l.], 2018. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000013416&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 31 out. 2019.

POZZI, Sandro. EUA multam Facebook em 5 bilhões de dólares por violar privacidade dos usuários: Empresa é punida com multa recorde pelo vazamento de dados no caso Cambridge Analytica. **El País**, 13 jul 2019. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/12/economia/1562962870\\_283549.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/12/economia/1562962870_283549.html). Acesso em: 22 out. 2019

QUINTIERE, Víctor Minervino. Questões controversas envolvendo a tutela jurisdicional penal e as novas tecnologias à luz da lei geral de proteção de dados (LGPD) Brasileira: Dataveillance. **Revista ESMAT**, v. 11, n. 17, p. 175-188, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.34060/reesmat.v11i17.290>. Acesso em: 10 out. 2019.

SAUTHIER, R. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12**. Curitiba, PR: CRV, 2015.

SCHERMER, B. W.; CUSTERS, Bart; HOF, S, van der. *The Crisis of Consent: How Stronger Legal Protection May Lead to Weaker Consent in Data Protection (February 25, 2014)*. *Ethics and Information Technology*. DOI: 10.1007/s10676-014-9343-8, Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2412418](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2412418). Acesso em out. 2017.

THE GUARDIAN. *Five things we learned from Mark Zuckerberg's European parliament appearance*. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2018/may/22/five-things-we-learned-from-mark-zuckerbergs-european-parliament-appearance>. Acesso em: 18 out. 2019

THE GUARDIAN. *The key moments from Mark Zuckerberg's testimony to Congress*. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2018/apr/11/mark-zuckerbergs-testimony-to-congress-the-key-moments>. Acesso em: 17 out. 2019.

THE NEW YORK TIMES. **How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions**. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html>. Acesso em: 14 jun. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho**. Bruxelas, 24 jan 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal->





content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52018DC0043&qid=1517578296944&from=EN. Acesso em: 04 nov. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Para que serve o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)? **Jornal Oficial da União Europeia**, 2016. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-does-general-data-protection-regulation-gdpr-govern\\_pt](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-does-general-data-protection-regulation-gdpr-govern_pt). Acesso em: 01 nov. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016** relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 01 nov. 2019.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The Right to Privacy*, In: **Harvard Law Review**, Vol. 4, No. 5, 1890. Disponível em: <http://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2019.

## AGRADECIMENTOS

“Não há caminho fácil da terra às estrelas”. É nesta lição de Sêneca que tenho pautado meus esforços diários durante toda a graduação. Com a conclusão de mais este passo, encontro-me cada vez mais perto do encerramento de todo um ciclo que, por óbvio, não seria possível sem os coprotagonistas da minha história.

Em primeiro agradeço a Deus por ter me concedido saúde, coragem e dedicação para esta graduação.

À minha família que não poupou esforços para me proporcionar uma oportunidade de estudo de qualidade, que me apoiou a cada dia da graduação e batalhou comigo durante toda a minha formação.

Aos meus colegas de curso por todo o companheirismo, paciência e reciprocidade durante todo o curso, principalmente nos momentos mais desafiadores e difíceis pelos quais passamos juntos.

Ao meu orientador, o Professor Víctor Minervino Quintiere, por todo apoio, paciência e confiança que me conferiu durante a elaboração deste trabalho.

Por fim, a todos os demais professores que me incentivaram e me ensinaram, diariamente, com maestria e dedicação ao saber.



# A (IN)ADEQUAÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO DO TIPO PENAL DE INFANTICÍDIO

Marina Morena Mota Marques<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo científico visa a discorrer acerca do tipo penal de infanticídio, tipificado no artigo 123 do Código Penal Brasileiro, para fins de averiguar a adequação ou inadequação de sua punição, bem como do tratamento legislativo atribuído a esta norma penal, tendo em consideração as circunstâncias peculiares que envolvem a mulher parturiente, agente própria do crime em observação. O tema se desenvolverá, inicialmente, por intermédio do conceito de infanticídio e sua inerente reprovabilidade social. Em um segundo momento, abordará uma análise dogmática dos elementos que constituem o infanticídio, examinando-se os efeitos do parto e puerpério e sua interferência tanto na vontade de cometimento da conduta (dolo), quanto na capacidade de determinação no agir ou de compreensão da ação (imputabilidade). Por fim, discorrerá sobre a seletividade penal e o princípio da coculpabilidade do Estado em relação ao dever de assistência aplicado ao infanticídio. O método utilizado para elaboração do artigo é o bibliográfico qualitativo, com retomada da doutrina jurídica e criminológica.

**Palavras-chave:** Infanticídio. Estado Puerperal. Inadequação Legislativa. Seletividade penal. Princípio da coculpabilidade.

## 1 INTRODUÇÃO

O infanticídio, tipo penal previsto no art. 123, do Código Penal, prevê o crime em que a mãe mata o próprio filho sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após. A pena do tipo varia de 2 a 6 anos de detenção, sendo que, a competência para o julgamento é do Tribunal do Júri, por se tratar de um crime doloso contra a vida.

---

<sup>1</sup> Bacharelanda em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. marina.mota1997@gmail.com



Tal tipo penal, desde a sua criminalização no Código Penal (Decreto Lei nº 2.848/40) até os dias atuais, apresenta evidentes incoerências doutrinárias e lacunas normativas quanto aos elementos que o compõem. Afinal, o tipo penal criminaliza a conduta da mulher que, sob influência do estado puerperal, elimina a vida do recém-nascido, o que, em tese, configuraria um afastamento do dolo e da consciência da ilicitude em si. Assim, este artigo busca responder em que medida o estado puerperal interfere no dolo da conduta e, assim, na sua própria tipicidade.

A análise aqui realizada perpassa pelo conceito de infanticídio, de seus elementos e classificações doutrinárias. Ademais, também será abordado o impacto e relevância do puerpério como elementar do tipo penal e a consequente inadequação legislativa que circuncida tal temática.

Será explanada, ainda, a diferença entre a conduta dolosa e a conduta culposa e investigado o que alicerça o tipo penal no Código Penal vigente. Nesse sentido, breves comentários sobre seletividade penal, direito penal do autor e direito penal do fato também serão expostos.

Por fim, será demonstrado que a maior incidência de casos de infanticídio se dá nas camadas mais frágeis e vulneráveis da sociedade, e nesse sentido, discorrerá qual o papel que o Estado desempenha ou que deveria desempenhar neste cenário fático, e os impactos sociais da omissão e negligência estatal que imbricam na consequente aplicação do princípio da coculpabilidade do Estado e seu dever de assistência no que condiz ao infanticídio.

A metodologia utilizada para a produção deste artigo científico é a bibliográfica qualitativa, pelo reexame da doutrina penal relativa ao crime de infanticídio e da psicologia forense, quanto ao estado puerperal.



## 2 O CONCEITO DE INFANTICÍDIO E SUA REPROVABILIDADE SOCIAL

O delito nominado infanticídio está inserido no rol dos chamados crimes contra a pessoa, no capítulo dos crimes contra a vida, do Código Penal Brasileiro de 1940, vigente até à atualidade.

Tal espécie normativa, discriminada no artigo 123, *caput*, do Código Penal, possui a seguinte redação: “Art. 123. Matar, sob influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após - Pena de detenção de 2 (dois) a 6 (seis) anos”.

Nesse sentido, o infanticídio é um instituto que prevê a morte do recém-nascido ou neonato, pela própria mãe (sujeito ativo necessário do crime), a qual, imbuída por uma psicose pós traumática - surto pós parto - tecnicamente chamado de “estado puerperal” (elementar do tipo), retira a vida do seu filho durante o parto ou logo após.

Na mesma perspectiva, Gonçalves<sup>2</sup> explica que em razão da intensa dor provocada pelo parto, além das alterações hormonais a que o organismo feminino é submetido, a mãe pode sofrer um breve período de perturbação psíquica e projetar no recém-nascido o sentimento de rejeição, responsabilizando-o por todo sofrimento ocasionado. Dessa forma, se em razão do estado puerperal e da consequente capacidade de entendimento reduzida, a parturiente matar o próprio filho, caracterizado estará o infanticídio:

O fenômeno do parto, em razão da intensa dor que provoca, da perda de sangue, do esforço necessário, além de outros fatores decorrentes da grande alteração hormonal por que passa o organismo feminino, pode levar a mãe a um breve período de alteração psíquica que acarrete rejeição àquele que está nascendo ou recém-nascido, tido por ela naquele momento como responsável por todo o sofrimento. Se, em razão dessa perturbação, a mãe matar o próprio filho, incorrerá no crime de

---

<sup>2</sup> GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal:** parte especial (arts. 121 a 183). 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 2



infanticídio, que tem pena consideravelmente menor do que a do homicídio, pois está provado cientificamente que a autora do crime encontra-se com sua capacidade de entendimento diminuída em razão do estado puerperal.<sup>3</sup>

Em que pese a elementar do tipo seja o estado puerperal – responsável por alterar de forma significativa o estado psíquico da mãe – a atual competência para julgamento é do Tribunal do Júri, responsável para julgar os crimes dolosos contra a vida e os crimes a ele conexos, conforme preceitua o artigo 5º, inciso XXXVIII, da Carta Magna.

Tal instituto chama a atenção dos estudiosos, em especial daqueles que se dedicam ao estudo das Ciências Criminais, posto que, em que pese o art. 123, do CP esteja localizado no rol dos crimes contra a vida, existem inúmeras idiosincrasias que o tornam único, peculiar e diferente dos demais tachados no mesmo rol.

Segundo Mauro Argachoff<sup>4</sup>, a expressão infanticídio é derivada do latim *infanticidium*, e possui o significado histórico de morte da criança. Todavia, é imprescindível ressaltar que não se trata apenas da morte da criança de forma pura e simples, caso contrário, incidiria sobre a figura típica do homicídio, prevista no art. 121, do Código Penal.

A razão que diferencia o homicídio do infanticídio é que este último exige circunstâncias especiais no seu cometimento, ou seja, é necessário para sua caracterização a presença de duas elementares, quais sejam: a morte do filho pela própria mãe durante o parto ou logo após, e, cumulativamente, que a agente seja a própria mãe, agindo sob influência do estado puerperal a ponto de dirimir, consideravelmente, sua capacidade de entendimento.

Nesse contexto, é valioso mencionar que se a mulher parturiente matar um adulto, acometida pela mesma alienação psicológica desencadeada pela gravidez,

---

<sup>3</sup> GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal**: parte especial (arts. 121 a 183). 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 2. p. 118-119

<sup>4</sup> ARGACHOFF, Mauro. **Infanticídio**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 24



parto e puerpério, responderá por homicídio – art. 121, CP – porque não preenche os requisitos necessários e cumulativos para a caracterização do disposto no art. 123, CP.

Embora o infanticídio seja um crime autônomo, há quem defenda que tal diploma normativo, em sua essência, consista em uma espécie de “homicídio privilegiado”, consoante extrai-se dos ensinamentos de Nucci:

Trata-se do homicídio cometido pela mãe contra seu filho, nascente ou recém-nascido, sob a influência do estado puerperal. É uma hipótese de homicídio privilegiado em que, por circunstâncias particulares e especiais, houve por bem o legislador conferir tratamento mais brando à autora do delito, diminuindo a faixa de fixação da pena (mínimo e máximo).

Embora formalmente tenha o legislador eleito a figura do infanticídio como crime autônomo, na essência, não passa de um homicídio privilegiado, como já observamos.<sup>5</sup>

Em conformidade com tal entendimento, para Bitencourt<sup>6</sup>, a ação nuclear descrita no tipo penal em análise é exatamente a mesma do homicídio, ou seja, matar. Contudo, é imperioso ressaltar que a norma que emerge do art. 123, do CP, a qual, define o infanticídio, é produto de *lex specialis*, ou seja, de uma lei especial que tem prevalência sobre a regra geral, e, exige, para tanto, a presença de outros elementos em sua estrutura típica para restar caracterizado o infanticídio:

É crime próprio porque somente a mãe pode cometê-lo e contra o próprio filho, nascente ou recém-nascido. Não se trata, na verdade, somente da vida de quem acaba de nascer, mas também da de quem está nascendo, pois tanto um quanto outro podem ser mortos. Necessário, no entanto, que a mãe esteja sob a influência do estado puerperal. O puerpério, elemento fisiopsicológico, é um estado febril comum às parturientes, que pode variar de intensidade de uma para outra mulher, podendo influir na capacidade de discernimento da parturiente.

---

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 89

<sup>6</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 2



O infanticídio é, a rigor, uma modalidade especial de homicídio privilegiado<sup>7</sup>

Procedendo-se a uma análise histórica do dispositivo legal em análise, é possível verificar com riqueza de detalhes que tal instituto passou por inúmeras mudanças, visando sua adequação social. Todavia, até os dias atuais, além de tal diploma ser carente de densidade normativa, é repleto de lacunas e evidentes abstrações.

Parafrazeando as palavras de Dirceu de Mello<sup>8</sup>, poucas ações humanas, dentre aquelas que integram o rol de condutas ilícitas, apresentarão, como o infanticídio, histórias com tantos altos e baixos, diversas dúvidas e pontos controvertidos, os quais, ainda hoje são sujeitos a especulações e questionamentos não superados.

Segundo Maggio<sup>9</sup>, autor de extrema relevância à temática abordada, a história do infanticídio, no que consiste à penalidade, perpassa por três períodos, quais sejam: período greco-romano, período intermediário e período moderno.

Em breve síntese, o período greco-romano, também chamado de “período da indiferença”, perdurou do século VII ao V a.C e foi a época em que o pai de família, detentor do “pátrio poder”, podia dispor livremente da vida de seus filhos. Além disso, devido à escassez de alimentos, o rei mandava ceifar a vida dos recém-nascidos e executar as crianças que constituíssem desonra para a família e àquelas que nasciam com deficiências e má formação.

Assim, na Grécia Antiga, por predominar a ordem estética, era lícita a morte da criança quando disforme. Gláucio Vasconcelos<sup>10</sup> acresce ainda que a própria estrutura jurídica ateniense tornava o infanticídio um crime impossível de ser

---

<sup>7</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 2. p. 223

<sup>8</sup> MELLO, Dirceu de. **Infanticídio**: algumas questões suscitadas por toda uma existência (do delito) de discrepâncias e contrastes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. v. 455. p. 292-297

<sup>9</sup> MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio**. São Paulo: Edipro, 2001, p. 110-117.

<sup>10</sup> RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico; figura autônoma; concurso de agentes. São Paulo: Editora Pillares, 2004. p. 19



punido, e, citando Damásio de Jesus<sup>11</sup>, reflete: “em Esparta, quando disforme, era permitida a sua morte (do filho) mediante lançamento nos sorvedouros dos Apotetas, junto ao monte Taigeto”.

Já em Roma, o pai no seio familiar era o magistrado, tendo o direito absoluto de ceifar a vida de sua mulher e filhos, porquanto era investido do *jus vitae necis*, ou seja, àquele que detinha o poder de vida e morte.

A fase do período intermediário, por sua vez, se caracterizou como a fase de defesa do recém-nascido, em razão da forte influência do Cristianismo sobre o antigo direito romano, o que alterou de forma substancial a concepção de tal delito, ou seja, penas severas, cruéis e extravagantes passaram a ser aplicadas às mulheres que cometessem tal conduta desviante, chegando até à pena de morte<sup>12</sup>.

Por conseguinte, elucida Paulo de Tarso:

Neste momento, a concepção do delito mudava radicalmente, nascendo, assim, a gravidade do infanticídio. O antigo Direito Romano, na sua época mais adiantada, tomava o infanticídio como um crime altamente grave e passível de penas extremamente severas. A *Lex Cornelia De Sicariis* e a *Lex Pompeia De Parricidiis* previam a pena de morte para a mãe que eliminasse a vida do próprio filho restringindo, desta forma, a figura do sujeito ativo do delito.<sup>13</sup>

É interessante observar a abrupta mudança de tratamento, migrando a sociedade de um sistema de absoluta impunidade para outro de severa punição.<sup>14</sup>

O rigor das penas perdurou por vários séculos até que o Movimento Humanista, o Iluminismo e a doutrina do direito natural, conferiram um novo

---

<sup>11</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Infanticídio e concurso de agentes em face do novo Código Penal**: Julgados do tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo, 1970. v. 13. p. 25-56

<sup>12</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal**: parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 4, p. 247

<sup>13</sup> LIMA, Paulo de Tarso Melo. **A descriminalização do infanticídio**. 2003. Tese (Curso de Especialização em Processo Penal) - Universidade Federal do Ceará, Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2003. p. 13

<sup>14</sup> ARGACHOFF, Mauro. **Infanticídio**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p.26





tratamento ao infanticídio, passando o ato a ser entendido como um delito especial<sup>15</sup>, inaugurando o chamado período moderno.

Registre-se, porque de maior importância, que os doutrinadores pioneiros em defender o abrandamento das penas cominadas para o infanticídio foram Beccaria e Feurbach. Ademais, o marco principal desta mudança de paradigmas foi a publicação, em 1764, do livro *Dos delitos e das penas* por Cesare Bonesana Beccaria.

Em sua obra, Beccaria defende que não é necessário que as penas sejam cruéis para serem dissuasórias<sup>16</sup>, demonstrando que não somente a perversidade levava ao cometimento do crime, mas que, também, em alguns casos haveria o motivo da preservação da honra como propulsor da conduta da mulher. Nesse sentido, aduziu que não eram necessárias penas cruéis, mas, sim, medidas preventivas de tais circunstâncias.<sup>17</sup>

Assim, extrai-se que em um momento inicial, a defesa ou o critério para a tipificação do infanticídio como uma privilegiadora do homicídio, era a honra da mulher (“*honoris causa*”). Nessa perspectiva, a “*honoris causa*” é interpretada como a necessidade psicológica da mulher de defender sua honra e dignidade sexual, em face de uma gravidez ilegítima, indesejada ou repudiada pela sociedade.

Nélson Hungria refere-se à honra como sendo “um bem precioso, pois a ela está necessariamente condicionada a tranquila participação do indivíduo nas vantagens da vida em sociedade”<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> LIMA, Paulo de Tarso Melo. **A descriminalização do infanticídio**. 2003. Tese (Curso de Especialização em Processo Penal) - Universidade Federal do Ceará, Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2003. p.14

<sup>16</sup> RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico; figura autônoma; concurso de agentes. São Paulo: Editora Pillares, 2004. p.23

<sup>17</sup> LIMA, Paulo de Tarso Melo. **A descriminalização do infanticídio**. 2003. Tese (Curso de Especialização em Processo Penal) - Universidade Federal do Ceará, Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2003. p.14

<sup>18</sup> HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 6. p. 39



Quando se trata da evolução deste instituto no direito penal brasileiro, depreende-se que desde 1830 já existia previsão na legislação penal brasileira do crime de infanticídio.

A legislação penal brasileira, através dos Estatutos Repressivos de 1830, 1890 e 1940, conceituou de várias formas o delito de infanticídio.

No Código de 1830, consoante a orientação preconizada pela escola de Direito Natural, o infanticídio era tido como uma figura excepcional, mitigando sensivelmente a sanção a ele imposta. O legislador à época do Império também previa a existência de duas modalidades do delito: o infanticídio perpetrado pela mãe (em defesa da sua própria honra) e outra espécie cometida por terceiros contra o recém-nascido (sem envolver questões de honra), fato este que propiciou o início da discussão doutrinária que até os dias atuais circuncida tal temática, que consiste na definição do crime de infanticídio como crime próprio ou crime de mão própria.

Evoluindo a análise, com o advento do Estatuto Penal de 1940, elaborado por autores renomados (Nélson Hungria, Roberto Lyra e dentre outros), o crime de infanticídio deixou de ter como fundamento a *honoris causa*, e passou a ser analisado a partir do viés fisiopsicológico da influência do estado puerperal.

À vista disso, ilustra Paulo de Tarso Lima em sua obra:

Desta forma, o infanticídio foi estabelecido não mais como uma espécie privilegiada de homicídio, mas sim como um delito autônomo de denominação jurídica própria, restrito à figura da mãe da vítima obnubilada pela influência do chamado estado puerperal e, sob inspiração dos Códigos Polonês e Dinamarquês, delimitado no tempo entre o parto e o lapso de seus momentos posteriores. O Anteprojeto Nelson Hungria, de 1.963, tipificou o infanticídio por meio de uma forma mais elástica, optando pelo critério misto ou composto na conceituação da figura penal, ao alinhar o motivo da



preservação da honra da mãe da vítima ao lado da influência do considerado estado puerperal.<sup>19</sup>

Por fim, conclui-se que as legislações que precederam à legislação hodierna, apoiaram-se no critério da honra da agente, ou seja, no sistema psicológico, que visava resguardar a moral pelo aspecto exclusivamente sexual - *honoris causa* - para a configuração do delito, ao passo que, o critério adotado atualmente é o fisiopsicológico ou fisiopsíquico, que como já mencionado, considera a influência do estado puerperal na conduta da agente para a caracterização do delito, o que será explanado em maior riqueza de detalhes mais adiante.

## 2.1 Análise dogmática do tipo penal de infanticídio

O infanticídio na legislação atual é visto como um “*delictum exceptum*”, ou seja, é um delito que em razão de singularidades intrínsecas e circunstâncias excepcionais é dotado de um tratamento especial concedido pelo ordenamento jurídico.

O que seria caracterizado como homicídio, devido a influência do estado puerperal acometido pela gestante, passa a ser punido de forma menos severa, e, por essa razão, a pena cominada é sensivelmente diminuída (de dois a seis anos de detenção), em face do critério biopsicológico que altera a capacidade de entendimento da agente: o estado puerperal.

Nesse sentido, a exposição de motivos da parte especial do Código Penal (Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), no capítulo dos “crimes contra a vida”, no item 40, elucida que:

O Infanticídio é considerado um “*delictum exceptum*” quando praticado pela parturiente sob influência do estado puerperal. Esta cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em

---

<sup>19</sup> LIMA, Paulo de Tarso Melo. **A descriminalização do infanticídio**. 2003. Tese (Curso de Especialização em Processo Penal) - Universidade Federal do Ceará, Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2003. p.17



consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto inibição da parturiente. Fora daí, não há porque distinguir entre infanticídio e homicídio. Ainda quando ocorra “*honoris causa*” (considerada pela lei vigente como razão de especial abrandamento da pena), a pena aplicável é a de homicídio.

Observa-se então que o reconhecimento do infanticídio depende, inexoravelmente, da perturbação psíquica provocada pelo estado puerperal sobre o ânimo da gestante. Apenas esse fator constitui alicerce ao tratamento diferenciado em relação ao crime de homicídio.

Nas palavras de Luiz Regis Prado:

O bem jurídico tutelado é a vida humana. As razões que postulam por um tratamento penal mais benévolo ao infanticídio, como crime autônomo (*delictum exceptum*), podem ser reunidas em duas vertentes distintas: a primeira sustenta um critério psicológico e a segunda um critério fisiopsíquico.<sup>20</sup>

Em relação à conceituação legislativa para a justificativa do infanticídio ser um *delictum exceptum*, existem três critérios de conceituação, quais sejam: critério psicológico, fisiopsíquico (adotado pelo atual CP) e o misto.<sup>21</sup>

Pelo critério psíquico ou psicológico, o crime é caracterizado quando o fato é cometido pela mãe da vítima a fim de preservar a própria honra (*honoris causa*).

O critério fisiopsíquico ou fisiopsicológico descarta a *honoris causa* e considera a influência do chamado estado puerperal como ato extremo da parturiente (é o sistema adotado pelo Código Penal em vigor).

Já o conceito misto ou composto leva em consideração, a um só tempo, a influência do estado puerperal e o motivo da preservação da honra da genitora para a configuração do delito.

---

<sup>20</sup> PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 442.

<sup>21</sup> LIMA, Paulo de Tarso Melo. **A descriminalização do infanticídio**. 2003. Tese (Curso de Especialização em Processo Penal) - Universidade Federal do Ceará, Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2003. p.20



Por ser um *delictum exceptum*, para que o infanticídio reste caracterizado, faz-se mister o preenchimento de elementares específicas presentes neste tipo penal.

Elementares, por sua vez, são dados da figura típica que, por serem absolutamente essenciais, fazem parte da estrutura do tipo penal, sendo que, a ausência de alguma circunstância elementar leva à exclusão da tipicidade ou desclassificação do delito.<sup>22</sup>

Consoante ensina Ribeiro<sup>23</sup>, assim como ocorre no homicídio, a figura típica do infanticídio, tem seu núcleo no verbo “matar”. Sendo que a morte, deve ocorrer durante o parto ou logo após para que o delito esteja caracterizado.

O crime se consuma com a morte do sujeito passivo (recém-nascido), e, por ser um crime material, admite tentativa, ou seja, caso o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade da agente.

Vale citar que, não obstante os ordenamentos jurídicos de outros países, como Argentina, Itália e França, estendam a amplitude de sujeitos ativos do crime a outras pessoas, o ordenamento pátrio considera o infanticídio como sendo crime próprio, ou seja, só pode ser cometido pela genitora, “perturbada” físico e psicologicamente, em relação a seu filho.<sup>24</sup>

Conceituando os elementos objetivos do tipo penal, tem-se que somente a mãe, independentemente de sua condição moral ou legal, mas desde que sob a influência dos distúrbios desencadeados pela gravidez, pode ser sujeito ativo do delito.

---

<sup>22</sup> ARGACHOFF, Mauro. **Infanticídio**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p.65

<sup>23</sup> RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico; figura autônoma; concurso de agentes. São Paulo: Editora Pillares, 2004. p.86

<sup>24</sup>



O sujeito passivo só pode ser o próprio filho, nascente ou neonato, desde que vivo biologicamente, vez que o feto sem vida não pode ser sujeito passivo, nem de infanticídio nem de homicídio.<sup>25</sup>

Ademais, Paulo de Tarso<sup>26</sup>, especifica que para que o delito de infanticídio esteja caracterizado é necessário a junção de três elementos coexistindo entre si, a saber: Elemento cronológico (o crime precisa ser perpetrado durante o parto ou logo após), elemento etiológico (só pode ser praticado pela mãe da vítima) e elemento fisiopsicológico (a mãe necessariamente deve estar agindo sob a influência do estado puerperal).

É motivo de grande instabilidade doutrinária a conceituação do elemento subjetivo do referido tipo normativo.

Conquanto a legislação atual adote como elemento subjetivo do infanticídio dolo, ou seja, a vontade/intenção da parturiente em retirar a vida do recém-nascido, a doutrina é demasiadamente divergente.

Ainda assim, por ora, pode-se afirmar que o infanticídio somente é punível a título de dolo. Maiores esclarecimentos sobre a temática em questão serão melhor explanados à frente.

## 2.2 O puerpério e o exame do dolo da agente: a distinção entre conduta dolosa e conduta culposa

O Dr. José Ribamar Ribeiro Malheiros<sup>27</sup>, médico Pós-graduado em Ginecologia e Obstetrícia, com atuação no Hospital Regional da Asa Sul – SES/DF e Hospital Regional de Ceilândia, explica com riqueza de detalhes em sua obra – em

---

<sup>25</sup> RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico; figura autônoma; concurso de agentes. São Paulo: Editora Pillares, 2004. p.79

<sup>26</sup> LIMA, Paulo de Tarso Melo. **A descriminalização do infanticídio**. 2003. Tese (Curso de Especialização em Processo Penal) - Universidade Federal do Ceará, Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2003. p.32

<sup>27</sup> MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: análise crítica e sugestões para mudança da norma penal. 2005. Tese (Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005. p. 85



razão da vivência/experiência na área – os impactos reais advindos do puerpério sob o organismo das mulheres.

Extraí-se de sua obra que o puerpério é a fase que tem início ao final do parto, e, somente se encerra quando acabam as modificações advindas da gravidez no organismo materno.

No que tange à durabilidade deste período, o médico obstetra relata que os próprios estudiosos divergem entre si. Alguns estimam que o período de instabilidade dure 45 dias, outros afirmam que seja até 60 dias e outros argumentam que não existe um tempo determinado, posto que, é um estado variável de mulher pra mulher, mencionando apenas que o seu término só se dá com a volta da menstruação. Assim, o puerpério divide-se em três períodos: imediato (do 1º ao 10º dia), tardio (do 10º ao 45º dia) e o remoto (a partir do 45º dia).<sup>28</sup>

Nesse ínterim, indaga-se: Se a própria doutrina obstetrícia não é unânime para determinar quando ocorre o fim do puerpério, com qual fundamento o legislador pátrio encontra alicerce para afirmar que o infanticídio só pode ser caracterizado caso ocorra durante o parto ou logo após?

Note-se que existem mulheres que só entram no puerpério a partir do 45º dia após o parto. Logo, não é uma situação uniforme e precisa, e, por óbvio, não se amolda/subsume ao termo “durante o parto ou logo após”.

A expressão “logo após o parto” é alvo de grandes discussões, posto que não há prazo estipulado em lei fixando o seu tempo de duração e determinando de forma precisa o limite de seu lapso temporal.

Nessa conjuntura, em relação as inúmeras perspectivas sobre a temática, Lima aclara:

---

<sup>28</sup> MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: análise crítica e sugestões para mudança da norma penal. 2005. Tese (Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005. p. 31



Os doutrinadores apresentam concepções das mais variadas a respeito do significado do enunciado. Para Heleno Cláudio Fragoso a expressão 'logo após o parto' significa logo em seguida, imediatamente após, prontamente, sem intervalo. A. F. de Almeida Júnior, que, de início, se referia a um prazo preciso de até sete dias após o parto, passou a admitir que se deve deixar a interpretação a critério do julgador. Bento de Faria faz menção ao prazo de oito dias, durante o qual ocorre a queda do cordão umbilical. Flamínio Fávero também entende que a definição compete ao julgador. A. J. da Costa e Silva sustenta que a expressão 'logo após' quer significar enquanto perdura o estado emocional'. Por seu turno, Damásio Evangelista de Jesus estende o lapso temporal até enquanto perdurar a influência do chamado estado puerperal. Este último entendimento é corroborado por Nelson Hungria: não lhe pode ser dada uma interpretação judaica, mas suficientemente ampla, de modo a abranger o variável período do choque puerperal.<sup>29</sup>

Retomando a análise, estudos na área comprovam grande alteração no humor da gestante, podendo provocar profunda apatia e instabilidade emocional.

Nas palavras de Malheiros :

O puerpério acarreta alterações do humor e da labilidade emocional, constituindo-se em período bastante vulnerável devido às mudanças intra e interpessoais desencadeadas pelo parto. Podem advir quadros de profunda apatia ou sintomas que denotem psicose puerperal. Tais quadros deverão ser evidenciados precocemente, pois poderão trazer consequências dantescas ao puérpero.<sup>30</sup>

No que condiz às abruptas alterações emocionais da gestante, Nucci<sup>31</sup> explica que quando a mulher passa por este período ela naturalmente se transforma, sentindo-se extremamente triste e carente. Algumas mulheres, inclusive, ao verem o próprio corpo, reputam-se deformadas e “culpam” a gravidez.

---

<sup>29</sup> LIMA, Paulo de Tarso Melo. **A descriminalização do infanticídio**. 2003. Tese (Curso de Especialização em Processo Penal) - Universidade Federal do Ceará, Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2003. p.31

<sup>30</sup> MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio: análise crítica e sugestões para mudança da norma penal**. 2005. Tese (Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005. p. 29

<sup>31</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019





Existe ainda um elevado número de gestantes que são abandonadas pelos seus familiares justamente porque engravidaram, o que lhes provoca maior ansiedade e até raiva ao seu estado.

A tendência da mulher em casos como estes, logo após o parto, não é amar o filho, mas se recuperar de seu estado traumático e sua tristeza profunda.

Em sua obra, a fim de ilustrar esse cenário fático – vivenciado por tantas mulheres -, Nucci narra um acontecimento real de infanticídio, e, sua transcrição integral se faz indubitavelmente necessária:

Certa vez, uma jovem, com seus 18 anos, engravidou do namorado, e sua família, muito religiosa, já lhe alertara que não admitiria uma gravidez fora do casamento. Sem poder contar com seus pais e irmãos, apertou sua barriga, colocando faixas médicas de compressão, usadas para ortopedia, durante meses. Conforme os dias passavam, ela apertava ainda mais a barriga, de modo a atingir os nove meses integrais sem que a família percebesse. Em determinado dia, chegou a hora do parto. Com fortes contrações, trancou-se no banheiro e sentou-se no vaso, onde nasceu o bebê, que começou a chorar, despertando a atenção da mãe. Enquanto esta batia à porta do banheiro para saber o que estava ocorrendo, a jovem mãe, desesperada, apertou o pescocinho da criança até que parasse de chorar. O bebê faleceu. Com o ambiente silente, a parturiente abriu a porta do banheiro e foi para seu quarto. Largou o recém-nascido, morto, dentro do vaso sanitário. Terminou condenada por infanticídio. O ponto relevante desse relato – baseado em caso real – está a demonstrar que a mulher, sem o apoio da família, de amigos ou do próprio pai da criança, pode entrar em desespero, no momento do parto, a ponto de não ter o seu instinto materno despertado, matando a criança.<sup>32</sup>

Mais à frente, na mesma obra, o exímio doutrinador acresce que o motivo básico de se reconhecer no infanticídio uma espécie de “homicídio privilegiado”, é o fato de que o sujeito ativo – a mãe – caso tivesse tido o apoio necessário, não teria agido da forma que agiu.

---

<sup>32</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal:** parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 95



No mesmo sentido, Malheiros<sup>33</sup> também tece comentários à relevância da gestante de ser acompanhada tanto durante a gestação, quanto na fase pós-parto, posto que a mulher, naturalmente, encontra-se vulnerável e fragilizada.

Ocorre que no atual contexto de saúde pública do país, nem toda mulher tem a possibilidade de ter acompanhantes ou familiares nessa fase, dadas as fragilidades do sistema público e dificuldades de acesso aos direitos sociais. Assim, para a configuração do delito em tela, a perícia assume importante destaque, e, de acordo com o Dr. José Ribamar, é essencial que se realize um exame pericial para verificar o estado psíquico da autora à época do fato. E, na literalidade de suas palavras, menciona:

É necessário um exame profundo do estado psíquico da autora, pesquisando seu grau de entendimento durante ou logo após o parto, estabelecendo assim, se a puérpera tinha condições de, por impulsos violentos, ceifar a vida do próprio filho.<sup>34</sup>

Todavia, a perícia, embora imprescindível, não é de fácil realização, uma vez que os estudiosos afirmam que o estado puerperal, é assintomático, ou seja, a despeito de a mulher ter sido acometida por este estado, por muitas vezes, não existem sintomas físicos de que ele de fato ocorreu.

Corroborando esta questão, no capítulo IV de sua obra, Paulo de Tarso<sup>35</sup> reporta-se à perícia para a caracterização do infanticídio, como sendo a “*crucis peritorum*” do médico-legista, ou seja, a cruz do perito, em razão da alta complexidade e das inúmeras dificuldades em tipificar o crime.

---

<sup>33</sup> MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: análise crítica e sugestões para mudança da norma penal. 2005. Tese (Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005

<sup>34</sup> MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: análise crítica e sugestões para mudança da norma penal. 2005. Tese (Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005. p. 46

<sup>35</sup> LIMA, Paulo de Tarso Melo. **A descriminalização do infanticídio**. 2003. Tese (Curso de Especialização em Processo Penal) - Universidade Federal do Ceará, Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2003. p.42



Em relação à temática, Genival França<sup>36</sup>, autor do livro *Medicina Legal*, afirma que o parto em si próprio não é capaz de levar a mulher a transtornos psíquicos graves, mas a alterações emotivas, em razão das dores sofridas e das emoções que normalmente se apoderam da parturiente, como por exemplo a “*maternity blues*” ou tristezas do parto.

No que tange à perícia que deve ser realizada na mulher parturiente a fim de averiguar o estado mental da autora, França expõe alguns elementos fundamentais a serem analisados, tais como: se o parto transcorreu de forma angustiante; se a parturiente, após ter realizado o crime, escondeu o cadáver do filho; se ela consegue lembrar do ocorrido; se a mulher tem antecedentes psicopáticos ou se suas consequências surgiram no decorrer do parto e se há vestígios de alguma perturbação mental.<sup>37</sup>

Para melhor alicerçar os fundamentos referentes ao estado puerperal, o Dr. Malheiros acresce à sua obra dois pareceres técnicos do Setor de Patologia Forense do Instituto Médico Legal do DF, sendo, o primeiro um parecer psiquiátrico e o segundo, um parecer psicológico.

No parecer psiquiátrico, o Dr. Elias Abdara Filho, psiquiatra forense do IMLLR- DF, aduz que:

O Estado Puerperal se refere não a uma única condição psiquiátrica que ocorre na mulher durante o período de puerpério, mas basicamente a três níveis de alteração do estado psíquico:

“*Maternity blues*”: trata-se de uma alteração psíquica transitória, de curta duração (em torno de poucos dias), caracterizada essencialmente por alterações leves de humor, com choro e irritabilidade, que pode ocorrer em até 50 % das mulheres. Esse estado não afeta a capacidade de entendimento ou determinação da mulher.

Recidiva de doença psiquiátrica ou primeiro surto de uma doença mental: trata-se de um quadro psiquiátrico preexistente

---

<sup>36</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan,2019. p.370

<sup>37</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan,2019. p. 372



ou da eclosão de um transtorno psiquiátrico num momento de maior vulnerabilidade da mulher. Um exemplo seria a reagudização de uma doença esquizofrênica preexistente. A alteração da capacidade de entendimento ou de determinação trará o ato cometido para o artigo 26 do código penal.

Psicose puerperal: trata-se de uma condição rara, ocorrendo entre 1 a 2 nascimentos por mil. As manifestações clínicas podem surgir alguns dias após o parto, apesar de o tempo médio de início ser de duas a três semanas. As pacientes queixam-se de fadiga, inquietação, podendo apresentar uma instabilidade emocional. Surgem posteriores desconfianças, confusão e incoerência, com preocupações obsessivas sobre a saúde do bebê. Na metade dos casos, surgem delírios e, em um quarto deles as alucinações podem se fazer presentes.

O nexa causal com a consumação do delito, no sentido de diminuir ou anular a sua imputabilidade, não está necessariamente presente no estado puerperal, mas, sim, nos casos em que se observa um comprometimento da capacidade de entendimento e/ou determinação da mulher. Nesses casos, o artigo 26 prevalecerá sobre o artigo 123, ambos do código penal.<sup>38</sup>

Ademais, a Dra. Rita Elizabeth da Mota Britto Rocha, psicóloga forense, em seu parecer, explica sobre a dinâmica do estado puerperal no organismo materno:

[...] O humor da puérpera é extremamente flutuante, passando da euforia à irritação profunda e depressão. Ocorre uma rejeição explícita à criança associada à dificuldade de manter intimidade com ele, passando a considerar o fato de ser mãe como uma escravidão.

Essa desorientação do humor tem fundo principalmente endocrinológico, causada pela grande mudança hormonal que a mulher sofre após o nascimento do filho. Devemos considerar ainda a ocorrência de fatores predisponentes na mãe que manifesta este tipo de patologia, e que geralmente mostra sinais de depressão, angústia, ou transtorno bipolar do humor em sua curva vital. Desta forma a mulher vivencia um estado de confusão, como se tivesse perdido partes importantes de si mesma, sendo este, portanto o significado mais doído do parto e que se não for bem elaborado, pode trazer uma depressão muito mais intensa à puérpera, um sentimento ambivalente entre vida e morte, percebidos como ganho ou perda, e, nos

---

<sup>38</sup> MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: análise crítica e sugestões para mudança da norma penal. 2005. Tese (Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005. p. 51



casos em que prevalecer o sentimento de perda ou morte, ocorre o quadro depressivo.

[...] A característica principal desta é a rejeição ao bebê, na qual a mãe sente-se confusa e ameaçada por ele, como se fosse um inimigo em potencial. Surgem então sintomas de apatia, abandono de hábitos de higiene e cuidados pessoais, pode ocorrer insônia, inapetência e aparecem ideias persecutórias ligadas ao bebê.<sup>39</sup>

Diante do exposto, é evidente que toda mulher que passa pela gestação, é acometida pelo estado puerperal.

Todavia, é necessário o discernimento de que em algumas mulheres, os impactos dessas alterações advindas do puerpério são de tamanha intensidade que são capazes de dirimir, por completo, sua capacidade de entendimento.

Nesse sentido, como já demonstrado, os efeitos do puerpério são capazes de fazer com que a mãe sinta apatia, profunda tristeza, raiva, depressão e, no ápice de suas emoções – imbuída pelo estado puerperal – tirar a vida do recém-nascido.

Entretanto, não há como conceber que essa mãe, tenha agido de forma dolosa, ou seja, que ela teve a vontade, a intenção, o propósito de tirar a vida do próprio filho. Pelo contrário, essa mulher, embora agente do crime de infanticídio, foi vítima de um surto psicótico, advindo de alterações hormonais desordenadas e anormais em seu organismo.

Isto posto, como consentir que o elemento deste tipo penal seja o dolo, quando, na verdade, a agente não tinha o total controle de suas ações?

Se, o estado puerperal tem o condão de afetar a manifestação de vontade da agente, não há que se falar em conduta dolosa.

Acresça-se, ainda, os ensinamentos de Ferrajoli:

Por exigir dita condição, que corresponde ao chamado “elemento subjetivo” ou “psicológico” do delito, nenhum fato

---

<sup>39</sup> MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: análise crítica e sugestões para mudança da norma penal. 2005. Tese (Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005. p. 52



ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não poderá ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e querer.<sup>40</sup>

Desde logo, resta claro que a atual configuração do infanticídio, tipificado no art. 123, do Código Penal é incoerente e, por óbvio, inadequada, vez que a mãe não age na totalidade de seu entendimento, e, por isso, não há dolo – vontade – em sua conduta, não podendo ser considerado um crime doloso contra a vida.

Imperioso mencionar também que não há culpa no crime de infanticídio.

De acordo com Giuseppe Maggiore<sup>41</sup> culpa é a conduta humana voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico, não desejado, mas previsível e, excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção ser evitado.

É oportuno ressaltar que de acordo com o Código Penal, para caracterizar o crime de infanticídio, a morte do feto ou recém-nascido deve ocorrer sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após. E, ao tipificar o delito, o legislador não previu a modalidade culposa.

Outrossim, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 18, do Código Penal: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando pratica dolosamente”.

Ademais, está lá no Código Penal brasileiro, artigo 18, inciso II, que o crime é “culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”, circunstâncias que evidenciam a taxatividade da conduta culposa, ou seja, determinada conduta somente poderá ser intitulada como culposa se, e somente se, o agente tiver sido negligente, imprudente ou imperito, hipóteses que são incoerentes com o tipo penal em análise.

---

<sup>40</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 447

<sup>41</sup> MAGGIORE, Giuseppe. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2. p. 264



Desta forma, comprovando está que não há infanticídio na modalidade culposa.

Questiona-se, então: Se o infanticídio é um crime sem dolo e sem culpa porque é considerado um crime? Quais alicerces encontrou o legislador ordinário para fundamentar este tipo penal?

O que se observa é que indubitavelmente existe uma lacuna normativa que circuncida tal temática e impõe evidente abstração.

### **3 A INADEQUAÇÃO LEGISLATIVA DO TRATAMENTO PUNITIVO DO CRIME DE INFANTICÍDIO.**

Como já explanado no presente artigo, o infanticídio é considerado um delito de extrema oscilação valorativa ao longo dos tempos. Na Grécia Antiga, já foi permitido como prática social, no período-intermediário, caracterizado pela influência do Cristianismo no direito romano, a conduta foi brutalmente reprimida e, atualmente, é sancionado como conduta típica, ou seja, é um delito penal autônomo de denominação jurídica própria na legislação criminal.

Todavia, esse tipo penal, previsto no artigo 123, do CP é indubitavelmente instável juridicamente. Tal fato se justifica por absolutas impropriedades técnicas existentes em seu *caput*, o que traduz aplicação jurídica inconsistente, por desconhecimento teórico sobre a temática em questão.

Inicialmente, é imperioso ressaltar que o atual critério adotado para determinar este tipo penal (estado puerperal e puerpério) é o critério biopsicológico, em detrimento de uma perspectiva anterior que se baseava na honra.

Contudo, o critério biopsicológico, como pilar do estado puerperal, é um estado inconsistente, ou seja, não há uma uniformidade sintomática. E, como já mencionado no presente trabalho, o estado puerperal é de difícil comprovação por exames periciais, vez que em cada mulher se manifesta de uma forma diferente, não havendo solidez sintomática.



O legislador ordinário trouxe a previsão de duas elementares para o tipo penal em questão, quais sejam: “durante o parto ou logo após”. Tais elementares constituem evidente incoerência e inadequação, posto que o puerpério corresponde a fase pós-parto e não durante o parto.

Ademais, o “logo após” é núcleo de grande divergência doutrinária, posto que a durabilidade do estado advindo do puerpério não é determinada ou precisa, sendo que o puerpério só se encerra quando acabam as modificações advindas da gravidez no organismo materno, possuindo, inclusive, três classificações : imediato (do 1º ao 10º dia), tardio (do 10º ao 45º dia) e remoto (a partir do 45º dia).

Nesse sentido, o “durante o parto ou logo após” são elementares incoerentes com o tipo penal em análise, revelando o raso conhecimento técnico e teórico sobre o tema no momento da elaboração da norma penal incriminadora.

Sob a instabilidade jurídica e impropriedades técnicas que se extraem do tipo penal do art. 123, do CP, ensina o Dr. Malheiros: “O critério biopsicológico, tendo como alicerce o Estado Puerperal, influente durante e logo após o parto, não tem consistência pétrea, o que desnuda o infanticídio, levando-o à instabilidade jurídica”.<sup>42</sup>

Ademais, como já abordado, o elemento subjetivo do tipo penal é inexistente, porque o estado puerperal afeta diretamente a manifestação de vontade da agente, e, se não há manifestação de vontade, não há dolo.

Também não há culpa, por ausência de previsão legislativa e porquanto a culpa só existe quando há imprudência, negligência ou imperícia, hipóteses que não condizem com o tipo penal de infanticídio.

Nesse diapasão, se não há dolo ou culpa não tem fundamento que sustente o crime na disposição vigente!

---

<sup>42</sup> MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: análise crítica e sugestões para mudança da norma penal. 2005. Tese (Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005. p. 93





Malheiros, em sua obra, cita o posicionamento de Oswaldo Pátaro e menciona que a solução jurídica para a mãe que mata o seu filho sob influência do estado puerperal, inegavelmente deve ser a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade, mas, nunca, a criação de uma nova espécie delituosa.<sup>43</sup>

O que se observa é que na ânsia de dar uma resposta a sociedade, o legislador criou de forma arbitrária e sem conhecimento técnico no assunto, um tipo penal sem fundamentação que visa meramente “punir” uma conduta considerada imoral pela sociedade, esquecendo-se que não é tarefa do direito sancionar ou impor a moral.

Para o legislador, não se trata da punição pela reprovação da conduta da vontade da agente. É a punição da agente.

Tal fato caracteriza o chamado direito penal do autor, e não direito penal do fato, o que remonta a inerente seletividade do tipo penal, que mesmo sem densidade normativa, criminaliza uma conduta e visa punir, não o ato praticado, mas a agente.

Em relação ao direito penal do autor, afirma Zaffaroni:

Ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal de autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser” do auto, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o “ser ladrão”, não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro, como o ser delinquente sexual<sup>44</sup>

Destarte, não pode o Estado selecionar àquelas que serão alvos da norma penal incriminadora, quais sejam: as mulheres, que após os distúrbios naturais do puerpério e estado puerperal cometem o infanticídio.

---

<sup>43</sup> MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: análise crítica e sugestões para mudança da norma penal. 2005. Tese (Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005. p. 50

<sup>44</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v. 1. p. 113



Retomando a indagação: Qual o sentido de manter o delito tipificado no art. 123, do CP na atual configuração? Seria meramente punir essa mulher (vítima de um surto psicótico) para dar uma resposta à sociedade?

O delito tipificado no art. 123, não só é inadequado legislativamente – vez que o legislador não soube determinar o que seria o estado puerperal, o que seria considerado como “durante o parto ou logo após” – como também não existe elemento subjetivo que alicerce esse tipo penal, pois, como já exposto, não há dolo e nem culpa.

O crime de infanticídio é um tipo penal que não se sustenta no atual ordenamento jurídico. Todavia, o que se percebe é o Estado que não almeja punir o crime, e sim, a agente do crime.

### **3.1 Princípio da coculpabilidade do estado em relação ao dever de assistência aplicado ao infanticídio.**

Consoante ao explicitado anteriormente, é evidente a seletividade deste tipo penal, em que não se busca punir a ação tida como “criminosa”, mas sim, a mulher que cometeu a ação, caracterizando o direito penal do autor e não o direito penal do fato.

Nesse ínterim, verifica-se uma anomalia enraizada no *jus puniendi*, qual seja: a seletividade do direito penal brasileiro, vez que o direito penal tacha seus indivíduos, criando estereótipos criminais, etiquetando as camadas sociais mais frágeis, vulneráveis e hipossuficientes, como por exemplo, as mães que engravidam sem o consentimento da família e as mães solteiras e sem o mínimo de aparato social.

Rogério Greco explica que:

O processo de seleção surge desde o instante em que a lei penal é editada. Valores de determinados grupos sociais, tidos como dominantes, prevalecem em detrimento da classe dominada. Em seguida, já quando vigente a lei penal, surge novo processo de seleção. Quem deverá ser punido? A resposta a essa indagação deveria ser simples, ou seja, todos aqueles que descumprirem a lei penal, afrontando a autoridade do Estado/Administração. Contudo, sabemos que isso não



acontece. O Direito Penal tem cheiro, cor, raça, classe social; enfim, há um grupo de escolhidos, sobre os quais haverá a manifestação da força do Estado.<sup>45</sup>

O que se faz de extrema importância nessa análise é o entendimento de que a maior quantidade de incidência de casos de infanticídio, ocorre nas camadas mais frágeis e vulneráveis da sociedade.

São àquelas mães, em sua maioria, adolescentes e jovens que ainda não possuem o menor entendimento do que é uma gravidez, são àquelas mulheres abandonadas pelo seu núcleo familiar pelo simples fato de estarem grávidas, são àquelas mulheres das camadas mais hipossuficientes que muitas vezes não têm nem o mínimo para manter sua própria dignidade e muito menos de um filho. E são essas mães que passam os nove meses de gravidez sofrendo assédios, abusos psicológicos e muitas vezes não têm a menor estrutura física, emocional ou financeira para suportar tal cenário.

Se o estado puerperal e o puerpério são realidades inerentes à qualquer gestação, o que dizer de uma gestação sem o mínimo de dignidade?

A reflexão a ser feita é que o Estado, no momento em que deveria cumprir o seu dever de assistência com as gestantes em todo o período de pré-natal, oferecendo a necessária assistência psicológica, médica e o mínimo de auxílio financeiro, se revela um Estado omissivo e negligente. Contudo, é esse mesmo Estado que se mostra “eficaz” no momento de punir essas mulheres que cometem infanticídio.

Sob essa temática, não se pode deixar de mencionar no presente trabalho, os ensinamentos de Zaffaroni no que condiz ao princípio da coculpabilidade do Estado em relação ao seu dever de assistência. Ou seja, muitas vezes, a ausência do Estado auxiliando essas mães, em situações precárias e vulneráveis, contribui diretamente para a maior incidência deste tipo penal.

---

<sup>45</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. v. 1. p.141



Eugênio Raúl Zaffaroni desenvolveu a Teoria da Culpabilidade, apresentando ao direito moderno os ideais difundidos por Jean Paul Marat.

Em seus ensinamentos, Marat defendia que quando um indivíduo é marginalizado pela sociedade, não possuindo qualquer garantia de direitos fundamentais respeitados pelo Estado, também não seriam obrigados a respeitar a lei, nem suscetíveis às suas sanções.<sup>46</sup>

Nesse sentido, em linhas gerais, o princípio da culpabilidade é um princípio moderno que tem por base a responsabilidade compartilhada entre o Estado e o agente que infringiu determinada norma penal, quando por ausência do próprio Estado, o agente age por uma necessidade, falta de assistência ou até mesmo por falta de orientação para que possa se autodeterminar como rege a lei.<sup>47</sup>

Assim, de acordo com Grégore Moura:

O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também, no processo penal [...] portanto, a co-culpabilidade é uma meaculpa da sociedade, consubstanciada em um princípio constitucional implícito na nossa Carta Magna, o qual visa promover menor reprovabilidade do sujeito ativo do crime em virtude da sua posição de hipossuficiente e abandono pelo Estado, que é inadimplente no cumprimento de suas obrigações constitucionais para com o cidadão, principalmente no aspecto econômico social.<sup>48</sup>

Destarte, no atual contexto de saúde pública do país, observa-se que o Estado se abstém do seu dever de assistência e cuidado, sendo, portanto, corresponsável pelos casos de infanticídio.

---

<sup>46</sup> BAYER, Diego Augusto (org.). **Controvérsias criminais**: estudos em homenagem ao professor doutor Edmundo S. Hendler. – Jaraguá do Sul: Editora Mundo Acadêmico, 2015. p. 80

<sup>47</sup> BAYER, Diego Augusto (org.). **Controvérsias criminais**: estudos em homenagem ao professor doutor Edmundo S. Hendler. – Jaraguá do Sul: Editora Mundo Acadêmico, 2015. p. 81

<sup>48</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Ed. Impetus, 2006. p. 37



O Estado é culpado quando deixa de acompanhar as mães nas fases pré-natal, quando obriga que a genitora fique por 48 horas ou mais em trabalho de parto simplesmente porque as cesárias geram mais custos para o país, o Estado é culpado por não providenciar o mínimo de estrutura psicológica e social para essas parturientes.

Por fim, resta claro que o Estado é negligente em relação ao seu dever de assistências às gestantes, e, em contextos de hipossuficiência a falta de recursos e a omissão estatal são os principais fatores que influenciam na infeliz ocorrência desse tipo penal.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todas as divergências e incongruências que gravitam em torno do universo do infanticídio, sobretudo no tocante aos critérios tipificadores do delito, observa-se que a atual configuração do delito e a conseqüente criminalização deste tipo penal é inadequada.

Como demonstrado neste trabalho, o estado puerperal não se trata de uma mera ficção científica. O estado puerperal constitui uma espécie de surto psicótico que altera por completo o entendimento da parturiente, sendo caracterizado por um estado de profunda apatia, depressão, irritabilidade, tristeza, e , no ápice dessas alterações hormonais, imbuída por este estado, a mulher pode chegar inclusive a tirar a vida do recém-nascido.

Todavia, o estado puerperal não possui uma solidez de sintomas, sendo considerado, em sua maioria, um estado assintomático, e, por este motivo chamado de “*crucis peritorium*”, ou seja, a cruz do perito, em razão da extrema dificuldade em caracterizar que aquela mulher foi acometida pelas severas influências deste estado psicótico.



Muitas mulheres apresentam febres altíssimas, não se lembram de ter retirado a vida do seu filho, apresentam um quadro de frieza e apatia, o que, de fato, configura alguns dos sintomas do estado puerperal.

Contudo, como consentir que uma norma penal incriminadora tenha como elementar, um estado tão abstrato e impreciso que não é unânime nem na própria doutrina da medicina obstetrícia? Tal fato não configura uma evidente instabilidade e insegurança jurídica?

As inadequações deste tipo penal, não param por aí. Outro elementar que indica verdadeiro desconhecimento técnico é “durante o parto ou logo após”, uma vez que a terminologia encontra-se equivocada. Se o puerpério só ocorre após o parto, não há que se falar em “durante” o parto. Além disso, o “logo após” também constitui uma impropriedade técnica, porquanto o legislador não determinou um lapso temporal preciso, nem tampouco, a medicina obstetrícia é unânime em precisar qual período em que os efeitos do puerpério se extinguem no corpo da mulher, podendo ser de forma imediata (do 1º ao 10º dia após o parto), tardia (do 10º ao 45º dia) e remota (a partir do 45º dia).

Noutro giro, o elemento subjetivo deste tipo penal é o dolo. Entretanto, como exaustivamente mencionado, se o estado puerperal afeta diretamente a capacidade e a manifestação de vontade da agente, não há dolo, logo, não é um crime doloso contra a vida, porquanto não há manifestação de vontade. Também, não pode ser considerado um crime culposo porque não há os elementos próprios da culpa, previstos no art. 18, inciso II, do CP, quais sejam: imprudência, negligência ou imperícia.

Se não há dolo ou culpa no crime de infanticídio, não existem fundamentos que o sustentem na atual configuração jurídica, não sendo, portanto, capaz de ser considerada uma conduta criminosa.

Mesmo com todas as inconsistências e impropriedades técnicas, o infanticídio permanece no Código Penal brasileiro, e em análise, observa-se que mesmo não



tendo alicerce normativo, este tipo penal visa punir não a ação, mas a agente do fato, configurando o direito penal do autor e não o direito penal do fato.

Se o Direito Penal seleciona alguém e não algo para punir, caracterizada está a seletividade penal.

É importante ainda ressaltar que a maior incidência dos casos de infanticídio, é nas camadas mais vulneráveis e hipossuficientes da população, que sofrem com a ausência e negligência estatal. Não obstante, o mesmo Estado que se revela ausente e omissivo em relação ao seu dever de assistência e cuidado com essas mães, que muitas vezes não possuem o mínimo para a sua dignidade, é o mesmo Estado que se mostra presente no momento de punir àquela que cometeu algo intitulado como crime, o que caracteriza a coculpabilidade do Estado, ou seja, a responsabilidade compartilhada da agente e do Estado pela ocorrência do delito.

Assim, tecnicamente falando, o infanticídio, na configuração hodierna, revela-se um tipo penal que apenas injustamente, deixando lacunas, abstrações, margens largas e turvas, o que se revela na aplicação de um direito com inúmeras inseguranças e instabilidades jurídicas, um direito sinuoso, em detrimento do “*fumus boni juris*”.

Por conseguinte, a descriminalização do infanticídio contribuiria para o aprimoramento do ordenamento jurídico brasileiro, o que viabilizaria a aplicação de um direito com maior adequação social e menor instabilidade e abstrações jurídicas.

## REFERÊNCIAS

ARGACHOFF, Mauro. **Infanticídio**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BAYER, Diego Augusto (org.). **Controvérsias criminais: estudos em homenagem ao professor doutor Edmundo S. Hendler**. - Jaraguá do Sul: Editora Mundo Acadêmico, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 2.



COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal:** parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 4.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal:** parte especial (arts. 121 a 183). 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 2.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte geral. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. v. 1.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 6.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Infanticídio e concurso de agentes em face do novo Código Penal:** Julgados do tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo, 1970. v. 13.

LIMA, Paulo de Tarso Melo. **A descriminalização do infanticídio.** 2003. Tese (Curso de Especialização em Processo Penal) - Universidade Federal do Ceará, Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2003.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio.** São Paulo: Edipro, 2001.

MAGGIORE, Giuseppe. **Tratado de direito penal.** Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio:** análise crítica e sugestões para mudança da norma penal. 2005. Tese (Curso de Pós-graduação *Lato Sensu*, em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005.

MELLO, Dirceu de. **Infanticídio:** algumas questões suscitadas por toda uma existência (do delito) de discrepâncias e contrastes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. v. 455.

MOURA, Grégore. **Do princípio da co-culpabilidade.** Niterói: Ed. Impetus, 2006.





NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal:** parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio:** crime típico; figura autônoma; concurso de agentes. São Paulo: Editora Pillares, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.



# LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA E ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA.

Matheus Queiroz Ribeiro<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo visa abordar a evolução histórica do instituto da colaboração premiada, apresentando as doutrinas a favor e contra, e o entendimento do Supremo Tribunal Federal por meio da ADI 5.508/DF, proposta pelo Procurador Geral da República. Todos os argumentos expendidos guardam relação com a fonte documental. Para firmar o entendimento foram usadas doutrinas e jurisprudências sobre o tema. A preocupação maior é apresentar uma rápida contextualização entre o tema e o cenário brasileiro atual, além de conceituar o instituto para melhor compreensão. Nessa linha, expõem-se conceitos básicos sobre o instituto. Em seguida, adentra-se no tema e na discussão apresentada, confrontando ideias e posicionamentos doutrinários, e logo após se apresenta a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral da República e as afirmações do Ministro relator e pelo Ministro Gilmar Mendes, defendendo para tanto a ideia da constitucionalidade da lei e apresentando trechos mais significativos de seus votos. Ainda, procura-se responder as indagações feitas com relação ao instituto. Conclui-se apresentando o posicionamento final do Supremo Tribunal Federal em consonância com as ideias apresentadas durante o trabalho quanto da constitucionalidade da lei.

**Palavras-chave:** Colaboração premiada. Legitimidade do Delegado de Polícia. Organizações criminosas. Lei 12.850/13. Adi 5.508/DF.

## ABSTRACT

This article aims to address the historical evolution of the award-winning collaboration institute, presenting the doctrines for and against, and the understanding of the Supreme Federal Court through ADI 5.508 / DF, proposed by the Attorney General. All the arguments presented are related to the documentary

---

<sup>1</sup> Discente do Curso de Direito do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). E-mail: Matheus.q.n@hotmail.com; Orientador Professor: George Lopes Leite. E-mail: george.leite@uniceub.edu.br



source. To establish the understanding, doctrines and jurisprudence about the subject were used. The main concern is to present a quick contextualization between the theme and the current Brazilian scenario, in addition to conceptualizing the institute for better understanding. In this line, basic concepts about the institute are exposed. Then, the topic and the discussion presented are explored, confronting doctrinal ideas and positions, and shortly afterwards, the Direct Action of Unconstitutionality proposed by the Attorney General and the statements of the rapporteur Minister and Minister Gilmar Mendes are presented, defending for that purpose the idea of the constitutionality of the law and presenting more significant portions of their votes. Still, it seeks to answer the inquiries made regarding the institute. It concludes by presenting the final position of the Federal Supreme Court in line with the ideas presented during the work regarding the constitutionality of the law.

**Keywords:** Awarded collaboration. Legitimacy of the Police Chief. Criminal organizations. Law 12.850 / 13. Addition 5.508 / DF.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa abordar a evolução histórica do instituto da colaboração premiada, apresentando as doutrinas a favor e contra, o entendimento do Supremo Tribunal Federal por meio da ADI 5.508/DF, proposta pelo Procurador Geral da República, nos crimes que envolvam organizações criminosas, além de expor caso prático da aplicação do instituto.

O estudo terá como ponto inicial a conceituação do instituto da colaboração premiada, apresentando conceitos de diferentes doutrinadores, passando pela evolução histórica do referido instituto até a atualidade, onde a Lei 12.850/13 tratou sobre o tema de maneira mais clara e, ainda, atribuiu grande importância a atividade do Delegado de Polícia.

Da análise histórica do tema, percebe-se que este instituto não é novo. A colaboração premiada nasceu na década de 1990, com a promulgação da lei 8.072/90, referentes aos crimes hediondos, passando a ser tratado em muitas outras leis, porém, a partir da Lei 12.850/13, tal instituto ganhou grandes proporções quando, nos §§ 2º e 6º do art. 4º da referida lei, nasceu a legitimação para o Delegado de Polícia quanto da propositura de acordo de colaboração premiada.



Após apresentada a conceituação necessária para compreensão do tema, será estudada de maneira aprofundada a competência e as atribuições do Delegado de Polícia, entrando no tema principal deste artigo, qual seja, a legitimidade do Delegado de Polícia para propor acordo de colaboração premiada, conforme a Lei 12.850/13.

Em se tratando da legitimidade para propor o acordo, que agora passar a ser não só do Ministério Público mas também do Delegado de Polícia, correntes foram se formando acerca do tema, criando uma grande repercussão, a qual ensejou o ajuizamento da ADI 5.508, que recentemente foi decidida.

Sabe-se que o cenário penal brasileiro atual não gera um sentimento de segurança para grande parte da população. É notória a carência do Estado de mecanismos para o combate às Organizações Criminosas, criando um País onde a improvisação é tremenda e quase tudo se encontra desorganizado, exceto os crimes cometidos pelas organizações criminosas.

Partindo da análise de um sistema penal que é falho, tal instituto tem a intenção de gerar maior eficiência e celeridade para os processos penais contra as Organizações Criminosas, criando, para o Delegado de Polícia, a legitimidade para propor acordo de colaboração premiada, que, querendo ou não, é um mecanismo de potencial eficiência e um garantidor meio de obtenção de provas e informações.

Fazendo um paralelo com casos práticos, tem-se o caso do ex-ministro Antonio Palocci, acusado de diversos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro. Já constam mais de três acordos de colaboração premiada realizados, os quais também já foram homologados pelos juízes competentes.

O Ministério Público, apesar de ter pugnado pela inconstitucionalidade no bojo da ADI 5.508/DF, tem de considerar a decisão do Supremo Tribunal Federal e não se opor aos acordos, na condição de custos legis, sob o risco de se criar insegurança jurídica e desestimular a celebração dos acordos de colaboração, devendo, após homologação do acordo, pautar-se no sentido de considerar legais tais



acordos, estimulando a sua celebração e permitindo assim que sejam descobertos outros ilícitos.

## **2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA**

Atualmente vivemos e presenciamos milhares de crimes, os quais só crescem com o passar dos tempos. Notório é que, cada vez mais, organizações criminosas são criadas, crimes dos mais hediondos possíveis são cometidos e a impunibilidade se vê quase sempre em grande crescimento.

A falta de políticas públicas e a ineficiência evidente do sistema penal brasileiro geram à toda a população a sensação de impunibilidade, insegurança e descredibilidade com o poder público. Os mecanismos de combate do estado contra as Organizações criminosas não se mostram eficientes e atualizados.

Buscar resultados significativos com os mesmos mecanismos obsoletos já não faz mais sentido frente a um sistema que não procura aperfeiçoar as estratégias que são utilizadas no combate a estas organizações.

O legislador, após perceber a falta de credibilidade que o Estado se apresentava para com toda a sociedade, em 2013 foi sancionada a lei 12.850/2013 que buscou implementar em nosso sistema penal brasileira, mecanismos mais eficientes, que visaram dar mais celeridade e resultado à todas as fases da persecução penal.

Para tanto, a lei disciplinou, dentre outros, o instituto da colaboração premiada, um importante instrumento probatório no combate às organizações criminosas. Nesse sentido, existia uma grande discussão sobre se ele seria meio de obtenção de prova ou prova propriamente dita. Com isso, após advento da Lei 13.964/19, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, o art. 3º-A dirimiu essa controvérsia disciplinando que o instituto seria meio de obtenção de prova.

Muitos doutrinadores insurgiram alegando a Inconstitucionalidade da lei 12.850/13 pelo fato de, ao legitimar o Delegado de Polícia para propor acordo de



colaboração premiada, estaria, neste momento, suprimindo a titularidade exclusiva do Ministério Público para propor a ação penal.

Porém, a colaboração não é instituto novo, sua criação advém da lei de Crimes Hediondos, qual seja, Lei 8.072/90 e a partir de então veio se aperfeiçoando através de outras leis, como, por exemplo, lei de proteção à testemunha, de drogas, de lavagem de dinheiro, nos crimes contra o sistema financeiro entre outras, entretanto, notório é que a denominação “colaboração premiada” só é realmente trazida quando da edição da Lei 9.034/95, referente às organizações criminosas, sendo mantida com o advento da lei 12.850/2013, objeto do estudo ora em comento.

### **3 CONCEITO DE COLABORAÇÃO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA**

Neste tópico será apresentado o conceito de colaboração premiada e organizações criminosas a fim de que haja, durante todo o estudo do tema, uma maior compreensão. Para tanto, serão trazidos conceitos disciplinados nas leis, bem como de doutrinadores e do Ministro Marco Aurélio.

Busca-se, com isso, contextualizar o instituto da colaboração premiada no âmbito do combate às organizações criminosas, afirmando, posteriormente, a legitimidade do Delegado de Polícia para propor este acordo, uma vez que é o tema central deste artigo.

#### **3.1 Colaboração premiada**

Levando em consideração o que foi dito, é de suma importância se apresentar o conceito da colaboração premiada para depois analisar da legitimidade do Delegado de Polícia para propor acordo.



Conforme os ensinamentos de Mario Sérgio Sobrinho:<sup>2</sup>

A colaboração premiada é o meio de prova pelo qual o investigado ou acusado, ao prestar suas declarações, coopera com a atividade investigativa, confessando crimes e indicando a atuação de terceiros envolvidos com a prática delitiva, de sorte a alterar o resultado das investigações em troca de benefícios processuais.

Neste mesmo sentido, o Ministro Marco Aurélio<sup>3</sup> ensina que a colaboração premiada:

É simples depoimento, prestado à autoridade, que será considerado, inclusive sob o ângulo das consequências, na hora devida, pelo órgão julgador, para fins de reconhecimento de benefícios, descritos na Lei. Transparece como confissão qualificada pelas informações que podem levar a resultados, também previstos na Lei – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura e da divisão de tarefas do grupo; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito dos delitos cometidos; e a localização de eventual vítima com a integridade física preservada.

Para Renato Brasileiro<sup>4</sup>, a colaboração premiada é:

[...] técnica especial de investigação por meio da qual o coautor ou partícipe da infração penal, além de além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.

Portanto, o instituto da colaboração premiada se refere a um dos meios de obtenção de prova admitidos em direito, que visam, em suma, dar maior eficiência e

---

<sup>2</sup> SÉRGIO SOBRINHO, Mário. O crime organizado no Brasil. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 47.

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1 turma. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508/DF*. Requerente: Procurador Geral da República. Intimado: Presidente da República. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 20, de junho de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019

<sup>4</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Especial Criminal Comentada*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 520



celeridade à persecução penal, onde, de um lado o acusado presta declarações e informações úteis e fidedignas, aptas a serem utilizadas na atividade investigativa e, de outro lado o Estado, por meio do poder judiciário, com base na voluntariedade do agente, eficiência e veracidade das informações, concede benefícios.

Além disso, mais um requisito exigido para a celebração do acordo surgiu recentemente com o advento da já citada Lei 13.964/19, mais conhecida como Pacote Anticrime, no § 3º do art. 3º-C, qual seja, a obrigatoriedade que o colaborador tem de narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados.

### 3.2 Organização criminosa

O art. 1º, §1º da Lei 12.850/13<sup>5</sup> apresenta o conceito de organização criminosa:

Art. 1 Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Pois bem, como é possível perceber, a lei traz alguns requisitos para que uma determinada união de pessoas que visam cometer crimes possa vir a caracterizar uma organização criminosa.

Ainda, diferencia-se a organização criminosa da associação criminosa porquanto esta necessita de menos requisitos para a sua caracterização, como, por

---

<sup>5</sup> BRASIL. *Lei Nº 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. Brasília, 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm). Acesso em: 30 abr. 2019





exemplo, a quantidade mínima de integrantes deve ser de três ou mais, não necessitando de divisão de tarefas ou uma estrutura hierárquica. Importante frisar que para o computo dos integrantes a fim de caracterizar organização criminosa, o menor, ainda que coagido a integrá-la, será levado em conta para fins de computo do mínimo legal de membros.

#### 4 DOUTRINAS

Superado o conceito de colaboração premiada e de organização criminosa, devemos então, para entender o tema em questão, fazer uma análise dos posicionamentos doutrinários a respeito do instituto, a fim de, ao final, percebermos que a Lei 12.850/13, em seus §§ 2º e 6º do art. 4º, atribuiu importante papel ao Delegado de Polícia.

Como já dito, a colaboração não é instituto novo, sua criação advém da lei de Crimes Hediondos, qual seja, Lei 8.072/90 e a partir de então veio se aperfeiçoando através das leis de proteção à testemunha, de drogas, de lavagem de dinheiro, nos crimes contra o sistema financeiro entre outras, porém, notória é, que a denominação “colaboração premiada” só é realmente trazida quando da edição da Lei 9.034/95, referente as organizações criminosas, sendo mantida com o advento da lei 12.850/2013, objeto do presente estudo.

Porém, o cerne da discussão aqui trazida se relaciona com a legitimidade do Delegado de Polícia para propor acordo de colaboração premiada, uma vez que tal tema gerou grande repercussão na maioria da doutrina, pelo fato de ser o Ministério Público o detentor da competência privativa para propositura da ação penal, gerando quem defendesse pela inconstitucionalidade dos §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei 12.850/13 e quem divergisse desse entendimento.



A Constituição Federal, em seu art. 129, inciso I<sup>6</sup>, disciplina que o Ministério Público é competente para: “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.”

O art. 4º, §§ 2º e 6º da Lei 12.850/13<sup>7</sup> aduz:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Portanto, com a entrada em vigor da Lei 12.850/13, mais especificamente em seu art. 4º, §§ 2º e 6º, foi conferida legitimidade ao Delegado de Polícia para propor acordo de colaboração premiada, daí porque da discussão do tema.

Para os autores que defendem a inconstitucionalidade, a linha de raciocínio se baseia em dizer que “o § 2o (sic) do art. 4º da Lei n. 12.850/2013 contempla já, de entrada, uma inconstitucionalidade flagrante, na medida em que, sendo a

---

<sup>6</sup> BRASIL. [Constituição (1998)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2005

<sup>7</sup> BRASIL. *Lei Nº 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. Brasília, 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm). Acesso em: 30 abr. 2019



“colaboração premiada” um meio de prova, diga-se, prova processual, converte o Delegado de Polícia em sujeito processual”<sup>8</sup>

Continuando nessa linha de raciocínio, Paulo César Busato<sup>9</sup>, em referência ao § 6º do artigo supra afirma que:

Ora, permite-se, com o dispositivo, que o delegado represente pela concessão da benesse ao membro da organização criminosa, ainda que contra a vontade do titular da ação penal que, neste caso, será simplesmente “ouvido”; e, ainda, que ele próprio realize diretamente a negociação com o defensor e o investigado, figurando o Ministério Público como mero acessório. Acontece que a colaboração premiada é matéria processual, pois consiste em meio de prova.

Estaria então, a Lei, nesta visão, com relação a disponibilidade do instrumento probatório, em desacordo com o comando constitucional no que diz respeito a competência privativa do Ministério Público para promover a ação penal, ao passo que, legitimando o Delegado de Polícia, este assumiria papel como parte no processo, interferindo diretamente na persecução penal, podendo gerar a diminuição, substituição ou até mesmo a extinção da punibilidade em razão do acordo de colaboração.

Sobre o tema, o Ministério Público<sup>10</sup>, em sua peça inicial na ADI 5.508, traz de início para sua fundamentação a violação à princípios legislados na Constituição Federal, alegando que:

Os trechos impugnados da lei, ao atribuírem a delegados de polícia iniciativa de acordos de colaboração premiada, contrariam o devido processo legal (Constituição da República, art. 5º, LIV), o princípio da moralidade (art. 37, caput), o princípio acusatório, a titularidade da ação penal

<sup>8</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa* : Lei 12.850/2013. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 122

<sup>9</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa* : Lei 12.850/2013. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 123

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1 turma. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508/DF*. Requerente: Procurador Geral da República. Intimado: Presidente da República. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 20, de junho de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10843941&prcID=4972866#>>. Acesso em: 30 abr. 2019



pública conferida ao Ministério Público pela Constituição (art. 129, I), a exclusividade do exercício de funções do Ministério Público por membros legalmente investidos na carreira (art. 129, § 2º, primeira parte) e a função constitucional da polícia, como órgão de segurança pública (art. 144, especialmente os §§ 1º e 4º).

Daí porque a alegação de inconstitucionalidade, pois além de violar princípios básicos que estão disciplinados na Constituição Federal, fica claro, do ponto de vista material, a natureza jurídica da colaboração premiada como instituto despersonalizador e, por isso, de propositura exclusiva do Ministério Público, na qualidade de titular da ação penal pública.<sup>11</sup>

Com relação ao tema:

Sustenta a Procuradoria-Geral da República que a formalização de acordo de colaboração pelo Delegado de Polícia, ainda que “com a manifestação do Ministério Público”, invade a função institucional privativa do Ministério Público para promover a ação penal pública. Apenas o Ministério Público, o dono da ação penal pública, poderia dela dispor.<sup>12</sup>

Portanto, com essas considerações, e apenas analisando os pareceres do Ministério Público e da Procuradoria Geral da República e, a parte da doutrina que insurge alegando a inconstitucionalidade, conclui Paulo César Busato<sup>13</sup> que:

A única solução hermenêutica razoável é entender como absolutamente impossível a iniciativa do delegado de polícia em negociar a colaboração premiada, cabendo esta exclusivamente ao agente do Ministério Público, submetendo-se, em caso de discordância do juiz a respeito dos termos do acordo, à revisão pelo Procurador-Geral de Justiça. Qualquer

---

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1 turma. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508/DF*. Requerente: Procurador Geral da República. Intimado: Presidente da República. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 20, de junho de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10843941&prclID=4972866#>. Acesso em: 30 abr 2019

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1 turma. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508/DF*. Requerente: Procurador Geral da República. Intimado: Presidente da República. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 20, de junho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes-poder-policia.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019

<sup>13</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa* : Lei 12.850/2013. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 124



outra interpretação ou forma de resolução esbarrará ou em ilegalidade ou em inconstitucionalidade.

Divergindo dessa parte da doutrina que defende a inconstitucionalidade, uma outra corrente surge e deve ser analisada, ao passo que os argumentos dispendidos se mostram contrários a alegada inconstitucionalidade, uma vez que a toda a atividade policial visa coletar provas e indícios suficientes para uma futura ação penal, devendo, portanto, o Delegado de Polícia e o Ministério Público andarem juntos, sempre visando uma maior eficiência e celeridade aos momentos pré-processuais.

Nesta linha de raciocínio, para César Roberto Bittencourt<sup>14</sup>:

Quanto a inconstitucionalidade em relação à possibilidade de o delegado de polícia poder celebrar o “acordo de colaboração premiada”, logicamente com a participação do defensor. Esse aspecto, em sua concepção, não o torna, por si só, parte na relação processual, considerando que dela não é integrante, limitando sua atividade somente à fase pré-processual, puramente preparatória.

Com acerto, as afirmações do autor demonstram que, celebrando acordo de colaboração premiada, não estaria o Delegado de Polícia se incorporando na posição de parte processual, uma vez que, sua participação não extrapola os limites da fase pré-processual, não havendo, portanto, no que se falar em parte no processo, pois sabido é que a fase do inquérito policial, diga-se, fase pré-processual, não se confunde com a fase processual propriamente dita.

Além das afirmações tecidas pelo autor, este ainda agrega ao seu entendimento, afirmando que “toda a atividade policial, que é preliminar, objetiva angariar e coletar indícios e provas para subsidiar futura ação penal, isto é, a autoridade policial trabalha para dar substrato ao Ministério Público.”<sup>15</sup>

Outro ponto a ser levado em consideração está na eficácia da colaboração, ao passo que, para concessão e aplicação dos benefícios, o legislador impõe que do ato

---

<sup>14</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa* : Lei 12.850/2013. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 124

<sup>15</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa* : Lei 12.850/2013. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 124



de colaboração, este alcance pelo menos um dos resultados pretendidos, visto que, tal instituto tem natureza de meio probatório, o qual, em decorrência da eficácia da colaboração prestada, a punibilidade do agente coautor poderá incorrer em substituição, diminuição e até mesmo extinção.

Partindo desse entendimento, Andrey Borges de Mendonça<sup>16</sup> traz em seu texto os resultados pretendidos com a colaboração, quais sejam:

O legislador impõe que a colaboração alcance um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (art. 4º, caput)

Da importância, da eficácia e do resultado da colaboração, Andrey Borges<sup>17</sup> ensina que:

O legislador indica uma escala crescente de importância da colaboração, do inciso I ao V, a apontar, ao menos em uma primeira análise, que o benefício concedido ao colaborador deve ser também crescente nessa direção. Da mesma forma, a obtenção de pluralidade de resultados deve ser considerada na análise do benefício a ser concedido.

Defendendo a constitucionalidade, o Ministro Gilmar Mendes<sup>18</sup>, na ADI 5.508/DF, também discorre em seu voto, afirmando que:

Ocorre que a lei prevê que a sanção premial é dosada e aplicada pelo juiz. Assim, o caput do art. 4º afirma que o “juiz poderá” conceder o “perdão judicial” ou a redução ou substituição da pena privativa de liberdade. O benefício será

---

<sup>16</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). *Revista Custos Legis*. São Paulo, v. 4, 2013, p. 8-9

<sup>17</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). *Revista Custos Legis*. São Paulo, v. 4, 2013, p. 9

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1 turma. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508/DF*. Requerente: Procurador Geral da República. Intimado: Presidente da República. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 20, de junho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes-poder-policia.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019



dosado levando em conta “a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração ” (§ 1º).

Para tanto, notório é que em todas as afirmações trazidas para defender a constitucionalidade da lei mostram que o Delegado de Polícia, ao celebrar o acordo, não se torna parte no processo, além de não ser ele quem irá especificar a sanção premial aplicável.

Ainda, é importante frisar que, realizando o acordo, Ministério Público sempre deverá se manifestar, fazendo com que a titularidade para a propositura, quer sim, quer não, ainda é dele, ao passo que o Delegado de Polícia apenas confere mais celeridade e eficiência à persecução penal.

No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes<sup>19</sup> trata:

Celebrado o acordo pelo delegado, não poderá ele especificar a sanção premial aplicável. Na melhor das hipóteses, o delegado poderia acordar que representará pela adoção de uma determinada sanção premial, sem com isso vincular o Ministério Público ou o Juízo. O delegado não é titular da ação penal, não pode sobre ela dispor.

Aliás, pela redação da lei, nem mesmo o Ministério Público pode chegar a tanto, muito embora essa praxe venha sendo adotada no âmbito do Ministério Público Federal

E ainda, conclui afirmando ser constitucional “a representação do delegado pela aplicação do perdão judicial. Não porque o Delegado de Polícia possa dispor sobre a ação penal; de fato não pode. Mas porque nada impede que a lei preveja ao juiz o poder de aplicar o perdão judicial contra a opinião do Ministério Público.”<sup>20</sup>

Desse entendimento, também discorre o Ministro Relator Marco Aurélio, com relação a ADI 5.508/DF.

---

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1 turma. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508/DF*. Requerente: Procurador Geral da República. Intimado: Presidente da República. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 20, de junho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes-poder-policia.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1 turma. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508/DF*. Requerente: Procurador Geral da República. Intimado: Presidente da República. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 20, de junho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes-poder-policia.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019



Suas acertadas afirmações durante todo o Voto condutor estão, mais uma vez, relacionadas a um instituto que visa dar ao Estado mecanismos capazes de gerar mais eficiência e celeridade, conseqüentemente, maior resultado ao combate ao crime organizado e, com esse entendimento, pontua com acerto que:

Definida a natureza jurídica do instrumento, tendo em conta o arcabouço constitucional e infraconstitucional, nada impede que seja formalizado, na fase de investigação pelo delegado de polícia, com manifestação do Ministério Público, como dispõe a legislação, uma vez que as vantagens previstas na Lei de regência somente poderão ser implementadas pelo juiz.

O argumento segundo o qual é privativa do Ministério Público a legitimidade para oferecer e negociar acordos de colaboração premiada, considerada a titularidade exclusiva da ação penal pública, não encontra amparo constitucional.<sup>21</sup>

Como afirma o Ministro, o argumento lançado pelo Ministério Público, que é o mesmo que a grande parte da doutrina defende, em relação a legitimidade ser do M.P., pois este é o detentor exclusivo da ação penal pública, não guarda qualquer amparo constitucional, uma vez que a Constituição Federal apenas dispõe da exclusividade da ação penal.

Como já apresentado, a colaboração premiada ocorre na fase da persecução penal, ou seja, na fase pré-processual, ao passo que, não retira do Ministério Público a exclusividade para propor a ação penal, uma vez que este sempre deverá se manifestar, porém, sem que isso vincule o juiz que, poderá, ainda, decidir de forma diversa do interesse do Ministério Público.

Defendendo a inconstitucionalidade, estamos, na verdade, centralizando todos os papéis relativos a persecução penal, à um órgão que será então o investigador, acusador e julgador, na medida que este estabelece a pena, regime e multa que vinculam o juiz.

---

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1 turma. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508/DF*. Requerente: Procurador Geral da República. Intimado: Presidente da República. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 20, de junho de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019





Esse entendimento provém de estarmos vivendo em um Estado Democrático de Direito, onde a nossa interpretação é restrita, completamente, à nossa constituição.

Não é surpresa que por esses argumentos, estamos vivenciando um momento de tensão com relação ao nosso sistema penal brasileiro, onde não há qualquer segurança e eficiência, levando qualquer cidadão a desacreditar na justiça.

Ademais, tem-se que em outros trechos na lei ora em comento, o legislador reafirma, indiretamente, a legitimidade do Delegado de Polícia para propor o acordo de colaboração premiada. Vejamos por exemplo como é o caso da dicção dada pelo art. 3º em seu inciso I quando afirma ser permitido, em qualquer fase da persecução penal, ou seja, fase investigativa e fase processual, sem prejuízo de outros já previstos em lei, como meio de obtenção de prova, a colaboração premiada.

Ora, tal norma implica em reconhecermos ser plenamente possível a entabulação do acordo de colaboração premiada pelo Delegado de Polícia, uma vez que o legislador ordinário deixou clara essa permissão na fase investigativa, comandada pelo Delegado de Polícia. Ainda, a nossa constituição é clara ao atribuir apenas à polícia judiciária a competência para comandar as investigações criminais.

Nesse sentido, tem-se trecho do ensinamento apresentado por Eduardo Cabette e Marcius Nahur no qual defendem o acerto do legislador em conferir legitimidade ao Delegado de Polícia senão vejamos:

sob o ponto de vista pragmático, agiu muito bem o legislador, pois que normalmente é o Delegado de Polícia aquele que se acha mais próximo e ciente das necessidades de informações para a investigação criminal que conduz. O empoderamento do Delegado de Polícia na colaboração premiada desburocratiza o instituto e o torna mais ágil e eficaz, sem qualquer perda para o Estado de Direito Democrático, pois que, seja para a colaboração acertada com o Promotor, seja com o Delegado, a lei estabelece uma série de garantias ao investigado ou réu.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *Criminalidade Organizada & Globalização Desorganizada* – Curso Completo de Acordo com a Lei 12.850/13. Rio de Janeiro: Freitas



Para além, mais um momento em que é nítida a intenção do legislador em legitimar o Delegado de Polícia encontra-se aduzido no inciso IV do art. 6º da referida lei. Pois bem, ao disciplinar que o termo de acordo da colaboração premiada deve ser feito por escrito e conter as assinaturas, seja do representante do Ministério ou do Delegado de Polícia, não restam dúvidas quando a legitimidade, pois, se fosse a ele vedada essa possibilidade, não faria sentido algum a previsão citada.

Sabe-se que recentemente entrou em vigor a lei 13.964/19, mais conhecida como Pacote Anticrime, onde, com o seu advento, indagações novamente surgiram sobre a mencionada legitimidade após ter sido contemplado expressamente que a colaboração premiada é negócio jurídico processual, conforme art. 3º-A, e que, então, não poderia ser celebrada pelo Delegado de Polícia.

Cumprе esclarecer que a referida lei em nada alterou a legitimidade, uma vez que, a todo momento, conforme demonstrado anteriormente, o legislador confere expressamente poderes ao delegado, como é o caso apresentado nos §§ 2º e 6º do art. 4 da lei 12.850/13, objeto no presente artigo.

Ainda, o legislador cita a possibilidade de ocorrência da colaboração premiada durante a fase investigatória, conforme aduz o já citado inciso I do art. 3º da referida lei, sendo que é da polícia a competência de atuação nesta fase, portanto, mais uma vez, corroborando com a legitimidade.

Por fim, ainda mostrando que as indagações após o advento da lei 13.964/19 não se sustentam, temos mais uma vez momento em que o legislador cita a assinatura do Delegado de Polícia no bojo do acordo conforme art. 6º, inciso IV da lei 12.850/13.

---

Bastos, 2014, p. 184 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1 turma. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508/DF*. Requerente: Procurador Geral da República. Intimado: Presidente da República. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 20, de junho de 2018.  
Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf>.  
Acesso em: 30 abr. 2019



Portanto, o que se pretendeu, desde o princípio, foi trazer à tona toda a importância da Lei 12.850/2013, mais especificamente em seus §§ 2º e 6º, do art. 4º, para mostrar que não se sustentam as alegações de que, o Delegado de Polícia, ao celebrar acordo de colaboração premiada, estaria tirando a legitimidade do Ministério Público como *parquet* da ação penal.

O que ocorre na verdade, é uma forma de dar celeridade e eficiência à toda a fase pré processual, ou seja, uma das fases da persecução penal, visando, para tanto, que se obtenham informações relevantes a fim de se chegar ao resultado pretendido da forma legal e mais célere possível.

Ocorre que a atividade policial deve ser vista, e é esse o intuito, como um meio que tem por finalidade dar substrato ao órgão acusador, facilitando ao máximo à propositura da ação penal pública, uma vez que as instituições existem para finalidade comum e que suas atribuições, na verdade, se complementem, afastando com essa ideia, o ultrapassado entendimento de exclusividade do Ministério Público, ainda que o Delegado de Polícia não esteja ferindo tal dispositivo constitucional.

Com o mesmo entendimento, o Ministro Marco Aurélio<sup>23</sup> complementa e finaliza seu brilhante voto aduzindo que “a atuação conjunta, a cooperação entre órgãos de investigação e de persecução penal, é de relevância maior. É nefasta qualquer “queda de braço”, como a examinada.”

Então, a posição adotada pelo STF dirimiu a controvérsia, não havendo argumentos, portanto, para retirar da polícia, uns dos mais importantes instrumentos probatórios, além de ter confirmando a importância dada ao Delegado de Polícia na persecução penal.

## **5 CASO PALOCCI E A APLICAÇÃO DO INSTITUTO**

Como já explicitado, o instituto é um dos mecanismos mais eficientes do Estado, que visaram dar mais celeridade e resultado à toda a fase da persecução penal e do processo penal, com intuito principal de obtenção informações relevantes,



a fim de se chegar ao resultado pretendido da forma legal e mais célere possível, além de poder revelar outros crimes e autorias.

Um caso de grande repercussão nacional, dentre vários existentes, que demonstra a aplicação e efetividade do instituto da colaboração premiada é o caso do ex- ministro Antônio Palocci. Acusado por diversos crimes, como por exemplo lavagem de dinheiro e corrupção, o ex-ministro já celebrou alguns acordos de colaboração premiada com procuradores e delegados de polícia, sendo três desses já homologados pelos juízes competentes.

Em um desses acordos, mais especificamente no terceiro, relacionado à desvios de recursos em fundos de pensão, o qual o teor do depoimento encontra-se em sigilo, não consta, previamente, a sansão premial a ser aplicada, cabendo ao juiz responsável, na sentença, decidir a respeito da aplicação e extensão da sansão premial, levando em consideração a relevância das informações prestadas.

Colaborações premiadas ajudaram, ainda, a revelar crimes envolvendo o sistema financeiro nacional. Elas se deram em outros dois acordos celebrados e, também, homologados. A depender do conteúdo dos depoimentos nestes acordos homologados, estes poderão ser utilizados em investigações em andamento e, inclusive, darem ensejo à outras linhas de apuração.

Nos outros dois acordos celebrados e também homologados, um pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região com relação à desvios na Petrobras e o outro pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Edson Fachin, que trata de supostos fatos ilícitos de políticos com foro privilegiado e retrata a atuação de uma suposta organização criminosa no Executivo federal, essas colaborações premiadas também ajudaram a revelar crimes envolvendo o sistema financeiro nacional.

Com a homologação de acordos de colaboração, o teor dos depoimentos pode ser utilizado em investigações em andamento e até dar ensejo à outras linhas de apuração.



Percebe-se que, além da colaboração premiada auxiliar nas investigações do caso que ensejou o acordo, podendo, inclusive, ser o mecanismo essencial para a finalidade pretendida, esta, por sua vez, poderá ensejar novas investigações em decorrência da efetividade das informações constantes nos depoimentos, ajudando na atividade principal da polícia no combate ao crime organizado.

Ainda, além do caso apresentado, outro de notório conhecimento é a operação Lava Jato onde a grande maioria dos acordos de colaboração premiada entabulados contaram com a participação da Polícia Federal, que se diga de passagem foi e é essencial para as investigações.

## 6 CONCLUSÃO

O presente artigo apresentou a evolução do instituto da colaboração premiada, que teve especial importância com o advento da Lei 12.850/13, apresentando também a ADI 5.508/DF, que dirimiu a controvérsia acerca da constitucionalidade ou não dos §§ 2º e 6º do art. 4º da referida lei e, ainda, desconstruiu a ideia de que com o advento da lei 13.964/19, o popularmente conhecido Pacote Anticrime suprimiria a legitimidade do Delegado de Polícia.

Portanto, o que se percebe é a extrema importância do instituto da colaboração premiada, notoriamente um dos mecanismos mais eficientes do Estado no combate a criminalidade. Não se deve analisar o instituto pelo prisma da atenuante ao réu, mas sim pelo prisma de uma estratégia que objetiva o combate e o desmembramento de organizações criminosas no Brasil, pois, com este instituto, o depoimento poderá ajudar a esclarecer as chefias das organizações e até mesmo a desvendar outros crimes.

Então, com a constitucionalidade reconhecida na ADI 5.508/DF, pode-se perceber que o instituto é de grande relevância para o sistema penal brasileiro, não havendo que se falar em disputa de legitimidade, uma vez que os órgãos devem atuar



paralelamente, colaborando uns com os outros a fim de combater com eficácia o crime organizado que se propaga e está em constante crescimento.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. [Constituição (1998)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1 turma. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508/DF*. Requerente: Procurador Geral da República. Intimado: Presidente da República. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 20, de junho de 2018.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10843941&prcID=4972866#>. Acesso em: 30 abr. 2019.

BRASIL. *Lei N° 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. Brasília, 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm). Acesso em: 30 abr. 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *Criminalidade Organizada & Globalização Desorganizada – Curso Completo de Acordo com a Lei 12.850/13*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). *Revista Custos Legis*, São Paulo, v. 4, p 8-9, 2013.

SERGIO SOBRINHO, Mário. O crime organizado no Brasil. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 47.



# CRIMES SEXUAIS: UMA ANÁLISE ACERCA DA VIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Micaela Firmino da Silva

## RESUMO

O presente trabalho visa apresentar a Justiça Restaurativa como um método alternativo e auxiliar da pena privativa de liberdade a ser aplicado àqueles que praticaram crimes sexuais, em especial, estupro e estupro de vulnerável. Além disso, demonstrar que é possível trabalhar com o ofensor sua responsabilização sem impor-lhe somente o sistema da pena de prisão. Para tanto serão utilizadas referências bibliográficas, exposição de casos, tanto no Brasil quanto nos EUA e na Nova Zelândia, a fim de demonstrar a viabilidade do programa restaurativo no sistema penal brasileiro. Ademais, pretende-se desmistificar a ideia de que só há um meio para se alcançar o sentimento de justiça, qual seja o encarceramento.

**Palavras-chave:** justiça restaurativa, crimes sexuais, justiça retributiva, estupro, estupro de vulnerável.

## INTRODUÇÃO

Os índices de violência sexual no Brasil aumentam a cada ano que passa e o sistema penal brasileiro não consegue diminuir tais índices, pois o sistema carcerário não mais atinge a função social para o qual foi destinado, isto é, reeducar o apenado. Nesse diapasão o presente trabalho abordará a viabilidade de utilização da Justiça Restaurativa no sistema penal brasileiro nos crimes sexuais, especificamente no estupro e estupro de vulnerável, como forma de demonstrar que a pena privativa de liberdade pode ser mais eficaz quando aliada aos métodos restaurativos. A razão de tal escolha é expor tanto para a sociedade, quanto para a vítima, por mais doloroso que possa ser encarar seu ofensor, que é possível outra forma de justiça que não só a pena privativa de liberdade e, sobretudo, fazer com que o réu, desde o início do



processo criminal, se conscientize e assuma verdadeiramente suas responsabilidades pela prática do ato ilícito.

O Código de Processo Penal e o Código Penal são normas penais muito antigas, um datado de 1941 e o outro de 1940, regimes tais que não se adequam mais perfeitamente ao século atual. Apesar de ocorrerem reformas ou emendas pontuais, essas não se mostram suficientes. Ambos os códigos necessitam de uma reforma por inteiro, isto é, necessitam inovar no sistema penal e adotar novos métodos de justiça ao se basear nos novos modelos que já estão inseridos em normativos de outros países.

O primeiro capítulo tem como enfoque principal definir o que vem a ser crime contra a dignidade sexual, abarcando unicamente duas modalidades desse grupo, qual seja estupro e estupro de vulnerável. Desse modo, haverá apontamentos a respeito de hediondez, consentimento da vítima e por fim, como o sistema penal brasileiro trata essas vítimas e os danos advindos da prática ilícita, aliado ao tratamento judiciário recebido.

O segundo capítulo versará sobre os elementos que norteiam os dois modelos de justiça a serem analisados neste trabalho, quais sejam, justiça retributiva e restaurativa, com o intento de demonstrar a função precípua de cada uma, demonstrando o que cada uma entende por justiça, além de apontar quais os métodos utilizados por cada uma para alcançar o senso de justiça.

No terceiro capítulo, com o desígnio de demonstrar a probabilidade de aplicação da justiça restaurativa nos crimes sexuais, será apresentado um caso brasileiro, o qual ocorreu em Brasília/DF e, outros crimes de mesma tipicidade ocorridos nos Estados Unidos da América e Nova Zelândia, a qual foi a manjedoura do método restaurativo. Nesse mesmo diapasão, serão apresentados alguns programas adotados por esses países, os quais ajudam vítimas e ofensores, em razão da falta de apoio do Estado. Exemplos tais que objetivam expor possíveis bases de trabalho para com as vítimas brasileiras.





No quarto capítulo serão expostos possíveis problemas que a escolha pela Justiça Restaurativa pode acarretar para o processo e, sobretudo para a vítima. Além disso, serão evidenciados os benefícios que tamanha escolha pode trazer para ambas as partes.

Com isso, é importante frisar a relevância política do tema diante de um projeto de lei, que se encontra parado no Congresso Nacional, acerca da implementação dos métodos restaurativos no judiciário, Sendo que sua aprovação seria de suma importância para a pena não perder o fim social a que se destina, tendo em vista que as práticas restaurativas auxiliam a pena. Possui também relevância social, porque a sociedade precisa descortinar a ideia de que a única forma de justiça é a imposição de penas severas aos infratores, inclusive as ideologias de prisão perpétua e pena de morte. Além disso, tem valor acadêmico, pois o estudante de direito precisa enxergar para além do ambiente acadêmico, isto é, fora dos limites do que a lei penal prevê, de forma a aplicar seus conhecimentos para além do encarceramento, a fim de que se possa alcançar e compreender outras formas de reeducar o preso. E por fim tem pertinência profissional, porque os operadores do direito devem buscar e aplicar métodos alternativos para os apenados, a fim de que se possa diminuir a superlotação carcerária para possibilitar mais dignidade àqueles que lá estão e demonstrar para o senso comum social que é possível ressocializar, reeducar e restaurar o apenado sem submetê-lo à duras penas. E, no atual contexto, o tema se torna relevante porque o sistema punitivo adotado pelo Brasil está fadado à falência e carece de revisão punitiva, ao passo que é fundamental a busca por novos métodos de justiça, além do recolhimento prisional. Ademais é imprescindível fazer com que o penitenciado reflita sobre sua atitude ilícita a fim de conscientizá-lo a não mais praticar tais atos, além de ajudar a vítima do crime sexual a superar o trauma e proporcionar a ela a participação na busca por um senso de justiça que achar mais adequado, além da pena, tendo em vista que a mesma não pode ser excluída.

Importante salientar que dois pontos não serão discutidos neste trabalho, a constitucionalidade da implementação da justiça restaurativa, visto que esse ponto é



de discussão no projeto de lei nº 8.045/2010 e a possibilidade de eventual atraso no processo.

O presente trabalho se utilizará de três métodos de pesquisa, quais sejam, epistemológica, monográfica e bibliográfica. A utilização dos métodos epistemológico, monográfico e bibliográfico se justificam porque o problema de pesquisa apresentado possui uma natureza majoritariamente teórica, tendo em vista que não há precedentes suficientes a serem analisados ante o fato de crimes sexuais correrem em segredo de justiça. A pesquisa, portanto, será realizada por meio de teorias expostas em livros e artigos científicos por autores que tratam do mesmo assunto e compartilham da mesma ideia.

Por fim, é um trabalho científico porque visa realizar um estudo pautado em trazer um novo significado para o que é justiça, sem fazer uma análise adstrita ao que impõem o sistema penal, já que se busca algo além disso. A proposta é fazer os legisladores, operadores do direito, estudantes da área, sociedade e vítima despensar que a única forma existente de justiça é o recolhimento carcerário, porque fazer ciência na área do direito é buscar novas formas de inserção social do condenado a partir de novos métodos de justiça, e a ideia é justamente essa, apresentar novas formas de reeducar e restaurar o preso.

## **1 CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**

Inicialmente os crimes sexuais previstos no Código Penal eram taxados de crimes “contra os costumes”, porque eram tidos como delitos violadores da moral e dos bons costumes, o que afetava diretamente a sociedade. E, atualmente, com a reforma do capítulo de que trata esses crimes, passou a ser denominado de “crimes contra a liberdade sexual”, o qual coloca a vítima, efetivamente, no polo passivo.

O crime praticado contra a liberdade sexual, especificamente no crime de estupro e estupro de vulnerável, significa que o livre arbítrio de escolha em ter ou



não relação sexual é violado. Tal predileção sofre violação de duas formas, seja por violência ou grave ameaça.

A violência se caracteriza pela prática de uma ação que propicia o constrangimento físico ou moral, ao passo que a grave ameaça gera constrangimento moral (BUENO, 2015). Ambas as formas servem para forçar a vítima a praticar atos libidinosos contra sua vontade.

A partir dessas informações prévias, o presente capítulo se dedicará a discorrer apenas sobre duas condutas previstas no capítulo dos crimes contra a liberdade sexual, do Código Penal, o estupro e o estupro de vulnerável.

## 1.1 Estupro

A conduta do estupro se encontra tipificada no artigo 213 do Código Penal e significa: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” (BRASIL, 1940).

O verbo “constranger” na conduta do agente não significa envergonhar a vítima, mas sim obrigá-la ou coagi-la a praticar conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso contra a sua vontade, isto é, ter relações íntimas sem consentimento. Tal conduta leva a violação de um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Muitos se perguntam e debatem o que é a dignidade, e em busca de uma resposta, Greco utiliza o conceito de Sarlet (2015, p. 60):

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.



Cabe ressaltar, que antes do advento da Lei 12.015/2009, para caracterizar o crime em tela, era requisito intrínseco que houvesse penetração do pênis na vagina, caso contrário, poderia configurar, no já extinto, atentado violento ao pudor. E como consequência disso, o crime ora analisado, só poderia ser cometido por homem contra mulher, tendo em vista que o tipo legal trazia em seu texto “constranger mulher”. Atualmente, com o advento da supracitada lei, a palavra “mulher” foi substituída pela palavra “alguém”, o que abarca qualquer pessoa, independentemente do sexo.

Portanto, o tipo legal ao se adequar a sociedade atual, nas palavras de Nucci (2012): “pode haver estupro por agente homem contra vítima mulher, por agente homem contra vítima homem, por agente mulher contra vítima homem e por agente mulher contra vítima mulher.”

Além disso, deve-se ter em mente que a conduta acima descrita não comporta modalidade culposa, portanto, somente a conduta dolosa é empregada para fins de apenamento.

## **1.2 Estupro de vulnerável e a irrelevância do consentimento**

O estupro de vulnerável tem a mesma conduta prevista no art. 213, do Código Penal, a diferença entre um e outro reside no fato que a conduta ora analisada é praticada contra um menor de 14 anos, enfermo ou doente mental que não tenha total discernimento para a prática do ato. Além disso, no § 1º do artigo 217-A, o Código visa amparar as vítimas consideradas capazes, que por algum fato alheio, as impeçam de oferecer resistência no momento do cometimento da conduta típica. Nesse sentido Greco (2017) afirma:

O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar



outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.

Algo que merece destaque é o fato que antes do advento da Lei 12.015/2009, muito se discutia sobre a presunção de vulnerabilidade desse tipo de vítima, se era vulnerabilidade absoluta (*iuris et de iuris*) ou presumida (*iuris tantum*), até porque o crime sexual praticado contra vítimas vulneráveis era classificado como uma qualificadora do art. 213. O legislador visando pôr fim a tal discussão optou por criar um tipo penal específico para a conduta, o que tornou a vulnerabilidade absoluta. (ALMEIDA, 2017)

Havia ainda outra discussão, acerca da vulnerabilidade, sobretudo para as vítimas menores de 14 anos, a respeito do consentimento da vítima para a prática de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. A discussão era que se a vítima consentisse o ato e os responsáveis legais não se opusesse à relação, não configuraria a conduta ilícita, caso contrário, se não houvesse consentimento, o agente cometeria o ilícito. Desta feita, o legislador, mais uma vez, visando cessar a discussão, impôs que nesse caso, o consentimento da vítima é irrelevante, assim como se já tiver tido relações sexuais, pois o menor não tem o discernimento suficiente para decidir sobre a vida sexual, é o que aduz o parágrafo 5º do artigo 217-A (BRASIL, 1940), expondo que:

A adoção desse dispositivo tem por objetivo conferir maior proteção à pessoa vulnerável, sobretudo para impedir a sedimentação de entendimentos jurisprudenciais que afastem a incidência do crime de estupro de vulnerável pelo fato de a vítima já ter tido experiências sexuais anteriores à ocorrência do crime, mormente porque o dispositivo referido adota critério objetivo para a caracterização da vulnerabilidade, qual seja ser a vítima menor de quatorze anos de idade.

Importante frisar que ambos os crimes são tipos penais mistos alternativos, isto é, a prática de qualquer das condutas previstas configura crime, assim como a tentativa é merecedora de punição.



### 1.3 Hediondez

A conduta do estupro e do estupro de vulnerável são tão graves que estão dispostas no rol da lei de crimes hediondos (Lei 8.072/90). Hediondo é o que se caracteriza pela maior reprovabilidade e indignação moral da sociedade perante a conduta praticada pelo agente além de serem condutas cruéis e desprezíveis.

Logo, o agente infrator não possui os benefícios de graça, indulto ou anistia, bem como o livramento condicional e a pena privativa de liberdade será iniciada no regime inicial fechado. No que tange a progressão de regime, de acordo com a lei nº 13.964/2019 (BRASIL, 1984):

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. § 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Com as mudanças do Pacote Anticrime, é visível que a progressão de regime tornou-se mais morosa, sobretudo nos crimes hediondos. E, é por isso que a adoção de medidas alternativas para os infratores nos crimes sexuais torna-se benéfico, para que eles tenham a oportunidade de refletir sinceramente sobre o crime praticado, ao menos enquanto permanecem no cárcere.



## 1.4 Desconsideração das vítimas pelo Processo Penal Brasileiro e seu impacto

O Processo Penal Brasileiro ignora totalmente o sofrimento da vítima, desencadeando a negação de sua autonomia, assim como sua dignidade (ATANES; GUIMARÃES, 2019). Atitudes como estas advindas do Poder Judiciário, acarreta a verdadeira objetificação probatória da mulher.

Atanes e Guimarães afirmam que pelo fato da subjetividade da mulher ser absolutamente negada no ato do estupro, ocorre um processo de vitimização, o qual torna acontecer novamente durante o processo, gerando sua revitimização, pois a vítima é posta, meramente, como meio de prova. Isso porque, no crime de estupro, a palavra da vítima tem total relevância, sobretudo nos casos em que houve certa demora do sujeito passivo em comunicar o crime, o que torna mais difícil de comprovar quem é o agressor, através de perícia no material genético. Nesse mesmo sentido, Câmara (2008 p. 84) afirma que:

O fenômeno da estigmatização ou revitimização da vítima ocorre, preferencialmente, no espaço processual penal, considerado como a mais angustiante das cerimônias degradantes (...) e implica em uma intensificação e ampliação dos danos (materiais ou imateriais) que a vítima sofrera com o delito. Demais disso, já no ambiente policial, é possível constatar na qualidade de first line enforcer os agentes policiais “não brincam em serviço” quando se trata de conferir rótulos degradantes a determinadas vítimas.

Na trajetória da fase inquisitorial e processual, em ambos os momentos, a vítima se depara com total desamparo das autoridades. O que nesses aspectos torna-se vital adotar uma alternativa à simples judicialização nos casos de estupro e estupro de vulnerável.

A violação da intimidade da vítima é tão grave e desprezível que as condutas descritas no tipo penal são reputadas de hediondas e as sequelas oriundas do delito não são abrandadas pela privação de liberdade do agressor. (ATANES; GUIMARÃES, 2019), ademais os danos causados com a consumação do delito são



irreversíveis (ALMEIDA, 2017), pois as vítimas não conseguem superar o trauma de ter sua dignidade violada.

Danos como esses severos e devastadores, são suscetíveis de desencadear uma série de problemas, tanto na esfera física como mental, seja a curto ou longo prazo. O principal problema na esfera física da mulher violentada é a gravidez indesejada, além de infecções no aparelho reprodutivo e doenças sexualmente transmissíveis. Além disso, essas mesmas mulheres tendem a desenvolver distúrbios sexuais e apresentar maior vulnerabilidade para sintomas psiquiátricos, como por exemplo, depressão, pânico, somatização, estresse pós-traumático, tentativas suicidas, abuso ou dependência em substâncias psicoativas ou álcool. (Instituto Patrícia Galvão, violência contra mulheres.)

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), “a violência sexual é um problema de saúde pública de escala global” (Instituto Patrícia Galvão, violência contra mulheres.), isso porque todos os danos causados nas vítimas são discutidos e resolvidos na esfera da medicina, frente a tratamentos medicamentosos, procedimento abortivo e tratamento psicológico. Portanto, cabe à esfera jurídica e penal cuidar do agressor.

Diante disso, pensando em uma alternativa à simples judicialização para esses crimes, a Justiça Restaurativa permite tornar realidade tal possibilidade, pois é um modelo que visa à valorização da vítima, a fim de que possa expressar suas angústias e sentimentos, os quais são negligenciados no sistema processual penal (BIANCHINI, 2012), mas sem descuidar das necessidades do autor.

## **2 JUSTIÇA RESTAURATIVA – NOVO MODELO AUXILIAR DE JUSTIÇA PENAL**

A Justiça Restaurativa nasce como uma alternativa complementar ao sistema penal de resolução de conflitos, pois ao longo de todo o processo criminal as lesões e necessidades, tanto da vítima quanto do agressor são negligenciadas pelo sistema, da





mesma forma que o encarceramento não mais atende às necessidades sociais de punição e reeducação dos prisioneiros (ZEHR, 2012) e o presente capítulo se dedicará a apontar quais os elementos que norteiam os diferentes métodos de justiça no âmbito penal.

## 2.1 Fundamentos da Justiça Retributiva

A justiça retributiva encara o crime como um ato contra a sociedade, a qual está representada pelo Estado, isto é, a vítima de um delito cometido é o Estado e para tanto o mesmo tem o dever de punir o mal causado com a imposição de uma pena. Contudo, nos crimes sexuais, o Estado jamais pode configurar no polo passivo. Nesse sentido salienta Zehr (2008, p.174),

Sob uma perspectiva retributiva, os aspectos que formam a ideia de crime são os seguintes: 1. O crime é definido pela violação da Lei; 2. Os danos são definidos em abstrato; 3. O crime está numa categoria distinta dos outros danos; 4. O Estado é a vítima; 5. O Estado e o Ofensor são as partes no processo; 6. As necessidades e os direitos das vítimas são ignorados; 7. As dimensões interpessoais são irrelevantes; 8. A natureza conflituosa do crime é velada; 9. O dano causado ao ofensor é periférico; 10. A ofensa é definida em termos técnicos e jurídicos. O crime, nessa forma de justiça, é visto como uma transgressão à norma penal, devendo o ofensor ser castigado.”

O sistema penal ao adotar a teoria mista, promete com a imposição de uma sanção penal, reeducar o ofensor na penitenciária para, após o cumprimento da pena, poder reinseri-lo novamente em sociedade. Contudo não é o que ocorre na prática, porque a própria sociedade não é instruída a acolhê-lo novamente, o que ocorre de fato é a sua total exclusão, tendo em vista que dificilmente consegue se reinserir no mercado de trabalho, isso porque ninguém se sente seguro em contratar ou trabalhar ao lado de um ex-presidiário e como consequência disso, retorna a prática delituosa. Nos dizeres de Bauman (2005, p.107) “uma vez rejeitado, sempre rejeitado. Para um ex-presidiário sob condicional ou sursis, retornar à sociedade é quase impossível, mas é quase certo retornar à prisão”.



Todo esse modelo retributivo, faz nascer um ciclo vicioso de reincidência penal, pois o Estado não cumpre a finalidade da sanção penal, qual seja ressocializar e coibir a prática delituosa, cumpre apenas com a finalidade retributiva, ou seja, retribuir o mal causado com a imposição de pena. Oportunidade que faz-se mister demonstrar que o próprio Estado descumpra uma de suas normas, em que, a Lei de Execuções penais, no art. 10, dispõe que: “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade” (BRASIL, 1984). E não é somente com a determinação de penas privativas de liberdade que os problemas criminais, sobretudo os sexuais, irão ser resolvidos em sociedade e nem reeducar os presos, pois de acordo com as palavras de Zehr (2008, p. 39):

Será que a prisão ensinará a ele padrões de comportamento não violento? Com toda a probabilidade o tornará ainda mais violento. Conseguirá a prisão proteger a sociedade desse rapaz? Talvez por algum tempo, mas, por fim, ele saíra bem pior do que entrou. E enquanto estiver lá dentro, talvez se torne uma ameaça para os outros internos. (...) Além disso, a ameaça de encarceramento não será mais algo tão assustador para ele, depois de ter descoberto que consegue sobreviver ali. Na verdade, depois de vinte anos na prisão ela terá se tornado sua casa e ele se sentirá inseguro fora dela.

Seguindo a mesma linha de pensamento de Zehr, Secco e Lima (2018, p.445) afirmam que:

O presídio, longe de ser um lugar de ressocialização funciona como uma verdadeira escola do crime. (...) O encarceramento não resolve o problema da segurança pública, não recupera os presos, e ainda funciona como um fomentador da criminalidade. (...) O paradigma a partir do qual o encarceramento se apresenta como a melhor solução em termos de punição definitivamente não atingiu seus objetivos – o de responsabilizar e ressocializar infratores, acarretando assim, uma crise de legitimidade do Sistema de Justiça, bem como, o estabelecimento de violência generalizada e o crescimento exponencial dos índices de encarceramento.”



Depreende-se que a Justiça criminal do Ocidente que, na teoria, aplica corretivos justos e bem proporcionados que coíbem a criminalidade, mas que, na prática, não coíbem nem previnem, e frequentemente deixam as coisas piores do que estavam (SCURO NETO *apud* BRAITHWAITE, 2000). Portanto é preciso descobrir o que motivou a prática da conduta ilegal e trabalhar a partir dessa motivação, além de reeducar verdadeiramente esses indivíduos para que possam e sejam aceitos novamente em sociedade. E é a partir daí que nasce a proposta de instaurar no Processo Penal Brasileiro, na esfera dos crimes sexuais, a Justiça Restaurativa.

## 2.2 Fundamentos da Justiça Restaurativa

A Justiça Restaurativa surge como um método alternativo e ao mesmo tempo complementar à aplicação da pena privativa liberdade e propõe a mínima intervenção do Estado, na medida em que as práticas restaurativas envolvem exclusivamente a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de conscientização do ofensor, reparação do dano à vítima e segurança para a sociedade. Nesse sentido, Sócrates (2005, p.20) apresenta um conceito de Justiça Restaurativa:

A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletivamente e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime.

Adotar o sistema restaurativo significa trazer uma nova visão para o crime, abster-se da idealização de que o crime resume-se apenas à violação de normas penais, quando na verdade vai muito além disso, na busca pela verdadeira solução para o delito. Nesse diapasão, Zehr (2008, p. 170 - 171) afirma que a justiça restaurativa encara o crime como: "uma violação de pessoas e relacionamentos, ele cria a obrigação de corrigir os erros, a justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovem reparação, reconciliação e segurança."



Nesse mesmo sentido, Secco e Lima (2018, p. 449), se utilizam das seguintes palavras para se aliarem a ideia de Zehr, ao discorrerem que a justiça restaurativa:

Não permite que o Estado se aproprie dos conflitos, ensejando assim um empoderamento dos indivíduos na medida em que estes resolvem por si mesmos seus conflitos e aprendem e se desenvolvem com as soluções encontradas. O criminoso também tem necessidades, assim como a vítima. O crime deve ser visto como um comportamento a ser mudado no ofensor, e para isso o papel da vítima é importante.

O sistema restaurativo possui diversos modelos, sendo os mais importantes e mais adotados, a mediação e os círculos restaurativos. A mediação é um instrumento facilitador da comunicação e participação ativa entre os envolvidos no conflito, visando a restauração do dano e o reequilíbrio da relação entre vítima, ofensor e sociedade. Importante salientar que a técnica de mediação utilizada nos programas restaurativos se difere da mediação utilizada no Juizado Especial Criminal. Nesse sentido, Giacomolli; Maya (2010, p. 135) expõem que:

A mediação pode ser utilizada como instrumento da justiça restaurativa, ou seja, em um processo de consenso e diálogo, onde a vítima, o ofensor e quaisquer outros indivíduos envolvidos no conflito, participem ativamente na resolução das questões oriundas do conflito, geralmente com a ajuda de um facilitador, objetivando a reparação do dano e restauração das respectivas relações.

Já os círculos restaurativos envolvem a participação de mais pessoas, onde cada um poderá expor sua opinião e apontar qual a melhor solução. Nesse método, não há necessariamente a participação da vítima, sendo sua participação opcional. O foco principal desse modelo é fazer com que o ofensor reconheça o dano causado e assuma a responsabilidade pelos atos praticados.

Nessa perspectiva, a Justiça Restaurativa prioriza as necessidades da vítima desde o início do processo (PINTO, 2007) visando reestruturar a vítima e fazer com que consiga encarar seu esturador, bem como o intento de fazer com que o autor assuma a responsabilidade pelo ato lesivo e se conscientize, a fim de que não mais cometa o mesmo ato e que possa voltar a conviver em sociedade. Especificamente,



nos crimes sexuais, o perdão é algo praticamente inalcançável diante do dano causado, mas nesses casos, busca-se, por óbvio, o arrependimento do ofensor e o alívio ou satisfação da vítima em dizer, diretamente, todo o mal e angústia que o agressor lhe causou, para a partir de então, alcançarem uma forma de reparação. Programa este que concede maior liberdade às partes de expressarem seus sentimentos e angústias e de serem ouvidas, o qual se contrapõe ao sistema do Processo Penal, onde a maior participação é do Estado e não das partes. Por esse ângulo afirma Dias (2014, p. 248) que:

A Justiça Restaurativa cria a obrigação de corrigir os erros e objetiva a reparação e a cura para a vítima, buscando uma forma de reparar, reconciliar e restabelecer a segurança das partes, sanando o relacionamento entre a vítima e o ofensor. Com a intervenção da Justiça Restaurativa é oportunizado um espaço para a confissão, o arrependimento sincero e a confissão.

Cumpre salientar que nos casos em que o crime sexual ocorre entre pessoas que já se conhecem, Pinto salienta (2007, p. 20) que:

O paradigma restaurativo vai além do procedimento judicial dos juizados especiais para “resgatar a convivência pacífica no ambiente afetado pelo crime, em especial naquelas situações em que o ofensor e a vítima tem uma convivência próxima”, como pontua o juiz Asiel Henrique de Sousa, num estudo preliminar para a implantação de um Projeto Piloto em Brasília, no Núcleo Bandeirante.

Importante é que o método restaurativo somente se concretizará se houver flexibilidade, voluntariedade, confidencialidade, consensualidade e colaboração dos envolvidos. Nada disso será imposto de forma coercitiva. Ademais esses métodos serão conduzidos por um conciliador ou mediador imparcial. Corroborando com esta concepção, Pinto (2007, p. 22) afirma que:

O modelo restaurativo baseia-se em valores, procedimentos e resultados definidos, mas pressupõe a concordância de ambas as partes (réu e vítima), concordância essa que pode ser revogada unilateralmente, sendo que os acordos devem ser razoáveis e as obrigações propostas devem atender ao princípio da proporcionalidade. A aceitação do programa não deve, em nenhuma hipótese, ser usada como indício ou prova



no processo penal, seja o original seja em um outro.(...) Essa flexibilização deve ser pautada em uma organização responsável para que não haja prejuízo à qualidade e aos parâmetros de restauração. Para isso, deve haver fidelidade aos princípios, de modo que a aplicação das práticas restaurativas devem ser realizadas por um coordenador capaz de fazer a devida preparação, condução e o posterior acompanhamento dos resultados do encontro, garantindo-se um ambiente seguro e protegido aos participantes.

Com isso, o objetivo não é substituir a pena, mas sim adotar uma das formas restaurativas como método complementar e auxiliar da pena, para que o ofensor possa sair do sistema carcerário reeducado, consciente e arrependido dos seus atos, porque a pena por si só não consegue cumprir com a finalidade social a qual se destina, ante as mazelas que se encontra o sistema carcerário brasileiro. E para isso é preciso limitar o exercício do poder punitivo do Estado, para então complementar a pena com alternativas que se façam mais eficientes para a solução de conflitos penais.

À par dos fundamentos da Justiça retributiva e restaurativa, Howard Zehr, (2008, p.174-175) apresenta um comparativo acerca do que é o crime sob o prisma dessas duas “lentes”.

Sob a ótica da lente retributiva o crime é visto apenas como violação da lei, assim como a ofensa é analisada somente sob os aspectos jurídicos e técnicos, sendo os danos definidos em abstrato. Além disso, o Estado é vítima, da mesma forma que compõe o polo passivo do processo juntamente com o ofensor, apenas. Com isso, tanto as necessidades quanto os direitos das vítimas são absurdamente ignorados, fazendo com que a natureza conflituosa do crime seja velada, assim como as dimensões interpessoais são consideradas irrelevantes. Outrossim, eventuais danos que a pena de prisão venha à acometer o ofensor são considerados periféricos.

Do ponto de vista da lente restaurativa o crime é conceituado como um dano à pessoa e ao relacionamento, sendo o dano analisado de forma concreta. A partir da definição de crime extrai-se quem são as únicas vítimas da ofensa, ou seja, a pessoa que sofreu diretamente o dano e, nos casos em que há conhecimento prévio entre os



envolvidos, o relacionamento interpessoal entre os mesmos, o que leva a centralidade de tal ponto a efeito. Nesse ínterim, vítima e ofensor são os únicos que figuram no polo passivo do processo, sendo que os direitos e necessidades da vítima são primordiais, ao passo que a natureza conflituosa do delito é totalmente reconhecida, de forma a compreender a ofensa em seus mais diversos contextos, ético, social, econômico e político. Além do mais, a Justiça Restaurativa, também se preocupa com o ofensor, ao analisar a melhor forma de ajudá-lo a assumir suas responsabilidades pelo dano, assim como para repará-lo.

### **3 EXPERIÊNCIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO CASO CONCRETO**

Diante de tanta crítica e descrédito no que diz respeito ao modelo de justiça restaurativa, o presente capítulo se dedicará a discorrer, com riqueza de detalhes, um caso de estupro de vulnerável ocorrido no Distrito Federal, a fim de demonstrar a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes de maior potencial lesivo, inclusive os hediondos. Pois, nos dizeres de uma profissional que participou do caso (COSTA; MOURA, 2007, p.624-625):

Este caso foi um passo dado pelo Programa de Justiça Restaurativa do Núcleo Bandeirante- DF, no sentido de ampliar a atuação dessa nova forma de lidar com os crimes de grande potencial ofensivo. Esse é o próximo desafio. Este caso demonstra que vale a pena aceitá-lo.

Além disso, serão apresentados programas restaurativos de amparo às vítimas de estupro, os quais são adotados nos Estados Unidos da América e na Nova Zelândia e que podem ser adotados como referenciais no Brasil.

#### **3.1 Experiência no Brasil - Brasília/DF**

O projeto piloto de Justiça Restaurativa em Brasília foi inicialmente implantado no Juizado Especial Criminal no Fórum do Núcleo Bandeirante, primeiramente para crimes menos graves, como ameaça, lesões corporais, injúria,



calúnia, difamação e em alguns casos, no roubo. Diante do resultado satisfatório, o então Programa da Justiça Restaurativa foi chamado a atender um caso mais grave advindo de uma Vara Criminal do Distrito Federal. (ANDRADE, 2012)

Ocorre que, à época dos fatos, dois jovens de 18 e 19 anos, foram acusados de cometer a conduta ilícita prevista no, já extinto, artigo 214 do Código Penal Brasileiro (atentado violento ao pudor) combinado com o art. 29 do mesmo diploma legal, o que equivale atualmente ao artigo 217-A do Código Penal, o denominado estupro de vulnerável.

A vítima do caso em tela, á época, tinha 13 anos e lhe foi designado um psicólogo para que pudessem conversar sobre os fatos e assim preparar a criança para ser ouvida em juízo. Comparecendo ao psicólogo juntamente com sua genitora, a qual demonstrou profunda tristeza pelo o que havia acontecido com sua filha. No decorrer da sessão, a mãe da vítima demonstrou interesse em conversar com os ofensores e foi a partir desse momento que o Programa Justiça Restaurativa lhe foi apresentado, demonstrando a forma de atuação do programa, bem como suas nuances.

Chegado o dia da audiência, a mãe da menina estava acabrunhada por não poder ouvir o depoimento dos agressores. Nesse contexto, o psicólogo novamente ressaltou os benefícios do Programa Justiça Restaurativa e afirmou que caso aceitasse participar do programa, lhe seria dado a oportunidade de conversar tanto com os acusados, quanto com os responsáveis legais dos mesmos. Então, ela aceitou participar.

Desta feita, o psicólogo informou ao juiz o desejo da mãe da vítima em querer participar do programa e, então o magistrado requereu o consentimento do Ministério Público, assim como dos advogados constituídos pelos réus e desta feita houve manifestação positiva pelo Ministério Público, advogados e réus. Cabe ressaltar que no caso ora analisado, houve uma pequena mudança no processo formal da Justiça Restaurativa, pois a primeira pessoa a ser consultada, para





aceitação ou não do programa, é o réu. Isso para evitar que a vítima crie expectativas.

Frente o consentimento de todos os envolvidos no processo, foram agendadas visitas domiciliares à vítima e aos réus. Importante destacar que o objetivo das visitas domiciliares é passar informações, para os participantes, acerca do procedimento adotado pelo programa, assim como explicar o que se espera deles ao final de todo o processo e por fim, fiscalizar e avaliar se estão cumprindo com as responsabilidades que lhes foram impostas.

Ocorridas as visitas domiciliares na casa de cada um dos réus, percebeu-se grande ânsia dos acusados em querer assumir suas responsabilidades e, sobretudo, grande pesar em relação ao sofrimento da vítima. Diante da dedicação dos réus, os profissionais do programa optaram por proporcionar apenas um Encontro Restaurativo, pois a narração dos fatos era coincidente e ambos assumiram a responsabilidade pela conduta de forma igualitária. Após o encontro com os réus, passou-se a vez de visitar a família da vítima.

Um fato bastante curioso ocorreu durante a visita na casa da vítima, o padrasto da menina afirmou que notou certa estranheza ao observar como a menina lhe dava com toda a situação e, além disso, afirmou que em outras duas ocasiões que demandavam seriedade, a menina mentiu, o que acarretou graves consequências. Diante de tais afirmativas, o psicólogo convidou a menina para sair. Em uma ocasião mais privada, o psicólogo trabalhou com o que o padrasto havia dito e, apesar de certa resistência, a menina acabou por confessar que em momento algum foi forçada a ter relação sexual com os acusados, afirmando que havia saído com os réus e que realizou a conjunção carnal por livre e espontânea vontade.

Primeira conclusão, a menina havia mentido em juízo e isso lhe traria consequências, visto que constitui ato infracional. Diante da nova versão apresentada pela menina ao psicólogo, os profissionais do programa viram a necessidade de marcar outro encontro com os réus.



No dia do segundo encontro, os profissionais lembraram os motivos que os levaram até aquele momento, bem como colocou a vítima no polo dos ofensores, levando em consideração a mentira contada em juízo. Dessa maneira, foi criado um protocolo exclusivo para tal encontro, protocolo este que permitiu que os ofensores pudessem falar como se sentiam e como foram afetados pelo fato. (ANDRADE, 2012)

Em certo momento, todos puderam expressar seus sentimentos e aflições, momento em que se percebeu que, a cada declaração dada todos se solidarizavam com a dor do outro. Dada a palavra para mãe da vítima, ela perguntou aos ofensores por que eles haviam violentado sua filha, e eles, com cuidado, afirmaram que não haviam violentado a menina, pois a mesma concordou com a prática do ato sexual. Um dos réus afirmou que não tinha a intenção de manter relação sexual com a menina e que estava junto com o amigo apenas o acompanhando. Este destacou ainda que em momento algum a garota apresentou resistência, pois, caso contrário, seria o primeiro a impedir a conduta sexual. Ambos então afirmaram arrependimento. (ANDRADE, 2012)

Ao longo dos depoimentos, os profissionais perceberam que a queixa não encontrava respaldo com a cultura vivida pela família da garota e para os psicólogos “parecia que a regra deles estava focada não na necessidade de proteção ao menor de idade, mas sim de uma relação de compromisso para que a relação sexual acontecesse.” (ANDRADE, 2012). A mãe de um dos ofensores afirmou sentir muito pelo o que havia ocorrido e que desde então rezava todas as noites pelo bem-estar da garota e de sua família.

Foi proposto para as famílias, a vítima e os ofensores responderem as seguintes perguntas: a quem ofendi? O que posso fazer para restaurar a ofensa? Quem me ofendeu? Do que necessito para ser restaurado dessa ofensa? (ANDRADE, 2012). Trazidas as respostas, os profissionais foram em busca de uma proposta de acordo restaurativo.



Um momento muito gratificante ocorreu, um dos ofensores, espontaneamente se levantou e deu um abraço na mãe da menina e, em seguida, o outro ofensor repetiu o gesto, tendo a mãe retribuído o abraço em ambas as situações. A partir desse gesto, o padrasto também se manifestou e afirmou que esperava que aquele gesto fosse sincero, pois daquele dia em diante se os encontrasse na rua, os convidaria para entrar em sua casa e tomar um café (ANDRADE, 2012).

Em outra visita a casa dos ofensores, um deles afirmou que estava prestes a ser expulso da corporação militar a qual servia, em decorrência do ocorrido e que seu pai havia pedido demissão de um emprego de 15 anos para poder sacar o FGTS e pagar o advogado. Já o outro ofensor, o que de fato havia praticado conjunção carnal, se prontificou a pagar as passagens da viagem que a menina deveria fazer para realizar tratamento psicológico. E por fim, em visita à casa da garota, foi proposto que a mesma voltasse ao tribunal para refazer seu testemunho, além disso, que a mesma fosse até a corporação militar contar a verdade dos fatos, o que foi aceito pela família. Entretanto, a proposta do pagamento das passagens não foi aceita, pois para a mãe da garota, só haveria reparação se esse ofensor prestasse serviço em uma instituição de mulheres grávidas e solteira pelo período de três meses. E informado, o ofensor aceitou de pronto (ANDRADE, 2012).

No caso em tela, a juíza em decisão inovadora concordou com a adoção do programa nos seguintes moldes:

Diante da manifestação do desejo da mãe da vítima, e após consulta às partes, em especial ao advogado de defesa e do Ministério Público, os quais unanimemente anuíram, foi deferida a instauração de procedimento restaurativo, nos moldes implantados no projeto piloto do Núcleo Bandeirante, oportunidade em que houve advertência expressa por parte deste Juízo sobre a natureza extraprocessual dos encontros, que ocorreriam sem afetar o curso da ação penal. Na mesma oportunidade, foi esclarecido ainda que os encontros seriam realizados, primordialmente, com a finalidade de restaurar as relações afetadas pelo ocorrido, em especial naqueles aspectos que não são alcançados pela Justiça Penal, portanto, sem o condão de anular o processo penal, sobretudo, em razão da



indisponibilidade da ação penal (TRECHO DO RELATÓRIO DA SENTENÇA *apud* WAQUIM, 2011, p.91).

E pelo fato dos agentes terem cumprido com a proposta do programa restaurativo antes da sentença tiveram redução de pena, além de serem beneficiados com regime inicial mais benéfico, o semiaberto, conforme exposto no trecho da sentença:

Ao final, (...), fixando- a DEFINITIVA e CONCRETA, em 07 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO.Embora o §1º do art. 2º, da Lei 8072/90[39], tenha mantido o regime inicialmente fechado para os crimes considerados hediondos, entre os quais, os de natureza sexual, a aplicação do referido regime para o caso em comento não encontra sustentação diante da especificidade do caso, senão vejamos. Depreende-se das informações dos autos que a situação foi especialmente tratada pelas partes nos encontros restaurativos, no sentido de recompor as relações por ela afetadas, o que sem dúvida contribui para a pacificação social, um dos objetivos que se espera da justiça penal. Nesse aspecto, importa observar que a resposta penal deve guardar razoabilidade, à luz dos critérios da necessidade e suficiência de pena para o caso concreto, sob o risco de se atentar o princípio da individualização da reprimenda, previsto no inc. XLVI do art. 5º da Constituição Federal. Assim, diante das ponderações acima e levando em conta as diretrizes expostas no art. 33, § 2º, “b”[40] e § 3º[41] do CPB, tenho como suficiente para o caso em comento a fixação tão somente do regime semiaberto para o cumprimento da pena (TRECHO DA PARTE DISPOSITIVA DA SENTENÇA *apud* WAQUIM, 2011, p.94).

Diante da decisão exposta, depreende-se que a análise jurídica do caso concreto obedeceu aos princípios do direito processual penal, tais como a razoabilidade e a proporcionalidade no que diz respeito à dosimetria da pena, bem como o alcance da paz social. Desse modo, conforme foi possível verificar nesse caso emblemático, a Justiça Restaurativa, coadunada ao processo penal, “criou um campo fértil à melhor promoção de direitos fundamentais a todos, consistindo em uma forma mais justa de tratar infratores e vítimas” (GARCIA, 2017 *apud* MORRIS, 2005, p. 455).



### 3.2 Experiência dos EUA e Nova Zelândia

Os primeiros países a conhecer, adotar e difundir os ideais de Justiça Restaurativa foram a Nova Zelândia, como a pioneira e em seguida os Estados Unidos da América. Este último adota, até hoje, o programa denominado “*Victims Voices Heard*”.

O programa “*Victims Voices Heard*” é um projeto restaurativo implementado por uma organização sem fins lucrativos e que presta apoio às vítimas de crimes violentos, inclusive estupro e estupro de vulnerável, de forma gratuita. Além do apoio, ofertam a oportunidade da vítima se encontrar com seu agressor, oferecendo à ela uma chance de informar ao ofensor o impacto que o crime teve em sua vida, bem como realizar perguntas e receber respostas sobre o crime praticado e por fim proporcionar ao infrator que assuma sua responsabilidade pelo mal causado e, se possível o remorso e arrependimento. McGlynn (2011, p. 827) afirma que o objetivo do projeto é exprimir as consequências do ato praticado pelo agressor, e auxiliar a vítima na busca pelo controle de sua vida após o crime, o qual é retirado ordinariamente pelo ofensor e sucessivamente pela Justiça Criminal.

Importante salientar que esse projeto, antes de chegar ao diálogo, enfrenta etapas a serem superadas, como forma de preparação ao diálogo. Primeiramente, trabalha-se com a vítima analisando caso a caso, antes de determinar se é viável ou não o diálogo entre as partes. Em seguida, os infratores que desejam participar são encaminhados para um departamento específico onde uma equipe trabalhará a melhor forma de comunicação dele para com vítima e a última etapa é garantir que o ofensor seja sincero, a fim de proteger a vítima e a partir de então, se ambas as partes estiverem preparadas, a equipe responsável organiza uma reunião, intermediando e facilitando o diálogo entre eles.



Na Nova Zelândia há o programa denominado “*Project Restore*”, (BREVES, 2015, p.44) similar ao “*Victims Voices Heard*”. Contudo o da Nova Zelândia é voltado especificamente para os crimes que envolvem violência sexual.

O “*Project Restore*” é advindo a partir da comunhão de esforços de mulheres que foram vítimas e superaram o trauma sexual, formado não apenas por elas, mas por uma equipe multidisciplinar com conhecimentos específicos e preparados para lidar com situações de violência sexual. De acordo com as idealizadoras, o programa tem o intuito de promover para as vítimas o senso de justiça, além de apoiar os ofensores na compreensão dos impactos que sua ação causou à vítima e por fim facilitar a busca por um plano de ação, bem como métodos terapêuticos para o ofensor. (BREVES, 2015, p.46). Nesse sentido, McGlynn (2011, p. 832) afirma que: “O programa compreende as dinâmicas de poder entre vítimas e ofensores e é muito abrangente em seus protocolos e avaliações a fim de proteger a vítima e assegurar resultados positivos para todas as partes”.

Da mesma forma que o projeto dos EUA, o programa enfrenta etapas a serem seguidas, o que leva meses de preparação até chegar ao enfrentamento entre os envolvidos, sendo cada caso analisado de acordo com suas particularidades. Outrossim, todos os casos são submetidos a uma mesma equipe, constituída por um facilitador com conhecimento em violência sexual; dois especialistas da comunidade, sendo um especializado na vítima e outro no agressor, ambos com conhecimento em Justiça Restaurativa, além de dois psicólogos, equipe essa denominada de “*Restore clinical team*”.

Após breve descrição dos aludidos programas restaurativos, passemos as experiências advindas dos mesmos com a utilização de nomes fictícios, a fim de não expor as vítimas nem os ofensores.

Uma das diversas experiências do “*Victims Voices Heard*” foi o caso de Donna, a qual foi vítima de estupro, consumado por Jamal. O ofensor permaneceu preso por 10 anos e durante todo esse tempo Donna sofreu com os efeitos da



violação sexual, sozinha e sem amparo. Até que após esse período, conheceu e decidiu participar do supracitado programa, o qual considerou renovador, pois conseguiu se alforriar do domínio que a violação exercia em sua vida, com as seguintes palavras “Eu não vou mais deixar o estupro roubar minha felicidade” (BREVES, 2015, p. 43). Em contrapartida, o ofensor, além de responder as perguntas feitas pela vítima, mostrou-se arrependido e pediu perdão a Donna, demonstrando vontade de se recuperar.

Quanto ao “*Project Restore*” apresenta-se o cenário de Daisy, uma moça que sofrera violência sexual durante toda sua infância praticada pelo próprio pai. Diferentemente do caso de Donna, Daisy teve indicação de sua terapeuta para participar do citado programa. Por ser um caso que envolveu pessoas que se conheciam e possuíam um relacionamento anterior, o tratamento foi diferente, assim como é para cada caso. Nesse contexto, os especialistas realizaram duas conferências restaurativas, que nada mais são do que reuniões individuais. A primeira delas foi com a vítima e sua genitora, as quais concordaram em reparar o relacionamento que fora rompido entre pai e filha e pai e mãe. A segunda conferência envolveu o agressor e demais membros da família, em que tiveram a oportunidade de se manifestarem sobre o ocorrido, assim como o ofensor, sendo-lhe oportunizado expor as razões que o levou a cometer o estupro por diversas vezes contra sua filha. Além disso, demonstrou estar ciente dos danos que causou e demonstrou interesse em colaborar com a reparação dos danos, bem como na tentativa de reparar os laços rompidos. Todo o procedimento restaurativo durou aproximadamente dois anos e ao final a vítima usou a seguinte frase para expressar toda sua satisfação com o programa: “Isso é justiça. Isso não poderia ser alcançado no sistema de justiça criminal convencional.” (BREVES, 2015, p. 46)



## 4 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES SEXUAIS

Assim como toda escolha, sempre há vantagens e desvantagens nas opções que nos são dadas, e por isso muitas vezes é difícil realizar determinada escolha.

As vantagens de fazer o uso da Justiça Restaurativa nos crimes sexuais, especialmente estupro e estupro de vulnerável, é que o programa busca o arrependimento do ofensor, além de proporcionar reparação material, física ou psicológica, mas, sobretudo, reparação emocional e afetiva para a vítima, o que pode levar a uma convivência mais harmoniosa entre os envolvidos, como se pôde observar nos casos acima narrados. Além disso, o êxito obtido na aplicação da Justiça Restaurativa no caso em questão pode servir de parâmetro para aplicação a outros delitos da mesma natureza. Corroborando com isso Andrade (2017, p. 66). afirma que: “Cumprе ressaltar que o sucesso dessa prática se dá, sobretudo, devido ao comprometimento e desejo dos envolvidos de que haja uma efetiva restauração dos laços”. Além disso, pode ser muito libertador e satisfatório para a vítima desabafar diretamente ao ofensor toda dor e sofrimento que a conduta lhe causou. Portanto nas palavras de Scuro Neto (2000):

Fazer justiça do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas conseqüências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, 22 22 reconstituir, reconstruir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo.

Já para o ofensor, o ponto positivo é a possibilidade de obter a redução da pena em sede de segunda fase da dosimetria da pena, como uma forma de atenuante,





bem como, a depender do caso concreto, o cumprimento da pena em regime inicial mais benéfico, como ocorreu no caso de Brasília/DF.

Em contraponto, as desvantagens é que para a vítima pode ser muito doloroso reviver todo o mal que lhe foi causado, além de ser muito difícil encarar o seu ofensor novamente, assim como conversar com ele e conviver por alguns momentos com ele no mesmo ambiente. Outrossim, o processo penal pode se tornar mais demorado do que normalmente é, levando em conta que o acompanhamento restaurativo demora no mínimo seis meses para sua conclusão. Encarar o ofensor novamente após a prática do crime certamente traz muita dor e, muitas vezes, acompanhado dessa dor, o ódio e o desejo de que aquela pessoa morra. Contudo, ao mesmo tempo em que vem a tona todo esse sentimento de tristeza, pode ser gratificante para a vítima expressar e desabafar para o próprio ofensor tudo o que ele causou a ela, o que pode trazer um melhor resultado de satisfação e alívio para vítima, do que contar apenas para um psicólogo. O que é um ponto positivo, pois o processo penal comum não proporciona esse contato entre vítima e ofensor.

À luz de tais exposições, é interessante expor, novamente, um comparativo acerca das visões da justiça sob a ótica de cada “lente”, proposto por Howard Zehr (2008, p. 199-201).

A justiça retributiva se resume a um modo de adversidade e batalha entre as partes, na qual são enfatizadas as diferenças. Além do mais, a imposição de dor é a norma e o cometimento de mais um crime é cumulado ao já existe na ficha criminal do agente. Somado a isto, o foco da justiça é no ofensor e não na vítima, ao passo que a justiça é voltada apenas para o ofensor e para o Estado. Um dos pontos mais questionados nesse tipo de justiça é a falta de informação às vítimas, da mesma forma que o sofrimento da vítima é totalmente ignorado, assim como não lhes são oportunizados espaço suficientes para expor a sua verdade, além de não haver reparação do dano. Durante todo o processo penal, o ofensor pode confessar o cometimento do crime, mas não é sinônimo de assumir suas responsabilidades, pois



não se estimula o arrependimento e o pedido de desculpa, da mesma maneira em que o contexto social, econômico e moral são desprezados. Nessa ótica a justiça é vista como uma regra justa, assim como é avaliada pelo procedimento em si e pelo alcance de seus propósitos, sendo o relacionamento entre vítima e ofensor ignorados. Por isso, nesse contexto, o processo aliena.

Em contraposição a isso, a justiça no modelo restaurativo se propõe a estabelecer como norma o diálogo, a reparação e, sobretudo a restauração entre as partes envolvidas diretamente, em que há a busca por traços comuns. Além do mais, as necessidades da vítima são colocadas no polo central, mas sem abandonar totalmente a carência do ofensor. Diferentemente da forma de justiça comum, a vítima recebe informações, restituição e reparação é algo normal e completamente corriqueiro, é oportunizado a vítima expor os seus sentimentos e as suas dores, assim como a sua inquietude é lamentada e reconhecida. Não só a vítima, como também o ofensor tem um espaço para fala, a fim de possa contribuir e assumir suas responsabilidades perante a vítima, de forma a incitar o arrependimento. Nesse sentido, o modelo restaurativo leva em consideração todo o contexto social em que as partes estão inseridas e enfatiza o relacionamento entre vítima e ofensor, além de transpor um sentimento de justiça saudável, em que é avaliada por seus frutos e resultados alcançados. Portanto, o processo restaura.

Diante do exposto das visões de justiça, importante frisar que o ofensor não deixará de cumprir sua pena, isto é, a Justiça Restaurativa vem apenas para complementar a pena privativa de liberdade, jamais excluí-la, objetivando a busca do arrependimento verdadeiro do ofensor, algo que a pena privativa de liberdade por si só não alcança.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os delitos ora analisados sofreram mudanças ao longo do tempo a fim de se adequarem a evolução da sociedade e para tanto, o legislador no capítulo de crimes



sexuais efetuou mudanças em terminologias e termos a fim de abarcar o máximo de sujeitos possíveis. Na figura do estupro excluiu-se o termo “mulher” e incluiu o termo “alguém” a fim de não mais especificar o gênero feminino como único sujeito passivo a sofrer esse crime, passando, portanto, a englobar todos os gêneros, inclusive os do grupo LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transexuais). O delito de estupro de vulnerável também sofreu mudanças, mas a principal delas é que para menores de

14 anos o crime restará configurado independentemente do consentimento da vítima. Além disso, ambos os delitos foram implementados na lei de crimes hediondos, acreditando-se que medidas mais severas pudessem diminuir os índices desses crimes.

Outra mudança significativa veio com o advento da Lei 12.015/2009 a qual mudou a titulação do Capítulo I do Título VI do Código Penal passando de “dos crimes contra os costumes” para “dos crimes contra a dignidade sexual”, onde abandonou-se a diretriz de que crimes sexuais violavam a honra, a moral e os bons costumes da sociedade e passou a adotar o entendimento de que o cometimento dos crimes contidos nesse capítulo violam, na verdade, a individualidade e sobretudo a intimidade de cada um, o que acaba por ferir a liberdade de escolha e consentimento, além da dignidade da pessoa humana.

E, nesse sentido a justiça criminal brasileira tem o dever de proteger o bem juridicamente tutelado pela lei penal e o Estado o dever de punir o mal causado. Entretanto, no atual cenário de altos índices de violência e lotação carcerária, depreende-se que o sistema retributivo não está mais causando os efeitos para o qual foi destinado.

Somado a isso, o sistema processual penal brasileiro negligencia, absurdamente, as necessidades das vítimas de crimes sexuais, fazendo com que sejam revitimizadas durante o processo, além de objetificá-las como mero meio probatório, tendo em vista que sua palavra tem importante relevância para o



processo. Além disso, negam amparo às angústias, sofrimentos e problemas psíquicos desenvolvidos na vítima com o trauma sofrido.

O endurecimento das penas privativas de liberdade são meramente formas de vingança do Estado e a vítima da violência só encontra paz espiritual quando vê o acusado encarcerado. Porém o encarceramento não se mostra tão eficiente o quanto deveria ser, além de não ser mais a única forma de justiça, pois diante da evolução do direito, pesquisadores jurídicos importaram de países estrangeiros outras maneiras de justiça para que fossem gradativamente implementadas no Brasil, objetivando mostrar pra sociedade que é possível reeducar o preso e colocá-lo novamente no convívio social, sem ser exclusivamente pelo viés carcerário.

A Justiça restaurativa tem uma visão completamente diferente do conceito de crime, possui uma visão que consiste em uma violação de pessoas e relações e não apenas uma violação das normas que o Estado impõe para regular o comportamento humano em sociedade e é justamente pela flexibilidade da justiça restaurativa que é possível a sua aplicação em diversos contextos jurídicos. Além disso, os programas restaurativos objetivam esclarecer o porquê da conduta do agente e, com base na justificativa do ofensor é que os profissionais da área irão trabalhar em sua recuperação. E é por isso que se propõe a implementação da justiça restaurativa nos crimes sexuais, porque a ideia central é reeducar, reparar, responsabilizar e conscientizar desde logo o acusado de suas ações, com a intenção de, no mínimo, reduzir os efeitos do dano causado à vítima e colocá-lo novamente no convívio em sociedade. E, sobretudo, evitar a reincidência.

Contudo, apesar de já existirem programas restaurativos em Brasília, São Paulo e Porto Alegre direcionado para os crimes de menor potencial ofensivo e atos infracionais praticados por crianças e adolescentes, a Justiça Restaurativa ainda encontra barreiras, tanto política quanto social, cultural e econômica, pois por ser um método de solução de conflito não punitivo é visto como um meio ineficaz de justiça. Todavia, apesar de tais empecilhos, nada impede que o projeto seja ampliado



para crimes mais graves, desde que haja empenho dos legisladores e operadores do direito em adotar uma nova visão para o que seja o crime, assim como a busca por novos métodos de justiça.

Nesse diapasão, o objetivo foi à análise da possibilidade de aplicação dos métodos restaurativos nos crimes sexuais, além de demonstrar por meio de exemplos reais que os programas restaurativos se pautam em escutar as vítimas e suas necessidades, bem como impulsionar o ofensor a assumir sua responsabilidade, de forma consciente, pelo ato praticado, o que torna o sistema judicial penal mais humanitário. Fazendo com que seja viável a adoção de novas formas de justiça, tendo em vista que um dos objetivos da Justiça Restaurativa é prestar o devido amparo, tanto vítima quanto ofensor e desenraizar do senso comum social que a privação da liberdade é a única forma de justiça.

## REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ALMEIDA, Rodrigo Sena *et al.* **Justiça Restaurativa**: a vítima notadamente nos crimes sexuais merece uma maior atenção no contexto criminal? 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60981/justica-restaurativa-a-vitima-notadamente-nos-crimes-sexuais-merece-uma-maior-atencao-no-contexto-criminal>. Acesso em: 20 ago 2019.

ANDRADE, Livia Saliba. **A aplicação da justiça restaurativa junto ao juizado especial criminal no Fórum do Núcleo Bandeirante**. Monografia (bacharelado em Direito), Brasília. Universidade Católica de Brasília. 2012 Disponível em: <https://repositorio.ucb.br/jspui/handle/10869/1978>. Acesso em: 30 set 2019.

ATANES, Raíssa Figueiredo; GUIMARÃES, Sandra Suely Moreira Lurine. **A justiça restaurativa como possibilidade de judicialização dos casos de estupro contra mulheres: uma alternativa ao sistema criminal punitivista**. [s. l.]. 2019 Disponível em <https://www.unifor.br/documents/392178/3251679/GT6+Raissa+Figueiredo+Atanes>



+e+Sand ra+Suely+M.pdf/4c27c865-7524-bca1-1a67-4db572287293. Acesso em: 04 abr 2020

BAUNAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BIANCHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça restaurativa: um desafio à Praxis jurídica**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2012.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, 1940**. Código Penal Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 06 set 2019.

BRASIL. **Lei n. 7.210, 1984**. Lei de execuções penais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm). Acesso em: 01 set 2019.

BREVES, Luiza Monteiro. **A aplicação da justiça restaurativa nos crimes de violência de gênero e a busca da superação da cultura punitiva**. Repositório UFSC. Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle>. Acesso em: 01 nov 2019.

BUENO, Nicolle Duek Silveira. **Os crimes contra a liberdade sexual**. [s. l.]. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39209/os-crimes-contra-liberdade-sexual>. Acesso em: 20 ago 2019.

CÂMARA, G. C. **Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime**. São Paulo: editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra editora, 2008

COSTA, Helena Maria; MOURA, Marília Lobão Ribeiro. A eficácia da Justiça Restaurativa nas Varas Criminais. In: GALVÃO, Ivânia Ghesti; ROQUE, Elizângela Caldas Barroca (orgs.). **Aplicação da lei em uma perspectiva interprofissional: Direito, Psicologia, Psiquiatria, Serviço Social e Ciências Sociais na prática Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CRUZ, Rafaela Alban. **Justiça restaurativa: um novo modelo de justiça criminal**. **Tribuna Virtual – IBCCRIM**, V. 01, n. 2, Março de 2013. Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/tribunavirtual/pdf/Edicao02\\_Rafaela.pdf](https://www.ibccrim.org.br/tribunavirtual/pdf/Edicao02_Rafaela.pdf). Acesso em: 09 fev 2020.

DE VITTO, Renato de Campos. **Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. justiça restaurativa** – Coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD; 2008.



DIAS, Monia Peripolli. **O novo no direito**. Ijuí, Rio Grande do Sul, Ed. Unijuí, 2014.

DIEHL, Rodrigo Cristiano; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. **A cultura simbólica e punitiva do direito Penal no Brasil**: Os avanços sociais e os desafios da política nacional de justiça restaurativa a partir da resolução nº. 225 Cnj/2016. [s. l.], 2016. Disponível em: <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/sociais/article/view/9313>. Acesso em: 01 jun 2019.

GARCIA, Bárbara Lara. Uma análise crítica acerca da extensão da justiça restaurativa aos crimes de maior potencial ofensivo no Brasil. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 157, fev 2017. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18529](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18529). Acesso em: 09 mar 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado. **Processo penal contemporâneo**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

GOMES, Matheus Arruda; SANTOS, Gilberto Batista. **Um enfoque acerca da justiça restaurativa sob a ótica de Howard Zehr**. *In*: Seminário Nacional demandas sociais e políticas públicas da sociedade contemporânea. III mostra Nacional de Trabalhos científicos. 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16950> Acesso em: 30 out 2019

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro e RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GRECO, Rogério. **Crimes contra a dignidade sexual**. [s. l.]. 2011. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819865/crimes-contra-a-dignidade-sexual> Acesso em: 29 set 2019.

INSTITUTO PATRICIA GALVÃO. Dossiê: Violência contra as mulheres. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-sexual/> Acesso em 15 set 2019

MCGLYNN, Clare. Feminism, Rape and the Search for Justice. **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 31, No. 4, London, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle> Acesso em 30 out 2019.

MOREIRA, Ana Paula; Cláudio Rubino Zuan Esteves; Alexy Choi Caruncho; André Tiago Pasternak Gritz; Ricardo Casseb Lois. **Lei nº 13.718/2018: Crimes contra a**



**dignidade sexual.** Centro de apoio operacional das promotorias criminais, do júri e de execuções penais. Curitiba. 2018. Disponível em: [http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo\\_Lei\\_13718\\_2018\\_Mudancas\\_nos\\_Crim es\\_Sexuais\\_versao\\_final\\_2.pdf](http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo_Lei_13718_2018_Mudancas_nos_Crim_es_Sexuais_versao_final_2.pdf) Acesso em: 20 out 2019.

MORRIS, Alisson. **Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa.** In: SLAKMON, Catherine (Org.) et al. *Justiça Restaurativa*. Brasília, DF: MJ e PNUD, 2005, p. 442-456.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática.** São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **A construção da Justiça Restaurativa no Brasil. O impacto no sistema de Justiça criminal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1432, 3 jun. 2007.

RAUPP, Mariana; BENEDETTI, Juliana Cardoso. **A implementação da justiça restaurativa no Brasil: uma avaliação dos programas de justiça restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre.** Revista Ultima Ratio, ano 1, n.º 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RODRIGUES, Rafael Antônio. **Considerações sobre a efetivação da justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro.** [s. l.], 2016. Disponível em: <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/sociais/article/view/9346>. Acesso em: 8 mar 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** 10ª Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado. 2015.

SCURO, Pedro Neto. **A Justiça como Fator de Transformação de Conflitos: Princípios e Implementação.** 2000 Recuperado 10/03/05 de: [http://www.restorativejustice.org/rj3/Full-text/brazil/EJRenato%20\\_Nest\\_.pdf](http://www.restorativejustice.org/rj3/Full-text/brazil/EJRenato%20_Nest_.pdf). Acesso em: 23 ago 2019.

SECCO, Márcio e LIMA, Elivânia Patrícia, **Justiça restaurativa, problemas e perspectivas.** Rev. Direito Práx. vol.9 n.º.1 Rio de Janeiro Jan./Mar. 2018

SIQUEIRA, Thielis Martinelli. **Justiça restaurativa: um método alternativo e complementar à justiça tradicional.** [s. l.], 2018. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/174626>. Acesso em: 6 abr 2019.





SLAKMON, Catherine.; DE VITTO, Renato.; GOMES PINTO, Renato. **Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 20.**

SOARES, Jussara Alves da Cruz; FORTINI, Priscila Ferreira. **Justiça Restaurativa e o sistema penal: Articulações possíveis.** [s.l.], 2016. Disponível em: <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/sociais/article/view/9345>. Acesso em: 01 jun 2019.

SOUSA, Edson Luiz André; ZUGE, Márcia Barcellos Alves, **Direito à palavra: interrogações acerca da proposta da Justiça restaurativa.** [s. l.], 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pcp/v31n4/v31n4a12.pdf>. Acesso em 09 abril 2019.

SPOSATO, Karyna Batista; NETO, Vilobaldo Cardoso. **Justiça restaurativa e a solução de conflitos na contemporaneidade.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a22ede5d703532f2>. Acesso em: 10 jun 2019.

TIVERON, Raquel **Promover justiça com perdão e alteridade: a proposta da justiça restaurativa.** Univ. JUS, Brasília, n. 19, p. 35-61, jul./dez. 2009.

TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal.** Brasília, DF: Thesaurus, 2014.

WAQUIM, Amanda Almeida. **Possibilidades de justiça restaurativa no sistema penal brasileiro.** Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre crime e justiça.** São Paulo: Palas Athena, 2008.



# OS SERES VIVOS SEM DIREITO À VIDA: ANÁLISE DA RELAÇÃO JURÍDICA HOMEM-ANIMAL E A PROTEÇÃO DE ANIMAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Natália Francielle Silva Dantas

## RESUMO

A escolha do tema, os seres vivos sem direito à vida: análise da relação jurídica homem-animal e a proteção de animais no direito brasileiro, deve-se à preocupação da autora com o progressivo aumento de casos de maus-tratos a animais domésticos e a sensação de que são ineficazes as penas atualmente previstas para esses crimes. A autora, no trabalho, propõe-se a apresentar conceitos jurídicos relevantes sobre essa questão na tentativa de compor um arcabouço teórico mínimo, objetivando propiciar maior clareza e, com base nesses conhecimentos, se possam aventar possíveis soluções para melhorar o cenário apresentado.

**Palavras-chaves:** Lei de Crimes Ambientais. Maus-tratos a animais. Animais domésticos. Sanções penais.

## INTRODUÇÃO

Os animais são tidos como bens há milhares de anos. Muitos justificam a subordinação dos animais ao homem como decorrência natural dos mandamentos divinos, embasada em versículos da Bíblia. Mas ao cabo de milhares de anos, a consciência humana foi aprimorada, até que finalmente, se passou a entender que os animais também sentem dor e tristeza e não mereciam o tratamento que lhe dispensado pelos donos.

Surgiram movimentos de libertação animal, trazendo à baila questões como veganismo e repugnando a utilização de animais como cobaias e testes de



cosméticos. Marcas sintonizadas com essas tendências passaram a fabricar produtos “*country free*”, ou seja, sem sofrimento animal.

No Brasil, cito a título de exemplo, com admiração, a ativista Luísa Mel, que há anos defende a causa animal com veemência e, após intenso trabalho, conseguiu sensibilizar em boa parte da população a consciência de que os animais não são meros bens de seus donos, mas um ser vivo dotado de sentimento, que deve ser estimado e respeitado. Mas há muitas pessoas ainda os encaram como coisas e os submetem a maus-tratos das formas mais cruéis, configurando crime ambiental. Entretanto, a pena é ridícula e até vexatória, provocando a indignação daqueles que os enxergam como seres que merecem respeito e uma vida digna. Nesse cenário, encontra-se o escopo do trabalho a ser discorrido.

No primeiro capítulo, serão conceituados os institutos jurídicos mais importantes para a compreensão do trabalho, discorrendo sobre a atual natureza jurídica e os seus desdobramentos no Brasil. Será também demonstrada a necessidade de se aumentar a pena por maus-tratos aos animais, levando em consideração a forma de Estado que se instituiu por meio da Constituição Federal de 1988.

No segundo capítulo, será realizada uma análise da pena no sistema brasileiro, indagando-se o porquê da punição das pessoas que atentam contra as normas penais já positivadas. Em seguida serão demonstradas, mediante apresentação de precedentes jurisprudenciais as injustiças causadas pelas penas brandas aos crimes de maus-tratos de animais e a visão da sociedade acerca do problema.

Por fim, no capítulo derradeiro, serão exploradas possíveis soluções aos maus-tratos de animais, dentre elas a educação como arma principal, pois se acredita que pode mudar o mundo através da educação, além da punição mais rigorosa das pessoas que contribuem com o sofrimento animal, uma vez que se entende esse ser um fator coadjuvante de estímulo às ações de maus-tratos a animais.



Não cumpre neste trabalho teorizar maneiras mais eficazes de punir indivíduos que mantêm condutas em desacordo com o ordenamento jurídico brasileiro, tampouco pregar o encarceramento como solução de todos os problemas. No entanto, entende-se que em toda história, as penas brandas não reprimiram as condutas de maus-tratos, havendo necessidade de tratar com mais rigor quem os maltratam.

## ***I STATUS JURÍDICO DOS ANIMAIS NO DIREITO BRASILEIRO***

Neste capítulo e seus subcapítulos serão discutidos aspectos referentes à forma de poder instituída pelo constituinte originário na República Federativa do Brasil. Em seguida, será analisado o *status* jurídico dos animais no ordenamento jurídico vigente, com os desdobramentos atinentes à natureza jurídica. Por fim, abordar-se-á temas como a senciência dos animais e o especismo, que na visão da autora, são os motivos determinantes para a problemática apresentada no trabalho.

### **1.1 O Poder emana do povo**

Estado não se confunde com país, na medida em que país alude aos aspectos físicos. Enquanto o Estado para José Afonso da Silva “constitui-se de quatro elementos essenciais: um poder soberano de um povo situado num território com certas finalidades” (SILVA, 2014, p. 100).

Instituído um Estado torna-se indispensável definir qual a forma de governo e estado. A República Federativa do Brasil, assim como deixa claro o nome, optou pela forma de Estado Federado e forma de Governo Republicano. A república, na concepção aristotélica, é o governo que o povo governa em proveito próprio (SILVA, 2014).



Ao disciplinar no artigo 1º, da Constituição Federal, que o a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito<sup>1</sup>, o constituinte originário proclamou que o poder é do povo.

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único). (SILVA, 2014, p. 121).

No Estado Democrático de direito há o império das leis (SILVA, 2014). Por meio delas a vontade popular é exercida, afinal de contas, todo o poder emana do povo exercido por meio dos seus representantes eleitos (BRASIL, 1988).

Governo *do povo* significa que este é fonte e titular do poder (todo poder emana do povo), de conformidade com o princípio da soberania popular que é, pelo visto, o princípio fundamental de todo regime democrático. Governo pelo povo quer dizer governo que se fundamenta na vontade popular, que se apoia no consentimento popular; governo democrático é o que se baseia na adesão livre e voluntária do povo à autoridade, como base da legitimidade do exercício do poder, que se efetiva pela técnica da representação política (o poder é exercido em nome do povo). Governo para o povo há de ser aquele que procure liberar o homem de toda imposição autoritária e garantir o máximo de segurança e bem-esta (SILVA, 2014, p. 137)

Cada país democrático determina em suas constituições como o povo irá exercer seu poder. Na República Federativa do Brasil, o constituinte originário optou pela democracia. Entretanto, salienta-se que existem diferentes tipos de democracias, elegendo-se ao Brasil a representativa (SILVA, 2014). Nesse modelo, a Constituição coincide representação e participação direta. As participações diretas ficam exemplificadas no artigo 14, da Constituição Federal de 1988, no qual disciplina que a soberania popular será exercida por plebiscito e referendo (BRASIL, 1988).

Portanto, ao legislarem, os representantes (deputados e senadores) devem satisfazer os anseios do povo através da elaboração de normas jurídicas a fim de

---

<sup>1</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (BRASIL, 1988)



melhorar a qualidade de vida, preservar a segurança e cumprir os objetivos constitucionais<sup>2</sup>. Em outras palavras, os representantes do povo não podem legislar a partir de vontades pessoais, ou tratar de matérias que apenas irá trazer benefícios para si, devendo buscar na sociedade suas vontades e críticas.

## 1.2 Animais como bens semoventes

Uma vez criadas as leis, são criados direitos e obrigações para os cidadãos. Nessa linha, todo direito resguarda um objeto juridicamente tutelado. O objeto, portanto, é a base material que jaz o direito subjetivo (VENOSA, 2013), que acarreta o poder de fruição do homem ao objeto.

O objeto pode ser uma obrigação como a de fazer ou não fazer, um atributo da personalidade, como a honra e a liberdade. Nota-se que ao determinar no artigo 18, do Código Civil<sup>3</sup> que é vedado utilizar nome alheio em propagando comercial sem autorização, o objeto tutelado é o nome.

O objeto do direito, além de recair em casos incorpóreos, como o nome supracitado, recai sobre coisas corpóreas, como um imóvel, um animal. Pertinente, todavia, salientar que apesar de serem usados muitas vezes como sinônimos, bens são espécie e coisas é gênero.

Nessa esteira, todos os bens são coisas, mas nem todas as coisas são bens (VENOSA, 2013). Conforme Venosa (2013), o requisito essencial para uma coisa ser considerada bem é a dominação pelo homem, ou seja, sujeição de apropriação. Portanto, o sol, por exemplo, não é um bem por ser insuscetível de apropriação.

O livro II do Código Civil é destinado apenas para regular o que são os bens e suas classificações. Para Bevilacqua, “bens móveis são os bens que, sem deterioração

---

<sup>2</sup> Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

<sup>3</sup> Art. 18º. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial (BRASIL, 2002).



na substância ou na forma, podem ser transportado de um lugar para outro, por força própria ou estranha” (BEVILAQUA, 2001, p. 253-254). No primeiro caso, ou seja, por força própria, têm-se os animais. Inclusive, o Tribunal de São Paulo, em apelação, corroborou o entendimento que os animais são bens semoventes.

Frisa-se que a argumentação do Ministério Público acerca de uma suposta incidência do princípio da igualdade para proteger os interesses dos animais evidentemente não possui qualquer cabimento jurídico, pois os animais, de estimação ou não, são abrangidos dentro da classificação de bens semoventes. São, portanto, objetos de direitos, e não sujeitos. (SÃO PAULO, 2016 – B).

Isto posto, não restam dúvidas de que, no Brasil, os animais são bens móveis semoventes ou por natureza. Corroborar o entendimento Maria Helena Diniz ao enfatizar que “os que removem de um lugar para outro, por movimento próprio são os semoventes, ou seja, os animais” (DINIZ, 2014, p. 379).

A bem da verdade, sob a égide jurídica os animais são protegidos da seguinte forma: primeiro, os animais continuam sendo considerados coisas ou semoventes, ou coisas sem dono conforme os dispositivos do Código de Processo Civil Brasileiro e, nesse sentido, são protegidos mediante o caráter absoluto do Direito de Propriedade, ou seja, como propriedade privada do homem e passíveis de apropriação. Aqui se encontram os animais domésticos e domesticados, considerados coisas, sem percepções e sensações. (RODRIGUES, 2003, p. 68-69)

### 1.3 Apropriação dos bens pelos homens

O homem ao se apropriar de um bem instaura sua propriedade sobre ele. A maneira no qual se adquiriu a propriedade não é relevante, de modo que, é pertinente compreender que ao ter propriedade de um bem, incide todos os atributos inerentes ao *status* jurídico.

Conforme o conceito por nós adotado, inspirado pelo conceito analítico do Direito Romano, o domínio, ou direito de propriedade, consiste em quatro poderes, quais sejam, o de usar, o de fruir, o de dispor e o de reivindicar. No mesmo sentido é a norma do art. 1.228, do Código Civil: “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e



o direito de reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. (DONIZETTI & QUINTELLA, 2014, p. 742)

De acordo com Pereira (2014), o atributo de usar fundamenta-se no direito de colocar o bem a serviço do dono, sem alteração na sua matéria. Enquanto o atributo de gozar alude no direito de recolher dos frutos advindos da propriedade do bem, podendo ser naturais ou civis<sup>4</sup>. Não menos importante, o atributo de dispor versa ao direito do dono de destruir ou alienar a qualquer título o bem. Por fim, o atributo de reaver a coisa consiste na possibilidade do dono reaver a coisa de quem injustamente a detenha, perseguindo-a em juízo.

Desta feita, ao determinar que os animais sejam bens, passíveis de apropriação, entende-se que, ao possuir a propriedade de um animal, o dono pode a belo prazer, gozar, fluir ou dispor do seu bem. Em outras palavras, o proprietário de um animal possui o arbítrio de abandoná-lo sem ser penalizado por isso (dispor), ou auferir com ele vantagens econômicas (gozar) mesmo que para isso o faça sofrer.

Não é difícil vislumbrar cenas de horrores e notícias de maus-tratos de animais, pelo simples fato de seus donos estarem “gozando de seus bens” ou “dispondo de sua propriedade”. Tais atitudes são incompatíveis com a natureza dos animais, já que eles são seres que sentem dor, ansiedade, aflição e todas as outras sensações que os seres humanos são capazes de vivenciar, com a desvantagem de não possuir a capacidade de comunicação avançada que os seres humanos desenvolveram com o percorrer de sua existência no planeta terra, fato que impede os animais de exprimir os seus anseios.

Ora, o homem nasce e morre em forma de pó! O ser humano falece e seu organismo é aproveitado pelos vermes, estes pela terra, a qual serve para semear os alimentos que serão ingeridos também pelos homens. Os ossos humanos transformam-se em água, essa água evapora e, da atmosfera retorna em forma de chuva, a abastecer os rios, lagos, oceanos,

---

<sup>4</sup> Os frutos naturais advêm naturalmente, enquanto os civis de relações jurídicas. Suponha-se que uma pessoa possui, sob sua propriedade, uma macieira (árvore que os frutos são maçãs) e uma casa na praia que aluga por temporadas. As maçãs são frutos naturais e o dinheiro recebido de aluguel são frutos civis





copos e corpos de outros seres vivos. Assim, as relações são essenciais do mundo vivo, já que cada ser é um pouquinho do outro ser, em outras palavras, cada qual é um pouco de cada um, de cada organismo vivo. Deste modo, o homem é um pouco do mar, um pouco da floresta, um pouco do animal, um pouco de outro homem. Essa é a beleza da vida, tristemente esquecida e desvalorizada pelo ser humano. (RODRIGUES, 2003, p. 38).

A violência animal tornou-se um ato costumeiro no corpo social. As pessoas maltratam os animais e com eles tentam auferirem lucro, mesmo que implique dor ou sofrimento, como no caso noticiado no dia 18 de outubro de 2018, na qual uma família foi presa acusada de manter cachorros e gatos em local insalubre, sem alimentação para matá-los e produzir com suas carnes linguças a fim de vender para os habitantes da cidade em feiras (G1, 2019).

Apesar da repulsa da maioria das pessoas em pensar em comer carne de cachorros e gatos, o cerne da questão a ser explorada são as condições em que os animais viviam. Tendo em vista que, por serem considerados bens semoventes, os seres humanos os exploram economicamente, fazendo o uso do atributo da disponibilidade da propriedade.

## 1.4 A Senciência dos Animais

Os animais são seres sencientes, que em outros termos significa a capacidade de sentir dor (ou prazer). Conforme pontua Luna (2008) é o atributo presente, pelo menos nos animais vertebrados, de experienciar de sensações prazerosas ou cruéis.

Não cabe aqui estabelecer uma discussão filosófica do termo sentiência, mas sim das implicações práticas relacionadas ao fato inquestionável cientificamente de que pelo menos os animais vertebrados sofrem e são seres sencientes. A evidência de que os animais sentem dor se confirma pelo fato que estes evitam ou tentam escapar de um estímulo doloroso e quando apresentam limitação de capacidade física pela presença de dor, está é eliminada ou melhorada com o uso de analgésicos (LUNA, 2008, p. 18).

Não é plausível comparar um animal, um ser que é capaz de sentir dor, felicidade, ansiedade, com um livro ou uma caneta, tendo em vista que um livro de



acordo com o Código Civil Brasileiro é um bem móvel por natureza. (DONIZETTI & QUINTELLA, 2014).

Destarte que, apesar de provado, inequivocamente, que todos os animais sentem emoções a legislação ainda os tratam como bens, propriedade de seres humanos. Para Danielle Tetü Rodrigues “os animais deixaram de conviver em comunhão e interação com o homem e restaram submissos ao domínio, interesse e necessidade humana, passando a serem concedidos como propriedade do homem” (RODRIGUES, 2003, p. 36).

Peter Singer afirma que muitos filósofos como Descartes atribuem a capacidade de sentir dor com a linguagem, sendo o homem o único ser vivo na face da Terra com aptidão de relatar a outros da sua convivência a dor (SINGER, 2013). Todavia, a linguagem não é um estado primário, como a dor é, tornando a comparação ilógica (SINGER, 2013), visto que ao olhar apurado do expectador é plenamente possível a identificação da dor por gestos ou reações.

Há quem defenda a superioridade humana em razão da linguagem. No entanto, essa tese é completamente inconsistente. Primeiro porque não é plausível confirmar que os animais realmente não falam. Segundo porque seria perfeitamente viável o entendimento de que eles não só falam por meio de linguajar próprio, não compreendido pelo homem, como também se comunicam de forma superior a exemplo da telepatia entre os golfinhos. Sobretudo porque, embora o ser humano comunique-se através da linguagem, esta serve tão-somente para distingui-lo das demais espécies e não como parâmetro de mensuração da supremacia humana. (RODRIGUES, 2003, p. 42)

Ademais, a linguagem não é a melhor comprovação da existência da dor, uma vez que as pessoas mentem (SINGER, 2013), sendo descabido defender a tese de que um bebê não sente dor pelo simples fato de não ter a capacidade de se comunicar por meio da fala.

Um bebê humano não adquiriu ainda a capacidade da fala, apesar disso não é razoável assegurar que eles não sentem dor (SINGER, 2013). Para Singer “não existem razões válidas, científicas ou filosóficas, para negar que os animais sentem



dor. Se não duvidamos de que os outros humanos sentem dor, não devemos duvidar de que os outros animais também a sentem” (SINGER, 2013, p. 25).

Forçoso concluir que a justificativa utilizada na antiguidade para não assumir que os animais sentem dor resta superada por noções lógicas, ao passo que na atualidade há comprovações que apesar deles não serem totalmente evoluídos, sentem emoções, dor, sentimentos. Por que então os capitularem como bens?

## 1.5 O Especismo

A capitulação de bens decorre do especismo<sup>5</sup> que vigora desde os primórdios da humanidade. Os homens brancos dominavam os negros para suprir as necessidades da sua raça, os forçando trabalhar nas lavouras e em serviços domésticos, como amas, cozinheiras, costureiras e até criados de quarto. (FUNDAÇÃO BIBLIOTECA NACIONAL, 2003)

O negro era tido como coisa no ordenamento jurídico brasileiro, fato que outorgava aos seus donos o direito de os tratarem de maneira brutal, empregando-lhes castigos severos e suprimindo-lhes de condições básicas de uma vida digna.

O negro era considerado um ser racionalmente inferior. No decorrer do século XIX, teorias pretensamente científicas reforçaram o preconceito: o tamanho e a forma do crânio dos negros, o peso de seu cérebro etc. “demonstravam” que se estava diante de uma raça de baixa inteligência e emocionalmente instável, destinada biologicamente à sujeição. Lembremos também o tratamento dado ao negro na legislação. O contraste com os indígenas e nesse aspecto evidente. Estes constavam com leis protetoras contra a escravidão, embora, como vimos, fossem pouco aplicadas e contivessem muitas ressalvas. O negro escravizado não tinha direitos, mesmo porque era considerado juridicamente uma coisa e não uma pessoa. (FAUSTO, 2013, p. 48)

Graças aos movimentos abolicionistas, os negros conseguiram sua independência, apesar de até hoje sofrerem discriminações. Do mesmo modo que as

---

<sup>5</sup> O especismo é um termo usado para definir a discriminação de raça/espécie em relação à outra em decorrência do senso de superioridade de uma pelas outras



mulheres, as quais travaram a luta pela independência civil por um longo período até conquistarem direitos básicos como votar e estudar.

Mas a chamada primeira onda do feminismo aconteceu a partir das últimas décadas do século XIX , quando as mulheres, primeiro na Inglaterra, organizaram-se para lutar por seus direitos, sendo que o primeiro deles que se popularizou foi o direito ao voto. As sufragetes, como ficaram conhecidas, promoveram grandes manifestações em Londres, foram presas várias vezes, fizeram greves de fome. Em 1913, na famosa corrida de cavalo em Derby, a feminista Emily Davison atirou-se à frente do cavalo do Rei, morrendo. O direito ao voto foi conquistado no Reino Unido em 1918. No Brasil, a primeira onda do feminismo também se manifestou mais publicamente por meio da luta pelo voto. A sufragetes brasileiras foram lideradas por Bertha Lutz, bióloga, cientista de importância, que estudou no exterior e voltou para o Brasil na década de 1910, iniciando a luta pelo voto. Foi uma das fundadoras da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, organização que fez campanha pública pelo voto, tendo inclusive levado, em 1927, um abaixo-assinado ao Senado, pedindo a aprovação do Projeto de Lei, de autoria do Senador Juvenal Larmartine, que dava o direito de voto às mulheres. Este direito foi conquistado em 1932, quando foi promulgado o Novo Código Eleitoral brasileiro. (PINTO, 2010, p. 15-16)

Entretanto, o especismo ainda é uma realidade aos animais. Os seres humanos acham-se no direito de explorá-los indiscriminadamente em busca das suas ambições, seja para testes de cosméticos como cobaias, seja para sustentar a indústria alimentícia. Evidencia-se que a humanidade possui histórico de grandes violações e os animais ainda sofrem pela tutela deficiente no ordenamento jurídico, por encontrar-se na condição de bens, por não serem sujeitos de direitos.

Os racistas violam o princípio da igualdade, atribuindo maior peso aos interesses dos membros da sua própria raça quando existe um conflito entre os seus interesses e os interesses daqueles pertencentes a outra raça. Os sexistas violam o princípio da igualdade ao favorecerem os interesses do seu próprio sexo. Da mesma forma, os especistas permitem que os interesses da sua própria espécie dominem os interesses maiores dos membros das outras espécies. O padrão é, em cada caso, idêntico. A maior parte dos seres humanos é especista. Os capítulos seguintes mostram como os seres humanos comuns - não uns quantos excepcionalmente cruéis ou insensíveis, mas a grande maioria dos seres humanos -



tomam parte ativa, dão o seu assentimento e permitem que os seus impostos se destinem a práticas que exigem o sacrifício dos mais importantes interesses dos membros de outras espécies, por forma a promover os interesses mais triviais da nossa própria espécie. (SINGER, 2013, p. 20-21).

Acentua-se que além das constantes explorações econômicas aos animais, os seres humanos, por prevalecer à visão especista, continuam a praticar atos cruéis aos animais. Apura-se que existem escolhas de condutas que podem ser tomadas em determinadas situações. Entretanto, ao relacionar as condutas com animais as pessoas escolhem, em muitos casos, as mais cruéis por relutarem entender que são superiores.

A ideia supracitada rapidamente pode-se ser constatada com o acontecimento da manhã do dia 28 de novembro de 2018, onde o segurança da rede de supermercados Carrefour matou a pauladas um cachorro que se encontrava nas dependências do supermercado. O cachorro após agonizar veio a óbito (CORREIO BRAZILIENSE, 2018). Afinal, mesmo que o cachorro estivesse “incomodando”, o segurança escolheu cruelmente assassinar o animal invés de com o devido cuidado o retirar do recinto.

Com o intuito de garantir mínimos direitos aos animais frente ao especismo dos seres humanos, em 1978, na cidade de Bruxelas, nasceu a Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Em seu artigo terceiro enfatiza que “nenhum animal será submetido a maus-tratos e atos cruéis<sup>6</sup>”.

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada pela UNESCO em 27.1.198 e apresentada em Bruxelas, adotou uma nova filosofia de pensamentos sobre os direitos dos animais, reconhecendo o valor da vida de todos os seres vivos e propondo um estilo de conduta humana condizente com a dignidade e o devidamente merecido respeito aos animais. (RODRIGUES, 2003, p. 63)

---

<sup>6</sup> Art. 3º. Nenhum animal será submetido a maus tratos e atos cruéis (ONU, 1978)



Não obstante, apesar de a declaração ser um esforço da comunidade internacional na proteção animal há severas críticas, pois o seu discurso humanista tende a perpetuar o especismo (LEVAI, 2001).

Há quem diga que o imperativo ético mais significativo referente aos animais é a famosa Declaração Universal dos Direitos dos Animais, que teria sido subscrita também pelo Brasil em Assembléia da Unesco, em Paris, em 1978. Apesar da aparente magnitude de seus postulados, observa-se que essa carta de intenções, embora tratando dos interesses dos animais como seres sensíveis e do respeito à vida, está impregnada do mesmo discurso humanista que conduz à subjugação, conforme relacionou David Olivier na crítica – a contrario sensu - de alguns de seus postulados: “a questão animal deve ser tratado do ponto de vista ecológico”, “quando um animal é maltratado, a vítima não é a Natureza e a dignidade dos homens”; “é lícito criar e abater os animais, assim como a experimentação científica, à medida em que isso for necessário”. Essa análise vai de encontro ao pensamento de Paula Brügger, que enxergou flagrantes ambigüidades em consagradas expressões ecológicas, como “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, “desenvolvimento sustentável”, “sadia qualidade de vida” ou “garantia às presentes e futuras gerações”, todas elas permeadas pela visão antropocêntrica onde a natureza deixa de ser um todo vivo para se tornar um conjunto de recursos destinados a uma finalidade humana. (LEVAI, 2001, p. 16-17)

Desse modo, os animais continuaram sem dispor dos mínimos direitos garantidos, pois a Declaração Universal dos Direitos dos Animais não proclamou que eles são sujeitos de direitos ou possuem natureza jurídica *sui generes*, perpetuando o especismo e a capitulação de bens semoventes.

Os seres humanos continuaram a subjugar os animais, explorando-os de maneira desenfreada e praticando atos cruéis de maus-tratos, por ser definir seres superiores. Urge, portanto, a necessidade de penalizar as condutas de maus-tratos.

## **2 PENAS DE MAUS-TRATOS DE ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Neste capítulo será explorada a concepção da pena no arcabouço jurídico brasileiro, assim como, os motivos determinantes das punições impostas às pessoas



que infringem as normas penais. Também serão analisadas as atuais penas de maus-tratos de animais domésticos, disciplinada na Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), com exemplos práticos, retirados de julgados, adentrando-se no mérito que, repetidamente, na visão da pesquisadora, surgem os problemas apresentados no trabalho.

Avante, será discutido se a população, ora dona do poder, concorda com as aplicadas as tais condutas. A visão da sociedade, como também de médicos veterinários que no cotidiano se deparam com animais vítimas de maus-tratos.

## 2.1 O conceito de pena no ordenamento jurídico brasileiro

Ao tipificar um ato como infração penal são determinadas consequências jurídicas da prática da conduta, a título de exemplo, o artigo 121 do Código Penal tipifica a conduta de matar uma pessoa e quantifica uma pena de 6 a 12 anos em caso de homicídio simples<sup>7</sup>.

A pena, portanto, é uma consequência da prática do crime ou contravenção penal e são incontáveis as teorias que exploram as justificações das finalidades das punições (PRADO, 2014). Na visão do Ilustre doutrinador Luiz Regis Prado três carece de atenção.

As teorias absolutas amparam-se na existência da pena somente pelo crime ou contravenção praticado, com um caráter de retribuição do mal causado, em outras palavras, para as teorias absolutas, a pena é meramente uma retribuição. Respaldam-se na ética kantiana, na ideia do imperativo categórico (PRADO, 2014). Para Kant, as ações humanas devem, necessariamente, servir de modelo universal, motivadas pelo o que é correto fazer, sem qualquer outra finalidade.

Se preocupa, portanto, em fundamentar a prática moral não na pura experiência, mas sim em uma lei aprioristicamente inerente à racionalidade universal humana; quer-se garantir absoluta igualdade aos seres racionais ante a lei moral

---

<sup>7</sup> Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos (BRASIL, 1940)



universal, que se expressa por meio de uma máxima, o chamado imperativo categórico. (BITTAR, 2016, p. 312)

Por outro lado, as teorias relativas embasam-se na necessidade de impedir a execução de novos delitos. Deixa-se de lado a noção de justiça que se apoiam as teorias absolutistas. Surgem os conceitos de prevenção geral e específica, sendo, respectivamente, a intimidação da sociedade para a prática do delito, e a intimidação específica do destinatário da pena, em outros termos, a pessoa a que será executada a pena (PRADO, 2014)

A prevenção geral, tradicionalmente identificada como intimidação — temor infundido aos possíveis delinquentes, capaz de afastá-los da prática delitiva—, é modernamente vislumbrada como exemplaridade (conformidade espontânea a lei) — função pedagógica ou formativa desempenhada pelo Direito Penal ao editar as leis penais. De outro modo, a concepção preventiva geral da pena busca a justificação na produção de efeitos inibitórios à realização de condutas delituosas, nos cidadãos em geral, de maneira de deixarão de praticar atos ilícitos em razão do temor de sofrer a aplicação de uma sanção penal. Em resumo, a prevenção geral tem como destinatária a totalidade dos indivíduos que integram a sociedade, e se orienta para o futuro, com o escopo de evitar a prática de delitos por qualquer integrante do corpo social. (PRADO, 2014, p. 446)

Por fim, as teorias unitárias ou ecléticas, para Prado, “buscam conciliar a exigência de retribuição jurídica da pena —mais ou menos acentuada— com os fins de prevenção geral e de prevenção especial” (PRADO, 2014, p. 452). Ou seja, deve haver a proporcionalidade da pena ao delito praticado, além de causar a intimidação da sociedade, para que os cidadãos não comentam condutas semelhantes, ao passo de intimidar o destinatário da pena para que ele não se torne reincidente.

O ordenamento jurídico brasileiro é adepto da teoria eclética das penas. Ao tipificar uma conduta e cominar uma pena, o legislador deve atentar-se aos aspectos elencados acima, fazendo-lhe perguntas pertinentes, como: A sociedade a que represento acha justa a penalização? A pena causará prevenção geral e específica? Devendo em todas encontrar a resposta positiva.





Assevera-se que a pena justa é provavelmente aquela que assegura melhores condições de prevenção geral e especial, enquanto potencialmente compreendida e aceita pelos cidadãos e pelo autor do delito, que só encontra nela (pena justa) a possibilidade de sua expiação e de reconciliação com a sociedade. Dessa forma, a retribuição jurídica torna-se um instrumento de prevenção, e a prevenção encontra na retribuição uma barreira que impede sua degeneração (PRADO, 2014, p. 452).

A pena deve retribuir o mal causado de acordo com a gravidade do crime ou contravenção praticado. Por isso para cada delito existe uma pena diferente, pois a gravidade do delito e a reprovabilidade da sociedade perante a conduta são fatores determinantes para a culminação da pena. Basta observar o crime de furto<sup>8</sup> e roubo<sup>9</sup>, o primeiro tendo a pena mais branda e o segundo mais severa, visto que se acredita que subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel sem violência ou grave ameaça é menos gravoso.

## 2.2 As penas atualmente aplicadas aos maus-tratos de animais

A conduta de maltratar um animal doméstico está tipificada no artigo 32, da Lei n.º 9.605/1998, com a seguinte redação: “Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”. (BRASIL, 1998). Salienta-se que em caso de morte do animal aumenta-se a pena de 1/6 a 1/3.

O crime tutela o equilíbrio ecológico (CAPEZ, 2014), não a vida do animal. Afinal de contas, animais são bens semoventes. É um crime pluricelular, ou seja, a lei elencou vários verbos que caso o agente cometa algum deles o crime irá se consumir.

---

<sup>8</sup> Art. 155. Subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa (BRASIL, 1940).

<sup>9</sup> Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa (BRASIL, 1940).



Comete crime de maus-tratos de animais quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir, mutilar ou realizar experiências dolorosas ou cruéis. Atos de abuso, na visão de Capez (2014), significam fazer uso desmoderado ou errôneo dos animais. Maltratar constitui surrar, agredir, agir com agressividade, além de manter o animal em local insalubre. Ferir, por sua vez, significa provocar lesões no bicho. Não menos importante, mutilar equivale á amputar, cortar do corpo do animal e, por fim, realizar experiências dolorosas ou cruéis “consiste em submeter os animais, por atos dolorosos ou cruéis, a uma série de operações, por exemplo, observações, avaliações, provas, ensaios em condições determinadas, tendo em vista resultado determinado” (CAPEZ, 2014, p. 108).

A conduta de maltratar um animal humano, expondo-o a perigo de vida é crime tipificado no artigo 136, do Código Penal, com pena de dois meses a um ano, ou multa. O parágrafo primeiro do presente artigo atribui a pena de um a quatro anos, se resultar lesão corporal de natureza grave e se resultar morte de quatro a doze anos<sup>10</sup>. Em outros termos, caso ocorra a morte da vítima de maus-tratos o crime será qualificado pelo resultado morte.

Por outro lado, caso ocorra à morte do animal o crime não será qualificado, apenas incidirá uma causa de aumento de pena. Nota-se a discrepância entre as penas de maltratar um animal e um humano. Um ser humano que maltratar outro e matá-lo em virtude dos maus-tratos terá sua liberdade cerceada por até doze anos, enquanto caso ocorra a mesma conduta, mas dessa vez com um animal, será condenado no máximo a um ano e quatro meses de detenção.

No panorama atual, um condenado com uma pena tão baixa não chegará ser preso em um estabelecimento prisional. Na maioria das vezes, será ofertado pelo

---

<sup>10</sup> Art. 136. Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa. § 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave. Pena - reclusão, de um a quatro anos. § 2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos (BRASIL, 1940).



Ministério Público a Suspensão Condicional do Processo, que no fim será extinta a punibilidade do agente.

O art. 89 da Lei n. 9.099/95 prevê a possibilidade de o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, propor a suspensão condicional do processo, por 2 a 4 anos, em crimes cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não por esta Lei, desde que o acusado preencha as seguintes exigências: não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime; estejamos demais presentes requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (CP, art. 77). Cumprida as condições expostas (reparação do dano, proibição de frequentar lugares e de se ausentar da comarca sem autorização do juiz e comparecimento mensal obrigatório ao juízo) durante o prazo de suspensão, a punibilidade será declarada extinta (art. 89, §5º, da Lei n. 9.099/95) (CAPEZ, 2014, p. 97-98)

Ressalta-se, novamente, que caso ocorra o óbito de um ser humano em decorrência de maus-tratos sua pena será de quatro a doze anos. Ou seja, o assassino será punido, sem ter seu processo suspenso, garantido que a pena cumpra sua prevenção geral e especial.

Lamentavelmente, maus-tratos de animais ocorrem com frequência, evidenciando-se em simples buscas em jornais, ou ementas de julgamentos. *À priori*, um fazendeiro mantinha 16 cavalos sem água e comida, e alguns com machucados. Ao chegar uma ONG trazendo veterinários ao local e colocarem água, os animais travaram uma verdadeira batalha pelo precioso líquido. O acusado dos maus-tratos foi condenado, mas conseguiu na apelação reduzir a pena para quatro meses e quinze dias de detenção.

APELAÇÃO. MAUS-TRATOS A ANIMAIS. Artigo 32, caput, da Lei

9.605/98. Autoria e materialidade comprovadas. Laudos comprobatórios dos maus tratos. Prova testemunhal. Condenação mantida. Dosimetria da pena que, no entanto, comporta alteração. Pena-base reduzida. Ações penais e inquéritos policiais em curso inservíveis para a valoração negativa dos maus antecedentes ou da conduta social do apelante. Regime prisional e substituição da pena corporal por restritiva de direitos que não comportam alteração.



RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (SÃO PAULO, 2016 – A).

Veja-se que, outro Tribunal absolveu dois réus que apesar, apesar de alimentarem não limpavam suas fezes e os deixavam presos com cordas muito curtas:

RECURSO CRIME. MATÉRIA AMBIENTAL. MAUS TRATOS A ANIMAL. ART. 32, "CAPUT", DA LEI N. 9.605/98. ATIPICIDADE DE CONDUTA, NO CASO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. 1.

Imputação de abuso e de maus-tratos contra animais domésticos, por estarem desabrigados, em ambiente precário, presos por cordas curtas, cercados de fezes e sem comida ou água. 2. Prova que indica cuidados adequados, apresentando-se todos os animais em bom estado de nutrição, com cuidados veterinários, em espaço doméstico. 2. Conduta que não configura infração penal. RECURSO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2019 – A).

O Tribunal entendeu que “nutrir” os animais descaracteriza os maus-tratos, não importando se eles viviam presos em cordas. Os policiais que foram ao local relataram que a comida estava com aspecto de ser inadequada para o consumo. Confira-se o depoimento:

[...] Chegando nesse local para fazer o cumprimento das diligências, uma vez que eles já estavam presos, se notou que no local, na casa que eles estavam, eu cheguei e vi uma cadela tipo barba de arme, atada com meio metro, no máximo um metro de corrente, sem água, com filhote e logo atrás desse antigo mercado, onde se fixava essa residência, tinha um bosque de eucalipto e ali embaixo tinha um criador de animais. Nesse criador de animais, o que me chamou a atenção era que os animais estavam atados, com um metro de corda quando muito, água chegava a estar esverdeada nos potes, nos potes que tinham água, comida bolorenta, ou seja, que tinha sido colocada a muitos dias, imundos os locais onde estavam os animais, seriam uns bull terrier e pit bul, até quanto a condição físicas dos animais estava relativamente boa, mas eles estavam dentro de um estrado, local fechado de dois metros por um mais ou menos, cheio de fezes. Não condizendo com um mínimo trato, agora dá para notar aí no processo que foram tiradas fotos de todo o local e anexado ao corpo, basicamente foi isso doutora. [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2019 – A).



Basicamente, o Tribunal abriu margem para todo tipo de descaso, desde que o dono alimente minimamente o animal, situação esta que não estará caracterizado os maus- tratos, tornando atípico o crime e incitando práticas cruéis.

É notório que nenhum ser humano gostaria de viver preso, rodeado de fezes, sendo alimentado com comida estragada e bebendo água imprópria para o consumo. Por quais motivos os animais poderiam viver dessa maneira cruel, se possuem as mesmas emoções e as sensibilidades próprias dos homens, diferenciando-se unicamente, pela capacidade de comunicação?

O Tribunal do Rio Grande do Sul entendeu ser atípica a conduta de abandonar animais em vias públicas e, conseqüentemente corroborou o entendimento que os animais são propriedades de seus donos, podendo, portanto, ser descartados quando quiserem, sem serem penalizados por isso, visto que um dos atributos da propriedade é a disponibilidade do bem.

RECURSO CRIMINAL. MAUS TRATOS DE ANIMAIS DOMÉSTICOS. ART. 32 DA LEI 9.605/98. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ATIPICIDADE DA CONTUDA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA

MANTIDA. Insuficiência a prova quanto à autoria do fato e atípica a conduta de abandonar cão na rua, por não se enquadrar nas condutas descritas no art. 32 da Lei nº 9.605/98, irredutível a manutenção da absolvição da ré. RECURSO IMPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2013 – B).

Premente trazer à baila a questão de festas típicas, como a farra do boi e vaquejada que são “comemorações” onde há grande ofensa aos animais. A Emenda à Constituição 96/2017 que incluiu o §7º no artigo 225 autorizou praticas impiedosas aos animais desde que sejam manifestações culturais<sup>11</sup>.

Ajuizada pelo Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5710, no qual se alegou que a Lei 13.454, da Bahia, que

---

<sup>11</sup> Art. 225, §7º: Para fins do disposto na parte final do inciso VII do §1º deste artigo, não se consideram cruéis as praticas desportivas que utilizem animais, desde eu sejam manifestações culturais, conforma o §1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei especifica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos (BRASIL, 1988).



regulamentou a vaquejada com o amparo da emenda, é inconstitucional por ofender o texto constitucional. Argumenta também, que apesar de ser considerada uma festa típica a vaquejada causa intenso sofrimento aos animais.

Maus tratos intensos a animais são inerentes às vaquejadas, indissociáveis delas, pois, para derrubar o boi, o vaqueiro deve puxá-lo com energia pela cauda, após torcê-la com a mão para maior firmeza. Isso pode provocar luxação das vértebras que a compõem, lesões musculares, ruptura de ligamentos e vasos sanguíneos e até rompimento da conexão entre a cauda e o tronco (a desinserção da cauda, evento não raro em vaquejadas), comprometendo a medula espinhal. As quedas perseguidas no evento, além de evidente e intensa sensação dolorosa, podem causar traumatismos graves da coluna vertebral dos animais, causadores de patologias variadas, inclusive paralisia, e de outras partes do corpo, a exemplo de fraturas ósseas. Não há possibilidade de realizar vaquejada sem maus-tratos e sofrimento profundo dos animais. (BRASIL, 2017)

O Ministro Roberto Barroso, por decisão monocrática, extinguiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade sem resolução de mérito, pois a ação foi proposta antes da Emenda à Constituição que autorizou todos os maus-tratos em nome da cultura, tornando-a prejudicada. (BARROSO, 2018)

Entretanto, apesar da Emenda à Constituição que autorizou essas práticas ser constitucional, ela introduziu ao ordenamento jurídico uma norma que ofende uma parcela da população que não concorda com violências arbitrárias aos animais. Além do mais, tendo em vista que provado, inequivocamente, que animais sentem dor e sensações, por serem sencientes, permitir tais “festas” é uma violência institucional aos animais, corroborando o especismo. Afinal de contas, o Estado não permite que um ser humano derrube e puxe outro ser humano pelas suas pernas, causando lesões, por que estão permite os animais não humanos?

A diferença entre homens e animais, segundo os estudos morfológicos de neuroanatomia comparada e metodologia da dor, é apenas de grau, não de essência. Capazes de conectar causa e efeito e de demonstrar sentimentos de afeição, solidariedade e companheirismo, percebe-se neles elementos de uma consciência individual, e não somente instinto. (LEVAI, 2001, p. 27).



A cultura apesar de ser extrema valia e garantida como direito fundamental, que o Estado a deve proteger – e quanto a isso ninguém discorda-, não deve ser justificativa para maltratar animais.

### **2.3 O dono do poder e a penalização**

Em que pese o poder ser do povo ele infelizmente não concorda com a penalização hoje aplicada ao crime de maus-tratos, considerando-a injusta e inadequada, de acordo com uma pesquisa feita com 98 pessoas de Brasília – DF (Apêndice A).

Constatado que cerca de 22,4% dos entrevistados acreditam que eles devem ser considerados coisas, bens semoventes, e uma pequena minoria acredita que apesar de deverem ser tidos como bens, devem ter direitos, com exceção do direito de herança. (Apêndice A).

Assevera-se, portanto, que a maioria dos entrevistados não acredita que os animais devam ser considerados bens, entendendo-se que uma nova natureza jurídica deva ser vislumbrada a eles.

Corroborando o entendimento, ao serem perguntados se apoiariam a tese dos animais tornar-se sujeitos de direitos no ordenamento jurídico brasileiro, 78,6% dos entrevistados concordaram.

Indagados em relação à penalização, em torno de 62,1% dos entrevistados, não concordam com a pena aplicada, por considerá-la branda. Ao passo que 1% dos entrevistados acreditam que a sanção penal atualmente não é um meio eficaz. (Apêndice A).

Em campo livre, ao serem questionados qual seria a penalização correta, respostas com o intuito de gerar uma conscientização do acusado foi bastante abordada, como horas de trabalho em ONGs que tratam de animais vítimas de maus-tratos e além de ajuda financeira. Ademais, o aumento da pena de maus-tratos foi suscitado em praticamente todas as respostas (Apêndice A).



A pesquisa realizada entre pessoas de todas as idades e escolaridade, como demonstrado no Apêndice A, de maneira mais democrática possível a fim que não houvesse um resultado forjado ou manipulado.

À vista do exposto, ratifica-se que o povo não concorda com a punição empregada atualmente a quem maltrata animais. Nestes termos, a pena não está cumprindo sua prevenção geral e específica, tornando-se ineficiente.

Outrossim, as respostas mostraram que a educação da população, com a devida conscientização torna-se umas das soluções para o problema, visto muitos maus-tratos ocorrem por as pessoas não compreenderem que os animais são seres vivos que sentem dor.

O objetivo da pesquisa foi analisar a visão da sociedade a respeito da atual punição executada aos que maltratam animais, pois como supracitado, o poder emana do povo e as penas de todos os crimes devem atender o anseio da sociedade.

A médica veterinária, Doutora Raphaella de Sousa Santos, em pesquisa, interrogada a respeito das emoções que os animais sentem como dor e angústia relatou que os animais, de acordo com sua espécie, demonstram as emoções com mudanças de comportamentos. (Apêndice B). Valida o entendimento de Peter Singer, que a capacidade da linguagem não é a única forma de auferir dor a um ser vivo (SINGER, 2013).

A doutora Santos, ao ser questionada a respeito das penas, afirmou que não considera a punição justa, visto que os animais são seres indefesos. Acredita, também, que uma população desinformada pode ser um fato gerador dos maus-tratos, pois as pessoas são carentes de informações, até mesmo da senciência dos animais.

Acentua, em sua entrevista, que as pessoas bem informadas poderão defender qualquer causa, tendo em vista que se tornaram conscientes das peculiaridades de cada ser.





A médica veterinária ratificou todos os pontos suscitados pela população na entrevista do Apêndice A, comprovando a tese que os animais não devem mais ser considerados coisas e a pena hoje aplicada ao crime de maus-tratos precisa ser modificada para tornar-se eficaz.

Mister enfatizar, que os médicos veterinários possuem como labor a manipulação diária de animais acometidos por doenças, traumas e maus-tratos, de modo que a percepção que eles possuem da dor animal é mais apurada, pela rotina de cuidados que eles praticam. Em outras palavras, médicos veterinários têm competência técnica de afirmar que animais sentem dor pelos seus estudos e experiência.

### **3 NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS E A PENALIZAÇÃO DE MAUS- TRATOS**

Neste último capítulo será explicitado, além de incentivado, um novo olhar aos animais, rechaçando-se o especismo e crueldades latentes na sociedade. Serão expostas possíveis soluções para o problema ao longo do trabalho estudado e salientado que, apesar de haver um árduo caminho a ser percorrido, atitudes direcionadas à mudança já começaram ser realizadas.

#### **3.1 Um novo olhar aos animais**

Os animais apesar de sentirem dor, não possuem discernimento para praticar atos da vida civil, além de não possuírem personalidade. Na verdade, por não serem tão racionais como os seres humanos possuem suas capacidades limitadas. Todavia, existem seres humanos que também não são inteiramente capazes ou com total discernimento, e, nem por sidos são cerceados direitos a eles.

São os casos dos absolutamente incapazes que de acordo com Caio Mário “os absolutamente incapazes, que têm direitos, podem adquiri-los, mas não são habilitados a exercê-los. São apartados das atividades civis; não participam direta e pessoalmente de qualquer negócio jurídico”. (PEREIRA, 2013, p. 219)



A lei traz como rol taxativo dos absolutamente incapazes os menores de 16 anos. Para essas pessoas exercerem alguns direitos é necessário que um capaz os represente.

Desta sorte, os animais não humanos por não conseguirem exercer atos da vida civil, teoricamente, enquadram-se como absolutamente incapazes, visto que não são capazes de casar ou celebrar negócios jurídicos. O que não significa que eles não poderiam adquirir direitos, mesmo que fossem os mais básicos, inerentes a vida e indispensáveis a dignidade.

Ao defender a tese de igualdade de animais humanos e não humanos, não significa que todos os direitos devam, necessariamente, serem outorgados aos animais, por razões lógicas. Nesse sentido Peter Singer afirma que não propõem tratamento igual, mas apenas consideração (SINGER, 2013).

As diferenças que existem entre homens e mulheres também são igualmente inegáveis, e os apoiantes da Libertação das Mulheres têm consciência de que estas diferenças podem dar origem a diferentes direitos. Muitas feministas defendem que as mulheres têm o direito de praticar o aborto através de simples pedido. Não se conclui daqui que, uma vez que estas feministas defendem a igualdade entre homens e mulheres, deverão igualmente apoiar o direito dos homens ao aborto. Como os homens não podem praticar o aborto, não faz sentido falar do direito masculino à prática do aborto. Uma vez que os cães não podem votar, não faz sentido falar do direito canino ao voto. Não há razão para tanto a Libertação das Mulheres como a Libertação Animal se envolverem nestas discussões absurdas. A extensão do princípio básico da igualdade de um grupo a outro não implica que devamos tratar ambos os grupos exatamente da mesma forma, ou conceder os mesmos direitos aos dois grupos, uma vez que isso depende da natureza dos membros dos grupos. O princípio básico da igualdade não requer um tratamento igual ou idêntico; requer consideração igual. A consideração igual para com os diferentes seres pode conduzir a tratamento diferente e a direitos diferentes. (SINGER, 2013, p. 16)

Nessa toada, sustentar que os animais devam ter direito ao voto torna-se infundado, pois não se sustenta tratamento igual, em contrapartida, a vida digna é



imprescindível por não haver justificativas lógicas para perdurar tamanhas atrocidades cometidas aos animais no século XXI.

Relutar contra a imposição do direito dos Animais é apenas retardar o inevitável. Ao final não trará nenhuma vantagem ao homem, pois o paradigma já restou modificado, e o ordenamento jurídico, mesmo em seu segmento antropocêntrico como será a seguir demonstrado, é hábil a proteger os Animais como sujeitos de direitos. Ademais, ainda que em uma pequena parcela, os povos estão cada vez mais conscientes sobre a necessidade de se aferir o adequado respeito aos Animais, como seres dotados de sensações, percepções, inteligência e, portanto, de vida. Ao contrário, relutar contra essa realidade comprova que a racionalidade homem está estagnada em direcionada à visão do eterno lucro, consumo de bens materiais e bem-estar individual da raça humana a qual por si só considera-se superior a tudo o que existe no mundo e para a qual tudo lhe deve ser útil. Os níveis de consciência e a razão do homem são as essências da natureza humana, e é momento de fazer jus a esse algo a mais que, em tese, serviria a diferenciar o animal humano dos outros Animais. Ora, mas para que serve a genialidade humana em presentear o mundo com maravilhosas escrituras dotadas de profundos ensinamentos, imensas obras arquitetônicas como os belíssimos arranha-céus e os gigantes aviões capazes de sustentarem-se no ar, ou mesmo com a criação de esplêndidas espaçonaves, comunicações instantâneas entre Continentes, ou máquinas pensantes hábeis a substituir o ser humano, se não é capaz de sensibilizar o homem com a Natureza, com os valores da compaixão, da gratidão, o amor aos Animais como um ser dotado de vida e de sensações? (RODRIGUES, 2003, p. 105-106)

Um grande passo para a diminuição dos maus-tratos é a mudança da natureza jurídica dos animais, pois apesar de não ser a solução, tendo em vista que não há soluções prontas, a mudança da natureza jurídica representaria uma nova visão dos legisladores e da sociedade aos animais, que sempre foram vistos como submissos e como única função de satisfazer os seres humanos. A mudança da natureza jurídica representaria o despertar da consciência. Além de embasar futuros aumentos de pena da pena de maus-tratos.



### 3.2 O papel do Estado e da população

O Estado deve resguardar o direito dos animais, pois grande parte do povo assim o quer. Entretanto, uma pequena parte da população ainda não entendeu que os animais não são inferiores e por isso não devem ser subordinados. A essas pessoas, primeiramente, deve ser garantido o direito do conhecimento e educação, dado que a educação é a melhor arma para a mudança.

Assim sendo, qualquer pessoa do povo pode agir em defesa dos animais oprimidos, o que não deixa de ser uma legítima manifestação de cidadania. Fazendo campanhas de natureza pedagógica, admoestando aqueles que se descumem do dever de, acionando as entidades de proteção animal, provocando a ação policial diante de uma ocorrência de crueldade, ou, até mesmo, limitando-se a pequenos gestos de compaixão e solidariedade, é possível encontrar meios hábeis para suprir a incapacidade postulatória dos animais, que, mesmo possuindo uma personalidade *sui generis*, não têm meios de exercer seu direito, advindo daí o modelo de substituição processual a ser exercido por um curador. (LEVAI, 2001, p. 24).

Foi necessário milhares de anos até que os seres humanos entendessem que os negros não eram inferiores e por isso não deviam ser escravizados. Salienta-se que o Brasil foi o último país a abolir a escravidão, como enfatiza Lilia Schwarcz, professora da USP, em entrevista a BBC. (CARNEIRO, 2018).

O cenário histórico mostra que ainda será indispensáveis muitos anos até que os direitos dos animais sejam respeitados, obviamente, pois foram inevitáveis anos para que entendêssemos que os negros não eram inferiores pela cor da sua pele e as mulheres, unicamente, pelo seu sexo.

Resta indubitável, com base nos argumentos acima elencados, que o Estado possui um papel institucional, além de garantir uma nova natureza jurídica aos animais, não os capitulando como bens semoventes, de também instruir a população que os animais são seres de sentem dor e por isso não devem ser maltratados.

As mudanças são primordiais para uma sociedade mais civilizada. Todavia, assim como ainda há racismo e injúria racial — mesmo tendo sido abolida a escravidão



e, mesmo punindo-se as pessoas que cometem esses crimes duramente, até mesmo com a imprescritibilidade do crime de racismo —, muitas pessoas ainda iram maltratar os animais e, nesses casos, os acusados do crime devem ser punidos com penas mais rigorosas.

### 3.3 A justiça começou ser feita

Ao levar em consideração que os animais são seres sencientes e que são dignos se serem considerados sujeitos de direitos, com suas peculiaridades, faz-se necessário punir mais rigorosamente as condutas de maus-tratos, ao levar em consideração que não está punindo quem danifica um carro e, sim quem gera dor e sofrimento a um ser vivo.

As penas aplicadas atualmente não são capazes de reprimir as condutas. Corrobora o entendimento a doutrinadora Maria Helena Diniz ao enfatizar que “deve haver, portanto, uma preocupação ético-jurídica em relação aos animais por serem sencientes, suscetíveis de sentirem dor.” (DINIZ, 2018, p. 105)

Os atos de crueldade e maus-tratos contra animais devem ser vedados, por serem inadmissíveis ética e juridicamente, visto que lhes causam sofrimento. Em casos especiais como a necessidade de pesquisa científica em animal vivo, em prol da humanidade, dever-se-á buscar outras alternativas, deixando os animais livres de crueldade, de injustificáveis torturas, que atingem sua integridade física e emocional e que podem até mesmo causar sua morte. Os animais não devem ser maltratados em casos práticas elevadas à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial. Urge a edição de normas que punam mais rigorosamente tais práticas de crueldade contra animais, por serem crimes ambientais. E será preciso uma tomada de consciência dos órgãos públicos e toda sociedade contra tais condutas inaceitáveis, que tanto sofrimento causam aos animais, ferindo sua dignidade como seres sencientes. (DINIZ, 2018, p. 115)

O povo, como dono do poder, não está satisfeito com a punição atualmente imposta, devendo os representantes fazer o papel constitucionalmente imposto e honrar a vontade popular. Entende-se que a punição ser mais dura não soluciona o



problema, mas garante a justiça daqueles que sentiram dor. Torna-se, na sociedade atual, inadmissível causar dor e não sofrer consequências sérias dos atos praticados.

Porém, no ano de 2013, o Deputado Federal Ricardo Izar propôs o Projeto de Lei Complementar 27, que, caso aprovado, instituirá uma nova natureza jurídica aos animais. O referido Projeto foi aprovado pelo Senado Federal, estando pendente de aprovação das Emendas na Câmara dos Deputados.

Pelo Projeto, os animais passarão ter natureza jurídica *sui generis*, como sujeito de direitos personalizados, vedando seu tratamento como coisas (bens semoventes), caracterizando-se um grande salto para a proteção dos animais não humanos.

Na justificativa do Projeto de Lei Complementar, o Deputado explicitou que atualmente a legislação vigente na República Federativa do Brasil se preocupa em tutelar os animais apenas na função ecológica, desconsiderando seus próprios interesses.

Assim, embora não tenha personalidade jurídica, o animal passa a ter personalidade própria, de acordo com sua espécie, natureza biológica e sensibilidade. A natureza *suis generis* possibilita a tutela e o reconhecimento dos direitos dos animais, que poderão ser postulados por agentes específicos que agem em legitimidade substitutiva. Para o reconhecimento pleno dos direitos dos animais há de se repensar e refletir sobre as relações humanas com o meio ambiente. O movimento de “descoisificação” dos animais requer um esforço de toda a sociedade, visto que, eles próprios não podem exigir sua libertação. Como seres conscientes, temos não só o dever de respeitar todas as formas de vida, como o de tomar providências para evitar o sofrimento de outros seres. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013)

Espera-se que com a mudança legislativa na natureza jurídica dos animais, outros projetos possam vir, a fim de apenar mais severamente os maus-tratos, pois estará maltratando um ser vivo senciente. Roga-se, ainda, que as pessoas que forem apenadas com os novos patamares da pena de maus-tratos não pratiquem mais



condutas assemelhadas e, que outras pessoas ao verem fiquem receosas, garantindo que a pena garanta prevenção geral e específica.

Ratifica-se o entendimento que em primeiro lugar a educação deve ser usada como meio para que os maus-tratos diminuam, e só após a justa punição daqueles que não se adequarem. Uma equiparação das penas de maus-tratos de animais à dos seres humanos, disciplinada no Código Penal Brasileiro, com a incidência de qualificadoras no caso de morte do bicho é de bom tom, levando em consideração que ambos – animais e seres humanos -, são capazes de sentirem dor e sofrimento.

Caso seja muito distante a equiparação, que pelo menos o patamar mínimo dos maus-tratos sejam superiores de um ano de detenção, para que não seja ofertada pelo Ministério Público a Suspensão Condicional do Processo, que no fim irá extinguir a punibilidade daqueles que cruelmente maltrataram os animais.

Destaca-se que não há uma crítica, neste estudo, ao instituto da Suspensão Condicional do Processo, mas entende-se que deve ser utilizado para crimes de menor potencial ofensivo, e apesar da pena de maus-tratos de animais se enquadrarem no patamar dos crimes inofensivos, sustenta-se que ocorreu de maneira deturpada, tendo em vista que maltratar um animal – como exaustivamente mencionado-, não é uma atitude inofensiva, pois o agente estará maltratando uma vida senciente.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho possibilitou uma reflexão das penas de maus-tratos de animais no ordenamento jurídico brasileiro. Propôs-se demonstrar possíveis causas da discrepância entre as penas dos seres vivos humanos e não humanos, e indicou possíveis soluções.



Concluiu-se que, em que pese haver um difícil caminho a ser percorrido até a eficácia punitiva nas sanções de maus-tratos, há pequenas ações que já demonstram o avanço no problema apresentado.

Conclui-se que, os seres sencientes não devem ser mantidos como coisas no ordenamento jurídico brasileiro, pois sentem praticamente todas as emoções que os seres humanos sentem. Esperando-se que o projeto de lei que almeja torná-los sencientes logre êxito e mude a atual natureza jurídica dos animais.

O fato notório é que não há mais a possibilidade de que tamanhas crueldades sejam perpetuadas. Algo deve ser feito, e pelo trabalho, uma das soluções encontradas é a educação. Vislumbra-se um Brasil que crimes não sejam cometidos com tanta frequência e que, toda a população seja educada para que não subestime espécies, tidas como inferiores por não possuírem todas as capacidades dos seres humanos.

Independentemente de o trabalho versar acerca de animais, observa-se que muitos crimes cometidos na sociedade contemporânea possui como causa o senso de superioridade de uns pelos outros, cita-se a injúria racial e feminicídio. Portanto, educar é mais do que ensinar as leis de Newton ou conjugações verbais. Educar é ensinar que ninguém é melhor que o outro e todos merecem respeito.

Além da educação da população, outra possível solução apresentada é o aumento da pena do crime de maus-tratos, pois a atual não está gerando prevenção geral e específica, conseqüentemente não está sendo eficaz.

Reitera-se que o trabalho não prega a cultura do encarceramento como saída aos crimes praticados na sociedade. Todavia, enfatiza que caso um crime contra um ser vivo senciente seja praticado, deve haver uma igualdade de tratamento entre seres humanos e animais no que tange a pena aplicada, pois ambos devem ter direito à vida digna, e conseqüente, ambos devem ter os acusados de crimes contra si punidos adequadamente.





Finaliza-se com Rodrigues: “o quanto antes o ordenamento jurídico os reconhecer, maior será a harmonia entre os seres vivos do planeta, entre o homem e a Natureza e entre os homens em si.” (RODRIGUES, 2003, p. 107)

## REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, C. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Red Livros, 2001.

BITTAR, E. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) . Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dez. de 1940*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de jan. de 2002*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fev. de 1998*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm) . Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Petição inicial da adi 5710*. Procurador-geral da República: Rodrigo Janot. Brasília, 30 mai. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/PORTAL/geral/verPdfPaginado.asp?id=12999824&tipo=TP&descricao=ADI%2F5710> . Acesso em: 3 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.710*. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 16 out. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5201526> . Acesso em: 4 mar. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei 6054/2019*. 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601739>. Acesso: 6 fev. 2020.

CAPEZ, F. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.



CARNEIRO, J. D. *Brasil viveu um processo de amnésia nacional sobre a escravidão, diz historiadora*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44034767> . Acesso em: 31 out. 2019.

CARVALHO, L. *Formas do trabalho escravo no Brasil*. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiab/formas-trabalho-escravo-no-brasil.htm> . Acesso em: 6 fev. 2020.

CORREIO BRAZILIENSE. *Cadela morre depois de ter patas decepadas e ser abandonada*. 2019. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2019/06/10/interna\\_cidad\\_esdf,761791/cadela-morre-depois-de-ter-patas-decepadas-e-ser-abandonada.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2019/06/10/interna_cidad_esdf,761791/cadela-morre-depois-de-ter-patas-decepadas-e-ser-abandonada.shtml). Acesso em: 25 out. 2019.

CORREIO BRAZILIENSE. *Segurança de mercado é acusado de matar cachorro a pauladas em São Paulo*. 2018. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/12/03/interna-brasil,722977/seguranca-do-carrefour-e-acusado-de-matar-cachorro-a-pauladas-em-sp.shtml> . Acesso em: 1 nov. 2019.

DINIZ, M. H. *Ato de crueldade ou de maus tratos contra animais: um crime ambiental*. 2018. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/26219> . Acesso em: 20 dez. 2019.

DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro*. 31. ed. Saraiva, 2014.

DONIZETTI, E., & QUINTELLA, F. *Curso didático de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2014. FAUSTO, B. *História do Brasil*. São Paulo: Edusp, 2013.

FUNDAÇÃO BIBLIOTECA NACIONAL. *Biblioteca nacional digital brasil*. 2003. Disponível em: <https://bndigital.bn.gov.br/dossies/trafico-de-escravos-no-brasil/apresentacao- trafico-de-escravos-no-brasil/> . Acesso em: 4 mar. 2020.

G1. *Família presa por vender carne de cachorro e gato diz à polícia que protegia os animais*. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/espirito-santo/noticia/2019/10/19/familia-presa-por-vender-carne-de-cachorro-e-gato-diz-a-policia-que-protegia-os-animais.ghtml> . Acesso em: 3 nov. 2019.

LEVAI, L. *Os animais sob a visão da ética*. 2001. Disponível em: [http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/os\\_animais\\_sob\\_a\\_visao\\_da\\_etica.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/os_animais_sob_a_visao_da_etica.pdf). Acesso em: 3 nov. 2019.



LUNA, S. L. *Dor, ciência e bem-estar em animais*. 2008. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/bvs-vet/resource/pt/vti-479443> . Acesso em: 24 out. 2019.

ONU. Declaração Universal dos Direitos dos Animais, de 27 jan. de 1978. Disponível em: <http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>.

Acesso em: 22 out. 2019.

PEREIRA, C. d. *Instituições de direito civil: direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 4.

PEREIRA, C. d. *Introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1.

PINTO, C. *Feminismo, história e poder*. 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782010000200003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782010000200003)  
Acesso em: 30 out. 2019.

PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. Revista dos Tribunais, 2014.

PRIETO, A. *A gravidade do crime e sua repercussão no processo penal*. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12964/a-gravidade-do-crime-e-sua-repercussao-no-processo-penal> . Acesso em: 31 out. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Recurso Crime 71008477200*. Turma Recursal Criminal. Relator: Des. Edson Jorge Cechet. Rio Grande do Sul, 13 mai. 2019. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713606919/recurso-crime-rc-71008477200-rs?ref=juris-tabs> . Acesso em: 22 out. 2019. A.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Recurso Crime 71004308094*. Turma Recursal Criminal. Relator: Des. Roberto Behrendorf Gomes da Silva. Rio Grande do Sul, 8 jul. 2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112939084/recurso-crime-rc-71004308094-rs>. Acesso em: 22 out. 2019. B.

RODRIGUES, D. T. *O direito dos animais: Uma abordagem ética e filosófica e normativa*. São Paulo: Jurua, 2003.



SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação 00088967320148260541*. 35ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Arthur Marques. São Paulo, 17 out. 2016. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/396047177/apelacao-apl-88967320148260541-sp-0008896-7320148260541/inteiro-teor-396047203?ref=juris-tabs> . Acesso em: 22 out. 2019. B.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação 0014397-07.2012.8.26.056*. 15ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Des. Camargo Aranha Filho. São Paulo, 4 ago. 2016. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/373302360/apelacao-apl-143970720128260564-sp-0014397-0720128260564?ref=juris-tabs> . Acesso em: 22 out. 2019. A.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. SINGER, P. *Libertação animal*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

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



# A ATUAÇÃO POLICIAL NOS CASOS DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER NO DISTRITO FEDERAL À LUZ DA LEI 11.340/06

Nathália de Queiroz Mello

## RESUMO

Inúmeras foram as evoluções e benefícios trazidos pela Lei 11.340/06 à vida da mulher brasileira. A Lei Maria da Penha veio reforçar o papel que as Delegacias Especializadas exercem no país, de prevenção, repressão e investigação dos crimes praticados contra às mulheres. Assim, importa trazer ao entendimento popular a análise de questões relacionadas à violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil, por isso, este estudo visa apresentar informações acerca da atuação policial nos casos de violência psicológica contra a mulher no Distrito Federal. Nesse sentido, quando tratamos de algo que deve beneficiar tantas mulheres, nos deparamos com a necessidade de compreender alguns fenômenos, como: (i) a Delegacia Especial de Atendimento à Mulher do Distrito Federal segue os ditames da Norma Técnica de Padronização das DEAMS para prestar um bom atendimento à população? (ii) Como funciona a atuação policial na DEAM nos casos de violência doméstica contra a mulher, com foco na violência psicológica no Distrito Federal?. A proposta do trabalho é a de analisar estas questões através da legislação vigente, buscando compreender se as normas são observadas pelas autoridades policiais na prática, por meio da pesquisa teórica acerca do cotidiano da Delegacia Especial de Atendimento à Mulher (DEAM) do Distrito Federal, buscando o confronto entre o procedimento que deve ser adotado pelos agentes policiais em conformidade com as legislações vigentes e os procedimentos efetivamente adotados, diante do aumento de demandas desde o advento da mencionada Lei 11.340/06. Por tratar de um tema bastante debatido na atualidade, o objetivo deste trabalho é o de proporcionar uma nova visão sobre esta realidade já existente, sendo o estudo elaborado com o propósito descritivo. A pesquisa é baseada no desenvolvimento bibliográfico e na análise de documentos, tais quais leis, regulamentos, decretos, normas técnicas, jurisprudências e matérias constitucionais que entendem que a Lei nº 11.340/06 e a Norma Técnica de Padronização das DEAMS devem ser empregadas em sua integralidade na busca de diminuir os índices de violência doméstica e familiar contra a mulher. Por fim, a partir da breve pesquisa, foi possível verificar que há, no Distrito Federal,



a necessidade de maior investimento de recursos para o melhor atendimento às vítimas. Dados demonstraram a necessidade de mais unidades de Delegacia especializada no Distrito Federal e atendimento policial especializado e previamente capacitado.

**Palavras-chave:** Lei Maria da Penha. Gênero. Violência doméstica. Violência Psicológica. Atuação Policial.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a análise de questões relacionadas à violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil, buscando aprofundar questões acerca da atuação policial nos casos de violência psicológica contra a mulher, com foco no Distrito Federal, sob a ótica da Lei 11.340/2006, ou Lei Maria da Penha.

Logo de início, vislumbrou-se que a violência contra a mulher brasileira está intimamente ligada à assimetria entre as relações, dado o caráter patriarcal, base da formação da sociedade brasileira.

Toda mulher deve ter direito à sua liberdade social, política, sexual, à integridade física e moral, mas principalmente, o direito à vida, para que se sinta valorizada, e possua legitimidade em seu meio social. Logo, numa sociedade marcada pelo cerceamento desses direitos, se mostra de alta relevância a atual discussão, visto que o bem jurídico afetado aqui, é palpável e pertinente.

Assim, tendo como foco as desigualdades no tratamento entre o homem e a mulher, e em razão de recorrentes violações de direitos humanos e fundamentais da mulher no âmbito nacional, se fez necessária a criação da Lei Maria da Penha, que reforçou o papel das Delegacias Especializadas, de enfrentamento e repressão à violência contra as mulheres, consoante à legislação vigente.

Feitas as considerações iniciais, buscou-se entender o que é a violência psicológica prevista na mencionada legislação, quais são os fatores subjetivos para que a violência seja entendida como psicológica, o motivo pelo qual é a mais complexa de se identificar e suas particularidades.



Adiante, foram realizados apontamentos acerca da atuação policial em casos de violência psicológica, especialmente no âmbito das Delegacias da Mulher no Distrito Federal.

A partir dessa análise, o presente estudo busca responder os seguintes questionamentos: sabendo da importância da implementação de um atendimento policial especializado para as mulheres, em especial nas Delegacias de Atendimento à Mulher, a atuação policial nos casos de violência doméstica contra a mulher, com foco na violência psicológica no Distrito Federal tem sido exercida em conformidade com a Lei nº 11.340/06? Como funciona a atuação policial na DEAM nos casos de violência doméstica contra a mulher, com foco na violência psicológica no Distrito Federal.

Posto isso, o problema que norteou a realização deste projeto é a preocupação em buscar respostas aos questionamentos acima, visto a importância da adoção de procedimentos eficazes e a necessidade da prestação de um atendimento de qualidade na Delegacia Especial de Atendimento à Mulher do Distrito Federal, diante do aumento de demandas desde o advento da mencionada Lei nº 11.340/06.

## **1 DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO**

### **1.1 Conceitos gerais**

A Lei nº 11.340/06 trouxe em seu texto legal a definição de violência doméstica, que entende-se como

[...] qualquer ato de violência baseada no gênero que produza ou possa produzir danos ou sofrimentos físicos, sexuais ou mentais na mulher, incluídas ameaças de tais atos, coerção ou privação arbitrária da liberdade, tanto na vida pública quanto na privada. (BRASIL, 2006)

É necessário, de início, compreender a essência do termo “gênero”, utilizado no texto legal. Joan Scott (1995, p. 86) define gênero de duas formas: “(1) o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas



entre os sexos e (2) o gênero é uma forma primária de dar significado às relações de poder”.

O termo “gênero” também pode ser entendido como a construção psicossocial do masculino e do feminino, ou as relações entre homens e mulheres que englobam tanto o meio político, cultural e econômico.

Há de se fazer a distinção entre sexo e gênero, isto pois “sexo”, segundo o Dicionário Michaelis, trata de um fator biológico, sendo o conjunto de características anatomofisiológicas que distinguem o homem e a mulher. Já o “gênero” é construído pela sociedade, não se trata de uma característica biológica, mas sim, algo ligado ao social, construído ao longo do tempo, a partir das disposições culturais seguidas como padrões de comportamentos de determinado gênero.

E quanto a construção do gênero na sociedade, Victoria Barreda (1992, p. 101) esclarece:

“o gênero pode ser definido como uma construção social e histórica de caráter relacional, configurada a partir das significações e da simbolização cultural de diferenças anatômicas entre homens e mulheres. [...] Implica o estabelecimento de relações, papéis e identidades ativamente construídas por sujeitos ao longo de suas vidas, em nossas sociedades, historicamente produzindo e reproduzindo relações de desigualdade social e de dominação/subordinação.”<sup>1</sup>

A partir da análise da definição do conceito de gênero, há de se entender que o termo é utilizado para definir as construções individuais de homens e mulheres dentro de uma sociedade (BARREDA, 1992), e portanto, a desigualdade observada no meio social, entre gêneros, não consta em seu conceito, mas é algo que está presente em nossa sociedade. Para Marta Ferreira Santos Farah (2004, p. 47-71), o conceito de gênero remete à construção social e histórica do feminino e do masculino

---

<sup>1</sup> Género y travestismo em el debate. In: OPIELA, Carolina Von. **Derecho a la identidad de género: Ley 26.743**. Buenos Aires: La Ley, 2012. P. 101.





e para as relações sociais entre os sexos, e estas relações são marcadas em nossa sociedade por uma forte assimetria.

A assimetria entre as relações é marcada quando é atribuída maior relevância a um dos papéis e há a conseqüente desvalorização do outro, como pode ser observado por diversas vezes no mercado de trabalho, onde a desvalorização da mão de obra da mulher ocorre por questões culturais, construídas sobre desigualdades sociais, econômicas e políticas ao longo da história (PEREIRA; LIMA, 2017).

Assim, ao ser atribuído maior valor a um dos papéis, surge o caráter discriminatório, o tratamento injusto e desigual, que é o que ocorre em nossa sociedade ao longo da história, e que se repete até os dias de hoje, predominando o caráter patriarcal que está na base da formação da sociedade brasileira e da desvalorização profissional da mulher (PEREIRA; LIMA, 2017).

A violência de gênero, portanto, envolve a definição social dos papéis femininos e masculinos, e a atribuição de valores diferentes para cada um desses, e de acordo com a realidade de nosso meio social, há uma relação de poder e de dominação do homem e de submissão da mulher. Os papéis impostos às mulheres e aos homens consolidam ao longo da história (TELES; MELO, 2002), a perpetuação da assimetria entre estas relações.

Logo, a criação da Lei nº 11.340/06 se fez necessária diante da desigualdade no tratamento entre o homem e a mulher que não condiz com a determinação da Constituição Federal, em seu Artigo 5º, onde consta que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (BRASIL, 2006). Essa igualdade não é refletida nos padrões de construção de nossa atual sociedade, estamos distantes da isonomia, e por isso, há a necessidade de punir qualquer discriminação aos direitos e liberdades fundamentais das mulheres.

Assim, tendo como foco as desigualdades enfrentadas, a Lei nº 11.340/06 tratou de estabelecer diretamente o âmbito de sua aplicação, que será somente quando houverem violências contra a mulher baseadas no gênero, dentro das



hipóteses mencionadas no artigo 5º de seu texto legal, não ensejando sua aplicável qualquer conduta cometida contra a mulher, mas somente naquelas em que o tipo de violência se originar nas relações de gênero dominantes (BRASIL, 2006).

Portanto, não é possível realizar o presente estudo sem o recorte de gênero. A assimetria presente nas relações de gênero nos afasta da plena igualdade de direitos entre homens e mulheres, e no contexto de gênero, a construção e evolução social humana foi realizada a partir da cultura patriarcal, e os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem estas relações violentas entre os sexos (TELES; MELO, 2002).

## 1.2 Panorama geral sobre a violência de gênero

O conceito de violência de gênero abordado anteriormente, pode ser entendido como a relação de poder e de dominação do homem e de submissão da mulher, em que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem as relações violentas entre os sexos, indicando que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim, de um processo de socialização das pessoas (TELES; MELO, 2002).

Nesse contexto, a construção e evolução social humana foi realizada a partir da cultura patriarcal, onde o homem foi colocado em uma posição de poder e privilégios enquanto as mulheres foram traduzidas como inferiores, e a violência de gênero, presente em nossa sociedade, foi transmitida de geração em geração. Por essa violência ser tolerada pela sociedade devido à cultura patriarcal existente, mostra-se complexa sua desconstrução. E quanto aos tipos de violência contra mulher, Wânia Pasinato (2011, p. 230) entende:

“Como parte desse sistema de dominação patriarcal, o **femicídio** e todas as formas de violência que a ele estão relacionadas são apresentados como resultado das diferenças de poder entre homens e mulheres, sendo também condição para a manutenção dessas diferenças.”



O que se depreende da realidade fática de uma sociedade, é que a desigualdade existente no meio é o que gera a violência baseada no gênero, diante de todo o complexo de nossa construção social. Assim, a violência de gênero poderia ser compreendida como uma problemática que abrange questões ligadas à igualdade entre os sexos, importando analisar os papéis atribuídos às mulheres e aos homens numa sociedade, em virtude da violência contra as mulheres ser definida como universal e estrutural, fundamentando-se no sistema de dominação patriarcal presente em praticamente todas as sociedades do mundo ocidental (PASINATO, 2011).

Sendo assim, é possível observar que a realidade brasileira não se distancia de todas as problemáticas debatidas, visto que o Brasil é o 5º país que mais mata mulheres no mundo, segundo o Mapa de Violência publicado em 2015, e no ano de 2001, o Brasil foi condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos por tratar com negligência a violência contra a mulher.

Desta forma, as violações de direitos constitucionais das mulheres são fatores que devem ser entendidos como um produto de assimetria na relação entre mulheres e homens, devendo o Estado atuar na promoção da igualdade, levando em conta a desigualdade construída nestas relações.

Necessário pontuar também acerca da desigualdade racial quando se verificam os altos índices de violência contra mulheres negras brasileiras, pois segundo Suárez (1998, p. 109), são essas as mulheres que "apresentariam maior risco de serem objetos de violência, por estarem situadas no lado mais fraco de duas hierarquias, a de gênero e a de raça".

Suárez (1998, p. 109) também entende que mulheres negras estariam situadas, em proporção significativa, "nos segmentos mais desprovidos dos recursos básicos e direitos do cidadão". À título comparativo, em um estudo realizado pelo IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, em conjunto com o UNIFEM, Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher, no ano de 2003,



destacou-se que mulheres negras, vítimas do racismo e do sexismo, eram submetidas aos piores indicadores das áreas analisadas pelo estudo, que utilizou como base informações relativas à saúde, escolaridade, mercado de trabalho, trabalho doméstico, habitação, exclusão digital, pobreza, distribuição e desigualdade de renda.

Já em 2019, a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial juntamente com o Programa Interagencial para a Promoção da Igualdade de Gênero, Raça e Etnia do Sistema Nações Unidas no Brasil afirma que muito já foi feito no âmbito das políticas públicas para empoderar grupos historicamente discriminados, como a criação da Secretaria de Política para as Mulheres (SPM/PR) e da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPP/PR), que buscam resguardar direitos fundamentais.

No entanto, a raiz do problema é estrutural, e mesmo após todos os avanços trazidos, a partir da implementação de diversas políticas públicas de enfrentamento à violência, como a Central de Atendimento à Mulher - Ligue 180, os Centros Especializados de Atendimento à Mulher em Situação de Violência e os Serviços de abrigo, ainda é possível verificar as persistentes desigualdades de gênero e raça (IPEA, 2013), relacionados ao racismo patriarcal vigente (PEREIRA, 2018) em nossa sociedade desde a colonização das sociedades latino-americanas, e que estão marcadas na sociedade e no Estado brasileiro até então.

Nesse sentido, Piovesan (2012), citada por Almeida (2019), entende que:

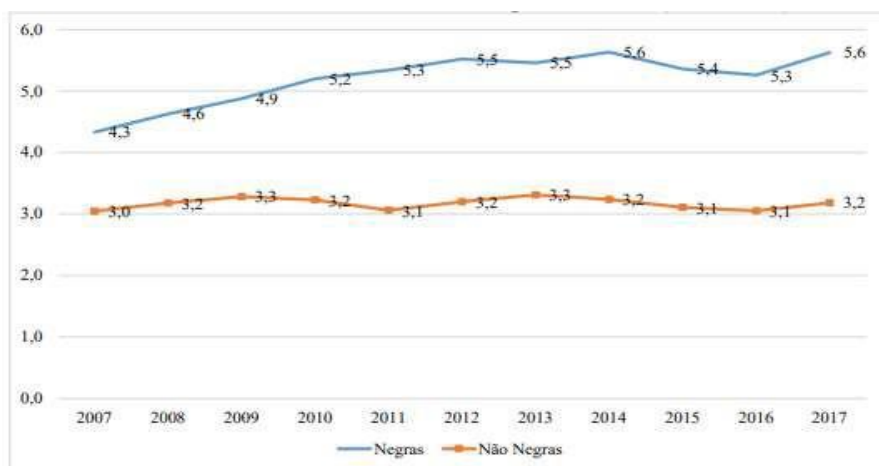
“A linha normativa que aprisiona a mulher negra é a mesma em todo lugar onde o poder masculino se fez presente. Entender adequadamente as esferas do poder masculino, é lembrar que a mulher tende a ser sempre relegada a um lugar de subalterna no ambiente masculino, seja branca, negra, indígena ou africana.”

Em pesquisa realizada pelo Atlas da Violência em 2019, no que tange à desigualdade racial, é possível verificar que, dos assassinatos ocorridos no ano de 2017, 66% foram de mulheres negras, isto é, enquanto a taxa de homicídios de



mulheres não negras teve crescimento de 4,5% entre 2007 e 2017, a taxa de homicídios de mulheres negras cresceu 29,9%, conforme pode ser visto no gráfico abaixo:

**Gráfico 1** - Evolução da taxa de homicídios femininos no Brasil, por raça/cor (2007-2017):



Fonte: Ipea *et al* (2019).

Nesse contexto, o primeiro passo é reconhecer a dimensão da desigualdade, sendo de suma importância realizar uma análise que abranja o contexto social brasileiro, para que seja possível concluir a necessidade de políticas públicas voltadas para o empoderamento das mulheres, com ênfase na realidade das mulheres e nas persistentes desigualdades de gênero e raça, sob o enfoque do princípio da interseccionalidade, pelo qual, segundo Crenshaw (2002, p. 177):

“Trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. Além disso, a interseccionalidade trata da forma como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, constituindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento.”

A interseccionalidade significa dizer que existem diferentes formas de opressão agindo simultaneamente em nossa sociedade e que tendem a se reforçar,



por isso, mostra-se inviável a discussão sobre violência de gênero contra as mulheres, sem antes verificar que existem diversas formas de opressão, como o racismo, machismo e classe social presentes na estrutura da sociedade brasileira, e como assertivamente coloca Lélia Gonzalez, citada por Luiza Bairros (2000, p. 57), “a tomada de consciência da opressão ocorre, antes de tudo, pelo racial”.

Ademais, o silenciamento da mulher perante as violências domésticas, que ocorrem de forma velada dentro de suas relações, configura uma agravante que alimenta a cifra oculta, e isto quer dizer que os dados não relatam com a precisão necessária o número de violências praticadas contra mulheres no Brasil (CAMPOS, 2011).

O que se nota é que falta incentivo para que as mulheres se sintam encorajadas a buscar apoio, ou até mesmo a denunciarem, afinal, existe uma resistência por parte das mulheres em situação de violência para registrarem ocorrência policial, por fatores como medo, culpa, vergonha, dependência econômica ou emocional em relação ao agressor (ÁVILA, 2017).

## **2 A LEI MARIA DA PENHA**

### **2.1 A Criação da Lei Maria da Penha**

Num país marcado pelos crescentes índices de violência, violação de direitos e liberdades fundamentais da mulher, a Lei Maria da Penha, nº 11.340/06, foi um marco na proteção dos direitos humanos das mulheres perante a sociedade brasileira, surgindo com o intuito de combater e buscar prevenir a violência contra as mulheres.

Numa época em que a violência doméstica era vista como uma questão comum a mulheres dos mais diversos meios sociais, foi criada a primeira Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher do Brasil e da América Latina, na cidade de São Paulo, com o Decreto 23.769 no ano de 1985, trazendo grande visibilidade ao problema da violência e ao trabalho desenvolvido pelas organizações não-governamentais feministas (SANTOS, 2010).



A Lei nº 11.340/06 foi fruto de um longo trajeto de lutas sociais enfrentadas por feministas a favor dos direitos das mulheres, surgindo a partir de Maria da Penha Maia Fernandes, uma farmacêutica, que foi vítima de tentativas de homicídio por parte do seu até então marido, por duas vezes.

Tendo o Brasil, no ano de 2001, sido condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos por tratar com negligência e omissão a violência contra a mulher, teve de indenizar Maria da Penha e promover no país um processo de reforma à lei vigente, que evitasse a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil, motivo pelo qual obrigou-se a desenvolver ações para erradicar essa modalidade de violência, assim, tendo sido sancionada a Lei nº 11.340/2006, com o nome de Lei Maria da Penha.

Assim, a Lei Maria da Penha veio reforçar fortemente o papel que as Delegacias Especializadas exercem, de enfrentamento à violência contra as mulheres, consoante com a nova legislação, Lei nº 11.340/2006, bem como dar visibilidade ao problema da violência contra as mulheres para a sociedade, da natureza criminosa da violência baseada em diferenças de gênero.

## **2.2 Avanços trazidos pela Lei Maria da Penha**

Após anos de lutas sociais para que a violência contra a mulher se tornasse reconhecida por toda a sociedade brasileira, a Lei Maria da Penha foi promulgada com o intuito de proporcionar ampla visibilidade à essa violência, a partir do substancial avanço normativo, criando diversos mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher brasileira, em conformidade com o que prevê o §8º do Artigo 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, nos termos do Artigo 1º da Lei nº 11.340/06.



A Lei nº 11.340/06, que está em vigência há 14 anos, confere a condição de crime às situações de violência doméstica e familiar contra as mulheres, trazendo diversas inovações de relevante importância, como conceituar a violência doméstica e familiar, e em seu artigo 7º, expor as formas com que estas podem ocorrer, sendo: física, psicológica, sexual, moral e patrimonial contra a mulher, independentemente de orientação sexual (BRASIL, 2006).

Da breve análise da Lei Maria da Penha, é possível notar uma série de benefícios e incentivos para o bem-estar das mulheres, sendo criada uma rede de apoio a partir do desenvolvimento de políticas públicas consistentes, capazes de reduzir os índices alarmantes de mulheres em situação de violência. Ainda, a Justiça Penal brasileira tem caminhado para dar mais visibilidade aos problemas de violência doméstica, e com isso, tem buscado criar mecanismos com o intuito de conter as agressões contra mulheres (CAMPOS; CARVALHO, 2011).

Dessa forma, o Conselho Nacional de Justiça aponta as principais inovações trazidas pela Lei nº 11.340/06 e os mecanismos aplicáveis por ela:

“- Tipifica e define a violência doméstica e familiar contra a mulher.

-Estabelece as formas da violência doméstica contra a mulher como física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

-Determina que a violência doméstica contra a mulher independe de sua orientação sexual.

-Determina que a mulher somente poderá renunciar à denúncia perante o juiz.

- Ficam proibidas as penas pecuniárias (pagamento de multas ou cestas básicas).

-Retira dos juizados especiais criminais (Lei n. 9.099/95) a competência para julgar os crimes de violência doméstica contra a mulher.

-Altera o Código de Processo Penal para possibilitar ao juiz a decretação da prisão preventiva quando houver riscos à integridade física ou psicológica da mulher.





-Altera a lei de execuções penais para permitir ao juiz que determine o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

-Determina a criação de juizados especiais de violência doméstica e familiar contra a mulher com competência cível e criminal para abranger as questões de família decorrentes da violência contra a mulher.

-Caso a violência doméstica seja cometida contra mulher com deficiência, a pena será aumentada em um terço.

A autoridade policial:

-A lei prevê um capítulo específico para o atendimento pela autoridade policial para os casos de violência doméstica contra a mulher.

-Permite prender o agressor em flagrante sempre que houver qualquer das formas de violência doméstica contra a mulher.

-À autoridade policial compete registrar o boletim de ocorrência e instaurar o inquérito policial (composto pelos depoimentos da vítima, do agressor, das testemunhas e de provas documentais e periciais), bem como remeter o inquérito policial ao Ministério Público.

-Pode requerer ao juiz, em quarenta e oito horas, que sejam concedidas diversas medidas protetivas de urgência para a mulher em situação de violência.

-Solicita ao juiz a decretação da prisão preventiva. O processo judicial:

- O juiz poderá conceder, no prazo de quarenta e oito horas, medidas protetivas de urgência (suspensão do porte de armas do agressor, afastamento do agressor do lar, distanciamento da vítima, dentre outras), dependendo da situação.

-O juiz do juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher terá competência para apreciar o crime e os casos que envolverem questões de família (pensão, separação, guarda de filhos etc.).

-O Ministério Público apresentará denúncia ao juiz e poderá propor penas de três meses a três anos de detenção, cabendo ao juiz a decisão e a sentença final.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019)

Não obstante, foram alcançadas diversas inovações relativas à aplicação de medidas protetivas de urgência contra o agressor, deferidas pela autoridade judiciária, para garantir a integridade física da vítima de violência doméstica, e com a assertiva



alteração advinda da Lei n° 13.827/19, poderá o delegado de polícia decretar a medida de afastamento do agressor nos casos de violência doméstica, familiar ou afetiva, que ocorrerem em município que não seja sede de comarca. O ofensor que desprezar a medida imposta, estará sujeito à pena de 3 meses a 2 anos de detenção, sendo possível, ainda, a adoção de prisão preventiva.

E para estimular o funcionamento das medidas protetivas foi criado a em alguns estados do país a Patrulha Maria da Penha, sendo o estado do Goiás um dos estados pioneiros na implantação (PAES; FARIAS, 2019), para monitorar os casos em que for deferida pela Justiça medida protetiva à mulher, como forma de coibir agressores por meio de rondas e visitas às mulheres que encontram-se em situação de violência.

Com o advento da Lei 13.505/2017, ainda, passou a ser direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, preferencialmente por servidores do sexo feminino, previamente capacitadas, proporcionando maior conforto e segurança à mulher em situação de violência.

Outro ponto relevante trazido como inovação, é que em seu artigo 16, a Lei n° 11.340/06 (BRASIL, 2006) dispõe que caso a ofendida queira desistir da ação penal contra o agressor, se for ação penal pública condicionada à representação, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público, como é o caso do crime de ameaça, do Artigo 147 do Código Penal.

Isto é, sendo uma ação penal pública condicionada à representação, uma vez recebida a representação, o Ministério Público se tornará dono da Ação Penal, não havendo a possibilidade da renúncia, em obediência ao princípio da indisponibilidade e obrigatoriedade.

No entanto, a regra é a ação penal pública incondicionada, e mais uma mudança que deve ser ressaltada é a modificação da ação penal no crime de lesão



corporal leve, que no caso, passa a ser pública incondicionada, em conformidade com o julgado na ADI n°4424 do Supremo Tribunal Federal. Isso significa que a ação será promovida por denúncia do Ministério Público, não sendo necessária a autorização ou representação da ofendida, motivada pelo fato de que muitas mulheres retiravam queixas de agressão contra seus parceiros.

Pertinentemente, denota-se que houve mudanças nos tipos penais incriminadores (aumento de penas), nas circunstâncias de aumento das sanções (agravantes) e a obstrução dos institutos diversificacionistas, como a composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo (CAMPOS; CARVALHO, 2011), visto que retirando a competência dos Juizados Especiais Criminais para julgar tais crimes, o legislador cofbe a prática da violência contra a mulher, buscando, por meios legítimos, a responsabilização do autor da violência contra a mulher.

Quanto ao tema, o atual Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Marcelo Lessa Bastos (2007, p. 135), afirma que:

"Nenhum dos antecedentes emplacou. A violência doméstica continuou acumulando estatísticas, infelizmente. Isto porque a questão continuava sob o pálio dos Juizados Especiais Criminais e sob a incidência dos institutos despenalizadores da Lei n° 9.099/95. Alguma coisa precisava ser feita: era imperiosa uma autêntica ação afirmativa em favor da mulher vítima de violência doméstica, a desafiar a igualdade formal de gênero, na busca de restabelecer entre eles a igualdade material."

Ademais, sendo uma lei exclusiva para mulheres, a Lei Maria da Penha aparentou para muitos, certa desigualdade formal, entretanto, nos Tribunais Superiores refutaram a possibilidade de desigualdade da delimitação da lei, pois diante da clara desigualdade entre as relações, seria de suma importância a incorporação de instrumentos normativos de efetivação da igualdade.

Por isso, é possível afirmar que a Lei Maria da Penha apresenta muitos avanços como uma ação afirmativa em favor da mulher brasileira e se fez medida de extrema necessidade a limitação da tutela penal exclusivamente para as mulheres,



que a própria Lei nº 11.340/06 incluiu em seu dispositivo legal, no entanto, ainda há um longo caminho a ser percorrido para sua eficácia plena.

### **2.3 Da violência psicológica prevista na Lei Maria da Penha**

Em 2006, com a promulgação da Lei Maria da Penha, foi possível receber no cenário normativo brasileiro a inovação das chamadas violências psicológicas, juntamente com a forma da violência física, física, sexual, patrimonial e moral. Até então, não havia qualquer disposição legal que tratasse da existência da violência psicológica, ou que tratasse da sua existência com tanta completude.

Verifica-se que a violência psicológica, que também pode ser chamada de “agressão emocional” (DISTRITO FEDERAL, 2018), é a forma mais subjetiva e conseqüentemente, a mais complexa de se identificar, posto que as sequelas dessa categoria de violência muitas vezes não deixam marcas visíveis.

Em seu artigo 7º, a Lei nº 11.340/06 dispõe sobre as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, e, especificamente em seu inciso II, dispõe sobre a violência psicológica, que é entendida como:

“[...] qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;” (BRASIL, 2006)

A partir da breve análise, é possível concluir que a violência psicológica é configurada por qualquer conduta que vise prejudicar a liberdade da mulher em suas próprias escolhas, seja lhe causando danos emocionais, desqualificando suas relações afetivas, controlando ou limitando sua liberdade de ação ou comportamentos, seja por meio de ameaças, constrangimentos, humilhações ou quaisquer outros meios que lhe causem prejuízos à saúde psicológica.



Para a Organização Pan-Americana da Saúde, a violência provoca danos à saúde como estresse, enfermidades crônicas, depressão, dentre outras, e para a Organização Mundial da Saúde (2002), a violência seria o uso intencional de força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade que resulte ou tenha possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação. Nesse sentido, entende assertivamente Gomes (2009) que a violência contra a mulher é um problema social e de saúde pública.

Apesar de serem diversos os tipos de violências psicológicas possíveis de ocorrer contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, ainda há a dificuldade de identificá-las, pois suas sequelas muitas vezes não deixam marcas visíveis (CUNHA; SOUSA, 2017), visto que a agressão da qual se trata, não é física ou material.

As sequelas relacionadas às agressões psicológicas podem se manifestar pelo medo, dependência emocional, sentimento de culpa e quadros depressivos, sendo as mulheres agredidas que permanecem no vínculo conjugal as mais propensas à depressão, exprimindo sentimentos de solidão, tristeza, desamparo, descrença, irritação, baixa autoestima e baixa autoconfiança (GOMES, 2009), sendo possível identificar danos à saúde mental da mulher.

O que diferencia a violência doméstica física da violência psicológica, é que a física decorre da agressão corporal à vítima, e a violência psicológica decorre de uma agressão mais “sutil”, o medo, não sendo necessário o contato físico, pois surge por meio de palavras, gestos, olhares. (SILVA *et al.* 2007)

Sendo a violência psicológica ampla e subjetiva, na maioria dos casos é despercebida mesmo por quem sofre e por quem a registra, haja vista a dificuldade probatória. Por isso, o atendimento promovido pelas forças policiais deve ser especializado, sendo de extrema importância que no âmbito das Delegacias Especializadas no Atendimento às Mulheres, as polícias especializadas sejam instruídas, capacitadas e sensibilizadas para o primeiro atendimento, pois conforme



estudos realizados por Ávila (2017), os mecanismos específicos para atendimento das mulheres que sofreram violências domésticas ainda geram problemas de revitimização no âmbito policial, comprometendo a efetividade de toda a intervenção estatal.

Ressaltando o tema gênero, que compreende-se estar intimamente ligado às relações de poder, a partir do cruzamento de dados, é possível observar que a violência psicológica é uma questão de gênero, e como extensamente debatido, a construção social humana foi realizada a partir da cultura patriarcal, onde os parceiros e os ex-parceiros tendem a tomar a mulher como posse.

E por meio da análise dos seguintes dados coletados pelo Ligue 180 - Central de Atendimento à Mulher, verifica-se que o sexo do agressor é majoritariamente masculino:

**Gráfico 2** - Comparativo Anual - Registros de Atendimentos: Denúncias e Relatos de Violência – Sexo do Agressor (2016/2017)



Fonte: Dados extraídos do Sistema Integrado de Atendimento à Mulher (SIAM). Ligue 180 - Central de Atendimento à Mulher.

Dados apresentados pelo Mapa da Violência contra a mulher (2018), por intermédio da Câmara dos Deputados, demonstram que os maiores agressores das mulheres são os companheiros, que correspondem a 58% dos casos de agressão, e os



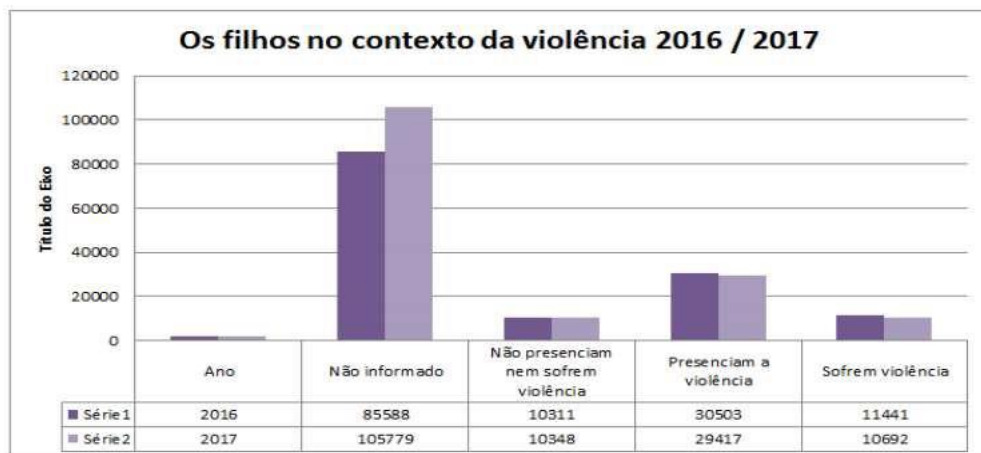
42% restantes são atrelados aos pais, avôs, tios e padrastos, sendo as unidades federativas com maior volume de registros: São Paulo, correspondendo a 8,5% do total nacional, e o Distrito Federal, Alagoas, Rondônia, Rio de Janeiro e Goiás correspondendo, em média, por 5% dos casos de violência doméstica no Brasil.

Cabe colocar também que, os dados constantes no Relatos de Violência, coletados pelo Ligue 180 - Central de Atendimento à Mulher, dispõem que a violência psicológica apresentou 31.467 registros no ano de 2017, ficando atrás somente dos índices de violência física, com 34.732 registros no mesmo ano. Logo, se tratando de uma violência desenvolvida por um processo silencioso, a violência psicológica possui dados alarmantes, no entanto, pode ser considerada como uma categoria de violência negligenciada. (SILVA *et al.*, 2007)

Portanto, necessário ressaltar a importância que o assunto exige, pois a violência psicológica não afeta somente suas vítimas, mas sim, todos os que convivem com o agressor e de certa forma presenciam situações do gênero, tendem a sofrer sequelas, como muitas vezes ocorre com os filhos que testemunham esse tipo de violência, podendo desencadear severas sequelas psicológicas em crianças expostas a essa realidade. (SILVA *et al.*, 2007)



**Gráfico 3** - Registros de Atendimento: Denúncias e Relatos de Violência - Os filhos no contexto da violência (2016/2017)



Fonte: Dados extraídos do Sistema Integrado de Atendimento à Mulher (SIAM). Ligue 180 - Central de Atendimento à Mulher.

Com uma margem de erro, é possível afirmar que os dados demonstram que a violência psicológica, dentre os outros tipos de violência doméstica e familiar contra a mulher, é uma realidade comum, constante e de caráter extremamente prejudicial em nossa sociedade, e apesar da incontestável ofensa aos direitos humanos fundamentais da mulher cometidas pelos agressores, essa categoria de violência ainda é muito negligenciada.

É de suma importância, portanto, o espectro amplo de situações que tipificam a conduta prevista no artigo 7º, II, da Lei nº 11.340/06, mas que sozinha não é completamente eficaz (BRASIL, 2006). O atendimento promovido pelas forças policiais deve ser especializado e treinado para identificar indícios da conduta na fala da mulher em situação de violência psicológica, diante da dificuldade probatória já reconhecida, para que as denúncias sejam fundamentadas de forma consistente e correta.

Com base em dados levantados pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), houve um aumento de 14,9% no número de denúncias





oferecidas pelo órgão, relativas à violência doméstica, no ano de 2018, que chegaram a 6.791 no Distrito Federal.

Com isso, depreende-se que o número de denúncias relativas à violência contra a mulher tem aumentado desde o advento da Lei nº 11.340/06, tendo sido demandado um esforço intenso e crescente das forças policiais, e com isso, conclui-se pela necessidade de maior investimento em atendimentos de qualidade, sendo de extrema relevância analisar os procedimentos policiais realizados pela Delegacia Especial de Atendimento à Mulher, para entender se é possível proporcionar elevação na concretização dos direitos fundamentais das mulheres.

### **3 A ATUAÇÃO POLICIAL NO DISTRITO FEDERAL**

#### **3.1 Disposições gerais acerca da Norma técnica de padronização das DEAMS e do atendimento policial.**

Os dados apresentados até o momento apontaram a realidade de muitas mulheres no Brasil que sofrem diariamente a violência doméstica, e como abordado até o momento, se tratando da violência psicológica, foi possível compreender que as agressões costumam ocorrer de forma sutil, podendo se manifestar pelo medo, dependência emocional, pelo sentimento de culpa e por quadros depressivos, e nessa modalidade, não é necessário o contato físico para configurar a agressão.

Por isso, tratando-se de uma agressão “sutil”, a violência psicológica pode passar despercebida pela vítima e até mesmo pela autoridade policial que presta o primeiro atendimento. Sendo assim, mostra-se de extrema importância que no âmbito das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulheres, as polícias especializadas sejam instruídas, capacitadas e sensibilizadas para prestar o primeiro atendimento.

A partir desse contexto, importante analisar a Norma Técnica de Padronização das Delegacias Especializadas de Atendimento às Mulheres (DEAMS), e com isso, buscar entender como funciona a atuação policial, de que forma o serviço



de atendimento é prestado às mulheres, e mais adiante, compreender se, de fato, é aplicada a Norma Técnica em sua integralidade no Distrito Federal.

O artigo 8º da Lei 11.340/06 dispõe como diretriz, em seu inciso IV, a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher. Assim, a Norma Técnica de Padronização das Delegacias Especializadas de Atendimento às Mulheres (DEAMS) visa reforçar o enfrentamento da violência contra a mulher, por intermédio da força da Polícia Civil brasileira. (BRASIL, 2006).

Elaborado em 2006, anterior à promulgação da Lei Maria da Penha, a Norma Técnica de Padronização das DEAMS contou com o apoio da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM-PR) e da Secretaria Nacional da Segurança Pública do Ministério da Justiça (Senasp-MJ).

O objetivo da Norma Técnica é o de aprimorar a atuação das delegacias especializadas para repressão à violência contra a mulher, integrando a Política Nacional de Prevenção, Enfrentamento e Erradicação da Violência contra a Mulher. A partir da promulgação da Lei nº 11.340/06, a Norma Técnica passou por algumas mudanças, visto que foram geradas novas atribuições à Polícia Civil e às DEAMS.

Quanto às novas atribuições, consta na referida Norma que é de competência da polícia, não somente o papel repressivo esperado, mas também o papel de "educador e aberto à audição do público usuário" (BRASIL, 2010), e juntamente com esse papel, a Polícia Civil teve de seguir novas diretrizes, tais quais: a profissionalização, prevenção, educação e cidadania e investigação.

Cabe ressaltar que a competência das DEAMS é definida pela matéria em que atuam, qual seja: a violência de gênero (BRASIL, 2010). Portanto, todas as mulheres vítimas de violência de gênero são beneficiárias dos serviços prestados pela delegacia especializada, não se limitando aos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher previstos na Lei Maria da Penha.



Os policiais que realizarem os atendimentos às mulheres devem realizar a escuta ativa, como fomenta a própria Norma Técnica, e isso significa que deve haver a escuta atenta, profissional e observadora, sem julgamentos, para que a mulher rompa com o ciclo esmagador que a violência costumeiramente propicia.

Ademais, observa-se que a Norma Técnica de padronização das DEAMS prevê as condições ideais para a melhor estruturação destas, melhorando e padronizando as unidades do país. Sua implantação significa elevar o padrão da qualidade do atendimento às vítimas e ainda, fortalecer o enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher.

### **3.2 A atuação policial em casos de violência psicológica.**

Como foi visto até então, a violência contra a mulher deve ser entendida como um problema social presente em nossa sociedade, se manifestando até os dias de hoje nos mais diversos meios sociais, e por isso se faz necessário falar na forma da atuação policial em casos de violência doméstica, com a devida atenção à violência psicológica.

O número de denúncias relativas à violência contra a mulher tem aumentado e demandado um esforço intenso e cada vez maior das forças policiais, sendo necessário um maior investimento em atendimentos de qualidade, e como coloca Weber (2010, p. 48), “mais do que controlar e punir é preciso profissionalizar a polícia, assegurar melhores condições de trabalho, pois esse é um passo importante e necessário para o controle da violência policial”.

Acerca das novas atribuições da Polícia Civil decorrentes da necessidade de sensibilização na realização do atendimento de mulheres em situação de violência, Barbosa e Foscarini (2011, p. 250) entendem:

“A proteção, o encaminhamento e a informação que devem ser prestados à vítima, especialmente, são exemplos desse novo modelo que exige um redesenhar-se da própria instituição no sentido de estabelecer relações de acolhimento, proteção e



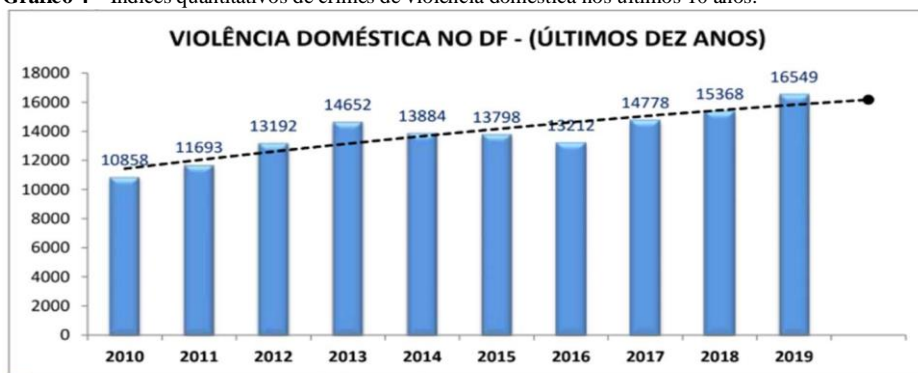
articulação de rede, para além dos saberes decorrentes da legislação penal e processual penal.”

Por isso, observa-se que as autoridades policiais desempenham um papel relevante no que tange à prevenção e ao combate à violência no Brasil, garantindo os direitos fundamentais das mulheres. A atuação das autoridades policiais em crimes de violência doméstica contra a mulher é prevista na Lei n° 11.340/06, no capítulo III, em seus artigos 10 a 12-C. (BRASIL, 2006)

Em Brasília/DF, capital federal do país, há somente uma Delegacia Especial de Atendimento à Mulher (DEAM), que funciona 24h em plantões permanentes, sendo responsável pela demanda de todos os casos de prevenção, repressão e investigação dos crimes praticados contra a mulher em todo o Distrito Federal, o que demanda a profissionalização de seus agentes e um bom número de profissionais para que haja um bom funcionamento da Delegacia da Mulher (Norma Técnica das DEAMS, 2010).

De fato, a Polícia Civil no Distrito Federal realiza e incentiva diversas iniciativas capazes de ajudar mulheres, o que fez os níveis de denúncias se elevarem e feito com que mulheres em situação de violência buscassem o apoio para quebrar o ciclo da violência. Vejamos os crescentes índices quantitativos de crimes de violência doméstica nos últimos dez anos:

**Gráfico 4** – Índices quantitativos de crimes de violência doméstica nos últimos 10 anos.



Obs. Dados do ano 2019 atualizados em 02/01/2020, pela data do fato, estando sujeitos a alterações.

Fonte: Documento técnico - Análise de Fenômenos de Segurança Pública n°. 005/2020-COOAFESP. Secretaria de Estado da Segurança Pública. 2020.



Com o crescente número de registros relacionados a casos de violência doméstica em todo o país, no Distrito Federal houve a implementação de diversas políticas louváveis com o intuito de proteger a mulher, como a criação da plataforma interativa de dados relativos ao feminicídio, a disponibilização de aplicativo de celular, nomeado "Viva-Flor", para mulheres em situação de violência se comunicarem com forças de segurança, o serviço de monitoramento eletrônico pessoal portátil, com botão de acionamento emergencial pela vítima, e ainda, a implementação do Programa de Prevenção Orientada à Violência (PROVID).

Diante da elevada demanda de esforços, é relevante analisar os procedimentos policiais realizados pela Delegacia Especial de Atendimento à Mulher, para buscar entender se é possível proporcionar elevação na concretização dos direitos fundamentais das mulheres.

Entre os meses de outubro e novembro de 2016, foi realizada uma pesquisa pela Rede de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres – DEAMs, juntamente com o Instituto DataSenado, o Observatório da Mulher contra a Violência e o Alô Senado, buscando informações sobre o funcionamento, a infraestrutura e o serviço prestado às mulheres em situação de violência pelas Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher.

Neste estudo, quando questionados quanto ao treinamento dos agentes, a região Centro-Oeste foi a que apresentou maior percentual de agentes (54% do efetivo) que **não** receberam treinamento específico para atender mulheres vítimas de violência.



**Gráfico 5** – Percentual de agentes que receberam ou não treinamento específico para atender mulheres vítimas de violência.



Fonte: Rede de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres - DEAMS. Instituto de Pesquisa DataSenado. 2016.

No entanto, o Artigo 10-A da Lei nº 11.340/06 prevê que é um direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial especializado e **previamente capacitado**. (BRASIL, 2006)

O despreparo do agente policial em uma Delegacia Especializada ao realizar o atendimento de mulheres em situação de violência doméstica, pode acarretar em diversos cenários desastrosos, como os maus tratos, a omissão, a recusa de registro do boletim de ocorrência, um atendimento inadequado, a falta de providência sobre o boletim de ocorrência, dentre outras situações citadas pela Central Ligue 180 sobre os motivos das reclamações relacionadas às delegacias de polícia no atendimento à mulher (ÁVILA, 2017).

Além disso, nas situações de despreparo em casos de mulheres com demanda relacionada à violência psicológica, o agente pode refletir diversos vícios de atuação,



podendo ocasionar problemas relacionados à revitimização da mulher em situação de violência, gerando a violência institucional<sup>2</sup>.

A revitimização pode ocorrer em diversos contextos de atendimentos, gerando sofrimento, constrangimento e desconforto ao fazer a mulher reviver a situação de violência, incorrendo o agente na violação ao disposto no parágrafo 1º do Artigo 10-A da Lei nº 11.340/06, que dispõe que na inquirição da mulher na situação de violência doméstica e familiar não deverá ocorrer a revitimização, visto que além do sofrimento, a vítima poderá decidir pela desistência do registro da ocorrência.

Conforme coloca Ávila (2017, p. 109), um ato de revitimização bastante comum nos atendimentos é o de desvalorizar a gravidade dos fatos apresentados pela vítima, ou o questionamento da veracidade dos fatos apresentados.

A Delegada-chefe da DEAM/DF, Sandra Gomes, afirmou em entrevista ao G1, portal de notícias do Grupo Globo que, 73% das denúncias realizadas em 2019 correspondiam à violência moral ou psicológica (GARONCE, 2020), o que significa dizer que mais da metade das denúncias apresentadas tratavam de casos em que a identificação da violência é bastante delicada e exige a capacitação do agente policial para identificar a violência psicológica, por esta aparecer diluída em situações que não aparentam estar relacionadas ao conceito de violência (SILVA *et al*, 2007).

Como visto, a violência psicológica é desenvolvida em um processo silencioso e ainda bastante negligenciado, por isso, demanda a sensibilização e a visão acolhedora do agente policial treinado para compreender a violência psicológica como um tipo de violência, oferecendo um atendimento humanizado, que leve em conta a palavra da mulher, dando o devido suporte para compreensão da situação da vítima e incentivando o registro da ocorrência.

---

<sup>2</sup> Segundo o artigo 4º, inciso IV, da Lei nº 13.431 de 04 de abril de 2017, a Violência Institucional é entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização. (BRASIL, 2017).



Como mencionado, na cidade de Brasília há somente uma DEAM que é responsável por toda a demanda de casos de prevenção, repressão e investigação dos crimes praticados contra a mulher em todo o Distrito Federal, e um ponto importante que a Norma Técnica de Padronização das DEAMS menciona em seu texto é que em áreas com mais de 1 milhão de habitantes, deverão existir ao menos 5 DEAMs, localizadas em áreas geográficas antagônicas.

O motivo dessa disposição é para que as demandas sejam distribuídas de forma com que seja oferecida a sensação de segurança à mulher no local onde ela mora. Também, para que seja oferecido à sociedade mais estrutura, um maior número de profissionais de segurança qualificados no atendimento humanizado nos atendimentos em cada localidade. Investir nas DEAMS significaria investir na segurança pública, no aperfeiçoamento da polícia local e na qualidade de vida das mulheres.

O censo demográfico realizado em 2019 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) levantou a estimativa de 3.015.268 habitantes no Distrito Federal, o que demonstra que toda a demanda de crimes praticados contra a mulher da cidade de Brasília e entorno estão concentradas em uma única DEAM, localizada no Plano Piloto, o que se mostra incabível por diversos motivos

A seguir, um comparativo do período de janeiro a dezembro dos anos de 2018 e 2019, separado por Região Administrativa (RA), com o ranking das RA que tiveram ocorrências em crimes de violência doméstica. As dez Regiões Administrativas de maior incidência representam 69% das ocorrências registradas no ano de 2019.





**Gráfico 6** – Ranking de Regiões Administrativas com maior incidência de ocorrências de violência doméstica no Distrito Federal.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LEI MARIA DA PENHA							
RANKING (2019)	REGIÃO ADMINISTRATIVA	Janeiro a dezembro		VARIACÃO		PERCENTUAL DE PARTICIPAÇÃO - ANO 2018	PERCENTUAL DE PARTICIPAÇÃO - ANO 2019
		2018	2019	(%)	Quantil.		
1ª	CEILÂNDIA	2479	2816	14%	337	16,1%	17,0%
2ª	PLANALTINA	1234	1423	15%	189	8,0%	8,6%
3ª	SAMAMBAIA	1167	1391	19%	224	7,6%	8,4%
4ª	GAMA	892	986	11%	94	5,8%	6,0%
5ª	TAGUATINGA	1000	980	-2%	-20	6,5%	5,9%
6ª	RECANTO DAS EMAS	918	907	-1%	-11	6,0%	5,5%
7ª	SANTA MARIA	731	825	13%	94	4,8%	5,0%
8ª	SAO SEBASTIAO	719	782	9%	63	4,7%	4,7%
9ª	BRASILIA	766	769	0%	3	5,0%	4,6%
10ª	SOBRADINHO	527	538	2%	11	3,4%	3,3%
11ª	GUARA	479	535	12%	56	3,1%	3,2%
12ª	AGUAS CLARAS	530	517	-2%	-13	3,4%	3,1%
13ª	SOBRADINHO 2	509	505	-1%	-4	3,3%	3,1%
14ª	ITAPOA	403	493	22%	90	2,6%	3,0%
15ª	PARANOA	465	479	3%	14	3,0%	2,9%
16ª	BRAZLÂNDIA	382	387	1%	5	2,5%	2,3%
17ª	ESTRUTURAL	348	360	3%	12	2,3%	2,2%
18ª	VICENTE PIRES	364	360	-1%	-4	2,4%	2,2%
19ª	RIACHO FUNDO 2	315	314	0%	-1	2,0%	1,9%
20ª	RIACHO FUNDO	233	268	15%	35	1,5%	1,6%
21ª	NUCLEO BANDEIRANTE	141	120	-15%	-21	0,9%	0,7%
22ª	CANDANGOLÂNDIA	82	113	38%	31	0,5%	0,7%
23ª	LAGO NORTE	97	101	4%	4	0,6%	0,6%
24ª	CRUZEIRO	90	96	7%	6	0,6%	0,6%
25ª	FERCAL	97	88	-9%	-9	0,6%	0,5%
26ª	VARIAO DO TORTO	87	88	1%	1	0,6%	0,5%
27ª	SUDOESTE	82	87	6%	5	0,5%	0,5%
28ª	LAGO SUL	79	86	9%	7	0,5%	0,5%
29ª	PARK WAY	58	51	-12%	-7	0,4%	0,3%
30ª	JARDIM BOTANICO	62	50	-19%	-12	0,4%	0,3%
31ª	SIA	32	34	6%	2	0,2%	0,2%
<b>TOTAL</b>		<b>15368</b>	<b>16549</b>	<b>7,7%</b>	<b>1181</b>	<b>100,00</b>	<b>100,00</b>

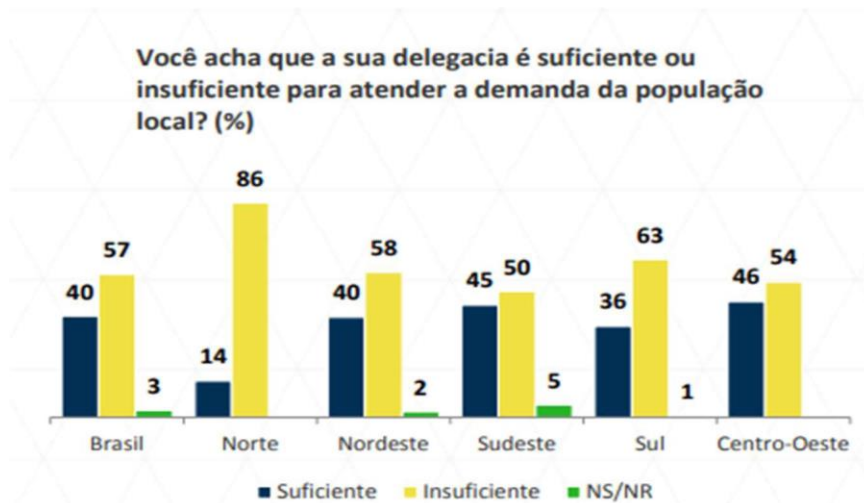
Fonte: Banco Millenium - COOAFESP/SGI/SSP DF. In: Análise de Fenômenos de Segurança Pública nº 005/2020 – COOAFESP. 2020.

A partir da análise do gráfico, é possível verificar a necessidade da criação de novas DEAMS no Distrito Federal, localizadas em Regiões Administrativas onde há a maior incidência de crimes contra a mulher. A cidade de Brasília, onde fica localizada a única DEAM, aparece em 9º lugar no ranking, e se localiza distante do local em que a Secretaria de Segurança Pública aponta com o maior índice do crime de violência doméstica, Ceilândia, com 2.816 ocorrências registradas.

Ainda na pesquisa realizada pela Rede de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres – DEAMS, demonstrou-se que as delegacias do Centro-Oeste são insuficientes para a demanda local, e quando solicitado que os participantes apontassem o que mais dificulta o atendimento às mulheres, 70% dos participantes afirmaram que o maior empecilho é a falta de pessoal.



**Gráfico 7** – Percentual de agentes que acredita ou não que sua delegacia é suficiente para atender às demandas da população local.



Fonte: Rede de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres - DEAMS. Instituto de Pesquisa DataSenado. 2016.

Ocorre que no Distrito Federal, as mulheres são atendidas pela DEAM, mas há também o atendimento de todas as 31 Seções de Atendimento à Mulher que funcionam nas Delegacias Circunscricionais, que se localizam nas Regiões Administrativas. No entanto, em entrevista para o Jornal Online Metrôpoles, a Delegada Ana Cristina Melo Santiago, responsável pela DEAM, reconhece que a Delegacia Especializada presta um serviço diferenciado, pois apesar das outras delegacias possuírem excelentes profissionais, o atendimento especializado à mulher nas DEAMS tem o seu diferencial.

Como a Norma Técnica de Padronização das DEAMS ressalta, diante da insuficiência do número de delegacias, é importante reconhecer a ampliação e o fortalecimento.



### 3.3 Breve análise sobre os atendimentos prestados na DEAM

De forma geral, é possível observar que a Delegacia Especial de Atendimento à Mulher fornece um trabalho satisfatório perante as necessidades da população do Distrito Federal, assumindo e contribuindo muito no desenvolvimento da segurança pública.

Entretanto, alguns pontos necessitam ser ressaltados. Os dados analisados apontaram que a DEAM aparenta carecer de estrutura suficiente para comportar a concentração das demandas de crimes praticados contra a mulher da cidade de Brasília e das Regiões Administrativas.

A falta de estrutura se desdobra para a necessidade de pessoal, conforme os dados analisados, e para a necessidade de mais unidades de Delegacia especializada, em conformidade com o que preceitua a Norma Técnica de Padronização das DEAMS, concordando com a quantidade de habitantes do Distrito Federal.

A partir da falta de pessoal, pode ser feito um paralelo entre os agentes policiais que realizam atendimentos em sobrecarga, conforme demonstra o Gráfico 7, e também uma necessidade de prévia capacitação dos agentes que participam da linha de frente dos atendimentos, e quando se trata do binômio prevenção e repressão dos crimes praticados contra a mulher, mais precisamente sobre a violência doméstica, o preparo do agente deve ser redobrado, pois os desdobramentos da violência doméstica podem ser fatais.

Ademais, sobre o procedimento realizado no atendimento à mulher vítima de violência psicológica, os dados encontrados demonstraram a necessidade de um atendimento sensibilizado, com a visão acolhedora do agente policial devidamente treinado para compreender a violência psicológica como um tipo de violência, dada a importância do atendimento humanizado, que leve em conta a palavra da mulher, sem qualquer tipo de discriminação ou preconceitos.



A Agência Brasília (2019) afirma que o Plano Estratégico do atual Governo do Distrito Federal é de diminuir em 10% as agressões às mulheres, e como medidas, afirma que irá abrir a 2ª Delegacia Especial de Atendimento à Mulher, bem como implantar a Casa da Mulher Brasileira em Ceilândia

Por isso, há de ser salientado que o Governo do Distrito Federal deve ser acompanhado frente ao investimento dos recursos para a implementação de políticas públicas para reforçarem o empoderamento da mulher na sociedade, campanhas de conscientização da população e a reestruturação do sistema já implementado no atendimento às mulheres vítimas de violência. Tudo isso, para que os direitos fundamentais das mulheres sejam garantidos e reforçado pelo órgão, bem como reproduzido na sociedade.

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como intuito principal trazer à baila uma das violências domésticas bastante recorrentes na realidade da mulher brasileira, qual seja: a violência psicológica, que se apresenta como uma agressão emocional, complexa de ser identificada.

A discussão trazida por meio deste trabalho teve início muito antes da promulgação da Lei Maria da Penha, sendo fruto de um longo trajeto de lutas sociais enfrentadas por feministas a favor dos direitos das mulheres.

A Lei Maria da Penha, em 2006, compreendeu a questão de gênero com o intuito de coibir a violência doméstica, entendendo-a como uma violência de gênero, e ensejando sua aplicação nas condutas cometidas contra a mulher que se originarem das relações de gênero dominantes.

O conceito de gênero pôde ser entendido como a construção social, psicossocial e histórica do masculino e do feminino, podendo englobar o meio político, cultural e econômico. Assim, a partir do momento que nos deparamos com a



realidade do Brasil, que é um dos países que mais mata mulheres no mundo, é possível compreender que a construção e evolução social humana foi realizada a partir de uma cultura patriarcal, onde os papéis impostos às mulheres e aos homens, induzem relações violentas entre os sexos.

Em tempo, verificando que as mulheres são as maiores vítimas da violência doméstica, visto que majoritariamente o ambiente familiar ainda possui fortes resquícios da cultura patriarcal, a figura da mulher configura-se vulnerável à violência doméstica pela sociedade.

Desde o início deste trabalho, buscou-se explorar bastante da realidade da mulher brasileira para melhor compreensão da aplicação da Lei Maria da Penha no âmbito da realidade do país, o que proporcionou o entendimento de que de fato, estamos inseridos numa sociedade que ainda carrega o fardo da grande assimetria entre as relações de homens e mulheres, e por isso, sendo uma questão bastante atual e de elevada relevância social, o debate se mostra tão pertinente.

Como visto, a Lei Maria da Penha trouxe diversos benefícios e incentivos para o bem-estar da mulher, além de apresentar muitos avanços, como uma ação afirmativa em favor da mulher brasileira, e a partir do panorama geral sobre a violência de gênero, foi possível observar que a questão se estende para muito além do gênero, devendo ser destacado também que a desigualdade racial está presente em nossa sociedade desde a colonização das sociedades latino-americanas, sendo possível verificar persistentes desigualdades de gênero e raça em nossa sociedade até os dias atuais.

Como foco do presente trabalho, pontuou-se sobre a violência psicológica, que por vezes, passa despercebida, tanto por quem sofre quanto por quem a registra. Por isso, concluiu-se que há a necessidade de um atendimento especializado por parte das Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher para a identificação imediata da violência.



Dito isso, o presente trabalho buscou direcionar a pesquisa para a atuação policial na DEAM do Distrito Federal, mais especificamente para compreender se a Delegacia Especial de Atendimento à Mulher do Distrito Federal segue os ditames da Norma Técnica de Padronização das DEAMS para prestar um bom atendimento e buscar informações sobre a atuação policial na DEAM nos casos que envolvem violência doméstica contra a mulher, focando na violência psicológica.

No entanto, a partir das pesquisas realizadas sobre a DEAM do Distrito Federal, foi possível vislumbrar que, apesar das autoridades policiais desempenharem um papel relevante à comunidade no combate e prevenção à violência, muito ainda pode ser feito para o aperfeiçoamento do atendimento.

A partir da análise de dados, foi possível depreender que há a necessidade da criação de novas DEAMS no Distrito Federal. As análises apontaram que as delegacias do Centro-Oeste são insuficientes para a demanda local e grande parte da dificuldade se dá pela falta de pessoal. Não obstante, os dados analisados também apontaram para o fato de que 54% do efetivo não recebeu treinamento específico para atender mulheres vítimas de violência, o que nos permite verificar a possibilidade de que há bastante o que se fazer para efetivar as medidas propostas pela Norma Técnica de Padronização das Delegacias Especializadas de Atendimento às Mulheres.

A pesquisa nos permitiu visualizar que há, no Distrito Federal, a necessidade de maior investimento de recursos para o melhor atendimento às vítimas. Dados apontaram a necessidade de mais unidades de Delegacia especializada no Distrito Federal e atendimento policial especializado e previamente capacitado para o melhor atendimento de mulheres em situação de violência doméstica, devendo o Estado atuar na promoção da igualdade.

Esse debate também nos permitiu visualizar que, sendo a pesquisa no campo teórico, há muito conteúdo a ser explorado, e alguns questionamentos surgiram, como: Como é realidade dos agentes policiais que lidam com atendimentos às vítimas



de violência psicológica? Como ocorrem seus treinamentos e como de fato identificam a violência psicológica nas vítimas? Qual o procedimento padrão para os casos de violência psicológica?. São estes alguns dos questionamentos que surgiram com o decorrer do trabalho, e que podem servir para futuras pesquisas na área.

Ao explorar a realidade da DEAM do Distrito Federal, a pesquisa objetivou-se a buscar maiores informações sobre o procedimento realizado no atendimento à mulher vítima de violência psicológica. A coleta de dados também apresentou a necessidade de um atendimento sensibilizado, com a visão acolhedora de um agente policial treinado para compreender a violência psicológica como um tipo de violência, dada a importância do atendimento humanizado.

Sendo assim, levando em conta todas as questões trazidas até o momento, considera-se de grande importância a continuidade da discussão, sendo dever do Estado a promoção da igualdade de gênero, investindo em recursos para a implementação de políticas públicas para reforçarem o empoderamento da mulher na sociedade, bem como em campanhas de conscientização da população e a reestruturação do sistema já implementado no atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lúcio Antônio Machado. **Ações afirmativas para mulheres negras no Brasil**. Justificando. 2019. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/07/19/acoes-afirmativas-para-mulheres-negras-no-brasil/>. Acessado em 11 nov. 2019.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Violência contra a mulher: consequências da perspectiva de gênero para as políticas de segurança pública. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 62, n. 3, p. 103-132, set./dez. 2017. ISSN: 2236-7284.

BAIROS, Luiza. "Lembrando Lelia Gonzalez". In: WERNECK, Jurema; MENDONÇA, Maisa; WHITE, Evelyn C. **O livro da saúde das mulheres negras: nossos passos vêm de longe**. Rio de Janeiro: Criola/Pallas, 2000.



BARBOSA, Adilson José Paulo; FOSCARINI, Léia Tatiana. "Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira". In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BASTOS, Marcelo Lessa. Violência Doméstica contra a Mulher Lei nº 11.340/06. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 37, 2007.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial e o Programa Interagencial para a Promoção da Igualdade de Gênero, Raça e Etnia do Sistema Nações Unidas no Brasil. **A participação das mulheres negras nos espaços de poder**. 2018. Disponível em <https://www.mdh.gov.br/biblioteca/igualdade-racial/a-participacao-das-mulheres-negras-nos-espacos-de-poder/view>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) - **Cartilha Lei Maria da Penha & Direitos da Mulher**. Mar. 2011.

BRASIL. **Norma Técnica de Padronização das Delegacias Especializadas de Atendimento às Mulheres**. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres. 2010. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/violencia/lei-maria-da-penha/norma-tecnica-de-padronizacao-das-deams-.pdf/view>. Acesso em: 15 mar. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Mapa da Violência contra a Mulher**, 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>. Acesso em: 04 maio 2020.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. "Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira". In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico- feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARNEIRO, S. Mulheres em movimento. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 17, n. 49, p.117-132, 2003.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 146, p. 273 - 303, ago. 2018.

CERQUEIRA, Daniel et al. **Atlas da violência 2019**. Brasília: IPEA, 2019. Disponível em:





[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf). Acesso em: 4 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 15 nov. 2019.

COSTA, Naldson Ramos da. Ofício de polícia, violência policial e luta por cidadania em Mato Grosso. **São Paulo Perspec.**, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 111-118. 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/spp/v18n1/22233.pdf>. Acesso em: 02 abr 2020.

CRENSHAW, K. Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 10, n. 1, p.171-188, 2002.

CUNHA, Tânia Rocha Andrade; SOUSA, Rita De Cássia Barbosa De. VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER: DOR INVISÍVEL. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL ENLAÇANDO SEXUALIDADES 10 ANOS, 5., **Anais eletrônicos...** Bahia: Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia/UESB, p. 1-11, set. 2017. Disponível em: [https://www.editorarealize.com.br/revistas/enlacando/trabalhos/TRABALHO\\_EV072\\_MD1\\_SA2\\_ID848\\_19062017202106.pdf](https://www.editorarealize.com.br/revistas/enlacando/trabalhos/TRABALHO_EV072_MD1_SA2_ID848_19062017202106.pdf). Acesso em: 12 mar. 2020.

DISTRITO FEDERAL. Governo do Distrito Federal. **Análise de Fenômenos de Segurança Pública nº005/2020**. COOAFESP, 2020. Disponível em: [http://www.ssp.df.gov.br/wp-conteudo/uploads/2017/11/An%C3%A1lise-FSP-005\\_2020-Viol%C3%A2ncia-Dom%C3%A9stica-no-DF\\_2019.pdf](http://www.ssp.df.gov.br/wp-conteudo/uploads/2017/11/An%C3%A1lise-FSP-005_2020-Viol%C3%A2ncia-Dom%C3%A9stica-no-DF_2019.pdf). Acesso em: 29 mar. 2020.

DISTRITO FEDERAL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. **Comentários à Lei Maria da Penha: enfrentando a violência contra a mulher**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Violência psicológica contra a mulher**. 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/violencia-psicologica-contra-a-mulher>. Acesso em: 16 nov 2019.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e políticas públicas. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 47-71, 2004.

GARONCE, Luiza. **DF registra média de 45 casos de violência doméstica por dia em 2019**. G1, Distrito Federal, 07 fev. 2020. Disponível em:



<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/02/07/df-registra-media-de-45-casos-de-violencia-domestica-por-dia-em-2019.ghtml>. Acesso em: 28 mar. 2020.

GÉNERO y travestismo em el debate. *In*: OPIELA, Carolina Von. **Derecho a la identidad de género**: Ley 26.743. Buenos Aires: La Ley, 2012.

GOMES, Elizângela. **A depressão e a violência contra a Mulher. Poder Judiciário**. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. 2009. Disponível em: <http://www2.tjce.jus.br:8080/jmulher/?p=202>. Acesso em: 16 nov. 2019.

IBGE. **População em Brasília/DF**. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/df/brasil/panorama>. Acesso em: 28 mar. 2020.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. **Dicionário Houaiss Conciso**. São Paulo: Moderna, 2011.

MACHADO, Isadora Vier (org.). **Uma década de Lei Maria da Penha**: percursos, práticas e desafios. Curitiba: CRV, 2017.

MARCONDES, Mariana Mazzini (org.) *et al.* **Dossiê mulheres negras**: retrato das condições de vida das mulheres negras no Brasil. Brasília: Ipea, 2013.

MARTINS, Paula. O Acesso a informações públicas sobre violência contra mulheres no Brasil. *In*: PASINATO, Wânia; MACHADO, Bruno Amaral. ÁVILA, Thiago Pierobom de. **Políticas Públicas de prevenção à violência contra a mulher**. Coleção Direito, Transdisciplinaridade & Pesquisas Sociojurídicas, Brasília, v. 6. 2019.

MELLO, Adriana Ramos de. A importância da formação dos operadores do direito em violência de gênero e direitos humanos, como instrumento de acesso à justiça. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (Edição Especial), p. 59-69, jan./mar. 2012.

METRÓPOLES. **DF tem apenas uma delegacia especializada para atender as mulheres**. [2017]. Disponível em: <https://www.metropoles.com/distrito-federal/df-tem-apenas-uma-delegacia-especializada-para-atender-as-mulheres/amp>. Acesso em: 29 mar. 2020.

MILLER, L. **Protegendo as mulheres da violência doméstica**: Seminário de treinamento para juízes, procuradores, promotores e advogados no Brasil. 2. ed. Brasília: Tahirid Justice Center, 2002.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **A OPAS/OMS apoia os 16 dias de movimento pelo fim da violência contra as mulheres**. Disponível em:



[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4734:a-opas-oms-apoia-os-16-dias-de-movimento-pelo-fim-da-violencia-contras-mulheres&Itemid=820](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=4734:a-opas-oms-apoia-os-16-dias-de-movimento-pelo-fim-da-violencia-contras-mulheres&Itemid=820). Acesso em: 16 nov. 2019.

PAES, Felipe Mendonça de Oliveira; FARIAS, Isael Santos. **Direitos humanos: patrulha maria da penha human rights: maria da penha patrols**. 2019. Disponível em: [https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/bitstream/123456789/2061/1/979204334-1794\\_Felippe\\_Mendon%c3%a7a\\_De\\_Oliveira\\_Paes\\_tcc\\_13447\\_681638210.pdf](https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/bitstream/123456789/2061/1/979204334-1794_Felippe_Mendon%c3%a7a_De_Oliveira_Paes_tcc_13447_681638210.pdf). Acesso em: 16 nov. 2019.

PASINATO, Wânia; MACHADO, Bruno Amaral. ÁVILA, Thiago Pierobom de. As Políticas públicas de prevenção à violência contra a mulher. **Políticas Públicas de prevenção à violência contra a mulher**. Coleção Direito, Transdisciplinaridade & Pesquisas Sociojurídicas, Brasília, v. 6. 2019.

PASINATO, Wânia. "Femicídios" e as mortes de mulheres no Brasil. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 37, p. 219-246. 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cpa/n37/a08n37.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2019.

PEREIRA, André Marcelo Lima. LIMA, Leonice Domingos dos Santos Cintra. A Desvalorização da mulher no mercado de trabalho. **Org. Soc.**, Iturama (MG), v. 6, n. 5, p. 133-148, jan./jun. 2017.

PEREIRA, Bruna Cristina Jaquetto. Amefricanas: branqueamento, gênero e raça. **Cadernos Adenauer xix**, n. 1, Participação política feminina na América Latina. 2018.

PEREIRA, Bruna Cristina Jaquetto. **Tramas e dramas de gênero e de cor: a violência doméstica e familiar contra mulheres negras**. 2013. 131 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Cecília MacDowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. **Revista Crítica de Ciências Sociais [Online]**, n. 89, 2010. Disponível em: <http://rccs.revues.org/3759>. Acesso em: 04 maio 2020.

SCOTT, Joan Wallach. "Gênero: uma categoria útil de análise histórica". **Educação & Realidade**. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez. 1995, pp. 71-99.

SENADO FEDERAL. **Rede de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres - DEAMS**. Pesquisa DataSenado. 2016. Disponível em:



<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/rede-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres-deams>. Acessado em: 28 mar. 2020.

SEXO. **Dicionário online Michaelis**. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/sexo/>. Acesso em: 13 out. 2019.

SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. **Interface (Botucatu)**, Botucatu, v. 11, n. 21, p. 93-103. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/icse/v11n21/v11n21a09.pdf>. Acesso em: 04 maio 2020.

SUÁREZ, Mireya. Autenticidade de gênero e cor. In: OLIVEIRA, Dijaci David de (org.). **A cor do medo: homicídios e relações raciais no Brasil**. Goiás: Centro Editorial e Gráfica Universidade Federal de Goiás, 1998.

TELES, Maria A. de Almeida; MELO, Mônica. **O que é violência contra a mulher**.

São Paulo: Brasiliense, 2002.

VINHOTE, Ana Luiza. Agência Brasília. **Plano estratégico: meta é diminuir em 10% as agressões às mulheres**. 07 out. 2019. Disponível em: <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2019/10/07/plano-estrategico-meta-e-diminuir-em-10-as-agressoes-as-mulheres/>. Acesso em: 29 mar 2020.



# PAPÉIS INSTITUCIONAIS DO CNMP E OS LIMITES LEGAIS DO PODER REGULAMENTAR NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Paulo Henrique Silva de Sousa

## RESUMO

Este trabalho pretende averiguar a constitucionalidade da resolução 181 do CNMP, com a redação dada pela resolução 184 do CNMP, em específico o art. 18 das resoluções. Análise ocorrerá em virtude do instituto inserido no ordenamento jurídico, o acordo de não persecução penal, pois, algumas correntes sustentam a sua ilegalidade porque, em tese, estaria ferindo a competência exclusiva da União legislativa sobre matéria penal e processual penal, bem como estaria violando o art. 130, §2º da CF/1988, visto que estaria extrapolando a competência constitucional atribuída ao Conselho Nacional do Ministério Público. O pretendido será realizado a luz de alguns direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e princípio da proporcionalidade. Para além disso, busca-se sanar algumas pechas referentes aos acordos firmados interstícios compreendidos entre a edição das referidas resoluções e a edição e vigor da Lei 13.964/2019, que também lastreia o referido instituto.

**Palavras-chave:** Direito processual penal. Direito penal. Direito constitucional. Conselho Nacional do Ministério Público. Poder regulamentar. Acordo de Não Persecução Penal. Resolução 181 do CNMP.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende averiguar se o art. 18 da então resolução nº 181 de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) com alterações trazidas pela Resolução nº 183, de 24 janeiro de 2018, tem amparo constitucional para viger livre de desembaraços, no caso até a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, a qual introduziu o acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico via legislativo.



Uma vez que quando da edição das referidas resoluções vários argumentos foram apresentados em favor da inconstitucionalidade da referida resolução – que de acordo com a nossa hipótese não se confirmam, a título exemplificativo podemos citar violação à competência privativa da União para legislar sobre direito processual penal (art. 22, inciso I) e à competência do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130, §2º) ambos da Constituição da República (CF/1988/1988).

Por outro lado, temos diversos fundamentos que sustentam a constitucionalidade, fundada em princípios constitucionais, quais sejam, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF/1988), duração razoável do processo (art. 5º. LXXVIII da CF/1988), a eficiência (art. 37, caput da CF/1988), proporcionalidade (Art. 5º, inciso LIV da CF/1988).

Porém, importa avaliar a contextualização da ANPP numa perspectiva de comparada em relação aos institutos da Justiça Negociada que guardem semelhanças com o instituto ora em análise, desde que tenham ampla aplicação em conformidade com Direitos e Garantias fundamentais. E, em linhas gerais, entender o ANPP dentro do contexto da Justiça Negocial.

Visa-se também entender as repercussões trazidas pela Lei 13.964/2019 ao novel instituto, pois o Poder Executivo Federal tomou a iniciativa de propor um projeto de lei conhecido popularmente como pacote anticrime, que além de trazer “aperfeiçoamento a legislação penal e processual penal”, ampliou e conferiu status lei em sentido estrito ao ANPP, no Código de Processo Penal.

Assim, verifica-se do ordenamento jurídico brasileiro, a existência e vigor da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, sendo esta oriunda daquele projeto supramencionado. Essa discussão é de grande valia pois há uma lacuna de pesquisa nos periódicos indexados com relação à contabilidade entre a resolução do CNMP e a nova legislação penal processual, e porque esse escrito pode trazer maiores subsídios teóricos para compreensão do ANPP na sistemática constitucional e na principiologia penal hodiernas.



Desse modo, busca-se também avaliar não só o cumprimento como a higidez dos atos jurídicos manifestados no interstício entre aquelas resoluções do CNMP e a Lei nº 13.964/2019, foram realizadas diversas propostas afetas ao ANPP, sendo que inúmeras foram homologadas, podendo inclusive já estar na fase de cumprimento de obrigação. Assim, em nome da segurança jurídica, faz-se necessário avaliar qual seria a solução mais apropriado a esses casos. Assim como, em momento oportuno, analisar as balizas legais que regeriam atos normativos do CNMP com conteúdo semelhante, ou a subsistência de normas da resolução atual que tragam requisitos mais rígidos do que aqueles previstos em lei.

## **1 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E OS ATOS NORMATIVOS**

### **1.1 Aspectos gerais**

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), foi criado em 2004 e instalado em 2005, com advento da Emenda Constitucional 45 de 2004, conhecida como Reforma do Judiciário, uma vez que introduziu inúmeras alterações no referido poder do Estado (BRASIL, 1992).

A justificação para a introdução dessa emenda centrou-se na necessidade firmar mecanismos de controle externo do Judiciário, uma vez que em tempos anteriores à promulgação da Constituição de 1898 fora vivenciado um período ditatorial onde não existia qualquer fiscalização eficiente sobre este braço do Estado. Isso porque, os conselhos, que tinham como dever tal supervisão, eram compostos apenas por membros do poder fiscalizado. Diante tal situação, a isenção essencial à boa fiscalização da idoneidade judiciária ficara prejudicada ante o corporativismo revelado entre aqueles pares. (AXT, 2017)

Por outro lado, esse controle externo era recepcionado por determinadas alas da doutrina que viam e emenda com reservas, vislumbrando-a como marco supressor da autonomia do Ministério Público. Dessa forma, em que pese fortificar o controle



da probidade, economicidade, eficiência, dentre outros aspectos do Poder Judiciário e melhor calibrar tensões entre os poderes constituídos, poderia trazer riscos à autodeterminação parquet. É na efervescência dessa discussão se efetivou- a criação dos Conselhos Nacionais – de Justiça, e Ministério Público, como sistemas otimizadores da harmonia institucional vigente. (GARCIA, 2005)

No que tange à criação do CNMP, órgão planejado com intuito de resguardar tanto os valores mais importantes do Ministério Público quanto a instituição per – componente indispensável à manutenção do Estado –, ressalta-se que o órgão potencializa a autonomia administrativa e a independência funcional do parquet. (ZIESEMER, 2017)

Portanto, chegamos à conclusão que este órgão além de mecanismo de controle externo, também é necessário para o fortalecimento e aperfeiçoamentos das atribuições do Ministério Público, sua previsão está disposta no art. 130-A da Constituição da República.

No que diz respeito à natureza jurídica do CNMP, é possível classificá-lo como “órgão de natureza constitucional-administrativa, órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar do Ministério Público”. (PANSIERI, 2017, np.). Além disso, ressalta-se sua dimensão política, tendo em vista a sua composição plural, que tende a conciliar interesses diversos no âmbito do MP e suas inter-relações com outras instituições.

## 1.2 Estruturação do CNMP

O órgão é composto por 14 membros, sendo eles o Procurador Geral da República e mais 13 membros, sendo necessariamente indicados pelo Chefe do Poder Executivo Federal e aprovados pelo Legislativo (Senado) para um mandato de 2 anos, podendo haver a recondução.

Vejam como dispõe o art. 130-A da CR:

- o Procurador-Geral da República, que o preside;





- quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras;
- três membros do Ministério Público dos Estados;
- dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça;
- dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Além dos requisitos elencados anteriormente, é necessário consignar que existe também regulamentação referente a indicação dos membros do Conselho oriundos do Ministério Público (art. 130-A, §1º da CF/1988), sendo esta realizada pela Lei 11.372/2006.

A referida regulamentação indica que aqueles integrantes advindos do Ministério Público da União deverão ser escolhidos pelo Procurador-Geral de cada um dos ramos, dentre os indicados pela lista tríplice, que será elaborada pelos respectivos Colégio de Procuradores e Promotores de cada braço do MPU, os eleitos na lista tríplice deverão cumulativamente ter mais de 35 anos de idade e ter completado mais de 10 anos na carreira.

Quanto aos membros originários do Ministério Público dos Estados, haverá uma reunião conjunta com os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados, com a finalidade específica de formar uma lista tríplice para os respectivos assentos a eles destinados, devendo ser submetido à aprovação do Senado Federal.

O CNMP é formado por 5 órgãos, são eles, o Plenário, a Presidência, a Corregedoria, as Comissões, a Secretária-geral, vejamos, a atribuição de cada um, de modo sucinto:

**O Plenário:** constituído pelos 14 conselheiros do CNMP, o Plenário controla a atuação administrativa e financeira do Ministério Público e o cumprimento dos deveres funcionais dos seus membros. Aos atos e decisões do Plenário do Conselho não cabe recurso, salvo o de embargos de



declaração. As sessões do Plenário poderão ser ordinárias, com realização em dias úteis mediante prévia comunicação aos conselheiros, e extraordinária, convocadas pelo presidente fora do calendário semestral estabelecido, com, pelo menos, cinco dias de antecedência. **A presidência** do CNMP é exercida pelo procurador- geral da República, a quem compete atuar para o fortalecimento e o aprimoramento do Ministério Público, assegurando sua autonomia para um trabalho responsável e socialmente efetivo. **A Corregedoria**: com o dever de executar as funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral, a Corregedoria Nacional do Ministério Público é um órgão do CNMP; **As Comissões**: são instituídas pelo Plenário para o estudo de temas e atividades específicos da instituição ou relacionados às suas competências. De caráter permanente ou temporário, as comissões são formadas pelos membros do Conselho, sendo que os presidentes de cada comissão são eleitos pelo voto da maioria do Plenário para mandato de um ano. Atualmente, o CNMP possui seis comissões permanentes e uma provisória; **A Secretaria- geral**: tem como função exercer as atividades de apoio técnico- administrativo necessárias à preparação e à execução das funções do CNMP. Diretamente subordinada à Presidência, a Secretaria atua também nos serviços cartorários do CNMP, como receber, atuar e movimentar os processos em tramitação. (BRASIL, s.d.)

### 1.3 Força normativa dos atos do CNMP e o ANPP

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) teve sua competência estabelecida no

§4º do art. 103-B da CF/1988, aduzindo que “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”, este controle pode ser exercido via resoluções.

Em relação a esse poder regulamentar o Supremo Tribunal Federal (STF), na ADC 12, decidiu que tais resoluções têm caráter normativo primário, isto é, são munidos de abstração e generalidade (LIMA, 2018, p. 200), nesse mesmo sentido essa corte continua decidindo, vejamos a *ratio decidendi*:

no exercício de suas atribuições administrativas, encontra-se o poder de ‘expedir atos regulamentares’. Esses, por sua vez, são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão. (BRASIL, 2012)



Tendo em vista, a natureza jurídica destas resoluções, é necessário levarmos em consideração o fato de que os dois Conselhos têm a mesma essência, razão pela qual, é forçoso o reconhecimento de tal natureza jurídica para os atos normativos do CNMP. Em sentido semelhante, sustenta-se que as normas emanadas do CNJ e CNMP, são atos normativos autônomos, abstratos e subordinados diretamente às normas constitucionais. (BARROS; ROMANIUC, 2018)

Na espécie temos um precedente muito forte a respeito da regulamentação direta da aplicação dos princípios constitucionais, trata-se da audiência de custódia, tendo o seu introyto via resolução editada pelo CNJ, sob nº 213/2015. Com o desiderato de também colocar em prática tal capacidade reguladora, o referido órgão trouxe à baila, a resolução nº 181 de 2017, cujo o conteúdo cuida do Procedimento Investigatório Criminal, no mesmo instrumento, trata do ANPP.

O art. 18 da Resolução nº 181 do CNMP, com alterações trazidas pela Resolução nº 183, de 24 janeiro de 2018, é responsável por introduzir o ANPP no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sua natureza jurídica dita como negócio jurídico de natureza extrajudicial (LIMA, 2018), devendo necessariamente ser homologado pelo juízo competente, sendo as partes acordantes, o Ministério Público e o agente infrator da norma penal, também é indispensável que o acusado tenha a defesa técnica constituída.

Além disso, é necessário que o feito não seja caso de arquivamento, bem como a pena mínima cominada ao delito seja inferior a 4 anos e o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, e desde que haja confissão formal e circunstanciada da prática delituosa.

Outrossim, é necessário saber que existem requisitos negativos, isto é, nos casos a seguir encontra-se óbice para o oferecimento da proposta:

For cabível a transação penal; O dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da



regulamentação local; Incida sobre o investigado alguma das hipóteses previstas no art. 76,

§ 2º, da Lei nº 9.099/95 Iminência de operar a prescrição punitiva estatal; Se tratar de crime hediondo ou equiparado, e naqueles que existam violência doméstica; Quando a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (BRASIL, 2018).

Após a verificação de tais requisitos, o investigado se comprometerá a cumprir certas condições, podendo elas serem ajustadas de modo cumulativa ou alternativa, são elas:

Reparação do dano ou restituição da coisa, salvo quando impossível;

A renúncia voluntária dos bens e direitos, apontados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

Prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas por período correspondente à pena mínima comina ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; Pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, do mesmo modo do item anterior, devendo ser preferencialmente pago às entidades que tenham como objetivo proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; O cumprimento de outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que seja proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Portanto, o autor da infração penal ficará sujeito ao cumprimento de algumas medidas impostas no acordo, ao passo que Ministério Público se comprometerá a promover o arquivamento do feito, e efetivamente o arquivará desde que investigado cumpra integralmente aquelas medidas, o arquivamento vinculará toda a instituição.

Em um primeiro momento, ao olhar de modo perfunctório, o ANPP, introduzido pela resolução, aparenta ser apenas mais uma das possibilidades da Justiça Penal Negociada. Todavia, ele se diferencia dos demais institutos, por diversos fatores, como, por exemplo, seus status normativo (resolução) além disso, é exigido a confissão, e as condições impostas no acordo tem o condão de obter a efetiva reparação dos danos sofridos, tal reparação não tem cunho penal, sendo esta



uma obrigação cível, o momento do oferecimento do acordo é pré-processual, uma vez que não existirá o oferecimento da denúncia.

A grande problemática em relação ao ANPP é quanto sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, pois como dito anteriormente, ele foi inserido por meio de uma resolução, qual seja a Resolução 181 de 2017, com alterações trazidas pela Resolução nº 183, de 24 janeiro de 2018, elaborada pelo CNMP, com desiderato de dispor sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Todavia, esta questão teve a perde a parcial do objeto, uma vez que o advento da Lei 13.964/2019, supriu as problemáticas relativas às, possíveis, incongruências formais apresentadas por aquela resolução.

Para além disso, verificamos que os requisitos trazidos no art. 28-A do Código de Processo Penal, os dispõe de maneira mais branda do que a da resolução alhures. Então, vejamos a redação do artigo.

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução [...]; IV - pagar prestação pecuniária [...]; V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. § 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. § 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II



- se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (BRASIL, 2019)

Quando cotejados os requisitos presentes tanto no pacote anticrime quanto na Resolução 181 do CNMP, vê-se que esse traz um requisito não presente naquele qual seja a limitação de valor econômico do bem jurídico violado à quantia de 20 salários mínimos. Assim, tomando a vigência da resolução como certa em face do princípio da presunção de constitucionalidade dos atos normativos, questiona-se poderia a resolução trazer requisitos para além do disposto na Legislação Ordinária, E, por conseguinte, poderia o Ministério Público recorrer a aplicação do ANPP, em face da extrapolação do valor econômico do objeto em que o dano foi infligido.

Sustenta-se, nesse sentido, pela não aplicação do requisito em comento, pelos seguintes argumentos: o STF no âmbito do julgamento da ADI nº 4.220, quando avaliou a constitucionalidade de outra resolução do CNMP (Resolução nº 20) e sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 e a Lei Complementar nº 75/93, pautou-se pelo critério da ausência de inovação legislativa, o que vai ao encontro da doutrina consagrada por Streck, Cléver e Sarlet (2005), que assomam a essa ideia o fato de que o Poder Regulamentar do CNMP, lastreado no Art. 130-A, deve estar adstrito a fiel concreção e ampliação da norma de referência, não sendo permitida a invasão nas competências do Legislador Ordinário. Nesse sentido, lembra-se a necessidade de respeito ao quadro esquemático-organizacional e harmonia das funções institucionais.

Assim, considerando que tanto a justificação teleológica, os juízos valorativos revelados nessas funções legislativas, – tanto típicos quanto atípicas – e a adequação social buscada pelos atos normativos coincidem, há de se adotar aquele que não só



visa um cenário mais favorável ao investigado, como guarda maior compatibilidade com os Direitos Fundamentais que baseiam esse novo aspecto da Justiça Negocial como a proporcionalidade e a dignidade da Pessoa Humana, assim não poderia a Resolução 181 do CNMP, ou mesmo resolução posterior, trazer requisitos para além daqueles previstos na Legislação Ordinária encrudescendo o procedimento e as formas do instituto. Essa forma de argumentação transcende as simples reflexões sobre antinomias, como os argumentos de Kelsen (2000) que prima pela harmonia de uma norma do escalão superior com a de inferior, e a resolução de conflitos aparentes pela lei posterior.

## **2 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA RESOLUÇÃO 181 DO CNMP**

### **2.1 Da ausência de violação ao art. 22, inciso I da CR**

Há quem entenda que tal resolução violaria o art. 22, inciso I da Constituição da República, porque invadiria a competência legislativa privativa da União por se tratar de matéria processual, bem como violaria o princípio da legalidade, e também ofenderia às atribuições constitucionais do CNMP, dispostas no art. 130-A, além disso afrontaria o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Esta resolução é objeto de duas Ações Direta de Inconstitucionalidade – em razão das supostas pechas supracitadas -, são elas, ADI 5790 e 5793, a primeira proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros e a outra pela Ordem dos Advogados do Brasil. Ambas ainda pendem de julgamento.

O art. 22, inciso I, da CF/1988, afirma que compete privativamente à União legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

Um dos motivos adotado como razão para dizer que existem inconstitucionalidade formal, é a suposta usurpação da competência legislativa privativa da União.



Nesse sentido, SILVA JUNIOR e ZIESEMERM (2017, np) sustentam:

As normas editadas pela resolução possuem evidente caráter processual penal. Mais que isso, interferem de forma direta no processo penal brasileiro, criando obrigações a terceiros, avaliação de figuras penais, pagamento de prestação pecuniária, citando inclusive, “nos termos do Art. 45 do Código Penal”, analogia à pena mínima (Art. 18, IV da Resolução 181), em nítida forma processual de atuação, criando um modelo distinto (da lei e da Constituição) de abstenção da ação penal, o que também é processual. Assim, o CNMP se transformou em legislador de fato, ao criar figuras processuais típicas de legislador em atuação finalística do Ministério Público, em clara ofensa do Art. 22, I, da Constituição(...)

Em razão disso, deve-se sustentar e argumentar em prol da nossa concepção, que é pela constitucionalidade da referida norma jurídica.

Pois, bem. Passemos a análise para averiguarmos se existe ou não a usurpação daquela competência.

Neste contexto, Cabral (2018) ensina, é equivocado o argumento que sustenta ser formalmente inconstitucional o ANPP, pois o conceito de norma processual tem a natureza jurídica técnica, assim os seus liames são bastantes claros na jurisprudência.

Ainda sobre a temática, ele argumenta, para uma norma ter o caráter de natureza processual, é imprescindível que exista o exercício à pretensão punitiva estatal, encetada por um legitimado (via de regra, o Ministério Público), sob o crivo jurisdicional, e devendo ser observado o devido processo legal. Isto é, a necessidade dos três atores com funções bem distintas – conforme, o sistema acusatório adotado pelo sistema jurídico brasileiro -, quais sejam, Ministério Público, Estado-Juiz e Réu. (CABRAL, 2018)

Na mesma linha argumentativa, Cabral (2018, p.31) afirma:

(...)o acordo de não persecução é extrajudicial (não envolve o exercício da jurisdição penal), vez que realizado no âmbito de um procedimento administrativo investigatório, sem o prévio exercício de uma pretensão punitiva, é dizer, sem o prévio oferecimento de denúncia ou queixa, não há o menor sentido





em atribuir-se à regulamentação desse acordo a natureza de norma processual.

Com base ainda nessa doutrina, Cabral (2018) afirma que o Supremo Tribunal Federal assentou, que tais normas de direito processual penal relacionadas devem estar relacionadas com “ as garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regule os atos destinados a realizar a causa finalis da jurisdição”. (BRASIL, 2006)

Para além disso, outro argumento pode ser trazido nesse contexto, que diz respeito a não incidência do art. 22, inciso I, da CF/1988, no que tange às regras de procedimento investigatório criminal, conforme a jurisprudência do STF, quando do julgamento da ADI 2866, sob a relatoria do Min. Eros Grau (BRASIL, 2014)

Nessa mesma linha de raciocínio, Barros e Romaniuc (2018) aduzem ser necessário fazer a distinção entre processo e procedimento, assim a matéria procedimental é aquela anterior à formação do processo penal, por isso, pode ou não se relacionar diretamente ao processo judicial, sendo possível a existência de norma procedimental não advinda do processo legislativo federal. A norma processual diz respeito à organização e instrução do processo em busca da tutela do direito material, tendo como escopo a resolução dos conflitos ocasionados em razão da jurisdição.

Ao final do raciocínio os autores concluem afirmando, “A reserva constitucional à espécie normativa ‘lei’ advinda da privativamente da União se dá apenas aos casos de normas processuais que estruturam especificamente o processo judicial” (BARROS ; ROMANIUC, 2018, p. 65)

No mesmo sentido conclui Cabral (2018, p. 32):

“Dito isso, é possível afirmar que a regulamentação do acordo, pelo art. 18 da resolução nº 181/17 – CNMP, não envolve matéria de direito processual, vez que se trata de avença realizada em procedimento administrativo, em que não há o exercício da pretensão punitiva por meio de denúncia, não há propriamente partes, não há exercício da função jurisdicional penal, nem se faz necessária a observância do princípio do



contraditório e ampla defesa. Em suma: não há processo penal.”

Com o mesmo intuito, Guimarães (2018, np) sustenta que é necessário ser destacado que a resolução 181 do CNMP não possui natureza processual estrita, uma vez que o ANPP antecede à promoção da ação penal, portanto trata-se de fase extrajudicial.

Por isso, é necessário reconhecer que quando da atuação ministerial na fase investigativa tem em evidencia o seu caráter administrativo, consiste em negócio jurídico pré-processual, uma vez que tem escopo de coletar elementos informativos, que em havendo a persecução penal deverão ser repetidos em juízo sobre o crivo do contraditório e ampla defesa.(DOWER; SOUZA, 2018)

Ademais, verifica-se a hipótese apontada no que concerne a natureza jurídica do ANPP. Pois, a inovação trazida pela Lei 13.964/2019, manteve a mesma linha lógica, conforme a melhor doutrina de LAI (2020, np), quando consigna que “No Brasil, em linhas gerais, o ANPP consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público (MP) e o investigado com seu defensor (§ 3º)(...)”

Assim, fica, portanto, devidamente provado pela técnica jurídica com base em jurisprudências pretéritas abstratas, doutrinas anteriores a edição da Lei 13.964 de 2019, bem como doutrinas posteriores a referida lei, que a matéria tratada no Acordo de Não Persecução Penal, não se trata de matéria processual penal, tampouco matéria penal.

De outro giro, um dos argumentos trazidos, com o fim de afastar a legalidade da resolução, é no sentido de afirmar que as resoluções do CNMP não possuem força suficiente para regular o ANPP, assim afirma Moraes(2018, np), vejamos:

(...)equivoco é supor que a existência de eficácia normativa primária das resoluções do CNMP, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 12, permita que o órgão regulamente qualquer matéria uma vez que, inquestionavelmente, não se encontra entre as atribuições do CNMP estampadas no artigo



130-A, parágrafo 2º, da CF/1988/88 normatizar sobre política criminal.

Pois bem, a audiência de custódia, instituto amplamente aplicado, retirou o seu fundamento de validade do §5º do art. 7º do Pacto de San Jose, Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e atualmente consta estar em vigor, de tal forma que é a regra utilizada em todo território nacional. (PANTOLFI, 2019)

No caso, o ANPP perquiriu-se o fundamento para sua validade em acordo internacional o qual o Brasil é signatário, qual seja, as Regras de Tóquio (Resolução nº45/110 da Organização das Nações Unidas). (MORAIS, 2018)

Resolução essa, instrumento utilizado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, “para estimular a utilização de medidas alternativas à prisão nos vários países-membros da organização.” (ARAS, 2018, p. 326)

Assim, consta o item 5.1 da resolução supracitada, a qual deu ensejo a resolução 181/2017 do CNMP:

## II. Estágio anterior ao julgamento

### Medidas que podem ser tomadas antes do processo

Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado. <sup>1</sup> (BRASIL, 2016)

Assim, conforme assevera Morais (2018), a implementação desse instituto, está em conformidade com as diretrizes estabelecidas nas Regras de Tóquio, sendo ela uma norma de caráter jus cogens, ainda impossível de ser ignorada.

Portanto, questiona-se, se os dois Conselhos possuem a mesma natureza jurídica, conforme indicado anteriormente, com isso têm-se a mesma capacidade de



emanar atos normativos primários, por qual razão negar a validade ao ANPP - quando pela resolução 181 e 183 do CNMP?

Não conseguimos vislumbrar os motivos para utilizar-se de dois pesos e duas medidas, para uma resolução que tanto se assemelha formalmente a outra. Pelo exposto, fica evidente que era plenamente viável a aplicação do ANPP, ainda que quando anterior da Lei 13.964/2019, uma vez que se trata de ato normativo primário, tendo como seus fundamentos constitucionais, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF/1988), a duração razoável do processo (art. 5º. LXXVIII da CF/1988), a eficiência(art. 37, caput da CF/1988), vê-se respeitada ante o imperativo principiológico de atos devem ser procedidos de formar a maximizar os requisitos de economicidade e o bem-estar geral dos alcançados, isso tanto para acusado como para o Estado já que a extensão temporal demasiada alonga a imprevisibilidade da resposta jurisdicional prolongando os prejuízos dessa ausência de segurança. Em que pese não se tratar propriamente de processo judicial fica o magistério de Daniel Assumpção Alves (2016) de que o texto constitucional inovou ao considerar as demais funções do Poder Público (e.g. executiva) merecedoras de duração razoável.

## **2.2 Da ausência de violação ao art. 130, §2º, da CR**

Mais um dos argumentos relativos à inconstitucionalidade formal do ANPP, diz respeito a do art. 130, § 2º, uma vez que, cuida da competência do Conselho Nacional do Ministério Público para com o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, ainda cabendo-lhe:

I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos



Tribunais de Contas; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; [...] IV - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano; V - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem previsto art. 84, XI.

Em vista disso, parte da doutrina informa haver rompimento da competência atribuída ao CNMP, ou seja, dedica-se a acolher a pretensão de afastar a constitucionalidade do objeto desta análise, consigna o seguinte, em relação ao art. 130-A, §2º:

não contempla ao CNMP a possibilidade de criar figuras de atuação processual, ou mesmo interferir em atividade fim. Toda a atuação processual do membro do Ministério Público é finalística, ainda mais quando esta visa avaliar a aplicação ou não do direito e do processo penal. Assim, além de não ter competência constitucional para edita reste tipo de regra, também não pode o CNMP disciplinar atividade fim do Ministério Público, interferindo em seu mérito. Aliás, este tema já foi alvo do Enunciado no 6 de 2009 do CNMP: Os atos relativos à atividade-fim do Ministério Público são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional do Ministério Público.(ZIESEMER, 2018, np)

Frisa-se que temos dois cenários distintos no presente trabalho, o primeiro trata sobre a constitucionalidade do acordo de não persecução penal com introito via resolução do CNMP, o segundo diz respeito as consequências oriundas da referida resolução após a edição e vigência da Lei 13.964/2019, uma vez que é nítido que se tratando de ato administrativo eivado de ilegalidade deve ser declarado nulo, portanto para aqueles que entendem que o os acordos firmados com base na resolução 181 e 183 do CNMP são inválidos, haverá um ônus enorme aplicado ao investigado, para além disso é sabido que um ato administrativo dito ilegal não pode ser convalidado, isso porque:



[...] nas matérias de competência exclusiva das pessoas públicas políticas (União, Estado e Municípios) não é possível a ratificação de ato praticado pela pessoa jurídica, incompetente; no caso, o ato é inconstitucional, porque fere a distribuição de competência feita pela própria Constituição. (DI PIETRO, 2018, p.318)

Além de que “a desconformidade com a lei atinge o ato em suas origens, a anulação produz efeitos retroativos à data em que foi emitido (efeitos *ex tunc*, ou seja, a partir de então).” (DI PIETRO, 2017, p.317). Diante disso, questiona-se o que deve ocorrer com aqueles que foram, em tese, beneficiados com a propositura do acordo. A melhor a resposta em nossa concepção é aquela em que se mantém hígido os termos do acordo, em razão da teoria dos atos jurídicos perfeitos<sup>1</sup>, bem como a teoria do isolamento dos atos processuais<sup>2</sup>, *tempus regit actus*.

### **3 JUSTIÇA NEGOCIADA DO PANORAMA COMPARATIVO À ADEQUAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA E INSTITUCIONAL**

#### **3.1 Quadro comparativo entre institutos negociais e premiais**

No sistema jurídico brasileiro tem-se vários institutos de justiça negociada, o que também se aplica ao aspecto penal, sendo eles, a transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de colaboração premiada e a justiça restaurativa. De tal modo, torna-se imperioso apresentar um quadro comparativo entre esses institutos e o acordo de não persecução penal, isso a bem de uma compreensão mais sistêmica da Justiça Negocial pátria.

A transação penal, prevista no art. 76 da Lei 9.099/95, conforme descrito por ARAS, trata-se de instituto de natureza jurídica bilateral, com caráter processual e penal, porque se negocia o não exercício do direito de ação do Ministério Público, isso

---

<sup>1</sup> O ato jurídico perfeito consagra o princípio da segurança jurídica justamente para preservar as situações devidamente constituídas na vigência de ato normativo anterior, porque o ato normativo posterior, apenas, projetará seus efeitos para o futuro

<sup>2</sup> A teoria do isolamento dos atos processuais é adotada pelo direito processual penal, estando insculpido no art. 2º do código de processo penal (CPP), com a seguinte redação: A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. Apesar, que se trata de lei processual, entendemos ser aplicável uma vez que o art. 3º do CPP admite analogia extensiva em matéria processual



em troca da aceitação por parte do autor do fato, que em razão disso, obriga-se a uma sanção penal privativa de liberdade, desde que seja homologada judicialmente o acordo.

A semelhança entre esse instituto e o acordo de não persecução penal reside no fato de ambos negociarem o exercício do direito de ação, todavia, sua semelhança cessa nesse aspecto. Diferente do que ocorre no ANPP, na transação existe sanção penal e independe de confissão, já no outro instituto existe apenas assunção de obrigação civil e é imprescindível a confissão do investigado. Por óbvio, os requisitos para oferecimento de cada um dos institutos são diferentes, assim, a título exemplificativo, na transação penal são abarcadas as contravenções penais e nos crimes cuja a pena máxima não seja superior a dois anos, enquanto no outro é necessário que a pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos.

No que concerne a suspensão condicional do processo, também conhecido como *sursis processual*, instituto previsto na Lei 9.099/95 em seu art. 89, em muito se aproxima do acordo de não persecução penal, uma vez que o acusado assume certas “condições da proposta e da suspensão não são pena criminal” (PRADO, 2005, p. 225) comprometendo-se em reparar o dano causado, sendo necessária a homologação judicial do negócio jurídico, todavia prescinde de confissão. O outro requisito para ser aplicado tal instituto é o crime atribuído ao acusado ter a pena mínima não superior a um ano de prisão. Ao fim da suspensão condicional a medida é a extinção da punibilidade, desde que cumprido integralmente as condições impostas na proposta oferecida pelo Ministério Público.

O acordo de colaboração premiada, tem sua previsão normativa na Lei 12.850/2013, podemos definir este instituto, em síntese, como negócio jurídico processual, podendo ser proposto tanto pela autoridade policial, conforme decidido pelo STF na ADI nº 5508/DF, quanto pelo Ministério Público, tendo como desiderato a obtenção de êxito nas atuações penais, isso porque existe a delação do(s) participante(s) da empreitada criminosa, trazendo assim, provas importantes



para a persecução penal, para a efetivação deste acordo é de extrema importância que as declarações prestadas sejam essências para o deslinde da investigação criminal.

Sobre a natureza jurídica da colaboração premiada, pode-se afirmar isso com base na Orientação Conjunta nº 1/218 do Ministério Público Federal, a qual aborda especificamente esse tema, tendo como finalidade a orientação, nos seguintes termos:

O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual, meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos, os quais são atendidos desde que advenha um ou mais dos resultados previstos no art. 4º da Lei 12.850/2013 e pode ser celebrado em relação aos crimes previstos no Código Penal e na legislação extravagante.

No mesmo sentido, o STF vem reiteradamente reconhecendo a natureza jurídica como sendo negócio jurídico processual, observa-se isso, quando do julgamento do HC-STF 127.483/2015 de relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgamento Inq. 4405 AgR de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, também no julgamento da Pet 7074 QO/DF, rel. Min. Edson Fachin, entre outras ocasiões. Por fim, foi incluído na Lei 12.850/2013, o art. 3º-A, isso com a redação trazida pela lei 13.964/19, o qual afirma que “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.”

O benefício para o colaborador, mais especificamente o delator, pode ser a redução de pena privativa de liberdade ou, ainda a substituição dessa por uma restritiva de direitos, concessão do perdão judicial, suspensão do prazo para oferecimento da denúncia, ou mesmo deixar de ter a denúncia oferecida contra si.

Assim, é possível visualizar a existência de características comuns entre o acordo de não persecução penal e este instituto, qual seja, o possível não oferecimento da denúncia, além disso não prescinde a confissão do colaborador.





### 3.2 Os fundamentos da dignidade da pessoa humana no aspecto negocial penal

A história do Direito Penal confunde-se com a própria história da humanidade. Desde que o homem passou a viver em sociedade, sempre esteve presente a ideia de punição pela prática de atos que atentassem contra algum dos indivíduos do grupo, ou contra o próprio grupo social. (GRECO, 2017)

Tendo em vista, a existência do contrato social, nele o indivíduo abriria mão de parte da sua liberdade, colocando em um depósito público com a intenção de delegar o poder punitivo ao Estado, logo existindo uma ordem social delimitada por tal instituto. (BARATTA, 2013).

Nesse mesmo sentido, Luisi sustenta que:

“a consagração do princípio da humanidade no Direito Penal moderno deve-se ao grande movimento de ideias que dominou os séculos XVII e XVIII, conhecido como Iluminismo. Os arautos do pensamento iluminista advogavam a transformação do Estado, partindo de duas ideias fundamentais. De um lado, a afirmação da existência de direitos inerentes à condição humana, e, de outro lado, a elaboração jurídica do Estado como se tivesse origem em um contrato social, no qual, ao construir-se o Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados. Daí um Direito Penal vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo estritamente necessário, e sem penas degradantes” (LUISI, 2003, p. 32)

Nessa linha, o Projeto de Lei 10372/2018 (Câmara dos Deputados), que deu origem ao pacote anticrime (lei 13.964/2019), trazia a seguinte consideração em sua exposição de motivos: “são previstas condições que assegurem efetiva reparação do dano causado e a imposição de sanção penal adequada e suficiente, oferecendo alternativas ao encarceramento”. Assim, seguia, efetivamente, ao encontro das Regras de Tóquio, no sentido de buscar alternativas ao encarceramento.

Portanto, temos como um dos fundamentos mais importantes para firmar o valor social do acordo de não persecução penal é a dignidade da pessoa humana/princípio da humanidade, isto porque, é de conhecimento comum, o quão



degradante é o sistema carcerário brasileiro. Mesmo tendo previsão no ordenamento jurídico de que a pena tem a função de ressocializar, prevenir e reprimir, sabe-se que estas promessas não transcendem a letra fria da lei, para além disso, após qualquer pessoa enfrentar um procedimento penal têm-se a ciência dos efeitos deletérios deste, não há sequer a necessidade de haver condenação, basta apenas ter participado de qualquer procedimento para que o investigado seja estigmatizado, por isso leciona Igor Luís Pereira e Silva (2020, p. 106), na perspectiva de que a pena “deve ser imposta como ultima ratio do sistema penal, dando-se preferência às penas menos dolorosas.”.

Com fito de evitar esses efeitos colaterais, entendemos ser plenamente cabível e coerente a aplicação do acordo de não persecução penal na sistemática jurídica brasileira. Ainda, conforme, o autor para haver a concreta aplicação do princípio da humanidade é imprescindível que a pena seja dotada de racionalidade e proporcionalidade. Nesse sentido esse doutrinador sustenta que:

Para atender aos postulados da proporcionalidade, a pena deve ser adequada aos seus fins constitucionais, ser a menos onerosa possível para o apenado e somente ser imposta em casos estritamente necessários, devendo o Estado refletir sempre sobre os ganhos e as perdas em sua cominação, aplicação e execução. (SILVA, 2020, p.105)

Diante disso, verifica-se que a modalidade da justiça negociada em comento é alinhada com os postulados da proporcionalidade – tal princípio será objeto de uma análise mais contundente, uma vez que tende a aplicar uma pena menos onerosa, tanto é que nesta modalidade, se quer existe o oferecimento da denúncia ou qualquer repercussão penal, exceto para fins de concessão de novo acordo de persecução penal, desde que utilizado dentro dos últimos 5 anos. Além disso, verifica-se que as obrigações assumidas têm o caráter civil, não sendo nenhuma delas penas não privativas de liberdade.

É alinhado também com a racionalidade, porque a punição se dá na exata extensão do dano causado, exceto quando impossível a reparação. Com isso em mente, é possível deduzir que, conforme a doutrina supracitada sobre a razoabilidade e racionalidade, efetiva-se o princípio da humanidade.



Em que pese existir outros institutos afetos à justiça negociada, cada qual com seus contornos próprios. Todavia, o ANPP parece ser o menos gravoso, tendo em vista o momento no qual é apresentado ao investigado, antes do oferecimento da denúncia, as obrigações desprovidas de natureza penal e o abarcamento de crimes de médio potencial ofensivo, visto ter como um dos requisitos possuir a pena mínima de 4 (quatro) anos. Em face de todos estes argumentos acreditamos que o Acordo de Não Persecução Penal é uma opção legítima quando se pensa na dignidade da pessoa humana pela perspectiva também da vítima, visto que efetiva a reparação do dano sofrido por essa, na medida em que pune o infrator da normal penal sem estigmatizá-lo

### **3.3 As dimensões da proporcionalidade no acordo de não persecução penal**

Cumpra nos ressaltar a perspectiva do doutrinador Igor Luis Pereira e Silva (2020, p. 157), na qual sustenta que “a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo VIII, prevê a observância da proporcionalidade, ao determinar que a lei deve apenas estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”.

Desta feita, precisamos fazer uma análise do acordo de não persecução penal sob a óptica do princípio da proporcionalidade, com o fim de verificar se existe adequação ao sistema constitucional brasileiro, pois, conforme dito anteriormente, este princípio extrai o seu fundamento do manancial constitucional, lastreando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, pois a desproporcionalidade em matéria penal pode acarretar em penas desumanas, mais gravosas do que o injusto penal. (SILVA, 2020, p. 157)

No mesmo sentido, Luiz Regis Prado(2018) aduz que, na esfera legislativa, a vertente substantiva do princípio da proporcionalidade impõe a verificação da compatibilidade entre os meios empregados pelo elaborador da norma e os fins que busca atingir, aferindo a legitimidade destes últimos. Igor Luis Pereira e Silva (2020)



argumenta ainda que, para cumprir tal postulado se faz necessário a ponderação acerca da relação entre os bens envolvidos em matéria penal, portanto não pode subsistir desproporcionalidade entre o bem jurídico tutelado e a pena comida em razão da infração penal. De tal forma que “somente presentes estas condições se poderão admitir a limitação a algum direito individual”. (BARROSO, 2009, p. 66-67)

Pode-se, então, concluir que a conceituação do princípio da proporcionalidade como sendo:

“O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).” (FRANCO, 2007. p. 67.)

Para além disso, existe uma definição extremamente objetiva de autoria de Luiz Regis Prado (2018, p.98), a qual consigna:

pode-se afirmar que uma medida é razoável quando apta a atingir os objetivos para os quais foi proposta; quando causa o menor prejuízo entre as providências possíveis, ensejando menos ônus aos direitos fundamentais, e quando as vantagens que aporta superam suas desvantagens.

Uma outra perspectiva em relação ao princípio da proporcionalidade, diz respeito a compreensão de que este, não se limita a proibir o excesso, mas também acolhe o impedimento à insuficiência da intervenção jurídico-penal. (QUEIROZ, 2010,

p. 55). Existe ainda a proporcionalidade executória, que também toca a execução penal, estando insculpido no art. 1º da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução



Penal), baseando-se no merecimento do apenado e concedendo-lhe os benefícios inerentes aos ditames constitucionais e legais, de forma que propicie a progressão de regime e a harmônica integração social. (SILVA, 2020, p. 156)

Conforme assevera Chade Rezek Neto (2004), um ponto crucial a ser destacado é que o princípio da proporcionalidade é um princípio de interpretação constitucional, isto ocorre em razão da contribuição desse postulado para orientação hermenêutica, uma vez que se deve buscar soluções concretas nos casos de conflito e colisão entre os direitos fundamentais.

Nesta mesma acepção Robert Alexy (1993, p. 116-117) sustenta que:

A natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meios/ menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

Em vista do que o autor chama de máximas parciais, também nomeadas como subprincípios ou princípios parciais, nos resta como obrigação trazer a conceituação de cada uma delas, sendo elas: a) adequação; b) necessidade; e c) proporcionalidade em sentido estrito. Vejamos a definição de cada uma delas, podemos extraí-las *a contrario sensu* do seguinte entendimento do professor Luís Roberto Barroso (2018, p. 168):

Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito).



Apura-se, portanto, que à *adequação* não permite a supressão de direito do indivíduo, quando o instrumento não se mostrar conveniente à consecução do resultado pretendido. Assim, deve-se haver uma relação de adequação entre o instrumento e a finalidade, com fundamento no interesse público, isto é, “a pena deve ser um meio apropriado para realizar o fim de proteger o bem jurídico, atendendo aos valores ético-sociais da Constituição”. (SILVA, 2020, p. 156)

No que diz respeito à *necessidade*, reclama-se a celebre distinção apresentada por Cezar Roberto Bitencourt (2009, p.56) entre a necessidade e a adequação:

“Pela necessidade deve-se confrontar a possibilidade de, com meios menos gravosos, atingir igualmente a mesma eficácia na busca dos objetivos pretendidos; e, pela adequação espera-se que a providência legislativa adotada apresente aptidão suficiente para atingir esses objetivos”

Com isso, é possível afirmar que o objetivo a ser buscado nessa dimensão é selecionar, dentre as providências cabíveis, aquela que cause menor prejuízo possível ao acusado, redução de onerosidade cara a esses direitos fundamentais. Esta ideia vai coaduna-se do consignado por Luiz Flávio Gomes (2014, np)

(...) toda medida restritiva de direito deve ser a menos onerosa possível (a intervenção penal é a última das medidas possíveis; logo, deve ter a “menor ingerência possível”, a pena de prisão, do mesmo modo, só pode ter incidência se absolutamente necessária; sempre que possível deve ser substituída por outra sanção)

Isto posto, as ideias de BITENCOURT e GOMES, mencionadas alhures, estão alinhadas a de BARROSO. Todas elas reclamam ser exequíveis retomar ao ideal de que a não utilização do meio menos oneroso possível para alcançar o fim desejado, deve pôr em dúvida o exercício do poder de punir. Assim, essa dimensão se pauta na vedação do excesso para atingir um fim, fim esse que poderia ser avultado com menos dispêndio.

Em relação à *proporcionalidade* em sentido estrito, vale trazer à baila a definição do doutrinador André Ramos Tavares (2018, p.661):



Trata-se, pois, de um sopesamento (balanceamento) dos valores do ordenamento jurídico, em que se procura atingir a mais oportuna relação entre meios e fins para melhor garantir os direitos do cidadão em situações concretamente relacionadas. São “pesadas” e comparadas, numa perspectiva jurídica, as desvantagens do meio em relação às vantagens do fim.

Nesse mesmo sentido, Gomes (2003, p. 233) aduz que tal subprincípio tem a função de:

determinar a medida da tutela penal que seja equivalente à afronta ao bem jurídico, de modo que o quantum da pena privativa de liberdade passe a conter, também, o significado de colocar a incriminação numa determinada posição hierárquica dentro do ordenamento. Ainda que sejam claros os limites a um juízo valorativo em que são confrontadas grandezas axiológicas diferentes, a Constituição indica alguns critérios lógicos a serem observados – o que possibilita a rejeição de dispositivos em flagrante desacordo com tais diretrizes

Assim, é certo asseverar que esta *máxima parcial*, tem como escopo cotejar se a medida adotada trará mais vantagens do que desvantagens, em outras palavras, será que existe proporcionalidade em relação a medida aplicada ao “infrator da norma” e o benefício à sociedade e/ou a vítima.

Por tudo isso, entendemos que em função da princípio hermenêutico da proporcionalidade, a resolução 181, com redação dada pela resolução 184 é plenamente viável, até o momento em que há edição da Lei 13.964, porque como se sabe, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro consagra em seu §2º do art. 1º, que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”. Ocorrendo na espécie, a regulamentação integral da matéria no art. 28-A do CPP, motivo pelo qual deve-se adotar tão somente o instituído pela nova Lei. Contudo, a resolução à época era o mais benéfico ao investigado conforme exposto no tópico referente aos princípios que fundamentam o referido instituto.



## CONCLUSÃO

A primeira questão suscitada diz respeito a competência do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) para editar ato normativo capaz de instituir uma nova figura jurídica o qual, em tese, poderia interromper jus puniendi. Isso porque, afastaria a persecução penal com a propositura de um acordo, realizada pelo Ministério Público, desde que exista a reparação do dano por parte do investigado, dentre outros requisitos expostos no presente trabalho. Viu-se que esses atos normativos podem dar maior adensamento teórico aos instrumentos da Justiça Negocial dando maior amplitude aos Direitos Fundamentais da Dignidade da Pessoa Humana, Duração Razoável do Processo e Eficiência administrativa.

Após diversas pesquisas, verificamos existir algumas correntes doutrinárias que afastavam a validade do ato normativo pelo qual foi inserido o acordo de não persecução penal – resolução 181, com redação dada pela resolução 184, por exemplo, atacaram a impossibilidade do CNMP de editar tal ato, uma vez que estaria usurpando a competência da União legislar sobre matéria penal e processual penal (art. 22, inciso I, da CF/88), bem como estaria violando a própria competência estabelecida na Constituição Federal para o CNMP.

Ao realizar uma análise daquelas correntes doutrinárias, percebe-se que não estão alinhadas com a melhor compreensão da doutrina vigente, tendo em vista não existir uma percepção apurada dos preceitos constitucionais estabelecidos no ordenamento jurídico. Primeiro, porque como ressaltado anteriormente, o acordo de não persecução penal não é matéria processual, pois trata-se de procedimento, uma vez que quando da oferta do referido acordo não há nenhuma relação jurídica estabelecida entre o titular da ação penal pública, Ministério Público, e o acusado/investigado/indiciado, visto que trata-se de uma fase pré-processual.

Segundo, porque, conforme decido na ADC 12, os conselhos possuem atribuição para expedir atos regulamentares, no espécime, verifica-se que o ato normativo editado, diz respeito a ato normativo primário, aquele dotado de





abstratividade que tem o condão de efetivar preceitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana(art. 1º, inciso III da CF/1988), a duração razoável do processo (art.5º, LXXVIII da CF/1988), a eficiência (art. 37, caput, da CF/1988) e o princípio da proporcionalidade.

Em seguida, fora realizado um cotejo entre os institutos da justiça negociada penal e o acordo de não persecução penal, onde foi possível verificar a similitude entre eles, bem como as suas diferenças, percebemos ainda, que o acordo de não persecução é um dos mais vantajosos, tanto para o investigado que se quer terá alguma consequência penal, bem como para vítima que terá desde logo o seu dano reparado. Haja vista, que a reparação do dano é uma cláusula compromissória para o cumprimento do acordo de não persecução penal por parte do Ministério Público, portanto, não havendo a reparação do dano, tampouco subsistirá o afastamento da persecução penal.

Foi apurado, também, algumas consequências em razão do interstício entre as resoluções do CNMP e a Lei 13. 964/2019. Uma das questões suscitadas é concernente à aplicação da resolução que, em tese, permanece vigorando, ao nosso sentir, a concepção mais acertada é aquela que afasta a aplicação das resoluções em favor da Lei, isso em virtude da melhor aplicação do direito, indo ao encontro da interpretação mais justa do sistema constitucional e legal brasileiro. Outro achado que merece destaque, deriva dos acordos firmados antes do vigor da referida Lei, para estes casos entendemos que devêm se manter hígidos em seus fundamentos, por ocasião da existência dos atos jurídicos perfeitos e a teoria dos atos processuais isolados, coadunando-se com um processo penal menos estigmatizante e mais vigoroso da perspectiva da dignidade.

## REFERENCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1993



ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: BARROS, Francisco Dirceu. In: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee Ó. (orgs.). **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018. p. 273-330.

AXT, Gunter. . A criação do CNMP: dos primórdios do debate sobre o controle externo à Emenda Constitucional n. 45/2004.. In: Gunter Axt. (org.). **Memória do CNMP: relatos de 12 anos de história**. 1 ed. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2017, v. 1, p. 13-206.

BARROS, Francisco Dirceu e ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não-persecução penal. In: BARROS, Francisco Dirceu. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee Ó. (orgs.). **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018. p. 49-100.

BARROSO, L. R. . **Temas de Direito Constitucional**, tomo IV. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 168.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. CNJ. **Regras de Tóquio**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>> Acesso em: 28 de nov de 2019.

BRASIL. **Exposição de Motivos da Emenda Constitucional Nº 45**. Câmara dos Deputados, 1992. Disponível em:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, pleno – **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2866**. Rel. Min. Eros Grau, Relator para acórdão: Min. Joaquim Barbosa. 2014, DJ n. 150.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, pleno – **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2970**. Rel. Min. Ellen Gracie. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2866**, Rel. Min. Joaquim Barbosa. 2011, julgado em 03/04/2014, DJe-150 DIVULG 04- 08-2014 PUBLIC 05-08-2014 EMENT VOL-02738-01 PP-00001



BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **Ação Direta de Inconstitucionalidade**, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 20/04/2006, DJ 12-05-2006 PP-00004 EMENTE VOL-02231-01 PP-00163 RTJ VOL-00200-01 PP-00056 RDDP n. 40, 2006, p.155- 160 LEXSTF v.28, n. 330, 2006, p. 50-60 RT v. 95, n. 851, 2006, p. 452-458.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **Mandado de Segurança nº 27.621/DF**, Rel. Min. Carmém Lúcia, Redator do acórdão: Min. Ricardo Lewandowski. 2011, DJe 10/05/2012.

BRASIL.. CMNP. **Estrutura** disponível em <<https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/o-cnmp/estrutura>>. S.d. Acesso em 28 de nov de 2019.

CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art.18 da resolução n. 181/17-cnmp, com as alterações da resolução n. 183/18-cnmp). In: BARROS, Francisco Dirceu. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee Ó. (orgs.). **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018. p. 19-48, pag. 30.

DOWER, Patrícia Eleutério Campos e SOUZA, Renee do Ó. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: BARROS, Francisco Dirceu. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee Ó. (orgs.). **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018. p. 131-172, pag. 135.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos. 6ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GARCIA, Emerson. Conselho Nacional do Ministério Público: primeiras impressões. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, v 10, n. 702. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6848>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal – civilização ou barbárie. Edição eletrônica. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Não paginado.

GUIMARÃES, Pedro de Oliveira. Breves considerações sobre o acordo de não-persecução penal. **Meu Site Jurídico**: Juspdvim. Salvador, 2018. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/03/07/breves-consideracoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal/>> Acesso em 01/11/2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.



LAI, Sauveí. **Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320078/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>> Acesso em 29/03/2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal:** volume único / Renato Brasileiro de Lima – 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018.

LUIZI, L. **Os princípios constitucionais penais.** 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.

Morais, Hermes Duarte. Acordo de não persecução penal: um atalho para o triunfo da justiça penal consensual?. **Revista Consultor Jurídico.** São Paulo. 2018 Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-nov-30/hermes-morais-acordo-nao-persecucao-penal-constitucional#sdfootnote9sym>> Acesso em: 22 de nov. de 2019.

MOURA, Caio Roberto Souto de. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e a Justiça Desportiva: um caso de antinomia jurídica um caso de antinomia jurídica. **Revista de Doutrina da 4ª Região,** Porto Alegre, v.1, n.16. 2007. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao016/Caio\\_Moura.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao016/Caio_Moura.htm) Acesso em: 28/11/19.

PANSIERI, Flávio. Conselho Nacional do Ministério Público. In: ZOCKUN, Carolina Zancaner.; ZOCKUN, Maurício.; FREIRE, André. Luiz.; SERRANO, Vidal (Orgs.) . **Enciclopédia jurídica da PUC-SP - Tomo:** Direito Administrativo e Constitucional. 1. ed. São Paulo: PUC-SP, 2017. v. 01. 3000p.

PANTOLFI, Laís Macorin. A audiência de custódia e seus aspectos mais controversos. **Revista Jus Navigandi,** Teresina. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/76049/a-audiencia-de-custodia-e-seus-aspectos-mais-controversos>>. Acesso em: 28/11/19

PRADO, L. R. . **Bem Jurídico Penal e Constituição.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REZEK NETO, Chade . **O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito.** 1ª. ed. Franca: Lemos e Cruz Livraria e Editora, 2004. v. 1.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e



Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Revista da ESMESC**, v. 12, n. 18, 2005.

ZIESEMER, Henrique da Rosa. A distorção do papel constitucional do cnmp a necessária discussão sobre os limites de atuação. **Congresso nacional**. 2017.

Disponível em:

<https://congressonacional2017.ammp.org.br/public/arquivos/teses/50.pdf/>. Acesso em: 28/11/19.

ZIESEMER, Henrique da Rosa; SILVA JÚNIOR, Jádél da. A desconformidade constitucional do chamado “acordo de não-persecução penal” e o efeito bumerangue. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 22, n. 5218, 14 out. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61167>. Acesso em: 29 maio 2020.



# MEDIDA DE SEGURANÇA

Pedro Augusto de Lima Romão

## RESUMO

No Brasil, a medida de segurança tem o objetivo de evitar a reincidência de condutas típicas e ilícitas praticadas, em regra, por inimputáveis, mediante internação em hospital de custódia ou tratamento ambulatorial. No tocante ao prazo máximo de sua execução encontra-se lacuna na legislação por não determinar expressamente o prazo máximo para o cumprimento da medida de segurança. O presente trabalho tem como finalidade apresentar uma análise doutrinária e jurisprudencial da medida de segurança e seu caráter indeterminado, expondo seus principais pontos, como os princípios constitucionais, o surgimento, a finalidade, os requisitos, a natureza, o contraponto da pena e a medida de segurança e as espécies de medida de segurança. Além disso, aborda-se a proibição constitucional da prisão perpétua e a indeterminação temporal da medida de segurança, buscando melhor compreensão acerca do tema. Assim como os estabelecimentos para cumprimento e sua real efetividade frente aos meios de tratamento e estudos que comprovem sua eficácia.

**Palavras-Chaves:** Medida de Segurança. Internação. Tratamento Ambulatorial. Caráter Indeterminado. Execução. Prisão Perpétua. Efetividade.

## INTRODUÇÃO

O sistema sancionatório Brasileiro não se configura apenas pela aplicação de penas aos imputáveis, também pode ser integrado pelas medidas de segurança. Estas são impostas aos inimputáveis portadores de sofrimento psíquico que praticaram fato previsto como crime.

As medidas de segurança surgem no ordenamento jurídico brasileiro para afastar dos criminosos imputáveis, os indivíduos com doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado que cometem condutas penais.



Todavia, discute-se há muito tempo a omissão do legislador da matéria pertinente às medidas de segurança, pois não há previsão de limitação temporal como existe nas penas. O presente trabalho monográfico apresenta as discussões sobre este tema e como pode influenciar no poder punitivo estatal.

Serão analisados, no decorrer do texto, a execução dessa medida e o posicionamento doutrinário acerca da imposição da prisão perpétua aos usuários do sistema de saúde mental que executaram condutas delituosas, bem como outras limitações de direitos e garantias que não alcançam esses agentes inimputáveis.

O trabalho divide-se em três capítulos. No capítulo primeiro, serão abordadas as questões introdutórias e as principiológicas da medida de segurança, bem como o seu surgimento, evolução e princípios constitucionais que limitam o poder punitivo do Estado, além da finalidade da pena e da medida sancionatória.

No segundo capítulo, encontram-se os principais pontos a respeito da medida de segurança no Brasil, observando a evolução dos sistemas, sua natureza jurídica, os requisitos para sua aplicação. Além disso, definem-se as duas espécies de medida de segurança, sua execução prevista na Lei de Execução Penal e as hipóteses de extinção de punibilidade.

O capítulo terceiro se concentra no caráter indeterminado da execução da medida de segurança e a proibição constitucional da prisão perpétua tratada pela doutrina. Constitui-se de disposições doutrinárias e jurisprudências acerca da indeterminação do prazo máximo da internação ou do tratamento do inimputável.

É utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica para esclarecer os pontos principais da espécie sancionatória aos inimputáveis que praticaram injusto penal, mediante pesquisas em livros, artigos científicos e internet.



## **1 ASPECTOS HISTÓRICOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

O Presente capítulo tem por objetivo conceituar o surgimento da medida de segurança e sua evolução histórica no ordenamento jurídico brasileiro, bem como expor os princípios constitucionais que estão com ela atrelados.

Inicialmente será desenvolvida a evolução da medida de segurança desde o código de Manu, na Índia, até nosso atual Código Penal e Constituição Federal, passando por todas as legislações brasileiras que trouxeram uma relação com o tema em seu conteúdo.

Logo depois faremos a relação com os princípios constitucionais, como o princípio da legalidade, da pessoalidade da pena, da individualização da pena, do princípio da humanidade da pena, e da dignidade da pessoa humana, bem como sobre a finalidade da pena.

Por fim abordaremos a finalidade da medida de segurança, que se difere da pena por ter uma finalidade sobretudo preventiva, sendo uma espécie de sanção penal, por meio de tratamento médico adequado, atribuída a uma pessoa inimputável ou semi-imputável (excepcionalmente), que comete uma conduta típica e ilícita, porém não culpável.

### **1.1 Surgimento da medida de segurança e sua evolução histórica no sistema jurídico brasileiro**

As medidas de segurança sofreram algumas alterações desde o seu surgimento até os dias atuais, sempre observando as melhores vias de tratamento para o indivíduo, que sofre de algum transtorno mental e pratica o crime. Nesse contexto histórico devem ser observadas algumas legislações, tais como o Código de Manu, as Ordenações Filipinas, Código Penal do Império de 1830, o Código Penal da República de 1890, a Consolidação das Leis Penais de Piragibe de 1932, Código Penal de 1940, Lei nº 7.209/84 e a Lei nº 10.216/2001.





O Código de Manu, Índia, embora conhecido por suas penas cruéis, também previa a custódia do indivíduo que praticasse parricídio em virtude de seu estado mental patológico. Seu caráter era preventivo, pois tinha o objetivo de evitar a prática de outros crimes, assegurando a ordem coletiva<sup>1</sup>

Nas Ordenações Filipinas de Portugal, era utilizado o critério biológico de inimputabilidade, no qual não eram previstos como inimputáveis os doentes mentais, apenas os menores de dezessete anos<sup>2</sup>

Nessa época, o Brasil seguiu essa teoria, porém, já era possível visualizar a ideia de que o indivíduo que não possuía capacidade de possuir dolo e/ou culpa não poderia responder pelo crime. No critério de responsabilidade penal, aplicava-se a pena aos maiores de vinte anos, mas tratando-se de jovem entre dezessete e vinte anos, devia observar o caso concreto, podendo aplicar a pena integral ou substituí-la.

Em 1830, o Código do Império, já podia observar a utilização do critério biopsicológico para os inimputáveis. Não eram considerados criminosos os loucos de todo gênero, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Segundo o art. 12, os loucos que cometessem crimes, deveriam ser recolhidos às casas para eles destinadas ou entregues as suas famílias, a critério do Juiz.

O Código Penal da República de 1890, convertido no Decreto nº 847, não considerava criminoso o indivíduo que "por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação" (§ 3º, art. 27). Adotou o sistema duplo binário, no qual o criminoso primeiramente devia cumprir a pena e posteriormente ser internado em casa de custódia e tratamento<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> FERRARI, Eduardo Reale. apud NETO, José Airton Dantas. 2012, disponível em <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=8499](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8499)> Acesso em 16 out. 2019

<sup>2</sup> HILLER, Neiva Marcelle. 2009. Disponível em <[http://www.pucrs.br/edipucrs/XSalaoIC/Ciencias\\_Sociais\\_Aplicadas/Direito/70759-NEIVA\\_MARCELLE\\_HILLER.pdf](http://www.pucrs.br/edipucrs/XSalaoIC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/70759-NEIVA_MARCELLE_HILLER.pdf)> Acesso em 16 out. 2019

<sup>3</sup> JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1. p.544



A Consolidação das Leis Penais de Piragibe, de 1932, previa os estabelecimentos para tratamento dos doentes mentais que praticavam crimes. Enquanto os manicômios criminais eram construídos, esses inimputáveis deveriam ser alojados em pavilhões especiais de asilos públicos.<sup>4</sup>

O Código Penal de 1940 fazia distinção entre os inimputáveis e semi-imputáveis. Àqueles eram aplicadas apenas as medidas de segurança, já aos semi-imputáveis, aplicavam-se, cumulativamente, penas e medidas de segurança. Segundo art. 22 era isento de pena "o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento".

A partir de 1940, as medidas de segurança foram divididas em pessoais e patrimoniais, sistematizando esse instituto de maneira mais técnica e satisfatória no Brasil. Estas se classificavam em detentivas, cujo cumprimento ocorria por meio de internação em manicômio judiciário, casa de custódia e tratamento, colônias agrícolas, instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional; e não detentivas cumpridas em estabelecimento da liberdade vigiada, sendo proibido frequentar determinados lugares, exílio local. As medidas de segurança patrimoniais eram determinadas pela interdição de estabelecimento ou sede de sociedade ou associação e o confisco<sup>5</sup>.

Adotava-se o sistema duplo binário, sendo aplicadas ao mesmo indivíduo, a pena e a medida de segurança. Aquele que estivesse internado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento psiquiátrico, se fosse considerado curado, poderia cumprir o restante da pena, caso contrário, se o prazo se extinguisse, a internação ficaria por tempo indeterminado.

---

<sup>4</sup> MORAIS FILHO, apud HILLER, Neiva Marcelle. 2009. Disponível em: <[http://www.pucrs.br/edipucrs/XSalaoIC/Ciencias\\_Sociais\\_Aplicadas/Direito/70759-NEIVA\\_MARCELLE\\_HILLER.pdf](http://www.pucrs.br/edipucrs/XSalaoIC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/70759-NEIVA_MARCELLE_HILLER.pdf)> Acesso em 16 out. 2019

<sup>5</sup> NETO, José Airton Dantas. 2012. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=8499](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8499)> Acesso em 16 out. 2019



Em 1984, com a alteração dada pela Lei nº 7.209/84, foi extinto o sistema duplo binário do Código Penal de 1940, passando a adotar o sistema vicariante. Esse sistema, que perdura até os dias atuais, é aplicado somente a pena ou somente medida de segurança, não podendo o indivíduo ser condenado ao cumprimento cumulativamente pelo mesmo fato típico.

Com a necessidade de regulamentação para o tratamento dos doentes mentais no Brasil, surge em 2001 a Lei Federal nº 10.216, a qual passou a dispor sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais bem como redirecionou o modelo assistencial em saúde mental.<sup>6</sup>

Baseada também nos princípios constitucionais, a referida Lei, em seu artigo 1º, assegura os direitos e a proteção dos doentes mentais, "sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra".

A Lei nº 10.126/2011 ficou conhecida como a Lei da Reforma Psiquiátrica e se destacou por tentar diminuir as discriminações contra as pessoas acometidas de transtorno mental, bem como suas limitações sociais e econômicas, buscando sempre atenuar as violências e humilhações que eles sofrem.

## 1.2 Princípios constitucionais

A atual Carta Magna brasileira traz normas genéricas que servem de base para a organização sócio jurídico do Estado. Essas normas são consideradas princípios constitucionais que vão disciplinar todo ordenamento jurídico brasileiro, dentre eles o Direito Penal. Portanto, a eficácia dessas normas penais está atrelada à compatibilidade com aqueles princípios e as normas da Constituição.

---

<sup>6</sup> BRASIL. **Lei n 10.216/2001**. Lei da Reforma Psiquiátrica  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm)> acesso em 28 set 2019



Com relação aos princípios constitucionais podemos extrair o seguinte entendimento:

Tais princípios são considerados como diretivas básicas ou cardeais que regulam a matéria penal, sendo verdadeiros “pressupostos técnico-jurídicos que configuram a natureza, as características, os fundamentos, a aplicação e a execução do Direito Penal. Constituem, portanto, os pilares sobre os quais assentam as instituições jurídico-penais: os delitos, as contravenções, as penas e as medidas de segurança, assim como os critérios que inspiram as exigências político-criminais”.<sup>7</sup>

Os princípios constitucionais configuram uma limitação no poder punitivo do Estado Democrático de Direito, para determinar as infrações e estabelecer sanções. Assim, não poderia ser imposta uma sanção sem existir uma proibição do fato definido legalmente como crime, causador de efeitos danosos a terceiros, provocado por um agente culpável.

Vale salientar que embora não estejam expressamente associados à medida de segurança, muitos princípios atribuídos à pena podem ser utilizados para limitar o caráter punitivo do Estado no tocante àquele tipo de sanção penal.

Vários princípios constitucionais poderiam ser aqui ponderados, contudo, destacam-se àqueles mais importantes para a finalidade do trabalho, como o princípio da legalidade, da pessoalidade da pena, da individualização da pena, da humanidade da pena e da dignidade da pessoa humana.

### *1.2.1 Princípios da legalidade*

Segundo o artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal”. Nesse sentido, é inadmissível a aplicação de uma pena sem que tenha sido cometido um fato anteriormente previsto em lei, definido como crime.

---

<sup>7</sup> DAVICO, Luana. 2013, disponível em: <<http://luanadavico.jusbrasil.com.br/artigos/111822119/os-principios-penais-constitucionais-analise-descomplicada>> Acesso em 30 out. 2019



Decorre do brocardo "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", isto é, "não há crime nem pena sem lei"<sup>8</sup>

Também chamado princípio da reserva legal, pode ser encontrado em qualquer constituição dos atuais países liberais, democráticos, nos regimes políticos democráticos, e primordialmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948. O princípio da legalidade tornou-se fundamental para limitar o poder punitivo dos Estados, tornando impossível a intervenção penal do Estado além do que lhe permite a lei.

Nesse sentido, segue o entendimento de que o princípio da legalidade atualmente está universalmente admitido nos textos constitucionais e penais, sendo, em seu aspecto político, uma garantia básica do direito de liberdade do cidadão contra o poder punitivo do Estado, delimita com segurança a área do ilícito penal, a certeza do fato punível.<sup>9</sup>

Observa-se a preocupação com os direitos e garantias individuais e coletivas, formalizados após a carta de Direitos Humanos da ONU, pois, o princípio da legalidade foi um dos primeiros instrumentos que tentou controlar os poderes punitivos do Estado. Desse modo, tal princípio, em sua dimensão formal e material, pode ser considerado como "pressuposto ou condição sine qua non de um sistema jurídico"<sup>10</sup>.

Tem-se ainda o entendimento que divide o princípio da legalidade em duas regras de legitimação, a primeira como princípio da legalidade em sentido amplo e a segunda como princípio da legalidade em sentido estrito.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> acesso em 16 maio 2019

<sup>9</sup> ALVES, Roque de Brito. **Direito Penal, Parte Geral**. 6ª ed. rev., amp. e atual. Recife: Ed. do Autor, 2013. p. 223

<sup>10</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p 254

<sup>11</sup> *Ibid.*, p 254



O princípio da legalidade em sentido amplo é determinado pelo reconhecimento do crime à existência da lei penal, ou seja, só poderá punir determinada conduta se esta estiver prevista como proibida. Já no sentido estrito, observa-se o conjunto de técnicas e preceitos normativos que qualificam a conduta como punível. Neste último, o legislador utiliza-se de termos para a criação dos tipos penais para que seja cabível sua aplicação judicial posteriormente.

A legalidade penal pode ser flexível e relativa no tocante à ampliação dos horizontes de liberdade. Assim, podem ser utilizadas algumas fontes do direito para a interpretação jurídico-penal, como o direito consuetudinário, jurisprudências e direito comparado.

Embora as técnicas que descaracterizam o delito e excluem a pena sejam compatíveis com o princípio da legalidade, sua vedação se restringe na interpretação criminalizadora ou penalizadora.

Aplica-se o princípio da legalidade para as medidas de segurança, assim como os demais princípios constitucionais aplicáveis à pena, pois ambas as sanções buscam o controle social, interferindo na liberdade do indivíduo.

Desse modo, conclui-se que somente a lei poderá criar a medida de segurança. Todavia, para alguns doutrinadores a sua aplicação indefinida é inconstitucional, tendo em vista que não há previsão de um limite temporal máximo.

### *1.2.2 Princípio da pessoalidade da pena*

O princípio da pessoalidade da pena determina que a sanção penal deve ser aplicada apenas ao indivíduo que praticou o ilícito penal. Tal princípio foi incluído na Constituição Imperial de 1824, a qual previa que *in verbis*: “Nenhuma pena passará da pessoa do delincente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer grão, que seja” (art. 179, XX).



Esse dispositivo de 1824 foi de encontro às Ordenações Filipinas de 1603, que possibilitava a apropriação de bens pessoais e da família pela Coroa, eliminava a memória do condenado e ainda implantava o estigma de infâmia aos seus descendentes.

Vale ressaltar que mesmo com a Constituição Imperial de 1824, as Ordenações Filipinas continuaram vigorando até 1830, com a elaboração do Código Penal do Império, fundado no liberalismo, quando instituiu o primado da intranscendência das sanções penais, ou seja, apenas aquele que atuou no crime poderá ser responsabilizado.

A Constituição de 1988 continuou com o princípio da personalidade da pena, ao estabelecer em seu art. 5º, XLV, que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado", mas estendeu a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens aos sucessores do condenado ao possibilitar a execução contra eles até o limite do valor do patrimônio transferido.<sup>12</sup>

A aplicação da pena está relacionada à vinculação entre o autor do fato e a conduta tipificada, pois, deve ser punido aquele que originou o resultado ilícito imputável. Entretanto, é necessário que o autor além de ter provocado o resultado previsto em lei, tenha a livre vontade e consciência de tal violação, ou pelo menos ter agido de forma negligente, sem cuidado com os seus deveres objetivos.

Destarte, essa vinculação do sujeito com os elementos objetivos e subjetivos, configura a limitação constitucional de responsabilidade quanto à aplicação da sanção além do autor da conduta ilícita.

Destaca-se então, três características desse princípio constitucional sendo: 1. a vedação de imposição de pena a terceiros alheios ao processo de realização do delito; 2. a restrição da responsabilidade criminal ao autor da ação ou omissão típica;

---

<sup>12</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> acesso em 16 maio 2019



e 3. a negação de qualquer modalidade de responsabilidade penal objetiva ou solidária.<sup>13</sup>

A restrição da pena ao autor do fato ilícito encontra-se presente não só no Brasil, mas em qualquer outro país democrático que tem como modelo o direito penal humanitário ou de garantias.

### *1.2.3 Princípio da individualização da pena*

A ideia de individualização da pena foi instituída do direito penal brasileiro a partir de 1830. O Código do Império, embora seguisse a teoria das Ordenações Filipinas, definia em seu art. 63 que, quando não houvesse pena determinada, fixando apenas as quantidades máximas e mínimas, considerava-se:

tres grãos nos crimes, com atenção ás suas circunstancias aggravantes, ou attenuantes, sendo maximo o de maior gravidade, á que se imporá o maximo da pena; o minimo o da menor gravidade, á que se imporá a pena minima; o médio, o que fica entre o maximo, e o minimo, á que se imporá a pena no termo medio entre os dous extremos dados.<sup>14</sup>

Em 1890, prevaleceu a pena de prisão sobre as sanções penais, abolindo a pena de morte, galés e banimento. O Código Republicano permaneceu com os sistemas de atenuantes e agravantes, inseridos no Código anterior, mas inovou quando acrescentou as causas especiais de diminuição nos crimes tentados e nos casos de cumplicidade, bem como tipificou os casos de concursos de crimes.

Entretanto, apenas com a Constituição de 1946 que a individualização da pena foi considerada princípio constitucional. Segundo o art. 141, § 29, da referida Carta, "a lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu".

---

<sup>13</sup> CARVALHO, Salo de Carvalho. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P 258-259

<sup>14</sup> BRASIL. **Código Criminal do Império do Brazil**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)> acesso em 16 maio 2019





A Constituição de 1988 acrescentou as espécies de sanções adotadas no Brasil. Segundo o art. 5º, XLVI, "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perdas de bens; c) multa; d) prestação social, e) suspensão ou interdição de direitos".<sup>15</sup>

Destaca-se assim, a importância de aplicação da sanção penal conforme o grau de culpabilidade dos autores, dos coautores e dos partícipes do delito. Corresponde a uma limitação da sanção que atribui uma adequação quantitativa e qualitativa do poder punitivo do Estado.

A individualização da pena, primeiramente, exerce uma função orientadora da atividade do legislador ao definir a espécie de pena cabível e sua respectiva quantidade ímima e máxima. Encontra-se no processo de criação dos tipos penais, instituindo sanções adequadas e proporcionais às condutas ilícitas.

A segunda etapa desse princípio ocorre na concretização da pena estipulada no julgamento do caso penal, mais precisamente, na elaboração da sentença condenatória. O magistrado deve analisar o tempo de privação de liberdade, observando as circunstâncias judiciais atenuantes e majorantes, para depois aplicar, se possível, outra espécie de sanção.

A última fase da individualização da pena ocorre na individualização executiva, quando transitada em julgado a sentença penal condenatória. Preocupa-se com a tutela dos condenados nos estabelecimentos prisionais, fiscalizando e assegurando que o cumprimento da pena seja em estabelecimento de acordo com a natureza do delito e que respeite a integridade física e moral do apenado.

Outra característica da individualização executiva compreende-se em examinar a possibilidade de alteração da quantidade e da qualidade da pena, assim como de sua extinção, em decorrência do cumprimento ou de alguma causa de exclusão da punibilidade.

---

<sup>15</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> acesso em 16 maio 2019



Conclui-se que o princípio da individualização da pena está ligado também, com a função da pena, pois, ao determinar a sanção penal, o julgador deve aplicar a quantidade proporcional que atenda a recuperação social do delinquente, de acordo com o caso concreto.

#### *1.2.4 Princípio da humanidade da pena*

A Constituição de 1824 teve um grande destaque ao abolir as penas infames e cruéis. Segundo o art. 79, XIX, ficaram abolidos "os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis". A partir dessa vedação, as demais constituições brasileiras continuaram a suprimir essas práticas inquisitórias de sanção.<sup>16</sup>

Com base na consolidação dos preceitos humanitários da Carta de Direitos Humanos dos séculos XIX e XX, a atual Carta Magna proíbe algumas penas consideradas cruéis.

Conforme o art. 5º, XLVII, da CRFB/88:

Não haverá penas:

de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

de caráter perpétuo;

de trabalhos forçados;

de banimento;

cruéis<sup>17</sup>

A Constituição foi marcada pelo humanitarismo. Desse modo, reconheceu a violência ligada às práticas no sistema penal, passando a adotar princípios orientadores da garantia dos direitos e de constrição da violência institucional, ou seja, a vedação das penas infamantes e cruéis.

---

<sup>16</sup> BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)> acesso em 16 maio 2019

<sup>17</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> acesso em 16 maio 2019



Faz-se mister mencionar sobre a pena de morte. Esta se restringe aos conflitos militares em casos de guerra declarada, sendo proibida sua reintrodução, em conformidade com a cláusula de proibição de retrocesso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de São José da Costa Rica, promulgada pelo Decreto nº 678/92.

Em respeito à dignidade da pessoa humana, além da vedação da pena de morte, também é defeso a tortura e qualquer tipo de tratamento desumano e degradante, bem como às prescrições de respeito à integridade física e moral dos presos.

### **1.3 Princípio da dignidade da pessoa humana**

A dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente com o fim da Segunda Guerra Mundial, após consagração pela Declaração Universal da Organização das Nações Unidas de 1948.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece a dignidade da pessoa humana em seu art.1º, III, como fundamento principal para caracterizar o Estado Democrático de Direito. Portanto, deve estar presente em qualquer momento do processo penal, principalmente na aplicação da sanção penal.

O legislador buscou garantir o respeito ao homem e seus atributos. Tal princípio é base para outros princípios constitucionais, tais como o da igualdade, do devido processo legal, da humanidade, que também visam assegurar os direitos fundamentais do ser humano. Reconhece o indivíduo como sujeito autônomo, capaz de autodeterminação e passível de ser responsabilizado pelos seus próprios atos. Assim, surge a ideia de que toda pessoa tem a legítima pretensão de ser respeitada pela sociedade e pelo Estado.

A dignidade da pessoa humana está atrelada a qualquer ser humano, tendo em vista a sua condição de personalidade. É também irrenunciável, pois, como foi dito,



caracteriza o Estado Democrático de Direito, preocupando-se com os direitos pessoais, sociais, dos trabalhadores, econômicos dentre outros.

Por conseguinte, o princípio da dignidade humana vai estipular limites na aplicação de sanções que ultrapasse sua finalidade ou sanções de caráter ilimitado. A sanção por sua vez, deve ser aplicada sem excesso, de modo que não descaracterize a sua finalidade, ou seja, a recuperação do condenado. É aplicada de acordo com a gravidade do delito, porém, deve sempre respeitar a vida digna do indivíduo para que não se torne improdutiva.

Destarte, a dignidade da pessoa humana é mais um princípio constitucional que implica na limitação do Estado quando este fizer uso de seu poder de punição, ou seja, implica na proibição de normas penais ilimitadas e com caráter discriminatório.

#### Finalidade da pena

O direito penal tem como característica principal a coercitividade, portanto, não poderia existir sem sanção. Esta é uma resposta dada pelo Estado para o indivíduo que pratica uma infração penal. Geralmente aplica-se a pena como forma de punição.

Restringindo-se à pena, é possível afirmar que o Brasil adota o sistema progressivo, ou seja, primeiro o condenado inicia o cumprimento da pena com maior restrição da sua liberdade, e durante esse cumprimento passa a ter menos restrições e maior autocontrole do seu comportamento.

#### Segundo o art. 59, do Código Penal:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário o suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;



- o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.<sup>18</sup>

Com base nesse artigo, a pena serve tanto para reprovar o mal produzido pela conduta como para prevenir futuras infrações penais. Desse modo, duas teorias são instituídas para definir a finalidade da pena: absoluta e relativa. As teorias tidas como absolutas advogam a tese da retribuição, sendo que as teorias relativas apregoam a prevenção.<sup>19</sup>

Segundo a teoria absoluta, a pena é uma retribuição do mal causado pelo delito, ou seja, é a imposição de um castigo ao autor do fato típico. É uma espécie de compensação, tenta-se restaurar a ordem interrompida com a conduta do infrator.

Já a teoria relativa se caracteriza pela prevenção, que pode ser geral ou especial, sendo cada uma delas negativa e positiva.

Na prevenção geral negativa, conhecida também pode ser chamada de prevenção por intimidação, a aplicação da pena tenta afastar a intenção da prática delituosa pelas demais pessoas, isto é, tenta demonstrar à sociedade, que ainda não delinuiu, que, se não forem observadas as normas penais, também será o seu fim. Já na prevenção positiva, a pena busca estimular a fidelidade ao direito, de forma integradora, conscientizando a população e promovendo a integração social.

A prevenção especial se restringe ao autor da infração penal. A negativa retira este do convívio social, tentando impedir a execução de novos delitos. A positiva possui caráter ressocializador buscando intimidar o próprio autor do crime, com a finalidade de que o mesmo desista de praticá-lo novamente.

---

<sup>18</sup> BRASIL. Decreto-Lei n°2.848. Código Penal Brasileiro <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto- lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/del2848compilado.htm)> acesso em 29 set. 2019

<sup>19</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte geral.** 13ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 473



Sendo assim, além do caráter retributivo e preventivo (prevenção geral), a pena também busca a ressocialização do condenado. Essa ressocialização pretende enquadrar o condenado à sociedade, que antes estava na condição de marginal.

## 1.4 Finalidade da medida de segurança

A medida de segurança difere-se da pena por ter uma finalidade sobretudo preventiva. É uma espécie de sanção penal, por meio de tratamento médico adequado, atribuída a uma pessoa inimputável ou semi-imputável (excepcionalmente), que comete uma conduta típica e ilícita, porém não culpável.

É caracterizada por sua indeterminação temporal, ou seja, enquanto a periculosidade do indivíduo não cessar. O Estado reage contra a conduta penal praticada pelo doente mental, limitando-se ao grau de periculosidade do agente e não à gravidade do fato delituoso.

Tal medida possui duas finalidades: a segurança da sociedade e do próprio agente. Seu principal interesse é a obtenção da cura daquele a quem é imposta, ou a possibilidade de um tratamento que minimize os efeitos da doença mental, não implicando necessariamente em internação.

Pelo interesse de cura do agente inimputável, também pode ser destacado o caráter curativo da medida de segurança, não podendo limitar o tempo de duração da medida, haja vista que a duração desse tratamento não é objetiva, isto é, não possui modelo exato, garantido e preestabelecido.

Desse modo, o caráter indeterminado da medida de segurança está ligado à sua finalidade de cura, pois, se, após cessado o prazo, a periculosidade persistir, a medida sancionatória irá permanecer, assim como, se a cura for obtida antes do prazo, a medida é considerada encerrada.



## 2 MEDIDAS DE SEGURANÇA

Neste capítulo abordaremos as medidas de segurança em seu aspecto geral, divididos em sete tópicos no qual vamos entender os sistemas duplo binário e vicariante com seus enfoques de aplicação, bem como a natureza jurídica da medida de segurança discutindo-se que a referida medida decorre de um fato típico e antijurídico. Logo, evidencia-se o seu conteúdo penal ao tentar solucionar o injusto praticado pelo indivíduo inimputável.

Busca-se também trazer um contraponto a respeito da pena e a medida de segurança, explicitando-se a diferenciação entre as duas e demonstrando que são institutos diversos, e possuem características e finalidades distintas. Nos requisitos para a aplicação da medida de segurança trazemos os pontos de discussão abordados tanto pela doutrina assim como o previsto no código penal.

Ainda traremos as espécies de medidas de segurança, bem como os estabelecimentos previsto para sua aplicação, sem deixar a discussão a respeito da qualidade e dos meios empregados, visando de fato a recuperação do agente. Por fim estudaremos a respeito da execução das medidas de segurança, a necessidade do transitio em julgado, da ciência ao ministério público e o prazo e trâmites necessários.

### 2.1 Sistemas duplo binário e vicariante

Como já foi citado, o sistema duplo binário surgiu com o Código Penal de 1940 e vigorou até a reforma de 1984. Tal sistema consistia na possibilidade de imposição da medida de segurança independente da imputabilidade. Aplicava-se a pena e a medida de segurança caso fosse reconhecido o estado perigoso ainda para o imputável e o semi-imputável.

A pena e a medida de segurança eram executadas conjunta e sucessivamente, ou seja, a condenação consistia em ambas as sanções, aplicando-se logo a pena e posteriormente a medida de segurança.



Isto posto, sendo o indivíduo imputável, lhe aplicaria apenas a pena correspondente, caso fosse inimputável seria condenado à medida de segurança. Porém, o semi-imputável, receberia ao mesmo tempo uma pena, a qual poderia ser diminuída, e uma medida de segurança.

Para o Código Penal de 1940, em seu Art. 78, o estado perigoso poderia ser observado na presunção legal ou na declaração judicial. Na época, eram considerados perigosos: a. os inimputáveis, b. os semi-imputáveis; c. os condenados por crime cometido em estado de embriaguez, se habitual a embriaguez; d. os reincidentes em crimes dolosos; e. os condenados por crime cometido por associação, bando ou quadrilha.<sup>20</sup>

Quanto ao reconhecimento judicial, o juiz poderia aplicar a medida de segurança:

se os antecedentes e a personalidade, os motivos determinantes e as circunstâncias do fato, os meios empregados e os modos de execução, a intensidade do dolo ou o grau da culpa, autorizassem a suposição de que o sujeito viria ou tornaria a delinquir; e (b) se, na prática do fato, fosse revelada torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral

Todavia, esse sistema não prosperou no sistema jurídico brasileiro, tendo findado com a Reforma da Parte Geral de 1984, que instituiu o sistema vicariante. Muitos doutrinadores justificaram a substituição do sistema dualista:

O sistema dualista contrariava o princípio do “*non bis in idem*”, por afirmar que o condenado não deveria ser sancionado em duas sanções para o mesmo fato típico praticado:

A aplicação conjunta de pena e medida de segurança lesa o princípio do *non bis in idem*, pois, por mais que se diga que o fundamento e os fins de uma outra são distintos, na realidade,

---

<sup>20</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n°2.848.** Código Penal Brasileiro  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto- lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/del2848compilado.htm)> acesso em 29 set. 2019





é o mesmo indivíduo que suporta as duas consequências pelo mesmo fato praticado.<sup>21</sup>

O sistema vicariante (monista) eliminou a aplicação das duas sanções para os imputáveis e semi-imputáveis. Desde 1984, o sujeito que pratica fato típico, ilícito, porém, não culpável, é absolvido em virtude de sua inimizabilidade, sendo-lhe imposta à medida de segurança.

Para os semi-imputáveis, deve observar o caso concreto, pois, em regra, o magistrado deve optar pelo cumprimento de pena, reduzida pela minorante do art. 26, parágrafo único, do Código Penal. Em casos excepcionais, se ficar constatado a necessidade de tratamento especial ao analisar a capacidade mental do agente, a referida pena privativa de liberdade deve ser substituída pela medida de segurança.

## 2.2 Natureza jurídica da medida de segurança

Questionava-se a natureza jurídica da medida de segurança por sua finalidade curativa, contida no § 4º, do art. 97, do Código Penal. Alguns doutrinadores sustentavam um caráter administrativo e não penal. Entretanto, essa afirmação está totalmente desprovida de fundamento, pois, a aplicação da referida medida decorre de um fato típico e antijurídico. Logo, evidencia-se o seu conteúdo penal ao tentar solucionar o injusto praticado pelo indivíduo inimputável.

Deve-se atentar ao fato de que a medida de segurança impede o direito de ir e vir do inimputável, cerceando a sua liberdade. Desse modo, está ligada ao poder jurisdicional do Estado, logo, não poderá ter um caráter administrativo, mas sim penal.

O posicionamento majoritário da natureza da medida de segurança como espécie de sanção penal de caráter preventivo e curativo. Em contrapartida, apresenta o posicionamento minoritário sobre o tema:

---

<sup>21</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei nº 12.550, de 2011. São Paulo. Saraiva, 2012. v.1. p. 781



Para Luiz Vicente Cernicchiaro e Assis Toledo, no entanto, em visão minoritária, a medida de segurança é instituto de caráter “puramente assistencial ou curativo”, não sendo nem mesmo necessário que se submeta ao princípio da legalidade e da anterioridade (*Princípios básicos de direito penal*, p. 41). Seria medida pedagógica e terapêutica, ainda que restrinja a liberdade.<sup>22</sup>

Zaffaroni e Pierangeli defendem que o tratamento médico e a custódia psiquiátrica, não possuem natureza propriamente penal, em face do seu caráter não punitivo, mas reconhecem que essas medidas de segurança são formalmente penais por serem aplicadas e controladas por juízes penais.<sup>23</sup>

Portanto, define-se que a medida de segurança é considerada uma espécie do gênero sanção penal, com natureza essencialmente preventiva. Embora ambas tenham finalidades divergentes, poderão obter o mesmo resultado em alguns casos.

### 2.3 Pena *versus* medida de segurança

A pena e a medida de segurança por vezes parecer ter um mesmo caráter entre elas, para estabelecer a diferenciação e nos levar a reflexão ensina o professor Damásio de Jesus:

As medidas de segurança diferem das penas nos seguintes pontos:

as penas têm natureza retributivo-preventiva; as medidas de segurança são preventivas;

as penas são proporcionais à gravidade da infração; a proporcionalidade das medidas de segurança fundamenta-se na periculosidade do sujeito;

as penas ligam-se ao sujeito pelo juízo de culpabilidade (reprovação social); as medidas de segurança, pelo juízo de periculosidade;

---

<sup>22</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro apud Luiz Vicente Cernicchiaro e Assis Toledo *Princípios básicos de direito penal*, p. 41: Forense, 2014. p. 459

<sup>23</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 7ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1. p. 731



as penas são fixas; as medidas de segurança são indeterminadas, cessando com o desaparecimento da periculosidade do sujeito;

as penas são aplicáveis aos imputáveis e aos semirresponsáveis; as medidas de segurança não podem ser aplicadas aos absolutamente imputáveis.<sup>24</sup>

Como analisado anteriormente, as medidas de segurança e as penas são espécies do gênero sanção penal. Não se pode confundi-las já que são institutos diferentes, possuem características e finalidades distintas. Desta forma, entende-se que as medidas de segurança são previstas e não cominadas pela lei penal<sup>25</sup>

Atribuídas aos inimputáveis e semi-imputáveis, as medidas de segurança são compreendidas como uma forma de prevenção de novos delitos devido à periculosidade do agente do ato delituoso, pois são seres humanos inteiramente ou parcialmente incapazes de entender o caráter ilícito do fato.

A pena é sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado ao agente culpável, pela prática de uma infração penal. Segundo o art. 59 do Código Penal, adotou-se a Teoria Eclética ou Mista ou Unificadora da Pena, a pena tem dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime reeducando e intimidando a coletividade, ou seja, sua finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida ao ambiente social já que as pessoas terão medo de receber a punição<sup>26</sup>.

Outra grande distinção entre penas e medidas de segurança é a temporalidade destes institutos. Ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição veda a prisão perpétua em função do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento de validade respeitando a noção de Estado Democrático de Direito, ainda trata a disposição do artigo 5º da Carta Magna verdadeira cláusula pétrea

---

<sup>24</sup> JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1. p. 590

<sup>25</sup> GOUVEIA, Claudiane Rosa. 2012. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/CLAUDIANE\\_GOUVEIA.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/CLAUDIANE_GOUVEIA.pdf)> Acesso em 20 out. 2019

<sup>26</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1. p. 386



devido à sua importância. O Código Penal<sup>27</sup>, no art. 75, trazia referência à limitação das penas na medida em que definia expressamente o tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade. Segundo ele, não seria superior a 30 (trinta) anos. Mas com a mudança estabelecida com a Lei 13.964/19 intitulada como Pacote Anticrime, traz em seu Art. 75 uma nova limitação temporal de 40 (quarenta) anos.<sup>28</sup>

Em função da natureza curativa da medida de segurança, não há limitação temporal para esta, persistindo enquanto houver necessidade do tratamento do inimputável. A periculosidade do agente é requisito à manutenção da medida e esta existirá até a cessação daquela, podendo, inclusive, conservar-se até o falecimento do paciente.

Como será observado no capítulo seguinte, essa limitação é um tema causador de divergências entre diversos autores, pois há uma dicotomia: a indeterminação do prazo de medida de segurança fere a liberdade do indivíduo e princípio da proibição constitucional da prisão perpétua; a permissão do retorno do doente ao convívio da sociedade representa um perigo a si próprio e à sociedade<sup>29</sup>.

## 2.4 Requisitos para aplicação da medida de segurança

Pode se destacar da doutrina três pressupostos para aplicação da medida de segurança: prática do fato típico punível, periculosidade do agente e ausência de imputabilidade plena.<sup>30</sup>

Pressuposto à aplicação da medida de segurança, o fato típico também é requisito fundamental dos crimes em respeito aos princípios da Legalidade e da

---

<sup>27</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n°2.848.** Código Penal Brasileiro <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto- lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/del2848compilado.htm)> acesso em 29 set. 2019

<sup>28</sup> BRASIL. **LEI N° 13.964.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)> acesso em 03 jun. 2020

<sup>29</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte geral. 13ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 661

<sup>30</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral.** 17ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n° 12.550, de 2011. São Paulo. Saraiva, 2012. v.1. p.737 e 738



Reserva Legal. Trata-se da conduta do agente, podendo ser comissiva ou omissiva, provocadora de um resultado previsto no ordenamento jurídico como ilícito penal.

Valendo-se de mesmo grau de importância para a aplicação da medida de segurança, o fato deve ser também antijurídico, ou seja, deve ser contrário ao ordenamento jurídico existente e não justificável. Logo, se o agente age em legítima defesa, não há motivo para se falar em medida de segurança ou pena, pois houve uma discriminante penal.

Atualmente o Direito Penal brasileiro elenca a culpabilidade do agente como requisito à existência do crime. No artigo 26 do Código Penal, há a previsão de isenção de pena aos inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Trata-se da avaliação da imputabilidade do sujeito determinada pelo critério psicológico, se observada a total inimputabilidade, haverá a absolvição imprópria e o agente será submetido à medida de segurança.<sup>31</sup>

Desta forma, é requisito para a aplicação da medida de segurança a inimputabilidade do agente considerando o critério psicológico. Válido salientar que a medida de segurança tem natureza preventiva, por considerar a periculosidade do sujeito, diferentemente do caráter retributivo-preventivo das penas. A periculosidade do agente pode ser compreendida como um estado subjetivo duradouro de antissociabilidade que prevê novas condutas delinquentes.

Quando o agente for semi-imputável, ou seja, parcialmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, o juízo de censura recairá sobre a conduta do agente de forma mais branda devido à perturbação da saúde mental ou de seu desenvolvimento incompleto e retardado.

Entretanto, o semi-imputável condenado pode se submeter, de forma excepcional, à medida de segurança substitutiva quando verificada a necessidade

---

<sup>31</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº2.848. Código Penal Brasileiro <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> acesso em 29 set. 2019



especial de tratamento curativo.<sup>32</sup> Esta necessidade se dá devido à perturbação da saúde mental e a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação ou pelo tratamento ambulatorial.

## 2.5 Espécies de medidas de segurança

Como visto anteriormente, a partir de 1984, com a reforma do Código Penal, os imputáveis não podem mais ser condenados à medida de segurança. Esta se tornou admissível apenas para os inimputáveis isentos de pena, em respeito ao sistema vicariante. Para os semi- imputáveis, como regra aplica-se a pena, sendo admissível a medida de segurança.

O Código Penal classifica as medidas de segurança em duas espécies. A primeira se estabelece por meio de internação psiquiátrica (art. 96, I) e a segunda sujeita o agente a tratamento ambulatorial (art. 96, II).<sup>33</sup>

O inimputável será submetido ao tratamento que ocorrerá dentro de um estabelecimento hospitalar ou fora dele. Dessa forma, o início da medida de segurança se dá no regime de internação ou tratamento ambulatorial. Logo, as medidas de segurança podem ser consideradas detentivas ou restritivas.<sup>34</sup>

As detentivas são obrigatoriamente aplicadas quando a pena prevista para o crime cometido for privativa de liberdade na espécie reclusão. Lembrando que, segundo o Código Penal, a reclusão deve ser cumprida em regime fechado, em estabelecimento de segurança máxima ou média. Assim, a internação é caracterizada como punição mais severa aos inimputáveis que praticam ilícito penal mais grave e ocorrem por tempo indeterminado, ficando o agente submetido à averiguação da periculosidade mediante perícia médica.

---

<sup>32</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei nº 12.550, de 2011. São Paulo. Saraiva, 2012. v.1. p.374

<sup>33</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848. Código Penal Brasileiro** <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto- lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/del2848compilado.htm)> acesso em 29 set. 2019

<sup>34</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte geral**. 13ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 661. p.659



Em respeito à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental constante na Constituição da República Federativa do Brasil, a fim de não constranger o sujeito, deve-se internar o autor em estabelecimento dotado de características hospitalares, podendo, inclusive, ocorrer em hospital comum ou particular caso haja falta de vaga, ou seja, a internação nunca deve ser em cadeia pública. O Supremo Tribunal Federal já ratificou em manifestação sobre o assunto pela possibilidade de internação em hospital particular.<sup>35</sup>

As medidas de segurança restritivas são estabelecidas quando o fato é punível com pena de detenção, desta forma, o juiz poderá submeter o agente a tratamento ambulatorial, que será por prazo indeterminado até a constatação da cessação da periculosidade. Porém, há a faculdade ao juiz em escolher a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico se assim compreender a partir do potencial de periculosidade do imputável. Esta conversão, prevista no § 4º do artigo 97 do Código Penal, pode ocorrer em qualquer fase do tratamento ambulatorial se esta providência for necessária para fins curativos<sup>36</sup>.

## 2.6 Tipos de estabelecimentos

De acordo com as espécies de medida de segurança estipuladas pelo Código Penal, podem se destacar três tipos de estabelecimentos: hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, estabelecimento adequado e local com dependência médica adequada.

O hospital de custódia e tratamento psiquiátrico é o local destinado à realização das internações. É o velho e deficiente manicômio judiciário, pois possuem as mesmas características manicomialis antes da reforma de 1984<sup>37</sup>. A Lei

---

<sup>35</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1 p.474

<sup>36</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei nº 12.550, de 2011. São Paulo. Saraiva, 2012. v.1. p.374

<sup>37</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei nº 12.550, de 2011. São Paulo. Saraiva, 2012. v.1. p.739



de Execução Penal refere-se ao local com dependência médica adequada, mas não descreve a estrutura dessa instituição, remetendo ao modelo carcerário comum.<sup>38</sup>

Quando não houver hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, a internação deve ser executada em estabelecimento adequado. A lei não define o que seria esse estabelecimento adequado, mas de acordo com o Código Penal o internado deve ser "recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares" (art. 99).

O local com dependência médica adequada está previsto na Lei de Execução Penal destinado ao tratamento ambulatorial, quando não existir o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Difere-se do estabelecimento adequado, pois aquele é destinado à internação psiquiátrica. "A principal característica do tratamento ambulatorial é a imposição do acompanhamento médico-psiquiátrico sem a obrigatoriedade de que o paciente permaneça recluso na instituição".<sup>39</sup>

Todavia, é sabido que, na prática, existem grandes dificuldades na execução dessas medidas de segurança. Sobre esse estabelecimento, critica Renato Marcão.<sup>40</sup>

O que se vê na prática são executados reconhecidos por decisão judicial como inimputáveis, que permanecem indefinidamente no regime fechado, confinados em cadeias públicas e penitenciárias, aguardando vaga para a transferência em hospital. De tal sorte, desvirtua-se por inteiro a finalidade da medida de segurança. Ademais, mesmo nos casos em que se consegue vaga para internação, a finalidade da medida também não é alcançada, já que reconhecidamente tais hospitais não passam de depósitos de vidas humanas banidas da sanidade e de esperança, porquanto desestruturados para o tratamento determinado pela lei e reclamado pelo paciente, desprovidos que são de recursos pessoais e materiais apropriados à finalidade a que se destinam.

---

<sup>38</sup> BRASIL. **Lei 7210/1984. Lei de Execução Penal. Disponível em:**

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)> acesso em 22 dez 2019

<sup>39</sup> CARVALHO, Salo de Carvalho. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial.** 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.507

<sup>40</sup> MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** 7ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 103





O descumprimento da legislação em face das dificuldades no sistema penal brasileiro não é o tema do presente trabalho, mas é importante destacar a dificuldade para cumprir a legislação e assegurar um tratamento adequado ao inimputável.

## 2.7 Execução das medidas de segurança

Segundo a Lei de Execução Penal, a execução da medida de segurança só ocorrerá após o trânsito em julgado da sentença, sendo necessária a expedição de guia de internação ou de tratamento ambulatorial.<sup>41</sup>

O art. 173, da Lei de Execução Penal, disciplina que:

A guia de internamento ou de tratamento ambulatorial, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a subscreverá com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterá:

- a qualificação do agente e o número do registro geral do órgão oficial de identificação;
- o inteiro teor da denúncia e da sentença que tiver aplicado a medida de segurança, bem como a certidão do trânsito em julgado;
- a data em que terminará o prazo mínimo de internação, ou do tratamento ambulatorial;
- outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento ou internamento

Desse modo, a guia deve ser expedida pela autoridade judiciária, sendo imprescindível sua apresentação no cumprimento da medida de segurança, seja o internamento ou o tratamento ambulatorial. Sem a apresentação da referida guia, o hospital de custódia ou outro estabelecimento adequado para tratamento psiquiátrico nem os ambulatórios não poderão aceitar o doente mental infrator para a realização do referido tratamento.

Na guia de internamento ou de tratamento ambulatorial, devem constar sempre a qualificação e o registro de identificação do agente infrator junto com a

---

<sup>41</sup> BRASIL. Lei 7210/1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)> acesso em 22 dez 2019



denúncia do fato e a sentença que aplica o tratamento. O art. 173, da Lei de Execução Penal, traz requisitos claros e indispensáveis para iniciar a medida de segurança. Também estarão presentes na guia o prazo mínimo da sanção e outras informações pertinentes a mesma

O mesmo artigo ainda trata da necessidade de ciência do Ministério Público sobre a guia e da sujeição ao tratamento (§1º), para que o mesmo o acompanhe e verifique a existência de alguma irregularidade. Também se destaca a conveniência de realização de um exame periódico, a fim de que se caracterize a permanência da medida de segurança.

O prazo mínimo para duração da medida de segurança está previsto no art. 97, § 1º, do Código Penal, que deverá ser de um a três anos de internação ou tratamento ambulatorial. Se caso houver necessidade de prolongar esse prazo, a guia também deverá ser retificada. Todavia, o tempo máximo é indeterminado, perdurando até a cessação de periculosidade. Essa extinção só poderá ser definida após o exame pericial.<sup>42</sup>

Outrossim, não é necessário esperar o fim do prazo para que seja feita o exame pericial. Segundo o art. 176, da Lei de Execução Penal<sup>43</sup>, admite-se a análise da cessação da periculosidade do agente após autorização judicial, a qualquer tempo, desde que haja fundamentação no próprio requerimento do exame, “*in verbis*”:

Art. 176. Em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o Juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade, procedendo-se nos termos do artigo anterior.

---

<sup>42</sup> BRASIL. Decreto-Lei n°2.848. Código Penal Brasileiro  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto- lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/del2848compilado.htm)> acesso em 29 set. 2019

<sup>43</sup> BRASIL. Lei 7210/1984. Lei de Execução Penal. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)> acesso em 22 dez 2019



Conforme o mesmo artigo, esse requerimento, poderá ser feito pelo Ministério Público ou pelo próprio interessado, da mesma forma, o seu procurador ou defensor.

### **3 CARÁTER INDETERMINADO DA MEDIDA DE SEGURANÇA**

No presente capítulo trataremos os aspectos relacionados aos prazos para estabelecimento da medida de segurança tanto na lei como o entendimento da jurisprudência a respeito do tema. No segundo subtítulo busca-se apresentar a divergência na doutrina no tocante a aplicação da medida de segurança e seu prazo de aplicação. Por fim relaciona-se o tema com a jurisprudência, trazendo julgados de vários graus de jurisdição. Não obstante, vale ressaltar a mudança incorporada pela Lei nº 13.964/19, conhecida como Pacote Anticrime, que modificou vários institutos na legislação brasileira entre eles, em seu Art. 75, o da limitação temporal de cumprimento das penas restritivas de liberdade que passou a ser de 40 anos.<sup>44</sup>

#### **3.1 Limites da medida de segurança**

O Código Penal define o prazo mínimo que deve ser estipulado na sentença que aplicar a medida de segurança, que não será inferior a 1 (um) ou superior a 3 (três) anos.

Parte da doutrina critica exatamente a existência desse prazo mínimo. "Isto porque, se o fundamento da medida de segurança é a periculosidade e o objetivo do tratamento é a sua cessação, parecer ser contraditória a determinação legal".<sup>45</sup>

A crítica dá-se em razão, principalmente, da possibilidade de cessação da periculosidade antes do prazo final estipulado da medida de segurança, ou até mesmo antes do trânsito em julgado da sentença. Por exemplo, o agente antes de

---

<sup>44</sup> BRASIL. Lei nº 13.964/19. **Aperfeiçoamento a legislação penal e processual penal.**

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)> acesso em 05 jun. 2020

<sup>45</sup> CARVALHO, Salo de Carvalho. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial.** 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.515



iniciar o cumprimento da medida de segurança não apresenta mais risco à sociedade, tendo plenas condições de convívio social.

Desta maneira, a resposta mais rápida seria a revogação do prazo mínimo estipulado pelo Código Penal, tendo em vista a disposição da própria Lei de Execução Penal, que prevê a possibilidade do exame de cessação de periculosidade antes do término do prazo mínimo.

### **3.2 Ausência de limitação temporal**

No capítulo anterior foi citado o caráter indeterminado da medida de segurança, conforme estabelece o art. 97, § 7º, do Código Penal. Esse tempo indeterminado se caracteriza quando não se estipula um prazo máximo para a medida de segurança.

É sabido que o tempo mínimo para essa sanção deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos, porém, parte da doutrina critica a lacuna da lei no tocante ao limite máximo para a internação. É utilizado o critério subjetivo, no qual o inimputável permanecerá internado enquanto não for constatada a cessação da periculosidade, realizada pela perícia médica, podendo, até ser mantida até o falecimento do paciente, ferindo os princípios constitucionais abordados no primeiro capítulo.

Sendo assim, doutrinadores trazem o disposto no art. 75 do Código Penal, o qual fixa o limite máximo em trinta anos para o cumprimento de pena privativa de liberdade, mas afirmam que o estabelecimento deste prazo tem caráter aflitivo, pois, mesmo nos casos em que já houve a cessação da periculosidade, o internado tem de esperar o prazo mínimo para ser examinado e posteriormente libertado.

Assim, caso a medida de segurança consiga alcançar sua finalidade, qual seja a anulação da periculosidade mediante tratamento eficiente do internado, o Estado



perde legitimidade para prosseguir aplicando a sanção, em conformidade com o parágrafo único do art. 96, do Código Penal<sup>46</sup>.

O art. 5º, XLVII da Constituição proíbe expressamente a prisão perpétua ao dispor que “não haverá penas: b) de caráter perpétuo”. Todavia, sabe-se que o Código Penal atribui o caráter indeterminado da internação ou do tratamento ambulatorial, perdurando estes até que cesse a periculosidade do agente.<sup>47</sup>

Defende Salo de Carvalho que as limitações constitucionais podem ser compatibilizadas no tratamento jurídico das medidas de segurança:

O caráter sancionatório e punitivo das medidas de segurança impõe que o texto constitucional seja interpretado de forma ampla, na qual o termo pena deve adquirir conceitualmente o sentido de sanção penal, conglobando, portanto, as penas criminais, as medidas de segurança, e inclusive, as medidas socioeducativas.<sup>48</sup>

Assim, enquanto § 1º do art. 97 do Código Penal falar que a medida de segurança terá prazo indeterminado, parte da doutrina afirma que estaria violando o dispositivo da Carta Magna, tendo em vista que o sujeito não pode ficar perpetuamente exposto à punição do Estado.

Guilherme de Souza Nucci sustenta que o inimputável deve ficar indeterminadamente na medida de segurança:

Não há contradição com o que defendemos no início deste capítulo, ou seja, não ser inconstitucional a medida de segurança ter duração indefinida. O que se busca é analisar a situação do criminoso no momento em que pratica o delito, para evitar o duplo binário. Se era inimputável, pode receber medida de segurança por tempo indefinido, já que essa é a sanção merecida pelo que praticou. Sendo imputável, cabe-lhe a aplicação de uma pena, que não deve ser alterada no meio da execução por uma medida indeterminada. Afinal, de uma pena

---

<sup>46</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº2.848. Código Penal Brasileiro <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> acesso em 29 set. 2019.

<sup>47</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> acesso em 16 maio 2019

<sup>48</sup> CARVALHO, Salo de Carvalho. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.513



com limite prefixado, com trânsito em julgado, passaria o condenado a uma sanção sem limite, não nos parecendo isso correto (2014, p. 464).<sup>49</sup>

Já na lição de Cezar Roberto Bittencourt:

Não se pode ignorar que a Constituição de 1988 consagra, como uma de suas cláusulas pétreas, a proibição da prisão perpétua; e, como pena e medida de segurança não se distinguem ontologicamente, é lícito sustentar que essa previsão legal - vigência por prazo indeterminado da medida de segurança - não foi recepcionada pelo atual texto constitucional.<sup>50</sup>

Aqueles que defendem a constitucionalidade do art. 97, § 1º do Código Penal, defendem que a medida de segurança não é pena e sim um tratamento, logo não seria uma restrição ao mal causado pelo crime e, sim, somente a prevenção da ocorrência de novos crimes até que se cesse a periculosidade do indivíduo.

Todavia, a fim de adequar essa limitação temporal, o Supremo Tribunal Federal adotou a restrição do art. 75 do Código Penal, limitando o tempo máximo trinta anos para as medidas de segurança, a fim de não ferir a proibição constitucional do caráter perpétuo da sanção.

Em vista disso, verifica-se atualmente a adequação do limite da medida de segurança para o máximo de pena abstratamente cominado no tipo penal imputado ao portador de sofrimento psíquico autor de ilícito.<sup>51</sup> O Superior Tribunal de Justiça já definiu a limitação da medida de segurança de acordo com a pena máxima em abstrato. Assim, busca-se a proporcionalidade do tempo de internação e o dano causado.

Destarte, definido o tempo máximo da medida de segurança correspondente à pena cominada à infração imputada e, se passado esse lapso temporal, o agente ainda

---

<sup>49</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro apud Luiz Vicente Cernicchiaro e Assis Toledo Princípios básicos de direito penal, p. 41: Forense, 2014. p. 459

<sup>50</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei nº 12.550, de 2011. São Paulo. Saraiva, 2012. v.1. p.785

<sup>51</sup> CARVALHO, Salo de Carvalho. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.513.



apresentar sintomas de sua enfermidade mental, não será mais objeto do sistema penal, mas um problema de saúde pública, devendo o mesmo ser removido e tratado em hospitais da rede pública, como qualquer outro cidadão normal<sup>52</sup>.

### 3.3 Jurisprudência

Foi abordado que o legislador apenas preocupou-se com o prazo mínimo para aplicação da medida de segurança. Desse modo, a jurisprudência diverge no tocante à aplicação do limite temporal dessa sanção.

O Supremo Tribunal Federal entende que o tempo máximo da medida de segurança deve ser até o limite máximo estipulado pelo Código Penal, ou seja, de trinta anos, respeitando a proibição constitucional da prisão perpétua, conforme a seguinte ementa:

MEDIDA DE SEGURANÇA - PROJEÇÃO NO TEMPO - LIMITE. A interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos. (STF - HC: 84219 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 16/08/2005, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 23-09-2005 PP-00016 EMENT VOL-02206-02 PP-00285)<sup>53</sup>

Diante dessa ausência de previsão legal para o prazo máximo da medida de segurança, algumas jurisprudências seguem o entendimento do Superior Tribunal de Justiça orientando que a limitação da medida de segurança se vincule ao máximo da pena em abstrato, não podendo ser superior a trinta anos.

HABEAS CORPUS. PENAL. INIMPUTÁVEL. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO INDETERMINADO. PERSISTÊNCIA DA

<sup>52</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei nº 12.550, de 2011. São Paulo. Saraiva, 2012. v.1. p.740

<sup>53</sup> Supremo Tribunal federal. **Projeção no tempo da medida de segurança de medida de segurança**. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=184&dataPublicacaoDj=23/09/2005&incide nte=2216717&codCapitulo=5&numMateria=29&codMateria=2>> Acesso em 07 fev. 2020



PERICULOSIDADE. IMPROPRIEDADE DO WRIT. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. DECRETO N.º 7.648/2011. VERIFICAÇÃO DE INCIDÊNCIA. NECESSIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE PENAS PERPÉTUAS. LIMITAÇÃO DO TEMPO DE CUMPRIMENTO AO MÁXIMO DA PENA ABSTRATAMENTE COMINADA. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DAS

EXECUÇÕES. 1. Na hipótese, o Tribunal de origem, após exame do conjunto fático-probatório dos autos, concluiu pela necessidade de prorrogação da internação do Paciente em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, por não restar evidenciada a cessação de sua periculosidade, embora tenham os peritos opinado pela desinternação condicional do Paciente. Assim, para se entender de modo diverso, de modo a determinar que o Paciente seja submetido a tratamento em Hospital Psiquiátrico Comum da Rede Pública, e não em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, seria inevitável a reapreciação da matéria fático-probatória, sendo imprópria sua análise na via do habeas corpus. 2. Por outro lado, nos termos do atual posicionamento desta Corte, o art. 97, § 1.º, do Código Penal, deve ser interpretado em consonância com os princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade. Assim, o tempo de cumprimento da medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, deve ser limitado ao máximo da pena abstratamente cominada ao delito perpetrado e não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

(STJ - HC: 208336 SP 2011/0125054-5, Relator: Ministra LAURITA VAZ,

Data de Julgamento: 20/03/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/03/2012)<sup>54</sup>

Observa-se também a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PENAL E PROCESSO PENAL. PRESCRIÇÃO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA COM MEDIDA DE SEGURANÇA. USO DE DOCUMENTO FALSO. AUTORIA. CRIME FORMAL. PRAZO MÁXIMO DA MEDIDA DE SEGURANÇA. PENA EM ABSTRATO. 1. A

prescrição da pretensão punitiva relativa à sentença absolutória imprópria, a qual aplica medida de segurança, regula-se pela

---

<sup>54</sup> Superior Tribunal de Justiça. **Aplicação de medida de segurança**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20704100&num\\_r\\_egistro=201101250545&data=20120329&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20704100&num_r_egistro=201101250545&data=20120329&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em 07 fev. 2020





pena máxima cominada ao delito. 2. Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime previsto no art. 340 do Código Penal, considerando que o incidente de insanidade mental suspendeu o processo e não o curso da prescrição. 3. O delito capitulado no art. 304 do Código Penal é crime formal, não se exigindo a configuração do dano para sua tipificação, bastando o seu uso, mesmo que a falsificação de documento público seja grosseira. Autoria comprovada. 4. O STF firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos, considerando a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas, obviamente quando o réu cometeu delitos cujas penas em abstrato superem esse lapso temporal.

(TRF-4 - ACR: 50017982020104047110 RS 5001798-20.2010.404.7110,

Relator: LUIZ CARLOS CANALLI, Data de Julgamento: 29/10/2013, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 29/10/2013).<sup>55</sup>

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal segue o mesmo posicionamento:

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. AGRESSÃO À COMPANHEIRA. MURRO NO ROSTO. CHUTES NAS PERNAS E NAS COSTELAS. SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA E IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA NA MODALIDADE INTERNAÇÃO, POR PRAZO INDETERMINADO. RECURSO DA DEFESA VISANDO A ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS, ALTERAÇÃO DA ESPÉCIE DE MEDIDA SEGURANÇA E FIXAÇÃO DE PRAZO MÁXIMO. CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO APTO A CONCLUIR PELA AUTORIA IMPUTADA AO RECORRENTE E PELA MATERIALIDADE. FATO TÍPICO E ANTIJURÍDICO. INJUSTO PENAL CARACTERIZADO. RÉU PORTADOR DE DOENÇA MENTAL. INIMPUTÁVEL. IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA NA MODALIDADE INTERNAÇÃO. PERICULOSIDADE. SENTENÇA QUE NÃO CONFRONTA COM O LAUDO PSIQUIÁTRICO. PRAZO MÁXIMO DA MEDIDA. TEMPO INDETERMINADO. AFRONTA À SEGURANÇA JURÍDICA, À LEGALIDADE

---

<sup>55</sup> Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Sentença absolutória com medida de segurança.** Disponível em:

<[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&documento=6056417&termosPesquisados=IDUwMDE3OTgyMDIwMTA0MDQ3MTEwIA==](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=6056417&termosPesquisados=IDUwMDE3OTgyMDIwMTA0MDQ3MTEwIA==>)> Acesso em 07 fev. 2020



E À PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE ADOÇÃO DE PENA DE CARÁTER PERPÉTUO. FIXAÇÃO DE PRAZO MÁXIMO DA MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO COM OBSERVÂNCIA DA PENA MÁXIMA EM ABSTRATO COMINADA AO DELITO PRATICADO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJ-DFT - APR: 363280720078070003 DF 0036328-07.2007.807.0003, Relator:

ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Data de Julgamento: 07/05/2009, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 24/06/2009, DJ-e Pág. 258)<sup>56</sup>

Percebe-se que as decisões dos Tribunais brasileiros acerca da limitação temporal das medidas de segurança buscam garantir a observância da vedação da perpetuidade da pena, tutelando assim, o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia demonstrou as medidas de segurança no sistema jurídico brasileiro. Foi feita uma análise do seu aspecto temporal e como esse caráter indeterminado é observado pela doutrina e jurisprudência. Fica claro que a natureza jurídica dessas medidas é uma espécie de sanção penal, logo, devem ser aplicados os princípios e normas referentes a esse gênero.

Visto que as medidas de segurança possuem finalidade preventiva e não punitiva, faz-se mister o tratamento diferenciado para as pessoas com capacidade de discernimento diferente. Portanto, não justifica que o cumprimento da medida de segurança seja por tempo indeterminado. É, pois, dever do Estado instituir formas de tratamento adequado para esses inimputáveis.

Fica claro que devido a falta de prazo máximo para o cumprimento da medida de segurança devem ser considerados os limites previstos no ordenamento jurídico

---

<sup>56</sup> Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Aplicação de medida de segurança**. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> Acesso em 07 fev. 2020



brasileiro para a pena. Pois, caso não sejam observados, podem ferir as garantias do inimputável atribuindo caráter de perpetuidade na internação ou tratamento ambulatorial.

Dessa maneira, ficou explícito o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da perpetuidade dessa sanção penal, vedada pela Constituição em seu art. 5º, XLVII, b, sendo divergente os entendimentos.

Conclui-se ser pertinente a decisão da Suprema Corte, segundo a qual fixa-se o limite máximo de trinta anos para as medidas de segurança, em respeito aos princípios constitucionais. Entretanto, a medida de segurança não se encerra com o cumprimento desse prazo, pois, se continuar verificada a periculosidade do indivíduo, o Estado deverá oferecer condições necessárias para a restauração de sua saúde mental.

Do exposto, o trabalho preocupou-se com a necessidade de previsão legal acerca das garantias constitucionais ao inimputável. Logo, deve-se observar as disposições do Código Penal, da Lei de Execução Penal e principalmente da Carta Magna, a fim de que sejam assegurados esses direitos dos indivíduos submetidos à internação e tratamento ambulatorial.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Roque de Brito. **Direito Penal, Parte Geral**. 6ª ed. rev., amp. e atual. Recife: Ed. do Autor, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei nº 12.550, de 2011. São Paulo. Saraiva, 2012. v.1.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)>. Acesso em 16 maio. 2019.



BRASIL. **Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001.** Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/leis\\_2001/l10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/leis_2001/l10216.htm). Acesso em 28 set. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em 28 set. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932.** Aprova a Consolidação as Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=27379&norma=42869> Acesso em 28 set. 2019.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm) acesso em 16 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 13.964/19. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm) acesso em 05 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal federal. **Projeção no tempo da medida de segurança de medida de segurança.** Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=184&dataPublicacaoDj=23/09/2005&incidente=2216717&codCapitulo=5&numMateria=29&codMateria=2> Acesso em 07 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Aplicação de medida de segurança.** Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20704100&num\\_registro=201101250545&data=20120329&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20704100&num_registro=201101250545&data=20120329&tipo=5&formato=PDF) Acesso em 07 fev. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4º Região. **Sentença absolutória com medida de segurança.** Disponível em: [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&documento=6056417&termosPesquisados=IDUwMDE3OTgyMDIwMTA0MDQ3MTEwIA==>](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=6056417&termosPesquisados=IDUwMDE3OTgyMDIwMTA0MDQ3MTEwIA==>) Acesso em 07 fev. 2020.



BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Aplicação de medida de segurança**. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistjtj>> Acesso em 07 fev. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1

CARVALHO, Salo de Carvalho. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana Assis Brasil. **As Alternativas às Penas e às Medidas Socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo**. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21047>> Acesso em 03 nov. 2019.

DAVICO, Luana Vaz. **Os princípios penais constitucionais - análise descomplicada**. Jus Brasil. Disponível em: <<http://luanadavico.jusbrasil.com.br/artigos/111822119/os-principios-penais-constitucionais-analise-descomplicada>> Acesso em 30 set. 2019.

GOUVEIA, Claudiane Rosa. **Curso de Medida de Segurança**. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/CLAUDIANE\\_GOUVEIA.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/CLAUDIANE_GOUVEIA.pdf)> Acesso em 20 out. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte geral**. 13ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

HILLER, Neiva Marcelle. **Evolução histórica da medida de segurança na legislação brasileira**. Disponível em: <[http://www.pucrs.br/edipucrs/XSalaoIC/Ciencias\\_Sociais\\_Aplicadas/Direito/70759-NEIVA\\_MARCELLE\\_HILLER.pdf](http://www.pucrs.br/edipucrs/XSalaoIC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/70759-NEIVA_MARCELLE_HILLER.pdf)> Acesso em 16 out. 2019.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1  
MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 7ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NETO, José Airton Dantas. **Aspecto temporal da medida de segurança e a vedação a prisão perpétua (Limite da pena no Brasil)**. Jurisway. 2012. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=8499](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8499)> Acesso em 16 out. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.



ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 7ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1

**Vade Mecum Compacto**. Saraiva. 21ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.



# O INSTITUTO DA ENTREGA NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Rayane Mendes de Souza

## RESUMO

O Estatuto de Roma foi o resultado de um longo processo que culminou na criação do Tribunal Penal Internacional, por ele estabelecido. Entretanto, seu texto continha dispositivos que geraram ressalvas a respeito da possibilidade deste texto ser realmente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. Um destes dispositivos é um instituto da entrega, que gerou dúvidas acerca de sua compatibilidade com a Constituição Federal e a soberania brasileira. Será discutida a aplicabilidade deste dispositivo por meio de análise de legislação e jurisprudência acerca do assunto. Deste modo, serão abordados os aspectos históricos do Tribunal, suas principais características, a recepção brasileira a tratados internacionais e sua posição hierárquica para, finalmente, ser estudado o instituto da entrega. Por fim, serão levantados argumentos doutrinários, defendendo ou não a compatibilidade dos dispositivos, e analisados a luz da soberania nacional e da eficácia hierárquica dos tratados de direitos humanos. Este trabalho conclui pela constitucionalidade do Instituto da Entrega em face da Carta Magna brasileira.

**Palavras-chave:** Entrega. Extradicação. Tratados. Estatuto de Roma. Tribunal Penal Internacional. Constituição Federal. Soberania. Cooperação Internacional.

## INTRODUÇÃO

Durante a história, foram criados diversos tribunais penais para julgar indivíduos que atentassem com maior gravidade contra os direitos humanos, como o Tribunal Alemão de Leipzig, o Tribunal de Nuremberg, o Tribunal Militar Internacional para o extremo Oriente, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e o Tribunal Penal Internacional para a Ruanda. Entretanto, a necessidade



de finalmente estabelecer um tribunal que fosse permanente foi o que justificou a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI).

Esse tribunal foi criado como uma corte de justiça permanente que buscava garantir que a comunidade internacional fosse capaz de garantir a responsabilização dos indivíduos que fossem responsáveis pelas mais graves violações aos direitos humanos, de modo que as fronteiras entre os Estados não significassem a impunidade de um indivíduo.

O texto responsável por instituir essa Corte foi o Estatuto de Roma, que contém em seu entre seus dispositivos uma disposição denominada entrega, que estabelece a possibilidade de um Estado parte entregar um indivíduo, nacional ou não, em seu território, para julgamento pelo TPI.

Esse ato, juntamente de alguns outros presentes no texto do estatuto, foi considerado por uma parte da doutrina brasileira como incongruente com o texto constitucional, o que gerou indagações a respeito de sua constitucionalidade e se este deveria, ou não, ser recepcionado pela nossa Constituição Federal (CF). Juntamente com isso, levantou-se a dúvida acerca da possibilidade de a aplicação desse instituto ser considerada uma forma de violação à soberania estatal. Essas são as concepções que buscarei mudar.

Buscando gerar entendimento no leitor, esse trabalho iniciará seu primeiro capítulo retratando o caminho histórico que levou à elaboração do Estatuto de Roma e, com isso, a criação do Tribunal Penal Internacional e, em seguida, serão explicadas as características desta Corte e suas especificidades, de modo a, mais a frente, facilitar a discussão acerca da compatibilidade da entrega com o nosso ordenamento.

No segundo capítulo será feita a definição de tratados internacionais para depois, se abordar o processo de ratificação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ETPI) no Brasil, e as mudanças causadas pelo advento da Emenda Constitucional (EC) n. 45 de 2004. Será discutido o entendimento do Supremo





Tribunal Federal (STF) acerca dessa emenda e como ele alterou a hierarquia constitucional de todos os tratados de direitos humanos, apesar de divergir do entendimento apresentada por uma forte parte da doutrina. Por fim, serão apresentados os projetos para implementação das disposições contidas no Estatuto ao ordenamento jurídico brasileiro, que buscam internalizar os dispositivos presentes nesse estatuto de modo a cumprir com a obrigação assumida pelo Brasil ao retificar seu texto e demonstrar o interesse do país na cooperação internacional.

Finalmente, no último capítulo será discutido o instituto da entrega e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro em face do instituto da extradição, dos aspectos relativos a soberania nacional e da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos. Esse capítulo buscará demonstrar que a adesão ao ETPI e aos seus dispositivos, não violou nenhum preceito constitucional, e que o ato de se aderir a um tratado é a manifestação mais pura da soberania de um país, devendo, portanto, ser interpretado como uma maneira de se exercer a soberania, ao invés de ser considerado uma ação pela qual se abre mão dela.

Para reforçar o entendimento a ser defendido acerca da compatibilidade do instituto com o ordenamento jurídico nacional, serão apresentados projetos de lei, votos e decisões jurisprudenciais, diferenciando a entrega da extradição, que comprovam que apesar do Estatuto de Roma ainda não ter sido internalizado no Brasil, e do ato da entrega ao Tribunal Penal Internacional ainda ser visto com desconfiança por alguns, é possível perceber que as circunstâncias apontam para o entendimento de que este instituto será plenamente recebido pelo ordenamento jurídico no futuro.

O presente trabalho tem caráter bibliográfico, utilizando-se principalmente de uma análise de posições doutrinárias e da própria legislação, além de eventual método dedutivo de abordagem. Buscou-se embasar as conclusões de modo a demonstrar a compatibilidade da extradição, presente no ordenamento jurídico brasileiro, com o ato de entrega *surrender* ao Tribunal Penal Internacional, previsto



no Estatuto de Roma, ao mesmo tempo em que se garantia que a adesão ao Estatuto não significou uma ameaça à soberania nacional, mas sim uma demonstração dessa soberania.

## 1 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O Tribunal Penal Internacional é uma corte penal imparcial e independente, com competência exclusiva para os crimes considerados como de maior gravidade. Sua existência é resultado de uma tentativa de prevenir violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, de modo a reprimir ameaças contra a paz e a segurança internacional<sup>1</sup>.

Sua criação foi apoiada pelo governo brasileiro, que entendia ser necessário maior empenho na luta contra a impunidade em crimes internacionais graves, de modo que, o Brasil demonstrou participação ativa em sua criação desde seus trabalhos preparatórios que, eventualmente, culminaram na Conferência de Roma de 1998 e na aprovação do Estatuto de Roma.

### 1.1 O Estatuto de Roma

O Estatuto de Roma, instaurador do Tribunal Penal Internacional, é o resultado de um processo que se arrastou por muito tempo, durante o qual ocorreu uma evolução do Direito Penal no âmbito internacional, na esperança de se efetivar a proteção aos direitos humanos. Com a modificação dos limites da soberania, os Estados se viram obrigados a reconhecer a necessidade de um órgão capaz de julgar crimes ocorridos foras dos limites territoriais de apenas um país. Foi necessário o entendimento de que os crimes contra o Direito Internacional são cometidos por indivíduos que devem ser condenados de acordo com os preceitos do próprio Direito Internacional.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/152-tribunal-penal-internacional>. Acesso em: 04 jun. 2020



A primeira proposta sobre o assunto, de que se tem conhecimento, foi feita por Gustav Moyner, cofundador da Cruz Vermelha, em 3 de janeiro de 1872, quando apresentou uma proposta para a criação de um Tribunal Penal Internacional<sup>2</sup>, o qual teria natureza permanente para poder lidar com violações aos direitos humanos e cuja jurisdição seria automaticamente ativada em casos de guerra entre as partes. Segundo Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson e Elizabeth Wilmshurst, essa proposta foi fruto de uma preocupação de que os juízes nacionais não seriam capazes de julgar ofensas cometidas em guerras nas quais seus países tivessem se envolvido<sup>3</sup>, o que resultou na sugestão de que tal órgão fosse majoritariamente composto por juízes de países neutros.

Apesar da resistência decorrente das tensões relativas à soberania dos Estados, essa ideia acabou ganhando força com o fim da Primeira Guerra Mundial, vez que a destruição sem precedentes causada pelos países em guerra – como a utilização de armas de extermínio em massa e outras atrocidades praticadas por essas mesmas potências beligerantes, nos campos de batalha e fora deles – que levou à morte de 15 milhões de pessoas, além do massacre de aproximadamente 1 milhão de armênios pelos turcos, que ocorreu nessa mesma época (1915). Era necessário um meio de julgar os responsáveis – governantes, chefes militares e até mesmo soldados que houvessem cometido crimes contra humanidade – que até aquele momento, jamais haviam sido responsabilizados por crimes cometidos durante guerras.

Com essa nova pretensão punitiva por parte da comunidade internacional, as potências vencedoras da Grande Guerra, comandadas pelos seus líderes – Woodrow Wilson dos Estados Unidos, David Lloyd George da Grã-Bretanha, Vittorio

---

<sup>2</sup> Fato publicado no *Bulletin International des Sociétés de Secour aux Militaires Blessés*, de 28 de janeiro daquele ano, com o título: Nota sobre a criação de uma instituição judiciária para prevenir e reprimir as infrações a Convenção de Genebra”. FERNANDES, David Augusto. *Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

<sup>3</sup> The first serious proposal for an international court was probably that made in 1872 by Gustav Moyner, one of the founders of the International Committee of the Red Cross, who was concerned that national judges would not be able fairly to judge offences committed in wars in which their countries had been involved”. CRYER, Robert; FRIMAN, Håkan; ROBINSON, Darryl; WILMSHURST, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014..



Emanuele Orlando da Itália e Georges Clemenceau da França, também conhecidos como os “Quatro Grandes” – manifestaram a intenção de punir os responsáveis pela prática de atos ofensivos às leis da humanidade e às normas de conduta civilizada durante a guerra.

O Tratado de Paz de Versalhes, de 1919, incluiu dispositivo no qual o Kaiser Guilherme II da Alemanha e seus oficiais militares deveriam ser levados a julgamento por violação de leis e costumes de guerra:

ARTIGO 227. Os Poderes Aliados e Associados denunciam publicamente Guilherme II de Hohenzollern, antigo Imperador Alemão, por uma suprema ofensa à moral internacional e à santidade dos tratados. **Um tribunal especial será constituído para julgar o acusado**, garantindo-lhe as garantias essenciais ao direito de defesa. Será composto por cinco juízes, um nomeado por cada uma das seguintes potências: Estados Unidos da América, Grã-Bretanha, França, Itália e Japão. Na sua decisão, o tribunal será guiado pelos mais altos motivos da política internacional, com o objetivo de reivindicar as obrigações solenes das empresas internacionais e a validade da moralidade internacional. Será seu dever fixar a punição que considera que deve ser imposta. Os Poderes Aliados e seus Associados encaminharão um pedido ao Governo dos Países Baixos para que eles rendam o ex-Imperador, a fim de que ele possa ser julgado.

ARTIGO 228 O Governo alemão reconhece o direito das Potências Aliadas e Associadas de levar perante tribunais militares pessoas acusadas de terem cometido atos que violam as leis e costumes da guerra. Essas pessoas, se consideradas culpadas, serão condenadas a punições previstas em lei. Esta disposição será aplicada não obstante qualquer processo ou ação judicial perante um tribunal na Alemanha ou no território de seus aliados. O Governo alemão entregará às Potências Aliadas e Associadas, ou àquelas que assim o solicitarem, todas as pessoas acusadas de terem cometido um ato que viole as leis e os costumes da guerra, que sejam especificados por nome ou por patente, cargo ou emprego que detinham sob as autoridades alemãs. (tradução nossa, grifo nosso)<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> ARTICLE 227 - The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties. A special tribunal will be constituted to try the accused, thereby assuring him the guarantees essential to the right of defence. It will be composed of five judges, one appointed by each of the following Powers: namely, the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan. In its



Entretanto, as disposições do tratado terminaram por não ter êxito e, como os Estados Aliados não criaram o Tribunal que havia sido previsto no Tratado de Versalhes para os crimes de guerra cometidos por alemães, foi criada uma lei alemã concedendo ao Tribunal Alemão de Leipzig, a jurisdição *ad hoc*<sup>5</sup> para esse julgamento.

Nos anos seguintes foram feitas outras tentativas de se instaurar uma Corte Penal Internacional, mas não foi até o fim da Segunda Guerra Mundial, marcada por novas modalidades de violência que, por vezes, não continham previsão de tipificação no sistema jurídico internacional, e que resultou em 55 milhões de mortos, que as forças aliadas buscaram novamente concretizar essa ideia no que seria o primeiro passo na punição do que se passou a considerar "crimes contra a humanidade".

Em agosto de 1945, como resposta dos aliados ao ocorrido nesta Guerra, foi firmada a Carta do Tribunal de Nuremberg (Acordo de Londres), que buscava processar e punir os responsáveis pelos maiores crimes de guerra do Eixo Europeu, indicando atuar "no interesse de todas as Nações Unidas"<sup>6</sup>. Nesse sentido, deve ser dada especial atenção aos artigos 7 e 8, que tratavam da responsabilidade criminal

---

decision the tribunal will be guided by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality. It will be its duty to fix the punishment which it considers should be imposed. The Allied and Associated Powers will address a request to the Government of the Netherlands for the surrender to them of the ex-Emperor in order that he may be put on trial.

ARTICLE 228 The German Government recognises the right of the Allied and Associated Powers to bring before military tribunals persons accused of having committed acts in violation of the laws and customs of war. Such persons shall, if found guilty, be sentenced to punishments laid down by law. This provision will apply notwithstanding any proceedings or prosecution before a tribunal in Germany or in the territory of her allies. The German Government shall hand over to the Allied and Associated Powers, or to such one of them as shall so request, all persons accused of having committed an act in violation of the laws and customs of war, who are specified either by name or by the rank, office or employment which they held under the German authorities

BRASIL. DECRETO No 13.990, de 12 de Janeiro de 1920. Promulga o Tratado de Paz entre os países aliados, associados e o Brasil de um lado e de outro a Alemanha, assinado em Versailles em 28 de junho de 1919. Disponível em: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0043.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020

<sup>5</sup> Tribunais Internacionais *ad hoc*, também conhecidos como tribunais de exceção, são tribunais temporários, criados posteriormente ao fato a ser julgado, com objetivo de julgar casos específicos. A Constituição Brasileira veda expressamente sua criação

<sup>6</sup> O Acordo de Londres, de 8/8/1945, que contém a Carta do Tribunal de Nuremberg, permitia a adesão de qualquer membro das Nações Unidas (a Carta das Nações Unidas havia sido firmada em 26/6/1945).



individual dos réus, que conforme será discutido, também está presente no Estatuto de Roma. Esses artigos estabelecem:

ARTIGO 7. A posição oficial dos réus, seja como Chefes de Estado ou funcionários responsáveis em Departamentos do Governo não será considerada para livrá-los das responsabilidades ou atenuar punições.

ARTIGO 8. O fato de o réu ter agido de acordo com a ordem de seu Governo ou de um superior não o libertará da responsabilidade, mas pode ser considerada uma atenuação da punição se o Tribunal determinar que a justiça exige<sup>7</sup>. (tradução nossa)

Essa determinação no combate a tal onda de violência, segundo Antônio Augusto Cançado Trindade, teve como um dos principais fatores para seu grande avanço o clamor da humanidade contra as atrocidades presenciadas nas guerras<sup>8</sup>.

Em janeiro do ano seguinte, 1946, o Comandante Supremo das Forças Aliadas no Extremo Oriente aprovou a Carta do Tribunal Militar Internacional para o extremo Oriente, também conhecido como o Tribunal de Tóquio. Esse órgão, apesar de não derivar de tratado internacional, buscava julgar os líderes do Império do Japão por crimes – crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade – cometidos durante o curso da Segunda Guerra.

De acordo com Antônio Cassese:

Estes tribunais (Nuremberg e Tóquio) eram resposta aos horrores do genocídio nazista na Europa e no Japão, crimes perpetrados durante a guerra ocupação de grande parte de muitas Nações do Sudeste Asiático (por exemplo, o chamado

---

<sup>7</sup> Article 7 – The official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment.

Article 8 – The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.

ACORDO de Londres. 08 ago 1945. Disponível em: [https://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/cc1beb97-9884-4aa1-b902-e897a8299bec/publishable\\_en.pdf](https://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/cc1beb97-9884-4aa1-b902-e897a8299bec/publishable_en.pdf). Acesso em: 04 jun. 2020

<sup>8</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direitos Humanos: personalidade e capacidade jurídica internacional do indivíduo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Org.). O Brasil e os novos desafios do Direito Internacional.p. 199-263 2004



estupro de Nanquim, experimentos biológicos na Manchúria, a queda de Singapura e da perda de vida lá, além de outros crimes). Foi necessária toda a extensão das atrocidades cometidas durante a guerra para demonstrar as consequências perniciosas que poderiam decorrer do exercício extremo das noções de Estado e de soberania até então vigentes para abalar a comunidade internacional. A convicção generalizada que gradualmente emergiu é que nunca mais a tirania e o desprezo à dignidade humana poderiam ficar sem ser analisados e impunes<sup>9</sup>. (tradução nossa)

Durante o período da Guerra Fria, essa internacionalização do direito teve pouco progresso, só voltando ao foco quando anos mais tarde, devido às atrocidades cometidas no território da então República Socialista Federativa da Iugoslávia e da República de Ruanda foram criados dois novos tribunais *ad hoc*: o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

Em 1991, a região da antiga República Socialista Federal da Iugoslávia, entrou em guerra civil. O conflito que se iniciou com a proclamação da independência da Eslovênia, expandiu-se para Bósnia-Herzegovina, Croácia e Kosovo e resultou na ocorrência de assassinatos em massa, pilhagens, destruição de documentos, genocídio, estupros generalizados e fuzilamentos.

Em 1992, o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU), após investigações, chegou à conclusão de que crimes de guerra e crimes contra a humanidade haviam sido cometidos na Iugoslávia, de modo que foi recomendada a criação de um tribunal *ad hoc* para julgar e punir os responsáveis. No ano seguinte, por considerar que a situação continuava a ameaçar a paz e segurança internacional, o Conselho de Segurança aprovou a Resolução 827 que, buscando

---

<sup>9</sup> Texto original: “These tribunals were response to the overwhelming horrors of the Nazi genocide in Europe and the Japanese crimes perpetrated during the wartime occupation of large parts of many south East Asian nations (for instance, the so-called rape of Nanking, biological experiments in Manchuria, the fall of Singapore and the loss of life there, and other crimes). It took the full extent of the atrocities committed during the war to demonstrate the pernicious consequences that could follow from the pursuit of extreme notions of State sovereignty and to jolt the international community out of its complacency. The widespread conviction gradually emerged that never again could tyranny and the attendant disregard for human dignity be allowed to go unchecked an unpunished”. CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 3. ed. Oxford: OUP, p.255, 2013



levar justiça às vítimas dos crimes cometidos na antiga Iugoslávia, criou o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia.

Por sua vez, a criação do Tribunal Penal Internacional para a Ruanda, em 1994, foi resultado de um conflito interno de caráter étnico e político. Durante um período de três meses, os massacres e assassinatos generalizados sofridos por civis, predominantemente de origem étnica tutsi e hutus moderados<sup>10</sup>, gerou um êxodo maciço de refugiados para países vizinhos a Ruanda. Tal acontecimento gerou uma crise humanitária de proporções gigantescas que levou o Conselho de Segurança a determinar que a situação na região constituía uma ameaça à sua paz e segurança<sup>11</sup>. Após realizar suas investigações, concluiu-se que sérias violações ao direito internacional humanitário haviam ocorrido. Assim, com a Resolução 955, foi criado o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que tinha como objetivo fazer com que os responsáveis por estas atrocidades fossem levados à justiça.

Observa-se que na opinião de Artur Brito de Gueiros Souza:

O grande ponto positivo desses dois tribunais *ad hoc* é que eles constituíram os únicos exemplos de jurisdição penal instituída pela comunidade internacional representada pela ONU, não sendo, tecnicamente, tribunais impostos por “vencedores aos vencidos”<sup>12</sup>.

Assim, estes tribunais mostraram um novo avanço no processo de internacionalização da justiça penal ao tratar de ações internas de países que estavam em discordância direta com o estabelecido nos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.

Por conseguinte, influenciada pela criação de tribunais *ad hoc* com capacidade para julgar crimes de interesse internacional pelo Conselho de Segurança, a Assembleia Geral das Nações Unidas criou em 1996 o Comitê

---

<sup>10</sup> O massacre foi comandado pela milícia de origem étnica hutu que comandava o governo na época

<sup>11</sup> ZGONC-ROŽEJ, Miša. *International Criminal Law Manual*. London: IBA, 2010

<sup>12</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O Tribunal Penal Internacional e a proteção aos direitos humanos: uma análise do Estatuto de Roma à luz dos princípios do direito internacional da pessoa humana *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, ano 3, n. 12, p. 9-31, jul./set. 2004*





Preparatório para o estabelecimento de um Tribunal Penal Permanente. Assim, em julho de 1998, os países componentes das Nações Unidas se reuniram em Roma, Itália, onde no dia 17 foi adotado pela comunidade internacional o Estatuto de Roma, documento que instituiria o Tribunal Penal Internacional.

## 1.2 Tribunal Penal Internacional (TPI)

Na abertura da Conferência de Roma, 1998, o Secretário-Geral das Nações Unidas na época, Kofi Annan, disse que “o mundo percebeu que depender de cada Estado ou exército para punir seus próprios transgressores não é suficiente. Quando os crimes são cometidos em tal escala, sabemos que o Estado não tem o poder ou a vontade de detê-los. Muitas vezes, na verdade, eles fazem parte da política sistemática do Estado, e os piores criminosos podem ser encontrados no auge do poder do Estado.” (tradução livre)<sup>13</sup>. Essas palavras, que refletem o objetivo do Tribunal Penal Internacional, deram início ao que seriam semanas de debates que, por fim, culminariam no Estatuto de Roma.

Este Estatuto anuncia em seu artigo 1º que “O Tribunal (Tribunal Penal Internacional - TPI) será uma instituição permanente, **com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional**, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais.”

Portanto, o TPI foi projetado para ser uma organização internacional independente, tendo sua própria personalidade jurídica internacional. Essa independência seria um dos atributos necessários para bom funcionamento do órgão devido a sua natureza judicial. Tendo em vista que a jurisdição do TPI seria exercida

---

<sup>13</sup> “Gradually, the world has come to realize that relying on each State or army to punish its own transgressors is not enough. When crimes are committed on such a scale, we know that the State lacks either the power or the will to stop them. Too often, indeed, they are part of the systematic State policy, and the worst criminals may be found at the pinnacle of State power”. ANNAN, Kofi. Secretary-General Opens United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court. *United Nations*, Roma, 1998. Disponível em: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/1998-06-15/secretary-general-opens-united-nations-diplomatic-conference>. Acesso em: 04 jun. 2020



sobre crimes de larga escala, podendo envolver Estados ou ocorrer em situações de guerra, essa independência pode ser considerada imperativa.

Os crimes de maior gravidade, considerados de competência do TPI, são os crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio e mais recentemente, crimes de agressão. Antes do Estatuto de Roma haviam propostas para incluir-se outros crimes, mas eventualmente, foi decidido que se devia limitar a jurisdição material a estas quatro categorias, que vieram a ser denominadas de *core crimes*. Entretanto, apesar de sua gravidade e de serem crimes imprescritíveis, o TPI só pode julgá-los se tiverem ocorrido após a sua instituição, em 1º de julho de 2002, conforme o art. 11, §2º do Estatuto de Roma<sup>14</sup>.

Assim, observa-se que as características desta Corte servem para diferenciar o TPI dos demais tribunais internacionais, de modo que, conforme será melhor analisado a seguir, seja possível garantir maior imparcialidade e igualdade.

### *1.2.1 Principais Características do Tribunal Penal Internacional*

O Estatuto de Roma (Estatuto do Tribunal Penal Internacional - ETPI) estabelece ainda em seu preâmbulo, e posteriormente em seu artigo 1º, que o TPI será complementar às jurisdições penais nacionais. Tal determinação, que consagra o princípio da complementariedade do Estatuto, estabelece que o Tribunal tem jurisdição complementar e subsidiária em relação às jurisdições de seus Estados Partes. Essa característica é a primeira grande diferença apresentada pelo ETPI, visto que os tribunais *ad hoc* são concorrentes com as jurisdições estatais e tem primazia perante as cortes nacionais.

---

<sup>14</sup> Artigo 11, §2º - Se um Estado se tornar Parte no presente Estatuto depois da sua entrada em vigor, o Tribunal só poderá exercer a sua competência em relação a crimes cometidos depois da entrada em vigor do presente Estatuto relativamente a esse Estado, a menos que este tenha feito uma declaração nos termos do parágrafo 3º do artigo 12. BRASIL. Decreto Nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm). Acesso em: 04 jun. 2020



Apesar deste princípio parecer se chocar com o objetivo do TPI de atuar com uma jurisdição universal, isso justifica-se pelo fato de que compete aos próprios Estados o dever de reprimir os crimes tipificados pelo ETPI, de modo que a repressão ocorra de maneira mais eficaz<sup>15</sup>. Assim, a Corte atua apenas subsidiariamente e, portanto, pode-se dizer que o Tribunal Penal Internacional é *ultima ratio*, ou seja, apenas irá atuar quando os tribunais internos estiverem indisponíveis ou sejam incapazes.

Esse caráter subsidiário do tribunal, que objetiva findar com a impunidade de crimes internacionais graves, é uma de suas quatro características que Mazzuoli<sup>16</sup> considera diferenciais acerca dessa Corte, juntamente de sua origem em tratado especial de natureza centrífuga, sua independência e sua característica de justiça automática.

Ao mencionar a natureza centrífuga do tratado, Mazzuoli se referia a aqueles tratados que regulam situações que saem dos limites de uma jurisdição doméstica para uma jurisdição global (ou universal), apontando o TPI como o único órgão jurisdicional com alcance universal atualmente. A próxima característica é a independência, justificada no fato de o Tribunal funcionar sem qualquer tipo de interferência externa, podendo até mesmo demandar nacionais de Estados que não são partes no Estatuto<sup>17</sup>. Por fim, com a característica de justiça automática, Mazzuoli se refere ao fato de que o Tribunal não necessita que os Estados aceitem sua competência jurisdicional, operando automaticamente desde que entrou em vigor.

Quanto às competências previstas pelo ETPI, é possível dividir seus critérios em quatro tipos: competência material (*ratione materiae*), competência em razão da

---

<sup>15</sup> BRANDÃO, Renata Costa Silva. Tribunal Penal Internacional: uma nova realidade do Direito Penal Internacional para a garantia da segurança dos Direitos Humanos. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, p. 62, 2006

<sup>16</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

<sup>17</sup> Um exemplo desta situação ocorreu em julho de 2008, quando o Tribunal pediu a prisão preventiva de Omar Ahmad al-Bashir, ditador do Sudão, país que não é signatário do Estatuto



pessoa (*ratione personae*), competência temporal (*ratione temporis*) e competência territorial (*ratione loci*)<sup>18</sup>.

A competência material, *ratione materiae*, foi a primeira a ser introduzida pelo ETPI, sendo a responsável por definir os crimes do Direito Penal Internacional que fariam parte do Estatuto. Foram definidos como os crimes mais graves para a comunidade internacional os crimes a seguir caracterizados:

Genocídio – é definido pelo Estatuto, em seu artigo 6º, como qualquer ato praticado com intenção de destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, utilizando-se de uma das seguintes condutas: a) Homicídio de membros do grupo; b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Crimes Contra a Humanidade – nos termos do artigo 7º do Estatuto de Roma, é assim classificado qualquer um dos atos seguinte, no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou degenero, tal como definido no parágrafo 3o, ou em função de outros critérios universalmente

---

<sup>18</sup> MELLO, Pablo; MELCHORS, Rafaela; DAVID, Thomaz de. Os critérios de determinação da competência do tribunal penal internacional (TPI): *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis* e *ratione loci*. 9. CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Anais...* Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2018/arquivos/10.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020



reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas;

j) Crime de apartheid; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental<sup>19</sup>.

Crimes de Guerra – O artigo 8º do Estatuto estabelece que “o Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes”<sup>20</sup>. São apontados como crimes de guerra violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949; violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional; em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, etc.

Crimes de Agressão – Foi o único crime não tipificado pelo ETPI, tendo sido definido somente com a Resolução RC/Res 6, aprovada na Conferência de Revisão de Campala em 2010. Esse texto, define o crime de agressão como:

o planejamento, preparação, iniciação ou execução, por uma pessoa em posição efetiva para exercer controle sobre ou dirigir a ação política ou militar de um Estado, de um **ato de agressão que**, por seu caráter, gravidade e escala, **constitui uma violação manifesta da Carta dos Estados Unidos Nações**<sup>21</sup>. (tradução nossa, grifo nosso)

<sup>19</sup> BRASIL. *Decreto Nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm). Acesso em: 04 jun. 2020

<sup>20</sup> BRASIL. *Decreto Nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm). Acesso em: 04 jun. 2020

<sup>21</sup> Texto original: “Article 8 *bis* Crime of aggression - 1. For the purpose of this Statute, “crime of aggression” means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations.” ONU. *RESOLUÇÃO RC/Res. 6, Campala, 2010*. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/source/docs/RC-Res.6-ENG.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020



Terminada a competência material, define-se a competência em razão da pessoa (*ratione personae*), com artigo 25 do TPI. Essa competência trata da responsabilidade criminal individual, ou seja, que o Tribunal apenas será capaz de julgar pessoas físicas<sup>22</sup>, mais especificamente, a corte deve julgar os indivíduos que perpetraram os atos violadores do direito, independente de eventuais privilégios e imunidades decorrentes de seus possíveis cargos.

Por sua vez, a competência temporal (*ratione temporis*) é definida pelo artigo 11 do Estatuto, e estipula que o Tribunal só tem competência sobre crimes ocorridos após o mesmo ter entrado em vigor, ou seja, só poderão ser julgados crimes cometidos após o dia 1º de julho de 2002, quando as atividades da Corte foram oficialmente iniciadas. Nos casos em que o Estado apenas se tornou parte no ETPI após sua entrada em vigor, a jurisdição do Tribunal somente será válida caso os crimes tenham sido cometidos após a entrada em vigor do Estatuto relativamente ao Estado, salvo o estado deposite declaração consentindo com a competência retroativa do TPI, conforme estabelecido pelo parágrafo 3º do artigo 12 do Estatuto de Roma<sup>23</sup>.

Finalizando com os critérios de competência, temos a territorial (*ratione loci*) que determina que a jurisdição do TPI não alcança todos os Estados, mas apenas os que ratificaram o seu Estatuto. Assim, nos casos em que o país cometeu um dos crimes tipificados no estatuto, mas não é signatário do TPI, o Conselho de Segurança da ONU pode encaminhar o caso ao Tribunal, mas é preciso que essa decisão seja feita por unanimidade entre os membros permanentes deste.

---

<sup>22</sup> MELLO, Pablo; MELCHORS, Rafaela; DAVID, Thomaz de. Os critérios de determinação da competência do tribunal penal internacional (TPI): *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis* e *ratione loci*. 9. CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Anais... Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2018/arquivos/10.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020

<sup>23</sup> Artigo 12 – 3. Se a aceitação da competência do Tribunal por um Estado que não seja Parte no presente Estatuto for necessária nos termos do parágrafo 2o, pode o referido Estado, mediante declaração depositada junto do Secretário, consentir em que o Tribunal exerça a sua competência em relação ao crime em questão. O Estado que tiver aceito a competência do Tribunal colaborará com este, sem qualquer demora ou exceção, de acordo com o disposto no Capítulo IX. BRASIL. *Decreto Nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm). Acesso em: 04 jun. 2020



Por fim, deve-se observar o caráter permanente do Tribunal, e a proibição estabelecida no artigo 120. Esse dispositivo dispõe que não são admitidas reservas ao Estatuto, de modo que ou é feita a adesão de todos os dispositivos ali presentes, ou não ocorre a adesão.

Estas características buscavam não apenas garantir a eficácia do Estatuto, como também fazer com que o maior número possível de Estados ratificasse e adotasse o texto em seus ordenamentos jurídicos.

## **2 DA INCORPORAÇÃO DO ESTATUTO DE ROMA AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Tendo sido abordada a criação e o objetivo do Estatuto de Roma, é preciso discutir acerca dos tratados internacionais e sua internalização pelo ordenamento jurídico brasileiro, de modo a se estabelecer a posição hierárquica do tratado em questão e sua influência nos dissensos acerca da constitucionalidade do instituto da entrega.

### **2.1 Dos Tratados Internacionais**

Em seu trabalho, Marcelo Varella, define tratado como “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados ou Estados e Organizações Internacionais, regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica<sup>24</sup>.” Tal definição se trata de uma adaptação do conteúdo presente no artigo 2º da Convenção de Viena<sup>25</sup>, também conhecida como “Código dos Tratados”

---

<sup>24</sup> VARELLA, Marcelo D. Direito internacional público. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

<sup>25</sup> BRASIL. *Decreto nº 7.030, de 14 de Dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 04 jun. 2020



No Brasil a previsão de celebração de tratados com outros Estados apareceu com a Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Na época da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, discutiu-se pela primeira vez sobre a “recepção dos tratados” e, atualmente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, regulamenta este assunto em seus artigos 49, I e 84, inciso VIII:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional<sup>26</sup>;

Esses artigos se referem ao processo de formação dos tratados internacionais. Pedro Lenza, descreve esse processo:

Primeiro há a celebração do tratado, convenção ou ato internacional pelo Presidente da República (art. 84, VIII), para, depois e internamente, o Parlamento decidir sobre a sua viabilidade, conveniência e oportunidade. Desta feita, concordando o Congresso nacional com a celebração do ato internacional, elabora-se o decreto legislativo, que é o instrumento adequado para referendar e aprovar a decisão do Chefe do Executivo, dando-se a este “carta branca” para retificar a assinatura já depositada, ou, ainda, aderir, se já não o tiver feito. Ratificar significa confirmar perante a ordem internacional que aquele Estado, definitivamente, obriga-se perante o pacto firmado.<sup>27</sup> (grifo nosso)

Isso significa que antes do Poder Executivo ratificar um tratado e firmar um compromisso externo, é necessária a vontade da nação, por meio de ambas as Casas do Congresso, o que para Flávia Piovesan representa uma “autêntica expressão do constitucionalismo<sup>28</sup>”, pois esse sistema busca descentralizar o poder de celebrar

<sup>26</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 jun. 2020

<sup>27</sup> LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

<sup>28</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, p. 70/71, 2000





tratados, e prevenir seu abuso, por meio de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

Esse procedimento também demonstra que é necessário consentimento do Estado para que se aplique um tratado sobre ele, ou seja, que tratados não obrigam Estados que não consentiram com os mesmos. Verifica-se, portanto, que tratados são uma expressão do consenso de um Estado, e que sua ratificação se trata de um exercício de sua soberania.

### *2.1.1 Da Ratificação do Estatuto de Roma pelo Brasil*

Em conformidade com o disposto pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal de 1988, que estabelece em seu art. 7º que “o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”, o Brasil desde cedo demonstrou interesse na instituição de um Tribunal Penal. Entretanto, antes da decisão do Estado de assinar e posteriormente ratificar o Estatuto de Roma, foram necessárias consultas internas acerca da compatibilidade entre a Constituição e as regras previstas no mesmo, uma vez que este tratado não aceitava reservas<sup>29</sup>.

Esses discursões basearam-se no posicionamento brasileiro adotado em Roma, onde o Embaixador Gilberto Vergne Saboia, chefe da delegação brasileira, expressou preocupação com certas questões ao se manifestar, entre outros pontos, acerca da entrega de nacionais:

**32. O Sr. Vergne Saboia** (Brasil) disse que havia votado em favor do Estatuto, porque ele apoiava fortemente o estabelecimento de um tribunal criminal internacional. No entanto, ele manifestou preocupação com o fato de o artigo 87 acerca da obrigação de entregar pessoas ao Tribunal Penal Internacional poderia não ser compatível com o disposto na

---

<sup>29</sup> Artigo 120 – Não são admitidas reservas a este Estatuto. BRASIL. Decreto Nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm). Acesso em: 04 jun. 2020



Constituição Brasileira que proibia a extradição de nacionais.<sup>30</sup> (tradução nossa)

Para resolver essa questão, os redatores do Estatuto decidiram por realizar uma abordagem terminológica, onde foi explicada a diferença entre a *entrega* de pessoas ao Tribunal e a *extradição* realizada entre Estados. Com isso, apesar das dúvidas apresentadas, decidiu-se que esse assunto não constituiria um óbice a assinatura do tratado.

Assim, no dia 07 de fevereiro de 2000, Brasil assinou o Estatuto de Roma, submetendo-o à apreciação do Congresso Nacional no dia 10 de outubro de 2001, onde foi aprovado pelas duas casas. Em junho de 2002, seu instrumento de ratificação foi depositado e, com o Decreto n. 4.388<sup>31</sup>, de 25 de setembro de 2002 o Estatuto foi inserido ao ordenamento jurídico brasileiro.

A partir desta data, o Brasil aceitou a jurisdição do TPI nos casos dos crimes elencados no Estatuto e, por isso, tornou-se necessário que fossem tomadas medidas legislativas internas que facilitassem o cumprimento das medidas nele previstas, a exemplo dos Projetos de Lei 301/2007 e 4038/2008<sup>32</sup>.

Por fim, nota-se que, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>33</sup> na época, qualquer tratado internacional, independentemente de seu

---

<sup>30</sup> 32. **Mr. Vergne Saboia** (Brazil) said that he had voted in favour of the Statute because he strongly supported the establishment of an international criminal court. However, he expressed concern that article 87 regarding the obligation to surrender persons to the International Criminal Court might not be compatible with the provision of the Brazilian Constitution that prohibited the extradition of nationals. [...]". ONU. United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court. Roma, 1998. v. 2. Disponível em: [https://legal.un.org/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings\\_v2\\_e.pdf](https://legal.un.org/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings_v2_e.pdf). Acesso em: 04 jun. 2020.

<sup>31</sup> Artigo 1º – O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, apenso por cópia ao presente Decreto, **será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.**” (grifo nosso). BRASIL. Decreto Nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm). Acesso em: 04 jun. 2020

<sup>32</sup> Deve-se ressaltar que apesar destes projetos estarem em trâmite na Câmara dos Deputados, visando reparar tal lacuna, já se passaram quase dezoito anos da ratificação sem que ocorresse a efetiva implementação de qualquer mecanismo

<sup>33</sup> Posição consolidada com o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004-SE/77, Relator Ministro Cunha Peixoto, em 01º de Junho de 1977 e reiterada pós Constituição de 1988 (STF HC 72.131-RJ, ADIn 1.480-3-DF, ADIn 1.347-DF, etc)



conteúdo, se equiparava hierarquicamente às leis ordinárias. Isso mudou com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 (EC 45/2004).

### 2.1.2 *Dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos*

Primeiramente, ao se tratar de tratados de direitos humanos, deve-se observar o entendimento presente no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal: “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”<sup>34</sup>.

Ademais, é necessário apontar que esse tipo de tratado é objeto de grande discussão, uma vez que com a criação da Emenda Constitucional nº 45/2004 passou a existir tratados aprovados “anteriormente à emenda e posteriormente à esta emenda”.

Se trata de uma diferenciação importante pois a EC 45/2004 incluiu no art. 5º, dois parágrafos, 3º e 4º (importantes ao se tratar do Estatuto de Roma), contendo a seguinte redação:

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

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão<sup>35</sup>.

Distingue-se por meio de leitura do parágrafo 3º, que tratados e convenções internacionais de direitos humanos, quando aprovados com *quórum* qualificado (três quintos de cada Casa em dois turnos de discussão – o mesmo exigido para emendas constitucionais), serão equiparados às emendas constitucionais, ou seja, terão *status*

---

<sup>34</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 jun. 2020

<sup>35</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 jun. 2020



de norma constitucional. Esse dispositivo, gerou uma discussão no âmbito doutrinário brasileiro, acerca do *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos aprovados antes da EC 45/2004, a exemplo do Estatuto de Roma, que foi ratificado em 2002.

Parte dos doutrinadores entende que, quando se trata de Tratados de Direitos Humanos, esse dispositivo faria com que estes tratados, quando celebrados, ou aderidos, pelo Brasil antes da promulgação da EC 45/2004, assumissem caráter materialmente constitucional. Importante observar que esse assunto foi deliberado em 2008 durante o julgamento da RE 466.363/SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, conforme observa-se pelo *Informativo 498* do STF:

O Min. Celso de Mello, entretanto, também considerou, na linha do que exposto no voto do Min. Gilmar Mendes, que, desde a ratificação, pelo Brasil, do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não haveria mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Contrapondo-se, por outro lado, ao Min. Gilmar Mendes no que respeita à atribuição de status supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, afirmou terem estes hierarquia constitucional. No ponto, destacou a existência de três distintas situações relativas a esses tratados: 1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/88, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CF; 2) os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o iter procedimental do § 3º do art. 5º da CF; 3) **aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País aderiu) entre a promulgação da CF/88 e a superveniência da EC 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade.** RE



466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 12.3.2008. (RE-466343)<sup>36</sup>  
(grifo nosso)

O julgamento em questão estabeleceu a tese defendida pelo Min. Gilmar Mendes acerca do *status* supralegal dos tratados de direitos humanos que não foram aprovados por maioria qualificada, conforme observado em trecho de seu voto:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 12.3.2008. (RE-466343.)<sup>37</sup>

Essa tese gera discussão por criar categoria entre tratados de direito internacional com fundamentos éticos semelhantes, de modo que estaria atentando contra o princípio da isonomia. Nesse sentido, Mazzuoli apresenta o seguinte entendimento:

A tese da *supralegalidade* dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada (defendida, v.g., pelo Min. Gilmar Mendes, no RE 466.343-1/SP) peca por desigualar tais instrumentos em detrimento daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma “duplicidade de regimes jurídicos” imprópria para o atual sistema (interno e internacional) de proteção de direitos, uma vez que estabelece “categorias” de tratados que têm o mesmo fundamento ético. E esse fundamento ético lhes é atribuído não pelo Direito interno ou por qualquer poder do âmbito interno (v.g., o Poder Legislativo), mas pela própria ordem internacional da qual tais tratados provêm. Ao criar as “categorias” dos tratados de nível *constitucional* e *supralegal* (caso sejam ou

---

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo 498. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=tratado+e+internacional+e+supralegal&pagina=10&base=INFO>. Acesso em: 26 maio 2020

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466343. Relator Min.: Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 04 jun 2020



não aprovados pela dita maioria qualificada), a tese da *supralegalidade* acabou por regular instrumentos *iguais* de maneira totalmente *diferente* (ou seja, desigualou os “iguais”), em franca oposição ao princípio constitucional da *isonomia*. Daí ser equivocado alocar certos tratados de direitos humanos *abaixo* da Constituição e outros (também de direitos humanos) no *mesmo nível* dela, sob pena de se subverter toda a lógica convencional de proteção de tais direitos, a exemplo daquela situação em que um instrumento acessório teria equivalência de uma emenda constitucional, enquanto o principal estaria em nível hierárquico inferior.<sup>38</sup>

Conclui-se por estes trechos que, apesar de parte da existência de discordância por parte da doutrina, o atual entendimento do STF acerca da classificação hierárquica de tratados de direitos humanos pós EC 45/2004 apenas elevou o Estatuto de Roma de um *status* hierárquico de lei ordinária, para um *status* supralegal.

Por fim, o novo parágrafo 4º desse artigo fez com que a jurisdição do TPI passasse a ser reconhecida formalmente pelo Brasil, ressaltando a necessidade de se aprovar uma regulamentação capaz de internalizar as disposições presentes no Estatuto de Roma.

## 2.2 Das Medidas de Implementação

Apesar da ratificação do Estatuto – e posterior promulgação da EC 45 – terem submetido o Brasil à jurisdição de TPI, era necessário que a legislação brasileira fosse modificada de modo a ser capaz de receber integralmente as disposições contidas no seu texto.

Assim, visando regulamentar os crimes de guerra e crimes contra a humanidade<sup>39</sup>, que ainda não continham previsão na legislação brasileira e, portanto,

---

<sup>38</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

<sup>39</sup> O crime de genocídio já havia sido tipificado pela lei brasileira e o crime de agressão só teve sua definição finalizada com a Conferencia de Revisão de Campala, em 2010



demandavam regulamentação<sup>40</sup>, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República instituiu um Grupo de Trabalho que ficou responsável por elaborar um Projeto de Lei.

Após cerca de quatro anos de trabalhos, os membros deste grupo apresentaram o Projeto de Lei 4038/2008, que tinha como propósito “possibilitar o exercício da jurisdição primária pelo Estado brasileiro e viabilizar a cooperação com o Tribunal Penal Internacional”<sup>41</sup>. Esse projeto foi apensado ao PL 301/2007, apresentado pelo Deputado Dr. Rosinha em março de 2007, que trata de tema semelhante, visto que “define condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário, estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências”<sup>42</sup>.

Atualmente, ambos os processos se encontram prontos para a pauta do Plenário da Câmara dos Deputados.

### 2.2.1 Projeto de Lei nº 301/2007

Conforme informado anteriormente, o Projeto de Lei 301/2007 “define o que configura violação do direito internacional humanitário e infrações conexas e estabelece diretrizes para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal

---

<sup>40</sup> BRASIL. Câmara do Deputados. Projeto de Lei n. 4038/2008. Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=600460&filename=PL+4038/2008](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=600460&filename=PL+4038/2008). Acesso em: 25 maio 2020

<sup>41</sup> BRASIL. Câmara do Deputados. Projeto de Lei n. 4038/2008. Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=600460&filename=PL+4038/2008](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=600460&filename=PL+4038/2008). Acesso em: 25 maio 2020

<sup>42</sup> BRASIL. Câmara do Deputados. Projeto de Lei n. 301/2007. Define condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário, estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=439581&filename=PL+301/2007](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=439581&filename=PL+301/2007). Acesso em: 25 maio 2020



Internacional”<sup>43</sup>. Ademais, entre outros assuntos, o texto determina a cooperação com do Brasil com o TPI e a impossibilidade de se negar cooperação ao Tribunal sob o fundamento de inexistência de procedimentos internos que regulamentem a execução da medida solicitada<sup>44</sup>.

O deputado responsável pela proposta, Dr. Rosinha, justificou seu projeto no entendimento de que o Brasil estaria em débito com a comunidade internacional por ainda não participar integralmente da jurisdição do TPI, o que segundo ele, deveria ter ocorrido simultaneamente à ratificação do Estatuto em 2002. Afirmou ainda que essa Corte era uma das principais conquistas da humanidade, e que essa não participação representava um grande retrocesso<sup>45</sup>.

Por fim, afirmou considerar que com a inserção do parágrafo 4º no art. 5º da CF<sup>46</sup>, se tornava pacificado o entendimento de que não devia restar dúvida quanto a constitucionalidade do TPI em face da Constituição.

### 2.2.2 Projeto de Lei nº 4038/2008

Ao se discutir sobre o projeto apresentado pelo Grupo de Trabalho, deve-se ressaltar os dois objetivos que se buscava alcançar com o texto: (i) incorporar à

---

<sup>43</sup> Art. 1º. BRASIL. Câmara do Deputados. Projeto de Lei n. 301/2007. Define condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário, estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=439581&filename=PL+301/2007](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=439581&filename=PL+301/2007). Acesso em: 25 maio 2020

<sup>44</sup> Art. 26. BRASIL. Câmara do Deputados. Projeto de Lei n. 301/2007. Define condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário, estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=439581&filename=PL+301/2007](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=439581&filename=PL+301/2007). Acesso em: 25 maio 2020

<sup>45</sup> Justificação. BRASIL. Câmara do Deputados. Projeto de Lei n. 301/2007. Define condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário, estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=439581&filename=PL+301/2007](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=439581&filename=PL+301/2007). Acesso em: 25 maio 2020

<sup>46</sup> Art. 5º, § 4º - O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 jun. 2020





legislação brasileira todas as categorias de crimes elencadas no Estatuto de Roma; e (ii) estabelecer procedimentos e canais para processar pedidos de cooperação com o Tribunal<sup>47</sup>.

O primeiro objetivo está relacionado com a ausência de tipificação no ordenamento jurídico brasileiro de grande parte dos crimes contidos no ETPI<sup>48</sup>. Busca-se incorporar em único diploma os crimes de guerra, contra a humanidade e de genocídio, revogando-se quaisquer dispositivos que tratem destes crimes<sup>49</sup>.

Segundo Cardoso<sup>50</sup>, a ideia por trás dessa proposta é tornar desnecessária a atuação complementar do Tribunal ao se assegurar que qualquer lacuna existente na legislação do país seja preenchida, garantido ao país a jurisdição primária em casos de crimes internacionais que, na ausência de legislação no ordenamento brasileiro, são de jurisdição do TPI. Portanto, esse projeto de lei serviria para habilitar o Brasil a julgar qualquer crime elencado pelo ETPI que ocorresse dentro de seu território<sup>51</sup>.

Por sua vez, o segundo objetivo trata da importância de garantir a existência de procedimentos internos para a colaboração com o TPI. Isso ocorre, pois, o Tribunal não dispõe de poderes para diligenciar e, portanto, necessita que o Estado auxilie na realização das diligências necessárias em um processo. Assim, é

---

<sup>47</sup> CARDOSO, Elio. Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil. Brasília: FUNAG, 2012

<sup>48</sup> Apenas o crime de genocídio está tipificado pela lei brasileira. Tanto os crimes contra a humanidade como os crimes de guerra ainda não estão presentes na legislação penal (apesar deste último ter alguns dos atos que o caracterizam no Código Penal Militar). Por fim, vale lembrar que a proposta de lei é anterior à Conferência de Revisão em Campala, responsável pela definição do crime de agressão.

<sup>49</sup> Art. 130 - Ficam revogados: I - a alínea "d" do inciso I do art. 7º do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); II - a Lei no 2.889, de 1º de outubro de 1956; e III - os arts. 208, 395, 401, 402 e 406 do Decreto-Lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar)." BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4038/2008. Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=600460&filename=PL+4038/2008](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=600460&filename=PL+4038/2008). Acesso em: 25 maio 2020

<sup>50</sup> CARDOSO, Elio. Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil. Brasília: FUNAG, 2012

<sup>51</sup> Princípio da Legalidade – Presente tanto na Constituição Federal como no Código Penal, esse princípio determina a impossibilidade de se existir crime sem uma lei anterior que o defina



necessária a existência de procedimentos legais que possibilitem ao Brasil colaborar com o TPI.

Entre os procedimentos para cooperação com o Tribunal presentes nesse PL, destacaremos os presentes no seu capítulo II, que dispõe sobre a prisão preventiva e a entrega. Além de instruir acerca dos procedimentos a serem seguidos em casos de requisição de prisão preventiva e entrega, esse capítulo também versa, entre outros pontos, sobre a prevalência da entrega sobre a extradição (Art. 110 do PL 4038/2008), ao estabelecer que a requisição de entrega prevalecerá sobre o pedido de extradição, nos termos do Art. 90 do ETPI<sup>52</sup> (que trata de pedidos concorrentes)<sup>53</sup>.

A existência dessa disposição, demonstra que o Grupo de Trabalho responsável pela idealização desse projeto não considerava haver incompatibilidades entre os requisitos da extradição e do instituto da entrega, diferentemente do entendimento apresentado pela doutrina opositora a esse instituto. Além deste projeto de lei conter regras diferenciando os institutos da entrega e extradição, ele também orienta questões relativas a situações onde há a concordância do preso com a entrega<sup>54</sup> e situações de entrega temporária<sup>55</sup>, caso em que se entende que a parte de deve responder pelo crime no Brasil.

---

<sup>52</sup> BRASIL. Câmara do Deputados. Projeto de Lei n. 4038/2008. Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=600460&filename=PL+4038/2008](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=600460&filename=PL+4038/2008). Acesso em: 25 maio 2020.

<sup>53</sup> BRASIL. *Decreto Nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm). Acesso em: 04 jun. 2020

<sup>54</sup> Art. 115 – Havendo concordância do preso, sempre que o Direito brasileiro o permitir, o Supremo Tribunal Federal imediatamente ordenará sua entrega e o colocará à disposição do Tribunal Penal Internacional. BRASIL. Câmara do Deputados. Projeto de Lei n. 4038/2008. Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=600460&filename=PL+4038/2008](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=600460&filename=PL+4038/2008). Acesso em: 25 maio 2020

<sup>55</sup> Art. 117 – Se a pessoa reclamada estiver respondendo a procedimento criminal ou cumprindo pena no Brasil por crime diverso daquele que motivou a requisição de entrega, o Brasil, após a ordem de



Logo, fica claro que os institutos da extradição e da entrega são dispositivos diferentes, conforme será abordado a seguir, fato já reconhecido pelos representantes do governo e da sociedade responsáveis pela elaboração deste projeto de lei.

### **3 A APARENTE INCOMPATIBILIDADE ENTRE O ESTATUTO DE ROMA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DOS INSTITUTOS DA ENTREGA E DA EXTRADIÇÃO**

Conforme demonstrado anteriormente, durante as negociações acerca do Estatuto de Roma, a delegação brasileira chegou a levantar questionamentos sobre o instituto da entrega que lá estava previsto, e o da extradição de nacionais, proibido por cláusula pétrea da nossa Constituição Federal.

De acordo com Carlos Japiassú, tal dúvida foi levantada não apenas pelo Brasil, como vários outros países:

Essa dúvida, aliás, perdurou durante a própria Conferência de Roma, para muitos Estados, mormente aqueles cujos ordenamentos jurídicos derivam do sistema do Direito Civil, em especial na Europa e na América do Sul. Nessas regiões, é praxe a vedação à extradição de nacionais e, por isso, muito contestaram esse dispositivo. **A delegação brasileira, por exemplo, apesar de votar a favor do Estatuto na plenária final, fez declaração de voto ressaltando as dificuldades constitucionais que poderiam advir como consequência da admissão da entrega de nacionais**<sup>56</sup>. (grifo nosso)

---

entrega do Supremo Tribunal Federal, caso entenda que a pessoa deva responder pelo crime da jurisdição brasileira, consultará o Tribunal Penal Internacional se a entrega poderá se efetivar em caráter temporário, nos termos da Regra 183 do Regulamento Processual, e se o Tribunal Penal Internacional poderá restituí-la às autoridades brasileiras, ainda que seja absolvida dos crimes internacionais. BRASIL. Câmara do Deputados. Projeto de Lei n. 4038/2008. Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências. Disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=600460&filename=PL+4038/2008](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=600460&filename=PL+4038/2008). Acesso em: 25 maio 2020

<sup>56</sup> JAPIASSÚ, Carlos E. Possibilidades e desafios de adequação do Estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo (org.). Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 199-222, 2005



Assim, a presente monografia busca utilizar do conflito entre a soberania do Estado, e o compromisso brasileiro com os propósitos e princípios do Estatuto para abordar a relação entre os institutos da entrega e da extradição, e suas incompatibilidades apontadas pela doutrina opositora a entrega de nacionais.

### 3.1 Instituto da Entrega

Esse dispositivo, conhecido como Instituto da Entrega (*surrender*), é regulado pelo art. 89 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ETPI), e prescreve a entrega do acusado ao tribunal por qualquer Estado em que se encontre a pessoa, sem fazer qualquer tipo de exceção aos nacionais, de modo que o Estado poderá vir a ter que entregar seus próprios cidadãos se assim determinar o tribunal. Assim, dispõe o art. 89 do ETPI:

O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. Os Estados-Parte darão satisfação aos pedidos de detenção e de entrega em conformidade com o presente Capítulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos interno<sup>57</sup>.

Segundo Mazzuoli:

Não se trata de entregar alguém para outro sujeito de Direito Internacional Público, de categoria igual à do Estado-parte, também dotado de soberania na ordem internacional, mas sim a um organismo internacional de que fazem parte vários Estados. Daí entendermos que o ato de entrega é feito pelo Estado a um tribunal internacional de jurisdição permanente, diferentemente da extradição, que é feita por um Estado a outro, a pedido deste, em plano de absoluta igualdade, em relação a indivíduo neste último processado ou condenado e lá refugiado. A extradição envolve sempre dois Estados soberanos, sendo ato de cooperação entre ambos na repressão internacional de crimes, diferentemente do que o Estatuto de

---

<sup>57</sup> BRASIL. Decreto Nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm). Acesso em: 04 jun. 2020



Roma chamou de entrega, onde a relação de cooperação se processa entre um Estado e o próprio Tribunal.<sup>58</sup>

Trata-se, de um dispositivo crucial para a efetiva jurisdição do Tribunal, conforme salienta Cachapuz de Medeiros<sup>59</sup>, ao apontar que o TPI se mostraria inútil caso não lhe fosse conferido o poder de determinar que seus acusados fossem compelidos a comparecer em juízo.

Entretanto, para Carlos Japiassú, esta norma teve uma consequência. Surgiu a dúvida sobre a existência de uma violação ao art. 5º, LI, CF:

O artigo 89 prevê uma das obrigações fundamentais previstas pelo ordenamento jurídico elaborado na capital italiana, em 1998: a captura e a entrega de indivíduos. Com relação a esta última, não existe, ao longo do Estatuto, qualquer ressalva quanto à entrega de nacionais. Assim, um Estado-Parte poderia ser obrigado a entregar um indivíduo que tenha sua nacionalidade para que venha a ser processado e julgado perante o Tribunal Penal Internacional. Como consequência desta norma, surgiu a dúvida se estaria havendo violação do disposto no artigo 5º, LI, da Constituição Federal, que impede a extradição de brasileiros.<sup>60</sup>

Quanto a esse questionamento que, conforme já mencionado, foi apresentado pela delegação brasileira no plenário final da Conferência, deve-se ressaltar um dos motivos apresentados por Tarciso Dal Maso Jardim **contra essa posição**, distribuído em um artigo ainda durante a Conferência:

a. não se trata do antigo instituto da extradição, que se reporta a entrega de uma pessoa, submetida à sentença penal (provisória ou definitiva), de uma jurisdição soberana a outra. **Trata-se de entrega sui generis, em que um Estado transfere determinada pessoa a uma jurisdição penal internacional que ajudou a construir.** A Constituição

<sup>58</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional e sua integração ao Direito Brasileiro. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, v. 2, p. 1417-1443, 2006

<sup>59</sup> MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. O que é o Tribunal Penal Internacional. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha\\_tpi.htm](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm). Acesso em: 04 jun. 2020

<sup>60</sup> JAPIASSÚ, Carlos E. Possibilidades e desafios de adequação do Estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo (org.). Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 199-222, 2005



brasileira certamente não se refere a esse caso especial, por impossibilidade de lógica e de vaticínio<sup>61</sup>. (grifo nosso)

Apesar disso, a Conferência decidiu pela diferenciação dos institutos devido a muitos ordenamentos jurídicos vedarem a extradição de nacionais. No art. 102 deste mesmo código foi feita uma diferenciação entre entrega e extradição ao se dizer que: “Para fins do presente Estatuto: a) Por entrega, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto; b) Por extradição, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em tratado, em uma convenção ou no direito interno<sup>62</sup>”.

Conforme Marrielle Maia:

A Conferência de Roma criou um regime que estipula a obrigação dos Estados de cooperar plenamente com o Tribunal e assegurar que existam, no direito interno do Estado contratante, procedimentos aplicáveis a todas as formas de cooperação especificadas no Estatuto.<sup>63</sup>

Isso torna evidente que a recusa em entregar um nacional poderia acarretar em responsabilidade internacional, conforme previsto pelo próprio Estatuto. A cooperação internacional dos Estados que aderiram ao Estatuto é fundamental para o devido funcionamento do Tribunal Penal Internacional, e portanto, deve se esclarecer que apesar da entrega de um indivíduo nacional ser o objeto do instituto da entrega, este ainda se trata de um instituto diferente da extradição, e por conseguinte, não se trataria de uma ameaça a soberania brasileira.

---

<sup>61</sup> JARDIM, Tarciso Dal Maso. O Tribunal Penal Internacional e sua Importância para os Direitos Humanos. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha\\_tpi.htm](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm). Acesso em: 04 jun. 2020

<sup>62</sup> BRASIL. *Decreto Nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm). Acesso em: 04 jun. 2020

<sup>63</sup> MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001



### 3.2 Extradição

A Lei de Migração (Lei nº 13.455), sancionada em maio de 2017, estabelece em seu artigo 81 que “a extradição é a medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso.”<sup>64</sup>

Observa-se que a doutrina já apresentava entendimento similar muito antes disso, a exemplo de Mirabete, que definiu extradição como “o ato pelo qual **uma nação entrega a outra** um autor de crime para ser julgado ou punido. Em relação ao Estado que a solicita, a extradição é ativa, em relação ao que a concede passiva”<sup>65</sup>.

Hildebrando Accioly, também apresentou conceituação semelhante ao afirmar que “o ato pelo qual **um Estado entrega um indivíduo acusado** de fato delituoso, ou já condenado como criminoso **à justiça de outro Estado** competente para julgá-lo e puni-lo”<sup>66</sup> (grifo nosso). Tal conceito, demonstra um entendimento, compartilhado por outros autores, de que a extradição se trata, essencialmente, de um comprometimento de mútua assistência por parte dos Estados buscando impedir que seja possível se livrar de uma condenação criminal ao buscar abrigo em outro território, ou seja, a extradição garante que fronteiras políticas não sejam utilizadas com fator de impunidade.

Observa-se ainda a jurisprudência do STF sobre o assunto mantém entendimento firme acerca da necessidade de caráter intergovernamental em casos de extradição:

Não custa ressaltar, neste ponto, na linha da diretriz jurisprudencial firmada por esta Corte, que o processo de extradição faz instaurar uma relação de caráter

---

<sup>64</sup> BRASIL. *Lei nº 13.445, de 24 de Maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm). Acesso em: 04 jun. 2020

<sup>65</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; MIRABETE, Renato. *Manual de direito penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010

<sup>66</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998



necessariamente intergovernamental, o que afasta a possibilidade de terceiros, desvestidos de estatalidade, formularem pleitos de natureza extradicional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ext 1302/DF. Requerente: Governo da Argentina. Extraditando: Tito Cordoba Santillan. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Brasília, 17 dez 2013. DJE-213, divulgação: 29 out. 2014, publicação: 30 out. 2014.)

Extradição. Pressuposto. Competência. 1. É pressuposto essencial da extradição que seja ela requerida por Governo de país estrangeiro. 2. Pedido não conhecido, visto que formulado por autoridade judiciária estrangeira.” (RTJ 64/22, Rel. Min. BILAC PINTO)

Extradição: inadmissibilidade da formulação do pedido por carta rogatória de juiz estrangeiro [...]. 1. O processo de extradição passiva só se instaura mediante pedido de governo do Estado estrangeiro. [...]” (RTJ 184/674, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE)

O Supremo Tribunal Federal, no sistema constitucional brasileiro, somente dispõe de competência originária para processar e julgar as extradições passivas, requeridas, ao Governo do Brasil, por Estados estrangeiros. [...]. Os pedidos de extradição, por envolverem uma relação de caráter necessariamente intergovernamental, somente podem ser formulados por Estados soberanos, falecendo legitimação, para tanto, a meros particulares. Doutrina. Precedentes.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ext 955-Tutela Antecipada/DF. Requerente: Governo da Espanha. Extraditando: Jaime Foz Suárez. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Brasília, 18 maio 2006. DJ 10 out. 2006)

Dessa forma, além da evidente necessidade de dois Estados para que a extradição ocorra, Marcelo Uchôa também reconhece, no Brasil, outros princípios fundamentais da extradição:

a) Ou se dá ou se julga (*aut dedere aut judicat/punire*): o Estado ao qual se solicita a extradição compromete-se a julgar o extraditando, segundo o crime motivador da extradição, caso o pedido de extradição seja negado; b) Dupla incriminação/identidade: somente haverá extradição se o crime objeto do pedido de extradição for tido como crime nos dois Estados; c) Non bis in idem, não ocorrerá extradição de pessoa julgada por tribunal nacional e com decisão transitada em





julgado; d) Especialidade: o extraditando somente será julgado pelos crimes especificados no pedido de extradição.<sup>67</sup>

Finalmente, é importante ressaltar que assim como ocorreu com muitos países durante as discussões em Roma, uma das principais razões pelo qual o Estatuto de Roma foi questionado pelo Brasil está relacionada a extradição, ou mais especificamente, a vedação constitucional à extradição de brasileiros natos.

### 3.2.1 Vedação na Extradição de Brasileiros Natos

A Constituição Federal prevê em seu art. 5º, LI, tratamento diferenciado para o brasileiro nato ao estabelecer que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.”<sup>68</sup>

Esse inciso determina que brasileiros natos não podem ser extraditados em nenhuma situação, pois não seria correto que alguém nascido brasileiro tivesse que se submeter à aplicação de uma lei desconhecida, que poderia ser injusta ou imparcial.

Este dispositivo constitucional fez com que durante a Conferência de Roma, fossem apresentadas ressalvas ao instituto da entrega, uma vez que o fato do indivíduo ser ou não brasileiro nato, não se configuraria como um impedimento à sua entrega. Dessa forma, essa vedação se tornou um dos argumentos utilizados por doutrinadores que defendem a incompatibilidade do instituto da entrega com a Constituição, conforme será tratado a seguir.

---

<sup>67</sup> UCHÔA, Marcelo Ribeiro. O não nacional no Brasil e a lei de migração n. 13.445/2017. JORNADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, 6., Grupo de Trabalho 8. Fortaleza, 2019

<sup>68</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 jan. 2020



### 3.3 Da discussão acerca da compatibilidade entre o Instituto da Entrega e o Ordenamento Jurídico Brasileiro

Conforme previamente esclarecido, a instituto da entrega ocorre com a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal, enquanto a extradição ocorre com a entrega de uma pessoa entre Estados. Entretanto, um dos principais argumentos utilizados pelos opositores do instituto da entrega é o de que estes institutos, entrega e extradição, seriam a mesma coisa. A distinção presente no Estatuto de Roma seria meramente artificial, não devendo ser utilizada como meio para fazer com que este prevalecesse sobre a Carta Magna. Também é alegado que os indivíduos têm o direito de serem julgados por seus países, de forma que a entrega seria uma renúncia ao direito de punir pelo Estado, que estaria abdicando de sua soberania. Por fim, utilizam-se do argumento de que o Estado é responsável por assegurar uma justiça imparcial, que inexistiria nos tribunais estrangeiros<sup>69</sup>.

Com bases nessas opiniões, tentarei demonstrar que estas supostas incompatibilidades entre os dispositivos são apenas aparentes.

Enquanto a extradição é feita entre dois Estados, ambos soberanos, atuando em igualdade contra crimes internacionais, a entrega ocorre para um organismo internacional, aceito por ambos os Estados Parte, que não caracteriza uma jurisdição estrangeira e, portanto, não se qualifica como ameaça à soberania<sup>70</sup>. Argumentar que ambos os institutos seriam a mesma coisa geraria o entendimento de que as proibições constitucionais à extradição, a exemplo da vedação a extradição de brasileiro nato, também seriam aplicáveis à entrega prevista no ETPI, o que tornaria inviável sua aplicação nos termo desse Estatuto com o qual o Brasil assumiu a obrigação de cooperar quando o ratificou, e que teve sua jurisdição reconhecida pela

---

<sup>69</sup> Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, Luiz Alberto Araújo e Luiz Regis Prado referindo à Von Glahn que sustenta as razões da posição adotada pelos Estados Unidos quanto a extradição e entrega de nacionais. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. A relação extraditacional no direito brasileiro, Belo Horizonte: Del Rey, p. 149, 2001

<sup>70</sup> SIMÕES, Natalia Mascarenhas. *A recepção do instituto da entrega ao Tribunal Penal Internacional nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade do Porto, Porto, 2010



Constituição com a EC 45/2004. Finalmente, é necessário recordar o disposto no parágrafo 2,º do art. 5º, da Constituição<sup>71</sup> que afirma de maneira categórica que os direitos e garantias previstos na nossa Carta Magna não excluem aqueles provindos de tratados dos quais o Brasil é parte, de modo que não haveria de se argumentar que essa distinção é apenas para fazer com que o ETPI prevaleça sobre a Constituição Federal.

Quanto a segunda alegação, deve-se abordar dois pontos: o princípio da complementaridade e a soberania brasileira. O princípio da complementaridade, estabelece que a atuação do Tribunal Penal Internacional será subsidiária à jurisdição estatal, atuando apenas em determinados casos. Por sua vez, a soberania é o direito de todo Estado de definir acerca de seus ordenamentos e controlar diversos aspectos de seus territórios, como sua política e jurisdição.

Esses aspectos se misturam, pois, o ETPI estabelece por meio do princípio em discussão que somente serão julgados pela Corte aqueles crimes que os tribunais brasileiros fossem incapazes ou estivessem indisponíveis para julgar e, ao ratificar tal Estatuto, o Brasil – em pleno exercício de sua soberania e obrigando-se a cumprir com o que ali estava disposto – tinha ciência disso. Desse modo não se pode considerar que houve a abdicação da soberania brasileira e seu direito de punir quando esta decisão foi feita utilizando-se desta soberania e com a ciência de que o TPI serviria como último recurso.

Por fim, quanto ao argumento de que o Estado é responsável por assegurar uma justiça imparcial, que inexistiria nos tribunais estrangeiros, Cachapuz de Medeiros explicita que o Tribunal Penal Internacional é uma instituição criada para processar e julgar os crimes mais atrozes contra a dignidade humana de forma justa, independente e imparcial, dando-se ênfase ao termo “independente”, que garante que

---

<sup>71</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 jan. 2020



o Tribunal possa funcionar sem a interferência de qualquer outro país<sup>72</sup> ou qualquer outra interferência externa.

Com isso, observa-se que a ratificação do Estatuto de Roma é resultado de um ato de soberania do Estado e que, uma vez aderido, passa a existir a obrigação de cooperação com o TPI, que ganha sua legitimidade da aceitação voluntária das partes à sua jurisdição.

Por fim, vale apontar que apesar de todos os conflitos sobre o tema, até a presente data, o único momento em que o STF se manifestou acerca do assunto foi ao comentar acerca da diferença entre a extradição e o instituto da entrega no despacho proferido na Petição (Pet) 4625, que requeria a entrega do Chefe de Estado do Sudão<sup>73</sup>.

### 3.4 Petição 4625 – STF

A petição 4625/República Do Sudão tratava de pedido de detenção e posterior entrega do presidente do Sudão, Omar al-Bashir, que havia sido acusado de suposta prática de crimes contra a humanidade e de guerra. Esse foi o primeiro pedido transmitido ao STF que requeria a detenção e entrega de alguém que, no momento em que o Tribunal Penal Internacional realizou o pedido, estava na posição de Chefe de Estado de outro país, o que de acordo com o ETPI, não se apresentaria como um obstáculo<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. O que é o Tribunal Penal Internacional. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha\\_tpi.htm](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm). Acesso em: 04 jun. 2020

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 4.625-1 República do Sudão. Requerente: Tribunal Penal Internacional (Estatuto De Roma). Requerido: Omar Al Bashir (Presidente do Sudão). Rel.: Min. Ellen Gracie. Decisão proferida pelo: Min. Celso de Mello Presidente, em exercício. Brasília, 17 jul. 2009. Publicação: 04 ago. 2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/Pet4625.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020

<sup>74</sup> Conforme abordado anteriormente, a Responsabilidade Criminal Individual da Corte determina que ela julgará qualquer indivíduo que tiver violado o direito internacional humanitário, independente sua posição e eventuais privilégios e imunidades decorrentes desta



Em seu despacho, o Ministro Celso de Mello ressaltou se tratar de matéria que suscitaria reflexões acerca do Tribunal Penal Internacional e de seu Estatuto em face das diversas objeções que a doutrina nacional vinha expondo, apontando entre elas a discussão acerca da possibilidade de entrega de nacionais para julgamento perante o TPI.

Ao tratar da questão referente aos institutos da entrega e da extradição, o Ministro afirmou que o pedido de entrega (citado como “cooperação e auxílio judiciário”), não deveria ser confundido com a extradição, citando o próprio dispositivo do ETPI e a distinção naquele texto apresentada.

Afirmou ainda que, apesar de ambos os institutos consistirem na entrega de determinada pessoa, a extradição se diferenciaria em um plano conceitual, uma vez que somente poderia ocorrer tendo um Estado soberano como autor, e não organismos internacionais “ainda que revestidos de personalidade jurídica de direito internacional público, como o Tribunal Penal Internacional”<sup>75</sup>, como seria o caso com o Tribunal Penal Internacional. Por fim, ressaltou que para que o processo de extradição ocorra, é necessário caráter intergovernamental, entendimento que demonstrou ser compartilhado por doutrinadores como Carolina Cardoso Guimarães Lisboa, Alexandre De Moraes, Uadi Lammêgo Bulos, Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, Álvaro Mayrink Da Costa e Francisco Rezek.

Finalmente, o Ministro determinou que por se tratarem de institutos distintos, seria inviável autuar o pedido de entrega como um pedido extradição (o que justifica tal pedido ter sido classificado como “petição”), de modo que fica comprovada a concordância do STF – visto se tratar do único entendimento já apresentado pela Suprema Corte brasileira acerca do assunto – com a diferenciação presente entre os

---

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 4.625-1 República do Sudão. Requerente: Tribunal Penal Internacional (Estatuto De Roma). Requerido: Omar Al Bashir (Presidente do Sudão). Rel.: Min. Ellen Gracie. Decisão proferida pelo: Min. Celso de Mello Presidente, em exercício. Brasília, 17 jul. 2009. Publicação: 04 ago. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/Pet4625.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020



dispositivos no ETPI, bem como o fato discutido nesse trabalho de que o instituto da entrega não representa um impedimento à recepção do Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico brasileiro.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar que o Brasil, aderir ao Estatuto de Roma, não estava ferindo Constituição da República no tocante à aplicação do instituto da entrega em face da vedação constitucional à extradição de brasileiros natos. Além disso, também tentou-se esclarecer que a adesão do Estado ao Estatuto, não configurava uma ameaça à soberania do país, e sim uma forma de exercício da mesma.

Na pesquisa desenvolvida abordamos tanto os aspectos históricos que levaram à elaboração do Estatuto de Roma, tratado responsável pela criação do Tribunal Penal Internacional, quanto as principais características dessa corte, que mais tarde mostraram-se necessárias para se esclarecer a inexistência de incompatibilidade entre o Estatuto de Roma e o Ordenamento Jurídico Brasileiro – no tocante aos dispositivos da entrega e da extradição – e a impossibilidade deste instituto constituir uma ameaça a soberania do Brasil.

Essa incompatibilidade, apesar de ser alegada por alguns doutrinadores, é ilusória, visto que a diferenciação entre entrega e extradição não apenas foi feita pelo próprio ETPI, como também foi aludida em decisão feita pelo Supremo Tribunal Federal, apresentada por grande parte da doutrina e é até mesmo possível de ser inferida dos projetos de lei para implementação do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto a sua relação com soberania nacional, observa-se o processo requerido pelo ordenamento jurídico brasileiro para celebrar e ratificar tratados, que requer uma atuação conjunta dos Poderes Legislativo e Executivo, demonstrando



que tratados internacionais são resultado do consenso de um Estado, que sua ratificação se trata de uma escolha e, portanto, representa exercício da soberania de um país.

Dessa forma, é possível perceber que a entrega e a extradição são ações diferentes e, portanto, este instituto não agiria contra a vedação à extradição de brasileiros natos prevista na nossa Carta Magna. Além disso, podemos observar que aderir a um tratado é uma escolha do Estado, utilizando-se de sua soberania, de modo que não é possível alegar que um dispositivo ali presente seja considerado uma ameaça a soberania nacional.

Conclui-se, então, que não apenas o instituto da entrega não configura um impedimento a recepção do Estatuto de Roma, como também não configura qualquer ameaça a soberania brasileira, uma vez que foi o Brasil, no exercício de sua soberania, utilizando-se de sua liberdade e autonomia, que manifestou sua vontade de aderir e ratificar este documento

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ACORDO de Londres. 08 ago 1945. Disponível em: [https://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/cc1beb97-9884-4aa1-b902-e897a8299bec/publishable\\_en.pdf](https://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/cc1beb97-9884-4aa1-b902-e897a8299bec/publishable_en.pdf). Acesso em: 04 jun. 2020.

ANNAN, Kofi. Secretary-General Opens United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court. *United Nations*. Roma, 1998. Disponível em: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/1998-06-15/secretary-general-opens-united-nations-diplomatic-conference>. Acesso em: 04 jun. 2020.

BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. Tribunal Penal Internacional: histórico, aspectos estruturais e conflitos com a Constituição Federal. *Âmbito Jurídico*, 1 maio 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/tribunal->



penal-internacional-historico-aspectos-estruturais-e-conflitos-com-a-constituicao-federal/. Acesso em: 04 jun. 2020.

BRANDÃO, Renata Costa Silva. *Tribunal Penal Internacional: uma nova realidade do Direito Penal Internacional para a garantia da segurança dos Direitos Humanos*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 jan. 2020.

BRASIL. *Decreto Nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm). Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/152-tribunal-penal-internacional>. Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. *DECRETO No 13.990, de 12 de Janeiro de 1920*. Promulga o Tratado de Paz entre os países aliados, associados e o Brasil de um lado e de outro a Alemanha, assinado em Versailles em 28 de junho de 1919. Disponível em: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0043.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de Dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 04 jun. 2020

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de Maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm). Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Constituição (1824), Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <https://ideg.com.br/constituicao-do-imperio-do-brasil-1824>. Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Câmara do Deputados. Projeto de Lei n. 4038/2008. Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas





processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências. Disponível em:  
[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=600460&filename=PL+4038/2008](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=600460&filename=PL+4038/2008). Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. Câmara do Deputados. Projeto de Lei n. 301/2007. Define condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário, estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências. Disponível em:  
[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=439581&filename=PL+301/2007](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=439581&filename=PL+301/2007). Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 4.625-1 República do Sudão. Requerente: Tribunal Penal Internacional (Estatuto De Roma). Requerido: Omar Al Bashir (Presidente do Sudão). Rel.: Min. Ellen Gracie. Decisão proferida pelo: Min. Celso de Mello Presidente, em exercício. Brasília, 17 jul. 2009. Publicação: 04 ago. 2009. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/Pet4625.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ext 1302/DF. Requerente: Governo da Argentina. Extraditando: Tito Cordoba Santillan. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Brasília, 17 dez 2013. DJe-213, divulgação: 29 out. 2014, publicação: 30 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ext 955-Tutela Antecipada/DF. Requerente: Governo da Espanha. Extraditando: Jaime Foz Suárez. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Brasília, 18 maio 2006. DJ 10 out. 2006

CARDOSO, Elio. *Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil*. Brasília: FUNAG, 2012.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 3. ed. Oxford: OUP, 2013

CRYER, Robert; FRIMAN, Håkan; ROBINSON, Darryl; WILMSHURST, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

FERNANDES, David Augusto. *Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: introdução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.



GUIMARÃES, Rodrigo Duarte. *O Estatuto de Roma, a entrega de nacionais e a Constituição brasileira*. 2006. Monografia (Pós-Graduação em Direito Penal) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2006.

JAPIASSÚ, Carlos E. Possibilidades e desafios de adequação do Estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo (org.). *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 199-222, 2005.

JARDIM, Tarciso Dal Maso. O Tribunal Penal Internacional e sua Importância para os Direitos Humanos. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha\\_tpi.htm](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm). Acesso em: 04 jun. 2020.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional e sua integração ao Direito Brasileiro. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, v. 2, p. 1417-1443, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional: integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional. *Revista de Informação Legislativa*, Rio de Janeiro, v. 164, n.ano 100, p. 157-178, 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1013/R164-10.pdf?sequence=4>. Acesso em: 04 jun. 2020.

MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000.



Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha\\_tpi.htm](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm).  
Acesso em: 04 jun. 2020.

MELLO, Pablo; MELCHIORS, Rafaela; DAVID, Thomaz de. Os critérios de determinação da competência do tribunal penal internacional (TPI): *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis* e *ratione loci*. 9. CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Anais...* Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2018/arquivos/10.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini; MIRABETE, Renato. *Manual de direito penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NEVES, Thiago de Andrade. Fundamento jurídico da responsabilidade internacional do indivíduo. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, v. 5, p. 517-572, 2009.

ONU. *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court*. Roma, 1998. v. 2. Disponível em: [https://legal.un.org/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings\\_v2\\_e.pdf](https://legal.un.org/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings_v2_e.pdf). Acesso em: 04 jun. 2020.

ONU. *Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court*. Nova York, 1995. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/b50da8/pdf/>. Acesso em: 04 jun. 2020.

ONU. *RESOLUÇÃO RC/Res. 6*, Campala, 2010. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/source/docs/RC-Res.6-ENG.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIRES, Luciana de Paula. A constitucionalidade da entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional. *Âmbito Jurídico*, 1 nov. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-94/a-constitucionalidade-da-entrega-de-nacionais-ao-tribunal-penal-internacional/>. Acesso em: 04 jun. 2020.

SIMÕES, Natalia Mascarenhas. *A recepção do instituto da entrega ao Tribunal Penal Internacional nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade do Porto, Porto, 2010.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O Tribunal Penal Internacional e a proteção aos direitos humanos: uma análise do Estatuto de Roma à luz dos princípios do direito internacional da pessoa humana. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 3, n. 12, p. 9-31, jul./set. 2004.



TAUNAY, Sthefanny Ribeiro Pereira. *Tribunal Penal Internacional: a compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro com o ato de entrega (“Surrender” ou “Remise”) previsto no estatuto de Roma*. 2016. 53 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Ciências da Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direitos Humanos: personalidade e capacidade jurídica internacional do indivíduo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Org.). *O Brasil e os novos desafios do Direito Internacional*, 2004, p. 199-263.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. O não nacional no Brasil e a lei de migração n. 13.445/2017. JORNADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, 6., Grupo de Trabalho 8. *Anais...*Fortaleza, 2019.

VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ZGONC-ROŽEJ, Miša. *International Criminal Law Manual*. London: IBA, 2010.



# O PRINCÍPIO DA ISONOMIA APLICADO AOS CRIMES DE COLARINHO BRANCO

Rayanne Marques de Miranda<sup>1</sup>

## RESUMO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar através de uma análise bibliográfica - em especial doutrinária - a aplicabilidade do princípio da isonomia no tocante aos crimes de colarinho branco. De acordo com uma análise realizada através de julgados, foi possível ressaltar a seletividade existente no sistema penal no tocante aos indivíduos marginalizados. Através de citada análise pode-se observar a atuação seletiva do sistema penal brasileiro, o sistema escolhe selecionados e os puni. No tocante a tal seleção, chega-se à conclusão de um princípio constitucional inaplicado a todos os indivíduos, há preteridos.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Isonomia. Crime de Colarinho Branco. Selecionados. Preteridos.

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente, há uma vasta prática de crimes de colarinho branco - crimes silenciosos para obtenção de benefício financeiro - deste modo, ao realizar estudos e leituras ao longo da minha graduação, pude observar a discrepância obtida em relação a estes delitos, se comparados aos delitos comuns.

É de importância ressaltar o fato de telejornais realizarem uma exposição exacerbada de crimes comuns e sua punição, deste modo tais condutas são de conhecimento da sociedade; em contrapartida os delitos silenciosos, entretanto os quais atingem gravemente a sociedade, sequer são noticiados. Operações como a mítica Lava Jato, são apenas uma amostra extremamente exposta através da mídia de justiça.

---

<sup>1</sup> Graduanda em direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS, Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. E-mail: rayanne.miranda@sempreceub.com.



Através de uma diversificada consulta de doutrinas, é exposto no texto em um primeiro momento, o conceito de princípio da isonomia e a sua aplicabilidade em âmbito constitucional bem como em âmbito penal. Aborda-se também as escolas criminológicas, com o desígnio de explicitar, o advento da isonomia ou falta da mesma; no que corresponde aos crimes de colarinho branco, no tocante aos crimes comuns contra o patrimônio. Realiza-se, outrossim, uma análise em relação aos criminosos e criminalizados e suas diferenças, pois há um etiquetamento criminal e estigma ante a esses indivíduos que praticam delitos. Em síntese, conclui-se se o devido princípio da isonomia é aplicado a todos que cometem crimes, ou à apenas selecionados pelo sistema penal.

## 2 A NORMA CONSTITUCIONAL E SUA APLICABILIDADE

No presente trabalho de conclusão de curso, será abordado a aplicação do princípio constitucional da isonomia em relação aos crimes de colarinho branco. Em seu arcabouço inicial será tratado o conceito de princípio da isonomia, pois é imprescindível para o bom desenvolvimento do projeto. Deste modo, será logo a frente abordado o conceito de princípio da isonomia em seus diversos âmbitos, a sua aplicabilidade para norma constitucional e para a norma penal<sup>2</sup>

De acordo com a Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 5º, caput; que versa sobre o Princípio da Isonomia, *in verbis*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”,<sup>3</sup> não há distinção entre um cidadão e outro. Essa igualdade vista na norma constitucional, é dita como igualdade formal, segundo o direito constitucional brasileiro, a igualdade formal trata-se da total igualdade entre

---

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. *E-book*. p. 9. Disponível em: [www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIQUALDADE](http://www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIQUALDADE). Acesso em: 11 maio 2020

<sup>3</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 18 maio 2020



os cidadãos, sem distinção de sexo, cor, ou classe social, ou seja, perante a lei todos são tratados de forma isonômica<sup>4</sup>.

Também pode se citar a igualdade material - o conhecido manifesto de Aristóteles, citado na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”<sup>5</sup> ou seja, haverá igualdade sim, porém haverá desigualdade para que todos possam ser realocados em um patamar mais consoante possível, mesmo que para isso seja necessário utilizar de medidas desiguais entre um cidadão e outro<sup>6</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra, Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, faz uma exposição a respeito do princípio da isonomia e cita que este não deve ser cumprido de maneira a qual está descrito expressamente na norma constitucional, ou seja, não deve ser cumprido como está descrito na letra da lei, mas sim com uma interpretação mais abrangente, isto é, o princípio magno da igualdade para o direito constitucional, segundo Celso de Mello, deve ser cumprido segundo a interpretação do aplicador<sup>7</sup>.

É necessário, uma interpretação humana do Preceito Magno, trazê-lo para o universo atual e assim aplica-lo a realidade, o princípio constitucional é norma feita para o aplicador. Ora, é a partir do aplicador que este deve ser cumprido de modo que deve ser trazido aos indivíduos a igualdade tão almejada e descrita na Carta

---

<sup>4</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. *E-book*. p. 9-10. Disponível em

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. *E-book*. p. 10. Disponível em: [www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIGUALDADE](http://www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIGUALDADE). Acesso em: 11 maio 2020

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. *E-book*. p. 9-10. Disponível em: [www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIGUALDADE](http://www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIGUALDADE). Acesso em: 11 maio 2020

<sup>7</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. *E-book*. p. 9-10. Disponível em: [www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIGUALDADE](http://www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIGUALDADE). Acesso em: 11 maio 2020



Magna Brasileira. A sua aplicação é feita de forma humana com visão à aplicação do princípio da isonomia<sup>8</sup>.

É importante ressaltar que a lei não pode ser fonte de benefícios particulares, mas sim um mecanismo regulador da convivência entre os cidadãos; nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “este é o conteúdo político ideológico pelo o qual deve ser a aplicação do princípio constitucional da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral”<sup>9</sup>. Ou seja, a aplicação do que deve ser os textos constitucionais, os quais devem ser pautados de forma interpretada e humana. A aplicabilidade da lei constitucional, no âmbito relacionado ao princípio da isonomia, mesmo que por intermédio do aplicador deve ser justa e correta, o mais equânime o possível para todos<sup>10</sup>.

## 2.1 A norma penal e sua aplicabilidade

Em âmbito penal, é necessário primeiramente falar sobre o conceito de direito penal, este é um conceito abrangente e de difícil definição exata, pois em diversos títulos há vários conceitos distintos concedidos à ciência penal, mas o que é partilhado entre eles é o fato que são penas cominadas às condutas criminosas, as quais encontram-se no código penal brasileiro, condutas estas que podem afetar a sociedade<sup>11</sup> Cabe ressaltar que a partir do momento da formação da sociedade, é necessário o direito penal, pois nesta sociedade existirá crimes de diversos níveis de

---

<sup>8</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. *E-book*. p. 9-10. Disponível em: [www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIQUALDADE](http://www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIQUALDADE). Acesso em: 11 maio 2020

<sup>9</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. *E-book*. p. 10. Disponível em:

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. *E-book*. p. 9-11. Disponível em: [www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIQUALDADE](http://www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIQUALDADE). Acesso em: 11 maio 2020

<sup>11</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 18. ed. Niterói: Impetus, 2016. p.1-3.





gravidade e naturezas, mas o fato é, existirá crime, certamente<sup>12</sup>. Nas palavras de Estefam: “onde existe sociedade, existe o crime – *ubi societas, ubi crimen*”.<sup>13</sup>

Em âmbito da aplicabilidade do princípio da isonomia na lei penal brasileira, pode-se ressaltar o fato dos princípios constitucionais serem complementos aos princípios penais. Princípios são normas muito amplas e deste modo deixam diversas lacunas a ser preenchidas, por este motivo sua verificação de aplicabilidade torna-se mais dificultosa. Outrossim abrem espaço para arbitrariedades e logo mais inconstitucionalidades que por vezes podem passar despercebidas. O que gera arbitrariedades por parte dos aplicadores da norma, aplicadores estes que consequentemente norteiam o sistema penal brasileiro.<sup>14</sup>

Os princípios são uma fonte normativa que dão espaço para a aplicabilidade arbitrária da lei, pois são fontes normativas amplas e tendem a ter um alto grau de abstração. Quanto a esfera penal, não há imposição restritiva ao princípio da isonomia para o direito penal, este se resume ao direito constitucional puro e nem sempre é aplicado no direito penal, principalmente ao que cabe o princípio constitucional da isonomia, ao fato que certos comportamentos da sociedade já são previamente criminalizados ou descriminalizados.<sup>15</sup>

O Direito Penal brasileiro tem seus limites estabelecidos na Constituição brasileira. De fato, a Constituição pode ser considerada um pilar do Direito Penal, porém como os princípios da Constituição Federal estão implícitos no Direito Penal, há como consequência a não aplicação dos princípios constitucionais em si, mas sim uma série de fracionamentos e concatenações da ciência penal ante aos princípios constitucionais, o fato é, no que tange os princípios constitucionais há a abertura de

---

<sup>12</sup> ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraivajur, 2018. p. 34-35

<sup>13</sup> ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraivajur, 2018. p.35

<sup>14</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios

<sup>15</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraivajur, 2012. p. 17



uma janela para a aplicação arbitrária e desigual do direito penal, principalmente quando se trata do princípio da isonomia.<sup>16</sup>

Seria utópico e romântico deslegitimar a necessidade do funcionamento do Direito Penal, ao menos nas contensões de delitos causados na sociedade principalmente nos delitos de maior magnitude, isso colocaria em voga a segurança da sociedade, uma vez que o direito penal é uma forma de organização social, o qual garante a segurança e boa convivência da sociedade como um todo, o direito penal é necessário, entretanto há uma maneira para a boa aplicação da ciência penal<sup>17</sup>

Todavia, a boa aplicação da ciência penal no sistema penal seria ideal e para que isto ocorra é necessário primeiramente discriminar o conceito destes dois termos. Entende-se como Direito Penal, as normas jurídicas que conjecturam os crimes e lhe determinam sanções, ou seja, crimes que estão versados nas legislações penais brasileiras e suas penas, de modo que regulam a juridicidade. É a disposição usual dos delitos e a aplicação das devidas sanções a tais ações que concernem a sociedade.<sup>18</sup>

Segundo Nilo Batista, há um grupamento de normas que funcionam associadas ao Direito Penal, são as legislações penais espaciais, para que se proceda o devido exercício do sistema penal, tratam-se das seguintes legislações<sup>19</sup>: “O Código de Processo Penal, a lei de execução penal, os regulamentos penitenciários, bem como a organização judiciária e a organização policial”<sup>20</sup>, todos funcionando em complexo conjunto para o funcionamento do sistema penal. Visto de modo que passam por etapas pode-se enxergar claramente que com essas legislações

---

<sup>16</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraivajur, 2012. p. 18

<sup>17</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraivajur, 2012

<sup>18</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan

<sup>19</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 24

<sup>20</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 24



pertencentes ao direito penal estão passando por três instituições - a policial, a judiciária e a penitenciária, estas instituições compõe o sistema penal.<sup>21</sup>

Contudo, ao tratar-se de sistema penal, há uma grande questão. O sistema penal, a princípio é exposto como a sujeição equânime das normas penais para com a sociedade. Entretanto, o sistema penal é composto por três organizações, o sistema policial, o judiciário e o sistema prisional,<sup>22</sup> que teoricamente demonstram-se igualitários, porém na atuação são seletivos, atingindo apenas determinadas pessoas - as pessoas que lhe interessam - de um certo grupo social, étnico e socioeconômico.<sup>23</sup>

Apenas retratado teoricamente como um sistema equânime, pois em sua aplicação, a norma penal deveria ser aplicada de modo nivelado a todos, ou seja, atingir de forma igualitária a sanção em razão de uma conduta delituosa, pois assim trata-se o direito penal, mas vale ressaltar que esta é apenas uma teoria, onde encontra-se as legislações<sup>24</sup>.

Contudo, seu desempenho é na realidade seletivo, o funcionamento do sistema penal é designado para atingir um certo grupo de pessoas previamente selecionadas, integrantes de um certo grupo social já pré-determinado e a sua conduta é apenas justificativa para imposição de certa intervenção, que ultrapassa o limite da aplicação da pena correta e essencial.<sup>25</sup>

Ou seja, em se tratando do real desempenho do sistema penal, trata-se de um modo repressivo de lidar com uma certa parcela da sociedade, parcela esta já selecionada previamente. O sistema penal, na realidade trata-se de um sistema rotulado, entretanto já promove socialmente uma clientela, e esta é escolhida para

---

<sup>21</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 25

<sup>22</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 25

<sup>23</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 25

<sup>24</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 25-26

<sup>25</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 25-26



padecer do modo que realmente atua na sociedade, e é desta forma o qual contradiz entre o pragmatismo legal e o concreto desempenho das entidades que o exercem na coletividade<sup>26</sup>

Conclui-se que, o sistema penal é utilizado como um instrumento de controle social, de modo que não há paridade em sua aplicação, certos comportamentos já são esperados por um determinado grupo de pessoas, e o sistema já tem um modo de agir certo e organizado. Acerca de controle social deve-se compreender que representa o complexo de instituições do sistema penal, as quais têm em si técnicas e sanções sociais que têm como objetivo propiciar e atestar que os indivíduos se sujeitem aos moldes e às normas impostos pela sociedade e pelo sistema penal.<sup>27</sup>

Atualmente a doutrina geralmente faz vista grossa ao se tratar da seletividade penal, questão que é significativa, pois trata-se de uma particularidade estrutural sensível à análise tanto social quanto política da autoridade punitiva. Porém, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, “ a única forma possível de tornar legítimo o poder punitivo é reconhecendo a existência da seletividade - ignorando a sua existência ou fazendo vista grossa quanto a sua existência ou apelando ao mero valor da aplicação da pena<sup>28</sup>” - mas de qualquer modo reconhecendo que há um tratamento de escolhidos, tratamento este faz a perfeita diferença entre criminosos e criminalizados<sup>29</sup>

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, o valor da pena quando se trata de uma esfera de seletividade penal legitimada é apelativo e simbólico, de modo que a aplicabilidade da sanção tem como a prevenção geral positiva, pois ainda que cumprida, a pena atua em um número reduzido de casos ou até em nenhum, com

---

<sup>26</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 25

<sup>27</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraivajur, 2012. p. 25 *apud* MOLINA, Antonio García Pablos de. **Derecho penal: introducción**. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Cupletense, 2000. p. 23.

<sup>28</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 88

<sup>29</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 88



relação a delitos específicos, ou seja, há delitos em que a pena irá obter sua real funcionalidade e outros delitos irá obter pouca ou até nenhuma.<sup>30</sup>

De acordo com Jean Bodin, na obra de Eugenio Raúl Zaffaroni que expunha sobre a prevenção geral positiva no século XVI, e que as teses de hoje são uma volta ao seu discurso, discorre como era e ainda é a aplicação da pena, pois é exposto o que havia a respeito da seletividade penal, e que ainda hoje há, pois existe preferência em punir um certo grupo<sup>31</sup>, nas palavras de Bodin:

Há dois meios pelos quais as Repúblicas mantêm seu Estado e sua grandeza: os prêmios e os castigos. Os primeiros para os bons, e os outros para os maus. Sem este equilíbrio só resta esperar a inevitável ruína do Estado. Sem dúvida, não é necessário que todos os fatos criminosos sejam castigados, porque não haveria juízes em número suficiente para fazê-lo e tampouco carrascos para executar suas ordens. Deste modo, para dez crimes há apenas uma condenação e normalmente os condenados são ardilosos. Aqueles que têm amigos ou dinheiro habitualmente escapam das mãos dos homens.<sup>32</sup>

Isto é, desde de muito tempo atrás já se entende que pessoas com maior poder monetário tendem a escapar do sistema penal, como citou Jean Bodin acima, e até hoje temos em voga que pessoas - melhor dizendo - criminosos com maior poder monetário tendem a escapar com maestria das mãos da lei. Os delitos praticados por esse grupo de pessoas em específico, são chamados convenientemente de crimes do colarinho.<sup>33</sup>

Na análise em questão, os crimes de colarinho branco, que são conceituados superficialmente como crimes com fraude, mas com o objetivo de obtenção de maior poder monetário – por vezes contra o sistema financeiro - ou muitas vezes em empresas. Visto que também é praticado por gestores de empresas para obtenção de

---

<sup>30</sup> FAET, Carlos S. História del pensamiento político. T. II. Buenos Aires, 2004. p. 143-144 *apud* ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 88

<sup>31</sup> BERTSTOW, Anne Lennwellyn La caza de brujas en Europa. Tikal Ediciones, Girona, [2003?]. p. 101 *apud* ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 88-89

<sup>32</sup> BODIN, J. De la demonomanie des sorciers: de l' inquisition des sorciers, 1587, p. 215-217 *apud* ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 88-89

<sup>33</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro



maiores valores a seu favor de forma fraudulenta, mas compreende uma vasta gama de prática criminais, deste modo compõe uma cifra oculta de criminalidade.<sup>34</sup>

Violações da lei praticadas por pessoas de classe socioeconômica mais alta. Este conceito, não pretende chamar atenção aos crimes que estão no intento da criminologia, pois não são vistos a olho nu pela população em geral, mas são nos dias atuais, praticados de forma contumaz<sup>35</sup>

As amostras das pesquisas criminais obtidas por Sutherland - em sua obra Crimes de colarinho Branco - demonstram que o é costumeiramente exposto, e habitualmente conhecido como crime, são em superioridade, os delitos como; roubo, furto, arrombamento, pequenas subtrações e etc. Delitos estes que em sua maioria são praticados por criminosos de classe socioeconômica mais desfavorecida, porém na maioria das vezes são inclusos nas estatísticas - por outro lado - aqueles crimes cometidos por pessoas com o poder socioeconômico superior, por muitas vezes não são identificados – por sua maestria e excelente aparato ao executa-lo - muito menos reconhecido, pois há de forma iminente um sistema de seletividade aos delitos que são reconhecidos e aos que claramente podem passar despercebidos.<sup>36</sup>

### 3 O CRIME DE COLARINHO BRANCO

Edwin Sutherland foi o precursor tanto dos estudos quanto da expressão crime de colarinho branco, no ano de 1949, surgiu a expressão “*The White Collar Crime*”<sup>37</sup>. O autor não ignorou a questão que através de estudos pôde compreender, que foi a questão de que o delito não é realizado por um desvio biológico ou pela pobreza iminente de uma pessoa, muito menos pela sua origem, ou criação. O delito, ou como o autor se refere, a conduta delitativa, é praticada pelo ambiente de convívio

---

<sup>34</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 33

<sup>35</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 33

<sup>36</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 27

<sup>37</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro



e principalmente pelo desenvolvimento desta conduta através de uma modelagem sofrida do ambiente e de pessoas que as circundam.<sup>38</sup>

Sutherland não menciona especificamente em nenhuma de suas obras o fundamento do vocábulo “colarinho branco”. Ao que se trata o conceito de crime de colarinho branco, esse termo é por conveniência utilizado para se referir a prática de crimes, especialmente, por pessoas de alto poder econômico e intelectual, de classe socioeconômica mais elevada que praticam atos não violentos, por isso mais discretos, contudo, os quais de qualquer modo violam a lei. Segundo, Edwin Sutherland, crime de colarinho branco pode ser definido - aproximadamente - como o crime cometido sem violência com o objetivo de obter lucro a favor do indivíduo que o pratica<sup>39</sup>

Entretanto, historicamente falando, a expressão tem um viés que advém das grandes indústrias, uma divisão dos trabalhadores que portavam um uniforme no qual continha o colarinho azul – trabalhadores braçais - portadores de colarinho azul, trabalhadores braçais, que não continham grande nível econômico e intelectual; E os de colarinho branco, trabalhadores intelectuais – trabalhadores com alto nível econômico e intelectual e de grande respeitabilidade social. Deste modo, o dialeto corriqueiro passou a se referir a cada classe como a ilustração das cores de suas vestimentas simbolizando as classes compreendidas.<sup>40</sup>

Ao se referir a prática de crimes por pessoas de poder aquisitivo superior, é necessário enfatizar que os crimes de colarinho branco, não são exclusivamente praticados por esses indivíduos, mas sim em sua maioria por eles. O que ocorre, segundo os estudos realizados por Edwin Sutherland, é que a criminalidade dos indivíduos que têm um alto poder econômico é tão comum como a criminalidade dos marginalizados, porém como há uma maior formação intelectual e maior poder

---

<sup>38</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 10-11

<sup>39</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 13-14



aquisitivo, há também uma forma de praticar os crimes de modo mais organizado e contínuo, maneira que possam escapar do sistema penal – esta é a cifra oculta do crime, crimes praticados que não estão nas estatísticas criminais oficiais.<sup>41</sup>

É evidente que o conceito da expressão “crime de colarinho branco” é algo complexo, não é apenas uma espécie de crime que forma este conceito, são várias. No Brasil - várias legislações regem estes crimes - dentre elas, a Lei nº 9.613/98, a Lei nº 7.492/86 e o código penal brasileiro, quando são devidamente investigados e punidos. Por diversos autores, o termo “crime de colarinho branco” já foi definido de formas distintas - à medida que o estudo da criminologia foi avançando - mas com um aspecto em comum, é praticado por pessoas com alta respeitabilidade social e poder econômico para obter vantagens econômicas para si. Nas palavras de Coleman, a definição de crime de colarinho branco, com a contribuição do avanço da criminologia se compreende em:<sup>40</sup>

Os crimes do colarinho branco são atos ilegais ou antiéticos, que violam a responsabilidade fiduciária do monopólio público, cometido por um indivíduo ou organização, geralmente no decorrer de uma atividade profissional legítima, por pessoas de posição social elevada ou respeitável para obter ganhos pessoais ou organizacionais.<sup>41</sup>

A questão de uma pessoa de alta respeitabilidade social é o que não levanta suspeitas no tocante ao criminoso de colarinho branco, antes da revolução criminológica, criada pela teoria da associação diferencial a pobreza era dada como um fator para a prática de crimes, ora se a pobreza fosse fator decisivo para a prática de crimes, como explicar o enriquecimento de Al Capone. Há criminalidade no cinturão da pobreza sim, mas a esta criminalidade é dada um valor discrepante em relação à cifra oculta. O que há é uma estratégia a qual contempla o criminoso da

---

<sup>40</sup> COLEMAN, James William. **A elite do crime**: para entender o crime de colarinho branco. 5. ed. São Paulo: Monoele, 2005. *E-book*. p. 11. Disponível em: [books.google.com.br/books?id=0f\\_XZdjTfAIC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?id=0f_XZdjTfAIC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false) Acesso em: 14 maio 2020

<sup>41</sup> COLEMAN, James William. **A elite do crime**: para entender o crime de colarinho branco. 5. ed. São Paulo: Monoele, 2005. *E-book*. p. 11. Disponível em: [books.google.com.br/books?id=0f\\_XZdjTfAIC&printsec=frontcover&hl=pt-BR](https://books.google.com.br/books?id=0f_XZdjTfAIC&printsec=frontcover&hl=pt-BR)





“*high –society*”, o qual não é objeto de censura ética e penal ficando à vontade para a sua atuação criminoso<sup>42</sup>.

### 3.1 A criminologia

A interpretação criminológica acerca dos crimes de colarinho branco tem muito a explicar, antes de tudo vale ressaltar o conceito de criminologia. Trata-se de uma ciência a qual tem como objetivo explicar com base em estudos empíricos e avaliação da realidade, o problema criminal. A criminologia hoje já é fonte de muitos estudos, porém não é imutável tendo em vista que é uma análise sobre o social, o humano, é uma ciência humana espontânea e aplicável à realidade<sup>43</sup>. Segundo Lola Aniyar de Castro, criminologia é:

a atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com o comportamento desviante; os processos de infração e de desvio destas normas, e a reação social, formalizada ou não, que aquelas infrações ou desvios tenham provocado: o seu processo de criação, a sua forma e conteúdo e os efeitos.<sup>44</sup>

No que tange a interpretação criminológica aplicada aos crimes de colarinho branco, tem muito a enriquecer, pois tende a explicar a motivação de tais indivíduos para a práticas destes crimes, visto que são crimes de certa forma ocultos, mas com um grande prejuízo a sociedade, economicamente falando. Entretanto, a prática de crimes não se encontra de uma forma patológica, como acreditava a criminologia positivista de Cesare Lombroso, para esta vertente criminológica a prática de delitos advinha do fator biopsicológico<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 16

<sup>43</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. p. 39

<sup>44</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 27 *apud* **Criminologia da reação social**. Tradução de E. Kosowski. Rio de Janeiro, 1983. p

<sup>45</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 15



### 3.2 Cesare Lombroso

A vertente de Lombroso, chamada de criminologia positivista, foi creditada por anos, pregava que o indivíduo que cometia crimes, os praticava por sua natureza, era o chamado delinquente por natureza ou delinquente nato. Eram utilizadas muitas imagens na época, com a ilustração dos ditos “delinquentes natos” que com o estudo foi ganhando características próprias, biológicas, melhor dizendo<sup>46</sup>

Disponham de características como; a cabeça e nariz avantajados, braços longos, mãos grandes, lábios avantajados, cor de pele mais escura. Era a estética do mal, e estes indivíduos também dispunham de comportamentos predeterminados como o cinismo e a frieza. Neste período, na ocasião em que dois indivíduos eram presos em função de um crime, julgava-se pelo conjunto imposto que se denominava de delinquente nato - a descrição do mal, declarava quem era o criminoso.<sup>47</sup> Nas palavras de Machado de Assis citado na obra de Shecaira:

Era decisivo. Simão Bacamarte curvou a cabeça juntamente alegre e triste, e ainda mais alegre do que triste. Ato contínuo, recolheu-se à Casa Verde. Em vão a mulher e os amigos lhes disseram que ficasse, que estava perfeitamente são e equilibrado: nem rogos nem sugestões nem lágrimas o detiveram um só instante – a questão é científica.<sup>48</sup>

No entanto, essa corrente dispôs de refutação ainda quando prevalecia, pela teoria clássica, o seu oponente declarado era Lacassagne, que defendia que sociedade obtinha a organização e os criminosos a qual sociedade merecia obter. Ou seja, não havia vinculação com a disposição física de cada delinquente, o modo como a sociedade se organizava dispunha o perfil de criminoso a qual ela contaria e se contaria, se uma sociedade fosse organizada obteria criminosos, caso contrário,

---

<sup>46</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. p. 71- 73

<sup>47</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. p. 71- 73

<sup>48</sup> ASSIS, Machado. *O alienista*. São Paulo: Scipione, 1994 *apud* SHECAIRA, Sérgio Salomão.

**Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. p. 114



obteria criminosos. Era equivalente a sociedade de comportando como pintores e os indivíduos que cometiam delitos, uma tela em branco.<sup>49</sup>

Com o avanço da criminologia, os autores e as teorias destinaram-se ao progresso dos estudos, apesar disso, um longo período ainda se elencou em variados estudos pautados por correntes preconceituosas e predeterminantes, e até racistas, as quais identificavam até cromossomos dos indivíduos que praticavam delitos para verificar a sua periculosidade, porém ao modo que os estudos procediam, essas correntes eram superadas e à medida que os estudos prosseguiam, o cenário modificava-se, a ciência como fator determinante perdeu espaço para o estudo criminal pautado ao cenário social e humano, deste modo surgiu a escola de Chicago.<sup>50</sup>

### 3.3 Escola de Chicago

A Escola de Chicago foi uma teoria a qual versava sobre a ideia que se condizia na ambientalização daquela sociedade, o perfil da sociedade era delineado através da sua ecologia; a escola denominava-se com o devido pensamento de “ecologia criminal”, o ambiente da cidade – somado à um conjunto de fatores complexos - irá determinar o perfil criminal que poderá ter.<sup>51</sup>

Cada cidade envolve diversos fatores como; o número de habitantes, quais são os habitantes que residem ali, a maneira com a cidade é estruturada, a sua arquitetura, a sua história, além de fatores mais palpáveis como a condição da infraestrutura básica, transportes e sua natureza, escolaridade dos cidadãos. A isto, se refere a ecologia criminal, pois, através do modo como é a cidade - tal como se comporta - é disposto o perfil e quais são os crimes que podem ocorrer naquela cidade.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. p. 82

<sup>50</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. p. 105

<sup>51</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. p. 129

<sup>52</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. p. 131



A teoria surgiu na Universidade de Chicago, pois na referida época, Chicago era uma cidade em ascensão, que explodiu, tanto em seu número de cidadãos, quanto na sua economia, cultura, setor financeiro, sem esquecer que a explosão de habitantes advém de um número de imigrantes de diversos lugares do mundo. O crescimento sucedeu-se de modo desordenado, à vista disso, inúmeras pessoas chegadas de outras cidades procuravam subempregos, ou empregos os quais não sofriam preconceito; do mesmo modo, transcorreu com a formação dos bairros, a cidade de segregou-se em dois polos, desta forma, iniciou-se os primeiros sinais -na era das cidades industriais – de uma criminalidade selecionada.<sup>53</sup>

No que tange ao estudo abordado na Escola de Chicago, o problema substancial, decorreu-se do fato cuja a cidade expandiu de modo excessivo, desordenado e desigual, este fator gerou uma série de fatores na sociedade, subdesenvolvimento nos bairros mais desfavorecidos, ao ponto de não possuir o mínimo como uma organização social adequada e espaço social decente, pois o estado de cuidado daqueles bairros eram caóticos, ao ponto de não possuir tratamento de esgoto decente. Acertadamente, isto só ocorria com os mais desfavorecidos, e seus bairros mais desordenados, a consequência disso eram inúmeros problemas à população, sociais, psicológicos e consequentemente uma alta criminalidade, bairros estes que eram igualmente discriminados.<sup>53</sup>

No Brasil, um estudo realizado pelo Prof. Donald Pierson, chamado de “Estudos de ecologia humana: leituras de sociologia e antologia social”<sup>54</sup>, equiparou-se à Escola de Chicago, neste estudo a cidade de São Paulo é retratada juntamente com a sua mais íntegra desigualdade, São Paulo consiste em bairros extremamente ricos e bairros extremamente pobres, assim como o restante do Brasil<sup>55</sup>

A criminalidade nestes bairros mais desfavorecidos é iminentemente superior, assim como em Chicago, em São Paulo ou em qualquer outra cidade brasileira, a

---

<sup>53</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. p. 142

<sup>54</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. p.131- 132

<sup>55</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. p.132



atenção devida as classes mais desfavorecidas não é concedida, resultando em um índice de criminalidade alto. Todavia, a população também sofre preconceito com esse índice, os exemplos são inúmeros, e recai sobre o estigma o qual os desfavorecidos são quem cometem crimes nas cidades.<sup>56</sup>

É importante ressaltar, um fator o qual distinguia uma cidade das outras, era a intitulada nota socioeconômica, elaborado em 1995 no Brasil, e utilizado até os dias atuais, a nota socioeconômica leva em conta fatores como a escolaridade dos chefes de família, número de pessoas que habitam em uma única residência, a situação das águas fluviais da região e principalmente o poder econômico do chefe de cada família.<sup>60</sup>

As cidades passaram a receber mapeamentos de criminalidade, - feitos até os dias atuais - os quais demonstram que a região mais criminalizada é a mais subdesenvolvida, as quais residem moradores com um poder econômico inferior. Conclui-se que a criminalidade no Brasil, é mapeada como residente entre os mais desfavorecidos, de acordo com a nota socioeconômica, a qual abrange vários fatores. Este mapeamento propicia um preconceito agudo e uma seletividade a qual manteve-se arraigada por muito tempo, aliás se mantém até os dias atuais.<sup>57</sup>

Entretanto o que não se apresenta no mapeamento da violência, é o fator que os indivíduos com maior poder monetário também são praticantes de crimes, são tão praticantes quanto os mais desfavorecidos. Todavia os menos favorecidos são mapeados, e expostos à mídia. A criminalidade dos poderosos é tão habitual quanto a criminalidade dos marginalizados, a questão é que a criminalidade dos poderosos é uma cifra oculta.<sup>58</sup>

O fator é que a seletividade é tanta que ao falar-se em crime frequentemente presume-se que um crime é definido aos delitos de: roubo, furto ou crimes com

---

<sup>56</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. p. 132

<sup>57</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. p. 133

<sup>58</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 15



violência física, contudo os crimes que abrangem a cifra oculta também constituem a legislação penal brasileira, a Lei n° 9613, a Lei n°7.492 e código penal brasileiro constituem os crimes de colarinho branco, apesar do sistema penal ser habitualmente omissivo à tais delitos.<sup>59</sup>

### 3.4 Teoria da Associação Diferencial

A Teoria da Associação Diferencial aborda a questão de forma clara e responde fatores importantes a respeito da prática de crimes por indivíduos com maior poder monetário, a questão não é necessidade ou patologia, a prática de crimes por pessoas de alta respeitabilidade e de alto poder monetário, primeiramente é importante ressaltar o fator que este indivíduo que pratica este tipo de delito, tem ciência que a sua condição e respeitabilidade não lhe transmitirá suspeitas.<sup>60</sup>

Contudo, o crucial para que este comportamento delituoso aconteça é o ambiente em que o indivíduo se encontra, nenhum comportamento criminoso é patológico, ou resultado de uma infância paupérrima. A conduta de um criminoso - segundo Edwin Sutherland - é um aprendizado, assim como qualquer outra atividade ou até uma língua estrangeira por exemplo. Ou seja, como todo aprendizado, o aperfeiçoamento é obtido com a prática, entretanto cabe respaldar que o aperfeiçoamento neste âmbito é facilitado, visto que a execução é feita por pessoas que obtém inúmeros recursos para tal maestria e discrição.<sup>61</sup>

A prática neste âmbito é realmente realizada de forma habitual, há um grande exercício deste tipo de delito neste ambiente, deste modo a questão se transforma também em uma influência, além do caráter do agente, pois ninguém é obrigado a praticar crimes, a ganância leva à indivíduos com um alto poder monetário a execução de crimes e acúmulo de bens. Contudo, o ambiente é um fator de alta uma

---

<sup>59</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p.15

<sup>60</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 18

<sup>61</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 14



influência para com os indivíduos. A prática desses delitos normalmente ocorre no ambiente de trabalho, logo, estar em harmonia com este tipo de prática também é uma questão<sup>62</sup>

Deste modo, o convívio neste ambiente é um fator de grande importância, no que tange a prática destes crimes, a teoria da associação diferencial, trata a execução dos crimes de colarinho branco como um aprendizado, e todo aprendizado é consequência do convívio em um ambiente com determinadas pessoas, assim como qualquer outro ambiente. É um processo de comunicação, e como todo processo de comunicação, concebe aprendizado. Nas palavras de Sutherland<sup>63</sup>: “Qualquer pessoa pode aprender qualquer padrão de comportamento que seja capaz de executar. Ela assimila inevitavelmente da cultura ambiente esse comportamento”<sup>64</sup>

Ora, isto não significa que há uma justificativa para a prática destes crimes, a realização destes delitos é sim praticada por um convívio social, convívio este entre os poderosos - os quais têm interesses em comum - porém existem fatores que implicam para que estes indivíduos se tornem delinquentes, e vai além da convivência, como fatores externos – a grande ambição financeira- o prazer de realizar aquele delito por ser fácil ou difícil demais, deste modo quando encontram-se no seu grupo íntimo de convivência, os interesses são predileções em comum de um grupo que têm por fim dinheiro e aquele ambiente torna-se objeto de cifra oculta do crime e seus praticantes os criminosos de colarinho branco.<sup>65</sup>

### 3.5 A cifra oculta do crime

Os delitos praticados por estes grupos de indivíduos são habituais, mas não compõe as estatísticas criminais costumeiras, deste modo, compõem a cifra negra da criminalidade, ou cifra oculta. Os autores destes delitos, são detentos não apenas de

---

<sup>62</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. p. 172-173

<sup>63</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. p. 172-173.

<sup>64</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. p. 172

<sup>65</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 14



poder monetário elevado, apesar disso são detentores de respeitabilidade social, o que ocasiona para que os crimes que ensejam a cifra oculta não sejam apenas os crimes econômicos, são crimes os quais praticam-se de forma silenciosa, e crimes com um fim de obtenção financeira ilícita. A criminalidade oculta, é uma questão social também, visto que não fica aos olhos da sociedade e a omissão do sistema.<sup>66</sup>

O objetivo da análise da cifra oculta crime, é o fato de que o crime de colarinho branco, é por muitas vezes exposto à mídia como uma amostra de punição, e exteriorizado como um crime punido, porém, isso corresponde uma representação de um pequeno grupo punido para representar uma grande parcela, visto que a maioria dos criminosos de colarinho branco, procedem impunes do sistema.<sup>67</sup>

A proporção desta criminalidade é colossal ao tão pouco ao que é punida, as punições são apenas exemplificadas, de um grupo modesto, e quando penalizadas são de uma maneira desproporcional ao prejuízo causado por tal conduta, não se pode fechar os olhos para o fato de que o sistema penal é omissivo para tais condutas, como também há uma delicadeza, pode-se considerar deste modo, para lidar com tais condutas por parte do jurídico, há um conjunto de benesses desproporcionais à sua nocividade.<sup>68</sup>

Este grupo conjuntamente com as suas benesses tem uma facilidade de escapar das mãos do sistema penal, pois com o seu alto poder econômico, encontram-se com inúmeros recursos como advogados eficientes, contatos importantes e até políticos; ora a questão da punibilidade é uma questão de respeitabilidade e de poder, isto os divide dos demais. Os desnivela dos demais e os deixa por muitas vezes impunes.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p. 101-102

<sup>67</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p. 102

<sup>68</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p. 112

<sup>69</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 32-33





Não são poucos os criminosos, mas são poucos os punidos, estes são apenas aqueles criminosos já selecionados. E há uma certeza que não haverá punição, pois sabem quem são os estigmatizados pelo sistema penal.<sup>70</sup> Nas palavras de, Elmer Davis, para Sutherland: “Se eles estão inclinados a paralisar a indústria onde eles encontrarem desonestidade no comando, eles terão que parar todo mundo”<sup>71</sup>

### 3.6 Labeling Approach

Não há dúvidas que há uma desigualdade vencedora ao que se trata os crimes de colarinho branco, pois os crimes praticados em âmbito comum, principalmente por uma parcela marginalizada adquire uma etiqueta. A criminalidade não é uma prática da minoria marginalizado da população, mas sim a sua punição, esta é preterição a esta parcela. Para as estatísticas os crimes de colarinho branco são ínfimos, entretanto, a realidade é que criminalidade só é demonstrada pela parcela marginalizada.<sup>72</sup>

A teoria do *Labeling Approach* ou etiquetamento penal, versa sobre o fato de que todos são praticantes de crimes, como demonstrado anteriormente ao falar da cifra oculta do crime, mas somente os criminosos pré-selecionados, são punidos, há uma estrutura do sistema para que aqueles indivíduos considerados previamente como perigosos, sejam penalizados por todo e qualquer delito cometido, o que é justo – porém - se equiparado ao fator da cifra oculta do crime enseja uma comedia desigualdade.<sup>73</sup>

O etiquetamento penal aborda o princípio da igualdade como parâmetro para demonstrar a quão desnivelada é a penalização de cada dois indivíduos que realizam delitos e são separados pela marginalização em contrapartida aos indivíduos que

---

<sup>70</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 33

<sup>71</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 34

<sup>72</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p. 103-104

<sup>73</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia



possuem poder e bens financeiros. Há uma contrariedade entre os dois criminosos, a maneira como as leis penais e o sistema penal atuam é conjuntamente desproporcional entre um criminoso e outro. Se trata de uma aplicação de maneira seletiva do direito penal.<sup>74</sup>

O comportamento criminoso não é exclusivo do indivíduo marginalizado, é outorgado a ele, a prática de delitos é considerada natural por todas os seres – independente de etiqueta - entretanto a punibilidade destes delitos atende à uma peneira previamente realizada, pelo sistema em conjunto com a sociedade. Não se pode abnegar o fato o qual poder está diretamente relacionado ao fator da impunidade dos criminosos de colarinho branco, ultrapassa-se as barreiras da igualdade, é uma questão social. Os praticantes de delitos, são diferenciados em criminosos e criminalizados.<sup>75</sup>

#### 4 CRIMINOSOS X CRIMINALIZADOS

É inegável que há uma distinção entre os grupos de delinquentes e à um grupo determinado dar-se a definição de criminalizados, são indivíduos cujo a lei penal é direcionada e aplicada de maneira implacável, e a punibilidade é desempenhada de forma exemplar. A realidade, após análises - é conclusiva - a lei penal se destina a grupos certos de modo ostensivo e a omissão do sistema penal à crimes os quais alvejam o sistema de forma tão voraz, é vergonhosa.<sup>76</sup>

Ao analisar as leis, aos quais dispõem dos crimes de colarinho branco, é conclusivo a disparidade existente entre as possíveis punições, e a natureza dos referidos delitos, a Lei nº 7.492 e a Lei nº 9.613, que abordam os crimes de colarinho branco encontram em seu teor punibilidade comedida aos prejuízos causados por tais

---

<sup>74</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p. 112-114

<sup>75</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p. 113

<sup>76</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Consulta de Julgados de 1º Grau**. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjgg/pesquisar.do?conversationId=&dadosConsulta.pesquisaLivre=crime+de+colarinho+branco> Acesso em: 18 maio 2020



ações, é possível constatar que o temor por tal punição não é intenso por parte dos criminosos, devido ao seu tratamento diferenciado e brandas leis penais, e quando punidos são punidos uma amostra para um grande número de praticantes de delitos.<sup>81</sup>

Por outro lado, pode-se destacar o fator do indivíduo criminalizado ser tratado de tal maneira a como um intruso no meio social, o qual mesmo após o pagamento da sua dívida para com a sociedade é taxado de criminoso, o que ocasiona em uma condição imposta pelo sistema penal o qual concebem a estes indivíduos a titulação de inimigos penais, vítimas de pré-conceito, estigmas e supressão ao seu direito de igualdade perante aos outros cidadãos<sup>77</sup> Nas palavras de Zaffaroni:

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega a sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que ideia seja matizada quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos e inimigos, faz-se referência a seres que são privados de seus direitos individuais<sup>78</sup>

A regulamentação desta seleção penal é constituída desde o sistema policial até o sistema judiciário, não há de que se negar que o tratamento diferenciado começa na base policial, ao se referir ao criminoso marginalizado através de palavras de baixo calão e aos criminosos de colarinho branco com um tratamento no mínimo ajustado, são seres humanos e ambos criminosos, detentores de direitos constitucionais, os quais não são devidamente aplicados de maneira equânime.<sup>79</sup>

Uma pequena amostra reunida através de julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP, demonstra as disparidades existentes, o número de julgados encontrados no TJSP acerca de crimes de colarinho branco, foram ínfimos em relação aos julgados de crimes comuns contra o patrimônio– furto e roubo. Esta

<sup>77</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p.18-19.

<sup>78</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p. 106-107

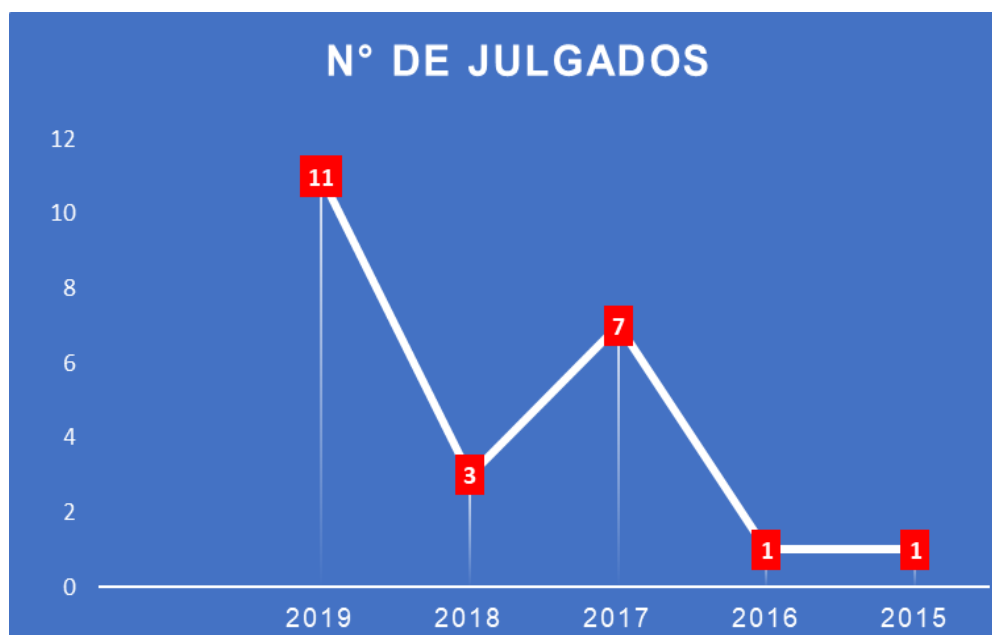
<sup>79</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia



disparidade demonstra moderadamente a omissão do sistema penal e a escolha de dos seus inimigos penais:<sup>80</sup>

Através da demonstração abaixo, pode-se constatar que a punibilidade para os crimes de colarinho branco, é escassa. O período de 5 anos foi necessário para recolher dados de poucos processos que foram julgados, pois como esperado, os processos são protelados o máximo possível - são realizados inúmeros recursos e por vezes é prescrito - através de recursos obtidos de forma ilícita por estes delinquentes, entretanto não são vistos desta forma, nem pelo sistema sequer pela sociedade. Porquanto é demonstrativo que o sistema penal para estes indivíduos é escapatório.<sup>81</sup>

**GRÁFICO 1** – Crimes de colarinho branco: período de 5 anos



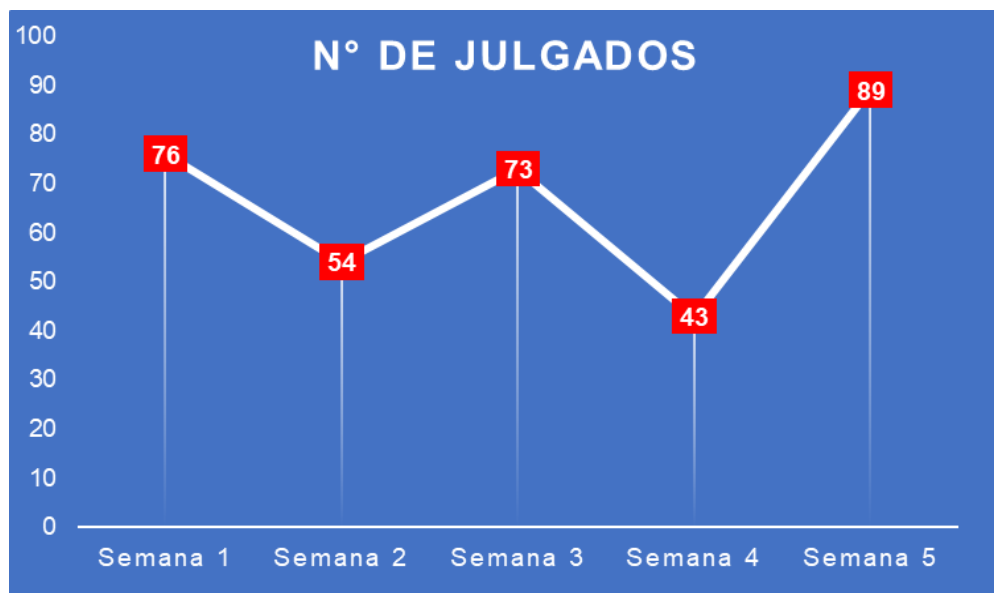
Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (2020)

<sup>80</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Consulta de Julgados de 1º Grau**. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/pesquisar.do?conversationId=&dadosConsulta.pesquisaLivre=furto+roubo> Acesso em: 18 maio 2020

<sup>81</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Consulta de Julgados de 1º Grau**. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/pesquisar.do?conversationId=&dadosConsulta.pesquisaLivre=crime+de>



**GRÁFICO 2** – Crimes comuns: Período de 5 semanas



Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (2020)

#### 4.1 O princípio constitucional não aplicado

O princípio da isonomia é norma aberta, o qual ocasiona uma abertura para interpretação do aplicador da legislação, aplicar o artigo 5º da carta magna não é algo inteligível ou literal, o princípio da isonomia é utilizado como uma norma aberta à interpretação do aplicador da lei. O que ocorre, é que o fato da aplicação até no que se fala da igualdade material através do aplicador da lei é desajustado. Ora, como aplicar a lei, quem são os iguais, quem são os desiguais? Não há meios concretos de identificação. Sabe-se que há uma etiqueta penal e esta é utilizada para a aplicação do princípio da isonomia, os iguais ou desiguais não são designados, são interpretados.<sup>82</sup>

<sup>82</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. *E-book*. p. 11. Disponível em: [www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODIAIGUALDADE](http://www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODIAIGUALDADE). Acesso



Há todos os indivíduos existem diferenças óbvias, diferenças físicas, psicossociais, porém o que é necessário ressaltar é a aplicação do princípio para escolhidos, há uma discriminação para a aplicação da norma constitucional, as regras não são aplicáveis a todos, há uma parcela que é submetida a um preceito da não submissão ao seu direito constitucional. A interpretação da legislação abre portas para as alteridades arraigados há milhares de anos.<sup>83</sup>

Trata-se de um preceito intangível, o qual conseqüentemente há uma diferenciação para com os indivíduos, a igualdade formal e igualdade material não tem em seu arcabouço o devido cumprimento, seria hipocrisia reputar que a interpretação de um princípio quando há interesses em jogo seria realizada de forma equânime para todos, é um modo no mínimo romântico de ponderar-se, a equidade entre cidadãos é teoria para jornais, esta tem selecionados, o sistema penal brasileiro tem preteridos, é inegável a desigualdade no direito penal.<sup>84</sup> Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello;

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais a nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes.<sup>85</sup>

Não, não somos todos iguais, a isonomia não é aplicada a todos os indivíduos, o preceito não é norma universal, e independe de classe, cor de pele e sexo. O sistema dita os ditamos da aplicabilidade do princípio da isonomia no que

---

<sup>83</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. *E-book*. p. 11. Disponível em: [www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIQUALDADE](http://www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIQUALDADE). Acesso em: 18 maio 2020.

<sup>84</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. *E-book*. p. 25-27. Disponível em: [www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIQUALDADE](http://www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIQUALDADE). Acesso em: 18 maio 2020

<sup>85</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 12. *E-book*. Disponível em: [www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIQUALDADE](http://www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIQUALDADE). Acesso em: 18 maio 2020. p.12



tange ao sistema penal, este definitivamente não é aplicado aos criminosos de colarinho branco do mesmo modo aos criminalizados, pois como são chamados, pois, a esta etiqueta estarão subordinados *ad eternum*.<sup>86</sup>

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pôde ser perceptível a diferença na aplicação ao princípio da isonomia quanto os indivíduos que cometem delitos, a seletividade não é algo dos dias atuais ou do surgimento do Labeling Approach, é implícito que desde a teoria de Lombroso estamos arraigados nos mesmos pré-conceitos ante aos criminosos, porém a sociedade e o sistema são omissos.<sup>87</sup>

A porta para a interpretação da legislação pelo aplicador da lei é apenas uma forma de demonstrar as raízes divisórias do sistema penal, vendido como igualitário e aplicado de forma separativa. A questão não são as leis brandas, são as leis omissas. Ao deixar a aplicação da lei para esses entes, estamos diante de uma instituição policial que tem em seu preceito a visão do criminoso criada na era de Lombroso, mas ainda arrigada nos dias atuais.<sup>88</sup>

A falta de igualdade aos crimes de colarinho branco nada mais é do que o reflexo de toda a nossa sociedade, desde a história, perpassando a escravidão e vindo aos dias de hoje, o qual a liberdade submete-se à respeitabilidade social e status financeiro. A errada impressão que a justiça é igual ente aos dois grupos é utópica e já foi demonstrada por grandes pensadores e juristas brasileiros. Nas palavras de

---

<sup>86</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 12. *E-book*. Disponível em: [www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIGUALDADE](http://www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIGUALDADE). Acesso em: 18 maio 2020. p. 12

<sup>87</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 23. *E-book*. Disponível em: [www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIGUALDADE](http://www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIGUALDADE). Acesso em: 18 maio 2020

<sup>88</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 23. *E-book*. Disponível em: [www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIGUALDADE](http://www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIGUALDADE). Acesso em: 18 maio 2020



Luís Roberto Barroso: “É muito mais fácil prender um menino com 100 gramas de maconha do que agente público que desviou milhões ”<sup>89</sup>

É algo a se pensar, o Brasil na realidade é um país de direito para poucos, as palavras da Constituição Federal são válidas para uns indivíduos e para outros, são suprimidas. Eis a realidade brasileira.<sup>90</sup>

## REFERÊNCIAS

AMENDOLA, Gilberto. Nosso direito é para prender menino pobre com 100 gramas de maconha', diz Barroso: Ministro do Supremo afirma em evento que Direito Penal brasileiro não consegue atingir quem ganha mais de cinco salários mínimos. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 7 nov. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,nosso-direito-e-para-prender-menino-pobre-com-100-gramas-de-maconha-diz-barroso,70002075956>. Acesso em: 18 maio 2020.

ASSIS, Machado. O alienista. São Paulo: Scipione, 1994 *apud* SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. p. 114.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

BERSTOW, Anne Lennwellyn La caza de brujas en Europa. Tikal Ediciones, Girona, [2003?]. p. 101 *apud* ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 88-89

---

<sup>89</sup> AMENDOLA, Gilberto. Nosso direito é para prender menino pobre com 100 gramas de maconha', diz Barroso: Ministro do Supremo afirma em evento que Direito Penal brasileiro não consegue atingir quem ganha mais de cinco salários mínimos. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 7 nov. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,nosso-direito-e-para-prender-menino-pobre-com-100-gramas-de-maconha-diz-barroso,70002075956>. Acesso em: 18 maio 2020

<sup>90</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 23. *E-book*. Disponível em: [www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIQUALDADE](http://www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIQUALDADE). Acesso em: 18 maio 2020





BODIN, J. De la demonomanie des sorciers: de l' inquisition des sorciers, 1587, p. 215-217 *apud* ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 88-89.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 11 maio 2020.

COLEMAN, James William. **A elite do crime**: para entender o crime de colarinho branco. 5. ed. São Paulo: Monoele, 2005. *E-book*. Disponível em: [books.google.com.br/books?id=0f\\_XZdjTfAIC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?id=0f_XZdjTfAIC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false) Acesso em: 14 maio 2020.

ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraivajur, 2018.  
FAET, Carlos S. História del pensamiento político. Buenos Aires, 2004 *apud*

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 18. ed. Niterói: Impetus, 2016.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraivajur, 2012.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraivajur, 2012. p. 25 *apud*  
MOLINA, Antonio García Pablos de. **Derecho penal**: introdución. Madrid: Servicio Publicaciones Facultaded Derecho, Universidad Cupletense, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Consulta de Julgados de 1º Grau**. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjpg/pesquisar.do?conversationId=&dadosConsulta.pesquisaLivre=crime+de+colarinho+branco> Acesso em: 18 maio 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Consulta de Julgados de 1º Grau**. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjpg/pesquisar.do?conversationId=&dadosConsulta.pesquisaLivre=furto+roubo>. Acesso em: 18 maio 2020.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.



SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 88. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. *E-book*. Disponível em: [www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIQUALDADE](http://www.academia.edu/32929052/OCONTEUDOJURIDICODEPRINCIPIODAIQUALDADE). Acesso em: 11 maio 2020.



# ESTUPRO: UMA ANÁLISE OBJETIVA DA LEI Nº 13.718 DE 2018 E A SUA APLICAÇÃO NO VOTO PROFERIDO NA APELAÇÃO CRIMINAL DE NÚMERO 0005731- 38.2017.8.26.0565 DO TJSP. SERÁ A NOVA LEGISLAÇÃO DE CRIMES SEXUAIS UMA ESPÉCIE SIMBÓLICA DO DIREITO PENAL?

Rebeca Prado Pigatto

## RESUMO

O presente trabalho busca desenvolver uma análise objetiva da Lei nº 13.718 de 2018 e compreender a sua aplicação prática. Isso por meio do voto proferido na apelação criminal de número 0005731-38.2017.8.26.0565, do TJSP. A pesquisa levou em conta a realização de um exame pormenorizado dos tipos de sujeitos envolvidos no caso concreto, que deu ensejo ao referido acórdão, o fundamento utilizado pelos desembargadores, bem como o contexto histórico e as justificativas para a promulgação dessa lei. Interpretar a lei e levar em consideração a complexidade dos fatos que a norteiam o momento de sua subsunção, é poder tentar compreender se há um direito efetivo ou simbólico, invisível. Fazer esse tipo de análise é essencial para estudar a criminologia, de modo a ajudar na realização de políticas públicas que visem de fato combater o crime, punir de forma proporcional, bem como orientar os legisladores a elaborarem diplomas normativos eficazes. Conclui-se que, a intenção da Lei foi criar uma figura intermediária para uma punição mais razoável nos casos que envolvam violência sexual, fazendo uma distinção entre importunação sexual e estupro. Todavia, a sua aplicação prática, pode gerar debates acirrados, pois há termos, como constrangimento, que por vezes, têm interpretações diferentes, levando juízes a julgarem casos parecidos com decisões distintas, ora punindo mais, ora sendo mais brando.

**Palavras-chave:** 1. Estupro; 2. Violência; 3. Mulher; 4. Importunação sexual; 5. Dignidade sexual.



## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a Lei nº 13.718 de 2018 e compreender a sua aplicação prática. Isso por meio do voto proferido na apelação criminal de número 0005731-38.2017.8.26.0565, do TJSP.

A pesquisa levou em conta a realização de uma análise detida dos tipos de sujeitos envolvidos no caso concreto, que deu ensejo ao referido acórdão, o fundamento utilizado pelos desembargadores, bem como o contexto histórico e as justificativas para a promulgação do atual diploma legislativo sobre estupro. Levou-se em consideração a comparação entre a Lei 12.015/09 e a Lei 13.718/18, bem como a conceituação do que seja violência de gênero e sexual.

Interpretar a lei, é levar em consideração a complexidade dos fatos que a norteiam no momento de sua subsunção, é poder tentar compreender se há um direito efetivo ou simbólico, invisível. Fazer esse tipo de análise é essencial para o estudo da criminologia, de modo a ajudar na realização de políticas públicas que visem de fato combater o crime, punir de forma proporcional e auxiliar os legisladores na elaboração de leis efetivas.

Com a reforma legislativa penal trazida pela Lei 13.718/18 houve a criação do artigo 215-A no Código Penal, tipificando o crime de importunação sexual com a seguinte redação: “Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave. “.

Mostra-se necessário compreender a aplicabilidade na prática da *novatio legis*. Isso porque, o legislador abriu margem para interpretações diferentes e pode ser um problema no momento de dar efetividade do cumprimento legal e da segurança jurídica do bem jurídico tutelado, que é a dignidade e liberdade sexual.

Assim pontuam Lins, Zapater (2018), ficando a critério do magistrado entender o que é constrangedor, qual o limite de um beijo LGBT em cenário público



para não se enquadrar em lascivo caso outrem registre um boletim de ocorrência em delegacia tendo presenciado ato libidinoso sem sua anuência, por exemplo.

## 2 VIOLÊNCIA DE GÊNERO E SEXUAL

O presente trabalho busca compreender o processo de mudança de roupagem dos tipos legais que tratam sobre o estupro, violência contra a dignidade sexual, ao longo dos últimos anos, principalmente no que se refere as novidades trazidas pela Lei nº 13.718/2018. Na prática, o foco desse tipo de crime se encontra principalmente contra as mulheres. Tentar entender o que seja a violência de gênero é uma maneira de tentar combatê-la e assim preveni-la.

Vera Regina Pereira de Andrade (2005) buscou entender o funcionamento do sistema de justiça criminal sob o aspecto da violência sexual contra a mulher, especificadamente o estupro. Para isso, abordou o marco teórico da Criminologia desenvolvida com base no controle social da Criminologia crítica feminista. Apontou aspectos referentes à soberania do patriarcado e à duplicação da violência arrastada por ele, bem como indicou a necessidade de inclusão e corresponsabilização de todos, como coparticipes institucionais ou simbólicos do controle social e penal, concebida em sua dimensão estrutural, institucional e intersubjetiva.

A liberdade sexual que diz respeito à livre manifestação da vontade, autonomia sexual, direito pleno à inviolabilidade carnal, livre consentimento, é um bem jurídico tutelado pelo Código Penal Brasileiro, com a noção dada por Roxin (1999 apud Cachapuz e Tanferri, 2015, p. 27 e 49) “[...] bens jurídicos são pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, que toda gente conhece que o Estado Social deve proteger penalmente”.

As mulheres são as principais vítimas nos casos de crimes sexuais, como o estupro, que com o advento da Lei 12.015/09 mudou-se a redação para:



“Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Diante dessa mudança, houve a possibilidade de os homens serem vítimas desse delito, não sendo mais restrito apenas às mulheres.

Martins, Reis e Carvalho (2004) citam que o fenômeno da violência sexual não está diretamente ligado a um tipo de classe social, cultura, nível socioeconômico, mas sim é uma espécie de câncer pelo qual todos estão suscetíveis de serem vítimas:

A violência sexual, uma das facetas do complexo fenômeno violência, desconhece barreiras de classe social, tipos de cultura, níveis socioeconômicos e limitações individuais. Seus incidentes ocorrem tanto no espaço privado quanto no público, atingindo pessoas de ambos os sexos e de todas as faixas etárias. (MARTINS; REIS; CARVALHO, 2004)

No Código Penal Brasileiro, o estupro faz parte do rol taxativo de crimes hediondos, previstos no artigo 1º, inciso V da Lei 8.072/90, dada a explicação de Frutuoso (2019): “os quais possuem maior reprovação por parte do Estado, sendo insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança”.

Seguindo entendimento, por ser um crime hediondo, possui um tratamento mais rígido, logo por exemplo, para que haja a progressão de regime, diferentemente dos demais, é necessário que haja um cumprimento maior da pena, conforme in verbis:

A progressão de regime para esses crimes, diferentemente dos demais que, a depender de outras circunstâncias, seria possível mediante cumprimento de 1/6 da pena, se dá somente após o cumprimento de 2/5, se primário, e 3/5, se reincidente, dentre outras medidas consideradas mais drásticas. (FRUTUOSO, 2019, s/p)

Nesta mesma linha de pensamento, Mattoso e Tabuchi (2014) observam que as principais vítimas desse tipo de crime são as mulheres. Os autores explicam esse fenômeno, pois no intuito de melhor entender o que seja a violência sexual, perceberam que a destinação dos referidos papéis se fundam, inicialmente, em um



modelo patriarcal de família que é o que se predomina nas sociedades capitalistas. Esse modelo caracteriza-se pela existência da submissão da mulher, e também dos filhos, ao poder paterno do chefe. Nesse contexto, o autor afirma que a mulher se torna mero instrumento para a reprodução, devendo servir e obedecer ao homem.

O modelo patriarcal tem sofrido mudanças com o passar do tempo e ainda que não seja mais possível caracterizar rigidamente a divisão entre “homem provedor” e “mulher dona de casa”, as formações familiares ainda continuam perpetuando uma cultura machista, logo, para Andrade (2005) todos nós somos de forma informal o sistema penal, tendo em vista que cada pessoa desde a infância produz um microsistema criminal (simbólico) e é reproduzido no cotidiano.

Com visão no sistema funcional e estrutural da sociedade, Mattoso e Tabuchi (2014, p. 88) alegam que ocorre uma naturalização, tentando-se fazer crer que a mulher é socialmente responsável pela manutenção do lar e pela criação e educação dos filhos, ou seja, a mulher só tem espaço doméstico e isso é devido o fato da mesma ter a capacidade de ser mãe. Em contraposição às mulheres “dignas do lar” (que devem ser dóceis, frágeis e passivas), a mulher pública é vista como a “mulher da rua” (a que cumpre um papel de objeto sexual consumível e que na maioria das vezes são taxadas de promíscuas). Isso explica o motivo das mulheres constantemente sentirem medo ao ter que exercer o seu direito de ir e vir, assim como o número imenso de assédio sexual pelos quais elas sofrem nas ruas, em especial no transporte coletivo:

A rua sempre foi um espaço ocupado por homens. Assim, por óbvio, as mulheres são seres estranhos a essa localidade, são sujeitas ao julgo de olhares, ao julgo dos donos do espaço público, são reduzidas a objetos à mostra para o bel prazer dos homens, independentemente de suas sexualidades, desejos ou vontades. Isto é, o corpo das mulheres aparece, no espaço público, como não pertencentes às mesmas, passam a existir para o outro, passam a ser uma coisa para ser olhada. (MATTOSO; TABUCHI, 2014, p. 89)

O núcleo do controle feminino no patriarcado é o controle sexual, o que impõe que a mulher deve se preservar virgem, zelar por sua reputação, pois a



criminalização de condutas como o estupro só será punível a depender da reputação da vítima e/ ou do agressor. É o que afirma Andrade (2005, p.90-91):

O diferencial é que há uma outra lógica específica acionada para a criminalização das condutas sexuais – a que denomino “lógica da honestidade” – que pode ser vista como uma sublógica da seletividade na medida em que se estabelece uma grande linha divisória entre as mulheres consideradas honestas (do ponto de vista da moral sexual dominante), que podem ser consideradas vítimas pelo sistema, e as mulheres desonestas (das quais a prostituta é o modelo radicalizado), que o sistema abandona na medida em que não se adequam aos padrões de moralidade sexual impostos pelo patriarcado à mulher, lógica que não se reduz, por outro lado, à criminalização secundária. Pois pode ser empiricamente comprovada ao longo do processo de criminalização desde a criminalização primária (definições legais dos tipos penais ou discurso da Lei) até os diferentes níveis da criminalização secundária (inquérito policial, processo penal ou discurso das sentenças e acórdãos) e a mediação do discurso dogmático entre ambas. (ANDRADE, 2005, p.90-91)

Em harmonia com o pensamento de Andrade (2005), Mattoso e Tabuchi (2014), realizaram um estudo sobre a segregação, culpabilização feminina e opressão, apresentam que a percepção de papéis sociais de gênero, a virilização masculina e a domesticação feminina, não são causalidades naturais, pelo contrário, surgem por meio de determinantes sociais e econômicos. Por outro lado, ao mesmo tempo em que o imaginário do que é feminino e o masculino surgiram de necessidades concretas, o mesmo também atua de forma decisiva na formação das identidades sociais de gênero:

A identidade social da mulher, assim como a do homem, é construída através da atribuição de distintos papéis, que a sociedade espera ver cumpridos pelas diferentes categorias de sexo. A sociedade delimita, com bastante precisão, os campos em que pode operar a mulher, da mesma forma como escolhe os terrenos em que pode atuar o homem. (Roxin ,1987, p.8 apud SAFFIOTI, 2014, p. 83)

A violência contra as mulheres é um fator rotineiro, porém, o ponto de partida para a internalização e entendimento desse comportamento social, raiz do problema, como analisa Mattoso e Tabuchi (2014, p. 92), é o machismo.





É preciso desvelar que o assédio que a mulheres sofrem, seja no transporte público, ou em qualquer outro ambiente, não ocorre por que os ônibus são mistos e tendem a ser superlotados, em especial nos horários de pico. Pelo contrário, o que permite que esses abusos ocorram é o fato de seus corpos são entendidos como corpos disponíveis para o uso masculino. Ou seja, o que faz com que as mulheres sofram assédio é o machismo, um traço estrutural da nossa sociedade. (MATTOSO; TABUCHI, 2014, p. 92)

A justiça criminal, que tem por objetivos respeitar o Estado Democrático de Direito e sua Constituição Federal, bem como cumprir com eficácia a missão de prevenir a criminalidade, acaba por duplicar o machismo sobre a vítima, com a violência institucionalizada começada em casa, o sistema de justiça criminal fomenta estereótipos de preconceito e de desigualdades. Andrade (2005) explicita tal conduta, ao analisar que além da violência sexual representada por determinadas atitudes masculinas, como por exemplo: estupro, atentado violento ao pudor, dentre outras atitudes, a mulher torna-se vítima da violência institucional plurifacetada do sistema, que expressa e reproduz dois tipos de violência: “a violência das relações sociais capitalistas (a desigualdade de classes) e a violência das relações sociais patriarcais (traduzidas na desigualdade de gênero)”. (ANDRADE, 2005, p. 75)

A culpabilização da mulher, maior vítima da violência sexual, se baseia também em determinados fatores sociais e comportamentais ao passo que, a vítima teoricamente pediu implicitamente para sofrer a violência sexual. De acordo com Mattoso e Tabuchi (2014), são eles: a roupa da vítima, julgamento moral acerca da sua vida, imprudência e o local onde ocorreu o abuso:

Os discursos de sedução e de culpabilização do feminino têm atravessado a história há séculos. Além de serem percebidas como passivas, acusadas de permanecerem em relações violentas e de não protestarem contra os abusos sofridos, as mulheres e meninas têm sido vistas como provocadoras, sedutoras e, portanto, culpadas pela violência que sofrem. (MATTOSO; TABUCHI, 2007, p.79 apud KARVAZ; KOLLER, 2014, p. 93)

Com segmento, Andrade (2005) complementa:



O julgamento de um crime sexual-inclusive e especialmente o estupro- não é uma arena onde se procede ao reconhecimento de uma violência e violação contra a liberdade sexual feminina, nem tampouco onde se julga um homem pelo seu ato. Trata-se de uma arena onde se julgam simultaneamente, confrontados numa fortíssima correlação de forças a pessoa do autor e da vítima: o seu comportamento, a sua vida pregressa. (ANDRADE, 2005, p.98)

Nota-se a seletividade de possíveis vítimas referente à conduta relacionada à honra, tendo como base a virgindade e mulheres donas de casa e os criminosos representando estereótipos relativos à pobreza, marginalização, é o que se Andrade (2005) afirma:

[...] o estereótipo do estuprador como um ser anormal, de lascívia desenfreada, estranho à vítima, e, numa preconceituosa masculina, continua-se acentuando o encontro sexual e o coito vaginal antes que a violência. E este estereótipo continua agindo no SJC, condicionando tanto a seleção quanto a impunidade, pois embora domine a violência familiar e entre conhecidos, a seleção se dá fora dela: os etiquetados como estupradores, ao que tudo indica, são estranhos à vítima e, naturalmente pertencentes aos baixos estratos sociais. (ANDRADE, 2005, p.38)

Os ofensores para concretização de seu intento, como ressalta Martins, Reis e Carvalho (2004) se utilizam das relações de gênero, de poder e meios coercitivos sendo formas de constrangimento, como “intimidação, armas ou mesmo a força física, diante dos quais a resistência da vítima pode acarretar riscos gravíssimos, inclusive da própria vida.” (MARTINS; REIS; CARVALHO, 2004, p.1)

Com todo sofrimento passado até a consumação do delito, a vítima da violência sexual, com ênfase na mulher começa uma série de novos infortúnios gerados pelo agressor:

Mesmo não sendo um problema específico da saúde e sim da sociedade, diante do grande número de vítimas, dos agravos e ameaças à vida, às relações interpessoais e à saúde, a violência adquiriu proporção de um complexo problema de saúde pública<sup>4,5</sup>. Na violência sexual, além dos danos psicológicos, do risco de contrair doenças sexualmente transmissíveis e o vírus da imunodeficiência adquirida (HIV) , verifica-se a possibilidade da ocorrência de gravidez pós-estupro e de



lesões genitais e não-genitais decorrentes da violência presente nesse tipo de ofensa. (MARTINS; REIS; CARVALHO, 2004, p.2)

## 2.1 Criminologia Feminista

A criminologia, ou o estudo do crime, é uma ciência interdisciplinar que se configura com o “ser”, diferente do direito que se configura como dever ser.

Penteado Filho (2019) traz o conceito de criminologia:

Pode-se conceituar criminologia como a ciência empírica (baseada na observação e na experiência) e interdisciplinar que tem por objeto de análise o crime, a personalidade do autor do comportamento delitivo e da vítima, e o controle social das condutas criminosas. (PENTEADO FILHO, 2019, p.21)

Insta ressaltar, que não existe apenas uma criminologia, assim, muitos também serão os seus conceitos como afirma Mendes (2017), que podem estar relacionados a crime, ao criminoso, a vítima, ao sistema criminal, ou ao controle.

Andrade (2005) afirma que houve três grandes momentos históricos e epistemológicos dentro do sistema de justiça criminal, cruciais para o desenvolvimento da Criminologia sob o ângulo do feminismo. (ANDRADE, 2005, p.73)

Segundo a autora, o primeiro momento foi a década de 1960, quando se estabeleceu a passagem da violência individual para a violência institucional. O segundo período se deu a partir da década de 1970, ocasião em que ocorreu o desenvolvimento materialista desta Criminologia, o que marcou a passagem para a denominada Criminologia radical, Nova Criminologia e Criminologia crítica, no âmbito das quais o sistema de justiça criminal recebeu uma interpretação macrossociológica no marco das categorias capitalismo e classes sociais ou Criminologia da violência estrutural. Por outro lado, foi na década de 1980 que o desenvolvimento feminista da Criminologia crítica marcou a passagem para a Criminologia feminista, contexto em que o sistema de justiça criminal passou a ser



interpretado de maneira macrosociológica no marco das categorias patriarcado e gênero. (ANDRADE, 2005, p. 73)

A mulher entra no estudo da criminologia com o autor Lombroso em 1892 em parceria com Giovanni Ferrero na obra *La Donna Delinquente*, onde a mulher em seu sistema biológico é comparada ao homem e passa a assumir possíveis formas de se caracterizar, como relata Mendes (2017) que a prostituta, para Lombroso assume o melhor papel de delinquente, em decorrência da sua sexualidade não estar relacionada a ser mãe.

Dessa forma, Andrade (2005) ressaltada a importância do feminismo para retratar a história de um saber masculino onipresente e a de um sujeito ausente, o feminino e sua dor:

Fundamental, portanto, invocar a importância do feminismo como outro sujeito coletivo monumental que, fazendo a mediação entre a história de um saber masculino onipresente e a história de um sujeito ausente o feminino e sua dor – e resignificando a relação entre ambas, aparece como fonte de um novo poder e de um novo saber de gênero, cujo impacto (científico e político) foi profundo no campo da Criminologia, com seu universo até então completamente prisioneiro do androcentrismo: seja pelo objeto do saber (o crime e os criminosos), seja pelos sujeitos produtores do saber (os criminólogos) ou pelo próprio saber. “O Homem criminoso” (1871- 1876), título da histórica obra do médico italiano César Lombroso, é emblemática a respeito, muito embora o próprio Lombroso, na continuidade, já abordasse a criminalidade das fêmeas. (ANDRADE, 2005, p.73-74)

Assim sendo, a Criminologia nasceu oficialmente no século XIX como a ciência da criminalidade, do crime e do criminoso e desde então vem passando por diversas mudanças:

A Criminologia, portanto, nascida oficialmente no século XIX como a ciência da criminalidade, do crime e do criminoso, transformou-se e está a se transformar, cada vez mais, numa teoria crítica e sociológica do sistema de justiça criminal (ciência social) se ocupando, fundamentalmente, da análise de sua complexa fenomenologia e funcionalidade nas sociedades capitalistas e patriarcais. (ANDRADE, 2005, p. 74)



Budó e Gindri (2016) por meio de um estudo sobre a Criminologia Crítica e do paradigma referente à gênero, buscou entender se o movimento feminista, ao tratar sobre a Lei Maria da Penha, apropriou-se de uma função simbólica do Direito Penal. Isso por meio de uma análise de discurso de 32 postagens de 6 blogs feministas. Por meio disso, as autoras perceberam que há um predomínio das funções simbólicas sobre as funções reais e instrumentais do direito no movimento feminista, apesar de críticas sobre o sistema penal brasileiro, restou claro e notório uma presença grande de desejos pela expansão do sistema, a partir do momento em que se levanta a bandeira em prol do agravamento de penas, criação de novos tipos penais. Dessa forma, Budó e Gindri (2016) chegam à conclusão de que tudo isso leva à uma deslegitimação do sistema de controle penal.

Segundo Budó e Gindri (2016, p. 237) movimentos sociais fomentam demandas capazes de modificar o Direito Penal. Todavia na prática, nem sempre essas inovações vêm para melhorar. O marco teórico feminista é o paradigma de gênero, onde se permite uma visão de masculino e feminino como constructos culturais e históricos, o que é um importante fundamento para uma mudança do Direito. A Criminologia Crítica tem como escopo questionar a ampliação do Direito Penal em decorrência das consequências drásticas que o referido instrumento pode provocar e da sua ineficácia real na solução de conflitos.

### **3 DIREITO PENAL SIMBÓLICO**

A famosa frase “lei para inglês ver” é uma boa definição do que seja Direito Penal Simbólico. No dia-a-dia, muitos crimes chocam a sociedade, que em sua maioria leiga no assunto políticas criminais, direito penal, requerem uma resposta do Estado a todo custo. Não é à toa, que no decorrer dos anos, tipos penais foram surgindo, porém muitas vezes ineficazes. A sociedade vê a pena somente como punição, se esquecendo do principal, a ressocialização. Nem sempre a punição severa, será sinônimo de justiça. O estudo da criminologia, aliado com as políticas criminais evitam o direito simbólico. Entender o que seja esse direito penal



simbólico é uma forma de evitar trabalhos em vão e fomentar práticas realmente eficazes na busca por um mundo menos violento.

Ripollés (2004) alega que o Direito Penal Simbólico advém do predomínio dos efeitos simbólicos com relação dos efeitos instrumentais. Ele cita que essa simbologia ocorre quando a consequência da pena é uma produção de efeitos sócio pessoais expressivos integradores, mas que, no entanto, não possuem legitimidade por sua natureza, tendo em vista que não se acomodam às políticas criminais que fundamentam a pena. (RIPOLLÉS, 2003, p. 164).

Nesta mesma linha de raciocínio Budó e Gindri (2016, p. 241) afirmam que o sujeito deixa de ser o destinatário de uma política de reintegração social, é o que preceitua a política de reintegração social. Dessa forma, passam a ser uma espécie de bode expiatório de uma resposta do Estado, que sem ter o embasamento de estudos sobre política criminal, uma visão macro do problema, exigem uma resposta penal simbólica que exerça uma função preventiva e integradora, mas que na prática não serve para surtir mudanças sociais. Isso faz com que haja um abandono de esforços na consolidação de uma moral civil imprescindível dentro de uma sociedade pluralista e acabam por empobrecer o filtro necessário para identificar conteúdos com a limitação do direito.

A proteção do bem jurídico cede lugar à demarcação de situações relevantes e irrelevantes no que se refere ao sistema penal. (BUDÓ; GINDRI, p. 241-242)

Nesta linha de raciocínio entre simbologia e violência contra a mulher, Andrade (2005) realizou uma análise teórica e empírica do funcionamento do sistema de justiça criminal relativo à violência sexual contra a mulher, o que restou constatado a sua ineficácia:

l) num sentido fraco, o SJC é ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência porque, entre outros argumentos, não previne novas violências, não escuta os distintos interesses das vítimas, não contribui para a compreensão da própria violência sexual e a gestão do conflito e, muito menos, para a transformação das relações de gênero.



O sistema não apenas é estruturalmente incapaz de oferecer alguma proteção à mulher, como a única resposta que está capacitado a acionar – o castigo – é desigualmente distribuído e não cumpre as funções preventivas (intimidatória e reabilitadora) que se lhe atribui. Nesta crítica se sintetizam o que denomino de incapacidades protetora, preventiva e resolutória do SJC.

2) num sentido forte, o SJC (salvo situações contingentes e excepcionais) não apenas é um meio ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência (particularmente da violência sexual, que é o tema da pesquisa) como também duplica a violência exercida contra elas e as divide, sendo uma estratégia excludente que afeta a própria unidade (já complexa) do movimento feminista. (ANDRADE, 2005, p.75)

A explicação é que tal ineficácia decorre de um subsistema de controle social seletivo e desigual, tanto de homens como de mulheres: “Isto porque [...] é, ele próprio, um sistema de violência institucional, que exerce seu poder e seu impacto também sobre as vítimas”. (ANDRADE, 2005, p. 75).

Conforme Andrade (2005), a violência sobre a vítima mulher se inicia na própria família. Para piorar a situação, o sistema de justiça criminal duplica, ao invés de proteger a vítima feminina, fomentando estereótipos de preconceitos e de desigualdades, visto que além da violência sexual representada por determinadas atitudes masculinas, como por exemplo: estupro, atentado violento ao poder, dentre outras atitudes, a mulher torna-se vítima da violência institucional plurifacetada do sistema, que expressa e reproduz dois tipos de violência: “a violência das relações sociais capitalistas (a desigualdade de classes) e a violência das relações sociais patriarcais (traduzidas na desigualdade de gênero).”. (ANDRADE, 2005, p. 75)

Mas o que o sistema de justiça criminal representa e o que ele promete? Andrade cita (2005) que é importante estudar a conjuntura do sistema de justiça criminal para que se possa entender o motivo de sua ineficácia para com relação ao gênero feminino. Primeiramente Andrade (2005) discorre sobre a dimensão normativa, marcada por um Estado onipresente em nível Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo um sistema monumentalmente percebido pelo Outro. Por outro lado, há a dimensão ideológica-simbólica, representada pelo saber oficial e ideologia



penal dominante (proteção do bem comum, intimidação *erga omnes*). (ANDRADE, 2005, p. 77)

De acordo com Penteadó Filho (2019) existem dois sistemas de controle na sociedade o informal que possui um viés de prevenção e o controle social formal, que possui sentido político-criminal. A família, escola, religião, profissão, são formadores morais e fazem parte do controle social informal, enquanto o Ministério Público, a polícia, a justiça, administração penitenciária, são exemplos do controle social formal que estrutura a sociedade.

É válido frisar, que segundo Andrade (2005), o sistema de justiça criminal no Brasil possui uma eficácia invertida, ou seja, objetiva proteger os bens jurídicos universais, ao passo que não se preocupa em combater a criminalidade:

A eficácia invertida significa, então, que a função latente e real do sistema não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao contrário, construí-la seletiva e estigmatizantemente e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça). (ANDRADE, 2005, p. 79)

Em suma, Andrade (2005) afirma que os aspectos normativo e ideológico-simbólico do sistema de justiça criminal servem para selecionarem aqueles que serão punidos, assim como solidificarem ainda mais os estereótipos e estigmas já existentes, representando toda uma mecânica de controle constitutiva e reprodutora das profundas assimetrias que engendram e alimentam os preconceitos, conforme *in verbis*:

Nesse sentido não reage contra uma criminalidade que existe ontologicamente na sociedade independentemente da sua intervenção, mas é a própria intervenção do sistema (autêntico exercício de poder, controle e domínio) que, ao reagir, constrói, co-constitui o universo da criminalidade (daí processo de criminalização) mediante: a) a definição legal de crimes pelo Legislativo, que atribui à conduta o caráter criminal, definindo-a (e, com ela, o bem jurídico a ser protegido) e apenando-a qualitativa e quantitativa-mente (criminalização primária); b) a seleção das pessoas que serão etiquetadas, num continuum pela Polícia-Ministério Público e





Justiça (criminalização secundária); e c) estigmatizadas, especialmente na prisão, como criminosos, entre todos aqueles que praticam tais condutas (criminalização terciária). (ANDRADE, 2005, p.80)

Segundo Andrade (2005), a seletividade é a função real e lógica estrutural de funcionamento do sistema de justiça criminal, frequente às sociedades capitalistas patriarcais. Isso porque, de acordo com uma pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério de Justiça a partir de 1995, ficou claro que no Brasil há uma aproximação entre os dados da criminalização da pobreza (em torno de 95%) e os dados da criminalização masculina (em torno de 96%, contra aproximadamente 4% de criminalização feminina):

A seletividade é, portanto, a função real e a lógica estrutural de funcionamento do SJC, comum às sociedades capitalistas patriarcais. E nada simboliza melhor a seletividade do que a clientela da prisão ao nos revelar que a construção (instrumental e simbólica) da criminalidade – a criminalização – incide seletiva e estigmatizantemente sobre a pobreza e a exclusão social, majoritariamente masculina, e apenas residualmente (embora de forma crescente) feminina. (ANDRADE, 2005, p. 81)

Zaffaroni (1991) afirma que o discurso que o direito penal tem de punir e de prevenir a prática de crimes é uma utopia, pois não se realiza na prática. Alega que o sistema penal é “estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente aos setores vulneráveis” (ZAFFARONI, 1991, p. 27).

Jakobs (1991) cria o denominado funcionalismo sistêmico, para ele, a função do direito penal é assegurar a vigência do sistema a partir do momento que protege o império da norma. Segundo o autor, quando o sujeito é penalizado, aquele gesto serve apenas para demonstrar que a norma continua em vigor, deve ser obedecida e aquele que quiser desrespeitá-la será punido. Ele não acredita na finalidade de se assegurar bens jurídicos, até mesmo porque ele já teria sido violado.



## 4 INOVAÇÃO LEGISLATIVA LEVADA À CABO PELA LEI 13.718/18

### 4.1 A necessidade da criação da Lei

No Código Penal Brasileiro, antes do advento da Lei 13.718/18, havia uma desproporcionalidade da pena mínima cominada ao crime de estupro previsto no art. 213 do Código Penal Brasileiro, quando aplicado a condutas que acarretava menor lesão ao bem jurídico da vítima, havendo então, a necessidade da criação de um tipo penal intermediário que suprisse a lacuna legal de maneira a não violar os princípios fundamentais inerentes tanto ao autor quanto à vítima do crime. Isso porque, o tipo do antigo artigo 213 era aberto e acabava por enquadrar a conjunção carnal na mesma seara que a prática, permissão de um ato libidinoso.

Por vezes, juízes acabavam desclassificando o tipo estupro para a contravenção penal importunação ofensiva ao pudor, por consideraram que ato libidinoso era um termo aberto e que era desproporcional penalizar o sujeito que havia cometido ato libidinoso com a mesma pena daquele sujeito que havia praticado conjunção carnal. Ocorre que, essa desclassificação acabava por fazer com que atos libidinosos saíssem impunes, visto que o preceito secundário do tipo estupro prevê pena de reclusão de 6 a 10 anos, enquanto o da contravenção penal citada era pena de multa.

O grande clamor social diante dos repetidos casos noticiados em mídias televisivas de forma jornalística em 2017, escancarou a atuação de agentes por maioria masculinos com condutas como apalpação, “encoxamentos” e até ejaculação em vítimas, mulheres, em ônibus, lugares públicos, meios de transporte e outros.

Práticas essas, que até então, muitos juízes consideravam que não se encaixavam na tipificação de estupro por faltar os elementos típicos do crime como constringer alguém mediante violenta ou grave ameaça a ter conjunção carnal, conforme previsto na antiga redação do Art. 213, do Código Penal:



### Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos

§ 2º Se da conduta resulta morte Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos

Conforme Cachapuz e Tanferri (2015, p. 48) os crimes contra a dignidade sexual têm como intuito proteger a liberdade sexual do ser humano, punindo condutas que atentem contra a mesma. Insta ressaltar que, tal punição possui um caráter que ao mesmo tempo é repressivo e preventivo e visa assegurar o bem-estar da sociedade. Não devendo ir além e nem ficar aquém do indispensável à proteção da dignidade sexual. É o que afirmam as autoras: “Nesse desiderato, a pena deve ser aquela suficiente para a repressão e prevenção do delito, graduada de acordo com a gravidade do fato praticado e tendo em mira a importância do bem protegido e a efetiva lesão que a conduta vedada acarreta ao titular do direito atingido”. (CACHAPUZ; TANFERRI, 2015, p. 48)

Anteriormente à Lei 13.718/18, o artigo 213 do CPB que se refere ao crime de estupro, em pôr literatura: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”.

Com a implementação da Lei 12.015/09, em que se fez a junção de duas condutas antes tipificadas separadamente, quais sejam, o estupro propriamente dito e o atentado violento ao pudor, notou-se uma desproporcionalidade na aplicação aos casos concretos onde há se ato libidinoso, porém, com menor ofensividade ao bem jurídico tutelado. Nota-se a necessidade de um tipo penal intermediário que supra essa carência. Com a abrangência do artigo 213, pela falta de taxatividade referente aos atos libidinosos e à referida percepção machista e patriarcal do Sistema de



Justiça Criminal, nota-se uma desproporcionalidade na aplicação da pena de acordo com a lesividade ao bem jurídico tutelado, a liberdade sexual, além da seletividade de possíveis vítimas e criminosos. Com a percepção de Bittencourt (2008, p. 9 apud Cachapuz e Tanferri, 2015, p. 53)

*A diferença entre o desvalor e a gravidade entre o sexo anal e oral e os demais atos libidinosos é incomensurável. Se naqueles a gravidade da sanção cominada (mínimo de seis anos de reclusão) pode ser considerada razoável, o mesmo não ocorre com os demais, que, confrontados com a gravidade da sanção referida, beira as raíais da insignificância. Nesses casos, quando ocorre em lugar público ou acessível ao público, deve-se desclassificar para a contravenção do art. 61 (LCP). Caso contrário, deve-se declarar sua inconstitucionalidade, por violar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da lesividade do bem jurídico.*

Ressalta-se o claro desnível entre os variados tipos de atos libidinosos, importando a diferenciação da aplicação da sanção com relação aos coitos por Noronha (1999, p. 91 apud Cachapuz e Tanferri, 2015, p. 54

Os atos libidinosos obedecem a uma escala de diferentes graus de luxúria e devassidão. É a hierarquia da volúpia, indo desde os meros toques a tateios até os coitos anormais, todos importando diversos danos e justificando que, como dissemos no estupro, alguns deles- as cópulas anal e oral- deveriam constituir crimes mais graves.

Portanto, é possível dizer que o legislador pecou ao não diferenciar os atos libidinosos mais graves, dos mais leves, não sendo justo um crime de menor potencial ofensivo ser punido com o mesmo afinco daqueles notavelmente graves:

Ao aglutinar num mesmo tipo penal o estupro propriamente dito e o vetusto atentado violento ao pudor, com fincas em ampliar a proteção do bem jurídico tutelado pelo tipo penal, o legislador deixou para o aplicador da norma a árdua missão de definir quais os atos constitutivos do atentado violento ao pudor seriam passíveis de receberem a elevada pena prevista ao crime de estupro. (CACHAPUZ; TANFERRI, 2015, p. 53)

Acontece que, segundo Cachapuz e Tanferri (2015, p. 48), os legisladores não foram razoáveis, proporcionais ao fixarem um elevado patamar à pena mínima do



delito de estupro. Ademais, não foram taxativos com relação a ampla possibilidade de condutas passíveis de serem caracterizadas como estupro.

Ainda alegam que o bem jurídico tutelado em se tratando dos crimes previstos no Título VI do Código Penal é a liberdade sexual: “a liberdade sexual em sentido amplo (inclusive sua integridade e autonomia sexual), que tem direito pleno à inviolabilidade carnal. Diz respeito ao livre consentimento ou formação da vontade em matéria sexual” (CACHAPUZ; TANFERRI, 2015, p.49-50)

Mister se faz ressaltar, que com o advento da Lei 12.015/2009, houve relevantes mudanças no que tange a evolução do bem jurídico, dignidade sexual, modificou substancialmente as figuras típicas e ampliou a proteção. A Lei realizou reformas ao Título VI da Parte Especial do Código Penal, objetivando adequar as normas penais às transformações dos modos de pensar e de agir da sociedade em matéria sexual, ocorridas desde a elaboração do Código Penal, e atualizou o Estatuto em face das inovações trazidas pela Constituição Federal e por construções doutrinárias mais recentes. Para Cachapuz e Tanferri (2015, p. 50) a nova abordagem reconheceu a importância do desenvolvimento sadio da sexualidade e do exercício da liberdade sexual como bem merecedor de proteção penal: “Na nova abordagem dos crimes sexuais se reconheceu a primazia do desenvolvimento sadio da sexualidade e do exercício da liberdade sexual como bens merecedores de proteção penal, por serem aspectos essenciais da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade”. (CACHAPUZ; TANFERRI, 2015, p. 50)

A Lei 12.015/09 apesar de trazer benefícios, há que se notar uma problematização à cerca dos atos libidinosos, onde não há uma hierarquia e taxatividade para esses atos, cabendo todos, à máxima aplicação da pena de estupro ou havendo uma desclassificação para contravenção penal, o que em nenhum dos casos atenderia à efetiva função da proteção ao bem jurídico tutelado liberdade sexual, havendo uma desproporcionalidade significativa às referidas penas, sendo



cabível no caso de contravenção penal a aplicação de multa, trazendo à tona uma possível legitimação e impunidade ao delito.

Dessa forma, abordou-se a necessidade de se criar um tipo penal intermediário no crime de estupro, afim de não haver essa desproporcionalidade e uma maior segurança jurídica. Há de se analisar também a evolução da liberdade sexual referente ao gênero feminino e a carga patriarcal, machista trazida desde a primeira redação do Código Penal nos anos 40, nos casos concretos atuais. Além disso há de se observar o poder da mídia tanto escrita, quanto falada, no caso a televisão, na determinação e imposição de valores sociais e na aplicação do direito no caso repercutido.

O tipo penal estupro, conforme Cachapuz e Tanferri (2015, p. 52), consiste em: “manter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso contra a vontade da vítima. A conjunção carnal configura-se com a cópula vagínica, já os atos libidinosos são todos os demais atos que possuem conotação sexual”.

Com o advento da Lei 12.015/2009, a conduta típica do crime de estupro foi ampliada, houve na verdade uma junção de ambas as condutas (conjunção carnal e ato libidinoso) em um só tipo penal. Para Cachapuz e Tanferri (2015, p. 52) esse crime passou a ser caracterizado: “como um crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, que é aquele que contém várias modalidades de conduta, qualquer uma delas suficiente por si só para a caracterização da prática do crime”.

Por sua vez, a conjunção carnal é de fácil constatação, porém o ato libidinoso (ato com finalidade sexual diversa da conjunção carnal) acopla uma série de condutas que na prática nem sempre são constatáveis. Além disso, resta configurado a grande celeuma no que tange aos atos libidinosos considerados “mais leves” e que comparados com os atos extremamente ofensivos (coito anal, sexo oral) não seriam tão lesivos a dignidade sexual, mas que por outro lado sofreriam a mesma sanção. É o que citam as autoras:



Em que pese o ato libidinoso ser considerado todo aquele com finalidade sexual diverso da conjunção carnal, cumpre destacar a grande celeuma existente em relação aos atos libidinosos considerados “mais leves” e que comparados com atos extremamente ofensivos, tais como o coito anal, sexo oral, não seriam tão lesivos ao bem jurídico dignidade sexual. (CACHAPUZ; TANFERRI, 2015, p. 53)

Portanto, é possível dizer que, naquela época, o legislador pecou ao não diferenciar os atos libidinosos mais graves, dos mais leves, não sendo justo um crime de menor potencial ofensivo ser punido com o mesmo afincio daqueles notavelmente graves:

Ao aglutinar num mesmo tipo penal o estupro propriamente dito e o vetusto atentado violento ao pudor, com fincas em ampliar a proteção do bem jurídico tutelado pelo tipo penal, o legislador deixou para o aplicador da norma a árdua missão de definir quais os atos constitutivos do atentado violento ao pudor seriam passíveis de receberem a elevada pena prevista ao crime de estupro. (CACHAPUZ; TANFERRI, 2015, p. 53)

A partir disso, Cachapuz e Tanferri (2015, p. 55) citam que no caso concreto há determinados princípios penais, como o da proporcionalidade, lesividade ou ofensividade, taxatividade, que podem auxiliar o juiz no julgamento de causas que envolvam o estupro, de forma a não punir uma conduta mais leve na mesma proporção que a de uma mais grave.

Os autores trazem a noção de que o princípio da proporcionalidade pode ser traduzido pela imposição de uma medida penal necessária e suficiente para a reprovação de uma determinada conduta delituosa e também deve garantir ao condenado o direito de não sofrer uma punição além do limite do mal causado pelo ilícito. Por sua vez, a lesividade ou ofensividade estabelecem garantias e limites ao direito de punir, ou seja, uma conduta deverá ser criminalizada, quando gerar perigo concreto e real de lesão a um determinado bem jurídico. Já a taxatividade exige da lei uma certeza jurídica, demanda que o legislador elabore uma lei sem deixar tipos abertos que podem ensejar numa insegurança jurídica.



Cachapuz e Tanferri (2015, p. 60) alegam que esses princípios não são suficientes para auxiliarem o juiz na culminação da pena no caso concreto, pois o crime de estupro prevê os limites mínimos e máximos da lei o que deixa o juiz engessado, sendo o mínimo, a pena de 6 anos, equivalendo a penalidade prevista para o homicídio. Isso faz com que alguns juízes desclassifiquem o crime de estupro para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, ou até mesmo para a contravenção de perturbação da tranquilidade, o que também acaba por ajudar na impunidade de tais delitos. A saída para o radicalismo da punibilidade ou ausência da mesma seria a criação e implementação de um tipo penal intermediário.

## 4.2 Projeto de lei

O Código Penal Brasileiro de 1940, sofreu alterações com a Lei 12.015/09 que unificou os crimes de estupro e atentado violento ao pudor em um único artigo. Em 2017, um caso de grande repercussão midiática trouxe à tona uma antiga problematização referente à aplicação da contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor nos casos em que não havia tipificação penal intermediária. A cidade de São Paulo em 2017 foi palco de um crime que ensejou um grande debate jurídico com base principalmente no princípio da proporcionalidade, visto que o autor do delito ejaculou em uma mulher no transporte coletivo, conduta atípica até e então.

Um dos princípios norteadores do direito é o da legalidade, não haverá tipificação do crime sem lei anterior que o defina, o crime em tela mostrou a insuficiência punitiva da lei revoltando milhares de civis e juristas com a decisão do juiz de soltura do réu., pois ele cometeu novamente O Projeto de Lei 618/2015 do PSL foi aprovado pelo Congresso Nacional culminando na origem da Lei 13.718/18.

O Projeto de Lei nº 2.265, de 2015 proposto pela Bancada Feminina da Câmara dos Deputados teve a sua criação justificada sobre o viés da necessidade da tipificação e criminalização adequada ao Estupro Compartilhado e o Estupro coletivo, além disso o aumento de pena para o crime de estupro. “As alterações





propostas justificam-se pelo fato do aumento do número de ocorrências de estupro praticados no Brasil, principalmente na modalidade de estupro coletivos”. (FEMININA 2015 s/p)

Ainda com dados relatados:

O Brasil vive uma verdadeira banalização do crime de estupro. Segundo dados do 8º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, foram registrados 50.320 casos de estupro em 2013. O levantamento faz uma consideração, que agrava ainda mais as estatísticas: "apenas 35% das vítimas costumam relatar o episódio às polícias, segundo pesquisas internacionais. Assim é possível que o Brasil tenha convivido, naquele ano, com cerca de 143 mil estupros." No Brasil, apesar de ser crime hediondo, o estupro é um crime com taxas absurdas de ocorrências. (FEMININA, 2015 s/p)

Com agravo da situação, houve a incidência de casos tipificados como “estupro coletivo”: uma modalidade do crime, que vai além do estupro, como analisado por Feminina (2015): “As mulheres que sobrevivem a esta barbárie têm suas vidas destruídas para sempre. Não conseguem mais retomar suas vidas. Vivem com depressão, medo e perdem a confiança nos seres humanos” (FEMININA, 2015 s/p)

De acordo com o anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública de 2015: “somente 35% dos crimes sexuais são notificados. Tal fato corrobora com a necessidade de modificar a legislação e criar medidas enérgicas para reprimir esses delitos”. (FEMININA, 2015 s/p)

O Projeto de Lei nº 8.513 de 2017, proposto pela Sra. Professora Dorinha Seabra Rezende, teve como um das justificativas o caso de grande repercussão midiática sobre o caso do homem na cidade de São Paulo que ejaculou em uma mulher dentro do transporte coletivo, gerando como resultado de tal ato uma grande celeuma entre os penalistas, visto que o juiz do referido caso entendeu que tal conduta se tratava de contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor. Conforme entendimento de Rezende (2017):



Vislumbra-se claramente que a aludida ação macula, na realidade, a dignidade sexual, mais especificamente a liberdade sexual da vítima, tornando-se imperioso que esta Casa Legiferante proceda à correta tipificação do fato declinado, de forma a conceber reprimenda harmônica, justa e suficiente à punição do criminoso. (REZENDE, 2017, s/p)

### **4.3 Realidades sociais por trás da Lei 13.718/18**

Como se dá a situação da mulher na esfera criminal? Andrade (2005, p.87) alega que: “As mulheres não correspondem, em absoluto, ao estereótipo de criminoso (as), mas ao de vítima(s)”. Tudo isso, advém dessa conjuntura patriarcal onde a mulher é vista como um sujeito passivo, coisificado na construção social do gênero, a divisão que a mantém no ambiente doméstico é o reflexo do exato estereótipo da mulher vítima no sistema penal. (ANDRADE, 2005, p. 85)

Neste sentido, Andrade (2005) afirma que o sistema de justiça criminal é androcêntrico porque: “constitui um mecanismo masculino de controle para o controle de condutas masculinas, em regra geral, praticadas pelos homens, e só residualmente feminino”. (ANDRADE, 2005, p.88)

Com entendimento em harmonia, Angotti, Braga e Matsuda (2014) dizem que:

Entre as diversas formas que a violência de gênero assume, o estupro é a que demonstra de maneira mais eloquente a existência da desigualdade entre homens e mulheres, ao submeter a vítima de modo integral, atingindo seu corpo e sua autonomia. (Angotti, Braga e Matsuda, 2014, p.7)

A vítima de estupro não sofre apenas a violência contra seu corpo, mas também contra a sua saúde mental e comportamento social abalado devido ao crime à que fora cometido. Com dados da ONG RAINN (Rape, Abuse, Incest National Network):

Quem é vítima de uma violência sexual tem: 3 vezes mais chances de sofrer de depressão; 6 vezes mais chances de sofrer de um transtorno pós-traumático, 13 vezes mais chances de sofrer por uso abusivo de álcool,



26 vezes mais chances de sofrer por uso abusivo de drogas, 4 vezes mais chances de cometer suicídio (RAINN).

Conforme várias teorias criminológicas, Mendes (2017) afirma que passam a existir justificativas para os crimes sexuais contra mulheres. Surgindo chavões como:

A violação é impossível se a mulher não quer”; “as mulheres dizem não somente porque não querem ceder imediatamente”; ou “os violadores são psicopatas, homens com problemas sexuais, com mães ou mulheres repressoras. (MENDES, 2017, p.50)

Apesar do fortalecimento da luta feminista atual no país e de das conquistas alcançadas nas últimas décadas, é notório os retrocessos que ameaçam os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres atualmente em nossa sociedade. Com entendimento de Angotti, Braga e Matsuda (2014), o problema está na mentalidade institucional, onde o Sistema de Justiça Criminal não está preparado para acolher a mulher vítima de crime sexual. É o que dizem:

A mentalidade institucional é um exemplo claro de como não bastam mudanças legais: é essencial que haja capacitação de operadores(as) e ruptura com o sistema simbólico de modo que se permitam espaços que realmente acolham. Isso porque o Sistema de Justiça Criminal e os aparatos médicos são relutantes em seguir protocolos que buscam evitar o processo de revitimização da mulher que sofreu violência sexual. Um exemplo disso é a difícil implementação da Norma Técnica para prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes, editada pelo Ministério da Saúde em 2005, que é explícita ao destacar a desnecessidade de Boletim de Ocorrência para a realização de aborto legal. (ANGOTTI, BRAGA, MATSUDA, 2014, p.8)

Lins, Zapater (2018) mostram que na prática os movimentos feministas da moda podem surtir efeitos diversos dos pretendidos para tutelar os direitos humanos das mulheres por dizer, em decorrência dessa falta de preparo:

Usar como gancho casos de violência contra mulheres repercutidos pela imprensa para produzir leis penais populistas pode ter efeitos deletérios. O ordenamento jurídico brasileiro – e, em especial, a legislação penal – é fértil em exemplos de



leis feitas no calor do crime da moda. Na melhor das hipóteses, viram piada. No limite, tornam-se fundamento para arbitrariedades perigosas para as liberdades civis. (LINS, ZAPATER, 2018)

#### **4.4 Lei 13.718/18 na perspectiva do direito penal simbólico versus direito penal efetivo**

No dia 25 de setembro de 2018, a Lei 13.718 que altera dispositivos referentes aos crimes contra a liberdade sexual e contra vulneráveis e cria novos tipos penais, foi publicada.

A promulgação da Lei 13.718/18 se deu de forma atípica, pois foi sancionada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli em dia interino, representando o atual Presidente da República Michel Temer, o que não a torna inconstitucional, mas mostra o ativismo judiciário e o poder político no sistema de Justiça.

Baratta (1994, p.22) observa que os conflitos sociais chamam atenção das pautas políticas. Dessa forma, os políticos com o intuito de obter um respaldo positivo da sociedade, acabam por colocar em pauta esses conflitos sociais. Todavia, nem sempre a forma como é colocado para ser discutido é a melhor, pois o interesse maior, por questões políticas, é de se obter uma função respaldada pela opinião pública positiva e não por funções de cunho instrumental.

É o que inclusive alegam Budó e Gindrin (2016, p.242) ao retratarem que a promessa de um aumento de punição e recrudescimento do sistema penal são bandeira de um populismo punitivo:

Os anseios simbólicos do Direito Penal são também sentidos na repercussão legislativa e na corrida eleitoral. O efeito simbólico esperado do direito em tornar valores como relevantes e reafirmá-los através da pena, mesmo que não haja efeitos materiais visíveis de redução das infrações, é uma moeda de valor nas disputas por poder. (BUDÓ; GINDRI, p. 242)



Segundo Suzuki (2018), a Lei 13.718/18 trouxe inúmeras alterações e inovações no Título VI, da Parte Especial do Código Penal, onde trata-se dos crimes contra a dignidade sexual, tendo como nova redação:

#### IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Em 27 de agosto, em São Paulo, um homem foi preso ao ejacular em uma mulher que dormia no ônibus e o juiz, responsável em julgar o ocorrido, considerou essa conduta como contravenção penal ao invés de estupro. Com entendimento em concordância, Suzuki (2018) afirma que, o juiz ao proferir sua decisão sobre a situação do ônibus acabou por acertar, dentro da devida legalidade da lei anterior. Todavia, essa mesma conduta é hoje o que prevê o art. 215-A do Código Penal, a denominada importunação sexual e não o estupro (crime hediondo que possui em seu preceito secundário uma punibilidade alta, pena de de 6 (seis) a 10 (dez) anos).

Apesar da revogação do art. 61 da Lei de Contravenções Penais “não houve “abolitio criminis” em relação a referida conduta, que foi alcançada pelo princípio da continuidade normativo típica, onde o delito continua a existir, mas em outra norma penal.”. (SUZUKI,2018)

O legislador, introduziu uma norma explicativa no § 5º, do art. 217-A do CP que traz a figura do crime de estupro de vulnerável, vez que havia dúvida sobre a eventual relatividade do consentimento da vítima, ou de que previa prática de ato sexual, afastava o delito do art. 217-A do CP. Para Suzuki com tal norma, reforça o intuito inicial do legislador, que foi o de afastar a relatividade/subjetividade da presunção de vulnerabilidade da vítima, estabelecendo-se, portanto, a objetividade como parâmetro para a análise do estupro de vulnerável, conforme já expressava a Súmula 593 do STJ que aduz, *in verbis*:



Artigo 218-C do Código Penal: Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime

mais grave.

#### **Aumento de pena**

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

#### **Exclusão de ilicitude**

§ 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no **caput** deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.” (SUZUKI,2018)

Com a nova redação do art. 225 do CP, revogou-se o conteúdo do parágrafo único de referido texto legal, sendo que todos os crimes previstos nos capítulos I e II dos crimes contra a dignidade sexual (art. 213 até o 218-C do CP) passam a ser ação pública incondicionada (quando era, em regra, pública condicionada a representação). “Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada. Parágrafo único. (Revogado).” (NR) (SUZUKI,2018)

As inovações trazidas pela nova legislação enrijeceram as penas e trouxeram uma nova perspectiva em relação ao agressor e a vítima. A ação penal anteriormente pública condicionada a representação, ou seja, mediante a representação da vítima, com nova redação, torna-se possível imediatamente após a ocorrência do crime a polícia começar as investigações, independente da vítima. Por outro lado, o resultado



de tais ações penais não estão surtindo o efeito almejado, com entendimento de Frutuoso (2019):

Inúmeros são os casos em que alguma das partes envolvidas no processo criminal termina prejudicada. A certeza quanto a culpabilidade daquele apontado como criminoso é tão precária que, sequer, existem estudos que fundamentam a quantidade de erros processuais nos casos de estupro, no que, a forma com que são apurados, mostra suficiente para afirmar, pelo menos, que esses erros existem e não são poucos. (FRUTUOSO,2019, s/p)

O Processo Penal Brasileiro tem como base princípios norteadores com respaldo na Constituição Federal de 1988, um desses princípios é o princípio da verdade real, o qual pode ser inatingível, e isso não causará a sua nulidade. É o que prevê o artigo 566 do Código Penal com redação: “Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”. O problema em não se alcançar a verdade real no caso concreto é a ineficiência do Estado na aplicação de um julgamento eficaz, é o que diz Frutuoso (2019) “Nas hipóteses em que não há como ter juízo de certeza, diga-se de passagem, a maioria, a ineficiência do Estado em aplicar um julgamento eficaz é ainda maior”.

A nova redação do Art. 226 do Código Penal prevê a majorante da pena no inciso II, se o agente for “ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre a vítima.” (SUZUKI,2018)

Já no inciso IV, há a inclusão de aumento de pena de 1/3 a 2/3, em duas hipóteses “a primeira chamada de estupro coletivo bem como na hipótese de estupro corretivo, quando o intuito do agente é controlar o comportamento social ou sexual da vítima (ex: quando o agente estupra a vítima pelo fato dela ser homossexual).” (SUZUKI,2018)

Por fim:



A Lei 13.718/18, aumenta no art. 234-A, inciso III do CP, a hipótese de aumento de pena caso o crime sexual resulte gravidez na vítima, que previa aumento até a metade, e passa a ser de metade a 2/3. Já no inciso IV, que aumentava a pena de um sexto até a metade, passa a ter um aumento de 1/3 a 2/3, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, acrescentando a hipótese de acréscimo na pena, caso a vítima seja idosa ou com deficiência (física ou mental – cujas especificidades se encontram no rol do art. 2º da Lei nº 13.146/15 - Estatuto do Deficiente). (SUZUKI,2018)

É importante frisar que para os crimes sexuais, uma das provas mais importantes é o exame de corpo de delito, ainda assim, nem sempre é possível confirmar a materialidade do crime por meio de tal exame, com entendimento de Frutuoso (2019) “os rastros somem rapidamente, isso nas situações em que há emprego de conjunção carnal, pois, quando se trata apenas de atos libidinosos, torna-se quase impossível”. O autor acrescenta:

Ocorre que, mesmo diante da capacidade de comprovar a conjunção carnal através do exame e, consequentemente, apontar vestígios de utilização de violência física, por mais uma vez a prova mostra-se frágil, tendo em vista os casos em que a própria vítima, com intenção precoce de incriminar o agressor, prepara o campo probatório almejando a robustez das alegações proferidas, mesmo quando, em tese, a relação é consensual, o que seria praticamente impossível de comprovar. (FRUTUOSO, 2019, s/p)

Em desencontro a precisão e necessidade do exame de corpo de delito, a comprovação de conjunção carnal e ausência de violência física por meio do exame não podem ser considerados por si só, motivos para absolvição do acusado. A natureza do crime pode ensejar a submissão da vítima, é o que entende Frutuoso (2019):

Isso pois, sabe-se que não raras vezes o constrangimento por parte do agressor se dá mediante violência moral ou grave ameaça provocando mansa submissão da vítima, o que, evidentemente, não deixaria vestígios de agressão física. (FRUTUOSO, 2019, s/p)





Mister se faz ressaltar que pelo princípio da não autoincriminação, ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, o que protege o acusado em casos de comparação de material genético por meio da genética forense, que é um meio de prova. Porém, conforme o autor Frutuoso (2019) “a negativa em colaborar com as investigações, mesmo que não possa interferir na convicção do julgador, inverte o quadro probatório e, não raras vezes, leva à injusta condenação pela impossibilidade de se produzir provas negativas”.

Para Angotti, Braga e Matsuga (2014, p.8) a forma de pensar e fazer o Direito “contribui para a perpetuação da dominação simbólica masculina no universo jurídico e para o incremento da vitimização das mulheres pelo sistema de justiça”. É necessário encarar a violência simbólica formada pelo campo jurídico e a tornar “ilegítima, reconhecível e visível”.

## **5 APLICAÇÃO PRÁTICA DA LEI 13.718/18, NA APELAÇÃO CRIMINAL DE NÚMERO 0005731-38.2017.8.26.0565 DO TJSP**

A aplicação do artigo 213 do Código Penal em sua nova redação tem gerado pluralidade de critérios adotados para diferenciar o tipo principal estupro, para o tipo secundário a importunação sexual, o que é visto em diversas decisões e acórdãos de tribunais de segunda instância e instâncias superiores.

O Acórdão com registro de número 2019.0000403421, que discute os autos de Apelação Criminal nº 0005731-38.2017.8.26.0565, da Comarca de São Caetano do Sul, é um exemplo do uso da Lei nº 13.718 de 2018 para beneficiar o réu. Insta ressaltar, que o referido processo se encontra em segredo de justiça em busca pelo site do Tribunal de Justiça de São Paulo, TJSP, sendo possível ler o acórdão em seu inteiro teor, objeto de análise, por meio do sítio eletrônico da CONJUR.

O caso em comento, trata de um homem com identidade velada, que foi preso preventivamente e condenado por estupro de vulnerável por praticar atos libidinosos com três adolescentes de 13 anos, na data do dia 30 de julho de 2017.



Em sede de recurso, o advogado do acusado Leopoldo Stefano G. Leone Louveira, buscou a absolvição por insuficiência probatória e subsidiariamente a desclassificação do crime disposto no artigo 232, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ou para as contravenções penais previstas nos artigos 61 e 65, do Decreto Lei 3.688/1941, além do direito de recorrer em liberdade, pois não teria havido conjunção carnal nem emprego de ameaça ou violência. Não sendo razoável o réu ter sido enquadrado no tipo estupro, à época dos fatos inexistia a figura da importunação sexual. (CONJUR, 2019)

Por maioria de votos, os desembargadores, ao analisarem os autos da apelação criminal, deram provimento em parte ao recurso para desclassificar o delito de estupro para aquele previsto no artigo 215-A, do Código penal (Lei nº 13.718/2018) e condenar o réu à pena de 1 ano e 6 meses de reclusão, em regime aberto e, face ao tempo em que recolhido em prisão preventiva, declarar sua extinção pelo cumprimento, com expedição de alvará de soltura clausulado, vencido o Relator, Des. Leme Garcia, que dava parcial provimento em menor extensão e declara. Acórdão com o Revisor, Des. Newton Neves. (CONJUR, 2019)

O Desembargador Newton Neves embasou o seu voto na não participação ativa das vítimas, sendo elas mero instrumento do infrator para concretizar seu ato lascivo e com isso tendo uma bruta diferença ao ato de estupro que precisaria para existir de grave ameaça ou violência. (CONJUR, 2019)

O único a votar contra o voto do desembargador Newton Neves foi o desembargador Leme Garcia, que votou pela manutenção do crime de estupro de vulnerável, porém apenas em relação a uma adolescente. Como o homem já estava preso preventivamente havia 1 ano e 10 meses, o tribunal reconheceu como cumprimento integral da pena e determinou expedição imediata de alvará de soltura. (CONJUR, 2019)

Em entendimento crítico contrário ao do desembargador Newton Neves, Jorge, Gentil (2020) apontam que a preposição com, deve ser entendida para os



crimes de estupro e estupro de vulnerável pela preposição contra o que demonstra “característica de agressividade da conduta do agente em desfavor do ofendido” (JORGE, GENTIL, 2020, p.6), isso porque no acórdão em tribunal é explicitado e compreendido existir diferença ao citar com a vítima e contra a vítima.

Com o surgimento da Lei 13.718/18 pôde-se acompanhar na mídia que a impunidade acabaria, pois finalmente a lacuna legislativa aos casos intermediários que não se referiam à conjunção carnal propriamente dita, teria como ensejo a punição devida aos agentes de tais condutas. Porém, superada a criação da lei agora surge a adequação das opções previstas no artigo 213 do Código Penal, assim como debates acirrados com relação do que seria ou não proporcional. Esse tipo de situação acarreta insegurança jurídica.

Seria então o fim da impunidade para esses infratores? Para Secanho, Júnior (2018) se tratando do crime de estupro a nova redação penal é favorável ao réu, pois cabendo retroatividade benéfica pode haver a desclassificação para o novo crime importunação sexual. No tocante aos artigos 61 e 65 da Lei de Contravenções Penais a *novatio legis* atua de forma desfavorável ao réu pois as penas previstas são maiores e tipifica como crime as condutas antes caracterizadas como contravenções além da Lei 13.718/18 revogar o artigo 61.

Para Jorge, Gentil (2020) é imprescindível não concordar com quem admite a violência ou grave ameaça como critério de diferenciação para os crimes de estupro, estupro de vulnerável e ato libidinoso, também com aqueles que sempre optam pela tipificação mais grave e danosa para qualquer e toda prática com contato com o corpo da vítima e por fim com a tese de não haver importunação sexual na prática libidinoso com vulneráveis.

Em recente entendimento, em um caso que envolvia um sujeito que havia sido surpreendido tocando intimamente, sobre a roupa, do próprio neto de seis anos de idade. Sustentava-se no recurso direcionado ao STJ, que a rapidez do toque e o fato de ter se tratado de apenas um episódio autorizavam a desclassificação do



estupro de vulnerável para a importunação sexual, que traz punição proporcional à conduta praticada. (MEU SITE JURÍDICO, 2019, s/p)

Todavia, o entendimento da Corte Superior foi de que:

No âmbito dos crimes cometidos por meio de atos de libidinagem há o estupro de vulnerável, em que pode não haver propriamente um constrangimento à prática de atos sexuais. (E, aliás, ao contrário do que comumente se diz, tampouco existe presunção de constrangimento (ou de violência), característica própria da antiga sistemática imposta pelo revogado art. 224 do Código Penal, não repetida na reforma promovida pela Lei 12.015/09, que, no art. 217-A, passou a punir simplesmente a prática de atos de libidinagem com alguém menor de quatorze anos ou com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.) (MEU SITE JURÍDICO, 2019, s/p)

Apesar de não ter sido uma decisão unânime, visto que o relator do caso o ministro Reynaldo Soares da Fonseca havia considerado a possibilidade de desclassificação, o resultado do julgamento foi de encontro com a jurisprudência da 5ª e da 6ª Turmas, que não vislumbram a possibilidade de existir qualquer circunstância que possa relativizar a punição de atos de libidinagem cometidos contra menores de quatorze anos. (MEU SITE JURÍDICO, 2019, s/p)

Em síntese, segundo o STJ, não existe possibilidade de conferir tratamento menos severo a alguém que tenha praticado contra um menor de quatorze anos algum ato de conotação sexual, mesmo que não corresponda a uma efetiva relação de natureza sexual. (MEU SITE JURÍDICO, 2019, s/p)

Acontece que apesar do Superior Tribunal de Justiça ter tido esse entendimento, a situação não é tão simples quanto parece, pois em caso parecido, envolvendo um beijo lascivo em uma criança de cinco anos de idade, houve a impetração do HC 134.591, onde o ministro Barroso do STF, desclassificou de ofício a conduta de estupro de vulnerável para o Art. 215-A. (MEU SITE JURÍDICO, 2019, s/p)



De acordo com Andrade (2018) existem duas vertentes clássicas para o instituto da anomia sendo elas a inexistência ou ausência de norma penal para determinada situação e quando existente, a norma não produz efeito desejado na sociedade e com isso perde a efetividade em atuar na prevenção geral e especial da atuação.

É de saber que o Direito acompanha a sociedade e cabe ao legislador trazer novos valores sociais, humanizando as relações jurídicas o que garante uma segurança social. Contudo, Andrade (2018) pontua que a inflação legislativa é o principal causador da perda de efetividade da norma, isso é, ao se ter um excesso de normas penais é comum a sensação de impunidade pela sociedade, gerando o efeito contrário ao proposto pelo legislador.

Ademais, a consequência da inflação legislativa de forma desenfreada é enfraquecer o Direito Penal e por isso Andrade (2018) complementa que cabe ao legislador penal ter responsabilidade para não se afastar do caráter subsidiário do direito penal de ser usado em *ultima ratio*. Isso evita a criação de normas que tutelem bem jurídicos já protegidos.

## 6 CONCLUSÃO

De acordo com a pesquisa realizada nesse trabalho, é pontuado de forma clara a necessidade da criação da Lei 13.718/2018 para suprir as lacunas legislativas referentes aos crimes contra a liberdade sexual do Capítulo I, Título VI do Código Penal Brasileiro.

É verdade que, com a implementação do artigo 215-A houve uma amplificação minuciosa para tipificar o crime de importunação sexual, prática de atos libidinosos sem conjunção carnal que antes poderiam se enquadrar no tipo estupro ou contravenção penal importunação ofensiva ao pudor, o que na prática ensejava em punições extremas ou ínfimas, indo contra o princípio da proporcionalidade.



Antes da Lei 13.718/18 os crimes de cunho sexual se tratavam de Ações Penais condicionadas à representação da vítima, isso é, a vítima possuía liberdade para retirar a queixa ao acusado caso assim entendesse, bem como era necessária sua autorização para iniciar o processo criminal, dependia de sua vontade. Agora, a titularidade da ação penal se torna do Estado visto que passou a ser Ação Penal pública incondicionada e isso pode soar como um inibidor às vítimas que já são muito estigmatizadas pela sociedade por serem em sua vasta maioria mulheres e retira seu poder decisório e afeta diretamente sua liberdade sexual, privacidade e intimidade.

É explicitado no decorrer do trabalho a estrutura machista e patriarcal da sociedade que corrobora para um sistema de não proteção à mulher, bem como sua violação física, psicológica e moral ao não punir efetivamente o agressor e normalizar condutas degradantes e que ferem bens jurídicos tutelados como dignidade humana, vida e liberdade sexual.

Observamos conforme Acórdão de número 2019.0000403421 supracitado o entendimento do desembargador Newton Neves, relator e de voto vencedor, a desqualificação do crime estupro de vulnerável para o de importunação sexual que tem pena muito inferior, pois o agente da conduta não agiu mediante grave ameaça ou violência e tampouco a participação ativa das vítimas.

Entretanto, tal decisão gerou debate entre juristas que afirmam que a redação do artigo 215-A pecou em deixar tão dependente de interpretação do magistrado a tipificação o que denota um enorme dissabor para quem esperava o fim da impunidade de uma maneira mais punitivista, visto que existe a possibilidade de ser o réu beneficiado.

O desejo intrínseco e insurgente da sociedade em punir ao invés de reeducar o infrator pode ensejar uma insegurança jurídica pela aplicabilidade prática da Lei 13.718/18, pois a efetivação da legislação penal pode ressoar diferente do almejado.



Porém é necessário a compreensão dos princípios norteadores do Direito principalmente no tocante ao porquê essa Lei foi criada, visando uma maior proporcionalidade para os delitos contra a dignidade sexual.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Eustáquio Diniz; CAVENAGUI, Suzana. Dominação masculina e discurso sexista. Informe ANDES, ano XI, n. 97, fev. 2000, p.11.

ANA, Jorge; PLÍNIO, Gentil. IMPORTUNAÇÃO SEXUAL OU ESTUPRO? OS CAMINHOS DA SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. 5. 31. 10.26668/IndexLawJournals/2526-0200/2019.v5i2.5951.2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema penal máximo x cidadania mínima. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003a.

ANDRADE, Mailô de Menezes Vieira. CRIMINOLOGIA FEMINISTA E DIREITO PENAL PATRIARCAL: UM ESTUDO DAS MANIFESTAÇÕES DA "CULTURA DO ESTUPRO" NO SISTEMA PENAL. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GêNERO 11 & 13TH WOMEN'S WORLDS CONGRESS, 13., 2017, Florianópolis. Anais... . Florianópolis: 13º Congresso Mundos de Mulheres (mm) e Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 (fg), 2017. p. 1 - 12. Disponível em: <[http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499012084\\_ARQUIVO\\_CRIMINOLOGIAFEMINISTAEDIREITOPENALPATRIARCAL-UMESTUDODASMANIFESTACOESDACULTURADOESTUPRONOSISTEMA PENAL.pdf](http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499012084_ARQUIVO_CRIMINOLOGIAFEMINISTAEDIREITOPENALPATRIARCAL-UMESTUDODASMANIFESTACOESDACULTURADOESTUPRONOSISTEMA PENAL.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. A ilusão de segurança jurídica. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b.

ANDRADE, W. E. Breve Análise da Anomia no Âmbito do Direito Penal Brasileiro. Portal Jusbrasil, 2018. Disponível em: <<https://welintonandrade.jusbrasil.com.br/artigos/637437793/breve-analise-da-anomia-no-ambito-do-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 05 jun.2020.

ANGOTTI, Bruna. BRAGA, Ana Gabriela. MATSUDA, Fernanda Emy. Das violências reais e simbólicas – a violência sexual contra mulheres no Brasil. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Ano 22, no 254, 2014.



ARDAILLON, Danielle; DEBERT, Guita Grin. Quando a vítima é mulher. Análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher/ Ministério da Justiça, 1987.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política penal alternativa. Tradução por J. Sérgio Fragoso. Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, n. 23, p. 7-21, jul./dez. 1978. p. 9-10.

BARATTA, Alessandro: Criminologia crítica e crítica do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos: entre a violência e a violência penal. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, n. 2, abr./maio/jun. 1993, p. 49.

\_\_\_\_\_. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In CAMPOS, Carmen Hein de. (Org.). Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 18-80.

BEIJERSE, Jolande Uit, KOOL, Renée. ¿La tentación del sistema penal: apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandesas, la violencia contra las mujeres y el sistema penal. In: LARRAURI, Elena (Comp.). Mujeres, derecho penal y criminología. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994. p. 143.

BERGALLI, Roberto; BODELÓN, Encarna. La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico. Anuário de Filosofia del Derecho IX, Madrid: Ministério da Justiça, 1992. p. 54.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Anatomia do crime de importunação sexual. São Paulo: 30 set. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-30/cezar-bitencourt-anatomia-crime-importunacao-sexual#author>>. Acesso em: 04 jun. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Governo suprime parte da lei que torna crime importunação sexual. São Paulo: 16 out. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-16/bitencourt-governo-suprime-parte-lei-importunacao-sexual>>. Acesso em: 04 jun. 2020.

BORDIEU, Pierre. A dominação masculina. 1oed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.

BUDÓ, Marília de Nardin. GINDRI, Eduarda Toscani. A função simbólica do direito penal e sua apropriação pelo movimento feminista no discurso de combate à violência contra a mulher. Rev. Direitos fundam. Democ., v.19, n.19, p. 236-268, jan./jun.2016. ISSN1982-0396.





BRAGA, Ana Gabriela Mendes. A vítima-vilã: a construção da prostituta e seus reflexos na política criminal. In BORGES, Paulo César Correia (org). *Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*. São Paulo, NETPDH/Cultura Acadêmica Editora, 2013 (Série “Tutela penal dos direitos humanos”) n. 3, p. 217-230, p. 225.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 04 jun. 2020

BRANDÃO, C. Curso de direito penal: parte geral. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)> Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro, 1941a. <Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm) >. Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.099%2C%20DE%2026%20DE%20SETEMBRO%20DE%201995.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20Juizados%20Especiais%20C%C3%ADveis%20e%20Criminais%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.099%2C%20DE%2026%20DE%20SETEMBRO%20DE%201995.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20Juizados%20Especiais%20C%C3%ADveis%20e%20Criminais%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.) > Acesso em: 04 jun. 2020.

BUTLER, Judith: Gênero e Identidade e Teoria Queer. Problemas de Gênero

COELHO, Suely dos Santos. SERPA, Angelo. Transporte Coletivo nas Periferias Metropolitanas. Geografia, Rio Claro-SP, v. 26, n. 2, 2001

CONJUR. Site de artigos jurídico. TJSP altera condenação por estupro de vulnerável para importunação sexual, inteiro teor do acórdão referente a apelação criminal de



número 0005731-38.2017.8.26.0565. 2019. Disponível em:  
<<https://www.conjur.com.br/dl/tj-sp-desclassifica-condenacao-estupro.pdf>>. Acesso em: 01/06/2020.

DELMANTO, Celso. Código Penal comentado. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.  
DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1984.

ENGELS, Friedrich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. 3a edição. São Paulo: Editora Escala, 2009.

FELIPE, Sônia; PHILIPI, Jeanine Nicolazi. O corpo violentado: estupro e atentado violento ao pudor. Florianópolis: Gráfica/UFSC, 1996.

FEMININA, Bancada. Disponível em:  
<[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=CC65095B793B5CF775E22FC7E60FE9E8.proposicoesWebExterno2?codteor=1642427&filename=Avulso+-PL+5452/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CC65095B793B5CF775E22FC7E60FE9E8.proposicoesWebExterno2?codteor=1642427&filename=Avulso+-PL+5452/2016)>. Acesso em 10 jun. 2019.

FOUCAULT. História da Sexualidade: a *scientia sexualis* e o dispositivo da sexualidade. 2003, 51-71

FREUD, Sigmund. *Além do Princípio de Prazer* (1920). Rio de Janeiro: Imago, 1997.

FRUTUOSO, Wagner. T.A *Insuficiência do Estado nos processos de crimes de estupro*. Disponível em  
<[https://wagnerfrutuoso.jusbrasil.com.br/artigos/719374619/a-ineficiencia-do-estado-nos-processos-de-crimes-de-estupro?ref=topic\\_feed](https://wagnerfrutuoso.jusbrasil.com.br/artigos/719374619/a-ineficiencia-do-estado-nos-processos-de-crimes-de-estupro?ref=topic_feed)>. Acesso em 11 jun. 2019

GUGLIELMO, Ferrero. LOMBROSO, Cesare. La donna delinquente: la prostituta e la donna normale. Turim, Roma (Itália): Editori L. Roux e C., 1893.

HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. Penas perdidas: o sistema penal em questão. Tradução por Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

IASI, Mauro Luís. Ensaio sobre consciência e emancipação. 2a ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. Trad. Manuel Cancio Meliá. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Madrid: Civitas, 2003.



JESUS, Damásio de Direito penal, volume 1: parte geral / Damásio de Jesus. — 35. ed. — São Paulo: Saraiva, 2014.

KARAM, Maria Lúcia. Sistema penal e direitos da mulher. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 9, p. 147-163, jan.-mar. 1995, p. 147).

KOLODNY, Robert; C., MASTERS, William H; JOHNSON, Virginia E. Manual de medicina sexual. Tradução por Nelson Gomes de Oliveira. São Paulo: Manole, 1982.

LARRAURI, Elena (Comp.). Mujeres, derecho penal y criminología. In: Control formal y el derecho penal de las mujeres. Contexto. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994b, p.102.

LINS, Beatriz Accioly; ZAPATER, Maíra. Novos crimes sexuais na lei: avanço ou armadilha? São Paulo: 13 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2018/08/13/novos-crimes-sexuais-na-lei-avanco-ou-armadilha/>>. Acesso em 04 jun. 2020.

MARCUSE, 1999, p.83-103. Eros e Civilização: a dialética do princípio de prazer.

MARTINS, Carmen Cinira Santos; REIS, Jair Naves dos; CARVALHO, Maria das Graças. Mulheres vítimas de violência sexual: meios coercitivos e produção de lesões não-genitais. Cad Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p.1-9, 2004. Mensal. Disponível em: <<https://www.scielosp.org/pdf/csp/2004.v20n2/465-473/pt>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

MIRABETTE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal: parte especial. São Paulo: Atlas. 1986. v. 3.

MURARO, Rose Marie. Textos da fogueira. Brasília: Letraviva, 2000.

MATTOSO, Nycole de Souza. TABUCHI, Mariana Garcia. Segregar, culpabilizar e oprimir: problematizações acerca do projeto de Lei do “Ônibus Rosa” na cidade de Curitiba. XVI Jornada de Iniciação Científica de Direito da UFPR, Curitiba, p.80-102, 2014. Disponível em: <<http://www.direito.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/12/Artigo-Mariana-Tabuchi-e-Nycole-Matoso-classificado-em-4º-lugar.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

MENDES, Soraia Rosa. Criminologia feminista: novos paradigmas / – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: Linha Pesquisa Acadêmica)



MEU SITE JURÍDICO. Sítio eletrônico que trata sobre o entendimento do STJ de que não é possível desclassificar estupro de vulnerável para a importunação sexual. 2019. Disponível em:

<<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/07/01/stj-nao-e-possivel-desclassificar-o-estupro-de-vulneravel-para-importunacao-sexual/>>. Acesso em 05 jun. 2020.

NARVAZ, Martha. KOLLER, Sílvia Helena. O feminino, o incesto e a sedução: problematizando os discursos de culpabilização das mulheres e das meninas diante da violação sexual. *Revista Ártemis*, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza – Manual de direito penal / 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Ana. O assédio sexual nos espaços públicos. *Cabo dos Trabalhos*, nº10, Universidade de Coimbra, 2014.

OS ACUSADOS. Direção: Jonathan Kaplan. Produção: Paramount Pictures. Intérpretes: Kelly McGillis, Jodie Foster, Bernie Coulson, Leo Rossi (II), Carmen Argenziano, Ann Hearn, Steve Antin, Tom O'Brien (II), Peter Van Norden, Woody Brown (I), Terry David Mulligan, Scott Paulin, Kim Kondrashoff, Stephen E. Miller, Tom Heaton e outros. [s.l.]: Paramount Pictures, 1988. 1 bobina cinematográfica (106 min.), son., color., 35mm.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. Manual Esquemático de Criminologia/ 9ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019.

QUINTAS, Fátima. A mulher e a família no final do século XX. Recife: Massangana, 2005.

REZENDE, Dorinha Seabra. Disponível em:

<[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=CC65095B793B5CF775E22FC7E60FE9E8.proposicoesWebExterno2?codteor=1642427&filename=Avulso+-PL+5452/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CC65095B793B5CF775E22FC7E60FE9E8.proposicoesWebExterno2?codteor=1642427&filename=Avulso+-PL+5452/2016)>. Acesso em 10 jun. 2019.

RIPOLLÉS, José Luiz Díez. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; MARTÍN, Adán Nisto (Orgs). Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: Ediciones de la Universidade de Castilla-La Mancha, 2003. 147-172

RIGATTO, Laíza Fernanda. Importunação Sexual e o Direito Penal Simbólico. Disponível em: <<https://www.sigamais.com/colunas/opiniao/importunacao-sexual-e-o-direito-penal-simbolico/>>. Acesso em: 01/016/2020.



SAFFIOTI, Heleieth I. B. O poder do macho. São Paulo: Moderna, 1987.

SCHUR, Edwin M. Labeling deviant behavior. Its sociological implications. New York: Harper & Row, 1971.

SECANHO, Antonelli Antonio Moreira; JÚNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. Estupro X Importunação sexual. 18 nov. 2018. ISSN 1983-392X. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/291131/estupro-x-importunacao-sexual>>. Acesso em 03 jun. 2020.

SILVA, Natiene Ramos Ferreira da. Representações da Culpabilização de Mulheres Vítimas de Estupro: Uma Análise Étnico-Racial. 9a edição. Prêmio Construindo a Igualdade de Gênero.

SUTHERLAND, E. H. 1924: 11; SUTHERLAND, E. H.; CRESSEY, D. R. *Criminology*, p. 29; SUTHERLAND, E. H. et al. *Principles of Criminology*, p. 48.

SUZUKI, Claudio Miki. Recentes alterações nos crimes contra a dignidade sexual (Lei nº 13.718 de 24 de setembro de 2018): Importunação sexual, revenge porn e outros tipos penais. 2018. Disponível em: <<https://claudiosuzuki.jusbrasil.com.br/artigos/630363758/recentes-alteracoes-nos-crimes-contra-a-dignidade-sexual-lei-n-13718-de-24-de-setembro-de-2018>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

TOLEDO, Cecília. O gênero nos une, a classe nos divide. São Paulo: Sudermann, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de: Vânia Romano Pedrosa & Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro, Revan, 1991.



# A APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS: ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS 97.256/RS

Renata Angélica Gomes de Azevedo

## RESUMO

Este artigo aborda a constitucionalidade da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em julgar inconstitucional trechos da Lei n. 11.343/06, que proibiam a aplicação de penas restritivas de direitos em substituição à pena privativa de liberdade. Para tanto, será dividido em quatro partes. Inicialmente apresenta-se um panorama histórico de como se apresentou a legislação sobre a temática das drogas ao longo do tempo no ordenamento jurídico brasileiro. A segunda parte aborda a temática das penas restritivas de direitos no ordenamento jurídico brasileiro. Seguidamente, analisa-se a relação entre a dosimetria da pena e sua aplicação aos crimes de tráfico de drogas. Por fim, será exposto o Habeas Corpus (HC) 97.256/RS que resultou na alteração do entendimento a respeito da aplicação da pena em crimes de tráfico de drogas.

**Palavras-chave:** Lei 11.343/06. HC 97.256/RS. Penas restritivas de direitos. Tráfico de drogas.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz como objeto de estudo a aplicabilidade das penas restritivas de direitos em substituição às penas privativas de liberdade nos crimes de tráfico de drogas, por meio da análise constitucional da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus (HC) 97.256/RS.



A Lei de Drogas, Lei n. 11.343/06, proibia expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos aos condenados por crime de tráfico de drogas. A decisão pela inconstitucionalidade da norma se deu por seis votos a quatro e definiu a remoção do óbice legal, remetendo a aplicação da substituição ao juiz de execuções do caso em análise, caso o condenado possuísse os requisitos necessários para a conversão da pena.

O pedido de habeas foi impetrado pela Defensoria Pública da União, por entender que o dispositivo legal feria os princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade:

O princípio da proporcionalidade abrange a ponderação dos bens e valores jurídicos implicados no caso jurídico específico. Cabe ao Poder Judiciário aplicar a norma estabelecida pelo Poder Legislativo, moderando a aplicação do princípio da proporcionalidade de forma a garantir um equilíbrio entre os poderes constituídos, garantindo, assim, segurança jurídica.

Cabe ao legislador estabelecer a quantidade e a qualidade da pena, enquanto ao juiz cabe a relação entre a natureza da sanção e a gravidade do delito. A ambos cabe estabelecer o nexu adequado entre a sanção e o ilícito penal. O princípio da proporcionalidade demanda um vínculo axiológico e gradual entre a conduta praticada e a consequência jurídica imposta, evitando-se excessos.

Enquanto o princípio da individualização da pena possibilita ao julgador aplicar a pena adequada e razoável de acordo com o ilícito praticado, a conduta do criminoso e as circunstâncias judiciais apresentadas no caso concreto.

O trabalho apresenta, em sua estrutura, quatro capítulos. O capítulo 1, denominado “Aspectos históricos da legislação brasileira sobre drogas”, apresenta os caminhos trilhados pela legislação brasileira ao longo do tempo na temática das drogas até o advento da Lei n. 11.343/06, em vigor.



O capítulo 2, “Penas restritivas de direitos no ordenamento jurídico brasileiro” expõe as características das penas restritivas de direitos, bem como as espécies previstas no ordenamento jurídico brasileiro e suas aplicabilidades ao caso concreto.

No capítulo 3, “A dosimetria da pena e as penas restritivas de direitos” apresenta-se a temática da dosimetria da pena, bem como as peculiaridades de sua aplicação nos crimes de tráfico de drogas.

O capítulo 4, intitulado “A constitucionalidade da substituição da pena privativa de liberdade na decisão do HC 97.256/RS”, aborda a análise dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), que culminou na declaração da inconstitucionalidade do trecho da Lei n. 11.343/06, que proibia expressamente a substituição da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos.

## **1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS**

O consumo de drogas está presente na humanidade desde a pré-história. À época, as drogas originavam-se de animais e vegetais. Com o decorrer do tempo, bem como com a evolução do conhecimento humano, outras drogas originaram-se de meios diferentes. De modo que o consumo de variados tipos varia de acordo com a época e o meio social em que vive o indivíduo. Esse consumo tem se adaptado a cada etapa da evolução da humanidade, amoldando-se a cada época.

Durante o período das Grandes Navegações, a partir do século XVI, o contato com novas culturas e a instauração de colônias ultramarinas possibilitou aos europeus o conhecimento de uma nova farmacopeia, ervas e especiarias, que se transformaram em mercadorias de valor. Essas substâncias foram progressivamente introduzidas nas sociedades europeias, sejam por finalidades médicas ou recreativas (GONÇALVES, 2012, p. 2).





Em virtude do problema social causado pelas drogas, foi necessário que países em todo o mundo utilizassem, por meio de leis, de formas de conter a propagação, o uso e o tráfico de substâncias que causam a intoxicação e a dependência.

No Brasil, desde o período colonial foram estabelecidas legislações que buscavam conter, por meios coercitivos, a proliferação do uso e o tráfico de drogas. No entanto, tais manifestações legislativas não dispõem de um conjunto de dispositivos legais dotados de coerência programática e, dessa forma, não constituíram um verdadeiro sistema legislativo.

A primeira disposição legislativa sobre a temática de entorpecentes reporta-se às Ordenações Filipinas, livro V, título 89:

nenhuma pessoa tenha em sua casa para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarelo, nem solimão, nem escamonéa, nem ópio, salvo se for boticário examinado e que tenha licença para ter botica, e usar do ofício. (RIBEIRO, 2013, p. 31)

No entanto, essas Ordenações do Reino tinham pouca aplicabilidade prática, uma vez que se encontravam distantes da realidade cotidiana da Colônia e, como não havia um órgão judiciário local incumbido de sua aplicação, a solução dos conflitos cabia a disposições locais como provimentos municipais.

As Ordenações Filipinas, primeira legislação a vigorar no Brasil, em 1532, foi influenciada pelos Direitos Germânico, Romano e Canônico. A parte criminal desta legislação vigorou por mais de dois séculos e apresentava a proibição do uso e do comércio de determinadas substâncias. A penalidade aplicada aos infratores era bem rigorosa e culminava em penas privativas de liberdade e até mesmo cruéis, como a pena de morte para certos delitos (GONÇALVES, 2012, p.3).

Em 1830 entrou em vigor o Código Criminal do Império do Brasil. Algumas diretrizes trazidas por este código fundamentou o atual sistema criminal, como o Princípio da Igualdade, Princípio da Irretroatividade e a vedação a penas cruéis.



Mesmo na fase imperial ainda não se registrou um arcabouço legislativo sobre o tema e, ainda que o advento do Código Criminal do Império, sancionado em dezembro de 1830, representasse a primeira sistematização da matéria, a temática das drogas continuou sendo objeto de posturas municipais. A primeira foi expedida pouco antes pela Câmara do Rio de Janeiro, em quatro de outubro de 1830, que proibia a “venda e o uso do pito de pango, bem como a conservação dele em casas públicas”, disposto que é considerado como um marco proibicionista por ser o primeiro ato legal de proibição de venda e uso da maconha no mundo ocidental. (RIBEIRO, 2013, p. 32)

O Código Criminal do Império do Brasil não trazia normas específicas sobre o uso de drogas. Por isso, em 1851, foi editado o regulamento que dispunha regras sobre venda de medicamentos e substâncias, como medidas de políticas sanitárias.

Com a abolição da escravidão, por meio da Lei Áurea, foi necessária a criação de um novo código, adaptado a nova realidade social. Criou-se, assim, o Código Penal de 1890 (GONÇALVES, 2012, p. 5).

A Proclamação da República em 1889 apressou a entrada em vigor do novo Código Penal de 1890. Nele, um capítulo destinava-se a saúde pública abordando, inclusive, a questão das drogas. No capítulo estava descrita a conduta, bem como a pena aplicada a quem ministrava ou expunha a venda substâncias venenosas, sem autorização e sem as formalidades descritas no regulamento sanitário.

Já o Código Penal da República de 1890 proibia, em seu artigo 159, o comércio de “substâncias venenosas”, dando continuidade à tradição que remonta à matriz colonial que denota um matiz de delito profissional dos boticários. Subsidiariamente, permanecem os controles locais exercidos por intermédio das posturas municipais, como a proibição da venda da maconha nas feiras de Penedo com o fito de se evitar perturbações da ordem. (RIBEIRO, 2013, p. 32).

O Decreto n. 11.481, de 10 de fevereiro de 1915, foi o marco inicial de uma sistematização legal baseada em acordos internacionais. Tal decreto determinou o cumprimento da Convenção da qual o Brasil foi signatário, firmada na Conferência Internacional do Ópio, realizada em 1912, em Haia. O Brasil passou então a adotar o compromisso com política criminal de combate às drogas. No entanto, em



decorrência da Primeira Guerra Mundial, a convenção veio a vigorar somente em 1921. O acordo foi ratificado pelo Acordo de Genebra (1925) e revisto em 1931 pela Conferência de Bangkok.

Haia foi a primeira tentativa do Brasil em fiscalizar o consumo de drogas. Em virtude do acordo e diante do crescimento abundante do uso de drogas no país, o Brasil passou a editar diversas leis extravagantes, já que a legislação em vigor era insuficiente. Tais alterações legislativas apresentavam nítida preocupação sanitarista, que terminou por implantar um sistema médico-policial. Tais medidas ocorreram objetivando cumprir compromissos firmados em convenções internacionais. Nesse período, embora tenham sido introduzidas inúmeras medidas invasivas e cogentes com relação ao uso de drogas\_ como obrigatoriedade de tratamento com internação compulsória, a interdição de direitos, dentre outros\_ a conduta do uso não chegou a ser criminalizada. A criminalização da posse ilícita se deu em 1938, por meio do Decreto n. 20.930 de 11 de janeiro de 1932 (RIBEIRO, 2013, p. 33).

A nomenclatura substâncias venenosas foi alterada em 1932 para substâncias tóxicas, com o objetivo de aumentar a abrangência da norma, de modo a incluir maconha, ópio e cocaína. Por meio do Decreto nº 20.930/32, o Departamento de Saúde recebeu a tarefa de classificar o que é droga ou substâncias capazes de alterar o comportamento dos indivíduos (GONÇALVES, 2012, p. 6).

Em 1932, surgiu a Consolidação das Leis Penais, por meio do Decreto nº 22.213, com o objetivo de sanar os problemas trazidos pela publicação de diversas legislações esparsas e facilitar a consulta à legislação penal (GONÇALVES, 2012, p. 7).

Em 1936 foi criada a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, que trouxe avanços para o Brasil no combate às drogas, harmonizando as legislações que tratam do assunto.

O trabalho da Comissão resultou no Decreto nº 891/38, que inspirado pela convenção de Genebra, possibilitava a interdição civil e a internação de toxicômanos



ou intoxicados habituais, tratando a toxicomania como doença e, conseqüentemente, possibilitava a internação obrigatória dos doentes. O decreto trazia ainda as penas para os crimes de tráfico de entorpecentes, diferenciando-o do crime de ter em depósito ou sob sua guarda substâncias tóxicas. Nesse último caso, o decreto alterou sua pena de três a nove meses para uma pena de um a quatro anos de prisão (GONÇALVES, 2012, p. 8).

Originalmente, o Código Penal de 1890 continha uma inclinação liberalista. Separadamente, legislações independentes o complementavam. A partir de 1903, manicômios criminais foram criados com objetivo de internar alienados delinquentes, como caráter de pena. Predominava a cultura institucionalizante, que combinava o direito penal e o saber médico com as práticas policiais.

A junção do direito penal, do saber médico e das práticas policiais resultou na criação de institutos prisionais, como penitenciárias, com o objetivo de treinar infratores para o trabalho, assim como asilos para mendigos, colônias correccionais para vadios, desordeiros e capoeiristas, bem como manicômio judiciário e abrigo para menores. Nesse período, as políticas criminais baseavam-se em uma classificação de delinquentes (GONÇALVES, 2012, p. 9).

Em 1938 o consumo passou a integrar a lista de ações criminalizadas, em virtude do Decreto-Lei n. 891, de 25 de novembro de 1938. No entanto, essa ideia de criminalização do consumo foi breve, uma vez que o Código Penal de 1940 revogou todos os dispositivos penais vigentes relacionados ao tema, optando por descriminalizar a conduta do consumo de drogas, promovendo, inclusive, uma considerável redução do número de verbos incriminadores, unindo num mesmo dispositivo legal, o artigo 281, as condutas referentes tanto ao tráfico quanto a posse ilícita (RIBEIRO, 2013, p. 33).

O Código penal de 1940 foi inspirado em um modelo de direito punitivo democrático e liberal, embora tenha sido promulgado num período de ditadura, que rompia com o estado liberal. O poder estava nas mãos de Vargas e o poder de



punição encontrava-se nos coronéis, monopolizando o poder de punir nas mãos do Estado.

O Código Penal de 1940 afastou o positivismo criminológico, distanciando a classificação dos criminosos, vedou a pena de morte e inseriu medidas de segurança. Outro ponto que merece destaque é a construção de penitenciárias agrícolas e industriais, que visavam à readaptação social (GONÇALVES, 2012, p. 9).

O golpe militar de 1964 foi o novo catalizador que colaborou para a junção de fatores que concorreram para o estabelecimento da militarização das drogas no plano interno nacional. O Golpe Militar criou as condições ideais para o surgimento de uma política criminal denominada de modelo bélico (RIBEIRO, 2013, p. 33).

A Lei n. 5.726/71 foi um marco significativo nas políticas de combate às drogas, diferenciando a comercialização da posse de drogas. A Lei apresentou medidas preventivas e repressivas relacionadas à comercialização e a posse de drogas, assim como alterou o rito processual aplicável aos crimes de drogas (GONÇALVES, 2012, p. 10).

Em 1976, a Lei n. 6.368 revogou o Código Penal de 1940, bem como a Lei 5.726 de 1971, exceto o artigo 22 da Lei n. 5.726/71, que alterou o rito processual aplicável aos crimes de drogas. A Lei n. 6.368/76 continuou a separar os delitos de tráfico e posse dos delitos de uso. Dividida em cinco capítulos, a política criminal baseava-se em prevenção, tratamento e recuperação, assim como a política de repressão, coibindo condutas danosas à saúde.

A Lei n. 6.368/76 traz uma política de prevenção, no artigo 1º, em que responsabiliza inclusive pessoas jurídicas na prevenção do controle de drogas, estabelecendo metas de colaboração (GONÇALVES, 2012, p. 11).

O legislador constituinte de 1988 estabeleceu mecanismos que visavam conter o tráfico de entorpecentes, inclusive tornando-o insuscetível de graça e anistia. Além disso, a Constituição Federal possibilitou a extradição do brasileiro



naturalizado, desde que comprovada sua participação no crime de tráfico de drogas, ainda que o delito tenha ocorrido antes da naturalização.

Em consonância com a Constituição Federal de 1988, em 1990 foi promulgada a Lei de Crimes Hediondos, que elevou o crime de tráfico à condição de hediondo, trouxe a vedação da concessão de determinados benefícios aos crimes de drogas, como a liberdade provisória com ou sem fiança, bem como a substituição por penas restritivas de direitos, entre outras (GONÇALVES, 2012, p. 11).

Em 2002, com o objetivo de conter a proliferação de drogas no país, foi promulgada a Lei n. 10.409. A legislação baseou-se em uma política criminal inspirada em convenções e fóruns internacionais que discutiam o combate ao narcotráfico e o uso de drogas. A política criminal adotada pela Lei, que também era aplicada em âmbito internacional, estabelecia práticas de prevenção, tratamento, repressão e erradicação.

A Lei também trouxe o dever de pessoas físicas e jurídicas colaborarem na prevenção da produção, do tráfico ou uso indevido de substâncias ou drogas ilícitas. Em comparação ao constante na Lei anterior, nº 3.368/76, foi retirada a obrigatoriedade de pessoas físicas colaborarem na repressão ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes. Permanece o dever de colaboração na prevenção, que não possui caráter coercitivo, mas sim de colaboração livre e voluntária.

A Lei n. 10.409/02 foi promulgada parcialmente, uma vez que gerou polêmica por pretender substituir a Lei n. 6.368/76. Vários dispositivos foram vetados. Assim, a Lei 6.368/76 continuou a vigorar, naquilo que não era incompatível com a Lei n. 10. 409/02 (GONÇALVES, 2012, p. 13).

Em 2006, foi promulgada a “Lei de drogas”. A Lei n. 11.343/06 objetivou linear as políticas apresentadas na Lei n. 6.368/76, na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8072/90) e na Lei n. 10.409/02, uma vez que essas leis apresentavam uma descontinuidade no modo de aplicação.



A promulgação da Lei n. 11.343/06 ocorreu trinta anos após a entrada em vigor da Lei n. 6.368/76. Longo foi o caminho percorrido pelos projetos de leis de drogas que tramitaram a partir da Lei n. 10.409/02, que teve grande parte de seus artigos vetados pelo Presidente da República.

O projeto proposto pelo Executivo e o texto aprovado pelo Congresso seguiam a linha da despenalização do uso de drogas ilícitas, bem como a rejeição de sanções privativas de liberdade em caso de reincidência.

A publicação da Lei n. 11.343/06 trouxe uma nova compreensão de como as políticas públicas e o arcabouço jurídico deveriam compreender usuários de drogas. A Lei n. 11.343 foi promulgada visando diminuir as linhas de descontinuidade das legislações anteriores de contenção ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes. Com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/06, a Lei n. 6.368/76 e a Lei n. 10.409/02 foram revogadas. No entanto, algumas promulgadas na vigência das leis anteriores permaneceram em vigor.

A vigente Lei n. 11.343/06, intitulada “Lei de Drogas” instituiu o Sistema Nacional de Política Pública sobre Drogas-SISNAD, fundamentado em medidas para a prevenção do uso de entorpecentes, bem como atenção ao usuário e a inserção social do dependente, assim como a repressão a produção não autorizada e ao tráfico ilícito de entorpecente. A política criminal adotada pela “Lei de Drogas” instituiu o princípio da cooperação, que estabelece o apoio mútuo entre os órgãos do sistema político e judicial, como também a sociedade civil, com o objetivo de atender novas diretrizes trazidas pela nova legislação (GONÇALVES, 2012, p. 14).

Merece destaque a inovação trazida pelo artigo 28 da nova legislação: usuários e dependentes químicos passaram a receber tratamento diferenciado em relação ao tema nas legislações revogadas. A partir da Lei n. 11.343/06 foi aplicado o modelo de justiça restaurativa. Colocou-se o usuário e o dependente químico na modalidade de infratores *sui generis*: evitam-se sanções privativas de liberdade, e,



por outro lado, aplicam-se reprimendas e medidas terapêuticas e ressocializadoras (GONÇALVES, 2012, p. 16).

No que tange ao Crime de Tráfico Ilícito de Entorpecentes, não houve alteração no que diz respeito à tipicidade da conduta se comparada às mesmas trazidas na Lei de Tóxicos.

Embora a tipificação do crime de tráfico não tenha sido alterada, a lei vigente trouxe mudanças no que diz respeito às sanções aplicadas: a pena mínima que era de três, passou para cinco anos. Assim como a pena de multa que era de cinquenta a trezentos dias-multa passou para quinhentos a mil e quinhentos dias-multa. Tal alteração na quantidade de dias-multa se deu pelo fato de o crime de tráfico ter como finalidade o interesse econômico.

Quanto ao crime de tráfico, tipificado no artigo 33 da Lei n. 11.343/06, a legislação vigente seguiu a tradição da Lei anterior, nº 6.368/76, ao manter as mesmas condutas típicas. No entanto, a inovação se deu pelo aumento da pena mínima de reclusão de três para cinco anos, ainda que trazendo a possibilidade de redução da pena prevista no §4º. À época, tal artigo foi criticado pela doutrina por violar princípios constitucionais, em especial o princípio da proporcionalidade (GONÇALVES, 2012, p. 16).

A Lei n. 11.343/06 trouxe expressamente os princípios do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), incluindo o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, em especial sobre sua autonomia e liberdade (art. 4º, I); o reconhecimento da diversidade populacional (art. 4º, II), a adoção da abordagem multidisciplinar (inciso IX) além de fixar diretrizes relacionadas à prevenção do uso de drogas, especialmente por meio do fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas (art. 19, III), bem como o reconhecimento de que a redução de riscos é resultado desejável das ações de natureza preventiva (inciso VI). O reconhecimento expresso, positivado, de tais princípios refletem uma nova abordagem, pois marca um





paradigma proibicionista moderado, incluindo estratégia de redução de danos (RIBEIRO, 2013, p. 37).

Art. 4º São princípios do Sisnad:

- o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;
- o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;
- a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;
- a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;
- a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;
- o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;
- a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;
- a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;
- a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;
- a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;
- a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas - Conad.



Quando da sua promulgação, a Lei n. 11.343/06 foi considerada polêmica por trazer a despenalização para uso próprio, prevista no artigo 28, já que inovou ao não prever pena privativa de liberdade ao usuário, bem como a equiparação do uso próprio para quem planta para consumo pessoal (art. 28, § 1º), a redução da pena para consumo compartilhado de droga ilícita, que antes era equiparado ao tráfico. Houve uma redução do controle penal em relação ao usuário, comparado ao disposto na Lei n. 6.368/76 (RIBEIRO, 2013, p. 36).

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:



I - admoestação verbal; II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Em relação ao tráfico de drogas, a Lei n. 11.343/06 trouxe tratamento penal diferenciado, aumentando a pena mínima prevista para o tipo para cinco anos. No projeto de lei encaminhado pelo executivo, a pena mínima permanecia em três anos. No entanto, o texto aprovado aumentou o patamar mínimo para cinco anos de reclusão, possivelmente visando impedir a aplicação das penas alternativas.

## **2 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

O Código Penal de 1940 estabelecia a perda da função pública, seja eletiva ou de nomeação, as interdições de direito e a publicação da sentença como penas acessórias. Sendo admitida a aplicação cumulativa com a pena restritiva de liberdade imposta.

No entanto, as penas restritivas de direitos previstas na legislação atual não possuem caráter acessório, mas, são autônomas e sua cumulação com penas restritivas de liberdade não são admissíveis. Segundo Prado; Carvalho; Carvalho (2014, p. 485),

as penas restritivas de direitos previstas no estatuto atual são autônomas \_e não acessórias\_, sendo, de conseguinte, inadmissível sua cumulação com as penas privativas de liberdade. São, de fato, substitutivas destas últimas, de modo que sua aplicação exige, em uma etapa preliminar, a fixação pelo juiz do quantum correspondente à privação da liberdade, para ao depois proceder-se à sua conversão em pena restritiva de direitos, quando isso for possível.

O Direito positivo contemporâneo, ao contrário do precedente, não registra como penas restritivas de direitos a publicação da sentença ou a perda da função pública, eletiva ou de nomeação. Entretanto, sublimou a interdição temporária de



direitos à categoria de pena principal, conforme o artigo 43 da Constituição Federal de 1988 (CF).

Art. 43. As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

- prestação pecuniária; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)
- perda de bens e valores; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998) III – Vetado.
- prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)
- interdição temporária de direitos; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)
- limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

Parte da doutrina alega que somente a pena de interdição temporária de direitos tem o atributo de restringir direitos, uma vez que não atinge, de forma direta e imediata o direito de liberdade, mas a posição que o sujeito disfruta na sociedade. As demais penas possuem divergência doutrinária: parte da doutrina afirma que, embora as demais penas possuam a mesma natureza jurídica, especialmente a de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, bem como a limitação de fim de semana, são substitutivos penais que tem por objetivo evitar os efeitos danosos das penas privativas de liberdade de curta duração. Contrariamente, parte da doutrina argumenta que o dever de prestação de trabalho por imposição estatal é uma diminuição no direito do condenado e, logo, é uma restrição de direitos em sentido estrito (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 485).

A previsão das penas restritivas de direitos pretende alcançar um duplo propósito: aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária, e substituí-la quando aconselhadas, por meios diversos de sanção criminal, mas dotadas de eficiente poder coercitivo.

Inicialmente, a adoção de penas restritivas foi dada com cautela, abarcando somente as penas privativas de liberdade inferiores a um ano e os delitos culposos.



No entanto, em 1998, com o advento da Lei n. 9.714, que concedeu nova redação aos artigos 43 a 47 e 55 do Código Penal, ocorreu a criação de novos gêneros de penas restritivas de direitos: prestação pecuniária e perda de bens e valores (CP, art. 43, I e II). Aumentou-se também significativamente o campo de atuação, estendendo-se não só aos crimes culposos, independentemente da pena aplicada, como também às penas privativas de liberdade não superiores a quatro anos, desde que a prática do crime não envolva violência ou grave ameaça à pessoa (art. 44, I).

A denominação penas restritivas de direitos abrange exclusivamente a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, IV, CP) e as interdições temporárias de direitos (art. 47, I, II e III, CP). As outras penalidades previstas nos artigos 43 e 47 integram o rol de penas restritivas de liberdade: limitação de fim de semana (art. 43, VI, CP); proibição de frequentar determinados lugares (art. 47, IV, CP); e penas patrimoniais: prestação pecuniária e perdas de bens e valores (art. 43, I e II, CP) (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 486).

A pena alternativa difere da pena substitutiva. A pena alternativa é uma espécie de pena originária, que pode ser aplicada diretamente desde o início. Já na pena substitutiva, o juiz deve aplicar a pena originária correspondente a pena privativa de liberdade e, posteriormente, substituí-la.

As penas restritivas de direitos classificam-se em genéricas e específicas. Segundo Prado; Carvalho; Carvalho (2014, p.487), as penas restritivas de direitos genéricas “admitem a aplicação substitutiva em qualquer infração penal, sem exigência específica, enquanto as penas restritivas de direitos específicas limitam sua aplicação a “determinados delitos perpetrados no exercício de certas atividades, mediante violação do dever a elas inerentes, ou a delitos culposos”.

No que tange às penas restritivas genéricas, citam-se a “prestação pecuniária, a perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, limitação de fim de semana”. Quanto às penas restritivas de direitos específicas, cita-se a interdição temporária de direitos.



Cumpra ressaltar a distinção de pena e reparação civil. A pena fundamenta-se na culpabilidade do agente. É a principal consequência jurídica do delito e possui caráter preventivo geral e especial, bem como visa reafirmar o ordenamento jurídico.

Assim, em sede material, a elevação pelo legislador de uma consequência jurídica adstrita ao delito à categoria de pena deve observar necessariamente determinadas condicionantes. Para tanto, é imprescindível que tal consequência esteja apta a cumprir o desiderato da pena e seja considerada legítima à luz dos princípios penais de garantia e da própria noção de Estado Democrático de Direito (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 487).

Assim, não é suficiente registrar formalmente como pena qualquer consequência jurídica do delito, é necessário que seja uma consequência penal.

A responsabilidade civil tem por origem o delito, fundamentando-se no dano causado à vítima e não no delito em si. Logo, não é uma consequência jurídico-penal. O quantum da reparação deve ser determinado pela gravidade do prejuízo. Nesse sentido, a pena também não pode ultrapassar a medida da culpabilidade.

A responsabilidade civil busca proteger os interesses privados, enquanto a pena visa tutelar o interesse público. A responsabilidade civil se presta ao ressarcimento do dano, de forma que o autor do delito deve reparar o dano econômico, indenizar o prejuízo causado.

Na atualidade, é crescente a utilização da reparação civil com fins penais, que aparece sobretudo ligada à ideia de substitutivo. A respeito do tema, propõe-se, em primeiro lugar, que seja ela uma pena; em segundo lugar, que tenha uma nova finalidade independente da pena; e, finalmente, seu uso como consequência jurídica do delito, na modalidade de substitutivo da pena (terceira via). (PRADO; CARVALHO; CARVALHO,, 2014, p. 487)

Importante ressaltar que a reparação civil, meio compensatório entre autor e vítima, não deve ser realizada pelo sistema penal como pena, uma vez que são diversos os fundamentos entre reparação civil e pena, bem como a reparação civil não satisfaz plenamente a finalidade da pena. Desse modo, no que tange a reafirmação do ordenamento jurídico e dos meios de prevenção geral, “a pena se



revelaria inapropriada quando a gravidade do injusto/culpabilidade fosse superior às necessidades de reparação”.

Cumprido ressaltar também que, nos termos do Código Civil, artigo 186 c/c 927, o agente que violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito e fica obrigado a repará-lo. De acordo com Prado, “A pena reparatória, por assim dizer, carece de todo efeito punitivo no sentido da prevenção geral intimidatória, contribuindo para uma disfunção axiológica entre o penal e o civil” (PRADO, 2014, p. 488). Essa orientação visa despenalizar. No entanto, para que haja reparação, a pena necessita apresentar efeito punitivo no que diz respeito à prevenção geral intimidatória, de modo a contribuir para uma falha de interpretações dos valores envolvidos nas esferas penal e civil.

Prado; Carvalho; Carvalho afirmam que “o substitutivo penal deve ter a natureza jurídica de autêntica pena”. Desse modo, a reparação civil não demonstra ser um mecanismo suficiente ao cumprimento das finalidades próprias da pena e, dessa forma, “não deve ser erigida à categoria de pena substitutiva ou alternativa” (PRADO; CARVALHO; CARVALHO; 2014, p. 488).

Desse modo, as normas reguladoras da responsabilidade civil não devem ser consideradas atribuições do Direito Penal, o que não impede o socorro da responsabilidade civil como um recurso civil que pode ser utilizado no tratamento do crime.

Conforme o exposto, a prestação pecuniária (CP, art. 43, I), a multa reparatória (Código de Trânsito Brasileiro, artigo 297) e a perda de bens e valores (CP, art. 43, II) não configuram natureza jurídica de pena. São hipóteses de reparação/indenização civil.

## **2.1 Espécies de Pena Restritiva de Direitos**

A Lei nº 7.209/1984 ocasionou a reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940, recepcionando-se as penas alternativas ou substitutivas. Devido ao seu caráter



geral, tais penas podem substituir a pena privativa de liberdade em carácter abstrato cominada na Parte Especial, qualquer que seja o título em que esteja inserido o delito, uma vez que os requisitos autorizantes estejam presentes no caso em análise.

As penas restritivas de direitos\_ substitutivas\_ encontram-se previstas no Código Penal, artigo 43 e tem por propósito evitar a duvidosa eficácia das penas privativas de liberdade aplicadas a casos delituosos de pouca repercussão, efetuadas não raramente por delinquentes ocasionais. Tais penas abrangem as seguintes espécies:

### *2.1.1 Prestação Pecuniária*

Prevista no artigo 43, I, Código Penal, fundamenta-se no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes, ou a entidade pública ou privada com finalidade social, de valor arbitrado pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos.

Trata-se de uma forma de reparação civil transformada em sanção criminal, de modo a viabilizar seu cumprimento, uma vez que o legislador dispõe que “o valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários (art. 45, §1º)”. O parágrafo 2º do citado artigo possibilita ainda a substituição da prestação pecuniária por prestações de outra natureza, como gêneros alimentícios, desde que haja anuência do beneficiário.

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)





§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto - o que for maior - o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

Segundo Prado; Carvalho; Carvalho (2014, p. 489), a prestação pecuniária inominada é uma violação ao princípio da legalidade dos delitos e das penas, uma vez que a indeterminação dessa pena não oferece segurança jurídica e, desse modo, resta questionável sua constitucionalidade. Segundo o autor, “em princípio, tendo em vista o estabelecido no Código Penal, que considera a prestação pecuniária como espécie de pena restritiva de direitos (art. 43, I, CP), nada impede sua substituição (conversão) por pena privativa de liberdade (arts. 44 e 45, CP)”. (PRADO; CARVALHO; CARVALHO,, 2014, p. 489-490).

### *2.1.2 Perda de bens e valores*

A perda de bens e valores, prevista no artigo 43, II, do Código Penal, reverte os valores obtidos por meio da aplicação da penalidade ao Fundo Penitenciário Nacional, salvo previsão em legislação especial, que pode dar-lhe destinação diversa. O valor tem como teto o prejuízo causado pela infração penal ou o proveito obtido pelo agente ou por terceiro (o que for mais elevado), nos termos do artigo 45,

§ 3º.

Segundo Bitencourt (2019, p. 694), tal modalidade de pena restritiva de direitos é equivalente “a pena de confisco, que, de há muito, foi proscrita do Direito Penal moderno”. De acordo com o autor, a expressão „perda de bens“ é eufemística e retrata um retrocesso trazido pela Constituição cidadã.



Os ilustres e democratas constituintes não tiveram a coragem de denominá-la corretamente: pena de confisco! O Código Penal brasileiro de 1940 não o consagrava e a própria constituição de 1969 o proibia, restando somente, como efeito da condenação, o “confisco de instrumentos e produtos do crime”, em determinadas circunstâncias (BITENCOURT, 2019, p. 694).

O objeto do valor arrecadado não são produtos decorrentes do crime, mas o patrimônio pessoal do acusado. Não se trata nem da reparação do prejuízo causado, nem do proveito do crime. Esses dois elementos são utilizados apenas como parâmetro para o cálculo.

Prado; Carvalho; Carvalho (2014, p. 490) dispõe sobre a importância de se analisar o disposto no artigo 43, CP de maneira restritiva, ou seja, de forma que a perda de bens e valores atinja somente o patrimônio que foi adquirido ilicitamente pelo agente. Caso contrário, ou seja, se houver interpretação extensiva, abrangendo também o patrimônio obtido licitamente pelo agente, tratar-se-á de simples confisco, o que estaria viciado de inconstitucionalidade, uma vez que viola os princípios da personalidade e da individualização da pena.

Cumprir destacar ainda a previsão constitucional da decretação do perdimento de bens que pode ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executada, até o limite do patrimônio transferido, nos termos da CF, art. 5º, XLV:

[...] essa excepcional e absurda possibilidade de transmissão da perda de bens e valores aos sucessores do condenado colide frontalmente com os princípios constitucionais da personalidade e da individualização da pena, visto que passaria da pessoa do condenado, e com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Além disso, a morte do agente é causa de extinção da punibilidade (art. 107, I, CP) (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 490).

O quantum a ser fixado como pena tem como teto o maior valor entre o montante do prejuízo causado ou do proveito obtido por meio da prática do delito. Outro fator importante é que a possibilidade de aplicação dessa sanção restringe-se a condenações que não ultrapassem o limite de quatro anos de prisão. De acordo com artigo 45, parágrafos do Código Penal, só é possível a aplicação da pena restritiva de



bens e valores quando couber a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Não será cabível, ainda, a extensão da interpretação para aplicá-la em condenações superiores a quatro anos, tampouco para casos em que não restem satisfeitos os requisitos legais da substituição (BITENCOURT, 2019, p. 695)

### *2.1.3 Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas*

Baseado em países europeus que lograram êxito em sua aplicação, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas adentrou ao ordenamento jurídico em 1984.

Trata-se de um ônus atribuído ao sentenciado como consequência jurídico-penal da violação de norma jurídica. Segundo Bitencourt (2019, p. 703), “as características fundamentais que o trabalho em proveito da comunidade deve reunir são gratuidade, aceitação pelo condenado e autêntica utilidade social”.

A princípio, a prestação de serviço num horário que seria de descanso do condenado gera angústias e aborrecimentos. Tais sentimentos são próprios da sanção penal e integram o sentido retributivo da pena. No entanto, a realização de uma atividade comunitária leva o sentenciado a receber, muitas vezes, o reconhecimento da comunidade pelo trabalho realizado.

A contribuição gerada àquela comunidade gera no sentenciado a reflexão sobre a própria prática do crime, a sanção aplicada, o trabalho realizado e o reconhecimento, bem como a escala de valores aceita por essa comunidade. Tal reflexão favorece a ressocialização, indispensável no aperfeiçoamento humano do sentenciado (BITENCOURT, 2019, p. 703).

A previsão legal da prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas está prevista no Código Penal, artigo 46, § § 1º e 2º. Tal pena consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas, a serem realizadas em benefício da comunidade ou de entidades públicas. A prestação do serviço é de utilidade pública



ou comunitária e a instituição deve ser conveniada e credenciada a participar do programa alternativo à pena de prisão. Logo, exemplificativamente, podem ser beneficiárias as entidades assistenciais, escolas, hospitais ou demais estabelecimentos congêneres, em programas comunitários e estatais.

Não se caracteriza nenhuma relação de vínculo empregatício entre o Estado e o condenado, uma vez que as tarefas atribuídas não são remuneradas, nos termos da Lei de Execuções Penais, artigo 30: “As tarefas executadas como prestação de serviço à comunidade não serão remuneradas”.

Houve por parte do legislador a preocupação em estabelecer o afastamento de entidades que visam lucro da prestação gratuita de serviços comunitários, com o objetivo de se evitar a exploração da mão de obra gratuita e, conseqüentemente, o locupletamento sem a devida contraprestação. Destinou-se tal prerrogativa a entidades que não poderiam usufruir de tal recurso em virtude da escassez de recursos econômicos.

O objetivo precípua da prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é a reinserção social do condenado, sem que esse sofra a estigmatizante e traumática pena restritiva de liberdade.

Aplicável às condenações superiores a seis meses de privação de liberdade, tal instituto deve observar a correspondência com as aptidões pessoais do condenado. Além disso, não deve coincidir com a jornada pessoal de trabalho, de modo que altere minimamente a rotina do executor da pena. Tal preocupação do legislador em determinar que a prestação de serviços à comunidade seja executada em horário diverso da rotina de trabalho do condenado contribui com sua reintegração social, uma vez que não interfere negativamente na estrutura profissional, familiar e social do condenado, de modo a não intervir na sobrevivência e no sustento do sentenciado e de sua família (Bitencourt, 2019, p.701).

Nos termos do Código Penal, artigo 46, § 3º, as tarefas devem ser cumpridas à razão de 1 (uma) hora por dia de condenação. O início do cumprimento da sanção



se dará no primeiro comparecimento ao local em que o juiz de execução determinar. A fixação do cumprimento da pena não deve prejudicar a jornada de trabalho.

Cabe a aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas ao juiz do processo. No entanto, nos termos da Lei de Execuções Penais, artigo 149, quem designa a entidade ou o programa comunitário ou estatal a ser executado o trabalho não remunerado é o juiz da execução, levando em consideração as aptidões do condenado, bem como determina a intimação do condenado, de modo que ele tenha ciência da entidade, dias e horários em que deverá cumprir a pena, bem como, caso seja necessário, adequar a forma de execução às modificações na jornada de trabalho.

Art. 149. Caberá ao Juiz da execução:

- designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões;
- determinar a intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horário em que deverá cumprir a pena;
- alterar a forma de execução, a fim de ajustá-la às modificações ocorridas na jornada de trabalho.

§ 1º o trabalho terá a duração de 8 (oito) horas semanais e será realizado aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, nos horários estabelecidos pelo Juiz.

§ 2º A execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento.

O artigo 79 da Lei de Execuções Penais (LEP) estabelece que cabe ao patronato público ou particular, órgão de execução penal, conforme o artigo 79 da LEP, orientar e fiscalizar o cumprimento da pena restritiva de direitos de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas.

Art. 79. Incumbe também ao Patronato:

- orientar os condenados à pena restritiva de direitos;
- fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade e de limitação de fim de semana;



- colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional.

A entidade designada pelo juiz de execução penal, beneficiada com a prestação de serviços deve encaminhar mensalmente relatório circunstanciado das atividades desempenhadas pelo condenado, assim como, a qualquer tempo, comunicar a ausência ou falta disciplinar cometida, nos termos da Lei de Execuções Penais, artigo 150.

Art. 150. A entidade beneficiada com a prestação de serviços encaminhará mensalmente, ao Juiz da execução, relatório circunstanciado das atividades do condenado, bem como, a qualquer tempo, comunicação sobre ausência ou falta disciplinar.

#### *2.1.4 Interdição temporária de direitos*

A interdição temporária de direitos possui aplicabilidade a determinados crimes. Característica que a diferencia das demais espécies de pena restritiva de direitos, que possuem aplicação genérica. De caráter especialmente preventivo, tais interdições afetam os interesses econômico-sociais do réu, porém sem submetê-lo aos dessabores que apresentam uma pena restritiva de liberdade de curta duração (PRADO; CARVALHO; CARVALHO; 2014, p. 493).

A duas primeiras modalidades de interdição constam no artigo 47, I e II, Código Penal. A proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo abrange somente os que exercem cargo, função, atividade pública ou mandato eletivo em desacordo com os deveres que lhe são inerentes. Trata-se das hipóteses de violação de dever funcional.

##### 2.1.4.1 Proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo:

A incapacidade de exercer a função não é definitiva. A suspensão temporária terá a duração da pena de prisão substituída. Para que caiba a substituição da pena, é



imperioso que a prática da infração penal se dê em virtude da violação dos deveres inerentes ao cargo, função ou atividade. Segundo Bitencourt (2019, p. 706), “não é necessário, porém, que se trate de crime contra a administração pública; basta que o agente, de alguma forma, tenha violado os deveres que a qualidade de funcionário público lhe impõe”.

Se não houver impedimentos administrativos, o condenado poderá desempenhar suas funções normalmente. A legislação não traz regulações a respeito dos efeitos administrativos decorrentes da aplicação da penalidade, como vencimento, férias, vantagens funcionais, dentre outros. Quanto ao exercício do mandato eletivo, existe a previsibilidade de afetação em virtude da condenação: ocorrerá uma espécie de suspensão parcial dos direitos políticos.

Dessa forma, os condenados por crimes contra a administração pública, como peculato culposo (CP, art. 312, § 2º), emprego irregular de verbas ou rendas públicas (CP, art. 315) abandono de função (CP, art. 323), dentre outros, podem ter a pena privativa de liberdade imposta, substituída pela interdição temporária de direitos, se a pena não ultrapassar quatro anos.

#### 2.1.4.2 Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou de autorização do poder público:

A proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, conforme o CP, artigo 47, II, abrange profissionais que desempenham atividades de habilitação especial, que dependem de licença ou autorização do poder público. Tal penalidade é aplicada àqueles que infringem deveres próprios da profissão, especialmente com a prática de crimes próprios: maus tratos (CP, art. 136, caput); violação de segredo profissional (CP, art. 154); omissão de notificação de doença (CP, art. 269); falsificação de atestado médico (CP, art. 302), dentre outros.



Cabe a substituição da pena pela proibição do exercício do mister ao profissional condenado por crime no exercício da sua atividade, infringindo deveres próprios de sua categoria profissional. A aplicação da sanção deve preencher os requisitos necessários de modo que a substituição reste suficiente à reprovação e prevenção do crime (BITENCOURT, 2019, p. 707).

Importante destacar que a sanção deve ser restrita a atividade em que ocorreu o abuso de poder ou a infração do dever que lhe seja inerente. Sem abranger todas as profissões que o condenado possa exercer.

Relevante destacar que o cumprimento da interdição temporária de direitos não afasta a aplicação de penalidades extrapenais, como, por exemplo, a suspensão de exercício profissional por parte de conselho ou da administração pública.

A interdição de direitos é uma sanção penal aplicável independentemente da sanção que couber no âmbito ético ou administrativo. Isto é, a condenação criminal não inibe os Conselhos Regionais de Classes e a Administração Pública de aplicarem, em suas esferas de competência, as sanções correspondentes. (BITENCOURT, 2019, p. 705)

As duas primeiras modalidades de interdição temporária de direitos apresentam reflexos econômicos. Em virtude das consequências financeiras que produzem, apresentam potencial preventivo geral, já que inibem abusos e desrespeito aos deveres funcionais e profissionais, específicos de cada atividade.

#### 2.1.4.3 Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículos:

A terceira modalidade de interdição temporária de direitos é a suspensão de autorização ou de habilitação para conduzir veículos, em casos de crime culposos de trânsito, conforme o Código Penal, artigo 57. Importante diferenciar tal pena restritiva de direitos da inabilitação para dirigir veículo, quando utilizada como instrumento para prática de crime doloso, que é efeito da condenação, previsto no CP, art. 92, III.





Cumpra-se destacar a diferença dos termos autorização e habilitação. O termo autorização é utilizado para condutores de veículo de tração animal ou propulsão humana, bem como os condutores estrangeiros de veículos automotores que foram regularmente habilitados em seu país de origem. Ao termo autorização conceitua-se como a licença concedida pelo órgão de trânsito brasileiro para a condução de veículo automotor, a todo aquele que regularmente se submete ao processo de habilitação e é aprovado.

Embora se tratem de termos distintos, tanto a autorização quanto a habilitação podem ser suspensas em virtude de aplicação de pena restritiva de direitos, aplicável aos crimes culposos de trânsito, por igual período ao fixado na pena privativa de liberdade substituída. Embora o antigo Código de Trânsito, datado do ano de 1966, já trouxesse o termo autorização, essa modalidade nunca chegou a ser implementada.

O Código de Trânsito em vigência, Lei nº 9.503/97, acrescentou a permissão para dirigir, que possui validade de um ano, e, ao término deste período, se o condutor não tiver cometido nenhuma infração grave ou gravíssima, ou reincidência em infração média, o candidato se tornará habilitado a dirigir veículos.

A aplicação da penalidade não obsta que a autoridade, administrativamente, estabeleça a realização de novos exames de habilitação, inclusive com a apreensão prévia do documento de habilitação (BITENCOURT, 2019, p. 707-708).

#### 2.1.4.4 Proibição de frequentar determinados lugares

A Lei n. 9.714/98 acresceu o inciso IV ao artigo 47 do Código Penal. Trata-se da categoria de pena restritiva de direitos que estabelece a proibição de frequentar determinados lugares.

A expressão genérica “determinados lugares” é polêmica, uma vez que não especifica com clareza e determinação a que lugares a lei se refere. Se tais lugares deveriam ter relação com a conduta criminosa praticada. Importante esclarecer que o



lugar elegido para a proibição não pode ser aleatoriamente escolhido por parte da autoridade judiciária pelo fato do sentenciado eventualmente ter, querer ou precisar frequentar.

A relação entre o lugar proibido e a proibição precisa ter estrita relação com a prática do crime. O local precisa influenciar o infrator na formação, socialização ou ressocialização. Além disso, precisa restar caracterizada a relação de influência criminógena com o local em que a infração penal foi cometida, como também com a personalidade e a conduta do sentenciado. Da relação desse conjunto de fatores, resulta a proibição da frequência do infrator a determinado local, como alternativa à pena privativa de liberdade (BITENCOURT, 2019, p.710).

Logo, tal substituição não deve ser aplicada a qualquer infração penal, mas, àquela em que reste caracterizada a correspondência entre o local e a conduta praticada.

#### 2.1.4.5 Proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos

A Lei n. 12.550/11 acresceu o inciso V ao Código Penal. Trata-se da proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exames públicos. Caracteriza-se por ser uma espécie de inabilitação especial temporária de o réu concorrer ou participar em concursos públicos ou assimilados.

Ocorre que o legislador não indicou as hipóteses ou casos em que a pena deveria ser aplicada, restando uma lacuna no Código de Direito Penal. Dessa forma, a aplicação da pena não tem natureza específica, de modo que seu caráter genérico permite ao julgador aplicá-la se quiser, uma vez que pode preferir outra pena.

Por isso, embora a intenção do legislador\_ pelo que se depreende de seu texto e da oportunidade de sua publicação \_ tenha sido a fraude das provas do ENEM, a sua aplicação não é obrigatória. Ou seja, a proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exames públicos poderá acabar, por



opção do julgador, não sendo a pena aplicada para quem for condenado pelo crime descrito no art. 311-A (fraudes em certames de interesse público) (BITENCOURT, 2019, p. 711).

### *2.1.5 Limitação de fim de semana*

Preceitua o artigo 48, caput e parágrafo único, Código Penal, que a limitação de fim de semana baseia-se na obrigação do condenado permanecer, aos sábados e domingos, pelo período de 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, situação em que poderão ocorrer, durante a permanência, a ministração de cursos e palestras, bem como atividades educativas.

Nos crimes que envolvem violência contra a mulher, poderá o juiz determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de reeducação, nos termos da Lei de Execuções Penais (LEP), artigo 152, parágrafo único.

Art. 152. Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas.

Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação. (Incluído pela Lei nº 11.340, de 2006)

A casa de albergado caracteriza-se principalmente pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. Ademais, o local possui aposentos para a acomodação do preso, local para ministração de cursos e palestras, assim como instalações para os serviços de fiscalização e orientação aos condenados. O prédio deve ser situado no centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, conforme os artigos 94 e 95 da Lei de Execuções Penais (PRADO; CARVALHO; CARVALHO; 2014, p. 497)

Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.



Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

A substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos possibilita ao condenado uma série de vantagens: a permanência deste junto a seus familiares; impede o afastamento prolongado de sua jornada de trabalho; evita o contato do condenado com as mazelas do sistema carcerário. Segundo Bitencourt, a limitação de fim de semana, chamada pelo autor de prisão descontínua

tem a intenção de evitar o afastamento do apenado de sua tarefa diária, de manter suas relações com sua família e demais relações sociais, profissionais etc. E objetiva, fundamentalmente, impedir o encarceramento com o inevitável contágio do ambiente criminoso que essa instituição total produz e todas as consequências decorrentes, sem descurar da prevenção especial. (BITENCOURT, 2019, p. 697)

Instituído pela Reforma Penal brasileira de 1984, a limitação de fim de semana tem a finalidade de fracionar as penas privativas de liberdade de curta duração, obrigando o condenado a permanecer, pelo total de 10 horas, durante os dois dias do fim de semana, em estabelecimento adequado, de forma a permitir que a sanção penal seja cumprida em dias normalmente dedicados ao descanso. No entanto, a finalidade dessa sanção transcende a pessoa do condenado. Busca impedir também que os efeitos diretos e indiretos da pena privativa de liberdade recaia em familiares do delinquente que não deveriam sofrer os efeitos da condenação, em especial no que tange a questões econômicas e sociais (PRADO; CARVALHO; CARVALHO; 2014, p. 697)

No entanto, as dificuldades do Estado em oferecer condições adequadas ao regular cumprimento da limitação de fim de semana, como o local adequado para o funcionamento da casa do albergado ou estabelecimentos congêneres, ausência de profissionais capacitados para ministração de cursos ou palestras, prejudica a viabilidade prática do cumprimento efetivo da pena, uma vez que são raros os locais destinados à execução da restrição descontínua ou parcelada da liberdade. Como



consequência da inexistência das casas de albergado por todo o país, resta a inaplicabilidade da sanção, que a maioria dos juízes substitui por outra alternativa.

O cumprimento da pena de limitação de fim de semana possui caráter educativo, já que durante seu cumprimento o albergado poderá receber cursos, bem como outra modalidade de atividade educativa. Tais recursos estão em consonância com os objetivos reeducadores da sanção penal (PRADO; CARVALHO; CARVALHO; 2014, p. 698).

A intimação do condenado deverá ser determinada pelo juiz da execução, com informações sobre o local, dias e horários do cumprimento da pena imposta, iniciando-se a execução na data do primeiro comparecimento, nos termos da LEP, art. 151, caput e parágrafo único. O horário de cumprimento da pena pode ser flexibilizado em virtude das atividades laborais do acusado, bem como às disponibilidades do estabelecimento.

O juiz da execução deverá também cientificar o condenado da possibilidade da conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, se ele deixar de cumprir as condições estabelecidas ou se cometer falta grave, descumprindo, injustificadamente, as restrições que lhe foram impostas. O controle de comparecimento do condenado ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena restritiva de direitos de limitação de fim de semana deve ser realizado por relatório, apresentando a qualquer tempo, ausência ou falta disciplinar que o condenado tenha praticado (LEP, art. 153).

### **3 A DOSIMETRIA DA PENA E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS: APLICAÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS E A LEI N. 11.343/2006**

A legislação brasileira sobre drogas sofreu uma série de modificações ao longo do tempo pelas Leis n. 4.451/64, n. 5.726/71, n. 6.368/76, n. 10.409/2002, que foi vetada no Capítulo relativo aos crimes e penas, e pela Lei n. 11.343/2006, atualmente em vigor. Intitulada “Lei de drogas”, a Lei n. 11.343/2006 instituiu o



Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas, com o objetivo de prevenir o uso, reinserir a sociedade o usuário, bem como reprimir o tráfico de drogas.

Se for inevitável a ocorrência do crime, necessária se faz a resposta estatal, respeitados os limites estabelecidos pelo legislador, com o objetivo de recompor a inquietação social que a prática criminosa proporciona, bem como garantir o respeito às normas estabelecidas democraticamente pelo Estado.

A Lei n. 11.343/06 trouxe normas rígidas em diversos aspectos da aplicação da pena no crime de tráfico de drogas. Regras genéricas e padronizadas favoreceram a aplicações de sanções desproporcionais, em que não se levava em consideração a culpabilidade do agente, em desacordo com princípios constitucionais, como o princípio da individualização da pena (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 8).

O princípio constitucional da individualização da pena assegura a aplicação de uma pena justa, proporcional à culpabilidade do agente e as circunstâncias do caso concreto, sem a aplicação de conceitos abstratos ou normas padronizadas.

O Código Penal apresenta a realização de três fases para a fixação da pena: a primeira fixa a pena-base (art. 59); a segunda aplica as circunstâncias atenuantes e agravantes; a terceira fixa as majorantes e minorantes. Sucessivamente, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena e, se couber, a aplicação de penas alternativas e sursis. Além de verificar a possibilidade de o condenado recorrer em liberdade.

Segundo o artigo 59 do Código Penal, o juiz deve levar em consideração para a fixação da pena-base, as circunstâncias judiciais: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias do crime, consequência do crime, bem como o comportamento do ofendido. No entanto, o artigo 42 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que o juiz, ao fixar a pena de tráfico de drogas “considerará com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.



Código Penal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Lei 11.343/06:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

De acordo com o artigo 40 da Lei n. 11.343/2006, o crime de tráfico de drogas apresenta possibilidade de aumento de pena de um sexto a dois terços, de acordo com as circunstâncias em que o ocorreu a prática delituosa:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

- a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

- o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

- a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;



- o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;
- caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;
- sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

I - o agente financiar ou custear a prática do crime.

O artigo 33, §4º da Lei n. 11343/2006, dispõe sobre a possibilidade de redução da pena, quando tratar-se de tráfico privilegiado.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Recente decisão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo reiterou a obrigatoriedade de não restar configurada a associação criminosa para usufruto do benefício previsto no artigo 33, §4º, Lei 11.343/06:

REVISÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. TESE REFUTADA. APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º DA LEI 11343/06. IMPOSSIBILIDADE DIANTE DA EXISTÊNCIA DO CRIME DO ART. 35 DA LEI 11343/06. DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO DE CRITÉRIOS MEDIANTE MANUTENÇÃO DAS PENAS ARBITRADAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS. REVISÃO

PARCIALMENTE PROCEDENTE. As provas testemunhais consistentes nos depoimentos dos policiais que participaram das investigações são suficientes para demonstrar o liame associativo entre os corréus, a fim de atestar a ocorrência do crime do art. 35 da Lei 11.343/06. O redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei 11343/06 não se aplica às situações em que





se reconhece a existência de organização criminosa. É possível que o Tribunal reveja os critérios e a fundamentação dada pelo Juízo monocrático sem que haja violação das garantias processuais do Recorrente ou Requerente de revisão criminal, desde que não importe em aumento de sua pena.

(TJ-ES - RVCR: 00345860620198080000, Relator: WILLIAN SILVA, Data

de Julgamento: 10/02/2020, CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS, Data de Publicação: 17/02/2020)

Para que o acusado faça jus à causa de diminuição, é fundamental que este não possua antecedentes criminais, não seja reincidente, nem integre organização criminosa. No entanto, decisão do Superior Tribunal de Justiça aponta no sentido de que a variedade e a quantidade de droga apreendida justificam a não aplicação da minorante, bem como o regime de cumprimento de pena mais gravoso.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ENVOLVIMENTO NA TRAFICÂNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAFASTÁVEL A INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. IMPOSIÇÃO JUSTIFICADA.

AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte tem decidido que a quantidade e a natureza da droga, aliadas às circunstâncias em que cometido o tráfico, podem evidenciar a dedicação a atividades criminosas, o que afasta a aplicação da minorante. In casu, a utilização da quantidade/natureza da droga apreendida para elevar a pena-base

(primeira fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (terceira fase), por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem. Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade/natureza da droga "tanto na



primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.

: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014). 2. Verifica-se que o Tribunal a quo negou o benefício, concluindo que o ora agravante se dedicava à atividade criminosa do tráfico, diante da quantidade e da natureza das drogas apreendidas e das circunstâncias do fato, de maneira que entender diversamente, como pretendido, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Inafastável a aplicação do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte. 3. A quantidade e natureza das drogas apreendidas - 45 tijolos de maconha e 1 de cocaína, além de 2.150 porções de maconha e 146 de cocaína - constituem fundamentos idôneos para o agravamento do aspecto qualitativo da pena, ou seja, para a fixação de regime mais gravoso (fechado). 4. Embora a reprimenda não tenha ultrapassado 8 anos, a circunstância judicial desfavorável (quantidade da droga) justifica a fixação do regime inicial fechado, segundo a jurisprudência desta Corte, mostrando-se inócua, inclusive, para fins de escolha do regime inicial, a discussão acerca da detração do tempo de prisão provisória (art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP). 5. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no REsp: 1846545 SP 2019/0323561-7, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 18/02/2020, T5 - QUINTA

TURMA, Data de Publicação: DJe 27/02/2020)

No caso em análise, tanto a diversidade de drogas quanto a quantidade demonstraram que o acusado dedicava-se a atividades criminosas ou integrava organização criminosa. Determinando que a minorante, prevista no artigo 33, §4º, Lei n. 11.343/06, não fosse aplicada.

Quanto à fixação do regime inicial, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 82. 959-7/SP, decidiu que a redação original do § 1º do art. 2º da lei n. 8072/90, que vedava a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, era inconstitucional . Tal inconstitucionalidade motivou a edição da Lei n. 11.464/2007, que modificou o § 1º para a seguinte redação: A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. No entanto, este texto também foi considerado inconstitucional, no julgamento do HC nº 111.840/ES,



de relatoria do Min. Dias Toffoli. Por isso, as regras do artigo 33 do Código Penal devem ser utilizadas quando da fixação de regime prisional nos crimes hediondos e equiparados (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 11).

Todo engessamento atenta contra o princípio da individualização da pena! Ora, se a pena envolve o regime em que é cumprida e se individualizá-la é adequá-la à pessoa do agente delinquencial, e ao delito cometido, a fim de satisfazer finalidades previamente fixadas e escolhidas num contexto de política criminal, impor de forma absoluta, fechada e, pasmem!, genérica, um regime de máxima gravidade a todos os crimes hediondos e equiparados, afeta, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana e, sobretudo, a própria individualização da reprimenda, balizas maiores do sistema penal (MENDES JUNIOR (2014, p.325), apud SILVA JÚNIOR, 2016, p. 11)

O parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 traz a seguinte redação:

Nos delitos definidos no caput e no parágrafo 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em pena restritiva de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal declarou, de modo incidental, por maioria dos votos, a inconstitucionalidade da proibição da aplicação de penas alternativas aos condenados por tráfico de drogas. A inconstitucionalidade declarada no julgamento do HC n. 97.256/RS para o §4º também abrangeu o artigo 44: “Os crimes previstos nos arts. 33, caput e §1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento do RESP n. 1.287.561 da 6ª Turma, decidiu por unanimidade que a negativa de concessão de sursis é desproporcional e carece de razoabilidade, uma vez que já resta superada a própria vedação legal à conversão da pena,

mormente porque inexistente óbice à concessão dos benefícios na conduta do parágrafo 2º do artigo 33 da Lei 11.343/06, que pode até ser sancionada com reprimenda mais severa que a do



caput quando concedido o benefício do parágrafo 4º do mesmo artigo.

Desse modo, no tocante ao crime de tráfico de drogas, equiparado a hediondo, a legislação passou por significativas alterações legislativas, especialmente no que diz respeito à individualização da pena. O crime de tráfico de drogas possui parâmetros preponderantes da natureza e da quantidade das substâncias apreendidas, aspectos que foram amplamente discutidos no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 11).

O § 4º do artigo 33 trouxe inovação ao crime de tráfico, ao estabelecer causa de diminuição ao agente primário, desde que tenha bons antecedentes, não se dedique a atividade criminosa, nem integre organização criminosa.

A norma busca reduzir a pena do traficante de primeira viagem. Desde que cumpra os requisitos estabelecidos, a pena deve ser reduzida de um sexto a dois terços, chegando a 1 ano e 8 meses, desde que a pena seja fixada no mínimo legal e não haja agravantes ou causas de majoração da pena. De acordo com jurisprudência atual, tal pena possibilita ao acusado o regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A equiparação do crime de tráfico de drogas a crime hediondo faz com que haja um tratamento mais rigoroso tanto na legislação constitucional quanto infraconstitucional. O texto constitucional veda a concessão de anistia, graça e de fiança aos crimes hediondos e equiparados.

A Lei n. 8.072/90, Lei de Crimes Hediondos, traz ainda a imposição do cumprimento de pena em regime inicial fechado, além de maior decurso de tempo para obtenção da progressão de regime prisional.

Em virtude do tratamento rigoroso aos condenados por tráfico de drogas, o artigo 44 da Lei n. 11.343/06 veda expressamente a concessão de sursis. Não obstante, embora a política criminal apresentasse rígida repressão desses delitos, essas restrições violam princípios constitucionais, principalmente no que diz respeito



à dosimetria da pena, entre eles a obrigatoriedade de regime inicial fechado, a proibição de penas alternativas e de sursis.

Em virtude das normas infraconstitucionais deverem observância aos preceitos e princípios constitucionais, entre eles a individualização da pena, que estabelece a necessidade de se distinguir as condutas ilícitas, pessoas e situações envolvidas no fato criminoso, para que a pena fixada esteja atrelada a extensão da lesão ao bem jurídico tutelado (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 18).

Dessa forma, quando da fixação da pena, não pode haver imposição de regras genéricas, uma vez que isso retira do acusado o direito de ter a apuração da sua conduta e de suas condições pessoais refletidas na fixação da pena, o que fere o princípio constitucional da isonomia: desiguais devem ser tratados de modo distinto, na medida de suas diferenças.

No julgamento do HC n. 111.840/ES, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º da Lei n. 8072/90, no que diz respeito a imposição de regime inicial fechado. Em outro julgamento (HC n. 97.256/RJ), decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei n. 11.343/2006, no tocante à vedação da aplicação de penas alternativas. A proibição de liberdade provisória ao direito de o acusado recorrer em liberdade foi declarada inconstitucional no julgamento do HC n. 104.339 (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 19).

O Código Penal apresenta, para efeito de dosimetria da pena, a combinação do disposto no artigo 59, que apresenta as circunstâncias judiciais, com o artigo 68, que determina que sejam consideradas as circunstâncias atenuantes (CP, arts. 65 e 66) e agravantes (CP, arts. 61 e 62), bem como as causas de diminuição e aumento de pena, constantes na parte geral e especial do Código Penal. Depois de analisadas as três fases, deve-se fixar a pena de multa (CP, art. 49), bem como estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena (CP, art. 33), e, finalmente, averiguar a possibilidade de substituição da pena privativa em restritiva de direitos (CP, art. 44)



e de substituição condicional da pena (CP, art. 77), assim como definir a pena nas hipóteses de concurso formal, material e de continuidade delitiva (CP, art. 69 a 71).

A pena-base é estabelecida em conformidade com o disposto no artigo 59 do Código Penal. A fixação da pena-base, primeira fase da dosimetria da pena, se dá pela valoração das circunstâncias judiciais no que tange à culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima (art. 59). Por culpabilidade entende-se o grau de reprovabilidade da conduta criminosa. Necessário se faz que a demonstração de maior censurabilidade no caso concreto, uma vez que não é possível valorar negativamente a culpabilidade apenas baseando-se nos elementares do próprio tipo penal ou em referências abstratas relacionadas à gravidade do delito (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 32).

Os antecedentes retratam a vida pretérita do acusado, se houve envolvimento com atividades ilícitas. Em virtude do princípio constitucional da não culpabilidade, nos termos da Súmula n. 444 do Superior Tribunal de Justiça, somente condenações anteriores ao fato criminoso, com trânsito em julgado, podem ser utilizadas para configuração de maus antecedentes: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Ainda em relação aos antecedentes, não é possível que a valoração negativa da mesma condenação seja utilizada para antecedentes e reincidência, para que não ocorra em non bis in idem. Deve-se utilizar uma ou mais condenações para exasperar a pena-base e outra ou outras, distintas, para o agravante da reincidência, conforme entendimento do STJ, na súmula 241: "A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial."

Outro entendimento importante é a possibilidade de penas extintas há mais de 05 anos, que não servem para configurar reincidência serem utilizadas para valoração de maus antecedentes, conforme entendimento jurisprudencial (HC



297.783/MS – 5ª T. unânime – Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe, 02/02/2016) (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 33).

A conduta social considera os fatos da vida do acusado. A valoração negativa da conduta social deve ser aferida com base nas provas colhidas nos autos, por meio de elementos concretos de um comportamento habitual desfavorável. Importante destacar que nos termos da Súmula 444, STJ, inquéritos policiais, bem como ações penais não devem ser levadas em conta para valoração negativa de circunstâncias judiciais.

No que tange à personalidade do agente, leva-se em consideração o caráter do acusado, sua índole e temperamento. Quanto aos motivos do crime, consideram-se as razões pelas quais se deu a conduta delituosa, sem considerar aquelas inerentes às elementares do tipo penal.

Os motivos do crime são as causas específicas que levaram à prática da conduta criminosa. Cumpre ressaltar que as razões devem ser diversas das elementares do tipo penal, bem como que os motivos presentes no Código Penal, como circunstâncias atenuantes e agravantes podem ser reconhecidas na primeira fase, mas somente devem ser valoradas na segunda fase da dosimetria, com o intuito de se evitar o bis in idem.

As circunstâncias do crime associam-se ao modus operandi utilizada para a prática criminosa. Importante destacar que tais circunstâncias não podem integrar o tipo penal, sob pena de bis in idem. Para que não ocorra em nulidade, deve o magistrado fundamentar a valoração negativa das circunstâncias do crime, baseando-se nos elementos concretos apresentados no curso processual.

Tem-se por consequências do crime, os efeitos da conduta do agente, aferindo-se o nível de intensidade da lesão jurídica provocada à vítima, que devem ser diversas do resultado característico do próprio tipo penal. Os elementos apresentados como consequências do crime devem ser comprovados por meio de elementos concretos atestados nos autos.



Silva Júnior (2016, p. 34) apresenta a definição de que o comportamento da vítima “consiste em valorar se essa contribuiu, de alguma forma, para a prática do delito, o que pode ocorrer quando há instigação, provocação ou facilitação da prática delituosa [...]”. Se tal circunstância resultar favorável ao agente do crime, esta deve ser atestada pelo juiz. Se não houver contribuição da vítima, considera-se neutra.

Ademais das circunstâncias trazidas pelo artigo 59, Código Penal, no crime específico de tráfico de drogas, a dosimetria da pena valora a natureza e a quantidade da substância apreendida para a fixação da pena-base. Tais circunstâncias, conjuntamente com a personalidade e a conduta social do agente, são preponderantes sobre as demais circunstâncias judiciais.

A segunda fase da dosimetria da pena consiste em aferir as circunstâncias que agravam ou atenuam a pena. As circunstâncias agravantes, dispostas no Código Penal, artigos 61 e 62, apresentam um rol taxativo. Já as circunstâncias atenuantes, previstas no Código Penal, artigos 65 e 66, possuem rol exemplificativo, de modo que outras circunstâncias podem ser reconhecidas desde que sejam relevantes, ainda que não expressas em lei.

Leis especiais também podem dispor sobre circunstâncias atenuantes e agravantes, aplicadas a crimes específicos, como as dispostas no Estatuto do Índio (Lei n. 6001/73), e na Lei de Crimes Ambientais (Lei. n. 6.605/98). (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 37).

De acordo com a jurisprudência do STJ, enunciado n. 231, na segunda fase de dosimetria, a pena não deve ficar abaixo do mínimo legal: “A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Embora não haja previsão legislativa referente à aplicação do quantum para valorar cada circunstância, a jurisprudência dos Tribunais Superiores estima o coeficiente de 1/6 o mais pertinente, no entanto, a quantificação de cada atenuante





ou agravante fica a discricionariedade do juiz, desde que o faça de maneira proporcional e fundamentada (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 38).

O artigo 67, Código Penal, determina que, havendo concurso entre atenuantes e agravantes, prepondera-se a personalidade do agente, os motivos determinantes do crime, bem como a reincidência, respectivamente, as quais devem sobressair para a fixação da pena intermediária.

Quanto a reincidência, os artigos 63 e 64 do Código Penal determinam que esta ocorre quando, por meio de apresentação de certidão cartorária ou folha de antecedentes, comprova-se que o acusado possui condenação por crime anterior, com trânsito em julgado há menos de cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional desde que não haja revogação e não sejam provenientes de contravenção, crimes militares ou crimes políticos. Cumpre ressaltar que a valoração da reincidência deve ser aplicada na segunda fase da dosimetria da pena, e não deve ser considerada simultaneamente como circunstância judicial, sob pena de incorrer em bis in idem (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 40).

Quanto a preponderância da atenuante da confissão espontânea, ocorre divergência entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Para o STF, a confissão não deve ser considerada preponderante, haja vista que

A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente. (RHC 115994 – 2ª T.)

Já o Superior Tribunal de Justiça entende que se devem compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea:

Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Por envolver a personalidade do agente, a atenuante da confissão espontânea



é igualmente preponderante e deve ser compensada com a agravante da reincidência. (HC 339.223/SC)

Na terceira faz de dosimetria da pena, ocorre à incidência das causas de aumento e diminuição da pena, conforme patamares fixos ou intervalos de valores que estão dispostos tanto na parte geral quanto na parte especial do Código Penal. Em conformidade com jurisprudência predominante dos Tribunais Superiores, nesta fase é possível estabelecer a pena aquém do mínimo legal ou além do máximo legal em abstrato (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 41).

Baseando-se em elementos do caso concreto, deve o julgador, havendo minorantes e majorantes, individualizar a pena. Entre as causas de diminuição de pena apresentadas pelo Código Penal está a prevista para a prática do crime na modalidade tentada. Com previsão no artigo 14, inciso II e parágrafo único, a pena deve ser estabelecida conforme o crime consumado, com diminuição de um a dois terços, considerando para a fixação do coeficiente o inter criminis percorrido.

Na terceira fase de dosimetria da pena também consideram-se os crimes praticados em concurso material e formal, assim como à continuidade delitiva, aplicando-se as formas de aumento nos termos dos artigos 69, 70 e 71, Código Penal.

Na hipótese de concurso material e concurso formal impróprio, onde se caracteriza desígnios autônomos, devem ser somadas as penas dos crimes cominadas individualmente.

Já nas hipóteses de concurso formal próprio e continuidade delitiva, o magistrado deve adotar o critério mais benéfico ao acusado, elegendo uma das penas individualizadas ou a mais grave majorada de um sexto até a metade no concurso e de um sexto a dois terços na continuidade delitiva.

Sempre que houver concurso de minorantes e majorantes, previstas tanto na parte geral quanto na parte especial do Código Penal, todas devem ser aplicadas ao caso concreto. No entanto, nos termos do artigo 68, parágrafo único, Código Penal, o



juiz pode aplicar um só aumento ou uma só diminuição, de modo a prevalecer a causa que mais aumente ou diminua.

Especialmente em relação à Lei n. 11.343/06, cumpre destacar a causa de diminuição e causas de aumento de pena previstas nos artigos 33, §4º e 40, incisos I a VII. A previsão de causa de diminuição de pena favorece o traficante de primeira viagem. Para fazer jus ao benefício da diminuição, o agente deve ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas. A redução consiste em 1/6 a 2/3 da pena e o juiz, pelo critério discricionário, deve fundamentar sua aplicação.

Ainda que aplicada a minorante, o crime de tráfico de drogas é equiparado a crime hediondo e, dessa forma, subordina-se às regras previstas na Lei n. 8.072/90, como as relativas à fiança, à anistia, à graça, ao indulto e a progressão de regime. No entanto, em virtude da inconstitucionalidade determinada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores a imposição de regime inicial fechado e a vedação de aplicação de penas alternativas e de sursis foram afastadas (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 45).

No que tange às causas de aumento trazidas pelo artigo 40, Lei n. 11.343/06, a possibilidade de aumento se dá em virtude da prática de tráfico transnacional, que resta configurada a partir da prova da destinação internacional da droga, não sendo exigida a transposição das fronteiras. O artigo apresenta ainda outras possibilidades, em situações em que o tráfico envolva crianças e adolescentes, bem como no exercício de função pública, e em outras situações que envolvam questões coletivas, onde a comercialização da droga atinja um número maior de pessoas. A possibilidade de aumento é de um sexto a dois terços.

Merece destaque a previsão de circunstância agravante quando a prática do crime envolve Estados da Federação e/ou Distrito Federal. Do mesmo modo como ocorre no tráfico internacional, o entendimento da jurisprudência é que não é



necessária a efetiva transposição das fronteiras, bastando a destinação interestadual para que o crime reste configurado.

Para que haja aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, V, da Lei 11.343/06, é necessário a verificação dos critérios concretos e objetivos para a aplicação da majorante, inclusive relacionados a quantidade de Estados-membros envolvidos.

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

- a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;
- o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;
- a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;
- o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;
- caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;
- sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;
- o agente financiar ou custear a prática do crime.

Importante destacar que a majoração da pena requer, por parte do magistrado, fundamentação que eleve o patamar da pena superior ao mínimo legal, sob pena de ofensa ao princípio da individualização da pena.



Definidas as três fases da dosimetria da pena, com a pena privativa de liberdade fixada, passa-se à fixação da pena de multa, desde que prevista no preceito secundário do tipo penal.

### 3.1 A pena de multa

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Prevista isolada ou cumulativamente em determinados tipos legais, a pena de multa baseia-se no pagamento ao fundo penitenciário do valor que o juiz fixar na sentença, referente à quantidade de dias-multa estabelecido e no valor atribuído a cada dia-multa. O Código Penal, artigo 49, estabelece o mínimo de 10 e o máximo de 360 dias-multa. Nos termos do §1º, o valor do dia-multa não pode ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal em vigor ao tempo do fato criminoso, nem superior a cinco vezes o valor desse salário.

Dessa forma, a fixação da pena de multa consiste em duas etapas diferentes: primeiramente, se estabelece a quantidade de dias-multa, baseando-se nas três fases previstas no artigo 68, Código Penal (análise das circunstâncias judiciais, bem como das circunstâncias atenuantes e agravantes e as causas de aumento e diminuição de pena). Em atenção ao princípio da proporcionalidade, devem ser utilizados os mesmos patamares empregados para a obtenção da pena privativa de liberdade; a segunda etapa consiste na fixação do valor de cada dia-multa, fundamentada de acordo com a situação econômica do réu, em atenção ao disposto no artigo 60, Código Penal. O valor pode ser aumentado até o triplo, se restar caracterizado que



ainda que aplicada ao máximo, em virtude da situação econômica do réu a aplicação do valor seja ineficaz (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 48).

Especificamente no caso de tráfico de drogas, artigo 33 da Lei n. 11.343/06, o legislador definiu, no processo secundário da norma legal, aplicação diversa da quantidade estabelecida no Código Penal: 500 a 1500 dias-multa.

A multa deve ser paga em até 10 dias do trânsito em julgado da sentença e, nos termos do artigo 50 do Código Penal, o condenado pode requerer o parcelamento mensal que pode ser possibilitado pelo juiz, de acordo com as circunstâncias.

Nos termos do artigo 51 do Código Penal, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, a pena de multa será considerada dívida de valor, submetidas às normas da legislação referente à dívida ativa da Fazenda Pública, até mesmo no que diz respeito a causas interruptivas e suspensivas da prescrição. Não há previsão de conversão em pena privativa de liberdade em caso de não pagamento. O inadimplemento da pena de multa não obsta a extinção da punibilidade do réu, uma vez que esta sanção é dotada de caráter extrapenal e sua execução é de competência exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública. (RESP. n. 1519777/SP)

### **3.2 O Regime Inicial para cumprimento de pena**

Após a fixação da pena de multa, aplica-se o regime inicial para o cumprimento da privativa de liberdade. A previsão encontra-se no artigo 33, Código Penal:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)



regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. (Incluído pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

Nos termos do artigo 33, Código Penal, cabe pena de reclusão aos delitos com maior potencial ofensivo. O cumprimento da pena dar-se-á em regime fechado, semiaberto ou aberto. A detenção é imposta para os crimes com menor potencial ofensivo e a prisão simples é destinada às contravenções. O cumprimento da pena de detenção dar-se-á em regime semiaberto ou aberto e a prisão simples em regime aberto.

O regime fechado priva o sentenciado da sua liberdade de locomoção, uma vez que a pena cumpre-se em estabelecimento penitenciário. No regime semiaberto o cumprimento da pena se dá com menor vigilância, em colônia agrícola, industrial



ou estabelecimento similar. No regime aberto a execução deve ocorrer em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

A fixação do regime prisional inicial a ser cumprida a pena se dá na sentença condenatória, observando-se os patamares legalmente estabelecidos e a reincidência, bem como os fundamentos concretos colhidos nos autos e os critérios previstos no artigo 59 do Código Penal.

Nos termos do artigo 33, Código Penal, o cumprimento de pena superior a oito anos inicia-se em regime fechado; pena superior a quatro anos e que não exceda oito inicia-se em regime semiaberto; pena igual ou inferior a quatro anos inicia-se em regime aberto.

Todavia, se comprovadas circunstâncias judiciais desfavoráveis, em conformidade com o artigo 59, Código Penal, o magistrado pode fixar cumprimento de pena em regime mais rigoroso, ainda que não comprovada a reincidência, desde que motivado idoneamente, baseando-se em fatos concretos, nos termos das súmulas 718: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”; e súmula 719: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”, ambas do STF.

Aos reincidentes é aplicado regime inicial mais gravoso do que os previstos para os réus primários. Dessa forma, em virtude da reincidência, condenados a pena superior a quatro anos, mas que não exceda oito anos, se reincidentes, iniciam o cumprimento em regime fechado, desde que à pena seja prevista reclusão. Se a previsão de tal crime for de detenção, o julgador deve fixar o regime semiaberto.

Se a pena for igual ou inferior a quatro anos e o crime for punido com detenção, deve o magistrado estabelecer o regime semiaberto, por ser imediatamente mais gravoso. Se a previsão legal for de reclusão, o magistrado poderá eleger o regime semiaberto ou fechado, desde que comprovadas circunstâncias judiciais





desfavoráveis. No entanto, o enunciado 269 do STJ reconhece que “é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”.

No que diz respeito ao estabelecimento de regime de cumprimento de pena aos condenados por crime de tráfico, equiparado a crime hediondo, a Lei n. 8.072/90, em consonância com o tratamento diferenciado estabelecido pela Constituição Federal, artigo 5º, XLIII, determinou, em sua redação original, regime integralmente fechado, proibindo-se a progressão de regime. No entanto, tal norma foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 82.959, que deu origem a súmula vinculante n. 26, STF:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Em 2007, a Lei n. 11.646 alterou o conteúdo do artigo 2º, §1º da Lei n. 8.072/90. Tal modificação dispôs que a pena referente aos crimes hediondos e equiparados deve ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, mas é permitida a progressão de regime após o cumprimento de 2/5 da pena para acusado primário e 3/5 para o reincidente, mas o cumprimento inicial seria em regime fechado.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da norma prevista no artigo 2º, §1º da Lei n.8.072/90, reiterando a necessidade de fundamentação da necessidade de aplicação do regime fechado, nos termos dispostos no artigo 33, §§ 2º e 3º, Lei n. 8.072/90, bem como nas circunstâncias judiciais apresentadas no artigo 59, Código Penal.

Porém, a inconstitucionalidade do §1º, artigo 2º, Lei n. 8072/90, se deu em controle difuso, sem efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário, no julgamento do HC 111.840/ES. Ademais, ainda não foi editada resolução do Senado



Federal com o intuito de suspender os efeitos da norma. Dessa forma, a norma legal que impõe o regime de cumprimento da pena inicialmente em regime fechado, ainda é aplicada, embora viole o princípio da individualização da pena. (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 51)

Importante destacar a previsão legal do Código de Processo Penal, artigo 387, §2º, que dispõe que o tempo de prisão provisória, prisão administrativa ou de internação, tanto no Brasil quanto no estrangeiro, será contado para fins de aplicação de regime inicial de pena privativa de liberdade.

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008)

§ 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012)

#### **4 A CONSTITUCIONALIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA DECISÃO DO HC 97.256/RS**

Após a fixação do regime de cumprimento de pena, o magistrado avalia a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

A adoção das penas restritivas de direitos ocorreu em virtude da falência do sistema carcerário. Devido a falta de investimento público no setor, associada a superlotação dos estabelecimentos prisionais, percebeu-se que o encarceramento não evitava a criminalidade, mas favorecia a reincidência e a inserção de criminosos de baixo potencial ofensivo no mundo da criminalidade. O artigo 44, Código Penal dispõe as hipóteses de substituição:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

- aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave



ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

- o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

- a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1º (VETADO) (Incluído e vetado pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

Após a prolação da sentença penal condenatória, o magistrado avalia a possibilidade de aplicação da pena restritiva de direitos, substituindo a pena privativa de liberdade. As penas restritivas de direitos são autônomas e substitutivas. Sua aplicação exige que o acusado preencha requisitos objetivos e subjetivos previstos na norma legal (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 53).

Para aplicação da substituição, devem-se observar os seguintes critérios de ordem objetiva: a pena aplicada deve ser igual ou inferior a quatro anos, praticados



sem violência ou grave ameaça e nos crimes culposos, independentemente da pena aplicada.

Também se faz necessária a verificação de requisitos subjetivos: 1) Reincidência por crime doloso: antes da edição da Lei 9.714/98, a vedação da aplicação aos reincidentes era absoluta. A partir da vigência da Lei, cabe ao julgador avaliar se a medida é socialmente recomendada e se a reincidência apresentada não é específica. 2) Devem ser observadas as circunstâncias judiciais, conforme o artigo 59, Código Penal, para verificar se a medida de substituição é suficiente para a reprovação do crime cometido.

A concessão ou a denegação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deve ser motivada de acordo com os elementos concretos aferidos no curso do processo penal, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;

Caso o apenado descumpra injustificadamente a pena restritiva de direitos, ocorre a conversão em pena privativa de liberdade pelo tempo que ainda restar, respeitando o mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. Antes da conversão em pena privativa de liberdade, deverá ocorrer a oitiva do acusado, para que este exponha as razões ou apresente a justificativa para a ocorrência do descumprimento. Ocorrendo a condenação a pena privativa de liberdade, cabe ao Juízo da Execução avaliar a substituição no caso concreto, podendo inclusive deixar de aplicá-la, se for possível o cumprimento da medida substitutiva anterior (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 54).



Após o entendimento do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do artigo 44, Lei n. 11.343/06, o Senado Federal, nos termos do artigo 52, inciso X, promulgou a resolução n.5/2012:

É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

Dessa forma, se o acusado preencher os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deve o juiz determinar a substituição, inclusive no caso de crime hediondo ou equiparado, como é o caso do tráfico de drogas. A não aplicação gera nulidade, a ser apreciada pelo Juízo ad quem, por meio de recurso próprio ou habeas corpus (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 56).

O julgamento do Habeas Corpus (HC) 97.256, procedente do Rio Grande do Sul, foi impetrado pela Defensoria Pública, com o objetivo de se levantar a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” presente no §4º do artigo 33, bem como da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e §1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursi, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.



Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

O habeas corpus, aparelhado com pedido de liminar, foi impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça. O acórdão afirmava não ser inconstitucional a proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, expressa na Lei Antidrogas, dado que não contrariava a Carta Magna, mas sim visava punir de maneira mais gravosa os autores do crime de tráfico, caracterizado como hediondo.

Tal acórdão levantou ainda a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos aos crimes cometidos quando da vigência da Lei n. 6.368/76, já que a restrição da substituição alcançava somente os crimes cometidos sob violência ou grave ameaça à pessoa.

A Defensoria Pública da União (DPU) impetrou o habeas corpus, sustentando a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n. 11.343/06, uma vez que o disposto no artigo contraria a garantia constitucional da individualização da reprimenda, bem como o Princípio da Inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário quanto a lesão ou ameaça de lesão a direito (CF, art. 5º inciso XXXV) e da proporcionalidade da resposta estatal ao delito (CF, art. 5º, inciso LIV).

A declaração incidental de inconstitucionalidade visou levantar a ofensividade das expressões presentes na Lei n. 11.343/2006 ao Princípio da Individualização da Pena, constante no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

**XLVI** - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:



privação ou restrição da liberdade;  
perda de bens;  
multa;  
prestação social alternativa;  
suspensão ou interdição de direitos;

A individualização da pena visa personalizar a resposta punitiva do Estado e desenvolve-se em três momentos: o legislativo, o judicial e o executivo. O processo de individualização da reprimenda se complementa em suas etapas e, por isso, a lei comum não tem a capacidade de extrair do juiz que sentenciar o poder-dever de aplicar ao delinquente as sanções que ele, magistrado, ponderar como um efetivo balanceamento entre as circunstâncias objetivas e as protagonizações subjetivas do fato-tipo, de modo a conciliar segurança jurídica e justiça material.

Ao sentenciar a dosimetria da pena, o juiz possui discricionariedade entre aplicar a pena de privação de liberdade e outra que não privilegia, essencialmente, a liberdade física do sentenciado.

As penas de suspensão ou interdição de direitos constituem-se substitutas ao encarceramento, já que a pena restritiva de liberdade não é a única forma de se cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da reprimenda penal. Dessa forma, cabe ao juiz natural sentenciante a escolha do tipo de reprimenda suficiente para recuperar socialmente o acusado e prevenir comportamentos da mesma espécie.

Quando da análise do HC, o Supremo já havia declarado constitucional a vedação da substituição prevista na lei, em outras oportunidades. No entanto, não havia jurisprudência sobre a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito. Dessa forma, o Ministro Marco Aurélio propôs e a Corte decidiu pela afetação do julgamento do Habeas Corpus ao Plenário do Supremo Tribunal Federal.



O impetrante do HC era agente primário e possuidor de bons antecedentes. O legislador da Lei n. 11.343/06 não especificou os requisitos para fixação do quantum da diminuição prevista no artigo 33, §4º. Dessa forma, os critérios da análise das circunstâncias judiciais, constantes no Código Penal (CP), artigo 59, combinada com as demais circunstâncias mencionadas na Lei de Drogas, seria o referencial para fixação das penas previstas.

O exame das circunstâncias judiciais do paciente, bem como o fato de pouca droga ter sido encontrada em seu poder, além do laudo referir-se exclusivamente à cocaína, o que afastou a diversidade de substâncias, reconheceu ao paciente a redução da pena pela minorante prevista no parágrafo 4º, artigo 33, da Lei n. 11.343/06 ao patamar máximo.

A admissão da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos só alcança os crimes cometidos sob a égide da Lei n. 6.368/76, já que segundo essa Lei, a restrição só alcançava os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, de forma que não é possível aumentar o leque de restrições estabelecido pela lei.

O argumento defendido pela Defensoria Pública, impetrante do HC 97.256/RS, para sustentar a inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei n. 11.343/06 é que a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ofende as garantias constitucionais da individualização da reprimenda, prevista na CF, inciso XLVI do artigo 5º\_ da inafastabilidade do Poder Judiciário quanto a lesão ou ameaça de lesão a direito (inciso XXXV do artigo 5º) e da proporcionalidade da resposta estatal ao delito (inciso LIV do artigo 5º).

A Defensoria Pública ressaltou ainda a importância de se analisar que, diante da complexidade das sociedades modernas e de suas relações, não é possível ao legislador prever toda e qualquer situação em que a norma incidirá. Dessa forma, diante do caso concreto, o Judiciário deve indicar quais normas válidas são pertinentes para reger a espécie em questão, analisando todos os fatos relevantes





para o direito. No caso em análise, os fatos eram o tráfico de entorpecentes em pequena quantidade, realizado por agente cujas circunstâncias judiciais lhes eram favoráveis e condenado à pena mínima prevista para o crime.

O paciente encontrava-se definitivamente condenado pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes, nos termos do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. A pena a que estava submetido era de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, sob regime fechado de cumprimento. Foi-lhe aplicado também a sanção de 160 (cento e sessenta) dias-multa.

A Procuradoria-Geral da República opinou, primeiramente, pela denegação da ordem, mas, posteriormente, pelo seu deferimento parcial, para que fossem concedidos ao paciente os direitos ao regime penitenciário aberto e a suspensão condicional da pena. (HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, 01.09.2010).

## **4.1 Análise dos votos dos ministros no HC 97.256/RS**

### *4.1.1 Voto do relator: Ministro Ayres Brito*

O ministro Ayres Brito, relator do caso, destacou que se tratava da primeira vez em que o art. 44 da Lei n. 11.343/06, que veda expressamente, em tema específico de tráfico ilícito de entorpecentes, a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, era submetido ao Plenário do Supremo Tribunal Federal.

O relator destacou que durante o período em que a Lei n. 6.368/76, revogada pela Lei n. 11.343/06, vigia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sustentava-se no sentido de admitir a conversão da pena restritiva de liberdade em privativa de direitos. Em sentido oposto, o Supremo dava pela compatibilidade jurídica entre a aplicação da pena privativa de liberdade e a previsão de regime penitenciário totalmente fechado. O relator lembrou ainda que isso se deu no



período originário da Lei n. 8.072/90, Lei de Crimes Hediondos, que posteriormente o próprio STF considerou inconstitucional.

O ministro Ayres Brito citou seu voto no julgamento do HC 85.894/RJ, sob a vigência da Lei n. 8.072/90, em que considerou não haver obstáculo à substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, mesmo nos casos de crimes hediondos e de tráfico de drogas. Uma vez que o momento de definição da espécie de pena que deve ser aplicada ao caso concreto é anterior à estipulação do modo em que se dará seu efetivo cumprimento. Após a fixação da espécie de pena (privativa de liberdade ou restritiva de direitos) é que se pode considerar o regime de seu cumprimento. De forma que, uma vez que a substituição da pena precede à incidência do regime de seu cumprimento, a aplicação da Lei n. 8.072/90 não era óbice à substituição.

Destacou ainda a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 em que se sustentou a impossibilidade de aplicação do regime de substituição das penas aos delitos hediondos e de tráfico de entorpecentes. Seu voto à época foi no sentido de reconhecer a possibilidade jurídica de substituição da pena privativa de liberdade por outras restritivas de direitos, ainda que nos julgamentos de crime de tráfico ilícito de entorpecentes, desde que analisados no caso concreto, pelo juiz sentenciante, a gravidade do crime e a suficiência da pena restritiva de direito.

O relator destacou ainda o princípio da individualização da pena, que se dá em dois momentos distintos: no momento judicial da fixação e na execução da reprimenda, citando os autores Luiz Regis Prado e Francisco de Assis Toledo:

Em se tratando de delito previsto na Lei 8.072 (Lei dos Crimes Hediondos), cabe dizer que a exigência constante nesse diploma – a saber, cumprimento integral da pena privativa de liberdade aplicada em regime fechado (art. 2º, §1º) não constitui óbice à eventual substituição da pena privativa de liberdade imposta por restritivas de direitos. E isso porque a fixação do regime se limita às hipóteses de cumprimento efetivo da pena de prisão, e a substituição desta por penas restritivas de direitos afasta, a princípio, a possibilidade de ter início a execução da pena privativa de liberdade determinada



na sentença. Demais disso, deve-se ter presente que a substituição da pena imposta por pena restritiva de direitos deve atender, concomitantemente, aos requisitos objetivos e subjetivos listados no artigo 44 do Código Penal. E apenas quando preenchidas as exigências legais será possível a substituição. O rótulo do delito como “hediondo” não pode figurar como empecilho à substituição, desde que cabível. Em tese, admitiram a referida substituição alguns dos delitos elencados na Lei 8.072/90, desde que satisfeitos os requisitos impostos à concessão da medida, visto que não consta da legislação especial – e tampouco do Código Penal – qualquer dispositivo em contrário.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral: arts. 1º a 120. 3ª ed. rev., atual. E ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

O princípio da individualização da pena está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que visa impedir o arbítrio estatal. Por meio da individualização da pena, é possível ao julgador aplicar a pena mais adequada e razoável de acordo com o ilícito praticado, bem como as condições em que essa prática se deu.

Embora a descrição legal dos crimes, em especial o do tráfico de drogas, tragam natureza idêntica, as características apresentadas no caso concreto possuem circunstâncias próprias e desiguais, de modo que não se pode estabelecer a mesma pena a condutas praticadas de maneira distinta.

Nesse sentido, é direito do condenado responder penalmente de maneira proporcional à gravidade do delito cometido. O relator reitera a importância de se verificar se a proibição estabelecida por essa lei encontra respaldo no sistema de comandos da Constituição Federal. Para isso, necessário se faz uma elaboração teórica cuidadosa, com o objetivo de compreender perfeitamente a natureza e o alcance da garantia constitucional da individualização da pena. Com isso, buscam-se condições objetivas de inferir se o disposto na Lei de Drogas extravasa ou não o cerne da garantia da individualização da reprimenda penal no crime de tráfico ilícito de entorpecentes, tipificação integrante do rol de crimes hediondos.



A Constituição Federal descreve a figura do crime hediondo como inafiançável e insuscetível de graça e anistia aos que incidirem em tais delitos. Sem, no entanto, diferenciar os crimes hediondos por qualificação diretamente constitucional ou por qualificação legal. Ao mesmo tempo em que a CF/88 possibilita a complementação do rol de crimes hediondos pela lei, impõe o limite material da não-concessão dos benefícios de graça, indulto e anistia para os que incidem nesses delitos. Conclui-se, então, que não consta nas restrições aos crimes hediondos a vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

O relator destacou a análise feita por ele em julgamento do HC 82.959/SP. Enfatizou que o núcleo semântico da garantia à individualização da pena não pode ser nulificado pelo diploma legal, uma vez que a Constituição Federal reservou às normas infraconstitucionais a regulamentação das condições e dos requisitos da individualização da pena.

Compete à lei infraconstitucional indicar os parâmetros da individualização do castigo, desde que permaneça atrelado ao núcleo significativo trazido pela própria Constituição. A aplicação da pena privativa de liberdade bem como o seu cumprimento no recinto penitenciário deve demonstrar a justa medida entre o fato criminoso realizado pelo sentenciado e a reação coativa por parte do Estado.

Se compete à lei indicar os parâmetros de densificação da garantia constitucional da individualização do castigo, a esse diploma legal não é permitido se desgarrar do núcleo significativo binário que exsurge da Constituição mesma: o momento concreto da aplicação da pena privativa de liberdade, seguido do instante igualmente concreto do respectivo cumprimento em recinto penitenciário. Ali, busca da “justa medida” entre ação criminosa dos sentenciados e reação coativa do Estado. Aqui, a mesma procura de uma justa medida, só que no transcurso de uma outra relação de causa e efeito: de uma parte, a crescentemente positiva do encarcerado ao esforço estatal de recuperá-lo para a normalidade do convívio social; de outra banda, a passagem de um regime prisional mais severo (porque integralmente fechado) para outro menos rigoroso (porque já incorporante de saídas do presídio e retorno a ele em horas certas). HC 82.959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 23.02.2006.



O processo de individualização da pena visa a personalização da resposta punitiva do Estado, de modo a retribuir o mal ocasionado pelo crime com o mal da pena. Desenvolve-se em três momentos distintos e que se complementam: o legislativo, o judicial e o executório. Cada uma dessas etapas de individualização garante a personalização da punição.

A primeira etapa determina, para cada tipo penal, uma ou mais penas de acordo com a gravidade da ofensa e a relevância do bem tutelado. Por meio de lei, ocorre também a previsão das espécies de pena, bem como a fixação de regras que devem nortear as individualizações posteriores. De modo a definir os critérios que o juiz deve obedecer para aplicar, no caso específico, a pena definitiva e concreta.

Na segunda etapa ocorre a individualização judiciária. O juiz aplicará a pena, orientado pela espécie penal concreta. Elegerá qual das penas aplicáveis se adequa melhor ao caso concreto em questão, se é possível a aplicação de penas alternativas e auferir o quantitativo adequado entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo penal apresentado. Determina-se também o modo de execução da reprimenda penal.

Cabe ao juiz o ajustamento da resposta punitiva estatal ao caso concreto. Dentro dos limites estabelecidos pela lei, esse ajustamento se dá por meio de análise das circunstâncias objetivas, bem como das circunstâncias subjetivas do denunciado e do comportamento da vítima.

A terceira etapa caracteriza-se pela execução da pena determinada na fase judicial.

Nas palavras do relator, a lei comum não tem o poder de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de aplicar ao sentenciado a pena ponderada ao caso concreto:

Daqui se deduz que a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, se afigurar como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação (mandado de otimização, diria Ronald Dworkin) de



circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto \_porque não dizer? \_ a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional. É que na pura racionalidade se dá nos colmos olímpicos da abstração mental, sempre ávida por trabalhar com categorias tão universais quanto atemporais, que são categorias aprioristicamente válidas para toda e qualquer situação existencial. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

Destacou também a importância de se reconhecer o Direito como feito para a vida concreta dos homens em sociedade. As relações sociais escapam até mesmo a mais minuciosa descrição legislativa. Diante disso, necessária se faz a ponderação aplicada ao caso concreto, em busca de se aliar segurança jurídica e justiça material:

[...] o momento sentencial da dosimetria da pena não significa senão a imperiosa tarefa individualizadora de transportar para as singularidades objetivas e subjetivas do caso concreto – a cena empírico-penal, orteguiana por definição – os comandos genéricos, impessoais e abstrato da lei. Vale dizer, nessa primeira etapa da concretude individualizadora da reprimenda (a segunda etapa concreta já se dá intramuros penitenciários), o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição de liberdade de condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

Salientou-se também que se a lei não pode impossibilitar ao julgador a alternatividade da sancionatório-penal. De modo que é possível que preveja a cumulação da pena que tenha por conteúdo a liberdade com outra de natureza diversa.

É permitido ao direito penal cumular penas, até mesmo a privativa e a restritiva de liberdade corporal. No entanto, é vedado retirar da instância julgadora a possibilidade de se escolher discricionariamente entre as alternativas sancionatórias. Aceitável que a lei estabeleça condições mais rígidas para a incidência de tal alternatividade. O que não é permitido é que se proíba taxativamente a convalidação da pena restritiva da liberdade em restritiva de direitos. Tal prática contraria a garantia da individualização da reprimenda.



A Constituição Federal é quem primeiro garante e proclama a individualização da reprimenda (CF, art. 5º, XLVI). Tal garantia se dá sem mesmo a necessidade de lei comum. Coloca-se como uma situação jurídica subjetiva extensiva a qualquer indivíduo, sem levar em conta o crime cometido ou o tipo de pena aplicada.

Daí mencionada a alocação topográfica, para significar que, perante a nossa Lei Maior, a garantia da individualização da pena tudo recobre, no sentido de que é permeante assim do crime quanto do castigo; ou seja, ao requestar o comando intercalar da lei, a Lei Maior o fez apenas para que a legislação ordinária regulasse as condições de aplicabilidade do instituto (individualização da pena) em função de cada tipo penal. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

A própria Constituição Federal não exclui qualquer tipo criminal da incidência da personalização da reprimenda penal. Nas palavras do relator,

as penas restritivas são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois é essa mesma a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sempre que possível contornáveis sequelas. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

A maneira como a Constituição Federal dispõe as penas respeitando a sequência da privação ou restrição, seguida das possibilidades da perda de bens, multa, prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos, com a possibilidade de aplicação cumulativa, preza pelo vetor da proporcionalidade entre o bem jurídico que foi violado e a resposta da punição estatal.

5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

privação ou restrição da liberdade;

perda dos bens;



multa;  
prestação social alternativa;  
suspensão ou interdição de direitos.

Ao elencar as possibilidades alternativas à pena de privação ou restrição de liberdade, infere-se que a pena restritiva de liberdade corporal não é a única capaz de cumprir a função retributiva-ressocializadora ou restritivo-preventiva da reprimenda penal. O juiz natural sentenciante da causa tem esse condão de avaliar no caso concreto qual reprimenda é capaz de castigar e recuperar socialmente o acusado. Dessa forma, o juiz sentenciante alia justiça material e segurança jurídica.

As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado. Além de inibir, obviamente, condutas de igual desvalia social. Conciliando ele, juiz sentenciante, justiça material e segurança jurídica. Que já significa fazer andar de braços dados a concreta individualização da pena e o sistema da justiça penal eficaz. Tudo em congruente unidade. Tudo com lúdima expressão da categoria jurídico-positiva (não simplesmente lógica) da razoabilidade. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

A Constituição Federal prestigiou, acima de tudo, a liberdade física do cidadão, de modo que o aprisionamento caracteriza-se como exceção. De forma que a pena privativa de liberdade é uma espécie de ultima ratio. Nesse percurso, o relator citou a Lei n. 9714/98, em que o legislador ordinário acrescentou outra medida de pena substitutiva ao aprisionamento: a restritiva de direitos. Constante do artigo 44 do Código Penal (CP), a aplicação da medida baseia-se em critérios de ordem objetiva e subjetiva. Ao utilizar tais critérios, a lei destacou a importância da garantia constitucional da individualização da reprimenda penal.

A partir da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o tráfico passou a ser tratado com excessivo rigor. No entanto, esse tratamento não impossibilita a opção do legislador. Uma vez que os limites entre o vício e o tráfico nem sempre são nítidos, a aplicação da pena substitutiva permite corrigir ou atenuar excessos.





O relator destacou ainda que nos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Brasil, confere-se tratamento diferenciado ao tráfico de menor potencial ofensivo.

Não obstante o disposto nos incisos anteriores, nos casos apropriados de infrações de caráter menor, as Partes poderão substituir a condenação ou sanção penal pela aplicação de outras medidas tais como educação, reabilitação ou reintegração social, bem como, quando o delinquente é toxicômano, de tratamento e de acompanhamento posterior. (Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas – Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Art. 3º, §4º, alínea c).

O paciente dos autos da decisão em análise teve reconhecido, em seu benefício, a causa de diminuição de pena constante no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, no limite máximo de 2/3 (dois terços) de encurtamento, em razão de todas as circunstâncias judiciais lhe serem favoráveis. Além disso, a droga foi encontrada em pequena quantidade e sem diversidade de droga apreendida. Desse modo, a condenação aplicada restou fixada no mínimo legal: 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime prisional fechado, bem como 160 (cento e sessenta) dias-multa.

O relator destacou que temas de direitos fundamentais, onde encontra-se inserida a garantia da individualização da reprimenda penal, a Constituição Federal traduz como uma garantia inafastável de contenção do poder de legislar e não como uma simples orientação ao legislador ordinário.

Em relação a normas constitucionais veiculadoras de direitos e garantias individuais, extrapola da reserva legal criminalizadora distinções mais rígidas que aquelas constituídas no próprio texto constitucional.

O relator citou J.J.Gomes Canotillo ao referir-se às leis restritivas de direitos fundamentais. Para o autor, tais leis compreendem três instâncias:

1ª. Delimitação do âmbito de proteção da norma; 2ª. averiguação do tipo, natureza e finalidade da restrição; e, 3ª. Controle da observância dos limites estabelecidos pela



Constituição às leis restritivas (problema do limite de limites).  
HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

Essas instâncias são parâmetros que atuam como critérios de interpretação-aplicação das normas restritivas de direitos, liberdades e garantias. Dentro do controle da observância dos limites estabelecidos pela Constituição às leis restritivas (3ª instância), destaca-se a exigência de autorização de restrição expressa, com o objetivo de impelir o legislador a buscar sempre nas mesmas normas constitucionais a fundamentação concreta para prática de sua restrição de direitos, liberdades e garantias, e criar segurança jurídica aos cidadãos, uma vez que não será possível a aplicação de medidas restritivas de direitos que estejam além dos casos considerados pelas normas constitucionais como submetidas a reserva de lei restritiva.

A Turma optou, por unanimidade, por afetar o processo a julgamento pelo Tribunal Pleno. O voto do Ministro Ayres Brito concedeu parcialmente a ordem e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante no art. 33, §33, bem como a expressão “vedada a conversão de sua penas em restritivas de direitos”, constante do art. 44, todas presentes na Lei n. 11.343/2006, por entender que tais expressões violariam o princípio constitucional da individualização da pena (conforme o art. 5º, XLVI, CF/88).

O relator lembrou que, quando da vigência da Lei 6.368/76, que foi revogada pela Lei n. 11.343/2006, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitia a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos. Ao mesmo tempo em que buscou demonstrar que a proibição constante na Lei n. 11.343/06 não encontra suporte na Constituição Federal.

O voto do relator destacou que a Constituição Federal impõe tratamento igual aos delitos hediondos e equiparados. Destacou também que embora a Constituição Federal possibilite à lei a complementação da lista dos crimes hediondos, existe um limite material estabelecido: a não-concessão dos benefícios da fiança, da graça e da anistia àqueles que incidirem na prática desses crimes.



Nas palavras do relator, essas seriam as únicas restrições impostas trazidas pela Constituição Federal aos crimes hediondos e, conseqüentemente, aos a eles equiparados. Dessa forma, as restrições à vedação a conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos não estariam inclusas na Constituição Federal, já que a Carta Magna não admite tratamento penal ordinário mais rigoroso que o que está nela mesma previsto. Assim, subtraiu-se do legislador comum a capacidade de estabelecer repressão sobreposta àquelas preestabelecidas pelo legislador constituinte. Nas palavras do relator,

É como penso, atento ao postulado de que a norma constitucional restritiva de direitos ou garantias fundamentais é de ser contidamente interpretada, inclusive em sua primária aplicação pelo legislador comum. [...]

Em matéria de crimes hediondos, não há como reforçar o discurso da própria Constituição da República quanto às excludentes de punibilidade ou à proibição de benefício penal a quem responder pela autoria deles. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

O relator enfatizou ainda o princípio da garantia da individualização da pena. Nele, a Constituição Federal não impôs qualquer restrição. E, “embora o preceito não prescindia de diploma legal, o núcleo semântico da garantia a individualização da pena não pode ser por ele nulificado”.

Diante da afirmação de que o processo de individualização da pena é a personalização da resposta punitiva do Estado, o relator deduziu que a lei comum não tem a força de retirar do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que exprima, concretamente, o balanceamento entre circunstâncias com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Essa empírica ponderação possibilita a prevalência do razoável sobre o racional.

A dosimetria da pena é a imperiosa tarefa de se conduzir para as singularidades objetivas e subjetivas do caso concreto “os comandos genéricos, impessoais e abstratos da lei”. O relator utilizou também a afirmação do Ministro Eros Grau, quando do julgamento do HC 82.959/SP, onde afirmou que não cabe ao



Congresso Nacional impor regra que impeça o juiz julgador da causa de individualizar, segundo sua avaliação no caso concreto, a pena do condenado incurso em qualquer dos crimes relacionados como hediondos.

Importante destacar também o posicionamento do relator no sentido de prestígio dado pela Constituição Federal à liberdade física dos indivíduos, uma vez que o aprisionamento é considerado exceção no ordenamento jurídico brasileiro. A possibilidade da aplicação da pena restritiva de direitos, no lugar da pena privativa de liberdade, demonstra a possibilidade de substituição, ancorada em pressupostos subjetivos e objetivos, que analisados pelo juiz do caso, densifica a superlativa garantia da individualização da reprimenda penal. (HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, 01.09.2010.)

#### 4.1.2 Voto Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes não acompanhou o voto do relator, por entender que alguns aspectos da disciplina normativa referente a substituição da pena em nosso ordenamento o impediam de concordar.

A primeira dificuldade com que me deparei para considerar inconstitucional a vedação imposta pela Lei de Drogas foi a seguinte: no Direito Positivo, a substituição **não é cabível em qualquer crime**. Com efeito, **o Código Penal traz vedações à substituição da pena em várias situações**, como se observa em seu artigo 44. Assim, a menos que consideramos esse dispositivo **inconstitucional**, temos que reconhecer que o juiz, em vários casos, **é impedido de substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos**, tendo em vista, justamente, **esta vedação legal**. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, 01.09.2010.

O artigo 44, CP, disciplina as hipóteses de substituição da pena ao fixar as diretrizes que devem ser observadas pelo juiz no momento da aplicação da pena. Ao analisar o artigo, percebe-se que a possibilidade da substituição não cabe a qualquer crime, e, em decorrência disto, a individualização da pena encontra este primeiro



balizamento legal. A lei regula a aplicação das penas alternativas, estabelecendo quando elas deverão ser aplicadas.

Para o Ministro Gilmar Mendes, a possibilidade de substituição da pena não advém diretamente do direito constitucional da individualização da pena, uma vez que o nosso ordenamento não concede ao juiz a ampla liberdade de analisar se a substituição é possível, independentemente do caso concreto em questão. A possibilidade da substituição encontra-se prevista é cabível somente em circunstâncias específicas previstas na lei.

É possível perceber tais vedações em crimes cometidos com violência ou grave ameaça como também em crimes menos graves que o tráfico de drogas que também incidem nessa proibição: lesão corporal grave, aborto, roubo simples. Apesar desses crimes não serem considerados hediondos, não há possibilidade de substituição de pena.

O artigo 44, § 3º, Código Penal, apresenta outra hipótese de vedação legal à substituição da pena aos reincidentes específicos. Dessa forma, se o condenado for reincidente em crime de furto, crime muito menos grave que o tráfico de drogas, também não fará jus ao benefício da substituição.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes indagou sobre as razões que fariam o legislador, que estabeleceu as vedações constantes do artigo 44, não vedar a substituição de pena nos casos de tráfico de drogas, crime que a própria Constituição Federal estabeleceu como gravíssimo, possibilitando, inclusive a extradição do brasileiro naturalizado incurso em tal prática (CF, art. 5º, LI).

Baseando-se no artigo 5º, XLVI, CF, destacou que cabe à lei regular a individualização da pena, assim como adotar, entre outras, as penas previstas. Nas palavras do Ministro, a interpretação do dispositivo é extremamente ampla. Somente haveria violação do princípio da Individualização da pena se o legislador impedisse completamente a individualização judicial nos crimes hediondos, em ao menos um dos dois momentos: o da aplicação da pena prevista na lei pelo juiz sentenciante – aí



se inserindo a espécie de pena aplicável; e o da execução e cumprimento da pena pelo condenado.

A vedação legal à substituição da pena no caso específico do tráfico de drogas trata-se somente de uma redução do alcance de atuação judicial na aplicação da pena. Não houve a extinção da possibilidade da individualização da reprimenda nesta fase de aplicação da pena. Se esse fosse o entendimento, haveria de se considerar que é facultado ao juiz substituir a pena em qualquer caso concreto, o que contraria o disposto no art. 44, CP.

De acordo com o ministro, a vedação em análise alcança somente a pena restritiva de direitos. Hipótese de vedação legal já existente no ordenamento jurídico brasileiro, em relação a outros crimes. Em sua análise referente ao artigo 5º, XLVI, CF, destaca a ampla margem de atuação conferida ao legislador penal, uma vez que determina que a lei deve estabelecer as normas a serem seguidas pelo juiz em cada caso concreto quando do momento da individualização.

O ministro destaca ainda que as penas a serem adotadas pelo legislador não são exclusivamente as previstas no citado dispositivo constitucional \_pena privativa de liberdade e algumas penas restritivas de direitos, uma vez que o artigo 5º, XLVI, prevê outras a serem estabelecidas por lei.

Destaca-se ainda que as únicas possibilidades que a Constituição Federal exclui são a adoção de pena de morte (salvo em guerra declarada, conforme o art. 84º, XIX), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis. Dessa forma, pode o legislador optar, desde que em conformidade com a norma constitucional, pelo tipo de reprimenda penal que considerar mais apropriado, em conformidade com o crime e a realidade social do país.

No caso da Lei 11.343/2006, o legislador ordinário optou pelo estabelecimento **exclusivo da pena privativa de liberdade** como sanção para o crime de **tráfico de drogas**, tornando **incabíveis as penas alternativas**. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.



No ordenamento jurídico-constitucional, a legitimidade para estabelecer um limite mínimo e máximo à atuação jurisdicional é do legislador. Dessa forma, a lei penal pode impor tanto as penas privativas de liberdade quanto as restritivas de direitos, bem como outras não previstas na Constituição da República, exceto as constitucionalmente proibidas.

Basta olhar o artigo 92 do Código Penal, que impõe, por exemplo, a perda de cargo ou função pública, dependendo do crime e da pena; inabilitação para dirigir veículo, quando este for utilizado na prática do crime; perda do pátrio poder, quando o crime é doloso, sujeito a pena de reclusão e cometido contra o próprio filho; etc. Estas sanções penais não estão previstas na Constituição da República, mas não há qualquer norma constitucional que as torne inconstitucionais. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

O legislador tem ampla liberdade quando da cominação de penas, seja relacionado à espécie cabível em determinados tipos penais, seja em relação ao mínimo e máximo legalmente cominados, ou, até mesmo, em relação ao regime inicial de cumprimento. Essa liberdade deve ser norteadada pelo princípio da proporcionalidade e pelas vedações expressamente contempladas na Constituição Federal a determinadas espécies de pena.

Nessa limitação, não há qualquer norma da Lei Maior que retire do legislador o poder de vedar as penas restritivas de direitos nos casos que considere mais graves para a sociedade, nem, ainda, que delegue, com exclusividade, ao juiz da causa, a análise da sua aplicabilidade ou não no caso concreto. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

Segundo o ministro, o tratamento dos crimes hediondos como delitos mais gravosos à vida em sociedade é trazido pela própria Constituição Federal e o tráfico de drogas requer um tratamento ainda mais restritivo.

Aliás, com a vênua do eminente Relator, considero que estas são as **restrições mínimas no tratamento a ser dispensado pelo legislador ordinário aos crimes hediondos**; a Constituição estabelece como **necessárias** essas **vedações legais** à fiança, à graça e à anistia. Contudo, não extraio desse dispositivo **um impedimento a outras vedações legais, pois o preceito em questão não é uma garantia para os condenados por crimes hediondos**, mas sim uma **restrição**



**de direitos** dos condenados pela prática desses crimes. Considerar o contrário **significaria que a Constituição da República limitou quais as vedações legais que poderiam ser impostas aos crimes hediondos, mas não as limitou em relação a outros crimes**, o que gera profunda perplexidade. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

Sobre essa análise, também seriam inconstitucionais as regras sobre o regime prisional cabível, constantes do artigo 33, CP; o momento a partir do qual caberia a progressão e a regressão do regime, presentes no Código Penal e na Lei de Execuções Penais; as hipóteses de livramento condicional (CP, art. 83, de sursis (CP, art. 77); bem como todas demais normas penais referentes a penas aplicáveis em cada crime, uma vez que diversas normas impõem limitações à individualização da pena no caso concreto.

A Constituição possibilita ao legislador a legitimidade não só para definir limites à atuação do Estado, defendendo o cidadão dos seus excessos, bem como estabelecer limites à liberdade humana.

O excesso interpretativo das normas constitucionais, por vezes vagas e abstratas, aumenta o conflito existente entre jurisdição constitucional e democracia representativa ao invés de realizar direitos e garantias individuais. De forma a produzir a inconstitucionalidade do ordenamento jurídico criado pelo legislador eleito, principalmente ao se considerar uma Constituição extensa como a brasileira.

Por tais razões, considero que a possibilidade ou não de aplicação das penas restritivas de direitos a determinados crimes é tema atinente à política criminal, necessariamente situada na esfera de deliberação do Poder Legislativo, com os balizamentos ditados pelo princípio da proporcionalidade e pelo arcabouço principiológico da nossa Lei Maior, devidamente obedecido no caso dos autos. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

O ministro destacou a necessidade dos crimes hediondos terem a mesma disciplina jurídica: a vedação à substituição da pena já ocorre em quase todos os crimes hediondos, somente pelo constante no art. 44 do Código Penal, sem outras leis





nessa direção. Além disso, o Código Penal impede que seja aplicada a pena alternativa aos crimes praticados com violência ou grave ameaça:

Homicídio qualificado (art. 1º, I, da Lei de Crimes Hediondos), latrocínio (art. 1º, II, da mesma lei), extorsão qualificada pela morte (art. 1º, III), extorsão mediante sequestro na forma qualificada (art. 1º IV), estupro (art. 1º, V), estupro de vulnerável (art. 1º, VI), tortura (art. 2º), terrorismo (art. 2º). HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

Destarte, somente os crimes de tráfico, epidemia e falsificação de produtos terapêuticos não estão submetidos à vedação geral do Código Penal. Logo, a vedação trazida pelo legislador na Lei 11.343/2006 à impossibilidade de substituição da pena no crime de tráfico de entorpecentes possibilita igualar o tratamento dispensado aos crimes hediondos, cessando a distinção do crime de tráfico.

Além disso, a Constituição Federal não traz nenhuma imposição de que os crimes hediondos devam possuir o mesmo tratamento legislativo. Os crimes hediondos impactam a sociedade de maneira diferenciada, e, por isso, recebem tratamento diferenciado.

Além disso, cada crime tem um impacto diferente na nossa sociedade. Por exemplo, os crimes de “epidemia com resultado morte” (art. 1º, VII, da Lei de Crimes Hediondos) e de “falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais” (art. 1º, VII-B, da Lei 8.072/90) – que também são crimes hediondos, mas admitem, dentro do ordenamento hoje vigente, a substituição da pena – preocupam muito menos o legislador pátrio do que o crime de tráfico de drogas, seja porque o tráfico é estatisticamente mais recorrente do que os demais, seja pelas mazelas individuais e sociais por ele causadas, seja, ainda, porque este crime gera um contexto de extrema violência, especialmente nas favelas e comunidades mais pobres do país. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

Para confirmar seu voto, o Ministro destacou sua convicção em relação à constitucionalidade da vedação à substituição da pena nos crimes de tráfico de drogas, bem como a adequação da norma à realidade social brasileira, sem possibilitar uma justa e adequada individualização da pena cabível nesses crimes.



Ao aditar seu voto, o Ministro Gilmar Mendes reforçou a ideia de que o que estava se discutindo era a ideia de núcleo essencial. Destacou a importância de não se restringir o direito fundamental à individualização da pena. (HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, 01.09.2010.)

O ministro apresentou ainda uma incongruência interna prevista na própria Lei:

Em verdade, o próprio §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 contém uma incongruência grave, pois, ao mesmo tempo em que reconhece o menor potencial ofensivo do crime de tráfico cometido por agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades nem integre organização criminosa, com isso prevendo a redução de pena de 1/6 a 2/3, impede a substituição da pena corporal por restritiva de direitos. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, 01.09.2010.

#### *4.1.3 Voto Ministra Carmem Lúcia*

A ministra Carmem Lúcia acompanhou o voto do ministro Joaquim Barbosa. A ministra ressaltou que não se tratava de inconstitucionalidade o fato do legislador levar em consideração os interesses da sociedade, uma vez que a Constituição possibilita, em determinados crimes, que sejam impostos pelo legislador determinados comportamentos. Destacou também outras passagens da legislação penal brasileira em que há restrições impostas, sem torna-la inconstitucional. Reafirmou seu posicionamento ao afirmar que não existe no caso em questão nenhuma redução do papel do juiz, tampouco da individualização da pena constitucionalmente estabelecida. (HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, 01.09.2010.)

#### *4.1.4 Voto Ministro Ricardo Lewandowski*

O ministro acompanhou o voto do Relator, afirmando que uma lei que veda a individualização da pena, bem como afasta a possibilidade de aplicação de penas



alternativas, fere o princípio da individualização da pena, bem como a razoabilidade. Citou o artigo 5º, XLVI: "a lei regulará a individualização da pena". (HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, 01.09.2010.)

#### *4.1.5 Voto Ministro Cezar Peluso*

Apresentou pesquisa produzida pelas Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade de Brasília, com financiamento pelo Ministério da Justiça que relatou dados do ano de 2008, referente ao número de pessoas presas por tráfico de drogas no Brasil. No total de 69.049 pessoas,

80% são microtraficantes, autônomos e desarmados; 23% são mulheres; 55% são primários; e o índice de aplicação da causa de redução, aquela que permite ser de até quatro anos, prevista no artigo 33, §4º HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, 01.09.2010.

O ministro entendeu pela ofensa do dispositivo ao artigo 5º, XLVI, da Constituição, já que o sistema apresenta um sistema de alternativas condicionadas de penas. A série de penas apresentadas pela Constituição Federal está condicionada a um conjunto de requisitos. Diante deles, cabe ao juiz do caso concreto decidir pela aplicação da pena adequada.

Dessa forma, não cabe a lei impedir a escolha judicial, baseando-se unicamente na natureza jurídica do crime, uma vez que a natureza jurídica do crime não compõe a esfera dos critérios de individualização da pena.

O ministro destacou que não se pode confundir a gravidade do crime, que é apurada pelo juiz no caso concreto, com a natureza jurídica do crime. Isso se percebe diante o próprio artigo que prevê a substituição proibir sua aplicação aos casos com penas acima de quatro anos, por pressupor a gravidade do crime e assim impossibilitar a conversão. (HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, 01.09.2010.)



#### *4.1.6 Voto Ministra Ellen Gracie*

A ministra Ellen Gracie votou no sentido de impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, nas hipóteses de crime de tráfico de entorpecentes cometidos após o advento da Lei 11.346/06. (HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, 01.09.2010.)

#### *4.1.7 Ministro Marco Aurélio*

O Ministro posicionou-se no sentido de que, se o tráfico é inafiançável, afasta-se a possibilidade de liberdade provisória, se presente o flagrante. Ao ministro, parece controverso que o acusado responda a todo processo preso e, ao vir a sentença condenatória, este seja colocado em liberdade, em detrimento da continuidade da custódia.

Não consigo harmonizar o fato de alguém, preso em flagrante, responder ao processo sobre a custódia do Estado e, vindo a ser condenado, lograr, a seguir, a substituição da pena restritiva da liberdade pela restritiva de direitos. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, 01.09.2010.

O ministro votou no sentido de que a norma proibitiva da substituição não entrava em conflito com a Constituição Federal e, diante da repercussão social do tráfico, e vedação é razoável. (HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, 01.09.2010.)

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Presente desde a pré-história na sociedade, o uso de drogas, seja com finalidade recreativa ou medicinal, gera polêmica por parte daqueles que defendem a aplicação de punições severas aos envolvidos nos crimes de tráfico. Ao longo dos anos, a legislação penal brasileira, no que tange aos crimes de tráfico, tratou de maneira repressiva a temática, privilegiando especialmente o encarceramento como meio de coibir a prática da conduta criminosas.



No entanto, a aplicação da reprimenda estatal ao crime precisa levar em consideração os aspectos constitucionais envolvidos na aplicação da pena, de modo que questões referentes às circunstâncias judiciais devem ser observadas, de modo que a pena aplicada seja resultante de uma análise pormenorizada, privilegiando os princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena.

Embora a Lei n. 11.343/06 tenha apresentado avanço significativo no que tange a despenalização do uso de drogas e aos benefícios concedidos ao traficante de “primeira viagem”, o desejo do legislador de empregar ao delito de tráfico grave reprimenda estatal fez com que a norma trouxesse violação aos princípios constitucionais envolvidos na aplicação da pena e representasse, por anos, prejuízo aos direitos dos condenados por crime de tráfico de drogas, ao não possibilitar ao julgador a oportunidade de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos de acordo com o caso concreto apresentado.

O pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade da impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos representa o reconhecimento da proporcionalidade que a resposta estatal deve apresentar quando da aplicação da pena ao condenado, de modo a garantir a individualização da pena e retribuir ao condenado a resposta estatal justa e adequada ao caso.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 1.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 27 maio 2020



BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)  
Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. **Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Lei de drogas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em 27 maio 2020.

BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de execução penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm). Acesso em 27 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Habeas Corpus 97.256/RS**. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 01 set 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>. Acesso em 27 maio 2020

GONÇALVES, Antonio Vicente. **Panorama histórico da Lei de Drogas**. 2012. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente - SP, 2012.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral: arts. 1º a 120**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érica Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RIBEIRO, Maurídes de Melo. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA JUNIOR, Lídio Carlos da. **A dosimetria da pena em concreto nos casos de tráfico de drogas**. 2016. Monografia (Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal e Processual Penal) - Atame, Brasília, 2016.



# ESTUPRO MARITAL: A VIOLÊNCIA QUE SE OCULTA NO AMOR

Rosane Gomes Tavares<sup>1</sup>

## RESUMO

Este artigo científico tratará da violência sexual sofrida pela cônjuge ou companheira na constância da união matrimonial e da união estável, com a instigação dos fatos ocasionais que direcionam a consumação do delito de estupro, tendo por perspectiva o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Apresentando, como foco, relações afetivas das quais se tenha regulamentação no Código Civil, abordando questões do conflito quanto às obrigações sexuais e o Princípio da Igualdade da qual regem entre o casal. Bem como o detalhamento do delito de estupro, especificando a viabilidade desta conduta e sua determinação no direito material, acompanhada de dados fornecidos pela Polícia Civil do Distrito Federal e relatos pessoais de mulheres que vivenciaram tais abusos.

**Palavras-chave:** Estupro. Casamento. Mulheres. Contrato. Violência. Obrigação.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso tratará do crime de estupro no âmbito dos relacionamentos matrimoniais e de união estável, discutindo estes traços de violência doméstica dentro dos laços familiares, os direitos e obrigações que os regem quanto ao aspecto da relação sexual e a maneira que caracteriza esse crime.

O tema tem a relevância de trazer esclarecimentos a respeito do tipo de crime que se trata dentro da sociedade, que apresenta valorativos empecilhos ao presenciar a mulher como um ser humano capacitado de apoderar-se de ambientes predominantemente masculinos. E de forma geral, como um despertar do que ocorre

---

<sup>1</sup> Bacharelada em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. [rosane.tavares@sempreceub.com](mailto:rosane.tavares@sempreceub.com)



dentro de relacionamentos abusivos, bem como fazer com que o tema seja mais especulado, o que não inibe o mesmo de poder advir aos homens.

Consistindo que o principal questionamento é relativo à forma como as obrigações sexuais ocorrem na vida conjugal, o quode ocultar o reconhecimento do estupro, dentro da perspectiva da vida da mulher brasileira. Sendo as mulheres as maiores vítimas desses fatos, deixa-se de abordar a perspectiva masculina, por ser o gênero feminino o que mais padece do fato delituoso e pela perspectiva apresentada por movimentos sociais em razão de equiparação de direitos e poderes entre os sexos, apresentando-se exata relevância social na luta por equidade.

O tema possui, por tais justificativas, relevância política, de forma a aperfeiçoar o assessoramento legislativo relativo ao tema, relevância acadêmica, com o intuito de aprimorar os estudos sociais, e relevância profissional, ao conceder qualidade aos que buscam o aconselhamento especializado, podendo este ser jurídico.

Aborda-se a violência sexual contra as mulheres tendo como sujeitos ativos os companheiros, sendo um meio de trazer ao debate as circunstâncias presentes no relacionamento do casal, discussão que pode auxiliar no combate deste crime que tem o intuito da objetificação à mulher, de forma a empoderá-las e evitar que violências tornem-se corriqueiras.

Para compor, será apresentado dados obtidos através da Polícia Civil do Distrito Federal e depoimentos de mulheres que voluntariamente narraram suas histórias de forma anônima por meio de plataformas digitais, gerando dados e perspectivas de acontecimentos das quais poderão ser constatadas suas habitualidades, como a utilização de doutrinas, artigos e jurisprudência como meio de demonstrar a realidade do modo que este delito faz-se presente no meio social.





## 1 ESTUPRO: UMA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS E A CODIFICAÇÃO

O estupro marital é um conceito recente para fins de estudos, mas que ocorre de forma copiosa, deste modo separar-se-á primeiro o delito de estupro e, posteriormente, como este se fez presente na relação do casal. O estupro tem seu termo originário do latim *stuprum*, que significa vergonha ou desonra e seu significado remete a sentimentos de sofrimento e repulsa. Georges Vigarello (1998, p.14) descreve que seria o estupro, assim como muitas violências antigas, delitos que são severamente condenados, porém, pouco penalizados por juízes, o que replicava em um ato impune.

Analisando o desenvolvimento do Direito Penal, percebe-se uma variável forma de tratamento no transcorrer até o Brasil contemporâneo. Sendo o primeiro Código Criminal Brasileiro, este introduziu a individualização da pena, visava diferentes formas de punição quando se avaliava o “status social” da vítima, analisando à vítima em sua virgindade ou honestidade, dispondo apenas a mulher como sujeito passivo, bem como visava o abrandamento da pena caso ocorresse casamento entre a vítima e o agressor, extinguindo a punibilidade do crime. Conforme o Código Criminal de 1830:

Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta.

Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida. Se a violentada fôr prostituta.

Penas - de prisão por um mez a dous annos.

Na previsão da transgressão do fato no Código Criminal Republicano de 1890, a principal discussão referenciava-se a classificação da vítima, que dizia respeito apenas às mulheres, independentemente de serem ou não virgens, mas se



considerada mulher honesta poderia ter penalidade diferente das que não fossem, tendo como foco no debate não a violência sofrida pela vítima, mas a classificação do tipo de mulher que sofreu a violência. Conforme o decreto revogado nº 847 de 1890:

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena - de prisão cellualar por um a seis annos.

§ 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta: Pena - de prisão cellualar por seis mezes a dous annos.

Adiante, no Código de 1940<sup>2</sup>, há observação de possibilidade de aumento de pena, conforme artigo 226 do Código Penal para o crime que for cometido por cônjuge, companheiro, bem como retira a classificação de ser honesta ou não, garantindo a proteção às vítimas, como Renata Floriano de Sousa (2017, p. 12) nos traz a respeito das mudanças do texto legal que observará alguns aspectos que promoveram a proteção estendida às vítimas, o que não ocorria na legislação anterior, como trouxe o reconhecimento da culpa aos agressores perante o tribunal e a aplicação ampliada de suas penas.

Posteriormente, há a possibilidade no enquadramento do polo passivo de qualquer indivíduo que sofrer os verbos previstos no tipo penal deste, como explicita Guilherme de Souza Nucci (2014), isto é, que o verbo *constranger* refere-se ao ato de ter conjunção carnal, praticar ou permitir outro ato libidinoso, sendo que qualquer prática de algum desses já concretiza o cometimento de delito único. Assim se encontra previsto o estupro no artigo 213 e parágrafos do Código Penal, Decreto-lei n. 2.848 de 1940:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) annos.

---

<sup>2</sup> Houve a alteração do polo passivo, colocando como sujeito “alguém”, englobando o sexo masculino como vítima do tipo penal, modificado conforme Lei n. 12.015/2009.



§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos

Art. 226. A pena é aumentada:

- de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrastra, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela;

Pormenorizadas as questões que se referem ao delito de estupro, trata-se especialmente de uma violência de um ato libidinoso que causa indignação por ser invasivo à vítima. E apesar de todo o constrangimento por qual a vítima passava, a opção de seu agressor não responder pelo crime que cometeu era se casar com sua vítima, o que já dava início a uma relação conjugal originada da violência.

E contextualizado nas residências, há de cogitar a ocorrência de estupro na relação conjugal, da qual vislumbra uma mulher subjugada, vista com inferioridade ao seu marido retirando sua dignidade como pessoa humana, o que ocorreu com Maria da Penha, resultando na lei sobre contra a violência doméstica.

## **1.1 A Lei Maria da Penha e a dignidade da pessoa humana**

Diante do delito do estupro marital, nota-se que o *status* conjugal acabaria por abranger atitudes que em outros contextos seriam vistas como crime, a exemplo o sexo forçado como uma obrigação matrimonial, sendo necessário maior especificidade quanto a proteção da mulher frente ao seu marido/cônjuge.

Com a repercussão dos casos de violência sofridos por Maria da Penha Maia Fernandes, que lhe causaram sequela de paraplegia, e com ajuda de órgãos internacionais, conseguiu-se a elaboração da Lei n. 11.340 de 2006, que busca a proteção da mulher em situação de violência doméstica, o que inclui o estupro marital, conforme o artigo 7º, inciso III da lei.



A perspectiva da segregação da superioridade do gênero masculino no aspecto sexual do casal, adentra a questão de disponibilidade do corpo feminino, por entender que a mulher tem como uma de suas funções na relação conjugal realizar os desejos sexuais de seu cônjuge e dar fruto a prole, mesmo quando não for de sua vontade. Dessarte, a legislação prevê em seu corpo de texto algumas variáveis formas de violências que podem ocorrer no ambiente familiar, que consta em seu art. 7º, inciso III da Lei n. 11.340, de 2006, o seguinte texto:

Art. 7º. São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

- a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. [...]

Nota-se uma abordagem mais técnica na Lei Maria da Penha ao discorrer dos tipos de violências sofridas pela mulher no domicílio, inserindo o crime de estupro marital, que veio a complementar o Código Penal. Mas ambas leis são fortalecidas pela Constituição Federal, que de acordo com o artigo 1º, inciso III que garante à mulher sua dignidade como pessoa humana e o artigo 226, §5º traz a luz a igualdade na relação conjugal. Considerando o posicionamento de Gabriella Galdino Veras e Maria Luisa Nunes da Cunha (2010, p. 09) que retratam a perspectiva do direito das mulheres como um importante passo, em especial a que se encontram em situação de violência doméstica e familiar, consagrando como fundamento democrático todos os direitos fundamentais quanto a dignidade da pessoa humana.

Perante sua importância, o princípio da dignidade da pessoa humana tem como fundamento a destinação dos cuidados do Estado a toda a sua sociedade de forma igualitária, devendo a relação sexual ocorrer de forma a não ferir o direito de outrem. Mesmo na relação sexual dos conjugues é intolerável o sexo que intimida a



outra parte, invadindo a intimidade do outro, seja por coação ou por violência. Tal raciocínio apresenta embasamento no entendimento de Rizzato Nunes que considera que a dignidade da pessoa humana, para ser definida deve-se considerar todas as violações praticadas. Bem acompanhado por André Estefam (2016, p. 68- 70), que relata:

A dignidade da pessoa humana configura, portanto, valor transcendental e verdadeiro sobreprincípio, orientador de toda a interpretação normativa, apta a influenciar a aplicação do ordenamento jurídico e nortear a atuação estatal em todos os seus setores. [...] A dignidade da pessoa humana se justifica, segundo nos parece, em razão de duas características presentes apenas no homem: suas racionalidade e autonomia da vontade, as quais, conjugadas, impedem seja esse utilizado como meio, mas sempre como fim em si mesmo.

A mulher que convive em situação de violência encontra respaldo na Lei Maria da Penha e igualmente na Constituição Federal para que lhe seja garantido o direito de denunciar e libertar-se dessa situação, trazendo uma positiva forma de combate e prevenção à violência doméstica, bem como a dignidade da pessoa humana ajuda a reconhecer a violência por qual a mulher vivência. A lei e o princípio trouxeram mais segurança para o enfrentamento nos casos de violência, por demonstrar que com o combate da violência, a mulher poderá conseguir vislumbrar que não necessita de passar por situações de violência, recuperando sua dignidade e a autonomia de suas vontades. Sentimento este resgatado com a luta feminista no combate a cultura do estupro.

## **1.2 A cultura do estupro e a luta sexual feminista**

A considerar por cultura o ato, ação ou comportamento que seja constante no meio social, articulada por expressões humanas de modo que são produzidas, transmitidas e recebidas, Leonísia Moura Fernandes, Tayse Ribeiro De Castro Palitot E Luísa Câmara Rocha (2016, p. 45), há de considerar no estupro marital o comportamento do estuprador e da vítima, onde notasse que em sua maioria ocorre devido a cultura de submissão enraizada no contexto histórico.



O intuito de analisar o comportamento da sociedade frente aos casos de violência sexual denominou-se estudo de cultura do estupro, como descrito por Renata Floriano de Sousa (2017, p. 13), seria o conjunto de violências simbólicas que viabilizam a legitimação, a tolerância e o estímulo à violação sexual, desconsiderando a violência sofrida pela vítima quantos aos fatos que a sucederam.

E como característica da cultura do estupro, imputar à vítima a culpa dos fatos é um dos modos como esta se expressa, em que pesa os modos que se portava, o ambiente que frequentava, a forma e condição que se deram a prática do delito, atribuindo a justificativa para quem sofreu a ação. Colocando em segundo plano o sujeito ativo da violência. Joice Graciele Nielsson e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (2018, p. 174), nos apresentam definições do que seria esse conteúdo e a forma com que se dá:

A culpabilização da vítima pelo fato de ter sido alvo de violência sexual, compreendido como um comportamento masculino “natural” [...]. Justamente uma tematização e uma análise profunda do que se considera elementar em/de uma “cultura do estupro” pode conduzir a desconstituir tais traços de controle biopolítico e patriarcal do corpo, da sexualidade, da alma e da vida das mulheres.

Como José Francisco Ribeiro e Wellane Acaciara Andrade Leite (2015) exprimem que historicamente por meio da cultura e *habitat* social é percebido que as relações afetivas entre ambos os sexos são assinaladas por condições de repressão masculina e submissão feminina, resultando em uma relação de gênero. Ainda prevendo uma codificação, Leonísia Moura Fernandes, Tayse Ribeiro de Castro Palitot e Luísa Câmara Rocha (2016, p. 45) retratam que a cultura do estupro vai além do que trata o título VI do Código Penal, mas em conjunto do entendimento de que o corpo feminino estimula a libido e o torna disponível.

No pesar, a maior crítica a cultura do estupro é feita aos meios utilizados pelos indivíduos que compõem a sociedade para poderem dirimir ou justificar as transgressões sexuais praticadas contra suas vítimas, principalmente, quando se referem às mulheres.



Por esse histórico de inferiorização sob o sexo feminino, formou-se um movimento que luta para confrontar estes ideais; o feminismo tomou frente de forma a trazer às mulheres maiores liberdades, inclusive sexuais. O combate à cultura do estupro dá-se por meio do supervisionamento de frases com teor misógino, comportamentos que inferiorizam mulheres, expondo-as a situações que as difamem. Diante dessa perspectiva, Mikaella Paola Oglouyan Brandão (2019, p. 99) afirma que o pertencimento do corpo feminino ao ambiente privado faz com que ele adentre a esfera pública. Tal esfera pública caberia a ideia de pertencimento de um corpo a terceiro, sendo este o cônjuge.

A concepção de que o corpo feminino seria um direito público, tornando-se acessível a quem o quisesse, sendo que esta linha de argumentação traria a justificativa de o sujeito ativo cometer o delito e que estaria cumprindo, portanto, a natureza do mesmo como um ser humano, assim como a vítima, por ser submissa. Por conseguinte Leonísia Moura Fernandes, Tayse Ribeiro de Castro Palitot e Luísa Câmara Rocha (2016, p. 46) demonstram que:

a violência sexual transcende os efeitos diretos dos crimes e práticas individuais entre violentadores e sobreviventes, afetando as mulheres enquanto grupo social, pois, como revelam as estatísticas, saber-se mulher é se reconhecer como potencial vítima de estupro. Nesse sentido, opera-se uma série de atos de controle do corpo feminino, que vão desde a forma de se comportar e se vestir até a escolha de caminhos, horários e companhias para deslocar-se, embaraçando o direito de ir e vir das mulheres, responsabilizando-as pelo dever de evitar a violência. Portanto, mais que uma questão de natureza penal, entende-se que a cultura do estupro funciona como política de controle das mulheres e está imiscuída em todas as searas da vida social, inclusive nas instituições incumbidas de puni-las e preveni-las, como os órgãos forenses e de polícia.

Como exemplo de explicação para demonstrar que a cultura do estupro acontece de modo cotidiano, no período de abril de 2018 diante da repercussão da denúncia e de uma entrevista feita ao Jornal O Globo (2018), que envolveu pessoas articuladas no âmbito jurídico da qual trata-se do episódio de Michella Marys Pereira contra seu ex-marido Roberto Caldas, que o acusou de diversas violências



doméstica no período do casamento, e como tese de defesa o advogado Antonio Carlos de Almeida Castro negou a versão da vítima quanto ao crime de estupro dizendo em entrevista: “ela fala que acordava com ele penetrando. Para mim isso está longe de qualquer definição de estupro [...]. Quem já foi casado razoavelmente sabe que não é estupro. Eu acho que sinceramente é forçar a barra”, conforme entrevista ao Jornal O Globo disponibilizado no *site* do mesmo, dando a conotação de que o corpo feminino seria uma propriedade, desconsiderando o arbítrio da mulher, como fere sua dignidade, por ser o ato sexual um ato que envolve ao menos duas pessoas há de se considerar o desejo de ambos parceiros.

Com esta fala, é possível identificar uma realidade que em variadas situações passa por despercebido o quão forte a cultura do estupro faz presente, por acreditar que o ato de acordar sua esposa por meio de penetração seria apenas uma questão de compelir o sexo, quando se entende que o próprio verbo faz necessário o uso da força para conquistar o objetivo, que neste contexto é o ato sexual. Trata de uma visão que muito ocorre no aspecto do casamento e faz necessário o estudo deste instituto e da forma que este obteve influência da cultura patriarcal.

## **2 A FAMÍLIA E O PATRIARCALISMO CONTEMPORÂNEO**

A família é um importante vínculo social, pois percebe-se que esta é o meio de introdução de um indivíduo a humanidade, é um significativo contato para definir quem somos, definir a cultura e meio de se portar no círculo social, sendo que essa junção ocorreu de forma natural diante da evolução humana como um grupo social, conforme Clara Vanessa Maciel de Oliveira e Rocha Santana (2015, p. 7) descreveu.

E partindo da perspectiva do casal, identifica-se no comportamento familiar a estruturação da figura masculina como líder no âmbito de tomada de decisões, onde concentra a figura de protetor, o que causa desvalorização a imagem feminina, por ter a perspectiva desta ser apresentada como o sexo frágil. Leonísia Moura Fernandes, Tayse Ribeiro de Castro Palitot e Luísa Câmara Rocha (2016, p. 39)





caracteriza que o patriarcalismo usa do intuito de colocar a mulher como submissa de forma natural, bem como estabelece uma divisão de espaço aos gêneros feminino e masculino, havendo uma seleção dos perfis que encaixam nos padrões e que tal divisão caberia tanto na esfera familiar como na pública. Diante de demasiado protagonismo masculino, a mulher foi posta num plano secundário, fato resultado do modo que a mulher era vista como responsabilidade de seu companheiro. Clarissa Cecília Ferreira Alves (2012, p. 30):

A família é, portanto, nitidamente pré-concebida, quando se atenta para o fato de que os teóricos políticos estabelecem, enquanto sujeitos ativos de suas teorias, homens maduros, saudáveis e independentes, que atuam conscientemente na esfera pública, sem minimamente refletir a respeito do quê ou de quem arcou com o ônus de torná-los assim, no que se refere ao cuidado com suas necessidades mais básicas enquanto ser humano. Não se questiona, por exemplo, “o que esteve por trás do crescimento/ amadurecimento de um ser adulto e forte?”, como se os sujeitos possuíssem a capacidade de crescer e desenvolver-se livre e independentemente de qualquer forma de cuidado e atenção.

E concomitante com o advento do discurso patriarcal e moralizador sobre o corpo, especificamente o da mulher, constatou-se o declínio do direito materno. Maria Alice Rodrigues (2003, p. 78) respalda que há um discurso moralizador sobre o uso do corpo endereçado as mulheres que têm como principal objetivo o adestramento da sexualidade ao “tálamo conjugal”, estando a mulher restrita a vontades de seu companheiro, tratando-se de um dever conjugal.

A mulher, diante da interpretação quanto aos seus direitos matrimoniais, se encontra em meio a um contrato, como Marcelle Queiroz de Almeida descreve que o casamento é composto por um contrato em que esse é contido por um “débito sexual” e cita Dias (2012, p. 19):

É tratado como um “direito-dever” advindo do Direito Canônico que significa que no casamento existe o direito do homem ao sexo e o dever da mulher de satisfazê-lo. Tais afirmações parecem antiquadas e distantes da realidade presente, todavia estão enraizadas socialmente e permeiam a dinâmica social e privada da vida da mulher.



A ideia posta pela religião surge como um controle da vida sexual da sociedade, mas a partir do momento que o Estado adota a postura como laico, o que acabou por influenciar na perspectiva da união matrimonial, vigorando o regimento do casamento sob a perspectiva estatal, concedendo aos cônjuges uma posição igualitária a família.

## 2.1 Casamento e o seu compromisso: o princípio da igualdade

Diante do instituto do casamento, há muito era considerado um dos modos de estabelecer uma relação afetiva com o indivíduo a quem tem um sentimento amoroso, pois era vislumbrado como forma de conclusão das metas impostas pelo meio social, Simone de Beauvoir (1970, p. 175) compreende que na sociedade patriarcal, o casamento é uma realização profissional e dispensa qualquer outra participação na vida coletiva para a mulher, enquanto para o homem tal realização seria o sucesso em sua área de trabalho, que apesar de tratar sobre a sociedade francesa essa corresponde com verossimilidade a sociedade brasileira, por seguir o raciocínio de que a responsabilidade do lar cabe à mulher, mas com o princípio da igualdade, traz em igual os direitos e deveres dos conjugues.

A disparidade desigualdade que se direciona o sucesso mencionado entre os sexos é evidenciado no discurso realizado por Chimamanda Ngozi Adichie (2015), em que descreve que há quem diga que a mulher é subordinada ao homem e isso é devido à cultura e dá um pequeno exemplo da diferença presente dentro do casamento, em que para se obter “paz” no casamento os cônjuges tenham que abdicar de algo, e como exemplo menciona que para o homem seria abdicar de um momento de diversão com os amigos para ficar em casa, enquanto que para a mulher seria privar-se de um emprego, para conseguir realizar todas as demandas residenciais, ideia que Clarissa Cecília Ferreira Alves (2012, p. 111) discorre:

A ideia de *reciprocidade* das obrigações matrimoniais é de fundamental importância para reafirmar a garantia de que a relação surgida a partir do contrato de casamento contém um elemento de igualdade. Dentro deste contexto, a relação de



obediência e sujeição é invisibilizada e, aparentemente, o poder masculino desaparece em face de um suposto equilíbrio das relações familiares.

Toda a história foi analisada sob a dogmática de uma sociedade patriarcal, a influência dessa é tamanha que esteve presente até mesmo no contrato matrimonial, e segundo a visão clássica do conceito de casamento para Carlos Roberto Gonçalves (2018) é a conjunção do homem e da mulher, que se unem para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano. Na perspectiva de Daniel Cerqueira e Danilo Santa Cruz Coelho (2014, p. 2) a violência de gênero seria um reflexo direto da ideologia patriarcal, colocando a mulher como objeto de desejo e de propriedade do homem, o que termina legitimando e alimentando diversos tipos de violência, entre os quais o estupro.

Em contraponto, o autor Nelson Hungria (1983) já defende a visão que o estupro marital seria inviável, por tratar de uma das obrigações matrimoniais em que ambos os cônjuges podem reclamar um do outro, pois este relacionamento é regido por um contrato e o sexo é um das condições para chegar à finalidade do sucesso contratual.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, trouxe a sociedade conjugal a garantia de igualdade de forma a estabelecer entre as partes a proteção quanto aos direitos, como a isonomia a representação da família, contrapondo a cultura do estupro, por referir a ambos os sexos de maneira equivalente. O princípio da igualdade é o principal ponto na relação matrimonial e na união estável, como consta no artigo 226, §5º que assegura aos cônjuges que direitos e deveres serão exercidos igualmente ao homem e a mulher, bem como garantindo o direito da dignidade da pessoa humana, não só para casal como para a família.

Tais garantias constitucionais, a igualdade e a dignidade entre os cônjuges, torna-se deveras importante quando se trata sobre estupro marital, pois acarreta em uma relação saudável às partes direta e indiretamente relacionadas.



### 3 ESTUPRO MARITAL: O CRIME OCULTO

O estupro marital refere-se a um delito, que têm como sujeito ativo e passivo aqueles a quem se estabelecem uma relação conjugal, que ocorre principalmente devido a ideia de obrigação presente no casamento/união estável, tornando um ato invasivo e infringindo a dignidade da vítima, como Marcelle Queiroz de Almeida (2018, p. 42) que considera estupro conjugal o crime cometido na constância do casamento ou da união estável, previsto no artigo 213 do Código Penal, e por haver a majorante pelo fato de ser cometido pelo cônjuge ou companheiro, conforme o artigo 226 do Código Penal, resultando no aumento de pena.

O Código apresenta-se como a narrativa jurídica que proporciona a vítima a oportunidade de ver que a situação não será esquecida, bem como a luta de Maria da Penha, que sua luta como mulher beneficiou a muitas outras.

A análise de que a violência ocorre de forma furtiva é encarnado no depoimento de mulheres que vivenciaram situações semelhantes e sentiram o empenho de compartilhar suas histórias, com o intuito de dar voz às vítimas que contam as violências presentes em seus relacionamentos, sendo a sexual, psicológica, moral, antes de chegar a agressão física, que como um alarde de uma situação realmente existente foram publicadas por meio eletrônico no *Instagram @maselenuncamebateu*, no qual as vítimas enviam suas histórias aos administradores da página e são postados por meio de textos em imagens e que divulga de forma anônima e assim, entrando em contato com os administradores que autorizaram a utilização das postagens. E como meio de identificar e resguardar suas identidades, serão nominadas de forma fictícia, que segue:

Ana relata: ele estava desempregado e eu que sustentava a casa, passava o dia no trabalho e a noite na faculdade. Quando chegava em casa só queria tomar banho, comer algo e dormir e ele queria ter relação. Até certo dia ele me pegar contra a minha vontade, dizia que eu era mulher dele e que minha obrigação era fazer isso, enquanto ele cometia o ato eu chorava com nojo. Não podia fazer muita coisa porque ele era bem mais forte do que eu.



Maria relata: ele me tratava como posse dele, me fazia pressão psicológica pra transar com ele quando eu não queria, gritava comigo. Um dia eu tava com febre alta passando mal ele insistindo pra eu transar com ele e eu disse não... ele esperou eu dormir e me estuprou. Mas ele nunca me bateu.

Joana relata: ele era compulsivo por sexo, queria ter relações sexuais todos os dias, de manhã e à noite. E pedia para eu dormir pelada para facilitar o sexo quando eu estava menstruada eu não gostava de fazer “amor” e ele queria mesmo assim, inclusive sexo oral. Era constrangedor demais, o pior foi quando ele veio pra cima de mim uma semana após o parto do meu bebê, eu estava com os pontos da cesária, disse que não queria, que estava doendo, mas ele nem ligou por conta disso tive alguns pontos estourados. Depoimentos recolhidos via *Instagram* @maselenuncamebateu.

O comportamento dos companheiros é de abrandar o delito de estupro, no que seria justificado em ser uma obrigação matrimonial de sua companheira, em ter relações sexuais com ele. E quando a vítima cogita em realizar a denúncia, em muitas situações, essa tem que considerar não só sua condição econômica/física/psicológica, mas de seus filhos que a acompanharão, perpetuando a violência. Cláudia Maria Ramos Medeiros Souto (2008, p. 96) aponta fatores que impedem a realização da denúncia, ou que cause o adiamento desta, como o vínculo familiar e afetivo, sobretudo no aspecto da conjugalidade. A autora continua (2008, p. 96):

Na violência conjugal os aspectos afetivos, familiares, financeiros, entre outros, estão presentes e podem ser decisivos para que o processo de rompimento se efetive. A denúncia na delegacia pode gerar culpa, insegurança, remorso, medo, vergonha e pode resultar no arrependimento da mulher e na decisão de retirar a queixa.

Portanto a mulher sente-se dominada pela situação em que vive devido à vítima ter que lidar, não só com a desorganização afetiva por qual passa, mas também com a futura condição que essa terá após à separação, considerando as despesas que a mesma tem, tanto quanto daqueles que vão acompanhá-la em sua nova trajetória, pois nutre da convicção de que não se trata de uma relação entre duas pessoas, mas, em grande maioria, de uma família. Razão pela qual vítimas



mantêm o relacionamento com seu agressor para garantir a subsistência dos familiares.

Em paralelo, sustentar o sentimento de falsa esperança de que em algum momento, seu cônjuge/agressor possa ter uma autoanálise de suas condutas e tomar uma nova postura, mudando todo o contexto de vivência da família, devido ao companheirismo que esperasse de um casal que formam um compromisso entre si. Cláudia Maria Ramos Medeiros Souto (2008, p. 82).

Envolvidas afetivamente e imbuídas nesse processo de “naturalização”, as mulheres vivenciam episódios de violência praticados pelo cônjuge contra elas como resultado de uma necessidade constante de confirmação das relações de poder estabelecidas. Essas situações vivenciadas por longos períodos fragilizam as mulheres e as tornam mais vulneráveis e com menos condições de enfrentamento.

Considerando que o primeiro sentimento existente é a frustração por esperar um comportamento de fraternidade e proteção da qual se aguarda da pessoa com que se escolhe para compartilhar a vida, mas há o choque ao deparar-se com comportamento agressivo deste, como o sentimento de culpa de que em algum momento tenha desencadeado essa conduta em seu companheiro, e ainda, a ideia de ser uma obrigação matrimonial a relação sexual. Portanto, identifica-se diversos fatores que causam a prolongação da relação entre os cônjuges, observando conflitos decorrentes da desigualdade de respeito na relação matrimonial/conjugal.

Este comportamento remete ao rompimento do que se trata o princípio da dignidade da pessoa humana, retirando da mulher sua autonomia de vontade e racionalidade, devido ao medo imposto na relação.

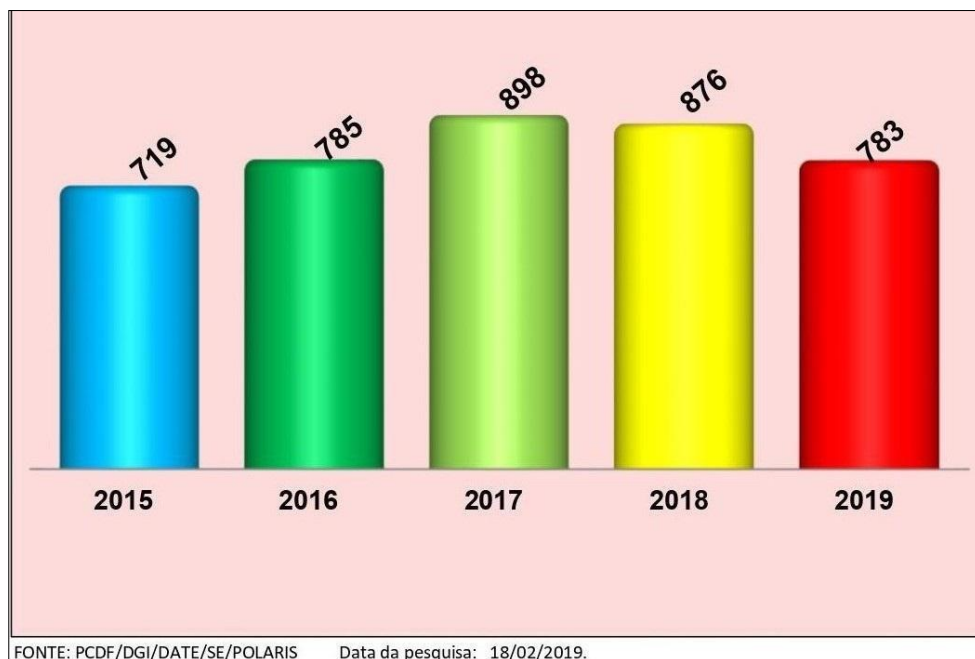
### **3.1 A criminalização do estupro marital**

Diante de dados fornecidos pela Polícia Civil do Distrito Federal a análise de denúncias efetuadas a respeito do estupro na forma tentada e consumada, onde realizar-se-á uma comparação das informações correlacionando ao tema de estupro



marital, que traz no lapso temporal entre 2015 e 2019. Como demonstrado no Gráfico 1:

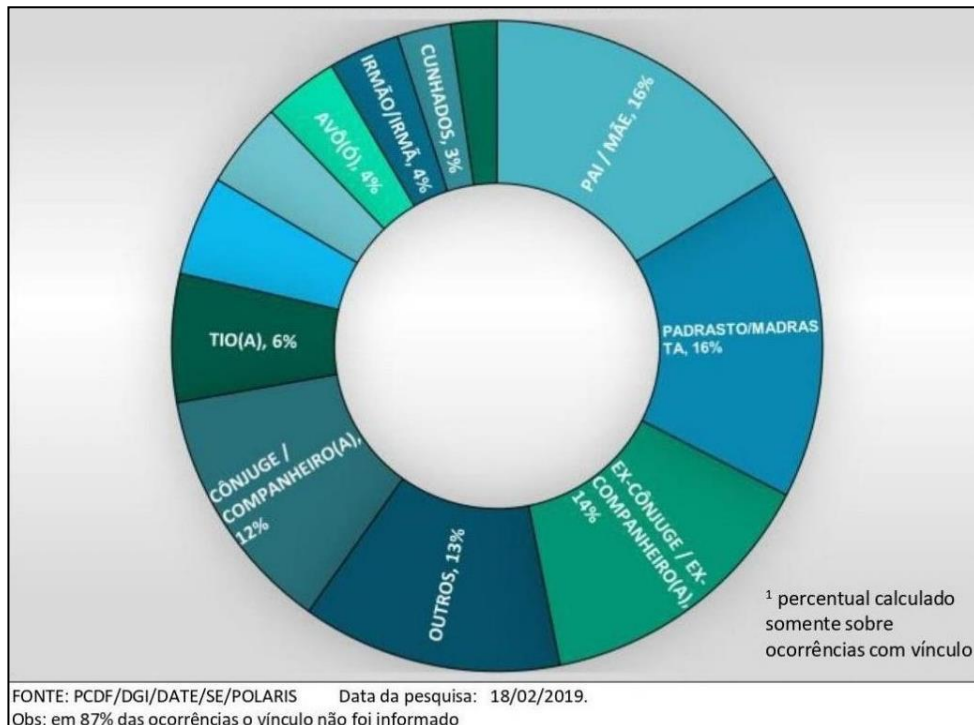
**Gráfico 1** – Série histórica 2015 a 2019: número de vítimas femininas de estupro tentado e consumado.



O aumento gradual do número de denúncias sobre o estupro, na forma tentada e consumada, traduz um ambíguo sentimento, sendo que o primeiro seria negativos ao se considerar que há muitas mulheres que passaram por tal situação, mas em contrapartida, tem-se por positivo que as mulheres têm realizado as denúncias contra seus agressores, reagindo às situações que as põem em riscos, tendo como pico os anos de 2017 e 2018. Apesar de considerar a diminuição dos casos no ano de 2019, mas obteve-se uma média de 812,2 casos de estupro por ano. No qual possam ser desenvolvidas políticas públicas que melhor auxiliam as vítimas a estimular a denúncia, como o maior número de condutas do tipo penal.



**Gráfico 2** – Vínculo entre vítimas e autores no caso de estupro tentados e consumados.



Como forma de melhor adentrar o estupro marital, no Gráfico 2, dos 13% em que conseguiram identificar o agressor, constatou-se que 12% refere-se aos cônjuges/companheiros da vítima e considerando o relação íntima não mais existente 14% fora praticado por ex-cônjuge/ex-companheiro, o que é considerado um índice alto e que de todas as ocorrências, há uma lacuna de informações incompletas a respeito do assunto, pois não se consegue chegar a um número exato devido a quantidade de ocorrências em que não fora informado o vínculo.

Há entendimento jurisprudencial que reconhecem o delito de estupro marital, como o Julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

ESTUPRO, VIOLÊNCIA SEXUAL COMETIDA CONTRA CÔNJUGE VAROA (CP, ART. 213). PALAVRAS DA VÍTIMA, INSUSPEITAS, ALIADAS ÀS DO FILHO ADOLESCENTE, QUE PRESENCIOU A AGRESSÃO E À





ÍNDOLE BELICOSA DO RÉU QUE NÃO DEIXAM DÚVIDA QUANTO À PRÁTICA DO DELITO. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PENABASE EXASPERADA NO ÂMBITO DOS PARÂMETROS PRATICADOS POR ESTA CORTE. PROPORCIONALIDADE COM OS LIMITES DA REPRIMENDA OBSERVADA. RAZOABILIDADE DA PUNIÇÃO EVIDENCIADA NA EXPOSIÇÃO DO TOGADO. MANUTENÇÃO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSOR NOMEADO PARA ATUAR NO PRIMEIRO GRAU. VERBA QUE ENGLOBA EVENTUAL DEFESA. CORREÇÃO DO VALOR ESTIPULADO NA SENTENÇA, SEGUNDO ORIENTA A LC ESTADUAL N. 155/97. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, NESTE PARTICULAR.

(TJ-SC – ACR: 747841, Relator: Irineu João da Silva, julgado em 03/03/2009)

Com este voto é notório que há visibilidade jurisprudencial diante do assunto, visto que se trata de uma situação de violência entre cônjuges, e neste caso teve como testemunha o filho do casal, em que presenciou o seu genitor coagindo a esposa a ter relação sexual contra sua vontade e forçando a conjunção carnal, alegando como defesa o exercício regular de um direito contraído na vigência do casamento. Porém, não houve repercussão social, de forma que a história com tamanha importância fosse despercebida, apresentada de modo velado. A situação por qual a vítima teve que passar para que pudesse agir é extrema e a denúncia possibilita uma maior visibilidade sobre o tema.

### **3.2 Culpabilização da vítima**

Ao passar pelo ato da violência sexual em um relacionamento, a mulher vê-se vítima não apenas de um tipo de violência, pois em decorrência do delito, além de ter o corpo violado terá um abalo psicológico. A vítima tem que lidar com diversos sentimentos, sendo um desses o de habitar e conviver com seu agressor, bem como o sentimento de culpa, desencadeado pelo próprio agressor.



A vítima para defrontar essa violência, se desconstruindo como culpada da situação, e se reconhecendo como vítima, tendo como primeiro ato a busca pela ajuda. Entretanto, muitas vítimas se veem sem suporte para desvencilhar-se desses cenários. Cláudia Maria Ramos Medeiros Souto (2008, p. 80) descreve o instituto do casamento e a vítima:

Culturalmente, ainda há uma persistência na manutenção do casamento dentro do modelo tradicional de família, em que o domicílio familiar é tido como um espaço do domínio masculino e privado e é nesse contexto mais silenciado onde a violência contra a mulher se faz mais presente de modo mais naturalizado e sutil e se legitima, apesar dos avanços que vêm sendo obtidos na legislação em favor da igualdade de direitos entre homens e mulheres.

A vítima busca em seus familiares, amigos e Estado um suporte para lidar com a situação de violência, como escrito pelo autor Rafael Gabriel Assis (2015, p. 42) tratar sobre estupro marital, em que a dificuldade de agir diante da violência dificulta o rompimento da relação e da mudança da condição violenta, refletindo o foco na culpabilização da vítima e por consequência na desresponsabilização do autor, trazendo a conclusão de que o sexo é como um dever da esposa. Expondo a perspectiva de que se a mulher passa por esta situação é por querer, que se essa casou o mínimo que deve fazer é agradar seu marido/companheiro.

E como explica Sonia Maria Dantas Berger (2003, p. 91), a intimidação não ocorre só por força psicológica, física ou coerção, há opressão e culpabilização como um conjunto de queixas na rotina de quem vive a violência. A violência sexual causa a mulher certa repulsa em relação a si e ao companheiro e de maneira a evitar maiores conflitos deixa-se levar apenas pelas vontades do outro para amenizar os sentimentos negativos a respeito do momento, Rafael Gabriel Assis (2015, p. 112 e 86):

A percepção do sexo como obrigação da conjugalidade pode garantir consentimento em cenas violentas. Práticas sexuais humilhantes, sexo que envolve danos físicos e dificuldade de negociação podem estar entre as formas de violência sexual vivenciadas na conjugalidade. O consentimento, por si só, é



insuficiente para qualificar a experiência como livre de violência sexual.

[...]

A experiência de violência na geração anterior pode diminuir a capacidade de proteção das vítimas, além de reiterar a banalização e naturalização da violência conjugal. Nesse contexto, as pessoas envolvidas aprendem a não esperar ajuda, e tendem a não vislumbrar um meio de escape da situação ou de mudança.

Presente o consentimento na relação, como exposto por Rafael Gabriel Assis, não exime que seja o ato sexual realizado de forma violenta e visto como uma obrigação conjugal com sexo de forma humilhante. Visto este comportamento como algo natural, a vítima tende a aceitar a situação que vive, onde perde-se a esperança de mudar sua posição social.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Historicamente, o delito de estupro faz se presente a todo o tempo em que a sociedade entendesse por assim e durante esse período coletivo houve formas diferentes de punir aqueles a quem praticam. Mas uma forma velada desta prática foi a modalidade de estupro na vigência dos relacionamentos.

O estupro marital apresenta poucos estudos e por isso deve ser mais aprofundado, entre os fatores que dificultam o desenvolvimento está a restrição às informações, como: poucos dados, o desfavorecimento as denúncias e o complicado acesso aos processos e jurisprudências que ocorrem em segredo de justiça. O tema traz grandes reflexões sobre o que ocorre dentro dos lares, de como a vítimas se encontram em situações de convívio com seu agressor, que diferente do crime de estupro que ocorre em demais situações. As vítimas têm mais dificuldades em realizar as denúncias, pois ainda é muito presente na sociedade a ideia popular de que “em briga de marido e mulher não se mete a colher”, tal pensamento estruturado



pela cultura do estupro, que seria o conjunto de ações que legitima a violência ao imputar à vítima a culpa dos fatos é um dos modos.

O estupro marital é uma violência da qual tende a ser considerada como um direito do marido e dever da esposa, conhecido como “débito conjugal”. Sendo muitas vezes não levado em consideração e nem respeitado os desejos sexuais da mulher e para que se tenha resultado na luta contra o estupro marital é necessário desconstruir toda a ideia do patriarcalismo. A luta feminista surge para demonstrar as mulheres o poder que elas têm em posição de igualdade, por aferir ao casal direitos equivalentes, garantindo a isonomia para representar a família, bem como dar a mulher a dignidade como pessoa humana, contrapondo deste modo a cultura do estupro, e em resultado a Lei Maria da Penha previu em algumas modalidades de violência, entre este a sexual. O histórico social demonstra que as condições ofertadas a ambos os sexos ocorreram de formas desproporcionais, a luta por ambientes igualitários é parte da vida da mulher, que busca uma relação melhor no meio familiar. A começar pela desconstrução da mulher como um objeto de posse do homem, que grande parte devasse pela influência do patriarcalismo.

Não há uma resolução de desconstrução do formato de violências veladas de forma repentina, terá de ser feita de forma gradual por meio de políticas públicas educacionais nos ensinamentos de base, de forma a debater mais sobre o assunto, despertando no olhar infantil que em quaisquer circunstâncias homem e mulher são iguais. É necessário haver o debate sobre o assunto, seja sob uma perspectiva jurídica, psicológica ou de saúde, e demonstrar que fatos como esses ocorrem de forma cotidiana, articular sobre o assunto será a forma que despertará a vítima sobre a situação pela qual passa. Que as vítimas estejam dispostas para lutarem por suas liberdades de direito e que essas sejam amparadas por aqueles a quem confiam e por aqueles que estão preparados a lidar com situação.



## REFERÊNCIAS

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Sejam todos feministas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

ALMEIDA, Marcelle Queiroz de. **Estupro conjugal e (in)visibilidade: até que a violência nos separe**. 2018. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito - Universidade Federal da Paraíba, Santa Rita, 2018. Disponível em: <http://www.repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/11527>. Acesso em: 08 maio 2020.

ALVES, Clarissa Cecília Ferreira. **Uma análise feminista acerca do contrato de casamento e da obrigação de caráter sexual dele decorrente**. 2012. 182 f. Dissertação (Mestrado em ciências Jurídicas) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2012.

ASSIS, Rafael Gabriel. **Do estupro às flores: gênero e roteiros sexuais na situação de violência conjugal**. 2015. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica e Cultura) - Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: fatos e mitos**. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.

BERGER, Sônia Maria Dantas. **Violência sexual contra mulheres: entre a (in)visibilidade e a banalização**. 2003. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2003.

BRANDÃO, Mikaella Paola Oglouyan. **Corpos Privados em Existência Pública: uma leitura feminista sobre o processo urbano**. 2019. Trabalho Final (Graduação em Arquitetura e Urbanismo) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019. Disponível em: [https://issuu.com/lelabrandao/docs/corpos\\_privados\\_em\\_existencia\\_publi/30](https://issuu.com/lelabrandao/docs/corpos_privados_em_existencia_publi/30). Acesso em: 08 maio 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 08 maio 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 08 maio 2020.



BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890.** Promulga o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm). Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Manda executar o Código Criminal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm). Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 08 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Estupro, violência sexual cometida contra cônjuge varoa (cp, art. 213). **TJ-SC – ACR: 747841 SC 008.074784-1**, Relator: Irineu João da Silva, data de Julgamento: 01/04/2009, Segunda Câmara criminal, data de publicação: Apelação Criminal (Réu Preso) n., de Joinville. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora). Acesso em: 05 maio 2020.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. **Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar)**. Brasília: Ipea, n. 11, mar. 2014. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/140327\\_notatecnica\\_diest11.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnica_diest11.pdf). Acesso em: 08 maio 2020.

ESTEFAM, André. **Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERNANDES, Leonísia Moura; PALITOT, Tayse Ribeiro de Castro; ROCHA, Luísa Câmara. Política e patriarcado: a cultura do estupro em tempos de impeachment no Brasil. **Captura Críptica**. Florianópolis, v. 1, n. 5, p. 37-55, jan./dez. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. v. 6.



HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Claudio. **Comentários ao código penal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

MAS ELE NUNCA ME BATEU. Instagram @maselenuncamebateu, 2018.  
Disponível em: <https://www.instagram.com/maselenuncamebateu/>. Acesso em: 08 maio 2020.

MEGALE, Bela. ‘Quem foi casado sabe que não é estupro’ diz advogado sobre abusos de juiz Roberto Caldas: Advogado Antonio Carlos de Almeida Castro, o Kakay, disse achar absurdas as alegações da ex-mulher. **O Globo sociedade**. 14 maio 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/quem-foi-casado-sabe-que-nao-estupro-diz-advogado-sobre-abusos-de-juiz-roberto-caldas-22680090>. Acesso em: 02 maio 2020.

NIELSSON, Joice Graciele; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A “carne mais barata do mercado”: uma análise biopolítica da “cultura do estupro” no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Uerj**, Rio de Janeiro, n. 34, p. 171-200, dez. 2018.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. São Paulo: Forense, 2014.

RIBEIRO, José Francisco; LEITE, Wellane Acaciara Andrade. Perfil da mulher vítima de violência sexual. **Revista de enfermagem UFPE online.**, Recife, v. 9, n. 9, p. 9162, 8 set. 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpe.br/revista/revistaenfermagem/article/viewfile/23365/1894>. Acesso em: 08 maio 2020. DOI: 10.5205/reuol.9302-81402-1-RV.1105sup201716.

RODRIGUES, Maria Alice; **A mulher no espaço privado: da incapacidade à igualdade de direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTANA, Clara Vanessa Maciel de Oliveira e Rocha. **A família na atualidade: novo conceito de família, novas formações e o papel do Ibdfam (instituto brasileiro de direito de família)**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Tiradentes, Aracaju, 2015.

SOUTO, Cláudia Maria Ramos Medeiros. **Violência conjugal sob o olhar de gênero**. 2008. 149 f. Tese (Doutorado em Enfermagem) - Faculdade de Farmácia, Odontologia e Enfermagem, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2008.



SOUSA, Renata Floriano de. Cultura do estupro: prática e incitação à violência sexual contra mulheres. **Revista Estudos Feministas**, Porto Alegre, v. 25, n. 1, p. , jan./abr. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1806-9584.2017v25n1p9>.

VERAS, Gabriella Galdino; CUNHA, Maria Luisa Nunes da. A Lei Maria da Penha sob uma perspectiva do direito feminista. **Revista PADÊ: Est. em Filos., Raça, Gên. e Dir. Hum.**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 1-16, jan./jun. 2010.

VIGARELLO, Georges. **História do estupro**: violência sexual nos séculos XVI-XX. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.





# A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO À LUZ DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA

Sarah Cardoso de Santana

## RESUMO

O aborto no Brasil é qualificado como crime de acordo com o Código Penal Brasileiro de 1940. A interrupção da gestação, seja ele praticado por mulheres ou por terceiros, é qualificada como crime perante o Judiciário. Os preceitos que permeiam a criminologia feminina são muitos, pois, existem diversos conteúdos e conceitos que estão relacionados ao crime. Em relação ao aborto, abordar sobre a teoria feminista torna-se essencial, uma vez que essa teoria aborda o direito de autodeterminação no que diz respeito ao aborto. Diante disto, este estudo tem como objeto geral analisar os preceitos que permeiam a criminalização do aborto no Brasil levando em consideração a criminologia feminista. O método utilizado neste estudo é bibliográfico. As buscas foram realizadas em fontes nacionais e traduções, com os seguintes termos indexadores na base de busca Google Scholar: Despenalização do aborto em Portugal; Aborto legal e ilegal; Legislação portuguesa em comparação com o Brasil. Direito da mulher em relação ao aborto. Acredita-se que esta pesquisa pode propiciar reflexão acerca da criminalização do aborto no Brasil em comparação com a legislação. Complementa-se, que o presente estudo possa servir de inspiração para estudos mais avançados sobre o tema.

**Palavras-chave:** Aborto no Brasil. Legislação Portuguesa. Mortalidade.

## INTRODUÇÃO

O aborto no Brasil é qualificado como crime de acordo com o Código Penal Brasileiro de 1940. A interrupção da gestação, seja ela praticada por mulheres ou por terceiros, é qualificada como crime perante o Judiciário. No Brasil, a descriminalização do aborto segue três vertentes, sendo elas: caso de risco de vida da gestante em relação à gestação, gestação proveniente do estupro, feto anencefálico.



O direito brasileiro comparado com a legislação portuguesa possuem diversos premissas diferentes, em Portugal foi legalizado o aborto no ano de 2007, onde não é caracterizado crime no país em caso de aborto voluntário, e é permitido até a décima semana da gestação onde a mulher possui o direito independentemente dos motivos a realizar a interrupção da gestação.

Nesse contexto, esse estudo se justifica em relação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher onde dizem respeito à possibilidade da mulher de viver de forma livre, sendo ela responsável sobre a sua sexualidade e escolhas reprodutivas individuais.

Mediante o exposto, falar em da criminalização do aborto no Brasil se torna importante na atualidade, pois o número de mortes decorrente do aborto ilegal está cada vez mais crescente no país. Diante disto, surge a questão norteadora desse estudo: tendo em vista a criminologia feminista, a criminalização do aborto pode ser considerada inadequada?

Este estudo tem como objeto geral analisar os preceitos que permeiam a criminalização do aborto no Brasil levando em consideração a criminologia feminista. Ainda, tem-se como objetivos específicos: abordar sobre os o direito da mulher e os preceitos que permeiam essa problemática; identificar as hipóteses do aborto legal e ilegal, bem como a mortalidade em relação a ocorrência do aborto provocado; destacar a descriminalização do aborto a luz da criminologia feminista.

Quanto a metodologia empregada nesse estudo, foi utilizado o método da pesquisa fundamental, onde o objetivo é adquirir conhecimentos novos que contribuam para o avanço da ciência, sem que haja uma aplicação prática prevista. Neste tipo de pesquisa, o investigador acumula conhecimentos e informações que podem, eventualmente, levar a resultados acadêmicos ou aplicados importantes (KENDALL, 2003).

Diante disto, o método utilizado neste estudo é bibliográfico. As buscas foram realizadas em fontes nacionais e traduções, com os seguintes termos indexadores na



base de busca Google Scholar: Despenalização do aborto em Portugal; Aborto legal e ilegal; Legislação portuguesa em comparação com o Brasil. Direito da mulher em relação ao aborto.

Este estudo desenvolve-se em três etapas, essa primeira etapa é de caráter introdutório, tem-se na segunda etapa o desenvolvimento teórico que está subdividido em três capítulos, sendo: primeiro capítulo que aborda o direito da mulher, enfatizando o seu histórico na sociedade e direitos sexuais. O segundo capítulo apresenta a problemática que permeia o aborto, sendo ele legal ou ilegal. O terceiro capítulo apresenta a discussão em torno da criminologia feminista e a legislação brasileira comparada com a português em relação ao aborto. Por fim, tem-se a última etapa que é as considerações finais sobre o tema proposto nesse estudo.

## **1 DIREITO DA MULHER**

### **1.1 Histórico da mulher na sociedade brasileira**

A submissão da mulher em relação ao homem está enraizada na cultura brasileira desde o princípio. Na época do Brasil Colônia (1500-1822), a mulher era dominada pelo seu pai, em um primeiro momento, e depois pelo seu marido. A dominação era tanta que a mulher não tinha controle nem ao menos do seu corpo e da sua sexualidade, tanto é que o crime de estupro era reparado com o pagamento de dote, podendo o processo até ser anulado caso o réu se casasse com a vítima (LEMOS, 2008, p. 2).

Nos tempos do Império (1822-1889) a realidade feminina não sofre muitas alterações, estando sempre a mulher sujeita as vontades do homem. Ou seja, a história da mulher é marcada pela exclusão social, exploração do trabalho e do seu corpo (LEMOS, 2008, p. 2-3).

Em meados do século XIX começam a surgir algumas mudanças no cenário feminino, onde a população feminina infanto-juvenil passa a ter uma formação



educacional, viabilizando as primeiras defesas do voto feminino no Brasil e a visibilidade social às mulheres (LEMOS, 2008, p. 3).

Assim, com o tempo, as mulheres foram conquistando cada vez mais seu espaço na sociedade e de acordo com Coelho (2018), a década de 30 foi o grande marco para a cidadania da mulher no Brasil, através do Anteprojeto de Código Eleitoral de 1932, seguido da Constituição de 1934, os quais “garantiram os direitos políticos e contemplaram o voto feminino”. Outro referencial legal de relevante importância para as mulheres foi a Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, o qual destinava um capítulo à proteção do trabalho da mulher e garantias à maternidade (COELHO, 2018).

E finalmente, em 1988, surge a Constituição da República consagrando a igualdade plena de direitos entre homens e mulheres, principalmente nos seus artigos 3º e 5º. O art. 3º define que o objetivo da República é promover o bem de todos (as), sem preconceito de sexo, raça, cor, idade, entre outros, e o art. 5º dispõe que mulheres e homens são iguais em seus direitos e obrigações (COELHO, 2018).

A Carta Magna de 1988 firmou também a “igualdade positiva, promocional e afirmativa baseada na retirada de barreiras, no apoio, na proteção e garantias especiais para equiparar direitos reconhecendo diferenças” (COELHO, 2018). Após a sua promulgação surgiram várias leis com o objetivo de “regrar a igualdade, punir a discriminação baseada em sexo e medidas de violência e afronta a direitos fundamentais das mulheres” (COELHO, 2018).

## **1.2 A mulher e a maternidade**

A sociedade, em sua maioria, acredita que a mulher nasce destinada a ser mãe. No século XIX, o papel da mulher se resumia em se dedicar aos trabalhos domésticos, ao marido e aos filhos, isto é, era considerada um anjo do lar. Desde jovem, a mulher era educada para essa finalidade, abrangendo a leitura e escrita, padrões morais e religiosos, civildade e prendas domésticas (SOUZA, 2017).



Apesar da imposição comportamental às mulheres, entre os séculos XIX e XX, diante da desigualdade de gênero, elas passaram a ir em busca de seus direitos, defendendo, por exemplo, o direito de voto. Essa disparidade é evidente, pois desde do início do século XIX, a mulher era utilizada como mão de obra barata pela indústria, pois recebia metade do salário pago aos homens, tendo uma jornada de trabalho de dezessete horas diárias, também tendo que se dedicar as atividades domésticas (SOUZA, 2017).

Posteriormente a Segunda Guerra Mundial, em especial nos anos sessenta, o movimento feminista lutava pela quebra do paradigma de que a mulher deve ser dona de casa e mãe de família, pelo fim da desigualdade com relação aos homens no âmbito profissional, e, também, pela legalização do direito ao aborto. Nessa mesma época, no Brasil, o movimento feminista teve um relevante papel no processo de redemocratização pós-ditadura, em especial na busca pela melhoria da qualidade laboral e de vida no país (SOUZA, 2017).

O movimento feminista busca o empoderamento da mulher, tendo em vista que as mulheres possuem uma capacidade de decisão/escolha inferior à dos homens em diversas áreas de sua vida. A exemplo é que muitos homens se abstêm da paternidade, deixando a integral responsabilidade para a mãe, sendo que a decisão acerca do nascimento de um filho deve ser conjunta. Então, até mesmo diante de uma gravidez a mulher, estando solteira, é inferiorizada, pois não tem seus direitos reconhecidos ou respeitados (SOUZA, 2017).

A mulher é educada para aceitar a submissão ao homem e quando ultrapassa os “limites” impostos pela sociedade é recriminada. Tanto é que a mulher que tem uma vida sexual ativa sem estar em um relacionamento ou concebeu um filho sem o consentimento ou reconhecimento do pai ou praticou o aborto é vista sob uma ótica negativa. Ou seja, aquelas mulheres que tomam decisões sobre suas vidas e seus corpos são estigmatizadas pela coletividade (SOUZA, 2017).



Para Scavone (2008, p. 677) as questões que permeiam o aborto são diversas, para a autora o direito individual é um dos fundamentos do feminismo, para ela o “o princípio democrático liberal do direito aplicado ao corpo; direito baseado nas ideias de autonomia e liberdade do liberalismo, expresso na máxima feminista “nosso corpo nos pertence”, esse direito significa a possibilidade da mulher decidir se deseja ou não a maternidade, diante disto, o aborto se tornaria legal, tendo como princípio a democracia liberal.

### **1.3 Saúde da mulher e planejamento familiar**

Segundo Anjos (2013), a mulher sempre teve que lutar pelos seus direitos na sociedade, inclusive pelo acesso aos serviços e ações de saúde de qualidade. Tanto é que apenas nas primeiras décadas do século XX é que houve a inclusão da saúde da mulher nas políticas nacionais de saúde, porém restrita às demandas concernentes à gravidez e ao parto. Desse modo, fica evidente a visão limitada da mulher perante à coletividade, a qual era enxergada apenas através do seu papel de mãe e doméstica.

Em 1983, o Governo Federal aprovou o Programa de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PAISM) elaborado pelas feministas e sanitaristas, o qual inseriu um plano de assistência integral à mulher, incluindo, inclusive, questões acerca da autonomia reprodutiva da mulher e do exercício da sexualidade. Assim, a visão da mulher como ser submisso foi se modificando ao passar dos anos (ANJOS et al, 2013).

Há um déficit de informações com relação aos métodos contraceptivos, principalmente entre as mulheres jovens, as quais muitas vezes os utilizam de maneira incorreta ou irregular, ocorrendo dessa maneira risco de gravidez (ROCHA; BARBOSA, 2009, *apud* ANJOS et al, 2013).

A lei 9.263/2006 que trata do Planejamento Familiar estabelece que há a obrigatoriedade das instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde (SUS) de garantir “à mulher, ao homem ou ao casal, na rede de serviços, assistência à concepção e à



contracepção como parte integrante das demais ações que fazem parte da assistência integral à saúde” (BRASIL, 2006 *apud* ANJOS et al, 2013, p. 508).

De acordo com a Lei a 9.263/2006:

“Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção; II - o atendimento pré-natal;

III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato; IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis;

V - o controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis.” (BRASIL, 2006).

Em tese, o SUS disponibiliza oito tipos de contraceptivos, dentre eles a camisinha feminina e masculina, o Dispositivo Intrauterino de cobre (DIU de cobre), e o anticoncepcional injetável ou em pílula. Porém, na prática, as mulheres têm que lidar com a carência de informações, além da falta de treinamento dos profissionais da saúde na procura por contraceptivos no sistema público (PASSARINHO, 2018).

Em caso das unidades de atendimento básico não disponibilizarem o método, dentre os ofertados pelo SUS, que o paciente busca, o Ministério da Saúde afirma que ele deve exigir informações dos conselhos ou secretarias municipais de Saúde ou então ligar no Disque Saúde (discando 136), que é o serviço de atendimento à população do Ministério da Saúde, reportando o problema. Outra hipótese é procurar o Ministério Público da cidade e relatar o inconveniente e, assim, o promotor poderá buscar uma resposta da Secretaria de Saúde e do Conselho Municipal, estipulando um prazo para a disponibilização do serviço. Se porventura não houver resultado, a promotoria pode obrigar o Estado ou município a oferecer o método de contracepção através de uma ação na Justiça. (PASSARINHO, 2018).



Tendo isso em vista, foi realizado um estudo sobre epidemiologia do aborto em habitantes carentes da Favela Inajar de Souza, em São Paulo, o qual constatou um número elevado de abortos inseguros entre as mulheres. Ou seja, grande parte das mulheres pobres recorrem à interrupção voluntária da gravidez como forma de “planejamento familiar” devido a ineficácia do sistema público (FUSCO; ANDREONI; SILVA, 2008 apud ANJOS et al, 2013, p. 505).

O aborto em condições desfavoráveis à saúde pode ser encarado como uma injustiça social. O grupo mais afetado pelos efeitos da clandestinidade e da criminalização do aborto é o de mulheres negras, pobres e com baixa escolaridade; aquelas com pouco acesso à informação e as mais jovens. Dessa maneira, fica claro que está implantado na sociedade ideologias favoráveis a criminalização somente das mulheres, não averiguando quem são elas, o risco de mortalidade e morbidade ao praticar o aborto, “a eficácia de programas de planejamento familiar e as iniquidades existentes no contexto social do qual as mesmas fazem parte” (MARTINS; MENDONÇA, 2005 apud ANJOS et al, 2013, p. 505; SOUZA; DINIZ; COUTO, 2010 apud ANJOS et al, 2013, p. 505).

## **1.4 Direitos sexuais e reprodutivos da mulher**

Com relação a área de saúde, a Organização das Nações Unidas (ONU) considera que o Brasil ainda tem certa dificuldade para garantir os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, os quais dizem respeito à possibilidade da mulher de viver de forma livre, autônoma e segura a sua sexualidade, como também de fazer suas escolhas reprodutivas de maneira livre, ficando ao seu critério, por exemplo, a decisão de ter ou não filhos, isto é, de querer interromper a gravidez ou não.

A criminalização da interrupção de uma gravidez indesejada é um “limite ao exercício da cidadania feminina” (CAMPOS, 2008), pois a Constituição Federal Brasileira sequer prevê quando a vida se inicia, podendo tal limitação ser interpretada como uma forma de obrigar a mulher a ser mãe, a criar um filho, isto é, a reprodução





e a sexualidade da mulher são essenciais para sua exploração e dominação (MENDES, 2013; CARLOTO; DAMIÃO, 2018).

É válido ressaltar que o Brasil foi signatário da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo, realizada em 1994, e da 4ª Conferência Internacional sobre a Mulher de Beijing, em 1995, onde foi reconhecido os direitos sexuais e reprodutivos da mulher enquanto parte dos direitos humanos. Apesardesses documentos não terem força de lei, eles buscam o avanço dos direitos reprodutivos e sexuais, mas é possível ver que o Brasil não teve um avanço significativo nessa seara, pois o aborto permanece criminalizado e a morte de mulheres que buscam interromper a gravidez está cada vez mais frequente (CARLOTO; DAMIÃO, 2018).

A religião pode ser considerada um grande obstáculo para que o Brasil descriminalize o aborto, pois muitos parlamentares têm como base a Bíblia e não a Constituição e são responsáveis por projetos de lei (PL) que violam os direitos humanos das mulheres, por exemplo, o projeto de lei para tornar o aborto crime hediondo (PL 03207/2008) ou para criminalizar a interrupção da gravidez em caso de malformação fetal (PL 00227/2004 e PL 01459/2003) (CAMPOS, 2008).

Assim, a discussão sobre o aborto deveria ser guiada pelo bem-estar da mulher e da preservação da sua autonomia sobre o próprio corpo, tendo em vista que de acordo com Carloto e Damião (2018) os direitos reprodutivos dizem respeito à não discriminação e respeito às escolhas, assim como à autodeterminação e livre escolha da maternidade e paternidade.

Segundo Sonia Corrêa e Rosalind Petchesky (1996) os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres deviam ter como base quatro princípios éticos: autonomia pessoal, integridade corporal e igualdade e diversidade. A integridade corporal consiste no direito de a mulher usufruir inteiramente de seu corpo de maneira que não haja alienação da sua capacidade sexual e reprodutiva.

No que concerne a autonomia pessoal as mulheres devem ser tratadas como sujeitos qualificados para decidirem acerca de sua reprodução e sexualidade. Já



princípio da igualdade tem o objetivo de “equalizar as posições de homens e mulheres na sociedade [...]” enquanto o princípio da diversidade [...] requer o respeito pelas diferenças entre as mulheres – de valores, cultura, etc [...]”. (CÔRREA; PETCHESKY, 1996, p. 165).

Nesse mesmo sentido, de acordo com Scavone (2008) em relação a proibição e o peso dessa proibição refletem nos problemas religiosos, morais e subjetivos de saúde, e acrescenta-se problemas relacionados ao gênero, classe e raça em face a prática do aborto. Para Scavone (2008, p.676) é importante considerar de forma igual “o significado simbólico da interrupção de uma gravidez indesejada, o qual coloca em questão a realização da maternidade, tradicionalmente considerada como marca relevante da identidade histórico-cultural feminina brasileira”.

Torna-se importante citar o pensamento da autora Simone de Beauvoir referente as ideias que permeiam as lutas feministas, assunto extremamente importante quando se fala em aborto e a decisão da mulher em face a maternidade. Para Beauvoir, a luta feminista está inteiramente ligada a liberdade de escolha da mulher, ou seja, a mulher independente, não sendo tratada como um produto. O feminismo tem como evidência luta em torno das mudanças dos costumes da sociedade, opinião pública e mudanças das leis impostas (BEAUVOIR, 1980).

## **2 ABORTO**

### **2.1 Hipóteses do aborto legal**

Aborto é a interrupção da gravidez, com a destruição do ovo (até 3 semanas de gestação), embrião (de 3 semanas a 3 meses) ou feto (após 3 meses), de forma espontânea ou provocada, e é legalizado na maior parte dos países desenvolvidos e criminalizado na maior parte dos países pobres (PACIULLO, 2011).

O aborto é considerado crime no Brasil, com base nos artigos 124 a 128, do Código Penal Brasileiro, sendo a interrupção voluntária da gravidez permitida em apenas 3 situações: quando a gestante corre risco de vida (art. 128, inciso I, Código



Penal Brasileiro); em caso de estupro e o aborto for precedido de consentimento da gestante, ou, se incapaz, por seu representante legal (art. 128, inciso II, Código Penal Brasileiro); ou se o feto for anencéfalo, que é quando o bebê nasce com o cérebro subdesenvolvido e sem calota craniada, (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54). (PACIULLO, 2011; DUARTE; MORAES; ANRADE, 2018; MATHIAS; CAPRONI, 2019; FREITAS, 2018).

Caso a gravidez seja um risco para a vida da gestante, ela deve receber atendimento e informação do serviço público de saúde acerca das complicações daquela gestação e suas consequências, cabendo a ela avaliar e decidir se irá continuar ou não com a gravidez, devendo informar sua decisão por escrito. Neste caso, de acordo com Paciullo (2011, p. 78) “a lei optou pela preservação da vida da mãe diante do sacrifício de um ser que ainda não foi totalmente formado”.

Torna-se ainda, importante destacar nesse estudo a mais importante decisão da alta corte da Justiça Brasileira em relação ao aborto no Brasil, a decisão diz respeito a anencefalia. De acordo com Diniz e Velez (2008, p. 648) “A anencefalia é um distúrbio de fechamento do tubo neural diagnosticável nas primeiras semanas de gestação”.

Retomando a decisão da Justiça Brasileira, em 2012 ocorreu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54 que trata da interrupção da gravidez de feto anencéfalo (BRASIL, 2012).

O ministro Marco Aurélio relator do (ADPF) 54 em seu voto, destacou:

“A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça



e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República (ADPF, 2012).

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio em seu voto, fica evidente que descriminalização da prática do aborto em casos anencefálicos, uma vez que conceder o direito à vida ao feto que não tem chances de sobreviver é insustentável. Ademias, prevalecer os direitos da gestante/mãe deve ser levado em consideração, pois a dignidade da pessoa humana, bem como a integridade física, moral e psicologia da mãe está prevista na Constituição Federal.

Abaixo evidencia-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em julgamento do *habeas corpus* de caso de fetos anencefálicos, nessa decisão ficou entendido que não é criminoso o aborto no primeiro trimestre da gestação, conforme destaca na ementa:

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A

criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. **4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a 2 igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.**

**5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-**



**se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.** 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. **7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.** 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO, Relator: Min. Marco AURÉLIO, Data 29.11.2016) (grifo nosso)

Já nos casos em que a vítima de estupro engravida do agressor não é necessário fazer exame de delito ou apresentar boletim de ocorrência, até porque o Estado não pode obrigar a gestante a gerar um filho que seria fruto de um crime. É direito de a mulher receber atendimento imediato, médico e psicológico, em uma unidade da rede pública de saúde, mas, mesmo assim, a maioria das mulheres desconhece o serviço e grande parte dos médicos se recusa a fazer o procedimento, por simplesmente desconfiar que aquela gestante esteja ali por outro motivo, que não seja o estupro (PACIULLO, 2011).

E por último, a hipótese de aborto em caso de fetos com anencefalia que se deu com a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54). Segundo Freitas (2018, p. 13) “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é utilizado para reparar ou evitar lesão a preceito fundamental, que no âmbito jurídico está ligado diretamente aos valores supremos do Estado e da Sociedade [...]”. Assim, em 2004, com o objetivo



questionar a constitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, que tratam como crime a possibilidade de mulheres gestantes de feto anencéfalo voluntariamente interromper a gravidez, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), tendo a assessoria da ANIS (Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero), ajuizou a ADPF 54 diante do STF. Então, em 2012, o STF julgou procedente a ADPF 54, declarando inconstitucional a interpretação de que a interrupção voluntária de gravidez de feto anencéfalo seria crime.

É importante ressaltar que mesmos nos casos em que a lei autoriza o aborto, todo o Sistema de Justiça e de Saúde dificulta o acesso da mulher ao serviço de abortamento legal, devido ao preconceito enraizado na sociedade com relação a esse assunto (DINIZ et al., 2012).

## 2.2 Aborto ilegal

O aborto induzido pode ser classificado como legal e ilegal, a depender do Código Penal e das normas que regulamentar a prática médica de cada país. No caso do Brasil, o aborto é considerado crime contra a vida quando induzido pela própria gestante (auto-aborto) ou terceiros.

Com base nisso, a gestante que opta pela interrupção voluntária da gravidez no Brasil se arrisca procurando clínicas clandestinas, as quais possuem condições precárias de higiene, ou ela própria tenta induzir o aborto com procedimentos perigosos como introdução de talos, agulhas de crochê, soda cáustica, chás ou se automedicando. Dentre esses métodos abortivos, o principal é o medicamento denominado Cytotec, originalmente desenvolvido para o tratamento de úlcera gástrica, cujo princípio ativo é o misoprostol. Geralmente, após o uso desse medicamento, as mulheres finalizam o aborto com a curetagem em hospitais públicos (MARTINS et al., 1991; DINIZ et al., 2012).

O misoprostol é uma droga introduzida no mercado farmacológico utilizado para tratar pessoas que sofrem de úlcera gástrica, mas que também pode ser um



agente abortivo, tendo em vista que possui uma ação estimulante que provoca a contração da musculatura uterina. Com isso, o cenário do aborto ilegal no Brasil foi mudado, pois esse medicamento fez com que aumentasse número de abortos completos e diminuísse os índices de infecção e hemorragias, mesmo havendo ainda grande incidência de internações hospitalares por aborto incompleto. Assim, em 1998, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) restringiu a oferta de medicamentos com esse princípio ativo a hospitais credenciados, não sendo possível adquiri-lo livremente em farmácias. Todavia, tal restrição não inibiu a venda do remédio, o qual é comercializado de maneira ilegal (DINIZ et al., 2012; BARBOSA; ARILHA, 1993).

Segundo Barbosa e Arilha (1993), via de regra, a mulher que deseja abortar utiliza o Cytotec no primeiro trimestre de gravidez, porém há casos de mulheres que fizeram a utilização desse medicamento em estágios mais avançados. Quanto a motivação para escolher esse método abortivo, o baixo custo do Cytotec relacionado a outras maneiras de indução de aborto é algo determinante, além disso, é considerado por algumas mulheres como uma forma mais segura e menos invasiva, dando uma sensação de privacidade no momento da interrupção da gravidez.

### *2.2.1 Mortalidade em decorrência do aborto provocado*

A Pesquisa Nacional de Aborto (PNA), através de um método de urna e questionário aplicado por entrevistadoras, mostrou que 15% das mulheres entre 18 e 39 anos já realizaram aborto alguma vez na vida e 48% delas usaram medicamento para abortar, sendo que 55% necessitaram de internação hospitalar por complicações. Além disso, segundo o Ministério da Saúde, duas mil mulheres morreram nos últimos 10 anos devido a procedimentos inseguros de interrupção voluntária da gravidez (DINIZ et al., 2012).

Ou seja, a criminalização do aborto não impede que abortos ocorram todos os anos no Brasil, e, de acordo com o ex-ministro da Saúde José Gomes Temporão a



legislação não pode impedir uma mulher quando ela, diante do seu contexto e de sua família, decide interromper uma gravidez.

Quando se pergunta sobre ser contra ou favor do aborto, sobre criminalizar ou descriminalizar o aborto, a resposta possível não é dizer ‘sim’ ou ‘não’ ao aborto. O que está em discussão é se esses abortos serão legais ou clandestinos, seguros ou com muito risco, e se mulheres diante dessa decisão serão acolhidas ou abandonadas (TEMPORÃO, 2017)

O ex-ministro também afirmou em sua participação na primeira audiência pública para debater a Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) 442, representando Academia Nacional de Medicina, que até mesmo a própria ciência é incapaz de garantir a eficácia completa dos métodos contraceptivos e a gravidez indesejada pode ocorrer mesmo quando a mulher se protegeu de todas as formas para poder evitá-la.

Não se nega atendimento médico aos diabéticos que falharam no uso dos medicamentos. Seja qual for a situação que levou à gravidez não planejada, os dados mostram que precisamos de políticas de acolhimento e não punitivas (TEMPORÃO, 2017).

O ministro do STF, Luís Roberto Barroso, mostra-se favorável a descriminalização do aborto, sendo visível tal posicionamento nos julgamentos da ADPF 24 e do Habeas Corpus (HC) 124.306, pois, para ele, permitir o aborto não é incentivá-lo (RODRIGUES, 2018).

O aborto é uma prática que deve ser evitada. Ninguém, evidentemente, acha que ele é uma coisa boa. Portanto, o Estado deve evitá-lo mediante educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparando a mulher que deseja ter o filho e esteja em condições adversas. Defender a descriminalização não significa achar que o aborto deva ser incentivado (BARROSO, 2016)

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Federal 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde no STF, discutiu-se a possibilidade de grávidas de fetos anencéfalos optar por interromper a gestação com assistência médica e em sua sustentação oral Barroso frisou a luta das mulheres pela igualdade e foi favorável a descriminalização do aborto, justificando que o feto





anencéfalo não teria vida e desse modo não seria crime a interrupção da gravidez (FREITAS, 2018; FERNANDES, 2018).

Na HC 124.306, o STF afastou a prisão preventiva de cinco profissionais pela prática do crime de aborto com o consentimento da gestante, em uma clínica ilegal no município de Duque de Caxias, no Estado do Rio de Janeiro, e formação de quadrilha (artigos 126 e 288 do Código Penal). Segundo o voto de Barroso, os requisitos que autorizam a prisão cautelar não se encontravam presentes e a criminalização do aborto não é compatível com vários direitos fundamentais, dentre eles os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a integridade psíquica da gestante e o princípio da igualdade (STF, 2016).

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria (BARROSO, 2016).

Para o ministro, a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, mas não significa que deve haver a disseminação do procedimento, sua prática, na verdade, deve ser evitada, pois envolve complexidades psíquicas, físicas e morais e devido a isso é que o Estado e a sociedade devem ofertar educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontra em circunstâncias adversas.

Luís Roberto Barroso também afirma que nenhum país desenvolvido do mundo criminaliza o aborto, nem mesmo os mais católicos, como Portugal (BARROSO, 2016).



## 3 A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO À LUZ DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA

### 3.1 Criminologia Feminista

Partindo da problemática em relação ao aborto no Brasil, a criminologia feminista é um assunto importante a ser abordado nesse estudo. Entende-se que o cenário atual no qual se encontra o país em relação ao social, cultural e político, destaca-se que a mulher que pratica o aborto é compreendida como alguém que cometeu um crime, decorrente disso configura-se no judiciário brasileiro o crime de aborto.

Os preceitos que permeiam a criminologia feminina são muitos, pois, existem diversos conteúdos e conceitos que estão relacionados ao crime. Em relação ao aborto, abordar sobre a teoria feminista torna-se essencial, uma vez que essa teoria aborda o direito de autodeterminação no que diz respeito ao aborto (MENDES, 2012).

Ainda de acordo com Mendes (2012, p. 13-14) “Eis a grande vantagem da teoria feminista, que, como veremos, fornece amplas possibilidades de construção do(s) objeto(s) da criminologia, e o reconhecimento das mulheres como sujeitos em todos os processos.”

Em relação ao crime conceitua Mendes (2012, p. 40) “O crime nada mais é do que a manifestação de um estado perigoso, da periculosidade de um indivíduo”. Levando em consideração a penalidade em face à criminologia, essa pode ser entendida como:

[...] a pena não é definida como um castigo, mas como um meio de defesa social que deve ser proporcional e ajustada à periculosidade do criminoso, e não com a gravidade objetiva da infração cometida. Ou seja, todo/a aquele/a que pratica um crime é responsável e deve ser objeto de uma reação social em função de sua periculosidade. A partir desta concepção, todo/a infrator/a da lei penal, responsável moralmente ou não, tem responsabilidade legal. Não se crê no livre arbítrio do ser humano, uma vez que sua vontade está determinada por



fatores biológicos, psicológicos e sociais (MENDES, 2012, p. 40).

Em face ao exposto, é possível entender a criminologia através de três momentos epistemológicos, sendo no primeiro momento da criminologia na década de 60 foi entendido como crime de “[...] violência individual (de corte positivista e clínico) para uma Criminologia do sistema de justiça criminal e da violência institucional (de corte construtivistainteracionista), amadurecida por meio de dois saltos qualitativos”. (MENDES, 2012, p. 69).

Em relação ao segundo momento histórico da criminologia ocorreu na década de 70, onde evidenciou a criminologia radical, nova criminologia e crítica criminologia no âmbito judicial. No terceiro momento, mais precisamente na década de 80 ficou intenso o desenvolvimento feminista da criminologia (MENDES, 2012).

Ainda, de acordo com Mendes (2012, p. 70) a criminologia feminista:

[...] no âmbito da qual o sistema de justiça criminal passa a ser interpretado sob um viés macrosociológico, nos termos das categorias patriarcado e gênero. E isso, dá ensejo às indagações sobre como o sistema de justiça criminal trata a mulher. Tem-se a partir daí uma vitimologia crítica que assume um lugar central. A partir do desenvolvimento feminista da criminologia crítica, são promovidos estudos sobre as diferentes formas que o sistema de justiça criminal atua sobre a mulher, nos marcos da ideologia capitalista e patriarcal.

Em acordo com o exposto, destaca-se que o sistema de justiça criminal é ineficaz e até mesmo fraco em relação à proteção das mulheres em face à violência sexual. Isso ocorre devido à não prevenção de novas violências contra a mulher que possam eventualmente ocorrer, ou seja, a Justiça Criminal não contribui de forma positiva e incisiva nas relações de gêneros e por conseguinte, na violência sexual (ANDRADE, 2007 apud MENDES, 2017).

Nesse mesmo sentido e ainda de acordo com Andrade (2007, p. 57) o sistema Judiciário brasileiro “[...] é incapaz de oferecer alguma proteção à mulher, como a única resposta que esta capacitado a acionar – o castigo – é desigualmente distribuído e



não cumpre as funções preventivas (intimidatória e reabilitadora que se lhe contribui.”

Ademais, pensando por outro lado, levando em consideração um sentido mais forte em relação ao sistema de Justiça Criminal, destaca-se que esse sistema muitas vezes pode duplicar a violência contra a mulher, uma vez que a proteção das mulheres pelo sistema judiciário criminal é ineficaz (MENDES, 2017).

Para Andrade (2007) conforme citado por Mendes (2017) ao ser imposto sobre a mulher (vítima) a sua consciência em relação ao controle social, o sistema judiciário criminal duplica a vitimação feminina, ou seja, ao invés de proteger o indivíduo o sistema coloca sobre a mulher a culpa do controle social, além de ser vítima de diversas condutas por partes dos homens, tais como: atentado ao pudor, estupro, dentre outros; o sexo feminino se torna vítima da violência institucional do sistema judiciário.

Pensando na criminologia feminista, torna-se importante destacar que esse movimento tem como principal objetivo buscar leis que permeiam a “[...] reivindicação pela descriminalização do aborto e da prostituição – mas também por leis que visam a elevação do estatuto de certos crimes” (MALCHER, 2016, p. 102).

Os direitos fundamentais das mulheres em relação ao direito penal brasileiro, na concepção feminista, esses direitos devem seguidos levando em consideração a liberdade da mulher, ou seja, a autodeterminação e a inviolabilidade do corpo da mulher na concepção feminista deve ser respeitada (MENDES, 21012).

No ponto de vista de Ferrajoli (2005) como é de conhecimento os direitos fundamentais engloba a dignidade da pessoa humana, e, esses direitos também devem englobar as mulheres. Na concepção feminista a obrigação do estado de vincular-se um direito penal construído fundamentalmente para mulheres.

Nesse sentido, chega-se a um questionamento em relação aos direitos fundamentais, quais são os direitos fundamentais de modo exclusivo para mulheres,



uma vez que a universalidade (homens e mulheres) dos direitos fundamentais “corresponde à indisponibilidade, a limites, a restrições à legislação, e a reivindicação de leis de atuação, é possível traçar a configuração de direitos fundamentais das mulheres, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana” (MENDES, 2012, p. 225).

Em relação a dignidade da pessoa humana, (embora os direitos fundamentais não se restrinjam a esse princípio), abrange a vedação da coisificação, ou seja, a mulher é tratada como “coisas” e ou “objetos”. (MENDES, 2012). Para Melhem e Rosas (2013, p. 2) a “coisificação aqui se refere à mulher, e situações em que é tratada como objeto pelo sexo oposto e por si mesma. A mulher vira algo decorativo, instrumento das vontades masculinas, sem vontade própria. Inanimada, a mulher torna-se coisa”

A dignidade da pessoa humana está disposto na Constituição Federal de 1988, onde aborda: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”.

O princípio da dignidade da pessoa humana, são princípios que constituem valores fundamentais em face ao sistema jurídico, para Martins (2003, p. 57):

Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-o, assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e melhores condições de ter efetividade jurídica e social.

No entanto, conforme exposto, fica evidente que o princípio da dignidade leva a concretização de valores “superiores, direitos e garantias fundamentais, inalienáveis e irrenunciáveis por qualquer ser humano” (RIVABEM, 2005, p. 17).



Em relação a perspectiva de gênero no âmbito criminal, entende-se que o campo que permeia a criminologia foi fundamentalmente construído através da crítica do direito e do sistema de justiça criminal, sendo originalmente construído sob um olhar androcêntrico, não levando em consideração as assimetrias nas relações entre homens e mulheres que muitas vezes ocorrem situações de desigualdades.

Conforme exposto anteriormente nesse estudo, o aborto no Brasil está previsto no código penal brasileiro que entende a conduta de abortamento como crime para a mulher grávida, assim como pune a pessoa que provoca o aborto com ou sem o consentimento da gestante (BRASIL, 1940).

Diante do exposto, em relação a mulher como ré no crime de aborto é um crime juridicamente insustentável, uma vez que “o código penal não pode ser um repositório de condutas morais e religiosas” (MENDES, 2017, p.103)

Ainda de acordo com Mendes (2017, p.103)

A Constituição não diz quando começa a vida. Esta é uma construção moral/religiosa de cada um. E diferentemente de qualquer outra proibição penal, [...] a que se refere ao aborto equivale a uma obrigação. A obrigação de tornar-se mãe, de dar a luz, de criar um filho. [...] A legislação penal tem por fim tutelar bens jurídicos definidos nos marcos de um estado laico. Um estado que precisa observar os direitos fundamentais, em particular, na seara criminal, para justamente poder afirmar-se como democrático.

A criminologia feminista em face ao aborto Santos (2017) pontua:

[...] indaga-se sobre a possibilidade de que o aborto seja um fato social objeto de descriminalização, explorando a nota de seletividade, o uso simbólico, assim como as funções não declaradas do Direito Penal. Conclui-se que a criminalização do aborto é ilegítima, não apenas por ser inadequada para cumprir seu objetivo declarado de proteção à expectativa de vida do feto, como por ameaçar outros bens jurídicos que não são explicitamente contemplados pela norma penal, mas que são diretamente afetados por ela, como é o caso do direito da mulher de sua dignidade, à sua vida, à saúde, a viver livre de discriminação ou tratamento cruel, desumano ou degradante (SANTOS, 2017, p. 8)



É oportuno destacar que “é relativamente fácil chegar-se a um consenso de que algumas normas penais são flagrantemente discriminatórias contra as mulheres” (SANTOS, 2017, p. 33).

O direito penal brasileiro tem em suas normas quatro pontos relevantes em relação à mulher, um deles é as normas criminais que estão relacionadas as mulheres, essas normas refletem sobre uma visão determinada do feminino e que coincide com a visão do homem em face a mulher.

Para Smart (1992) conforme exposto por Santos (2017, p. 33) é relevante na criminologia feminista exigir “o caráter sexista do Direito, exigindo condições de igualdade, o que tanto pode conduzir a reivindicações de criminalização (como no caso da violência doméstica) ou de descriminalização (como é o caso do aborto).”

### **3.2 Exemplos de países europeus que descriminalizaram o aborto**

Grande parte dos países da Europa, até os anos 1970, proibia a interrupção voluntária da gravidez. Aos poucos foram sendo inseridas legislações permitindo o aborto em algumas situações e, hoje, apesar do continente europeu ser composto majoritariamente por católicos, o único país que não permite a prática do aborto em qualquer situação é Malta (SCHOSSLER, 2018).

Em 31 de julho 1920, o aborto era considerado crime na França e muitas mulheres que recorriam a tal prática eram condenadas à morte. Apesar da proibição, houve grande número de mortes de mulheres devido ao aborto mal executado. Diante disso, o deputado Lucien Neuwirth propôs a Lei Neuwirth, a qual foi aprovada após fortes discussões na Casa Legislativa francesa. A Lei Neuwirth revogou a lei de 1920 e passou a autorizar a “difusão de métodos contraceptivos sob o controle médico e às custas da interessada” (CASSOU et. al, 2015, p. 37-39).

A filósofa e escritora Simone de Beauvoir escreveu o que ficou conhecido mais tarde como “Manifesto das 343 vadias”, devido a publicação de uma charge que o jornal satírico Charlie Hebdo fez que tinha o seguinte questionamento “Quem



engravidou as 343 vadias do manifesto sobre o aborto?”. O “manifesto das 343 vadias” continha relatos de figuras famosas, como atrizes e escritoras, que realizaram o aborto clandestino e a reivindicação delas pela sua legalização. Esse manifesto foi publicado em 5 de abril de 1971 na revista *Le NouvelObservateur* e sofreu intensa hostilização da opinião pública (CASSOU et. al, 2015, p. 39-40).

Apesar do aborto ser um tabu e ser marcado por argumentos de índole moral e religiosa, o movimento pela legalização da interrupção voluntária da gravidez teve um grande impulso, em 11 de outubro de 1972, devido ao caso da adolescente de 16 anos, Marie-Claire Chevalier, e de família extremamente pobre que foi estuprada por seu colega de classe e que após a realização do aborto ele a denunciou. O caso de Marie-Claire ficou marcado como o “Processo de Bobigny” e ela foi absolvida das acusações que lhe foram imputadas devido à forte pressão do movimento feminista e ao envolvimento de diversas pessoas (CASSOU et. al, 2015, p. 36 e 40).

A partir disso, a legalização do aborto se tornou uma questão bastante relevante para o governo do presidente Valery Giscard d’Estaing, o qual elegeu Simone Veil como Ministra da Saúde (CASSOU et. al, 2015, p. 40).

É válido ressaltar também que em 3 de maio de 1973 a revista *Le NouvelObservateur* publicou o “Manifesto dos 331 médicos”, onde médicos e médicas de renome “assumem já terem realizado procedimentos abortivos em diversas mulheres e pedem, igualmente, a legalização da prática” (CASSOU et. al, 2015, p. 41).

Enfim, em novembro de 1974, a ministra Simone Veil propôs o projeto de lei para a regulamentação da interrupção voluntária da gravidez e em seu discurso ela apontou o aborto como sendo uma questão de saúde pública e afirmou que a mulher não recorre ao aborto com felicidade, pelo ao contrário, ele é visto como um último meio para um cenário sem saída. Após intensos debates, a lei foi aprovada por ampla maioria e nomeada de Lei Veil (CASSOU et. al, 2015, p. 41).





A Lei 75-17 (Lei Veil) foi promulgada em janeiro de 1975 e teria vigência temporária de apenas 5 anos, porém se tornou definitiva em 1979. A lei autorizava a realização do aborto, desde que fosse houvesse requisição da mulher, durante as dez primeiras semanas de gestação, caso essa lhe causasse angústia, ou, a qualquer tempo, se houvesse risco à sua saúde ou à sua vida, após consulta e aconselhamento de um profissional ou se houvesse forte probabilidade do feto, depois do nascimento, sofrer de doença reconhecida como grave e incurável no momento do diagnóstico. A interrupção deveria ser realizada por um médico e em um estabelecimento autorizado (CASSOU et. al, 2015, p. 42).

A ministra francesa tornou-se um ícone do feminismo francês na época, porém foi alvo de ofensas e sofreu hostilização de diversos setores da sociedade, sendo até mesmo comparada aos nazistas, apesar de ser judia e sobrevivente do campo de concentração Auschwitz (CASSOU et. al, 2015, p. 41).

Atualmente, a interrupção voluntária da gravidez está prevista no art. L.2211-1 e seguintes do Código de Saúde Pública e a sua realização pode ser feita até a 12ª semana de gravidez de maneira cirúrgica ou medicamentosa (CASSOU et. al, 2015, p. 45).

Outro país europeu que também optou pela descriminalização do aborto foi Portugal, através de um referendo popular em 2007. As normas portuguesas garantem a qualquer mulher que esteja em território português, seja turista ou imigrante em situação irregular, a possibilidade de interromper voluntariamente a gravidez até a 10ª semana de gestação (MIRANDA, 2020).

### **3.3 Histórico do aborto em Portugal**

O Tribunal Constitucional de Portugal proferiu cinco decisões acerca do direito ao aborto desde a década de 1980, validando, em todos os casos, reformas cada vez mais progressistas, mostrando assim uma rica história no campo do constitucionalismo sobre esse assunto (RUBIO-MARIN, 2017).



Nas primeiras decisões, de 1984 e 1985, o Tribunal Constitucional aprovou reformas baseadas no modelo de indicações em oposição à proibição criminal completa. No segundo conjunto de decisões, de 1998 e 2006, o Tribunal reiterou a constitucionalidade da reforma progressista por meio de referendos nacionais sobre a introdução legislativa de um modelo de prazos, onde as mulheres podem decidir livremente se levam a gestação a termo até um limite determinado de semanas (RUBIO-MARIN, 2017).

A decisão mais recente do Tribunal, em 2007, desenvolveu a lei europeia sobre aborto constitucional, validando um modelo de prazos com aconselhamento não dissuasivo, isto é, sem a intenção de fazer com que a mulher desista de fazer o aborto, mas sim para assegurar uma decisão informada das mulheres, baseando-se na Constituição Portuguesa que exige a proteção estatal da vida intrauterina e da autonomia reprodutiva das mulheres (RUBIO-MARIN, 2017).

A prática de aborto, em qualquer circunstância, era proibida em Portugal até 1984, ano em que surgiu a lei n.º 6/84 que permitia a interrupção voluntária da gravidez em casos de perigo de vida da mulher, perigo de lesão grave e duradoura para a saúde física e psíquica da mulher, em caso de malformação do feto, ou quando a gravidez resultasse de uma violação sexual (MONTEIRO, 2012; DIAS, 2017; Lei n.º 90/1997 de Portugal; Lei n.º 6/1984 de Portugal).

Em 1997, o Parlamento português aprovou a Lei n.º 90/97 que alargou os prazos para que a mulher pudesse realizar o aborto em caso de malformação fetal e estupro, tendo em vista que na Lei n.º 6/84 a grávida tinha que interromper a sua gravidez nas primeiras 16 semanas em caso de malformação fetal e nas primeiras 12 semanas em caso de estupro, já com a nova lei o prazo para situação de malformação fetal passou a ser de 24 semanas e no caso de violência sexual contra mulher passou a ser de 16 semanas (MONTEIRO, 2012; DIAS, 2017; Lei n.º 90/1997 de Portugal; Lei n.º 6/1984 de Portugal).



Em 1998, a luta pela autonomia plena do corpo da mulher deu origem ao primeiro referendo realizado em Portugal, onde se tinha o seguinte questionamento “concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas 10 primeiras semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?” (ALVES, p. 5, 2009; BOUERI, 2018).

A votação contou com 68% de abstenção e os 50% dos votantes responderam não à pergunta. Após alguns anos, ocorreu um segundo referendo com a mesma pergunta do primeiro, onde ganhou o sim por quase 60% dos eleitores. Então, em 2007, a Lei n.º 16 foi publicada e o aborto passou a ser legal em Portugal, mas dentro das 10 primeiras de gestação, calculadas a partir da última menstruação, por opção da mulher, podendo o procedimento ser feito em rede pública, e foram mantidos os prazos vigentes para os casos já previstos pela lei anterior. Além disso, a mulher precisa passar por um período de reflexão de, no mínimo, três dias a partir da primeira consulta, durante os quais pode acudir a atenção psicológica ou assistência social (BOUERI, 2018; MONTEIRO, 2012).

### **3.4 Referendo à despenalização do aborto em Portugal**

Segundo Rabelo (2015), referendo é um mecanismo de participação popular de maneira direta, típico de países democráticos, o qual foi utilizado pela primeira vez em Portugal no ano de 1998 para que os portugueses pudessem decidir acerca da despenalização da interrupção voluntária da gravidez (ALVES, 2009).

Nesse período, Portugal dividiu-se em 2 movimentos: os que eram a favor da penalização do aborto e os que eram contra. Aqueles que lutavam pela despenalização do aborto tinham como argumento a tolerância e a compreensão para com relação as mulheres que tinham que buscar pela interrupção voluntária da gravidez. Já os que eram contra a legalização do aborto tinham como enfoque a proteção da vida, deixando de lado a liberdade e autonomia individual da mulher (ALVES, 2009).



A “capacidade financeira, de organização e mobilização” (ALVES, p. 6, 2009) do movimento contra o aborto, o qual contou com grande apoio da Igreja Católica pode ter sido o grande diferencial para que a interrupção voluntária da gravidez continuasse sendo considerada crime no país (ALVES, p. 6, 2009).

Alguns anos depois, em 2004, surge a campanha Fazer Ondas que era defensora e protetora dos direitos das mulheres e a qual relançou a necessidade da legalização do aborto na opinião pública, chamando atenção da população para importância da mudança da lei. Então, em 2007, houve um novo referendo acerca da legalização da interrupção voluntária da gravidez, tendo com o resultado a sua despenalização (ALVES, 2009).

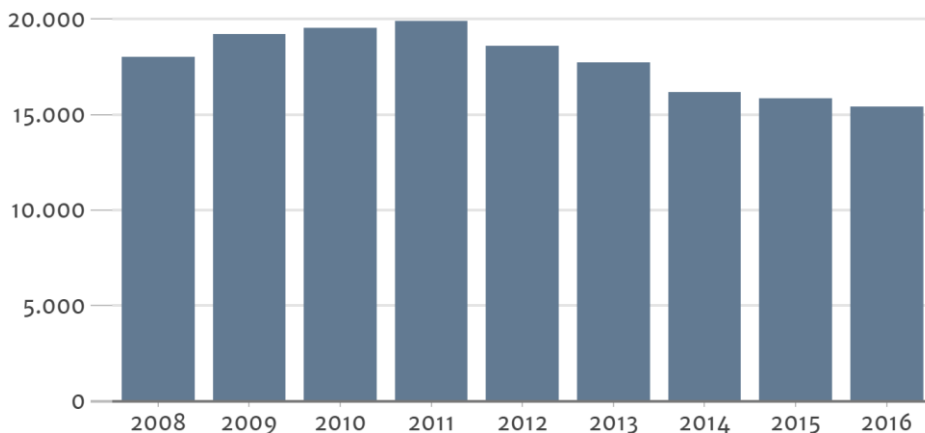
Segundo Alves (2009), o efeito de visibilidade, legitimidade e retórica foram três fatores essenciais para a modificação da lei do aborto. Com relação ao efeito de visibilidade, a realização de vários julgamentos de mulheres acusadas do crime de aborto, as manifestações em frente aos tribunais por parte dos movimentos que apoiavam a legalização do aborto e a campanha Fazer Ondas de 2004 aumentaram significativamente a visibilidade do aborto.

Além disso, o efeito de legitimidade quer dizer que o envolvimento de pessoas com autoridade, de maneira pública, com as iniciativas a favor da legalização do aborto fez com que houvesse a obtenção de ganhos de legitimidade perante a população. E a mudança de discurso (fator retórica) teve uma importante contribuição para que a sociedade optasse pela despenalização do aborto devido ao enfoque dado as diversas complicações de saúde que a mulher pode se submeter ao optar pelo aborto clandestino (ALVES, 2009).

Partindo desse exposto, torna-se importante comparar o número de abortos em Portugal de 2008 a 2016 (gráfico 1):



**Gráfico 1:** Comparativo do aborto em Portugal



Fonte: Boueri (2018)

Conforme evidenciado no Gráfico 1, fica evidente que após a regularização do aborto em Portugal dentro das primeiras 10 (dez) semanas de gestação, levando em consideração a opção individual da gestante, ocorreu um aumento significativo. Fica em evidência o ano de 2011 que foi o ano que ocorreu uma quantidade excessiva do aborto após a regularização (BOUERI, 2018).

Em Portugal os indivíduos (homens e mulheres) possuem acesso gratuito à contraceptivos na rede pública de saúde do país, no entanto, no ano de 2011 o país adotou medidas de austeridade, e, por conseguinte não houve a distribuição para a sociedade desses contraceptivos (BOUERI, 2018).

### **3.5 Comparativo do texto legal português com a legislação brasileira**

Conforme evidenciado anteriormente, Portugal assim como Espanha e Uruguai regularizaram a interrupção da gravidez de forma voluntária, em outras palavras: o aborto foi regularizado após negociações, debates e em concordância com o legislativo de cada país.



Relatando sobre Portugal, destaca-se que essa iniciativa da legalização ocorreu em 1998 quando o Parlamento Português aprovou e colocou em pleno funcionamento a lei de interrupção voluntária da gravidez, essa lei em vigor veio para substituir a última lei de 1984 onde despenalizava a interrupção em casos de risco a morte da gestante, casos de estupro e anomalia fetal.

Partindo desse exposto, torna-se importante comparar a legislação do aborto no Brasil, em 1942 o Brasil passou por um período de modificação que foi o “Estado Novo” onde o regime ditatorial foi colocado em vigor e com isso ocorreu o atual código penal brasileiro através do Decreto-lei nº 2.848 de 1940 (BRASIL, 1940).

De acordo com o Decreto-lei nº 2.848 de 1940, define-se o crime de aborto do art. 124 ao art. 128, sendo:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos. Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:  
Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:  
Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário

- se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro



- se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (BRASIL, 1940).

Em face ao exposto, fica evidente que a problemática que envolve o aborto no Brasil suscitam reflexões em torno de vários aspectos que envolve a sociedade como um todo, conforme destaca Santos et al., (2013, p. 494) “[...] reflexões relacionadas a aspectos sociais, culturais, morais, legais, econômicos, bioéticos, religiosos e ideológicos. O aborto emergiu como questão de saúde pública, em razão do elevado índice de morbimortalidade materna”.

Comparando a legislação brasileira com a legislação de Portugal, tem-se diferenças no constitucionalismo europeu. Decorrente de diversos debates a União Europeia demonstra liberação em alguns países em relação ao aborto, um deles é Portugal que é o foco principal desse estudo.

Portugal por sua vez apresenta uma importante e rica história em torno dessa problemática: o aborto; Tem-se no país 5 (cinco) decisões em torno do assunto e em todos as decisões evidenciam indicações em oposição à proibição criminal em face a autonomia reprodutiva da mulher.

Em relação a evolução da jurisprudência Constitucional de Portugal, destaca-se que o aborto no país era inteiramente proibido tomando como base o Código Penal do país até o ano de 1984, até o momento em que ocorreu a introdução das indicações que declarava o aborto plausível e possível, tendo como base a proteção da vida e saúde da gestante, e, em casos de anormalidade ou estupro (PORTUGAL, 2011).

Diferente do Brasil, em 2007 Portugal alterou o Código Penal e nele evidenciou que “As mulheres poderiam agora ter acesso ao aborto, se assim o desejassem, durante as primeiras dez semanas de gravidez após aconselhamento obrigatório e um período de reflexão” (PORTUGAL, 2007 apud 2017, p. 369).

Conforme evidencia na Lei nº 16 de 2007 de Portugal, em relação a Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez, tem-se:



1 — Não é punível a interrupção da gravidez efetuada por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando: c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo; e) **For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez** (grifo nosso) (PORTUGAL, 2007).

Conforme evidenciado, o posicionamento do Brasil em relação ao aborto, levando em consideração os tratados internacionais o Brasil se mostra em desacordo, uma vez que o país brasileiro não é a favor da legalização do aborto por vontade (TORRES, 2011).

Em relação a descriminalização do aborto no Brasil destaca-se que a influência portuguesa foi de forma positiva, uma vez que no Brasil a descriminalização do aborto pode ocorrer em duas vertentes, levando em consideração ao Código Penal brasileiro Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro De 1940, mais precisamente no art. 128:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54) Aborto necessário

- se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

- se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (BRASIL, 1940).

Em face ao exposto, a descriminalização do aborto no Brasil está em consonância com a legislação vigente em Portugal. Em Portugal assim como no Brasil o aborto é permitido em razão ao risco eminente de vida da gestante, além disso, tem-se a gravidez decorrente de um estupro o aborto fica permitido (TORRES, 2011)

Em relação a interrupção da gestação em casos de fetos portadores de malformações incompatíveis com a vida extrauterina o Brasil se posiciona diferente





de Portugal. No Brasil, esses casos são tratados levando em consideração a decisão do poder judiciário em face à solicitação do abortamento (TORRES, 2011).

De acordo com a revisão da literatura e visão crítica em torno dos assuntos abordados nesse capítulo, é possível afirmar que o discurso feminista se envolve no direito penal, uma vez que a violência vivenciada pelas mulheres no decorrer da história é injustificável. Sendo necessário o envolvimento das mulheres (vítimas ou condenadas) na construção de um direito penal.

Chega-se a uma consideração em torno dos abortos, entende-se que não é admissível no âmbito jurídico que o poder do Estado seja parcial as questões religiosas. Entende-se que esse poder do Estado seja inteiramente imparcial em face as questões religiosas, onde não apoia e não se opõe a nenhuma religião, diante disto, nenhuma lei imposta deve-se partir das questões religiosas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto nos capítulos e de acordo com a análise e interpretação dos estudos selecionados, em Portugal a legalização do aborto trouxe consigo uma redução no número de mortes de mulheres que porventura utilizaram o aborto clandestino. Após o movimento feminista ocorreu no país a modificação da legislação do país onde ficou evidente a regularização do aborto.

Retomando a problemática desse estudo e partindo da permissa em torno da criminalização do aborto no Brasil, ficou evidente nesse estudo que essa criminalização pode ser ilegítima, uma vez que é inadequada em relação à proteção da vida do feto, além disso tem outros bens jurídicos no direito penal que são afetados por essa criminalização inadequada como o direito da mulher, bem como da dignidade, direito à saúde, à vida, dentre outros.

Para Santos (2017, p. 50) “No Brasil e nos países em que o aborto não é legalizado são frequentes atos discriminatórios, reproduzindo e reforçando as



desigualdades sociais existentes, mormente com base no gênero, na raça ou na classe social”.

Diante do exposto, entende-se que a norma penal do Brasil incriminatória em relação a prática do aborto, revela-se ilegítima, conforme explanado anteriormente, uma vez que pode possuir efeitos perversos em relação a outros bens jurídicos, como os direitos da mulher, à autodeterminação reprodutiva, dentre outros (SANTOS, 2017).

Ademais, partindo para outro ponto que permeia a problemática do aborto e o âmbito jurídico, foi possível compreender que é importante levar em consideração a criminologia feminista, uma vez que esta tem em evidência as experiências históricas tomando como principal base o contexto socioeconômico, raça, realidade vivida, etnia das mulheres no Brasil.

Em relação aos objetivos propostos, acredita-se que esta pesquisa pode propiciar reflexão acerca da criminalização do aborto no Brasil em comparação com a criminologia feminista. Complementa-se, que o presente estudo possa servir de inspiração para estudos mais avançados sobre o tema.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Magda et al. **A despenalização do aborto em Portugal—discursos, dinâmicas e ação colectiva**: Os referendos de 1998 e 2007. Ed. Centro de Estudos Sociais, 2009.

ANJOS, Karla Feraz dos, et al. **Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos**. Saúde em Debate. Rio de Janeiro, v. 37, n. 98, p. 504-515, jul/set 2013.

BARBOSA, Regina Maria; ARILHA, Margareth. A experiência brasileira com o Cytotec. **Revista Estudos Feministas**, v. 1, n. 2, p. 408, 1993.

BARROSO, Roberto. **Opinião Luís Roberto Barroso fala sobre aborto**. 2016 (1m52s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9SOoQYgpKxs>>. Acesso em 08 set. 2019.



BEAUVOIR, S. **O segundo sexo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2 v. 1980

BOUERI, Aline Gatto. **Portugal, Espanha e Uruguai: o que aconteceu após a legalização do aborto?** Set. 2011. Disponível em :<  
<http://www.generonumero.media/portugal-espanha-e-uruguai-o-que-aconteceu-apos-legalizacao-do-aborto/>> Acesso em 17 març. 2020.

BRASIL. Código penal e Constituição Federal (1988). 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 638 p.

BRASIL. **lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm)>. Acesso em 24 de abril de 2020.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMPOS, Carmen Hein. Violência e Poder. **O corpo como locus de poder: articulações sobre gênero e obesidade na contemporaneidade**. Florianópolis: UFSC, 2008.

CANAL GNT. **Legalização do aborto | Quebrando o Tabu**. 2018 (4m45s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ueXquU6V9RE>>. Acesso em 31 agos. 2019

CAPRONI, Paulo; MATHIAS, Francielle. **Anencefalia: o que é, causas, diagnóstico e fatores de risco**. 2017. Disponível em:<<https://minutosaudavel.com.br/anencefalia/>>. Acesso em 31 ago. 2019.

CARLOTO, Cássia Maria; DAMIÃO, Nayara André. Direitos reprodutivos, aborto e Serviço Social. **Serviço Social & Sociedade**, n. 132, p. 306-325, 2018.

COELHO, Renata. **A evolução jurídica da cidadania da mulher brasileira: breves notas para marcar o dia 24 de fevereiro, quando publicado o código eleitoral de 1932 e os 90 anos do voto precursor de Celina Viana**. v. 15, 2017.

CORRÊA, Sonia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 6, p. 147-177, 1996.

DIAS, Tatiana. **O que aconteceu após 10 anos de aborto legalizado em Portugal**. 2017. Disponível em:< <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/02/13/O-que-aconteceu-ap%C3%B3s-10-anos-de-aborto-legalizado-em-Portugal>>. Acesso em 09 set. 2019



DINIZ, Debora et al. A verdade do estupro nos serviços de aborto legal no Brasil. **Revista Bioética**, v. 22, n. 2, p. 291-298, 2014.

DINIZ, Debora; MADEIRO, Alberto. Cytotec e aborto: a polícia, os vendedores e as mulheres. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 17, p. 1795-1804, 2012.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Itinerários e métodos do aborto ilegal em cinco capitais brasileiras. **Ciência & saúde coletiva**, v. 17, n. 7, p. 1671-1681, 2012.

DUARTE, Nanda Isele Gallas; MORAES, Lorena Lima de; ANDRADE, Cristiane Batista. A experiência do aborto na rede: análise de itinerários abortivos compartilhados em uma comunidade online. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 23, p. 3337-3346, 2018.

FERNANDES, Marcela. **Aborto no STF: o caminho do STF para autorizar aborto em caso de anencefalia**. 2018. Disponível em: <[https://www.huffpostbrasil.com/2018/07/11/aborto-no-stf-como-a-suprema-corte-brasileira-autorizou-interruptao-da-gravidez-de-anencefalos\\_a\\_23471376/](https://www.huffpostbrasil.com/2018/07/11/aborto-no-stf-como-a-suprema-corte-brasileira-autorizou-interruptao-da-gravidez-de-anencefalos_a_23471376/)>. Acesso em 08 set. 2019.

FREITAS, Lúcia Gonçalves de. A decisão do STF sobre aborto de fetos anencéfalos: uma análise feminista de discurso. **Alfa: Revista de Linguística (São José do Rio Preto)**, v. 62, n. 1, p. 11-34, 2018.

LEMONS, Cleide de Oliveira. **Constituição, mulher e cidadania**. 2008. p. 1-32. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-constituicao-mulher-e-cidadania/view>>. Acesso em 11 out. 2019

LINHARES, Leila. Movimento feminista e a descriminalização do aborto. **Revista Estudos Feministas**, v. 5, n. 2, p. 397, 1997.

MALCHER, B. M. G. Criminologia feminista e estado penal: entre o empoderamento e os desejos punitivos. **Revista Transgressões**, v. 4, n. 2, p. 90-116, 2016.

MARTINS, Ignez Ramos et al. Aborto induzido em mulheres de baixa renda: dimensão de um problema. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 7, n. 2, p. 251-266, 1991.

MENDES, S. R. **Criminologia Feminista: novos paradigmas**. 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2017.



MENDES, Soraia da Rosa. Os direitos fundamentais das mulheres à autodeterminação e à proteção como limites ao poder punitivo: reflexões sobre a criminalização do aborto no Projeto de Novo Código Penal e sobre a proibição de proteção deficiente no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais [recurso eletrônico]**, 2013.

MONTEIRO, Rosa. A descriminalização do aborto em Portugal: Estado, movimentos de mulheres e partidos políticos. **Análise Social**, n. 204, p. 586-605, 2012.

OMS, Carolina. Votação no STF descriminaliza prática do aborto. **Valor econômico**, v. 17, n. 4142, 30/11/2016. Brasil, p. A4.

PACIULLO, M. P. A. **Saiba em quais circunstâncias o aborto é legal**. 2011. Disponível em: <<https://www.saudeesustentabilidade.org.br/coluna/saiba-em-quais-circunstancias-o-aborto-e-legal/>>. Acesso em 31 agos. 2019.

PASSARINHO, Nathalia. Os contraceptivos que você tem direito de exigir pelo SUS – e o que fazer se não conseguir. Junho, 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/bbc/2018/06/29/os-contraceptivos-que-voce-tem-direito-de-exigir-pelo-sus---e-o-que-fazer-se-nao-conseguir.htm>>. Acesso em 24 de abril de 2020

RABELO, Raquel Santana. Referendo: Análise Comparativa Portugal e Brasil e Legitimidade da Atuação Prévia do Tribunal Constitucionalreferendo: Análise Comparativa Portugal e Brasil e Legitimidade da Atuação Prévia do Tribunal Constitucional. **Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos**, v. 1, n. 1, p. 282-309, 2015.

RODRIGUES, Léo. **Barroso diz que debate sobre aborto deve ser feito no Supremo**. 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-11/barroso-diz-que-debate-sobre-aborto-deve-ser-feito-no-supremo>>. Acesso em 08 set. 2019

RUBIO-MARÍN, Ruth. Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu. **Revista Direito GV**, v. 13, n. 1, p. 356-379, 2017.

SANTOS, J. A. **De crime á direito humano: uma crítica à criminalização do aborto**. Monografia (Graduação), Universidade Federal da Paraíba. Departamento de ciências Jurídicas, Santa Rita, 2017.

SCAVONE, Lucila. Políticas feministas do aborto. **Revista Estudos Feministas**, v. 16, n. 2, p. 675-680, 2008.



SGANZERLA, Rogerio Barros. Aborto e Congresso Nacional: uma análise crítica do cenário legislativo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 17, n. 67, p. 291-319, 2017.

SOUZA, Veronica Alves Nunes Galdino de. **Aborto**: direito de escolha da mulher. 2017.

TEMPORÃO, José Gomes. Direitos sexuais e reprodutivos das mulheres no Brasil: conquistas recentes e desafios prementes. **Ciência e Cultura**, v. 64, n. 2, p. 21-23, 2012.

VALONGUEIRO, Sandra. **Mortalidade (Materna) por Aborto: fontes, métodos e instrumentos de estimação**. Anais do XII encontro nacional de estudos populacionais, p. 1-25, 2016.

VARELLA, Mariana. **Aborto: um problema de saúde pública**. 2019. Disponível em: <<https://drauzio.varella.uol.com.br/mulher-2/para-as-mulheres/aborto-um-problema-de-saude-publica/>>. Acesso em 31 agos. 2019

WIESE, Iria Raquel Borges; SALDANHA, Ana Alayde Werba. Aborto induzido na interface da saúde e do direito. **Saúde e Sociedade**, v. 23, p. 536-547, 2014.



# AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO DAS OCORRÊNCIAS DE FEMINICÍDIO NO DISTRITO FEDERAL

Tayná Silva Lima

## RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar as medidas protetivas de urgência como um instrumento de contenção dos crimes de feminicídio no Distrito Federal. Metodologicamente, utilizou-se revisão doutrinária e análise qualitativa e quantitativa de documentos institucionais criados pelo poder judiciário e Secretaria de Estado e Segurança Pública como forma de evidenciar a gravidade dos crimes de feminicídio, trazendo dados referentes ao crime de feminicídio ocorridos durante os anos de 2018 e 2019, abordando informações como, idade das vítimas, local do crime e arma utilizada. Inicialmente abordou-se a tipificação do crime de feminicídio, a utilização da tese de legítima defesa de honra como tese absolutória utilizada antigamente quando não se havia o crime de feminicídio, a definição de gênero e aplicabilidade da qualificadora do feminicídio ao transexual, bem como a teoria da dominação masculina de Pierre Bourdieu, e as diretrizes para identificar razões de gênero nas mortes de mulheres e dados referentes ao aumento dos crimes de feminicídio. Além disso, foram analisadas as medidas protetivas de urgência, trazendo seu procedimento e natureza jurídica quando relacionado a violência doméstica e familiar e o número de medidas protetivas solicitadas pelas vítimas entre os anos 2018 e 2019, bem como o número daquelas que eventualmente foram deferidas ou indeferidas. Ao final, chegou-se à conclusão que as medidas protetivas de urgência apesar de necessárias não impossibilitam efetivamente a ocorrência do crime de feminicídio.

**Palavras-chave:** Feminicídio. Medidas Protetivas de Urgência. Qualificadora. Violência. Crimes.



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui por objetivo abordar as medidas protetivas de urgência, como um instrumento de contenção dos crimes de feminicídio no Distrito Federal. Inicialmente abordou-se a tipificação do crime de feminicídio instituído no ordenamento jurídico através da Lei n. 13.104 de 9 de março de 2015, prevendo como crime a conduta de matar a mulher em razão da condição do sexo feminino, o referido capítulo aborda ainda a legítima defesa de honra, tese absolutória comumente utilizada antigamente quando não se havia previsão legal para o crime de feminicídio, a definição de gênero e aplicabilidade da qualificadora do feminicídio ao transexual, a teoria da dominação masculina de Pierre Bourdieu, bem como e as diretrizes para identificar razões de gênero nas mortes de mulheres e dados referentes ao aumento dos crimes de feminicídio .

Posteriormente, o segundo capítulo tipifica as medidas protetivas de urgência, trazendo seu procedimento e natureza jurídica quando relacionado a violência doméstica e familiar. Ao final, busca-se analisar as medidas protetivas de urgência como instrumento de contenção dos crimes de feminicídio, analisando dados referentes a incidência dos crimes de feminicídio no Distrito Federal nos anos de 2018 e 2019, analisando dados referentes ao crime de feminicídio do Distrito Federal, como idade da vítima, idade do agressor, arma do crime, local do crime, e ainda o número de medidas protetivas solicitadas pelas vítimas, bem como as medidas que eventualmente foram deferidas ou indeferidas.

### 1 TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE FEMINICÍDIO

O presente capítulo possui por intuito abordar a definição do crime de feminicídio, bem como sua disposição legal. O crime de feminicídio foi incluído no ordenamento jurídico brasileiro a partir do advento da Lei n. 13.104, de 09 de março de 2015, inserindo assim, uma nova qualificadora no código penal, voltada especificamente à erradicação da violência contra a mulher. O feminicídio é





caracterizado quando o crime envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher. De acordo com os ensinamentos de Rogério Sanches, que assim o define como:

[...] A morte de mulher em razão da condição do sexo feminino (leia-se, violência de gênero quanto ao sexo). A incidência da qualificadora reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade.<sup>1</sup>

Segundo Nucci, constitucionalmente todos são iguais perante a lei, tendo em vista o artigo 5º da Constituição Federal. Todavia, essa afirmação normativa somente não bastava, considerando que as mulheres continuavam a sofrer dentro de seus lares (principalmente) inúmeras formas de violência física e psicológica. Com o advento da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) contendo normas explicativas, programáticas e determinadas, com o intuito de tutelar, de maneira mais eficiente, a condição do sexo feminino, em particular nos relacionamentos domésticos e familiares. O feminicídio seria uma continuidade dessa tutela especial, considerando homicídio qualificado e hediondo a conduta de matar a mulher, valendo-se de sua condição de sexo feminino.<sup>2</sup>

É importante ressaltar que o feminicídio figura como uma das diversas formas de violência a mulher, especialmente em sociedades patriarcais marcadas pela desigualdade social entre os gêneros masculino e feminino, como é o caso do Brasil.

Essas desigualdades podem se manifestar de diferentes formas, como a desigualdade de oportunidades, desigualdade de direitos e principalmente a violência, esses fatores acabam por perpetuar os assassinatos de mulheres por seus parceiros ou ex-parceiros que, motivados por um sentimento de posse, muitas vezes não aceitam o término do relacionamento; ou aqueles associados a crimes sexuais em que a mulher é tratada como objeto; crimes que muitas vezes acabam por

---

<sup>1</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal:** parte especial (arts. 121 ao 361). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016

<sup>2</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal:** parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019



evidenciar o menosprezo a mulher. Eleonora Menicucci, ministra da Secretaria de Políticas para as Mulheres entre os anos de 2012 e 2015, afirma que:

Trata-se de um crime de ódio. O conceito surgiu na década de 1970 com o fim de reconhecer e dar visibilidade à discriminação, opressão, desigualdade e violência sistemática contra as mulheres, que, em sua forma mais aguda, culmina na morte. Essa forma de assassinato não constitui um evento isolado e nem repentino ou inesperado; ao contrário, faz parte de um processo contínuo de violências, cujas raízes misóginas caracterizam o uso de violência extrema. Inclui uma vasta gama de abusos, desde verbais, físicos e sexuais, como o estupro, e diversas formas de mutilação e de barbárie<sup>3</sup>

Ademais, de acordo com Copello, a categoria do feminicídio permite tornar evidente que muitos casos de mortes não naturais em que as vítimas são mulheres não são fatos neutros e isolados nos quais o sexo do sujeito passivo do crime é indiferente ou não importa, mas ocorre necessariamente com mulheres, pelo simples fato de ser mulheres, como consequência da posição de discriminação estrutural que a sociedade patriarcal atribui aos papéis femininos.<sup>4</sup>

Visto isso, cabe elencar os parâmetros que definem a violência doméstica contra a mulher, dispostos na Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), o qual afirma que qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, independentemente de orientação sexual é caracterizado como violência doméstica.

A Lei de Feminicídio foi criada a partir de uma recomendação da CPMI (Comissão Parlamentar Mista de Inquérito) que investigou a violência contra as

---

<sup>3</sup> MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Íntegra do discurso da ministra Eleonora Menicuccina cerimônia de sanção da lei do feminicídio.** Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/noticias-spm/noticias/integra-do-discurso-da-ministra-eleonora-menicuccina-cerimonia-de-sancao-da-lei-do-femicidio>. Acesso em: 12 jan. 2020

<sup>4</sup> COPELLO, P. L. Apuntes sobre el feminicídio. **Revista de Derecho Penal y Criminología** 3. Época, n. 8 (julio de 2012), p. 119-143. Disponível em: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2012-8-5030&dsID=Documento.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020



mulheres nos Estados brasileiros, no período de março de 2012 a julho de 2013. Cumpre ressaltar que ao incluir no Código Penal como circunstância qualificadora do crime de homicídio, o feminicídio foi adicionado ao rol dos crimes hediondos (Lei n. 8.072/1990), a título de exemplo, entre os crimes hediondos inclui-se o crime de estupro, genocídio, latrocínio, entre outros. A pena prevista para o homicídio qualificado é de reclusão de 12 a 30 anos.

Com o advento da Lei de Feminicídio (Lei n. 13.104/2015), é possível observar que uma das principais causas da instituição da referida lei seria suprimir a invisibilidade que esses crimes possuíam, até a criação da referida lei, permitindo ainda uma punição mais severa para aqueles que cometerem tal crime. Insta ressaltar que em novembro de 2018, o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou o aumento, de 1/3 à metade, da pena do feminicídio<sup>5</sup> se o crime for praticado em descumprimento de medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06). Os deputados rejeitaram emenda do Senado que pretendia excluir do texto especificamente esse novo agravante de descumprimento de medidas protetivas, como suspensão da posse ou restrição do porte de armas; afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; e condutas proibidas, como aproximação da vítima e contato com ela ou familiares por qualquer meio de comunicação.

Além dessa nova agravante relacionada ao descumprimento de medidas protetivas, o texto inclui como causa de aumento, por exemplo, o crime praticado contra pessoa portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental; e se o crime for cometido na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima. O Código Penal estipula<sup>6</sup> a pena de reclusão de 12 a 30 anos para o homicídio contra a mulher por razões da

---

<sup>5</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Pena maior para crime de feminicídio foi aprovada em 2018 pela Câmara**. Brasília, jan. 2019 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/550226-pena-maior-para-crime-de-femicidio-foi-aprovada-em-2018-pela-camara/>. Acesso em: 31 ago. 2019

<sup>6</sup> BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Brasília, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm/) Acesso em: 31 ago. 2019



condição de sexo feminino. Atualmente, existe agravante no caso de crime cometido contra vítima menor de 14 anos, maior de 60 anos ou com deficiência; durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto; e na presença de descendente ou de ascendente da vítima, sem especificar que essa presença pode ser virtual ou física.

## 1.1 Da Legítima Defesa da Honra ao Femicídio

O referido capítulo abordará a tese da legítima defesa da honra, seus desdobramentos, até chegar em seu desuso e evoluir de uma tese absolutória para o crime de feminicídio. A legítima defesa da honra era uma tese absolutória comumente utilizada em casos de crimes passionais, homicídios cometidos por cônjuges pautada na defesa da honra conjugal, ou seja, a morte de uma mulher, quando cometida por seu marido em virtude da legítima defesa da honra que seria um tipo de legítima defesa, poderia absolver o acusado do crime de homicídio.

Por mais cruel que fosse, era muito comum para a sociedade que se um homem tivesse a sua honra “manchada”, poderia lavá-la com sangue da vítima. Evandro Lins e Silva ensina que:

Nos casos passionais, a legítima defesa da honra foi uma criação dos próprios advogados para chegar a um resultado favorável que fosse além do privilégio. Com isso, tornou-se muito frequente, aconteceu em inúmeros casos — eu próprio defendi diversos — o júri aplicar uma pena que equivalia à pena do homicídio culposo. Isso era possível porque, no exercício da legítima defesa, a própria lei prevê um excesso culposo. [...] o juiz normalmente aplicava uma pena de dois anos, que permitia a concessão da sursis.<sup>7</sup>

Com essa medida, o acusado não iria preso e, em dois anos, estava livre de qualquer pendência com a Justiça. Todavia, a legítima defesa da honra era apenas um artifício muito utilizado pelos advogados na época, que possuíam pleno

---

<sup>7</sup> SILVA, Evandro Lins e *apud* ELUF, Luiza Nagib **A paixão no banco dos réus** : casos passionais célebres: de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Disponível em: [https://books.google.com.br/books/about/A\\_paix%C3%A3o\\_no\\_banco\\_dos\\_r%C3%A9us.html?id=hD9nDwA-AQBAJ&printsec=frontcover&source=kp\\_read\\_button&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books/about/A_paix%C3%A3o_no_banco_dos_r%C3%A9us.html?id=hD9nDwA-AQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false). Acesso em 31 ago. 2019



conhecimento que não havia lei no Brasil que abordava essa modalidade de legítima defesa da honra, porém os jurados, eram leigos e não possuíam conhecimento jurídico, portanto, não decidiriam o mérito com base na lei, mas sim de acordo com seus valores éticos, morais e culturais. Evidentemente, fruto de uma sociedade patriarcal, o machismo era o grande aliado dos homicidas passionais. Na época, o Conselho de Sentença era composto exclusivamente ou majoritariamente por homens. A própria lei penal, isentava a mulher dona-de-casa de servir de jurada, obedecendo ao critério, atualmente revogado pela Constituição de 1988, de que a população feminina merecia tratamento diferenciado. Portanto, a legítima defesa da honra não existe na lei, muito menos poderia ser aceita como tese absolutória.<sup>8</sup>

Em 1890, o Código Penal previa que a confusão dos sentidos do indivíduo, afastaria a imputabilidade penal, como é o caso da legítima defesa da honra, intimamente ligada aos crimes passionais. De acordo com Cleber Masson, baseando-se nesse dispositivo legal criminosos passionais, ou seja, aqueles que agem de forma impulsiva, carentes de racionalidade, descontrolados e sem medo de consequências, eram absolvidos de seus crimes sob o pretexto, de que, ao encontrarem o cônjuge em flagrante adultério, ou movidos por elevado ciúme, restavam privados da inteligência e dos sentidos, atribuindo o fator motivador do delito ao comportamento da vítima. Masson.<sup>9</sup>

Assim define a autora Luiza Nagib Eluf, acerca dos crimes passionais:

Certos homicídios são chamados de “passionais”. O termo deriva de “paixão”; portanto, crime cometido por paixão. Todo crime é, de certa forma, passionais, por resultar de uma paixão no sentido amplo do termo. Em linguagem jurídica, porém,

---

<sup>8</sup> ELUF, Luiza Nagib **A paixão no banco dos réus** : casos passionais célebres: de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Disponível em: [https://books.google.com.br/books/about/A\\_paix%C3%A3o\\_no\\_banco\\_dos\\_r%C3%A9us.html?id=hD9nDwA\\_AQBAJ&printsec=frontcover&source=kp\\_read\\_button&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books/about/A_paix%C3%A3o_no_banco_dos_r%C3%A9us.html?id=hD9nDwA_AQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false). Acesso em 31 ago. 2019, p. 222

<sup>9</sup> SILVA, Paulo. **Teoria do crime - diferença entre emoção e paixão**. Disponível em: <https://phwos.jusbrasil.com.br/artigos/568689366/teoria-do-crime-diferenca-entre-emocao-e-paixao>. Acesso em: 31 ago. 2019



convencionou-se chamar de “passional” apenas os crimes cometidos em razão de relacionamento sexual ou amoroso.<sup>10</sup>

Para Eluf, inicialmente de forma equivocada e superficial, o crime passional, poderia ser considerada que a motivação, a paixão, proveniente do amor, tornaria nobre a conduta do homicida, que teria matado somente pelo fato de não conseguir aguentar a perda de seu objeto de desejo ou, como era mais comum, para lavar sua honra insultada. Todavia, essa paixão que move essa conduta criminosa, não provém do amor, mas sim da possessividade e principalmente do ódio, do ciúme, da busca pela vingança, da frustração, aliados ao sentimento de rancor. A Paixão não é sinônimo de amor, ela pode até decorrer do amor então, será doce e terna, apesar de intensa e perturbadora; mas a paixão também é o resultado de dor, de uma grande mágoa. Por essa razão, o prolongado martírio de Cristo ou dos santos torturados é chamado de “paixão”.<sup>11</sup>

Totalmente contrário a tese, de legítima defesa da honra o Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Roberto Lyra, conhecido como “Príncipe do Ministério Público Brasileiro, afirmava:

O verdadeiro amor não leva a morte. O amor, o amor mesmo, jamais desceu ao banco dos réus. Para os fins da responsabilidade, a lei considera apenas o momento do crime. E nele o que atua é o ódio. O amor não figura nas cifras da mortalidade e sim nas da natalidade; não tira, põe gente no mundo. Está nos berços e não nos túmulos.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> ELUF, Luiza Nagib **A paixão no banco dos réus: casos passionais célebres**: de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Disponível em: [https://books.google.com.br/books/about/A\\_paix%C3%A3o\\_no\\_banco\\_dos\\_r%C3%A9us.html?id=hD9nDwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp\\_read\\_button&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books/about/A_paix%C3%A3o_no_banco_dos_r%C3%A9us.html?id=hD9nDwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false). Acesso em 31 ago. 2019, p. 113

<sup>11</sup> ELUF, Luiza Nagib **A paixão no banco dos réus: casos passionais célebres**: de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Disponível em: [https://books.google.com.br/books/about/A\\_paix%C3%A3o\\_no\\_banco\\_dos\\_r%C3%A9us.html?id=hD9nDwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp\\_read\\_button&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books/about/A_paix%C3%A3o_no_banco_dos_r%C3%A9us.html?id=hD9nDwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false). Acesso em 31 ago. 2019

<sup>12</sup> LYRA, Roberto *apud* SILVA, Paulo. **Teoria do crime - diferença entre emoção e paixão**. Disponível em: <https://phwos.jusbrasil.com.br/artigos/568689366/teoria-do-crime-diferenca-entre-emocao-e-paixao>. Acesso em: 31 ago. 2019



Quanto ao significado do termo honra<sup>13</sup>, este advém do latim *honor*, que se refere à dignidade de uma pessoa, que vive com honestidade e probidade, moldando seu modo de vida nos ditames da moral. Para o jurista italiano Adriano de Cupis a honra é a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros (honra objetiva) e no sentimento da própria pessoa (honra subjetiva). Portanto, a honra subjetiva é um sentimento pessoal, inerente ao ser humano de como ele se sente se um fato desonroso é imputado a ele, enquanto a honra objetiva é a imagem que a sociedade tem sobre determinada pessoa.<sup>14</sup>

No entanto, para Heleno Cláudio Fragoso, não há distinção entre honra objetiva e honra subjetiva, pois em quaisquer dos crimes contra a honra o que se atinge, em suma, é pretensão ao respeito, atrelados aos aspectos sentimentais e ético-sociais da honra.<sup>15</sup>

A autora Luiza Nagib<sup>16</sup> em sua obra “A Paixão no Banco dos Réus”, aborda alguns casos de homicídios que tiveram grande repercussão no país na maior parte cometidos por homens em que figurava como agente passivo a mulher, a justificativa utilizada para o cometimento desses crimes era a paixão. A título de exemplo, entre os casos citados pela autora na referida obra, um dos que tiveram grande repercussão é o caso da socialite Ângela Diniz, que foi morta por quatro tiro desferidos por seu companheiro, Doca Street, o qual alegou legítima defesa da honra, justificando que o crime ocorreu sob violenta emoção pegando uma pena de dois anos de prisão. Doca

---

<sup>13</sup> MARQUES, Andréa. **Direito à honra**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/direito-a-honra-andrea-neves-gonzaga-marques>. Acesso em: 31 ago. 2019

<sup>14</sup> CUPIS, Adriano de *apud* MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **Direito à honra**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/direito-a-honra-andrea-neves-gonzaga-marques>. Acesso em: 31 ago. 2019

<sup>15</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal – parte especial (arts. 121 a 160, CP)**. p. 129-130 *apud* QUEIROZ, Paulo. Honra objetiva e subjetiva? 2012). Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/honra-objetiva-e-subjetiva/>. Acesso em: 31 ago. 2019

<sup>16</sup> ELUF, Luiza Nagib **A paixão no banco dos réus: casos passionais célebres: de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Disponível em: [https://books.google.com.br/books/about/A\\_paix%C3%A3o\\_no\\_banco\\_dos\\_r%C3%A9us.html?id=hD9nDwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp\\_read\\_button&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books/about/A_paix%C3%A3o_no_banco_dos_r%C3%A9us.html?id=hD9nDwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false). Acesso em 31 ago. 2019



Street, não aceitava o término de seu relacionamento com Ângela Diniz. Após o julgamento de Doca Street em 1979, foi difundido pela primeira vez por movimentos feministas o slogan “quem ama não mata!”. Inconformadas com a sentença do julgamento, mulheres geraram a anulação do júri, e dois anos depois Doca Street voltou a ser julgado e foi condenado a 15 anos de prisão.<sup>17</sup>

Evidentemente, as teses de crime passional e legítima defesa de honra caiu em desuso, pois com o passar do tempo o crime passional acabou por ser definido como crime de feminicídio e a legítima defesa de honra não mais poderia ser utilizado como justificativa para os assassinatos de mulheres.

Porém, há quem se arrisque usando uma tese tão absurda como a tese de legítima defesa de honra, recentemente o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Rogerio Schiatti Cruz repudiou o argumento da defesa nesse sentido, segundo o qual a vítima teria adotado “atitudes repulsivas” e provocativas contra o marido, o que justificaria o reconhecimento de legítima defesa da honra e a absolvição sumária do réu. Narram os autos, que durante uma festa, a vítima teria dançado e conversado com outro rapaz, o que gerou a ira e despertou os ciúmes do marido, que estaria alcoolizado. A vítima teria tentado por fim ao relacionamento, porém, na residência do casal, o réu pegou uma corda e laçou o pescoço da vítima, matando-a por asfixia. O ministro lembrou que desde 1991, o tribunal repudia a tese de legítima defesa da honra como fundamento para a absolvição em casos de homicídio cometido pelo marido contra a esposa. De acordo com o ministro:

Embora seja livre a tribuna e desimpedido o uso de argumentos defensivos, surpreende saber que ainda se postula, em pleno ano de 2019, a absolvição sumária de quem retira a vida da companheira por, supostamente, ter sua honra ferida pelo comportamento da vítima. Em um país que registrou, em 2018, a quantidade de 1.206 mulheres vítimas de feminicídio, soa no mínimo anacrônico alguém ainda sustentar a

---

<sup>17</sup> ALVES, Schirlei. **Feminicídio não é crime passional**. Edição: Beatriz Carrasco. Agência Patrícia Galvão. Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/destaques/feminicidio-nao-e-crime-passional/>. Acesso em: 31 ago. 2019





possibilidade de que se mate uma mulher em nome da honra do seu consorte.<sup>18</sup>

Conforme o trecho ora citado é possível observar que, embora os crimes de feminicídio tenham tomado maior visibilidade no sentido de expor sua gravidade, ainda existem indivíduos que sustentam essa esdruxula e descabida tese de legítima defesa da honra, tese esta que sequer está prevista no ordenamento jurídico. Quanto ao caso ora narrado, obviamente, o recurso especial foi rejeitado pelo ministro.

## 1.2 “Femicídio” ou “Feminicídio”

“Femicídio” ou “feminicídio” são expressões que se referem as mortes violentas de mulheres em razão de seu gênero, ou seja, que tenham sido causados exclusivamente pelo fato de ser mulher. O conceito de “femicídio” foi empregado inicialmente na década de 1970, embora somente nos anos 2000 que seu uso tomou notoriedade no continente latino-americano em decorrência das mortes de mulheres ocorridas no México, país em que o conceito ganhou nova formulação e novas características com a designação de “feminicídio”. É possível afirmar que não existe um consenso em torno desses conceitos, nem no meio acadêmico nem na ação política ou nas normas nacionais.<sup>19</sup>

Considerando a diversidade dos contextos políticos em que ocorrem as mortes de mulheres e as especificidades socioculturais que as caracterizam, pode-se dizer que os conceitos de femicídio e feminicídio apresentam um núcleo comum de características, centrada na desigualdade de gênero como causa central da violência que as mulheres sofrem, ao qual somam-se elementos e fatores que contribuem para construir um panorama global das mortes evitáveis de mulheres em razão de gênero.

---

<sup>18</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ministro repudia tese de legítima defesa da honra em caso de feminicídio**. Brasília, 12 nov. 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Ministro-repudia-tese-de-legitima-defesa-da-honra-em-caso-de-feminicidio.aspx>. Acesso em: 31 ago. 2019

<sup>19</sup> NAÇÕES UNIDAS. **Diretrizes para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres**. Secretária Especial de Políticas para as Mulheres, p. 20 – 23. Brasília, publicado em 07 abr. 2016. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/diretrizes\\_feminicidio\\_FINAL.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio_FINAL.pdf). Acesso em: 31 Ago. 2019



A formulação do conceito, “femicídio” (<sup>20</sup>*femicide*, em inglês) é atribuída a Diana Russel, socióloga e feminista anglo-saxã, que o empregou pela primeira vez para definir o “assassinato de mulheres nas mãos de homens por serem mulheres”. Nos anos seguintes, Russel e outras autoras teriam aprimorado o conceito que se tornaria emblemático para as discussões em torno das mortes de mulheres, ressaltando os aspectos de ódio e menosprezo que as caracterizam, através da expressão ‘assassinato misógino de mulheres’.<sup>21</sup>

A partir desse novo conceito, a socióloga Diana Russel contestou a neutralidade presente na expressão “homicídio” que contribuiria para manter invisível a realidade vivenciada por mulheres de todo o mundo, que são assassinadas por homens por simplesmente serem mulheres. Para Russel, a dominação patriarcal é um elemento primordial para explicar a situação estrutural de desigualdade que inferioriza e subordina as mulheres aos homens e justifica o sentimento de menosprezo pela condição social feminina, sentimentos que dão causa a essas mortes. Sem perder de vista as diferenças culturais e sociais, a denominação “femicídio”, teve como objetivo revelar que as mortes de mulheres por razões de gênero são crimes sexistas, para os quais o sexo das vítimas seria determinante para a sua ocorrência.

Para as ciências sociais e os estudos feministas, o conceito de femicídio tornou-se uma importante categoria de análise, considerando que permitiu identificar e descrever os fatores discriminatórios presentes nessas mortes, circunscrever suas características e descrevê-las como fenômeno social, além de permitir dimensionar sua presença na sociedade a partir de estudos de natureza quantitativa – tarefa que ainda resta pendente na maior parte dos países. Com caráter analítico-descritivo, o conceito foi inicialmente formulado de maneira ampla para conter as diferentes modalidades de violência que contribuem para limitar o desenvolvimento livre e

---

<sup>20</sup> PONCE, M.G.R. **Mesa de trabalhos sobre femicídio/feminicídio**. In: CHIAROTTI, S.(Ed.). Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do femicídio/feminicídio. Lima: CLADEM, 2011, p. 107-116

<sup>21</sup> PONCE, M.G.R. **Mesa de trabalhos sobre femicídio/feminicídio**. In: CHIAROTTI, S.(Ed.). Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do femicídio/feminicídio. Lima: CLADEM, 2011, p. 108



saudável de meninas e mulheres e que, em casos extremos, acarretam sua morte. Nesse sentido, trata de “todas as mortes evitáveis de mulheres - violentas ou não, criminais ou não – derivadas da discriminação por razão de gênero”<sup>22</sup>. No esforço de descrever de forma abrangente situações que representam risco de morte imediato ou potencial para as mulheres, o conceito de femicídio foi aplicado para tratar das mortes violentas intencionais, como aquelas praticadas em nome da defesa da honra, relacionadas com o pagamento de dote, associadas à violência sexual, como estratégia de derrota do inimigo nos conflitos armados; mas também aqueles casos em que a morte se apresenta como resultado não intencional de uma prática social e cultural que afeta os direitos das mulheres com relação a seu corpo e saúde, como as mortes decorrentes de partos e abortos inseguros, por dificuldades de acesso a métodos de proteção contra HIV/AIDS, por sequelas da mutilação genital ou mesmo por intercorrências nas cirurgias estéticas, entre outras situações.<sup>23</sup>

Independente da intencionalidade, o conceito ressalta que essas são mortes evitáveis. Outra característica dessas mortes é que não se tratam de eventos isolados ou excepcionais, mas ocorrem em conexão com outras formas de violência, formando parte de um ciclo de violência que afeta a vida das mulheres de forma cotidiana e que encontram na morte seu desfecho mais extremo. As condições estruturais dessas mortes também enfatizam que são resultados da desigualdade de poder que determina as relações entre homens e mulheres nas sociedades, contrapondo-se a explicações amplamente aceitas de que se tratam de crimes passionais.

Visto isso, é possível afirmar que há duas distinções entre os referidos conceitos: uma política e outra linguística. A distinção política está ligada aos

---

<sup>22</sup> COPELLO, P. L. Apuntes sobre el femicidio. **Revista de Derecho Penal y Criminologia** 3. Época, n. 8 (julio de 2012), p. 124. Disponível em: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2012-8-5030&dsID=Documento.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019

<sup>23</sup> COPELLO, P. L. Apuntes sobre el femicidio. **Revista de Derecho Penal y Criminologia** 3. Época, n. 8 (julio de 2012), p. 119-143. Disponível em: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2012-8-5030&dsID=Documento.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019



elementos, impunidade e responsabilidade do Estado no cometimento desses crimes, presente na definição de feminicídio proposta por Marcela Lagarde. As leis existentes no país adotam as duas expressões. Para analistas desse aspecto, do ponto de vista da mudança política que se deseja alcançar, a distinção conceitual entre as duas expressões, portanto, é irrelevante uma vez que ambas se referem ao mesmo fenômeno de mortes violentas de mulheres

A distinção linguística se refere à tradução da expressão “*femicide*” (originalmente o idioma em que foi formulada, em inglês) para “femicídio” (idioma que o conceito teria se propagado, em castelhano). Nesse sentido, a tradução teria limitado a expressão que seria homóloga ao homicídio, referindo-se apenas a “assassinato de mulheres”. A outra formulação proposta – feminicídio – soaria mais apropriada ao castelhano.<sup>24</sup>

### 1.3 Definição de Gênero e Aplicabilidade da Qualificadora do Femicídio ao Transexual

O presente capítulo tem por intuito abordar a aplicabilidade da qualificadora do feminicídio ao transexual, abordando o conceito de gênero. Considerando as Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres – Femicídios<sup>25</sup>, é possível afirmar que gênero se refere a construções sociais dos atributos femininos e masculinos definidos como papéis de gênero que são impostos pela sociedade. Os papéis de gênero podem ser definidos como comportamentos aprendidos em uma sociedade, nos quais seus membros são condicionados a considerar certas atividades, tarefas e responsabilidades como sendo tarefas exclusivas de um gênero, como por exemplo,

---

<sup>24</sup> CHIAROTTI, S. **Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do feticídio/femicídio**. Lima: CLADEM. 2011

<sup>25</sup> NAÇÕES UNIDAS. **Diretrizes para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres**. Secretária Especial de Políticas para as Mulheres, p. 20 – 23. Brasília, publicado em 07 abr. 2016. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/diretrizes\\_femicidio\\_FINAL.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio_FINAL.pdf). Acesso em: 20 set. 2019



antigamente tarefas do lar eram comuns serem atribuídas ao sexo feminino, enquanto o trabalho era atribuído ao sexo masculino

Esses papéis são reproduzidos por atitudes, comportamento, valores e hábitos, se manifestando de diferentes formas, variando, entre países que sustentam discriminações e violências. Quanto a aplicabilidade da qualificadora do feminicídio, em regra, somente a mulher, pertencente ao sexo feminino, pode ser vítima do crime de feminicídio desde que o crime seja motivado por razões de sua condição de gênero, simplesmente pelo fato de ser mulher. O substantivo mulher abrange lésbicas, transexuais e travestis, que se identifiquem pertencentes ao sexo feminino.

Muitos critérios podem ser usados para definição, de quem pode ser considerada mulher para efeitos da referida qualificadora. Á título de exemplo, pelo critério de natureza psicológica, ou seja, um indivíduo mesmo sendo do sexo masculino acredita na verdade pertencer ao sexo feminino, ou, mesmo tendo nascido biologicamente como homem, acredita, psicologicamente, pertencer ao sexo feminino, como acontece com transexuais.<sup>26</sup>

A forma mais comum de se definir as pessoas que se identificam como transexuais seria que a mulher transexual é toda pessoa que reivindica o reconhecimento social e legal como mulher. Enquanto o homem transexual é toda pessoa que reivindica o reconhecimento social e legal como homem.<sup>27</sup>

O transexual, psicologicamente, não se sente à vontade com o sexo biológico que nasceu, o que acaba por trazer sofrimento, acarretando inconformismo, depressão, angústia e repulsa pelo próprio corpo. Experimentando desconforto psíquico com seu sexo biológico, desejando obsessivamente ter seu corpo readequado ao sexo oposto que acredita pertencer. Para o transexual, a operação de mudança de sexo é uma obstinação, não se comportando em momento algum de acordo com o

---

<sup>26</sup> BITENCOURT, Cezar. **Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt-femicidio-aplicado-transexual>. Acesso em: 28 set. 2019

<sup>27</sup> JESUS, G. J. **Orientações sobre identidade de gênero**: conceito e termos. 2. ed. Brasília, 2012, p. 15



seu sexo biológico. O conflito vivenciado pelos transexuais faz com que desejem a transformação de seus corpos mediante cirurgias autorizadas no Brasil pelo Conselho Federal de Medicina, e hoje disciplinada através da Resolução n. 1.652, que implicam na ablação e construção de órgãos e tratamentos hormonais, para o sexo contrário ao seu. E a sexualidade, não se limita à anatomia dos órgãos genitais, mas a uma soma de outros fatores psicológicos, sociais e culturais.

Visto isso, é possível admitir à transexual mulher, ser vítima da violência de gênero<sup>28</sup>, portanto vítima do crime de feminicídio. Todavia, não é permitido que o homossexual masculino, figure como vítima do crime de feminicídio, devido a entendimentos em sentido diverso. O disposto no inciso VI do § 2º do artigo 121 do Código Penal é taxativo, pois dispõe que homicídio é cometido contra a mulher por razões de gênero. E o § 2º-A, II, corrobora esse aspecto ao afirmar que considera que há razões de condição do sexo feminino quando o crime envolve menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Evidentemente, nesse artigo o legislador possuía por intuito proteger a mulher, ou seja, pessoa do sexo feminino ou que acredita pertencer ao sexo feminino, por sua condição de mulher. É necessário, nesse caso, que a conduta do agente seja motivada pela violência doméstica ou familiar, e/ou pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher, que o homossexual masculino não apresenta.

Portanto, o objetivo não é proteger o homossexual ou coibir a prática de homofobia, e ainda não permite sua ampliação para abranger o homossexual masculino na relação homoafetiva. Em contrapartida, no crime de violência doméstica, independentemente do gênero, o ser masculino pode figurar como vítima.

Além disso, o homossexual do sexo masculino, independentemente de ser ativo ou passivo, na maioria dos casos não quer ser mulher, portanto não se comporta como tal, somente tem atração por pessoas do mesmo sexo. E ainda que pretendesse

---

<sup>28</sup> NASCIMENTO, Franciele Borges. FÁVERO, Lucas Henrique. Aplicabilidade da qualificadora do feminicídio ao transexual. **5º Simpósio de Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais**. 21 a 23 de jun. 2017



ou pretenda ser mulher, e aja como tal, mulher não é, além de não ser legalmente reconhecido como tal, e sua eventual discriminação, se houver, não será por sua condição de mulher, pois não a possui. E admiti-lo figurando como sujeito passivo de feminicídio implicaria em ampliar a punição, indevidamente, para considerar uma qualificadora com situação ou condição que não a caracteriza (é do sexo masculino).<sup>29</sup>

Cumprе ressaltar que a Lei do Feminicídio não possui o mesmo alcance da Lei Maria da Penha, pois a Lei Maria da Penha, dispõe sobre medidas protetivas contra a discriminação, independentemente da opção sexual, possuindo por finalidade erradicar e coibir a violência doméstica e familiar. Nessa esfera, por apresentar maior abrangência e não se tratar de matéria penal, admite-se analogia e interpretação extensiva, inclusive para proteger pessoas do sexo masculino nas relações homoafetivas.

Por outro lado, admite-se, a possibilidade de figurarem na relação homossexual feminina, tanto como autora quanto como vítima, indistintamente, do crime de feminicídio. Nessa hipótese de relação homoafetiva entre mulheres, pouco importa quem exerça o papel feminino ou masculino na relação pois, de qualquer modo, ocorrendo um homicídio, de acordo com o disposto em lei, é aplicável a qualificadora do feminicídio.

Considerando o critério biológico,<sup>30</sup> uma mulher é identificável em sua concepção genética ou cromossômica. De acordo com especialistas, o “sexo morfológico ou somático resulta da soma das características genitais (órgão genitais externos, pênis e vagina, e órgãos genitais internos, testículos e ovários) e extragenitais somáticas (caracteres secundários — desenvolvimento de mamas, dos

---

<sup>29</sup> BITENCOURT. Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual. **Conjur**, 15 novembro 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt-feminicidio-aplicado-transexual>. Acesso em: 24 set. 2019

<sup>30</sup> NASCIMENTO, Franciele Borges. FÁVERO, Lucas Henrique. Aplicabilidade da qualificadora do feminicídio ao transexual. **5º Simpósio de Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais**. 21 a 23 de jun. 2017



pelos pubianos, timbre de voz, etc.)”. Considerando essas características, possivelmente, não será difícil identificar o sexo de qualquer ser humano, em tese.

Porém, atualmente essa variação dos “espectros” sexuais, para fins penais, é necessário mais do que simples critérios biológicos ou psicológicos para a definição do sexo das pessoas, e para identificá-las pertencentes ao sexo feminino ou masculino. Por esse motivo, deve se atentar a um critério estritamente jurídico, por motivo de segurança jurídica e respeito à tipicidade estrita, sendo insatisfatório apenas critérios psicológico ou biológico para definir quem pode figurar como vítima da qualificadora de feminicídio.

Por isso, o entendimento majoritário, defende que somente quem se identificar como mulher, ou seja, apresentar sua documentação civil identificando-se como tal, poderá figurar como vítima dessa qualificadora.

#### **1.4 Diretrizes para identificar razões de gênero nas mortes de mulheres**

Com o intuito de contribuir para a identificação de quando a morte de uma mulher é um crime de feminicídio, o Escritório da ONU Mulheres no Brasil em parceria com a Secretaria de Políticas para as Mulheres promoveram um processo de adaptação à realidade nacional do protocolo latino-americano para investigação dos assassinatos de mulheres por razões de gênero. Este processo originou a formulação das Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres- Feminicídios, tal documento busca contribuir para o aprimoramento da investigação policial, do processo judicial e julgamento dos feminicídios ou mortes violentas de mulher.

As Diretrizes reúnem elementos que podem servir como ferramentas para evidenciar as razões de gênero a partir de uma análise das circunstâncias do crime, das características do agressor, das características da vítima e do histórico de violência. As diretrizes apontam ainda os deveres do poder público e os direitos das





vítimas, destacando que o feminicídio é um crime evitável para o qual o Estado tem a responsabilidade de formular medidas de responsabilização, proteção, reparação e prevenção.

A investigação de qualquer assassinato depende da reconstrução de um complexo quadro de circunstâncias e contextos. Diferente da investigação policial de outras modalidades criminosas – como roubos, tráfico de drogas –, a apuração de um caso de homicídio dependerá da compreensão de aspectos da vida pessoal, familiar, afetiva e profissional tanto da(s) vítima(s) quanto do(a) possível ou do(a)s possíveis autores(as) daquela morte, “para, desse emaranhado aparentemente desordenado de circunstâncias, extrair uma história cujo último capítulo é o assassinato da vítima”.<sup>31</sup>

As Diretrizes Nacionais<sup>32</sup> possuem a função de contribuir para que a investigação policial de mortes violentas de mulheres e seu respectivo processo e julgamento sejam realizados com a perspectiva de que essas mortes podem ser decorrentes de razões de gênero, cuja causa principal é a desigualdade estrutural de poder e direitos entre homens e mulheres presente na sociedade brasileira. O resultado da investigação policial e do processo deverá permitir o correto enquadramento dessas mortes como feminicídio tentado ou consumado, de acordo com o tipo penal estabelecido pela Lei n. 13.104/2015, considerando as características previstas de violência praticada no ambiente doméstico e familiar (inciso I) ou por menosprezo e discriminação à condição de mulher (inciso II), demonstrando também: a. Que essas mortes são episódios evitáveis, em que os principais fatores de risco são o gênero da vítima e o peso sociocultural da

---

<sup>31</sup> SENASP, 2014, p. 53 *apud* NAÇÕES UNIDAS. **Diretrizes para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres**. Secretária Especial de Políticas para as Mulheres, c.

3. Brasília, publicado em 07 abr. 2016. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/diretrizes\\_femicidio\\_FINAL.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio_FINAL.pdf). Acesso em: 24 ago. 2019

<sup>32</sup> NAÇÕES UNIDAS. **Diretrizes para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres**. Secretária Especial de Políticas para as Mulheres, c. 3. Brasília, publicado em 07 abr. 2016. [http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/diretrizes\\_femicidio\\_FINAL.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio_FINAL.pdf). Acesso em: 24 set. 2019 Disponível em



desigualdade baseada no gênero que afetam de forma desproporcional as mulheres; b. Que as mulheres não são afetadas da mesma forma pelas múltiplas formas de violência e injustiça social. Além de desigualdade de gênero, é necessário levar em consideração outros marcadores de identidade social – como classe, raça, etnia, geração, orientação sexual, religião, procedência regional ou nacionalidade – que podem contribuir para agravar as situações de vulnerabilidade das mulheres; c. Que a violência baseada no gênero é um problema social e se conecta a outras violações de direitos que afetam o desenvolvimento livre e saudável de meninas e mulheres.

### **1.5 A Dominação Masculina**

O presente capítulo, busca evidenciar como as teorias definidas pelo sociólogo Pierre Bourdieu servem para explicar a violência de gênero presente na sociedade atualmente. Na obra “dominação masculina”, do autor Pierre Bourdieu é possível observar que o autor não trabalhou com um conceito de gênero propriamente dito, considerando que esse conceito não fica explícito ao decorrer de sua obra. Pela teoria do autor, é possível observar que as distinções entre feminino/ masculino se mantem imersas no bloco de oposições semelhantes, como por exemplo, alto/baixo; direita/esquerda; claro/escuro; público privado.

Bourdieu, condizente com sua teoria, trata a questão da “dominação masculina” principalmente a partir de uma perspectiva simbólica. Para o autor, a dominação masculina seria uma forma particular de violência simbólica. De acordo com o autor, os seres humanos possuem quatro tipos de capitais: 1) o capital econômico, a renda financeira; 2) o capital social, suas redes de amizade e convívio; 3) o cultural, aquele que é constituído pela educação, diplomas e envolvimento com a arte; e 4) capital simbólico, que está ligado à honra, o prestígio e o reconhecimento. É por meio do capital simbólico que determinadas diferenças de poder são definidas socialmente, e que instituições e indivíduos podem tentar persuadir outros com suas ideias. A violência simbólica ocorre justamente pela falta de equivalência desse capital entre as pessoas ou instituições, como uma violência que é cometida com a



cumplicidade entre quem sofre e quem a prática, sem que, constantemente, os envolvidos tenham conhecimento do que estão sofrendo ou exercendo.<sup>33</sup>

Por esse conceito, Bourdieu compreende o poder que impõe significações, impondo-as como legítimas, de forma a dissimular as relações de força que sustentam a própria força, que é justamente a manutenção de um poder que se mascara nas relações, que se infiltra no nosso pensamento e na nossa concepção de mundo. A violência simbólica é tão sutil, que a própria mulher internaliza que foi responsável pela reação violenta do homem, um exemplo disso seria quando a mulher, ao relatar a violência afirma que o esposo ou companheiro gritou ou a agrediu porque ela não tinha feito o que ele havia mandado:

E as próprias mulheres aplicam a toda a realidade e, particularmente, às relações de poder em que se veem envolvidas esquemas de pensamento que são produto da incorporação dessas relações de poder e que se expressam nas oposições fundantes da ordem simbólica<sup>34</sup>

Bourdieu em sua obra denuncia um modo de pensar pautada pelas dicotomias e oposições. Como ocorre, por exemplo, em se tratando do sexo masculino/feminino, mas o mesmo se opera em alto/baixo, rico/pobre, claro/escuro etc. Além disso, o autor enfatiza que essas concepções “invisíveis” que chegam a nós nos levam à formação de esquemas de pensamentos impensados, ou seja, quando acreditamos ter a liberdade de pensar alguma coisa, sem considerar que esse “livre pensamento” está especificamente marcado por interesses, preconceitos e opiniões alheias. Fato este que leva o autor afirmar que uma relação desigual de poder comporta uma aceitação dos grupos dominados, não sendo necessariamente uma aceitação consciente e deliberada, mas principalmente uma submissão pré-reflexiva.

---

<sup>33</sup> NASCIMENTO, H. **Entenda o que é violência simbólica**. Jan 2018. Uninassau. Disponível em: <https://www.uninassau.edu.br/noticias/entenda-o-que-e-violencia-simbolica>. Acesso em: 29 set. 2019

<sup>34</sup> BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Kühner. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002



## 1.6 Atlas da Violência: O Homicídio de Mulheres

O presente capítulo demonstra que, de acordo com a edição do Atlas da Violência houve um crescimento dos homicídios de mulheres no Brasil em 2017, com cerca de 13 assassinatos por dia. Ao todo, 4.936 mulheres foram mortas, um número bem maior do que o número registrado desde 2007. Os registros do Sistema de Informações sobre Mortalidade, do Ministério da Saúde, trazem importantes subsídios para compreender melhor o fenômeno da violência contra a mulher, ao trazer dados sobre as características das vítimas e sobre alguns aspectos situacionais relacionados aos incidentes.<sup>35</sup>

Verifica-se que houve um crescimento expressivo de 30,7% no número de homicídios de mulheres no país durante a década em análise (2007-2017), assim como no último ano da série, que registrou aumento de 6,3% em relação ao anterior. A magnitude do fenômeno e de suas variações pode ser mais bem aferida em termos da taxa de homicídio por grupo de 100 mil mulheres, que permite maior comparabilidade temporal e entre as diferentes unidades federativas. Entre 2007 e 2017 houve aumento de 20,7% na taxa nacional de homicídios de mulheres, quando a mesma passou de 3,9 para 4,7 mulheres assassinadas por grupo de 100 mil mulheres. Nesse período, houve crescimento da taxa em 17 Unidades da Federação. Já no recorte de 2012 a 2017, observa-se um aumento de 1,7% na taxa nacional e um aumento maior ainda de 5,4% no último ano, período em que se verificam taxas ascendentes em 17 Estados em relação a 2016.<sup>36</sup>

Considerando o período decenal, Rio Grande do Norte apresentou o maior crescimento, com variação de 214,4% entre 2007 e 2017, seguido por Ceará (176,9%) e Sergipe (107,0%). Já no ano de 2017, o estado de Roraima respondeu pela maior taxa, com 10,6 mulheres vítimas de homicídio por grupo de 100 mil

---

<sup>35</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da Violência**, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília, 2019

<sup>36</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da Violência**, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília, 2019



mulheres, índice mais de duas vezes superior à média nacional (4,7). A lista das unidades federativas onde houve mais violência letal contra as mulheres é seguida por Acre, com taxa de 8,3 para cada 100 mil mulheres, Rio Grande do Norte, também com taxa de 8,3, Ceará, com taxa de 8,1, Goiás, com taxa de 7,6, Pará e Espírito Santo com taxas de 7,5.<sup>37</sup>

É importante ressaltar que nos últimos anos houve um crescimento nos casos de feminicídios no país. A questão principal, é que não se sabe ao certo se o aumento dos registros dos casos de feminicídio se refere efetivamente ao aumento no número de casos, ou diminuição da subnotificação, uma vez que a Lei do Feminicídio (Lei n. 13.104, de 09/03/2015) é relativamente nova, de modo que pode haver processo de aprendizado em curso pelas autoridades judiciárias. Enquanto os registros de feminicídio realizados pela Polícia podem embutir alguma subnotificação, em função da não imputação do agravante de feminicídio ao crime de homicídio, por outro lado, a análise dos dados agregados da saúde não permite uma elucidação da questão, uma vez que a classificação internacional de doenças (CID), utilizada pelo Ministério da Saúde, não lida com questões de tipificação legal e muito menos com a motivação que gerou a agressão.

No entanto, há reconhecimento na literatura internacional de que a significativa maioria das mortes violentas intencionais que ocorrem dentro das residências são perpetradas por conhecidos ou íntimos das vítimas. Portanto, a taxa de incidentes letais intencionais contra mulheres que ocorrem dentro das residências é ideal para medir o feminicídio. Ainda que o número real de feminicídios não seja igual ao número de mulheres mortas dentro das residências, considerando que vários casos de feminicídio ocorrem fora da residência, esse fator pode servir para evidenciar a evolução nas taxas de feminicídio no país. Para analisar a questão, utilizaram-se os microdados da saúde, que permitem traçar o perfil desses homicídios de acordo com o local da ocorrência do fato. Do total de homicídios contra mulheres, 28,5% ocorrem

---

<sup>37</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da Violência**, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília, 2019



dentro da residência e 39,3% se não considerando os óbitos em que o local do incidente era ignorado. Muito provavelmente estes são casos de feminicídios<sup>38</sup> íntimos, que decorrem de violência doméstica.<sup>39</sup>

É possível observar ainda um aumento significativo na taxa de homicídio de mulheres (1,7%), entre 2012 e 2017. Porém, verifica-se dois comportamentos distintos. Ao mesmo tempo em que a taxa de homicídios fora da residência diminuiu 3,3% nesse período, o segundo indicador aumentou 17,1%. Possivelmente, a redução de homicídios de mulheres fora da residência esteja refletindo a diminuição gradativa da violência geral que tem se expandido cada vez mais em um maior número de unidades federativas. Por outro lado, o crescimento dos casos que ocorrem dentro das residências pode ser reflexo do aumento de casos de feminicídios, efetivamente. Importante ressaltar que o crescimento mais acentuado nos últimos dez anos tem sido na taxa homicídios dentro das residências, com o uso da arma de fogo, que cresceu 29,8%.<sup>40</sup>

Considerando a importância que a discussão sobre violência contra a mulher assumiu na sociedade brasileira, bem como os desafios para implementar políticas públicas consistentes o suficiente para reduzir este enorme problema, um fator que gera preocupação seria a flexibilização em curso da posse e porte de armas de fogo no Brasil. Apenas em 2017, mais de 221 mil mulheres procuraram delegacias de polícia para registrar episódios de agressão (lesão corporal dolosa) em decorrência de violência doméstica, número que pode estar em muito subestimado dado que muitas vítimas têm medo ou vergonha de denunciar. Considerando os altíssimos índices de violência doméstica presentes no Brasil, a infeliz possibilidade de que

---

<sup>38</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da Violência**, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília, 2019

<sup>39</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da Violência**, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília, 2019

<sup>40</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da Violência**, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília, 2019



cada vez mais cidadãos tenham uma arma de fogo dentro de casa tende a vulnerabilizar ainda mais a vida de mulheres em situação de violência.<sup>41</sup>

Figura 1 - Atlas da Violência 2019.



FONTE: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Atlas da Violência, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília, 2019.

Na imagem acima é possível observar que houve um número de 4.936 mulheres assassinadas no ano de 2017, o maior número em 10 anos. E ainda, que do ano de 2007 a 2017 houve o aumento de 29,9 % na taxa de homicídios de mulheres negras, e que homicídios dentro da residência cresceram em 17,1%, e o número de mulheres mortas por arma de fogo na residência cresceu 28,7%.

<sup>41</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Atlas da Violência, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília, 2019



## 1.7 Incidência dos Crimes de Femicídio no Distrito Federal

Este capítulo destina-se a explicitar dados referentes a incidência dos crimes de feminicídios no Distrito Federal entre os anos de 2018 e 2019, bem como o número de feminicídios que ocorrem na capital.

O Distrito Federal assumiu uma posição extremamente preocupante em relação à violência contra as mulheres. Em 2018, o DF subiu para 5º lugar entre as unidades da Federação com a maior taxa de feminicídios por grupo 100 mil mulheres, segundo dados do Anuário

Brasileiro de Segurança Pública deste ano. Em 2017, o DF estava em 10º lugar no levantamento. O índice revela crescimento de 52,3% nesse intervalo de tempo.<sup>42</sup>

No ano de 2018, ocorreram 28 crimes de feminicídio no Distrito Federal, de acordo com dados da Secretaria de Estado de Segurança Pública. A figura abaixo mostra os crimes de feminicídio consumado, por região administrativa.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> EUFRÁSIO, Jéssica. **DF é a quinta unidade da federação com maior taxa de feminicídios.** Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2019/10/27/interna\\_cidadesdf,801249/df-e-a-quinta-unidade-da-federacao-com-maior-taxa-de-feminicidios.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2019/10/27/interna_cidadesdf,801249/df-e-a-quinta-unidade-da-federacao-com-maior-taxa-de-feminicidios.shtml). Acesso em: 31 set. 2019

<sup>43</sup> COOAFESP/SGI. **Relatório de Análise de Fenômenos de Segurança Pública nº. 001/20** –Crimes de feminicídio tentado e consumado no distrito federal – acompanhamento desde a edição da lei de feminicídio(março/2015) e especialmente o comparativo do ano de 2018 com o mesmo período do ano anterior. Secretaria de Estado da Segurança Pública, 11 jan. 2019. Disponível em: [http://www.ssp.df.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/An%C3%A1lise-FSP-001\\_2019-Feminic%C3%ADdio-no-DF\\_2017\\_18.pdf](http://www.ssp.df.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/An%C3%A1lise-FSP-001_2019-Feminic%C3%ADdio-no-DF_2017_18.pdf). Acesso em: 31 set. 2019





Figura 2 – Crimes de Femicídio Consumado por Região Administrativa (2018).

FEMINICÍDIO (Lei 13.104/15)							
RANKING (2018)	REGIÃO ADMINISTRATIVA	jan/dez		VARIÇÃO		PERCENTUAL DE PARTICIPAÇÃO - ANO 2017	PERCENTUAL DE PARTICIPAÇÃO - ANO 2018
		2017	2018	(%)	Quantit.		
1ª	CEILANDIA	3	4		1	16,7%	14,3%
2ª	BRASILIA	1	4		3	5,6%	14,3%
3ª	SOBRADINHO 2	0	3		3	0,0%	10,7%
4ª	SANTA MARIA	2	3		1	11,1%	10,7%
5ª	RECANTO DAS EMAS	0	3		3	0,0%	10,7%
6ª	RIACHO FUNDO 2	0	2		2	0,0%	7,1%
7ª	ITAPOA	0	2		2	0,0%	7,1%
8ª	SAMAMBAIA	3	2		-1	16,7%	7,1%
9ª	GAMA	1	1		0	5,6%	3,6%
10ª	GUARA	0	1		1	0,0%	3,6%
11ª	ESTRUTURAL	1	1		0	5,6%	3,6%
12ª	SAO SEBASTIAO	2	1		-1	11,1%	3,6%
13ª	PLANALTINA	0	1		1	0,0%	3,6%
14ª	AGUAS CLARAS	1	0		-1	5,6%	0,0%
15ª	FERCAL	1	0		-1	5,6%	0,0%
16ª	CANDANGOLANDIA	1	0		-1	5,6%	0,0%
17ª	VICENTE PIRES	1	0		-1	5,6%	0,0%
18ª	RIACHO FUNDO	1	0		-1	5,6%	0,0%
<b>TOTAL</b>		<b>18</b>	<b>28</b>		<b>10</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

Fonte: Banco Milenium - COOAFESP/SGI/SSPDF

Obs. Dados do ano 2018 atualizados em 02/01/2019, pela data do fato, estando sujeitos a alterações.

Fonte: Banco Milenium-COOAFESP/SGI/SSPDF

Considerando a figura acima, é possível observar que as regiões administrativas em que mais ocorreram o feminicídio em 2018 foram: Ceilândia, Brasília, Sobradinho 2, Santa Maria e Recanto das Emas. Dessas cinco regiões administrativas com maior incidência, quando somados as participações, representam 61% do total registrado, em 2018, no Distrito Federal.

Dos 28 crimes de feminicídio ocorridos no Distrito Federal, estes representam no período de janeiro a dezembro do ano de 2018, 6,2% do total de homicídios ocorridos na capital. (453 vítimas de homicídio).

Quanto ao perfil da vítima, dos autores e das características do crime de feminicídio foram considerados todos os crimes que ocorreram no ano de 2018, esses dados foram extraídos das ocorrências policiais. Quanto ao perfil das vítimas é possível afirmar que 3% das vítimas possuía de 0 a 17 anos, 28% de 18 a 29 anos, 55% de 30 a 50 anos e 14% mais de 50 anos. Já no caso do perfil dos autores do



crime de feminicídio, 33% dos autores possuía de 18 a 29 anos, 50 % de 30 a 50 anos e 17% mais de 50 anos. Portanto, na maioria desses crimes o autor e a vítima possuíam praticamente a mesma faixa etária e os que mais atuam como agente passivo e agente ativo também possuem a mesma idade, de 30 a 50 anos, considerando que 55% das vítimas possuía de 30 a 50 anos, enquanto 50% dos autores possuía de 30 a 50 anos de idade.

Quanto a motivação do crime 29% foram causados por ciúme e o casal estava separado, 3% devido a briga por ponto de venda (camelô), 7% por droga, 4 % por motivos financeiros, 4% por maus tratos/omissão de socorro e 53% dos crimes de feminicídio foram causados por ciúme e o casal moravam juntos. Logo, a maioria dos crimes de feminicídio ocorridos no Distrito Federal é causado por ciúmes, sendo que a maioria ocorre quando o casal mora junto (53%).<sup>44</sup>

A imagem abaixo, mostra a relação interpessoal entre o autor e a vítima:

Figura 3 – Relação interpessoal entre autor e a vítima.

*Vínculos entre autor e vítima – Ano-2018.*



Fonte: Secretaria de Estado da Segurança Pública (SSP\DF)

<sup>44</sup> COOAFESP/SGI. **Relatório de Análise de Fenômenos de Segurança Pública nº. 001/20** –Crimes de feminicídio tentado e consumado no distrito federal – acompanhamento desde a edição da lei de feminicídio (março/2015) e especialmente o comparativo do ano de 2018 com o mesmo período do ano anterior. Secretaria de Estado da Segurança Pública, 11 jan. 2019. Disponível em: [http://www.ssp.df.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/An%C3%A1lise-FSP-001\\_2019-Feminic%C3%ADdio-no-DF\\_2017\\_18.pdf](http://www.ssp.df.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/An%C3%A1lise-FSP-001_2019-Feminic%C3%ADdio-no-DF_2017_18.pdf). Acesso em: 31 set. 2019.



Na figura acima, é possível observar que a maioria dos crimes foram cometidos pelo ex- companheiro (36%) ou pelo cônjuge/companheiro (36%), refutando que a maioria dos crimes ocorre por ciúme, pelo fato dos autores não aceitarem o término do relacionamento ou acreditarem que a vítima é sua propriedade. Enquanto 7% dos crimes foram cometidos por namorado, 4% pelos pais, 4% pelo inquilino da vítima, 3% filho e 7 % por ex-namorado,

No que se refere aos antecedentes criminais dos autores, 89% possuíam antecedentes criminais e 11% não possuíam antecedentes. Das 28 ocorrências, houve 30 autores, sendo que 27 (vinte e sete) já possuíam antecedentes criminais: 11 (onze) já respondiam pelo crime previsto na Lei Maria da Penha, ameaça, roubo e furto; 10 (dez) por tráfico, uso e porte de drogas, furto, roubo e tentativa de homicídio; 6 (seis) por roubo e furto, tentativa de homicídio, lesão corporal, ameaça e maus tratos. 03 (três) autores não tinham antecedentes criminais.<sup>45</sup>

A figura abaixo, mostra os locais em que ocorreram o crime de feminicídio:

Figura 4 – Local da agressão.



Fonte: Secretaria de Estado da Segurança Pública (SSP\DF)

<sup>45</sup> COOAFESP/SGI. **Relatório de Análise de Fenômenos de Segurança Pública nº. 001/20** –Crimes de feminicídio tentado e consumado no distrito federal – acompanhamento desde a edição da lei de feminicídio(março/2015) e especialmente o comparativo do ano de 2018 com o mesmo período do ano anterior. Secretaria de Estado da Segurança Pública, 11 jan. 2019. Disponível em: [http://www.ssp.df.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/An%C3%A1lise-FSP-001\\_2019-Femic%C3%ADdio-no-DF\\_2017\\_18.pdf](http://www.ssp.df.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/An%C3%A1lise-FSP-001_2019-Femic%C3%ADdio-no-DF_2017_18.pdf). Acesso em: 31 set. 2019



Considerando a figura acima é possível observar que a maioria dos crimes ocorreram na residência da vítima (82%), enquanto 7% ocorreram em empresas comercial, 7% via pública e 4% em Rodoviária (*touring*).

Quanto ao meio de arma utilizado nos crimes de feminicídio, considerando a imagem abaixo, é possível observar que 25,00% foi por arma de fogo, 46,43% por arma branca, 25,00% outros e 3,57% não foram informados. Portanto, na maioria dos casos o meio empregado é arma branca (46,43%).

Figura 5 – Tipos de arma utilizada (meio empregado).



Fonte: Secretaria de Estado da Segurança Pública (SSP\DF)

De modo geral, a motivação do crime resume-se à violência doméstica e familiar. Dos 30 (trinta) autores, 21 (vinte e um) estão presos, 7 (sete) suicidaram e 2 (dois) continuam procurados com mandados de prisão. 32% dos crimes ocorreram no horário das 18h00 às 23h59. 11 (onze) autores já respondiam pelo crime da Lei Maria da Penha. Todavia, não há informação se as vítimas estavam ou não sob Medidas Protetivas de Urgência.<sup>46</sup>

Visto isso, cabe elencar os dados referentes a incidência do crime de feminicídio no ano de 2019 no Distrito Federal. No ano de 2019, ocorreram 33 crimes de feminicídio no Distrito Federal, de acordo com dados da Secretaria de Estado de Segurança Pública. A figura abaixo mostra os crimes de feminicídio consumados, por região administrativa.

<sup>46</sup> COOAFESP/SGI. **Relatório de Análise de Fenômenos de Segurança Pública nº. 001/20** –Crimes de feminicídio tentado e consumado no distrito federal – acompanhamento desde a edição da lei de feminicídio(março/2015) e especialmente o comparativo do ano de 2018 com o mesmo período do ano anterior. Secretaria de Estado da Segurança Pública, 11 jan. 2019. Disponível em: [http://www.ssp.df.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/An%C3%A1lise-FSP-001\\_2019-Feminic%C3%ADdio-no-DF\\_2017\\_18.pdf](http://www.ssp.df.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/An%C3%A1lise-FSP-001_2019-Feminic%C3%ADdio-no-DF_2017_18.pdf). Acesso em: 31 set. 2019



Figura 6 – Número de feminicídios consumado por Região (2018/2019).

FEMINICÍDIO (Lei 13.104/15)									
RANKING (2019)	REGIÃO ADMINISTRATIVA	jan/dez		VARIÇÃO		PERCENTUAL DE PARTICIPAÇÃO - ANO 2018	PERCENTUAL DE PARTICIPAÇÃO - ANO 2019		
		2018	2019	(%)	Quantit.				
1ª	BRASILIA	3	4		1	10,7%	25%	52%	12,1%
2ª	TAGUATINGA	0	4		4	0,0%			12,1%
3ª	VICENTE PIRES	0	3		3	0,0%			9,1%
4ª	SANTA MARIA	3	3		0	10,7%			9,1%
5ª	PLANALTINA	1	3		2	3,6%			9,1%
6ª	PARANOA	0	3		3	0,0%	75%	48%	9,1%
7ª	GAMA	1	2		1	3,6%			6,1%
8ª	SOBRADINHO	0	2		2	0,0%			6,1%
9ª	CEILANDIA	5	1		-4	17,9%			3,0%
10ª	SUDOESTE	0	1		1	0,0%			3,0%
11ª	RIACHO FUNDO	0	1		1	0,0%			3,0%
12ª	SAMAMBAIA	2	1		-1	7,1%			3,0%
13ª	ITAPOA	2	1		-1	7,1%			3,0%
14ª	CRUZEIRO	0	1		1	0,0%			3,0%
15ª	SOBRADINHO 2	3	1		-2	10,7%			3,0%
16ª	FERCAL	0	1		1	0,0%			3,0%
17ª	SAO SEBASTIAO	1	1		0	3,6%			3,0%
18ª	GUARA	1	0		-1	3,6%			0,0%
19ª	ESTRUTURAL	1	0		-1	3,6%			0,0%
20ª	RIACHO FUNDO 2	2	0		-2	7,1%			0,0%
21ª	RECANTO DAS EMAS	3	0		-3	10,7%	0,0%		
<b>TOTAL</b>		<b>28</b>	<b>33</b>	<b>17,9%</b>	<b>5</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>		

Fonte: Banco Milênio - COOAFESP/SGI/SSPDF

Obs: Dados atualizados em 02/01/2020, pela data do fato, estando sujeitos a alterações.

Fonte: Secretaria de Estado da Segurança Pública (SSP/DF)

É possível observar que as cinco Regiões Administrativas com maior incidência do crime de feminicídio no ano de 2019, foram: Brasília, Taguatinga, Vicente Pires, Santa Maria e Planaltina quando somados as participações, representam 52% do total registrado, no ano de 2019, no Distrito Federal. Cabe ressaltar que desde o advento da lei que pune o crime de feminicídio, o número de vítimas do crime de feminicídio chega ao total de 105 (cento e cinco) vítimas no Distrito Federal.<sup>47</sup>

<sup>47</sup> COOAFESP/SGI. **Relatório de Análise de Fenômenos de Segurança Pública nº. 001/20** –Crimes de feminicídio tentado e consumado no distrito federal – acompanhamento desde a edição da lei de feminicídio(março/2015) e especialmente o comparativo do ano de 2018 com o mesmo período do ano anterior. Secretaria de Estado da Segurança Pública, 11 jan. 2019. Disponível em:



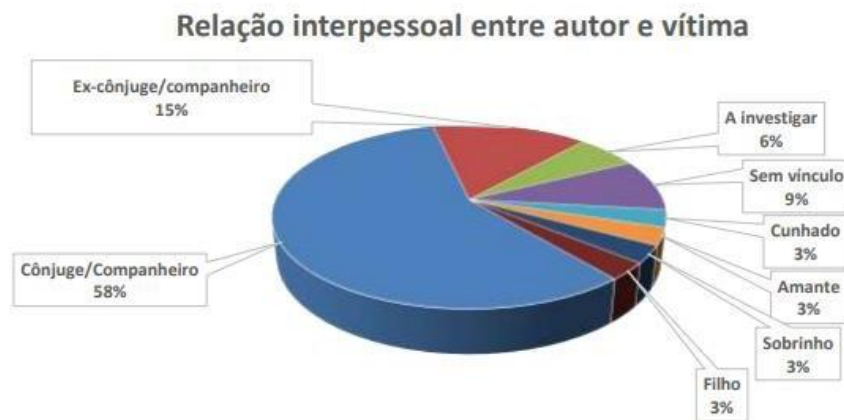
No que se refere ao perfil das vítimas, dos autores e das características do crime de feminicídio baseando-se em informações presentes na ocorrência policial, considerando os 33 (trinta e três) crimes de feminicídio ocorridos no período de janeiro a dezembro do ano de 2019. É possível observar que 27% das vítimas possuía de 18 a 29 anos de idade, 42% de 30 a 49 anos de idade e 34% mais de 50 anos de idade. Quanto a faixa etária dos autores, 15% possuía de 18 a 29 anos de idade, enquanto 59% possuía de 30 a 49 anos de idade, 12% mais de 50 anos idade, e 15% não foram identificados. Portanto, o número de vítimas que possuem de 30 a 49 anos de idade é maior, cerca de 42%, enquanto a faixa etária dos autores de 30 a 49 anos de idade, também é maior, cerca de 59%.

Quanto a motivação do crime de feminicídio, 6% foram causados por maníaco sexual, 3% por surto psicótico, 12% por motivo fútil (desavenças), 21% estão em investigação, 46% por ciúmes nos casos em que o casal moravam juntos e 12% também por ciúmes nos casos em que o casal estava separado.

A figura abaixo ressalta a relação interpessoal entre o autor e a vítima nos crimes de feminicídio.



Figura 7 – Vínculos entre autor e vítima – Ano 2019



Fonte: Secretaria de Estado da Segurança Pública (SSP\DF)

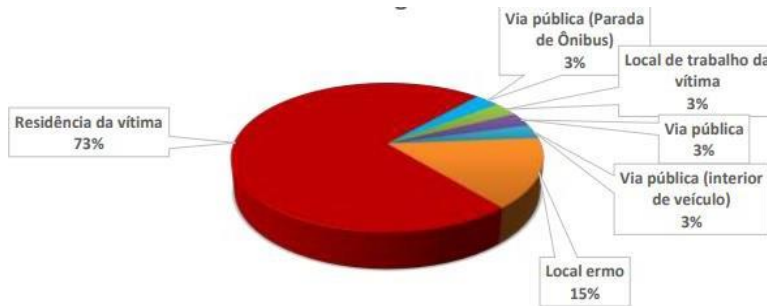
Como pode-se observar, no que tange a relação interpessoal entre autor e vítima do crime de feminicídio, 6% estão em investigação, 9% não possui vínculo, 3% foram cometidos pelo cunhado, 3% por amante, 3% pelo sobrinho, 3% cometido pelo filho, 58% pelo cônjuge ou companheiro e 15% pelo ex-cônjuge ou companheiro. Destarte que a predominância dos autores dos crimes de feminicídio continua sendo o cônjuge ou companheiro da vítima (58%).

No que se refere aos antecedentes criminais dos autores, 32% não possuem antecedentes criminais, 62% possuem antecedentes criminais e 6% o autor é desconhecido. De 33 ocorrências do crime de feminicídio, houve 34 autores, sendo que 11 (onze) não tinham antecedentes criminais, 21 (vinte e um) com antecedentes e 02 (dois) autores ainda desconhecidos.

A imagem abaixo, traz dados referentes ao local da agressão.



Figura 8 – Local da agressão (2019).



Fonte: Secretaria de Estado da Segurança Pública (SSP\DF)

Considerando a imagem acima é possível observar que na maioria das vezes o local em que ocorre o crime é na residência da vítima (73%), enquanto 3% ocorrem via pública (parada de ônibus), 3% no local de trabalho da vítima, 3% em via pública, 3% via pública (interior de veículo).

A figura abaixo, traz dados referentes ao tipo de arma utilizada no ano de 2019 nos crimes de feminicídio.

Figura 9 – Tipos de arma utilizada.

*2.8 Tipos de ARMA UTILIZADA (MEIO EMPREGADO) - Ano 2019:*



Fonte: Secretaria de Estado da Segurança Pública (SSP\DF)

Considerando a figura acima, é possível afirmar que a maioria dos crimes de feminicídio ocorridos no ano de 2019 tiveram como meio empregado arma branca (17), enquanto 7 foram por arma de fogo, 8 por outros meios, e 1 não informado. Quanto a faixa horária de maior incidência desses crimes: 36% dos crimes ocorreram no horário das 18h00 às 23h59 e 33% no horário de 06h00 às 11h59. Os





dias da semana de maior incidência foram a segunda-feira, quinta-feira e domingo com 21,2% cada, totalizando os três dias com 63,6% do total<sup>48</sup>

### *1.7.1 Ciclo da Violência*

O referido capítulo possui por intuito abordar o Ciclo da Violência e suas fases. O termo “Ciclo da Violência<sup>49</sup>”, refere-se a uma teoria criada pela psicóloga norte-americana Lenore Walker. De acordo com Lenore, as agressões cometidas em um contexto conjugal acontecem dentro de um ciclo que se repete constantemente. Esse Ciclo da Violência divide-se em três fases: aumento de tensão, ataque violento e a “lua de mel” ou calmaria.

Na primeira fase, “Aumento de Tensão”, o agressor fica tenso e irritado por coisas insignificantes, chegando a ter acessos de fúria, destruindo objetos, humilhando e ameaçando a vítima. Diante dessas atitudes, a mulher tenta acalmar o agressor e costuma evitar qualquer conduta que possa “provocá-lo”. Na maioria dos casos, a vítima não consegue compreender que isso está acontecendo com ela, esconde os fatos das demais pessoas e, diversas vezes acha que fez algo de errado para justificar o comportamento violento de seu agressor. Essa tensão pode durar dias ou anos, mas como ela aumenta cada vez mais, é muito provável que a situação levará à Fase 2.

Na Fase 2, “Atos de Violência”, ocorre à explosão do agressor, ou seja, a falta de controle chega ao limite e o leva a tomar atitudes violentas. Nessa fase, toda a tensão acumulada na Fase 1 (aumento de tensão), se materializa em violência verbal,

---

<sup>48</sup> COOAFESP/SGI. **Relatório de Análise de Fenômenos de Segurança Pública nº. 001/20** –Crimes de feminicídio tentado e consumado no distrito federal – acompanhamento desde a edição da lei de feminicídio(março/2015) e especialmente o comparativo do ano de 2018 com o mesmo período do ano anterior. Secretaria de Estado da Segurança Pública, 11 jan. 2019. Disponível em: [http://www.ssp.df.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/An%C3%A1lise-FSP-001\\_2019-Femic%C3%ADdio-no-DF\\_2017\\_18.pdf](http://www.ssp.df.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/An%C3%A1lise-FSP-001_2019-Femic%C3%ADdio-no-DF_2017_18.pdf). Acesso em: 31 set. 2019

<sup>49</sup> INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Ciclo da violência**. Disponível em: <http://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/ciclo-da-violencia.html>. Acesso em 21 set. 2019



física, psicológica, moral ou patrimonial. Embora a vítima tenha consciência de que o agressor está fora de si e tem um poder destrutivo grande em relação à sua vida e sua integridade física o sentimento da mulher é de paralisia e impossibilidade de reação, o que acaba fazendo com que a vítima sofra de uma tensão psicológica severa, gerando como sintomas insônia, perda de peso, fadiga constante, ansiedade. Obviamente uma situação como essa é degradante para qualquer ser humano o que faz com que a mulher sinta medo, ódio, vergonha, confusão e dor. Mas é nesse momento, que a vítima começa a compreender o que está acontecendo, fazendo com que ela tome suas próprias decisões, como por exemplo, denunciar, buscar ajuda, esconder-se na casa de amigos e parentes, pedir a separação e infelizmente até mesmo se suicidar. Normalmente, há um distanciamento do agressor.

Na fase 3, que seria a fase da calma, arrependimento ou “lua de mel”, ocorre o arrependimento do agressor, que de uma hora para outra se torna amável em busca da reconciliação. A mulher acaba se sentindo confusa e pressionada a manter o seu relacionamento, especialmente quando o casal tem filhos. Nessa fase há um período relativamente calmo, em que a mulher se sente feliz por acreditar que seu agressor possa mudar, observando seus esforços e mudanças de atitude. Como há a demonstração de arrependimento, a vítima se sente responsável pelo agressor, o que estreita a relação de dependência entre vítima e agressor. Por fim, a tensão volta e, com ela, as agressões da Fase 1, e esse ciclo volta a se repetir constantemente até que algo mais grave ocorra, como o crime de feminicídio ou então a vítima decida enfim se separar ou denunciar seu agressor, para cessar com esse ciclo vicioso.

De acordo com a psicóloga Lenira da Silveira<sup>50</sup>, especializada no atendimento a mulheres vítimas de violência, a mulher vítima de violência pode ficar presa nesse ciclo durante muito tempo até tomar consciência de sua situação, pois acredita que seu agressor pode mudar, pois a vítima quer acreditar que o investimento que ela fez

---

<sup>50</sup> AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. **O que é, como enfrentar e como sair do ciclo da violência.** Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/destaques/o-que-e-como-enfrentar-e-como-sair-do-ciclo-daviolencia/>. Acesso em: 21 set. 2019



naquela relação conjugal não será em vão. A situação de violência doméstica gera trauma a vítima, fazendo com que muitas vezes ela tenha dificuldade em se relacionar com outras pessoas, de confiar em si mesma, sendo necessário que se realize um trabalho intenso para que essa situação seja superada.

## 2 AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

O presente capítulo busca abordar as medidas protetivas de urgência, bem como seu conceito, natureza jurídica, procedimento e atual efetividade no Distrito Federal. As medidas protetivas de urgência estão previstas na Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 nos artigos 22 a 24, considerada como um dos maiores avanços relacionados ao combate à violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil, pois possui como objetivo criar mecanismos para coibir e prevenir a violência de gênero contra mulheres. Sua aplicação poderá ser imediata e urgente, de natureza cautelar cível, processual penal ou híbrida (tanto cível quanto processual penal).

As medidas protetivas de urgência são medidas cautelares que possuem por intuito proteger a integridade física da vítima. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao magistrado no prazo de 48 horas conhecer do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência; determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso; e comunicar o Ministério Público para que adote as providências cabíveis. Sua concessão poderá ser feita mediamente, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser imediatamente comunicado. E ainda poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, e podem ser substituídas a qualquer tempo por outras medidas de maior eficácia, nos casos em que os direitos dispostos na Lei Maria da Penha forem violados ou ameaçados.<sup>51</sup>

Apesar de não estar previsto em lei, com base no poder geral de cautelar, o juiz poderá decretar as medidas protetivas de ofício, dependendo do caso.

---

<sup>51</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, vol. 4, 2019



O juiz poderá ainda, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas que já foram concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, desde que ouvido o Ministério Público.<sup>52</sup>

Destarte que, em qualquer fase da instrução criminal ou do inquérito policial, caberá a prisão preventiva do agressor, desde que seja decretada pelo juiz, de ofício, mediante representação policial ou a requerimento do Ministério Público. O magistrado poderá ainda revogar a prisão preventiva se, ao decorrer do processo, verificada a falta de motivo para que a prisão subsista, bem como decretá-la novamente, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Como a maior interessada nesses casos é a ofendida, a fim de assegurar sua proteção, esta deverá sempre ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público. Por óbvio, a ofendida não poderá entregar intimação ou notificação ao agressor.

Verificada a prática de violência doméstica e familiar, o juiz poderá aplicar as Medidas Protetivas de Urgência, essas medidas dividem-se em medidas protetivas que obrigam o agressor a não praticar determinados atos, e em medidas protetivas de urgência à ofendida, que visam a proteção da ofendida.

Nos que tange as medidas protetivas que obrigam o agressor o juiz poderá aplicar, de imediato, cumulativamente ou separadamente, as seguintes medidas: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o

---

<sup>52</sup> BRASIL. **Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.** Brasília, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/De12848compilado.htm). Acesso em: 24 set. 2019



agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios. VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e; VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

É importante salientar que esse rol não é taxativo, portanto, pode o magistrado aplicar outras medidas previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida estiver ameaçada ou a depender do caso concreto, sendo necessária a comunicação ao ministério público.<sup>53</sup>

No caso do inciso I, se o agressor pertencer a alguma carreira que use arma de fogo (*caput* e incisos do art. 6º da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003) o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, e o superior imediato do agressor será o responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso. O auxílio de força policial poderá ser requisitado pelo juiz, a qualquer momento com o intuito de garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência.<sup>54</sup>

De acordo com o artigo 22, § 4º, da Lei n. 11.340 de 2006, no que couber, aplica-se o disposto no *caput* e nos §§ 5º e 6º do art. 461 do Código de Processo Civil de 1973:

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da

<sup>53</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** legislação penal especial. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, vol. 4, 2019

<sup>54</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** legislação penal especial. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, vol. 4, 2019, p. 833



obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 5º Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial. § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Quanto as medidas protetivas de urgência à ofendida, poderá o juiz, se necessário, sem prejuízo de outras medidas: I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; IV - determinar a separação de corpos. V -determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga.<sup>55</sup>

Visando a proteção patrimonial dos bens do casal ou daqueles de propriedade particular da ofendida, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras: I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida; II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial; III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor; IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

É importante ressaltar que recentemente houve uma alteração na Lei Maria da Penha, quanto ao descumprimento das medidas protetivas de urgência. A Lei n. 13.641, de 3 de abril de 2018, passou a considerar crime o descumprimento de decisão judicial que defere as medidas protetivas de urgência, portanto caso o agressor

---

<sup>55</sup> BRASIL. **Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.** Brasília, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 24 set 2019



descumpra alguma das medidas protetivas de urgência impostas, responderá por esse crime. É importante ressaltar, que, quando o descumprimento for de responsabilidade do próprio agressor, poderá, inclusive, ser decretada a prisão preventiva. Antes da referida alteração havia jurisprudência no sentido de considerar atípica determinada conduta, gerando como consequência pelo descumprimento de medida protetiva de urgência a imposição de multa e a prisão preventiva do agressor:

[...] Não se caracterizou, contudo, o crime de desobediência, imputado ao réu por ter descumprido medidas protetivas. O crime de desobediência - subsidiário - somente se caracteriza quando o descumprimento da ordem emitida não é objeto de sanção administrativa ou civil, salvo se a lei ressalvar expressamente a aplicação cumulativa do art. 330 do CP. O art. 313, III, do CPP e o art. 20 da Lei n. 11.340/06 preveem a possibilidade de decretação de prisão preventiva do agressor se o crime envolver violência doméstica e familiar, como forma de garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Estabelece, ainda, a Lei n. 11.340/06 outras medidas para a hipótese de descumprimento das medidas protetivas, como o auxílio de força policial, a imposição de multa diária, busca e apreensão e remoção de pessoas e coisas (art.22, §§ 3º e 4º). Existentes sanções específicas para o descumprimento de medidas protetivas impostas no âmbito doméstico e familiar, afasta-se a caracterização do crime de desobediência.<sup>56</sup>

Pode-se afirmar que as medidas protetivas de urgência são medidas judiciais que agem como uma forma de intervenção do Estado nos casos em que a mulher se encontra em situação de violência doméstica e familiar, são concedidas pelo juiz, a

---

<sup>56</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. Acórdão 1125491, 20171010057390APR, Relator Des. Jair Soares, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 20/9/2018, publicado no DJe: 24/9/2018. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASEACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1125491>. Acesso em: 26 set. 2019



pedido da ofendida, por requerimento do Ministério Público ou, ainda, por representação da autoridade policial, devendo ser solicitada delegacia, no momento do registro do Boletim de Ocorrência. Portanto, consistem em um meio de proteção disposto na Lei Maria da Penha.<sup>57</sup>

Considerando a importância do referido instituto, desde a promulgação da Lei Maria da Penha, pouco se debateu acerca da natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. No entanto, é de suma importância definir a natureza jurídica de um instituto como esse, considerando ainda que há determinada divergência doutrinária quanto a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência, o que acaba por gerar decisões judiciais diversas. Visto isso, há de se afirmar que devido a essa divergência, restam indefinidas questões como a duração das medidas de proteção, a perda de eficácia pelo não ajuizamento de ação principal, o recurso cabível contra a decisão que aprecia sua aplicação, a competência para conhecimento do recurso e as consequências do descumprimento da ordem.<sup>58</sup>

## 2.1 Natureza Jurídica das Medidas Protetivas de Urgência

Quanto a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência, o entendimento majoritário defende que as medidas protetivas são tutelas de urgência autônomas, de natureza cível e de caráter satisfativo e devem permanecer enquanto forem necessárias para garantir a integridade física, psicológica, moral, sexual e patrimonial da vítima, portanto, estão desvinculadas de inquéritos policiais e de eventuais processos cíveis ou criminais. Elas possuem o intuito de proteger pessoas e não processos e se assemelham aos *writs* constitucionais, como o mandado de segurança e o habeas corpus. Nesse sentido, Pires:

---

<sup>57</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. **Violência contra a mulher**: medidas protetivas de urgência podem salvar vidas Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/setembro/medidas-protetivas-podem-salvar-vidas>. Acesso em 24 set. 2019

<sup>58</sup> BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm). Acesso em 24 set. 2019





As medidas protetivas têm natureza jurídica cível *sui generis* no sentido de constituírem ora ordens mandamentais satisfativas, ora inibitórias e reintegratórias (preventivas), ora antecipatórias, ora executivas, todas de proteção autônomas e independentes de outro processo, as quais visam proteger os bens jurídicos tutelados pela Lei Maria da Penha e não proteger eventual futuro ou simultâneo processo [...] cível ou penal. Assim, as medidas protetivas se distinguem das medidas cautelares previstas no CPP e no CPC e com elas não se confundem.<sup>59</sup>

Quanto ao entendimento dos tribunais, embora alguns venham entendendo as medidas protetivas como tutela cautelar preparatória, a depender da existência de um procedimento penal ou civil. Para o Superior Tribunal de Justiça, o entendimento é de que as tutelas de urgência da Lei Maria da Penha, são medidas de natureza cível, que devem permanecer desvinculadas de outros processos, por terem caráter satisfativo e visarem a proteção de pessoas e bens. Elenca-se, então, decisão de nosso tribunal onde há maior demanda acerca do tema, *in verbis*:<sup>60</sup>

PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. INDEFERIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE NATUREZA CÍVEL. RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. 1 AS MEDIDAS PROTETIVAS DE NATUREZA CÍVEL E O PROCESSO CRIMINAL SÃO ABSOLUTAMENTE INDEPENDENTES E DESAFIAM DESLINDE ESPECÍFICO, SENDO QUE O INDEFERIMENTO DAQUELAS DESAFIA RECURSO PRÓPRIO NA ESFERA CÍVEL, MAIS ESPECIFICAMENTE O DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, TORNANDO-SE INADMISSÍVEL O MANEJO DE APELAÇÃO CRIMINAL. AFASTA-SE A COMPETÊNCIA DA TURMA CRIMINAL EM FAVOR DA TURMA CÍVEL. 2 REMESSA DOS AUTOS

---

<sup>59</sup> PIRES, Amom Albernaz. A opção legislativa pela política criminal extrapenal e a natureza jurídica das medidas protetivas da Lei Maria da Penha. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília, v. 1, n. 5, p. 121-168, 2011, p. 161

<sup>60</sup> DINIZ, Anaílton. **Medidas protetivas de urgência**: natureza jurídica -reflexos procedimentais. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/n especiais/promulher/artigos/Medidas%20Protetivas%20de%20Urgencia%20-%20Natureza%20Jur%20C3%ADdica%20-%20Anailton%20Mendes%20de%20Sa%20Diniz.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019



À UMA DAS TURMAS CÍVEIS, COMPETENTE PARA  
CONHECER DA MATÉRIA QUESTIONADA<sup>61</sup>

Consoante o disposto acima, é possível observar que, caso a medida protetiva seja de caráter cível deverá ser analisada na esfera cível, sendo cabível recurso próprio na esfera cível, qual seja, o agravo de instrumento a ser processado e julgado por Turma Cível do Tribunal de Justiça competente, afastando-se, portanto, a competência da Turma Criminal.<sup>62</sup>

Quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça em decisão datada de 12 de fevereiro de 2014, confirmou o entendimento que as medidas protetivas de urgência são autônomas, possuem natureza cível, conforme texto abaixo:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL,

PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO. 1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor. 2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. "O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas" (DIAS. Maria Berenice. A Lei

<sup>61</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. APR: 5358920078070008 DF 0000535-89.2007.807.0008, Relator: George Lopes Leite, Data de Julgamento: 12/06/2008, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 09/07/2008, DJ-e Pág. 95

<sup>62</sup> OLIVEIRA. L., CAVALIERE, D. **Cabimento de recursos nos juizados de violência contra a mulher**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-09/opiniao-cabimento-recursos-juizados-violencia-domestica> Acesso em: 29 out. 2019



Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012). 3. Recurso especial não provido.<sup>63</sup>

Conforme o disposto acima, é possível afirmar que as medidas protetivas de urgência podem ser aplicadas de forma autônoma com o intuito de cessar ou acautelar a violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência de ação principal contra o suposto agressor, nessa hipótese as medidas de urgência terão natureza cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, visto que busca garantir a eficácia da tutela principal, resguardar os direitos fundamentais da vítima, cessando a continuidade da violência doméstica. Não são preparatórias de qualquer ação judicial, portanto, não visam proteger o processo, e sim a vítima.

## 2.2 Procedimento

Quanto a aplicação da medida cautelar, todavia, apenas o Poder Judiciário pode deferi-la, não cabendo ao delegado fazê-lo, contudo, em nome da celeridade, o artigo 18, Lei n. 11.340/2006<sup>64</sup>, estabelece ao Juiz que receba o expediente no prazo de 48 horas, e o artigo 19, Lei n. 11.340/2006, aponta que elas poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público. Quanto ao prazo, para duração da aplicação de medidas protetivas de urgência, contudo, na prática, se observa que os Juízes as decretam por 90 dias e, ao final deste prazo, decidem por renová-la ou não. De acordo com o artigo 20, Lei n. 11.340/2006, caberá, em qualquer fase do processo, a decretação de prisão preventiva do agressor, caso este descumpra MPU, considerando que o descumprimento de eventual medida protetiva de urgência, atualmente configura-se como tipo penal. De acordo com o artigo 21, Lei n.

---

<sup>63</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 11/02/2014, T4 - Quarta Turma.

<sup>64</sup> BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Brasília, 2019 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 24 set. 2019



11.340/2006, a ofendida deverá ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão.

Os artigos 22 a 24, Lei n. 11.340/2006<sup>65</sup>, trazem as medidas protetivas de urgência, que podem ser aplicadas em conjunto ou separadamente com as medidas protetivas do artigo 319, do CPP. Cumpre ressaltar que estas hipóteses são taxativas, considerando que no Direito Penal, não se podem criar novas medidas restritivas de liberdade além daquelas expressamente previstas em lei. As principais MPU'S estão previstas no art. 22, Lei n. 11.340/2006, são elas: I-Suspensão da posse ou restrição do porte de armas: trata-se de uma medida de natureza mais próxima do Direito Administrativo. Esta medida é tomada, em especial, quando o agressor é membro de forças armadas militares ou policiais, II- Afastamento do lar: trata-se de medida de natureza processual penal, que está entre as mais comumente decretadas, junto à proibição de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas; III- Proibição de determinadas condutas: trata-se de medida de natureza processual penal, que está entre as mais comumente decretadas, junto com o afastamento do lar. A proibição mais comum é a de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas; IV- Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores: trata-se de medida de natureza cível, que trata de restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores. Tendo em vista que se trata de direito do pai e do menor, e não da mulher, a doutrina e a jurisprudência concordam que esta MPU só deve ser aplicada quando também há agressão aos filhos; VI- Prestação de alimentos provisionais ou provisórios: trata-se, também, de medida de natureza eminentemente cível.

De acordo com o art. 16, da Lei n. 11.340/2006, quando a ação penal em questão se tratar de ação penal pública condicionada à representação, a retratação (que, nas regras do Código Penal, pode ocorrer por meio de petição, desde que antes

---

<sup>65</sup> BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Brasília, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 24 set. 2019



do recebimento da denúncia), só poderá ocorrer em uma audiência feita com essa finalidade específica, que é chamada de “audiência de ratificação”. Esta audiência também é chamada de “audiência de retratação”, mas há certas críticas doutrinárias a respeito desta segunda nomenclatura, pois afirma-se que ela pode induzir a vítima a se retratar, ao invés de confirmar (ratificar) a denúncia que ela já prestou.

É importante ressaltar que a Lei n. 9.099/95 é inaplicável aos crimes tutelados pela Lei n. 11.340/2006. Trata-se de previsão expressa do art. 41, Lei n. 11.340/06<sup>66</sup>, que não se pode utilizar a Lei n. 9.099/95 para crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. A ideia é de forçar a judicialização deste tipo de crime, por uma justificativa de política criminal, de modo a forçar os órgãos do Judiciário a estudarem e discutirem esse tema, maturando-o e publicizando-o frente à Sociedade para forçar a criação de políticas públicas nesse sentido. Antes, quando este tipo de crime era levado a julgamento em Juizado Especial, eram oferecidas transações penais e, por vezes, a pena era substituída por pagamento de cestas básicas, revelando um tratamento deste tipo de crime como algo mais próximo das relações privadas do que da relação com o interesse público. A ideia da Lei Maria da Penha, portanto, é mudar esta perspectiva, tornando a questão da violência contra a mulher uma questão de interesse público. Outra consequência importante da judicialização é o aumento do número de registros de violência, o qual, em um primeiro momento, inclusive, faz com que mais casos apareçam, em razão da chamada “cifra oculta”, que consiste nos casos ocorridos, mas não registrados oficialmente.

---

<sup>66</sup> BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Brasília, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 24 set. 2019



### 3 ANÁLISE DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO DO FEMINICÍDIO NO DISTRITO FEDERAL

O presente capítulo busca analisar as medidas protetivas de urgência como instrumento de contenção do feminicídio no distrito federal, com base nos dados de pesquisas realizadas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Dados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDFT), apontam que o número de pedidos de medidas protetivas em casos de violência doméstica cresceu no Distrito Federal.<sup>67</sup>

No ano de 2018 de janeiro a maio, houve 5.894 pedidos de medidas protetivas de urgência, enquanto no mesmo período do ano de 2019, foram feitos 6.409 pedidos; No ano de 2018 do total de 12.892 pedidos de medidas protetivas de urgência, 7.744 foram concedidos,

3.179 foram concedidos em parte e 1.969 foram negados. Enquanto em 2019, do período de janeiro até julho foram deferidas 4.264 medidas protetivas, esse número não inclui as 639 solicitações de medidas protetivas indeferidas, e os 981 pedidos que foram deferidos parcialmente.<sup>68</sup>

Quanto ao indeferimento das Medidas Protetivas de Urgência, de acordo com o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) um estudo preliminar realizado pelo promotor de Justiça Thiago Pierobom, da 2ª Promotoria de Justiça de Defesa da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Família de Brasília, mostra que no período de 1º de outubro de 2018 a 31 janeiro de 2019, 22% dos pedidos de medidas protetivas de urgência solicitados por mulheres vítimas de

---

<sup>67</sup> MARINHO, Bianca e YOSHIMINE, Rita. DF já teve 6,4 mil pedidos de medidas protetivas por violência doméstica em 2019. **G1 DF**. Globo.com. 07 jun. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/06/07/df-ja-teve-64-mil-pedidos-de-medidas-protetivas-por-violencia-domestica-em-2019.ghtml>. Acesso em 24 jan. 2020

<sup>68</sup> FERREIRA, Afonso. Lei Maria da Penha faz 13 anos; a cada dia, Justiça concede 20 medidas protetivas no DF. **G1 DF**. Globo.com 07 ago. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/08/07/lei-maria-da-penha-faz-13-anos-a-cada-dia-justica-concede-20-medidas-protetivas-no-df.ghtml>. Acesso em: 05 fev. 2020



violência doméstica no DF com base na Lei Maria da Penha, em tramitação no sistema PJ-e, foram negados pelo sistema de Justiça na decisão liminar. Essa pesquisa foi fundamentada com base na análise de uma amostra de 534 processos distribuídos aos 19 Juizados de violência doméstica de Brasília. Em uma das varas, as negativas alcançaram mais de 51% dos pedidos, mas em diversas varas há índice de 0% de indeferimento.<sup>69</sup>

Um estudo feito pela Câmara Técnica de Monitoramento de Homicídios e Femicídios da Secretaria de Segurança Pública do DF mostra que quase 80% das mulheres mortas pelos maridos ou companheiros não estavam sob medidas protetivas de urgência<sup>70</sup>

Visto isso, cabe ressaltar um caso que ocorreu no Distrito Federal em agosto de 2018. A empregada doméstica, Maria Regina Araújo, de 44 anos, foi morta a facadas por seu marido, a vítima havia pedido medida protetiva de urgência, porém esta havia sido negada dez dias antes dela ser morta. A juíza que negou a medida afirmou que os conflitos entre os dois eram devido ao “desgaste do convívio matrimonial” e, portanto, não haveria autorização para aplicação da Lei Maria da Penha e que o melhor a se fazer era uma ação de divórcio. É importante ressaltar que não era a primeira vez que Maria Regina denunciava seu marido, Eduardo Gonçalves de Souza, por violência doméstica. Mesmo assim, a vítima não conseguiu a medida protetiva, e sua vida foi tirada por mais de 20 facadas, pelo homem com quem convivia a 12 anos na frente da filha do casal, de 8 anos de idade.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> CORREIO BRAZILIENSE. **22% dos pedidos de proteção contra violência doméstica no DF são negados.** 28 nov. 2019. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2019/11/28/interna\\_cidadesdf,809988/22-dos-pedidos-protacao-contra-violencia-domestica-no-df-sao-negados.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2019/11/28/interna_cidadesdf,809988/22-dos-pedidos-protacao-contra-violencia-domestica-no-df-sao-negados.shtml). Acesso em: 23 jan. 2020

<sup>70</sup> SILVA JUNIOR, Hélio. Pesquisa mostra que vítima de feminicídio não haviam feito B.O. **Agência Brasília.** 25 mar. 19. Disponível em: <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2019/03/25/pesquisa-mostra-que-vitimas-de-femicidio-nao-haviam-feito-bo/>. Acesso em 24 jan. 2020

<sup>71</sup> MARQUES, Marília. Juíza negou medida protetiva para mulher morta a facadas pelo marido no DF. **G1 DF.** Globo.com. 27 ago. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2018/08/27/juiza-negou-medida-protetiva-para-mulher-morta-a-facadas-pelo-marido-no-df.ghtml>. Acesso em 23 jan. 2020



Quanto ao número de ocorrências do descumprimento das Medidas Protetivas de Urgência no Distrito Federal, de acordo com estudo realizado pela Secretaria de Segurança Pública, entre abril de 2018 a dezembro de 2019. De abril a dezembro de 2018 houve um total de 692 descumprimentos de medidas protetivas, o ranking das cinco regiões que mais ocorreram esses descumprimentos são: Ceilândia (92), Samambaia (61), Planaltina (58), Recanto das Emas (44) e Sobradinho (42).

Enquanto, nos meses de dezembro a janeiro do ano de 2019 do total de 1.173 casos de descumprimento de medidas protetivas de urgência, as cinco regiões administrativas em que mais tiveram descumprimentos de medidas protetivas foram: Ceilândia com 139 descumprimentos, Planaltina (114), Samambaia (105), Gama (67) e Santa Maria (62), como pode se observar houve um grande aumento no ano de 2019 do número de ocorrências do descumprimento de medidas protetivas.<sup>72</sup>

Recentemente, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou o COVID-19 sendo caracterizado como uma pandemia, com isso o Brasil, bem como outros países adotaram medidas de enfrentamento á essa pandemia, entre elas, a quarentena. No Distrito Federal, o decreto n. 40.539 de 19 de março de 2020 suspendeu o funcionamento de diversos locais e atividades, e muitas pessoas começaram a realizar home office, conseqüentemente, em virtude dessa quarentena as pessoas têm passado a maior parte do tempo em casa e com isso a violência doméstica acaba aumentando.

De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), as mulheres podem sofrer grandes impactos devido á essa quarentena, como a violência doméstica, considerando que muitas estão em quarentena em sua residência, sem poder sair com tanta frequência, isoladas, ao lado de seus agressores.

Dados do Tribunal de Justiça do DF e dos Territórios (TJDFT), mostram que foram decretadas em março, quando tiveram início as medidas de enfrentamento ao COVID-19,

---

<sup>72</sup> BRASILIA. Governo do Distrito Federal. Coordenação de Análise de Fenômenos de Segurança Pública/SSP- DF. **Crimes de violência doméstica.** Disponível em: [http://www.ssp.df.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/An%C3%A1lise-FSP-005\\_2020-Viol%C3%A2ncia-Dom%C3%A9stica-no-DF\\_2019.pdf](http://www.ssp.df.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/An%C3%A1lise-FSP-005_2020-Viol%C3%A2ncia-Dom%C3%A9stica-no-DF_2019.pdf). Acesso em: 23 jan. 2020





um número de 1.010 medidas protetivas em caráter de urgência. No mês anterior, este número foi de 887. O aumento é de 13,8% devido á quarentena. Algumas dessas vítimas com medidas protetivas de urgência recebem, ainda, o apoio do Policiamento de Prevenção Orientado à Violência Doméstica (Provid) da PMDF. Os policiais voluntários percorrem as cidades fazendo rondas nos arredores das casas de vítimas apontadas pela Justiça ou identificadas como vulneráveis pelo próprio patrulhamento.<sup>73</sup>

## CONCLUSÃO

Ante o exposto é possível observar que o crime de feminicídio, demorou muito para ter visibilidade e ser considerado como um crime grave e hediondo. Considerando que antigamente as mulheres já morriam pelo simples fato de ser mulher, no entanto, esse crime era acobertado por uma tese absolutória esdrúxula e inexistente no ordenamento jurídico, pois o argumento utilizado era que se tratava de um crime passionnal ou apenas legítima defesa da honra, mas há quem diga que quem ama jamais descerá ao banco dos réus. Sendo assim, foi necessário que muitas mulheres lutassem e fossem mortas para que esse crime tivesse a devida visibilidade.

O Brasil atualmente possui diretrizes para erradicar essa violência, e estudos com o intuito de entender o porquê essas mortes ocorrem. Na maioria dos casos, o agressor é sempre o cônjuge ou ex-companheiro da vítima, portanto esses crimes são cometidos em casa e sua motivação na maioria das vezes é ciúmes ou incapacidade de aceitar o término de um relacionamento. Cabe ressaltar que esse comportamento dos agressores, de acreditar que tem algum poder sob a mulher, é reflexo de uma sociedade machista e patriarcal. É importante ressaltar que a qualificadora do crime de feminicídio pode ser aplicada a transexuais, pois se identificam pertencentes ao

---

<sup>73</sup> PINHEIRO, Mirelle. Número de mulheres que pediram medida protetiva no DF sobe 13,8%. **Metrópoles**, Distrito Federal, 15 abr. 2020. Disponível em: <https://www.metrosoles.com/distrito-federal/seguranca-df/df- isoladas-mil-mulheres-pediram-medida-protetiva-em-marco>. Acesso em: 16 abr. 2020



sexo feminino e o crime de feminicídio se caracteriza pela discriminação ao gênero, ao sexo feminino pelo simples fato de ser mulher.

Quanto a incidência do crime de feminicídio, dados apontam que esse número só cresce com o passar dos anos e o Distrito Federal possui um índice que merece a devida atenção, quanto ao número de crimes de feminicídio e violência doméstica e familiar. A Lei n. 11.340 de 2006, prevê um modo de proteção a essas vítimas, a chamada medida protetiva de urgência, que visa a proteção da ofendida e proibição do agressor de certas condutas. Essas medidas são eficazes de certo modo para coibir o agressor, porém é necessário que se adote outras medidas para romper o chamado “ciclo da violência”, pois na verdade o feminicídio faz parte de um outro ciclo, o ciclo da violência, conceito criado pela psicóloga Lenore Walker, segundo ela , inicialmente começam as agressões, a humilhação e a vítima pode até solicitar a medida protetiva de urgência, mas o final desse ciclo pode ser a morte da mulher, o feminicídio, e a não superação do ciclo de violência.

Atualmente não se tem um controle dessas medidas, pois o número de medidas protetivas no Distrito Federal só aumenta com o passar do tempo e um dado mais alarmante seria o número de ocorrências de descumprimento de medidas protetivas no Distrito Federal, justamente pela falta de controle, outro fato seria que a ofendida pede a medida protetiva de urgência, mas o juiz pode indeferir ou deferir essa medida, ou até conceder em parte, no prazo de até 48 horas, um prazo relativamente longo para quem está sofrendo violência doméstica e familiar. Muitas vezes o deferimento de uma medida pode salvar a vida de uma vítima e indeferimento, pode causar a morte dessa vítima. Portanto, ainda são necessárias outras medidas para que se diminua a incidência do feminicídio no Brasil e especialmente no Distrito Federal.

Recentemente o Brasil, por determinação da OMS, assim como outros países foi colocado em quarentena, devido a pandemia do COVID-19. Com essa situação de quarentena, as pessoas têm passado mais tempo em casa ou praticamente o tempo



todo em casa, o que acaba gerando uma certa tensão e aumento de violência doméstica, visto que as mulheres têm passado muito mais tempo com os seus parceiros ou agressores. Dados do TJDFT mostram que foram decretadas em março, quando tiveram início as medidas de enfrentamento ao COVID-19, um número de 1.010 medidas protetivas em caráter de urgência, ocorrendo um aumento de 13,8% devido á quarentena.

Ante o exposto, é possível observar que parte da violência doméstica e familiar contra a mulher ocorre devido a cultura machista e patriarcal do Brasil, pois há muito tempo as mulheres morrem pelo simples fato de serem mulheres. Quanto as medidas protetivas de urgência, evidentemente, por ser um instituto novo é necessário que outras medidas sejam adotadas em conjunto para que se encerre esse ciclo de violência e posteriormente de feminicídio, pois aparentemente o deferimento dessas medidas contém parte da ocorrência dos feminicídios, mas não todos, enquanto que o seu indeferimento pode causar um feminicídio, e ainda sim, há muitos casos de descumprimento de medidas protetivas de urgência no Distrito Federal.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. **O que é, como enfrentar e como sair do ciclo da violência.** Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/destaques/o-que-e-como-enfrentar-e-como-sair-do-ciclo-daviolencia/>. Acesso em: 21 set. 2019.

ALVES, Schirlei. **Feminicídio não é crime passional.** Edição: Beatriz Carrasco. Agência Patrícia Galvão. Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/destaques/feminicidio- nao-e-crime-passional/>. Acesso em: 31 ago. 2019.

BITENCOURT, César. **Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt-feminicidio- aplicado-transexual>. Acesso em: 28 set. 2019.

BITENCOURT. Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual. **Conjur**, 15 novembro 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt- feminicidio- aplicado-transexual>. Acesso em: 24 set. 2019.



BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Kühner. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Pena maior para crime de feminicídio foi aprovada em 2018 pela Câmara**. Brasília, jan. 2019 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/550226-pena-maior-para-crime-de-feminicidio-foi-aprovada-em-2018-pela-camara/>. Acesso em: 31 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Brasília, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 24 set. 2019.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em 24 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 11/02/2014, T4 - Quarta Turma.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ministro repudia tese de legítima defesa da honra em caso de feminicídio**. Brasília, 12 nov. 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias/Ministro-repudia-tese-de-legitima-defesa-da-honra-em-caso-de-feminicidio.aspx>. Acesso em: 31 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. Acórdão 1125491, 20171010057390APR, Relator Des. Jair Soares, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 20/9/2018, publicado no DJe: 24/9/2018. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServico=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASEACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1125491>. Acesso em: 26 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. **Violência contra a mulher: medidas protetivas de urgência podem salvar vidas** Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/setembro/medidas-protetivas-podem-salvar-vidas>. Acesso em 24 set. 2019.



BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. APR: 5358920078070008 DF 0000535-89.2007.807.0008, Relator: George Lopes Leite, Data de Julgamento: 12/06/2008, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 09/07/2008, DJ-e Pág. 95.

BRASILIA. Governo do Distrito Federal. Coordenação de Análise de Fenômenos de Segurança Pública/SSP-DF. **Crimes de violência doméstica**. Disponível em: [http://www.ssp.df.gov.br/wp-conteudo/uploads/2017/11/An%C3%A1lise-FSP-005\\_2020-Viol%C3%Aancia-Dom%C3%A9stica-no-DF\\_2019.pdf](http://www.ssp.df.gov.br/wp-conteudo/uploads/2017/11/An%C3%A1lise-FSP-005_2020-Viol%C3%Aancia-Dom%C3%A9stica-no-DF_2019.pdf). Acesso em: 23 jan. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: legislação penal especial. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, vol. 4, 2019.

CHIAROTTI, S. **Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do femicídio/feminicídio**. Lima: CLADEM. 2011.

COOAFESP/SGI. **Relatório de Análise de Fenômenos de Segurança Pública nº. 001/20** – Crimes de feminicídio tentado e consumado no distrito federal – acompanhamento desde a edição da lei de feminicídio(março/2015) e especialmente o comparativo do ano de 2018 com o mesmo período do ano anterior. Secretaria de Estado da Segurança Pública, 11 jan. 2019. Disponível em: [http://www.ssp.df.gov.br/wp-conteudo/uploads/2017/11/An%C3%A1lise-FSP-001\\_2019-Femicid%C3%ADio-no-DF\\_2017\\_18.pdf](http://www.ssp.df.gov.br/wp-conteudo/uploads/2017/11/An%C3%A1lise-FSP-001_2019-Femicid%C3%ADio-no-DF_2017_18.pdf). Acesso em: 31 set. 2019.

COPELLO, P. L. Apuntes sobre el feminicídio. **Revista de Derecho Penal y Criminología** 3. Época, n. 8 (julio de 2012), p. 119-143. Disponível em: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2012-8-5030&dsID=Documento.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

CORREIO BRAZILIENSE. **22% dos pedidos de proteção contra violência doméstica no DF são negados**. 28 nov. 2019. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2019/11/28/interna\\_cidad\\_esdf,809\\_988/22-dos-pedidos-protecao-contra-violencia-domestica-no-df-sao-negados.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2019/11/28/interna_cidad_esdf,809_988/22-dos-pedidos-protecao-contra-violencia-domestica-no-df-sao-negados.shtml). Acesso em: 23 jan. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CUPIS, Adriano de *apud* MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **Direito à honra**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/direito-a-honra-andrea-neves-gonzaga-marques>. Acesso em: 31 ago. 2019.



DINIZ, Anailton. **Medidas protetivas de urgência:** natureza jurídica - reflexos procedimentais. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/nespeciais/promulher/artigos/Medidas%20Protetivas%20de%20Urgencia%20-%20Natureza%20Jur%C3%ADica%20-%20Anailton%20Mendes%20de%20Sa%20Diniz.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

ELUF, Luiza Nagib **A paixão no banco dos réus:** casos passionais célebres: de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Disponível em: [https://books.google.com.br/books/about/A\\_paix%C3%A3o\\_no\\_banco\\_dos\\_r%C3%A9us.html?id=hD9nDwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp\\_read\\_button&redir\\_esc=y#v=onopage&q&f=false](https://books.google.com.br/books/about/A_paix%C3%A3o_no_banco_dos_r%C3%A9us.html?id=hD9nDwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onopage&q&f=false). Acesso em 31 ago. 2019, p. 222.

EUFRÁSIO, Jéssica. **DF é a quinta unidade da federação com maior taxa de feminicídios.** Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2019/10/27/interna\\_cidade/801249/df-e-a-quinta-unidade-da-federacao-com-maior-taxa-de-femicidios.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2019/10/27/interna_cidade/801249/df-e-a-quinta-unidade-da-federacao-com-maior-taxa-de-femicidios.shtml). Acesso em: 31 set. 2019.

FERREIRA, Afonso. Lei Maria da Penha faz 13 anos; a cada dia, Justiça concede 20 medidas protetivas no DF. **G1 DF.** Globo.com 07 ago. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/08/07/lei-maria-da-penha-faz-13-anos-a-cada-dia-justica-concede-20-medidas-protetivas-no-df.ghtml>. Acesso em: 05 fev. 2020.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal – parte especial (arts. 121 a 160, CP).** p. 129-130 *apud* QUEIROZ, Paulo. Honra objetiva e subjetiva? (2012). Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/honra-objetiva-e-subjetiva/>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da Violência,** Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília, 2019.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Ciclo da violência.** Disponível em: <http://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/ciclo-da-violencia.html>. Acesso em 21 set. 2019.

JESUS, G. J. **Orientações sobre identidade de gênero:** conceito e termos. 2. ed. Brasília, 2012.

LYRA, Roberto *apud* SILVA, Paulo. **Teoria do crime - diferença entre emoção e paixão.** Disponível em: <https://phwos.jusbrasil.com.br/artigos/568689366/teoria-do-crime-diferenca-entre-emocao-e-paixao>. Acesso em: 31 ago. 2019.



MARINHO, Bianca e YOSHIMINE, Rita. DF já teve 6,4 mil pedidos de medidas protetivas por violência doméstica em 2019. **G1 DF**. Globo.com. 07 jun. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/06/07/df-ja-teve-64-mil-pedidos-de-medidas-protetivas-por-violencia-domestica-em-2019.ghtml>. Acesso em 24 jan. 2020.

MARQUES, Andréa. **Direito à honra**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/direito-a-honra-andrea-neves-gonzaga-marques>. Acesso em: 31 ago. 2019.

MARQUES, Marília. Juíza negou medida protetiva para mulher morta a facadas pelo marido no DF. **G1 DF**. Globo.com. 27 ago. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2018/08/27/juiza-negou-medida-protetiva-para-mulher-morta-a-facadas-pelo-marido-no-df.ghtml>. Acesso em 23 jan. 2020.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Íntegra do discurso da ministra Eleonora Menicucci na cerimônia de sanção da lei do feminicídio**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/noticias-spm/noticias/integra-do-discurso-da-ministra-eleonora-menicucci-na-cerimonia-de-sancao-da-lei-do-femicidio>. Acesso em: 12 jan. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. **Diretrizes para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres**, Secretária Especial de Políticas para as Mulheres, p. 20-23. Brasília, publicado em 07 abr. 2016. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/diretrizes\\_femicidio\\_FINAL.p df](http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio_FINAL.p df). Acesso em: 31 Ago. 2019.

NASCIMENTO, Franciele Borges. FÁVERO, Lucas Henrique. Aplicabilidade da qualificadora do feminicídio ao transsexual. **5º Simpósio de Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais**. 21 a 23 de jun. 2017.

NASCIMENTO, H. **Entenda o que é violência simbólica**. Jan 2018. Uninassau. Disponível em: <https://www.uninassau.edu.br/noticias/entenda-o-que-e-violencia-simbolica>. Acesso em: 29 set. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, L., CAVALIERE, D. **Cabimento de recursos nos juizados de violência contra a mulher**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago->



09/opinia-o-cabimento- recursos-juizados-violencia-domestica Acesso em: 29 out. 2019.

PINHEIRO, Mirelle. Número de mulheres que pediram medida protetiva no DF sobe 13,8%. **Metrópoles**, Distrito Federal, 15 abr. 2020. Disponível em: <https://www.metropoles.com/distrito-federal/seguranca-df/df-isoladas-mil-mulheres-pediram-medida-protetiva-em-marco>. Acesso em: 16 abr. 2020.

PIRES, Amom Albernaz. A opção legislativa pela política criminal extrapenal e a natureza jurídica das medidas protetivas da Lei Maria da Penha. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília, v. 1, n. 5, p. 121-168, 2011.

PONCE, M.G.R. **Mesa de trabalhos sobre femicídio/feminicídio**. In: CHIAROTTI, S.(Ed.). Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do femicídio/feminicídio. Lima: CLADEM, 2011.

SENASP, 2014, p. 53 *apud* NAÇÕES UNIDAS. **Diretrizes para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres**. Secretária Especial de Políticas para as Mulheres, c. 3. Brasília, publicado em 07 abr. 2016. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/diretrizes\\_feminicidio\\_FINAL.p df](http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio_FINAL.p df). Acesso em: 24 ago 2019.

SILVA JUNIOR, Hédio. Pesquisa mostra que vítima de feminicídio não haviam feito B.O. **Agência Brasília**. 25 mar. 19. Disponível em: <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2019/03/25/pesquisa-mostra-que-vitimas-de-feminicidio-nao-haviam-feito-bo/>. Acesso em 24 jan. 2020.

SILVA, Evandro Lins e *apud* ELUF, Luiza Nagib **A paixão no banco dos réus : casos passionais célebres: de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Disponível em: [https://books.google.com.br/books/about/A\\_paix%C3%A3o\\_no\\_banco\\_dos\\_r%C3%A9us.html?id=hD9nDwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp\\_read\\_button&redir\\_esc=y#v=on epage&q&f=false](https://books.google.com.br/books/about/A_paix%C3%A3o_no_banco_dos_r%C3%A9us.html?id=hD9nDwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=on epage&q&f=false). Acesso em 31 ago. 2019.

SILVA, Paulo. **Teoria do crime - diferença entre emoção e paixão**. Disponível em: <https://phwos.jusbrasil.com.br/artigos/568689366/teoria-do-crime-diferenca-entre-emocao-e- paixao>. Acesso em: 31 ago. 2019.





# A AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL: UMA ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELO ART. 1º DA LEI Nº 13.718/2018 SOB A ÓPTICA DO PARADIGMA VITIMOLÓGICO CONTEMPORÂNEO

Thales Sousa da Silva

## RESUMO

Atualmente, o fortalecimento das relações internacionais engendrou, no âmbito global, a preocupação para com as vítimas da criminalidade. Todavia, o tratamento vitimal é cindido em três contextos históricos, marcados, respectivamente, pela vingança privada, neutralização e redescobrimto das vítimas. O derradeiro subdivide-se no redescobrimto propriamente dito (1945-1985) e no paradigma vitimológico contemporâneo (1985-atual), cuja ocupação é a garantia da dignidade humana, representada pelos vetores da autodeterminação e da proteção, em favor dos ofendidos. O reconhecimento das vítimas, nesse paradigma, aprofundou o estudo dos graus de dano ou vitimização, primário, secundário e terciário, comumente, presentes na delinquência sexual. Com o advento da Lei nº 13.718/2018, todavia, foi modificado o tratamento conferido aos crimes contra a liberdade sexual, que passaram a desafiar ação penal pública de natureza incondicionada. O trabalho objetivou investigar e discutir se a reforma legislativa em questão realiza a dignidade humana em favor das vítimas, ao se considerar os três possíveis graus de dano a que se submetem a partir do conflito penal. Nesse contexto, socorreu-se à abordagem de aspectos gerais acerca da vitimologia da delinquência sexual; das posições contrária e favorável à alteração, debatendo-as; e das soluções oferecidas pelo Direito comparado nos Estados da Espanha, Portugal e Argentina.



**Palavras-Chave:** Dignidade Humana. Nova Vitimologia. Crimes Contra a Liberdade Sexual. Ação Penal Pública Incondicionada. Graus de Vitimização. Autodeterminação. Proteção.

## INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da ciência criminológica principiou-se da necessidade, reconhecida e ventilada por juristas e sociólogos, de validar o exercício da persecução penal e, mais precisamente, a prerrogativa de punir.

A tentativa de legitimar a retribuição ao crime, com o vergaste do delinquente e a restauração da ruptura jurídico-social provocada, transmutou-se no estudo acurado do crime, do criminoso, da vítima e dos meios de controle social.

Em apressado giro histórico, as construções criminológicas primevas, posto que lastreadas em bases empíricas, guiavam-se por aspectos metacientíficos. A Demonologia *e.g.* firmou direta associação entre a prática do delito e a maldade, obrada no espírito humano por seres demoníacos (VIANA, 2019, p. 27).

Por seu turno, os frenologistas e fisionomistas empreendiam imputar à compleição física do infrator a origem de seus malfeitos, como se estivesse predestinado a praticá-los (VIANA, 2019, p. 31).

De outro lado, os criminólogos clássicos, em linhas gerais, entenderam a prática delitiva como o rompimento de um pacto jurídico-social e do dever ético, após análise, por parte do desviante, das circunstâncias e consequências de sua ação. Deixou-se, assim, de perseguir a etiologia do crime e/ou de debruçar-se sobre a análise de seus fatores circundantes (MOLINA, 1998, p. 161).

Posteriormente, tem-se, com a Escola Positivista Italiana, o marco inaugural da fase científica da disciplina criminológica. Dentre os mais expoentes, ressaltam-se Césare Lombroso (1835-1909), Enrico Ferri (1856-1929) e Raffaele Garofalo (1851-1934) (MOLINA, 1998, p. 175). Seus estudos consistiram na aplicação dos preceitos positivistas à diagnose do fenômeno delitivo, focalizado o criminoso.



Sem o exame das particularidades que diferenciam as vertentes dessa escola, é cabível registrar sua maior contribuição: ter lançado a pesquisa etiológica do crime com bases empíricas, alceando na ciência a estruturação de máximas universais, quando cotejados os sistemas antropológico, sociológico e biopsicológico.

Destacam-se, nesse contexto, as construções de Raffaele Garofalo, que, diversamente do que se já havia produzido, compreendeu o delito para além do delinquente, como uma agressão aos valores fundamentais (Delito Natural). Por entender o delito não somente como a quebra do pacto jurídico-social, mas, de fato, como a violação de um sentimento, Garofalo assinou a importância da compensação das vítimas da criminalidade pelas consequências dela advindas (VIANA, 2018, p. 75). Viu-se uma incipiente preocupação com a posição do ofendido na interação processual penal.

Emergiram, no que se sucede, diversas escolas e teorias do pensamento criminológico, dentre as quais se sobressaem a escola ecológica, as teorias estrutural-funcionalistas, as teorias subculturais, as teorias da aprendizagem social, as teorias da reação social e a criminologia crítica, além de suas ramificações (VIANA, 2018, p. 87). Foge, contudo, ao propósito deste exórdio aprofundá-las.

Salientamos que as produções criminológicas mais atuais enveredam pela macrocriminologia<sup>1</sup>, uma vez que suas linhas de alcance transpassam a observação do criminoso para analisar a relação entre delito, delinquente, vítima e controle social. (PENTEADO FILHO, 2018, p. 31).

Contudo, não obstante se reconheça de longa data nos assentos da academia a importância de adotar abordagens macrocriminológicas para a ideal diagnose do fenômeno delitivo, a dogmática penal, material e instrumental, do século XX centrou-se, maiormente, no combate ao crime e ao criminoso, reservando ao segundo plano o ofendido e os meios de controle social.

---

<sup>1</sup> Segundo Eduardo Viana (2018), as teorias microcriminológicas são aquelas que estudam a etiologia do crime com enfoque em apenas um ou alguns de seus fatores; por sua vez, as teorias macrocriminológicas abordam o delito a partir da interação dos fatores criminógenos



Hodiernamente, é importante perceber a consolidação paulatina do modelo novato, que se convencionou chamar de “redescobrimto da vítima”, pois ela volta a ser tratada como sujeito de direitos na relação processual, e, por princípio de causalidade<sup>2</sup>, as penas aflitivas são substituídas por modos alternativos de pacificação da sociedade.

Nesse sentido, a vitimologia ganhou azo, máxime a partir da segunda metade do século XX, período posterior à segunda grande guerra, diante da vitimização e dos danos sociais decorrentes do holocausto, bem como das violações perpetradas pelas potências em conflito. De um lado, preocupou-se, propriamente, com a sua proteção contra fenômenos de vitimização, fosse num grau primário, secundário ou terciário; de outro lado, passou-se a analisar a medida de contribuição do comportamento da vítima para a eclosão do delito, o que se compreende no contexto da vitimodogmática como parêntese penal<sup>3</sup>.

Na década de 80, o tema robusteceu-se com a publicação da Resolução nº 40/34, de 29 de novembro de 1985, na Assembleia da Organização das Nações Unidas, priorizando os direitos das vítimas da criminalidade e do abuso de poder, antes muito pouco consideradas (FERNANDES, 2014, p. 391)

Nas últimas décadas, a vitimologia nos delitos sexuais tem sido explorada especialmente pelo trabalho das autoras Vera Regina Pereira de Andrade<sup>4</sup>, Soraia da Rosa Mendes<sup>5</sup> e Elena Laurrari Pijóan<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> No trato dos crimes menos graves em que a lesão sofrida afeta quase estritamente a esfera particular dos ofendidos, protagonizar a vítima é permitir que o conflito seja solucionado de formas alternativas às penas corporais, buscando-se, em primeiro plano, a reparação dos danos sofridos e a restauração do anterior estado de coisas

<sup>3</sup> A vitimodogmática estuda a importância do comportamento da vítima na produção do resultado lesivo aos seus bens jurídicos. Nesse campo, a etiologia do crime é investigada pelo aspecto da vítima e do criminoso; a essa dinâmica autor-vítima deu-se o nome de dupla penal

<sup>4</sup> Pós-Doutora em Criminologia e Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires e pela Universidade Federal do Paraná. Autora de vasta obra na seara criminológica, com enfoque na criminologia feminista, destacando-se o artigo “A Soberania Patriarcal: o Sistema de Justiça Criminal no Tratamento da Violência Sexual Contra a Mulher

<sup>5</sup> Pós-Doutora em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e coautora do artigo: “E Quando a Vítima é a Mulher? Uma Análise Crítica do Discurso das Principais



O principal objetivo deste trabalho será apresentar o paradigma vitimológico contemporâneo à luz da Constituição e das contribuições da disciplina vitimológica, que, ao reconhecer e aplicar o protagonismo do ofendido no processo penal, consagrou-lhe a dignidade humana; bem como investigar se as alterações promovidas sobre a natureza da ação penal no universo dos crimes contra a liberdade sexual são adequadas.

Deve-se ressaltar que os crimes contra a dignidade sexual estão marcados pela intrínseca necessidade de consideração da vítima — por seu trauma e os anseios que dele decorrem — seja porque o seu relato constitui primacial elemento de prova.

Mais que isso, a própria configuração da espécie delitiva vindica a apreciação de elementos subjetivos não somente atribuídos ao autor (dolo), como também ao ofendido (ausência de consentimento), como expressão de sua autodeterminação sexual.

Já os objetivos específicos do presente trabalho são os seguintes: a) verificar se a Ação Penal Pública Incondicionada nos crimes contra a liberdade sexual atende às demandas das vítimas quando observadas pela lente do paradigma vitimológico contemporâneo; b) evitar que a abordagem deste tópico seja vinculada a um viés ideológico restrito<sup>7</sup>.

Se de um lado o estudo é amplamente justificado por sua imprescindibilidade conceitual; de outro, igualmente, impõe-se diante do quadro fático no qual a sociedade se encontra. De acordo com o Instituto Fiocruz, 16 milhões de brasileiras

---

Obras de Direito Penal e a Violência Simbólica no Tratamento das Mulheres Vítimas de Crimes Contra a Dignidade Social”, publicado pela Revista Brasileira de Ciências Criminais

<sup>6</sup> Doutora em Direito pela Universidade Autônoma de Barcelona e autora de vasta obra em criminologia e direito penal, com ênfase nos estudos de gênero

<sup>7</sup> Diante da proposta deste trabalho, que não permite, neste momento, um estudo mais aprofundado, a investigação não se deterá no estudo das criminologias feministas, não obstante se reconheça sua importância no desenvolvimento da vitimologia dos crimes sexuais, v. BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e Feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 19. A pesquisa terá por base o tratamento constitucional do tema, os aportes históricos e as alterações legislativas promovidas a partir da inteligência da Constituição Federal pós-redemocratização



acima de 16 anos foram sexualmente vitimadas em algum período de suas vidas (BRASIL, 2019, p. 6).

É consabido, ademais, que a violência sexual não se exaure com a consumação do delito, já que o ofendido é afligido por fenômenos psicossociais e institucionais de sobrevivitização, os quais serão abordados de forma detida ao longo deste trabalho.

Revela-se necessária a atualização de um aporte científico para respaldar efetivas medidas de política criminal, o que perpassa, invariavelmente, a consideração da vítima como sujeito de direitos.

A investigação não se encerrará filiada a um ou outro panorama criminológico. É dizer, muito mais se dedica ao estudo do princípio constitucional humanitário aplicado às vítimas da criminalidade sexual.

Nesta monografia não será utilizada a sistematização vitimodogmática, tampouco as tipologias da vítima apresentadas por autores como Mendelsohn, Henting, Jiménez de Asúa, Fattah e Neuman<sup>8</sup>, uma vez que, embora não neguemos suas contribuições para o estudo do fenômeno-crime, tais abordagens fogem a este problema de pesquisa. Além disso, entendemos que seu uso na esfera dos delitos sexuais, como cuidaremos de relatar, deve ser aplicado com cautela, sob o risco de imputar aos ofendidos a culpa por sua vitimação.

Compete-nos antecipar que reconhecemos neste trabalho como marcas distintas do emergente paradigma: a) a dignidade humana por matriz da tutela criminal b) o protagonismo da vítima no processo penal.

Este estudo será dividido em três capítulos, cada qual com suas respectivas subdivisões.

---

<sup>8</sup> v. MANZANERA, Luiz Rodrigues. **Victimologia: Estudio de La Víctima**. 7. ed. Cidade do México: Porrúa, 2002



No primeiro capítulo, trataremos da dignidade humana e a forma como ela molda a disciplina criminal. Aludiremos, também, aos dois vetores do princípio humanitário, liberdade (autodeterminação) e igualdade (proteção).

No segundo capítulo, apresentaremos o paradigma vitimológico contemporâneo, a partir dos registros históricos do tratamento vitimal. Dividi-los-emos em três períodos, a idade de ouro, a fase de neutralidade e o redescobrimto da vítima. Quanto ao último, separá-lo-emos em outras duas bases, o redescobrimto da vítima propriamente dito, marcado pelo recorte vitimodogmático; e o paradigma vitimológico contemporâneo, distinto pela busca de realização do princípio humanitário em favor dos ofendidos. Explicitaremos a relação entre a dignidade humana e o redescobrimto da vítima. Apresentaremos, ao final, os graus de dano ou vitimização (primário, secundário e terciário), estudados a partir da fase do redescobrimto.

No último capítulo, abordaremos aspectos gerais acerca das vítimas da delinquência sexual, debatendo a possibilidade de aplicação de conceitos vitimodogmáticos nessa seara delitiva. Trataremos das espécies de ação penal pública para averiguar quais delas possibilitam maior efetivação da dignidade do vitimado. Exploraremos os modelos adotados pelos Estados da Espanha, Portugal e Argentina. Apresentaremos, ainda, a alteração promovida pelo art. 1º da Lei 13.718/2018, que designou a ação penal pública incondicionada ao processamento dos crimes contra a liberdade sexual, bem como o debate que se arvora sobre a respectiva alteração, expondo os argumentos contrários e favoráveis. Por fim, procederemos à análise crítica do tema, transitando entre os argumentos contrários e favoráveis à mencionada alteração.

## **1 O PRINCÍPIO SUPRACONSTITUCIONAL HUMANITÁRIO E SUA APLICAÇÃO NA DISCIPLINA CRIMINAL**

Carmem Lúcia Antunes Rocha (2004, p. 13), ao abordar a dignidade humana, concluiu: “gente é tudo igual, mesmo tendo cada um a sua diferença. Gente não



muda. Muda o invólucro, o miolo é igual. Gente quer ser feliz, tem medos, esperanças e esperas.”

Temos como pressuposto que a tutela fundamental, manifestada, sobretudo, por meio dos princípios que integram o bloco de constitucionalidade, gerencia efeitos irradiantes no ordenamento jurídico.

No que diz respeito ao processo, já não cabe entendê-lo desgarrado da Constituição, uma vez que se afigura instrumento para a garantia nos trâmites burocráticos manejados pelo Estado do respeito às tutelas fundacionais, que, em primeira e última análise, são remetidas ao ser humano. Podemos, assim, afirmar que a disciplina processual é responsável pela travessia do devido processo constitucional ao devido processo infraconstitucional, e assegura a dicção de um Direito ancorado na vontade constituinte. É dizer: o processo é a ponte que permite encaminhar-se, a partir da Constituição, à entrega de um Direito justo, cujo tabuleiro é firmado no devido processo legal.

Por projetar uma maior contração da liberdade, a obediência a esse cabedal de premissas no processo penal é indeclinável. Vislumbrar-se-á que o devido processo se alçou como paradigma na seara criminalista e, antes de tudo, redundando na obediência ao princípio humanitário (dignidade da pessoa humana) no exercício da perseguição do crime.

De início, não há perder de vista que, “antes mesmo de ser norma jurídica (princípio e regra), a dignidade é, acima de tudo, o valor distintivo e insubstituível atribuído ao ser humano (e nele reconhecido) que o torna merecedor ou, pelo menos, titular de uma pretensão de **respeito e proteção**” (SARLET, 2015, p. 166-167, grifo nosso). Assim, o indivíduo é respeitado quando pode exercer sua personalidade e protegido quando o Estado lhe assegura o exercício de suas liberdades públicas.

Convém pontuar que o princípio em comento pode ser entendido como *tópos* da argumentação jurídica:





[...] a dignidade humana pode ser considerada como tópos por dispor das quatro características de um tópos geral elencadas por L. BORNSCHEUER, quais sejam: habitualidade (Habitualität), potencialidade (Potentialität), intencionalidade (Intentionalität) e simbolicidade (Symbolizität) 66. Por certo, a dignidade humana desempenha um papel relevante na estruturação da sociedade ocidental desde a era cristã. Entretanto, principalmente depois do sucesso da codificação deste valor em documentos e tratados internacionais de direitos humanos, estas quatro características indicadas por L. BORNSCHEUER tornam ainda mais manifesto o caráter tópico da dignidade humana (PINHO, 2016, p. 21).

A dignidade da pessoa humana está relacionada aos lemas Franco-Revolucionários liberdade, igualdade e fraternidade, tricotomia que na doutrina constitucional simboliza as dimensões ou gerações de direitos humanos. Partindo dessa perspectiva, a primazia do princípio humanitário é a atenção às liberdades individuais, à necessidade de igual tratamento entre os indivíduos (isonomia) e à divisão dos ônus e dos bônus da vida em sociedade (solidariedade), que é a baliza do Estado Democrático.

[...] Dada importância da dignidade, **como princípio basilar que fundamenta o Estado Democrático de Direito**, esta vem sendo reconhecida, de longa data, pelo ordenamento jurídico dos povos civilizados e democráticos, como um princípio jurídico fundamental, como valor unificador dos demais direitos fundamentais, inserido nas Constituições, como um princípio jurídico fundamental (SZANIAWSKI, 2005, p. 141-142, grifo nosso)

A incidência expressa do princípio em epígrafe no Brasil ocorreu no plano constitucional vide artigo. 1º, inciso III. (BRASIL, 1988)

A dignidade, por outro lado, é, bem mais que direito fundamental, um direito humano<sup>9</sup>, e ainda que não fosse formalmente consignada no texto da Constituição, seria aplicável:

É nesse plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos

---

<sup>9</sup> Para alguns autores, os direitos fundamentais são aqueles ratificados pela ordem jurídica doméstica, enquanto os direitos humanos são os que diretamente decorrem da qualidade humana de seus destinatários



fundamentais. Em plano diverso, já com o batismo da política, ela passa a integrar documentos internacionais e constitucionais, vindo a ser considerada um dos principais fundamentos dos Estados democráticos. (BARROSO, 2010, p. 10)

Numa postura pós-positivista, sufragou-se o seguinte saber: há normas incidentes nas disciplinas jurídicas que não foram escritas nos textos que as regem. No Direito Constitucional, é o que se nomeou bloco de constitucionalidade:

A definição do significado de bloco de constitucionalidade – independentemente da abrangência material que se lhe reconheça – reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política. (LIMA, 2004, p. 104)

Lembramos que a Constituição brasileira previu explicitamente, em seu art. 5º, §2º, o seguinte: “Os direitos expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (BRASIL, 1988)

Dessarte, a dignidade da pessoa humana arvorou-se, também, por decorrer do regime democrático, dos princípios adotados pela Constituição e dos tratados internacionais de que participa a República Federativa Brasileira.

Ainda, há uma terceira via de incidência do princípio humanitário, que é a possibilidade de exercício de controles de convencionalidade das leis e dos atos administrativos quando cotejados com os tratados internacionais sobre direitos humanos que não tenham passado pelo crivo previsto no art. 5º, §3º, da CF/88:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

O Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que os tratados sobre direitos humanos vigentes no Brasil, quando não tenham sido submetidos ao



rito das emendas constitucionais, têm valor supralegal na hierarquia normativa. Encerrou-se *v.g* que a prisão do depositário infiel, quando cotejada ao Pacto de San José da Costa Rica, ofendia o Estado de Direito, já que a previsão contida no art. 652 do Código Civil<sup>10</sup> conflita com a disposição do art. 7º, 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (BRASIL, 2008).

Conclui-se que a dignidade da pessoa humana é duplamente constitucional, porque: a) foi insculpida no texto da CF/88; b) insere-se no bloco de constitucionalidade, por força do art. 5º, §2º, da CF/88.

Corroborando essa percepção o fato de que, no direito pátrio, o princípio foi consignado cinco vezes no texto da CF/88, aos artigos. 1º, III; 226, §7º; 227, caput; e 230, caput). Na esfera infraconstitucional, o Código de Processo Civil estabelece que o juiz deve atender “aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a **dignidade da pessoa humana** [...]” (BRASIL, 2015, grifamos).

No campo internacional, o Brasil participa da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969); da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (1984); e da Declaração e Programa de Ação de Viena (1993) (ORI, 2017). Todos esses documentos preconizam o princípio da dignidade como origem da tutela humanitária. Nos termos do Programa de Ação de Viena, por exemplo, é o objeto central dos direitos humanos e das liberdades (ORI, 2017). De tudo, concluímos que: a) a dignidade humana é duplamente constitucional; b) o paradigma constitucional constrói-se sobre a dignidade da pessoa humana.

O paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito se caracteriza por ser um Estado de Direito em um contexto pós-positivista marcado por uma reentronização dos

---

<sup>10</sup> Art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos”. v. BRASIL, 2002.



valores jurídicos, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras [...] e pelo desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. (BARRETTO; MOTA, 2011, p. 20, grifamos).

Numa outra análise, o Estado Democrático de Direito tem como norte, entre outros, a legalidade (art. 37, caput), a solidariedade (art. 3º, I) e a dignidade. No que toca ao princípio humanitário, sua previsão é tão importante que vem consignado expressamente como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III). (BRASIL, 1988)

Referido princípio é de acatamento obrigatório no desempenho das funções públicas, maximamente para o exercício da atividade jurisdicional, que se ocupa das finais interpretação e aplicação do Direito. Não é só: ao legislador, igualmente, é defeso não o observar, haja vista que o princípio democrático somente se realiza quando o Poder Legislativo escolhe premissas concretas conducentes à efetivação dos direitos fundamentais. (ÁVILA, 2004, p. 382-383)

Na mesma agenda, a dignidade, como tutela bifundamental<sup>11</sup> que é, participa da construção do devido processo legal, donde se conclui que o processo justo é aquele que abrange, inevitavelmente, a exigência de instrumentos adequados à realização do direito material e, com efeito, do Direito Constitucional (MATOS, 2009).

O devido processo, portanto, é governado não somente pela legalidade, mas, principalmente, pelo princípio em comento, de modo a exigir do Estado o respeito às liberdades públicas e à dignidade humana. O ser humano, para todos os efeitos, é a *ratio essendi*<sup>12</sup> de um processo justo.

O devido processo legal, substancial e formal, remonta às intenções da *Magda Carta Libertatum* (REI JOÃO SEM TERRA, 1215) e aos institutos do

---

<sup>11</sup> Vimos que está gravada no texto constitucional e decorre, também, do regime de princípios adotado pela CF/88

<sup>12</sup> Razão de ser; essência



Direito Anglo-Saxão. Não por outra razão, é naquela origem que devemos buscar subsídios à adequada compreensão do tema. O Direito Estadunidense distingue o devido processo legal em *Procedural Due Process of Law*<sup>13</sup> e *Substantive due Process of Law*<sup>14</sup>. O último diz respeito à legitimidade do poder público para a contração de direitos, isso é, pergunta-se até que ponto pode o Estado restringir o indivíduo em sua dignidade e sob qual justificativa. Quanto ao primeiro, questiona qual o procedimento adequado nas situações em que o Estado já se encontra legitimado, pela Constituição, a invadir a esfera das liberdades públicas.

Tomamos por base o trabalho de Erwin Chemerinsky (1999, p. 1501):

[...] what is substantive due process, because, strangely enough, if you look through Supreme Court opinions you will never find a definition. Substantive due process asks the question of whether the government's deprivation of a person's life, liberty or property is justified by a sufficient purpose. Procedural due process, by contrast asks whether the government has followed the proper procedures when it takes away life, liberty or property. Substantive due process looks to whether there is a sufficient justification, a good enough reason for such a deprivation

O instituto do *substantive due process* é, ainda, instrumento de reconhecimento de tutelas constitucionais não expressamente previstas no texto da Constituição: “There are two main areas where courts use substantive due process. The first is in the protection of unenumerated constitutional rights” (CHEMERINSKY, 1999, p. 1509).

O devido processo legal formal reflete a necessidade de observação da Constituição nos trâmites burocráticos que conduz o Estado, especialmente nos processos judiciais, o que implica reconhecer a dignidade da pessoa humana como “agulha guia”, ou “viga mestra”, do Direito Processual.

No campo criminal, como dito, por força do art. 5º, incisos LIV e XXXIX, da Constituição Federal, a infusão a tais premissas é ainda maior, haja vista cuidar-se de

---

<sup>13</sup> Devido processo legal formal

<sup>14</sup> Devido processo legal material ou substancial



Direito de última razão, e, mais precisamente, por lidar com a privação da liberdade, incidindo sobre o corpo do sujeito que se supõe desviante (BRASIL, 1998).

Essa ideologia supraconstitucional serve como baliza para a produção e interpretação das normas penais e, embora não se tenha perfectibilizado, busca configurar, a partir da Declaração dos Direitos Humanos, o limite positivo do que a consciência jurídica universal pretende para as formas de controle social em todas as nações (ZAFFARONI, 2015, p. 68).

A virada humanitária do direito de punir tem origem na superação da perspectiva de um Estado Leviatã, ou personificado, que foi cara aos contratualistas; substituída pela noção de que as normas são criadas pelos indivíduos e para os indivíduos, os quais, eles sim, exercem a mútua convivência. Por conseguinte, de se entender que a punição não é um direito estatal, mas um dever de observância das vontades consentidas (BUSATO, 2018, p. 18). Em termos mais concretos, foi acolhida em um contexto de Estado Democrático no qual a legitimidade da norma incriminadora não pode ser atada aos interesses do legislador, desconsiderando-se a realidade empírica (TAVARES, 2018, p. 29). Nesse sentido, é também uma garantia da intervenção mínima do Estado e de uma semântica jurídica que não se esgota nos cânones normativos, embora busque por suas veredas cristalizar a justiça.

Luiz Regis Prado (2015, p. 112) pontua que a dignidade da pessoa humana é “a viga mestra fundamental e peculiar ao Estado de Direito”, bem como princípio de justiça criminal de validade *a priori*, quer dizer, que independe de qualquer positivação.

Para Guilherme de Souza Nucci (2018), a dignidade, ladeada ao devido processo penal, é princípio criminal regente, cometendo-lhe delimitar e dirigir os demais princípios penais e processuais penais. No seu entender, o princípio humanitário tem de ser analisado por dois prismas, um objetivo, que corporifica a garantia de um mínimo existencial; outro subjetivo, que materializa o sentimento de “**respeitabilidade e autoestima**” inerentes ao ser humano.



Doutra parte, mas no mesmo ideário, Aury Lopes Júnior (2018) identifica o princípio vertente como pressuposto básico do sistema acusatório, ao considerar que “o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor da dignidade”.

Previsão mais cabalista é a de Renato Marcão, para quem o “princípio fundamental deve nortear toda a edição, interpretação e aplicação das regras jurídicas”, de modo que qualquer espécie normativa, ou interpretação dada, “que esteja em rota de colisão com os valores alcançados pelo princípio da dignidade da pessoa humana não poderá surtir efeitos práticos, e deverá ser extirpada do cenário jurídico” (MARCÃO, 2017).

## 1.1 Os vetores da dignidade humana

Sabe-se que os direitos humanos, em sua primeira dimensão, vindicam ao poder público que adote um estado ou postura negativa (*status libertatis*) na lida com os indivíduos. Quer dizer, por meio da Constituição, o Estado deve furtar-se de invadir a esfera de liberdades individuais ou liberdades públicas (MENDES, 2018). Dali adviria uma primeira importante lição: o devido processo legal é aquele em que se respeita a liberdade.

Num segundo momento, a tutela humanitária lança vistas aos direitos sociais, exigindo do poder público que assuma um estado ou postura positiva (*status activus civitatis*) na lida com os particulares. Por meio da Constituição, o Estado deve estabelecer condições para a igual repartição dos espaços de liberdade, ou melhor, para sagrar entre os indivíduos a isonomia (MENDES, 2018). Dali adviria uma segunda importante lição: o devido processo legal é aquele que oferece igualdade de tratamento aos iguais e desigual tratamento aos desiguais, na medida de suas desigualdades.



Se, inicialmente, o devido processo legal distinguiu-se no respeito à liberdade e à igualdade, encontra-se hoje fincado em pelo menos quatro premissas: legalidade, liberdade, igualdade, dignidade (MATTOS, 2009).

O princípio humanitário, a uma, compreende o direito à liberdade e à igualdade; a duas, pressupõe a observação da lei, já que não se pode falar em dignidade dissociada da justiça e da segurança jurídica. De acordo com as concepções Kantianas, dignidade, liberdade, igualdade e justiça são coeficientes do ideal humanitário:

Devido aos questionamentos realizados durante a pesquisa, constatou-se que o conceito de dignidade não sofre alterações na confrontação com os conceitos de liberdade, de moralidade, de justiça e de igualdade, pois, embora Kant os apresente separadamente, eles reforçam o ideal de humanidade (SANTOS, 2018, p. 114).

Ainda, conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2012), onde não for assegurado o mínimo existencial, onde não são respeitadas a liberdade e a igualdade, não há espaço para se falar no referido ideal de humanidade.

Luis Roberto Barroso (2010, p. 24) acrescenta que o princípio em referência é observado quando se permite ao indivíduo o exercício autônomo de suas vontades, e envolve “em primeiro lugar, a capacidade de **autodeterminação**, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade”. (grifamos).

A dignidade, contudo, não se restringe à observância da liberdade, e com ela não se confunde, pois é necessário que se façam presentes as condições para a autodeterminação do indivíduo, “o que traz pare esse domínio, também, o direito à **igualdade**, em sua dimensão material”. (BARROSO, 2010, p. 25, grifamos).

Segundo Soraia da Rosa Mendes (2012, p. 227):

Tomando a dignidade da pessoa humana como pano de fundo, me parece que, tanto o direito à **autodeterminação**, quanto o direito à **proteção**, se colocam como vetores estruturantes a





partir dos quais devem ser deduzidos os limites de atuação do direito penal. (grifamos)

Juarez Tavares (2018, p. 67) adverte que o princípio humanitário é expressão do imperativo categórico kantiano, segundo o qual, deve-se atuar de forma que se utilize a humanidade, para si e para os demais, como um fim em si mesma. A dignidade, pois, concede aos indivíduos liberdade e proteção, nesse último caso, na forma de reconhecimento social mútuo, “que conduz ao seu tratamento como pessoas iguais, não como máquinas ou mercadorias”.

A disciplina criminal, portanto, no contexto de recrudescimento dos valores jurídicos, referido como neopositivismo, obriga-se a ter como perspectiva a garantia da dignidade da pessoa humana, nos vetores humanitários da autodeterminação e da proteção.

Num enfoque criminológico atual e consentâneo à inteligência constitucional, é preciso perceber que o processo não viola unicamente os direitos do acusado, uma vez que submete às vítimas, notadamente nos delitos sexuais, a fenômenos de sobrevivitização. Em outras palavras, a dignidade humana, ladeada ao devido processo, deve ser observada na senda criminal, seja no contato com o acusado, seja na interação com o ofendido, o que será objeto de análise dos capítulos seguintes.

Neste capítulo, foi investigado o diálogo estabelecido entre a ordem constitucional e a ordem processual penal, sob o enfoque do princípio humanitário.

Na primeira seção, apresentamos a importância de observar-se a dignidade, como paradigma constitucional, para realizar no processo à vontade constituinte (devido processo legal material). Salientamos que, na esfera criminal, por projetar maior contração de direitos, o acatamento ao princípio humanitário é mais sensível.

Na segunda e última seção, verificamos que referido princípio, para que seja efetivado, cinde-se em dois vetores, autodeterminação e proteção. Arrematamos que o devido processo é aquele que os realiza de modo ótimo, em favor dos envolvidos, sejam imputados ou vítimas.



## 2 O PARADIGMA VITIMOLÓGICO CONTEMPORÂNEO

Para a abordagem dessa fenomenologia, é mister que se promova a investigação sistêmica do contexto em que se insere, em especial, aduzindo quais seus antecedentes, a fim de estabelecer relações causais relevantes à compreensão do objeto de estudo.

Iniciaremos, portanto, pela evocação dos registros históricos acerca do tratamento da vítima.

### 2.1 A vitimologia e o seu devenir histórico

Embora a vitimologia só tenha sido estruturada como uma disciplina própria a partir da segunda metade do século XX, é certo que a preocupação com o trato das vítimas e com as formas de ressarcir-lhes os danos advindos da criminalidade é muito mais antiga.

#### 2.1.1 A idade de ouro

Tanto o Código de Ur Nammu (2111-2003 a.C) como as Leis de Eshnunna (1930 a.C), estatuídos na antiga Mesopotâmia, previam uma espécie de composição civil dos danos para as lesões corporais. Os valores, definidos pelo juiz em pecúnia, deveriam ser pagos à vítima ou aos seus familiares. O Código de Eshunna determinava, ainda, que a importância fosse fixada de acordo com a condição jurídica e social do ofendido (BOUZON, 2002).

Também originado da região mesopotâmica, o Código de Hamurabi (1700. a.C) concedia às vítimas o privilégio de exercerem, *de per si*, a vingança privada, ressaltando-se que deveriam vingar-se somente do autor do ilícito (intranscendência) e de forma proporcional, no que ficou conhecido como a Lei do Talião (*lex talionis*), representada pelo brocardo “olho por olho, dente por dente”. (FERNANDES, 1995, p. 14).



Colacionamos alguns trechos do referido diploma: “Se um awilum<sup>15</sup> destruiu o olho de outro awllum, destruirão o seu olho [...] se quebrou o osso de um awllum, quebrarão o seu osso [...] se destruiu o olho de um muskênum<sup>16</sup> ou quebrou o osso de um muskênum, pesará 1 mina de prata” (HAMMURABI, 1976).

Dentre os antecedentes remotos da vitimologia, poderíamos, ainda, mencionar a Legislação Mosaica, o Alcorão, o Código de Manu e a Lei das Doze Tábuas (AQUINO, 2013).

Em resumo, o período que se estendeu dos primórdios do agrupamento humano até a baixa idade média pode ser compreendido como idade de ouro da vítima. Ali, em linhas gerais, ressaltou-se o seu poder, como titular do conflito, para empregar o perseguinte do crime e o seu castigo.

### *2.1.2 A neutralização da vítima*

Por séculos, o Império Romano do Ocidente dominou a Europa, constituindo-se potência do mundo conhecido na época, por envregar robusta estrutura jurídica, política e militar. A partir do Século III, contudo, tal hegemonia é desconfigurada, diante da constante querela firmada com os povos nomeados bárbaros, mormente de origem germânica, que culminou, em 476 d.C, com a derrocada do império em sua parte ocidental (RODRIGUES, 2013, p. 22).

Diante da insegurança levantada pela presença desses povos nas cidades romanas, muitas famílias foram forçadas a se estabelecerem na zona rural, fugindo ao caos das cidades. Esse êxodo conduziu à sistematização da vida europeia em bases feudais, caracterizada por propriedades rigorosamente protegidas e dominadas por senhores da nobreza (SILVA; SANTOS; PEREIRA, 2017 p. 21)

---

<sup>15</sup> Homem livre, dono de terras. v. Hammurabi, 1976

<sup>16</sup> Funcionário público, não era dono de terras, mas detinha regalias possessórias v. Hammurabi, 1976



É correto asseverar que o feudalismo foi gestado pelo intercâmbio cultural estabelecido entre os romanos e os povos germânicos. Tais conjunturas trouxeram como principais consequências a fragmentação política em diversos reinos e a descentralização sociojurídica (SILVA; SANTOS; PEREIRA, 2017 p. 21)

A respeito dessa última, cumpre acrescentar que o poder, político, jurídico e social, agora se achava dividido entre o alto clero, que ganhara força especialmente com Gregório VIII; o Império, representado pelas dinastias monárquicas; e a nobreza feudal (LOPES, 2000, p. 85- 86)

Esse vácuo de poder proporcionou espaço para o desenvolvimento paulatino das corporações de ofício, como responsáveis pela representação da classe burguesa, emergente à época. (SILVA; SANTOS; PEREIRA, 2017 p. 22)

A soma do poder econômico, exercido pela incipiente classe burguesa, ao poder político que ainda detinha o imperador deu origem aos Estados Monárquicos Modernos, ou Estados Nacionais, que responderam à redistribuição do poder nos territórios europeus (RODRIGUES, 2013, p. 24)

Nesse contexto de recrudescimento do Estado, as condutas criminais deixaram de ser entendidas como violação da dignidade das vítimas e passaram a ser vistas como direta afronta ao soberano. Em tais moldes, a relação bilateral autor/vítima foi solapada por outra, triangular, entre autor/Estado/vítima, que, “consoante ensina Ferrajoli, marca o nascimento do Direito Penal”. (RODRIGUES, 2013, p. 24).

No Brasil, a centralização do poder no Estado ganhou contornos muito mais rígidos. Isso porque a República Federativa Brasileira parte do contexto imperial de Estado Unitário, em 1824, a uma federação centrífuga, em 1891. Disso resulta intensa centralização política, mesmo no contexto federativo, que determina um Estado mais robusto e uniforme na legiferação. (SILVA; SANTOS; PEREIRA, 2017 p. 22).



Na mesma guisa, à aurora da independência, o Brasil muito se valia, ainda, do arcaboço jurídico e social português. O ensino superior resumia-se às searas de medicina e direito, este último prestado pelos filhos dos mais abastados na Faculdade de Coimbra, engendrando uma elite política, econômica e intelectual homogênea, constituída, sobretudo, por legistas. Dessa feita, projetou-se intensa flama pelo funcionalismo público, que comandou o fortalecimento do Estado como forma de controle da vida social (CARVALHO, 1980 p. 23-41) Com o seu robustecimento, o Estado passou a exercer o monopólio da justiça, especialmente da persecução dos crimes, reservando à vítima um papel secundário, como mero objeto de prova. (RODRIGUES, 2013, p. 26)

Mesmo após o declínio das monarquias absolutas, continuou a vítima jogada à desimportância, uma vez que as primeiras construções liberais se voltaram quase estritamente à preservação do criminoso, diante das atrocidades cometidas pelo Estado nas respostas dadas ao fenômeno delitivo.

Nesse caminho, Antonio Scarance Fernandes (1995, p. 16) acentua que:

As primeiras e justas preocupações voltaram-se para o réu, não para a vítima. Com a influência do Iluminismo e da Escola Clássica as penas são humanizadas: repudiam-se os castigos corporais; elimina-se ou se limitava bastante a pena de morte; extirparam-se as penas infamantes.

A relação processual-penal compor-se-ia, a partir de então, por três sujeitos: juiz, acusador e acusado.

### *2.1.3 O redescobrimento da vítima*

As duas grandes guerras modernas (1914-1945) puseram em xeque as pretensões iluministas de humanização e racionalidade, que já não eram bastantes para promover a dignidade da pessoa humana. A partir dali, percebeu-se necessário fortalecer as instâncias internacionais de controle como forma de prevenção dos



problemas que exurgiram, ou ao menos foram visibilizados no novo ocidente, os massacres, os genocídios, a xenofobia, o preconceito e a degradação ambiental.

O redescobrimto da vítima é um marco sociojurídico que se estende da preocupação global com a hecatombe e os danos sociais produzidos pelos regimes autoritários do século XX e identifica-se com a estruturação da disciplina vitimológica como é hoje conhecida (RODRIGUES, 2013, p. 28).

Discute-se na academia qual a referência doutrinária responsável pela sistematização da vitimologia enquanto disciplina autônoma. A primeira corrente atribui-a a Benjamin Mendelsohn, por suas obras *Giustizia Penale* (1940) e *La victimologie* (1956). Por outro lado, há quem a impute a Hans Von Henting, que, em 1948, publicou o estudo *The Criminal and His Victim* (RODRIGUES, 2013, p 30).

Num primeiro momento, procurou-se explicar a medida de participação vitimal na eclosão do evento-crime, estudo atualmente condensado no recorte vitimodogmático da disciplina. Essa abordagem, contudo, não foi capaz de realizar em favor das vítimas o princípio humanitário, pelo contrário, ensejou verdadeira imagem culpabilizadora do ofendido, muitas vezes, em benefício do infrator<sup>17</sup>. (MOLINA, 1998, p. 46)

Por outro lado, é partindo dela que os estudos científicos da vítima são desenvolvidos para se reconhecer o papel que desempenha no conflito penal, não obstante, como dito no início desta seção, o interesse na tutela do ofendido seja muito mais antigo:

Os antigos, bem certo, ainda não trabalhavam, com clareza, com os conceitos de personalidade, de características biológicas, psicológicas, de tendências vitimizantes, de comportamento desviante, menos ainda de culpabilidade (conceito moderno) ou de conduta social, atitudes e motivações, estímulos e respostas, consciência ou inconsciência etc., mas tinham, com absoluta nitidez, a noção

---

<sup>17</sup> Algumas correntes defendem, inclusive para os crimes sexuais, que o comportamento da vítima pode afastar a tipicidade da conduta, a culpabilidade do agente, ou mitigar, em benefício deste último, a aplicação da pena, por intermédio do art. 59 do Código Penal



de justiça e conseqüente “reparação do dano” causado injustamente, fundamental preocupação da moderna Vitimologia. (PIEDADE JÚNIOR, 1993, p. 22).

[...] Assim, a partir dos anos de 1950, constitui-se um saber específico sobre as vítimas como antigamente sobre os delinquentes. Ao mesmo tempo, os trabalhadores sociais do sector judiciário veem ser-lhes atribuído, além da responsabilidade pelos delinquentes, um papel de apoio às vítimas (GARAPON; GROS, PECH, 2001, p. 258).

A vitimologia nasceu oficialmente no âmbito científico em 1979, por ocasião do Terceiro Simpósio Internacional, realizado na Alemanha. Não se olvide, todavia, que, a partir de 1973, no Primeiro Simpósio de Vitimologia, celebrado em Jerusalém, já se haviam apresentado ao mundo os trabalhos inaugurais de Mendelsohn sobre o tema. (BERISTAIN, 2000, p. 83),

Foi nesse cenário, referido como o redescobrimiento da vítima, que o ofendido reconquistou o seu protagonismo no conflito penal. Por outro lado, reputamos pertinente cindi-lo em dois momentos: a) o redescobrimiento da vítima, *stricto sensu*<sup>18</sup>; b) o novo paradigma vitimológico ou paradigma vitimológico contemporâneo<sup>19</sup>.

A separação é relevante porque o atendimento ao princípio humanitário no benefício das vítimas só veio a ser ocupação central do estudo vitimológico a partir de 1985, com o advento da 96ª Sessão Plenária da Assembleia Geral das Nações Unidas, onde se instituíram “os princípios básicos de justiça relativos às vítimas da criminalidade e do abuso de poder”:

Observa-se que o contido na Resolução nº 40/34, de 29 de novembro de 1985, da Assembleia da ONU, foi reforçado e enumerado no Estatuto de Roma, adotado pela Conferência de Ministros Plenipotenciários de 120 países, em Roma, em 17 de julho de 1998, com a finalidade precípua de proteção das vítimas, sendo tal dispositivo ratificado pelo Brasil e internalizado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. (FERNANDES, 2014, p. 391)

---

<sup>18</sup> Período compreendido entre a década de 1950 e o ano de 1985

<sup>19</sup> Todo o período subseqüente ao ano de 1985



Se naquele primeiro momento a vitimologia voltou seus olhos estritamente à participação vitimal no acontecimento do crime, no segundo momento acentuou-se o protagonismo das vítimas como sujeitos de direito no conflito penal. O paradigma vitimológico contemporâneo importou-se com a efetivação da dignidade humana sobre dois vetores: liberdade e proteção.

A nova vitimologia é calcada em uma perspectiva tríplice: estudo e pesquisa, alterações na legislação e assistência vitimal:

[...] vai muito além dos contornos da Vitimodogmática, de cuidar de classificar a vítima dentro, tão somente, do fenômeno delituoso em busca da mensuração da culpabilidade do agente. Primeiro, a vítima é “redescoberta” – fato muito associado ao trabalho de Benjamin Mendelson – como integradora da prática delituosa e, por isso, deve ser valorada para apuração de todo o contexto. Em um segundo momento, vê-se que a preocupação com a situação vitimal deve ir além de classificações de comportamento, saindo-se do “redescobrimento” para uma valoração com análises bem mais aprofundadas (VASCONCELOS, 2018, p. 42).

Essa renovação nos quadros conceituais da disciplina é particularmente importante na esfera da criminalidade sexual, onde suas propostas, naquele primeiro momento, eram de aplicação, no mínimo, temerária. A nova vitimologia adotou como função central a proteção da vítima e o reconhecimento de seu papel preponderante, bem como a releitura da dogmática penal no sentido de atender às suas expectativas (JORGE, 2005, p. 27).

Rompeu-se com o princípio monológico de compreensão do delito para adotar-se um princípio dialógico, cujo resultado é o fortalecimento do “outro”:

Podemos, por consiguiente, aventurar que lo que se vislumbra en la década de los ochenta es el resurgir de una (nueva) victimología que se diferencia de la anterior, fundamentalmente, por: su preocupación por las necesidades y derechos de la víctima, y su sensibilidad por no contraponer los derechos de la víctima a los derechos del delincuente (LARRAURI, 1992, p. 21)

Uma das principais contribuições desse paradigma foi reconhecer que o sofrimento vitimal não se esgota nas consequências diretas e indiretas do crime, pois





ecoa no contato entre as vítimas e a investigação policial, a judicatura e seus grupos de convívio. (MOLINA, 1998, p. 84). Trataremos, a seguir, dos fenômenos de vitimização primária, secundária e terciária.

### 2.1.3.1 Vitimização primária

A vitimização primária, ou dano primário, é o processo suportado pelas vítimas que compreende os efeitos diretos e indiretos, materiais ou psíquicos, da prática do delito (VIANA, 2018, pg. 167).

Tais efeitos variam em intensidade conforme a natureza do crime e as particulares condições da vítima, podendo sobre elas imprimir sentimentos de impotência, fragilidade, ansiedade, depressão e culpa (OLIVEIRA; FERREIRA, 1999, p. 37).

### 2.1.3.2 Vitimização secundária

A vitimização secundária, processual ou *pena del branquillo* é o processo suportado pelas vítimas que compreende os efeitos causados pela burocracia estatal durante a persecução do crime, impostos pelo sistema de justiça, nas pessoas do agente de polícia, da autoridade policial, dos serventuários de justiça, do juiz, dos advogados, dos agentes penitenciários, entre outros.

Tais efeitos decorrem da negligência das instâncias formais de controle na punição do delito, da obrigação de recontar-lhes eventos traumáticos e do descrédito a que são submetidas, tendo, muitas vezes, desconsideradas as suas necessidades: “Durante o processo, a vítima é, no mais, um convidado de pedra. Outras vezes, nem convidado. Tão injusta postergação do sujeito passivo do delito produz nele uma segunda vitimação, que aparece patente em todos os países de nossa cultura.” (BERISTAIN, 2000, p. 105).



Na lição de Eduardo Viana (2018, p. 167), o dano secundário consiste nos custos adicionais exigidos das vítimas por ocasião da interferência dos sistemas formais de controle na apuração do evento delitivo.

O grau de vitimização de que tratamos contribui sobremaneira para o aumento da cifra negra dos crimes<sup>20</sup>, em se considerar que induz na sociedade um sentimento geral de desconfiança nas instâncias de controle e no sistema de justiça (CÂMARA, 2008, p. 90).

Por atuação do sistema formal de controle, as vítimas “são coisificadas, racionalizadas e marginalizadas, tornando-se ‘não-sujeitos’, com a quase total expropriação do direito de articular seus próprios interesses”. (TIVERON, 2014, p. 329).

Em síntese, conscientizamo-nos de que aquele que padece de um delito, ao buscar suporte no aparato judicial, não encontra respostas adequadas às suas necessidades, mas uma sequência de violações, sofrimento e incompreensões, desde a fase policial “até a penitenciária, passando pela judicial, sem esquecer da pericial” (BERISTAIN, 2000, p. 106).

### 2.1.3.3 Vitimização terciária

A vitimização terciária ou dano terciário é o produto do contato da vítima com o fenômeno que a vitimou e com o sistema de justiça (BERISTAIN, 2000, p. 109). Com maior incidência em determinados gêneros delitivos, notadamente nos crimes contra a dignidade sexual, as vítimas tendem a perder parcela de sua identidade e sofrer rotulações demeritórias. Maria, por exemplo, deixa de ser Maria e passa a ser a vítima de um crime estupro; Joana não é mais Joana, mas a falsa acusadora.

---

<sup>20</sup> Impunidade



Tais efeitos são produzidos no seio da sociedade quando são imputados às vítimas atributos negativos que, no imaginário popular, justificam a sua segregação social (OLIVEIRA, 1999, p. 38). Muitas vezes, o conceito é atraído às situações em que a sociedade exalta o ofensor e ridiculariza o ofendido, penalizando-o em seu lugar (VIANA, 2018, p. 167).

Neste capítulo, foi apresentado o paradigma vitimológico contemporâneo, a partir do desenrolar da vitimologia ao longo da história.

Inicialmente, explicitamos a fase marcada como idade de ouro da vítima. Concluimos que naquele período prevalecia o paradigma da vingança privada, segundo o qual caberia ao ofendido, titular do conflito penal, o direito de punir.

Sequencialmente, retratamos o segundo período histórico do trato vitimal, que ficou conhecido como fase de neutralidade ou neutralização. Naquele contexto os ofendidos pela criminalidade foram lançados à desimportância, uma vez que o Estado lhes roubou o conflito penal. Assim, a vítima havia perdido a qualidade de sujeito de direitos no processo para figurar como mero objeto de prova.

Na subseção seguinte, logramos apresentar o período entendido como redescobrimto da vítima. Separamo-lo em duas fases: a primeira é correspondente ao redescobrimto da vítima propriamente dito, ou *stricto sensu*, que se inicia com as obras de Mendelsohn e Henting nas décadas de 1940-1950 e se encerra ao final de 1985; a segunda é identificada como o paradigma vitimológico contemporâneo, pautada, no que deve ser, pelo protagonismo e preservação das vítimas sob o enfoque da dignidade humana, e estende-se de novembro de 1985 até a presente data.

Ao final, apresentamos como importante contribuição do estudo vitimal os conceitos e a aplicação do dano primário, dano secundário e dano terciário. Arrematamos que o sofrimento suportado pelas vítimas não se esgota nas inerências diretas e indiretas ao crime, pois é reforçado nas instâncias formais e informais de controle, notadamente na esfera da delinquência sexual.



### **3 OS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL E A AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA INCONDICIONADA**

As seções seguintes abordarão o debate que se impôs com o advento da Lei nº 13.718/2018 acerca do modelo de ação penal adotado no processamento dos crimes contra a liberdade sexual.

A intenção será analisar as implicações do paradigma humanitário e do novo paradigma vitimológico, estudados nos capítulos anteriores, na seara da delinquência sexual e de seu processamento pelas instâncias formais de controle, para buscar, a partir daqueles dois campos, respostas adequadas ao problema de pesquisa.

#### **3.1 A vitimologia dos delitos sexuais – aspectos gerais**

A sistematização da disciplina vitimológica atentou-se não somente à dupla-penal, mas, também, “alargou o conceito de violência, restringido no campo da dogmática”. No estudo dos crimes sexuais passou-se a observar o fenômeno de culpabilização das vítimas dos delitos dessa categoria, tratando-se de “um processo cultural de rotulação negativa capaz de refletir, inclusive, no âmbito das decisões judiciais”. (SILVA, 2017, p. 256).

Diante dessa realidade, não se pode desviar do entendimento de que a criminalidade de que falamos, em suas idiossincrasias, exige para si um tratamento diferenciado. Isso porque ofende ao sentimento de respeitabilidade das vítimas, sua intimidade, liberdade e, por consequência, a dignidade humana, de forma mais incisiva, em regra, do que os demais delitos (FAYET, 2011).

Bittencourt (2007, p. 21), em seu campo de conformação, remeteu-nos à particularidade de que nos crimes sexuais a vítima, além de lesada “em um bem jurídico difícil de proteger”, acha-se obrigada no sistema judiciário a “contar tudo”, como objeto do processo, “depor a pessoas estranhas situações íntimas”, e, muitas vezes, colocar-se em posição de confronto com seu agressor.



A vitimologia nesse gênero delitivo recobra a prevenção dos danos suportados pelos ofendidos não somente decorrentes do evento-crime, mas, também, das respostas estigmatizantes dadas pelo subsistema de justiça e pelo sistema social. Além da violação primária, tornam-se vítimas da violência institucional, que, a partir de um modelo de sociedade patriarcal, recria e reproduz estereótipos de desigualdade (BARATTA; STRECK; ANDRADE, 1999, p. 113), ou de negação da diferença, que, montados em pretensão discurso igualitário, discriminam, excluem, desidentificam e despersonificam (BARATTA; STRECK; ANDRADE, 1999, p. 60):

O sistema penal é ineficaz para proteger as mulheres contra a violência porque, entre outros argumentos, não previne novas violências, não escuta os distintos interesses das vítimas, não contribui para a compreensão da própria violência sexual e a gestão do conflito [...] duplica a vitimação feminina, porque as mulheres são submetidas a julgamentos e divididas. (BARATTA; STRECK; ANDRADE, 1999, p. 113-114).

Sobre a vitimodogmática, ao menos em princípio, sua aplicação é desaconselhada nessa seara criminal, porque busca explicar a medida de participação das vítimas na lesão de seus bens jurídicos, levando em muitos casos ao afastamento da responsabilidade do autor ou à sublimação da análise das circunstâncias judiciais do delito na dosimetria da pena. Dito de outro modo, atribui-se ao ofendido parcela da responsabilidade por sua vitimação.

Para os crimes em geral, a corrente majoritária entende que o comportamento da vítima deve ser levado em conta apenas na análise das circunstâncias judiciais, conforme previsão do art. 59 do Código Penal. Uma segunda corrente, minoritária, reputa ser o comportamento vitimal capaz de excluir a responsabilidade do agente. (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 167)

No que toca, todavia, à criminalidade sexual, atribuir às vítimas responsabilidade pela ocorrência da violação é: a) assumir o risco de criar uma sociedade “porco espinho”, marcada pela paranoia da autoproteção; b) conduzir à perda da confiança na tutela penal, diante dos fenômenos de revitimização; c) “reconfigurar-se o que se entende por consentimento e por comportamento de risco



para, por meio de juízos morais disfarçados de dogmática, negar-se tutela a quem não se comporta como se esperaria, de acordo com alguns padrões sociais”. (MACRI JUNIOR; MACRI, 2018, p. 172)

Na lição de Vera Regina Pereira de Andrade (2010, p. 78), nos crimes sexuais, por aplicação do paradigma de “vítima provocadora” ou de “vítima merecedora”, inverte-se o que deveria ser uma análise objetiva da ocorrência de um fato, que passa a ser um verdadeiro julgamento do ofendido:

[...] Muito embora a definição legal do estupro (art. 213) prescindida desta exigência, a lógica da honestidade é tão sedimentada que “os julgamentos de estupro, na prática, operam, sub-repticiamente, uma separação entre mulheres ‘honestas’ e mulheres ‘não honestas’. Somente as primeiras podem ser consideradas vítimas de estupro, apesar do texto legal.

Mônica Magalhães (2017, p. 264) pontua que, em que pese a delimitação da contribuição da vítima na violação de seus bens jurídicos venha a privilegiar a dignidade humana, tal perspectiva não é aplicável aos delitos vertentes, uma vez que a autodeterminação sexual não se pode embasar no princípio da autorresponsabilidade. Melhor explicando, a autodeterminação permite-nos a expressão de nossas concupiscências sem que se autorize ao outro suplantar-nos a vontade e dispor de nossos corpos.

Nesses domínios, o conceito de vítimas culpadas, na maior parte das vezes, mulheres, retira-lhes a liberdade de trabalhar, estudar, divertirem-se, vestirem-se como acharem interessante, sob pena de serem assediadas, estupradas, e “culpadas das violências sexuais que sofrem”, por despertaram “o que há de pior num homem” (OLIVEIRA; CARNEIRO, 2001, p. 251).

Em sentido diverso, Souza defende que, em muitos casos, a vítima é sim a culpada de sua violação:

É esse maniqueísmo, fruto quer de ingenuidade no trato dos conceitos operacionais vitimológicos, quer de um erigir-se a vítima a uma condição de mártir e o acusado à de algoz [...]



que tem provocado condutas arreadias em inúmeros jurioperadores, como se a vitimologia tivesse sido criada como um nicho, um abrigo, um bunker permanente para abrigar todas as vítimas de todos os crimes, com a execração perene de todos os autores de fatos típicos. (SOUZA, 1998, p. 320)

E continua:

Quem deflagra o processo de troca de sinais nos ritos de acasalamento assume uma responsabilidade indiscutível quanto ao desfecho desse processo, seja ele qual for. Por evidente, se o desfecho for penalmente indiferente, nada haverá a dizer. Mas, se ele for considerado penalmente relevante, não haverá, conscientemente, como ignorar o papel desempenhado pela vítima na construção desse resultado. (SOUZA, 1998, p. 47)

Na formulação do autor, para ensejar-se uma acusação, é necessário que a linguagem do dissenso seja clara e inconfundível, ou se presumirá que o ato foi consentido (SOUZA, 1998, p. 48). E não é só:

Pode-se dizer que uma alegação, por parte da vítima, de dissenso e/ou resistência aos propósitos do vitimizador terá sido sincera quando concorrerem todos, ou pelo menos a maioria, dos seguintes pressupostos:

Que a vítima goze de boa reputação moral, isto é, desfrute na comunidade do

conceito de “mulher honesta” ou mulher séria;

Que a vítima se comporte, comprovadamente, nas mais diversas situações sociais, de maneira recatada, tanto no vestir quando no proceder em geral;

Que a vítima, ante facto, se haja comportado de maneira a não remanescerem dúvidas sobre sua condição moral;

Que, eventualmente, a vítima não se haja envolvido, ainda que remotamente antes do fato, emocional ou mesmo sexualmente com o indivíduo a quem acusa de delito sexual;

Que a vítima haja, inclusive, em ocasião anterior aos fatos, repudiado ou repellido, comprovadamente, assédio ou importunação desse mesmo indivíduo à sua liberdade sexual;

Que a vítima não haja, durante o processo de vitimização do qual diz ter dissentido, ou a ele resistido, cometido nenhum deslize ou adotado nenhuma atitude, ou manifestado nenhuma incoerência, que comprometa a seriedade de suas afirmações [...] (SOUZA, 1998, p. 111).



Nada obstante, há três linhas de abordagem ao tema. A primeira corrente entende “inaplicável e político-criminalmente desaconselhável qualquer indagação vitimodogmática” nos delitos desse jaez. Uma segunda posição, intermediária, assegura possível a aplicação restrita da vitimodogmática nesses domínios, “somente tendo espaço, por exemplo, quando a própria vítima tem a iniciativa da relação sexual e, durante o ato, ou pouco antes de iniciá-lo, desiste”. Para a terceira corrente, o comportamento vitimal é indissociável da compreensão do delito, de forma que o histórico sexual da vítima, ou a maneira de vestir-se, poderia gerar no autor uma impressão de consentimento tácito. (MACRI JUNIOR; MACRI, 2018, p. 172).

No nosso entender, a segunda posição desapareceu-se do fato de que mesmo nos casos em que a vítima inicia a prática do ato, não se pode negar a existência de um ilícito, uma vez que, considerada a autodeterminação sexual das pessoas, é-lhes dado, a qualquer momento, retirar o consentimento.

Por seu turno, em que pese tenha elaborado, com acerto, que o benefício do vitimário não necessariamente simboliza o prejuízo das vítimas, *vice-versa*, reputamos que a terceira corrente, preconizada por José Guilherme de Souza, dissociou o estudo do crime da inteligência constitucional. É como dizer que algumas pessoas, por seu histórico de vida ou preferências individuais, são imerecedoras da tutela do Estado, ou pior, que não podem ter assegurada a propriedade de seus corpos, e isso, num contexto democrático, é também dizer que não são pessoas.

O embate levanta-nos um par de tomentosas questões, cuja ordem é prática e, embora não adstritas à vitimologia sexual, serão relevantes à discussão da pesquisa: a) quanto às possibilidades metodológicas do processo na extração da verdade; b) quanto ao conceito de “sociedade porco-espinho”.

A primeira delas fala da dicotomia entre conhecimento e poder, a partir da epistemologia garantista, tema que tange à dicção do direito penal.

No tocante, vale mencionar que o empreendimento contratualista inaugural foi de legitimar a existência e a atuação do Estado como instrumento de tutela da





propriedade, inclusive a propriedade do corpo. No contexto do direito penal, trouxe duas necessárias preocupações: a prevenção do delito e a proteção do indivíduo contra a atuação arbitrária do Estado (QUEIROZ, 2006, p. 83).

Para alcançar esse desiderato, numa concepção garantista, é necessário colocar o sistema judicial sob limites pré-definidos, como forma de objetar eventuais arbitrariedades. No horizonte criminal, dita construção faz-se por meio de dez axiomas, que Ferrajoli nomeou sistema garantista, ou SG<sup>21</sup>, perfilhados pela CF/88<sup>22</sup> (FERRAJOLI, 2014, p. 91). Entremeando o direito penal mínimo e o direito penal máximo, o garantismo ressalvou que só se pode punir quando a verdade processual se fizer apoiada na verdade real, de modo que o processo “deve ser” um juízo de cognição dos fatos e de reconhecimento do direito, deve conhecê-los, não os construir. Para Ferrajoli, tanto o direito penal mínimo como o direito penal máximo são modelos punitivos de certeza relativa ou irracionais:

A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também nenhum inocente seja punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. (FERRAJOLI, 2014, p. 103).

O sistema garantista visou firmar no domínio penal a segurança jurídica das decisões. Esse é o ponto a que queríamos chegar: não se cuida estritamente das garantias do acusado, mas da epistemologia do processo penal e suas possibilidades. (FERRAJOLI, 2014, p. 104)

---

<sup>21</sup> *A1 Nulla poena sine crimine; A2 Nullum crimen sine lege; A3 Nulla lex sine necessitate; A4 Nulla necessitas sine injuria; A5 Nulla injuria sine acione; A6 Nulla actio sine culpa; A7 Nulla culpa sine iudicio; A8 Nullum iudicium sine accusatione; A9 Nulla acusatio sine probatione; A10 Nulla probatio sine defensione*

<sup>2222</sup> “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; a lei penal não retroagirá, salvo em benefício do réu; não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. v. BRASIL, 1988



Antes de abordá-la, faremos uma reserva: consoante admite Ferrajoli, o garantismo é uma previsão do que o direito e o processo penal “devem ser”, não do que efetivamente “são”. (FERRAJOLI, 2014, p. 102). Dentro de certos limites, é possível aproximar-se, por intermédio do processo, da real verdade dos fatos e da verdade do direito. Por outro lado, há incertezas relativas e correlativas inerentes ao que o processo “é”, a despeito do que “deveria ser”.

A primeira incerteza diz respeito a seu caráter aproximativo, e é insuperável, na medida em que a verdade processual nunca refletirá com exatidão a verdade dos fatos, se é que pode ser alcançada pela inteligência humana<sup>23</sup>. (FERRAJOLI, 2014, p. 105)

A segunda incerteza, de ordem mais prática, refere-se à cognição dos fatos para o convencimento motivado do juízo. A verdade dos fatos no processo é a declaração de validade de uma inferência indutiva, irredutivelmente insegura, na medida em que é provada, ou melhor, provável, quer dizer, passível de refutação. (FERRAJOLI, 2014, p. 105)

A final incerteza diz respeito à reconhecimento do Direito, que declara a validade de uma inferência dedutiva, “irredutivelmente insegura, porque opinativa”. (FERRAJOLI, 2014, p. 105)

A solução planeada pelo autor, no campo do que o processo “deve ser”, é que não se permita ao juiz a apreciação dos fatos sob um critério de opção interpretativa, tampouco a análise do Direito sob um critério de livre apreciação. No campo do que ele “é”, por outro lado, explicita:

---

<sup>23</sup> Protágoras, em contraposição aos ideais de Sócrates, afirmava que o homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, enquanto são, das coisas que não são, enquanto não são. O debate estende-se aos dias de hoje, dentro e fora do campo jurídico, e sobreleva entre os ditos pensadores da pós-modernidade, a exemplo de Jacques Derrida, que estabelece a dificuldade em se precisar a verdade ante os ruídos comunicativos e as diversas interpretações possíveis a cada contexto. Friedrich Nietzsche, no mesmo sentido, aponta a verdade como um batalhão móvel de metáforas, metonímias, antropomorfismos, enfim, uma soma de relações humanas, que foram enfatizadas poética e retoricamente, transpostas, enfeitadas, e que, após longo uso, parecem sólidas, canônicas e obrigatórias



Na prática, lamentavelmente, os juízes costumam confundir e intercambiar estes dois modos de solução de incertezas, às vezes mascarando os defeitos da legalidade estrita das normas e os espaços de arbítrio originados por eles por detrás da imagem de livre convicção e outras vezes, suprimindo os efeitos da estrita jurisdicionariedade<sup>24</sup> e da pobreza das provas no âmbito interpretativo. (FERRAJOLI, 2014, p. 106)

Nesse sentido, no plano do que ele “é”, a aplicação do direito penal encerra-se pautada no decisionismo do julgador, que, em desfavor do conhecimento dos fatos e do reconhecimento do direito, constrói uns e outro, aplicando não mais um juízo de cognição, mas um juízo de disposição, ou de poder.

Podemos defender que quando o poder prevalece sobre o saber, o objetivo de estabelecer-se, a partir da Constituição, a jurisdição como instrumento a favor da tutela humana deixa de ser alcançada (LOPES JR, 2005, p. 259).

Algumas ideias garantistas a apontar neste parágrafo: a) o juiz, no plano do que o processo “deve ser”, precisa julgar, condenar ou absolver de acordo com as provas do fato, positivas e negativas, submetendo-lhes a sua convicção; b) os indícios são inferências extraídas de um fato provado passado que guardam suposta relação com outro fato provado passado e, por si só, não levam a juízos de certeza, apenas de probabilidade, seja porque a experiência passada não assegura, “de modo algum, que o nexó entre os acontecimentos se repetirá no futuro”. (FERRAJOLI, 2014, p. 127-136); c) as garantias processuais, no que se refere à produção de provas<sup>25</sup>, exigem certificar-se da necessidade da prova ou verificação, a possibilidade de contraprova ou refutação, e que a decisão seja imparcial e “motivada sobre a verdade processual fática” (FERRAJOLI, 2014, p. 141); d) só se pode falar em segurança jurídica se a lei e a jurisdicionariedade forem estritas, ou seja, a lei deve ter conteúdo claro e inequívoco, e o pronunciamento judicial deve estar firmado na prova dos fatos e na interpretação do direito, sem espaço para que se extrapolem esses dois limites.

---

<sup>24</sup> Atuação do juiz limitada pelos fatos provados e pelo direito previsto (legalidade estrita).

<sup>25</sup> Necessidade da prova, possibilidade da refutação e convicção justificada



Chamaremos este de parágrafo de remissão, pois voltaremos a abordá-lo mais adiante.

As dificuldades epistemológicas do processo são percebidas pelas criminologias críticas de uma forma mais impactante. Vera Regina (1997, p. 260-262), conquanto reconheça o garantismo pelo mérito de impor limites à atuação do Estado, considera que, na ingenuidade cartesiana que marca o movimento, desapercebeu-se do fato de que a lei não pode assegurar por completo a clareza de sua interpretação, dando margem a atitudes subjetivas do intérprete, de forma que, tanto na teoria como na prática, os juízes operam o conflito penal de forma dispositiva, etiquetando o criminoso quando julgam conveniente fazê-lo, recíproca verdadeira. Nesse sentido, a lei somente traduz um projeto de Direito, que pode ser conflitado com outros projetos políticos, ideológicos e culturais em que se insira o julgador, inobstante a tentativa garantista de evitá-lo.

A seletividade do discurso dogmático e da praxe penal tem lugar tanto em desfavor do réu, na escolha de quem mereça ser punido, como em face do ofendido, escolhendo quem mereça proteção, principalmente quando o julgador foge à cognição dos fatos e à reconhecimento do direito para construí-los ao dispor dum projeto de poder:

Isto porque se trata de um subsistema de controle social, seletivo e desigual, tanto de homens como de mulheres e porque é, ele próprio, um sistema de violência institucional, que exerce seu poder e seu impacto também sobre as vítimas. (ANDRADE, 2010, p. 75)

E continua:

E, ao incidir sobre a vítima mulher a sua complexa fenomenologia de controle social [...] o SJC duplica, em vez de proteger, a vitimação feminina, pois além da violência sexual representada por diversas condutas masculinas (estupro, atentado violento ao pudor etc.), a mulher torna-se vítima da violência institucional plurifacetada do sistema (ANDRADE, 2010, p. 75)



Baratta (1997, p. 176) reforça que o processo, quando não utilizado para a seletiva punição, em prejuízo dos réus, o é para a seletiva desproteção: valem-se do “não conteúdo” do direito penal e do seu assumido caráter de fragmentariedade para deixar de criminalizar condutas, no nível primário e secundário<sup>26</sup>, de certos grupos hegemônicos.

No mesmo sentido, Salo de Carvalho afirma que o sistema penal deve ser um meio apto não só à enunciação de direitos, mas à sua efetivação em favor do ser humano, seja autor ou vítima, acrescentamos, bem assim, também importante, deve sensibilizar-se às demandas sociais, evitando a obstrução dos espaços de resistência.

*In verbis:*

A crença da concepção paleopositivista nos sistemas jurídicos harmônicos e dotados de avançados mecanismos processuais, direcionados à satisfação dos direitos das pessoas, é denominada por Ferrajoli de falácia normativista [...]. Desde o modelo garantista, portanto, seria imprescindível não apenas a existência de um sistema jurídico que enuncie direitos, dotando-os de mecanismos processuais satisfatórios direcionados à possibilidade de sua efetiva satisfação (acesso aos direitos), mas igualmente de estrutura de poder razoavelmente sensível às demandas e que reconheça e não obstrua espaços sociais de resistência. (CARVALHO, 2013, p. 226).

Voltando-nos ao cerne desta seção, existem dois entraves à cognição da verdade inerentes ao processamento dos delitos sexuais. O primeiro deles é a prova dos elementos objetivos do tipo, tendo em vista que as violações soem ocorrer às ocultas, em locais ermos ou recônditos (ANDRADE, 2010, p. 92). Quanto ao segundo, a prova dos elementos subjetivos, notadamente a vontade de satisfação da lascívia e o dissentimento, é de complexa verificação, diante da impossibilidade de incursionar à mente dos envolvidos.

---

<sup>26</sup> A criminalização primária é a seleção de condutas criminosas no plano abstrato, em Lei; a criminalização secundária é a ação punitiva exercida pelo sistema de justiça sobre pessoas e situações concretas



A primeira dificuldade foi enfrentada pelos tribunais revestindo de especial valor probatório a palavra das vítimas. Confira-se o entendimento do STF à época:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. ESTUPRO. NEGATIVA DE AUTORIA. ERRO DE TIPO. VIDA DESREGRADA DA OFENDIDA. CONCUBINATO. **1. Em se tratando de**

delito contra os costumes, a palavra da ofendida ganha especial relevo. Aliada aos exames periciais, ilide o argumento da negativa de autoria [...] [grifamos]. (RHC 79788, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 02/05/2000, DJ 17-08-2001 PP-00052 EMENT VOL-02039-01 PP-00142).

No mesmo caminho, a corte infraconstitucional:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO.

INCIDÊNCIA DO ÓBICE PREVISTO NA SÚMULA 7 DO STJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR.

**I - É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, em crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima possui especial relevância, uma vez que, em sua maioria, são praticados de modo clandestino, não podendo ser desconsiderada,** notadamente quando corroborada por outros elementos probatórios [...] [grifamos].

(AgRg no AREsp 1549964/MT, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 11/11/2019).

E o TJDF:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MATERIALIDADE E AUTORIA CONFIRMADAS. RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA. LAUDO PERICIAL. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. CRITÉRIO



**OBJETIVO-SUBJETIVO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.**

Nos crimes contra a dignidade sexual, por ocorrerem geralmente às ocultas, sem a presença de testemunhas oculares, a palavra da vítima possui especial relevância, a qual, se harmônica e coesa com as demais provas produzidas, notadamente pelos vestígios identificados por exames periciais de localização de material genético do acusado, é suficiente para embasar a condenação [...].[grifamos] (Acórdão 1216303, 20170110583637APR, Relator: WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR Revisor: SEBASTIÃO COELHO, 3ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 14/11/2019, publicado no DJE: 22/11/2019. Pág.: 176/182).

É possível entender-se em contrário, e sem engano, com base no princípio constitucional da não culpabilidade e nos axiomas nono e sexto do SG, como fez José Guilherme de Souza, tese defensiva trivial nesse campo delitivo. Confira-se:

**APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. ESTUPRO E TORTURA CIRCUNSTANCIADA PELO SEQUESTRO. ABSOLVIÇÃO PELO ESTUPRO. AUSÊNCIA DE PROVAS. VERSÕES ANTAGÔNICAS. CONDENAÇÃO PELA TORTURA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA, PROVA TESTEMUNHAL E LAUDO PERICIAL. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.**

Embora se deva oferecer elevado valor probatório à palavra da vítima em crimes contra a dignidade sexual, deve ser segura, coerente e em harmonia com outros elementos, a contrário sensu, coexistindo duas versões antagônicas, mormente quando a que favorece o acusado foi prestada em Juízo em duas oportunidades, **a única solução juridicamente viável é a absolvição com base no princípio da presunção de inocência, haja vista que o benefício da dúvida milita em seu favor.** [grifamos] (Acórdão 643928, 20120610022112APR, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Revisor: SOUZA E AVILA, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 13/12/2012, publicado no DJE: 7/1/2013. Pág.: 274).

**APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE ESTUPRO E DE DANO QUALIFICADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO CONDENATÓRIO. CRIME DO ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL. SUPOSTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL À PRÁTICA DE SEXO ANAL E ORAL POR UM DETENTO CONTRA OUTRO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL.**



INEXISTÊNCIA DE PROVAS SEGURAS DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DO DELITO. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. CRIME DE DANO QUALIFICADO. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIOS. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. AUSÊNCIA DE DESAPARECIMENTO DOS VESTÍGIOS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA ORAL. MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Deve ser mantida a absolvição do réu, em face da fragilidade do conjunto probatório quanto à materialidade e autoria do crime de estupro, uma vez que, apesar da palavra da vítima, à qual normalmente se confere grande credibilidade, é certo que os elementos dos autos deixam dúvidas se o réu, que dividia a cela em estabelecimento prisional com o ofendido, realmente constrangeu este a praticar sexo anal e oral com ele, sobretudo porque o laudo de exame de corpo de delito, realizado no mesmo dia dos fatos, não detectou lesões na região íntima da vítima, além de que não foi juntada aos autos a conclusão do exame de colheita de material para espermatozóides, que certamente ajudaria no deslinde da questão.

A condenação criminal requer certeza e segurança da materialidade e da autoria do delito, não servindo, para tanto, mera probabilidade, diante do princípio constitucional da presunção de inocência. Assim, diante da possibilidade de que o réu não tenha praticado o delito de estupro, pois ausente prova segura da materialidade do delito, deve ser aplicado o princípio in dubio pro reo, mantendo-se a absolvição.

(Acórdão 828813, 20141210002173APR, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Revisor: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª TURMA

CRIMINAL, data de julgamento: 23/10/2014, publicado no DJE: 4/11/2014. Pág.: 140).

Cabe ao julgador, como preconizaram Andrade (1997; 2010), Barata (1997) e Carvalho (2013), efetivar a tutela dos direitos já enunciados constitucionalmente, o que exige a observação da realidade empírica. Nesse sentido, no que toca à prova dos elementos objetivos do tipo, há que se ponderar, no caso concreto, as garantias do imputado e as do ofendido. Acreditamos que a supervalorização da palavra da vítima, em todo caso, deve ser considerada, salvo prova em contrário, sob pena de conduzir-se à impunidade desse gênero delitivo e à imunização dos ofensores. Se





lançarmos à análise, por exemplo, o delito de violação sexual mediante fraude, o grande desafio não é a prova do dissenso, uma vez que o consenso é pressuposto da caracterização dessa conduta, mas a prova do emprego de fraude, e de que a essa fraude se atribui o assentimento do ofendido, o que, em princípio, só poderia ser extraído do relato vitimal:

APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE. PROMESSA DE CASAMENTO. FRAUDE NÃO CONFIGURADA. ABSOLVIÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

1 - Para a configuração do delito de violação sexual mediante fraude é indispensável que o meio fraudulento empregado seja capaz de levar a vítima a erro 2 - No caso dos autos não há que se falar em fraude ou engano de qualquer espécie. A vítima [...] se posicionou quanto ao ocorrido no sentido de ter pleno conhecimento da situação do acusado ser pessoa casada, com filhos, e, ainda, que a relação sexual se deu de forma consentida após estendido relacionamento [...]

(Acórdão 1004707, 20161210013606APR, Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, Revisor: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, 3ª TURMA

CRIMINAL, data de julgamento: 9/3/2017, publicado no DJE: 22/3/2017. Pág.: 575/578)

Contudo, não havendo, factualmente, provas bastantes a firmar o édito condenatório, cremos que não há se opor à absolvição do acusado, com base no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal<sup>27</sup> (BRASIL, 1941).

O segundo entrave à cognição da verdade é a prova dos elementos subjetivos do tipo, onde mais necessária a incisão argumentativa. A corrente que entende adequada a aplicação dos conceitos vitimodogmáticos no processamento dos delitos sexuais advoga, como introduzido, que, não havendo dissenso inequívoco, o consenso deve ser presumido, o que conduziria à absolvição do autor com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, em razão de o fato

---

<sup>27</sup> O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça não existir prova suficiente para a condenação”. v. BRASIL, 1941



articulado na denúncia não constituir um ilícito penal. Atentemo-nos, a partir daqui, ao parágrafo de remissão.

Se o depoimento da vítima faz prova do dissenso, e não há razão alguma para infirmá-lo, o juiz precisa julgar, condenar ou absolver, de acordo com as provas positivas coligidas aos autos, submetendo a elas a sua convicção, sob pena de reduzir-se a um modelo inquisitorial, em que os elementos probatórios angariados somente servem a corroborar uma preconcepção do julgador, que apoia-se em sua discricionariedade. Além disso, informações a respeito da vestimenta do ofendido, sua reputação, antigos relacionamentos, seu grau de “honestidade”, ou preferências individuais, no máximo, poderiam ser entendidas como indícios de consenso, ou seja, inferências feitas a partir de um fato pretérito, que sucumbiriam diante da prova produzida em juízo, em especial diante do relato vitimal. Em adição, é conferido às vítimas, sejam elas “honestas” ou “desonestas”, se é que tal coisa existe, casuisticamente, consentir ou dissentir, e a aferição desse elemento negativo/positivo há que ser realizada com base na verdade processual fática. Além do mais, as garantias processuais na produção de provas, que são direitos da pessoa humana, não só do imputado, somente serão satisfeitas quando permitida a contraprova ou a refutação, que não é possível em face de juízos de valor acerca do recato ou da honestidade das vítimas, insubmergíveis em qualquer metodologia racional. Essas orientações são consectárias ao dever de integridade e coerência<sup>28</sup> do ordenamento e das decisões judiciais (jurisdicionariade estrita), que exsurtem com o reconhecimento das lacunas da lei e, assumindo a dicção jurídica como construção, exigem que se proceda à luz do Direito, do devido processo legal e da dignidade, sendo o múnus do julgador encontrar a resposta correta dentro das possibilidades acenadas pela Constituição. (FERREIRA; FRANCO, 2017, p. 13-23; NASCIMENTO; MELO, 2017, p. 132; DMITRUCK, 2018, p. 151).

---

<sup>28</sup> Segundo Dworkin, será mais fácil entender a interpretação construtiva do Direito se se aceitar a integridade como uma virtude política, uma vez que as exigências da mesma se dividem em integridade na legislação (que solicita aos legisladores que produzam leis coerentes com os princípios) e a integridade no julgamento (que solicita aos que julgam que o façam também de forma coerente com os princípios” v. DMITRUCK, 2018, p. 151



Por fim, há um ponto afeto à dogmática penal que desaconselha a aplicação de premissas vitimodogmáticas aos delitos vertentes como forma de decote do crime. Em princípio, haveria duas formas de se afastar a criminalidade da conduta com base no consentimento: a) atipia; b) inexigibilidade de conduta diversa.

No primeiro caso, consoante argumentado aos parágrafos acima, seria necessário que a prova dos autos, e de preferência a partir do relato da vítima, indicasse a presença do consentimento. Na segunda hipótese, conforme precipita a terceira corrente, aplicar-se-ia a dúvida em favor do réu, uma vez que devida à vítima a assumpção do risco de produzir-se o resultado lesivo:

Quem deflagra o processo de troca de sinais nos ritos de acasalamento assume uma responsabilidade indiscutível quanto ao desfecho desse processo [...] se ele for considerado penalmente relevante, não haverá conscientemente como ignorar o papel desempenhado pela vítima na construção desse resultado [...] em termos de crime sexual, portanto, a resistência ou oposição que a vítima oferece ao vitimizador não pode ser mera negativa [...] se a mulher não quiser manter conjunção carnal com o homem, tal não será possível, ainda que ela esteja manietada ou amarrada, não será possível a *imissio penis*, se a mulher mantiver as pernas fechadas [...] (SOUZA, 1998, p. 48-113).

De nossa parte, achamos que, em que pese a necessidade de privilegiar-se o acusado no caso de dúvida interpretativa, tais orientações direcionam-se ao Estado, não aos particulares. Sendo o imputado pessoa maior e capaz, no pleno domínio de suas faculdades mentais, e, podendo agir conforme o direito, não o tenha feito, haverá de responder nos termos da norma incriminadora, não cabendo alegar a dúvida ou o desconhecimento da lei. Por outro enfoque, se a vítima, de qualquer modo, esboçou o seu dissentimento, mesmo que se trate de “mera negativa”, reveste-se a vontade do agente de um razoável elemento de incerteza quanto à idoneidade de sua ação, e, caso leve os atos a cabo e a efeito, referida dúvida completará os aspectos caracterizadores do dolo da conduta (cognitivo e volitivo), fazendo incidir a disposição do art. 18, inciso I, *in fine*, do Código Penal: “Diz-se o crime doloso, quando o agente quis o resultado ou **assumiu o risco de produzi-lo**” [...] (BRASIL,



1940). Nesse sentido, acreditamos que é o vitimário e não o vitimado quem assume o risco de produção do resultado; entendemos que a responsabilidade pela ocorrência da violação, destacadamente na esfera da delinquência sexual, será sempre do ofensor, a quem a lei atribuiu, melhor, exigiu, a obrigação de abster-se de violar os espaços de liberdade de seus pares, nunca do ofendido. (CUNHA, 2017, p. 360)

A segunda tormentosa questão acerca o conceito de sociedade “porco-espinho”, e diz respeito à segurança pública. Na noção de que os sujeitos se consociam sob a égide de um soberano, que, no nosso contexto, retira de nós mesmos o seu poderio<sup>29</sup>, a liberdade, inclusive para a autodefesa, conformou-se na exigência paralela por segurança, atribuída de forma privativa ao Estado. (SABADELL, 2003, p. 6). Passou-se a exigir das instâncias de controle dois tipos específicos de segurança, uma externa, concernente à defesa nacional e outra interna, no sentido de proteger os indivíduos contra a violência própria à vida em sociedade (SABADELL, 2003, p. 2). Por outro lado, um contexto ampliado de segurança pública prevê ao Estado que se ocupe “da tutela efetiva de todos os direitos fundamentais” (SABADELL, 2003, p. 5).

Na Alemanha, a segurança pública é associada à prevenção criminal e ao medo da criminalidade. Este último, nos crimes sexuais, simboliza o sentimento geral de insegurança que as vítimas, geralmente mulheres, passam a nutrir com relação a certos tipos de conduta e a dados ambientes, como forma a prevenir sua vitimização primária (SABADELL, 2003, p. 23). A adoção de referidas reservas profiláticas tende a engendrar uma comunidade de mulheres limitadas pela paranoia da autoproteção, cerceando-lhes o direito de ir, de vir e de ser. (SABADELL, 2003, p. 25). Em suma, atribuir à vítima, por seu modo de vestir, locais que frequenta ou hábitos de conduta parcela da culpa de sua própria violação tanto produz um sentimento geral de insegurança como lhes limita o exercício de liberdades

---

<sup>29</sup> “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. v BRASIL, 1998



fundamentais. Não nos escapa que tal sorte de indagação pode ser dirigida a outros gêneros delitivos, entretanto, não há delito que incinere de mais devastadora maneira a dignidade humana que os sexuais (MANZANERA, 2002, p. 79).

Sem embargos ao que se apresentou nesta seção, consoante discorre Vera Regina (2010, p. 78), os conceitos de vítima merecedora, provocadora, mais culpada que o vitimário e precipitante do delito ainda são aplicados nos tribunais brasileiros e mundo afora, reforçando na praxe um metadiscurso<sup>30</sup> rechaçado pela academia.

Como exemplo, alguns recortes colacionados ao trabalho de Almeida e Nojiri (2018, p. 844-846):

Saliente-se que a vítima Laura estava em companhia do acusado por vontade própria. Foi a vítima e sua irmã Ana que solicitaram carona ao réu e pediram para que ele as levasse para passear na cidade de Ariranha, e ainda que chamasse seu amigo Albert, para acompanhar Ana, restando mais que evidente que a intenção de todos era ter uma aventura amorosa naquela noite. (Sentença 55)

Segundo a vítima, pediu para ele parar, tentando empurrar com os pés. Porém, não se verifica até que ponto esse pedido se mostrou verossímil no caso em questão. [...] Por fim, o comportamento em audiência, requerendo de qualquer forma retirar a representação em face do réu, ou melhor, dizendo que não representou o réu, é elemento que torna ainda mais fraca a tese de que ocorreu grave ameaça. (Sentença 19)

### 3.2 Estupro: tipo penal objetivo e subjetivo

Tomamos como modelo a análise do crime previsto no art. 213, caput, do Código Penal, por seu caráter generalista, embora não se tenha afastado a possibilidade de abordarmos pontualmente as demais espécies de delitos contra a liberdade sexual. Reputamos este tópico necessário ao suporte das seções seguintes.

---

<sup>30</sup> v. BEKE, Rebecca. El metadiscurso interpersonal en artículos de investigación. **Rev. signos**, Valparaíso, v. 38, n. 57, p. 7-18, 2005



A norma em referência definiu como criminosa a conduta de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. (BRASIL, 1940)

O bem jurídico tutelado pela norma é a liberdade sexual, quer dizer, a autodeterminação em matéria erógena e o direito à inviolabilidade carnal (proteção) (PRADO, 2015, p. 22). Em última análise, está-se a proteger a dignidade sexual das vítimas, seja pela nomenclatura trazida ao Título IV do Código Penal, seja porque a proteção da liberdade sexual é voltada à realização da dignidade humana (MASSON, 2018, p. 891-893).

Parte-se do pressuposto humanitário de que devem ser as pessoas respeitadas, no plano de suas relações verticais<sup>31</sup> e horizontais<sup>32</sup>, no âmbito de sua vida sexual, ao Estado cabendo assegurar os “meios para todos buscarem a satisfação sexual de forma digna, livre de violência, grave ameaça, ou exploração” (MASSON, 2018, p. 891-893).

São elementos objetivos do tipo penal: constranger; violência ou grave ameaça; conjunção carnal; ato libidinoso diverso da conjunção carnal. São elementos subjetivos positivos do tipo: o dolo típico e dolo específico. É elemento subjetivo negativo do injusto<sup>33</sup>: o consentimento da vítima.

O núcleo do tipo é o ato de constranger a vítima a agir desconforme seus interesses, ou seja, coagi-la a fazer ou deixar de fazer (MASSON, 2018, p. 891-893). No caso específico do crime de estupro, o constrangimento é operado de dois modos alternativos, mediante violência e/ou grave ameaça e é voltado para a prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

---

<sup>31</sup> Eficácia vertical dos direitos humanos; a relação entre Estado e indivíduo

<sup>32</sup> Eficácia horizontal dos direitos humanos; a relação entre o indivíduo e seus pares

<sup>33</sup> Cléber Masson entende a ausência de consentimento como elementar implícita do injusto penal. Por oposição, pode-se entender o consentimento como elemento subjetivo negativo do tipo, o que é de todo arrazoado num estágio em que o delito é observado de modo dialógico, sob o aspecto da vítima e do autor



Como modo de execução, a violência consiste no emprego de força física (lesões corporais ou vias de fato) sobre a vítima ou terceiro com quem mantenha laços de afinidade (MASSON, 2018, p. 893; PRADO, 2015, p. 1027). Por sua vez, grave ameaça é a “promessa de realização de um mal grave, futuro e sério contra a vítima” (MASSON, 2018, P. 893) “de modo a sobre ela imprimir “temor, desespero, ansiedade irracional” (PRADO, 2015, p. 1027). A violência ou a grave ameaça são dirigidas à consecução da prática de conjunção carnal e/ou ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Conjunção carnal é a cópula vagínica, ou seja, a introdução do membro fálico masculino na abertura vulvar da mulher (PRADO, 2015, p. 1025). Ato libidinoso, como gênero, é todo e qualquer ato de natureza sexual, dissemos, aqueles voltados à satisfação da lascívia.

Ato libidinoso, também elemento normativo extrajurídico, é toda conduta perpetrada pelo sujeito ativo de cunho sexual, que se consubstancia numa manifestação de sua concupiscência. Como exemplo de atos libidinosos podem ser citados a *fellatio* ou *irrumatio in ore*; o *cunnilingus*; o *pennilingus*; o *annilingus*; o coito anal; o coito inter femora; a masturbação; os toques ou apalpadelas com significação sexual [...]; a contemplação lasciva; os contatos voluptuosos; o uso de objetos ou instrumentos corporais, mecânicos ou artificiais, por via vaginal, anal ou bucal [...] (PRADO, 2015, p. 1027).

O tipo penal subjetivo é composto pelo dolo típico ou genérico e dolo específico. O dolo genérico é a vontade livre (aspecto volitivo) e consciente (aspecto cognitivo) de praticar a conduta descrita no tipo penal. Contudo, para a caracterização do delito em análise, é indispensável que se faça presente a vontade especial de, com a prática do ato, satisfazer a lascívia ou o desejo, próprio ou de terceiros. (PRADO, 2015, p. 1028; MASSON, 2018, p. 897). No caso da conjunção carnal, a satisfação da lascívia, em regra, é inerente ao ato, o que nem sempre se verifica, de logo, na prática de atos libidinosos diversos<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> É possível, por exemplo, que um profissional de saúde toque as zonas erógenas de sua paciente sem que se configure um ilícito penal, caso não se mostre presente o elemento subjetivo especial do tipo



Há ainda, como elementar implícita do injusto penal, o dissenso da vítima (MASSON, 2018, p. 894). Para o fim de enfatizar sua importância na caracterização do delito, tratamos o consentimento como elemento subjetivo negativo do tipo, já que, assentindo a vítima à prática sexual, afastar-se-á a tipicidade formal da conduta.

Cuidaremos, em sequência, do cerne desta investigação, qual seja, a opção legislativa pela Ação Penal Pública Incondicionada na esfera dos crimes contra a liberdade sexual.

### 3.3 As espécies de ação penal pública

Revelou-se indispensável à pesquisa apresentar um breve panorama acerca das subespécies Ação Penal Pública Condicionada e Ação Penal Pública Incondicionada, a fim de esboçar suas diferenças e possibilitar o cotejo entre o direito pátrio e o de outros países, representado pelos Estados da Espanha, Portugal e Argentina, bem como subsidiar a análise crítica desta monografia.

#### 3.3.1 Ação penal pública incondicionada

A regra geral, consoante previsão do art. 24 do CPP e art. 100, §1º, do CP (BRASIL, 1941;1940) é que o exercício da *persecutio criminis* não exija o assentimento do ofendido, isso é, geralmente, não depende de representação. Tal decorre do monopólio estatal da prerrogativa de punir, e de prover para que se puna, atribuição, a última, dada ao *parquet*<sup>35</sup>, nos termos do art. 129, inciso I, da CF/88. (BRASIL, 1988).

Para a espécie, não há abertura à consideração dos interesses da vítima, uma vez que o Ministério Público atua baseado no princípio da obrigatoriedade, segundo o qual lhe é “vedado perquirir a respeito da conveniência ou da oportunidade da propositura da Ação”. (PRADO, 2015, p. 620).

---

<sup>35</sup> Ministério Público





É correto dizer que o representante ministerial atua vinculado às suas funções institucionais<sup>36</sup>. Nessa hipótese, qualquer pessoa poderá comunicar à autoridade policial a existência da infração penal, com vistas à instauração do inquérito, vide o art. 5º, §3º do CPP (BRASIL, 1941). Qualquer um pode, ainda, provocar diretamente o Ministério Público, diante da dispensabilidade do inquérito policial, previsão do art. 27 da mesma apostila legal. (BRASIL, 1941).

No cenário posto, as vítimas participam do processo, *lato sensu*, como meros elementos, a depender da fase, de informação ou de prova, no último caso, a teor do artigo 201 do Código de Processo Penal. Tanto o é que, não comparecendo o ofendido em juízo, poderá ser coercitivamente conduzido à presença da autoridade, vide art. 201, §1º, do mesmodiploma (BRASIL, 1941).

A ideia é que a violação afeta, primeiramente, a sociedade, o sentimento coletivo e o Estado. Nesse tom, é interesse de todos provocar a atuação das instâncias de controle, almejando a punição do desvio, e do Estado, a todo custo, punir. (PRADO, 2015 p. 609; FELÍCIO, 2016, p. 73).

Corre, contudo, uma indagação de outra ordem: e quando a conduta criminal afeta, primeiramente, a esfera íntima das vítimas? A lição, no geral, da doutrina, e, no particular, de Carlos Eduardo Felício é que para essas hipóteses o Estado reserva a ação penal pública condicionada à representação do ofendido e a ação penal privada, ao fim de evitar-se o *strepitus fori*<sup>37</sup> (PRADO, 2015 p. 609; FELÍCIO, 2016, p. 31;73).

---

<sup>36</sup> Nos últimos anos, tem se discutido acerca da recepção (ou não recepção) dos artigos 24 e 28 do Código de Processo Penal pela CF de 1988. Discute-se também se a Lei dos Juizados Especiais mitigou a aplicação do princípio da obrigatoriedade. Contudo, o debate não atende, neste momento, ao problema de pesquisa desta pesquisa

<sup>37</sup> *Strepitus fori*, ou *strepitus iudicii* é uma expressão que remonta ao Direito Romano e remete à exposição da vergonha do ofendido, diante do caráter publicístico do processo



### 3.3.2 Ação penal pública condicionada à representação do ofendido

De acordo com Júlio Fabrini Mirabete (2000, p. 136), existem situações nas quais o interesse das vítimas há que se sobrepor ao público, uma vez que as consequências do delito são sentidas, principalmente, no âmbito privado. Em geral, são as hipóteses em que o processo lhes acarreta efeitos tão infames ou mais infames que a própria vitimação. O fim colimado pelo legislador ao condicionar o encetamento do processo-crime à representação do ofendido é alinhar os interesses da vítima aos do Estado, nos casos em que a primeira seja a maior afetada. Tanto a ação penal privada como a pública condicionada permitem a consideração das necessidades vitimais, pois, no que se refere à apresentação de queixa ou representação, fundamentam-se no princípio da oportunidade<sup>38</sup>. Para atender à objetividade almejada, contudo, nos deteremos no estudo das ações penais públicas.

No que se lhes refere, Antonio Scarence Fernandes (1995, p. 93) aduz que serão elas públicas condicionadas “se for alcançado imediatamente o interesse particular e mediatamente o interesse público”. Nesse sentido, o condicionamento da ação penal à vontade do ofendido revela-se especial fator protetivo, desobrigando-o de expor suas intimidades (GOMES, 2011), ao passo que se afigura efetiva medida a garantir-lhe o protagonismo processual penal (LOPES JR., 2018).

Já em termos práticos, no compulsar da legislação regente, certo é que a representação beneficia, muitas vezes, o ofensor.

A título de exemplo, a não manifestação do interesse da vítima no prazo legal de 6 (seis) meses, a contar da data em que se tornou conhecida a autoria do delito, conduz à extinção da punibilidade dos fatos, vide artigos 103 e 107, inciso IV, do Código Penal (BRASIL, 1940).

---

<sup>38</sup> Juízo de oportunidade e conveniência. No caso da Ação Penal Pública Incondicionada, o juízo de adequação realizado pelas vítimas, por meio da representação é condição de procedibilidade. O interesse da vítima, nesses casos, vincula o interesse agir do MP, pelo aspecto da necessidade



Outra importante consequência dessa opção legislativa é que tanto o inquérito como a ação penal só se podem iniciar com a representação, previsões dos artigos 5º, §4º, e 24, caput, do CPP; e 100, §1º, do CP. É possível, ainda, que a vítima se retrate da representação apresentada até o oferecimento da inicial acusatória, vide art. 25 do códex instrumental (BRASIL, 1941;1940).

Quanto a poder-se aviar nova representação após se ter retratado da primeira, existem duas correntes. A posição majoritária acena à possibilidade de apresentar a vítima quantas representações julgar conveniente, por ausência de disposição legal em contrário, observado apenas o prazo decadencial de 6 (seis) meses e a previsão do art. 25 do CPP, *in fine*, isso é, que se não tenha oferecido a denúncia. O Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1998) sufragou- a:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DE "HABEAS CORPUS". CRIME CONTRA OS COSTUMES. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. RECURSO INTEMPESTIVO. PROVA DE POBREZA. REPRESENTAÇÃO E RECONSIDERAÇÃO DA RETRATAÇÃO.

O recurso ordinário intempestivo pode ser conhecido como "writ" substitutivo.

A conclusão acerca da pobreza dos pais das vítimas pode decorrer das peculiaridades do caso, considerando, inclusive a notoriedade decorrente de atividade profissional.

**A reconsideração acerca de retratação é admissível dentro do prazo decadencial.**

A verificação da espontaneidade ou de eventual vício de vontade na "retratação da retratação" escapa, no caso, aos limites do "writ".

Não há que se falar de extinção da punibilidade em virtude de retratação da representação oferecida pela mãe das ofendidas, mormente se houve oportuna reconsideração e, também, se simultaneamente, o pai ofereceu outra representação. Recurso desprovido.

(RHC 7.822/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/1998, DJ 19/10/1998, p. 116, grifamos).



O segundo posicionamento, encabeçado por Tourinho Filho (2013), é de que retratação da representação extinguiria a punibilidade, à semelhança do que ocorre quanto ao instituto da renúncia, ou, ao menos, seria suficiente para determinar o arquivamento do inquérito policial:

Havendo retratação da representação, poderá o Promotor de Justiça requerer o arquivamento dos autos do inquérito policial ou das peças de informação? A retratação, na hipótese, assemelha-se, em tudo e por tudo, à renúncia, e, assim, devem os autos serem arquivados, em face da ausência de representação, condição a que se subordina, às vezes, o “jus accusationis”. Permitir-se a retratação da retratação é entregar ao ofendido arma poderosa para fins de vingança ou outros inconfessáveis (TOURINHO FILHO, 2013, p. 358).

Fernando Capez (2001, p. 110) segue a mesma trilha:

A retratação da retratação, ou seja, o desejo do ofendido de não mais abrir mão da representação, não pode ser admitida. No momento em que se opera a retratação, verifica-se a abdicação da vontade de ver instaurado o inquérito policial ou oferecida a denúncia, com a consequente extinção da punibilidade do autor.

Há algumas ponderações necessárias. Viu-se que ação penal pública é pautada pelo princípio da obrigatoriedade, assertiva verdadeira mesmo no universo daquelas condicionadas à representação, ao menos no que se refere ao acusador (FELÍCIO, 2016). Em tais conjunturas, não havendo previsão legal em contrário, cabe ao *parquet* promover a perseguição do fato delitivo, sob pena de ofender sua função institucional. Adverte o melhor juízo que, havendo retratação, e não sendo o caso de extinção da punibilidade, já que assim não se grafou em lei, deve-se aguardar a fluência do prazo decadencial. Estar-se-ia, caso contrário, cerceando o direito das vítimas sem qualquer sombra de respaldo legal. Pode-se discutir, como fez o doutrinador, acerca da possibilidade de arquivamento do feito por ausência de uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir. Por outro lado, parece-nos não ser o que se afigura mais consentâneo às advertências da lei, pois que é latente a



intenção de manejar a sabedoria do enunciado n° 524 da Súmula do STJ<sup>39</sup> e, *a contrário sensu*, do art. 18 do CPP (BRASIL, 1969;1941) para obstar o exercício de um direito do ofendido. Não se pode olvidar que, salvo em virtude da lei, não lhe é imposto fazer ou deixar de fazer. Ainda, é certo que a ausência de representação impede o início do processo-crime, por falecer ao acusador interesse processual, entretanto, isso não justifica que, por exemplo, não havendo representação da vítima, o órgão ministerial promova o arquivamento do feito, sob aquele pretexto, antes de decorrido o prazo de 6 (seis) meses aludido algures. É dizer: tanto quando a vítima retrata sua representação como quando, simplesmente, ainda não a exerceu, falta ao acusador interesse processual, inexistindo motivo plausível para diferenciar essas situações e ensejar o arquivamento no primeiro caso e não no segundo.

Por outro lado, a interpretação minoritária dá-se, num contexto de dúvida, se é que há, em favor do réu, como manda o costume penal, além de cuidar, com acerto, para que o protagonismo da vítima não redunde na ressacralização da vingança privada.

Obedecidas as finalidades desta monografia, basta-nos perceber que a legislação processual admite a retratação da representação antes oferecida, o que pode produzir benefícios ao ofensor. Para alguns, significa a adoção de postura tolerante do Estado em relação à criminalidade, ou pior, a deficiente proteção das vítimas e a negação da dignidade humana; do outro lado, há quem entenda as ações públicas condicionadas à representação, e já o dissemos, como: a) garantia da preservação da intimidade das vítimas; b) garantia do protagonismo vitimal.

Ambos os posicionamentos serão oportunamente apresentados. Antecipamo-nos, contudo, em dizer que, num contexto onde a máxima efetivação da ideologia constitucional, ombreada à percepção dialógica da realidade, é o valor supremo da

---

<sup>39</sup> “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas”.



tutela penal, o prejuízo do infrator nem sempre resulta o benefício da vítima. A recíproca é, igualmente, verdadeira.

### **3.4 Natureza da ação penal nos delitos sexuais**

Cuidaremos nesta seção de abordar os modelos de Ação Penal adotados no Brasil e nos Estados da Espanha, Portugal e Argentina para o processamento dos delitos sexuais.

#### *3.4.1 Histórico brasileiro*

Em sua redação original, o Decreto Lei nº 2.848/1940 (BRASIL, 1940) previa que, de regra, a ação penal para o crime de estupro seria de natureza privada, procedendo-se mediante queixa do ofendido. Excepcionalmente, adotar-se-ia ação penal pública condicionada à representação, caso a vítima não pudesse prover as despesas processuais sem privar-se de recursos indispensáveis à sua manutenção; ou ação pública incondicionada, havendo o crime sido cometido com abuso do pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

Por aplicação do art. 101 do Código Penal, cujo teor transcrevo a seguir, parte da doutrina entendia caber ação penal pública incondicionada aos casos de estupro praticados mediante violência real (BITENCOURT, 2017). Foi o que sufragou a corte maior, por intermédio do enunciado nº 608, editado no ano de 1984: “No crime de estupro praticado mediante violência real a ação penal é pública incondicionada”. (BRASIL, 1984). “Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, deva-se proceder por iniciativa do Ministério Público.” (BRASIL, 1940)

A partir de 2009, com o advento da Lei nº 12.015, a nova redação do art. 225 do Código Penal sedimentou que, para os crimes previstos nos capítulos I e II do Título VI do referido diploma (crimes contra a liberdade sexual), a ação penal seria



pública condicionada à representação do ofendido. Lado outro, se porventura fosse o delito praticado contra vítima menor de 18 (dezoito) anos, ou vulnerável, o início do processo-crime independeria de representação (BRASIL, 2009).

A doutrina entabulou um novo embate. A corrente majoritária, sustentada por Luiz Flávio Gomes e Guilherme Nucci, defendeu que a reforma legislativa teria afastado a aplicação do enunciado sumular n° 608 do pretório excelso. Os sustentáculos dessa interpretação são os seguintes: a) a norma prevista no artigo 225 do códex material (redação anterior à Lei n° 13.718/2018) é especial em relação à norma inscrita no art. 101 do Código Penal; b) a norma prevista no art. 225 do códex material (redação anterior à Lei n° 13.718/2018) é posterior à norma inscrita no art. 101 do Código Penal; c) o entendimento sumular anterior não pode suplantar a lei federal posterior (NUCCI, 2017). A posição minoritária, encabeçada por Cezar Bitencourt, assegurava a plena vigência do verbete, advogando que, para os crimes cometidos mediante violência real, antes ou depois da entrada em vigor da Lei n° 12.015/2009, dever-se-ia manejar ação penal de natureza pública incondicionada. Os sustentáculos dessa interpretação são os seguintes: a) a norma do art. 101 do códex material é especial em relação à norma do art. 225 do Código Penal; b) o estupro é, e continua a ser, um crime complexo (BITENCOURT, 2017).

O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2018) sufragou, até recente data, a segunda interpretação, *in verbis*:

Ementa: HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ALEGADA NECESSIDADE DE OITIVA DE NOVAS TESTEMUNHAS. INDEFERIMENTO JUSTIFICADO. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. VIOLÊNCIA REAL CARACTERIZADA. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA MESMO APÓS A LEI 12.015/2009. HIGIDEZ DA SÚMULA

608 DO STF [...] 2. **A ação penal nos crimes contra a liberdade sexual praticados mediante violência real, antes**



**ou depois do advento da Lei 12.015/2009, tem natureza pública incondicionada.** [...] Pormenorizada na sentença condenatória a caracterização da violência real – física e psicológica – a que foi submetida a vítima, é inviável, no instrumento processual eleito, alterar a conclusão firmada acerca dos fatos e provas. 4. Ordem denegada. (HC 125360, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 05-04-2018 PUBLIC 06-04-2018). [grifei]

Entendemos, na esteira de Guilherme de Souza Nucci (2017), que, a partir da vigência da Lei nº 9.099/1995, exauriu-se o fundamento técnico-jurídico que havia embasado a edição do enunciado sumular, já que as lesões corporais leves passaram a desafiar ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Em tais conjunturas, a aplicação do verbete, se é que ainda era devida, restringir-se-ia, em tese, aos casos em que a violência resultasse lesão corporal de natureza grave, *lato sensu*.

A mudança promovida pela Lei nº 13.718/2018, ao reservar ação penal pública incondicionada para o trato dos crimes contra a liberdade sexual, encerrou, por ora, o embate doutrinário no que se refere ao enunciado nº 608 da súmula do STF.

### 3.4.2 Direito comparado

Nesta subseção, abordaremos o tratamento dado pela legislação alienígena aos delitos contra a liberdade sexual no que se refere ao modelo de ação penal adotado, representada pelos Estados da Espanha, Portugal e Argentina. Os dois primeiros, em razão da matriz histórica comum (península ibérica) e o último por ser, ao lado do Brasil, uma das potências políticas e culturais da América Latina.

#### 3.4.2.1 Espanha

Na Espanha, os delitos sexuais acham-se tipificados entre os artigos 178 e 189 do diploma penal, incursos em seu Título VIII, “*Delitos contra la libertad e*





*indemnidad sexuales*”. Com algumas diferenças pontuais, os artigos 178 e 179 (*Agresiones sexuales*) da legislação incriminadora daquele Estado correspondem ao crime de estupro, normatizado no Brasil pelo art. 213, caput, do Código Penal:

Artículo 178. El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años. Artículo 179. Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años. (ESPAÑA, 1995)

Para o gênero desses ilícitos, que são conhecidos como semipúblicos, ou semiprivados<sup>40</sup>, determinou-se ao artigo 191 que a ação penal somente será iniciada mediante “denúncia”<sup>41</sup> da pessoa ofendida, ou de seu representante legal, ou “querela” do Ministério Público, observando-se, em todo caso, os interesses da vítima (ESPAÑA, 1995).

As ações semipúblicas são correlatas, no Brasil, às públicas condicionadas à representação do ofendido. Nessa espécie, em regra, somente se possibilita ao Ministério Fiscal o oferecimento da denúncia sem a respectiva representação quando se cuidar a vítima de pessoa menor ou incapaz.

Las diferencias teóricas entre ambos sistemas son las siguientes: en tanto se trata de un delito público no se requiere la voluntad de la víctima para iniciar el proceso, el cual puede ser iniciado por el atestado que remita el policía, por el parte de lesiones que se reciba del Hospital, o por cualquier otro medio previsto en la LECr., asumiendo el Ministerio Fiscal el papel de acusación. Por el contrario, en los delitos semipúblicos, se requiere la denuncia de la víctima para iniciar el proceso (LARRAURI, 2003, p. 293).

---

<sup>40</sup> À semelhança das ações penais públicas condicionadas. Contudo, há em relação aos delitos sexuais referidos uma situação jurídica *sui generis*, já que, em princípio, sua persecução só poderia se desdobrar a partir da “denúncia” do ofendido, contudo, com as alterações promovidas no estatuto penal, apesar de semiprivados, se lhes possibilitou o oferecimento da “querela” pelo *parquet* sem a correlata “representação” da vítima, desde que observados os seus legítimos interesses

<sup>41</sup> Não tem o mesmo emprego que dá o direito brasileiro



Lado outro, no que respeita aos delitos previstos nos artigos. 178 e 179, especificamente, autorizou-se ao *parquet* o oferecimento da Denúncia sem a respectiva “representação”, ainda que se trate de vítima maior e capaz, o que originou para esses domínios uma situação jurídica *sui generis*, levantando tormentosa dúvida na doutrina<sup>42</sup>. Questiona-se se ação penal preservou, ou não, seu caráter semipúblico. Há duas linhas de pensamento. De um lado, é possível entender que, sendo viável ao Ministério Fiscal promover a *persecutio criminis* independentemente de representação da vítima, a ação passou a ser pública, submetida ao preceito da obrigatoriedade/legalidade. Numa outra intelecção, ao considerar que o Ministério Fiscal continuou submetido ao interesse vitimal, há dizer que a ação preservou seu caráter semipúblico, agora quase público, com a mitigação do princípio da obrigatoriedade, de modo que cabe ao *parquet* realizar juízo de oportunidade e conveniência do exercício da persecução penal à luz da vontade da vítima. (AYJÓN, 1999)

Segundo leciona Miguel Marcos Ayjón (1999, p. 608), sucedeu, em relação “estupro”, que adotou o país espanhol a ação penal pública de natureza condicionada, com a ressalva de que se permite ao acusador o oferecimento da denúncia sem necessidade de representação, desde que atenda aos legítimos interesses do ofendido:

Parece, así, que el legislador ha querido subrayar, al usar esta expresión, este deber del Ministerio Público cuando se encuentre ante delitos contra la libertad sexual, que por su naturaleza exigen tener muy presentes los padecimientos de la "víctima, de tal manera que, en aras a que los delitos de agresión, acoso o abuso sexual, conserven su naturaleza semipública, es conveniente concluir que el Ministerio Fiscal podrá interponer querella para la persecución de estos delitos

---

<sup>42</sup> “No menos desafortunada es la expresión que emplea el legislador para la actuación del Ministerio Fiscal en este tipo de casos, «actuará ponderando los legítimos intereses en presencia». Y ello, en primer lugar, porque no parece claro lo que se quiere decir con esta expresión, cuando la norma penal debe ser clara, concisa y fácilmente comprensible por todos los ciudadanos a quienes va dirigida; y en segundo lugar, porque una expresión tan poco definida puede implicar múltiples interpretaciones y aplicaciones, y nevar en la practica a que el Ministerio Fiscal pueda interponer querella siempre que se de uno de estos delitos, independientemente de la intención de la persona agraviada” v. AYJÓN, Miguel Marcos. La legitimación para la interposición de la denuncia en los nuevos delitos semipúblicos. 1999



independientemente de la condición de la víctima, pero dicha condición deberá ser tenida en cuenta por el Ministerio Fiscal a fin de valorar la conveniencia o no de ejercer la acción penal.

### 3.4.2.2 Portugal

O Código Penal Português, em sua parte sumária, ministra que a tendência universalizante para a afirmação dos direitos humanos e o “reforço da dimensão ética do Estado imprimem à justiça o estatuto de primeiro garante da consolidação dos valores fundamentais [...], com especial destaque para a dignidade da pessoa humana”. (PORTUGAL, 1995)

À semelhança do Direito brasileiro, o Estado em referência abandonou a inveterada concepção moralista e patrimonialista para assumir uma de outra ordem, humanitária. Nesse contexto, os delitos sexuais deslocaram-se do capítulo referente aos “Crimes Contra os Valores e Interesses da Vida em Sociedade” para se alocarem no capítulo alcunhado “Os Crimes Contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual”. (PORTUGAL, 1995)

O diploma penal, ao item 17 da introdução constante do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 setembro, salienta a necessidade de cuidar-se para que se evite a construção de um sistema penal exclusivamente orientado para as exigências da luta contra o crime, que “acabe por se converter, para certas vítimas, numa repetição e potenciação das agressões e traumas” resultantes do delito, máxime no que diz respeito às violações de natureza sexual. (PORTUGAL, 1995)

Correspondem ao crime de estupro as figuras previstas nos artigos 163 (coação sexual) e 164 (violação). Comete coação quem constringe outra pessoa à prática de atos sexuais de relevo. A jurisprudência define como atos sexuais de relevo os que, não constituindo cópula vaginal; coito anal ou oral; ou a introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos, ofendem, objetivamente, a dignidade sexual das vítimas, esteja ou não presente o intuito de satisfação da lascívia (PORTUGAL, 1995):



Ac. TRP de 13-03-2013: I – **Acto sexual é o comportamento que objectivamente assume um conteúdo ou significado reportado ao domínio da sexualidade da vítima, podendo estar presente um intuito libidinoso do agente, conquanto a incriminação persista sem esse intuito**<sup>43</sup>. II - Considera-se acto sexual de relevo o comportamento pelo qual um homem adulto dá beijos na boca, mexe nos seios, mexe na vagina de uma menor de doze anos, ainda que por sobre a roupa, e lhe exhibe o pénis, perguntando-lhe se gostava do que tinha visto. (PORTUGAL, 2013, grifamos)

A violação, por sua vez, compreende a cópula vaginal; o coito anal e oral; e a introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos (PORTUGAL, 1995). Oportuno anotar que, para ambos os delitos, a aferição tem por partida a perspectiva vitimal dos fatos. A ameaça grave, pressuposto para a incursão nas penas de sua forma qualificada, tem por base a experiência relatada pelo violado<sup>44</sup>. A dúvida, por força da lei, efetivamente, promove favor aos ofendidos:

Ac. TRC de 25-06-2014 : 1. No crime de violação, a ameaça ou é tida como tal e é levada a sério, e é ameaça grave, ou não é levada a sério e deixa de ser ameaça. Assim que a ameaça levada a sério pela vítima é sempre ameaça grave.2. **É pelo padrão da vítima, da pessoa a quem é dirigida a ameaça que se aferirá da sua gravidade.** [grifei] (PORTUGAL, 2014)

Em estudo realizado por Gabriela Maria Figueira Martinho (2012), concluiu-se que, dentre os processos afetos à criminalidade sexual, a maior parte das ações que foram à julgamento implicaram éditos condenatórios, numa proporção de 4 condenações para cada 2 absolvições. A pesquisadora atribui o resultado ao impacto da perícia psicossocial nas decisões da justiça portuguesa, que, analisando a credibilidade do depoimento vitimal em bases técnico- científicas, entrega à judicatura o subsídio empírico necessário para uma tomada de decisão objetiva.

No Direito português, diferenciam-se os crimes privados, públicos e semipúblicos. Quanto aos privados, exigem para o desenrolar da ação penal a

---

<sup>43</sup> Parece-nos que, diferentemente do que ocorre no Brasil, o delito de estupro não pressupõe a presença do elemento subjetivo especial do tipo

<sup>44</sup> Acreditamos que a postura afugente qualquer pretensão vitimodogmática de aplicação dos conceitos de vítima provocadora ou merecedora



manifestação da vontade da vítima, que se constituirá, com a devida outorga de poderes a seu procurador, como assistente de acusação. No pertinente aos delitos públicos, a exemplo do abuso sexual de crianças, o início do processo-crime independe do assentimento dos ofendidos. Por fim, os crimes semipúblicos, equiparados, no caso brasileiro, às ações públicas condicionadas à representação, dependem, para o enceto do processo, da apresentação de queixa por parte das pessoas legitimadas a manter a ação penal. (MARTINHO, 2012):

Ac. TRG de 10-07-2014 : I. Para se apresentar a queixa não são necessários especiais conhecimentos jurídicos, nem a sua validade está dependente de qualquer fórmula sacramental. Mas a lei não dispensa existência de um ato formal [...] III. Sendo o crime semipúblico, é o referido ato formal de se «dar conhecimento do facto» que está na origem do processo e desencadeia a investigação, **sem o qual esta não pode sequer começar.** (PORTUGAL, 2014, grifei)

Os tipos previstos aos artigos 163 e 164 do Código Penal, por expressa previsão do art. 178 da mesma apostila normativa, dependem de “queixa”<sup>45</sup> para sua tramitação, salvo se forem praticados contra pessoa menor, ou resultarem morte ou suicídio da vítima. Em todo caso, pode o Ministério Público dar início ao feito, independentemente de apresentação de queixa, no prazo de seis meses, a contar da data em que se tornou conhecida a autoria do delito, “sempre que o interesse da vítima o aconselhe”. (PORTUGAL, 1995)

Em suma, de modo símile à legislação espanhola, o Direito português tipifica o “estupro” como crime semipúblico, cuja ação correlaciona-se, na cena brasileira, com as públicas condicionadas à representação. Possibilita-se ao *parquet*, todavia, promover a persecução penal, independentemente de “queixa”, no prazo decadencial de 6 (seis) meses, contados do dia em que se veio a conhecer a autoria do delito, desde que assim recomende o melhor interesse da vítima.

---

<sup>45</sup> O emprego do termo não guarda a significação dada pelo direito brasileiro



### 3.4.2.3 Argentina

No Estado em referência, os crimes sexuais foram previstos ao Título III do *Código Penal de La Nación Argentina: “Delitos Contra La Integridad Sexual”*. É análoga ao estupro a conduta disposta no art. 119 do referido diploma, que, à guisa do que ocorre no Brasil, condensou num só tipo penal a conjunção carnal e os atos libidinosos diversos da cópula vagínica. (ARGENTINA, 1984).

Comete o delito quem abusa sexualmente de pessoa, de um ou outro sexo, quando esta for menor de treze anos ou quando o ato for praticado mediante violência, ameaça, coação, intimidação, ou se aproveitando do fato de que, por qualquer motivo, não poderia a vítima livremente consentir. (ARGENTINA, 1984)

O crime é qualificado nas seguintes hipóteses: 1) caso se tenha submetido a vítima à grave ultraje; 2) quando houver acesso carnal, vulgo penetração, por qualquer via; 3) (a) quando resultar grave dano à saúde física ou mental da vítima; (b) quando houver sido cometido por ascendente, descendente, irmão, tutor, curador, ministro de algum culto ou encarregado pela guarda ou educação do prejudicado; (c) quando for o autor portador de doenças sexualmente transmissíveis e o saiba; (d) quando for cometido em concurso de pessoas, ou com o emprego de armas; (e) quando for praticado por membros das forças policiais, ou de segurança, por ocasião do exercício de suas funções; (f) quando for cometido contra menor de dezoito anos, aproveitando-se de situação de convivência preexistente. (ARGENTINA, 1984).

No Estado Argentino, conforme previsão do art. 71, existem três modalidades de ação penal: as que se iniciam de ofício, as que dependem de instância privada e as ações privadas. As primeiras aplicam-se a todos os delitos, salvo disposição legal em contrário, e pautam-se pelo princípio da legalidade/obrigatoriedade. As segundas equivalem à ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Nessa hipótese, é ainda possível que o prejudicado se habilite como assistente de acusação. As últimas são aplicáveis aos crimes de calúnia, injúria, violação de segredos,



concorrência desleal e descumprimento do dever de assistência familiar entre cônjuges. (ARGENTINA, 1984)

Oportuno colacionar o teor do art. 26 do diploma processual federal (ARGENTINA, 1984):

Si el ejercicio de la acción pública dependiera de instancia privada, el Ministerio Público fiscal sólo la ejercerá una vez que la instancia haya sido formulada [...] esta circunstancia no obsta a la realización de los actos urgentes que impidan la consumación del hecho o la de los imprescindibles para conservar los elementos de prueba, siempre que tales actos no afecten la protección del interés de la víctima.

Para a figura prevista no art. 119, o códex material reservou ação penal dependente de instância privada, vide art. 72, salvo quando a agressão tenha resultado a morte da vítima ou lesão corporal de natureza grave, ou, ainda, quando se tratar o ofendido de pessoa menor de dezoito anos ou incapaz. Por expressa previsão, não se formará a causa sem acusação ou denúncia do prejudicado, de seu tutor, guardador, ou representante legal. Anteriormente às alterações movidas pela Lei n° 26.738/2012, era ainda possível que as vítimas maiores de dezesseis anos fizessem acordo com o ofensor que, sendo homologado pelo juízo, desde que reputasse atendido o melhor interesse da vítima, implicaria a extinção da ação penal. (ARGENTINA, 1984)

Na lição de Maier (1995, p. 45), a ação dependente de instância privada realiza o congraçamento entre o interesse público, que é punir, e o privado, de evitar o *strepitum fori*, naqueles delitos que, em que pese atinjam maiormente a esfera de intimidade das vítimas, são suficientemente graves a cobrar o exercício do *jus puniendi*. Argumenta que nessa espécie de ação penal, “uma vez expressado o interesse privado, o interesse público se libera de suas travas e reclama a persecução do delito, conforme sua gravidade”. [tradução nossa]



### **3.5 A alteração movida pelo art. 1º da lei Nº 13.718/2018**

Com o advento da Lei nº 13.728/2018, o artigo 225 do Código Penal Brasileiro passou a vigorar com a seguinte redação: “Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada”. (BRASIL, 2018)

Há, em princípio, dois posicionamentos acerca do tema, cujas argumentações analisaremos nesta seção. Ao final, os argumentos foram esquematicamente dispostos em um quadro comparativo (Quadro 1)

#### *3.5.1 Posição favorável*

A corrente favorável à adoção da ação penal pública incondicionada para o trato dos crimes incurso nos capítulos I e II do Título VI do Código Penal alicerça-se, em princípio, em duas perspectivas: a) no punitivismo estatal; b) no princípio humanitário, pelo aspecto da proteção.

Na lição de Chakian e Bazzo (2016), era necessária uma mudança legislativa que promovesse o combate desse gênero delitivo, em razão de sua particular gravidade, como forma de se evitar a impunidade dos agressores, ocultos pela cifra negra do crime. Segundo as autoras, era desproporcional que o crime de estupro fosse o único injusto inscrito no rol de hediondos cuja punibilidade dependia da representação da vítima, e a punição, muitas vezes, era obstaculizada pelo decurso do prazo decadencial.

Chakian (2018) acrescenta que a revitimização não é inerente ao processo, mas decorre de um paradigma, constantemente renovado, que prescreve o julgamento moral e a discriminação da vítima mulher. Nesse contexto, a exigência da representação como condição de procedibilidade, consoante escreve: “fortalecia a ideia de que, ainda hoje, ser vítima de violência sexual configura vergonha, como se





fossem as ações da vítima, e não as do agressor, determinantes para a prática da violência”.

Na visão de Gomes (2018), a alteração é importante para que, efetivamente, puna-se o infrator, mas, principalmente, por seus signos implícitos, em especial, por imbuir a sociedade do entendimento de que não nos foi dada a disposição do corpo alheio, e incutir no agressor a noção de que seus atos são injustos e devem ser punidos.

Traz segurança jurídica para todos: autor, que deve ter bem claro para si que praticar ato libidinoso sem adesão do parceiro é crime e vai sim ser processado; vítima, que não precisa dar explicações: comunica o fato e a polícia faz o resto; polícia, que tem o dever legal de instaurar inquérito e investigar sem perquirir se a vítima quer ou não quer; e a sociedade, que avança no entendimento de que o direito de alguém tem limite no direito do outro, que a roupa, horário, local, postura, comportamento social, estado civil, porte físico, orientação sexual etc, não interferem no reconhecimento de que um crime ocorreu.

Por sua vez, Costa (BRASIL, 2018) relevou que a inovação legislativa marca o reconhecimento pelo parlamento brasileiro de que a apuração dos crimes sexuais interessa a toda a sociedade, não somente à vítima. Em suas palavras, o receio de eventual escândalo do processo “não é motivo bastante para evitar a persecução criminal de crimes tão bárbaros”. Segundo Costa, as posições em contrário partem de uma “visão privatista do processo penal, de uma suposta proteção da vítima, que, em verdade, oculta a relevante cifra de impunidade dos crimes sexuais”.

### *3.5.2 Posição contrária*

A corrente contrária à adoção da ação penal pública incondicionada para o trato dos crimes incurso nos capítulos I e II do Título VI do Código Penal alicerça-se, em princípio, em duas perspectivas: a) no princípio humanitário, pelo aspecto da autodeterminação; b) no princípio humanitário, pelo aspecto da proteção.



De acordo com Diniz (2018), a questão põe em confronto a supremacia do interesse punitivo do Estado e a intimidade das vítimas, que, segundo argumenta, deveriam poder escolher pela conveniência, ou não, da persecução penal. Salienta ser inerente ao processo que a vítima dos crimes de natureza sexual reste abandonada e estigmatizada. Para Diniz, a opção legislativa foi perseguir o infrator em detrimento da proteção das vítimas, impondo-lhes um sofrimento “que pode ser, em dados casos, literalmente insuportável”.

Na Lição de Cunha (2018, p. 16) não poderia o Estado retirar das vítimas sua capacidade de iniciativa, colocando interesses punitivos acima das necessidades vitimais. Argumenta que a ação penal deveria permanecer condicionada à representação dos ofendidos quando se tratar de pessoas maiores e capazes, cabendo-lhes a escolha de evitar o *strepitus judicii*. No seu entender, “igualar todas as formas pelas quais o crime pode ser praticado para retirar da vítima qualquer capacidade de iniciativa parece um retrocesso”.

Gilaberte Freitas (2018) articula que a legislação atendeu a protestos punitivistas que, no afã de apenar, esqueceram-se dos ofendidos e do direito à autopreservação que lhes é devido. Acrescenta que a mensagem passada pela nova disciplina é de que ao Estado somente vale punir, “pouco importando o bem-estar da vítima, caindo as máscaras da fingida preocupação”. Em sua intelecção, a mudança é consecutória de um “Direito Penal estudado e manejado sem o apoio da criminologia, mais especificamente da vitimologia”.

Na visão de Lopes Júnior, Rosa, Bambilla e Gehlen (2018), a alteração legislativa cuidou de desproteger os ofendidos e, principalmente, decotar sua capacidade de escolha, desconsiderando as necessidades vitimais. Argumentam que a legislação declarou público o corpo da vítima.

[...] andou mal o legislador e, ao aparentemente ampliar a proteção da vítima (maior e capaz), o que fez foi menosprezar sua capacidade de decisão, escolha e conveniência. [...] Era uma condição de procedibilidade que denotava respeito ao seu poder decisório, importante neste tipo de delito, em que a



violência afeta diretamente a intimidade e a privacidade, além da liberdade sexual.

No quadro a seguir é fornecida uma comparação entre as duas posições discutidas no capítulo.

Quadro 1 – corrente favorável à adoção da ação penal pública incondicionada *versus* corrente contrária à adoção da ação penal pública incondicionada

POSIÇÃO FAVORÁVEL	POSIÇÃO CONTRÁRIA
<b>F.1) Proteção:</b> a alteração retira o protagonismo da vítima, o que é bom porque não mais lhe exige o ônus e a iniciativa de buscar a atuação das instâncias de controle. (GOMES, 2018)	<b>C.1) Autodeterminação:</b> a alteração retira o protagonismo da vítima, o que é ruim na medida em que recolhe do verdadeiro titular do conflito o poder de sobre ele dispor e de avaliar a conveniência da persecução do crime. (DINIZ, 2018; CUNHA, 2018; LOPES JR; ROSA; BAMBILLA; GEHLEN, 2018)
<b>F.2) Proteção:</b> a alteração considera que os delitos sexuais ofendem não só as vítimas, mas também a coletividade, sua intenção é diminuir a impunidade para melhor prevenir a ocorrência de delitos dessa natureza e evitar que o desvio se torne norma. (CHAKIAN; BAZZO 2016; GOMES, 2018; BRASIL, 2018)	<b>C.2) Autodeterminação e proteção:</b> a alteração desconsidera que os delitos sexuais ofendem de forma mais grave a esfera individual das vítimas, de modo que o poder público não pode retirar-lhes o direito de autopreservação. (DINIZ, 2018; CUNHA, 2018; GILABERTE FREITAS, 2018; LOPES JR; ROSA; BAMBILLA; GEHLEN, 2018)
<b>F.3) Punição:</b> importante preparar os profissionais do sistema de justiça para lidar com a criminalidade sexual, mediante a instrumentalização de políticas adequadas, o que não justifica deixar-se de perseguir o delito. (CHAKIAN, 2018)	<b>C.3) Proteção:</b> o processo é o alçó da vítima, e produz sua revitimização. Os profissionais de polícia e judicatura não são preparados para atender às demandas vitimais. (DINIZ, 2018; LOPES JR, 2018)
<b>F.4) Punição e proteção:</b> a intenção do legislador foi diminuir a substantiva cifra negra do crime sexual, que denuncia a proteção deficiente da vítima. (CHAKIAN; BAZZO, 2016; BRASIL, 2018)	<b>C.4) Punição e proteção:</b> a alteração não garante a punição do infrator, tampouco a eficiente proteção da vítima, que, no processo, é tratada como mero objeto de prova. (DINIZ, 2018)

Fonte: elaborado pelo autor.

### 3.6 Discussão

Apresentadas as nuances do tema e o conteúdo que o cerca, promoveremos nesta seção a análise crítica, embora sucinta, do objeto de pesquisa, à luz da matéria



abordada ao longo dos capítulos 1, 2 e 3, transitando entre os argumentos da posição favorável à alteração, representados por “F1, F2, F3, F4”, e os da posição contrária à alteração, representados por “C1, C2, C3, C4”.

Subdividimos a seção de forma elucidativa. Inicialmente, serão abordadas a produção de provas, a vitimização, o preceito da lesividade e a sua implicação ao tema. Por fim, serão brevemente discutidos aspectos pragmáticos acerca da adoção de um ou outro modelo de ação penal.

### *3.6.1 Uma questão de prova*

De modo genérico, o direito penal, em seu caráter fragmentário e subsidiário, é a última instância do controle social. Também enuncia seu caráter subsidiário que deve ocupar-se exclusivamente da proteção dos bens jurídicos, aliás, da reafirmação dos valores sociais já tutelados<sup>46</sup> pela norma. Para o alcance desse desiderato, a norma penal consigna-se num preceito primário e noutro secundário. O primeiro cuida da seleção dos bens jurídicos merecedores de tutela, enquanto o derradeiro estabelece a punição, e a medida da punição, aplicável caso se violem os referidos valores. Sumarizando: O direito penal ocupa-se de punir os fatos da vida que subsumam na norma incriminadora.

Por sua vez, o processo é o instrumento de efetivação da tutela penal material, que a orienta nos limites da Constituição e permite que a apuração do fato penal seja realizada de modo padronizado, objetivo, previamente delimitado, respeitando-se o contraditório, regulando-se a produção de provas, fundamentando-se as decisões e possibilitando-se insurgir contra elas.

Se o “fim último” do direito penal é a sanção do desvio, o “fim primeiro” do processo é garantir que seja embasada no Direito (legalidade estrita) e na apreciação dos elementos de prova. Tais verificações implicam a observância dos preceitos

---

<sup>46</sup> Princípio da taxatividade



apresentados por Ferrajoli como axiomas do SG, de que já tratamos. Quando lidos integradamente, constituem verdadeiros silogismos jurídicos: não há pena sem crime; não há crime sei lei; não há lei sem necessidade; não há necessidade sem lesão; não há lesão sem ação; não há ação sem culpa; não há culpa sem julgamento; não há julgamento sem acusação; não há acusação sem prova; não há prova sem defesa.

No campo dos crimes sexuais, o que, em princípio, era uma garantia à dignidade humana, tornou-se um desafio, sobretudo porque, como alinhavado, a violação costuma ocorrer às ocultas, e a instrução judicial, não raro, é feita sobre os relatos do autor e da vítima<sup>47</sup>.

Se é dificultoso provar-se o tipo objetivo, ou seja, responder-se às seguintes indagações: “praticou-se um ato libidinoso?”, “foi praticado mediante violência ou grave ameaça?”, o que se dirá da prova do tipo subjetivo: “havia intenção de satisfazer a lascívia?” “houve dissenso?”, “conhecia ou deveria conhecer o autor do dissenso da vítima?”.

A prova, positiva ou negativa, do consenso, no nosso entender, somente pode ser esconjurada daquele que detivera o poder de externalizá-lo. É dizer, o consenso pressupõe, inexoravelmente, uma relação entre ao menos dois indivíduos em que há convergência de vontades. Cabe unicamente à vítima indicar se sua vontade, factualmente, convergira à do vitimário, ou estar-se-ia a dizer que seu corpo é público salvo disposição em contrário.

Todavia, ao fim de manter as assepsias científicas, como foi apresentado, há quem entenda que o dissenso, para a caracterização do delito, deve ser expresso, de modo que seria plenamente viável aferir-se o consenso por meio dos elementos objetivos de informação, ou do relato das circunstâncias objetivas do fato.

---

<sup>47</sup> Regra geral, o conjunto probatório nos processos de estupro é extremamente frágil, limitando-se à prova pericial e testemunhal ou esgotando-se, muitas vezes, no depoimento da vítima. Isto é facilmente compreensível pelas circunstâncias em que ocorrem. São crimes geralmente praticados em lugares ermos ou na intimidade dos lares, distante do público e de testemunhas, sendo as partes envolvidas, muitas vezes, as únicas presentes”. v. ANDRADE, 2010, p. 92



Certo é que a instrução judicial nas hipóteses vertentes é conflituosa, e são tão frágeis os elementos de prova que, advertidamente, inverte-se a lógica da não culpabilidade e assume-se, no caso de dúvida, o favor do ofendido<sup>48</sup>. Não fosse assim, far-se-iam impuníveis os delitos desse tipo.

Não obstante, em que pese haja sido conferido maior valor probatório à palavra da vítima, a medida é insuficiente a superar o paradigma da impunidade que paira a criminalidade sexual<sup>49</sup>, enunciado por F2 e F4. Partindo-se de uma premissa verdadeira (pune-se pouco), vai-se ao encontro de uma conclusão não tão verdadeira, no sentido de que a criminalização de novas condutas, a exasperação das penas e o aumento do poder punitivo do Estado seriam soluções adequadas.

Isso porque entender assim é desconsiderar que a impunidade ladeia a imunidade<sup>50</sup> e, nesse pálio, a criminalização primária não realiza as vazias promessas de punição<sup>51</sup> propagandeadas pelo sistema formal de justiça, seja em face das dificuldades probatórias, por nós aqui denunciadas, seja no arrostar da seletividade que lhe é própria: a despeito de conhecer dos fatos e reconhecer o direito, constrói-os a partir da mundividência do julgador<sup>52</sup> e suas estereotipias.

---

<sup>48</sup> “[...]nos crimes sexuais, a palavra da vítima e o laudo de exame de conjunção carnal assumem especial relevância, o que, aliás, parece unanimidade em matéria judicial (além de doutrinária e jurisprudencial)”. v. ANDRADE, 2010, p. 92

<sup>49</sup> Isto nos conduz ao problema, tão caro ao feminismo, da impunidade: é que ser considerada vítima, nos labirintos da honestidade, não implica diretamente em punibilidade do autor. O SJC, que promete proteger as vítimas de crimes sexuais, absolve, ao que tudo indica, com muito maior frequência do que condena. A regra, na conduta de estupro – seguindo a lógica do sistema – é a impunidade, e a condenação em casos limites, permanecendo, contudo, aquém da imunidade, pois, seguindo também a lógica de funcionamento do sistema, subsiste uma enorme cifra oculta da violência sexual”. v. ANDRADE, 2010, p. 95

<sup>50</sup> “Os processos de criminalização secundária acentuam o caráter seletivo do sistema penal abstrato. Têm sido estudados os preconceitos e os estereótipos que guiam a ação tanto dos órgãos investigadores como dos órgãos judicantes”. v. BARATTA, 1996, p. 76

<sup>51</sup> “O tratamento que o sistema de justiça criminal confere à violência sexual, particularmente ao estupro, pode ser formulado na promessa de punir [...] em definitivo, não há esta punição, e na forma de impunidade imunidade reafirma-se o continuum e a solidariedade masculina destes controles.”. v. ANDRADE, 2010, p. 99

<sup>52</sup> “Ora, nisto o SJC replica a lógica e a função real de todo mecanismo de controle social que se, em nível micro, implica ser um exercício de poder e de produção de subjetividades (a seleção binária, entre o bem e o mal, o masculino e o feminino), em nível macro, implica ser um exercício de poder (de homens e mulheres); reprodutor de estruturas, instituições, simbolismos e o SJC ocupa um importantíssimo lugar na manutenção do status quo social.” v. ANDRADE, 2010, p. 83



Nesse particular, para que não quedemos ao plano da abstração, podemos demonstrar em números que a certeza da persecução penal nos delitos sexuais não equivale à certeza da punição.

Daniella Georges Coulouris (2004), ao analisar 53 (cinquenta e três) ações penais referentes à apuração da delinquência sexual, no período compreendido entre o ano 1995 e o ano 2000, observou que 44 (quarenta e quatro) denúncias haviam sido consideradas inconsistentes, fracas ou falsas, o que corresponde a 81 (oitenta e um) por cento do total de acusações movidas. Nos casos em que a vitimada conhecia o vitimário, 17 (dezesete) dos inquéritos foram arquivados, 6 (seis) das ações levaram à absolvição, 3 (três) foram extintas, e somente 2 (duas) conduziram à condenação. Nas hipóteses em que a vítima desconhecia o vitimário, 1 (um) dos inquéritos foi arquivado, 10 (dez) das ações levaram à absolvição, 1 (uma) operou a desclassificação da conduta, e apenas 3 (três) conduziram à condenação. No total, houve 20 (vinte) arquivamentos, 23 (vinte e três) absolvições, 4 (quatro) extinções, 1 (uma) desclassificação, e somente 5 (cinco) condenações.

Kennyia Regina Mesquita Passos (2017), ao analisar o fluxo de processos criminais em curso na comarca de São Luís/MA, entre os anos de 2010 e 2015, observou que a maior parte dos processos e procedimentos ainda estavam em curso, numa média de duração de 4 (quatro) anos. Verificou, também, que, desconsiderados os ainda em curso e os que não puderam ser acessados em razão do segredo de justiça, houve um total de 95 processos e procedimentos baixados, dos quais 68 (sessenta e oito) conduziram à absolvição, ao arquivamento por falta de provas, ou à extinção da punibilidade, o que corresponde a 72 (setenta e dois) por cento do número total analisado.

Gabriela Perissinotto de Almeida e Sérgio Nojiri (2018, p. 837) denunciam semelhante resultado, a partir da análise de 63 (sessenta e três) sentenças proferidas no estado de São Paulo. Segundo colheram, 80 (oitenta) por cento dos casos em que a vítima e o réu haviam mantido um relacionamento anterior culminaram em



absolvição. Nas hipóteses em que o acusado era um familiar, o número de absolvições foi de 60 (sessenta) por cento.

Diante do apresentado, desestruturam-se os argumentos F.2 e F.4, ao passo que o argumento C. 4 é reforçado. Em resumo, acreditamos que a possibilidade de iniciar-se o processo penal não resulta necessariamente em condenação; a uma porque as deficiências metodológicas do processo inviabilizam, muitas vezes, uma instrução judicial idônea; a duas porque, no geral, o julgador ainda é pautado por estereótipias discriminatórias. De um lado, a posição favorável, com acerto, reconhece um problema de necessário enfrentamento pela política criminal, a saber, a impunidade no campo dos delitos vertentes, por outro lado, inobserva que as soluções propostas pela legislação não são consentâneas à superação desse específico problema, já que, em termos práticos, a tendência é que não diminuam a impunidade de forma expressiva.

### 3.6.2 *Uma questão suprapenal?*

Acima do poder-dever de punir, existe outra tutela, de envergadura supraconstitucional, a ser observada pela dogmática, a saber, a efetivação do princípio humanitário na relação do Estado com o indivíduo, balizada, como sobredito, pelos vetores da proteção e da autodeterminação.

No que toca à vitimologia, a dignidade irrealiza-se quando se operacionalizam os fenômenos de vitimização, em todos os seus graus. Particularmente na esfera da delinquência sexual, em razão de cercear a liberdade e a dignidade das vítimas, o dano direto e indireto, material e imaterial, físico e psicológico a que são submetidas é aterrador<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> “*Los delitos sexuales son peculiarmente victimizantes, ya que dejan serias secuelas psicológicas y sociales, producen importantes cambios de personalidad, de conducta y de vida, y provocan una notable sobrevictimización*”. v. MANZANERA, 2002





Em nível raso, consoante esclarece a pesquisadora Pat Mayhew (apud BERISTAIN, 2000, p. 103), os efeitos psicológicos gestados pela prática delitiva, ainda que se arvore em números absolutos, num aspecto qualitativo, tendem a ser brandos.

É diverso o que ocorre na seara dos crimes vertentes. Segundo o relatório da pesquisa realizada por Amanat, referenciada em Antônio Beristain (2000), a violação sexual gerou desespero em 86 (oitenta e seis) por cento das pacientes observadas; 76 (setenta e seis) por cento experimentaram lembranças de outros sucessos traumáticos; 86 (oitenta e seis) por cento vivenciaram momentos de ansiedade, medo, sensação de abandono, de humilhação, depressão, raiva e sensação de culpa; 43 (quarenta e três) por cento sofreram sintomas físicos, como espasmos e náuseas; 68 (sessenta e oito) por cento sentiram perturbações do sono; 72 (setenta e dois) por cento experienciaram bloqueios do pensamento; 72 (setenta e dois) por cento encontraram dificuldade de concentração; 78 (setenta e oito) por cento assumiram ideias hipocondríacas; 78 (setenta e oito) por cento enfrentaram problemas sexuais.

Somam-se-lhes problemas como a infecção por doenças venéreas e a gravidez indesejada, que não serão pormenorizados, em respeito à delineação temática e por não terem sido objeto dos capítulos precedentes.

No relativo à vitimização secundária, reverbera com maior densidade sonora no gradil da delinquência sexual<sup>54</sup>. É que, conforme argumentação antes expendida, a estereotipia da vítima e do vitimário, as reperguntas, a postura dos agentes incursos nas instâncias de controle, e a provação processual expõem a intimidade dos

---

<sup>54</sup> “Especialmente em alguns delitos, como os sexuais. Não é raro que nessas infrações o sujeito passivo sofra repetidos vexames, pois à agressão do delinquente se vincula a postergação e/ou estigmatização por parte da polícia, dos médicos forenses e do sistema judiciário”. v. BERISTAIN, 2000, p. 109



agredidos<sup>55</sup>, o que, muitas vezes, faz recrescer-lhes os sentimentos de culpa, fragilidade, ansiedade e depressão.

Este é o cenário: o juiz, na busca da verdade, ainda que com a melhor das intenções<sup>56</sup> — nem sempre é o caso —, pergunta à vítima sobre fatos recônditos e sensíveis. A essa altura, em regra, esses fatos já foram respondidos na fase policial e perante o representante do *parquet*. A audiência é tomada, salvo disposição expressa em contrário, a juízo do magistrado<sup>57</sup>, na presença do vitimário. Recusando-se a comparecer, é possível determinar-se a condução coercitiva da vítima, como já comentado. Caso compareça sem, contudo, responder aos questionamentos que lhe forem dirigidos, atribui-se-lhe, ao menos em tese, a prática do crime de desobediência. Não se tratando de pessoa de pessoa menor de 18 (dezoito) anos<sup>58</sup>, o depoimento é tomado em sala de audiências, perante o Juízo, sem o acompanhamento de psicólogos, ou qualquer outra cautela. Motivado a bem exercer o contraditório<sup>59</sup>, o advogado de defesa lança sobre ela sua ira artificial, questionando-lhe a dignidade, o decoro, o passado, e a credibilidade de sua narrativa.

Muito embora não neguemos que o dano secundário tem seu fundo cultural, referida relação causal não esgota a explicação dessa fenomenologia. É interessante lembrar que, por si só, a violação da dignidade sexual produz efeitos primários como ansiedade e depressão. A vitimização secundária é desdobramento da exposição dessas dores, não originada das estruturas sociais de poder, embora acarretem sua potenciação. É tão inerente ao ser humano que responda aos estímulos do meio e aos traumas que lhe impinge como é próprio do processo garantista a exposição desses

---

<sup>55</sup> “Nesses crimes é comum a resistência da vítima em recorrer às instâncias formais de justiça por não desejarem reviver a experiência traumática, ou para não ser estigmatizada pelos órgãos competentes a promover a persecução penal, tendo de deparar-se, por exemplo, com teses defensivas do consentimento da vítima, reencontrar o ofensor, interrogatórios vexativos”. v. VIANA, 2018, p. 166

<sup>56</sup> *Nulla acusatio sine probatione*

<sup>57</sup> “Art. 217 - Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor”. v. BRASIL, 1941

<sup>58</sup> Aos menores de dezoito anos e, excepcionalmente, aos menores de 21, é aplicada a disciplina da lei 13.431/17, que regula o depoimento especial, ou não agressivo

<sup>59</sup> *Nulla probatio sine defensione*



traumas, em busca da verdade. Nesse ponto, reconhecemos os argumentos C.3, C.4, e, parcialmente, o argumento F.3.

A posição favorável tem o mérito de anunciar a necessidade de capacitação dos profissionais de polícia e judicatura. Desconsidera, contudo, que o dano secundário é pressuposto do processo, somente podendo ser lenificado.

Reputamos necessário que, antes de alterar-se o modelo de ação penal, provenha-se às vítimas um ambiente processual adequado, conduzido por equipes multidisciplinares e com formação específica para tratar das necessidades vitimais. Por outro lado, nesse cenário hipotético, a alteração normativa tornar-se-ia desnecessária, uma vez que, como observamos, a cifra negra do delito sexual é ocasionada, no primeiro plano, pelo receio das vítimas de sofrer, defrontando a burocracia processual, novas vitimizações.

Deixamos de abordar o dano terciário para evitar repetições.

### 3.6.3 *Uma questão de tipicidade?*

Sem alijar outras concepções possíveis,<sup>60</sup> entende-se majoritariamente no Brasil que o crime é o fato típico, antijurídico e culpável (conceito analítico tripartido).

Quanto ao plano da tipicidade (elemento do fato típico), será formalmente típica a ação que reunir as elementares consignadas no preceito primário da norma incriminadora<sup>61</sup>. Numa perspectiva conglobante, conforme idealização de Zarafoni, necessário que seja também a ação materialmente típica, o que, no nível raso, significa dizer que ofende, ou tem potencial para ofender, o bem jurídico tutelado pela norma, sob dois aspectos, jurídico e social.

---

<sup>60</sup> Dentre elas, podemos destacar o conceito definitorial de delito, segundo a teoria do labeling approach. v. QUEIROZ, 2006, p. 146

<sup>61</sup> “Dir-se-á típica uma conduta que se ajuste à descrição prevista numa norma penal incriminadora” QUEIROZ, 2006, p. 150



Referida construção remete-nos ao quarto axioma do SG, segundo o qual não há crime sem lesão. Enquadram-se nessa lousa, os conceitos de lesividade, alteridade e insignificância. Não havendo lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, ou sendo a lesão, se houver, insignificante, não há falar em tipicidade da conduta<sup>62</sup>.

Como antes falado, o delito sexual é de destacada gravidade por atingir diretamente a liberdade e a dignidade das vítimas. Lado outro, a ofensa é operada no nível íntimo e individual. Nesse sentido, não há contradição em dizer que haverá sempre uma lesão à norma, mas, no mundo dos fatos, nem sempre referida lesão, da perspectiva vitimal, terá ofensividade suficiente a reclamar a persecução do crime<sup>63</sup>. Isso porque, mesmo no caso de estupro, cada violação é operada de um modo distinto, às vezes mais violenta, às vezes menos violenta, às vezes mais degradante, às vezes menos degradante, e tais informações só são obtidas a partir da vítima<sup>64</sup>, que, por essa razão, determinará a intensidade da lesão. Deve-se acautelar, contudo, que não estamos defendendo a atipia da conduta, a juízo do pretório, quando entender que não houve suficiente violação, mas a liberdade das vítimas de decidir se a violação é bastante para encorajá-las a buscar o sistema formal de justiça, com todas as vicissitudes já nomeadas.

Resta possível, ainda, com o novo modelo, que práticas sexuais consentidas sejam levadas à apreciação da justiça por moção de terceiros, e sob razões escusas, submetendo a vida privada dos envolvidos à auscultação estatal. Nesse caso, são violadas as garantias do investigado e da não-vítima.

---

<sup>62</sup> “É preciso ir além do convencional automatismo judicial, que, alheio à realidade e à intensidade da lesão se

perde e se desacredita” v. QUEIROZ, 2006, p. 151

<sup>63</sup> “Se puede demostrar que, en los casos en que no hay violencia ni comparecencia ante los tribunales, las secuelas psicológicas que dejan los hechos son escasas. De aquí la importancia de tener un extremo cuidado en el procedimiento judicial” v. MANZANERA, 2002

<sup>64</sup> “Cuando se habla de victimización sexual, inmediatamente vien a nuestra mente la imagen de la violación: la víctima que es salvajemente agredida por una pandilla de malhechores, que la golpean, sevician y abusan sexualmente de ella. Sin embargo, la victimización sexual es mucho más variada que esto, toma múltiples formas.”

v. MANZANERA, 2002



Diante da argumentação expendida, são acolhidos os argumentos C.1 e C.2 e afastado o argumento F.1. A vítima é titular do conflito penal, e, por se operar na esfera íntima, acreditamos que somente ela pode aferir se houve lesão, a intensidade da lesão, bem como analisar se as lesões geradas pelo processo de revitimização não a sobrepõem. Caso contrário, submete-se a liberdade sexual das vítimas, de dizer e saber o que lhes ofende e o que não lhes ofende, o que lhes viola e o que não lhes viola, à heteronomia imposta pelo Estado.

### *3.6.4 Uma questão de necessidade?*

O terceiro axioma do SG orienta à economia penal e à economia processual penal, com base no princípio da necessidade. Faz-se o seguinte questionário: “por que punir?”, “quando e como punir?”, “por que julgar?”, quando e como julgar?”<sup>65</sup>.

O Estado, como portador de deveres, e não de direitos, tem por função observar a realidade empírica para extrair da sociedade, e do indivíduo, suas orientações funcionais, sempre direcionadas à efetivação da dignidade humana. No que se refere às ações penais públicas condicionadas, o interesse processual em punir está, sempre, alinhado ao interesse da vítima, e, de conseguinte, favorece a realização de sua dignidade humana, tanto pelo aspecto da liberdade como da proteção.<sup>66</sup>

Além disso, podemos especular que se a vítima não tem interesse em depor, ou em perseguir o delito, e seus relatos são elementos primaciais de prova, o início da ação penal ofende ao princípio da economia processual, já que, estatisticamente, é provável que se caminhe à absolvição. Igual ocorreria na hipótese de a prática haver sido consentida.

---

<sup>65</sup> “Num Estado de Direito, o direito penal torna explícitas suas condições substanciais de justificação, subministrando muitas respostas desde dentro — geralmente por meio de normas constitucionais — às perguntas acerca do “quando” e do “como” das proibições, das penas e dos processos”. v. FERRAJOLI, 2014, p. 334

<sup>66</sup> “No primeiro caso, incorporam-se limites na forma de proibições ou condições impostas ao quando e ao como do exercício do poder de punir. No segundo caso, ao contrário, ficam incorporadas potestades discricionárias na tutela dos valores”. v. *Ibid.*, p. 335



Nesse aspecto, achamos que, seja de uma perspectiva garantista, seja de uma perspectiva vitimológica, iniciar a persecução do delito ao arrepio das necessidades da vítima ofende a economia penal e processual penal, prejudicando-se, nesse ponto, os argumentos F1, F2, F3, F4.

### 3.6.5 *Uma questão pragmática?*

Diante do que foi colhido, imaginemos algumas situações hipotéticas que se tornam viáveis a partir da disciplina trazida pela nova legislação: a) o indivíduo “X” foi sexualmente vitimado, mas, por razões de foro íntimo, escolheu calar a verdade; b) o indivíduo “X” foi sexualmente vitimado e deseja perseguir criminalmente o vitimador; c) o indivíduo “X” não sofreu a violação imputada ao indivíduo “Y” em determinada ação penal, mas, por razões escusas, almeja o seguimento do feito; d) o indivíduo “X” não sofreu a violação imputada ao indivíduo “Y” e nunca teve interesse em mover ação penal alguma em seu desfavor.

Na primeira hipótese, calando a vítima a verdade, acreditamos que os elementos de prova angariados seriam insuficientes a demonstrar a ocorrência de um fato penalmente relevante, de modo que se conduziria, muito possivelmente, à absolvição, não se tendo dissolvido, na situação hipotética, a impunidade do ilícito. Por sua vez, conforme antes argumentado, o dano secundário, pois inerente ao processo, seria certo.

Na hipótese “b”, diante das deficiências cognitivas do processo penal, algures mencionadas, achamos que, mesmo com a supravalorização do depoimento da vítima, não se garantiria a condenação. Por outro lado, o dano secundário, mais uma vez, seria certo.

Na hipótese “c”, em princípio, não há vitimização primária, mas acreditamos que o imputado e a delatora seriam submetidos aos danos secundários do processo, não diferente do que já ocorria sob as disposições da legislação revogada.



Na última hipótese, igualmente, não há vitimização primária, entretanto, entendemos que o imputado e a suposta vítima seriam submetidos aos danos secundários do processo, teriam suas vidas expostas, e não é de se duvidar que se atribuísse à pretensa vítima, que foi compelida a compor a dinâmica processual a despeito de sua vontade, a pecha de falsa acusadora, de uma acusação que nunca fez (dano terciário).

Ao avaliar esses quatro cenários, entendemos ser o segundo o que mais atende aos preceitos da liberdade e da proteção, uma vez que, embora não se possa garantir às vítimas a condenação do vitimário, ao menos se permitirá que elas exerçam livremente as suas vontades, de modo que os interesses do Estado estarão alinhados aos interesses do ofendido.

De um aspecto prático, acreditamos que as opções sufragadas pelos Estados da Espanha, Portugal ou Argentina seriam mais adequadas soluções a realizar efetiva proteção sem desconsiderar a liberdade e o direito de autopreservação inerentes às vítimas; no primeiro e segundo casos porque a adoção do princípio da discricionariedade para o oferecimento da denúncia e a exigência de observar-se o interesse do prejudicado permite entendê-lo como sujeito de direitos no processo penal; no último cenário porque somente se autoriza a intervenção do *parquet* independente do interesse vitimal quando o ofendido tenha falecido ou se a prática do delito resultar lesão corporal grave.

Doutra parte, também por um critério pragmático, compreendemos que os fundamentos apresentados por Fernanda Maria Alves Gomes para ratificar a alteração legislativa são um ponto forte a considerar, por seu potencial de clarificar os limites da norma e imprimir nos infratores a percepção de que suas ações trar-lhes-ão consequências, e de que a sociedade e o Direito estão atentos à violência sexual, e as vítimas não estão legadas à própria sorte. Contudo, creditamos que a alteração foi açodada, e teria melhor colocação se, de modo estrutural, o sistema de justiça brasileiro estivesse desenhado de forma a minimizar os fenômenos de



revitimação, o que perpassa não só alterações legislativas, como também a conscientização dos operadores do Direito, Juízes, Delegados, Advogados, Promotores.

## CONCLUSÕES

O trabalho objetivou analisar as mudanças promovidas pelo art. 1º da Lei nº 13.718/2018, que culminaram na definição de ação penal pública incondicionada à representação para o processamento dos delitos contra a liberdade sexual, o que se fez a partir dos conceitos defendidos pelo paradigma vitimológico contemporâneo, no que se refere à realização do princípio da dignidade humana em favor das vítimas.

No primeiro capítulo, foi investigado o diálogo estabelecido entre a ordem constitucional e a processual penal; sob o enfoque do princípio humanitário; foi apresentada a importância de observar-se a dignidade como paradigma constitucional, para realizar no processo a vontade constituinte (devido processo legal material). Salientou-se ainda que, na esfera criminal, por projetar maior contração de direitos, o acatamento ao princípio humanitário é mais sensível. Verificou-se que o referido princípio, para que seja efetivado, cinde-se em dois vetores: autodeterminação e proteção. Por fim, arrematou-se que o devido processo legal é aquele que os realiza de modo ótimo em favor dos envolvidos, sejam imputados ou vítimas.

No segundo capítulo, foi apresentado o paradigma vitimológico contemporâneo, a partir do desenrolar da vitimologia ao longo da história; foi explicitada a fase marcada como idade de ouro da vítima. Concluiu-se que naquele período prevalecia o paradigma da vingança privada, segundo o qual caberia ao ofendido, titular do conflito penal, o direito de punir. Foi também retratado o segundo período histórico do trato vitimal, que ficou conhecido como fase de neutralidade ou neutralização. Observou-se que, naquele contexto, os ofendidos pela





criminalidade foram lançados à desimportância, uma vez que o Estado roubou-lhes o conflito penal, de modo que a vítima havia perdido a qualidade de sujeito de direitos no processo para figurar como mero objeto de prova. Foi apresentado o período entendido como redescobrimto da vítima, separado em duas fases: a primeira correspondente ao redescobrimto da vítima propriamente dito, ou *stricto sensu*, que se inicia com as obras de Mendelsohn e Henting nas décadas de 1940-1950 e encerra-se ao final de 1985; a segunda identificada como o paradigma vitimológico contemporâneo, pautada pelo protagonismo e preservação das vítimas sob o enfoque da dignidade humana. Ademais, apresentou-se, como importante contribuição do estudo vitimal, os conceitos de dano primário, secundário e terciário e suas aplicações; foi arrematado que o sofrimento suportado pelas vítimas não se esgota nas consequências diretas e indiretas do crime, pois é reforçado nas instâncias formais e informais de controle, notadamente na esfera da delinquência sexual.

No último capítulo, foram abordados aspectos gerais acerca das vítimas da delinquência sexual, debatendo-se a possibilidade de aplicação de conceitos vitimodogmáticos nessa seara delitiva. Descreveu-se as espécies de ação penal pública incidentes em nosso direito para averiguar quais delas possibilitam maior efetivação da dignidade aos ofendidos; explorou-se os modelos adotados pelos Estados da Espanha, Portugal e Argentina. Foi apresentada a alteração promovida pelo art. 1º da Lei 13.718/2018, que tornou pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual; foram expostos os argumentos contrários e favoráveis à alteração; bem como promovida a análise crítica do tema, a partir dos argumentos apresentados pelas posições contrária e favorável à reforma legislativa em exame. Concluiu-se, conforme o terceiro capítulo, que embora ambas as posições tencionem assegurar a dignidade das vítimas de delinquência sexual, seja na busca da punição e prevenção do delito, seja ao garantir-lhes o poder de escolha e autopreservação, a alteração encartada pela Lei nº 13.718/18 desconsidera que, no momento, as deficiências estruturais arrostadas pelo sistema formal de justiça não permitem a garantia da efetiva punição dos



vitimários, ao passo que submetem os ofendidos aos fenômenos de revitimização. É dizer, reputou-se que a reforma legislativa em questão não atende ao paradigma vitimológico contemporâneo, pois deixa de garantir proteção às vítimas e retira-lhes o direito de optar pela perseguição, ou não, do ofensor, dadas as vicissitudes do processo penal (autodeterminação).

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; NOJIRI, Sérgio. Como os juízes decidem os casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, [s.l.], v. 8, n. 2, p.826-854, 26 set. 2018. Centro de Ensino Unificado de Brasília. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5291>. Acesso em: 16 nov. 2019.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Soberania Patriarcal: o Sistema de Justiça Criminal no Tratamento da Violência Sexual Contra a Mulher. *Direito Público*, [S.l.], v. 4, n. 17, jan. 2010.. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1300/766>. Acesso em: 16 nov. 2019.

AQUINO, Leandro Salerno Leyser de. **A evolução histórica da Vitimologia**: 2013. Disponível em: <http://www.epd.edu.br/artigos/2012/05/vitimologia>. Acesso em 14 de nov. 2019.

ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 369-384, abr. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45034>. Acesso em: 15 Nov. 2019.

AYJÓN, Miguel Marcos. **La legitimación para la interposición de la denuncia en los nuevos delitos semipúblicos**. 1999. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/La-legitimaci%C3%B3n-para-la-interposici%C3%B3n-de-la-en-los-Ayj%C3%B3n/79059450c287573844f2ec5f8d7d77bbd705dc13>. Acesso em: 17 nov. 2019.



BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. **Versão provisória para debate público**. Mimeografado, dezembro de 2010.

BAYON, Juan Carlos. **Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. Isonomía**. México, n. 13, p. 87-117, oct. 2000. Disponível em: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182000000200087&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182000000200087&lng=es&nrm=iso). Acesso em: 12 nov. 2019.

BEKE, Rebecca. El metadiscurso interpersonal en artículos de investigación. **Rev. signos**, Valparaíso, v. 38, n. 57, p. 7-18, .....2005. Disponível em: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09342005000100001&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09342005000100001&lng=es&nrm=iso). Acesso em 24 nov. 2019.

BERISTAIN, Antônio. **Nova Criminologia à Luz do Direito Penal e da Vitimologia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. 194 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Aplicação da Súmula 608 do STF no Estupro: posição favorável. 2017. **Carta Forense**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/aplicacao-da-sumula-608-do-stf-no-estupro-posicao-favoravel/17876>. Acesso em: 10 out. 2019.

BITENCOURT, Luciane Potter. **A vitimização secundária de crianças e adolescentes e a violência sexual intrafamiliar**. 2007. 42 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

BOUZON, Emanuel. Origem e natureza das coleções do direito cuneiforme. **Revista Justiça e História**, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 22-38, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 17 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940**: Código Penal Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em 18. set. 2019.



BRASIL. **Decreto-lei N° 3.689, de 3 de outubro de 1941**: Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 17 mar. 2019.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **A Vitimização de Mulheres no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Forum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Disponível em: <http://www.iff.fiocruz.br/pdf/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n° 466343**. Relator: Ministro Cezar Peluso. São Paulo, 03 de dezembro de 2008. **Dje**. Brasília, 05 jun. 2009

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2018.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem**: a elite política imperial. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

CARVALHO, Salo de. **Anti-Manual de Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COULOURIS, Daniella Georges. **A construção da verdade nos casos de estupro**. 2004. 10 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciências Sociais, Universidade Estadual Paulista, Marília, 2004. Disponível em: [https://www3.ufpe.br/moinhojuridico/images/ppgd/6.2%20construcaodaverdade\\_da\\_niellacoul\\_ouris.pdf](https://www3.ufpe.br/moinhojuridico/images/ppgd/6.2%20construcaodaverdade_da_niellacoul_ouris.pdf). Acesso em: 10 out. 2019.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Crimes sexuais contra crianças e adolescentes. **RJLB**, Porto, v. 3, n. 3, p.345-376, maio 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Atualização Legislativa**: Lei 13.718/2018. Salvador: Vorne, 2018

CHEMERINSKY, Erwin. Substantive due process. **Touro Law Review**, v. 15, p. 1501-1534. 1999. Disponível em: [https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1638&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1638&context=faculty_scholarship). Acesso em: 17 mar. 2019.



DICIONÁRIO ONLINE CALDAS AULETE. **Prólogo**. São Paulo: Lexicon, 2019. p. 1-1. Disponível em: <http://www.aulete.com.br/pr%C3%B3logo>. Acesso em: 09 nov. 2019.

DICIONÁRIO PRIBERAM DE LÍNGUA PORTUGUESA. **Prólogo**. São Paulo: Lello, 2019. p. 1-1. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/sobre.aspx>. Acesso em: 09 nov. 2019.

DMITRUK, Erika Juliana. O princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin. **Revista Jurídica da Unifil**, [S.l.], v. 4, n. 4, p. 144-158, out. 2018. ISSN 2674-7251. Disponível em: <<http://periodicos.unifil.br/index.php/rev-juridica/article/view/596>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

DINIZ, Gustavo Junqueira. Crimes Sexuais: Aspectos Atuais. 2018. **Carta Forense**. Disponível em: <http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/crimes-sexuais---aspectos-atuais/18297>. Acesso em: 10 out. 2019.

ESPANHA. **Código Penal y Legislación Complementaria nº 10, de 23 de novembro de 1995**. Disponível em: [https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?modo=1&id=038\\_Codigo\\_Penal\\_y\\_legislacion\\_complementaria](https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?modo=1&id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria). Acesso em: 05 nov. 2019.

FAYET, Fabio Agne. **O Delito de Estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011

FELÍCIO, Carlos Eduardo. **Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal Pública**. [s.l.]: Clube de Autores. 2016. 104 p.

FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERNANDES, David Augusto. Direitos Humanos e Vitimologia: uma nova postura da vítima no Direito Penal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, [s.l.], n. 64, p.379-411, 23 dez. 2014. Revista da Faculdade de Direito da UFMG.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, João Carlos Antunes; FRANCO, Tiago Arantes. A (des)integridade e (in)coerência na mudança de entendimento do STF no julgamento do HC 126.292. In: FATEB. **Anais do Compilado do III Encontro de Pesquisa: Conhecimento e**



Construção Conhecimento em Construção. Telêmaco Borba: Editora Fateb, 2017. p. 11-25.

GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH. **Thierry. Punir em democracia.** Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

GILABERTE FREITAS, Bruno. Lei nº 13.718/2018: **Importunação sexual e pornografia de vingança.** 2018. Canal Ciências Criminais. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/importunacao-sexual-vinganca/>. Acesso em: 10 out. 2019.

GOMES, Fernanda Maria Alves. Até que enfim: ação penal pública incondicionada para os crimes sexuais. **Migalhas de Peso.** 2. out. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI288441,51045-Ate+que+enfim+acao+penal+pub+lica+incondicionada+para+os+crimes+sexuais>. Acesso em: 10. nov. 2019

GOMES, Lauro Thaddeu. **A posição da vítima no processo penal brasileiro.** 2011. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

HAMMURABI, Rei da Babilônia. **O Código de Hammurabi.** Tradução e comentários de E. Bouzon. Petrópolis: Vozes, 1976.

JORGE, Alline Pedra. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005.

LAURRARI, Elena. ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias? **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Barcelona, v. 1, n. 12, p.271-310, jul. 2003.

LAURRARI, Elena. Victimología **¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades?, Jueces para la democracia**, Madrid nº 15, p. 21-31. 1992

LOPES JUNIOR., Aury. **Direito Processual Penal.** 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES JUNIOR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JUNIOR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da; BAMBILLA, Marília; GEHLEN, Carla. **O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.781/18.**



Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118>. Acesso em: 10 out. 2019.

MACRI JUNIOR, José Roberto; MACRI, Bianca Jaquetti. Vítima e Delito: Vitimodogmática e sua relação com delitos sexuais. In: **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, 6., 2018, Ribeirão Preto. Ribeirão Preto: Universidade de Ribeirão Preto, 2018. p. 162 - 178.

MAIER, Julio. **La Víctima y el Sistema Penal, Jueces para la democracia**, Buenos Aires, n 12. 1991.

MANZANERA, Luiz Rodrigues. **Victimologia: Estudio de La Víctima**. 7. ed. Cidade do México: Porrúa, 2002.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

MARTINHO, Gabriela Maria Figueira. **Crimes sexuais contra mulheres adultas: Da avaliação forense à decisão judicial**. 2012. 50 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Psicologia, Universidade do Minho, Braga, 2012.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018.

MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

MENDES, Soraia da Rosa. **(Re)pensando a criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista**. Tese de doutorado (Direito). Pós-Graduação em Direito pela UnB. Brasília, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. ed.10. São Paulo: Atlas. 2000

MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de. **Criminologia: uma introdução aos seus fundamentos teóricos**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998.

NASCIMENTO, Eduardo do; MELO, Maria Heloísa Chiaverini de. Vitimologia, Violência Sexual e Cultura do Estupro: O Olhar dos Juízes nas Decisões Judiciais Sobre o Comportamento da Vítima. In: FATEB. **Conhecimento em Construção. Telêmaco Borba**. Editora Fateb, 2017. p. 11-25.



NUCCI, Guilherme de Souza. **Aplicação da Súmula 608 do STF no Estupro: posição contrária**. 2017 Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/aplicacao-da-sumula-608-do-stf-no-estupro-posicao-contraria>. Acesso em: 10 out. 2019.

..... **Manual de Direito Penal**. 14. ed. São Paulo: Forense, 2018.

ORI. **Coletânea de Tratados Internacionais**. Disponível em <HTTPS://neccont.wordpress.com/legislacao-internacional/>. Acesso em: 18 set. 2019.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FERREIRA, Ivette Senise. **A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal**. Universidade de São Paulo: São Paulo, 1999.

OLIVEIRA, Tânia Felicidade Lino; CARNEIRO, Ana Mary Lino. A Mulher: Classe Social e Violência. In: PIEDADE JÚNIOR, Heitor; LEAL, César Barros. **Violência e Vitimização: A Face Sombria do Cotidiano**. Belo Horizonte: del Rey, 2001. p. 250-257.

PASSOS, Kenya Regyna Mesquita. **Julgamento de quem?:** Imagens de mulheres no discurso dos processos de estupro em São Luís/MA. 2017. 150 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 347 p.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. **Vitimologia, evolução no tempo e no espaço**. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

PINHO, Fabiana Oliveira. Tópica e Argumentação Jurídica: Considerações Sobre a Dignidade Humana Como Tópos. In: **Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino**, 1., 2016, Alicante. Artigo Científico. Alicante: Universidad de Alicante, 2016. p. 1 - 25.

PORTUGAL. **Código Penal nº 48, de 1995**. Lisboa: Procuradoria Geral Distrital de Lisboa, Versão consolidada a partir de 1995. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=109&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis). Acesso em: 10 nov. 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.





QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REI JOÃO SEM TERRA. **Magna carta**. Inglaterra: s./n., 1215. Disponível em: [http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna\\_carta.pdf](http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf). Acesso em: 17 mar. 2019.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Direito de Todos e para todos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

RODRIGUES, Roger de Melo. **A vítima e o processo penal brasileiro**: novas perspectivas. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

SABADELL, Ana Lucia. O Conceito Ampliado da Segurança Pública e a Segurança das Mulheres no Debate Alemão. In: PIEDADE JÚNIOR, Heitor; LEAL, César Barros. **A Violência Multifacetada**: Estudos sobre a Violência e a Segurança Pública. Belo Horizonte: del Rey, 2003. p. 1-25.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A Ideia de Justiça em Kant**: Seu Fundamento na Liberdade e na Igualdade. Belo Horizonte: ed. UFMG, 1986.

SANTOS, Marilda Pereira dos. **A ideia de dignidade humana em Kant**: enquanto lei da liberdade, da justiça e da igualdade. 2018. 119 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Filosofia, Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Cascavel, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. Disponível em: <[https://www.mprj.mp.br/documents/20184/172905/a\\_eficacia\\_dos\\_direitos\\_fundamentais\\_s\\_2012.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/172905/a_eficacia_dos_direitos_fundamentais_s_2012.pdf)>. Acesso em: 17 mar. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría do delito: observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “víctimo-dogmática”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo v. 34, 2001



SILVA, Monica Antonieta Magalhães da. **A culpabilização das vítimas de crimes sexuais**: uma questão cultural. A Barriguda. v.VII, 2017.

SILVA, Thales Sousa da; SANTOS, Caroline Paiva dos; PEREIRA, Daniel Resende. **Economia Informal Brasileira**: a informalização como decorrência do modelo jurídico- social. 2017. 76 f. TCC (Graduação) - Curso de Secretariado, Faculdade Processus, Brasília, 2017.

SOUZA, José Guilherme de. **Vitimologia e Violência nos Crimes Sexuais**: Uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos da Teoria do Delito**. 1 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito**. A construção de um novo paradigma de justiça criminal. Brasília: Thesaurus Jurídica, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VASCONCELOS, Larisse Salvador Bezerra de. **Por uma percepção mais ampla da nova vitimologia dentro do Processo penal ordinário**. 2018. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-Reitoria Acadêmica. Coordenação Geral de Pós- Graduação. Mestrado em Direito, 2018.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 6. ed. Salvador: Juspodvim, 2018. 448 p

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



# A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO ORDENAMNETO JURÍDICO BRASILEIRO

Vinícius Itapary Pinheiro

## RESUMO

A presente monografia tem como objetivo examinar a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada nos crimes de lavagem de dinheiro praticados em território nacional. Para tanto, serão analisados os aspectos relacionados ao crime de lavagem de dinheiro, desde seu contexto histórico até a legislação de regência (Lei 9.613/98). Serão analisadas também as características da teoria, tais como a sua origem, sua abrangência, os requisitos para sua aplicação e os eventuais efeitos. Por fim, foram selecionados quatro casos de lavagem de dinheiro de extrema relevância jurídica com a intenção de examinar os fundamentos de decisões que afastaram ou aplicaram a referida teoria.

**Palavras-chave:** Teoria. Cegueira deliberada. Lavagem de dinheiro. Lei 9.613/98.

## INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo analisar a possibilidade e a eficiência de aplicação da teoria da cegueira deliberada nos crimes de lavagem de dinheiro no direito brasileiro.



A importância em se discutir sobre esses delitos é revelada pela adesão do Estado brasileiro a diversas convenções internacionais, bem como pelo aperfeiçoamento de sua própria legislação antilavagem desde anos 1990.

A iniciativa do legislador foi motivada não apenas em razão das convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, mas também em consequência das próprias conjunturas internas enfrentadas pelo país. À época noticiava-se grandes esquemas criminosos envolvendo agentes públicos e o desvio de verbas da Administração pública.

As condutas criminosas que exigiram o cuidado do legislador brasileiro, infelizmente, não cessaram. Inúmeros são os casos de envolvendo o desvio de verbas públicas, a corrupção, o tráfico de entorpecentes.

O desejo legítimo da sociedade pela punição daqueles que tanto a maltratam resta cada vez mais evidente. Discursos baseados em máximas como “combate à corrupção”, “fim da impunidade” se tornaram mais comuns, em especial em anos eleitorais.

É nesse cenário propício para o incremento de práticas tendentes a limitar ou restringir as garantias processuais constitucionais de acusados em processos criminais que se pretende analisar a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada e as suas implicações práticas.

Embora não fosse necessário mencionar, não há razão para deixar de fazê-lo. Em momento algum serão propostas violações ou mitigações às garantias constitucionais de acusados em processos criminais, bem como não serão propostas ideias complacentes com a prática de crimes.

Serão feitas considerações acerca da lavagem de dinheiro de modo geral, abordando desde contexto histórico até a legislação brasileira vigente, os tipos penais e seus elementos subjetivo e objetivo.



Em seguida, serão abordados aspectos referentes à teoria da cegueira deliberada, sua origem, sua evolução jurisprudencial em países da *common law*, sua evolução em países da *civil law*, sua abrangência em relação ao elemento subjetivo e seus requisitos para aplicação no Brasil.

Por fim, serão examinados quatro julgados relevantes proferidos por órgãos jurisdicionais brasileiros que tratam sobre a aplicação da teoria da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro.

## 1 LAVAGEM DE DINHEIRO

### 1.1 Histórico da lavagem de dinheiro

O surgimento do interesse em se debater ou analisar os crimes de lavagem de dinheiro, ocorrido na segunda metade do século XX, resultou da intensificação da atividade criminosa de omitir valores ou bens provenientes, especialmente, do narcotráfico.

Notou-se que para o melhor enfrentamento da atividade delitiva em questão, a conduta do Estado deveria voltar-se para a inviabilização da rentabilidade dos crimes anteriores, que por sua vez é assegurada pelo branqueamento de capitais e pela reinserção de ativos na economia, permitindo que o agente criminoso possa usufruir de tais rendimentos como se lícitos fossem<sup>1</sup>.

O reflexo das medidas estatais tomadas é verificado na consolidação de diversas convenções, como por exemplo: a Convenção do Conselho da Europa sobre Lavagem de Dinheiro, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime (Convenção de Estrasburgo), Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), assim como as Convenções de Palermo e de Mérida. Estas três “*merecem destaque, não apenas*

---

<sup>1</sup> PRADO, Rodrigo Leite. Dos Crimes: aspectos subjetivos. In: DE CARLI, Carla Verissimo (organizadora). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2011. 223-250



*por sua importância para o aprimoramento da política criminal de combate a esse delito, mas por terem sido incorporadas formalmente ao ordenamento jurídico brasileiro”<sup>2</sup>.*

Segundo Fausto Martin de Sanctis, a Convenção de Viena constitui um marco global para o enfrentamento aos delitos de lavagem de capitais, com intento de dificultar a ocultação de valores provenientes de atividades criminosas e desestimular a conduta ilícita antecedente (2015, p.15):

Deste modo, o grande impulso internacional para a adoção de medidas de combate à lavagem de dinheiro, ou seja, o marco internacional global foi mesmo a Convenção das Nações Unidas de Viena de 1988, que teve como escopo específico o combate ao tráfico de entorpecentes e substancias psicotrópicas.

(...)

Não se pode deixar de ter em vista que o delito de lavagem de dinheiro aparece como medida para cercear o proveito e o uso de bens adquiridos com vantagens da infração. É, pois, delito derivado de outro, não existindo sem que o antecedente tenha ocorrido no passado.

A atenção internacional para os crimes de lavagem se justifica pela necessidade de coibir os ilícitos que atingem de sobremaneira o direito de inúmeros indivíduos. Valmir Magalhães menciona o fato de hoje se dar mais atenção aos crimes financeiros e econômicos considerando os impactos e as vítimas indiretas atingidas pela prática ilícita (MAGALHÃES, 2014):

Nota-se, entretanto, que a pauta de discussões penais gravita atualmente sobre delitos distintos do paradigma clássico e, neste aspecto, perde força o protagonismo dos crimes violentos (ou de sangue) e da delinquência patrimonial em sentido estrito, tópicos dominantes no século XIX e em boa parte do século XX.

---

<sup>2</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini. 4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.32



Além disso, verifica-se que a própria sociedade percebe que os delitos violentos não são os únicos que a atingem, mas também os crimes contra a administração pública, o tráfico de drogas e os delitos financeiros, fato que exige, por parte do Estado, a adoção de medidas que busquem estabelecer a ordem e a paz social. Nesse mesmo sentido, De Sanctis (2015, p.173);

Na medida em que a sociedade tem se apercebido que grave não é apenas a violência expressada por meio de sangue e armas, mais e mais os Estados têm ratificado instrumentos normativos internacionais, sem restrição, denotando não tolerar em seus territórios a continuidade de uma delinquência desmedida.

O Brasil, por ser signatário das Convenções de Viena, de Mérida e de Palermo, concretizou o conteúdo desses diplomas internacionais tipificando o crime de lavagem com a edição da Lei 9.613/1998, que foi recentemente alterada pela Lei 12.683/2012.

O cenário interno brasileiro contribuiu para o advento de uma legislação que tivesse por objeto a tipificação de crimes de lavagem de dinheiro. Escândalos envolvendo agentes públicos e o desvio de verbas da administração e sua ocultação, realçaram a necessidade de se legislar sobre a matéria em questão.

Ademais, o Brasil figura como uma importante nação no contexto econômico e político mundial, sendo um país atrativo para investidores estrangeiros. No entanto, para garantir a entrada de investimentos nos setores produtivos nacionais, fez-se necessário que o Estado brasileiro estabelecesse condições mínimas que assegurassem a sua “*solidez institucional e financeira*”<sup>3</sup>

Por tal razão, em 1996, foi apresentado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 2.688/1997, com a finalidade de tipificar os crimes de lavagem de capitais. O PL tramitou rapidamente e, no ano final da década de 90, foi publicada a Lei 9.613/98

---

<sup>3</sup> op. cit. BADARÓ, Gustavo Henrique / BOTTINI, Pierpaolo Cruz, p.39



que versa sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores e dá outras providências<sup>4</sup>.

Este diploma legal sofreu diversas alterações com o passar dos anos, sendo a mais recente promovida pelo advento da Lei 12.693/2012 que, dentre outras retificações, retirou o rol taxativo de crimes antecedentes, permitindo que o delito de lavagem de dinheiro se configure com ocultação de valores advindos de quaisquer infrações penais antecedentes.

## 1.2 O conceito de “lavagem de dinheiro”

O termo “lavagem de dinheiro” surgiu em razão da prática frequente, encampada pela máfia ítalo-americana em meados do século XX, de tentar dissimular a origem ilícita dos seus bens valendo-se, especialmente, de lavanderias de roupas de fachada. Um caso notadamente conhecido é o do mafioso Alphonsus Gabriel Capone (Al Capone)<sup>5</sup>.

A esse respeito, referindo-se a Isidoro Blanco Cordero, Pierpaolo Bottini nos diz que (2019, p. 25):

O termo lavagem de dinheiro foi empregado inicialmente pelas autoridades norte-americanas para descrever um dos métodos usados pela máfia nos anos 30 do século XX para justificar a origem de recurso ilícitos: a exploração de máquinas de lavar roupas automáticas. A expressão foi usada pela primeira vez em um *processo judicial* nos EUA em 1982, e a partir de então ingressou na literatura jurídica e em textos normativos nacionais e internacionais.

Cabe mencionar ainda que a adoção feita pelo legislador brasileiro do termo “lavagem de dinheiro” em detrimento do termo “branqueamento de dinheiro”

---

<sup>4</sup> Ibidem

<sup>5</sup> MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves notas sobre a cegueira a lavagem de dinheiro: cegueira deliberada e honorários maculados. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v.17, n.64, 164 - 186, jan. – abr. 2014, p. 166. Disponível: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista.pdf)>, acesso: MAR. 2019





(*blanqueo, branqueamento, blanchiment*) se deu para afastar qualquer conotação discriminatória que se pudesse estabelecer<sup>6</sup>.

No que se refere à conduta, lavar dinheiro consiste em praticar um ato, ou uma sequência de atos, que permitam a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, movimentação, propriedade de bens ou valores obtidos pelo cometimento de infrações penais anteriores.

“Trata-se, em suma, do movimento de afastamento dos bens de seu passado sujo, que se inicia com a ocultação simples e termina com a sua introdução no circuito comercial ou financeiro com aspecto legítimo” (BADARÓ, 2019).

Fausto de Sanctis assevera que embora o crime de lavagem de dinheiro possa ser definido, de maneira simples, como sendo o processo de transformação de bens adquiridos, de forma criminoso, em bens aparentemente lícitos, a tipificação da conduta não pode, em hipótese alguma, ser feita de forma tão simples considerando a necessidade de se observar o princípio da legalidade e a própria execução do delito, que se opera por processos extremamente complexos e sofisticados<sup>7</sup>.

Aliás, o delito de lavagem de dinheiro é tão complexo que não raro se concretiza com a prática de atividades que, a princípio, são lícitas, mas se tornam ilegais uma vez que têm por finalidade a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, movimentação, propriedade de bens ou valores obtidos pelo cometimento de infrações penais anteriores<sup>8</sup>.

### 1.3 As fases da lavagem de dinheiro

O delito de lavagem de dinheiro é dividido, essencialmente, em três fases principais: etapa de ocultação (*colocação/placement*) na qual se busca esconder os

---

<sup>6</sup> op. cit. BADARÓ, Gustavo Henrique / BOTTINI, Pierpaolo Cruz, p. 26

<sup>7</sup> SANCTIS, Fausto Martin De. Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais / Fausto Martin de Sanctis – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.176

<sup>8</sup> DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Tipologias de lavagem. In: DE CARLI, Carla Verissimo (organizadora). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2011. 289-362, p. 290



bens ou valores obtidos de forma ilícita, afastando-os do agente criminoso; etapa de dissimulação (*layering*) na qual se pretende distanciar ainda mais os bens ou valores auferidos de maneira ilícita de sua origem; etapa de integração (*integration*), na qual os valores são reinseridos na economia formal.

Cabe ressaltar que a legislação vigente não exige que o agente percorra todas as etapas do delito para que se cometa o crime de lavagem de dinheiro, sendo suficiente que se dê início à execução da primeira etapa<sup>9</sup>

### 1.3.1 Ocultação/Colocação/Placement

Trata-se do momento inicial do crime de lavagem de dinheiro. Nesta etapa, busca-se esconder os bens ou valores adquiridos ilicitamente, afastando-os do autor da infração penal anterior ao crime de lavagem.

Segundo Bottini, a ocultação pode ocorrer através da compra de moedas estrangeiras, assim como pela transferência de pequenas quantias em diferentes contas de terceiros e até mesmo pela transferência desses valores para contas fora do país, de forma a se dificultar a identificação do titular do dinheiro<sup>10</sup>.

Para efetivar a ocultação dos bens ou valores ilícitos, os agentes criminosos se valem de técnicas de mera movimentação, que constituem na alteração da forma de apresentação ou de sua movimentação física e eletrônica<sup>11</sup>.

### 1.3.2 Dissimulação/Layering

---

<sup>9</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini 4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 29

<sup>10</sup> Idem, p. 28

<sup>11</sup> DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Tipologias de lavagem. In: DE CARLI, Carla Verissimo (organizadora). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2011. 289-362, p. 295



Esta etapa consiste dar continuidade ao afastamento iniciado na etapa anterior, mas agora com o propósito de reinserir os valores obtidos de forma ilícita no mercado formal. Para isso, faz-se diversas movimentações e transações financeiras a fim permitir a incorporação de tais valores no mercado.

Humberto Souza Santos, referindo-se a Carla Veríssimo de Carli, nos diz o seguinte a respeito da etapa de dissimulação (2018, p. 101) é:

A etapa da dissimulação, layering, busca a inserção do capital no **mercado** formal, por meio de múltiplas e conexas transações que envolvem movimentações e transformações, como por exemplo, transferências eletrônicas entre diversas contas e empresas, no país ou no exterior; conversão em ativos financeiros; compra de bens com posterior troca ou venda (DE CARLI, 2008, p. 118). É uma etapa de lavagem propriamente dita [...]

As transações realizadas geralmente são em instituições financeiras, instituições situadas em países distintos (comumente denominados de paraísos fiscais) e se concretizam pelo envio dos valores já convertidos em moedas em estrangeiras ao exterior por operações “dólar cabo” para contas de pessoas (físicas ou jurídicas) com as quais o beneficiário não tenha relações aparentes<sup>12</sup>.

### 1.3.3 Integração/Integration

É o último ato do crime de lavagem de dinheiro. Busca-se introduzir os valores na economia formal com aparência de licitude. “Os ativos de origem criminosa (...) são reciclados em simulações de negócios lícitos, como transações de importação/exportação simuladas, com preços excedentes ou subfaturados, compra e venda de imóveis com valores”<sup>13</sup> distintos daqueles encontrados no mercado.

---

<sup>12</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini 4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 29

<sup>13</sup> Ibidem



Em síntese, a integração é a etapa na qual se busca “a inserção na economia formal dos ativos que passaram pelo processo de lavagem, de modo a lhes dar aparência de legalidade, por meio por exemplo, de investimentos regulares [...]”<sup>14</sup>.

## 1.4 Previsão legal do crime de lavagem de dinheiro

### 1.4.1 Aspectos gerais da Lei 9.613/98

A preocupação do legislador em se debruçar sobre as especificidades do crime sob análise se iniciou, como dito anteriormente, após a adesão do Brasil a diversos tratados internacionais que refletiam, no âmbito mundial, a atenção que deveria ser dada a esse tipo de delito com a finalidade de atenuar os efeitos deletérios do narcotráfico, resguardando a paz e a ordem pública e , em um segundo instante, a ordem econômica.

Para Valmir Magalhães (2014, p. 165):

[...] lavagem de dinheiro e aplicação penal desta conduta não representou a simples adição de um delito ao catálogo legal, mas sim a implementação de inédita política de enfrentamento das graves e incisivas manifestações criminosas que, de regra, precedem ou envolvem a lavagem de dinheiro<sup>4</sup>.

A Lei 9.613/98 versa sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, bem como pela prevenção da utilização do sistema financeiro para o cometimento de ilícitos, além de criar o Conselho de Controle de Atividades Financeiras.

---

<sup>14</sup> SANTOS, Humberto Souza. O dolo de lavagem de dinheiro no direito penal brasileiro. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. (Organizador). CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. (Organizadora). *Inovações no direito penal econômico: prevenção e repressão da criminalidade empresarial*. Brasília: ESMPU, 2018. 97-103. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/inovacoes-nodireitopenaleconomicoprevencao-e-repressao-da-criminalidade-empresarial>>. Acesso em: 17 mar. 2019



Vale destacar que este diploma legal sofreu significativa alteração, a ser detalhada adiante, pela Lei 12.683/2012, e, em menor escala, pela Lei 13.974/2020, decorrente da aprovação, pelo Congresso Nacional, da Medida Provisória 893/2019.

No que concerne ao dispositivo legal especificamente, cabe mencionar que a Lei 9.613/98 é dividida em 10 capítulos assim organizados: Capítulo I – Dos Crimes de “Lavagem” ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores; Capítulo II – Disposições Processuais Especiais; Capítulo III – Dos efeitos da Condenação; Capítulo IV – Dos Bens, Direitos e Valores Oriundos de Crimes Praticados no Estrangeiro; Capítulo V – Das Pessoas Sujeitas ao Mecanismo de Controle; Capítulo VI – Da Identificação de Clientes e Manutenção de Registros; Capítulo VII Da Comunicação de Operações Financeiras; Capítulo VIII - Da responsabilidade Administrativa; Capítulo IX – Do Conselho de Controle de Atividades Financeiras; Capítulo X Disposições Gerais.

Nota-se, portanto, que tal diploma traz disposições de direito material e de direito processual, além de outras medidas administrativas. Contudo, os aspectos penais estão contidos somente nos artigos 1º e 7º, que delimitam as condutas criminosas e suas causas de aumento, bem como os efeitos da condenação<sup>15</sup>.

#### *1.4.2 Rol dos crimes antecedentes*

A Lei dos crimes de lavagem de dinheiro foi alterada com o passar dos anos. Uma das modificações mais expressivas se deu pelo advento da Lei 12.693/2012, que excluiu o rol taxativo de crimes antecedentes, permitindo que o delito de lavagem de dinheiro se configure com a mera ocultação de valores advindos de quaisquer infrações penais anteriores, independente se crime ou contravenção penal

A esse respeito, Fausto de Sanctis assevera que a retirada do rol taxativo de crimes antecedentes possibilita que as autoridades públicas atuem de maneira mais

---

<sup>15</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini  
– 4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 39-40



eficaz na prevenção e repressão aos crimes de lavagem, uma vez que não há a uma limitação a delitos anteriores específicos, sendo suficiente que a simples obtenção de uma vantagem ilícita para se dar início a investigações. Agindo dessa forma, o Estado Brasileiro se alinhou à mais atual legislação antilavagem<sup>16</sup>.

Aliás, embora tenha gerado controvérsias, a nova redação da Lei 9.613/98 autoriza que os contraventores do “jogo bicho” e exploradores de jogos de azar sejam processados e julgados por crimes de lavagem de dinheiro<sup>17</sup>, podendo vir a perder todo os bens, valores ou direitos obtidos de forma ilícita em favor do Estado<sup>18</sup>.

Em consulta à versão não compilada do texto da Lei 9.613/98, disponível no sítio eletrônico da Presidência da República, é possível verificar como fora a redação original do art. 1º deste diploma legal, bem como quais eram os crimes antecedentes, elencados nos incisos I a VII:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins II - de terrorismo;

- de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

- de extorsão mediante seqüestro;

- contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

<sup>16</sup> SANCTIS, Fausto Martin De. Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais / Fausto Martin de Sanctis – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.195

<sup>17</sup> *Ibidem*

<sup>18</sup> “ Art. 7º São efeitos da condenação, além dos previstos no Código Penal:

*I - a perda, em favor da União - e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual -, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa fé” BRASIL. Lei 9.13/98 Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: set. 2019*



- contra o sistema financeiro nacional; VII - praticado por organização criminosa. Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

- os converte em ativos lícitos;
- os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;
- importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo;

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

§ 3º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código

Penal.

§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, nos casos previstos nos incisos

I a VI do *caput* deste artigo, se o crime for cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa.

§ 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Não se pode deixar de mencionar a pequena alteração promovida pela Lei 10.701 de Julho de 2003 que “*complementou o inciso II (para acrescentar ao*



*terrorismo a expressão e seu financiamento*)”<sup>19</sup>. Cabe destacar, também, a inclusão do inciso VIII, com o advento da Lei 10.467 de Junho de 2002, que dispunha o seguinte:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime.

(...)

VIII - praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337- B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal).

Abaixo, verifica-se a atual redação do art. 1º da Lei 9.613/98, que traz as condutas tipificadas como crime, sem vincular o delito de lavagem a um crime anterior, mas permitindo a sua caracterização de maneira autônoma:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

- os converte em ativos lícitos
- os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;
- importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem

- utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;

---

<sup>19</sup> SANCTIS, Fausto Martin De. Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais / Fausto Martin de Sanctis – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.193, destaque do autor





- participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

§ 3º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal.

§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa.

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

### *1.4.3 Bem jurídico*

Em que pese o conceito da expressão “bem jurídico” padeça de uma definição exata, é fundamental que se delimite alguns contornos a seu respeito, para estabelecer um critério negativo que afaste da proteção do direito penal o que não for indispensável para o convívio social<sup>20</sup>.

Considerando que a Constituição da República reserva especial importância à dignidade humana e ao pluralismo, tem-se que “os bens jurídicos passíveis de proteção penal são aqueles – e somente aqueles – essenciais à preservação e ao exercício da liberdade e da autodeterminação do ser humano”<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini. 4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

<sup>21</sup> Ibidem, p. 76



Segundo Pierpaolo Bottini e Gustavo Badaró, há posicionamentos distintos acerca de qual é o bem jurídico tutelado pelas normas de lavagem de dinheiro. Entretanto, os autores ressaltam três correntes doutrinárias principais<sup>22</sup>.

A primeira corrente afirma que as Leis de lavagem de dinheiro que preveem um rol de crimes antecedentes protegem os mesmos bens jurídicos lesados pelos crimes anteriores<sup>23</sup>.

O segundo entendimento é no sentido de que o bem jurídico tutelado é a ordem econômica, uma vez que se estaria utilizando recursos financeiros obtidos ilícitamente na economia formal, afetando assim os fundamentos constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa e, como consequência, causando a insegurança em investidores e empreendimentos legítimos de maneira a reduzir as atividades econômicas<sup>24</sup>.

Por fim, a terceira corrente doutrinária, adotada pelos autores mencionados acima, defende que o bem jurídico protegido pela Lei de lavagem é a administração da Justiça. De acordo com os acadêmicos, não seria razoável aderir ao primeiro pensamento exposto, visto que houve a exclusão do rol dos crimes antecedentes da Lei 9.613/98. Do mesmo modo, afastam a ideia de que a ordem econômica seria o bem jurídico protegido, considerando que, embora muitas vezes haja agressão aos fundamentos constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa, isso não é uma consequência automática do crime de lavagem<sup>25</sup>.

Tal crítica é reafirmada por De Sanctis, pois o crime em comento “*nem sempre gera disfunção ou deterioração do sistema econômico, nem prejuízo*

---

<sup>22</sup> Ibidem, p.78

<sup>23</sup> Ibidem, p. 78-79

<sup>24</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini. 4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

<sup>25</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini.

4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019



*aos agentes em particular e, ao contrário, pode até gerar desenvolvimento de determinadas atividades do sistema*<sup>26</sup>

Para Badaró e Bottini, a lavagem de dinheiro deve ser entendida como uma conduta que busca ocultar a origem ilícita de bens, valores e direitos, por intermédio de inúmeras operações praticadas com a intenção de ludibriar as autoridades estatais, expondo a risco a credibilidade do sistema de Justiça, razão pela qual *“o bem jurídico nuclear da norma da lavagem de dinheiro é a administração da Justiça, ainda que se constate a lesão à ordem econômica”*<sup>27</sup>.

No entanto, há um posicionamento diverso, que aponta a pluriofensividade dos crimes lavagem. Fausto de Sanctis, referindo-se, dentre outros autores, a Bujan Perez, Bustos Ramirez e Blanco Cordero, afirma que há um bem jurídico direto/imediato e um bem jurídico indireto/mediato.<sup>28</sup>

O bem jurídico direto/imediato na lavagem de dinheiro é a ordem econômica, *“eventualmente a livre e leal concorrência, protegida de forma imediata (correto funcionamento do mercado e ao seu livre acesso pelos agentes econômicos)”*<sup>29</sup>.

A administração da Justiça figura como um bem jurídico indireto/mediato, porquanto fundamental para a repressão e o combate a delinquência econômica e financeira, não se tratando de bem imediato ante a possibilidade de se punir crimes de lavagem de dinheiro decorrentes de delitos anteriores praticados em Estados estrangeiros<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> SANCTIS, Fausto Martin De. Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais / Fausto Martin de Sanctis – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.186

<sup>27</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini.

4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 89

<sup>28</sup> SANCTIS, Fausto Martin De. Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais / Fausto Martin de Sanctis – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.186

<sup>29</sup> Ibidem, p.189

<sup>30</sup> SANCTIS, Fausto Martin De. Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais / Fausto Martin de Sanctis – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.189



#### 1.4.4 Tipos penais

Nessa seção serão brevemente analisados os tipos penais contidos na Lei 9.613/98, com a nova redação dada pela Lei 12.683/12, de maneira a se destacar os pontos mais relevantes da legislação vigente.

a) Art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98

O art. 1º, *caput*, do diploma legal sob análise tipifica como crime as ações de ocultar ou dissimular a origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, cominando a pena de três a dez anos de reclusão, além de multa<sup>31</sup>.

A leitura deste dispositivo revela que os núcleos verbais mencionados correspondem à vontade do agente em mascarar a origem ilícita de bens, valores ou direitos obtidos de quaisquer infrações penais anteriores, não somente crimes, mas também contravenções<sup>32</sup>.

A esse respeito, Fausto de Sanctis afirma que as expressões “ocultar” e “dissimular” não carecem de uma conceituação rígida, pois o que o legislador deseja do intérprete da Lei é que se proceda à aplicação da norma de maneira a evitar a lacunas. Em linhas gerais, o que se pretende é que o aplicador da norma analise se as condutas tinham por objetivo a conservação clandestina de bens, direitos ou valores ilícitos, e se os distanciaram da sua origem ilícita<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Art. 1º *Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.* BRASIL. Lei 9.13/98 Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: out 2019

<sup>32</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini.

4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 94

<sup>33</sup> SANCTIS, Fausto Martin De. Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais / Fausto Martin de Sanctis – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.208



Diante disso, cabe mencionar que o agente não terá praticado crime se usufruir dos valores obtidos ilícitamente, sem ocultá-los ou sem dissimular a sua origem, depositando tais valores em sua própria conta bancária, ou transferindo para pessoas jurídicas das quais seja instituidor. “*O mero usufruir do produto infracional não é típico*”<sup>34</sup>.

Por fim, quanto à classificação, o *caput* do art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98 traz um delito instantâneo de efeitos permanentes, ou seja, o delito se consuma no momento da ocultação ou dissimulação e perdura enquanto o agente estiver praticando os referidos núcleos verbais<sup>35</sup>.

b) Art. 1º, § 1º, da Lei 9.613/98

A redação deste parágrafo tipifica a conduta daquele que oculta ou dissimula a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, convertendo-os em ativos lícitos, adquirindo, recebendo, trocando, negociando, dando ou recebendo em garantia, guardando em depósito, movimentando, transferindo ou ainda importando ou exportando bens não correspondentes aos verdadeiros<sup>36</sup>.

Fausto de Sanctis, ao referir-se a Marcelo Mendroni, afirma que a tipificação das condutas descritas no §1º do art. 1º resulta da diversidade de mecanismos utilizados na lavagem de dinheiro, de modo que a punição, nesse caso, se daria sobre

---

<sup>34</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini.

4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 116.

<sup>35</sup> SANCTIS, Fausto Martin De. Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais / Fausto Martin de Sanctis – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.207

<sup>36</sup> “art. 1º (...) § 1º *Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:*

- *os converte em ativos lícitos;*

- *os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;*

- *importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.*” BRASIL. Lei 9.13/98 Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: out 2019



meios empregados para prática do crime e não sobre o resultado da lavagem contido na cabeça do dispositivo<sup>37</sup>.

Sendo assim, uma vez que são apontadas as modalidades especiais de ocultação e dissimulação dos bens, não é raro que as condutas descritas no § 1º sejam idênticas àquelas do *caput* do artigo. Entretanto, cabe ressaltar a limitação do objeto material do § 1º em relação à cabeça do artigo, isso porque neste dispositivo há a expressão “direta ou indiretamente” que não está presente naquele outro<sup>38</sup>.

Dito isso, serão analisadas na seção seguinte, ainda que brevemente, as condutas descritas nos incisos.

#### *1.4.5 Elementos objetivos*

Os elementos objetivos (ou descritivos) do tipo penal constituem uma espécie dos elementos estruturais do tipo. São aqueles que podem ser resultantes da percepção sensorial do ser humano<sup>39</sup>.

De acordo com Francisco de Assis Toledo, os elementos objetivos independem do sujeito agente, vez que possuem uma “validade externa” perceptível por quaisquer indivíduos que não só o infrator. Advém de expressões que exprimem um fenômeno na realidade (e.g.: “matar”, “mulher”, “bens”), ou de expressões que necessitam de um juízo de valor para a sua complementação (e.g.: “coisa alheia”, “funcionário público”)<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> SANCTIS, Fausto Martin De. Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro,

mercado de capitais / Fausto Martin de Sanctis – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.210

<sup>38</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini.

4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 148

<sup>39</sup> BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. Teoria do crime / Sheila Albuquerque Bierenbach, Rio de Janeiro, Editora Lumen juris, 2009, p. 46

<sup>40</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos do direito penal – 5.Ed. – São Paulo: Saraiva, 1994, p. 153/154



A seguir, a análise detalhada dos tipos penais contidos no art. 1º da Lei 9.613/98 nos permite compreender quais são os elementos objetivos do delito sob estudo.

a) art. 1º, § 1º, inciso I, da Lei 9.613/98 - Converter em ativos lícitos

Trata-se da transformação de bens e créditos, ou patrimônios obtidos ilicitamente de modo geral, em bens, créditos ou patrimônios lícitos, por intermédio de intensa movimentação financeira e patrimonial de pessoas ligadas aos criminosos, bem como por operações bancárias simulando atividades financeiras e até mesmo saque de dinheiro em espécie<sup>41</sup>.

Vale dizer que são consideradas atípicas as conversões que não tiverem por objetivo a ocultação ou a dissimulação dos valores ilícitos. Como dito anteriormente, o mero gasto destes valores não constitui necessariamente um delito<sup>42</sup>. art. 1º, § 1º, inciso II – Adquirir, receber, trocar, negociar, dar ou receber em garantia, guardar, ter em depósito, movimentar ou transferir

Carla Verissimo de Carli destaca que as condutas descritas aqui constituem a segunda etapa do crime de lavagem de dinheiro, a dissimulação (ou *layering*), porquanto muitas vezes implicam na circulação de bens e valores na economia formal<sup>43</sup>.

Os verbos “adquirir” e “receber” possuem significados semelhantes. Ambos referem-se à aquisição da propriedade, contudo a ação de “receber” está relacionada com a obtenção da propriedade como uma forma de recompensa ou favor, enquanto

---

<sup>41</sup> DE CARLI, Carla Verissimo. Dos Crimes: aspectos subjetivos. In: DE CARLI, Carla Verissimo (organizadora). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2011. 171-222, p. 202

<sup>42</sup> Ibidem

<sup>43</sup> DE CARLI, Carla Verissimo. Dos Crimes: aspectos subjetivos. In: DE CARLI, Carla Verissimo (organizadora). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2011. 171-222, p. 205



“adquirir” é a simples aquisição da propriedade seja por acaso ou por esforço anterior<sup>44</sup>.

O núcleo verbal “trocar” deve ser entendido como entregar uma coisa em contraprestação ao recebimento de outra. “Negociar” significa transacionar comercialmente, trocar, vender<sup>45</sup>.

“Dar em garantia” é assegurar ao credor o adimplemento da obrigação por intermédio da disponibilidade de bens ou valores<sup>46</sup>.

“Guardar e ter em depósito” é conservar ou manter os recursos na esfera de patrimônio do agente. Em relação a essas ações, Bottini afirma que não seria razoável responsabilizar o autor do crime antecedente pela conservação dos recursos à sua disposição, visto que tal conduta seria uma consequência natural da infração precedente<sup>47</sup>.

Por fim, as expressões “movimentar e transferir” dizem respeito a por em circulação, geralmente por intermédio de operações bancárias, valores ou créditos, permitindo dessa forma a reinserção de ativos na economia<sup>48</sup>.

b) art. 1º, §1º, inciso III – Importar ou exportar bens com valores falsos O verbo “importar” significa trazer de um Estado estrangeiro, enquanto “exportar” é remeter, enviar a um Estado estrangeiro<sup>49</sup>. A tipificação dessas condutas dá-se em

---

<sup>44</sup> Idem, *ibidem*, p. 203

<sup>45</sup> DE CARLI, Carla Verissimo. Dos Crimes: aspectos subjetivos. In: DE CARLI, Carla Verissimo (organizadora). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2011. 171-222, p. 204

<sup>46</sup> Idem, *ibidem*

<sup>47</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012* / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini. 4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 150

<sup>48</sup> DE CARLI, Carla Verissimo. Dos Crimes: aspectos subjetivos. In: DE CARLI, Carla Verissimo (organizadora). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2011. 171-222, p. 204

<sup>49</sup> Idem, *ibidem*





razão da frequente prática de crimes de lavagem em operações comerciais internacionais<sup>50</sup>.

A incidência de tarifas, a taxa de câmbio e a própria complexidade da operação dificultam a determinação do valor real do bem. No entanto, embora tipificadas, a apuração das práticas é extremamente difícil não só pela complexidade dos atos, mas pela precariedade da estrutura aduaneira<sup>51</sup>.

c) Art. 1º, § 2º, da Lei 9.613/98

Trata-se da tipificação da utilização dos bens, direitos ou valores provenientes de infração penal na economia formal, bem como da participação em grupo, associação ou escritório cuja atividade, principal ou secundária, seja voltada à prática de crimes de lavagem<sup>52</sup>.

d) art. 1º, §2º, inciso I – Utilizar bens, valores ou direitos provenientes de infração penal na atividade econômica

Em relação a essa conduta, Fausto de Sanctis, referindo-se a Mendroni, pontua que para a configuração do crime é prescindível que o agente tenha praticado infração penal antecedente, ou qualquer uma das fases da lavagem, sendo suficiente que, tendo conhecimento da origem ilícita dos bens, valores ou direitos, o agente opte por utilizá-los em atividade econômica e financeira<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini. 4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 151

<sup>51</sup> Idem, ibidem

<sup>52</sup> “art. 1º (...) § 2º *Incorre, ainda, na mesma pena quem:*

- *utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;*

- *participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.” BRASIL. Lei 9.613/98 Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: out 2019*

<sup>53</sup> SANCTIS, Fausto Martin De. Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro,



e) art. 1º, inciso II – Participar de grupo, associação ou escritório cuja atividade principal ou secundária seja a prática de crimes de lavagem

Esse dispositivo tipifica a conduta daquele que, sabendo da atividade exercida pelo grupo, associação ou escritório, decida integrá-los com ânimo de estabilidade, ainda que não pratique propriamente atos de ocultação ou dissimulação<sup>54</sup>.

f) Art. 1º, § 3º, da Lei 9.613/98

A forma tentada do crime de lavagem é punível nos moldes do art. 14 do Código Penal brasileiro<sup>55</sup>.

#### 1.4.6 Elementos subjetivos

Os elementos subjetivos do tipo penal dizem respeito ao estado anímico do agente. Os elementos subjetivos nucleares são: a culpa, o dolo e, em alguns casos, elementos subjetivos especiais<sup>56</sup>.

O dolo é a consciência e a vontade de praticar um tipo penal objetivo. Por essa razão, diz-se que o dolo se compõe de um aspecto intelectual (ter consciência) e outro aspecto volitivo (ter a vontade)<sup>57</sup>.

A culpa, por sua vez, resta caracterizada quando o agente cria um perigo de lesão ao bem jurídico que vai além do risco permitido e que é abarcado pelo tipo

---

mercado de capitais / Fausto Martin de Sanctis – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.214

<sup>54</sup> SANCTIS, Fausto Martin De. Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais / Fausto Martin de Sanctis – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 215

<sup>55</sup> “Art. 14 - Diz-se o crime: (...)

*II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Pena de tentativa*

*Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”* BRASIL. Decreto Lei 2.848/40. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: out 2019

<sup>56</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini.

4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 129

<sup>57</sup> BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. Teoria do crime / Sheila Albuquerque Bierrenbach, Rio de Janeiro, Editora Lumen juris, 2009, p. 98



penal<sup>58</sup>. Consoante o art. 18, inciso II, do Código Penal, o crime culposo é aquele no qual o agente age com negligência, imprudência ou imperícia<sup>59</sup>.

Quanto ao elemento subjetivo especial (dolo específico), Paulo Queiroz, referindo-se à Magalhães Noronha, ensina que tal aspecto diz respeito a um agir com a finalidade específica exigida pelo tipo penal<sup>60</sup>.

No que concerne aos elementos subjetivos nos crimes de lavagem de dinheiro, procedo à análise dos tipos penais separadamente, de maneira semelhante àquela realizada na seção anterior dessa monografia.

a) Art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98

Segundo Bottini, não há elementos especiais no *caput* do art. 1º da Lei sob estudo, exigindo-se para a configuração do tipo penal a intenção de ocultar ou dissimular a origem de bens ou valores provenientes de infrações penais anteriores, associada à vontade de reciclar o capital ilícito por intermédio das operações mencionadas no item 1.3 dessa dissertação, com a finalidade de reinseri-los na economia formal<sup>61</sup>.

De acordo com o autor, não se fala ainda em um elemento subjetivo especial uma vez que o próprio tipo penal de lavagem de dinheiro exige que a conduta do agente tenha por objetivo a ocultação de bens ou valores com a finalidade de reinseri-

---

<sup>58</sup> QUEIROZ, Paulo. Direito penal: parte geral / Paulo Queiroz. – 5ª Ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2009, p.230.

<sup>59</sup> “Art. 18 - Diz-se o crime: (...)

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.”  
BRASIL. Decreto Lei 2.848/40. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: out 2019

<sup>60</sup> QUEIROZ, Paulo. Direito penal: parte geral / Paulo Queiroz. – 5ª Ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2009, p.208

<sup>61</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini.

4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 144



los, em momento posterior, na economia, por mais que a reinserção não seja essencial para a consumação do delito<sup>62</sup>.

b) Art. 1º, § 1º, da Lei 9.613/98

As considerações que devem ser mencionadas aqui se assemelham às atinentes ao *caput* do artigo. Contudo, no que concerne à tipicidade subjetiva, fundamentais são o dolo e a existência de um elemento subjetivo especial de reciclagem.

Sendo assim, não é possível a responsabilização de pessoas que pratiquem quaisquer das ações contidas no parágrafo em estudo sem se comprovar a existência de um intento específico de reciclar os bens ou valores obtidos ilicitamente<sup>63</sup>.

c) Art. 1º, § 2º, da Lei 9.613/98

Fausto de Sanctis, referindo-se a De Carli e a Moro, salienta que para a caracterização dos delitos elencados no inciso I do parágrafo em exame, basta que o agente utilize, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, sendo dispensável a ocultação ou a dissimulação prevista no *caput* do artigo<sup>64</sup>.

Nesse sentido, agora referindo-se a Menegaz e Callegari, o autor afirma ser suficiente para a configuração do tipo a intenção de utilizar o bem ou valor de origem ilícita. Portanto, faz-se necessária presença do dolo direto, voltado especificamente para a utilização dos proveitos ilícitos<sup>65</sup>.

Quanto ao delito tipificado no inciso II do parágrafo ora analisado, trata-se de crime de mera conduta, uma vez que basta que o agente participe de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária seja dirigida à prática de crimes previstos na Lei 9.613/98. Sendo assim,

---

<sup>62</sup> Ibidem, p, 145

<sup>63</sup> Ibidem, p. 154

<sup>64</sup> SANCTIS, Fausto Martin De. Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais / Fausto Martin de Sanctis – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.214

<sup>65</sup> Ibidem



é fundamental que o sujeito tenha a consciência e a vontade de participar do grupo, associação ou escritório mencionados no texto legal<sup>66</sup>.

Além disso, não obstante a participação livre e consciente do agente nos referidos grupos já seja suficiente para a caracterização do crime, é essencial que a sua atuação seja juridicamente relevante para o alcance do resultado final, ou seja, para a concretização da lavagem de dinheiro propriamente dita. Nas palavras de De Sanctis (2015, p. 217):

A mera participação em grupo que desenvolve atividade de branqueamento de dinheiro, mesmo sendo de conhecimento do agente, não pode ser considerada crime se sua participação não for juridicamente relevante para a produção do resultado, sendo que a relevância da participação se subsume pela relação de causalidade conduta/resultado.

Assim, a incidência do tipo questionado só seria possível num sistema que consagrasse o princípio da responsabilidade objetiva da pessoa física, ou melhor, fosse além da reponsabilidade objetiva, pois partiria da incriminação da responsabilidade sem causa, transformando o referido tipo penal num crime de mera conduta, sem vinculação com nenhum resultado naturalístico.

#### *1.4.7 Processo Penal*

O processo, de uma maneira geral, é o instrumento pelo qual o Estado, e somente ele, presta sua jurisdição, substituindo-se às partes e pondo fim a um conflito. Deve ser entendido como uma sequência de atos sucessivos que viabilizam a aplicação da lei por parte dos órgãos jurisdicionais<sup>67</sup>, daí a importância de seu estudo.

Diante disso, serão abordados nessa seção, alguns aspectos processuais penais relevantes no que concerne ao crime de lavagem de dinheiro. A ênfase recairá sobre

---

<sup>66</sup> Ibidem, p. 215

<sup>67</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria Geral do Processo / José Eduardo Carreira Alvim. – 19 Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 221



o procedimento aplicável ao delito, sobre a competência para processá-lo e julgá-lo e sobre a independência dos julgamentos dos crimes de lavagem e suas infrações antecedentes.

As disposições penais especiais atinentes ao branqueamento de capitais estão contidas entre os artigos 2º e 6º da Lei 9.613/98.

#### a) Procedimento

O procedimento é o modo de desenvolvimento do processo, a sua tramitação, seu *modus operandi*, revelando o aspecto exterior do fenômeno processual que varia de acordo com a pretensão deduzida pelas partes<sup>68</sup>.

Em relação ao procedimento adotado, o art. 2º, inciso I da Lei 9.613/98 dispõe que os crimes previstos nesse diploma legal obedecerão às disposições relativas ao procedimento comum dos crimes punidos com reclusão, de competência de Juiz singular<sup>69</sup>.

O art. 394, § 1º, inciso I, do Código de Processo Penal estabelece que o procedimento destinado aos crimes cuja a pena cominada máxima seja igual ou superior a 04 anos de reclusão será o ordinário<sup>70</sup>.

Sendo assim, considerando a pena máxima cominada ao crime de lavagem de dinheiro, 10 anos de reclusão, pode-se concluir que o procedimento aplicável a este delito será o procedimento comum ordinário.

---

<sup>68</sup> ibidem, p. 222

<sup>69</sup> Art. 2º *O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:*

*I – obedecem às disposições relativas ao procedimento comum dos crimes punidos com reclusão, da competência do juiz singular;* BRASIL. Lei 9.613/98 Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em

<[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: out 2019

<sup>70</sup> “Art. 394. O procedimento será comum ou especial.

§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:

I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;” BRASIL. Decreto Lei 3.689/41. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: out 2019



Embora não se tenha dúvida quanto a aplicação desse procedimento ao crime de lavagem de capitais, Badaró ressalta que não raras vezes há conexão entre o branqueamento de dinheiro e crimes sujeitos a um rito especial (e.g.: crimes contra a lei delictações)<sup>71</sup>.

Para a solução desse problema, ressalta o autor, o posicionamento doutrinário foi essencial. De fato, a aplicação do procedimento ordinário nas hipóteses de conexão entre os crimes de lavagem e crimes que prevejam ritos especiais se mostra extremamente adequada, uma vez que se trata de procedimento mais amplo<sup>72</sup>.

#### b) Competência

Como dito anteriormente, somente o Estado-juiz poderá se substituir às partes para aplicar o direito material no caso concreto. No entanto, consoante o pensamento de Renato Brasileiro de Lima, o Estado, por razões práticas, distribui o poder de julgar entre diversos magistrados e Tribunais<sup>73</sup>.

Nesse sentido, leciona Carreira Alvim que a competência “nada mais é do que a medida de jurisdição; e tanto assim é que (...) doutrina faz coincidir a competência com ‘a quantidade de jurisdição assinalada pela lei ao exercício de cada órgão jurisdicional’ (Liebman)”<sup>74</sup>.

A importância em se analisar a competência do órgão jurisdicional para processar e julgar determinada ação decorre do fato de a competência ser um pressuposto de validade do processo<sup>75</sup> e a sua inobservância pode ensejar nulidades (absolutas ou relativas).

---

<sup>71</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini.

4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 247.

<sup>72</sup> Ibidem, p. 248

<sup>73</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima, 6.ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 337

<sup>74</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria Geral do Processo / José Eduardo Carreira Alvim. – 19 Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. p. 102/103

<sup>75</sup> Ibidem



Em relação à competência para processar e julgar crimes de lavagem de dinheiro, o art. 2º, inciso III, da Lei 9.613/98 dispõe o seguinte:

Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: III - são da competência da Justiça Federal:

quando praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas;

quando a infração penal antecedente for de competência da Justiça Federal.

Nota-se que alínea “a”, do inciso III não especifica se os crimes praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira são os crimes de lavagem ou os crimes antecedentes. A despeito da simples redação, o referido dispositivo penal merece especial atenção ante a possibilidade de um crime ser cometido contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, mas os bens e valores decorrentes dessa prática sejam lavados fora do sistema financeiro e vice-versa<sup>76</sup>.

De acordo com o art. 109, inciso VI, da Constituição da República, compete aos Juízes Federais processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos previstos em lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira<sup>77</sup>.

Diante disso, é insuficiente que uma norma de direito material tipifique uma conduta como sendo um crime contra o sistema financeiro, ou contra a ordem econômico-financeira, sendo, portanto, necessário que uma norma de direito

---

<sup>76</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini. 4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 266

<sup>77</sup> “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:  
(...)”

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília, 1988. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: out 2019





processual explicita a competência da Justiça Federal para processar e julgar tais delitos<sup>78</sup>.

Em síntese, a real intenção do legislador era conferir à Justiça Federal a competência para processar e julgar os crimes de lavagem de dinheiro praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, independente a infração penal anterior<sup>79</sup>.

Além disso, observando o critério constitucional de fixação de competência, a segunda parte da alínea “a”, do inciso III, atribui à Justiça Federal a competência para processar e julgar os crimes de lavagem praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas.

Por fim, a alínea “b” do inciso em análise confere à Justiça Federal competência para processar e julgar os crimes de lavagem que se sucederem à infrações penais de competência da Justiça Federal.

- c) Independência do processo e julgamento das infrações penais antecedentes

O crime de lavagem de dinheiro, como já mencionado, sucede uma infração penal qualquer, razão pela qual é classificado como um delito acessório. Contudo, o caráter acessório, ou sucedâneo, do crime de lavagem é limitado. Isso porque, o próprio tipo penal contido no art. 1º da Lei 9.613/98 exige que os bens, valores ou direitos sejam provenientes de infrações penais anteriores<sup>80</sup>.

Tal “acessoriedade material limitada” revela que, embora o crime de branqueamento de capitais exija uma infração penal anterior, é prescindível a

---

<sup>78</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini. 4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 267

<sup>79</sup> ibidem, p. 269

<sup>80</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. Tipologias de lavagem. In: DE CARLI, Carla Verissimo (organizadora). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2011. 461-510, p. 469



comprovação de elementos concernentes à autoria, culpabilidade e punibilidade da infração. No entanto, é evidente que são fundamentais alguns elementos probatórios mínimos acerca do delito anterior até mesmo para se examinar a ocorrência, ou não, do crime de lavagem<sup>81</sup>.

Assim sendo, quanto à autonomia do processo e julgamento das infrações penais antecedentes em relação aos crimes de lavagem, a Lei 9.613/98 dispõe o seguinte:

Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: (...)

II - independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento;

A autonomia do crime de lavagem de dinheiro em relação às infrações anteriores decorre do cuidado do legislador em não permitir que a responsabilização pela prática daqueles ilícitos ficasse à mercê da apuração integral destes, conferindo à legislação real efetividade<sup>82</sup>.

Nesse sentido, conforme bem destacado por Andrey Borges de Mendonça (2011, p. 470), o excerto da exposição de motivos nº 692, da Lei 9.613/98<sup>83</sup>:

Providência indispensável para a eficácia da lei proposta é a regra estabelecida pelo inciso II do art. 2º, declarando a autonomia do processo e do julgamento entre o crime antecedente ou básico e o crime de lavagem de dinheiro, que, de resto, atende às recomendações internacionais (art. 2º, 6, do Regulamento Modelo da CICAD).

Com efeito, a separação de processos é justificável não somente à luz do disposto no art. 80 do Código de Processo Penal, quando alude a "outro motivo relevante" que o juiz reputa conveniente para a separação. A proposta ora em exame vai mais longe. Determina a obrigatoriedade da

---

<sup>81</sup> Ibidem

<sup>82</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. Tipologias de lavagem. In: DE CARLI, Carla Verissimo (organizadora). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2011. 461-510, p. 470

<sup>83</sup> Exposição de Motivos 692. Disponível em <[www.fazenda.gov.br](http://www.fazenda.gov.br)>. Acesso em: nov. 2019



separação e assenta em dois aspectos essenciais: o primeiro, de caráter instrumental, visto que o procedimento relativo ao ilícito antecedente poderá estar - as mais das vezes - submetido a jurisdição penal de outro país; e o segundo, de natureza material, diz respeito às exigências de segurança e justiça que são frustradas pelas práticas domésticas ou transnacionais de determinados crimes cuja gravidade e reiteração constituem desafios ao estado contemporâneo.

A propósito da separação, o recente Código de Processo Penal português a admite, entre outras hipóteses, quando a conexão "puder representar um grave risco para a pretensão punitiva do Estado" (art. 30, 1, b).

Por fim, cabe ressaltar que é indiferente se houve ou não ajuizamento de ação penal em decorrência da infração anterior, se há sentença penal condenatória e se tal infração foi cometida em território brasileiro ou no estrangeiro<sup>84</sup>.

## 2 A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

### 2.1 Conceito

Inicialmente, em relação a suas denominações, a teoria da cegueira deliberada (*wilfull blindness doctrine*) também é conhecida como: doutrina das instruções do avestruz, doutrina da evitação de consciência (*conscious avoidance doctrine*) ou ignorância deliberada, este último termo usado mais comumente no direito penal espanhol<sup>85</sup>.

Conforme destaca Luiza Farias Martins, a *wilfull blindness* é uma doutrina que tem origem nos países de sistema *common law* e está fundada na possibilidade de responsabilização do agente que, diante de elementos que indiquem a ilicitude de sua

---

<sup>84</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. Tipologias de lavagem. In: DE CARLI, Carla Verissimo (organizadora). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2011. 461-510, p. 470

<sup>85</sup> MOSER, Manoela Pereira. A teoria da cegueira deliberada no direito penal econômico. *Revista de doutrina e jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*, Brasília, v.108. n.2, 166 – 182



conduta, decide, voluntariamente, não aprofundar seu conhecimento acerca das tais circunstâncias<sup>86</sup>.

Complementando o entendimento da autora, Gabriela de Aguillar Lima aduz que a teoria sob estudo foi desenvolvida para as hipóteses em que o agente se coloca em uma posição de ignorância deliberada, fingindo não perceber a ilicitude da conduta para, posteriormente, não ser responsabilizado<sup>87</sup>.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Pierpaolo Bottini que, tratando do elemento subjetivo do crime de lavagem de dinheiro, ressalta que o instituto da cegueira deliberada tem origem em países de *common law* e busca reconhecer o dolo nas hipóteses em que não só o agente conhece ou suspeita (dolo direto e dolo eventual, respectivamente), mas também cria, de forma consciente, impedimentos com a finalidade de evitar tomar ciência de quaisquer características suspeitas acerca da origem do bem<sup>88</sup>.

A esse respeito, o excerto a seguir (PRADO, 2011):

Em suma, a teoria fundamenta-se na seguinte premissa: aquele que, suspeitando que pode vir a atuar de forma criminosa, prefere, como meio de angariar com benefício, não aperfeiçoar a sua representação sobre a presença do tipo objetivo em um caso concreto, demonstra um grau de indiferença em face do bem jurídico tutelado pela norma penal tão alto quanto o de quem age com dolo eventual, razão pela qual ambos merecem a mesma reprimenda

## 2.2 Origem e evolução da teoria da cegueira deliberada

---

<sup>86</sup> MARTINS, Luiza Farias. *A doutrina da cegueira deliberada na lavagem de dinheiro: aprofundamento dogmático e implicações práticas*. Disponível em: < [httpsportal.mpf.mp.br/rededebibliotecas-acervo-internoacervo-internoBibliografias\\_tem%C3%A1ticasLavagem01032689](httpsportal.mpf.mp.br/rededebibliotecas-acervo-internoacervo-internoBibliografias_tem%C3%A1ticasLavagem01032689) >. Acesso: 10 dez 2019

<sup>87</sup> LIMA, Gabriela de Aguillar. A ignorância proposital e a imputação subjetiva em situações prováveis: breves considerações acerca da teoria da cegueira deliberada. *Cademo IEP/MPRJ*, Rio de Janeiro, v.1. n.1

<sup>88</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012* / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini. 4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 135-136



Superadas as questões conceituais acerca do presente objeto de estudo, passe-se à análise de sua evolução tanto na *common law*, quanto na *civil law*.

### 2.2.1 A evolução da teoria da cegueira deliberada na *Common law*

O primeiro registro sobre a aplicação da teoria da cegueira deliberada na *common law* foi a sentença inglesa no caso *Regina v. Sleep*, no ano de 1861. *Sleep* foi condenado em primeira instância por ter se apropriado de parafusos de cobre pertencentes ao poder público. Entretanto, sob a alegação de não ter conhecimento sobre a titularidade dos bens apropriados, foi absolvido, em nível recursal, sob o fundamento de que a sentença condenatória não levou em consideração o fato de que o acusado não possuía conhecimento sobre a titularidade dos referidos bens, e tampouco criou impedimentos para que viesse a tê-lo<sup>89</sup>.

Dessa forma, os fundamentos da segunda decisão permitem concluir, *contrario sensu*, que, uma vez provado que o réu optou por não obter conhecimento sobre a ilicitude da conduta, este deveria ser condenado como se possuísse a real consciência sobre os fatos<sup>90</sup>.

Já no ano de 1889, há o registro da doutrina em um julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, mais especificamente no caso *Spurr v. United States*. Nesse caso, se buscava a revisão da pena de *Spurr*, que fora condenado por ter certificado cheques emitidos por um cliente em uma conta que não tinha fundos. De acordo com a lei aplicável, era necessário se comprovar a violação dolosa dos dispositivos que regulam a expedição desses títulos de créditos<sup>91</sup>.

A defesa do acusado argumentava que o júri fora erroneamente instruído pelo juiz presidente, que não teria explicitado a exigência do comportamento intencional

---

<sup>89</sup> VALLÈS, Ramon Vagués i. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada en derecho penal. Disponível: < <http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?q=mejor+no+s> >, acesso: fev 2020

<sup>90</sup> Idem

<sup>91</sup> Idem



de se violar os referidos dispositivos legais, tendo o réu agido de maneira meramente equivocada<sup>92</sup>.

Não obstante tenha acolhido os argumentos da defesa, a Corte americana considerou que o propósito infrator constitui a essência do delito, pressupondo-se a existência deste propósito nas hipóteses em que o agente é absolutamente indiferente acerca da possível ilicitude da conduta. Vallès destaca ainda que, embora o caso tenha se mostrado relativamente simples para o Tribunal estadunidense, trechos daquela decisão seriam citados em inúmeros outros julgados dos demais tribunais daquele país, equiparando a ignorância provocada ao conhecimento efetivo<sup>93</sup>.

Nesse sentido, veja-se o excerto a seguir (ROBBINS, 1990):

The court interpreted “willful” to require both wrongful intent and knowledge, and held that “evil design may be presumed if the officer purposely keeps his self in ignorance of whether the drawer has money in the bank. The court also noted the trial judge’s instruction that the jury could convict if it found that the defendant “shut his eyes to the fact and purposely refrained from inquiry and investigation for the purpose of avoiding knowledge”. Nevertheless, the Court reversed the conviction because the trial judge’s inadequate response to the jury’s request for clarification of “willful” certification had foreclosed the defense of an honest contrary belief in the sufficiency of the drawer’s fund.

Mais recentemente, conforme exposto no primeiro capítulo do presente trabalho, a comunidade jurídica internacional passou a lidar com casos relacionados aos crimes de tráfico de armas e tráfico de entorpecentes.

Na década de 1970 a cegueira deliberada ganhou relevo em decorrência da persecução penal de crimes federais, em especial os delitos envolvendo o narcotráfico<sup>94</sup>. À época foi promulgada pelo Congresso a Lei de Controle e

---

<sup>92</sup> Idem

<sup>93</sup> VALLÈS, Ramon Vagués i. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada en derecho penal. Disponível: < <http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?q=mejor+no+s> >. Acesso: fev 2020

<sup>94</sup> ROBBINS, Ira P. The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea. Disponível em: <<https->



Prevenção ao Abuso de Drogas de 1970 (*Comprehensive drug abuse prevention and control act of 1970*) que promovia alterações ao *United States Code*, proibindo a importação consciente ou intencional de substâncias controladas<sup>95</sup>.

Diante de tais alterações legislativas, as teses defensivas de acusados pela prática de tráfico de drogas passaram a ter como fundamento a cegueira deliberada (o desconhecimento intencional), porquanto a expressão “conhecimento” deveria ser entendida como “conhecimento real”. Além disso, uma vez que os entorpecentes podem ser facilmente escondidos e que os traficantes, frequentemente, evitam apresentar os detalhes de suas operações, a cegueira deliberada se mostrava ponto relevante para a defesa criminal<sup>96</sup>.

Por outro lado, promotores consideraram conveniente a equiparação entre a cegueira deliberada e o conhecimento real, tendo em vista a redução do encargo probatório do órgão acusador<sup>97</sup>.

Nesse contexto tem-se a sentença do caso *United States v. Jewell*, que, de acordo com Ramon Vallès, tornou-se um verdadeiro *leading case* sobre a matéria aqui analisada<sup>98</sup>.

Conforme destaca o autor, o acusado Jewell foi condenado em primeira instância por ter atravessado, mediante pagamento, a fronteira do México com os

---

//scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=6659&context=jclc >. Acesso: ago 2019

<sup>95</sup> Idem. Em seu texto, Robbins destaca o fragmento da legislação mencionada, em especial o 21 U.S.C. (a), § 841, que dispõe que “*it shall be unlawful for any person knowingly or intentionally – (1) to manufacture, distribute, or dispense, or possess with intent to manufacture, distribute or dispense, a controlled substance (...) (2) to creat, distribute, dispense, or possess with intente to distribute or dispense, a counterfeit substance*”

<sup>96</sup> ROBBINS, Ira P. The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=6659&context=jclc>>. Acesso: ago 2019

<sup>97</sup> Idem

<sup>98</sup> VALLÈS, Ramon Vagués i. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada en derecho penal. Disponível: < <http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?q=mejor+no+s> >. Acesso: fev 2020



Estados Unidos, ingressando em território norte americano com 110 libras de *cannabis*, acomodadas em um compartimento de seu veículo<sup>99</sup>.

Jewell pleiteou sua absolvição sob o argumento de que, embora tivesse a suspeita da prática do ilícito, não sabia o que realmente estava transportando. Tal fundamento foi refutado pelo júri<sup>100</sup>, que o condenou nos seguintes termos<sup>101</sup>:

The Government can complete their burden of proof by proving, beyond reasonable doubt, that if the defendant was not actually aware that there was marijuana in the vehicle he was driving when he entered the United States his ignorance in that regard was solely and entirely a result of his having made a conscious purpose to disregard the nature of that which was in the vehicle, with a conscious purpose to avoid learning the truth.

O Tribunal de apelação manteve a condenação do réu com fundamento na equiparação entre ignorância deliberada e conhecimento real trazida pelo *Model Penal Code*<sup>102</sup>, segundo a qual aquele que, ciente da alta probabilidade de um fato, não toma as medidas necessárias para confirmar sua suspeita, merece o mesmo tratamento reservado àquele que tinha pleno conhecimento sobre tal fato. Ao justificar sua decisão, o Tribunal apontou, dentre outras ideias, a de que a ignorância deliberada e o conhecimento real (positivo) apresentam o mesmo grau de culpabilidade<sup>103</sup>.

Em decisão mais recente, no ano de 2011, ainda que em caso referente à violação ao direito de patente, a Suprema Corte americana reafirmou a

---

<sup>99</sup> Idem

<sup>100</sup> Idem

<sup>101</sup> *United states of America, plaintiff-appellee, v. Charles Demore Jewell, Defendant-Appellant*. Disponível em: < [h2o.law.harvard.edu/collages/19227#p27](http://h2o.law.harvard.edu/collages/19227#p27) >. Acesso: fev 2020

<sup>102</sup> Conforme destaca Ramon Vagués, o *Model Penal Code*, embora não seja um texto legislativo, tem servido como referência na alteração de Códigos Penais estadunidenses

<sup>103</sup> VALLÈS, Ramon Vagués i. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada en derecho penal. Disponível: < <http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?q=mejor+no+s> >. Acesso: fev 2020





compatibilidade da doutrina da cegueira deliberada com o ordenamento jurídico daquele Estado nacional<sup>104</sup>.

### 2.2.2 A evolução da teoria da cegueira deliberada no Civil law

Segundo Moro, a “doutrina da cegueira deliberada, apesar de constituir construção da ‘common law’, foi assimilada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE), corte de tradição ‘civil law, em casos de receptação, tráfico de drogas e lavagem, dentre outros”<sup>105</sup>.

O primeiro caso em que o Tribunal mencionou a referida doutrina foi na “Sentencia 10- 12-2000”, do relator Giménez García. O caso versava sobre um sujeito condenado por ter transportado para um paraíso fiscal significativas quantidades de dinheiro oriundas do tráfico de drogas<sup>106</sup>.

Em sua defesa, o acusado alegou não ter conhecimento de que aqueles valores advinham do narcotráfico. Para afastar esta tese, o Tribunal decidiu, diante das circunstâncias do caso em apreço, que restava evidente a ilicitude das operações ali realizadas e que embora o autor o tenha optado por se manter em situação de ignorância deliberada, assumiu o risco de incidir em uma conduta criminosa, e por essa razão deveria ser responsabilizado<sup>107</sup>:

En la entrega del dinero a José J., Miguel estuvo acompañado de Hebe, y José J. cobraba un 4 % de comisión. La Sala ex- trae la conclusión de que José J. tuvo conocimiento de que el dinero procedía del negocio de drogas –cosa que él niega– de hechos tan obvios como que la cantidad era muy importante y de la naturaleza claramente clandestina de las operaciones, por lo que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir no

---

<sup>104</sup> Idem

<sup>105</sup> MORO, Sérgio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro / Sérgio Fernando Moro. – São Paulo: Saraiva, 2010, p.67

<sup>106</sup> VALLÈS, Ramon Vagués i. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal. Disponível: < <http://www.cervantesvirtual.com/busador/?q=mejor+no+s> >. Acesso: fev 2020

<sup>107</sup> Idem



querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación –cobraba un 4% de comisión–, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias (negrita en el original).

Ainda em julgamentos dessa Corte, Moro destaca um caso acerca do crime de lavagem de dinheiro<sup>108</sup>. Os fundamentos do Tribunal reconhecem que a cegueira deliberada se aproxima significativamente do dolo eventual<sup>109</sup>:

Esta doctrina se origina en la STS 755/97 de 23 de Mayo, y se reitera en las de 356/98 de 15 de Abril, 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 1842/99 de 28 de Diciembre, 774/2001 de Mayo, 18 de Diciembre de 2000, 1293/2001 de 28 de Julio, 157/2003 de 5 de Febrero, 198/2003 de 10 de Febrero, 1070/2003 de 22 de Julio, 1504/2003 de 25 de Febrero y 1595/2003 de 29 de Noviembre , entre otras, precisándose en la jurisprudencia citada, que no se exige un dolo directo, bastando el eventual o incluso como se hace referencia en la sentencia de instancia, es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada. Es decir quien pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar. Es el principio de ignorancia deliberada al que se ha referido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en SSTs 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 946/2002 de 16 de Mayo, 236/2003 de 17 de Febrero, 420/2003 de 20 de Marzo, 628/2003 de 30 de Abril ó 785/2003 de 29 de Mayo .

En tal situación, debemos concluir, en relación al recurrente, que frente a lo que se argumenta en el motivo en el sentido de la sola realidad del antecedente penal por tráfico de drogas no es por sí sólo suficiente para dar por cierto que el recurrente conocía que el delito de referencia del que procedían los capitales era tráfico de drogas, hay que añadir que no sólo se cuenta con ese dato -- de singular potencia acreditativa--, sino que además hay que añadir otros datos: a), que el dinero se lo facilitaron unos

---

<sup>108</sup> MORO, Sérgio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro / Sérgio Fernando Moro. – São Paulo: Saraiva, 2010, p.68

<sup>109</sup> ESPANHA. Supremo Tribunal de Espanha. STS 131/2005. Relator: Joaquin Giménez García. Madrid, 19 de janeiro de 2005. Disponível em : < <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#> >. Acesso: mar 2020



ciudadanos de Marruecos, b) que la excusa que facilitaron de que ellos no podían adquirirlos por sí mismos, es de extrema debilidad, c) que, no facilitó la identidad de tales personas, lo que d) unido a la situación estratégica de Ceuta en relación al tráfico de droga, y e) la propia situación de adicto al consumo de drogas del recurrente, todo este cúmulo de detalles le sitúa intramuros de ese "mundo de la droga" según la sentencia, lo que en este control casacional aparece como de extraordinaria razonabilidad y en modo alguno se trata de conclusión arbitraria o infundada.

Muito embora o caso acima tenha tratado do desconhecimento intencional aproximando-o do dolo eventual, vale mencionar que em parte considerável dos países em que é adotada, a teoria não substitui somente o dolo, mas também a culpa consciente<sup>110</sup>.

Nesse sentido, vale dizer que *willful blindness* tem ganhado certa autonomia em relação ao dolo direto e ao dolo eventual, de maneira que, em determinados julgados a provocação do desconhecimento não seria sequer comprovar a ocorrência do elemento cognitivo do dolo para impor uma condenação por crime doloso<sup>111</sup>.

No cenário brasileiro, a teoria em estudo se assemelha, certo modo, ao dolo eventual da legislação e da doutrina<sup>112</sup> e ganhou notoriedade em razão de três principais casos: o assalto ao Banco Central em Fortaleza, a Ação Penal 470 e casos da “Operação Lava-Jato” – assuntos que serão abordados mais adiante.

Por outro lado, há quem discorde da aplicação e da forma como a teoria é trata no Brasil. O professor Pierpaolo Bottini, por exemplo, questiona se é cabível nos crimes de lavagem de capitais a aplicação do dolo eventual, indagando se é possível

---

<sup>110</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini. 4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 137

<sup>111</sup> VALLÈS, Ramon Vagués i. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada en derecho penal. Disponível: < <http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?q=mejor+no+s> >. Acesso: fev 2020

<sup>112</sup> MORO, Sérgio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro / Sérgio Fernando Moro. – São Paulo: Saraiva, 2010, p.68



punir por crime de lavagem um sujeito que não conhece a origem ilícita dos valores, mas apenas desconfia dela<sup>113</sup>.

Além disso, Bottini afirma que aquele deseja aplicar a teoria em casos na jurisdição brasileira deverá observar alguns requisitos – tema que também será examinado à frente<sup>114</sup>.

## 2.3 A teoria da cegueira deliberada e a aplicação do dolo eventual

### 2.3.1 *Dolo direto*

Conforme leciona Paulo Queiroz, o conceito de dolo é, de forma sintética, a consciência e a vontade de praticar uma conduta que se sabe proibida pelo direito<sup>115</sup>. Nessa mesma linha, Sheila Bierrenbach o conceitua como sendo a consciência e a vontade de praticar um tipo penal objetivo e, portanto, compreende um aspecto intelectual e um aspecto volitivo<sup>116</sup>.

Aqui reside um ponto de crítica interessante. Estes aspectos acima delineados exigem que o agente tenha conhecimento acerca dos elementos descritivos e normativos do tipo penal, bem como que preveja o seu resultado e a causalidade (elemento intelectual), vindo, posteriormente, a agir incidindo na conduta descrita no tipo penal (elemento volitivo)<sup>117</sup>.

Nota-se que a aplicação da teoria da cegueira deliberada, ainda que seja por aproximação do dolo eventual, autoriza a responsabilização criminal de um

---

<sup>113</sup> BOTTINI, Pierpaolo. *A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro>>. Acesso em: mar. 2019

<sup>114</sup> Idem

<sup>115</sup> QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral* / Paulo Queiroz. – 5ª Ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2009, p.201

<sup>116</sup> BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. *Teoria do crime* / Sheila Albuquerque Bierrenbach, Rio de Janeiro, Editora Lumen juris, 2009, p. 98-99

<sup>117</sup> BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. *Teoria do crime* / Sheila Albuquerque Bierrenbach, Rio de Janeiro, Editora Lumen juris, 2009, p. 98-99



indivíduo como se este tivesse agido com dolo direito, ainda que o elemento intelectual do dolo esteja configurado de forma mais precária.

O dolo direto subdivide-se em dolo direto de 1º grau e dolo direto de 2º grau. No dolo direto de 1º o resultado é desejado pelo agente, que escolhe os meios necessários para atingi-lo. No dolo direto de 2º grau, o resultado da conduta do agente é uma consequência necessária para obter o fim diretamente almejado<sup>118</sup>. No Código Penal Brasileiro, o dolo direto está contido na primeira parte do art. 18, inciso I<sup>119</sup>.

### 2.3.2 *Dolo eventual*

O dolo eventual ocorre nas hipóteses em que o agente representa, admitindo a ocorrência do resultado, e o tolera. Diante das possibilidades de não agir, deixando o bem jurídico em segurança e de agir, arriscando produzir o evento representado, o agente opta por esta última conduta<sup>120</sup>. No Código Penal, o dolo eventual está contido na segunda parte do art. 18, inciso I<sup>121</sup>, de onde se extrai que o indivíduo que age com dolo eventual será responsabilizado da mesma forma daquele que age com dolo direto.

Não é difícil confundir os conceitos de dolo direto de 2º grau e o dolo eventual. Para evitar tal confusão, transcrevo o seguinte esquema da obra da professora Sheila Bierrenbach (2009):

Dolo direto de 1º grau – prepondera o elemento volitivo. O querer é extremamente pronunciado, A vontade dirige-se diretamente ao fim perseguido pelo sujeito.

---

<sup>118</sup> Ibidem, p. 101

<sup>119</sup> “Art. 18 Diz-se o crime: I – **doloso, se o agente quis ou assumiu o risco de produzi-lo;**” BRASIL. Decreto Lei 2.848/40. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: mar 2020, destaquei.

<sup>120</sup> BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. Teoria do crime / Sheila Albuquerque Bierrenbach, Rio de Janeiro, Editora Lumen juris, 2009, p. 102

<sup>121</sup> “Art. 18 Diz-se o crime: I – **doloso, se o agente quis ou assumiu o risco de produzi-lo;**” BRASIL. Decreto Lei 2.848/40. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: mar 2020, destaquei



Dolo direto de 2º grau – prevalece o conhecimento e o elemento intelectual, o saber. Envolve todas as consequências que o sujeito prevê que se produzam com segurança.

Dolo eventual – o querer e o saber são discutidos desde a base. O sujeito prevê que é possível que o resultado se produza, assumindo a sua produção, assentindo. Os elementos querer e saber são equivalentes.

Em relação ao dolo eventual nos crimes de lavagem de dinheiro há uma divergência doutrinária. Os que defendem a sua inaplicabilidade, embora reconheçam que a exposição de motivos da Lei 9.613/98 o admita expressamente, afirmam que sua aplicação não seria adequada do ponto de vista sistemático e do ponto de vista político criminal<sup>122</sup>.

Sob o aspecto sistemático aponta-se que o legislador quando decide pela a aplicação do dolo eventual em delitos que exijam a ciência de um fato, ou circunstância, frequentemente se vale de expressões como “deve saber” para a redação do tipo penal, o que não ocorre na Lei 9.613/98<sup>123</sup>.

Sob o prisma político criminal, tal aplicação afetaria de sobremaneira as atividades econômicas e financeiras, porquanto se pode duvidar de toda e qualquer origem dos altos valores que circulam no sistema financeiro de modo geral, devendo, portanto, a tipicidade subjetiva do delito de lavagem ser limitada ao dolo direto<sup>124</sup>.

Por outro lado, uma vez que a exposição de motivos da lei em estudo adota expressamente a possibilidade de dolo eventual, não haveria razão para não aplicá-lo nestes delitos. Para tanto, os defensores dessa tese se valem da construção jurisprudencial de origem em países na *common law*, a teoria da cegueira deliberada,

---

<sup>122</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini.

4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 133

<sup>123</sup> Ibidem

<sup>124</sup> Ibidem



segundo a qual a intenção do agente em se colocar deliberadamente em situação de risco afastaria o erro de tipo e legitimaria o reconhecimento do dolo<sup>125</sup>.

### 2.3.3 *Culpa consciente*

Diz-se crime culposo aquele em que o autor, agindo de forma imprudente, negligente ou sem o conhecimento técnico necessário para tanto, dá causa a um resultado. A imputação por um crime culposo se relaciona à inobservância do dever de cuidado que gera e concretiza o risco proibido, ou seja, a imputação por um crime culposo pressupõe que o resultado seja uma consequência do risco criado pelo autor<sup>126</sup>.

Se verifica a culpa consciente, ou culpa com previsão, nas hipóteses em que o agente, não obstante preveja o resultado de sua conduta, confia plenamente que não irá atingi-lo. Portanto o autor não deseja e muito menos assume o risco de produzir o resultado<sup>127</sup>.

Há especial dificuldade em diferenciá-la do dolo eventual, tendo em vista que a distinção entre ambos reside na aceitação – ou não – por parte do agente da produção do resultado<sup>128</sup>. No entanto, uma vez diferenciadas com base nos elementos probatórios, verificada a culpa consciente, o autor responderá pelo resultado produzido na modalidade culposa.

O art. 18, inciso II, do Código Penal disciplina o delito na modalidade culposa. O parágrafo único desse mesmo dispositivo legal afirma que a responsabilização pela a prática de um crime culposos somente será admitida se houver expressa previsão legal.

---

<sup>125</sup> *Ibidem*

<sup>126</sup> QUEIROZ, Paulo. Direito penal: parte geral / Paulo Queiroz. – 5ª Ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2009, p.201

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 236

<sup>128</sup> BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. Teoria do crime / Sheila Albuquerque Bierrenbach, Rio de Janeiro, Editora Lumen juris, 2009, p. 132



No crime de lavagem de dinheiro, a culpa consciente resta configurada nos casos em que o agente percebe algo estranho nos bens, identificando algo atípico em suas características, mas acredita com segurança na sua origem lícita, pois confia naquele que lhe entrega os valores<sup>129</sup>.

Como analisado em momentos anteriores, a Lei 9.613/98 não tipifica o delito de lavagem de dinheiro na modalidade culposa, razão pela qual a aplicação da cegueira deliberada, abrangendo a culpa consciente, não é cabível no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante disso, a fim de afastar interpretações em decisões judiciais tendentes a aplicar a teoria da cegueira deliberada, aproximando-a da culpa consciente, faz-se necessário observar alguns requisitos.

## **2.4 Requisitos para a aplicação da teoria na lavagem de dinheiro**

A aplicação da teoria da cegueira deliberada tal qual como adotada em outros países, abrangendo a culpa consciente e o dolo eventual, não é possível no Brasil. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro só admite a imputação por um crime culposos nas hipóteses em que há expressa previsão legal, o que não ocorre na Lei 9.613/98.

Partindo desse ponto e com a finalidade de se observar a legislação brasileira, garantindo ao jurisdicionado a segurança e a previsibilidade inerente à legislação penal e processual penal, cumpre pontuar alguns requisitos para a utilização da teoria em estudo.

---

<sup>129</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini. 4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 135





Inicialmente o autor deve criar de forma consciente e voluntária impedimentos à obtenção do conhecimento, com a intenção de deixar de tomar contato com a atividade ilícita, se é que ela ocorreu<sup>130</sup>.

Em seguida, o agente deve representar que a criação de tais impedimentos facilitará a ocorrência de ilícitos penais, ou mais especificamente, da lavagem de dinheiro e, por fim, é fundamental que a suspeita acerca da ilicitude do dinheiro esteja fundada em elementos objetivos<sup>131</sup>.

Em linhas gerais, é necessário que o agente tenha agido após criar obstáculos, de forma intencional, depois de desconfiar da origem ilícita dos bens ou valores, com base em elementos concretos e com a finalidade de não ter conhecimento acerca da procedência dos bens, para eximir-se de eventual responsabilidade criminal<sup>132</sup>.

O preenchimento desses requisitos aproxima de sobremaneira a teoria da cegueira deliberada ao dolo eventual, além de impor ao órgão acusador grande carga probatória para demonstrar que o acusado agiu da forma descrita acima, afastando dessa forma a eventual possibilidade de reconhecimento, em termos práticos, de um crime culposo de lavagem de dinheiro e afastando também a possibilidade de responsabilização penal objetiva.

### **3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Nesta seção serão analisadas algumas decisões proferidas por órgãos jurisdicionais brasileiros que trataram sobre a teoria da cegueira deliberada nos crimes de lavagem de dinheiro.

---

<sup>130</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini.

4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 138

<sup>131</sup> Ibidem.

<sup>132</sup> MORO, Sérgio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro / Sérgio Fernando Moro. – São Paulo: Saraiva, 2010, p.69



Trata-se de uma etapa fundamental da presente pesquisa a fim de examinar o preenchimento, ou não, dos requisitos expostos e, posteriormente, constatar a efetividade da aplicação da teoria em relevantes casos nacionais.

Serão estudadas decisões proferidas nos casos do furto do Banco Central em Fortaleza, na ação penal 470 e na operação Lava-Jato, partindo-se da mais antiga até a mais recente.

### **3.1 O caso do furto do Banco Central em Fortaleza**

Entre os dias 5 e 6 (um final de semana) do mês de agosto do ano de 2005, uma quadrilha procedeu à subtração de R\$ 164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, cento e cinquenta reais), em notas não sequencias, da sede do Banco Central no Estado de Fortaleza – CE.

Em seguida, para empreender fuga com os valores em espécie subtraídos, integrantes da quadrilha se dirigiram a uma concessionária de automóveis com a finalidade de comprar carros e camionetes que pudessem ser utilizados pela quadrilha para tal finalidade, tendo realizado a compra de diversos veículos, avaliados em aproximadamente R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais) mediante pagamento em espécie, valendo-se para tanto dos valores furtados do Banco Central.

A condenação dos sócios da concessionária de automóveis em primeiro grau pelo crime de lavagem de dinheiro restou fundada na afirmação de que os agentes deveriam supor a origem ilícita do dinheiro em espécie.

Quanto à quegueira deliberada, o Juízo sentenciante considerou preenchidos seus requisitos, quais sejam, a elevada probabilidade da origem criminosa dos valores e a intenção de não se aprofundar o conhecimento acerca da sua origem. Veja-se o seguinte excerto da sentença mencionado na apelação<sup>133</sup>:

---

<sup>133</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal nº 5520 – CE - 2005.81.00.014586-0. Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. Disponível em: < [http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/20058100014586\\_20081022.pdf](http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/20058100014586_20081022.pdf) >. Acesso: mar 2020



Tais construções, em uma ou outra forma, assemelham-se ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira. Por isso e considerando a previsão genérica do art. 18, I, do CP, e a falta de disposição legal específica na lei de lavagem contra a admissão do dolo eventual, podem elas ser trazidas para a nossa prática jurídica.

São elas ainda especialmente valiosas nos casos já mencionados em que o agente do crime antecedente não se confunde com o do crime de lavagem. Aquele que habitualmente se dedica à lavagem de dinheiro de forma autônoma, o profissional da lavagem, é usualmente indiferente à origem e natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos. O conhecimento pleno da origem e natureza criminosas é até mesmo indesejável porque pode prejudicar a alegação de desconhecimento em futura e eventual persecução penal. O cliente, ademais, também não tem interesse em compartilhar as informações acerca da origem e natureza específica do provento do crime. Quanto menor o número de pessoas cientes do ocorrido, tanto melhor. O lavador profissional que se mostra excessivamente "curioso" pode ou perder o cliente ou se expor a uma situação de risco perante ele. O natural, nessas circunstâncias, é que seja revelado ao agente da lavagem apenas o necessário para a realização do serviço, o que usualmente não inclui maiores informações sobre a origem e natureza do objeto da lavagem.

Alguns acusados de crimes de lavagem perante o autor deste artigo, por exemplo, operadores do mercado de câmbio paralelo os doleiros brasileiros, chegaram mesmo a admitir em seus depoimentos judiciais sua atividade ilícita no mercado paralelo e mesmo a realização de fraudes financeiras para ocultar a identidade ou transações de seus clientes. Não obstante, não admitiam a prática de crime de lavagem, geralmente com a escusa de que desconheciam a origem ou natureza do dinheiro envolvido. Em realidade, algumas afirmações deixavam claro que não lhes cabia realizar indagações da espécie ao cliente ou agir como uma autoridade pública. Atitude da espécie caracteriza indiferença quanto ao resultado do próprio agir. Desde que presentes os requisitos exigidos pela doutrina da "ignorância deliberada", ou seja, a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosas dos bens, direitos e valores envolvidos e, quiçá, de que ele escolheu permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos, não se vislumbra objeção jurídica ou moral para reputá-lo responsável pelo resultado delitivo e, portanto, para condená-lo por lavagem de dinheiro, dada a reprovabilidade de sua conduta.



Portanto, muito embora não haja previsão legal expressa para o dolo eventual no crime do art. 1.º, caput, da Lei 9.613/1998 (como não há em geral para qualquer outro crime no modelo brasileiro), há a possibilidade de admiti-lo diante da previsão geral do art. 18, I, do CP e de sua pertinência e relevância para a eficácia da lei de lavagem, máxime quando não se vislumbram objeções jurídicas ou morais para tanto" - (Sentença fls.3863/3864).

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por sua vez, entendeu que a teoria de origem da *common law* pode ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro apenas nas hipóteses em que o crime em julgamento comporte o dolo eventual.

Diante disso, o TRF-5 considerando que a exposição de motivos da Lei 9.613/98 prevê o dolo eventual apenas para os delitos capitulados no *caput* do art. 1º da lei de Lavagem e que os apelantes foram condenados pelo crime capitulado no § 2º desse mesmo artigo, decidiu pela inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada, porquanto não havia como o aplicar o dolo eventual neste delito.

Além disso, o Tribunal entendeu que naquele contexto a venda de veículos mediante pagamento em espécie, embora atípica, não seria elemento suficiente para gerar a dúvida acerca da origem dos valores movimentados. Portanto, ainda que se admitisse a modalidade de dolo eventual para esses delitos, não restaria configurado o elemento cognitivo.

Dessa forma, não evidenciada a alta probabilidade da origem ilícita dos valores, tem-se a inobservância dos requisitos necessários para a aplicação da teoria da cegueira deliberada. Nesse sentido, trecho do acórdão em estudo<sup>134</sup>:

A própria sentença recorrida realçou que os “irmãos José Elizomarte e Francisco Dermival, ao que tudo indica, não possuíam” a percepção de que o numerário utilizado tinha origem no furto do Banco Central (fls. 3949), mas “certamente sabiam ser de origem ilícita”.

Aplicou, assim, a teoria da CEGUEIRA DELIBERADA ou de EVITAR A CONSCIÊNCIA (*willful blindness* ou

---

<sup>134</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal nº 5520 – CE - 2005.81.00.014586-0. Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. Disponível em: < [http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/20058100014586\\_20081022.pdf](http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/20058100014586_20081022.pdf) >. Acesso: mar 2020



*conscious avoidance doctrine*), segundo a qual a ignorância deliberada equivale a dolo eventual, não se confundindo com a mera negligência (culpa consciente).

(...)

Em sua obra *Combate à Lavagem de Dinheiro*, FAUSTO DE SANCTIS aborda a posição da doutrina brasileira acerca do elemento subjetivo do crime de reciclagem de valores, posicionando-se pela possibilidade da adoção da teoria da cegueira deliberada (dolo eventual) no que tange a alguns dos tipos, embora realçando que a própria Exposição de Motivos diga que “Exige o projeto, nesses casos, o dolo direto, admitindo o dolo eventual somente para a hipótese do *caput* do artigo

(...)

Entendo que a aplicação da teoria da cegueira deliberada depende da sua adequação ao ordenamento jurídico nacional. No caso concreto, pode ser perfeitamente adotada, desde que o tipo legal admita a punição a título de dolo eventual.

Quanto ao inciso II, evidentemente não tem aplicação ao caso concreto, tendo em vista que em nenhum momento há qualquer demonstração de que a empresa BRILHE CAR tivesse como ATIVIDADE PRINCIPAL ou SECUNDÁRIA a prática de crimes de lavagem de ativos. Conforme já registrei, a própria sentença ressaltou que ELIZOMARTE e DERMIVAL não tinham conhecimento efetivo sobre a origem do dinheiro. Acrescente-se que, segundo FAUSTO DE SANCTIS, o delito previsto naquele dispositivo não admite o dolo eventual.

No que tange ao tipo de utilizar “na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo” (inciso I do § 2º), a própria redação do dispositivo exige que o agente SAIBA que o dinheiro é originado de algum dos crimes antecedentes.

O núcleo do tipo não se utiliza sequer da expressão DEVERIA SABER (geralmente denotativa do dolo eventual). Assim sendo, entendo que, ante as circunstâncias do caso concreto, não há como se aplicar a doutrina da *willful blindness*. As evidências não levam a conclusão de que os sócios da BRILHE CAR sabiam efetivamente da origem criminosa dos ativos. Não há a demonstração concreta sequer do dolo eventual

(...)



E, no caso concreto, os meros indícios são insuficientes para a conclusão de que os apelantes tivessem ciência da origem criminosa dos valores.

Diferente seria se a transação tivesse se realizado após a ampla divulgação que foi dada pela imprensa ao furto cometido pelos co-réus. É evidente que, na cidade de Fortaleza, o aparecimento de imenso volume de dinheiro em notas de R\$ 50,00 levaria à imediata ilação de se tratar do numerário furtado.

Essa circunstância é preponderante para a formulação, ao menos do juízo de dúvida, acerca do dolo eventual por parte dos apelantes: o furto ocorreu na madrugada da sexta-feira para o sábado. A venda dos veículos pela BRILHE CAR aconteceu durante o próprio sábado. Ocorre que o furto somente foi descoberto ao início do expediente da segunda-feira subsequente.

Isso posto, entendo que, embora seja possível que ELIZOMARTE e DERMIVAL tenham achado inusitada a apresentação de quase um milhão de reais em espécie, não há prova segura de que efetivamente soubessem ou desconfiassem da proveniência criminosa do dinheiro, impondo-se, na dúvida, a absolvição.

### **3.2 A ação penal 470 – “Mensalão”**

No ano de 2005 deu-se início à uma ação penal na qual se buscava apurar o “loteamento” de cargos públicos e repasses mensais por parte de integrantes do Governo Federal e de alguns integrantes do Partido Trabalhista (PT) a deputados da base aliada integrantes do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), Partido Progressista (PP), Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB). Em razão dos pagamentos destinados aos parlamentares terem sido efetuados mensalmente, passou-se a chamar o caso de “o caso do mensalão”.

O Ministério Público Federal denunciou 40 réus por diversos crimes, dentre eles: lavagem de dinheiro, peculato, corrupção ativa, corrupção passiva, formação de quadrilha. A ação, de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, tramitou perante o Supremo Tribunal Federal sob a autuação de AP470.



Ao analisar a lavagem de dinheiro praticada por parlamentares, por funcionários da empresa do então Deputado Marcos Valério e por funcionários do Banco Rural, a Ministra Rosa Weber bem destacou ser fundamental analisar o elemento subjetivo do crime.

A Ministra, diante do questionamento se os beneficiários tinham ou não conhecimento da origem ilícita dos valores percebidos, decidiu afirmativamente mencionando diversas circunstâncias do caso, dentre as quais o recebimento de valores de forma sub-reptícia e a falta de interesse dos beneficiários em esclarecer a origem de tais valores<sup>135</sup>:

Firmada a materialidade do crime de lavagem, resta analisar o elemento subjetivo.

Questão que se coloca é se tinham os beneficiários conhecimento da procedência criminosa dos valores recebidos.

Três elementos indicam que sim: - o recebimento dos valores de forma extravagante e por meios sub-reptícios, o que pressupõe dolo de ocultação ou dissimulação; - ciência pelos beneficiários de que os pagamentos se faziam pelas empresas de Marcos Valério, ou seja, por agência de propaganda com contratos com a Administração Pública Federal, mesmo sendo os repasses efetuados por solicitação do PT; - recebimento dos valores pelos beneficiários, sem qualquer ressalva ou tentativa de esclarecer a origem deles.

A magistrada prosseguiu em seu voto ressaltando que a conduta dos beneficiários foi típica de pessoas que não agiram com a intenção de descobrir a origem dos valores recebidos, destacando a indiferença dos autores acerca da proveniência dos montantes sacados<sup>136</sup>:

Pode-se identificar na conduta dos acusados-beneficiários, especialmente dos parlamentares beneficiários, a postura típica daqueles que escolhem deliberadamente fechar os olhos para o que, de outra maneira, lhes seria obvio, ou

---

<sup>135</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470. Relator: Joaquim Barbosa. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494> >. Acesso: mar 2020

<sup>136</sup> Idem.



seja, o agir com indiferença, ignorância ou cegueira deliberada.

Quanto à aplicação da teoria da cegueira deliberada, a Ministra ao expor os requisitos da teoria para aplicação nos crimes de lavagem, aproxima a *wilfull blindness* do dolo eventual e, em seguida, analisa se é cabível ou não o reconhecimento do dolo eventual em crimes de branqueamento de capitais no ordenamento jurídico brasileiro<sup>137</sup>:

Para o crime de lavagem de dinheiro, tem se admitido, por construção do Direito anglo-saxão, a responsabilização criminal através da assim denominada doutrina da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*). Em termos gerais, a doutrina estabelece que age intencionalmente não só aquele cuja conduta é movida por conhecimento positivo, mas igualmente aquele que age com indiferença quanto ao resultado de sua conduta.

(...)

Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, que o agente tenha ciência da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime, que o agente atue de forma indiferente a esse conhecimento, e que o agente tenha deliberadamente escolhido permanecer ignorante a respeito de todos os fatos quando era possível a alternativa.

(...)

Não se trata de ampliar indevidamente o alcance do tipo do *caput* do art. 1º da Lei no 9.613/1998, mas somente de aplicar ao crime de lavagem institutos consagrados do Direito Penal brasileiro e reconhecer que o delito é praticado dolosamente não só quando o agente quer o resultado delitivo, mas também quando, indiferente ao resultado de sua ação, assume o risco de produzi-lo.

Não cabe excluir, portanto, a possibilidade de o crime de lavagem ser praticado com dolo eventual, o que ocorre quando o agente pratica condutas de ocultação e dissimulação, tendo ciência de que o objeto da transação envolve, com elevada probabilidade, produto de crime, e, mesmo com esse conhecimento, permanece indiferente às consequências de seu agir delitivo.

---

<sup>137</sup> Idem.





Por fim, agora tratando especificamente dos requisitos do dolo eventual, a Ministra pontua quais as exigências devem ser observadas para o reconhecimento do dolo eventual nos crimes de lavagem<sup>138</sup>:

Não se cogita, enfatize-se, de criminalizar por dolo eventual diante de mera suspeita da procedência ilícita dos bens envolvidos na transação. Exige-se, para reconhecimento do dolo eventual, cumulativamente, (i) que o agente pratique condutas de ocultação e dissimulação (também exigidas no dolo direto), (ii) que o agente, ao realizá-las, tenha ciência da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crimes antecedentes, e (iii) que o agente, mesmo tendo presente a probabilidade da origem criminosa, persista indiferente na conduta delitiva de ocultação ou dissimulação, deliberadamente evitando aprofundar o conhecimento acerca da origem criminosa dos bens, direitos ou valores envolvidos, a despeito de em condições de fazê-lo.

Nesta ação penal, há elementos probatórios suficientes para concluir que os acusados beneficiários agiram dolosamente, se não com dolo direto, então com dolo eventual. Qualquer pessoa minimamente razoável recusaria o recebimento de valores vultosos em espécie nessas condições ou, antes de recebê-los, preocupar-se-ia, pelo menos, em aprofundar o seu conhecimento sobre a origem do dinheiro e do motivo da realização dos pagamentos naquelas circunstâncias.

Nota-se que os requisitos explicitados no voto da Ministra, embora não sejam idênticos, se aproximam muito daqueles expostos na seção 2.3.4 dessa pesquisa, afastando a aplicação da teoria da cegueira deliberada dos casos em que o agente atua com culpa (negligência, imprudência ou imperícia).

O uso teoria no ordenamento jurídico brasileiro exige tais requisitos a fim de proporcionar um julgamento justo e adequado ao texto constitucional. No caso em exame, a Ministra Rosa Weber delimita quais as circunstâncias a levaram a decidir pelo preenchimento das exigências para a aplicação do dolo eventual e da teoria da

---

<sup>138</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470. Relator: Joaquim Barbosa. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494> >. Acesso: mar 2020



cegueira deliberada, de forma que não se constata limitações ou quaisquer dificuldades ao exercício do direito de defesa.

### **3.3 Os julgados da operação “Lava-Jato”**

A operação “Lava-Jato” teve início no ano de 2014 com a investigação de crimes de lavagem de dinheiro e organização criminosa que eram praticados por intermédio de um posto de gasolina, daí a sua denominação.

Com o caminhar das investigações foram reveladas inúmeras práticas criminosas envolvendo empresários, servidores públicos e parlamentares em diversos estados da federação.

Hoje, vários inquéritos e ações penais tramitam nas Varas Federais Criminais e nas Varas Criminais da Justiça comum em decorrência da operação “Lava-Jato”.

Em que peses suas valorosas contribuições, a atuação das instituições envolvidas na persecução penal desses casos não está isenta de críticas. Todavia, o presente trabalho não pretende apontar os acertos e tampouco os erros desses órgãos de persecução, mas sim analisar duas sentenças prolatadas pela 13ª Vara Federal de Curitiba – PR, nas quais se menciona a teoria da cegueira deliberada.

#### *3.3.1 A sentença na ação penal 5026212-82.2014.4.04.7000/PR*

A ação penal sob estudo versa sobre o desvio de recursos públicos na construção da Refinaria Abreu e Lima, em Pernambuco, através do pagamento superfaturado a empresas prestadoras de serviços à Petrobras e às empresas subcontratadas destas prestadoras.

As subcontratadas, por sua vez, efetuaram diversas transações e repasses a outras empresas, que embora fosse de titularidade de pessoas interpostas, eram controladas por um doleiro responsável por distribuir o montante superfaturado entre



os criminosos. Tais transferências não tinham justificativa econômica lícita e caracterizaram lavagem de dinheiro.

A teoria da cegueira deliberada foi mencionada para reforçar a ideia de que os agentes que efetuaram as transferências de elevadas quantias de dinheiro, durante um longo período de tempo, agiram de forma indiferente diante da alta probabilidade da origem ilícita do dinheiro.

Nesse sentido, cabe destacar o seguinte excerto da sentença condenatória<sup>139</sup>:

Leonardo Meirelles, Leandro Meirelles, Pedro Argese Júnior e Esdra Arantes Ferreira agiram dolosamente, com a realização sistemática de remessas internacionais mediante celebração de contratos de câmbio de importação fraudulentos, nos quais inexistia importação. O fato de Leonardo frequentar o escritório de Alberto Youssef, como ele mesmo admitiu, nele encontrando agentes públicos, torna também evidente o dolo, inclusive a ciência de que os valores envolvidos provinham de crimes contra a Administração Pública.

Para todos eles, entendo que a prática sistemática de fraudes, em quantidade elevada e por período prolongado, torna impossível o não reconhecimento do agir doloso. No mínimo, teriam agido com dolo eventual.

São aqui pertinentes as construções do Direito anglo-saxão para o crime de lavagem de dinheiro em torno da "cegueira deliberada" ou "willful blindness" e que é equiparável ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu. Escrevi sobre o tema em obra dogmática (MORO, Sergio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo, Saraiva, 2010).

Em síntese, aquele que realiza condutas típicas à lavagem, de ocultação ou dissimulação, não elide o agir doloso e a sua responsabilidade criminal se escolhe permanecer ignorante quando a natureza dos bens, direitos ou valores

---

<sup>139</sup> BRASIL. 13ª Vara Federal de Curitiba – PR. Ação penal: 5026212-82.2014.4.04.7000/PR. Disponível em: [https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtValor=50262128220144047000&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=00db899f2250379200ab0474fb7d971b&txtPalavraGerada=PCmm&txtChave=&numPagina=3](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50262128220144047000&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=00db899f2250379200ab0474fb7d971b&txtPalavraGerada=PCmm&txtChave=&numPagina=3). Acesso: mar 2020



envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos.

A doutrina da cegueira deliberada, apesar de constituir construção da common law, foi assimilada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE), ou seja, corte da tradição da civil law, em casos de receptação, tráfico de drogas e lavagem, dentre outros. Por todos, transcrevo parcialmente trecho de decisão do Supremo Tribunal Espanhol na STS 33/2005, na qual a ignorância deliberada foi assimilada ao dolo eventual (os julgados do STE podem ser acessados através do site [www.poderjudicial.es/jurisprudencia/?nocache=503](http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia/?nocache=503)):

(...)

Portanto, mesmo que não fosse reconhecido o dolo direto em relação a parte dos acusados, seria forçoso o reconhecimento do dolo eventual.

Alberto Youssef, Márcio Bonilho, Waldomiro de Oliveira, Leonardo Meirelles, Leandro Meirelles, Pedro Argese Júnior e Esdra Arantes Ferreira, portanto, agiram dolosamente e devem condenados, por conseguinte pelos crimes de lavagem de dinheiro com as discriminações acima.

Os demais acusados devem ser absolvidos.

Murilo Tena Barrios é sócio-administrador da Sanko Serviços de Pesquisas e Mapeamento Ltda. (evento 1, anexo6). A instrução revelou, porém, que Murillo Barrios estava afastado da administração ativa da empresa. Não há provas de seu envolvimento direto nos fatos delitivos. Assim, deve ser absolvido na esteira do requerido pelo MPF.

Já quanto à Antônio Almeida Silva, atuou ele como contador para as empresas de Waldomiro de Oliveira, MO Consultoria, Empreiteira Rigidez e RCI Software, e, por conseguinte, para Alberto Youssef (evento 1.167). Posteriormente, foi substituído por Meire Pozza. Teria certa participação nos crimes pela realização da contabilidade das empresas. Negou, porém, que tivesse conhecimento da utilização fraudulenta das empresas. Observo que o MPF, para pleitear a condenação dele, baseou-se principalmente nas declarações do coacusado Waldomiro de Oliveira, mas estas podem ter sido motivadas por tentativa de reduzir a sua própria responsabilidade. Não vislumbro prova suficiente de que ele teria conhecimento da utilização fraudulenta das empresas referidas para lavagem de dinheiro, motivo pelo qual deve ser também absolvido.



Enfim, quanto ao crime de lavagem, provada acima de qualquer dúvida razoável a materialidade e a autoria, com as ressalvas acima.

Alberto Youssef, Márcio Bonilho, Waldomiro de Oliveira, Leonardo Meirelles, Leandro Meirelles, Pedro Argese Júnior e Esdra Arantes Ferreira devem ser condenados pelas vinte operações de lavagem de dinheiro no montante total de R\$ 18.645.930,13 no período de 23/07/2009 a 02/05/2012, e que se desdobraram posteriormente em diversos outros atos de lavagem no ciclo criminoso, às penas do art. 1º, caput, inciso V, da Lei n.º 9.613/1998.

Não obstante o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba tenha mencionado a teoria da cegueira deliberada, reconhecendo as suas origens no direito da *common law*, e constatando os requisitos exigidos para a sua aplicação, o que se verifica é o emprego da teoria apenas para enfatizar argumentos já mencionados que poderiam muito bem ser utilizados a título de dolo eventual.

Aliás, o que se pode notar a partir da leitura do trecho acima, em especial do item “350” da sentença, é que o dolo eventual e a cegueira deliberada são tratados como verdadeiros sinônimos.

Em linhas gerais, apesar das considerações acerca da *willful blindness*, pode-se perceber que esse instituto foi utilizado apenas como um reforço argumentativo para fundamentar o reconhecimento do elemento subjetivo nos crimes de lavagem de dinheiro.

A referência ao instituto de origem britânica não é de forma alguma ilegítima. Uma vez preenchidos os requisitos mencionados ao longo desta monografia, a utilização – ainda que parcial – da teoria da cegueira deliberada é possível, embora possa ser suprida pela aplicação do dolo eventual.

Não obstante a referência à teoria possa reforçar os argumentos do magistrado em uma decisão condenatória, este não se desobriga do dever de fundamentação contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.



Aliás, nos casos em que se pretende condenar um indivíduo sem ter se comprovado a presença do dolo direto, o esforço do magistrado deve ser ainda maior para apontar quais os elementos probatórios produzidos no processo criminal que o levaram a concluir pela incidência do dolo eventual e da cegueira deliberada.

Nesse sentido, a recente inserção da ausência de fundamentação das decisões judiciais no rol das nulidades absolutas contidas no art. 564 do Código de Processo Penal<sup>140</sup>, revela a atenção do legislador em resguardar os direitos e garantias fundamentais dos acusados em processos criminais.

No caso sob análise, há a menção – ainda que breve - às circunstâncias que levaram o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba a reconhecer a incidência da cegueira deliberada, ainda que como reforço argumentativo para a aplicação do dolo eventual, de maneira que não se vislumbra violação às garantias processuais do acusado.

### 3.3.2 A sentença na ação penal 5023135-31.2015.4.04.7000/PR

Esta ação penal tem por objeto a apuração de crimes de lavagem de dinheiro, corrupção ativa, corrupção passiva praticados por parlamentares, servidores públicos e empresários.

Em síntese, os crimes ocorriam da seguinte forma: grandes empreiteiras, para obter contratos – superfaturados - com a Petrobrás, pagavam propina a diretores da estatal. Os valores dessas propinas também eram destinados aos agentes políticos responsáveis pela nomeação e manutenção dos diretores em seus devidos cargos.

O recebimento e a distribuição desses valores aos seus destinatários eram intermediados por um doleiro, também responsável por praticar atos de lavagem. Os

---

<sup>140</sup> Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

(...)

V - em decorrência de decisão carente de fundamentação”. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: abr 2020.



atos de lavagem foram praticados com entregas dos valores em espécie aos beneficiários ou pessoas por eles interpostas.

A cegueira deliberada foi utilizada para a condenação de um dos acusados, ligado a certo parlamentar, que cedeu sua conta bancária para receber as quantias provenientes do esquema criminoso.

Segundo o Juízo sentenciante, ainda que o acusado não tivesse pleno conhecimento acerca da origem dos montantes recebidos, as circunstâncias das transações seriam suficientes para evidenciar a sua origem ilícita, conforme se extrai do seguinte excerto da sentença condenatória:<sup>141</sup>

Como adiantado, Ivan Vernon não foi denunciado pelo crime de corrupção, mas por lavagem. Entendo que agiu dolosamente ao ceder sua conta para que Pedro Correa pudesse receber valores decorrentes do esquema criminoso da Petrobrás. Era um assessor de confiança de Pedro Correa. É possível que não tivesse conhecimento de detalhes do esquema criminoso da Petrobrás. Entretanto, o recebimento em sua conta de depósitos, em seu conjunto vultosos, sem origem identificada e estruturados, era suficiente para alertá-lo da origem criminosa dos recursos recebidos. Isso especialmente quando tomado notório a partir de 2006 que Pedro Correa, com a cassação de seu mandato parlamentar, estava envolvido em atividades criminais.

São aqui pertinentes as construções do Direito anglo-saxão para o crime de lavagem de dinheiro em torno da 'cegueira deliberada' ou 'willful blindness' e que é equiparável ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu. Escrevi sobre o tema em obra dogmática (MORO, Sergio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo, Saraiva, 2010).

---

<sup>141</sup> BRASIL. 13ª Vara Federal de Curitiba – PR. Ação penal: 5023135-31.2015.404.70000/PR. Disponível em: [https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtValor=50262128220144047000&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=00db899f2250379200ab0474fb7d971b&txtPalavraGerada=PCmm&txtChave=&numPagina=3](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50262128220144047000&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=00db899f2250379200ab0474fb7d971b&txtPalavraGerada=PCmm&txtChave=&numPagina=3) >. Acesso: mar 2020



Em síntese, aquele que realiza condutas típicas à lavagem, de ocultação ou dissimulação, não elide o agir doloso e a sua responsabilidade criminal se escolhe permanecer ignorante quando a natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos.

A doutrina da cegueira deliberada, apesar de constituir construção da common law, foi assimilada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE), ou seja, corte da tradição da civil law, em casos de receptação, tráfico de drogas e lavagem, dentre outros. Por todos, transcrevo parcialmente trecho de decisão do Supremo Tribunal Espanhol na STS 33/2005, na qual a ignorância deliberada foi assimilada ao dolo eventual (os julgados do STE podem ser acessados através do site [www.poderjudicial.es/jurisprudencia/?nocache=503](http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia/?nocache=503)) :

(...)

A convicção de que Ivan Vernon agiu pelo menos com dolo eventual é reforçada por sua adesão dolosa à apropriação por Pedro Correa dos vencimentos como assessoras parlamentares de Reinasci Cambui de Souza e Vera Lucia Leite Souza Toshiba, revelando no mínimo indiferença ao crime praticado por seu empregador.

Deve ser responsabilizado pelas operações de lavagem, em um total de noventa e oito transações, correspondentes aos depósitos sem origem identificada e fracionados na sua própria conta bancária, cedida para utilização indevida por Pedro Correa.

Aqui, nota-se que o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, mencionando a teoria da cegueira delibera e a sua origem e suas características, condenou o acusado por crime de lavagem de dinheiro porque as circunstâncias das transações indicavam a origem ilícita dos capitais.

Resta claro, novamente, conforme o item “317” da sentença condenatória, que o órgão julgador equiparou a cegueira deliberada ao dolo eventual, citando a teoria como mero reforço argumentativo para a sua aplicação aos crimes de lavagem de dinheiro.

As considerações feitas no item anterior se impõem neste caso também. A aplicação da teoria da cegueira deliberada – ainda que apenas como um reforço argumentativo – exige o preenchimento de certos requisitos para se tornar legítima.





O magistrado não se afasta do seu dever constitucional de motivar as suas decisões judiciais e, nas hipóteses em que se pretende condenar pelo cometimento de ilícitos em decorrência do reconhecimento do dolo eventual, a fundamentação deve ser ainda mais minuciosa, a fim de assegurar ao acusado o exercício do seu direito de ampla defesa.

Assim como no caso anterior, há menção – embora breve – às circunstâncias fáticas que levaram o Juízo da 13ª Vara Federal a condenar o acusado pelo crime de lavagem de dinheiro, de maneira que não se constata o uso ilegítimo da teoria ou a violação ao direito de ampla defesa do acusado.

## CONCLUSÃO

O debate acerca dos crimes de lavagem de capitais se iniciou, a nível global, na segunda metade século XX com a finalidade de reprimir e desestimular o tráfico de entorpecentes e o tráfico de armas.

O Brasil, entre as décadas de 80 e 90, seguindo demais Estados nacionais, desenvolveu uma legislação específica para criminalizar as condutas de ocultar ou dissimular a origem, a movimentação, disposição ou propriedade de bens, valores ou direitos oriundos determinadas infrações penais.

A iniciativa do legislador seu deu não só em razão das convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, mas também em razão das próprias conjunturas internas enfrentadas pelo país. À época noticiava-se grandes esquemas criminosos envolvendo agentes públicos e o desvio de verbas da Administração.

À medida que a legislação se aperfeiçoa para coibir as condutas criminosas, os meios de atuação dos infratores também se incrementam. Por isso, no ano de 2012, o Congresso Nacional elaborou a Lei 12.683/2012 que tornou mais eficiente a persecução criminal para os crimes de lavagem de capitais.



Em relação ao delito de lavagem de dinheiro propriamente, conclui-se que trata-se de um crime cujo o objetivo é reinserir na economia formal bens ou valores provenientes de infrações penais (crimes e contravenções) anteriores. A tipificação dessa reinserção tem fundamento na intenção de se inviabilizar a rentabilidade das infrações penais, desestimulando, dessa forma, as suas práticas.

Restou demonstrado que o crime sob estudo não possui modalidade culposa, não obstante seja admitido o reconhecimento do dolo eventual.

Quanto ao bem jurídico tutelado, embora haja entendimento diverso, o crime de lavagem pode ser considerado como um crime pluriofensivo, porquanto atenta, de forma direta, contra a ordem econômica e financeira e, de forma mediata (indireta), contra a administração da justiça.

No que concerne à teoria da cegueira deliberada, trata-se de uma construção jurisprudencial de origem inglesa que se expandiu para outros países de tradição *common law*, como os Estados Unidos da América, tendo sido usada frequentemente em casos envolvendo o narcotráfico.

Segundo a doutrina, é possível imputar uma conduta criminosa dolosa a determinado indivíduo que não possui conhecimento acerca da ilicitude de tal conduta e que, além disso tenha criado óbices ao aperfeiçoamento de seu conhecimento.

Em parte dos países em que é aplicada a teoria abrange o dolo eventual e a culpa consciente. Um breve estudo sobre a *wilfull blindness* apontou que a sua utilização em países de *civil law* pode caminhar em rumo à responsabilização de agentes que sequer representavam a alta probabilidade de estarem cometendo crimes.

No contexto brasileiro, por determinação legal, os crimes culposos somente são punidos nas hipóteses em que há a expressa previsão legal, caso contrário, pune-se apenas os crimes dolosos.



Diante disso, a aplicação da teoria da cegueira deliberada encontra limitações legais evidentes. Para afastar a utilização desse instituto com a intenção de legitimar a punição de condutas culposas como se dolosas fossem, foram estabelecidos alguns requisitos.

Exige-se que a alta probabilidade acerca da ilicitude do fato, assim como que o agente tenha agido de forma indiferente à alta probabilidade e, por fim, que tenha incidido em conduta tipificada como crime.

A observância desses requisitos aproxima de sobremaneira a teoria da cegueira deliberada do instituto do dolo eventual, no qual o agente assume o risco de produzir o resultado por ele representado.

A discussão principal sobre a aplicar ou não a teoria da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro depende essencialmente do entendimento pela a aplicação ou não do dolo eventual nesses delitos.

Sendo assim, em que pese a teoria seja aplicável no ordenamento jurídico brasileiro, o preenchimento desses requisitos limita a abrangência da teoria ao dolo eventual, que já está previsto na legislação pátria, tornando indiferente, em termos técnicos, a sua aplicação.

A bem da verdade, a análise de relevantes casos de lavagem de dinheiro julgados por órgãos do Poder Judiciário brasileiro permitiu concluir que a cegueira deliberada tem sido tratada como sinônimo de dolo eventual.

Ao que parece, mencionar o instituto é mais uma estratégia retórica para reforçar o argumento de que é legítimo reconhecer o dolo eventual nos crimes de lavagem, do que propriamente inovar com a “importação” de uma teoria de origem inglesa.

Não obstante se possa usar a teoria como um reforço argumentativo, o magistrado não de desincumbe do seu dever constitucional de motivar as suas



decisões a fim de garantir ao acusado em processo criminal o exercício do seu direito – constitucional – de ampla defesa.

Aliás, o advento da Lei nº 13.964/2019 inseriu a ausência de motivação judicial no rol de nulidades trazido no art. 564 do Código de Processo Penal, fato que explicita a intenção do legislador em salvaguardar os direitos e garantias fundamentais daqueles que são acusados em processos criminais.

A condenação criminal de um réu, por ser uma medida extremamente grave, exige o detalhamento de todas as circunstâncias fáticas e probatórias que formam o convencimento do magistrado, em especial nos casos em que se pretenda reconhecer o dolo eventual e a cegueira deliberada.

Dessa maneira, quando se permite que o acusado se defenda de forma ampla, quando se respeita as suas garantias processuais e quando se profere uma decisão condenatória que se mostra recorrível justamente por explicitar os seus argumentos, a condenação se torna ainda mais legítima.

Não se admite, portanto, a utilização de doutrinas ou teorias que tenham por objetivo tão somente tolher os direitos e garantias estabelecidas no processo penal constitucional. Assim sendo, como já mencionado, a parcela da teoria da cegueira deliberada aplicável aos crimes de lavagem de dinheiro constitui apenas uma complementação de argumentos que devem ter por base, necessariamente, os requisitos do dolo eventual.

## BIBLIOGRAFIA

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo** / José Eduardo Carreira Alvim. – 19 Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/98, com as alterações realizadas pela Lei 12.683/2012** / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini. – 4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.



BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. **Teoria do crime** / Sheila Albuquerque Bierrenbach, Rio de Janeiro, Editora Lumen juris, 2009.

BRASIL. 13ª Vara Federal de Curitiba – PR. **Ação penal: 5026212-82.2014.4.04.7000/PR**. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Alberto Youssef, Antônio Almeida Silva, Murilo Tena Barrios, Esdra Arantes Ferreira, Leandro Meirelles, Leonardo Meirelles, Márcio Andrade Bonilho, Paulo Roberto Costa, Pedro Argese Junior, Waldomiro de Oliveira. Disponível em:

<[https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtVlor=50262128220144047000&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRfId=00db899f2250379200ab0474fb7d971b&txtPalavraGera da=PCmm&txtChave=&numPagina=3](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtVlor=50262128220144047000&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRfId=00db899f2250379200ab0474fb7d971b&txtPalavraGera da=PCmm&txtChave=&numPagina=3)>. Acesso: mar 2020.

BRASIL. 13ª Vara Federal de Curitiba – PR. **Ação penal: 502313531.2015.404.7000/PR**. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Fábio Correa de Oliveira Andrade Neto, Márcia Danzi Russo Correa De Oliveira, Pedro Da Silva Correa De Oliveira Andrade Neto, Alberto Youssef, Ivan Vernon Gomes Torres Junior, Rafael Angulo Lopez. Disponível em:

<[https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtValor=50262128220144047000&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=00db899f2250379200ab0474fb7d971b&txtPalavraGer ada=PCmm&txtChave=&numPagina=3](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50262128220144047000&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=00db899f2250379200ab0474fb7d971b&txtPalavraGer ada=PCmm&txtChave=&numPagina=3)>. Acesso: mar 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: set. 2019.

BRASIL. Decreto lei nº 3.689. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: mar 2020.

BRASIL. Decreto lei nº 2.848 **Código Penal**. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: mar 2020.

BRASIL. Lei 9.613/98. **Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências**. Brasília, 1998. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: set. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Criminal nº 5520 – CE - 2005.81.00.014586-0**. Apelantes: Marcos de França [...]. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira.



Disponível em:

<[http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/20058100014586\\_20081022.pdf](http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/20058100014586_20081022.pdf)>. Acesso: mar 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 470**. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva, José Genoíno Neto [...]. Relator: Joaquim Barbosa. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>. Acesso: mar 2020.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **Tipologias de lavagem**. In: DE CARLI, Carla Verissimo (organizadora). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2011.

DE CARLI, Carla Verissimo. **Dos Crimes: aspectos objetivos**. In: DE CARLI, Carla Verissimo (organizadora). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2011. 171-222.

ESPANHA. Supremo Tribunal de Espanha. **STS 131/2005**. Relator: Joaquín Giménez García. Madrid, 19 de janeiro de 2005. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>>. Acesso: mar 2020.

LIMA, Gabriela de Aguillar. **A ignorância proposital e a imputação subjetiva em situações prováveis: breves considerações acerca da teoria da cegueira deliberada**. Caderno IEP/MPRJ, Rio de Janeiro, v.1. n.1

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima, 6.ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. **Breves notas sobre a cegueira a lavagem de dinheiro**: cegueira deliberada e honorários maculados. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.17, n.64, 164-186, jan.–abr.2014.

MARTINS, Luiza Farias. **A doutrina da cegueira deliberada na lavagem de dinheiro: aprofundamento dogmático e implicações práticas**. Disponível em: <[httpsportal.mpf.mp.br/rededebibliotecasacervointernoacerinternoBibliografias\\_tem%C3%A1ti casLavagem01032689](httpsportal.mpf.mp.br/rededebibliotecasacervointernoacerinternoBibliografias_tem%C3%A1ti%20casLavagem01032689)>. Acesso: 10 dez 2019.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Tipologias de lavagem**. In: DE CARLI, Carla Verissimo (organizadora). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2011. 461-510.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro** / Sérgio Fernando Moro. – São Paulo: Saraiva, 2010, p.67.



MOSER, Manoela Pereira. **A teoria da cegueira deliberada no direito penal econômico.** Revista de doutrina e jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Brasília, v.108. n.2, 166 – 182.

PRADO, Rodrigo Leite. **Dos Crimes: aspectos subjetivos.** In: DE CARLI, Carla Verissimo (organizadora). Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2011. 223-250.

QUEIROZ, Paulo. Direito penal: **parte geral** / Paulo Queiroz. – 5ª Ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2009.

ROBBINS, Ira P. **The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea.** Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=6659&context=jclc>>.

Acesso: ago 2019.

SANCTIS, Fausto Martin De. **Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais** / Fausto Martin de Sanctis – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SANTOS, Humberto Souza. O dolo de lavagem de dinheiro no direito penal brasileiro. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. (Organizador). CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. (Organizadora). **Inovações no direito penal econômico: prevenção e repressão da criminalidade empresarial.** Brasília: ESMPU, 2018. 97-103. Disponível em: <[http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/inovacoes\\_nodireitopenaleconomicoprevencao-e-repressao-da-criminalidade-empresarial](http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/inovacoes_nodireitopenaleconomicoprevencao-e-repressao-da-criminalidade-empresarial)>. Acesso em: 17 mar. 2019.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal** – 5.Ed. – São Paulo: Saraiva, 1994.

United states of America, **plaintiff-appellee, v. Charles Demore Jewell, Defendant- Appellant.** Disponível em:< [h2o.law.harvard.edu/collages/19227#p27](https://h2o.law.harvard.edu/collages/19227#p27)>. Acesso: fev 2020.

VALLÉS, Ramon Vagués i. **Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada e derecho penal.** Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?q=mejor+no+s>. Acesso: fev 2020.



# MAUS ANTECEDENTES: A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA NÃO LIMITAÇÃO TEMPORAL DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS

Wesliny de Sousa Amorim<sup>11</sup>

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso, na forma de artigo científico, pretende demonstrar a grande controvérsia existente no ordenamento jurídico brasileiro na aplicação do instituto dos antecedentes criminais, mais especificamente, a perpetuação de seus efeitos no tempo e a possível contraposição à norma constitucional vigente. Para tanto, foi utilizada a metodologia dogmática-instrumental, que através da análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência possibilitou o estudo acerca da aplicação dos maus antecedentes criminais para aumento da pena-base na primeira fase da dosimetria da pena. Foi utilizada a pesquisa doutrinária e jurisprudencial para conceituar os antecedentes criminais e relacioná-lo a reincidência, que é um instituto penal mais gravoso e que tem sido parâmetro para limitar os efeitos negativos dos antecedentes criminais. Após apresentar o conflito existente, foi demonstrado a importância da prescrição penal e da necessidade de limitação temporal dos antecedentes criminais em paralelo a vedação Constitucional à penalização perpétua. Ademais, ocorreu a exposição de decisões prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de evidenciar a dissonância de interpretação concernentes a imprescritibilidade ou não dos antecedentes criminais, encerrando com a apresentação de uma possível solução para este conflito à luz de um direito penal garantista.

**Palavras-chave:** Maus antecedentes. Ausência de limitação temporal. Prescrição. Reincidência. Penalização perpétua. Superior Tribunal de Justiça. Supremo Tribunal Federal. Direito penal garantista.

---

<sup>1</sup> Bacharelada em Direito pelo UniCEUB





## INTRODUÇÃO

O presente artigo circunscreve-se em torno da ausência de limitação temporal dos antecedentes criminais e a possível inconstitucionalidade deste instituto em face da vedação constitucional às penas de caráter perpétuo. O objetivo é provocar uma reflexão sobre a aplicação dos antecedentes criminais à luz de um direito penal garantista amparado pelo dispositivo constitucional que veda a aplicação de penas de caráter perpétuo.

A alínea “b”, do inciso XLVII, do artigo 5º, da Constituição Federal (CF), veda expressamente que as penas se perpetuem no tempo, nessa perspectiva, não é possível admitir que os efeitos decorrentes delas assumam um caráter perpétuo. Ao positivar os antecedentes criminais, o legislador deixou de impor limitação temporal para sua aplicação, possibilitando que o uso de condenações anteriores ao fato delituoso, não utilizadas para a reincidência, sejam valoradas *ad aeternum* quando da fixação da pena-base. Assim, a imprescritibilidade dos maus antecedentes criminais possivelmente viola o referido dispositivo constitucional.

Não há unanimidade quanto à polêmica envolvida, a falta de um termo final para a aplicação dos maus antecedentes gera grande discussão e a disparidade de interpretações está presente em todas as instâncias jurídicas. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF) possuem, inclusive, posicionamento majoritário distintos, enquanto o STJ entende que os maus antecedentes devem ser aplicados independente do transcurso do prazo, adotando o sistema de perpetuidade dos antecedentes criminais, o STF, majoritariamente, posiciona-se favorável à uma interpretação extensiva do artigo 64, I, do Código Penal (CP), aplicando analogicamente o prazo de prescrição da reincidência aos maus antecedentes.

Foi utilizada a metodologia dogmática-instrumental, que através da análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência possibilitou a pesquisa acerca da aplicação dos maus antecedentes criminais para aumento da pena-base na primeira fase da dosimetria da pena. Para construir uma pesquisa com base sólida seguiu-se a



corrente doutrinária de Rodrigo Duque Estrada Roig e de Juarez Cirino dos Santos, grandes doutrinadores que são referência quanto ao assunto abordado.

Sendo assim, a pesquisa buscou através da doutrina e da jurisprudência conceituar os antecedentes criminais e relacioná-lo a reincidência, seguidamente foi demonstrado a importância da prescrição penal e da necessidade de limitação temporal dos antecedentes criminais em paralelo a vedação Constitucional à penalização perpétua. Por fim, foi apresentada uma possível solução para este conflito à luz de um direito penal garantista.

## **1 CONCEITO E APLICAÇÃO DOS ANTECEDENTE CRIMINAIS**

Os antecedentes criminais são circunstâncias judiciais que demonstram a conduta do agente durante sua vida, logicamente, condutas anteriores ao crime, que são consideradas na primeira fase da dosimetria da pena, fixando-se a pena-base. É nessa fase da dosimetria que incidem sobre a pena em abstrato as circunstâncias judiciais, que conforme determinação legal prevista no artigo 59 do Código Penal, estabelecem uma orientação a ser seguida pelo magistrado que detém o dever de auferir e estabelecer a reprimenda necessária e suficiente para prevenção e reprovação do crime, individualizando a pena que será imposta (BITENCOURT, 2018).

Ao analisar as circunstâncias judiciais constata-se que os antecedentes estão relacionados ao histórico criminal do agente, referente a condutas que não geraram efeitos de reincidência. No entanto, essa posição não abrange o conceito fático e formal, pois os antecedentes extrapolam o âmbito penal, e deixam marcas que repercutem em todas as áreas do campo social em que está inserido o agente considerado criminoso. Dessa forma, ao se estabelecer o conceito de antecedentes criminais, mostra-se necessário analisá-lo à luz dos princípios constitucionais (GRECO, 2013).



Ao se falar em maus antecedentes, adentramos em um terreno cercado de controvérsias, que para melhor se adequar à Constituição vem sofrendo modificações ao longo dos anos, pois ao recepcionar o Código Penal, vigente desde 1940, ajustes tiveram que ser efetuados e possivelmente ainda serão realizados no tocante aos antecedentes criminais.

Uma dessas mudanças se operou quanto a quais atos pretéritos da vida do agente poderiam ser considerados como maus antecedentes, pois para os adeptos da doutrina mais tradicional, considerava-se como maus antecedentes todos os atos constantes na ficha policial do agente, até mesmo inquéritos e processos em andamento, quando estes não fossem considerados para reincidência (SANTOS, 2005).

Nessa toada, em tese, qualquer ato anterior envolvendo o acusado poderia provocar um reflexo na fixação da pena-base, causando conseqüente majoração da pena. Neste contexto, a grande crítica doutrinária fundamentava-se no sentido de que aplicar o instituto dos antecedentes criminais considerando todos os atos pretéritos da vida do agente, violaria o princípio constitucional da presunção de inocência.

Boschi (2002) esclarece que tal posicionamento não poderia perdurar, pois, sob a ótica de um direito penal garantista, a violação do princípio da presunção de inocência poderia gerar ao apenado conseqüências irreparáveis e claramente injustas já que se trataria de um apenamento reflexo, em que o apenado receberia punição em um processo pela simples existência de outro no qual poderia ser absolvido.

O princípio da presunção de inocência está expressamente previsto na Constituição Federal, que preceitua que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, dessa forma, até quem cometeu um delito deve ser considerado inocente até que sentença condenatória se torne definitiva e irrecorrível (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, Roig (2013) aborda a questão existente na doutrina e na jurisprudência quanto ao que pode ser considerado maus antecedentes, pois se de um



lado levava-se em consideração todas as imputações penais do réu, inclusive inquéritos em andamento, condenações sem trânsito em julgado e absolvições por falta de provas, por outro lado havia uma visão mais restritiva considerando apenas as condenações com trânsito em julgado para a valoração negativa dos antecedentes criminais, mostrando-se a única teoria compatível com o princípio da presunção de inocência (SANTOS, 2008).

Todavia, com a edição da Súmula 444 do STJ, o cenário de clara afronta à presunção de inocência foi solucionado e teve pacificada a tese de que somente as condenações criminais transitadas em julgado podem ser consideradas na primeira fase da aplicação da reprimenda.

Ainda que os antecedentes busquem analisar o histórico criminal do indivíduo, é necessário salientar em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, que somente devem ser consideradas como maus antecedentes em desfavor do acusado as condenações anteriores irrecorríveis. Assim, é importante esclarecer que os maus antecedentes são as condenações que transitaram em julgado antes do acontecimento do fato delituoso, e que não foram utilizadas como reincidência para agravar a pena do agente (BITENCOURT, 2019).

Carvalho Neto (2013) ressalta a importância da ideia difundida por Beccaria, ao lecionar que a pena só é justa quando necessária. Atualmente aplicação da pena tem o objetivo de prevenção e reprovação do delito, devendo ser proporcional e justa, não podendo extrapolar o limite do binômio necessidade/proporcionalidade.

Contudo, a utilização dos antecedentes criminais sem que haja uma limitação temporal acarreta a extrapolação do poder punitivo do Estado que aplica uma sanção reflexa ao apenado, trazendo grande prejuízo e violação de direitos constitucionais. Na mesma linha de pensamento, Roig (2013) propõe um novo olhar sobre o artigo 59 do Código Penal e sobre o sentenciado, sugerindo a substituição da finalidade de reprovação e prevenção da pena por um olhar humanizado, restando ao aplicador o dever constitucional de minimização da afetação individual.



Nessa perspectiva, Cirino dos Santos (2008), apresenta o inovador modelo de aplicação dos antecedentes criminais alemão, em que a inexistência de antecedentes criminais por si só já configura a existência de bons antecedentes gerando um reflexo redutor na pena do condenado. Esse modelo traz a possibilidade de aplicação dos bons antecedentes na fixação da pena-base e que, se aplicado à legislação penal brasileira, traria grandes benefícios ao sentenciado, visto que atualmente os bons antecedentes não causam reais efeitos positivos na fixação da pena.

## **1.1 Antecedentes X Reincidência**

Superada a fase de aferição das circunstâncias judiciais na primeira fase da dosimetria da pena e fixada a pena-base, passa-se para a segunda fase da dosimetria, em que são examinadas as circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos artigos 61 a 66 do Código Penal.

As circunstâncias agravantes, das quais a reincidência faz parte, possuem duas características elementares: são genéricas e por isso são aplicadas a todos os fatos puníveis e, são obrigatórias quando são concretamente verificadas por meio da certidão de trânsito em julgado de condenação anterior, cessando seus efeitos após o transcurso do prazo de cinco anos do cumprimento ou extinção da pena do crime pretérito, momento em que o apenado volta ser primário para fins de reincidência. Apesar disso, no atual modelo de aplicação da pena, tais condenações mesmo após cinco anos poderiam ser consideradas na primeira fase da dosimetria quando da fixação da pena-base (SANTOS, 2005).

A reincidência é uma agravante genérica da pena, positivada no artigo 61, I do Código Penal e, diferente das circunstâncias judiciais que dependem de uma valoração positiva ou negativa do juiz para sua aplicação, caso seja identificada a existência de sentença criminal transitada em julgado nos cinco anos anteriores ao delito que está sendo sentenciado, obrigatoriamente será aplicada a majoração da pena base, sem qualquer margem de opção pelo magistrado (BOSCHI, 2002).



Como visto, o legislador ao inserir no ordenamento jurídico a reincidência fixou para este instituto um prazo prescricional para a atuação punitiva do Estado, tal limitação temporal faz com que a reincidência atenda à norma constitucional vigente. Contudo, ao contrário da reincidência, os efeitos negativos dos antecedentes não estão temporalmente delimitados.

Conceber a aplicação dos antecedentes criminais sem limitação temporal impõe ao indivíduo, que já foi sentenciado e pagou sua dívida perante a sociedade e o Estado, uma mácula ao qual estará sempre sujeito à uma dupla sanção, visto que, no caso de uma futura condenação, por mais remota que seja, sofrerá com os efeitos negativos dos antecedentes criminais pretéritos.

Nesse sentido, não é possível admitir que o decurso do prazo faça sobrevir a prescrição sobre um instituto penal mais grave como a reincidência e não tenha previsão para cessar os efeitos dos antecedentes criminais que têm menor expressão jurídica. Assim, uma hipótese para solucionar tal impasse, seria, por conformidade lógica, aplicar o decurso de prazo de cinco anos que esgota os efeitos da reincidência, segundo artigo 64 do Código Penal, aos antecedentes criminais permitindo a recuperação de sua primariedade (BOSCHI, 2002).

## **1.2 Necessidade de limitação temporal dos antecedentes criminais e a vedação Constitucional à penalização perpétua**

Ao positivizar os antecedentes criminais, o legislador deixou de impor limitação temporal para sua aplicação, possibilitando que o uso de condenações anteriores ao fato delituoso, não utilizadas para a reincidência, sejam valoradas *ad aeternum* quando da fixação da pena-base.

Contudo, assim como todos os institutos penais, os antecedentes criminais carecem de um marco prescricional que limite o poder punitivo do Estado. O próprio constituinte preocupou-se em incluir no rol dos direitos fundamentais a vedação às penas de caráter perpétuo, pois a admissão dessa penalidade ensejaria uma violação



direta ao princípio da dignidade humana, que é uma garantia explícita positivada na Constituição Federal de 1988 e um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988).

Para Nunes (2018), a dignidade da pessoa humana é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional e última instância de guarda dos direitos fundamentais. Para o autor, trata-se de um supraprincípio que funciona como parâmetro para aplicação dos demais princípios e normas constitucionais e de todo o ordenamento jurídico, e por ser um princípio, sua aplicação é absoluta, não podendo ser desprezada em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação das normas jurídicas.

Nessa toada, não é possível conceber que repercussões secundárias de uma pena gerem ao apenado uma forma de punição perpétua, dado que, ao praticar novo delito, independentemente do lapso temporal entre os dois eventos, a condenação penal anterior será utilizada para aumentar o *quantum* penal quando da análise das circunstâncias judiciais, gerando um acréscimo da reprimenda na fixação da pena-base.

Logo, o agente que possui sentença condenatória transitado em julgado, que não gere reincidência, em decorrência da falta de limitação temporal, possui maus antecedentes criminais indefinidamente, configurando uma flagrante violação ao princípio constitucional do *non bis in idem*, que preceitua que ninguém pode ser punido duas ou mais vezes pelo mesmo fato praticado na seara penal, por estar positivado no âmbito constitucional é um princípio de aplicação obrigatória, mas, sobretudo deve ser aplicada para impedir injustiças ao atribuir a sanção devida ao agente criminoso (BRASIL, 1988).

Roig (2013), chama atenção para o estigma por trás de uma condenação criminal apta a configurar maus antecedentes, para o autor, quando analisada no sentido material, a condenação pretérita ostenta um caráter de pena, carecendo, em nome da humanidade das penas, de um termo final que respeite a vedação



constitucional às penas de caráter perpétuo. Pois, se não pode haver prisão perpétua, logicamente as implicações penais também não podem ser perpétuas, não sendo permitido que alguém seja mantido em permanente estado de diferenciação em razão da existência de antecedentes criminais.

Ressalta-se que o próprio ordenamento jurídico, por intermédio da prescrição da pretensão punitiva impõe um limite temporal a ação punitiva estatal, visto que o Estado não pode indeterminadamente exercer o seu poder de punir, assim é razoável que aos antecedentes se estenda os efeitos da prescrição.

Dessa forma, importante salientar, que a longa discussão em face dos antecedentes criminais não possuem limitação temporal, ainda não está pacificada, há inclusive, divergência entre o posicionamento predominante STJ e a interpretação dada pelas turmas do STF gerando polêmica e insegurança jurídica. Contudo, trataremos deste tema em tópico específico analisando decisões acerca do tema.

A amplitude do conceito estabelecido aos maus antecedentes, permite impor ao acusado, que não é mais reincidente na sua conduta, a mácula de ser considerado um sujeito portador de maus antecedentes. Por isso, o critério definido pelo art. 59 do Código Penal viola preceitos constitucionais, tais como o princípio do *non bis in idem*, gerando uma dupla penalização ao permitir que a pena seja aumentada em face de uma condenação anterior, o que é vedado pela Constituição Federal.

Como visto, é indispensável que o princípio da dignidade humana seja sempre respeitado, possibilitando a extinção do estigma deixado pelos antecedentes nos registros criminais do agente, após, por analogia, decorrido o prazo de cinco anos aplicado a reincidência, tendo como marco a data do cumprimento ou extinção da reprimenda imposta, conforme leciona Boschi (2002).

Com base no artigo 5º, XLVII, “b” da Constituição Federal, que dispõe que não haverá penas de caráter perpétuo, Rodrigo Roig questiona, inclusive, a própria existência dos antecedentes criminais e defende a tese de que, ainda que haja limitação temporal, os antecedentes criminais produzem uma espécie de penalização





perpétua ao condenado, o que afasta por completo sua legitimidade democrática (ROIG, 2013).

## 2 PRESCRIÇÃO

Para refletir acerca da negatividade da falta de limitação temporal dos maus antecedentes criminais na vida do apenado, faz-se necessário uma breve abordagem sobre prescrição penal.

O Código Penal de 1940 instituiu no ordenamento jurídico a prescrição como uma das hipóteses de extinção de punibilidade previstas no artigo 107, estabelecendo que em face da inércia do Estado em exercer o seu poder/dever punitivo, ocorrerá a perda do direito de exercer a ação penal ou de executar punição após decurso de tempo previsto em lei, conforme aduz os artigos 109 e 110 do Código Penal (BITENCOURT, 2019).

Nessa toada, Bitencourt (2019), leciona que consumada a violação penal, surge para o Estado um dever punitivo, o chamado *jus puniendi*, contudo ressalta que este dever deve ter limites, o que garante ao réu o direito de ser processado ou condenado em tempo razoável, sendo imprescindível que o Estado estabeleça critérios para restringir o exercício do dever de punir, observa-se portanto que na própria norma penal foi fixado um lapso temporal limitador do poder punitivo.

Quanto a natureza jurídica da prescrição, Mesquita Júnior (2007), ressalta que apesar de haver divergência doutrinária sobre o tema, o autor adota a concepção de que se trata de uma natureza mista, ou seja, material na medida que impede a execução do *jus puniendi* estatal atingindo o próprio direito de punir e processual por ser pressuposto de existência da ação.

Aqui, é importante evidenciar que a prescritibilidade é regra no ordenamento jurídico brasileiro, contudo há exceção, que são as hipóteses de crimes taxativamente tipificados pela Carta Magna com imprescritíveis, a saber: o crime de racismo e de



ação de grupo armados, civis ou militares, contra a ordem Constitucional e o Estado Democrático (BRASIL, 1988).

Com a finalidade de evitar que o delinquente fique eternamente sujeito a pretensão do Estado, vencido o prazo fixado em lei e o Estado não houver aplicado a sanção devida, acarretará a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, pois, progressivamente cessará a necessidade de imposição de pena ao autor ou ocasionará na fragilização das provas relacionadas ao fato imputado. De forma sintética, pode-se dizer que a prescrição da pretensão punitiva, é aquela que extingue todos os efeitos do delito, ou seja, efeitos primários e secundários, é como se o agente jamais tivesse atentado contra o direito (SANTOS, 2005).

Segundo Mesquita Júnior (2007), da prescrição podem decorrer dois efeitos, um decorrente da prescrição da pretensão punitiva e outro da prescrição da pretensão executória, este isenta o condenado do cumprimento da pena, persistindo os efeitos secundários da condenação, aquele não apaga o crime, mas equipara-se a absolvição, não subsistindo os efeitos secundários da condenação.

Ademais, com decurso do tempo aliado a adoção de uma nova postura pelo delinquente que se afasta do mundo do crime e não comete outro delito, constata-se que por si mesmo, ele foi capaz de alcançar a readaptação social, que é principal finalidade pena. Nesse contexto, Bitencourt (2019) ressalta que ao voltar a delinquir o criminoso demonstra sua incapacidade de inserção social, visto que o tempo não foi capaz de regenerá-lo, mas para estes casos a legislação acertadamente dispôs que a reincidência interrompe o prazo prescricional da pretensão executória.

Assim, não é possível admitir que o indivíduo que cometeu um delito fique, *ad infinitum*, a mercê da vontade punitiva do Estado. O réu não deve suportar o peso da inércia do Estado, exceto nas infrações imprescritíveis por força constitucional, pois a prestação jurisdicional tardia não atinge o objetivo da jurisdição, que é a realização da Justiça (BITENCOURT, 2019).



Nessa perspectiva, é possível perceber a importância da prescrição como instituto do direito penal e ferramenta de política criminal, como visto, o ordenamento jurídico brasileiro adota a prescrição como regra, com poucas exceções. Por oportuno, destaca-se que apesar de ser regra fundamental, a prescrição não é aplicada aos antecedentes criminais, posto que o legislador se absteve de impor limitação temporal para sua utilização no âmbito da primeira fase da dosimetria da pena ao considerar os maus antecedentes independentemente da decorrência de lapso temporal.

### **3 A DIVERGÊNCIA NA HERMENÊUTICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

A falta de limitação temporal para a aplicação dos maus antecedentes propicia diversas interpretações, e é o que tem acontecido na prática, há divergência de entendimento entre Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. O assunto é tão relevante que embora ainda não tenha ocorrido o julgamento do RE 593.818-SC, em 2009 foi reconhecida a repercussão geral do tema, que irá determinar se existe ou não limitação temporal para a aplicação dos maus antecedentes.

Apesar de estar positivado no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 59, do Código Penal e, sua aplicação ser cotidianamente realizada por magistrados em todo o país, o aumento da pena-base na primeira fase da dosimetria, por não haver uma limitação temporal para aplicação dos maus antecedentes criminais, gera grande discussão e, de certa forma, a criação de insegurança jurídica, visto que, até mesmo os Tribunais Superiores divergem sobre a aplicação do referido instituto após a prescrição da reincidência, ou seja, após 5 anos do cumprimento ou extinção da pena, conforme descrito no artigo 64, I, do Código Penal.

Nesse diapasão, passa-se a uma breve análise do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de Acórdãos e Decisões Monocráticas.



### 3.1 Entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmou entendimento no sentido de reconhecer a perpetuidade dos antecedentes criminais. Nesse sentido está o recente julgado proferido pelo Ministro Antonio Saldanha Palheiro, em 18 de março de 2020, no Resp. nº 1.846.926 – SP, em que ele reafirma o posicionamento desta Corte.

Não desconheço que o Supremo Tribunal Federal, embora ainda não tenha apreciado o mérito do RE n. 593.818 RG/SC, reconheceu a repercussão geral da matéria em desfile. Entretanto, hodiernamente, prevalece nesta Casa a orientação no sentido de que condenações anteriores transitadas em julgado há mais de 5 (cinco) anos, **apesar de não espelharem a reincidência**, pois alcançadas pelo período de purgação previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, **podem ser utilizadas para caracterizar os maus antecedentes do réu**. Na espécie, a instância de piso apontou a existência de condenações definitivas como motivo para o aumento da reprimenda básica, destacando, nesse contexto, os péssimos antecedentes do recorrido. O acórdão, por sua vez, considerou que tais condenações não seriam aptas a malograr a basal, porquanto já depuradas. Trago à colação excerto do aresto recorrido, quanto ao thema decidendum (e-STJ fls. 295/296): O Juízo a quo, atento às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, considerou o arrombamento para qualificar o crime de furto, bem como aumentou a pena -base em razão do acusado ostentar maus antecedentes. No entanto, verifica-se que o único antecedente criminal de Fabiano cuida-se, em verdade, de reincidência e não de maus antecedentes - conforme certidão de fls. 147. Em relação as outras certidões, tratam elas de condenações já depuradas, ou seja, respeitado entendimento do magistrado de origem, tal não podem ser usadas para aumentar a pena-base sob o título de maus antecedentes. Destarte, as penas retornam ao mínimo legal do furto qualificado, qual seja, dois (2) anos de reclusão e pagamento de dez (10) dias -multa. Na segunda fase ante a ausência de recurso ministerial a respeito, a pena permanece inalterada, não cabendo dispor diversamente em desfavor do apelante. Na terceira fase não há causas de aumento ou diminuição de pena que assim, torna-se definitiva (grifei). Diante desse cenário, **observe ilegalidade flagrante na fixação da reprimenda básica no acórdão recorrido, devendo ser restabelecida a sentença, no particular**. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 18 de março de 2020. Ministro ANTONIO SALDANHA



PALHEIRO. Relator (Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, 19/03/2020) (BRASIL, 2020).

Aplicando a orientação desta Corte, em decisão monocrática, o Ministro Antônio Saldanha Palheiro, optou pela reforma do Acórdão que desconsiderava para fins de maus antecedentes os crimes que já tenham superado o prazo de 5 anos do cumprimento ou da extinção da pena, ressaltado o posicionamento majoritário do STJ que reconhece a perpetuidade dos antecedentes criminais. Diante disso, ressaltou a ilegalidade do Acórdão que desconsiderava as condenações pretéritas transitado em julgado a mais de 5 anos e reestabeleceu a sentença.

No mesmo sentido estão os precedentes da Quinta e Sexta Turmas do STJ, que evidenciam o posicionamento desta Corte no tocante a possibilidade de desconsideração das condenações anteriores para fins de maus antecedentes.

A Quinta Turma adotou em suas recentes decisões o entendimento majoritário no sentido de reconhecer a perpetuidade dos antecedentes criminais.

RECURSO ESPECIAL. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES CRIMINAIS COM MAIS DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS

ANTECEDENTES. 1. A jurisprudência desta Corte é orientada no sentido de que as condenações criminais cujo cumprimento ou extinção da pena ocorreu há mais de 5 anos, a despeito de não implicarem reincidência nos termos do que dispõe o art. 64, I, do CP, são hábeis a caracterizar maus antecedentes. (BRASIL, 2018)

A Sexta Turma, por sua vez, sinalizou seu posicionamento por meio do Informativo n° 0580, ao qual adota o sistema de perpetuidade os antecedentes criminais “[...] ultrapassado o lapso temporal superior a cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações penais anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes” (BRASIL, 2016).

À vista disso, ilustra-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (574 G



DE COCAÍNA). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE AFASTADA PELA CORTE A QUO. CONDENAÇÕES DO AGRAVANTE. **TRÂNSITO EM JULGADO HÁ MAIS DE 5 ANOS. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS. RESTABELECIMENTO DA DOSIMETRIA DA PENA E DO REGIME**

PRISIONAL DETERMINADOS NA SENTENÇA. 1. Na análise das circunstâncias judiciais, assim se pronunciou o Magistrado singular: o réu ostenta antecedentes criminais, porquanto definitivamente condenado, por três vezes, consoante certidões de fls. 44, 50 e 53 do apenso específico. [...] **Ainda que tais condenações superem o chamado período depurador, previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, tal lapso refere-se especificamente ao instituto da reincidência.** 2. Conforme disposto no decurso ora recorrido, para elevação da pena-base, **segundo o entendimento desta Corte, o período depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal afasta a reincidência, mas não retira os maus antecedentes** (HC n. 281.051/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 28/11/2013). 3. A jurisprudência desta Corte é orientada no sentido de que as condenações criminais cujo cumprimento ou extinção da pena ocorreu há mais de 5 anos, a despeito de não implicarem reincidência nos termos do que dispõe o art. 64, I, do CP, são hábeis a caracterizar maus antecedentes (REsp n. 1.741.828/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 12/9/2018). 4. As condenações atingidas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem, a princípio, o reconhecimento dos maus antecedentes (AgInt no AREsp n. 1.065.282/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 2/5/2018). 5. Agravo regimental improvido (BRASIL, 2019).

Em síntese, o Superior Tribunal de Justiça, adota a utilização dos antecedentes criminais pelo sistema da perpetuidade, sendo irrelevante se houve o transcurso do tempo depurador de 5 anos do cumprimento ou extinção da pena, pois segundo o entendimento majoritário esta Corte, o art. 64, I, o Código Penal, refere-se apenas ao afastamento da reincidência, o que não impede o reconhecimento dos maus antecedentes. Ademais, os julgadores entendem que a perpetuidade é



característica intrínseca dos antecedentes criminais, sendo esta sua própria razão de existir (BRASIL, 2019).

### 3.2 Entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, está atualmente dividida, enquanto a Primeira Turma reconhece a possibilidade de utilização dos antecedentes criminais mesmo quando atingidos pelo decurso temporal de cinco anos, a jurisprudência da Segunda Turma está assentada no sentido oposto, ou seja, de que as condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não podem ser utilizadas como maus antecedentes.

No julgamento do HC 126.315/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma do STF, em 15 de setembro de 2015, foi deferido o pedido de *habeas corpus* nos termos do voto do relator, que pautado na interpretação extensiva do artigo 64, I do Código Penal, reconheceu a prescrição dos maus antecedentes.

Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Aumento da pena-base. Não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06. 4. Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana. 5. Direito ao esquecimento. 6. Fixação do regime prisional inicial fechado com base na vedação da Lei 8.072/90. Inconstitucionalidade. 7. Ordem concedida. (BRASIL, 2015, p. 06).

Logo de início o Ministro entendeu ser importante a análise do artigo 64, I, do Código Penal, salientando que:

Extrai-se da leitura do dispositivo [...] que o período depurador de cinco anos tem aptidão de nulificar a reincidência, de forma que não possa mais influenciar no quantum de pena do réu e em nenhum de seus desdobramentos. Com efeito, é assente que a ratio legis consiste em apagar da vida do indivíduo os erros do passado, considerando que já houve o devido cumprimento da punição, **sendo inadmissível que se atribua**



**à condenação o status de perpetuidade, sob pena de violação aos princípios constitucionais e legais, sobretudo o da ressocialização da pena. A Constituição Federal veda expressamente, na alínea b do inciso XLVII do artigo 5º, as penas de caráter perpétuo.** Tal dispositivo suscita questão acerca da proporcionalidade da pena e de seus efeitos para além da reprimenda corporal propriamente dita (BRASIL, 2015, p. 06, grifo nosso).

Ademais, Gilmar Mendes, ao comparar regras fundamentais de hermenêutica, ressaltou que quando foi imposta a proibição de penas de caráter perpétuo na Constituição, o objetivo primordial de afastar a pena perpétua foi possibilitar reintegração do apenado à sociedade, o que justifica a aplicação deste mesmo raciocínio aos maus antecedentes. Sob essa ótica, suscitou com respaldo no princípio da dignidade humana, o direito que o ex-condenado tem ao esquecimento. (BRASIL, 2015).

[...] o agravamento da pena-base com fundamento em condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não encontra previsão na legislação, tampouco em nossa Carta Maior, tratando-se de analogia in malam partem, método de integração vedado no ordenamento jurídico. É que, em verdade, assiste ao indivíduo o “direito ao esquecimento”, ou “direito de ser deixado em paz”, alcunhado, no direito norte-americano de “the right to be let alone”. O direito ao esquecimento, a despeito de inúmeras vozes contrárias, também encontra respaldo na seara penal, enquadrando-se como direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade. (BRASIL, 2015, p.8, grifo nosso).

O Relator, destacou que em maio de 2013, no julgamento do HC nº 110.191/RJ, DJe 6.5.13, já havia se manifestado nesse sentido e, em março de 2014 no julgamento HC nº 118.977/DF, o mesmo entendimento foi adotado na Primeira Turma, no sentido de que:

Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a cinco anos, conforme previsto no art. 64, I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes. Precedentes. (BRASIL, 2014 apud BRASIL, 2015, p. 9)





Dessa forma, o Relator finalizou seu voto se posicionando favorável a tese da defesa por entender que “decorridos mais de cinco anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes.” (BRASIL, 2015, p. 9).

Nesta esteira do raciocínio apresentado pelo Ministro Gilmar Mendes ao deferir o pedido de Habeas Corpus retro mencionado, estão recentes julgados proferidos pela Segunda Turma do STF, que tem, reiteradamente, aplicado a interpretação analógica do prazo prescricional da reincidência, conforme o artigo 64, I, do Código Penal, aos antecedentes criminais.

Em 27 de abril de 2020, ao julgar o Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 173.562/MG, a Relatora, Ministra Cármen Lúcia, em seu voto, negou provimento ao agravo regimental, reafirmando o entendimento da Segunda Turma do STF. Contudo, esclareceu que por integrar a Segunda Turma, acolheu, em função do princípio da colegialidade, a orientação fixada de “não ser possível considerar a condenação anterior do interessado ocorrida há mais de cinco anos quando do exame de nova prática ilícita como reincidência nem como antecedente negativo para valorar a condição atual do jurisdicionado” (BRASIL, 2020, p. 11).

Ficando assim ementada:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS. UTILIZAÇÃO DA CONDENAÇÃO ANTERIOR COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA DECISÃO EM CURSO NO PLENÁRIO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL N. 593.818 (TEMA 150). MANUTENÇÃO, NESTE CASO, DA DECISÃO AGRAVADA, FUNDAMENTADA NA JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NA DATA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (BRASIL, 2020).

Neste mesmo voto, a Ministra Cármen Lúcia, suscita a controvérsia ainda não pacificada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de condenações



transitadas em julgamento a mais de cinco anos serem valoradas negativamente quando da análise das circunstâncias judiciais e apresenta a orientação majoritária da Primeira e Segunda Turmas.

A Primeira Turma deste Supremo Tribunal fixara orientação majoritária, vencido o Ministro Marco Aurélio, de que a condenação alcançada pelo quinquênio legal, embora afaste os efeitos da reincidência, não impediria seja utilizada a título de maus antecedentes (BRASIL, 2020, p. 8).

[...]pela jurisprudência assentada na Segunda Turma deste Supremo Tribunal, que integro, acolhi, nos casos relatados, em respeito ao princípio da colegialidade, a orientação fixada no sentido de não ser possível considerar a condenação anterior do interessado ocorrida há mais de cinco anos quando do exame de nova prática ilícita como reincidência nem como antecedente negativo para valorar a condição atual do jurisdicionado (BRASIL, 2020, p. 11).

Para encerrar seu voto, a Ministra menciona parte de seu voto no Recurso Extraordinário n. 593.818-SC, Relator Ministro Roberto Barroso, pelo rito da repercussão geral tema 150, que teve seu julgamento iniciado em 15 de agosto de 2019, o qual ainda não teve seu julgamento concluído.

[...] o Relator, Ministro Roberto Barroso, ratificou o entendimento manifestado pela maioria da Primeira Turma, votando pela possibilidade de utilizar como maus antecedentes as condenações extintas ou cumpridas há mais de cinco anos, acompanhado pelos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin e Rosa Weber. Acompanhei esse entendimento, na linha do meu posicionamento vencido na Segunda Turma deste Supremo Tribunal [...] (BRASIL, 2020, p. 12).

[...] pelo princípio da individualização da pena, que é definido constitucionalmente como obrigatório, tenho que a condenação que não possa ser considerada como reincidência, mas que tenha de alguma forma sido marcada e remarcada na situação jurídica do réu, possa ser levada em consideração pelo juiz. E aí, neste caso, não é um dever, nem há automaticidade. Muito pelo contrário, é preciso que se considere a situação, se fundamente, se objetivo de maneira formal e como causa de validade até mesmo da própria fundamentação e da decisão proferida, mas que isso possa ser levado em consideração (BRASIL, 2020, p. 14).



O voto da Ministra coadunou-se no sentido de a apuração das condições de maus antecedentes devem ser realizadas, em cada caso concreto, após profunda análise pelo juiz sentenciante, ficando a cargo dele, a verificação se é ou não hipótese de considerar aquela condenação anterior como mau antecedente (BRASIL, 2020).

Depreende-se da análise dos Acórdãos apresentados, que a aplicação dos antecedentes de fato gera grande controvérsia, o que acarretou a polarização de entendimentos nas Turmas do Supremo Tribunal Federal, que, sem consenso, divide-se entre posicionamentos antagônicos. Como visto, a Primeira Turma posiciona-se em conformidade com a interpretação adotada pelo STJ. Já a Segunda Turma adota como entendimento majoritário a impossibilidade da consideração de condenação anterior ocorrida há mais de cinco anos, que deve ser descartada tanto para fins de configuração da reincidência como para configuração de maus antecedentes, aplicando extensivamente o prazo prescricional do art. 64, I, o Código Penal, aos maus antecedentes.

#### Posicionamento a ser adotado à luz de um Direito Penal Garantista

O Código Penal Brasileiro foi instituído no ordenamento jurídico em 1940 e sofreu diversas modificações para se adequar a realidade contemporânea da sociedade, mas principalmente para se harmonizar os parâmetros interpretativos trazidos pela Constituição de 1988. Do mesmo modo, a aplicação dos antecedentes criminais também passou por diversas mudanças, sendo necessário em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos constitucionais impostos pela Constituição Federal, assegurar a minimização do dano humano ao sentenciado por meio de uma interpretação garantista dos dispositivos penais.

Nesse sentido, Lenio Streck (2001) sinaliza que o direito penal deve abandonar a ótica interpretativa liberal-individualista-normativista para a produção do direito e adotar uma interpretação intervencionista-promovedora-transformadora pautada nos valores de um Estado Democrático de Direito. Assevera que a



concretização dos valores estabelecidos pela Constituição juntamente com sua superioridade normativa, deve delimitar o que será considerado delito no direito penal, limitando inclusive seus efeitos penalizadores.

No Código Penal, os antecedentes criminais, além de gravarem a pena na primeira fase da dosimetria, constituem uma forma de penalização perpetua do réu, pois os efeitos negativos permanecem por toda a vida do sentenciado diante da ausência de limitação temporal do instituto. Tal fato representa clara afronta à proibição Constitucional a imposição de penas de caráter perpétuo. É necessário que uma interpretação extensiva do artigo 64 do Código Penal, seja aplicada aos antecedentes criminais, fazendo com que o instituto se harmonize com a referida Carta Magna.

Sob esta perspectiva, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.315/SP, O Ministro Gilmar Mendes asseverou que “[...] a possibilidade de sopesarem-se negativamente antecedentes criminais, sem qualquer limitação temporal ad aeternum, em verdade, é pena de caráter perpétuo mal revestida de legalidade.”. Ademais, ressaltou que por meio das regras basilares de interpretação, extrai-se da proibição de pena perpétua, o objetivo de reintegração do apeado à sociedade, dessa forma, concluiu que tal hermenêutica deve ser aplicada também aos maus antecedentes (BRASIL, 2015).

A consideração de um ou mais eventos para a caracterização dos maus antecedentes definida pelo art. 59 do Código Penal, gera duplo gravame a um mesmo ato o que é vedado pela Constituição e configura nítida violação ao princípio constitucional do *non bis in idem*, que preceitua que ninguém pode ser punido duas ou mais vezes pelo mesmo fato praticado na seara penal, esculpindo uma penalização antigarantista e estigmatizadora. Nesse sentido, Roig (2013) sugere que sob a perspectiva minimizadora de danos e em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que o magistrado aplicador da pena apenas utilize uma condenação anterior para a fins de maus antecedentes caso esta



condenação possua natureza semelhante ou pertinência em relação a nova condenação (BRASIL, 1988).

A aplicação dos antecedentes criminais pautada sob a ótica de um direito penal garantista está diretamente ligada criação de um sistema que viabilize o máximo grau de tutela dos direitos fundamentais, em vista disso, Carvalho (2001) leciona que a consideração de elementos subjetivos utilizados para estabelecer critérios morais, como a valoração dos antecedentes na primeira fase da aplicação da pena, revela toda a perversidade do sistema, que na tentativa de prevenir lesão ao bem jurídico gera efeitos mais danosos que a conduta criminalizada.

Dessa forma, em atenção ao princípio constitucional da dignidade humana, não é possível conceber que o apenado seja estigmatizado por todo o curso de sua vida em função de ato delituoso pretérito. Roig (2013) ressalta a importância deste princípio e de seu correspondente em matéria penal, o princípio da humanidade, que em essência, relaciona-se com o dever jurídico-constitucional de minimização da afetação do indivíduo, devendo este ser o objetivo de uma política criminal garantista e redutora de danos.

Por fim, ressalta-se a importância da imposição de limitação temporal aos antecedentes criminais, os vários preceitos constitucionais violados por sua ausência legislativa acarretam prejuízos incalculáveis ao apenado. A prescrição é regra no ordenamento jurídico brasileiro e é um direito do apenado, pois o condenado não pode ficar à mercê do poder punitivo do Estado indeterminadamente, sob o prisma de um direito penal garantista, sugere-se que haja um termo final que cesse todos os efeitos de um delito, estendendo-se a prescrição aos efeitos secundários (a existência de antecedentes) da pena.

## CONCLUSÃO



Os antecedentes criminais são circunstâncias judiciais que demonstram a conduta do agente durante sua vida e possuem o propósito de averiguar o histórico criminal do indivíduo, fazendo com que tais condutas, quando atendidos os requisitos legais, sejam consideradas na primeira fase da dosimetria da pena para aumentar a pena-base. Entretanto, cabe salientar que somente devem ser consideradas como maus antecedentes em desfavor do acusado as condenações anteriores irrecorríveis e que não foram utilizadas como reincidência para agravar a pena do agente.

Como visto, a aplicação dos antecedentes criminais carece de uma limitação temporal que faça cessar seus efeitos negativos e perpétuos sobre a vida do apenado. A reincidência que é um instituto penal mais gravoso foi contemplada por um termo final que faz com que todos seus efeitos negativos prescrevam após decorrido o lapso temporal definido em lei, o que faz com que a reincidência se harmonize à norma constitucional vigente. Contudo, ao contrário da reincidência, os efeitos negativos dos antecedentes criminais não estão temporalmente delimitados. Assim sendo, uma hipótese para solução de tal problemática seria utilizar o prazo prescricional da reincidência como parâmetro para fixação de um termo final que faça cessar os efeitos negativos dos maus antecedentes.

Ademais, a Constituição Federal no art. 5º, inciso XLVII, alínea “b”, define que “não haverá pena de caráter perpétuo”. Assim, em face norma Constitucional não é possível conceber que os efeitos secundários de uma condenação penal impliquem em uma estigmatização perpétua do apenado. A polêmica que envolve a aplicação dos antecedentes criminais está justamente no fato de que alguns tribunais, assim como o STJ, não reconhecem a aplicação dos maus antecedentes como violadora da referida norma constitucional, o que fatalmente gera um estigma irreparável à vida do ex-condenado.

Foi mister ressaltar a importância da prescrição penal, que de forma sucinta, é aquela que extingue todos os efeitos do delito, ou seja, efeitos primários e



secundários, como se o agente jamais tivesse atentado contra o direito. A prescrição é regra no ordenamento jurídico brasileiro, e como exposto, comporta poucas exceções. No entanto, constatou-se que apesar de ser regra fundamental, a prescrição não é aplicada aos antecedentes criminais, o que acarreta a perpetuação de seus efeitos negativos, configurando flagrante violação à norma constitucional vigente.

Foram apresentados Acórdãos e Decisões Monocráticas dos Tribunais Superiores afim de evidenciar a divergência de hermenêutica existente entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, que possuem entendimentos opostos. Verificou-se que o STJ, majoritariamente, adota o sistema da perpetuidade dos maus antecedentes criminais, sendo irrelevante se houve o transcurso do tempo depurador de cinco anos do cumprimento ou extinção da pena, além de entenderem que a perpetuidade é característica intrínseca aos antecedentes criminais.

A jurisprudência do STF, por sua vez, atualmente está dividida. A Primeira Turma posiciona-se em conformidade com a interpretação adotada pelo STJ. No entanto, a Segunda Turma entende não ser possível considerar a condenação anterior ocorrida há mais de cinco anos, nem para reincidência nem para antecedente negativo, aplicando extensivamente o prazo prescricional do art. 64, I, o Código Penal, aos maus antecedentes.

À luz de um direito penal garantista, acredita-se que o posicionamento adotado pela Segunda Turma do STF, seja o mais adequado para a solução da controvérsia apresentada, pois a utilização da interpretação extensiva do prazo prescricional da reincidência, mostra-se uma medida razoável e proporcional, corroborando para uma atuação estatal mitigadora de danos e harmonizada às normas e aos princípios constitucionais amplamente apresentados.

Diante de todo o exposto, a expectativa é que ao realizar o julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.818-SC, pelo rito da repercussão geral tema 150, em que será determinado se existe ou não limitação temporal para a aplicação dos maus



antecedentes, o Supremo Tribunal Federal pacifique a questão reconhecendo que a aplicação dos antecedentes criminais sem que haja um prazo prescricional que faça cessar todos seus efeitos é uma forma de penalização perpétua e viola a norma constitucional, caracterizando grave afronta ao Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 1.

BOSCHI, J. A. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial Nº 1.740.662/SP (2018/0112500-1)**. Min. Sebastião Reis Júnior. DJe: 14/03/2019. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=91355139&num\\_registro=201801125001&data=20190314&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=91355139&num_registro=201801125001&data=20190314&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 09 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.741.828/SP (2018/0117877- 1)**. Relator: Ministro Jorge Mussi. DJe: 12/09/2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85891848&num\\_registro=201801178771&data=20180912&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85891848&num_registro=201801178771&data=20180912&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 09 maio 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Informativo n. 0580**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 17/3/2016, DJe 31/3/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%28MAUS>





+PROX+ANTECEDENTES+E+PERP%C9TUO+%29+E+%28%22SEXTA+TUR  
MA%22%

29.ORG.&operador=mesmo&tipo\_visualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JU  
RIDICO &p=true. Acesso em: 09 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: 1846926/SP  
(2019/0330298-2)**. Relator: Min. Antônio Saldanha Palheiro. Dj: 19/03/2020.

Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.846.926+&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>.

Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. NO HC 137.562/MG**. Relator:

Min. Cármen Lúcia. Dj: 27/04/2020. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752612314>.

Acesso em: 09 maio 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**.

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

Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.315/SP**. Relator: Min.

Gilmar Mendes. Dj: 15/09/2015. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308319566&ext=.pdf>.

Acesso em: 31 maio 2020.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da pena**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2013.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013.v.1. MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa. **Prescrição penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicações da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. São Paulo: Saraiva, 2013.



SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC-Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena:** fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC-Lumen Juris, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri:** símbolos e rituais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BRASÍLIA 2020 - V.5

**COMPÊNDIO FAJS**

# **DIREITO CONSTITUCIONAL**



# NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E SUA APLICABILIDADE NO ÂMBITO RECURSAL

Carolina Carvalho Rodrigues

## RESUMO

O presente ensaio, por meio de pesquisa descritiva e bibliográfica, com base no ordenamento jurídico brasileiro, tem como objetivo demonstrar a aplicação dos negócios jurídicos processuais nos litígios que permitam autocomposição entre as partes, com especial ênfase no que se refere aos recursos. Importa dizer, que o advento do Código de Processo Civil, amparado pela cláusula geral de negociação prevista no artigo 190 deste diploma, propiciou o uso desse microsistema de forma mais expressiva. Ainda que de modo tênue, ante as exigências legais inerentes aos recursos que lhe conferem certa rigidez, as hipóteses que permitem a incidência de um acordo volitivo consensual, desde logo se mostram presentes no sistema recursal. Aborda-se com esse fim, alguns dos meios disponíveis para uso, bem como aspectos limitadores quanto a aplicação desse instrumento. A pesquisa possibilitou identificar que os acordos processuais, que pretendem através dos princípios do autorregramento das partes e da adequação procedimental proporcionar um melhor deslinde das causas, tem crescido de forma notável. Isso, conseqüentemente, repercute na seara recursal proporcionando-lhe eficiência e otimização prática com a adoção do respectivo instituto jurídico negocial nos procedimentos de instâncias superiores.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil; artigo 190 do Código de Processo Civil; autonomia das partes; negócios jurídicos processuais nos recursos; aplicabilidade.

## 1 INTRODUÇÃO

Pretende-se demonstrar com este trabalho acadêmico o contexto teórico e prático relativo ao instituto dos negócios jurídicos processuais, com ênfase de sua abordagem no que toca ao sistema recursal. Consiste a problemática em identificar



as hipóteses que poderão ser empregadas nesse cenário dos recursos sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro. Por natureza, os recursos compreendem essência rígida proveniente das exigências legais de admissibilidade e das condutas distintas de tramitação, sustentadas por regras regimentais típicas de cada tribunal, por exemplo. À vista disso, a construção do trabalho será pautada na identificação dos benefícios, lícitos e efetivos, bem como dos impedimentos inerentes à realização dos respectivos acordos endoprocessuais.

O objetivo geral será identificar os tipos passíveis de serem aplicados no âmbito das instâncias superiores das Cortes jurisdicionais. Para tanto, o feito estruturar-se-á no sentido de descrever a origem desse instituto, apontando considerações sobre as inovações trazidas no Código de Processo Civil, em que houve o implemento do modelo cooperativo, bem como abordará sobre a cláusula geral de negociação esculpida no artigo 190 do diploma legal e seus desdobramentos vinculados às negociações das partes, com dissertação quanto a breves pontos no tocante aos negócios processuais existentes no Código de 1973. Ademais, ponderações serão feitas acerca das características dos negócios jurídicos processuais.

Versará, por fim, ao estudo desse instituto no campo dos recursos, exibindo como abordagem preambular ao tópico as informações pertinentes para uma adequada compreensão do que é recurso e seus objetivos. Ato contínuo, fará exposição dos tipos de convenções processuais aplicáveis aos recursos, com suas definições, possibilidades e impedimentos.

A intenção do presente ensaio se orienta na necessidade de estimular o exercício das convenções processuais no ordenamento jurídico com a finalidade de ampliar de modo progressivo o emprego destes instrumentos nas causas judiciais, inclusive, no bojo dos recursos. Sendo assim, busca-se agregar conhecimento adicional nessa esfera temática, que se revela em constante evolução na prática



forense, repercutindo de modo favorável na composição dos conflitos, na evolução das normas processuais e na instrumentalidade das partes. Uma vez que os negócios jurídicos processuais, que se tratam de assunto longo, mas rodeados de certa obscuridade até então, ganharam força e relevância e precisam ser fomentados.

A pertinência temática dos ensinamentos expostos, em que se certifica no exame do proveito das convenções processuais, delineado no molde cooperativo, visa beneficiar as partes litigantes, os operadores do Direito, advogados, magistrados, servidores e estudiosos do ramo processual civil.

A presente argumentação explora o tema por meio de revisão bibliográfica e descritiva. As informações se apoiam em arcabouço doutrinário e jurisprudencial, livros, legislação relativa ao tema, artigos e enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

No tópico inicial, se examinará as mudanças trazidas com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015), no qual fortaleceu o modelo cooperativo de processo, com a finalidade de alcançar maior efetividade jurisdicional. Sob essa ótica, além de pontos acerca do diploma vigente, o tópico inicial apontará a distinção entre os modelos adotados no Código de Processo Civil de 1973 e o atual, em que a cooperação entre os sujeitos envolvidos substituiu o protagonismo dos magistrados, sem, contudo, eximir sua atuação.

Na sequência, o segundo capítulo fará ponderações referentes ao artigo 190 do Código de Processo Civil, principal responsável por permitir a realização de adequações nos procedimentos por intermédio dos negócios processuais. O dispositivo mencionado estabelece a cláusula geral de atipicidade de negócios processuais e deve ser interpretado em conjunto com o artigo 200 do mesmo diploma, que evidencia a consignação de elementos jurídicos de caráter principiológico, tais



como, os princípios da adequação procedimental e do respeito ao autorregramento da vontade das partes.

Tecendo considerações gerais acerca dos negócios processuais típicos previstos no revogado Código Processual, o capítulo 3 citará alguns exemplos, ao passo que também abordará quanto as posições jurídicas doutrinárias divergentes sobre esses negócios na estrutura normativa do Código de 1973.

A abordagem do capítulo 4 será com foco em demonstrar a relevância da aplicação do instituto dos negócios jurídicos processuais para melhor resolução dos litígios, através da participação efetiva e colaborativa dos sujeitos processuais envolvidos. Ressaltar-se-á, inclusive, a existência de divergência doutrinária quanto a existência do instituto em estudo, citando considerações gerais sobre a matéria. Ademais, ideias quanto às classificações dos negócios jurídicos processuais serão explanadas.

A parte final será dividida em subtópicos e dará ênfase as hipóteses concretas em que é possível aplicar essa concepção doutrinária e legal, que propõe opções de negócios processuais. A fim de introduzir o tópico, definirá recurso segundo a terminologia jurídica, os tipos cabíveis e os requisitos de admissibilidade exigidos à apreciação do mérito. Passará então ao exame pontual das hipóteses que se mostram aplicáveis, a começar pelos negócios processuais nos requisitos de admissibilidade, em que descreverá em que circunstâncias caberão os acordos processuais em cada pressuposto, buscando compreender sobre as possibilidades e vedações dos meios negociais nesse âmbito.

Por conseguinte, será feita breve abordagem sobre eventuais convenções no que tange a renunciar ao direito de recorrer, tanto unilateral quanto bilateral. Além de tratar a respeito do pacto de não recorrer, que se traduzirá em limitação de instância do litígio, salvo os casos vedados quanto a supressão de primeira instância.



Ressaltando, que a renúncia não fará coisa julgada aos terceiros envolvidos no negócio processual, com explicações para tal ponto. Na sequência, serão aludidas circunstâncias admissíveis relativamente aos negócios processuais incidentes no contexto das sustentações orais. Versando o termo sobre as situações de negócios processuais possíveis com relação à suspensão convencional do processo, consequentemente traduzida pela ampliação dos poderes das partes na resolução das demandas.

Importante ressaltar, que não tem este trabalho o condão de esgotar as possibilidades de negócios típicos e atípicos aplicados sobre o campo recursal, mas, em suma, busca compreender no que for possível algumas perspectivas e ponderações que envolvem a temática e podem ser estimuladas para beneficiar a prática forense.

## **2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O MODELO COOPERATIVO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC).**

O Código de Processo Civil de 2015 - doravante denominado CPC<sup>1</sup> -, veiculado pela Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, em seu advento trouxe um arcabouço normativo dotado de modificações e inovações que visavam proporcionar mudanças significativas no ordenamento jurídico nacional. Esse propósito pôde ser identificado desde seu anteprojeto de reforma.

Isso porque, já na exposição de motivos, a Comissão demonstrou sua preocupação quanto à elaboração e buscou identificar quais teriam sido os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, bem como conservar o que fosse

---

<sup>1</sup> A expressão CPC será ao longo do texto uma referência, unicamente, ao atual Código de Processo Civil, que aparecerá também como Código Fux. Do contrário, quando o texto fizer referência ao Código de Processo Civil de 1973, este será descrito como CPC de 1973





necessário e organizar tudo para que pudesse “deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo”.<sup>2</sup>

Nesse sentido, assevera Alexandre Câmara:

O processo civil brasileiro é construído a partir de um modelo estabelecido pela Constituição da República. É o chamado modelo constitucional de processo civil, expressão que designa o conjunto de princípios constitucionais destinados a disciplinar o processo civil (e não só o civil, mas todo e qualquer tipo de processo) que se desenvolve no Brasil. Começando pelo princípio que a Constituição da República chama de devido processo legal (mas que deveria ser chamado de devido processo constitucional), o modelo constitucional de processo é composto também pelos princípios da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da motivação das decisões judiciais e da duração razoável do processo<sup>3</sup>.

Dessa forma, é de se concluir que o diploma legislativo em questão se baseou no modelo constitucional de processo com respaldo em princípios constitucionais norteadores que, inegavelmente, proporcionam às demandas processuais maior simplicidade, celeridade, economia, modernização e efetividade jurisdicional.

O Código de Processo Civil com vistas a cumprir seu objetivo de contribuir com o ordenamento jurídico, para atribuir maior efetividade na resolução de conflitos, adota o modelo cooperativo de processo. Na visão de Fredie Didier Jr., seria este o modelo mais adequado para uma democracia<sup>4</sup>. O processo civil se transforma em uma “comunidade de trabalho”, no qual o franco diálogo entre todos os sujeitos

---

<sup>2</sup> SENADO FEDERAL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília, 2010. Disponível em:< <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>> Acesso em: 15 mar. 2020

<sup>3</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 5

<sup>4</sup> DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. (coords.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 207-217



ganha potencialidade com o fito de se chegar a uma justa e coerente solução ao caso proposto.<sup>5</sup>

Em complemento à ideia supra, Alexandre Câmara esclarece que o modelo constitucional de processo impõe um processo participativo, ou seja, policêntrico, em que a pessoa do juiz não será mais o centro, e a construção do resultado da atividade processual se dará pela condução do processo por seus partícipes (partes, juiz, Ministério Público), no qual todos são igualmente importantes para atingir esse fim.<sup>6</sup>

Deste modo, o princípio da cooperação, que tem como base a junção dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório,<sup>7</sup> esculpido no artigo 6º do CPC de 2015,<sup>8</sup> será o regente elementar das relações jurídicas processuais. Os sujeitos dessas relações cooperarão com o objetivo de adequar o processo às especificidades de cada litígio, necessidades dos envolvidos, prioridades e assim por diante.

Houve assim, abertura à participação das partes na resolução de suas demandas, situação antes pouco vivenciada, fortalecendo a “imagem do Estado Democrático de Direito, que exige participação dos sujeitos que estão submetidos a decisões a serem tomadas sobre situações que lhes digam respeito”<sup>9</sup>. Visto que, o

---

<sup>5</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coords.) *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 58

<sup>6</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 9.

<sup>7</sup> DIDIER JR., Fredie. Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. (coords.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 207-217

<sup>8</sup> Art. 6º: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 6 abr. 2020.

<sup>9</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.) *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 39-74



Código de Processo Civil de 1973 (CPC de 1973), com todo seu formalismo, rigidez e rigor normativo, não seguia essa tendência colaborativa.

Daniel Mitidiero destaca que o Código Buzaid (assim chamado o CPC de 1973) tinha como características a individualidade, a patrimonialidade e o foco em uma tutela repressiva.<sup>10</sup> Isso em razão de adotar o modelo inquisitivo,<sup>11</sup> conhecido também como publicista, no qual “o órgão jurisdicional assume a função de protagonista principal da relação processual”,<sup>12</sup> ou seja, “o magistrado é quem realiza a maior parte da atividade processual, especialmente no que tange à condução, ao desenvolvimento e à instrução do processo”,<sup>13</sup> tendo uma atuação com expressivo protagonismo.

Segundo Bruno Garcia Redondo, a autonomia de vontade das partes (de convencionar sobre situações processuais), encontrou, como regra geral, espaço bastante limitado sob a égide do Código de 1973,<sup>14</sup> situação que difere do atual diploma normativo. O legislador deste, buscando a quebra daquele paradigma publicista para diminuir o protagonismo judicial, parte de premissa diversa e se funda no princípio da adequação, em que são dotados de poderes tanto o juiz quanto as partes, para promoverem as necessárias adaptações no procedimento<sup>15</sup>

Os códigos citados, por conseguinte, se fundamentam em premissas profundamente diferentes, principalmente, no que se refere a ampliação de poderes

---

<sup>10</sup> MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 183, p. 165-194, mai. 2010

<sup>11</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Negócios jurídicos processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 391-400

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 392

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 393

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 393

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 394



às partes, já que buscou o atual, maior “harmonização de diversos interesses”<sup>16</sup> e um equilíbrio entre os sujeitos.

Nesse contexto, Antônio do Passo Cabral pontua que “ampliar o poder de autorregramento das partes não implica na eliminação da atividade do juiz, porquanto o paradigma do processo cooperativo está na repartição do poder na condução do processo”.<sup>17</sup> Assim, se firma uma atuação conjunta nas demandas, em que a ação de uma figura não anula a atividade da outra.

### 3 O ARTIGO 190 DO CPC E SEUS DESDOBRAMENTOS.

O artigo 190<sup>18</sup> do vigente CPC, certamente, foi o principal dispositivo a consignar a proposta relatada acima e dar espaço a novos princípios processuais. De tal modo que permitiu, clara e expressamente, às partes, a realização de adequações por meio de acordos tanto no procedimento, quanto para tratar sobre seus ônus, poderes, deveres e faculdades processuais.<sup>19</sup> Com isso, o dispositivo mencionado,

---

<sup>16</sup> DOURADO, Sabrina. Negócios processuais na esfera recursal. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GOÉS, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Samo; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coords). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 531-549

<sup>17</sup> SOARES, Lara Rafaelle Pinho. A vulnerabilidade na negociação processual atípica. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GOÉS, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Samo; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias. (coords). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 277-297

<sup>18</sup> Art. 190: Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)> Acesso em: 10 abr. 2020

<sup>19</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Negócios jurídicos processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coords.) *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 391-400



“consagrou verdadeira cláusula geral de atipicidade de negócios processuais, sendo ampla a liberdade das partes para celebração de convenções processuais”.<sup>20</sup>

O entendimento conjunto do dispositivo supracitado e o artigo 200<sup>21</sup>, além do mais, evidencia a consagração de mais dois elementos vultosos ao ordenamento. Consoante Bruno Garcia Redondo, ante a clareza da redação desses dois preceitos jurídicos, o código consagrou, expressamente: (i) **princípio da adequação procedimental**: as partes podem promover adaptações no procedimento; (ii) **cláusula geral de atipicidade de negócios processuais**, ou cláusula geral de negociação: se refere à liberdade que detém as partes de convencionar; (iii) **princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes**: é a eficácia imediata das declarações de vontade das partes.<sup>22 23</sup>

Dessa forma, esses elementos favorecem excelentes aspectos às relações jurídicas, uma vez que homenageiam os propósitos basilares do Código de Processo Civil em vigor, com o intuito de proporcionarem celeridade, economia e efetividade às demandas.

Eis que se apresenta neste diploma, maior evidência ao instituto dos negócios jurídicos processuais – ou negócios processuais, apenas. Visto que, não se pode

---

<sup>20</sup> Ibidem, p. 395.

<sup>21</sup> Art. 200: Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 20 abr. 2020

<sup>22</sup> O autor dispõe, ainda, que essa eficácia imediata, ou seja, capaz de constituir, modificar ou extinguir, de plano, direitos processuais, se dará independentemente de homologação pelo juiz, ao qual é permitido o controle somente a posteriori e apenas aos defeitos relativos aos planos da existência e da validade das convenções. REDONDO, Bruno Garcia. Negócios jurídicos processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coords.). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 391-400

<sup>23</sup> Ibidem, p. 396-397



olvidar que este instituto não é uma inovação no ordenamento, porque o “Código de Processo Civil de 1973 já viabilizava a realização de negócios jurídicos processuais”.<sup>24</sup>

#### 4 NEGÓCIOS PROCESSUAIS NO CÓDIGO DE 1973.

Este código, basicamente, previa os negócios processuais típicos, materializando-os nas hipóteses de: eleição de foro (art. 111); desistência do recurso (art. 158 c/c art. 500, III); renúncia ao direito de recorrer (art. 502); suspensão convencional do processo (art. 265, II); adiamento da audiência por convenção das partes (art. 453, I); prorrogação da competência territorial pelo silêncio do réu (art. 114); entre outros.<sup>25</sup>

Resta, no entanto, posição doutrinária divergente quanto a previsão de somente negócios processuais típicos no abolido diploma. Pois parte dela defende a ideia de que ele previa também negócios atípicos. Nesse sentido, Lúcio Grassi e Marina Motta<sup>26</sup> relatam que “alguns poucos processualistas acreditavam na possibilidade de realização dos negócios jurídicos processuais atípicos, com base no artigo 158”.<sup>27 28</sup> E se firmam na corrente de que o “Código revogado acolhia tanto os típicos quanto os atípicos”<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi de; GADELHA, Marina Motta Benevides. Negócios jurídicos processuais: “libertas quae sera tamen”. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GOÉS, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias. (coords.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 331-351

<sup>25</sup> FACÓ, Juliane Dias. A aplicação do art. 190 do CPC/2015 ao processo do trabalho: compatibilidade dos negócios processuais atípicos com o ordenamento trabalhista. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GOÉS, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coords). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 249-275

<sup>26</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi de; GADELHA, Marina Motta Benevides. Negócios jurídicos processuais: “libertas quae sera tamen”. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GOÉS, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coords). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 331-351

<sup>27</sup> Art. 158: Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais. BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 22 abr. 2020



Diante disso, com as convenções que já contava o código anterior, sendo, principalmente, as típicas, conforme corrente majoritária da doutrina, o que fez o legislador do diploma vigente foi dar maior destaque aos métodos de autocomposição. Bem como ampliar o rol dos negócios processuais típicos e aperfeiçoar alguns já existentes,<sup>30</sup> porque mesmo já disciplinados anteriormente, eles ainda não tinham notoriedade suficiente no ordenamento.

## 5 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS - NOÇÕES FUNDAMENTAIS

Os negócios processuais, sobretudo, são possibilidades diversas que dispõem os litigantes para solucionar suas lides, observados os limites necessários para isso. Nesse sentido, para Didier e Nogueira, “negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”.<sup>31</sup>

Logo, é indubitável a pertinência do referido instituto para um melhor deslinde dos processos, pois parte da premissa de maior participação conjunta entre os sujeitos processuais, a fim de se alcançar uma decisão justa, efetiva e célere.

No que concerne à derivação dos negócios jurídicos processuais, sucede que a noção de negócio jurídico processual deriva da própria noção de negócio jurídico

---

<sup>28</sup> Nesse sentido, os autores citaram, dentre outros, que um exemplo corriqueiro de negócios jurídicos processuais atípicos sob a égide do Código de Processo Civil seria em relação as alegações finais do processo pelo rito ordinário, que poderia mediante acordo ser substituída por entrega de memoriais ou até mesmo dispensada. GOUVEIA, Lúcio Grassi de; GADELHA, Marina Motta Benevides. Negócios jurídicos processuais: “libertas quae sera tamen”. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GOÉS, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coords). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 331-351.

<sup>29</sup> Ibidem, p. 334

<sup>30</sup> Op. cit., p. 253

<sup>31</sup> DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 59-60



associada à de ato processual.<sup>32</sup> Citado por Didier, Antônio do Passo Cabral, completa que, “o negócio jurídico é fonte de norma jurídica processual e, assim, vincula o órgão julgador, que, em um Estado de Direito, deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas válidas, inclusive as convencionais”.<sup>33</sup>

Relativamente à aceitação dos negócios processuais, existe divergência doutrinária. O tema é pulsante na doutrina brasileira e desperta o estudo e produção acadêmica,<sup>34</sup> situação que, conseqüentemente, impulsiona ideias divergentes. Assim, parte da doutrina se posiciona contrária ao negócio jurídico processual,<sup>35</sup> sob o argumento de que afronta a segurança jurídica e o devido processo legal.<sup>36</sup> Na concepção de Leonardo Carneiro da Cunha:

Em suma, as opiniões contrárias à existência dos negócios processuais partem do pressuposto de que somente há negócio jurídico se os efeitos produzidos decorrerem direta e expressamente da vontade das partes, o que não ocorreria no processo, ou porque os efeitos decorrem da lei, ou porque seria necessária a intervenção judicial para que se produzam<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais - Existência, validade e eficácia - Campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 244, p. 4. jun. 2015

<sup>33</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais: entre publicismo e privatismo. Tese de Livre-docência. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015, p. 240. Apud. DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2018

<sup>34</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 39-74.

<sup>35</sup> Nesse sentido, Eduardo Talamini explica: “Por muito tempo controverteu-se acerca da própria existência de negócios jurídicos *processuais*. Para a corrente contrária à existência dessa categoria, haveria apenas negócios jurídicos materiais com conseqüências processuais: a vontade do sujeito seria relevante para a definição do conteúdo e efeitos materiais; o efeito processual seria prefixado em lei.” TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 104, out. 2015. Disponível em: <<https://www.justen.com.br/pdfs/IE104/Eduardo-um%20processo-pra-chamar.pdf>> Acesso em: 01 jun. 2020.

<sup>36</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020

<sup>37</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 39-74





A doutrina pátria, no entanto, se firma no sentido de que os negócios jurídicos processuais existem. O autor supracitado, relaciona Luiz Fux, José Eduardo Carneira Alvim, Luiz Guilherme Marinori, Sérgio Cruz Arenhart e Leonardo Greco, como alguns apoiadores desse instituto, pois admitem a existência de negócios jurídicos processuais em suas obras.<sup>38</sup>

Pois bem, partindo do pressuposto de que os negócios processuais existem no mundo jurídico, pois seguirá o presente estudo essa corrente doutrinária, mister se faz tecer considerações gerais a seu respeito.

Os negócios processuais podem dividir-se em **típicos** e **atípicos**.

**Típicos** são os expressamente previstos em lei. Ou seja, são os “encontrados em dispositivos esparsos e específicos”<sup>39</sup> do novel diploma. Neles é dispensável o esforço da parte na sua regulação, por ser previsto e regulado por lei, porque, ainda que os negócios jurídicos impliquem liberdade de celebração e de estipulação em atenção à autonomia privada e autorregulação de interesses, isso não impede que determinados tipos sejam preditos pela legislação<sup>40</sup>. Então, os já determinados nos diplomas normativos são os chamados negócios jurídicos processuais típicos.

Os **atípicos**, por sua vez, são os que encontram respaldo jurídico no artigo 190 do vigente CPC. Nesse viés, propõe Fredie Didier Jr.:<sup>41</sup>

Há a possibilidade de celebração de negócios processuais atípicos, lastreados na cláusula geral de negociação sobre o processo, prevista no art. 190, CPC, a principal concretização do princípio ao autorregramento processual.

---

<sup>38</sup> Ibidem, p. 52

<sup>39</sup> GARJADONI, Fernando da Fonseca. et al. Teoria Geral do Processo: parte geral: comentários ao CPC de 2015. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

<sup>40</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 39-74.

<sup>41</sup> DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2018



Desse modo, os negócios processuais **atípicos** são os engendrados pelas partes que não se encaixam nos tipos legais, estruturados de modo a atender às suas conveniências e necessidades.<sup>42</sup> Dando causa à chamada flexibilização do procedimento pelas partes, que o torna mais adequado, em homenagem ao princípio da adequação procedimental. Em síntese, negocia-se sobre o processo, alterando suas regras, e não sobre o objeto litigioso do processo”.<sup>43</sup>

Os negócios típicos poderão ser de natureza **unilateral**, **bilateral** ou **plurilateral**. Em contrapartida, os atípicos só poderão ser bilaterais.<sup>44</sup> Os unilaterais se perfazem pela manifestação de somente uma vontade, enquanto os bilaterais, pela manifestação de duas vontades. Os plurilaterais, por sua vez, são os formados pela vontade de mais de dois sujeitos.<sup>45</sup>

Em relação ao requisito de existência dos negócios processuais, estes têm como elemento nuclear “a manifestação ou declaração consciente de vontade, de uma ou de ambas as partes, visando o autorregramento de uma situação jurídica simples ou da eficácia de uma relação jurídica”.<sup>46</sup> E quanto a validade dos negócios jurídicos processuais, é necessário observar a previsão do artigo 104 do Código Civil.<sup>47</sup> Os

---

<sup>42</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 39-74

<sup>43</sup> DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: Revista Brasileira de Advocacia, vol. 1, ano 1. Flávio Luiz Yarshell (coord.). São Paulo: *Revista dos Tribunais*, abr-jun. 2016, p. 65

<sup>44</sup> GARJADONI, Fernando da Fonseca. et al. Teoria Geral do Processo: parte geral: comentários ao CPC de 2015. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019

<sup>45</sup> DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 106-107

<sup>46</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano de existência, 14. ed., ver. São Paulo: Saraiva, 2007. p. apud DE ATAÍDE, Jaldemiro Rodrigues. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 289-314

<sup>47</sup> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei. BRASIL. Lei nº 10.406 de 10



requisitos serão: “ser celebrado por pessoa capaz; possuir objeto e objetivo lícitos; obedecer a forma prescrita ou não defesa em lei e, a perfeição da manifestação de vontade, isto é, livre de vícios”.<sup>48</sup>

Assim sendo, os requisitos supracitados são básicos e essenciais. Faz-se necessário, portanto, atentar-se ao cumprimento destes, para que os acordos processuais não sofram nulidades ou anulabilidades pela não observância dos pressupostos basilares. Feitas as considerações pertinentes ao tema como forma de abordagem introdutória ao próximo tópico, abordar-se-á, doravante, os negócios processuais com enfoque no sistema recursal.

## 6 DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO ÂMBITO RECURSAL.

### 6.1 Breves abordagens quanto aos recursos.

Para melhor abordagem da matéria é preciso registrar breves ponderações quanto ao sistema recursal, que será o objeto de análise para aplicação dos acordos processuais tratados. O sistema abordado no presente trabalho é o *sistema recursal cível*, considerado o mais comum e geral, porquanto apesar de existirem seis, praticamente todos eles, ainda que de forma reflexa, se apoiam nos dispositivos do sistema cível.<sup>49</sup>

---

de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> Acesso em: 15 jun. 2020

<sup>48</sup> ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 289-314

<sup>49</sup> Segundo o autor, há seis sistemas processuais recursais no direito brasileiro: cível, falimentar, penal, trabalhista, eleitoral e militar. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014



Quanto a definição específica de recurso, embora tenha no vernáculo inúmeras definições para o termo recurso,<sup>50</sup> o que nos interessa aqui, é entender seu significado conforme a terminologia jurídica. O doutrinador Gediel Claudino de Araújo<sup>51</sup> aponta em sua obra destinada à prática dos recursos, definição quanto ao ponto:

Dentro dessas perspectivas, o recurso procura atender à necessidade humana de revisão da decisão desfavorável, bem como garantir o acerto, dentro do possível, da decisão judicial. Destarte, o instituto do recurso pode ser conceituado como o direito, a faculdade, que a parte vencida, no todo ou em parte, tem de provocar o reexame da decisão judicial, com escopo de sua reforma ou modificação por órgão hierarquicamente superior. Em face desta definição, pode-se concluir que o pressuposto básico de qualquer recurso é a *sucumbência*, que nada mais é do que a desconformidade entre o que foi pedido e o que foi concedido pelo Estado-juiz.

Logo, “o termo *re cursus* suscita a ideia de um “curso para trás””, como que engendrando um retrospecto da causa para ulterior reexame”.<sup>52</sup> Isto denota exatamente a ideia de recurso no instituto jurídico-processual, que é a de poder rever algum inconformismo, revisar atos processuais, averiguar eventual falha em decisões judiciais e conferir questões suscitadas no processo, por exemplo.<sup>53</sup>

Em síntese, o Ministro Luiz Fux o bem define e pontua que: “o recurso é o instrumento jurídico processual através do qual, a parte ou outrem autorizado por lei pleiteia, voluntariamente, o reexame da decisão, com o fim de modificá-la, cassá-la

---

<sup>50</sup> Recurso. [Do lat. *recursu*.] S.m. 1. Ato ou efeito de recorrer. 2. Auxílio, ajuda, socorro, proteção. 3. Meio, expediente. 4. Meio pecuniário; numerário. 5. Meio para resolver um problema; remédio, solução. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio da língua portuguesa. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010

<sup>51</sup> JÚNIOR, Gediel Claudino de Araújo. *Prática de recursos no processo civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2018

<sup>52</sup> FUX, Luiz. A desistência recursal e os recursos repetitivos. BDJur, Brasília, DF, 10 fev. 2010. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/27102>> Acesso em: 16 mai. 2020

<sup>53</sup> SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014



ou integrá-la”<sup>54</sup> Destaca-se, assim, a natureza voluntária que os recursos apresentam, tendo os jurisdicionados a faculdade de recorrer, e não obrigação, salvo os casos previstos em lei.<sup>55</sup>

É notório que o recurso é um ato solene e sujeita-se as exigências legais, a fim de ser conhecido e admitido<sup>56</sup> Araken de Assis preconiza que “quando admissível o recurso, mercê do cumprimento desses requisitos, se diz que ele é conhecido; inadmissível, ele é não conhecido”.<sup>57</sup>

Assim, são cabíveis os tipos recursais previstos no rol do artigo 994 do CPC, quais sejam: apelação; agravo de instrumento; agravo interno; embargos de declaração; recurso ordinário; recurso especial; recurso extraordinário; agravo em recurso especial ou extraordinário e embargos de divergência. Cumpre destacar, sobretudo, que “o recurso instrumentaliza o direito de recorrer, que guarda notáveis similitudes com o direito de agir”<sup>58</sup> e ambos exigem obediência a requisitos prévios.

No entanto, os pressupostos de admissibilidade recursal diferem dos requisitos da ação (condições da ação), ainda que possa se fazer certa analogia entre eles.<sup>59</sup> “À averiguação do cumprimento dos pressupostos necessários à apreciação do mérito

---

<sup>54</sup> FUX, Luiz. A desistência recursal e os recursos repetitivos. BDJur, Brasília, DF, 10 fev. 2010. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/27102>> Acesso em: 16 mai. 2020

<sup>55</sup> Os casos previstos em lei que exigem que haja uma espécie de recurso, são os chamados de duplo grau obrigatório de jurisdição. “A "voluntariedade" que marca os recursos distingue-os daquelas causas em função das quais a lei impõe uma dupla aferição jurisdicional antes de torná-las eficazes. Referimo-nos aos casos denominados de duplo grau obrigatório de jurisdição”. Ibidem, p. 2

<sup>56</sup> DOURADO, Sabrina. Negócios processuais na esfera recursal. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GOÊS, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coords). Negócios Processuais. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1, p. 531-549

<sup>57</sup> ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 293

<sup>58</sup> Op. cit

<sup>59</sup> MARTINI, Taís Cristina Carrero Zequini. Breves considerações sobre pressupostos recursais no novo Código de Processo Civil. São Paulo, out. 2015. *Caderno de Direito Processual Civil*. Disponível em:

<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/breves-consideracoes-sobre-pressupostos-recursais-no-novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em: 06 mai. 2020



recursal, dá-se o nome de juízo de admissibilidade, o qual é obrigatório”.<sup>60</sup> Cada espécie recursal, entretanto, possui suas particularidades legais, com seus devidos requisitos a serem observados quando da interposição, além dos que a todos se aplicam.

Estes são os chamados **requisitos genéricos** de admissibilidade, que de um modo geral, são aqueles exigidos e aplicáveis a toda e qualquer espécie de recurso.<sup>61</sup> A doutrina majoritária se firma no sentido de que os requisitos genéricos são divididos em requisitos intrínsecos e extrínsecos.<sup>62</sup> Destarte, José Carlos Barbosa Moreira em sua classificação tradicional, propôs essa divisão em dois grupos, considerando os intrínsecos como sendo os atinentes à própria existência do direito de recorrer, que compreende o cabimento, a legitimidade, o interesse em recorrer e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; e os extrínsecos como os concernentes ao exercício daquele direito, que são a tempestividade, a regularidade formal e o preparo.<sup>63</sup>

Por consequência, é consabida a relevância dos recursos no ordenamento jurídico para se alcançar uma prestação jurisdicional efetiva, que esperam aqueles que recorrem ao Poder Judiciário. Considerando as notáveis mudanças processuais ocorridas, em que, por exemplo, concedeu-se maior autonomia às partes, é preciso buscar compreender até que ponto podem valer-se de tal autonomia, quando a demanda visar a instância recursal. É o que adiante se demonstrará.

## 6.2 Aplicabilidades dos negócios processuais.

---

<sup>60</sup> SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

<sup>61</sup> Op. cit.

<sup>62</sup> PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. Os pressupostos de admissibilidade recursal. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/admissibilidade.pdf>> Acesso em: 20 mai. 2020

<sup>63</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012



No que concerne a seara recursal, é preciso compreender que a fixação de negócios jurídicos processuais, parece ser, ainda, pouco notória, um tanto limitada. A propósito, questiona-se, é possível esse tipo de celebração na esfera recursal? No âmbito da primeira instância, a aplicabilidade tem sido vultosa, tendo a disposição das partes inúmeras opções para que convençionem entre si, conforme já elucidado. E no contexto dos solenes recursos, as possibilidades também se fazem presentes.

Certamente, tudo visto até aqui segue o objetivo de atender aos propósitos vislumbrados pelo vigente Códex processual. A pretensão da nova lei, como já visto alhures, teve “a tentativa de conferir ao processo uma marcha cuja duração fosse razoável sem a perda da qualidade de atuação dos órgãos que compõem o Poder Judiciário”<sup>64</sup> e, “no mesmo passo, evitar a tão debatida morosidade.”<sup>65</sup> Logo, buscam- se meios para aluir esse cenário.

A Ministra Nancy Andrighi, em trecho de voto proferido no acórdão do Resp 1.738.656/RJ<sup>66</sup>, bem pontuou quanto a questão:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INVENTÁRIO. CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO. CLÁUSULA GERAL DO ART. 190 DO NOVO CPC. AUMENTO DO PROTAGONISMO DAS PARTES, EQUILIBRANDO-SE AS VERTENTES DO CONTRATUALISMO E DO PUBLICISMO PROCESSUAL, SEM DESPIR O JUIZ DE PODERES ESSENCIAIS À OBTENÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA,

CÉLERE E JUSTA. [...] 4. O novo CPC, pois, pretende melhor equilibrar a constante e histórica tensão entre os antagônicos fenômenos do contratualismo e do publicismo processual, de modo a permitir uma maior participação e contribuição das partes para a obtenção da tutela jurisdicional

<sup>64</sup> DOURADO, Sabrina. Negócios processuais na esfera recursal. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GOÉS, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coords). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 531-549

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 531

<sup>66</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso especial n. 1.738.656-RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado no DJe de 05 dez. 2019



efetiva, célere e justa, sem despir o juiz, todavia, de uma gama suficientemente ampla de poderes essenciais para que se atinja esse resultado, o que inclui, evidentemente, a possibilidade do controle de validade dos referidos acordos pelo Poder Judiciário, que poderá negar a sua aplicação, por exemplo, se houver nulidade. [...] (STJ, 2019, on-line)

Assim, a intenção de integrar as atuações para se obter um resultado satisfatório capaz de mudar a realidade judiciária é evidente. No entanto, ainda assim, a morosidade jurisdicional é um aspecto que não pode ser desconsiderado, por tratar-se de situação real, ocasionada pelo enorme volume de demandas. Fato que transmite à sociedade sensação de deficiência na prestação da justiça, por esta não alcançar com louvor sua função de garantir a pacificação social.

É sabido, todavia, que não está nos recursos a responsabilidade primária para a demora na entrega da prestação jurisdicional, mas, imputa-se, com frequência, a eles o título de vilão da morosidade processual.<sup>67</sup> Os ditos negócios processuais, paralelo aos demais tipos de autocomposição,<sup>68</sup> bem como a implantação do processo judicial eletrônico, dentre outras medidas, têm se mostrado importantes meios para melhorar o cenário temporal das causas judiciais.

Se faz imprescindível, à vista disso, explorar a aplicação desse instituto no âmbito do segundo grau. Ou seja, se é possível estabelecer harmonia entre as convenções processuais e a dinâmica dos recursos. Isto posto, buscar-se-á compreender, no que for possível, as possibilidades e vedações do emprego de

---

<sup>67</sup> RETES, Tiago Augusto Leite. **Limites às convenções processuais na sistemática recursal do processo civil brasileiro**. 2018. 140f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte

<sup>68</sup> Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral relata: “Dentre as diversas espécies de atividades e métodos de autocomposição, a resolução destaca a negociação (art. 8º), a mediação (arts. 9º e 10), a conciliação (arts. 11 e 12), as práticas restaurativas (art. 13 e 14) e, no que mais nos interessa, as convenções processuais, citadas juntamente com os outros tipos de mecanismos autocompositivos nos arts. 6º, IV e V, e 7º, e disciplinadas com maior detalhamento na Seção V, nos arts. 15 a 17. CABRAL, Antonio do Passo. A resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 709-725





negócios processuais no âmbito recursal, sem ter, no entanto, o condão de esgotar todas as viáveis pactuações nessa esfera.

Por conseguinte, inicialmente, sucede quanto aos casos que envolvem requisitos de admissibilidade, citados no tópico acima.

### *6.2.1 Negócios processuais nos requisitos de admissibilidade.*

Quanto ao **cabimento**, requisito utilizado para verificar qual recurso dentre as opções do artigo 994 do CPC concatena melhor com a espécie da decisão que será recorrida, entende-se não ser possível. “Haveria violação ao ditame da segurança jurídica, valor de inestimável importância”.<sup>69</sup> Por possuir natureza taxativa, porquanto bem definidos no rol do artigo mencionado os tipos cabíveis para rever decisões judiciais, não se mostra adequado convenções processuais para este requisito.

Nesse sentido, o doutrinador Araken de Assis<sup>70</sup> esclarece:

nenhum ordenamento jurídico pode deixar à autonomia dos litigantes a instituição dos meios hábeis para impugnar as resoluções judiciais. Razões do mais elevado interesse público exigem que os litígios sejam extintos no menor tempo possível. Esse objetivo jamais se mostraria realizável na hipótese de o vencido, por iniciativa própria, criar mecanismo para impugnar o pronunciamento do órgão judiciário. Em tal contingência, o processo se prolongaria indefinidamente ou, no mínimo, seu término dependeria da aquiescência do vencido ao provimento. À vontade convergente das partes tampouco se concede a possibilidade de instituir via de impugnação. Só a lei federal, então, pode disciplinar os recursos, no uso da competência legislativa estipulada no art.

<sup>69</sup> DOURADO, Sabrina. Negócios processuais na esfera recursal. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GOÉS, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coords). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 531-549.

<sup>70</sup> ASSIS, Araken de. Manual dos recursos (livro eletrônico). 1. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2016.



22, I, da CF/1988, e, por conseguinte, sua tipificação é predeterminada.

Em suma, verifica-se que houve certa preocupação do legislador em deixar bem delimitado o rol de cabimento recursal, para não tornar infundo o processo. “O referido princípio tem como principal objetivo a conciliação da celeridade com a justiça e segurança do provimento jurisdicional”.<sup>71</sup> Sem dúvida, se as partes agissem conforme seus interesses, para criar um novo meio de impugnação que fosse mais adequado à sua demanda, seria improvável atingir este objetivo.

Além do que, a situação exposta configura um flagrante caso de afronta ao princípio da taxatividade. Este traduz que a existência dos recursos se subordina a expressa previsão legal, ainda que não seja a do estatuto de processo.<sup>72</sup> Tratando-se, pois, de matéria de reserva legal. Logo, não se mostra razoável e nem lícito, permitir a ocorrência de negócios processuais entre as partes sobre o cabimento e da criação de novos meios impugnatórios.

Inclusive, essa impossibilidade de negociação acerca da criação de novas modalidades recursais, se dá também em respeito aos princípios da igualdade e celeridade processual. Dado que, fosse isso permitido, as partes dispostas a acordar teriam mais chances de ter sua demanda analisada mais de uma vez pelo Poder Judiciário. Situação que se afiguraria como injusta e desigual perante os demais

---

<sup>71</sup> NERY JR., Nelson. Teoria geral dos recursos. 6. Ed. Atual. Ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 49. apud. LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 613-648.

<sup>72</sup> ASSIS, Araken de. Manual dos recursos (livro eletrônico). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016



jurisdicionados.<sup>73</sup> Além de ser um estímulo para congestionar ainda mais os tribunais pátrios, comprometendo a celeridade.

No tocante a **legitimidade**, o artigo 996 do CPC positiva que “o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica”.<sup>74</sup> Legalmente, são estes os legitimados para interpor recurso. No entanto, poderia um terceiro adquirir legitimidade para recorrer em nome da parte? A questão aqui é verificar se por meio de um negócio jurídico seria possível conceder essa legitimidade.

É preciso, inicialmente, ter bem definido o que se entende por terceiro. Segundo Barbosa Moreira, “é terceiro quem não seja parte, quer nunca o tenha sido, quer haja deixado de sê-lo em momento anterior àquele que se profira decisão”.<sup>75</sup> Embora haja previsão expressa<sup>76</sup> de que os terceiros prejudicados podem recorrer, o ponto nodal aqui é compreender se resta possibilidade de terceiros alheios ao prejuízo, ou seja, aqueles que não foram assistentes ou litisconsortes na lide, recorrerem no lugar da parte. “Seria, em verdade, uma forma de intervenção de terceiro atípica”.<sup>77</sup>

---

<sup>73</sup> LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 613-648

<sup>74</sup> Art. 996. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica. BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 23 abr. 2020

<sup>75</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Direito Processual Civil – Ensaios e Pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 55. apud. LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 613-648

<sup>76</sup> De acordo com o parágrafo único do artigo 996 do CPC: Cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual. BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 23 abr. 2020

<sup>77</sup> LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 613-648.



Pois bem. O posicionamento quanto a isso é positivo. Estender a legitimidade por meio de um negócio processual atípico é uma das possibilidades de convenção na seara recursal.

Embora decorra da lei os legitimados recursais, dando vigência ao artigo 190 do CPC que permite negociar também sobre situação jurídicas, isso pode ser flexibilizado. Deste modo, ainda que a regra geral seja a de ser necessário existir interesse jurídico no objeto da demanda para que se intervenha, pode tal ato ser factível por meios negociais atípicos. Nesse caso, deixa de ser primordial verificar o interesse como requisito, em virtude de que esse poderá ser jurídico, econômico, político ou fático.<sup>78</sup>

Além disso, o enunciado 491 do Fórum Permanente de Processualistas Civis afirma que: “É possível negócio jurídico processual que estipule mudanças no procedimento das intervenções de terceiros, observada a necessidade de anuência do terceiro quando lhe puder causar prejuízo.” Logo, não resta óbice no ordenamento jurídico quanto a essa flexibilização, o que, conseqüentemente, autoriza que um sujeito pleiteie em nome próprio direito alheio, em consonância com o previsto no artigo 18 do CPC.<sup>79</sup>

Em reforço ao delineado, no entanto, já ressaltando que o controle citado nada tem a ver com homologação, dado que as convenções não dependem dessa validação,<sup>80</sup> Fredie Didier Junior<sup>81</sup> sustenta, coerentemente, que:

---

<sup>78</sup> Ibidem, p. 630

<sup>79</sup> Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2020

<sup>80</sup> FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, Enunciado n. 133. (Art. 190; art. 200, parágrafo único) Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial. (Grupo: Negócios Processuais) Disponível em:<<http://civilemobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>> Acesso em: 10 abr. 2020



De todo modo, seja uma intervenção de terceiro atípica, seja uma intervenção de terceiro típica, cabe ao órgão jurisdicional controlar o ingresso de terceiro no processo. No caso de intervenção típica, o controle se limita à verificação os requisitos legais para a intervenção; no caso da intervenção de terceiro de origem negocial, o controle se restringe ao exame do negócio processual: de sua validade (se as partes eram capazes, p. ex) e de seu conteúdo (verificar, p. ex., se o terceiro que pretende ingressar é aquele autorizado pelo negócio).

Além do que, tomando como base os mesmos fundamentos acima expostos, é possível estender, por meio de uma convenção, a possibilidade de recursos serem interpostos por meio dos assistentes simples de uma demanda, ainda que o assistido não o faça. Isso porque, “limita-se o assistente a auxiliar a parte principal, utilizando-se dos meios processuais postos à disposição dela (poderá requerer provas, apresentar razões de mérito etc.)”.<sup>82</sup>

Dessa maneira, atuará o assistente como legitimado extraordinário,<sup>83</sup> não havendo objeção para que este opere pela via recursal em busca da defesa dos interesses que lhe recaiam, porquanto “autoriza-se negocialmente o assistente simples a interpor recurso, em nome próprio, na defesa dos interesses do assistido (e, consequentemente, dos seus próprios interesses)”.<sup>84</sup>

Quanto ao requisito da **tempestividade**, tem-se que para ser admissível um recurso este deve ser interposto no prazo fixado em lei. Importa saber que esse prazo é o chamado prazo **legal**, pois positivado no artigo 1.003, § 5º do CPC;<sup>85</sup> **próprio**, já

---

<sup>81</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 541

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 546

<sup>83</sup> *Ibidem*

<sup>84</sup> LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 613-648

<sup>85</sup> Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão. § 1º Os sujeitos previstos no caput considerar-se-ão intimados em audiência quando nesta for proferida a decisão. § 2º Aplica-se o disposto no art. 231, incisos I a VI, ao prazo de interposição de



que se trata de prazo a ser cumprido pelas partes por meio de seus procuradores e, em princípio, **peremptório**, que não pode ser alterado pelas partes e nem pelo juiz.<sup>86</sup>

Na definição de recurso dada por Bernardo Pimentel Souza, o autor ratifica isso ao pontuar que se trata de um ato processual que pode ser praticado voluntariamente pelas partes legitimadas, em prazo peremptório.<sup>87</sup>

Ademais, é preciso compreender que a tempestividade garante segurança jurídica e estabilidade ao processo, no sentido de não permitir que se pratique o ato quando precluso por transcurso de prazo, para que a demanda caminhe para frente. Além disto, enquanto requisito de admissibilidade de recurso, o não cumprimento, conseqüentemente, leva a formação da coisa julgada, situação ainda mais preocupante aos envolvidos.<sup>88</sup>

Tudo isso leva a crer, pela impossibilidade de dilatar ou reduzir os prazos para interposição de recursos, através de pactuação, por serem peremptórios e relevantes para que a demanda siga seu curso.

No entanto, amparado pelo artigo 190 do CPC o cenário se torna outro. Sendo permitido, então, que haja, por meio de convenção entre as partes, a alteração dos prazos recursais, seja para majoração ou diminuição, concedendo, até mesmo, por

---

recurso pelo réu contra decisão proferida anteriormente à citação. § 3º No prazo para interposição de recurso, a petição será protocolada em cartório ou conforme as normas de organização judiciária, ressalvado o disposto em regra especial. § 4º Para aferição da tempestividade do recurso remetido pelo correio, será considerada como data de interposição a data de postagem. § 5º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias. § 6º O recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 6 abr. 2020.

<sup>86</sup> DONIZETTI, Elpídio. Os prazos recursais. São Paulo, set. 2016. GenJurídico. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/09/07/os-prazos-processuais/>> Acesso em: 06 abr. 2020.

<sup>87</sup> SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>88</sup> LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 613-648



meio do artigo 222 do CPC,<sup>89</sup> poderes ao Juiz para tanto, desde que tenha anuência das partes.

Assim sendo, especificamente quanto a interposição e impugnação recursal, é possível que as partes firmem um negócio processual, como por exemplo, o de “estabelecer que a apelação deverá ser interposta no prazo de vinte dias, e não de quinze”.<sup>90</sup> Bem como, que a impugnação será em vinte e não em quinze dias.

Nesse sentido também, é o **enunciado nº 19 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**, que admitiu alguns negócios processuais relevante à esfera recursal, como o acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, dentre outros.<sup>91</sup>

Isto posto, há que se falar sobre a possibilidade de flexibilizar o requisito do **preparo**, que “é o recolhimento das custas e despesas processuais, inclusive porte de

---

<sup>89</sup> Art. 222. Na comarca, seção ou subseção judiciária onde for difícil o transporte, o juiz poderá prorrogar os prazos por até 2 (dois) meses. § 1º Ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes. § 2º Havendo calamidade pública, o limite previsto no caput para prorrogação de prazos poderá ser excedido. BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 24 abr. 2020.

<sup>90</sup> DONIZETTI, Elpidio. Os prazos recursais. São Paulo, set. 2016. GenJurídico. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/09/07/os-prazos-processuais/>> Acesso em: 06 abr. 2020

<sup>91</sup> FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CÍVILS, Enunciado n. 19. (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso<sup>14</sup>, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba). Disponível em: <<http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2020



remessa e retorno dos autos”.<sup>92</sup> Esse não se trata de um requisito que pode ser dispensado, por conta da deserção. Nem tampouco se encontra no poder das partes decidir quanto ao pagamento, comprovação ou redução de valor. “Isso porque é ao Poder Judiciário que cabe zelar pela regular comprovação do recolhimento dos tributos a ele relacionados”.<sup>93</sup>

Logo, só caberá aos litigantes definir negocialmente, se for o caso, quem será o responsável por esse pagamento ao final da lide, se haverá rateio ou não, conforme expresso no enunciado citado. Destarte, não se mostra aceitável que haja negócio processual relativamente ao preparo e suas implicações.

No que concerne a **regularidade formal**, requisito em que se verifica a forma dos recursos, ou seja, quais requisitos legais devem ser cumpridos quando da interposição de determinado tipo de recurso, verifica-se certa rigidez. De fato, “o recurso, como os atos processuais em geral, deve obediência à forma, *modus procedenti*, prevista em lei. Não se pode, por exemplo, interpor o recurso de apelação oralmente”.<sup>94</sup> Em vista disso, a vontade das partes não pode ter o condão de interferir nos preceitos exigidos, devendo cumpri-los conforme prescrito em lei.

Em relação ao **interesse recursal**, se mostra perigosa a possibilidade de permitir negociação, vez que abrir-se-ia margem para aviltar a boa-fé. Isto porque, o

---

<sup>92</sup> JÚNIOR, Gediel Claudino de Araújo. *Prática de recursos no processo civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2018

<sup>93</sup> LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 613-648

<sup>94</sup> JÚNIOR, Gediel Claudino de Araújo. *Prática de recursos no processo civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2018.





litigante poderia usar do recurso tão somente com o fito de protelar e ganhar tempo<sup>95</sup>. Além disso, Julia Lipiani e Marília Siqueira sustentam:

Afinal, ao dispensar, por meio de negócio processual, a verificação do interesse, não haverá como justificar a continuidade da atuação do Estado, uma vez que, se não há interesse, não há como justificar o não estabelecimento imediato do estado de certeza, nem tampouco os gastos de tempo e dinheiro com a manutenção do processo<sup>96</sup>.

Dessa forma, além da probabilidade de tornarem os recursos meios protelatórios com a ausência de interesse, este, enquanto requisito de admissibilidade, também se trata de uma das justificativas para prosseguir com a demanda. Então, não existindo interesse, não resta justificativa para que se prossiga com a prestação jurisdicional. A supressão negocial com relação ao interesse recursal, pois, não se mostra viável ao ordenamento jurídico.

### *6.2.2 Negócios processuais relativamente à renúncia e limitação de instância.*

Inicialmente, importa relembrar que os recursos conforme visto alhures, não se tratam de um dever jurídico, exatamente por sua natureza voluntária. São, no entanto, um ônus processual, fato que, conseqüentemente, ainda que não apresentem recurso algum no processo, não sofrerão as partes nenhuma punição, podendo ocasionar, no

---

<sup>95</sup> DOURADO, Sabrina. Negócios processuais na esfera recursal. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GOÉS, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coords). Negócios Processuais. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 531-549

<sup>96</sup> LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 613-648



entanto, em algumas dessas situações em que se vislumbra alterar situações jurídicas, uma condição inferior.<sup>97</sup>

É o raciocínio seguido por Dinamarco e Lopes<sup>98</sup> ao enfatizarem que:

Diferentemente do cumprimento das obrigações e dos deveres, que se realiza em benefício de outro sujeito, o cumprimento dos ônus traz um benefício àquele que os cumpre, sempre em seu próprio interesse. Por isso o cumprimento dos ônus não pode ser exigido por quem quer que seja e seu descumprimento não é um ilícito, porque a ninguém prejudica, senão ao próprio sujeito que não os cumpre.

Então, não se discute quanto a dever de cumprimento quanto se trata de um ônus, como é o caso do direito de recorrer. Por isso, sendo o princípio da voluntariedade um dos primordiais quando se trata de recurso, é inegável concluir ser plenamente possível permitir e, considerar lícita, tal pactuação a respeito da renúncia recursal. “Se o direito de recorrer trata-se de direito potestativo, inexistem razões para que se impeça que as partes, isolada ou conjuntamente, abram mão de tal direito”.<sup>99</sup>

Ademais, legalmente falando, a própria lei processual civil preconiza no artigo 999<sup>100</sup> a possibilidade de renúncia unilateral. Com isso, não subsistem motivos aparentes para óbice de eventual convenção no que tange a renunciar ao direito de recorrer. À vista disso, tratar-se-á a renúncia de uma possibilidade tanto unilateral, quanto bilateral.

---

<sup>97</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017

<sup>98</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017

<sup>99</sup> LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 613-648

<sup>100</sup> Sobre o assunto, Gediel Claudino de Araújo Jr. destaca: “A renúncia, que deve ser expressa e só pode ocorrer antes da interposição do recurso, é negócio jurídico unilateral e independe da aceitação da outra parte. Nesse sentido, a norma do art. 999 do CPC que declara expressamente que “a renúncia ao direito de recorrer independe da aceitação da outra parte”. JÚNIOR, Gediel Claudino de Araújo. *Prática de recursos no processo civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 22



Nessa mesma perspectiva, outro negócio processual que, via de regra, também tem natureza de renúncia, é o **pacto de não recorrer**. Ou seja, mutua e previamente, as partes decidem que ambas não recorrerão. Destarte, entende-se por pacto de não recorrer, “a estipulação, no curso do processo, inclusive, para que a demanda tramite unicamente em uma determinada instância”.<sup>101</sup>

Assim, embora cada um detenha da sua liberdade de escolher entre recorrer ou não de certa decisão judicial, por meio de convenção as partes podem se manifestar, conjuntamente, sobre a vontade de não recorrer. Até mesmo ordenamentos jurídicos mundiais, como por exemplo, o francês e o português, admitem a supressão de instâncias, permitindo o pacto de prévia e conjunta renúncia ao recurso.<sup>102</sup> Por isso, prospera a possibilidade de se firmar convenções para que ambos não recorram, ou seja, para **limitar a instância do litígio**.

Entretanto, é vedada a supressão de primeira instância. O Enunciado n. 20 do FPPC,<sup>103</sup> engloba esse tipo de acordo como um dos não admissíveis ao ordenamento. Realmente, essa permissão provocaria uma espécie de **recurso por salto**, que é defeso no ordenamento, por ser imprescindível respeitar as competências arroladas na Constituição Federal, em seus artigos 102 e 105, em relação ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente.

---

<sup>101</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os Acordos de Procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 93-104. n. 60

<sup>102</sup> CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. In: *Accordi di Parti e Processo*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 27. Apud. NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os Acordos de Procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 93-104. n. 60

<sup>103</sup> FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, Enunciado n.20. (Art.190) Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância. (Grupo: Negócio Processual). Disponível em: <[http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de\\_Florian%C3%B3polis.pdf](http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de_Florian%C3%B3polis.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2020



Dessa forma, verifica-se não ser adequado permitir, por meio de uma convenção das partes, que estabeleçam qual Tribunal Superior será competente para processar o dito recurso. Existem correntes favoráveis a essa possibilidade,<sup>104</sup> no entanto, majoritariamente, entende-se correta a proibição do ordenamento sobre não permitir a ocorrência do chamado recurso por salto.

Acrescente-se ainda que, mesmo tendo sido firmado acordo de renúncia ao direito de recorrer que sustenta, também, a renúncia a oposição de embargos de declaração, é possível que se faça uma ressalva quanto ao ponto. Isto é, sabe-se que os embargos declaratórios não têm o condão de reformar ou invalidar uma decisão judicial, dado que este é cabível somente para indicar erro, obscuridade, contradição ou omissão.<sup>105</sup>

Nada impede, em suma, que seja pactuada a renúncia, “ressalvando a possibilidade de oposição de embargos declaratórios, de modo a evitar que o aperfeiçoamento e a integração da decisão fiquem impedidos por conta da convenção”.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> Antônio do Passo Cabral se mostra favorável ao recurso *per saltum* por meio de convenções processuais ao concluir: “O resultado da pesquisa demonstra que, embora exista óbice à supressão da primeira instância, o mesmo não se observa para as instâncias intermédias. É preciso, porém, mirar o direito positivo. No sistema brasileiro, ao contrário de outros países, não é possível interpor recursos especiais, para o STJ, saltando a instância de apelação. Todavia, como não há óbice normativo, é possível a interposição de recurso extraordinário *per saltum*. CABRAL, Antonio do Passo. Recurso per saltum negocial: convenção processual para supressão de instância. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 31, n. 1, p. 2-10, 27 mar. 2019. Disponível em: <<https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/7>>. Acesso em: 20 jun. 2020

<sup>105</sup> Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo. § 1º Aplica-se aos embargos de declaração o art. 229. § 2º O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada. BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2020

<sup>106</sup> LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1, p. 613-648



É importante observar ainda que, em havendo acordo quanto a renúncia, este não faz **coisa julgada aos terceiros não envolvidos no negócio processual**. Posto que somente se vinculam a estes aqueles que o firmaram<sup>107</sup>. Diante disso, pela possibilidade que existe de o terceiro interpor recurso, conforme supradito, não pode este ser afetado pelo pacto, no qual não anuiu expressamente.

Corroborando esse entendimento, o **Enunciado n. 402 do FPPC**<sup>108</sup> ao aduzir que “a eficácia dos negócios processuais para quem deles não fez parte depende de sua anuência, quando lhe puder causar prejuízo”. Resta, dessa forma, intacto o direito de o terceiro buscar seus interesses pela via recursal, por ser pessoa externa à convenção processual das partes.

Por todo o exposto, não se vislumbra óbice quanto a nenhuma dessas opções de negócios processuais abordadas acima, desde que atendam às exigências para tanto. Porém, é possível sustentar ainda uma vedação quanto a tudo isso, com base no **princípio do duplo grau de jurisdição**.

Noutras palavras, seria proibir tais convenções sob o argumento de não observância ao princípio citado, ferindo-o. Este, no entanto, não se trata de uma garantia constitucional. O texto constitucional todavia faz referência a ele, mas sem o garantir. Daí, posto que inexistente garantia constitucional ao duplo grau, pode-se limitar o direito de recorrer, restringindo-o, ou até mesmo, eliminando-o em certos casos.<sup>109</sup> Marinori sustenta “que a finalidade do duplo grau não é a de permitir o

---

<sup>107</sup>CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2018

<sup>108</sup>FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, Enunciado n.402. (Art.190) A eficácia dos negócios processuais para quem deles não fez parte depende de sua anuência, quando lhe puder causar prejuízo. (Grupo: Negócios processuais). Disponível em: <<http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2020

<sup>109</sup>NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 167-168. Apud LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. *Negócios*



controle da atividade do juiz, mas sim a de propiciar ao vencido a revisão do julgado”.<sup>110</sup>

Deste modo, o que se permite com esse princípio é a possibilidade de ser a demanda revista por um tribunal superior, sem, contudo, ser isso uma obrigação. Fala-se em obrigação exclusivamente para os casos previstos no artigo 496 do CPC<sup>111</sup>, que não se tratam de casos em que a revisão é facultativa, mas de reexame necessário.<sup>112</sup>

É de se concluir, dessa forma, que não se vislumbra óbice às convenções supramencionadas. Não constitui fundamento apto o de que existe violação ao princípio do duplo grau de jurisdição nos casos expostos neste tópico. Dado que os recursos decorrem de um ônus processual das partes, ante ao princípio da voluntariedade recursal e a renúncia, ou a limitação de instância, por exemplo, além de não violarem princípios, se traduzem em formas que visam conferir maior celeridade processual e, ainda, evitar recursos de cunhos protelatórios no âmbito dos Tribunais

---

jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 613-648.

<sup>110</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A prova, o princípio da oralidade e o dogma do duplo grau de jurisdição. Disponível em: <[https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/doutrina/artigos/prova\\_princ%20oralidade\\_duplo%20grau.pdf](https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/doutrina/artigos/prova_princ%20oralidade_duplo%20grau.pdf)>. Acesso em: 24 mai. 2020

<sup>111</sup> Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal. BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 28 mai. 2020

<sup>112</sup> O reexame necessário constitui exigência da lei para dar eficácia a determinadas sentenças. Consiste na necessidade de que determinadas sentenças sejam confirmadas pelo Tribunal ainda que não tenha havido nenhum recurso interposto pelas partes. Assim, enquanto não sujeito ao reexame necessário, tais sentenças não poderão ser executadas. Conceito disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/782/Reexame-necessario-Novo-CPC-Lei-n-13105-15>>. Acesso em: 24 mai. 2020



### 6.2.3 *Convenções processuais quanto às sustentações orais.*

De acordo com o Enunciado n. 21 do FPPC,<sup>113</sup> são admissíveis os seguintes negócios processuais a respeito das sustentações orais: acordo para realização de sustentação oral e acordo para ampliação do tempo de sustentação oral.

Assim, ainda que o dispositivo legal delimite um tempo adequado para que esse ato processual possa ser exercido que, via de regra, é de 15 minutos, por meio de uma pactuação entre os litigantes é possível que o tempo individual seja flexibilizado. Fredie Didier Jr. no tocante ao ponto citou que “um acordo para divisão de tempo na sustentação oral, por exemplo, pode ser celebrado um pouco antes do início da sessão de julgamento no tribunal”.<sup>114</sup>

Em suma, os casos em que figuram mais de uma parte nos polos atuantes e ambos anseiam por realizarem suas sustentações, o tempo determinado poderá ser diferente, com base no acordo pré-estabelecido. Não se trata de uma situação que demande solenidade ou burocracia, podendo ser definida de forma simples e oral entre as partes, desde que, atentem-se em manter corretamente os direitos um do outro.

### 6.2.4 *Negócios processuais a respeito da suspensão convencional do andamento do recurso*

---

<sup>113</sup>FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, Enunciado n.21. (Art. 190) São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais17. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio). Disponível em: <<http://civilemobiliario.web9711.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

<sup>114</sup>STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Org.) FREIRE, Alexandre (coord.) *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 538



Nos termos do artigo 313, inciso II, do CPC,<sup>115</sup> é possível a suspensão convencional do processo. Dispõe o parágrafo 4º desse dispositivo, que tal suspensão nunca poderá exceder 6 meses. Então, as partes podem convencionar um período específico e, na ausência dessa informação, o Juízo entenderá que optaram pelo prazo máximo de suspensão. Contudo, no caso de execução, por exemplo, poderá ocorrer também convenção que defina prazo maior que o delimitado na lei pátria para perdurar a suspensão.

O ministro Luís Felipe Salomão, do e. Superior Tribunal de Justiça, ao proferir decisão no recurso em que as partes requereram a suspensão dele pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, entendeu que “considerando tratar-se de recurso interposto na fase de cumprimento de sentença, aplica-se a regra especial do art. 922, do CPC/2015, que não estabelece limite temporal ao acordo de suspensão do processo de execução”<sup>116</sup>. Afirmou que a doutrina tem o mesmo posicionamento e fez uso, inclusive, das respeitáveis lições de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup>Art. 313. Suspende-se o processo: II - pela convenção das partes. § 4º O prazo de suspensão do processo nunca poderá exceder 1 (um) ano nas hipóteses do inciso V e 6 (seis) meses naquela prevista no inciso II. BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 28 mai. 2020

<sup>116</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão interlocutória na PET no Recursal Especial n. 1.807.702-SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Publicado no DJe: 03/03/2020.

Quanto ao art. 922 dispõe que: Convindo as partes, o juiz declarará suspensa a execução durante o prazo concedido pelo exequente para que o executado cumpra voluntariamente a obrigação. Parágrafo único. Findo o prazo sem cumprimento da obrigação, o processo retomará o seu curso. BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 22 mai. 2020

<sup>117</sup>O Ministro citou ainda: “Também nesse sentido é a lição de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (in Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, v. II, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 992): [...] Como regra geral, a suspensão do processo por convenção das partes pode ocorrer pelo período máximo de seis meses (art. 313, §4º, do CPC). Na execução, todavia, esta limitação não se opera, podendo as partes acordar o prazo de suspensão livremente (art. 922 do CPC). A exceção justifica-se porque, comumente, a suspensão da execução é feita para permitir a satisfação extraprocessual da obrigação executada. É comum que, nestes casos, o acordo extrajudicial para o cumprimento inclua a moratória da prestação ou o parcelamento da dívida. Diante disto, seria inconveniente fixar-se prazo para a reativação do processo”.





Dessa forma, verifica-se ser altamente lícito e permitido a convenção entre as partes quanto a suspensão do recurso, até mesmo para dilatar a suspensão em tempo maior que o previsto legalmente. Este caso, aliás, ainda que se trate de uma exceção, também prevê amparo legal e não se sujeitará a nenhuma homologação.

Por fim, é importante trazer à baila, que todos os possíveis negócios jurídicos processuais citados, passarão pelo crivo do estado-juiz, ainda que não se submetam os acordos a nenhuma espécie de homologação para que sejam válidos. A atuação do magistrado nesse cenário, destarte, se dará meramente quanto a verificação dessas convenções estipuladas. Visto que não se pode permitir nenhum negócio jurídico que ultrapasse os limites razoáveis e proporcionais ou que causem prejuízo às partes.

Oportuna é a lição de Leonardo Greco:

Não obstante esse poder das partes se contraponha aos poderes do juiz, não deve ser interpretado, de forma alguma, como uma tendência de privatização da relação processual, mas representa simplesmente a aceitação de que aquelas, como destinatárias da prestação jurisdicional, têm também interesse em influir na atividade-meio e, em certas circunstâncias, estão mais habilitadas do que o próprio julgador a adotar decisões sobre os seus rumos e a ditar providências com os objetivos publicísticos do processo, consistentes em assegurar a paz social e a própria manutenção da ordem pública<sup>118</sup>.

Assim sendo, verifica-se que a ampliação dos poderes das partes na resolução das demandas, não detém o condão de retirar do estado-juiz a sua competência de intervir em situações abusivas, por exemplo. Resta necessário se resguardar tanto o poder de autorregramento das partes, quanto a atuação do estado-juiz, com vistas a

---

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão interlocutória na PET no Recursal Especial n. 1.807.702-SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Publicado no DJe: 03/03/2020.

<sup>118</sup>GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008. Apud. LORENTZ, Mirella Vargas. Análise crítica e doutrinária acerca do negócio jurídico processual. Minas Gerais, mar. 2019. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/298497/analise-critica-e-doutrinaria-acerca-do-negocio-juridico-processual>>. Acesso em: 6 abr. 2020



não permitir a fixação de uma convenção negocial que ultrapasse os limites e impeça uma tutela jurisdicional efetiva.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os estudos praticados viabilizaram concluir que as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil no tocante a instituir o modelo cooperativo de processo, foram relevantes ao ordenamento jurídico, ao passo que permitiu melhor participação das partes na resolução de seus conflitos, substituindo o protagonismo expressivo dos magistrados. Isto resultou em proporcionar que as demandas apresentem resultados de forma mais célere, imprimindo maior efetividade jurisdicional.

Conforme demonstrado, o advento do novel diploma possibilitou a fixação de convenções processuais atípicas, considerando que embora não fossem os negócios processuais estranhos ao ordenamento, anteriormente, a aplicação se restringia aos negócios típicos, ou seja, aqueles previstos em lei.

Nesse sentido, a ampliação das perspectivas no que tange ao uso dos negócios processuais favoreceu os cenários jurídicos. Entende-se que o princípio da cooperação deve ser captado no sentido de que a solidariedade entre os sujeitos processuais, de modo a incentivar postura ideológica colaborativa, com o intuito de se alcançar o desfecho bem-sucedido do deslinde jurídico, deve se fazer presente cada vez mais no âmbito jurisdicional.

No entanto, não se pode olvidar que os litigantes detêm interesses antagônicos e, certamente, desconsiderar as adversidades existentes entre as partes, seria uma postura inocente, quando se fala em disputas judiciais. Porém, se acredita que o futuro jurisdicional clama por uma consciência participativa, com auxílio mútuo, o que significa dizer que transcorrerá do esforço conjunto das partes envolvidas a construção do resultado esperado, mesmo que a demanda siga para o segundo grau.



Contudo, cabe ressaltar, que apesar de prover autonomia superior às partes, não se eliminou a autoridade do magistrado, figura que se mantém de suma importância à esfera processual. Por isso tudo, em verdade, a pretensão do legislador foi proporcionar a estabilidade normativa, proporcionando um equilíbrio entre os sujeitos que integram as relações jurídicas processuais.

Assim sendo, a idealização do modelo cooperativo processual, requer dos sujeitos envolvidos uma contribuição apoiada no comportamento ético e leal, esclarecido e transparente, com a finalidade de colaborar, principalmente, para a otimização dessas questões procedimentais. Dessa forma, com uma atuação laboral conjunta, será possível alcançar a objetivo processual de conceber finalizações de demandas de feitos mais céleres, econômicos e dotados de efetividade processual.

Levando-se em consideração esses aspectos, a aplicabilidade notável e eficiente dos negócios jurídicos processuais com a intenção de transpor celeridade à resolução dos conflitos, somente será assentada ao passo que sobrevenha transição de filosofia, ideais e condutas por parte dos operadores do direito e dos litigantes. Penso que dos operadores do Direito, principalmente, uma vez que figuram no papel de representar, orientar, esclarecer e incentivar os litigantes a seguirem determinado caminho, devendo prezar, sempre que possível, pela via colaborativa, seja para autocomposição no tocante ao direito material perseguido, seja em relação a otimizar o procedimento, inclusive o recursal, para um melhor desenlace dos conflitos.

Essa tendência, de acordo com o apresentado, tem sido despertada tanto na classe jurídica brasileira quanto internacional, com o propósito de ascender eficiência jurisdicional sob os moldes dos negócios processuais que são meios significativos para se obter também adaptabilidade, celeridade e flexibilidade das demandas.

No âmbito dos recursos, dado o exposto, capta que as opções de fixar um acordo processual são maiores que se esperava. Por natureza, como relatado, os



recursos são conhecidos como atos solenes. No entanto, tais características não obstam a aplicação de convenções processuais a fim de otimizar seu prosseguimento e resolução. Dessa forma, as convenções que envolvem renúncia recursal, por exemplo, ou limitação de instância, são plenamente possíveis, bem como as flexibilizações que podem incidir nos requisitos de admissibilidade, como é o caso da viabilidade de estender a legitimidade de forma consensual.

Certamente, a fim de proteger a segurança jurídica em relação aos recursos, algumas hipóteses são vedadas para incidir acordos processuais, como por exemplo, a flexibilização do cabimento enquanto requisito de admissibilidade. Resta plenamente compreensível que isso aconteça, dado que por ser ampla e genérica a permissão de negócios processuais atípicos, não havendo determinadas vedações refletiria em preocupante insegurança jurídica, devendo ser aplicados com cautela. Isso porque o princípio da efetividade é indissociável do princípio da duração razoável do processo. Não se pode prezar pela celeridade, se tal necessidade interferir na efetividade processual.

Por todos esses aspectos, a finalidade útil se resume em conhecer vieses que norteiam as demandas jurídicas e entender que ainda existe uma extensa trajetória a ser percorrida para que este sistema opere em níveis de excelência. Necessário se faz desenvolver uma cultura de solução consensual de litígios, normalizando as adequações de forma conjunta para seguir de acordo com as particularidades de cada litígio, evitando situações embaraçosas que atrapalham o andamento da demanda.

Portanto, para que isso ocorra é essencial caminhar para modificações quanto a forma de abordagem do conteúdo nas Escolas Jurídicas e entre os operadores do Direito. Em suma, a expectativa é de que com uma melhor ambientação, informações de qualidade e incentivo dos profissionais envolvidos no processo, com o intuito de disseminar as inúmeras possibilidades de acordos processuais em primeira e segunda



instâncias, será possível fomentar o uso otimizado e crescente desses instrumentos, proporcionando mais celeridade, organização, economia processual e efetividade.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 293.

\_\_\_\_\_. Manual dos recursos (livro eletrônico). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais - Existência, validade e eficácia - Campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 244, p. 4, jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 289-314.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Direito Processual Civil – Ensaios e Pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 55. apud. LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 613-648.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso especial n. 1.738.656-RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado no DJe de 05 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão interlocutória na PET no Recursal Especial n. 1.807.702- SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Publicado no DJe: 03/03/2020.



CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: entre publicismo e privatismo*. Tese de Livre - docência. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015, p. 240. Apud. DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

*Convenções processuais*. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1.

Recurso per saltum negocial: convenção processual para supressão de instância. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 31, n. 1, p. 2-10, 27 mar. 2019.

CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès em droit français. In: *Accordi di Parti e Processo*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 27. apud. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Sobre os Acordos de Procedimento no Processo Civil Brasileiro*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 93-104. n. 60.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 5.

\_\_\_\_\_. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 9.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 39-74.

\_\_\_\_\_. *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coords.) *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 58.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 541.

\_\_\_\_\_. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.



\_\_\_\_\_. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: Revista Brasileira de Advocacia, vol. 1, ano 1. Flávio Luiz Yarshell (coord.). São Paulo: *Revista dos Tribunais*, abr-jun. 2016, p. 65.

\_\_\_\_\_. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 106-107.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Teoria dos fatos jurídicos processuais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 59-60.

DIDIER JR., Fredie. Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. (coords.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 207-217.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. Os prazos recursais. São Paulo, set. 2016. GenJurídico. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/09/07/os-prazos-processuais/>>.

DOURADO, Sabrina. Negócios processuais na esfera recursal. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GOÉS, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coords). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 531-549.

FACÓ, Juliane Dias. A aplicação do art. 190 do CPC/2015 ao processo do trabalho: compatibilidade dos negócios processuais atípicos com o ordenamento trabalhista. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GOÉS, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coords). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 249-275.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio da língua portuguesa. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, Enunciado n. 19. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba) Disponível



em: <<http://civilemobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, Enunciado n.20. (Grupo: Negócio Processual) Disponível em: <<http://civilemobiliario.web971.uni5.net/wpcontent/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, Enunciado n.21. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no IIIFPPC-Rio) Disponível em: <<http://civilemobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, Enunciado n. 133. Disponível em: <<http://civilemobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, Enunciado n.402. (Grupo: Negócios processuais) ..... Disponível em: <<http://civilemobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>.

FUX, Luiz. A desistência recursal e os recursos repetitivos. BDJur, Brasília, DF, 10 fev. 2010. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/27102>>.

GARJADONI, Fernando da Fonseca. et al. Teoria Geral do Processo: parte geral: comentários ao CPC de 2015. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; GADELHA, Marina Motta Benevides. Negócios jurídicos processuais: “libertas quae sera tamen”. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GOÉS, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias. (coords.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 331-351.

GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008. Apud. LORENTZ, Mirella Vargas. Análise crítica e doutrinária acerca do negócio jurídico processual. Minas Gerais, mar. 2019. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/298497/analise-critica-e-doutrinaria-acerca-do-negocio-juridico-processual>>.





JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

JÚNIOR, Gediel Claudino de Araújo. *Prática de recursos no processo civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 613-648.

MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GOÉS, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coords). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. A prova, o princípio da oralidade e o dogma do duplo grau de jurisdição. Disponível em: <[https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/doutrina/artigos/prova\\_princ%20oralidade\\_duplo%20grau.pdf](https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/doutrina/artigos/prova_princ%20oralidade_duplo%20grau.pdf)>.

MARTINI, Taís Cristina Carrero Zequini. Breves considerações sobre pressupostos recursais no novo Código de Processo Civil. São Paulo, out. 2015. *Caderno de Direito Processual Civil*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/breves-consideracoes-sobre-pressupostos-recursais-no-novo-codigo-de-processo-civil/>>.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano de existência, 14. ed., ver. São Paulo: Saraiva, 2007. p. apud DE ATAÍDE, Jaldemiro Rodrigues. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 289-314.

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 183, p. 165-194, mai. 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro: *exposição sistemática do procedimento*. 29. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NERY JR., Nelson. Teoria geral dos recursos. 6. Ed. Atual. Ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 49. apud. LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA,



Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 613-648.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os Acordos de Procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 93-104. n. 60.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. Os pressupostos de admissibilidade recursal. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/admissibilidade.pdf>>.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios jurídicos processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 391-400.

Reexame necessário - Novo CPC (Lei n° 13.105/15). Disponível em:<<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/782/Reexame-necessario-Novo-CPC-Lei-n-13105-15>>

RETES, Tiago Augusto Leite. Limites às convenções processuais na sistemática recursal do processo civil brasileiro. 2018. 140f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

SENADO FEDERAL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília, 2010. Disponível em:< <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>>.

SOARES, Lara Rafaelle Pinho. A vulnerabilidade na negociação processual atípica. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GOÉS, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias. (coords). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 277-297.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Org.) FREIRE, Alexandre (coord.) *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 538.



TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 104, out. 2015. Disponível em:  
<<https://www.justen.com.br/pdfs/IE104/Eduardo-um%20processo-pra-chamar.pdf>



# A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO MIGRANTE E A APLICAÇÃO DO ECA: ANÁLISE DO ART. 40, V DA LEI 13.445/17

Adriano Heitor e Silva

## RESUMO

Artigo no âmbito do direito constitucional, cujo objeto é a subsunção do migrante à Constituição e, conseqüentemente, ao ordenamento jurídico pátrio. Utilizando-se de pesquisas dogmáticas e instrumental, revisão bibliográfica, buscou-se analisar a aplicação dos dispositivos da Lei 13.445/17 que versam sobre menores de idade e o ingresso destes no território nacional quando desacompanhados e desautorizados, à luz do princípio da proteção integral e do Neoconstitucionalismo de Luís Roberto Barroso. Além disso, buscou-se solucionar a antinomia e a ausência de isonomia existente entre a Lei de Migração e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no que tange a proteção da criança; enquanto uma permite a entrada de crianças sem autorização e acompanhante, a outra veda tal possibilidade aos nacionais. O estudo demonstrou que a Lei de Migração teve em seu âmago, apesar dos vetos, a intenção de igualar os migrantes aos brasileiros natos. A partir dessa observação e utilizando a hermenêutica neoconstitucional ponderou-se pela aplicação do ECA aos migrantes menores de idade, em detrimento da Lei de Migração, em atenção ao princípio da proteção integral da criança, além da inconstitucionalidade do inciso V do art. 40 da Lei 13.445/17.

**Palavras chave:** Lei de Migração; Estatuto da Criança e do Adolescente; Isonomia; Constitucionalidade.

## ABSTRACT

Article within the scope of constitutional law, whose object is the migrant's subsumption of the Constitution and, consequently, of the national legal system. Using dogmatic and instrumental research, bibliographic review, we sought to analyze the application of the provisions of Law 13.445/17 that deal with minors and their entry into the national territory when unaccompanied and unauthorized, in the



light of the principle of comprehensive protection and Luís Roberto Barroso's Neoconstitutionalism. In addition, it sought to resolve the antinomy and the lack of equality between the Migration Law and the Child and Adolescent Statute (CAS) with regard to child protection; while one allows children to enter without authorization and a companion, the other prohibits such possibility for nationals. The study showed that the Migration Law had at its core, despite the vetoes, the intention to equate migrants with native Brazilians. Based on this observation and using neoconstitutional hermeneutics, the application of the CAS to under-age migrants was considered, to the detriment of the Migration Law, in keeping with the principle of full protection of the child, in addition to the unconstitutionality of item V of art. 40 of Law 13,445/17.

**Keywords:** Migration Law; Child and Adolescent Statute; Isonomy; Constitutionality.

## 1 INTRODUÇÃO

A mobilidade humana atualmente é um fenômeno de grande repercussão para o Estado, tendo reflexos nos campos social, político, econômico, cultural e outros, a matéria ganha relevo passando a merecer melhor tratamento para assegurar as garantias necessárias para todo esse contingente populacional que se encontra em constante trânsito. No Brasil, segundo dados do Ministério da Justiça, entre 2010 e 2018, foram registrados 774,2 mil imigrantes, dentre esses, 395,1 mil são imigrantes de longo tempo (cujo tempo de residência é superior a um ano).

No Brasil, a situação jurídica do estrangeiro no Brasil apresenta dois momentos distintos que podem ser observados como o período anterior à Lei 13.445/17 e o intervalo temporal subsequente a promulgação da referida legislação. Os debates sobre imigração, foram impulsionados, principalmente, pela chegada de migrantes haitianos que expuseram toda a deficiência do sistema de acolhida e a ineficiência da legislação vigente à época na solução das demandas dos imigrantes, restando por óbvio a falência do sistema de segurança nacional. Este novo instrumento normativo foi pautado, principalmente, sobre o alicerce dos Direitos Humanos, mas ainda assim, não abandonou por completo a concepção da segurança



nacional, a partir de agora entendida não mais como a razão primordial e sim como um aspecto necessário para a manutenção do Estado.

Concomitantemente, ocorreu uma mudança na interpretação constitucional. Tendo sido o marco histórico do novo direito constitucional brasileiro, a constituição de 1988, marcou uma mudança de paradigmas, dentre eles a supremacia desta. A supremacia das Constituições se dá dentre outros fatores pela constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam protegidos, independentemente dos vieses políticos pelos quais um país passasse. Arelado à sua normatividade houve expansão da jurisdição constitucional, fruto da nova escola hermenêutica, o Neoconstitucionalismo. Para a discussão do tema desse artigo, a nova interpretação constitucional é uma das principais vias de argumentação para a aplicação do direito pátrio aos imigrantes não residentes.

Com o advento da Constituição de 1988 e a ampliação dos mecanismos de controle nela inseridos, o Supremo Tribunal Federal adquiriu a competência para exercer controle concentrado de constitucionalidade, com efeitos erga omnes e de caráter vinculante em sede de repercussão geral. Tendo que o migrante está amparado pela Constituição Federal, é racionalmente lógico pensar que a criança e ao adolescente migrante deve ser aplicado o Estatuto correspondente por se tratar de um instrumento normativo especializado recepcionado pela Constituição com bases teóricas mais fortalecidas e, portanto, plenamente apto a produzir efeitos jurídicos nas circunstâncias em que lhe couber. Nesse sentido, por ser o diploma legal que melhor apresenta e concretiza a proteção integral da criança e do adolescente, estendê-lo aos migrantes é uma possibilidade teórica, via ativismo judicial. A proposta deste artigo é discutir, à luz do Neoconstitucionalismo; é possível aplicar a Constituição de 1988 aos migrantes e consequentemente aplicar-lhes o ECA?



## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PERCEPÇÃO SOBRE O IMIGRANTE NO BRASIL

A mobilidade humana atualmente é um fenômeno de grande repercussão para o Estado, tendo reflexos nos campos social, político, econômico, cultural e outros, a matéria ganha relevo passando a merecer melhor tratamento para assegurar as garantias necessárias para todo esse contingente populacional que se encontra em constante trânsito. De acordo Organização das Nações Unidas (ONU), referente ao ano de 2018, o número total de pessoas em situação de deslocamento forçado no mundo chega a 70 milhões, representando um aumento de 2,3 milhões em comparação com o ano de 2017. Somando-se isto ao impressionante número de 244 milhões de pessoas que se encontram fora do seu país de origem, ou seja, mais de 3,4% da população mundial segundo dados da ONU referente ao ano de 2015<sup>1</sup>, resta evidente a necessidade de ação por parte do Estado para solucionar as demandas deste contingente populacional. No Brasil, segundo dados do Ministério da Justiça, entre 2010 e 2018, foram registrados 774,2 mil imigrantes, dentre esses, 395,1 mil são imigrantes de longo tempo (cujo tempo de residência é superior a um ano)<sup>2</sup>.

No que se refere à situação jurídica do estrangeiro no Brasil existem dois momentos distintos que podem ser observados como o período anterior à Lei 13.445/17 e o intervalo temporal subsequente a promulgação da referida legislação. No período anterior a situação jurídica do estrangeiro estava prevista na lei 6.815/80 e continha aspectos voltados principalmente para a segurança nacional<sup>3</sup>,

---

<sup>1</sup> GUERRA, Sidney. Alguns aspectos sobre a situação jurídica do não nacional no Brasil: da lei do estrangeiro à nova lei de migração. **Revista Direito em Debate**, v. 26, n. 47, p. 90-112, 2017.

<sup>2</sup> Brasil registra mais de 700 mil migrantes entre 2010 e 2018 <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1566502830.29>. Acesso em 01, janeiro, 2020.

<sup>3</sup> GUERRA, Sidney. Alguns aspectos sobre a situação jurídica do não nacional no Brasil: da lei do estrangeiro à nova lei de migração. **Revista Direito em Debate**, v. 26, n. 47, p. 90-112, 2017.



característica marcante da Escola Superior de Guerra, nas palavras de Afonso Arinos de Melo Franco<sup>4</sup>:

Passemos, agora, ao conceito de segurança nacional. Para nós, também esta expressão, embora sempre ligada ao elemento básico que é a nação, pode apresentar duas conotações, uma negativa e outra positiva. Na primeira delas, segurança nacional me parece ser o conjunto de fatores que determina a ausência de riscos, tanto externos quanto internos, que venham comprometer a integridade e a estabilidade de uma nação determinada, ou antes do Estado que a personifica e representa. Na sua feição positiva, uma boa definição de segurança nacional parece ser a proposta pelo Instituto de Sociologia e Política de São Paulo. De acordo com a mesma, segurança nacional seria o grau relativo de garantia que, por meio de ações políticas, econômicas, psicossociais e militares, um Estado proporciona ao grupo humano que o integra, para consecução e salvaguarda dos seus objetivos nacionais. Este conceito abrange o aspecto evolutivo e dinâmico da segurança nacional, sendo mais amplo que o anterior, o qual é, até certo ponto, defensivo e estático.

Por segurança nacional, entende-se aqui uma condição relativa de proteção coletiva e individual dos membros de uma sociedade contra ameaças plausíveis à sua sobrevivência e autonomia. Nesse sentido, o termo refere-se a uma dimensão vital da existência no contexto moderno de sociedades complexas, delimitadas por estados nacionais de base territorial<sup>5</sup>. Em suma, estar seguro significa viver em num estado que por seus meios é capaz de neutralizar as ameaças que venha a sofrer, resguardando seus nacionais. Logo, a Lei 6.815/80, também conhecida como Estatuto do Estrangeiro, nutrida pela Escola Superior da Guerra dos aspectos da segurança nacional, entendia o imigrante como estrangeiro na mais fidedigna acepção etimológica da palavra, era aquele que não pertence ou não é natural de um

---

<sup>4</sup> DE MELO FRANCO, Afonso Arinos, As doutrinas políticas contemporâneas e suas relações com a segurança nacional (1958), A PALAVRA DOS CHANCELERES NA ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA (1952-2012), Brasília, 2018

<sup>5</sup> CEPIK, Marco. Segurança Nacional e Segurança Humana: problemas conceituais e consequências políticas, 1. 2001..





país, portanto, não sendo digno de assistência e sim de desconfiança, considerado como um risco para a coletividade nacional. Para Cassia Regina Calça<sup>6</sup>:

O revogado Estatuto tinha por foco a proteção dos interesses do Brasil, dos trabalhadores nacionais e a garantia da segurança nacional. Dessa forma, o Estatuto do Estrangeiro considerava o imigrante uma ameaça potencial aos interesses do país, num claro contexto de xenofobia e discriminação.

O Brasil da década de 1980 era apenas um microsistema que refletia com verossimilhança os atos e fatos ocorridos em âmbito global, tanto culturalmente quanto geopoliticamente. O mundo passava por um período de conflitos bélicos em locais à época subdesenvolvidos patrocinados por potências que se confrontavam utilizando-se da oratória do medo e do terror. Com isso, as demais nações do segundo e terceiro mundo, como eram classificadas as nações subdesenvolvidas no jogo de forças geopolíticas, encontraram na legislação migratória uma maneira de conter os avanços do medo e do terror, para isso criaram legislações rígidas, baseadas em conceitos de segurança nacional, estigmatizando os imigrantes como intrusos que perturbadores da ordem pública, e obviamente no Brasil não foi diferente.

Apenas com o fim da dicotomia beligerante é que se possibilitou o debate de temas ligados aos Direitos Humanos, no desfecho do século XX e alvorada do século XXI. Nesse período ocorreu a mudança de paradigma de uma política pautada pela segurança nacional para a gradativa concessão e reconhecimento de direitos aos imigrantes. A influência dos direitos humanos pôde ser vista também internamente com a promulgação da Constituição Federal no ano de 1988, entretanto, sem expressiva alteração quanto ao paradigma da imigração. Voltando ao panorama global do final do século XX, a Organização das Nações Unidas (ONU) e suas

---

<sup>6</sup> CALÇA, Cassia Regina; ROCHA, Jiliani Santos; DIAS, Eliotério Fachin. SOBERANIA E O DIREITO DO MIGRANTE INTERNACIONAL NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO. **REVISTA JURÍDICA DIREITO, SOCIEDADE E JUSTIÇA**, v. 7, 2018.



comissões passaram a ter protagonismo no cenário geopolítico e nas políticas de implementação dos direitos humanos com a criação de diversos tratados e convenções que versavam sobre a temática. No âmbito do Continente Americano esse protagonismo ficou a cargo da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

No Brasil, os debates sobre imigração foram impulsionados, principalmente pela chegada de migrantes haitianos<sup>7</sup> que expuseram toda a deficiência do sistema de acolhida e a ineficiência da legislação vigente à época na solução das demandas dos imigrantes, restando por óbvio a falência do sistema de segurança nacional. A partir disso, o Congresso iniciou em 2013 debates para a mudança da legislação de 1980, foi então levada ao Senado o PLS 288/2013, que após aprovação do Congresso Nacional por unanimidade e dezoito vetos presidenciais se tornou a Lei 13.445/2017, também denominada Lei de Migração. Este novo instrumento normativo foi pautado, principalmente, sobre o alicerce dos Direitos Humanos, mas ainda assim, não abandonou por completo a concepção da segurança nacional, por ser este um aspecto necessário para a manutenção do Estado, entretanto, a partir de agora não seria a razão primordial, estando presente apenas nas questões que deveras demonstrem riscos e não sobre toda e qualquer circunstância apresentada à quem, por lei, é responsável pela vigilância das fronteiras territoriais do país.

Com o novo instrumento voltado para atender as necessidades dos imigrantes e imbuído no propósito de concretizar o princípio da igualdade, aquele concedeu direitos antes exclusivos de brasileiros natos ou naturalizados, tais como direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos<sup>8</sup>. Porém, ainda será discutido se a

---

<sup>7</sup> GUERRA, Sidney. A nova lei de migração no Brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. **Revista de Direito da Cidade**, v. 9, n. 4, p. 1717-1737, 2017.

<sup>8</sup> CALÇA, Cassia Regina; ROCHA, Jiuliani Santos; DIAS, Eliotério Fachin. SOBERANIA E O DIREITO DO MIGRANTE INTERNACIONAL NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO. **REVISTA JURÍDICA DIREITO, SOCIEDADE E JUSTIÇA**, v. 7, 2018.



nova legislação conseguiu promover a igualdade ou em alguns pontos abriu mão deste princípio em detrimento dos seus nacionais e gerando riscos aos imigrantes que se enquadram na hipótese legal do artigo 40, inciso V da lei 13.445/17.

### 3 MIGRANTE NÃO RESIDENTE E A TUTELA CONSTITUCIONAL

Inicialmente, se faz necessário explanar sobre o Direito Constitucional contemporâneo e suas transformações. Para tanto, temos três marcos principais: o histórico, o filosófico e o teórico<sup>9</sup>.

O marco histórico do novo direito constitucional, no Brasil, foi a constituição de 1988 amparando o processo de redemocratização e reorganização do país. O referido texto promoveu de maneira bem-sucedida a transição de um Estado autoritário para um Estado democrático de direitos. Ao redor do mundo podemos pontuar como a principal referência para o desenvolvimento do novo direito constitucional, a Lei Fundamental de Bonn (constituição alemã), datada de 1949<sup>10</sup>, em um ambiente marcado pelas recentes memórias dos fatos ocorridos na 2ª Guerra Mundial, e que buscava-se a sua não repetição. A partir deste documento, a academia passou a analisar o direito constitucional sob o prisma da ciência. Concomitantemente, ocorre a aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia proporcionando uma reestruturação política. Nas palavras de Luís Roberto Barroso sobre a importância das Constituições, sob o prisma neoconstitucional<sup>11</sup>:

---

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 233, 2005.

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 233, 2005.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 233, 2005.



Tem que haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se ainda de um sentimento tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto [...].

No que tange o marco filosófico, o Neoconstitucionalismo hidrata-se no pós-positivismo, sendo para alguns teóricos o pós-positivismo à brasileira. Na esteira histórica das teorias jurídicas o pós-positivismo, como o próprio nome já infere, apresenta-se na sequência do positivismo jurídico com a finalidade de aperfeiçoamento da teoria anterior. A superação da teoria jusnaturalista do século XVI, base para as revoluções liberais e da teoria positivista do século XIX pautada na objetividade científica, afastando-se da filosofia e de discussões à cerca da justiça, viabilizou a discussão do Direito e de sua função social e interpretação<sup>12</sup>.

A discussão do Direito, ficou a cargo do pós-positivismo, que a partir dos estudos entendo ser uma junção das teorias anteriores. Explico esse posicionamento. O Neoconstitucionalismo tem a sua base positivista, da positivação das normas em textos, no entanto, a interpretação, outrora renegada, ressurgiu e utiliza-se da filosofia do jusnaturalismo, de maneira mais aprofundada, naquilo que o jusnaturalismo tinha como pressuposto; os valores do ser humano e primazia pelo justo e equidade. Logicamente não podemos dizer que a face Jusnaturalista adotada é aquela dos seus primórdios, mas se trata de um jusnaturalismo contemporâneo desenvolvido no século XX que tem como pilar a justiça no contexto histórico e social, sem menosprezar as diversas acepções do que seja o direito justo, possibilitando a discussão a partir do que se entende por valores jurídicos.

Na doutrina constitucional brasileira o Neoconstitucionalismo está normativamente composto por regras e princípios e tem como protagonistas Robert

---

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 233, 2005.



Alexy e Ronald Dworkin, por meio do teórico brasileiro Paulo Bonavides<sup>13</sup>. Para Alexy os princípios são mandados de otimização, quer dizer, todas as medidas possíveis devem ser adotadas para a sua satisfação. Sendo a ponderação o meio viável, tendo em vista que os princípios podem ser satisfeitos em graus variados, levando-se em conta as evidências fáticas e as possibilidades jurídicas<sup>14</sup>. O princípio de Alexy e a sua teoria da ponderação são a materialização do jusnaturalismo discutido anteriormente na medida em que representam os valores do ser humano - adentrando na temática dos direitos humanos - e primazia pelo justo e equidade, quando se discute o melhor resultado possível em virtude da aplicação de uma norma após sua interpretação para o caso concreto.

No terceiro marco trazido por Luís Roberto Barroso, o marco teórico, ele o subdivide em três exemplos de revolução do conhecimento previamente posto no que tange a aplicação do direito constitucional. Para ele estão entre os principais pontos: o reconhecimento de força normativa à Constituição; expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional<sup>15</sup>. Com a atribuição do *status* de norma jurídica à norma constitucional, ocorrida ao longo do século XX, o seu caráter essencialmente político foi abandonado, incorporando de modo definitivo em sua estrutura os direitos fundamentais de segunda e terceira gerações. No Brasil, essa discussão chegou em meados da década de 80 com o entendimento de que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, caráter vinculativo e que a sua inobservância ativa os mecanismos de coação inerentes.

---

<sup>13</sup> MAIA, Antonio Cavalcanti. Sobre a Teoria Constitucional Brasileira e a Carta Cidadã de 1988: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo. **Revista Quaestio Iuris**, v. 4, n. 1, p. 1-86, 2011.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2008.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 233, 2005.



Atrelado à sua normatividade houve expansão da jurisdição constitucional, inspirada na experiência americana, valendo-se da supremacia da constituição. Para a discussão do tema desse artigo, tanto esse aspecto do Neoconstitucionalismo quanto a nova interpretação constitucional que será discutida a contento, posteriormente, são as principais vias de argumentação para a aplicação do direito pátrio aos imigrantes não residentes. A priori, referente a jurisdição constitucional em uma análise conceitual, Walber de Moura Agra apresenta dificuldade em precisar o que seria, por considerar que o termo abriga dois conteúdos semânticos de difícil precisão. Em suas palavras<sup>16</sup>:

No seu sentido objetivo a dificuldade é estabelecer o que é uma matéria constitucional, pois essa é ampliada por uma Lei Mater de extensão analítica como a brasileira, por motivo de se tentar garantir uma determinada estabilidade jurídica. Do ponto de vista subjetivo, a dificuldade consiste em delimitar a extensão de quem pode exercê-la, com a finalidade de evitar choques entre as instâncias diversas, em virtude de que o ordenamento brasileiro permite o seu exercício, tanto através do Supremo Tribunal Federal, quanto das instâncias judiciárias inferiores.

Objetivamente, a jurisdição constitucional abrange as funções constitucionais que têm por finalidade tutelar direitos e interesses que dizem respeito à matéria constitucional, enquanto em sentido subjetivo, indica um órgão diverso da magistratura ordinária, para exercer essa função, geralmente utilizando-se de procedimentos distintos daqueles utilizados na jurisdição comum<sup>17</sup>.

A jurisdição constitucional passou por um processo de desenvolvimento até o momento atual. Primeiramente, sua finalidade era a de pacificação das relações entre os sujeitos políticos; posteriormente assumiu a preocupação em estabelecer sua

---

<sup>16</sup> AGRA, W. DE M. A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. **Revista FIDES**, v. 6, n. 1, 29 dez. 2017.

<sup>17</sup> RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Diritto Costituzionale*. 7ª ed., Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, pág.556.



supralegalidade, ou seja, o texto constitucional prevalecia perante os demais e deveria ser sempre observado; e por último a jurisdição constitucional é associada a jurisdição dos direitos fundamentais, sendo instrumento para a sua garantia, e tutelando direitos em seu texto<sup>18</sup>. O alcance da jurisdição constitucional, compreende toda prestação jurídica nos dispositivos constitucionais, garantindo o princípio da universalidade de jurisdição, regulando assim o Estado Democrático Social de Direito<sup>19</sup>. Com o surgimento do Estado Social a jurisdição constitucional incrementa-se das demandas sociais que exigem uma análise principiológica quando da análise dos casos concretos, o que por sua vez exclui a aplicação exclusiva do direito positivado. Nesse aspecto social é que se enxerga a aproximação que o Neoconstitucionalismo assumiu com a filosofia. Seria, portanto, aplicar o direito posto, a luz de uma análise filosófica e principiológica, com a finalidade de alcançar o melhor resultado possível para o caso em análise.

A supremacia das Constituições se dá dentre outros fatores pela constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam protegidos, independentemente dos vieses políticos pelos quais um país passasse. Ficaria sob o crivo do Judiciário a proteção desses direitos e não mais sob o manto do Legislativo. A partir disso, a fim de assegurar os direitos fundamentais constitucionais foram criados Tribunais Constitucionais, na segunda metade do século XX. No Brasil, com o advento da Constituição de 1988 e a ampliação dos mecanismos de controle nela inseridos, o Supremo Tribunal Federal adquiriu a competência para exercer controle concentrado de constitucionalidade, com efeitos erga omnes e de caráter vinculante em sede de repercussão geral. Uma vez o STF tendo competência para decidir sobre

---

<sup>18</sup> VILLALÓN, Pedro Cruz. **La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución**. Centro de estudios políticos y constitucionales, 1999.

<sup>19</sup> AGRA, W. DE M. A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. **Revista FIDES**, v. 6, n. 1, 29 dez. 2017.



a jurisdição constitucional, assim tem feito no sentido de estendê-la para atender as demandas sociais existentes no contexto brasileiro.

Trazendo o tema da jurisdição para a seara dos direitos humanos, o país que recebe um imigrante se responsabiliza por ele com relação a proteção de seus direitos. Nesse sentido, para que o imigrante tenha para si um arcabouço legal que o resguarde efetivamente, excetuando os diversos tratados internacionais temáticos, adotados em bom número pelo Brasil, é importante que a jurisdição constitucional recaia sobre eles assim como recai aos estrangeiros que fixam residência no país. Afinal, na prática de qualquer ato, legal ou ilegal, esse imigrante, seja ele temporário ou não, fará uso da legislação infraconstitucional pátria. Para tanto, deverá ser também contemplado com os direitos e garantias constitucionais por ser um sujeito de direitos, da mesma forma, deve recair sobre ele as obrigações e deveres inerentes a qualquer indivíduo que faça parte de um Estado Nacional ou nele adentre temporariamente. Portanto, entendo cabível a aplicação da subsunção do imigrante à Constituição pátria.

Contrário sensu, a Lei 13.447/17 (Lei de Migração) teve o inciso I, do §1º, do art. 1º revogado. Em seu texto o inciso trazia o conceito de migrante que a nova lei adotaria e que aqui eu reproduzo; "I - migrante: pessoa que se desloca de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, incluindo o imigrante, o emigrante, o residente fronteiriço e o apátrida;". É possível perceber que o inciso trazia um conceito amplo do que seria o migrante, sendo a principal razão do veto:

O dispositivo estabelece conceito demasiadamente amplo de migrante, abrangendo inclusive o estrangeiro com residência em país fronteiriço, o que estende a todo e qualquer estrangeiro, qualquer que seja sua condição migratória, a igualdade com os nacionais, violando a Constituição em seu artigo 5º, que estabelece que aquela igualdade é limitada e tem





como critério para sua efetividade a residência do estrangeiro no território nacional.

Portanto, resta evidente que o presidente à época entendeu que tal conceito como se encontrava violava o princípio da igualdade trazida no art. 5º da Constituição Federal, para o Poder Executivo a igualdade tratada no referido artigo é limitada aos estrangeiros residentes. Termo que pela redação vetada estaria da mesma forma incorreto pois ele passaria a ser entendido como migrante também, além de estar em total desconformidade com a terminologia adotada internacionalmente dada a sua carga pejorativa. O termo migrante seria gênero, enquanto imigrante seria espécie. Nesse sentido não há lógica a constituição privilegiar uma espécie em detrimento do gênero da qual aquela faz parte.

Por essa razão, conforme o ponto que será melhor discutido a seguir, a interpretação de tal dispositivo constitucional deve levar em conta o *animus* do legislador que formulou toda a legislação migratória com base no conceito vedado, com a finalidade de assegurar o respeito dos direitos dessa coletividade que antes era encarada como um risco a segurança nacional, que creio ser âmagô para o veto. Nesse sentido, o art. 5º deve ser interpretado alterando-se o termo “estrangeiro residente” por “migrante”, a fim de garantir segurança jurídica para essas pessoas que o integram.

Nesse mesmo pensamento, adentraremos agora no terceiro ponto levantado por Luís Roberto Barroso dentro do marco teórico do Neoconstitucionalismo, que para ele apresenta-se como a nova interpretação constitucional. A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica, que decorre naturalmente da força normativa da Constituição<sup>20</sup>. Em virtude das especificidades das normas constitucionais, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, desenvolveram e,

---

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 233, 2005.



principalmente, sistematizaram princípios aplicáveis à interpretação constitucional de modo específico. Esses princípios apresentam-se como pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles<sup>21</sup>: “o da supremacia da Constituição; o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público; o da interpretação conforme a Constituição; o da unidade; o da razoabilidade e o da efetividade.”

A interpretação constitucional será em seu cerne realizada a partir da ponderação dos princípios constitucionais. Como se sabe, não há hierarquia nos princípios, daí a necessidade da ponderação de acordo com o caso concreto a ser analisado em dado momento, com base nisso é que ocorre o controle da racionalidade das decisões proferidas. No aspecto prático para o tema do qual se trata o presente artigo, caberia ao STF em sede de controle concentrado e os demais Tribunais em sede de controle difuso, interpretarem o caput do art. 5º da Constituição Federal, no trecho em que se refere aos estrangeiros residentes, com a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País (migrante) a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Essa posição é reforçada pelo art. 4º da Lei de Migração quando este assegura ao migrante as mesmas garantias estabelecidas aos nacionais, nos mesmos termos do art. 5º da Constituição Federal, e ainda amplia essas garantias nos incisos

---

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 233, 2005.



subsequentes. Importe trazer a baila o §1º do referido artigo da legislação infraconstitucional<sup>22</sup>:

§ 1º Os direitos e as garantias previstos nesta Lei serão exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória, observado o disposto no § 4º deste artigo, e não excluem outros decorrentes de tratado de que o Brasil seja parte.

Resta evidente qual a intenção do legislador no momento da formulação do diploma legal. Seguindo as diretrizes dos tratados internacionais assinados pelo país o Poder Legislativo formulou tal diploma com o *animus* de englobar o migrante como sujeito de direitos, e no mesmo patamar dos seus nacionais em alguns deles. Nesse sentido, a interpretação extensiva do dispositivo constitucional não seria configurado como um ativismo judicial, mas tão somente a concretização da vontade do legislador.

Dessa maneira, o Brasil estaria alinhado com os Tratados Internacionais assinados, assegurando de forma efetiva a prevalência dos direitos humanos, além de promover o bem de todos sem distinção de origem, conforme apregoa como objetivo fundamental da República no art. 3º, IV da CF. Sob a nova ótica dos Direitos Humanos o Estado é responsável pela garantia da vida, da liberdade, da segurança e da igualdade, pela simples condição da pessoa humana, sem imposição de qualquer barreira que impeça a pessoa de exercer seus direitos básicos, mas isso não implica dizer que o Estado não tenha autonomia e soberania para determinar quem poderá adentrar em seu território, ele apenas deve garantir que mesmo em casos de negativa de acesso, o indivíduo tenha seus direitos humanos respeitados.

---

<sup>22</sup> BRASIL. LEI Nº 13.447, DE 24 DE MAIO DE 2017. **LEI DE MIGRAÇÃO**, Brasília, DF, mar 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm)>. Acesso em: 14 de mai. 2020.



Assumindo então que o migrante, aqui utilizado como gênero, é agora resguardado pela Constituição Federal, passemos a uma análise da responsabilidade do Estado no caso de uma criança imigrante que não possua autorização dos pais para viajar e que se apresenta desacompanhada de seus pais ou responsáveis, hipótese trazida na Lei 13.447/17 em seu art. 40, inciso V.

#### **4 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A TUTELA AO MIGRANTE**

Partindo-se da premissa sustentada anteriormente de que o migrante ainda que em trânsito ou temporariamente instalado no país está amparado pela Constituição Federal, é racionalmente lógico pensar que a criança e ao adolescente imigrante deve ser aplicado o Estatuto correspondente por se tratar de um instrumento normativo especializado recepcionado pela Constituição e, portanto, plenamente apto a produzir efeitos jurídicos nas circunstâncias em que lhe couber. Ao concebermos a ideia de que o imigrante, seja qual for sua situação, tem seus direitos assegurados pela Carta Magna nacional, essa proteção irradia-se para os demais diplomas legais infraconstitucionais.

No entanto, é possível dizer que existe também um conflito de normas especiais, entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei 13.447/17. A Lei de Migração trata da criança em três pontos no seu texto. A primeira menção está no Capítulo I - Seção II – Dos Princípios e Garantias, no art. 3º, XVII, em que assevera que a política migratória reger-se-á, no que tange criança e adolescente, pela proteção integral e atenção ao superior interesses desses. Noutro ponto trata do objeto desde artigo, a possibilidade do ingresso de crianças e adolescentes em território nacional desacompanhados e desautorizados. Por último cuida da hipótese de naturalização provisória que aqui apresento apenas como informação extraordinário, visto que não será alvo de discussão nem embasamento para tese.



Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, concebido na passagem da década de oitenta para a de noventa, tem em seu cerne a teoria da proteção integral que é o elemento substantivo essencial para a compreensão do Direito da Criança e do Adolescente. Por essa teoria tanto o infante quanto o púbere são considerados sujeitos de direito, entendimento diametralmente oposto àquele presente nas legislações de 1927 e de 1979 que versavam sobre a temática<sup>23</sup>, a teoria da situação irregular.

Nesta concepção havia uma resistência discursiva que produziu uma visão estigmatizada da infância aprisionando-se a conceitos positivistas clássicos da menoridade<sup>24</sup>, gerando um reforço de políticas públicas de controle social. Esse modelo seguia o entendimento da ideologia da segurança nacional com sua matriz na Escola Superior de Guerra considerando apenas os riscos e suas formas de contenção, utilizando-se de métodos de controle centralizado e repressivo, sendo as crianças consideradas apenas quando assumiam a condição de objeto de interesse jurídico<sup>25</sup>.

Nessa antinomia, na medida em que um mesmo fato é valorado de duas formas distintas, temos que considerar os critérios que devem balizar a solução do conflito<sup>26</sup>. Primeiramente, temos o critério cronológico, aquele no qual lei posterior prevalece sobre lei anterior. Com base nesse critério, a Lei de Migração prevaleceria sobre o ECA, naquilo que versa sobre a temática de criança e adolescentes, uma vez que aquela foi promulgada em 2017, enquanto esta data de 1990. O segundo critério

---

<sup>23</sup> CUSTODIO, Andre. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do direito**, n. 29, p. 22-43, 2008.

<sup>24</sup> CUSTODIO, Andre. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do direito**, n. 29, p. 22-43, 2008.

<sup>25</sup> CUSTODIO, Andre. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do direito**, n. 29, p. 22-43, 2008.

<sup>26</sup> TARTUCE, Flávio. *Breve estudo das antinomias ou lacunas de conflito*. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 879, 29 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7585>. Acesso em: 14 maio 2020.



é o de especialidade, em que uma norma especial prevalece sobre a norma geral. No presente caso, ambas as legislações são especiais, não tendo assim, qualquer implicação no caso em tela. Por último tem-se o critério hierárquico, quando uma norma superior prevalece sobre a inferior. Novamente, não há que se falar de hierarquia no caso analisado. Tanto o critério cronológico, quanto o hierárquico são de natureza formal, por sua vez, o critério da especialidade leva em consideração a natureza material da norma, sendo, portanto, um critério interpretativo.

Estando presente no sistema jurídico, o fenômeno da antinomia deverá ser suprido, pois o princípio da unicidade do sistema jurídico formula a ideia teórica da coerência<sup>27</sup>. Marcos Fabus, conforme José Rodríguez Rivera, define que a antinomia jurídica é do tipo semântica<sup>28</sup>. Para ele a antinomia ocorre quando as partes interessadas, no momento da interpretação do texto da lei, concluem em sentidos opostos. Utilizando a premissa de Kelsen de que a antinomia pode e deve ser resolvida pela via interpretativa, pois apresenta-se conciliável ao conceito de sistema jurídico do direito, uma vez que, não fere o princípio da unidade do sistema e a ideia da coerência entre os elementos normativos<sup>29</sup>. Temos na hipótese analisada a ocorrência de antinomia jurídica real, na medida em que seus requisitos são atendidos, são eles<sup>30</sup>:

a) ambas as normas são jurídicas; b) normas vigentes e pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico; c) ambas as

---

<sup>27</sup> BOAVENTURA, Bruno José Ricci. A solução das antinomias jurídicas aparentes inseridas na consolidação das leis. **Boletim de Direito Administrativo (BDA) doutrina- pareceres- jurisprudência- legislação- tribunais de contas (decisões e orientações)**, n. 9, 2007.

<sup>28</sup> BOAVENTURA, Bruno José Ricci. A solução das antinomias jurídicas aparentes inseridas na consolidação das leis. **Boletim de Direito Administrativo (BDA) doutrina- pareceres- jurisprudência- legislação- tribunais de contas (decisões e orientações)**, n. 9, 2007.

<sup>29</sup> BOAVENTURA, Bruno José Ricci. A solução das antinomias jurídicas aparentes inseridas na consolidação das leis. **Boletim de Direito Administrativo (BDA) doutrina- pareceres- jurisprudência- legislação- tribunais de contas (decisões e orientações)**, n. 9, 2007.

<sup>30</sup> BOAVENTURA, Bruno José Ricci. A solução das antinomias jurídicas aparentes inseridas na consolidação das leis. **Boletim de Direito Administrativo (BDA) doutrina- pareceres- jurisprudência- legislação- tribunais de contas (decisões e orientações)**, n. 9, 2007.



normas tenham operadores opostos (enquanto um permite o outro obriga) e seus conteúdos sejam a negação interna um do outro; d) ambas emanam de autoridades competentes; d) que o sujeito a que se dirigem as normas fique numa posição insustentável.

Analisemos a antinomia da Lei 13.445/17, no que versa sobre criança e adolescente, com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Para a solução da antinomia o intérprete se utiliza da objetividade dos critérios mencionados anteriormente, com vistas a evitar valorações altamente subjetivas de forma que prejudique o sujeito a que se dirigem aquelas normas conflitantes, criando soluções distintas para uma mesma antinomia a cada caso concreto<sup>31</sup>. Utilizando apenas o critério cronológico, a aplicação do ECA para o migrante ficaria limitado, não podendo ser empregado na hipótese de entrada de migrante menor de idade que esteja desacompanhado ou desautorizado. Todavia, no todo restante seria plenamente aplicável tendo em vista que a Lei de Migração não trouxe nenhuma outra especificidade que limite a aplicação do Estatuto.

Entretanto, teríamos uma quebra da isonomia de tratamento entre o menor migrante e o menor brasileiro. É sabido que em nome da proteção integral nenhuma criança ou adolescente menor de 16 anos poderá viajar desacompanhado para fora da comarca que reside sem a devida autorização dos pais ou responsáveis, conforme o art. 83 do ECA, redação dada pela Lei 13.812, de 2019. Quando falamos de viagens internacionais a única hipótese de dispensa de autorização se dá quando ambos os pais ou responsáveis acompanham o menor na viagem. O art. 84 do ECA, apresenta ainda uma segunda hipótese para a dispensa, no entanto, não entendo possível, visto que o próprio texto diz que em caso de companhia de apenas um dos pais, deve haver autorização expressa do outro responsável que não realizará a viagem. Ao

---

<sup>31</sup> BOAVENTURA, Bruno José Ricci. A solução das antinomias jurídicas aparentes inseridas na consolidação das leis. Boletim de Direito Administrativo (BDA) doutrina–pareceres–jurisprudência–legislação–tribunais de contas (decisões e orientações), n. 9, 2007.



final da seção, existe ainda, a proibição expressa de viagem de qualquer menor nato que esteja acompanhado de estrangeiro que não possua autorização para tanto.

Em sentido diametralmente oposto, a Lei de Migração em seu artigo 40, inciso V, estabelece que, excepcionalmente, poderá ser permitida a entrada de menor de idade desacompanhado e desautorizado. Seria o mesmo que permitir que um brasileiro nato saísse do país sem qualquer garantia. Internamente, tal conduta seria veementemente reprovada, em razão do princípio da máxima proteção. Por qual razão então permitiríamos o ingresso desse migrante infante? Não é o escopo do presente artigo, mas dada a falta de segurança e garantias poderíamos estar diante de uma legalização do tráfico de crianças.

Em consulta pública realizada no ano de 2019, fora encaminhado um questionamento tanto ao Ministério das Relações Exteriores (MRE), quanto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), responsáveis pela concessão do visto e Polícia Federal, respectivamente.

Como resposta, o MRE encaminhou:

Em atenção à sua solicitação de acesso informamos que, como o art. 10, inciso III, da Lei 13.445/17, de 24 de maio de 2017 estabelece que não se concederá visto “a menor de 18 (dezoito) anos desacompanhado ou sem autorização de viagem por escrito dos responsáveis legais ou de autoridade competente”, não há dados disponíveis sobre concessão de vistos para crianças desacompanhadas e desautorizadas. O art. 40, inciso V da referida lei, mencionado na consulta, refere-se à admissão excepcional no País, de responsabilidade da autoridade de controle migratório, e não a concessão de visto, de responsabilidade deste Ministério.

Por sua vez o MJSP em resposta, enviou Mensagem Eletrônica nº 812/2019-SIC/DIREX/PF e nº 729/2019-SIC/DIREX/PF, respectivamente:





[...] 2. Com relação ao seu requerimento nos termos da Lei 12.527/11, esclareço que no período de 2010 até a data de hoje, 11/10/2019, há o registro de ingresso de 196 crianças desacompanhadas. A partir da vigência da Lei 13.445/17 tivemos o ingresso de 06 crianças desacompanhadas, todas nacionais. 3. Não é possível informar as razões para permissão tendo em vista que o sistema não gera relatório com a informação. [...].

[...] 2. Com relação ao seu requerimento nos termos da lei 12.527/2011, esclareço que em consulta aos sistemas disponíveis para análise, pesquisa com filtro para a entrada de menor desacompanhado, no período disponível para pesquisa, de janeiro de 2007 a julho de 2019, resultou em 217 atendimento, sendo 215 brasileiros, 01 de nacionalidade paraguaia, e 01 da Suécia. No entanto, não é possível verificar os dados quanto as razões para a permissão de ingresso, e ne, publicação sobre tal assunto. [...].

O ato de ingresso e permanência do migrante em território nacional relaciona-se à discricionariedade do Estado, podendo este aceitar ou não que uma determinada pessoa permaneça em território nacional<sup>32</sup>. Da leitura e interpretação das respostas encaminhadas pelos órgãos, resta evidente que a permissão de ingresso do infante e do púbere, para a hipótese do inciso V do art. 40 da Lei 13.445/17, está vinculada exclusivamente a discricionariedade do agente migratório. O Decreto 9.199/2017 tem por finalidade regulamentar o Lei de Migração, e em seu art. 174, §2º assevera que nos casos de admissão excepcional de menores de idade desacompanhados e desautorizados pelos pais, o prazo desta permissão será de 30 (trinta) dias. Em regra, para ser admitido em território nacional o migrante deverá ter em sua posse um documento que o identifique sendo que a nova legislação admite como documentos de viagem o passaporte; documento de identidade civil, ou documento estrangeiro equivalente<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> GUERRA, Sidney. A nova lei de migração no Brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. **Revista de Direito da Cidade**, v. 9, n. 4, p. 1717-1737, 2017.

<sup>33</sup> GUERRA, Sidney. A nova lei de migração no Brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. **Revista de Direito da Cidade**, v. 9, n. 4, p. 1717-1737, 2017.



Como aventado anteriormente, poderíamos ter a configuração do crime de tráfico de crianças, sem que essas tenham qualquer resguardo. Deixar a cargo da discricionariedade do agente fronteiro a permissão de ingresso, configuraria, inequivocamente, uma afronta ao princípio da proteção integral. Levando em consideração que o órgão responsável não tem registros das razões que embasam a aplicação da excepcionalidade da norma posta, tanto a segurança do menor, quanto a análise de dados para o combate ao crime de tráfico restam severamente prejudicadas.

Pode surgir a ponderação de que tal permissão seja para abarcar aquelas crianças refugiadas ou apátridas, no entanto, a própria legislação migratória alerta que a lei sobre refugiados deve ser observada nas situações em que envolvam refugiados. Nesse sentido, o ingresso irregular já está presente na Lei 9.474/97, em seu art. 8º o diploma legal expõe que o refúgio pode ser pedido, ainda que o ingresso no território tenha se dado por meios irregulares. Portanto, não haveria a necessidade da concessão excepcional de ingresso trazida na lei de migração para aqueles que pretendem pleitear refúgio. O que ocorre com a edição do novo texto é a perda da objetividade na análise da condição do migrante.

Para esclarecer a temática, abaixo segue a razão de veto a um inciso do art. 40, que permitiria a concessão de visto de residência para fins de reunião familiar<sup>34</sup>.

IV - seja criança ou adolescente que esteja acompanhado de responsável legal residente no País, desde que manifeste a intenção de requerer autorização de residência com base em reunião familiar;

Razões do veto:

Os dispositivos poderiam possibilitar a entrada de crianças sem visto, acompanhada de representantes por fatores de sociabilidade ou responsável legal residente e, com isso,

---

<sup>34</sup> <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-veto-152813-pl.html>, Acesso em: 20/05/2020, às 15:45.



facilitar ou permitir situações propícias ao sequestro internacional de menores.

Nesse caso a criança acompanhada por um dos seus responsáveis não adquire o visto de residência sob a alegação de que poderia ser vítima de sequestro internacional. Não se questiona o teor do veto, mas a aplicação dicotômica do princípio da proteção integral da criança por parte do Poder Executivo. Se uma criança, acompanhada do responsável legal que pretenda visto com fins de reunião familiar não pode adentrar no território pátrio, sob a alegação supramencionada, por qual razão seria então permitida, ainda que excepcionalmente, a entrada de um menor desacompanhado e desautorizado? É possível vislumbrar uma falha do legislador que incluiu esse texto e do executivo, que no uso de suas atribuições deixou de vetar tal dispositivo.

## **5 CONCLUSÃO**

A situação do migrante no Brasil e a atenção despendida pelo Estado na promoção da sua proteção sofreram radical reviravolta que culminou na edição da Lei 13.445/17, que comparada a legislações estrangeiras se apresenta como vanguardista. O rompimento com o pensamento de imigrante a partir do conceito de segurança nacional, oriundo da Escola Superior da Guerra, para a adoção do conceito de sujeito de direitos apresentado pela doutrina dos Direitos Humanos é, sem dúvidas, um ponto de virada para a temática sobre migração enquanto gênero.

O reconhecimento do migrante como sujeito de direitos também apresentou um outro ponto relevante. Dada a característica inerente do Direito Internacional, qual seja, a existência da soberania das nações e a conseqüente auto determinação dos povos, como fazer com que naqueles países que não ratificaram os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, o migrante seja respeitado enquanto sujeito de direitos? Nesse prisma é que reputasse necessário que a Carta Magna da nação



contemple o migrante com os direitos e deveres dos nacionais. O respeito aos Direitos Humanos recai sobre o Estado no qual o migrante esteja, trata-se da jurisdição. Logicamente não há como nacionais e migrantes terem os mesmo direitos e deveres, dada a segurança nacional, aqui empregada apenas como meio de manutenção do Estado. Os direitos e deveres estendidos seriam aqueles fundamentais, inerentes da condição de ser humano, e os sociais.

Para isso, a hermenêutica neo-constitucionalista é essencial. A Lei de Migração já apresenta essa possibilidade em seu texto, no entanto, será a partir dos tribunais que essa interpretação será possível. Tendo então a constitucionalização do migrante como base, e por ser a Constituição o cume da pirâmide Kelseniana, o migrante deve ser tutelado pelas normas infraconstitucionais existentes. Nesse aspecto o ECA, norma especializada que versa sobre a proteção do infante e do púbere deve ser aplicado por analogia ao menor migrante. O texto da Lei de Migração quando trata sobre a entrada de crianças e adolescentes desacompanhados e desautorizados não atende ao princípio da proteção integral do menor, princípio que é basilar no direito pátrio. O risco apresentado na hipótese aumenta quando é estabelecido que o ingresso do menor fica a cargo da discricionariedade do agente migratório. No decreto 9.199/17 ficou estabelecido que o prazo limite de permanência desse menor é de 15 dias, ou seja, tratar-se-ia de um visitante. No entanto, valeria expor a criança ao risco de camuflada como visitante, se tratar de um imigrante ilegal com possibilidade de ser uma vítima de tráfico humano? Confiar a proteção integral do menor à discricionariedade do agente apresenta-se como uma temeridade.

Nesse aspecto, entendo ser aplicável o ECA por analogia. Se este estabelece que um nacional não pode retirar-se do país sozinho sem autorização dos responsáveis, ou na presença de um desses, autorizado pelo outro, um migrante não poderia ingressar sem autorização e desacompanhado. Somado a isso, o executivo à



época vetou um inciso do mesmo artigo 40 da Lei 13.445/17 que permitiria o ingresso de menor acompanhado de responsável com finalidade de reunião familiar e posterior pedido de visto de permanência. Se acompanhado não poderia adentrar, sob a alegação de possível sequestro de menor, o que dirá de uma hipótese em que sequer o menor esteja acompanhado, há aqui também a hipótese de tráfico infantil, que da mesma forma deve ser coibido. Por isso, a aplicação do ECA se mostra uma possibilidade teórica, via jurisprudência, para afastar a aplicação do art. 40, V, da Lei 13.445/17.

## REFERÊNCIAS

AGRA, W. DE M. A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. **Revista FIDES**, v. 6, n. 1, 29 dez. 2017.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 233, 2005.

BRASIL. LEI Nº 13.447, DE 24 DE MAIO DE 2017. **LEI DE MIGRAÇÃO**, Brasília, DF, mar 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm)>. Acesso em: 14 de mai. 2020.

Brasil registra mais de 700 mil migrantes entre 2010 e 2018  
<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1566502830.29>. Acesso em 01, janeiro, 2020.

BOAVENTURA, Bruno José Ricci. A solução das antinomias jurídicas aparentes inseridas na consolidação das leis. **Boletim de Direito Administrativo (BDA) doutrina–pareceres–jurisprudência–legislação–tribunais de contas (decisões e orientações)**, n. 9, 2007.



CALÇA, Cassia Regina; ROCHA, Juliani Santos; DIAS, Eliotério Fachin. SOBERANIA E O DIREITO DO MIGRANTE INTERNACIONAL NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO. **REVISTA JURÍDICA DIREITO, SOCIEDADE E JUSTIÇA**, v. 7, 2018.

CEPIK, Marco. Segurança Nacional e Segurança Humana: problemas conceituais e consequências políticas, 1. 2001.

CUSTODIO, Andre. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do direito**, n. 29, p. 22-43, 2008.

DE MELO FRANCO, Afonso Arinos, As doutrinas políticas contemporâneas e suas relações com a segurança nacional (1958), A PALAVRA DOS CHANCELERES NA ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA (1952-2012), Brasília, 2018

GUERRA, Sidney. Alguns aspectos sobre a situação jurídica do não nacional no Brasil: da lei do estrangeiro à nova lei de migração. **Revista Direito em Debate**, v. 26, n. 47, p. 90-112, 2017.

GUERRA, Sidney. A nova lei de migração no Brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. **Revista de Direito da Cidade**, v. 9, n. 4, p. 1717-1737, 2017.

MAIA, Antonio Cavalcanti. Sobre a Teoria Constitucional Brasileira e a Carta Cidadã de 1988: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo. **Revista Quaestio Iuris**, v. 4, n. 1, p. 1-86, 2011.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. Diritto Costituzionale. 7ª ed., Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, pág.556.

TARTUCE, Flávio. Breve estudo das antinomias ou lacunas de conflito. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 879, 29 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7585>. Acesso em: 14 maio 2020.

VILLALÓN, Pedro Cruz. **La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución**. Centro de estudios políticos y constitucionales, 1999..

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-veto-152813-pl.html>, Acesso em: 20/05/2020, às 15:45.



# TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR: POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL PELA APROPRIAÇÃO INDEVIDA DO TEMPO DO CONSUMIDOR

Alexandre da Silva Souza

## RESUMO

O trabalho monográfico em foco trata, basicamente, da possibilidade de responsabilização civil pela perda do tempo útil do consumidor na resolução de problemas decorrentes de algum vício na prestação e fornecimento de serviços. Sendo assim, tem-se, esquematicamente, que assim como a legislação e jurisprudência dispõe sobre a possibilidade da responsabilização civil aos fornecedores de serviços pelo vício nos produtos e serviços fornecidos, é importante verificar se tal responsabilidade se estende ao desgaste pelos consumidores na tentativa de resolução desses defeitos. Com efeito, não há dúvidas que na sociedade moderna as relações de consumo se tornaram cada vez mais dinâmicas, ou seja, estão presentes nas mais diversas modalidades e esse fortalecimento e incentivo do consumismo exacerbado trouxe uma série de questionamentos e problemáticas a serem enfrentados pelos operadores do direito. De igual modo, atualmente o tempo é um dos bem mais valiosos para os indivíduos, sendo certo que o presente estudo monográfico visa exatamente instigar, questionar e solucionar a questão atinente a tutela do tempo perdido pelo consumidor frente a uma circunstância causada pelo fornecedor de serviço ou terceiro pelo qual o próprio fornecedor também responde legalmente. De forma pragmática, a responsabilização civil pelo vício ou defeito na prestação de serviço é assente na legislação, doutrina e jurisprudência, mas no que pertine a proteção e responsabilização do fornecedor pelo tempo gasto na resolução de problemas é temática que vem sendo discutido de forma bastante acalorada, inclusive com decisões bastante emblemáticas que trazem uma maior proteção ao consumidor que indiscutivelmente é a parte mais frágil nas relações de consumo. Nesse pensa a problemática em discussão refere-se sobre a necessidade de



responsabilização dos prestadores e fornecedores de serviço pela perda de tempo dos consumidores na resolução de demandas inerentes a vícios e má prestação de serviços.

**Palavras chave:** Lei de Migração; Estatuto da Criança e do Adolescente; Isonomia; Constitucionalidade.

## 1 INTRODUÇÃO

No atual contexto social e econômico vivenciado pela sociedade moderna, cada vez mais as relações de consumo têm se aprofundado, tanto diante da oferta pelo consumismo exacerbado, quanto pela necessidade do ser humano em praticar atos de consumo no cotidiano.

Diante disso, as relações de consumo têm ganhado extremo relevo, notadamente pela busca de uma regulamentação quanto aos direitos e deveres de fornecedor e consumidor, bem como a responsabilização civil decorrente dessa relação.

A rigor, tem-se que as regras estabelecidas pelo direito civil nunca foram suficientes para promover uma completa regulamentação das relações de consumo, o que fez surgir a necessidade de regramentos especiais que adentram as minúcias dos contratos entre fornecedor e consumidor.

Nessa senda, a Lei 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor (CDC) é a principal legislação de regência e a mais ampla, ou seja, que tipifica de modo mais específico as relações de consumo.

O advento CDC trouxe inúmeros direitos aos consumidores e também impôs diversas obrigações aos fornecedores de serviços na tentativa de proteger a parte mais frágil dessa relação, que, por óbvio, é o consumidor.

Não obstante o inegável avanço proposto pelo CDC, bem como pela atuação dos órgãos de defesa do consumidor, com o avanço das relações de consumo e a





dinamização da forma de consumir, algumas questões precisaram de uma atenção especial.

De forma pragmática, a responsabilização civil pelo dano ou defeito do produto e na prestação de serviço regulamentada, tanto pelas normas civis, quanto pelo CDC. Sucede, todavia, que a despeito da responsabilização do fornecedor pelo dano causado ao consumidor, restou a toda comunidade jurídica uma reflexão mais aprofundada acerca da responsabilização desse mesmo fornecedor pelo tempo que o consumidor gastou para efetivamente solucionar a problemática causada por uma falha ou defeito no produto ou serviço.

Eis que então surge o estudo da responsabilização do fornecedor pela perda do tempo útil do consumidor e a teoria do desvio produtivo do consumidor, o qual precisa, para solucionar a problemática atinente a um vício da relação de consumo ao qual não deu causa, despende de tempo e desgaste físico/emocional.

Neste viés, o trabalho analisará a possibilidade da responsabilização do fornecedor pela perda do tempo útil do consumidor pela falha na prestação do serviço ou vício no produto.

Assim, necessário se faz um estudo de toda a relação consumerista, sendo certo que o primeiro capítulo abordará o âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, os aspectos fundamentais para o estabelecimento da relação de consumo, e os princípios e garantias abarcados pelo CDC.

No segundo capítulo do trabalho, serão abordados os aspectos gerais da responsabilidade civil, trazendo à tona como o Código Civil (CC) se comporta e legisla sobre a tal situação, e como o Código de Defesa do Consumidor visa proteger a parte hipossuficiente da relação consumerista ante todas as adversidades.



Por fim, no terceiro capítulo, será examinada a importância do tempo e a sua monetização nas relações de consumo vivenciadas na sociedade moderna, bem como a necessidade de um estudo e compreensão exata da importância do tempo gasto pelo consumidor na resolução de demandas que advém de produtos e serviços defeituosos, sendo feita uma análise dos entendimentos dos tribunais acerca do tema do desvio produtivo do consumidor.

Neste viés, as abordagens propostas nos citados capítulos têm como escopo avaliar a possibilidade de se ocorrer a tutela jurisdicional do tempo, uma vez considerado que o tempo trata-se de um bem jurídico, por isso, em caso de lesão, deve ocorrer a devida reparação do dano causado ao consumidor, sobretudo considerando a sistemática protetiva do CDC.

## **2 CONCEITUANDO A RELAÇÃO CONSUMERISTA**

### **2.1 Correto âmbito de aplicação do CDC**

Este trabalho se propõe em estabelecer a possibilidade da aplicação da teoria do desvio produtivo nas relações de consumo, analisando-se o aspecto do desperdício e da própria perda do tempo produtivo do consumidor ocasionado pela falha na prestação de serviço do fornecedor, ensejando-se em razão do vício na prestação do serviço, a possibilidade de ocorrência de indenização por dano moral.

Acontece que para se chegar à conclusão se poderá ou não ser aplicada a teoria do desvio produtivo do consumidor e, uma possível indenização pela perda do seu tempo, é necessário tecer uma análise sobre a aplicação da Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor.

Prefacialmente, quadra destacar que antes da promulgação do CDC, a Constituição Federal (CF) de 1988, no título II, quando estabeleceu os direitos e garantias fundamentais no art. 5º, XXXII, dispôs sobre a defesa do consumidor:



Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor<sup>1</sup>;

Sobre o tema, assim leciona Claudia Lima Marques:

Promover significa assegurar afirmativamente que o Estado-juiz, que o Estado-Executivo e o Estado-Legislativo realizem positivamente a defesa, a tutela dos interesses destes consumidores. É um direito fundamental (direito humano de nova geração, social e econômico) a uma prestação protetiva do Estado, a uma atuação positiva do Estado, por todos os seus poderes: Judiciário, Executivo, Legislativo. É direito subjetivo público geral, não só de proteção contra as atuações do Estado (direito de liberdade ou direitos civis, direito fundamental de primeira geração, em alemão *Abwehrrechte*), mas de atuação positiva (protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) do Estado em favor dos consumidores (direito a alguma coisa, direito prestacional, direito econômico e social, direito fundamental de nova geração, em alemão *Rechte auf positive Handlungen*).<sup>2</sup>

Neste pensar, o direito consumerista formou-se dentro dessa roupagem constitucional, incorporando valores e direitos fundamentais da Carta Magna, consoante se extrai da própria disposição do artigo 1º do CDC<sup>3</sup>, que prevê: "O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias".

<sup>1</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília, 1998 – Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 22 fev. 2020

<sup>2</sup> MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 31

<sup>3</sup> BRASIL, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 22 fev. 2020



É perceptível que o diploma legal do consumidor possui reverberações constitucionais, contudo, esclareça-se que o direito do consumidor CDC é uma legislação autônoma, criada observando-se por diversos princípios constitucionais, dentre os quais destacam-se os princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia e liberdade, mandamentos esses que tem como função normatizar as relações de consumo.

Nessa linha intelectual, o doutrinador Rizzatto Nunes em sua obra, expõe que o CDC é uma lei principiológica, e afirma de forma bastante objetiva que:

Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regada por outra norma jurídica infraconstitucional. Assim, por exemplo, um contrato de seguro de automóvel continua regulado pelo Código Civil e pelas demais normas editadas pelos órgãos governamentais que regulamentem o setor (Susep, Instituto de Resseguros etc.), porém estão tangenciados por todos os princípios e regras da lei n. 8.078/90, de tal modo que, naquilo que com eles colidirem, perdem eficácia por tornarem-se nulos de pleno direito.<sup>4</sup>

O CDC compõe um sistema autônomo dentro da moldura constitucional, em que o objetivo é tutelar relações desiguais, tratando de maneira diferente o fornecedor e consumidor, almejando-se a igualdade entre as partes.

Leonardo de Medeiros Garcia informa que o CDC, contempla uma pluralidade de aspectos para tratar da necessária proteção ao consumidor:

O CDC constitui um microssistema jurídico multidisciplinar na medida em que possui normas que regulam todos os aspectos de proteção do consumidor, coordenadas entre si, permitindo a visão de conjunto das relações de consumo. Por força do caráter interdisciplinar, o Código de Defesa do Consumidor outorgou tutelas específicas ao consumidor nos

---

<sup>4</sup> NUNES, Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 112



campos civil (arts. 8º a 54), administrativo (arts. 55 a 60 e 105/106), penal (arts. 61 a 80) e jurisdicional (arts. 81 a 104).<sup>5</sup>

Deve ser ressaltado que o CDC trata-se norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, prevalecendo sobre todas as demais normas anteriores a ela, ainda que especiais, que com ela colidirem.

Posto isso, podemos chegar à conclusão que o CDC incide em toda relação que puder ser caracterizada como de consumo, e conforme Rizzatto Nunes<sup>6</sup>: “haverá relação de consumo sempre que se puder identificar num dos polos da relação o consumidor, e no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços”.

Assim sendo, necessário se faz a definição de consumidor, fornecedor, produto e serviço para que entendamos os elementos essenciais que compõe a relação de consumo abarcadas pelo CDC.

## **2.2 Elementos essenciais para a configuração da relação de consumo**

No tópico antecedente foi afirmado que, uma determinada relação será enquadrada como sendo de consumo quando for verificada a presença de dois elementos essenciais, quais sejam: o consumidor – sujeito ativo da relação, e o fornecedor/prestador de serviço – sujeito passivo da relação.

O CDC estabelece nos artigos 2º e 3º os conceitos de consumidor e fornecedor/prestador de serviço:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

---

<sup>5</sup> GARCIA, Leonardo de Medeiros. Código de Defesa do Consumidor. 7ª Ed. Niterói: Impetus, 2011, p.6

<sup>6</sup> NUNES, Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118



Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.<sup>7</sup>

A dicção consumerista estabeleceu uma conceituação específica da posição jurídica de fornecedor e consumidor, especialmente no que tange a hipossuficiência do consumidor, alcançando-o a condição de destaque, o qual nenhuma outra legislação lhe assegurava.

A partir dessa ideia, será destrinchado a figura do consumidor e do fornecedor/prestador de serviço, para que assim, se torne possível a compreensão da forma que se estabelece determinada relação de consumo.

### *2.2.1 Do conceito de consumidor*

A mera análise do caput do art. 2º do CDC propícia a interpretação de que consumidor é a pessoa física, e também jurídica que adquire ou utiliza da prestação de um serviço.

---

<sup>7</sup> BRASIL, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2020



Assim, é possível afirmar que o CDC não faz qualquer distinção entre a pessoa física e jurídica na relação de consumo como polo ativo, mas apenas define como consumidor aquele que adquire o produto ou o serviço, sendo denominado pela doutrina de consumidor “*stricto sensu*”.

Nas lições de Leonardo de Medeiros Garcia, existem três elementos que compõem o conceito de consumidor:

Sendo assim, são três os elementos que compõe o conceito de consumidor segundo a redação supracitada. O primeiro deles é o subjetivo (pessoa física ou jurídica), o segundo é o objetivo (aquisição ou utilização de produtos ou serviços) e o terceiro é o teleológico (a finalidade pretendida com a aquisição de produto ou serviço) caracterizado pela expressão destinatário final.<sup>8</sup>

Acontece que a legislação não consegue definir o que seria de fato o destinatário final, sendo certo que, para essa definição, é necessário buscar supedâneo na doutrina de consumo.

Dessa forma, existem duas correntes sobre o tema, sendo elas denominadas como finalistas e maximalistas.

A doutrina finalista (ou subjetiva), expõe que o consumidor é a parte mais vulnerável na relação contratual, ao passo de que apenas ele merece a tutela jurisdicional.

Claudia Lima Marques acrescenta que para ser o destinatário final o consumidor deverá ser o destinatário final econômico:

O destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica não basta ser

---

<sup>8</sup> GARCIA, Leonardo de Medeiros. Código de Defesa do Consumidor. 7ª Ed. Niterói: Impetus, 2011, p.15



destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, leva-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso não haveria a exigida destinação final do produto ou serviço.<sup>9</sup>

Leonardo de Medeiros Garcia acrescenta que o destinatário final é aquele que coloca um fim na cadeia de produção:

O destinatário final é o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utiliza-lo (destinatário final fático), é aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final, já que está transformando e utilizando o bem para oferece-lo, por sua vez, ao cliente, consumidor do produto ou serviço.<sup>10</sup>

Para a corrente finalista (objetiva) o consumidor é aquele que utilizará o serviço ou produto adquirido, colocando um fim na cadeia de consumo.

Noutro giro, a corrente maximalista (objetiva), estipula ser o consumidor o destinatário fático, pouco importando a destinação econômica do produto ou serviço do bem adquirido.

Cláudia Lima Marques expõe que os maximalistas veem o CDC como um código geral sobre o consumo, um diploma legal para a sociedade de consumo, definindo o consumidor como o destinatário fático do produto:

Veem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um

---

<sup>9</sup> MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 4ª Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, p. 53

<sup>10</sup> GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor, Código Comentado e Jurisprudência. 7ª Ed. Impetus: Niterói, 2011, p. 15





código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final, então, seria o destinatário fático do produto, aquele que retira do mercado e utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de celulose, que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório.<sup>11</sup>

Os maximalistas definem o consumidor como aquele que adquire o produto, não importando a finalidade da aquisição ou uso, podendo até mesmo explorar a situação econômica daquele bem adquirido. A definição de consumidor é puramente objetiva.

A bem da verdade após a entrada em vigor do Código Civil de 2002<sup>12</sup>, a teoria maximalista vem perdendo força, ao passo de que em contrapartida, uma nova corrente se consolida nos tribunais, qual seja: a teoria finalista mitigada, fundada na ideia de enquadrar a pessoa jurídica como consumidora desde que comprovada a sua vulnerabilidade da empresa.

Realmente, depois da entrada em vigor do CC/2002 a visão maximalista diminuiu em força, tendo sido muito importante para isto a atuação do STJ. Desde a entrada em vigor do CC/2002, parece-me crescer uma tendência nova na jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final

---

<sup>11</sup> MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 4ª Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, p. 254

<sup>12</sup> BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 25. fev. 2020



imediatos (Endverbraucher) e de vulnerabilidade (art. 4.º, I), que poderíamos denominar aqui de finalismo aprofundado.<sup>13</sup>

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem adotando a aplicação da teoria finalista mitigada às pessoas jurídicas desde que identificado a sua vulnerabilidade no caso concreto. Exemplo disso é o julgado do Recurso Especial 1.195.642/RJ<sup>14</sup> de relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE.

A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente

<sup>13</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 92

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.195.642. Recorrente: Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A - EMBRATEL. Recorrido: Juleca 2003 Veículos Ltda. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJenov.2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25733695&num\\_registro=201000943916&data=20121121&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25733695&num_registro=201000943916&data=20121121&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 25. fev. 2020



de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor.

A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). [...] 7. Recurso especial a que se nega provimento. (Grifou-se)

Não obstante ao que fora exposto, existem ainda os consumidores tidos por equiparação, conforme o parágrafo único do art. 2º do CDC. A disposição nesse artigo visa proteger a coletividade de pessoas que possa ser, de alguma forma, afetada pela relação consumerista.

Em complemento, o artigo 17 do CDC evidencia-se que equiparasse a consumidor todas às vítimas do acidente de consumo que foram atingidas pelo evento danoso, mesmo aqueles que não considerados como consumidores diretos do bem ou serviço.

Em arremate, o artigo 29 do CDC expõe de uma forma geral a necessidade de proteção ao consumidor, informando que aqueles expostos às práticas abusivas, ainda que não sejam consumidores *stricto sensu* terão a salvaguarda de seus direitos pelo CDC.

### 2.2.2 Do conceito de fornecedor



A definição de fornecedor está posta *caput* do art. 3º do CDC, já ementado, no qual sua dicção verbera que fornecedor pode ser qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, que atue no desenvolvimento de atividade de produção, distribuição ou comercialização de produtos ou na prestação de serviços:

A lei é bem genérica quanto ao conceito de fornecedor, como sendo todo aquele que oferece os produtos e serviços (também caracterizados pelo CDC) no mercado de consumo. Podendo este ser profissional que exerce a atividade habitualmente ou não profissional, no caso dos que exercem de maneira eventual.<sup>15</sup>

Observe que pode ser considerado como fornecedor tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica, ao passo de que deve ser observada a atividade típica e habitual para a efetiva caracterização do conceito de fornecedor. Por Rizzatto Nunes:

O uso do termo “atividade” está ligado a seu sentido tradicional. Têm--se, então, atividade típica e atividade eventual. Assim, o comerciante estabelecido regularmente exerce a atividade típica descrita em seu estatuto. Mas é possível que o mesmo comerciante exerça uma atividade atípica, quando, por exemplo, age, de fato, em situação diversa da prevista, o que pode dar-se de maneira rotineira ou eventual. E a pessoa física vai exercer atividade atípica ou eventual quando praticar atos do comércio ou indústria. Por exemplo, uma estudante que, para pagar seus estudos, compra e depois revende lingerie entre seus colegas exerce atividade que a põe como fornecedora para o CDC. Se essa compra e venda for apenas em determinada e específica época, por exemplo, no período de festas natalinas, ainda assim ela é fornecedora, porque, apesar de eventual, trata-se de atividade comercial.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6ª. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, p. 145

<sup>16</sup> NUNES, Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 129



A lição de João Batista de Almeida<sup>17</sup> é no sentido de que “fornecedor é não apenas quem produz ou fabrica, industrial ou artesanalmente, em estabelecimento industriais centralizados ou não, como também quem vende, ou seja, comercializa produtos nos milhares e milhões de pontos de venda espalhados por todo território”.

Dessa forma, permeiam o conceito de fornecedor as ideias de atividades profissionais, habituais, com finalidades econômicas, o que leva a crer que o legislador quis se referir às atividades negociais, dentro de um perfil organizado e unificado, visando à satisfação de um fim econômico unitário e permanente.<sup>18</sup>

Por isso, o fornecedor é toda pessoa, em sentido amplo, que coloca-se no mercado de consumo com o propósito de ofertar seus produtos ou serviços, devendo ser observados os requisitos da habitualidade e a finalidade de aferição de lucro.

Assim, uma vez caracterizados o consumidor e o fornecedor, é possível afirmar que para a configuração da relação de consumo é necessário a presença dessas figuras, de modo que, faltando qualquer uma das partes, inexistente relação consumerista.

### **2.3 Princípios relacionados a política nacional de consumo**

Como já exposto anteriormente (tópico - 1.1) o CDC é uma lei formada por princípios norteadores, aos quais são base para as regras e direitos atinentes ao consumidor, estando no topo da pirâmide normativa para servir de orientação num aparente confronto de interesses.

---

<sup>17</sup> ALMEIDA, João Batista. A proteção jurídica do consumidor. 2ª Ed. Saraiva: 2000, p.41

<sup>18</sup> FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 73



O doutrinador Bruno Miragem<sup>19</sup> afirma que: “os princípios gerais do direito do consumidor, previstos no CDC, incidem sobre as relações jurídicas consumeristas, objetivando a correta interpretação e aplicação das regras que a regulamentam”.

Fabrício Bolzan elucida quais são objetivos da política nacional das relações de consumo: o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à dignidade, saúde e segurança, a transparência e harmonia nas relações de consumo, a melhoria da qualidade de vida e a proteção dos interesses econômicos. E tais objetivos, a serem alcançados na regulamentação das relações jurídicas de consumo, têm como foco precípua a tutela da parte mais fraca dessa relação, outorgando-lhe direitos e instituindo deveres ao fornecedor<sup>20</sup>

Nesse sentido, no capítulo II do Código de Defesa do Consumidor (Da Política Nacional de Relações de Consumo) estão postos os princípios norteadores do diploma consumerista (art. 4º, CDC<sup>21</sup>) e a política que está por trás desse

---

<sup>19</sup> MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6ª. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, p. 162

<sup>20</sup> BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 200-201

<sup>21</sup> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. III harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes



arcabouço normativo. São dispositivos que narram os objetivos do legislador infraconstitucional e os instrumentos que o poder Executivo deve criar para efetivá-los (art. 5º, CDC<sup>22</sup>).

A bem da verdade o CDC contém vários princípios, sendo eles fundamentais para a compreensão da própria construção do seu microsistema jurídico e a proteção do consumidor, cabendo delinear separadamente aqueles de maior relevância.

O primeiro princípio que devemos abordar é talvez aquele mais importante, qual seja: o princípio da vulnerabilidade, disposto no art. 4º, I do permissivo legal. Esse princípio em resumo, estabelece presunção absoluta de desigualdade na relação de consumo, sendo o consumidor a parte frágil da relação, tendo em visto o meio de produção e a disparidade econômica entre as partes.

A doutrinadora Claudia Lima Marques<sup>23</sup> define a vulnerabilidade como “situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza o sujeito de direitos, desequilibrando a relação consumerista. Trata-se de uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção”.

---

comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo. Veja-se: BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)>. Acesso em: 01 mar. 2020

<sup>22</sup> Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros: I - manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente; II instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público; III - criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo; IV - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo; V - concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor. Veja-se: BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)>. Acesso em: 28 fev. 2020

<sup>23</sup> MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 93



Posto isso, o princípio da vulnerabilidade trata o vulnerável da relação de consumo (consumidor) de forma desigual, com o único objetivo de equipara-lo ao fornecedor na relação consumerista estabelecida.

A doutrina de José Filomeno expõe que a vulnerabilidade do consumidor pode ser verificada nos momentos que antecedem a aquisição do bem ou serviço, durante a aquisição e de forma posterior, não tendo o consumidor qualquer previsibilidade dos riscos e das possíveis lesões que poderá vir a sofrer. Veja-se:

Por vulnerabilidade há de se entender a fragilidade dos consumidores, em face dos fornecedores, quer no que diz respeito ao aspecto econômico e de poder aquisitivo, quer no que diz respeito à chamada fase pré-contratual. Ou seja, no tocante às informações disponíveis, que podem ser, por exemplo, verdadeiras ou falsas, ou desatenderem às expectativas dos consumidores, mediante oferta e apresentação (embalagens, bulas de remédios, manuais de uso, cartazes e outros meios visuais) ou mensagem publicitária. Essa vulnerabilidade ainda está presente na fase de contratação na aquisição de um produto ou da prestação de um serviço. Sabendo-se que hoje em dia, dada a massificação da produção e, conseqüentemente, do crédito e das vendas, a grande maioria dos contratos é de adesão, ou seja, contrato em que as condições gerais e cláusulas são unilaterais, e previamente ditadas por apenas uma das partes, cabendo à outra tão somente aceitá-las ou não, é grande o risco de prejuízo ao consumidor, parte mais fraca. E por último essa vulnerabilidade se manifesta na fase pós-contratual, em que podem surgir vícios ou defeitos, tornando os produtos adquiridos ou serviços contratados inadequados aos fins aos quais se destinam, ou então nocivos ou perigosos à incolumidade física ou saúde dos consumidores que, além disso, poderão experimentar prejuízos em decorrência desses mesmos vícios ou defeitos.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. Curso Fundamental de Direito do Consumidor. 3. Ed. São Paulo : Atlas, 2014. p. 17 e 18





Com efeito, é justamente o fato inexorável da vulnerabilidade do consumidor, dentre outros fatores, que se encampa a aplicação da teoria do desvio produtivo do Consumidor. Nas palavras de Marcos Dessaune (fundador da teoria em estudo):

Afinal de contas, a vulnerabilidade do consumidor tutelada pelo CDC é o fundamento dessa proteção inderrogável de índole constitucional. Dito de outra maneira, o indicado comportamento do consumidor implica ofensa ao CDC e à vulnerabilidade do consumidor por ele tutelada, que são respaldados pelo direito fundamental à proteção do consumidor<sup>25</sup>

Acrescenta o doutrinador:

Por tudo isso, diante de um eventual problema de consumo, não pode o fornecedor aproveitar-se da sua superioridade e da correspondente vulnerabilidade do consumidor no mercado para tentar transferir para ele a sua responsabilidade tanto por produtos e serviços viciados ou defeituosos, quanto por prejuízos oriundos de práticas abusivas. Tampouco deve o consumidor assumir tal dever jurídico sucessivo que o CDC impõe ao fornecedor, mesmo que premido por um estado de carência que não permite demora e por sua condição de vulnerabilidade no mercado.<sup>26</sup>

O segundo princípio que devemos abordar é o da intervenção estatal, disposto no art. 4º, II do CDC. Esse princípio dispõe que é necessário a intervenção do Estado na defesa do consumidor. Essa intervenção estatal de defesa do consumidor faz com que, por exemplo, o CDC, nesta condição, estabeleça aos consumidores uma série de direitos subjetivos e aos fornecedores os respectivos deveres de respeitar e realizar esses direitos.

---

<sup>25</sup> DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: Um panorama disponível em:

<[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento\\_online/edicoes/volume17\\_numero1/volume17\\_numero\\_1\\_15.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero1/volume17_numero_1_15.pdf)> - Acesso em 03 mar. 2020

<sup>26</sup> DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2. ed. Vitória, 2017, p. 228



Ademais, essa intervenção estatal é realizada através de órgãos públicos de defesa do consumidor, a exemplo do PROCON, o qual intervém nas relações consumeristas à defesa de evitar desequilíbrios e distorções.

Já o princípio da harmonia das relações de consumo, previsto no art. 4º, III do CDC, busca harmonia nas relações de consumo com base no equilíbrio e boa-fé, a fim de que para que se proteja uma das partes não necessariamente lese a outra.

João Batista de Almeida pondera que:

Se existe consenso no que tange ao desequilíbrio das relações consumeristas, estando o consumidor em posição de fragilidade em relação ao fornecedor, nada mais justo e correto do que buscar restabelecer o equilíbrio almejado, quer protegendo o consumidor, quer educando-o, quer fornecendo-lhe instrumentos e mecanismos de superação desses desequilíbrios. Desse modo, as relações de consumo poderão cumprir seus objetivos, com maior harmonia e redução de conflitos.<sup>27</sup>

Consigna ainda o doutrinador:

Numa consideração talvez utópica, poder-se-ia dizer que, uma vez alcançado esse tão almejado equilíbrio – ideal –, o consumidor seria alçado à condição de igualdade em face do empresário, e, nesse relacionamento de maturidade e consciência, não haveria mais necessidade de tutela. Ele estaria emancipado: não seria hipossuficiente, nem vulnerável. Mas a realidade é bem outra. E, pelos parâmetros conhecidos no Brasil, com o baixo nível educacional da população e a reduzida conscientização de ambas as partes, o consumidor brasileiro necessitará de tutela por muito tempo.<sup>28</sup>

Outro princípio que merece destaque é o princípio da educação e informação dos consumidores, disposto no art. 4º, IV do CDC, o qual serve para educar e informar o consumidor acerca de seus direitos e deveres, para que ele possa atuar de maneira

---

<sup>27</sup> ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35

<sup>28</sup> ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35



mais consciente no mercado, acarretando, por via de consequência, uma sociedade mais justa e equilibrada.

O doutrinador José Geraldo Brito Filomeno destaca a existência de dois tipos de educação a respeito deste princípio, quais sejam: a formal e a informal, veja-se:

A educação formal deve iniciar nas escolas, desde os primeiros passos da criança, até mesmo porque os direitos do consumidor são uma face dos próprios direitos de cidadania. No tocante à educação informal, devem ser objeto de preocupação não somente dos órgãos de defesa e proteção ao consumidor, mas também de entidades não governamentais e dos meios de comunicação de massa (televisão, jornais, rádios, revistas, etc.). Acerca da informação, entende que deva ser objeto das comunicações de modo geral, feitas pelas entidades, governamentais ou não governamentais, sempre com vistas à melhoria do mercado consumerista.<sup>29</sup>

O inciso V do art. 4º do CDC estabelece o princípio do controle de qualidade e mecanismo de atendimento, resolução de conflitos, pelos próprios fornecedores.

Para maior proteção do consumidor e de forma a garantir maior eficácia nas relações consumeristas, a Política Nacional das Relações de Consumo verifica a necessidade de o Estado incentivar os próprios fornecedores a adotarem medidas e providências tendentes a solucionar eventuais conflitos. Assim, as empresas devem manter o controle de qualidade não só de seus produtos e serviços, mas também do atendimento aos consumidores<sup>30</sup>

Já o inciso VI do CDC afirma que a política nacional se funda coibição e pressão eficientes de todos os abusos praticados nas relações consumeristas. O permissivo legal em vários artigos tenta coibir os abusos, como nos incisos do art. 39, ao exemplificar práticas abusivas vedadas, ou ainda nos termos do art. 51, ao

---

<sup>29</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. Da Política Nacional de Relações de Consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 89

<sup>30</sup> GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 52-53



exemplificar um rol de cláusulas abusivas que são consideradas nulas de pleno direito.

Seguindo essa linha, há também o princípio da racionalização e melhoria dos serviços públicos previsto no inciso VII do art. 4º do CDC. Esse princípio de uma maneira direta visa estabelecer que o serviço público deverá respeitar a regra geral do sistema de proteção do consumidor da mesma maneira que a iniciativa privada.

Por fim, no inciso VIII do art. 4º do CDC, há o princípio do estudo das modificações de mercado o qual destina-se ao desenvolvimento do direito consumerista, uma vez que a sociedade e, conseqüentemente, o mercado de consumo sofrem constantes evoluções.

Neste viés, expostos os princípios que regem a Política Nacional das Relações de Consumo, podemos notar a importância da aplicação dos mesmos junto ao permissivo legal. Ademais, deve ficar claro que por mais que existam princípios que regem as relações de consumo dentro do CDC, nada impede o reconhecimento de princípios implícitos, extraídos do contexto normativo da própria lei ou de outros institutos infra legais que visem de proteção do consumidor vulnerável.

## **2.4 Direitos básicos presentes na relação de consumo.**

Posto os princípios que norteiam as relações consumeristas, devemos observar que para a concretização da proteção ao consumidor devemos entender o capítulo II do CDC, o qual destina-se a instrumentalizar os direitos básicos das relações de consumo.

No Capítulo III (Dos direitos básicos do consumidor) estão listados os direitos básicos assegurados aos consumidores no Brasil (art. 6º), tendo em vista o mandamento constitucional do art. 5º, XXXII, da CF/1988, e está expressa a possibilidade de os direitos dos consumidores estarem localizados em outras leis ou fontes (diálogo das fontes), sejam tratados, sejam leis



ordinárias, como o Código Civil, sejam administrativas (portarias da ANS, etc.), autorizado também o uso da equidade em casos de direito do consumidor, assim como da analogia, princípios gerais de direito e todo o instrumental de preenchimento das lacunas no Brasil (art. 7º).<sup>31</sup>

No que pese o art. 6º do CDC enumerar uma série de direitos básicos, esse rol não é taxativo, ao passo de que não fica adstrito ao dispositivo referido (art. 6 CDC), nem ao próprio texto do permissivo legal. Assim também dispõe o art. 7º, *caput* do CDC:

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

A bem da verdade o art. 6º apenas estabelece um piso mínimo de direitos garantidos ao consumidor, visando em um todo proteger direitos indisponíveis, a fim de preservar o ser humano consumidor em suas relações jurídicas e econômicas concretas.

O inciso I do art. 6º garante ao consumidor, como direito básico, “a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”. Acontece que esses direitos já são assegurados pela Carta Magna, mas mesmo assim o Código de Defesa do Consumidor o trás de forma específica para o mercado de consumo.

Assim sendo, quando o CDC dispõe sobre esses direitos (art. 6, I CDC) cria para o fornecedor uma responsabilidade objetiva, ao passo de que o mesmo tem a obrigação de não oferecer serviços que lesem a vida, a saúde e segurança do

---

<sup>31</sup> MARQUES, Claudia Lima. A Lei 8.078/1990 e os Direitos Básicos do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 60



consumidor, sendo de sua responsabilidade fazer todos os testes necessários a fim de garantir a segurança da parte mais frágil.

Corroborando com esse entendimento, o próprio CDC em seu art. 10 dispõe que:

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

Já os incisos II e III do art. 6º do CDC dispõe que são direitos básico do consumidor "a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações" e "a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem".

O legislador ao dispor desses incisos no permissivo legal claramente tem o intuito de que o consumidor, parte mais vulnerável na relação de consumo tenha conhecimento do produto/serviço que vise adquirir, bem como opte pela melhor escolha que se adequa a sua necessidade de momento.



O direito básico à informação do consumidor constitui-se em uma das bases da proteção normativa do consumidor no direito pátrio, tendo em vista que sua garantia tem por objetivo promover o equilíbrio de poder de fato nas relações consumeristas, ao assegurar a existência de uma equidade informacional das partes.<sup>32</sup>

O inciso IV do art. 6º do CDC rege sobre "a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços".

Ora, o consumidor como parte mais vulnerável da relação de consumo, é protegido em todas as situações da relação consumerista, ao passo de que em qualquer que seja o momento da prática abusiva, o consumidor estará abarcado/protegido por esse inciso.

No que é pertinente ao inciso V do art. 6º do CDC, o qual dispõe que "a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas".

Esse inciso é a garantia do consumidor para tentar se insurgir contra cláusulas abusivas constantes nos contratos de consumo, tendo em vista que conforme já explanado é a parte mais vulnerável na relação consumerista. A exemplo disso, temos os vários contratos de adesões, onde apenas o fornecedor/prestador de serviço estabelece as regras e cláusulas, e o consumidor apenas possui a opção de discuti-las em juízo.

É válido destacar ainda que a cláusula quando nasce abusiva, ou seja, desde a concepção do contrato é abusiva, caracteriza-se a lesão objetiva, sendo nula de pleno

---

<sup>32</sup> MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 194



direito, visto que há onerosidade excessiva e as partes perdem em termos de equivalência.

No inciso VI do art. 6º estabelece ainda que "a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos".

A reparabilidade dos danos causados a consumidores, assim como a qualquer outra vítima, já se encontra consagrado no regime da responsabilidade civil, prevista no direito privado comum. Assim, o que se pode considerar, ao tempo de edição do CDC como inovação, é a previsão da reparabilidade do dano moral, em face da previsão expressa a este respeito, esculpida no art. 5º, V da Constituição. No entanto, a sistemática do CDC não se esgotou na previsão expressa de um direito básico à reparação de danos, mas apontou para a determinação de um direito básico à prevenção da ocorrência destes danos.

Neste sentido, prevenir significa eliminar ou reduzir, antecipadamente, causas capazes de produzir um resultado determinado. No caso, o direito básico do consumidor à efetiva prevenção de danos indica aos demais destinatários das normas de proteção estabelecidas no CDC uma série de deveres conducentes à eliminação ou redução dos riscos de danos causados aos consumidores, em razão da realidade do mercado consumerista. Tais deveres são determinados basicamente aos fornecedores e ao Estado. Aos primeiros como dever próprio, derivado da sua condição de agentes econômicos no mercado de consumo. Já com relação ao Estado, tais deveres decorrem da norma constitucional impositiva de promoção da defesa do consumidor.<sup>33</sup>

Ficou nítido que o CDC com esse inciso (VI do art. 6 do CDC) busca a reparação em todas as esferas, seja ela patrimonial ou moral, seja ela a título individual ou coletivo.

---

<sup>33</sup> MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 203





Outra situação que deve ser destaca nesse inciso é que mais uma vez o CDC apenas ratifica o que já se encontra previsto na Constituição Federal (art. 5, V e X) e no próprio Código Civil de 2002 (art. 186).

Dessa maneira, nas relações de consumo sempre que houver abusos praticados pelos fornecedores e que gerarem dano, tanto patrimonial ou extrapatrimonial, será passível de indenização.

Tendo em vista a abordagem do presente trabalho, o Superior Tribunal de Justiça já entende que é passível de indenização extrapatrimonial a perda do tempo útil do consumidor por falha na prestação de serviço do consumidor. No julgamento do Recurso Especial nº 1.634.851<sup>34</sup> - RJ (2015/0226273-9), a Ministra Relatora Nancy Andrighi, conheceu e desproveu o recurso empresarial, mantendo a condenação extrapatrimonial imposta, veja-se:

PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM A APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. VÍCIO DO PRODUTO. REPARAÇÃO EM 30 DIAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO COMERCIANTE.

Ação civil pública ajuizada em 07/01/2013, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 08/06/2015 e concluso ao Gabinete em 25/08/2016. Julgamento pelo CPC/73.

Cinge-se a controvérsia a decidir sobre: (i) a negativa de prestação jurisdicional (art. 535, II, do CPC/73); (ii) a preclusão operada quanto à produção de prova (arts. 462 e 517 do CPC/73); (iii) a responsabilidade do comerciante no que tange à disponibilização e prestação de serviço de assistência técnica (art. 18, caput e § 1º, do CDC).

Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a

---

<sup>34</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.634.851**. Recorrente: VIA VAREJO S/A. Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJe 15 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-min-nancy-andrighi-stj-teoria.pdf>>. Acesso em: 06. mar. 2020



prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 535, II, do CPC/73.

Esta Corte admite a juntada de documentos, que não apenas os produzidos após a inicial e a contestação, inclusive na via recursal, desde que observado o contraditório e ausente a má-fé.

À frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, não é razoável que se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado – ou, ao menos, atenuado – se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo.

À luz do princípio da boa-fé objetiva, se a inserção no mercado do produto com vício traz em si, inevitavelmente, um gasto adicional para a cadeia de consumo, esse gasto deve ser tido como ínsito ao risco da atividade, e não pode, em nenhuma hipótese, ser suportado pelo consumidor. Incidência dos princípios que regem a política nacional das relações de consumo, em especial o da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, do CDC) e o da garantia de adequação, a cargo do fornecedor (art. 4º, V, do CDC), e observância do direito do consumidor de receber a efetiva reparação de danos patrimoniais sofridos por ele (art. 6º, VI, do CDC).

Como a defesa do consumidor foi erigida a princípio geral da atividade econômica pelo art. 170, V, da Constituição Federal, é ele – consumidor – quem deve escolher a alternativa que lhe parece menos onerosa ou embaraçosa para exercer seu direito de ter sanado o vício em 30 dias – levar o produto ao comerciante, à assistência técnica ou diretamente ao fabricante –, não cabendo ao fornecedor impor-lhe a opção que mais convém. 8. Recurso especial desprovido. (Grifou-se).

O art. 6º em seu inciso VII do CDC garante ao consumidor "o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados".



Para Cavalieri<sup>35</sup> “de nada adiantaria o legislador prever uma série de direitos materiais para o consumidor se não lhe fossem assegurados os instrumentos necessários à realização dos mesmos, quer pelo Poder Judiciário, quer pela Administração Pública”.

Neste contexto, mais uma vez o CDC ratifica o entendimento da Carta Magna (art. 5º, XXXV) no qual já estava estabelecido que a lei não excluiria da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito.

Já no inciso VIII do art. 6º do CDC temos como direito básico "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".

Neste inciso é válido destacar a possibilidade da inversão do ônus probante. Deve-se destacar que essa inversão tem que ser requerido pela parte e determinado pelo magistrado, podendo este também invertê-lo de ofício desde que identificados a presença dos requisitos necessários para tal.

Essa possibilidade de inversão do ônus da prova é mais uma proteção do Código do Consumidor a parte mais vulnerável da relação de consumo, qual seja, o consumidor.

Por fim, o art. 6º traz o inciso X no qual prevê o direito “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”. Dessa forma, a doutrinadora Claudia Lima Marques<sup>36</sup> pontua que: "o inciso X finaliza a lista do art. 6º com um direito de adequada e eficaz prestação dos serviços públicos, que será completado pelo art. 22

---

<sup>35</sup> FILHO, Sergio Cavaliere. Programa de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 105

<sup>36</sup> MARQUES, Claudia Lima. A Lei 8.078/90 e os Direitos Básicos do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 82



do CDC e todos os demais artigos que se referem a serviços e não distinguem sua natureza".

Explanado todos os direitos básicos contidos no artigo 6º e seus incisos, fica nítido que a legislação consumerista legal busca efetivar a tutela do consumidor sob as mais variadas perspectivas e situações, ao passo de que determina os direitos básicos dos consumidores, impondo regras e princípios relativos à praticas consumeristas em geral.

### **3 RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO DE CONSUMO**

#### **3.1 Conceitos de responsabilidade civil**

Realizada a correta conceituação dos elementos fundantes para a caracterização da relação de consumo, destaque-se a questão afeta a responsabilidade civil no âmbito consumerista.

O tema da responsabilidade civil é de extrema importância quando do estudo dos danos que são ocasionados nas relações de consumo, sobretudo sob a ótica da ocorrência de dano pela perda do tempo útil do consumidor, isso porque, com a modernização da vida humana e em vista a gama de atividades que os indivíduos realizam durante o dia, a busca pela otimização do tempo tem se mostrado constante e tudo o que pode lesar o indivíduo nesse particular pode ser interpretado sob a ótica da responsabilidade civil.

A importância do tema da responsabilização civil é tamanha que Jose de Aguiar Dias, inicia sua obra de responsabilidade civil fazendo a seguinte afirmação,



“Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”<sup>37</sup>.

Assim, para ser entendido o conceito de responsabilidade civil, deve ser feita uma distinção entre o que vem a ser obrigação e responsabilidade propriamente dita, sendo que o primeiro decorre de um dever jurídico originário, enquanto que o segundo se trata de um dever jurídico sucessivo decorrente da violação de uma obrigação.

Acerca do tema, Sergio Cavaliere Filho faz diferenciação dos temas da seguinte forma:

“Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo.”<sup>38</sup>

Feita a distinção entre responsabilidade e obrigação, quadra trazer os conceitos utilizados pela doutrina acerca da responsabilidade civil.

A ideia inicial de responsabilidade civil é extraída pela dicção da Lei nº 10.406/2002 - Código Civil – (CC), em que é exarado nesse comando legal, pela leitura combinada dos artigos 927 e 186 os elementos fundantes para a caracterização desse fato jurídico:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

---

<sup>37</sup> DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. Edição. Rio de Janeiro. 12ª Edição. Editora Lumen Juris. Editora. Lumen Juris. 2011. p. 01

<sup>38</sup> FILHO, Sergio Cavaliere. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas 2014. p. 14



Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.<sup>39</sup>

Assim, a partir da elocução civilista, a doutrina tem esforçado para instituir uma conceituação da questão afeta a responsabilidade civil, conceituando a matéria, Caio Mário da Silva Pereira assim dispõe:

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que se subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil”.<sup>400</sup>

Maria Helena Diniz assim trata o tema:

poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia de culpa quando se cogita da existência de ilícito e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2020

<sup>40</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 11

<sup>41</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7. p. 34



Pelas afirmações dos doutrinadores, é possível concluir que a responsabilidade civil reproduz a obrigação de responder por algo, arcar com uma obrigação que se vinculou ou ao ato que o praticou.

A reparação pelo dano causado é consequência da responsabilidade civil e corresponde ao ressarcimento, à indenização ou retribuição, que é devida pelo indivíduo que praticou o dano a terceiro.

Nos dizeres de Sílvio de Salvo Venosa:

Em princípio, toda atividade que acarreta um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá, por vezes, excludentes, que impedem a indenização, como veremos. O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.<sup>42</sup>

Assim, quando a conduta humana se dirige na prática de um ato, seja de forma dolosa ou culposa, omissiva ou comissiva, e esse ato for passível de causar dano a outrem, esta pessoa fica obrigada a reparar o dano, ou seja, surge ao causador do dano uma responsabilidade civil.

Assim, importa sobremaneira a conceituação da responsabilidade civil, como forma de discorrer acerca do dano que é causado na ótica da teoria do desvio produtivo do consumidor.

Sobre o conceito de responsabilidade Civil, nos dizeres de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

---

<sup>42</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 5ª Edição. São Paulo. Editora Atlas S.A., 2005. p.13



De tudo o que se disse até aqui, conclui-se que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori licitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma às consequências do seu ato (obrigação de reparar).

Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura, o estado anterior de coisas.<sup>43</sup>

Segue posicionamento de Sergio Cavalieri:

A responsabilidade civil parte do posicionamento que todo aquele que violar um dever jurídico através de um ato lícito ou ilícito, tem o dever de reparar, pois todos temos um dever jurídico originário o de não causar danos a outrem e ao violar este dever jurídico originário, passamos a ter um dever jurídico sucessivo, o de reparar o dano que foi causado.<sup>44</sup>

Com efeito, a responsabilidade civil se pauta na busca por restaurar o equilíbrio patrimonial e moral da pessoa que teve seu direito violado por meio de uma conduta ilícita do causador do dano, vindo a ter a responsabilidade de um bem a ser tutelado pelo ordenamento jurídico.

Neste esteio, pelas lições dos doutrinadores acima, é possível, a conclusão de que a responsabilidade civil possui, possui três finalidades, sendo elas: a) compensatória, em vista ter o escopo de buscar reparar o dano que fora causado a vítima do evento danoso; b) punitiva, sendo que essa função deve ser vista sob a ótica do ofensor, pois, sendo este o causador do dano, fica obrigado a repor as coisas no estado em que se encontrava, em razão de sua conduta culposa ou dolosa; c)

---

<sup>43</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil: Volume Único. Editora Saraiva, 2017. p. 872

<sup>44</sup> FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.15





desmotivação social da conduta lesiva, sendo essa função uma forma de mostrar aos demais indivíduos que se praticarem condutas lesivas, ocorrerá punição.

Feito esses esclarecimentos, importante se faz anotar as modalidades de responsabilidade civil, ao qual serão discorridas no tópico seguinte.

### 3.2 Espécies de responsabilidade civil

A forma de imputação da responsabilidade civil se pauta através da análise de suas espécies, ou sejam, as causam que geram o dever de indenizar, pelo que, o que interessa ao tema em estudo refere-se a responsabilidade civil sob sua ótica subjetiva e objetiva.

A análise da responsabilidade subjetiva é extraída através do estudo da teoria da culpa, sendo que para aferição desse tipo de responsabilidade mostra-se indispensável a demonstração do elemento culpa, sendo que, inexistindo a culpa, cai por terra a responsabilidade subjetiva.

Sobre o tema, assim informa Sérgio Cavalieri Filho “Na responsabilidade civil subjetiva o elemento culpa, provada ou presumida, é indispensável para ensejar o dever de reparar o dano”<sup>45</sup>.

Têm-se que a responsabilidade civil subjetiva pauta-se na culpa do agente causador do dano, ou seja, pode-se considerar que o elemento caracterizador da obrigatoriedade ou não de reparar o dano causado é a própria culpa.

Sob esse aspecto, assim leciona Carlos Roberto Gonçalves:

Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Esta teoria, também chamada de teoria da culpa, ou “subjetiva”, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há

---

<sup>45</sup> FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.44



responsabilidade. Diz-se, pois, ser “subjettiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.<sup>466</sup>

Destaque-se também a monografia de Lorena Peniche Yokoy Portela:

A responsabilidade civil subjettiva, então, tem por base a culpa do agente causador do dano, ou seja, pode-se considerar que o elemento caracterizador da obrigatoriedade ou não de reparar o dano causado é a própria culpa. Assim, o elemento culpa deve restar demonstrado na conduta do ofensor, para o fim de ensejar a obrigação de reparar o dano causado, sendo que a parte que visa obter a reparação deve comprovar, além dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil que serão vistos mais adiante, que o ofensor agiu culposamente.<sup>47</sup>

Acerca do elemento culpa que enseja a responsabilidade civil subjettiva, menção deve ser feita a lição dos doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

A culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito.<sup>48</sup>

O posicionamento doutrinário pela necessidade da caracterização do elemento culpa é fruto da análise do comando legal estatuídos nos artigos 186 e 187

---

<sup>46</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume 4 – responsabilidade civil. 14. Ed. São Paulo: Saraiva 2019. p. 48

<sup>47</sup> YOKOY PORTELA, Lorena Peniche. O CDC e a disciplina dos acidentes de consumo: A Responsabilidade Pelos Riscos do Desenvolvimento. P. 65. Monografia. Direito. Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2011

<sup>48</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil. 9. Ed. São Paulo: Saraiva 2011, p. 166



do Código Civil<sup>49</sup>, em que pela dicção legal, a culpabilidade do agente causador do dano é requisito essencial na esfera da responsabilidade subjetiva.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Pelas citações acima, tem-se que a responsabilidade civil na ótica subjetiva parte da demonstração de que o agente causador do dano agiu com culpa em seu sentido *latu*, ou seja, em sentido amplo, mas também pode ser caracterizada através da demonstração da culpa *strictu sensu*, que é aquela em que o causador do dano pratica ato incorrendo em negligência, imprudência ou imperícia.

Feita a análise da responsabilidade civil subjetiva, teoria clássica de responsabilização, cabe tecer considerações sobre a responsabilidade civil objetiva, teoria essa que é utilizada no âmbito consumerista para aplicação de sanção decorrentes da relação de consumo.

Ao contrário da responsabilidade civil subjetiva, analisando a perspectiva da responsabilidade sob a ótica objetiva, está última se pauta na teoria de que a demonstração da culpa não se faz necessária.

A teoria da responsabilidade civil objetiva trata-se de uma evolução ao entendimento que até então se tinha sobre a clássica teoria da culpa (responsabilidade subjetiva). A teoria objetiva foi criada pelo fato de que, pela evolução da sociedade e das inúmeras relações surgentes, foram ocorrendo inúmeras situações em que se tornou frequente que vítimas de danos causados por atos ilícitos,

---

<sup>49</sup> BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2020



não conseguiam demonstrar a culpa do agente, tornando por isso impossível pleitear a reparação pelo dano causado.

Neste esteio, acompanhando a evolução da sociedade, no âmbito jurídico foi também formado o pensamento de que, não se mostrava mais razoável exigir em certas situações que a vítima tivesse o ônus de demonstrar a culpa do agente.

Sobre essa evolução, assim dispõe Sérgio Cavalieri Filho:

“Não foi rápida e nem fácil, entretanto, essa passagem da responsabilidade de subjetiva para a objetiva. Primeiramente, os tribunais começaram a admitir uma maior facilidade na prova da culpa, extraindo-a, por vezes, das próprias circunstâncias em se dava o acidente e dos antecedentes pessoais dos participantes. Evolui-se, depois, para a admissão da culpa presumida, na qual, como já visto, há inversão do ônus da prova. Sem se abandonar a teoria da culpa, consegue-se, por via de uma presunção, um efeito próximo ao da teoria objetiva. O causador do dano, até prova em contrário, presume-se culpado, cabendo-lhe elidir essa presunção, isto é, provar que não teve culpa, o que, sem dúvida, favorece sobremaneira a posição da vítima. Passou-se, ainda, pela fase em que se ampliou o número de casos de responsabilidade contratual, até que finalmente, chegou-se à admissão da responsabilidade sem culpa em determinados casos. Provados o dano e o nexa causal, ônus da vítima, exsurge o dever de reparar, independentemente de culpa. O causador do dano só se exime do dever de indenizar se provar alguma das causas de exclusão do nexa causal. Não cabe aqui, qualquer discussão em torno da culpa.<sup>50</sup>

Assim, o instituto da responsabilidade civil que era fundado na aferição do elemento culpa, paulatinamente foi ocorrendo a evolução da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva, de modo que, passou a ter lugar de destaque nessa última teoria o dano como sendo um dos pressupostos da responsabilidade.

Leciona Rui Stoco:

---

<sup>50</sup> FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas 2014. p. 181.



A rápida evolução da responsabilidade civil sinaliza que a direção a seguir é no sentido de priorizar o dano e considerá-lo como elemento fundamental, na medida em que a distinção entre responsabilidade objetiva e subjetiva e entre ato lícito e ilícito começa a ser relativizada, com o objetivo apontado pela doutrina de buscar maior resguardo, segurança e proteção das pessoas, caminhando a passos largos no rumo da socialização dos encargos, ou seja, uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, tendo como supedâneo o princípio da igualdade. [...]. Também se vem direcionando rapidamente no sentido de minimizar a importância da distinção entre ato ilícito e lícito para efeito de imposição de obrigação reparatória, perdendo força que qualificação da conduta geradora do dano em legítima ou ilegítima e ganhando força a qualificação da lesão sofrida. [...] A partir desse entendimento, importará que o dano seja ilegítimo e não que a conduta causadora o seja.<sup>511</sup>

A responsabilidade civil objetiva caracteriza-se, portanto, pela premissa da desnecessidade de avaliação do elemento culpa para o surgimento do dever de reparar o dano com sua conseqüente indenização, conforme nota-se da dicção do parágrafo único do art. 927 do CC:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito ( arts. 186 e 187 ), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Essa dicção normativa é vista por muitos doutrinadores como inovadora ao ser instituído do Código Civil de 2002, representando um avanço no campo da responsabilidade civil como bem assenta Carlos Roberto Gonçalves:

A inovação constante do parágrafo único do art. 927 do Código Civil é significativa e representa, sem dúvida, um avanço, entre nós, em matéria de responsabilidade civil. Pois a admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de

---

<sup>51</sup> STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1232



atividade que, por sua natureza, representa risco para os direitos de outrem, da forma genérica como consta do texto, possibilitará ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável.<sup>52</sup>

Entretanto, não deve se perder de vista que pelo advento da responsabilidade civil objetiva, que ocorreu a completa substituição da responsabilidade subjetiva, estando esta última ainda em voga, pelo que a teoria objetiva está circunscrita aos seus limites de atuação, quais sejam, para os casos que certa atividade expõe terceiros em risco.

Adverte Caio Mário da Silva Pereira:

A regra geral, que deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na ideia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o autorizar a ordem jurídica positiva. É neste sentido que os sistemas modernos se encaminham, como, por exemplo, o italiano, reconhecendo em casos particulares e em matéria especial a responsabilidade objetiva, mas conservando o princípio tradicional da imputabilidade do fato lesivo. Insurgir-se contra a ideia tradicional da culpa é criar uma dogmática desafinada de todos os sistemas jurídicos. Ficar somente com ela é enterrar o progresso.<sup>53</sup>

A evolução dogmática do tema da responsabilização teve guarida pelo fato de que, a responsabilidade civil subjetiva mostrou-se insuficiente para resolver os problemas sociais decorrentes da evolução da sociedade, em vista o surgimento de relações que expunham em risco a integridade física e patrimonial das pessoas, motivo esse que, apenas pela teoria subjetiva os danos causados ficariam sem qualquer reparação.

---

<sup>52</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume 4 – responsabilidade civil. 14. Ed. São Paulo: Saraiva 2019. p. 58

<sup>53</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, v. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001 p. 507



Por isso, a teoria da responsabilidade objetiva também é conhecida como teoria do risco, sendo que para essa teoria, toda a pessoa que exerce alguma atividade cria um risco para a ocorrência de danos a terceiros, devendo por isso ser obrigada a reparar o dano causado, independente se a conduta praticada está eivada de culpa.

Paulo Nader<sup>54</sup> expõe que (...) “a teoria do risco foi criada para resguardar as vítimas de danos que podem ocorrer sem a existência de culpa ou dolo”(…).

Carlos Roberto Gonçalves assim expõe em sua doutrina:

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (ubi emolumentum, ibi onus); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.<sup>55</sup>

Corroborando com o tema, Antônio Herman Benjamin, dispõe o seguinte:

Afastando-se, por conseguinte, do direito tradicional, o Código dá um fundamento objetivo ao dever de indenizar. Não mais importa se o responsável legal agiu com culpa (imprudência, negligência ou imperícia) ao colocar no mercado produto ou serviço defeituoso<sup>56</sup>

Para a ocorrência da responsabilidade civil objetiva, teoria do risco, não se faz necessária que seja feita prova dos elementos subjetivos, dolo ou culpa, para

---

<sup>54</sup> NADER, Paulo. Curso de direito civil: responsabilidade civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 32

<sup>55</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume 4 – responsabilidade civil. 14. Ed. São Paulo: Saraiva 2019. p. 48

<sup>56</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. Manual de Direito do Consumidor. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 124



sustentar a existência de um fato ilícito de modo a responsabilizar o agente que causa dano.

No sistema jurídico pátrio, como já informado, a regra de responsabilidade civil subjetiva é adotada como regra, sendo que a responsabilidade objetiva é destinada para casos e situações determinadas, um exemplo onde é aplicado é a responsabilidade civil objetiva é responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, disposto no Código de Defesa do Consumidor.

A legislação consumerista claramente adota a teoria objetiva para tratar do tema da responsabilização civil que surgem das relações de consumo, sendo que, como forma de normatizar essa questão, tratou por dispor nos artigos 12 e 14, onde é tratado a responsabilidade pelo fato e a responsabilidade pelo vício do produto ou serviço, verifica-se a adoção da teoria do risco.

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

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

Tais dispositivos foram estatuídos no Código de Defesa do Consumidor ante o fato que, o legislador tratou por elevar a questão da reparação do dano como sendo um dos direitos básicos do consumidor, conforme dispõe o art. 6º, VI, do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VI - A efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;





Corroborando com a assertiva da adoção da teoria objetiva para aferição da responsabilidade civil no âmbito consumerista, assim dispõe Paulo de Tarso Vieira Sanseverino:

A responsabilidade civil do fornecedor por danos causados por produtos ou serviços defeituosos é, no direito brasileiro, inequivocadamente, objetiva. As regras do art. 12 e 14 do CDC estabelecem, de forma clara e expressa, a desnecessidade da presença de culpa no suporte fático do fato de consumo, dispondo, textualmente, que os fornecedores de produtos ou de serviços respondem, “independentemente de culpa”, pelos danos causados ao consumidor por produtos ou serviços defeituosos. Fica, assim, dispensada a verificação de culpa na conduta do fornecedor de produtos ou serviços.<sup>57</sup>

Convém registrar que os danos causados aos consumidores nem sempre são causados por questões relativas ao fato ou pelo vício do produto ou serviço, motivo esse que a reparação do dano deve ser buscada com base no art. 6º, VI, do CDC, conforme lição de Leonardo Roscoe Bessa:

Nessa situação, a responsabilidade civil deve ser buscada no art. 6º, VI, do CDC, pois tal dispositivo abrange os mais diversos danos que o consumidor pode sofrer com a atividade desenvolvida no mercado de consumo, e não apenas as inerentes ao fato e vício do produto e do serviço.<sup>58</sup>

Feito esse discernimento sobre a responsabilidade civil subjetiva e objetiva, destaque-se no tópico seguinte os elementos que ensejam a responsabilidade civil, quais sejam, conduta, dano e nexo causal.

### 3.3 Elementos da responsabilidade civil

---

<sup>57</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 190

<sup>58</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. Responsabilidade civil dos bancos dos dados de proteção ao crédito: diálogo entre o código de defesa do consumidor e a lei de cadastro positivo. Revista de direito do consumidor. São Paulo, vol. 23, n. 92, p. 49-73, mar/abr. 2014



O primeiro elemento a ser tratado para fins da responsabilidade civil é a conduta, ou seja, trata-se da ação ou omissão ensejadora de causar um dano, dano esse que poderia ser ilidido, caso essa conduta não tivesse sido praticada, ou seja, o ato ocorrido tem o condão de se enquadrado como sendo ilícito.

Destaque posicionamento da doutrinadora Maria Helena Diniz.

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado. A ação, fato gerador da responsabilidade, poderá ser ilícita ou lícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão.<sup>59</sup>

Conceituando o ato ilícito, observe-se a lição de Fábio Ulhoa Coelho<sup>60</sup> que aduz que “O ato característico de ilícito pode ser comissivo (um fazer) ou omissivo (não fazer). Isto é, a responsabilidade civil subjetiva pode originar-se tanto do ato positivo (ação) como negativo (omissão).”

Assim, tem-se que a ação ou omissão do agente é que origina o dever de indenizar, sendo que essa conduta, geralmente é decorrente da infração de um dever, ao qual pode advir de uma relação legal, contratual e/ou social. Podemos entender, então, conduta pela ação ou omissão do agente, que dá origem a indenização.

O aspecto da omissão para se apurar a responsabilização é verificado quando existe um dever jurídico de se praticar determinado ato, ou seja, a conduta do agente é a da prática de ato (de não se omitir), devendo ser demonstrado que, com a não

---

<sup>59</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil. 17º ed. aum. e atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2001) São Paulo: Saraiva, 2003, v.7

<sup>60</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 317



omissão, o dano não seria efetivado, sendo certo que esse dever de agir pode advir da lei, ou da própria natureza da atividade ou contexto que o indivíduo está inserido.

Ressalte-se a literatura de Carlos Roberto Gonçalves:

Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir (de não se omitir) pode ser imposto por lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo pelo art. 176, I, do Código de Trânsito Brasileiro) ou resultar de convenção (dever de guarda, de vigilância, de custódia) e até da criação de alguma situação especial de perigo<sup>61</sup>

Sobre o tema, veja-se o magistério de Rogério Marrone de Castro Sampaio:

Embora de difícil visualização, o comportamento omissivo pode gerar a obrigação de reparar o dano. Para que o comportamento omissivo ganhe essa relevância, faz-se necessário que se tenha presente o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que do descumprimento desse dever de agir advenha o dano (nexo de causalidade). Esse dever de agir pode decorrer de lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo – art. 175, XVI, do Reg. do CTB), de convenção (pessoa que assume a guarda, vigilância ou custódia de outra e omite-se no desempenho das obrigações delas decorrentes) ou da própria criação de alguma situação de perigo (criada surge a obrigação de quem a gerou de afastá-la)<sup>62</sup>

A conduta ensejadora de reparação pode ser dolosa, ou seja, age com o fito de lesar alguém, ou a conduta pode ser culposa, onde o indivíduo age consciente do resultado de seu ato, mesmo tendo essa ciência, assume o risco de causar dano a outrem.

---

<sup>61</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume 4 – responsabilidade civil. 14. Ed. São Paulo: Saraiva 2019. p. 48

<sup>62</sup> SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. Direito Civil: responsabilidade civil. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. (Série fundamentos jurídicos)



Feito o esclarecimento acerca do elemento conduta, será discorrido acerca do elemento dano.

Pois bem; o dano é elemento primordial na seara da responsabilidade civil, não existe reparação sem a ocorrência de dano, pois seu escopo é o de justamente realizar a reparação do mal causado, sendo que o dano pode ser conceituado como a lesão face um bem jurídico tutelado.

Sergio Cavalieri assim conceitua o dano:

Subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.<sup>63</sup>

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. O Código Civil consigna um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível. A inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto.<sup>64</sup>

Além disso, o dano pode ser de natureza patrimonial, ou mesmo extrapatrimonial, sendo que o primeiro decorre a lesão há um bem que possua valor monetário, e o segundo, que decorrente de lesão há um elemento íntimo, moral e psicológico que tenha sido ofendido.

Acerca do dano patrimonial Sergio Cavalieri informa que:

---

<sup>63</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 93

<sup>64</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume 4 – responsabilidade civil. 14. Ed. São Paulo: Saraiva 2019. p. 48



O dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. Esta definição, embora não mereça a aprovação unânime dos autores, tem o mérito de abranger todos os bens e direitos na expressão conjunto das relações jurídicas, vale dizer, abrange não só as coisas corpóreas, como a casa, o automóvel, o livro, enfim, o direito de propriedade, mas também as coisas incorpóreas, como os direitos de crédito. A ideia de prejuízo, tal como estava no art. 159 do Código Civil de 1916, resultante de uma lesão a um direito, bem caracteriza o dano material. Ou, como preferem outros autores, o dano material envolve a efetiva diminuição do patrimônio, quer se trate de um bem corpóreo ou incorpóreo. O crédito que não é honrado, os direitos autorais que não são respeitados causam prejuízo, tal como o dano causado em um veículo. Nem sempre, todavia, o dano patrimonial resulta da lesão de bens ou interesses patrimoniais. Como adiante veremos, a violação de bens personalíssimos, como o bom nome, a reputação, a saúde, a imagem e a própria honra, pode refletir no patrimônio da vítima, gerando perda de receitas ou realização de despesas- o médico difamado perde a sua clientela-, o que para alguns autores configura o dano patrimonial indireto.<sup>6565</sup>

Já o dano extrapatrimonial também é entendido como sendo o dano moral, sendo esse relacionado a lesão que é dirigida ao próprio ser humano e não ao seu patrimônio.

Assevere-se a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

É possível distinguir, no campo dos danos, a categoria dos danos patrimoniais (ou materiais), de um lado, dos chamados danos extrapatrimoniais (ou morais), de outro. Material é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido. Moral é o que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio.

A expressão “dano moral” deve ser reservada exclusivamente para designar a lesão que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências de ordem patrimonial, ainda

---

<sup>65</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 93



que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial.<sup>66</sup>

A certeza da comprovação da existência do dano é o que torna concreto o dever de indenizar e sendo certo que não concorrem para a ocorrência do dano, nenhuma causa excludente de responsabilidade. O dever de indenizar está intimamente ligado não somente à violação de algum direito, mas com o dano que foi ocasionado.

Sobre o dano, destaque-se o trecho extraído da obra monográfica de Thais Cristina Araújo Martins:

“O dano, de acordo com Cavalieri, constitui lesão a um bem ou mesmo interesse que esteja defeso pelo direito, sendo este de qualquer natureza, podendo se tratar de bem com característica patrimonial, ou que integre a honra, imagem ou a liberdade da vítima. Pode, portanto, ser o dano moral ou patrimonial, devendo ser considerado ocorrência de lesão a um bem que deve ser tutelado pelo direito.<sup>67</sup>

Ademais, a matéria do dano possui bastante relevo visto que, isso porque atribui-se ao dano o dever de verificação do montante indenizatório, uma vez que este é aferido pela extensão do dano, sendo que tal questão está bem definida no art. 944 do CC:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Feitos esses esclarecimentos, será discorrido acerca do nexa causal.

---

<sup>66</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume 4 – responsabilidade civil. 14. Ed. São Paulo: Saraiva 2019. p. 48

<sup>67</sup> MARTINS ARAÚJO, Thais Cristina. Responsabilidade civil do estado por erro do judiciário nas ações de alimentos: p. 26. Monografia. Direito. Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2017



Com efeito, o último elemento da responsabilidade civil a ser analisado nesse tópico é nexos de causalidade que se trata do elemento limiar que está entre a conduta do agente e o dano, ou seja, o nexos causal seria a relação que surge entre a conduta, entre ato e a lesão causada, de modo que a o nexos de causalidade é o balizador para se apurar a responsabilidade do agente causador do resultado danoso.

Sem a verificação da relação de causalidade entre conduta e dano, não é possível atribuir a obrigação de indenizar, tanto que, a legislação civilista expõe no art. 186 exige a constatação desse liame da causalidade.

O estudo do nexos de causalidade é o meio pelo qual é possível se concluir quem é o responsável pelo dano causado, sendo este elemento, primordial para apuração da responsabilidade civil, visto que inexistente responsabilidade sem nexos de causalidade. Ressalte-se Carlos Roberto Gonçalves:

Um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um nexos causal entre o fato ilícito e o dano produzido. Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar. O art. 186 do Código Civil a exige expressamente, ao atribuir a obrigação de reparar o dano àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem. O dano só pode gerar responsabilidade quando for possível estabelecer um nexos causal entre ele e o seu autor, ou, como diz Savatier, “um dano só produz responsabilidade, quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legalmente sancionado.”<sup>68</sup>

Isso porque, se apurar o nexos de causalidade para verificação responsabilidade civil se faz necessário para que seja possível vincular a conduta do causador do dano com a lesão que foi provocada na esfera jurídica de outrem, pois, sem o liame entre a ação ou omissão, não é possível ensejar o resultado lesivo.

---

<sup>68</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume 4 – responsabilidade civil. 14. Ed. São Paulo: Saraiva 2019. p.52



Para a seara da responsabilidade civil, o nexo de causalidade possui uma função dúplice. A primeira é a de identificar e imputar ao causador do dano, as consequências do fato danoso que praticou, ou seja, o nexo causal, tem função de gerar a obrigação de indenizar para o indivíduo cujo, seu comportamento foi a causa eficiente para originar o prejuízo de outrem.

A segunda função do nexo causal é a mensurar a extensão do dano para aferir o tamanho de sua reparação. Assim, informa o art. 944, caput do Código Civil<sup>69</sup>, onde o comando legal afirma que a indenização será mensurada pela extensão do dano, ou seja, a limitação da reparação civil passa inevitavelmente após a análise da causalidade, para se verificar quem deve ser indenizado e quem deve indenizar.<sup>70</sup>

Assim, os esclarecimentos acerca da responsabilidade civil e seus conceitos fundantes fizeram-se necessários para que no próximo capítulo seja adentrado a questão afeta a responsabilidade civil para o caso de lesão ao decurso do tempo do consumidor para resolução de determinada demanda.

## **4 TUTELA DO DANO RESULTANTE DA PERDA DO TEMPO PELO**

### **CONSUMIDOR**

Após entendermos o correto âmbito de aplicação do CDC, os elementos essenciais para a composição da relação consumerista, os princípios e direitos básicos relacionados à relação de consumo e as espécies e elementos essenciais para a caracterização da responsabilidade civil, necessário se faz neste capítulo estudarmos

---

<sup>69</sup> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Veja-se: BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 04 abr. de 2020

<sup>70</sup> BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: responsabilidade civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 269-366-367





a tutela do dano pelo decurso do tempo útil do consumidor em face da má prestação de serviço.

Inicialmente, deve ser salientado que o tempo em vista do atual contexto social que a humanidade se insere se tornou algo valioso e até mesmo inestimável, revelando-se um verdadeiro capital humano passível de ser convertido em dinheiro, relações humanas, áreas de conhecimento, etc. Acerca do atual contexto que o tempo exerce na humanidade, saliente-se o pensamento contido no artigo de Tarcísio Teixeira e Leonardo Silva Augusto:

Outro interessante conceito de tempo, também contido no livro “Desvio Produtivo do Consumidor”, de autoria de Marcos Dessaune, é o formulado pela física sueca Bodil Jönsson. Segundo Jönsson, o tempo “constitui o verdadeiro capital” do homem, o maior e mais valioso capital, contrapondo a noção muito disseminada nas sociedades capitalistas de que “tempo é dinheiro”, isto é, de que “o dinheiro constitui o padrão-ouro da vida”. Portanto, Bodil Jönsson leciona que o tempo, não o dinheiro, é o verdadeiro padrão-ouro da vida, pois “é o capital que possuímos passível de ser convertido em dinheiro, em relações humanas, em interação com o meio ambiente, em conhecimento, em aprofundamento de sentimentos”. Desta forma, sendo o tempo o principal, maior e mais valioso capital do homem, Jönsson assinala que “não é justo nem digno, sob um ponto de vista humano, aceitar que o tempo seja transformado em um bem sempre em falta, tal como o encaramos”. Em suma, na lição de Bodil Jönsson, “o tempo vivido e pessoal é o que há de mais importante para o indivíduo”, sua maior riqueza. Consequentemente, sua utilização deve se dar da maneira mais proveitosa para o indivíduo, partilhando sua destinação ora para a obtenção de dinheiro, ora para as relações pessoais, ao conhecimento, lazer, entre outros, de modo a eliminar o desperdício de tempo.<sup>71</sup>

Assim, a análise do tempo ganha novo contexto, visto que, com a modernidade uma das principais preocupações do ser humano é a de buscar conciliar suas

---

<sup>71</sup> Teixeira, T., & Augusto, L. S. (2016). O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo). Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 110, 177-209. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490#?>>. Acesso em 11 abr. 2020



intermináveis obrigações com todos os demais afazeres do cotidiano num curto espaço de horas que compõe o dia. Sobre o tema, Lúcio Anneo Sêneca já assinalava que:

(...) a vida se precipita nas profundezas e, do mesmo modo em que de nada serve colocar líquido num recipiente sem fundo, nada pode trazer de volta o tempo, não importa quanto foi dado, pois não há onde retê-lo. Não é possível se apossar do tempo ou fazer demorar a mais efêmera das coisas, apenas deixar que se perca como algo supérfluo e substituível.<sup>72</sup>

Para Vitor Guglinski:

A importância do tempo não se limita à ideia subjetiva e pessoal que cada um possui sobre suas implicações e influências no cotidiano. Na seara jurídica, o tempo é parâmetro objetivo utilizado para criar e extinguir direitos. O autor possui uma visão mais ampla da tutela constitucional desse bem jurídico. Para ele, a Constituição Federal tem o tempo como direito fundamental implícito na norma que assegura a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo<sup>73</sup>

Nesse pensar, podemos concluir que não existe mais tempo para ser desperdiçado, pois todo o tempo, ou quase todo ele, é gasto com trabalho e afazeres do cotidiano, seja em casa, nas ruas ou no escritório.

Dessa maneira, é notório a relevância do tempo, fazendo com que o tempo livre se torne um bem jurídico tutelável, assim como a vida, a integridade física, a saúde, a moradia, entre outros.

Nesta toada, é correta a conclusão de que a relevância do tempo revela-se porque ele é fator que possibilita a realização de qualquer atividade humana,

---

<sup>72</sup> SÊNeca, Lúcio Anneo. Sobre a brevidade da vida. Trad. Lúcio Sá Rabello, Ellen Itanajara Neves Vranas e Gabriel Nocchi Macedo. Porto Alegre: L&M, 2013, p.28

<sup>73</sup> GUGLINSKI, Vitor. Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21753/danos-morais-pela-perda-do-tempoutiluma-nova-modalidade>>. Acesso em 13 abr. 2020



tornando por isso um verdadeiro bem jurídico passível de tutela, como bem salienta Claudia Lima Marques e Laís Bergstein. Veja-se:

O tempo é instrumento fundamental para o desempenho de toda e qualquer atividade humana.

E disso se infere a sua importância também para a ciência do Direito.

Se o tempo é um recurso indispensável ao desempenho de toda atividade humana, além de um valor finito, escasso e não renovável, ele invoca e passa a merecer a tutela jurisdicional.

<sup>74</sup>

Neste esteio, partindo da premissa que o tempo é um bem de grande valia para modernidade, Marcus Dessaune defende que o tempo compõe o rol de direitos que afeta a personalidade, tornando por isso passível a tutela pelo desperdício do tempo provocado pelo fornecedor de serviços. Veja-se:

Ao sucumbir ao *modus solvendi* do problema veladamente imposto pelo fornecedor, o consumidor incorre então, independentemente do resultado do seu esforço, na perda definitiva de uma parcela do seu tempo total de vida, na alteração prejudicial do seu cotidiano ou do seu projeto de vida e na instalação em sua vida de um período de inatividade existencial, o que configura a lesão ao tempo existencial e à vida digna da pessoa consumidora. Esse bem e esse interesse jurídicos, respectivamente, estão sintetizados na expressão existência digna e tutelados no âmbito do direito fundamental à vida, que por sua vez é sustentado pelo valor supremo da dignidade humana. O tempo vital, existencial ou produtivo, enquanto suporte implícito da própria vida, também é um atributo integrante da personalidade resguardado no rol aberto dos direitos da personalidade.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> MARQUES, Claudia Lima; BERGSTEIN, Laís. Menosprezo planejado de deveres legais pelas empresas leva à indenização. Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-dez-21/garantias-consumo-menosprezo-planejado-deveres-legais-pelas-empresas-leva-indenizacao>>. Acesso em 13 abr. 2020

<sup>75</sup> DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: Uma Visão Geral - ES: Edição especial do autor, 2017. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/116703/teoria\\_aprofundada\\_desvio\\_dessaune.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/116703/teoria_aprofundada_desvio_dessaune.pdf)> - Acesso em 14 abr. 2020



Assim, com a contemporaneidade, a vida dos indivíduos foi tomada por uma gama de relações e atividades a serem desenvolvidas, tornando o tempo um verdadeiro recurso produtivo da sociedade e um bem jurídico a ser tutelado. Assim, sob esse aspecto, a defesa do tempo, mostra-se imperiosa e sintetiza a expressão de uma existência digna, constituindo por sua vez verdadeiro reflexo do direito fundamental à vida, inserindo-se, por isso o tempo no rol de direitos da personalidade.

Têm-se que o bem jurídico tempo é de extrema relevância nos dias atuais, em que a carga de trabalho e de *stress* é tão grande que a parcela de tempo no dia, na semana ou no mês que se tenha para poder ser utilizada da melhor forma que traga paz, serenidade, descanso ou simplesmente a inutilidade, deve ser considerada como um bem de extrema importância para a manutenção da sanidade mental da sociedade em geral, sendo o tempo considerado para Marcos Dessaune um verdadeiro “...recurso produtivo”.<sup>76</sup>

Assim sendo, na qualidade de bem jurídico, o tempo deve ser palpável e indenizável assim como os demais bens jurídicos caso sofra alguma violação, devendo ser considerado ato ilícito todas as condutas causadas pelo fornecedor que limitem e usurpem o tempo que o consumidor utilizaria para realização de suas tarefas do cotidiano, ou mesmo para seu lazer.

#### **4.1 Novas perspectivas acerca da proteção do tempo nas relações de consumo**

O desvio produtivo caracteriza-se quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, de exposição a produtos ou serviços defeituosos ou

---

<sup>76</sup> DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: Uma Visão Geral - ES: Edição especial do autor, 2017. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/116703/teoria\\_aprofundada\\_desvio\\_dessaune.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/116703/teoria_aprofundada_desvio_dessaune.pdf)> - Acesso em 14 abr. 2020



não prestados, necessita desperdiçar o seu tempo e desviar seus esforços de uma atividade necessária (trabalho, lazer e etc) para tentar solucionar um problema criado pelo fornecedor, ao qual incumbia a esse fornecedor resolvê-lo. Sobre o tema, Marcos Dessaune assim define o desvio produtivo do consumidor:

É notório que inúmeros fornecedores, cotidianamente, empregam práticas abusivas e colocam produtos e serviços com vício ou defeito no mercado de consumo. Além disso, muitos desses fornecedores, diante da reclamação do consumidor, ainda resistem à rápida e efetiva resolução desses problemas de consumo que eles próprios criam. Tal comportamento induz o consumidor em estado de carência e condição de vulnerabilidade a despender seu tempo vital, a adiar ou suprimir algumas de suas atividades existenciais e a desviar suas competências dessas atividades, seja para satisfazer certa carência, seja para evitar um prejuízo, seja para reparar algum dano. Tal série de condutas caracteriza o “desvio produtivo do consumidor”, que é o evento danoso que acarreta lesão ao tempo existencial e à vida digna da pessoa consumidora, que sofre necessariamente um dano extrapatrimonial de natureza existencial, que é indenizável in re ipsa.

(...)

Essa série de condutas caracteriza o “desvio dos recursos produtivos do consumidor” ou, resumidamente, o “desvio produtivo do consumidor”, que é o fato ou evento danoso que se consuma quando o consumidor, sentindo-se prejudicado, gasta o seu tempo vital – que é um recurso produtivo– e se desvia das suas atividades cotidianas – que geralmente são existenciais. Por sua vez, a esquiva abusiva do fornecedor de se responsabilizar pelo referido problema, que causa diretamente o evento de desvio produtivo do consumidor, evidencia a relação de causalidade existente entre a prática abusiva do fornecedor e o evento danoso dela resultante.<sup>77</sup>

(grifou-se)

---

<sup>77</sup> DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: Um panorama disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento\\_online/edicoes/volume17\\_numero1/volume17\\_numero1\\_15.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero1/volume17_numero1_15.pdf)> - Acesso em 01 maio. 2020



Em complemento, André Andrade conceitua constituir prática abusiva a conduta do fornecedor em lesionar o tempo existencial do consumidor, lesão essa que é configurada pela perda do tempo vital, uma vez que o consumidor, ao invés de utilizar seu tempo de modo produtivo, precisa realoca-lo para resolução de um problema criado pelo próprio fornecedor:

Muitas situações da vida cotidiana nos trazem a sensação da perda de tempo: o deslocamento entre a casa e o trabalho, as filas para pagamento em bancos, a espera de atendimento em consultórios médicos e tantas outras obrigações que nos absorvem e tomam um tempo que gostaríamos de dedicar a outras atividades. Essas são situações que devem ser toleradas, porque, evitáveis ou não, fazem parte da vida em sociedade. O mesmo não se pode dizer de certos casos de demora no cumprimento de obrigação contratual, em especial daqueles em que se verifica desídia, desatenção ou despreocupação dos obrigados morosos, na grande maioria das vezes, pessoas jurídicas, fornecedoras de produtos ou serviços, que não investem como deveriam no atendimento de seus consumidores, ou que desenvolvem práticas abusivas, ou, ainda, que simplesmente veem os consumidores como meros números de sua contabilidade.<sup>78</sup>

Acontece que a perda do tempo para a solução de problemas criados por fornecedores ou prestadores de serviços está cada vez mais comum, tornando-se algo abusivo, desrespeitoso e intolerável, Marcos Dessaune destaca situações nocivas que ainda são comuns no país, como:

Enfrentar uma fila demorada na agência bancária em que, dos 10 guichês existentes, só há dois ou três abertos para atendimento ao público; Ter que retornar à loja (quando não se é redirecionado para a assistência técnica autorizada ou ao fabricante) para reclamar de um produto ou eletroeletrônico que já apresenta problema alguns dias ou semanas depois de comprado;

. Esperar demasiadamente por atendimento em consultório médico ou odontológico ou em hospital, ou ter um

---

<sup>78</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa, Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual. Revista de Direito do Consumidor RT, v 53, p 54, jan. 2005



procedimento que o médico requisitou (como um exame mais moderno ou sofisticado) reiteradamente negado pelo plano de saúde;

Telefonar insistentemente para o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) de uma empresa, contando a mesma história várias vezes, para tentar cancelar um serviço indesejado ou uma cobrança indevida, ou mesmo para pedir novas providências acerca de um produto ou serviço defeituoso renitente mas repetidamente negligenciado; [...]

. Ter que esperar em casa, sem hora marcada, pela entrega de um produto novo, pelo profissional que vem fazer um orçamento ou um reparo, ou mesmo por um técnico que precisa voltar para refazer o conserto malfeito; . . Ter a obrigação de chegar com a devida antecedência ao aeroporto e depois descobrir que precisará ficar uma, duas, três, quatro horas aguardando desconfortavelmente pelo voo que está atrasado, algumas vezes até dentro do avião – cansado, com calor e com fome –, sem obter da empresa responsável informações precisas sobre o problema, tampouco a assistência material que a ela compete.<sup>79</sup>

Para o doutrinador Pablo Stolze, o prejuízo causado pela perda do tempo é inaceitável, ao passo que:

As circunstâncias do nosso cotidiano impõem um aproveitamento adequado do tempo de que dispomos, sob pena de experimentarmos prejuízos de variada ordem, quer seja nas próprias relações pessoais, quer seja nos âmbitos profissional e financeiro. Vale dizer, uma indevida interferência de terceiro, que resulte no desperdício intolerável do nosso tempo livre, é situação geradora de potencial dano, na perspectiva do princípio da função social.<sup>80</sup>

Deve ficar claro que não se trata de situações de mero aborrecimento do cotidiano, mas sim que atinjam o limite do inaceitável e prejudiquem principalmente

---

<sup>79</sup> DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor: o Prejuízo do Tempo Desperdiçado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 47-48

<sup>80</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda do tempo. Editorial, 2012. p. 45. Disponível em: <http://jurisvox.unipam.edu.br/documents/48188/345400/Responsabilidade+civil+pela+perda+++do+tempo.pdf>> Acesso em: 05 maio. 2020



o consumidor ao lhe retirar das tarefas de seu cotidiano, fazendo-lhe perder tempo e violando de forma indireta a sua dignidade enquanto ser humano.

Diante disso a doutrina, e principalmente a jurisprudência, já vem trabalhando afim de mudar este panorama nas relações consumeristas do país, uma vez que o tempo se tornou algo valioso, escasso e irrecuperável. O reconhecimento do dano temporal como apto a caracterizar a responsabilização do fornecedor advém do direito do consumidor (art. 6º, VI<sup>81</sup>), visto que a caracterização do dano está ligada diretamente a relação de consumo.

O doutrinador Marcos Dessaune, explica a ocasião na qual deve ser aplicada a indenização pecuniária devido ao desvio produtivo do consumidor:

se um fornecedor viola seu dever jurídico originário – fornecendo ao consumidor um produto ou um serviço viciado/defeituoso –, ou mesmo se aquele cometer outros atos ilícitos – especialmente expondo este a uma prática abusiva legalmente vedada – e, em qualquer dessas hipóteses, ocasionar um "desvio produtivo" ao consumidor, entendo que nascerá para o primeiro, em tese, o dever jurídico sucessivo de indenizar tal dano que causou ao segundo, da mesma maneira que surgirá para este o direito subjetivo de exigir daquele uma compensação pecuniária compatível com o prejuízo irreversível que sofreu.<sup>82</sup>

Acontece que o ordenamento jurídico não traz um rol taxativo de bens jurídicos tuteláveis aptos a ensejar o dever de indenizar. Na realidade, o direito brasileiro traz um artigo em seu Código Civil a respeito do ressarcimento, mais precisamente no artigo 927:

---

<sup>81</sup> BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 05 maio. 2020

<sup>82</sup> DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor: o Prejuízo do Tempo Desperdiçado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 133





Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.<sup>83</sup>

Ou seja, dada a importância do tempo nos dias atuais e demonstrado a sua usurpação indevida, causando prejuízo ao consumidor, verificar-se-á o dever de indenizar do prestador de serviço.

Nos dizeres de André Andrade:

Muitas situações da vida cotidiana nos trazem a sensação da perda de tempo: o deslocamento entre a casa e o trabalho, as filas para pagamento em bancos, a espera de atendimento em consultórios médicos e tantas outras obrigações que nos absorvem e tomam um tempo que gostaríamos de dedicar a outras atividades. Essas são situações que devem ser toleradas, porque, evitáveis ou não, fazem parte da vida em sociedade. O mesmo não se pode dizer de certos casos de demora no cumprimento de obrigação contratual, em especial daqueles em que se verifica desídia, desatenção ou despreocupação dos obrigados morosos, na grande maioria das vezes, pessoas jurídicas, fornecedoras de produtos ou serviços, que não investem como deveriam no atendimento de seus consumidores, ou que desenvolvem práticas abusivas, ou, ainda, que simplesmente vêm os consumidores como meros números de sua contabilidade.<sup>84</sup>

Ressalte-se que, por óbvio, nem toda situação de desperdício de tempo ensejará indenização, uma vez que para isso ocorrer deve estar aliada à conduta ilícita e ao nexo de causalidade entre os elementos.

---

<sup>83</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 06 de maio 2020

<sup>84</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa. Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual. Revista de Direito do Consumidor. RT, v. 53, p. 54, jan. 2005



Quando se adquire um produto e este apresenta falhas, espera-se que o fornecedor tome as providências dentro dos prazos legais, e não imponha ao consumidor o ônus de buscar, incessantemente, a solução do impasse a que o fornecedor dera causa. Quando se pede para cancelar um serviço telefônico que, ao contrário da publicidade realizada, lhe impõe muitas fronteiras – frustrando o objetivo primordial da contratação –, espera-se que tal seja feito imediatamente. Quando se pede para cancelar a cobrança indevida de taxas no cartão de crédito e o ressarcimento imediato do dispêndio realizado, espera-se que o fornecedor sane a falha para que o referido desconto indevido não seja efetuado no mês seguinte. A situação mostra-se ainda mais grave nos casos em que o consumidor não pode nem mesmo optar pelo prestador do serviço (tal como ocorre com os serviços de água e saneamento). Tais condutas, decorrendo direta ou indiretamente da falha de qualidade do produto ou serviço prestado, violam a boa-fé objetiva – princípio e cláusula geral –, a qual impõe ao fornecedor conduta compatível com sua posição assumida no mercado: satisfazer a necessidade do consumidor e evitar quaisquer danos a este, prestando um atendimento de qualidade ao consumidor<sup>85</sup>

Nessa perspectiva, a doutrina majoritária caminha a passos largos para que a teoria do desvio produtivo seja fator determinante para regulamentar a prestação de serviço dos fornecedores, uma vez que se entende que o dano temporal deve ser indenizável sempre que o consumidor desviar seu tempo útil.

Dessa maneira as perspectivas para a proteção do tempo útil nas relações de consumo não poderiam ser melhores, uma vez que a jurisprudência vem alinhando o seu posicionamento favorável a doutrina, penalizando de forma eficaz e severa todo aquele prestador de serviço ou fornecedor, que viola devido à má prestação de serviço ou fornecimento de produto, o tempo útil do consumidor.

---

<sup>85</sup> MELLO, Tamila Cavaler Pessoa de. A Responsabilidade Civil Pela Perda De Tempo Útil: o valor social e jurídico do tempo e a sua violação como uma nova categoria de dano indenizável ao consumidor. 2013. Monografia. (Curso de Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis



## **4.2 A perda do tempo como uma espécie de dano que gera o dever de indenizar, aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor na perspectiva jurisprudencial**

Conforme exposto no tópico anterior, a teoria do desvio produtivo do consumidor em suas perspectivas gerais tem como escopo a doutrina a seu favor, visto que majoritariamente há o entendimento que é devido a indenização por “dano temporal” toda vez que houver a interferência abusiva no tempo do consumidor por culpa do prestador de serviço.

A jurisprudência vem se consolidando cada vez mais, fazendo que os Tribunais de Justiça e a própria Corte Cidadã (STJ), já apliquem a algum tempo a teoria do desvio produtivo do consumidor, ou seja, situações que ensejam a perda do tempo livre do consumidor têm sido entendidas como abusivas, sendo passíveis de reparação por danos morais. Vejamos alguns julgados que discorram sobre a matéria:

Apelação. Danos morais. Contrato para instalação do serviço OI VELOX (banda larga – internet). Inadimplemento contratual por parte da operadora que alegou inviabilidade técnica por impropriedades da linha telefônica. Sentença de procedência. Dano moral fixado em R\$ 2.000,00. Apelos de ambas as partes. A princípio, o inadimplemento contratual não acarreta danos morais, porém, pelas peculiaridades do caso concreto, se verificou a ocorrência de aborrecimentos anormais que devem ser compensados. Violação ao dever de informação, art. 6º, III, do CDC. Grande lapso temporal entre a data da celebração do contrato e a da comunicação de que a não seria viável a prestação dos serviços por impropriedades técnicas da linha telefônica do Autor. Teoria da Perda do Tempo Livre. Por mais de um ano, o Autor efetuou ligações para a Ré na tentativa de que o serviço de internet fosse corretamente instalado, além de ter recebido técnicos da Ré em sua residência, mas que não solucionavam os problemas. Indenização bem dosada em R\$ 2.000,00. Pequeno reparo na sentença para fixar a correção monetária desde a data do arbitramento e juros moratórios a partir da citação. Provimento



parcial ao recurso do autor. Desprovemento ao recurso do réu.<sup>86</sup>

No caso em comento a Desembargadora Mônica Tolledo de Oliveira entendeu que a perda do tempo livre ocasionado pela má prestação de serviço (grande lapso temporal) enseja inegável aplicação de responsabilidade civil e condenação do fornecedor de serviço a pagar danos morais ao consumidor:

Verifica-se que, no presente caso, o Réu criou expectativas no Autor de que os serviços de internet seriam corretamente prestados. **Houve um grande lapso temporal (mais de um ano) entre a data da celebração do contrato (16/06/08) e a data da comunicação de que a não seria viável a prestação dos serviços (06/08/09).** [...]

**Além disso, alguns julgados deste TJ vêm admitindo que a perda do tempo livre pelo consumidor ocasionada pela má prestação de serviços pelo fornecedor dá ensejo a reparação por danos morais<sup>87</sup> (grifou-se).**

E mais:

DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE SERVIÇO TELEFÔNICO. APARELHO NÃO ENTREGUE. COBRANÇA INDEVIDA. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL

CONFIGURADO. Não se desincumbindo a concessionária em comprovar a entrega do aparelho e a ativação da linha telefônica ao consumidor, é indevida a cobrança das tarifas. Direito do consumidor de pagar somente pelo serviço efetivamente prestado. Hipótese que não trata de simples

---

<sup>86</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0279219-61.2009.8.19.0001. Quarta Câmara Cível. Recorrentes: Carlos Roberto Monte e Telemar Norte Leste S.A. Recorridos: os mesmos. Relator: Des. Mônica Tolledo de Oliveira. Julgado em: 10 out. 2010. Disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000355BEE6C9C382599E2C75E716A886F97CD7C402543411>>. Acesso em: 20 maio. 2019

<sup>87</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0279219-61.2009.8.19.0001. Quarta Câmara Cível. Recorrentes: Carlos Roberto Monte e Telemar Norte Leste S.A. Recorridos: os mesmos. Relator: Des. Mônica Tolledo de Oliveira. Julgado em: 27 out. 2010. Disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000355BEE6C9C382599E2C75E716A886F97CD7C402543411>>. Acesso em: 20 maio. 2020



aborrecimento, mas de transtornos que deveriam e poderiam ser evitados pelo fornecedor do serviço, acaso a ênfase na prestação fosse o respeito ao consumidor. Prática que avilta o consumidor frustrando-lhe as expectativas e diminuindo-lhe os recursos e o tempo útil. Dano moral configurado. Manutenção do valor indenizatório. Conhecimento e negativa de seguimento ao recurso<sup>88</sup>

Neste segundo caso, fora ainda mais claro em relação a teoria do desvio produtivo do consumidor, uma vez que o Desembargador Relator Adão Sergio do Nascimento Cassiano em seu voto destacou que a autora dispôs do seu tempo útil muitas vezes para solucionar problemas que por ela não foram causadas, tratando-se assim de uma prática abusiva pelo prestador de serviços:

O dano moral abrange o abalo dos sentimentos, quaisquer bens ou interesses pessoais, como liberdade, nome, família, honra, integridade física, desgosto, angústia, estresse, tristeza, sofrimento, incomodação, esta, especialmente na vida moderna, onde o tempo das pessoas é escasso e tem de ser dividido, entre outros afazeres, com a família, o lazer e o trabalho. Diz-se até que o dia possui 24 horas para que se tenha 8 para trabalhar, 8 para dormir e 8 para lazer (...)

Tivesse a autarquia municipal atendido imediatamente a reclamação da autora, oferecendo resposta plausível à sua inconformidade administrativa, não se haveria de cogitar de danos morais. Entretanto, como se viu, o réu desprezou a irrisignação manifestada, sem se importar em demonstrar, em momento algum, a correção de sua conduta, levando a autora a buscar, de todas as formas, a solução de problema a que ela não deu causa, impondo-lhe acomodações, desgostos e perda seu tempo útil neste mister (...)

Tem-se em vista, principalmente, evitar novos abusos por parte do fornecedor de serviços, mormente um serviço essencial ao ser humano como o abastecimento de água. O que se nota pela experiência comum (CPC, art. 335; CDC) é que a

---

<sup>88</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0160246-79.2011.8.19.0001. Nona Câmara Cível. Recorrente: Empresa Brasileira De Telecomunicações S.A. EMBRATEL. Recorrido: Arnaldo Gomes dos Santos. Relator: Des. Rogerio de Oliveira Souza. Julgado em: 25 fev. 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045B79B8815FB5B336A2F3BD19DEB01F08C5020E120758>>. Acesso em: 22 maio. 2020



conduta adotada pelo réu, consistente em “erro” nos lançamentos efetivados, não é prática isolada no caso da autora, o que se vê pelos próprios precedentes jurisprudenciais anteriormente transcritos. Pelo contrário, trata-se de um comportamento reiterado e, no mínimo, abusivo do prestador dos serviços, confiando na resignação do consumidor, que tem o ônus de reclamar e buscar a solução administrativa da controvérsia, e que, em face do pequeno valor encontrado na diferença, prefere não se incomodar e deixar as coisas como estão, uma vez que, “assumindo a briga”, estará dispondo de seu tempo útil, muitas vezes, valor fundamental na sociedade moderna, gerando, certamente, maior estresse em todas as suas relações cotidianas (...) <sup>89</sup>

No âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT, o tribunal local tem assentado sua jurisprudência reconhece que a perda de tempo imposta ao consumidor pelo fornecedor, figura como conduta abusiva e suficiente para o reconhecimento do dever do fornecedor a pagar indenização por danos morais. Veja-se:

JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. CONTRATO DE TELEFONIA. COMPRA DE CELULAR. NEGOCIAÇÃO FRAUDULENTA. ASSINATURA E DADOS PESSOAIS ADULTERADOS. RECLAMAÇÃO REITERADA DO CONSUMIDOR. DESATENDIMENTO. ABUSIVIDADE DA PRÁTICA ADOTADA PELA EMPRESA DE TELEFONIA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO. DANO MORAL CONFIGURADO.

1. Cuida-se de Recurso Inominado em que a parte autora pugna, tão somente, a condenação da requerida em danos morais, ao argumento de que os problemas enfrentados para rescisão do contrato fraudulento superaram o mero dissabor cotidiano. 2. Extraí-se dos autos que foi retirado, em nome do recorrente, um aparelho celular com desconto, em decorrência da adesão a um plano telefônico. Destaca-se, por oportuno, que essa transação ocorreu no interior de estabelecimento físico do

---

<sup>89</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70003750700. Primeira Câmara Especial Cível. Recorrentes: Maria Edília Camargo Jablonski e Departamento Municipal de Água e Esgotos - DMAE. Recorridos: os mesmos. Relator: Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Julgado em: 24 jun. 2003. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br/site/](http://www.tjrs.jus.br/site/)>. Acesso em: 25 maio. 2019



recorrido, mediante contrato reconhecidamente fraudulento (dados pessoais e rubrica distintos dos da autora - ID 6436531, 6436524 e 6436531). 3. Acresce-se, ainda, que a recorrente tentou, por diversas vezes, rescindir o plano administrativamente, demonstrando que a assinatura aposta no termo não era de sua titularidade. Teve negado todos os pleitos e, ainda assim, optou por continuar pagando as prestações, durante mais de seis meses, a fim de que não fosse concretizada a ameaça de que seu nome seria incluído em cadastros de inadimplentes, o que demonstra sua evidente boa-fé. Não menos importante, é imperioso salientar que foi necessário arcar com os custos da contratação de um advogado, a fim de que o imbróglio fosse resolvido, uma vez que a ré, mesmo verificando a falsidade perpetrada no negócio, não deixou de cobrar as parcelas mensais (não há, inclusive, até o presente momento, qualquer sinal de que tenha havido a resolução do problema, mesmo não tendo sido interposto Recurso Inominado pela requerida, o que impossibilita a reforma da sentença no ponto em que foi declarado adulterado e inexigível o contrato. **4. A jurisprudência tem privilegiado a Teoria do Desvio Produtivo, já adotada por Tribunais de Justiça e pelo STJ, que reconhece que a perda de tempo imposta ao consumidor pelo fornecedor, de modo abusivo, para o reconhecimento do seu direito, enseja indenização por danos morais** (CRISTIANE FERREIRA ABIRACHED ROMAN PRADO versus BANCO SANTANDER S.A. STJ - Aresp: 1260458 SP 2018/0054868-0, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZE, Data da Publicação: DJ 25/04/2018). **O que se indeniza, neste caso, é a desnecessária perda de tempo útil imposta ao consumidor, o qual poderia ser empregado nos afazeres da vida, seja no trabalho, no lazer, nos estudos ou em qualquer outra atividade, e que, por força da abusiva indiferença do fornecedor, é empregado para a tentativa de reconhecimento de direitos manifestos.** (Acórdão n.1110813, 07029379220188070016, Relator: AISTON

HENRIQUE DE SOUSA 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 20/07/2018; Acórdão n.1102686, 07042668220178070014, Relator: ASIEL HENRIQUE DE SOUSA 3ª Turma

Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Julgamento: 13/06/2018, Publicado no DJE: 21/06/2018) **5.**



**Assim, na hipótese vertente, a excessiva resistência do fornecedor, que, por tempo demasiado, esquivou-se no atendimento dos reclames do consumidor, impondo a este, de forma abusiva, verdadeira via crucis para a reconhecimento do seu direito, suplanta o mero dissabor cotidiano, ensejando indenização, por danos morais.** 6.

Com efeito, o valor da reparação deve guardar correspondência com o gravame sofrido, devendo o juiz sopesar as circunstâncias do fato e a repercussão da ofensa moral, o dano e sua extensão, a capacidade econômica das partes, bem como a vedação do enriquecimento sem causa. Atenta a essas diretrizes, o valor de R\$ 2.000,00 (três mil reais) atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 7. RECURSO CONHECIDO e PROVIDO, para condenar a recorrida em R\$ 2.000,00, a título de danos morais. Sentença reformada. Sem custas processuais e honorários advocatícios, a teor do art. 55 da Lei 9.099/95. 8. A ementa servirá de acórdão, conforme art. 46 da Lei n. 9.099/95.

(Acórdão 1152220, 07007097120188070008, Relator: SONÍRIA ROCHA

CAMPOS D'ASSUNÇÃO, Primeira Turma Recursal, data de julgamento: 11/4/2019, publicado no DJE: 25/2/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.)<sup>90</sup> **(grifou-se)**

O caso acima ementado tratou do pleito de um consumidor que, por diversas vezes, tentou rescindir um contrato de telefonia firmado em seu nome, cuja adesão ocorreu de forma fraudulenta, visto ter sido falsificada a assinatura do consumidor quando da celebração da avença.

O caso acima ementado tratou do pleito de um consumidor que, por diversas vezes, tentou rescindir um contrato de telefonia firmado em seu nome, cuja adesão ocorreu de forma fraudulenta, visto ter sido falsificada a assinatura do consumidor quando da celebração da avença.

---

<sup>90</sup> BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão: 1152220. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. Recorrente: Luana Grazielle Lima Quirino. Recorrido: Claro S.A. Julgado em: 14 fev. 2019. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 26 maio. 2020





Na hipótese discutida no aresto, mesmo tendo o consumidor comprovado que não havia sido ele que firmou o contrato de prestação de serviços, o fornecedor de serviços se negou a realizar o cancelamento motivo esse que durante 6 (seis) meses na tentativa de finalizar o contrato, o consumidor arcou com as prestações do plano de telefonia firmado.

Assim, em vista o grande decurso de tempo que atravessou o consumidor para resolução do problema onde foram perdidas diversas horas de seu tempo útil, tal fato superou o mero dissabor do cotidiano, sendo a conduta do fornecedor capaz de afligir seus direitos de personalidade tornando possível por isso a condenação ao pagamento de danos morais face o fornecedor.

Segue outro acórdão que trata da questão afeta a aplicabilidade da responsabilidade civil em decorrência da configuração do desvio produtivo do consumidor:

CONSUMIDOR. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - TRANSPORTE DE BENS PARA OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO (MUDANÇA) - OBRIGAÇÃO DESCUMPRIDA PARCIALMENTE - DANO MORAL INEXISTENTE, NO PONTO. RECLAMAÇÃO REITERADA DO CONSUMIDOR - DESATENDIMENTO. DESVIO PRODUTIVO - DANO MORAL EXISTENTE. RECURSO CONHECIDO E

**PROVIDO. 1. Conforme bem assentado na sentença recorrida, o mero descumprimento contratual não enseja indenização por danos morais. Jurisprudência sólida do e. Superior Tribunal de Justiça, do TJDFT e das Turmas Recursais nesse sentido. 2. Todavia, a atitude de desídia do fornecedor, que se demora por tempo demasiado no atendimento aos legítimos reclames do consumidor, impondo a este, de forma abusiva, uma verdadeira via crucis para a reconhecimento do seu direito, enseja indenização por danos morais. 3. Em abono a esse entendimento tem ganho lugar na jurisprudência a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, já adotada por Tribunais de Justiça e pelo STJ, que reconhece que a perda**



**de tempo imposta ao consumidor pelo fornecedor, de modo abusivo, para o reconhecimento do seu direito enseja indenização por danos morais. 4. O que se indeniza, nesse caso, não o descumprimento contratual, mas a desnecessária perda de tempo útil imposta ao consumidor, o qual poderia ser empregado nos afazeres da vida, seja no trabalho, no lazer, nos estudos, no descanso ou em qualquer outra atividade, e que, por força da abusiva desídia do fornecedor, é empregado para o reconhecimento dos direitos do consumidor.**(...)

11. Com esse fundamento, reconheço o direito da parte autora a indenização por danos morais, embora não se tenha presente uma direta violação dos atributos da personalidade, como exigido na doutrina clássica. Quanto ao valor da indenização, sopesando as circunstâncias do caso em exame, tenho com justo e conforme com os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais). 12. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Para reformar em parte a sentença e julgar procedente o pedido de indenização por danos morais e condenar a requerida a pagar ao autor a quantia de R\$ 1.000,00 (um mil reais), a esse título, corrigida monetariamente desde o arbitramento (data do julgamento) e acrescida de juros legais de 1% a partir da citação. 13. Sem custas adicionais e sem condenação em honorários advocatícios à ausência de recorrente vencido.

(Acórdão 1153020, 07079177020188070020, Relator: ASIEL HENRIQUE DE SOUSA, Terceira Turma Recursal, data de julgamento: 19/2/2019, publicado no DJE: 28/2/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.)<sup>91</sup> **(grifou-se)**

No aresto lavrado pela Terceira Turma Recursal do Distrito Federal, tratou do caso em que um consumidor contratou os serviços de uma transportadora para realizar sua mudança para outra unidade federativa.

Em que pese a contratação ter sido realizada com a estipulação do prazo de entrega, a entrega de todos os bens do consumidor levou mais de 3 (três) meses, em

---

<sup>91</sup> BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão: 1153020**. 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. Recorrente: ANDREY FREIBERGER CAMPOS. Recorrido: TRANS MELLO TRANSPORTES EIRELI - ME. Julgado em: 19 fev. 2019. Disponível em:

<<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 27 maio. 2020



que os inúmeros contatos feitos pelo consumidor, tendo este inclusive se valido de um site especializado que faz a intermediação entre consumidor e prestadores de serviços, contudo não houve o atendimento a reclamação.

Neste esteio, o tribunal local também considerou que o tempo de espera do consumidor para a entrega de todos os seus bens extrapolou as situações de frustrações cotidiana aos quais, qualquer indivíduo está sujeito, tendo a conduta do fornecedor ido além do mero inadimplemento contratual, ferindo por isso os direitos de personalidade do consumidor, imputando assim o pagamento de danos morais.

Se tratando de corte superior o Colendo Superior Tribunal de Justiça, possui vários precedentes a respeito da teoria do desvio produtivo do consumidor, garantindo indenização por danos morais a clientes pelo tempo desperdiçado para resolver problemas gerados por maus prestadores de serviços. A exemplo disso, a Corte Cidadã de maio a outubro do ano de 2018, aplicou ao menos 5 (cinco) vezes a referida teoria, conforme apurou o Conjur:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCP. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. CARTÃO DE CRÉDITO. (1) DESBLOQUEIO. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL. NEGATIVA DE ATUAÇÃO NO RAMO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF E 211 DO STJ. (2) ALEGAÇÃO GENÉRICA A DISPOSITIVO LEGAL. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284 DO STF. (3) ALEGADO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. FALTA DE COTEJO DOS ACÓRDÃOS TIDO POR DIVERGENTES COM O ARESTO RECORRIDO. NEGATIVA DE CARACTERIZAÇÃO DO DISSENSO PRETORIANO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.763.052/RJ. 3ª Turma do STJ. Recorrente: Validata Meios De Pagamentos Ltda. Recorrido: Janete Beraldo De Castro. Julgado em: 27 set. 2018. Disponível em:



No caso citado, restou consignado em primeira instância o bloqueio indevido e consequentemente o desbloqueio, mas negado o dano moral. Contudo, devido a empresa ter desobedecido a decisão judicial o TJ/RJ entendeu ser possível a indenização diante da caracterização do desvio produtivo do consumidor.

O desserviço praticado pela Apelante prejudica a prática dos atos da vida civil e provocam aborrecimentos que superam os do cotidiano, configurando dano moral, gerando obrigação de indenizar, independentemente de prova atinente a prejuízo material, pois se trata de dano in re ipsa, com fulcro no artigo 186 e 927, do CC, c/c artigo 5, X, da CFRB.

(...)

No entanto, a parte autora/Apelada não interpôs recurso pleiteando a reforma da r. sentença. Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e negar provimento aos recursos de Apelação, mantendo a r. sentença na forma que foi lançada. (e-STJ, fls. 227, 228 e 229).<sup>93</sup>

Acrescente-se, ainda outro julgado:

PROCESSUAL CIVIL (CPC/2015). AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE DIMINUIÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. REVISÃO QUE SE ADMITE SOMENTE NOS CASOS EM QUE O VALOR SE APRESENTA IRRISÓRIO OU EXORBITANTE. PRETENSÃO QUE DEMANDA O REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL<sup>94</sup>

---

<<https://www.conjur.com.br/dl/stj-desvio-produtivo.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2020

<sup>93</sup> BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.763.052/RJ. 3ª Turma do STJ. Recorrente: Validata Meios De Pagamentos Ltda. Recorrido: Janete Beraldo De Castro. Julgado em: 27 set. 2018. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/dl/stj-desvio-produtivo.pdf>>. Acesso em: 29 maio. 2020

<sup>94</sup> BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1.167.382/SP. 3ª Turma do STJ. Agravante: ANHANGUERA EDUCACIONAL LTDA. Agravado: DANILO RAFAEL GALETTI. Julgado em: 11 set. 2018. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/dl/stj-desvio-produtivo.pdf>>. Acesso em: 29 maio. 2020



Neste caso o STJ decidiu manter a decisão do TJ/SP tendo em vista que entendeu que a conduta contratual e a frustração em desfavor do consumidor violam integrante da moral humana, constituindo dano indenizável na ótica do desvio produtivo do consumidor.

A bem da verdade a teoria do desvio produtivo do consumidor é uma realidade e impactou jurídico socialmente diversos casos em todos os tribunais de justiça do país. Ou seja, a teoria do desvio produtivo vem deixando de lado a jurisprudência e entendimento do “mero aborrecimento” e privilegiando o tempo útil do consumidor e suas atividades existenciais.

Por isso, a teoria do desvio produtivo do consumidor encampa-se para a tutela do tempo, elevando seu status de bem jurídico a ser protegido pelo ordenamento jurídico, tendo sua defesa ganhado grande guarida especialmente no âmbito do Direito do Consumidor como bem assinala Stolze:

Durante anos, a doutrina, especialmente aquela dedicada ao estudo da responsabilidade civil, não cuidou de perceber a importância do tempo como um bem jurídico merecedor de indiscutível tutela. Sucede que, nos últimos anos, este panorama tem se modificado. As exigências da contemporaneidade têm nos defrontado com situações de agressão inequívoca à livre disposição e uso do nosso tempo livre, em favor do interesse econômico ou da mera conveniência comercial de um terceiro. E parece que, finalmente, a doutrina percebeu isso, especialmente no âmbito do Direito do Consumidor.<sup>95</sup>

Nesta toada, é correta a conclusão de que o tempo útil do consumidor, em vista que o tempo na contemporaneidade possui incontroversa relevância, é um bem cujo a tutela tem sido bastante defendida no campo consumerista, aumentando por

---

<sup>95</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda do tempo. Jus, 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23925/responsabilidade-civil-pela-perda-do-tempo>. Acesso em: 29 maio. 2020



isso o leque de responsabilidades civis ao qual o fornecedor de serviços pode ser imputado em caso de desrespeito aos direitos do consumidor.

Com esse pensar, verifica-se que doutrina e jurisprudência trataram por elevar o tempo útil do consumidor ao patamar de bem jurídico a ser tutelado pelo ordenamento jurídico, estando inserido como um dos atributos do direito de personalidade, pelo que, a lesão a esse bem jurídico enseja o dever de reparação pelo fornecedor de serviços ao pagamento de danos morais ao consumidor.

## **5 CONCLUSÃO**

Diante do que fora exposto, fazendo alusão aos dispositivos legais jurídico pátrio que foram citados, especialmente o Código de Defesa do Consumidor e a parte que dispõe acerca da responsabilidade civil no CC, não se pode olvidar na espécie que a perda do tempo útil merece ser devidamente indenizada caso ocorra um vício na prestação de serviços pelo fornecedor.

A perda do tempo útil, consubstanciada na teoria do desvio produtivo do consumidor já vem sendo objeto de interesse da doutrina e da academia jurídica, resultando em significativa colaboração para a formação da jurisprudência moderna, exatamente com o desiderato de abarcar situações vividas em nosso cotidiano e que precisam ser regulamentadas, sob pena de total ofensa aos princípios que regem o direito do consumidor.

Entende-se desta forma, que na sociedade moderna, em que o número de horas trabalhadas aumenta diariamente e a tecnologia incrementa a velocidade de praticamente tudo, o bem jurídico tempo torna-se cada vez mais um recurso escasso e finito.



Isso porque o tempo se apresenta como sendo um bem da vida de extrema importância e preciosidade para os indivíduos, passando a adquirir um valor que extrapola sua dimensão meramente econômica.

É evidente que qualquer fração de tempo perdido constitui algo irre recuperável. Assim, a perda do tempo, de forma injusta, ou seja, por culpa do fornecedor de serviços, ainda que não gere diretamente prejuízos na esfera material do consumidor, deverá ser economicamente aferível, permitindo ao consumidor lesado postular em juízo a reparação pelo dano causado por meio de uma indenização compensatória em sua esfera moral.

Nessa premissa, buscou-se concluir com o capítulo primeiro deste trabalho que o consumidor é a parte hipossuficiente da relação consumerista (consumidor x fornecedor), ao passo de que o legislador ao promulgar o CDC dispôs de direitos específicos a fim de proteger o consumidor de possíveis abusos do prestador de serviço.

Desse modo, no capítulo segundo, abarcando a responsabilização civil e seu âmbito de incidência nas relações consumeristas, demonstrou-se que a legislação no que dispõe tanto o Código Civil, como o Código de Defesa do Consumidor, entendem que a responsabilidade civil parte do posicionamento que todo aquele que violar um dever jurídico através de um ato ilícito tem o dever de reparar o dano causado.

Por consequência, buscou-se validar a hipótese proposta no trabalho monográfico, de que a legislação pátria, a doutrina e a jurisprudência, se inclinam a tutela jurídica do tempo útil do consumidor.

Isso tornou-se possível porque, a questão afeta ao tempo útil do consumidor, considerando a contemporaneidade, foi elevada ao rol de bens jurídicos que necessitam de proteção legal, estando inserido o tempo como um dos atributos do



direito da personalidade, de modo que, a lesão ao tempo útil do consumidor enseja reparação por danos morais, fato esse consubstanciado na doutrina, jurisprudência por meio da teoria do desvio produtivo do consumidor como demonstrado no último capítulo deste trabalho.

Portanto, espera-se que as reflexões postas possam contribuir na demonstração da tutela jurídica que fora criada em torno da proteção do tempo útil do consumidor, e as consequências legais que respondem o fornecedor de serviço em caso de lesão a esse bem jurídico, especialmente no que pertine a teoria do desvio produtivo do consumidor, constituindo um instrumento para ser utilizado na busca jurisdicional da tutela dos direitos do consumidor sob o ângulo da tutela do tempo, valor subjetivo esse que, ao meu sentido, deve ser considerado e valorado.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. 2ª Ed. Saraiva: 2000

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual**. Revista de Direito do Consumidor RT, v 53, jan. 2005.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

BESSA, Leonardo Roscoe. **Responsabilidade civil dos bancos dos dados de proteção ao crédito: diálogo entre o código de defesa do consumidor e a lei de cadastro positivo**. Revista de direito do consumidor. São Paulo, vol. 23.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014

BRAGA NETO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3





BRASIL, **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>.

BRASIL, **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: [ttp://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.195.642**. Recorrente: Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A - EMBRATEL. Recorrido: Juleca 2003 Veículos Ltda. Relator: Min. Nancy Andrighi Brasília, DJe 21 nov. 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25733695&num\\_registro=201000943916&data=20121121&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25733695&num_registro=201000943916&data=20121121&tipo=5&formato=PDF)>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.634.851**. Recorrente: VIA VAREJO S/A. Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJe 15 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-min-nancy-andrighi-stj-teoria.pdf>>.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 1.167.382/SP**. 3ª Turma do STJ. Agravante: ANHANGUERA EDUCACIONAL LTDA. Agravado: DANILO RAFAEL GALETTI. Julgado em: 11 set. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/stj-desvio- produtivo.pdf>>

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.763.052/RJ**. 3ª Turma do STJ. Recorrente: Validata Meios De Pagamentos Ltda. Recorrido: Janete Beraldo De Castro. Julgado em: 27 set. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/stj-desvio- produtivo.pdf>>.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão: 1152220**. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. Recorrente: Luana Grazielle Lima Quirino. Recorrido: Claro S.A. Julgado em: 14 fev. 2019. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão: 1153020**. 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. Recorrente:



ANDREY FREIBERGER CAMPOS. Recorrido: TRANS MELLOOS  
TRANSPORTES EIRELI - ME. Julgado em: 19 fev. 2019. Disponível em:  
<<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> COELHO, Fábio  
Ulhoa. **Curso de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o Prejuízo do Tempo  
Desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor:  
Uma Visão Geral** - ES: Edição especial do autor, 2017. Disponível em:  
<[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/116703/teoria\\_aprofundada\\_desvio\\_desaune.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/116703/teoria_aprofundada_desvio_desaune.pdf)>

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Edição. Rio de Janeiro. 12<sup>a</sup>  
Edição. Editora Lumen Juris. Editora. Lumen Juris. 2011

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**.  
16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17<sup>o</sup>  
ed. aum. e atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2001)  
São Paulo: Saraiva, 2003, v.7.

FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo:  
Atlas, 2011. FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed.  
São Paulo: Atlas 2010 FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de Responsabilidade  
Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Da Política Nacional de Relações de Consumo**.  
In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor:  
comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito  
Civil**: Volume Único. Editora Saraiva, 2017

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de  
Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva 2011

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Responsabilidade civil pela perda do tempo**.  
Editorial, 2012. Disponível



em:<http://jurisvox.unipam.edu.br/documents/48188/345400/Responsabilidade+civil+pela+perda+++do+tempo.pdf>>

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Responsabilidade civil pela perda do tempo**. Jus, 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23925/responsabilidade-civil-pela-perda-do-tempo>

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor**. 7ª Ed. Niterói: Impetus, 2011.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor, Código Comentado e Jurisprudência**. 7ª Ed. Impetus: Niterói, 2011

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 4 – responsabilidade civil**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva 2019

GUGLINSKI, Vitor. **Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21753/danos-morais-pela-perda-do-tempoutiluma-nova-modalidade>>.

MARQUES, Claudia Lima. **A Lei 8.078/1990 e os Direitos Básicos do Consumidor**. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

MARQUES, Claudia Lima; BERGSTEIN, Laís. **Menosprezo planejado de deveres legais pelas empresas leva à indenização. Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-21/garantias-consumo-menosprezo-planejado-deveres-legais-pelas-empresas-leva-indenizacao>>.

MARQUES, Claudia Lima. **Campo de Aplicação do CDC**. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002

MARQUES, Claudia Lima. **Introdução ao Direito do Consumidor**. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe.



**Manual de Direito do Consumidor.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS ARAÚJO, Thais Cristina. **Responsabilidade civil do estado por erro do judiciário nas ações de alimentos.** Monografia. Direito. Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2017

MELLO, Tamila Cavaler Pessoa de. **A Responsabilidade Civil Pela Perda De Tempo Útil: o valor social e jurídico do tempo e a sua violação como uma nova categoria de dano indenizável ao consumidor.** 2013. Monografia. (Curso de Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** 6ª. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil,** v. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0160246- 79.2011.8.19.0001.** Nona Câmara Cível. Recorrente: Empresa Brasileira De Telecomunicações S.A. EMBRATEL. Recorrido: Arnaldo Gomes dos Santos. Relator: Des. Rogerio de Oliveira Souza. Julgado em: 28 fev. 2013. Disponível em:  
<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045B79B8815FB5B336A2F3BD19DEB01F08C5020E120758>>

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0279219- 61.2009.8.19.0001.** Quarta Câmara Cível. Recorrentes: Carlos Roberto Monte e Telemar Norte Leste S.A. Recorridos: os mesmos. Relator: Des. Mônica Tolledo de Oliveira. Julgado em: 27 out. 2010. Disponível em:  
<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000355BEE6C9C382599E2C75E716A886F97CD7C402543411>>.



RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70003750700**. Primeira Câmara Especial Cível. Recorrentes: Maria Edilia Camargo Jablonski e Departamento Municipal de Água e Esgotos - DMAE. Recorridos: os mesmos. Relator: Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano. Julgado em: 24 jun. 2003. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br/site/](http://www.tjrs.jus.br/site/)>.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. (Série fundamentos jurídicos)

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010

SÊNECA, Lúcio Anneo. **Sobre a brevidade da vida**. Trad. Lúcio Sá Rabello, Ellen Itanajara Neves Vranas e Gabriel Nocchi Macedo. Porto Alegre: L&M, 2013

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

Teixeira, T., & Augusto, L. S. (2016). **O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo)**. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 110, 177-209. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490#?>>.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 5ª Edição. São Paulo. Editora Atlas S.A., 2005

YOKOY PORTELA, Lorena Peniche. **O CDC e a disciplina dos acidentes de consumo: A Responsabilidade Pelos Riscos do Desenvolvimento**. P. 65. Monografia. Direito. Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2011



# RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Alyson Moreira Fernandes

## RESUMO

A recuperação judicial de empresas é um importante instrumento do Direito Empresarial voltado a viabilizar a superação da crise econômico-financeira pela qual passam muitas empresas, sobretudo em períodos de instabilidade econômica. Em razão do relevante interesse que o tema desperta junto ao desenvolvimento econômico do país, tendo em vista que as empresas são responsáveis pela produção de riquezas, geração de empregos e bem estar social, cumpre verificar o nível de eficiência do modelo de recuperação judicial de empresas adotado no Brasil. Para isto, este estudo faz uso da Análise Econômica do Direito a fim de investigar como a legislação brasileira atua sobre o comportamento dos agentes econômicos envolvidos na recuperação judicial. O estudo da influência da lei sobre o comportamento de devedor e credores colabora com a identificação de estratégias que levam a resultados indesejáveis como a decretação da falência de empresas viáveis ou o deferimento da recuperação judicial de empresas irrecuperáveis. Assim sendo, este estudo propõe alterações no atual modelo recuperacional, a fim de que os ativos empresariais possam ser alocados de modo mais eficiente através do desestímulo a comportamentos indesejáveis e da redução de externalidades.

**Palavras-chave:** Direito Empresarial. Recuperação judicial. Análise Econômica do Direito.

## 1 INTRODUÇÃO

No desempenho da atividade empresarial e sobretudo em períodos de instabilidade da economia, é comum que algumas empresas passem por dificuldades



financeiras e venham a inadimplir com suas obrigações, sejam elas de natureza trabalhista, fiscal ou contratual.

Esse inadimplemento pode ocorrer de forma generalizada, deixando a empresa de honrar com suas obrigações perante vários credores, e, neste ponto, pode ser iniciado um processo no qual é ponderada a viabilidade dessa empresa se manter operando no mercado, considerando que o adequado funcionamento das empresas é de vital importância para o desenvolvimento do país.

Na atualidade, o desenvolvimento econômico de um país não passa apenas pela eficiência estática, entendida como a competência em ocupar plenamente sua capacidade produtiva; mas também pela eficiência dinâmica, compreendida como a habilidade de elevar seus níveis de produção de modo a atender as necessidades humanas e possibilitar a construção de uma estrutura perene e autossustentável de evolução econômica, cultural e social.<sup>1</sup>

A partir da ideia de que a eficiência econômica é fundamental para o desenvolvimento do país, verifica-se também que se faz necessário manter adequados níveis de eficiência na alocação dos recursos empresariais, de maneira que empresas ineficientes sejam retiradas do mercado; e empresas eficientes, mesmo aquelas que passam por momentos de crise, possam ser reerguidas e voltem a operar dentro da devida normalidade.

O crescimento econômico nacional está intimamente relacionado com a atividade empresarial, tendo em vista que as empresas respondem não apenas pela oferta de bens e serviços ao mercado consumidor, mas também pela aplicação de força de trabalho humano disponível em uma sociedade. E é através dos postos de

---

<sup>1</sup> NUSDEO, Fábio. Curso de economia [livro eletrônico]: introdução ao direito econômico. 4. ed - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016



trabalho gerados e valores indiretos associados, que a atividade empresarial contribui com a concretização de direitos sociais tão valiosos ao ordenamento pátrio.<sup>2</sup>

O mercado e as empresas que nele operam interferem claramente no desenvolvimento econômico de um país. Para que essa economia seja eficiente é necessário que os agentes econômicos sejam capazes de rapidamente realocarem os meios de produção de modo a contornarem as externalidades que venham a surgir. Para tal, há que se fazerem presentes mecanismos que colaborem com o crescimento das empresas e um conjunto normativo que estabeleça transparência e segurança jurídica.<sup>3</sup>

Nesse contexto, surge o processo de recuperação judicial de empresas, que se trata de uma negociação entre devedor e credores em juízo, no qual o devedor faz uma proposta de pagamento das obrigações, denominada plano de recuperação judicial, e os credores optam pela aprovação ou não do plano apresentado<sup>4</sup>

A recuperação judicial atua com base no princípio da função social, que acaba por se refletir também junto ao princípio da preservação da empresa. Tal correlação entre os referidos princípios existe em razão do reconhecimento dessa função social, que se verifica, dentre outros aspectos, na manutenção da fonte produtora de riquezas, na geração de empregos e na contribuição tributária perante ao Estado, daí relevantes motivos que justificam a intervenção estatal de modo a proporcionar a recuperação da empresa em crise que apresente viabilidade<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> LOPES, Bráulio Lisboa. Falência e recuperação de empresas: análise econômica e tributária. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2016

<sup>3</sup> LOPES, Bráulio Lisboa. Falência e recuperação de empresas: análise econômica e tributária. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2016

<sup>4</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência [livro eletrônico]: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

<sup>5</sup> MAMEDE, Gladston. Manual de direito empresarial. - 14. ed. - São Paulo: Atlas, 2020





Ocorre que nesse processo de recuperação judicial de empresas existem diversos aspectos que merecem atenção, pois não se trata de simples questão jurídica, mas também envolve particularidades relacionadas às relações humanas, ao poder do Estado perante as empresas, aos riscos e incertezas da atividade econômica e aos custos de transação envolvidos na economia de mercado, bem como sobre o entendimento quanto ao papel da empresa no mercado e na sociedade como um todo.

Diante dessa conjuntura, impõe-se analisar o processo de recuperação judicial de empresas não apenas pelos pré-requisitos jurídicos, mas também pelos seus efeitos econômicos, tendo em vista que o direito em sua forma positivada não encontra um fim em si mesmo, mas é o instrumento pelo qual o legislador optou por fazer uso a fim de obter determinados resultados fáticos para a sociedade<sup>6</sup>

A importância de conhecer o referido processo faz total sentido na medida em que a legislação empresarial é projetada em claro foco com as consequências econômicas e sociais advindas da manutenção ou não das atividades da empresa no mercado. Cabe então analisar o modelo de legislação recuperacional adotado no Brasil, abordando sobretudo a eficiência do processo de recuperação judicial de empresas, seus efeitos sobre o comportamento dos agentes econômicos envolvidos e as possibilidades de alteração do modelo de recuperação judicial sob a ótica da Análise Econômica do Direito, que segundo Fábio Nusdeo<sup>7</sup>, pode ser entendida como uma “caixa de ferramentas” da Teoria Econômica.

O modelo de recuperação judicial delineado pela Lei de Recuperação e Falência de Empresas – Lei nº 11.101/2005 - merece ser estudado, pois muito embora a legislação falimentar pretenda que a negociação entre devedores e credores se dê com a mínima intervenção estatal, permitindo que os próprios credores avaliem a

---

<sup>6</sup> MACKAAY, E. J. P. Análise econômica do direito. São Paulo: Atlas, 2015

<sup>7</sup> NUSDEO, Fábio. Curso de economia [livro eletrônico]: introdução ao direito econômico. 4. ed - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016



capacidade de recuperação da empresa devedora, cabe ressaltar que a legislação por si só não é capaz de fazer com que os agentes econômicos envolvidos operem com total racionalidade e isenção de falhas de mercado. A premissa de que o mercado se autorregula não é totalmente verdadeira, nem mesmo nos mercados mais desenvolvidos, pois as falhas de mercado estão relacionadas ao próprio interesse individual ou corporativo dos agentes econômicos<sup>8</sup>

Uma legislação falimentar eficiente é aquela que consegue equilibrar direitos de devedores e credores, melhor alocando os recursos e desincentivando comportamentos inadequados dos agentes econômicos envolvidos.<sup>9</sup>

A lei, por ser norma de cunho geral e abstrato também não será capaz de prever todas as circunstâncias que possam surgir durante o processo de recuperação judicial, de modo que se faz necessária a existência de mecanismos de autorregulação no processamento da recuperação judicial, bem como de um elemento orientador das negociações sobre o plano de recuperação. Dessa forma, verifica-se que muitas vezes a intervenção estatal, sobretudo por parte do Poder Judiciário, pode ser necessária, a fim de proteger princípios jurídicos e sociais relevantes.

A intervenção estatal pode ter efeitos econômicos benéficos ou não para a sociedade considerando seus efeitos em um olhar mais futuro, pois se por um lado pode ser encarada como uma verdadeira efetivação de princípios jurídicos relevantes, por outro lado pode traduzir-se em insegurança jurídica, o que notoriamente afeta o mercado. Afirma-se, no entanto, que a intervenção do Estado se justifica quando o custo da falha de mercado for superior ao custo causado pela intervenção estatal.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. comentários à lei de falências e recuperação de empresas [livro eletrônico], 3. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

<sup>9</sup> LANA, Henrique Avelino. Falência e recuperação de empresas: análise econômica do direito. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Gesner de; RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência [livro eletrônico]. v.3. 1 ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017



Pode-se então estabelecer um equilíbrio no processo de recuperação judicial de empresas, no qual **não** se busca a recuperação da empresa em crise a qualquer custo, mas que seja fomentado um ambiente de cooperação entre os envolvidos na recuperação judicial a fim de que o custo econômico e social seja o menor possível. Nesse sentido, vislumbra-se que apenas as empresas que de fato não possam ser reerguidas sejam levadas à falência, proporcionando assim uma melhor alocação dos ativos empresariais, como assim dispõe a própria Lei nº 11.101/2005 em seu artigo 47.

O avanço do Direito Concursal, incluindo a Lei nº 11.101/2005, dá prioridade ao interesse coletivo na continuidade de funcionamento da empresa, desde que de forma eficiente, em detrimento dos proveitos vislumbrados pelos credores e até mesmo do devedor. Fato este que se justifica na medida em que uma empresa operando com eficiência cumpre sua função social e preenche os interesses de ordem econômica prescritos no texto constitucional.<sup>11</sup>

Diante do exposto, verifica-se a relevância do tema pesquisado, tendo em vista que se propõe a analisar a eficiência do modelo de legislação recuperacional adotado no Brasil com enfoque no comportamento dos agentes econômicos envolvidos na recuperação da empresa em crise, propondo em seguida alterações que tornem o Processo de Recuperação Judicial de Empresas mais eficiente na alocação dos recursos disponíveis no mercado.

## 1.1 Problematização

Dentro de uma sociedade existem valores, interesses, princípios e direitos que devem conviver de forma harmônica, obedecendo sua função social e ao mesmo tempo a livre iniciativa.

---

<sup>11</sup> LOPES, Bráulio Lisboa. Falência e recuperação de empresas: análise econômica e tributária. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2016



No ambiente de mercado não é diferente e existem interesses que precisam ser harmonizados, assim a economia trata de atender necessidades abundantes com recursos escassos.

Um sistema econômico eficiente reduz os custos de transação e torna a atividade econômica cada vez mais especializada. O termo “transação”, comumente tratado no campo jurídico como sinônimo de acordo, é utilizado na área econômica como sinônimo de operação ou de contratação<sup>12</sup> Não obstante, a economia por si só não é capaz de se regular, pois apesar da tão apregoada liberdade de mercado, é fato que as falhas de mercado existem e que as decisões dos operadores de mercado nem sempre são as melhores para a sociedade.<sup>13</sup>

Da mesma forma, o Direito limitado na sua forma positivada não basta por si só e não encontra um fim em si mesmo se não em razão dos efeitos que produz perante a sociedade. O Direito não constitui um fim, mas um meio pelo qual o Estado se vale para regular as relações em sociedade, organizar seu funcionamento e garantir direitos.<sup>14</sup>

Dentro desse contexto, existe também a relação entre as empresas, que ao mesmo tempo que desenvolvem a economia do país, se não corretamente reguladas, podem trazer grandes prejuízos econômicos e sociais.

Um dos pontos de atrito entre as empresas se dá quando alguma delas entra em estado de crise financeira e patrimonial, deixando de adimplir suas obrigações com as demais. Com a inadimplência empresarial, um dos caminhos de salvação para o devedor é a busca pela recuperação judicial, que é um meio pelo qual a empresa

---

<sup>12</sup> . NUSDEO, Fábio. Curso de economia [livro eletrônico]: introdução ao direito econômico. 4. ed - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

<sup>13</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. comentários à lei de falências e recuperação de empresas [livro eletrônico], 3. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

<sup>14</sup> MACKAAY, E. J. P. Análise econômica do direito. São Paulo: Atlas, 2015



pode buscar readequar seu funcionamento e suas obrigações perante os credores a fim de obter seu reerguimento no mercado.

Ocorre que a negociação existente no âmbito da recuperação judicial entre devedor e credores, ou mesmo entre os próprios credores, nem sempre se dá no melhor interesse da sociedade, da empresa em recuperação ou mesmo dos credores. Pode-se observar divergência de interesses na deliberação sobre a recuperação judicial, falta de cooperação entre os envolvidos e ausência de mecanismos de coordenação dos objetivos a serem alcançados.

Dentro de um ambiente eivado de interesses conflitantes, podem ocorrer situações nas quais o instituto da recuperação judicial pode ser utilizado com objetivo fraudulento, e até mesmo podem ocorrer casos de deferimento da recuperação judicial de empresas inviáveis ou decretação da falência de empresas viáveis, acarretando por consequência a uma alocação ineficiente dos recursos empresariais e prejuízos aos interesses sociais.

Eis que surge um problema:

**Como o modelo de recuperação judicial de empresas adotado no Brasil pode ser aperfeiçoado, no que diz respeito ao comportamento dos agentes econômicos, a fim de torná-lo mais eficiente quanto à alocação dos recursos empresariais?**

Para buscar a resposta para a supracitada problematização, esta pesquisa pretende fazer uso da Análise Econômica do Direito para analisar a legislação, a jurisprudência e a bibliografia temática, a fim de obter respostas que apontem alterações possíveis de serem implementadas na legislação, de maneira que o modelo de recuperação de empresas possa melhor atingir sua finalidade.



A fim de responder o referido questionamento, foram delimitados objetivos geral e específicos para esta pesquisa.

## **1.2 Objetivos**

Neste tópico foram delimitados os objetivos geral e específicos adequados à obtenção da resposta ao problema de pesquisa formulado.

### *1.2.1 Objetivo geral:*

Analisar o processo de recuperação judicial de empresas adotado no Brasil, abordando especificamente sua eficiência na alocação dos recursos empresariais, no que diz respeito ao comportamento dos agentes econômicos envolvidos e as possibilidades de alteração no referido processo, sob a ótica da Análise Econômica do Direito.

### *1.2.2 Objetivos específicos:*

Analisar o comportamento dos agentes econômicos envolvidos no processo de recuperação judicial ordinário de empresas, a partir da Análise Econômica do Direito.

Identificar soluções e propor alterações no processo de recuperação judicial ordinário de empresas, a fim de obter um sistema de recuperação mais eficiente na alocação dos recursos empresariais.

## **1.3 Metodologia**

A presente pesquisa, no que concerne à abordagem do problema, utilizou preponderantemente o método qualitativo. A abordagem qualitativa é a mais



adequada em razão desta pesquisa pautar-se pela verificação do comportamento dos agentes econômicos envolvidos no processo de recuperação judicial e as possíveis consequências decorrentes das estratégias adotadas no âmbito do referido processo.

A metodologia qualitativa preocupa-se em analisar e interpretar aspectos mais profundos, descrevendo a complexidade do comportamento humano, bem como fornecendo análise mais detalhada sobre as investigações, hábitos, atitudes e tendências de comportamento<sup>15</sup> Na pesquisa qualitativa também podem ser incorporados dados quantitativos, mas será preponderante a avaliação da natureza e das possíveis interpretações e alcance do fenômeno estudado<sup>16</sup>

Quanto aos seus objetivos mais gerais, a pesquisa classifica-se como exploratória, a qual visa proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou construir hipóteses. Seu planejamento é bastante flexível, pois interessa considerar os mais variados aspectos relativos ao fato ou ao fenômeno estudado. A coleta de dados pode ocorrer de diversas maneiras, mas geralmente envolve o levantamento bibliográfico e a análise de exemplos que estimulem a compreensão<sup>17</sup>

Adicionalmente, a presente pesquisa é classificada como pesquisa teórica, tendo em vista que se utilizará de grande acervo bibliográfico para investigar e sustentar a abordagem do objeto de pesquisa, não havendo obrigatoriedade de inserir experimentos práticos. Ainda quanto a sua classificação, a pesquisa será do tipo prescritiva, pois não apenas buscará descrever os mais variados aspectos do objeto

---

<sup>15</sup> MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. Metodologia científica. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011

<sup>16</sup> MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual da metodologia da pesquisa no direito. São Paulo. Saraiva, 2003

<sup>17</sup> SELLTIZ, C.; JAHODA, M. Deutsch, M., Cook, SW. Métodos de pesquisa nas relações sociais, trad. de Dante Moreira Leite. São Paulo: Herder e Universidade, 1967



de estudo, mas também terá por objetivo prescrever soluções para os problemas identificados.<sup>18</sup>

No que tange à técnica científico-econômica, foi utilizado o modelo dedutivo, o qual, segundo Nusdeo<sup>19</sup>:

[...] parte de uma proposição de grande potencialidade explicativa, independente de qualquer observação prévia. É o caso, por exemplo, da chamada Teoria dos jogos, a qual, segundo dois autores célebres, Von Neumann e Morgenstern, explica boa parte do comportamento econômico em situações de incerteza, como nas operações em determinados mercados, quando cada agente "aposta" no que farão os demais. Aquela teoria - a teoria dos jogos - não é diretamente observável e nem foi criada a partir da observação, pois decorre mais de uma analogia. Pode-se até alegar não ser ela absolutamente realista. Mas não importa. Tal como concebida, ela tem-se revelado um poderoso elemento explicativo e preditivo do comportamento humano. E isto é o que importa. Lembre-se que o vácuo absoluto e a ausência de atrito são hipóteses irrealistas, mas utilíssimas para a Física. O modelo dedutivo define situações ou comportamentos hipotéticos antes mesmo de verificar se existem. Mas em muitos casos, quando testados, apresentam um poder de explicação [...]

Na presente pesquisa foi empregada a Teoria dos Jogos como instrumento apto à ilustração de cenários competitivos/cooperativos entre os agentes econômicos da recuperação judicial, a fim de facilitar a visualização das estratégias disponíveis e suas consequências no âmbito da recuperação judicial.

Não se pretendeu, no entanto, abordar valores monetários para quantificação de ganhos ou perdas dos agentes econômicos, tendo em vista que o objetivo implícito desta pesquisa é explanar um panorama geral de causa-consequência em razão da estratégia adotada na recuperação judicial. Assim, foi priorizada a explicitação das

---

<sup>18</sup> MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual da metodologia da pesquisa no direito. São Paulo. Saraiva, 2003

<sup>19</sup> NUSDEO, Fábio. Curso de economia [livro eletrônico]: introdução ao direito econômico. 4. ed - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. não paginado, 2016





consequências jurídicas e a tendência de resultado econômico-financeiro as quais cada agente econômico passa a estar submetido.

Desse modo, foi possível observar o comportamento racional plausível de ser adotado em dada circunstância, e a partir daí, então, compará-lo com a prescrição normativa da Lei nº 11.101/2005, tendo em vista a pretensão de avaliar a capacidade da referida norma em incentivar o comportamento adequado aos seus fins.

Do cotejo entre teoria, legislação e cenários hipotéticos, foram estabelecidas alterações necessárias/possíveis no processo de recuperação judicial de empresas, de modo a formular um procedimento mais eficiente na alocação dos recursos empresariais com base em critérios socioeconômicos, respeitados os princípios da preservação e função social da empresa.

## **2 REFERENCIAL TEÓRICO**

Neste tópico será brevemente disposto todo o arcabouço teórico necessário à compreensão da pesquisa em tela, traduzindo-se desde os conceitos básicos relacionados ao Direito Empresarial, passando pela análise da racionalidade dos agentes envolvidos e finalizando em questões relativas à análise e aplicação da Teoria Econômica.

### **2.1 A empresa**

Entre todos os conceitos que serão apresentados, sem dúvida o mais básico e central é o conceito de empresa. Sem a definição de empresa sequer existiria o ramo do direito objeto desta pesquisa.



O conceito preliminar de empresa relaciona-se com a organização dos fatores capital, trabalho e natureza, a fim de desenvolver uma atividade econômica.<sup>20</sup> A empresa pode ser entendida como uma instituição composta por um ou mais agentes com finalidade de transformar insumos, recursos humanos e financeiros em produtos e serviços.<sup>21</sup>

Nota-se que o conceito de empresa está relacionado eminentemente ao campo econômico, tendo sido frustradas as tentativas de isolar o conceito econômico da noção de empresa para citá-las como um conceito jurídico. O que ocorre na verdade é que a empresa constitui um fenômeno econômico concebido com a perspectiva e o jargão jurídico<sup>22</sup>

O próprio Código Civil não define um conceito de empresa, pois este conceito está na economia, o artigo 966 do Código Civil tratou apenas de definir a quem se deva denominar empresário, bem como também o fez em seu artigo 982 para as sociedades empresárias.<sup>23</sup>

Na sua finalidade, a empresa atinge tanto a atividade produtiva em sentido estrito quanto a circulação de produtos e serviços, todos voltados ao mercado, não cabendo designar como atividade de empresa aquela exercida para consumo próprio<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, volume 1. - 6. ed. - São Paulo: Editora Atlas, 2014

<sup>21</sup> MARTINS, Fran. Curso de direito comercial [livro eletrônico]: empresa, empresários e sociedades. 42 ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019

<sup>22</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, volume 1. - 6. ed. - São Paulo: Editora Atlas, 2014

<sup>23</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Manual de direito comercial. [s. l.], 2019

<sup>24</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, volume 1. - 6. ed. - São Paulo: Editora Atlas, 2014



Cabe aqui ressaltar que embora a empresa e o empresário guardem relação muito próxima, ambos elementos não se confundem. A empresa é uma atividade desenvolvida por um empresário individualmente ou por uma sociedade empresária<sup>25</sup>

Segundo Waldirio Bulgarelli<sup>26</sup>, a atividade econômica organizada, o empresário e o capital envolvidos na atividade produtiva possuem realidades distintas. Pelo conceito do referido autor, a empresa é uma “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens”. A empresa, por ser uma atividade, não é considerada um sujeito ou um objeto de direito, mas um fato jurídico<sup>27</sup>

De modo parcialmente distinto, Gladston Mamede<sup>28</sup> concorda que a empresa, embora seja um ente autônomo, não se traduz em sujeito de direitos e deveres, muito menos como pessoa. No entanto, o referido autor entende que a empresa, em virtude do ente que representa, pode ser entendida como um objeto autônomo de direito, o que não se confunde com a noção de estabelecimento, tendo em vista que a empresa vai além da estrutura tangível e seus contratos, incluindo também bens intangíveis como a cultura da organização, sua imagem e história.

## 2.2 O conceito de empresário

Nos termos do artigo 966 do Código Civil<sup>29</sup>, “empresário é aquele que exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços”. Do conceito definido pelo Código Civil retiram-se alguns requisitos que caracterizam o empresário: o exercício de uma atividade

---

<sup>25</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Manual de direito comercial. [s. l.], 2019

<sup>26</sup> BULGARELLI, Waldirio. Tratado de direito empresarial. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p.100

<sup>27</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, volume 1. - 6. ed. - São Paulo: Editora Atlas, 2014

<sup>28</sup> MAMEDE, G. Manual de direito empresarial. [s. l.], 2019

<sup>29</sup> BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002



econômica voltada ao lucro; o ordenamento de fatores de produção em função do exercício da atividade, sejam pessoas ou equipamentos; o exercício profissional da atividade de forma contínua; a assunção dos riscos de mercado próprios da atividade; e o objetivo de produzir para oferecer no mercado, mesmo que tenha mercado consumidor estritamente delimitado<sup>30</sup>

No mesmo sentido, Marlon Tomazzete<sup>31</sup> elenca como elementos que compõem o status de empresário: a economicidade, a organização, a profissionalidade, a assunção do risco e o direcionamento ao mercado.

Nas palavras de Ricardo Negrão, a atividade econômica compreende a produção de valores e de produtos e serviços mensuráveis destinados ao mercado; a atividade organizada significa a coordenação da mão de obra e do capital próprio e alheio; já a profissionalidade engloba o exercício não eventual da atividade com a aceitação do risco da empresa no seu próprio nome<sup>32</sup> Vale ressaltar, que o exercício profissional da atividade empresarial não significa restrição dos envolvidos àquela atividade, nada impede que o empresário exerça outras profissões<sup>33</sup>

Registre-se que nos termos do artigo 966, parágrafo único, do Código Civil<sup>34</sup>, houve opção legislativa por excluir do conceito de empresário aqueles que exercem atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo nos casos em que tais atividades constituírem elemento de empresa.

---

<sup>30</sup> TOMAZZETE, Marlon. Curso de direito empresarial [livro eletrônico]: teoria geral e direito societário – v. 1 – 11 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020

<sup>31</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, volume 1. - 6. ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2014

<sup>32</sup> NEGRÃO, R. Curso de direito comercial e de empresa, v. 1: teoria geral da empresa e direito societário. [s. l.], 2018

<sup>33</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Manual de direito comercial. [s. l.], 2019

<sup>34</sup> BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002



Diante do exposto, verifica-se que se a empresa constitui uma atividade, o empresário é aquele sujeito de direito que figura como titular da atividade exercida pela empresa. O empresário é possuidor de personalidade e pode ser uma pessoa física, quando atua como empresário individual, ou pode ser uma pessoa jurídica, quando constitui uma sociedade empresária<sup>35</sup>. Cabe destacar que embora a expressão empresário possa designar o empresário individual e a sociedade empresária, tecnicamente o sócio não é um empresário, mas sim o titular de um direito pessoal de cunho patrimonial sobre uma fração do patrimônio da sociedade empresarial.<sup>36</sup>

### **2.3 O Direito Empresarial e os princípios da preservação e da função social da empresa**

Antes definido sobretudo com base nos atos de comércio, o Direito Empresarial ganhou novos contornos com o expressivo crescimento das atividades relacionadas à prestação de serviços. No seu conceito moderno, o Direito Empresarial passa a ser definido como ramo do direito que ordena a atividade empresarial e todo o conjunto de atos regularmente desempenhados no exercício desta.<sup>37</sup>

Segundo Henrique Marcello e Cláudia Nunes<sup>38</sup>, o Código Civil de 2002 deixou mais clara uma realidade já existente há muito tempo, na qual a atividade comercial não poderia ser mais vista apenas como atos de comércio, mas também como atividade de organização dos fatores de produção, o que ensejaria não a extinção do Direito Comercial ou da expressão comerciante, mas a substituição dos referidos

---

<sup>35</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, volume 1. - 6. ed. - São Paulo: Editora Atlas, 2014

<sup>36</sup> MAMEDE, G. Manual de direito empresarial. [s. l.], 2019

<sup>37</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, volume 1. - 6. ed. - São Paulo: Editora Atlas, 2014

<sup>38</sup> DOS REIS, Henrique Marcello; DOS REIS, Cláudia Nunes Pascon. Direito para administradores [livro eletrônico]: direito comercial / empresarial, direito do consumidor e direito econômico, volume - São Paulo: Cengage Learning, 2005



termos por Direito Empresarial e empresário, mostrando que o legislador passou a adotar uma concepção mais moderna sobre o tema.

O Direito Empresarial despontou de uma exigência própria dos comerciantes por uma regulação jurídica específica para a atividade por eles exercida. O Direito Empresarial, embora seja também abordado pelo Código Civil, guarda certa autonomia, sobretudo quanto à onerosidade, à facilidade de formação e extinção das obrigações, à pontualidade e à facilidade de transmissão das obrigações. Além disso, sobre o Direito Empresarial incidem princípios próprios como o da função social e o da preservação da empresa<sup>39</sup>

Para Alessandro Sanchez<sup>40</sup> o Direito Empresarial se mantém autônomo, se valendo inclusive de outras normas de importância tão relevante quanto o Código Civil, como é o caso da Lei de Recuperação e Falências, que trata de questões próprias do Direito Empresarial e por isso precisa de legislação específica.

Quanto ao princípio da função social da empresa, este princípio visa proteger a empresa não apenas daqueles que fazem parte dela, mas também do próprio Estado. O referido princípio tem por objetivo dar utilidade social aos recursos da empresa, imputando-lhe caráter de responsabilidade social. No entanto, o Estado não poderá forçar os credores à execução de um plano de recuperação que não siga os parâmetros legais. A recuperação judicial apenas tem sua razão de existir quando faz com que a empresa cumpra sua função social.<sup>41</sup>

O próprio texto da Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 170, estabelece a imperativa observância da função social da propriedade,

---

<sup>39</sup> TOMAZZETE, Marlon. Curso de direito empresarial [livro eletrônico]: teoria geral e direito societário – v. 1 – 11 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020

<sup>40</sup> SANCHEZ, A. Direito empresarial I [livro eletrônico]: teoria geral do direito empresarial, concorrência e propriedade intelectual. São Paulo: Saraiva, 2012

<sup>41</sup> NEGRÃO, R. Curso de direito comercial e de empresa, v. 3: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos – v. 3 – 14 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020



função esta que abrange também a propriedade dos meios de produção, exigindo um comportamento do titular da empresa compatível com a função social da propriedade empresarial da qual é responsável.<sup>42</sup>

Essa característica atribuída constitucionalmente à propriedade lhe retira a qualidade exclusiva de bem individual e lhe agrega um sentido social, sobretudo no que diz respeito à ordem econômica, pois ao mesmo tempo em que abriga o direito à livre iniciativa, indica a função social como um princípio a ser seguido<sup>43</sup>

A função social da empresa visa reconhecer o benefício que a empresa produz para seus titulares, mas também para trabalhadores, para fornecedores, para o próprio Estado e para a sociedade como um todo. Desse modo, constitui princípio que identifica na empresa o retorno positivo que ela representa para a coletividade.<sup>44</sup>

Outro importante princípio do Direito Empresarial é o da preservação da empresa, que está calcado na própria função social, tendo em vista que a manutenção da empresa beneficia os interesses sociais que dela dependem e que ultrapassam o interesse dos seus titulares. Não se trata necessariamente de proteger a empresa ou o empresário que nela opera, mas a sociedade e o Estado que usufruem dos benefícios gerados pela empresa.<sup>45</sup>

Apesar de se buscar a salvação da empresa, o princípio da preservação da empresa não deve ser confundido com a salvação do empresário. A empresa e seus ativos devem ser preservados por quanto contém interesse social envolvido, já a figura do empresário que consta como mal gestor não merece as mesmas proteções,

---

<sup>42</sup> LOPES, Bráulio Lisboa. Falência e recuperação de empresas: análise econômica e tributária. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2016

<sup>43</sup> Ibidem

<sup>44</sup> MAMEDE, Gladston. Manual de direito empresarial [livro eletrônico]. - 14. ed. - São Paulo: Atlas, 2020

<sup>45</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. comentários à lei de falências e recuperação de empresas [livro eletrônico], 3. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018



podendo este ser afastado ou mesmo substituído por outro que possa gerir o ativo empresarial de forma eficiente<sup>46</sup>Para Oliveira<sup>47</sup>, a atividade em si que traz benefícios à toda a sociedade e não propriamente aquele que a gerência, sendo cabível destituir o empresário da administração da empresa quando houver prova de que sua conduta seja inadequada ao seu bom funcionamento.

O princípio da preservação da empresa é essencial de tal maneira que o ordenamento jurídico brasileiro admitiu até mesmo que o incapaz pudesse dar continuidade à atividade da empresa em caso de sucessão hereditária<sup>48</sup> Da mesma forma, a Lei de Recuperação e Falência de Empresas impõe a preservação da empresa como um princípio a ser observado na sua interpretação e aplicação.

No entanto, deve-se observar que nem sempre a decretação da falência pode ser vista como um fato negativo, empresas desatualizadas tecnologicamente, desprovidas de capital ou com má administração podem beneficiar melhor a sociedade se tiverem suas operações encerradas, de modo a evitar que outras empresas sejam prejudicadas e permitindo que os recursos sejam melhor alocados, assim a intervenção estatal para a manutenção do seu funcionamento não se justificaria ante a possibilidade de transferir os riscos do devedor para os seus credores<sup>49</sup>

Para Lopes<sup>50</sup>, apesar da relevância social de uma empresa, ainda há que se pesar suas condições econômicas e sociais quando da tomada de decisão por

---

<sup>46</sup> LOPES, Bráulio Lisboa. Falência e recuperação de empresas: análise econômica e tributária. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2016

<sup>47</sup> OLIVEIRA, James Eduardo de. Código de Defesa do Consumidor (anotado e comentado). 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009

<sup>48</sup> MAMEDE, Gladston. Manual de direito empresarial. São Paulo: Atlas, 2008

<sup>49</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. comentários à lei de falências e recuperação de empresas [livro eletrônico], 3. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

<sup>50</sup> LOPES, Bráulio Lisboa. Falência e recuperação de empresas: análise econômica e tributária. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2016





recuperá-la ou não. Somente merece despende esforços na recuperação se houver viabilidade econômica e social para manter a empresa no mercado.

Embora a razão que levou o devedor a descumprir com suas obrigações seja insignificante para a designação da sua insolvência, tal informação é importante na avaliação da viabilidade econômica da empresa, tendo em vista que a Lei nº 11.101/2005 sinaliza preferência pela recuperação da empresa em detrimento da sua falência quando a recuperação for verificada possível, tendo em vista o princípio da preservação da empresa<sup>51</sup>

Portanto, se faz necessário identificar a diferença entre os institutos da recuperação judicial e da falência para entender a razão pela qual o legislador optou por dar preferência à recuperação judicial, cabendo a decretação da falência como o último recurso disponível.

## 2.4 Breve distinção entre recuperação judicial e falência

A recuperação judicial e a falência são institutos aplicáveis a situações de crise econômico-financeira empresarial, as quais impossibilitam ao devedor honrar suas obrigações de forma tempestiva.

Para Fazzio Júnior<sup>52</sup>, “a recuperação judicial é uma tentativa de solução construtiva para a crise econômico-financeira do agente econômico”.

De acordo com Marlon Tomazette<sup>53</sup>, a recuperação judicial tem a finalidade de viabilizar a recuperação da empresa em crise, mas também pode ser utilizada para impedir o ingresso no estado de crise empresarial iminente.

---

<sup>51</sup> Ibidem

<sup>52</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Lei de falência e recuperação de empresas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.113

<sup>53</sup> TOMAZZETE, Marlon. Curso de direito empresarial [livro eletrônico]: falência e recuperação de empresas – v. 3 – 7 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020



Segundo Manoel Justino<sup>54</sup>, a recuperação judicial é destinada às empresas com potencial de superação da crise econômico-financeira, sendo esta tentativa de superação da crise, objetivada em função do valor social da empresa, que representa não apenas um elemento gerador de riquezas ao mercado, mas também um elemento de pacificação social e ofertante de empregos. Esta é a razão pela qual a legislação priorizou a preservação da empresa como objetivo a ser alcançado.

“Falência é um processo de execução coletiva, no qual todo o patrimônio de um empresário declarado falido – pessoa física ou jurídica – é arrecadado, visando o pagamento da universalidade de seus credores, de forma completa ou proporcional”<sup>55</sup>

Fazzio Júnior<sup>56</sup> conceitua falência como a designação de um estado de insolvência ou crise econômico-financeira do devedor no qual não cabe mais se falar em recuperação judicial.

Na recuperação judicial ocorre uma negociação entre devedor e credores em juízo, no qual o devedor faz uma proposta de pagamento das obrigações, denominada plano de recuperação judicial, e os credores optam pela aprovação ou não do plano apresentado. A legislação optou por deixar a cargo do devedor propor a forma de recuperação e aos credores examinar o plano de recuperação.<sup>57</sup>

Ao devedor cabe elaborar e apresentar um plano de recuperação judicial; aos credores cabe examinar o plano e determinar sua aprovação, alteração ou rejeição na assembleia geral de credores; que somente será convocada se um dos credores oferecer objeção ao plano apresentado. Caso nenhum credor faça qualquer objeção,

---

<sup>54</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência [livro eletrônico]: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

<sup>55</sup> NEGRÃO, R. Curso de direito comercial e de empresa, v. 3: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos – v. 3 – 14 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 253

<sup>56</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Lei de falência e recuperação de empresas [livro eletrônico]. 8 ed. – São Paulo: Atlas, 2019

<sup>57</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência [livro eletrônico]: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019



será considerado pelo juízo que inexistente oposição ao plano de recuperação e então o magistrado responsável pelo processo concederá a recuperação judicial em razão de sua aprovação tácita.<sup>58</sup>

Não havendo êxito na aprovação do plano de recuperação judicial, o devedor terá sua falência decretada. A falência então formaliza um estado de crise empresarial no qual a recuperação judicial não será mais cabível.<sup>59</sup>

A falência é basicamente um processo judicial de execução coletiva contra o empresário devedor, no qual a liquidação do ativo será feita obedecendo uma ordem de preferência dos credores estabelecida por lei, de modo a evitar maiores prejuízos aos credores<sup>60</sup>

Feitas as distinções básicas entre os institutos da recuperação judicial e da falência, será dada maior atenção à recuperação judicial, tendo em vista ser o foco principal desta pesquisa.

## 2.5 Recuperação judicial

A recuperação judicial, conforme descrito alhures, deverá obedecer aos princípios da função social e da preservação da empresa. Tais princípios, inclusive, encontram-se explícitos no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005<sup>61</sup>, que estabelece o objetivo da recuperação judicial, a saber:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo,

---

<sup>58</sup> AYOUB, Luiz Roberto; CAVALI, C. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2013. 310p

<sup>59</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Lei de falência e recuperação de empresas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010

<sup>60</sup> TOMAZZETE, Marlon. Curso de direito empresarial [livro eletrônico]: falência e recuperação de empresas – v. 3 – 7 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020

<sup>61</sup> BRASIL. Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falências, Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005



assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O artigo 50 da Lei nº 11.101/2005 ficou a cargo de estabelecer as formas de recuperação judicial que podem ser utilizadas pelo empresário devedor para superar sua crise econômico-financeira. As hipóteses elencadas pelo referido artigo são exemplificativas, podendo o empresário se utilizar de outros meios. Os meios previstos expressamente no artigo 50 da Lei nº 11.101/2005<sup>62</sup>são:

I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

III – alteração do controle societário;

IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;

V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

VI – aumento de capital social;

VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;

VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;

IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;

X – constituição de sociedade de credores;

XI – venda parcial dos bens;

XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se

---

<sup>62</sup> BRASIL. Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falências, Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005



inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII – usufruto da empresa;

XIV – administração compartilhada; XV – emissão de valores mobiliários;

XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

De acordo com o artigo 48 da Lei nº 11.101/2005<sup>63</sup>, o empresário que tenha registro e mais de 2 anos de atividade tem direito de pedir a recuperação judicial, o que enseja o direito a determinados privilégios que facilitem a superação da dificuldade econômico-financeira. A exigência do mínimo de 2 anos de atividade constitui um lapso temporal utilizado como critério objetivo para descartar de pronto a possibilidade de deferir a recuperação judicial àquele que em menos de 2 anos de atividade já conduziu a empresa a uma crise. Pedir recuperação judicial em tão pouco tempo demonstra flagrante incompetência para gerir a empresa, e, portanto, não merece suporte do aparato jurídico, devendo sucumbir à falência.<sup>64</sup>

Para fazer jus ao procedimento da recuperação judicial é necessário ainda estar enquadrado como empresário ou sociedade empresária. Em razão de ser um benefício legal, o registro do devedor deve ser observado, pois não pode a legislação proteger uma irregularidade<sup>65</sup> Conforme verifica-se no §1º do artigo 48 da Lei nº 11.101/2005, além desses, constam ainda como legitimados para pedir a recuperação judicial, o cônjuge sobrevivente, os herdeiros do devedor, o inventariante e o sócio remanescente.

Na recuperação judicial, o termo “devedor”, na forma da Lei nº 11.101/2005, é aplicável apenas aos empresários e às sociedades empresárias. Assim, sociedades

---

<sup>63</sup> Ibidem

<sup>64</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência [livro eletrônico]: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

<sup>65</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Lei de falência e recuperação de empresas [livro eletrônico]. 8 ed. – São Paulo: Atlas, 2019



simples e cooperativas, por exemplo, não se submetem à falência ou recuperação judicial, pois não são sociedades empresárias.<sup>66</sup>

A configuração do empresário individual dentro do ordenamento jurídico brasileiro é feita pelo artigo 966 do Código Civil Brasileiro. O conceito de empresário individual estabelecido pelo referido artigo tem importância para delimitar quem é o empresário individual, mas também contribui para qualificar como empresárias aquelas sociedades cuja noção de empresarialidade fica a cargo da análise de seu objeto social, que deve ter objeto característico do empresário individual passível de registro<sup>67</sup>

As sociedades empresárias, desde que cumpridos os demais requisitos da legislação, poderão pretender a recuperação judicial. Para isso, a sociedade deverá ter por objeto o exercício de atividade inerente ao empresário e sujeita a registro. Assim, a qualificação de uma sociedade como empresária depende do seu objeto social registrado no contrato social<sup>68</sup>

Apenas as sociedades por ações têm atribuição da empresarialidade em decorrência da própria forma de constituição da sociedade. A empresarialidade das sociedades por ações independe de seu objeto social declarado no seu ato constitutivo<sup>69</sup>

A exigência de registro, ser empresário ou sociedade empresária e ter mais de 2 anos de atividade configuram um requisito único para ter acesso à recuperação judicial. Há, no entanto, 4 impedimentos que devem ser observados para ter direito aos benefícios da recuperação judicial. O empresário devedor não pode estar falido,

---

<sup>66</sup> AYOUB, Luiz Roberto; CAVALI, C. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2013. 310p

<sup>67</sup> Ibidem

<sup>68</sup> Ibidem

<sup>69</sup> AYOUB, Luiz Roberto; CAVALI, C. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2013. 310p



salvo se já extintas suas obrigações constantes do artigo 158 da Lei nº 11.101/2005; não pode ter sido beneficiado por outra recuperação judicial nos últimos 5 anos; não pode ter sido beneficiado por outra recuperação judicial com base no plano especial nos últimos 5 anos, nos termos da Lei Complementar nº 174/2014; não ter sido condenado ou ter como administrador ou sócio controlador pessoa condenada por crimes falimentares, exceto se foi reabilitado criminalmente, segundo o artigo 181 da Lei nº 11.101/2005.

Para iniciar o processo de recuperação judicial, o devedor deverá protocolar a petição inicial com toda a documentação constante do artigo 51 da Lei nº 11.101/2005. De acordo com Ricardo Negrão<sup>70</sup>, os documentos exigidos juntos à petição inicial são classificados em três categorias: os de natureza contábil; as certidões públicas; e as relações descritivas, que abrangem informações patrimoniais não escrituradas contabilmente.

Se o devedor preenche os requisitos para pedir recuperação judicial e toda a documentação exigida no artigo 51 da Lei nº 11.101/2005 foi entregue junto com a petição inicial, o juiz deverá deferir o processamento do pedido de recuperação judicial. Cabe ressaltar que a decisão que defere o processamento do pedido de recuperação não se confunde com a concessão da recuperação judicial. O processamento é concedido apenas em vista da legitimidade do autor do pedido e da correta instrução do feito.<sup>71</sup>

Da decisão que concede o processamento da recuperação judicial, subentende-se que houve antes a verificação se o postulante é empresário ou não. Sendo matéria de ordem pública, essa condição pode ser discutida em qualquer fase

---

<sup>70</sup> NEGRÃO, R. Curso de direito comercial e de empresa, v. 3: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos – v. 3 – 14 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020

<sup>71</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. comentários à lei de falências e recuperação de empresas [livro eletrônico], 3. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 201



do processo, cabendo recurso e achando-se o postulante na responsabilidade de demonstrar o atendimento dessa condição.<sup>72</sup>

A decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial nos termos do artigo 52 da Lei 11.101/2005 tem natureza de decisão *strictu sensu*, não constituindo mero despacho, portanto, é recorrível por agravo de instrumento.<sup>73</sup>

Ao juiz caberá fazer o juízo de admissibilidade e tomar as seguintes providências: nomear um administrador judicial; determinar a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor possa continuar exercendo suas atividades, salvo nas contratações com o Poder Público ou para recebimento de benefícios fiscais; ordenar a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor; determinar ao devedor a apresentação de contas mensais durante a recuperação judicial; ordenar a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazenda Pública Federal e de Estados e Municípios onde o devedor tenha estabelecimento.<sup>74</sup>

Da decisão que defere o processamento da recuperação judicial, será nomeado um administrador judicial, escolhido pelo próprio magistrado. Esse administrador judicial trata-se de profissional idôneo, preferencialmente com formação nas áreas do direito, economia, contabilidade ou administração de empresas ou ainda pessoa jurídica especializada nesses ramos de atuação.<sup>75</sup>

Quanto à suspensão das ações e execuções contra o devedor, também chamado de *stay period*, trata-se de prazo de 180 dias, contados do deferimento do

---

<sup>72</sup> AYOUB, Luiz Roberto; CAVALI, C. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2013. 310p

<sup>73</sup> Ibidem.

<sup>74</sup> TOMAZZETE, Marlon. Curso de direito empresarial [livro eletrônico]: falência e recuperação de empresas – v. 3 – 7 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020

<sup>75</sup> AYOUB, Luiz Roberto; CAVALI, C. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2013. 310p





processamento da recuperação judicial, no qual os credores não poderão agir individualmente contra o patrimônio do devedor, permitindo que este tenha um fôlego maior para elaborar seu plano de recuperação e possa melhor organizar suas obrigações, preservando o ativo necessário para que consiga se reerguer.<sup>76</sup>

Concedido o processamento, o empresário devedor deverá apresentar o plano de recuperação judicial no prazo de 60 dias, sob pena da recuperação judicial ser convolada em falência. O prazo para apresentação do plano é peremptório, improrrogável, assim a dilação não é admitida. Apresentado o plano, os credores serão responsáveis pela aprovação ou não do plano.<sup>77</sup>

As informações exigidas no plano de recuperação judicial são importantes para que seja reduzida a assimetria de informação entre a devedora e os credores, colaborando com o processo de avaliação do plano de recuperação, que ensejará a devida aprovação ou não da proposta apresentada. Sabendo dos meios de recuperação propostos, os credores terão possibilidade de comparar a proposta com o fluxo de caixa da devedora, determinando assim a sua viabilidade ou não. Dessa forma, os credores saberão se o plano é exequível.<sup>78</sup>

Com as informações do plano de recuperação judicial, os credores também terão condições de saber quanto receberiam caso aprovem o plano de recuperação judicial. Também terão acesso ao montante que a devedora possui em ativos e bens, o que permite avaliar o que receberiam caso o plano seja rejeitado e a recuperação

---

<sup>76</sup> SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação judicial, extrajudicial e falência [livro eletrônico]: teoria e prática. - 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

<sup>77</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência [livro eletrônico]: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

<sup>78</sup> AYOUB, Luiz Roberto; CAVALI, C. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2013. 310p



seja convalidada em falência.<sup>79</sup> Assim, os credores poderão votar em assembleia geral de credores segundo as informações prestadas.

A empresa devedora não poderá desistir da recuperação judicial depois que houver o deferimento do processamento da recuperação judicial, salvo se a assembleia de credores aprovar seu pedido de desistência da recuperação judicial<sup>80</sup> Uma vez deferido o referido processamento, a empresa tem três opções: obtém a aprovação do plano de recuperação apresentado junto à assembleia de credores e o cumpre; descumpra suas obrigações de devedora sob recuperação judicial e vê sua recuperação convalidada em falência; ou obtém dos credores a aprovação do seu pedido de desistência da recuperação judicial.<sup>81</sup>

Apenas o devedor poderá elaborar o plano de recuperação judicial a ser apresentado aos credores, que apreciarão o plano apresentado através da formação da assembleia de credores. O plano conterá a exposição detalhada da forma de recuperação da empresa devedora. Nesse sentido, será avaliada a viabilidade financeira da empresa, observando sua capacidade de adquirir recursos suficientes para cobrir os gastos necessários. O plano deverá conter ainda um atesto econômico-financeiro e a avaliação de todos os seus bens e ativos sob a lavra de um profissional especializado e habilitado para tal fim.<sup>82</sup>

A assembleia geral de credores trata-se de um órgão colegiado de credores<sup>83</sup> que possui atribuições consultivas e deliberativas<sup>84</sup> Enquanto órgão colegiado, suas

---

<sup>79</sup> *Ibidem*

<sup>80</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. comentários à lei de falências e recuperação de empresas [livro eletrônico], 3. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

<sup>81</sup> AYOUB, Luiz Roberto; CAVALI, C. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2013. 310p

<sup>82</sup> *Ibidem*

<sup>83</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2011

<sup>84</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falências. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008



deliberações são feitas de forma majoritária, obrigando a empresa devedora e a todos os credores legitimados à recuperação judicial. A eficácia das decisões da assembleia geral de credores depende da homologação do juízo.

A assembleia geral de credores é soberana nas suas decisões, sendo sua atribuição conferida por lei em regime de exclusividade, nem mesmo o juiz possui suas atribuições. A assembleia geral de credores é soberana para aprovar o plano e suas cláusulas, bem como para propor alterações ou decidir pela sua rejeição.<sup>85</sup>

Embora a assembleia geral de credores seja soberana, a homologação de suas decisões sujeita-se ao controle de legalidade a ser exercido pelo juiz antes de homologar as decisões. As deliberações da assembleia geral de credores estão sujeitas a limites. Não poderá haver afronta a dispositivo previsto em lei e a negociação entre devedor e credores deve estar vinculada aos elementos de validade dos negócios jurídicos.<sup>86</sup>

Ainda apesar da soberania da assembleia geral de credores, é possível que o juiz decida pela recuperação judicial da empresa de forma divergente do que foi decidido pela assembleia. Essa possibilidade tem a denominação de *cram down*, podendo ocorrer desde que cumpridos os requisitos do artigo 58, §1º da Lei nº 11.101/2005<sup>87</sup>

O *cram down* encontra amparo no princípio da preservação da empresa, mas também está fundado no princípio da maioria, pois é uma forma de reduzir o poder de um ou de poucos credores, de modo a preservar a empresa. Seu uso evita a falência

---

<sup>85</sup> MOREIRA, Alberto Caminã. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do ministério público. PAIVA, Luiz Fernando Valente de (org.). Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005

<sup>86</sup> SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação judicial, extrajudicial e falência [livro eletrônico]: teoria e prática. - 4. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019

<sup>87</sup> AYOUB, Luiz Roberto; CAVALI, C. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2013. 310p



da empresa em decorrência do abuso do direito de voto de uma minoria no curso do processo de recuperação judicial<sup>88</sup>

O estabelecimento do *cram down* leva em conta a falta de um arcabouço de incentivos que reúna todos os possíveis credores em prol de uma colaboração coletiva, restando assim alguns desses credores pela opção de não colaborar e receber proveito de um plano de recuperação ao qual não se submeteu.<sup>89</sup>

Não sendo caso de utilização do *cram down*, o credor terá seu plano de recuperação judicial aprovado tacitamente quando nenhum credor apresentar objeção ao plano de recuperação no prazo do artigo 55; aprovado por assembleia geral de credores; ou rejeitado, ocasionando a decretação da sua falência; conforme dispõem os artigos 56, §4º e 58, caput, todos da Lei nº 11.101/2005<sup>90</sup>.

Conforme, preveem os artigos 61, caput e §1º; 62 e 63 da Lei nº 11.101/2005, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que todas as obrigações assumidas no plano de recuperação que tiverem vencimento em até dois anos sejam cumpridas. Caso o devedor descumpra o plano de recuperação, sua falência será decretada. Se todas as obrigações do plano forem cumpridas, o juízo decretará o encerramento da recuperação judicial por sentença<sup>91</sup>

Considerando, as disposições da Lei nº 11.101/2005, o processo de recuperação judicial pode ser resumido graficamente, conforme a **Figura 1** abaixo:

---

<sup>88</sup> Ibidem

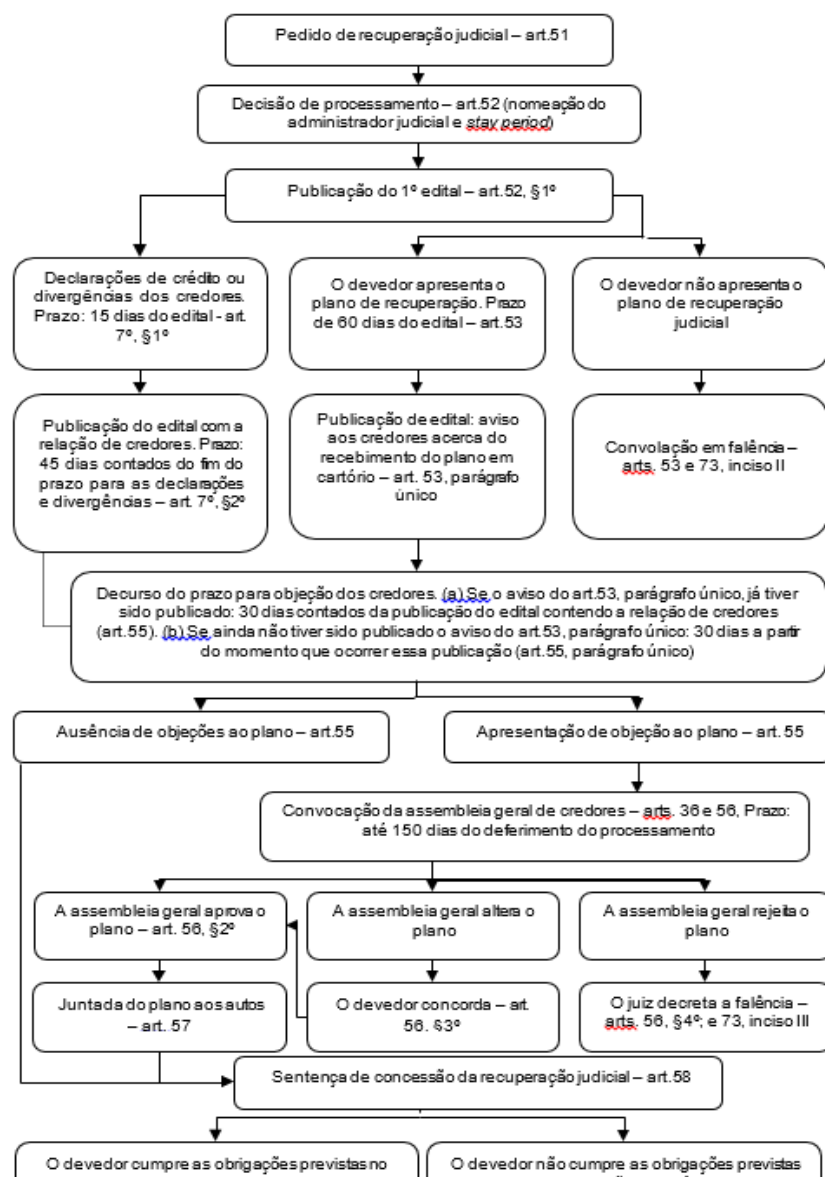
<sup>89</sup> LOPES, Bráulio Lisboa. Falência e recuperação de empresas: análise econômica e tributária. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016

<sup>90</sup> BRASIL. Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falências, Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005

<sup>91</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. comentários à lei de falências e recuperação de empresas [livro eletrônico], 3. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.



Figura 1 – Resumo gráfico do processo de recuperação judicial de empresas.





Fonte: modelo retirado do livro (NEGRÃO, R. Curso de direito comercial e de empresa [livro eletrônico], v.3: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos. [s. l.], 2018, p. 219.).

Conhecido o processo de recuperação judicial de empresas, cabe agora analisar sua relação com a Teoria Econômica e outros aspectos que influenciam direta ou indiretamente as decisões tomadas por devedor e credores.

## **2.6 A relação entre direito e economia - Análise Econômica do Direito**

A economia como ciência social, analisa os fenômenos relativos à escassez dos bens, especificamente quanto às atividades e relações humanas envolvidas.<sup>92</sup>

O direito promove respostas não agressivas para as lides que podem aparecer entre as partes e estabelece o foro de discussão responsável por decidir o caso. Para tal, observa-se as relações entre os indivíduos em sociedade, as habituais origens de conflitos e as normas e foros capazes de evitar seu desenvolvimento<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> NUSDEO, Fábio. Curso de economia [livro eletrônico]: introdução ao direito econômico. 4. ed - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

<sup>93</sup> MACKAAY, E. J. P. Análise econômica do direito. São Paulo: Atlas, 2015



Do estudo da relação entre direito e economia surgiu a Análise Econômica do Direito - AED, responsável por investigar os efeitos econômicos decorrentes das normas jurídicas e a aptidão dessas normas em produzir os efeitos desejados<sup>94</sup>

Para Ivo Gico Jr.<sup>95</sup>, enquanto o direito regula o comportamento humano, a economia estuda a tomada de decisões pelo homem e sua ação diante da escassez e suas consequências. Nesse sentido, a AED pode ser conceituada como a disciplina que busca se utilizar de ferramentas próprias da economia e disciplinas análogas para ampliar o entendimento e a abrangência do direito, aprimorando o desenvolvimento, o uso e a análise do arcabouço jurídico, sobretudo quanto as suas implicações.

Para Henrique Avelino<sup>96</sup>, a AED ou *Law and Economics* pode ser definida como um “método de se analisar a Teoria econômica, além de sua estruturação e formação, sobretudo quanto aos impactos e consequências comportamentais de eventual aplicação de institutos jurídicos e textos normativos”.

A AED busca fazer uma interpretação do direito a partir do observador econômico, e, para tal, utiliza a economia como uma ciência auxiliar do estudo jurídico. O sentido do direito estaria fora do próprio direito, não estando a legislação fundada em si mesma como argumento jurídico, mas visando um determinado propósito fático.<sup>97</sup>

Para Robert Cooter e Thomas Ulen<sup>98</sup>, a economia serve como ferramenta científica útil à previsão dos efeitos causados pelas normas sobre os indivíduos.

---

<sup>94</sup> LOPES, Bráulio Lisboa. Falência e recuperação de empresas: análise econômica e tributária. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2016

<sup>95</sup> GICO JR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito. 3 ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019

<sup>96</sup> LANA, Henrique Avelino. Falência e recuperação de empresas: análise econômica do direito. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p.64

<sup>97</sup> MACKAAY, E. J. P. Análise econômica do direito. São Paulo: Atlas, 2015

<sup>98</sup> ULEN, Thomas; COOTER, Robert. Direito & Economia. Tradução Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010



Segundo os autores, as imposições legais operam sobre as pessoas de forma muito semelhante àquilo que acontece com os preços. Sanções maiores tendem a inibir mais determinados comportamentos assim como preços elevados inibem as transações.

De acordo com Mackaay<sup>99</sup>, deixar a atividade jurídica a cargo de estudos retirados exclusivamente das ciências sociais pode provocar experimentos muitas vezes trágicos. Cabe ressaltar que as ciências sociais não devem ser desprezadas, mas devem ser basicamente utilizadas pelo jurista para formar uma base de conhecimento sobre a ação do homem. As escolhas dos juristas devem ser calcadas em bases que forneçam maior justiça e solidez para as teorias propostas.

Nas palavras de Ivo Gico Jr<sup>100</sup>:

[...] a AED é a utilização da abordagem econômica para compreender o direito no mundo e o mundo no direito. Note-se que a utilização do método econômico para analisar o direito não quer dizer que são os economistas que praticam AED. Pelo contrário, na maioria dos casos, os pesquisadores que a praticam são os juristas ou possuem dupla formação. De qualquer forma são juseconomistas.

AAED constitui matéria mais ampla que o Direito Econômico, sendo possível aplicá-la a qualquer ramo do direito e não se limitando apenas a questões regulatórias e concorrenciais. Pode-se dizer que atua sobre questões econômicas implícitas sobre as quais não se nota o caráter econômico por estarem encobertas pelo manto do direito positivo, fazendo-se parecerem meras questões jurídicas.<sup>101</sup>

Sob um olhar jurídico mais superficial, o processo de recuperação judicial de empresas seria visto meramente como uma fase antecedente à execução dos ativos

---

<sup>99</sup> MACKAAY, E. J. P. *Análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2015

<sup>100</sup> GICO JR, Ivo. *Introdução ao direito e economia*. In: *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. 3 ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019, p.14

<sup>101</sup> MACKAAY, E. J. P. *Análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2015





da empresa em crise ou apenas como um momento de renegociação de dívidas entre devedor e credores. No entanto, as questões envolvidas são bem mais profundas, o processo de recuperação judicial de empresas tem influência econômica quanto ao direito de propriedade, à política de concessão de crédito no mercado, à segurança jurídica, à alocação de ativos, o controle societário etc.

A AED permite maior racionalidade ao estudo do direito, fornecendo ferramentas adequadas à atualização e uniformização jurídica. Não visa apenas estabelecer uma relação custo-benefício, mas demonstrar a existência de uma lógica ao jurista, que nem sempre decide de maneira consciente ou transcreve de forma inadequada aquilo que pretendia nas suas decisões.<sup>102</sup>

O concurso de credores ocorrido no âmbito do processo de recuperação e falência pressupõe a participação de diversos agentes econômicos interessados na resolução da crise empresarial. Nesse campo com diversos agentes existem também interesses conflitantes, que em muitas vezes podem representar resultados pouco eficientes e racionalmente negativos para a coletividade.<sup>103</sup>

Tendo em vista, a necessária interdependência entre direito e economia, bem como a consciência de que os agentes econômicos normalmente decidem a partir de uma racionalidade voltada aos seus objetivos, verifica-se relevante a necessidade de entender a racionalidade que leva a determinados comportamentos dos agentes econômicos no âmbito do processo de recuperação judicial de empresas.

## 2.7 A racionalidade

A existência da escassez obriga aos indivíduos adotarem escolhas, moldando-se conforme as circunstâncias mudam no seu ambiente. Responder às mudanças faz

---

<sup>102</sup> Ibidem

<sup>103</sup> LOPES, Bráulio Lisboa. Falência e recuperação de empresas: análise econômica e tributária. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2016



com que o indivíduo busque aquilo que na sua visão lhe pareça mais vantajoso, fazendo assim uma escolha racional. A escolha racional implica listar os objetivos almejados, determinar as ações necessárias para o seu alcance, seu respectivo custo e pôr em prática a ação que lhe for mais favorável.<sup>104</sup>

Essa escassez no âmbito da presente pesquisa está relacionada ao comportamento dos agentes econômicos na medida em que os credores pretendem a satisfação dos seus créditos, mas encontram-se em boa parte das vezes numa situação na qual não se verificam ativos suficientes para esta satisfação. Assim como o devedor pretende quitar suas obrigações, mas não possui recursos para tal.

Nesse contexto, o credor deve optar em alguns casos pela falência do devedor na tentativa de receber ao menos uma parte do valor pretendido, reduzindo seu prejuízo; ou optar pela recuperação da empresa devedora, na expectativa que ela possa se reerguer e no futuro possa receber o crédito que no momento presente não seria possível.

Da mesma forma, o devedor pretende recuperar a empresa em crise, postergando o pagamento das obrigações e/ou obtendo abatimentos, mas tem que lidar com o interesse dos credores, que podem preferir levar o devedor à falência para satisfazerem seus créditos. Ao mesmo tempo, os credores às vezes também precisam lidar com o devedor que sonega informações essenciais à efetiva negociação do plano de recuperação, bem como também devem lidar com outros credores que possuem interesses diametralmente distintos.

Logo, o agente econômico envolvido no processo de recuperação judicial deve ponderar várias circunstâncias e interesses que orbitam todo o processo na busca de uma solução que melhor lhe atenda, devendo assim fazer uma escolha racional.

---

<sup>104</sup> MACKAAY, E. J. P. Análise econômica do direito. São Paulo: Atlas, 2015



Admitir a racionalidade dos indivíduos é considerar que eles empregarão os instrumentos mais convenientes ao atingimento das metas pretendidas, sejam quais forem.<sup>105</sup>

Nesse sentido, utiliza-se o modelo da escolha racional como um modelo capaz de fazer generalizações sobre o comportamento do homem, a partir de um entendimento de que para determinadas opções postas, os indivíduos tendem a fazer as mesmas escolhas, que serão aquelas que apresentem maiores vantagens. Dessa forma, à medida que determinada opção tenha seu custo elevado, menor será sua demanda.<sup>106</sup>

Segundo Ronaldo Fiani, a teoria da escolha racional parte da ideia de que é necessário entender as preferências dos agentes para compreender suas escolhas, admitindo como fundamento que os agentes são racionais.<sup>107</sup>

Essa escolha será realizada conforme sua disponibilidade e suas consequências, desde que também sejam do conhecimento daquele que faz a escolha. Assim, uma determinada escolha pode não parecer a melhor opção em um momento futuro ou pode não ser a melhor opção a partir da observação de um terceiro que detenha outras informações.<sup>108</sup>

Para Simon, o modelo da escolha racional não corresponde com a realidade, na medida em que o referido modelo se baseia na disponibilidade da informação. Na prática, as pessoas dificilmente enfrentam problemas, mesmo que de média complexidade, com as informações suficientes para listarem ações possíveis e seus

---

<sup>105</sup> FIANI, Ronaldo. Teoria dos jogos. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015

<sup>106</sup> MACKAAY, E. J. P. Análise econômica do direito. São Paulo: Atlas, 2015

<sup>107</sup> FIANI, Ronaldo. Teoria dos jogos. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015

<sup>108</sup> MACKAAY, E. J. P. Análise econômica do direito. São Paulo: Atlas, 2015



respectivos custos<sup>109</sup> Sendo a informação insuficiente para permitir a escolha totalmente consciente das opções e resultados, é necessário fazer uso de um método de aproximação que substitua o conhecimento preciso no momento da escolha, o que é denominado por racionalidade limitada.<sup>110</sup>

Dessa forma, considerando que a indisponibilidade total ou parcial de informação limita a racionalidade do indivíduo. Verifica-se que a decisão racional, para ser a mais acertada o possível, deve levar em conta o maior número de informações confiáveis. Por esse motivo, compreende-se a necessidade de que as assimetrias de informação sejam mitigadas, reduzindo assim os riscos e incertezas.

## 2.8 Risco e incerteza

As escolhas dos operadores de mercado estão sujeitas a riscos, não recaindo apenas sobre bens determinados, mas também sobre elementos eivados de incertezas. Os riscos e incertezas os quais todos os indivíduos estão sujeitos são vistos como custos e a atuação de todos é no sentido de reduzi-los.<sup>111</sup>

Segundo Frank Knight, o termo “risco”, está relacionado a fatores sobre os quais se detém ao menos informações estatísticas, já o termo “incerteza”, está relacionado a situações nas quais não se tem conhecimento disponível e as possibilidades de ocorrência são avaliadas como um palpite, ou seja, sem critério<sup>112</sup>

No contexto de riscos e incertezas existe a figura do risco moral, que é caracterizada pela conduta inadequada daquele que é fiscalizado em razão da

---

<sup>109</sup> SIMON, Herbert A. The logic of heuristic decision making, dans Simon, H. A. (dir.), *Models of Discovery*, Dordrecht, D. Reidel Publishing, 1977, p. 154-175. apud MACKAAY, E. J. P. *Análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2015

<sup>110</sup> SIMON, Herbert A. Theories of bounded rationality, dans McGuire, C.B. et Roy Radner (dir.), *Decision and organization*, v. 1, n. 1. p. 161-176. North-Holland Publishing Company, 1972

<sup>111</sup> MACKAAY, E. J. P. *Análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>112</sup> KNIGHT, Frank H., *Risk, uncertainty and profit*. Reprints Economic Classics. New York: Augustus M. Kelley, Bookseller [1921], 1964



fiscalização ineficiente por parte daquele que deveria fiscalizar. Aquele que é fiscalizado adota uma postura que vise adquirir vantagens para si em detrimento do interesse do fiscal, elevando os riscos para o fiscal e conseqüentemente elevando seu custo de operação<sup>113</sup>

Para Frederico Viana<sup>114</sup>, o risco moral advém de circunstâncias nas quais o indivíduo verifica que pode obter ganhos sem incorrer em chance de perdas, pois verifica que o custo da decisão por ele empreendida será arcado por outros.

O aumento do risco moral faz com que o fiscal eleve o custo de transação perante todos aqueles com quem negocia, é o exemplo do contrato de seguro, no qual a existência de informações imprecisas ou omissas elevam os valores dos prêmios de seguro. O valor adicional é então distribuído entre todos aqueles que fazem parte do grupo segurado.<sup>115</sup>

Dentro do processo de recuperação judicial, a falta de uma legislação concursal adequada e de um mercado capaz de absorver e reposicionar os ativos da empresa em crise de forma eficiente são considerados custos de transação.<sup>116</sup>

Desse modo, pode-se entender que algum nível de intervenção do Estado pode ser necessário para corrigir situações de riscos e incertezas que elevem os custos de transação e à perda de eficiência na locação dos ativos.

## 2.9 O Estado como agente de intervenção no mercado

---

<sup>113</sup> MACKAAY, E. J. P. Análise econômica do direito. São Paulo: Atlas, 2015

<sup>114</sup> RODRIGUES, Frederico Viana. Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Ano XLIV, nº 138, abril-junho, p. 102-122, 2005

<sup>115</sup> MACKAAY, E. J. P. Análise econômica do direito. São Paulo: Atlas, 2015

<sup>116</sup> LOPES, Bráulio Lisboa. Falência e recuperação de empresas: análise econômica e tributária. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2016



A economia responde como os operadores de mercado dispõem sobre interesses heterogêneos de seus participantes, atribuindo-lhes vantagens em razão do melhor desempenho nas respectivas atividades. Nesse sentido, cabe saber qual o papel do Estado neste cenário.<sup>117</sup>

Para Wolfelsberger<sup>118</sup>, em primeira impressão, o Estado constitui ente singular capaz de instituir seus interesses mediante imposição e com o monopólio da força. Ao menos tem a tarefa de cuidar da ordem pública e garantir o bem coletivo.

Para executar suas atividades, o Estado faz uso da burocracia, que é o complexo de órgãos necessários à execução de suas funções. Geralmente essa burocracia disponibiliza serviços sem contrapartida ou a um preço de mercado inferior ao custo operacional, diferentemente do que ocorre no mercado.<sup>119</sup>

O Estado atua por meio da estrutura normativa vigente. Dentro dessa estrutura, destaca-se a legislação de falências e recuperação de empresas, a qual incumbe o papel de regular a relação entre credores e devedores no âmbito da crise empresarial.<sup>120</sup>

No entanto, estudos apontam que quanto maior a estrutura estatal, mais lento é o crescimento econômico. Países que inverteram o crescimento do organismo do Estado experimentaram uma maior aceleração no desenvolvimento econômico. A aversão a riscos pode fazer o Estado limitar as inovações do mercado em prol de uma

---

<sup>117</sup> MACKAAY, E. J. P. Análise econômica do direito. São Paulo: Atlas, 2015

<sup>118</sup> WOLFELSBERGER, Alain. Économie publique. Paris, Presses Universitaires de France, 1995. apud MACKAAY, E. J. P. Análise econômica do direito. São Paulo: Atlas, 2015

<sup>119</sup> MACKAAY, E. J. P. Análise econômica do direito. São Paulo: Atlas, 2015

<sup>120</sup> LOPES, Bráulio Lisboa. Falência e recuperação de empresas: análise econômica e tributária. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2016



segurança que se melhor ponderada poderia elevar bastante a qualidade de vida das pessoas.<sup>121</sup>

Nesse sentido, utilizando os apontamentos possíveis a partir do modelo econômico, desmonta-se a visão santificada de que o Estado é o ente imparcial que atua sempre visando o bem-estar comum como um guardião. Apesar do seu caráter gratuito ou mais acessível, o Estado pode agir tolhendo a liberdade dos indivíduos para atender a grupos de interesse.<sup>122</sup>

Diferentemente, o papel do Estado, a partir do ponto de vista de um jurista, seria o de patrocinar o interesse público, algo que as forças particulares atuantes no mercado não possuem vocação. Assim, o Estado estaria dando garantias que o setor privado não poderia fornecer, mesmo que de forma equivalente. O Estado é o ente capaz de corrigir ou suprir as imperfeições do mercado como um ente dotado de imparcialidade.<sup>123</sup>

Para Fábio Ulhoa<sup>124</sup>, apenas teoricamente, poderia se afirmar que se o mercado por si só não dá uma solução para uma empresa em crise, não vislumbra possibilidade de investimento ou reorganização dos seus ativos; não se justificaria a intervenção estatal, e, portanto, a falência deve ser decretada em detrimento da recuperação. Para o referido autor, não é necessariamente nesses termos que o sistema de mercado opera, pois se este sistema não funciona perfeitamente, a resposta esperada do mercado pode simplesmente não ocorrer, embora exista uma solução mais adequada, de modo que a intervenção por parte do Poder Judiciário se justificaria para preservar direitos que contornam a questão.

---

<sup>121</sup> GWARTNEY, James; HOLCOMBE, Randall; LAWSON, Robert. The scope of government and the wealth of nations. *Cato J.*, v. 18, 1998

<sup>122</sup> MACKAAY, E. J. P. *Análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>123</sup> BARRY, Norman P. *An introduction to modern political theory*, 3 ed., [s.l.]: The Macmillan Press, 1995

<sup>124</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *comentários à lei de falências e recuperação de empresas* [livro eletrônico], 3. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018



Dentro de um ambiente eivado de falhas de mercado instala-se um cenário de instabilidade. Nesse cenário, o Estado tem relevante tarefa na reorganização do mercado, atuando para sanar as falhas de mercado encontradas e evitar o aumento da crise. Ao Estado cabe inclusive eliminar do mercado as empresas que não apresentam viabilidade de recuperação, evitando que danos econômicos oriundos da ineficiência empresarial sejam potencializados<sup>125</sup>

Embora o legislador tenha editado a Lei nº 11.101/2005 com o claro objetivo de recuperar as empresas que se mostram viáveis e eficientes, evitando a falência e consequentemente trazendo benefícios à sociedade como um todo, apenas a legislação existente não é capaz de produzir todos os efeitos desejados. O Poder Judiciário tem papel fundamental nesse processo, pois deve estar alinhado e consciente desses objetivos, bem como deve transmitir segurança jurídica e adequação dos meios utilizados para promover a recuperação das empresas viáveis.<sup>126</sup>

Segundo Henrique Avelino<sup>127</sup>:

A intervenção do Estado no mercado ao obrigar à suspensão (das ações de execução contra o devedor em recuperação) almeja aumentar a eficiência econômica, já que os efeitos das recuperações abrangem outras pessoas e agentes econômicos que com a empresa se relacionam.

Para tanto, antes de intervir no mercado, o Estado também precisa saber que para cada ação existe uma reação. Nesse sentido, para cada possibilidade de intervenção estatal existe necessariamente uma consequência e uma mudança de

---

<sup>125</sup> LOPES, Bráulio Lisboa. Falência e recuperação de empresas: análise econômica e tributária. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2016

<sup>126</sup> Ibidem

<sup>127</sup> LANA, Henrique Avelino. Falência e recuperação de empresas: análise econômica do direito. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p.135





postura dos agentes econômicos, motivo pelo qual verifica-se importante conhecer as estratégias disponíveis aos agentes econômicos e suas consequências.

Um dos instrumentos utilizados na Teoria Econômica e que pode ser muito útil na previsão e análise do comportamento dos agentes econômicos para cada situação que o Estado pretenda regular é a Teoria dos Jogos.

## 2.10 Teoria dos Jogos

Para estudar esse fenômeno de interações entre os agentes surgiu a Teoria dos Jogos, que constitui uma ferramenta de análise do comportamento estratégico num ambiente de interação entre agentes com poder decisório e sobre o qual o resultado da estratégia adotada por um agente dependerá da estratégia adotada pelo outro. Em resumo, é o estudo do comportamento racional em ambiente de interação ou interdependência entre os indivíduos.<sup>128</sup>

A maior parte da literatura atribui a criação da Teoria dos Jogos a John Von Neumann e Oskar Morgenstern, constituindo essa teoria, uma ferramenta de elucidação da realidade complexa produzida na interação dos agentes econômicos, capaz de fornecer critérios e princípios aplicáveis às negociações e às ciências sociais a partir da lógica matemática.<sup>129</sup>

De acordo com Ronaldo Fiani<sup>130</sup>:

[...] sempre que um conjunto de indivíduos, empresas, partidos políticos etc, estiver envolvido em uma situação de interdependência recíproca, em que as decisões tomadas influenciam-se reciprocamente, pode-se dizer que eles se encontram em um “jogo”.

---

<sup>128</sup> HILBRECHT, Ronaldo O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito. 3 ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019

<sup>129</sup> SIERRALTA RIOS, Aníbal. Negociação e teoria dos jogos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018

<sup>130</sup> FIANI, Ronaldo. Teoria dos jogos. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 2



Segundo Mackaay<sup>131</sup>, o termo “Teoria dos Jogos” não foi muito feliz, pois insinua um caráter lúdico ao tema, quando na verdade caberia ser melhor designado como teoria da interação estratégica, já que trata da interação humana.

São dois os motivos básicos para o crescente uso da Teoria dos Jogos no direito: o primeiro é que essa teoria constitui uma ferramenta de análise do impacto das normas, permitindo que legisladores e juristas entendam as consequências do arcabouço normativo; o segundo motivo é que por permitir avaliar as consequências das normas, pode colaborar com a criação de estruturas legais mais adequadas aos objetivos almejados.<sup>132</sup>

Antes de avançar na discussão sobre a Teoria dos Jogos, faz-se necessário explicar primeiro o que é o equilíbrio de Nash. O termo é oriundo do nome do matemático John Nash, que estudou a racionalidade dos jogadores, verificando que o jogador tende a antecipar os movimentos dos demais.<sup>133</sup> Para Ronaldo Fiani<sup>134</sup>, “diz-se que uma combinação de estratégias constitui um equilíbrio de Nash quando cada estratégia é a melhor resposta possível às estratégias dos demais jogadores, e isso é verdade para todos os jogadores”. O equilíbrio possibilita que os jogadores possam atingir resultados cooperativos em meio a jogos não cooperativos; pode ainda incentivar jogadores com estratégias egoístas a cooperar.<sup>135</sup>

As interações (os jogos) entre os agentes (jogadores), podem ser classificados de várias formas, dentre as quais destaca-se a classificação em razão do grau de cooperação.

---

<sup>131</sup> MACKAAY, E. J. P. Análise econômica do direito [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2020

<sup>132</sup> HILBRECHT, Ronaldo O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito. 3 ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019

<sup>133</sup> SIERRALTA RIOS, Aníbal. Negociação e teoria dos jogos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018

<sup>134</sup> FIANI, Ronaldo. Teoria dos jogos. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 93

<sup>135</sup> SIERRALTA RIOS, Aníbal. Negociação e teoria dos jogos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.



Em razão do grau de cooperação, os jogos podem ser cooperativos ou não cooperativos. Nos jogos cooperativos, os jogadores são capazes de estabelecer acordos entre si, pois entendem que assim podem obter um resultado conjunto melhor que em um equilíbrio de Nash. Ao mesmo tempo, abandonam a maximização do benefício em caso de distanciamento do referido equilíbrio, reduzindo assim seus riscos, tendo em vista que se o jogador adversário adota estratégia distinta daquilo que foi imaginado, o prejuízo pode ser muito grande. Já os jogos não cooperativos são aqueles nos quais não se pode estabelecer acordos com os demais jogadores, ficando o jogador a cargo da própria estratégia, podendo maximizar ou não seu benefício a depender da estratégia adotada pelos demais jogadores.<sup>136</sup>

A Teoria dos Jogos separa ainda os jogos de puro conflito, que representam conflitos sem possibilidade de conciliação; dos jogos de simples coordenação, que representam conflitos em que um dos participantes adota comportamento alinhado aos demais para evitar o conflito; e dos jogos mistos, nos quais a colaboração apresenta vantagens para ambos os indivíduos, mas é mais oportuno a um jogador guardar cautela com relação ao outro e enganá-lo, desde que o adversário não tome a mesma iniciativa, pois a identidade de atitude poria fim à colaboração.<sup>137</sup>

Verifica-se ainda a existência dos jogos de soma-zero, situação na qual o ganho de um jogador depende da perda do outro.<sup>138</sup> É um tipo de jogo no qual os interesses dos jogadores geralmente estão em oposição e não é raro, partindo-se da premissa de que no ambiente de mercado é comum haver alto nível de competição.<sup>139</sup>

Considerando todo o exposto até aqui, verifica-se que a Teoria dos Jogos é um instrumento adequado para verificar as estratégias dos agentes econômicos no

---

<sup>136</sup> *Ibidem*

<sup>137</sup> MACKAAY, E. J. P. *Análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2015

<sup>138</sup> FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015

<sup>139</sup> SIERRALTA RIOS, Aníbal. *Negociação e teoria dos jogos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018



âmbito do processo de recuperação judicial, tendo em vista que possibilita ilustrar as opções disponíveis para cada jogador, as consequências das estratégias adotadas com as devidas combinações de fatores, e, em seguida, compará-las com os incentivos ou desincentivos legais envolvidos no processo.

### **3 EXAME DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS COM BASE NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Para fins de aplicação da Análise Econômica do Direito ao Processo de Recuperação Judicial de Empresas verifica-se a necessidade de primeiramente esclarecer que esta pesquisa identifica dois conflitos principais nas interações entre os agentes econômicos envolvidos.

O primeiro conflito principal é aquele existente entre devedor e credores, no qual o devedor quer obter a recuperação da empresa em crise ao menor custo possível e em maior prazo para pagamento. Pode o devedor ainda utilizar-se da recuperação judicial com o fim de frustrar a expectativa dos credores, agindo neste último caso em completa desvirtuação do instituto legal da recuperação judicial. Enquanto isso, os credores pretendem obter a satisfação dos seus créditos no menor prazo e com o maior valor possível, podendo, por vezes, adotar comportamento egoísta que leve o devedor à falência mesmo que haja viabilidade econômica de soerguimento da empresa em crise.

Já o segundo conflito principal ocorre entre os próprios credores, quando na busca de uma maior satisfação do seu crédito, um ou mais credores atuam objetivando apenas seu interesse individual ou corporativo, reduzindo assim as chances de que se obtenha uma maior satisfação do crédito para a coletividade de credores ou que seja realizada uma realocação mais eficiente dos ativos do devedor.



Nesse caso, um ou mais credores optam por maximizar sua satisfação em detrimento da satisfação dos demais credores e da sociedade de modo geral.

Para conhecer a interação entre os agentes econômicos no jogo (interação entre devedor e credores no processo de recuperação judicial) é preciso conhecer antes suas preferências diante do plano de recuperação judicial. Para ilustrar o antagonismo que existe entre a preferência do devedor e a preferência dos credores utiliza-se a curva de preferências **P** do **Gráfico 1**, que foi desenhada em função do valor do pagamento do crédito e do prazo para a efetuação do pagamento.

As preferências de devedor e credores no trato do plano de recuperação judicial foram sintetizadas com base nos meios de recuperação disponíveis no artigo 50 da Lei nº 11.101/2005 e nos dados sobre recuperações judiciais nas Varas da Justiça de São Paulo, realizados pelo 2º Observatório de Insolvência da Associação Brasileira de Jurimetria<sup>140</sup>, que apontam como principais meios de recuperação a concessão de maiores prazos para pagamentos; concessão de descontos; e a venda de ativos, que acaba por ser um meio de viabilização para os pagamentos parcelados, concessão dos referidos descontos ou ainda para a própria aprovação do plano de recuperação judicial.

A preferência dos credores, conforme representado na curva de preferências **P** do **Gráfico 1**, ilustra que os credores preferem a opção **A (melhor opção possível para o credor)**, que lhes dê maior retorno financeiro em menor prazo possível, à opção **B (pior opção possível para o credor)**, que lhes garantiria o pagamento do crédito em valor não integral e em um prazo maior. Já a preferência do devedor, conforme representado também na curva **P** do **Gráfico 1**, ilustra que o devedor prefere **B (melhor opção possível para o devedor)**, pagando um valor com maior desconto

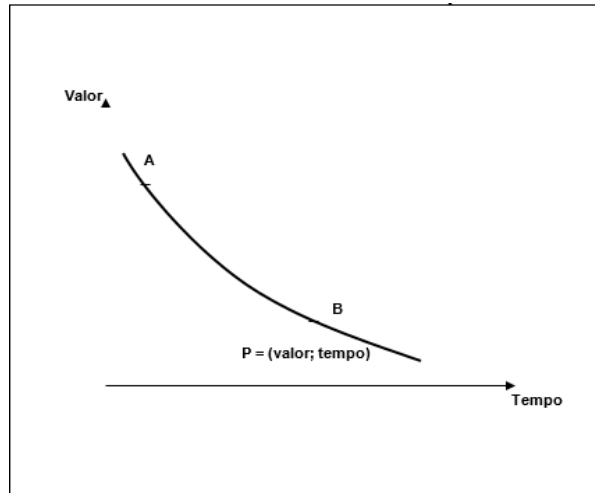
---

<sup>140</sup> WAISBERG, Ivo et al. Recuperação judicial no Estado de São Paulo – 2ª Fase do Observatório de Insolvência. Associação Brasileira de Jurimetria. [s. l.], 2019



e em maior prazo, à **A (pior opção possível para o devedor)**, pagando o valor integral da dívida em menor prazo.

**Gráfico 1 - Curva de preferências na recuperação judicial.**



Fonte: próprio autor.

Com o objetivo de facilitar o entendimento, cabe explicar o conceito econômico de utilidade (U), o qual corresponde à quantidade de satisfação ou bem-estar que o indivíduo obtém dada determinada combinação de opções disponíveis<sup>141</sup> Para Fábio Nusdeo<sup>142</sup>, “utilidade vem a ser a capacidade de qualquer bem de suprir ou atender a uma necessidade humana, satisfazendo-a, no todo ou em parte”.

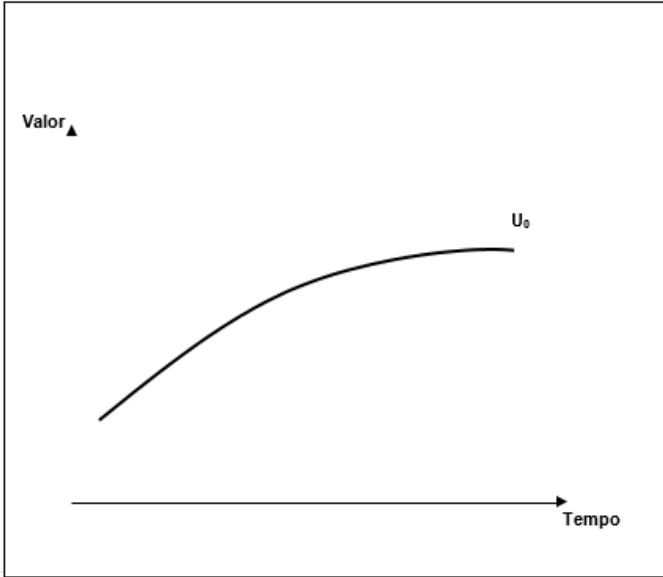
No âmbito do processo de recuperação judicial de empresas é possível ilustrar a utilidade da recuperação da empresa em crise sob a ótica dos credores, conforme o **Gráfico 2**, da seguinte forma:

<sup>141</sup> ULEN, Thomas; COOTER, Robert. Direito & economia. Tradução Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010

<sup>142</sup> NUSDEO, Fábio. Curso de economia [livro eletrônico]: introdução ao direito econômico. 4. ed - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. não paginado



**Gráfico 2** - Curva de indiferença da recuperação judicial para os credores



Fonte: próprio autor.

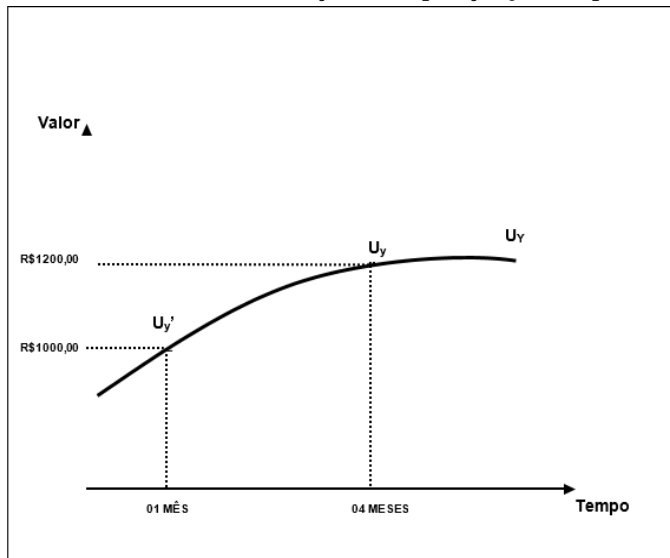
A curva de indiferença  $U_0$  representa no **Gráfico 2** o nível de utilidade da recuperação judicial para o credor em função do valor a receber e do tempo a esperar para que o valor a receber seja efetivamente pago. Qualquer opção em função do tempo e do valor contida dentro da curva  $U_0$  representa o mesmo grau de utilidade ou satisfação para o credor.

Exemplificando, conforme o **Gráfico 3** abaixo, para o credor Y com um crédito de R\$1.000,00 a receber do devedor, o nível de satisfação ou utilidade  $U_y$  do credor Y é o mesmo caso venha a receber o valor de R\$1.000,00 em um mês ou caso receba R\$1.200,00 em quatro parcelas mensais de R\$300,00. Portanto, em uma negociação sobre o plano de recuperação judicial, receber R\$1.000,00 em um mês deixaria o credor Y tão satisfeito quanto receber R\$1.200,00 em quatro meses, assim o credor seria indiferente às duas possibilidades.



Um plano de recuperação judicial que previsse esse parcelamento da dívida teria a concordância do credor Y para sua aprovação. Se não existesse essa possibilidade, seria necessário encontrar um outro ponto da curva de indiferença  $U_y$  em função do valor e do tempo, o qual fosse possível ao devedor cumprir, para que o credor Y aprove o plano de recuperação judicial.

**Gráfico 3 - Curva de indiferença da recuperação judicial para o credor Y.**



Feita essa explanação inicial, verifica-se que o credor tende a concordar com a recuperação judicial da empresa em crise desde que sua expectativa de ganhos cresça no decorrer do tempo, o que para o credor funcionaria como a aplicação de recursos em um investimento. Do contrário, se não há expectativas de maiores ganhos, preferirá a decretação da falência do devedor a fim de receber imediatamente os valores que forem possíveis arrecadar, reduzindo assim suas perdas. Tudo dependerá da avaliação quanto ao futuro dos ativos do devedor e consequentemente da probabilidade de ganhos ou perdas para o credor.

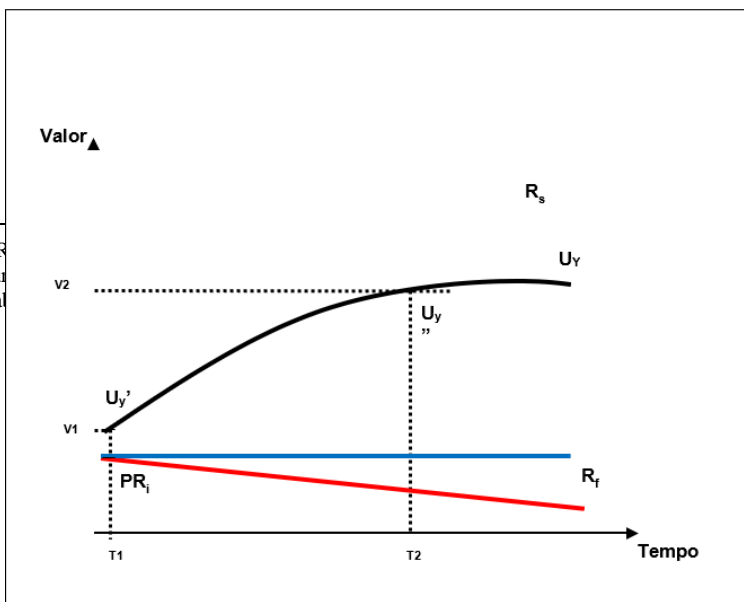




Para Rodrigues<sup>143</sup>, matematicamente, o interesse dos envolvidos na crise empresarial, na qual  $L1$  representa o valor de liquidação presente dos ativos do devedor e  $L2$  representa o valor de liquidação futuro dos ativos do devedor, se dá da seguinte forma: se há probabilidade de que a apuração dos ativos no futuro seja maior que a apuração presente ( $L1 < L2$ ), os credores optarão pela recuperação da empresa em crise; do contrário, se a expectativa de apuração do ativo da empresa em crise no presente for maior que no futuro ( $L1 > L2$ ) os credores tendem a optar pela decretação da falência da empresa em crise.

A análise que deverá ser feita pelo credor considerará a expectativa de restrição patrimonial e financeira a qual o devedor estará limitado no momento presente e no momento futuro. Conforme o **Gráfico 4**, se a empresa em crise obtiver êxito na execução do seu plano de recuperação judicial sua curva de restrição financeira e patrimonial  $R_s$  terá uma inclinação positiva de valores em função do tempo. No entanto, se a execução do seu plano de recuperação judicial for fracassada, sua curva de restrição financeira e patrimonial  $R_f$  terá uma inclinação negativa de valores em função do tempo. Portanto, a restrição financeira e patrimonial em relação à utilidade da recuperação judicial para o credor é fator essencial para a decisão sobre a aprovação ou não do plano de recuperação judicial.

**Gráfico 4 - Curva de indiferença da Recuperação Judicial para o credor sob a realidade da restrição financeira e patrimonial do devedor.**



<sup>143</sup> RODRIGUES, J. M. C. M. Direito da Concorrência, 138, al



Fonte: próprio autor.

Ainda na perspectiva do **Gráfico 4**, identifica-se que, embora seja em menor valor, o ponto de utilidade  $Uy'$  (valor original do crédito à vista) representa o mesmo nível de satisfação do ponto de utilidade  $Uy''$  (valor e prazo de pagamento do crédito negociado no plano de recuperação), pois para diferentes valores, diferentes prazos para o pagamento da dívida podem conduzir ao mesmo grau de satisfação do credor.

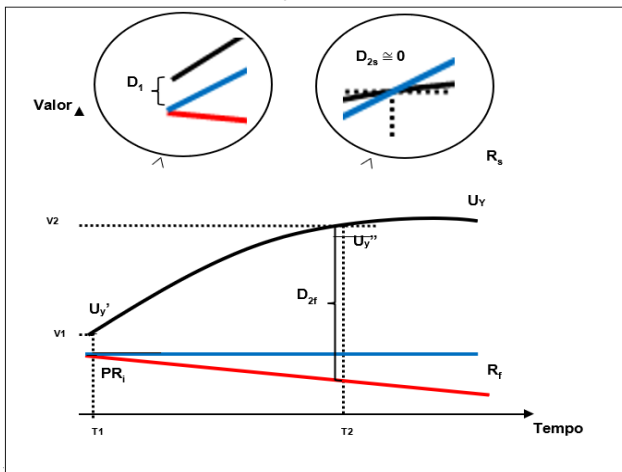
Ocorre que neste exemplo do **Gráfico 4**, o ponto de partida das curvas de restrição financeira e patrimonial  $PRi$  (valor dos ativos no momento da deliberação sobre o plano de recuperação judicial), inicia em um patamar abaixo da curva de indiferença do credor. Assim, se o plano de recuperação trazer expectativas de sucesso o credor aprovará o plano, pois entenderá que a curva de restrição irá inclinar-se positivamente ( $R_s$ ) atingindo a utilidade  $Uy''$  e o credor sairá satisfeito com a recuperação judicial, bem como o devedor obterá a recuperação da sua empresa. Contudo, se o plano de recuperação trazer expectativas de fracasso o credor reprovará o plano, pois entenderá que a curva de restrição irá inclinar-se negativamente ( $R_f$ ) se distanciando ainda mais da curva de indiferença. Nesta última hipótese o credor não obterá satisfação com a recuperação judicial e deverá optar pela falência, não recebendo sequer o valor correspondente a  $Uy'$ . Optará o credor



por receber o valor que mais se aproxima da sua curva de indiferença, e, nesse caso, será o valor possível no momento da reprovação do plano de recuperação e da consequente decretação da falência do devedor.

Nesse sentido, pode-se afirmar graficamente, conforme o **Gráfico 5**, que o credor com créditos superiores ao ativo do devedor no momento da apresentação do plano de recuperação judicial optará pela recuperação judicial da empresa em crise se a distância entre a curva de restrição financeira e patrimonial no futuro e sua curva de indiferença tender a 0 (zero). Dessa forma, o ativo futuro do devedor terá valor suficiente para quitar o crédito na integralidade ou em valor superior ao que seria pago se a falência fosse decretada quando da reprovação do plano de recuperação judicial, de forma a reduzir ou neutralizar as perdas do credor.

**Gráfico 5 – Distância entre a curva de indiferença da Recuperação Judicial para o credor e a curva de restrição financeira e patrimonial do devedor.**



Fonte: próprio autor.

A partir da análise do **Gráfico 5**, no qual  $D_1$  representa a distância entre o crédito a receber e o ativo existente no momento da apresentação do plano de recuperação judicial;  $D_{2s}$  representa a distância entre o crédito a receber e o ativo



existente em momento futuro decorrente da **expectativa de sucesso** na execução do plano de recuperação judicial; e **D<sub>2f</sub>** representa a distância entre o crédito a receber e o ativo existente em momento futuro decorrente da **expectativa de fracasso** na execução do plano de recuperação judicial. Pode-se afirmar, que o credor votará pela aprovação do plano de recuperação judicial se  $D_{2s} < D_1$ . Do contrário, se ocorrer  $D_{2f} > D_1$ , o credor votará pela reprovação do plano de recuperação judicial e consequentemente pela decretação da falência do devedor, sendo **D<sub>1</sub>** igual ao valor da perda a ser suportada pelo credor em razão de não haver ativo suficiente para a quitação do crédito na sua integralidade.

Depois de verificada a análise de utilidade da recuperação judicial para o credor pode parecer que toda a racionalidade envolvida na decisão gira em torno de meros cálculos de probabilidade econômico-financeira quanto à recuperação da empresa em crise. No entanto, não é tão simples assim, existem inúmeras variáveis que ultrapassam esse tipo de análise e influenciam direta ou indiretamente na negociação entre devedor e credores na apresentação do plano de recuperação judicial, bem como entre os próprios credores no âmbito da deliberação sobre o plano de recuperação.

Dentro dos conflitos principais supramencionados pode-se destacar a perda de eficiência do instituto da recuperação judicial em razão do risco moral e da assimetria de informação provocada pelo devedor; do egoísmo estratégico que ocasiona a falência indevida do devedor; da aposta que leva à recuperação judicial inviável; e da falta de incentivos e coordenação negocial.

### 3.1 Risco moral e assimetria de informações

Neste tópico serão tratados especificamente os pontos identificados junto à Lei nº 11.101/05 e literatura correlata, os quais propiciam maior possibilidade de



risco moral e assimetria de informações por parte do devedor no processo de recuperação judicial.

Na verificação do risco moral e assimetria de informações, será analisada a cooperação entre devedor e credores no contexto da recuperação judicial adaptando o jogo do dilema do prisioneiro para fins de ilustração do comportamento estratégico dos jogadores (devedor e credor) e seus resultados.

O jogo do dilema do prisioneiro trata-se de uma representação matricial na qual são confrontadas as estratégias disponíveis para dois jogadores, que não são necessariamente antagonistas ou inimigos. Nessa representação, os jogadores passam por um momento de decisão sem possibilidade de coordenar suas estratégias.<sup>144</sup>

A melhor estratégia para ambos os jogadores pode ser cooperar ou não, tudo dependendo da opção que o outro também fizer. Dentro dessa interação também é necessário destacar que não parece óbvio para nenhum dos jogadores que há necessariamente uma opção que sempre será mais vantajosa.<sup>145</sup>

O modelo tradicional do dilema do prisioneiro trata do dilema de dois indivíduos (jogadores) que foram presos pela polícia em razão do suposto cometimento de um crime grave. No entanto, a polícia somente tem provas com relação à prática de um crime mais leve. Sem ter provas suficientes contra os presos, a polícia os mantém em celas separadas e negocia separadamente com ambos a possibilidade de confissão do crime. A depender da combinação entre a cooperação

---

<sup>144</sup> AVILA, Bêni Duilio de; FERNANDES, Brena Paula Magno. Teoria dos jogos: crenças, desejos, escolhas. São Paulo: Saraiva, 2014

<sup>145</sup> Ibidem



de um preso e a opção do outro em negociar ou não com a polícia, a pena pode variar para cada um dos presos.<sup>146</sup>

Se o preso A e o preso B confessarem (não cooperam entre si), cada um ficará preso por 3 anos; se os dois presos ficarem calados (cooperam entre si), cada um ficará preso por 2 anos; se o preso A confessa (não coopera com o preso B) e o preso B fica calado (coopera com o preso A), o preso A ficará preso por 1 ano, enquanto o preso B ficará preso por 4 anos e vice-versa<sup>147</sup>, conforme o **Quadro 1** abaixo:

**Quadro 1 – Construção tradicional do jogo dilema do prisioneiro.**

Jogadores e estratégias		Preso B	
		Confessa (não coopera com A)	Fica calado (coopera com A)
Preso A	Confessa (não coopera com B)	A - 3 anos preso; B - 3 anos preso	A - 1 ano preso; B - 4 anos preso
	Fica calado (coopera com B)	A - 4 anos preso; B - 1 ano preso	A - 2 anos preso; B - 2 anos preso

Fonte: elaborado com base no livro de (AVILA, Bérni Duílio de; FERNANDES, Brena Paula Magno.

Teoria dos jogos: crenças, desejos, escolhas. São Paulo: Saraiva, 2014).

Trato semelhante ao dilema do prisioneiro pode ser aplicado à relação entre devedor e credor, tendo em vista a limitada possibilidade de interação entre ambos diante de uma barreira de falta de transparência e confiança que os impeça de cooperar entre si.

<sup>146</sup> Ibidem

<sup>147</sup> Ibidem



De acordo com Lopes<sup>148</sup>, a maior possibilidade de que o risco moral se dê por conta do devedor, decorre do fato que este já está com seu patrimônio negativo, assim o devedor é aquele que corre menos riscos no caso de uma recuperação judicial fracassada.

Segundo Dias<sup>149</sup>, a clareza das informações no âmbito da recuperação judicial juntamente com a capacidade de mensurar o cumprimento das obrigações é fator crucial para o bom andamento da recuperação judicial. Para o autor, a Teoria dos jogos possibilita a verificação da norma aplicada e as estratégias dos envolvidos em busca da maximização dos seus benefícios.

A partir da matriz do tradicional jogo do dilema do prisioneiro foi construída uma matriz adaptada para melhor visualização das estratégias e consequências possíveis na interação entre o devedor e os credores no âmbito da recuperação judicial na qual há possibilidade de atuação do devedor com risco moral e assimetria de informações, conforme o **Quadro 2** a seguir:

**Quadro 2 – Construção das estratégias na interação devedor vs. credor com possibilidade de risco moral do devedor.**

Jogadores e estratégias		Credores	
		Aprovam o plano (coopera com o devedor)	Não aprovam o plano (não coopera com o devedor)
Devedor	<b>Age sem risco moral / sem assimetria de informações</b> (coopera com o credor)	Recuperação do devedor; Credor recebe o crédito em maior prazo e/ou com descontos	Falência do devedor; Credor recebe o crédito em menor prazo
	<b>Age com risco moral / com assimetria de informações</b> (não coopera com o credor)	Recuperação do devedor; Credor recebe o crédito em menor valor que o negociado / ou não recebe o crédito	Falência do devedor; Credor recebe o crédito em menor valor que o esperado / ou não recebe o crédito

<sup>148</sup> LC  
Ho  
<sup>149</sup> DI  
do



Fonte: próprio autor.

O **Quadro 2** foi construído de forma genérica a partir daquilo que preconiza a Lei nº 11.101/05 nos seus artigos 50; 56, §4º; e 58, caput; bem como em conformidade com os ensinamentos da literatura empresarial. Dos citados artigos verifica-se que a não aprovação do plano de recuperação judicial enseja a decretação da falência do devedor, bem como a aprovação do plano de recuperação enseja o deferimento da recuperação judicial. Verifica-se ainda que a cooperação dos credores, de modo geral, se dá pela concessão de descontos para a quitação dos créditos e a estipulação de prazos mais longos para o pagamento, além de outras possibilidades elencadas na legislação.<sup>150</sup>

Considerando as estratégias disponíveis e suas consequências, conforme o **Quadro 2**, devedor e credores podem não tomar a decisão mais eficiente sob a ótica do instituto da recuperação judicial, buscando acima de tudo satisfazer suas necessidades individuais ou corporativas. O devedor pode agir com o intuito de se locupletar com o crédito devido ao credor; bem como este pode não cooperar com o devedor em razão dos riscos, preferindo a liquidação do ativo empresarial o quanto antes, a fim de garantir a maior recuperação possível do seu crédito.

---

<sup>150</sup> WAISBERG, Ivo et al. Recuperação judicial no Estado de São Paulo – 2ª Fase do Observatório de Insolvência. Associação Brasileira de Jurimetria. [s. l.], 2019





Em virtude da falta de transparência podem ocorrer estímulos à comportamentos oportunistas, de sorte que podem ser adotadas estratégias com o fim de conduzir os demais envolvidos ao erro.<sup>151</sup>

Para a teoria dos custos de transação, o termo oportunismo está relacionado ao uso ardiloso das informações que um indivíduo detém frente aos demais agentes, a fim de obter determinadas vantagens em um negócio. O oportunismo na transmissão das informações pode se dar de três formas básicas: pela informação seletiva, que consiste em omitir informações relevantes sobre a transação, de modo a informar apenas aquilo que beneficia a posição de negociação do emissor da informação; pela informação distorcida, que busca beneficiar a posição de negócio do emissor através de informações falsas; e pela falsa promessa, que consiste em contrair uma obrigação que sabe não poder adimplir.<sup>152</sup>

Tal relação entre o risco moral e a necessidade de maior transparência faz total sentido na recuperação judicial de empresas, na medida em que a eficiência da negociação entre devedor e credores será influenciada pelos níveis de informações sobre o valor dos ativos e a credibilidade das informações postas à vista na negociação<sup>153</sup>

As primeiras informações fornecidas pelo devedor e que servirão como fundamento para o deferimento do processamento da recuperação judicial, bem como para o início da formação do convencimento dos credores sobre a viabilidade da empresa, são aquelas fornecidas na petição inicial do pedido de recuperação, na qual é possível apontar dentre vários aspectos, algumas questões que colaboram com a

---

<sup>151</sup> DIAS, José Elvies Batista. Recuperação judicial de empresas: uma análise sob a perspectiva econômica do direito. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2019

<sup>152</sup> FIANI, Ronaldo. Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

<sup>153</sup> LANA, Henrique Avelino. Falência e recuperação de empresas: análise econômica do direito. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017



assimetria de informação e conseqüentemente com a possibilidade de risco moral por parte do devedor.

Nos termos do artigo 51 da Lei nº 11.101/2005<sup>154</sup>, a petição inicial do devedor deverá conter:

[...]

I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;

II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

balanço patrimonial;

demonstração de resultados acumulados;

demonstração do resultado desde o último exercício social;

relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer

---

<sup>154</sup> BRASIL. Lei de recuperação judicial de empresas e falências, Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005



modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

§ 1º Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado.

§ 2º Com relação à exigência prevista no inciso II do caput deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica.

§ 3º O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes.

De acordo com Manoel Justino<sup>155</sup>, a petição inicial do devedor que requer o processamento da recuperação judicial deve conter, conforme o artigo 51, inciso I, da Lei nº 11.101/05, o resumo das circunstâncias específicas que levaram o devedor à situação de crise, diferentemente do que previa o artigo 159 do Decreto-lei nº 7.661/45, que admitia o relato de circunstâncias genéricas, como “crise nacional”, “crise mundial” etc. Portanto, deve-se descrever de fato o que gerou a situação de crise daquele devedor de forma concreta.

É verdade que a legislação exigiu a exposição de causas concretas, muito embora possa ser feita de forma resumida. No entanto, a exposição das causas que levaram a empresa ao estado de crise deve ser acompanhada de maiores informações, as quais além de serem fornecidas, devem ser dotadas de maior credibilidade.

---

<sup>155</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência [livro eletrônico]: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019



Ao exigir demonstrações contábeis referentes aos últimos 3 exercícios sociais, a Lei nº 11.101/2005 inaugura incoerência com os próprios pré-requisitos da recuperação judicial, abrindo espaço para a necessidade de ajustes na prática processual.

Em razão da exigência de contabilidade relativa aos últimos 3 exercícios sociais no artigo 51, inciso II, a Lei nº 11.101/05 provocou uma colisão interna entre suas regras, pois também exige o cumprimento do pré-requisito contido no artigo 48, a saber: a exigência de apenas 2 anos de exercício de atividade para pedir a recuperação judicial. Dessa forma, o devedor em atividade há 2 anos não fornecerá as 3 demonstrações contábeis exigidas por lei, mas apenas as relativas aos 2 anos de atividade. A referida impossibilidade por si só não parece ser obstáculo intransponível, mas é suficiente para reduzir de pronto a quantidade de informação disponível aos credores.

Segundo Ricardo Negrão<sup>156</sup>, o legislador não deixou claro sequer a quais livros contábeis se refere, quais são os documentos de escrituração contábil ou quais relatórios auxiliares se exige, pois existem diferentes classificações desses documentos, além do que alguns são de existência obrigatória e outros são facultativos.

Mesmo que o devedor tenha mais tempo de atividade e possa fornecer toda a documentação exigida, indaga-se: **a documentação exigida pela Lei nº 11.101/2005 foi fornecida pelo devedor como deveria?** Para Manoel Justino<sup>157</sup>, a falta de uma estrutura contábil adequada no âmbito do Poder Judiciário torna a fiscalização quanto à essa verificação contábil deficitária, tendo em vista que o

---

<sup>156</sup> NEGRÃO, R. Curso de direito comercial e de empresa [livro eletrônico], v.3: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos. [s.l.], 2018

<sup>157</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência [livro eletrônico]: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019



magistrado não é um especialista em contabilidade e por vezes também não conta com uma assessoria especializada para tal.

A referida situação é agravada pelo fato de que mesmo sem saber se as informações foram fornecidas, conforme dispõe a legislação, o processo ainda assim seguirá seu curso. Nos termos do artigo 52 da Lei nº 11.101/2005<sup>158</sup>, ficou estabelecido que:

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei;

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;

V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

§ 1º O juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterá:

I – o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial;

---

<sup>158</sup> BRASIL. Lei de recuperação judicial de empresas e falências, Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005



II – a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito;

II – a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º , § 1º , desta Lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta Lei.

§ 2º Deferido o processamento da recuperação judicial, os credores poderão, a qualquer tempo, requerer a convocação de assembléia- geral para a constituição do Comitê de Credores ou substituição de seus membros, observado o disposto no § 2º do art. 36 desta Lei.

§ 3º No caso do inciso III do **caput** deste artigo, caberá ao devedor comunicar a suspensão aos juízos competentes.

§ 4º O devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se obtiver aprovação da desistência na assembléia-geral de credores. (grifo nosso)

Percebe-se que o próprio trecho do artigo 52 da Lei nº 11.101/2005<sup>159</sup>, que diz: “**estando em termos a documentação exigida no art. 51**”; denota uma análise documental desprovida de profundidade.

A princípio pode parecer que essa análise superficial não gera maiores embaraços ao instituto da recuperação judicial, em razão da posterior análise dos documentos pelo administrador judicial. Ocorre que essa alegação não pode ser tomada como verossímil, basta observar os supramencionados efeitos da decisão que defere o processamento da recuperação judicial.

Dentre esses efeitos, destaca-se a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, efeito este que ocorre independentemente de análise dos documentos contábeis pelo administrador judicial, tendo em vista que este será

---

<sup>159</sup> BRASIL. Lei de recuperação judicial de empresas e falências, Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005



nomeado ao mesmo tempo que suspensas as ações e execuções. A suspensão é realizada conforme o artigo 6º, §4º da Lei nº 11.101/2005<sup>160</sup>colacionado abaixo:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

[...]

§ 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.[...]

Apesar da não possibilidade de prorrogação do prazo de 180 dias para suspensão das ações e execuções em face do devedor, conforme dispõe o artigo 6º, §4º supramencionado, a jurisprudência tem entendido ser possível a prorrogação, conforme verifica-se no AgInt no REsp 1717939/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Veja:

AGRAVO INTERNO NO RECURSOESPECIAL.  
EXECUÇÃO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL.  
SUSPENSÃO. PRAZO. PRORROGAÇÃO.  
POSSIBILIDADE. 1.

Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

**2. A jurisprudência desta Corte entende que a suspensão das ações individuais movidas contra empresa em recuperação judicial pode extrapolar o prazo de 180 (cento e oitenta) dias caso as instâncias ordinárias considerem que tal prorrogação é necessária para não frustrar o plano de recuperação.**

**3. A suspensão da execução pode ocorrer no caso de falência (artigo 6º da Lei nº 11.101/2005).**

**4. Agravo interno não provido.**

---

<sup>160</sup> Ibidem



(AgInt no REsp 1717939/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRATURMA, julgado em 28/08/2018, DJe 06/09/2018). (grifo nosso)

(AgInt no REsp 1717939/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRATURMA, julgado em 28/08/2018, DJe 06/09/2018). (grifo nosso)

Diante da possibilidade de obter a suspensão das ações e execuções sem uma análise acurada, o devedor pode sentir-se motivado a requerer a recuperação judicial com o objetivo de obstar a exigibilidade de suas obrigações mesmo sem a devida necessidade, o que se traduz no uso indevido da recuperação judicial e consequente perda de eficiência do sistema econômico.

Para Waldo Fazzio Júnior<sup>161</sup>, pode ocorrer situação na qual o devedor requeira a recuperação judicial sem que esteja em crise financeira suficiente a justificar a recuperação judicial. Ainda segundo o referido autor, o devedor pode se utilizar da recuperação judicial objetivando promover uma reorganização da atividade empresarial, livrar-se de obrigações sujeitas à impontualidade, ou mesmo desviar-se de obrigações trabalhistas.

Fábio Ulhoa<sup>162</sup> reforça o coro de críticas ao poder jurídico conferido à petição inicial do devedor. Para o autor, a simples distribuição do pedido de recuperação tem a aptidão de paralisar o andamento dos pedidos de falência contra o devedor, o que incentiva o uso indevido da recuperação judicial. Qualquer devedor, mesmo que não obtenha o processamento da recuperação judicial, pode barrar os pedidos de falência. Tal circunstância se acentua ainda mais em razão da possibilidade de emendas à petição inicial, o que permite ao devedor ajuizar o pedido de recuperação mesmo que não tenha os documentos exigidos pela legislação, realizando posteriormente o

---

<sup>161</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Lei de falência e recuperação de empresas [livro eletrônico]. 8 ed. – São Paulo: Atlas, 2019

<sup>162</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. comentários à lei de falências e recuperação de empresas [livro eletrônico], 3. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018





pedido de tempo para que ela seja complementada. Ainda de acordo com o Fábio Ulhoa, entre os profissionais da área, esse tipo de petição inicial passou a ser chamada de “recuperação judicial branquinha”, fazendo menção à “concordata branquinha” utilizada com objetivos semelhantes na época em que se admitia a concordata.

Outro ponto de destaque da petição inicial do devedor é a apresentação da relação de credores, que é fundamental para que o credor avalie a quantidade de passivos a que está sujeito o devedor e assim possa melhor avaliar a viabilidade de recuperação da empresa em crise. Para Manoel Justino<sup>163</sup>, a relação de credores a que se refere o artigo 51, inciso III da Lei nº 11.101/2005 engloba todos os credores, inclusive aqueles não sujeitos ao plano de recuperação judicial.

No entanto, pode-se dizer que apesar de ser um entendimento que leva a uma providência correta, pois permite maior transparência, a própria Lei nº 11.101/2005, em uma interpretação literal, não deixa claro que devem estar listados os credores não submetidos à recuperação judicial.

Para Henrique Avelino, os artigos 51 e 53 da referida lei não fazem menção explícita quanto à necessidade de se relacionar os créditos não sujeitos à recuperação judicial, nem mesmo fazem menção ao fornecimento de certidões de débitos junto às Fazendas Públicas<sup>164</sup>. Além disso, a responsabilidade pela verificação dos créditos é atribuída pela Lei 11.101/2005, em seu artigo 7º, ao administrador judicial.

Para o credor é possível indagar até mesmo o grau de confiabilidade das informações verificadas pelo administrador judicial. Verifica-se um equívoco na Lei nº 11.101/2005 ao estabelecer, em seu artigo 24, caput e §1º, que a remuneração do

---

<sup>163</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência [livro eletrônico]: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

<sup>164</sup> LANA, Henrique Avelino. Falência e recuperação de empresas: análise econômica do direito. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017



administrador judicial será limitada em função dos valores dos créditos submetidos à recuperação judicial. Assim, denota-se uma preocupação do administrador judicial direcionada necessariamente ao crédito submetido à recuperação, quando na verdade a verificação de todos os créditos, inclusive os não submetidos à recuperação judicial, é fundamental para o sucesso do plano de recuperação judicial.

Em levantamento realizado pelo 2º Observatório de Insolvência da Associação Brasileira de Jurimetria<sup>165</sup>, sobre os processos de recuperação judicial nas Varas do Tribunal de Justiça de São Paulo, verificou-se que 29% dos administradores judiciais não forneceram listas de credores. Além disso, o mesmo estudo apontou a existência de mudança no comportamento dos administradores judiciais em decorrência do atingimento do valor máximo de remuneração que lhes foi conferido, bem como uma discrepância entre a remuneração arbitrada e o valor envolvido na recuperação. Em recuperações com grandes valores envolvidos, o juízo costuma limitar o valor da remuneração, não permitindo assim que o administrador judicial obtenha todo o ganho que a Lei 11.101/2005 lhe permitiria auferir.

Outro estudo que contribui com a supracitada afirmativa foi realizado pelo Instituto Recupera Brasil<sup>166</sup> com o tema “Eficiência da Administração Judicial para a Transparência do Processo de Recuperação Judicial”, o qual analisou uma amostra de 444 processos de recuperação judicial, tendo ao final concluído que dentre todos os processos analisados, em 123 casos, ou seja, em 27,7% dos processos, não foi elaborado pelos administradores judiciais qualquer relatório que subsidiasse o juízo falimentar quanto ao funcionamento e existência das empresas em recuperação ou mesmo que fornecesse informações junto aos credores relativas à saúde da empresa recuperanda para fins de formação do juízo de viabilidade da recuperação judicial.

---

<sup>165</sup> WAISBERG, Ivo et al. Recuperação judicial no Estado de São Paulo – 2ª Fase do Observatório de Insolvência. Associação Brasileira de Jurimetria. [s. l.], 2019

<sup>166</sup> Instituto Recupera Brasil - IRB. Estudos setoriais: eficiência da administração judicial para a transparência do processo de recuperação judicial. 2017



O fato de inexistir exigência explícita quanto ao quantitativo de credores e valores não sujeitos à recuperação judicial, ou mesmo que se exija, mas não se tenha credibilidade, pode mudar completamente a decisão do credor em aprovar ou não o plano de recuperação judicial.

Em princípio, o credor pode ser conduzido a acreditar que caso a recuperação judicial seja mal sucedida, na falência ainda obterá uma parte do crédito a que tenha direito. Contudo, podem existir tantos credores não submetidos à recuperação judicial, que ao serem atendidos na falência, eliminarão a possibilidade de recebimento de algum valor pelo credor participante da recuperação judicial. O **Quadro 3** abaixo relaciona valores e bens não submetidos à recuperação judicial de acordo com a Lei nº 11.101/2005<sup>167</sup>:

**Quadro 3 – Valores e bens não submetidos à recuperação judicial.**

<b>Valores e bens não submetidos à recuperação judicial</b>	<b>Fundamento legal</b>
Bens dados em garantia real.	Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:  [...]  1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa

<sup>167</sup>BRASIL. Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falências, Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.



	do credor titular da respectiva garantia.
Créditos decorrentes de ações que demandem quantia ilíquida.	<p>Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:</p> <p>[...]</p> <p>III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;</p> <p>Combinado com:</p> <p>Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.</p> <p>§ 1º Terá prosseguimento no juízo no</p>



	<p>qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida.</p>
<p>Créditos com garantia fiduciária de móveis ou imóveis, arrendamento mercantil, imóvel compromissado à venda em incorporações imobiliárias, com reserva de domínio.</p>	<p>Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:</p> <p>[...]</p> <p>III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;</p> <p>Combinado com:</p> <p>Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.</p> <p>[...]</p> <p>§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador</p>



	<p>mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.</p>
<p>Créditos decorrentes de adiantamento a contrato de câmbio para exportação.</p>	<p>Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.</p> <p>[...]</p> <p>§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.</p>



	<p>Combinado com:</p> <p>Art. 86. Proceder-se-á à restituição em dinheiro:</p> <p>I – se a coisa não mais existir ao tempo do pedido de restituição, hipótese em que o requerente receberá o valor da avaliação do bem, ou, no caso de ter ocorrido sua venda, o respectivo preço, em ambos os casos no valor atualizado;</p> <p>II – da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente;</p>
Débitos tributários	<p>Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos</p>



	tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.
Obrigações assumidas no âmbito das câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e de liquidação financeira	Art. 193. O disposto nesta Lei não afeta as obrigações assumidas no âmbito das câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e de liquidação financeira, que serão ultimadas e liquidadas pela câmara ou prestador de serviços, na forma de seus regulamentos.
Débitos relativos a taxas condominiais, água, energia elétrica etc; ocorridos após o pedido da recuperação judicial.	Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

Fonte: próprio autor

Vistos os créditos excluídos da recuperação judicial, verifica-se necessário que a legislação estabeleça procedimentos que tornem mais claras as informações sobre quais os créditos se submetem ou não ao processo de recuperação e quais os valores a serem quitados<sup>168</sup>

A dificuldade de recebimento do crédito acentua-se ainda mais com a incidência dos artigos 67 e 84 da Lei nº 11.101/2005<sup>169</sup>. Os referidos artigos determinam que seja dada prioridade de satisfação ao crédito daqueles que atuaram ou que forneceram bens e serviços durante o processo de recuperação judicial, o que durante a recuperação judicial fracassada serviu apenas para aumentar o passivo do

<sup>168</sup> LANA, Henrique Avelino. Falência e recuperação de empresas: análise econômica do direito. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017

<sup>169</sup> BRASIL. Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falências, Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005





devedor. O último artigo elenca ainda outras situações nas quais será dada prioridade de satisfação do crédito. Veja:

Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Parágrafo único. Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação.

[...]

**Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a:**

I – remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência;

II – quantias fornecidas à massa pelos credores;

III – despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência;

IV – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida;

V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei. (grifo nosso)

Verifica-se que a assimetria de informações existente no pedido de recuperação judicial ou mesmo na apresentação do plano de recuperação é bastante significativa, uma vez que o credor não receberá informações suficientes ou até



mesmo confiáveis que o permita melhor deliberar sobre o plano de recuperação. A insuficiente exigência legal de informações no âmbito do pedido de recuperação judicial, bem como o direito subjetivo do devedor em obter o deferimento do processamento do seu pedido de recuperação judicial, caso atendidos os pré-requisitos do artigo 51 da Lei nº 11.101/2005, levam ao início de um processo que principia eivado de vícios quanto a sua credibilidade. Sobre o tema Henrique Avelino<sup>170</sup> entende que:

Tal omissão permite a pertinência, construtiva, da ideia de que a Lei 11.101/05 impõe que os credores acabem por ter que decidir sem que tenham conhecimento pleno do montante disponível relativo ao ativo existente para que seja feito o pagamento dos credores, sejam eles concursais ou não.

Nota-se que a exigência de apresentação da viabilidade econômica e do laudo econômico e financeiro, juntamente com a avaliação dos bens e ativos do devedor, assinado por pessoa jurídica ou física especializada, contribui apenas para aumentar os custos financeiros do procedimento e, permite, ainda, não ser dada satisfatória credibilidade, tendo em vista tratar-se de documento unilateral.

No mesmo sentido, acaba também por inculcar ao credor, que pretenda fundamentar sua eventual objeção ao plano de recuperação. Ter de elaborar, por conta própria, análise e auditoria quanto aos documentos apresentados, transformando-se em mais custos, os quais serão somados ao crédito existente que não foi recebido ainda.

Nesse caso, nota-se ainda que informações importantes para a avaliação do plano pelos credores não são fornecidas pelo devedor, vindo ao conhecimento dos credores somente depois que já se iniciou o processo de falência, conforme se verifica na redação do artigo 22 da Lei nº 11.101/05<sup>171</sup>, que estabelece os deveres do administrador judicial, conforme colacionado abaixo:

---

<sup>170</sup> LANA, Henrique Avelino. Falência e recuperação de empresas: análise econômica do direito. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p.104,

<sup>171</sup> BRASIL. Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falências, Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005



Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

I – na recuperação judicial e na falência:

enviar correspondência aos credores constantes na relação de que trata o inciso III do caput do art. 51, o inciso III do caput do art. 99 ou o inciso II do caput do art. 105 desta Lei, comunicando a data do pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito;

fornecer, com presteza, todas as informações pedidas pelos credores interessados;

dar extratos dos livros do devedor, que merecerão fé de ofício, a fim de servirem de fundamento nas habilitações e impugnações de créditos;

exigir dos credores, do devedor ou seus administradores quaisquer informações;

elaborar a relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei;

consolidar o quadro-geral de credores nos termos do art. 18 desta Lei;

requerer ao juiz convocação da assembléia-geral de credores nos casos previstos nesta Lei ou quando entender necessária sua ouvida para a tomada de decisões;

contratar, mediante autorização judicial, profissionais ou empresas especializadas para, quando necessário, auxiliá-lo no exercício de suas funções;

manifestar-se nos casos previstos nesta Lei; II – na recuperação judicial:

fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial;

requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação;

apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor;



apresentar o relatório sobre a execução do plano de recuperação, de que trata o inciso III do **caput** do art. 63 desta Lei;

**III – na falência:**

[...]

**apresentar, no prazo de 40 (quarenta) dias, contado da assinatura do termo de compromisso, prorrogável por igual período, relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram à situação de falência, no qual apontará a responsabilidade civil e penal dos envolvidos, observado o disposto no art. 186 desta Lei;**

[...] (grifo nosso)

Observa-se que o relatório a ser elaborado pelo administrador judicial expondo as causas que levaram a empresa ao estado de crise, além de não ser fornecido antes da apreciação do plano de recuperação judicial, o que proporcionaria, se for o caso, o afastamento dos administradores, ainda é exigido no próprio processo de falência sem a devida noção legislativa da sua complexidade, dada a simplicidade que o legislador parece ter atribuído ao referido relatório. Conforme se verifica a seguir, nas palavras de Manoel Justino<sup>172</sup>:

Este corresponderia ao “**primeiro grande relatório**”, que a Lei determina que seja apresentado no prazo de 40 dias, prorrogável por igual período, contado a partir da assinatura do termo de compromisso como administrador. Quem conhece a prática do processamento falimentar no dia a dia dos foros certamente afirmará que esse exíguo prazo não terá condições de ser observado – com efeito, 40 ou 80 dias não parece tempo suficiente para que se possa ter informações para relatar as causas que conduziram à situação de falência e, principalmente, para que se aponte responsabilidade civil ou penal dos envolvidos. (grifo nosso)

---

<sup>172</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência [livro eletrônico]: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. não paginado



Para Henrique Avelino<sup>173</sup>:

Verifica-se que não há na Lei 11.101/05 regras próprias para verificação do verdadeiro grau e estado de atividades negociais de quem está em crise, tampouco se impõe a necessidade de elaboração de um relatório circunstanciado feito pelo administrador judicial, ou qualquer outro documento idôneo, sem favorecimentos ou parcialidades, que disponibilizasse a todos os credores as informações indispensáveis às deliberações relacionadas ao destino do devedor.

Além do exposto, conforme leciona Ricardo Negrão<sup>174</sup>, as informações contábeis trazidas pelo devedor na recuperação judicial não estão totalmente desprovidas de sigilo, pois isso poria em risco a empresa em crise diante dos concorrentes. De acordo com os artigos 1.190 e 1.191 do Código Civil, a quebra total do sigilo dessas informações não seria possível na recuperação judicial, mas apenas em caso de falência.

Parte da desconfiança dos credores quanto às informações fornecidas decorre do fato de que o pedido de recuperação pode ser realizado sem uma imediata apresentação do plano de recuperação judicial, que apenas será apresentado pelo devedor no prazo de 60 dias, cabendo aos credores, conforme dispõe o artigo 55 da Lei nº 11.101/05, apresentar objeções no prazo de apenas 30 dias.<sup>175</sup>

Nesse modelo de apresentação e avaliação do plano de recuperação judicial, verifica-se considerável inadequação das informações, o que leva os credores a serem desincentivados a participar das negociações nas quais poderiam propor alterações no plano.<sup>176</sup>

---

<sup>173</sup> LANA, Henrique Avelino. Falência e recuperação de empresas: análise econômica do direito. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 103

<sup>174</sup> NEGRÃO, R. Curso de direito comercial e de empresa [livro eletrônico], v.3: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos. [s. l.], 2018

<sup>175</sup> LANA, Henrique Avelino. Falência e recuperação de empresas: análise econômica do direito. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017

<sup>176</sup> Ibidem



O próprio perfil do negociador brasileiro induz a outra parte a não acreditar na sua cooperação. Segundo Aníbal Sierralta<sup>177</sup>, muitas vezes o negociador brasileiro tende a ver o contrato como mera formalidade, o que se verifica na prática no modo como os políticos quebram as próprias promessas. Existe um entendimento intrínseco de que o acordo pode ser alterado mesmo após sua assinatura, tendo esses compromissos firmados no momento anterior mais pela emoção do que pela obrigação.

A literatura aponta duas percepções distintas sobre o perfil do negociador brasileiro. A primeira é a de que o negociador brasileiro se dispõe a correr riscos maiores, comprometendo-se com acordos com os quais sabe que não pode cumprir, mas que acredita que “no final tudo vai dar certo”. A segunda é a de que o negociador brasileiro tem forte aversão a riscos e incertezas em razão do conturbado passado econômico do país, sobretudo quanto aos elevados índices inflacionários que corroeram a economia.<sup>178</sup>

Para aqueles que defendem que o negociador brasileiro tem vocação ao risco, essa vocação ocorre pela disposição deste negociador em agir improvisadamente a fim de suprir a falta de planejamento nos negócios.<sup>179</sup>

Seja em razão do risco moral, no qual o devedor poderá omitir informações ou agir em desacordo com o plano que ele mesmo apresentou, objetivando interesses próprios; seja em razão da ideia de que o negociador brasileiro tem um otimismo sem razão quanto à recuperação da empresa em crise, o fato é que a falta de credibilidade quantos às informações levadas à análise perante os credores compromete a decisão racional sobre a deliberação do plano de recuperação judicial.

---

<sup>177</sup> SIERRALTA RIOS, Aníbal. Negociação e teoria dos jogos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018

<sup>178</sup> Ibidem

<sup>179</sup> SIERRALTA RIOS, Aníbal. Negociação e teoria dos jogos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018



Até mesmo os autores que defendem a ideia de que o brasileiro é um negociador avesso ao risco recomendam a adoção de mecanismos de controle que evitem o ingresso dos envolvidos em prováveis imprevistos.<sup>180</sup>

Diante de pontos que possam gerar incentivos ao risco moral e ao mesmo tempo descrédito quanto à confiabilidade das informações, este estudou propõe uma primeira alteração no modelo de recuperação judicial.

Entende-se que o administrador judicial, muito embora tenha por atribuição a colaboração com os credores, é na verdade um auxiliar do juízo. Dessa forma, os credores não contam com um auxiliar direto, por eles indicados, atuando junto à recuperação judicial. O Código de Processo Civil<sup>181</sup> em seu artigo 149 estabelece o rol de auxiliares do juiz, dentre os quais se inclui administrador e peritos, sendo pelo juiz escolhidos e nomeados. Seria então razoável que a perícia ou auditoria que fará a verificação dos documentos do devedor e da sua viabilidade seja feita por equipe ou profissional indicados pelos credores a partir do comitê de credores, embora possa esse comitê ser criado apenas temporariamente para esse fim de indicação, a partir da lista de credores que o devedor anexou à petição inicial.

Pode-se argumentar no sentido de que a Lei nº 11.101/2005 atribui aos credores a competência de juízo de viabilidade, portanto devem os credores receberem tratamento de juízo da causa, indicando profissionais como auxiliares seus e do administrador judicial. O AgInt no AREsp 1381776/RJ, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão da Quarta Turma do STJ deixa claro a competência da Assembleia Geral de Credores em detrimento do juízo falimentar:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO  
EM RECURSO ESPECIAL.

---

<sup>180</sup> Ibidem

<sup>181</sup> BRASIL. Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015



REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA.  
IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO  
PROVIDO.

1. O Tribunal de origem registra que a maioria dos credores analisou e decidiu pela alteração do plano de recuperação judicial das agravadas, em decisão quase unânime, sem que houvesse qualquer ilegalidade no decisor ou descumprimento do plano assemblear. A reforma do aresto, neste aspecto, demanda inegável necessidade de reexame de matéria probatória, providência inviável de ser adotada em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 desta Corte.

2. **"O plano de recuperação judicial, aprovado em assembleia pela vontade dos credores nos termos exigidos pela legislação de regência, possui índole marcadamente contratual. Como corolário, ao juízo competente não é dado imiscuir-se nas especificidades do conteúdo econômico do acordo estipulado entre devedor e credores."**

(REsp 1631762/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA

TURMA, DJe 25/06/2018) 3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1381776/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020). (grifo nosso)

Entende-se que a indicação de perícia pelos credores, além de conferir maior confiabilidade às informações, pois parte de profissional por eles indicado, poderia resolver outros problemas a seguir explanados.

Conforme leciona Manoel Justino<sup>182</sup> alhures, o Poder Judiciário não tem estrutura adequada para verificação da documentação contábil do devedor. Assim sugere-se que a nomeação do administrador judicial ocorra no momento do recebimento da petição inicial, devendo o administrador tão logo convocar credores de cada classe para formação de um comitê de credores com o intuito de indicação da perícia ou auditoria que auxiliará o administrador judicial.

---

<sup>182</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência [livro eletrônico]: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019





Junto ao ato de nomeação da perícia deveria ser iniciada a suspensão das ações e execuções contra o devedor de que trata o artigo 6º da Lei nº 11.101/2005 para proteger seus ativos de constrição. O perito ou auditor deveria elaborar um laudo preliminar sobre a veracidade e completude dos documentos entregues pelo devedor junto à petição inicial. Com esse laudo preliminar o juízo deveria então proceder ao deferimento do processamento da recuperação judicial previsto no artigo 52 da Lei nº 11.101/2005 e dar continuidade aos demais procedimentos da recuperação judicial. Essa interação inicial entre todos os sujeitos processuais, juiz, devedor, credores e administrador judicial pode ser vista como decorrência do princípio da cooperação, verificável nos artigos 5º e 10º do Código de Processo Civil<sup>183</sup>.

Em ato contínuo, um segundo laudo pericial, agora mais minucioso, deveria ser elaborado quanto à viabilidade da empresa em crise, o qual depois de entregue pelo perito, ficaria a cargo do administrador judicial para fins de conhecimento aos credores juntamente com o plano de recuperação judicial.

O que se propõe aqui é um mecanismo de autorregulação dos procedimentos executados na recuperação judicial. Desse modo, até mesmo os primeiros passos do devedor seriam validados por um profissional indicado pelos credores, afinal o risco de perecimento do crédito corre por conta destes. Pode-se apontar também que esse modelo tende a evitar abusos por parte de credores ao impor perícias além das possibilidades do devedor, pois a Lei nº 11.101/2005<sup>184</sup> prevê em seu artigo 25 que as despesas de remuneração do administrador judicial e de seus auxiliares correm por conta do devedor. A exigência de perícias exacerbadas por conta dos credores reduziria o próprio ativo do devedor e conseqüentemente reduziria de forma significativa o ativo sujeito à recuperação judicial. Dessa forma, não seria interessante para os credores inviabilizar a recuperação do devedor com os custos de uma perícia.

---

<sup>183</sup> BRASIL. Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015

<sup>184</sup> BRASIL. Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falências, Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005



Um último ponto de aperfeiçoamento do processo de recuperação judicial neste tópico relacionado ao risco moral e à assimetria de informação, trata da possibilidade de aprovação tácita do plano de recuperação judicial prevista no artigo 58 da Lei nº 11.101/2005<sup>185</sup>. Conforme explanado anteriormente, o devedor pode utilizar a recuperação judicial de forma desvirtuada ou ainda acreditar cegamente que pode cumprir obrigações que na verdade são impossíveis dadas as suas condições econômico-financeiras. Desse modo, este estudo entende que o plano de recuperação judicial deveria passar necessariamente pela aprovação da assembleia geral de credores.

A primeira justificativa seria a necessidade de promover a necessária discussão sobre a viabilidade desse plano de recuperação, aproximando os credores da situação fática do devedor; já o segundo e mais relevante argumento é desencorajar o devedor a apresentar um plano de recuperação fantasioso, que tenha por intuito pura e simplesmente obter a aprovação do plano de recuperação, evitando sua falência ou buscando adiar suas obrigações.

A referida proposta de extinção da aprovação tácita do plano de recuperação judicial tem dois embasamentos práticos levantados a partir do estudo realizado pelo 2º Observatório de Insolvência<sup>186</sup> nas Varas do Tribunal de Justiça de São Paulo, a saber: entre todos os planos de recuperação aprovados, 42,4% tiveram pedidos de alteração do plano; dos planos aprovados nas varas especializadas apenas 2% foram aprovados sem Assembleia Geral de Credores, enquanto nas varas comuns apenas 4,6% dos planos foram aprovados sem deliberação assemblear. Desse modo, verifica-se que a extinção desse modo de aprovação não traz grandes prejuízos, até mesmo por ser modo de aprovação pouco utilizado, como também incentiva uma maior

---

<sup>185</sup> *Ibidem*

<sup>186</sup> WAISBERG, Ivo et al. Recuperação judicial no Estado de São Paulo – 2ª Fase do Observatório de Insolvência. Associação Brasileira de Jurimetria. [s. l.], 2019



deliberação do plano de recuperação, visto que até mesmo planos com deliberação em assembleia geral de credores costumam ser alterados no curso da recuperação judicial.

Segundo Souza<sup>187</sup>:

Sem a real situação averiguada pelo juiz e credores, a recuperação judicial demonstrar-se-á muitas vezes como uma “aventura jurídica”, proposta por um devedor que quer se reestruturar (fator subjetivo), mas não tem condições para isso (fatores objetivos), ocasionando somente a postergação da falência eminente. Nessa situação há o perigo de verificarmos a idiosincrasia pelo devedor, que pretende a recuperação, mas não tem como a conseguir, impondo malefícios a toda a sociedade e sacrifícios infundados aos credores.

As propostas de aperfeiçoamento até aqui elencadas visam alterar a natureza do jogo existente entre devedor e credores, de um jogo não cooperativo, como é o caso do dilema dos prisioneiros, para um jogo cooperativo. Entende-se que a não cooperação seria consequência do descrédito de informações e desconfiança. Deseja-se ainda evitar a possibilidade de um jogo estritamente competitivo ou de soma-zero, pois tem natureza incompatível com a recuperação judicial.

Segundo Aníbal Sierralta, jogos não cooperativos são aqueles nos quais os jogadores não podem ajustar compromissos forçados entre si, limitando-se a delinear suas estratégias de modo a maximizar seus benefícios em razão daquilo que acredita ser a estratégia dos demais jogadores. Já os jogos cooperativos são aqueles nos quais os jogadores podem ajustar previamente compromissos forçados entre si, entendendo que a partir da combinação de estratégia podem alcançar resultados mais vantajosos.<sup>188</sup>

---

<sup>187</sup> SOUZA, M. P. de. A recuperação judicial e os direitos fundamentais trabalhistas. [s.l.], 2015

<sup>188</sup> SIERRALTA RIOS, Aníbal. Negociação e teoria dos jogos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018



Considerando os apontamentos de Dias<sup>189</sup>, essa noção de jogo do dilema dos prisioneiros, identificada neste estudo como decorrência de uma barreira de assimetria e descrédito das informações, e que dificulta uma cooperação entre devedor e credores, afasta-se do instituto da recuperação judicial, tendo em vista que é um mecanismo legal que pressupõe a cooperação entre devedor e credores na busca do soerguimento da empresa em crise que apresente viabilidade.

Dentro do jogo cooperativo o jogador fará um acordo se entender que conseguirá um resultado igual ou melhor do que obteria se não fizesse acordo, daí a importância de se conhecer o que seria obtido de retorno em caso de não ser realizado um acordo<sup>190</sup>

O atual modelo de recuperação judicial, pode ser encarado por algum agente econômico como um jogo estritamente competitivo ou de soma-zero quando este agente se comporta apenas de modo a maximizar seus ganhos de forma egoísta, acreditando que é preciso evitar que outro envolvido obtenha retornos financeiros. O referido tipo de jogo funciona sob a crença de que para se obter vantagens é necessário impor perdas aos demais jogadores.<sup>191</sup>

Assim, acredita-se que a recuperação judicial tenha que ser um jogo misto, pois muito embora para alguns possa ser mais interessante obter ganhos maiores a partir da não cooperação, a cooperação ainda é a melhor opção, pois permite ganhos mútuos e evita maiores perdas decorrentes de uma mudança de estratégia inesperada da outra parte. Para Mackaay<sup>192</sup>, os jogos mistos são:

[...] os jogos “mistos”, nos quais a cooperação é vantajosa para os dois jogadores, mas em que é ainda mais vantajoso para um

---

<sup>189</sup> DIAS, José Elves Batista. Recuperação judicial de empresas: uma análise sob a perspectiva econômica do direito. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2019

<sup>190</sup> SIERRALTA RIOS, Aníbal. Negociação e teoria dos jogos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018

<sup>191</sup> FIANI, Ronaldo. Teoria dos jogos. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015

<sup>192</sup> MACKAAY, E. J. P. Análise econômica do direito [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2020. p. 45



jogador ser cauteloso em relação ao outro, enganá-lo, desde que o outro não faça o mesmo, porque isso põe fim à cooperação. São os últimos os jogos que ilustram melhor o papel do direito.

Um jogo de estratégia mista é um jogo no qual o resultado depende do nível de informações que o jogador detém sobre o comportamento dos demais e sobre o tipo de disputa a qual participa<sup>193</sup>

Assim, pode-se concluir que a inibição do risco moral através da maior transparência das informações e de mecanismos de validação prévia de atos do devedor são elementos que colaboram com a obtenção de uma recuperação judicial mais eficiente, pois força o devedor a agir e negociar com credores dentro das suas possibilidades e permite aos credores uma avaliação realista das condições do devedor, o que desestimula que as vantagens coletivas da cooperação sejam substituídas por maiores vantagens individuais decorrentes do risco moral.

### **3.2 Do egoísmo estratégico à falência indevida**

Este tópico tem por finalidade discutir um aspecto do modelo de recuperação judicial identificado como possível fonte de comportamento estratégico egoísta por parte do credor, que não apenas prejudica o devedor, levando-o à falência indevida, mas também prejudica os demais credores, pois pode inviabilizar o recebimento do crédito destes com a recuperação judicial.

Para ilustrar as estratégias de cada envolvido no processo de recuperação será utilizada uma adaptação da matriz do jogo da caça ao cervo. O jogo da caça ao cervo retrata a questão da cooperação mútua em busca do bem coletivo, confrontada com a fragilidade da cooperação entre os jogadores diante de uma nova oportunidade

---

<sup>193</sup> AVILA, Bêni Duilio de; FERNANDES, Brena Paula Magno. Teoria dos jogos: crenças, desejos, escolhas. São Paulo: Saraiva, 2014.



individual e imediatista que pode ensejar a quebra do planejamento de longo prazo que representaria melhores resultados coletivos.

O nome jogo da caça ao cervo decorre da ilustração tradicionalmente feita para explicar a pretendida situação. Imagine-se que para caçar um cervo é necessária a cooperação entre dois jogadores, cada um deve manter sua posição e ficar atento aos movimentos do cervo, que é difícil de caçar. O cervo possui seis unidades de carne, então os jogadores pretendem caçar o cervo juntos para dividi-lo. Caso obtenham sucesso, cada jogador ficará com 3 unidades de carne.

Ocorre que durante a caçada um dos jogadores pode acabar encontrando uma lebre, animal fácil de caçar e que pode ser capturado pelo jogador sozinho, obtendo mais rápido 1 unidade de carne, a qual não é obrigado a dividir com o outro jogador. Assim, o jogador que optar por caçar a lebre abandona seu posto de caça do cervo, deixando que este animal escape. Dessa forma, se os jogadores cooperam entre si, caçarão o cervo obtendo 3 unidades de carne para cada um; se os dois abandonam o posto de caça e cada um pega obtém uma lebre, cada jogador obterá 1 unidade de carne; se um jogador abandona o posto para caçar a lebre enquanto o outro se mantém firme na cooperação para caçar o cervo, o jogador que abandona o posto obtém 1 unidade de carne e o jogador que se manteve na caça ao cervo fica com 0 unidade de carne. De modo que o **Quadro 4**, ilustrativo do modelo de interação fica construído da seguinte forma:

**Quadro 4 – Construção tradicional do jogo da caça ao cervo.**

Jogadores e estratégias		Caçador B	
		Cervo (coopera com A)	Lebre (não coopera com A)
Caçador A	Cervo (coopera com B)	A - 3 unidades de carne; B - 3 unidades de carne	A - 0 unidade de carne; B - 1 unidade de carne
	Lebre (não coopera com B)	A - 1 unidade de carne; B - 0 unidade de carne	A - 1 unidade de carne; B - 1 unidade de carne



Fonte: construído pelo autor com base no livro (FIANI, Ronaldo. Teoria dos jogos. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.).

Utilizando o mesmo raciocínio do jogo da caça ao cervo, foram levantadas as expectativas de recebimento do crédito para cada classe de credores, no caso de não cooperação dos credores trabalhistas para uma recuperação judicial, que hipoteticamente seria bem sucedida. Em razão de tratarmos da hipótese na qual a recuperação judicial apresenta todas as possibilidades de sucesso, com exceção dos credores trabalhistas, que podem cooperar ou não, as demais classes serão consideradas como todas de acordo pela aprovação do plano de recuperação judicial.

Foram montadas as estratégias de acordo com aspectos fáticos verificáveis na literatura e na legislação. A **classe 1 de credores (credores trabalhistas)** foi selecionada como o jogador propenso a romper com a cooperação em razão dos privilégios legais conferidos pela Lei nº 11.101/2005, que a torna suscetível a uma solução imediatista para fins de recebimento do seu crédito. A **classe 2 de credores** (titulares de créditos com garantia real) é a menos afetada por uma estratégia egoísta da classe 1 (credores trabalhistas). De acordo com Manoel Justino<sup>194</sup>:

[...] atendendo à pressão do sistema bancário nacional e internacional, já extremamente privilegiado em diversas

---

<sup>194</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência [livro eletrônico]: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. não paginado



passagens da Lei, em segundo lugar estão classificados os créditos garantidos, limitados ao valor do bem gravado. Como a prática dos negócios demonstra, o empresário, para conseguir crédito no sistema financeiro, tem de oferecer bens em garantia real, e normalmente essas garantias são em valor bastante superior ao crédito fornecido. Embora essa classificação, agregada de última hora à Lei, tenha vindo por pressão do setor bancário, evidentemente favorecerá a qualquer credor com garantia real.

As **classes 3 (quirografários) e 4 (micro e pequenas empresas)** são as mais prejudicadas em razão da posição posterior que ocupam na ordem de recebimento em caso de falência, conforme o artigo 83 da Lei nº 11.101/2005<sup>195</sup>. De modo que a construção do **Quadro 5**, no qual se verificam as consequências da decretação de uma falência indevida devido ao comportamento imediatista da classe trabalhista, fica organizada da seguinte forma:

**Quadro 5 – Construção adaptada do jogo da caça ao cervo – credor com privilégios.**

Jogadores e estratégias		Classe 2 (garantia real); Classe 3 (quirografário); Classe 4 (ME/PE)
		Aprovam o plano (cooperam)
Classe 1 (trabalhista)	Aprova o plano (coopera)	<p>Classe 1: recebe o crédito ao longo de 01 ano, conforme artigo 54 da Lei nº 11.101/2005;</p> <p>Classe 2: recebe o crédito distribuído, conforme o plano de recuperação;</p> <p>Classe 3: recebe o crédito distribuído, conforme o plano de recuperação;</p> <p>Classe 4: recebe o crédito distribuído, conforme o plano de recuperação.</p>
	Rejeita o plano (não coopera)	<p>Classe 1: é a primeira classe a receber o crédito na falência;</p> <p>Classe 2: recebe o crédito até o limite do bem dado em garantia na falência;</p> <p>Classe 3: provavelmente não receberá o crédito;</p> <p>Classe 4: provavelmente não receberá o crédito.</p>

<sup>195</sup> BRAS





Fonte: construído pelo autor com base no livro (FIANI, Ronaldo. Teoria dos jogos. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.).

A princípio, se toda a conjuntura apresentada no plano de recuperação judicial demonstra clara viabilidade na recuperação da empresa, pode-se pensar que o consenso em torno da aprovação do plano de recuperação será facilmente obtido. Sob um olhar superficial, imagina-se que credores trabalhistas sempre buscarão a manutenção dos empregos, porém nem sempre essa alegação se refletirá na realidade.

Segundo Dias<sup>196</sup>, o legislador pretendeu dividir os credores na recuperação judicial em classes de credores trabalhistas, credores com garantias reais, credores quirografários e credores enquadrados como micro e pequenas empresas, a fim de agrupá-los segundo seus interesses comuns para melhor deliberação sobre a recuperação judicial da empresa em crise.

Diferente daquilo que pretendeu o legislador, de acordo com Souza<sup>197</sup>, a doutrina do Direito Concursal entende que a classe dos credores trabalhistas na recuperação judicial abrange indivíduos com interesses distintos. Segundo o autor, há

---

<sup>196</sup> DIAS, José Elvies Batista. Recuperação judicial de empresas: uma análise sob a perspectiva econômica do direito. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2019

<sup>197</sup> SOUZA, M.P.D. A recuperação judicial e os direitos fundamentais trabalhistas. São Paulo: Editora Atlas, 2015



credores trabalhistas interessados na manutenção dos empregos, como é o caso dos empregados; mas existem também credores trabalhistas que não possuem o referido interesse.

A classe dos credores trabalhistas pode ser constituída por empregados, ex-empregados, trabalhadores autônomos, representantes comerciais, entre outros. Dos citados trabalhadores, verifica-se que alguns possuem atividade ligada diretamente à continuidade da empresa, como é o caso dos empregados, já outros como os autônomos, exercem sua atividade por conta própria e não para terceiros<sup>198</sup>

Nesse sentido, verifica-se que a Lei nº 11.101/2005 uniu sob a mesma classe credores que podem ter interesses bastante distintos, não necessariamente relacionados ao pagamento do crédito devido, mas no interesse de manter ou não a empresa em funcionamento. Assim, enquanto empregados podem ser mais sensíveis ao plano de recuperação judicial, optando pela recuperação da empresa e pela manutenção dos empregos; ex-empregados e autônomos podem optar pela estratégia que lhes entregue o crédito devido no prazo mais curto, estratégia esta que pode estar mais alinhada com a decretação da falência do devedor, mesmo diante de informações que demonstrem a viabilidade da recuperação.

Não é novidade para os estudiosos da recuperação judicial o fato de que dentro das mesmas classes de credores existem interesses divergentes. O reconhecimento de subclasses dentro de cada classe de credores é inclusive admitido na recuperação judicial, como pode ser verificado no AgInt no AREsp 1510244/RJ, de relatoria do Ministro Raul Araújo, da Quarta Turma do STJ:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. RECONSIDERAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. APROVAÇÃO DO PLANO DE

---

<sup>198</sup> Ibidem



RECUPERAÇÃO JUDICIAL COM DIVISÃO EM SUBCLASSES. POSSIBILIDADE. CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO DESTA CORTE SUPERIOR.

TRIBUNAL ESTADUAL CONCLUIU QUE A DIVISÃO EM SUBCONJUNTOS ATENDEU ACRITÉRIOS OBJETIVOS. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAR ESSA CONCLUSÃO. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. TRIBUNAL A QUO TAMBÉM DESTACOU QUE O PLANO DE RECUPERAÇÃO NÃO CONTÉM NULIDADES E ATENDE À VONTADE DE GRANDE PARTE DOS CREDORES. REEXAME DE PROVAS E DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7 DO STJ.

DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. AGRAVO INTERNO PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. A necessidade de impugnação específica - prevista no art. 932, III, do CPC/2015 e Súmula 182/STJ - não se aplica ao fundamento relativo à violação de norma constitucional, pois se trata de matéria a ser apreciada no recurso extraordinário. Com isso, reconsidera-se a decisão agravada, passando-se a novo exame do recurso.

**2. "A criação de subclasses entre os credores da recuperação judicial é possível desde que seja estabelecido um critério objetivo, justificado no plano de recuperação judicial, abrangendo credores com interesses homogêneos, ficando vedada a estipulação de descontos que impliquem em verdadeira anulação de direitos de eventuais credores isolados ou minoritários" (REsp 1.700.487/MT, Rel. p/ acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 02/04/2019, DJe de 26/04/2019).**

3. O eg. Tribunal estadual, mediante análise soberana das provas existentes nos autos, concluiu que o plano de recuperação judicial foi devidamente aprovado e atende às peculiaridades dos créditos a ele submetidos. A pretensão de alterar esse entendimento demandaria revolvimento fático e probatório dos autos e das cláusulas contratuais, providência incompatível com o recurso especial, a teor das Súmulas 5 e 7/STJ.

4. A incidência da Súmula 7/STJ impede também o exame de dissídio jurisprudencial, na medida em que falta identidade



entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão recorrido.

5. Agravo interno provido para reconsiderar a decisão agravada e, em novo exame, conhecer do agravo para negar provimento ao recurso especial.

(AgInt no AREsp 1510244/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 03/02/2020).  
(grifo nosso)

Outra observação é quanto à possibilidade de deliberação na assembleia geral de credores pelos sindicatos, em representação às categorias profissionais. A referida previsão consta do artigo 37, §5º da Lei nº 11.101/2005<sup>199</sup> colacionado abaixo:

Art. 37. A assembléia será presidida pelo administrador judicial, que designará 1 (um) secretário dentre os credores presentes.

§ 1º Nas deliberações sobre o afastamento do administrador judicial ou em outras em que haja incompatibilidade deste, a assembléia será presidida pelo credor presente que seja titular do maior crédito.

§ 2º A assembléia instalar-se-á, em 1ª (primeira) convocação, com a presença de credores titulares de mais da metade dos créditos de cada classe, computados pelo valor, e, em 2ª (segunda) convocação, com qualquer número.

§ 3º Para participar da assembléia, cada credor deverá assinar a lista de presença, que será encerrada no momento da instalação.

§ 4º O credor poderá ser representado na assembléia-geral por mandatário ou representante legal, desde que entregue ao administrador judicial, até 24 (vinte e quatro) horas antes da data prevista no aviso de convocação, documento hábil que comprove seus poderes ou a indicação das folhas dos autos do processo em que se encontre o documento.

**§ 5º Os sindicatos de trabalhadores poderão representar seus associados titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho que não comparecerem, pessoalmente ou por procurador, à assembléia.**

---

<sup>199</sup> BRASIL. Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falências, Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005



§ 6º Para exercer a prerrogativa prevista no § 5º deste artigo, o sindicato deverá:

I – apresentar ao administrador judicial, até 10 (dez) dias antes da assembléia, a relação dos associados que pretende representar, e o trabalhador que conste da relação de mais de um sindicato deverá esclarecer, até 24 (vinte e quatro) horas antes da assembléia, qual sindicato o representa, sob pena de não ser representado em assembléia por nenhum deles; e

II – (VETADO)

§ 7º Do ocorrido na assembléia, lavrar-se-á ata que conterà o nome dos presentes e as assinaturas do presidente, do devedor e de 2 (dois) membros de cada uma das classes votantes, e que será entregue ao juiz, juntamente com a lista de presença, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas. (grifo nosso)

É possível questionar a representatividade dos sindicatos no âmbito da recuperação judicial, que podem decidir pelos representados, mesmo diante do cabimento de um embate entre a autonomia da vontade coletiva e a autonomia individual do trabalhador<sup>200</sup>

A pretendida representatividade dos trabalhadores não se mantém na prática, quando por vezes sindicatos adotam posicionamentos políticos ou religiosos que se sobrepõem aos interesses profissionais e econômicos da categoria representada. Tal representatividade é ainda menor, por ter o constituinte estabelecido a unicidade sindical, a qual retirou do trabalhador a possibilidade de escolher por qual sindicato gostaria de ser representado<sup>201</sup>

Muito embora a Lei 11.101/2005 possibilite ao trabalhador comparecer e votar em assembleia geral de credores individualmente, na prática, muitos credores trabalhistas podem nem ter tido conhecimento da realização da referida assembleia. Conforme leciona Mandel<sup>202</sup>, os editais são publicados por uma questão meramente

---

<sup>200</sup> FERREIRA, Luciano Carlos. O papel do sindicato dos empregados e do Poder Judiciário no plano de recuperação judicial. XXIV Conpedi. [s.l.], 2015

<sup>201</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito constitucional do trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

<sup>202</sup> MANDEL, Júlio Kahan. Aspectos práticos da assembleia geral de credores – recuperação judicial.



formal, dificilmente os credores tomam ciência da assembleia geral de credores através de editais.

Além disso, o trabalhador pode sentir-se desincentivado a participar da assembleia geral de credores por acreditar que seu voto não fará diferença no resultado. Este raciocínio é explicado por Mancur Olson<sup>203</sup> em seu livro “A lógica da ação coletiva”:

Quando o número de participantes é grande, o participante típico tem consciência de que seus esforços individuais provavelmente não influenciarão muito no resultado final e de que ele será afetado da mesma maneira pelas decisões da reunião tanto se se aplicar muito quanto se se aplicar pouco no estudo do assunto em pauta. Assim, o participante típico pode não se dar ao trabalho de estudar tão cuidadosamente o assunto da reunião quanto o estudaria se pudesse tomar as decisões sozinho. As decisões da reunião são, portanto, benefícios públicos para os que dela participam (e talvez também para outras pessoas), e a contribuição de cada participante para a obtenção ou melhoria desses benefícios públicos diminuirá quanto maior for o número de participantes da reunião.

Nessa toada, verifica-se ainda que, por vezes, sindicatos podem agir de modo distinto daquilo que os trabalhadores da empresa em recuperação defendem. Conforme se verifica no RR 72100-95.2007.5.15.0023, relatado pelo Ministro Luiz José Dezena da Silva, da Primeira Turma do TST, existem situações nas quais o sindicato age de modo diverso ao que foi decidido pelos trabalhadores, inclusive em assembleia sindical:

"AGRAVO INTERNO EM RECURSO DE REVISTA. BANCO DE HORAS. NEGOCIAÇÃO DIRETA. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DA VONTADE DA CATEGORIA. PARTICIPAÇÃO DO SINDICATO NA NEGOCIAÇÃO. NÃO EXIGÊNCIA DE OBSERVAÇÃO DO

---

Revista de direito recuperacional e empresa [revista eletrônica]. v. 12, abril-junho, pp. RR 3.1 – 3.7  
<sup>203</sup> OLSON, Mancur. A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais. São Paulo: Edusp, 1999, p.65



RITO PREVISTO NO ART. 617, § 1.º, DA CLT. PROVIMENTO.

Caracterizada a má aplicação do art. 617, § 1.º, da CLT, deve ser admitido o Recurso de Revista. Agravo conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. BANCO DE HORAS. NEGOCIAÇÃO DIRETA. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DA VONTADE DA CATEGORIA. PARTICIPAÇÃO DO SINDICATO NA NEGOCIAÇÃO. NÃO EXIGÊNCIA DE OBSERVAÇÃO DO RITO PREVISTO NO ART. 617, § 1.º, DA CLT. PROVIMENTO.

A situação dos autos não se amolda àquela prevista no art. 617, § 1.º, da CLT, em que o Sindicato não participa da negociação e o ajuste com a empresa, por meio de acordo coletivo, deve contar com a participação da Federação ou Confederação de trabalhadores. Isso porque **o ente sindical participou das negociações envolvendo a questão relativa à adoção do banco de horas, divergindo, contudo, dos parâmetros para a sua implantação, e se recusando a chancelar os seus termos, mesmo após os trabalhadores, em assembleia geral (acompanhada por representantes do Ministério Público do Trabalho, um Auditor Fiscal do Trabalho e pelo Subdelegado do Trabalho), decidirem pela aprovação do Banco de Horas proposto pelo empregador para o período de 14/03/06 a 14/03/07.** Dessa forma, não há como serem aplicadas as exigências contidas no art. 617, § 1.º, da CLT, no que diz respeito à participação da Federação ou Confederação de trabalhadores. Deve ser restabelecida a decisão de primeiro grau de jurisdição que, reconhecendo a validade do acordo para implementação do banco de horas, declarou a improcedência da Ação Civil Pública. Recurso de Revista conhecido e provido".

(RR-72100-95.2007.5.15.0023, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Jose Dezena da Silva, DEJT 15/03/2019). (grifo nosso)

Do inteiro teor do mesmo Recurso de Revista supramencionado, destaca-se o seguinte trecho do relator Ministro Luiz José Dezena da Silva, no qual chama atenção para o desencontro entre a vontade dos trabalhadores e a decisão do sindicato:

[...]



Não se está, aqui, a falar sobre os aspectos legais da possibilidade ou não de flexibilização de direitos trabalhistas, à luz do contido no *caput* do art. 59, e respectivos parágrafos, da CLT. **O Sindicato não pode pretender agir como dono da categoria profissional, cabendo a ele o papel de representante da vontade dos trabalhadores. E, no caso dos autos, essa vontade, expressa em assembleia geral, foi a de aceitar a adoção do banco de horas para o período 2006/2007.**

[...] (grifo nosso)

Feitas as considerações sobre a divergência entre credores trabalhistas na mesma classe e a possibilidade de comportamento incompatível do sindicato com a vontade dos trabalhadores, caberá agora indicar o porquê dessas situações apontarem para riscos de decretação da falência de uma empresa viável.

Diferentemente de outras classes de credores da recuperação judicial, a classe de credores trabalhistas possui privilégios legais tanto na recuperação judicial quanto na falência, que se exercidos com imediatismo ou mesmo oportunismo no atual modelo de recuperação judicial, podem incentivar à decretação da falência prematura do devedor que apresentava possibilidade de soerguimento.

Da mesma forma que sindicatos podem optar pela decretação da falência do devedor contra a vontade dos empregados; ex-empregados e autônomos sem continuidade de relação com a empresa, podem ter por objetivo a decretação da falência do devedor o quanto antes, a fim de receber seu crédito através da execução do ativo empresarial.





Segundo Frederico Viana<sup>204</sup>, os trabalhadores que não se encontram mais empregados na empresa em crise, deixam de ter uma relação trabalhista e passam a manter apenas uma relação creditícia.

Uma empresa em crise provavelmente rescindiu contratos com muitos empregados e prestadores de serviços, de modo que o encolhimento da sua atividade econômica tenha resultado em um número de credores sem vínculo com a empresa maior do que o número de empregados mantidos contratados. Dessa forma, é possível que mesmo sem avaliar qualquer plano de recuperação, já exista quórum majoritário, dentro da classe trabalhista, pela decretação da falência.

Em seu artigo 83, a Lei nº 11.101/2005<sup>205</sup> estabeleceu a classe de credores trabalhistas como a primeira classe de credores concursais da falência. Ao mesmo tempo, a referida lei, em seu artigo 45, determinou que a deliberação do plano de recuperação judicial ocorreria pela aprovação de todas as classes de credores. Destacam-se os referidos artigos:

**Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.**

[...]

**Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:**

**I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;**

**II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;**

**III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;**

**IV – créditos com privilégio especial, a saber:**

---

<sup>204</sup> RODRIGUES, Frederico Viana. Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Ano XLIV, nº 138, abril-junho, p. 102-122, 2005

<sup>205</sup> BRASIL. Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falências, Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005



a) os previstos no art. 964 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;

d) aqueles em favor dos microempreendedores individuais e das microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

**V** – créditos com privilégio geral, a saber:

a) os previstos no art. 965 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei;

c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

**VI** – créditos quirografários, a saber:

a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;

b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;

c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo;

**VII** – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;

**VIII** – créditos subordinados, a saber:

a) os assim previstos em lei ou em contrato;

b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

[...] (grifo nosso)

Desse modo, verifica-se um nítido desincentivo à cooperação com a recuperação judicial por parte de credores trabalhistas não preocupados em manter o emprego naquela empresa em crise. A classe trabalhista pode sozinha decidir pela reprovação do plano de recuperação judicial, tendo em vista que a lei exige a aprovação por todas as classes, e ainda beneficiar-se por ser mantida como a primeira classe concursal da falência.



Como leciona Mauro Rodrigues Penteado<sup>206</sup>, também citado por Manoel Justino:

[...] é da própria natureza da atividade empresarial a perseguição aos interesses pessoais, e, especialmente, frente a créditos a recuperar, diz o autor corretamente, que é natural esperar ações imediatistas e até egoísticas, como é próprio do regime capitalista.

Em razão da posição privilegiada dos créditos trabalhistas, a possibilidade de recebimento integral do crédito com a decretação da falência tende a afastar o interesse pela recuperação judicial do devedor.<sup>207</sup>

Para Henrique Avelino<sup>208</sup>, uma legislação muito favorável ao credor possibilita maior recuperação de valores para o credor em caso de insolvência empresarial, possibilitando o financiamento da atividade produtiva a uma taxa de juros mais reduzida. Por outro lado, incentiva a falência antecipada de empresas que através de uma reorganização de sua gestão teriam condições de voltar a obter lucratividade, levando a forte impacto negativo na economia através da perda de empregos e renda em razão do interesse individual ou corporativo dos credores.

Diante do exposto, e considerando os princípios da função social e da preservação da empresa, este estudo propõe a adoção de mecanismo que afaste a contagem do voto da classe trabalhista. Esta medida visa impedir a falência indevida do devedor e ao mesmo tempo busca proteger os direitos da referida classe, de forma que devedor e os demais credores não sejam prejudicados por uma ação imediatista.

---

<sup>206</sup> PENTEADO, Mauro Rodrigues et al. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Ed. RT, 2005, p.73. apud BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência [livro eletrônico]: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

<sup>207</sup> RODRIGUES, Frederico Viana. Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Ano XLIV, nº 138, abril-junho, p. 102-122, 2005.

<sup>208</sup> LANA, Henrique Avelino. Falência e recuperação de empresas: análise econômica do direito. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017



O artigo 54 da Lei nº 11.101/2005<sup>209</sup> já prevê limitações ao plano de recuperação judicial de modo a fornecer maior segurança à classe trabalhista no âmbito de uma recuperação judicial, a saber:

Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial.

Parágrafo único. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários- mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

[...]

A Lei nº 11.101/2005<sup>210</sup>, prevê ainda na redação do seu artigo 45, §3º que “o credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quórum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito”.

Dessa forma, entende-se que é necessário um ajuste no modelo de recuperação judicial no sentido de que a classe dos credores trabalhistas não tenha o voto computado para fins de deliberação sobre o plano de recuperação judicial quando, cumulativamente, for comprovado que existe ativo suficiente para quitar o crédito da referida classe, quando o plano de recuperação judicial estabelecer que o pagamento do crédito se dê dentro do período previsto artigo 54 da Lei nº 11.101/2005 e quando houver previsão de que os empregos sejam mantidos durante o cumprimento do plano. Entende-se que a previsão do artigo 45, §3º da Lei nº 11.101/2005 deveria ser ampliada para o plano que cumpra os mencionados requisitos e não somente para os créditos que mantiverem as condições originais de

---

<sup>209</sup> BRASIL. Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falências, Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005

<sup>210</sup> Ibidem



pagamento mantidas, tendo em vista que o crédito da classe trabalhista já conta com uma limitação razoável com relação ao prazo de pagamento.

A justificativa para o referido ajuste é a de que resguardadas as garantias da classe trabalhista, seja a recuperação judicial avaliada pelas classes que correm maior risco, ou seja, os credores sem privilégio concursal. O exercício do direito de voto na recuperação judicial é o ato mais importante na busca da maximização do crédito<sup>211</sup>. No entanto, a busca pela maximização dos créditos exige do credor uma responsabilidade especial.

Nem sempre a maximização do crédito é a solução social mais eficiente. Para Lopes<sup>212</sup>, em virtude do equilíbrio de Nash, os jogadores devem evitar estratégias que vislumbrem a maximização das suas recompensas através de escolhas individuais, optando assim por uma estratégia que melhor beneficie a todos.

Não se pode deixar de lado que um dos pilares da recuperação judicial é a manutenção dos empregos e a recuperação das empresas viáveis, conforme dispõe o artigo 47 da Lei 11.101/2005<sup>213</sup>:

**Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.** (grifo nosso)

Segundo dados do 2º Observatório de Insolvência<sup>214</sup>, enquanto as demais classes de credores têm seus prazos de pagamento diluídos em vários anos, a classe de

---

<sup>211</sup> DIAS, José Elvies Batista. Recuperação judicial de empresas: uma análise sob a perspectiva econômica do direito. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2019, p.81

<sup>212</sup> LOPES, Bráulio Lisboa. Falência e recuperação de empresas: análise econômica e tributária. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2016

<sup>213</sup> BRASIL. Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falências, Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005



credores trabalhistas tem seus créditos pagos no prazo de 01 ano, conforme dispõe o artigo 54 da Lei nº 11.101. Além disso, é uma classe que geralmente não sofre deságio nos valores dos créditos.

Nas palavras de Dias<sup>215</sup>:

Na recuperação judicial, os credores e o devedor são colocados na posição de jogadores que buscam alcançar o melhor resultado para si, no entanto, a melhor estratégia deverá ser guiada pela racionalidade dos envolvidos, para obter resultado a partir da cooperação em que todos ganham. Do contrário, poderá resultar em jogo de soma zero, em que credores sem preferência ou privilégios nada receberão quando da liquidação da empresa em crise.

Campos Filho<sup>216</sup> entende que o credor não poderia ser impedido de exercer sua escolha pela decretação da falência por ter verificado que seu crédito seria mais rápido e mais bem remunerado na falência que em caso de aprovação da recuperação judicial.

Esta pesquisa entende de forma distinta do supracitado autor, pois privilegiar a qualquer custo a escolha de um credor, seria abandonar o princípio da função social, bem como colaborar para o desvirtuamento do instituto da recuperação judicial.

Cabe aqui destaque feito por Ricardo Negrão<sup>217</sup>:

Conforme corroborado por Dworkin, “decisões individuais não se harmonizam necessariamente com objetivos sociais”. O regimento legal deve basear-se não apenas na racionalidade econômica, mas incentivar também comportamentos voltados

---

<sup>214</sup> WAISBERG, Ivo et al. Recuperação judicial no Estado de São Paulo – 2ª Fase do Observatório de Insolvência. Associação Brasileira de Jurimetria. [s. l.], 2019

<sup>215</sup> DIAS, José Elves Batista. Recuperação judicial de empresas: uma análise sob a perspectiva econômica do direito. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2019, p.81

<sup>216</sup> CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato. Falência e recuperação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. apud DIAS, José Elves Batista. Recuperação judicial de empresas: uma análise sob a perspectiva econômica do direito. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2019

<sup>217</sup> NEGRÃO, R. Curso de direito comercial e de empresa [livro eletrônico], v.3: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos. [s. l.], 2018, p.159



para o trabalho, inclusão e justiça social, pois apenas as empresas “vivas” permitem atender a esses requisitos.

A recuperação judicial de empresas distanciou o empresário do objetivo único de lucro e o colocou mais próximo de outros interesses sociais, como os interesses relevantes para empregados, consumidores e fornecedores.<sup>218</sup>

Nesse sentido, embora a atividade empresarial seja amparada e estimulada pela legislação brasileira, seu exercício deve ocorrer dentro de limites principiológicos, aplicando-a imposições proporcionais aos impactos indesejados que possa vir a causar à interesses sociais relevantes.<sup>219</sup>

### 3.3 Da aposta estratégica à recuperação judicial inviável

Este tópico tem por finalidade analisar a perda de eficiência da recuperação judicial decorrente de decisão do credor que opta pela recuperação judicial da empresa mesmo diante de elementos que evidenciam a inviabilidade do plano de recuperação judicial.

Conforme já verificado ao longo desta pesquisa, existem credores que possuem privilégios tanto na recuperação quanto na falência. Enquanto isso, outros credores não possuem o mesmo benefício legal, dificilmente conseguindo recuperar ao menos parte do crédito, o que incentiva a adoção de estratégias que apostam em uma recuperação judicial notoriamente inviável.

Para fins de visualização das estratégias disponíveis, será utilizado o **Quadro 6** inserido abaixo, o qual foi construído sob as mesmas condições do **Quadro 5** do tópico anterior, mas agora sob a perspectiva dos credores não privilegiados, de forma

---

<sup>218</sup> DIAS, José Elvies Batista. Recuperação judicial de empresas: uma análise sob a perspectiva econômica do direito. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2019

<sup>219</sup> LOPES, Bráulio Lisboa. Falência e recuperação de empresas: análise econômica e tributária. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2016



que se antes discutia-se o imediatismo do credor, agora discute-se o mediatismo ou morosidade da decretação da falência.

O **Quadro 6** ilustra a situação dos credores com maior possibilidade de recuperação do crédito, como é o caso das **classes 1 e 2 (trabalhistas e titulares de crédito com garantia real)**, e dos credores com baixa expectativa de recebimento do crédito, condição das **classes 3 e 4 (quirografários e micro e pequenas empresas)**.

**Quadro 6 – Construção adaptada do jogo da caça ao cervo – credor sem privilégios.**

Jogadores e estratégias		Classe 3 (quirografário) e Classe 4 (ME/PE)	
		Reprovam o plano	Aprova o plano
Classe 1 (trabalhista) e Classe 2 (garantia real)	Aprovam o plano	<p><b>Classe 1:</b> recebe o crédito com preferência na falência;</p> <p><b>Classe 2:</b> recebe o crédito na falência logo após a Classe 1, até o limite da garantia;</p> <p><b>Classes 3 e 4:</b> provavelmente não receberão o crédito.</p>	<p><b>Classe 1:</b> recebe o crédito ao longo de 01 ano, conforme artigo 54 da Lei nº 11.101/2005 ou recebe com preferência na falência, o que ocorrer primeiro;</p> <p><b>Classe 2:</b> recebe o crédito distribuído, conforme o plano de recuperação ou recebe na falência logo após a Classe 1, até o limite da garantia;</p> <p><b>Classes 3 e 4:</b> provavelmente não receberão o crédito.</p>

Fonte: construído pelo autor com base no livro (FIANI, Ronaldo. Teoria dos jogos. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.).

Considerando que a Lei nº 11.101/2005 não tem por objetivo a recuperação da empresa a qualquer custo, devendo ser aprovado apenas aquele plano de recuperação que apresente viabilidade, verifica-se que a aprovação de um plano inviável não apenas desvia-se dos fins legais, mas também impede o ganho social decorrente da melhor alocação do ativo empresarial.

Para Fábio Ulhoa:

Nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou





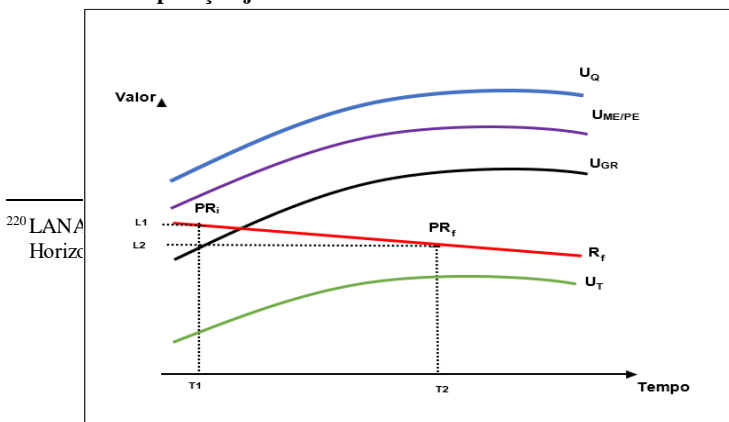
possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as más empresas devem falir para que as *boas* não se prejudiquem. Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores.

Uma legislação muito favorável ao devedor implicará atraso na liquidação dos ativos dos empresariais ao manter a empresa ineficiente em funcionamento, e, conseqüentemente, reduzirá a satisfação dos créditos devidos. Também incentiva a quebra de contratos, inobservância de direitos de propriedade e traz impactos negativos ao desenvolvimento econômico e social do país<sup>220</sup>

No **tópico 3.0** foi realizada toda uma explanação acerca da utilidade da recuperação judicial para o credor, considerando as restrições financeira e patrimonial a que se sujeita o devedor para o caso de sucesso ou de fracasso da recuperação judicial.

Nesse sentido, será utilizado o **Gráfico 6** para fins de explicação da aposta estratégica na qual pode incorrer o credor a fim de maximizar o seu crédito, mesmo que as condições do plano de recuperação judicial lhe seja desfavorável.

**Gráfico 6 – Demonstração da perda de ativos empresariais decorrentes de plano de recuperação judicial inviável.**



ica do direito. Belo



Fonte: próprio autor.

No **Gráfico 6**, o ponto **PR<sub>i</sub>** representa o valor (**L1**) dos ativos do devedor no momento (**T1**) da deliberação sobre o plano de recuperação judicial; **PR<sub>f</sub>** representa o valor (**L2**) dos ativos do devedor no momento (**T2**) da decretação da falência do devedor; **R<sub>f</sub>** representa a curva de restrição financeira e patrimonial inclinada negativamente em razão do fracasso da recuperação judicial, demonstrando que a postergação da decretação da falência reduziu ainda mais o ativo do devedor; **UT** representa a curva de indiferença da classe 1 de credores trabalhistas; **UGR** representa a curva de indiferença da classe 2 de credores titulares de crédito com garantia real; **UME/PE** representa a curva de indiferença da classe 4 de credores micro e pequenas empresas; **UQ** representa a curva de indiferença da classe 3 de credores quirografários.

Conforme se observa no **Gráfico 6**, o ponto **PR<sub>i</sub>**, que indica a situação do ativo no ato da deliberação sobre o plano de recuperação; demonstra que o ativo é suficiente para quitar as obrigações com os credores das classes 1 e 2. Com a recuperação judicial fracassada, o ativo tende a perder valor e os créditos extraconcursais junto a outros credores tendem a aumentar, de forma que credores anteriormente garantidos com o ativo existente, podem passar a correr riscos sobre parte de seus créditos quando aprovado o plano de recuperação judicial (a curva de restrição financeira e patrimonial inclina-se negativamente, podendo ficar abaixo da curva de indiferença da classe de credores que tinha a totalidade ou a maior parte do seu crédito resguardada pelo ativo inicial).



Identificam-se duas motivações para que todas as classes de credores aprove um plano de recuperação inviável: a primeira ocorre por que credores com privilégios legais, especialmente as classes 1 e 2, aprovam o plano de recuperação por sentirem que seus créditos estão garantidos em caso de falência; a segunda se dá pelo fato de que as demais classes, por verificarem que a decretação da falência imediata lhes trará nenhum ou pouco retorno financeiro, aprovam o plano de recuperação judicial na esperança de que qualquer crédito recuperado será mais vantajoso que a liquidação do ativo atual do devedor. A segunda motivação constitui o objeto desta análise, pois é o caso no qual os credores envolvidos tendem a aprovar a recuperação inviável como uma espécie de aposta.

Segundo Frederico Viana<sup>221</sup>, quando o valor de liquidação do ativo no momento da deliberação sobre o plano de recuperação (L1) fica próximo de zero ( $L1 \cong 0$ ), o credor tende a concordar com a recuperação da empresa vislumbrando que a liquidação do ativo ao final da recuperação (L2) será maior que zero ( $L2 \geq 0$ ). Dessa forma, a aprovação da recuperação judicial pelo credor não ocorre pela crença na recuperação de fato, mas por uma aposta em ganhos futuros que poderá fazer sem riscos, já que se optasse pela falência imediata teria certeza de que não receberia nada.

No caso do **tópico 3.2**, este estudo apresentou discordância dos argumentos de Campos Filho<sup>222</sup>, que defendeu não ser cabível impedir o credor de votar como queira a fim de maximizar seu crédito. Para a situação anterior, este estudo entende que o afastamento do voto do credor trabalhista seria cabível, tendo em vista que seus

---

<sup>221</sup> RODRIGUES, Frederico Viana. Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Ano XLIV, nº 138, abril-junho, p. 102-122, 2005

<sup>222</sup> CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato. Falência e recuperação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. apud DIAS, José Elves Batista. Recuperação judicial de empresas: uma análise sob a perspectiva econômica do direito. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2019



créditos possuem garantias legais e sua conduta em reprovar um plano de recuperação viável decorreria de uma conduta oportunista.

Para o objeto de estudo do presente tópico, este estudo entende que o argumento do supramencionado autor seria cabível, pois não constitui ato oportunista para fins de maximização do crédito. Também não se busca antecipar valores que já contam com alguma proteção legal. O credor que aprova uma recuperação inviável na tentativa de recuperar seu crédito apenas objetiva reduzir seu prejuízo. Assim, não seria adequado afastar a opção de voto pelo credor que queira apostar na recuperação inviável. Pode-se, no entanto, apontar a utilização de outro mecanismo que evite o atingimento desta situação.

Ressalta-se que as classes 3 e 4 de credores, conforme dispõe o artigo 83 da Lei nº 11.101/2005<sup>223</sup>, recebem seus créditos na falência depois, inclusive, dos créditos tributários. Sabe-se que dificilmente sobram ativos na falência depois de quitadas as obrigações do devedor junto ao fisco.

O próprio Estado considera como irrecuperáveis os créditos junto a devedor que teve sua falência decretada ou que se encontra em recuperação judicial ou extrajudicial, conforme dispõe o artigo 24 da Portaria nº 11.956 do Ministério da Economia<sup>224</sup>, que regulamenta a transação tributária no âmbito da União, nos termos dispostos abaixo:

**Art. 24. Para os fins do disposto nesta Portaria, são considerados irrecuperáveis os créditos inscritos em dívida ativa da União, quando:**

I - inscritos há mais de 15 (quinze) anos e sem anotação de garantia ou suspensão de exigibilidade;

II - suspensos por decisão judicial há mais de 10 (dez) anos;

---

<sup>223</sup> BRASIL. Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falências, Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005

<sup>224</sup> BRASIL. Ministério da Economia. Portaria nº 11.956, de 27 de novembro de 2019. Regulamenta a transação na cobrança de dívida ativa da União



**III - de titularidade de devedores:**

**a) com falência decretada;**

**b) em processo de recuperação judicial ou extrajudicial;**

c) em liquidação judicial;

**d) em intervenção ou liquidação extrajudicial. [...] (grifo nosso)**

De acordo com Luiz Rabi<sup>225</sup>, economista do Serasa Experian, a reduzida taxa de sucesso das recuperações judiciais decorre do fato de que boa parte dos devedores ingressam com o pedido de recuperação judicial quando a empresa já não apresenta mais possibilidade de se reerguer. Tal afirmação é reforçada pelo Juiz Paulo Furtado<sup>226</sup>, titular da 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao informar que há vários casos no quais o pedido de recuperação judicial é feito quando a empresa já quase não possui atividade e o número de empregados já está bastante reduzido, o que denota um pedido de recuperação tardio. O juiz acredita ainda que faz parte da cultura empresarial brasileira acreditar que ainda conseguirá reverter a crise empresarial; que o empresário até conhece o mecanismo de recuperação judicial, mas que acredita ser a última opção.

Nesse sentido, entende-se que a melhor proposição a ser feita para evitar apostas em recuperações inviáveis, seria aquela que melhor evitasse o pedido de recuperação intempestivo, impedindo que a recuperação seja iniciada apenas por iniciativa do devedor e que o plano de recuperação não venha a ser aprovado somente quando o ativo empresarial existente suporta apenas pequena parcela das dívidas.

---

<sup>225</sup> RABI, Luiz. Serasa Experian, 2016. apud LANA, Henrique Avelino. Falência e recuperação de empresas: análise econômica do direito. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017

<sup>226</sup> OLIVON, Beatriz. Empresas buscam recuperação judicial tardiamente, alerta juiz. Valor Econômico, São Paulo, 11 de fevereiro de 2015. Organizações Globo



Assim, este estudo propõe que o pedido de recuperação judicial possa também ser feito pelo credor, assim como ocorre na falência. Desse modo, ao primeiro sinal de crise da empresa, o credor poderia pedir a recuperação judicial.

O credor poderia então pedir a recuperação judicial do devedor, e este querendo evitá-la, poderia contestar o pedido trazendo elementos que desconstituam a exigibilidade do crédito ou efetuar o pagamento. Não conseguindo desconstituir ou pagar o crédito, o juízo deveria determinar ao devedor a juntada dos documentos exigidos no artigo 51 da Lei nº 11.101/2005, a fim de que seja dado prosseguimento à recuperação judicial da empresa.

Em caso de descumprimento do devedor em juntar a documentação exigida para prosseguimento da recuperação judicial, deveria ser adotada a mesma providência cabível ao devedor que desobedece a ordem judicial para emenda da petição de recuperação judicial. Segundo Fábio Ulhoa<sup>227</sup>, se o juízo verificar que o devedor está retardando intencionalmente a emenda da petição inicial do pedido de recuperação, poderá o juiz fixar prazo peremptório para instrução do feito, e, em caso de descumprimento, o juízo deverá decretar a falência do devedor.

Para Ricardo Negrão<sup>228</sup>, a impossibilidade de o credor pedir a recuperação judicial merece ponderações para o aperfeiçoamento deste instituto, tendo em vista que a atual legislação concursal atua sobre a empresa enquanto atividade, não sendo seu titular o único destinatário. Para o autor, existe interesse tanto de credores quanto de empregados em buscar a recuperação da empresa a fim de preservar os ativos empresariais e os empregos.

---

<sup>227</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e recuperação de empresas, 3. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

<sup>228</sup> NEGRÃO, R. Curso de direito comercial e de empresa [livro eletrônico], v.3: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos. [s. l.], 2018



De acordo com Campinho<sup>229</sup>, a Lei nº 11.101/2005 difere de outras legislações estrangeiras que admitem o pedido de recuperação judicial pelos credores. Na França, o pedido de recuperação pode ser feito pelo devedor, pelos seus credores ou mesmo pelo Ministério Público. Em Portugal, possuem legitimidade ativa para o pedido de recuperação judicial, o devedor, os sócios de responsabilidade ilimitada, qualquer credor e o Ministério Público.

Para Barbosa<sup>230</sup>, “em um sentido de eficiência *ex-ante*, uma legislação falimentar deve criar os incentivos adequados para que tanto credores quanto devedores tenham um comportamento ótimo antes da insolvência”.

O fim de uma empresa ocasiona perda de valores econômicos e sociais ao país, exigindo do Estado a adoção de ferramentas que possibilitem a recuperação de uma empresa de forma eficiente, de modo que ela possa continuar gerando riquezas, trabalho e receitas.<sup>231</sup>

Portanto, é necessária uma adaptação da legislação nacional de modo a acompanhar o que já vem sendo feito em outros países, permitindo assim uma ação preventiva que proteja a empresa em crise.

### **3.4 Da ausência de incentivos à falta de coordenação negocial**

Este tópico visa abordar pontos do atual modelo de recuperação judicial que levam desincentivo aos credores em participarem das negociações do plano de recuperação judicial, propondo durante os apontamentos a adoção de um instrumento que melhor viabilize a participação dos credores e a convergência dos seus diversos interesses em prol do melhor resultado da pretendida recuperação judicial.

---

<sup>229</sup> CAMPINHO, S. Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa. [s. l.], 2017

<sup>230</sup> BARBOSA, Klênio et al. O impacto da nova lei de falências no mercado de crédito brasileiro. *Economia Aplicada*, v. 21, n. 3, p. 469-501, 2017, p.475

<sup>231</sup> LOPES, Bráulio Lisboa. Falência e recuperação de empresas: análise econômica e tributária. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2016



O presente estudo iniciou as análises do processo de recuperação judicial de empresas abordando as deficiências do atual sistema que fornecem terreno fértil para o risco moral por parte do devedor e a assimetria de informação, entendendo que a referida questão é um primeiro desincentivo à deliberação sobre o plano de recuperação judicial.

Há entendimento de que o modelo de recuperação judicial adotado no Brasil desincentiva a participação dos credores na assembleia geral, momento no qual poderiam colaborar com a negociação, em razão da inadequada transparência e insuficiência de informações.<sup>232</sup>

Em seguida foram abordadas as proteções legais ao credor trabalhista que em dadas circunstâncias pode sentir-se incentivado a não cooperar com a recuperação judicial de uma empresa viável e optar pela decretação da falência indevidamente.

Tal situação ocorre em razão da falta de homogeneidade de interesses dos credores, bem como pelo egoísmo do agente econômico, que prefere agir com base no interesse pessoal em prejuízo do interesse coletivo.<sup>233</sup>

Nesse seguimento, pode-se apontar ainda como proteção legal que desincentiva a participação do credor, a previsão do artigo 56, §3º da Lei nº 11.101/2005<sup>234</sup>, que estabelece: “o plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembleia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes”.

---

<sup>232</sup> LANA, Henrique Avelino. Falência e recuperação de empresas: análise econômica do direito. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017

<sup>233</sup> LOPES, Bráulio Lisboa. Falência e recuperação de empresas: análise econômica e tributária. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2016

<sup>234</sup> BRASIL. Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falências, Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005





Segundo Lopes<sup>235</sup>, o referido dispositivo é objeto de crítica na doutrina, tendo em vista que prejudica o alcance dos objetivos da Lei nº 11.101/2005.

Sobre o dispositivo supramencionado, Fábio Ulhoa<sup>236</sup> explica que:

O plano de recuperação não pode ser alterado, na assembleia geral, quando a alteração prejudica credor ausente. Presume-se que o credor está satisfeito com a proposta do devedor, feita no plano por este apresentado, relativamente ao seu crédito; está tão satisfeito, que nem se interessa por comparecer à assembleia dos credores para discutir ou votar contrariamente à proposta do devedor. Se, contudo, no curso da assembleia, no bojo das negociações ali encetadas, o plano de recuperação originariamente proposto é objeto de alteração, não se pode prejudicar o tratamento dado ao crédito titulado por credores ausentes, já que não se sabe se estes, uma vez cientificados da nova condição que se pretende dar ao seu direito, ficariam igualmente satisfeitos.

Em relação aos créditos dos credores presentes, contudo, a lei não se preocupou em estabelecer igual garantia. O plano afinal aprovado pela assembleia pode conter, em relação ao originalmente proposto pelo devedor, uma condição menos vantajosa para os créditos titulados pelos presentes. Estes, se não conseguirem obstar a alteração pelo voto, devem se submeter à vontade da maioria.

Também não se admite que os credores presentes obstem alteração no plano de recuperação, a pretexto de que o direito dos ausentes ficaria prejudicado relativamente ao que continha a proposta original do devedor. Aqui o problema é de legitimação: os presentes não estão legitimados para a defesa do interesse dos ausentes. Cabe a estes últimos pleitearem ao juízo recuperacional que, caso o plano seja homologado, a alteração de seu crédito reste ineficaz, prevalecendo a proposta original do devedor.

---

<sup>235</sup> LOPES, Bráulio Lisboa. Falência e recuperação de empresas: análise econômica e tributária. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2016

<sup>236</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. comentários à lei de falências e recuperação de empresas [livro eletrônico], 3. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. não paginado



A edição do artigo 56, §3º da lei 11.101/2005 parece ter tido boas intenções quando idealizada, evitando que o credor ausente tivesse surpresas quando o plano de recuperação fosse alterado e aprovado sem a sua presença.

Ocorre que na assembleia geral de credores, muitas vezes é necessário que credores concordem com ganhos proporcionais para viabilizar a recuperação da empresa, evitando uma maximização de ganho individual que levaria o devedor à falência e ao mesmo tempo incorreria em perdas para parte dos demais credores<sup>237</sup>

Conforme leciona Mancur Olson<sup>238</sup>, na deliberação sobre decisões que agreguem ganhos coletivos para determinado grupo, o indivíduo é sensível à participação no grupo com o fim de obter essa vantagem coletiva, mas se puder, preferirá ainda mais a vantagem coletiva na qual não precisará incorrer em custos.

Portanto, verifica-se ser necessário afastar as mais diversas formas de desincentivo à participação do credor na assembleia geral, pois conforme lição de Dworkin, citadas por Ricardo Negrão<sup>239</sup>, as decisões tomadas isoladamente por um indivíduo, não significam imperiosamente ganhos para a sociedade. Nesse sentido, pode-se argumentar que a função social exigida do sistema empresarial pode não ser compatível com opções que escudem o credor de dar sua parcela de contribuição na recuperação de uma empresa que apresente viabilidade.

Para Henrique Avelino<sup>240</sup>, a eficiência da legislação falimentar está relacionada à criação de um espaço formal de negociação e cooperação que estimule

---

<sup>237</sup> DIAS, José Elvies Batista. Recuperação judicial de empresas: uma análise sob a perspectiva econômica do direito. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2019

<sup>238</sup> OLSON, Mancur. A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais. São Paulo: Edusp, 1999

<sup>239</sup> NEGRÃO, R. Curso de direito comercial e de empresa [livro eletrônico], v.3: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos. [s. l.], 2018

<sup>240</sup> LANA, Henrique Avelino. Falência e recuperação de empresas: análise econômica do direito. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017



devedor e credores na busca da solução mais eficiente tanto na recuperação da empresa quanto na sua liquidação.

Supõe-se que quando se trata da coesão de grupos, o fator principal a se discutir é o grau de consenso, conseqüentemente, quando existem desacordos sérios, dificilmente se atingirá um esforço coordenado e voluntário. No entanto, pode-se afirmar que quando há elevado nível de concordância quanto ao que se pretende é muito provável que a ação coletiva será eficiente.<sup>241</sup>

A tomada de decisões desacertadas está muito relacionada a racionalidade limitada dos agentes, bem como a complexidade, riscos e incertezas do ambiente econômico. Assim, é imperativo instituir um mecanismo de coordenação anterior a tomada de decisões. A ausência desse mecanismo de coordenação pode trazer conseqüências danosas ao sistema econômico e ao desenvolvimento do país.<sup>242</sup>

Barbosa<sup>243</sup> aponta uma espécie de canibalismo empresarial quando inexistente um mecanismo que coordene os interesses dos credores. Segundo o autor:

Os credores podem identificar os problemas financeiros que atingem a empresa, antecipar a possibilidade futura de insolvência e, agindo de forma individual, cada credor pode escolher a estratégia de retirar parte dos ativos da empresa como forma de se proteger de um prejuízo maior com a decretação da falência da empresa. Agindo de forma racional, os credores geram uma corrida para a retirada dos ativos, provocando uma prematura liquidação do negócio.

---

<sup>241</sup> OLSON, Mancur. A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais. São Paulo: Edusp, 1999

<sup>242</sup> FIANI, Ronaldo. Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

<sup>243</sup> BARBOSA, Klênio et al. O impacto da nova lei de falências no mercado de crédito brasileiro. Economia Aplicada, v. 21, n. 3, p. 469-501, 2017, p.475



Em razão dos efeitos negativos decorrentes da falta de coordenação entre os agentes econômicos, surge um espaço favorável para que o Estado desempenhe um importante papel positivo na economia, o papel de gestor de conflitos.<sup>244</sup>

Desse modo, este estudo propõe que se passe a adotar no âmbito da recuperação judicial o instrumento da mediação, por entender que é uma forma de se coordenar os objetivos e ações na busca do melhor resultado, pois mesmo que haja informações disponíveis e certo grau de concordância, os envolvidos na recuperação, ainda assim, podem não serem capazes de convergir esses interesses em uma escolha eficiente.

Através da mediação é possível superar as emoções envolvidas nos processos de negociação ou mesmo seu caráter competitivo, com os quais provavelmente não se chegaria a um esforço cooperativo. Sem um mecanismo de coordenação como a mediação, mesmo que os envolvidos tenham objetivos comuns, individualmente, poderiam não conseguir pô-los em prática<sup>245</sup>

O melhor conjunto de ações pode não ser adotado seja em razão da divergência de expectativas, seja porque é mais conveniente aguardar a iniciativa de outros agentes<sup>246</sup>

Coordenar decisões de vários interessados, redigir acordos e garantir o seu cumprimento envolve custos de transação. Muitas vezes, a coordenação dos envolvidos pode não ocorrer em razão desse custo em identificar o que deve ser coordenado e efetivar a construção de um acordo.<sup>247</sup>

---

<sup>244</sup> FIANI, Ronaldo. *Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

<sup>245</sup> SIERRALTA RIOS, Aníbal. *Negociação e teoria dos jogos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018

<sup>246</sup> FIANI, Ronaldo. *Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

<sup>247</sup> *Ibide*



O mediador constitui um terceiro, sem interesse vinculado à negociação, que tem por objetivo atuar como facilitador. Atua para que as partes cheguem a um acordo e as divergências sejam resolvidas. Na mediação não são fornecidas as soluções, mas o mediador fornece elementos que contribuem na busca de uma solução a partir dos próprios envolvidos.<sup>248</sup>

Segundo Rita de Cássia<sup>249</sup>:

A vantagem da mediação é que as partes podem construir um resultado conhecido e executável entre si. Na mediação, quem vai compor o acordo serão os envolvidos. Eles têm uma folha em branco, que será escrita e decidida por eles mesmos.

A mediação tem como ponto principal o restabelecimento da comunicação e a manutenção da relação para o futuro, sabendo-se que os conflitos podem ser solucionados através da dedicação e da construção em conjunto.

[...]

A mediação como alternativa de resolução de conflitos, por intermédio de um facilitador, busca restabelecer a comunicação, encontrando os interesses comuns e construindo acordos equilibrados e benéficos, mantendo as relações comerciais entre eles.

A técnica da mediação induz o acordo voluntário entre os envolvidos, pois destaca os objetivos comuns e atenua as divergências. O mediador induz o surgimento de uma solução entre as partes e as leva a aceitá-la. Não se impõe uma solução, até mesmo pelo fato de que o mediador não tem poder formal para tal.<sup>250</sup>

Entende-se que o caminho da mediação seria adequado, tendo em vista que não retira o caráter soberano da assembléia geral de credores. Como se verifica na jurisprudência, a assembléia geral de credores é soberana em suas decisões, não

<sup>248</sup> SIERRALTA RIOS, Aníbal. Negociação e teoria dos jogos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018

<sup>249</sup> DE ASSIS BRAZ, Rita de Cássia. A mediação no âmbito empresarial. In: Mediação e conciliação [livro eletrônico]: teoria e prática / coordenação: Ana Nunes. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. não paginado

<sup>250</sup> SIERRALTA RIOS, Aníbal. Negociação e teoria dos jogos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018



cabendo nem mesmo ao juiz modificar sua decisão. Tal afirmação pode ser verificada no REsp 1660195/PR, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTROLE DO MAGISTRADO SOBRE O PLANO DE SOERGIMENTO. APROVAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. VIABILIDADE ECONÔMICA. SOBERANIA DA AGC. LEGALIDADE. VERIFICAÇÃO PELO JUDICIÁRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE.

1. Processamento da recuperação judicial deferido em 24/05/2013. Recurso especial interposto em 04/11/2014 e atribuído ao Gabinete em 25/08/2016.

**2. A jurisprudência das duas Turmas de Direito Privado do STJ sedimentou que o juiz está autorizado a realizar o controle de legalidade do plano de recuperação judicial, sem adentrar no aspecto da sua viabilidade econômica, a qual constitui mérito da soberana vontade da assembleia geral de credores.**

3. O reexame de fatos e provas e a interpretação de cláusulas contratuais em recurso especial são inadmissíveis.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1660195/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA

TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017). (grifo nosso)

No mesmo sentido, segue o REsp 1359311/SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO EMPRESARIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO EM ASSEMBLEIA. CONTROLE DE LEGALIDADE. VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. CONTROLE JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE.

**1. Cumpridas as exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido**



**aprovado em assembleia (art. 58, caput, da Lei n. 11.101/2005), não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa, uma vez que tal questão é de exclusiva apreciação assemblear.**

2. O magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação - no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito

-, mas não o controle de sua viabilidade econômica. Nesse sentido, Enunciados n. 44 e 46 da I Jornada de Direito Comercial CJP/STJ.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1359311/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA

TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 30/09/2014). (grifo nosso)

Muito embora possa haver coerência dos agentes econômicos quanto a busca de seus objetivos, existem obstáculos que costumeiramente impossibilitam a tomada da melhor decisão. Um desses obstáculos é a racionalidade substantiva ou racionalidade limitada, que significa que o agente tem um limite na capacidade de reter, desenvolver e emitir os conhecimentos indispensáveis na busca dos seus objetivos.<sup>251</sup>

A escolha estratégica do agente é feita considerando sua crença subjetiva sobre aquilo que acredita que os outros agentes farão. Por vezes, pode-se adotar a estratégia que leva ao pior equilíbrio como forma de evitar maiores riscos. Isso ocorre porque o indivíduo teme acreditar que os demais envolvidos farão escolhas melhores, pois caso não ocorram, seu prejuízo seria ainda maior.<sup>252</sup>

Conforme as lições de Nash, quando um credor toma conhecimento de que os demais credores estão dispostos a renunciar parte de seus ganhos em prol da

---

<sup>251</sup> FIANI, Ronaldo. Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

<sup>252</sup> Ibidem



recuperação da empresa em crise, aquele credor munido de mais informações sobre a atitude dos demais tende a ser mais cooperativo com a negociação, viabilizando um equilíbrio de Nash.<sup>253</sup>

Para tanto, no âmbito desta pesquisa, entende-se que, caso haja decisão de alteração do plano de recuperação, a assembleia geral de credores deveria ser realizada em pelo menos duas etapas com razoável intervalo de tempo.

A intenção de se estabelecer duas etapas de deliberação na qual na primeira se discutiria a alteração do plano e na segunda seria fechada a deliberação com a votação, consiste em viabilizar uma análise mais detida das alterações propostas e da viabilidade do plano. Uma segunda reunião assemblear facilitaria a convergência de interesses através da atuação do mediador.

Não é possível decidir acertadamente pela recuperação de uma empresa sem antes verificar detalhadamente sua viabilidade, pois isto pode resultar em um agravamento da crise existente. Em alguns casos a solução mais eficiente será não recuperar a empresa em crise.<sup>254</sup>

A determinação desse intervalo na prática não acarretaria atrasos na deliberação, tendo em vista que a Lei nº 11.101/2005 prevê a possibilidade de suspensões da assembleia geral de credores. Sobre isso Mandel<sup>255</sup> afirma que:

A suspensão é algo natural e normal, e a LRF até prevê uma forma específica de votação, diferente da votação sobre o Plano. Para sua aprovação, basta a proposta ser aprovada pela maioria simples dos presentes, independentemente de classes. E normalmente ela é sugerida quando as discussões se

---

<sup>253</sup> DIAS, José Elvies Batista. Recuperação judicial de empresas: uma análise sob a perspectiva econômica do direito. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2019

<sup>254</sup> LOPES, Bráulio Lisboa. Falência e recuperação de empresas: análise econômica e tributária. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2016

<sup>255</sup> MANDEL, Júlio Kahan. Aspectos práticos da assembleia geral de credores – recuperação judicial. Revista de direito recuperacional e empresa [revista eletrônica]. v. 12, abril-junho, pp. RR 3.1 – 3.7, p. RR 3.5





alongam demais, ou quando há alteração relevante de cláusulas do Plano original e os credores demandem mais tempo para análise ou mesmo de tempo para que suas diretorias/conselhos aprovelem a nova versão.

O que se deseja evitar é que intervalos muito curtos entre as deliberações do plano de recuperação sejam estipulados, prejudicando uma análise mais atenta às alterações do plano. Na Prática, segundo dados do 2º Observatório de Insolvência<sup>256</sup>, em estudo realizado nas Varas do Tribunal de Justiça de São Paulo, em apenas 9,6% dos processos de recuperação judicial a assembleia geral de credores limitou-se a uma única sessão.

Segundo Aníbal Sierralta<sup>257</sup>, no desenvolvimento de uma negociação com o objetivo de se atingir metas comuns ou tomar decisões surgem divergências e conflitos, que por vezes podem ser mais bem solucionados quando há uma nova rodada de negociação em data futura e local distinto.

Uma nova rodada de negociação pode possibilitar também uma maior união entre os envolvidos, um maior tempo para analisar os acordos realizados na rodada anterior e para estudar os pontos ainda não resolvidos.<sup>258</sup>

Portanto, conclui-se neste tópico que a eliminação dos desincentivos à cooperação dos credores, juntamente com a participação de um mediador e a existência de um intervalo razoável entre as reuniões assembleares, quando for necessário alterar o plano de recuperação, são medidas importantes para que se evite a deliberação precoce e inconsequente sobre a recuperação judicial do devedor.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

<sup>256</sup> WAISBERG, Ivo et al. Recuperação judicial no Estado de São Paulo – 2ª Fase do Observatório de Insolvência. Associação Brasileira de Jurimetria. [s. l.], 2019

<sup>257</sup> SIERRALTA RIOS, Aníbal. Negociação e teoria dos jogos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018

<sup>258</sup> Ibidem



Os resultados desta pesquisa demonstram que apesar dos avanços obtidos com a edição da Lei nº 11.101/2005, ainda podem ser verificados vários pontos de fragilidade no atual modelo de recuperação judicial, os quais tornam o processo menos eficiente quanto à alocação dos ativos empresariais.

Este estudo indica perda de eficiência decorrente de questões relacionadas ao risco moral nas relações devedor-credor; à assimetria de informações; à presença de incentivos legais à não cooperação dos credores; à ausência de mecanismos *ex-ante* de prevenção à insolvência irreversível e à falta de estrutura de coordenação dos interesses conflitantes.

Nesse sentido, as proposições sugeridas para o aperfeiçoamento do processo de recuperação judicial são a redução das assimetrias de informação, e, conseqüentemente do risco moral, através do estabelecimento de perícia prévia indicada pelos próprios credores. A referida medida tem o objetivo de averiguar preliminarmente o cumprimento dos requisitos do pedido de recuperação judicial por parte do devedor, evitando assim que o Poder Judiciário defira o processamento de recuperação judicial incabível. Recomenda-se ainda que o mesmo profissional emita laudo contábil detalhado para fins de formação do convencimento dos credores, de modo que as informações fornecidas transmitam maior credibilidade e confiança capazes de subsidiar a deliberação sobre o plano de recuperação judicial.

Sugere-se também o afastamento do voto assemblear do credor trabalhista quando verificada a existência de ativo suficiente para quitar seu crédito, e desde que garantidos no plano de recuperação judicial o pagamento integral dos créditos no prazo previsto no artigo 54, caput e parágrafo único da Lei nº 11.101/2005. O sugerido procedimento, visa garantir os direitos da classe de credores trabalhistas, ao mesmo tempo que busca impedir a adoção de comportamento imediatista que possa levar o devedor com possibilidade de soerguimento à decretação da falência.



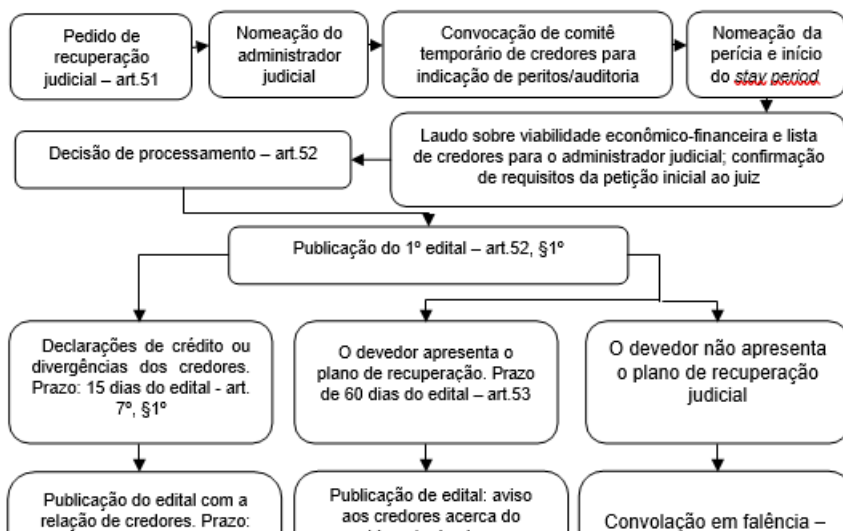
Aponta-se ainda como medida de aperfeiçoamento, a possibilidade de pedido de recuperação judicial por parte do credor. A referida providência permite que, ao primeiro sinal de insolvência do devedor, possa ser dado início ao processo de recuperação judicial, evitando o pedido de recuperação intempestivo, que por vezes, a depender da iniciativa do devedor, é realizado apenas quando a empresa já não apresenta sinais de viabilidade, o que pode impossibilitar a recuperação do crédito por parte dos credores.

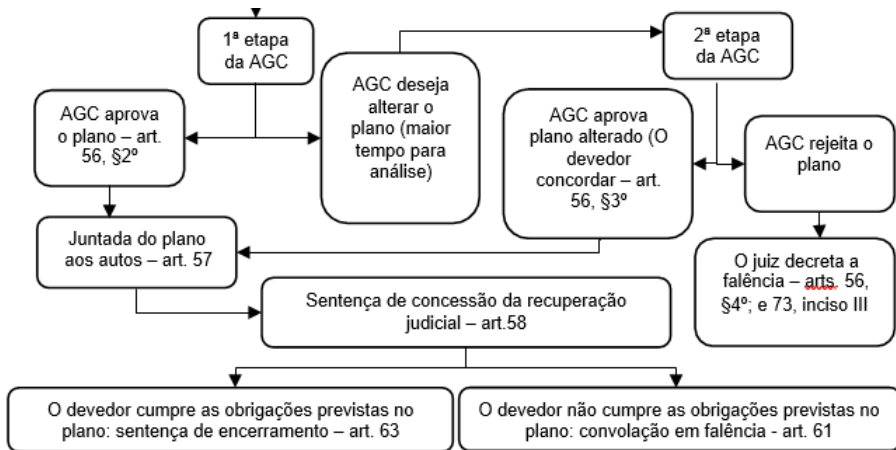
Por último, propõe-se que credores ausentes à assembleia geral de credores possam ter seus direitos alterados, como forma de incentivá-los à participação nas negociações sobre o plano de recuperação judicial. Além disso, indica-se a necessidade de tornar regra a participação de um mediador no âmbito da assembleia geral de credores, a fim de promover maior coordenação nas negociações e facilitar a convergência dos interesses conflitantes diante do plano de recuperação judicial.

Ressalta-se ainda a importância de que, havendo necessidade de se alterar o plano de recuperação, seja obrigatoriamente estabelecido intervalo de tempo razoável para que as alterações sejam avaliadas com maior ponderação pelos envolvidos, bem como o mediador possa melhor direcionar o encontro da solução pelos próprios interessados.

Assim, esta pesquisa sugere que o processo de recuperação judicial seja reestruturado para o modelo proposto que segue abaixo, conforme **Figura 2**:

**Figura 2 – Resumo gráfico do processo de recuperação judicial proposto.**





Fonte: adaptação realizada a partir do livro (NEGRÃO, R. Curso de direito comercial e de empresa [livro eletrônico], v.3: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos. [s. l.], 2018, p. 219.).

Desse modo, acredita-se que é possível tornar o modelo de recuperação judicial de empresas adotado no Brasil mais eficiente na alocação dos ativos empresariais, tendo em vista que comportamentos indesejados seriam desincentivados e externalidades seriam reduzidas.



## REFERÊNCIAS

AVILA, Bêrni Duílio de; FERNANDES, Brena Paula Magno. **Teoria dos jogos: crenças, desejos, escolhas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALI, C. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2013. 310p.

BARBOSA, Klênio et al. **O impacto da nova lei de falências no mercado de crédito brasileiro**. Economia Aplicada [revista eletrônica], v. 21, n. 3, p. 469-501, 2017. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ecoa/article/view/139782/139399>>. Acesso em: 01 de junho de 2020.

BARRY, Norman P. **An introduction to modern political theory**, 3 ed., [s.l.]: The Macmillan Press, 1995.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência** [livro eletrônico]: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fcodigos%2F100073452%2Fv14.3&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e340000016e37fda9019853a57f#sl=e&eid=052e093cff23f196ea8fbf43b77ddb2b&eat=a-173448494&pg=2&psl=&nvgS=false>>. Acesso em: 01 de junho de 2020.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências**. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 01 de maio de 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 01 de maio de 2019.



BRASIL. **Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falências**, Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)>.

Acesso em: 01 de maio de 2019.

BRASIL. Ministério da Economia. **Portaria nº 11.956**, de 27 de novembro de 2019. Regulamenta a transação na cobrança de dívida ativa da União. Disponível em:

<<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-11.956-de-27-de-novembro-de-2019-230453307>>. Acesso em: 25 de maio de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno: AgInt no REsp**

**1717939/DF**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 28/08/2018, DJe 06/09/2018. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1744944&num\\_registro=201800031356&data=20180906&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1744944&num_registro=201800031356&data=20180906&formato=PDF).

Acesso em: 20 de março de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno: AgInt no AREsp**

**1381776/RJ**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1920738&num\\_registro=201802695666&data=20200317&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1920738&num_registro=201802695666&data=20200317&formato=PDF)>.

Acesso em: 20 de março de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno: AgInt no AREsp**

**1510244/RJ**. Relator: Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/11/2019, DJe 03/02/2020. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1892853&num\\_registro=201901486269&data=20200203&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1892853&num_registro=201901486269&data=20200203&formato=PDF)>.

Acesso em: 20 de março de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp 1359311/SP**.

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 09/09/2014, DJe 30/09/2014. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1347986&num\\_registro=201200468448&data=20140930&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1347986&num_registro=201200468448&data=20140930&formato=PDF)>.

Acesso em: 20 de março de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp 1660195/PR**.

Relatora: Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe



10/04/2017. Disponível

em:<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1588512&num\\_registro=201600432808&data=20170410&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1588512&num_registro=201600432808&data=20170410&formato=PDF)>. Acesso em: 20 de março de 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista: RR-72100-95.2007.5.15.0023**. Relator Ministro Luiz Jose Dezena da Silva, Primeira Turma, julgado em 13/03/2019, DEJT 15/03/2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/6ca09132c2353c89f5aa7a7f175d6a91>>. Acesso em: 20 de março de 2020.

BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CAMPINHO, S. **Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa** [livro eletrônico]. [s.l.], 2017. Disponível em:<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmb&AN=edsmb.000013150&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 16 de abril de 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas** [livro eletrônico], 3. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Disponível em:<<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fcodigos%2F111079511%2Fv13.9&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e34000016e37fda9019853a57f#sl=e&eid=b8c414c9423f97a3462e7fd26677e004&eat=a-149565619&pg=2&psl=&nvgS=false>>. Acesso em: 01 de junho de 2020.

DE ASSIS BRAZ, Rita de Cássia. **A mediação no âmbito empresarial**. In: **Mediação e conciliação** [livro eletrônico]: teoria e prática / coordenação: Ana Nunes. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F148959494%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e34000016e37fda9019853a57f#sl=e&eid=5c3cf50d32b82b88176471a3a713ad01&eat=a-150047989&pg=2&psl=&nvgS=false>>. Acesso em: 01 de junho de 2020.

DIAS, José Elvies Batista. **Recuperação judicial de empresas: uma análise sob a perspectiva econômica do direito**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2019.

DOS REIS, Henrique Marcello; DOS REIS, Claudia Nunes Pascon. **Direito para administradores** [livro eletrônico]: direito comercial / empresarial, direito do



consumidor e direito econômico, volume 3. – São Paulo: Cengage Learning, 2005.  
Disponível em:  
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522108985/cfi/2!/4/4@20.1:36.1>>. Acesso em: 29 de maio de 2020.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas** [livro eletrônico]. 8 ed. – São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em:<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmb&AN=edsmb.000013785&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 30 de abril de 2020.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial** [livro eletrônico]. [s. l.], 2019. Disponível em:<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmb&AN=edsmb.000013759&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 09 de setembro de 2019.

FERREIRA, Luciano Carlos. **O papel do sindicato dos empregados e do Poder Judiciário no plano de recuperação judicial**. XXIV Conpedi. [s.l.], 2015.

Disponível em:  
<[https://tcenet.tce.go.gov.br/Downloads/Arquivos/000048/Artigo%20Empresarial%20completo%20UFMG%20enviado%20\(1\).pdf](https://tcenet.tce.go.gov.br/Downloads/Arquivos/000048/Artigo%20Empresarial%20completo%20UFMG%20enviado%20(1).pdf)>. Acesso em: 22 de maio de 2020.

FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

GICO JR, Ivo. **Introdução ao direito e economia**. In: Direito e Economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito.3 ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

GWARTNEY, James; HOLCOMBE, Randall; LAWSON, Robert. **The scope of government and the wealth of nations**. Cato J., v. 18, 1998.

HILBRECHT, Ronaldo O. **Uma introdução à teoria dos jogos**. In: Direito e Economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito.3 ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.





Instituto Recupera Brasil - IRB. **Estudos setoriais**: eficiência da administração judicial para a transparência do processo de recuperação judicial. 2017. Disponível em: <<http://institutorecuperabrasil.com.br/wp-content/uploads/2017/08/Revista-IRB-EstudosSetoriais.pdf>>. Acesso em: 03 de maio de 2019.

KNIGHT, Frank H. **Risk, uncertainty and profit**. Reprints Economic Classics. New York: Augustus M. Kelley, Bookseller [1921], 1964.

LANA, Henrique Avelino. **Falência e recuperação de empresas**: análise econômica do direito. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

LOPES, Bráulio Lisboa. **Falência e recuperação de empresas**: análise econômica e tributária. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2016.

MACKAAY, E. J. P. **Análise econômica do direito** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522497652/cfi/0!4/2@100:0.00>>. Acesso em: 01 de maio de 2019.

MACKAAY, E. J. P. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

MAMEDE, G. **Manual de direito empresarial** [livro eletrônico]. [s. l.], 2019. Disponível em:

<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmb&AN=edsmb.000013758&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 09 de setembro de 2019.

MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial** [livro eletrônico]. - 14. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024111/cfi/6/2!4/2/2@0:1.37>>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. São Paulo: Atlas, 2008.

MANDEL, Júlio Kahan. **Aspectos práticos da assembleia geral de credores** – recuperação judicial. Revista de direito recuperacional e empresa [revista eletrônica]. v. 12, abril-junho. Disponível em:

<<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F113297272%2Fv20190012.2&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e34000016e37fd a9019853a57f#sl=p&eid=fb1a142ea0a2fe739530b693faba516c&eat=a-198111141&pg=I&ppl=&nvgS=false>>. Acesso em: 01 de junho de 2020.



MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial** [livro eletrônico]: empresa, empresários e sociedades. 42 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986384/cfi/6/10!/4/24/2@0:100>>. Acesso em: 29 de maio de 2020.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual da metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo. Saraiva, 2003.

MOREIRA, Alberto Caminã. **Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público**. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (org.). Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NEGRÃO, R. **Curso de direito comercial e de empresa** [livro eletrônico]. v. 1: teoria geral da empresa e direito societário. [s. l.], 2018. Disponível em:<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmb&AN=edsmb.000014032&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 09 de setembro de 2019.

NEGRÃO, R. **Curso de direito comercial e de empresa** [livro eletrônico]. v. 3: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos. [s. l.], 2018. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmb&AN=edsmb.000014033&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 16 de abril de 2020.

NEGRÃO, R. **Curso de direito comercial e de empresa** [livro eletrônico]. v. 3: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos – v. 3 – 14 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616176/cfi/3!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 29 de maio de 2020.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia** [livro eletrônico]: introdução ao direito econômico. 4. ed - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em:<<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F94216336%2Fv10.2&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e34000016e37fda9019853a57f#sl=0&eid=f14a685abc3840f19296badc5a6dc30f&eat=a-115463532&pg=&psl=e&nvgS=false>>. Acesso em: 01 de junho de 2020.



OLIVEIRA, Gesner de; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência** [livro eletrônico]. v.3. 1 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível

em:<<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F99935142%2Fv3.3&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e34000016e37fda9019853a57f#sl=e&eid=ddb2f12eb3fcd5a54d6db203299a297a&eat=&pg=&psl=&nvgS=fals e&tmp=263>>. Acesso em: 31 de maio de 2020.

OLIVEIRA, James Eduardo de. **Código de defesa do consumidor** (anotado e comentado). 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVON, Beatriz. **Empresas buscam recuperação judicial tardiamente, alerta juiz**. Valor Econômico [jornal eletrônico], São Paulo, 11 de fevereiro de 2015.

Organizações Globo. Disponível

em:<<http://www.valor.com.br/legislacao/3906178/empresas-buscam-recuperacao-judicial-tardiamente-alerta-juiz>>. Acesso em: 26 de maio de 2020.

OLSON, Mancur. **A lógica da ação coletiva**: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais. São Paulo: Edsup, 1999.

RODRIGUES, Frederico Viana. **Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Ano XLIV, nº 138, abril-junho, p. 102-122, 2005.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência** [livro eletrônico]: teoria e prática. - 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível

em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987213/cfi/6/10!/4/4/4@0:100>>. Acesso em: 31 de maio de 2020.

SANCHEZ, A. **Direito empresarial I** [livro eletrônico]: teoria geral do direito empresarial, concorrência e propriedade intelectual. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível

em:<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmb&AN=edsmb.000004128&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 10 de setembro de 2019.



SELLTIZ, C.; JAHODA, M. Deutsch, M., Cook, SW. **Métodos de pesquisa nas relações sociais**. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Herder e Universidade, 1967.

SIERRALTA RIOS, Aníbal. **Negociação e teoria dos jogos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SIMON, Herbert A. **Theories of bounded rationality**, dans McGuire, C.B. et Roy Radner (dir.), *Decision and organization*, v. 1, n. 1. p. 161-176. North-Holland Publishing Company, 1972.

SOUZA, M.P.D. A recuperação judicial e os direitos fundamentais trabalhistas [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Atlas, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522495955/>>. Acesso em: 24 de maio de 2020.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2011.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**, volume 1. - 6. ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2014.

TOMAZZETE, Marlon. **Curso de direito empresarial** [livro eletrônico]: teoria geral e direito societário – v. 1 – 11 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616671/cfi/3!/4/4@0:0.00>>. Acesso em: 29 de maio de 2020.

TOMAZZETE, Marlon. **Curso de direito empresarial** [livro eletrônico]: falência e recuperação de empresas – v. 3 – 7 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609178/cfi/4!/4/4@0:00:0.00>>. Acesso em: 29 de maio de 2020.

ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Direito & economia**. Tradução Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.



WAISBERG, Ivo et al. **Recuperação judicial no Estado de São Paulo** – 2ª Fase do Observatório de Insolvência. Associação Brasileira de Jurimetria. [s. 1.], 2019. Disponível em: <[https://abj.org.br/wp-content/uploads/2019/04/Recuperacao\\_Judicial\\_no\\_Estado\\_de\\_Sao\\_Pa.pdf](https://abj.org.br/wp-content/uploads/2019/04/Recuperacao_Judicial_no_Estado_de_Sao_Pa.pdf)>. Acesso em: 15 de maio de 2020.



# SIMPLIFICAÇÃO DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS PARA O ALCANCE DA BUROCRACIA MÍNIMA VIÁVEL CONCILIANDO OS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA LEGALIDADE: UM ESTUDO DE CASO DO PROCESSO DE DESBUROCRATIZAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Daniele Smidt Frischknecht

## RESUMO

A Administração Pública brasileira passa por uma revolução científica, momento em que se pretende abandonar o paradigma burocrático e incorporar outro, mais eficiente. Isso porque ao longo dos anos, os processos foram adquirindo etapas repetitivas e excesso de controle, visando mais a legalidade do que a eficiência. O sistema não se sustenta mais dessa forma, diante do aumento da demanda e da diminuição de servidores. Nesse contexto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) inaugurou a desburocratização das suas rotinas e fluxos processuais. O objetivo deste estudo é, portanto, incitar a reflexão sobre a burocracia sustentável em oposição ao excesso de burocracia, bem como relatar a experiência do CNJ na busca da desburocratização e simplificação de processos administrativos. Para atingir o objetivo proposto foi realizada uma revisão bibliográfica sobre o tema seguida de estudo de caso de parte das atividades desburocratizantes empreendidas pelo Conselho no período que compreende o início de abril e o fim de agosto de 2019. Como resultado observou-se maior celeridade processual e, conseqüentemente, maior eficiência administrativa. Espera-se que as ações desenvolvidas pelo CNJ sirvam de exemplo para outros órgãos, notadamente, do Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** burocracia, Administração Pública, desburocratização, eficiência



## 1 INTRODUÇÃO

A simplificação de processos administrativos tem sido um tema desafiante na esfera pública, provocando o constante repensar do modelo de gestão de processos e rotinas na Administração para a otimização de recursos, sejam humanos, financeiros ou de qualquer outra natureza.

Isso porque, o excesso de burocracia e o crescimento da demanda de serviços públicos pela sociedade<sup>1</sup> somados à forte tendência de redução do número de servidores públicos, conforme amplamente divulgado pelos noticiários nacionais em 2019, são fatores que tendem a reduzir a eficiência da máquina pública, acarretando morosidade e, conseqüentemente, maior gasto público.

Este estudo traz uma reflexão sobre o excesso de burocracia, o qual é uma disfunção orgânica que se encontra enraizada na cultura da Administração Pública brasileira. Robert K. Merton, em seus estudos, chamou o excesso de burocracia de disfunções burocráticas, as quais desvirtuam as regras estabelecidas e aprisionam a organização em suas próprias normas (MOTTA, 2003).

O problema é como reduzir a burocracia nos processos administrativos. Nesse sentido, os órgãos públicos precisam pensar em rotinas e procedimentos enxutos e eficientes sem que, com isso, seja flexibilizada a legalidade dos atos.

Em que pese tal problema seja designado por Kerlinger (2003, p. 33) como um problema de engenharia, pois se refere a como fazer algo de maneira eficiente, o presente artigo não se prestará a dar respostas a questões de engenharia, haja vista sua correção ou incorreção não ser passível de verificação empírica. O objetivo do

---

<sup>1</sup> Segundo o IBGE, a população brasileira continuará a crescer até o ano de 2047 (<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/21837-projecao-da-populacao-2018-numero-de-habitantes-do-pais-deve-parar-de-crescer-em-2047>).



presente artigo é, então, após breve revisão bibliográfica acerca do tema, relatar a experiência do Conselho Nacional de Justiça na busca da desburocratização e simplificação de processos administrativos, de modo a servir de modelo para outros órgãos da Administração Pública, notadamente, do Poder Judiciário, tendo como hipótese que isso aumentará a eficiência do Poder Judiciário como um todo.

Para alcançar o objetivo acima elencado, este artigo será dividido em duas etapas, sendo a primeira uma pesquisa bibliográfica sobre a evolução da burocracia na Administração Pública Brasileira – os modelos de Administração, o excesso de burocracia e a tentativa de desburocratização e simplificação dos processos com vistas à chamada burocracia mínima viável, buscando relacionar o tema com os princípios da eficiência e da legalidade, previstos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Ressalta-se, além disso, o papel do Conselho Nacional de Justiça e sua importância para imprimir um modelo mais eficiente no âmbito do Poder Judiciário. A segunda etapa do presente trabalho consiste em um estudo de caso das atividades realizadas no âmbito do Conselho Nacional de Justiça com vistas à redução da burocracia dos processos administrativos. Este estudo se prestará a registrar, em síntese, as revisões realizadas nos fluxos processuais e normativos aplicáveis a eles, no período que compreende o início de abril e o fim de agosto de 2019, além de discutir com maior profundidade a adoção de Parecer Referencial nos processos de inexigibilidade de procedimento licitatório, a qual se iniciou em dezembro de 2019, como resultado das discussões promovidas no Conselho na busca da desburocratização.

Nesse sentido, o presente estudo pretende demonstrar que a dispensa da análise individualizada das questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, adotando-se, para tanto, uma manifestação jurídica referencial (ou parecer referencial), otimiza o fluxo processual na medida em que a análise do caso





concreto é feita pela própria unidade demandante do serviço cuja licitação será inexigível.

Ressalta-se que o estudo de caso é o método mais indicado para a análise de um tema observado na realidade (pesquisa naturalística) onde o pesquisador busca descrever, compreender e interpretar a complexidade de um caso concreto (MARTINS, 2008).

Pode-se classificar o estudo de caso ora apresentado como instrumental, haja vista seu potencial para orientar novos estudos ou ser instrumento para pesquisas posteriores, conforme descrito por Ventura (2007).

Considerando que o Conselho Nacional de Justiça instituiu Grupo de Trabalho designado especificamente para a revisão e simplificação dos fluxos processuais e das respectivas Instruções Normativas, cujo objetivo é rever e discutir os processos críticos tendo em conta os dispositivos legais, espera-se, ao final desse estudo, constatar o aperfeiçoamento da gestão processual do CNJ e, conseqüentemente, a tramitação mais fluida e eficiente dos processos.

## **2 A EVOLUÇÃO DA BUROCRACIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA**

O presente artigo se valerá de um recorte epistemológico com o intuito de analisar os principais modelos de estrutura administrativa para indicar que em algum momento houve o esgotamento dos modelos e a necessidade do estabelecimento de um novo paradigma.

Para Kuhn (2005), paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham. Segundo o autor, o momento de crise no qual o paradigma vigente é substituído por um novo paradigma mais eficiente é denominado de revolução científica.



Tomando como base seu conceito, entende-se que a Administração Pública vivencia um período de revolução científica, como veremos a seguir.

## 2.1 Modelos da Administração Pública Brasileira

A evolução dos modelos de Administração Pública advém da evolução dos conceitos de poder e de funções do Estado<sup>2</sup>. Isso porque o Estado requer um aparato administrativo para governar grande número de pessoas em um vasto território, necessitando de um pessoal administrativo para executar as ordens e servir como ponto de ligação entre o governo e os governados.

Ainda que não seja o objetivo deste artigo revisitar densamente o tema, necessária se faz uma abordagem sobre os principais modelos de administração (patrimonialista, burocrático e gerencial) e sua utilização na Administração Pública Federal brasileira.

No Estado pré-constitucional tão somente ao rei cabia exercer pessoalmente todas as funções do Estado ou delegá-las a quem e em que medida lhe conviesse (MOREIRA NETO, 2011). Nesse contexto patrimonialista, os critérios administrativos eram pessoais e não existia preocupação com a eficiência da máquina estatal (PEREIRA, 2001).

A partir da inauguração do modelo constitucional pelos Estados Unidos da América, se avançou na limitação do poder do Estado, distribuindo suas funções entre órgãos distintos. Segundo Oliveira (2013), com a consagração de certos ideais liberais, tais como a separação dos poderes e o princípio da legalidade, o Direito

---

<sup>2</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto, na obra Poder, Direito e Estado (2011), classifica as funções do Estado em relação ao momento em que este se encontra na evolução de seu ordenamento jurídico, sendo (i) pré-constitucional, (ii) constitucional e (iii) neoconstitucional



Administrativo é concebido como ramo especial do Direito, regulador das relações que envolvem o Estado e o exercício das atividades administrativas.

Com o surgimento do Estado Social de Direito, notadamente após a II Guerra Mundial, a intervenção estatal na economia e nas relações sociais ganha força e a ampliação dos serviços públicos exige que a Administração se torne mais ágil e eficiente (OLIVEIRA, 2013).

No Brasil, a administração pública burocrática surgiu por volta da década de 1940, como forma de combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista. Max Weber estudou as organizações sob um ponto de vista estruturalista, preocupando-se com a sua racionalidade, ou seja, com a relação entre os meios utilizados e os objetivos a serem alcançados (CHIAVENATO, 2014). A ideia era adotar uma administração eficiente, pautada no amplo controle das atividades-meio, a partir de uma estrutura rígida, organizada, hierarquizada, meritocrática, formal e impessoal (KWASNICKA, 2012).

Pode-se citar como características de uma organização burocrática o caráter legal das normas e regulamentos, o caráter formal das comunicações, o caráter racional e a divisão do trabalho, a impessoalidade nas relações entre as pessoas, a hierarquia da autoridade, as rotinas e procedimentos padronizados, a competência técnica e a meritocracia, a especialização da administração que é separada da propriedade, a profissionalização dos participantes e a completa previsibilidade do funcionamento (CHIAVENATO, 2014).

No entanto, com o passar do tempo, percebeu-se que a burocracia exacerbada, uma disfunção<sup>3</sup> da Teoria Burocrática, revelou procedimentos pouco flexíveis, processos excessivamente morosos, cujos fluxos continham etapas

---

<sup>3</sup> Segundo Merton, as disfunções são anomalias imprevistas e indesejadas da burocracia, as quais levam à ineficiência e às imperfeições (CHIAVENATO, 2014).



repetitivas, chegando a criar um entendimento popular de que a burocracia é sinônimo de lentidão, excesso de papéis e ineficiência.

Sobreveio a Constituição de 1988, representando o esforço de inúmeras gerações de brasileiros contra o autoritarismo, a exclusão social e o patrimonialismo (BARROSO, 2008).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os dogmas do Direito Administrativo sofreram adequações, sendo uma delas a superação da concepção do princípio da legalidade como vinculação positiva do administrador exclusivamente à lei, passando tal princípio a ser interpretado como a vinculação direta à Constituição (OLIVEIRA, 2013).

Relevante este fato, pois em 1998 a Constituição Federal elevou a eficiência ao status de princípio constitucional, por meio da Emenda Constitucional n. 19/1998.

A Reforma Administrativa instituída pela EC 19/1998 deu início à implantação do modelo gerencial no Brasil, caracterizado pela formação de parcerias com o setor privado, pelo foco nos resultados, na visão estratégica e na busca da excelência. Redefiniram-se as atividades que cabem ao Estado, privatizando-se aquelas que o Estado não tinha condições de prestar de forma eficiente. Buscou-se satisfazer a sociedade, prestando serviços eficientes, de qualidade e de forma igualitária (OLIVEIRA, 2013; PEREIRA, 2001).

Atualmente, os três modelos da administração pública descritos neste trabalho coexistem no Brasil, em maior ou menor grau a depender do órgão ou entidade estatal. Apesar de um modelo ter sucedido o outro, nenhum deles foi inteiramente abandonado.

## **2.2 O Excesso de Burocracia na Administração Pública Brasileira**



Hodiernamente, a palavra burocracia tem sido utilizada no sentido pejorativo, como sinônimo de ineficiência, excesso de formalismo na Administração Pública e criação de procedimentos desnecessários, o que gera extrema morosidade no atendimento à demanda do cidadão e, conseqüentemente, muita insatisfação da sociedade (FONSECA, 2019).

De fato, a Administração Pública ao criar procedimentos internos para o atendimento à legislação e às diversas recomendações dos órgãos de controle, acaba, por excesso de zelo, inserindo etapas sobrepostas e repetitivas em seus fluxos processuais.

No entanto, é preciso salientar que a burocracia possui aspectos extremamente necessários e salutares para o desenvolvimento das atividades do Estado, como o caráter legal de normas e regulamentos, o caráter racional e a divisão do trabalho, o caráter formal das comunicações, a impessoalidade nas relações, a rotina e os procedimentos padronizados, a competência técnica e a meritocracia, a especialização da administração, a profissionalização dos participantes e a previsibilidade do funcionamento.

Nesse sentido é que se busca, então, um ponto de equilíbrio, uma burocracia mínima viável, que se utilize dos instrumentos burocráticos sem que estes se tornem um obstáculo para o desenvolvimento das atividades da Administração Pública, visando um serviço eficiente, sem abrir mão, obviamente, do atendimento ao princípio da legalidade.

### **2.3 Desburocratização e Simplificação de Processos Administrativos à Luz dos Princípios da Legalidade e da Eficiência**



Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012), o processo administrativo, também chamado de procedimento administrativo, é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo. Significa, portanto, que para o cumprimento de uma função estatal, há que se passar por um caminho de atos ordenados, cujas finalidades podem ser de iniciativa, de instrução, de decisão, de controle ou de comunicação.

Segundo Reis (2019), o processo administrativo é uma das espécies do gênero processo, que lida diretamente com a função administrativa do Estado, é uma sequência concatenada de atos preparatórios de uma decisão final da Administração Pública.

Ressalta-se, ainda, que a totalidade dos atos administrativos, realizados consoante um procedimento pré-determinado, assegura que a Administração tenha cuidado de perpassar um caminho capaz de garantir que o produto final do processo é resultado de ampla análise da matéria (MELLO, 2012).

Em que pese a importância de tais atos, à medida que a Administração Pública foi incorporando a formalidade e o rigor burocráticos, foram sendo acrescentadas etapas e até mesmo atos administrativos repetitivos e desnecessários aos processos administrativos, o que se pretende reverter com a desburocratização.

Nesse sentido, a desburocratização não pretende suprimir a burocracia existente, pois vital para a organização da Administração Pública, mas sim reduzi-la a um nível sustentável, o que aqui chamamos de burocracia mínima viável, com base nos princípios da eficiência e da legalidade.

Para tanto, é indispensável lembrar a força normativa dos princípios que regem a Administração Pública. O traço característico do pós-positivismo é o reconhecimento da normatividade primária dos princípios constitucionais, ou seja, os



princípios são considerados normas jurídicas, assim como as regras, e podem ser invocados para controlar a juridicidade da atuação do Estado (OLIVEIRA, 2013).

São princípios da Administração Pública, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, conforme disposto no art. 37 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Destaca-se que os princípios são normas imediatamente finalísticas e, por isso, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado (ÁVILA, 2004).

Para Reale (2010), os “princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”. O doutrinador salienta também que tais princípios são “as bases teóricas ou as razões lógicas do ordenamento jurídico, que deles recebe o seu sentido ético, a sua medida racional e a sua força vital ou histórica”.

Nesse contexto, o princípio da eficiência foi incorporado aos demais princípios enumerados no caput do art. 37 da Constituição Federal por meio da EC n. 19/1998, como um elemento que demonstra a efetiva vontade do Estado de estabelecer um novo paradigma na gestão pública.

A referida Emenda Constitucional modificou o regime jurídico e dispôs sobre princípios e normas da Administração Pública, Servidores e Agentes Políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, sendo, em sua essência, uma verdadeira Reforma Administrativa.

Na exposição de motivos da aludida Emenda Constitucional, disponível no Portal da Câmara dos Deputados, o então Governo ressalta a crise Estatal e o desprestígio de sua burocracia. Naquele momento, entendeu-se que o aumento da eficiência do Estado seria essencial para a superação da crise. Pretendeu-se,



portanto, por meio da Reforma Administrativa, permitir a implementação de novos formatos organizacionais e a revisão de procedimentos, de modo a substituir os controles formais pela avaliação permanente de resultados.

Para Mello (2012), o princípio da eficiência, incluído no caput do art. 37 da Constituição Federal, é parte de um princípio mais amplo, qual seja, o “princípio da boa administração”, segundo o qual o Estado está vinculado ao dever de desenvolver suas atividades do modo mais oportuno e adequado aos fins a serem alcançados. O aludido autor enfatiza, ainda, que a busca de eficiência jamais poderá implicar na redução ou não observação do princípio da legalidade, dever administrativo por excelência.

Essa abordagem é confirmada pelo Tribunal de Contas da União, que se refere à eficiência como “fazer o que é preciso ser feito com qualidade adequada ao menor custo possível. Não se trata de redução de custo de qualquer maneira, mas de buscar a melhor relação entre qualidade do serviço e qualidade do gasto” (LINO, 2014).

Para Toniolo (2019), eficiência significa a aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade; de adequação à função, diferentemente da eficácia, que é a aptidão para produzir efeitos.

Frota (2019) define, ainda, o princípio da economicidade, explícito no art. 70, CF/88, segundo o qual o ato estatal deve ser disponibilizado em tempo útil, nas quantidades e qualidades adequadas e ao melhor preço. Ainda, segundo ele, o princípio da eficiência disposto no art. 37, CF/88, almeja a melhor relação entre os meios utilizados e os resultados obtidos.

Assim, o princípio da eficiência deve orientar as etapas do processo administrativo.





Por outro lado, segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só poderá agir se houver respaldo legal. É o que se chama de vinculação positiva da Administração à lei (OLIVEIRA, 2013). Isso porque em um Estado Democrático de Direito é preciso assegurar que serão respeitados os direitos individuais.

Nas palavras de Mello (2012), “a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção, nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros”. Conseqüentemente, um ato administrativo que não possua previsão legal será nulo.

Portanto, o administrador não tem competência para agir conforme sua vontade subjetiva, diferentemente do que ocorre na esfera particular onde há a autonomia de vontade e apenas não se pode fazer aquilo que for proibido pela lei. Dessa forma, verifica-se que a Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade, não podendo se afastar da previsão legal.

Por conseguinte, nota-se que ambos os princípios devem ser obedecidos pelo gestor e, ainda que haja a necessidade de ser eficiente, não poderá a Administração deixar de seguir os ditames previstos em lei. Não poderá o princípio da eficiência se sobrepôr a nenhum outro, em especial ao da legalidade.

É preciso, então, que cada órgão público analise o estado da arte dos seus principais processos administrativos, para, quando necessário, simplificá-los à luz dos princípios da legalidade e da eficiência, pois há que se considerar que a demanda da sociedade é cada vez maior e que a máquina pública tem sido reduzida, já que não é mais possível suportar o gasto público com despesas de pessoal.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Conforme noticiado pelo G1, na reportagem: 14 estados superam limite da LRF para gastos com pessoal em 2017, diz Tesouro Nacional. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/11/13/14-estados-superam-limite-da-lrf-para-gastos-com-pessoal-em-2017-diz-tesouro-nacional.ghtml>



## **2.4 BUROCRACIA MÍNIMA VIÁVEL, UM IDEAL A SER ALCANÇADO**

Imprescindível é o uso de ferramentas de gestão, tais como os sistemas informatizados e a gestão por processos, visando o atendimento ao princípio da eficiência.

O termo Burocracia Mínima Viável (BMV) está associado à tentativa de encontrar o menor esforço corporativo para alcançar melhores resultados. Quanto mais esforço, maior a burocracia. Quanto menor o resultado com o esforço mantido, maior a sensação de que a burocracia atrapalha. Segundo, Wesley Vaz, 2019, deve haver uma “burocracia mínima viável”, que permita a evolução tecnológica e o ambiente de colaboração sem descumprir nenhum aspecto legal.

Por outro lado, a gestão por processos é a ferramenta apropriada para o desenho do fluxo de trabalho como um todo e não apenas na visão de um único departamento. Na visão contemporânea e gerencial da Administração Pública alguns processos perpassam várias unidades funcionais. Nesse caso, a gestão por processos permite uma visão sistêmica da atividade desenvolvida (MEDEIROS NETO, 2015).

Vale ressaltar que, com o intuito de tornar mais eficientes os processos administrativos no âmbito da Administração Pública, recentemente, foram publicados o Decreto n. 9.094/2017 e a Lei n. 13.726/2018.

O Decreto n. 9.094/2017 (BRASIL, 2017) dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País e institui a Carta de Serviços ao Usuário.

A Lei n. 13.726/2018 (BRASIL, 2018) racionaliza atos e procedimentos administrativos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos



Municípios e institui o Selo de Desburocratização e Simplificação. Em seu art. 5º, dispõe:

Os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderão criar grupos setoriais de trabalho com os seguintes objetivos:

I - identificar, nas respectivas áreas, dispositivos legais ou regulamentares que prevejam exigências descabidas ou exageradas ou procedimentos desnecessários ou redundantes;

II - sugerir medidas legais ou regulamentares que visem a eliminar o excesso de burocracia.

Com o intuito de atender a legislação supracitada, o Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, autoridade máxima do Poder Judiciário, Ministro Dias Toffoli, presidiu o Seminário “Desburocratização do Poder Judiciário”, ocorrido nos dias 29 e 30 de novembro de 2018, momento em que defendeu a desburocratização dos serviços públicos em nome de um Estado eficiente, transparente e responsável. Segundo ele, “o Estado precisa interagir com o cidadão de maneira direta e transparente”. De acordo com o ministro, embora necessária, a burocracia acaba por prejudicar o país ao afastar investimentos. Uma mudança cultural que simplifique procedimentos da administração pública trará de volta a confiança e a segurança jurídica de que os investidores dependem para apostar na economia brasileira. “O país precisa voltar a crescer, a gerar empregos e recuperar a confiança dos investidores, o que depende, sem dúvida, de uma burocracia, inclusive a judicial, restrita ao necessário e que efetivamente funcione”, disse Dias Toffoli (STF, 2019).

### **3 O PAPEL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E SUA IMPORTÂNCIA PARA IMPRIMIR UM MODELO MAIS EFICIENTE NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO**



O Conselho Nacional de Justiça é um órgão de cúpula do Poder Judiciário, cuja missão é desenvolver políticas judiciárias que promovam a efetividade e a unificação do Poder Judiciário, orientadas para os valores de justiça e paz social. Sua visão é ser reconhecido como órgão de excelência em planejamento estratégico, governança e gestão judiciária, a impulsionar a efetividade da justiça brasileira (CNJ, 2020).

Nesse sentido, é razoável dizer que todos os Tribunais do país, em alguma medida, se espelham no Conselho Nacional de Justiça para o desenvolvimento das suas atividades.

Portanto, ao revisar seus fluxos processuais, bem como os normativos aplicáveis a eles, de modo a identificar e sanear possíveis procedimentos desnecessários, com vistas a sua simplificação, o CNJ demonstra uma boa prática que poderá ser exemplo para os demais tribunais.

#### **4 O PROCESSO DE DESBUROCRATIZAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: UM ESTUDO DE CASO**

O presente estudo descreverá parte das atividades desenvolvidas pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria Diretoria-Geral n. 121/2019 do Conselho Nacional de Justiça, cujo objetivo é desburocratizar e simplificar os fluxos processuais no âmbito da Diretoria-Geral do CNJ.

Além disso, destacará as vantagens da adoção de parecer referencial nos casos de inexigibilidade de procedimento licitatório. Importa enfatizar que a necessidade de desburocratizar os processos administrativos levou o CNJ a utilizar esse tipo de manifestação jurídica pela primeira vez, podendo servir de modelo para que outros Tribunais adotem a prática.



A coleta dos dados foi realizada por meio da participação nas discussões do Grupo de Trabalho na qualidade de servidora do Conselho Nacional de Justiça e coordenadora do referido Grupo e a partir da análise dos relatórios acostados ao Processo SEI n. 01219/2019 do CNJ.

Para que fosse viável apresentar o presente estudo tempestivamente com requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito, no formato de artigo científico, foi necessário proceder um recorte temporal, de modo que serão relatadas as atividades realizadas com vistas à desburocratização no período de abril a agosto de 2019 no CNJ, dentre elas a sugestão de adoção de parecer referencial para os casos de inexigibilidade de licitação que se concretizou em dezembro de 2019.

Ressalta-se que a divulgação dos dados registrados neste trabalho foi expressamente autorizada pelo Diretor-Geral do CNJ, conforme documento anexo.

Definido o recorte da pesquisa, passa-se ao relatório das atividades realizadas.

a. Da alteração do fluxo processual para a formalização de Termos Aditivos aos Contratos firmados pelo CNJ

Diante da necessidade de dar celeridade à tramitação processual no Conselho Nacional de Justiça, além de evitar a movimentação excessiva e desnecessária dos processos, a Diretoria- Geral convocou reunião com representantes das Secretarias de Administração, Orçamento e Finanças e Auditoria, juntamente com a Assessoria Jurídica, para tratar sobre a possibilidade de revisão do fluxo do processo de formalização de aditivos contratuais.

O fluxo processual que até então era observado pela Secretaria de Administração exigia que todos os aditamentos contratuais, independentemente do



objeto (prorrogação, acréscimo, supressão, repactuação, reajuste) seriam encaminhados previamente à Diretoria-Geral para, em ato anterior à assinatura do Termo Aditivo, autorizar a sua celebração, assim como para autorizar a emissão de empenho para suportar a despesa decorrente do aditamento.

Ressalta-se que, ao final do processo, o Termo Aditivo é assinado pelo Diretor-Geral.

Em uma nova análise do fluxo processual e tendo em vista os demais mecanismos de controle que permeiam toda a instrução processual, entendeu a Assessoria Jurídica que a assinatura do termo aditivo já atenderia ao disposto no § 2º do art. 57 da Lei 8.666, de 1993, no que se refere à autorização:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

(...)

§ 2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

Isso porque, na estrutura orgânica de competência do CNJ, a mesma autoridade que autoriza as contratações é a que assina os termos aditivos contratuais subsequentes, dentro de processo administrativo devidamente autuado e observados todos os ditames legais da Lei de Licitações e legislação correlata.

Desse modo, considerando a busca de simplificação dos processos e eliminação de etapas sobrepostas, que os contratos e termos aditivos são assinados pelo Diretor-Geral e que a Assessoria Jurídica não vislumbrou impedimentos legais, concluiu-se pela prescindibilidade do Despacho do Diretor-Geral que autoriza em ato prévio e separado a celebração dos termos aditivos, encaminhando os autos à Secretaria de Orçamento e Finanças para a emissão de nota de empenho.



No tocante à identificação do número da Nota de Empenho nos termos aditivos, a Secretaria de Auditoria esclareceu que é cláusula obrigatória do contrato, não havendo a mesma exigência para os aditivos, pois, na maioria das vezes, do ponto de vista orçamentário o que se faz é reforço à nota de empenho inicial (salvo se for outro exercício financeiro).

Assim, a Seção de Gestão de Contratos sugeriu alterá-la para que conste o seguinte, conforme a Lei 8.666/93:

Da Despesa

Cláusula XXX – As despesas com este termo aditivo, no corrente exercício, estão alocadas à dotação orçamentária prevista para atendimento dessa finalidade, consignada à CONTRATANTE, na respectiva Lei Orçamentária Anual, Natureza de Despesa...e Programa de Trabalho...\_\_\_\_\_.

A Secretaria de Orçamento e Finanças informou que esta medida tornará mais racional o fluxo de emissão de nota de empenho e evitará retrabalho da Seção com ajustes ou cancelamento de saldo de nota de empenho, haja vista que esta só será emitida após a assinatura do termo, o que gera uma maior certeza e segurança no valor a ser empenhado.

b. Da alteração do fluxo processual do momento em que o certame é homologado até a assinatura do contrato

Definiu-se que o despacho da Diretoria-Geral que homologa o certame e autoriza a contratação, encaminhará os autos à área demandante da contratação para indicação do início da vigência do contrato, dos gestores que acompanharão sua execução, bem como para prestar as demais informações pertinentes ao empenho. Ato contínuo os autos deverão ser encaminhados à Secretaria de Orçamento e Finanças para emissão do empenho e, após, à Seção de Gestão de Contratos para formalização do contrato.



Anteriormente, o despacho da Diretoria-Geral que homologa o certame encaminhava os autos à Secretaria de Orçamento e Finanças, para a emissão de empenho, o qual posteriormente viria a ser ajustado conforme a data da contratação, gerando retrabalho para a Seção responsável.

c. Da adequação das rotinas de concessão de diárias e passagens

Noutra senda, foi verificada a conveniência de adequar o sistema de concessão de diárias e aquisição de passagens, haja vista em levantamento realizado pela Seção de Passagens e Diárias, ter sido constatado um aumento de 23% do preço médio das passagens em 2019, em relação ao mesmo período do ano anterior. Essa elevação é muito superior à inflação dos preços de passagens aéreas no período e ocorreu basicamente pela grande quantidade de passagens demandadas sem a observância do prazo mínimo de antecedência – sete dias úteis – estabelecido pela vigente Instrução Normativa CNJ nº 10/2012.

Com vistas à minimização desse problema, foram enviados memorandos às unidades demandantes de passagens aéreas para reforçar a necessidade de cumprimento da IN n. 10/2012, alertando-os, especialmente, quanto ao cumprimento do prazo supracitado.

Além disso, constatou-se conveniente a implantação de um sistema totalmente automatizado para a gestão das passagens e diárias, pois atualmente o processo se dá por meio de vários documentos elaborados no sistema SEI.

Para tanto, foram realizadas reuniões com o Ministério da Economia (que utiliza o Sistema SCDP) e com o Tribunal de Contas da União (que utiliza o Sistema Viajar), para que o Chefe da Seção de Passagens e Diárias pudesse conhecer os sistemas utilizados por aqueles órgãos e analisar qual deles melhor se adaptaria às demandas do CNJ.





O sistema utilizado pelo Poder Executivo, o SCDP, atenderia às necessidades do CNJ, porém, por ser muito complexo, necessitaria da consultoria do SERPRO para adequação ao ambiente do CNJ.

Por outro lado, o sistema do TCU (Viajar) se mostrou mais adequado, por ser completo e de mais simples instalação, de modo que os servidores do Departamento de Tecnologia da Informação e Comunicação do CNJ teriam condições de fazer sua implementação. Ressalta-se que o CNJ já possui os direitos de uso do sistema utilizado.

Diante disso, a Diretoria-Geral informou ao Tribunal de Contas da União o interesse do Conselho na formalização da cessão do sistema viajar e indicou o Chefe da Seção de Passagens e Diárias para as tratativas subsequentes.

Em outra frente, o Grupo de Trabalho sugeriu a alteração da Instrução Normativa n. 10/2012 e a criação de formulário para prestação de contas de viagens pelo sistema SEI (até que o sistema viajar seja implementado). Isso porque a prestação de contas era realizada por e-mail à Seção de Passagens e Diárias.

Com a alteração da norma, o Chefe de Seção passou a ter maior autonomia para a tomada de decisões, reduzindo as vezes que os processos têm que passar pelo crivo do Diretor-Geral. Por fim, o fluxo processual para concessão de diárias e aquisição de passagens foi repensado e alterado, passando a apresentar menos etapas e se tornando mais célere.

d. Da revisão do fluxo processual para a concessão de licença capacitação

Após a competência para autorizar a licença ser delegada pelo Diretor-Geral à Secretária de Gestão de Pessoas no CNJ, os processos dessa natureza não possuíam um trâmite padrão, tornando o procedimento extremamente moroso.



Assim, após análise e discussão, o Grupo sugeriu um fluxo processual de instrução sequenciada para a concessão de licença capacitação, o qual foi aprovado pelo Diretor-Geral, bem como revisou a Instrução Normativa n. 07/2011 que trata da licença capacitação no âmbito do CNJ.

e. Da revisão da norma que disciplina as contratações do Conselho Nacional de Justiça

Em uma ação conjunta da Diretoria-Geral com a Assessoria Jurídica e a Secretaria de Administração do CNJ foi possível revisar a Instrução Normativa n. 44/2012, que trata das contratações do Conselho.

Com vistas a sua simplificação, dentre as alterações realizadas, entendeu-se oportuno suprimir as informações acerca da análise de riscos e da gestão de contratos, haja vista a existência de manuais específicos para este fim no Conselho Nacional de Justiça.

f. Do aumento da vigência dos contratos de natureza continuada

O grupo sugeriu o aumento do prazo de validade dos contratos de natureza continuada de 12 para 24 meses, após análise caso-a-caso, a qual foi autorizada pelo Diretor-Geral e informada aos gestores de contratos.

Quanto ao ponto, observa-se que a lei não veda a contratação de serviços continuados por prazo superior a 12 meses. O art. 57 da Lei n. 8.666/1993 determina que a duração dos contratos regidos pela norma fica, em regra, “adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários”. As exceções à regra vêm, por sua vez, elencadas nos incisos I a V do mesmo dispositivo. Dentre elas, o inciso II possibilita a vigência contratual superior ao prazo de vigência do crédito orçamentário nas contratações que envolvam prestação de serviços de natureza continuada.



Nesse sentido, é possível concluir que, em algumas contratações, um horizonte de prazo contratual maior (como, por exemplo, 20 ou 24 meses) pode levar à oferta de preços menores (economia de escala) e, ainda, reduzir a quantidade de aditivos contratuais, que, por sua vez, reduz a carga de trabalho das unidades do Conselho envolvidas na elaboração, análise e aprovação de aditivos.

Nessa perspectiva é o entendimento do Tribunal de Contas da União, no Acórdão TCU 490/2012 – Plenário. Vejamos:

(...)

6. Para a primeira questão, duração do contrato de vinte e quatro meses, existe respaldo na Lei nº 8.666/93, art. 57, inciso II, pois os serviços serão executados de forma contínua, podendo ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a sessenta meses.

g. Da adoção de parecer referencial na instrução dos processos de contratação de instrutores para cursos de capacitação de pessoal por inexigibilidade de licitação

A atuação da Assessoria Jurídica nas análises de licitação direta (dispensa e inexigibilidade) é facultativa, servindo de orientação ao ordenador de despesa quanto à juridicidade do afastamento do dever geral de licitar, bem como quanto à presença dos requisitos legais (CHAVES, 2014).

Portanto, ao contrário das minutas de editais e de contratos, em que o parecer é vinculativo, nos casos de contratação direta o art. 26 da Lei 8.666/1993 é silente sobre a obrigação de haver parecer jurídico nos autos como condição de eficácia do ato:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa



oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Não obstante, no Conselho Nacional de Justiça, previamente à declaração de inexigibilidade pela autoridade competente, a Assessoria Jurídica é instada a se manifestar.

Assim, considerando a multiplicidade de contratações semelhantes, com o fim de dar cumprimento aos princípios da celeridade, economia processual e eficiência, sugeriu-se a elaboração e a adoção de parecer referencial para a análise de pressupostos e requisitos legais para a contratação, por inexigibilidade de licitação, de instrutores para cursos de capacitação de pessoal provida pela Administração Pública.

O Parecer Referencial nº 01/2019-AJU/DG/CNJ (documento SEI n. 0801055) se justifica nos seguintes termos:

(...) tendo em vista a multiplicidade de contratações semelhantes realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça, bem como a recorrência de manifestações de mesma fundamentação e semelhança de objetos, verifica-se ser possível a elaboração de manifestação jurídica em parecer referencial. O uso de referido parecer pelo órgão/seção/unidade assessorado tem o objetivo de se dispensar o encaminhamento individualizado de cada processo à Assessoria Jurídica, desde que e somente se as condições do caso concreto adequem-se aos requisitos e aos pressupostos analisados no parecer de



referência, cabendo, portanto, ao órgão assessorado a verificação e checagem do atendimento individual dos requisitos indicados no parecer.

Ressalta-se que a adoção de Parecer Referencial encontra respaldo na Orientação Normativa AGU nº 55/2014, aplicada analogicamente no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, bem como no Acórdão nº 2.674/2014-Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU):

Orientação Normativa AGU nº 55, de 23 de maio de 2014

I - Os processos que sejam objeto de **manifestação jurídica referencial**, isto é, aquela que analisa **todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos**, desde que a **área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda** aos termos da citada manifestação. (grifei)

II - Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

Acórdão n. 2.674/2014-Plenário TCU (...)

9.2. informar à Advocacia-Geral da União que o entendimento do TCU quanto à emissão de pareceres jurídicos sobre as minutas de editais licitatórios e de outros documentos, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei no 8.666, de 1993, referenciado nos Acórdãos 748/2011 e 1.944/2014, ambos prolatados pelo Plenário, **não impede a utilização, pelos órgãos e entidades da administração pública federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e que seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes**, cumprindo as exigências indicadas na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014. (grifo nosso)



Em dezembro de 2019 foi aprovado pelo Diretor-Geral, o primeiro parecer referencial (Parecer Referencial nº 01/2019-AJU/DG/CNJ - documento SEI n. 0801055) elaborado pela Assessoria Jurídica do CNJ, momento em que as unidades do CNJ foram cientificadas de que os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial estarão dispensados de análise individualizada pela Assessoria Jurídica, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Vivemos um período de revolução científica, um momento em que se busca repensar o paradigma atual para substituí-lo por um mais eficiente. Ao longo da história, a Administração Pública brasileira foi patrimonialista, burocrática e gerencial. Atualmente, os três modelos coexistem no Brasil e, apesar de um modelo ter sucedido o outro, nenhum deles foi inteiramente abandonado.

A burocracia permeia em grande medida as ações estatais. Visando a atender às diversas recomendações dos órgãos de controle, a Administração acaba, por excesso de zelo, inserindo etapas sobrepostas e repetitivas nos fluxos dos seus processos administrativos.

Tendo em vista a insustentabilidade desse modelo, haja vista a tendência de aumento da demanda e da diminuição de servidores, é que se propõe a simplificação dos processos. A palavra desburocratização aqui deve ser entendida como a redução da burocracia a um nível viável e não sua supressão total, pois a essência da burocracia é vital para a organização da Administração.

Portanto, há que se manter o formalismo, a impessoalidade, a padronização dos procedimentos, a especialização da administração e a meritocracia, sempre com base no princípio da legalidade e buscando atender ao princípio da eficiência.



Diante disso, com fundamento no Decreto n. 9.094/2017 e na Lei n. 13.726/2018, o Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, autoridade máxima do Poder Judiciário, Ministro Dias Toffoli, defendeu a desburocratização dos serviços públicos em nome de um Estado eficiente, transparente e responsável e determinou o início da desburocratização no CNJ. A partir daí foram, então, desenvolvidas diversas atividades desburocratizantes no âmbito do CNJ.

O CNJ, por ser o órgão responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira dos tribunais, é amplamente consultado sobre suas ações, servindo de referência para todo o Poder Judiciário, motivo pelo qual se buscou descrever parte das atividades realizadas com o objetivo de divulgar a experiência do Conselho para que possa servir de modelo de eficiência para os tribunais.

O processo de desburocratização dos atos administrativos no CNJ teve início em fevereiro de 2019 e continua em andamento, pois as atividades relatadas neste trabalho inauguraram uma nova fase do CNJ, com o desenvolvimento de uma série de outras ações desburocratizantes. Percebeu-se maior consciência das unidades com relação à busca de simplificação dos fluxos processuais e dos normativos aplicáveis a eles, o que nos parece ser o principal resultado de todo o processo: o início da mudança da cultura organizacional.

Portanto, pode-se dizer que as atividades descritas aqui são apenas um pequeno recorte da desburocratização do CNJ, haja vista a tendência de continuidade das reflexões sobre o modelo atual e dos ajustes de rotinas com vistas à almejada eficiência da Administração Pública. Nesse sentido, este artigo cumpre seus objetivos originários ao sintetizar as principais atividades desenvolvidas no período de abril a agosto de 2019 no CNJ, quais sejam: a alteração do fluxo processual para a formalização de Termos Aditivos aos Contratos firmados pelo



CNJ, a alteração do fluxo processual do momento em que o certame é homologado até a assinatura do contrato, a adequação das rotinas de concessão de diárias e passagens, a revisão do fluxo processual para a concessão de licença capacitação, a revisão da norma que disciplina as contratações do Conselho Nacional de Justiça, o aumento da vigência dos contratos de natureza continuada e a adoção de parecer referencial na instrução dos processos de contratação de instrutores para cursos de capacitação de pessoal por inexigibilidade de licitação, o qual foi aprovado em dezembro de 2019.

Todas essas ações já apresentam resultados positivos na agilidade processual embora ainda não seja possível dimensionar o impacto de tais ações no custo operacional do CNJ. Observou-se maior celeridade processual e, conseqüentemente, maior eficiência administrativa.

Espera-se, com este artigo, dar visibilidade para o trabalho desenvolvido pelos servidores do Conselho Nacional de Justiça, incentivando os demais órgãos da Administração, especialmente os do Poder Judiciário, a conduzir ações semelhantes, com vistas à simplificação dos processos administrativos em busca de eficiência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Orientação Normativa n. 55, de 23 de maio de 2014**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/1278275>. Acesso em: 3 maio de 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil**. Revista de Informação Legislativa Brasília · ano 45 · nº 179 · julho/setembro. 2008.





BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 8 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 9.094 de 17 de julho de 2017.** Regulamenta dispositivos da Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, institui o Cadastro de Pessoas Físicas - CPF como instrumento suficiente e substitutivo para a apresentação de dados do cidadão no exercício de obrigações e direitos e na obtenção de benefícios, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País e institui a Carta de Serviços ao Usuário. (Redação dada pelo Decreto nº 9.723, de 2019). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/d9094.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9094.htm). Acesso em: 8 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm). Acesso em: 1 maio de 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.726 de 8 de outubro de 2018.** Racionaliza atos e procedimentos administrativos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e institui o Selo de Desburocratização e Simplificação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13726.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13726.htm). Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 490/2012. Plenário.** Relator: Valmir Campelo. Seção de 07/03/2012. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A490%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=0757e9d0-8f02-11ea-b008-6391a7839ac0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A490%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=0757e9d0-8f02-11ea-b008-6391a7839ac0). Acesso em: 15 maio de 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2.674/2014. Plenário.** Relator: André de Carvalho. Seção de 08/10/2014. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2674%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2674%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C)



%2520NU MACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=0757e9d0-8f02-11ea-b008-6391a7839ac0. Acesso em: 15 maio de 2020.

**CÂMARA DOS DEPUTADOS. Emenda Constitucional n. 19, de 1998.**

Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emenda-constitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicao-demotivos-148914-pl.html>. Acesso em: 05 nov. 2019.

CHAVES, Luiz Cláudio de Azevedo. **O Exercício da função de Assessor Jurídico nos processos licitatórios: competências e responsabilidades.** Disponível em <http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/viewFile/42/37>. Acesso em 2 de maio de 2020.

CHIAVENATO, I. **Teoria geral da administração, v.2 : abordagens descritivas e explicativas.** [s. l.], 2014. Disponível em:

<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmb&AN=edsmb.000008137&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Quem somos.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-e-visitas/>. Acesso em: 2 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **2015-2020.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/2015-2020/> Acesso em: 20 fev. 2020.

FONSECA, Henrique. **Teoria da burocracia: O grande criador Max Weber.** Disponível em: <<https://administradores.com.br/artigos/teoria-da-burocracia-o-grande-criador-max-weber>> Acesso em: 5 jun. 2019.

FROTA, Heidelberg Alves. **O princípio da eficiência e sua aplicabilidade na Administração Pública: reflexões sobre os princípios da economicidade, da eficiência e da eficácia no Direito Administrativo.** Disponível em: <[http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=item-global&doc\\_library=SEN01&doc\\_number=000800062](http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=item-global&doc_library=SEN01&doc_number=000800062)> Acesso em: 3 mar. 2019.

**G1. 14 estados superam limite da LRF para gastos com pessoal em 2017, diz Tesouro Nacional.** Disponível em:

<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/11/13/14-estados-superam-limite-da-lrf-para-gastos-com-pessoal-em-2017-diz-tesouro-nacional.ghtml>. Acesso em: 3 nov. 2019.



INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Projeção da População 2018**: número de habitantes do país deve parar de crescer em 2047. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/21837-projecao-da-populacao-2018-numero-de-habitantes-do-pais-deve-parar-de-crescer-em-2047>. Acesso em: 3 nov. 2019.

KERLINGER, Frederick Nichols. **Metodologia da pesquisa em ciências sociais**: um tratamento conceitual. São Paulo: E.P.U, 2003, p. 33.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. Ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LINO, Estêvão José. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**: Como o princípio da legalidade afeta o agir eficiente do gestor público? 2014. 71 f. Monografia de especialização - Universidade Tecnológica do Paraná, Curitiba, 2014.

MARTINS, G. de A. **Estudo de caso**: uma estratégia de pesquisa. São Paulo: Atlas, 2008. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000001161&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 5 nov. 2019.

MEDEIROS NETO. Milton Augusto de. **Gestão por processos na Administração Pública**: um estudo junto aos usuários do processo de compras da Univasf. 2015. 63 f. Relatório de Estágio - Universidade Federal do Vale do São Francisco, Petrolina - PE, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOTTA, F. C. P. **Introdução à organização burocrática**. [s. l.], 2003. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000013218&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 5 nov. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. São Paulo: Método, 2013.



PEREIRA, Luis Carlos Bresser. **Do Estado Patrimonial ao Gerencial**. In Pinheiro, Wilhelm e Sachs (orgs.), Brasil: Um Século de Transformações. São Paulo: Cia. das Letras, 2001: 222- 259.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva,[s.d.].2010.

Disponível em:

<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000001687&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 22 out. 2019.

REIS, Clóvis Mendes Leite Reimão. **O Processo Administrativo Contemporâneo: Legitimidade, Controle e Eficiência da Atividade Administrativa em Prol da Construção de Um Estado Democrático e Social de Direito**. Revista do CEPEJ.

Disponível em:

<<https://portalseer.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/20187>>Acesso em: 20 mar. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro Dias Toffoli cobra**

**desburocratização com Estado eficiente, transparente e responsável**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=397142>.

Acesso em: 6 jun. 2019.

TONIOLO, Giuliano. **A aplicação do princípio da eficiência à administração**

**pública**: levantamento bibliográfico e estudo da jurisprudência do TJRS. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5102/prismas.v4i2.457>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

VAZ, Wesley. **Inovar no governo é (e sempre foi) obrigatório. Opinião**. Disponível

em: <https://www.poder360.com.br/opiniao/governo/innovar-no-governo-e-sempre-foi-obrigatorio-escreve-wesley-vaz/>. Acesso em: 15 nov. 2019.

VENTURA, M.M. **O Estudo de Caso como Modalidade de Pesquisa**. Revista da

Sociedade Brasileira de Cardiologia, v. 20, p. 383-386, 2007. Disponível em:

[http://sociedades.cardiol.br/socerj/revista/2007\\_05/a2007\\_v20\\_n05\\_art10.pdf](http://sociedades.cardiol.br/socerj/revista/2007_05/a2007_v20_n05_art10.pdf).

Acesso em: 22 maio 2020.

KWASNICKA, E. L. **Introdução à administração**. São Paulo: Atlas, 2012.

Disponível em:

<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000003438&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 5 nov. 2019.



## ANEXO A – AUTORIZAÇÃO DE DIVULGAÇÃO DAS ATIVIDADES REALIZADAS NO ÂMBITO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ

Autorização do Diretor-Geral do CNJ para a utilização de informações do Conselho, com vistas à elaboração de artigo científico a ser apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).



Poder Judiciário

*Conselho Nacional de Justiça*  
Diretoria-Geral

### AUTORIZAÇÃO

**Autorizo** a servidora **Daniele Smidt Frischknecht**, matrícula 1865, a utilizar informações oriundas do trabalho que realiza neste Conselho, como coordenadora do Grupo de Trabalho instituído por meio da Portaria Diretoria-Geral n. 121/2019, alterada pela Portaria Diretoria-Geral n. 196/2019, com vistas à elaboração de artigo científico intitulado "Simplificação de processos administrativos para o alcance da burocracia mínima viável conciliando os princípios da eficiência e da legalidade: Um estudo de caso do processo de desburocratização do Conselho Nacional de Justiça", a ser apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Brasília, 20 de agosto de 2019.

197

  
**Johannes Eck**  
Diretor-Geral CNJ





# TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DA DESINFORMAÇÃO (*FAKE NEWS*)

Elias Souza da Silva Junior

## RESUMO

O presente artigo analisa como o Brasil e alguns outros países têm lidado com o fenômeno da desinformação (*fake news*) na perspectiva do Direito Penal. Trata-se de pesquisa básica, estratégica, descritiva, com abordagem qualitativa, por método indutivo e procedimento bibliográfico, documental, com parâmetros de análise a obras doutrinárias, relatórios, notícias e a legislação nacional e internacional, tendo como objeto as propostas normativas penais de enfrentamento à criação e ao compartilhamento de desinformação. Investiga-se o conjunto de argumentos críticos à abordagem punitiva à partir da hipótese de não haver suficientes defesas consistentes para o uso do Direito Penal como a forma adequada de o Estado lidar com o problema. Para tanto, primeiro, é exposta a definição de desinformação, conceito mais completo que o termo vulgar *Fake News*, a tipologia proposta por Wardle, e a relação com a dogmática do Direito Penal. Em seguida, apresenta-se como o Brasil, EUA e alguns países da Europa têm lidado com o problema, tanto por meios punitivos como não punitivos. Conclui-se ser majoritário o entendimento de ser possível, porém não aconselhável, o combate à desinformação via Direito Penal, consideradas as diversas alternativas jurídicas disponíveis.

**Palavras-chave:** *Fake news*. Desinformação. Direito Penal-Nacional, Internacional.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo geral apresentar de que forma o Brasil e alguns outros países, no âmbito do Direito Penal, vêm respondendo ao fenômeno da desinformação, vulgarmente conhecido como *Fake News* (inglês literal para "Notícias Falsas"). O problema é atual e tem exigido uma ação por parte do Poder



Público no enfrentamento da enorme quantidade de conteúdos difamatórios espalhados pela mídia em geral, muitas vezes sem fundamento. Um ótimo exemplo é o cenário complexo, até junho de 2020, em que se debate no Congresso Nacional a proposta para uma Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência.

O problema em questão se insere, segundo a revista *Exame*, em um contexto impulsionado principalmente pelas redes sociais, popularizado após as eleições Norte-americanas de 2016. Só na rede social *Facebook*, segundo levantamento da agência Lupa, contam-se mais de 650 *Fake news* desmentidas oficialmente só em 2019. Elas podem ter o objetivo de prejudicar determinada pessoa ou instituição e até serem empregadas para ganhos financeiros, mediante manipulação psicológica pela Internet.

Tal situação exige análise e aqui pretende-se observar o conjunto de argumentos à favor e contra uma possível criminalização. Pergunta-se, então, se as propostas penais para combater a criação e o compartilhamento de *Fake News* seriam um meio adequado, tendo em vista os posicionamentos doutrinários, em perspectiva qualitativa dos argumentos.

Parte-se, da hipótese de que não há suficientes argumentos consistentes em defesa do uso do Direito Penal como a forma adequada para o Estado lidar com a desinformação.

Será apresentada pesquisa com finalidade básica estratégica, sem a pretensão de esgotar o tema, focando nas consequências para a sociedade em geral, afastando-se do destaque no campo eleitoral. Uma investigação objetiva e descritiva, com abordagem qualitativa, realizada com método indutivo, bibliográfico e documental.

Para responder à questão central, toma-se como objetivos específicos, na primeira parte, definir o que é Desinformação, quais são seus tipos, encontrar os





princípios que balizam o Direito Penal para um possível combate ao problema, descobrir como a desinformação pode ser utilizada de maneira criminoso.

Na segunda parte, serão apresentadas iniciativas para o combate à desinformação de forma não penal, como portais de checagem e alfabetização digital, e de maneira propriamente penal, no Brasil, com a legislação vigente, Comissão Parlamentar Mista de Inquérito e projetos de lei. Serão mostradas também algumas iniciativas em outros países que adotaram a criminalização e outras ações estatais como solução.

## **2 FAKE NEWS**

Nesta seção, será apresentado o conceito teórico de desinformação, a tipologia proposta pela jornalista americana Claire Wardle e princípios do Direito Penal aplicáveis ao tema. Ainda, serão expostas algumas formas maliciosas de se obter vantagem financeira mediante a desinformação e uma visão sobre como poderia ocorrer a criminalização dessas condutas com base nos princípios estudados.

### **2.1 Definição conceitual**

Serão expostos aqui os resultados de algumas pesquisas de estudiosos do tema para definir o objeto desta pesquisa.

Inicialmente, é importante ressaltar que, com base em pesquisas de especialistas no tema como Claire Wardle, "*Fake news*" é um termo que não consegue englobar a dimensão de um fenômeno que envolve muitos atos além da simples divulgação de notícias falsas, chega a ser comparável à poluição. A expressão não tem precisão para dar dimensões da natureza e escala do problema, sendo mais utilizada por sua popularidade e facilidade de compreensão do público (PIMENTA, 2017).



A desinformação engloba várias iniciativas de natureza bastante particular desde sátiras e paródias noticiosas, com poder enganar seus espectadores, até conteúdos totalmente fabricados para manipular grupos de pessoas e atingir determinado objetivo (PIMENTA, 2017).

Segundo Burg e Greggo (2018), as *fake news* atingiram relevância internacional nas eleições americanas de 2016. Neste contexto, a ação das empresas especializadas em divulgação de *Fake News* com utilização de sistemas automáticos de compartilhamento, conhecidos como ciborgues ou bots de mídias sociais, se baseava na criação de conteúdos fora da realidade, tanto para dar vantagem a alguém como para dar crédito a alguma figura do pública.

A revista Forbes, em 2018, publicou uma matéria que apresentava estatísticas sobre como as *Fake News* se apresentavam nos países ao redor do mundo. O relatório da *Reuters*, grupo responsável pela pesquisa, fez um levantamento com 74 mil pessoas, em 37 países diferentes, buscando a taxa de facilidade com a qual as pessoas acreditavam em *Fake News*, gerando assim um *ranking* de classificação.

Segundo a pesquisa, a auto exposição às notícias falsas no Brasil, que é o terceiro no *ranking*, está em 35%, perdendo apenas para Turquia (49%) e México (43%). Os Estados Unidos estão logo atrás do Brasil, em quarto lugar, com 31%, a França encontra-se em décimo lugar, com 16%, em décimo primeiro vem o Reino Unido, com 15% e Alemanha tem 9%, estando em décimo segundo. O estudo também comprovou que países com maior índice de alfabetização têm mais chance de identificar conteúdo satírico, mentiras e jornalismo de baixa qualidade.

A revista Exame, em 2019, também apresentou uma pesquisa global que revelou que 86% dos internautas já acreditaram “fake news” segundo o Centro para a Inovação em Governança Internacional, que fica no Canadá, o qual entrevistou usuários de internet de 25 países. Esta pesquisa se baseou em depoimentos de 25.229



usuários de Internet, entre 21 de dezembro de 2018 e 10 de fevereiro de 2019 em 25 países.

Esta mesma pesquisa apontou que a maioria dos consultados acredita que a educação dos usuários com relação às *fake news* e a moderação de conteúdos pelas próprias redes sociais é a melhor forma de combater informação enganosa. O Direito Penal mostrou-se menos popular, porém 61% dos consultados são “fortemente” ou “parcialmente” favoráveis.

A divulgação de *Fake News* pode ocorrer por qualquer meio de comunicação, mas o principal e mais rápido é a internet. Por intermédio de redes sociais como whatsapp, a facilidade no compartilhamento (disseminação) de dados é muito maior (BELTRAME, 2018).

Carvalho e Kanffer (2018) acrescentam que os agentes compartilhadores das *fake news* agem criando diversas contas em redes sociais, passando a disseminar em massa informações (falsas ou não) sobre diversos temas. Em questão de minutos, na rede mundial de computadores, ocorre o fenômeno da "viralização", por meio do qual uma notícia falsa pode se espalhar, tornando-se cada vez mais difícil ou até impossível obter o controle com o passar do tempo. Dessa forma, um dos maiores desafios é barrar tal fenômeno sem atingir o princípio da Liberdade de Expressão (CORREA; SEIXAS, 2019).

Em uma análise do comportamento dos agentes disseminadores de *Fake news*, Paulo Castro, especialista em Direito Empresarial e Advocacia Empresarial, complementa:

O que instiga a prática são basicamente motivos torpes, tais como: a intenção de manchar a imagem de pessoas, tanto as físicas quanto as jurídicas, interesses econômicos, políticos, ou simplesmente pelo prazer de disseminar boatos ou notícias que causem alvoroço (CASTRO, 2018).



O repórter Brenno Grillo, com base em suas pesquisas em dados da comissão formada pela União Europeia para combate à desinformação, constata que:

Algumas dessas informações, de acordo com a comissão, tratam de efeitos colaterais inexistentes de vacinas aplicadas pelos governos, dados falsos criados única e exclusivamente para minar o funcionamento das instituições políticas e alterar o rumo de decisões que dependem de aprovação da população (GRILLO, 2018).

Para D'Urso, advogado especialista em Cibercrimes e Direito Digital, o que torna tão poderoso o compartilhamento de *fake news* são duas características chave, o viés de confirmação e o recebimento de pessoas conhecidas, conceitos que são explicados a seguir:

O viés de confirmação se dá quando a notícia falsa confirma uma opinião pré-existente e o indivíduo se sente tão satisfeito em estar certo, que compartilha sem verificar a procedência da notícia. Já em relação ao recebimento de notícias de conhecidos, que chegam por familiares, amigos e etc, os filtros naturais de desconfiança acabam diminuindo, estimulando o compartilhamento sem prévia verificação (D'URSO, 2018).

## 2.2 Tipologia das Fake News

Antes de explicar a tipologia, é preciso ressaltar que a razão da discordância da diretora executiva da Organização *First Draft*, Claire Wardle, com o termo "*fake news*" é porque o problema da "*misinformation*" (inglês literal para "desinformação") trata de algo mais do que apenas "notícias", é sobre todo o ecossistema de informações, já o termo "falsas" não consegue descrever a complexidade dos diferentes tipos de desinformação como o compartilhamento inadvertido de dados falsos ou a criação e o divulgação deliberados de informações conhecidas como falsas, sendo o termo *Fake News* normalmente utilizado por sua fácil compreensão e por falta de opção.



A informação de que a desinformação é um fenômeno complexo também é confirmada pela União Europeia (UE). A mesma, segundo Grillo (2018), admite que existem “reportagens” sobre problemas atuais com informações falsas, publicadas por *sites* com imagem de veículo de notícias, usados apenas para parecer legítimos e dar credibilidade a conteúdos que, na verdade, são desinformações. A UE constata também que existem, por exemplo, *clickbait*s (inglês literal para “caça-cliques”) com poder de retorno financeiro por meio dos anúncios. O *Clickbait*, “em tese, é o uso de chamadas ou títulos sensacionalistas, que prometem algo que, geralmente, não é cumprido ao longo do artigo para o qual o usuário é direcionado” (DINIZ, 2020).

Wardle, em 2016, apresentou ao portal *Columbia Journalism Review* as formas de desinformação, divididas inicialmente em seis categorias, são elas o “Conteúdo de paródia”, “*Sites* de notícias falsas”, “Material autêntico usado no contexto errado”, “*Sites* de notícias para impostores”, “Conteúdo manipulado” e “Informação falsa” cada um com sua particularidade, traduzidos para o inglês textual.

No ano seguinte, Wardle escreveu um artigo para a *First Draft*, intitulado como “*Fake news. It's complicated*” (inglês literal para “Notícias falsas. É complicado”), onde ela menciona a classificação dos seis tipos de desinformação que havia feito, porém aperfeiçoados, acrescentando mais um tipo, o “Conteúdo Problemático”. Os resultados destes dois estudos serão compilados a seguir.

O “Parody content”, também conhecido como “Sátira ou Paródia”, dificulta a criação de regras adicionadas por algoritmos para rotular o conteúdo falso. Embora, para Wardle, seja possível criar um banco de dados de *sites* satíricos para um melhor controle, não existe intenção de causar prejuízo neste tipo de conteúdo, mas ele pode enganar. Segundo Charleaux (2019), em alguns casos os perfis das redes sociais que divulgam este tipo de conteúdo trazem avisos alertando que nada alí deve ser levado



a sério, as notícias são fictícias, de humor, mas mesmo assim alguns usuários não se atentam aos avisos e podem levar a informação à sério.

Há também os "*Fake news sites*", conhecidos como "Falsa conexão", onde a chamada da notícia e todo o resto do conteúdo não condiz com o contexto apresentado, sendo utilizados muitas vezes para ganhar dinheiro com *clicks*, quando as manchetes e legendas não correspondem ao conteúdo. Para D'Urso (2018), em grande parte dos casos o compartilhamento é feito sem nem mesmo a pessoa ter lido a notícia, bastando apenas uma rápida leitura na manchete.

No "*Authentic material used in the wrong context*", chamado também de "Falso contexto", o conteúdo não é falso, mas o contexto está errado. Tardáguila e Marés (2018) citam um exemplo da rede social *Facebook* onde compartilhou-se, sem edição, vídeos onde se dizia haver uma "manifestação" em apoio a um determinado político, quando na verdade a multidão estava se dirigindo a um campo de futebol para assistir a um jogo, sendo assim, o verdadeiro conteúdo foi compartilhado com informações contextuais falsas.

No caso de "*Imposter news sites*", conhecido como "Conteúdo impostor", *sites* como "*Clone Zone*" são usados para copiar a interface de uma página, porém com outro *link*, parecido com o do portal clonado para aumentar ainda mais a verossimilhança e enganar quem acessa, fazendo a audiência acreditar que está em um *site* de confiança. Salas (2018), complementa dizendo que neste caso também se confere dados falsos a uma fonte que o público já conhece, citando estudos e estatísticas que não existem.

Quando se trata de "*Manipulated content*", conhecido como "Conteúdo manipulado", faz-se o uso de imagens e vídeos que foram deliberadamente alterados para passar uma mensagem negativa sobre o que se apresenta no material. Muitas vezes estes conteúdos são banalizados pela sua facilidade de criação, porém, tornam-



se mais ofensivos quando se relacionam à eleições, ataques terroristas ou crises humanitárias. Sendo assim, a informação verdadeira com uso de imagens acabam sendo manipulada para enganar, como fotos adulteradas, por exemplo.

A "*Fake information*", conhecida como "Conteúdo fabricado", existem dados que são frequentemente apresentados em gráficos, imagens e vídeo, projetados para serem altamente confiáveis. São conteúdos muitas vezes apresentados em formato de "memes", que preenchem *feeds* de notícias, sendo tão criativos e convincentes na entrega que a maioria dos usuários não pensa em questionar sua autenticidade, muito menos em saber como ou por onde checar a veracidade. Porém, é um conteúdo falso, 100% fabricado para enganar e prejudicar.

O "*Misleading content*", conhecido como "Conteúdo enganoso", mais recente na pesquisa, representa o uso fraudulento de informações para enquadrar um problema ou indivíduo. Dados reais são usados para levar a uma conclusão que não era o objetivo daquela pesquisa, utilizando informação para moldar um problema e prejudicar determinado indivíduo.

Figura 1 - Quadro com resumo dos 7 tipos de *fake news*





Fonte: (PIMENTA, 2019)

### **2.3 Princípios do Direito Penal**

Para que haja uma possível tipificação, é necessário que exista afinidade entre o ocorrido e os princípios do Direito Penal. Serão então demonstrados alguns princípios que chamam a atenção para o combate às *Fake News*.

O mestre em Direito, Augusto Silva (2018), lembrando o Princípio da Intervenção Mínima, ressalta que o Direito Penal não deve interferir na autonomia nem na Liberdade privada do indivíduo, devendo apenas entrar em ação quando as demais áreas jurídicas já tiverem sido esgotadas, evitando-se a banalização. Torna-se, para o autor, imprudente a criminalização de uma conduta tão recente no meio jurídico, não se decidindo antes se a mesma poderá ser tratada em outra esfera do Direito.

Para o autor, também deve-se levar em consideração o princípio da taxatividade, que deixa clara a importância de uma maior clareza da norma penal para que não haja brechas que permitam abusos por parte do Estado. A falta de uma definição clara e objetiva do que seriam *fake news* deixaria à cargo de autoridades policiais e judiciária a utilização de suas convicções pessoais para a punição de condutas dos indivíduos, violando o princípio citado.

### **2.4 A utilização maliciosa e criminalização**





Segundo Tiago de Castro (2018), especialista em Direito Civil e Empresarial, para que não ocorram abusos ao criminalizar as *Fake News*, a punição somente pode ocorrer quando o autor ou quem compartilhou, tiver agido com dolo para prejudicar ou alterar a verdade sobre os fatos.

Conforme Burg e Greggo (2018), especialistas em Direito Penal, criminalizar *Fake News* não pode ser confundido com Censura. Tutelar a criação delas é diferente de impedir a população de divulgar notícias que julgam importantes com o pretexto de que somente jornalistas têm este papel. Sendo assim, a punição só poderá ocorrer à partir do momento em que for identificado o dolo do criador ao manipular e divulgar uma notícia falsa.

Segundo Alves (2019, p. 160):

A liberdade de expressão tem caráter constitucional, mas sua exteriorização pode ser disciplinada pelo direito, ainda que tal disciplina traga uma contenção daquela. E nessa regulamentação, não teremos qualquer violação da democracia, pois a democracia convive serenamente com o estado de direito.

O problema, maior, entretanto, não é apenas entender possível a regulamentação, mas atentar para que ela não se revele prévia censura, aí sim violando o preceito constitucional mencionado.

Segundo Correa e Seixas (2019), doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito em São Paulo, uma das maiores dificuldades para criar-se um tipo penal para o compartilhamento de Desinformação, é o fato de ser muito difícil encontrar o verdadeiro autor da conduta pois o número de compartilhamentos é incontrolável na rede mundial de computadores. O autor deve ter agido pelo menos de maneira culposa para uma responsabilização penal eficaz, pois punir pessoas que apenas compartilham notícias falsas sem dolo ou culpa vai de encontro ao ideal de responsabilidade penal subjetiva.



Por outro lado, conforme Burg e Greggo (2018), os tipos penais presentes no Código Penal Brasileiro não são suficientes para cumprir o papel de controlar o problema das *Fake News* pois tutelam apenas a honra de quem se sentir atingido e não sua reputação. Além disso, o bem jurídico que se buscava proteger com a criação de um novo tipo penal, por exemplo, é diferente pois quando uma notícia falsa versa sobre política, economia, segurança e saúde, a vítima, muitas vezes, não pode ser identificada nem individualizada, diferente de como é feito nos crimes de Calúnia, Difamação e Injúria.

Não pode ser um simples compartilhamento capaz de gerar responsabilidade penal para um indivíduo, dizem os autores. Mesmo que alguns bens jurídicos possam ser atingidos pelas *fake news*, outras áreas do Direito poderão ser responsáveis, não necessariamente o Direito Penal mas a área Cível ou Administrativa, por exemplo. É preciso estudar o real sentido de se criminalizar as *fake news*, pois o legislador pode estar gerando um direito penal simbólico, provocando um posicionamento estatal rigoroso para uma conduta que está fora de controle.

Claus Roxin, jurista alemão, em sua obra, fala sobre o direito simbólico:

Assim, portanto, haverá de ser entendida a expressão "direito penal simbólico", como sendo o conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos ou não, envolvendo pessoas famosas no Brasil, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais (ROXIN, 2000, p. 13).

O principal objetivo da criminalização, segundo Correa e Seixas (2019), deve ser a proteção o bem jurídico individual, ainda que não haja interesse da vítima, resguardando subsidiariamente a sociedade, isso porque, mesmo que as *fake news*



sejam direcionadas a uma pessoa específica, podem ser vistas como reais pela comunidade que o indivíduo se insere, o boato pode gerar comoção popular, fazendo com que a comunidade queira fazer justiça com as próprias mãos. Vide, por exemplo, o caso de Fabiane Maria de Jesus, que foi espancada e morta em São Paulo em 2014 após boatos serem espalhados nas redes sociais que a mesma estaria sequestrando crianças para fazer bruxarias. Com as investigações, comprovou-se que não era verdade, deixando uma família com marido e filha sem mãe.

Na área Penal, os bens jurídicos são interesses onde depositam-se valores que devem ser resguardados. A justificativa mais plausível para tal resguardo é a ordem pública, podendo-se então pensar uma possível criminalização para as *Fake News* com base neste princípio. Concluem os autores como “aceitável a ideia de que determinados conteúdos poderiam afastar da sociedade a situação de normalidade, calma e incolumidade, onde as coisas acontecem dentro dos padrões esperados”, justificando-se, assim, a criminalização (CORREA; SEIXAS, 2019).

Existem alguns tipos de *Fake News*, classificados por Wardle, que podem ser rentáveis para agentes maliciosos, em busca de lucro na internet, os principais são a falsa conexão, conteúdos fabricado e impostor.

Conforme Fiorillo e Ferreira (2018), na obra *Direito e Desenvolvimento*, as *fake news* deixaram de ser apenas disparos falsos com intenção de prejudicar alguém. Elas também têm demonstrado grande potencial econômico através dos *clickbait*s ou caça-clique, que parte de uma técnica utilizada para aumentar o número de acessos a um *site* de Falsa conexão, por exemplo.

Os autores trazem um estudo realizado pela *London School of Economics* (LSE), mostrando que *sites* com Conteúdo impostor e Falsa conexão têm recebido investimento financeiro por conta das publicidades inseridas nos corpos dos textos.



Nesta pesquisa, concluiu-se que é alto o incentivo financeiro proveniente destes *sites*, mesmo com o combate constante à desinformação, feito pela empresa *Google*.

Castro (2018), diz que os *clickbait*s são financiados em grande parte por plataformas como *Google AdSense*, um serviço de publicidade oferecido pela *Google inc.*

Os donos dos *websites* inscrevem-se, solicitando que a exibição dos anúncios feitos nas plataformas seja administrada pelo *Google*, gerando lucro para o inscrito que fabrica manchetes chamativas, Conteúdos impostores e fabricados, com o intuito de receber dinheiro a cada *click* ou visualização, valendo-se muitas vezes da Falsa conexão.

Segundo um estudo conduzido pelo portal de notícias *BuzzFeed*, demonstrou-se que, no início de abril de 2018, “mais de 60 *sites* que publicam informações falsas ganharam dinheiro com o serviço de publicidade *Google AdSense* e outras importantes redes de anúncios” (FIORILLO; FERREIRA, 2018, p. 11).

Segundo Castro (2018), os *clickbait*s têm enfoque maior nas publicidades e propagandas que serão feitas na página, pouco se importando com o conteúdo apresentado. O esforço criador do conteúdo está mais voltado à facilidade para obter a atenção de seu expectador.

D’urso (2018) traz a informação de que existem empresas especializadas na criação de materiais para promover desinformação e outros elementos preparados com potencial de rápida disseminação em massa, utilizando-se de *bots* e da divulgação inconsequente dos usuários de redes sociais. Tais tipos de atividades também demonstram alto potencial criminoso.

### 3 INICIATIVAS DE ENFRENTAMENTO



Serão apresentados os conjuntos de iniciativas mais populares para combater a criação e compartilhamento de desinformação. Dentre as iniciativas mais eficazes, destacam-se os Meios não penais como Portais de checagem e Alfabetização digital. Porém, existe também uma linha de pensamento que segue por meios penais dentro e fora do Brasil. Em nosso país, salientam-se as leis vigentes, a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) das *Fake News* e alguns projetos de lei. Em outros países é possível encontrar iniciativas penais, não penais e até ações conjuntas entre Estado e Redes Sociais como veremos à seguir.

### 3.1 Meios não penais

Apesar deste trabalho ter um enfoque maior no combate à Desinformação por meio do Direito Penal, é importante ressaltar que esta não é a única forma de responder ao problema. Inclusive, a maior parte dos estudos apontam maneiras até mais eficazes de enfrentá-lo longe de uma possível criminalização, sendo destaque os Portais de checagem de notícias e a Alfabetização digital.

#### 3.1.1 Portais de checagem

Conforme Felipe Turlão (2018), consultor e jornalista especializado na indústria de comunicação, após um debate conduzido pela InovaBra Habitat, “Jornalismo. Fake News. Pós-Verdade”, que teve a Escola Superior de Propaganda e Marketing como parceira, concluiu que a aposta maior para o combate à desinformação é em mecanismos ativos como agências de checagem estilo “Folha Informação” e parcerias como a agência Lupa do jornal Folha de S. Paulo.

Destacam-se, segundo Battaglia (2018), da Revista Superinteressante, portais de checagem de fatos, conhecidos também como *fact-checking*, tais como “e-farsas”, “Aos fatos” e plugins como “B.S detector” para analisar a segurança de sites



acessados. O Jornalista Rubens Vitti (2018) acrescenta "Fato ou Fake" do jornal G1, "Verifica" do jornal Estadão e o site boatos.org, que fazem uma triagem das informações divulgadas direto em suas fontes, trazendo um relatório ao público sobre a veracidade de dados e notícias existentes nas mídias em geral.

Conforme o Mestre em Direito, Paulo Santarém (2020), não são apenas grandes empresas de tecnologia ou agências de checagem as únicas responsáveis pela triagem de informações, qualquer pessoa pode descobrir a veracidade de uma notícia e reprimir a Desinformação com um método simples e eficaz. Quando o internauta entender que uma notícia merece o compartilhamento, recomenda-se que busque a mesma informação em pelo menos três fontes diferentes para que haja confirmação de sua veracidade. Porém, se o leitor entende que a informação não vale o esforço, é melhor apenas ler a notícia, não compartilhar e deixar que outra pessoa faça a checagem.

### *3.1.2 Alfabetização digital*

Vale aqui uma menção aos Estados Unidos por conta de sua relevância no cenário internacional. Conforme se extrai de um estudo feito por Funke e Flamini (2019) do Instituto Poynter, a tendência é que em alguns estados haja um maior investimento em educação nas escolas públicas sobre o tema Desinformação.

Nos Estados Unidos, segundo os autores, o Congresso criou um projeto de Lei em outubro de 2017 exigindo das plataformas online como Facebook e Google que mantenham cópias de anúncios, tornem públicas e acompanhem quem são seus pagadores. Além disso, existe a regulamentação de anúncios de TV e rádio nas empresas de mídia social. Em 2017, representantes do Facebook, Twitter e Google testemunharam em um comitê judiciário do Senado sobre seu papel na disseminação da desinformação durante a eleição.



Por outro lado, conforme os autores, o governo do estado da Califórnia aprovou uma Lei em setembro de 2018 para promover a alfabetização midiática em escolas públicas, onde o Departamento de Educação lista materiais e recursos instrucionais para ensinar a avaliar mídias confiáveis. Já em Washington, os parlamentares estão debatendo o estímulo para a alfabetização de mídia no currículo escolar. Em Massachusetts, aprovaram um projeto de Lei que exige educação cívica com ênfase na alfabetização da mídia.

Direito Penal não tem o poder de resolver o problema com criação e compartilhamento de *fake news*. Para o autor, o maior poder de mudança está na educação digital, "que deve incluir e extrapolar o ensino formal e a capacitação profissional, bem como se adequar à cada faixa etária, contexto geográfico, racial e social" (SANTARÉM, 2020).

Conforme Calazans (2018), tal método, utilizando professores e livros didáticos, encarados como tutores para que o aluno encontre as fontes de qualidade para informar-se seria a melhor estratégia pois quebra o ciclo existente entre as *Fake News*, o agente manipulador (criador das *fake news*) e a massa manipulada. A educação na escola, para o autor, gera adultos que, ao verem notícias duvidosas, não tomarão esta como sua única fonte sobre determinado assunto.

Na escola, segundo o autor, devem ser adicionadas disciplinas de alfabetização digital. Para educar cidadãos para se comportar no meio online, aprendendo a ter consciência de que certas atitudes podem prejudicar a sociedade.

### 3.2 Meios penais

Neste momento serão analisados os principais cenários onde a Criminalização de *Fake news* foi adotada e a repercussão desses acontecimentos no Brasil, como nas Leis vigentes, CPMI das *Fake News* e alguns Projetos de Lei para combater o



problema. Serão ainda analisados casos em outros países como Alemanha, França, Rússia, Itália e Reino Unido.

### 3.2.1 Brasil

Sobre o tema, o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI) promoveu em 24 de junho de 2019 o Seminário Internet, Desinformação e Democracia, dando continuidade ao debate iniciado em 2018 sobre iniciativas democráticas e boas práticas para conter o fenômeno da desinformação na Internet. Recomendou-se a "aplicação de medidas já existentes na legislação penal, a fim de evitar propostas de alterações na legislação penal com intuito de combate a desinformação" (CGI, 2018, p. 42). O Comitê assumiu que o papel do Estado deve ser fortalecido diante da ilegalidade de atores da indústria da desinformação e acrescenta que a ação sugerida diante disso seria "realizar investigação e punição efetiva, irrestrita e tempestiva" (CGI, 2018, p. 35).

A Opinion Box e o Digitalks fizeram uma pesquisa para entender como os brasileiros se comportavam em relação às *Fake News*. Os resultados foram debatidos na Conferência Content 2018. Concluiu-se que 30% acham que a responsabilidade pelo compartilhamento da notícia falsa é de quem compartilha, 28% que o responsável é o veículo que publicou a informação e 25% conclui que a responsabilidade é da rede social que permitiu o compartilhamento da informação, na verdade a responsabilidade se divide entre todos (SCHERMANN, 2018).

Para uma análise dos meios penais de enfrentamento à desinformação no Brasil, pode-se considerar duas grandes categorias. A primeira é a aplicação da legislação vigente e a segunda se ramifica entre diversas proposições legislativas. Em caráter intermediário, tem ainda destaque a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) das *Fake News*.





### 3.2.1.1 Aplicação da legislação vigente

Atualmente, segundo Castro (2018), no Brasil, quando se quer prejudicar um indivíduo usando-se de *Fake news*, a tificação se dá na esfera dos crimes contra a honra, como a Calúnia (artigo 138 do Código Penal), Difamação (artigo 139 do Código Penal) e Injúria (artigo 140 do Código Penal).

Existem também os crimes previstos nos artigos 339 e 340 do Código Penal Brasileiro, quando o agente, por conta de *fake news* dá causa à instauração de investigação policial, processo judicial ou inquérito civil contra alguém, imputando-lhe crime que sabe não ter cometido.

Porém, se a desinformação merecesse um tratamento especial do Estado, já existiriam tipos penais que poderiam facilmente cumprir este papel, conforme levantamento feito por Joaquim Leitão Júnior, Delegado de Polícia da Polícia Judiciária Civil do Estado de Mato Grosso. Existe, para ele, uma série de enquadramentos que podem ser feitos diante das ações envolvendo *fake news*, além daqueles já previstos no Código Penal. Temos, por exemplo, na Lei de Contravenções Penais, com base no art. 41, a possibilidade do enquadramento por alguém anunciar ameaça que possa provocar pânico na população. Existem também crimes previstos na esfera eleitoral, mas estes não são o foco deste trabalho.

Existem também o Marco Civil da internet e a Lei nº 6.377/2019. O Marco Civil da internet (Lei 12.964/14) foi de grande influência para que se pudesse haver uma gestão do fluxo de dados da Internet, abrindo caminho para o controle do Fenômeno das *Fake News*.

A lei nº 12.965/14, conhecida como o Marco Civil da Internet (Marco Civil), é “a Lei que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para quem usa a



Internet no Brasil”. O objetivo desta Lei é combater os cibercrimes - prática criminosa online (CORREA; SEIXAS, 2019).

No Distrito Federal também houveram iniciativas no combate às *Fake news*. Conforme Marques e Luiz (2019), a Câmara Legislativa do Distrito Federal aprovou a Lei nº 6.377/2019, que estabelece uma multa de até R\$ 15 mil, após advertência, para autores de postagens que comprovadamente contenham *Fake News*, assim como as empresas provedoras de internet e portais que hospedam as publicações.

Para empresas, especificamente, a Lei nº 6.377/2019 prevê cassação do alvará de funcionamento ou a proibição de assinar contrato com o governo do Distrito Federal, não podendo acessar créditos ou isenção de impostos pois as informações incorretas serão caracterizadas como propaganda enganosa.

### 3.2.1.2 Comissão Parlamentar Mista de Inquérito das Fake News

Outra iniciativa em âmbito nacional com relação ao tema é a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) das *Fake News*. Conforme Ribeiro (2019), a CPMI, instalada no Congresso em 4 de setembro de 2019, tem o objetivo de investigar, no prazo de seis meses, práticas como ataques cibernéticos, uso de perfis falsos e suas possíveis influências sobre as eleições de 2018, cyberbullying e o aliciamento de menores. Até o momento, conforme informações da Agência Câmara de Notícias, o prazo final, que era previsto para 13 de abril de 2020, prorrogou-se até 24 de outubro deste mesmo ano pois as investigações parecem ainda estar longe de uma conclusão.

Em 25 de setembro de 2019 foi aprovado o plano de trabalho da comissão, para ouvir especialistas, representantes de empresas ligadas a mídias sociais e outros atores públicos. Foram criadas três sub-relatorias: cyberbullying e crimes de ódio,



proteção de dados no contexto das *fake news* e aliciamento de crianças e outros vulneráveis (RIBEIRO, 2019).

Já foram convocadas para depor grandes empresas como Claro, Nextel, Oi, Tim e Vivo e as empresas de serviços AM4, CA Ponte, Croc Services, Deep Marketing, Enviawhatsapp, Kiplix, Quickmobile, SMS Market e Yacows (RIBEIRO, 2019).

A previsão é que também sejam ouvidos representantes do *Google* e das redes sociais *Facebook*, *Twitter*, *Instagram*, *WhatsApp* e *Telegram*. Personalidades ativas em redes sociais também serão ouvidas como youtubers, atores, cantores e ex-parlamentares (RIBEIRO, 2019).

Conforme Agência Câmara de Notícias (2020), foi feito requerimento de prorrogação desta CPMI por mais 180 dias, podendo durar até outubro de 2020. Um dos principais motivos para esta solicitação foi evitar aglomerações de deputados em tempos de pandemia no Brasil, fato que desencadeou um estado de emergência no país desde 04 de fevereiro de 2020. As atividades estão interrompidas desde 17 de março, porém, mesmo com o isolamento social, as investigações não param, segundo a deputada Lídice da Mata.

Para o senador Angelo Coronel, presidente da CPMI, a prorrogação dá início a uma terceira etapa do trabalho, que será, com base nos requerimentos apresentados, fazer oitivas necessárias para as investigações prosseguirem. No último turno da CPMI, com o relatório da deputada Lídice da Mata, serão encaminhadas informações ao Ministério Público para que este venha indiciar as pessoas que entender serem merecedoras.

### 3.2.1.3 Principais projetos de Lei



Existem vários projetos de lei que tratam deste tema. Serão aqui apresentados alguns dos mais relevantes em matéria de Direito Penal.

A primeira vez que se teve notícias de um projeto de lei para o combate das *Fake news* no Brasil foi com o Projeto de Lei (PL) nº 6.812/17, o mesmo estabelece que “constitui crime divulgar ou compartilhar, por qualquer meio, na rede mundial de computadores, informação falsa ou prejudicialmente incompleta em detrimento de pessoa física ou jurídica”, sendo aplicada uma pena de detenção de dois a oito meses, e pagamento de 1500 a 4000 dias-multa. Após este PL, viriam outros também marcantes sobre o mesmo tema (SILVA, 2018).

Em uma tentativa de controle de *Fake News* na internet, apresentou-se o Projeto de Lei do Senado nº 473/2017, para alteração do Código Penal, acrescentando ao artigo 287-A, uma nova redação (CARVALHO, 2018):

#### Divulgação de notícia falsa

Art. 287-A – Divulgar notícia que sabe ser falsa e que possa distorcer, alterar ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, à segurança pública, à economia nacional, ao processo eleitoral ou que afetem interesse público relevante.

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Se o agente pratica a conduta prevista no caput valendo-se da internet ou de outro meio que facilite a divulgação da notícia falsa:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 2º A pena aumenta-se de um a dois terços, se o agente divulga a notícia falsa visando a obtenção de vantagem para si ou para outrem.

Burg e Greggo (2018), trazem informações sobre outro PL com propostas semelhantes. O Projeto de Lei nº 6.812/2017, que “busca instituir como crime a ação



de quem divulgar ou compartilhar, por qualquer meio, na rede mundial de computadores, informação falsa ou prejudicialmente incompleta em detrimento de pessoa física ou jurídica”.

Para os autores, “tal atitude visa barrar a possível contratação de empresas de tecnologia que, através da utilização de robôs virtuais, criam, espalham e iludem artificialmente o poder da notícia falsa” (BURG; GREGGO, 2018).

Existe um projeto de lei que busca estimular as próprias redes sociais a fazer o controle de *fake news* como o PL 1.358/20, que se encontra no Senado e na Câmara dos Deputados como PL 1.429/20, com objetivo de combater o uso de contas falsas e *bots* o compartilhamento de desinformação na internet.

Criado no contexto de pandemia pelo *Coronavirus Disease 2019* (COVID-19), segundo Pacheco, da Escola Brasileira de Direito, o projeto terá como renda bruta R\$78 milhões dentro do ano-calendário, sendo direcionada aos provedores de internet, com objetivo de incentivar a proibição de contas que passam informações incorretas, assim como conteúdos e anúncios que compartilham *fake news*. O provedor deverá fornecer mecanismos para facilitar a denúncia de desinformação, estímulo aos sites que promovem checagem de dados, gerando um banco de dados comum para consultas públicas aos seus relatórios (PACHECO, 2020).

Haverá também multa para plataformas que não cumprirem as diretrizes (de 10% sobre o faturamento do exercício do grupo em âmbito nacional), podendo até mesmo haver proibição de atuação no país.

Ainda, pode-se citar a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência. Até o dia 1<sup>a</sup> de junho de 2020 o cenário era controverso e muito complexo. A incertezas quanto ao próprio teor do texto a ser apreciado pelo Congresso Nacional impede a devida análise neste momento.



### 3.2.2 Outros países

Serão apresentadas à seguir algumas das iniciativas tomadas em países que buscam formas de combater, na esfera Penal, o problema das *Fake news*.

#### 3.2.2.1 Alemanha

Conforme a Deutsche Welle (2017), na Alemanha, o Parlamento aprovou em 30 de junho de 2017 uma Lei que adota medidas rígidas para combater as *Fake News*, podendo ser aplicadas multas milionárias às redes sociais que não cooperarem.

Conhecida como “Lei do Facebook”, ela prevê que as redes sociais como *Facebook*, *Twitter* e *YouTube*, se forem denunciadas por ferirem a legislação alemã com alguma publicação falsa, terão até 24 horas para removê-la, sendo de até sete dias o prazo para remoção de conteúdos que ofendam a honra pessoal de alguém. As indenizações podem chegar até cinquenta milhões de Euros em caso de violações sistemáticas.

Em 2019 o Governo Alemão multou a rede social *Facebook* em dois milhões de euros por contabilizar categorias de reclamações distorcidas diante da extensão das violações na plataforma. Porém, a empresa manifestou-se dizendo ter cumprido com suas obrigações de transparência, apontando a falta de clareza da lei como fonte do problema (ESCRITT, 2019).

#### 3.2.2.2 França

Na França, seguindo o exemplo alemão, o Parlamento aprovou em 20 de novembro de 2018, uma Lei que dá poder aos magistrados para determinar a



remoção de *fake news* em até 48 horas. O texto é um complemento para a Lei de Liberdade de Imprensa, que vigora desde 1881. Esta Lei busca dar a possibilidade dos usuários das redes sociais denunciarem o que julgam ser *Fake news*, contactando diretamente às autoridades responsáveis (MENDES, 2018).

A lei ainda mobiliza o Conselho Superior do Audiovisual francês para que suspenda as atividades dos canais que divulgarem *Fake news*, mesmo que estes canais sejam controlados por outros países.

Porém, conforme Lusa (2019), Agência de Notícias de Portugal, esta lei pode ser perigosa pois não resolve o verdadeiro problema, tocando apenas a ponta do *iceberg*. O presidente da França, afirmou que as "plataformas terão obrigações de transparência sobre todos os seus conteúdos patrocinados de forma a mostrar aos leitores quem são os anunciantes e quem os controla". Todavia, a deputada Constance Le Grip afirma que:

Isto cria um risco de autocensura e de instauração do politicamente correto nas plataformas digitais que vai contra a liberdade de expressão e ao pluralismo de opinião. Há uma espécie de polícia do pensamento, um árbitro do bom gosto e da elegância que vai ditar o que é correto ou não. Este mecanismo do controle da informação é tóxico (LUSA, 2019).

Para Fabrice Epelboin, especialista em redes sociais:

A solução é muito complexa. Se só impusermos sanções arriscamo-nos a destruir completamente a imprensa, mas é verdade que o jornalismo é uma das raras profissões onde não há um verdadeiro controle ético. Claro que a maior parte faz o seu trabalho corretamente, mas alguns não têm qualquer sentido ético e, em qualquer outra profissão, isso seria sancionado. Vivemos agora um impasse (LUSA, 2019).

### 3.2.2.3 Rússia



O Presidente da Rússia, conforme a jornalista Camila Abdo (2019), sancionou uma Lei conhecida como “Internet Soberana”, que obriga provedores a filtrar dados enviados e recebidos de servidores estrangeiros.

Conforme a revista *Época Negócios* (2019), cidadãos comuns podem ser multados até US\$ 6,1 mil (R\$ 22,8 mil) por “violação em massa da ordem pública” utilizando Desinformação.

Existe outro projeto de lei que pune sites que publicaram “informações socialmente importantes e não confiáveis”, conhecidas como *fake news*, com multas de até 1,5 milhão de rublos, equivalentes a 23 mil dólares (DOURADO, 2019).

Conforme o analista Matthew Rojansky em entrevista ao *Moscow times*, o governo russo aumentou o controle de internet em todo o país, exigindo que os mecanismos de pesquisa como *Google* excluam alguns resultados. Além disso, aplicativos de mensagens como *Whatsapp* devem compartilhar sua criptografia (conjunto de regras que visa codificar a informação) com serviços de segurança para armazenar dados pessoais de usuários.

Porém, conforme Pigman (2018), o projeto de lei não traz os detalhes necessários para que haja um parâmetro de análise de veracidade por parte das empresas com mais de cem mil visitantes diários, que deverão retirar o conteúdo falso do ar em um prazo de 24 horas. A medida foi muito criticada pois dá amplos poderes aos moderadores, podendo forçá-los a adotar a narrativa oficial do Governo Russo como forma de se proteger de punições.

Conforme o autor, é exigido às empresas que tenham escritórios em território russo, facilitando a pressão por parte do Estado para que haja vazamento de dados aos serviços de inteligência. Por exemplo, empresas como *Twitter* e *Facebook* evitam a abertura de representações oficiais no país para não se submeterem à sua jurisdição.





#### 3.2.2.4 Itália

Cardoso e Baldi (2018), do Observatório da Comunicação (OberCom), trazem o exemplo da Itália que, em 2017 começou a discussão sobre uma Lei para criminalizar a publicação de *fake news*, com multas ou prisão em casos considerados mais graves.

A ideia, segundo a Agência Italiana de Notícias - ANSA (2017), era "não 'contaminar' as eleições legislativas de 2018".

Inspirado na Lei Alemã, já citada neste trabalho, o Partido Democrático da Itália apresentou um projeto de lei que previa multas de 500 mil a 5 milhões de euros contra redes sociais que não se atentarem para a divulgação de *Fake News* (O POVO, 2017).

Em 2019, segundo a revista Veja, o Facebook começou a apagar contas que de alguma forma divulgavam informações falsas no país, em virtude das eleições parlamentares da União Europeia (UE). Convocou-se, então, uma reunião extraordinária de autoridades públicas para debater leis mais rígidas de combate à desinformação online.

Como resposta à decisão da empresa, senadores italianos, incluindo o ex-primeiro-ministro Matteo Renzi, disseram que será apresentado ao Parlamento um Projeto de Lei para prevenir e combater as notícias falsas. Renzi também disse que irá solicitar uma comissão parlamentar de investigação para investigar a origem e o impacto das *fake news* nas últimas eleições da Itália (VEJA, 2019).

#### 3.2.2.5 Reino Unido



No Reino Unido, parece que existe um caso de equilíbrio entre forças do Estado e Iniciativas Privadas. Conforme Valente (2018), da Agência Brasil de Comunicação (EBC), o Parlamento Britânico apresentou, em 29 de Julho de 2018, um relatório para discutir a Desinformação e apresentar medidas e estratégias para combater, sendo uma parte das recomendações direcionada ao governo. Os autores do relatório sugerem ao Governo a criação de um grupo de trabalho com especialistas no tema como os brasileiros Lupa, Aos Fatos e *France Press* para formular diretrizes que possam ser aplicadas a sites e auxiliem os leitores para a avaliação das fontes de informação a partir de critérios mais objetivos.

Cardoso e Baldi (2018), no caso de rádio e televisão, a Ofcom, instituição responsável por estas mídias, exige, através do 'Broadcasting Code'<sup>12</sup> (Código de Radiodifusão, emitido pelo Escritório de Comunicações no Reino Unido), a imparcialidade nas notícias, caso contrário pode ocorrer a suspensão ou revogação de licença de programas. No entanto, não há este mesmo cuidado com as redes sociais, valendo-se de agências de checagem de fatos (*fact-checking*) e projetos específicos, tanto por profissionais quanto sistemas automatizados como o projeto de coalizão internacional *First Draft*.

O primeiro desafio, segundo o Relatório Britânico, é encontrar um conceito correto para *Fake news*, sendo assim, o termo *Fake News* foi rejeitado, adotando-se o vocábulo "Desinformação" como mais adequado (VALENTE, 2018).

Conforme o autor, parlamentares do Reino Unido veem a legislação atual como insuficiente diante dos desafios do ambiente digital, principalmente frente do grande volume de desinformação. As plataformas não são totalmente neutras e as informações são apresentadas segundo critérios dos sites e seus algoritmos. Sendo assim, concluiu-se como principal estratégia de combate a responsabilização das plataformas digitais.



Segundo o Parecer, as empresas precisam de novos conceitos, com regras específicas de responsabilidade para lidar com conteúdos prejudiciais e ilegais, porém a avaliação carece de detalhes neste ponto, segundo o autor. Os congressistas indicam a possibilidade de mecanismos de remoção de mensagens a partir de denúncias de usuários e por identificação da própria plataforma, caso não haja retirada de conteúdo, poderá haver respostas judiciais.

O relatório traz medidas para aumentar a transparência das plataformas frente aos usuários e ao Poder Público. São sugeridas ações mais pró-ativas do governo para encontrar soluções práticas de transparência que funcionem para usuários, instituições públicas e as próprias companhias de tecnologia. Há também propostas de mecanismos de segurança e auditoria de algoritmos para que operem de maneira mais responsável.

Segundo a Associação Nacional de Jornais - ANJ (2018), o Reino Unido vê o combate à desinformação como matéria de Segurança Nacional. Para o Reino Unido, há campanhas de desinformação lideradas por outros países, sendo necessária uma Unidade de Contenção de Notícias, aprovada em uma reunião do Conselho de Segurança Nacional.

O monitoramento de mídias sociais terá sede no Gabinete Oficial, conforme o site *Press Gazette*, tudo isso como uma forma de resposta à suspeitas de atividades russas na votação do Brexit, que foi, conforme o jornalista especialista em ciência da comunicação, Fernando Esteves (2019), influenciada por notícias falsas contra imigrantes, criadas pela própria imprensa inglesa, fazendo com que houvesse forte influência para que a Inglaterra abandonasse a União Européia. A decisão, segundo a ANJ, tem inspiração em iniciativas do governo francês e alemão, já citadas neste trabalho.



O grande desafio, conforme Jillian York, da *Electronic Frontier Foundation* (inglês para "Fundação de Fronteira Eletrônica"), é ter profissionais confiáveis para fazer o controle das informações pois estes ainda não dominam o fenômeno que ainda é bastante recente (ESTEVEES, 2019).

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 2018 houve um grande debate em torno do Direito Eleitoral. Hoje, com a Lei Brasileira do bla bla bla. fala-se da visão Criminal do tema para o cidadão comum. Surge, então, a necessidade de avaliar o comportamento dos Governos, no Brasil e exterior, e saber se o Direito Penal pode trazer uma solução.

Tendo em vista os resultados da pesquisa sobre como o Brasil e outros países vêm respondendo ao fenômeno conhecido como *Fake News* no âmbito do Direito Penal, percebe-se que no Brasil, os debates ainda são prematuros, mas as iniciativas florescem por meio de Leis vigentes, uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito e Projetos de Lei.

Percebeu-se ao longo da pesquisa que o meio Penal não é a forma mais popular de combate às *fake news*, os Estados Unidos são um exemplo de país que busca combater este problema com iniciativas que, na maioria das vezes, não necessitam do Direito Penal e da força do Estado para o combate, tendo se mostrado as ações de agências de checagem e educação digital muito mais eficazes neste contexto.

Houveram também objetivos específicos nesta pesquisa, foram eles: Definir o que são *Fake News*, quais são seus tipos, encontrar os princípios que balizam o Direito Penal para um possível combate ao problema, descobrir como *fake news* podem ser utilizadas de maneira criminosa, localizar uma possível forma de criminalização, saber como estão sendo combatidas no Brasil e em alguns países do



mundo na esfera penal e não penal. Todas as metas foram alcançadas neste trabalho após uma pesquisa básica estratégica e descritiva com uma abordagem qualitativa utilizando o método indutivo e o procedimento bibliográfico, documental, tendo como objeto o próprio fenômeno das *Fake News*.

Na pesquisa do primeiro objetivo específico, percebeu-se que já é possível definir o que são *Fake News*, entendendo que este termo não abrange toda a complexidade do tema, além disso, elas têm serventias que vão além de apenas difamar pessoas públicas, mas obter lucro com anunciantes, manipular opiniões ou até mesmo prejudicar a imagem de determinado segmento social.

Na busca pelo segundo objetivo específico, encontrou-se uma pesquisa onde a jornalista americana Claire Wardle apresenta um interessante estudo que trata das espécies de *Fake News*. São 7 ao todo, sendo algumas delas utilizadas de maneira maliciosa para obter lucro e outras apenas para entretenimento, ambas podendo enganar seus leitores.

Na procura pelo terceiro objetivo específico, constatou-se que existem princípios do Direito Penal que são diretamente favoráveis quando se fala em uma possível tipificação das *Fake news*. Princípios como o da Intervenção Mínima, Taxatividade e Ordem pública.

Na investigação do quarto objetivo específico, buscou-se entender como algumas espécies de *Fake News* podem ser utilizadas de maneira criminosa, em especial o conteúdo manipulado e o fabricado, que oferecem lucro o quem busca obter vantagem utilizando-se de notícias falsas. Procurou-se, também, sintetizar os objetivos específicos anteriores e pensar em como e por que poderia haver uma criminalização do problema em questão. Este será o grande desafio das autoridades que vierem buscar combater o problema no futuro com o uso do Direito Penal, pela



dificuldade de identificar e individualizar os envolvidos na criação e divulgação dolosa de *Fake News*, assim como aqueles que foram vítimas.

Na busca pelo sexto objetivo específico, procurou-se compreender as principais formas com as quais está se buscando resolver esta questão no Brasil, mas não sem antes investigar meios não penais de combater o problema como as agências de checagem e alfabetização digital. As iniciativas estatais para o combate aqui verificadas são as leis propriamente ditas, a CPMI das *Fake News* e alguns projetos de lei. Já em outros países pesquisados, o combate é feito com uma resposta mais contundente do Estado com multas e prisões para quem criar ou compartilhar *Fake News*, porém em países como os Estados Unidos, existe um maior investimento em educação nas escolas públicas sobre o tema, já no aspecto penal, não há muito a ser dito sobre este país, apesar de sua forte presença no debate público sobre o objeto desta pesquisa.

A pesquisa partiu da hipótese de que não há suficientes argumentos consistentes em defesa do uso do Direito Penal como a forma adequada para o Estado lidar com as chamadas *fake news*. Durante o trabalho, fez-se o teste da hipótese e concluiu-se que foi confirmada, levando em consideração que nem todos os países lidam com as *Fake News* utilizando-se do Direito Penal, porém os que lidam, precisam respeitar princípios basilares deste ramo do Direito, atentando-se para o fato de que não é qualquer tipo de compartilhamento ou criação que merece punição estatal, mas aquelas dolosas ou que buscam de alguma forma o lucro assassinando reputações, aproveitando-se do anonimato e proteção fornecida pela rede mundial de computadores.

A pergunta de pesquisa, sobre se no Brasil e em outros países, desde 2016 até hoje, as autoridades públicas têm buscado combater penalmente a criação e o compartilhamento de *Fake News*? Esta foi respondida de maneira satisfatória com a



investigação de ações no Brasil e no Exterior, onde houve uma resposta estatal, porém, infelizmente, não foram encontrados dados satisfatórios que pudessem comprovar alguma mudança significativa com a utilização do Direito Penal pois os debates ainda são muito recentes sobre o tema, restando apenas a certeza de que *Fake News* são um problema real que precisa ser combatido de alguma forma e ações estatais são significativas sobre o problema, resta saber quais serão estas ações no futuro.

A metodologia utilizada foi, quanto à finalidade, uma pesquisa básica estratégica, que buscou aprofundar o conhecimento científico sobre o cenário do Direito Penal diante do fenômeno das *Fake news*, com intenção de deixar bases para que o problema possa ser resolvido ou amenizado no futuro e o desenvolvimento do combate possa ser acompanhado pelos próximos pesquisadores do tema.

Quanto aos objetivos, a pesquisa foi descritiva, buscando suportes já existentes sobre princípios do Direito Penal e como a jurisprudência têm se consolidado no Brasil e no mundo por meio de livros, artigos, relatórios e notícias.

Na abordagem, preferiu-se uma forma qualitativa, sendo analisados criticamente os dados coletados das obras apuradas e o método escolhido foi o indutivo, analisando-se alguns casos específicos para buscar possíveis conclusões gerais sobre os problemas em tela. Porém, em alguns momentos utiliza-se o método hipotético-dedutivo, quando se estabelecem hipóteses de enfrentamento do problema com a criação e compartilhamento criminosos de *Fake News* por meio do Direito Penal.

O procedimento mais utilizado foi o bibliográfico. Buscou-se citações de livros, relatórios, notícias para chegar aos resultados apresentados neste trabalho. Houve também pesquisa documental, em artigos que não são necessariamente trabalhos acadêmicos, mas compartilham ideias de estudiosos do fenômeno das *Fake*



*News*. Apresentam-se conclusões sobre estudos de casos para saber como determinados países se comportam juridicamente no combate a este problema.

A principal dificuldade encontrada nesta pesquisa foi de como encontrar uma resposta que parecesse correta para o problema diante de tantas informações surgindo a cada dia sobre este tema. A CPMI das *Fake News*, apesar de ter um prazo para sua finalização, demonstra cada dia estar mais longe de dar um desfecho às questões levantadas, além disso, projetos de lei com o tema abordado surgem com frequência no Brasil, tornando mais difícil a atualização simultânea das pesquisas, obras literárias que se propõem a estudar o tema, por exemplo, podem ter informações defasadas em questão de dias. Isso tudo sem falar em países dos outros continentes, que também buscam combater o mal causado pelas *Fake News*, mudando a visão sobre o tema e, conseqüentemente, suas jurisprudências como no caso da Malásia, que revogou a lei de combate às *Fake News* em 2018 conforme o jornal inglês *The Guardian*.

## REFERÊNCIAS

ABDO, Camila. Rússia promove a censura digital contra “fake news”. **Estudos Nacionais**, Florianópolis, nov. 2019. Disponível em: <https://www.estudosenacionais.com/19277/russia-promove-a-censura-fake-news/>. Acesso em: 01 jan. 2020.

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Câmara dos deputados**. Brasília, abr. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/651015-cpmi-das-fake-news-funcionara-ate-outubro/>. Acesso em: 1 maio 2020.

*Agence France-Presse*. Pesquisa global revela que 86% dos internautas já acreditaram “fake news”. **Exame**. jun. 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/pesquisa-global-revela-que-86-dos-internautas-ja-acreditaram-fake-news/>. Acesso em: 26 abr. 2020.





AGÊNCIA ITALIANA DE NOTÍCIAS. Partido italiano quer multar redes sociais por 'fake news'. **O Povo online**, Fortaleza, nov. 2017. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/mundo/2017/11/partido-italiano-quer-multar-redes-sociais-por-fake-news.html>. Acesso em: 31 maio 2020.

ALVES, F. CORRÊA, E. Análise das Redes de Relações. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. ANJOS, Lucas Costa dos. BRANDÃO, Luíza Couto Chaves. **Políticas, Internet e Sociedade**. Belo Horizonte: Íris, 2019. p. 158-169.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JORNAIS. Reino Unido associa combate a “fake news” à segurança nacional e preocupa analistas. **Jornal ANJ Online**. Brasília, jan. 2018. Disponível em: <https://anj.org.br/site/menagenda/73-jornal-anj-online/5092-reino-unido-associa-combate-a-fake-news-a-seguranca-nacional-e-preocupa-analistas.html>. Acesso em: 31 maio 2020.

BATTAGLIA, Rafael. Como identificar e combater fake news? **Superinteressante**, São Paulo, abr. 2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/sociedade/como-identificar-e-combater-fake-news/>. Acesso em: 11 maio 2020.

BELTRAME, Renan. Compartilhar *fake news* é crime? Conheça as implicações legais. **Aurum**, Florianópolis, out. 2018. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/compartilhar-fake-news-e-crime/>. Acesso em: 08 de jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347or.ig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347or.ig.htm). Acesso em: 14 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm). Acesso em: 15 de Jan. 2020.

BURG, D. GREGGO, M. Criminalização das *fake news* exige a criação de um novo tipo penal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-27/opiniao-criminalizacao-fake-news-tipo-penal>. Acesso em: 08 de jan. 2020



CALAZANS, Davi. Fake news: A solução definitiva. **Huffpost**, jul. 2018. Disponível em: [https://www.huffpostbrasil.com/davi-calazans/fake-news-a-solucao-definitiva\\_a\\_23485919/](https://www.huffpostbrasil.com/davi-calazans/fake-news-a-solucao-definitiva_a_23485919/). Acesso em: 11 maio 2020.

CARVALHO, Gustavo Arthur Coelho Lobo de et al. O Tratamento Jurídico das Notícias Falsas (fake news). **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tratamento-juridico-noticias-falsas.pdf>. Acesso em: 11 maio 2020.

CARDOSO, Gustavo; BALDI, Vania. **As Fake News numa Sociedade Pós-Verdade**: Contextualização, potenciais soluções e análise. Lisboa: Observatório da Comunicação Palácio Foz, 2018.

CASTRO, Paulo Tiago de. *Fake News*, o Direito e as Providências. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em: <https://advpt.jusbrasil.com.br/artigos582641980/fake-news-o-direito-e-as-providencias>. Acesso em: 26 de Jan. 2020.

CHARLEAUX, João Paulo. Como sátiras e paródias confundem o debate político na internet. **Nexo jornal**, jan. 2019. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/01/09/Como-s%C3%A1tiras-e-par%C3%B3dias-confundem-o-debate-pol%C3%ADtico-na-internet>. Acesso em: 14, Jan. 2020. Acesso em: 15 de Jan. 2020.

COELHO, Alex. Fenômeno da *Fake News* Sob a Ótica da Teoria Dos Jogos e Teoria Econômica do Crime. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, set. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/fenomeno-da-fake-news-sob-a-otica-da-teoria-dos-jogos-e-teoria-economica-do-crime/>. Acesso em: 07 de jan. 2020.

CORREA, Iasmin Queiroz; SEIXAS, Bernardo Silva de. *Fake news*: análise acerca da necessidade de responsabilização criminal pela conduta da divulgação de notícias falsas. **Conteúdo Jurídico**, out. 2019. Disponível em: [http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53567/fake-news-anlise-acercada-necessidade-de-responsabilizao-criminal-pela-condu-ta-da-divulgaode-notcias-falsas](http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53567/fake-news-analise-acercada-necessidade-de-responsabilizao-criminal-pela-condu-ta-da-divulgaode-notcias-falsas). Acesso em: 07 de jan. 2020.

DEUTSCHE WELLE. Parlamento alemão aprova lei de combate ao discurso de ódio na internet. **Deutsche Welle**, Bonn, 2017. Disponível em: <https://p.dw.com/p/2fhWZ>. Acesso em: 07 de jan. 2020



DINIZ, Ademir. **Mediapost**. São Paulo, 22 fev. 2019. Disponível em: <https://www.mediapost.com.br/blog/o-que-e-clickbait/>. Acesso em: 9 de abr. 2020.

DOURADO, Maria. Vladimir Putin assina lei que proíbe fake news e insultos a políticos na Rússia. **Olhar digital**. mar. 2019. Disponível em: [https://olhardigital.com.br/fique\\_seguro/noticia/vladimir-putin-assina-lei-que-proibe-fake-news-e-insultos-a-politicos-na-russia/83833](https://olhardigital.com.br/fique_seguro/noticia/vladimir-putin-assina-lei-que-proibe-fake-news-e-insultos-a-politicos-na-russia/83833). Acesso em: 30 maio 2020.

D'URSO, Luiz Augusto Filizzola. É crime compartilhar uma Fake News? **Canal Ciências Criminais**, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/585697974/e-crime-compartilhar-uma-fake-news>. Acesso em: 07 de jan. 2020.

PACHECO, José. Fake News: projeto prevê a responsabilização de plataformas e redes sociais. **Escola Brasileira de Direito**. São Paulo, dez. 2020. Disponível em: <https://www.ebradi.com.br/coluna-ebradi/fake-news-projeto-preve-a-responsabilizacao-de-plataformas-e-redes-sociais/>. Acesso em: 9 maio 2020.

ESCRITT, Thomas. Alemanha multa Facebook por não reportar denúncias de conteúdo ilegal. **Exame**, jul. 2019. Disponível em: <https://exame.com/negocios/alemanha-multa-facebook-por-nao-reportar-denuncias-de-conteudo-ilegal/>. Acesso em: 29 maio 2020.

ESTEVES, Fernando. **Polígrafo**. 15 jan. 2019. Disponível em: <https://poligrafo.sapo.pt/internacional/artigos/como-as-fake-news-conduziram-os-britanicos-ao-chumbo-do-brexit>. Acesso em: 31 maio 2020.

ÉPOCA NEGÓCIOS. Putin cria lei para combater fake news contra o governo. **Revista Época**. mar. 2019. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2019/03/putin-cria-lei-para-combater-fake-news-contr-o-governo.html>. Acesso em: 30 maio 2020.

FIORILLO, C.; FERREIRA R. “Fake news” como atividade criadora de condições adversas às atividades sociais e econômicas e seu enquadramento jurídico no âmbito do meio ambiente digital. In: FERREIRA, Renata Marques. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa: Unipê, 2018. p. 7-16.

FORBES. 12 países com maior exposição a fake news. **Revista Forbes**, New York, jun. 2018. Disponível em: <https://forbes.com.br/listas/2018/06/12-paises-com-maior-exposicao-a-fake-news/#foto1>. Acesso em: 26 abr. 2020.



FUNKE, D.; FLAMINI, D. *A guide to anti-misinformation actions around the world*. **Poynter**, ago. 2019. Disponível em: <https://www.poynter.org/ifcn/anti-misinformation-actions/#us>. Acesso em: 14 Abr. 2020.

GRILLO, Brenno. União Europeia enfrenta dilema para decidir como combater fake news. **Consultor Jurídico**. fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/uniao-europeia-enfrenta-dilema-definir-combater-fake-news#author>. Acesso em: 31 maio 2020.

GRUPO DE TRABALHO INTERNET E DEMOCRACIA. **Relatório Internet, Desinformação e Democracia**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020.

JÚNIOR, Joaquim Leitão. As implicações criminais das “fake news” entre outras condutas, diante da pandemia do novo coronavírus (COVID-19). **Gen jurídico**, São Paulo, mar. 2020. Disponível em: [http://genjuridico.com.br/2020/03/26/fake-news-coronavirus/#\\_ftnref33](http://genjuridico.com.br/2020/03/26/fake-news-coronavirus/#_ftnref33). Acesso em: 15 maio 2020.

LUPA. 655 boatos desmentidos em um ano e meio: Lupa apresenta seu trabalho à CPMI das *Fake News*. **Folha de S. Paulo**, Rio de Janeiro, dez. 2019. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2019/12/03/lupa-cpmi-fake-news/>. Acesso em: 11 de Jan. 2020.

LUSA. *Fake News*: Uma lei que combate apenas "a ponta do icebergue" das notícias falsas. **Diário de Notícias**. jan. 2019. Disponível em: <https://www.dn.pt/lusa/fake-news-uma-lei-que-combate- apenas-a-ponta-do-icebergue-das-noticias-falsas-10481439.html>. Acesso em: 29 maio 2020.

MARQUES, M; LUIZ, G. Câmara Legislativa do DF aprova lei que pune autor de *fake news* com multa de até R\$ 15 mil. **G1**, set. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/09/24/camara-legislativa-aprova-lei-que-pune-autor-de-fake-news-com-multa-de-ate-r-15-mil.ghtml>. Acesso em: 01 jan. 2020.

MENDES, Silvano. França debate projeto de lei contra *fake news* durante campanhas eleitorais. **Rádio França Internacional**, Paris, set. 2018. Disponível em: <http://www.rfi.fr/br/franca/20180921-franca-debate-projeto-de-lei-contrafake-news-durante-campanhas-eleitorais>. Acesso em: 01 jan. 2020.



OLIVEIRA, R.; CRUZ, R.; SILVA, F. **Caça às bruxas às fake news: Os possíveis desdobramentos da criminalização das “Notícias Falsas”**. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. ANJOS, Lucas Costa dos. BRANDÃO, Luíza Couto Chaves. Políticas, Internet e Sociedade. Belo Horizonte: Íris, 2019. p. 113-119.

PIGMAN, Lincoln. Rússia, acusada de disseminar fake news, terá lei proibindo a prática.

**Folha de S. Paulo**. São Paulo, jul.2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/07/russia-acusada-de-disseminar-fake-news-tera-lei-proibindo-a-pratica.shtml>. Acesso em: 30 maio 2020.

PIMENTA, Ângela. Claire Wardle: combater a desinformação é como varrer as ruas. **Observatório da Imprensa**, Campinas, ed. 966, nov. 2017. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/credibilidade/claire-wardle-combate>. Acesso em: 1 maio 2020.

SANTARÉM, Paulo Rená. **Hiperfície**, Brasília, 11 mai. 2020. Disponível em: <https://hiperficie.wordpress.com/2020/05/11/epidemia-de-fake-news-desinformacao-em-tempos-de-c-ovid-19/>. Acesso em: 15 maio 2020.

RIBEIRO, A. Titulares da CPMI das *Fake News* já moveram 63 ações para retirar conteúdo da internet. **Aos fatos**, out. 2019. Disponível em: <https://aosfatos.org/noticias/titulares-da-cpmi-das-fake-news-ja-moveram-63-acoes-para-retirar-conteudo-da-internet/>. Acesso em: 02 jan. 2020.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. 25. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

SENADO FEDERAL. Atividade Legislativa. **Comissões**, 2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?0&codcol=2292>. Acesso em: 11 de Jan. 2020.

SALAS, Paula. Cuidado com a fábrica de mentiras. **Nova escola**, mai. 2018. Disponível em: <https://novaescola.org.br/conteudo/11701/cuidado-com-a-fabrica-de-mentiras>. Acesso em: 14 de Jan. de 2020.

SCHERMANN, Daniela. Como combater as fake news?. **Digitalks**, abr. 2018. Disponível em: <https://digitalks.com.br/artigos/como-combater-as-fake-news/>. Acesso em: 1 maio 2020.



SILVA, Felipe Augusto. *Fake news* sob a perspectiva do Direito Penal. **Dom total**, Minas Gerais, abr. 2018. Disponível em: <https://domtotal.com/noticia/1246976/2018/05/fake-news-sob-a-perspectiva-do-direito-penal/>. Acesso em: 02 jan. 2020.

TARDÁGUILA, Cristina; MARÉS, Chico. Dez notícias falsas com 865 mil compartilhamentos: o lixo digital do 1º turno. **Folha de S. Paulo**, Rio de Janeiro, out. 2018. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2018/10/07/artigo-epoca-noticias-falsas-1-turno/>. Acesso em: 14 de Jan. 2020.

TURLÃO, Felipe. A melhor forma de combater fake news é com true news. **Popmark**, nov. 2018. Disponível em: <https://propmark.com.br/mercado/a-melhor-forma-de-combater-fake-news-e-com-true-news/>. Acesso em: 1 maio 2020.

VEJA. Facebook apaga páginas que divulgavam fake news na Itália. **Veja**, Rio de Janeiro, mai. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/facebook-apaga-paginas-que-divulgavam-fake-news-na-italia/>. Acesso em: 31 maio 2020.

VALENTE, Jonas. Parlamento britânico faz recomendações para combater fake news. **Empresa Brasil de Comunicação**, Brasília, jul. 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-07/parlamento-britanico-faz-recomendacoes-para-combater-fake-news>. Acesso em: 31 maio 2020.

VITTI, Rubens. **E-dublin**. Dublin, 15 out. 2018. Disponível em: <https://www.e-dublin.com.br/8-manieras-de-identificar-e-combater-as-fake-news-em-epoca-d-eleicao/>. Acesso em: 11 maio 2020.

WARDLE, Claire. 6 types of misinformation circulated this election season. **Columbia Journalism Review**, nov. 2016. Disponível em: [https://www.cjr.org/tow\\_center/6\\_types\\_election\\_fake\\_news.php](https://www.cjr.org/tow_center/6_types_election_fake_news.php). Acesso em: 24 de Abr. 2020.

WARDLE, Claire. Fake news: It's complicated. **First Draft**, fev. 2017. Disponível em: <https://medium.com/1st-draft/fake-news-its-complicated-d0f773766c79>. Acesso em: 24 de Abr. 2020.



# AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Felipe de Almeida Ramidoff

## RESUMO

O objetivo da presente pesquisa é analisar o recurso de agravo de instrumento no novo Código de Processo Civil de 2015 e as suas principais implicações. Por meio da revisão bibliográfica do tema agravo de instrumento no CPC, são expostas diferentes posições doutrinárias acerca do rol do artigo 1.015 do CPC, a fim de demonstrar que o entendimento que prevalece na doutrina e na jurisprudência é o que confere a interpretação extensiva ao referido rol. Aborda-se, ainda, que alguns Tribunais e, em especial, o Superior Tribunal de Justiça, expandiram o critério da taxatividade. Por fim, são tecidas algumas considerações em relação ao julgado do STJ, no que se refere ao chamado ativismo judicial, para que seja respeitada a vontade do legislador ou que seja elaborada uma proposta de lei para alteração do artigo 1.015 do CPC.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil. Recurso. Decisões interlocutórias. Agravo de Instrumento. Rol. Artigo 1.015. Taxatividade.

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema o agravo de instrumento no novo código de processo civil de 2015 e, especificamente, analisa a taxatividade do rol do artigo 1.015 deste código.



O agravo de instrumento é um artifício utilizado pelas partes litigantes no processo civil para que, caso entenda que a decisão<sup>1</sup> proferida pelo juiz de primeiro grau possa prejudicá-la naquele instante, seja revista imediatamente pela instância superior.

O dispositivo que trata do agravo de instrumento foi alterado substancialmente pelo novo código. Anteriormente, o código de processo civil de 1973<sup>2</sup>, com suas alterações, previa que de toda decisão interlocutória caberia agravo de instrumento. No entanto, o artigo 1.015<sup>3</sup> do novo CPC restringiu as hipóteses de interposição desse recurso, utilizando um rol taxativo, de forma que a situação que não estivesse contida neste rol só seria recorrível por meio do recurso de apelação<sup>4</sup>, recurso este que só é cabível ao final do processo na primeira instância.

A inclusão do referido artigo no projeto do novo CPC gerou inúmeras críticas na doutrina em razão de não conter outras hipóteses consideradas mais urgentes que as

---

<sup>1</sup> Decisão interlocutória não terminativa. Segundo o artigo 203, § 2º, do NCP: Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como não extingue a execução e nem se enquadre nos arts. 485 e 487 do CPC

<sup>2</sup> Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento

<sup>3</sup> Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário

<sup>4</sup> Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões. § 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas. § 3º O disposto no caput deste artigo aplica-se mesmo quando as questões mencionadas no art. 1.015 integrem capítulo da sentença. (Grifo nosso).





situações já abarcadas. Surgindo dúvidas sobre qual recurso utilizar para que a decisão que gerasse grave dano à parte e não estivesse contida no rol, fosse imediatamente revista pelo tribunal.

O que se percebe é que o projeto do Novo Código de Processo Civil, ao prever um rol taxativo, tentou trazer uma maior celeridade para o processo, rechaçando a recorribilidade indiscriminada. Contudo, o legislador não tem e não teve condições de prever todas as situações possíveis que não podem aguardar rediscussão futura, de modo que muitas decisões interlocutórias urgentes ficaram de fora do referido rol taxativo.

Nesse sentido, o objeto do presente trabalho concentra-se na revisão bibliográfica do tema agravo de instrumento no âmbito do novo CPC, em especial no que diz respeito ao critério da taxatividade e como o STJ expandiu este critério.

Assim, o que se busca com esta pesquisa é entender como um desafio implementado pelo novo código, em relação à taxatividade do rol do art. 1.015 do CPC/15, pode ser contornado e como já vem sendo superado pelos Tribunais.

No primeiro capítulo, é realizada uma breve apreciação histórica do recurso de agravo nos códigos de processo unitário do direito brasileiro. Isso porque, o objetivo neste capítulo não é se estender num longo revolvimento histórico, mas observar os desafios que o legislador de 2015 restabeleceu ao trazer uma problemática antiga do CPC/1939, que já havia sido superada pelo CPC/1973.

No segundo capítulo, aborda-se inicialmente o conceito de agravo de instrumento e seus requisitos. E depois, passa-se às hipóteses de cabimento do agravo de instrumento no CPC/15. Nesta segunda parte, é apresentada a interpretação específica de cada inciso estabelecida pela doutrina e pela jurisprudência.



O terceiro capítulo analisa a taxatividade do rol do art. 1.015 do CPC/15. São apresentadas diferentes entendimentos doutrinários sobre a interpretação do rol e a posição que prevalece, que melhor atende aos fins visados pelo código, já que o novo CPC/15 é um código pensado nas novas demandas que a sociedade do século XXI propõe, principalmente no número de demandas, na duração razoável do processo e também que prioriza a finalidade do ato processual em detrimento da sua forma, de forma a garantir a primazia do mérito.

O quarto capítulo foi reservado para análise do Recurso Especial nº 1.704.520/MT. Este recurso foi julgado pela corte especial do STJ em dezembro de 2018, e definiu, por sete votos a cinco, o conceito de taxatividade mitigada e fixou a seguinte tese jurídica: “O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”.<sup>5</sup>

Nesse sentido, foram tecidas algumas críticas sobre o referido julgado, tendo em vista que o STJ incluiu o requisito da “urgência”, que não está presente no artigo

1.015 do CPC/15. E que foi visto por boa parte da doutrina como um verdadeiro ativismo judicial.

Conclui-se, ao final, que apesar do julgado do STJ apresentar uma saída rápida e eficiente para o problema colocado, acaba ultrapassando os limites de sua função típica de julgar ao estabelecer um critério de urgência que não está definido em lei. Assim, é chamada a atenção para que se respeite a vontade do legislador e que a alteração do artigo seja feita pelo devido processo legislativo.

---

<sup>5</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ define hipóteses de cabimento do agravo de instrumento sob o novo CPC. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias/STJ-define-hipoteses-de-cabimento-do-agravo-de-instrumento-sob-o-novo-CPC.aspx>>. Acesso em: 02 mar. 2020



## 2 BREVE APRECIÇÃO HISTÓRICA DO RECURSO DE AGRAVO NOS CÓDIGOS DE PROCESSO UNITÁRIO DO DIREITO BRASILEIRO

Para entendermos melhor a sistemática do agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 2015 é necessário um breve revolvimento histórico do recurso de agravo nos diplomas processuais unitários do direito brasileiro.

O exame começa a partir do Código de Processo Civil de 1939, passando pelo Código de Processo Civil de 1973 até chegar no atual Código de Processo Civil de 2015.

Dessa forma, investigando as alterações nos Códigos de Processo ao longo do tempo, é possível ter ferramentas para analisar e ajudar a encontrar saídas para os desafios que o atual Código de Processo Civil apresenta.

### 2.1 Código de Processo Civil de 1939

No ano de 1939, como explica Fernando Ribeiro da Silva Carvalho, o Brasil teve o seu primeiro Código de Processo Civil, liberto, “em tese”, do Direito lusitano<sup>6</sup>.

No CPC de 1939 existiam três tipos de agravo. O agravo de petição, que era cabível em face das decisões extintivas que não fossem de mérito; agravo de instrumento, cabível em face de decisões interlocutórias somente nas hipóteses previstas em lei (rol taxativo); e o agravo no auto do processo, que evitava a preclusão de certas decisões<sup>7</sup> e era examinado em preliminar de apelação.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> DA SILVA CARVALHO, Fernando Ribeiro. **Recurso de Agravo: origem e evolução**. In: Anais do Congresso de Processo Civil Internacional. 2019. p. 103

<sup>7</sup> Art. 851, do Código de Processo Civil de 1939: Caberá agravo no auto do processo das decisões: I –



O rol taxativo de cabimento do agravo expressava uma limitação à recorribilidade, o que foi bastante criticado pela doutrina, já que outras decisões relevantes e urgentes não estavam abrangidas pelo rol e não eram recorríveis de imediato.

Teresa Arruda Alvim Wambier nos ensina que os advogados, à época, começaram a se utilizar de outros meios para conseguir modificar as decisões que não estavam previstas no rol taxativo:

Como se viu na exposição precedente, no Código de Processo Civil revogado, o recurso de agravo de instrumento ou no auto do processo tinha cabimento desde que houvesse previsão expressa a respeito. Inúmeras outras decisões, que podiam ter como efeito dano irreparável, ou de difícil reparação, ao direito das partes ou influenciar o teor da sentença final, ficavam, teoricamente, imunes a ataques recursais. Foi precisamente esta circunstância que fez com que os advogados acabassem por se valer de outros meios, que não recursais, com o fito de tentar modificar estas decisões. Estes sucedâneos recursais eram o pedido de reconsideração, a correção parcial ou a reclamação, o conflito de competência, a ação rescisória e o mandado de segurança.<sup>9</sup>

Dessa forma, com as limitações que esse código processual proporcionou, naturalmente, o legislador viu a necessidade da edição de um código que representasse um novo contexto<sup>10</sup>.

## 2.2 Código de Processo Civil de 1973

---

que julgarem improcedentes as exeções de litispendência e coisa julgada; II – que não admitirem a prova requerida ou cercearem, de qualquer forma, a defesa do interessado; III – que concederem, na pendência da lide, medidas preventivas; IV – que considerarem, ou não, saneado o processo, ressaltando-se, quanto à última hipótese o disposto no art. 846

<sup>8</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 201 e 202

<sup>9</sup> ALVIM, Teresa Arruda. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 81

<sup>10</sup> DA SILVA CARVALHO, Fernando Ribeiro. **Recurso de Agravo: origem e evolução**. In: Anais do Congresso de Processo Civil Internacional. 2019. p. 103



O Código de Processo Civil de 1973 apresentou uma nova sistemática em relação ao Código anterior, com uma proposta de frear os sucedâneos recursais que causavam uma grave deformação no sistema processual.

O CPC de 1973 deixou de prever o agravo de petição. O agravo de instrumento passava a ser cabível em face de todas as decisões interlocutórias. E foi criada uma nova espécie chamada de agravo retido, semelhante ao antigo agravo no auto do processo.

Fredie Didier Jr. afirma que, apesar do agravo de petição ter deixado de existir, as sentenças sem resolução de mérito não ficaram sem recurso:

Com o advento do CPC de 1973, deixou de existir o agravo de petição: toda e qualquer sentença, independentemente de seu conteúdo, extinguindo o processo com ou sem resolução do mérito, passou a ser atacada pelo mesmo recurso, qual seja, a apelação.<sup>11</sup>

Com a Lei n° 9.139/1995, modificou-se os prazos do agravo de instrumento, é o que expõe o doutrinador Fredie Didier Jr.:

O agravo, que, na sistemática originária do CPC-1973, era interposto no prazo de cinco dias, passou, com o advento da Lei n. 9.139/1995, a submeter-se ao prazo de dez dias, tanto o retido como o de instrumento.

Ainda com a edição da Lei n. 9.139/1995, criou-se a obrigatoriedade da retenção do agravo, quanto às decisões posteriores à sentença, com exceção da decisão que dissesse respeito à inadmissibilidade da apelação, que haveria de ser atacada por agravo de instrumento. O agravo de instrumento também sofria mudanças, passando a ser interposto diretamente no tribunal; o relator podia conceder efeito suspensivo, desde que configuradas as hipóteses descritas no art. 558 do CPC-1973.

---

<sup>11</sup> DIDIER JR. Fredie. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela *nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 203



Ademais, passou-se a exigir que o agravante juntasse peças obrigatórias, previstas no art. 525, I, do CPC-1973, a quem competia, ainda, informar ao juízo de primeira instância da interposição do agravo, juntando cópia do recurso, com a indicação das peças que o instruíam, a fim de que o juiz exercesse sua retratação.<sup>12</sup>

No entanto, foi com a Lei nº 11.187/2005 que se produziu alterações mais profundas no recurso de agravo. Passou-se a priorizar o agravo retido em detrimento do agravo de instrumento. Além disso, o agravo de instrumento só poderia ser interposto nas novas hipóteses estabelecidas pela lei. É o dizia o artigo 522 do CPC/73:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.<sup>13</sup> (Grifou-se).

Fredie Didier Jr. destaca que o conceito indeterminado trazido pelo art. 522 do CPC/73 “lesão grave e de difícil reparação” era muito explorado pelos advogados, de modo que poucas eram as decisões que não se enquadram nesse tipo de decisão. Nesse sentido:

Como o agravo de instrumento era cabível quando se tratasse de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, eram poucos os casos de agravo retido. Nesse conceito indeterminado, várias hipóteses eram enquadradas. Assim, cabia agravo de instrumento da decisão que concedesse provimento de urgência, da que indeferisse uma intervenção de terceiros, da que tratasse da competência do juízo, da que indeferisse parcialmente a petição inicial, da que resolvesse

---

<sup>12</sup> DIDIER JR. Fredie. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela *nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 204

<sup>13</sup> BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm). Acesso em: agosto 2019



parcialmente o mérito, da que excluísse um litisconsorte e de tantas outras assim consideradas pela jurisprudência. Em todas essas situações, era incabível o agravo retido por inadequação; impunha-se, assim, como recurso cabível, o agravo de instrumento.<sup>14</sup>

Assim, percebemos que, apesar da lei tentar limitar a recorribilidade das decisões, a nova redação dada ao artigo ainda deixava uma hipótese aberta que permitia a “ampla” recorribilidade em casos de lesão grave e de difícil reparação.

Veremos que isso não aconteceu com o atual Código de Processo Civil de 2015.

### 3 AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

#### 3.1 Conceito de agravo de instrumento

Como ensina Humberto Theodoro Júnior, alguns pronunciamentos judiciais que possuem caráter decisório, mas que não são sentença, são chamados de decisões interlocutórias<sup>15</sup>. Em face das decisões interlocutórias contidas no art. 1.015 do CPC/15 o recurso cabível é o agravo de instrumento<sup>16</sup>.

O Novo Código de Processo Civil fez importantes alterações em relação ao agravo de instrumento, como a elaboração de um rol taxativo de decisões que podem ser recorridas pelo agravo de instrumento. E, ainda, extinguiu a forma retida do agravo

---

<sup>14</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela *nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 205

<sup>15</sup> Art. 203 do CPC/15: Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. §1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. § 2º **Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º**

<sup>16</sup> Theodoro Júnior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, volume III. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1086



do código anterior, devendo as demais situações impugnadas em preliminar de apelação ou contrarrazões de apelação<sup>17</sup>.

### 3.2 Prazo

O Código de Processo Civil de 2015 veio com a proposta de uniformizar os prazos estabelecendo um padrão de 15 (quinze) dias úteis. No caso do agravo de instrumento não é diferente, o art. 1.003, § 5º, do CPC, prevê o prazo de 15 (quinze) dias para a interposição de recursos.

Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão. (...)

§ 5º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.<sup>18</sup>

### 3.3 Formação do instrumento do agravo

Quando interposto o agravo de instrumento, deverá ser processado fora dos autos da causa da decisão impugnada, formando um instrumento à parte. O agravo de instrumento será dirigido ao tribunal competente, em que deve constar alguns requisitos exigidos pelo art. 1.016 do Código de Processo Civil<sup>19</sup>:

Art. 1.016. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, por meio de petição com os seguintes requisitos:

I - os nomes das partes;

II - a exposição do fato e do direito;

---

<sup>17</sup> Theodoro Júnior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, volume III. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1086

<sup>18</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: agosto 2019

<sup>19</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. III. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1092





III - as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão e o próprio pedido;

IV - o nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo.<sup>20</sup>

Além de que a petição do agravo de instrumento deve conter peças obrigatórias conforme art. 1.017 do CPC<sup>21</sup>:

Art. 1.017. A petição de agravo de instrumento será instruída:

I - obrigatoriamente, com cópias da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da própria decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;

II - com declaração de inexistência de qualquer dos documentos referidos no inciso I, feita pelo advogado do agravante, sob pena de sua responsabilidade pessoal;

III - facultativamente, com outras peças que o agravante reputar úteis.<sup>22</sup>

Vale ressaltar, contudo, que o § 5º do art. 1.015 do CPC/15<sup>23</sup> dispensou as partes de apresentarem as peças essenciais que já acompanham os autos, caso os autos sejam eletrônicos.

### 3.4 Efeitos do agravo de instrumento

---

<sup>20</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: agosto 2019

<sup>21</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. III. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1092

<sup>22</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: agosto 2019.

<sup>23</sup> § 5º Sendo eletrônicos os autos do processo, dispensam-se as peças referidas nos incisos I e II do caput, facultando-se ao agravante anexar outros documentos que entender úteis para a compreensão da controvérsia



O agravo de instrumento tem efeito devolutivo, isto é, devolve a matéria para julgamento pelo Tribunal competente. Entretanto, pode ter efeito suspensivo se o relator conceder<sup>24</sup>. É o que prevê o artigo 1.019, inciso I, do CPC/2015:

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;<sup>25</sup>

### 3.5 Hipóteses de cabimento do agravo de instrumento

O agravo de instrumento, conforme o art. 1.015 do CPC, é cabível em relação às decisões interlocutórias que versem sobre:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- I - tutelas provisórias;
  - II - mérito do processo;
  - III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
  - IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
  - V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
  - VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
  - VII - exclusão de litisconsorte;
  - VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
  - IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
  - X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
  - XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;
  - XII - (VETADO);
  - XIII - outros casos expressamente referidos em lei.
- Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de

<sup>24</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. III. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1093

<sup>25</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: agosto 2019



sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.<sup>26</sup>

### 3.5.1 Tutelas Provisórias

A primeira hipótese de cabimento do agravo de instrumento no novo CPC são as decisões que versarem sobre tutelas provisórias.

Tutela provisória é gênero que abrange as espécies: tutela de urgência ou de evidência. Elas estão previstas nos artigos 300 e seguintes do CPC.

Ressalte-se que o inciso não faz menção ao deferimento ou indeferimento, como o fez no inciso III, sendo, portanto, cabível em qualquer caso em que a decisão a aprecie.

Fredie Didier Jr. nos lembra que a decisão que posterga a análise do pedido de tutela provisória equivale a uma decisão que indefere tal pedido, sendo cabível, portanto, o recurso de agravo de instrumento.

A decisão do juiz de, sem justificativa, postergar a análise do pedido de tutela provisória para após a contestação ou para outro momento equivale a uma decisão que indefere o pedido de tutela provisória, dele cabendo agravo de instrumento. De igual modo, se o juiz condiciona a apreciação da tutela provisória a alguma exigência não prevista em lei, está, em verdade, a negar o pedido de tutela provisória, sendo cabível agravo de instrumento. Nesse sentido, o enunciado 29 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A decisão que condicionar a apreciação da tutela provisória incidental ao recolhimento de custas ou a outra exigência não prevista em lei equivale a negá-la, sendo impugnável por agravo de instrumento".<sup>27</sup>

<sup>26</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: agosto 2019

<sup>27</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis**, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 212-213



Didier ressalta, ainda, que quando a sentença analisa a tutela provisória, tal capítulo da decisão só poderá ser impugnável no recurso de apelação.

A tutela provisória pode ser concedida na sentença, com a finalidade de afastar o efeito suspensivo da apelação (art. 1.012, § 10, V, CPC). Nesse caso, a tutela provisória não deve ser passível de agravo de instrumento, mas de apelação (art. 1.009, § 30, CPC). O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação (art. 1.013, § 50, CPC), não sendo caso de agravo de instrumento.<sup>28</sup>

Outra questão que é levantada é se a decisão que defere ou indefere o efeito suspensivo aos embargos à execução se assemelha à hipótese de apreciação de tutela provisória.

No caso concreto, a 7ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, por maioria, entendeu, conforme interpretação dada pelo STJ, que a não concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução pode ser submetida ao que preconiza o inciso I do art. 1.015 do CPC, por ter natureza de tutela de urgência. Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. NÃO CONCESSÃO DE FEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DOS INCISOS I E X DO ARTIGO

1.015 DO CPC/2015.

Em se tratando de embargos à execução, nos termos do artigo 1.015, inciso X, do CPC/2015, o agravo de instrumento é cabível contra as decisões interlocutórias que versarem sobre a concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos, não se encontrando arrolada a hipótese de indeferimento do efeito suspensivo em questão. Entretanto, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, a hipótese de

---

<sup>28</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela *nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 213



indeferimento do efeito suspensivo também pode ser objeto de agravo de instrumento, pois a questão admite interpretação extensiva do inciso X do artigo 1.015 do CPC/2015, assim como pode ser submetida ao que preconiza o inciso I do mesmo dispositivo processual, por ter natureza de tutela de urgência, tendo em vista que o embargante, que não tem a execução contra si paralisada, pode ficar exposto a danos próprios da continuidade das atividades executivas. Cabível, assim, o agravo de instrumento.<sup>29</sup>

### 3.5.2 Mérito do processo

A hipótese de cabimento do inciso II do art. 1.015 do CPC diz respeito aos casos em que a decisão interlocutória define parcialmente o mérito no curso do processo de conhecimento, previsto nos arts. 354, parágrafo único e 356, §5º, ambos do CPC.

Art. 354. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 485 e 487, incisos II e III, o juiz proferirá sentença.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput pode dizer respeito a apenas parcela do processo, caso em que será impugnável por agravo de instrumento.

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§ 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.<sup>30</sup>

Esse é o entendimento da 8ª Turma Cível do TJDF:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 1.015, II, DO CPC. HIPÓTESES

<sup>29</sup> TJDF 0702199-55.2018.8.07.0000, Relator Desembargador Fábio Eduardo Marques, data de julgamento: 30/05/2018, 7ª Turma Cível, data de publicação no DJE: 08/08/2018).

<sup>30</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: agosto 2019



DE DECISÃO PARCIAL DO MÉRITO. NÃO CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ROL TAXATIVO. DECISÃO MANTIDA.

**1. A interposição de agravo de instrumento contra as decisões que versam sobre o mérito do processo, segundo o art. 1.015, II, do CPC/15, restringe-se às hipóteses de decisão parcial do mérito, previstas no art. 356 do mesmo Diploma.**

2. Estabelece o inciso III do art. 932, do novel diploma processual, que incumbe ao Relator “não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida”.

3. O rol que prevê as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento é taxativo, nos termos do art. 1.015 do Novo Código de Processo Civil, não sendo cabível a interpretação extensiva para enquadrar outros temas às previsões contidas no texto legal.

4. Recurso desprovido. (Grifo nosso).<sup>31</sup>

Da mesma forma, comentando o inciso II do artigo 1.015 do CPC, entende o doutrinador Elpídio Donizetti:

Quanto ao inciso II, abre-se a possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias de mérito. Nos termos do art. 356, em caso de cumulação de pedidos, o juiz poderá conhecer e julgar um ou mais deles antecipadamente, via decisão interlocutória, se existir pedido incontroverso ou a causa estiver madura para julgamento (art. 356, I e II), ainda que os demais pedidos cumulados no mesmo processo não estejam preparados para julgamento.

Dessa decisão o recurso cabível será o agravo de instrumento (art. 1.015, II; art. 356, § 5º), eis que, apesar de decidir o mérito de parte do processo, não põe fim à fase cognitiva, pelo que não pode ser equiparada a sentença e, por conseguinte, 1655 impugnada via apelação.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> TJDF, 0714988-86.2018.8.07.0000, Desembargador Relator Mario-Zam Belmiro, Data de Julgamento: 22/11/2018, 8ª Turma Cível, Data de Publicação: DJE de 27/11/18.

<sup>32</sup> Donizetti, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil** – 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p.1655



E no mesmo sentido, analisando a hipótese do inciso II do art. 1.015 do CPC, expõem os doutrinadores Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha:

É possível, ainda, que o juiz decida o pedido por meio de uma decisão interlocutória. Com efeito, o juiz pode decidir parcialmente o mérito, numa das hipóteses previstas no art. 356. Tal pronunciamento, por não extinguir o processo, é uma decisão interlocutória, que pode já acarretar uma execução imediata, independentemente de caução (CPC, art. 356, § 2º). Conquanto seja uma decisão interlocutória, há resolução parcial do mérito, apta a formar coisa julgada.

Tal decisão é passível de agravo de instrumento, não só porque assim o diz o § 50 do art. 356 do CPC, como também o inciso II do seu art.

1.015. Nesse sentido, o enunciado 103 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A decisão parcial proferida no curso do processo com fundamento no art. 487, I, sujeita-se a recurso de agravo de instrumento".

Também é decisão parcial de mérito, impugnável por agravo de instrumento, a que homologa a renúncia parcial, a transação parcial ou reconhecimento de um dos pedidos cumulados (art. 487, III, CPC).<sup>33</sup>

Corroborando com as interpretações doutrinárias, o Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC proferiu orientações sobre tal inciso, nos seguintes sentidos:

**Enunciado 103:** (arts. 1.015, II, 203, § 2º, 354, parágrafo único, 356,

§ 5º) A decisão parcial proferida no curso do processo com fundamento no art. 487, I, sujeita-se a recurso de agravo de instrumento.

**Enunciado 611:** (arts. 1.015, II; 1.009, §§ 1º e 2º; 354, parágrafo único; 356, § 5º; 485; 487). Na hipótese de decisão parcial com fundamento no art. 485 ou no art. 487, as questões exclusivamente a ela relacionadas e resolvidas anteriormente,

---

<sup>33</sup> Didier Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil:** o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal / Leonardo Carneiro da Cunha — 13. ed. reformn. — Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 213



quando não recorríveis de imediato, devem ser impugnadas em preliminar do agravo de instrumento ou nas contrarrazões.

Fredie Didier Jr. coloca, ainda, que a decisão que aplica multa processual e a decisão que indefere uma das provas em produção antecipada de provas também são passíveis de serem enquadradas nesse inciso.

A decisão proferida nesses casos é fruto de um incidente instaurado, que acarreta a condenação da parte numa multa. Está-se, portanto, diante de uma decisão de mérito, atraindo-se a incidência do inciso II do art. 1.015 do CPC. Cabível, portanto, o agravo de instrumento.

Da decisão que indeferir totalmente a produção da prova cabe apelação (art. 382, § 40, CPC). Se o requerente postular a produção antecipada de mais de uma prova em cumulação de pedidos, e o juiz não admitir por decisão interlocutória a produção de uma delas, caberá agravo de instrumento. Esta será uma decisão interlocutória de mérito, a desafiar o recurso de agravo de instrumento, previsto no art. 1.015, II, do CPC.<sup>34</sup>

A Quarta Turma do STJ, em maio de 2019, ao julgar o REsp 1.772.839, entendeu que as decisões interlocutórias que versam sobre temas relativos à prescrição e à decadência possuem natureza de mérito e, portanto, são recorríveis por agravo de instrumento. Nesse sentido:

O colegiado também entendeu, no mesmo julgamento, que as decisões interlocutórias que analisem temas relativos à prescrição e à decadência possuem natureza de mérito e, portanto, são atacáveis por agravo de instrumento, conforme previsto no artigo 1.015, inciso II. Antonio Carlos Ferreira apontou que, diferentemente do CPC de 1973

– segundo o qual haveria decisão de mérito apenas quando o juiz pronunciasse a decadência ou a prescrição –, o artigo 487 do CPC/2015 estabelece que a resolução de mérito ocorre quando o magistrado decide, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência ou não de decadência ou prescrição.

"Desse modo, nos termos do código processual vigente, quando o magistrado decidir a respeito da prescrição ou da decadência – reconhecendo ou rejeitando sua ocorrência –,

---

<sup>34</sup> Didier Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal / Leonardo Carneiro da Cunha — 13. ed. reformn. — Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 214-215





haverá decisão de mérito e, portanto, caberá agravo de instrumento com fundamento no inciso II do artigo 1.015 do CPC/2015", declarou o ministro.<sup>35</sup>

### 3.5.3 Rejeição da alegação de convenção de arbitragem

Convenção de arbitragem é um pacto voluntário celebrado entre partes interessadas para submeter seus litígios a um juiz arbitral. Nas palavras de Fredie Didier Jr., “convenção de arbitragem é gênero, do qual há duas espécies: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”. E prossegue:

Em virtude da convenção de arbitragem, transfere-se o litígio para a competência do árbitro. É este quem deve examinar a disputa entre as partes. Se o juiz rejeita a alegação de convenção de arbitragem, está decidindo sobre sua competência para julgar o caso. Se a acolhe, entende que o árbitro é o competente. Trata-se, inegavelmente, de uma decisão sobre competência.<sup>36</sup>

Nesse sentido, este inciso, que versa sobre competência, foi muito debatido acerca da sua ampliação, tendo em vista que as partes recorriam com base nesse inciso (alegando se tratar de discussão de competência), mas sem litigar, na prática, sobre convenção de arbitragem. O STJ, por meio do Recurso Especial 1.679.909/RS, pacificando o entendimento, decidiu pela interpretação analógica ou extensiva do inciso. Confira-se a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO IMEDIATA DAS NORMAS PROCESSUAIS. TEMPUS REGIT ACTUM. RECURSO CABÍVEL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 1 DO STJ.

<sup>35</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ define hipóteses de cabimento do agravo de instrumento sob o novo CPC. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/STJ-define-hipoteses-de-cabimento-do-agravo-de-instrumento-sob-o-novo-CPC.aspx>>. Acesso em: 02 mar. 2020

<sup>36</sup> Didier Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal / Leonardo Carneiro da Cunha — 13. ed. reformn. — Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 215



EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA COM FUNDAMENTO NO CPC/1973. DECISÃO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO PELA CORTE DE ORIGEM. DIREITO PROCESSUAL ADQUIRIDO. RECURSO CABÍVEL. NORMA PROCESSUAL DE REGÊNCIA. MARCO DE DEFINIÇÃO. PUBLICAÇÃO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA OU EXTENSIVA DO INCISO III DO ART. 1.015 DO CPC/2015.

(...)

Apesar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015 do CPC/2015, a decisão interlocutória relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, já que ambas possuem a mesma ratio -, qual seja, afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda.<sup>37</sup>

Foi uma decisão muito comemorada por advogados, tendo em vista que permite a recorribilidade fora da interpretação literal do inciso.

### *3.5.4 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica*

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica está previsto nos artigos 133 a 137 do CPC. Trata-se de um procedimento em que o credor requer seja desconsiderada a personalidade jurídica para atingir os bens privados do(s) sócio(s), podendo se dar também no sentido inverso da personalidade jurídica, e que privilegia o contraditório e a ampla defesa.

Fredie Didier Jr. alerta para o fato de que só serão agraváveis as decisões que instaurarem o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Isso porque, se o pedido de desconsideração da personalidade jurídica foi requerido na petição

---

<sup>37</sup> STJ – RESP: 1.679.909/RS 2017/0109222-3, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, data de julgamento: 14/11/17, T4 – Quarta Turma, Data de publicação DJe de 01/02/18



inicial, será dispensada a instauração do incidente e, portanto, não será hipótese de cabimento do agravo (art. 134, § 2º, do CPC)<sup>38</sup>. De igual modo, ele explica que quando a desconsideração é sanada na sentença, não caberá o agravo de instrumento. Nesse sentido:

Em outras palavras, só é agravável a desconsideração da personalidade jurídica resolvida em decisão interlocutória, quando houver o respectivo incidente. Quando a desconsideração é resolvida na sentença, não cabe agravo de instrumento; o que cabe é apelação. Nesse sentido, o enunciado 390 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: "Resolvida a desconsideração da personalidade jurídica na sentença, caberá apelação".<sup>39</sup>

### *3.5.5 Rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação*

A gratuidade de justiça é regulada pelo novo CPC a partir dos artigos 98 e seguintes, e é um benefício dado à pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios.<sup>40</sup>

O Código dispõe que a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural é presumida verdadeira. Ademais, o pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Art. 134, § 2º, do CPC: Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica

<sup>39</sup> Didier Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis**, incidentes de competência originária de tribunal / Leonardo Carneiro da Cunha — 13. ed. reformn. — Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 218

<sup>40</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Art. 98 do Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: agosto 2019

<sup>41</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Art. 99, § 3º, do Código de Processo Civil.



Veja-se que o inciso V do art. 1.015 do CPC fala em **rejeição** do pedido de gratuidade da justiça ou **acolhimento** do pedido de sua revogação, ou seja, somente é hipótese de recorribilidade quando a parte for, em tese, prejudicada pela decisão que rejeitar o pedido ou revogar a decisão que já havia concedido.

Dessa forma, se o magistrado acolher o pedido de gratuidade a decisão é irrecurável e restará à outra parte o pedido de revogação do benefício, conforme o art. 100 do CPC. No entanto, se o magistrado decidir por não revogar o benefício de gratuidade tal decisão só poderá ser analisada no recurso de apelação (art. 1.009, §1º, do CPC).

Fredie Didier Jr. argumenta que o inciso V do art. 1.015 do CPC é desnecessário, tendo em vista que já há a previsão de recorribilidade nessa hipótese no art. 101 do CPC.

O disposto no inciso V do art. 1.015 do CPC é desnecessário, pois o seu art. 101 já prevê o agravo de instrumento da decisão que indeferir a gratuidade ou acolher o pedido de sua revogação. A previsão do art. 101 já seria suficiente para se ter como agravável a decisão. De todo modo, o legislador reproduziu a previsão.<sup>42</sup>

### *3.5.1 Exibição ou posse de documento ou coisa*

A exibição ou posse de documento ou coisa está prevista nos artigos 396 a 404 do CPC e tem por finalidade que o juiz force a parte ou terceiro a exhibir documento ou coisa que se encontre em seu poder.

---

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: agosto 2019

<sup>42</sup> Didier Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal / Leonardo Carneiro da Cunha — 13. ed. reformn. — Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 219



Fredie Didier Jr. explica que “quando requerida contra a parte contrária, haverá um incidente processual, a ser resolvido por decisão interlocutória [portanto, cabível agravo de instrumento]. Se requerida contra um terceiro, tem-se um processo incidente, a ser encerrado por sentença”<sup>43</sup> [recurrível por apelação].

Contudo, a Terceira Turma do STJ, ao julgar o REsp 1.798.939, entendeu que a decisão que resolve o incidente processual de exibição instaurado contra a parte adversária e a decisão que resolve a ação incidental de exibição instaurada contra terceiro estão abrangidas pela mesma hipótese de cabimento. Nesse sentido:

Outro caso relatado pela ministra Nancy Andrighi na Terceira Turma diz respeito ao cabimento do agravo contra decisão que indefere requerimento para exibição de documentos. O colegiado interpretou a regra do inciso VI do artigo 1.015 do CPC e concluiu que essa hipótese de cabimento do agravo deve ser entendida de forma abrangente. Em seu voto, a ministra lembrou que o artigo 1.015 é amplo e dotado de diversos conceitos jurídicos indeterminados, “de modo que esta corte será frequentemente instada a se pronunciar sobre cada uma das hipóteses de cabimento listadas no referido dispositivo legal”. A relatora afirmou que o debate acerca do inciso VI se insere nesse contexto, exigindo a indispensável conformação entre o texto legal e o seu conteúdo normativo, a fim de que se possa definir o significado da frase “decisões interlocutórias que versarem sobre exibição ou posse de documento ou coisa”. Ela ressaltou não haver dúvida de que a decisão que resolve o incidente processual de exibição instaurado contra a parte adversária e a decisão que resolve a ação incidental de exibição instaurada contra terceiro estão abrangidas pela hipótese de cabimento. Contudo – destacou Nancy Andrighi –, ainda era preciso definir o cabimento na hipótese de decisão interlocutória sobre exibição ou posse de documento que é objeto de simples requerimento de expedição de ofício da própria parte no processo, sem a instauração de incidente

---

<sup>43</sup> Didier Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal / Leonardo Carneiro da Cunha — 13. ed. reformn. — Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 220



processual ou de ação incidental – como ocorreu no caso em julgamento (REsp 1.798.939).<sup>44</sup>

### 3.5.7 Exclusão de litisconsorte

O litisconsórcio está previsto nos artigos 113 a 118 do CPC e se refere a duas ou mais pessoas que litigam, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, nos casos previstos na lei.

A decisão que exclui o litisconsorte retira o direito da parte de litigar e, portanto, poderá ser recorrível de imediato. Fredie Didier Jr. explica que, se a lei dispusesse de modo contrário, violaria o princípio da duração razoável do processo e o princípio da eficiência, pois protrairia para um momento posterior uma questão que precisaria ser controlada desde logo<sup>45</sup>.

Realmente, não faria sentido a parte aguardar a prolação da futura sentença para, somente então, atacar a decisão que excluiu um dos litisconsortes. Aguardar a sentença conspiraria contra o princípio da duração razoável do processo e contra o princípio da eficiência, protraindo para momento posterior uma questão que precisa ser controlada desde logo. Ademais, o eventual provimento da apelação teria o condão de desfazer todos os atos processuais posteriores à exclusão do litisconsorte para que ele pudesse participar efetivamente do contraditório, o que, também por isso, atentaria contra os princípios da eficiência e da duração razoável do processo. A exclusão de um litisconsorte faz-se, portanto, por decisão interlocutória agravável. Não sendo interposto desde logo o agravo de instrumento, a questão sujeita-se à preclusão, não

---

<sup>44</sup> <sup>44</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **STJ define hipóteses de cabimento do agravo de instrumento sob o novo CPC.** Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/STJ-define-hipoteses-de-cabimento-do-agravo-de-instrumento-sob-o-novo-CPC.aspx>. Acesso em: 02 mar. 2020

<sup>45</sup> Didier Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil:** o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal / Leonardo Carneiro da Cunha — 13. ed. reformn. — Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 220



podendo mais ser questionada, nem constar da apelação a ser interposta contra a futura sentença.<sup>46</sup>

A Quarta Turma do STJ, em maio de 2019, decidiu que a decisão que enfrente o tema da ilegitimidade passiva do litisconsorte é agravável, independentemente dos motivos jurídicos para a exclusão do litisconsorte. Nesse sentido:

nos casos de pronunciamento judicial sobre a exclusão de litisconsorte, o questionamento pode ser feito via agravo de instrumento (nos termos do inciso VII do artigo 1.015), independentemente dos motivos jurídicos para essa exclusão. "É agravável, portanto, a decisão que enfrenta o tema da ilegitimidade passiva de litisconsorte, que pode acarretar a exclusão da parte", afirmou o relator do REsp 1.772.839, ministro Antonio Carlos Ferreira.<sup>47</sup>

### 3.5.8 Rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio

A limitação do litisconsórcio está prevista nos §§ 1º e 2º do art. 113 do CPC, e tem por objetivo evitar que um número excessivo de litisconsortes comprometa a rápida solução do litígio ou dificulte a defesa ou o cumprimento da sentença.

Ressalte-se que a limitação do litisconsórcio se refere apenas ao litisconsórcio facultativo e simples, pois o necessário ou unitário jamais poderão sofrer limitações em seu número.

Vale lembrar que o inciso fala em rejeição do pedido de limitação, ou seja, se o magistrado deferir o pedido a decisão não é agravável, pois não há prejuízo ao requerente.

---

<sup>46</sup> Didier Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal / Leonardo Carneiro da Cunha — 13. ed. reformn. — Salvador: Ed.JusPodivm, 2016. p. 220-221

<sup>47</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **STJ define hipóteses de cabimento do agravo de instrumento sob o novo CPC**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/STJ-define-hipoteses-de-cabimento-do-agravo-de-instrumento-sob-o-novo-CPC.aspx>. Acesso em: 02 mar. 2020



### 3.5.9 Admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros

A intervenção de terceiros está prevista essencialmente nos artigos 119 a 138 do CPC. Assistência (art. 119 ao 124), Denúnciação da lide (art. 125 ao 129), Chamamento ao processo (art. 130 ao 132), desconsideração da personalidade jurídica (art. 133 a 137) e o *amicus curiae* (art. 138). Há, contudo, outras formas de intervenções de terceiros espalhadas pelo CPC, como explica Fredie Didier Jr.:

Há outras intervenções de terceiro espalhadas no CPC, como, por exemplo, as previstas nos arts. 338, 339, 343, §§3º e 40, e 382, §1º, CPC. Há, ainda, intervenções de terceiro previstas em legislação extravagante, de que serve de exemplo aquelas disciplinadas pelo art. 50 da Lei n. 9.469/1997.<sup>48</sup>

São terceiros que não são partes no processo, mas podem participar seja integrando um dos polos ou influenciando na capacidade de decisão do julgador.

Dessa forma, o inciso IX do art. 1.015 do CPC permite que tanto a decisão que admite a intervenção como a de inadmissão sejam recorríveis por meio do agravo de instrumento.

Vale ressaltar, contudo, que este inciso não se aplica à intervenção do *amicus curiae*, pois o deferimento é irrecorrível, conforme dispõe o art. 138 do CPC:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, **por decisão irrecorrível**, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.<sup>49</sup> (Grifou-se)

<sup>48</sup> Didier Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal / Leonardo Carneiro da Cunha — 13. ed. reformn. — Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 222

<sup>49</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: agosto 2019





O § 1º do art. 138 do CPC permite apenas que o terceiro oponha embargos de declaração: “§1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º”<sup>50</sup>.

Veja-se, ainda, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 17/10/2018, ao examinar a admissibilidade de dois agravos regimentais interpostos no RE nº 602.584, entendeu que é irrecurável a decisão do Relator que indefere o pedido de ingresso de terceiro na condição de *amicus curiae*. Conforme disposto no informativo nº 920/STF:

**É irrecurável a decisão denegatória de ingresso, no feito, como *amicus curiae*.** Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, não conheceu de agravo regimental em recurso extraordinário interposto pela Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo (APESP) e pelo Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas do Estado de São Paulo (SINDIPROESP) contra a decisão que indeferiu sua admissão no processo como interessados. No recurso extraordinário, discute-se a possibilidade de, ante o mesmo credor, existir a distinção do que recebido, para efeito do teto remuneratório, presentes as rubricas proventos e pensão. **O Colegiado considerou que a possibilidade de impugnação de decisão negativa em controle subjetivo encontra óbice (i) na própria *ratio essendi* da participação do colaborador da Corte; e (ii) na vontade democrática exposta na legislação processual que disciplina a matéria.** Asseverou que o art. 138 (1) do Código de Processo Civil (CPC) é explícito no sentido de conferir ao juiz competência discricionária para admitir ou não a participação, no processo, de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, e de não admitir recurso contra essa decisão. O art. 7º (2) da Lei 9.868/1999, de igual modo, é inequívoco nesse sentido. **O Colegiado afirmou, também, que o *amicus curiae* não é parte, mas agente colaborador. Portanto, sua intervenção é concedida como privilégio, e não como uma questão de direito. O privilégio**

---

<sup>50</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: agosto 2019



**acaba quando a sugestão é feita. Ressaltou, ainda, os possíveis prejuízos ao andamento dos trabalhos da Corte decorrentes da admissibilidade do recurso, sobretudo em processos em que há um grande número de requerimentos de participação como *amicus curiae*.** Vencidos os ministros Marco Aurélio (relator) e Edson Fachin, que conheceram do agravo e reafirmaram precedentes que admitiram a interposição de recurso contra a decisão denegatória de ingresso no feito. Para eles, nos termos das normas que regem a matéria, somente é irrecurável a decisão que admitir a intervenção. Se a decisão é negativa, *contrario sensu*, cabe agravo para a apreciação pelo Colegiado. Os ministros Dias Toffoli (presidente) e Rosa Weber reajustaram os votos anteriormente proferidos.

RE nº 602.584-AgR/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, 17.10.2018. (RE-602584)<sup>51</sup> (Grifou-se)

### *3.5.10 Concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução*

Os embargos à execução, previsto nos artigos 914 e seguintes do CPC, é a defesa do executado processo de execução de título extrajudicial.

Dispõe o art. 919 do CPC, que, via de regra, os embargos à execução não terão efeito suspensivo. Contudo, o §1º do citado artigo, permite que o juiz, a requerimento do embargante, atribua efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

Desse modo, a decisão que conceder, modificar ou revogar o efeito suspensivo dado aos embargos à execução, poderá ser recorrível por agravo de instrumento.

---

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência nº 920/STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo920.htm>. Acesso em: 02 jul. 2019



Ademais, como explicitado no tópico do inciso I do art. 1.015 do CPC, o efeito suspensivo possui a mesma natureza e os mesmos requisitos da tutela provisória, de modo que se o magistrado não concede o efeito suspensivo caberá, nos mesmos moldes do inciso I, agravo de instrumento da referida decisão.

No mesmo sentido se posicionou a Terceira Turma do STJ no julgamento do REsp 1.745.358:

A Terceira Turma também decidiu pelo cabimento do agravo de instrumento no caso de decisão interlocutória que indefere a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução de título extrajudicial.

A questão chegou ao STJ após o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) não conhecer do agravo interposto pelo sócio de uma empresa em recuperação judicial, no qual pedia a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução, para impedir o prosseguimento da execução individual movida contra ele por créditos sujeitos à recuperação.

Segundo a relatora do REsp 1.745.358, ministra Nancy Andrighi, a decisão sobre efeito suspensivo aos embargos à execução é, "indiscutivelmente, uma decisão interlocutória que versa sobre tutela provisória, como, aliás, reconhece de forma expressa o artigo 919, parágrafo 1º, do CPC, que, inclusive, determina a observância dos requisitos processuais próprios da tutela provisória".

A ministra explicou que a interposição imediata do agravo de instrumento contra decisão que indefere a concessão do efeito suspensivo é admissível com base no artigo 1.015, I, do CPC, "tornando absolutamente despicienda, a propósito, a regra adicional (mas incompleta) de cabimento prevista no artigo 1.015, X, do CPC".<sup>52</sup>

### *3.5.11 Redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º*

---

<sup>52</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ define hipóteses de cabimento do agravo de instrumento sob o novo CPC. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/STJ-define-hipoteses-de-cabimento-do-agravo-de-instrumento-sob-o-novo-CPC.aspx>>. Acesso em: 02 mar. 2020



O art. 373, § 1º do CPC, que versa sobre a redistribuição do ônus da prova, dispõe que:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.<sup>53</sup>

Dessa forma, da decisão que redistribuir o ônus da prova conforme o § 1º do art. 373 do CPC, caberá agravo de instrumento, sendo ela deferida ou indeferida.

Fredie Didier Jr. expõe que na redação aprovada na Câmara dos Deputados não seria possível a recorribilidade da decisão que não redistribuiu o ônus da prova. Nesse sentido:

Note, porém, que também é agravável a decisão que não redistribuiu o ônus da prova. Na redação aprovada pela Câmara dos Deputados, não seria possível; mas a redação final autoriza o agravo de instrumento contra decisão que "versar sobre" a redistribuição do ônus da prova, o que, claramente, permite o agravo de instrumento em ambas as situações. Na verdade, é agravável a decisão que indefere, nega, rejeita a redistribuição do ônus da prova.<sup>54</sup>

### 3.5.12 *O veto ao inciso XII*

A redação original do inciso XII do art. 1.015 do CPC, versava sobre “conversão da ação individual em ação coletiva”.

<sup>53</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: agosto 2019

<sup>54</sup> Didier Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal** / Leonardo Carneiro da Cunha — 13. ed. reformn. — Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 224



No entanto, a Excelentíssima Senhora Presidente da República Federativa do Brasil, no uso das atribuições que lhe confere o § 1º do art. 66 da Constituição Federal, ouvidos o Ministério da Justiça e a Advocacia-Geral da União, decidiu vetar o inciso XII do art. 1.015 do CPC, por contrariedade ao interesse público, sob os seguintes fundamentos:

Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.<sup>55</sup>

Assim, tal dispositivo foi vetado em consequência do veto ao art. 333 que tratava da conversão de ação individual em ação coletiva.

### *3.5.13 Outros casos expressamente referidos em lei*

Este inciso reforça a taxatividade do recurso de agravo de instrumento. Ou seja, há a necessidade de que haja previsão expressa em lei federal (de mesma hierarquia do CPC) para criar novas hipóteses de cabimento do recurso.

Um exemplo é a Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968 (dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências) que prevê expressamente em seu artigo 19, § 2º, que “da decisão que decretar a prisão do devedor, caberá agravo de instrumento.”

Trata-se de hipótese de cabimento do agravo de instrumento fora do CPC.

---

<sup>55</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm)>. Acesso em: agosto 2019



### *3.5.14 Decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário*

Diferentemente do processo de conhecimento, em que somente as decisões contidas nos incisos I a XIII do art. 1.015 do CPC podem ser agraváveis, nas fases de liquidação de sentença ou cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário, todas as decisões interlocutórias são agraváveis.

Nesse sentido, comenta Fredie Didier Jr.:

A lista taxativa de decisões agraváveis, contida no art. 1.015 do CPC, aplica-se apenas à fase de conhecimento. Na fase de liquidação de sentença, na de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário e partilha, toda e qualquer decisão interlocutória é agravável. Não há limitação. São atípicos os casos de decisões interlocutórias agraváveis, cabendo examinar, concretamente, se há interesse recursal.<sup>56</sup>

Complementa Humberto Theodoro Júnior:

Admitem, ainda, agravo de instrumento as decisões proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário (art. 1.015, parágrafo único). Isso porque esses procedimentos terminam por decisões que não comportam apelação. Assim, as interlocutórias ali proferidas não poderão ser impugnadas por meio de preliminar do apelo ou de suas contrarrazões.<sup>57</sup>

A Terceira Turma do STJ, ao julgar o Resp 1.736.285 – MT, reforçou o entendimento de que na liquidação e no cumprimento de sentença, no processo de

---

<sup>56</sup> Didier Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal / Leonardo Carneiro da Cunha — 13. ed. reformn. — Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 225

<sup>57</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47. Ed. Salvador: Forense, 2016. p. 1304



execução e na ação de inventário, há ampla e irrestrita recorribilidade de todas as decisões interlocutórias<sup>58</sup>. Confira-se a ementa:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE NULIDADE DAS INTIMAÇÕES OCORRIDAS APÓS A PROLATAÇÃO DA SENTENÇA. CABIMENTO DO RECURSO EM FACE DE TODAS AS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS PROFERIDAS EM LIQUIDAÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, EXECUÇÃO E INVENTÁRIO, INDEPENDENTEMENTE DO CONTEÚDO DA DECISÃO. INCIDÊNCIA ESPECÍFICA DO ART. 1.015, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/2015. LIMITAÇÃO DE CABIMENTO DO RECURSO, PREVISTA NO ART. 1.015, CAPUT E INCISOS, QUE SOMENTE SE APLICA ÀS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS PROFERIDAS NA FASE DE CONHECIMENTO.

1- Ação proposta em 13/02/2017. Recurso especial interposto em 10/08/2017 e concluso à Relatora em 26/04/2018.

2 - O propósito recursal consiste em definir se é recorrível, de imediato e por meio de agravo de instrumento, a decisão interlocutória que indeferiu o pedido de declaração de nulidade das intimações ocorridas após a prolatação da sentença.

3 - Somente as decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento se submetem ao regime recursal disciplinado pelo art. 1.015, caput e incisos do CPC/2015, segundo o qual apenas os conteúdos elencados na referida lista se tornarão indiscutíveis pela preclusão se não interposto, de imediato, o recurso de agravo de instrumento, devendo todas as demais interlocutórias aguardar a prolação da sentença para serem impugnadas na apelação ou nas contrarrazões de apelação.

4 - Para as decisões interlocutórias proferidas em fases subsequentes à cognitiva – liquidação e cumprimento de sentença –, no processo de execução e na ação de inventário, o legislador optou conscientemente por um regime recursal distinto, prevendo o art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015,

---

<sup>58</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ define hipóteses de cabimento do agravo de instrumento sob o novo CPC. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/STJ-define-hipoteses-de-cabimento-do-agravo-de-instrumento-sob-o-novo-CPC.aspx>>. Acesso em: 02 mar. 2020



que haverá ampla e irrestrita recorribilidade de todas as decisões interlocutórias, quer seja porque a maioria dessas fases ou processos não se findam por sentença e, conseqüentemente, não haverá a interposição de futura apelação, quer seja em razão de as decisões interlocutórias proferidas nessas fases ou processos possuírem aptidão para atingir, imediata e severamente, a esfera jurídica das partes, sendo absolutamente irrelevante investigar, nesse contexto, se o conteúdo da decisão interlocutória se amolda ou não às hipóteses previstas no caput e incisos do art. 1.015 do CPC/2015.

5 - Na hipótese, tendo sido proferida decisão interlocutória - que indeferiu o pedido de nulidade das intimações após a prolação da sentença - após o trânsito em julgado e antes do efetivo cumprimento do comando sentencial, cabível, de imediato, o recurso de agravo de instrumento, na forma do art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015.

6 - Recurso especial conhecido e provido.<sup>59</sup>

Vale lembrar que as decisões não contidas no referido rol taxativo não são recorríveis pelo agravo de instrumento, mas poderão ser discutidas na apelação ou nas contrarrazões de apelação. É o que dispõe o art. 1.009, §1º do CPC:

Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.<sup>60</sup>

O que se quis, basicamente, com esse rol, foi a simplificação do sistema recursal e o desestímulo à recorribilidade durante o curso do processo até a sentença. É o que se depreende do Parecer nº 956 de 2014, de relatoria do Senador Vital do Rêgo:

---

<sup>59</sup> STJ – RESP 1736285/MT 2018/0091021-2, Relatora a Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, 21 de maio de 2019 (Data do Julgamento), Publicado EMENTA / ACORDÃO em 24/05/2019

<sup>60</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.html). Acesso em: agosto 2019





O projeto de Novo Código de Processo Civil segue o caminho da simplificação recursal e do desestímulo ao destaque de questões incidentais para discussões em vias recursais antes da sentença, especialmente quando, ao final do procedimento, esses temas poderão ser discutidos em recurso de apelação.

Por essa razão, no PLS, não se exacerbou na previsão de hipóteses de cabimento de agravo de instrumento. Essa espécie recursal ficou restrita a situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação.

Nesse sentido, o PLS flexibilizou o regime de preclusão quanto às decisões interlocutórias para permitir, se necessário for, a sua impugnação em futuro recurso posterior a sentença. Uma das espinhas dorsais do sistema recursal do projeto de Novo Código é o prestígio ao recurso único.

Acontece que, no SCD, essa diretriz foi parcialmente arranhada, com o acréscimo de diversas hipóteses novas de agravo de instrumento, o que merece ser rejeitado na presente etapa legislativa.<sup>61</sup>

Portanto, conforme o parecer acima, percebe-se que o projeto do Novo Código de Processo Civil, ao prever um rol taxativo, tentou trazer uma maior celeridade para o processo, rechaçando a recorribilidade indiscriminada. Contudo, o legislador não tem e não teve condições de prever todas as situações possíveis que não podem aguardar rediscussão futura, de modo que muitas decisões interlocutórias urgentes ficaram de fora do referido rol taxativo. E é nesse sentido que passamos à discussão acerca da taxatividade do rol do art. 1.015 do CPC/15.

## **4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TAXATIVIDADE DO ROL DO ART. 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

### **4.1 Rol taxativo X exemplificativo**

À primeira vista, entendemos que o rol do art. 1.015 do CPC/15 não deixa dúvidas de que é taxativo, pois o dispositivo não trouxe uma expressão que deixasse

---

<sup>61</sup> Parecer nº 956, de 2014 da Comissão Temporária do Código de Processo Civil, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=159354&tp=1>. Acesso em: setembro 2019



a lista de decisões em aberto, expressões essas que são geralmente usadas em róis exemplificativos, como: "entre outras"; "em especial"; "a lei poderá" e etc. Ademais, um dos princípios recursais é a taxatividade. No mesmo sentido, é o entendimento de Fredie Didier Jr.: “Assim, apenas a lei pode criar recursos, de maneira que somente são recorríveis as decisões que integrem um rol taxativo previsto em lei. É o que se chama de *taxatividade*<sup>62</sup>

Contudo, há quem entenda que o rol do art. 1.015 é exemplificativo, permitindo a recorribilidade fora das hipóteses de cabimento previstas no dispositivo. É o que entendeu, por exemplo, ainda no começo da vigência do código (21/07/16), a terceira câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Agravo de Instrumento. Processual Civil. Exceção de incompetência. Decisão que rejeitou o recurso, mantendo o foro eleito. Decisão proferida após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, aplicando-se o Enunciado Administrativo 02, do C. STJ. O rol do artigo

1.015 do CPC, é exemplificativo, admitindo outras hipóteses, em especial a dos autos que descolhe exceção de incompetência. Não se mostra razoável a adoção do mandado de segurança, ou aguardar o julgamento final, para impugnar a decisão. No mérito, a cláusula de foro de eleição é válida, considerando que se trata de empresas de porte, além de contrato de valor elevado. Afastada a hipossuficiência. Precedente jurisprudencial. Incidência do verbete 335, da Súmula do

C. STF. Nego provimento ao recurso, nos termos do art. 932, V, a, do CPC.<sup>63</sup>

Assim, apesar do respeitável posicionamento, defendemos que este não é o melhor entendimento, tendo em vista que o rol exemplificativo ultrapassa a esfera do

---

<sup>62</sup> DIDIER JR. Fredie. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela *nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 209

<sup>63</sup> TJRJ. 3ª Câmara Cível, AI 0029912467-2016.8.19.000, Rel. Des. Helda Lima Meireles, j. 21.07.2016, Data de Publicação 25.07.2016



legislador para ficar a critério do magistrado as novas hipóteses de cabimento do recurso, o que violaria o princípio da taxatividade.

## 4.2 A interpretação sobre o taxatividade

Considerando o rol do artigo 1.015 do CPC/15 como taxativo, impende saber qual é a interpretação que melhor se adequa ao referido dispositivo.

Isso porque, como já dito anteriormente, uma das premissas implementadas pelo novo código é celeridade e o máximo aproveitamento processual, mas, ao definir um rol taxativo de recorribilidade do agravo de instrumento, o código não prevê todas as situações do mundo fático e acaba permitindo que situações urgentes que não estão incluídas no rol cheguem até a sentença sem uma resposta imediata das instâncias superiores.

Um exemplo é o caso uma decisão interlocutória que acolhe ou rejeita a alegação de uma incompetência. Pela literalidade do art. 1.015 do CPC, se essa decisão estiver viciada, o tribunal só poderá examiná-la em preliminar de apelação, pois tal hipótese não está prevista no rol taxativo do dispositivo. Ou seja, o processo seguirá até a sentença com um juiz incompetente para, na apelação, o tribunal remeter ao juiz competente.

Vale ressaltar, ainda, que a Justiça estadual do Brasil leva, em média, cerca de 4 anos e 4 meses para proferir a sentença de um processo em primeira instância.<sup>64</sup>

Assim, mostra-se pertinente a crítica de Pablo Freire Romão sobre a finalidade principiológica do novo CPC e o recurso de agravo de instrumento previsto no artigo 1.015, afirmando que o novo dispositivo (artigo 1.015):

---

<sup>64</sup> Revista EXAME. **Quanto tempo a Justiça do Brasil leva para julgar um processo?** Por Valéria Bretas. Publicado em: 01/11/2016 às 06h35 - Alterado em: 01/11/2016 às 10h39. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/quanto-tempo-a-justica-do-brasil-leva-para-julgar-um-processo/>>. Acesso em: setembro 2019



não abarca todas as situações que evitariam, por exemplo, futura anulação da sentença, criando retrabalhos procedimentais que contrariam a premissa do máximo aproveitamento processual (artigo 4º, do NCPC<sup>65</sup>) e o princípio da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição da República<sup>66</sup>).<sup>67</sup>

Fredie Didier Jr. aponta que “embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos.” E nesse sentido, continua:

Tradicionalmente, a interpretação pode ser literal, mas há, de igual modo, as interpretações corretivas e outras formas de reinterpretação substitutiva<sup>68</sup>. A interpretação literal consiste numa das fases (a primeira, cronologicamente) da interpretação sistemática. O enunciado normativo é, num primeiro momento, interpretado em seu sentido literal para, então, ser examinado crítica e sistematicamente, a fim de se averiguar se a interpretação literal está de acordo com o sistema em que inserido<sup>69</sup>.

Havendo divergência entre o sentido literal e o genético, teleológico ou sistemático, adota-se uma das interpretações corretivas, entre as quais se destaca a extensiva<sup>70</sup>, que é um modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra. Assim, “se a mensagem normativa contém denotações e conotações limitadas, o trabalho do intérprete será o de torná-las vagas e ambíguas (ou

---

<sup>65</sup> Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa

<sup>66</sup> LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação

<sup>67</sup> ROMÃO, Pablo Freire. **Taxatividade do rol do artigo 1.015, do novo código de processo civil: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?**. THEMIS: Revista da ESMEC/Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza, v. 13, p. 243-262, 2015. e-ISSN: 2525-5096. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/504>. Acesso em: 7 abr. 2019. p. 245-246

<sup>68</sup> DIDIER JR. Fredie. 2016. p 209 apud CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: il Mulino, 2007, n. 15.1-15.2, p. 131- 135

<sup>69</sup> DIDIER JR. Fredie. 2016. p 209 apud FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2004, n. 2.4, p. 78-79

<sup>70</sup> DIDIER JR. Fredie. 2016. p 209 apud CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit., n. 15.2, p. 133



mais vagas e ambíguas do que são em geral, em face da imprecisão da língua natural de que se vale o legislador)”<sup>71,72</sup>

Alexandre Freitas Câmara também admite a possibilidade de interpretação extensiva ou analógica:

A existência de um rol taxativo não implica dizer que todas as hipóteses nele previstas devam ser interpretadas de forma literal ou estrita. É perfeitamente possível realizar-se, aqui – ao menos em alguns incisos, que se valem de fórmulas redacionais mais “abertas” – interpretação extensiva ou analógica<sup>73</sup>.

Fredie Didier Jr. alerta para o fato de que “se não adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior, inclusive em termos de política judiciária.”<sup>74</sup>

Isso porque, os processos de mandado de segurança têm prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo *habeas corpus*. Assim, permitir que haja sucedâneo recursal por meio de mandado de segurança causará um congestionamento nos tribunais, pois terão impetrações sem urgência que acabarão passando na frente de outros processos que requeiram uma atenção mais especial.

Por fim, Didier arremata:

É verdade que interpretar o texto normativo com a finalidade de evitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança pode consistir num consequencialismo. Como se sabe, o consequencialismo constitui método de interpretação em que,

---

<sup>71</sup> DIDIER JR. Fredie. 2016. p 210 apud FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4aed. São Paulo: Atlas, 2003, n. 5.2.2.3, p. 297

<sup>72</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 209-210

<sup>73</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 520

<sup>74</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 211



diante de várias interpretações possíveis, o intérprete deve optar por aquela que conduza a resultados econômicos, sociais ou políticos mais aceitáveis, mais adequados e menos problemáticos. Busca-se, assim, uma melhor integração entre a norma e a realidade. É um método de interpretação que pode servir para confirmar a interpretação extensiva ora proposta. Adotada a interpretação literal, não se admitindo agravo de instrumento contra decisão que trate de competência, nem contra decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual (para dar dois exemplos, explicados no exame do inciso III do art. 1.015 do CPC), haverá o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança, cujo prazo é bem mais elástico que o do agravo de instrumento. Se, diversamente, se adota a interpretação extensiva para permitir o agravo de instrumento, haverá menos problemas no âmbito dos tribunais, não os congestionando com mandados de segurança contra atos judiciais.<sup>75</sup>

Assim, conclui-se que a melhor forma, dentre as teses propostas pela doutrina, de contornar o desafio da taxatividade, seria adotarmos a interpretação extensiva para salvaguardar hipóteses que ultrapassam a barreira de previsão futura do legislador. O RECURSO ESPECIAL N. 1.704.520/MT<sup>76</sup>

### 4.3 O caso nas instâncias de origem

Na origem, a autora (Quim Comercio de Vestuário Infantil Limitada – ME) ajuizou ação de rescisão contratual cumulada com reparação de danos patrimoniais e morais, em face de Shirase Franquias e Representações LTDA na qual

---

<sup>75</sup> DIDIER JR. Fredie. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela *nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 211-212

<sup>76</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Recurso Especial nº 1.704.520/MT. Recurso especial representativo de controvérsia. Direito processual civil. Natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/2015. Impugnação imediata de decisões interlocutórias não previstas nos incisos do referido dispositivo legal. Possibilidade. Taxatividade mitigada. Excepcionalidade da impugnação fora das hipóteses previstas em lei. Requisitos. Relatora: Ministra Nancy Andriighi. Data do julgamento: 5 de dezembro de 2018. Data da publicação: 19 de dezembro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85907664&num\\_registro=201702262874&data=20181219&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85907664&num_registro=201702262874&data=20181219&tipo=51&formato=PDF). Acesso em: 7 setembro 2019



alegou a existência de descumprimento de contrato de franquia celebrado com cláusula de eleição de foro e de danos de natureza material e extrapatrimonial.

Ainda em primeira instância, a decisão interlocutória acolheu a exceção de incompetência ofertada pela recorrida e determinou a remessa dos autos para a comarca do Rio de Janeiro/RJ, por entender inexistente a alegada nulidade da cláusula de eleição de foro prevista no instrumento contratual celebrado entre as partes.

Em segunda instância, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, mantendo a decisão monocrática que não conheceu do agravo de instrumento interposto pela recorrente, conforme a seguinte ementa:

RECURSO DE AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO QUE DECLINOU DA COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO – ROL TAXATIVO

– ART. 1.015, CPC/15 – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO INCISO III – IMPOSSIBILIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO

DESPROVIDO. Não é cabível o recurso de agravo de instrumento fora das hipóteses taxativas previstas nos incisos I a IX, do art. 1.015, do CPC/15, não sendo possível qualquer interpretação extensiva. Da decisão que reconhece ou rejeita a incompetência do juízo, consoante o caso dos autos, não cabe recurso de agravo de instrumento, posto que não se enquadra em nenhuma das hipóteses do artigo epigrafado, não havendo que se falar em contrariedade ao princípio do acesso ao Poder Judiciário, descrito no art. 5º, inc. XXXV, da CF, uma vez que a parte terá a oportunidade de ver a questão apreciada no momento processual oportuno, nos termos do art. 1009, §§ 1º e 2º, do CPC/15.

Dessa forma, a recorrente levou a controvérsia ao STJ para que pacificasse o entendimento sobre a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa.



#### 4.4 A tese fixada no Recurso Especial 1.704.520/MT

Em dezembro de 2018, a corte especial do STJ, por sete votos a cinco, pacificando as discussões acerca do rol previsto no artigo 1.015 do CPC, definiu o conceito de taxatividade mitigada e fixou a seguinte tese jurídica: “O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”.<sup>77</sup>

Segundo o voto da relatora, a tese proposta foi a que melhor conjugou boa parte dos entendimentos doutrinários, fixando o entendimento para que o magistrado, no caso concreto, analise a urgência do caso para admitir ou não o recurso.

Como se percebe, o entendimento aqui exposto pretende, inicialmente, afastar a taxatividade decorrente da interpretação restritiva do rol previsto no art. 1.015 do CPC, porque é incapaz de tutelar adequadamente todas as questões em que pronunciamentos judiciais poderão causar sérios prejuízos e que, por isso, deverão ser imediatamente reexaminadas pelo 2º grau de jurisdição.

De igual modo, deve ser afastada a possibilidade de interpretação extensiva ou analógica das hipóteses listadas no art. 1.015 do CPC, pois, além de não haver parâmetro minimamente seguro e isonômico quanto aos limites que deverão ser observados na interpretação de cada conceito, texto ou palavra, o uso dessas técnicas hermenêuticas também não será suficiente para abarcar todas as situações em que a questão deverá ser reexaminada de imediato – o exemplo do indeferimento do segredo de justiça é a prova cabal desse fato.

Finalmente, também não deve ser acolhido o entendimento de que o rol do art. 1.015 do CPC é meramente exemplificativo, pois essa interpretação conduziria à repriminção do art. 522, caput, do CPC/73, contrariando frontalmente o desejo

---

<sup>77</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ define hipóteses de cabimento do agravo de instrumento sob o novo CPC. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/STJ-define-hipoteses-de-cabimento-do-agravo-de-instrumento-sob-o-novo-CPC.aspx>>. Acesso em: 02 mar. 2020





manifestado pelo legislador de restringir o cabimento do recurso, o que não se pode admitir.

A tese que se propõe consiste em, a partir de um requisito objetivo – a **urgência** que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação –, possibilitar a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias fora da lista do art. 1.015 do CPC, sempre em caráter excepcional e desde que preenchido o requisito **urgência**, independentemente do uso da interpretação extensiva ou analógica dos incisos do art. 1.015 do CPC, porque, como demonstrado, nem mesmo essas técnicas hermenêuticas são suficientes para abarcar todas as situações.

(...)

Em última análise, trata-se de reconhecer que o rol do art. 1.015 do CPC possui uma singular espécie de taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de cabimento, sem a qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo.<sup>78</sup>

Modulando os efeitos da decisão, o STJ entendeu que a tese jurídica somente se aplica às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do acórdão.

Por um lado, a decisão do STJ foi muito comemorada por permitir que casos urgentes tenham a possibilidade de serem apreciados de imediato pela instância superior, consagrando o princípio da celeridade e eficiência processual.

De outro lado, no entanto, o julgado foi muito criticado também por parte dos operadores do direito, sendo visto como um caso de ativismo judicial.

---

<sup>78</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Recurso Especial nº 1.704.520/MT**. Recurso especial representativo de controvérsia. Direito processual civil. Natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/2015. Impugnação imediata de decisões interlocutórias não previstas nos incisos do referido dispositivo legal. Possibilidade. Taxatividade mitigada. Excepcionalidade da impugnação fora das hipóteses previstas em lei. Requisitos. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 5 de dezembro de 2018. Data da publicação: 19 de dezembro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85913737&num\\_registro=201702719246&data=20181219&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85913737&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=51&formato=PDF). Acesso em: 9 março 2019.



O Ministro Og Fernandes, acompanhando a divergência, manifestou-se no sentido de que o requisito da urgência não encontra previsão no art. 1.015 do CPC e que a Corte deveria manter o entendimento conforme o sistema estabelecido pelo legislador:

Ocorre que tal requisito da urgência sequer foi ventilado pelo legislador, consistindo em ampliação do rol muito além da sugerida até mesmo pela doutrina que propõe a sua interpretação extensiva. Na verdade, a Relatora expressamente afirma que "deve ser afastada a possibilidade de interpretação extensiva ou analógica das hipóteses listadas no art. 1.015 do CPC".

No entanto, não podemos julgar de acordo com o sistema que achamos ser o melhor, mas sim de acordo com o sistema estabelecido pelo Poder Legislativo, composto pelos representantes do povo eleitos democraticamente com a função de legislar. Do contrário, de que serviria o rol do art. 1.015, se o Judiciário ignorar o elenco trazido na lei e erigir a urgência como critério para o cabimento do agravo de instrumento? Caso assim não fosse, o STJ estaria deixando de aplicar o art. 1.015 do CPC sem, no entanto, declará-lo inconstitucional, o que não é adequado. E, frise-se, de inconstitucionalidade sequer se cogita, debatendo-se, isto sim, sobre a funcionalidade do novo sistema.<sup>79</sup>

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em seu voto-vista, coloca outra questão interessante referente ao subjetivismo que ficará a cargo do julgador no momento da análise da urgência:

A tese proposta, de que caberá agravo de instrumento quando houver urgência decorrente da inutilidade do julgamento da

---

<sup>79</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Recurso Especial nº 1.704.520/MT**. Recurso especial representativo de controvérsia. Direito processual civil. Natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/2015. Impugnação imediata de decisões interlocutórias não previstas nos incisos do referido dispositivo legal. Possibilidade. Taxatividade mitigada. Excepcionalidade da impugnação fora das hipóteses previstas em lei. Requisitos. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 5 de dezembro de 2018. Data da publicação: 19 de dezembro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=89780608&num\\_registro=201702719246&data=20181219&tipo=3&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=89780608&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=3&formato=PDF). Acesso em: 9 março 2019.



questão no recurso de apelação, a meu ver, trará mais problemas que soluções, porque certamente surgirão incontáveis controvérsias sobre a interpretação dada no caso concreto. Vem-me desde logo a dúvida: como se fará a análise da urgência? Caberá a cada julgador fixar, de modo subjetivo, o que será urgência no caso concreto? Se for assim, qual a razão, então, de ser da atuação do STJ na fixação da tese, que em princípio, deve servir para todos os casos indistintamente? Apesar de compreender todo o empenho em buscar conferir efetividade à prestação jurisdicional, a fixação de uma tese tão aberta, que dependa da avaliação subjetiva de cada magistrado, parece-me de veras perigosa.<sup>80</sup>

Lenio Luiz Streck e Diego Crevelin de Sousa, em artigo publicado no site “Conjur”, tecem duras críticas ao voto da relatora e nele afirmam:

Além de tudo, o voto caiu em contradição: alegando imprevisibilidade quanto aos critérios de controle da interpretação extensiva, admitiu a flexibilização do rol do art. 1.015, CPC, com base em hipótese por ela instituída e para a qual não indicou um único pressuposto servil ao controle objetivo de incidência. Se a interpretação extensiva gera imprevisibilidade, a Ministra não ofereceu nada melhor em seu lugar. Ao contrário. A doutrina – se é que no Brasil a doutrina pode doutrinar um pouquinho - fornece critérios para racionalizar o uso da interpretação extensiva. Já a ministra fala genericamente em “urgência” – qual? – e “normas fundamentais” – quais? Nada mais. Acolhida sua proposta, caberá agravo de instrumento se e quando o relator, conforme sua própria vontade, entender que há urgência. Simples assim. Complexo assim. Incontrolável assim. Contraditório assim. Caso Sua Excelência tenha pretendido reduzir a imprevisibilidade, o tiro saiu/sairá pela culatra.

(...)

---

<sup>80</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Recurso Especial nº 1.704.520/MT**. Recurso especial representativo de controvérsia. Direito processual civil. Natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/2015. Impugnação imediata de decisões interlocutórias não previstas nos incisos do referido dispositivo legal. Possibilidade. Taxatividade mitigada. Excepcionalidade da impugnação fora das hipóteses previstas em lei. Requisitos. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 5 de dezembro de 2018. Data da publicação: 19 de dezembro de 2018. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=87208185&num\\_registro=201702719246&data=20181219&tipo=3&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=87208185&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=3&formato=PDF). Acesso em: 9 março 2019



Afinal, por mais que o art. 1.015, CPC, seja ruim – e é! –, ao Judiciário só resta aplicá-lo, procurando refinar sua incidência mediante criteriosa interpretação extensiva. *Judiciário não é escravo da lei, mas também não é o seu dono. Aplicar a lei, mesmo que seja para dizer “não”, é um ato profundamente democrático.* Nos tempos correntes, pode-se dizer que é revolucionário.<sup>81</sup>

André Muskat e Bruno Madeira, também discordando do julgado do STJ, afirmam que a tese fixada regride ao sistema do CPC/73 “na qual a análise de seu cabimento passava justamente pela urgência da apreciação imediata do tema recorrido, sob pena de causar lesão irreversível ao prejudicado.”<sup>82</sup>. E complementam:

Com o devido respeito, permitir a interposição de agravo de instrumento mediante a análise, no caso concreto, a respeito da “urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação” poderá causar insegurança jurídica e morosidade ao trâmite dos processos.

Isso porque, a análise que será realizada pelos tribunais será eminentemente subjetiva – ao menos até que se fixem, como existiam no Código anterior, entendimentos jurisprudenciais consolidados sobre o cabimento do recurso – o que, de certo, impactará objetivamente na isonomia, celeridade, economia processual e na razoável duração do processo.<sup>83</sup>

Como expõe Luís Roberto Barroso, ativismo judicial está relacionado com a ideia de uma “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos

---

<sup>81</sup> STRECK, Lênio Luiz; SOUSA, Diego Crevelin. **No STJ, taxatividade não é taxatividade? Qual é o limite da linguagem?**. In: Conjur, 07/08/2018. Link: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-07/stj-taxatividade-nao-taxativa-qual-limite-linguagem>. Acesso em 12/10/2019

<sup>82</sup> MUSZKAT, André; MADEIRA, Bruno. **Os efeitos da relativização do rol taxativo do artigo 1015 do CPC pelo STJ**. In: Migalhas, 07.12.2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI292463,31047-Os+efeitos+da+relativizacao+do+rol+taxativo+do+artigo+1015+do+CPC>. Acesso em: 14.05.2019

<sup>83</sup> MUSZKAT, André; MADEIRA, Bruno. **Os efeitos da relativização do rol taxativo do artigo 1015 do CPC pelo STJ**. In: Migalhas, 07.12.2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI292463,31047-Os+efeitos+da+relativizacao+do+rol+taxativo+do+artigo+1015+do+CPC>. Acesso em: 14.05.2019



valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”<sup>84</sup>

Apesar de entendermos a “solução prática” adotada pelo STJ, que dá uma esperança para os casos que realmente precisam de uma manifestação imediata dos Tribunais, nos filiamos ao posicionamento que entende que a Corte Superior adentrou à seara do legislador, tendo em vista que criou um requisito não previsto no artigo.

Nesse sentido, opinam Marcelo Pacheco Machado, Zulmar Duarte, Fernando Da Fonseca Gajardoni e André Vasconcelos Roque:

E aqui, neste ponto, fazemos questionamento sobre a decisão de hoje perante o Superior Tribunal de Justiça. A corte não apenas revogou uma norma vigente (que previa taxatividade) mas também acresceu texto que não existe no Código de Processo Civil: o agravo de instrumento será admissível se o agravante demonstrar situação de urgência ou a inutilidade de eventual recurso futuro.

(...)

O STJ, de fato, extrapolou os parâmetros até então conhecidos. E fez mais: imaginou que sua própria decisão talvez não fosse a melhor por prejudicar a segurança jurídica, determinando que o texto legal que acrescentou ao direito brasileiro (reforma judicial do CPC) somente teria vigência após a publicação do acórdão.

Dessa forma, apesar de não concordarmos com a redação do artigo 1.015 do CPC, entende-se que se deve respeitar a vontade do legislador, que detém a legitimidade democrática para criar a lei conforme os anseios da sociedade, e que o STJ deveria ter buscado uma solução baseado na interpretação do próprio dispositivo, sem criar um requisito que não estava previsto na lei e que gera uma subjetividade a cargo do julgador.

---

<sup>84</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, número especial, p. 23-32, jun. 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 13 abr. 2017



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto no presente trabalho, o novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe um problema antigo sobre o agravo de instrumento, que já havia surgido no CPC/1939 e que foi “consertado” no CPC/1973.

Muitas correntes surgiram na doutrina acerca do rol do artigo 1.015 do CPC. Para alguns, o rol é exemplificativo e para boa parte da doutrina o rol é taxativo. Dentro dos que se filiam à taxatividade, outra discussão surge quanto a interpretação a ser dada à taxatividade, se literal, sistemática ou extensiva. Entendemos, como exposto, que a interpretação extensiva se mostra mais apropriada, como já vem sendo adotada pela maior parte da doutrina e jurisprudência.

Nesse sentido, foram apresentados vários casos na jurisprudência em que foi dada a interpretação extensiva aos incisos do art. 1.015 do CPC. Porém, uma das decisões de maior polêmica foi o caso julgado pela Corte Especial do STJ no Resp nº 1.704.520/MT, em que a corte fixou a tese no sentido de que o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada e estabeleceu o requisito da urgência como critério para admissão do recurso de agravo de instrumento.

Duras críticas foram tecidas por alguns autores e até mesmo por votos vencidos no julgamento. Eles argumentam que o judiciário não pode invadir a esfera de competência do legislativo para criar o requisito da urgência que não está previsto no artigo, tratando-se de um verdadeiro ativismo judicial. Sustentam, ainda, que tal requisito concede ao julgador um subjetivismo que não dá segurança jurídica aos jurisdicionados.

Dessa forma, mesmo não concordando com a redação do artigo 1.015 do CPC, entende-se que se deve respeitar a esfera do Poder Legislativo, que detém a legitimidade democrática para elaborar a lei conforme os desejos da sociedade, e que



o STJ deveria ter buscado uma saída com base na interpretação do próprio artigo 1.015 do CPC, como muitas vezes o fez interpretando os seus incisos.

Por fim, já que há uma insatisfação no mundo jurídico em relação ao artigo 1.015 do CPC, o correto seria a apresentação de um projeto de lei no Congresso nacional para modificá-lo e, portanto, atender aos diversos questionamentos, dentro da competência constitucional do devido processo legislativo, assim como já foi feito inúmeras vezes por integrantes do Poder Judiciário<sup>85</sup>.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 81.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, número especial, p. 23-32, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: agosto 2019

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm)>. Acesso em: agosto 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência nº 920/STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo920.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

---

<sup>85</sup> **Presidente do STJ envia ao Congresso projeto de lei para criação do TRF-6**. In: Conjur, 07/08/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-07/stj-envia-congresso-projeto-lei-criacao-trf>. Acesso em 10/03/2020



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **STJ define hipóteses de cabimento do agravo de instrumento sob o novo CPC**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/STJ-define-hipoteses-de-cabimento-do-agravo-de-instrumento-sob-o-novo-CPC.aspx>>. Acesso em: 02 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Recurso Especial nº 1.704.520/MT**. Recurso especial representativo de controvérsia. Direito processual civil. Natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/2015. Impugnação imediata de decisões interlocutórias não previstas nos incisos do referido dispositivo legal. Possibilidade. Taxatividade mitigada. Excepcionalidade da impugnação fora das hipóteses previstas em lei. Requisitos. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 5 de dezembro de 2018. Data da publicação: 19 de dezembro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=87208185&num\\_registro=201702719246&data=20181219&tipo=3&formato=P DF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=87208185&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=3&formato=P DF). Acesso em: 9 março 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Recurso Especial nº 1.704.520/MT**. Recurso especial representativo de controvérsia. Direito processual civil. Natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/2015. Impugnação imediata de decisões interlocutórias não previstas nos incisos do referido dispositivo legal. Possibilidade. Taxatividade mitigada. Excepcionalidade da impugnação fora das hipóteses previstas em lei. Requisitos. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 5 de dezembro de 2018. Data da publicação: 19 de dezembro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=89780608&num\\_registro=201702719246&data=20181219&tipo=3&formato=P DF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=89780608&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=3&formato=P DF). Acesso em: 9 março 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Recurso Especial nº 1.704.520/MT**. Recurso especial representativo de controvérsia. Direito processual civil. Natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/2015. Impugnação imediata de decisões interlocutórias não previstas nos incisos do referido dispositivo legal. Possibilidade. Taxatividade mitigada. Excepcionalidade da impugnação fora das hipóteses previstas em lei. Requisitos. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 5 de dezembro de 2018. Data da publicação: 19 de dezembro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=89780608&num\\_registro=201702719246&data=20181219&tipo=3&formato=P DF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=89780608&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=3&formato=P DF)





u  
encial=85913737&num\_registro=201702719246&data=20181219&tipo=51&formato= PDF. Acesso em: 9 março 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 520.

CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**, cit., n. 15.2

DA SILVA CARVALHO, Fernando Ribeiro. **Recurso de Agravo: origem e evolução**. In: Anais do Congresso de Processo Civil Internacional. 2019.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

Donizetti, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil** – 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p.1655

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ªed. São Paulo: Atlas, 2003, n. 5.2.2.3

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, n. 2.4

MUSZKAT, André; MADEIRA, Bruno. **Os efeitos da relativização do rol taxativo do artigo 1015 do CPC pelo STJ**. In: Migalhas, 07.12.2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI292463,31047-Os+efeitos+da+relativizacao+do+rol+taxativo+do+artigo+1015+do+CPC>. Acesso em: 14.05.2019.

Parecer nº 956, de 2014 da Comissão Temporária do Código de Processo Civil, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=159354&tp=1>>. Acesso em: setembro 2019.



**Presidente do STJ envia ao Congresso projeto de lei para criação do TRF-6.** In: Conjur, 07/08/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-07/stj-envia-congresso-projeto-lei-criacao-trf>. Acesso em 10/03/2020.

Revista EXAME. **Quanto tempo a Justiça do Brasil leva para julgar um processo?** Por Valéria Bretas. Publicado em: 01/11/2016 às 06h35 - Alterado em: 01/11/2016 às 10h39. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/quanto-tempo-a-justica-do-brasil-leva-para-julgar-um-processo/>>. Acesso em: setembro 2019.

ROMÃO, Pablo Freire. **Taxatividade do rol do artigo 1.015, do novo código de processo civil:** mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?. THEMIS: Revista da ESMEC/Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza, v. 13, p. 243-262, 2015. e-ISSN: 2525-5096. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/504>. Acesso em: 7 abr. 2019

STJ – RESP 1.736.285/MT 2018/0091021-2, Relatora a Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, 21 de maio de 2019(Data do Julgamento), Publicado EMENTA / ACORDÃO em 24/05/2019.

STJ – RESP: 1.679.909/RS 2017/0109222-3, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, data de julgamento: 14/11/17, T4 – Quarta Turma, Data de publicaçãoDJE de 01/02/18

STRECK, Lênio Luiz; SOUSA, Diego Crevelin. **No STJ, taxatividade não é taxatividade? Qual é o limite da linguagem?.** In: Conjur, 07/08/2018. Link: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-07/stj-taxatividade-nao-taxativa-qual-limite-linguagem>. Acesso em 12/10/2019

TJDFT, 0714988-86.2018.8.07.0000, Desembargador Relator Mario-Zam Belmiro, Data de Julgamento: 22/11/2018, 8ª Turma Cível, Data de Publicação: DJE de 27/11/18.

TJDFT 0702199-55.2018.8.07.0000, Relator Desembargador Fábio Eduardo Marques, data de julgamento: 30/05/2018, 7ª Turma Cível, data de publicação no DJE: 08/08/2018).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 47. Ed. Salvador: Forense, 2016.



THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. III. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TJRJ. 3ª Câmara Cível, AI 0029912467-2016.8.19.000, Rel. Des. Helda Lima Meireles, j. 21.07.2016, Data de Publicação 25.07.2016.

## **A EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA EM DIREITOS HUMANOS COMO**



# INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO DE COMPETÊNCIAS DOS EDUCANDOS SECUNDARISTAS

Ester Paulino da Cruz

## RESUMO

Esta pesquisa parte do pressuposto que a extensão é pilar essencial para a educação universitária, que promove uma interação dialógica e transformadora com a sociedade e que a universidade tem um papel fundamental na formação de cidadãos conscientes e comprometidos em construir uma sociedade mais justa, fraterna e solidária. Também se fundamenta na educação em direitos humanos, que busca a construção de uma cultura de respeito à dignidade e valorização humana. E na perspectiva da educação em direitos, não há como refletir sobre o pleno exercício da cidadania sem que este cidadão tenha a efetiva consciência de seus direitos e deveres fundamentais. Dessa forma, esta pesquisa, de abordagem mista (qualitativa e quantitativa), transversal e descritiva, realizada com questionário semiestruturado, tem por fim demonstrar que o Eixo de Educação em Direitos Humanos do projeto de extensão universitária Clínica de Direitos Humanos (CDH) do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) contribuiu para o desenvolvimento de competências dos estudantes secundaristas (público-alvo do projeto) que coadunam com os fins da extensão universitária e da educação em direitos humanos.

**Palavras-chave:** extensão universitária; educação em direitos humanos; competências; cidadania.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo é em Direitos Humanos, uma vez que a educação é um direito humano previsto no artigo 26 da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH):



1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.

2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz (ONU, 1948).

Ademais, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito à educação é um direito constitucional elencado dentre os direitos fundamentais sociais. Está previsto no artigo 6º da Constituição Federal (CF).

Optou-se por pesquisar sobre a extensão universitária, que é um pilar da educação superior, como estabelecido no artigo 207 da CF.

A extensão é atividade que promove uma interação transformadora entre as Instituições de Ensino com os demais setores da sociedade, conforme o disposto no artigo 3º da Resolução nº 7/2018 do Conselho Nacional de Educação e da Câmara de Educação Superior (CNE/CES) (BRASIL, 2018).

Nesse contexto, o artigo 43, incisos VII e VIII, da Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) estipula como algumas das finalidades do ensino superior a promoção da extensão, aberta à participação da população e a atuação em favor da universalização e aprimoramento da educação básica, por meio de atividades de extensão que aproxime os dois níveis escolares (BRASIL, 1996).

Importa, portanto, abordar inicialmente como o projeto de extensão Clínica de Direitos Humanos do UniCEUB, no eixo de Educação em Direitos Humanos, tem cumprido tais finalidades, bem como tem proporcionado o desenvolvimento de habilidades e competências para os alunos secundaristas, os quais são o público alvo



desta pesquisa, a fim de que estes se tornem cidadãos críticos, responsáveis, que respeitem e promovam os direitos humanos.

Nessa perspectiva, a primeira seção do artigo versa sobre o papel e a importância da extensão no processo de aprendizagem, contextualiza a atuação do eixo Educação em Direitos Humanos da CDH do UniCEUB e mostra como as atividades do eixo têm seguido as diretrizes da extensão universitária estabelecidas na Resolução nº 7/2018 do CNE/CES e na Política de Extensão e Integração Comunitária do UniCEUB.

Em seguida, a segunda seção explora as competências e as habilidades identificadas na obra “COMPETENCIAS PARA UNA CULTURA DEMOCRÁTICA. Convivir em pie de igualdad en sociedades democráticas culturalmente diversas” (CONSELHO DA EUROPA, 2018), relacionando-as com as competências elencadas na Base Nacional Comum Curricular (BNCC) e no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) a fim de demonstrar o alinhamento entre as competências previstas pelo Conselho da Europa e as previstas no âmbito nacional, ressaltando a pertinência do desenvolvimento dessas competências para a finalidade de promover uma educação voltada à construção de uma cultura em direitos humanos.

Por fim, a terceira seção dedica-se à análise dos resultados alcançados pelo projeto a partir da aplicação de questionário para os estudantes secundaristas participantes das atividades do projeto de extensão do segundo semestre de 2019. Esses dados indicam que o Eixo de Educação em Direitos Humanos tem contribuído para desenvolvimento das referidas competências pelos alunos secundaristas.

## **2 A EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL**



O direito à educação foi uma das maiores conquistas sociais. Foi reconhecido no âmbito internacional como um direito humano titularizado por todas as pessoas e como uma responsabilidade para cada país. No âmbito interno, a educação é um direito fundamental e também um dever do Estado, conforme dispõem os artigos 6º e 205 da CF.

A educação tem por objetivo o pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania. Isto porque, como salienta Severino:

a educação não é apenas um processo institucional e instrucional, seu lado visível, mas fundamentalmente um investimento formativo do humano, seja na particularidade da relação pedagógica pessoal, seja no âmbito da relação social coletiva (SEVERINO, 2006, p. 621).

Isto é, a educação possui uma função fundamental no que tange à preparação das pessoas para viverem como cidadãos ativos, já que cuida do desenvolvimento tanto pessoal - no despertar da consciência de direitos e deveres -, quanto coletivo - no estimular do senso de comunidade e civilidade.

Warat (2004, p. 451) acredita na educação como um “fenômeno comunicacional, como um espaço de comunicação, sem ruídos, sem muros”, visto que o processo de educar, ao contrário de uma transmissão impositiva ou persuasiva de “conhecimento”, em que só o educador fala e o educando apenas escuta, deveria ser um diálogo construído entre ambas as partes, ao qual se permite sempre agregar e expandir conhecimentos. Em especial, no âmbito da universidade, uma vez que ela é “o lugar de debate onde, por definição, o espírito crítico tem de florescer.” (SARAMAGO, 2013, p. 26), isto é, o local em que o conhecimento deve ser construído de forma dialógica.

Nesse sentido, o artigo 207 da CF estabelece uma responsabilidade a ser cumprida pelas universidades ao determinar a observância ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, a fim de que haja uma interação



mais íntima e dialógica entre as universidades e a sociedade. Uma vez que a teoria e a prática são indissociáveis, os conhecimentos produzidos nas academias precisam transpor seus muros, cumprindo assim seu papel social, dinâmico e transformador (GUSTIN, 2010).

Nos termos do artigo 5º, inciso I, da Resolução nº 7/2018 do CNE/CES, a “interação dialógica da comunidade acadêmica com a sociedade por meio da troca de conhecimentos, da participação e do contato com as questões complexas contemporâneas presentes no contexto social” (BRASIL, 2018) é a base estrutural da concepção e da prática das Diretrizes da Extensão.

O inciso II do mesmo artigo destaca a formação cidadã dos estudantes como base para extensão universitária, pela vivência de seus conhecimentos, de maneira interdisciplinar e interprofissional, como forma de estabelecer um diálogo construtivo e transformador com a sociedade (BRASIL, 2018).

Vale ressaltar que o marco da extensão no Brasil ocorreu no início do século XX (1911- 1915), na Universidade Livre de São Paulo, ao seguir o modelo inglês de educação continuada, oferecendo conferências e cursos gratuitos para a população interessada. Anos mais tarde, em 1931, pelo Decreto 19.851/31, o Estado reconheceu a extensão como uma prática universitária, tornando-a reconhecida pela oferta de cursos e conferências (CARVALHO, 2019).

No entanto, foi a atuação da União Nacional dos Estudantes (UNE) no final da década de 1950 - movimento estudantil com atuação nos âmbitos político, cultural e social - e a criação do Fórum Nacional de Pró-Reitores de Extensão das Universidades Públicas Brasileiras (FORPROEX), em 1987, que deram novos rumos à extensão universitária no país (CARVALHO, 2019).





No I Encontro Nacional de Pró-Reitores de Extensão das Universidades Públicas Brasileiras, a extensão recebeu uma nova perspectiva e foi conceituada da seguinte maneira:

A Extensão Universitária é o processo educativo, cultural e científico que articula o Ensino e a Pesquisa de forma indissociável e viabiliza a relação transformadora entre Universidade e Sociedade. A Extensão é uma via de mão-dupla, com trânsito assegurado à comunidade acadêmica, que encontrará, na sociedade, a oportunidade de elaboração da praxis de um conhecimento acadêmico [...] (FORPROEX, 1987, p. 11).

A partir deste momento, ficou consolidada a premissa de que a extensão é essencial para o processo educativo e para a interação dialógica entre universidade e sociedade. É tanto que no ano subsequente, com a promulgação da nova Constituição Federal, foi assentada a indissociabilidade entre ensino-pesquisa-extensão. Pouco tempo depois, em 1996, foi promulgada a Lei nº 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), a qual estabeleceu a extensão universitária como uma das finalidades da universidade (artigo 43, inciso VII da LDB), como resposta à determinação constitucional de 1988.

Atualmente, a Política Nacional de Extensão Universitária entende a extensão universitária da seguinte forma:

A Extensão Universitária, sob o princípio constitucional da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, é um processo interdisciplinar, educativo, cultural, científico e político que promove a interação transformadora entre Universidade e outros setores da sociedade (FORPROEX, 2012, p. 28).

Segundo a Política Nacional de Extensão Universitária, a extensão está voltada à promoção e à garantia dos valores democráticos, da equidade e do desenvolvimento da sociedade. E esse desenvolvimento social envolve as dimensões humana, ética, econômica, cultural, social, que transforma não apenas a



Universidade, mas também os setores sociais com os quais ela interage (FORPROEX, 2012), vez que a universidade não deve, simplesmente, ditar conhecimentos para a sociedade, mas aprender e contribuir com esta.

Ainda em relação à Resolução nº 7 do CNE/CES, seu artigo 6º ainda traz como fundamento da concepção e práticas das Diretrizes da Extensão:

I - a contribuição na formação integral do estudante, estimulando sua formação como cidadão crítico e responsável;  
II - o estabelecimento de diálogo construtivo e transformador com os demais setores da sociedade brasileira e internacional, respeitando e promovendo a interculturalidade;

III - a promoção de iniciativas que expressem o compromisso social das instituições de ensino superior com todas as áreas, em especial, as de comunicação, cultura, direitos humanos e justiça, educação, meio ambiente, saúde, tecnologia e produção, e trabalho, em consonância com as políticas ligadas às diretrizes para a educação ambiental, educação étnico-racial, direitos humanos e educação indígena;

VI - a promoção da reflexão ética quanto à dimensão social do ensino e da pesquisa;

V - o incentivo à atuação da comunidade acadêmica e técnica na contribuição ao enfrentamento das questões da sociedade brasileira, inclusive por meio do desenvolvimento econômico, social e cultural;

VI - o apoio em princípios éticos que expressem o compromisso social de cada estabelecimento superior de educação;

VII - a atuação na produção e na construção de conhecimentos, atualizados e coerentes, voltados para o desenvolvimento social, equitativo, sustentável, com a realidade brasileira (BRASIL, 2018).

É perceptível o quanto a concepção sobre extensão evoluiu até aqui e não há dúvidas do seu papel essencial não só para a educação, mas também para a transformação social. Inclusive a citada Resolução nº 7/2018 da CNE/CES estabeleceu em seu artigo 4º que as atividades de extensão devem compor, no



mínimo, 10% (dez por cento) do total da carga horária curricular estudantil dos cursos de graduação (BRASIL, 2018).

Contudo, muito ainda se tem a conquistar. Dados levantados pelo Relatório Final de Maio de 2019 da Coordenação Nacional do FORPROEX demonstram que, em relação à inserção da Extensão nos currículos dos cursos de graduação das Instituições Públicas de Ensino Superior (IPES), apenas 1% está com a inserção finalizada/em execução. Enquanto 14% não iniciaram a inserção; 63% estão em fase de discussão e 22% em fase de implementação (FORPROEX, 2019).

E é exatamente por acreditar na extensão, em seu viés transformador e na necessidade que se tem de expandir a prática da extensão, que a pesquisadora se dispôs a analisar o impacto que a extensão universitária em Direitos Humanos possui na contribuição do desenvolvimento de competências dos estudantes secundaristas para que, ao fim e ao cabo, se tornem cidadãos ativos, que contribuam que a transformação social que tanto se almeja.

Nesse contexto, o Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) tem colaborado com o avanço da extensão universitária e iniciou suas atividades extensionistas, em termos estruturais, desde 2001, com o credenciamento do centro universitário e a criação da Assessoria de Extensão e Integração Comunitária, no âmbito da Diretoria Acadêmica, em outubro de 2001 (CARVALHO, 2019).

No mesmo ano foi criada a 1ª Política Institucional de Extensão e Integração Comunitária. No período entre 2001 e 2006, consolidou-se a extensão universitária no UniCEUB, expandindo a capacidade institucional de responder às demandas sociais (CARVALHO, 2019). Ao longo dos anos, a política institucional de extensão foi atualizada, de acordo com a necessidade de se adequar à realidade dos projetos pedagógicos dos cursos e das demandas sociais.



Em 2017, a equipe da Assessoria de Extensão do UniCEUB desenvolveu uma pesquisa com os egressos dos cursos de graduação para analisar as consequências da participação destes em atividades de extensão em sua atuação profissional, constatando o “desconhecimento generalizado das características de projetos de extensão pelos egressos” (CARVALHO, 2019, p. 12) e, por conseguinte, a necessidade da disseminação “da conceituação e dos objetivos extensionistas na comunidade interna” (CARVALHO, 2019, p. 13).

Diante desse cenário, o UniCEUB tem empreendido esforços para que seus discentes estejam realmente envolvidos em atividades extensionistas e, em 2019, diante da crescente participação dos discentes nessas atividades, foi lançada a nova Política de Política Institucional de Extensão e Integração Comunitária, com o objetivo de:

Promover a emancipação acadêmica discente pelos valores democráticos de igualdade e desenvolvimento social, contribuindo para a formação e o resgate da cidadania como valor norteador das práxis universitária, priorizando a educação cidadã e tendo como parâmetros a ética, a interdisciplinaridade e a sustentabilidade (CARVALHO, 2019, p. 16).

Atualmente o UniCEUB conta com nove modalidades de atividades extensionistas, a saber: programa institucional; projeto de extensão; curso de extensão; evento; prestação de serviços; produto acadêmico; grupo de estudos; ação curricular de extensão em disciplinas e disciplina curricular extensionistas (CARVALHO, 2019).

Dentre os projetos de extensão existentes no UniCEUB, a Clínica de Direitos Humanos é um dos que mais se destaca no atendimento à comunidade. Conforme narrado no site institucional do UniCEUB, a Clínica tem por foco

Promover formas de aprendizagem ativa que considerem a aplicabilidade das ferramentas jurídicas a partir de uma



perspectiva crítica, na qual se incorporam aspectos do contexto sociais, cultural e econômico em que vivem as populações vulneráveis e marginalizadas (UNICEUB, 2020).

A Clínica possui quatro eixos de atuação: Direito Humano à Moradia Adequada, Direito Humano à Saúde, Pessoas com Deficiência e Educação em Direitos Humanos.

Contudo, no presente artigo, será abordado especificamente o trabalho realizado pelo eixo de Educação em Direitos Humanos, do qual a pesquisadora participa ativamente desde o segundo semestre de 2016 e essa atuação fomentou a presente pesquisa.

O objetivo do eixo é “aproximar os titulares de direitos humanos e sensibilizá-los para práticas cooperativas e solidárias de empoderamento cujo resultado derradeiro apontará para a assunção de responsabilidades rumo à transformação social” (UNICEUB, 2020).

Suas atividades fomentam práticas cooperativas e solidárias, a fim de que cada envolvido nas atividades do eixo possa ter a consciência de assunção de responsabilidades, que gera a construção coletiva de cidadania e a transformação social (UNICEUB, 2020).

Assim, as atividades desse eixo se iniciaram no 2º semestre de 2016, com a proposta de dar aulas em escolas, tanto da rede pública, quanto da rede privada, para alunos do ensino médio, sobre direitos humanos, contextualizando-os aos temas mais sensíveis a cada público.

A primeira escola na qual foram desenvolvidas as atividades do eixo foi o Centro Educacional Gisno, Brasília/DF. A primeira experiência já foi bastante enriquecedora. A professora da escola solicitou que fossem preparados três temas para serem explorados no dia. No entanto, ao chegar lá, os alunos estavam



entusiasmados com a ideia de ocupação das escolas, que estava acontecendo na semana em que a aula ocorreu.

Por fim, não foram abordados nenhum dos temas preparados, mas sim o tema sobre o direito à liberdade de expressão (artigo XIX, DUDH), conjugado ao direito de ir e vir (artigo 5º, XV, CF/88) e a temática de desigualdade social. Foi satisfatório ver como aqueles alunos estavam engajados em fazer algo a mais, não simplesmente por si, mas por sua escola e, principalmente, pela educação.

No ano de 2017 foi dado seguimento às atividades no Centro de Ensino Santa Rita de Cássia (CESRC), Sobradinho/DF, cuja temática central trabalhada foi o direito à privacidade (artigo XII, DUDH), conjugado ao direito à liberdade de expressão (artigo XIX, DUDH) e os limites deles, tendo em vista a grande exposição de dados nas redes sociais e os riscos que isso envolve.

Além de ter sido retratada a temática de bullying nas escolas, levando uma reflexão sobre a dignidade da pessoa humana (artigo I, DUDH) e as consequências que o bullying pode causar em qualquer relação.

As atividades do eixo se estenderam no CESRC até o 2º semestre de 2018, com a mesma temática, mas abordadas com turmas distintas ao longo dos quatro semestres. Em particular, a participação do Eixo nesta escola foi bem importante, não só para eles, como também para aqueles que ministraram as aulas, pelo fato de saber que ao fim, cada fala contribuiu para a proteção daqueles alunos em relação à exposição indevida de dados nas redes sociais e também para que comportamentos que tangenciavam o bullying fossem revistos e o respeito restaurado em muitas relações.

No 2º semestre de 2018 o UniCEUB firmou uma parceria com o projeto Conhecer Direito, da Escola de Assistência Jurídica (EASJUR) da Defensoria Pública do Distrito Federal (DP/DF) e desde então o Eixo de Educação em Direitos



Humanos, liderado pela professora Anna Luiza Gianasi, tem atuado em conjunto à EASJUR.

Esse projeto promove a educação em direitos, para alunos da rede pública de ensino do Distrito Federal, a fim de não só fazer com que cada aluno conheça mais de seus direitos e deveres. Também busca ressignificar os conceitos de justiça, cidadania e igualdade, e empoderar cada aluno que participa a ser um cidadão ativo, que promove uma cultura de paz e fraternidade (LANDIN, 2019).

Desde então até o momento, o eixo promove suas atividades em parceria com o projeto Conhecer Direito. As aulas ministradas são de vários temas do direito, pois faz parte do objetivo do projeto oferecer uma visão panorâmica dos direitos inerentes a cada cidadão. Então, já foram ministradas aulas de Direitos Políticos e Cidadania, Direito do Trabalho, Direito Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Direito do Consumidor, Violência Doméstica, Direito Ambiental, Empreendedorismo, dentre outros temas. Embora esse projeto tenha um foco maior nos direitos de âmbito interno, a perspectiva de Direitos Humanos continua presente e sendo trabalhada em cada aula.

Cumprir ressaltar a importância de abordar essas temáticas com os alunos diante de um cenário em que o Estado Brasileiro estabelece que o cidadão não pode alegar o desconhecimento da lei para se escusar de cumpri-la (BRASIL, 1942) – consoante o disposto no artigo 3<sup>a</sup> da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB) –, mas não garante meios para dar efetividade ao ensino dos direitos e deveres que cada cidadão possui. Dessa forma, o projeto busca, na medida de suas possibilidades, ser uma resposta a essa demanda social.

Ao longo desses três semestres ministrando as aulas na DP/DF, os horizontes do eixo e, principalmente, de cada estudante que se dispôs a ser professor do projeto, foram muito ampliados. O contato com cada aluno, cada dúvida tirada, cada olhar de



esperança, cada sorriso, mesmo em meio às frustrações diante do latente distanciamento entre a teoria e as práticas jurídicas e sociais experimentadas por todos os envolvidos, fez com que a expressão “interação dialógica” trazida pela Resolução nº 7/2018, CNE/CES (BRASIL, 2018), fosse, de fato, entendida e vivida, além de atestar a transformação social que a extensão universitária pode causar.

Nesse período, foi possível observar o desenvolvimento, ainda que global, dos estudantes da rede pública de ensino que participaram do projeto. Já que, segundo falas dos próprios estudantes, antes o direito era algo muito distante da realidade de cada um e hoje eles tanto identificam com maior facilidade os diversos direitos em seu dia a dia, como desejam contribuir para melhorar a sociedade a partir do que aprenderam.

Essa parceria do UniCEUB com a EASJUR tem sido de grande relevância não só para as respectivas instituições, como, especialmente, para a comunidade. Parte do reconhecimento deste trabalho se deu em 3 de março de 2020, quando a Clínica de Direitos Humanos recebeu o Selo Social do Distrito Federal, uma certificação promovida pela Abaçaí Brasil, com objetivo de identificar, reconhecer e impulsionar projetos que propiciam o desenvolvimento social e promovem impactos positivos nas comunidades (UNICEUB, 2020).

Dessa forma, é possível observar na prática o que o Programa Mundial para a educação em direitos humanos diz a respeito da educação em direitos humanos, definida como:

um conjunto de atividades de educação, capacitação e difusão de informações orientadas para criar uma cultura universal de direitos humanos. Uma educação integral em direitos humanos proporciona não apenas conhecimento sobre estes direitos e formas de protegê-los, mas também transmite as aptidões necessárias para promover, defender e aplicar os direitos humanos no cotidiano. A educação em direitos humanos promove atitudes e comportamentos necessários para que estes





direitos sejam respeitados por todos os membros da sociedade (UNESCO, 2006, p. 1).

E ainda o cumprimento das diretrizes previstas na Política Institucional de Extensão e Integração Comunitária do UniCEUB, como se observa a seguir, diante de toda a trajetória das atividades do eixo, que se voltaram à educação em direitos humanos, à formação cidadã dos alunos e a melhorar, ainda que em parte, a comunidade do Distrito Federal ao investir na educação.

i) Contribuir para o incremento da dimensão social do UniCEUB pelo aprofundamento da integração da comunidade interna com a comunidade externa, envolvendo professores e alunos de diferentes áreas do conhecimento, colaboradores e pessoas da comunidade;

ii) Desenvolver ações institucionais extensionistas, prioritariamente voltadas para a valorização da diversidade, do meio ambiente, da memória cultural, da produção artística e do patrimônio cultural, e ações afirmativas de defesa e promoção dos direitos humanos, da igualdade étnico-racial e de outros âmbitos sociais;

iii) Alinhar a política ao PDI traduzindo a missão, os objetivos, as metas e os valores da instituição expressos por meio da promoção de ações institucionais reconhecidamente exitosas, inovadoras, internas, transversais a todos os cursos ofertados e externas por meio dos projetos de responsabilidade social;

iv) Enfatizar a interação dialógica entre o UniCEUB e a sociedade, articulando as competências a ser desenvolvidas pelo discente com as demandas locais e regionais, no sentido de promoção de trocas de saberes e experiências, gerando laços e transformações de suas realidades e melhorias das condições sociais da comunidade do Distrito Federal e do entorno [...] (CARVALHO, 2019, p. 16-17).

E por cada experiência vivida ao longo de três anos e meio no Eixo de Educação em Direitos humanos, a pesquisadora, de fato, acredita na relevância das atividades extensionistas do eixo de Educação em Direitos Humanos para o



desenvolvimento de competências dos alunos secundaristas, já participantes do projeto e dessa forma, segue-se à análise das competências.

### **3 AS COMPETÊNCIAS PARA UMA EDUCAÇÃO CIDADÃ**

O estudo de competências e habilidades reconhece que a “educação deve afirmar valores e estimular ações que contribuam para a transformação da sociedade, tornando-a mais humana, socialmente justa e, também, voltada para a preservação da natureza” (BRASIL, 2017, p.8).

A meta número 4 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), “Educação de qualidade”, visa garantir que todos os alunos adquiram competências e habilidades necessárias para o desenvolvimento de um estilo de vida sustentável, de uma cultura de paz e não violência, para a cidadania global e valorização da diversidade cultural e dos direitos humanos (ONU, 2015).

Nesse sentido, Delors (2010), no relatório da Comissão Internacional sobre a Educação para o século XXI, denominado “Educação, um tesouro a descobrir” destaca o papel fundamental da educação para o desenvolvimento contínuo das pessoas e das sociedades, de forma mais harmoniosa e autêntica, cujos impactos recairiam na diminuição da pobreza, da exclusão social, das opressões e das guerras.

Nesse estudo, foram apontados os quatro pilares básicos nos quais a educação para toda a vida está baseada, a saber: i) aprender a conhecer, que significa saber combinar a amplitude da cultura geral com a possibilidade de estudar mais a fundo um número reduzido de assuntos; ii) aprender a fazer, que importa em desenvolver a competência que gera no indivíduo aptidão para enfrentar numerosas situações e a trabalhar em equipe; iii) aprender a conviver, que inclui compreender o outro e perceber a interdependência existente entre as pessoas e, ainda; iv) aprender a ser, cujo foco está em desenvolver ao máximo e da melhor maneira possível a



personalidade de cada um, gerando autonomia, discernimento e responsabilidade pessoal (DELORS, 2010).

Esses pilares estão diretamente relacionados com o que Roberto Aguiar denominou habilidades, compreendidas como “a aptidão que tem o ser humano de lidar, operar, entender interferir e dialogar destramente com o outro, a natureza, os artefatos criados e a se criar, a sociedade e consigo mesmo” (AGUIAR, 2004, p. 17).

E também coincidem, em grande medida, com as competências elencadas no Projeto Tuning, resumidamente consideradas como “o bom desempenho em contextos diversos e autênticos baseado na integração e ativação de conhecimentos, normas técnicas, procedimentos, habilidades e destrezas, atitudes e valores” (SÁNCHEZ; RUIZ, 2007, p. 23- 24, tradução nossa) que se relacionam intrinsecamente com o desenvolvimento pessoal de cada indivíduo.

No que se refere à delimitação de competências, o presente artigo adota como referência para tanto, o documento produzido pelo Conselho da Europa (2018), denominado “COMPETENCIAS PARA UNA CULTURA DEMOCRÁTICA. Convivir em pie de igualdad en sociedades democráticas culturalmente diversas”.

As competências elencadas neste documento são as que mais se aproximam dos objetivos do projeto de extensão em questão, que é promover uma educação em direitos humanos, a fim de conscientizar e sensibilizar cada estudante de que todos são titulares dos direitos humanos e que, portanto, estes devem ser tanto exigidos, quanto respeitados, promovendo assim uma construção coletiva de cidadania.

Ademais, essas competências foram definidas após uma completa revisão dos esquemas existentes de competências democráticas e interculturais, totalizando 101 esquemas analisados, que constituem a base sólida deste documento (CONSELHO DA EUROPA, 2018).



O conceito de competência previsto nesta obra é:

habilidade para mobilizar e empregar valores, atitudes, capacidades, conhecimentos e/ou compreensão pertinentes, com o fim de responder de maneira adequada e efetiva às exigências, desafios e oportunidades que se apresentam em um contexto particular”. [...] a competência democrática é a habilidade para mobilizar e empregar recursos psicológicos pertinentes (p.ej., valores, atitudes, capacidades, conhecimentos e/ou compreensão) a fim de responder de maneira adequada e efetiva às demandas, exigências, desafios e oportunidades que se apresentam devido às situações interculturais. No caso dos cidadãos que vivem em sociedades democráticas culturalmente diversas, a competência intercultural se interpreta como um aspecto integral da competência democrática (CONSELHO DA EUROPA, 2018, p. 23, tradução nossa).

As competências apontadas neste estudo são tidas como indispensáveis para os educandos para que possam participar eficazmente em uma cultura democrática e convive pacificamente com as demais sociedades democráticas multiculturais. E utiliza a expressão “cultura democrática”, pois, embora a democracia não possa existir sem suas instituições e leis democráticas, esta não pode funcionar realmente se não estiver fundada em valores, atitudes e práticas democráticas, ou seja, sem uma cultura democrática (CONSELHO DA EUROPA, 2018).

Demonstra-se um compromisso com o Estado Democrático de Direito, com os direitos humanos, com a esfera pública, com uma cultura de paz e com os direitos mais caros da sociedade, que são essenciais para uma sociedade democrática (CONSELHO DA EUROPA, 2018).

E há necessidade de se discutir sobre democracia e cultura democrática nos dias de hoje, pois embora a democracia seja vista como um dado adquirido, ainda há muito que construir e reconstruir (SARAMAGO, 2013).

O que se verifica é que o sistema de organização social desenvolvido até o momento assemelha-se muito mais a uma plutocracia (governo de ricos) que a uma



democracia (governo do povo). Isso porque, embora seja notório que uma democracia política não possui seu funcionamento pleno sem uma real democracia econômica e cultural, estas deram lugar a, respectivamente: um mercado triunfante como instrumento, por excelência, do poder econômico e financeiro transnacional, que não é democrático, pois não visa a felicidade do povo; e uma massificação industrial das culturas (SARAMAGO, 2013).

E essa realidade de grupos que buscam apenas seus interesses individuais e que acabam concentrando poder decisório em detrimento de cidadãos passivos, inviabiliza uma democracia efetiva, visto que, como evidencia Canotilho (2015, p. 19), “só há verdadeira democracia quando todos têm iguais possibilidades de participar do governo da polis”.

Como destaca Dewey, a democracia ocorre quando todos participam e contribuem e não apenas quando poucos o fazem:

Que significa a democracia se não todas as pessoas participando da determinação das condições e objetivos de seu próprio trabalho e que, definitivamente, graças à harmonização livre e recíproca das diferentes pessoas, a atividade do mundo se faça melhor, do que quando poucos planejam, organizam e dirigem, por mais competentes e bem intencionados que sejam estes poucos? (DEWEY, 1903 apud WESTBROOK; TEIXEIRA, 2010, p. 26)

Diante desse contexto, faz-se necessário deixar de tomar a democracia como um dado adquirido, ou seja, como algo já pronto e acabado, como destaca Saramago (2013), e discuti-la, a fim de reinventá-la, pois sem uma democracia efetiva, torna-se quase inviável o respeito, a garantia e o exercício dos direitos humanos.

Conforme destaca o Secretário Geral do Conselho da Europa, Thorbjorn Jagland, a democracia está baseada em instituições e leis, porém são as ações e os comportamentos dos seus cidadãos que lhes dão real sentido. Assim, a cultura democrática deve ser ensinada e promovida (CONSELHO DA EUROPA, 2018).



Nesse sentido, a educação em direitos humanos é instrumento perspicaz a fim de alcançar esses objetivos, posto que, como coloca Benevides (2000), “a educação em direitos humanos é essencialmente a formação de uma cultura de respeito à dignidade humana através da promoção e da vivência da liberdade, da justiça, da igualdade, da solidariedade, da cooperação, da tolerância e da paz”, uma vez que não existe democracia sem direitos humanos, assim como não existe direitos humanos sem a prática da democracia.

Como ressaltado no PNEDH, o processo de construção de uma cidadania ativa requer a formação de cidadãos (ãs) conscientes de seus direitos e deveres, protagonistas da materialidade das normas e pactos que os (as) protegem, reconhecendo o princípio normativo da dignidade humana, englobando a solidariedade internacional e o compromisso com outros povos e nações (BRASIL, 2018). E para isso, a educação em direitos é essencial.

Ainda mais ao se tratar do cenário brasileiro em que o artigo 3º da LINDB estabelece que ninguém pode alegar desconhecimento da lei para se escusar dela (BRASIL, 1942). No entanto, não há ainda obrigatoriedade de ensino do direito nas escolas e grande parte da população cresce sem conhecimento de seus direitos e deveres básicos. Dessa forma, percebe-se a necessidade urgente de reparar essa ausência no ensino.

Por isso a atuação do Eixo de Educação em Direitos Humanos do UniCEUB é tão relevante, já que, ainda que em pequena escala, as atividades deste se propõem a suprir a lacuna de conhecimento a respeito dos direitos e deveres básicos de cada cidadão, à luz de uma perspectiva própria dos direitos humanos.

Além disso, a educação deve ser emancipatória no sentido de atribuir autonomia crítica a todos os envolvidos no processo de aprendizagem, a fim de que se percebam como atores sociais, capazes de problematizar seu campo de ação e



transformá-lo. Dessa forma, o ensino se converte em um processo ativo, cooperativo, integrado e interdisciplinar. Miracy Barbosa de Sousa Gustin entende por emancipação:

A capacidade de indivíduos e de grupos de permanente reavaliação das estruturas sociais, políticas, culturais e econômicas do entorno, com o propósito de ampliação das condições jurídico-democráticas de sua comunidade e de aprofundamento da organização e do associativismo com o objetivo de efetivação das lutas políticas pelas mudanças essenciais na vida de determinada sociedade ou grupamento para a sua inclusão efetiva no contexto social mais abrangente, quer nacional ou internacional (GUSTIN, 2010, p. 63).

E essa educação emancipatória atrelada a uma educação em e pelos direitos humanos estará conectada às concepções de cidadania e subjetividade. Entendendo cidadania como “a democratização das relações para a sustentação da diversidade” (GUSTIN, 2010, p. 63) e a subjetividade como a “capacidade de autocompreensão, de empoderamento e de responsabilidade do indivíduo com relação a si mesmo e à sua coletividade” (GUSTIN, 2010, p. 63), fará com que o indivíduo demonstre “competência criativa que lhe permite a expressão de uma personalidade autônoma e crítica” (GUSTIN, 2010, p. 63).

Por conseguinte, a educação em direitos humanos atrelada à relação desses três elementos – emancipação, cidadania e subjetividade – contribui para o pleno exercício da cidadania, já que, segundo Garth Meintjes, “é um processo através do qual as pessoas e/ou comunidades aumentam seu controle ou seu domínio sobre suas próprias vidas e sobre as decisões que afetam sua vida” (MEINTJES, 2007 apud GUSTIN, 2010, p. 64).

Dessa forma, pensar a educação como uma construção, em que os sujeitos envolvidos são ativos nesse processo, enseja o desenvolvimento de uma educação emancipatória, a qual proporciona o desenvolvimento de uma personalidade



autônoma e crítica para cada pessoa e de competências individuais, interpessoais e coletivas que resultam em uma educação para a cidadania e na promoção de uma cultura democrática.

Assim, foram elencadas 20 competências para uma cultura democrática no documento construído pelo Conselho da Europa, divididas em quatro categorias amplas.

A primeira categoria foi denominada “Valores”, definidos como crenças gerais que as pessoas têm sobre as metas que se devem ser perseguidas ao longo da vida. Eles são as diretrizes para decidir como agir. Transcendem ações e contextos específicos (CONSELHO DA EUROPA, 2018). Dentre os três valores essenciais, têm-se:

I - Valorização da dignidade humana e dos direitos humanos: Este valor assenta na convicção geral de que todos os seres humanos são iguais em valor e dignidade e merecem gozar de igual respeito, direitos humanos e liberdades fundamentais, devendo, portanto, ser tratados em conformidade.

II - Valorização da diversidade cultural: Este valor assenta na convicção geral de que outras referências culturais, a variação e a diversidade culturais, assim como a pluralidade de perspectivas, pontos de vista e práticas devem ser consideradas positivas, apreciadas e valorizadas.

III - Valorização da democracia, da justiça, da equidade, da igualdade e do Estado de direito: Este conjunto de valores assenta na convicção geral de que as sociedades devem funcionar e ser governadas segundo processos democráticos que respeitem os princípios da justiça, equidade, igualdade e Estado de direito (CONSELHO DA EUROPA, 2016, p. 8).

A segunda categoria é a de “Atitudes”. Uma atitude se refere à orientação mental geral que uma pessoa adota em relação a alguém ou algo. Em geral, estão ligadas a quatro componentes: crença ou opinião sobre o objeto da atitude; emoção/sentimento em relação a esse objeto; avaliação (positiva ou negativa) sobre





o objeto; e uma tendência a se comportar de uma maneira específica em frente ao objeto (CONSELHO DA EUROPA, 2018). Foram destacadas seis atitudes:

I - Abertura à alteridade cultural e às convicções, visões do mundo e práticas diferentes: A abertura é uma atitude que um indivíduo pode adotar para com as pessoas que ele vê como tendo referências culturais diferentes das suas ou perante as convicções, visões do mundo e práticas diferentes das suas. Esta atitude implica uma certa sensibilidade para com o outro e para com outras perspectivas sobre o mundo, bem como uma curiosidade e uma vontade de as descobrir.

II - Respeito: O respeito consiste em olhar para alguém ou algo com consideração, espírito positivo e estima, partindo do princípio de que tem importância, utilidade ou valor intrínseco. A demonstração de respeito por outras pessoas vistas como tendo referências culturais diferentes ou convicções, opiniões ou práticas diferentes das nossas é vital para o verdadeiro diálogo intercultural e a cultura da democracia.

III - Espírito cívico: O espírito cívico é uma atitude para com uma comunidade ou grupo social a que uma pessoa pertence, que é mais alargado que o seu círculo próximo de familiares e amigos. Envolve um sentido de pertença a essa comunidade, uma consciencialização da presença de outras pessoas na comunidade e dos efeitos das nossas ações sobre essas pessoas, solidariedade para com outros membros da comunidade e um sentido do dever cívico para com a comunidade.

IV - Responsabilidade: A responsabilidade é uma atitude relativamente aos nossos próprios atos. Envolve a reflexão sobre os nossos atos, procurar agir de uma maneira moralmente apropriada, realizar estes atos conscientemente e responder pessoalmente pelas consequências desses atos.

V - Eficácia pessoal: A eficácia pessoal é uma atitude do indivíduo para consigo mesmo. Envolve acreditar firmemente na sua capacidade de levar a cabo as ações necessárias para atingir determinados objetivos e a confiança de conseguir compreender as questões, selecionar métodos apropriados para realizar as tarefas, ultrapassar os obstáculos com sucesso e fazer a diferença no mundo.

VI - Tolerância da ambiguidade: A tolerância da ambiguidade é uma atitude relativamente a situações que são incertas e sujeitas a múltiplas interpretações contraditórias. Isto envolve avaliar estes tipos de situações de forma positiva e lidar



construtivamente com elas (CONSELHO DA EUROPA, 2016, p. 8-9).

A terceira categoria é a de “Capacidades”, definidas como habilidades para determinar padrões complexos e bem organizados de pensamento ou comportamento de maneira que seja possível adaptar-se às circunstâncias, para alcançar um objetivo particular (CONSELHO DA EUROPA, 2018). Elencaram-se oito capacidades, a saber:

I - Aprendizagem autônoma: As capacidades de aprendizagem autônoma são necessárias para efetuar, organizar e avaliar a nossa aprendizagem, de acordo com as nossas necessidades pessoais, por iniciativa própria, sem sugestão de outros.

II - Capacidades de análise e de pensamento crítico: As capacidades de reflexão analítica e crítica são as aptidões necessárias para analisar, avaliar e fazer juízos de valor sobre materiais de qualquer tipo (por exemplo, textos, argumentos, interpretações, questões, eventos, experiências, etc.) de uma forma sistemática e lógica.

III - Capacidades de escuta e observação: As capacidades de escuta e observação são as aptidões necessárias para notar e compreender o que está a ser dito, e a forma como está a ser dito, e para notar e compreender o comportamento não-verbal das outras pessoas.

IV - Empatia: A empatia é o conjunto de capacidades necessárias para compreender as ideias, convicções e sentimentos das outras pessoas, para se identificar com elas e para ver o mundo da perspectiva dos outros.

V - Flexibilidade e adaptabilidade: A flexibilidade e a adaptabilidade são as capacidades necessárias para poder adaptar e ajustar os nossos pensamentos, sentimentos ou comportamentos para podermos responder eficaz e apropriadamente a novos contextos e situações.

VI - Capacidades linguísticas, comunicativas e plurilíngues: As capacidades linguísticas, comunicativas e plurilíngues são as aptidões necessárias para comunicar eficaz e apropriadamente com pessoas que falam a mesma língua ou outra e para servir de mediador entre falantes de línguas diferentes.



VII - Cooperação: As capacidades de cooperação são as aptidões necessárias para participar plenamente com outros em atividades, tarefas e projetos comuns e para encorajar os outros a cooperar de forma a que possam ser alcançados os objetivos do grupo.

VIII - Resolução de conflitos: As capacidades de resolução de conflitos são as aptidões necessárias para tratar, gerir e resolver pacificamente conflitos, orientando as partes em conflito para soluções ótimas e aceitáveis para todas as partes (CONSELHO DA EUROPA, 2016, p. 10-11).

Por fim, a quarta categoria denomina-se “Conhecimento e compreensão crítica”. Entende-se o conhecimento como o fundamento da informação que um indivíduo possui, enquanto a compreensão é definida como o entendimento e admiração pelos sentimentos. Isto posto, a expressão “compreensão crítica” é utilizada no sentido de evidenciar a necessidade de compreensão no âmbito dos processos democráticos e do diálogo intercultural, para que a reflexão se dê de maneira ativa e avaliativa do contexto particular (CONSELHO DA EUROPA, 2018). As competências dessa categoria são:

I- Conhecimento e compreensão crítica de si mesmo: Isto inclui o conhecimento e a compreensão crítica dos nossos próprios pensamentos, convicções, sentimentos e motivações, assim como das nossas referências culturais e da nossa visão do mundo.

II- Conhecimento e compreensão crítica da linguagem e da comunicação: Estas competências incluem o conhecimento e a compreensão crítica das convenções de comunicação verbal e não-verbal socialmente apropriadas que se aplicam na língua

ou línguas faladas, dos efeitos que os diferentes estilos de comunicação podem ter nas outras pessoas, e da maneira única como cada língua exprime significados culturalmente partilhados.

III- Conhecimento e compreensão crítica do mundo: Isto inclui um leque amplo e complexo de conhecimentos e compreensão crítica numa diversidade de áreas, incluindo a política e o direito, direitos humanos, cultura e culturas, religiões, história,



meios de comunicação social, economias, ambiente e sustentabilidade (CONSELHO DA EUROPA, 2016, p. 11).

Essas 20 competências elencadas pelo Conselho da Europa estão de acordo com o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) (BRASIL, 2018). Cumpre destacar este documento sugere que a educação em direitos humanos deve ser promovida em três dimensões: a primeira diz respeito aos conhecimentos e habilidades necessários para compreensão dos direitos humanos e dos recursos que existem para protegê-los, bem como incentivar o exercício de habilidades no dia a dia; a segunda se refere aos valores, atitudes e comportamentos que precisam ser desenvolvidos e reforçados a fim de que se promova uma cultura de respeito aos direitos humanos; e a terceira se relaciona às ações, isto é, atividades para a promoção, defesa e reparação das violações aos direitos humanos (BRASIL, 2018).

Também é possível perceber o alinhamento dessas competências com aquelas previstas na Base Nacional Comum Curricular (BNCC) (BRASIL, 2017) como competências gerais para a educação básica, conforme segue abaixo:

1. Valorizar e utilizar os conhecimentos historicamente construídos sobre o mundo físico, social, cultural e digital para entender e explicar a realidade, continuar aprendendo e colaborar para a construção de uma sociedade justa, democrática e inclusiva.
2. Exercitar a curiosidade intelectual e recorrer à abordagem própria das ciências, incluindo a investigação, a reflexão, a análise crítica, a imaginação e a criatividade, para investigar causas, elaborar e testar hipóteses, formular e resolver problemas e criar soluções (inclusive tecnológicas) com base nos conhecimentos das diferentes áreas.
3. Valorizar e fruir as diversas manifestações artísticas e culturais, das locais às mundiais, e também participar de práticas diversificadas da produção artístico-cultural.
4. Utilizar diferentes linguagens – verbal (oral ou visual-motora, como Libras, e escrita), corporal, visual, sonora e digital –, bem como conhecimentos das linguagens artística, matemática e científica, para se expressar e partilhar informações, experiências, ideias e sentimentos em diferentes



contextos e produzir sentidos que levem ao entendimento mútuo.

5. Compreender, utilizar e criar tecnologias digitais de informação e comunicação de forma crítica, significativa, reflexiva e ética nas diversas práticas sociais (incluindo as escolares) para se comunicar, acessar e disseminar informações, produzir conhecimentos, resolver problemas e exercer protagonismo e autoria na vida pessoal e coletiva.

6. Valorizar a diversidade de saberes e vivências culturais e apropriar-se de conhecimentos e experiências que lhe possibilitem entender as relações próprias do mundo do trabalho e fazer escolhas alinhadas ao exercício da cidadania e ao seu projeto de vida, com liberdade, autonomia, consciência crítica e responsabilidade.

7. Argumentar com base em fatos, dados e informações confiáveis, para formular, negociar e defender ideias, pontos de vista e decisões comuns que respeitem e promovam os direitos humanos, a consciência socioambiental e o consumo responsável em âmbito local, regional e global, com posicionamento ético em relação ao cuidado de si mesmo, dos outros e do planeta.

8. Conhecer-se, apreciar-se e cuidar de sua saúde física e emocional, compreendendo-se na diversidade humana e reconhecendo suas emoções e as dos outros, com autocrítica e capacidade para lidar com elas.

9. Exercitar a empatia, o diálogo, a resolução de conflitos e a cooperação, fazendo-se respeitar e promovendo o respeito ao outro e aos direitos humanos, com acolhimento e valorização da diversidade de indivíduos e de grupos sociais, seus saberes, identidades, culturas e potencialidades, sem preconceitos de qualquer natureza.

10. Agir pessoal e coletivamente com autonomia, responsabilidade, flexibilidade, resiliência e determinação, tomando decisões com base em princípios éticos, democráticos, inclusivos, sustentáveis e solidários (BRASIL, 2017, p. 11-12).

Nota-se que as competências elencadas pelo Conselho da Europa (2018) estão de acordo com as estabelecidas tanto pelo PNEDH (2018), quanto pela BNCC (2017) e, portanto, constituem parâmetro adequado para esta pesquisa.



Essas competências também estão consonância com os objetivos da educação em direitos humanos e com os da extensão universitária, pois culminam em interação dialógica que resulta em transformação social. Coadunam-se ainda com a responsabilidade ética da universidade, ressaltada por Moura (2003), de formar jovens em pensamento crítico, em promover uma cultura de paz e de consolidar a democracia, já que a universidade está diretamente ligada ao processo de formação de humanidade, pois além de ser um instituto de cultura, é uma instituição de cultura.

#### **4 ANÁLISE DE RESULTADOS**

A educação em direitos humanos possui papel fundamental no que tange a desenvolver mais que alunos ou profissionais, mas cidadãos conscientes de seus direitos e deveres, de sua responsabilidade perante a sociedade e da sua capacidade transformadora. A extensão universitária é uma ferramenta assertiva para estabelecer diálogo entre a universidade e a sociedade, a fim que de se possa alcançar a transformação social.

Dessa forma, para avaliar isso em um cenário real, como já destacado, a pesquisadora analisou os impactos das atividades desenvolvidas pelo Eixo de Educação em Direitos Humanos do projeto de extensão Clínica de Direitos Humanos do UniCEUB no projeto Conhecer Direito, promovido pela Escola de Assistência Jurídica da Defensoria Pública do Distrito Federal.

A metodologia da pesquisa foi baseada em uma abordagem mista (qualitativa e quantitativa), transversal e descritiva, relativa ao desenvolvimento das atividades do Eixo no segundo semestre de 2019.

O instrumento de pesquisa foi um questionário semiestruturado, apresentado via google formulários, com doze questões, sendo que onze delas eram objetivas e uma era subjetiva.



As dez primeiras questões consistiram em sentenças afirmativas. Cada sentença se relacionava a uma competência específica referente ao documento aqui analisado, “COMPETENCIAS PARA UNA CULTURA DEMOCRÁTICA. Convivir em pie de igualdad en sociedades democráticas culturalmente diversas” (CONSELHOR DA EUROPA, 2018). As opções de resposta estavam de acordo com padrão de escala Likert e cada participante respondeu marcando, de acordo com seu grau de concordância, entre “discordo totalmente” a “concordo totalmente”.

A décima primeira questão foi feita em formato de “check list”, em que o participante assinalava uma ou mais competências, das quais acreditava que o projeto contribuiu para o desenvolvimento pessoal. E, por fim, a décima segunda questão era aberta, para que o participante deixasse sua opinião sobre o projeto, um elogio, crítica e/ou sugestão.

A única competência não analisada foi a intitulada “capacidades linguísticas, comunicativas e plurilíngues”, pois esta aborda as aptidões necessárias para a comunicação não só com pessoas que falam a mesma língua, mas também com línguas diferentes e, embora possam ser utilizadas expressões de outras línguas nas apresentações, não há estudo específico sobre elas. Logo, ficou fora da análise desta pesquisa.

Vale ressaltar que essas questões foram elaboradas com auxílio de professores, que já trabalham com os conteúdos de educação, ética, direitos fundamentais e ciências políticas, a fim de validar a coerência delas com o conteúdo analisado.

Na página de início do questionário constava o campo destinado à leitura obrigatória do termo de assentimento. Os participantes só seguiram para as próximas páginas da pesquisa após terem lido e concordado com o referido termo, como



exigido pelo Comitê de Ética. Após, informaram sua idade e então responderam os questionamentos.

O critério de inclusão foi o adolescente estar matriculado no projeto Conhecer Direito e, mediante autorização dos pais, desejar participar da pesquisa. O critério de exclusão foi a não participação do projeto no segundo semestre de 2019, ou participando, a não autorização dos pais ou, ainda que os pais tenham autorizado, preferiu não participar.

Importa salientar que o recorte temporal da pesquisa se restringiu ao segundo semestre de 2019 em razão da necessidade de obtenção de autorização para que os alunos participassem da pesquisa. Considerando a complexidade dessa providência, seria inviável obter essas autorizações em relação aos alunos dos outros semestres.

A pesquisa foi submetida à análise do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) do UniCEUB e aceita em 18 de outubro de 2019. Foram encaminhados ao CEP os seguintes arquivos: o projeto, o questionário, o termo de assentimento, o termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE), o termo de aceite (em que o Dr. Evenin Eustáquio, responsável pelo Conhecer Direito na DP/DF, aceitou que a pesquisa fosse realizada na DP/DF), o cronograma e a folha de rosto.

A aprovação pelo CEP se deu em 11 de novembro de 2019. Sendo assim, em 12 de novembro de 2019, os alunos do projeto Conhecer Direito foram abordados pela pesquisadora para explicar em que consistia a pesquisa, o questionário, qual era a sua finalidade, os riscos (mínimos, já que se tratava de um questionário simples, referente às aulas ministradas, de questões sociodemográficas e que não acarretaria em nenhum desconforto emocional) e benefícios (a participação do aluno contribui para que mais pessoas saibam sobre a importância de ser consciente de seus direitos e deveres, auxiliando o desenvolvimento e efetividade desta pesquisa, que, ao fim, resulta em um artigo jurídico a ser publicado, além de contribuir para sua própria





autoavaliação e percepção de quanto se desenvolveu ao longo de sua participação no projeto).

Nessa data, foi entregue aos alunos o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) para que apresentassem aos responsáveis, a fim de que estes, se quissem, autorizassem o aluno a participar da pesquisa. No dia 19 de novembro de 2019, a pesquisadora retornou na Defensoria Pública para buscar as autorizações e pegar o contato que cada participante para, posteriormente, enviar o link de acesso ao questionário da pesquisa. No dia 21, foi novamente à DP/DF para buscar as últimas autorizações. Foram entregues, ao total, 41 autorizações.

No dia 22 de novembro de 2019, via whatsapp e e-mail, foram enviados os links de acesso à pesquisa. Ao final, 29 alunos participaram realmente da pesquisa, o que representa 58% do total de alunos. Desses 29 participantes, 28 informaram sua idade: 35,71% deles tinha 17 anos, 32,14% 16 anos, 25% 18 anos, 3,57% 15 anos e 3,57% 19 anos. Cumpre ressaltar que o resultado da pesquisa feita via google formulários foi tabulada pelo Microsoft excel.

#### **4.1 Primeira parte da pesquisa: questões no padrão de escala “Lirket”**

Como destacado anteriormente, as dez primeiras questões, em forma de sentenças afirmativas, estão diretamente relacionadas com uma competência analisada. Para melhor visualização, o quadro 1 demonstra a qual competência se refere cada questão.



Quadro 1 – Dez primeiras questões do questionário analisado.

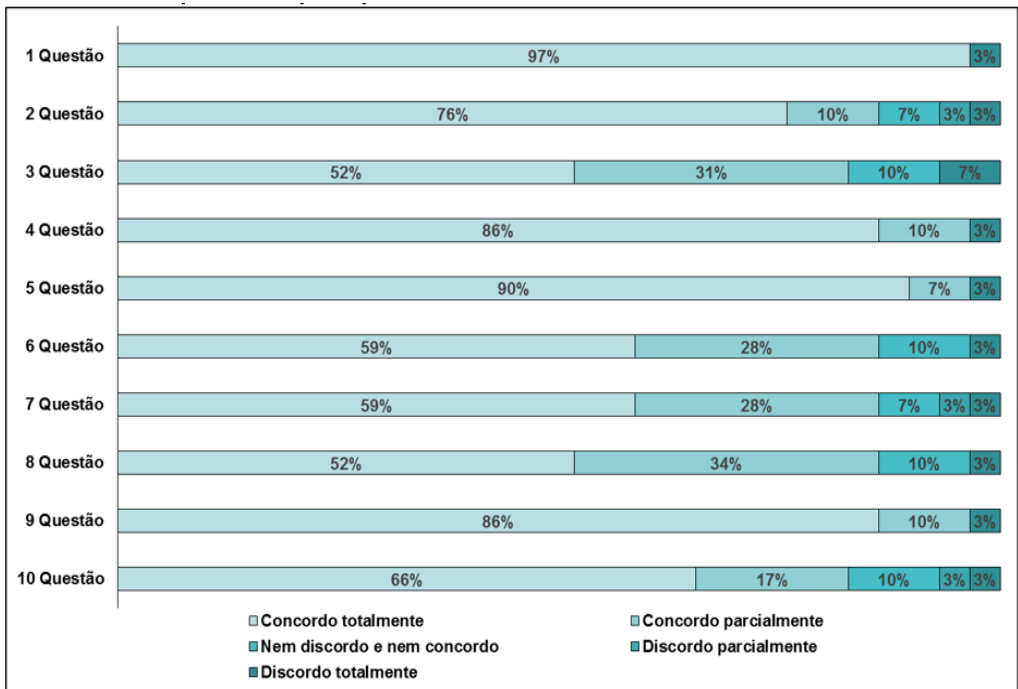
Nº	Questão	Competência
1	Toda pessoa é igual em valor e dignidade e merece usufruir de igual respeito, direitos humanos e liberdades fundamentais, independentemente de sua origem, sexo, cor, raça e quaisquer outras formas de discriminação.	Valorização da dignidade humana e dos direitos humanos
2	O preconceito contra imigrantes estrangeiros desvaloriza a cultura e fere a dignidade deles.	Valorização da diversidade cultural
3	A democracia é a forma de governo que melhor garante a dignidade humana e os ideais de justiça, igualdade e equidade. Sem democracia, os direitos seriam quase inexistentes.	Valorização da democracia, da justiça, da equidade, da igualdade e do Estado de direito.
4	É essencial aprender sobre outras culturas e valorizar as diferentes perspectivas de mundo que cada cultura carrega, pois isso possibilita a maior valorização do outro e o seu reconhecimento como ser humano.	Abertura à alteridade cultural e às convicções, visões do mundo e práticas diferentes.
5	É necessário saber ouvir, respeitar e conviver com opiniões diferentes da minha.	Respeito.
6	A sensação de pertencer a um grupo social leva em consideração que tomada de decisões de cada um reflete diretamente nas outras pessoas que compõem o grupo.	Espírito Cívico
7	Na hora de tomar uma decisão, escolho agir de forma correta, independentemente de haver algum benefício ou punição.	Responsabilidade.
8	Diante de situações novas e incertas, procuro refletir para lidar com elas da melhor maneira possível.	Tolerância da Ambiguidade.
9	Pratico a empatia quando percebo que um comentário que fiz sobre alguém, ainda que em tom de brincadeira, o magoou e, então, vou ouvir como a pessoa se sentiu diante da minha conduta e peço perdão.	Empatia.
10	Diante de um conflito, sinto-me capaz de prestar auxílio para buscar a melhor solução para as partes envolvidas.	Resolução de conflitos.



**Legenda:** elaboração própria.

A seguir, o gráfico 1 demonstra o resultado obtido de cada questão.

**Gráfico 1 – Resultado obtido pela análise das dez primeiras questões.**





**Legenda:** elaboração própria.

De acordo com o gráfico 1, tem-se que dentre essas dez competências analisadas, a mais desenvolvida foi a “valorização da dignidade humana e dos direitos humanos”, pois 97% dos participantes concorda totalmente que todas as pessoas são iguais em valor e dignidade e merece usufruir de igual respeito, direitos humanos e liberdades fundamentais.

Este dado é muito significativo para todos os envolvidos nas atividades deste projeto de extensão e também do projeto Conhecer Direito da DP/DF, visto que, antes de qualquer outro objetivo que cada projeto tenha estabelecido, o primeiro, sem dúvidas, é fazer os direitos e deveres conhecidos a cada aluno e por eles valorizados.

Ainda mais em se tratando da categoria de competências dita “valores”, pois como já explanado na sessão anterior, os valores são as crenças fundamentais de cada ser humano, as quais norteiam suas atitudes e tomadas de decisão (CONSELHO DA EUROPA, 2018).

Isso significa dizer que se esses adolescentes/jovens participantes da pesquisa acreditam no valor da dignidade humana e dos direitos humanos e percebem isso como parte de seus pensamentos. Dessa forma, suas atitudes, via de regra, serão norteadas pela crença de que todos os seres humanos são iguais em valor e dignidade, sem distinção. Ademais, a considerar que os direitos humanos tendem à universalidade e são inalienáveis e



indivisíveis, pode-se sugerir que eles se aplicam a todas as pessoas.

Na sequência, temos o respeito (90% concordam totalmente), a abertura à alteridade cultural (86% concordam totalmente) e a empatia (86% concordam totalmente) como destaques das competências aprimoradas pelos alunos. Estas, pela análise da pesquisadora, são os desdobramentos mais próximos da primeira competência cuja percepção de desenvolvimento foi maior, pois dizem respeito às atitudes e à capacidade que se relacionam diretamente com o valor de dignidade humana e direitos humanos.

Ora, uma vez que os participantes da pesquisa são guiados pelo valor da dignidade humana, conseqüentemente, tendem a tratar as pessoas com respeito - consideração/estima ao próximo - e empatia - capacidade de ver o mundo da perspectiva do outro. Assim, se mostram mais dispostos a aprender com seus traços culturais distintos e suas respectivas visões de mundo – ou seja, praticam a alteridade cultural.

É interessante salientar que o valor “valorização da diversidade cultural”, a quinta competência mais desenvolvida pelos participantes (76% concordam totalmente), converge, especialmente, com a atitude de “abertura à alteridade cultural”, que teve um percentual maior, conforme se verifica acima.

Embora o percentual desse referido valor tenha sido um pouco menor do que da mencionada atitude, não significa dizer que houve contradição, já que o valor da diversidade cultural está interligado ao da atitude de abertura à alteridade cultural.



Até o momento, já se pode identificar que a interação dialógica entre o projeto de extensão e os participantes da pesquisa tem alcançado duas das três dimensões que a educação em direitos humanos deve promover, segundo o PNEDH (BRASIL, 2018, p. 19), a saber: “a) [...] compreender os direitos humanos e os mecanismos existentes para sua proteção, assim como incentivar o exercício de habilidades na vida cotidiana; b) [...] desenvolver valores e fortalecer atitudes e comportamentos que respeitem os direitos humanos”. Além de estar cumprindo a competência nº 9 da BNCC, a saber:

9. Exercitar a empatia, o diálogo, a resolução de conflitos e a cooperação, fazendo-se respeitar e promovendo o respeito ao outro e aos direitos humanos, com acolhimento e valorização da diversidade de indivíduos e de grupos sociais, seus saberes, identidades, culturas e potencialidades, sem preconceitos de qualquer natureza (BRASIL, 2017, p. 12).

Essas cinco primeiras competências destacadas estão atreladas ao modo como cada um enxerga a si e ao próximo, uma vez que versam sobre como cada indivíduo entende que é igual em valor e dignidade e consegue considerar o próximo da mesma forma. Por conseguinte, tende a agir com respeito, alteridade, valorização das diferenças e empatia para com o outro, pois também espera que assim os outros se comportem em relação a ele.

Entretanto, as outras cinco competências, cujo percentual de concordância foi menor, referem-se à ação do indivíduo diante da consciência de responsabilidade com o coletivo. São elas: resolução de conflitos (66% concordam totalmente), responsabilidade (59% concordam totalmente), espírito cívico (59% concordam totalmente), tolerância da ambiguidade (52% concordam totalmente) e valorização da democracia, da justiça, da equidade, da igualdade e do Estado de Direito (52% concordam totalmente).



Se pudesse estabelecer um paralelo entre essas dez competências e a tríade francesa de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, as cinco primeiras competências se relacionam com a Liberdade (liberdades individuais, para autodeterminar-se, inclusive, e viver sua cultura) e com a Igualdade (entendimento de que o outro é igual em valor e dignidade como eu), enquanto as cinco últimas estariam ligadas à Fraternidade (ver no outro um irmão).

O exercício da fraternidade implica na tomada de responsabilidade para com o outro, à medida que se entende que suas ações impactam não só a si, mas as pessoas que o cercam. Assim, o desenvolver a capacidade de resolução de conflitos, responsabilidade, espírito cívico, tolerância da ambiguidade e valorização da democracia, da justiça, da equidade, da igualdade e do Estado de Direito está interligado ao exercício da fraternidade.

Nesse sentido, a terceira dimensão da educação em direitos humanos que o PNEDH estabelece precisa ser reforçada, a saber: “c) ações: desencadear atividades para a promoção, defesa e reparação das violações aos direitos humanos.” (BRASIL, 2018, p. 19). Assim como a competência nº 10, prevista na BNCC, a saber: “10. Agir pessoal e coletivamente com autonomia, responsabilidade, flexibilidade, resiliência e determinação, tomando decisões com base em princípios éticos, democráticos, inclusivos, sustentáveis e solidários” (BRASIL, 2017, p. 12).

Dessa forma, vez que foram as competências menos desenvolvidas pelos participantes, faz-se necessário repensar a abordagem das temáticas trabalhadas com os alunos ao longo do semestre, para que percebem a importância de se visar o bem comum e a responsabilidade que cada um tem com a sociedade para alcançar esse bem, pois afirma Morin (2011, p. 49), “todo desenvolvimento verdadeiramente humano significa o desenvolvimento conjunto das autonomias individuais, das participações comunitárias e do sentimento de pertencer à espécie humana”.



Além disso, é também necessário debater com os alunos sobre a democracia, o que ela representa e como mantê-la, visto se tratar de um princípio norteador da educação em direitos humanos e a base do Estado Democrático de Direito, pois como já outrora destacado, não se pode tomar a democracia como um dado obtido. É necessário discuti e rediscuti-la, a fim de aperfeiçoá-la.

Em suma, pode-se afirmar que as atividades extensionistas do Eixo de Educação em Direitos Humanos têm contribuído para a interação dialógica entre universidade e sociedade, para a expansão do conhecimento e valorização dos direitos humanos e a promoção de atitudes que os respeitem e os promovam. Entretanto, ainda se tem muito a alcançar, em especial, para que cada estudante possa entender e agir de forma a ser responsável não só por seu crescimento e desenvolvimento, mas também pelo aprimoramento das práticas cidadãs.

## 4.2 Segunda parte da pesquisa: questões no formato “checklist”

Nesta segunda parte do questionário, a questão solicitava aos alunos que indicassem uma ou mais competências que o projeto teria os ajudado a desenvolver, relacionadas ao seu crescimento pessoal. O quadro 2 mostra as alternativas da questão e a qual competência estão relacionadas.

Quadro 2 – Décima primeira questão do questionário analisado.

Nº	Questão	Competência
1	Eficácia pessoal, ou seja, acreditar na sua capacidade e tomar atitudes necessárias para atingir determinados objetivos, compreendendo as questões ligadas aos seus objetivos e escolhendo os melhores métodos para realizar suas tarefas/obrigações, vencendo os obstáculos e fazendo a diferença no meio em que você vive.	Eficácia Pessoal
2	Autonomia em seu processo de aprendizagem.	Aprendizagem autônoma.
3	Analisar e refletir criticamente sobre diferentes fontes de informações (textos, leis, questões, argumentos...).	Capacidades de análise e pensamento crítico.
4	Escutar diferentes opiniões e argumentos.	Capacidades de escuta e observação.
5	Ser flexível e adaptável a novos contextos e situações.	Flexibilidade e adaptabilidade.
6	Cooperar com o outro para alcançar objetivos em grupo.	Cooperação.
7	Conhecimento e compreensão crítica de si mesmo.	Conhecimento e compreensão crítica de si mesmo

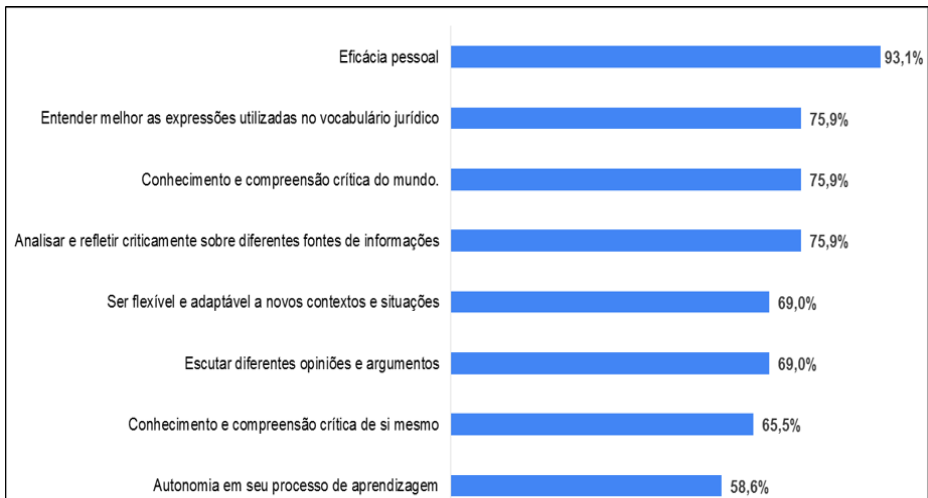




**Fonte:** elaboração própria.

Segue o gráfico 2, que demonstra o resultado, em percentual, de quais competências foram mais assinaladas pelos alunos e, portanto, mais desenvolvida, em ordem de maior para menor percentual.

**Gráfico 2 – Resultado obtido pela análise da décima primeira questão**





**Legenda:** elaboração própria.

As competências analisadas nesta questão se referem às atitudes, às capacidades e aos conhecimentos individuais que cada um precisa desenvolver para alcançar o que Jacques Delors (2010) intitula de aprender a conhecer e aprender a ser, uma vez que são competências precípuas ao desenvolvimento pessoal.

Conforme ilustra o gráfico 2 é possível identificar que a eficácia pessoal, ou seja, atitude do indivíduo que “envolve acreditar firmemente na sua capacidade de levar a cabo as ações necessárias para atingir determinados objetivos e a confiança de conseguir compreender as questões, selecionar métodos apropriados para realizar as tarefas, ultrapassar os obstáculos com sucesso e fazer a diferença no mundo” (CONSELHO DA EUROPA, 2016, p. 9) foi a competência mais desenvolvida dentre as elencadas na questão.

E, de fato, é nítido para aqueles que ministram as aulas ao longo do semestre o quanto os alunos passam a acreditar mais em si e se dispõem a estudar mais e alcançar seus objetivos. E saber que o projeto tem contribuído para que eles acreditem em si, em seu potencial e se tornem mais eficazes, é um grande estímulo para prosseguir.



Em seguida, têm-se três competências com resultados percentuais iguais, 75,9%, a saber: conhecimento e compreensão crítica da linguagem, conhecimento e compreensão crítica do mundo e capacidades de análise e pensamento crítico.

É curioso observar o quanto essas três competências, embora diferentes, caminhem em conjunto. Para obter êxito e conseguir analisar e pensar criticamente sobre qualquer assunto e, por conseguinte, conhecer e compreender criticamente o contexto global é necessário conhecimento sobre a linguagem.

Para analisar se os alunos puderam compreender melhor os termos e expressões mais usuais no meio jurídico, a pesquisadora utilizou a expressão “entender mais de expressões utilizadas no vocabulário jurídico” para a análise da competência “conhecimento e compreensão crítica da linguagem e da comunicação”.

Uma das observações que mais se escuta no início das aulas, a cada semestre, é que os alunos acham a linguagem do direito complicada e, por isso, não conseguem perceber o quanto seus direitos estão presentes no seu dia a dia. Assim, durante as aulas, cada professor é sempre instruído a explicar as palavras que os alunos podem não conhecer ou que podem lhes causar dúvidas.

E é satisfatório observar que os próprios alunos, participantes da pesquisa, conseguiram perceber sua evolução em aprender mais do vocabulário jurídico, o que os leva a compreender melhor seus direitos e deveres e também os noticiários sobre política, direitos humanos, economia e afins. Diante da melhora na compreensão da linguagem, os alunos tendem a aprimorar sua capacidade de compreensão crítica do mundo e de analisar e pensar criticamente.

No que se refere às competências de “flexibilidade e adaptabilidade”, “capacidades de escuta e observação”, “conhecimento e compreensão crítica de si mesmo” e “aprendizagem autônoma”, nota-se um resultado mediano, o que indica



atenção para que nos próximos semestres o projeto de extensão possa contribuir para a melhora dessas competências pontuadas.

Por fim, a competência de “cooperação” foi a que teve o menor resultado, abaixo da média, em que apenas 41,4% dos participantes assinalaram a opção. Esse dado demonstra a necessidade iminente de se promover debates e atividades em que os alunos possam trabalhar em grupo, para que percebam a importância da interação e do trabalho em equipe.

Ao trabalhar em equipe é possível aprimorar o exercício da fraternidade. Não há como se falar em cidadania, em transformação social, em cultura de respeito e promoção aos direitos humanos, sem que a sociedade seja mais fraterna, solidária e que seus membros tenham consciência da responsabilidade que todos possuem uns para com os outros.

### **4.3 Terceira parte da pesquisa: questão subjetiva**

A última parte do questionário foi composta por uma questão subjetiva, na qual os participantes poderiam deixar sua opinião (elogio, sugestão ou crítica) sobre o projeto. Esta era a única questão em que a resposta era opcional e, para a satisfação da pesquisadora, 22 dos 29 participantes da pesquisa responderam.

Sendo assim, não poderia privar o leitor de perceber a sensibilidade e a gratidão de cada participante ao falar sobre o projeto, além de apontar as competências que a pesquisadora identificou em cada comentário.

**Quadro 3 – Resultado obtido pela décima segunda questão.**

<b>Nº</b>	<b>Comentário</b>	<b>Competências Identificadas</b>
<b>1</b>	Ter participado do projeto foi extremamente importante e significativo, pois eu acredito que a educação é essencial na vida de uma pessoa, além de ser um direito, mas antes do projeto eu não saberia explicar nem onde está previsto esse direito, então o que realmente transforma é o conhecimento porque por meio dele podemos comprovar o que sabemos	Valorização da dignidade humana e dos direitos humanos; eficácia pessoal; espírito cívico; e empatia.



	que o conhecimento das "regras do jogo" atinja a todos.	aprendizagem autônoma.
7	Um projeto incrível que deveria ter uma repercussão e um apoio maior do governo! Tivemos algumas aulas (não da clínica de direitos humanos, do UniCeub) que não foram tão produtivas. Mas mesmo com esse defeito, num geral, as aulas foram maravilhosas, cada conhecimento passado para nós. Grato! Aqui deixo os meus sinceros agradecimentos para todos os estudantes da clínica e todos aqueles que nos deram aula.	Valorização da dignidade humana e dos direitos humanos; valorização da democracia, da justiça, da equidade, da igualdade e do Estado de direito; e respeito.
8	O projeto me ajudou muito, pois abriu meus olhos para muitas questões. Acho que o Conhecer Direito devia ser mais reconhecido, pois <u>nós dá</u> uma certa independência com os conhecimentos que adquirimos, podemos lidar melhor com os fatos que nos rodeiam e depois do projeto posso oferecer ajuda a minha comunidade e tenho certeza que quero cursar direito.	Valorização da dignidade humana e dos direitos humanos; capacidade de análise e de pensamento crítico; aprendizagem autônoma; capacidades de escuta; e observação e espírito cívico.
9	Com toda certeza, o acesso a informação, ao diferente pensar, nos torna ricos de todas as formas. A falta disso nos torna ignorantes. Poder estar nesse meio e ter ouvido e aprendido com o que nos foi passado de certa maneira é enriquecedor e incrivelmente muda a forma de pensar para que sejamos mais amplos, para saber ouvir, analisar e saber quando e o que falar. Sou grato, que DEUS ABENÇOE <u>muitão</u> .	Conhecimento e compreensão crítica do mundo; valorização da dignidade humana e dos direitos humanos; respeito; capacidades de análise e de pensamento crítico; e capacidades de escuta e observação.
10	Foi incrível participar do projeto. Saber dos meus direitos e direitos do próximo é essencial. Sei que vou sair desse curso, mas com a visão de que consigo ajudar as pessoas a partir disso. O conhecer direito veio como divisor de águas na minha vida e hoje eu sei o que quero fazer.	Valorização da dignidade humana e dos direitos humanos; eficácia pessoal; e espírito cívico.
11	Foi importante para meu crescimento como pessoa, para <u>autoavaliar</u> minhas atitudes e as atitudes de terceiros e assim poder resolver problemas de forma sensata e correta.	Eficácia pessoal; responsabilidade; conhecimento e compreensão crítica de si mesmo; e resolução de conflitos.
12	A experiência de participar do Projeto Conhecer Direito foi	Respeito;



	<p>incrível, a começar pelos profissionais que nos receberam com muito carinho e sempre ofereceram o melhor para nós. Em segundo momento, eu aprendi muito com esse projeto, me emancipou e me fez despertar ainda mais o interesse pela área jurídica e por fazer a diferença no mundo. Eu não tenho nada a reclamar do projeto, mas sim agradecer por todo conhecimento adquirido! Obrigada a cada defensor, deputado, juiz, alunos do Uniceub, professores e em especial gratidão Vitor Sampaio e Evelyn Ávila.</p>	<p>valorização da dignidade humana e dos direitos humanos; valorização da democracia, da justiça, da equidade, da igualdade e do Estado de direito; responsabilidade; e espírito cívico.</p>
13	<p>O projeto mudou minha visão em relação ao mundo, hoje consigo enxergar melhor o meu lugar juntamente com meu</p>	<p>Conhecimento e compreensão crítica</p>
	<p>ampliado para outras cidades do DF e entorno. A extensão do semestre possibilitaria maiores oportunidades para aprender outros campos do direito fundamentais a todo cidadão. Ademais, é uma iniciativa incrível que muda a forma como os alunos veem o mundo a sua volta, por meio de aulas dinâmicas e professores comprometidos com o exercício da cidadania.</p>	<p>da dignidade humana e dos direitos humanos; e abertura à alteridade cultural e às convicções, visões do mundo e práticas diferentes.</p>
19	<p>O Projeto me ajudou a ter mais certeza do curso que eu irei escolher, quando me formar no ensino médio. O conhecer direito fez com que eu gostasse e tivesse mais interesse no curso de Direito, fez com que eu tivesse uma dúvida em tudo que me era proposto e pôde me dar várias oportunidades. O Projeto Conhecer Direito me fez acreditar que eu sou capaz de cursar Direito. Em relação a esse projeto, eu não tenho nada a reclamar. Só agradecer realmente por ter me proporcionado aulas e oportunidades incríveis.</p>	<p>Conhecimento e compreensão crítica de si mesmo; valorização da dignidade humana e dos direitos humanos; valorização da democracia, da justiça, da equidade, da igualdade e do Estado de direito; e eficácia pessoal.</p>
20	<p>Foi muito importante para mim conhecer mais sobre o assunto.</p>	<p>Valorização da dignidade humana e dos direitos humanos.</p>
21	<p>Me fez refleti sobre minhas ações.</p>	<p>Responsabilidade.</p>
22	<p>Participar do projeto foi de extrema importância para meu crescimento, não apenas na vertente acadêmica, mas também em todos os sentidos da minha vida. Deixo aqui a minha gratidão por terem dedicado tempo para transmitirem conhecimento e experiências aos alunos do projeto. Certamente, foi de grande valia.</p>	<p>Conhecimento e compreensão crítica de si mesmo; valorização da dignidade humana e dos direitos humanos; e respeito.</p>
	<p>aceitas as diferenças. Muito bom mesmo, parabéns pelo projeto.</p>	
18	<p>Participar do projeto "Conhecer Direito" foi significativo. Além de interagir com diferentes indivíduos e suas perspectivas, pude conhecer mais dos meus direitos. O projeto tem muitos pontos positivos e seria ótimo se ele pudesse ser</p>	<p>Valorização da diversidade cultural, respeito; espírito cívico; valorização</p>



**Legenda:** elaboração própria.

Ao ler os comentários, faz-se perceptível o quão importante foi para cada participante da pesquisa o acesso ao conhecimento de seus direitos e deveres, o que demonstra que a competência referente à valorização da dignidade humana e dos direitos humanos foi, de fato, desenvolvida.

Da análise desses comentários foi possível perceber que conhecer o que parecia ser distante da realidade dos alunos foi como sinônimo de emancipação e transformação social. Nesse sentido, o 5º, 8º, 10º, 12º, 13º e 16º comentários, mostram diretamente que agora, com o conhecimento adquirido, os participantes se sentem aptos a ajudar sua comunidade. E esse é o objetivo maior das atividades: permitir que o conhecimento saia de uma esfera abstrata, passe a ser concreto e cause transformação e melhoria social.

Os participantes, em geral, também expressaram que desejam a perpetuação do projeto, sua expansão, a fim de que alcance outros tantos jovens, como se pode observar no 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 13º e 17º comentários – e no que depender da pesquisadora, esse desejo será realizado!

Ademais, o respeito que os alunos demonstram a cada pessoa que se responsabiliza pelo desenvolvimento das atividades do Conhecer Direito é algo notório.

Não há como negar o quanto as atividades extensionistas do Eixo de Educação em Direitos Humanos da Clínica de Direitos Humanos do UniCEUB contribuíram para que os estudantes secundaristas pudessem desenvolver competências que os capacitaram a ser pessoas melhores, cidadãos mais conscientes de seus direitos e deveres e de sua responsabilidade para com o próximo (ainda que esta última precise ser fortalecida). Ainda há muito a ser melhorado, mas com certeza a interação dialógica aqui analisada já pode obter bons frutos.



## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Essa pesquisa foi iniciada por um simples desejo, que se tornou um objetivo: demonstrar que a extensão universitária pode realmente propiciar a interação dialógica e transformadora junto à sociedade que o artigo 3º da Resolução nº 7/2018 do CNE/CNS prevê. Uma interação que promove a troca de conhecimentos da comunidade acadêmica com a sociedade (artigo 5º, I, da referida resolução), que contribui para a formação cidadã dos estudantes (inciso II do mesmo artigo), que promove mudanças tanto na instituição de ensino superior quanto nos demais setores da sociedade (inciso II do mesmo artigo) e a própria articulação entre ensino/pesquisa/extensão (inciso IV do mesmo artigo).

Além de demonstrar, especificamente, que o trabalho desenvolvido pelo Eixo de Educação em Direitos Humanos da Clínica de Direitos Humanos do UniCEUB tem sido relevante e tem contribuído para o desenvolvimento dos alunos secundaristas que têm sido o público-alvo das atividades. Não só um desenvolver do conhecimento, mas também de competências que colaboram com sua formação cidadã.

A partir disso, poder levantar os dados referentes à atuação do eixo no 2º semestre de 2019 para com os alunos do Projeto Conhecer Direito da Defensoria Pública do Distrito Federal mostrou que essas duas premissas são verdadeiras.

Pelos dados obtidos foi possível observar que as aulas destinadas a esses alunos os ajudaram a aprender mais sobre seus direitos e deveres, a valorizar os direitos humanos, a dignidade humana, a diversidade cultural, a ser mais respeitosos e empáticos para com o próximo, e, em especial, a perceber que o conhecimento que possuem pode se converter em atitudes que os levarão a transformar não apenas a si, mas também o meio em que estão inseridos.





Também foi perceptível que as competências que dizem respeito à responsabilidade, espírito cívico, cooperação, valorização da democracia, flexibilidade a adaptabilidade e outras precisam ser aprimoradas e que as atividades do eixo devem focar mais no desenvolvimento dessas competências, por meio de atividades que tratem sobre situações cotidianas e que os façam interagir em grupo, como até sugerido no segundo comentário feito por um dos participantes da pesquisa.

Contudo, mesmo com os ajustes que o eixo precisará fazer, o resultado dessa pesquisa foi positivo em relação aos objetivos de demonstrar que a extensão universitária é realmente capaz de promover uma interação dialógica e transformadora - como a que o eixo tem vivenciado junto aos alunos secundaristas que são seu público-alvo -, e que o projeto tem contribuído para o desenvolvimento de competências que cooperam na formação cidadã desses alunos.

Esses resultados só mostram que as atividades do eixo devem continuar e crescer e que a extensão universitária possui um papel fundamental tanto no aprimoramento da comunidade acadêmica, quanto da sociedade, devendo, portanto, ser cada vez mais incentivada e expandida.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Habilidades**: ensino jurídico e contemporaneidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

BENEVIDES, Maria Victoria. **Educação em direitos humanos**: do que se trata? 2000. Disponível em: <http://www.hottopos.com/convenit6/victoria.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL.[Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 abr. 2020.



BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto- lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm) Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. **Base Nacional Comum Curricular (BNCC):** a educação é a base. Brasília: Ministério da Educação, 2017. Disponível em: [http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC\\_EI\\_EF\\_110518\\_versaofinal\\_s ite.pdf](http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_s ite.pdf). Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH).** Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/educacao-em-direitos-humanos/DIAGRAMAOPNEDH.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. **Resolução CNE/CES n. 7, de 18 de dezembro 2018.** Estabelece as Diretrizes para a Extensão na Educação Superior Brasileira e dá outras providências. Disponível em: [http://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/55877808](http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/55877808). Acesso em: 20 abr. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. A “governance” do terceiro capitalismo e a constituição social. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.). **Direitos fundamentais sociais.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 19- 22.

CARVALHO, Renata Innecco Bittencourt. **Política institucional de extensão e integração comunitária do UniCEUB.** Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=ir00635a&AN=uniceub.pref ix.13005 &lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CONSELHO DA EUROPA. **Competências para uma cultura da democracia:** viver juntos em igualdade em sociedades democráticas culturalmente diversas - resumo. Conselho da Europa, 2016. Disponível em: <https://rm.coe.int/16806ccf15>. Acesso em: 22 abr. 2020.



CONSELHO DA EUROPA. **Competências para una cultura democrática:** convivir en pie de igualdad en sociedades democráticas culturalmente diversas. Lima: IPEDEHP – Instituto EDUCA - IESPP CREA, 2018. Disponível em: <https://rm.coe.int/libro-competencias- ciudadanas-consejo-europeo-16-02-18/168078baed>. Acesso em: 20 abr. 2020.

DELORS, Jacques. **Educação:** um tesouro a descobrir; relatório para a UNESCO da comissão internacional sobre educação para o século XXI. Brasil: UNESCO, 2010.

FORPROEX . Fórum De Pro-Reitores De Extensão Das Instituições Públicas De Educação Superior Brasileiras. **Política nacional de extensão universitária.** Belo Horizonte, 1987- 2000. Disponível em: <https://www.ufmg.br/proex/renex/images/documentos/1987-I-Encontro-Nacional-do-FORPROEX.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

FORPROEX . Fórum De Pro-Reitores De Extensão Das Instituições Públicas De Educação Superior Brasileiras. **Política nacional de extensão universitária.** Manaus, 2012. Disponível em: <http://proex.ufsc.br/files/2016/04/Pol%C3%ADtica-Nacional-de-Extens%C3%A3o-Universit%C3%A1ria-e-book.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

FORPROEX . Fórum De Pro-Reitores De Extensão Das Instituições Públicas De Educação Superior Brasileiras. **Relatório final:** mapeamento da inserção da extensão nos currículos dos cursos de graduação das instituições públicas de educação superior brasileiras. 2019. Disponível em: [https://www.ufmg.br/proex/renex/images/RELAT%C3%93RIO\\_FINAL\\_MAPEAMENTO\\_INSERCAO\\_EXTENSAO\\_FINAL.pdf](https://www.ufmg.br/proex/renex/images/RELAT%C3%93RIO_FINAL_MAPEAMENTO_INSERCAO_EXTENSAO_FINAL.pdf). Acesso em: 20 abr. 2020.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. Uma pedagogia da emancipação. *In:* GUSTIN, Miracy; PEREIRA, Aline Rose Barbosa (coord.). **Pedagogia da emancipação:** desafios e perspectivas para o ensino das ciências sociais aplicadas no século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 15-79.

LANDIN, Mariana. **Educação em direitos:** quase uma década de transformação social no DF. 2019. Disponível em: <http://www.defensoria.df.gov.br/educacao-em-direitos-quase-uma-decada-de-transformacao-social-no-df/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro.** 2. ed. São Paulo, Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2011.



MOURA, José Barata. Pensar, Fazendo Universidade. *In*: BROVETTO, Jorge; MIX, Miguel Rojas; PANAZZI, Wrana Maria (org.). **A educação superior frente a Davos/ La educación superior frente a Davos**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2003. p. 107-114.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 10 dezembro de 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ONU. **Transformando nosso mundo**: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

SÁNCHEZ, Aurelio Villa; RUIZ, Manuel Poblete (orgs.). **Aprendizaje basado em competencias**: una propuesta para la evaluación de las competencias genéricas. Bilbao: Universidad de Duesto, 2007.

SARAMAGO, José. **Democracia e universidade**. Belém: UFPA; Lisboa: Fundação José Saramago, 2013.

SEVERINO, Antônio Joaquim. A busca do sentido da formação humana: tarefa da filosofia da educação. **Educação e Pesquisa**, v. 32, n. 3, p. 619-634. set./dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ep/v32n3/a13v32n3.pdf>. Acesso em: 26 set. 2019.

UNESCO. **Plano de ação**: programa mundial para a educação em direitos humanos. Nova York e Genebra, 2006. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/textos/edh/br/plano\\_acao\\_programa\\_mundial\\_edh\\_pt.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/textos/edh/br/plano_acao_programa_mundial_edh_pt.pdf). Acesso em: 20 abr. 2020.

UNICEUB. **Clínica de Direitos Humanos**. 2020. Disponível em: <https://www.uniceub.br/clinica-de-direitos-humanos>. Acesso em: 20 abr. 2020.

UNICEUB. **Premiação selo social**. 2020. Disponível em: <https://www.uniceub.br/eventos/eventos-premiacao-selo-social>. Acesso em: 20 abr. 2020.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.



WESTBROOK, Robert B.; TEIXEIRA, Anísio; ROMÃO, José Eustáquio;  
RODRIGUES, Verone Lane (org.). **John Dewey**. Recife: Fundação Joaquim  
Nabuco, Editora Massangana, 2010.



# EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: IMPACTOS E SOLUÇÕES

Guilherme Pinheiro Rechen

## RESUMO

O presente artigo pretende tratar da judicialização da saúde, com foco nos impactos positivos e negativos que podem ser gerados, levando em conta a quantidade atual de ações de saúde tramitando na justiça e os impactos orçamentários que essas decisões acarretam. Além disso, será analisada a eficiência dessas decisões no âmbito da prestação judicial e medidas alternativas mais eficazes para efetivar o direito de acesso à saúde e saúde universal, e a implementação de políticas públicas para fornecer acesso igualitário a saúde.

## 1 INTRODUÇÃO

Com o objetivo de estabelecer delimitações neste artigo, em um primeiro momento será estabilizado para seus propósitos o conceito de saúde, que é definido como estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. De acordo com esse conceito e com os dispositivos constitucionais acerca da saúde, o tratamento de enfermidades, fornecimento de medicamentos, medidas de prevenção, e outras políticas públicas são medidas que o Estado deve desenvolver, para garantir o acesso igualitário e eficaz a saúde.

Com a Constituição Federal de 1988, o direito à saúde foi introduzido no rol de direitos sociais do art. 6º, isso significa que são direitos que necessitam de prestações concretas do Estado, para que esse direito seja garantido e assim gerar igualdade material em relação aos cidadãos. Diante disso, como os direitos sociais exigem implementação, “os direitos econômicos constituem pressupostos da



existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e dos mais numerosos”. (SILVA, 2014, p. 183)

Para poder garantir os direitos sociais, são exigidos custos mais altos tendo em vista que a prestação é realizada pelo Estado. A implementação dos direitos sociais ocorre por meio do intermédio das políticas públicas, sendo uma função típica do Poder Executivo e Legislativo. Porém, embora a realização de políticas públicas seja a encargo dos Poderes Executivo e Legislativo, quando ocorre omissão, o Poder Judiciário pode concretizar esse direito omissivo por meio da judicialização. O fato do direito à saúde ser um direito social, atribui a ele uma dupla titularidade, isso é, a possibilidade de acesso ao judiciário para a concretização do direito, de maneira individual ou coletivamente.

“O direito à saúde encontra-se positivado no artigo 197 da Constituição Federal dando um caráter a saúde de serviço de relevância pública, vez que indispensável para a manutenção da vida, e no art. 198, inciso II, estipulou-se que as ações e serviços públicos referentes à saúde deveriam ter atendimento integral, priorizando-se as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” (ACHOCHE, 2008). “Desse modo, o direito à saúde é dotado de dupla função: tanto como um direito de defesa (proteção do Estado à integridade corporal das pessoas contra agressões de terceiros, por exemplo), quanto como um direito positivo (impondo ao Estado a realização de políticas públicas buscando sua efetivação, tais como atendimento médico e hospitalar, por exemplo), e ambas as dimensões demandam o emprego de recursos públicos para a sua garantia” (OHLAND, 2010, p. 31).



Porém, a implementação do direito à saúde no Brasil, passa por diversos problemas, quais sejam de ausência de recursos, bem como a ineficiência de políticas públicas. A saúde, nos dias de hoje, é vista como uma mercadoria comercializável entre os que têm possibilidade financeira para arcar com os gastos, colocando cerca de 70% da população a depender única e exclusivamente do SUS, deixando-as a margem deste direito fundamental, conforme a pesquisa desenvolvida pela OMS e coordenada no país pelo Centro de Informação Científica e Tecnológica (CICT) da Fiocruz. Dessa maneira, fica evidente que o financiamento público na área de saúde é deficiente para atender a demanda social que o SUS abarca, afetando assim toda a estrutura e desenvolvimento do SUS, ameaçando a efetivação das políticas públicas de saúde. O fornecimento dos serviços de saúde compete comumente a União, Estados,

Distrito Federal e Municípios, de acordo com o artigo 23 da Constituição, isto é competência concorrente. Nos dias de hoje, quando o Estado não presta sua função de garantidor da saúde, a opção encontrada pelos juristas para efetivar o direito à saúde, é buscar no judiciário, decisões judiciais que defiram a prestação de medicamentos e de serviços de saúde. Porém, no decorrer do artigo, será demonstrada as consequências que envolvem essa judicialização, como o impacto no sistema orçamentário brasileiro, e o desvio de recursos que negligenciam as políticas públicas capazes de garantir a saúde.

Desse modo, é necessário questionar até que ponto esta atuação do Poder Judiciário é eficiente, pois essa atuação é passível de críticas ao passo que esse poder acaba inviabilizando melhores condições para efetivar o disposto na Constituição.

## **2 DO DIREITO À SAÚDE**

### **2.1 Direito à Saúde como Direito Fundamental**





A Constituição de 1988 garantiu a todos o acesso universal a saúde, trazendo a saúde um caráter de direito fundamental e positivando-o no art.196 que assim dispõe: a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua **promoção, proteção e recuperação**.

Na análise de quem vem a ser o titular do direito à saúde, estão incluídos os estrangeiros não residentes no Brasil, pois embora o “caput” do art. 5º da Carta Magna, afirme que as garantias e direitos previstos aplicam-se apenas aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, a interpretação do art. 196 da Constituição que traz em seu texto que saúde é direito de todos, nos leva a entender que todo cidadão é titular do direito à saúde<sup>1</sup>. A partir deste artigo, fica definida a universalidade da cobertura do Sistema Único de Saúde. Esse sistema faz parte das ações definidas na Constituição como sendo de “relevância pública”, cabendo ao poder público o controle das ações e serviços de saúde, sua fiscalização e regulamentação. A Constituição Federal de 1988, define que as ações e serviços públicos de saúde formam uma rede organizada e hierarquizada, constituindo um sistema único.

Diante da interpretação do mesmo art. 196, podemos entender que a saúde é dever do Estado, devendo este garantir sempre o acesso universal e igualitário, mediante políticas sociais e econômicas. “O reconhecimento do direito à saúde como um direito humano fundamental à preservação da vida e dignidade humana e, conseqüentemente, sua incorporação nas leis, políticas públicas e jurisprudências, espelham as tensões e percepções sobre as definições de saúde e doença, às

---

<sup>1</sup> PARA ENTENDER A GESTÃO DO SUS - 2003 CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE – CONASS. Disponível em [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/para\\_entender\\_gestao.pdf](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/para_entender_gestao.pdf).



subjetividades, aos direitos e liberdades pessoais, e uma dimensão coletiva, que requer assegurar esse bem-estar individual a todos, a um custo aceitável para a sociedade; de como alcançar este estado de bem-estar, e quais os direitos e responsabilidades dos cidadãos e dos Estados”. (VENTURA,2010)

“A concretização do direito à saúde é uma questão extremamente complexa, pois outras questões acabam influenciando na qualidade desse direito, como por exemplo, por ele está relacionado a áreas como educação, informação, lazer, ambiente de trabalho e a habitação, a má prestação desses direitos afeta diretamente o direito à saúde. A constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa com inúmeras consequências práticas, sobretudo quanto à sua efetividade, e desempenhando concreto de sua função social”. (JÚNIOR, 2012, p.72)

## **2.2 Dos Princípios Constitucionais**

Ao se tratar do direito à saúde, para uma melhor compreensão do tema, é necessário observarmos quais princípios constitucionais se aplicam a esse direito, e como eles balizam o processo de criação das normas envolvendo o assunto em pauta: a saúde. Desse modo, o primeiro princípio que iremos observar é o princípio da igualdade, que garante tratamento igual entre os homens, sem distinções e discriminações, viabilizando melhor qualidade de vida a todos. A igualdade perante a lei, também repousa na aplicação igualitária do direito, afirmando que “a igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e, como se irá verificar, ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais”. (CANOTILHO,2002, p.426).



Leny Pereira da Silva - Subprocuradora Geral do Distrito Federal, em seu trabalho de pós-graduação<sup>22</sup>, trata a respeito de outro princípio aplicado no direito à saúde, o princípio da proporcionalidade, que traz a ideia de adequação e proporção a aplicação dos direitos fundamentais, conferindo validade as possíveis limitações que possam afetar esses direitos. Esse princípio consiste em solucionar conflitos entre direitos e interesses para desse modo alcançar uma medida justa. Deve ser levado em conta se os meios escolhidos são adequados para que o seja obtido o resultado esperado; se o meio escolhido é o mais conveniente ou o menos oneroso entre os meios existentes e se o benefício alcançado preservou os direitos fundamentais. “Com a incidência do princípio da proporcionalidade, sela-se uma solução de compromisso cujo resultado é dar mais valor, numa dada situação concreta a certo princípio/valor, em detrimento de outro, sem que, com isso, se deva necessariamente repetir a operação no futuro, para um caso ou situação diferentes. O princípio da proporcionalidade incide de molde a resolver o caso de acordo com as suas peculiaridades, como que indicando a solução que se amolde de maneira perfeita às circunstâncias”. (ALVIM, p.382)

Outro princípio constitucional que serve de baliza para as decisões proferidas pelos magistrados, é o princípio da reserva possível. Não cabe ao Estado alegar insuficiência dos recursos financeiros, quando o pedido envolve o “mínimo existencial”, sendo que a insuficiência alegada pelo Estado nas ações de saúde, tem sido parte de um grande debate entre a doutrina, jurisprudência e até mesmo o STF, pelo fato de o direito à saúde ser uma garantia constitucional<sup>33</sup>. Porém, quando o

---

<sup>2</sup> DIREITO À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL; fonte do trabalho: [https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_por\\_Leny.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf).

<sup>3</sup> Com esse entendimento a professora Leny Pereira da Silva afirma em seu trabalho acadêmico: DIREITO À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL, que não basta o Estado negar a prestação jurisdicional, devendo também apresentar comprovação que não apresenta possibilidades financeiras. FARENA, D. V. M. A saúde na Constituição Federal. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, n. 4, 1997.



pedido confronta a possibilidade financeira do Estado, consolida a liberdade de recursos materiais para consumação de eventual de condenação do Poder Público na prestação de assistência farmacêutico, medicamentos órfãos ou tratamentos terapêuticos, constituindo assim a “reserva do possível”. Dessa forma, quando o Estado se nega a efetivar um direito social, este deve provar que nem detém de viabilidade econômica para a concretização da ordem judicial. É o que destaca Farena (1997):

As alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. O que não se pode a evocação da reserva do possível converta-se em verdadeira razão de Estado econômica, num AI-5 econômico que opera, na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagrada em matéria de direitos sociais (1997, p.13).

### **3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

A judicialização da saúde ocorre quando nosso Sistema Único de Saúde – SUS, falha em prestar qualquer tipo de assistência médica, desse modo quando um cidadão tem seu direito negado pelo sistema, ele pode recorrer à justiça para poder ter seu direito à saúde efetivado. A busca de decisões judiciais para garantir o acesso ao tratamento se chama judicialização da saúde e tem sido cada vez mais comum no direito brasileiro.

Após o reconhecimento formal da saúde como um direito, qualquer cidadão poderá ingressar na justiça toda vez que essa garantia for violada. Se o Estado falhar na prestação desse serviço, qualquer pessoa interessada poderá invocar seu direito



para um atendimento adequado as suas necessidades. Porém, por mais que a justiça seja um direito fundamental e de acesso igualitário, por si só, não são suficientes à satisfação do objetivo buscado, privilegiando, infelizmente, aqueles que têm melhores condições financeiras resultando numa maior desigualdade no atendimento médico e não alcançando, dessa forma, os objetivos sociais.

De acordo com Ramiro Nobrega, em seu trabalho de pós-graduação<sup>44</sup>, os primeiros contornos da judicialização da saúde no Brasil são atribuídos ao movimento de direito por pessoas portadoras do vírus da imunodeficiência humana - HIV, principalmente em relação a garantia de acesso a medicamentos e implementação de uma política de assistência farmacêutica para esse tipo de paciente. Com isso, a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal - STF, que ao julgar o RE 271.286/RS AgR, publicado em novembro do ano 2000, considerou dever do Estado a prestação de tratamento medicamentoso, bem como reconheceu o direito subjetivo público à saúde do paciente. Essa decisão pode ser considerada *leading case*, servindo como base para orientar a questão da judicialização da saúde.

“Após o *leading case* citado, a quantidade de ações envolvendo judicialização da saúde aumentou drasticamente. Em quase todas as demandas, as decisões foram favoráveis aos pacientes. A situação de aumento no número de demandas judiciais combinada com o amplo índice de deferimento dos pedidos conduziu a um movimento de busca por critérios para orientar a atuação jurisdicional dos magistrados e, ao mesmo tempo, estimular outras formas de lidar com os litígios em saúde” (SANTANA, Ramiro Nóbrega). Diante disso, o então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, realizou uma audiência pública com o intuito de debater acerca da judicialização da saúde e seus impactos.

---

<sup>44</sup> Disponível em <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/12414/1/61350132.pdf>



Essa audiência representou um marco para a judicialização da saúde no Brasil, pois dela advieram consequências significantes, como o posicionamento claro de instituições e atores sociais sobre as consequências da judicialização, a determinação de diversas iniciativas institucionais a serem tomadas, o STF estabeleceu um conjunto de orientações jurisprudenciais e o Fórum Nacional do Judiciário foi criado para monitorar e resolver as demandas de assistência à saúde. Diante das críticas apresentadas em audiência, uma delas merece mais relevância, pois orienta até o momento atual os debates em torno do tema. Essa crítica se baseia na suposta violação da equidade de tratamento, pois ao se judicializar a saúde, dois tipos de decisões podem surgir: decisões com caráter liminar e decisões em que o paciente deve se submeter aos trâmites burocráticos e filas do SUS. Essa crítica trata da injustiça no plano individual, que embasou até propostas com a intenção de reservar apenas aos mais pobres, o direito de ingressar com ações na justiça, com a finalidade de evitar que os “mais favorecidos” gozem de acesso privilegiado “via liminar”.

Outro julgamento de extrema relevância para o referido tema foi a Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175/CE, que firmou um precedente no sentido de reconhecer o acesso à justiça como forma de garantir prestações específicas envolvendo saúde, bem como a necessidade de se assegurar o “mínimo existencial” desse direito. Porém, tais assertivas devem respeitar a necessidade de conciliar as dimensões subjetivas (individual e coletiva) e objetivas do direito à saúde. Com isso, essa interpretação dada pelo STF, reconhece o direito à saúde com preponderância na dimensão fundamental do direito social à saúde e se inclina para adoção do posicionamento doutrinário pela proteção de um mínimo existencial. Desse modo, tal proteção é materializada pela exigibilidade, em juízo, de prestações concretas a partir desses direitos.

Há ainda uma outra questão para se analisar a respeito da judicialização. O fenômeno da judicialização, cresce a cada ano, gerando impacto orçamentário na



área. Diante disso, 11 governadores se reuniram com o presidente do STF, ministro Dias Toffoli, para reclamar que, ao garantir medicamentos caros a poucos, a Justiça pode acabar limitando o acesso de muitos a tratamentos básicos. Em relação aos medicamentos de alto custo, o governador Reinaldo Azambuja, de Mato Grosso do Sul, representando o Fórum de Governadores, afirmou: “a desproporção de valor é gritante. Vamos atender a 500 mil pessoas com o valor que atendemos a 30 milhões de pessoas na atenção básica. A judicialização está tirando recursos da universalização”. Levando em conta os fatos supra narrados, há de se ponderar quando a prestação individual de medicamentos de alto custo, pode gerar impactos orçamentários e assim afetar a ingressão de outros cidadãos à justiça.

Diversos fatores levam a judicialização da saúde, como a falta de subsídio que segundo a Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa, 75% das vendas de medicamentos é o brasileiro que arca com os custos; as dificuldades financeiras que o País enfrenta; o envelhecimento da população que gera maior frequência de doenças; a falta de orçamento para a área da saúde devido aos cortes econômicos, entre outros.

A judicialização da saúde tem aumentado muito nos últimos anos, e esse deferimento desenfreado por parte dos magistrados no que tange à saúde, desorganiza as contas públicas e o planejamento na assistência à saúde, assim como o planejamento da indústria farmacêutica. Os magistrados na maioria das vezes emitem parecer favorável ao paciente ao deferir quase todos os pedidos, o que tem gerado sérias críticas de que os magistrados não possuem conhecimentos técnicos para analisar com discernimento, e isso faz com que os juízes apenas ignorem os efeitos de sua decisão.

“É preciso dar respostas institucionais, pragmáticas e técnicas para problemas igualmente técnicos e práticos da vida. É preciso uma preparação para o diálogo



entre as diversas instituições como uma forma de garantir mecanismos capazes de atender tais demandas em tempo hábil e dentro do respeito de princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, acesso à justiça e imparcialidade do juízo, em concomitância com uma menor onerosidade ao Estado, com o fim de não inviabilizar a concretização de outras ações de saúde pública”. (FERREIRA, Siddharta Legale, 2013, p. 220).

No cenário atual da pandemia denominada Covid-19, os países têm sofrido com uma enorme quantidade de pessoas contaminadas e milhares de mortes. Com isso, os Estados passaram a adotar diversas medidas com a finalidade de garantir a tutela da saúde coletiva, como por exemplo, a quarentena, isolamento social e *lockdown*. Com o aumento dos números de contaminados, o sistema de saúde brasileiro não tem capacidade em atender os pacientes, pois a quantidade de contaminados é muito superior à capacidade de leitos. Dessa maneira, a justiça brasileira começa a sentir os reflexos recebendo várias ações com o conteúdo relacionado a Pandemia. As ações visam, por exemplo, buscar leitos de UTI, pleitear direito à vida, uso de respiradores, etc. Fica evidente, então, que além do sistema de saúde ficar sobrecarregado, a justiça também ficará abarrotada de ações de saúde relacionadas ao Covid-19. Portanto a judicialização não deve ser a saída para solucionar os problemas de saúde do Brasil, mas, sim, os investimentos na área de saúde, proporcionando, deste modo, um acesso igualitário e justo para todos.

#### **4 DOS IMPACTOS E DAS CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA**

Ao passar dos anos, a demanda de ações pleiteando medicamentos e tratamentos médicos aumentou drasticamente. Nesse tópico, serão analisados e discutidos, os motivos que ensejam a essa excessiva judicialização. Um motivo apontado pela Audiência Pública da Saúde, que gera a excessiva judicialização da





saúde, é a falta de preparo técnico dos juízes e tribunais ao emitirem decisões concernentes ao deferimento de medicamentos, insumos ou tratamentos médicos eletivos. Sabe-se que um juiz que possui múltiplos processos para serem decididos e não possui o conhecimento técnico necessário para julga-los pode ocasionar sérios problemas, tanto para os órgãos públicos como para os pacientes.

Segundo o Ministro Barroso, com a evolução das disposições constitucionais, foi atribuído a elas um caráter de normatividade e efetividade. Desse modo, em muitas situações envolvendo direitos sociais, direito à saúde e mesmo fornecimento de medicamentos, o Judiciário poderá e deverá intervir. Porém, tal fato não impede que essa intervenção seja passível de críticas e sofra objeções diversas, sobretudo quando excessivamente invasiva da deliberação dos outros Poderes.

A primeira crítica oposta à jurisprudência se baseia no fato de a norma constitucional aplicável estar positivada na forma de *norma programática*. O art.196 da CF, em sua redação, deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de *políticas sociais e econômicas*, não através de decisões judiciais. O modo de positivação do art. 196, emprega forte obstáculo a possibilidade de o Poder Judiciário concretizar o direito à saúde independentemente de mediação legislativa. Fica claro que nesse artigo, é deferido a tarefa aos órgãos executores de políticas públicas.

A próxima crítica, enfatiza a incoerência de tratar o problema como uma mera interpretação de preceitos constitucionais. “Atribuir-se ou não ao Judiciário a prerrogativa de aplicar de maneira direta e imediata o preceito que positiva o direito à saúde seria, antes, um problema de desenho institucional”. (SCHAUER, Frederick 1998). Dessa maneira, pode-se entender que a melhor maneira de otimizar a eficiências dos gastos públicos com saúde, é atribuir ao Poder Executivo a competência para tomar as decisões nesse campo, pois possui visão global dos



recursos disponíveis e das necessidades a serem supridas. Esta tinha sido a ideia do poder constituinte originário, ao determinar que o direito à saúde fosse garantido através de políticas sociais e econômicas. Porém, as decisões judiciais que determinam a prestação gratuita de medicamentos pelo Poder Público levaram a alteração do arranjo institucional firmado pela Constituição de 1988.

Outra impugnação à atuação judicial no âmbito da saúde, diz respeito a questão da legitimidade democrática. Há uma quantidade relativa de juristas que sustentam o equívoco de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos serão gastos. Referidos recursos são arrecadados por meio da cobrança de impostos. Os impostos são pagos pelo próprio povo, cabendo a esse decidir de que modo os recursos devem ser gastos. Assim, o povo pode, por exemplo, dar preferência a medidas preventivas de proteção da saúde, ou concentrar a maior parte do recurso para a educação das novas gerações. Essas preferências são razoáveis e caberia ao povo toma-las, de maneira direta ou por meio de seus representantes eleitos.

A questão que talvez seja mais criticada, é a financeira, formulada sob a denominação de “*reserva do possível*”. Os recursos públicos são finitos enquanto os anseios humanos são infinitos, desse modo, os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Ao se investir recursos em um setor, isso significa deixar de investi-los em outros. Realmente, o orçamento, revela-se em regra, insuficiente para suprir a demanda social por efetivação de direitos individuais e sociais. Em julgados mais antigos, essa linha de pensamento predominava. Um exemplo a ser citado é o do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que indeferiu a concessão de medida cautelar a paciente portador de insuficiência renal, alegando o alto custo do medicamento, demonstrando a impossibilidade de privilegiar um doente em



detrimento de outros, bem como do impedimento do Poder Judiciário imiscuir-se na política de administração pública.

Atualmente, a crítica que tem sido mais recorrente, é em relação as decisões judiciais em matérias de medicamentos, que provocam a *desorganização da Administração Pública*. Programas de atendimento integral, são comuns, fornecendo além de medicamentos, atendimento médico, psicólogo e social. “Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável”. (GOUVÊA, Marcos Maselli. “O direito ao fornecimento estatal de medicamentos”). Essas decisões limitariam a capacidade da Administração de se planejar, afetando a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. O deferimento das ações de medicamentos ou de prestação de serviço médico atendem às necessidades imediatas do jurisdicionado, porém de um ponto de vista global, impede a otimização das possibilidades estatais no tocante a promoção da saúde pública. Com isso, essas decisões seriam meras medidas “*tapa buraco*”, ou seja, não resolve o problema, apenas atende a uma necessidade imediata.

Ao se observar a judicialização da saúde sob o enfoque da *análise econômica do direito*, costuma-se criticar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é consideravelmente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública, como exemplo das políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável. Barroso, em seu artigo a respeito da judicialização da saúde, traz como exemplo o caso do Estado do Rio de Janeiro, que em 2007 foram gastos com os programas de Assistência Farmacêutica R\$ 240.621.568,00 – cifra bastante superior aos R\$ 102.960.276,00 que foram investidos em saneamento básico. De acordo com Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub em seu livro *Direito à saúde no Brasil e*



*princípios da seguridade social*, tal opção não se mostra eficiente, pois se sabe que essa política é substancialmente melhor que aquela no que toca à promoção da saúde. Desse modo, “a jurisprudência brasileira a respeito da concessão de medicamentos se baseia em uma abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefício”, de acordo com o Relator Desembargador Carpena Amorim, ao julgar a apelação cível 1994.001.01749.

A função das políticas públicas, é de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Porém, quando o Poder Judiciário toma o papel principal na realização dessas políticas, privilegia os cidadãos que possuem acesso qualificado a justiça. Isso demonstra que o Judiciário ao determinar a entrega gratuita de medicamentos, favorece mais a classe média que aos pobres. Essa seria outra crítica que é apresentada quando o Poder Judiciário se responsabiliza pela implementação dessas políticas públicas de saúde, o acesso desigual a justiça.

Por último, há a ainda a crítica técnica, que tem como base a percepção de que o Poder Judiciário não detém o conhecimento específico necessário para adotar políticas de saúde. O Judiciário não possui capacidade técnica suficiente para avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para promover a saúde e a vida. Ainda que guiado por laudos técnicos, o judiciário nunca conseguiria rivalizar seu ponto de vista com o da Administração Pública. De acordo com a explicação de Ana Paula de Barcellos, em sua obra *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública.



## 5 ALGUMAS SOLUÇÕES PARA RACIONALIZAR E UNIFORMIZAR A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.

Em relação as **ações individuais**, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos. De acordo com o artigo 196 da Constituição Federal o direito à saúde está associado a políticas sociais e econômicas, até para que se assegure a universalidade das prestações e preservação da isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu maior ou menor acesso ao Poder Judiciário. Pressupõe-se que os poderes Legislativo e Executivo, ao elaborarem as referidas listas, avaliaram, em primeiro lugar, os recursos disponíveis e as necessidades prioritárias a serem supridas, diante da visão global que detém de tais fenômenos. Também, devem avaliar os aspectos técnicos-médicos envolvidos na eficácia do medicamento.

O argumento que embasa a referida solução é democrático, pois os recursos que custeiam os medicamentos são obtidos através da cobrança de tributos. E o próprio povo é quem paga os tributos, cabendo a esse decidir por meio de seus representantes eleitos, a maneira como os recursos públicos serão gastos e que prioridades serão atendidas em cada momento. A realidade é que os recursos públicos não são suficientes para atender a todas as necessidades da sociedade brasileira, cabendo assim ao Estado a permanente necessidade de tomar decisões complexas: o investimento de recursos em um determinado setor sempre implica deixar de investir em outros. Portanto, as decisões judiciais que determinam a prestação de medicamentos que não constam na lista em questão, sofre com todos esses argumentos jurídicos e práticos.



Seguindo essa linha a Ministra Ellen Gracie ao tratar da Suspensão de Segurança – SS 3073/RN, julgou impertinente o fornecimento de medicamentos que não estão na lista do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde. Foi enfatizado pela Ministra que o Governo Estadual do Rio Grande do Norte não estava se negando a prestar serviços de saúde. Desse modo, as decisões ao desconsiderarem as políticas públicas estipuladas pelo Poder Executivo, inclinam-se a desorganizar a atuação administrativa, comprometendo ainda mais as já combatidas políticas de saúde.

No Superior Tribunal de Justiça essa mesma orientação predominou, em ação que tratava de distribuição de medicamentos fora da lista. De acordo com o entendimento do Ministro Nilson Naves, existindo uma política nacional de fornecimento gratuito, a decisão que determina o fornecimento de qualquer espécie de substância, atinge o princípio da independência entre os poderes e não atende a critérios técnicos-científicos. Em um primeiro momento, não deveria haver interferência do Poder Judiciário na distribuição de medicamentos que não estão contemplados na lista. Visto que os órgãos específicos do governo já estabeleceram políticas públicas e definiram, com base em estudos técnicos, os medicamentos próprios para o fornecimento gratuito, não seria lógica a ingerência recorrente do Judiciário.

Agora em relação as **ações coletivas**, um parâmetro que pode racionalizar e uniformizar a atuação do judiciário na prestação de medicamentos, é a possibilidade de contestar a alteração das listas. O que fundamenta o referido parâmetro, é a presunção legítima de que os Poderes Públicos ao elaborarem as listas de medicamentos a serem dispensados, realizaram adequadamente uma avaliação das necessidades que são prioridades, dos recursos disponíveis e da eficácia dos medicamentos. Mesmo que não caiba ao Judiciário refazer as escolhas dos demais Poderes, este tem o dever de coibir certos abusos.



Destarte, embora as decisões judiciais não possam deferir a concessão de medicamentos que não estejam na lista, não impede que as listas possam ser discutidas judicialmente. O Poder Judiciário ao verificar na lista grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, poderá rever a lista elaborada determinando a inclusão de determinado medicamento. Assim, o que o Ministro Barroso propõe é: que essa revisão seja realizada apenas se tratando de ações coletivas (para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos *erga omnes* no limite territorial da jurisdição de seu prolator) ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias.

Assim sendo, o Ministro Barroso apresenta uma proposta no sentido de o Judiciário procurar mecanismos de transformar postulações individuais em coletivas, com a intenção de levar a questão a debate, possibilitando que o Poder Público defenda sua política pública no âmbito da saúde ou até mesmo forçar o governo a implementar uma política pública ainda inexistente no sistema de saúde. A ideia de Barroso é que o Judiciário officie o Ministério Público nesses casos, que pode transformar a demanda individual em coletiva. Ou o próprio Poder Judiciário é capaz de agir nesse sentido, notificando órgãos e entidades que tenham interesse na causa a participar dos debates. Com isso, a ideia de universalização e igualdade é realizada, afastando o atendimento lotérico à varejo das prestações individuais. A cultura brasileira ainda hoje é a busca do privilégio e não do direito, dessa maneira favorecendo quem detém mais informação e acesso ao advogado ou defensor público.

Com isso, as soluções apresentadas são:

1) “Nas discussões travadas em ações coletivas ou abstratas – para a modificação das listas – o Judiciário só deve determinar que a Administração



forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos” (BARROSO, Luís Roberto).

2) “No âmbito de ações coletivas e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas – de ordem médica, administrativa e orçamentária – competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo” (BARROSO, Luís Roberto).

3) “As pessoas necessitadas podem postular judicialmente, em ações individuais, os medicamentos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público. Trata-se aqui de efetivar uma decisão política específica do Estado, a rigor já tornada jurídica” (BARROSO, Luís Roberto).

A judicialização da saúde se tornou um problema o qual se passou a pensar na criação de alternativas que diminuíssem a demanda que sobrecarrega os tribunais e também os cumprimentos das decisões que comprometem os planos orçamentários e geram até prisões de gestores por não executarem a decisão judicial. Como exemplo dessas alternativas, no estado do Rio Grande do Norte foi instituído o Cirads (Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde) por meio de um acordo de assistência técnica realizado entre a Defensoria Pública da União no Estado do Rio Grande do Norte DPU/RN, a Procuradoria da União no Estado do Rio Grande do Norte PU/RN-AGU, a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte PGE/RN, a Procuradoria-Geral do Município de Natal PGMN/RN, a Secretaria de Estado da Saúde Pública Sesap/RN e a Secretaria





Municipal de Saúde do Natal SMS/Natal. Esse comitê, tem a finalidade de efetuar uma análise prévia das demandas que chegam a Defensoria Pública, contando com o apoio do Ministério da Saúde para a produção de um parecer técnico, que por sua vez é enviado à Procuradoria da União para apresentação nas reuniões da Comissão.

Outra forma de conter a judicialização excessiva e evitar o deferimento de ações as quais os juízes não têm preparo técnico para decidir, foi a criação dos Núcleos de Assessoria Técnica. Após o Conselho Nacional de Justiça - CNJ expedir a Recomendação nº 31/2010, os tribunais de justiça foram orientados a celebrar convênios para apoio técnico, formados por médicos e farmacêuticos. Com isso, foram criados os Núcleos de Assessoria Técnica - NATs que têm a finalidade de prestar uma assessoria técnica aos magistrados como uma forma de auxílio em suas decisões nas demandas movidas sobre saúde, conferindo assim uma maior eficiência na solução dessas demandas. Além do suporte técnico, os NATs têm a finalidade de oferecer um melhor atendimento ao cidadão e ainda reduzir o inchaço Judiciário servindo como uma espécie de filtro que examina quais ações podem ser resolvidas na esfera administrativa e quais seguirão os tramites judiciais. É como afirma GOMES:

Os NATs têm como missão oferecer assessoria e consultoria técnica aos magistrados para apoiá-los em suas decisões; são formados por equipe multidisciplinar encarregada de elaborar pareceres técnicos que explicam tanto aspectos clínicos como de políticas públicas em saúde relacionadas à demanda judicial.

Ainda, acerca das alternativas à judicialização da saúde, o ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Felipe Salomão afirma que os conflitos que envolvem o acesso da população à saúde, podem ser resolvidos por meio das soluções extrajudiciais. Segundo Salomão, é evidente que a judicialização ocorre por diversos fatores, como a precariedade do atendimento na rede de saúde pública e a massificação de atendimentos. De acordo com Salomão:



É um problema com raízes profundas, com múltiplas tentativas de solução. Alguns números falam em aumento de 600% de ações contra planos de saúde privada. Devemos imaginar soluções, pois sabemos o tamanho do problema.

Além disso, com o nosso Novo Código de Processo Civil, a Lei da Mediação e a Lei da Arbitragem, o ministro aponta que muitas soluções para a judicialização tratam apenas dos litígios já existentes, sendo necessário dessa forma alguma resposta para a fase anterior ao litígio. Segundo o ministro:

Precisamos trabalhar a fase anterior ao litígio. Antes que ele se torne um caso judicial. Temos hoje um ambiente muito favorável para as soluções extrajudiciais.

Nesse ponto de vista, a judicialização poderia ser resolvida e amenizada por meio da conciliação e métodos adequados para a solução de conflitos, em que nosso Código de Processo Civil de 2015 tem se baseado.

## 6 CONCLUSÃO

Diante do que foi tratado, nota-se que a judicialização da saúde é um tema que merece a atenção dos juristas e autoridades governamentais, pois seu aumento descontrolado gera sérias complicações ao equilíbrio orçamentário do país e ainda acaba muitas vezes por ferir a igualdade do acesso à saúde pública. A saúde no Brasil é um direito fundamental, porém encontra-se mal implementada, sendo esse o principal motivo que desencadeia a judicialização excessiva. Dessa forma, é imprescindível uma proporcionalidade entre a consecução do direito individual e das políticas públicas previstas, pois, assim, o orçamento público não será onerado de maneira a tornar inviável a atuação do Estado.

Destarte a solução aparente para o problema da grande demanda de judicialização da saúde é buscar alternativas para diminuir a quantidade e custo das ações judiciais, porém, sem afetar o exercício do direito à saúde por parte dos



cidadãos. Essas soluções em um primeiro momento não são complicadas, mas exigem um esforço conjunto de todos os sujeitos que participam do processo: Judiciário, Ministério Público, juristas, funcionários da saúde, pacientes e a sociedade como um todo. Importante salientar que todas as respostas para a judicialização, devem caminhar paralelamente com a reinvidicação de investimentos para o nosso sistema de saúde, buscando um sistema público de saúde de qualidade objetivando que no futuro a judicialização da saúde não seja mais necessária.

## **REFERÊNCIAS**

ACHOCHE, Munif Saliba. A garantia constitucionalmente assegurada do direito à saúde e o cumprimento das decisões judiciais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2102, 3 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12578>>. Acesso em: 05 dez. 2019.

ALVIM, Arruda. O PRINCÍPIO da proporcionalidade nos quadros da dogmática contemporânea. *Doutrina: edição comemorativa 15 anos*, p. 370-396, 14 maio 2005.

BARCELOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, *revista de direito do estado* 3:32, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2007. Dissertação de mestrado (Mestrado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, [S. l.], 2007.

BRAGANÇA, Arthur Vasconcellos Weintraub em seu livro *Direito à saúde no Brasil e princípios da seguridade social*

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 1, p.57-63, Feb. 1988, Disponível em



<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S003489101988000100008&lng=en &nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003489101988000100008&lng=en&nrm=iso)>.

LIMA, Oséias Vicente Ivo de Lima. O SEQUESTRO de verbas públicas para garantia do Direito fundamental a Saúde. 2016. Monografia (Curso de graduação em Direito) - UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE FACULDADE DE DIREITO, p. 54-63, 2016.

MEZEL, Victor. Por que o brasileiro recorre à Justiça para adquirir medicamentos? R. Verbo Divino, p. 1-20, 1 jun. 2016.

MOURA, Elisangela Santos. O DIREITO à saúde na Constituição Federal de 1988. Revista Âmbito Jurídico, p. 1-12, 1 jul. 2013.

FARENA, Duciran Van Marsen. A saúde na Constituição Federal. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, n. 4, 1997.

FERREIRA, Siddharta Legale/ Aline Matias da Costa. Núcleos de Assessoria Técnica e judicialização da saúde: constitucionais ou inconstitucionais. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, V. 20, n. 36, p. 220. 2013.

GOMES, Dalila F. Et al. Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá? SAÚDE DEBATE, RIO DE JANEIRO, V. 38, N. 100, p.150

JUNIOR, I.F.B., Pavani, M. O direito à saúde na Ordem Constitucional Brasileira. Disponível em: R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. 2013

MASELI, Marcos. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos, Revista forense 37: 113, 2003,

OHLAND, Luciana. Reponsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos. v. 36. n. 1. Porto Alegre: Direito & Justiça, 2010.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. A saúde aos cuidados do judiciário: a judicialização das políticas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF. 2009. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2009.



SALDIVA, Paulo Hilário Nascimento; VERAS, Mariana. Gastos públicos com saúde: breve histórico, situação atual e perspectivas futuras. *Estud. av.*, São Paulo, v. 32, n. 92, p. 47-61, Apr. 2018. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142018000100047&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142018000100047&lng=en&nrm=iso)

SILVA, Leny Pereira da. Direito à saúde e o Princípio da Reserva do Possível. 2017.1f. Monografia (Pós-Graduação Lato Sensu) - Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Disponível em [https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAÚDE\\_por\\_Leny.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAÚDE_por_Leny.pdf)

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VENTURA, Miriam. Direitos humanos e saúde: possibilidades e desafios. *Saúde e direitos humanos*, Brasília, ano 7, n.7, p. 87-101, 2010. <https://www.conjur.com.br/2018-ago-18/conciliacao-ajuda-resolver-judicializacao-saude-salomao>



# A RELATIVIZAÇÃO DA IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO DO DEPUTADO FEDERAL JAIR BOLSONARO

Gabriela Mendes França

## RESUMO

A Constituição Federal estabeleceu a imunidade parlamentar como uma prerrogativa funcional aos que exercem mandatos eletivos. O instituto nasceu na Inglaterra, com a declaração de direitos *Bill of Rights*, e foi adaptado às Constituições de todos os países, gradativamente. No Brasil, o instituto esteve presente em todas as oito Constituições, com maior ou menor rigorosidade em sua aplicabilidade. A imunidade se divide em material e formal. A imunidade material é uma garantia de liberdade de fala e de discurso, enquanto a imunidade formal se caracteriza como uma prerrogativa de não ser preso durante o seu mandato, para que possa exercê-lo sem interrupção de outros poderes. Trata-se de uma previsão constitucional, portanto, uma “desigualdade” autorizada, e não fere o Princípio da Igualdade. Quando o Supremo Tribunal Federal se deparou com a matéria em um caso pontual, o Inquérito 3932/DF, o caso do Deputado Federal Jair Bolsonaro, deu uma interpretação peculiar, ocasião em que contrariou a Jurisprudência da Corte para afastar a incidência da imunidade parlamentar material, e responsabilizar Deputado por declarações feitas em razão de seu mandato. O objetivo do trabalho foi analisar mais profundamente esse caso, estudando os argumentos utilizados pelos Ministros e comparando-os com outras decisões da Suprema Corte, levando a conclusão de que foi uma decisão política de afastamento do instituto para eventual responsabilização parlamentar.

**Palavras-chave:** imunidade parlamentar; Constituição Federal; prerrogativa; Supremo Tribunal Federal.



## ABSTRACT

The Brazilian Constitution establishes parliamentary immunity as a functional prerogative for those who exercise elective mandates. The institute was born in England, documented on Bill of Rights, and was gradually adapted to the Constitutions of all countries around the world. In Brazil, the institute was present in all of the Constitutions, being more positives or negatives in their applicability. Immunity is divided into material and formal. Material immunity is a guarantee of freedom of speech, while formal immunity is characterized as a prerogative of not being arrested during your term, so that you can exercise it without being interrupted by another Powers. It is a constitutional provision, therefore, an authorized "inequality", and does not violate the Equality Principle. When the Brazilian Supreme Court found the matter in a specific case, Inquiry 3932/DF, the case of Federal Deputy Jair Bolsonaro, gave a peculiar interpretation, when it contradicted the Court's Jurisprudence to rule out the incidence of material parliamentary immunity, and hold Deputy responsible for statements made during and due to his mandate. The objective of the work was to analyze this case more carefully, studying the arguments used by the Ministers and comparing them with other decisions proffered by the Supreme Court, leading to the conclusion that it was a political decision not to apply the institutie for possible parliamentary responsibility..

**Keywords:** parliamentary imunity; Brazilian Constitution; prerogative; Brazilian Supreme Court.

## 1 INTRODUÇÃO

O art. 2º da Constituição Federal estabelece os Três Poderes da União, independentes e harmônicos entre si. São eles o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A mesma Constituição repartiu entre eles as funções que cabe a cada poder, ao mesmo tempo em que estabeleceu mecanismos de controle para que um poder não se sobressaia em relação ao outro.

Essa divisão se deu em razão da teoria clássica da Separação dos Poderes, consagrada por Montesquieu em sua obra, “o espírito das leis”, em que é defendida a organização do Estado em órgãos autônomos entre si, que exercerão suas funções com exclusividade, para melhor defesa do regime democrático (MORAES, 2020).



Com a tripartição dos poderes, busca-se uma relação de equilíbrio entre eles, na medida em que um poder tem o poder de fiscalizar os demais poderes, evitando que um Poder se sobreponha aos demais, sem que essa fiscalização impeça seu devido funcionamento ou invada sua área de atuação.

Para garantir essa autonomia, surge a figura da imunidade parlamentar, garantia do Poder Legislativo, que visa assegurar o exercício pleno da atividade parlamentar.

O presente trabalho tem como finalidade analisar o instituto das imunidades parlamentares e sua atual repercussão no panorama jurídico atual. Buscará se fazer uma análise a respeito de uma decisão do Supremo Tribunal Federal de afastamento das imunidades e recebimento da inicial acusatória contra Deputado Federal, o caso Jair Bolsonaro, e como a Suprema Corte tem se posicionado a respeito do tema.

Para isso, proceder-se-á a uma breve análise histórica das imunidades parlamentares, desde seu surgimento na Inglaterra, até sua introdução no ordenamento jurídico pátrio, passando por todas as constituições que tomaram espaço no Brasil. Ainda, será feito um estudo sobre a Emenda Constitucional nº 35, que alterou substancialmente o instituto, e as consequências dessas alterações.

Após, será conceituada a imunidade parlamentar, em seus aspectos material e formal, como garantias do Poder Legislativo, e não individuais do Deputado ou de Senador, estudando suas principais características, ao mesmo passo que serão examinados os limites de sua aplicação.

Por fim, far-se-á um breve relato do caso do ex Deputado Federal, Jair Bolsonaro, em que foi recebida denúncia e parcialmente recebida uma queixa-crime contra o deputado, afastando, para esse fim, a imunidade parlamentar material e os motivos da decisão que deliberou o ocorrido, pontuando como a Suprema Corte se posiciona em casos semelhantes.





O objetivo que se buscou alcançar foi de conhecer melhor o instituto da imunidade e as questões mais relevantes referente a essa garantia, como ela é aplicada no Supremo Tribunal Federal e como ela é recebida pela sociedade. A metodologia utilizada para realização deste trabalho foi de pesquisa dogmática-instrumental, buscando fontes bibliográficas de referência, bem como análise de precedentes jurisprudenciais no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

## **2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS IMUNIDADES PARLAMENTARES NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**

### **2.1 A evolução do texto normativo das Imunidades e os aspectos positivos e negativos de cada Constituição**

As imunidades parlamentares são prerrogativas atribuídas aos membros do Poder Legislativo para assegurar o exercício de suas funções. Nas palavras de Rodrigo Padilha (2018), é o conjunto de prerrogativas asseguradas a membros do Poder Legislativo para que o exercício da função parlamentar ocorra com independência e imparcialidade. Ainda, são classificadas em imunidade formal e material. A primeira, funciona como uma proteção à legislação penal e ao direito de não ser preso, enquanto a segunda é uma garantia de que o conteúdo de declarações não seja crivo de censura, para que possa exercer sua função parlamentar de forma plena.

O instituto das Imunidades nasceu na Inglaterra com a declaração de direitos *Bill of Rights*, em 1689, que marcou a queda do absolutismo no país. Essencialmente, visavam garantir a liberdade de expressão e de debate entre parlamentares. O documento previa as figuras *freedom of speech*, garantia de liberdade da fala, que se assemelha a figura da imunidade material, e o *freedom from arrest*, garantia de não ser preso, que encontra semelhança na imunidade formal (PEREIRA, 2015).



Essa declaração serviu de inspiração como uma garantia de proteção de um poder frente ao outro, com a intenção de resguardar aos parlamentares uma posição de destaque no estado democrático (MACHADO, 2016).

Nas palavras de Ausinda Perrú (2015), com o fortalecimento da liberdade de expressão, a imunidade passou a ser adotada em todo o continente europeu, e posteriormente, nas Américas do Norte e do Sul, sendo instituída de acordo com a realidade social e política de cada país.

O tema imunidades vem a muito sendo objeto de discussões e impasse. É defendida por alguns ao mesmo tempo que bastante criticada por outros. Nota-se que ao longo da história do Brasil, existiram oito Constituições no ordenamento, cada uma com sua peculiaridade, evidenciando os períodos de transição por que passava a nação.

As imunidades estão presentes em todas as Constituições, e ao longo do tempo, foram sofrendo restrições e ampliações, até chegarmos ao que é atualmente.

Faz-se necessário para introduzir o tema a realização de uma análise comparativa entre os dispositivos que versaram sobre as imunidades ao longo das Constituições. Observemos o primeiro parâmetro do texto.

A primeira Constituição, em 1824 continha o dispositivo:

Art. 26 “Os Membros de cada uma das Camaras são invioláveis pelas opiniões, que proferirem no exercício das suas funções.”

Art. 27 “Nenhum Senador, ou Deputado, durante a sua deputação, pôde ser preso por Autoridade alguma, salvo por ordem da sua respectiva Camara, menos em flagrante delicto de pena capital.”

Trata-se de uma constituição imperialista, a primeira tentativa de introdução da matéria no ordenamento. A Constituição determinava que nenhum senador ou



deputado seria preso por expressar suas opiniões, no empenho de suas atribuições, a não ser que esse discurso gerasse uma situação de flagrante de delito. Ainda, era necessária a licença da casa para prosseguimento da ação penal.

É notório que a Constituição de 1824 preocupava-se em imunizar os deputados e senadores para que estes pudessem exercer seu cargo sem preocupar-se com as arbitrariedades do imperador, único soberano, que poderia exercer o poder de forma ilimitada.

A sucedânea Constituição de 1891 dispunha o seguinte:

Art. 19 “Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato.”

Art. 20 “Os Deputados e Senadores, desde que tiverem recebido diploma até a nova eleição, não poderão ser presos nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Neste caso, levado o processo até pronúncia exclusiva, a autoridade processante remeterá os autos à Câmara respectiva para resolver sobre a procedência da acusação, se o acusado não optar pelo julgamento imediato.”

Se comparada com a disposição anterior, inova no ponto que faculta a renúncia às imunidades, caso optasse por um julgamento imediato. Percebe-se que a Constituição manteve a impossibilidade da prisão, ressalvadas as mesmas hipóteses de exceção da norma anterior, com o acréscimo da possibilidade de o parlamentar ser julgado imediatamente ou não, de acordo com sua própria vontade, desde que a Casa lavrasse sua renúncia. Essa Constituição rompeu com o modelo monarquista, marcando o início da república. Objetivava estabelecer uma autonomia do Poder Legislativo.

No que diz respeito a imunidade material, houve uma mudança ortográfica, passando os parlamentares a serem imunes às declarações que expressavam em



exercício do seu mandato, não mais no empenho de suas funções, conforme a disposição anterior.

A Constituição de 1934 em nada inovou no tocante à imunidade material, mas novamente alterou o dispositivo que versa sobre a imunidade formal:

Art. 31 “Os Deputados são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício das funções do mandato.”

Art. 32 “Os Deputados, desde que tiverem recebido diploma até à expedição dos diplomas para a Legislatura subsequente, não poderão ser processados criminalmente, nem presos, sem licença da Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Esta imunidade é extensiva ao suplente imediato do Deputado em exercício.”

Trazendo à memória o contexto histórico em que estava ordenada a Constituição de 1934, essa recebeu influência direta da revolução de 1930. A inviolabilidade processual do parlamentar foi estendida ao suplente, o que só faz sentido se assumir que ao suplente só será aproveitada a imunidade enquanto ele estiver substituindo o Deputado em alguma situação, uma vez que a formalidade não está expressamente disposta no artigo.

Durante esse período ocorreram muitas prisões políticas, onde deputados eram perseguidos e submetidos a violência física, o que afetava diretamente as imunidades. (SANTOS, 2009).

Considerando o período de vigência da seguinte Constituição, vale lembrar que a Constituição de 1937 surgiu durante o período do Estado Novo, quando Getúlio Vargas assumiu o poder através de um golpe e “promulgou” uma constituição, apelidada de Constituição Polaca. Nesse período, o Poder Legislativo quase não atuou, ficou limitado a decretos-leis presidenciais (SANTOS, 2009).

A respeito das imunidades, continha a seguinte redação:



Art. 43 “Só perante a sua respectiva Câmara responderão os membros do Parlamento nacional pelas opiniões e votos que, emitirem no exercício de suas funções; não estarão, porém, isentos da responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime.”

Parágrafo único - “Em caso de manifestação contrária à existência ou independência da Nação ou incitamento à subversão violenta da ordem política ou social, pode qualquer das Câmaras, por maioria de votos, declarar vago o lugar do Deputado ou membro do Conselho Federal, autor da manifestação ou incitamento.”

Art. 42 “Durante o prazo em que estiver funcionando o Parlamento, nenhum dos seus membros poderá ser preso ou processado criminalmente, sem licença da respectiva Câmara, salvo caso de flagrante em crime inafiançável.”

Como toda decisão deveria partir do Presidente da República, a liberdade de expressão ganhou limitações. O texto da imunidade formal foi mantido, mas parlamentares não estavam imunes a processos por crimes contra a honra e contra a moral pública. O parágrafo único limitava ainda que o congressista deveria observar um filtro político sob pena de perda do cargo caso se manifestasse contra a nação que representava.

Ainda, o texto constitucional em seu artigo 169 facultava ao presidente o direito de suspender as imunidades parlamentares enquanto durasse o estado de emergência.

Em linhas certas, dispunha que:

“O Presidente da República, durante o estado de emergência, e se o exigirem as circunstâncias, pedirá à Câmara ou ao Conselho Federal a suspensão das imunidades de qualquer dos seus membros que se haja envolvido no concerto, plano ou conspiração contra a estrutura das instituições, e segurança do Estado ou dos cidadãos.”

Dando continuidade, a Constituição de 1946 consubstanciava o início do processo de redemocratização do Brasil, consagrando os direitos e garantias



individuais em seu dispositivo. A respeito das imunidades, foram novamente evidenciadas, ganhando destaque, retomando as prerrogativas. Continua o texto:

Art 44 “Os Deputados e os Senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos.”

Art 45 “Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.”

§ 1º “No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, para que resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação da culpa.”

§ 2º “A Câmara interessada deliberará sempre pelo voto da maioria dos seus membros.”

§ 3º “Em se tratando de crime comum, se a licença para o processo criminal não estiver resolvida em 120 (cento e vinte) dias, contados da apresentação do pedido, êste será incluído em ordem do dia, para ser discutido e votado, independentemente de parecer.”

Referida Constituição retornou com as imunidades amplamente e retirou a possibilidade da suspensão das imunidades durante estado de emergência. Novamente, possibilitou que as respectivas Casas decidissem sobre a prisão de seus membros, em quarenta e oito horas, para autorização da persecução penal para formação da culpa.

O período de vigência da seguinte Constituição, a de 1967, foi o regime ditatorial iniciado em 1964. O poder voltou a estar concentrado nas mãos do então presidente, que novamente restringiu direitos. As imunidades formal e material, todavia, foram mantidas no texto:

Art 34 “Os Deputados e Senadores são invioláveis no exercício de mandato, por suas opiniões, palavras e votos.”

§ 1º “Desde a expedição do diploma até a inauguração da Legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não



poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.”

§ 2º “Se no prazo de noventa dias, a contar do recebimento, a respectiva Câmara não deliberar sobre o pedido de licença, será este incluído automaticamente em Ordem do Dia e nesta permanecerá durante quinze sessões ordinárias consecutivas, tendo-se como concedida a licença se, nesse prazo, não ocorrer deliberação.”

§ 3º “No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, para que, por voto secreto, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação da culpa.”

§ 4º “A incorporação, às forças armadas, de Deputados e Senadores, ainda que militares, mesmo em tempo de guerra, depende de licença da sua Câmara, concedida por voto secreto.”

§ 5º “As prerrogativas processuais dos Senadores e Deputados, arrolados como testemunhas, não subsistirão se deixarem eles de atender, sem justa causa, no prazo de trinta dias, ao convite judicial.”

A exceção trazida referia-se à obrigação de depor na qualidade de testemunha, quando parlamentar fosse convocado pelo Poder Judiciário, sob pena de ter afastada a imunidade, caso não fosse uma ausência justificada.

Para Alexandre de Moraes (2019) inovou ao permitir a concessão tácita de licença para o processo de parlamentar, ao prever que, se a respectiva Câmara não deliberasse sobre o pedido de licença no prazo de noventa dias, o feito seria incluído na Ordem do Dia, permanecendo durante 15 sessões ordinárias consecutivas, e se mesmo assim permanecesse a inércia, a licença seria concedida.

A Constituição de 1969 deve ser levada em consideração nesse tópico uma vez que foi feita pelo poder constituinte originário. Foram revogados os artigos que tratavam das imunidades, com isso, os parlamentares perderam suas garantias e poderiam até ser enquadrados na Lei de Segurança nacional se



cometessem crimes contra a honra, por exemplo. As restrições dessa constituição foram as mais severas, mais graves ainda em relação às trazidas pela Constituição de 1937; apenas foram mantidos os parágrafos 1 ao 5º do art. 34 da Constituição anterior, que previa a imunidade por opiniões, palavras e votos no exercício do mandato. O prazo para deliberação da concessão de licença também diminuiu, passando a ser de quarenta dias, e não mais de noventa.

Findo o período ditatorial, foi promulgada, em 05 de outubro de 1988 a Constituição Cidadã, que vigora até os dias atuais. Reforçou o conteúdo das imunidades, principalmente em seus aspecto formal. Contém em seu texto a seguinte redação:

Art. 53 “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.”

§ 1º “Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.”

§ 2º “Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.”

§ 3º “Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.”

§ 4º “O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.”

§ 5º “A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.”

§ 6º” Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em





razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.”

§ 7º “A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.”

§ 8º “As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida.”

A Magna Carta de 1988, vigente durante o maior período democrático, é a que traz maior impacto a respeito das imunidades. Estabelecidas no artigo 53 e em seus parágrafos, são alvo de críticas e questionamentos, pois dão uma ampla dimensão às garantias, feito nunca visto em outro período da história.

## **2.2 Os reflexos da Emenda Constitucional 35 nas Imunidades Parlamentares**

A Constituição de 1988 incorporou as imunidades de forma mista, com base nas disposições presentes nos ordenamentos anteriores. Houve uma grande catalogação do aspecto procedimental do instituto, como pode-se observar pelo extenso rol do art. 53 da Constituição Federal. Algum tempo após sua vigência, houve uma alteração em seu texto original e é sobre o tema que se passa a comentar.

A Emenda Constitucional 35, aprovada em 20 de dezembro de 2001, alterou substancialmente o art. 53 da Constituição Federal, especialmente no tocante às imunidades formais.

O caput do artigo 53 passou a conter a seguinte disposição “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”. Trata-se da figura da imunidade material.



A redação acrescentou que a responsabilidade do parlamentar está afastada, nos âmbitos cível e penal, não deixando dúvidas em relação à abrangência dessa proteção, assegurando uma ampla liberdade de expressão por parte do Deputado ou Senador. Para Pedro Lenza (2019), equivale a dizer “mesmo que um parlamentar esteja fora do Congresso Nacional, mas exercendo sua função parlamentar federal, em qualquer lugar do território nacional estará resguardado, não praticando qualquer crime por sua opinião, palavra ou voto”.

A redação após a alteração do §2º do art. 53, determina que, caso o Deputado ou Senador seja preso em flagrante pela prática de crime inafiançável, “os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”. Trata-se de disposição da imunidade formal em relação à prisão do parlamentar, única exceção em que o parlamentar poderá ser preso.

Em relação à prisão por força de uma sentença com trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal entende que a imunidade parlamentar por si só não obsta a garantia do devido processo legal, e por isso pode ter executada contra si pena privativa de liberdade. A título de exemplificação, a Suprema Corte condenou nos autos da Ação Penal 396 o deputado federal Natan Donadon pela prática de formação de quadrilha e peculato, e, após o trânsito em julgado, expediu mandado de prisão contra o deputado para que desse início ao cumprimento da pena.

Mas, esse posicionamento é diferente do que entende maior parte da doutrina. Por exemplo, Alexandre de Moraes (2020) defende que “a Constituição Federal não restringe a garantia somente às prisões processuais”, e por isso, o parlamentar não deveria ser preso em nenhuma hipótese, já que não é uma exceção prevista no texto da Constituição.



Por outro lado, Pedro Lenza entende ser cabível a prisão de Deputado Federal ou Senador após decisão judicial condenatória com trânsito em julgado pois é a regra geral do art. 5º, LXI, da Constituição Federal (2019).

Ocorrendo a hipótese presente na segunda parte do §2º do art. 53, os autos serão remetidos à Casa Legislativa do Deputado ou Senador, no prazo de 24 horas, para que, os colegas de parlamento decidam pela manutenção da prisão, pelo voto aberto da maioria absoluta da Casa. Caso os congressistas votem pela não manutenção da prisão, essa deverá ser imediatamente relaxada.

A redação original do §3º do art. 53 (CF) continha a expressão “voto secreto”. Com o advento da Emenda Constitucional nº 35, a expressão “voto secreto” foi retirada, e com isso, prevalece a regra do art. 37 da Constituição. Portanto, o voto aberto é mais uma novidade da EC 35, um acerto por assim dizer, pois visa dar maior publicidade aos atos praticados pelos congressistas.

Já os §§ 3º ao 5º do art. 53 (CF) referem-se à imunidade formal processual dos parlamentares. Cabe ressaltar que foi a parte que mais sofreu alterações com a Emenda Constitucional nº 35. Antes da reforma, um Deputado ou Senador raramente seria processado, pois era necessária a prévia licença da Casa, que não era concedida na maioria das vezes.

As Constituições pretéritas continham em seus dispositivos a necessidade de licença da Casa na qual o parlamentar atuava, tendo a EC 35 rompido com esse modelo de dispositivo.

Com a nova regra, caso o Deputado ou Senador cometa um crime após sua diplomação, o Supremo Tribunal Federal poderá receber a denúncia, sem que seja necessária a licença da Casa a que pertença. No caso de receber a denúncia, a Suprema Corte dará ciência à Casa Legislativa do congressista, para que os colegas decidam por sustar, ou não, o andamento da ação, por iniciativa do partido político



nela representado e pelo voto da maioria de seus membros (§3º do art. 53, CF). Os parlamentares terão até a decisão final do processo, ou seja, a sentença, para decidir a respeito da sustação.

A disposição atual do art. 53 da Constituição estabelece como marco inicial para incidência da imunidade a diplomação do parlamentar, sem, entretanto, fixar o marco final da imunidade processual. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o termo final é o início de novo mandato, conforme lição de Alexandre de Moraes (2020), por ostentarem a condição de ex-congressistas e não mais exercerem seus mandatos, conseqüentemente, não mais existem os fundamentos de validade das imunidades.

Vale lembrar que a suspensão do processo durará enquanto o Deputado ou Senador permanecerem como tais, ou seja, enquanto durar o mandato. Essa suspensão também implica na suspensão do prazo prescricional, conforme §5º do art. 53, da Constituição.

O termo inicial para contagem do prazo estabelecido pode ocorrer a qualquer momento após a ciência dada pelo Supremo, desde que partido político tenha iniciativa antes da decisão final do processo. Esse prazo, para análise do pedido da sustação, será de 45 dias, improrrogáveis, conforme dispõe o §4º do art. 53, da Constituição.

Cabe ressaltar que esse prazo de 45 dias para deliberar sobre a licença é mais uma novidade trazida pela Emenda Constitucional 35. Antes da mudança não havia prazo para deliberação, e por isso a Casa Legislativa podia protelar a discussão tempo indefinido, já que o indeferimento da licença ou a ausência de deliberação implicariam na suspensão da prescrição quanto durasse o mandato (MORAES, 2020).



Há ainda a imunidade pela prerrogativa de foro em razão da função. Concebido no art. 53, §1º da Constituição, determina que o parlamentar responderá a processos perante o Supremo Tribunal Federal pelos crimes cometidos após a diplomação. Se respondia algum processo antes de ser diplomado, a competência então será arrastada ao mesmo tribunal. Caso o mandato acabe antes de findo o processo, ou ainda em caso de perda do mandato, o processo será devolvido às instâncias inferiores, pois a imunidade está diretamente ligada ao cargo ocupado pelo congressista.

É imperioso ressaltar que não há hipótese de imunidade parlamentar para crimes cometidos antes da diplomação do Deputado ou Senador.

Com a vigência da Emenda Constitucional 35, os Deputados e Senadores ganharam mais liberdade para exercer suas atividades legislativas, e mais segurança para desempenhar a função parlamentar. A Constituição de 1969, por exemplo, continha restrições severas das imunidades, levando a consequências gravíssimas caso os parlamentares cometessem crimes contra a honra, que poderiam ser enquadrados na Lei de Segurança Nacional. Mas, como todo direito, devem ser exercidas com consciência e responsabilidade, na medida de suas limitações. As alterações sofridas asseguram aos congressistas as garantias inerentes às suas funções, sem que haja uma banalização do instituto, ao menos era este o intuito, ao mesmo tempo que prestam um papel de afirmação do Legislativo frente aos demais Poderes. Porém, as discussões sobre as imunidades não encerraram com o advento da Emenda.

### **3 A IMPORTÂNCIA DAS IMUNIDADES PARLAMENTARES NO REGIME DEMOCRÁTICO**

#### **3.1 Os limites (se) existentes à abrangência das Imunidades**



Pode-se pensar, num primeiro momento, se tratar de um instituto ilimitado, conforme demonstração feita no capítulo anterior, já que o parlamentar é isento de *qualquer* responsabilidade por opiniões, palavras e votos, enquanto estiver em exercício de seu mandato. Durante muito tempo, esse foi o entendimento da Suprema Corte, de que a proteção era integral em qualquer caso.

Alexandre de Moraes (2019) sustenta que é uma garantia perpétua que protege o parlamentar, e se trata de direito irrenunciável, questão de ordem pública. Defende, ainda, que essa garantia protege o discurso do parlamentar em sua casa respectiva, ou seja, deve ter publicidade restringida em suas deliberações. São garantias absolutas e devem ter integral aplicabilidade, desde que obedecido o critério limitativo.

Recentemente, porém, o ministro Alexandre de Moraes determinou ordem de busca e apreensão contra deputados, em Inquérito Policial (INQ 4781/DF) que apura propagação de notícias fraudulentas contra Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que as garantias individuais “não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos”. Ainda, declarou que os direitos individuais “não são absolutos e ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna”.

Não se trata de cláusula pétrea, pois as cláusulas pétreas visam proteger direitos e garantias INDIVIDUAIS, ou seja, trata-se de instituto *intuitu personae*, enquanto as imunidades parlamentares são *intuitu functionae*, ou seja, em razão da função. Explica Peña de Moraes (2019) que as imunidades servem para “pôr os congressistas a salvo de quaisquer ingerências indevidas no exercício das atividades legislativas.”



A primeira limitação das imunidades no atual ordenamento é que o discurso parlamentar amparado pela imunidade deve ser em razão do seu mandato, manifestação esta que poderá ser parlamentar ou extraparlamentar, ou seja, não precisaria o parlamentar estar dentro das dependências do Congresso Nacional, na Câmara ou no Senado, para estar inviolável.

A presunção que vigora é a de que, ao menos ‘fisicamente’ na Câmara ou no Senado, o parlamentar estaria amparado pelo seu cargo, pois estaria desempenhando suas funções parlamentares. Trata-se, portanto, de presunção absoluta (PADILHA, Rodrigo. 2020).

De acordo com Krieger (2004) a garantia no âmbito material das imunidades atinge também os atos do deputado ou senador fora do espaço destinado para sua atuação. As manifestações feitas fora do exercício estrito do mandato, mas em razão deste, estarão também abrangidas pela imunidade material. A presunção se torna, portanto, relativa, pois far-se-á uma análise do discurso proferido para que se examine a ligação da declaração com a função parlamentar (PADILHA, 2020).

Possui eficácia temporal permanente, perpétua, pois que, assume-se que não houve infração penal, e por isso, mesmo após o fim da legislatura, o parlamentar não poderá ser investigado, incriminado ou responsabilizado.

Deve-se frisar que, se a manifestação fora da casa for usada para agredir ou ofender diretamente alguém, este discurso não será abrangido pela inviolabilidade. O enunciado proferido deve ser uma extensão do que fora dito em plenário, ou ainda mera repetição. Esse discurso não pode inovar em relação ao conteúdo e, com isso, prejudicar alguém. Cuida-se, portanto, de uma exceção à abrangência da imunidade material (Hermógenes de Oliveira, 2017).

Divani (2009) ressalta que essa manifestação não deve ter cunho pessoal, já que a proteção ao parlamentar visa proteger o interesse público, não o interesse



particular. Porém, acredita-se que se as palavras forem proferidas a outro parlamentar por força do próprio debate político, não é o caso de afastar a imunidade, pois encontra-se exercendo a função parlamentar. Essa análise será feita em momento oportuno.

Em regra, estariam excluídas as manifestações que não estiverem relacionadas com o exercício do mandato. Opiniões pessoais acerca de deputados ou senadores, ofensas de cunho pessoal aos colegas de Casa Legislativa, ou seja, mensagens que não estão diretamente ligadas ao exercício do mandato. Inclusive as postagens feitas em redes sociais que tenham cunho de denegrir a imagem de outrem. O que estaria incluso em extraparlamentar, por exemplo, seriam as entrevistas, coletivas e declarações que tenham o cunho de explicar o que ocorreu dentro da sessão legislativa (DIVANI, 2009).

A natureza jurídica da imunidade material é tema de divergência na doutrina, onde uns apontam como causa de isenção de pena, e outros entendem como causa que afasta a incidência de crime.

Acredita-se que classificar como uma causa excludente do crime é mais apropriado. Isso porque, o dispositivo constitucional ao dizer que os deputados e senadores são invioláveis por opiniões, palavras e votos, significa dizer que ao se posicionar, o congressista sequer comete o crime, se tratando de uma excludente da tipicidade penal, conforme lição de Pontes de Miranda, de Nelson Hungria e de José Afonso da Silva, que se filiam a essa corrente (MORAES, 2020).

Prosseguindo a respeito da caracterização da atuação parlamentar frente à imunidade material, o min. Carlos Britto, em inquérito no qual foi relator no Supremo Tribunal Federal, fez a seguinte pronúncia:

“A inviolabilidade não se restringe ao âmbito espacial da Casa a que pertence o parlamentar, acompanhando-o muro a fora ou





externa corporis, mas com uma ressalva: sua atuação tem que se enquadrar nos marcos de um comportamento que se constitua em expressão do múnus parlamentar, ou num prolongamento natural desse mister. Assim, não pode ser um predicamento *intuitu personae*, mas rigorosamente *intuitu functionae*, alojando-se no campo mais estreito, determinável e formal das relações institucionais públicas, seja diretamente, seja por natural desdobramento; e nunca nas inumeráveis e abertas e coloquiais interações que permeiam o dia-a-dia da sociedade civil” (BRITTO, 2004).

Lado outro, a imunidade formal é limitada e temporária. A imunidade formal garante que parlamentar não seja preso ou assim permaneça, e faculta ao congressista um meio de paralisar o processo, para que o parlamentar seja responsabilizado somente após o fim do mandato, com o fim de evitar prejuízos ao exercício de suas funções.

Diferentemente da imunidade material, esta imunidade não exclui o crime, somente posterga a sua responsabilização. Tendo a denúncia ocorrido após a diplomação, marco temporal, poderá a Casa Legislativa suspender o andamento do processo, e conseqüentemente, o curso do prazo prescricional, conforme §§ 3º e 5º do art. 53 da CF.

Como regra, pela imunidade formal em relação à prisão, o congressista não será submetido a nenhuma espécie de prisão, em caráter penal, seja definitiva ou cautelar, tampouco poderá sofrer prisão civil. A única exceção desta regra está disposta no §2º do art. 53 da Constituição, que diz respeito ao flagrante em crime inafiançável, hipótese na qual a Casa a qual pertence o parlamentar deverá autorizar, ou não, a manutenção da privação da liberdade.

A posição do Supremo Tribunal Federal durante muito tempo foi de abrangência total as imunidades. Recentemente, vimos que houve um afastamento pontual desse entendimento, em caso que se estudará mais à frente.



A respeito da isenção de responsabilidade do parlamentar no âmbito cível, o ex-ministro Sepúlveda Pertence pontua que: “A inviolabilidade parlamentar elide não apenas a criminalidade ou a imputabilidade criminal do parlamentar, mas também a sua responsabilidade civil por danos oriundos da manifestação coberta pela imunidade ou pela divulgação dela” (PERTENCE, 2001).

### **3.2 O intuito com que foi criado o instituto e seus desdobramentos no atual panorama social e jurídico**

As imunidades parlamentares, em sua essência, servem para proteger o cargo parlamentar e não a pessoa que está exercendo o cargo protegido. Porém, é necessário comentar que houve um desvirtuamento da intuição com que a imunidade foi criada e de sua utilização.

Sob este prisma, Rodrigo Padilha (2019) registra que o objetivo da Constituição de 1988, ao estabelecer imunidades e garantias aos detentores das funções do Estado, especialmente do Poderes Legislativo, é o exercício de suas atribuições com maior independência e imparcialidade.

Porém, esse tema é alvo de bastante crítica pelos doutrinadores, onde muitos defendem essa inviolabilidade assegurada aos membros do Poder Legislativo, desde que observadas determinadas limitações, e há ainda os que defendem que o instituto sequer deveria existir no ordenamento.

De um lado, temos autores como Pedro Lenza, que se alinham ao pensamento de que as imunidades devem ser garantias ao exercício dos congressistas, porém, não devem ser confundidas com privilégios para inibir práticas delituosas. Para Alexandre de Moraes, o tema é consagrado em todas as Constituições como garantia de independência do Poder Legislativo frente aos outros poderes, e, por isso, as



imunidades “visam a salvaguarda do regular exercício das funções constitucionais, e não a possibilidade de privilégios pessoais àqueles que venham a delinquir” (2019).

Há que se levar em consideração os que pesam o fato de ser necessária, desde que sejam respeitados os critérios constitucionais estabelecidos. A advogada Valéria Oneto (1999), por exemplo, discorre que a proteção assegurada pelas imunidades visa conter abusos históricos sofridos pelos parlamentares ao longo dos períodos conturbados pelos quais o Brasil passou. Ao mesmo tempo, a autora pondera que o excesso da proteção a esses mandatários pode gerar uma desproporcionalidade no sistema, uma vez que os parlamentares não cometem os ditos “crimes de opinião” (aqueles em que se configura com o abuso da liberdade de expressão ou de pensamento), mas em razão de uma interpretação extensiva do instituto, acaba por enquadrar nessas espécies os crimes ‘comuns’ pelos quais deveriam ser responsabilizados.

A autora conclui que a exceção constitucional da imunidade é necessária para o exercício do regime democrático (1999).

Divani (2009) afirma que “a finalidade da prerrogativa é a subsistência da democracia e do Estado de Direito”. Em uma análise, faz uma relação da imunidade com o princípio da igualdade, e sustenta que a prerrogativa não fere o referido princípio, já que se trata de caso de igualdade material, onde estabelece uma relação entre iguais e desiguais na medida de sua desigualdade.

De outro lado, há os que defendem que o instituto sequer deveria existir no ordenamento.

Enéias Xavier Gomes, ilustríssimo promotor de justiça no estado de Minas Gerais, faz um apontamento crítico dentro do pensamento de Kelsen a respeito das imunidades. Em suas palavras, disserta que:



“A Constituição concede aos parlamentares meios de defesa mais efetivos que o próprio regime das imunidades, através do Poder Judiciário, dotado de garantias que lhe proporcionam independência nas decisões, como exemplos o mandado de segurança, o habeas corpus, o habeas data e o direito de petição, entre outros” (2011).

Gomes discorre a crítica de Hans Kelsen ao sistema parlamentarista, mais precisamente no que se refere às imunidades. Defende que as garantias se tornam privilégios em países estáveis democraticamente, servindo para acobertar “violações aos bens tutelados pelo Estado” (KELSEN *apud* GOMES, 2011). Nesse sentido, acredita que, por existir autonomia entre os poderes, o instituto deveria ser extinto.

De fato, é necessário que se assegure aos Congressistas o direito às imunidades, para bem exercer suas funções, indispensáveis ao Regime Democrático. Porém, há de se tomar cuidado pois, em determinados momentos, não são utilizadas de forma adequada, e por isso, deixam de beneficiar o Poder Legislativo e passam a denegrir sua imagem, gerando uma ideia de intangibilidade e impunidade de seus detentores, ou seja, passam a ser vistas como privilégios. (DIVANI, 2009).

As imunidades não devem se tornar mecanismos para coibir práticas delitivas de congressistas, afirmando uma total irresponsabilidade frente ao seu propósito, que é a proteção do Poder Legislativo e seus membros. (Hermógenes de Oliveira, 2017).

No mesmo sentido é o posicionamento de Orlange Brito (2007). A advogada defende que o estado democrático afasta as possibilidades de intromissão de um Poder em outro Poder, pois são entes autônomos. Para a autora, a prerrogativa de foro em razão da função, que ostentam os Deputados e Senadores, consagrada no art. 53, §1º da Constituição Federal, “por si só já justifica a exclusão da referida imunidade processual do texto constitucional”.



Porém, infelizmente, a imunidade é mais associada à figura da impunidade, e com isso perde seu sentido de proteção institucional e acaba por servir de escudo para prática de diversos delitos contrários à função parlamentar.

Hermogenes de Oliveira (2017) defende que “as imunidades parlamentares deixaram de apresentar caráter de garantia da instituição política e se tornaram critério para impunidade das atividades contrárias à função parlamentar.” Com toda a razão. A Constituição diferencia os congressistas para que os princípios constitucionais sejam obedecidos, e não desvirtuados.

Todavia, apesar de essa proteção se dar em razão do interesse da coletividade em face do interesse individual, é preciso ter prudência quanto à sua aplicação, pois a imunidade formal se utilizada de maneira indiscriminada, pode levar a enormes injustiças.

A maior argumentação utilizada para justificar o instituto das imunidades é que elas não são privilégios, e sim prerrogativas, conferidas não ao indivíduo, e sim ao cargo exercido pelo Deputado ou Senador, devido à sua relevância perante toda a sociedade.

Trata-se de uma desequiparação permitida pela Constituição que não se trata de privilégios, mas sim de um tratamento diferenciado à função pública. Vale lembrar que somente a Constituição pode fazer distinções entre os indivíduos, atribuindo distinções ao tratamento de uns em face de outros, por força do princípio da igualdade. Desta forma, não se caracteriza uma violação a este princípio, uma vez que se trata de uma prerrogativa funcional, concretizando o interesse público em face do interesse privado.

Portanto, a razão de ser das imunidades é servir de proteção para que o parlamentar possa exercer sua representação com autonomia, sem a represália dos outros Poderes.



## **4 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO DO DEPUTADO FEDERAL JAIR BOLSONARO E SUAS REPERCUSSÕES**

### **4.1 A decisão política da Suprema Corte de exceção à abrangência do instituto**

Durante muito tempo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a imunidade material era absoluta quando o discurso proferido pelo parlamentar fosse feito dentro dos limites do plenário, sendo dispensado o conteúdo da fala, pelo fato de se presumir que o parlamentar está exercendo suas funções em razão de se encontrar nas dependências territoriais do Poder Legislativo.

Nesses casos, a imunidade somente seria afastada se não restasse configurado o vínculo entre o conteúdo da declaração proferida e a função exercida pelo parlamentar.

Um episódio que ganhou bastante notoriedade foi na ocasião em que o então Deputado Federal Jair Bolsonaro teve uma denúncia recebida e uma queixa crime parcialmente recebida pela Suprema Corte, por suposta prática dos delitos de incitação ao estupro e injúria, em razão de discurso proferido durante discussão parlamentar.

Ocorre que, na ocasião, a então Deputada Maria do Rosário chamou o Deputado Jair Bolsonaro de “estuprador” e ele então respondeu afirmando que “não merece ser estuprada, por ser muito ruim, muito feia, não fazer seu gênero”.

Os Ministros que compunham a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal à época dos fatos acordaram que, apesar de Jair Bolsonaro, Deputado Federal, estar em seu gabinete no momento em que concedeu a entrevista, não foi ali que as



ofensas se tornaram públicas, e por isso afastaram a imunidade e receberam a denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal.

Outro fator que motivou a decisão foi o conteúdo da declaração feita e a sua pertinência com a função parlamentar. Os ministros entenderam que as palavras proferidas não guardavam relação com a função de congressista e por isso decidiram que não estaria o discurso protegido pela inviolabilidade parlamentar.

O voto do Ministro Luiz Fux, relator, apontou que a imunidade parlamentar protege as declarações relacionadas ao desempenho da função parlamentar que tenham cunho minimamente político, e que as ditas impressões pessoais de um deputado a respeito de outro não ensejam a imunidade. A seguir um trecho de seu voto:

“Consequentemente, não há como relacionar ao desempenho da função legislativa (prática *in officio*), ou de atos praticados em razão do exercício de mandato parlamentar (prática *propter officium*), as palavras e opiniões meramente pessoais, sem relação com o debate democrático de fatos ou ideias e, portanto, sem vínculo com o exercício das funções cometidas a um Parlamentar.”

O ministro também reconheceu que o voto estava em sentido contrário da jurisprudência da Suprema Corte de abrangência larga do instituto, justificando na oportunidade que,

apesar de o discurso ter sido originalmente proferido em plenário na Câmara Legislativa, as palavras foram replicadas em entrevista a um jornal de grande circulação, tornando pública a ofensa sofrida, não incidindo a imunidade parlamentar. A conclusão do ministro foi:

“O fato de o parlamentar estar em seu gabinete no momento em que concedeu a entrevista é fato meramente acidental, já que não foi ali que se tornaram públicas as ofensas, mas sim através da imprensa e da internet. Portanto, cuidando-se de declarações firmadas em entrevista concedida a veículo de



grande circulação, cujo conteúdo não se relaciona à garantia do exercício da função parlamentar, não incide a imunidade prevista no art. 53 da Constituição Federal”

No mesmo sentido foi o voto do ministro Edson Fachin, o qual, na oportunidade, salientou que as imunidades não têm sentido absoluto, assim como a ministra Rosa Weber, a qual rememorou que as imunidades parlamentares, especialmente a imunidade material, são garantias da democracia, pois asseguram a independência do exercício da função parlamentar, frisando também que o vocábulo imunidade é distinto de impunidade.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio foi o único que votou no sentido diverso, pela incidência das imunidades. Ponderou que de fato deveria incidir a imunidade, pois o deputado somente respondeu à uma provocação feita pela outra deputada, em contexto de debate parlamentar.

Por fim, o ministro Luís Roberto Barroso concluiu que a imunidade parlamentar é um instituto deveras importante para o ordenamento jurídico pátrio, inclusive garantidor da democracia representativa, mas que não deve ser usado como violação às dignidades da pessoa, tampouco deve ser utilizada para que se escudem nela, e se torne impunidade.

É possível depreender dos votos proferidos pelos Ministros que se o discurso tivesse se limitado ao feito em plenário, seria aplicada a imunidade parlamentar e o Deputado Federal estaria isento de responsabilização. O fator determinante para o entendimento no sentido diverso se deu em razão de a fala ter sido veiculada nos meios de comunicação, através de um jornal de grande circulação, mesmo com o parlamentar presente fisicamente na sua Casa Legislativa.

Porém, em diversos julgados, o mesmo Supremo Tribunal entendia que mesmo as declarações proferidas fora das Casas Legislativas eram amparadas pelas imunidades, dando uma interpretação extensiva ao instituto no quesito da





territorialidade da imunidade material. A decisão nos autos que recebeu a denúncia contra Jair Bolsonaro foi uma exceção à elasticidade que a própria Corte atribui ao instituto.

Foi feita uma crítica de que o discurso do então Deputado Federal Jair Bolsonaro fora analisado sob o ponto de vista moral, sendo que a possível prática dos crimes queixados na inicial acusatória não é uma exceção disposta na Constituição para que se responsabilize, eventualmente, algum parlamentar.

Com razão. A Constituição Federal não abarca exceções à imunidade material, muito pelo contrário, diz que os parlamentares são invioláveis civil e penalmente por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. A exceção mais próxima é a respeito da imunidade formal, no que diz respeito a prisão do Deputado ou Senador, no caso de prática de crime inafiançável, o que não se aproxima do caso em tela estudado. Inovar, criando uma exceção para a aplicação da imunidade material quando se está diante de crime contra a honra é como violar a própria regra (OLIVEIRA GOMES, 2017).

Explica Néelson Hungria (1978) que:

“Nas suas opiniões, palavras ou votos, jamais se poderá identificar, qualquer dos chamados crimes de opinião pois a imunidade material exclui o crime nos casos admitidos; o fato típico deixa de constituir crime, porque a norma constitucional afasta, para a hipótese, a incidência da norma penal”.

O intuito da imunidade é estabelecer que as condutas, se fossem praticadas por qualquer do povo seria considerada crime, não o seja. Alberto Mello (2016) aborda em seu trabalho a figura da “presunção de imunidade”, ou seja, independentemente da existência de nexos causal entre a atividade parlamentar e as declarações atribuídas ao congressista, existe ali a figura da inviolabilidade parlamentar, pois se produziu no recinto do parlamento. Em suas palavras defende que:



“Seria desarrazoado exigir do mandatário, no exercício de sua relevante função de crítico político, que ele medisse cada uma de suas palavras, a fim de verificar a existência de uma “situação limítrofe com a de crime contra a honra”.

Entendemos ser este o melhor posicionamento, pois estamos diante de uma situação típica do ambiente parlamentar fomentar a discussão e o debate político.

Ainda, Rafael de Oliveira Gomes (2017), em seu brilhante trabalho questiona que a coerência da fala do então Deputado Federal com o eleitorado que o elegeu não foi objeto de discussão no acórdão proferido quando do recebimento do inquérito que condenou o deputado Jair Bolsonaro. Em suas palavras:

“Imperioso é de mencionar que: embora a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal tenha entendido que as declarações feitas pelo deputado não tinham qualquer relação com o desempenho das atividades de parlamentar, é preciso questionar se o referido discurso feito por ele não foi coerente para o eleitorado que votou nele e o elegeu? E em caso afirmativo, é necessário questionar se deveria ser aplicado o instituto da imunidade parlamentar material ou não? Pois, se entendermos que sim então aplicar - se- ia o instituto da imunidade parlamentar material pelo fato de ele estar expressando algo que os seus eleitores compartilham”.

Gomes (2017) propõe uma reflexão acerca de uma interpretação mais profunda a respeito da declaração do Deputado, se o que fora declarado por ele na entrevista dada ao jornal não estaria de acordo com as expectativas depositadas no parlamentar por seu eleitorado. Sendo afirmativa a resposta, deveria sim incidir a imunidade parlamentar por estar agindo de acordo com o que lhe era esperado.

A relevância desse caso se mostra com o próprio Supremo Tribunal Federal combatendo a jurisprudência firmada pela própria Corte, recebendo denúncia contra parlamentar pela suposta prática dos crimes de injúria e incitação ao crime. Esta situação excepcional aponta para a revisão do entendimento jurisprudencial de que a



imunidade parlamentar material é absoluta para as manifestações ocorridas no recinto do Congresso Nacional.

O posicionamento que se adota aqui é que a declaração dada em entrevista foi uma extensão do que foi dito em plenário pelo deputado, onde a proteção é absoluta. Por se tratar de uma extensão, deveria ter sido acobertado pela imunidade parlamentar, ainda mais levando em consideração que o parlamentar se encontrava nas dependências de seu gabinete, dentro do Congresso Nacional. Porém, o Supremo Tribunal Federal interpretou o caso de maneira diversa, mesmo sem elementos concretos para afastar a imunidade, e, conseqüentemente, recebeu o inquérito, contrariando sua própria jurisprudência.

#### **4.2 Como o STF repercutiu o tema em sua jurisprudência**

A função típica do Poder Judiciário é julgar. Muito além de julgar, a função do Judiciário é de natureza jurisdicional, ou seja, aplicar a lei frente a um caso concreto. Por ser atividade inerente à sua essência, é necessário que haja atividade interpretativa para aplicação do Direito. Nas palavras de Cintia Lages (2008) “não há como se exigir do Poder Judiciário que, no exercício próprio da jurisdição, não interprete”.

Ao exercer a função de intérprete, especialmente referindo-se ao STF, é desejável que o órgão se atenha aos critérios minimamente razoáveis e coerentes ao proferir decisões. Isso porque, para Pedro Lenza (2019), existe uma “função política da motivação das decisões” pois seus destinatários não são somente às partes litigantes no processo, mas toda a coletividade, para que se possa averiguar, de fato, a imparcialidade dos Julgadores.

No caso estudado, acreditamos que a motivação dada pelo Magistrado para afastar a incidência de um direito institucional do parlamentar não foi idônea, pois



levou em consideração opinião pessoal de Ministros sobre a relevância do discurso e suas possíveis repercussões sociais.

Essa motivação não foi feita sob um critério objetivo, tendo sido valorada política e moralmente, o que não poderia ter ocorrido (Oliveira de Mello, 2016). Ainda mais se observado que o caso vai contra a própria jurisprudência da corte.

A título de elucidação, nos autos do Inquérito 2840 AGR/GO, em 2013, anterior ao caso Jair Bolsonaro, a Ministra Carmen Lúcia decidiu rejeitar queixa-crime por injúria, sob o fundamento de que não foi possível “desvincular as afirmações descritas na queixa-crime do exercício da ampla liberdade de expressão, típica da atividade parlamentar”, afastando a responsabilidade de Deputado Federal, por declarações feitas em razão da função, porém, fora da tribuna.

Próximo a data do acórdão da Primeira Turma no Inquérito 3932/DF, o ministro Celso de Mello proferiu decisão monocrática afirmando que “a imunidade material exclui a natureza delituosa do fato que, de outro modo, tratando-se do cidadão comum, qualificar-se-ia como crime contra a honra”, nos autos do Inquérito 5875/DF.

Ainda, nos autos do Inquérito 4.177/DF, em 2016, a Primeira Turma reconheceu a incidência da imunidade parlamentar, ponderando que a responsabilidade criminal deve ser afastada quando o discurso guardar pertinência com a função, mesmo que caracterize um abuso do direito de livre expressão, acolhendo a tese defensiva da incidência da imunidade parlamentar.

Por fim, em 2019, a Ministra Rosa Weber reconheceu a aplicação da imunidade parlamentar em sentido material, pelo discurso parlamentar de um Deputado Federal em sede de entrevista concedida a uma rádio. Ponderou que a razão de ser da imunidade material é proteger o exercício da função parlamentar, alegando que esta proteção não se restringe às declarações diretamente relacionadas



com a função, mas também abrange aquelas indiretamente relacionadas com a atividade parlamentar (Ag. Reg. na petição 7.434/DF).

A decisão no caso do Deputado Federal Jair Bolsonaro foi uma decisão bem pontual e isolada na jurisprudência da Corte, como foi reconhecido pelos próprios Ministros no próprio acórdão, bem como ficou demonstrado após estudo de alguns precedentes. Pelo que restou verificado, em datas anterior e posterior ao recebimento da denúncia e parcial recebimento da queixa-crime contra o ex Deputado Federal, a jurisprudência flui no sentido de acolher a imunidade material por declaração parlamentar, ainda que proferida fora do plenário, desde que relacionada, mesmo que indiretamente, às funções legislativas exercidas.

Como sinaliza Oliveira de Mello (2016), os mesmos argumentos utilizados para afastar a imunidade parlamentar no Inquérito 3932/DF são utilizados para reconhecer a isenção de responsabilidade parlamentar em casos muito semelhantes, caracterizando uma relativização particularizada do instituto.

Ao Supremo Tribunal Federal, instância máxima do Poder Judiciário, cabe zelar pela guarda e pela defesa da Constituição. Por isso, deve o STF aplicar a Constituição Federal e não atender os anseios do povo fazendo juízos de valor em casos que não foram solicitados, pois esses já estão representados por outro Poder. Como explicado por Barroso (2015) “seus membros não dependem do processo eleitoral e suas decisões têm de fornecer argumentos normativos e racionais que a suportem”.

Portanto, o Poder Judiciário deve atuar diretamente na preservação da supremacia da constituição e não ser um controlador político na hipótese de o Legislativo não atender os anseios da maioria.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**



Com o desenvolvimento do presente trabalho pode-se perceber que as imunidades parlamentares estiveram presente no ordenamento jurídico desde a primeira Constituição. Passaram por algumas alterações, ora com maiores restrições, ora com mais abrangência, refletidas diretamente pela situação política em que se encontrava o Brasil.

Durante muito tempo a Suprema Corte interpretou as imunidades materiais como absolutas, até que estiveram diante do caso do ex Deputado Federal Jair Bolsonaro, em que receberam a inicial acusatória por supostos crimes de injúria e incitação ao estupro, afastando a imunidade material do Deputado.

É evidente que a decisão da Suprema Corte no caso estudado do ex Deputado Federal de afastar a incidência da imunidade parlamentar foi uma decisão isolada, reconhecida pelos próprios ministros. Pode-se depreender da decisão que os Ministros tentaram dar uma interpretação ao art. 53 da Constituição de que o discurso do parlamentar deve ter cunho minimamente político para que incida sobre ele a imunidade parlamentar, sendo que o próprio artigo, em seu *caput*, diz que os parlamentares são invioláveis por quaisquer de suas opiniões.

Ainda, o argumento de que as opiniões proferidas foram de cunho exclusivamente pessoal dirigidas a outro parlamentar não se aplica, uma vez que a disposição constitucional é de isenção de responsabilidade por qualquer opinião que expuser, inclusive de caráter pessoal.

A motivação da Turma de afastar a proteção dada ao parlamentar simplesmente pelo fator publicidade não se sustenta, pois, todas as sessões realizadas no Congresso Nacional são televisionadas e os discursos são amplamente divulgados pela imprensa, inclusive através das redes sociais.

Por fim, acredita-se ter sido feito um juízo quanto à pessoa do Deputado, e não de sua declaração propriamente dita.



O cenário que a decisão da Suprema Corte revela é o de uma insegurança jurídica, pois nunca se saberá ao certo quando uma declaração em uma discussão parlamentar será atrelada ou não à atividade política exercida pelo Congressista, ou ainda, se o Congressista fará jus a tal inviolabilidade.

O fato notoriamente se trata de um caso isolado, singular na jurisprudência do Supremo, em que houve uma relativização à aplicação da imunidade parlamentar material, onde seria o caso de aplicação certa do instituto, pela reiteração de jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal e ainda pela aplicação literal da Constituição Federal.

O entendimento que nos parece adequado é que não se trata de alteração de jurisprudência na corte, e sim de uma manifestação política dentro do Judiciário, onde o STF se recusou a fazer da imunidade parlamentar uma prerrogativa do Deputado, mesmo estando presentes os requisitos constitucionalmente estabelecidos para o afastamento de eventual responsabilidade no âmbito penal.

É sabido que a imunidade parlamentar é um instituto importante para o regime democrático, desde que exercida com consciência e responsabilidade. São prerrogativas que detêm os Congressistas para melhor desempenho de suas atribuições funcionais e encontra limitações ao seu exercício no próprio texto constitucional, não cabendo ao Judiciário estabelecer essas limitações toda vez que estiver frente a um caso concreto, criando uma situação de insegurança jurídica, escolhendo arbitrariamente quem deve ser punido e quem não deve.

## **REFERÊNCIAS**

ALVES, Gabriella Rolemberg. *As alterações da Emenda Constitucional nº 35/2001 e os seus efeitos na imunidade parlamentar*. JUS, jan/mar 2016. Disponível em:



<<https://jus.com.br/artigos/47377/as-alteracoes-da-emenda-constitucional-n-35-2001-e-os-seus-efeitos-na-imunidade-parlamentar/1>> Acesso em: 18 mar. 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23- 50.

BICALHO, Luis Felipe. *O Instituto da imunidade parlamentar - Considerações históricas e a realidade do Estado Brasileiro*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 14, nº 752. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-constitucional/2225/o-instituto- imunidade-parlamentar-consideracoes-historicas-realidade-estado-brasileiro->. Acesso em 17 mar. 2020.

BOSIGNOLI, Valéria Oneto. *Abuso de imunidade*. Revista Direito, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 37-56, jul./dez. 1999.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 01 maio. 2020.

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 01 maio. 2020.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 01 maio. 2020.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 01 maio. 2020.





BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 01 maio. 2020.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 01 maio. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 2840/GO. Pleno. Relator:.

Ministra Cármen Lucia. *Diário de Justiça*, n. 114, 17 jun. 2013. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur233648/false>. Acesso em: 05 maio. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 2874/DF. Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário de Justiça*, n 22, 31 jan. 2013. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur223076/false>. Acesso em 8 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3932/DF. Primeira Turma.

Relator: Ministro Luiz Fux. *Diário de Justiça*, n 136, 30 jun. 2016. Disponível em

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4689051>. Acesso em 05 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4177/DF. Primeira Turma.

Relator: Ministro Edson Fachin. *Diário de Justiça*, n 124, 15 jun. 2016. Disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11181735>. Acesso em 05 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 7434/DF. Primeira Turma. Relator:

Ministra Rosa Weber. *Diário de Justiça*, n 52, 15 mar. 2019. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur399915/false>. Acesso em 05 maio 2020.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 210917/RJ. Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Diário de Justiça*, 18 jun. 2001. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur103882/false>. Acesso em 30 mar. 2020.

BRITO, Orlange Maria. *Imunidade parlamentar no Brasil antes e depois da Emenda Constitucional nº 35, de 2001*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 44 n. 173 jan./mar. 2007.

CONJUR. *Alexandre de Moraes determina busca e apreensão contra ativistas bolsonaristas*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-27/alexandre-determina-busca-apreensao-ativistas-bolsonaristas>. Acesso em: 30 maio 2020.

GOMES, Enéias Xavier. *Da crítica de Hans Kelsen às imunidades parlamentares*. Minas Gerais, 2011. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1132/R%20DJ%20critica%20Kelsiana%20-%20Eneias%20Xavier.pdf?sequence=1> Acesso em 21 mar. 2020.

GOMES, Rafael De Oliveira. *Imunidade parlamentar material causas da (in)aplicabilidade no caso do deputado federal jair bolsonaro de incitação ao crime, injúria e calúnia*. 2017. 34 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, 2017. Disponível em: [http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2440/ARTIGO\\_Rafael%20de%20Oliveira%20Gomes\\_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2440/ARTIGO_Rafael%20de%20Oliveira%20Gomes_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 15 abr. 2020.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1, t. I, p. 188.

JÚNIOR, Hélcio Walter Vieira Da Silva. *O instituto da imunidade parlamentar sob a ótica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Federal do Tocantins. Palmas, 2019. Disponível em: <http://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/1850/1/H%c3%a9lcio%20Walter%20Vieira%20da%20Silva%20J%c3%banior%20e2%80%93%20TCC%20Monografia%20e2%80%93%20Direito.pdf> . Acesso em 15 abr. 2020.



Krieger, Jorge Roberto. *O instituto da imunidade parlamentar e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em:  
<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/83053> Acesso em: 11 mar. 2020.

LAGES, Cintia Garabini. *Separação dos poderes: tensão e harmonia*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 58, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LINS, Fabiano Mendes. *O instituto da imunidade parlamentar material revisitado: Os casos Jair Bolsonaro versus Maria do Rosário e Laerte Bessa versus Rodrigo Rollemberg*. 2018. 77 f. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade de Brasília. Brasília, 2018. Disponível em:  
[https://www.bdm.unb.br/bitstream/10483/21629/1/2018\\_FabianoMendesLins\\_tcc.pdf](https://www.bdm.unb.br/bitstream/10483/21629/1/2018_FabianoMendesLins_tcc.pdf)  
f. Acesso em 17 abr. 2020

MACHADO, Matheus Porciuncula. *Aspectos polêmicos das imunidades parlamentares com a vigência da emenda constitucional 35/2001 e os recursos inerentes ao trancamento do processo de cassação*. 2016. 44 f. Trabalho de Conclusão de Curso - UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Ijuí, 2016. Disponível em:  
<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/3984/Matheus%20Porciuncula%20Machado.pdf?sequence=1>. Acesso em 17 abr. 2020

MELLO, Alberto José Oliveira de. *Relativização da imunidade parlamentar pelo Supremo Tribunal Federal*. Revista do CAAP. n. 02. V. XXII. p. 129-145. 2016

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 35 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 36 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NOTÍCIAS STF. STF encerra processo e determina prisão do deputado Natan Donadon. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=242230>. Acesso em: 30 maio 2020.



OLIVEIRA, Bruno de Almeida. *Imunidades parlamentares*. In: RESENDE, Antônio José Calhau de. e JÚNIOR, José Alcione Bernardes. (Coord). Temas de direito parlamentar. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, Escola do Legislativo, Núcleo de Estudos e Pesquisas, 2016. p.127-177.

OLIVEIRA, Naiara Regina Hermógenes de. *Imunidade parlamentar: Garantia ou Privilégio*. Portal de periódicos IDP. Brasília, v.1, n. 38, 19 páginas 2017.

PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 6 ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2020.

PEREIRA, Ausinda Perrú. *A evolução do conceito de imunidades parlamentares após a Constituição de 1988*. 2015. 69f. Trabalho de Conclusão de Curso (pós-graduação) – Universidade do Legislativo Brasileiro, Brasília, 2015.

SANTOS, Divani Alves dos. *Imunidade parlamentar à luz da Constituição Federal de 1988*. 2009. 65 f. Monografia (especialização) -- Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, Curso de Especialização em Processo Legislativo, Brasília, 2009.

VIANA, Andréa Patrícia. *A sustentabilidade da imunidade parlamentar em face do governo republicano e do princípio da igualdade*. Revista do Curso de Direito do UNIFOR. v. 3, n. 2, 16 páginas, 2012.



# A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NOS PROCESSOS FALIMENTARES

Gabriel Oliveira Cotta

## RESUMO

Objetiva esta monografia analisar a aplicabilidade do Princípio da Preservação da Empresa nos autos de processos de falência. Para isso, busca a origem constitucional, decorrente do Princípio da Função Social da Empresa, que demonstra a existência de interesses mútuos com a finalidade de que as empresas tenham pleno funcionamento em razão da preservação da função social que desempenham. Diante de tamanha importância social, intrínseca às empresas, não deve qualquer processo judicial de falência resultar na procedência dos pedidos, pois, muitas vezes, a parte que postula em juízo se desvirtua da real aplicação do instituto falimentar, que passa então a ser utilizado como simples forma de coação do devedor. Noutras ocasiões, ocorre ainda de o pedido judicial estar bem amparado em determinado ato ensejador de decretação falimentar, mas a empresa se mostrar viável em relação à sua continuidade e manutenção. A partir desses pressupostos, este estudo, amparando-se na doutrina e na legislação, examina casos concretos nos quais foi adotado, pelo Poder Judiciário, o Princípio da Preservação da Empresa na análise de solução de litígios de natureza falimentar.

**Palavras-chave:** Direito Empresarial. Falência. Função social da empresa. Princípio da Preservação da empresa.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho objetiva analisar em qual medida o Princípio da Preservação da Empresa se mostra aplicável aos processos falimentares, a partir da constatação de que determinada empresa possui viabilidade para a manutenção de



suas atividades, mediante a utilização de qualquer meio que se evidencie idôneo para esse fim.

O meu interesse pelo estudo deste tema surgiu quando cursei a disciplina Direito Empresarial Falimentar, e foi exposto pelo professor um caso concreto em que o pedido de falência havia sido ajuizado em razão de uma execução de título extrajudicial que resultara frustrada. Na hipótese retratada, em que pese a exordial estivesse amparada no art. 94, inciso II, da Lei 11.101/2005<sup>1</sup>, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios julgou a demanda improcedente, com fundamento no Princípio da Preservação da Empresa.

Desta forma, pretende-se analisar as duas principais posições no processo falimentar, a que se refere aos interesses do autor, e, de outro modo, a que se vincula ao interesse da parte demandada, isto é, empresário ou sociedade empresária.

Assim, de um ângulo, há a pretensão de fazer valer a norma objetiva que disponha sobre a possibilidade de decretar a falência quando o devedor “não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal”<sup>2</sup> da execução. Em contraponto, o art. 47, da mesma Lei, dispõe que a recuperação judicial

– assim como a falência – deve promover a recuperação da empresa e a sua função social<sup>3</sup>. Diante deste conflito aparente, busca-se analisar e apontar um eixo de equilíbrio entre as duas normas legais.

Não obstante a regulamentação da falência e da recuperação judicial ocorrer por meio do mesmo diploma legal, o trabalho ora formulado somente irá se ater no que tange aos aspectos falimentares, tendo em vista que, quanto à recuperação

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fev. de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm). Acesso em: 21 set. 2018.

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> Ibidem.



judicial, já existe entendimento consolidado favorável à aplicabilidade do princípio em referência.

Ademais, ainda que tenha ocorrido menção ao caso prático mencionado, este servirá apenas como exemplo, pois não se trata de um trabalho de análise de caso, mas sim de pesquisa dogmática-instrumental que parte do método de abordagem dedutivo, buscando relacionar o instituto da preservação da empresa à lei, à doutrina e à jurisprudência, para assim demonstrar porque os tribunais vêm aplicando tal norma principiológica.

Com o intuito de melhor analisar o tema, torna-se necessário, primeiramente, abordar os aspectos da atividade empresarial, tendo em vista que a falência se aplica tão somente ao empresário e à sociedade empresária<sup>4</sup>. Por isso, será traçado um panorama geral sobre a atividade empresarial, bem como será apontado quais sujeitos estão ou não legalmente submetidos à falência, além de apresentar um conceito de empresa.

Feitas tais abordagens e conceituações preliminares, parte-se para o capítulo segundo, no qual demonstra-se de modo específico o funcionamento do instituto falimentar, apontando os três sistemas existentes para ingressar com o pedido de falência. Assim, aproveitando a introdução ao instituto, na sequência abordar-se alguns dos princípios basilares que se aplicam ao processo falimentar.

Procura-se, também, demonstrar que o Princípio da Preservação da Empresa, inserido no artigo 47 da Lei 11.101/05, apesar de estar no capítulo legal da Recuperação Judicial, é aplicável aos processos falimentares. Após, realiza-se a conceituação desse princípio, bem como se registra a sua fundamentação, de natureza legal e constitucional.

---

<sup>4</sup> Art. 1º da Lei 11.101/05 - Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor



No terceiro capítulo, faz-se uma breve análise jurisprudencial sobre os casos que tiveram como *ratio decidendi* o Princípio em epígrafe, observando tanto os casos que tiveram a quebra decretada, quanto os que tiveram o pedido de falência julgado improcedente. Mas, ressalte-se, a relevância para o tema ora pesquisado consiste em observar as hipóteses nas quais houve a referida aplicação do Princípio da Preservação da Empresa.

Por derradeiro, no quarto e último capítulo, analisa-se alguns dispositivos legais dos quais é possível perceber o intuito do próprio legislador de proporcionar a preservação da empresa, ainda que haja a decretação de quebra. Apresenta-se, ademais, algumas modalidades alternativas para o credor buscar a satisfação do crédito, baseando-se, para tanto, nas decisões colacionadas no capítulo anterior. Também guardando referibilidade ao capítulo anterior, são apontadas, de forma sugestiva, propostas ao Poder Judiciário, para quando estiver diante do indeferimento do pedido falimentar, mas, que de todo modo, não pode deixar o credor frustrado, considerando que o pedido realizado tem amparo legal.

Feitas tais abordagens, chega-se à conclusão do trabalho, destacando-se a magnitude e a relevância do Princípio da Preservação da Empresa, mas sem, contudo, aplicá-lo de forma infundada, e sempre considerando a função social da empresa e o seu papel econômico.

## **2 ASPECTOS PONTUAIS DA ATIVIDADE EMPRESARIAL**

Neste capítulo, serão abordados os principais aspectos da atividade empresarial, considerando que a Teoria da Empresa, adotada pelo vigente ordenamento jurídico brasileiro, ainda está se estabilizando a partir da contribuição doutrinária e jurisprudencial, ao passo que, até então, vem mostrando-se bem aplicável as legislações já existentes.





Além disso, considerando que a teoria mencionada alhures classifica o empresário a partir do cumprimento de alguns requisitos de caráter cumulativos, se faz mister a explanação de breve panorama sobre tais requisitos. A relevância de entender essas condições determinantes de uma atividade empresária reside no fato de que o meio analisado neste trabalho, qual seja a falência, é aplicável apenas ao empresário e da sociedade empresária<sup>5</sup>.

## 2.1 Noções Gerais Sobre a Atividade Empresarial

Com a vigência do Código Civil de 2002<sup>6</sup>, a base do Direito Comercial passou a ser regulamentada por esta novel legislação, excluindo-se a figura do comerciante e adotando o Direito de Empresa, que trouxe como sujeito principal o empresário.

O então parcialmente revogado Código Comercial<sup>7</sup> – Lei nº 556 – é de 1850, e há tempos já não conseguia resolver por inteiro as questões da sociedade brasileira pelo fato de regular tão somente as atividades de mercancia. Com isso, deixava de fora do seu regramento as demais atividades negociais também exercidas pelas empresas, como a prestação de serviços, atividade rural, sistema financeiro, industrial, o ramo imobiliário, entre outros. Todavia, cabe ressaltar que, a Parte Segunda deste Diploma Legal continua vigente, regulando exclusivamente o comércio marítimo, que é um ramo extremamente específico no ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, o direito brasileiro foi se aproximando da Teoria da Empresa, de origem italiana, que tem por objeto a regulação da atividade do empresário. Essa

---

<sup>5</sup> Art. 1º da Lei 11.101/05 - Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor

<sup>6</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de jan. 2002. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 14 maio 2019

<sup>7</sup> BRASIL. Lei nº 556, de 25 de jun. de 1850. Código Comercial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/10556-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm). Acesso em: 14 de maio 2019



teoria, agora muito mais abrangente que a Teoria Dos Atos de Comércio, passou a tratar como empresário vários daqueles que antes não eram nem mesmo considerados comerciantes.

Em decorrência disso, o art. 966 do Código Civil, que regula o Direito de Empresa, trouxe a seguinte redação: “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.”<sup>8</sup>.

Ao mencionar a Teoria da Empresa, Bruno Mattos e Silva destaca que o elemento adotado por esta teoria, que causa o diferencial para o direito comercial, é o fator da organização. Por isso, ele conclui dizendo que, juridicamente, não existe mais a figura do comerciante no Brasil, existindo somente nos países que ainda adotam a Teoria dos Atos de Comércio. No Brasil, o comerciante existe apenas na linguagem informal, sendo aquela pessoa que tem uma loja ou uma butique de compra e vendas de coisas diversas<sup>9</sup>.

Como bem destaca o aludido autor, a Teoria da Empresa adota como critério identificador do empresário a forma com que este organiza o capital, a matéria-prima, e o trabalho em geral para a produção de sua atividade econômica de bens ou serviços. Por isso que, para esta teoria, a observância deve ser feita em relação a forma com que se exerce a atividade, isto é, se há ou não a existência da estrutura empresarial<sup>10</sup>.

O Livro II, do Códex Civil, não trouxe o conceito de empresa em si, pois se preocupou tão somente em apresentar quem pode ser enquadrado como empresário.

---

<sup>8</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de jan. 2002. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 14 maio 2019

<sup>9</sup> SILVA, Bruno Mattos e. Direito de Empresa: teoria da empresa e direito societário. São Paulo: Atlas, 2007

<sup>10</sup> BORBA, Tavares. Direito Societário. 10ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2007, p.14



Para isso, o Código utiliza alguns termos que, apesar de simples, possuem significado preciso, como (i) exerce profissionalmente, (ii) atividade econômica organizada e (iii) para a produção ou circulação de bens ou serviços. Assim, vale tecer algumas breves considerações sobre este tripé que dá ensejo à figura do empresário.

Em relação à atividade profissional, esta se traduz como sinônimo de habitualidade. Portanto, logo se exclui da classificação de empresário aqueles que exercem tais atividades eventualmente e de forma esporádica. Todavia, não se deve confundir a habitualidade com o trabalho contínuo, pois a relevância reside na forma com que a atividade é exteriorizada.

Quanto à atividade ser econômica, Marlon Tomazette ensina que a “atividade” se refere à determinada finalidade comum, que é atingida por meio de um conjunto de atos que visam configurar o que se intitula de empresa. O fato de tal atividade ser econômica demonstra a necessidade de que as suas ações devam inovar na órbita financeira, isto é, deve ser capaz de gerar riquezas, de modo com que faça o capital circular no mercado<sup>11</sup>.

Ainda utilizando a doutrina de Marlon Tomazette, a caracterização de “organização” pode ser feita mediante a observação dos atos, para identificar se são coordenados entre si ou não, para que, ao final, se atinja o objetivo da atividade. Caso não exista essa organização, estar-se-á diante de um trabalho desenvolvido de forma autônoma, e não de forma empresária<sup>12</sup>.

Já o requisito da produção ou circulação de bens ou serviços também pode ter a classificação dividida de acordo com a atividade empresarial, pois a produção se refere à capacidade de transformar determinado insumo em qualquer produto do qual

---

<sup>11</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, v. 1. Teoria Geral e Direito Societário. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2017

<sup>12</sup> Ibidem



o mercado necessite para suprir alguma necessidade. Enquanto isso, os serviços são trabalhos prestados à terceiros, sem envolver a permuta de bens materiais. Quanto aos bens, o dispositivo se refere àqueles que o Direito Econômico classifica como “bens econômicos”, que possuem utilidade, são escassos e por isso possuem um preço, além de considerar o esforço humano que nele foi dispensado<sup>13</sup>.

Os requisitos mencionados servem para determinar se o sujeito pode ser classificado ou não como empresário, figura esta que não deve ser confundida com a empresa em si. Desta forma, possível concluir que, empresário não é um mero empreendedor, mas sim aquele que tem cargo de administração na empresa e que, ordinariamente, se envolve na organização da atividade<sup>14</sup>.

Visto que a figura do empresário não pode ser confundida com a da empresa, cabe trazer à baila o conceito desta, já que o Código Civil não o fez. Mas antes disso, é importante destacar o disposto no parágrafo único<sup>15</sup> do artigo ora analisado, tendo em vista a exclusão de determinadas atividades profissionais da classe de empresários.

## **2.2 As Atividades Não Empresariais e os Empresários Afastados da Falência**

Conforme a redação do art. 966, parágrafo único, do Código Civil<sup>16</sup>, ficaram excluídas da classificação de “empresários” as profissões de caráter intelectual, científica, literária ou artística, desde que o seu exercício não implique nos elementos de empresa.

---

<sup>13</sup> NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: introdução ao direito econômico. 9ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015

<sup>14</sup> ROSSIGNOLI, Estefânia. Direito empresarial: coleção sinopse para concursos. 3ª Ed. Salvador, Editora Juspodivm, 2014.

<sup>15</sup> Art. 996, parágrafo único, do CC – Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa

<sup>16</sup> Ibidem.



Segundo Marcelo Cometti, essa exclusão ocorre em razão de uma valoração social diversa, uma vez que “a profissão não é livre, como ocorre com a atividade empresarial, dependendo da formação intelectual mais severa e da inscrição do profissional na respectiva corporação”<sup>17</sup>, o que muitas vezes impede, por exemplo, a livre concorrência e a produção em massa.

Além dessas atividades profissionais que o próprio Código Civil afastou por entender que não são atividades empresárias, e que, conseqüentemente, não são passíveis de falir, o art. 2º da Lei 11.101/2005, vedou a incidência da falência sobre algumas empresas que possuem determinados atributos, ainda que estas cumpram os requisitos para serem consideradas empresas.

Em tese, as empresas mencionadas no art. 2º, da Lei Falimentar, poderiam figurar normalmente no polo passivo do processo de falência, mas o legislador entender por bem afastá-las. Abaixo, a transcrição do dispositivo:

Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores<sup>18</sup>.

Basta observar o objeto de exploração das empresas mencionadas no dispositivo legal para perceber as razões que levaram o legislador a fazer essas exclusões. São atividades essenciais e de importância salutar, inclusive, para terceiros, conforme será demonstrado em seguida.

---

<sup>17</sup> COMETTI, Marcelo. Desmistificando o “Elemento de Empresa” na atividade intelectual exercida pelo empresário. Disponível em: <https://marcelocometti.jusbrasil.com.br/artigos/112024089/desmitificando-o-elemento-de-empresa-na-atividade-intelectual-exercida-pelo-empresario>. Acesso em: 03 de jun 2019

<sup>18</sup> BRASIL. Lei nº11.101, de 09 de fev. de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm). Acesso em: 22 fev. 2020



Ademais, em uma primeira leitura, a redação do dispositivo legal faz parecer que esta exclusão é absoluta, mas apresenta-se a seguir que, somente em alguns casos se trata de exclusão absoluta, sendo que em sua maioria, a exclusão é relativa.

Há quem defenda que a exclusão absoluta somente se aplica às empresas previstas no inciso I, isto é, às empresas públicas e de economia mista. Modesto Carvalhosa é um desses, e entende desta forma porque, para ele, a mera primazia do interesse público de tais empresas já seria capaz de afastar o instituto falimentar<sup>19</sup>. Sobre o mesmo tema, José Carvalho Filho discorda, pois entende que, mesmo que seja o Estado atuando no mercado econômico, não é pelo mero fato de ser o Estado que deva merecer essa benesse<sup>20</sup>. Em que pese a discussão doutrinária, fato é que, até o momento não houve declaração de inconstitucionalidade sobre o dispositivo em epígrafe, o que enseja a sua normal aplicação.

Partindo para o inciso II do dispositivo em análise, ocorre a previsão do afastamento das instituições financeiras, cooperativas de créditos e os consórcios. Essas atividades, além de demandarem certa confiança entre as partes, recebem uma fiscalização especial por parte do Estado. Segundo Mamede, todas essas atividades se submetem às normas do Banco Central, e a liquidação ocorre mediante normas próprias<sup>21</sup>. Todavia, caso o BACEN entenda por bem não adotar nenhuma das modalidades do regime especial, fazendo isso por considerar que não é o caso de o Estado promover esforços, a falência pode sim ser decretada normalmente, pois não há razões para se aplicar tal diferenciação<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 4, p.430

<sup>20</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 240

<sup>21</sup> MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro, v. 4: falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2006, p. 43

<sup>22</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas, v. 3. 5ª Ed. São Paulo, Editora Atlas, 2017, p. 62.



Tanto é assim que, o art. 197, da Lei Falimentar, prevê a aplicação subsidiária da Lei 11.101/05 aos regimes previstos na Lei 6.024/74, que são os casos ora em comento. Além disso, o art. 12, alínea “d”, da Lei 6.024/74<sup>23</sup>, permite a autorização do pedido de falência quando o ativo não for suficiente para cobrir a metade do valor dos créditos quirografários. Em mais uma hipótese, nota-se que a ideia de exclusão falimentar não é absoluta.

Ainda sobre o a exclusão prevista no inciso II, as seguradoras e as sociedades de capitalização foram excluídas da falência em razão do alto risco que poderia ocasionar a terceiros. Apesar da exclusão ser considerada uma benesse às seguradoras e sociedades de capitalização, em contrapartida, o Estado realiza supervisão mais rígida por meio da Superintendência de Seguros Privados. Assim como no caso das instituições financeiras, nestes também será possível a decretação de falência quando o ativo não for suficiente para quitar ao menos a metade dos créditos quirografários<sup>24</sup>.

Sobre as operadoras de saúde, entende-se que também foi a relevância da atividade que levou o legislador a optar pela inaplicabilidade da Lei 11.101/2005. Todavia, nesta hipótese a exclusão também não é absoluta, pois o art. 23, §1º, da Lei 9.656/98<sup>25</sup> prevê a possibilidade de falência quando, diante da liquidação, não houver ativo suficiente para adimplir com pelo menos metade dos créditos quirografários.

Sobre as entidades de previdência complementar, que atuam para estender o benefício previdenciário e proporcionar maior renda aos contribuintes, estas se

---

<sup>23</sup> BRASIL. Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6024.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6024.htm). Acesso em 22 fev. 2020

<sup>24</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas, v. 3. 5ª Ed. São Paulo, Editora Atlas, 2017, p. 63

<sup>25</sup> BRASIL. Lei nº 6.956, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm). Acesso em: 22 fev. 2020.



subdividem em entidades abertas e fechadas. Sobre as entidades fechadas, o art. 47 da LC 109/2001<sup>26</sup>, dispõe que estas não se sujeitaram a falência. Portanto, ocorre aqui uma exclusão absoluta, pois não há exceção. Já as entidades abertas não são mencionadas neste dispositivo, mas ainda assim prevalece a exclusão em razão da previsão do art. 2º, II, da Lei de Falência.

## 2.3 O Conceito de Empresa

Consoante a definição de empresário realizada nos subtópicos anteriores, que adotou o amparo legal para a abordagem, bem como realizou o exame dos sujeitos excluídos desta definição pelo Código Civil, o presente trabalho também já apresentou as razões que levaram o legislador a afastar a incidência da falência em face de alguns tipos de empresários e sociedades empresárias, ainda que cumprissem todos os requisitos para tanto.

Logo, feita esta abordagem sobre os sujeitos da falência em si, este subtópico busca complementar o tema, com a análise e definição do conceito de empresa.

Sobre o conteúdo, Nusdeo a classifica como “unidade produtora cuja tarefa é combinar fatores de produção com o fim de oferecer ao mercado bens ou serviços, não importa qual o estágio de produção”<sup>27</sup>. Na mesma linha, Marcelo Féres leciona que, a empresa é a atividade economicamente organizada com a finalidade de produzir bens e serviços<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> BRASIL. Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime da Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp109.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm). Acesso em: 22 fev. 2020

<sup>27</sup> NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: introdução ao direito econômico. 9ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 285

<sup>28</sup> FÉRES, Marcelo Andrade/ coordenador Frederico Viana Rodrigues. Direito de Empresa no Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004





À primeira vista, pode até parecer inadequado utilizar um doutrinador de direito econômico para conceituar empresa, mas o próprio Rubens Requião reconhece como válida a ideia dos economistas:

Em vão os juristas têm procurado construir um conceito jurídico próprio para tal organização. Sente-se em suas lições certo constrangimento, uma verdadeira frustração por não lhes haver sido possível compor uma síntese jurídica para empresa, tendo o comercialista de se valer da ideia formulada pelos economistas<sup>29</sup>.

Nota-se, portanto, que não há conceito claro e objetivo de empresa, e como o citado Requião preferiu explicar, a empresa é uma abstração, pois esta não deve ser entendida como algo material ou palpável, mas sim como o exercício de uma atividade por parte do empresário<sup>30</sup>.

A relevância desta conceituação, e de distinguir a empresa e o empresário, reside no fato da Lei 11.101/2005 dispor que a recuperação judicial, extrajudicial e a falência, ora objeto deste trabalho, se aplicam ao empresário e à sociedade empresária. Portanto, é essencial compreender em face de quem a falência deve ser requerida, e oportunamente decretada, bem como até onde se estendem os seus efeitos.

### **3 PROCESSO DE FALÊNCIA – PRINCÍPIOS E HIPÓTESES LEGAIS**

Diante do panorama apresentado sobre a atividade empresarial, no qual analisou-se requisitos básicos à atividade empresarial, os sujeitos que incorrem em tal atividade, bem como os que ficaram dela afastados, o capítulo anterior buscou em outros ramos do direito a definição de empresa, visto que não há definição uníssona do tema.

---

<sup>29</sup> REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76

<sup>30</sup> Ibidem, p. 85



Neste capítulo, portanto, pretende-se adentrar ao tema específico da falência, para melhor proporcionar familiaridade com o instituto, e, em seguida, apresentar as possibilidades de aplicar o Princípio da Preservação da Empresa ao instituto em referência.

### **3.1 As Possibilidades Legais Para o Requerimento de Falência**

Popularmente, a expressão “falência” é associada à mera ausência de capital de alguma pessoa física ou jurídica. Para o senso comum, o principal ato de falência seria o fato de determinada pessoa ter o passivo maior que o ativo, isto é, dever mais do que pode pagar. Entretanto, possível destacar, de pronto, que este não é um ato de falência.

Primeiramente, como mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, somente o empresário e a sociedade empresária podem falir. Ademais, a falência depende da declaração judicial mediante o cumprimento de uma das hipóteses do art. 94, da Lei 11.101/2005.

Conforme dispõe o artigo supramencionado, a falência pode ser decretada em desfavor do devedor que (i) sem relevante razão, não paga dívida lastreada em título executivo devidamente protestado que ultrapasse o valor de 40 (quarenta) salários-mínimos; (ii) executado por quantia líquida, não paga, deposita ou nomeia bens à penhora; (iii) pratica determinados atos descritos na legislação como ensejadores do estado de falência.

#### *3.1.1 O Sistema da Impontualidade*

A primeira hipótese de falência apresentada no art. 94, da Lei 11.101/2005, ocorre quando o devedor, sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento,



obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência.

O dispositivo legal menciona a necessidade de o crédito estar consubstanciado em título executivo, podendo ser tanto título judicial quanto extrajudicial. Para melhor identificação dos títulos extrajudiciais, vide o rol do art. 784 do CPC<sup>31</sup>. Além disso, o título deve cumprir os requisitos do art. 783 do mesmo diploma legal<sup>32</sup>, a saber: fundar-se em obrigação certa, líquida e exigível.

A certeza da obrigação, como primeiro requisito, demonstra a necessidade de que esteja, indubitavelmente, estampado no título quem são as partes, isto é, credor e devedor e a natureza da prestação. Marinoni e Sérgio Arenhart bem resumem ao dizerem que, a certeza “refere-se à existência da prestação que se quer ver realizada”<sup>33</sup>. A liquidez do título se refere à necessidade de que haja expressa demonstração da quantia exata da obrigação. Já a exigibilidade se refere ao poder do credor de impor o cumprimento daquela obrigação em razão de já atingido o prazo do vencimento.

Além da exigibilidade e liquidez serem requisitos do título executivo, o art. 94, inciso I, da Lei Falimentar reforçou esses requisitos em seu dispositivo. Além disso, o artigo trouxe também a necessidade de que o título esteja devidamente protestado. Se for mais de um título, o protesto tem que ser feito, no mínimo, até atingir qualquer quantia que ultrapasse 40 salários-mínimos. A relevância do protesto se justifica em razão deste demonstrar a impontualidade do pagamento,

---

<sup>31</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em 01 mar. 2020

<sup>32</sup> Ibidem

<sup>33</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil v.3. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 120



constituir o devedor em mora, demonstrar que o credor diligenciou para cobrar o crédito e tornar público o título<sup>34</sup>.

Sobre a necessidade de que a quantia mínima da dívida ultrapasse 40 salários-mínimos, Fazzio Júnior ressalta que esta foi uma forma encontrada para obstar o pedido de falência baseado em créditos de pequenos valores, prestigiando o princípio da preservação da empresa<sup>35</sup>.

### *3.1.2 O Sistema da Execução Frustrada*

Com previsão no inciso II, do art. 94, da Lei 11.101/05, a falência poderá ser requerida quando o sujeito executado por quantia líquida, deixa de pagar, depositar ou nomear bens à penhora dentro do prazo legal.

O sistema da execução frustrada ocorre quando há determinado processo de execução em curso e este acaba sendo infrutífero, isto é, improdutivo em razão da inércia do devedor em alguma das 03 ações previstas no inciso (pagar, depositar ou nomear). Nota-se que, nesta modalidade, não há como requisito o valor mínimo do título, podendo ser qualquer quantia. Desnecessária também a realização de protesto.

Leciona Mamede que, “o pedido de falência que tenha por base a frustração de ação executória, em oposição àquele fundado em mero inadimplemento, será instruído apenas com o título e a certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução”<sup>36</sup>.

### *3.1.3 O Sistema dos Atos Enumerados em Lei*

---

<sup>34</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Lei de falência e recuperação de empresas. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 205

<sup>35</sup> Ibidem, p. 197

<sup>36</sup> MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro, v. 4: falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2006, p. 220.



Ainda sobre o art. 94, da Lei 11.101/05, mas agora referente ao inciso III, o dispositivo apresenta rol taxativo de práticas que, se exercidas pelo empresário ou sociedade empresária, pode ensejar a falência. Isso porque, são atos que causam grande perda patrimonial e passíveis de impactar diretamente na garantia dos credores.

A seguir, o rol conhecido como “atos de falência”:

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

(...)

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

- a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;
- b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;
- c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;
- d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;
- e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;
- f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;
- g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.



Apresentado esse panorama geral sobre as modalidades de ingresso do pedido de falência, para proporcionar melhor elucidação sobre o instituto, passa-se agora à exposição de alguns dos princípios jurídicos aplicáveis ao instituto falimentar.

### **3.2 Dos Princípios Aplicáveis à Falência**

Em que pese o objeto deste trabalho consistir em analisar um princípio específico, qual seja o Princípio da Preservação da Empresa, é essencial abordar alguns outros, como o Princípio da *Par Conditio Creditorum*, do Juízo Universal, da Maximização de Ativos, da Publicidade Dos Atos e Procedimentos, entre outros aplicáveis à falência, para que assim se amplie a visão de estudo sobre o instituto.

Além disso, ao analisar o procedimento de falência considerando outros princípios que são tão relevantes quanto o da Preservação da Empresa, será possível compreender os objetivos e diretrizes que o legislador buscava para formar o ideal instituto falimentar.

#### *3.2.1 Princípio da Par Conditio Creditorum*

Mais conhecido pelo seu nome de origem latina, mas que pode ser traduzido como “princípio da paridade entre os credores”, expressa que, entre os credores não existe causa de preferência entre os que se encontram em situações iguais. Isto significa que, os credores que estão na mesma classificação do quadro de credores, buscando a satisfação do crédito em face de um mesmo devedor, terão tratamento igualitário.

O princípio em referência guarda direta pertinência com o princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Neste sentido ensina Tarcísio Teixeira:



Essa isonomia abarca os credores da mesma classe, ou seja, é um tratamento igualitário entre os credores, mantendo as diferenças quanto às respectivas classes de créditos, como será visto adiante. Uma vez classificados os créditos, primeiro pagam-se os credores da primeira classe, de acordo com os créditos de cada credor pertencente a esta classe. O pagamento será total ou parcial, dependendo dos recursos obtidos durante o processo. Depois de os credores da primeira classe terem sido pagos, se houver saldo, serão pagos os credores da segunda classe, total ou parcialmente, e assim por diante. Quando o pagamento for parcial, deverá respeitar a proporcionalidade, conforme o valor do crédito dentro de sua classe.<sup>37</sup>

Fábio Ulhoa complementa de forma muito clara ao explicar que, no processo de execução, via de regra, o procedimento é feito de forma individual, e quanto mais diligente for o exequente, maior sucesso este pode alcançar para reaver o crédito em litígio. Todavia, se diante da falência, presume-se que o devedor não dispunha de patrimônio suficiente para quitar a integralidade dos débitos perante todos os credores. Assim, se a mesma regra da execução individual fosse aplicada, incorrer-se-ia em injustiça, pois não permitiria aos credores da mesma categoria oportunidades iguais<sup>38</sup>.

Isso porque aquele credor mais diligente teria recebido, possivelmente, a integralidade do seu débito, sem permitir ao credor da mesma categoria receber ao menos parte do que lhe era devido, tendo em vista o esgotamento do patrimônio.

O princípio se mostra tão relevante na prática que, a própria fazenda pública deve respeitar a ordem do quadro geral de credores, listada no art. 83, da Lei 11.101/05. Não é possível, portanto, que esta se utilize dos meios mais benéficos que possui para alcançar a satisfação do seu crédito perante a falida, prejudicando os demais credores.

---

<sup>37</sup> TEIXEIRA, Tarcísio. Direito empresarial sistematizado – doutrina, jurisprudência e prática. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 450

<sup>38</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. 18ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 307.



### 3.2.2 Princípio do Juízo Universal

Observando, primeiramente, o disposto no art. 5º, inciso XXXVII, da Constituição Federal, a norma definidora das competências judiciais deve ser previamente estabelecida, considerando que não haverá juízo de exceção. Sobre isso, o art. 3º da Lei 11.101/05 definiu que será competente para tais demandas o foro da sede do principal estabelecimento do devedor.

O ponto relevante para o princípio em epígrafe é que, definido o juízo para dirimir as questões sobre os bens e interesses daquele devedor, este juízo será também competente para conhecer todas as demais ações que possam impactar sobre os bens daquele mesmo devedor. Neste sentido é a redação do art. 76 da Lei Falimentar:

Art. 76 – O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre os bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsórcio ativo<sup>39</sup>.

Essa reunião de processos em um único juízo, excetuando-se as exceções legais, se justifica para concentrar a totalidade da estrutura falimentar em uma única direção, isto é, sob o mesmo juízo. Além disso, considerando que os princípios jurídicos estão interligados, é possível verificar que este princípio é um instrumento que viabiliza o cumprimento do princípio mencionado no subtópico anterior, qual seja o princípio da *par condicio creditorum*.

Como visto, o processo de falência pode ser comparado a uma espécie de “execução coletiva”, pois normalmente há pluralidade de credores, das mais diversas classes, buscando a satisfação do respectivo crédito. É evidente que cada credor

<sup>39</sup> BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fev. de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm). Acesso em: 03 mar. 2020





deseja alcançar a totalidade do valor que lhe é devido, mas em observância ao aludido princípio, deve haver equidade na relação.

Ora, certamente não haveria isonomia se cada credor buscasse a satisfação do crédito perante um juízo diferente. Havendo a universalidade do juízo, é possível que o magistrado coordene e organize melhor as questões referentes à disposição do bem do devedor.

O Superior Tribunal de Justiça busca prestigiar o juízo universal em razão do maior conhecimento em relação à capacidade e limitações da empresa falida. No caso do RESP nº 914.712, após a convalidação da recuperação judicial em falência, o então Ministro Relator Luiz Fux decidiu que o resultado da alienação dos bens anteriormente penhorados deveria ser repassado ao juízo universal falimentar para que este fizesse as devidas apurações devido ao seu maior contato com os bens. Abaixo, um trecho do *decisum* que bem demonstra isso:

A falência superveniente do devedor não tem o condão de paralisar o processo de execução fiscal, nem de desconstituir a penhora realizada anteriormente à quebra. Outrossim, o produto da alienação judicial dos bens penhorados deve ser repassado ao juízo universal da falência para apuração das preferências.<sup>40</sup>

Neste mesmo sentido, ensina Requião:

Evita-se, na verdade, com a unidade e consequente indivisibilidade do juízo falimentar, a dispersão das ações e reclamações e medida que, conjuntamente, formam o procedimento falimentar, submetido ao critério uniforme do julgamento do Magistrado que superintende a falência e que preside a solução dos interesses em conflito com ela ou nela

---

<sup>40</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1. Turma). Recurso Especial. REsp 914712/PR. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrente: Indústria de Madeiras Claudino LTDA – Massa Falida. Recorrido: Os mesmos. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 1º de outubro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=RESP+914712&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 9 mar 2020



relacionados. (...). Pela natureza coletiva do processo de falência e pelo princípio da *par condicio creditorum* todos os credores que ocorrem ao processo de falência devem ser tratados com igualdade em relação aos demais credores da mesma categoria. Somente a unidade e a universalidade do juízo poderiam assegurar a realização dessas regras.

Diante de tal explicação, pode-se afirmar que o juízo universal visa preservar a satisfação do maior número de credores possível, ao proporcionar segurança jurídica aos envolvidos.

### 3.2.3 Princípio da Maximização de Ativos

Conforme os dois princípios anteriores já deixaram explícito, o trabalho falimentar consiste em liquidar os bens do devedor de modo com que seja possível satisfazer o crédito do maior número de credores, ou até a integralidade deles. A maximização dos ativos baseia-se, portanto, em criar mecanismos que proporcionem o alcance do maior valor possível oriundo da realização do ativo do devedor.

A própria Lei 11.101/05 trouxe formas de alienação do ativo de modo a valorizar os bens do devedor. *In verbis*:

Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência:

I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco;

II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente;

III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor;

IV – alienação dos bens individualmente considerados. [...] <sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fev. de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm). Acesso em: 03 mar. 2020



Nota-se que a preferência legal é que ocorra alienação empresarial da forma mais completa possível, como a venda do estabelecimento por um todo. Diante da impossibilidade, que seja vendida em filiais. Se ainda assim não for possível, parte-se para a alienação individualizada. O objetivo disso é impedir a deterioração de parte do negócio, sendo preferível a venda do todo como um só.

Além disso, ao alienar a integralidade da empresa falida, estar-se-á prestigiando o princípio da preservação da empresa, pois será possível ampliar as oportunidades desta se recuperar e manter as atividades em produção.

Outro ponto da Lei 11.101/05 que prestigia o princípio em referência é o seu artigo 75, pois dispõe que, ao afastar o devedor das atividades empresariais, o faz para preservar e otimizar os recursos produtivos da empresa. Acertada a previsão do legislador, tendo em vista que, se o devedor já levou a empresa à bancarrota uma vez, não seria nada razoável permitir que este continuasse nas atividades de gerência.

Por fim, perceptível, ainda, a preocupação do legislador ao instituir o art. 113, da Lei 11.101/05. O referido artigo dispõe que é possível vender os bens perecíveis, deterioráveis ou sujeitos a desvalorização, de forma antecipada. Tal previsão legal é essencial para maximizar os ativos do devedor, pois se considerar, por exemplo, uma indústria de laticínios, não seria viável aguardar todo o trâmite burocrático do processo da falência para, então, somente depois, vender os produtos.

Assim, possível perceber a relevância da maximização dos ativos do devedor para melhor resguardar o árduo trabalho de assegurar o crédito de terceiros, além de, em certa medida, proporcionar a preservação da empresa, ao passo que se esta for alienada integralmente, poderá manter-se no mercado.

### *3.2.4 Princípio da Publicidade dos Atos e Procedimentos*



Presente no art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88<sup>42</sup>, bem como disposto no artigo 11<sup>43</sup> do Código de Processo Civil de 2015, o Princípio da Publicidade é de suma importância para o processo judicial como um todo, e não é diferente nos casos falimentares.

O Princípio em comento se refere à publicidade de todos os atos processuais, disponibilizando-os para acessos e consultas não somente das partes, mas também para qualquer outro interessado. Como leciona Fazzio Júnior, a publicidade está aliada à transparência, o que é salutar nos casos de insolvência. A relevância se fundamenta na necessidade existente de que os procedimentos sejam previsíveis e claros, como a estipulação de prazos para diligências, habilitação de credores e possibilitar a ciência do andamento processual a eventuais credores<sup>44</sup>.

O aludido Autor ainda menciona a importância de que a publicidade seja realizada não só pelo judiciário, mas também pelos demais agentes que integram o processo de falência, como o administrador judicial, o Ministério Público, o próprio devedor e os credores. Isto porque, considerando o objetivo de resolver a questão para o maior número de credores possível, a chance de proporcionar maior publicidade fica ainda maior com a disponibilização e a ampla divulgação dos atos já praticados e dos atos futuros.

### **3.3 Do Princípio da Preservação da Empresa e a Sua Aplicabilidade Nos Processos de Falência**

O tema central desta tarefa é analisar a aplicabilidade de determinado princípio em um instituto jurídico específico, qual seja a falência. Para tanto, se faz

---

<sup>42</sup> Art. 5º, LIV, da Constituição Federal – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem

<sup>43</sup> Art. 11, *caput*, do CPC – Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade

<sup>44</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Lei de falência e recuperação de empresas. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 18



mister, ainda que de forma resumida, traçar algumas teorias e assim definir um entendimento para melhor elucidar este exame.

A disposição estrutural da Lei 11.101/2005 ficou da seguinte forma: o capítulo I aborda as disposições preliminares, que consistem nos artigos 1º ao 4º. O capítulo II, que abrange o art. 5º até o 46, cuida das disposições comuns aos dois institutos, isto é, dispositivos que se aplicam tanto para a recuperação quanto para a falência. O capítulo III começa a especificar os institutos, pois o art. 47 até o 72 cuida especificamente da recuperação judicial, ao passo que o capítulo IV da convocação da recuperação judicial em falência. O capítulo V, que vai do art. 75 até o art. 160 cuida da falência em si. O último capítulo, o VI, regula a recuperação extrajudicial.

Nota-se, portanto, que neste trabalho aborda-se questões acerca do tema falimentar, o que remete, na maioria das vezes, aos capítulos II e V. Todavia, o tema central deste trabalho é o Princípio da Preservação da Empresa, que tem previsão expressa no art. 47 da Lei, o que conduzirá a análise ao capítulo específico da recuperação judicial.

Diante da inserção do Princípio da Preservação da Empresa no capítulo que cuida tão somente da recuperação judicial, poder-se-ia, em uma análise precipitada, questionar se tal normal principiológica realmente se aplica aos demais casos, como à falência e à recuperação extrajudicial. Assim, para que não restem dúvidas, imperioso demonstrar que o referido princípio, positivado no art. 47 da Lei 11.101/2005, ainda que disposto no capítulo da recuperação judicial, pode ser estendido e aplicar-se também à falência, assim como às outras situações cotidianas do mundo empresarial.

Cumpré observar, primeiramente, que antes de sua positivação, tal regramento já existia como um princípio no ordenamento jurídico, isto é, um princípio não positivado. Ainda que este trabalho não tenha o objetivo de analisar a



hermenêutica dos princípios e levar o seu significado para um debate filosófico, é plenamente pertinente apresentar um breve conceito sobre a norma principiológica, mesmo com a maioria dos doutrinadores propondo variadas conceituações que não se harmonizam. O próprio Lenio Streck, em sua obra sobre hermenêutica jurídica, disse que “os princípios não têm conceito definido”<sup>45</sup>.

Ainda que não haja “conceito definido” para princípio, é interessante adotar a ideia formulada por Celso Antonio Bandeira de Mello, que assim os define:

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico<sup>46</sup>.

Bem explica o administrativista ao dizer que os princípios servem para proporcionar a melhor compreensão à norma. Se os princípios servem para a melhor compreensão e integração do direito, certo é que não precisam estar positivados em texto legal, apesar de muitas vezes estarem. Fato é que, pelo simples fato de serem princípios, fica superada a legalidade estrita.

Por isso, ainda que não houvesse a positivação do princípio em qualquer texto legal, este continuaria sendo válido e aplicável, pois é corolário dos fundamentos da ordem econômica e financeira, bem como dos princípios gerais da atividade econômica. Assim, leciona Paulo de Barros Carvalho:

Os princípios aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão dos setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação de um dado feixe de normas. [...] Algumas vezes constam de preceito

---

<sup>45</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. P. 108

<sup>46</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. P. 476



expresso, logrando o legislador constitucional enuncia-los com clareza e determinação. Noutras, porém, ficam subjacentes à dicção do produto legislado, suscitando um esforço de feito indutivo para percebê-los e isolá-los<sup>47</sup>.

Ocorre que, esta explanação sobre a não positivação do Princípio da Preservação da Empresa em qualquer diploma legal, e ainda assim ser possível que este vija no ordenamento, é apenas uma hipótese. No atual sistema jurídico brasileiro, é plenamente cabível traçar a sua base originária na Constituição Federal de 1988, isto antes mesmo da positivação na Lei 11.101/2005.

Conforme leciona Alexandre de Moraes, a Constituição da República Federativa do Brasil é classificada, em relação à finalidade, como dirigente. Isto significa que a CRFB/88 não somente assegura aquelas garantias já existentes, mas também prevê diretrizes para uma atuação ulterior, que devem ser observadas, em especial, pelo legislador. São as normas programáticas que devem orientar as ações governamentais futuras<sup>48</sup>.

Com isso, o legislador deve se pautar pelas normas constitucionais programáticas, para que as normas infraconstitucionais guardem referibilidade com aquilo que o constituinte havia idealizado. Assim, sobre o tema que aqui mais interessa, o constituinte originário inseriu no texto constitucional o Título VII, que trata sobre a “ordem econômica e financeira”. Dentro deste, o Capítulo I, que dispõe, especificamente, sobre os “princípios gerais da atividade econômica”, onde se inclui a função social da propriedade.

Ao analisar de forma sistêmica a função social da propriedade, decorrente da ordem econômica e financeira constitucional, chega-se à da função social da empresa, e dela decorre o princípio da preservação da empresa. Por isso, já que a

---

<sup>47</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 148

<sup>48</sup> MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 23ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008



preservação da empresa é decorrente de uma cadeia que se origina na função social da propriedade, necessário partir desta até chegar naquela.

Ao falar de função social da propriedade é essencial definir o que é a “função”. Eros Grau o fez com as seguintes palavras: “as funções são os poderes que se exercem não por interesse próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo”<sup>49</sup>. Logo, função é aquilo que atende a uma finalidade precípua, não só de interesse daquele titular, mas de terceiros, ou melhor, da sociedade.

Nesta mesma trilha, ensina Fábio Comparato:

Função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. A consideração dos objetivos legais é, portanto, decisiva nessa matéria, como legitimação do poder. A ilicitude, aí, não advém apenas das irregularidades formais, mas também do desvio de finalidade, caracterizando autêntica disfunção.

(...) Algumas vezes, interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nestas, precisamente, que se deve falar em função social ou coletiva.<sup>50</sup>

Partindo deste pressuposto, a função social da propriedade está disposta na Constituição Federal tanto no artigo 5º, no rol dos direitos fundamentais, quanto no art. 170, este em referência à atividade econômica. Ao examinar a função social da propriedade, conseqüentemente, se faz necessário ater ainda mais à “propriedade”, pois é desta que se extrai a ideia de empresa como um dos fatores que proporciona a ordem econômica.

---

<sup>49</sup> GRAU, Eros Roberto. Elementos do direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 119

<sup>50</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A Reforma da Empresa. Revista Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, nova série, a. 22, abr./jun. 1983, p. 61





Em referência ao primeiro tópico deste trabalho, ao tratar sobre a distinção entre empresa e empresário, falou-se que o empresário é aquele que exerce profissionalmente a atividade empresa. Ocorre que, a empresa é propriedade, logo deve ser exercida de modo a cumprir a função social prevista. Por isso que, as empresas, ao serem consideradas como grandes fontes de empregos, de tributos e distribuidoras de renda, estão diretamente atendendo ao interesse de terceiros, isto é, cumprindo a função social da propriedade e especificamente a função social da empresa.

Enxergando que a empresa atende a uma função social, por proporcionar inúmeros benefícios que extrapolam a esfera econômica, inclusive, em muitos casos, atuam em grandes serviços de assistência social, foi consolidando-se o entendimento de que a preservação desta seria fundamental para o desenvolvimento socioeconômico, daí surgiu o Princípio da Preservação da Empresa.

Por ser decorrente de uma função social constitucional, conforme demonstrado acima, o Princípio da Preservação da Empresa é aplicado cotidianamente nas relações negociais. A previsão expressa do princípio no capítulo legal que cuida especificamente da recuperação judicial se deu pelo fato de que, neste instituto, a preservação da empresa é o objeto fim de todos os esforços dispensados.

Ora, todos os demais institutos possuem outras finalidades principais além da preservação da empresa, mas este não é o caso da recuperação judicial. Por isso, não teria outro capítulo mais adequado para que o princípio em questão fosse inserido dentro da legislação pátria.

Ainda que seja abordado em capítulo próximo casos concretos de processos de falência que tiveram como *ratio decidendi* o princípio da preservação da empresa, apenas para ilustrar este assunto que ora está em destaque, cabe observar esta breve ementa do STJ, que deixa claro que não se deve buscar somente a satisfação do



crédito nos processos de falência, mas sim a observância mediante uma visão macro, o que, *in casu* deu ensejo à aplicação do princípio da preservação da empresa.

Ementa: COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE FALÊNCIA. DECRETO-LEI Nº 7.661/45. VALOR ÍNFINITO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. INDEFERIMENTO.

**O Superior Tribunal de Justiça rechaça o pedido de falência como substitutivo de ação de cobrança de quantia ínfima, devendo-se prestigiar a continuidade das atividades comerciais, uma vez não caracterizada situação de insolvência, diante do princípio da preservação da empresa.**

Recurso especial conhecido, mas desprovido”.

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 920140 MT 2007/0016802-7 (STJ) Data

de publicação: 22/02/2011<sup>51</sup> (grifo meu).

Nota-se que, o Superior Tribunal de Justiça deixa claro a possibilidade da aplicação do princípio da preservação da empresa ao julgar um pedido de falência, justificando a aplicação do princípio em razão viabilidade da manutenção das atividades comerciais.

Deve-se levar em consideração, portanto, que o Princípio da Preservação da Empresa, expresso no art. 47 da Lei de Falência e Recuperação Judicial, tem o objetivo de viabilizar o soerguimento do devedor na recuperação judicial, mas que, conforme demonstrado, também se aplica à falência<sup>52</sup>, pois assim mantém essa fonte produtora de diversas riquezas que é a empresa.

Segundo Nones:

---

<sup>51</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 920140/MT. Quarta Turma. Recorrente: FICAP S.A. Recorrido: Instaladora Elétrica LTDA. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, 08 de fevereiro de 2011. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=13215776&num\\_registro=200700168027&data=20110222&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=13215776&num_registro=200700168027&data=20110222&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em 05 jun 2019

<sup>52</sup> GUERRA, Luiz. Falências & Recuperações Judiciais de Empresas – Crise Econômico-Financeira. V 2, Brasília, GUERRA Editora, 2011. P.37



Do ponto de vista conceitual, o princípio da preservação da empresa é um princípio geral de direito de aplicação prática que tem por escopo preservar as organizações econômicas produtivas, diante de um prejuízo econômico e social que a extinção de uma empresa pode acarretar aos empresários, sociedades empresárias, trabalhadores, fornecedores, consumidores e à Sociedade Civil. Trata-se, portanto, de um princípio jurídico geral a ser aplicado pelo Poder Judiciário aos casos concretos para garantir a continuidade da empresa por sua relevância socioeconômica<sup>53</sup>.

Nota-se que, a aplicação do referido Princípio se faz para assegurar a continuidade da empresa em razão da sua relevância socioeconômica como um todo, e não para beneficiar o empresário ou algum sócio da empresa. Muito pelo contrário. A benesse proporcionada a este é mera consequência, podendo, inclusive, não ocorrer, pois a unidade econômica que o mercado se interessa, em especial, é pela empresa, e não pelo seu gestor, tendo em vista a predominância do social.

Em termos francos, o objetivo da norma é manter no mercado econômico a empresa em razão dos seus diversos valores, no afã de proporcionar giro ao ciclo da produtividade, gerar empregos e fontes tributáveis ao fisco. Ao atingir esta percepção e notar a magnitude do Princípio, ainda que exista divergência jurisprudencial, é possível perceber que os tribunais vêm aceitando e ampliando a sua efetivação cada vez mais.

#### **4 DA APLICAÇÃO JUDICIAL DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

Neste capítulo, pretende-se analisar alguns julgados, de variados tribunais, dos quais o Princípio da Preservação da Empresa foi utilizado como fundamento do *decisum*. Logo pela leitura do título dos subtópicos que compõe este terceiro capítulo,

---

<sup>53</sup> NONES, Nelson. Sobre o Princípio da Preservação da Empresa. Revista Jurídica FURB. Blumenau, v.2, n. 23, p. 114-130, jan.jun/2008



é possível perceber que o aludido Princípio é aplicado em, no mínimo, 03 situações distintas, oportunidade na qual apresenta-se cada uma delas.

Em que pese alguns julgados já terem sido mencionados anteriormente neste trabalho monográfico, pode-se considerar que foi feito de forma *en passant*, servindo tão somente para exemplificar o que estava sendo explanado. Tendo em conta que, os dois capítulos anteriores cumpriram a missão de demonstrar diversos aspectos da teoria empresarial, especialmente o ramo do direito falimentar, neste capítulo a análise se detém tão somente aos precedentes, demonstrando que as teorias outrora apresentadas são sim aplicadas cotidianamente pelo poder judiciário.

Ademais, poder-se-ia suscitar a dúvida se todos os casos apresentados já transitaram em julgado ou se ainda há alguns desses processos em curso. Em que pese a maioria deles já terem sim transitado em julgado, tal informação é irrelevante, tendo em vista que o objetivo desta análise é demonstrar a forma com que a sua aplicação foi realizada, isto é, a o que levou o judiciário, em dado momento, a utilizar o Princípio da Preservação da Empresa nos autos do processo de falência.

#### **4.1 Da Aplicação do Princípio da Preservação da Empresa em Razão da Existência de Outros Meios de Satisfação do Crédito**

O primeiro aspecto que a jurisprudência se baseia para aplicar o Princípio da Preservação da Empresa ocorre quando o autor do pedido de falência faz uso de tal instituto como forma de coagir o devedor a satisfazer o crédito de forma mais célere, já que, se não houver o pagamento, ocorrerá a quebra empresarial.

Percebendo que os credores utilizam a falência de forma inapropriada, os próprios magistrados de primeira instância vêm reconhecendo a ausência do real interesse processual na demanda falimentar e, conseqüentemente, extinguindo o feito sem resolução de mérito. O caso abaixo que ilustram bem tal situação:



Cuida-se de Ação de Falência, proposta por POSTO TIRADENTES em desfavor de TERCON BSB - TERRAPLANAGEM E CONSTRUÇÃO LTDA.

Pretende a requerente a cobrança de débito que fora executado em ação de cumprimento de sentença cível com a decretação de falência da requerida.

A requerente noticia que há uma execução provisória em trâmite e pelo apenso verifica-se que o processo está suspenso por 180 (cento e oitenta dias) desde a data de 26/04/2012 com pedido feito pela própria requerente.

**Diante disso, a via eleita mostra-se inadequada por falta de possibilidade jurídica do pedido e falta de interesse de agir, tendo em conta que a requerente já possui mecanismos para compelir a requerida a cumprir a obrigação.**

Ante o exposto, indefiro a inicial com fundamento no art. 267, inciso I, c/c o art. 271 e o art. 295, inciso III, e seu parágrafo único, inciso III, todos do Código de Processo Civil. (Grifos à parte)<sup>54</sup>.

Nota-se que, o credor possuía outros meios para a cobrança do crédito que lhe era devido, inclusive meios mais apropriados, porém optou por fazê-lo por meio do pedido de falência. Insatisfeito com a sentença aludida, o autor interpôs recurso de apelação, alegando que a ação estava instruída com todos os documentos necessários e que o interesse de agir consistia nos injustificados inadimplementos do devedor para com os credores.

Entretanto, ao julgar o caso, o colegiado, à unanimidade, entendeu correto manter a sentença de primeira instância, pois o autor do pedido estaria desvirtuando o instituto falimentar com vistas à satisfação do crédito.

---

<sup>54</sup> DISTRITO FEDERAL. (14ª Vara Cível de Brasília). Pedido de Falência. Proc. N. 2012.01.1.093241-  
Requerente: POSTO TIRADENTES. Requerido: TERCON BSB  
TERRAPLANAGEM E CONSTRUÇÃO LTDA. Brasília, 22 de junho  
de 2012. Disponível em: <http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=4 &CDNUPROC=20120110932418>. Acesso em: 18 mar 2019



PROCESSO CIVIL E DIREITO COMERCIAL. PEDIDO DE FALÊNCIA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. PROPÓSITO DE COBRANÇA DE DÍVIDA. EXECUÇÃO EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA FALÊNCIA COMO SUSCEDÂNEO DE AÇÃO DE COBRANÇA.

1. Não é cabível utilizar-se do processo falimentar, especificamente do pedido de quebra, como substitutivo de ação de cobrança. Precedentes.
2. Em razão dos graves efeitos decorrentes da decretação de quebra da empresa, seu requerimento merece rigoroso exame, de modo a coibir seu uso como instrumento de coação para satisfação de créditos.
3. Apelo não provido.<sup>55</sup>

Nota-se que o autor havia preenchido os requisitos legais para ingressar com o pedido de falência em face do crédito que não fora satisfeito pelo devedor, porém o juízo sentenciante, bem como o tribunal *ad quem*, entenderam que a literalidade legal deveria ser afastada em prol da aplicação do Princípio.

De igual modo, no caso do processo nº 0730825-73.2017.8.07.0015, a parte autora havia sido vencedora em processo de conhecimento, e, logo em seguida, ingressou com cumprimento de sentença referente ao valor julgado procedente pelo magistrado. No curso do processo de cumprimento de sentença, o executado não pagou, depositou ou nomeou bens à penhora dentro do prazo legal.

Diante disso, a parte credora se utilizou do sistema da execução frustrada e ingressou com o pedido de falência. Ao receber o processo, a magistrada proferiu decisão interlocutória no sentido de que a autora não havia demonstrado a execução

---

<sup>55</sup> DISTRITO FEDERAL. (1 Turma Cível). Apelação. Proc. n. 20120110932418. Apelante: POSTO TIRADENTES. Apelado: TERCON BRASÍLIA TERRAPLANAGEM E CONTRUÇÃO LTDA. Relator(a): Des. Flávio Rostirola. Brasília, 05 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?NXTPGM=plhtml02&TitCabec=2%AA+Inst%E2ncia+%3E+Consulta+Processual&SELEC A O=1&CHAVE=20120110932418&COMMAND=ok&ORIGEM=INTER>. Acesso em: 18 mar 2019



forçada em face da ré, e por isso oportunizou a emenda da inicial. *In verbis*, o teor do *decisum*:

Diante dos documentos juntados pela autora, sobretudo o de ID 11682632, observo que, após a fase de pagamento voluntário do débito, houve pedido de expedição de certidão para fins falimentares, sem, contudo, ter havido qualquer ato de execução forçada em desfavor da parte ré, o que imprescindível para a configuração da execução frustrada apta a ensejar o pedido de falência.

Assim, faculta emenda à petição inicial para demonstrar que, deflagrado o cumprimento de sentença, a parte ré efetivamente incorreu na tríplice omissão prevista no art. 94, inciso II, da Lei 11.101/05.

Saliento, ainda, que o pedido de falência, que poderá acarretar a execução concursal de credores, não pode ser utilizado como sucedâneo de ação de cobrança ou de cumprimento de sentença, sob pena de desvirtuamento do instituto<sup>56</sup>.

Em resposta à decisão acima colacionada, a autora do pedido de falência peticionou no sentido de que não constitui requisito legal esgotar as diligências para localizar bens passíveis de constrição, mas que bastava demonstrar a ausência de indicação pela parte contrária.

Assim, logo em seguida sobreveio sentença extinguindo o feito sem resolução de mérito, pois a magistrada decidiu que a não demonstração de diligências forçando a execução dá ensejo à carência do interesse de agir. Em sentença, a magistrada deixou claro que a falência era medida excepcional em razão do princípio da preservação da empresa, o que impede de adotá-la como sucedâneo da ação de cobrança. Alguns trechos ilustram bem o entendimento do juízo sentenciante:

---

<sup>56</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Processo de Falência. Processo nº 0730825-73.2017.8.07.0015. Vara de Falências, Recuperações Judiciais, Insolvência Civil e Litígios Empresariais do DF. Claudia Cristina X INOVARE CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA- ME. Decisão proferida em 06 de dezembro de 2017. Disponível no DJe.



Entendo, entretanto, que a caracterização da situação de insolvabilidade da parte ré é indispensável para o ajuizamento do pleito de falência, sob pena de se desvirtuar o instituto legal.

O pedido de falência não pode se tornar sucedâneo de ação de cobrança, de modo que, para que possa se utilizar do instrumento legal do pedido de falência, deve a parte credora demonstrar que esgotou a via executiva, tendo realizado todos os atos constitutivos a seu alcance, na busca da satisfazer seu crédito, esse é o sentido do termo "execução frustrada".

(...)

Ora, a falência é medida excepcional e, em atenção ao Princípio da Preservação da Empresa, como tal

deve ser tratada, mantendo-se a atividade produtiva e os postos de trabalho em benefício de toda a coletividade.

Assim, não tendo a parte autora demonstrado a existência de uma execução frustrada, é carente de interesse de agir, por inadequação da via eleita, quanto ao pleito de falência, motivo pelo qual seu pedido deve ser extinto.

**Ante o exposto, declaro o feito extinto sem resolução de mérito nos termos do art. 485, inc. VI, do CPC.**

(...)<sup>57</sup>

Nota-se que, logo no primeiro grau de jurisdição, na primeira manifestação do juízo, este oportunizou a emenda da exordial para demonstrar se havia cumprido outros meios alternativos de constrição de bens. A parte autora, se apegando à literalidade da lei, entendeu que não estava obrigada a cumprir tais diligências, pois assim não dispunha o disposto no art. 94, inciso II, da Lei 11.101/05.

Em sentença, a magistrada manteve o entendimento de que seria sim necessário buscar outros meios de cobrança antes de ingressar com o pedido falimentar, tendo em vista tratar-se de medida drástica. Para tanto, fundamento a decisão no Princípio da Preservação da Empresa.

---

<sup>57</sup> Ibidem. Sentença proferida em 15 de dezembro de 2017, disponível no DJe





Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação, sob o fundamento de que a execução frustrada não deve se basear em uma ação do credor, isto é, o credor não estaria obrigado a demonstrar que buscou bens do devedor. No seu entendimento, bastava a conduta omissiva da parte devedora no sentido de não cumprir o art. 94, II, da Lei de Falência.

Ao julgar o recurso, por unanimidade de votos, a 8ª Turma do TJDFT decidiu por conhecer e não dar provimento à apelação, mantendo-se integralmente a sentença recorrida. Os desembargadores basearam a decisão na mesma trilha da sentença, fundamentando que a falência consiste em medida excepcional, considerando que a via judicial cabível seria a execução, não se admitindo a falência como instrumento de coação.

ACÇÃO DE FALÊNCIA. ART. 94, II DA LEI Nº 11.101/2005. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. FRUSTRAÇÃO. TRIPLA OMISSÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. MEDIDA EXCEPCIONAL. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

1. É incabível a decretação da falência de empresa com fundamento no cumprimento de sentença frustrado (Art. 94, II da Lei nº 11.101/2005) na hipótese em que não ficou claramente demonstrada sua inequívoca intimação para o pagamento da dívida, o que, por consequência, impede a caracterização do requisito da tripla omissão: ausência de pagamento, de depósito e de nomeação de bens suficientes à penhora dentro do prazo legal.

2. A decretação de falência é medida excepcional, em atenção ao princípio da preservação da empresa.

3. Recurso conhecido e desprovido.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. (8ª Turma Cível). Recurso de Apelação. APC 0730825-73.2017.8.07.0015. Apelante: Claudia Cristina. Apelada: INOVARE CONSTRUTORA E INCORPORADORA EIRELI – ME. Relator: Des. Diaulas Costa Ribeiro. Brasília, 10 de maio de 2018. Disponível em <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 18 março 2020



Na tentativa de levar o caso ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, a autora ainda interpôs Recurso Especial, porém restou inadmitido pelo presidente do TJDFT ao realizar o juízo de admissibilidade. Sem mais recursos, o acórdão colacionado transitou em julgado.

Conforme ementas abaixo, é possível verificar que outras turmas do TJDFT já haviam decidido neste mesmo sentido de que é exigível demonstrar o cumprimento da tríplice omissão do devedor, o que é feito como forma de dar cumprimento ao Princípio da Preservação da Empresa.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE FALÊNCIA. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL EM CURSO. LITISPENDÊNCIA. PRESSUPOSTO DO ARTIGO 94, II, DA LEI 11.101/05. EMENDA NÃO ATENDIDA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. EXTINÇÃO DO FEITO. ARTIGOS 295, VI, E 267, I, DO CPC/73. SENTENÇA MANTIDA.

1. No caso dos autos, o requerente pretende a decretação de falência da requerida com base na tríplice omissão verificada nos autos da execução nº 2012.01.1.013283-5 perante a 21ª Vara Cível do DF. **Ocorre que não restaram atendidas as reiteradas exigências do magistrado sentenciante para a apreciação do pedido de falência, baseado no inciso II do artigo 94 da Lei nº 11.101/05, que disciplina a recuperação judicial e falência da sociedade empresária.**

**2. Quando o feito de execução da quantia cobrada ainda se encontra em trâmite e eventual penhora de bens naqueles autos demonstra possibilidade de recebimento do crédito, não caracterizada a tríplice omissão exigida pelo inciso II do artigo 94 da Lei de Falências.**

3. A desídia do autor em emendar a inicial a contento, ocasiona o indeferimento da peça inaugural e a conseqüente extinção do feito, com base nos artigos 295, VI, e 267, I, do Código de Processo Civil/73.



4. Recurso de apelação conhecido e não provido. Sentença mantida. (Grifamos)<sup>59</sup>.

PROCESSO CIVIL. COMERCIAL. FALÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. PRELIMINAR. NULIDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. REJEIÇÃO. CARÊNCIA DE AÇÃO. RECONHECIDA. SENTENÇA .MANTIDA.

II - A sentença que, embora sucinta, declina as razões pelas quais se reconhece a ilegitimidade ativa do requerente, cumpre a determinação dos artigos 93, IX, da Constituição Federal, e 165 e 458, II, do Código de Processo Civil.

II - Para a decretação da falência, deve o interessado demonstrar o estado de insolvência jurídica, caracterizado por meio da impontualidade injustificada, da execução frustrada ou da prática de ato de falência.

III - Não tendo sido frustrada a execução, não se processa o pedido de falência formulado com base no art. 94, II, da Lei 11.101/05.

IV - Negou-se provimento ao recurso. CONHECIDO. DESPROVIDO. UNÂNIME.<sup>60</sup>

E assim também já decidiu o TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - FALÊNCIA LASTREADA EM EXECUÇÃO FRUSTRADA - INSOLVÊNCIA NÃO COMPROVADA - PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA - CRÉDITOS A RECEBER AINDA PENDENTES DE PENHORA - CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO - POSSIBILIDADE - PEDIDO DE QUEBRA

<sup>59</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. (5ª Turma Cível). Recurso de Apelação. APC 0002266-84.2016.8.07.0015. Apelante: SICOOBEMPRESARIAL. Apelado: Orion Serviços e Eventos LTDA. Relator: Des. Silva Lemos. Brasília, 14 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjegi1?NXTPGM=plhtml02&ORIGEM=INTER&SELECAO=1&CHAVE=20160110123067APC>. Acesso em: 18 março 2020

<sup>60</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. (6ª Turma Cível). Recurso de Apelação. APC 2012011190749-0. Apelante: Heroyno Jose Coelho Pita. Apelado: Ferreira Santos Arquitetura e Engenharia LTDA. Relator: José Divino de Oliveira. Brasília, 27 de fevereiro de 2013. Disponível em <https://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjegi1?NXTPGM=plhtml02&ORIGEM=INTER&SELECAO=1&CHAVE=20120111907490APC>. Acesso em: 18 março 2020



RECHAÇADO - GRATUIDADE DA JUSTIÇA -  
BENEFÍCIO CASSADO

**1. A decretação de quebra de uma sociedade empresária somente se legitima quando constatada sua insolvência, a qual decorrerá de um concurso de credores.**

2. A inexistência de concurso de credores, e a prova de que a sociedade empresária possui considerável montante a receber do cliente do autor da ação afasta a situação de insolvência da pessoa jurídica, descaracterizando, ainda, a hipótese de execução frustrada.

3. A declaração de pobreza colacionada pelo requerente nos autos alicerça a presunção juris tantum, prevista em lei, a seu favor.

4. No entanto, a presunção de miserabilidade jurídica, porquanto relativa, pode ser elidida quando verificada nos autos prova de que o beneficiário da justiça gratuita possui condições de arcar com as despesas processuais sem prejuízo de seu sustento, o que ocorreu na espécie.

5. Recurso a que se nega provimento. (Grifei).<sup>61</sup>

Nesta mesma trilha, de que não é possível se utilizar da ação de falência com o mero propósito de coagir o devedor ao pagamento da obrigação, o STJ também já decidiu que esta não é a via adequada.

COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE FALÊNCIA. ACÓRDÃO ESTADUAL QUE IDENTIFICOU SIMPLES PROPÓSITO DE COBRANÇA. MATÉRIA DE FATO.REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ.

**I. Descabido o pedido de falência quando o mesmo se reveste do simples propósito de cobrança de dívida, como**

---

<sup>61</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. (5ª Câmara Cível). Recurso de Apelação. APC 0001487-87.2005.8.13.0132. Partes: não informado. Relatora: Des. Áurea Brasil. Belo Horizonte, 28 de novembro de 2012. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?palavras=A+decreta%E7%E3o+de+quebra+de+uma+sociedade+empres%EIria+somente+se+legitima+quando+constatada+sua+insolv%EAnCIA%2C&totalLinhas=1&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar>. Acesso em: 21 março 2020



**substitutivo da via executiva, e, ainda, quando revelado pelo aresto estadual a intransigência da credora no recebimento do diminuto crédito pela via do acordo.**

II. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 7/STJ).

III. Recurso especial não conhecido. (Grifamos)<sup>62</sup>.

Em vista dos casos apresentados, é possível identificar que o judiciário aplicou expressamente o Princípio da Preservação da Empresa para justificar o indeferimento falimentar, ainda que houvesse o cumprimento dos pressupostos objetivos previstos na Lei 11.101/05, considerando tratar-se de medida drástica que gera grandes consequências para todos os envolvidos. Não há uma tentativa de negar a todo custo a falência empresarial, mas sim de esforçar-se em outras medidas e deixar esta como residual.

## **4.2 Da Aplicação do Princípio da Preservação da Empresa Com Fundamento na Viabilidade da Empresa Requerida**

O outro aspecto que também tem feito a jurisprudência aplicar o Princípio da Preservação da Empresa, consiste em considerar que determinada empresa possui viabilidade para se manter no mercado socioeconômico, com fulcro na função social da empresa prevista na Carta Magna<sup>63</sup>.

Conforme leciona Tomazette, a “[...] empresa representa a maior parte das atividades que fazem parte da economia moderna e delimita o âmbito de atuação do

---

<sup>62</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4 Turma). Recurso Especial. REsp 606485/RS. Recorrente: Ferramentas Gerais Comércio e Importação S.A. Recorrido: José Antonio de Ramas – Microempresa Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 16 de novembro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200302049121&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em: 18 março 2020.

<sup>63</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 21 set 2018.



direito empresarial”<sup>64</sup>. Ora, sendo a empresa uma instituição tão essencial, deve esta receber incentivos por parte do Estado para que se mantenha de portas abertas. Por intermédio do judiciário, a fomentação do Estado consiste em fazer valer a conservação da empresa viável.

Nesta mesma trilha, pela função social da empresa, é possível vislumbrar que esta tem o dever de pautar as suas atividades cobrindo interesses e necessidades do coletivo, considerando que, como corolário da função social, está a busca do pleno emprego<sup>65</sup>.

A geração de empregos é a maior fonte geradora de tributos em favor do Estado, além de que, em muitos casos, são as empresas que se tornam responsáveis por fomentar os direitos sociais previstos no art. 6º, da Constituição Federal, dada a precariedade de prestação dos serviços por parte dos órgãos públicos.

Sustentando tal entendimento, Maria Helena Diniz ensina que “A empresa, portanto, é o núcleo convergente de vários interesses, que realçam sua importância econômico-social [...]”<sup>66</sup>, devendo, assim, receber esforços mútuos em favor da sua continuidade.

O fato de a falência, muitas vezes, levar a empresa ao seu encerramento, torna imperioso adotar como norte, ao aplicar a Lei 11.101/2005, o capítulo da Ordem Econômica previsto na Constituição Federal<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, v. 3. Falência e Recuperação de Empresas. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2017

<sup>65</sup> BRASIL, op. cit, Título VIII, Capítulo I.

<sup>66</sup> DINIZ, Maria Helena. A Importância da Função Social da Empresa. Revista Jurídica, São Paulo, v.2, n. 51, p. 387-412, 2018. Disponível em: <http://eds.a.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=1&sid=343eb848-4d30-44bf-a0df-4d53a0690a70%40sessionmgr4006&bdata=Jmxhbm9cHQtYnImc2l0ZT1lZHMtbGl2ZQ%3d%3d#AN=131274029&db=foh>. Acesso em: 06 set 2018

<sup>67</sup> MIRANDA, Maria Bernadete. Nova Lei de Falências: (Comparativos e Comentários). 1 ed. São Paulo: Rideel, 2005



Entretanto, são também diversos os pedidos de falência que realmente estão bem amparados e que a continuidade daquela empresa no mercado coloca em risco tanto a saúde dos seus credores, quanto de toda a economia.

Nesses casos, poder-se-ia até questionar se seria a hipótese de inobservância da fomentação da ordem econômica, mas analisando com acuidade, percebe-se que algumas empresas já não atendem ao interesse social, e realmente merecem o encerramento para que não prejudiquem outras, conforme as palavras de Fábio Ulhoa<sup>68</sup>:

Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos

– materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser relocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza [...] as *más* empresas devem falir para que as *boas* não se prejudiquem.

Essas tais “más empresas”, citadas por Fábio Ulhoa, não possuem espaço na economia, pois o seu funcionamento no mercado é capaz de gerar mais prejuízos do que benefícios.

Caso o Estado reunisse esforços para salvar uma empresa com esse diagnóstico, o efeito nocivo às demais empresas seria agigantado, considerando que estas, as que aqui receberão o nome de “boas empresas”, poderiam não conseguir meios de concorrer com as empresas que estavam na iminência de falir, tendo em vista o suposto incentivo estatal. Neste mesmo sentido, é o que leciona Daniel Carnio Costa:

Empresas inviáveis devem falir e isso não é ruim. Ao contrário do que muitos poderiam pensar, a falência é instrumento de saneamento da economia, retirando do mercado empresas

---

<sup>68</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Empresarial, v. 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



inviáveis e abrindo a possibilidade para que outras empresas possam ocupar o espaço deixado pelas falidas, produzindo os benefícios econômicos e sociais delas esperados.

A decretação da quebra de uma empresa inviável retira do mercado um agente defeituoso, que ocupava injustificadamente o espaço que poderia ser ocupado por outra empresa capaz de produzir bons produtos, prestar bons serviços, gerar um maior número de empregos (com mais qualidade) e recolher tributos em volume mais expressivo.<sup>69</sup>

Assim, visto que deve haver união de esforços com o fim de conservar a empresa, com exceção dos casos em que a atividade se mostra inviável e prejudicial à ordem econômica, passa-se a análise de alguns casos nos quais o judiciário aplicou o Princípio da Preservação da Empresa, em face da letra fria da lei, por considerar a viabilidade empresarial.

Como temos visto, a ideia da preservação da empresa se faz presente em diversos dispositivos, por exemplo, quando o art. 94, I, da Lei 11.101/2005 prevê que o valor mínimo para o pedido de falência em face de obrigação cível que não fora cumprida deve ser equivalente a pelo menos 40 salários mínimos. Ao instituir este valor como mínimo, qual pode-se dizer que é uma quantia de grande monta, indiretamente o legislado aplicou a ideia de preservação da empresa.

Para viabilizar a aplicabilidade do aludido dispositivo em sua integralidade, o STJ aplicou esta regra ao caso do REsp nº 1.023.172/SP, ainda que o ajuizamento do pedido de falência tenha ocorrido antes da vigência da referida Lei, isto é, sob a regulação do hoje revogado Decreto-Lei nº 7.661/1945<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> COSTA, Daniel. Insolvência em foco. A importância social e econômica da falência. Migalhas, 09 de jan. de 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/272081/a-importancia-social-e-economica-da-falencia>. Acesso em: 03 de jan. 2020

<sup>70</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 7.661 de 21 de junho de 1945. Lei de Falência. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del7661.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm) Acesso em 09 jun. 2019.





*In casu*, a empresa credora ingressou com pedido de falência em face da empresa devedora, na data de 03 de agosto de 2001. Ao julgar a lide ainda na primeira instância, o magistrado já aplicou o teor do disposto no art. 94, inciso I, para afastar o interesse de agir, uma vez que o valor da dívida era de R\$ 6.244,20 (seis mil duzentos e quarenta e quatro reais e vinte centavos), o que ia de encontro ao disposto na nova lei.

(...)

O estado de falência é presumido pela prática de determinados atos ou não de pagamento de obrigação líquida constante de título executivo. Tal estado é de fato, tornando-se estado de direito apenas após a sentença de falência.

Evidente que o pedido de falência no presente caso representa abuso de direito, merecendo ser rechaçado, posto que a dívida que a fundamenta é pequena, dentro dos costumes mercantis, incapaz de destruir a solvabilidade de uma empresa. Para receber seu crédito deve o autor valer-se de via executiva, alhures citada, a que não se presta o rito falimentar. Podendo-se ainda observar o disposto do artigo 620 do Código de Processo Civil de que quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

Por outro lado, também é de ser observado que a ação se arrasta há mais de quatro; desde o ajuizamento da ação a requerida não se acha em atividade; inexistem bens em nome dela/ré e o valor pleiteado é inferior ao previsto na nova legislação que regula a matéria.

Por conseguinte, o indeferimento da inicial mostra-se oportuno, pois além de por fim a uma via-crúcis sem solução, o credor, através de ações próprias, teria sua pretensão almejada.

Por ausência do legítimo interesse processual, INDEFIRO A PETIÇÃO INICIAL, JULGANDO EXTINTO O PROCESSO, na forma do art. 267, inciso I e IV, do Código de processo



Cível e artigo 295, inciso III, do mesmo Codex, sem julgamento de mérito.<sup>71</sup>

Em segunda instância, ao julgar a apelação interposta pelo credor, o tribunal de justiça manteve a decisão recorrida.

(...)

Inegável que o artigo 192, “caput”, da Lei nº 11.101/2005, estabelece que: “*Esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-lei nº 7.661/45*”, sendo este o motivo da ressalva do artigo 200 da Lei de Recuperações e Falências.

No entanto, apesar dessa norma de direito intertemporal, não se pode ignorar que o ordenamento jurídico atual, revelando a preocupação social com a manutenção das empresas em dificuldades e ante as consequências que, via de regra, decorrem da quebra, prejudicando mais o credor que o próprio empresário, impôs um piso para o montante das obrigações, evitando que sejam formulados pedidos de falência com base em obrigações de pequeno valor.

Tal preocupação não justifica a nítida separação estabelecida pela nova lei, admitindo a quebra por inadimplemento de obrigações insignificantes para os pedidos formulados até 8 de junho de 2005, e negando-a aos pleitos apresentados posteriormente. Afinal, se a preocupação atual é a de procurar recuperar empresas em dificuldades, ofende o bom senso admitir a quebra naqueles casos em que, apesar de requeridos anteriormente à vigência da nova lei, os processos de falência ainda não tenham sido apreciados.

A orientação que a nova Lei de Falências adota deve servir de norma interpretativa do art. 1º do Decreto-lei nº 7.661/45, afastando-se a falência quando o inadimplemento envolve obrigação de valor pequeno, pois nem este teria sido o objetivo do legislador ao admitir a presunção de estar falido o

---

<sup>71</sup> BRASIL. Segunda Vara Cível da Comarca de Assis, TJSP. A requerida não foi encontrada para o ato citatório, razão pela qual foi intimada via edital e lhe foi nomeada Curador Especial, o que apresentou defesa. Para os autos vieram informações da inexistência de bens em nome da ré. É o relato essencial. Sentença proferida nos autos do Processo nº 1.533/01. Calçados Racket LTDA e Contato Confecções Tarumã LTDA. 04 de novembro de 2005. Registro no livro próprio nº 137, às fls. 02-07, sob nº 1628/05, em 07 de novembro de 2005



comerciante pelo não pagamento de obrigação líquida, constante de título executivo.

Correta, portanto, a sentença que indeferiu o pedido de falência por falta de interesse de agir, alvitando o manejo do processo de execução que de forma mais simples e célere atende à pretensão da credora, sem as consequências drásticas e graves decorrentes da falência, observando-se o princípio da preservação da empresa.

(...)

Assim, com base no art. 557, “caput”, do CPC, nego seguimento ao recurso de apelação, manifestamente improcedente.<sup>72</sup>

Alegando que deveria incidir a lei vigente à época do ajuizamento, com fulcro no art. 192 da Lei 11.101/2005<sup>73</sup>, o credor interpôs o mencionado Recurso Especial nº 1.023.172/SP. Para o credor, caso aplicada a legislação vigente à época do ajuizamento, não haveria valor mínimo para a falência baseada da impontualidade, ao revés do que ocorre com a lei atual.

Ao julgar o RESP, o relator do processo no Superior Tribunal de Justiça, Min. Luis Felipe Salomão, entendeu que o caso não deveria ser analisado meramente sob a óptica do direito intertemporal, mas que deveria considerar também a vontade do constituinte originário. Por isso, ao proferir o seu voto, o Relator considerou o art. 170, inciso II<sup>74</sup>, e o *caput* do art. 174<sup>75</sup>, ambos da Constituição Federal. O primeiro

---

<sup>72</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Seção de Direito Privado. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais. Decisão em separado. Recurso de Apelação. Ação nº 10836/2001. Calçados Racket LTDA e Contato Confecções Tarumã LTDA. Relator Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças. 10 de maio de 2007. Diário Oficial do TJSP, 19 de maio de 2007

<sup>73</sup> Art. 192 da Lei 11.101/2005: Esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945

<sup>74</sup> Art. 170, II, da Constituição Federal de 1988: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II - propriedade privada;

<sup>75</sup> Art. 174 da Constituição Federal de 1988: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado



traz a já apresentada função social da propriedade e o segundo o dever do Estado de incentivar tanto o setor público, quanto o privado que exerce atividade econômica.

Assim, aplicou o princípio para demonstrar a razoabilidade que se encontra ao afastar a quebra empresarial em detrimento de um valor que, comparado com as consequências causadas, pode ser tido como ínfimo. Abaixo, um trecho do voto:

Dessarte, tendo-se como orientação constitucional a preservação da empresa, refoge à noção de razoabilidade a possibilidade de valores insignificantes provocarem a sua quebra, razão pela qual a preservação da unidade produtiva deve prevalecer em detrimento da satisfação de uma dívida que nem mesmo ostenta valor compatível com a repercussão sócio-econômica da decretação da falência.

Nessa ordem de idéias, não atende ao correto princípio de política judiciária a decretação da quebra de sociedade comercial, lançando sobre ela e seus empregados a pecha da falência, em razão de débitos de valores pequenos, com as drásticas consequências sociais que seriam fatalmente irradiadas dessa situação e que se afiguram sobremaneira nocivas e desproporcionais em relação ao montante do crédito em discussão<sup>76</sup>

Acompanhado pelos demais ministros da Quarta Turma, o acórdão foi assim ementado<sup>77</sup>:

EMENTA. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE FALÊNCIA AJUIZADA SOB A ÉGIDE DO DECRETO-LEI 7.661/1945. IMPONTUALIDADE. DÉBITO DE VALOR ÍNFIMO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

1. O princípio da preservação da empresa cumpre preceito da norma maior, refletindo, por conseguinte, a vontade do poder

---

<sup>76</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4ª Turma). Recurso Especial. REsp nº 1.023.172/SP. Recorrente: Calçados Racket LTDA. Recorrido: Contato Confeções Taruma LTDA ME. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 19 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200800120140&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em: 10 de jun 2019.

<sup>77</sup> Ibidem.



constituente originário, de modo que refoge à noção de razoabilidade a possibilidade de valores inexpressivos provocarem a quebra da sociedade comercial, em detrimento da satisfação de dívida que não ostenta valor compatível com a repercussão sócio-econômica da decretação da quebra.

2. A decretação da falência, ainda que o pedido tenha sido formulado sob a sistemática do Decreto-Lei 7.661/45, deve observar o valor mínimo exigido pelo art. 94 da Lei 11.101/2005, privilegiando-se o princípio da preservação da empresa. Precedentes.

3. Recurso especial não provido.

Nota-se, portanto, que o princípio da preservação da empresa se faz valer desde a elaboração da lei pelo poder legislativo, sendo fruto da vontade do legislador, que indiretamente o inseriu na Constituição Federal por meio da função social da propriedade privada. Outro ponto que merece destaque sobre os autos em estudo é a análise cuidadosa pelo judiciário para com o caso concreto, analisando não somente a literalidade dos dispositivos legais, mas sim a forma sistêmica do ordenamento jurídico.

Diferentemente do caso ora relatado, no Agravo de Instrumento nº 601.295.4/1-00<sup>78</sup>, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo analisou o pedido da hoje extinta Viação Aérea VASP, sob a óptica do Princípio da Preservação da Empresa, mas ainda assim identificou que a referida empresa não possuía viabilidade para se manter no mercado.

No caso, ocorreu o decurso do prazo bienal da supervisão judicial sem que houvesse o integral cumprimento das obrigações contidas no plano. Diante disso,

---

<sup>78</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (Câmara Especial de falências e Recuperações Judiciais). Agravo de Instrumento. AI nº 601.295.44/1-00. Agravante: Viação Aérea São Paulo S.A – VASP. Agravado: Massa Falida de Viação Aérea São Paulo S.A – VASP. Relator: Des. Pereira Caldas. São Paulo, 05 de maio de 2009. Cópia integral disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1299981&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 21 março 2020



houve decisão de convação da recuperação judicial em falência, e a empresa se insurgiu contra o *decisum* com fundamento no Princípio da Preservação da Empresa. Os desembargadores, entretanto, debateram e decidiram que o r. Princípio não poderia ser utilizado indistintamente. Se a empresa VASP não conseguiu cumprir o plano de recuperação no prazo previsto, esta não detinha a viabilidade de se manter em funcionamento no mercado.

Com os casos apresentados, fica possível perceber o que já havia sido apresentado com base doutrinária, isto é, quando a empresa se mostrar realmente viável, é possível aplicar o Princípio da Preservação da Empresa para proporcionar a sua manutenção. Todavia, o princípio não deve ser aplicado como forma de manter toda e qualquer empresa no mercado, devendo ser aplicado tão somente quando a empresa apresentar indícios de manter a execução das atividades em pleno funcionamento.

### **4.3 O Sistema da Impontualidade e a Aplicação do Princípio da Preservação da Empresa**

Além dos dois casos específicos dos quais foi possível perceber a aplicabilidade do Princípio, a ideia de preservação da empresa também foi prestigiada pelo poder legislativo quando este instituiu que a falência baseada na impontualidade deveria ter todos os títulos protestados, seja o título extrajudicial ou judicial, conforme art. 94, §3º, da Lei 11.101/2005<sup>79</sup>.

Existem diversos meios que proporcionam a demonstração da inadimplência, mas ao optar pela via do protesto, o legislador propôs maior solenidade ao ato em razão dos efeitos que a decretação da falência enseja. Além disso, como

---

<sup>79</sup> BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fev. de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm). Acesso em: 21 set. 2018



decorrência do protesto do título executivo, tem-se a intimação do devedor feita pelo próprio cartório. Neste ponto, Tomazette é muito claro ao vislumbrar que “se o devedor empresário mesmo intimado por um cartório não paga a obrigação, isso denota que ele não tem condições de honrá-la, fazendo presumir sua insolvência”<sup>80</sup>, por isso a importância do protesto do título.

Ao julgar o REsp nº 1.124.763/PR, o STJ destacou a possibilidade da falência baseada na impontualidade mediante títulos executivos diversos, desde que a soma dos que foram protestados atingisse a quantia de 40 salários-mínimos. *In casu*, o recorrente até apresentou títulos que somados eram superiores a este valor, porém só realizou o protesto de um deles, sendo que este título, individualmente, não atingia o disposto no art. 94, §3º da Lei 11.101/2005. Diante disso, o recurso foi desprovido por deixar de cumprir um dos requisitos. *In verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.  
PEDIDO DE FALÊNCIA. PROTESTO DE TÍTULOS.  
VALOR MÍNIMO DE 40 SALÁRIOS MÍNIMOS.

1. Para decretação da falência, é imperioso que todos os títulos executivos não pagos sejam protestados ou, pelo menos, caso o protesto se refira a apenas alguns desse títulos, que perfaçam o valor de 40 (quarenta) salários mínimos, conforme expressa disposição legal.
2. No caso em exame, o protesto realizado pelo ora agravante foi de apenas um dos títulos executivos, sem que fosse alcançado o valor estipulado em lei.
3. Agravo regimental não provido.

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti e Paulo de

---

<sup>80</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas, V.3, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, P. 403



Tarso Sanseverino (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.<sup>81</sup>

Entende-se que a própria necessidade de protesto já é uma forma de preservação da empresa, tendo em vista que irá proporcionar maior segurança também ao devedor, considerando que o título passará pelo crivo do cartório. Além disso, o mero ato de protestar já pode ser considerado uma etapa antecessora da falência como meio de coagir o devedor ao pagamento.

Isso porque o protesto impede a expedição de certidão negativa de débitos, que é necessária para buscar o crédito perante instituições financeiras e demais operações de compra e venda. Além disso, obsta também a contratação perante o Estado, gera a inscrição nos bancos de devedores como SPC e SERASA, etc. Por fim, o cartório irá notificar o devedor para que seja oportunizado o pagamento. Se este não o fizer na primeira oportunidade, tenta-se a intimação por edital. Tudo isso são oportunidades de pagamento voluntário antes do procedimento falimentar, o que, frisa-se, viabiliza a preservação da empresa.

Diante dos casos práticos apresentados neste capítulo, foi possível demonstrar as variadas hipóteses de aplicação do princípio da preservação da empresa como fundamento decisório em questões falimentares. O objetivo disso foi demonstrar que todo o conteúdo teórico sobre o tema é útil e plenamente utilizado no cotidiano jurídico. Todavia, em que pese a matéria ser adotada pelos tribunais, o próximo capítulo tem o intuito de apresentar medidas alternativas para a cobrança do crédito, bem como sugerir ao judiciário solução aos impasses identificados quando da análise dos casos práticos.

---

<sup>81</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma). Agravo Regimental em Recurso Especial. AgRg no REsp nº 1.124.763/PR. Agravante: Hécio Kronberg. Agravado: Hotel Doral Apucarana LTDA. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 11 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1.124.763&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 11 jun 2019





## **5 MEIOS DE SATISFAÇÃO DO CRÉDITO ALTERNATIVOS À FALÊNCIA**

Pelo que fora explanado até aqui, em conjunto com o que é possível extrair dos julgados apresentados, não restam dúvidas de que a falência é medida residual, que somente deve ser adotada quando as demais modalidades de cobrança do crédito se mostrarem ineficazes, tendo em vista as drásticas consequências geradas com a decretação de quebra.

Diante disso, neste capítulo pretende-se apresentar algumas outras modalidades de buscar a satisfação do crédito antes de ingressar com o pedido de falência. Ademais, considerando que o foco do trabalho é especificamente o princípio da preservação da empresa, aponta-se alguns dispositivos legais dos quais fica evidente a vontade do legislador de preservá-la, ainda que ocorra a quebra empresarial.

Por fim, considerando que o credor tem o poder de receber o que é seu por direito, que no caso em questão é o crédito, e ao mesmo tempo existe toda essa questão da função social da empresa que já foi exaustivamente apresentada, faz-se uma sugestão de medida ao judiciário, para quando estiver diante deste impasse.

### **5.1 A Utilização Implícita do Princípio da Preservação da Empresa Pelo Legislador**

Em que pese a existência de conflito aparente de normas ou até mesmo de antinomia em determinado ordenamento jurídico, o objetivo maior é que as normas guardem pertinência entre si. Observando o disposto constitucional sobre a função social da empresa, da qual decorre o princípio da preservação da empresa, o legislador seguiu tais diretrizes em diversas outras normas infraconstitucionais.



No tópico 3.3 deste trabalho, já foi mencionada a previsão legal do art. 94, I, da Lei 11.101/2005, que impõe como requisito a necessidade de protesto do título executivo até a quantia de 40 (quarenta) salários-mínimos. Tal requisito proporciona maior segurança tanto ao credor, que terá o auxílio do cartório para a satisfação da dívida, quanto para o devedor, que saberá que aquela cobrança passou pelo crivo do cartório.

Além disso, ao estipular como requisito o valor mínimo de 40 salários-mínimos, o legislador tenta afastar o pedido de falência baseado em toda e qualquer dívida de pequeno valor, excluindo-as, desde o ajuizamento. Cabe dizer que, tal previsão não afasta somente a cobrança de pequenos valores, mas busca ponderar uma quantia que seja razoável para não gerar a extinção de dada empresa quando existente outra opção viável.

Outro ponto que merece destaque é o previsto no art. 130, parágrafo único<sup>82</sup> e o art. 133, §1º, I<sup>83</sup>, ambos do Código Tributário Nacional<sup>84</sup>.

Conforme a regra do *caput*, do art. 130, do CTN, os tributos relativos à determinada coisa, ainda que haja transmissão da propriedade desta, serão transferidos à pessoa do adquirente. É o que se chama de obrigação *propter rem*, isto

---

<sup>82</sup> Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxa de prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.

<sup>83</sup> Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato: (...)

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial: I – Em processo de falência; (...)

<sup>84</sup> BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm). Acesso em: 22 mar. 2020



é, que se transmite automaticamente em razão da transferência da coisa. Entretanto, o parágrafo único deste dispositivo inova ao possibilitar exceção. A exceção consiste em sub-rogar o tributo, que até então seria transmitido ao adquirente, no preço pago pela coisa, desde que a aquisição ocorrer por meio de hasta-pública.

Com isso, torna-se viável àquele que pretende adquirir a coisa não ser surpreendido com eventuais tributos após a aquisição. Ou melhor, ainda que este tenha ciência dos tributos sobre a coisa, antes de realizar a aquisição, torna-se praticável a compra, pois poderia ocorrer de os valores de tributos serem superiores ao valor do bem.

Neste mesmo sentido, o art. 133, § 1º, I, do CTN, também trouxe exceção à regra principal. Em regra, quando ocorre a transferência de estabelecimento comercial, e o adquirente continua a exploração mediante a mesma razão social, este passa a responder pelos tributos que eram devidos antes mesmo da aquisição. A exceção consiste em não aplicar a sucessão tributária quando a alienação for judicial em processo de falência.

Mais uma vez a exceção legal é uma forma que o legislador encontrou de viabilizar a aplicação do princípio da preservação da empresa. Ora, se não houvesse essa exceção, o adquirente do estabelecimento já iniciaria os negócios com um passivo financeiro enorme, que por vezes o impediria de executar os projetos. Já com a exceção, ocorre certo incentivo para que o adquirente continue a explorar as atividades antes exercidas pela falida, e assim, literalmente, preservar a empresa e toda a função social que esta é capaz de gerar.

Mas é claro que, já conhecendo as possíveis artimanhas que poderiam ser adotadas pelo falido ou por aqueles que estão próximos dele, o legislador inseriu o § 2º, que prevê a não aplicação do parágrafo anterior quando o adquirente for sócio da



falida, parente, consanguíneo ou afim do devedor ou algum outro agente com o objetivo de fraudar a sucessão tributária.

Outro ponto que também demonstra a preocupação do legislador em implementar o princípio da preservação da empresa ocorre com o disposto no art. 84 da Lei 11.101/05, que inovou com a figura do credor extraconcursal. O credor extraconcursal é aquele que prestou serviço à massa falida, e não ao devedor. Isto é, que manteve relação jurídica após a decretação da quebra.

Isto se torna possível em razão do que dispõe o art. 99, XI, da Lei Falimentar, que permite ao juiz não declarar a lacração imediata do estabelecimento, mas que, quando possível, possibilite a continuação provisória das atividades do falido, agora sob a gestão do administrador judicial.

Se a empresa demonstra ter viabilidade, desde que não seja sob a gestão do falido, é sim possível que esta continue a atividade no mercado. Para tanto, será necessário continuar se relacionando com fornecedores e prestadores de serviços. Tendo em vista que estes últimos já ingressariam no negócio com certo risco, a figura do credor extraconcursal serve justamente para estimular terceiros a continuarem contratando com a empresa falida, e assim possibilitar que a atividade alavanque. A recompensa para este terceiro consiste em pagá-lo com precedência, isto é, antes mesmo de obedecida a ordem do art. 83.

Com essa sintética explanação, é possível verificar que, o princípio da preservação da empresa, de origem constitucional, não está presente apenas de forma explícita no art. 47 da Lei 11.101/05, mas também implicitamente em outras leis e em outros dispositivos legais, tamanha é sua importância para mercado.

## **5.2 Meios Alternativos de Satisfação o Crédito**



Percorrido todo esse caminho explanatório, possível perceber que o intuito do credor, ao ingressar com o pedido de falência, não é obter o fechamento dos estabelecimentos e cessar o funcionamento da empresa devedora. Isso é mera consequência, e como visto, nem sempre ocorrerá. O objetivo do credor, ao ingressar com o processo de falência, é liquidar o patrimônio do devedor para que o resultado do montante sirva para sanar o crédito que é seu por direito.

Por se tratar de medida drástica, o instituto falimentar deve ser utilizado como última alternativa de recebimento do crédito. Diante disso, deve-se prestigiar algumas outras formas de satisfação do crédito, tanto judiciais quanto extrajudiciais, que poderiam ser adotadas pelo credor antes de optar pela via falimentar.

A primeira forma de cobrança do crédito que pode ser citada, por considerá-la mais simples até pelo fato ser extrajudicial, seria a contratação de empresa especializada em cobrança. Independente da aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor<sup>85</sup> aos possíveis casos, o art. 42<sup>86</sup> deste Diploma Legal serve de norte para que, na cobrança de qualquer débito, o inadimplente não seja exposto ao ridículo, sofra qualquer constrangimento ou ameaça.

Considerando o alto número de empresas especializadas em cobrança de créditos no mercado, e que estas detêm experiência em cobranças, é possível que o credor contrate uma dessas empresas para que esta passe a negociar diretamente com o devedor. A vantagem desta modalidade de cobrança consiste na faculdade de as partes negociarem amplamente, como, por exemplo, permitir parcelamento, exclusão de multa, redução de juros, entre outros.

---

<sup>85</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm). Acesso em: 27 mar. 2020

<sup>86</sup> Art. 42 - Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto ao ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça



Outra forma extrajudicial de cobrança do crédito é a inscrição do devedor nos diversos bancos de proteção ao crédito, que armazenam informações sobre adimplência e inadimplência de determinadas pessoas, que pode gerar o conhecido “nome sujo na praça”.

Esses tipos de bancos de dados possuem o intuito de proporcionar informações sobre determinada pessoa ser boa ou má pagadora, por exemplo, no momento de tentar um financiamento ou qualquer outra linha de crédito. Isso já é uma medida para coagir o devedor ao pagamento da dívida, visto que, se houver o pagamento, o nome será excluído deste banco de dados negativo.

Casos essas alternativas extrajudiciais não sejam suficientes, pode-se ainda judicializar a cobrança mediante basicamente 03 procedimentos distintos, a saber (i) ação de execução; (ii) ação monitória e (iii) ação de cobrança.

A ação de execução tem os requisitos elencados no art. 783 e seguintes do Código de Processo Civil, e se fundamenta basicamente em um título executivo, que consiste em documento no qual já revela de pronto o direito reclamado, isto por considerar que a dívida ali consubstanciada é líquida, certa e exigível. Cada um desses pontos já foi explicado, na sessão em que se abordou sobre o sistema da execução frustrada. O diferencial do processo autônomo de execução se fundamenta no título já ser documento suficiente para demonstrar o direito, o que dispensa a fase de conhecimento.

Neste momento, é importante o credor saber que, se o crédito está consubstanciado em título executivo, é possível adotar o rito do processo de execução em seu favor. Neste rito, após a apresentação da exordial, o juiz irá citar o executado para realizar o pagamento em três dias. Logo, este é um procedimento que viabiliza o recebimento do crédito de forma mais célere se comparado aos outros meios, considerando que, aqui a regra é que não haverá a defesa mediante toda e qualquer



alegação, mas será oportunizada apenas uma impugnação bem específica ao executado.

Todavia, caso o crédito esteja consubstanciado em título que não seja considerado executivo, isto é, que não está no rol do art. 784, do CPC, será possível a propositura de ação monitória.

A ação monitória está descrita no art. 700 do Código de Processo Civil, e será adotada quando a prova for escrita, porém não tiver a força executiva, mas ainda assim é um meio de que o credor se utilize de instrumento mais célere. Isso porque, após o recebimento da exordial, se restar evidenciado o direito do autor, o juiz expedirá mandado monitório, ordenando desde já o pagamento da dívida no prazo de 15 (quinze) dias.

Caso o réu não concorde com os fatos apresentados, ou com o valor informado pelo autor, poderá opor embargos à ação monitória, mas que, se rejeitados, constitui-se de pleno direito o título executivo judicial em favor do autor.

Ainda assim, caso as duas ações acima se mostrem inviáveis em determinado caso, aquele que pretende cobrar uma dívida ainda poderá adotar ação de cobrança, que seguirá o rito do processo de conhecimento comum. O processo de conhecimento, como o próprio nome já induz, terá a apresentação dos fatos por ambas as partes ao juízo, para que este forme o convencimento motivado. Para chegar a este conhecimento, será percorrido o rito comum do processo, isto é, ocorrer a citação, audiência de conciliação/mediação, contestação, réplica, instrução completa, até chegar à fase decisória.

Nota-se, portanto, que é um procedimento mais completo, e consequentemente mais moroso, mas que não deixa de ser uma opção viável ao suposto credor. Além disso, na maioria das vezes, continua sendo mais célere que o próprio processo de falência.



A questão maior é que, em todas essas três ações diferentes, o credor poderá perseguir o que lhe é devido com instrumentos dentro do próprio processo cível. O art. 854, do CPC, por exemplo, faculta ao autor o pedido de penhora mediante a pesquisa Bacenjud, que tornará indisponível valores encontrados em contas bancárias de titularidade do executado. Além disso, o próprio credor pode realizar uma pesquisa de patrimônios pertencentes ao devedor e indicá-los ao juízo, no afã de que este determine a penhora.

Como forma de forçar o devedor ao pagamento da condenação judicial, o art. 523, § 1º, do CPC, prevê ainda que o débito será acrescido de multa de 10% (dez por cento), além de majorar os honorários advocatícios.

O intuito de apresentar essas formas de cobranças alternativas à falência é, de certa forma, cumprir indiretamente a menor onerosidade possível a ambas as partes, visto que assim o credor poderá receber o crédito de forma mais célere, e por meio dos instrumentos adequados, deixando o pedido falimentar somente para quando a empresa não demonstrar viabilidade de realizar o pagamento.

### **5.3 Sugestão de Satisfação do Crédito Diante do Indeferimento Falimentar**

Após a leitura do capítulo 3 deste trabalho, chama atenção a difícil situação que o judiciário é obrigado a resolver: de um lado, existe o credor, que cumpriu os requisitos legais e ingressou com o processo de falência. De outro, há a sociedade empresária, que apesar de não ter cumprido com a obrigação que deveria, qual seja a satisfação do crédito, está enfrentando um pedido de falência. Ocorre que, por vezes, em que pese a existência da dívida, e por isso a sociedade não merece sair ileso, mas a falência acaba se tornando medida mais drástica que o necessário.





Ora, é como se ambas as partes tivessem certa razão, e, simultaneamente, ambas pudessem ter evitado que isso ocorresse. Portanto, quais seriam as alternativas possíveis ao judiciário? Nos casos estudados foram basicamente duas: ou o judiciário (i) decretou a falência em razão do cumprimento dos requisitos legais, deixando de se ater ao princípio da preservação da empresa ou (ii) com fundamento no princípio da preservação da empresa, indeferiu o pedido de falência e extinguiu o processo. Ora, seja uma ou outra alternativa, ao final do litúgio umas das partes estará plenamente insatisfeita, sendo que o judiciário pode dedicar maior atenção para esgotar as alternativas antes de tomar alguma das decisões.

Neste subtópico, portanto, pretende-se apresentar sugestão de medida ao judiciário, para que este não aplique exclusivamente uma ou outra forma, mas que encontre o meio termo entre elas.

Uma das alternativas, hoje inaplicável, mas que seria uma opção viável para resolver o litúgio, ocorre quando o autor do pedido de falência baseado na execução frustrada não tiver esgotado os meios de satisfação nos autos da execução. Nos casos práticos em que isso ocorreu, como citado, o judiciário indeferiu o pedido de falência e o credor ficou, como dito no popular, “a ver navios”.

Em um desses casos apresentados, a magistrada oportunizou a emenda à inicial para que a autora do pedido de falência demonstrasse que, nos autos da execução, agiu com diligência para buscar bens do devedor. Entretanto, a autora se negou a tal emenda, pois entendeu que era obrigação do devedor ter apresentado, voluntariamente, os bens necessários. Diante disso, o juízo indeferiu o pedido de falência e extinguiu o processo sem resolução de mérito.

Em situações idênticas à narrada, considerando o interesse mútuo na resolução da lide, a sugestão que pode ser proposta consiste em o juízo, ao invés de indeferir de pronto o pleito falimentar, instaurar incidente processual das ações



cíveis de satisfação do crédito – leia-se monitoria, cobrança ou execução – enquanto os autos da falência ficam suspensos.

Com isso, o judiciário estaria prestigiando os dois interesses simultaneamente. Haveria o prestígio ao Princípio da Preservação da Empresa, pois seria oportunizada medida menos gravosa antes de partir para a decisão de (in) deferimento falimentar e, ao mesmo tempo, oportunizaria ao credor o recebimento do crédito.

Inclusive, nesta situação, o crédito poderia ser recebido pelo credor até mesmo de forma mais célere. Isso porque, caso haja o pagamento em processo civil, o recebimento será praticamente imediato, ao passo que nos autos da falência será necessário aguardar todo o trâmite burocrático da liquidação de bens.

Evidente que, para isso seria necessária alteração legislativa, visto que tal previsão inexistente no ordenamento jurídico pátrio. Além disso, não poderia o juiz decidir sobre fatos que não estão descritos nos pedidos postulados pelas partes.

O que pode ser feito atualmente, pois já existe previsão legal no art. 98, parágrafo único, da Lei 11.101/2005, é a faculdade do devedor de realizar o depósito elisivo<sup>87</sup> como garantia para o tempo que perdurar a discussão falimentar. Neste caso, se o autor tiver razão, basta levantar o montante depositado e a falência não precisa ser decretada. Por outro lado, se assistir razão ao devedor, basta que este levante o que havia depositado anteriormente e, igualmente, a falência não será decretada.

A ação do judiciário, a qual já existe, mas que poderia ser ainda mais frisada, consiste em ressaltar ao réu a possibilidade de realizar o depósito elisivo, pois assim, ainda que o autor/credor tenha razão, a consequência será tão somente o

---

<sup>87</sup> Depósito do valor total do débito, realizado como forma de impedir a decretação falimentar (art. 98, parágrafo único, da Lei 11.101/05).



levantamento do depósito, ao passo que a empresa poderá continuar em funcionamento.

Todavia, em diversas situações o devedor não dispõe de montante suficiente em caixa para realizar o depósito elisivo. Por isso, outra alteração cabível, que também dependeria de iniciativa do Poder Legislativo, consiste em acrescentar dispositivos à própria Lei 11.101/2005, no intuito de inovar com previsão específica que relacione o Princípio da Preservação da Empresa ao instituto falimentar.

Isso porque, conforme já demonstrado, a preservação da empresa está mencionada expressamente na Lei 11.101/05 apenas no artigo 47, isto é, capítulo legal que regula especificamente a recuperação judicial.

A sugestão, portanto, é no sentido de que conste no capítulo legal da falência (art. 75 ao 160) a possibilidade de o magistrado tomar providências amparado no Princípio da Preservação da Empresa. A proposta é que isso ocorra quando o juízo dispuser de indícios consideráveis sobre a viabilidade da empresa, amparado em conteúdo contábil relacionado a solvibilidade da empresa. Nesses casos, haveria a obrigatoriedade ao magistrado, antes de proferir a sentença de quebra, de solicitar laudo específico sobre a manutenção das atividades daquela empresa.

Com a expedição desse laudo elaborado por profissional competente e especializado, o magistrado teria ainda mais instrumentos para analisar a manifesta possibilidade de continuidade ou não daquela que está na eminência de falir.

Em que pese a proposta apresentar determinar ao magistrado que encaminhe os autos à perícia contábil, para expedição de laudo técnico, a obrigatoriedade não se estende a vincular o conteúdo deste à decisão que será proferida, tendo em vista a previsão já existente no ordenamento de que o juiz não está vinculado à prova apresentada.



Cabe ressaltar, entretanto, que ainda que nos termos do art. 479, do Código de Processo Civil, o juiz não esteja adstrito ao laudo, o mero fato de ter que fundamentar na decisão as razões que o levaram a considerar de uma ou outra maneira em relação a tal prova, já agregaria de forma substancial ao processo de falência.

Este crivo específico, sob o prisma do Princípio da Preservação da Empresa, proporciona maior sentido social ao instituto falimentar, sem prejuízo da já implícita aplicação por intermédio da faculdade do depósito elisivo. Isso porque, ainda que o demandado na falência não disponha de verba suficiente para realizar o depósito elisivo, a jurisdição continua sendo oportunizada, prestigiando, conseqüentemente, o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

## **6 CONCLUSÃO**

Após a pesquisa aqui apresentada, que se iniciou com o desenvolvimento de questões teóricas acerca do direito empresarial, até chegar ao ramo do direito falimentar, com a conseguinte demonstração do tema em casos práticos do ordenamento jurídico pátrio, foi possível perceber que o Princípio da Preservação da Empresa não é mera abstração jurídica, motivo pelo qual se buscou proporcionar uma visão da relevância e magnitude deste princípio nos litígios falimentares.

Assim, este trabalho analisou as duas vertentes do processo falimentar. De um lado, a necessidade de satisfação imediata de determinado crédito, e, de outro, as etapas para que o credor pleiteie o que é seu em face do devedor. Um desses limites, como se sustenta, é a observância do Princípio da Preservação da Empresa, por meio do qual alguns parâmetros são estabelecidos, o que permite que ocorra a regular e gradativa cobrança do crédito.



Isso porque, conforme apresentado, a preservação da empresa é decorrente da função social constitucional, o que justifica que a sua manutenção é essencial para a economia, mercado financeiro e para o Estado, em razão dos tributos e fonte de emprego, entre outras variadas razões. O ponto determinante consiste em estabelecer que, não é qualquer dívida que se torna capaz de gerar a falência.

É possível chegar a essa conclusão ao se constatar que o próprio legislador, constitucional e infraconstitucional, estabeleceu normas implícitas e explícitas que buscam prestigiar a preservação da empresa.

Nesse mesmo sentido, verifica-se que o Poder Judiciário tem importância salutar ao aplicar o Princípio da Preservação da Empresa em conjunto com as demais normas do ordenamento jurídico, conforme os casos reais apresentados demonstram a aplicação em hipóteses distintas.

Contudo, mesmo considerando que o credor busca, com grande interesse, a satisfação do crédito, é necessário que não seja olvidada a aplicação do Princípio da Preservação da Empresa no momento da busca desses créditos. Se assim não ocorrer, configura-se efetiva possibilidade de que o próprio autor, e também o réu no processo falimentar, sejam prejudicados.

É o que se verifica, por exemplo, na hipótese de indeferimento do pedido de falência em razão do desvirtuamento do instituto, considerando que estaria utilizando-o como forma de coagir o devedor. Além disso, há o risco de decretar a falência de uma empresa que tenha condições de manutenção.

Considerando que o judiciário deve aplicar o Princípio da Preservação da Empresa, mas que para isso requer alguns respaldos legais para melhor fazê-lo, há a necessidade de formulação, pelo legislativo, de instrumento que possibilite ao magistrado resolver o imbróglia falimentar de forma que oportunize prestigiar as



duas partes. Isso porque, o credor tem razão ao buscar o crédito que é seu por direito, e, simultaneamente, a empresa deve ser preservada no mercado sempre que possível.

As medidas apresentadas neste trabalho, como proposta de alteração pelo Poder Legislativo, buscam viabilizar essas duas vertentes. A primeira, consiste em facultar ao magistrado a instauração de incidente processual quando verificar que o autor do pedido falimentar não adotou outras formas de satisfação do crédito anteriormente ao ajuizamento da falência. Enquanto tramita o incidente – seja monitória, cobrança ou execução, a sugestão é que os autos da falência fiquem suspensos.

A segunda proposta de alteração é a inserção de dispositivo expresso, no capítulo que regula especificamente a falência (art. 75 ao 160), na Lei 11.101/05, como, por exemplo, determinar ao magistrado que encaminhe os autos para que perito contábil realize a verificação da viabilidade ou não da parte ré nos autos falimentares.

De tal modo, em ambas as hipóteses, mostra-se necessário que o Poder Legislativo seja provocado para realizar alterações na legislação de modo a tornar possível que, nas hipóteses em que o credor ingressa com o pedido falimentar, com título devidamente fundamentado, e que, em contrapartida, a empresa devedora detenha a capacidade de adimplir com a obrigação, seja possível a satisfação do crédito objeto do litígio sem a decretação da medida extrema da declaração do estado de falência, assim ocorrendo plena aplicação do Princípio da Preservação da Empresa.

## REFERÊNCIAS

BORBA, Tavares. **Direito societário**. 10ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2007.



CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 4.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial**, v. 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 18ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2007.

COMETTI, Marcelo. **Desmistificando o “Elemento de Empresa” na atividade intelectual exercida pelo empresário**. Jusbrasil, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Reforma da Empresa**. Revista Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, nova série, a. 22, abr./jun. 1983.

COSTA, Daniel. **Insolvência em foco**. A importância social e econômica da falência. Migalhas, 09 de jan. de 2018.

DINIZ, Maria Helena. **A Importância da Função Social da Empresa**. Revista Jurídica, São Paulo, v.2, n. 51, p. 387-412, 2018.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FÉRES, Marcelo Andrade/ coordenador Frederico Viana Rodrigues. **Direito de Empresa no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GUERRA, Luiz. **Falências & Recuperações Judiciais de Empresas – Crise Econômico-Financeira**. V 2, Brasília, GUERRA Editora, 2011.



- MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**, v. 4: falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil** v.3. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MIRANDA, Maria Bernadete. **Nova Lei de Falências: (Comparativos e Comentários)**. 1 ed. São Paulo: Rideel, 2005.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- NONES, Nelson. **Sobre o Princípio da Preservação da Empresa**. Revista Jurídica FURB. Blumenau, v.2, n. 23, p. 114-130, jan.jun/2008.
- NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 9ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ROSSIGNOLI, Estefânia. **Direito empresarial: coleção sinopse para concursos**. 3ª Ed. Salvador, Editora Juspodivm, 2014.
- SILVA, Bruno Mattos e. Direito de Empresa: **teoria da empresa e direito societário**. São Paulo: Atlas, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito empresarial sistematizado – doutrina, jurisprudência e prática**. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2016.
- TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**, v. 1. Teoria Geral e Direito Societário. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**, v. 3. 5ª Ed. São Paulo, Editora Atlas, 2017.





# LIMITAÇÕES PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA PELOS TRIBUNAIS DE APELAÇÃO

Larissa Vieira

## RESUMO

O presente artigo aborda, por meio da metodologia de pesquisa dogmática e instrumental com revisão da legislação, literatura em processo civil e precedentes sobre o tema, o surgimento da teoria da causa madura no Código de Processo Civil de 1973 pela Lei 10.352/2001, sua recepção e ampliação pela Lei 13.105/2015, ou seja, o novo Código de Processo Civil. Aborda sobre a aplicação da referida teoria e a possível supressão de garantias constitucionais como o duplo grau de jurisdição, o contraditório e a ampla defesa. Discorre sobre a proibição do non reformatio in pejus, que seria o reconhecimento pelo tribunal de uma situação menos favorável que a sentença ao apelante, e conceitua o recurso de apelação e seus efeitos quanto ao alcance de pedidos nela contidos. Explana sobre os pressupostos de aplicação do § 3<sup>a</sup> do artigo 1.013 do Código de Processo Civil e sua eficácia na celeridade processual. Destaca que o legislador foi feliz ao ampliar no novo Código de Processo Civil a teoria da causa madura com vista a uma prestação jurisdicional mais célere e eficiente, o que permite um novo fôlego ao Poder Judiciário, provido, além de outros recursos técnicos amenizar a luta diária dos abarrotados tribunais de todo país contra os males do tempo.

**Palavras-chave:** processo civil. teoria da causa madura. recurso. apelação. celeridade processual.

## 1 INTRODUÇÃO

Com a vigência do Novo Código de Processo Civil retomou-se o debate sobre alguns institutos polêmicos que permaneceram no novel diploma processual.



Ante um tema onde vários doutrinadores processualistas se debruçam a metodologia de pesquisa adotada foi dogmática e instrumental com revisão da legislação, literatura em processo civil e precedentes sobre o tema.

O advento convencionado teoria da causa madura é um dos assuntos mais polêmicos e interessantes de se analisar por confrontar vários preceitos garantidos de forma explícita ou implícita na Constituição Federal como o contraditório, a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição.

Sua finalidade é permitir que o tribunal em um julgamento de recurso de apelação adentre no mérito da demanda não apreciado pela sentença combatida, após verificação de que o processo encontra-se maduro para julgamento com todas as fases processuais finalizadas e haja provas necessárias para seu deslinde.

Tal medida tem como visão primordial a celeridade processual, além de garantir eficiência na prestação jurisdicional em face do número crescente de demandas judiciais, justificando tal feito os possíveis debates sobre a flexibilização dos princípios processuais e constitucionais supostamente atingidos.

Nesta seara, o presente artigo analisará o surgimento da teoria da causa madura, os possíveis óbices legais para sua aplicação, os efeitos do recurso de apelação e cada umas das possibilidades explícitas nos incisos do § 3<sup>a</sup> do artigo 1.013 do Código de Processo Civil, que fundamenta a análise do mérito do processo pelo tribunal.

## **2 TEORIA DA CAUSA MADURA**

### **2.1 Surgimento da teoria no processo civil**

A teoria da causa madura foi inserida no Código de Processo Civil de 1973 pela Lei 10.352/2001, de forma a tornar possível ao tribunal julgar o mérito de uma



demanda em processos com sentença terminativa sem exame do mérito e o processo já estivesse pronto para julgamento, ou seja, com todas as fases procedimentais de provas, contraditório e ampla defesa cumpridos.

Antes de tal inserção, o tribunal competente para o julgamento do recurso de apelação somente deveria indicar o erro da sentença e devolver ao juízo de origem para nova análise do mérito, por meio da prolação de nova sentença.<sup>1</sup>

Tal acréscimo, ocorrido por meio da inclusão do § 3<sup>a</sup> ao artigo 515 do CPC/73 pela Lei n. 10.352/2001, provocou críticas sobretudo sobre alguns preceitos como o do duplo grau de jurisdição, do contraditório e a ampla defesa e, por vezes, o questionamento de sua prática como ofensa à proibição da *reformatio in pejus*, o que trouxe à doutrina discussão sobre a sua aplicação e a possível afronta a pressupostos legais.<sup>2</sup>

O Novo Código de Processo Civil, datado de 2015, não só manteve a aplicação da “teoria da causa madura” como ampliou as hipóteses de sua aplicação, além de ter alterado o vocábulo “pode” presente no Código de Processo Civil de 1973, para o vocábulo “deve” por não se apresentar como uma faculdade do juiz, mas um dever de imediatamente apreciar o mérito da demanda.

Tal manutenção e ampliação no novo Código de Processo Civil se deu face à grande contribuição de sua aplicação quando se fala em duração do processo visto que o surgimento da teoria da causa madura tem como uma de suas premissas a de potencial libertador das amarras do tempo de duração do processo.

---

<sup>1</sup> ALI, Anwar Mohamad. Teoria da causa madura nos tribunais superiores. Revista de Processo, Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 278, abr. 2018, p. 24.

<sup>2</sup> PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; Oliveira, Alex Maia Esmeraldo de. Teoria da causa madura e duplo grau de jurisdição no novo código de Processo Civil. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. v. 15, p. 197, Jan./Jun. 2015. Periódico Semestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16870/12516> . Acesso em: 13 de mar. 2019.



## 2.2 Aplicações e controvérsias: o duplo grau de jurisdição, o contraditório e a ampla defesa

O instituto mais discutido entre os operadores do direito seria a aplicação da teoria da causa madura ferir o duplo grau de jurisdição.

Entretanto, não há na Constituição Brasileira a previsão expressa do duplo grau de jurisdição, este é deduzido pela estrutura do Poder Judiciário e a previsão de competência de cada tribunal.<sup>3</sup>

Nelson Nery Júnior informa que o artigo 158 da Constituição do Império trazia previsão do duplo grau de jurisdição, que permitia a apreciação da causa pelo Tribunal de Relação.<sup>4</sup>

Com a ausência expressa do duplo grau de jurisdição alega o processualista que a legislação está autorizada a limitar o direito de recorrer, tendo em vista que a expressão “recursos a ela inerentes” descrito no inciso LV do art. 5ª da Constituição Federal significa um conjunto de medidas necessárias à garantia da ampla defesa, visto que a Constituição não utilizou de um termo técnico, mas sim genérico para o vocábulo “recursos”.

Dinamarco afirma que a Constituição Federal prestigia o duplo grau como princípio ao fixar a competência dos Tribunais, mas não sendo esta uma garantia, até por ser excepcionada nas hipóteses de competência originárias dos Tribunais.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> KOURY, Luiz Ronan Neves. Aplicação do artigo 515, § 3º, do CPC na hipótese de extinção do processo com julgamento de mérito, 2003, p. 175-176.

<sup>4</sup> NERY JR., Nelson. Princípios de Processo Civil na Constituição Federal. 7 ed. Ver e atual. Com as Leis nºs 10.352/01 e 10.358/01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 175.

<sup>5</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. Nelson Nery Jr.; Teresa Arruda Alvim (coords.). São Paulo. Revista dos Tribunais, p. 38.



O fundamento do duplo grau de jurisdição é o controle dos atos estatais pelo reexame da decisão, o que garante maior segurança no julgamento e na ideia de justiça.

Não há dessa forma motivo para se falar em inconstitucionalidade da inserção do §3º no art. 515 do CPC/73, bem como sua ratificação e ampliação no Código de Processo Civil de 2015, por consagrar o princípio da efetividade do processo ou da jurisdição que a Constituição também valida:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Cabe aqui a lição de Antonio Carlos de Araújo Cintra quanto à flexibilização do duplo grau de jurisdição, que a muito já era proposta:

...cabendo ao tribunal de apelação verificar, em cada caso, se a causa está madura para o julgamento do mérito, desde logo, pelo próprio tribunal. Apenas no caso negativo voltariam os autos ao primeiro grau de jurisdição. Assim, se evitaria dano para a celeridade e economia processual, com uma concepção mais flexível do duplo grau de jurisdição.<sup>6</sup>

Assim, a busca pelos princípios da instrumentalidade, da economia processual, da celeridade e da efetividade, passa por uma mudança necessária das

---

<sup>6</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Sobre os limites objetivos da apelação civil. São Paulo: Tese, 1986, p. 107



disposições infraconstitucionais para racionalizar os procedimentos de forma a uma resposta mais rápida ao fim dos processos judiciais.

A origem da necessidade de economia processual é histórica, consoante dispõe Pontes de Miranda quando o Brasil ainda era colônia de Portugal, e novamente revitalizado para nosso ordenamento visando atender necessidades modernas.

Tal disposição não obstrui o princípio do processo legal pois haverá contrarrazões de apelação, materializando os princípios do contraditório e ampla defesa, evitando o efeito surpresa ao apelado de um acórdão de mérito sem antes mesmo ter conhecimento da ação.<sup>7</sup>

Cabe ressaltar entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de mitigação do princípio do duplo grau de jurisdição sem ocorrer a nulidade do processo, no julgamento do AI n. 601.832 AgR, que interpreta tratados internacionais frente a legislação brasileira.

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENDA AO ARTIGO 5º, PARÁGRAFOS 1º E 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04. GARANTIA QUE NÃO É ABSOLUTA E DEVE SE COMPATIBILIZAR COM AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (...)

3. Contudo, não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido internalizado do direito

---

<sup>7</sup> MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo civil. Tomo VIII, São Paulo: Forense, 1975, p. 211 - e Barbosa Moreira - MOREIRA, José Carlos Barbosa Comentários ao código de processo civil, Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 429



doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta.

4. a própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição.<sup>8</sup>

O duplo grau de jurisdição é uma reanálise do caso por órgão colegiado, em tese com maior experiência para solucionar a lide e coibir possíveis arbitrariedades ocasionadas pelo juiz singular. O que pode ser encarado com críticas ante ao entendimento de que desvaloriza o primeiro grau de jurisdição, visto que é nele que há a coleta de provas e a oralidade da audiência, fundamental para o convencimento do magistrado de 1ª instância.

Para Marinoni esta obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição glorifica os juízos e prova a visão hierárquico-autoritária da jurisdição do Estado.<sup>9</sup>

Cássio Scarpinella se posiciona no sentido de que o duplo grau só há quando o novo julgamento provém de órgão superior, em entendimento oposto, Luiz Machado Guimarães defende que basta um novo julgamento para que haja o duplo grau, não importando quem o realize.<sup>10 11</sup>

O duplo grau de jurisdição geralmente é confiado ao órgão superior ao que proferiu a decisão em razão o inconformismo humano de sentenças que lhes são desfavoráveis, e age como forma de corrigir eventuais erros de julgamento e submeter a um colegiado o poder decisório de um magistrado de 1ª instância.

---

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 601.832 AgR; Relator (a) Min. Joaquim Barbosa; Segunda Turma; Julgado em 17/03/2009; DJ 02/04/2009. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=584974>

<sup>9</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento. 7a edição, 2a tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.2, p. 500

<sup>10</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 119.

<sup>11</sup> GUIMARÃES, Luiz Machado. “Efeito devolutivo da apelação.”. In: Estudos de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969, p. 2016.



Verifica-se, assim, que o duplo grau existe quando o mérito da causa for analisado por órgãos judiciais distintos, mas não necessariamente de diferentes graus hierárquicos, como por exemplo o recurso inominado previsto na Lei dos juizados especiais que é dirigido ao próprio juizado e não há um órgão hierarquicamente superior.

Quanto à possível quebra do princípio do contraditório, Cândido Rangel Dinamarco afirma que o tribunal mesmo julgando o mérito sem pedido do apelante não incorrerá em ofensa a esses princípios, pois o julgamento do tribunal será no ponto que será a decisão do juízo *a quo*.<sup>12</sup>

Entretanto, de outro lado Humberto Theodoro Júnior se manifesta no sentido de que estaria contrariando direito das partes se o tribunal analisasse o mérito sem o requerimento do apelante.<sup>13</sup>

### 2.3 O julgamento do mérito como dever de ofício

Aprofundo aqui a questão já levantada sobre a para a apreciação do mérito do processo em segunda instância e a necessidade ou não de que na apelação contenha pedido expresso para que o tribunal assim proceda.

Segundo Leonardo José Carneiro da Cunha há a necessidade do requerimento para tanto, e afirmam que o Tribunal ao adentrar em questão não requerida na peça recursal proferirá acórdão incongruente com o pedido feito no recurso.<sup>14</sup>

Entretanto o doutrinador Gervásio Lopes Jr. tem entendimento diverso onde alega que o tribunal ao apreciar o objeto da causa, total ou parcial, “*não está*

---

<sup>12</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 160

<sup>13</sup> THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. I; p. 664.

<sup>14</sup> DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. Inovações no processo civil ( comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001). São Paulo: Dialética, 2002. p. 85





*propriamente julgando o recurso, mas sim fazendo o que o juízo inferior faria se os autos lhes fossem devolvidos.”*<sup>15</sup> Dessa forma, infere-se que o pedido não foi apreciado por meio do efeito devolutivo do recurso de apelação mas sim uma primeira análise, não sendo necessária a ratificação pela parte apelante de sua apreciação por já constar implícito no próprio objeto da ação, às partes não cabe determinar quando o *meritum causae* será julgado.<sup>16</sup>

Há, de toda forma, uma forte tendência doutrinária em aceitar a apreciação mesmo sem o pedido expresso pelo recorrente, assim, Arruda Alvim, Bedaque e Dinamarco; e entendimentos contrários como de Fredie Didier, Ricardo Aprigliano e Flávio Cheim, alegando a máxima do efeito devolutivo da apelação *tantum devolutum quantum apelatum* e da proibição da *reformatio in pejus*.<sup>17</sup>

Ademais, há precedente do STJ no sentido de que a análise do mérito pelo tribunal independe do pedido expresso do apelante para que o tribunal analise o mérito, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO. EXTINÇÃO. SENTENÇA TERMINATIVA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. APELAÇÃO. TRIBUNAL. MÉRITO. JULGAMENTO. POSSIBILIDADE. PEDIDO EXPRESSO. DESNECESSIDADE. MATÉRIA DE FATO. CAUSA MADURA.

1 - Extinto o processo, sem julgamento de mérito, por ilegitimidade passiva ad causam, pode o tribunal, na apelação, afastada a causa de extinção, julgar o mérito da contenda, ainda que não haja pedido expresso nesse sentido, máxime se, como no caso concreto, as razões de apelação estão pautadas na procedência do pedido inicial, porque demonstrado o fato

---

<sup>15</sup> LOPES, Jr. Gervásio. Julgamento direto do mérito na instância recursal. Salvador. Editora Jus Podivm. 2007, p. 36

<sup>16</sup> OLIVEIRA, Bruno Silveira de. et al. Coordenação: Oliveira, Bruno Silveira de. et al. Recursos e a duração razoável do processo. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p.599.

<sup>17</sup> OLIVEIRA, Bruno Silveira de. et al. Coordenação: Oliveira, Bruno Silveira de. et al. Recursos e a duração razoável do processo. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 600.



constitutivo do direito e não contraposta causa extintiva desse mesmo direito. Deficiência técnica que não tem força bastante para se opor à mens legis, fundada na celeridade, economia e efetividade.

2 - Por outro lado, a sistemática dos julgamentos desse jaez não pode ficar adstrita à literalidade do dispositivo de regência, notadamente na expressão "exclusivamente de direito", devendo haver espaço para sua incidência toda vez que estiver o processo em "condições de imediato julgamento", o que significa versar a demanda não somente matéria de direito, mas versando também matéria de fato, já tiverem sido produzidas (em audiência) todas as provas necessárias ao deslinde da controvérsia, estando a demanda, a juízo do tribunal, madura para julgamento.

3 - Recurso especial não conhecido<sup>18</sup>

Entretanto, entendo ser um dever do colegiado, estipulado pelo art. 1.013, §3º do Código de Processo Civil, de decidir o mérito, sem margem para discricionariedade, com a consideração de que as partes conhecem as normas processuais e entendem a previsibilidade legal de tal ordenamento jurídico.

## 2.4 A proibição do non reformatio in pejus

Deve-se também trazer à baila a possível violação, pela aplicação da teoria, ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*, ou seja, o pedido recursal não pode, em tese, resultar ao recorrente em uma situação pior à que já lhe foi imposta na sentença.

Não há incidência de *reformatio in pejus* tendo em vista que utilizando da teoria da causa madura depois de afastado o vício que incorreu na extinção do processo, há uma liberdade do julgador para julgar o mérito, em face de que este

---

<sup>18</sup> Superior Tribunal de Justiça; 4ª Turma; REsp nº 836.932 (2006/0076239-8); Min. Fernando Gonçalves; Julgado 06/11/2008; DJ 24/11/2008.



ainda não foi apreciado, o que não configura, portanto, uma piora ao recorrente, pois não se profere juízo de valor ao que não existe.<sup>19</sup>

Nesta seara, há a lição de Marcus Vinícius Rios Gonçalves que afirma que o tribunal pode decidir pela improcedência mesmo que haja uma situação de piora para o autor/apelante, o que não infringe o referido princípio pois o juiz nem sequer havia apreciado o objeto da lide.<sup>20</sup>

É dessa forma, insustentável a ofensa ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*, como a situação do apelante agravada, já que o tribunal pode dar provimento à apelação para reconhecer o erro da sentença e em seu mérito julgar acatando ou rejeitando seu pedido conforme o caso.

Ademais, conforme entende Cândido Dinamarco, não havendo análise do mérito pela primeira instância não há como dizer que houve *reformatio in pejus* pois não há parâmetro de comparação para o julgamento realizado pelo tribunal.<sup>21</sup>

### 3 RECURSO DE APELAÇÃO

Contra o inconformismo do teor de uma sentença o recurso cabível, dentro das normas processuais regentes é o recurso de apelação.

Temos que a sentença é pronunciamento por meio do qual o juiz põe fim à fase cognitiva do procedimento comum e/ou extingue uma execução, adequando a sua redação ao processo sincrético, já que a sentença tem o condão de encerrar fases

---

<sup>19</sup> LEMOS, Vinicius Silva. A AMPLIAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA NOS MOLDES DO CPC/2015. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 20, n. 2, 2019, p. 363

<sup>20</sup> Gonçalves *apud* BERTOLAI, Luís Henrique. Análise Crítica Sobre o Artigo 515, § 3º do Código de Processo Civil e a Possibilidade da Ocorrência da *Reformatio in Pejus* no Ordenamento Jurídico Brasileiro – Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Ano 5. Vol. VIII. Julho a Dezembro de 2011, p. 659

<sup>21</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. O efeito devolutivo da apelação e de outros recursos. In: Nova era do processo civil. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 181



e não o processo como um todo, consoante entendimento do novo Código de Processo Civil embasado nas alterações trazidas pela Lei 11.232/2005 que modificou a execução antes considerada como processo autônomo.

A apelação é um dos principais recursos do processo civil e tem uma abrangência de discussões tanto processuais quanto dos fatos jurídicos dentro da demanda, o que faz com que seus pedidos sejam fundamentados com as argumentações de forma clara a serem analisadas pelo tribunal da melhor forma.

Na essência, ao interpor um recurso de apelação, o apelante se utilizará de possíveis argumentações de *erro in procedendo* ou *erro in iudicando* existentes na sentença.<sup>22</sup>

Ocorrendo o *erro in procedendo*, um vício na formação da sentença, a falta de algum requisito primordial como a fundamentação, adstrinção/congruência com o pedido, ou um vício processual na condução do processo, que trouxe prejuízo à parte recorrente.<sup>23</sup>

De outro lado, o *erro in iudicando* é verificado quando vislumbra-se a possibilidade do erro cometido na sentença ser do mérito da ação, quando a aplicação da lei, seja pela sua interpretação ou uso de doutrinas ou jurisprudência, não foi respeitada ao fato específico.<sup>24</sup>

Observa-se, assim, que o *erro in procedendo* sempre precede o *erro in iudicando*, pois constatado um vício de formação na sentença ou/e um erro

---

<sup>22</sup> LEMOS, Vinicius Silva. A AMPLIAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA NOS MOLDES DO CPC/2015. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 20, n. 2, 2019, p. 343

<sup>23</sup> LEMOS, Vinicius Silva. A AMPLIAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA NOS MOLDES DO CPC/2015. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 20, n. 2, 2019, p. 343

<sup>24</sup> LEMOS, Vinicius Silva. A AMPLIAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA NOS MOLDES DO CPC/2015. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 20, n. 2, 2019, p. 344



procedimental, poderá impossibilitar o tribunal da análise da impugnação ao mérito da demanda.

Ademais, o mérito do recurso pode não ser o mérito da causa, o recurso pode versar por exemplo sobre a admissibilidade ou não da causa. Assim, o recurso tem sua própria causa de pedir, que vai autorizar a reforma, integração, invalidação ou esclarecimento da decisão recorrida.<sup>25</sup>

Temos então, que o *erro in procedendo* e o *erro in iudicando* podem existir simultaneamente em um recurso, alega então o vício de forma e só depois o equívoco na decisão.<sup>26</sup>

O recurso pode ser provido ou não pelo tribunal, se este for conhecido e provido para invalidar a decisão, não há efeito substitutivo mas sim efeito reincidente, ou seja, é aquele julgamento que invalida a decisão recorrida acolhendo o *erro in procedendo*.<sup>27</sup>

A invalidação em tese levaria a uma nova decisão pelo juízo *a quo*, entretanto, há hipóteses da possibilidade de apreciação do mérito logo pelo tribunal corrigindo de logo o defeito, como no caso de sentença *ultra petita* que retifica a decisão recorrida, onde o tribunal desconsidera o excedente da decisão proferida, é a premissa do aproveitamento dos atos processuais.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> DIDIER Júnior, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal - v. 3, 13. ed. reforma. - Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 161.

<sup>26</sup> DIDIER Júnior, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal - v. 3, 13. ed. reforma. - Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 163.

<sup>27</sup> DIDIER Júnior, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal - v. 3, 13. ed. reforma. - Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 163.

<sup>28</sup> DIDIER Júnior, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal - v. 3, 13. ed. reforma. - Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 167.



### 3.1 Definição de recurso de apelação.

A apelação no novo CPC como recurso cabível tanto contra sentença quanto contra decisões interlocutoras não impugnáveis com agravo de instrumento que devem ser atacadas na apelação, consoante previsão do *caput* e § 1<sup>a</sup> do artigo 1.009 do Código de Processo Civil, diferentemente do CPC de 73 que só admitia apelação contra sentença, até pela abrangência maior de possibilidades para o cabimento de agravo de instrumento no código anterior.

Há, entretanto, duas exceções prevista no CPC de sentenças não impugnáveis com apelação, a sentença proferida nos embargos infringentes de alçada e a sentença de decretação de falência.<sup>29</sup>

A apelação tem prazo de 15 dias úteis para a interposição, é de fundamentação livre e deve conter o pedido de nova decisão.

O efeito devolutivo da apelação que é a transferência ao Tribunal as questões suscitadas pelas partes para reexame, e que esse efeito deve ser analisado em sua profundidade e extensão.

A extensão seria a delimitação do recorrente no pedido recursal, “*tantum devolutum quantum appellatum*” - é o que se refere o *caput* do art. 1.013 do Código de Processo Civil.

Já a profundidade é a medida fática e material com que o Tribunal pode trabalhar. O tribunal pode analisar todo e qualquer fundamento, provas e demais elementos contidos nos autos, ainda que não examinados na sentença recorrida, não ultrapassando o limite da extensão fixada pelo recorrente.

---

<sup>29</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO Daniel. O Novo Processo Civil. 3<sup>a</sup> edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 560.



O artigo 1.012 do Código de Processo Civil prevê o efeito suspensivo como regra para a apelação, entretanto, aplica-se somente ao conteúdo proferido na sentença, se houver possível tópico no recurso de apelação que for contra decisão interlocutória não agravável esta continua eficaz e vigorando, entendimento firmado no Enunciado 217 do VIII Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.<sup>30</sup>

As exceções ao efeito suspensivo da apelação estão contidas no art. 1.012, § 1ª, Código de Processo Civil, não sendo rol exaustivo, o que deixa margem para que uma lei possa prevê a apelação sem efeito suspensivo automático.

Para a concessão de efeito suspensivo pode o recorrente formular pedido de tutela cautelar dirigida diretamente ao tribunal em petição apartada, se os autos ainda estiverem em primeira instância, que pode ser concedida sem ouvidoria da parte contrária, ou se valer de petição avulsa nos próprios autos da apelação.<sup>31</sup>

### 3.2 Efeitos do recurso de apelação

Com a possibilidade de aplicação da teoria da causa madura, o recurso de apelação ganhou um efeito diverso do devolutivo, seria o efeito desobstrutivo, pois a matéria impugnada não seria somente devolvida ao tribunal, há um pedido posterior que não comporta tal efeito que é a apreciação do mérito se provida a tese para afastar o vício que resultou na pronúncia da sentença terminativa.<sup>32</sup>

Pode-se aferir que exista a ofensa ao duplo grau de jurisdição, em face da parte que tiver o prejuízo na decisão meritória realizada pelo colegiado não ter o

---

<sup>30</sup> <https://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc> - acesso em 16/11/2019 11:28 am

<sup>31</sup> DIDIER Júnior, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal - v. 3, 13. ed. reforma. - Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 168.

<sup>32</sup> DIDIER Júnior, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal - v. 3, 13. ed. reforma. - Salvador: Ed. Juspodivm, 2018., p. 167.



direito de recorrer nos moldes do recurso de apelação. Entretanto, este pode ser relativizado na busca da melhor técnica processual, ocorrendo um mínimo às partes ante a agilidade na apreciação da causa e ter sido realizado um julgamento já em instância superior.<sup>33</sup>

Os recursos de apelação tem como efeitos devolutivo, suspensivo e expansivo que age de forma *extra, ultra* ou *infra petita*, quando houverem questões de ordem pública apresentadas na demanda.

O §3º no Artigo 1.013 do Código de Processo Civil possibilitou uma extensão do efeito devolutivo do recurso de apelação, ao conceder plenos poderes aos julgadores dos tribunais ao apreciarem matérias sequer questionadas na apelação.

A apelação é interposta no juízo que proferiu a sentença não havendo mais a sua análise de admissibilidade. No tribunal a apelação será julgada por três juízes, permitida a sustentação oral em seu julgamento.

A amplitude cognitiva no julgamento da apelação ocorre por meio de dois sistemas o de revisão e o de novo julgamento onde além de revisar o órgão *ad quem* vai além das questões de fato apreciadas no juízo de origem tanto o CPC/73 quanto o NCPC consagra o julgamento do recurso como uma revisão que trata-se de aspecto técnico do recurso de apelação que é seu efeito devolutivo.<sup>34</sup>

Tal efeito devolutivo à luz de Barbosa Moreira é uma dupla análise, determina o que na decisão impugnada poderá ser objeto de anulação e reforma e com quais fundamentos poderá fazê-lo, correspondendo aos aspectos de extensão e profundidade do efeito devolutivo no recurso de apelação. A extensão seria de que

---

<sup>33</sup> LEMOS, Vinicius Silva. A AMPLIAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA NOS MOLDES DO CPC/2015. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 20, n. 2, 2019.

<sup>34</sup> OLIVEIRA, Bruno Silveira de. et al. Coordenação: Oliveira, Bruno Silveira de. et al. Recursos e a duração razoável do processo. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.





apenas a parcela impugnada seria analisada no segundo grau é o *tantum devolutum quantum apelatum*; quanto à profundidade é de que o órgão *ad quem* tem a sua disposição todo o material cognitivo apreciado pelo prolator da sentença e também as questões que por algum motivo não foram apreciadas.<sup>35</sup>

#### **4 PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO DO § 3ª DO ARTIGO 1.013 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

O novo Código de Processo Civil manteve, no inciso I do art. 1.013, a aplicação da teoria da causa madura nas sentenças terminativas sem exame do mérito, e inovou com o acréscimo de alguns incisos específicos.

Ante o analisado observo que há três pressupostos para aplicação do art. 1.013, § 3ª, do CPC: requerimento ou não do apelante, provimento da apelação e o processo estiver em condição de imediato julgamento.

Houve a substituição da exigência de “a causa versar questão exclusivamente de direito” no Novo Código de Processo Civil para a causa esteja em “condições de imediato julgamento”, firmando entendimento jurisprudencial, já existente, de que se não fosse necessária a prática de ulteriores atos de instrução já poderia se aplicar o § 3º do art. 515 do CPC/73.

Destaco julgado da Corte Especial do STJ que pacificou o referido entendimento, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA NA INTERPRETAÇÃO DO ART. 515, § 3º, DO CPC. TEORIA DA CAUSA MADURA. APLICAÇÃO DA REGRA AINDA QUE SEJA NECESSÁRIO O EXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO PELO TRIBUNAL. EMBARGOS REJEITADOS.

<sup>35</sup> OLIVEIRA, Bruno Silveira de. et al. Coordenação: Oliveira, Bruno Silveira de. et al. Recursos e a duração razoável do processo. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.



1. Divergência devidamente demonstrada. Segundo a Quarta Turma, conforme entendimento exposto no acórdão embargado, é possível a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC, ainda que seja necessário o exame do conjunto probatório pelo Tribunal. No entanto, em sentido diametralmente contrário, para a Segunda Turma, a regra alipreconizada não se mostra cabível quando demandar essa providência.

2. A regra do art. 515, § 3º, do CPC deve ser interpretada em consonância com a preconizada pelo art. 330, I, do CPC, razão pela qual, ainda que a questão seja de direito e de fato, não havendo necessidade de produzir prova (causa madura), poderá o Tribunal julgar desde logo a lide, no exame da apelação interposta contra a sentença que julgara extinto o processo sem resolução de mérito.

3. Embargos de divergência rejeitados.<sup>36</sup>

O requisito “condições de imediato julgamento” significa que não há no processo a necessidade de produção de qualquer prova além das já ali existentes e que o contraditório foi respeitado em todas as fases.

#### **4.1 Apelação de sentença terminativa sem exame do mérito - art. 485 CPC**

A teoria da causa madura no Código de Processo Civil de 1973 – art. 515, § 3º – tinha como única possibilidade para sua aplicação quando fosse apreciado apelações interpostas contra sentenças extintivas, fundamentadas no artigo 485 do Código de Processo Civil.

O inciso I do § 3º autoriza o tribunal a decidir o mérito quando a sentença for fundamentada no artigo 485 do Código de Processo Civil. Com tal possibilidade de julgamento insere-se na inquisitorialidade do órgão julgador, não depende de

---

<sup>36</sup> Superior Tribunal de Justiça; Corte Especial; EREsp n. 874.507/SC; Min. Amaldo Esteves Lima; Julgado 19/06/2013; DJe 01/07/2013.



requerimento se preenchidas as condições previstas no §3º do artigo 1.013 do referido diploma processual.<sup>37</sup>

## 4.2 Decretação de nulidade da sentença por incongruência com o limite e causa de pedir

Há no inciso II do mencionado artigo a previsão aplicação da teoria no caso de sentença ser incongruente com o limite do pedido e a causa de pedir, os limites impostos na petição inicial foram ultrapassados, ocasionando uma sentença *extra petita*: com um pedido julgado que não foi requerido, que no caso só será excluído ou toda matéria apreciada na sentença por não haver congruência com o pedido da inicial. Mesmo antes da regra do § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil de 1973 sempre foi admitido que o tribunal anulasse a parte que extrapolada na sentença e manter os demais pedidos do autor.<sup>38</sup>

Já para sentença *extra petita* deve-se anular a decisão, pois o concedido na sentença é totalmente distinto do que requereu, deve, dessa forma, haver a decretação da invalidação da sentença com remessa dos autos à origem para nova decisão, o que já era aceito pela doutrina e jurisprudência em aplicação analógica do § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, por se assemelhar às sentenças terminativas.<sup>39</sup>

Deve-se analisar se para decisões *ultra petita* há necessidade de aplicação do § 3º do art. 1013 do NCPC, vez que não é julgada no tribunal parcela de objeto do processo não apreciada, mas sim retirado da decisão algo que ao pedido extrapolava.

---

<sup>37</sup> DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de Direito Processual Civil. 22a ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 1.408

<sup>38</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 214

<sup>39</sup> OLIVEIRA, Bruno Silveira de. et al. Coordenação: Oliveira, Bruno Silveira de. et al. Recursos e a duração razoável do processo. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.p. 605



### 4.3 Decisões *cintra petita* - *extra* e *ultra petita*

O inciso III dispõe sobre possível omissão do juízo a quo ao deixar de apreciar um dos pedidos da inicial, proferindo uma sentença *cintra petita*. Assim, observa-se que não houve impugnação da decisão mas sim, em recurso de apelação, uma solicitação para sua análise pela primeira vez do que não foi enfrentado na sentença. Nessa hipótese, a apelação não terá o efeito desobstrutivo, pois não há vício mas sim omissão a ser sanada.<sup>40</sup>

Para casos de decisão *cintra petita*, não seria o não exame de questão relevante - hipótese regulada na falta de fundamentação do inciso IV. O verbo utilizado foi “constatar”, não há decisão sobre o pedido, portanto não há o que ser invalidado, não há defeito. O tribunal limita-se a reconhecer a omissão e integrar a sentença desde que pedido de integração da decisão judicial conste na apelação, o tribunal não pode suprir *ex officio*, haverá a preclusão.

### 4.4 Decretação de nulidade da sentença por falta de fundamentação

A ausência de fundamentação da sentença gera o vício processual, se não seguir as hipóteses elencadas no art. 489, §1º do CPC, também é abarcada pela teoria da causa madura no inciso IV do §1º do Art. 1.013 do CPC.

Quando não houver mencionada fundamentação o tribunal poderá decretar a nulidade da decisão por vício de fundamentação e analisar então o mérito, que será considerada sua primeira análise ante a anulação do ato anterior decisório.

A hipótese do inciso IV foi inserida pelo novo Código de Processo Civil e já era anteriormente aplicada pela jurisprudência, embora se questionasse a sua

---

<sup>40</sup> DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de Direito Processual Civil. 22a ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 1.409



aplicação ante o artigo 93, IX, da Constituição Federal que impõe a anulação de sentença proferida sem fundamentação. Contudo, entendendo não haver inconstitucionalidade da lei pois o referido artigo prevê a anulação da sentença e autoriza o julgamento do mérito novamente com a supressão de um grau de jurisdição.<sup>41</sup>

#### **4.5 Em sentenças de mérito que reconhece a prescrição e decadência**

Novidade, da mesma forma, foi a inserção da hipótese de aplicação da teoria no provimento de recurso de apelação que se insurgir contra sentença que reconheceu a prescrição ou a decadência de uma ação. Com a devida observância da necessidade de já ter o réu se manifestado na demanda, e não houver necessidade de instrução probatória.

Na extinção do processo sem exame do mérito é possível passar ao julgamento da lide, pode também, então, ser aplicado o mencionado dispositivo nos casos de processo ser julgado extinto com julgamento de mérito, como a prescrição e decadência. Fato este acrescentado pelo novo Código de Processo Civil que antes já havia sido discutido doutrinariamente.

Há, no entanto, entendimento de que não se trata propriamente da aplicação da teoria da causa madura, pois sentença fundamentada no artigo 487, III do novo Código de Processo Civil, que declara prescrição e decadência, são sentenças que apreciam o mérito e afastado tal impeditivo pelo tribunal e a análise do mérito apenas rejulgará o que já foi apreciado pelo órgão *a quo*.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> OLIVEIRA, Bruno Silveira de. et al. Coordenação: Oliveira, Bruno Silveira de. et al. Recursos e a duração razoável do processo. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.p. 606

<sup>42</sup> OLIVEIRA, Bruno Silveira de. et al. Coordenação: Oliveira, Bruno Silveira de. et al. Recursos e a duração razoável do processo. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.p. 607



## 5 CONCLUSÃO

O legislador foi feliz ao ampliar a teoria da causa madura, com a clara demonstração de preocupar-se com a prestação jurisdicional mais célere e eficiente.

Para Dinamarco há uma tendência universal de aprimorar o serviço jurisdicional prestado por meio de processos, de forma que seus princípios - lógico, jurídico, político e econômico - sejam justificados por meio da instrumentalidade dinâmica do sistema <sup>43</sup>

Essa instrumentalidade deve basear-se em princípios que tornem o processo mais célere e efetivo como uso de ferramentas existentes no meio social para a prática dos atos processuais, como intimações por aplicativos de celular, conforme já ocorrido em nosso sistema jurídico, autorizado pela Portaria Conjunta 67 de 08/08/2016 do TJDF, que instituiu o procedimento de intimação das partes por meio do aplicativo de mensagens eletrônicas no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e da Fazenda Pública da Justiça do Distrito Federal e Territórios, bem como a implementação do sistema judicial eletrônico - PJ-e. <sup>44</sup>

Ademais, deve-se prezar por não rotular a efetividade processual como um bem de consumo a ser oferecido em uma decisão judicial que não se fundamenta em juízo de conveniência do magistrado.

José Miguel Garcia Medina corrobora com esse pensamento, ao dizer que o juiz deve “se organizar e realizar os atos de modo a alcançar o melhor resultado

---

<sup>43</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do Processo. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 24

<sup>44</sup> <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2016/portaria-conjunta-67-de-08-08-2016> acesso em 11/11/2019.



possível com os meios disponíveis”, a fim de que “algo seja realizado de modo a propiciar um grau máximo de satisfação”.<sup>45</sup>

Ademais, continua o autor, quando da abordagem da duração razoável do processo, dizendo que “só pode ser considerada eficiente a tutela jurisdicional se prestada tempestivamente, e não tardiamente”.<sup>46</sup>

Assim, fica clara a ideia da íntima relação entre a eficiência e a duração razoável do processo, o que mostra também, quão importante é a integração entre os diversos princípios existentes, tanto de ordem constitucional, quanto de ordem legal.

No mesmo sentido, Cassio Scarpinella Bueno, para quem, deve-se buscar a “obtenção do maior número de resultados com o menor número de atos processuais”.<sup>47</sup> Nesse ponto, ele destaca a eficiência processual - que trabalharia aliada intimamente à duração razoável do processo, prevista no artigo 4º do Código de Processo Civil.

Mesmo em países onde o litígio é contido, seja por questão cultural ou sociais, há a percepção de que a celeridade processual abarca o sinônimo de justiça, a exemplo do Código de Processo Civil português que prevê expressamente:

Artigo 2.o (art. 2.o CPC 1961)

Garantia de acesso aos tribunais

1 - A proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar.

<sup>45</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.p. 114

<sup>46</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 129

<sup>47</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.104



No Brasil é difícil precisar a duração do processo civil em razão das grandes diferenças culturais, sociais e econômicas existentes. Não se pode generalizar uma situação processual ocorrida em São Paulo como uma ocorrida em uma capital do norte ou nordeste do país, até mesmo em um contexto jurisdicional similar como a Justiça Federal, não pode se comparar o tempo que levará para ser julgado um recurso de apelação no TRF – 2ª Região, que abrange somente dois entes federativos, com o TRF – 1ª Região com seus 13 Estados e o Distrito Federal.

Neste cenário, o novo Código de Processo Civil veio impulsionar um novo fôlego ao Poder Judiciário, provido, além de outros recursos técnicos, com o aprofundamento da teoria da causa madura para reverter a luta diária dos abarrotados tribunais de todo país contra os males do tempo

## **REFERÊNCIAS**

ALI, Anwar Mohamad. Teoria da causa madura nos tribunais superiores. Revista de Processo, Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 278, p. 23 - 54, abr. 2018.

ALVIM, José Manuel de Arruda. Notas sobre algumas mutações verificadas com a Lei 10.352/2001. In: NERY JR., Nelson (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Ed. RT, 2002. v. 6.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema. In: Revista de Processo. 2016. p. 207.

BARIONI, Rodrigo Otávio et al. Efeito devolutivo da apelação civil. 2003.

BERTOLAI, Luís Henrique. Análise Crítica Sobre o Artigo 515, § 3º do Código de Processo Civil e a Possibilidade da Ocorrência da Reformatio in Pejus no Ordenamento Jurídico Brasileiro – Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Ano 5. Vol. VIII. Julho a Dezembro de 2011 – Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em :





<https://www.w-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20839/15115> -  
acesso em : 06.05.2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5.

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. São Paulo : Saraiva, 2007. v. 1.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26. ed. São Paulo:Malheiros, 2010.

DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. Inovações no processo civil ( comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001). São Paulo: Dialética, 2002.

DIDIER Júnior, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal - v. 3, p. 161-199, 13. ed. reforma. - Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O efeito devolutivo da apelação e de outros recursos. In: Nova era do processo civil . 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do Processo. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993.

DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de Direito Processual Civil. 22a ed. São Paulo: Atlas, 2019

ELÓI, Pilar de Souza Paula Coutinho. Os efeitos recursais e a causa madura: implicações e limitações. Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena, v. 12, n. 1, 2009.

FORTES, Eliane Miyamoto. Sentença ultra petita: dilema entre a nulidade e a inexistência jurídica.



GUIMARÃES, Luiz Machado. “Efeito devolutivo da apelação.” . In: Estudos de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969.

HOFFMAN, Glauci Aline; MOTRESOL, Deise. O pedido e a causa de pedir, princípio da fungibilidade, princípio da congruência e o projeto do novo código de processo civil. *Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, v. 14, n. 1, 2011.

HOFFMAN, Paulo. Razoável duração do processo. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

JAKUBOSKI, Adriéli Pelizzar; DOS SANTOS, Izaura José Padilha; RAUBER, Elton Antonio. O interesse público indisponível sobre a reformatio in pejus.

JORGE, Flávio Cheim. A nova reforma processual. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

KOURY, Luiz Ronan Neves. Aplicação do artigo 515, § 3o, do CPC na hipótese de extinção do processo com julgamento de mérito. Aplicação do artigo 515, § 3o, do CPC na hipótese de extinção do processo com julgamento de mérito, 2003.

LEMONS, Vinicius Silva. A AMPLIAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA NOS MOLDES DO CPC/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 20, n. 2, 2019.

LOBO, Fabiana Prudencio de Campos. Teoria da causa madura: as inovações do instituto no novo CPC como forma de promover a efetiva celeridade processual. *Direito Processual Civil Contemporâneo-Florianópolis*, 2018.

LOPES Jr. Gervásio. Julgamento direto do mérito pelo tribunal. Salvador: JusPodivm, 2007.

LOPES, Jr. Gervásio. Julgamento direto do mérito na instância recursal. Salvador. Editora Jus Podivm. 2007.

MAGALHÃES, JORGE DE MIRANDA. A apelação NA “CAUSA MADURA”. *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 19, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento. 7a edição, 2a tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2.



MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO Daniel. O Novo Processo Civil. 3ª edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINELLI, André Silva; DOMINGUES, Emmanuel; ROSA, André Luiz Figueiredo. Um breve estudo sobre a sentença citra petita e os seus meios de impugnação. In: Anais do Congresso de Processo Civil Internacional. 2019. p. 9-26.

MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao código de processo civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5.

NERY JR., Nelson. Teoria da causa madura e incorreta valoração da prova oral. Soluções práticas de direito, v. 8/2014.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. et al. Coordenação: Oliveira, Bruno Silveira de. et al. Recursos e a duração razoável do processo. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. Princípio da congruência no processo civil (sentença e Pedido). 2002.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; Oliveira, Alex Maia Esmeraldo de. Teoria da causa madura e duplo grau de jurisdição no novo código de Processo Civil. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. v. 15. Jan./Jun. 2015. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16870/12516> . Acesso em: 13 de mar. 2019.

REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. In: Revista de processo. 2016. p. 43-67.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A aplicação da “teoria da causa madura” em caso de nulidade da sentença por falta de fundamentação: um diálogo com Marco Antonio Perez de Oliveira. 2016.

THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. III.



TUCCI, José Rogério Cruz. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil. 2007.



# A EXCEPCIONALIDADE DA INTERFERÊNCIA ESTATAL NA REMOÇÃO DE CONTEÚDOS NA INTERNET: UMA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DO REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL ATRIBUÍDO AOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO NA INTERNET

Gabriel Martins Ramalho de Castro

## RESUMO

O avanço tecnológico promovido pela internet potencializou, em escala nunca antes percebida, a comunicação social. O mundo não conhecia um ambiente de ideias tão plural e ao mesmo tempo acolhedor como a internet: com algumas palavras publicadas, qualquer usuário passa a ser um interlocutor de compreensões variadas; com alguns cliques, toda a informação está ao seu dispor. Se, por um lado a internet é um ambiente de ampla efetivação de direitos fundamentais, por outro, antagonismos históricos, como o existente entre a liberdade de expressão em seu sentido mais amplo e os direitos afetos à privacidade, tornam-se ainda mais candentes. É justamente a partir dessa nova realidade de aparente conflito entre direitos fundamentais – da mais alta relevância –, que se passa a analisar em que medida a intervenção estatal no ambiente virtual para fins de remoção de conteúdo é saudável para o regime democrático. Como se pode adiantar, a partir de pesquisas bibliográficas e documentais sobre o tema – nacionais e do Direito comparado –, conclui-se que a remoção de conteúdos na internet deve ser uma medida excepcional. Sintomaticamente, a proeminência da manutenção de materiais na internet deve ecoar em todos os aspectos jurídicos, sobretudo em matéria de responsabilidade civil dos provedores, para garantir a efetivação dessa conclusão.



**Palavras-chave:** Internet. Remoção de conteúdo na Internet. Intervenção estatal. Aparente conflito entre direitos fundamentais. Autorregulação. Liberdade de expressão. Regime de responsabilidade civil dos provedores na internet. Marco Civil da Internet.

## 1 INTRODUÇÃO

A internet é um novo e importante mecanismo social, capaz de estimular a plena efetividade de direitos fundamentais de uma forma absolutamente inovadora. Com efeito, a hiperconectividade e as diversas aplicações disponíveis transformaram todos os usuários em potenciais criadores de informação e, em última análise, jornalistas informais. É fato que, enquanto os usuários não produzem conteúdos, a internet também impulsionou uma nova realidade: o livre acesso à informação, a qualquer tempo, em grande parte do globo e de forma aparentemente anônima. Em outras palavras, a rede virtual criou uma bipolaridade revolucionária: proporciona que, a um só tempo, todos os usuários tenham acesso à informação e possam produzir conteúdo com alcance global.

Um dos grandes exemplos é o YouTube. A plataforma permite que qualquer usuário publique gratuitamente vídeos e, sintomaticamente, produza conteúdo para públicos variados.<sup>1</sup> Essa nova forma de produção de informação, aliás, está se tornando cada vez mais relevante. Estudos direcionados da área da publicidade e da psiquiatria já analisam os impactos que os “*Digital Influencers*”<sup>2</sup> produzem para os

---

<sup>1</sup> Política de Uso do YouTube: "Ao usar o YouTube, você participa de uma comunidade de pessoas de todo o mundo. Todo novo recurso interessante da comunidade no YouTube envolve um certo nível de confiança.

Milhões de usuários respeitam essa confiança e também confiamos que você seja responsável. Seguir as diretrizes abaixo ajuda a manter o YouTube divertido e agradável para todos. Você pode não gostar de tudo que vê no YouTube. Se você acha que o conteúdo é inadequado, use o recurso de sinalização para enviá-lo para análise por nossa equipe do YouTube. Nossa equipe analisa cuidadosamente o conteúdo sinalizado 24 horas por dia, 7 dias por semana, para determinar se há uma violação de nossas Diretrizes da comunidade" (tradução livre). Disponível em: <https://www.youtube.com/about/policies/#community-guidelines>. Acesso em: 05 nov. 2019

<sup>2</sup> "O digital influencer é a pessoa que detém o poder de influência em um determinado grupo de pessoas. Os influenciadores digitais impactam centenas e até milhares de seguidores, todos os dias, com o seu



usuários - em especial nos jovens, em segmentos diversos que flutuam desde a economia, passam pelos campos da política e religião e alcançam, finalmente, os assuntos mais variados, como uma simples ida ao cinema com um julgamento humorístico do filme em cartaz<sup>3</sup> E tudo isso, como antecipado, cumulado com o fato de que, enquanto o usuário não é um produtor de conteúdo, estará, ao fim e ao cabo, consumindo todo esse material disponível. Trata-se, portanto, da efetivação da liberdade de expressão, em sua essência, e do prestígio à privacidade, a partir de um anonimato ficto.

O objeto da presente monografia é justamente uma análise sobre esse debate criado, que culmina na excepcionalidade que deve ser conferida à intervenção estatal na internet.

Tudo isso a partir de uma análise filosófica sobre a internet, que se soma a pesquisas bibliográficas e documentais sobre o tema – nacionais e de Direito comparado. Para tanto, a presente monografia foi topograficamente dividida em três partes.

O primeiro tópico se destina a abordar aspectos mais gerais sobre a internet e as formas de intervenção estatais existentes no Brasil e no mundo. De forma específica, será apresentada: (i) a importância do entendimento técnico sobre a internet para uma análise crítica da interdisciplinaridade com o Direito; (ii) uma breve digressão histórica sobre a internet; (iii) as três principais modalidades de intervenção estatal no ambiente virtual que são utilizadas no mundo; e, por fim, (iv) em qual das modalidades apresentadas o Brasil se enquadra.

---

estilo de vida, opiniões e hábitos". Disponível em: <https://freesider.com.br/marketing-digital/o-que-e-um-digital-influencer/>. Acesso em: 05 nov. 2019.

<sup>3</sup> A título exemplificativo, o canal do Whindersson Nunes. Brasileiro, com aproximadamente 37,5 milhões de inscritos, faz vídeos humorísticos de situações cotidianas. Disponível em: <https://www.youtube.com/user/whinderssonnunes>. Acesso em: 05 nov. 2019



O segundo tópico tem como objeto a análise da Lei nº 12.965, de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet. Inicialmente, será demonstrado o processo legislativo da elaboração da lei. Na sequência, serão apresentados três princípios norteadores do diploma - notadamente a neutralidade da rede, a liberdade de expressão e a privacidade dos usuários. Por último, será realizada uma diferenciação entre os diversos tipos de provedores no ambiente virtual e as suas funcionalidades.

Como se pode adiantar, esses dois primeiros tópicos são fundamentalmente técnicos e teóricos, mas essenciais para a base da monografia. São eles que servem de sustentação para o terceiro tópico - em que, finalmente, serão demonstradas as contribuições do presente trabalho. E, desde já, vale registrar que o tema é extremamente abrangente, de modo que não se busca exaurir todas as discussões, mas estimular que as contribuições desenvolvidas aqui sirvam como propulsores para a criação de debates na área.

No terceiro, e último, tópico, será abordada qual a melhor forma de intervenção estatal na internet, em matéria de remoção de conteúdo, à luz da legislação regente e da jurisprudência dos Tribunais Superiores, e qual a sua relação com a responsabilidade civil dos provedores que atuam na rede. Inicialmente, haverá a correlação entre os regimes de responsabilização dos intermediários e a liberdade de expressão na internet. Ato contínuo, serão apresentados os regimes de responsabilização dos provedores adotados no Brasil e dois casos, com repercussão geral já reconhecida, que aguardam julgamento no Supremo Tribunal Federal - especificamente, o RE nº 1.057.258/MG, de relatoria do Ministro Luiz Fux, e o RE 1.037.396/SP, de relatoria do Ministro Dias Toffoli. Por fim, serão demonstradas as razões que conduzem ao entendimento de que a interferência estatal na internet, em matéria de remoção de conteúdo, deve ser excepcional. É o que se passa a expor.





## 2 AS VICISSITUDES DA INTERNET EM ESCALA GLOBAL E NO BRASIL

### 2.1 Nota prévia: a importância do entendimento técnico sobre a internet para uma análise crítica da interdisciplinaridade com o Direito

Antes de qualquer consideração mais aprofundada e direcionada da presente monografia, vale fazer um brevíssimo registro que apenas reforça a importância da construção de uma base técnica sólida para interpretar a matéria discutida e evitar a criação de inconsistências jurídicas.

A exigência de um entendimento científico relevante para entender a relação entre o Direito e a internet pode soar como um preciosismo formalista para alguns. Afinal, a partir de um olhar um pouco menos acurado, as experiências do ambiente virtual não fugiriam da tônica das convivências já muito conhecidas antes mesmo da existência da internet – só aconteceriam em um espaço distinto. Esse tipo de interpretação é comum nos mais variados ramos do Direito: de fato, não é preciso um conhecimento específico sobre como o motor de um carro funciona para saber quem seria o responsável por eventual dano decorrente de falha técnica. Essa lógica, todavia, não subsiste na internet. Na verdade, os efeitos perniciosos decorrentes da ausência de um entendimento básico sobre os fundamentos da internet foram destacados por Marcel Leonardi<sup>4</sup>, um dos pioneiros no estudo dessa interdisciplinaridade, no livro “Responsabilidade Civil na internet e nos Demais Meios de Comunicação”. Confira-se:

Ao operador do Direito, pode parecer estranha a necessidade de conhecer, ainda que superficialmente, alguns aspectos

---

<sup>4</sup> Marcel Leonardi: “[p]ós-doutorado pela Berkeley Law. Doutor e Mestre em Direito pela USP. Bacharel em Direito pela USP. Assessor científico da FAPESP. Foi *Policy Fellow* na *Electronic Frontier Foundation*”.

Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/professor/marcel-leonardi>. Acesso em: 04 maio 2020



técnicos relacionados à Internet. Afinal, em outras áreas, esse conhecimento técnico dificilmente é necessário: não é preciso saber o que mantém uma aeronave no ar, por exemplo, para pleitear reparação de danos decorrentes de um desastre aéreo, ainda que tal conhecimento possa ser útil.

Ocorre que, para uma atuação adequada em questões jurídicas relacionadas à Internet, o conhecimento de certos elementos fundamentais a respeito da rede afigura-se imprescindível, como forma de aplicar corretamente o Direito ao caso concreto.

Muitos casos deixam de ser resolvidos adequadamente, ou recebem julgamentos surpreendentes, em razão do despreparo dos operadores do Direito para lidar com as questões técnicas relativas à Internet. O conhecimento de conceitos básicos sobre o funcionamento da rede, bem como das diferenças entre os diversos provedores de serviços intermediários, é suficiente para prevenir ações fadadas ao insucesso ou julgamentos equivocados.<sup>5</sup>

Em sua participação na obra, Marcel Leonardi apresenta ainda casos concretos de como esse vácuo técnico pode gerar as inconsistências mencionadas acima. A título exemplificativo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 70003736659/RS, decidido em 09 de maio de 2002, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reconheceu a ilegitimidade passiva de um provedor de *backbone* - as características de cada provedor, naturalmente, serão elucidadas em tópico próprio adiante -, em ação cautelar, cujo pedido principal era o fornecimento de IP (*Internet Protocol*), dado que não é fornecido por esse tipo de provedor.<sup>6</sup>

No caso ilustrado, o prejuízo não foi desastroso, porque o autor também ajuizou a demanda em face de diversos provedores distintos. Não raro, porém, esse tipo de equívoco pode conduzir à impossibilidade de alcançar a tutela jurisdicional pretendida. Apenas para não deixar de citar exemplos, imagine-se a seguinte

---

<sup>5</sup> LEONARDI, Marcel. Internet: elementos fundamentais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Responsabilidade civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 68

<sup>6</sup> LEONARDI, Marcel. Internet: elementos fundamentais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Responsabilidade civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012



situação hipotética: um usuário busca identificar quem foi o autor da publicação de um vídeo difamatório em uma plataforma de vídeos popular. Para tanto, seria necessário o dado de IP - que, como se pode adiantar, funciona quase como um RG de cada máquina.

Nota-se que, acaso esse usuário cometesse o mesmo equívoco e ajuizasse a demanda apenas em face do provedor de *backbone* - que, como vimos, não possui esse tipo de dado -, muito possivelmente as chances de identificar o autor do vídeo difamatório seriam esvaziadas. É isso porque o Marco Civil da Internet limita o período de guarda de dados pelos provedores de aplicações ao prazo de 6 (seis) meses.<sup>7</sup> Consequentemente, da data da publicação do vídeo, passando pelo reconhecimento da incompetência do provedor de *backbone*, para somente então reconhecer que o provedor de aplicação deveria ser demandado no polo passivo, o prazo provavelmente já terá transcorrido.

Justamente para evitar qualquer lacuna entre a base técnica e o fundamento jurídico, começa-se o estudo da presente monografia pela evolução histórica da internet e seus aspectos políticos, sociais e econômicos, desde a sua origem até os dias atuais. É o que se passa a demonstrar.

## 2.2 História da internet<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> BRASIL. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Marco Civil da Internet, art. 15: “O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 23 abr. 2020

<sup>8</sup> Antes de qualquer consideração, vale registrar que grande parte das informações desse tópico foram retiradas de um vídeo, de uma série de conteúdos desenvolvidos pela TechTudo. KLEINA, Nilton. A história da Internet. Vídeo produzido pela TecMundo. (14 min.) Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pKxWPo73pX0>. Acesso em: 20 fev. 2020



Como antecipado, somente por meio do entendimento do desenvolvimento da internet é que podemos ter um pensamento crítico sobre as consequências de qualquer tipo de intervenção na rede. Antes de qualquer consideração, portanto, é imprescindível um olhar histórico sobre a origem e o desenvolvimento da internet.

Em rigor, a internet passou por uma evolução histórica importante até chegar à forma em que é concebida atualmente. De modo específico, a rede virtual é produto do progresso dos meios de comunicação. E é justamente a partir de um instrumento de transmissão de sinais a longa distância, utilizado nos séculos XVIII, XIX e XX, que iniciaremos a análise das importantes transformações sociais, políticas, técnicas e tecnológicas que conceberam a internet.

Refere-se, aqui, ao telégrafo, que deu início às telecomunicações<sup>9</sup>: um pequeno instrumento de mesa que transmitia sinais de toques, de acordo com a frequência dos estímulos.<sup>10</sup> Embora o sistema eletromagnético do telégrafo seja o mais conhecido - aquele que recordamos imediatamente de cenas de filmes -, o sistema semafórico do telégrafo foi o propulsor dessa tecnologia. Inventado por Claude Chappe em 1792 na França, o telégrafo semafórico era instalado no alto de torres, posicionadas a quilômetros de distância uma das outras e transmitiam informações em forma de sinais, de forma mais eficaz que os cavalos e pombos da época<sup>11</sup>. O rudimentar telégrafo semafórico logo evoluiu para o telégrafo eletromagnético e, em 1837, Samuel Morse criou e registrou o tão conhecido Código Morse, que ganhou especial destaque durante as épocas de guerras, por ser

---

<sup>9</sup> ALCÂNTARA NETO, Pedro de. *História das comunicações e das telecomunicações*. Disponível em: [https://www.academia.edu/16844296/Historia\\_das\\_comunica%C3%A7%C3%B5es\\_e\\_das\\_telecomunica%C3%A7%C3%B5es](https://www.academia.edu/16844296/Historia_das_comunica%C3%A7%C3%B5es_e_das_telecomunica%C3%A7%C3%B5es). Acesso em: 05 out. 2019

<sup>10</sup> SCHULZ, Peter. *Quem inventou o telégrafo*. 09 jul. 2019. Disponível em: <https://revistaadnormas.com.br/2019/07/09/quem-inventou-o-telegrafo/>. Acesso em: 05 out. 2019

<sup>11</sup> SCHULZ, Peter. *Quem inventou o telégrafo? Esquerda-direita-direita-direita, esquerda-direita...*. 28 jun. 2019. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/peter-schulz/quem-inventou-o-telegrafo-esquerda-direita-direita-direita-esquerda-direita>. Acesso em: 05 out. 2019



um método eficaz de codificação - podemos intuir, inclusive, que esse método é um suposto avô do que conhecemos hoje como criptografia<sup>12</sup>.

Com o decorrer dos anos, o telefone, o rádio e a televisão também ganharam espaço entre os meios de comunicação mais relevantes<sup>13</sup>. Mas o ponto mais importante de toda essa narrativa está no fato superveniente à 2ª Guerra Mundial: o início da Guerra Fria. Como todos os livros de história revelam, a Guerra Fria foi um embate ideológico, político e econômico, que emergiu “quando Estados Unidos (EUA) - capitalista - e União Soviética (URSS) - socialista - polarizaram as relações internacionais”<sup>14</sup>. Qualquer avanço, ainda que mínimo, tinha um potencial de deixar o país adversário para trás e tumultuar as relações internacionais, com consequências imediatas na economia<sup>15</sup>.

Foi nesse contexto de corridas econômicas, espaciais, políticas e tecnológicas que o 34º Presidente dos Estados Unidos da América, Dwight David "Ike" Eisenhower, em 1958, criou a ARPA (*Advanced Research Projects Agency*)<sup>16</sup>, que depois ganhou um “D” de *Defense*<sup>17</sup> e se tornou a DARPA<sup>18</sup>. A ARPA foi

---

<sup>12</sup> O que é o telégrafo, história, origem, código Morse, resumo, bibliografia, quando foi criado, imagem. *Suapesquisa*. Disponível em: <https://www.suapesquisa.com/pesquisa/telegrafo.htm>. Acesso em: 05 out. 2019.

<sup>13</sup> ALCÂNTARA NETO, Pedro de. *História das comunicações e das telecomunicações*. Disponível em: [https://www.academia.edu/16844296/Historia\\_das\\_comunica%C3%A7%C3%B5es\\_e\\_das\\_telecomunic%C3%A7%C3%B5es](https://www.academia.edu/16844296/Historia_das_comunica%C3%A7%C3%B5es_e_das_telecomunic%C3%A7%C3%B5es). Acesso em: 05 out. 2019

<sup>14</sup> CARDOSO, Luisa Rito. Guerra Fria. *Infoescola*, 2015. Disponível em: <https://www.infoescola.com/historia/guerra-fria/>. Acesso em: 05 out. 2019

<sup>15</sup> TRUEMAN, C. N. What was the Cold War?. *The History Learning Site*, 25 May 2015. Disponível em: <https://www.historylearningsite.co.uk/modern-world-history-1918-to-1980/the-cold-war/what-was-the-cold-war/>. Acesso em: 05 out. 2019

<sup>16</sup> Agência de Projetos Avançados de Pesquisa, em tradução livre

<sup>17</sup> Defesa, em tradução livre

<sup>18</sup> Todas as referências a seguir foram retiradas do livro: CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. Disponível em: [https://zahar.com.br/sites/default/files/arquivos/trecho\\_-\\_a\\_galaxia\\_da\\_internet.pdf](https://zahar.com.br/sites/default/files/arquivos/trecho_-_a_galaxia_da_internet.pdf). Acesso em: 05 out. 2019. As informações também foram retiradas de vídeo produzido pela TechMundo. KLEINA, Nilton. A história da Internet. Vídeo produzido pela TecMundo. (14 min.) Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pKxWPo73pX0>. Acesso em: 20 fev. 2020



desenvolvida com objetivo de desenvolver tecnologias para alcançar superioridade militar em relação à União Soviética.

Um dos pequenos departamentos da ARPA, o *Information Processing Techniques Office* (IPTO)<sup>19</sup>, criou a ARPANET. Com o objetivo de criar uma rede interativa, os cientistas da ARPANET possuíam planos vinculados à simplificação das comunicações para facilitar e englobar os estudos e pesquisas - muito embora o argumento de fachada divulgado pelo departamento para justificar a criação da ARPANET foi, em verdade, uma suposta tentativa de criação de uma rede que seria capaz de parar eventual ataque nuclear soviético. Justamente nessa linha integrativa, o pioneiro da operação, Joseph Carl Robnett Licklider, cientista da computação do MIT (*Massachusetts Institute of Technology* - Instituto de Tecnologia de Massachusetts, tradução livre) que, junto de sua equipe, criou sistemas que agregavam comunicações em tempo real.

Em paralelo, uma das grandes inovações em termos de comunicação *online* foi a criação do Sistema de Comunicação de Pacotes, por Paul Braram do Rand Institute, Donald Davis e Roger Scantlebury do *National Physical Laboratory* e Lawrance Roberts da própria ARPA<sup>20</sup>. Esse sistema modernizou o envio de informação, que passou a ser encaminhado por pacote, um a um, em uma rede conectada. Essa troca de pacotes de dados era mais rápida do que os antigos canais de circuitos e permitiu uma comunicação por diferentes canais, e não só de um ponto a outro - como era feito na época<sup>21</sup>.

Outro importante avanço foi a implementação de “nós”, conhecidos como pontos de interseção de informações. Esses nós eram distribuídos em locais

---

<sup>19</sup> Escritório de Técnicas de Processamento de Informações, em tradução livre

<sup>20</sup> KLEINA, Nilton. *A história da Internet*. Vídeo produzido pela TecMundo. (14 min.) Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pKxWPo73pX0>. Acesso em: 20 fev. 2020

<sup>21</sup> KLEINA, Nilton. *A história da Internet*. Vídeo produzido pela TecMundo. (14 min.) Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pKxWPo73pX0>. Acesso em: 20 fev. 2020



estratégicos do caminho percorrido pelos pacotes de dados e funcionavam como sinais de memória: a partir do momento em que o pacote cruzava um nó, a sua informação ficava salva e, caso o pacote fosse perdido por qualquer razão, não seria necessário refazer todo o caminho. Bastava seguir do último ponto de checagem - isto é: do último nó. A lógica estrutural da internet, portanto, tem como regra a preservação dos dados e, conseqüentemente, dos conteúdos. Como se percebe, a dinâmica da internet foi concebida para não perder a troca de dados e funcionar como uma espécie de um grande *Data Center*<sup>22</sup>, de modo que, historicamente, a remoção de conteúdo - ou, para o contexto da rede, a perda de memória - deve ser analisada como exceção.

Em 1969, três anos depois da criação da ARPANET, a primeira conexão em rede foi efetivada entre a Universidade da Califórnia (UCLA) e o *Stanford Research Institute*, separados por longos 650 quilômetros de distância. O objetivo da conexão era enviar a palavra *Login*<sup>23</sup> de um ponto a outro. Curiosamente, durante a tentativa, a conexão caiu e as únicas letras que chegaram foram “Lo”<sup>24</sup>. Dois anos depois, em 1971, já existiam vultosos 15 pontos na rede e, nesse mesmo ano, foi desenvolvido o

---

<sup>22</sup> Um Data Center é o ambiente, ou espaço físico, que agrega toda a infraestrutura necessária para manter o funcionamento de sistemas e recursos digitais de uma organização, desde a rede até o armazenamento, acesso à internet e aplicações. Normalmente, são projetados para garantir o tráfego, processamento e armazenamento de enormes quantidades de dados, além de disponibilizar inúmeras aplicações ao mesmo tempo, de forma ininterrupta — o que chamamos de disponibilidade, uma das características mais importantes de um DC. Segundo a equipe técnica da System IT Solutions, “são projetados com uma série de fatores em mente, como o espaço físico, a capacidade de investimento da empresa e até mesmo a oferta de energia e riscos locais”. Ainda de acordo com nossos especialistas, a demanda, claro, é outro ponto essencial para balizar e justificar a implementação de um Data Center. Ela varia de empresa para empresa, mas é comum que as estruturas agreguem equipamentos de alta performance como servidores, switches (para agregação de tráfego de rede), storages (sejam externos ou inseridos nos próprios servidores), equipamentos de segurança como firewalls, e todas as demais soluções, sistemas e aplicações da organização”. Disponível em: <https://medium.com/system-it-solutions/o-que-e-data-center-para-que-serve-e2d0cd6adf1>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>23</sup> Entrar, em tradução livre.

<sup>24</sup> KLEINA, Nilton. *A história da Internet*. Vídeo produzido pela TecMundo. (14 min.) Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pKxWPo73pX0>. Acesso em: 20 fev. 2020



*Network Control Protocol* (NPC)<sup>25</sup>, que foi o primeiro protocolo de servidor da ARPANET e definia todo o procedimento de conexão entre dois pontos.

Naturalmente, o número de pontos conectados começou a progredir. Conexões de rede envolvendo dois países passaram a ser uma realidade<sup>26</sup>. Nesse momento, as telecomunicações deram um grande passo evolutivo, mas ainda era necessário um protocolo global, com uma linguagem única, capaz de conectar diferentes pontos, sem que a rede se transformasse em pequenos nichos de conexões blindados e desvinculados uns dos outros. Na época, o NPC não possuía toda essa tecnologia e não conseguia fazer trocas abertas entre diferentes redes, o que inviabilizava a integração. Exatamente nesse momento de interligação das comunicações, o pensamento sobre a possibilidade de criação de uma *internetting* aflorou - já ganhando, aos poucos, as características do que temos hoje com a internet.<sup>27</sup>

Foi, então, que os protocolos TCP/IP, pensados e elaborados desde 1969 com o objetivo de manter a comunicação ativa mesmo durante uma guerra nuclear, começou a ser cogitado<sup>28</sup>. É claro que esse objetivo primitivo dos protocolos foi logo substituído pela ideia de se conseguir atribuir, a toda rede, independentemente do país em que estiver, uma linguagem única de comunicação. O nome TCP/IP é a junção de dois protocolos: o TCP (*Transmission Control Protocol*)<sup>29</sup>; e o IP

---

<sup>25</sup> Protocolo de controle de rede, em tradução livre

<sup>26</sup> De forma específica, as novas aplicações abriram as possibilidades para facilitação da troca de informações. Um exemplo, foi a criação do e-mail - "internet mail" - em 1972, que dispensa maiores comentários quanto à utilização. Nesse mesmo ano, houve a primeira conexão transatlântica entre a ARPANET e o sistema NORSAR da Noruega, bem como uma conexão autônoma com Londres. KLEINA, Nilton. *A história da Internet*. Vídeo produzido pela TecMundo. (14 min.) Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pKxWPo73pX0>. Acesso em: 20 fev. 2020

<sup>27</sup> KLEINA, Nilton. *A história da Internet*. Vídeo produzido pela TecMundo. (14 min.) Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pKxWPo73pX0>. Acesso em: 20 fev. 2020

<sup>28</sup> DAVIES, Joseph G.; LEE, Thomas F. *Microsoft Windows Server 2003 TCP/IP Protocols and Services*. TCP/IP Protocols and Services. Technical Reference, 2003

<sup>29</sup> Protocolo de Controle de Transmissão, em tradução livre





(*Internet Protocol Suite*)<sup>30</sup>. De forma específica, o TCP é responsável por manter hígida a informação enviada na rede, ao passo que o IP garante que a informação chegue efetivamente ao *host*<sup>31</sup> do destino. Confira-se:

O TCP é um protocolo da camada de transporte confiável que tem por objetivo garantir que os dados são integralmente transmitidos para os hosts de destino corretos, na sequência pelo qual foram enviados.

O TCP particiona (segmenta) a informação recebida da Camada Aplicação em blocos menores de informação, conhecidos como datagramas, e embute um cabeçalho de identificação que permite ao host destino fazer a recomposição dos dados. Este cabeçalho contém um conjunto de bits (checksum) que permite a validação dos dados e do próprio cabeçalho.

Esse conjunto de bits permite que o host de destino recupere a informação em caso de erros na transmissão ou, nos casos em que a informação não pode ser recuperada ou o pacote TCP/IP se tenha perdido durante a transmissão. É tarefa do TCP retransmitir o pacote.

Para que o host de origem tenha a garantia que o pacote chegou sem erros, o host destino informa o status da transmissão através do envio de uma mensagem de acknowledgement.

Para que seja possível identificar a que serviço um determinado datagrama pertence, o TCP utiliza o conceito de portas. A cada porta está associado um serviço. Após determinada a porta, toda a comunicação com a aplicação é realizada e endereçada através dela.

O protocolo IP define a mecânica de transmissão dos datagramas, tendo por característica a orientação à conexão. Cada pacote IP é tratado como uma unidade independente de informação, não possuindo qualquer relação com qualquer outro.

É responsável pela comunicação entre os hosts de uma rede TCP/IP, administrando o transporte de uma mensagem de um host de origem até a um host de destino. Ele faz isso mesmo quando há a necessidade do seu datagrama passar por várias sub-redes.

---

<sup>30</sup> Conjunto de Protocolos de Internet, em tradução livre

<sup>31</sup> O *host* (hospedeiro, tradução livre) é o usuário de uma ponta na transmissão da informação



Porém, o protocolo IP não é confiável, pois não utiliza nenhum controle de fluxo ou tratamento de erros. Isso é responsabilidade dos protocolos das camadas superiores. Suas funções mais relevantes são a atribuição de um esquema de endereçamento independente do endereçamento da rede utilizada e independente da própria topologia da rede. Além disso, tem a capacidade de rotear e tomar decisões de roteamento para o transporte das mensagens entre os elementos que interligam as redes.<sup>32</sup>

Com a institucionalização dos protocolos TCP/IP e, em última análise, de uma linguagem única, a internet foi liberada à sociedade. Em poucos anos, chegaram as diversas aplicações e a rede ganhou as particularidades que conhecemos hoje. Como é intuitivo, esse procedimento não aconteceu de forma tão gradativa e contínua como tratado na narrativa. Mas como esse não é o objeto da presente monografia, uma introdução mais direta e objetiva sobre aspectos históricos e técnicos já é suficiente para o direcionamento e encadeamento do raciocínio.

O que temos ao final, portanto, é uma rede com uma linguagem única, capaz de entregar pacotes de dados hígidos (TCP) a determinados usuários específicos (IP), independentemente da sua localização no globo. Apenas para manter a higidez técnica, confira-se trechos do livro “*Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de Comunicação*” do Marcel Leonardi, que confirmam tudo o quanto foi mencionado:

Em sua essência, a Internet funciona graças ao sistema TCP/IP, acrônimo de Transmission Control Protocol/Internet Protocol, o qual permite que diferentes computadores se comuniquem entre si, bastando, para tanto, que transmitam informações utilizando pacotes de dados.

O Protocolo TCP/IP funciona da seguinte forma: o Protocolo de Controle de Transmissão (TCP) divide os dados a ser transmitidos em pequenos pedaços chamados de pacotes e, após efetuada a transmissão, reúne-os para formar novamente os dados originalmente transmitidos. O Protocolo de Internet

---

<sup>32</sup> GAIDARGI, Juliana. O que é TCP/IP e como funciona. *Infonova*, 2018. Disponível em: <https://www.infonova.com.br/artigo/o-que-e-tcp-ip-e-como-funciona/>. Acesso em: 15 out. 2019



(IP) adiciona a cada pacote de dados o endereço do destinatário, de forma que eles alcancem o destino correto. Cada computador ou roteador participante do processo de transmissão de dados utiliza o endereço constante dos pacotes, de forma a saber para onde encaminhar a mensagem.

Cada pacote de dados é enviado a seu destino pela melhor rota possível, a qual pode ou não ter sido utilizada pelos demais. Com isso, ainda que os pacotes de informações não trafeguem pelos mesmos caminhos, todos chegarão ao mesmo destino, onde serão reunidos. É isso que faz com que a Internet seja eficiente e permita o acesso simultâneo de milhões de usuários, pois o tráfego de dados é automaticamente balanceado entre as rotas que se encontram disponíveis. Além disso, caso ocorram problemas técnicos que impeçam o tráfego de dados por determinadas rotas, outras são imediatamente selecionadas até que o destino final possa ser alcançado.

Os pacotes de dados contêm os endereços IP do remetente e do destinatário dos dados. Um endereço IP identifica determinada conexão à Internet em um determinado momento. Toda vez que um usuário se conecta à rede, seu computador recebe automaticamente de seu provedor de acesso um endereço IP que é único durante aquela conexão. Sem conhecer tal endereço IP, um pacote de dados não tem como chegar a seu destino.

Atualmente, as principais formas de transmissão e obtenção de informações via Internet são a world wide web, os mecanismos de busca, o correio eletrônico (e-mail), as listas de discussão e os servidores de notícias, os servidores de FTP (File Transfer Protocol), os sistemas peer-to-peer, a execução remota via telnet, o Internet Relay Chat (IRC), os programas de mensagens instantâneas e de voz sobre IP, as redes sociais e serviços de streaming de vídeo e áudio, entre diversos outros<sup>33</sup>.

Muito embora a integralidade da rede apresente esses aspectos globais, a territorialidade e o plano real transmitem impactos diretos na internet. Isto é: apesar de parecer apenas uma nuvem intangível, as relações físicas e territoriais causam

---

<sup>33</sup> LEONARDI, Marcel. Internet: elementos fundamentais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Responsabilidade civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 70-71



impactos diretos na internet, cuja consequência natural é a produção de efeitos jurídicos. Como bem reconheceu o Professor Marcel Leonardi:

Como representa um conjunto global de redes de computador interconectadas, não existe nenhum governo, organismo internacional ou entidade que exerça controle ou domínio absoluto sobre a Internet. A regulamentação da rede é efetuada dentro de cada país, que é livre para estabelecer regras de utilização, hipóteses de responsabilidade e requisitos para acesso, atingindo apenas os usuários sujeitos à soberania daquele Estado. Como forma de impedir, investigar e reprimir condutas lesivas na rede, são por vezes necessários esforços conjuntos de mais de um sistema jurídico, dependendo da localização dos infratores e dos serviços por eles utilizados<sup>34</sup>.

É justamente essa interação entre a territorialidade e a internet que será desenvolvida no tópico a seguir.

### **2.3 Uma visão autoral: as três principais acepções mundiais sobre as modalidades de intervenção estatal na internet**

A internet hoje possui uma natureza tão específica que, dificilmente, possui um paralelo no plano real. Essa assimetria criada pela inovação da tecnologia, naturalmente, gerou dificuldades para diversos Estados em entender as especificidades da rede e legislar sobre a matéria. E isso por uma razão singela: como é de conhecimento corrente, as inovações são - e sempre foram - constantes, sendo certo que o legislador se adapta à nova realidade para, em caso de necessidade e de motivação, exercer sua função precípua. Por enquanto, nada de novo. Trata-se, em última análise, de uma das razões de ser do Poder Legislativo: criar e adaptar a legislação para novos contextos.

---

<sup>34</sup> LEONARDI, Marcel. Internet: elementos fundamentais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Responsabilidade civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 69-70



No entanto - e aqui surge a novidade -, o tradicional é que o legislador trace simetrias entre a nova realidade e uma realidade pré-existente, justamente para garantir uma uniformidade na interpretação do Direito e evitar inconsistências legislativas sobre assuntos semelhantes. Apenas para não ficar em hipóteses vagas, cita-se, exemplificativamente, a Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa)<sup>35</sup>, que deixou mais rígidas e transparentes as condições de elegibilidade, notadamente para proteção da probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

De fato, a Lei da Ficha Limpa estabeleceu novas causas de inelegibilidade, a partir de uma realidade social distinta e que clamava por maiores exigências para a lisura do processo eleitoral. Sintomaticamente, a Lei da Ficha Limpa se baseou em condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade pré-existentes na Constituição<sup>36</sup>, na Lei Eleitoral<sup>37</sup> e na Lei Complementar nº 64/1990<sup>38</sup>. O legislativo, portanto, não voltou a discutir a natureza jurídica de uma condição de elegibilidade e, tampouco, se seria necessário preencher requisitos mínimos para a candidatura.

---

<sup>35</sup> BRASIL. *Lei Complementar nº 135/2010, de 4 de junho de 2010*. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm). Acesso em: 12 fev. 2020

<sup>36</sup> Como se sabe, o Constituinte Originário estabeleceu algumas condições de elegibilidades constitucionais, notadamente no art. 14 da Carta. A título exemplificativo, BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 14, § 6º: “Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 maio 2020

<sup>37</sup> A Lei Eleitoral (Lei nº 9.504/1997) também replicou algumas condições de elegibilidade constitucionais e incorporou outras infraconstitucionais. BRASIL. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Lei das Eleições. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm). Acesso em: 22 abr. 2020

<sup>38</sup> BRASIL. *Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm). Acesso em: 12 fev. 2020.



Todas essas questões já haviam sido enfrentadas e, a partir dessa base consolidada, é que as inovações legais surgiram. É claro que esse sopesamento não constitui qualquer exigência de admissibilidade do processo legislativo, mas é importante, como antecipado, para manter uma linearidade do Direito.

A internet, entretanto, quebrou essa lógica. A intangibilidade dos dados e a globalização da informação são fenômenos nunca antes reconhecidos em escalas tão expressivas. Justamente por isso, não havia como equacionar, de forma tão cristalina, o Direito consolidado com essa inovação tecnológica. Vale dizer: inexistia qualquer precedente legislativo que pudesse servir como parâmetro para positivar de forma tão específica as relações na internet. Não por outra razão, o que vemos hoje ao redor do mundo, em termos de interferência estatal na internet, é o reflexo dos princípios, tradições e costumes dos países nas suas legislações específicas sobre Direito Digital. E, exatamente nesse panorama internacional, três formas de intervenção se destacam.

Antes de avançar no tópico, porém, vale registrar que essa divisão em três acepções contemporâneas é uma visão autoral, baseada na análise e no estudo da interação de diversos países com a internet. Trata-se, portanto, de uma classificação que reflete três modos distintos de como os países, a partir do seu contexto histórico, político e social, interferem no ambiente virtual. Feito esse breve registro, passa-se a demonstrar as três formas de intervenção global na internet.

A primeira forma é a intervenção máxima do Estado na internet. Países que adotam essa postura buscam ter o controle do conteúdo compartilhado e de acesso dos seus usuários à rede. Criam, portanto, verdadeiras barreiras (“*firewalls*”)<sup>39</sup> e

---

<sup>39</sup> “Firewall é uma solução de segurança baseada em hardware ou software (mais comum) que, a partir de um conjunto de regras ou instruções, analisa o tráfego de rede para determinar quais operações de transmissão ou recepção de dados podem ser executadas”. Disponível em:



censuram conteúdos para obter o controle da mídia e da informação. A China é o maior exemplo - e talvez o ícone - dessa forma de intervenção estatal. A Embaixada do Brasil em Pequim, a partir de uma solicitação do Ministério de Relações Exteriores, realizou, em 2010, uma descrição sobre a regulação chinesa sobre o uso e gestão da internet. A despeito de ter passado quase uma década, alguns trechos demonstram as características dessa forma de intervenção - que, registre-se, de lá para cá apenas ficou mais rígida:

2. O Governo chinês advoga, ostensivamente, o “uso racional da tecnologia para coibir a disseminação de informação ilegal na rede”. A política chinesa de administração da internet tem sido caracterizada pelo controle e filtragem das informações transmitidas, com o bloqueio do acesso a sites com conteúdo ilegal, tais como aqueles que contrariem os princípios constitucionais, ameacem a segurança do Estado e a unidade nacional, perturbem a ordem pública, ameacem a política religiosa oficial, disseminem pornografia, incentivem delitos ou sejam cassinos virtuais, entre outros.

3. Na prática, as autoridades chinesas têm interpretado de modo abrangente o que seria esse conteúdo ilegal, restringindo o acesso a diversas páginas da rede. Entre esses encontram-se desde sites pornográficos, websites de instituições de direitos humanos até sites de relacionamento populares como o “youtube”, o “facebook” e o “twitter”. O monitoramento e bloqueio dos websites tem sido efetuado por meio de roteadores localizados nos três principais pontos de entrada de cabos óticos na China continental (Beijing- Tianjing-Qingdao, Xangai e Guangzhou). Esse cerceamento sistemático da internet pelo Governo chinês é conhecido como “the great firewall of China”.

4. Em 2009, o Governo chinês aventou a possibilidade, posteriormente descartada devido à forte reação do público interno e da indústria, de exigir que todos os computadores vendidos neste país viessem com o filtro “Green Dam” já instalado. Esse software teria como objetivo declarado prevenir o acesso de menores a sites pornográficos, porém permitiria também o bloqueio já no próprio computador do



acesso a sites proibidos ou que contivessem alguns termos julgados sensíveis.

5. A administração e controle da internet pelo Governo chinês é pulverizada. Os principais órgãos responsáveis pela regulamentação da internet são: em seus aspectos gerais, o Ministério da Indústria e Tecnologia da Informação (MIIT); e no que diz respeito ao seu conteúdo, o Birô de Assuntos da Internet do Escritório de Informação do Conselho de Estado, a Administração Estatal de Rádio, Filme e Televisão (SARFT), e o Departamento de Proteção da Segurança da Internet do Ministério de Segurança Pública. Especialistas estimam que, neste país, alguns milhares de agentes policiais do Governo central e das províncias dediquem-se a supervisionar e controlar o conteúdo dos sites da internet.

6. Em relação aos registros de acesso à internet, o artigo n. 14 do Decreto n.291 (Gestão de Serviços da Internet) e o artigo n.66 do Decreto n.292 (Regulamentação das Telecomunicações da República Popular da China), ambos datados de 2000, determinam que os provedores devem manter esses registros por até 60 dias e disponibilizá-los aos órgãos policiais e de segurança e à Procuradoria do Povo para fins de manutenção da segurança nacional e para investigação de delitos.

7. Os provedores de acesso à internet, assim como os próprios usuários, são responsáveis pelo conteúdo colocado na rede, de acordo com o artigo 63 do Decreto n 291 mencionado acima. Não há mecanismos de isenção de responsabilidade, e os provedores freqüentemente exercem a autocensura. O site “Google”, que até recentemente filtrava o conteúdo disponível em seu site na China, anunciou, em janeiro deste ano, que abandonaria essa prática, o que ensejou fortes críticas do Governo chinês e, posteriormente, o redirecionamento dos acessos efetuados na China continental para o site da Google de Hong Kong, cujos resultados não são filtrados. Além da autocensura, as autoridades chinesas também incentivam os sites e usuários a denunciarem comportamentos proibidos. Ícones da polícia chinesa são colocados em diversos websites a fim de inibir delitos e a estimular os usuários a denunciarem sites com conteúdos ilegais.

8. Outra característica presente na administração da internet neste país é a crescente tendência do Governo chinês de cercar todo acesso anônimo à internet. Os usuários são obrigados a se registrar e a assinar documentos se comprometendo a não acessarem conteúdos ilegais.





Cybercafés são obrigados a obter licenças específicas e a registrarem os usuários. Ademais, o Diretor do Escritório de Informação do Conselho de Estado, Wang Chen, declarou recentemente que o Governo chinês deveria implementar um sistema que obrigasse os usuários a utilizarem seus nomes verdadeiros na internet. Os cidadãos chineses usuários de internet, os chamados “netizens”, têm se utilizado da rede para ventilar críticas, em sua maioria anônimas, ao Governo em “chats” e “blogs”.

9. Em 8 de junho último, o Escritório de Informação publicou o “White Paper on Internet in China”. O documento explicita que os princípios que regem a política chinesa para o setor seriam os seguintes: uso ativo, desenvolvimento científico, administração com base na lei e segurança garantida. O Governo chinês pretende orientar os 384 milhões de usuários deste país, que já perfazem a maior comunidade na internet, a “usar corretamente a internet” a fim de “criar um ambiente harmônico e saudável” e de “promover o progresso social e econômico”. O documento pode ser consultado no site [http://china.org.cn/government/whitepaper/node\\_7093508.htm](http://china.org.cn/government/whitepaper/node_7093508.htm)

<sup>40</sup>

Embora tradicionalmente a China seja o país mais conhecido, outros também seguem esse mesmo regime intervencionista. A título exemplificativo, cite-se a Coreia do Norte, o Irã, Cuba, a Arábia Saudita, a Síria, o Vietnã e a Tunísia<sup>41</sup>. Particularmente, esse regime intervencionista tende a criar efeitos perniciosos sistêmicos. Com efeito, a censura prévia e autoritária, por si só, já é capaz de abalar um país inteiro e produzir repercussões negativas em todo o globo.

E não se trata de qualquer preciosismo. Muito ao revés: recentemente, o mundo inteiro foi vítima da censura realizada pela própria China. Como se sabe, no final de dezembro de 2019, um novo coronavírus surgiu (COVID-19) e, recentemente, foi classificado pela Organização Mundial da Saúde como epidemia

---

<sup>40</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Regulamentação da internet na China: contribuição do Itamaraty. *Marco Civil da Internet*: seus direitos e deveres em discussão. 11 jul. 2010. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/marcocivil2009/2010/07/11/regulamentacao-da-internet-na-china-%E2%80%93-contribuicao-do-itamaraty/>. Acesso em: 12 fev. 2020

<sup>41</sup> RUIC, Gabriela. Os países que mais censuram a internet (e os mais livres). *Exame*, 31 out. 2015. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/os-paises-que-mais-censuram-a-internet-e-os-mais-livres/>. Acesso em: 12 fev. 2020



de “ameaça muito grave para o mundo”<sup>42</sup>. Apesar disso, um oftalmologista da cidade de Wuhan - epicentro da difusão do vírus - alertou amigos na plataforma “WeChat”<sup>43</sup> sobre a possibilidade de um retorno da Síndrome Respiratória Aguda (SARS) - um antigo vírus conhecido pelos chineses, que gerou crises em 2002<sup>44</sup>.

As mensagens enviadas ganharam largas proporções na internet até chegar as autoridades chinesas, que, prontamente, tomaram providências para conter as supostas invenções do médico. Em síntese, o oftalmologista foi repreendido por policiais e obrigado a assinar um documento, em que se comprometeu a não divulgar outras informações sobre o assunto. Poucas semanas depois, já após a epidemia do vírus, o médico foi diagnosticado com a doença e faleceu<sup>45</sup>.

Vale registrar, desde já, que não se faz qualquer juízo de valor sobre os impactos ou eventuais outras consequências que poderiam ter ocorrido caso a informação não fosse divulgada. O efeito nocivo que se registra aqui, ilustrado por esse caso trágico, é apenas que a inibição de informação também limita a tomada de decisão. E não faltam exemplos, igualmente trágicos e em escala global - como o acidente na usina nuclear de Chernobyl na Ucrânia - que reforçam essa disfunção causada pela censura. Como se sabe, o acidente na usina nuclear de Chernobyl foi tratado, inicialmente, pelo governo da União Soviética como um simples incêndio. A

---

<sup>42</sup> RAMZY, Austin *et al.* The Illness Now Has a Name, COVID-19. *New York Times*, 11 feb. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/02/11/world/asia/coronavirus-china.html>. Acesso em: 12 fev. 2020

<sup>43</sup> “O WeChat é mais do que um app de mensagens e rede social: é um estilo de vida para mais de um bilhão de usuários no mundo inteiro”. Disponível em: [https://play.google.com/store/apps/details?id=com.tencent.mm&hl=pt\\_BR](https://play.google.com/store/apps/details?id=com.tencent.mm&hl=pt_BR). Acesso em: 12 fev. 2020

<sup>44</sup> TESINI, Brenda L. *Coronavírus e Síndromes respiratórias agudas (COVID-19, MERS e SARS)*. 10 abr. 2020. Disponível em: <https://www.msmanuals.com/pt/casa/infec%C3%A7%C3%B5es/v%C3%ADrus-respirat%C3%B3rios/s%C3%ADndrome-respirat%C3%B3ria-aguda-grave-sars>. Acesso em: 12 maio 2020

<sup>45</sup> HEGARTY, Stephanie. Coronavírus: o médico chinês que tentou alertar colegas sobre surto, mas acabou enquadrado pela polícia e infectado pela doença. *BBC*, 04 fev. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51369300>. Acesso em: 12 fev. 2020



ausência de divulgação da informação de que um nível elevado de material radioativo estava sendo emitido causou a morte de cerca de 9 (nove) mil pessoas, segundo os dados da Organização Mundial da Saúde, e quase deixou o norte da Alemanha inabitável<sup>46</sup>.

Apesar disso, esse modelo é utilizado por diversos países no mundo e, como já demonstrado, decorre, sobretudo, de uma tradição cultural, principiológica, social e econômica desses Estados.

A segunda forma que se busca destacar, e em sentido diametralmente oposto, é a ausência total de intervenção estatal. Nota-se que, nesse modelo, não se fala em intervenção mínima do Estado, mas em nenhum tipo de intervenção. Hoje, naturalmente, a maior parte dos países ao redor do globo, ainda que residualmente, regulam as relações que envolvem a internet, mesmo que a partir de uma relação meramente civil ou consumerista. A ideia desse modelo é que a própria internet, por suas características singulares, mas especialmente por seu caráter global, se autorregulamentaria, de modo que seria desnecessário ou incompatível uma intervenção estatal.

Essa possibilidade de autorregulamentação da internet, por meio de políticas e termos de uso, foi primordialmente analisada por Lawrence Lessig, professor na Universidade de Harvard, em Boston, no livro “*Code and Other Laws of Cyberspace*”<sup>47</sup> - que, posteriormente, foi adaptado para o livro “*Code 2.0*”<sup>48</sup>, cuja realidade já está no plano da necessidade de intervenção pontual do Estado.

---

<sup>46</sup> BLAKEMORE, Erin. O acidente em uma usina nuclear na União Soviética chocou o mundo, alterou permanentemente a região e deixou muitas perguntas sem resposta. *National Geographic Brasil*, 2019. Disponível em: <https://www.nationalgeographicbrasil.com/2019/06/o-que-aconteceu-desastre-chemobyl-uniao-sovietica-ucrania-energia-nuclear>. Acesso em: 12 fev. 2020

<sup>47</sup> LESSIG, Lawrence. *Code: and other laws of cyberspace*. Nova York: Basic Books, 1999

<sup>48</sup> LESSIG, Lawrence. *Code: and other laws of cyberspace. Version 2.0*. Nova York: Basic Books, 2006. Disponível em: <http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2020



De forma ainda mais específica, em seu primeiro livro, Lawrence Lessig defendeu que a autorregulamentação da internet, por sua própria arquitetura, seria tão intensa que superaria a regulamentação do plano real, dispensando a necessidade de implementar, por meio do Estado, mais uma forma de intervenção<sup>49</sup>. Como parece intuitivo, esse modelo de intervenção se sustentou apenas nos primórdios da internet e, com sua evolução gradativa, os países, querendo ou não, acabaram por intervir ainda que minimamente para retirar essa autonomia conferida à rede.

Por outro lado, existe uma outra camada da internet que não é regulamentada. Refere-se aqui à *deep web*<sup>50</sup> - também conhecida como *deepnet* ou *undernet*. Tradicionalmente, existe uma divisão na *world wide web* quanto ao material que é indexado pelos provedores de buscas tradicionais (e.g. Google, Yahoo!, Bing), denominada *surface web*, e o conteúdo não indexado, conhecida como *deep web*<sup>51</sup>.

Em geral, a *surface web* é a rede mais acessada pelos usuários, porque está intimamente relacionada com os *browsers* comuns - i.e. Google Chrome, Internet Explorer, Mozilla Firefox, etc -, ao passo que a *deep web* é utilizada por um grupo

---

<sup>49</sup> Até mesmo no Code 2.0, o Lawrence Lessig preservou essa mesma ideia. Confira-se trechos do livro, que não deixam dúvidas quanto ao ponto: “O ciberespaço demanda um novo entendimento sobre como a regulação funciona. Nos compele a olhar para além do escopo jurídico tradicional - para além das leis, ou mesmo das normas sociais. Requer uma compreensão mais ampla de ‘regulação’ e, mais importante, o reconhecimento de um novo ‘regulador’. Este regulador é o obscuro título deste livro - Código. No plano real, nós reconhecemos como as leis regulam - por meio de Constituições, leis e outros diplomas. No ciberespaço, nós precisamos entender como um diferente ‘código’ regula - como *software* e *hardware* (o ‘código’ do ciberespaço) que fazer o ciberespaço ser o que também regulam o ciberespaço como ele é. Como William Mitchell nos ensina, esse código também é o “direito” do ciberespaço. ‘*Lex informatica*’, como primeiro postulou Joel Reidenberg, ou melhor: ‘código é direito’”. LESSIG, Lawrence. *Code: and other laws of cyberspace*. Version 2.0. Nova York: Basic Books, 2006. Disponível em: <http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2020

<sup>50</sup> Existem, aliás, diversos termos para a *deepweb*. Para Michael K. Bergman o termo mais adequado seria Internet (Web) Profunda. BERGMAM, M. K. White paper: the deep web surfacing hidden value. *Journal of Eletronic Publishing*, v. 7, n. 1, 2001. Disponível em: <http://quod.lib.umich.edu/cgi/t/text/text-idx?c=jep;view=text;rgn=main;idno=3336451.0007.104>. Acesso em: 28 fev. 2020.

<sup>51</sup> BERGMAM, M. K. White paper: the deep web surfacing hidden value. *Journal of Eletronic Publishing*, v. 7, n. 1, 2001. Disponível em: <http://quod.lib.umich.edu/cgi/t/text/text-idx?c=jep;view=text;rgn=main;idno=3336451.0007.104>. Acesso em: 28 fev. 2020



mais seletivo de usuários. Existem vários meios de acesso à *deep web*, mas a rede mais popular é o Tor<sup>52</sup> - que, curiosamente, pode ser baixada na própria *surface web*.

Ao se conectar à *deep web*, o usuário automaticamente camufla o endereço de IP (*Internet Protocol*) da sua máquina<sup>53</sup> - que funciona como um identificador na rede. Por essa razão, a *deep web* é considerada uma rede segura aos usuários e que privilegiaria a própria privacidade - mantendo a ideia tradicional da essência da internet. Confira-se trechos de um artigo publicado em site de tecnologia que demonstra uma das formas de acessar a “rede oculta” e desmistifica, de certo modo, a ideia de complexidade do acesso<sup>54</sup>:

#### 1. Baixe o Tor

O primeiro passo é baixar o Tor, que possui versões para Windows, Mac e Linux. A maneira mais prática de começar a acessar os sites da *deep web* é baixar o Tor Browser, que traz um pacote completo com o software que se conecta à rede Tor e um navegador pré-configurado para acessar a rede, que é uma adaptação do Firefox. [...]

Você pode baixar o Tor Browser na página oficial. Basta executar o instalador e seguir as instruções na tela. É provável que o assistente pergunte se você possui uma internet “livre de obstáculos”; a não ser que você esteja em uma rede censurada ou filtrada, basta clicar no botão “Connect” e o navegador será

---

<sup>52</sup> “O Tor, que já foi conhecido como o acrônimo para “The Onion Router”, é um programa que protege a identidade dos usuários enquanto eles navegam na grande rede. Trata-se de um software livre e de código aberto que está frequentemente associado à Deep Web, a parte gigantesca e não indexada da internet. Lançado originalmente em setembro de 2002, esse projeto foi escrito na linguagem de programação C e tem ajudado incontáveis usuários a permanecerem anônimos na internet”. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/seguranca/104364-tor-entenda-rede-garante-anonimato-internet.htm>. Acesso em: 26 fev. 2020

<sup>53</sup> “Depois que o Tor estiver instalado, ele esconde sua identidade na rede e impede que terceiros visualizem suas tarefas no computador. Tudo isso só acontece graças a um mecanismo complexo que utiliza uma rede de transmissão de dados baseada em múltiplas máquinas. Quando você envia uma mensagem para um amigo, por exemplo, ela passa não por apenas um, mas inúmeros PCs até chegar ao destinatário. A ideia desse esquema é dificultar o acesso indevido a um computador específico e confundir aqueles que estão tentando invadir a sua privacidade e vasculhar as suas informações”. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/seguranca/104364-tor-entenda-rede-garante-anonimato-internet.htm>. Acesso em: 26 fev. 2020

<sup>54</sup> Em linhas gerais, a *deep web* ainda é analisada por muitos usuários como um espaço no qual apenas hackers e especialistas em tecnologia e computação poderiam ter acesso



aberto imediatamente. Você está pronto para acessar a deep web!

## 2. Por onde começar na deep web

Como você está conectado ao Tor, pode navegar em qualquer site pelo Tor Browser como anônimo. Isso porque, em vez de acessar diretamente o servidor do site de destino, seu computador se conectará a uma máquina do Tor, que se conectará a outra máquina, que se conectará a outra máquina e assim por diante, como em um túnel. O site de destino, portanto, receberá não o seu endereço IP, mas o IP de outro nó da rede. [...]

Mas para acessar os sites escondidos na deep web, é preciso entender que não é possível encontrá-los em um buscador convencional, como o Google

— e nem existe um buscador tão eficiente quanto o Google dentro da deep web. Por isso, o ponto de partida mais comum é procurar um diretório de sites, como se você estivesse na década de 1990. No Tor, os links são formados por caracteres aleatórios seguidos da terminação .onion.

O diretório mais famoso do Tor é a Hidden Wiki. Pelo Tor Browser, abra o endereço [http://zqktlwi4fecvo6ri.onion/wiki/index.php/Main\\_Page](http://zqktlwi4fecvo6ri.onion/wiki/index.php/Main_Page).

Nessa página, você encontrará uma série de links que o levarão para blogs, sites, fóruns de discussão e outras páginas da deep web.<sup>55</sup>

Muito embora não pareça, a *surface web* representa, no geral, a menor camada de material disponível na *world wide web*. Não por acaso, a doutrina clássica sobre o tema costuma fazer analogias para demonstrar, de forma um pouco mais palpável, a disparidade de informações existentes nesses modelos de rede.

Tipicamente, a comparação mais realizada é com o iceberg, em que: **(i)** o topo da montanha de gelo, que fica aparente para aqueles que estão imersos à superfície da água, seria a *surface web* - vale dizer, o conteúdo que comumente é utilizado pelos usuários; **(ii)** a parte logo submersa seria a *deep web*, com largo compartilhamento de conteúdo variado; e **(iii)** a parte mais profunda e obscura, seria

---

<sup>55</sup> HIGA, Paulo. Como entrar na deep web utilizando o Tor. *Tecnoblog*. Disponível em: <https://tecnoblog.net/189897/como-acessar-deep-web-links/>. Acesso em: 26 fev. 2020



a *dark web*<sup>56</sup>, que se compartilha, em geral, conteúdos ilícitos - *e.g.* pornografia infantil, comércio de armas, tráfico de drogas, falsificações, dentre outras.

Outra comparação que também se tornou comum é a metáfora da cenoura, realizada por Richele Grengue Vignoli<sup>57</sup>, que segue a mesma lógica. Confira-se as imagens que demonstram, didaticamente, tudo o quanto foi mencionado:

**Figura 1 – Metáfora do iceberg**



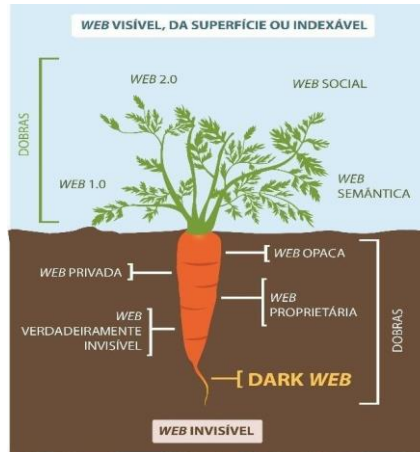
Fonte: HIRATA, Regina. Deep web iceberg. *Blog dos Cursos*, 12 ago. 2015. Disponível em: <http://blogdoscursos.com.br/deep-web/deep-web-iceberg-e1432663755280/>. Acesso em: 05 jun. 2020.

<sup>56</sup> EVERETT, Cath. *Moving across to the dark site*: network Security. 2009. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/250702116\\_Moving\\_across\\_to\\_the\\_dark\\_side/citation/download](https://www.researchgate.net/publication/250702116_Moving_across_to_the_dark_side/citation/download). Acesso em: 22 abr. 2020

<sup>57</sup> Richele Grengue Vignoli: “Doutoranda desde 2018 pelo Programa de Pós-graduação em Ciência da Informação (PPGCI) da Unesp de Marília - SP, linha 2 - Organização e Reprodução da Informação, orientanda do Prof. Dr. Carlos Cândido de Almeida. Estuda Epistemologia da Ciência da Informação rumo ao conceito de Informação Líquida. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação (PPGCI), da Universidade Estadual de Londrina (UEL) em 2014 com a dissertação intitulada de “A Dark Web e seus Não Lugares: por um estudo das dobras invisíveis do ciberespaço.” Possui especialização em “Gestão de Bibliotecas Universitárias” realizada na UEL em 2010. Graduou-se em Biblioteconomia em 2008 também pela UEL. Lecionou na UEL de jul. de 2011 a dez. de 2014 nos cursos de Arquivologia, Biblioteconomia e Secretariado Executivo. Atualmente é professora/tutora EAD na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (UNIVESP) em disciplinas de Administração como Planejamento Estratégico e Gestão de Pessoas para cursos de graduação como Engenharia da Computação e Gestão Pública. É Consultora Acadêmica na E-vig consultoria acadêmica, que presta serviços de normalização bibliográfica, orientação para projetos de pesquisa e TCC, detecção de plágio e aulas particulares de Metodologia Científica nas diversas áreas do conhecimento. Pesquisa o pós-humano, a cibernética, a modernidade líquida e o conceito antropológico de Não Lugares de Marc Augé em temas correlatos as Tecnologias da Informação e Comunicação e também organização da informação e em outro viés, Dados Pessoais, Dados Sensíveis, Dados de pesquisa e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais”. Disponível em: <https://www.escavador.com/sobre/6443337/richele-grengue-vignoli>. Acesso em: 02 dez. 2019



Figura 2 – Metáfora da cenoura



Fonte: VIGNOLI, Richele Grengre. A metáfora da cenoura: a localização da Dark Web. *Research Gate*. Fev. 2019. Disponível em: [https://www.researchgate.net/figure/Figura-1-A-metáfora-da-cenoura-a-localizacao-da-Dark-Web\\_fig1\\_331073863](https://www.researchgate.net/figure/Figura-1-A-metáfora-da-cenoura-a-localizacao-da-Dark-Web_fig1_331073863). Acesso em: 26 fev. 2020.

Como se percebe, a *deep web* carrega massivamente a maior parte do conteúdo da *world wide web*. Apesar disso, a regulamentação nacional e internacional ainda não tem mecanismos próprios para tratar especificamente do conteúdo gerado por essa rede. Não se desconhece que diversas ações investigativas e persecuções penais, inclusive com cooperação internacional, ocorrem para prevenir e punir eventuais ilícitos praticados. Não raro, aliás, notícias envolvendo a prisão de pessoas que compartilharam conteúdo de pornografia infantil, falsificações, dentre outros são compartilhados. Confira-se, a título ilustrativo:

Um homem foi preso em Jundiaí (SP) nesta quinta-feira (22) suspeito de compartilhar imagens de crianças com conteúdo pornográfico. O homem usava a deep web (uma área da internet de difícil acesso) para compartilhar os arquivos, informou a Polícia Federal.

Computadores e pen drives criptografados contendo cenas de abuso sexual infantil foram apreendidos pelos policiais federais.





Ainda conforme a PF, as investigações começaram a partir de uma parceria com a agência inglesa NCA. O nome do suspeito não foi divulgado.

O homem é apontado pela investigação como um dos principais usuários brasileiros responsáveis pelo compartilhamento de pornografia infantil. Segundo a polícia, ele atua "há mais de seis anos em comunidades de pedofilia no submundo da internet."<sup>58</sup>

No entanto, a interferência estatal na circulação desse conteúdo ainda é quase nula. Não por outra razão, não há qualquer discussão envolvendo a *deep web* nos diversos Tribunais do país<sup>59</sup>. O que se buscou demonstrar é que, apesar de esse segundo modelo de intervenção mínima do Estado parecer superado, fato é que grande parte do conteúdo da *world wide web* não é submetido a qualquer tipo de regulamentação, nem mesmo para afastar aquilo que é objetivamente ilícito.

O terceiro, e último, modelo de intervenção que se pretende demonstrar é o de intervenção pontual do Estado na internet. Esse é o modelo mais utilizado para regulamentar as relações da *surface web* - que será precipuamente o objeto de estudo da presente monografia. Em rigor, existem países que disciplinam especificamente as relações na internet, atribuindo, por exemplo, regimes diferenciados de

---

<sup>58</sup> *Suspeito de compartilhar pornografia infantil na deep web é preso em Jundiaí*. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2019/08/22/suspeito-de-compartilhar-pornografia-infantil-na-deep-web-e-preso-em-jundiai.ghtml>. Acesso em: 26 fev. 2020

<sup>59</sup> A constatação se deu pela pesquisa jurisprudencial em diversos Tribunais do país, tais como STF, STJ, TJSP, TJRJ, TJRS, TJDFT, TJMG, TJRS, TJSC, pelos seguintes termos de busca: "deep adj2 web"; "dark adj2 web"; "internet adj2 oculta" e demais variações



responsabilidades aos intermediários<sup>60</sup>. Mais recentemente, muitos países também regularam a proteção de dados dos usuários<sup>61</sup>.

No Brasil, está em vigor a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet (MCI) e, recentemente, foi aprovada a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 - Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) - que ainda se encontra em período de *vacatio legis* em relação à maioria de seus dispositivos<sup>62</sup>. Como se percebe, o Brasil se encontra, topograficamente, inserido nesse terceiro modelo de intervenção pontual.

Feito esse breve panorama global, passa-se a demonstrar, de forma mais analítica, a razão pela qual o Brasil escolheu por esse modelo e como deve-se ocorrer a intervenção estatal na internet em matéria de remoção de conteúdo, à luz da legislação e da jurisprudência consolidada pelos Tribunais Superiores.

## 3 O MARCO CIVIL DA INTERNET

### 3.1 Processo legislativo do Marco Civil da Internet

O Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) passou por um processo legislativo elaborado e com ampla participação social. A discussão sobre a regulação

---

<sup>60</sup> É o caso dos Estados Unidos da América, por exemplo, que aprovou o *Communications Decency Act* (CDA) que, na Seção nº 230, reconhece que “[n]o provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider” - i.e. “nenhum provedor ou usuário de um serviço de computador interativo deve ser tratado como editor ou propagador de qualquer informação fornecida por outro provedor de conteúdo de informações”, tradução livre. Disponível em: <http://www.columbia.edu/~mr2651/e-commerce3/2nd/statutes/CommunicationsDecencyAct.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2020.

<sup>61</sup> Como a diretiva geral da União Europeia: *General Data Protection Regulation* (GDPR). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:119:FULL>. Acesso em: 03 jun. 2020

<sup>62</sup> BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados, art. 65: “Esta Lei entra em vigor: I - dia 28 de dezembro de 2018, quanto aos arts. 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A e 58-B; e II - em 3 de maio de 2021, quanto aos demais artigos”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 05 maio 2020



da internet, porém, nasceu bem antes de se cogitar a concepção do diploma. Vários fatores externos contribuíram para a necessidade de uma Lei geral que regulasse a internet<sup>63</sup>. A título exemplificativo, cita-se o escândalo internacional do emblemático caso Snowden<sup>64</sup>. Apenas para ilustrar a evolução cronológica do tema, confira-se a seguinte tabela, elaborada por Francisco Carvalho de Brito Cruz, com pequenas adaptações<sup>65</sup>, que apresenta, de forma didática, Projetos de Lei e os seus objetos:

**Quadro 1 – Projetos de Lei do Marco Civil da Internet**

Projeto de Lei (nomes e números)	Autor	Conteúdo/Teor (Ementa)
<b>PL 4.102/1993; PLS 152/1991</b>	Senador Maurício Correa (PDT-DF), em 21/05/1991	Define os crimes de uso indevido de computador e dá outras providências
<b>PL 1.070/1995</b>	Deputado Ildemar Kussler (PSDB-RO), em 10/10/1995	Dispõe sobre crimes oriundos da divulgação de material pornográfico através de computadores.
<b>PL 1.713/1996</b>	Deputado Cássio Cunha Lima (PMDB-PB), em 27/03/1996	Dispõe sobre o acesso, a responsabilidade e os crimes cometidos nas redes integradas de computadores e dá outras providências.
<b>PL 2.644/1999</b>	Deputado Jovair Arantes (PSDB-GO), em 11/12/1996	Dispõe sobre a elaboração, o arquivamento e o uso de documentos eletrônicos.
<b>PL 3.258/1997</b>	Deputado Osmário Pereira (PSDB-MG), em 12/06/1997.	Dispõe sobre crimes perpetrados por meio de redes de informação.
<b>PL 84/1999; PLC 83/2003</b>	Deputado Luiz Piauhyllino (PSDB-PE), em 24/02/1999	Dispõe sobre os crimes cometidos na área de informática, suas penalidades e dá outras providências.
<b>PL 76/2000</b>	Senador Renan Calheiros (PMDB-AL), em 27/03/2000	Define e tipifica os delitos informáticos, e dá outras providências.
<b>PL 137/2000</b>	Senador Leomar Quintanilha (PPB-TO), em 11/05/2000	Estabelece nova pena aos crimes cometidos com a utilização de meios de tecnologia de informação e telecomunicações.

<sup>63</sup> LEN  
Sal  
<sup>64</sup> Nes  
da c  
Nac  
trab  
na e  
doc  
Em  
Gua  
a fc  
exis  
Seg  
grar  
mur  
http  
Ace  
<sup>65</sup> CRI  
legi  
Dire  
http  
maio 2020.



Fonte: Adaptado de CRUZ, Francisco Carvalho de Brito. *Direito, democracia e cultura digital: a experiência de elaboração legislativa do Marco Civil da Internet*. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-08042016-154010/pt-br.php>. Acesso em: 24 maio 2020.

Inicialmente, os Projetos de Lei anteriores ao Marco Civil possuíam um viés criminalista: buscavam evitar a propagação de ilícitos na internet. Um desses projetos - notadamente o Projeto de Lei nº 84/1999 (“Lei Azeredo”), de autoria do Deputado Luiz Piauhyllino -, era mais incisivo em matéria de restrição de liberdades individuais na internet, a pretexto de supostamente privilegiar o interesse público e combater a pedofilia no ambiente virtual. A tônica desse Projeto de Lei acompanhou o seu apelido concedido pela doutrina: “AI-5 digital”. Confira-se trechos de artigo publicado pelo professor Ronaldo Lemos<sup>66</sup> sobre o assunto:

---

<sup>66</sup> Ronaldo Lemos: “[g]raduado em direito pela Universidade de São Paulo, mestre em direito pela Universidade de Harvard, doutor em direito pela Universidade de São Paulo. Professor Visitante da Universidade de Columbia, afiliado à SIPA (School of International Public Affairs). Visiting Scholar do MIT Media Lab.

Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade, conveniado à UERJ. Foi professor visitante da Universidade de Princeton, afiliado ao Center for Information Technology Policy (2011 e 2012). Foi visiting scholar da Universidade de Oxford, afiliado ao Center for Brazilian Studies (Michaelmans term, 2005). Vencedor do Golden Nica na categoria Digital Communities do Prix Ars Electronica 2007. Foi Membro e Vice-



Existe uma parte triste da “revolução” sexual trazida pela internet: a pedofilia. Ela deve ser condenada e combatida com veemência. Mas o ponto deste artigo é outro. Combater a pedofilia é crucial, mas essa bandeira tem sido cada vez mais apropriada por pessoas que querem avançar outros interesses que nada têm a ver com a proteção de crianças e adolescentes. Esse é hoje um fenômeno brasileiro e mundial.

Por aqui um exemplo é a chamada “Lei Azeredo” (PL 84/99), que ficou assim conhecida por causa de seu principal defensor, o senador Eduardo Azeredo (PSDB-MG). Ela foi vendida à sociedade brasileira como uma lei de combate à pedofilia. Tramitou ao mesmo tempo que a Lei 11.829, resultado dos trabalhos da CPI da Pedofilia. Foi inclusive levada a votação junto com ela. Com um pequeno problema: a Lei Azeredo não trata de pedofilia.

Trata sim de uma ampla criminalização da rede, incluindo condutas cotidianas. Por exemplo, se a lei for aprovada, quem baixar músicas de um iPod para o próprio computador, mesmo que adquiridas legalmente, ficaria sujeito a pena de até três anos de prisão. O mesmo para quem desbloqueasse um celular. [...]

Aproveitando a comoção gerada pelo tema da pedofilia, a Lei Azeredo acabou aprovada pelo Senado. Quando a sociedade brasileira percebeu, houve grande reação: uma única petição reuniu 158 mil assinaturas contrárias ao projeto, que desde então vem sendo acusado de “AI-5 Digital”, dentre outros termos fortes. O texto encontra-se agora na Câmara, aguardando votação. A resistência continua. Mas tudo poderia ter sido evitado se a lei tivesse tramitado por seus próprios méritos.<sup>67</sup>

A gravidade da Lei Azeredo em matéria de restrição às liberdades na internet fez nascer uma contraposição às suas ideais, que culminou na elaboração do Marco Civil da Internet. A academia demonstrou em peso os efeitos perniciosos do “AI-5 digital”. A sociedade civil se mobilizou e com uma petição online conseguiu

---

Presidente do Conselho de Comunicação Social criado pelo artigo 224 da Constituição, com sede no Senado Federal. Associado e fundador do Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio de Janeiro. Liaison Officer do MIT Media Lab para o Brasil”.

Disponível em: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4755957Y7>. Acesso em: 24 maio de 2020

<sup>67</sup> LEMOS, Ronaldo. O AI-5 Digital. *Trip*, 15 dez. 2010. Disponível em: <https://revistatrip.uol.com.br/trip/o-ai-5-digital>. Acesso em: 24 maio 2020



alcançar 150 (cento e cinquenta) mil assinaturas, movimento que chamou a atenção do Congresso Nacional para a matéria e suspendeu a tramitação do PL nº 84/1999<sup>68</sup>.

A participação social na construção da Lei foi tão intensa que a criação do diploma inovou em matéria de consultas públicas para fomentar o debate legislativo. Como se sabe, consultas públicas são uma das formas de aproximação da sociedade com o processo de tomada de decisão do legislativo. A participação social do Marco Civil, entretanto, foi a primeira integralmente online. O seu pioneirismo gerou também uma criação, no Direito Administrativo, de uma variação legal para do mecanismo de consulta pública<sup>69</sup>. Confira-se trechos de artigo publicado por Fabro Steibel<sup>70</sup>:

O uso de consultas públicas no processo de decisão governamental é uma prática recorrente no Poder Executivo, estando regulamentada no Brasil em legislação específica (D 4.176/2000). No entanto, realizar uma consulta pública para além de espaços físicos em Brasília, com a ajuda de uma URL pública e aberta, formalmente configurada como mecanismo de direito administrativo, até o MCI era algo inédito no país. O MCI é uma iniciativa conjunta do Ministério da Justiça (iniciador do projeto) e do Centro de Tecnologia e Sociedade, na Fundação Getulio Vargas/RJ (FGV), e contou ainda com o apoio do Ministério da Cultura (MinC) e de outros órgãos do governo (como o Ministério das Relações Exteriores).

---

<sup>68</sup> LEMOS, Ronaldo. O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3-11

<sup>69</sup> STEIBEL Fabro. O portal da consulta pública do Marco Civil da Internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 18-28

<sup>70</sup> Fábio Steibel “se formou em Comunicação Social com habilitação em publicidade pela Universidade Federal do Paraná (2003), especialização em Fotografia como instr. pesq. nas Ciências Sociais por Universidade Candido Mendes (2004), mestrado em Comunicação, linha de Comunicação e Mediações pela Universidade Federal Fluminense (2006) e Ph.D. na Comunicação Política pela Universidade de Leeds (2011). Atualmente é Revisor de periódico da Contracampo (UFF), Revisor periódico da Com política, revisor periódico da E-Compós (Brasília), revisor periódico da ABCIBER, da Escola Superior de Propaganda e Marketing, Bolsista da Universidade Federal Fluminense, Revisor Periódico de Eco (UFRJ) e Revisor Periódico de Matrizes (Online). Tem experiência na área de Comunicação, com ênfase em Teoria da Comunicação. Focado, principalmente, nos assuntos: comunicação e política, publicidade negativa, campanha Eleitoral, Horário Gratuito Propaganda Eleitoral, Publicidade Política”. Disponível em: <https://leeds.academia.edu/FabroSteibel/CurriculumVitae>. Acesso em: 02 maio 2020.



Segundo os entrevistados, o projeto foi iniciado formalmente em setembro de 2009, quando servidores públicos do MJ convidaram especialistas de FGV para projetar uma plataforma online de consulta. Dois meses depois, o portal foi lançado e deu-se início ao primeiro dos dois períodos de consulta (que esteve aberta até meados de 2010, quando a versão final do projeto foi enviada para apreciação do Congresso). Para permitir que vários atores discutissem online, o projeto fez uso de uma série de ferramentas web 2.0 (principalmente: plataforma Wordpress, Twitter, RSS feeds e blog), e dividiu-se em duas rodadas de discussão: na primeira consulta o debate girou em torno de um *white paper* com temas gerais sobre direitos e deveres dos usuários na internet, e na segunda o debate se deu sobre os artigos do projeto de lei a ser submetido ao Congresso. Somando-se as duas etapas, a consulta e as múltiplas plataforma de coleta de contribuição, em torno de 1.500 contribuições foram recebidas, inseridas no portal durante pouco mais de quatro meses, e realizadas por mais de 250 autores<sup>71</sup>.

Após esse amplo debate, o Marco Civil da Internet foi aprovado e sancionado. O estado da arte, portanto, é bastante promissor: o Brasil, ao invés de seguir a tendência criminalista mundial, consolidou direitos civis na internet. Ao invés “de repressão e punição, a criação de uma moldura de direitos e liberdades civis, que traduzisse princípios fundamentais da Constituição Federal para o território da internet”<sup>72</sup>. É justamente os princípios basilares do Marco Civil que se passa a demonstrar.

### 3.2 Princípios norteadores do Marco Civil da Internet

Como visto, o Marco Civil da Internet é fruto de uma evolução legislativa que nasceu em oposição a medidas extremamente interventivas no ambiente virtual. Ideologicamente, a lei atendeu o anseio social pela construção de um ambiente mais

---

<sup>71</sup> STEIBEL Fabro. O portal da consulta pública do Marco Civil da Internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 20

<sup>72</sup> LEMOS, Ronaldo. O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3-11.



livre, plural e harmônico. Não por acaso, o diploma tem como base princípios que ajudam na manutenção desse ambiente. Na presente monografia, por uma questão de similitude entre as matérias e delimitação do objeto, serão analisados mais especificamente três desses princípios - muito embora, como se sabe, o Marco Civil seja pautado por diversos outros princípios que aparecem de forma textual ou não na Lei Federal e que não se sobrepõem uns aos outros.

O primeiro dos princípios que será abordado é a neutralidade da rede. A definição desse princípio não é pacífica na academia ou na doutrina. Apesar disso, o conceito mais preciso que se utiliza atualmente é que a neutralidade da rede é um princípio “que endereça aos provedores de acesso o dever de tratar os pacotes de dados que trafegam em suas redes de forma isonômica, não os discriminando em razão de seu conteúdo, origem, destino ou tipo de aplicação”<sup>73</sup>. Segundo Pedro Henrique Soares Ramos<sup>74</sup>, sem prejuízo da delimitação do conceito doutrinário, os autores convergem para três elementos que necessariamente constituem esse princípio:

(i) o princípio da neutralidade da rede impõe a provedores de acesso a obrigação de não bloquear o acesso de usuários a determinados sites e aplicações, sendo também vedado aos provedores de acesso arbitrariamente reduzir a velocidade ou dificultar o acesso a aplicações específicas; (ii) a neutralidade da rede impede a cobrança diferenciada para acessos a determinados conteúdos e aplicações, sendo livre a cobrança

---

<sup>73</sup> O conceito foi disponibilizado em um site criado especificamente para tratar da neutralidade da rede. Disponível em: <http://www.neutralidadedarede.com.br/>. Acesso em: 24 abr. 2020

<sup>74</sup> Pedro Henrique Soares Ramos é “[m]estre em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, com ênfase em Direitos dos Negócios e Desenvolvimento Econômico e Social. Possui graduação pela Universidade de São Paulo (2010), especialização em Direito e Internet pelo Instituto Internacional de Ciências Sociais (2011) e curso intensivo de verão na University of Southern California (2012). Foi pesquisador visitante na Universidade de Stanford (2014), colaborador do Núcleo de Estudos em Direito, Internet e Sociedade da Universidade de São Paulo (2013-2014) e pesquisador associado no InternetLab (2015). É mentor e palestrante em aceleradoras e incubadores de negócios de Internet em São Paulo e Florianópolis.

Advogado em São Paulo”. Disponível em: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4357296H6>. Acesso em: 24 abr. 2020





utilizada; (iii) os provedores de acesso devem manter práticas transparentes e razoáveis a respeito de seus padrões técnicos de gerenciamento de tráfego<sup>75</sup>.

A neutralidade da rede, portanto, garante a todos os usuários um tratamento igualitário de acesso, velocidade e preço, independentemente do conteúdo ou aplicação que se deseja acessar/utilizar. A discussão sobre a necessidade de uma neutralidade na rede surgiu após a tentativa, sobretudo de empresas de telecomunicações, em discriminar o acesso à determinado site ou aplicação.

Em geral, existem três formas de discriminação: o bloqueio, a discriminação por velocidade - positiva ou negativa - e a discriminação por preço - também, positiva ou negativa. O bloqueio, como deduzido pelo seu próprio nome, é a restrição completa de acesso a determinadas aplicações. A discriminação por velocidade é a diminuição (negativa) ou aumento (positiva) da velocidade de acesso a determinadas aplicações sobre as demais. Por fim, a discriminação por preço é a diminuição (negativa) ou aumento (positiva) de cobranças de tarifas para utilização de determinada aplicação.

A partir dessas formas de discriminação, *players* começaram a limitar o acesso de usuários à determinadas aplicações. Para não ficar apenas em ilustrações vagas, passa-se a demonstrar alguns casos emblemáticos recentes que trataram do assunto. Em 2014, a Netflix celebrou um contrato com a empresa Comcast para garantir uma velocidade de acesso privilegiado do seu serviço de *streaming*<sup>76</sup> sobre os concorrentes - trata-se da discriminação por velocidade positiva<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> RAMOS, Pedro Henrique Soares. Neutralidade da rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p 166

<sup>76</sup> O serviço de *streaming* é uma forma de transmissão de vídeo e áudio por meio da internet, de conteúdos já indexados na plataforma, ou mesmo de conteúdos ao vivo

<sup>77</sup> KERBER, Diego. Adeus, neutralidade da rede: Netflix faz acordo com operadora para melhorar o streaming.



Outra prática que ganhou repercussão foi o *Zero Rating*: trata-se de uma estratégia comercial que viabiliza a taxa zero para permitir acesso gratuito e ilimitado a determinadas aplicações.<sup>78</sup> O mais comum é que empresas de telecomunicações ofereçam planos ou pacotes com acesso diferenciado para determinadas aplicações. Muito se discute sobre os prós e contras dessa prática - que, em última análise, é a essência da neutralidade da rede: enquanto o *Zero Rating* poderia aproximar o governo de provedores privados para fomentar a inclusão digital e permitir que consumidores pudessem ter acessos a determinadas aplicações de forma mais barata e rápida, a mesma prática poderia dificultar o surgimento de novas empresas, em especial as de pequeno porte, criando um nicho monopolizado e específico de mercado.

Mais recentemente, uma decisão do *Federal Communications Commission* (FCC), órgão responsável por regular o setor de comunicações dos Estados Unidos, também puxou os holofotes para a discussão. O FCC afastou a neutralidade da rede ao retirar a banda larga como um serviço de utilidade pública. A decisão da FCC foi

---

*Adrenaline*, 25 fev. 2014. <https://adrenaline.com.br/noticias/v/24142/adeus-neutralidade-da-rede-netflix-faz-acordo-com-operadora-para-melhorar-o-streaming/mobile/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

<sup>78</sup> “Sobre o zero-rating, também conhecido como taxa zero, onde se oferecem acesso gratuito e ilimitado a algumas aplicações, todos concordaram que tecnicamente esta prática fere os princípios da neutralidade da rede. Como exemplo, o prof. Elias Duarte e o doutorando Thiago Garrett colocam uma comparação entre um cliente que utiliza Whatsapp e Telegram. Em uma situação de zero-rating, chegará um momento em que “os pacotes de uma aplicação vão ser bloqueados enquanto os da outra aplicação vão passar livremente e isso é, tecnicamente, por definição, uma violação da neutralidade da rede.”. GOMES, Alessandra. Neutralidade da Rede: questões atuais e futuras em debate. *InternetLab*. Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/pt/especial/neutralidade-da-rede-questoes-atuais-e-futuras-em-debate/>. Acesso em: 19 abr. 2020.



aprovada pelo Senado e a lei que afasta a neutralidade da rede nos EUA já está em vigor<sup>78</sup>.

No Brasil, por outro lado, a neutralidade da rede é um princípio basilar da internet. As discussões em quase todas as audiências públicas realizadas e um dos tópicos mais discutidos no site E-Democracia<sup>79</sup>, culminou na dicção do art. 3º, inciso IV, do Marco Civil da Internet, *verbis*: “[a] disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: [...] IV - preservação e garantia da neutralidade de rede”.<sup>80</sup> <sup>81</sup>Mais adiante, o diploma destina uma seção completa para tratar desse princípio - notadamente a Seção I, do Capítulo III.

A literalidade dos dispositivos não deixa dúvidas quanto à impossibilidade, via de regra, de tratamento diferenciado para acesso a determinadas aplicações. Para que a discriminação do acesso possa ser considerada legítima, o legislador estabeleceu uma série de critérios cumulativos. Confirma-se a redação dos dispositivos do Marco Civil, que não deixam dúvidas quanto ao ponto:

Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação.

§ 1º A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de:

<sup>78</sup> EFE. Lei que acaba com neutralidade da rede nos EUA entra em vigor. *Agência Brasil*, 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2018-06/lei-que-acaba-com-neutralidade-da-rede-nos-eua-entra-em-vigor>. Acesso em: 20 abr. 2020

<sup>79</sup> RAMOS, Pedro Henrique Soares. Neutralidade da rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p 165-187

<sup>80</sup> BRASIL. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Marco Civil da Internet. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 23 abr. 2020.

<sup>81</sup> BRASIL. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Marco Civil da Internet. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 23 abr. 2020.



I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e

II - priorização de serviços de emergência.

§ 2º Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no § 1º, o responsável mencionado no caput deve:

I - abster-se de causar dano aos usuários, na forma do art. 927 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil;

II - agir com proporcionalidade, transparência e isonomia;

III - informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede; e

IV - oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.

§ 3º Na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o disposto neste artigo.<sup>82</sup>

Como se percebe, o Brasil adota um modelo relativo da neutralidade da rede, que só poderá ser discriminada após o preenchimento de critérios objetivos estabelecidos. A regra, portanto, é do tratamento igualitário na transferência e acesso de aplicações a todos os usuários.

O segundo princípio que se pretende destacar é a liberdade de expressão. A evolução histórica mundial e brasileira sobre o tema será demonstrada de forma mais específica adiante no tópico III.3 da monografia. Foi após toda essa construção social e jurídica que a liberdade de expressão, em todas as suas acepções, tornou-se um dos pilares do uso da internet. Toda a lógica do Marco Civil da Internet é desenhada em cima desse princípio. Nesse sentido, confira-se algumas passagens do diploma:

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: [...]

---

<sup>82</sup> BRASIL. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Marco Civil da Internet. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 23 abr. 2020



Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; [...]

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. [...]

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. [...]

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.<sup>83</sup>

Nesse particular, vale reiterar a menção de ausência de predominância de um desses princípios sobre os demais. O foco para a liberdade de expressão, entretanto, é importante na presente monografia, porque, como será melhor detalhado adiante, trata-se de um dos fundamentos consolidados do Marco Civil que delimitaram a interferência estatal na internet, tornando o ambiente virtual mais plural, livre e, em especial, um local livre da censura prévia - sem abrir mão, naturalmente, de sancionar eventuais abusos.

Por fim, o terceiro princípio basilar que se pretende destacar - e que, não raro, entra em conflito aparente com a liberdade de expressão - é a garantia da privacidade e de dados pessoais dos usuários. O Marco Civil não foi uma lei criada especificamente para proteção e sigilo de dados: na verdade, o Congresso Nacional

---

<sup>83</sup> BRASIL. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Marco Civil da Internet. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 23 abr. 2020



recentemente aprovou a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)<sup>84</sup>, que ainda está parcialmente no período de *vacatio legis*. Sem prejuízo disso, o diploma, alinhado com a Constituição Federal e com outras normas infraconstitucionais que regulam a matéria (e.g. Lei 9.296/1996), estabelece cautelosa ênfase para o direito à privacidade dos usuários na rede, inclusive como condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. Confira-se:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: [...]

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; [...]

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. [...]

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros. [...]

§ 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.<sup>85</sup>

Nesse tema, muito se discute sobre o direito de escrever anonimamente e o direito de ler anonimamente na internet<sup>86</sup>. Essa anonimização, no entanto, é apenas ficta, de modo que não há qualquer violação à previsão constitucional de vedação ao

---

<sup>84</sup> BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 05 maio 2020.

<sup>85</sup> BRASIL. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Marco Civil da Internet. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 23 abr. 2020

<sup>86</sup> BRANCO, Sérgio; TEFFÉ, Chiara de; MELO, Marina Cunha. *Privacidade em perspectivas: anonimato, proteção de dados e devido processo legal: por que e como conter uma das maiores ameaças ao direito à privacidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 213



anonimato (art. 5º, IV, da CRFB/88). E isso porque existem meios de identificação de cada usuário no ambiente virtual: o denominado *Internet Protocol* (IP).

Com efeito, em uma análise preliminar, o fornecimento de uma sequência de números não parece ser interessante para qualquer parte que busque identificar um usuário que cometeu eventual ilícito na internet. Notadamente porque em grande parte das aplicações é necessário um cadastro prévio, no qual, como regra, o usuário deve fornecer o seu nome, um endereço de correio eletrônico, dentre outros dados<sup>87</sup>.

Ora, parece muito mais atrativo requerer o fornecimento direto desses dados cadastrais, que, em tese, trariam o nome da parte e eventuais outros dados capazes de auxiliar na identificação, do que o fornecimento dos dados de IP. Entretanto, como é de conhecimento corrente, não há qualquer controle sobre a veracidade dos dados cadastrais. É perfeitamente factível, portanto, que um usuário chamado "Bruno", crie uma conta em algum serviço de aplicação fornecendo como nome "Pedro". Inexiste, aliás, qualquer limitação de caracteres dos dados cadastrais, de modo que o usuário pode, igualmente, fornecer uma combinação de letras e números que dificultam a sua identificação, como por exemplo "P3dr0". O ponto foi objeto de destaque pelo Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

[...] Note-se, por oportuno, que não se está, aqui, a propor uma burocratização desmedida da Internet. O crescimento e popularidade da rede devem-se, em grande medida, justamente à sua informalidade e à possibilidade dos usuários a acessarem sem identificação. Essa liberdade tornou-se um grande atrativo, especialmente nos sites de relacionamento, em que pessoas desenvolvem “personalidades virtuais”, absolutamente distintas de suas próprias, assumindo uma nova identidade, por meio da qual se apresentam e convivem com

---

<sup>87</sup> A título exemplificativo, o serviço de correio eletrônicos da Google, o *Gmail*. Para ter uma conta, é necessário um cadastro prévio, que é necessário o fornecimento do "Nome", "Sobrenome", "Nome de Usuário" e a criação de uma senha. Esses dados podem ser encontrados em: <https://accounts.google.com/signup/v2/webcreateaccount?flowName=GlifWebSignIn&flowEntry=SignUp>. Acesso em: 22 abr. 2019.



terceiros. Criou-se um “mundo paralelo”, em que tudo é intangível e no qual há enorme dificuldade em se distinguir a realidade da fantasia. Outrossim, não se pode ignorar a importância e os reflexos econômicos da Internet. O dinamismo e o alcance da rede a transformou num ambiente extremamente propício ao comércio. Porém, ainda que concretizados de forma virtual, esses negócios exigem segurança jurídica. E, nesse universo, a identificação das pessoas se torna fundamental. Dessarte, quanto mais a web se difunde, maior o desafio de se encontrar um limite para o anonimato dos seus usuários, um equilíbrio entre o virtual e o material, de modo a proporcionar segurança para as inúmeras relações que se estabelecem via Internet, mas sem tolher a informalidade que lhe é peculiar. Nesse aspecto, por mais que se queira garantir a liberdade daqueles que navegam na Internet, reconhecendo-se essa condição como indispensável à própria existência e desenvolvimento da rede, não podemos transformá-la numa “terra de ninguém”, onde, sob o pretexto de não aniquilar as suas virtudes, se acabe por tolerar sua utilização para a prática dos mais variados abusos. A Internet é sem dúvida uma ferramenta consolidada em âmbito mundial, que se incorporou no cotidiano de todos nós, mas cuja continuidade depende da criação de mecanismos capazes de reprimir sua utilização para fins perniciosos, sob pena dos malefícios da rede suplantarem suas vantagens, colocando em xeque o seu futuro. Diante disso, ainda que muitos busquem na web o anonimato, este não pode ser pleno e irrestrito. A existência de meios que possibilitem a identificação de cada usuário se coloca como um ônus social, a ser suportado por todos nós objetivando preservar a integridade e o destino da própria rede.

Isso não significa colocar em risco a privacidade dos usuários. Os dados pessoais fornecidos ao provedor devem ser mantidos em absoluto sigilo – como já ocorre nas hipóteses em que se estabelece uma relação sinalagmática via Internet, na qual se fornece nome completo, números de documentos pessoais, endereço, número de cartão de crédito, entre outros – sendo divulgados apenas quando se constatar a prática de algum ilícito e mediante ordem judicial. Também não significa que se deva exigir um processo de cadastramento imune a falhas. A mente criminosa é sagaz e invariavelmente encontra meios de burlar até mesmo os mais modernos sistemas de segurança. O que se espera dos provedores é a implementação de cuidados mínimos, consentâneos com seu porte financeiro e seu know-how tecnológico – a ser avaliado casuisticamente, em cada





processo – de sorte a proporcionar aos seus usuários um ambiente de navegação saudável e razoavelmente seguro.

Em suma, pois, tem-se que os provedores de correio eletrônico: (i) não respondem objetivamente pelo envio por terceiros, via site, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das mensagens encaminhadas por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco do envio de mensagens ilegais, suspender imediatamente a respectiva conta, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso. [...].<sup>88</sup>

A identificação do usuário por meio dos dados cadastrais, portanto, é falha e a probabilidade de veracidade absoluta das informações disponibilizadas pelo usuário é baixa. Por outro lado, o número de IP é imutável e está diretamente relacionado com a máquina que acessou o provedor e à conexão que foi fornecida pelo provedor de conexão<sup>89</sup>. Nessa linha, após o conhecimento do número de IP do usuário: (i) é possível localizar o provedor de conexão utilizado e a partir dessa relação jurídica identificar o usuário; ou (ii) utilizar serviços para localização de conexões a partir do número de IP<sup>90</sup>.

Trata-se, assim, de um dado eficaz de localização de usuários na internet<sup>91</sup>. Como visto no precedente acima indicado, a suficiência do IP para identificação de usuários no ambiente virtual foi analiticamente analisada pelo Superior Tribunal de

---

<sup>88</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *REsp 1.300.161/RS*, Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 26 jun. 2012. Disponível em

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp1.300.161&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 22 abr. 2020

<sup>89</sup> Diversos sites disponibilizam serviços gratuitos para localização de usuários na internet apenas com o número de IP. A título exemplificativo: <https://meuip.eu/>. Acesso em: 22 abr. 2019

<sup>90</sup> Existem diversas aplicações que permitem a localização de usuários a partir do número de IP. Um bom exemplo é o site <https://www.localizaip.com.br/>. Acesso em: 22 abr. 2020

<sup>91</sup> Vale registrar que existe uma discussão sobre a suficiência de IP nas hipóteses em que há portas-lógicas de origem. A despeito de não ser o foco do presente trabalho, vale registrar que, nesses casos, por um imperativo lógico, é necessário o fornecimento das portas-lógicas específicas para que se possa identificar, de forma inequívoca, usuários na internet. A grande discussão que surge é sobre quem recai o dever de guarda desses dados - do provedor de aplicação ou do provedor de conexão. Como a discussão engloba outros fatores, diversos do presente fichamento, o tema não será tratado com maiores especificidades.



Justiça, antes mesmo do advento do Marco Civil da Internet. Muito embora seja apenas um anonimato ficto, existem três razões robustas que justificam a relevância desse princípio, destacadas por Mariana Cunha e Melo<sup>92</sup> em contribuição realizada no livro *Privacidade em Perspectivas*. Confira-se trechos:

Em apertada síntese, é possível identificar três motivos para reconhecer alguma relevância no anonimato na internet. **Em primeiro lugar**, o direito de evitar a vigilância - ou até mesmo a possibilidade de vigilância - é de extrema valia em um mundo que está progressivamente mais afeita a iniciativas de vigilância absoluta. E aqui vale lembrar que, ainda que não haja efetiva vigilância sobre todas as pessoas a todo tempo, a *possibilidade* de vigilância provoca efeitos no comportamento das pessoas e na percepção sobre sua própria liberdade. É a ideia da sociedade no Panóptico.

**Em segundo lugar**, o anonimato na internet também tem um viés libertador, de empoderamento, que é permitir o controle do fluxo de informações sobre si. Trata-se de dar aos usuários o poder de proteger seus próprios dados da vigilância privada ou do Poder Público - essa é uma das funções mais poderosas do anonimato na internet.

Por fim, **em terceiro lugar**, a internet é considerada o grande mercado de ideias hoje, em fórum público. Muitas ideias e opiniões, contudo, são objeto de represálias de todas as formas - inclusive pela violência física. Nesse sentido, vale registrar o trabalho de ONGs como a Association for Progressive

---

<sup>92</sup> Mariana Cunha e Melo é “advogada formada pela UERJ (2012) e mestre em Direito pela NYU School of Law (2015). Trabalha no escritório de advocacia Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça & Associados, em Brasília. Foi monitória do Professor Luís Roberto Barroso em 2011, participou de três grupos de pesquisa em Direito Público quando ainda na graduação. Foi estagiária no escritório Luís Roberto Barroso & Associados de 2009 a 2012.2. Pouco depois de se formar em Direito e o escritório mudar de nome para Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça & Associados com a indicação do Prof. Barroso para o Supremo Tribunal Federal, começou a trabalhar com advocacia em direito da internet em 2013. Fez mestrado na Escola de Direito da NYU com enfoque em direito da internet, mídia, privacidade e liberdade de expressão. Sua dissertação trata de três situações não resolvidas pelo Marco Civil: responsabilidade de intermediários quanto a violações de direitos autorais por usuários; anonimato na internet; e resolução de conflitos internacionais envolvendo contratos de internet. Seu título de mestre foi revalidado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro em 2016. É doutoranda no Programa de Doutorado em Direito Público da UERJ. Seu projeto de tese versa sobre liberdade de expressão e teoria da argumentação”. Última atualização do currículo em 30 jan. 2018. Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/2855167072117220>. Acesso em: 22 abr. 2020



Communications (APC), que combate a violência contra mulheres na internet, da Derechos Digitales, que promove campanhas para o uso seguro da internet para fins de propagação de ideias, da Eletronic Frontier Foundation e da Access Now, duas das maiores organizações mundiais de defesa dos direitos civis na internet. Em muitos casos, esconder a identidade dos ativistas é a primeira fronteira de defesa contra violência na internet.

Há, portanto, um interesse na defesa do anonimato na internet - ao menos em alguma medida e em certas circunstâncias.<sup>93</sup>

Dessa forma, demonstrados os três princípios - dentre outros que existem - que norteiam o Marco Civil da Internet, passa-se a apresentar os diversos tipos de provedores na internet e suas respectivas funcionalidades.

### 3.3 Os diversos tipos de provedores e suas funcionalidades

Ainda em uma parte mais introdutória sobre o Marco Civil da Internet, é importante destacar os três principais provedores tratados no diploma: (i) o provedor de conexão; (ii) o provedor de *backbone*; e (iii) o provedor de aplicação. Confira-se.

Os provedores de conexão são pessoas jurídicas que fornecem a conectividade ao usuário. Nota-se que existe uma sutil, mas importante, diferença entre os provedores de conexão e os denominados provedores de *backbone*. E isso porque os provedores de *backbone* - espinha dorsal, em tradução livre -, conseguem administrar grandes quantidades de dados e vendem infraestrutura a outras empresas. Exemplos clássicos de provedores de backbone no Brasil são a Embratel e a Rede Nacional de Pesquisa (RNP). Os provedores de conexão, portanto, adquirem essa infraestrutura dos provedores de *backbone* e vendem a seus clientes.

---

<sup>93</sup> BRANCO, Sérgio; TEFFÉ, Chiara de; MELO, Marina Cunha. *Privacidade em perspectivas: anonimato, proteção de dados e devido processo legal: por que e como conter uma das maiores ameaças ao direito à privacidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 214-215.



Nessa linha, fornecem ampla conectividade aos usuários. Os exemplos mais comuns de provedores de conexão são as empresas OI, TIM, NET, VIVO, dentre outras<sup>94</sup>.

De outro lado, existem os provedores de aplicação, que fornecem interações no ambiente virtual. Apenas pelo dinamismo da internet, é possível deduzir que o gênero provedor de aplicações possui várias espécies. Em linhas mais gerais, existem: (i) os provedores de hospedagem, que hospedam e gerenciam conteúdos produzidos por terceiros; os provedores de conteúdo, que produzem o conteúdo e disponibilizam; (iii) os provedores de correio eletrônico, que permitem aos usuários o envio e recebimento de mensagens eletrônicas, dentre outros<sup>95</sup>. Em precedente paradigmático, a Ministra Nancy Andrighi - integrante da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça - explicou o conceito de algumas espécies dos provedores de aplicação. Confira-se trechos do acórdão que são cristalinos quanto ao ponto:

Inicialmente, é preciso determinar a natureza jurídica dos provedores de serviços de Internet, em especial da MICROSOFT, pois somente assim será possível definir os limites de sua responsabilidade.

A world wide web (www) é uma rede mundial composta pelo somatório de todos os servidores a ela conectados. Esses servidores são bancos de dados que concentram toda a informação disponível na Internet, divulgadas por intermédio das incontáveis páginas de acesso (webpages).

Os provedores de serviços de Internet são aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) provedores de backbone (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da Internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais

---

<sup>94</sup> LEONARDI, Marcel. Internet: elementos fundamentais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Responsabilidade civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

<sup>95</sup> LEONARDI, Marcel. Internet: elementos fundamentais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Responsabilidade civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012



acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores backbone e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a Internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na Internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da web. É frequente que provedores ofereçam mais de uma modalidade de serviço de Internet; daí a confusão entre essas diversas modalidades. Entretanto, a diferença conceitual subsiste e é indispensável à correta imputação da responsabilidade inerente a cada serviço prestado.

Na hipótese específica do HOTMAIL, correio eletrônico gratuito para envio e recebimento de mensagens via Internet, verifica-se que a MICROSOFT atua como uma provedora de e-mail (endereço eletrônico), uma espécie do gênero provedor de conteúdo, visto que o site propicia o encaminhamento de mensagens aos destinatários indicados pelos seus usuários, incluindo a possibilidade de anexar arquivos de texto, som e imagem<sup>96</sup>.

Diante de todo esse contexto apresentado pelo Marco Civil da Internet é possível avançar no tema e analisar especificamente a nota da excepcionalidade que deve ter a intervenção estatal na remoção de conteúdos na internet.

## 4 A INTERVENÇÃO ESTATAL NA REMOÇÃO DE CONTEÚDO NA INTERNET

### 4.1 A relação entre a responsabilidade civil dos intermediários e as formas de interferência estatal na remoção de conteúdo na internet

A discussão sobre a remoção de conteúdo na internet não é atual. Na verdade, como já foi mencionado, as formas de intervenção nessa modalidade remontam da

---

<sup>96</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *REsp 1.300.161/RS*, Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 26 jun. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp1.300.161&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 22 abr. 2020



época em que se imaginava como seria a aceção da rede: um ambiente livre que se autorregamentaria por suas políticas internas; ou um ambiente controlado por um órgão externo? Em caso de controle, quais seriam as balizas a serem utilizadas?<sup>97</sup> No Brasil, esses elementos norteadores só foram objetivamente delimitados com a edição do Marco Civil da Internet - e, vale registrar, ainda é preciso certa evolução e maturação na matéria.

Antes de outras considerações, é preciso traçar um importante paralelo entre a remoção de conteúdo na internet e a responsabilidade civil dos intermediários - em geral, provedores de aplicação. De fato, a modalidade adotada por um país de responsabilização dos provedores está intrinsecamente relacionada com a forma que os conteúdos circularão pela internet. Sobre o tema, existem *quatro* regimes distintos que podem ser aplicados aos provedores, notadamente a responsabilidade: (i) objetiva, com base na teoria do risco do negócio; (ii) objetiva, por suposto defeito na prestação do serviço; (iii) subjetiva e surgiria a partir do desatendimento de notificação extrajudicial (*notice and take down*)<sup>98</sup>; ou (iv) subjetiva e surgiria a partir do descumprimento de ordem judicial<sup>99</sup>.

Naturalmente, os modelos que responsabilizam os intermediários por conteúdos publicados por terceiros tendem a modificar a estrutura com que os conteúdos são disponibilizados aos usuários. Em regimes de responsabilidade objetiva dos provedores, é sintomático que, para evitar condenações desnecessárias,

---

<sup>97</sup> Ver tópico I.3 da presente monografia

<sup>98</sup> MARSOOF, Althaf. *Notice and takedown: a copyright perspective*. 2015. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/276163075\\_'Notice\\_and\\_takedown'\\_A\\_copyright\\_perspectiv\\_e](https://www.researchgate.net/publication/276163075_'Notice_and_takedown'_A_copyright_perspectiv_e). Acesso em: 22 abr. 2020

<sup>99</sup> A divisão em quatro modelos de responsabilidade, para além de ser resultado de uma análise jurisprudencial sobre a matéria, foi detidamente apresentada nas contribuições na qualidade de *amicus curiae* pela Associação Brasileira de Centros de Inclusão Digital (ABCID), nos autos do RE 1.057.258/MG, que discute o “dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário”. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5217273>. Acesso em: 22 abr. 2020



os intermediários atuem de forma mais proativa para remover materiais que, embora lícitos, possam gerar eventuais complicações. De outro lado, em regimes de responsabilidade subjetiva, a tendência de remoção deixa de ser generalizada por temor de eventual condenação e passa a ser balizada de forma mais específica, a partir de critérios definidos.

## 4.2 Os regimes de responsabilidade civil dos intermediários no Brasil

O entendimento sobre a responsabilidade civil dos intermediários na internet não é pacífico no Brasil. No entanto, o Brasil jamais adotou o regime de responsabilidade civil objetiva dos provedores de aplicações. Mesmo antes da edição do Marco Civil da Internet, o Superior Tribunal de Justiça sempre reconheceu que esse tipo de regime era contrário ao ordenamento jurídico brasileiro. Esse entendimento, como será demonstrado de forma mais analítica no tópico adiante, é decorrente da evolução histórica sobre a liberdade de expressão. Confira-se, nesse sentido, precedentes do STJ que não deixam dúvidas quanto ao ponto:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DE PROVEDOR DE INTERNET. OFENSAS INSERIDAS POR ANÔNIMO NO SITE DE RELACIONAMENTOS ORKUT. RETIRADA DE CONTEÚDO OFENSIVO APÓS A NOTIFICAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO.

A jurisprudência desta Corte caminha no sentido de que: I) o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade desenvolvida pelo provedor de conteúdo, pelo que não se lhe é aplicável a responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/2002; II) a fiscalização prévia



dos conteúdos postados não é atividade intrínseca ao serviço prestado pelo provedor de conteúdo [...].<sup>100</sup>

De fato, apenas países com regimes de governos autoritários tendem a adotar a responsabilização objetiva dos provedores - com o intuito de censurar conteúdos contrários aos interesses do Estado. É o que se extrai, por exemplo, da legislação chinesa, que estabelece um dever de vigilância aos provedores, determinando o dever de encaminhamento de eventuais violações percebidas às autoridades competentes. Confira-se trechos do art. 36 do Decreto do Presidente da República Popular da China (nº 21), de 26 de dezembro de 2009:

Artigo 36. Um usuário de rede social ou provedor de serviço na internet que violar direito civil ou interesse de outra pessoa na rede será responsabilizado.

Se um usuário causa dano por meio de serviço provido na rede, a vítima do dano poderá notificar o provedor para que tome as medidas necessárias, como remoção, bloqueio ou desconexão. Se, depois de ser notificado, o provedor de serviço falhar em tomar as medidas necessárias de maneira tempestiva, ele se tornará solidariamente responsável, junto do usuário, por qualquer dano adicional causado.

Se o provedor souber que um usuário está violando direito civil ou interesse de alguma outra pessoa por meio de seus serviços e falhar em tomar as medidas necessárias, ele será solidariamente responsável por qualquer outro dano causado<sup>101</sup>.

O modelo de responsabilidade civil dos intermediários na internet adotado pelo Brasil, portanto, é o subjetivo. A edição do Marco Civil da Internet, aliás, não deixou dúvidas quanto ao ponto. Apenas para direcionar o desencadeamento do raciocínio, vale reler a literalidade do artigo 19 do diploma:

---

<sup>100</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *AgInt no REsp 1.507.782/RS*, Rel. Min. Raul Araújo. DJ 03 mar. 2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp1.507.782&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 22 abr. 2020

<sup>101</sup> CHINA. Decreto do Presidente da República Popular da China (n. 21), de 26 de dezembro de 2009. *Tort Law of the People's Republic of China*. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn136en.pdf>. Acesso em: 31 out. 2019





Art. 19 - Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário<sup>102</sup>.

Em relação a conteúdos de natureza privada, divulgados sem a autorização de seus participantes, o próprio diploma excepcionou a regra e reconheceu que o provedor será solidariamente responsável em caso de desatendimento de notificação extrajudicial<sup>103</sup>. O objetivo da Lei é evitar a proliferação de conteúdos de nudez divulgados sem consentimento dos participantes, denominado na doutrina como *revenge porn* (pornografia de vingança). A título exemplificativo, confira-se precedente do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RETIRADA DE CONTEÚDO ILEGAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. IMPOSSIBILIDADE. RETIRADA DE URLS DOS RESULTADOS DE BUSCA. POSSIBILIDADE. EXPOSIÇÃO PORNOGRÁFICA NÃO CONSENTIDA. PORNOGRAFIA DE VINGANÇA. DIREITOS DE PERSONALIDADE. INTIMIDADE. PRIVACIDADE. GRAVE LESÃO. [...]  
2. Na hipótese, o MP/SP ajuizou ação de obrigação de fazer, em defesa de adolescente, cujo cartão de memória do telefone

<sup>102</sup> BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 23 abr. 2020

<sup>103</sup> BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet, art. 21: “O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 23 abr. 2020



celular foi furtado por colega de escola, o que ocasionou a divulgação de conteúdo íntimo de caráter sexual, um vídeo feito pela jovem que estava armazenado em seu telefone. [...]

4. A atividade dos provedores de busca, por si própria, pode causar prejuízos a direitos de personalidade, em razão da capacidade de limitar ou induzir o acesso a determinados conteúdos.

5. Como medida de urgência, é possível se determinar que os provedores de busca retirem determinados conteúdos expressamente indicados pelos localizadores únicos (URLs) dos resultados das buscas efetuadas pelos usuários, especialmente em situações que: (i) a rápida disseminação da informação possa agravar prejuízos à pessoa; e (ii) a remoção do conteúdo na origem possa necessitar de mais tempo que o necessário para se estabelecer a devida proteção à personalidade da pessoa exposta.

6. Mesmo em tutela de urgência, os provedores de busca não podem ser obrigados a executar monitoramento prévio das informações que constam nos resultados das pesquisas.

7. A "exposição pornográfica não consentida", da qual a "pornografia de vingança" é uma espécie, constituiu uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta indevidamente, além de configurar uma grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos disponíveis.

8. A única exceção à reserva de jurisdição para a retirada de conteúdo infringente da internet, prevista na Lei 12.965/2014, está relacionada a "vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado", conforme disposto em seu art. 21 ("O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo"). Nessas circunstâncias, o provedor passa a ser subsidiariamente responsável a partir da notificação extrajudicial formulada pelo particular interessado na remoção desse conteúdo, e não a partir da ordem judicial com esse comando.

9. Na hipótese em julgamento, a adolescente foi vítima de "exposição pornográfica não consentida" e, assim, é cabível



para sua proteção a ordem de exclusão de conteúdos (indicados por URL) dos resultados de pesquisas feitas pelos provedores de busca, por meio de antecipação de tutela.

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.<sup>104</sup>

A despeito dessas premissas consolidadas pelo diploma, ainda existem divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao marco inicial da responsabilidade dos provedores: seria o desatendimento de uma notificação extrajudicial encaminhada pelo usuário; ou o descumprimento de uma ordem judicial que determinasse a remoção do conteúdo, como está na textualidade do art. 19 do Marco Civil da Internet?

Antes da edição do Marco Civil da Internet não havia nenhuma legislação específica que regulasse esse ponto, de modo que a matéria era sempre muito errática na jurisprudência dos Tribunais. Exemplo disso é que o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça sobre a responsabilidade civil dos provedores, para fatos anteriores à edição do Marco Civil, é contrário ao precedente que foi julgado pela Segunda Seção do mesmo Tribunal - órgão responsável pela uniformização da interpretação da lei federal no Brasil em matéria de Direito Privado<sup>105</sup>.

Em verdade, o STJ, em 2015 - *i.e.* já após a vigência do Marco Civil -, afetou para a Segunda Seção o julgamento do Recurso Especial nº 1.512.647/MG, na busca da consolidação da jurisprudência nacional quanto ao regime de responsabilidade dos intermediadores na internet. Na oportunidade, muito embora os fatos analisados tivessem ocorrido antes da vigência do diploma, a unanimidade dos Ministros entendeu que seria o caso de alinhar o posicionamento da Corte no mesmo sentido

---

<sup>104</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *REsp 1.679.465/SP*, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi. DJ 19 mar. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp1.679.465&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 22 abr. 2020

<sup>105</sup> A composição e distribuição de competências do Superior Tribunal de Justiça pode ser analisada em: <http://www.stj.jus.br/sites/portaI/Institucional/Composicao>. Acesso em: 20 abr. 2020



da Lei, por uma questão de adesão às posturas legislativas existentes. Confira-se trechos do voto do Ministro relator:

5. No caso ora em apreço, o primeiro tema a ser enfrentado é análise de eventual ilicitude na conduta da Google e a existência de dano material a ser indenizado. Nesse particular, a jurisprudência de ambas as Turmas de Direito Privado alinhou-se ao entendimento de ser inaplicável a provedores de internet o sistema de responsabilidade civil objetiva em razão de mensagens postadas em sites por eles hospedados, como é o caso das redes sociais e blogue. Exige-se, para tanto, conduta omissiva por parte do provedor, desde que, comunicado extrajudicialmente pelo titular do direito violado, se mantenha inerte. [...]

Tal entendimento foi lapidado a partir de controvérsias nascidas antes da disciplina legal acerca do tema, agora presente na Lei n. 12.965/2014, o chamado Marco Civil da Internet, diploma que, no aspecto referente à responsabilidade civil de provedores de internet por atos de terceiros, foi além da jurisprudência consolidada. Embora a Lei n. 12.965/2014 tenha reafirmado a regra da responsabilidade civil subjetiva dos provedores de aplicações de internet, exigiu ordem judicial específica para que eles tornem indisponíveis conteúdos gerados por terceiros e violadores de direitos, cuja inércia, aí sim, rende ensejo à responsabilidade civil, verbis: [...]

No caso concreto, muito embora a controvérsia tenha nascido antes da disciplina legal acerca do tema, penso que seria adequado aplicar, no que couber, as diretrizes apresentadas pela nova legislação, para que esta Casa possa exercer melhor seu profícuo papel de uniformizador da jurisprudência pátria, oferecendo aos demais órgãos do Poder Judiciário - e, de resto, à sociedade - entendimento jurídico atual, que possa ser aplicado mesmo diante da nova disciplina legislativa. Porém, a Lei n. 12.965/2014 expressamente excepciona do seu âmbito de incidência a violação de direitos autorais praticada por terceiros - que é o objeto da presente demanda -, remetendo à disciplina legal específica eventual responsabilidade civil do provedor de internet por "pirataria" praticada por usuários do serviço. [...].<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *REsp 1.512.647/MG*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ 10 ago. 2015.



Assim, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que, independentemente da época do fato, a responsabilidade civil dos provedores seria subjetiva e decorreria do descumprimento de uma ordem judicial específica, na mesma linha desenhada pelo Marco Civil da Internet. Mais recentemente, porém, o STJ consolidou o seu entendimento em outro sentido: para fatos ocorridos antes da vigência do diploma, os provedores passariam a ser solidariamente responsáveis pelo conteúdo disponibilizado na internet, após o desatendimento de uma notificação extrajudicial encaminhada pelo usuário. A título exemplificativo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RETIRADA DE CONTEÚDO INFRINGENTE. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. EXCLUSÃO DE LINKS. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL CARACTERIZADO. VALOR DE REPARAÇÃO. NÃO ALTERADO.

1. Ação ajuizada em 23/03/2012. Recursos especiais interpostos em 16/05/2016 e 20/05/2016. Atribuídos a este Gabinete em 01/03/2017.

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça afirma que, anteriormente à publicação do Marco Civil da Internet, basta a ciência inequívoca do conteúdo ofensivo, sem sua retirada em prazo razoável, para que o provedor se tornasse responsável. Precedentes.

3. A regra a ser utilizada para a resolução de controvérsias deve levar em consideração o momento de ocorrência do ato lesivo ou, em outras palavras, quando foram publicados os conteúdos infringentes: (i) para fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, deve ser obedecida a jurisprudência desta corte; (ii) após a entrada em vigor da Lei 12.965/2014, o termo inicial da responsabilidade da responsabilidade solidária do provedor de aplicação, por força do art. 19 do Marco Civil da Internet, é o momento da notificação judicial que ordena a retirada de determinado conteúdo da internet.<sup>107</sup>

---

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp1.512.647&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 22 abr. 2020

<sup>107</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *REsp 1.694.405/RJ*, Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 29 jun. 2018.



Como se percebe, a edição do Marco Civil no Brasil passou a ser um divisor de águas em matéria de liberdade de expressão na internet. Em rigor, ao condicionar a responsabilidade civil ao descumprimento de uma ordem judicial específica, o legislador impôs ao Poder Judiciário o poder-dever de exercício do juízo de sintonia fina entre o que deve ou não permanecer na internet. Assim, afastou as clássicas hipóteses de remoção arbitrárias de materiais legítimos simplesmente porque usuários insatisfeitos encaminhavam notificações extrajudiciais aos provedores, que se viam compelidos a remover o conteúdo.

Sem prejuízo disso, o artigo 19 do diploma não impôs uma reserva legal em matéria de remoção de conteúdo. Na realidade, como já demonstrado, cada aplicação possui as suas próprias políticas de uso. Cada provedor, portanto, já remove - massivamente - conteúdos que são contrários à ideologia do seu produto. A remoção por *policy*, aliás, é a mais frequente. O que o legislador fez, em verdade, foi atribuir ao Judiciário o dever de realizar essa calibragem nos casos de penumbra, em que o conteúdo é aparentemente lícito, não contraria as políticas de uso e privacidade, mas ainda assim há alguma controvérsia ao seu redor. Dessa forma, acertadamente, retirou do provedor e dos usuários a qualidade de censor digital de conteúdos e passou à um terceiro, imparcial, que poderá legitimamente manter o ambiente plural e com discursos variados, afastados de fins ideológicos ou políticos.

Muito embora o Marco Civil da Internet e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pareçam ter solucionado essa questão, dois casos ainda pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral já reconhecida, podem mudar os rumos dessa matéria controvertida. Trata-se dos recursos extraordinários nº 1.057.258/MG, de relatoria do Min. Luiz Fux, e nº 1.037.396/SP, de relatoria do Min. Dias Toffoli. Passa-se a demonstrar: (i) um breve

---

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp1.694.405&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 27 abr. 2020



relato dos casos; e (ii) o que está em discussão em cada um. Ao final, será apresentada uma interpretação de qual seria o resultado mais coerente com a jurisprudência do próprio STF em matéria de liberdade de expressão e do STJ em matéria de responsabilidade civil dos provedores.

#### 4.2.1 *Recurso Extraordinário nº 1.057.258/MG: o caso Aliandra v. Google*<sup>108</sup> *Síntese da hipótese e objeto em discussão*

Em 2010, a professora Aliandra Cleide Vieira ajuizou ação de obrigação de fazer cumulada com pedido indenizatório em face da Google Brasil no Juizado Especial Cível de Minas Gerais. Segundo a inicial, ex-alunos da professora teriam criado uma comunidade na extinta rede social Orkut supostamente difamatória à sua honra, denominada “Eu odeio a Aliandra”. Sentindo-se prejudicada com a manutenção do conteúdo após pedido extrajudicial de remoção, a professora ajuizou a demanda, na qual pediu: (i) a remoção do conteúdo impugnado; e (ii) indenização a título de danos morais.

O Juízo de primeira instância indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela. Após apresentação de contestação pela Google, sobreveio sentença de procedência dos pedidos para condenar o provedor: (i) à remoção do conteúdo impugnado; e (ii) ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais pelo desatendimento da notificação extrajudicial - interpretação que o STJ vem conferindo à matéria.

A Primeira Turma Recursal da Comarca de Belo Horizonte negou provimento ao recurso inominado interposto pela Google. De forma específica, o acórdão consignou que a Google: (i) apesar de somente hospedar conteúdo

---

<sup>108</sup>Todas as informações deste capítulo foram retiradas das peças públicas disponibilizadas pelo próprio site do Supremo Tribunal Federal, especificamente em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5217273>. Acesso em: 23 abr. 2020



produzido por terceiros, teria a obrigação de criar mecanismos aptos a impedir a publicação de conteúdos que poderiam ofender a imagem de pessoas; e (ii) teria a obrigação de atender ao pedido extrajudicial de remoção da autora.

Contra esse acórdão, após a rejeição dos declaratórios, a Google interpôs recurso extraordinário, em que defendeu que a manutenção do acórdão recorrido resulta em censura prévia e, conseqüentemente, viola a liberdade de expressão e o direito à informação. O recurso, no entanto, foi inadmitido pelo Presidente do TJMG, por incidência do óbice da Súmula/STF nº 284<sup>109</sup>. Depois da interposição de Agravo em Recurso Extraordinário e remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal, a maioria dos Ministros da Corte reconheceu a repercussão geral da matéria. Confira-se trechos da decisão:

Insta definir, à míngua de regulamentação legal da matéria, se a incidência direta dos princípios constitucionais gera, para a empresa hospedeira de sítios na rede mundial de computadores, o dever de fiscalizar o conteúdo publicado nos seus domínios eletrônicos e de retirar do ar as informações reputadas ofensivas, sem necessidade de intervenção do Judiciário.

Considero que a matéria possui Repercussão Geral, apta a atingir inúmeros casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

Ex positis, submeto o tema à apreciação dos demais Ministros da Corte.<sup>110</sup>

O Ministério Público Federal apresentou parecer sobre a matéria e vários *amici curiae* foram admitidos para contribuições. Por decisão do relator, o Agravo em Recurso Extraordinário foi convertido em Recurso Extraordinário para

---

<sup>109</sup> Súmula/STF nº 284: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_201\\_300](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300). Acesso em: 23 abr. 2020

<sup>110</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ARE 660.861/MG*, Rel. Min. Luiz Fux. DJ 23 mar. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926>. Acesso em: 23 abr. 2020





juízo. O caso havia sido pautado para julgamento no Plenário, mas foi retirado de pauta em decorrência da pandemia do coronavírus (COVID-19) e ainda aguarda nova reinclusão.

Como se percebe, a matéria submetida para apreciação do Supremo Tribunal Federal é se, à luz dos fatos e da legislação da época - *i.e.* antes da edição do Marco Civil da Internet -, os intermediários deveriam ser responsabilizados pelo conteúdo de terceiros, em caso de desatendimento de pedidos de remoção extrajudiciais. Em última análise, o STF decidirá como se deve dar o tratamento jurídico para a remoção de conteúdos na internet para discussões ocorridas antes da vigência do Marco Civil. Curiosamente, a decisão da Corte Constitucional terá um prazo de validade.

#### *4.2.2 Recurso Extraordinário nº 1.037.396/SP: o caso Lourdes v. Facebook.<sup>111</sup> Síntese da hipótese e objeto em discussão*

Essa ação foi ajuizada por Lourdes Pavioto Correa contra o Facebook Brasil. Segundo a autora, terceiros teriam criado um perfil falso na rede social em seu nome e estariam praticando ofensas a pessoas do círculo de convivência da autora. Sentindo-se prejudicada, ajuizou a demanda, em que pediu a remoção do perfil falso e indenização por danos morais.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi deferido para determinar a remoção do perfil. Após instrução probatória, sobreveio sentença de parcial procedência dos pedidos. O Juízo de primeira instância reconheceu a remoção tempestiva do conteúdo e rejeitou o pedido indenizatório, mas determinou o

---

<sup>111</sup>Todas as informações deste capítulo foram retiradas das peças públicas disponibilizadas pelo próprio site do Supremo Tribunal Federal, especificamente em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5160549>. Acesso em: 23 abr. 2020



fornecimento dos dados de IP. Tanto a autora quanto o Facebook interpuseram recurso inominado.

Ambos os recursos foram providos pela Turma Recursal, para condenar a empresa ao pagamento de indenização a título de danos morais, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). A Turma Recursal entendeu que a exigência de decisão judicial seria inconstitucional (art. 19 do Marco Civil da Internet). Nesse particular, o acórdão reconheceu especificamente que: (i) a autora fez pedido extrajudicial de remoção do perfil falso, sem sucesso; (ii) a responsabilidade do Facebook decorreria de não ter disponibilizado ferramentas para remoção imediata do conteúdo impugnado; e (iii) embora a sentença tenha se fundamentado no art. 19 do Marco Civil da Internet para afastar a responsabilidade civil, a previsão seria incompatível com a proteção constitucional ao consumidor (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988). Além disso, “obrigar” o consumidor a buscar a via judicial desrespeitaria as suas garantias invioláveis à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Confira-se trechos do acórdão:

Para fins indenizatórios, todavia, condicionar a retirada do perfil falso somente ‘após ordem judicial específica’, na dicção desse artigo, significaria isentar os provedores de aplicações, caso da ré, de toda e qualquer responsabilidade indenizatória, fazendo letra morta do sistema protetivo haurido à luz do Código de Defesa do Consumidor, circunstância que, inclusive, aviltaria preceito constitucional (art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal). “Ademais, tal disposição como que quer obrigar, compelir o consumidor vitimado, a ingressar em Juízo para atendimento de pretensão que, seguramente, poderia ser levada a cabo pelo próprio provedor cercando-se de garantias a fim de preservar, em última análise, a liberdade de expressão. Antes, o provedor fica em confortável, mas não menos desproporcional, posição de inércia frente à vítima do abuso desse mesmo direito de manifestação e pensamento, gerando paradoxal desequilíbrio em relação ao ‘invioláveis’ direitos à ‘intimidade, a vida



privada, a honra e a imagem' (art. 5º, inciso X, da Constituição Federal) desta última (vítima)<sup>112</sup>.

Contra esse acórdão, o Facebook interpôs Recurso Extraordinário, com fundamento em violação ao art. 5º, II e XXXV da CRFB/88, em que defende a constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet. Após admissão do recurso e remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal, a maioria da Corte reconheceu a repercussão geral da matéria. Confira-se a ementa da decisão:

Direito Constitucional. Proteção aos direitos da personalidade. Liberdade de expressão e de manifestação. Violação dos arts. 5º, incisos IV, IX, XIV; e 220, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Prática de ato ilícito por terceiro. Dever de fiscalização e de exclusão de conteúdo pelo prestador de serviços. Reserva de jurisdição. Responsabilidade civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais. Constitucionalidade ou não do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e possibilidade de se condicionar a retirada de perfil falso ou tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente somente após ordem judicial específica. Repercussão geral reconhecida<sup>113</sup>.

Ao final, houve a participação de diversos *amici curiae* e a manifestação do Ministério Público Federal, em que opinou pelo conhecimento e provimento do Recurso Extraordinário e fixação da seguinte tese:

Não ofende o art. 5º, X e XXXII, da Constituição Federal o art. 19 da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que condiciona ao descumprimento de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo a caracterização de responsabilidade civil de provedor de aplicações de internet

---

<sup>112</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *RI 0006017-80.2014.8.26.0125*, Rel. Juiz Rogério Sartori Astolphi. DJ 07 jan. 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposgcr/show.do?processo.foro=954&processo.codigo=Q100005Z30000&gateway=true>. Acesso em: 23 abr. 2020

<sup>113</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 1.037.396/SP*, Rel. Min. Dias Toffoli. DJ 04 de abr. de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5160549>. Acesso em: 23 de abr. 2020



por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros<sup>114</sup>.

Em especial, a Procuradora-Geral da República destacou: (i) a ampla participação social no processo legislativo e a base constitucional que permeia o Marco Civil da Internet; (ii) o Marco Civil é uma opção legítima e razoável do legislador, que deve ser considerada; (iii) o Marco Civil segue parâmetros internacionais na matéria; (iv) a compatibilidade do art. 19 do Marco Civil com a CRFB/88 e a baliza adequada entre privacidade e liberdade de expressão e a necessidade de intervenção pontual do Judiciário; (v) os efeitos nocivos sistêmicos da declaração de inconstitucionalidade do dispositivo; (vi) diferentemente da lógica do acórdão recorrido, o Marco Civil da Internet não exige a responsabilidade civil dos provedores, sendo certo que o legislador sopesou hipóteses específicas que demandam intervenções igualmente diferenciadas - citou o artigo 21 do diploma que excepciona a regra para hipóteses de pornografia de vingança.

O processo também foi incluído na pauta do Plenário e seria julgado, conjuntamente, com o Recurso Extraordinário nº 1.057.258/MG, mencionado acima. Apesar disso, em razão da pandemia do coronavírus (COVID-19), também foi retirado de pauta.

Nesse caso, portanto, a matéria que foi submetida para o Supremo Tribunal Federal é a constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet, cuja tônica é a liberdade de expressão na internet. Discute-se, assim, se é constitucional condicionar a responsabilidade civil dos provedores ao descumprimento de uma ordem judicial específica.

---

<sup>114</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 1.037.396/SP*, Rel. Min. Dias Toffoli. DJ 04 abr. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5160549>. Acesso em: 23 abr. 2020



### **4.3 A excepcionalidade da intervenção estatal na internet em matéria de remoção de conteúdo**

Como visto, ambos os casos com repercussão geral reconhecida no Supremo Tribunal Federal tratam da mesma questão: qual o modelo de responsabilidade civil dos provedores de aplicações e, portanto, como esses provedores devem agir em relação aos conteúdos disponibilizados na internet.

Muito embora o limite regulatório que diferencie o objeto dos dois casos seja a data de edição do Marco Civil da Internet, um resultado antagônico para as duas hipóteses seria, no mínimo, atípico. E isso porque, nesse caso, a resposta do Supremo Tribunal Federal teria de ser a de que ambos os regimes de responsabilização seriam compatíveis com a Constituição Federal de 1988. Apesar disso, esse é o entendimento que hoje vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, como mencionado acima, de modo que, ainda que atípico, esse resultado não corresponderia a nenhuma inovação jurisprudencial na matéria.

De todo modo, a presente monografia se destina a demonstrar que somente um desses regimes é compatível, não apenas com a Constituição Federal de 1988, mas com a gênese do modelo de formação da internet. Como já se pode deduzir nesse momento, o regime compatível é o mesmo exposto pelo Marco Civil da Internet, no seu artigo 19, que condiciona a responsabilidade civil dos provedores ao descumprimento de uma ordem judicial. É o que se passa a demonstrar.

#### *4.3.1 O modelo do Marco Civil da Internet representa a gênese da internet*

Em primeiro lugar, o modelo adotado pelo Marco Civil da Internet representa a razão de ser da internet: um ambiente livre e que se autorregulamenta, admitindo-se intervenções pontuais do Poder Judiciário. Como já antecipado, uma das



características da internet é sua forte autorregulamentação - não por acaso, o professor Lawrence Lessig, no livro “*Code and Other Laws of Cyberspace*” afastava a ideia de uma necessidade de intervenção estatal<sup>115</sup>.

Nesse ponto, é importante, uma vez mais, reiterar que, ao condicionar a responsabilidade civil de intermediários ao descumprimento de uma ordem judicial específica, o legislador não criou nenhum tipo de reserva de jurisdição. A própria sistemática da internet não permitiria que existisse qualquer reserva jurisdicional para remoção de conteúdos.

Em verdade, a evolução da internet permitiu que qualquer usuário possa ser, ao mesmo tempo, criador e receptor de conteúdo. Em todo caso, os conteúdos serão postados em determinada plataforma - que será hospedada por um provedor. É natural, e comum cotidianamente, que provedores removam milhares de materiais que não estão de acordo com as suas políticas de uso. E isso não por uma razão de censura prévia, mas simplesmente de liberdade e autonomia sobre o próprio negócio/produto. É o caso, por exemplo, da publicação de um vídeo pornográfico no YouTube<sup>116</sup>. Como regra, não há nenhuma ilicitude aferível de plano, porém o conteúdo é incompatível com a plataforma, de modo que será removido. Essa autonomia, aliás, permite que conteúdos objetivamente ilícitos sejam removidos.

Não fosse o suficiente, é certo que o próprio Marco Civil estabelece hipóteses excepcionais em que o próprio usuário pode, extrajudicialmente, requerer a remoção do conteúdo, especificamente nos casos de pornografia de vingança, já mencionados acima. Nesse caso, a requisição deve ser cumprida pelo provedor, sob pena de responsabilização solidária. Essa lógica tem como função precípua a harmonização da rede.

---

<sup>115</sup> LESSIG, Lawrence. *Code: and other laws of cyberspace*. Nova York: Basic Books, 1999

<sup>116</sup> As políticas de uso do YouTube estão disponíveis em: <https://www.youtube.com/static?gl=BR&template=terms&hl=pt>. Acesso em: 28 fev. 2020



Não se trata, portanto, de uma reserva de jurisdição para remoção de conteúdos no ambiente virtual: há apenas uma garantia de que o provedor não será responsabilizado, caso entenda que determinado conteúdo pode ficar disponível em sua plataforma. A importância dessa garantia convive em uma lógica de alteridade com a autonomia dos intermediários. É fato que se houvesse qualquer chance de responsabilização prévia pela tomada de decisão dos provedores, seria instaurado um efeito inibidor ou resfriador sobre qualquer discurso – *chilling effect*, como é conceituado na doutrina –, particularmente lúgubre no contexto social brasileiro<sup>117</sup>.

Sem exagero, o medo de eventual condenação passaria a ser a substância motivadora do ambiente virtual, superando qualquer busca genuína de manutenção de uma plataforma plural. A premissa seria a de que todo material possui uma ilicitude obscura – e não a de que todo conteúdo é lícito, desde que se prove o contrário –, instaurando uma espécie de panóptico, em que o observador é o provedor e a sua busca é a de censurar conteúdos passíveis de quaisquer questionamentos. A tendência negativa decorrente dessa forma de limitação da circulação de materiais na internet foi analisada por Eduardo Mendonça<sup>118</sup>, em artigo publicado, no qual demonstrou os embaraços decorrentes desse tipo de modelo no ambiente virtual, sobretudo quando envolvem o direito de sufrágio<sup>119</sup>:

---

<sup>117</sup> SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020

<sup>118</sup> Eduardo Mendonça: “[p]rofessor de Direito Constitucional do UNICEUB. Coordenador-Geral do CEBEC - Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais. Membro da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais de Estudos Constitucionais, do Conselho Federal da OAB. Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado e Parecerista”. Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/6747432943483644>. Acesso em: 03 maio 2020

<sup>119</sup> Não se desconhece que a Justiça Eleitoral possui mecanismos próprios e específicos de remoção de conteúdos na internet, característico da sazonalidade das eleições. A despeito disso, o que se busca demonstrar é que, independentemente dessa diferença, as características do modelo são idênticas em quaisquer dos ramos do Direito, de modo que, invariavelmente, o efeito nocivo à liberdade de expressão estará presente nesse tipo de modelo.



Na contramão de tudo isso, de última hora e sem qualquer debate público, a sociedade foi surpreendida pela inclusão de um artigo destinado a cercear a crítica aos candidatos a cargos eletivos. E isso justamente durante o período das eleições, quando a circulação de informações deveria ser especialmente livre e desembaraçada. Segundo a nova regra, bastaria a requisição de qualquer usuário de internet – no que se incluem candidatos e partidos – para que se determinasse a suspensão imediata de publicações, sem a necessidade de ordem judicial. Removido o conteúdo, os provedores teriam de verificar a identificação pessoal do seu autor, supostamente como requisito para o restabelecimento da divulgação. O objetivo declarado seria coibir “discursos de ódio e a disseminação de informações falsas ou ofensa em desfavor de partido ou candidato”.

O resultado inevitável, porém, seria a criação de um insólito direito potestativo de exercer censura política por mero ato de vontade, sem qualquer parâmetro externo ou possibilidade real de controle. Do ponto de vista teórico, inverte-se a regra constitucional de vedação à censura, substituída por uma sistemática de cerceamento preventivo, desacompanhado de fundamentação e efetuado segundo a conveniência dos próprios interessados. Já soa insustentável, mas a prática consegue ser ainda mais lúgubre.

Afinal, não é plausível supor que os provedores teriam condições de verificar individualmente a autoria de cada postagem questionada. Aliás, sendo inviável checar a identidade dos próprios denunciadores, não haveria embaraço à criação de perfis artificiais com o objetivo de derrubar, em massa, toda informação desfavorável ou crítica aos atores políticos. A pretexto de depurar o debate público de possíveis abusos, a internet seria transformada em um mural de recados desprovido de qualquer autenticidade, editado livremente por quem se alegue ofendido. Uma autêntica distopia informacional, em que os cidadãos perdem a confiança na informação disponível e, por conseguinte, a esperança que ainda resta na transparência da gestão pública.

Se um sistema como esse seria arbitrário em qualquer contexto, a sua aplicação às eleições contraria os fundamentos mais básicos do princípio republicano. Partidos e candidatos colocam-se, voluntariamente, à disposição dos eleitores para disputar mandatos populares. Por isso mesmo, têm um dever reforçado de aceitar o escrutínio da opinião pública. Além disso, têm plenas condições de coibir eventuais discursos ilícitos, combatendo a desinformação com a informação. E





isso não apenas no próprio debate público instaurado na campanha, mas também pela provocação da Justiça Eleitoral, que funciona em regime de plantão durante as eleições e tem um histórico favorável à remoção de publicações ofensivas ou mesmo excessivamente ácidas<sup>120</sup>.

De outro lado, o regime atualmente adotado pelo legislador no Brasil também não ignora potenciais arbitrariedades indevidas praticadas pelos intermediadores. Como destaca a própria literalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet, o objetivo desse modelo é assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura. A autonomia dos provedores, portanto, encontra limites igualmente sólidos na difusão de conteúdo legítimo. De modo que esse regime permite atribuir a um terceiro – em tese – imparcial não apenas discussões quanto à manutenção de conteúdos potencialmente ilícitos na internet, mas sobretudo questionamentos quanto à retirada indevida de materiais decorrente da independência dos provedores. Esse ponto, aliás, foi didaticamente mencionado em artigo recente publicado em site de tecnologia por Carlos Affonso de Souza<sup>121</sup>. Confira-se:

[...] O provedor aqui pode remover conteúdo antes de uma decisão judicial, de olho nos seus próprios Termos de Uso, mas essa medida pode também ser objeto de contestação judicial. Vários usuários, se sentindo prejudicados por remoção de páginas, vídeos e fotos já processaram provedores por aqui e ganharam as ações. Isso porque a imunidade do artigo 19 do Marco Civil justamente não pega essas situações.

Quando uma plataforma marca, remove ou reduz a visualização de um conteúdo erroneamente, indo além do seus próprios Termos de Uso, o dano é derivado de um "ato próprio" dela. A imunidade do artigo 19 é só para "atos de

---

<sup>120</sup> MENDONÇA, Eduardo; BRITTO, Carlos Ayres. A liberdade em xeque e a sociedade em guarda. *Migalhas*, 07 out. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/266806/a-liberdade-em-xeque-e-a-sociedade-em-guarda>. Acesso em: 02 maio 2020

<sup>121</sup> Carlos Affonso de Souza possui "doutorado e mestrado em Direito Civil pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Atualmente é Diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS) e Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro". Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/03/Curriculo-professores-.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2020



terceiros". O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por exemplo, já condenou a Google por ter removido erroneamente vídeos de paródias musicais do YouTube alegando ofensa à direito autoral. O autor do canal, que fez paródia das músicas "Malandramente" e "10%", processou e levou justamente porque a imunidade não pega atos próprios das plataformas.

O Poder Judiciário já obrigou também o Facebook a republicar posts de Eduardo Bolsonaro que a plataforma havia apagado. Da mesma forma, o Poder Judiciário do Distrito Federal já condenou o Facebook por ter erroneamente removido a "fanpage" de um deputado<sup>122</sup>.

Dessa forma, somente no modelo concebido pelo Marco Civil da Internet é que a tônica da internet é, em sua totalidade, respeitada, evitando a erosão da livre circulação de conteúdos lícitos. Assim, apenas nas hipóteses em que houver uma autêntica discussão sobre a licitude desse material, é que caberá ao Judiciário, como um terceiro imparcial, resolver a controvérsia. Caso contrário, seria criada uma espécie de intranet, amplamente censurada pelos próprios usuários, que teriam o poder de decisão sobre o que deve ou não permanecer na rede. No limite, haveria a atribuição à um particular da autonomia do veredito da informação, no local de maior compartilhamento de dados na atualidade – medida que não guarda qualquer similitude com lógica estrutural da internet.

#### *4.3.2 A Constituição Federal de 1988 e a jurisprudência consolidada pelos Tribunais Superiores: harmonia com o Marco Civil da Internet em matéria de remoção de conteúdo na internet*

Em segundo lugar, não bastasse ser ideologicamente contrária à gênese que conduz ao modelo de formação da internet, a ideia de que a responsabilidade civil dos provedores estaria condicionada ao desatendimento de uma notificação

---

<sup>122</sup>SOUZA, Carlos Affonso. Brasil não precisa importar nova regra de Trump sobre redes sociais. *Tecfront*, 29 maio 2020. Disponível em: <https://tecfront.blogosfera.uol.com.br/2020/05/29/brasil-nao-precisa-importar-nova-regra-de-trump-sobre-redes-sociais/>. Acesso em: 29 maio 2020



extrajudicial também é antagônica à liberdade de expressão e à jurisprudência consolidada pelos Tribunais Superiores sobre a matéria.

De fato, a liberdade de expressão é um direito fundamental para qualquer democracia. Como destaca Aline Osorio<sup>123</sup>, existem cinco principais fundamentos filosóficos para tutelar a liberdade de expressão:

(i) a busca da verdade, (ii) a realização da democracia e (iii) a garantia da dignidade humana. [...] Além delas, algumas outras funções da liberdade de expressão também vêm sendo invocadas, como: (iv) a garantia de todos os demais direitos fundamentais, (v) a preservação do patrimônio cultural e científico na sociedade, e (vi) a desconfiança histórica nos governos.<sup>124</sup>

Ainda a título teórico sobre esse direito fundamental, a doutrina distingue as liberdades de informação e de expressão. A liberdade de informação, como escreveu Luís Roberto Barroso, “diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado”<sup>125</sup>. Já a liberdade de expressão, “destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano”<sup>126</sup>. Outra divisão que igualmente se tornou popular é a liberdade de imprensa: trata-se da liberdade dos meios de

---

<sup>123</sup> Aline Osório é Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora de Direito Constitucional do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Informações escritas pela própria autora no livro: OSORIO, Aline. *Direito Eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017

<sup>124</sup> OSORIO, Aline. *Direito Eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 53-54.

<sup>125</sup> BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Migalhas*, 03 out. 2001. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art\\_03-10-01.htm](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm). Acesso em: 22 abr. 2020

<sup>126</sup> BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Migalhas*, 03 out. 2001. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art\\_03-10-01.htm](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm). Acesso em: 22 abr. 2020.



comunicação de fatos e ideais, de modo geral, não se limitando aos meios impressos<sup>127</sup>.

Sem embargo da ênfase que se dá a esse direito fundamental, é importante registrar que não se afirma aqui que a liberdade de expressão seria um direito fundamental de caráter absoluto, não encontrando quaisquer limites. Ao revés, o balanceamento de conflitos aparentes com outros direitos fundamentais e a própria Constituição Federal impuseram barreiras que devem, em todas hipóteses, ser observadas. Nesse sentido, confira-se:

A liberdade de expressão encontra limites previstos diretamente pelo constituinte, como também descobertos pela colisão desses direitos com outro de mesmo *status*.

O constituinte brasileiro, no art. 220 da Lei Maior, ao tempo em que proclama que não haverá restrição ao direito de manifestação de pensamento, criação, expressão e informação, dizendo, também no § 1º, que “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”, ressalva que assim o será, “observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Dessa forma, admite a interferência legislativa para proibir o anonimato, para impor o direito de resposta e indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem, para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e para que se assegure a todos o direito de acesso à informação.<sup>128</sup>

O que se defende na presente monografia é que afastar, *a priori*, a liberdade de expressão, a partir da presunção de que o juízo de valor de determinado usuário estaria correto, configuraria, no limite, uma censura prévia, intolerável no regime democrático brasileiro. Aliás, como destaca Gustavo Binenbojm, “uma das

---

<sup>127</sup> BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Migalhas*, 03 out. 2001. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art\\_03-10-01.htm](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm). Acesso em: 22 abr. 2020

<sup>128</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016



características sorradeiras da censura é a de negar não apenas as idéias diferentes ou discordantes, mas sobretudo a de negar-se a si mesma”<sup>129</sup>.

Com efeito, o conflito aparente entre a liberdade de expressão e de informação dos usuários e o direito à privacidade de quem, eventualmente, se sinta ofendido, não é simples, sobretudo por ser um contraste antigo e já muito conhecido na doutrina e na jurisprudência. Como é de conhecimento corrente, o conflito entre liberdade de expressão e outros direitos fundamentais nasceu muito antes de se cogitar o acesso à internet.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, por exemplo, passou por uma evolução histórica emblemática sobre essa discussão. Embora a Primeira Emenda<sup>130</sup> da Constituição dos EUA de 1791 privilegie, de forma louvável, o exercício da liberdade de expressão, os julgados nem sempre foram unânimes nesse sentido<sup>131</sup>. Em verdade, entre 1915 e 1970, a Suprema Corte norte americana não interpretava a liberdade de expressão da mesma forma que hoje. Foi somente após uma mudança de parâmetros, que houve um alargamento acertado da interpretação desse direito essencial para qualquer regime democrático<sup>132</sup>.

Três precedentes da Suprema Corte americana ilustram muito bem essas vicissitudes. O primeiro foi o célebre caso *Schenck v. United States*. Charles Schenck e Elizabeth Baer foram condenados em 1917 pela distribuição de panfletos

---

<sup>129</sup> BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, p. 360-380, 2003. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_360.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_360.pdf). Acesso em: 04 maio 2020

<sup>130</sup> Primeira Emenda Constituição dos EUA: Artigo 1º: O Congresso não fará lei relativa ao estabelecimento de religião ou proibindo o livre exercício desta, ou restringindo a liberdade de palavra ou de imprensa, ou o direito do povo de reunir-se pacificamente e dirigir petições ao governo para a reparação de seus agravos – tradução livre. Disponível em: <https://constitutionus.com/>. Acesso em: 30 set. 2019

<sup>131</sup> EBERLE, Edward J. *Dignity and liberty: constitutional visions in Germany and the United States*. Westport: Praeger, 2002.

<sup>132</sup> TEDFORD, Thomas; HERBECK, Dale. *Freedom of speech in the United States*. 3. ed. State College: Strata Pub CO, 1997



que manifestavam oposição à servidão involuntária para a Primeira Guerra Mundial. Embora os panfletos estimulassem apenas ações pacíficas contra o projeto de alistamento compulsório, a Suprema Corte americana manteve a condenação dos réus, porque “os tribunais deviam maior deferência ao governo durante a Guerra, mesmo quando os direitos constitucionais estavam em jogo” (trecho do voto do Ministro Oliver Wendell Holmes)<sup>133</sup>. A Primeira Emenda, portanto, não inocentou o acusado.

O segundo precedente é de 1919, dois anos depois, no igualmente célebre caso *Gitlow v. Nova York*. Gitlow era socialista e foi preso em 1919 por divulgar o “Manifesto de Esquerda”, que encorajava a mudança do regime de governo americano para o socialismo, por meio de greves e ações de classe. Inicialmente, o réu foi condenado por violar a Lei de Anarquia Criminal de Nova York. Esse entendimento, entretanto, foi revertido pela Suprema Corte americana, que mudou a compreensão quanto ao alcance da Primeira Emenda - que não deveria proteger o cidadão apenas do governo federal, mas também, e sobretudo, do governo estadual<sup>134</sup>.

Esses dois casos já demonstram, objetivamente, que os anos que se seguiram não foram tão estáveis quando o tema envolvia o conflito entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais. De fato, ambos os precedentes acima foram importantes para a construção do entendimento mais abrangente da liberdade de expressão da forma que é concebida hoje nos Estados Unidos.

Foi a partir dessa construção que chegamos ao terceiro precedente paradigmático: o caso *Brandenburg v. Ohio*, em 1969. Esse caso é a essência do

---

<sup>133</sup> *Schenck v. Estados Unidos*. disponível em: [www.oyez.org/cases/1900-1940/249us47](http://www.oyez.org/cases/1900-1940/249us47). Acesso em: 30 set. 2019

<sup>134</sup> *Gitlow v. Nova York*. disponível em: [www.oyez.org/cases/1900-1940/268us652](http://www.oyez.org/cases/1900-1940/268us652). Acesso em: 30 set. 2019



conceito e da abrangência que a liberdade de expressão tem atualmente nos Estados Unidos. Brandenburg, um dos líderes do Ku Klux Klan<sup>135</sup>, fez um discurso exaltado com declarações antissemitas e racistas, com o pano de fundo envolvendo uma suposta possibilidade de vingança, caso o governo supostamente mantivesse a política de suprimir a raça branca e caucasiana<sup>136</sup>. A Suprema Corte americana inocentou Brandenburg, porque a lei estadual de Ohio violava o direito à liberdade de expressão do réu. De forma ainda mais específica, a Suprema Corte estabeleceu critérios que devem ser analisados para verificar os limites da liberdade de expressão, notadamente se: (i) “a fala pode ser proibida se “for direcionada a incitar ou produzir ação iminente sem lei”; e (ii) “for ‘provável que incite ou produza tal ação’”<sup>137</sup>.

Como se percebe, os Estados Unidos hoje atribuem ampla proteção à liberdade de expressão. Em rigor a Suprema Corte norte americana trata a restrição a qualquer discurso como hipótese totalmente excepcional e que deve ser amplamente justificada. No jogo democrático, esse é o melhor dos mundos: não fosse assim, aliás, apenas um posicionamento seria compartilhado. Foi justamente durante essa evolução jurisprudencial, que a liberdade de expressão foi interpretada e aplicada da forma que inicialmente concebida. Isto é: não apenas para englobar o discurso positivo, altruísta e elogioso, mas também, e sobretudo, o discurso negativo, tendencioso e crítico. Em última análise, a Suprema Corte americana decidiu que

---

<sup>135</sup> O Ku Klux Klan, ou KKK, é um grupo terrorista dos Estados Unidos. Os grupos terroristas buscam alcançar seus objetivos semeando o medo através da violência. O Klan foi formado depois do fim da Guerra de Secessão (ou guerra civil) dos Estados Unidos, em 1865. Seu objetivo era aterrorizar os afro-americanos recém-libertados da escravidão e privá-los de seus direitos. Na década de 1990, o Klan já havia se fragmentado em grupos pequenos, a maioria dos quais nos estados do sul dos EUA”. Disponível em: <https://escola.britannica.com.br/artigo/Ku-Klux-Klan/481680>. Acesso em: 30 set. 2019

<sup>136</sup> WALKER, James L.. *Brandenburg v. Ohio (1969)*. Disponível em: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/189/brandenburg-v-ohio>. Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>137</sup> *Brandenburg v. Ohio*. Disponível em: [www.oyez.org/cases/1968/492](http://www.oyez.org/cases/1968/492). Acesso em: 30 set. 2019



qualquer manifestação compatível com a Primeira Emenda não pode ser restringida pelo Estado<sup>138</sup>.

O Brasil também passa por uma construção jurisprudencial sobre o tema - apesar de mais discreta se comparada com a norte americana. Como não poderia deixar de ser, vale destacar três precedentes emblemáticos do Supremo Tribunal Federal, que demonstram o caráter preferencial que a liberdade de expressão recebeu no Brasil e que, particularmente, apenas representam a vontade do constituinte de 1988, externada na literalidade da Constituição Federal<sup>139</sup>.

O primeiro precedente é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, que, por maioria de votos, não recepcionou a Lei Federal nº 5.250/67 (Lei de Imprensa). A ADPF foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) contra dispositivos da Lei de Imprensa para declarar que: (i) determinados dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal; e (ii) outros dispositivos não possuíam interpretação constitucional<sup>140</sup>. Os dispositivos da Lei de Imprensa já deixavam claro, em sua literalidade, a tentativa de censurar previamente conteúdos para evitar a proliferação

---

<sup>138</sup> Outros casos precedentes paradigmáticos ilustram muito bem esse entendimento. Toma-se, como exemplo, o caso *National Socialist Party of America* (Partido Socialista Nacional da América, tradução livre) v. *Village of Skokie* (Aldeia de Skokie, tradução livre). Na oportunidade, a Suprema Corte norte americana garantiu o direito à marcha nazista promovida pelo Partido Socialista Nacional da América na cidade de Skokie, Illinois - cuja população era majoritariamente judaica -, diante da ausência de dano concreto à segurança da sociedade, de modo que a marcha estava salvaguardada pela Primeira Emenda. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1976/76-1786>. Acesso em: 1º set. 2019.

<sup>139</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 5º: [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” e Art. 220: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 maio 2020.

<sup>140</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADPF 130/DF*, Rel. Min. Carlos Britto. DJ 06 nov. 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12837>. Acesso em: 22 abr. 2020





de conteúdos contrários a determinados ventos políticos<sup>141</sup>. Na oportunidade, a maioria do plenário reconheceu a invalidade de qualquer tipo de censura prévia, sem deixar de considerar eventuais formas de responsabilidade posterior, em especial o direito de resposta. Confira-se trechos da ementa da ADPF nº 130 que não deixam dúvidas quanto à preferência atribuída à liberdade de expressão:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO

---

<sup>141</sup> Confira-se trechos da ementa da ADPF 130, que não deixam dúvidas quanto ao ponto: "10.2. [...] Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País". BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADPF 130/DF*, Rel. Min. Carlos Britto. DJ 06 nov. 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12837>. Acesso em: 22 abr. 2020



CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.<sup>142</sup>

O segundo precedente que merece destaque é a Ação Direta de Inconstitucionalidade

2.566 de relatoria para acórdão do Ministro Edson Fachin, que, por maioria de votos, declarou inconstitucional o art. 4º, § 1º, da Lei 9.612/98. A ADI foi ajuizada pelo Partido da República (PR), requerendo a declaração de inconstitucionalidade do art. 4º, § 1º, da Lei 9.612/98, que vedava o proselitismo de

---

<sup>142</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADPF 130/DF*, Rel. Min. Carlos Britto. DJ 06 nov. 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12837>. Acesso em: 22 abr. 2020



qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária<sup>143</sup>. O PR sustentou, em síntese, que a vedação à prática do proselitismo pelas emissoras de radiodifusão comunitária violaria a liberdade de expressão, em todas as suas nuances, bem como estimularia a censura generalizada de conteúdo legítimo.

O pedido liminar foi indeferido, por maioria de votos. Em uma análise preliminar, o STF entendeu que o dispositivo impugnado estaria em sintonia com as atividades da radiodifusão comunitária. Vale dizer, inicialmente o Supremo consignou que: (i) o proselitismo seria incompatível com as atividades da radiodifusão comunitária; e (ii) os demais artigos da lei da radiodifusão garantiriam o livre exercício da liberdade de expressão, dentro da finalidade da atividade<sup>144</sup>.

Como antecipado, ao final, a maioria do plenário mudou o posicionamento e julgou procedente os pedidos formulados na ação constitucional. De forma objetiva, o voto condutor da maioria reiterou o caráter preferencial que a jurisprudência do próprio Supremo tem atribuído à liberdade de expressão, sendo certo que eventuais abusos devem ser reparados, sobretudo, por meio de “retificação, direito de resposta ou indenização, sendo proibida a vedação *a priori* de conteúdos”<sup>145</sup>. Especificamente quanto às particularidades do caso, o Ministro Edson Fachin reconheceu que, a despeito da literalidade da palavra proselitismo ter uma ampla abrangência, o discurso ganha especial relevância no contexto religioso. E isso porque a “liberdade

---

<sup>143</sup> “Proselitismo é a ação ou empenho de tentar converter uma ou várias pessoas em prol de determinada causa, doutrina, ideologia ou religião. O propósito do proselitismo é criar prosélitos (do grego *prosélytos*), ou seja, pessoas que foram convertidas para uma nova religião, doutrina, ideologia, filosofia ou causa, mesmo sem haver interesse inicial para esta conversão”. Disponível em: <https://www.significados.com.br/proselitismo/>. Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>144</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADI 2.566/DF*, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Rel. para acórdão Min. Edson Fachin. DJ 23 out. 2018 (decisão liminar). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1983315>. Acesso em: 22 abr. 2020

<sup>145</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADI 2.566/DF*, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Rel. para acórdão Min. Edson Fachin. DJ 23 out. 2018. Trechos do voto do Ministro. Luís Roberto Barroso, p. 4. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1983315>. Acesso em: 22 abr. 2020



religiosa não é exercível apenas em privado, mas também no espaço público, e inclui o direito de tentar convencer os outros, por meio do ensinamento, a mudar de religião”<sup>146</sup>. Vedar previamente o proselitismo nas emissoras de radiodifusão, portanto, seria inibir igualmente um discurso que é intrínseco a determinada forma de manifestação.

O terceiro, e último precedente que demonstra o panorama dessa matéria julgada pelo STF no Brasil, é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187. Na ocasião, o Supremo atribuiu uma interpretação constitucional ao art. 287 do Código Penal<sup>147</sup> para “excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”<sup>148</sup>. A discussão ganhou maiores proporções após realizações da “Marcha da Maconha” no país. O voto condutor da unanimidade, na mesma linha dos precedentes anteriores, ressaltou o caráter preferencial atribuído à liberdade de expressão. Confira-se trechos da ementa e do voto do relator, respectivamente, que demonstram tudo o quanto foi mencionado:

MÉRITO: “MARCHA DA MACONHA” – MANIFESTAÇÃO LEGÍTIMA, POR CIDADÃOS DA REPÚBLICA, DE DUAS LIBERDADES INDIVIDUAIS REVESTIDAS DE CARÁTER FUNDAMENTAL: O DIREITO DE REUNIÃO (LIBERDADE-MEIO) E O DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO (LIBERDADE-FIM) – A LIBERDADE DE REUNIÃO

<sup>146</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADI 2.566/DF*, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Rel. para acórdão Min. Edson Fachin. DJ 23 out. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1983315>. Acesso em: 22 abr. 2020

<sup>147</sup>BRASIL. *Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal, art. 287: “Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 25 fev. 2020

<sup>148</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADPF 187/DF*, Rel. Min. Celso de Melo. DJ 29 maio 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691505>. Acesso em: 27 out. 2019



COMO PRÉ-CONDIÇÃO NECESSÁRIA À ATIVA PARTICIPAÇÃO DOS CIDADÃOS NO PROCESSO POLÍTICO E NO DE TOMADA DE DECISÕES NO ÂMBITO DO APARELHO DE ESTADO – CONSEQUENTE LEGITIMIDADE, SOB PERSPECTIVA ESTRITAMENTE CONSTITUCIONAL, DE ASSEMBLEIAS, REUNIÕES, MARCHAS, PASSEATAS OU ENCONTROS COLETIVOS REALIZADOS EM ESPAÇOS PÚBLICOS (OU PRIVADOS) COM O OBJETIVO DE OBTER APOIO PARA OFERECIMENTO DE PROJETOS DE LEI, DE INICIATIVA POPULAR, DE CRITICAR MODELOS NORMATIVOS EM VIGOR, DE EXERCER O DIREITO DE PETIÇÃO E DE PROMOVER ATOS DE PROSELITISMO EM FAVOR DAS POSIÇÕES SUSTENTADAS PELOS MANIFESTANTES E PARTICIPANTES DA REUNIÃO – ESTRUTURA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL DE REUNIÃO PACÍFICA E OPORTUNIDADE DE SEU EXERCÍCIO AO PODER PÚBLICO E AOS SEUS AGENTES – VINCULAÇÃO DE CARÁTER INSTRUMENTAL ENTRE A LIBERDADE DE REUNIÃO E A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO – DOIS IMPORTANTES PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A ÍNTIMA CORRELAÇÃO ENTRE REFERIDAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS : HC 4.781/BA, REL. MIN. EDMUNDO LINS, E ADI 1.969/DF, REL. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI – A

LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UM DOS MAIS PRECIOSOS PRIVILÉGIOS DOS CIDADÃOS EM UMA REPÚBLICA FUNDADA EM BASES DEMOCRÁTICAS – O DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO: NÚCLEO DE QUE SE IRRADIAM OS DIREITOS DE CRÍTICA, DE PROTESTO, DE DISCORDÂNCIA E DE LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS – ABOLIÇÃO PENAL (“ABOLITIO CRIMINIS”) DE DETERMINADAS CONDUTAS PUNÍVEIS - DEBATE QUE NÃO SE CONFUNDE COM INCITAÇÃO À PRÁTICA DE DELITO NEM SE IDENTIFICA COM APOLOGIA DE FATO CRIMINOSO – DISCUSSÃO QUE DEVE SER REALIZADA DE FORMA RACIONAL, COM RESPEITO ENTRE INTERLOCUTORES E SEM POSSIBILIDADE LEGÍTIMA DE REPRESSÃO ESTATAL, AINDA QUE AS IDEIAS PROPOSTAS POSSAM SER CONSIDERADAS, PELA MAIORIA, ESTRANHAS,



INSUPORTÁVEIS, EXTRAVAGANTES, AUDACIOSAS OU INACEITÁVEIS – O SENTIDO DE ALTERIDADE DO DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO E O RESPEITO ÀS IDEIAS QUE CONFLITEM COM O PENSAMENTO E OS VALORES DOMINANTES NO MEIO SOCIAL – CARÁTER NÃO ABSOLUTO DE REFERIDA LIBERDADE FUNDAMENTAL (CF, art. 5º, incisos IV, V e X; CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Art. 13, § 5º) – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE PENSAMENTO COMO SALVAGUARDA NÃO APENAS DAS IDEIAS E PROPOSTAS PREVALECENTES NO ÂMBITO SOCIAL, MAS, SOBRETUDO, COMO AMPARO EFICIENTE ÀS POSIÇÕES QUE DIVERGEM, AINDA QUE RADICALMENTE, DAS CONCEPÇÕES PREDOMINANTES EM DADO MOMENTO HISTÓRICO-CULTURAL, NO ÂMBITO DAS FORMAÇÕES SOCIAIS – O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO, QUE DESEMPENHA IMPORTANTE PAPEL NO PROCESSO DECISÓRIO, NÃO PODE LEGITIMAR A SUPRESSÃO, A FRUSTRAÇÃO OU A ANIQUILAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, COMO O LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO DE REUNIÃO E A PRÁTICA LEGÍTIMA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, SOB PENA DE COMPROMETIMENTO DA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – INADMISSIBILIDADE DA “PROIBIÇÃO ESTATAL DO DISSENSO” – NECESSÁRIO RESPEITO AO DISCURSO ANTAGÔNICO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE CIVIL COMPREENDIDA COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO QUE DEVE VALORIZAR O CONCEITO DE “LIVRE MERCADO DE IDEIAS” – O SENTIDO DA EXISTÊNCIA DO “FREE MARKETPLACE OF IDEAS” COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL E INERENTE AO REGIME DEMOCRÁTICO (AC 2.695-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO) - A IMPORTÂNCIA DO CONTEÚDO ARGUMENTATIVO DO DISCURSO FUNDADO EM CONVICÇÕES DIVERGENTES – A LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS COMO SIGNO IDENTIFICADOR DAS SOCIEDADES ABERTAS, CUJA NATUREZA NÃO SE REVELA COMPATÍVEL COM A REPRESSÃO AO DISSENSO E QUE ESTIMULA A CONSTRUÇÃO DE ESPAÇOS DE LIBERDADE EM OBSÉQUIO AO SENTIDO



DEMOCRÁTICO QUE ANIMA AS INSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA – AS PLURISSIGNIFICAÇÕES DO ART. 287 DO CÓDIGO PENAL: NECESSIDADE DE INTERPRETAR ESSE PRECEITO LEGAL EM HARMONIA COM AS LIBERDADES FUNDAMENTAIS DE REUNIÃO, DE EXPRESSÃO E DE PETIÇÃO – LEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO NOS CASOS EM QUE O ATO ESTATAL TENHA CONTEÚDO POLISSÊMICO - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA PROCEDENTE.<sup>149</sup>

A defesa, em espaços públicos, da legalização das drogas, longe de significar um ilícito penal, supostamente caracterizador do delito de apologia de fato criminoso, representa, na realidade, a prática legítima do direito à livre manifestação do pensamento, propiciada pelo exercício do direito de reunião, sendo irrelevante, para efeito da proteção constitucional de tais prerrogativas jurídicas, a maior ou a menor receptividade social da proposta submetida, por seus autores e adeptos, ao exame e consideração da própria coletividade.<sup>150</sup>

Como se percebe, seguindo o parâmetro norte americano, o Supremo Tribunal Federal também tem atribuído um caráter preferencial à liberdade de expressão quando em conflito com outros direitos da mesma natureza. De fato, a doutrina e a jurisprudência nacional – especialmente a do STF, como não poderia deixar de ser – reconhecem que eventuais pretensões restritivas devem ser excepcionais e somente se justificam no âmbito de um devido processo legal conduzido pelo Poder Público, como regra perante o Judiciário. A Constituição de 1988 é especialmente clara nessa matéria, tanto na enunciação de regras e princípios gerais quanto por meio das exceções em que se admite a intervenção estatal prévia.

---

<sup>149</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADPF 187/DF*, Rel. Min. Celso de Melo. DJ 29 maio 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691505>. Acesso em: 27 out. 2019

<sup>150</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADPF 187/DF*, Rel. Min. Celso de Melo. DJ 29 maio 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691505>. Acesso em: 27 out. 2019



Aliás, nenhum outro direito fundamental recebeu tantas referências textuais quanto a liberdade de expressão. De forma específica, o Poder Constituinte Originário incluiu no seu escopo de proteção a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação; o direito de resposta, inclusive com eventual reparação civil; a liberdade de consciência e de crença (liberdade religiosa); a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; o acesso a todos à informação, com proteção ao sigilo da fonte. Nesse sentido, confira-se dispositivos da Constituição Federal de 1988, que são categóricos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.<sup>151</sup>

Não por outra razão, as diretrizes desses dispositivos constitucionais também são utilizadas como balizas em outros ramos do Direito. A título exemplificativo, o

---

<sup>151</sup>BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 maio 2020





Supremo Tribunal Federal, expandiu a interpretação do art. 150, VI, “d”, da Carta de 1988 para manter uma linha coerente com a liberdade de expressão e seus corolários. O dispositivo, que garante imunidade tributária aos livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão, criado a partir da realidade social e política da época, era interpretado de forma textual, de modo que o Estado afastava a imunidade para qualquer hipótese que extrapolasse os seus estritos termos.

Naturalmente, essa interpretação dificultava a disseminação de informação, importando um ônus expressivo às inovações. Justamente para evitar esse efeito nocivo, o STF reconheceu que o dispositivo também englobaria: (i) as apostilas - um livro periódico destinado à divulgar conhecimento (RE nº 183.403/SP)<sup>152</sup>; (ii) as listas telefônicas, que, embora não possuísse um caráter filosófico, poético ou literário era de grande utilidade pública (RE nº 199.183/SP)<sup>153</sup>; (iii) os álbuns de figuras, que, a despeito de inicialmente ser vazio, a troca de “figurinhas” propaga o conhecimento de uma forma específica e didática ao público juvenil (RE nº 221.239/SP)<sup>154</sup>; e (iv) os filmes destinados a capa de livros (AgRg no RE nº 434.826/MG)<sup>155</sup> - que, seguiu a literalidade do enunciado da Súmula/STF nº 657<sup>156</sup>. Mais recentemente, o STF igualmente estendeu a interpretação do dispositivo aos

---

<sup>152</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *RE 183.403/SP*, Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 04 maio 2001. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1598853>. Acesso em: 22 abr. 2020.

<sup>153</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *RE 199.183/SP*, Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 12 jun.1998. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1633732>. Acesso em: 12 fev. 2020

<sup>154</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *RE 221.239/SP*, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup> Ellen Gracie. DJ 06 ago. 2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1690335>. Acesso em: 23 maio 2020.

<sup>155</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *AgRg no RE 434.826/MG*, Rel. Min. Cezar Peluso. DJ 12 dez. 2013. Disponível em:<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2249872>>. Acesso em: 22 set. 2019

<sup>156</sup> Súmula/STF nº 657: “A imunidade prevista no art. 150, VI, “d”, da Constituição Federal abrange os filmes e papéis fotográficos necessários à publicação de jornais e periódicos”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2147>. Acesso em: 22 abr. 2020



livros digitais (*e-books*). Confira-se trechos do Recurso Extraordinário que reforçam o caráter preferencial conferido à liberdade de expressão:

EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tributário. Imunidade objetiva constante do art. 150, VI, d, da CF/88. Teleologia multifacetada. Aplicabilidade. Livro eletrônico ou digital. Suportes. Interpretação evolutiva. Avanços tecnológicos, sociais e culturais. Projeção. Aparelhos leitores de livros eletrônicos (ou e-readers). 1. A teleologia da imunidade contida no art. 150, VI, d, da Constituição, aponta para a proteção de valores, princípios e ideias de elevada importância, tais como a liberdade de expressão, voltada à democratização e à difusão da cultura; a formação cultural do povo indene de manipulações; a neutralidade, de modo a não fazer distinção entre grupos economicamente fortes e fracos, entre grupos políticos etc; a liberdade de informar e de ser informado; o barateamento do custo de produção dos livros, jornais e periódicos, de modo a facilitar e estimular a divulgação de ideias, conhecimentos e informações etc. Ao se invocar a interpretação finalística, se o livro não constituir veículo de ideias, de transmissão de pensamentos, ainda que formalmente possa ser considerado como tal, será descabida a aplicação da imunidade. 2. A imunidade dos livros, jornais e periódicos e do papel destinado a sua impressão não deve ser interpretada em seus extremos, sob pena de se subtrair da salvaguarda toda a racionalidade que inspira seu alcance prático, ou de transformar a imunidade em subjetiva, na medida em que acabaria por desonerar de todo a pessoa do contribuinte, numa imunidade a que a Constituição atribuiu desenganada feição objetiva. A delimitação negativa da competência tributária apenas abrange os impostos incidentes sobre materialidades próprias das operações com livros, jornais, periódicos e com o papel destinado a sua impressão. 3. A interpretação das imunidades tributárias deve se projetar no futuro e levar em conta os novos fenômenos sociais, culturais e tecnológicos. Com isso, evita-se o esvaziamento das normas imunizantes por mero lapso temporal, além de se propiciar a constante atualização do alcance de seus preceitos. 4. O art. 150, VI, d, da Constituição não se refere apenas ao método gutenberguiano de produção de livros, jornais e periódicos. O vocábulo “papel” não é, do mesmo modo, essencial ao conceito desses bens finais. O suporte das publicações é apenas o continente (*corpus mechanicum*) que abrange o conteúdo (*corpus misticum*) das obras. O corpo mecânico não



é o essencial ou o condicionante para o gozo da imunidade, pois a variedade de tipos de suporte (tangível ou intangível) que um livro pode ter aponta para a direção de que ele só pode ser considerado como elemento acidental no conceito de livro. A imunidade de que trata o art. 150, VI, d, da Constituição, portanto, alcança o livro digital (e-book). 5. É dispensável para o enquadramento do livro na imunidade em questão que seu destinatário (consumidor) tenha necessariamente que passar sua visão pelo texto e decifrar os signos da escrita. Quero dizer que a imunidade alcança o denominado “audio book”, ou audiolivro (livros gravados em áudio, seja no suporte CD-Rom, seja em qualquer outro). 6. A teleologia da regra de imunidade igualmente alcança os aparelhos leitores de livros eletrônicos (ou e-readers) confeccionados exclusivamente para esse fim, ainda que, eventualmente, estejam equipados com funcionalidades acessórias ou rudimentares que auxiliam a leitura digital, tais como dicionário de sinônimos, marcadores, escolha do tipo e do tamanho da fonte etc. Esse entendimento não é aplicável aos aparelhos multifuncionais, como tablets, smartphone e laptops, os quais vão muito além de meros equipamentos utilizados para a leitura de livros digitais. 7. O CD-Rom é apenas um corpo mecânico ou suporte. Aquilo que está nele fixado (seu conteúdo textual) é o livro. Tanto o suporte (o CD-Rom) quanto o livro (conteúdo) estão abarcados pela imunidade da alínea d do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento. TESE DA REPERCUSSÃO GERAL: 9. Em relação ao tema nº 593 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet, foi aprovada a seguinte tese: “A imunidade tributária constante do art. 150, VI, d, da CF/88 aplica-se ao livro eletrônico (e-book), inclusive aos suportes exclusivamente utilizados para fixá-lo.”<sup>157</sup>

Essa interpretação do STF possui ampla ressonância na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, nos limites da sua competência e da natural restrição da devolutividade dos recursos submetidos à apreciação, também reconheceu a essencialidade de um balizamento entre a liberdade de expressão –

---

<sup>157</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *RE 330.817/RJ*, Rel. Min. Dias Toffoli. DJ 31 ago. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1984213>. Acesso em: 22 abr. 2020



sobretudo quando envolve caráter jornalístico – e os direitos da personalidade de quem eventualmente se sinta ofendido.

Sintomaticamente, nas hipóteses de aparente conflito entre direitos fundamentais, a função precípua do louvável papel uniformizador desempenhado pelo STJ está intrinsecamente relacionada com a formação de diretrizes capazes de nortear esse sutil sopesamento entre interesses conflitantes. Esse sopesamento, nos termos da própria jurisprudência consolidada nas Turmas de Direito Privado do STJ, é realizado a partir de determinados “elementos de ponderação”:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MATÉRIA JORNALÍSTICA. NARRAÇÃO DOS FATOS COM ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR. AFRONTA AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CONJUNTO FÁTICO DELINEADO PELO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME. SÚMULAS 7 E 83 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça estabeleceu, para situações de conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, entre outros, os seguintes elementos de ponderação: a) o compromisso ético com a informação verossímil; b) a preservação dos chamados direitos da personalidade, aí incluídos os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e c) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*) [...].<sup>158</sup>

Nessa mesma linha, em artigo publicado, Luís Roberto Barroso reconhece que existem parâmetros constitucionais para a ponderação do aparente conflito entre liberdade de expressão e os direitos da privacidade:

A partir das notas teóricas estabelecidas no tópico anterior, é possível desenvolver um conjunto de parâmetros que se

---

<sup>158</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *AgInt no AREsp 1.514.105/CE*, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. DJ 05 nov. 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=aresp1.514.105&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 22 abr. 2020.



destinam a mapear o caminho a ser percorrido pelo intérprete, diante do caso concreto. São elementos que devem ser considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e informação (especialmente esta última, pois é a que mais diretamente interessa ao estudo), de um lado, e os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, de outro. Os parâmetros apurados até aqui seguem enunciados abaixo.

A) A veracidade do fato

A informação que goza de proteção constitucional é a informação verdadeira. A divulgação deliberada de uma notícia falsa, em detrimento do direito da personalidade de outrem, não constitui direito fundamental do emissor. Os veículos de comunicação têm o dever de apurar, com boa-fé e dentro de critérios de razoabilidade, a correção do fato ao qual darão publicidade. É bem de ver, no entanto, que não se trata de uma verdade objetiva, mas subjetiva, subordinada a um juízo de plausibilidade e ao ponto de observação de quem a divulga. Para haver responsabilidade, é necessário haver clara negligência na apuração do fato ou dolo na difusão da falsidade.

B) Licitude do meio empregado na obtenção da informação

O conhecimento acerca do fato que se pretende divulgar tem de ter sido obtido por meios admitidos pelo direito. A Constituição, da mesma forma que veda a utilização, em juízo, de provas obtidas por meios ilícitos, também interdita a divulgação de notícias às quais se teve acesso mediante cometimento de um crime. Se a fonte da notícia fez, e.g., uma interceptação telefônica clandestina, invadiu domicílio, violou o segredo de justiça em um processo de família ou obteve uma informação mediante tortura ou grave ameaça, sua divulgação não será legítima. Note-se ainda que a circunstância de a informação estar disponível em arquivos públicos ou poder ser obtida por meios regulares e lícitos torna-a pública e, portanto, presume-se que a divulgação desse tipo de informação não afeta a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem dos envolvidos.

C) Personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia As pessoas que ocupam cargos públicos têm o seu direito de privacidade tutelado em intensidade mais branda. O controle do poder governamental e a prevenção contra a censura ampliam o grau legítimo de ingerência na esfera pessoal da conduta dos agentes públicos. O mesmo vale



para as pessoas notórias, como artistas, atletas, modelos e pessoas do mundo do entretenimento. Evidentemente, menor proteção não significa supressão do direito. Já as pessoas que não têm vida pública ou notoriedade desfrutam de uma tutela mais ampla de sua privacidade.

#### D) Local do fato

Os fatos ocorridos em local reservado têm proteção mais ampla do que os acontecidos em locais públicos. Eventos ocorridos no interior do domicílio de uma pessoa, como regra, não são passíveis de divulgação contra a vontade dos envolvidos. Mas se ocorrerem na rua, em praça pública ou mesmo em lugar de acesso ao público, como um restaurante ou o saguão de um hotel, em princípios serão fatos noticiáveis.

#### E) Natureza do fato

Há fatos que são notícia, independentemente dos personagens envolvidos. Acontecimentos da natureza (tremor de terra, enchente), acidentes (automobilístico, incêndio, desabamento), assim como crimes em geral, são passíveis de divulgação por seu evidente interesse jornalístico, ainda quando exponham a intimidade, a honra ou a imagem de pessoas neles envolvidos.

#### F) Existência de interesse público na divulgação em tese

O interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro se presume, como regra geral. A sociedade moderna gravita em torno da notícia, da informação, do conhecimento e de idéias. Sua livre circulação, portanto, é da essência do sistema democrático e do modelo de sociedade aberta e pluralista que se pretende preservar e ampliar. Caberá ao interessado na não divulgação demonstrar que, em determinada hipótese, existe um interesse privado excepcional que sobrepuja o interesse público residente na própria liberdade de expressão e de informação.

#### G) Existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos

Em um regime republicano, a regra é que toda a atuação do Poder Público, em qualquer de suas esferas, seja pública, o que inclui naturalmente a prestação jurisdicional. A publicidade, como é corrente, é o mecanismo pelo qual será possível ao povo controlar a atuação dos agentes que afinal praticam atos em seu nome. O art. 5º, XXXIII, como referido, assegura como direito de todos o acesso a informações produzidas no âmbito de órgãos públicos, salvo se o sigilo for indispensável à segurança da sociedade e do Estado.



H) Preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição prévia da divulgação

O uso abusivo da liberdade de expressão e de informação pode ser reparado por mecanismos diversos, que incluem a retificação, a retratação, o direito de resposta e a responsabilização, civil ou penal e a interdição da divulgação. Somente em hipóteses extremas se deverá utilizar a última possibilidade. Nas questões envolvendo honra e imagem, por exemplo, como regra geral será possível obter reparação satisfatória após a divulgação, pelo desmentido por retificação, retratação ou direito de resposta – e por eventual reparação do dano, quando seja o caso. Já nos casos de violação da privacidade (intimidade ou vida privada), a simples divulgação poderá causar o mal de um modo irreparável. Veja-se a diferença.

No caso de violação à honra: se a imputação de um crime a uma pessoa se revelar falsa, o desmentido cabal minimizará a sua conseqüência. Mas no caso da intimidade, se se divulgar que o casal se separou por disfunção sexual de um dos cônjuges – hipótese que em princípio envolve fato que não poderia ser tornado público – não há reparação capaz de desfazer efetivamente o mal causado.<sup>159</sup>

Como se vê, não há qualquer inovação em atribuir ao Judiciário o poder-dever de exercer o juízo de sintonia fina para aferir a licitude de conteúdos em casos mais cinzentos, a partir de critérios de ponderação já definidos pela jurisprudência e pela doutrina. E, não haveria qualquer justificativa para não ecoar a conclusão dos precedentes citados para o ambiente virtual - muito pelo contrário, como a internet hoje é um dos maiores mercados de ideias, se acaso esse entendimento deva ser realmente colocado à prova, a internet seria a melhor amostra<sup>160</sup>. A história, aliás, nos mostra que entendimento em sentido oposto - *i.e.* que privilegia a censura prévia

---

<sup>159</sup> BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Migalhas*, 03 out. 2001. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art\\_03-10-01.htm](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm). Acesso em: 22 abr. 2020

<sup>160</sup> BRANCO, Sérgio; TEFFÉ, Chiara de; MELO, Marina Cunha. *Privacidade em perspectivas: anonimato, proteção de dados e devido processo legal: por que e como conter uma das maiores ameaças ao direito à privacidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 214-215



- é intrínseco a regimes autoritários, dotados de interesses em manipulação de informação e limitação da liberdade de acesso à conteúdos<sup>161</sup>.

O regime que condiciona a responsabilidade civil dos intermediários ao descumprimento de uma ordem judicial específica, portanto, privilegia a livre circulação de informação, o acesso pleno ao conteúdo e veda a censura prévia na internet. Em última análise, é o único regime compatível com a jurisprudência consolidada pelas Cortes Superiores na matéria.

Não fosse suficiente, retirar do Poder Judiciário essa prerrogativa - que, reitera-se, não se confunde com uma reserva de jurisdição para remoção de conteúdos na internet -, igualmente violaria o princípio da inafastabilidade da jurisdição e do contraditório, previstos respectivamente no art. 5º, XXXV e LV, da CRFB/88. E isso porque o pedido de remoção de conteúdos formulados por usuários - em regra - envolvem, no mínimo, três partes: (i) aquele que publicou o conteúdo impugnado; (ii) o ofendido pelo material; e (iii) o provedor que hospeda o conteúdo. Pressupor que a análise individual da parte que se sentiu ofendida justificasse a remoção compulsória do conteúdo, sem ouvir aquele que publicou o conteúdo e, tampouco, sem a presença do Estado-Juiz, tornaria o espaço virtual um ambiente de submissão - em sentido diametralmente oposto ao que exige o Direito brasileiro.

Nesse particular, é importante registrar que nem sempre os pedidos de remoção de conteúdos são julgados procedentes. Um, dentre os numerosos exemplos que se pode citar, foi o célebre caso envolvendo um vídeo postado no YouTube. O conteúdo do vídeo era um adolescente dançando uma variação de um funk denominado “Passinho do Romano”. Apesar da singeleza do vídeo, o pano de fundo instrumental possuía trechos do Alcorão – livro sagrado do Islã. A Sociedade

---

<sup>161</sup> SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.





Beneficente Muçulmana, sentindo-se prejudicada, ajuizou ação em face da Google Brasil – hospedeira do conteúdo – com pedido de retirada o vídeo do ar<sup>162</sup>, sob o argumento de que o conteúdo seria discriminatório ou revelador de ódio. O pedido foi julgado improcedente pelo Juízo de primeira instância, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>163</sup>

Sem qualquer juízo de valor autoral sobre o resultado do julgamento, confira-se a ementa do acórdão do TJSP, que reforça a imprescindibilidade do aguçado exame judicial nesses casos:

**APELAÇÃO CÍVEL.** Ação indenizatória intentada pela Sociedade Beneficente Muçulmana em face de Google Brasil Internet Ltda., empresa provedora de hospedagem, com a finalidade de obter provimento judicial de remoção de conteúdo ofensivo, identificação dos responsáveis e indenização por danos morais. Alegação de que diversos vídeos, relacionados a uma canção popular de 'funk' denominada 'Passinho do Romano', veiculados na rede social 'YouTube', apresentam trechos de rezas do Alcorão, ou seja, utilização indevida de passagens do livro sagrado, o que seria ofensivo para a religião islâmica. Sentença de improcedência. Recurso da autora. Tempestividade do recurso reconhecida. Inexistência de nulidade da sentença. Não acolhimento do inconformismo. Canção destinada a mero entretenimento, que não faz qualquer menção, positiva ou negativa, ao Alcorão. Ausência de conteúdo discriminatório ou revelador de ódio. Ausência da intenção de ridicularizar ou escandalizar simpatizantes e seguidores da fé alheia. Mero uso de trechos declamados, como trilha sonora de fundo, não constitui, sob o enfoque constitucional, ofensa à liberdade de crença da comunidade islâmica ou ao seu sentimento religioso, apta a justificar a remoção de conteúdo ou a indenização por danos morais. Ausente violação de direito fundamental, inexistente

---

<sup>162</sup>Também houve a cumulação de pedido de fornecimento de dados para identificação dos usuários que publicaram o vídeo e reparação a título de danos morais

<sup>163</sup>Para acompanhar as últimas movimentações, BRASIL, STF, ARE 1.196.021/SP, Rel. Min. Edson Fachin. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5653675>. Acesso em: 27 maio 2020



justificativa para o pedido de fornecimento de registros, uma vez que o Marco Civil da Internet somente permite a restrição da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, quando presentes fundados indícios da ocorrência de ilícito, a teor do art. 22, inciso I, da Lei nº 12.965/2014. E se não há ilícito, falta à pretensão indenizatória requisito essencial à configuração do dano moral pleiteado, seja qual for sua natureza ou sujeito passivo. Sentença mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.<sup>164</sup>

Dessa forma, também por esse ângulo de análise, o regime de responsabilidade civil dos provedores deve ser condicionado ao descumprimento de uma ordem judicial específica, nos termos da literalidade da Constituição Federal de 1988 e da jurisprudência consolidada pelos Tribunais Superiores. Somente assim os intermediadores não atuariam como censores digitais de conteúdos, removendo quaisquer materiais somente para evitar responsabilizações indesejadas. Assim, o risco de equívocos na remoção de conteúdos legítimos deixa de ser inerente e passa a ser contingente – sempre tendendo a zero.

#### *4.3.40 modelo adotado pelo legislador brasileiro: recusa à criação de contencioso derivado e estímulo à liberdade de expressão*

Em terceiro lugar, também não se desconhece o argumento de que o modelo defendido na presente monografia poderia criar uma espécie de contencioso derivado de demandas no Judiciário questionando a licitude de conteúdos disponibilizados no ambiente virtual. O ponto ganharia ainda mais destaque se

---

<sup>164</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, APC 1024271-28.2015.8.26.0100, Rel. Des. Viviani Nicolau. DJ 15 abr. 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI0031W510000&gateway=true>. Acesso em: 22 abr. 2020



consideradas a proliferação de *fake news*<sup>165</sup> - cujo ambiente de disseminação é majoritariamente a internet.

Em relação à discussão sobre uma eventual enxurrada de demandas judiciais, os dados coletados desde a vigência do Marco Civil da Internet demonstram que esse modelo não causou qualquer sobrecarga ao Judiciário. Em pesquisa realizada em 2018 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ –, por exemplo, nenhum provedor de aplicações apareceu na lista dos maiores litigantes<sup>166</sup>. Essa pesquisa ilustrativa não foge da realidade de outras<sup>167</sup>. É bem verdade que, em comparação com outros países, o Brasil é um dos Estados que mais judicializa pedidos de remoção de conteúdos na internet, mas isso está umbilicalmente relacionado com as características paternalistas e litigantes da sociedade<sup>168</sup> – não por outra razão, o Brasil também lidera *rankings* internacionais de litígio em outras matérias<sup>169</sup>. Sistemáticamente, portanto, o modelo estabelecido pelo legislador não criou qualquer contencioso desproporcional.

Já em relação às *fake news*, também não se pode, a pretexto de buscar a supressão do compartilhamento de conteúdo inverídicos, concluir que a censura

---

<sup>165</sup> *Fake news* são notícias falsas divulgadas com o objetivo de prejudicar terceiros ou alienar qualquer debate.

<sup>166</sup> A lista dos maiores litigantes em 2018 no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pode ser consultada em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6069074>. Acesso em: 27 abr. 2020

<sup>167</sup> A título exemplificativo, FELIX, Rosana. Estado congestionava o Judiciário no país: quem perde é o cidadão. *Gazeta do Povo*. 08 out. 2017. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/estado-congestiona-o-judiciario-no-pais-quem-perde-e-o-cidadao-bkyvzcz1ylmckd5cnu9zuqz13/#:~:text=Uni%C3%A3o%2C%20Caixa%20e%20%20INSS%20s%C3%A3o%20os%20maiores%20litigantes%20do%20Brasil>. Acesso em: 05 maio 2020.

<sup>168</sup> LUCHETE, Felipe. Brasil é segundo país que mais manda Google apagar conteúdo da internet. *Conjur*, 09 set. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-09/brasil-pais-manda-google-tirar-conteudo-internet>. Acesso em: 22 abr. 2020.

<sup>169</sup> Exemplo disso é que o Brasil é responsável por 98% (noventa e oito por cento) das ações trabalhistas no mundo. Dados foram extraídos de pesquisa realizada por Ricardo Amorim. Disponível em: <http://hmdecampos.com.br/estudos-indicam-que-o-brasil-tem-entre-95-98-de-todas-as-acoes-trabalhistas-do-mundo/>. Acesso em: 22 maio 2020



prévia seria o melhor caminho. Como destaca Luís Roberto Barroso, “em todos os tempos e em todos os lugares, a censura jamais se apresenta como instrumento da intolerância, da prepotência ou de outras perversões ocultas”<sup>170</sup>. Em todo caso, como já foi demonstrado acima, a melhor forma de combater a desinformação é com informação. Apesar de clichê, essa frase é a essência da evolução sobre um amadurecimento social em termos de respeito e honestidade, em especial na internet - cujo uso é aparentemente anônimo (anonymato ficto)<sup>171</sup>.

Essa mesma conclusão, aliás, impulsionou a criação de projetos para combate às *fake news* – as denominadas agências de *fact-checking*<sup>172</sup>. A título exemplificativo, a Rede Globo de Televisão, com supervisão do professor Ronaldo Lemos, criou o serviço “Fato ou Fake”, que checava a veracidade de informações compartilhadas em redes sociais<sup>173</sup>. Mais recentemente, o Ministério da Saúde também disponibilizou um número de Whatsapp para alertar a sociedade civil sobre notícias falsas que envolvam, sobretudo, o novo coronavírus (COVID-19)<sup>174</sup>.

É por esse conjunto robusto de razões que se entende que a responsabilidade civil dos provedores deve ser condicionada ao descumprimento de uma ordem judicial específica. De modo que a opção escolhida pelo legislador ao editar o Marco Civil da Internet não é objetável. Somente assim a intervenção estatal em matéria de remoção de conteúdo na internet terá a nota da excepcionalidade, justificando-se apenas para balancear o aparente conflito entre direitos fundamentais quando

---

<sup>170</sup>BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In: Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 345-347

<sup>171</sup> Ver tópico II.2. da presente monografia

<sup>172</sup>Confira-se algumas das agências mais populares de *fact-checking* em: <https://www.somosicev.com/fato-ou-fake-saiba-quais-sao-as-principais-agencias-de-fact-checking-no-brasil/>. Acesso em: 04 maio 2020

<sup>173</sup> As informações completas sobre os serviços podem ser conferidas em: <https://g1.globo.com/fato-ou-fake/noticia/2018/07/30/g1-lanca-fato-ou-fake-novo-servico-de-checagem-de-conteudos-suspeitos.ghtml>. Acesso em: 22 abr. 2020

<sup>174</sup> As informações completas sobre os serviços podem ser conferidas em: <https://www.saude.gov.br/fakenews>. Acesso em: 06 maio 2020



verdadeiramente haja uma controvérsia genuína - e não para legitimar descontentamentos de usuários, afastando a pluralidade do debate e a própria razão de ser da internet.

## 5 CONCLUSÃO

A presente monografia teve como objetivo a demonstração de que a intervenção estatal em matéria de remoção de conteúdos na internet deve ser excepcional. E isso a partir de uma interpretação sistemática sobre a evolução da criação do ambiente virtual, da legislação específica sobre a matéria e da jurisprudência consolidada pelas Cortes Superiores.

Em síntese, buscou-se demonstrar que a liberdade de expressão deve ser a tônica a ser seguida na internet. Para tanto, somente um regime de responsabilização subjetivo dos intermediadores, condicionado ao descumprimento de uma ordem judicial específica, é que garante a nota da excepcionalidade em matéria de remoção de conteúdos na internet. Foram três as principais razões que se buscou demonstrar na presente monografia para se chegar a essa conclusão.

Em primeiro lugar, esse modelo representa a razão de ser da internet: um ambiente livre e que se autorregulamenta, admitindo-se intervenções pontuais do Poder Judiciário. Em verdade, a evolução do ambiente virtual permitiu que qualquer usuário possa ser, ao mesmo tempo, criador e receptor de conteúdo. A atribuição ao usuário do que pode ou não permanecer na rede, portanto, é absolutamente incompatível com a sistemática da internet e tenderia a criar um ambiente amplamente censurado – em sentido diametralmente oposto ao que deveria ser, contribuindo, inclusive, para o colapso da rede.

Em segundo lugar, não há qualquer inovação em atribuir ao Poder Judiciário o dever de ponderar o conflito aparente de direitos fundamentais - notadamente a



liberdade de expressão e a vida privada e honra de quem busca a remoção do conteúdo - em hipóteses específicas em que há uma genuína controvérsia. A livre circulação de ideias é um pressuposto para a realização efetiva do conceito de autonomia pública, nos termos do que a Constituição prevê no art. 5º, incisos IV, IX e XIV, bem como no art. 220. Por isso mesmo, a doutrina e a jurisprudência – especialmente a do STF –, como não poderia deixar de ser, atribuem um caráter preferencial à liberdade de expressão.<sup>175</sup>

Como se percebe, somente o Poder Judiciário, por meio de diretrizes aptas a ecoar a verdadeira intenção do Poder Constituinte Originário, é capaz de resolver esse tipo de conflito aparente de direitos fundamentais. E não há nada de novo nisso. Inusitado, em verdade, seria afastar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto pelo art. 5º, XXXV, da CRFB/88, e transferir essa prerrogativa a um particular, dotado de interesses e parcialidades. Somente garantindo a plena liberdade de expressão na internet, portanto, é que a ampla jurisprudência das Cortes Superiores sobre a matéria seria respeitada em sua plenitude.

Por um imperativo lógico, toda essa construção é pautada em balizas sólidas, que também buscam sancionar eventuais ilicitudes praticadas no ambiente virtual, e

---

<sup>175</sup> Apenas para mencionar alguns julgados mais recentes: BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *ADI 4.451 MC/DF*, Rel. Min. Ayres Britto. DJ 1º jul. 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3938343>. Acesso em: 22 abr. 2020; BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *ADPF 187/DF*, Rel. Min. Celso de Melo. DJ 29 maio 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691505>. Acesso em: 27 out. 2019; BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *ADPF 130/DF*, Rel. Min. Carlos Britto. DJ 06 nov. 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12837>. Acesso em: 22 abr. 2020; BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *AgR no AI 690.841/SP*, Rel. Min. Celso de Mello. DJ 05 ago. 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2573986>. Acesso em: 22 abr. 2020; BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *RE 511.961/SP*, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 13 nov. 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2469175>. Acesso em: 22 abr. 2020; BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *RE 208.685/RJ*, Rel. Min. Ellen Gracie. DJ 22 ago. 2003. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1660978>. Acesso em: 22 abr. 2020.



que está atenta às diferentes formas de conteúdos divulgados, atribuindo a hipóteses excepcionais, tratamentos igualmente diferenciados – *e.g.* a divulgação de pornografia de vingança.

Em terceiro lugar, esse modelo tende a propulsionar a evolução da rede, com a criação de novos mecanismos que buscam evitar a propagação de conteúdos falsos ou difamatórios. Trata-se, assim, da ultimação do direito fundamental da liberdade de expressão, amplamente consagrada pela Constituição Federal de 1988: o combate da desinformação, com informação – e não com a tentadora e tendenciosa, porém amplamente nociva à democracia, tentativa de censurar conteúdos.

Como se vê, a Carta de 1988, a jurisprudência consolidada pelos Tribunais Superiores e a lógica estrutural da internet se encontram em um denominador comum, que deve ser o modelo propulsor da internet: o caráter preferencial da liberdade de expressão, sem deixar de sancionar eventuais abusos, a partir de mecanismos legítimos – *e.g.* direito de resposta, retificação, retratação, responsabilização civil ou penal. E, somente em hipóteses excepcionais e justificadas, determinar a remoção do conteúdo, mas jamais a patogênica censura prévia<sup>176</sup>.

## REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA NETO, Pedro de. *História das comunicações e das telecomunicações*. Disponível em:

---

<sup>176</sup>Nesse sentido: “[o] uso abusivo da liberdade de expressão e de informação pode ser reparado por mecanismos diversos, que incluem a retificação, a retratação, o direito de resposta e a responsabilização, civil ou penal e a interdição da divulgação. Somente em hipóteses extremas se deverá utilizar a última possibilidade”. BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Migalhas*, 03 out. 2001.

Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art\\_03-10-01.htm](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm). Acesso em: 22 abr. 2020.



[https://www.academia.edu/16844296/Historia\\_das\\_comunica%C3%A7%C3%B5es\\_e\\_das\\_telemunica%C3%A7%C3%B5es](https://www.academia.edu/16844296/Historia_das_comunica%C3%A7%C3%B5es_e_das_telemunica%C3%A7%C3%B5es). Acesso em: 05 out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Migalhas*, 03 out. 2001. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art\\_03-10-01.htm](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm). Acesso em: 22 abr. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988*. In: Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 345-347.

BERGMAM, M. K. White paper: the deep web surfacing hidden value. *Journal of Electronic Publishing*, v. 7, n. 1, 2001. Disponível em: <http://quod.lib.umich.edu/cgi/t/text/text-index?c=jep;view=text;rgn=main;idno=3336451.0007.104>. Acesso em: 28 fev. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, p. 360-380, 2003. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_360.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_360.pdf). Acesso em: 04 maio 2020.

BLAKEMORE, Erin. O acidente em uma usina nuclear na União Soviética chocou o mundo, alterou permanentemente a região e deixou muitas perguntas sem resposta. *National Geographic Brasil*, 2019. Disponível em: <https://www.nationalgeographicbrasil.com/2019/06/o-que-aconteceu-desastre-chernobyl- uniao-sovietica-ucrania-energia-nuclear>. Acesso em: 12 fev. 2020.

BRANCO, Sérgio; TEFFÉ, Chiara de; MELO, Marina Cunha. *Privacidade em perspectivas: anonimato, proteção de dados e devido processo legal: por que e como conter uma das maiores ameaças ao direito à privacidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 maio 2020.





BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 25 fev. 2020.

BRASIL. *Lei Complementar nº 135/2010, de 4 de junho de 2010*. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm). Acesso em: 12 fev. 2020.

BRASIL. *Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm). Acesso em: 12 fev. 2020.

BRASIL. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Marco Civil da Internet. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 23 abr. 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 05 maio 2020.

BRASIL. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Lei das Eleições. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm). Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Regulamentação da internet na China: contribuição do Itamaraty. *Marco Civil da Internet*: seus direitos e deveres em discussão. 11 jul. 2010. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/marcocivil2009/2010/07/11/regulamentacao-da-internet-na-china-%E2%80%93-contribuicao-do-itamaraty/>. Acesso em: 12 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 1.037.396/SP*, Rel. Min. Dias Toffoli. DJ 04 de abr. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5160549>. Acesso em: 23 abr. 2020.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *RE 183.403/SP*, Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 04 maio 2001. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1598853>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *AgR no AI 690.841/SP*, Rel. Min. Celso de Mello. DJ 05 ago. 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2573986>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *RE 221.239/SP*, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup> Ellen Gracie. DJ 06 ago. 2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1690335>. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADPF 130/DF*, Rel. Min. Carlos Britto. DJ 06 nov. 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12837>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *AgRg no RE 434.826/MG*, Rel. Min. Cezar Peluso. DJ 12 dez. 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2249872>>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *RE 199.183/SP*, Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 12 jun.1998. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1633732>. Acesso em: 12 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *RE 511.961/SP*, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 13 nov. 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2469175>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *RE 208.685/RJ*, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Ellen Gracie. DJ 22 ago. 2003. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1660978>. Acesso em: 22 abr. 2020.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ARE 660.861/MG*, Rel. Min. Luiz Fux. DJ 23 mar. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926>. Acesso em: 23 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADI 2.566/DF*, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Rel. para acórdão Min. Edson Fachin. DJ 23 out. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1983315>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADPF 187/DF*, Rel. Min. Celso de Melo. DJ 29 maio 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691505>. Acesso em: 27 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *RE 330.817/RJ*, Rel. Min. Dias Toffoli. DJ 31 ago. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1984213>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *AgInt no REsp 1.507.782/RS*, Rel. Min. Raul Araújo. DJ 03 mar. 2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp1.507.782&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *AgInt no AREsp 1.514.105/CE*, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. DJ 05 nov. 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=aresp1.514.105&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *REsp 1.512.647/MG*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ 10 ago. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp1.512.647&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 22 abr. 2020.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *REsp 1.679.465/SP*, Rel.<sup>a</sup>. Min.<sup>a</sup>. Nancy Andrighi. DJ 19 mar. 2018. Disponível em:  
<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp1.679.465&aplicacao=processo.s.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *REsp 1.300.161/RS*, Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 26 jun. 2012. Disponível em:  
<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp1.300.161&aplicacao=processo.s.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *REsp 1.694.405/RJ*, Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 29 jun. 2018. Disponível em:  
<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp1.694.405&aplicacao=processo.s.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *RI 0006017-80.2014.8.26.0125*, Rel. Juiz Rogério Sartori Astolphi. DJ 07 jan. 2016. Disponível em:  
<https://esaj.tjsp.jus.br/cposgcr/show.do?processo.foro=954&processo.codigo=QI00005Z30000&gateway=true>. Acesso em: 23 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, APC 1024271-28.2015.8.26.0100, Rel. Des. Viviani Nicolau. DJ 15 abr. 2016. Disponível em:  
<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI0031W510000&gateway=true>. Acesso em: 22 abr. 2020.

CARDOSO, Luisa Rito. Guerra Fria. *Infoescola*, 2015. Disponível em:  
<https://www.infoescola.com/historia/guerra-fria/>. Acesso em: 05 out. 2019.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. Disponível em:  
[https://zahar.com.br/sites/default/files/arquivos/trecho\\_-\\_a\\_galaxia\\_da\\_internet.pdf](https://zahar.com.br/sites/default/files/arquivos/trecho_-_a_galaxia_da_internet.pdf). Acesso em: 05 out. 2019.

CHINA. Decreto do Presidente da República Popular da China (n. 21), de 26 de dezembro de 2009. *Tort Law of the People's Republic of China*. Disponível em:



<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn136en.pdf>. Acesso em: 31 out. 2019.

CRUZ, Francisco Carvalho de Brito. *Direito, democracia e cultura digital: a experiência de elaboração legislativa do Marco Civil da Internet*. 2015. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-08042016-154010/pt-br.php>. Acesso em: 24 maio 2020.

DAVIES, Joseph G.; LEE, Thomas F. *Microsoft Windows Server 2003 TCP/IP Protocols and Services*. TCP/IP Protocols and Services. Technical Reference, 2003.

EBERLE, Edward J. *Dignity and liberty: constitutional visions in Germany and the United States*. Westport: Praeger, 2002.

EFE. Lei que acaba com neutralidade da rede nos EUA entra em vigor. *Agência Brasil*, 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/internacional/noticia/2018-06/lei-que-acaba-com-neutralidade-da-rede-nos-eua-entra-em-vigor>. Acesso em: 20 abr. 2020.

EVERETT, Cath. *Moving across to the dark site: network Security*. 2009. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/250702116\\_Moving\\_across\\_to\\_the\\_dark\\_site/citations/download](https://www.researchgate.net/publication/250702116_Moving_across_to_the_dark_site/citations/download). Acesso em: 22 abr. 2020.

GAIDARGI, Juliana. O que é TCP/IP e como funciona. *Infonova*, 2018. Disponível em: <https://www.infonova.com.br/artigo/o-que-e-tcp-ip-e-como-funciona/>. Acesso em: 15 out. 2019.

GOMES, Alessandra. Neutralidade da Rede: questões atuais e futuras em debate. *InternetLab*. Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/pt/especial/neutralidade-da-rede-questoes-atuais-e-futuras-em-debate/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

HEGARTY, Stephanie. Coronavírus: o médico chinês que tentou alertar colegas sobre surto, mas acabou enquadrado pela polícia e infectado pela doença. *BBC*, 04 fev. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51369300>. Acesso em: 12 fev. 2020.



HIGA, Paulo. Como entrar na deep web utilizando o Tor. *Tecnoblog*. Disponível em: <https://tecnoblog.net/189897/como-acessar-deep-web-links/>. Acesso em: 26 fev. 2020.

HIRATA, Regina. Deep web iceberg. *Blog dos Cursos*, 12 ago. 2015. Disponível em: <http://blogdoscursos.com.br/deep-web/deep-web-iceberg-e1432663755280/>. Acesso em: 05 jun. 2020.

KERBER, Diego. Adeus, neutralidade da rede: Netflix faz acordo com operadora para melhorar o streaming. *Adrenaline*, 25 fev. 2014. <https://adrenaline.com.br/noticias/v/24142/adeus-neutralidade-da-rede-netflix-faz-acordo-com-operadora-para-melhorar-o-streaming/mobile/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

KLEINA, Nilton. *A história da Internet*. Vídeo produzido pela TecMundo. (14 min.) Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pKxWpO73pX0>. Acesso em: 20 fev. 2020.

LEMOS, Ronaldo. O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3-11.

LEMOS, Ronaldo. O AI-5 Digital. *Trip*, 15 dez. 2010. Disponível em: <https://revistatrip.uol.com.br/trip/o-ai-5-digital>. Acesso em: 24 maio 2020.

LEONARDI, Marcel. Internet: elementos fundamentais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Responsabilidade civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LESSIG, Lawrence. *Code: and other laws of cyberspace*. Nova York: Basic Books, 1999.

LESSIG, Lawrence. *Code: and other laws of cyberspace. Version 2.0*. Nova York: Basic Books, 2006. Disponível em: <http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2020.

LUCHETE, Felipe. Brasil é segundo país que mais manda Google apagar conteúdo da internet. *Conjur*, 09 set. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-09/brasil-pais-manda-google-tirar-conteudo-internet>. Acesso em: 22 abr. 2020.



MARSOOF, Althaf. *Notice and takedown: a copyright perspective*. 2015.

Disponível em:

[https://www.researchgate.net/publication/276163075\\_'Notice\\_and\\_takedown'\\_A\\_copyright\\_perspective](https://www.researchgate.net/publication/276163075_'Notice_and_takedown'_A_copyright_perspective). Acesso em: 22 abr. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDONÇA, Eduardo; BRITTO, Carlos Ayres. A liberdade em xeque e a sociedade em guarda. *Migalhas*, 07 out. 2017. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/266806/a-liberdade-em-xeque-e-a-sociedade-em-guarda>. Acesso em: 02 maio 2020.

OSORIO, Aline. *Direito Eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

RAMOS, Pedro Henrique Soares. Neutralidade da rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p 165-187.

RAMZY, Austin *et al*. The Illness Now Has a Name, COVID-19. *New York Times*, 11 fev. 2020. Disponível em:

<https://www.nytimes.com/2020/02/11/world/asia/coronavirus-china.html>. Acesso em: 12 fev. 2020.

RUIC, Gabriela. Os países que mais censuram a internet (e os mais livres). *Exame*, 31 out. 2015. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/os-paises-que-mais-censuram-a-internet-e-os-mais-livres/>. Acesso em: 12 fev. 2020.

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*.

Disponível em:

<http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

SCHULZ, Peter. *Quem inventou o telégrafo*. 09 jul. 2019. Disponível em:

<https://revistaadnormas.com.br/2019/07/09/quem-inventou-o-telegrafo/>. Acesso em: 05 out. 2019.



SCHULZ, Peter. *Quem inventou o telégrafo? Esquerda-direita-direita-direita, esquerda- direita...*. 28 jun. 2019. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/peter-schulz/quem-inventou-o-telegrafo-esquerda-direita-direita-direita-esquerda-direita>. Acesso em: 05 out. 2019.

SOUZA, Carlos Affonso. Brasil não precisa importar nova regra de Trump sobre redes sociais. *Tecfront*, 29 maio 2020. Disponível em: <https://tecfront.blogosfera.uol.com.br/2020/05/29/brasil-nao-precisa-importar-nova-regra-de-trump-sobre-redes-sociais/>. Acesso em: 29 maio 2020.

STEIBEL Fabro. O portal da consulta pública do Marco Civil da Internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 18- 28.

TANJI, Thiago. O mundo sob vigilância: veja cronologia do caso Snowden. Exame. 02 set. 2013. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/o-mundo-sob-vigilancia-veja-cronologia-do-caso-snowden/>. Acesso em: 23 maio 2020.

TEDFORD, Thomas; HERBECK, Dale. *Freedom of speech in the United States*. 3. ed. State College: Strata Pub CO, 1997.

TESINI, Brenda L. *Coronavírus e Síndromes respiratórias agudas (COVID-19, MERS e SARS)*. 10 abr. 2020. Disponível em: <https://www.msmanuals.com/pt/casa/infec%C3%A7%C3%B5es/v%C3%ADrus-respirat%C3%B3rios/s%C3%ADndrome-respirat%C3%B3ria-aguda-grave-sars>. Acesso em: 12 maio 2020.

TRUEMAN, C. N. What was the Cold War?. *The History Learning Site*, 25 May 2015. Disponível em: <https://www.historylearningsite.co.uk/modern-world-history-1918-to-1980/the-cold-war/what-was-the-cold-war/>. Acesso em: 05 out. 2019.

VIGNOLI, Richele Grengre. A metáfora da cenoura: a localização da Dark Web. *Research Gate*. Fev. 2019. Disponível em: [https://www.researchgate.net/figure/Figura-1-A-metáfora-da-cenoura-a-localização-da-Dark-Web\\_fig1\\_331073863](https://www.researchgate.net/figure/Figura-1-A-metáfora-da-cenoura-a-localização-da-Dark-Web_fig1_331073863). Acesso em: 26 fev. 2020.





# AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Márcio Cristiano da Silva da Rocha

## RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar o verbete sumular n. 231 do Superior Tribunal de Justiça, que assim preceitua: “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Essa Súmula, então, decorre de uma construção doutrinária feita pelo STJ, em 1999, que viola frontalmente o sistema trifásico de dosimetria da pena e vários princípios constitucionais, em especial, o da individualização da pena. Ela impede, por exemplo, a atenuação da pena, na segunda fase da dosimetria de Nelson Hungria, quando o agente parte da primeira fase com a pena fincada no mínimo legal. Porém, o art. 65 do CP dispõe de circunstâncias que sempre atenuam a pena, não trazendo nenhuma ressalva quanto a sua aplicação. Ademais, tal artigo determina atenuar a pena em razão de condições e circunstâncias pessoais do acusado. Com isso, a determinação sumular acaba por violar o princípio constitucional da individualização da pena, ao desconsiderar, por exemplo, o fato de o acusado ser menor de 21 anos. Outra consideração é que a dosimetria da pena no Código Penal se faz com base no sistema trifásico de Nelson Hungria, implementado com a Reforma de 1984. Então, caso o apenado, na primeira fase, recebe a pena-base no mínimo legal, o magistrado salta diretamente para a terceira fase, adotando o sistema bifásico, que foi afastado com a Reforma, violando o art. 68 do CP que determina três etapas. Por fim, haja vista um Estado Democrático de Direito, uma rediscussão da constitucionalidade dessa Súmula faz-se necessária.

**Palavras chave:** Súmula 231 STJ. Dosimetria da pena. Circunstâncias atenuantes. Pena abaixo do mínimo. Inconstitucionalidade.

## 1 INTRODUÇÃO



*Ab initio*<sup>1</sup>, é mister fazer um passeio sobre os diferentes conceitos de pena e sua evolução histórica no que concerne a sua aplicação para, depois, apresentar os problemas no tocante à Súmula 231/STJ<sup>2</sup>.

Além do mais, é necessária uma reflexão acerca da dosimetria da pena antes de 1984, na vigência do sistema binário de Roberto Lyra. Um dos problemas desse sistema era a divergência que se tinha no *quantum* da pena para delitos semelhantes. Ademais, o motivo dessa divergência era a ampla abertura para a discricionariedade do magistrado no momento de dosimetrar a reprimenda.

Por outro lado, com a reforma da parte geral do Código Penal em 1984, foi adotado o sistema trifásico no cálculo da pena.

Então, Nélson Hungria, grande defensor do sistema trifásico, entendia que a pena deveria passar por três fases. Com isso, deveria o juiz analisar, primeiramente, as circunstâncias judiciais previstas, hoje, no art. 59 do CP, para, *a posteriori*, levar em consideração as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por fim, analisar as causas de aumento e de diminuição, previstas na Parte Geral ou na Parte Especial<sup>3</sup>.

Assim, o cálculo da pena, ao passar por mais etapas, resulta em penas mais próximas para delitos semelhantes. Este sistema foi então cravado no artigo 68 do Código Penal:

---

<sup>1</sup> .

<sup>2</sup> **Súmula 231** - A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. (Súmula 231, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/1999, DJ 15/10/1999)

. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>

<sup>3</sup> SHECAIRA. Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR. Alceu. Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 174-175



A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento<sup>4</sup>.

Posto isto, é fundamental a análise das três fases desse sistema para a compreensão do problema apresentado por este trabalho sobre a inconstitucionalidade da Súmula 231/STJ (“a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”).

Ademais, serão apontados alguns princípios constitucionais penais diretamente afetados pelo verbete sumular, como o da individualização da pena, o da legalidade e o da dignidade da pessoa humana, tudo com o intuito de demonstrar que esse verbete deve ser afastado do ordenamento jurídico.<sup>5</sup>

Dentre esses princípios, a súmula apresenta violação chapada ao que preceitua o princípio da individualização da pena, pois determina relação direta entre a conduta praticada e o ergástulo imposto, desprezando fatores subjetivos como, por exemplo, a menor idade relativa.

Por fim, o presente trabalho terá fundamento em pesquisa jurisprudencial e nos ensinamentos da doutrina criminal a fim de apresentar, como conclusão, uma análise crítica da súmula, sustentando-se sua inconstitucionalidade e a necessidade de uma nova releitura da dosimetria da pena.

## **2 PENA E DIREITO PENAL**

### **2.1 Conceito**

---

<sup>4</sup> BRASIL. Decreto Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 dez. 2018

<sup>5</sup>



A palavra “pena” provém do latim *poena* e do grego *poiné* e tem o significado de infligência de dor física ou moral ao transgressor de uma lei<sup>6</sup>.

Ademais, o primeiro relato que se tem sobre pena está expresso na Bíblia, *in verbis*:

Então o Senhor Deus declarou à serpente: "Já que você fez isso, maldita é você entre todos os rebanhos domésticos e entre todos os animais selvagens! **Sobre o seu ventre você rastejará, e pó comerá todos os dias da sua vida**<sup>7</sup>.(grifo nosso)

Nesse sentido, pena seria o sofrimento imposto pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado de infração criminal<sup>8</sup>. O Direito Penal, por conseguinte, é o setor do ordenamento jurídico que define crimes, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas<sup>9</sup>.

Na mesma direção, Nucci conceitua Direito Penal como sendo o corpo de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação<sup>10</sup>.

Dentro desse conceito, situa-se, portanto, a pena, que vem a ser a sanção imposta pelo Estado, por meio de ação penal, ao criminoso como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: *parte geral*. v. 1. 19 ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 47

<sup>7</sup> Bíblia Sagrada, gênesis 3, versículo 14

<sup>8</sup> EUGENIO, Cuello Calón. Derecho Penal. v. 1. Barcelona: Bosch, 1935, p. 544

<sup>9</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: *Parte Geral*. 5 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 27

<sup>10</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: *Parte Geral Arts. 1º a 120 do Código Penal*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 59

<sup>11</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Conceito de pena*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/conceito-de-pena>>. Acesso em: 04 abr. 2019



Outro conceito aponta ser a pena uma imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada, pelo órgão judiciário, a quem praticou ilícito penal<sup>12</sup>.

Sendo assim, pena é a resposta estatal aos que violam normas de convivência, instituto excepcional e subsidiário de controle social, visando proteger bens considerados essenciais à vida harmônica em sociedade<sup>13</sup>.

Nessa linha, narra Jorge Severiano:

De quando em quando, não apenas os indivíduos dentro da vida em sociedade, não se compreendem e entram em conflito, como seus interesses assumem forma prejudicial à vida coletiva.

Quando isto ocorre, diz-se que a ordem jurídica, fundamento da harmonia social, está alterada ou banida. Torna-se necessário restabelece-la, para o bem estar *commum*, e se a restabelece por meio da pena – elemento sancionador da lei, e nota diferenciadora da norma jurídica, da norma simplesmente moral.

Diante do exposto acima, a seguinte conclusão é certa, é fatal: o direito repressivo é uma necessidade<sup>14</sup>.

Já Magalhães Noronha:

Em regra, os historiadores consideram várias fases da pena: a *vingança privada*, a *vingança divina*, a *vingança pública* e o *período humanitário*. Todavia deve advertir-se que esses períodos não se sucedem integralmente, ou melhor, advindo um, nem por isso o outro desaparece logo, ocorrendo, então, a existência concomitante dos princípios característicos de cada um: uma fase penetra a outra, e, durante tempos, esta ainda permanece a seu lado<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> SANTOS, Washington dos. Dicionário jurídico Brasileiro. Belo Horizonte, ed. Del Rey, 2001, p. 182

<sup>13</sup> PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 8. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008. p. 488

<sup>14</sup> SEVERIANO, Jorge. *Justificativas Penaes: ordem de superior legítimo. Estado de necessidade. Legítima defesa*. Livraria Jacyntho, Rio de Janeiro, vol. 5, p. 7-18, jun. 1936. p. 8-9

<sup>15</sup> NORONHA, E. Magalhães. Direito penal: *parte geral*. v. 1, p. 20



Então, na primeira fase, a vingança privada tinha como único fundamento a pura e simples retribuição a alguém pelo mal praticado. Essa vingança podia ser exercida não somente por aquele que havia sofrido o dano, como também por seus parentes ou mesmo pelo grupo social em que se encontrava inserido<sup>16</sup>.

Interessante passagem Bíblica faz menção à existência das chamadas “cidades refúgios”, destinadas a impedir que aquele que houvesse praticado um homicídio involuntário, ou seja, um homicídio de natureza culposa, fosse morto pelo vingador de sangue<sup>17</sup> - a vingança privada.

Ademais, para impedir que parentes pagassem pelos atos do assassino, a Lei de Talião trouxe, ainda que de forma tímida, o princípio da proporcionalidade “olho por olho” e “dente por dente”, traduzindo a ideia de justiça, embora ainda ligada à vingança privada<sup>18</sup>.

Sobre essa Lei, esclarecem María José Falcón y Tella e Fernando Falcón y Tella:

Durante milênios o castigo dos atos criminais se levava a cabo mediante a *vingança privada*. A intervenção da coletividade se dava somente para aplacar a cólera de um deus que se supunha ofendido. Se produzia uma identificação delito-pecado, ideia que informará durante anos de forma decisiva toda a fisionomia penal. Nesta evolução, o *talião* supôs um tímido intento a fim de superar a absoluta arbitrariedade com que se aplicava a pena anteriormente<sup>19</sup>.

Porém, para Carnelutti, o talião ainda não foi afastado dos sistemas penais atuais. Onde se tem prevista a pena de morte, geralmente ela é aplicada aos crimes

<sup>16</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: *parte geral*. v. 1. 19 ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 47

<sup>17</sup> BÍBLIA, AT, Números 35. Versículo 6

<sup>18</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: *parte geral*. v. 1. 19 ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 48

<sup>19</sup> FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento y finalidad de la sanción – un derecho a castigar*? p. 97



mais graves, como o homicídio. Está-se, então, diante do talião nos tempos modernos<sup>20</sup>.

Na vingança divina, por sua vez, Bruno Aníbal explica que o homem primitivo não regulava sua conduta pelos princípios da causalidade e da consciência em torno de sua essência e circunstância, mas sim no “*temor religioso ou mágico, sobretudo em relação com o culto dos antepassados, cumpridores das normas, e com certas instituições de fundo mágico ou religioso*”<sup>21</sup>.

Então, essa visão mágica e contraditória do homem e do mundo era nutrida pelos *totens e tabus*, os quais marcavam presença nas diversas modalidades da pena, com nítido e singular caráter expiatório<sup>22</sup>.

Nas lições de Bitencourt, “*o castigo era aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a intimidação*”<sup>23</sup>.

Nessa fase, o direito de punir estava nas mãos da Igreja, que o exercia com arbitrariedade e sem nenhuma humanidade. Ademais, o culpado da prática de uma infração era condenado à morte de maneira cruel, sendo queimado, apedrejado, ou submetido a outros métodos desumanos.

Por outro lado, a centralização do poder deu origem a outra maneira mais segura de repressão, sem dar margem ao contra-ataque<sup>24</sup>, a vingança pública. Nessa linha, a pena cominada ao agente passou a ser resposta oficial do Estado, com o intuito de proteger a coletividade.

---

<sup>20</sup> CARNELUTTI, Francesco. El problema de la pena. Espanha: Jurídicas Europa, 1947, p. 23

<sup>21</sup> BRUNO, Aníbal. Direito Penal: *parte geral*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. I, p. 54

<sup>22</sup> MASSON, Cléber. Direito Penal Esquemático: *parte geral*. v. 1. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 74.

<sup>23</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, v. 1, p. 73

<sup>24</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: *parte geral*. v. 1. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 115



Porém, o arbítrio em estipular penas cruéis e desumanas, sem uma cominação prévia associada ao delito, e o poder absoluto na mão das classes dominantes deixaram a população aterrorizada, pois não havia previsibilidade na ação estatal, resultando em insegurança jurídica<sup>25</sup>.

Por fim, o período humanitário trouxe consideráveis modificações em diversas áreas do conhecimento, durante o Séc. XVIII, conhecido como “Século das Luzes” e, em se tratando de direito penal, a obra de Cesare Bonesana foi o divisor de águas.

Nessa obra, Marquês de Beccaria postulou por um tratamento mais humanitário ao preso, além de pugnar por estabelecimentos prisionais mais adequados, tornando-se o pai da ciência penitenciária<sup>26</sup>.

Por fim, sobre o assunto, Beccaria asseverou que:

Podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão<sup>27</sup>.

## 2.2 Evolução da aplicação da pena

---

<sup>25</sup> JORGE, Wiliam Wanderley. Curso de Direito Penal: *Parte geral*. v. 1. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 66

<sup>26</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: *Causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 45

<sup>27</sup> BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 16





Em tempos pretéritos, a reprimenda era estipulada conforme a discricionariedade judicial, não estando o juiz vinculado a preceitos legais<sup>28</sup>. Assim, como é de se esperar, havia uma perseguição aos mais fracos, ocorriam injustiças e abusos, com o fim de proteger a camada privilegiada<sup>29</sup>.

Na sequência, no período do Iluminismo, o juiz aplicava apenas a reprimenda com previsão legal, com o intuito de afastar arbítrios, abusos e imprevisibilidade nas sentenças<sup>30</sup>.

Mesmo assim, a aplicação da pena ainda era injusta, pois desconsiderava as circunstâncias dos fatos e a figura do sujeito<sup>31</sup>.

Porém, apesar da crítica, no Código Penal francês, a cominação da pena era uma atividade totalmente mecanizada<sup>32</sup>. Nesse sentido, Galdino Siqueira, *in verbis*:

Sendo assim, o sistema da individualização da pena deixa ao julgador a difícil tarefa de apreciar o ilícito praticado, o criminoso e os extremos limites entre um mínimo e máximo previsto em cada tipo penal, para, assim, determinar o quantum da pena àquele infrator<sup>33</sup>.

Nessa linha, o Código Penal adotou o sistema de fases para se dosimetrar a pena. Sendo assim, divergia a doutrina quanto ao número de fases: de um lado, Roberto Lyra com o sistema bifásico e, de outro, Nelson Hungria, com o sistema trifásico.

---

<sup>28</sup> MIRABETE. Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 297.

<sup>29</sup> GARCIA. Basileu. Instituições de direito penal. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956. v. 1. Tomo II. p. 461

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 463

<sup>31</sup> MIRABETE. Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 297

<sup>32</sup> FRAGOSO. Heleno Cláudio. Lições de direito penal: *a nova parte geral*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 31

<sup>33</sup> SIQUEIRA. Galdino. Tratado de direito penal. 2. Ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950. Tomo II. p. 747-749



Para Roberto Lyra, a forma de proceder ao cálculo deveria observar uma operação bifásica. Com isso, inicialmente, analisavam-se as circunstâncias judiciais do art. 42 (atual artigo 59), com o fim de se fixar a pena-base.

Por fim, incidiam todas as demais circunstâncias legais: agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição, todas reunidas na segunda e última fase<sup>34</sup>.

O Código Penal Brasileiro – CPB – antes da Reforma de 1984, no sistema de Roberto Lyra, em seu artigo 42, previa que:

Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:

I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável<sup>35</sup>.

Em relação a esse método bifásico, criticava-se o fato de que, misturando-se todas as circunstâncias legais na segunda fase, aumenta-se o grau de incerteza na fixação da pena<sup>36</sup>.

Noutra linha, Nélson Hungria defendia que a pena deveria passar por um procedimento trifásico. Assim, analisa Sérgio Shecaria que:

[...] deveria o juiz analisar, primeiramente, as circunstâncias judiciais previstas, hoje, no art. 59 do CP, para depois considerar as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim,

<sup>34</sup> SHECAIRA. Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR. Alceu. Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 174-175

<sup>35</sup> BRASIL. Decreto Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 dez. 2018

<sup>36</sup> SHECAIRA. Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR. Alceu. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 275



verificar as causas de aumento e de diminuição, sejam previstas na Parte Geral, sejam na Parte Especial<sup>37</sup>.

Diante desse confronto doutrinário, a Reforma Penal de 1984, incidente sobre a parte geral do Código Penal, acabou com a divergência, abraçando o pensamento de Nelson Hungria e adotando o procedimento trifásico, conforme artigo 68, *in verbis*:

A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento<sup>38</sup>.

Ademais, os doutrinadores defendiam uma pena justa e na medida necessária, indo ao encontro do sistema trifásico o sistema de aplicação da pena importa extraordinariamente ao êxito das leis repressivas. Deve ser habilmente organizado, para que a reação ao delito seja a necessária e justa<sup>39</sup>.

Interessante citar, ainda, o sistema de dosimetria penal no Código de 1890, sistema objetivo e mais injusto que o sistema em fases. Nele, havia 5 graus de pena: máximo, sub- máximo, médio, sub-médio e mínimo. Nessa linha, o sub-máximo era a média simples do máximo e do médio e, o sub-médio era a média simples do médio e do mínimo.

Ademais, caso existissem, contra o autor do crime, circunstâncias agravantes, não havendo atenuantes, seria a pena imposta no máximo. Se só atenuantes, o mínimo. Se não existiam circunstâncias agravantes nem atenuantes, ou, existindo, se compensavam, era aplicada a pena no grau médio. Se, existindo atenuantes e

---

<sup>37</sup> BRASIL. Decreto Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 dez. 2018

<sup>38</sup> BRASIL. Decreto Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 dez. 2019

<sup>39</sup> GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. 4. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1959, p. 465



agravantes, prevaleciam as atenuantes, o grau era entre o mínimo e o médio, isto é, o sub-médio; se prevaleciam as agravantes sobre as atenuantes, aplicava-se entre o médio e o máximo, isto é, o sub-máximo<sup>40</sup>.

Esse sistema, embora tivesse como escopo a segurança jurídica por impor amarras à discricionariedade do julgador, mostrou-se insuficiente frente à individualização da pena.

### 3 DOSIMETRIA DA PENA – NELSON HUNGRIA

A dosimetria da pena, questão intimamente ligada ao direito de liberdade, passou a adotar, a partir da Reforma da Parte Geral do Código Penal, o sistema trifásico proposto por Nelson Hungria, em seu art. 68, *in verbis*:

A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)<sup>41</sup>.

Assim, primeiramente, o juiz faz uma análise das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal (CP), *in verbis*:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]<sup>42</sup>

Nessa análise, tendo em vista as circunstâncias judiciais, Ricardo Augusto Schmitt ensina que:

---

<sup>40</sup> GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. 4. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1959, p. 469

<sup>41</sup> BRASIL. Decreto Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 31 maio 2018

<sup>42</sup> Ibidem



ao dosar a pena-base, as circunstâncias judiciais possibilitam que o apenado tenha a perfeita compreensão da razão que o magistrado teve para exasperar a pena ou não, permitindo, assim, um controle de legalidade, de eventual imparcialidade do julgador. Ao valorar as circunstâncias judiciais o sentenciante não se desincumbe do princípio-garantia constitucional da motivação das decisões judiciais, de forma que cada circunstância judicial valorada negativamente ao apenado deve ter indicada satisfatoriamente sua motivação<sup>43</sup>.

Após essa análise, o magistrado fixa a pena-base, levando em conta os limites em abstrato estabelecidos para cada tipo penal.

Findada a primeira etapa da dosimetria da pena e estabelecida a pena-base cabível ao condenado, esta dentro dos limites estabelecidos em abstrato, o magistrado adentra nas atenuantes e agravantes, inaugurando a segunda fase da dosimetria de Nelson Hungria.

Atenuantes, por sua vez, são circunstâncias que sempre atenuam a pena, elencadas no artigo 65 do CP e agravantes, por último, são circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualifiquem o crime, estando previstas nos artigos 61 e 62 do Código Penal.

Por fim, o legislador não prevê o percentual a ser descontado ou aumentado na pena em função dos agravantes e dos atenuantes.

Nesse ponto, Cleber Masson ensina que agravantes e atenuantes genéricas são de aplicação compulsória pelo magistrado, que não pode deixar de levá-las em conta, quando presentes, na dosimetria da pena<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória, Teoria e Prática*. 7. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPodvm, 2012. p. 114

<sup>44</sup> MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquemático – Parte Geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 662



No mesmo sentido, José Antonio Paganella Boschi diz que as agravantes e atenuantes caracterizam-se como circunstâncias legais, genéricas, taxativas e obrigatórias<sup>45</sup>.

A terceira fase da dosimetria, finalmente, consiste nas causas especiais de diminuição ou aumento de pena, aplicadas sobre o resultado a que se chegou na segunda fase, estas elencadas na parte especial e geral do Código Penal, chegando-se, por fim, à pena definitiva.

Como dito alhures, conclui-se que o sistema trifásico de Nelson Hungria é melhor e mais justo do que o sistema bifásico de Roberto Lyra, por assegurar mais garantias aos condenados.

## 4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS

### 4.1 Princípio da Legalidade

Não obstante a ausência de hierarquia entre os princípios, vários doutrinadores ensinam que o princípio da legalidade é o principal do direito penal.

Ele encontra guarida na Constituição Federal em seu artigo 5º, II:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]

ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei<sup>46</sup>;

---

<sup>45</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 200

<sup>46</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988



Nesse sentido, o professor Nucci apresenta a seguinte definição para esse princípio:

o princípio da legalidade advém da Magna Carta (ano de 1215), com a finalidade de coibir os abusos do soberano. Estabelece somente constituir delito a conduta consagrada pela lei da terra (by the law of the land), vale dizer, os costumes, tão importantes para o direito consuetudinário. Com o passar do tempo a expressão transmutou-se para o devido processo legal (due process of law), porém seu significado não se alterou. Aliás, ampliou-se para abranger, além da vedação de punição sem prévia lei, outros princípios fundamentais, como a presunção de inocência, ampla defesa, o contraditório, dentre outros preceitos, enfim, sem os quais a justiça não atingiria seu status de dignidade e imparcialidade<sup>47</sup>.

Nesse sentido, haja vista o mandamento legal impositivo na concessão das atenuantes sem nenhuma ressalva, a Súmula apresenta uma violação ao princípio da legalidade ao desobedecer um mandamento legal, nos casos em que estão presentes as atenuantes.

Contrariamente, a Súmula 231 foi publicada em 15/10/1999 pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, cujo enunciado dispõe que "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal<sup>48</sup>."

Ademais, a questão chave do entendimento dessa Turma, que culminou com a elaboração da Súmula, foi a alegação de que a fixação da pena abaixo do valor mínimo especificado no tipo penal da condenação implicaria uma violação ao princípio da legalidade, trazendo insegurança, pois a determinação da pena não teria limitação.

---

<sup>47</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Direito Penal Parte Geral. Vol. 1 esquemas&systemas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 23

<sup>48</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 231. Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, v. 5, n. 17, p. 227-264, mar. 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011\\_17\\_capSumula231.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2019



Porém, tendo em vista os mandamentos legais, a não concessão das atenuantes, mesmo já fincada pena-base no mínimo legal, é que viola o princípio da legalidade, pois a lei não trouxe nenhuma ressalva para afastar a concessão das atenuantes.

Logo, a interpretação sistemática no sentido de afastar atenuantes é que vai de encontro ao princípio da legalidade.

### PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da individualização da pena, pilar do Estado Democrático de Direito vigente e direito fundamental previsto no art. 5º, inc. XLVI da Constituição Federal (CF)<sup>49</sup>, determina que a sanção penal aplicada seja um reflexo da análise, por parte do magistrado, de todos os elementos e circunstâncias presentes no caso concreto, de maneira que a pena imposta ao final esteja de acordo com a situação particular de cada réu.

Com efeito, se uma das finalidades da pena é a retribuição pelo crime praticado, deve-se buscar um processo de aplicação da lei penal personalizado, vedando-se em absoluto a padronização e a abstração no momento da imposição das sanções penais.

A resposta punitiva do Estado, então, deve equivaler a uma sanção justa e proporcional ao mal causado pelo agente à sociedade, isto é, deve estar de acordo com as suas finalidades, com a magnitude do bem jurídico afetado e com a gravidade da conduta contraele perpetrada.

---

<sup>49</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 nov. 2018





Nesse sentido, pode-se afirmar que o princípio da individualização da pena é composto por três fases<sup>50</sup>.

Em primeiro lugar, na fase de individualização legislativa, o legislador fará uma seleção dos bens jurídicos mais importantes, escolherá as condutas que, se praticadas contra esses bens, serão passíveis de punição e irá dosar a quantidade de penas mínima e máxima que servirão de limites abstratos à atuação do magistrado na fase seguinte, conforme o sistema da relativa determinação.

Em seguida, na fase de individualização judicial, havendo a prática do crime e concluindo o juiz pela sua existência, proceder-se-á à fixação da pena ao agente, observando todos os elementos do caso concreto.

Por fim, na fase de individualização executória, haverá a execução da pena, na qual se deverá respeitar a classificação do condenado, seu comportamento e os benefícios a que fizer jus no cumprimento da sanção que lhe foi atribuída.

Diante disso, argumenta-se que a possibilidade de ultrapassar os limites da pena-base por meio da aplicação de uma circunstância atenuante viola a fase de individualização legislativa e o sistema da relativa determinação, pois que se deve observar as penas mínima e máxima cominadas pelo legislador, sob pena de dar ensejo ao surgimento de um outro tipo penal e ferir a redação do art. 67 do Código Penal, que traz expressamente a palavra “limite”. Esse argumento, no entanto, não merece prosperar.

Ademais, conforme já foi mencionado, apesar de o art. 59 do Código Penal estabelecer que o magistrado deve observar os limites abstratos de pena impostos pelo legislador, tal dispositivo somente se aplica à pena-base, uma vez que o art. 68 do

---

<sup>50</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011



Código Penal traz a expressão “em seguida” para se referir às demais fases de aplicação de pena, às quais o art. 59 em questão não será aplicado.

Com efeito, se o ordenamento jurídico segue o sistema trifásico de aplicação da pena, é de se entender que não haverá o surgimento de um outro tipo penal, mas apenas a observância dos dispositivos em tela, os quais determinam o que o magistrado deverá seguir em cada fase de aplicação da pena.

Haverá, na verdade, o surgimento de uma pena provisória, que será confirmada ou não em sede de pena definitiva.

Ademais, não viola o art. 67 do Código Penal, pois ele se refere tão somente ao concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, em nada acrescentando na primeira fase de aplicação da pena.

Sendo assim, o limite de pena nele referido seria apenas em relação ao cômputo das circunstâncias preponderantes.

Em realidade, não se pode conceber um sistema de dosimetria penal em que se nega a aplicação de uma circunstância a que o réu faz jus. Isso seria ferir o princípio da individualização da pena, pois que não seriam analisados todos os elementos e circunstâncias do caso concreto e, conseqüentemente, não se chegaria à pena mais adequada e justa, vale dizer, na exata medida da culpabilidade do apenado.

Nesse sentido, tem razão Carmem Silvia de Moraes Barros quando afirma:

Por sua inegável carga garantística, o princípio da individualização da pena é irrenunciável. [...] Para que as garantias constitucionais sejam efetivadas é necessário que tenham real operatividade e que cumpram a função de tutela da dignidade da pessoa humana. Assim não bastam bonitos discursos ou boas leis, é necessário que as decisões judiciais – quer de conhecimento, quer executórias – estendam esses princípios até as máximas possibilidades de realização. Os



juízes estão vinculados aos princípios constitucionais e não podem contrariá-los através de suas decisões<sup>51</sup>.

Em virtude disso, tem-se verificado uma prática nos Tribunais, à qual Cezar Roberto Bitencourt<sup>52</sup> dá o nome de “estelionato judicial”, para evitar que se ofenda o princípio da individualização da pena, de um lado, e a Súmula n. 231 do STJ<sup>53</sup>, de outro, os juízes têm optado por, na primeira fase de aplicação da pena, encontrar, a todo custo, qualquer circunstância legal que eleve a pena-base, de modo que na segunda fase poderão, então, efetivar a atenuante presente no caso concreto.

Nesse ponto, é importante citar o conceito de atenuante:

circunstâncias legais atenuantes nada mais são que critérios estabelecidos pelo legislador para apurar a menor necessidade de reprovação pessoal do condenado, seja pelo reconhecimento de uma culpabilidade reduzida ou pela consideração de outros fatores que indiquem a desnecessidade de mais apenação, em face das circunstâncias peculiares do caso concreto.<sup>54</sup>

Contudo, não há prática mais danosa ao princípio em tela do que aumentar a pena-base quando não há motivos para tanto.

É que se está afrontando, dessa forma, o direito fundamental do acusado de ter a sua pena-base estabelecida de acordo com a sua culpabilidade, com os seus antecedentes, com a sua conduta social, com a sua personalidade, com os seus motivos, com as circunstâncias e consequências do crime, e com o comportamento da vítima, nos termos do artigo 59 do diploma repressivo.

---

<sup>51</sup> BARROS, Carmem Silvia de Moraes. A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 26, abr. 1999, p. 293

<sup>52</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *O arbítrio judicial na dosimetria penal*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 85, n. 723, p. 400-501, jan. 1996. p. 497

<sup>53</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 231 de 22 de setembro de 1999*. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 09 nov. 2018

<sup>54</sup> GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 781



Além disso, não se pode esquecer que, independentemente da quantidade de pena imposta na pena-base, o art. 65 do Código Penal, que traz o rol de atenuantes, emprega o advérbio “sempre”, não havendo como se cogitar, portanto, da não aplicação de tais circunstâncias.

Nesse sentido, afirma Cezar Roberto Bitencourt que a “previsão legal, definitivamente, não deixa qualquer dúvida sobre sua obrigatoriedade<sup>55</sup>”, sendo que Carlos Roberto Lofego Caníbal vai mais além, asseverando que se trata de norma cogente “[...] e norma cogente em direito penal é norma de ordem pública, máxime quando se trata de individualização constitucional de pena<sup>56</sup>”.

Dessa forma, o não reconhecimento de uma circunstância atenuante viola também o princípio da legalidade estrita, o qual, de acordo com Luigi Ferrajoli<sup>57</sup>, determina que o julgador observe não só a legalidade formal das normas, que é a relativa aos procedimentos e à competência para sua edição, mas também a legalidade substancial delas, que diz respeito à sua filtragem constitucional.

Assim, ao contrário do que se tem afirmado, a possibilidade de redução da pena provisória para aquém dos limites da pena-base consiste na observância à fase de individualização legislativa, ao sistema da relativa determinação e ao princípio da legalidade estrita.

Não se pode, pois, pretender interpretar os dispositivos do Código Penal a fim de se chegar a uma conclusão previamente querida, sob pena de ferir direitos do apenado e a própria vontade do legislador.

---

<sup>55</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *O arbítrio judicial na dosimetria penal*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 85, n. 723, p. 400-501, jan. 1996. p. 497

<sup>56</sup> CANÍBAL, Carlos Roberto Lofego. Pena aquém do mínimo: uma investigação constitucional-penal, 2005. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/3f3a0/3f3f5/3f6a9?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em 09 nov. 2018

<sup>57</sup> FERRAJOLI, 2005 apud GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009



A doutrina aponta que:

individualizar significa dar ao indivíduo o que é o correto para o seu caso, ou seja, estabelecer a pena em abstrato em consonância com o ordenamento jurídico (individualização legislativa), fixá-la na sentença condenatória em conformidade com o fato em julgamento (individualização em concreto) e adequá-la durante o cumprimento da pena (individualização executória)<sup>58</sup>

Ademais, essa tese firmada na Súmula ofende de forma chapada o princípio da individualização da pena, como bem discorre o criminalista Vinícius da Silva Machado, *in verbis*:

Diz-se que o princípio da reserva legal, princípio-coringa que socorre qualquer argumentação jurídica legalista, impõe ao juiz a restrição de aplicar a pena somente nos limites fixados na lei penal. Contudo, a real agressão atinge um princípio bem mais específico do âmbito da determinação da sanção penal: nada mais, nada menos que o princípio da individualização da pena<sup>59</sup>.

Na mesma linha, a jurisprudência dos tribunais já vem escoando no sentido de afastar a referida Súmula 231/STJ:

PENAL. PENA. INDIVIDUALIZAÇÃO. PENA-BASE. GRAU MÍNIMO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. INCIDÊNCIA. REDUÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL.

No processo trifásico de individualização da pena é possível a sua fixação definitiva abaixo do mínimo legal na hipótese em que a pena-base é fixada no mínimo e se reconhece a presença de circunstância atenuante, em face da regra imperativa do art. 65, do Código Penal, que se expressa no comando literal de que tais circunstâncias sempre atenuam a pena. Habeas-corpus concedido<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Grégio, Grécio Nogueira. Sentença criminal e aplicação da pena: uma “DR” com Nelson Hungria. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 303.)

<sup>59</sup> MACHADO, Vinícius da Silva. *Individualização da Pena: O mito da punição humanizada*. Florianópolis: Editora Modelo, 2010. p. 148

<sup>60</sup> HC 9.719/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/1999, DJ 25/10/1999, p. 130



Por fim, além de outros princípios, a Súmula viola chapadamente os princípios da legalidade – ao impedir a concessão de direitos subjetivos do acusado sem previsão legal – e da individualização da pena – ao afastar características pessoais do acusado ao dosimetrar a pena.

## 5 INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231/STJ

Antes da reforma penal promovida pela Lei n. 7.209/84, o art. 42 e o 48, o parágrafo único do Código Penal assim estabeleciam:

Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime: determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

Circunstâncias atenuantes:

São circunstâncias que **sempre** atenuam a pena:

[...]

Atenuação especial da pena

Parágrafo único. Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido<sup>61</sup>. *Grifo nosso*

Pela redação desses artigos, pode-se perceber que havia um limite à aplicação das circunstâncias atenuantes, o que se justificava pelo sistema bifásico de aplicação de pena de Roberto Lyra que vigia à época.

Por esse sistema, as circunstâncias judiciais e as circunstâncias legais eram analisadas na primeira etapa, que culminava na pena-base, e as atenuantes e

---

<sup>61</sup> BRASIL. Decreto Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 09 nov. 2018



agravantes e as causas de aumento e de diminuição eram analisadas na segunda etapa, chegando-se à pena definitiva.

Dessa forma, resta evidente que a presente discussão não era cabível à época, já que a limitação imposta à pena-base também alcançava as circunstâncias legais.

Nesse sentido, narra Dionísio Garcia:

Antes da reforma penal de 1984 era indiscutível na doutrina e na jurisprudência que as circunstâncias atenuantes e agravantes não tinham força de fazer ultrapassar a pena para aquém do mínimo, ou para além do máximo. Isto significava que, se na cominação mínima foi prefixada a pena-base, atendidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, a existência de somente circunstâncias atenuantes era inoperante; de modo inverso, se, além de circunstâncias judiciais contrárias ao réu, só circunstâncias agravantes fossem apuradas, estas seriam irrelevantes se a pena-base tivesse sido fixada na quantidade máxima<sup>62</sup> [...]

Além disso, não se pode esquecer que o referido art. 48, parágrafo único do Código Penal<sup>63</sup>, previa apenas uma hipótese em que a pena não poderia ser reduzida para aquém do mínimo, qual seja, se o agente quis participar de crime menos grave, o que acabou sendo generalizado para todas as demais circunstâncias atenuantes da época e dos dias atuais<sup>64</sup>.

Acerca dessa generalização para os dias atuais, sustenta Cezar Roberto Bitencourt<sup>65</sup> que não se trata de uma “interpretação analógica, mas verdadeira

---

<sup>62</sup> GARCIA, Dionísio. *As circunstâncias atenuantes e agravantes continuam adstritas aos limites punitivos do tipo*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 653, p. 390-410, mar. 1990. p. 403

<sup>63</sup> BRASIL. *Decreto Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 09 nov. 2018

<sup>64</sup> CANÍBAL, Carlos Roberto Lofego. *Pena aquém do mínimo: uma investigação constitucional-penal*, 2005. Disponível em:

<<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/3f3a0/3f3f5/3f6a9?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 6 out. 2018

<sup>65</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 676



analogia – vedada em direito penal – para suprimir um direito público subjetivo, qual seja a obrigatória (circunstância que sempre atenua a pena) atenuação de pena”, que está prevista no art. 65 do CPB. É que não há qualquer lei que regule essa situação, sendo necessária uma analogia *in bonam partem* para suprimir essa lacuna.

Em seguida, no ano de 1963, sobreveio o art. 59 do Anteprojeto do Código Penal de 1969, que estabelecia “Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o quantum, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime”.

Ao contrário do dispositivo anterior, esse artigo impede expressamente que qualquer circunstância atenuante ultrapasse os limites legais cominados aos crimes. Entretanto, não se pode esquecer que, com a reforma promovida pela Lei n. 7.209/84, tal dispositivo não foi incorporado ao Código Penal vigente, o que impede que ele seja invocado como argumento à vedação trazida pela Súmula n. 231 do STJ<sup>66, 67</sup>.

Nesse mesmo sentido se posiciona Rosivaldo Toscano, o qual afirma que:

[...]

mesmo assim, o senso comum teórico passou a se ancorar no pensamento de um autor [Nelson Hungria] que não foi contemporâneo da L. 7.209/1984. Faltou, assim, historicidade na interpretação que culminou na Súmula 231/STJ e na repercussão geral do STF<sup>68</sup>.

Por fim, quando da entrada em vigor da Lei n. 7.209 em 1984, os arts. 59 e 68 foram trazidos à parte geral do Código Penal de 1940:

Fixação da pena

---

<sup>66</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 231 de 22 de setembro de 1999*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 09 nov. 2018

<sup>67</sup>

<sup>68</sup> SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *As circunstâncias legais e a aplicação centrífuga da pena*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 100, n. 908, p. 111-240, jun. 2011. p. 233





Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

[...]

Cálculo da pena

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Então, com uma simples interpretação sistemática desses artigos, pode-se ver claramente que o impedimento de fixação da pena abaixo do mínimo legal refere-se apenas à pena-base.

Assim, levando em consideração que o art. 68 em questão dispõe que “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código”, bem como, nos dizeres de Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior, emprega a expressão “em seguida”, isto é, não mais se atendendo ao critério do art. 59, deve-se convir que a redação do art. 59 (e, conseqüentemente, de seu inc. II) se refere tão somente à primeira fase de aplicação da pena, vale dizer, à fixação da pena-base, não se estendendo, dessa forma, à pena provisória.

Sendo assim, conclui-se que todos os argumentos embasados nas legislações anteriores não se sustentam, principalmente porque em sentido diverso do que estabelece o Código Penal atual. Acolhê-los, portanto, violaria o princípio da legalidade, tão importante na seara do Direito Penal.

Argumenta-se contrariamente à aplicação cogente das atenuantes o fato de que a ausência de determinação do quantum de redução promovido por tais circunstâncias pode conduzir à pena zero, subsistindo, dessa forma, a impunidade no



ordenamento jurídico brasileiro. Apesar desse ser um raciocínio corriqueiro, ele não se sustenta.

Em primeiro lugar, a aplicação da pena não se traduz em mera dosimetria matemática, não havendo que se falar, por isso, em risco de se atingir a pena zero. As atenuantes, de acordo com o sistema trifásico adotado pelo Código Penal, são analisadas antes das majorantes e minorantes, de maneira que ainda subsiste a possibilidade de se elevar a pena após o cálculo das circunstâncias em questão.

Assim se posiciona Cezar Roberto Bitencourt, o qual aduz:

Outro grande fundamento para admitir que as atenuantes possam trazer a pena para aquém do mínimo legal é principalmente a sua posição topográfica: são valoradas antes das causas de aumento e de diminuição; em outros termos, após o exame das atenuantes/agravantes, resta a operação valorativa das causas de aumento que podem elevar consideravelmente a pena-base ou provisória<sup>69</sup> [...]

No mesmo sentido, aponta o posicionamento de Rodrigo Duque Estrada Roig ao se pronunciar sobre a Súmula nº 231 do STJ, que de fato, o entendimento sumular se vale de uma concepção superada do ponto de vista legal para sustentar a finalidade político-criminal pretendida, qual seja, impedir o arrefecimento penal pela atenuação<sup>70</sup> [...].

Ainda, na mesma direção, Rogério Greco aduz que:

o entendimento pela impossibilidade da redução é contra legem, posto que o art. 65 do CP, não fez qualquer tipo de ressalva ao utilizar a expressão “sempre”. Os limites impostos à pena-base não se aplicariam às circunstâncias legais<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 676

<sup>70</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: Limites, Princípios e Novos Parâmetros*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 208

<sup>71</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 534



Por sua vez, José Antonio Paganella Boschi ensina que “em que pese a autoridade da Súmula, o sistema trifásico, a nosso ver, não põe obstáculo à hipótese sugerida, que bem reflete, aliás, o sentido e a finalidade do princípio da individualização da pena”<sup>72</sup>.

Nesse sentido, tal princípio impõe que o magistrado analise o caso concreto, valendo dizer, as características objetivas e subjetivas de cada situação em particular, de maneira a cominar a sanção penal mais justa.

Nesse sentido, vale trazer a lição do Ministro Vicente Leal, do STJ:

O nosso Código Penal [...] estabelece regras de precioso alcance, que conferem relevância [...] a todas as circunstâncias do delito, de modo a que a pena imposta atenda a sua finalidade, na linha filosófica do sistema, que concebe a sanção penal como remédio jurídico de duplo alcance: reprovação e prevenção do crime. E na busca desse ideal merece relevo em outro princípio que ao primeiro se encontra estreitamente vinculado: o da proporcionalidade, que recomenda ao Juiz, ao fixar a pena, mensurar cuidadosamente as condições pertinentes ao acusado e ao delito, de modo a aplicar a adequada e justa sanção<sup>73</sup>.

Aliás, vale ressaltar que atualmente não vigora mais o período revolucionário francês em que a burguesia, com destaque para Cesare Beccaria<sup>74</sup>, receosa do poder que os juízes detinham no período absolutista e das arbitrariedades que eles cometiam, inaugurou o brocardo do juiz como mera boca da lei e o sistema da

---

<sup>72</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e Seus Critérios de Aplicação*. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 250

<sup>73</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 175136*. Relator: Ministro Vicente Leal. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=199800381120&dt\\_publicacao=08/03/2000](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199800381120&dt_publicacao=08/03/2000)>. Acesso em: 9 nov. 2018

<sup>74</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 18



absoluta determinação das penas com o fim de reduzir ao máximo a discricionariedade dos magistrados<sup>75</sup>.

Em outras palavras, à época, a função dos juízes se limitava à aplicação mecânica da lei.

Por outro lado, pode-se afirmar que a proibição do cálculo obrigatório das circunstâncias legais – as atenuantes – constituiria uma analogia *in malam partem*, a qual é vedada em direito penal, porquanto se estaria criando uma norma que não existe no diploma repressivo.

Miguel Loebmann<sup>76</sup> vai mais além, sustentando que, na verdade, estar-se-ia diante de uma lacuna da lei, e que, por isso, a interpretação deve ser a mais benéfica possível ao apenado. Assim, para o autor, deve ser feita uma analogia *in bonam partem*.

A situação é que a vontade de justiça em relação ao mal causado pelo agente não pode conduzir a um desrespeito aos direitos individuais do apenado.

Aprofundando, no REsp 146.056/RS<sup>77</sup>, que foi um dos precedentes originários da Súmula n. 231 do STJ<sup>78</sup>, o Ministro Félix Fischer usou como argumento à impossibilidade de fixação da pena intermediária abaixo dos limites legais o fato de esse entendimento, desde 1940, nunca ter predominado. Em que pese isso seja verdadeiro, hoje, não se pode mais pensar assim.

---

<sup>75</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: parte geral – arts. 1º a 120. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

<sup>76</sup> LOEBMANN, Miguel. As circunstâncias atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 81, n. 676, p. 385-405, fev. 1992. p. 393

<sup>77</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 146056*. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&processo=146056&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=146056&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 09 out. 2018

<sup>78</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 231 de 22 de setembro de 1999*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 09 nov. 2018



Tal argumento, com a devida vênia, não merece prosperar, haja vista que a possibilidade de fixação da pena provisória aquém do mínimo legal, só faz sentido após a Reforma de 1984 e, antes dessa data, havia impossibilidade expressa.

Já no Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, os ministros confirmaram a jurisprudência que impede a fixação da pena abaixo do mínimo legal.

O caso foi levado ao Plenário por meio de um RE 597270 em que foi reconhecida a existência de repercussão geral.

Por isso, a decisão da Corte deverá ser aplicada pelas demais instâncias do Judiciário em processos similares.

Esse recurso extraordinário foi interposto pela Defensoria Pública da União em favor de um condenado a seis anos e oito meses de reclusão por furto. A defesa, então, apelou e conseguiu reduzir a pena no TJ/RS, que foi fixada em quatro anos, seis meses e 20 dias de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto.

O Tribunal estadual, por sua vez, levou em conta duas atenuantes: a confissão espontânea e a reparação do dano.

O caso chegou ao STJ por meio de um recurso do MP/RS, que alegou a impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal em virtude da aplicação das circunstâncias atenuantes. O STJ concordou com a tese do MP/RS e reverteu a decisão de segunda instância.

A Defensoria Pública, por sua vez, recorreu ao Supremo alegando que quatro princípios constitucionais estariam sendo violados na decisão do STJ: o da legalidade, com o impedimento da aplicação de atenuantes na fixação da pena; o da igualdade, por tratar de forma igual os desiguais; o da individualização da pena; e o da proporcionalidade.



No Supremo, o relator do processo, ministro Cezar Peluso, afirmou que desde a década de 70, pelo menos, o Supremo tem jurisprudência consolidada em torno da matéria, contra a fixação da pena abaixo do mínimo legal. Segundo ele, atenuantes genéricas não podem influenciar de modo decisivo a ponto de justificar a redução da pena aquém do mínimo legal<sup>79</sup>.

Porém, essa vedação deveria ser fruto de processo legislativo e não de hermenêutica judiciária, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da individualização da pena, como explicado alhures.

Por fim, há muito tempo, essa Súmula macula o ordenamento jurídico brasileiro, necessitando uma rediscussão de mérito sobre a sua constitucionalidade frente ao princípio da individualização da pena e da legalidade, tendo por base novos entendimentos sobre a eficácia dos princípios constitucionais.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dito alhures, é notório que a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça necessita de rediscussão, sendo que sua inconstitucionalidade vem sendo defendida por juízes e doutrinadores da atualidade.

Ademais, caso haja uma análise aprofundada e científica, sob a égide da Constituição Federal e de todos os direitos fundamentais com a visão moderna, percebe-se que a Súmula 231 do STJ viola frontalmente diversos princípios constitucionais, tais como a legalidade e individualização da pena, entre outros.

O texto da Súmula permite que aqueles que deveriam ter uma reprimenda menor, por não terem dado causa a qualquer valoração na primeira fase de aplicação da pena, são equiparados aqueles que tiveram uma conduta mais reprovável.

---

<sup>79</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 597270*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2663001>>. Acesso em: 05 jun. 2020



Na prática, caso dois réus fossem presos pela prática do mesmo crime, com nenhuma circunstância judicial valorada negativamente em primeira fase e, digamos que apenas um deles confessa a prática delitativa, este que colaborou com a instrução do processo e com o Poder Judiciário, facilitando-lhe o serviço, terá a mesma pena do outro réu, que não confessou.

Desta forma, não há como tal preceito ser justo, especialmente se levarmos em consideração a imensurável relevância dos princípios fundamentais insculpidos em nossa Magna Carta.

Por fim, embora permaneça quase que consolidado, por vinte anos, a aplicação da Súmula 231 do STJ, e ainda que este seja o posicionamento majoritário dos tribunais pátrios pela constitucionalidade da Súmula, denota-se que ela não encontra guarida na Constituição da República de 1988, pois sua aplicação indiscriminada ocasiona afronta chapada a direitos fundamentais do acusado, com a fixação de penas injustas, fixadas acima do devido, ferindo princípios constitucionais e, por isso, a rediscussão desse verbete é medida de justiça.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aplicação da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 187-212, out. 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROS, Carmem Silvia de Moraes. A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 26, p. 291-295, abr. 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.



BITENCOURT, Cezar Roberto. *O arbítrio judicial na dosimetria penal*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 85, n. 723, jan. 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 nov. 2018.

BRASIL. *Decreto Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 09 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 175136*. Relator: Ministro Vicente Leal. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=175136&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=175136&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 09 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 146056*. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&processo=146056&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=146056&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 09 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 231 de 22 de setembro de 1999*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

CANÍBAL, Carlos Roberto Lofego. *Pena aquém do mínimo: uma investigação constitucional- penal*, 2005. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/3f3a0/3f3f5/3f6a9?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em 09 nov. 2018.





- DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del. 2. ed.* Madrid: Trotta, 2001.
- GARCIA, Dionísio. *As circunstâncias atenuantes e agravantes continuam adstritas aos limites punitivos do tipo*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 653, mar. 1990.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 18. ed. Niterói: Impetus, 2015.
- LOEBMANN, Miguel. *As circunstâncias atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 81, n. 676, p. 390-393, fev. 1992.
- LUIZ, José Jorge Ribeiro da. *A discricionariedade do juiz quanto à aplicação da pena*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 83, n. 708, p. 281-284, out. 1994.
- MACHADO, Agapito. *As atenuantes podem fazer descer a pena abaixo do mínimo legal: inteligência do art. 68 do código penal após a redação da lei 7.209/84*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 647, p. 388-390, set. 1989.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral – arts. 1º a 120*. 11. ed. São Paulo: RT, 2012.
- SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *As circunstâncias legais e a aplicação centrífuga da pena*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 100, n. 908, jun. 2011.
- SCHMITT, Ricardo A. *Sentença penal condenatória: aspectos práticos e teóricos à elaboração*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Circunstâncias do crime*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 6, n. 23, jul. 1998.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.





# O FUNDAMENTO POPULISTA E OS IMPACTOS DAS DECISÕES DO EXECUTIVO NO DESTINO DO BRASIL DIANTE DA PANDEMIA PELA COVID-19

Leiliane Menezes Elias De Oliveira

## RESUMO

Em um processo histórico, o Brasil é influenciado pelos Estados Unidos da América - EUA, segundo a doutrina. A reação destes dois países durante a pandemia provocada pelo vírus da Covid-19, também coincidiram, em razão da resistência à adoção de medidas emergências, tal como o isolamento social, por priorizar a preservação do cenário econômico. Outra similaridade, é que os Presidentes da República atual destes dois Estados têm o perfil de atacarem à demais lideranças e à Poderes, assim como à imprensa, principalmente em suas redes sociais pessoais, com uma possível fundamentação populista. Neste contexto, o judiciário, pode estar atuando, através de suas decisões, como ator da própria política, nas relações entre os Poderes e os entes federativos.

**Palavras-chave:** Fundamento populista. Pandemia. Covid-19.

## 1 INTRODUÇÃO

### Contextualização Geral

O mundo está vivendo um momento de pandemia pelo vírus da Covid-19. O primeiro caso no mundo de contágio confirmou-se na China, no dia 17 de novembro



de 2019<sup>1</sup>. A preocupação em todo o mundo aumentou principalmente quando a Organização Mundial de Saúde - OMS caracterizou, em 11 de março de 2020, a Covid-19 como uma pandemia.<sup>2</sup> Para a OMS, a melhor medida de combate é o isolamento social<sup>3</sup>, para achatá-la curva de contaminação e evitar um colapso na Rede de Atenção em Saúde – RAS<sup>4</sup>.

Por esta razão, esta medida passou a ser adotada pelo Ministério da Saúde e pelos Governos distrital, estaduais e municipais. Porém, desde o início da pandemia, o Presidente do Brasil Jair Messias Bolsonaro posiciona-se contra isolamento social, a pretexto de preocupar-se com a economia<sup>5</sup>. A sua conduta vai em desencontro também à demais recomendações, com o uso incorreto da máscara de proteção, cumprimentar com aperto de mãos após tocar o próprio rosto e dar causa à aglomeração de pessoas<sup>6</sup>.

Até o dia 4 de junho de 2020, no Brasil, registrou-se 34.021 mortes em razão da Covid-19, e 614.941 casos confirmados da doença, enquanto que na China,

---

<sup>1</sup> PRIMEIRO contágio pelo coronavírus teria acontecido em novembro, diz jornal. **Uol**, São Paulo, 13 mar. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2020/03/13/jornal-afirma-que-o-primeiro-contagio-da-covid-19-na-china-ocorreu-em-novembro.htm>. Acesso: 31 maio 2020

<sup>2</sup> FOLHA informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). **Organização Pan-americana de Saúde**. Brasília, 26 maio 2020. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875). Acesso: 27 maio 2020

<sup>3</sup> OMS RECOMENDA cautela na flexibilização do isolamento social. **Senado Federal**, Brasília, 27 abr. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2020/04/oms-recomenda-cautela-na-flexibilizacao-do-isolamento-social>. Acesso em: 28 abr. 2020

<sup>4</sup> SANTOS, Philipe. Bolsonaro livra agente público de punição por erro na pandemia da covid-19. **CorreioBraziliense**, Brasília, 15 maio 2020. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/14/interna\\_politica,854667/bolsonara-livra-agente-publico-de-punicao-por-erro-pandemia-covid-19.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/14/interna_politica,854667/bolsonara-livra-agente-publico-de-punicao-por-erro-pandemia-covid-19.shtml). Acesso: 19 maio 2020

<sup>5</sup> MURAKAWA, Fabio; DI CUNTO, Raphael. Na pandemia, Bolsonaro privilegia a economia. **Valor Econômico**, Brasília, 25 maio 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/05/25/na-pandemia-bolsonaro-privilegia-a-economia.ghtml>. Acesso: 03 jun. 2020

<sup>6</sup> SANTOS, Philipe. Bolsonaro livra agente público de punição por erro na pandemia da covid-19. **CorreioBraziliense**, Brasília, 15 maio 2020. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/14/interna\\_politica,854667/bolsonara-livra-agente-publico-de-punicao-por-erro-pandemia-covid-19.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/14/interna_politica,854667/bolsonara-livra-agente-publico-de-punicao-por-erro-pandemia-covid-19.shtml). Acesso: 19 maio 2020



epicentro inicial do vírus, houve apenas pouco mais de 4,6 mil mortes registradas no mesmo período<sup>7</sup>.

Ocorre resistência ao isolamento social também nos Estados Unidos da América – EUA. A Casa Branca demorou quase sessenta dias para recomendar o distanciamento social, considerado essencial pela própria força tarefa de cientistas estadunidenses, que incluía o respeitado imunologista Anthony Fauci. Até o dia 29 de maio de 2020, Donald Trump ainda pedia a reabertura da economia<sup>8</sup>. Com 107.175 mil mortes e 1.851.520 casos confirmados de contágio, em 4 de junho de 2020, só aumentavam os números a cada dia<sup>9</sup>. Trata-se de um número de mortos muito maior do que os registrados em razão de duas décadas de guerra no Vietnã<sup>10</sup>.

Um exemplo do modelo populista das Presidências do Brasil e dos EUA atuais governarem, é o desdém à ciência.<sup>11</sup> É o caso, por exemplo, da defesa ao uso de cloroquina no tratamento da Covid-19, por mais que não haja evidências científicas de sua eficácia<sup>12</sup>. Em razão desta opinião do presidente do Brasil, ocorreram duas saídas de Ministro de Saúde do Brasil. O primeiro, Luiz Henrique Mandetta, foi

---

<sup>7</sup> NÚMERO de mortes no Brasil passa o da Itália e chega a 34.021; país agora é o 3º do mundo com mais óbitos. **Bem Estar/G1**, Rio de Janeiro, 4 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/06/04/brasil-tem-34021-mortes-por-coronavirus-diz-ministerio.ghtml>. Acesso: 5 jun. 2020

<sup>8</sup> TRUMP rompe com OMS e acusa China de ser responsável por 'sofrimento no mundo'. **G1**, Rio de Janeiro, 29 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/05/29/trump-diz-que-esta-encerrando-relacoes-com-a-oms-e-faz-criticas-a-china.ghtml>. Acesso: 29 maio 2020

<sup>9</sup> CORONAVÍRUS: ritmo de contágios e mortes nos EUA desacelera. **Veja**, São Paulo, 4 jun. 2020. <https://veja.abril.com.br/mundo/ritmo-de-contagios-e-mortes-por-coronavirus-nos-eua-desacelera/>. Acesso: 4 jun. 2020

<sup>10</sup> RIBEIRO, Janaína. EUA já têm mais mortes por coronavírus do que pela Guerra do Vietnã. **Exame**, São Paulo, 28 abr. 2020. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/eua-ja-tem-mais-mortes-por-coronavirus-do-que-pela-guerra-do-vietna/>. Acesso em: 28 abr. 2020

<sup>11</sup> MOUNK, Yascha: entrevista [abr. 2020]. Entrevistadora: IDOETA, Paula Adamo. Pandemia pode enfraquecer populismo nos EUA e no Brasil, diz pesquisador de democracias **BBC News Brasil**, São Paulo, 12 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52100135>. Acesso: 01 jun. 2020

<sup>12</sup> GRAGNANI, Juliana. Coronavírus: o que dizem os estudos publicados sobre cloroquina, defendida por Bolsonaro e Trump. **BBC News Brasil**. Londres, 19 maio 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52686122>. Acesso em: 19 maio 2020



demitido da pasta, também por defender o isolamento social,<sup>13</sup> enquanto que o segundo, Nelson Teich, pediu demissão<sup>14</sup>.

No dia 28 de abril de 2020, o presidente do Brasil respondeu à imprensa a respeito do elevado número de mortes no Brasil em razão da Covid-19, com as seguintes palavras: *“E daí? Lamento. Quer que eu faça o quê? Eu sou Messias, mas não faço milagre”*; *“Mas é a vida. Amanhã vou eu. Logicamente, a gente quer ter uma morte digna e deixar uma boa história para trás”*<sup>15</sup>. Este é apenas um dos trechos desta autoridade do Poder Executivo, de diversos outros igualmente surpreendentes, em diferentes momentos da pandemia pela Covid-19.

Fica então a dúvida: Esta é uma postura que se espera de um Presidente da República? Ele ocupa um cargo público e, portanto, passa esta mensagem enquanto está investido de poder, conforme prevê o art. 37, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB<sup>16</sup>.

Para o ministro Alexandre Santos de Aragão, por força do devido processo legal e dos princípios da publicidade, da finalidade e da motivação, a administração pública tem de demonstrar os fatos que ensejaram sua atuação<sup>17</sup>. Temos ainda o art.

---

<sup>13</sup> SANTOS, Philippe. Bolsonaro livra agente público de punição por erro na pandemia da covid-19. **CorreioBraziliense**, Brasília, 15 maio 2020. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/14/interna\\_politica,854667/bolsonaro-o-livra-agente-publico-de-punicao-por-erro-pandemia-covid-19.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/14/interna_politica,854667/bolsonaro-o-livra-agente-publico-de-punicao-por-erro-pandemia-covid-19.shtml). Acesso: 19 maio 2020

<sup>14</sup> Ibidem

<sup>15</sup> GARCIA, Gustavo; GOMES, Pedro Henrique Gomes; VIANA, Hamanda. 'E daí? Lamento. Quer que eu faça o quê?', diz Bolsonaro sobre mortes por coronavírus; 'Sou Messias, mas não faço milagre'. **G1**, Rio de Janeiro, 28 abr. 2020. Disponível em: [https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/28/e-dai-lamento-quer-que-eu-faca-o-que-diz-bolsonaro-sobre-mortes-por-coronavirus-no-brasil.ghtml?utm\\_source=facebook&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=g1](https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/28/e-dai-lamento-quer-que-eu-faca-o-que-diz-bolsonaro-sobre-mortes-por-coronavirus-no-brasil.ghtml?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=g1). Acesso: 28 abr. 2020

<sup>16</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 27 abr. 2020

<sup>17</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 73-87, jan./abr. 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/8630/7374>. Acesso: 28 abr. 2020



37 da CRFB<sup>18</sup>, que aduz, além do princípio da publicidade, os princípios da impessoalidade, legalidade, moralidade e eficiência. Uma fala e atos em consonância com estes princípios, é o que se espera da Presidência da República.

Em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 668/DF<sup>19</sup> e a ADPF 669/DF<sup>20</sup>, pleiteou-se a declaração de inconstitucionalidade para impedir qualquer investimento público e proibir a propaganda institucional da Presidência da República, intitulada “O Brasil Não Pode Parar”, que inclusive chegou a circular em redes sociais para a população.

Ao mesmo tempo, foi noticiado que o governo brasileiro iria contratar a agência ‘iComunicação’, por R\$ 4,8 milhões, para realizar campanha publicitária a partir de abril de 2020<sup>21</sup>. A melhor aplicabilidade deste valor daria-se em equipamentos e insumos para a rede saúde pública.

Para evitar tamanho investimento em campanha contra a prevenção e combate ao Covid-19, as cautelares destas duas ADPF’s foram deferidas monocraticamente pelo ministro Luís Roberto Barroso, com base no art. 37 da CRFB<sup>22</sup>. A decisão foi então pela vedação da produção e da circulação, por qualquer

---

<sup>18</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 27 abr. 2020

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 668/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos – CNTM. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884082>. Acesso em: 31 mar. 2020

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 669/DF**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Luís Roberto Barroso. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>. Acesso: 31 mar. 2020

<sup>21</sup> SECOM APAGA posts e diz que campanha “O Brasil não pode parar” não existe. **Revista Exame**. São Paulo, 28 mar. 2020. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/secom-apaga-posts-e-diz-que-campanha-o-brasil-nao-pode-parar-nao-existe/>. Acesso 28 abr. 2020

<sup>22</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 27 abr. 2020



meio, desta campanha ou de qualquer mobilização que proponha à população retornar às suas atividades plenas, referindo-se à pandemia como de pouca gravidade para a saúde e para a vida da população<sup>23</sup>.

Já com a ADFP 672/DF, proposta pelo Conselho Federal da OAB, pleiteou que o Presidente da República se abstenha de decretar o fim do isolamento social enquanto houver riscos pela pandemia da Covid-19, e que o Poder Executivo seja instado a implementar, com urgência, benefícios emergenciais em favor de saúde pública e de assistência social aos mais vulneráveis. A decisão foi proferida em 1º de abril de 2020, em favor dos pedidos cautelares, pelo ministro Alexandre de Moraes<sup>24</sup>.

Houve ainda a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 6.341, do Distrito Federal - DF, que o Partido Democrático Trabalhista – PDT ajuizou objetivando uma declaração de incompatibilidade parcial da Medida Provisória – MP nº 926, de 20 de março de 2020, com a CRFB, sobre medidas de enfrentamento à emergência de saúde pública gerada pela pandemia da Covid-19.<sup>25</sup> Sua medida acauteladora foi deferida pelo juízo, reconhecendo a competência concorrente da União, estados, DF e municípios, de imporem restrições à circulação de pessoas, bens e serviços.

Outra demanda judicial, mas em âmbito internacional, contra a Presidência da República brasileira, foi a proposta pela Associação Brasileira de Juristas pela Democracia - ABJD, dia 2 de abril de 2020, que protocolou uma representação contra

---

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 668/DF**. Requerente: CNTM. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884082>. Acesso em: 31 mar. 2020

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 672/DF**. Requerente: CFOAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 8 abr. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso: 27 mar. 2020

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 6.341**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista - PDT. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 24 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso: 26 abr. 2020





Jair Messias Bolsonaro no Tribunal Penal Internacional em Haia – TPI-H, por crime contra a humanidade, ao incentivar ações que geram o risco de proliferação da Covid-19<sup>26</sup>.

Não só o Brasil, mas também os EUA passaram por esta resistência à medidas de distanciamento social, além da Itália, a Espanha, a França e o Reino Unido<sup>27</sup>. Em Milão, na Itália, também havia campanha municipal para o governo não parar, um motivo de profundo arrependimento por parte de seu prefeito, conforme a imprensa noticiou<sup>28</sup>

Diante disto, o presente Trabalho de Conclusão de Curso - TCC não irá se deter em um panorama internacional, mas fundamentar-se em uma pesquisa descritiva dos discursos e decisões que interferem nas políticas públicas sobre decisão da Presidência da República do Brasil, com a atuação do Judiciário a respeito, no que referir-se à pandemia pela Covid-19. Buscaremos uma possível correlação destes com o fundamento populista.

Para tanto, fez-se uma análise dos casos tratados nas ADPFs 668/DF<sup>29</sup>, 669/DF<sup>30</sup> e 672/DF<sup>31</sup>, além da ADI 6.341/DF<sup>32</sup>. Desta forma, busca-se inferir os efeitos dessa análise para casos análogos.

---

<sup>26</sup> NOMURA, Bruno. Bolsonaro é denunciado em tribunal internacional: entenda quais são as acusações e consequências. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 3 abr. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-e-denunciado-em-tribunal-internacional-entenda-quais-sao-as-acusacoes-e-consequencias,70003259794>. Acesso: 20 abr. 2020

<sup>27</sup> COVID-19: NY tem menor número de mortes em um mesmo dia desde 1º de abril. **Veja**, 24 abr. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/covid-19-ny-tem-menor-numero-de-mortes-em-um-mesmo-dia-desde-1o-de-abril/>. Acesso: 26 abr. 2020

<sup>28</sup> CAMPOS, Luiz Henrique. “Erramos”: um mês após campanha para não parar, Milão tem 4,4 mil mortos. **Correio Braziliense**, Brasília, 23 mar. 2020. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2020/03/26/interna\\_mundo,840540/erramos-um-mes-apos-campanha-para-nao-parar-milao-tem-4-4-mil-mort.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2020/03/26/interna_mundo,840540/erramos-um-mes-apos-campanha-para-nao-parar-milao-tem-4-4-mil-mort.shtml). Acesso: 26 abr. 2020

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 668/DF**. Requerente: CNTM. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884082>. Acesso: 31 mar. 2020



### Definições e Conceitos Centrais

A partir do referencial teórico adotado, reconhece-se a influência das decisões do Judiciário nas políticas públicas durante a pandemia pelo vírus Covid-19, e o risco à democracia no Brasil, provocado pelos discursos e forma de governar do Presidente da República do Brasil, o que têm uma similaridade com o Governo do Presidente da República dos EUA, Donald Trump.

Três definições são centrais para se compreender o contexto da presente pesquisa e seus principais objetivos, acima expostos: *i*) qual a dimensão que a presente pesquisa propõe para o que se convencionou chamar “políticas públicas de enfrentamento da pandemia pelo Covid-19” e de “pronunciamento e decisões da Presidência da República acerca da pandemia”; *ii*) o que se entende por “fundamento populista” e como esse conceito se relaciona com as decisões da Presidência da República diante da pandemia pelo Covid-19; *iii*) qual visão sobre a experiência do direito fundamenta a presente pesquisa, que assume o direito como um instrumento de “controle”, no papel do Judiciário no controle de constitucionalidade acerca destas decisões do Poder Executivo. Ou seja, qual o referencial teórico da Trabalho de Conclusão de Curso - TCC ora desenvolvido, e *iv*) quais as sugestões de medidas para redução de impactos globais e nacionais dos efeitos deletérios de pandemia. Partimos ao primeiro ponto.

---

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 669/DF**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Luís Roberto Barroso. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>. Acesso: 31 mar. 2020

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 672/DF**. Requerente: CFOAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 8 abr. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso: 27 mar. 2020

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.341/DF**. Requerente: PDT. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 24 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso: 26 abr. 2020



Este instrumental teórico sedimenta-se particularmente em dois aspectos principais: de um lado, “discursos e atos da Presidência da República do Brasil no que refere-se à pandemia pela Covid-19” e, de outro, “em razão destes, a possível ameaça à Democracia e a atuação do Judiciário para minimizar os impactos à população”.

Sendo assim, ao longo deste TCC, mapeou-se cada contexto e, em seguida, avaliamos de forma crítica os achados. O produto da dialética transcrita servirá, a novas abordagens, como um elemento de ampliação da percepção e da capacidade analítica, possível dentro da temática do trabalhado.

A **primeira** dimensão analítica desse esforço conceitual é estabelecer uma noção ampla do fenômeno da pandemia pela Covid-19, no aspecto de políticas públicas de caráter socioeconômico e de saúde, da seguinte forma. É necessário reconhecer que as políticas públicas de combate à pandemia pelo Covid-19 dizem respeito ao que o Governo faz ou deixa de fazer, que afeta o cotidiano de vida e de morte de populações. Isto inclui o pronunciamento e as decisões da Presidência da República, diante desta pandemia, além da repercussão para o estudo do Direito, em razão da influência que gera nas políticas públicas.

Em todo o Brasil, houve momentos de medidas interventivas em razão desta pandemia, que exigem um comportamento cívico das pessoas, em razão da suspensão das aulas, fechamento do comércio, proibição de eventos presenciais, exigência de distanciamento social e redução de voos domésticos. Entretanto, a própria Presidência da República entra em choque com estas políticas públicas do Ministério da Saúde e dos entes federados, opondo-se taxativamente às recomendações<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> FONTAINHA, Fernando de Castro; LIMA, Amanda Evelyn Cavalcanti de; FERNANDES, Pedro de Araújo. O Judiciário da pandemia. **Jota**, São Paulo, 15 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/judiciario-e-sociedade/o-judiciario-da-pandemia-15052020>. Acesso: 21 maio 2020



Para Carvalho e Ferreira, em razão deste cenário, deve-se romper os paradigmas para construir um espaço de cuidados sociais em consonância aos efeitos econômicos possíveis, com futuras políticas públicas adaptadas a isto<sup>34</sup>.

A **segunda** dimensão analítica desse esforço conceitual é estabelecer a noção ampla da retórica da fundamentação populista, e sua possível observação nos discursos e decisões da Presidência da República do Brasil e dos EUA, e em que pontos mais pode haver similaridades entre Brasil e EUA.

A este respeito, é importante ressaltar que, historicamente, os governos populistas surgiram de uma crise de representatividade política sofrida por eleitores, diante da desigualdade socioeconômica, que pedem políticas radicais. Uma consequência, acaba sendo o aumento da intolerância aos diferentes, o racismo e prejulgamentos de inimigos, enquadrando-os em primeiro momento como terroristas ou antinacionais perigosos<sup>35</sup>.

Destarte, há um potencial risco de o movimento populista enfraquecer a Democracia e seguir em direção ao autoritarismo, em razão de considerar-se como a única política legítima, sem aceitar ponto de vista contrário, levando até à perseguição aos opositores. Atualmente, vêm sendo uma tendência os países democráticos sofrerem ataques por lideranças de fundamentação populista<sup>36</sup>.

Finchelstein expôs esta realidade, citando não só os EUA, pela presidência de Donald Trump, como exemplo, mas também líderes da Itália, na França, na Europa e

---

<sup>34</sup> CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Políticas públicas e as lições preliminares da Covid-19. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 1 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/garantias-consumo-politicas-publicas-licoes-preliminares-covid-19>. Acesso: 20 maio 2020

<sup>35</sup> FINCHELSTEIN, Federico. Do Fascismo ao Populismo na História. **Almedina**, Lisboa, Portugal, set. 2019. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=1gbBDwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=Do+Fascismo+ao+Populismo+na+Hist%C3%B3ria&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKewiG7M-kmuPpAhW9GbkGHbbdBhkQ6AEIKDAA>. Acesso: 19 maio 2020

<sup>36</sup> Ibidem



Hungria. No caso do Brasil, este autor afirma que o presidente Jair Messias Bolsonaro adotou um modelo de política populista pós-fascista, já que seu governo basearia-se em política de exclusão e em violência, desde a sua campanha presidencial para eleição a este cargo<sup>37</sup>

Ao que demonstra-se, durante esta pandemia pela Covid-19, estas características da Presidência da República do Brasil e dos EUA realçaram seu similar padrão, em razão da resistência à adoção das medidas preventivas de saúde, assistência social e econômicas<sup>38</sup>.

Na **terceira** dimensão analítica, discute-se quanto ao aspecto de concepção do judiciário acerca das medidas de enfrentamento adotadas ou não pelo Poder Executivo. Reconhecendo isto, pode-se suscitar a possibilidade de as instituições do sistema de justiça virem constituindo-se como atores da própria política, nas relações entre os Poderes e os entes federativos<sup>39</sup>.

Para Fontainha *et al.*, com a pandemia, o Presidente da República brasileiro politizou o afastamento social e o cenário político, em antagonismo ao que é defendido pelas ciências da saúde, autoridades de Governo e parlamentares. Isto iniciou-se quando o próprio Ministério da Saúde veio em apoio a governadores e prefeitos que decretavam medidas restritivas, como por exemplo a suspensão de

---

<sup>37</sup> Ibidem

<sup>38</sup> FONTAINHA, Fernando de Castro; LIMA, Amanda Evelyn Cavalcanti de; FERNANDES, Pedro de Araújo. O Judiciário da pandemia. **Jota**, São Paulo, 15 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/judiciario-e-sociedade/o-judiciario-da-pandemia-15052020>. Acesso: 21 maio 2020

<sup>39</sup> MADEIRA, Lígia; PAPI, Luciana, GELISKI, Leonardo e ROSA, Taciana. Os estudos de políticas públicas em tempos de pandemia. **Revista de Ciências Sociais**, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 17 abr. 2020. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/coronavirus/base/artigo-os-estudos-de-politicas-publicas-em-tempos-de-pandemia/>. Acesso: 19 maio 2020



aulas e de atividades consideradas não essenciais, como foi o caso, por exemplo, dos governos de São Paulo, Rio de Janeiro e DF, em março de 2020.<sup>40</sup>

O Judiciário precisou intervir quando houve a tentativa de o Poder Executivo Federal restringir este Poder dos governadores e prefeitos pela Medida Provisória - MP nº 926/2020. Esta MP deliberava que as políticas adotadas pelos demais entes, estaduais, distrital e municipais, de restrição à locomoção e aos serviços, fossem conforme orientação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, restringindo-se ao que não for considerado essencial por decreto presidencial<sup>41</sup>.

Diante disso, o ministro Marco Aurélio concedeu parcialmente a liminar da ADI 6.341/DF, afastando esta restrição, reconhecendo que estes entes federativos têm competência concorrente para tratar o tema, em consonância com a decisão do ministro Alexandre de Moraes na ADPF 672/DF, proposta pelo Conselho Federal da OAB<sup>42</sup>.

Em outra intervenção do Judiciário, para evitar que a Presidência da República afete o combate à pandemia por governadores e prefeitos, nas ADPFs 668/DF<sup>43</sup> e 669/DF<sup>44</sup>, pleitearam proibição de investimento público em propaganda

---

<sup>40</sup> FONTAINHA, Fernando de Castro; LIMA, Amanda Evelyn Cavalcanti de; FERNANDES, Pedro de Araújo. O Judiciário da pandemia. **Jota**, São Paulo, 15 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/judiciario-e-sociedade/o-judiciario-da-pandemia-15052020>. Acesso: 21 maio 2020

<sup>41</sup> Ibidem

<sup>42</sup> FONTAINHA, Fernando de Castro; LIMA, Amanda Evelyn Cavalcanti de; FERNANDES, Pedro de Araújo. O Judiciário da pandemia. **Jota**, São Paulo, 15 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/judiciario-e-sociedade/o-judiciario-da-pandemia-15052020>. Acesso: 21 maio 2020

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 668/DF**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos – CNTM. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884082>. Acesso em: 31 mar. 2020

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 669/DF**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Luís Roberto Barroso. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>. Acesso: 31 mar. 2020



que oponha-se ao isolamento social e fechamento de comércios e escolas, durante o combate à Covid-19. Suas cautelares foram deferidas monocraticamente pelo ministro Luís Roberto Barroso, com base no art. 37 da CRFB<sup>45</sup>.

A **quarta** dimensão analítica, trata de sugestões de medidas para redução de impactos globais e nacionais dos efeitos deletérios de pandemia. No Brasil e em outros Estados, a população pobre é a que mais morre por esta pandemia.<sup>46</sup> As medidas para controlar esta dura realidade, podem implicar em combate ao modelo neoliberal, até mesmo por este ter desestimulado pesquisas de doenças infecciosas e meios de prevenção pela indústria farmacêutica<sup>47</sup>.

Visto o exposto, a intenção deste TCC é apresentar uma visão do papel do Judiciário no enfrentamento dos empasses que agravam os efeitos deletérios da pandemia, para auxiliar em casos análogos, além de apresentar um estudo do populismo, conforme o cenário político brasileiro e estadunidense em tempos de pandemia.

O debate acima exposto aponta a necessidade de avançar-se mais nos debates institucionais e científicos de mesmas temáticas, por estarem ainda aquém da complexidade do fenômeno do populismo e de possível ameaça aos Poderes e à Democracia, em pleno contexto de pandemia. A avaliação do presente trabalho acadêmico, oportuniza a compreensão dos ideais e interesses em jogo. No entanto, não é suficiente para propor mudanças efetivas e céleres. A questão tem bastante gravidade, perante a crise de saúde e humanitária que a pandemia provoca, e o risco que as instituições e a população podem estar expostos.

---

<sup>45</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 27 abr. 2020

<sup>46</sup> LEÃO, Ana Letícia; DANTAS, Dimitrius; MARTINS, Elisa e BRANCO, Leo. Covid-19 é mais letal em regiões de periferia no Brasil. **O Globo**, Rio de Janeiro, 03 maio 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/covid-19-mais-letal-em-regioes-de-periferia-no-brasil-1-24407520>. Acesso: 01 jun. 2020



Sendo assim, o problema central da pesquisa é como reconhecer os atos e discursos da Presidência da República do Brasil e agir em favor do combate aos efeitos destrutivos da pandemia pela Covid-19 à população, preservando a vida, a Democracia e as instituições democráticas, dentro do possível.

No **primeiro** capítulo, abordou-se *i)* o que é a pandemia pela Covid-19 e o que ela tem causado; *ii)* as políticas públicas necessárias para minimizar os efeitos da pandemia no Brasil e nos EUA; *iii)* os discursos e atos dos Presidentes da República brasileiro e estadunidense quanto à pandemia, e *iv)* o uso que estes presidentes fazem de publicações *fake news*, com a suas respectivas reações às medidas de combate destas notícias falsas.

No **segundo** capítulo, foi debatido o fundamento populista e os discursos e atos dos Presidentes da República do Brasil e dos EUA, com a possível identificação de fundamentação populista na forma de governar de ambos Governos.

No **terceiro** capítulo, falou-se das principais demandas judiciais de correlação com decisões do Presidente da República do Brasil durante a pandemia. Nesta ceara, foi abordada a base legal e principiológica dos direitos constitucionais, que devem ser a referência para os Poderes, principalmente em tempos pandêmicos. Tratou-se do papel do Judiciário como contrapeso e freio durante a pandemia.

Por fim, no **quarto** capítulo, trouxemos sugestões de medidas para redução de impactos globais e nacionais dos efeitos deletérios de pandemia, de forma a contribuir para que imagine-se avanços para o Brasil e para a Nação, em direção à redução impactos por pandemia que impliquem em uma crise global.

Descritos os passos deste TCC, avançamos ao primeiro capítulo, cujo objetivo principal é entender o fenômeno da pandemia pela Covid-19, as políticas públicas necessárias para o enfrentamento da pandemia e os discursos e atos da Presidência da República do Brasil e dos EUA a este respeito.





## 2 A PANDEMIA PELO VÍRUS DA COVID-19 E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NECESSÁRIAS AO ENFRENTAMENTO

Neste primeiro capítulo, será feita uma introdução do que seria a pandemia pela Covid-19, com o cenário atual pandêmico e político no Brasil e nos EUA. Mais adiante, falaremos do fenômeno das *fake news*, combatido por uns e defendido outros que, justamente, chefiam os Estados Democráticos brasileiro e estadunidense.

### 2.1 A pandemia pelo vírus da Covid-19

É importante iniciarmos com uma descrição da pandemia pelo vírus da Covid-19. Compreendendo-se primeiro a pandemia e a proporção que ela tomou, pode-se inferir melhor, em momento posterior, os discursos e decisões da Presidência da República do Brasil a este respeito, com suas influências nas políticas públicas e na atuação do Judiciário.

A pandemia pelo vírus da Covid-19 (Sars-CoV-2) abalou o mundo inteiro, em razão dos dilemas para a prevenção de colapso da saúde, por aumento abrupto de internações hospitalares demandando respiradores mecânicos, com a evolução da doença à uma Síndrome de Desconforto Respiratório Agudo – SDRA, ou até mesmo à morte. Ainda não há tratamento ou cura deste vírus,<sup>47</sup><sup>48</sup> e vacinas estão sendo estudadas.

No Brasil, os estudos de vacina estão em fase pré-clínica, aos cuidados de estudiosos da Universidade de São Paulo – USP e do Laboratório de Imunologia do

---

<sup>47</sup> PINHEIRO, Chloé. Coronavírus: corrida pela cura da Covid-19. **Veja**, São Paulo, 16 maio 2020. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/a-corrida-pela-cura-da-covid-19/>. Acesso: 21 maio 2020

<sup>48</sup>



Instituto do Coração (Incor). Após esta fase, os pesquisadores poderão começar a testar a vacina em pessoas voluntárias<sup>49</sup>.

O grupo de pessoas em risco de desenvolverem complicações mais sérias ou até mesmo a morte em razão da Covid-19 inclui os idosos, portadores de doenças crônicas, como por exemplo Diabetes Mellitus – DM e Hipertensão Arterial Sistêmica – HAS, e portadores de asma, segundo um estudo publicado no *British Medical Journal*.<sup>50</sup>

Auxilia na prevenção a boa higiene das mãos e, na recuperação, os hábitos saudáveis, como atividades físicas regulares, alimentação equilibrada, hidratação e boa rotina de sono<sup>51</sup>. Para a OMS, o isolamento social é imprescindível, enquanto a curva de contaminação do gráfico de casos em cada localidade não achar, <sup>52</sup> tal como ainda é a situação do Brasil.

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD alertou que a renda *per capita* global em 2020 deve cair 4%, diante das mais de 300 mil mortes pela Covid-19 no mundo. Quanto ao Índice de Desenvolvimento Humano - IDH, pela primeira vez, desde sua criação em 1990, estima-se um retrocesso dos níveis mundiais de saúde, educação e de padrão de vida, devido a pandemia<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> VACINA brasileira contra a Covid-19 entra em fase de testes em animais. **Bem Estar/G1**, Rio de Janeiro, 4 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/vacina/noticia/2020/06/04/vacina-brasileira-contra-a-covid-19-entra-em-fase-de-testes-em-animais.ghtml>. Acesso: 5 jun. 2020

<sup>50</sup> *British Medical Journal* apud PINHEIRO, Chloé. Coronavírus: novos dados sobre grupos de risco. **Veja**, São Paulo, 31 mar. 2020. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/coronavirus-novos-dados-sobre-grupos-de-risco/>. Acesso: 22 maio 2020

<sup>51</sup> PINHEIRO, Chloé. Coronavírus: novos dados sobre grupos de risco. **Veja**, São Paulo, 31 mar. 2020. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/coronavirus-novos-dados-sobre-grupos-de-risco/>. Acesso: 22 maio 2020

<sup>52</sup> OMS RECOMENDA cautelada na flexibilização do isolamento social. **Senado Federal**, Brasília, 27 abr. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2020/04/oms-recomenda-cautelada-na-flexibilizacao-do-isolamento-social>. Acesso em: 28 abr. 2020

<sup>53</sup> COVID-19: Desenvolvimento Humano deve retroceder pela primeira vez desde 1990. **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD**, Nova York, EUA, 20 maio 2020. Disponível em:



No Brasil, das 20 cidades com maior índice de mortalidade pela Covid-19, 15 situam-se na região norte e 5 estão na região nordeste, sendo que,<sup>54</sup> até o dia 4 de junho de 2020, 614.941 casos foram confirmados, ocorrendo 34.021 mortes<sup>55</sup> Nos EUA, houve 1.851.520 casos confirmados, e 107.175 mil mortes<sup>56</sup>.

Portanto, a pandemia pela Covid-19 têm proporções extremamente perigosas ao mundo e ao Brasil. Para entender melhor, no próximo tópico, abordaremos quais as políticas públicas necessárias ao enfrentamento da Covid-19, recomendáveis ao Brasil e aos EUA, e como tem sido o trabalho destes dois Governos neste campo.

## 2.2 As políticas públicas necessárias ao enfrentamento da Covid-19 no Brasil e nos EUA

Neste tópico, faremos uma abordagem das políticas públicas principais que o Brasil e os EUA fizeram ou deveriam ter feito, e como tem sido o *feedback* deste trabalho do Governos de ambos Estados, durante a pandemia.

Conforme a Diretrizes das Nações Unidas de resposta socioeconômica diante da crise causada pela Covid-19, recomenda-se cinco etapas prioritárias a se fortalecer durante a pandemia: *i*) proteger o sistema de saúde; *ii*) proteger a condição social; *iii*) proteger os empregos, as empresas e os trabalhadores informais; *iv*) dar

---

<https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2020/covid-19--desenvolvimento-humano-deve-retroceder-pela-primeira-v.html>. Acesso: 30 maio 2020

<sup>54</sup> CASOS de coronavírus e número de mortes no Brasil em 22 de maio. **G1**, Rio de Janeiro 22 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/05/22/casos-de-coronavirus-e-numero-de-mortes-no-brasil-em-22-de-maio.ghtml>. Acesso: 22 maio 2020

<sup>55</sup> NÚMERO de mortes no Brasil passa o da Itália e chega a 34.021; país agora é o 3º do mundo com mais óbitos. **Bem Estar/G1**, Rio de Janeiro, 4 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/06/04/brasil-tem-34021-mortes-por-coronavirus-diz-ministerio.ghtml>. Acesso: 5 jun. 2020

<sup>56</sup> CORONAVÍRUS: ritmo de contágios e mortes nos EUA desacelera. **Veja**, São Paulo, 4 jun. 2020. <https://veja.abril.com.br/mundo/ritmo-de-contagios-e-mortes-por-coronavirus-nos-eua-desacelera/>. Acesso: 4 jun. 2020



acesso à todos às políticas macroeconômicas; v) promover a paz, a boa governança e a confiança, buscando uma coesão social<sup>57</sup>.

Neste sentido, fizeram-se necessárias medidas emergenciais simultâneas no campo de saúde, assistência social e de economia,<sup>58</sup> tais como as recomendadas pela OMS. Estas foram, principalmente, o isolamento social, o fechamento de comércios, e a suspensão de aulas e de todos os serviços públicos não essenciais.<sup>59</sup>

A Organização Pan-Americana da Saúde - OPAS demonstrou preocupação com os dilemas em torno destas medidas, de proteger a população e os meios de vida, equilibrando as decisões dos chefes de Estado com as recomendações de seus respectivos ministros da Saúde e da Economia, com o avanço da pandemia<sup>60</sup>.

Três meses após o primeiro caso no Brasil<sup>61</sup> e quase seis meses após o início do surto pela Covid-19 na China,<sup>62</sup> o Brasil e os EUA passam por dificuldades em implementar todas as medidas necessárias no combate à Covid-19.

---

<sup>57</sup> COVID-19: Desenvolvimento Humano deve retroceder pela primeira vez desde 1990. **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD**, Nova York, EUA, 20 maio 2020. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2020/covid-19--desenvolvimento-humano-deve-retroceder-pela-primeira-v.html>. Acesso: 30 mai2020

<sup>58</sup> DIRETORA da OPAS pede que países abordem emergências de saúde, social e econômica à medida que COVID-19 se espalha nas Américas. **Organização Pan-americana de Saúde**, Brasília, 12 maio 2020. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6167:diretora-da-opas-pede-que-paises-abordem-emergencias-de-saude-social-e-economica-a-medida-que-covid-19-se-espalha-nas-americas&Itemid=812](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6167:diretora-da-opas-pede-que-paises-abordem-emergencias-de-saude-social-e-economica-a-medida-que-covid-19-se-espalha-nas-americas&Itemid=812). Acesso: 29 maio 2020

<sup>59</sup> QUAL o valor jurídico das recomendações da Organização Mundial de Saúde? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/direito-pos-graduacao-qual-valor-juridico-recomendacoes-oms-pandemia>. Acesso: 29 maio 2020

<sup>60</sup> DIRETORA da OPAS pede que países abordem emergências de saúde, social e econômica à medida que COVID-19 se espalha nas Américas. **Organização Pan-americana de Saúde**, Brasília, 12 maio 2020. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6167:diretora-da-opas-pede-que-paises-abordem-emergencias-de-saude-social-e-economica-a-medida-que-covid-19-se-espalha-nas-americas&Itemid=812](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6167:diretora-da-opas-pede-que-paises-abordem-emergencias-de-saude-social-e-economica-a-medida-que-covid-19-se-espalha-nas-americas&Itemid=812). Acesso: 29 maio 2020

<sup>61</sup> BARROS, Lorena. De “não é isso tudo” à “tubaina”: veja falas de Bolsonaro sobre Covid-19. **IG**, 20 maio 2020. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2020-05-20/de-nao-e-isso-tudo-a-tubaina-veja-falas-de-bolsonaro-sobre-covid-19.html>. Acesso: 22 maio 2020



Para entender melhor, faremos uma abordagem do cenário atual de políticas públicas preconizadas, implementadas ou não, no Brasil e os EUA, durante a pandemia. Este cenário é demonstrado conforme a perspectiva: *i)* econômica; *ii)* de saúde e *iii)* social, para facilitar a compreensão.

Abaixo, segue o cenário econômico, no Brasil, nos EUA e no mundo, objeto de grande preocupação a partir da pandemia, e tema em muitas demandas que chegaram ao Judiciário brasileiro.

### *2.2.1 Cenário Econômico*

A pandemia pela Covid-19, influenciou em grandes proporções a economia no Brasil e no mundo. A preocupação com a situação da economia nacional, é o principal argumento de Jair Messias Bolsonaro em contrapor-se à medidas de isolamento social e fechamento de escolas e comércios. Por esta razão, trataremos deste tema, de forma a possibilitar um melhor entendimento de todo o contexto.

Abaixou consideravelmente a previsão do Produto Interno Bruto - PIB e a expectativa de inflação para 2020, no Brasil, em uma projeção de 6,25%. O PIB é um parâmetro da situação econômica, obtido do coeficiente a partir do cálculo da soma dos bens e serviços produzidos pelo Estado, lançado no relatório "Focus", divulgado pelo Banco Central – BC<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> CAI número de novas infecções da Covid-19 na China após foco em Wuhan. **O Globo**, Rio de Janeiro, 12 maio 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/cai-numero-de-novas-infeccoes-da-covid-19-na-china-apos-foco-em-wuhan-24422544>. Acesso: 15 maio 2020

<sup>63</sup> MARTELLO, Alexandre. Analistas do mercado estimam tobo de 6,25% para o PIB em 2020. **G1**, Brasília, 01 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/06/01/analistas-do-mercado-estimam-tombo-de-625percent-para-o-pib-em-2020.ghtml>. Acesso: 01 jun. 2020



No setor econômico, o Governo ainda não socorreu os empresários brasileiros durante a pandemia por este vírus. No dia 29 de maio de 2020, Paulo Guedes, ministro da Economia, reconheceu, que não chegaram aos empresários as medidas de crédito inicialmente anunciadas pelo Governo, necessárias para garantir empregos<sup>64</sup>

Na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Mensal - PNAD, do IBGE, divulgada em 28 de maio de 2020, observou-se um aumento de 12,5% na taxa de desemprego, de fevereiro a março. Ou seja, 12,8 milhões de pessoas desempregadas, além de 5 milhões de postos de emprego fechados. Este aumento foi 1,3% maior do que em relação ao último trimestre de 2019<sup>65</sup>.

Já nos EUA, com o registro de mais de 100 mil mortos pela Covid-19, desde o final de maio de 2020, segundo a Universidade Johns Hopkins, o maior número de mortes no mundo por este vírus, houve grandes mudanças na economia deste país, que encolheu 4,8% no primeiro trimestre de 2020, prevendo-se uma queda aproximada de 30% no PIB deste país, no segundo trimestre de 2020<sup>66</sup>.

São números não vistos desde o crash da Bolsa em 1929, em um período conhecido como a Grande Depressão. A taxa de desemprego nos EUA em abril de

---

<sup>64</sup> NUNES, Maíra e CARDIM, Maria Eduarda. Três meses após primeiro caso de covid-19, Brasil passa de 25 mil mortes. **Correio Braziliense**, Brasília, 28 maio 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/05/28/interna-brasil,858876/tres-meses-apos-primeiro-caso-de-covid-19-brasil-passa-de-25-mil-mort.shtml>. Acesso: 29 maio 2020

<sup>65</sup> DIAS, Roger. Taxa de desemprego cresce para 12,5%, com queda recorde na ocupação. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 28 maio 2020. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/05/28/internas\\_economia,1151622/taxa-de-desemprego-cresce-para-12-5-com-queda-recorde-na-ocupacao.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/05/28/internas_economia,1151622/taxa-de-desemprego-cresce-para-12-5-com-queda-recorde-na-ocupacao.shtml). Acesso: 29 maio 2020

<sup>66</sup> CORONAVÍRUS nos EUA: 3 mudanças drásticas causadas pela pandemia no país que chegou a 100 mil mortos. **BBC News/G1**, Rio de Janeiro, 28 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/05/28/coronavirus-nos-eua-3-mudancas-drasticas-causadas-pela-pandemia-no-pais-que-chegou-a-100-mil-mortos.ghtml>. Acesso: 29 maio 2020



2020 cresceu para 14,7%. Em março de 2020, cerca de 40 milhões de estadunidenses recorreram ao seguro-desemprego<sup>67</sup>

Destarte, a pandemia pela Covid-19 abalou toda o Brasil e nos EUA. Esta é grande preocupação da Presidência da República brasileira e estadunidense, colocando em um cabo de guerra Jair Messias Bolsonaro, que defende normalização da livre iniciativa para retomar a economia, contra cientistas e representantes de governos locais, que defendem o isolamento social e o fechamento de sedes do que não for serviço essencial.<sup>68</sup>

O que vem prevalecendo, é prestigiar a defesa da saúde da população, por mais que decorra à perdas econômicas para os mais diversos setores<sup>69</sup>. Sendo assim, conheceu-se melhor o lado dos reflexos econômicos e, com as contribuições contidas no tópico a seguir, será possível conhecer o cenário da saúde durante a pandemia, a maior preocupação da OMS, da população e de cientistas, no Brasil e no mundo. Estas duas vertentes, econômica e de saúde, são constantemente colocadas em debate pelos Poderes Executivo e Judiciário.

### 2.2.2 *Cenário da Saúde*

Há uma verdadeira crise mundial decorrente da pandemia. É preciso entender o que isto significa, para, mais a diante, trazer-se o que tem-se discutido amplamente e o que tem-se judicializado, afim de prevalecer os interesse da coletividade e da saúde pública, em detrimento do particular. Deste modo, pode-se debater quanto à

---

<sup>67</sup> Ibidem

<sup>68</sup> MURAKAWA, Fabio; DI CUNTO, Raphael. Na pandemia, Bolsonaro privilegia a economia. **Valor Econômico**, Brasília, 25 maio 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/05/25/na-pandemia-bolsonaro-privilegia-a-economia.ghtml>. Acesso: 03 jun. 2020

<sup>69</sup> VIAPIANA, Tábata. Concessionária não é serviço essencial na epidemia, diz desembargador do TJ-SP. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-18/concessionaria-nao-essencial-epidemia-desembargador>. Acesso: 03 jun. 2020



atuação do STF para fazer prevalecer os decretos estaduais, distritais e municipais, quanto às normas específicas de combate à pandemia, com base no pacto federativo.

No final de maio de 2020, os estados brasileiros do Rio de Janeiro, Pará, Ceará e Pernambuco, quatro dos seis estados que registram mais de mil mortes pela Covid-19, sofrem com uma taxa 80% de ocupação das unidades de terapia intensiva - UTIs. A previsão é de que o Brasil fique sem vagas em UTIs na primeira semana de julho de 2020, estimando-se a data 2 de julho de 2020 como de pico de casos no Brasil<sup>70</sup>.

Em uma estimativa, por pesquisadores da Universidade de Brasília - UnB com apoio da Organização Panamericana de Saúde - OPAS, observou-se uma taxa de ocupação de 74% de leitos de UTI no Brasil, revelando que seriam necessários mais 678.182 leitos de UTIs para atender os pacientes quando o Brasil atingir o auge de casos confirmados da Covid-19. Com a média de 50% de isolamento social no final de maio de 2020, prevê-se que o Brasil fique sem leitos com respiradores na primeira semana de agosto<sup>71</sup>.

Quando a pandemia provoca um choque no sistema de saúde, os prestadores de serviços em saúde ficam obrigados a separar os pacientes que demandam atendimento de acordo com elementos subjetivos, como a idade e a expectativa de vida. Isto, para os estadunidenses, era esperado apenas em situações de guerra, na linha de frente<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> LIMA, Bruna e CARDIM, Maria Eduarda. COVID-19: Sem isolamento social, Brasil corre o risco de ficar sem UTI em julho. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 29 maio 2020. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2020/05/29/interna\\_nacional,1151809/covid-19-sem-isolamento-brasil-corre-risco-ficar-sem-uti-em-julho.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2020/05/29/interna_nacional,1151809/covid-19-sem-isolamento-brasil-corre-risco-ficar-sem-uti-em-julho.shtml). Acesso: 29 maio 2020

<sup>71</sup> Ibidem

<sup>72</sup> DAVIS, Mike; HARVEY, David; BIHR, Alain; ZIBECHI, Raúl; BADIOU, Alain; ZIZEK, Slavoj. Coronavírus e a luta de classes. **Terra sem Amos**: Brasil, 2020. Disponível em: <https://terrasemamos.files.wordpress.com/2020/03/coronavc3adrus-e-a-luta-de-classes-tsa.pdf>. Acesso: 25 abr. 2020





Um dos motivos para o despreparo da RAS brasileira para situações da pandemia, é o total desmonte do sistema de saúde, nestes 40 anos de neoliberalismo nas Américas do Norte e do Sul e na Europa, com uma total indiferença da indústria farmacêutica em fazer pesquisas de prevenção<sup>73</sup>.

Outro motivo, é o contingenciamento dos investimentos em saúde pública, que vigora para até o ano de 2036, a partir da Emenda Constitucional - EC 95/2016. O art. 106 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, trouxe um novo regime fiscal para seguridade social. O art. 107 do ADCT, prevê a consideração de aplicações mínimas em saúde, a atualizar apenas com base no Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA. Assim, limita-se as despesas primárias da saúde, sem mais o cálculo do orçamento financeiro do exercício subsequente levando-se em conta uma análise das necessidades de gastos essenciais em saúde<sup>74</sup>

O pleno do Conselho Nacional de Saúde – CNS, através da Recomendação nº 022, de 09 de abril de 2020, recomendou ao Congresso Nacional que revogasse a EC 95/2016 e que aprovasse medidas urgentes e efetivas de apoio aos estados e municípios e liberação de créditos. Ao Governo Federal, o CNS recomendou que esta liberação de créditos ocorra com agilidade, para possibilitar a realização de medidas sanitárias e de proteção social no combate à pandemia<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> DAVIS, Mike; HARVEY, David; BIHR, Alain; ZIBECHI, Raúl; BADIOU, Alain; ZIZEK, Slavoj. Coronavírus e a luta de classes. **Terra sem Amos**: Brasil, 2020. Disponível em: <https://terrasemamos.files.wordpress.com/2020/03/coronavc3adrus-e-a-luta-de-classes-tsa.pdf>. Acesso: 25 abr. 2020

<sup>74</sup> CAVALVANTE, Denise Lucena; PEREIRA, Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva; SOUS, Thanderson Pereira de. Uma Análise Financeira do Gasto em Saúde no Brasil. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**. v. 6, n.1, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.25245/rdsp.v6i1.427>. Acesso: 02 jun. 2020

<sup>75</sup> CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE – CNS. **Recomendação nº 022, de 09 de abril de 2020. Brasília. 9 abr. 2020**. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1112-recomendac-a-o-n-022-de-09-de-abril-de-2020>. Acesso: 30 maio 2020



Diante destas necessidades, o Governo Federal expediu um projeto de decreto legislativo para a declaração de estado de calamidade pública em razão da pandemia.<sup>76</sup> O Senado Federal o aprovou, durante uma sessão virtual inédita, no dia 20 de março de 2020. Destarte, o Decreto Legislativo nº 6<sup>77</sup> entrou em vigor.

Demais medidas de enfrentamento da pandemia pela Covid-19 fundamentaram-se principalmente nas competências paralelas dos entes da Federação, pelos estados, DF e municípios, idealizadas quando não pensava-se no poder destrutivo de uma pandemia nas proporções da causada pela Covid-19.

Estas competências são: *i*) concorrente, no âmbito da saúde e da assistência pública (art. 23, II, CRFB), e *ii*) compartilhada, para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, CRFB). As dificuldades dos entes da Federação seguem,<sup>78</sup> em aplicar as políticas públicas necessárias e em tempo hábil, fazendo-se importante repensar-se as disposições legais, de forma a garantir a aplicação dos direitos e garantias em tempos de crise.

Por fim, observa-se que a crise instaurada pela pandemia da Covid-19, ameaça os interesses da coletividade e a saúde pública. É importante entender isso, para, mais a diante, debatermos o perfil de discurso do Presidente do Brasil e a atuação do STF para fazer prevalecer as decisões estaduais, distritais e municipais, no combate à pandemia.

A seguir, falaremos do cenário social. O setor de assistência social também é duramente afetado. Buscando amenizar esta realidade, o Judiciário tomou decisões,

---

<sup>76</sup> BRASIL, Congresso Nacional. **Decreto legislativo nº 6, de 20 de março de 2020**. Brasília, 20 mar. 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-legislativo-249090982>. Acesso: 30 maio 2020

<sup>77</sup> Ibidem

<sup>78</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. Emergência sanitária constitucional no contexto federativo. **Jota**, São Paulo, 12 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/emergencia-sanitaria-constitucional-no-contexto-federativo-12042020>. Acesso: 30 maio 2020



por mais que confrontasse com o Executivo, na intenção de diminuir os impactos sociais.

### 2.2.3 *Cenário Social*

Trataremos a seguir como deve funcionar as políticas no setor, já que as consequências sociais com a pandemia são alarmantes no Brasil, e o sistema de Justiça tomou decisões com esta preocupação, impondo medidas ao Governo Federal que amenizem a crise social.

No Brasil, os serviços públicos de assistência social prestados pela administração direta e indireta, e por convênios com organizações sem fins lucrativos, são organizados no Sistema Único de Assistência Social – Suas, para todos os entes da Federação, ou seja, União, estados, DF e municípios.<sup>79</sup>

Ele faz parte da Política Nacional de Assistência Social - PNAS, destinada à assistência em casos de vulnerabilidades e riscos sociais e pessoais, conforme preconizado na Lei Orgânica de Assistência Social - LOAS, e em portarias ministeriais da União.<sup>80</sup> O que a LOAS e portarias ministeriais não previam, era um plano emergencial para casos de crise social, como uma pandemia, por exemplo.

Em 15 de março de 2020 apareceu o primeiro caso confirmado de morte pela Covid-19 no Brasil,<sup>81</sup> quatro dias após a OMS declarar como pandemia, e quatro

---

<sup>79</sup> O QUE é Sistema Único de Assistência Social (Suas)? **Filantropia**, São Paulo. Disponível em: <https://www.filantropia.org/conteudo.php?id=2813>. Acesso: 30 maio 2020

<sup>80</sup> CONSELHO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. **Resolução n°191, de 10 de novembro de 2005**. Ministério do Desenvolvimento Social. Brasília, 10 de novembro de 2005. Disponível em: [http://www.mds.gov.br/cnas/viii-conferencia-nacional/manual-orientador/legislacao\\_resolucao-cnas-191-2005.pdf/download](http://www.mds.gov.br/cnas/viii-conferencia-nacional/manual-orientador/legislacao_resolucao-cnas-191-2005.pdf/download). Acesso: 30 maio 2020

<sup>81</sup> BARROS, Lorena. De “não é isso tudo” à “tubaina”: veja falas de Bolsonaro sobre Covid-19. **IG**, 20 maio 2020. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2020-05-20/de-nao-e-isso-tudo-a-tubaina-veja-falas-de-bolsonaro-sobre-covid-19.html>. Acesso: 22 maio 2020



meses após o primeiro caso da doença, na China<sup>82</sup>. A partir daí, os casos só aumentavam e o Presidente do Brasil não demonstrou apoio ao isolamento social que governadores e prefeitos determinavam, para preservação da vida, e não apresentou uma medida que garantisse uma diminuição dos impactos sociais<sup>83</sup>.

Por esta e outras razões, o Conselho Federal da OAB, através da ADPF 672/DF, pleiteou, além de outras coisas, que o Presidente da República fosse instado a implementar, com urgência, benefícios emergenciais em favor de assistência social aos mais vulneráveis. A decisão do ministro Alexandre de Moraes favoreceu este pedido na cautelar, em 1º de abril de 2020<sup>84</sup>.

Após esta decisão, este sistema foi fortalecido com a MP nº953, de 16 de abril de 2020, que abriu um crédito de R\$ 2,5 bilhões.<sup>85</sup> O Governo Federal criou o ‘auxílio emergencial’, um benefício financeiro de proteção social durante a pandemia. Ele é direcionado à pessoas desempregadas e autônomas, trabalhadores informais e Microempreendedores Individuais - MEI.<sup>86</sup>

Com o auxílio emergencial, os benefícios seriam ofertados, por três meses, da seguinte forma: *i*) duas pessoas da mesma família poderiam receber R\$ 600,00; *ii*) uma mulher, única provedora de recursos financeiros em uma família, poderia receber

---

<sup>82</sup> PRIMEIRO contágio pelo coronavírus teria acontecido em novembro, diz jornal. **Uol**, São Paulo, 13 mar. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2020/03/13/jornal-afirma-que-o-primeiro-contagio-da-covid-19-na-china-ocorreu-em-novembro.htm>. Acesso: 31 maio 2020

<sup>83</sup> BARROS, Lorena. De “não é isso tudo” à “tubaina”: veja falas de Bolsonaro sobre Covid-19. **IG**, 20 maio 2020. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2020-05-20/de-nao-e-isso-tudo-a-tubaina-veja-falas-de-bolsonaro-sobre-covid-19.html>. Acesso: 22 maio 2020

<sup>84</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 672/DF**. Requerente: CFOAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 8 abr. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso: 27 mar. 2020

<sup>85</sup> BRASIL. **Governo amplia ações de assistência social durante pandemia**. Brasília, 7 maio 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2020/05/governo-amplia-acoes-de-assistencia-social-durante-pandemia>. Acesso: 30 maio 2020

<sup>86</sup> AUXÍLIO Emergencial do Governo Federal. **Caixa Econômica Federal**, Brasília, 2020. Disponível em: <https://auxilio.caixa.gov.br/#/inicio>. Acesso: 30 maio 2020



R\$1.200,00<sup>87</sup>. Até 29 de maio de 2020, o programa beneficiou 58,6 milhões de brasileiros, num investimento de R\$ 76,6 bilhões do Governo Federal<sup>88</sup>.

Porém, diversos brasileiros, por meras exigências formais e burocráticas, não conseguem ter acesso a este benefício e, em alguns casos, nem mesmo a política pública alguma. É o caso, por exemplo, de milhões de brasileiros que não teriam a documentação exigida para a concessão, por nunca terem recebido nem se quer uma Certidão de Nascimento, e, conseqüentemente, nunca terem expedido um Registro Geral – RG (carteira de identidade); Cadastro de Pessoa Física – CPF. Este grupo vive sem serviço público algum, em acentuada vulnerabilidade,<sup>89</sup> em violação pelo Estado do que prevê o art. 5º, inc. LXXVI, alínea a, da CRFB.

Mulheres únicas provedoras financeiras de famílias monoparentais, têm dificuldade em conseguir participar. A organização Parto do Princípio protocolou no dia 18 de maio de 2020, no Ministério Público Federal do Estado de São Paulo, uma denúncia neste sentido. Em razão disto, a procuradora Lisiane Braecher proferiu um despacho, para o Ministério da Cidadania esclarecer sobre as alegações e informar quais as providências tomaria e para garantir o acesso destas ao programa<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> AUXÍLIO Emergencial do Governo Federal. **Caixa Econômica Federal**, Brasília, 2020. Disponível em: <https://auxilio.caixa.gov.br/#/inicio>. Acesso: 30 maio 2020

<sup>88</sup> BRASIL. Governo Federal finaliza pagamento da segunda parcela do Auxílio Emergencial a integrantes do Bolsa Família. **Ministério da Cidadania**. Brasília, 29 maio 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/noticias-e-conteudos/desenvolvimento-social/governo-federal-finaliza-pagamento-da-segunda-parcela-do-auxilio-emergencial-a-integrantes-do-bolsa-familia>. Acesso: 30 maio 2020

<sup>89</sup> MILHÕES de brasileiros não têm nenhum documento de identificação. **Jornal Nacional/G1**, Rio de Janeiro, 16 maio, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/05/16/milhoes-de-brasileiros-nao-tem-nenhum-documento-de-identificacao.ghtml>. Acesso: 30 maio 2020

<sup>90</sup> ANTUNES, Leda. Coletivo de mulheres denuncia ao MPF irregularidades na concessão do auxílio emergencial para mães solo. **O Globo**, Rio de Janeiro, 21 maio 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/celina/coletivo-de-mulheres-denuncia-ao-mpf-irregularidades-na-concessao-do-auxilio-emergencial-para-maes-solo-24438568>. Acesso: 31 maio 2020



Na busca por fazer este e outros públicos alvo alcançarem o auxílio emergencial, a Advocacia-Geral da União – AGU, junto ao Ministério da Cidadania e à Caixa Econômica Federal - CEF, acordaram que deve-se aprimorar os procedimentos para a concessão de benefício, de forma a ajudar as pessoas que necessitam, em tempo hábil e haver diminuição de demandas judicializadas<sup>91</sup>.

Entendendo o cenário social tido na pandemia até então, grave no Brasil, pode-se, mais à diante, conhecer em que contexto o Presidente do Brasil firma sua forma de governar, sugestivamente populista, que falaremos no tópico a seguir. Esta é uma forma de tratar bem do papel exercido pelo Judiciário, quando demandado, impondo medidas emergenciais durante a pandemia, inclusive no campo social.

### **2.3 Os discursos e atos dos Presidentes da República do Brasil e dos EUA quanto à pandemia pela Covid-19**

Durante a pandemia provocada pelo vírus da Covid-19, a Presidência da República do Brasil e dos EUA resistiram à adoção de medidas emergências em prevenção, assistência social e financeira<sup>92</sup>. Enquanto recebiam críticas por não atenderem à estas necessidades da população, ambos atacaram as lideranças legislativas e os governadores, através da imprensa e de suas redes sociais, com aparentes fundamentos populistas. Isso influenciou nas políticas públicas, e, no caso

---

<sup>91</sup> ACORDO prevê prazo de 20 dias para análise de pedidos de auxílio emergencial. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 maio 2020. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-mai-31/analise-pedidos-auxilio-emergencial-feita-20-dias?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](https://www.conjur.com.br/2020-mai-31/analise-pedidos-auxilio-emergencial-feita-20-dias?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook). Acesso: 31 maio 2020

<sup>92</sup> FONTAINHA, Fernando de Castro; LIMA, Amanda Evelyn Cavalcanti de; FERNANDES, Pedro de Araújo. O Judiciário da pandemia. **Jota**, 15 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/judiciario-e-sociedade/o-judiciario-da-pandemia-15052020>. Acesso: 21 maio 2020



do Brasil, ameaçou a Democracia, ao trazer um discurso contra as instituições democráticas.<sup>93</sup>

Em um processo histórico, o Brasil é influenciado pelos EUA, conforme entende a doutrina<sup>94</sup>. O próprio federalismo, nasceu com a Constituição norte-americana de 1787. Para a doutrina, seria basicamente a união de coletividades políticas autônomas<sup>95</sup>. Trata-se de um poder central, autônomo em suas ações,<sup>96</sup> em cada estado federado.

É um Governo Federal independente das vontades destes entes subnacionais<sup>97</sup>. O Brasil e os EUA adotam esta forma de estado federado, ou seja, possuem uma união indissolúvel de seus entes<sup>98</sup>.

Outra influência dos EUA no Brasil, se dá na adoção da forma República. Para a doutrina, Aristóteles descreveu a uma República como uma das três formas básicas de governo, que seria um governo em que o povo governa no interesse do

---

<sup>93</sup> SANCHES, Mariana e MAGENTA, Matheus. Bolsonaro e Trump radicalizam: as semelhanças entre os líderes na pandemia de coronavírus. **BBC News Brasil**, Washington, Londres, 20 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52361730>. Acesso: 22 maio 2020

<sup>94</sup> RABAT, Márcio Nuno. A Federação: Centralização e Descentralização do Poder Político no Brasil. **Câmara Legislativa**, Brasília, 2002. p. 4. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema3/207708.pdf>. Acesso: 27 abr. 2020

<sup>95</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. v.1. p. 104

<sup>96</sup> RABAT, Márcio Nuno. A Federação: Centralização e Descentralização do Poder Político no Brasil. **Câmara Legislativa**, Brasília, 2002. p. 4. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema3/207708.pdf>. Acesso: 27 abr. 2020

<sup>97</sup> RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. Relações internacionais federativas no Brasil. **Dados**, Rio de Janeiro, 2018. v. 51, n. 4, p. 1015-1034. Disponível em <https://doi.org/10.1590/S0011-52582008000400007>. Acesso: 28 abr. 2020

<sup>98</sup> RABAT, Márcio Nuno. A Federação: Centralização e Descentralização do Poder Político no Brasil. **Câmara Legislativa**, Brasília, 2002. p. 7. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema3/207708.pdf>. Acesso: 27 abr. 2020



povo. Diferentemente, as outras duas formas, são a monárquica, onde o governo seria de um só, e a aristocrática, de governo de mais de um, mas de poucos<sup>99</sup>.

A primeira grande República instaurou-se nos EUA em 1776, segundo a doutrina<sup>100</sup>. Pouco depois, em 1889, houve a proclamação da República no Brasil e, seguidos dois anos, teve-se a Constituição do Brasil, incorporando aspectos da constituição estadunidense<sup>101</sup>.

O Brasil é uma República Federativa, nesta ordem, enquanto que os EUA é uma Federação Republicana, como bem diferenciou o ex-ministro Carlos Ayres Britto<sup>102</sup>. A República Federativa do Brasil - RFB, objetivou descentralizar poderes como forma de resolver o problema do estado unitário, e a norte-americana, objetivou centralizar poderes para solucionar as dificuldades de uma confederação<sup>102</sup>.<sup>103</sup>

Para a Doutrina, uma Constituição, tem como causa criadora e recriadora, o poder emanado do povo, como um instrumento de ordem e de progresso social. Ela é formada por um complexo de normas, escritas ou provenientes de costumes, de conteúdo acerca da conduta humana a partir de relações em sociedade, tais como referentes à política, economia, religião, dentre outras, na finalidade de realizar

---

<sup>99</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. São Paulo: Malheiros. v.1. p. 101, 44, 2014

<sup>100</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicolas e PASQUINO, Gian Franco. **Dicionário De Política**. 11. ed. Brasília: UnB. v. 1. p. 658-659, 1983

<sup>101</sup> RABAT, Márcio Nuno. A Federação: Centralização e Descentralização do Poder Político no Brasil. **Câmara Legislativa**. Brasília, 2002. p. 4. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema3/207708.pdf>. Acesso: 27 abr. 2020

<sup>102</sup> RABAT, Márcio Nuno. A Federação: Centralização e Descentralização do Poder Político no Brasil. **Câmara Legislativa**. Brasília, 2002. p. 13. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema3/207708.pdf>. Acesso: 27 abr. 2020

<sup>103</sup>





valores da razão de existência da comunidade, aprecia-se junta à totalidade da vida social, conectando-se à comunidade<sup>104</sup>.

A atual CRFB, promulgada em 5 de outubro de 1988, foi classificada como dogmática, por ter sido elaborada por órgão constituinte. Ela sintetizou os dogmas e ideias fundamentais<sup>105</sup> de redemocratização, para perpetuar o fim do golpe militar que a precedeu, conforme a teoria política e de Direito, dominantes no momento<sup>106</sup>.

Entretanto, não foi com este mesmo espírito democrático que Jair Messias Bolsonaro expressou-se em uma reunião ministerial, no dia 22 de abril de 2020, cuja a sua gravação foi divulgada em 22 de maio, por decisão do ministro Celso de Mello<sup>107</sup>. O Presidente disse:

"Nós queremos fazer cumprir o artigo 142 da Constituição. Todo mundo quer fazer cumprir o artigo 142 da Constituição. E, havendo necessidade, qualquer dos Poderes pode, né? Pedir às Forças Armadas que intervenham para restabelecer a ordem no Brasil".<sup>108</sup>

Desde então, cada vez mais manifestações antidemocráticas, de grupos simpatizantes a Jair Messias Bolsonaro, defendem uma intervenção militar no presente cenário nacional, afirmando que o art. 142 da CRFB permitiria às Forças Armadas pátrias, o poder de intervir contra o Poder Judiciário, caso o Presidente do

---

<sup>104</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. São Paulo: Malheiros. V.1. p. 41, 2014

<sup>105</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. São Paulo: Malheiros. V.1. p. 42, 43, 2014

<sup>106</sup> PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck. *Intervenção Militar é Golpe: é só ler a Constituição*. **Jota**, Rio de Janeiro, São Paulo, 02 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/intervencao-militar-e-golpe-e-so-ler-a-constituicao-02062020>. Acesso: 3 jun. 2020

<sup>107</sup> ESTÃO usando as Forças Armadas como partido e isso é uma grave ofensa", diz Gilmar. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-25/usando-forcas-armadas-partido-isso-ofensa-gilmar>. Acesso: 4 jun. 2020

<sup>108</sup> BOLSONARO, Jair Messias apud O QUE é o artigo 142 da Constituição, que Bolsonaro citou ao pedir intervenção das Forças Armadas. **BBC/G1**, Rio de Janeiro, 2 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/02/o-que-e-o-artigo-142-da-constituicao-que-bolsonaro-citou-ao-pedir-intervencao-das-forcas-armadas.ghtml>. Acesso: 4 jun. 2020



Brasil entendesse que tal Poder estaria extrapolando sua competência<sup>109</sup>. Abaixo, o caput de tal dispositivo:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem<sup>110</sup>. (CRFB)

Esta é uma interpretação de grave equívoco, ao colocar a força acima dos procedimentos. Viola a razão de ser de uma Constituição e a literalidade de seu texto normativo, sendo um entendimento sem consenso mínimo no meio científico. Na verdade, tal dispositivo constitucional deixou bem transcrito que as Forças Armadas devem ‘guardar’ a CRFB e seu poder de processar e julgar<sup>111</sup>:

“Nas infrações penais comuns, o Presidente da República” e “e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica”, bem como “o mandado de segurança (...) contra atos do Presidente da República” e “as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros.”<sup>112</sup>

Para Constitucionalistas, o Presidente estaria atuando como um ‘Poder Moderador’<sup>113</sup>, um conceito de Poder entre os poderes estatais, como uma chave da

---

<sup>109</sup> PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck. *Intervenção Militar é Golpe: é só ler a Constituição*. Jota, Rio de Janeiro, São Paulo, 02 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/intervencao-militar-e-golpe-e-so-ler-a-constituicao-02062020>. Acesso: 3 jun. 2020

<sup>110</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 27 abr. 2020

<sup>111</sup> PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck. *Intervenção Militar é Golpe: é só ler a Constituição*. Jota, Rio de Janeiro, São Paulo, 02 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/intervencao-militar-e-golpe-e-so-ler-a-constituicao-02062020>. Acesso: 3 jun. 2020

<sup>112</sup> *Ibidem*

<sup>113</sup> IURISDICAS. *O art. 142 da CF, dito por Bolsonaro, autoriza intervenção das Forças Armadas?* Instagram, 3 jun. 2020. Disponível em: [https://www.instagram.com/p/CA\\_PT\\_5jFPn/?igshid=199poz4rjdd6r](https://www.instagram.com/p/CA_PT_5jFPn/?igshid=199poz4rjdd6r). Acesso: 3 jun. 2020



organização política, estabelecido a partir do art. 98 da Constituição Política do Império do Brasil, *jurada* em 25 de março de 1824. À época, este Poder tinha o objetivo de manter-se o Imperador no trono, conforme transcrito no caput do dispositivo:

“Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.”<sup>114</sup>”

O fato é que seria inconstitucional usar as Forças Armadas em intervenção ao exercício dos Poderes, já que estes são independentes entre si, conforme prevê o art. 2º da CRFB<sup>115</sup>. A Constituição nacional que vigora, estabelece limites da atuação de Poderes, além de fixar o regime político<sup>116</sup>.

Além disso, o Brasil adota o sistema presidencialista, o que também é por influência norte-americana, tendo por base a separação dos poderes em Poder

---

<sup>114</sup>BRASIL [Constituição (1824)]. Constituição Política do Imperio Do Brazil, de 25 de março de 1824. Rio de Janeiro, 25 mar. 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso: 4 jun. 2020

<sup>115</sup>IURISDICAS. O art. 142 da CF, dito por Bolsonaro, autoriza intervenção das Forças Armadas? Instagram, 3 jun. 2020. Disponível em: [https://www.instagram.com/p/CA\\_PT\\_5jFPn/?igshid=199poz4rjdd6r](https://www.instagram.com/p/CA_PT_5jFPn/?igshid=199poz4rjdd6r). Acesso: 3 jun. 2020

<sup>116</sup>SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36 ed. São Paulo: Malheiros. v.1. p. 45, 2014



Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário,<sup>117,118</sup> como estabelece o art. 2<sup>a</sup> da CRFB. Conforme o § 4<sup>o</sup> inciso III do art. 60, CRFB,<sup>119</sup> é uma cláusula pétreia.

O art. 1<sup>o</sup> da CRFB<sup>120</sup> prevê ainda que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Para a doutrina, este possui o poder de transformação do *status quo*, para um processo de convivência social em sociedade livre, justa e solidária (art. 3<sup>o</sup> inciso I da CRFB), com um poder que emana, não só do povo, como também para o povo (art. 1<sup>o</sup> § único, CRFB).<sup>120121</sup> Além de participativa e pluralista, deve pressupor um diálogo entre opiniões e pensamentos que divergem-se<sup>122</sup>.

Há uma grande dificuldade em encontrar plenamente isto no Governo de Jair Messias Bolsonaro que, diante de seu comportamento autoritário<sup>123</sup> de ataques insolentes a adversários, projeta-se como autoridade maior, sem argumentos lógicos.<sup>124</sup>

Mais um exemplo disso, foi a expressão adotada por ele em outro pronunciamento oficial, no dia 24 de abril de 2020, quando intitulou-se como um ‘chefe soberano’, quando disse que a Polícia Federal – PF se preocupava mais com

---

<sup>117</sup> CARDOZO, José Eduardo: entrevista [21 abr. 2020]. Entrevistador: L. Attuch. José Eduardo Cardozo: ditadura nunca mais! TV 247/Youtube. 21 abr. 2020. 1 Vídeo (55 m 22 s). Disponível em: <https://youtu.be/XAxFeU4BVFA>. Acesso 21 abr. 2020

<sup>118</sup> SILVA, Luis Fernando Sales. Sistema Presidencialista. Jusbrasil. Bahia, 2017. Disponível em: <https://luisfernandosales19.jusbrasil.com.br/artigos/444206758/sistema-presidencialista?ref=feed>. Acesso: 26 abr. 2020

<sup>119</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal:Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 27 abr. 2020.

<sup>120</sup> Ibidem.

<sup>120</sup> Ibidem

<sup>121</sup>

<sup>122</sup> SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36 ed. São Paulo: Malheiros, v.1. p. 121, 2014

<sup>123</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Rio de Janeiro: Zahar, 2018



Marielle do que com ele,<sup>124</sup> uma vereadora no Rio de Janeiro pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, assassinada no dia 14 de março de 2018, em um período em que fazia oposição à violência da Polícia Militar<sup>125</sup>.

Na verdade, chefe soberano seria se o nosso modelo fosse de forma monárquica, conforme descrito acima pelo entendimento de Aristóteles. Os governos de Hitler e Stalin, são dois exemplos de forma monarquia absolutista e de regime autocrático<sup>126</sup>.

A soberania é o grande fundamento da República, estabelecida no art. 1º de nossa Carta Magna<sup>127</sup>. Todos os entes são soberanos, e a União representará tal soberania nas relações internacionais, conforme prevê o art. 4ª da CRFB<sup>128</sup>. Porém, a União em si não possui soberania, vide art. 18 da CRFB<sup>129</sup>. Toda autoridade, só na Constituição deve encontrar fundamento, e nela confere Poderes e competências governamentais, em razão de termos uma Constituição rígida<sup>130</sup> Ela é a Lei Maior.

---

<sup>124</sup> VEJA e leia a íntegra do pronunciamento de Bolsonaro sobre a saída de Moro do governo. G1, Brasília, 24 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/24/veja-e-leia-a-integra-do-pronunciamento-de-bolsonaro-sobre-a-saida-de-moro-do-governo.ghtml>. Acesso: 26 abr. 2020

<sup>125</sup> CARBONARI, Pâmela. Quem foi Marielle Franco, a vereadora executada no Rio. Superinteressante. São Paulo. 15 mar. 2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/sociedade/quem-foi-marielle-franco-a-vereadora-executada-no-rio/>. Acesso: 30 maio 2020

<sup>126</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicolas e PASQUINO, Gian Franco. Dicionário De Política. 11. ed. Brasília: UnB. v. 1. p. 741-742, 1256, 1983

<sup>127</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 27 abr. 2020

<sup>128</sup> Ibidem

<sup>129</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 27 abr. 2020

<sup>130</sup> SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36 ed. São Paulo: Malheiros, v.1. p. 48, 2014



Destarte, o Presidente da República e todos os entes devem respeito ao que é estabelecido nela, conforme aduz o art. 78 da CRFB<sup>131132</sup>. Para a doutrina, são objetivos de Constituições, estabelecer o modo de aquisição do poder. Neste sentido, a soberania é exercida pelo voto, conforme consta no art. 14<sup>133</sup> da CRFB. Os governantes são eleitos pelo povo para ficarem por um período transitório, enquanto que a CRFB vigora permanentemente<sup>134</sup>.

Justamente, para garantir o sucesso do atual sistema brasileiro, existe o sistema de freios e contrapesos, para garantir o equilíbrio entre os Três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, um poder controla o outro e os três dependem entre si, conforme o art. 2º da CRFB<sup>135</sup>.

Ainda que o Presidente da República ocupe ao mesmo tempo as funções de chefe de Estado (representante da nação) e de Chefe de Governo (que administra o país)<sup>136</sup>, necessariamente o Poder Executivo deve ser exercido não só por ele, como também por seus ministros de Estado, como prevê o art. 76 da CRFB<sup>137</sup>, como bem

---

<sup>131</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 27 abr. 2020

<sup>132</sup>

<sup>133</sup> Ibidem

<sup>134</sup> BRITTO, Carlos Ayres: entrevista [25 abr. 2020]. Entrevistadora: L. Ribeiro. Ex-ministro do STF Ayres Britto comenta saída de Sérgio Moro do Ministério da Justiça. G1. 1 Vídeo (11 min 37 seg). Rio de Janeiro, 25 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/globonews/jornal-globonews/video/ex-ministro-do-stf-ayres-britto-comenta-saida-de-sergio-moro-do-ministerio-da-justica-8509493.ghtml>. Acesso: 27 abr. 2020

<sup>135</sup> PISKE, Oriana, SARACHO, Antônio Benites. Considerações sobre a Teoria dos Freios e Contrapesos (Checks and Balances System). Brasília, 2018. Disponível em:  
<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>. Acesso: 27 abr. 2020

<sup>136</sup> SISTEMA Presidencialista. Jusbrasil. Bahia. Disponível em:  
<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/289833/sistema-presidencialista>. Acesso: 27 abr. 2020

<sup>137</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 27 abr. 2020



observou o ex-ministro Carlos Ayres Britto<sup>138</sup>. Portanto, nem no próprio Poder Executivo, o Presidente da República é um “chefe soberano”, já que ele deve obedecer a CRFB.

Perceber, à luz da Constituição, estas peculiaridades nos discursos e atos dos Presidentes da República durante a pandemia pela Covid-19, são de grande importância acadêmica, para entender-se como seria possível sugerir haver fundamentação populista e qual o contexto jurídico deste cenário, ao que foi judicializado, por alguma razão.

Destarte, podemos, mais adiante, tratar com clareza da atuação do Judiciário. Nas ADPF’s 668/DF<sup>139</sup> e 669/DF<sup>140</sup>, o Juízo decidiu favoravelmente à proibição de investimento e divulgação de campanha contra o isolamento social, que era a intenção de Jair Messias Bolsonaro. Na ADPF 672/DF<sup>141</sup> e na ADI 6.341/DF,<sup>142</sup> respectivamente, defendeu-se cautelarmente que o Governo Federal tome medidas de saúde e de assistência social com harmonia entre os Três Poderes e, reconheça a competência concorrente dos estados, DF e municípios imponem restrições à

---

<sup>138</sup> BRITTO, Carlos Ayres: entrevista [25 abr. 2020]. Entrevistadora: L. Ribeiro. Ex-ministro do STF Ayres Britto comenta saída de Sérgio Moro do Ministério da Justiça. **G1**. 1 Vídeo (11 min 37 seg). Rio de Janeiro, 25 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/globonews/jornal-globonews/video/ex-ministro-do-stf-ayres-britto-comenta-saida-de-sergio-moro-do-ministerio-da-justica-8509493.ghtml>. Acesso: 27 abr. 2020

<sup>139</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 668**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos – CNTM. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884082>. Acesso em: 31 mar. 2020

<sup>140</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 669**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Luís Roberto Barroso. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>. Acesso: 31 mar. 2020

<sup>141</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 672**. Requerente: CFOAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 8 abr. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso: 27 mar. 2020

<sup>142</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 6.341**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista - PDT. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 24 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso: 26 abr. 2020



circulação de pessoas, bens e serviços, blindando estes entes de interferências pelo Presidente.

Faz parte também de nossa temática, tratar das publicações de *'fake news'* pelos Presidentes da República Jair Messias Bolsonaro e Donald Trump, durante a pandemia. No Brasil, houve judicialização a respeito, e há características de estratégia populista nestas práticas, já que, muitas vezes, desdenham da ciência em defesa das próprias convicções. Sendo assim, o próximo tópico traz evidências no que refere-se à *'fake news'*, correlatas à ambas autoridades.<sup>143</sup>

## 2.4 As publicações de *'fake news'* pelos Presidentes da República Jair Messias Bolsonaro e Donald Trump, durante a pandemia

Uma outra característica dos discursos dos Presidentes da República do Brasil e dos EUA, aliada à falta de argumentos, é o uso amplo de argumentos falsos. Nas *'fake news'*, *'notícias falsas'*, em português, notícias inverídicas são divulgadas, principalmente na internet<sup>144</sup>. No que refere-se a saúde pública, as *'fake news'* tornam-se ainda mais preocupantes, evidenciando que a Lei 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, ainda não coibi de fato atos ilícitos neste sentido<sup>145</sup>.

Há uma série de falsas informações disseminadas em redes sociais, como em grupos de aplicativos Whatsapp, Instagram e Twitter, divulgadas inclusive por

---

<sup>143</sup> MOUNK, Yascha: entrevista [abr. 2020]. Entrevistadora: IDOETA, Paula Adamo. Pandemia pode enfraquecer populismo nos EUA e no Brasil, diz pesquisador de democracias **BBC News Brasil**, São Paulo, 12 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52100135>. Acesso: 01 jun. 2020

<sup>144</sup> CONTI, Thomas V. **Crise Tripla do Covid-19: um olhar econômico sobre políticas públicas de combate à pandemia**. São Paulo, 06 abr. 2020. Disponível em: <http://thomasvconti.com.br/pubs/coronavirus/>. Acesso: 22 maio 2020

<sup>145</sup> FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes. *Fake news*, coronavírus e o atual cenário brasileiro. **Consultor Jurídico** São Paulo, 28 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-28/wevertton-flumignan-fake-news-coronavirus-atual-cenario-brasileiro>. Acesso: 29 maio 2020





lideranças do governo, minando a confiança às medidas de enfrentamento da pandemia, levando mais gente à morte pela Covid-19<sup>146</sup>.

Através de uma conta na rede social Instagram, o Presidente da República do Brasil, Jair Messias Bolsonaro, têm feito publicações consideradas *fake news*. Durante a pandemia, o Instagram chegou à ocultar uma postagem feita por ele, e identificar que tratava-se de conteúdo falso, no dia 11 de maio.<sup>147</sup>

A publicação ocultada, informava de forma inverídica, dentre outras coisas, o número de mortes por razões respiratórias no estado do Ceará, como se tivesse tido uma queda entre 16 de março e 10 de maio de 2020, comparando com o mesmo período do ano de 2019. Na verdade, os números cresceram de 1.976 mortes para 2.639 mortes, em um aumento de 33%. Na postagem falsa, questionava-se o "por que em 2019 não teve o mesmo alarde" que em 2020, ano em que o Brasil sofre pela pandemia<sup>148</sup>. Coincidência ou não, faz parte de modelos populistas, ignora as verdades tragas pela ciência.<sup>149</sup>

Quase que ao mesmo tempo, os presidentes do Brasil e dos EUA, manifestaram-se firmemente contra o combate à *fake news*, encontrando-se ambos em um contexto de beneficiarem-se politicamente com estas publicações

---

<sup>146</sup> CONTI, Thomas V. **Crise Tripla do Covid-19: um olhar econômico sobre políticas públicas de combate à pandemia**. São Paulo, 06 abr. 2020. Disponível em: <http://thomasvconti.com.br/pubs/coronavirus/>. Acesso: 22 maio 2020

<sup>147</sup> BOLSONARO compartilha conteúdo falso, e Instagram oculta postagem do presidente. **G1**, Rio de Janeiro, 12 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/05/12/bolsonaro-compartilha-conteudo-falso-e-instagram-oculta-postagem-do-presidente.ghtml>. Acesso: 28 maio 2020

<sup>148</sup> BOLSONARO compartilha conteúdo falso, e Instagram oculta postagem do presidente. **G1**, Rio de Janeiro, 12 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/05/12/bolsonaro-compartilha-conteudo-falso-e-instagram-oculta-postagem-do-presidente.ghtml>. Acesso: 28 maio 2020

<sup>149</sup> MOUNK, Yascha: entrevista [abr. 2020]. Entrevistadora: IDOETA, Paula Adamo. Pandemia pode enfraquecer populismo nos EUA e no Brasil, diz pesquisador de democracias **BBC News Brasil**, São Paulo, 12 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52100135>. Acesso: 01 jun. 2020



enganosas.<sup>150</sup><sup>151</sup> O Facebook e o Instagram, têm tomado medidas contra as *fake news* em seus sistemas, inclusive sobre a Covid-19, já que esperar uma decisão judicial pode atingir o objetivo pleiteado em razão do tempo maior que este procedimento demoraria<sup>152</sup>.

Entretanto, no dia 28 de maio de 2020, no caso dos EUA, Trump assinou um decreto que questiona a lei de proteção das redes sociais contra *fake news*, através de uma revisão na interpretação da lei que protege empresas como Facebook e Twitter contra processos na Justiça por seus usuários<sup>153</sup>.

No dia seguinte, o Twitter marcou em uma mensagem de Trump que ela seria enaltecadora de violência. Esta referia-se a protestos em Minneapolis-EUA, contra a morte de um homem negro, chamado George Floyd, em uma abordagem que sugere excesso de força física, por parte de um policial<sup>154</sup>. Isto só inflou mais a revolta deste

---

<sup>150</sup> PONTUAL, Jorge: entrevista [28 maio 2020]. Entrevistadora: R. Lo Prete. Trump assina decreto que questiona proteção legal das redes sociais. São Paulo, Nova York: **Jornal da Globo/Globoplay**. 28 maio 2020. 1 vídeo (1 min. 53 seg.). Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/8587946/>. Acesso: 29 maio 2020.

<sup>151</sup> BOLSONARO defende impor limites e descumprir ordens que ele considera absurdas. **Jornal Nacional/G1**, Rio de Janeiro, 28 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/05/28/bolsonaro-defende-impor-limites-e-descumprir-ordens-que-ele-considera-absurdas.ghtml>. Acesso: 29 maio 2020

<sup>152</sup> FLUMIGNAN, Wéverton Gabriel Gomes. *Fake news*, coronavírus e o atual cenário brasileiro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-28/wevertton-flumignan-fake-news-coronavirus-atual-cenario-brasileiro>. Acesso: 29 maio 2020

<sup>153</sup> PONTUAL, Jorge: entrevista [28 maio 2020]. Entrevistadora: R. Lo Prete. **Trump assina decreto que questiona proteção legal das redes sociais**. São Paulo/Nova York: Jornal da Globo/Globoplay. 28 maio 2020. 1 vídeo (1 min. 53 seg.). Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/8587946/>. Acesso: 29 maio 2020

<sup>154</sup> TWITTER marca mensagem de Trump sobre protestos de Minneapolis por glorificar a violência. **G1**, Rio de Janeiro, 29 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/05/29/twitter-marca-mensagem-de-trump-sobre-protestos-de-minneapolis-por-enaltecere-a-violencia.ghtml>. Acesso: 29 maio 2020



presidente com o combate à *fake news*,<sup>155</sup> um sinal de que ignorar a verdade seria o melhor, nada mais que uma forma de governar aparentemente populistas.<sup>156</sup>

Em prol de investigação destas publicações de *fake news*, parlamentares brasileiros instauraram no Congresso Nacional – CN a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – ‘CPMI da *Fake News*’, logo após o STF abrir um inquérito para tanto. Evidências recentes apontariam para uma provável ligação destes ataques aos dois filhos do presidente, também parlamentares, que estariam por trás de um chamado “gabinete de ódio”, que estaria atacando adversários políticos do Presidente do Brasil, de dentro do Palácio do Planalto<sup>157</sup>.

No Inquérito do STF, de número 4.781, o ministro Alexandre de Moraes autorizou diversas diligências, dia 27 de maio de 2020, para investigar as informações falsas e os ataques às instituições democráticas, como o STF e o Congresso Nacional, em sites e redes sociais digitais.<sup>158</sup> O fundamento foi de que haveria indícios de um esquema de financiamento para o impulsionamento em grande espectro destas publicações na internet por cinco empresários, com o apoio de blogueiros e

---

<sup>155</sup> PONTUAL, Jorge: entrevista [28 maio 2020]. Entrevistadora: R. Lo Prete. Trump assina decreto que questiona proteção legal das redes sociais. São Paulo, Nova York: **Jornal da Globo/Globoplay**. 28 maio 2020. 1 vídeo (1 min. 53 seg.). Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/8587946/>. Acesso: 29 maio 2020

<sup>156</sup> MOUNK, Yascha: entrevista [abr. 2020]. Entrevistadora: IDOETA, Paula Adamo. Pandemia pode enfraquecer populismo nos EUA e no Brasil, diz pesquisador de democracias **BBC News Brasil**, São Paulo, 12 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52100135>. Acesso: 01 jun. 2020

<sup>157</sup> SALDAÑA, Paulo. É liberdade de expressão, diz Bolsonaro sobre suposto esquema de *fake news* ligado ao filho. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 27 abr. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/e-liberdade-de-expressao-diz-bolsonaro-sobre-suposto-esquema-de-fake-news-ligado-ao-filho.shtml>. Acesso: 28 abr. 2020

<sup>158</sup> NOTA do Gabinete do Ministro Alexandre de Moraes. **Supremo Tribunal Federal – STF**. Brasília, 27 maio 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=444198&ori=1>. Acesso: 28 maio 2020



influenciadores digitais defensores do presidente Jair Messias Bolsonaro,<sup>159</sup> o que incluía até mesmo ameaças de morte contra ministros do STF.<sup>160</sup>

É um padrão à modelos populistas, desdenhar instituições democráticas, como o STF, residindo aí um risco à Democracia<sup>161</sup>. No dia 28 de maio, o Presidente do Brasil disse, em uma *live* (transmissão ao vivo) no Facebook:

"Só 'prá' complementar, se aparecer aí uma terceira vaga — espero que ninguém desapareça —, o Augusto Aras entra fortemente na terceira vaga<sup>162</sup>."

Augusto Aras é o Procurador-Geral da República – PGR. No dia 26, dois dias antes desta *live*, Aras formalizou um pedido, ao ministro do STF Edson Fachin, pela suspensão do inquérito em tela, tendo seu pedido negado pelo ministro Alexandre de Moraes, por mais que, antes disso, em outubro de 2019, Aras tivesse declarado não ver ilegalidade e defendido a participação de seu setor nestas investigações<sup>163</sup>.

Desde 1988, quando foi promulgada a CRFB que vigora, nenhum Chefe de Estado e de Governo indicou um PGR para o STF. Aras demonstrou desconforto em

---

<sup>159</sup> INQUÉRITO aponta cinco supostos financiadores de esquema de *fake news* e ataques a autoridades. **G1**, Brasília, 27 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/27/inquerito-aponta-cinco-supostos-financiadores-de-esquema-de-fake-news-e-ataques-a-autoridades.ghtml>. Acesso: 28 maio 2020.

<sup>160</sup> INQUÉRITO do STF já investigou ameaças de incendiar plenário e matar ministros. **Jornal Nacional/G1**, Rio de Janeiro, 28 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/28/inquerito-do-stf-ja-investigou-ameacas-de-incendiar-plenario-e-matar-ministros.ghtml>. Acesso 29 maio 2020

<sup>161</sup> MOUNK, Yascha: entrevista [abr. 2020]. Entrevistadora: IDOETA, Paula Adamo. Pandemia pode enfraquecer populismo nos EUA e no Brasil, diz pesquisador de democracias **BBC News Brasil**. São Paulo, 12 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52100135>. Acesso: 01 jun. 2020

<sup>162</sup> RODRIGUES, Mateus. Bolsonaro diz que pode indicar Aras para o STF 'se aparecer uma terceira vaga'. **G1**, Brasília, 28 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/28/bolsonaro-diz-que-pode-indicar-aras-para-o-stf-se-aparecer-uma-terceira-vaga.ghtml>. Acesso: 31 maio 2020

<sup>163</sup> SADI, Andreia; PARREIRA, Marcelo. Aras pede a Fachin para suspender tramitação do inquérito das *fake News*. **Blog da Andréia Sadi/G1**, Rio de Janeiro, 27 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/blog/andreia-sadi/post/2020/05/27/aras-pede-a-fachin-para-suspender-tramitacao-do-inquerito-das-fakenews.ghtml>. Acesso: 29 maio 2020



razão desta declaração de Jair Messias Bolsonaro, em uma publicação no site do Ministério Público Federal – MPF<sup>164</sup>.

Faz-se importante notar que em abril de 2019, a então PGR Raquel Dodge, pediu o arquivamento deste inquérito, que também teve seu pedido negado<sup>165</sup>. Raquel Dodge, considerava este inquérito ilegal, por passar por cima das atribuições do Ministério Público<sup>166</sup>.

O Presidente Jair Messias Bolsonaro posicionou-se atualmente contra esta operação com tom de ameaça, dizendo que ele iria impor limites a isto.<sup>167</sup> Ele disse tratar-se de uma censura às mídias sociais, e de atentado às liberdades individuais e de expressão.<sup>168,169</sup> O Presidente do Brasil, em uma *live* feita no Facebook dia 28 de maio de 2020, disse que a operação em tela seria inconstitucional, e sem base legal, tendo como alvo “pessoas de bem” que o apoiam.<sup>170</sup>

---

<sup>164</sup> AUGUSTO Aras manifesta desconforto com promessa de vaga no Supremo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 maio 2020. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-mai-30/augusto-aras-reitera-compromisso-mpf-nota-publica?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](https://www.conjur.com.br/2020-mai-30/augusto-aras-reitera-compromisso-mpf-nota-publica?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook). Acesso: 31 maio 2020

<sup>165</sup> PF CUMPRE mandados de busca e apreensão em inquérito que investiga ofensas ao STF. **Migalhas**, 27 maio 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/327727/pf-cumpre-mandados-de-busca-e-apreensao-em-inquerito-que-investiga-ofensas-ao-stf>. Acesso: 29 maio 2020

<sup>166</sup> INQUÉRITO do STF sobre fake news: entenda as polêmicas da investigação que provoca atrito entre Bolsonaro e a Corte. **BBC News**, Londres, 27 maio 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52824346>. Acesso: 29 maio 2020

<sup>167</sup> BOLSONARO defende impor limites e descumprir ordens que ele considera absurdas. **Jornal Nacional/G1**, Rio de Janeiro, 28 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/05/28/bolsonaro-defende-impor-limites-e-descumprir-ordens-que-ele-considera-absurdas.ghtml>. Acesso: 29 maio 2020

<sup>168</sup> VERDÉLIO, Andreia. Ação contra *fake news* é para censurar mídias sociais, diz Bolsonaro. **Agência Brasil – EBC**, Brasília, 28 maio 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2020-05/acao-contra-fake-news-e-para-censurar-midias-sociais-diz-bolsonaro>. Acesso: 28 maio 2020

<sup>169</sup> SALDANA, Paulo. É liberdade de expressão, diz Bolsonaro sobre suposto esquema de *fake news* ligado ao filho. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 27 abr. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/e-liberdade-de-expressao-diz-bolsonaro-sobre-suposto-esquema-de-fake-news-ligado-ao-filho.shtml>. Acesso: 28 abr. 2020

<sup>170</sup> GOMES, Bianca. Inquérito das fake news ‘não tem base legal’ e é ‘inconstitucional’, afirma Bolsonaro. **O Estado de S.Paulo**, São Paulo, 28 maio



Fazendo-se uma análise jurídica, pode-se identificar possíveis irregularidades neste inquérito. Conforme o Código Penal – CP brasileiro, estas ameaças aos ministros do STF, poderiam enquadrarem-se no art. 147 do CP, desde que procedendo-se mediante representação destes ministros, conforme consta no art. 145, parágrafo único do CP<sup>171</sup>.

Entretanto, pode ser que haja razão na fala de Bolsonaro em considerar inconstitucional este inquérito, já que não há notícia de representação destes ofendidos. A competência para instaurar inquérito é de delegado, uma autoridade policial, conforme prevê o Código de Processo Penal – CPP, em seu artigo 5<sup>o</sup><sup>172</sup>, por investigação conduzida pelo Ministério Público – MP<sup>173</sup>.

Porém, o inquérito nº 4.781 do STF, foi instaurado com fundamentação no art. 43 do Regimento Interno - RI do STF:

"Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro."<sup>174</sup>

Fazendo-se uma análise da base legal desta operação, pode-se entender que trata-se de uma interpretação extensiva deste dispositivo, já que partiu-se de RI, sendo que o objeto do crime não seria, na verdade, na sede e nem nas dependências do

---

2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,inquerito-das-fake-news-nao-tem-base-legal-e-e-inconstitucional-afirma-bolsonaro,70003318070>. Acesso: 29 maio 2020

<sup>171</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Brasília, 7 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso: 29 maio 2020

<sup>172</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasília, 3 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso: 29 maio 2020

<sup>173</sup> IURISDICAS. **Bolsonaro: inquérito das Fake News “não tem base legal”. Isso é verdade?** Instagram, 29 maio 2020. Disponível em:

<https://www.instagram.com/p/CAxvEKbDCVv/?igshid=14a7nxa4fika6>. Acesso: 30 maio 2020

<sup>174</sup> PF CUMPRE mandados de busca e apreensão em inquérito que investiga ofensas ao STF. **Migalhas**. 27 maio 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/327727/pf-cumpre-mandados-de-busca-e-apreensao-em-inquerito-que-investiga-ofensas-ao-stf>. Acesso: 29 maio 2020



STF<sup>175</sup>. Outro ponto a observar-se, é o fato de o Ministro Dias Toffoli ter simplesmente nomeado o ministro Alexandre de Moraes para a relatoria deste inquérito, sem uma distribuição automática ou qualquer sorteio<sup>176</sup>.

Sendo assim, pode-se sugerir haver uma ‘queda de braço’ entre lideranças que apoiam a Presidência da República do Brasil e lideranças do Judiciário. De um lado, o Poder Executivo propaga e beneficia-se de *fake news* em agrado a seus eleitores, e do outro o Judiciário, ameaçado e vendo ser ameaçada a Democracia.

Não só é um risco à Democracia, como é à saúde do povo brasileiro, em plena pandemia. Como bem foi anunciado pelo *The Economist*, no início de 2020, as epidemias podem ser menos letais em países que sejam democráticos, em razão da liberdade de informação,<sup>177</sup> um direito coletivo protegido pela CRFB, em seu art. 5º, inciso XIV e art. 220, em seu § 1º<sup>178</sup>.

Destarte, faz-se ainda mais necessária a atuação do Poder Judiciário, dentro da legalidade, e do Poder Legislativo, de forma a prever melhor em dispositivo legal o combater à *fake news*, podendo tomar como exemplos bons a Alemanha e a França<sup>179</sup>.

---

<sup>175</sup> JURISDICAS. **Bolsonaro: inquérito das Fake News “não tem base legal”. Isso é verdade?** Instagram, 29 maio 2020. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CAxvEKbDCVv/?igshid=14a7nxa4fika6>. Acesso: 30 maio 2020.

<sup>176</sup> INQUÉRITO do STF sobre fake news: entenda as polêmicas da investigação que provoca atrito entre Bolsonaro e a Corte. **BBC News**, Londres, 27 maio 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52824346>. Acesso: 29 maio 2020

<sup>177</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa **A Cruel Pedagogia do Vírus**. Coimbra: Almedina, 2020. Disponível em: <https://www.cpalsocial.org/documentos/927.pdf>. Acesso: 28 abr. 2020

<sup>178</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 27 abr. 2020

<sup>179</sup> FLUMIGNAN, Wéverton Gabriel Gomes. *Fake news*, coronavírus e o atual cenário brasileiro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-28/wevertton-flumignan-fake-news-coronavirus-atual-cenario-brasileiro>. Acesso: 29 maio 2020



### 3 O FUNDAMENTO POPULISTA E OS DISCURSOS E ATOS DOS PRESIDENTES DA REPÚBLICA DO BRASIL E DOS EUA

As falas e atos reiterados de Jair Messias Bolsonaro, Presidente da República do Brasil, lembram a retórica de governos populistas, que baseia-se em agradar os eleitores e governar de acordo com suas manifestações. Ao que demonstra-se, o atual governo estadunidense também parecem seguir essa linha populista.

Assim ocorreu no governo de Getúlio Vargas, que no Estado Novo, em nome do nacionalismo e da industrialização, minimizou as contradições de classes, travestindo-se na preocupação com a ‘paz social’, a ‘harmonia das classes’ e a ‘aliança entre o capital e o trabalho’<sup>180</sup>.

Os discursos do Presidente do Brasil e dos EUA repercutem de forma polêmica, pelo linguajar e pelas expressões peculiares e em total desacordo com o que se espera em termos de postura e de observância às recomendações de prevenção em saúde, principalmente pelo Presidente do Brasil. Eles costumam discursarem atacando o adversário como uma estratégia de vencer um debate, que mais parece com a estratégia dialética que objetiva, de modo insolente, atacar o adversário pessoalmente, conforme escreveu o filósofo Arthur Schopenhauer, que viveu entre 1788 e 1860<sup>181</sup>.

Este comportamento autoritário também pode ser entendido como de “negação da legitimidade dos oponentes políticos”, nas palavras da importante obra “Como as Democracias Morrem”, de Levitsky e Ziblatt. Isto, diante desta pandemia, configurou-se como se todos que se opõem a seus comportamentos e ideias, seriam

---

<sup>180</sup> BARROS, Edgar Luís. Populismo. **Fundação Getúlio Vargas** – FGV, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdac/acervo/dicionarios/verbete-tematico/populismo>. Acesso: 27 abr. 2020

<sup>181</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de ter razão**: exposta em 38 estratégias: organização e ensaio de Franco Volpi. São Paulo: Martins Fontes, 2005





rivais e constituiriam uma ameaça ao modo de vida, sem adotar qualquer base de fundamentação lógica em tais discursos<sup>182</sup>.

No dia em que antecedeu o primeiro caso confirmado de morte no Brasil em razão do vírus da Covid-19, o Presidente brasileiro, em 16 de março de 2020, declarou que a pandemia não seria “isso tudo que dizem”, mas sim que estariam fazendo uma “histeria” a respeito. No dia seguinte, ele cumprimentou com aperto de mão e tirou fotos como *selfies com* manifestantes em Brasília-DF, que estavam em evento que pedia o fechamento do STF<sup>183</sup>.

Em uma só situação, observa-se vários elementos que podem indicar que o Governo de Jair Messias Bolsonaro tem fundamentação populista, já que ele busca desconstruir tudo o que as autoridades de saúde e de governo firmam a respeito da pandemia<sup>184</sup>.

Para a doutrina, o sistema nacional-populista propõem uma ideologia global de liderança carismática com uma mobilização de massa de pessoas em um todo, politizando, invocando o nacionalismo em ordem de grandeza, pregando uma política de armamento e prolongando artificialmente a tensão.<sup>185</sup> Tudo isto, vê-se na forma de governar de Jair Messias Bolsonaro, como a campanha dele pelo armamento da população,<sup>186</sup> a tensão entre os Poderes<sup>187</sup> e a falta de base científica e

<sup>182</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018

<sup>183</sup> BARROS, Lorena. De “não é isso tudo” à “tubaina”: veja falas de Bolsonaro sobre Covid-19. **IG**, 20 maio 2020. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2020-05-20/de-nao-e-isso-tudo-a-tubaina-veja-falas-de-bolsonaro-sobre-covid-19.html>. Acesso: 22 maio 2020

<sup>184</sup> MOUNK, Yascha: entrevista [abr. 2020]. Entrevistadora: IDOETA, Paula Adamo. Pandemia pode enfraquecer populismo nos EUA e no Brasil, diz pesquisador de democracias **BBC News Brasil**, São Paulo, 12 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52100135>. Acesso: 01 jun. 2020

<sup>185</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicolas e PASQUINO, Gian Franco. **Dicionário De Política**. 11. ed. Brasília: UnB, v. 1. p. 640, 1983

<sup>186</sup> GULLINO, Daniel. Bolsonaro promete a apoiadores mais medidas de flexibilização de armas. **O Globo**, São Paulo, 4 jun. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/bolsonaro-promete-apoiadores-mais-medidas-de-flexibilizacao-de-armas-24462130>. Acesso: 5 jun. 2020

<sup>187</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O Judiciário, a interferência e a separação de poderes. **Consultor**



procedimentação padrão no discurso, características típicas de Governo de fundamentação populista.

Outro exemplo, é que os presidentes da república do Brasil e dos EUA defendem o uso de cloroquina no tratamento da Covid-19, por mais que não haja comprovação aceitável de sua eficácia, ao entendimento de cientistas da saúde<sup>188</sup>. Em razão divergências à esta opinião do presidente do Brasil, ocorreram duas saídas de Ministro de Saúde do Brasil. O primeiro, Luiz Henrique Mandetta, foi demitido da pasta, também por defender o isolamento social,<sup>189</sup> enquanto que o segundo, Nelson Teich, pediu demissão<sup>190</sup>. Sem formalmente a nomeação de nenhum ministro à esta pasta, por quase 20 dias subsequentes, Eduardo Pazuello é oficializado ministro interino da Saúde<sup>191</sup>.

Durante uma *live*, na noite de 19 de maio de 2020, Bolsonaro fez uma piada sobre o uso de cloroquina, afirmando que “*Quem é de direita toma cloroquina; quem é de esquerda toma tubaína*”. Na ocasião, ele falava do novo protocolo para utilização de cloroquina no combate à Covid-19 no Brasil, dizendo que “*quem quiser tomar, que tome*<sup>192</sup>”.

---

**Jurídico**, São Paulo, 4 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/renato-silveira-judiciario-interferencia-separacao-poderes>. Acesso: 5 jun. 2020

<sup>188</sup> GRAGNANI, Juliana. Coronavírus: o que dizem os estudos publicados sobre cloroquina, defendida por Bolsonaro e Trump. **BBC News Brasil**. Londres. 19 maio 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52686122>. Acesso em: 19 maio 2020

<sup>189</sup> SANTOS, Philipe. Bolsonaro livra agente público de punição por erro na pandemia da covid-19. **CorreioBraziliense**, Brasília, 15 maio 2020. Disponível em: [https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/14/interna\\_politica,854667/bolsonara-o-livra-agente-publico-de-punicao-por-erro-pandemia-covid-19.shtml](https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/14/interna_politica,854667/bolsonara-o-livra-agente-publico-de-punicao-por-erro-pandemia-covid-19.shtml). Acesso: 19 maio 2020

<sup>190</sup> Ibidem

<sup>191</sup> Há quase 20 dias no cargo, Pazuello é oficializado ministro interino da Saúde. **G1**, Brasília, 3 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/03/ha-quase-vinte-dias-no-cargo-pazuello-e-oficializado-ministro-interino-da-saude.ghtml>. Acesso: 5 jun. 2020

<sup>192</sup> BARROS, Lorena. De “não é isso tudo” à “tubaína”: veja falas de Bolsonaro sobre Covid-19. **IG**, 20 maio 2020. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2020-05-20/de-nao-e-isso-tudo-a-tubaina-veja-falas-de-bolsonaro-sobre-covid-19.html>. Acesso: 22 maio 2020



A OMS e o Comitê Científico e a Diretoria da Sociedade Brasileira de Imunologia ainda não reconhecem nenhum medicamento ou vacina para Covid-19. Vários estudos estão sendo realizados, em uma corrida contra o tempo, para o combate à Covid-19. Por mais que a cloroquina e a hidroxicloroquina, tenham seu uso permitido no Brasil pelo Ministério da Saúde e pelo Conselho Federal de Medicina - CFM,<sup>193</sup> a Anvisa apenas aprovou a condução do primeiro estudo a respeito, sem concluir quanto à segurança e à eficácia desses medicamentos no tratamento da Covid-19. Portanto, a Anvisa não o indica terapeuticamente em bulas<sup>194</sup>. O uso destas duas medicações no Brasil seria condicionado à prescrição médica, mesmo em casos da Covid-19 sem gravidade<sup>195</sup>.

Evidenciado o risco de liberação do uso de cloroquina e hidroxicloroquina no tratamento da Covid-19, o Ministério Público Federal – MPF solicitou, no dia 28 de maio, que a Anvisa, em até cinco dias, preste esclarecimentos sobre a liberação pelo Governo brasileiro destas duas substâncias e, principalmente, se ela anui à esta medida e qual a comprovação científica necessária para esta liberação, conforme as garantias de segurança de eficácia<sup>196</sup>, exigidas em disposição contida no art. 16, inc.

---

<sup>193</sup> GRAGNANI, Juliana. Coronavírus: o que dizem os estudos publicados sobre cloroquina, defendida por Bolsonaro e Trump. **BBC News Brasil**, Londres, 19 maio 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52686122>. Acesso em: 19 maio 2020

<sup>194</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA. Entenda a liberação de cloroquina e hidroxicloroquina. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/entenda-a-liberacao-de-cloroquina-e-hidroxicloroquina/219201?inheritRedirect=false](http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/entenda-a-liberacao-de-cloroquina-e-hidroxicloroquina/219201?inheritRedirect=false). Acesso: 01 jun. 2020

<sup>195</sup> KER, João. Defendida por Bolsonaro, cloroquina aumenta risco de morte em pacientes, diz estudo. **Estadão**, São Paulo, 22 maio 2020. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,defendida-por-bolsonaro-cloroquina-aumenta-risco-de-morte-em-pacientes-diz-estudo,70003311202>. Acesso: 22 maio 2020

<sup>196</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF. **Ofício nº 5580/2020, de 28 de maio de 2020**. São Paulo, 28 maio 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/oficio-anvisa-2>. Acesso: 01 jun. 2020



II da Lei 6.360/76<sup>197</sup>. Enquanto este prazo passava, os EUA anunciaram o envio de 2 milhões de doses de hidroxicloroquina ao Brasil<sup>198</sup>.

O que pode ser outra estratégia populista, pela falta de importância que se dá à ciência, sobrepondo à ela convicções pessoais,<sup>199</sup> os Governos brasileiro e norte-americano vigentes cortaram, desde o início de suas gestões, todo o orçamento e financiamento de pesquisas em saúde, mesmo tendo desde antes o exemplo ruim vivenciado na pandemia de cólera, no século XIX, que também transcendeu as barreiras de classe em tamanho caos, que motivou o que hoje temos de saneamento básico e saúde públicos<sup>200</sup>.

Segundo o britânico David Harvey, na obra ‘Coronavírus, a Luta de Classes’, os EUA impõem que os sujeitos da força de trabalho – em sua maioria afrodescendentes, mulheres assalariadas e latinos - comportem-se jamais sequer sugeriram que o capitalismo seja um problema nas situações ruins, mas sim seja por vontade de Deus ou por responsabilidade própria pelas adversidades que viverem<sup>201</sup>.

---

<sup>197</sup> 197 BRASIL. Lei Nº 6.360, de 23 de setembro de 1976. Brasília, 23 set. 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16360.htm). Acesso: 01 jun. 2020.

<sup>198</sup> EUA ANUNCIAM envio de 2 milhões de doses de hidroxicloroquina ao Brasil. **G1**, Rio de Janeiro, 31 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/05/31/eua-anunciam-envio-de-2-milhoes-de-doses-de-cloroquina-ao-brasil.ghtml>. Acesso: 31 maio 2020

<sup>199</sup> MOUNK, Yascha: entrevista [abr. 2020]. Entrevistadora: IDOETA, Paula Adamo. Pandemia pode enfraquecer populismo nos EUA e no Brasil, diz pesquisador de democracias **BBC News Brasil**, São Paulo, 12 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52100135>. Acesso: 01 jun. 2020

<sup>200</sup> DAVIS, Mike; HARVEY, David; BIHR, Alain; ZIBECHI, Raúl; BADIOU, Alain; ZIZEK, Slavoj. Coronavírus e a luta de classes. **Terra sem Amos**: Brasil, 2020. Disponível em: <https://terrasemamos.files.wordpress.com/2020/03/coronavc3adrus-e-a-luta-de-classes-tsa.pdf>. Acesso: 25 abr. 2020

<sup>201</sup> DAVIS, Mike; HARVEY, David; BIHR, Alain; ZIBECHI, Raúl; BADIOU, Alain; ZIZEK, Slavoj. Coronavírus e a luta de classes. **Terra sem Amos**: Brasil, 2020. Disponível em: <https://terrasemamos.files.wordpress.com/2020/03/coronavc3adrus-e-a-luta-de-classes-tsa.pdf>. Acesso: 25 abr. 2020



Esta seria até uma forma de o Presidente da República do Brasil convencer a população a quebrar o isolamento social e retomar plenamente a livre iniciativa, se não fosse a decisão do ministro Luís Roberto Barroso, nas ADPF's 668/DF e 669/DF. O ministro determinou que não se pode usar recursos públicos para fazer uma opção que contrarie o combater ao isolamento social, conforme interpretação dada ao art.

196 da CRFB<sup>202</sup>, devendo prevalecer os direitos à saúde e à assistência aos desamparados, previstos no art. 6º da CRFB<sup>203</sup>.

Ou seja, evitou-se que a máquina pública fosse usada, a mando de Jair Messias Bolsonaro, para fazer prevalecer convicções pessoais - melhor não fazer isolamento social e retomar a economia - contrárias ao que defende-se a lógica, através das recomendações em massa de cientistas e governos locais e internacionais.

Outra possível tentativa do Presidente do Brasil usar a instituição pública por meras convicções pessoais, pode ter sido no dilema ocorrido no dia 24 de abril de 2020, quando Sergio Moro, então Ministro da Justiça do Brasil, afirmou o Presidente teria exonerado o então diretor da PF, Maurício Valeixo, para dar o cargo a alguém de contato pessoal do Presidente, colhendo para si relatórios de inteligência da Polícia Federal - PF<sup>204</sup>.

---

<sup>202</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 668/DF**. Requerente: CNTM. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884082>. Acesso: 31 mar. 2020

<sup>203</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 27 abr. 2020

<sup>204</sup> VITAL, Danilo e VALENTE, Fernanda. Celso de Mello autoriza inquérito para investigar Moro e Bolsonaro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 abr. 2020. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/celso-mello-autoriza-inquerito-apurar-declaracoes-moro?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/celso-mello-autoriza-inquerito-apurar-declaracoes-moro?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook). Acesso: 28 abr. 2020



Com isso, dia 27 de abril de 2020, o ministro do STF Celso de Mello, acolheu o pedido do PGR, Augusto Aras, para a abertura de inquérito que apure se o Presidente Jair Messias Bolsonaro teria tentado ou feito interferências na PF, com o objetivo pessoal de evitar investigações a alguém de sua família, o que é negado pelo Presidente<sup>205</sup>. Isto seria uma investigação policial contra o Presidente da República, sem o quórum de 2/3 da Câmara de Deputados, para uma posterior abertura de ação judicial, segundo notou a criminalista Pierpaolo Bottini<sup>206</sup>.

Antes mesmo destes últimos acontecimentos acima, em uma *live* para o canal do ‘Youtube’, ‘TV 247’, dia 21 de abril de 2020, José Eduardo Cardozo, advogado que já foi Advogado Geral da União e Ministro da Justiça, já havia feito a importante observação de que o Brasil, adota a figura do crime de responsabilidade, como um espelho do sistema norte-americano<sup>207</sup>.

A CRFB dispõe sobre ser crime de responsabilidade, o Presidente do Brasil atentar contra a CRFB, o livre exercício dos outros dois Poderes - Legislativo e Judiciário - e o livre exercício dos Poderes das unidades Federativas, além do cumprimento às leis e decisões jurídicas:

Art. 85 São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: ... II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos

---

<sup>205</sup> D'AGOSTINO, Rosanne; VIVAS, Fernanda; FALCÃO, Márcio. Celso de Mello autoriza inquérito no STF para apurar declarações de Moro com acusações a Bolsonaro. **G1**, Brasília, 27 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/27/celso-de-mello-autoriza-inquerito-no-stf-sobre-discurso-de-moro-com-acusacoes-a-bolsonaro.ghtml>. Acesso: 02 jun. 2020

<sup>206</sup> VALENTE, Fernanda; VITAL, Danilo. Celso de Mello autoriza inquérito para investigar Moro e Bolsonaro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/celso-mello-autoriza-inquerito-apurar-declaracoes-moro>. Acesso: 02 jun. 2020

<sup>207</sup> CARDOZO, José Eduardo: entrevista [21 abr. 2020]. Entrevistador: L. Attuch. José Eduardo Cardozo: ditadura nunca mais! **TV 247/Youtube**, 21 abr. 2020. 1 Vídeo (55 m 22 s). Disponível em: <https://youtu.be/XAXFeU4BVFA>. Acesso 21 abr. 2020



Poderes constitucionais das unidades da Federação; ...VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.<sup>208</sup>

Em consonância a isto, está a Lei 1.079/50, que prevê ser crimes de responsabilidade atentar contra os Poderes Legislativo e Judiciário, conforme o seu dispositivo legal, transcrito abaixo:

“Art. 6º São crimes de responsabilidade contra o livre exercício dos poderes legislativo e judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados: ... 5 - opor-se diretamente e por fatos ao livre exercício do Poder Judiciário, ou obstar, por meios violentos, ao efeito dos seus atos, mandados ou sentenças.”<sup>209</sup>

José Eduardo Cardozo notou nesta *live* que o Chefe de Estado pode ser destituído de seu poder quando ocorrerem duas situações: *i*) prática de ato ilícito greve previsto em lei, que enseje um afastamento de mandato, e *ii*) apreciação política quanto à conveniência e à oportunidade de se destituir do mandato o Presidente da República. Ou seja, um impeachment teria que ter razão política e jurídica. Já no caso dos EUA, conforme a Constituição estadunidense, o impeachment pode acontecer em razão de: *i*) suborno; *ii*) traição; *iii*) grandes crimes, ou *iv*) grandes contravenções.<sup>210</sup>

O relator deste inquérito que tramita no STF, de apuração de possível interferência do Presidente do Brasil na PF, ministro Celso de Mello, no dia 31 de maio de 2020, disse privativamente à pessoas próximas a ele, que os apoiadores de Jair Messias Bolsonaro ‘odeiam’ Democracia e teria comparado o Brasil à ao período em que a Alemanha sofria com o nazismo. Quanto à estes comentários, vazados à

---

<sup>208</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 3 jun. 2020

<sup>209</sup> BRASIL, **Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950**. Brasília, 10 abr. 1950. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/11079.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%201.079%2C%20DE%2010,%20respectivo%20processo%20de%20julgamento.&text=Art.,os%20que%20esta%20lei%20especifica](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%201.079%2C%20DE%2010,%20respectivo%20processo%20de%20julgamento.&text=Art.,os%20que%20esta%20lei%20especifica). Acesso: 3 jun. 2020

<sup>210</sup> CARDOZO, José Eduardo: entrevista [21 abr. 2020]. Entrevistador: L. Attuch. José Eduardo Cardozo: ditadura nunca mais! **TV 247/YouTube**, 21 abr. 2020. 1 Vídeo (55 m 22 s). Disponível em: <https://youtu.be/XAxFeU4BVFA>. Acesso 21 abr. 2020



imprensa, o ministro Marco Aurélio declarou não concordar em nada, além de serem palavras que instigariam conflito entre os Poderes Executivo e Judiciário, justo quando o Brasil mais precisaria de um ambiente harmônico entre ambos Poderes<sup>211</sup>.

Os partidos políticos Partido Democrático Trabalhista - PDT, Partido Socialista Brasileiro - PSB e Partido Verde – PV pediram ao STF a apreensão de celular do Presidente Jair Messias Bolsonaro, sendo negado e arquivado, dia 01 de junho de 2020. O ministro em tela entendeu que seria competência do Ministério Público, e não de partidos políticos, solicitar diligências em um processo que tramita na Justiça,<sup>212</sup> em consonância com a manifestação do PGR Augusto Aras a respeito<sup>213</sup>.

Portanto, o que temos neste atual cenário de crise de saúde pública em decorrência desta pandemia, sugere haver um Governo populista na gestão do Brasil. Isto se dá pelo fato de o Presidente da República do Brasil usar a estratégia de atacar<sup>214</sup> o isolamento social e as instituições democráticas<sup>215</sup> sem base científica,<sup>216</sup> pelas convicções pessoais,<sup>217</sup> sem credibilizar e nem investir em pesquisas em saúde,<sup>218</sup> usando a máquina pública por meras convicções pessoais.<sup>219</sup>

---

<sup>211</sup> AURÉLIO, min. Marcos: entrevista [jun. 2020]. Marco Aurélio critica Celso de Mello: ‘não concordo em nada com o que veiculado’. **Jota**, Brasília, 01 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/marco-aurelio-critica-celso-de-mello-nao-concordo-em-nada-com-o-que-veiculado-01062020>. Acesso: 03 jun. 2020

<sup>212</sup> CELSO de Mello nega perícia em celular de Bolsonaro e critica ameaça de desrespeito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-02/celso-mello-nega-pedido-pericia-celular-bolsonaro>. Acesso: 03 jun. 2020

<sup>213</sup> ANGELO, Tiago. Não cabe a partidos pedir apreensão do celular de Bolsonaro, diz Aras. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/aras-manifesta-apreensao-celular-bolsonaro>. Acesso: 03 jun. 2020

<sup>214</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de ter razão**: exposta em 38 estratégias: organização e ensaio de Franco Volpi. São Paulo: Martins Fontes, 2005

<sup>215</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018

<sup>216</sup> GRAGNANI, Juliana. Coronavírus: o que dizem os estudos publicados sobre cloroquina, defendida por Bolsonaro e Trump. **BBC News Brasil**. Londres. 19 maio 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52686122>. Acesso em: 19 maio 2020

<sup>217</sup> MOUNK, Yascha: entrevista [abr. 2020]. Entrevistadora: IDOETA, Paula Adamo. Pandemia pode





Confrontando esta postura, o Judiciário, por ter sido demandado, atuou nas ADPF's 668/DF e 669/DF, proibindo campanha contra o isolamento social pela União durante a pandemia,<sup>220</sup> e nas ADPF 672/DF<sup>221</sup> e ADI 6.341/DF<sup>222</sup>, determinando que a União tome medidas de saúde e de assistência social, reconhecendo a competência concorrente dos estados, DF e municípios determinarem o isolamento social e a suspensão da livre iniciativa do que não for essencial.

Esta postura do Chefe de Estado e de Governo do Brasil, pode ser um risco de retrocesso à Democracia e à consolidação de direitos do nosso Estado Democrático de Direitos, além de dar indícios que sugerem a presença de pressupostos jurídicos para o seu afastamento da Presidência do Brasil. Agora, cabe a análise dos pressuposto políticos de conveniência e oportunidade para tanto<sup>223</sup>.

Dito isso, partiremos para o debate destas demandas judiciais que aqui introduzimos, por serem as principais ajuizadas contra a postura do Presidente da

---

enfraquecer populismo nos EUA e no Brasil, diz pesquisador de democracias **BBC News Brasil**, São Paulo, 12 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52100135>. Acesso: 01 jun. 2020

<sup>218</sup> DAVIS, Mike; HARVEY, David; BIHR, Alain; ZIBECHI, Raúl; BADIOU, Alain; ZIZEK, Slavoj. Coronavírus e a luta de classes. **Terra sem Amos**: Brasil, 2020. Disponível em: <https://terrasemamos.files.wordpress.com/2020/03/coronavc3adrus-e-a-luta-de-classes-tsa.pdf>.

<sup>219</sup> VITAL, Danilo e VALENTE, Fernanda. Celso de Mello autoriza inquérito para investigar Moro e Bolsonaro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 abr. 2020. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/celso-mello-autoriza-inquerito-apurar-declaracoes-moro?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/celso-mello-autoriza-inquerito-apurar-declaracoes-moro?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook). Acesso: 28 abr. 2020

<sup>220</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 668/DF**. Requerente: CNTM. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884082>. Acesso: 31 mar. 2020

<sup>221</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 672/DF**. Requerente: CFOAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 8 abr. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso: 27 mar. 2020

<sup>222</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.341/DF**. Requerente: PDT. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 24 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso: 26 abr. 2020

<sup>223</sup> CARDOZO, José Eduardo: entrevista [21 abr. 2020]. Entrevistador: L. Attuch. José Eduardo Cardozo: ditadura nunca mais! **TV 247/YouTube**. 21 abr. 2020. 1 Vídeo (55 m 22 s). Disponível em: <https://youtu.be/XAXFeU4BVFA>. Acesso 21 abr. 2020



República do Brasil no combate a pandemia, sugestivamente de característica populista, gerando decisões do Judiciário determinantes às ações de enfrentamento do vírus.

#### **4 AS PRINCIPAIS DEMANDAS JUDICIAIS DE CORRELAÇÃO COM DECISÕES DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA DO BRASIL DURANTE A PANDEMIA**

Neste capítulo, traremos uma análise de demandas judiciais que contribuam para a implementação de políticas públicas emergenciais, no combate à pandemia. Estas surgiram a partir de demandas ao judiciário que evidenciavam um risco maior à crise de saúde pública, social e econômica neste período, no Governo de Jair Messias Bolsonaro, o que sugerimos ser por um perfil populista. Para tanto, iniciamos trazendo a base legal e principiológica dos direitos constitucionais a serem protegidos emergencialmente, pelos quais os Poderes devem espelhar-se.

##### **4.1 A base legal e principiológica dos direitos constitucionais, referências aos Poderes em tempos de pandemia pela Covid-19**

Os direitos fundamentais a serem protegidos durante a pandemia pela Covid-19, como nos art. 1º, 3º e 5º da CRFB,<sup>224</sup> levam em conta princípios constitucionais. A exemplo, o da dignidade da pessoa humana e o de garantia de mínimo existencial, através de políticas públicas desenvolvidas por orçamento proveniente de recursos financeiros do Estado. Porém, a pandemia pela Covid-19 ameaça a garantia destes princípios, o que pode-se atenuar por medidas emergenciais para estruturação do Sistema Único de Saúde - SUS que, entretanto, seriam onerosas e não previstas pelo orçamento financeiro.

---

<sup>224</sup>COSTA, Fabrício Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, v. 7, n.3, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4809/3640>. Acesso: 02 jun. 2020



Neste sentido, conforme foi dito anteriormente, os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem obedecer a CRFB. Para o Judiciário formular o Juízo em qualquer demanda, observa princípios e regras, ambos razões do “dever-ser” e normas de espécies diferentes. Regras têm comandos os quais há exigência de seu cumprimento. Já princípios têm razões, passíveis de serem afastadas diante de adversidade, podendo seu conteúdo ser estendido em situação fático-jurídica<sup>225</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio *prima facie*, base para todos os outros princípios de valor jurídico e para o direito à saúde da pessoa, porque qualquer outro direito fundamental se concretiza em benefício do indivíduo e através deste.

O princípio do mínimo existencial compõe-se por quatro elementos, respectivos: *i*) educação de nível fundamental, *ii*) atenção básica de saúde, *iii*) assistência aos hipossuficientes, e *iv*) acesso ao judiciário. Para tornar restrita a capacidade do Estado atuar na prestação de políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais, alega-se o princípio da reserva do possível.<sup>226</sup>

O princípio da reserva do possível, leva à um caminho diverso à interpretação extensiva, integrativa e democrática do direito fundamental à saúde e proteção da dignidade da pessoa, usado em jurisprudências para magistrados embasarem-se nas demandas pelo interesse da coletividade em face do interesse individual à saúde<sup>227</sup>.

---

<sup>225</sup> *Ibidem*

<sup>226</sup> SILVA, Juvêncio Borges; JUCATELLI, João Paulo. Judicialização da Saúde, Ativismo Judicial e o Consequente Desequilíbrio do Orçamento Público. **Rev. Bras. Polít. Públicas**.n.1, v. 7, 2017. Disponível em: [https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4454/pdf\\_1](https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4454/pdf_1). Acesso: 02 jun. 2020

<sup>227</sup> COSTA, Fabrício Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, v. 7, n.3, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4809/3640>. Acesso: 02 jun. 2020



Em alguns casos, estes princípios confrontam-se entre si, representando partes opostas no processo judicial. Neste caso, deve ser realizada precedência de um princípio sobre o outro.<sup>228</sup> Portanto, o magistrado deve analisar tais princípios acima elencados, em cada caso concreto judicializado, decidindo como realizará a precedência.

A pandemia pela Covid-19 transcendeu esta discussão em tamanha proporção, que não prevaleceu o princípio da reserva do possível, mas sim o da dignidade da pessoa humana, firmado como um fim máximo de bem-estar à pessoa, segundo a construção hermenêutica no Estado Democrático de Direito, em discussões por direitos básicos materiais, pelo mínimo existencial, envolvendo os direitos fundamentais contidos nos art. 1º, 3º e 5º da CRFB<sup>229</sup>.

Esta interpretação pode ser percebidas nas nuances, a partir da compreensão da essência destes princípios à luz de decisões jurídicas a respeito, já que não foram claramente tratados nas ADPF's 668/DF e 669/DF, que não permitiram ao Governo Federal lançar campanha contra o isolamento social na pandemia,<sup>230</sup> e nas respectivas ADPF 672/DF<sup>231</sup> e ADI 6.341/DF<sup>232</sup>, decididas em exigência à União de aplicar medidas urgentes em saúde e em assistência social, sem intervir na

---

<sup>228</sup> SILVA, Juvêncio Borges; JUCATELLI, João Paulo. Judicialização da Saúde, Ativismo Judicial e o Consequente Desequilíbrio do Orçamento Público. **Rev. Bras. Polít. Públicas**.n.1, v. 7, 2017. Disponível em: [https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4454/pdf\\_1](https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4454/pdf_1). Acesso: 02 jun. 2020

<sup>229</sup> COSTA, Fabrício Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, v. 7, n.3, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4809/3640>. Acesso: 02 jun. 2020

<sup>230</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 668/DF**. Requerente: CNTM. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884082>. Acesso: 31 mar. 2020

<sup>231</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 672/DF**. Requerente: CFOAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 8 abr. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso: 27 mar. 2020

<sup>232</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.341/DF**. Requerente: PDT. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 24 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso: 26 abr. 2020



competência concorrente dos estados, DF e municípios determinarem as suas providências, segundo suas realidades locais, contra a pandemia.

Importante é que o Poder Judiciário, na realidade, esteve ao lado dos Poderes Executivo e Legislativo, pela melhor solução ao bem-estar da população, cumprindo e fazendo cumprir os direitos sociais mínimos previstos na CRFB, nas leis e em atos normativos, prestando seus serviços nas questões submetidas, por audiências e julgamentos virtuais<sup>233</sup>.

Se ao homem faltam condições materiais mínimas, pelos direitos sociais não estarem garantidos, o princípio da dignidade da pessoa humana não estaria sendo respeitado e nem o exercício da liberdade. A razão de ser do Estado é evitar que isto ocorra. Deve o judiciário assegurar a proteção ampla e integral da pessoa. A população que demanda pelo direito à saúde não assegurado, está pautada também na condição elementar para a garantia dos direitos sociais, incidindo o princípio da vedação do retrocesso social, além do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>234</sup>, mesmo com a pandemia agravando a situação econômica do Brasil.

Outro princípio é o da separação dos poderes, objeto de bastante discussão nestes tempos de pandemia pela Covid-19, com a alegação de ao Poder Judiciário não ser permitida a interferência, através de suas decisões, no que é competência dos

---

<sup>233</sup> PEREIRA, desembargador Adalberto Jorge Xisto. COVID-19: E se não existisse o Judiciário, o que poderíamos esperar? **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Curitiba, 16 abr. 2020. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset\\_publisher/11KI/content/covid-19-e-se-nao-existisse-o-judiciario-o-que-poderiamos-esperar-18319?\\_101\\_INSTANCE\\_11KI\\_viewMode=view](https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/11KI/content/covid-19-e-se-nao-existisse-o-judiciario-o-que-poderiamos-esperar-18319?_101_INSTANCE_11KI_viewMode=view). Acesso: 5 jun. 2020

<sup>234</sup> COSTA, Fabrício Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, v. 7, n.3, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4809/3640>. Acesso: 02 jun. 2020



Poderes Executivo e Legislativo. O fato é que, o STF é o guardião da CRFB, na defesa dos interesses da população em geral<sup>235</sup>.

Jair Messias Bolsonaro, em diversos momentos da pandemia pela Covid- 19, demonstrou uma postura destoante ao cargo público que ocupa, investido de poder, conforme prevê o art. 37, inciso II da CRFB,<sup>236</sup> quando ataca adversários de modo pessoal e insolente, negando a legitimidade destes.<sup>237 238</sup> Como vimos neste TCC, por força dos princípios da publicidade, finalidade e motivação, a administração pública tem de demonstrar os fatos que ensejaram sua atuação<sup>239</sup>. O art. 37 da CRFB<sup>240</sup> aduz os princípios da publicidade, impessoalidade, legalidade, moralidade e eficiência. As falas e atos de um Presidente da República, devem ter consonância a estes princípios.

Portanto, os direitos fundamentais, como os extraídos dos arts. 1º, 3º e 5º da CRFB,<sup>241</sup> são tratados a partir de princípios constitucionais de conteúdos estendidos conforme a situação fático-jurídica,<sup>242</sup> enquanto que as regras exige-se serem

---

<sup>235</sup> O JUDICIÁRIO, a interferência e a separação de poderes. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/renato-silveira-judiciario-interferencia-separacao-poderes>. Acesso: 30 maio 2020

<sup>236</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 27 abr. 2020

<sup>237</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de ter razão**: exposta em 38 estratégias: organização e ensaio de Franco Volpi. São Paulo: Martins Fontes, 2005

<sup>238</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018

<sup>239</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 73-87, jan./abr. 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/8630/7374>. Acesso: 28 abr. 2020

<sup>240</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 27 abr. 2020

<sup>241</sup> COSTA, Fabrício Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, v. 7, n.3, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4809/3640>. Acesso: 02 jun. 2020

<sup>242</sup> COSTA, Fabrício Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos



cumpridas, ambas normas razões do “dever-ser”. Falamos de alguns dos princípios importantes a serem observados no cenário Jurídico e Político da pandemia, como o da dignidade da pessoa humana e de garantia de mínimo existencial. As políticas públicas emergenciais contra a Covid-19, precisaram vir estruturando a máquina pública, por mais que com orçamento imprevisto anteriormente.

Observado isto, no próximo tópico, falaremos do Judiciário como contrapeso e freio durante a pandemia. Em seguida, traremos o papel que o Judiciário desempenhou nas ADPF’s 668/DF e 669/DF, proibindo campanha publicitária contra isolamento social recomendado por estados, DF e municípios, financiada pela União durante a pandemia,<sup>243</sup> e nas ADPF 672/DF<sup>244</sup> e ADI 6.341/DF<sup>245</sup>, determinando que a União lance medidas com urgência para amparar a ameaça pela Covid-19 à saúde e a condição social, e reconheça a competência concorrente dos estados, DF e municípios em deliberarem independentemente a respeito.

## 4.2 O Judiciário como contrapeso e freio durante a pandemia

É um passo importante neste TCC abordar sobre o Sistema de Freios e Contrapesos, para seguirmos à análise da atuação do judiciário nos processos importantes em que decidiu-se em desencontro à concepções do atual Presidente do Brasil diante da pandemia, como nas ADPFs 668/DF<sup>245</sup>, 669/DF<sup>246,247</sup> e 672/DF<sup>248</sup>, e

---

medicamentos de alto custo. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, v. 7, n.3, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4809/3640>. Acesso: 02 jun. 2020

<sup>243</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 668/DF**. Requerente: CNTM. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884082>. Acesso: 31 mar. 2020

<sup>244</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 672/DF**. Requerente: CFOAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 8 abr. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso: 27 mar. 2020

<sup>245</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 668/DF**. Requerente: CNTM. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884082>. Acesso: 31 mar. 2020

<sup>246</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 669/DF**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Luís Roberto Barroso. Brasília, 31 mar.



na ADI 6.341/DF<sup>249</sup>. Destarte, viabiliza-se inferir quanto ao possível uso de fundamento populista pelo Presidente e quais os efeitos dessa análise em casos análogos.

O Sistema de Freios e Contrapesos, sinônimo de Teoria da Separação dos Poderes, foi explicado por Montesquieu, conforme as ideias de Aristóteles e de John Locke, tratando-se de uma divisão dos Poderes<sup>250</sup>. Este sistema é observado na garantia ao equilíbrio entre os Três Poderes, preservando o controle de um Poder sobre o outro e a dependência entre si dos três, conforme o art. 2º da CRFB.<sup>251</sup>

Em 10 de abril de 2020, quando já havia registros de mais de mil mortes no Brasil pela Covid-19, Bolsonaro publicou em suas redes sociais de internet um vídeo que transmitia a ideia contra o isolamento social, com dizeres de que, do contrário,

---

2020. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>. Acesso: 31 mar. 2020

<sup>247</sup>

<sup>248</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 672/DF**. Requerente: CFOAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 8 abr. 2020. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso: 27 mar. 2020. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 672/DF**. Requerente: CFOAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 8 abr. 2020. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso: 27 mar. 2020

<sup>249</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.341/DF**. Requerente: PDT. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 24 mar. 2020. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso: 26 abr. 2020.

<sup>250</sup> JPISKE, Oriana; SARACHO, Antonio Benites. Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System). **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF/T**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>. Acesso: 5 jun. 2020

<sup>251</sup> PISKE, Oriana, SARACHO, Antônio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos Freios e Contrapesos (Checks and Balances System)**. Brasília, 2018. Disponível em:  
<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>. Acesso: 27 abr. 2020





poderia "*ser tarde demais*", caso não "*acordarmos para a realidade*". Um tempo depois ele apagou este vídeo e falou: "*parece que está começando a ir embora essa questão do vírus*".<sup>252</sup>

Tratava-se da propaganda que falamos, de nome "O Brasil Não Pode Parar". Em razão desta transmissão e da intenção em investir R\$ 4,8 milhões nesta ideia<sup>253</sup>, foi demandada a ADPF nº 668/DF<sup>254</sup>, além da ADPF nº 669/DF<sup>255</sup>, pleiteando uma declaração de inconstitucionalidade que impedisse a disseminação desta mensagem e tamanho gasto público. Ou seja, uma tentativa de mobilizar uma massa de pessoas contra o combate que vinha sendo feito à pandemia, uma técnica populista.<sup>256</sup>

As cautelares destas duas ADPF's foram deferidas pelo ministro Luís Roberto Barroso, em decisão monocrática, com base no art. 37 da CRFB<sup>257</sup>, para a vedação da produção e da circulação de campanha ou de qualquer mobilização que

---

<sup>252</sup> BARROS, Lorena. De "não é isso tudo" à "tubaina": veja falas de Bolsonaro sobre Covid-19. **Ig**, 20 maio 2020. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2020-05-20/de-nao-e-isso-tudo-a-tubaina-veja-falas-de-bolsonaro-sobre-covid-19.html>. Acesso: 22 maio 2020

<sup>253</sup> SECOM APAGA posts e diz que campanha "O Brasil não pode parar" não existe. **Revista Exame**. São Paulo, 28 mar. 2020. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/secom-apaga-posts-e-diz-que-campanha-o-brasil-nao-pode-parar-nao-existe/>. Acesso: 28 abr. 2020

<sup>254</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 668/DF**. Requerente: CNTM. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884082>. Acesso: 31 mar. 2020

<sup>255</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 669/DF**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Luís Roberto Barroso. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>. Acesso: 31 mar. 2020

<sup>256</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O Judiciário, a interferência e a separação de poderes. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/renato-silveira-judiciario-interferencia-separacao-poderes>. Acesso: 5 jun. 2020

<sup>257</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 27 abr. 2020



tendencie a população a não fazer isolamento social, como se a pandemia não colocasse em risco a vida das pessoas<sup>258</sup>.

Em 20 de abril de 2020, quando já havia o dobro de mortes do que em 10 dias antes, ou seja, 20 mil mortes contabilizadas no Brasil, Jair Bolsonaro interrompeu a fala de um jornalista que lhe faria uma pergunta, no Palácio do Planalto, sobre a Covid-19, ao afirmar: “Eu não sou coqueiro, tá certo?”<sup>259</sup>.

Em 8 dias depois, dia 28 de abril de 2020, quando já eram 5 mil mortes no Brasil pela Covid-19, o presidente do Brasil, questionado sobre este número, respondendo à um jornalista: “*E daí? Lamento. Quer que eu faça o quê? Eu sou Messias, mas não faço milagre*”; “*Mas é a vida. Amanhã vou eu. Logicamente, a gente quer ter uma morte digna e deixar uma boa história para trás*”<sup>260</sup>.

Na noite de 7 de maio, quando as mortes no Brasil pela Covid-19 já eram quase 10 mil, Jair Bolsonaro afirmou que faria um churrasco para os mais próximos no fim de semana. Um dia depois, em 8 de maio, com a repercussão disto, ele disse que esta informação seria uma *fake news*, e chamou jornalistas, que indagavam a respeito, de “*idiotas*”. No dia seguinte, 9 de maio, o Presidente do Brasil passou de

---

<sup>258</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 668/DF**. Requerente: CNTM. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884082>. Acesso: 31 mar. 2020.

<sup>259</sup> GOMES, Pedro Henrique. 'Não sou coqueiro, tá?', diz Bolsonaro ao responder sobre mortos por coronavírus. **G1**, Brasília, 20 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/20/nao-sou-coqueiro-ta-diz-bolsonaro-ao-responder-sobre-mortos-por-coronavirus.ghtml>. Acesso: 28 abr. 2020

<sup>260</sup> GARCIA, Gustavo; GOMES, Pedro Henrique Gomes; VIANA, Hamanda. 'E daí? Lamento. Quer que eu faça o quê?', diz Bolsonaro sobre mortes por coronavírus; 'Sou Messias, mas não faço milagre'. **G1**, Rio de Janeiro, 28 abr. 2020. Disponível em: [https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/28/e-dai-lamento-quer-que-eu-faca-o-que-diz-bolsonaro-sobre-mortos-por-coronavirus-no-brasil.ghtml?utm\\_source=facebook&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=g1](https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/28/e-dai-lamento-quer-que-eu-faca-o-que-diz-bolsonaro-sobre-mortos-por-coronavirus-no-brasil.ghtml?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=g1). Acesso: 28 abr. 2020



'*jet ski*' no Lago Paranoá, em Brasília-DF, momento em que aproximou-se de pessoas que o apoiavam e classificou a pandemia como uma “neurose”<sup>261</sup>.

Estes são mais exemplos claros de indícios de Governo populista, que confunde a população, já que desdenha a ciência<sup>262</sup>, negando a legitimidade do que ses oponentes dizem<sup>263</sup>.

O ministro Alexandre de Moraes, em sua decisão na ADPF 672/DF, contra atos omissivos e comissivos do Poder Executivo durante esta pandemia, afirmou que a proteção da saúde pública deve-se andar com amplo equilíbrio institucional e harmonia entre os Três Poderes, que inclusive são independência entre si<sup>264</sup>.

Para tanto, deve ser aplicado o que dispõe os incisos II e IX do artigo 23 da CRFB<sup>265</sup>, que prevê a competência administrativa comum entre os entes da Federação União, estados, DF e municípios, em relação à saúde e à assistência pública<sup>266</sup>.

O artigo subsequente, de número 24 da CRFB, em seu inciso XII, prevê ainda a competência concorrente entre entes da federação para legislar em matéria de saúde, permitindo, também aos municípios com interesse local, a possibilidade de

---

<sup>261</sup> BARROS, Lorena. De “não é isso tudo” à “tubaina”: veja falas de Bolsonaro sobre Covid-19. **Ig**, 20 maio 2020. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2020-05-20/de-nao-e-isso-tudo-a-tubaina-veja-falas-de-bolsonaro-sobre-covid-19.html>. Acesso: 22 maio 2020

<sup>262</sup> MOUNK, Yascha: entrevista [abr. 2020]. Entrevistadora: IDOETA, Paula Adamo. Pandemia pode enfraquecer populismo nos EUA e no Brasil, diz pesquisador de democracias **BBC News Brasil**, São Paulo, 12 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52100135>. Acesso: 01 jun. 2020

<sup>263</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018

<sup>264</sup> MINISTRO assegura que estados, DF e municípios podem adotar medidas contra pandemia. **Supremo Tribunal Federal – STF**, Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441075>. Acesso: 28 abr. 2020

<sup>265</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 27 abr. 2020

<sup>266</sup> MINISTRO assegura que estados, DF e municípios podem adotar medidas contra pandemia. **Supremo Tribunal Federal – STF**, Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441075>. Acesso: 28 abr. 2020



suplementar as legislações federal e estadual, segundo os incisos I e II, do artigo 30 da CRFB<sup>267</sup>.

Ou seja, para o ministro não cabe ao Poder Executivo federal, unilateralmente, afastar as decisões dos outros estes que têm interesse local em seguir medidas restritivas recomendadas pela OMS, porque não só a União, como também os estados, o DF e os municípios também têm competência constitucional no âmbito de seus territórios<sup>268</sup>.

Esta foi uma decisão em consonância com a proferida em seis dias depois, na ADI 6.341/DF, dia 7 de abril de 2020, que também reconhece a competência concorrente dos estados, DF e municípios para disporem de medidas restritivas adotadas no combate à pandemia<sup>269</sup>, o que pode incluir a restrição à liberdade de locomoção, prevista no art. 5º inciso XV da CRFB, e à livre iniciativa, prevista no art. 170 da CRFB<sup>270</sup>. Sendo assim, foi declarada a compatibilidade com a Carta Magna, do artigo 3º, § 10º, da Lei nº 13.979/2020<sup>271</sup>, na redação conferida pela norma.

A liberdade de ir e vir e a livre iniciativa, são previstas na constituição, assim como o direito à vida e à saúde, mas, em caso de colisão de normas constitucionais,

---

<sup>267</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 27 abr. 2020

<sup>268</sup> MINISTRO assegura que estados, DF e municípios podem adotar medidas contra pandemia. **Supremo Tribunal Federal – STF**, Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441075>. Acesso 28 abr. 2020

<sup>269</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.341/DF**. Requerente: PDT. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 24 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso: 26 abr. 2020

<sup>270</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 27 abr. 2020

<sup>271</sup> BRASIL. **Lei Nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020**. Brasília, 6 fev. 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm). Acesso: 28 abr. 2020



faz-se uma ponderação de valores, tão preconizada pelas palavras do ministro Luís Roberto Barroso<sup>272</sup>. Por este ângulo, nota-se que prevaleceu o direito à vida e à saúde, previstos respectivamente no art. 5º, caput e no art. 6º, da CRFB<sup>273</sup>, em detrimento dos direitos à liberdade de ir e vir e à livre iniciativa.

Em 24 de março de 2020, o juízo deferiu, em parte, a medida acauteladora da ADI 6.341/DF, para reconhecer a competência concorrente, em termos de saúde, da União, estados, DF e municípios, reconhecendo a legalidade destes entes em imporem restrições à circulação de pessoas, bens e serviços, neste contexto de pandemia<sup>274</sup>.

Estes, por sua vez, devem obedecer não só a CRFB, como também o bloco de constitucionalidade brasileiro, que surgiu com a CRFB de 1988, a partir da previsão de princípios implícitos em nível de direitos fundamentais, que se estendem de forma a incluir direitos fundamentais sediados nos tratados internacionais de direitos humanos, quando ganham *status* constitucional quando aprovados nos moldes de EC, pelo quórum de três quintos de cada casa - Câmara de Deputados e Senado Federal -

---

<sup>272</sup> BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de direito administrativo*. São Paulo, v. 235, p. 1-36, 2004

<sup>273</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 27 abr. 2020

<sup>274</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.341/DF**. Requerente: PDT. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 24 mar. 2020. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso: 26 abr. 2020



em dois turnos,<sup>275</sup> em observância às previsões contidas no art. 5, §§ 2º e 3º da CRFB<sup>276</sup>.

Mais um ponto a discutir-se, seria sobre as influências de organizações interacionais, como a ONU, sobre o Direito e a realidade brasileira, se seriam aceitáveis ou não, e se isto incluiria os acordos ou tratado constitutivo da OMS à norma do Brasil como Estadomembro, no combate pandemia pela Covid-19. Exemplo de temática nesta ceara é a recomendação da OMS ao isolamento social, higiene das mãos, uso de máscaras, a suspensão do uso de cloroquina e hidroxicloroquina, dentre outras. Na visão se Valerio Mazzuoli, eles seriam de natureza vinculante<sup>277</sup>.

Para ele, seria uma “*obrigação jurídica decorrente da ordem internacional*” em matéria de “*direitos humanos relativa à saúde*”,<sup>278</sup> com base no art. 2º, alínea k da Constituição da OMS, de 1946. Este dispositivo atribui à OMS a função de ser competente para:<sup>279</sup>

“Propor convenções, acordos e regulamentos e fazer recomendações respeitantes a **assuntos internacionais de saúde** e desempenhar as funções que neles sejam atribuídas à Organização, quando compatíveis com os seus fins.” (Art. 2º, al. K, Constituição da OMS de 1946) (grifo nosso).

---

<sup>275</sup> MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. Bloco de constitucionalidade: consequências do seu reconhecimento no sistema constitucional brasileiro. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, 1 abr. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/bloco-de-constitucionalidade-consequencias-do-seu-reconhecimento-no-sistema-constitucional-brasileiro/>. Acesso: 27 abr. 2020

<sup>276</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 27 abr. 2020

<sup>277</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. As determinações da OMS são vinculantes ao Brasil? **Ordem dos Advogados do Brasil – OAB Nacional**, Brasília, 28 mar. 2020. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/58018/artigo-as-determinacoes-da-oms-sao-vinculantes-ao-brasil-por-valerio-de-oliveira-mazzuoli>. Acesso: 01 jun. 2020

<sup>278</sup> *Ibidem*

<sup>279</sup> CONSTITUIÇÃO da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. **Universidade de São Paulo – USP**, São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso: 01 jun. 2020



Rafael Soares Souza discorda deste entendimento. Para ele, estas recomendações não partem de uma Assembleia Mundial da Saúde, mas sim de regime especial do Regulamento Sanitário Internacional - RSI, sem caráter mandatório; não-vinculante, temporário e para risco específico, em resposta a uma emergência internacional de saúde pública<sup>280</sup>.

Portanto, notou-se ao final deste capítulo que o Sistema de Freios e Contrapesos<sup>281</sup> busca garantir o equilíbrio entre os Três Poderes, preservando o controle de um Poder sobre o outro e a dependência destes entre si (art. 2º da CRFB), todos obedecendo obrigatoriamente a Constituição<sup>282</sup>, sendo o STF o guardião da CRFB, na defesa dos interesses da população em geral<sup>283</sup>. Assim sendo, o Judiciário tomou decisões importantes nas ADPFs 668/DF<sup>284</sup>, 669/DF<sup>285</sup> e 672/DF<sup>286</sup>, e na ADI

---

<sup>280</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. As determinações da OMS são vinculantes ao Brasil? **Ordem dos Advogados do Brasil – OAB Nacional**, Brasília, 28 mar. 2020. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/58018/artigo-as-determinacoes-da-oms-sao-vinculantes-ao-brasil-por-valerio-de-oliveira-mazzuoli>. Acesso: 01 jun. 2020

<sup>281</sup> JPISKE, Oriana; SARACHO, Antonio Benites. Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System). **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.tjdf.tj.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>. Acesso: 5 jun. 2020

<sup>282</sup> MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. Bloco de constitucionalidade: consequências do seu reconhecimento no sistema constitucional brasileiro. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, 1 abr. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/bloco-de-constitucionalidade-consequencias-do-seu-reconhecimento-no-sistema-constitucional-brasileiro/>. Acesso: 27 abr. 2020

<sup>283</sup> O JUDICIÁRIO, a interferência e a separação de poderes. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/renato-silveira-judiciario-interferencia-separacao-poderes>. Acesso: 30 maio 2020

<sup>284</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 668/DF**. Requerente: CNTM. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884082>. Acesso: 31 mar. 2020

<sup>285</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 669/DF**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Luís Roberto Barroso. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>. Acesso: 31 mar. 2020

<sup>286</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 672/DF**. Requerente: CFOAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 8 abr. 2020. Disponível em:



6.341/DF,<sup>287</sup> por mais que houvesse uma desaprovação nas concepções do Presidente do Brasil durante pandemia, o que causou uma tensão desnecessária no Brasil.

No próximo capítulo, finalizaremos este TCC com sugestões de medidas para redução de impactos globais e nacionais dos efeitos deletérios de pandemia pela Covid-19. Iremos defender a importância de o Estado brasileiro, dentre outros, desconstruirmos o modelo neoliberal,<sup>288</sup> tão defendido por Jair Messias Bolsonaro,<sup>289</sup> mas tão responsável pela crise que acometeu o mundo e o Brasil com o vírus da Covid-19.

## 5 SUGESTÕES DE MEDIDAS PARA REDUÇÃO DE IMPACTOS GLOBAIS E NACIONAIS DOS EFEITOS DELETÉRIOS DE PANDEMIA

Desde os anos 60, é conhecida pela ciência a classe dos coronavírus. Porém, nos últimos 40 anos, as Américas do Norte e do Sul e a Europa, com seu modelo neoliberal, presencia a indiferença da indústria farmacêutica em fazer pesquisas de

---

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso: 27 mar. 2020. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 672/DF**. Requerente: CFOAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 8 abr. 2020. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso: 27 mar. 2020.

<sup>287</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.341/DF**. Requerente: PDT. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 24 mar. 2020. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso: 26 abr. 2020

<sup>288</sup> DAVIS, Mike; HARVEY, David; BIHR, Alain; ZIBECHI, Raúl; BADIOU, Alain; ZIZEK, Slavoj. Coronavírus e a luta de classes. **Terra sem Amos**. Brasil, 2020. Disponível em: <https://terrasemamos.files.wordpress.com/2020/03/coronavc3adrus-e-a-luta-de-classes-tsa.pdf>. Acesso: 25 abr. 2020

<sup>289</sup> FINCHELSTEIN, Federico. Do Fascismo ao Populismo na História. **Almedina**, Lisboa, Portugal, set. 2019. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=1gbBDwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=Do+Fascismo+ao+Populismo+na+Hist%C3%B3ria&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKewiG7M-kmuPpAhW9GbkGHbbdBhkQ6AEIKDAA>. Acesso: 19 maio 2020





prevenção, por não contribuir para a valorização dos acionistas. É preciso haver intervenções estatais maciças em descontra ao modelo neoliberal que predomina no Brasil e nos EUA<sup>290</sup>.

No Brasil, a população mais castigada pela pandemia, é a que sofre pela desigualdade social, havendo maior incidência de mortes em bairros mais pobres,<sup>291</sup> mais uma culpa que recai sobre o modelo neoliberal adotado no Brasil. Enquanto isto, o mundo assenta cada vez mais o capital fictício e a criação de dívida,<sup>292</sup> privilegiando apenas 1% dos mais ricos do mundo, que detêm mais que o dobro de toda a riqueza possuída por 6,9 bilhões de pessoas, segundo a Organização Não Governamental – ONG Oxfam apontou em um relatório global<sup>293</sup>.

Portanto, a criação de dívidas, deixa mais vulnerável quem possui menor poder aquisitivo, que são os que mais morrem pela pandemia. Um dos pilares deste fenômeno, é o consumismo excessivo, e a conseqüente degradação ambiental, considerando que as condições ambientais aumentam a probabilidade de mutações de vírus que, somada às ações humanas de despreparo para este efeito até previsível, agrava as conseqüências danosas da pandemia<sup>294</sup>.

---

<sup>290</sup> DAVIS, Mike; HARVEY, David; BIHR, Alain; ZIBECHI, Raúl; BADIOU, Alain; ZIZEK, Slavoj. Coronavírus e a luta de classes. **Terra sem Amos**: Brasil, 2020. Disponível em: <https://terrasemamos.files.wordpress.com/2020/03/coronavc3adrus-e-a-luta-de-classes-tsa.pdf>. Acesso: 25 abr. 2020

<sup>291</sup> LEÃO, Ana Letícia; DANTAS, Dimitrius; MARTINS, Elisa e BRANCO, Leo. Covid-19 é mais letal em regiões de periferia no Brasil. **O Globo**, Rio de Janeiro, 03 maio 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/covid-19-mais-letal-em-regioes-de-periferia-no-brasil-1-24407520>. Acesso: 01 jun. 2020

<sup>292</sup> DAVIS, Mike; HARVEY, David; BIHR, Alain; ZIBECHI, Raúl; BADIOU, Alain; ZIZEK, Slavoj. Coronavírus e a luta de classes. **Terra sem Amos**: Brasil, 2020. p. 15. Disponível em: <https://terrasemamos.files.wordpress.com/2020/03/coronavc3adrus-e-a-luta-de-classes-tsa.pdf>. Acesso: 25 abr. 2020

<sup>293</sup> 1% MAIS rico do mundo detêm mais do dobro de 6,9 bilhões de pessoas, aponta ONG. **G1**, Rio de Janeiro, 19 jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/01/19/1percent-mais-ricos-do-mundo-detem-mais-do-dobro-de-69-bilhoes-de-pessoas-aponta-ong.ghtml>. Acesso: 25 abr. 2020

<sup>294</sup> DAVIS, Mike; HARVEY, David; BIHR, Alain; ZIBECHI, Raúl; BADIOU, Alain; ZIZEK, Slavoj. Coronavírus e a luta de classes. **Terra sem Amos**:



O meio ambiente é tão intimamente ligado à forma de vida que, com o isolamento social ao mesmo tempo em diversos pontos do planeta, observou-se uma melhora da qualidade do ar e menos emissão de gases causadores de efeito estufa.<sup>295</sup> Ou seja, é importante quebrar-se o paradigma do consumo excessivo e imprudente para melhorar a garantia do mínimo existencial e, destarte, reduzir a vulnerabilidade destes grupos à pandemia.

Independente disto, é previsto haver uma “heurística do afeto”, uma teoria de Paul Slovic, em que as pessoas decidem sobre qualquer investimento com muita cautela, tomadas por uma preocupação maior com um colapso econômico<sup>296</sup>.

Porém, as medidas de combate à esta pandemia transcendem discussões de economia. O próprio art. 196 da CRFB<sup>297</sup>, em uma análise hermenêutica, coloca a economia a serviço da saúde, em uma esfera ‘panfederativa’, ou seja, por uma obrigação de todas as unidades federadas’, conforme pontuou o ex-ministro Carlos Ayres Britto<sup>298</sup>.

Não só todas as unidades federativas devem manter o mesmo foco, em sincronia, como também vários Estados. O filósofo esloveno Slavoj Žižek, propôs a criação de uma rede global de saúde e a criação de uma reorganização da economia,

---

Brasil, 2020. Disponível em: <https://terrasemamos.files.wordpress.com/2020/03/coronavc3adrus-e-a-luta-de-classes-tsa.pdf>. Acesso: 25 abr. 2020

<sup>295</sup> Ibidem

<sup>296</sup> SLOVIC apud SHILLER, Robert: entrevista [maio 2020]. Coronavírus: 'Deveríamos já começar a nos preparar para a próxima pandemia'. **BBC News Mundo**, 27 maio 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-52818887>. Acesso: 01 jun. 2020

<sup>297</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 27 abr. 2020

<sup>298</sup> MENDES, Min. Gilmar; BRITTO, Carlos Ayres; FRANCISCHINI, Felipe e CRUZ, Felipe Santa: debate [22 abr. 2020]. Entrevistador: AZEVEDO, Reinaldo. Gilmar Mendes, Ayres Britto e OAB discutem limites de Bolsonaro na Crise. São Paulo: **Blog Reinaldo Azevedo/UOL**. 22 abr. 2020. 1 vídeo (1 h 24 min 32 s). Disponível em: <https://www.uol.com.br/mov/ao-vivo/2020/04/17/os-limites-juridicos-do-presidente-da-republica-na-gestao-da-criese.htm>. Acesso: 27 abr. 2020



para uma organização global regular e controlar a economia<sup>299</sup>, o que foi alvo de fortes críticas pelo chanceler brasileiro, ministro das Relações Exteriores, Ernesto Araújo<sup>300</sup>.

Justamente por uma ação global assim, a ONU, lançou em sua Assembleia Geral uma Resolução, obtendo a assinatura de 179 membros, dos 193 que possui, firmando cooperação internacional no combate à Covid-19<sup>301</sup>. No entanto, o Brasil, a Venezuela e os EUA foram os únicos países das Américas a não assinarem e darem apoio a esta resolução<sup>302</sup>.

Portanto, o Governo de Jair Messias Bolsonaro busca desconstruir tudo o que as autoridades de saúde e de governo firmam no combate à pandemia,<sup>303</sup> até mesmo a recomendação de uma união mútua de Estados organizados entre si para regular eventuais efeitos deletérios à economia.<sup>304</sup> Este Presidente adota um modelo de

---

<sup>299</sup> DAVIS, Mike; HARVEY, David; BIHR, Alain; ZIBECHI, Raúl; BADIOU, Alain; ZIZEK, Slavoj. Coronavírus e a luta de classes. **Terra sem Amos: Brasil**, 2020. Disponível em: <https://terrasemamos.files.wordpress.com/2020/03/coronavc3adrus-e-a-luta-de-classes-tsa.pdf>. Acesso: 25 abr. 2020

<sup>300</sup> TORRES, Bolívar. 'O chanceler brasileiro não entendeu a questão', responde Zizek após Araújo falar em 'comunavírus'. **G1**. Rio de Janeiro, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/o-chanceler-brasileiro-nao-entendeu-questao-responde-zizek-apos-araujo-falar-em-comunavirus-1-24388348>. Acesso: 25 abr. 2020

<sup>301</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Resolução da Assembleia Geral quer acesso global a material de combate à COVID-19**. Nova York, EUA, 21 abr. 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/04/1711112>. Acesso: 25 abr. 2020

<sup>302</sup> ALONSO, Lucas. Brasil segue EUA e deixa de apoiar medida da ONU de cooperação contra o coronavírus. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 21 abr. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/brasil-segue-eua-e-deixa-de-apoiar-medida-da-onu-de-cooperacao-contra-coronavirus.shtml>. Acesso: 26 abr. 2020

<sup>303</sup> MOUNK, Yascha: entrevista [abr. 2020]. Entrevistadora: IDOETA, Paula Adamo. Pandemia pode enfraquecer populismo nos EUA e no Brasil, diz pesquisador de democracias **BBC News Brasil**, São Paulo, 12 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52100135>. Acesso: 01 jun. 2020

<sup>304</sup> DAVIS, Mike; HARVEY, David; BIHR, Alain; ZIBECHI, Raúl; BADIOU, Alain; ZIZEK, Slavoj. Coronavírus e a luta de classes. **Terra sem Amos: Brasil**, 2020. Disponível em: <https://terrasemamos.files.wordpress.com/2020/03/coronavc3adrus-e-a-luta-de-classes-tsa.pdf>. Acesso: 25 abr. 2020



política populista neoliberal,<sup>305</sup> que na verdade precisa ser combatido, para preparar o mundo para qualquer situação futura, até mesmo pandêmica.

## 6 CONCLUSÃO

Sugerimos no presente TCC a identificação de fundamento populista na forma do Presidente do Brasil, Jair Messias Bolsonaro governar, principalmente durante pandemia pela Covid-19. Neste sentido, defendemos que o Governo deste presidente revela-se populista, assim como o de Donald Trump, nos EUA. Além disto, trouxemos o papel do Judiciário no controle de constitucionalidade acerca de decisões polêmicas de Jair Messias Bolsonaro que dizem respeito à pandemia. Este foi o referencial teórico do TCC ora desenvolvido.

O mundo está sofrendo com a pandemia em razão da Covid-19, uma doença que não tem cura e pode ser fatal. A melhor medida de enfrentamento, segundo a OMS, é o isolamento social, para controlar a contaminação da população e evitar um colapso no sistema de saúde. Esta medida foi adotada pelos governos de todos os entes da federação.

Além desta medida interventiva diante da pandemia, houve, em todo o Brasil, a suspensão das aulas, fechamento do comércio, proibição de eventos presenciais e exigência de distanciamento social, por exemplo. Isto trouxe a necessidade de políticas públicas emergenciais, em assistência social, em saúde e em educação, por exemplo.

Entretanto, o Presidente do Brasil Jair Messias Bolsonaro posicionou-se contra o isolamento social e segue com discursos de fundamentação populista,

---

<sup>305</sup> FINCHELSTEIN, Federico. Do Fascismo ao Populismo na História. **Almedina**, Lisboa, Portugal, set. 2019. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=1gBDwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=Do+Fascismo+ao+Populismo+na+Hist%C3%B3ria&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKewiG7MkmuPpAhW9GbkGHbbdBhkQ6AEIKDAA>. Acesso: 19 maio 2020



fazendo com que o Poder Judiciário atue cada vez mais, sobre a pressão do avanço do número de mortes no Brasil em razão da pandemia.

Mesmo com todos os esforços, o cenário nacional foi de crise de saúde pública, ao passo que a Presidência da República do Brasil preocupa-se mais com a economia e discursa com aparente uso de estratégia dialética erística de ataque, sem fundamentação devida, à adversários. Da mesma forma faz o presidente dos EUA, usando para isto as suas redes sociais. Inclusive, ambos Presidentes disseminam *fake news*, ou seja, notícias falsas, que os beneficiam, gerando um risco à Democracia.

Ao longo do presente TCC, buscamos construir uma narrativa dos principais problemas enfrentados com a pandemia da Covid-19, para obter maior compreensão da forma de atuação do Presidência da República do Brasil, com a concomitante interferência do Judiciário, neste momento de crise nacional.

Conforme argumentamos, é traço marcante o peculiar meio de governar do Presidente da República do Brasil, e o maior desafio a ser superado é crise que assola o Brasil, com um Judiciário que colabore, dentro de sua competência, para as políticas públicas emergenciais serem suficientes e em tempo hábil, ao passo que a economia seja preservada, dentro do possível.

Tal problema, contudo, segue, fazendo-se necessário reorientar os debate em âmbito institucional e acadêmico. Sendo assim, o presente TCC propõe um olhar sobre experiências anteriores, como é o caso da pandemia por cólera, ocorrida no século XIX, por apresentar resultados positivos. Desta forma, poderia-se imaginar alternativas que reconciliam o diálogo entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo e do Poder Executivo com os entes da federação.



## REFERÊNCIAS

1% MAIS rico do mundo detêm mais do dobro de 6,9 bilhões de pessoas, aponta ONG. **G1**, Rio de Janeiro, 19 jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/01/19/1percent-mais-ricos-do-mundo-detem-mais-do-dobro-de-69-bilhoes-de-pessoas-aponta-ong.ghtml>. Acesso: 25 abr. 2020.

ACORDO prevê prazo de 20 dias para análise de pedidos de auxílio emergencial. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 maio 2020. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-mai-31/analise-pedidos-auxilio-emergencial-feita-20-dias?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](https://www.conjur.com.br/2020-mai-31/analise-pedidos-auxilio-emergencial-feita-20-dias?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook). Acesso: 31 maio 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA. Entenda a liberação de cloroquina e hidroxicloroquina. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/entenda-a-liberacao-de-cloroquina-e-hidroxicloroquina/219201?inheritRedirect=false](http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/entenda-a-liberacao-de-cloroquina-e-hidroxicloroquina/219201?inheritRedirect=false). Acesso: 01 jun. 2020.

ALONSO, Lucas. Brasil segue EUA e deixa de apoiar medida da ONU de cooperação contra o coronavírus. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 21 abr. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/brasil-segue-eua-e-deixa-de-apoiar-medida-da-onu-de-cooperacao-contracoronavirus.shtml>. Acesso: 26 abr. 2020.

ANGELO, Tiago. Não cabe a partidos pedir apreensão do celular de Bolsonaro, diz Aras. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/aras-manifesta-apreensao-celular-bolsonaro>. Acesso: 03 jun. 2020.

ANTUNES, Leda. Coletivo de mulheres denúncia ao MPF irregularidades na concessão do auxílio emergencial para mães solo. **O Globo**, Rio de Janeiro, 21 maio 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/celina/coletivo-de-mulheres-denuncia-ao-mpf-irregularidades-na-concessao-do-auxilio-emergencial-para-maes-solo-24438568>. Acesso: 31 maio 2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 73-87, jan./abr. 2012. Disponível em:



<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/8630/7374>. Acesso: 28 abr. 2020.

AUGUSTO Aras manifesta desconforto com promessa de vaga no Supremo.

**Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 maio 2020. Disponível em:

[https://www.conjur.com.br/2020-mai-30/augusto-aras-reitera-compromisso-mpf-nota-publica?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](https://www.conjur.com.br/2020-mai-30/augusto-aras-reitera-compromisso-mpf-nota-publica?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook). Acesso: 31 maio 2020.

AURÉLIO, min. Marcos: entrevista [jun. 2020]. Marco Aurélio critica Celso de Mello: ‘não concordo em nada com o que veiculado’.

**Jota**, Brasília, 01 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/marco-aurelio-critica-celso-de-mello-nao-concordo-em-nada-com-o-que-veiculado-01062020>. Acesso: 03 jun. 2020.

AUXÍLIO Emergencial do Governo Federal. **Caixa Econômica Federal**, Brasília, 2020. Disponível em: <https://auxilio.caixa.gov.br/#/inicio>. Acesso: 30 maio 2020.

BARROS, Edgar Luís. Populismo. **Fundação Getúlio Vargas** – FGV, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/populismo>. Acesso: 27 abr. 2020.

BARROS, Lorena. De “não é isso tudo” à “tubaina”: veja falas de Bolsonaro sobre Covid-19. **IG**, 20 maio 2020. Disponível em:

<https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2020-05-20/de-nao-e-isso-tudo-a-tubaina-veja-falas-de-bolsonaro-sobre-covid-19.html>. Acesso: 22 maio 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de direito administrativo**. São Paulo. v. 235, p. 1-36, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicolas e PASQUINO, Gian Franco.

**Dicionário De Política**. 11. ed. Brasília: UnB. v. 1, 1983.

BOLSONARO compartilha conteúdo falso, e Instagram oculta postagem do presidente. **G1**, Rio de Janeiro, 12 maio 2020. Disponível em:

<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/05/12/bolsonaro-compartilha-contenido-falso-e-instagram-oculta-postagem-do-presidente.ghtml>. Acesso: 28 maio 2020.



BOLSONARO defende impor limites e descumprir ordens que ele considera absurdas. **Jornal Nacional/G1**, Rio de Janeiro, 28 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/05/28/bolsonaro-defende-impor-limites-e-descumprir-ordens-que-ele-considera-absurdas.ghml>. Acesso: 29 maio 2020.

BRASIL [Constituição (1824)]. Constituição Política do Imperio Do Brazil, de 25 de março de 1824. Rio de Janeiro, 25 mar. 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso: 4 jun. 2020.

BRASIL, Congresso Nacional. **Decreto legislativo nº 6, de 20 de março de 2020**. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-legislativo-249090982>. Acesso: 30 maio 2020.

BRASIL, Congresso Nacional. **Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020**. Brasília, 20 mar. 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-legislativo-249090982>. Acesso: 30 maio 2020.

BRASIL, **Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950**. Brasília, 10 abr. 1950. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/11079.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%079%2C%20DE%2010,o%20respectivo%20processo%20de%20julgamento.&text=A rt.,os%20que%20esta%20lei%20especifica](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%079%2C%20DE%2010,o%20respectivo%20processo%20de%20julgamento.&text=A%20rt.,os%20que%20esta%20lei%20especifica). Acesso: 3 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 27 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Brasília, 7 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso: 29 maio 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasília, 3 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso: 29 maio 2020.





BRASIL. **Governo amplia ações de assistência social durante pandemia.** Brasília, 7 maio 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2020/05/governo-amplia-acoes-de-assistencia-social-durante-pandemia>. Acesso: 30 maio 2020.

BRASIL. Governo Federal finaliza pagamento da segunda parcela do Auxílio Emergencial a integrantes do Bolsa Família. **Ministério da Cidadania.** Brasília, 29 maio 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/noticias-e-conteudos/desenvolvimento-social/governo-federal-finaliza-pagamento-da-segunda-parcela-do-auxilio-emergencial-a-integrantes-do-bolsa-familia>. Acesso: 30 maio 2020.

BRASIL. **Lei Nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020.** Brasília, 6 fev. 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm). Acesso: 28 abr. 2020.

BRASIL. **Lei Nº 6.360, de 23 de setembro de 1976.** Brasília, 23 set. 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm). Acesso: 01 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 6.341.** Requerente: Partido Democrático Trabalhista - PDT. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 24 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso: 26 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 669.** Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Luís Roberto Barroso. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>. Acesso: 31 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 672.** Requerente: CFOAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 8 abr. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso: 27 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 668/DF.** Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos – CNTM. Relator: Min.



Luís Roberto Barroso. Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884082>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRITTO, Carlos Ayres: entrevista [25 abr. 2020]. Entrevistadora: L. Ribeiro. Ex-ministro do STF Ayres Britto comenta saída de Sérgio Moro do Ministério da Justiça. **G1**. 1 Vídeo (11 min 37 seg). Rio de Janeiro, 25 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/globonews/jornal-globonews/video/ex-ministro-do-stf-ayres-britto-comenta-saida-de-sergio-moro-do-ministerio-da-justica-8509493.ghtml>. Acesso: 27 abr. 2020.

CAI número de novas infecções da Covid-19 na China após foco em Wuhan. **O Globo**, Rio de Janeiro, 12 maio 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/cai-numero-de-novas-infeccoes-da-covid-19-na-china-apos-foco-em-wuhan-24422544>. Acesso: 15 maio 2020.

CAMPOS, Luiz Henrique. “Erramos”: um mês após campanha para não parar, Milão tem 4,4 mil mortos. **Correio Braziliense**, Brasília, 23 mar. 2020. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2020/03/26/interna\\_mundo,840540/erramos-um-mes-apos-campanha-para-nao-parar-milao-tem-4-4-mil-mort.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2020/03/26/interna_mundo,840540/erramos-um-mes-apos-campanha-para-nao-parar-milao-tem-4-4-mil-mort.shtml). Acesso: 26 abr. 2020.

CARBONARI, Pâmela. Quem foi Marielle Franco, a vereadora executada no Rio. **Superinteressante**. São Paulo. 15 mar. 2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/sociedade/quem-foi-marielle-franco-a-vereadora-executada-no-rio/>. Acesso: 30 maio 2020.

CARDOZO, José Eduardo: entrevista [21 abr. 2020]. Entrevistador: L. Attuch. José Eduardo Cardozo: ditadura nunca mais! **TV 247/YouTube**. 21 abr. 2020. 1 Vídeo (55 m 22 s). Disponível em: <https://youtu.be/XAxFuU4BVFA>. Acesso 21 abr. 2020.

CARVALHO, Diógenes Faria de e FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Políticas públicas e as lições preliminares da Covid-19. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 1 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/garantias-consumo-politicas-publicas-licoes-preliminares-covid-19>. Acesso: 20 maio 2020.

CASOS de coronavírus e número de mortes no Brasil em 22 de maio. **G1**, Rio de Janeiro 22 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/05/22/casos-de->



coronavirus- e-numero-de-mortes-no-brasil-em-22-de-maio.ghtml. Acesso: 22 maio 2020.

CAVALVANTE, Denise Lucena; PEREIRA, Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva; SOUS, Thanderson Pereira de. Uma Análise Financeira do Gasto em Saúde no Brasil. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**. v. 6, n.1, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.427>. Acesso: 02 jun. 2020.

CELSO de Mello nega perícia em celular de Bolsonaro e critica ameaça de desrespeito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-02/celso-mello-nega-pedido-pericia-celular-bolsonaro>. Acesso: 03 jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. **Resolução nº191, de 10 de novembro de 2005**. Ministério do Desenvolvimento Social. Brasília, 10 de novembro de 2005. Disponível em: [http://www.mds.gov.br/cnas/viii-conferencia-nacional/manual-orientador/legislacao\\_resolucao-cnas-191-2005.pdf/download](http://www.mds.gov.br/cnas/viii-conferencia-nacional/manual-orientador/legislacao_resolucao-cnas-191-2005.pdf/download). Acesso: 30 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE – CNS. **Recomendação nº 022, de 09 de abril de 2020. Brasília. 9 abr. 2020**. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1112-recomendac-a-o-n-022-de-09-de-abril-de-2020>. Acesso: 30 maio 2020.

CONSTITUIÇÃO da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. **Universidade de São Paulo – USP**, São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAdAe/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso: 01 jun. 2020.

CONTI, Thomas V. **Crise Tripla do Covid-19: um olhar econômico sobre políticas públicas de combate à pandemia**. São Paulo, 06 abr. 2020. Disponível em: <http://thomasvconti.com.br/pubs/coronavirus/>. Acesso: 22 maio 2020.

CORONAVÍRUS nos EUA: 3 mudanças drásticas causadas pela pandemia no país que chegou a 100 mil mortos. **BBC News/G1**, Rio de Janeiro, 28 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/05/28/coronavirus-nos-eua-3-mudancas-drasticas-causadas-pela-pandemia-no-pais-que-chegou-a-100-mil-mortos.ghtml>. Acesso: 29 maio 2020.



CORONAVÍRUS: ritmo de contágios e mortes nos EUA desacelera. **Veja**, São Paulo, 4 jun. 2020. <https://veja.abril.com.br/mundo/ritmo-de-contagios-e-mortes-por-coronavirus-nos-eua-desacelera/>. Acesso: 4 jun. 2020.

COSTA, Fabrício Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, v. 7, n.3, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4809/3640>. Acesso: 02 jun. 2020.

COVID-19: Desenvolvimento Humano deve retroceder pela primeira vez desde 1990. **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD**, Nova York, EUA, 20 maio 2020. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2020/covid-19--desenvolvimento-humano-deve-retroceder-pela-primeira-v.html>. Acesso: 30 maio 2020.

COVID-19: NY tem menor número de mortes em um mesmo dia desde 1º de abril. **Veja**, 24 abr. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/covid-19-ny-tem-menor-numero-de-mortes-em-um-mesmo-dia-desde-1o-de-abril/>. Acesso: 26 abr. 2020.

D'AGOSTINO, Rosanne; VIVAS, Fernanda; FALCÃO, Márcio. Celso de Mello autoriza inquérito no STF para apurar declarações de Moro com acusações a Bolsonaro. **G1**, Brasília, 27 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/27/celso-de-mello-autoriza-inquerito-no-stf-sobre-discurso-de-moro-com-acusacoes-a-bolsonaro.ghtml>. Acesso: 02 jun. 2020.

DAVIS, Mike; HARVEY, David; BIHR, Alain; ZIBECCHI, Raúl; BADIOU, Alain; ZIZEK, Slavoj. Coronavírus e a luta de classes. **Terra sem Amos**: Brasil, 2020. Disponível em: <https://terrasemamos.files.wordpress.com/2020/03/coronavc3adrus-e-a-luta-de-classes-tsa.pdf>. Acesso: 25 abr. 2020.

DIAS, Roger. Taxa de desemprego cresce para 12,5%, com queda recorde na ocupação. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 28 maio 2020. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/05/28/internas\\_economia,1151622/taxa-de-desemprego-cresce-para-12-5-com-queda-recorde-na-ocupacao.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/05/28/internas_economia,1151622/taxa-de-desemprego-cresce-para-12-5-com-queda-recorde-na-ocupacao.shtml). Acesso: 29 maio 2020.



DIRETORA da OPAS pede que países abordem emergências de saúde, social e econômica à medida que COVID-19 se espalha nas Américas. **Organização Pan-americana de Saúde**, Brasília, 12 maio 2020. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6167:diret-ora-da-opas-pede-que-paises-abordem-emergencias-de-saude-social-e-economica-a-medida-que-covid-19-se-espalha-nas-americas&Itemid=812](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6167:diret-ora-da-opas-pede-que-paises-abordem-emergencias-de-saude-social-e-economica-a-medida-que-covid-19-se-espalha-nas-americas&Itemid=812). Acesso: 29 maio 2020.

DUQUE, Marcelo Schenk. Emergência sanitária constitucional no contexto federativo. **Jota**, São Paulo, 12 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/emergencia-sanitaria-constitucional-no-contexto-federativo-12042020>. Acesso: 30 maio 2020.

ESTÃO usando as Forças Armadas como partido e isso é uma grave ofensa", diz Gilmar. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-25/usando-forcas-armadas-partido-isso-ofensa-gilmar>. Acesso: 4 jun. 2020.

EUA ANUNCIAM envio de 2 milhões de doses de hidroxicloroquina ao Brasil. **G1**, Rio de Janeiro, 31 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/05/31/eua-anunciam-envio-de-2-milhoes-de-doses-de-cloroquina-ao-brasil.ghtml>. Acesso: 31 maio 2020.

FINCHELSTEIN, Federico. Do Fascismo ao Populismo na História. **Almedina**, Lisboa, Portugal, set. 2019. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=1gbBDwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=Do+Fascismo+ao+Populismo+na+Hist%C3%B3ria&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwiG7M-kmuPpAhW9GbkGHbbdBhkQ6AEIKDAA>. Acesso: 19 maio 2020.

FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes. *Fake news*, coronavírus e o atual cenário brasileiro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-28/wevertton-flumignan-fake-news-coronavirus-atual-cenario-brasileiro>. Acesso: 29 maio 2020.

FOLHA informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). **Organização Pan-americana de Saúde**. Brasília, 26 maio 2020. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covi-d19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covi-d19&Itemid=875). Acesso: 27 maio 2020.



FONTAINHA Fernando de Castro; LIMA Amanda Evelyn Cavalcanti de; FERNANDES Pedro de Araújo. O Judiciário da pandemia. **Jota**, São Paulo, 15 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/judiciario-e-sociedade/o-judiciario-da-pandemia-15052020>. Acesso: 21 maio 2020.

GARCIA, Gustavo; GOMES, Pedro Henrique Gomes, VIANA, Hamanda. 'E daí? Lamento. Quer que eu faça o quê?', diz Bolsonaro sobre mortes por coronavírus; 'Sou Messias, mas não faço milagre'. **G1**, Rio de Janeiro, 28 abr. 2020. Disponível em: [https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/28/e-dai-lamento-quer-que-eu-faca-o-que-diz-bolsonaro-sobre-mortes-por-coronavirus-no-brasil.ghtml?utm\\_source=facebook&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=g1](https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/28/e-dai-lamento-quer-que-eu-faca-o-que-diz-bolsonaro-sobre-mortes-por-coronavirus-no-brasil.ghtml?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=g1). Acesso: 28 abr. 2020.

GOMES, Bianca. Inquérito das fake news 'não tem base legal' e é 'inconstitucional', afirma Bolsonaro. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 28 maio 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,inquerito-das-fake-news-nao-tem-base-legal-e-e-inconstitucional-afirma-bolsonaro,70003318070>. Acesso: 29 maio 2020.

GOMES, Pedro Henrique. 'Não sou cozeiro, tá?', diz Bolsonaro ao responder sobre mortos por coronavírus. **G1**, Brasília, 20 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/20/nao-sou-cozeiro-ta-diz-bolsonaro-ao-responder-sobre-mortos-por-coronavirus.ghtml>. Acesso: 28 abr. 2020.

GRAGNANI, Juliana. Coronavírus: o que dizem os estudos publicados sobre cloroquina, defendida por Bolsonaro e Trump. **BBC News Brasil**. Londres. 19 maio 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52686122>. Acesso em: 19 maio 2020.

GULLINO, Daniel. Bolsonaro promete a apoiadores mais medidas de flexibilização de armas. **O Globo**, São Paulo, 4 jun. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/bolsonaro-promete-apoiadores-mais-medidas-de-flexibilizacao-de-armas-24462130>. Acesso: 5 jun. 2020.

HÁ quase 20 dias no cargo, Pazuello é oficializado ministro interino da Saúde. **G1**, Brasília, 3 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/03/ha-quase-vinte-dias-no-cargo-pazuello-e-oficializado-ministro-interino-da-saude.ghtml>. Acesso: 5 jun. 2020.

INQUÉRITO aponta cinco supostos financiadores de esquema de *fake news* e ataques a autoridades. **G1**, Brasília, 27 maio 2020. Disponível em:



<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/27/inquerito-aponta-cinco-supostos-financiadores-de-esquema-de-fake-news-e-ataques-a-autoridades.ghtml>. Acesso: 28 maio 2020.

INQUÉRITO do STF já investigou ameaças de incendiar plenário e matar ministros. **Jornal Nacional/G1**, Rio de Janeiro, 28 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/28/inquerito-do-stf-ja-investigou-ameacas-de-incendiar-plenario-e-matar-ministros.ghtml>. Acesso 29 maio 2020.

INQUÉRITO do STF sobre fake news: entenda as polêmicas da investigação que provoca atrito entre Bolsonaro e a Corte. **BBC News**, Londres, 27 maio 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52824346>. Acesso: 29 maio 2020.

IURISDICAS. **Bolsonaro: inquérito das Fake News “não tem base legal”. Isso é verdade?** Instagram, 29 maio 2020. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CAxvEKbDCVv/?igshid=14a7nxa4fika6>. Acesso: 30 maio 2020.

IURISDICAS. **O art. 142 da CF, dito por Bolsonaro, autoriza intervenção das Forças Armadas?** Instagram, 3 jun. 2020. Disponível em: [https://www.instagram.com/p/CA\\_PT\\_5jFPn/?igshid=199poz4rjdd6r](https://www.instagram.com/p/CA_PT_5jFPn/?igshid=199poz4rjdd6r). Acesso: 3 jun. 2020.

JPISKE, Oriana; SARACHO, Antonio Benites. Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System). **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF-T**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>. Acesso: 5 jun. 2020.

KER, João. Defendida por Bolsonaro, cloroquina aumenta risco de morte em pacientes, diz estudo. **Estadão**, São Paulo, 22 maio 2020. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,defendida-por-bolsonaro-cloroquina-aumenta-risco-de-morte-em-pacientes-diz-estudo,70003311202>. Acesso: 22 maio 2020.

LEÃO, Ana Letícia; DANTAS, Dimitrius; MARTINS, Elisa e BRANCO, Leo. Covid-19 é mais letal em regiões de periferia no Brasil. **O Globo**, Rio de Janeiro, 03



maio 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/covid-19-mais-letal-em-regioes-de-periferia-no-brasil-1-24407520>. Acesso: 01 jun. 2020.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIMA, Bruna e CARDIM, Maria Eduarda. COVID-19: Sem isolamento social, Brasil corre o risco de ficar sem UTI em julho. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 29 maio 2020. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2020/05/29/interna\\_nacional,1151809/covid-19-sem-isolamento-brasil-corre-risco-ficar-sem-uti-em-julho.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2020/05/29/interna_nacional,1151809/covid-19-sem-isolamento-brasil-corre-risco-ficar-sem-uti-em-julho.shtml). Acesso: 29 maio 2020.

MADEIRA, Lígia; PAPI, Luciana, GELISKI, Leonardo e ROSA, Taciana. Os estudos de políticas públicas em tempos de pandemia. **Revista de Ciências Sociais**, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 17 abr. 2020. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/coronavirus/base/artigo-os-estudos-de-politicas-publicas-em-tempos-de-pandemia/>. Acesso: 19 maio 2020.

MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. Bloco de constitucionalidade: consequências do seu reconhecimento no sistema constitucional brasileiro. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, 1 abr. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/bloco-de-constitucionalidade-consequencias-do-seu-reconhecimento-no-sistema-constitucional-brasileiro/>. Acesso: 27 abr. 2020.

MARTELLO, Alexandro. Analistas do mercado estimam tombo de 6,25% para o PIB em 2020. **G1**, Brasília, 01 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/06/01/analistas-do-mercado-estimam-tombo-de-625percent-para-o-pib-em-2020.ghtml>. Acesso: 01 jun. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. As determinações da OMS são vinculantes ao Brasil? **Ordem dos Advogados do Brasil – OAB Nacional**, Brasília, 28 mar. 2020. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/58018/artigo-as-determinacoes-da-oms-sao-vinculantes-ao-brasil-por-valerio-de-oliveira-mazzuoli>. Acesso: 01 jun. 2020.

MENDES, Min. Gilmar; BRITTO, Carlos Ayres; FRANCISCHINI, Felipe e CRUZ, Felipe Santa: debate [22 abr. 2020]. Entrevistador: AZEVEDO, Reinaldo. Gilmar Mendes, Ayres Britto e OAB discutem limites de Bolsonaro na Crise. São Paulo: **Blog Reinaldo Azevedo/UOL**. 22 abr. 2020. 1 vídeo (1 h 24 min 32 s). Disponível





em: <https://www.uol.com.br/mov/ao-vivo/2020/04/17/os-limites-juridicos-do-presidente-da-republica-na-gestao-da-crise.htm>. Acesso: 27 abr. 2020.

MILHÕES de brasileiros não têm nenhum documento de identificação. **Jornal Nacional/G1**, Rio de Janeiro, 16 maio, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/05/16/milhoes-de-brasileiros-nao-tem-nenhum-documento-de-identificacao.ghtml>. Acesso: 30 maio 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF. **Ofício nº 5580/2020, de 28 de maio de 2020**. São Paulo, 28 maio 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/oficio-anvisa-2>. Acesso: 01 jun. 2020.

MINISTRO assegura que estados, DF e municípios podem adotar medidas contra pandemia. **Supremo Tribunal Federal – STF**, Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441075>. Acesso: 28 abr. 2020.

MOUNK, Yascha: entrevista [abr. 2020]. Entrevistadora: IDOETA, Paula Adamo. Pandemia pode enfraquecer populismo nos EUA e no Brasil, diz pesquisador de democracias **BBC News Brasil**, São Paulo, 12 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52100135>. Acesso: 01 jun. 2020.

MURAKAWA, Fabio; DI CUNTO, Raphael. Na pandemia, Bolsonaro privilegia a economia. **Valor Econômico**, Brasília, 25 maio 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/05/25/na-pandemia-bolsonaro-privilegia-a-economia.ghtml>. Acesso: 03 jun. 2020.

NOMURA, Bruno. Bolsonaro é denunciando em tribunal internacional: entenda quais são as acusações e consequências. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 3 abr. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-e-denunciado-em-tribunal-internacional-entenda-quais-sao-as-acusacoes-e-consequencias,70003259794>. Acesso: 20 abr. 2020.

NOTA do Gabinete do Ministro Alexandre de Moraes. **Supremo Tribunal Federal – STF**. Brasília, 27 maio 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=444198&ori=1>. Acesso: 28 maio 2020.

NÚMERO de mortes no Brasil passa o da Itália e chega a 34.021; país agora é o 3º do mundo com mais óbitos. **Bem Estar/G1**, Rio de Janeiro, 4 jun. 2020. Disponível



em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/06/04/brasil-tem-34021-mortes-por-coronavirus-diz-ministerio.ghtml>. Acesso: 5 jun. 2020.

NUNES, Maíra e CARDIM, Maria Eduarda. Três meses após primeiro caso de covid- 19, Brasil passa de 25 mil mortes. **Correio Braziliense**, Brasília, 28 maio 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/05/28/interna-brasil,858876/tres-meses-apos-primeiro-caso-de-covid-19-brasil-passa-de-25-mil-mort.shtml>. Acesso: 29 maio 2020.

O JUDICIÁRIO, a interferência e a separação de poderes. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/renato-silveira-judiciario-interferencia-separacao-poderes>. Acesso: 30 maio 2020.

O QUE é o artigo 142 da Constituição, que Bolsonaro citou ao pedir intervenção das Forças Armadas. **BBC/G1**, Rio de Janeiro, 2 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/02/o-que-e-o-artigo-142-da-constituicao-que-bolsonaro-citou-ao-pedir-intervencao-das-forcas-armadas.ghtml>. Acesso: 4 jun. 2020.

O QUE é Sistema Único de Assistência Social (Suas)? **Filantropia**, São Paulo. Disponível em: <https://www.filantropia.org/conteudo.php?id=2813>. Acesso: 30 maio 2020.

OMS RECOMENDA cautela na flexibilização do isolamento social. **Senado Federal**, Brasília, 27 abr. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2020/04/oms-recomenda-cautela-na-flexibilizacao-do-isolamento-social>. Acesso em: 28 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Resolução da Assembleia Geral quer acesso global a material de combate à COVID-19**. Nova York, EUA. 21 abr. 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/04/1711112>. Acesso: 25 abr. 2020.

PEREIRA, desembargador Adalberto Jorge Xisto. COVID-19: E se não existisse o Judiciário, o que poderíamos esperar? **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Curitiba, 16 abr. 2020. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset\\_publisher/11KI/content/covid-19-e-se-nao-existisse-o-judiciario-o-que-poderiamos-esperar-/18319?\\_101\\_INSTANCE\\_11KI\\_viewMode=view](https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/11KI/content/covid-19-e-se-nao-existisse-o-judiciario-o-que-poderiamos-esperar-/18319?_101_INSTANCE_11KI_viewMode=view). Acesso: 5 jun. 2020.



PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck. Intervenção Militar é Golpe: é só ler a Constituição. **Jota**, Rio de Janeiro, São Paulo, 02 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/intervencao-militar-e-golpe-e-so-ler-a-constituicao-02062020>. Acesso: 3 jun. 2020.

PF CUMPRE mandados de busca e apreensão em inquérito que investiga ofensas ao STF. **Migalhas**, 27 maio 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/327727/pf-cumpre-mandados-de-busca-e-apreensao-em-inquerito-que-investiga-ofensas-ao-stf>. Acesso: 29 maio 2020.

PINHEIRO, Chloé. Coronavírus: novos dados sobre grupos de risco. **Veja**, São Paulo, 31 mar. 2020. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/coronavirus-novos-dados-sobre-grupos-de-risco/>. Acesso: 22 maio 2020.

PISKE, Oriana, SARACHO, Antônio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos Freios e Contrapesos (Checks and Balances System)**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>. Acesso: 27 abr. 2020.

PONTUAL, Jorge: entrevista [28 maio 2020]. Entrevistadora: R. Lo Prete. **Trump assina decreto que questiona proteção legal das redes sociais**. São Paulo/Nova York: Jornal da Globo/Globoplay. 28 maio 2020. 1 vídeo (1 min. 53 seg.). Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/8587946/>. Acesso: 29 maio 2020.

PRIMEIRO contágio pelo coronavírus teria acontecido em novembro, diz jornal. **Uol**, São Paulo, 13 mar. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2020/03/13/jornal-afirma-que-o-primeiro-contagio-da-covid-19-na-china-ocorreu-em-novembro.htm>. Acesso: 31 maio 2020.

QUAL o valor jurídico das recomendações da Organização Mundial de Saúde? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/direito-pos-graduacao-qual-valor-juridico-recomendacoes-oms-pandemia>. Acesso: 29 maio 2020.

RABAT, Márcio Nuno. A Federação: Centralização e Descentralização do Poder Político no Brasil. **Câmara Legislativa**, Brasília, 2002. p. 4. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas->



tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema3/207708.pdf.  
Acesso: 27 abr. 2020.

RIBEIRO, Janaína. EUA já têm mais mortes por coronavírus do que pela Guerra do Vietnã. **Exame**, São Paulo, 28 abr. 2020. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/eua-ja-tem-mais-mortes-por-coronavirus-do-que-pela-guerra-do-vietna/>. Acesso em: 28 abr. 2020.

RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. Relações internacionais federativas no Brasil. **Dados**, Rio de Janeiro, 2018. v. 51, n. 4, p. 1015-1034. Disponível em <https://doi.org/10.1590/S0011-52582008000400007>. Acesso: 28 abr. 2020.

RODRIGUES, Mateus. Bolsonaro diz que pode indicar Aras para o STF 'se aparecer uma terceira vaga'. **G1**, Brasília, 28 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/28/bolsonaro-diz-que-pode-indicar-aras-para-o-stf-se-aparecer-uma-terceira-vaga.ghtml>. Acesso: 31 maio 2020.

SADI, Andreia; PARREIRA, Marcelo. Aras pede a Fachin para suspender tramitação do inquérito das fake News. **Blog da Andréia Sadi/G1**, Rio de Janeiro, 27 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/blog/andreia-sadi/post/2020/05/27/aras-pede-a-fachin-para-suspender-tramitacao-do-inquerito-das-fakenews.ghtml>. Acesso: 29 maio 2020.

SALDAÑA, Paulo. É liberdade de expressão, diz Bolsonaro sobre suposto esquema *de fake news* ligado ao filho. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 27 abr. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/e-liberdade-de-expressao-diz-bolsonaro-sobre-suposto-esquema-de-fake-news-ligado-ao-filho.shtml>. Acesso: 28 abr. 2020.

SANCHES, Mariana e MAGENTA, Matheus. Bolsonaro e Trump radicalizam: as semelhanças entre os líderes na pandemia de coronavírus. **BBC News Brasil**, Washington, Londres, 20 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52361730>. Acesso: 22 maio 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa **A Cruel Pedagogia do Vírus**. Coimbra: Almedina, 2020. Disponível em: <https://www.cpalsocial.org/documentos/927.pdf>. Acesso: 28 abr. 2020.



SANTOS, Philipe. Bolsonaro livra agente público de punição por erro na pandemia da covid-19. **Correio Braziliense**, Brasília, 15 maio 2020. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/14/interna\\_politica,854667/bolsonaro-livra-agente-publico-de-punicao-por-erro-pandemia-covid-19.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/14/interna_politica,854667/bolsonaro-livra-agente-publico-de-punicao-por-erro-pandemia-covid-19.shtml). Acesso: 19 maio 2020.

SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de ter razão**: exposta em 38 estratégias: organização e ensaio de Franco Volpi. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SECOM APAGA posts e diz que campanha “O Brasil não pode parar” não existe. **Exame**. São Paulo, 28 mar. 2020. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/secom-apaga-posts-e-diz-que-campanha-o-brasil-nao-pode-parar-nao-existe/>. Acesso 28 abr. 2020.

SHILLER, Robert: entrevista [maio 2020]. Coronavírus: 'Deveríamos já começar a nos preparar para a próxima pandemia'. **BBC News Mundo**, 27 maio 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-52818887>. Acesso: 01 jun. 2020.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, v.1, 2014.

SILVA, Juvêncio Borges; JUCATELLI, João Paulo. Judicialização da Saúde, Ativismo Judicial e o Consequente Desequilíbrio do Orçamento Público. **Rev. Bras. Polít. Públicas**.n.1, v. 7, 2017. Disponível em: [https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4454/pdf\\_1](https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4454/pdf_1). Acesso: 02 jun. 2020.

SILVA, Luis Fernando Sales. Sistema Presidencialista. **Jusbrasil**. Bahia, 2017. Disponível em: <https://luisfernandosales19.jusbrasil.com.br/artigos/444206758/sistema-presidencialista?ref=feed>. Acesso: 26 abr. 2020.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O Judiciário, a interferência e a separação de poderes. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/renato-silveira-judiciario-interferencia-separacao-poderes>. Acesso: 5 jun. 2020.



SISTEMA Presidencialista. **Jusbrasil**. Bahia. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/289833/sistema-presidencialista>. Acesso: 27 abr. 2020.

TORRES, Bolívar. 'O chanceler brasileiro não entendeu a questão', responde Zizek após Araújo falar em 'comunavírus'. **G1**. Rio de Janeiro, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/o-chanceler-brasileiro-nao-entendeu-questao-responde-zizek-apos-araujo-falar-em-comunavirus-1-24388348>. Acesso: 25 abr. 2020.

TRUMP rompe com OMS e acusa China de ser responsável por 'sofrimento no mundo'. **G1**, Rio de Janeiro. 29 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/05/29/trump-diz-que-esta-encerrando-relacoes-com-a-oms-e-faz-criticas-a-china.ghtml>. Acesso: 29 maio 2020.

TWITTER marca mensagem de Trump sobre protestos de Minneapolis por glorificar a violência. **G1**, Rio de Janeiro, 29 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/05/29/twitter-marca-mensagem-de-trump-sobre-protestos-de-minneapolis-por-enaltecer-a-violencia.ghtml>. Acesso: 29 maio 2020.

VACINA brasileira contra a Covid-19 entra em fase de testes em animais. **Bem Estar/G1**, Rio de Janeiro, 4 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/vacina/noticia/2020/06/04/vacina-brasileira-contra-a-covid-19-entra-em-fase-de-testes-em-animais.ghtml>. Acesso: 5 jun. 2020.

VEJA e leia a íntegra do pronunciamento de Bolsonaro sobre a saída de Moro do governo. **G1**, Brasília, 24 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/24/veja-e-leia-a-integra-do-pronunciamento-de-bolsonaro-sobre-a-saida-de-moro-do-governo.ghtml>. Acesso: 26 abr. 2020.

VERDÉLIO, Andreia. Ação contra *fake news* é para censurar mídias sociais, diz Bolsonaro. **Agência Brasil – EBC**, Brasília, 28 maio 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2020-05/acao-contra-fake-news-e-para-censurar-midias-sociais-diz-bolsonaro>. Acesso: 28 maio 2020.

VIAPIANA, Tábata. Concessionária não é serviço essencial na epidemia, diz desembargador do TJ-SP. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 maio 2020. Disponível



em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-18/concessionaria-nao-essencial-epidemia-desembargador>. Acesso: 03 jun. 2020.

VITAL, Danilo e VALENTE, Fernanda. Celso de Mello autoriza inquérito para investigar Moro e Bolsonaro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 abr. 2020. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/celso-mello-autoriza-inquerito-apurar-declaracoes-moro?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/celso-mello-autoriza-inquerito-apurar-declaracoes-moro?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook). Acesso: 28 abr. 2020.



# A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Lucas Aguiar Cardoso

## RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso tem como objetivo analisar a criminalização da discriminação em relação à orientação sexual e identidade de gênero a partir do julgamento da ADO nº26 e MI 4733 pelo STF. Como essa decisão houve a inserção das expressões “orientação sexual” e “identidade de gênero” na Lei 7716/1989 (Lei de Racismo), a qual criminaliza qualquer discriminação em virtude de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, vindo assim a impactar na vivência da comunidade LGBT. As pessoas LGBTs sofrem discriminações de toda sorte, inclusive sendo vítimas de homicídios, apenas por não seguirem o padrão heteronormativo de sexualidade e identidade de gênero da sociedade em geral. Como isso, pretende-se demonstrar, por meio da análise dos princípios constitucionais, que os indivíduos, independentemente de qualquer identidade de gênero ou orientação sexual, são iguais perante a lei e devem ter sua dignidade respeitada e protegida, assim como garante a Constituição Federal brasileira.

**Palavras-chave:** criminalização; homofobia; transfobia; STF; princípios constitucionais.

## 1 INTRODUÇÃO

A crescente violação da integridade da população LGBT em um contexto de violência, hoje, no Brasil, remete à eminente discussão da criminalização da homofobia, julgada em 2019, pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 – ADO 26 e Mandado de Injunção 4733. A questão em debate pretendia a equiparação da discriminação





sexual (identidade de gênero e orientação sexual) ao crime de racismo, assunto este que foi abordado, tempos atrás, pelo Projeto de Lei da Câmara (PLC 122/2006).

A população LGBT é violentada de todas as formas, em razão APENAS de sua identidade sexual (entende-se identidade de gênero e orientação sexual). Esta é a realidade do Brasil ainda nos dias de hoje, que, por sua vez, acaba marginalizando membros desta comunidade. Até a recente decisão judicial, não havia legislação específica que criminalizasse a homofobia, deixando os membros da comunidade LGBT sem proteção jurídica específica.

Contudo, mesmo com a equiparação da homofobia com o crime de racismo, será necessário algum tempo para se compreender o impacto desta proteção e os seus benefícios no âmbito desta comunidade, visto que há índices que atualmente indicam o Brasil como o país com maior grau de violência e homicídios contra pessoas LGBTs em comparação mundial.

De acordo com o relatório de pesquisa divulgado pelo GGB<sup>1</sup> (Grupo Gay da Bahia), segundo pesquisa realizada pelo professor Marcelo Domingos Oliveira, que se baseia em informações coletadas por variados veículos de comunicação, as quais tem sua veracidade confirmada por agências nacionais e internacionais, foram documentadas 141 mortes de pessoas LGBTs de janeiro a 15 de maio de 2019, entre homicídios e suicídios, o equivalente à morte de um LGBT+ a cada 23 horas. Ainda conforme a pesquisa, tem-se que 77 eram gays, 52 travestis e transexuais, 10 lésbicas, incluindo 2 heterossexuais confundidos como gays, bem como os 15 suicídios. Também, existe o dado de que 39 mortes foram causadas com arma branca, 22 com armas de fogo, 13 espancamentos e 8 estrangulamentos.

---

<sup>1</sup> GRUPO GAY DA BAHIA. Mortes de LGBT+ do Brasil (janeiro a 15 maio de 2019), p.1-4. Disponível em: {<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2019/05/relatc3b3rio-ggb-parcial-2019.pdf>}. Acesso em: 05 de novembro de 2019



Deste modo, este trabalho objetiva analisar a importância da criminalização da homofobia para que haja uma diminuição, em longo prazo, da violência contra essa minoria social. Entender como se resolve a equivalência da discriminação sexual (identidade de gênero e orientação sexual) com o crime de racismo e, consequentemente compreender o que se entende por dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade e como esses princípios se relacionam com o objeto do estudo, qual seja, a necessidade de criminalização da homofobia. Neste trabalho pretende-se também discutir a ADO 26 e MI 4733 que visavam obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima. Com o positivo encerramento do julgamento, será analisado, ainda, a inércia inconstitucional dos parlamentares, no tocante à mora do Congresso Nacional.

Este estudo, portanto, será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo serão conceituados sexualidade, identidade de gênero, orientação sexual e suas derivações, buscando entender a evolução histórica da luta da população LGBT+, bem como as várias nomenclaturas ligadas à sexualidade. No segundo capítulo, será abordado a LGBTfobia, violência, condutas LGBTfóbicas, abordando, consequentemente, os índices de violência, para então, relacionar estas questões com o crime de racismo e a sua atual equivalência. Partindo desse estudo, pretende-se, no capítulo três, analisar e relatar o que se entende por dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, bem como compreender a força normativa constitucional desses princípios para que houvesse, de fato, a evidente e necessária criminalização da homofobia. O que nos leva ao estudo da ADO 26 e do MI 4733, a qual serão trabalhados em seus pontos cruciais, para discutir, ao fim, a inércia inconstitucional dos parlamentares na análise do PLC 122/2006.



## 2 CONCEITOS, SEXUALIDADE E GÊNERO

### 2.1 Movimento LGBT: Histórico

Quando o assunto é o movimento LGBT, é importante lembrar da rebelião de Stonewall, como retrata James Green, ocorrida nos Estados Unidos, no Estado de New York, em 1969, sendo um movimento político que fortaleceu e positivou os estudos sobre gays e lésbicas no País e, posteriormente, no mundo todo.<sup>2</sup>

Stonewall é o nome do bar gay, onde, em 1969, na cidade de New York, gays, lésbicas, travestis e *drag queens*, se uniram para lutar, pela primeira vez, contra a intolerância. Segundo coloca Seffner, “*pela primeira vez todos eles se sentiram iguais – por serem diferentes. Iguais por causarem estranhamento ao padrão heteronormativo da sociedade.*”<sup>3</sup>

Os reflexos deste acontecimento marcante ultrapassaram o país e influenciaram, também, os latinos americanos. De modo a compreender as transformações do ativismo homossexual em outros países, James Green acreditava que:

Ocorreram mudanças drásticas na América Latina, nas duas últimas décadas. Os movimentos políticos dos gays, lésbicas e transgêneros emergiram em todos os países do continente. Um movimento social que, na época, inspirava-se no massivo movimento dos gays e lésbicas nos Estados Unidos, empreendeu debates políticos nacionais sobre sexualidade, discriminação e os significados da plena participação democrática de todos os setores no processo político<sup>4</sup>

No Brasil, os estudos sobre a sexualidade começam a ser relevantes na década de 90, com uma ligação ao movimento feminista e homossexual, com as

---

<sup>2</sup> GREEN, James. A Luta pela igualdade: desejos, homossexualidade e a esquerda na América Latina. 2003

<sup>3</sup> RIBEIRO, Deco. Stonewall: 40 anos de luta pelo reconhecimento lgbt

<sup>4</sup> GREEN, James. A Luta pela igualdade: desejos, homossexualidade e a esquerda na América Latina. 2003



primeiras pautas relacionadas às mulheres, sexualidade, relações conjugais e familiares. Posteriormente, surge uma tendência de estudos sobre pessoas do mesmo sexo que se relacionavam entre si, o que, adiante, aumentam consideravelmente os autores interessados e as pesquisas sobre o tema.

As questões pertinentes a gênero e sexualidade vão se desenvolvendo no Brasil concomitantemente à discussão sobre HIV/AIDS. No primeiro momento, o Estado interage com a sociedade civil, a começar com as feministas e, posteriormente, com os movimentos sociais; porém, com a epidemia do HIV/AIDS, o Estado percebe que existe um problema de saúde pública e não de um grupo de risco em específico e então acontece a interlocução dos movimentos LGBTs, como aponta Regina Facchini.<sup>5</sup>

Sobre os movimentos LGBTs, a autora enfatiza o Nordeste, mais especificamente o Grupo Gay da Bahia - GGB como uma primeira força de criação dos grupos de homossexuais na região, bem como o grupo Triângulo Rosa, do Rio de Janeiro que juntos foram os primeiros a exercer direito de associação em torno da homossexualidade.<sup>6</sup>

Ainda sobre os movimentos, quando o assunto é a visibilidade, a luta pelos direitos e igualdades, não se pode esquecer das paradas gays que, dando continuidade ao momento histórico de Stonewall, reafirmam a situação política homossexual em vários locais no mundo, assim com afirma Maria Izabel da Silva:

San Francisco, Paris e Londres são algumas das cidades que organizam paradas de orgulho gay em torno do 28 de junho. No Brasil, as primeiras iniciativas voltadas para um movimento homossexual surgiram no eixo Rio-São Paulo, na segunda metade da década de 70, com a fundação do jornal

---

<sup>5</sup> FACCHINI, Regina. Os estudos e movimentos LGBT no Brasil pós-Stonewall. Stonewall 40 + o que no Brasil?. Salvador 2011. Acesso em 14/11/2019

<sup>6</sup> FACCHINI, Regina. Os estudos e movimentos LGBT no Brasil pós-Stonewall. Stonewall 40 + o que no Brasil?. Salvador 2011. Acesso em 14/11/2019



‘Lampião da Esquina’ e do grupo Somos. No início da década de 80, organizaram-se grupos por todo o país, que desempenharam importante papel na luta pelos direitos humanos e civis dos homossexuais. Na segunda metade da década, esses grupos foram fundamentais na proposição de respostas à sociedade civil sobre a epidemia da Aids, que atingia majoritariamente os gays.<sup>7</sup>

Importante destacar, também, o que aponta Deco Ribeiro, ao enfatizar as Paradas de Orgulho LGBT+ que surgiram entre 1995 e 1997, as quais, em princípio, não passavam de algumas centenas de pessoas, porém davam visibilidade à causa da diversidade sexual. Diferente do que se vê atualmente, com a quantidade maior que 170 paradas no Brasil inteiro, de janeiro a dezembro, bem como a parada de São Paulo que leva o título de maior parada de Orgulho LGBT+ do mundo.<sup>8</sup>

Sobre primeira parada Gay do Brasil, Maria Izabel da Silva aponta:

As comemorações brasileiras do 28 de junho, no entanto, são recentes. Foram assumidas a partir de 1996, aqui em São Paulo. Em 1997, a 1ª Parada do Orgulho GLT (Gays, Lésbicas e Travestis) reuniu cerca de 2000 pessoas, entre vários artistas e personalidades, que levantaram o tema ‘Estamos em Todos os Lugares e em Todas as Profissões’. A 2ª Parada do Orgulho GLT percorre de novo o circuito Avenida Paulista Praça Roosevelt este ano. A atividade começa às 14h00, em frente ao prédio da Gazeta. A manifestação quer chamar a atenção para o fato de que nós – gays, lésbicas ou travestis – somos sujeitos com direitos e exigimos da sociedade tratamento igual. Nossa opção sexual não nos faz diferentes dos demais cidadãos. Exatamente por isso, não podemos admitir nem a violência policial nem a homofobia que presenciamos frequentemente em nossos bairros, cidades, Estados. Também não podemos admitir de forma alguma a discriminação nos locais de trabalho.<sup>9</sup>

Em 2019, a 23ª edição da parada LGBT ocorreu no domingo, dia 23 de junho e, conforme matéria publicada no G1.Globo, por Marina Pinhoni, reuniu cerca de 3

<sup>7</sup> Maria Izabel da Silva. Sou homossexual e me orgulho disso. Folha de S. Paulo. Opinião. 25/06/98

<sup>8</sup> RIBEIRO. Deco. Stonewall: 40 anos de luta pelo reconhecimento lgbt

<sup>9</sup> Maria Izabel da Silva. Sou homossexual e me orgulho disso. Folha de S. Paulo. Opinião. 25/06/98



milhões de pessoas e movimentou R\$ 403 milhões na economia da cidade, caso em que supera o ano de 2018 com um acréscimo de 40%, de acordo com as informações registradas pela prefeitura. O tema da parada do ano de 2019 foi em comemoração aos “50 anos de Stonewall” e contou, ao todo, com 19 trios elétricos que desfilaram por cerca de sete horas com músicas, discursos e apresentações de diversos artistas.<sup>10</sup>

## 2.2 Conceitos: Sexualidade e Gênero

O contexto político e social que se vivencia atualmente no Brasil dispõe de um quadro favorável para a discussão da homofobia, haja vista a relevante e crescente difusão dos temas LGBTQ+ na mídia, televisão e demais meios de comunicação.

Então, como forma de desenvolvimento inicial do tema, faz-se necessário compreender e diferenciar o que é sexualidade e gênero, mais precisamente, identidade de gênero e orientação sexual, bem como explorar a variedade de conceitos que compõem cada letra da sigla LGBTQ+.

A professora Jaqueline Gomes de Jesus aponta, em seu guia técnico, que o **gênero** é a forma de se identificar e ser identificado como homem ou como mulher; já a **orientação sexual**, por sua vez, remete à “atração afetivossexual” por alguém do mesmo sexo, sexo diferente, ou ainda os dois sexos ao mesmo tempo. A identidade de gênero seria a forma como a pessoa se identifica, e que pode acontecer de não coincidir com o sexo biológico determinado no nascimento. Neste caso, são consideradas pessoas transgênero, sendo que o contrário vale para os cisgêneros, ou seja, aqueles que se identificam com o sexo biológico.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Marina Pinhoni. Parada LGBTQ de 2019 movimentou R\$ 403 milhões em SP, diz prefeitura. *Matéria*. 29/06/2019. Disponível em <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/06/29/23a-parada-lgbt-movimentou-r-403-milhoes-em-sao-paulo-diz-prefeitura.ghtml>. Acesso em 09/03/2020

<sup>11</sup> JESUS, Jaqueline Gomes. *Orientação sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. Brasília, 2012



O entendimento caminha no mesmo sentido quando Guacira Lopes Louro aborda a questão referente ao gênero e à sexualidade<sup>12</sup>:

Ainda que gênero e sexualidade se constituam em dimensões extremamente articuladas, parece necessário distingui-las aqui. Estudiosas e estudiosos feministas têm empregado o conceito de gênero para se referir ao caráter fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo; assim sendo, as identidades de gênero remetem-nos às várias formas de viver a masculinidade ou a feminilidade. Por outro lado, o conceito de sexualidade é utilizado, nesse contexto, para se referir às formas como os sujeitos vivem seus prazeres e desejos sexuais; nesse sentido, as identidades sexuais estariam relacionadas aos diversos arranjos e parcerias que os sujeitos inventam e põem em prática para realizar seus jogos sexuais. No campo teórico dos estudos feministas, gênero e sexualidade são, ambos, constructos sociais, culturais e históricos. No entanto, essa não é uma formulação amplamente aceita, especialmente quando se trata da sexualidade. Nesse terreno, mais do que em qualquer outro, os argumentos da “natureza” parecem falar mais alto. (Louro, 2000, p. 63)

No entanto, no entendimento de Fernando Seffner, a produção de identidade de gênero e sexual está diretamente relacionada com as relações de poder na sociedade, de modo que sempre há uma hierarquização, na qual a mulher, ou a representação da sua figura, é sempre posta em segundo plano e, por consequência, o maior poder está reservado para o homem heterossexual.<sup>13</sup>

Deve-se compreender, contudo, que os conceitos relacionados a gênero, foram criados pelo meio heteronormativo e em cada local é entendido de forma diferente, assim como aponta Seffner, ao relatar que esta questão está relacionada ao poder. Veja-se, como exemplo, o comportamento masculino e feminino em países distintos, os quais podem nunca ser determinados como iguais, de modo que, o que

---

<sup>12</sup> LOURO, Guacira Lopes. Corpo, escola e identidade. Revista Educação & Realidade, Porto Alegre, v. 25, n. 2, julho a dezembro de 2000, p. 59-75

<sup>13</sup> SEFFNER, Fernando. Identidade de gênero, orientação sexual e vulnerabilidade social



faz o homem mais masculino e a mulher mais feminina varia conforme o lugar e o tempo em que estamos inseridos.

### 2.2.1 Identidade de Gênero

Identidade de Gênero é uma categoria abstrata que se refere à construção feita por cada indivíduo a partir dos elementos fornecidos pelo meio em que cada ser está inserido, ou seja, por sua cultura.

A identidade de gênero não está ligada aos cromossomos, ou mesmo ao órgão genital que cada um “recebe” devido ao sexo biológico. O fato de alguém se sentir masculino ou feminino, não faz referência alguma ao sexo biológico ao qual foi designado.

No guia de diversidades sexuais produzido pelo Ministério da Saúde em 2010, é abordado em uma definição sociológica sobre a identidade de gênero como *“um conjunto de fatores que forma um complexo ‘jogo do eu’, onde entram em cena a interioridade (como a pessoa se vê e se comporta) e a exterioridade (como ela é vista e tratada pelos demais). Nesse sentido, podemos dizer que ninguém ‘nasce homem ou mulher’, mas que nos tornamos o que somos ao longo da vida, em razão da constate interação com o meio social”*<sup>14</sup>

A designação da identidade de gênero diz respeito, somente ao indivíduo, haja vista que, neste caso, discute-se a identidade pessoal de cada um, portanto, cabe aos demais, estranhos da relação, respeitar toda forma de identidade.

### 2.2.2 Orientação Sexual

---

<sup>14</sup> Disponível em: [http://www.unfpa.org.br/Arquivos/guia\\_diversidades.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/guia_diversidades.pdf). Acesso em 09/03/2020





A orientação sexual diz respeito ao desejo sexual de cada indivíduo sendo; (I) a homossexualidade, onde ocorre o desejo por alguém do mesmo sexo; (II) a bissexualidade, quando ocorre o desejo por ambos os sexos ou (III) a heterossexualidade, ao que diz respeito às pessoas que se atraem pelo sexo oposto.

Ainda no Guia da sexualidade feito pelo Ministério da Saúde é abordado que *“a orientação sexual é uma atração espontânea e não influenciável que só pode ser conhecida plenamente pelo indivíduo que a vivência. É, portanto, um equívoco dizer que se trata de uma opção sexual, pois não depende de escolhas conscientes nem pode ser aprendida. [...] Vale, por fim, lembrar que a orientação sexual nada coincide com a identidade de gênero: alguém pode sentir-se feminina e desejar outra mulher, portar-se de maneira masculina e ter atração por outros homens e assim por diante.”*<sup>15</sup> (Grifo do autor)

Assim como a identidade de gênero, essas manifestações são íntimas de cada indivíduo. Portanto, deve-se respeitar toda forma de relação erótica, afetiva, amorosa uma vez que, todos são livres para exercer os próprios desejos com ampla liberdade e dignidade.

### 2.2.3 Nomenclaturas

Para entender melhor e compreender as questões pertinentes a este trabalho, entende-se necessário identificar as nomenclaturas específicas, que muitas vezes são ignoradas pela doutrina ou mesmo por leitores que não estão familiarizados com o assunto.

---

<sup>15</sup> Disponível em: [http://www.unfpa.org.br/Arquivos/guia\\_diversidades.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/guia_diversidades.pdf). Acesso em 09/03/2020



- LGBT: é a sigla de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros, que consistem em diferentes tipos de orientações sexuais.
- Homossexual: refere-se à característica, condição ou qualidade de um ser (humano ou não) que sente atração física, estética e/ou emocional por outro ser do mesmo sexo ou gênero.
- Heterossexual: é a orientação sexual caracterizada pela atração sexual e emocional entre pessoas de sexos opostos.
- Gay: é uma palavra inglesa utilizada normalmente para se designar o indivíduo, homem ou mulher, homossexual. Comumente e vulgarmente falando, é designado para chamar o homem que tenha orientação sexual homossexual.
- Lésbica: é a mulher homossexual; uma mulher que experimenta e se encontra em um amor romântico ou sente atração sexual por outras mulheres.
- Bissexual: é a atração sexual por mais de um gênero binário. Contrapõe-se às monossexualidades. Não inclui todos os gêneros não binários, mas apenas os gêneros binários (homem e mulher).
- Travesti: é uma identidade de gênero feminina. A travesti, ainda que invista em hormônios femininos, não sente desconforto com sua genitália e, de maneira geral, não tem a necessidade de fazer a cirurgia de redesignação sexual.
- Transexual: é um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Esse desejo se acompanha em geral de um sentimento



de mal-estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica e de um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado. A orientação sexual de um transexual depende da sua orientação de gênero. Um homem pode sentir-se mulher e ser lésbica ou heterossexual, por exemplo.

- Transgênero: o transgênero se identifica com o transexual, contudo a diferença plausível é que o transexual se submeteu à cirurgia de redesignação sexual, enquanto o transgênero não, embora use hormônios do sexo desejado.
- Intersexual: é um termo utilizado para um grupo de variações congênitas de anatomia sexual ou reprodutiva que não se encaixam perfeitamente nas definições tradicionais de “sexo masculino” ou “sexo feminino”. Por exemplo, uma pessoa pode nascer com uma genitália que aparenta estar entre o que é usualmente considerado um pênis e uma vagina. Ou a pessoa pode ter nascido com um mosaico genético, onde parte das células possui cromossomo XX e outra parte possui cromossomo XY.<sup>16</sup>

O movimento LGBT+ é caracterizado pela sua multiplicidade de protagonistas e, assim como aponta Claudia Vianna, “o movimento (social) tornou visível uma faceta de sua identidade coletiva produzida por muitos indivíduos e caracterizada pela interação, pela negociação e pela necessária tensão característica desse processo”.

---

<sup>16</sup> DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e direitos LGBTI. São Paulo, SP. Editora: Revista dos Tribunais, 7a edição revista, atualizada e ampliada. 2017, p. 50



Ainda sobre a coletividade e multiplicidade de agentes presentes na sigla LGBT, aponta a autora a respeito do tema:

São muitas as representações envolvidas, além das várias mudanças na sigla representativa desse movimento no Brasil. A mais comum, GLS (Gays, Lésbicas e Simpatizantes) foi substituída por GLBT (com a inclusão de Bissexuais e Transgêneros e exclusão dos Simpatizantes). A sigla aqui adotada, LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros), segue deliberação da I Conferência Nacional LGBT, realizada em 2008. Há controvérsias quanto à nomeação de todos os Ts, a inclusão de um Q (para *queers*) ou um A (para assexuais), um I (para intersexos), mas há consenso na busca por inclusão das mais variadas dimensões da construção das desigualdades trazendo à tona pertencimentos sexuais e de gênero.<sup>17</sup>

Por inúmeras que sejam as representações envolvidas na constituição da sigla LGBT+, é importante destacar, a complexidade desse movimento que luta por igualdade, dignidade e direitos fundamentais desde o princípio quando nos reparamos com a “rebelião de Stonewall”, até os dias atuais.

## 3 A HOMOFOBIA E A LUTA PELOS DIREITOS

### 3.1 Breve Histórico da Homofobia

O repúdio e as restrições sociais ao homoerotismo não são recentes e muito menos limitados à América Latina. E, ainda, como aponta James Green, as proibições bíblicas contra a homossexualidade estão presentes nas linhas mestras de “O Levítico 18:22 e 20:13”, onde as atividades sexuais de pessoas do mesmo sexo são consideradas pecado.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> VIANNA, Cláudia Pereira. O movimento LGBT e as políticas de educação de gênero e diversidade sexual. São Paulo, SP. 2015. V.41, n.3, p.791-806. Acesso em 09/03/2020. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ep/v41n3/1517-9702-ep-1517-97022015031914.pdf>

<sup>18</sup> GREEN, James. A Luta pela igualdade: desejos, homossexualidade e a esquerda na América Latina. 2003



Aponta também a Igreja como instituição contraditória e negligente perante as atividades sexuais entre pessoas do mesmo sexo. Aduz, que nos séculos XIII em diante, setores da Igreja, especialmente a Santa Inquisição, incluíram a sodomia entre as transgressões que deviam ser punidas com a morte em fogueiras públicas.<sup>19</sup>

O termo sodomia, assim como aponta Luís Corrêa Lima, se refere ao relato bíblico de Sodoma e Gomorra, cidades cujos habitantes recusaram a hospitalidade aos que visitavam o patriarca Ló, a ponto de violentá-los sexualmente, pecado que resultaria no castigo divino destruidor. Ocorre que, no século XIX, o termo sodomia foi substituído por homossexualidade, trazendo a questão do âmbito religioso e moral para o âmbito médico.<sup>20</sup>

De acordo com Ruy Laurenti, professor da USP, o homossexualismo passou a existir na Classificação Internacional de Doenças (CID), a partir da 6ª revisão em 1948, na categoria 320 (Personalidade Patológica), com a subcategoria 320.6 (Desvio Sexual) no Capítulo V: Transtornos Mentais. Ocorre que, somente em maio de 1990, levando em consideração as opiniões de divergentes escolas psiquiátricas, a Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou a homossexualidade da lista internacional de doenças.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> GREEN, James. A Luta pela igualdade: desejos, homossexualidade e a esquerda na América Latina. 2003 apud BOSWELL, J. Christianity, social tolerance and homosexuality. Chicago: University of Chicago Press, 1980

<sup>20</sup> Lima, Luís. Igreja e Estado: da sodomia à criminalização da LGBTfobia. Disponível em <https://domtotal.com/noticia/1362221/2019/06/igreja-e-estado-da-sodomia-a-criminalizacao-da-lgbtfobia/>. Acesso em 17/03/2020

<sup>21</sup> Laurenti, Ruy. Homossexualismo e a Classificação internacional de doenças. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89101984000500002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101984000500002). Acesso em 18/03/2020



Neste ponto, conforme afirma Paulo Roberto Ceccarelli, as escolas psiquiátricas, por sua vez, sempre lidaram com divergências, mesmo entre seus herdeiros intelectuais, apontando o entendimento de Freud:<sup>22</sup>

A homossexualidade não é algo a ser tratado nos tribunais. [...] Eu tenho a firme convicção que os homossexuais não devem ser tratados como doentes, pois uma tal orientação não é uma doença. Isto nos obrigaria a qualificar como doentes um grande número de pensadores que admiramos justamente em razão de sua saúde mental [...]. Os homossexuais não são pessoas doentes (FREUD, 1903 apud MENAHEN, 2003, p. 14).

Vê-se, no pensamento de Freud, a compreensão da situação específica de cada um, uma vez que o homossexual não é e não deve ser tratado como doente. Em contrapartida, existem os que não escondem a sua homofobia. É o caso de Edmund Bergler e de Carles Socarides, que mesmo tendo grande influência para a Psicanálise norte-americana, contribuíram para a discriminação dos homossexuais. Bergler escreveu:

Não tenho preconceito contra a homossexualidade [...] [mas] os homossexuais são, por essência, pessoas desagradáveis, que não se preocupam se suas atitudes agradam ou não. Possuem uma mistura de arrogância, falsa agressão e lamúria. Como todos os masoquistas psíquicos, são obsequiosos quando se encontram confrontados a uma pessoa mais forte; impiedosos quando têm o poder, sem escrúpulos quando se trata de esmagar alguém mais fraco [...] raramente encontramos um ego intacto entre eles (BERGLER, 1956, p. 26).

E Socarides:

O homossexual pode parecer não ser doente, exceto na hipocrisia de sua vida sexual. Certos homossexuais muito perturbados não têm angústia, pois estão constantemente engajados em relações sexuais com pessoas do mesmo sexo – o que alivia sua ansiedade (SOCARIDES, 1995, p. 110).

---

<sup>22</sup> Ceccarelli, Paulo. A Invenção da Homossexualidade.N.2. 2008. P.71-93. Disponível em <http://www.ceccarelli.psc.br/texts/invencao-homossexualidade.pdf>. Acesso em 18/03/2020



Com a retirada da homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças em 1990, a comunidade LGBT+ comemora o avanço, porém ainda é grande foco de discriminação e assédios pelo mundo inteiro. A seguir, veja-se como é a particularidade da situação no Brasil.

### 3.2 Índices de Violência no Brasil

A violência contra a comunidade LGBT+ acontece diariamente e em todas as camadas da sociedade. E, por se tratar de uma minoria, muitas vezes encontra-se desamparada pelo Estado. É o que demonstra o relatório de pesquisa divulgado pelo GGB<sup>23</sup> (Grupo Gay da Bahia), que confirma o Brasil como campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais. Ainda sobre o tema, o relatório aponta que segundo as agências internacionais de direitos humanos, matam-se mais homossexuais e transexuais no Brasil do que em 13 (treze) países distintos do Oriente Médio e da África onde há pena de morte contra LGBTs.

Os dados são alarmantes e, de acordo com a pesquisa feita pelo advogado Eduardo Michels e divulgada no relatório do GGB em 2018, pode-se compreender melhor qual é a realidade do país em relação as suas desavenças.

420 LGBT+ (lésbicas, gays, bissexuais e transexuais) morreram no Brasil em 2018 vítimas da homolesbotransfobia: 320 homicídios (76%) e 100 suicídios (24%). Uma pequena redução de 6% em relação a 2017, quando registraram-se 445 mortes, número recorde nos 39 anos desde que o Grupo Gay da Bahia iniciou esse banco de dados. [...] E o mais preocupante é que tais mortes cresceram assustadoramente nas últimas duas décadas: de 130 homicídios em 2000, saltou para 260 em 2010, 445 mortes em 2017 e 420 no ano passado. Durante os governos de FHC mataram-se em média 127 LGBT por ano; na presidência de Lula 163 e no governo Dilma 296, sendo

---

<sup>23</sup> GRUPO GAY DA BAHIA. Mortes de LGBT+ do Brasil (relatório 2018). Disponível em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2020/03/relatorio-2018.pdf>. Acesso em: 19/03/2020



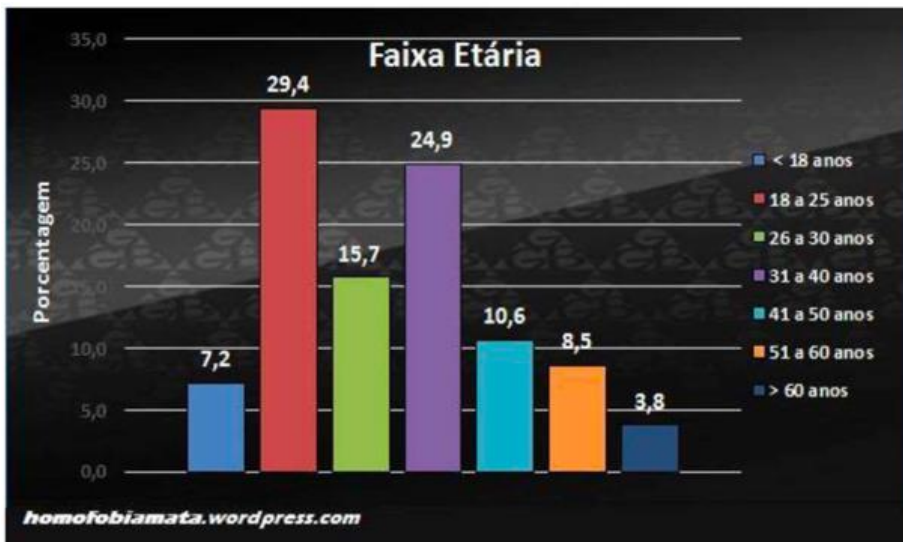
que nos dois anos e 4 meses de Temer, foram documentadas em média 407 mortes por ano. Enquanto nos Estados Unidos, com 330 milhões, mataram-se no ano passado 28 transexuais, no Brasil, com 208 milhões de habitantes, registraram-se 164 mortes: o risco de uma trans brasileira ser assassinada é 9 vezes maior do que as americanas.

Ainda sobre o tema, o pesquisador se preocupa em discriminar a quantidade de mortos referente a cada letra da sigla LGBT. Tem-se:

191 Gays (45%), Pag. 03 seguido de 164 Trans (39%), 52 Lésbicas

(12%), 8 Bissexuais (2%) e 5 Heterossexuais (1%). Justifica-se a inclusão destes heterossexuais, pois foram assassinados por serem confundidos com gays ou por envolvimento direto com a cena ou com indivíduos LGBT quando executados.

Dado importante também, são as discriminações feitas por faixa de idade e distribuição de cor, conforme os gráficos a seguir:







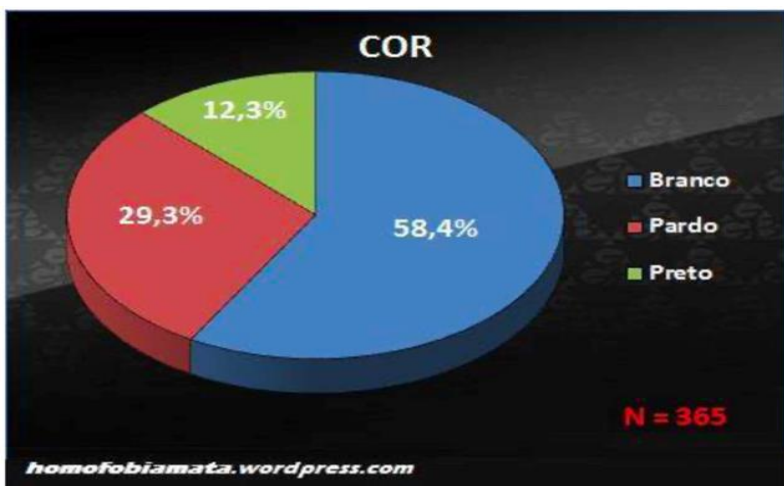
Verifica-se que a maioria das vítimas estão entre 18 e 25 anos, ou seja, parte da população que é jovem, está em idade produtiva e sexualmente mais ativa. Os casos diminuem quando a vítima é menor de idade ou maior de 60 anos, por estarem mais reclusos e serem menos vulneráveis.

Em relação à cor da vítima:

O gráfico destoa do perfil demográfico étnico-racial predominante na população brasileira, uma vez que morrem mais brancos LGBTs do que negros LGBTs. Como isso, o pesquisador se questiona sobre este desequilíbrio e deduz que os LGBTs brancos, por pertencerem aos estratos socioeconômicos mais elevados, se tornariam mais vulneráveis ao latrocínio, enquanto os LGBTs negros, pertencentes a camadas sociais mais populares, “teriam maior habilidade para reconhecer e evitar riscos de eventual violência letal”.

No que se refere ao fato do crime, o pesquisador/autor do relatório assevera:

“99% destes ‘homicídios’ contra LGBT têm como agravante seja a **homofobia individual**, quando o assassino tem mal resolvida sua própria sexualidade e quer lavar com o sangue seu desejo reprimido (motivada pela homofobia individual internalizada); seja a **homofobia cultural**, que pratica **bullying** contra lésbicas e gays, expulsando as travestis para as margens da sociedade onde a violência é endêmica; seja a **homofobia institucional**, quando os Governos não garantem a segurança dos espaços frequentados pela comunidade lgbt ou vetam projetos visando a criminalização da homolesbotransfobia.”





Ou seja, assim como aponta o autor, “latrocínios, inapelavelmente, devem ser tipificados como Crimes LGBTFÒBICOS pois a vulnerabilidade física e social sobretudo de gays mais “efeminados”, mulheres trans e travestis age no imaginário dos assassinos como estímulo para tais execuções seguidas de furto.”

Importante destacar, portanto, que os dados coletados neste relatório são disponibilizados por vários veículos de comunicação, ou seja, representam parte dos crimes ou parte das informações que circulam no Brasil todos os dias.

Conforme toda a informação disponibilizada pelo Grupo Gay da Bahia, GGB<sup>26</sup>, percebe-se que o Brasil é, ainda, um país muito preconceituoso e cruel com as minorias sexuais, uma vez que é considerado o país que mais mata LGBTs no mundo.

A luta da comunidade LGBT é recente e mesmo com muitos avanços do seu início até os dias atuais, tem-se muito caminho pela frente. Diante dessa afirmativa, é importante compreender a trajetória da luta pelos direitos LGBTs.

### **3.3 Luta pelos Direitos LGBTs**

Com a retirada da homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças, pela OMS em 17 de maio de 1990, como mencionado anteriormente, o Conselho Federal de Psicologia emitiu, em 1999, a Resolução n° 1/1999, que determinava práticas e comportamentos a serem obedecidos pelos psicólogos, veja-se:



Art. 1º - Os psicólogos atuarão segundo os princípios éticos da profissão notadamente aqueles que disciplinam a não discriminação e a promoção e bem-estar das pessoas e da humanidade.

Art. 2º - Os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento,

**para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas.**

Art. 3º - **os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas**, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados.

Parágrafo único - **Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades.**

Art. 4º - Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica.

Art. 5º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. Art. 6º - Revogam-se todas as disposições em contrário.

Com a evolução no pensamento e a consolidação do entendimento científico, em 1997 aconteceu, em São Paulo, a primeira parada LGBT do Brasil, que reuniu cerca de 2000 pessoas, entre artistas e personalidades, que buscavam visibilidade e igualdade. No ano seguinte, a segunda parada LGBT aconteceu na Avenida Paulista, com o objetivo de requerer igualdade, conquistando mais visibilidade ao longo dos anos.

Em 2004, o Governo Federal, reconhecendo a trajetória e a luta do movimento LGBT, toma a iniciativa e cria o Programa de Combate à Violência contra GLTB (Gays, Lésbicas, Transgêneros e Bissexuais) e de Promoção da Cidadania de Homossexuais, denominado “Brasil sem Homofobia”, que objetiva à



educação e a mudança dos gestores públicos, buscando a atitude positiva e firme da população em não aceitar nenhum ato de discriminação.<sup>242526</sup>

Com a visibilidade do movimento LGBT+ cada vez mais em alta, os direitos da população são atendidos aos poucos. Neste sentido, tem-se algumas conquistas a serem listadas.

O STJ, em 2010, determinou em um julgado - Recurso Especial nº889.852 - a possibilidade de adoção de menores por casais homoafetivos. Na decisão, a Turma aponta a evolução das barreiras culturais, sobretudo, como as leis devem ser interpretadas levando em conta as mudanças sociais e as rápidas transformações de seus hábitos. Dispõe, também, que a *“adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si”*<sup>27</sup>

Em 2011, o STF reconheceu a União Estável para casais homoafetivos ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, em que se destaca:

Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as

---

<sup>24</sup> CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. Brasil Sem Homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil\\_sem\\_homofobia.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf). Acesso em 25/03/2020

<sup>25</sup> .

<sup>26</sup> .

<sup>27</sup> STJ. REsp 889852 – RS 2006/0209137-4. Quarta Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data do julgamento 27/04/2010. Data da publicação 10/08/2010



mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Na decisão foram abordados os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da vida privada, caso em que foi reiterado a vedação diante qualquer discriminação de pessoa em razão do sexo, entende-se, orientação sexual ou identidade de gênero.<sup>28</sup>

No mesmo sentido, ainda em 2011, o STJ reconheceu a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo ao julgar o Recurso Especial nº 1.183.378/RS. Na decisão, destacando-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, o entendimento da turma foi<sup>29</sup>:

“O que importa agora, sob a égide da Carta de 1998, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a ‘especial proteção do Estado’, e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.”

Deste modo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2013, editou uma Resolução (nº175 de 14 de maio de 2013) que dispõe sobre a habilitação e celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. A resolução considera os julgados supracitados do STF e STJ e aborda as seguintes questões:<sup>30</sup>

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

---

<sup>28</sup> STF. ADI 4277/DF 0006667-55.2009.0.01.0000. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Brito, data do julgamento 05/05/2011. Data da publicação: 13/10/2011

<sup>29</sup> STJ. REsp 1183378 – RS 2010/0036663-8. Quarta Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data do julgamento 25/10/2011, data da publicação 01/02/2012

<sup>30</sup> Conselho Nacional de Justiça. Resolução Nº175 de 14/05/2013. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em 25/03/2020



Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Posteriormente, em 2016, acontece um marco importante para as pessoas transgênero, por adquirirem o reconhecimento a sua identidade, ao nome social. Foi assinado o Decreto nº 8.727, de 28 de abril 2016, pela então Presidente Dilma Rousseff, o qual dispõe em seu artigo 1º, caput:

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis ou transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Consoante o mesmo tema, em 2018, o STF reconheceu o direito das pessoas transgênero a alterarem o prenome e o sexo no registro, independente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, conforme julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4275, veja-se:<sup>31</sup>

3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente.

O reconhecimento e a visibilidade do movimento LGBT tem se expandido no mundo inteiro e, no Brasil, a repercussão da luta pelos direitos LGBTs abre espaço à interpretação da Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) que, mediante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF e do Mandado de

---

<sup>31</sup> STF. ADI 4275/DF 0005730-88.2009.1.00.0000. Tribunal do Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio, data do julgamento 01/03/2018, data da publicação: 07/03/2019



Injunção n°4.733/DF, fixa o entendimento quanto à necessidade de criminalização da homofobia.

A criminalização da homofobia, torna-se necessária, uma vez que todos os integrantes da comunidade LGBT possuem o direito de receber proteção legislativa, assim como aborda o Ministro Celso de Melo em seu voto na Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão n° 26/DF:

“Isso significa que também os homossexuais (e também, os integrantes da comunidade LGBT) têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer medida que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.”

Para a melhor compreensão do julgamento é imprescindível a discussão dos princípios constitucionais que foram determinantes para o desenvolvimento da argumentação nas ações supracitadas, que serão abordados no capítulo seguinte.

## 4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

### 4.1 Princípios Constitucionais

Em sua obra “Filosofia do Direito” de Miguel Reale, argumenta que “os princípios são definidos como verdades ou juízos fundamentais que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção de realidade”.<sup>32</sup>

Entende-se, portanto, que os princípios são fontes primárias normativas da constituição, tendo como referência os padrões éticos, sócias, culturais e políticos

---

<sup>32</sup> REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 16ª edição, 1994, p.60



que objetivam uma sociedade democrática e cada vez mais justa. Caso em que é importante ressaltar o cunho antidiscriminatório da Constituição Federal de 1988 que, por sua vez, encara como inconstitucionais todas as condutas e atos discriminatórios. Neste sentido, consta na Carta de 1988, em seu preâmbulo que, o Estado Democrático de Direito visa<sup>33</sup>

“assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”

Os princípios constitucionais (da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, entre outros) são normas que norteiam a interpretação e a concretização da Constituição Federal. A partir desse entendimento, e compreendendo a mudança constante da sociedade, o Ministro Gilmar Mendes aponta sobre a força normativa da Constituição<sup>34</sup>, segundo a qual:

“embora a Constituição jurídica de um Estado seja historicamente condicionada pela realidade de seu tempo, ela não se reduz a simples expressão das circunstâncias fáticas de uma época: existe, assim, entre a norma e a realidade uma tensão permanente, da qual derivam as possibilidades e os limites do direito constitucional.”

Com isso, passa-se aos tópicos seguintes.

#### *4.1.1 Dignidade da Pessoa Humana*

Este princípio é abordado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito:

---

<sup>33</sup> Planalto, Constituição Federal de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>, acesso em 19 de maio de 2020

<sup>34</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10





Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República federativa do Brasil, ou seja, cabe considerar que o Estado deve garantir a dignidade a todos como um valor supremo e regulador. Ainda sobre a forma de proteção do princípio em questão, aponta o Ministro Edson Fachin em seu voto referente ao Mandado de Injunção nº 4733/DF que,

“O princípio da dignidade da pessoa humana busca, assim, proteger de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta. O princípio é, portanto, uma imposição obrigativa no presente, mas também sempre um norte futuro, um vetor interpretativo. Sua aplicação, porém, não pode inibir ou ofuscar a aplicação direta de outros direitos fundamentais que dele derivam”

No mesmo sentido, acrescenta Flávia Piovesan:

“A dignidade da pessoa humana, vê-se assim, está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora "as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.”<sup>35</sup>

Um dos objetivos da Constituição é promover o bem a todos, sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação (art.3º, IV), deste modo, garantir o princípio da dignidade para a comunidade LGBT permite que cada indivíduo exerça sua liberdade sem qualquer discriminação.

---

<sup>35</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54-55



Com isso, o Ministro Celso de Melo em seu voto referente à Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão n° 26/DF aponta

“que o direito à busca da felicidade – que se mostra gravemente comprometido quando o Estado, muitas vezes influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar a grupos minoritários, como os integrantes da comunidade LGBT, a fruição de direitos fundamentais – representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham, historicamente, na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776.”

Entende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é direcionado para todos os indivíduos, independentemente de qualquer característica, acompanhando este raciocínio, o professor Fahd Awad entende que “os direitos advindos da dignidade humana aderem à pessoa, independentemente de qualquer reconhecimento pela ordem jurídica; por isso mesmo podem ser oponíveis tanto ao Estado como à comunidade internacional e, ainda, aos demais indivíduos do grupo social.”<sup>36</sup>

Ou seja, o indivíduo LGBT goza da proteção constitucional oriunda do princípio da dignidade da pessoa humana e todos os demais direitos originários deste e, portanto, deve-se compreender que qualquer discriminação baseada na orientação sexual ou identidade de gênero configuraria um desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, caso em que posteriormente se discutirá a incidência de um tipo penal.

#### 4.1.2 Liberdade

---

<sup>36</sup> Awad, Fahd. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. V.20. P. 111-120. 2006. Disponível em: <file:///C:/Users/lucas.a.cardoso/Downloads/2182-Texto%20do%20artigo-8216-1-10-20120104.pdf>. Acesso em 02 de junho de 2020



A Constituição consagra a liberdade como uma garantia fundamental e, além disso dispõe sobre o tratamento penal contra atos discriminatórios:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

O princípio da liberdade, conforme a Constituição Federal de 1988, está ligado às relações do homem com o Estado, bem como nas relações privadas, o que estabelece uma semelhança com à autonomia de escolha e, por sua vez à dignidade e a felicidade. Neste sentido, Norberto Bobbio acrescenta que a liberdade seria o principal direito, dentre os direitos fundamentais e, que caberia aos Estados disponibilizar aos seus cidadãos a liberdade necessária para que cada um alcance a sua felicidade.<sup>37</sup>

Dessa maneira, entende a autora Maria Berenice Dias<sup>38,39</sup>, quando expõe que

“Consagrado o direito à livre orientação sexual e identidade de gênero como direitos fundamentais, é assegurado a todos o direito de viver a plenitude de suas relações afetivas e sexuais. Em face da inviolabilidade de consciência e de crença são proibidas práticas que obriguem alguém a revelar, renunciar, negar ou modificar sua identidade sexual. Cada um pode conduzir sua vida privada, sem pressões de qualquer ordem, garantia que alcança não só a própria pessoa, mas qualquer membro da sua família ou comunidade”

---

<sup>37</sup> SPONCHIADO. Viviane Boacnin Yoneda apud Norberto Bobbio. O DIREITO A LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL COMO DECORRENTE DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE. Disponível em: file:///C:/Users/Adm/Downloads/1181-1- 4306-1-10-20170126.pdf. Acesso em 21 de maio de 2020

<sup>38</sup> DIAS, M. B. Um estatuto para a diversidade sexual. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_607\)um\\_estatuto\\_para\\_a\\_diversidade\\_sexual.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_607)um_estatuto_para_a_diversidade_sexual.pdf)>. Acesso em: 21 de maio 2020

<sup>39</sup> .



Sobre o direito à livre orientação sexual e identidade de gênero, é importante destacar que o termo opção sexual não configura a correta forma de se relacionar a uma verdadeira característica humana, uma vez que esta imprime uma condição de unidade, e não de preferências ou escolhas. Com isso, Viviane Sponchiado<sup>40</sup> entende que,

“Toda pessoa é livre para se relacionar e constituir laços afetivos, caso o queira. Essa é a interpretação retirada dos textos legais, principalmente da Constituição Federal que, em seu artigo 3º, inciso IV, enumera como objetivo da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988). Não cabe ao Estado definir ou padronizar quais relacionamentos são aceitáveis, sob pena de se restringir os direitos individuais de grande parcela da população. Proibir uma pessoa de se relacionar livremente fere a sua intimidade, sua vida privada, sua honra e sua dignidade. É uma decisão que não cabe ao Estado, e sim a cada ser humano em sua individualidade.”

A individualidade é um direito de todos e não cabe ao Estado interferir na forma como cada um vive a sua vida, uma vez que não interfiram de forma negativa na vida de outrem. A autonomia individual é caminho para buscar a felicidade e viver de forma digna, interpretação conforme a Constituição.

Cabe adicionar, no que se refere ao princípio da busca da felicidade que, por sua vez, não foi aludido explicitamente na Constituição, porém recepcionado em vários julgados pelo Supremo Tribunal Federal, assim como aponta o Ministro Carlos Velloso, nos autos do Recurso Extraordinário nº 328.232/AM<sup>41</sup>:

“(…) convém registrar, que uma das razões mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração da Independência dos Estados

---

<sup>40</sup> SPONCHIADO. Viviane Boacnin Yoneda. O DIREITO A LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL COMO DECORRENTE DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE. Disponível em: <file:///C:/Users/Adm/Downloads/1181-1-4306-1-10-20170126.pdf>. Acesso em 21 de maio de 2020

<sup>41</sup> STF. Ministro Carlos Velloso. RE 328.232/AM. DJ 20/04/2005



Unidos da América, de 1776, o direito do homem de buscar a felicidade. Noutras palavras, o direito não existe como forma de tornar amarga a vida dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz.”

Acompanhando o raciocínio, o Ministro Celso de Mello, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 discute que “ o exercício concreto de um direito básico e inalienável que é o direito à busca da felicidade e também o direito de viver com dignidade, direito de que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado. ”<sup>42</sup>

A busca à felicidade é um princípio que norteia as jurisprudências dos tribunais Superiores e surge como um princípio implícito na Constituição que, por sua vez está atrelado a dignidade da pessoa humana e a liberdade.

O direito à liberdade e a busca da felicidade são fundamentais e direcionados a todos, portanto, embora a sociedade não concorde com as diversidades sexuais - o que é errado - deve haver o respeito mútuo entre todos e, o Estado não pode admitir que qualquer forma de preconceito ou discriminação retire da comunidade LGBT as garantias e direitos previstos na Constituição Federal.

### 4.1.3 Igualdade

O princípio da igualdade é base do Estado Democrático de Direito, está previsto no texto constitucional e se reflete em vários dispositivos da Constituição Federal de 1988, inclusive impõe tratamento penal a qualquer ato discriminatório. O artigo 5º da Carta Magna dispõe:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos

---

<sup>42</sup> STF. Ministro Celso de Mello. ADI nº 3.510/DF DJe 27/05/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em 02/06/2020



estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;”

A igualdade é um direito fundamental direcionado a todos e, com isso, compreende um dos princípios referentes à aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, conhecida como Princípios de Yogyakarta<sup>43</sup>, que afirma

“todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm direito à igualdade perante à lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações.”

No mesmo sentido, o Ministro Celso de Melo em seu voto referente à ADO 26/DF, quando complementa que o direito à igualdade e a não-discriminação asseguram respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que inviabilizam a busca da felicidade por parte de transgêneros vítimas de inaceitável tratamento discriminatório – não é nem pode ser qualificada como decisão proferida contra alguém, da mesma forma que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns, mas, sim, de toda a coletividade social.

Deste modo, entende-se que a igualdade e a não discriminação são princípios fundamentais do direito interno e, no âmbito internacional, dos direitos humanos e,

---

<sup>43</sup> PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Disponível em: [http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em 23 de maio de 2020



portanto, toda pessoa, sem distinção, tem direito a desfrutar de todos os direitos humanos, incluindo o direito de ser tratada de forma igualitária pela lei e o direito à proteção contra a discriminação por diversos motivos, incluindo a orientação sexual e a identidade de gênero.<sup>44</sup>

## 5 NECESSIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL

### 5.1 Projeto da Câmara 122/2006

O Projeto de Lei nº 5003/2001 é considerado o pioneiro quando o assunto é homofobia. Este foi apresentado na Câmara dos Deputados por Iara Bernardi (PT/SP), em 7 de agosto de 2001.

A finalidade deste projeto consiste em alterar a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências<sup>45</sup>, conforme sua própria ementa descreve.

O projeto pretende definir os crimes resultantes de discriminação de gênero, sexo, orientação sexual e identidade gênero, bem como estabelecer as tipificações e com isso delimitar as responsabilidades dos agentes.

---

<sup>44</sup> LIVRES & IGUAIS NAÇÕES UNIDAS PELA IGUALDADE LGBT.  
Disponível em:  
[https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/FactSheets/UNFEFactSheetEquality\\_and\\_non\\_discrimination\\_SOGI\\_PT.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/FactSheets/UNFEFactSheetEquality_and_non_discrimination_SOGI_PT.pdf). Acesso em 22 de maio de 2020

<sup>45</sup> Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>. Acesso em 24 de maio de 2020



Conforme as informações presentes no site da Câmara dos Deputados a respeito do Projeto de Lei nº 5003/2001<sup>46</sup>, este foi arquivado pela mesa diretora em 31 de janeiro de 2003, com base no art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados<sup>47</sup>,

“Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles.”

Com isso, em 18/02/2003, a Deputada Iara Bernardi apresentou Requerimento de desarquivamento (REQ 50/2003), ao qual foi apreciado e desarquivado em 21/03/2003. Todavia, a votação da redação final somente foi aprovada em 23/11/2006, período em que a matéria fora remetida ao Senado Federal.

No Senado, o referido projeto foi aprovado já com o número 122/2006, tendo como relatora a Senadora Marta Suplicy que fazia parte da Comissão de Assuntos Sociais.

Em 12/01/2011, o PL foi arquivado nos termos do art.332 do Regimento Interno do Senado Federal<sup>48</sup> em razão do fim da Legislatura. Posteriormente, com outro requerimento de desarquivamento, o projeto fora desarquivado, mas não foi levado à sério, sendo arquivado novamente em 26/12/2014, situação em que permanece, sem quaisquer mudanças.

## **5.2 Votos e Argumentações**

<sup>46</sup> Câmara dos Deputados. Disponível em:<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>. Acesso em: 20 de maio de 2020

<sup>47</sup> Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: [file:///C:/Users/Adm/Downloads/regimento\\_interno\\_9ed.pdf](file:///C:/Users/Adm/Downloads/regimento_interno_9ed.pdf). Acesso em 24 de maio de 2020

<sup>48</sup> Art. 332. Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto. (...)





O Mandado de Injunção foi ajuizado em 10/05/2012 pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, com o objetivo de “obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima”. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, posteriormente, ajuizada em 12/06/2019, pelo Partido Popular Socialista - PPS junto a ABGLT, com o mesmo fim, foram julgadas pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em 13 de junho de 2019.

A Corte, por maioria dos votos, decidiu por “reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação Legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT”; bem como, dar interpretação conforme à Constituição Federal para “enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional.”

Os dois procedimentos, tem como objetivo a mesma matéria e para compreender melhor cada instrumento constitucional, entende-se necessário uma análise pormenorizada de cada remédio constitucional.

### *5.2.1. MI 4733*

Quanto ao Mandado de Injunção 4733, de relatoria do Ministro Edson Fachin, primeiramente encontram-se preenchidos os seus requisitos de admissibilidade, bem como sua competência nos termos do art.12, III da Lei 13.300, de 2016, que disciplina o processo do Mandado de Injunção,



Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;<sup>49</sup>

Entende-se que a omissão é imputada ao Congresso Nacional, uma vez que este tem o dever privativo de legislar sobre o referido assunto (art. 22, I, da CF), motivo pelo qual é o STF o órgão competente para analisar a matéria em questão. Ainda sobre à admissibilidade do Mandado, no que se refere ao objeto, o relator entende que “a existência do direito subjetivo à legislação é evidente. Como se sabe, a jurisprudência deste Tribunal tem advertido que o cabimento do mandado injunção só pode ocorrer quando, simultaneamente à previsão do direito à legislação no próprio texto constitucional, houver a imposição do dever estatal de legislar” caso em que compreende a situação corrente no referido mandado.

É dever do Estado legislar a respeito da criminalização da homofobia, uma vez que a própria Constituição dispõe sobre agentes que venham a discriminar os direitos fundamentais, conforme o artigo 5º, XLI, da CF, a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Tem-se, portanto, a causa de pedir com assento na Constituição, haja vista a falta de legislação específica por omissão legislativa.

Com isso, a Lei nº 13.300/2016 determina, em seu artigo 2º, que será concedido o mandado de injunção *sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*. A

---

<sup>49</sup> Planalto, Lei nº 13.300/2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm). Acesso em: 25 de maio de 2020



situação da comunidade LGBT é delicada, uma vez que a recorrente violação de direitos dos indivíduos dessa comunidade é deixada de lado, enquanto a ausência de punição à discriminação de orientação sexual e identidade de gênero, fazem com que o Brasil seja um dos países que mais mata LGBTs no mundo, conforme indicado neste trabalho e apontado pelo relator.

No mesmo sentido, a respeito da mora legislativa, o art. 8º da Lei nº 13.300/2006 dispõe que em caso de reconhecimento da mora, o mandado será deferido para determinar um prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora.

Destarte, compreendendo todos os requisitos analisados, uma vez que o projeto se encontra arquivado no Senado Federal desde 2014, o Relator, ao citar o julgamento da ADI 3.682, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJe 05/09/2007, expõe que não basta que o projeto de lei tramite no Congresso Nacional, pois deste modo “é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência”.

Entende o Relator, portanto, a respeito da procedência do mandado de injunção, no que pese o direito constante presente no artigo 5º, XLI, da CF, ao qual contém um mandado explícito de “criminalização contra a discriminação homofóbica e transfóbica, ordem que, ante a mora do Congresso Nacional, comporta, até que seja suprida, colmatação por este Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação conforme da legislação de combate discriminação.”<sup>50</sup>

Com o desdobramento do referido Voto, o Ministro Relator aborda os conceitos trazidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião

---

<sup>50</sup> STF. Voto do Ministro Edson Fachin. ADO nº26



Consultiva – OC 24/17<sup>51</sup>, a respeito da identidade de gênero e orientação sexual, os quais foram trabalhados no desenvolvimento deste trabalho.

Acrescenta, no mais, o julgado de Relatoria do Ministro Ayres Brito, referente à ADI 4.277, DJe 13/10/2011, onde afirma *que o “sexo das pessoas (...) não se presta para fator de desigualação jurídica” e que o “concreto uso da sexualidade, faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais”*. No mesmo sentido, acompanha o Ministro Relator da ADPF 291, Luiz Roberto Barroso, DJe 10/05/2016, onde afirma que “o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual condiz com a própria liberdade existencial do indivíduo.”

Além disso, foi apresentado o entendimento dos tribunais internacionais que caminham no mesmo sentido, caso em que o Comitê de Direitos Humanos, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, reconheceu, no caso *Toonen v. Australia* que a referência a “sexo”, deve ser entendida como incluindo a orientação sexual. Ainda no âmbito internacional, a partir de decisões e precedentes do Comitê de Direitos Econômicos, foi editado o Comentário n°20<sup>52</sup>, o qual observa que “os Estados devem garantir que a orientação sexual de uma pessoa não é uma barreira para a realização dos direitos desta Convenção”. No mesmo sentido, acompanhando o Comentário, o Comitê entende que os Princípios de Yogyakarta devem ser fontes para as definições de orientação sexual e identidade de gênero.

Assim como conclui o Relator, a discriminação homo e transfóbica é atentatória ao direito à igual dignidade e, portanto, incompatível com o Estado Democrático de Direito, caso em que consiste uma expressa punição incidente no artigo 5º, XLI, da CF.

---

<sup>51</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva – OC 24/17. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf). Acesso em 29 de maio de 2020

<sup>52</sup> Comitê de Direitos Econômicos. Comentário n° 20. Disponível em <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>. Acesso em 27 de maio de 2020



O referido artigo foi conteúdo de julgamento da ADI 4.424, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, DJe 31/07/2017, ao qual o Plenário *deu interpretação conforme à Constituição para que não fossem aplicados à lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher os dispositivos da lei dos juizados especiais.*

Ainda sobre a interpretação do artigo e sobre o mandado específico de criminalização que se faz presente, o Ministro relator cita o autor Luiz Carlos de Santos Gonçalves no trecho que expõe:

“Nossa Constituição Federal de 1988 traz como peculiaridade a quantidade de ordens de criminalização que lançou, à espera do adimplemento pelo legislador ordinário. Elas não podem ser ignoradas, nem a omissão em cumpri-las pode ser justificada por orientações de política criminal. Não é possível acatar a Constituição quando ela está na conformidade de nossas inclinações filosóficas ou ideológicas e relegá-las à letra morta quando não está.”

O entendimento do dispositivo, deve ser encarado como uma previsão constitucional específica de eliminação de qualquer forma de discriminação, caso em que pede tipificação do delito penal, coerente com esse entendimento, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial dispõe em seu artigo 4º

“Artigo 4º - Os Estados-partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em ideais ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais, e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no artigo V da presente Convenção”

A Convenção Internacional ainda adverte sobre o tema quando aponta que “leis penais e outras previsões legais que proíbam a discriminação racial devem ser



efetivamente implementas pelos tribunais nacionais competentes e por outras instituições estatais. Essa obrigação está implícita no artigo 4 da Convenção, pelo qual os Estados parte “comprometem-se a adotar imediatas e positivas medidas” para erradicar qualquer incitamento a ou ato de discriminação racial.”

Coerente com o tema e notado a falta de representação a respeito da discriminação referente à orientação sexual, o Comitê de Direitos Humanos inclui:

“(…)O Estado parte deve assegurar que todas as alegações de ataques e ameaças contra indivíduos em função de sua orientação sexual ou identidade de gênero sejam cuidadosamente investigadas. Ele deve também: proibir legalmente a discriminação com base na orientação sexual ou na identidade de gênero; reformar o Código Penal para definir o discurso de ódio e os crimes de ódio baseados na orientação sexual e na identidade de gênero como fatos puníveis; identificar medidas de conscientização para as forças policiais e para o público mais amplo”. (CCPR/C/POL/CO/6, par. 8, tradução livre).”

No mesmo sentido, o Ministro Relator, expõe a iniciativa legislativa referente ao mandado constitucional contido no artigo 5, XLI, da CF, ao relacionar com a edição da Lei 7.716 de 1989 que define os crimes resultantes da discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e com isso, conclui:

“Em que pesem as inovações legislativas, não foram tipificadas discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais ligados ao sexo e à orientação sexual. Tal omissão é ainda mais normativamente relevante, especialmente em vista do direito à igualdade, caso se tenha em conta que são distintos os parâmetros de proteção da população idosa ou negra, por exemplo, relativamente à LGBT.”

Depreende-se que o termo orientação sexual e identidade de gênero foi esquecido na propositura do mandado constitucional que fora feito na edição da “Lei do Racismo” – Lei 7.716/1989, portanto, compreendendo a mora legislativa e o mandado constitucional, entende o relator que o Mandado de Injunção é a garantia



para a efetividade do direito protegido. E, desta maneira, decide pela procedência do Mandado de Injunção para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional, bem como aplicar com efeitos prospectivos a Lei 7.716, a fim de estender a tipificação prevista à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

### 5.2.2. ADO n° 26

No tocante à Ação de Inconstitucionalidade por Omissão n°26, o Ministro Relator Celso de Mello aponta os pedidos, os quais são a declaração de mora inconstitucional do Congresso Nacional referente à falta de prestação legislativa quanto ao mandado de criminalização do art. 5º, XLI e XLII da CF, para efeito de proteção penal aos integrantes da comunidade LGBT, bem como seja reconhecida a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, para que a União seja condenada a indenizar os indivíduos prejudicados pelo comportamento omissivo imputado ao Estado.

No desenvolvimento do seu voto, o Relator parte de algumas premissas para que o leitor compreenda o seu entendimento. Para isso, aborda, primeiramente definições e questões terminológicas como o que é orientação sexual, identidade de gênero, designação sexual, destacando, contudo, a diversidade que compõe a expressão LGBT.

No mesmo sentido, com o objetivo de melhor compreender a sexualidade, é abordado no voto, a noção veiculada pela Organização Mundial de Saúde que compreende que “a sexualidade é influenciada por uma interação de fatores de ordem biológica, psicológica, social, econômica, política, cultural, ética, legal, histórica, religiosa e espiritual.”<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> Organização Mundial da Saúde. (“Sexual Health, Human Rights and Law”, p. 5, item n. 1.1, 2015)



O Ministro entende que a comunidade LGBT caracteriza-se “pela diversidade de seus integrantes, sendo formada pela reunião de pessoas e grupos sociais distintos, apresentando elevado grau de diferenciação entre si, embora unidos por um ponto comum: a sua absoluta vulnerabilidade agravada por práticas discriminatórias e atentatórias aos seus direitos e liberdades fundamentais.”<sup>54</sup>

Compreendendo a vulnerabilidade desta comunidade, expõe a 1ª Conferência Nacional da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República<sup>55</sup>, convocada por meio do decreto presidencial de 28 de novembro de 2007 que, com a intenção de assegurar direitos à comunidade LGBT, objetivou duas metas específicas:

“I – propor as diretrizes para a implementação de políticas públicas e o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – GLBT;

II – avaliar e propor estratégias para fortalecer o Programa Brasil Sem Homofobia.”

Ainda na abordagem de estratégias contra a homofobia, aponta-se a existência dos princípios de Yogyakarta, já referidos, os quais referem-se à indivisibilidade de todos os aspectos da identidade humana e consideram que *a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação e abuso.*

---

<sup>54</sup> STF. Voto do Ministro Celso de Mello. ADO 26

<sup>55</sup> 1ª Conferência Nacional da Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/LGBT/regimento\\_interno\\_1\\_lgbt.pdf](https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/LGBT/regimento_interno_1_lgbt.pdf). Acesso em 28 de maio de 2020





A Carta de Princípios é fruto de uma conferência realizada na Indonésia em 2006, sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos.<sup>56</sup>

A construção de políticas públicas e tratados direcionados à segurança da comunidade LGBT é essencial para o desenvolvimento pessoal de cada indivíduo afetado pela “ideologia de gênero”, esta que segrega, discrimina e desrespeita a condição de pessoas investidas de dignidade e de direitos.

A respeito da Ideologia de gênero, o Relator conclui,

Essa visão de mundo (...) fundada na ideia, artificialmente construída, de que as diferenças biológicas entre o homem e a mulher devem determinar os seus papéis sociais (“meninos vestem azul e meninas vestem rosa”), impõe, notadamente em face dos integrantes da comunidade LGBT, uma inaceitável restrição às suas liberdades fundamentais, submetendo tais pessoas a um padrão existencial heteronormativo, incompatível com a diversidade e o pluralismo que caracterizam uma sociedade democrática, impondo-lhes, ainda, a observância de valores que, além de conflitarem com sua própria vocação afetiva, conduzem à frustração de seus projetos pessoais de vida.

Essa percepção retrógrada da sociedade fundada em valores preconceituosos vai de encontro com o que a Constituição Federal prega no seu artigo 5º. Caso em que o Supremo Tribunal Federal, por meio de inúmeros processos de controle normativo abstrato, objetivou impedir a implementação de medidas fundadas na ideologia de gênero, em decorrência de atitudes preconceituosas. Objeto específico, referente ao Voto do Ministro Roberto Barroso na ADPF 461/DF em que expõe a seguinte reflexão:

---

<sup>56</sup> Yogyakarta, Princípios. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em 28 de maio de 2020



“A transsexualidade e a homossexualidade são um fato da vida que não deixará de existir por sua negação e que independe do querer das pessoas. Privar um indivíduo de viver a sua identidade de gênero ou de estabelecer relações afetivas e sexuais conforme seu desejo significaria privá-lo de uma dimensão fundamental da sua existência; implicaria recusar-lhe um sentido essencial da autonomia, negar-lhe igual respeito e consideração com base em um critério injustificado.”

Ou seja, é direito de qualquer pessoa à autodeterminação, o princípio do livre desenvolvimento da personalidade, bem como a possibilidade de poder exercer, com plena liberdade as prerrogativas inerentes à sua condição pessoal. Deste modo, cabe ao poder público reconhecer essa realidade, para que o indivíduo possa devidamente ser protegido de qualquer discriminação ou preconceito.

Com o mesmo entendimento, abordado no procedimento consultivo instaurado pela República da Costa Rica (Parecer Consultivo OC-24/2017), a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao interpretar as cláusulas do Pacto de São José da Costa Rica reafirma, *a essencialidade do direito à identidade de gênero e à orientação sexual da pessoa humana e a indispensabilidade do respeito e da proteção estatal à convivência harmônica e o desenvolvimento livre, digno e pleno das diversas expressões de gênero e da sexualidade*<sup>57</sup>

No que tange a causa de pedir, referente a responsabilidade civil objetiva do Estado, o PPS requereu a condenação do poder público junto aos congressistas a indenizar os indivíduos prejudicados pelo comportamento omissivo imputado ao Estado. O Ministro, por sua vez, determinou que, “em tema de controle abstrato de omissão inconstitucional, revela-se inviável a concessão de tutela de índole ressarcitória, requerida com o objetivo de reparar danos morais e/ou patrimoniais

---

<sup>57</sup> Parecer Consultivo OC-24/2017. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf). Acesso em 28 de maio de 2020



eventualmente sofridos por terceiros, seja ela postulada em caráter individual, seja ela formulada em defesa de interesses coletivos ou transindividuais. ”<sup>58</sup>

Ou seja, não caberia a condenação do Estado para indenizar os indivíduos afetados pela referida omissão, diante o remédio constitucional apresentado. Contudo, não compromete o direito material do titular, uma vez que, valendo-se de todos os meios de prova disponíveis, poderá pleitear seus direitos por vias processuais ordinárias, salientou Ministro.

Superada a questão referente à responsabilidade civil do Estado, o Relator faz uma digressão histórica sobre a violência e a discriminação quanto à comunidade LGBT. Ao desenvolver o tema, o Ministro aponta dados e referências históricas, concluindo que “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual ou, ainda, em razão de sua identidade de gênero” e que “o Estado não pode tolerar comportamentos nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integram a comunhão nacional.”<sup>59</sup>

No tocante à omissão legislativa do Congresso Nacional, o PPS acredita que a falta de descumprimento de mandado de incriminação constitucional, a que se refere o art. 5º, XLI da CF, trata-se de omissão seletiva e preconceituosa do legislador, uma vez que o PL 122/2006, que criminaliza a homofobia, ainda se encontra arquivado.

O Ministro Relator entende, portanto, que “a análise desta demanda constitucional impõe que se considere o relevantíssimo problema suscitado pela omissão do Estado, decorrente da inércia de suas instituições (do Poder Legislativo

---

<sup>58</sup> STF. Voto do Ministro Celso de Mello. ADO 26

<sup>59</sup> STF. Voto do Ministro Celso de Mello. ADO 26



da União, na espécie), quanto à efetivação das imposições legiferantes fundadas em cláusulas constitucionais mandatórias.”<sup>60</sup>

Ou seja, a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão em questão, deve ser entendida como um instrumento de concretização das cláusulas constitucionais (art. 5º, incisos XLI e XLII, da CF) que se encontram frustradas pela inércia do Poder Legislativo.

Na oportunidade, o Relator menciona o Projeto de Lei nº5003/2011, e reputa a sua morosidade, caso em que somente depois de 5 anos, foi aprovado na Câmara do Deputados e, então encaminhado para o Senado Federal, e não obstante a sua inércia, impõe-se o arquivamento devido o fim da legislatura. A fim de reprovar certo comportamento, o Ministro aponta, *a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduzem inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.*<sup>61</sup>

Posteriormente, reconhecendo a inércia do Parlamento em implementar cláusulas constitucionais veiculadas de mandado de incriminação, o Relator aponta duas possibilidades de colmatação possíveis para o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional:

“(a) **cientificação** do Congresso Nacional, para que adote, em prazo razoável, as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional (CF, art. 103, § 2º, c/c Lei nº 9.868/99, art. 12H, (“caput”)); ou, então,

(b) reconhecimento imediato, por esta Corte, de que a homofobia e a transfobia, quaisquer que sejam as formas pelas quais se manifestem, enquadram-se, mediante interpretação conforme à Constituição, na noção conceitual de racismo prevista na Lei nº 7.716/89, em ordem a que se tenham como tipificados, na condição de delitos previstos nesse diploma



legislativo, comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais do grupo vulnerável LGBT.”

A Procuradoria-Geral da República, em seu parecer, opina pela interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716/1989, com o objetivo de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos preconceituosos e discriminatórios contra a população LGBT. Ao manifestar-se nos autos complementa:

“A homofobia decorre da mesma intolerância que suscitou outros tipos de discriminação, como aqueles em razão de cor, procedência nacional, religião, etnia, classe, gênero”, e reconhece, portanto, que “a prática do racismo abrange atos homofóbicos e transfóbicos”

No mesmo sentido, o Ministro cita a advogada Maria Berenice Dias no que tange à obrigação constitucional imposta ao Estado de criminalizar a homofobia e a transfobia de forma específica. Segue o fragmento da reflexão doutrinária:

“(…) fica evidente que a homofobia [e a transfobia] se aproxima[m] (e se articula[m] a) outras formas de discriminação como a xenofobia, o racismo e o antissemitismo, pois consiste em considerar o outro (no caso, homossexuais e transgêneros) como desigual, inferior, anormal’, sendo que ‘a homo[trans]fobia, em qualquer circunstância, é um fator de sofrimento e injustiça, ameaça constante de subalternização’, do que devem ser reconhecidas a homofobia e a transfobia como espécies do gênero racismo.

A discriminação e o preconceito contra a comunidade LGBT se equiparam às condutas racistas quando um indivíduo está convicto de que há hierarquia entre grupos, de modo que ao segregar as outras pessoas, os ofende e se coloca no lugar do agressor.

Entende o Relator que a configuração dos atos homofóbicos e transfóbicos são formas contemporâneas do racismo e, por isso, a tipificação penal constante da Lei nº7.716/1989, objetiva a preservação de um processo de formação de uma



sociedade sem preconceitos e livres de qualquer forma de discriminação. Conclui, portanto, pela utilização na espécie do método de interpretação conforme a Constituição.

Ainda sobre a omissão do Parlamento, compreende-se que o Poder Judiciário deve tornar efetiva a reação do Estado na prevenção e repressão aos atos de preconceito ou de discriminação praticados contra pessoas integrantes de grupos sociais vulneráveis.

Assim como arremata o relatório submetido pelo Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos e aprovado pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU reconhece que

“a falha das autoridades estatais em criar mecanismos de proteção aos direitos e liberdades ameaçados, além de configurar transgressão aos compromissos assumidos pelos Estados (inclusive o Brasil) na ordem internacional, ocasiona, ainda, a exposição dos integrantes da comunidade LGBT aos riscos da violência, da opressão e do constrangimento, tanto na esfera pública quanto no âmbito privado, seja em decorrência da atuação.”

Isso significa que os integrantes do movimento LGBT tem a prerrogativa, como pessoas livres e iguais em dignidade e direitos de receber a correta e igual proteção do sistema político e das leis instituído pela Constituição Federal, sem qualquer projeto ou deliberação que venham a excluir, discriminar ou estimular o desrespeito em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero.

Portanto, incumbe ao Supremo Tribunal Federal considerar a natureza constitucional da clausula que criminaliza qualquer conduta discriminatória, bem como zelar pela integridade ao qual celebra o Supremo Tribunal Federal ao proferir o julgado em referência, onde estará viabilizando a realização plena dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação.



Por fim, resta a análise da repressão à homofobia e à transfobia, bem como a liberdade religiosa.

No referido voto, o Relator concorda que *a livre expressão e divulgação de ideias não deve (nem pode) ser impedida pelo Estado, cabendo advertir, no entanto – precisamente por não se tratar de direito absoluto –, que eventuais abusos cometidos no exercício dessa prerrogativa constitucional ficarão sujeitos à apreciação do Poder Judiciário, mediante controle jurisdicional “a posteriori”*.

Ou seja, a livre expressão é direito de todos, porém em hipótese alguma, alguém poderá restringir ou suprimir a liberdade de consciência ou de crença de outrem.

Acompanha o entendimento o Ministro Dias Toffoli, atual presidente do STF, no que se refere:

Há que se distinguir entre o discurso religioso (que é centrado na própria crença e nas razões da crença) e o discurso sobre a crença alheia, especialmente quando se faça com intuito de atingi-la, rebaixá-la ou desmerecê-la (ou a seus seguidores). Um é tipicamente a representação do direito à liberdade de crença religiosa; outro, em sentido diametralmente oposto, é o ataque ao mesmo direito (...).

(RHC 146.303/RJ 4000296-69.2017.1.00.0000. Segunda Turma.

Redator para o acórdão Ministro Dias Toffoli, data do julgamento 06/03/2018. Data da publicação: 07/08/2018)

Nesse contexto, entende-se como significativo o valor que se dá à livre expressão, uma vez que a liberdade de consciência e de crença são qualificadas, pelo Relator, como uma das mais preciosas prerrogativas dos cidadãos em uma República estruturada em bases democráticas.



Conclui-se, portanto, que as liberdades de expressão e de crença, possuem certas limitações, as quais não devem estimular intolerância e ódio público, bem como não devem ser praticadas com um intuito criminoso.

Sendo assim, diante todo o exposto, o Ministro Relator acompanha o então Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros para conhecer, em parte, da ação de inconstitucionalidade por omissão, para, então, julgar procedente, com eficácia geral e efeito vinculante no sentido de, **reconhecer** o estado de mora inconstitucional do Congresso nacional, bem como **dar interpretação conforme a Constituição**, em face dos mandados constitucionais de incriminação anteriormente citados.

## 6 CONCLUSÃO

Este trabalho teve o intuito principal de compreender a necessidade que o movimento LGBT tem de criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, o que compreenderia a inclusão específica dos termos orientação sexual e identidade de gênero, na Lei nº 7.716/1989 (Lei do Racismo).

Objetivou apresentar, por consequência, a omissão do Parlamento quanto a proteção específica à criminalização de condutas discriminatórias e preconceituosas contra os indivíduos da comunidade LGBT e, por que este retardo é ofensivo e atentatório aos princípios constitucionais apresentados.

Para isso, foram trabalhadas premissas básicas para o entendimento do processo de julgamento das ações que pleitearam a “criminalização da homofobia”, em que se discutiu o surgimento do movimento LGBT e conceitos específicos, vitais ao entendimento do tema, como, o que é orientação sexual, identidade de gênero, o significado da sigla LGBT e sua diversidade.





Ademais, entende-se a ideologia de gênero como um problema que compreende a homofobia, e para tanto, foram apontados índices de violência no Brasil que demonstram a real preocupação dos indivíduos LGBTs quanto à sua própria segurança.

Com o desenvolvimento da sociedade, cada vez mais pensante e livre de preconceitos, o movimento LGBT permanece lutando por direitos iguais e reconhecimento. Foi feita uma digressão histórica referente aos direitos e conquistas positivados e direcionados à luta LGBT, entre os quais destaca-se a retirada da homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças, pela OMS em 1990 e a recente “criminalização da homofobia”.

Para compreender a necessidade de legislação específica que criminalize qualquer ato de discriminação e preconceito, foram analisados os principais princípios que corroboram a necessidade de criminalização dos atos atentatórios à liberdade, à igualdade e a dignidade de qualquer pessoa.

Com isso, foi incumbido ao Supremo Tribunal Federal o julgamento do Mandado de Injunção nº 4.377/DF e da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF que pretendiam o reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT.

A Suprema Corte analisou a mora legislativa, ao apontar o estado de inércia que se encontrava o PL 122/2006, e, deste modo, entendeu que se tratava de mora seletiva e preconceituosa do Parlamento. Foi discutido o conceito de racismo e sua relação com a homo e transfobia para que fosse compreendido a necessidade de inserção do termo orientação sexual e identidade de gênero na Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989).



A Corte examinou a clausula mandatória de incriminação presente no artigo 5º, incisos XLI e XLII da Constituição Federal e concluiu que a falta de criminalização específica constante nesta é atentatória aos princípios fundamentais de todos os indivíduos e, por isso, decidiu por dar interpretação conforme a Constituição para que haja a incriminação de condutas discriminatórias quanto à orientação sexual e identidade de gênero.

Acredita-se, portanto, que a necessidade de proteção específica, prevista na Constituição, é dever do Estado e que este o deve proporcioná-la para a melhor convivência e segurança da população, em geral. De modo que, ao criminalizar a homofobia, condutas atentatórias ao ser humano seriam tipificadas e os direitos fundamentais que são direcionados a todos, seriam respeitados, primeiramente, pelo próprio Poder Público e então pela sociedade em geral.

## **REFERÊNCIAS**

1ª Conferência Nacional da Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/LGBT/regimento\\_interno\\_1\\_lgbt.pdf](https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/LGBT/regimento_interno_1_lgbt.pdf). Acesso em 28 de maio de 2020.

Awad, Fahd. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. V.20. P. 111-120. 2006. Disponível em: <file:///C:/Users/lucas.a.cardoso/Downloads/2182-Texto%20do%20artigo-8216-1-10-20120104.pdf>. Acesso em 02 de junho de 2020  
Comitê de Direitos Econômicos. Comentário nº 20. Disponível em <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>. Acesso em 27 de maio de 2020.

Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>. Acesso em: 20 de maio de 2020



Ceccarelli, Paulo. A Invenção da Homossexualidade.N.2. 2008. P.71-93.  
Disponível em <http://www.ceccarelli.psc.br/texts/invencao-homossexualidade.pdf>.  
Acesso em 18/03/2020

CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. Brasil Sem Homofobia:  
Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da  
cidadania homossexual. Disponível em:  
[http://bvms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil\\_sem\\_homofobia.pdf](http://bvms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf). Acesso em  
25/03/2020

Conselho Nacional de Justiça. Resolução N°175 de 14/05/2013. Disponível em  
<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em 25/03/2020

DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e direitos LGBTI. São Paulo, SP. Editora:  
Revista dos Tribunais, 7ª edição revista, atualizada e ampliada. 2017, p. 50.

DIAS, Maria Berenice. Um estatuto para a diversidade sexual. Disponível em:  
<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_607\)um\\_estatuto\\_para\\_a\\_diversidade\\_sexual.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_607)um_estatuto_para_a_diversidade_sexual.pdf)>. Acesso em: 21 de maio 2020.

FACCHINI, Regina. Os estudos e movimentos LGBT no Brasil pós-Stonewall.  
Stonewall 40 + o que no Brasil?. Salvador 2011. Acesso em 14/11/2019

GREEN, James. A Luta pela igualdade: desejos, homossexualidade e a esquerda na  
américa latina. 2003

GREEN, James. A Luta pela igualdade: desejos, homossexualidade e a esquerda na  
américa latina. 2003 apud BOSWELL, J. Christianity, social tolerance and  
homosexuality. Chicago: University of Chicago Press, 1980.

GRUPO GAY DA BAHIA. Mortes de LGBT+ do Brasil (janeiro a 15 maio de 2019),  
p.1-4. Disponível em:  
{<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2019/05/relatc3b3rio-ggb-parcial-2019.pdf>}. Acesso em: 05 de novembro de 2019

JESUS, Jaqueline Gomes. Orientação sobre identidade de gênero: conceitos e  
termos. Brasília, 2012



Laurenti, Ruy. Homossexualismo e a Classificação internacional de doenças. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89101984000500002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101984000500002). Acesso em 18/03/2020

LOURO, Guacira Lopes. Corpo, escola e identidade. Revista Educação & Realidade, Porto Alegre, v. 25, n. 2, julho a dezembro de 2000, p. 59-75.

Lima, Luís. Igreja e Estado: da sodomia à criminalização da LGBTfobia. Disponível em <https://domtotal.com/noticia/1362221/2019/06/igreja-e-estado-da-sodomia-a-criminalizacao-da-lgbt-fobia/>. Acesso em 17/03/2020 LIVRES & IGUAIS NAÇÕES UNIDAS PELA IGUALDADE LGBT. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/FactSheets/UNF/EFactSheetEquality\\_and\\_non\\_discrimination\\_SOGL\\_PT.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/FactSheets/UNF/EFactSheetEquality_and_non_discrimination_SOGL_PT.pdf). Acesso em 22 de maio de 2020.

Maria Izabel da Silva. Sou homossexual e me orgulho disso. Folha de S. Paulo. Opinião. 25/06/98.

Marina Pinhoni. Parada LGBT de 2019 movimentou R\$ 403 milhões em SP, diz prefeitura. Matéria.29/06/2019. Disponível em <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/06/29/23a-parada-lgbt-movimentou-r-403-milhoes-em-sao-paulo-diz-prefeitura.ghtml> . Acesso em 09/03/2020

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

Organização Mundial da Saúde. (“Sexual Health, Human Rights and Law”, p. 5, item n. 1.1, 2015)

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54-55.

Planalto, Constituição Federal de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), acesso em 19 de maio de 2020.

Planalto, Lei nº 13.300/2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm). Acesso em: 25 de maio de 2020



REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 16ª edição, 1994, p.60.

Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em:  
[file:///C:/Users/Adm/Downloads/regimento\\_interno\\_9ed.pdf](file:///C:/Users/Adm/Downloads/regimento_interno_9ed.pdf). Acesso em 24 de maio de 2020

RIBEIRO. Deco. Stonewall: 40 anos de luta pelo reconhecimento lgbt.

STF. ADI 4277/DF 0006667-55.2009.0.01.0000. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Brito, data do julgamento 05/05/2011. Data da publicação: 13/10/2011.

STF. ADI 4275/DF 0005730-88.2009.1.00.0000. Tribunal do Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio, data do julgamento 01/03/2018, data da publicação: 07/03/2019.

STJ. REsp 889852 – RS 2006/0209137-4. Quarta Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data do julgamento 27/04/2010. Data da publicação 10/08/2010.

STJ. REsp 1183378 – RS 2010/0036663-8. Quarta Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data do julgamento 25/10/2011, data da publicação 01/02/2012.

STF. Ministro Carlos Velloso. RE 328.232/AM. DJ 20/04/2005 STF. Voto do Ministro Celso de Mello. ADO 26

STF. Ministro Celso de Mello. ADI nº 3.510/DF DJe 27/05/2010. Disponível em:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em 02/06/2020

SEFFNER, Fernando. Identidade de gênero, orientação sexual e vulnerabilidade social. Senado Federal. Disponível em:  
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>. Acesso em 24 de maio de 2020

SPONCHIADO. Viviane Boacnin Yoneda apud Norberto Bobbio. O DIREITO A LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL COMO DECORRENTE DO DIREITO

FUNDAMENTAL À LIBERDADE. Disponível em:  
<file:///C:/Users/Adm/Downloads/1181-1-4306-1-10-20170126.pdf>. Acesso em 21 de maio de 2020



SPONCHIADO, Viviane Boacnin Yoneda. O DIREITO A LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL COMO DECORRENTE DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE. Disponível em: <file:///C:/Users/Adm/Downloads/1181-1-4306-1-10-20170126.pdf>. Acesso em 21 de maio de 2020

VIANNA, Cláudia Pereira. O movimento LGBT e as políticas de educação de gênero e diversidade sexual. São Paulo, SP. 2015. V.41, n.3, p.791-806. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ep/v41n3/1517-9702-ep-1517-97022015031914.pdf>. Acesso em 09/03/2020.

YOGYAKARTA, Princípios. Disponível em: [http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em 23 de maio de 2020.



# SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO

Matheus Brito de Souza

## RESUMO

Artigo científico para conclusão de curso, com foco no direito eleitoral, com o objetivo de demonstrar a ineficácia do sistema proporcional de lista aberta brasileiro enquanto meio de escolher, de forma democrática e eficiente, os representantes da população brasileira no parlamento, bem como compará-lo com outros sistemas eleitorais que podem servir de alternativa ao sistema vigente. Por meio de pesquisa dogmática e instrumental, e da técnica bibliográfica, comparou-se os sistemas jurídicos, suas aplicações e consequências no parlamento e eleitorado. A análise dos sistemas eleitorais permitiu uma comparação do funcionamento das eleições legislativas entre Brasil, Estados Unidos e Portugal, demonstrando as vantagens proporcionadas pelos sistemas majoritário e proporcional de lista fechada. Restou demonstrado que os sistemas estrangeiros analisados podem reforçar a legitimidade do parlamento, bem como tornar o trabalho legislativo mais eficiente e conciso, além de aumentar a cooperação institucional e harmonia entre os poderes da República. Por fim, escolheu-se um sistema de preferência, o majoritário, para substituir o sistema brasileiro, baseado em sua compatibilidade com as instituições e cultura brasileira, além da praticidade simplicidade de sua aplicação, que o torna mais compreensível pela população.



**Palavras-chave:** Direito Eleitoral, Sistema Proporcional de Lista Aberta, Sistema Proporcional de Lista Fechada, Sistema Majoritário Simples, Legitimidade, Comparação.

## 1 INTRODUÇÃO

Com o objetivo de se organizar e estruturar de forma eficaz e prática, as sociedades modernas criaram sistemas que permitem à população definir, de forma democrática e legítima, aqueles que governam e legislam em seu nome. Estes sistemas, denominados sistemas eleitorais, são, nas palavras de Lamounier<sup>1</sup>:

“No sentido técnico mais estrito, sistema eleitoral é o método pelo qual votos populares emitidos nas diferentes circunscrições ou distritos de um país são convertidos em cadeiras parlamentares; diz respeito, portanto, ao critério utilizado para a distribuição das cadeiras, se proporcional ou majoritário. Pode-se entretanto falar de sistema eleitoral num sentido um pouco mais amplo, como o conjunto dos métodos utilizados em um país para a escolha de diferentes autoridades.”

Existe uma vasta tipicidade de sistemas, com objetivos e focos próprios, que vão desde ao espelhamento ideológico da sociedade para com o parlamento, até à maior governabilidade e eficiência nas tomadas de decisões do governo. Independente dos seus focos, todos possuem o mesmo objetivo de criar um governo legítimo que possa representar e governar para aqueles sob sua tutela.

Infelizmente, há sistemas que não conseguem, por várias razões, alcançar em seu funcionamento esses objetivos universais para um sistema eleitoral. Este é o caso do Brasil, que a muito cogita uma reforma política que consiga dar mais legitimidade e governança para os representantes do povo.

O objetivo deste artigo científico será apresentar os problemas que ocorrem no sistema eleitoral brasileiro, suas razões de existirem e consequências, bem como analisar outros sistemas eleitorais aplicados em outras nações, buscando apresentar





seus principais focos, vantagens e desvantagens, no objetivo de apresentar uma alternativa para o sistema em vigor no Brasil.

Dessa forma, o primeiro Item analisará o funcionamento do sistema eleitoral brasileiro, como ele afeta os candidatos e partidos, bem como a sua compreensão e consequências para o eleitorado.

O segundo Item irá analisar dois sistemas eleitorais estrangeiros, sendo eles o sistema proporcional de lista fechada de Portugal e o sistema majoritário simples dos Estados Unidos, buscando compreender suas peculiaridades que traz maior governabilidade e legitimidade para as nações em questão.

O terceiro Item demonstrará em comparação direta as vantagens e desvantagens dos sistemas eleitorais apresentados, discorrendo sobre as consequências de suas aplicações no meio brasileiro.

## 2 SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO



O sistema eleitoral brasileiro está em vigor desde 1988, tendo como base a Constituição da República e o Código Eleitoral, que em seu texto, define:

Art. 84. A eleição para a Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, obedecerá ao princípio da representação proporcional na forma desta lei.

Neste sistema, prioriza-se a representatividade do maior número possível de correntes ideológicas, na faceta de partidos, no parlamento, tornando-o heterogêneo.



## 2.1 Funcionalidade e aplicação do sistema proporcional de lista aberta no Brasil

No caso específico do Brasil, o cálculo é feito definindo-se o quociente eleitoral e o quociente partidário, bem como o desempenho individual de cada candidato. Para maior entendimento, considere o exemplo hipotético a seguir.

O Distrito Federal está em época de eleições para o cargo de Deputado Federal, possuindo oito cadeiras a serem distribuídas. Disputando as cadeiras, existem os partidos “Azul”, “Verde” e “Amarelo”. O partido “Azul” obteve 300.000 votos válidos, o “Vermelho” obteve 200.000 votos válidos e o “Amarelo” obteve 100.000 votos válidos.

O quociente eleitoral é definido pela divisão do número de votos válidos pelo número de cadeiras, que, no exemplo em destaque, resulta em 75.000. O quociente partidário é calculado dividindo-se o número de votos válidos, obtidos pelo partido, pelo quociente eleitoral, resultando no número de cadeiras que serão preenchidas por aquele partido. No exemplo, o partido “Azul” ficará com 4 cadeiras, o “Verde” ficará com 2 cadeiras e o “Amarelo” ficará com 1 cadeira.

Porém, depois de definidos os quocientes eleitoral e partidário, ainda resta 1 cadeira a ser disputada. Para ocupá-la, deve-se dividir o número de votos válidos de cada partido pelo quociente partidário acrescido de 1. O partido com a maior média ficará com a cadeira restante. Este cálculo é refeito todas as vezes em que um partido conquista uma nova cadeira restante. No exemplo, o resultado da média do partido “Azul” é 60.000, a do partido “Verde” é 66.666 e o resultado do partido “Amarelo” é 50.000. Com estes resultados, o partido “Azul” termina a eleição conquistando 4 cadeiras, o “Verde” conquistando 3 cadeiras e o “Amarelo” conquistando 1 cadeira.



Como se pode observar, o número de cadeiras fica proporcionalmente distribuído entre os partidos, garantindo a representação tanto dos partidos grandes que obtiveram mais votos, como dos partidos pequenos com menos votos.

Para a escolha específica do indivíduo que ocupará cada cadeira conquistada pelo partido, leva-se em conta a quantidade de votos que cada indivíduo recebeu. Essa quantidade deve ser maior do que 10% do quociente eleitoral, para diminuir o impacto dos chamados “puxadores de voto”.

Seguindo o exemplo anteriormente mencionado, considerando que o partido “Azul” possui 5 candidatos denominados “A”, “B”, “C”, “D” e “E”, que receberam, respectivamente 200.000, 50.000, 40.000, 6.000 e 4.000 votos válidos, os candidatos “D” e “E” não estariam habilitados a preencher as cadeiras do partido.

## 2.2 Compreensão do eleitorado

Com o passar do tempo, é possível observar alguns problemas surgirem com a aplicação do sistema atualmente em vigor no Brasil.

Inicialmente, cabe considerar que a essência de qualquer sistema de leis que são aplicadas para toda uma comunidade é que elas sejam compreendidas. Se uma lei ou sistema é criado sem que a comunidade, grande ou pequena, consiga compreender seu funcionamento, então o resultado da aplicação da legislação ou sistema será o inevitável fracasso.

A compreensão gera legitimidade, que é a base de qualquer sistema político.

Afirmam Corrêa e Siqueira:

“Vale dizer, o regime democrático não se legitima somente com as decisões políticas sendo tomadas por representantes do povo. É preciso que esses representantes sejam eleitos em certames limpos, que não gerem distorções na representação, e que eles, eleitos, decidam conforme certos valores, valores



éticos e morais amplamente aceitos pela sociedade.” Corrêa, G. de A., & Siqueira, M. L. de. (2017). A CRISE DE LEGITIMIDADE DO SISTEMA ELEITORAL. REVISTA ESMAT, 1(1), 167-189.

<https://doi.org/10.34060/reesmat.v1i1.179>

O funcionamento do sistema proporcional utilizado no Brasil pode parecer de fácil entendimento para os estudiosos, mas é deveras complicado de se compreender por aqueles que serão protagonistas de seu funcionamento, o povo. Sobre este aspecto, esclarece Nicolau (2006, p. 689-720):

“Na história da lista aberta no Brasil, dois aspectos merecem destaque. O primeiro é a forma como os nomes dos candidatos foram apresentados aos eleitores. Diferentemente do que acontece em outros países que adotam o voto preferencial (Holanda, Bélgica, Dinamarca, Áustria e Finlândia, por exemplo), a cédula brasileira nunca apresentou uma lista completa de todos os candidatos. Nos três diferentes processos de votação empregados desde 1945 (a cédula impressa pelos partidos, a cédula oficial e a urna eletrônica), votar nas eleições para Câmara dos Deputados foi sempre escrever (ou digitar, após a introdução da urna eletrônica) o nome ou o número de um candidato sem qualquer menção aos outros componentes da lista. Tal fato, associado à escolha de outros cargos pelo sistema majoritário na mesma eleição, acabou contribuindo para reforçar nos eleitores a falsa impressão de que as eleições para a Câmara dos Deputados são feitas segundo uma regra majoritária em que todos os candidatos concorrem entre si.” NICOLAU, Jairo. O sistema eleitoral de lista aberta no Brasil. Dados, Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, p. 689-720, 2006. Disponível em

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582006000400002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582006000400002&lng=pt&nrm=iso)>. acessos em 21 maio 2020.

<https://doi.org/10.1590/S0011-52582006000400002>.

## 2.3 Candidato vs Partido

Outro problema gerado pelo sistema é a quebra da relação entre o partido e o candidato. Durante a campanha, a maioria dos candidatos não possui ajuda direta do



partido para a sua eleição, utilizando-o, muitas vezes, apenas para preencher o requisito de filiação partidária pra se candidatar. Para os partidos, isso acarreta na diminuição da sua importância no parlamento. Nas palavras de Nicolau:

Independentemente das limitações da tipologia proposta por Carey e Shugart (1995), os estudiosos dos sistemas eleitorais em geral concordam que a lista aberta tende a estimular as campanhas centradas no candidato. Como os candidatos têm que obter votos individuais, é natural que reforcem seus atributos (reputação pessoal) para se distinguir dos colegas de partido, ou dos atributos que são comuns a todos os membros do partido (reputação partidária).

Entretanto, continua sendo vantajoso para o partido o lançamento de candidatos que sejam infiéis ou não alinhados ideologicamente com o partido, pois mais importante do que a fidelidade e ideologia, é a capacidade de angariar votos para todo o partido, permitindo a eleição de candidatos que são efetivamente mais fiéis ao partido, mas que não possuem a mesma capacidade de se eleger que seus pares infiéis.

Cria-se a estratégia dos “puxadores de votos” que, por possuírem popularidade, que se traduz em grande quantidade de votos, conseguem não somente a própria eleição, mas também a conquista de um número maior de cadeiras para o partido.

Considerando que o número de cadeiras conquistadas pelo partido é estabelecido pela quantidade de votos angariados por todos os seus candidatos, torna-se interessante para o partido lançar o maior número possível de candidatos, com o objetivo de conseguir o máximo de votos possíveis, independentemente da qualidade da candidatura (NICOLAU, Jairo, 2006, p. 689-720).

## **2.4 A sub e sobre representatividade**



Outro fator que atua negativamente no atual sistema é a limitação mínima e máxima do número de deputados por estado. A Lei Complementar n°78/93 dispõe:

Art. 2º Nenhum dos Estados membros da Federação terá menos de oito deputados federais.

Parágrafo único. Cada Território Federal será representado por quatro deputados federais.

Art. 3º O Estado mais populoso será representado por setenta deputados federais.

O problema gerado por estas limitações são as sub representações e sobre representações em cada estado. Ocorre que os votos dos eleitores que residem em estados menos populosos tem mais valor do que os votos daqueles que residem em estados mais populosos.

Se o valor de cada cadeira na Câmara dos Deputados fosse calculado, dividindo-se o número total de votos do colégio eleitoral nacional (146.560.933 milhões de votos) pelo número de cadeiras (513 cadeiras), o resultado seria de 285.693 votos por cadeira.

Utilizando esse dado, pode-se calcular o número de cadeiras que cada estado deveria possuir, caso não houvesse limitações, para tornar o valor de cada voto igual. A exemplo, podemos considerar o estado mais populoso, São Paulo, em comparação com o estado menos populoso, Roraima.

São Paulo possui hoje 70 cadeiras na Câmara dos Deputados, que é o limite máximo estipulado pela Lei Complementar n°78/93. Ao dividir a população de São Paulo (31.724.548) pelo valor real de cada cadeira (285.693), restaria o número de 111 cadeiras. Observa-se que o valor do voto dos paulistas está reduzido, considerando que o estado deveria possuir 111 cadeiras, em oposição às 70 que possui hoje na Câmara, para uma real representação de sua população.



Em contrapartida, o estado de Roraima possui 8 cadeiras com uma população de 341.253. Realizando-se o mesmo cálculo, percebe-se que o estado de Roraima deveria possuir somente 1 cadeira, ao invés de 8, o que torna o voto dos roraimenses mais valioso.

## **2.5 Influência econômica nas campanhas eleitorais**

Um importante aspecto a ser analisado é o impacto econômico nas eleições gerado pelo sistema proporcional de lista aberta. Toda campanha eleitoral tem um custo, que pode limitar a participação igual daqueles que almejam um cargo de representação.

O objetivo de qualquer campanha eleitoral é trazer o máximo de visibilidade possível para o candidato, convencendo o eleitor a dar-lhe o seu voto no processo. Para que esta visibilidade seja alcançada, o candidato deve empregar vários métodos, como carreatas e mídias sociais, que possuem um custo significativo.

Em resumo, os candidatos que dispõem de maior poderio econômico possuem mais meios de conseguir a exposição desejada, atraindo mais votos. Somando-se o fato de que as eleições legislativas, com foco nas federais e estaduais, ocorrem em grandes extensões territoriais limitadas pelas divisas dos estados, ao custo para empregar meios de exposição, a campanha de candidatos de menor poder aquisitivo é dificultada.

## **2.6 Governabilidade**

Ademais, o sistema proporcional de lista aberta afeta de forma significativa a governabilidade, pois este sistema acarreta em uma grande fragmentação dos partidos dentro do parlamento (CERQUEIRA, 2004).



Isto cria um empecilho para que o Executivo governe de forma eficiente, pois o obriga a fazer alianças pragmáticas com partidos com os quais não se assemelha ideologicamente, mas que possuem uma grande quantidade de cadeiras no parlamento.

A solução encontrada pelo Executivo é o presidencialismo de coalizão, que requer estas alianças pragmáticas, trocando-se apoio político dos partidos por cargos em várias instâncias do governo. Lamounier define:

“...nossa evolução institucional, desde os Anos 30, levou-nos a um "consociativismo" exacerbado, isto é, a um modelo de democracia baseado numa acentuada fragmentação das forças políticas, numa multiplicidade de pontos de acesso à estrutura de poder, e em forte tendência à formação de bloqueios multilaterais. Ora, sob tais condições, haverá sempre uma elevada probabilidade de que o governo esteja em minoria, e freqüentemente em minoria tão acentuada que precisará tornar-se acessível às pressões parlamentares e poroso a todo tipo de clientelismo. Pior ainda, não existe na mecânica presidencialista nenhum fator institucional que compense essa tendência, incentivando a formação de maiorias estáveis no Parlamento.”

Em breve exposição, pode-se considerar que o sistema atual incentiva a prática do “toma lá da cá”, impedindo a boa governança por parte do Executivo sem que o mesmo consiga efetivamente governar de outra forma, em decorrência da fragmentação parlamentar e da dificuldade de se formar maiorias.

### 3 SISTEMAS ESTRANGEIROS







Observadas a pormenoridades do sistema eleitoral brasileiro, interessante observar a aplicação de outros sistemas no estrangeiro, trazendo possíveis soluções e ideias para corrigir os problemas ocorridos no Brasil.

Os dois principais sistemas que se diferenciam do Brasil são o sistema proporcional de lista fechada, que será representado pelo sistema Português, e o sistema majoritário simples, representado pelo sistema Americano.

### **3.1 Sistema de Portugal**

Como descrito anteriormente, Portugal utiliza o sistema proporcional de lista fechada, que, por também ser um sistema proporcional, prioriza a representatividade do maior número possível de espectros ideológicos no parlamento, com o objetivo de torná-lo um espelho da sociedade.

Sua maior diferença está na forma como os partidos e candidatos se apresentam para o eleitorado nas eleições, bem como na forma de escolha de quem ocupará as cadeiras do parlamento.

#### *3.1.1 Funcionalidade e aplicação do sistema proporcional de lista fechada em Portugal*

Em Portugal, cada partido apresenta uma lista prévia com o nome dos candidatos que ocuparão as cadeiras. O eleitorado vota no partido ou legenda, não no candidato. Realizada a votação, utiliza-se um sistema de maiores médias para determinar quantas cadeiras cada partido receberá, baseado na quantidade de votos conquistadas. Cada partido deve apresentar uma lista por círculo eleitoral, considerando que cada círculo eleitoral representa um número “x” de cadeiras.



Em exemplo prático, considere que o círculo eleitoral "x" tem direito a eleger 7 deputados. Concorrem 4 partidos "Azul", "Verde", "Amarelo" e "Branco", que receberam, respectivamente, 12.000 votos, 7.500 votos, 4.500 votos e 3.000 votos em suas listas.

O número de votos apurados por cada lista é dividido, sucessivamente, por 1, 2, 3, 4, etc. (até 7, que é o número de Deputados a eleger, mas que neste exemplo, será apresentado até 4), sendo os quocientes alinhados por ordem decrescente:

Divisão	Azul	Verde	Amarelo	Branco
Por 1	12.000	7.500	4.500	3.000
Por 2	6.000	3.750	2.250	1.500
Por 3	4.000	2.500	1.500	1.000
Por 4	3.000	1.875	1.125	750

Seguindo a tabela, considerando que empates beneficiam o partido com menos cadeiras, as cadeiras seriam preenchidas da seguinte forma:

- 1.º Cadeira - partido Azul (12.000)
- 2.º Cadeira - partido Verde (7.500)
- 3.º Cadeira - partido Azul (6.000)
- 4.º Cadeira - partido Amarelo (4.500)
- 5.º Cadeira - partido Azul (4.000)
- 6.º Cadeira - partido Verde (3.750)
- 7.º Cadeira - partido Branco (3.000)

No exemplo, o partido "Azul" ficaria com 3 cadeiras, o "Verde" ficaria com 2 cadeiras e tanto o partido "Amarelo" quanto o "Branco" ficariam com 1 cadeira cada. Os candidatos que preencheriam as cadeiras são aqueles que já constavam nas listas de cada partido.

### 3.1.2 Composição do Parlamento



Destaca-se, inicialmente, que o parlamento português é composto por 230 parlamentares, que estão divididos, hoje, em 10 legendas partidárias. Ainda, o partido do atual Primeiro Ministro de Portugal, António Costa, possui 108 deputados no parlamento, o que representa 46,95% do total de cadeiras.

Historicamente, o partido do Primeiro Ministro sempre obteve grandes fatias do parlamento, necessitando de poucas cadeiras a mais para conseguir a maioria absoluta.

<b>Legislatura</b>	<b>Nº do Governo Constitucional</b>	<b>Cadeiras Ocupadas (Governo)</b>	<b>Cadeiras Ocupadas (Oposição)</b>
1976	1	107	156
	2	149	114
	3	Governo do Presidente	263
	4		
	5	32	231
1979	6	128	122
1980	7	134	116
	8		
1983	9	176	74
1985	10	155	95
1987	11	148	102
1991	12	135	95
1995	13	112	118
1999	14	115	115
2002	15	119	111
	16		
2005	17	121	109
2009	18	97	133
2011	19	132	98
2015	20	107	123
	21	122	108
2019	22	108	122

Obviamente, o fato de Portugal se organizar politicamente em um sistema parlamentar força o partido do governo a sempre ocupar grandes setores do parlamento. Entretanto, a alta regularidade com que um governo obtém maioria demonstra que o sistema proporcional de lista fechada é efetivo para se conquistar maiorias estáveis. Ainda, as legendas formadas previamente às eleições são mantidas



durante o governo, considerando cada partido integrante da legenda como apoio ao Primeiro-Ministro.

Adicionalmente, o parlamento português possui uma média de 7,8 partidos representados em cada legislatura, nunca tendo sido ultrapassado a quantidade de 12 partidos representados na mesma legislatura no parlamento.

### **3.2 Sistema dos Estados Unidos**

Diferente de Brasil e Portugal, os Estados Unidos utiliza um sistema majoritário para escolher aqueles que ocuparão o parlamento. Este sistema prioriza a governabilidade e eficiência legislativa. Nas palavras de Botelho:

“Em suma, dentre as principais características do sistema majoritário, podemos destacar algumas como: a) A facilidade de formar maiorias políticas, que permitem a maior governabilidade;<sup>15</sup> b) O fortalecimento dos partidos políticos e barreira para a fragmentação partidária; c) A bipolarização entre a centro-esquerda e a centro-direita, com redução das propostas políticas mais radicais;<sup>16</sup> d) A expansão da representatividade parlamentar, por haver apenas uma pessoa eleitora em cada distrito eleitoral, que ficará sujeito a maior visibilidade e controle da população;<sup>17</sup> e) A Inexistência de competição intrapartidária como ocorre no sistema proporcional de lista aberta brasileiro;”

O sistema majoritário pode ser aplicado de várias formas, com variações nas maiorias necessárias para que um candidato conquiste uma cadeira no distrito, sendo elas simples e absolutas.

#### *3.2.1 Funcionalidade e aplicação do sistema majoritário simples nos Estados Unidos*

Os Estados Unidos utilizam o sistema majoritário simples, que consiste na criação de distritos com populações semelhantes (cerca de 710 mil pessoas) que



representam 1 cadeira no parlamento para cada distrito. Os partidos somente podem lançar 1 candidato por distrito, e aquele que consegue a maioria simples nas eleições é eleito para ocupar a cadeira.

Em exemplo, tem-se o distrito eleitoral “x”, que está em época de eleição. Para disputar a cadeira, 5 candidatos se apresentam, sendo o candidato “A” do partido “Azul”, o candidato “B” do “Verde”, o candidato “C” do partido “Amarelo” e candidatos “D” e “E” que são independentes. Contabilizados os votos, o seguinte resultado é colhido:

Candidatos	Quantidade de Votos (%)
A	2%
B	45%
C	8%
D	35%
E	10%

Neste exemplo, o candidato eleito é “B”, pois obteve a maioria dos votos entre todos os candidatos, não sendo necessária a maioria absoluta.

### 3.2.2 *Bipartidarismo*

Uma das mais evidentes e principais consequências do sistema majoritário simples é a quantidade de partidos que são representados no parlamento. Essas consequências são explicadas por Maurice Duverger (1987) como sendo um efeito mecânico e psicológico, que acaba por sobre representar os maiores partidos.

Discorre Nicolau sobre a supressão de partidos menores e a evidência de partidos maiores:



Lijphart, em seu *Electoral Systems and Party Systems*<sup>7</sup> - que é o estudo mais sofisticado e abrangente sobre a relação entre essas duas dimensões dos sistemas políticos -, mostra a alta correlação entre sistemas de maioria simples e bipartidarismo e entre representação proporcional e multipartidarismo. Enquanto o número de partidos parlamentares efetivos nas democracias tradicionais com sistemas de maioria simples é de 2,0, a média nos diversos sistemas eleitorais de representação proporcional é de 3,5 partidos parlamentares efetivos.

NICOLAU, Jairo Marconi; SCHMITT, Rogério Augusto. Sistema eleitoral e sistema partidário. Lua Nova, São Paulo , n. 36, p. 129-147, 1995 . Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451995000200008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451995000200008&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 21 de maio de 2020. <https://doi.org/10.1590/S0102-64451995000200008>.

Destaca-se que a sobreposição de poucos partidos não é uma especialidade dos Estados Unidos, ocorrendo também no Reino Unido, Austrália e em outros países que adotam o sistema majoritário de maioria simples.

### 3.2.3 Governabilidade

Com a sobreposição de 2 partidos no parlamento americano, evidente que a governabilidade depende exclusivamente do fato do presidente eleito ter apoio do partido com mais cadeiras.

Este sistema facilita a criação de maiorias políticas, o que garante ao poder executivo e legislativo uma maior coordenação e entendimento para tomar decisões de governo (SILVA, 1999).

Ainda, o fato da eleição para o legislativo ocorrer no meio do mandato presidencial serve como um indicativo da aprovação do governo eleito. Se o governo possui apoio popular, mais candidatos do seu partido serão eleitos, caso contrário, a



oposição obterá maioria no parlamento, e irá dificultar as decisões e medidas implantadas pelo presidente.

### *3.2.4 Responsabilização*

Outra consequência do sistema majoritário simples é a facilidade do eleitor de acompanhar o mandato do representante, tendo maior poder de controle sobre seus atos, pois a eleição depende única e exclusivamente do voto para o candidato, e não dos votos angariados por partidos. O eleitorado sabe exatamente quem elegeu, porquê elegeu e o que o eleito deve fazer, garantindo que o candidato eleito possa se responsabilizar de forma mais direta por suas ações ou inações (NICOLAU, 2004).

Ainda, o parlamentar consegue ter maior conhecimento sobre o eleitorado, suas características e anseios, por se tratar de um eleitorado fisicamente limitado em pequenos distritos.

## **4 ANÁLISE COMPARATIVA**

O sistema brasileiro apresenta graves problemas, que geram dúvida no eleitorado, dificultam a boa governança e incentivam a práticas nefastas para que o governo consiga funcionar.

Pode-se citar a alta fragmentação partidária, as estratégias encontradas pelos partidos para angariarem mais votos, que pouco se importam com fidelidade partidária e congruência ideológica. Ainda, os altos custos de campanha, que impedem a candidatura de mais cidadãos, por não possuírem a capacidade financeira de gerar visibilidade.

Analizados os sistemas aplicados em outros países, pode-se perceber que há vantagens e desvantagens claras, sendo elas de representação ou fragmentação



partidária. Mais importante, estes sistemas apresentam claras soluções para vários dos problemas enfrentados pelo sistema eleitoral brasileiro.

#### **4.1 Lista aberta vs Lista fechada**

Em comparação direta, o sistema proporcional de lista fechada poderia trazer maior estabilidade ao parlamento brasileiro, por reduzir a fragmentação e garantir maior governabilidade. Ainda, este sistema é de funcionamento menos complexo que o sistema atual, por destinar os votos do eleitorado a partidos e legendas, tornando-as

o foco das eleições. Apesar de ainda existirem cálculos a serem feitos para determinar quantas cadeiras cada partido receberia, o eleitorado não vincularia as pessoas de cada lista ao voto realizado naquela eleição, mas vinculariam o voto ao partido ou legenda.

Ainda, o sistema garantiria que os efeitos do poder aquisitivo fossem suavizados, considerando que os partidos não precisariam distribuir recursos em candidatos específicos, e os candidatos não precisariam se preocupar com a própria capacidade financeira para fazer uma campanha. As campanhas eleitorais se baseariam nas propostas dos partidos, bem como em suas ideologias, deixando para o segundo plano o nome daqueles que compõem a lista.

Ademais, os problemas de infidelidade partidária diminuiriam, pois as cadeiras seriam exclusivamente dos partidos, e os candidatos presentes nas listas estariam vinculados às ideologias e programas eleitorais apresentados pelos partidos.

A desvantagem deste sistema é que os partidos e legendas teriam a necessidade de criar processos internos democráticos e transparentes para escolher os nomes que comporiam a lista. Seria mais uma etapa a ser fiscalizada, para





garantir que todos os partidos e legendas deram a chance para que qualquer pessoa afiliada pudesse compor a lista.

#### **4.2 Sistema majoritário americano vs Sistema proporcional brasileiro**

Por ser um sistema majoritário, este é o que apresenta maiores diferenças em relação ao sistema proporcional brasileiro. Como solução para o problema de legitimidade e governabilidade, o sistema majoritário garante que o candidato eleito será aquele que for mais votado no distrito eleitoral. Este, sistema é, de longe, o de mais simples compreensão, garantindo que todo eleitorado entenderia como os candidatos foram escolhidos. Ademais, o sistema majoritário permite a desfragmentação do parlamento, com a consequente formação de maiorias estáveis, além de permitir, mais facilmente, a candidatura de independentes.

Ainda, a relação entre candidatos e eleitorado seria mais direta e constante, considerando que o candidato teria maior compreensão do eleitorado que o elegeu, permitindo uma facilitação no seu trabalho como representante do povo. A redução territorial das áreas de campanha garantiria que os candidatos possuíssem conhecimento mais específico daqueles que o elegeram, bem como reduziria os custos de uma campanha eleitoral, já que seu objetivo deixaria de ser a exposição para o máximo de pessoas em Estado, e passaria a ser a exposição para o máximo de pessoas em um distrito eleitoral de tamanho reduzido.

O problema deste sistema, no entanto, seria a maior dificuldade de minorias ideológicas alcançarem a o parlamento, já que o sistema tem propensão ao bipartidarismo. Seria mais difícil para partidos menores conseguirem a representação no parlamento.

### **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**



É certo que o sistema brasileiro enfrenta graves problemas dos mais diversos tipos, e precisa urgentemente de uma mudança. Graves crises políticas já ocorreram e continuam ocorrendo graças à falta de legitimidade e responsabilização dos parlamentares. Muitas barreiras foram criadas para os candidatos, para a governabilidade e para os partidos.

O sistema proporcional de lista fechada apresenta excelentes soluções para estes problemas, além de possuir a vantagem de ser um sistema similar ao já utilizado pelo Brasil.

Entretanto, observa-se que o sistema majoritário, mais simples e eficiente, daria mais legitimidade direta aos candidatos. Ainda, reduziria os custos necessários para as campanhas eleitorais, e facilitaria a responsabilização dos parlamentares eleitos.

A coordenação entre o parlamento, menos fragmentado e com maiorias estáveis, e o Poder Executivo garantiria maior poder de resposta dos governantes e legisladores, sem a necessidade da formação de grandes coalizões, em alianças sustentadas pelo poder de distribuição de cargos por parte do Executivo, que perpetuam e incentivam atos corruptos e imorais na administração do país.

É certo que o processo de mudança, para qualquer sistema será conturbado, considerando que vários parlamentares se beneficiam do sistema atual, além dos partidos já terem criado estratégias específicas para prosperar no meio eleitoral. Ainda assim, a mudança será necessária caso a nação brasileira queira resolver seus problemas de forma eficaz, honesta, legítima e, principalmente, democrática.

## **REFERÊNCIAS**



LAMOUNIER, B. Parlamentarismo, sistema eleitoral e governabilidade. Nova Economia, v. 2, n. 2, 16 dez. 2013.

Corrêa, G. de A., & Siqueira, M. L. de. (2017). A CRISE DE LEGITIMIDADE DO SISTEMA ELEITORAL. REVISTA ESMAT, 1(1), 167-189. <https://doi.org/10.34060/reesmat.v1i1.179>

NICOLAU, Jairo. O sistema eleitoral de lista aberta no Brasil. Dados, Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, p. 689-720, 2006. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582006000400002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582006000400002&lng=pt&nrm=iso)>. acessos em 21 maio 2020. <https://doi.org/10.1590/S0011-52582006000400002>.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. Direito Eleitoral Brasileiro. 2004 (p.45-50) <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Paginas/SistemaEleitoral.aspx> (acesso em 21 de maio de 2020)

BOTELHO, Rafael Veríssimo. Crise do sistema proporcional de lista aberta: o sistema distrital puro como alternativa para o Brasil. 2018. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018.

DUVERGER, Maurice, Os Partidos Políticos. Rio de Janeiro, Editora Guanabara, 1987

NICOLAU, Jairo Marconi; SCHMITT, Rogério Augusto. Sistema eleitoral e sistema partidário. Lua Nova, São Paulo, n. 36, p. 129-147, 1995. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451995000200008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451995000200008&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 21 de maio de 2020. <https://doi.org/10.1590/S0102-64451995000200008>.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Sistemas eleitorais, 1999, (p. 129)



# CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA: PROTEÇÃO LEGISLATIVA INSUFICIENTE

Pedro Luís Guimarães Gastal

## RESUMO

A presente monografia tem como tema a criminalização da homofobia e transfobia, sob o olhar da omissão inconstitucional para o exercício de direitos fundamentais. A mora do Poder Legislativo afronta a Constituição Federal de 1988, de forma a excluir a luta contra práticas homofóbicas e transfóbicas. Em que pese alguns direitos fundamentais da população LGBT terem sido conquistados, como o casamento e a adoção, o silêncio estatal quanto à tipificação penal das práticas homofóbicas e transfóbicas geram um risco à vida, à dignidade, à liberdade e à igualdade dos homossexuais e transexuais. O art. 3º, IV, da CRFB, é autoexecutável. Dessa forma, as ações constitucionais julgadas pelo Supremo Tribunal Federal buscam diminuir o desrespeito com os direitos fundamentais reconhecidos pela CRFB. Analisando essas ações, se observa que o racismo não abrange somente a cor, mas sim qualquer oposição a um grupo específico de cidadãos. Assim, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, enquanto não for editada uma lei penal específica criminalizando atos homo e transfóbicos, tais discriminações serão abarcadas pela Lei do Racismo.

**Palavras-chave:** criminalização; homofobia; transfobia; STF; direitos fundamentais.

## 1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema a criminalização da homofobia e transfobia, sob o olhar da omissão inconstitucional para o exercício de direitos fundamentais, considerando-se a possibilidade da limitação do princípio da



separação de poderes, em face dos princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal substantivo, da igualdade e da liberdade.

Para tal fim, será investigada a proteção insuficiente contra a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, considerando-se os direitos fundamentais em ponderação, o entendimento da jurisprudência, com foco na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF e Mandado de Injunção (MI) nº 4733/DF, ambos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Não serão analisados aspectos penais e processuais penais do tema. O recorte temático, estritamente constitucional, pretende direcionar-se para a indispensabilidade da proteção criminal contra atos homofóbicos e transfóbicos, na sociedade brasileira, como uma exigência do exercício dos direitos fundamentais por parte da população de cidadãos e cidadãs brasileiras que são homossexuais e transexuais. Isto é, a partir dos direitos fundamentais, inerentes aos seres humanos, particularmente aos princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal substantivo, da igualdade e liberdade, será demonstrado que a ausência da legislação confere um desrespeito à Constituição, que também se dirige para a comunidade LGBT.

A escolha deste tema tem origem na necessidade, como corolário do devido processo legal substantivo, de proteger a minoria LGBT no Brasil. Os índices de exclusão social, principalmente no atual cenário político do país, sinalizam a dificuldade que os homossexuais e transexuais possuem para conviver de maneira digna e livre na sociedade brasileira.

Esse assunto tem grande relevância social e acadêmica, uma vez que encontra uma falha no ordenamento jurídico brasileiro positivado, quanto à tipificação específica das condutas homofóbicas e transfóbicas, gerando uma proteção insuficiente, e gerando uma inconstitucionalidade por omissão.



Essa pesquisa tem o intuito de dar força à luta contra a homofobia e transfobia, buscando modificar o pensamento heterossexista conservador que ainda é perceptível em pleno Século

XXI. À luz da Constituição Federal de 1988, homenageada como Constituição Cidadã, pretende-se demonstrar que a sociedade está em constante mudança e, com ela, suas normas fundamentais.

Dentro do contexto dessa pesquisa, enfrentar-se-á duas problemáticas: de que modo a ausência de proteção quanto à criminalização da homofobia e transfobia no ordenamento jurídico brasileiro está ofendendo a Constituição e como a decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF e Mandado de Injunção (MI) nº 4733/DF, pôde restringir o âmbito de proteção de um princípio em relação a outro?

Para enfrentar esta dificuldade, serão usados, principalmente, os estudos e ensinamentos de Roger Raupp Rios (2006), José Afonso da Silva (2014), Robert Alexy (2014), Ingo Wolfgang Sarlet (2007) e Maria Berenice Dias (2006).

Assim, será realizado um tipo de pesquisa dogmático- instrumental, iluminada pela doutrina, nacional e estrangeira, sobre os diversos aspectos que envolvem a construção dos direitos LGBT, seus limites e possibilidades e sua relação com a insuficiência de proteção no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente quanto à tipificação penal. Para a riqueza do trabalho far-se-á uma análise dos argumentos dos votos dos relatores na decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF e no Mandado de Injunção (MI) nº 4733/DF.

Serão utilizadas no âmbito desse trabalho a técnica de pesquisa levantamento de referências, a ser realizada na biblioteca do UniCEUB, além de bibliotecas jurídicas virtuais de sítios nacionais e internacionais, bem como em artigos de



periódicos especializados. Também vai-se lançar mão da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, buscando extrair do material levantado as ideias que serão fontes para as discussões das hipóteses sobre o problema de pesquisa, preponderando, para tanto, no manejo da leitura analítica e na construção de paráfrases e comentários críticos do conteúdo pesquisado.

Inicialmente, serão apresentados os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, dando maior enfoque aos princípios da igualdade e do devido processo legal, na sua acepção substantiva, também chamado de proporcionalidade. Destaque para este último, o qual é usado como método de valoração nos conflitos de outros princípios, especialmente para fins do presente trabalho do conflito entre o princípio da Separação de Poderes e os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade.

A história do reconhecimento e dos direitos adquiridos à homoafetividade no Brasil, como a união, a adoção de crianças, entre outros, fará parte de um segundo capítulo, no qual também serão registradas legislações internacionais de proteção à homossexualidade e à transexualidade.

Por fim, serão analisados os votos dos relatores do MI nº 4733 e da ADO nº 26 pelo STF, pretende-se problematizar a necessidade de aprovação do Projeto de Lei nº 122/2006.

Trata-se de tema que não era festejado pela doutrina brasileira, uma vez que se versa sobre uma minoria excluída pela sociedade, cujos direitos eram negligenciados, menos por esforço da Constituição Federal de 1988, mais pelas leis infraconstitucionais e pelo Poder Legislativo. A decisão do Supremo Tribunal Federal veio a mudar essa realidade, não sem polêmicas, não sem muitas críticas por



parte de juristas e da própria sociedade civil. É o debate que apresento no trabalho e que convido à leitura.

## **2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

### **2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana**

Este é o princípio básico do Estado Democrático de Direito e é imprescindível para a compreensão da necessidade de proteção aos homossexuais e transexuais. A partir da dignidade, pode-se aplicar a igualdade e a liberdade do indivíduo. (RIOS, 2006)

Como bem conceitua a dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 62) descreve:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A Constituição Federal de 1988, logo em seu art. 1º, abordou este princípio:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Assim, ao dispor na Carta Maior, o poder constituinte originário optou por reconhecer “que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário,





já que o ser humano constitui finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”. (SARLET, 2007, p. 80)

A Carta dos Princípios de Yogyakarta, conjunto de princípios concernentes à comunidade LGBT no âmbito internacional, descreve que a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais à dignidade. Nesta Carta, observa-se que a dignidade está ligada com diversos princípios, tendo em vista que possui ampla serventia.<sup>1</sup>

A doutrina anota: “A busca pela garantia e proteção de seus direitos é uma luta constante e extremamente atual das minorias sexuais (LGBT), sendo baseadas no reconhecimento da garantia de direitos em prol do respeito princípio da igualdade, da dignidade da pessoa e da não discriminação” (BALESTRO; BAHIA, 2018).

Isto porque, é necessário que esteja sempre presente nas relações, sejam privadas ou públicas, o respeito à dignidade da pessoa humana, pois este é um princípio constitucional “supremo”. O Bundesverfassungsgericht, Tribunal Constitucional Federal alemão, entende que este princípio está ligado diretamente à ideia de cidadania constitucional (BENDA *apud* MENDES, 2013).

## 2.2 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade é um dos pilares da democracia. Segundo Alexis de Tocqueville, a igualdade é algo essencial e inevitável para um estado democrático. Para José Afonso da Silva (2014), a igualdade é o signo da democracia.

---

<sup>1</sup> Os Princípios de Yogyakarta abrangem um conjunto de normas de direitos humanos e sua aplicação às questões de orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios afirmam a obrigação que devem ser cumpridas pelos Estados. É uma Carta feita na reunião internacional de grupos de direitos humanos em Yogyakarta, na Indonésia, em novembro de 2006. Atualmente, esta Carta conta com 29 princípios



O direito de igualdade consiste em afirmar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (CF, art. 5º, *caput*, CRFB). Não se admite discriminação de qualquer natureza em relação aos seres humanos (PINHO, 2017).

Neste sentido, não deveria ser registrado qualquer tipo de tratamento desigual, por parte do Poder Público, aos homossexuais e heterossexuais, pois é necessário haver o respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa, juntamente com outros valores fundamentais (BALESTRO; BAHIA, 2018). Seria diretamente decorrente da Constituição, por exemplo, a possibilidade da Seguridade Social para os homossexuais, o direito de herança entre casais homoafetivos, possibilidade de tratamento pelo SUS para as pessoas transexuais.

Vale salientar, aqui, que a Constituição Federal veda explicitamente todas as formas de preconceitos, como origem, raça, cor e sexo. Tais cláusulas não são taxativas, podendo abranger qualquer tipo de discriminação, como a discriminação por orientação sexual, por identidade de gênero, por religião, por diversidade funcional (incapacitação), entre outras. (PINHO, 2017)

Contudo, não foi absorvido e concretizado de maneira clara pelo constitucionalismo brasileiro a proibição de discriminação por *orientação sexual*, uma vez que não foi encontrada, nos debates constituintes, uma expressão que não gerasse descontentamento insuperável. Com isso, inseriu-se o termo “quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV, CRFB) e “sem distinção de qualquer natureza” - art. 5º, *caput*, da CRFB (SILVA, 2006). Observa-se aqui uma negligência quanto à orientação sexual e a falta de proteção específica para os LGBT.

Além disso, a Carta Máxima impõe tratamento penal contra atos discriminatórios:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo- se aos brasileiros e aos estrangeiros



residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

**XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;**

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

(grifei)

Esta norma constitucional que impõe tutela criminal pelo Estado, busca evitar a desigualdade entre “grupos dominantes” sobre “dominados”. Isto porque a preocupação com o princípio da igualdade possui forte apelo em uma sociedade plural.

Pois bem, a aplicação deste princípio não ocorreu de forma automática com a entrada em vigor da Constituição de 1988. Há possibilidade de haver tratamento desigual, desde que este seja feito para não deixar que a desigualdade já existente aumente. (PINHO, 2017)

Esta desigualdade já existente é verificada entre os grupos minoritários e majoritários da sociedade. O primeiro grupo pode ser definido como um conjunto de pessoas que de algum modo se encontra em desvantagem nas relações sociais em relação às majorias, podendo ser étnicos, sexuais, políticos, etc. “As minorias recebem quase sempre um tratamento discriminatório por parte da maioria” (CHAVES, 1971, p. 149). Com isso, as desigualdades podem causar hostilidades em diversos setores da sociedade.

Para tanto, o Poder Legislativo criou leis para combater algumas desigualdades, visando proteger os mais frágeis: Lei do Racismo, Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989; lei sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989; a lei que instituiu o Estatuto da Juventude, Lei nº 12.852/2013; a Lei nº 12.288/2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial,



destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica (art. 1º, desta lei); a Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Note-se que essas leis, além de outras, dão um tratamento diferenciado para certas classes de indivíduos como forma de não permitir que a desigualdade entre esses grupos e os demais componentes da sociedade brasileira pudesse aumentar. Nesse viés, o Estado produziu normas para combater a desigualdade e promover o bem de todos, conforme dita a Constituição Federal de 1988. Como bem disciplina o Ministro Edson Fachin na ADI nº 4275/DF de sua relatoria:

O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade de gênero (identificação com o sexo do nascimento). A identidade de gênero deve ser considerada como uma manifestação da própria personalidade da pessoa humana. Cabe ao Estado apenas reconhecê-la como tal, nunca a constituir. O Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental. Desta forma, a Suprema Corte reconheceu aos transgêneros, independentemente da realização de cirurgia ou de tratamentos hormonais, o direito à alteração de prenome e gênero diretamente no registro civil.

Embora previsto na Constituição Federal o dever do Estado de combater qualquer discriminação, bem como reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III, da Constituição Federal), o combate contra a homofobia e transfobia permanece inerte. Não há normas no ordenamento jurídico brasileiro que proteja especificamente a comunidade LGBT, tendo em vista que os projetos de leis no congresso estão parados e alguns arquivados. Não há proteção específica para a discriminação quanto à orientação sexual e à identidade de gênero, ferindo o princípio da igualdade.



## 2.3 Princípio da liberdade

A sociedade brasileira foi, e talvez ainda seja, uma sociedade patrimonialista e heterossexista, na qual somente se aceita o conceito tradicional de gênero “masculino x feminino”. Este comportamento é imposto às pessoas e quem se diferencia destes padrões conservadores não é capaz de exercer de maneira integral seu direito de personalidade, bem como sua liberdade. (MARIN; MARIN, 2015)

Entretanto, a Constituição Federal de 1988, influenciada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e visando redemocratizar o país, trouxe como um dos principais fundamentos o direito à liberdade. Neste sentido, José Afonso da Silva (2014) defende que é no Estado Democrático que a liberdade encontra campo de extensão.

Dessa maneira, o Estado deve não somente dispor da liberdade, mas também apresentar meios para garanti-la e protegê-la, uma vez que, disposto esse direito na constituição, dá ao cidadão um estímulo para usufruí-lo. (ALEXY, 2014)

O Supremo Tribunal Federal, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 291/DF, não recepcionou as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não” do Código Penal Militar, respeitando o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo.<sup>2</sup>

Em que pese a necessidade da proteção do exercício da liberdade por uma pessoa, esta não pode ser simplesmente entregue de qualquer maneira. Daí a famosa frase: a liberdade de uma pessoa acaba quando começa de outra. Neste sentido, Robert Alexy (2014, p. 220), baseando no entendimento de Gerald C. MacCallum,

---

<sup>2</sup> STF. ADPF 291/DF 9991723-76.2013.1.00.0000. Tribunal Pleno. Relator Ministro Roberto Barroso. Data do julgamento 28/10/2015, data da publicação 10/05/2016



explica que a liberdade de uma pessoa é o conjunto de suas liberdades específicas e a liberdade da sociedade é a soma das liberdades das pessoas que nela vivem.

Desse modo, garantir o direito do exercício da liberdade de um indivíduo, é assegurar a liberdade de uma sociedade. Não pode ser admissível pelo Estado a imposição de um ideal sobre o outro, uma vez que se não houver respeito à liberdade individual de um cidadão, esta será esmagada. (MOSSÉ-BASTIDE abud SILVA, 2014).

## 2.4 Princípio da proporcionalidade

Este princípio é usado como instrumento para as resoluções dos conflitos entre os demais princípios, muitas vezes ligado ao princípio da razoabilidade. Por meio dele é possível sopesar os valores e desvalores nas decisões tomadas pelo Poder Judiciário. (CIMADON; MINIKOSKI, 2012).

Embora este princípio não ser expresso na CRFB, tem fundamento no art. 5º, LIV, o qual dispõe que “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”.

O Ministro Luís Roberto Barroso (2018, p. 250) explica que em razão do devido processo legal substantivo, ou material, o Poder Judiciário pôde exercer alguns controles de mérito sobre a discricionariedade do Poder Legislativo, o que concretizou em um instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, especialmente da liberdade em face ao poder político.

Motta (2003, p. 147), por sua vez, entende que este princípio é a “garantia de proteção aos cidadãos contra os abusos do poder estatal e deve servir de apoio ao juiz para decidir os problemas de compatibilização e concretização das normas constitucionais.”



Em sua obra “*A Theory of Legal Argumentation*”, Robert Alexy (1989) afirma que a ponderação só poderia gerar julgamentos racionais quando os argumentos utilizados são possíveis de justificação para os argumentos jurídicos utilizados na decisão. Assim, não basta utilizá-los de qualquer maneira, mas de modo em que a aplicação de um princípio sobre outro tenha uma argumentação possível de diminuir a aplicação deste.

Mesmo não disposto explicitamente na Constituição Federal de 1988, este princípio está aderido ao Direito Constitucional Brasileiro, pois garante ao cidadão e à sociedade acautelar valores fundamentais. (BONAVIDES, 1994)

Como bem explica o Barroso (2019, p. 254):

[...] o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.

É possível notar que a aplicação deste princípio não se dá de forma automática, nem por um simples processo lógico-silogístico. Para sua incidência, é preciso observar o núcleo essencial dos princípios em sopesamento, pois que o princípio que está sendo restringido não pode ser aniquilado para a expansão do âmbito de proteção do outro princípio. A argumentação e fundamentação argumentativa são os únicos meios aptos a justificarem esse sopesamento.

## **3 DIREITOS DA HOMOAFETIVIDADE**

### **3.1 História do reconhecimento**



No tempo da Idade Média, o “homossexualismo” era considerado uma diminuição nas faculdades mentais, sendo um mal contagioso advindo de defeito genético. Ao longo dos anos, tentou-se mudar o comportamento tido como desviante utilizando diversos métodos, contudo todos os resultados foram negativos. (DIAS, 2006)

Há 50 anos (1969), um bar de Greenwich Village, em Nova Iorque, foi cenário para a “Rebelião de Stonewall”, a qual foi um movimento de luta contra a repressão policial que gays e, principalmente, *trans* sofriam. Assim, iniciou-se um amplo movimento político nos Estados Unidos, que fortaleceu a luta LGBT. A rebelião foi um evento que simbolizou o advento de um novo movimento social e que é comemorado até os dias atuais com a Passeata Anual do Orgulho Gay em vários países. (GREEN, 2010)

Em 1973, a Associação Americana de Psiquiatria retirou a homossexualidade da classificação de patologias<sup>3</sup>. Em 1985, no Brasil, o Conselho Federal de Psicologia e o Conselho Federal de Medicina aceitaram a homossexualidade como algo natural<sup>4</sup>. Em 17 de maio de 1990, a OMS decidiu retirar a homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças (CID), pois “a homossexualidade *per se* não está mais incluída como categoria na CID-10”. Contudo, somente entrou em vigor em 1993<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition (DSM-V). Arlington, VA: American Psychiatric Association, 2013

<sup>4</sup> Conselho Federal de Psicologia. Nota Pública. In: Comissão Nacional de Direitos Humanos apoia decisão do CFP. CFP Notícias, 06 ago. 2009. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/nota-pblica-comisso-nacional-de-direitos-humanos-apia-deciso-do-cfp/>. Acesso em: 12 out. 2019

<sup>5</sup> Organização Mundial da Saúde. CID-10 Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde. 10a rev. São Paulo: Universidade de São Paulo; 1997. vol.1.





Em 1999, o Conselho Federal de Psicologia emitiu a Resolução nº 01/1999 que determinava as seguintes práticas pelos psicólogos:

Art. 1º - Os psicólogos atuarão segundo os princípios éticos da profissão notadamente aqueles que disciplinam a não discriminação e a promoção e bem-estar das pessoas e da humanidade.

Art. 2º - Os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas.

Art. 3º - os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados.

Parágrafo único - Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades.

Art. 4º - Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica.

Art. 5º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. Art. 6º - Revogam-se todas as disposições em contrário.

Antes chamada de “transexualismo” ou “transtorno de identidade de gênero”, a condição das pessoas *trans* deixou de ser considerada patologia pela mais recente versão do manual diagnóstico e estatístico de doenças mentais (5ª edição de DSM-V<sup>6</sup>) em 2012.

---

<sup>6</sup> AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition (DSM-V). Arlington, VA: American Psychiatric Association, 2013



Esse encadeamento de acontecimentos consolida o entendimento no meio científico que ser um LGBT é manifestação natural da sexualidade humana, sendo tão saudável quanto ser um heterossexual (BALESTRO; BAHIA; 2018).

A luta pelo reconhecimento é constante. Em 1997, em São Paulo, ocorreu a primeira “Parada do Orgulho LGBT” do Brasil, contando com cerca de 2000 pessoas. A Professora Luana Pagano Molina (2011, p. 956) fez o seguinte apontamento sobre este movimento social:

O movimento objetiva a construção do sujeito, responsável pelas mudanças divisões, posturas, hábitos e transformação das pessoas a partir de um conhecimento de si e do mundo. De forma consciente o movimento gay surgiu a partir de uma preocupação com o entendimento do mundo, com a tentativa de esclarecer e dominar os parâmetros de sua organização e de classificação da homossexualidade; e com a demanda de desconstruir as identidades homossexuais cristalizadas em busca de possibilidades de vivências mais positivas.<sup>7</sup>

Em 2004, foi criado o Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra LGBT e de Promoção da Cidadania de Homossexuais, denominado de “Brasil sem Homofobia”. O Programa seria um reflexo da consolidação de avanços políticos, sociais e legais duramente conquistados pela comunidade LGBT. Um dos objetivos centrais, registrado no programa, era “a atitude positiva de sermos firmes e sinceros e não aceitarmos nenhum ato de discriminação e adotarmos um ‘não à violência’ como bandeira de luta.”<sup>8</sup>

Vincent Defourny, representante da UNESCO no Brasil, emitiu uma nota parabenizando a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT) e o Ministério da Educação pela iniciativa e

---

<sup>7</sup> MOLINA, Luana Pagano Peres. A homossexualidade e a historiografia e trajetória do movimento homossexual. *Antíteses*, v. 4, n. 8, p. 949- 962, jul./dez. 2011

<sup>8</sup> CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. *Brasil Sem Homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004



relatando que o Programa estaria adequado à faixa etária destinada, de acordo com a Orientação Técnica Internacional sobre Educação em Sexualidade publicada pela UNESCO em 2010. Ainda, o material contribuiria para a redução da discriminação e promoveria uma escola mais igualitária e de qualidade para todos.<sup>9</sup>

Entretanto, o Programa foi desqualificado nacionalmente pela interpretação de que seria um incentivo à homossexualidade infantil. O atual Presidente, Jair Bolsonaro, Deputado Federal na época, imprimiu 50 mil panfletos desqualificando o programa e citando que ele seria usado para transformar crianças de 6 a 8 anos em homossexuais. Nas acusações feitas, o Programa ficou pejorativamente conhecido como “Kit Gay”. Assim, após pressão de setores conservadores da sociedade e do Congresso Nacional, Dilma Rousseff suspendeu o projeto em 2011.<sup>10</sup>

Em 2008, o ex-presidente Luís Inácio, convocou a I Conferência Nacional de Políticas Públicas para a População LGBT, em Brasília. Nesta reunião foi feito o Plano Nacional de Políticas Públicas para População LGBT e elaborada uma minuta de Projeto de Lei de um Estatuto da Cidadania LGBT com o intuito de garantir direitos civis, sociais, econômicos e políticos para a população. Após esta conferência, foram realizadas outras duas, sendo a última concretizada no ano de 2016 com o tema “Por um Brasil que criminaliza a violência contra Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais”<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Conselho Federal de Psicologia. Notícias. In: UNESCO APROVA OS MATERIAIS EDUCATIVOS DO PROJETO ESCOLA SEM HOMOFOBIA. CFP Notícias, 23 de fev. de 2011. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/unesco-aprova-os-materiais-educativos-do-projeto-escola-sem-homofobia/>. Acesso em: 12 out. 2019

<sup>10</sup> RÖTZSCH, Rodrigo Bolsonaro leva panfleto antigay a escolas. In: Folha de São Paulo, São Paulo: Folha de São Paulo, 25 maio 2011. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1105201118.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019

<sup>11</sup> CODEPLAN, Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão. In: UM OLHAR SOBRE A POPULAÇÃO LGBT NO DISTRITO FEDERAL. Brasília, out. 2017. Disponível em: <http://www.codeplan.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/02/Um-olhar-sobre-a-popula%C3%A7%C3%A3o-LGBT-no-Distrito-Federal.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019



Em 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 4.277 que possibilitou a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Com essa decisão, os casais homoafetivos teriam os direitos que eram apenas previstos para casais heterossexuais, como direito de comunhão parcial de bens; direito à pensão alimentícia, direito à pensão do INSS em caso de morte do companheiro, direito de ser dependente no plano de saúde do parceiro, direito a adoção sem a preferência para casais heterossexuais.

Embora a decisão do STF tenha sido um avanço na luta contra às desigualdades entre heterossexuais e homossexuais, não era permitido o casamento. Este só foi possível em 2013 com a Resolução do CNJ nº 175<sup>12</sup>, de 14 de maio de 2013, seguindo o fundamento do art. 226, da Constituição Federal de 1988, c/c com o art. 1.726<sup>13</sup>, do Código Civil, que veda a recusa do registro do casamento civil e permite o requerimento da conversão da união estável em casamento, através de um pedido dirigido ao juiz e assentado no Registro Civil.

A ex-presidente Dilma Rousseff, em seu governo, assinou o Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016, o qual dispunha “*sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis ou transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.*” Neste marco, as pessoas *trans* e *travestis* adquiriram o reconhecimento a sua identidade, ao seu nome.

Em 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275/DF, momento que reconheceu o direito à pessoa

---

<sup>12</sup> Resolução nº 175/CNJ, de 14 de maio de 2013. Publicada no Diário de Justiça nº 89/2013, de 15 de maio de 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso: em 11 Nov. 2019

<sup>13</sup> Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil



transgênero a alteração do prenome e do sexo no registro civil sem a necessidade da cirurgia de mudança de sexo:

DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS

HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente.

(STF. ADI 4275/DF 0005730-88.2009.1.00.0000. Tribunal do Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio, data do julgamento 01/03/2018, data da publicação: 07/03/2019)

Tais direitos de reconhecimento foram “os primeiros passos” para o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF e do Mandado de Injunção nº 4.733/DF, que declinou o entendimento para uma interpretação mais abrangente da aplicação da Lei do Racismo, Lei nº 7.716/1989.

Neste julgamento, que será abordado no capítulo 3 desta monografia, a Ministra Carmen Lúcia elucidou em seu voto:

Numa sociedade discriminatória como a que vivemos, a mulher é diferente, o negro é diferente, o homossexual é diferente, o transexual é o diferente, diferente de quem traçou o modelo



porque tinha poder para ser o espelho. Preconceito tem a ver com poder e comando. Quem submete outro é mandante. Não há como desconhecer a inércia contrastante à Constituição pelo legislador brasileiro. A reiteração de atentados decorrentes da homotransfobia revela situação de verdadeira barbárie! Vale a força, nega-se o direito, prevalece a brutalidade, degradam-se os valores constitucionalmente afirmados.<sup>14</sup>

Nesta mesma linha de pensamento, o Professor da Universidade de Columbia, Ronald Bayer (2015, p. 8), afirmou:

A luta pela libertação gay foi profundamente influenciada pelos direitos civis e movimentos feministas de meados e final da década de 1960. Como os negros, os homossexuais começaram a se ver como uma minoria oprimida ferida não apenas pelo arranjo das instituições sociais, mas também por padrões ideológicos profundamente arraigados que, de maneira sutil e flagrante, lhes negavam dignidade. Como o racismo, a anti-homossexualidade exigia uma crítica sociocultural totalmente desenvolvida e um ataque político. E os homossexuais, como as mulheres, começaram a desafiar os padrões dominantes de sexualidade. O sexismo era, assim, percebido como o reflexo ideológico do poder dos heterossexuais masculinos incapazes de reconhecer os desejos eróticos das mulheres ou dos homossexuais.

Nota-se que este posicionamento é adequado e necessário, uma vez que não há proteção específica na esfera criminal para atos tidos como homofóbicos e transfóbicos no Brasil. Trata-se de um movimento que encontra dificuldades para sua livre manifestação. Como já exposto no capítulo 1, no ordenamento jurídico brasileiro há a lei contra práticas racistas e legislação também para a proteção da mulher. Contudo, estamos diante de uma mora legislativa quanto à lei de proteção aos LGBT. (COLLING, 2011).

### 3.2 Direitos da homoafetividade

---

<sup>14</sup> RAMON, Janaina. Homofobia e transfobia são finalmente criminalizados pelo STF. *In*: Justificando. Jun. 2019. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/06/14/homofobia-e-transfobia-sao-finalmente-criminalizadas-pelo-stf/>. Acesso em: 05 nov 2019



Com diversas lutas para o reconhecimento, o grupo LGBT conseguiu muitas conquistas. Dentre os direitos adquiridos, a possibilidade de constituir uma família foi uma enorme vitória.

Antigamente, as uniões homoafetivas eram intituladas “sociedades de fato”, fazendo com que um partícipe da relação tivesse que provar a efetiva participação na aquisição de bens durante o convívio. (DIAS, 2006)

Isto pois, o Código Civil de 2002 anuncia que o casamento é celebrado no momento em que o homem e a mulher manifestam sua vontade<sup>15</sup>, bem como reconhece como entidade familiar a união estável entre um homem e uma mulher<sup>16</sup>. Depreende-se do dispositivo legal que casais homoafetivos não teriam esses direitos e, por consequência, não beneficiariam dos direitos decorrentes da união.

Essa ideia patrimonialista possuía a concepção de família reprodutiva. Contudo, com a invenção dos métodos anticonceptivos, retira o sexo da reprodução; com a criação da inseminação artificial, retira a reprodução do sexo. Agora, como a procriação não está mais restrita na relação de duas pessoas de sexos opostos, não existem motivos para a ignorância e a oposição dos direitos da relação homoafetiva. (DIAS, 2006)

Como as normas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 não prevê expressamente que uma família poderia ser composta por pessoas do mesmo sexo, gera a dificuldade de tal manifestação familiar. (NAHAS, 2006)

Com efeito, Roger Raupp Rios (2006), ressalta que pela falta de proibição expressa à união homoafetiva, a inclusão das uniões homossexuais dentro do âmbito

---

<sup>15</sup> Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados

<sup>16</sup> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família



da união estável, por intermédio de uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais (principalmente o direito de igualdade), deve-se aplicar o cânone hermenêutico da “unidade da Constituição”, pelo qual a interpretação do dispositivo constitucional necessita das demais normas constitucionais.

Partindo da ideia de ausência específica, analisa-se a família aos olhos do princípio da afetividade. Segundo este núcleo, não há qualquer óbice para que um casal do mesmo sexo possa ser uma família, sendo esta família sob a tutela do Estado. (DIAS, 2011)

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já consolidou o entendimento de que o afeto possui valor jurídico, em que pese não estar positivado no direito brasileiro. Em diversos julgados, o Superior Tribunal de Justiça adotou a postura de fazer prevalecer a relação afetiva em relação à própria relação biológica<sup>17</sup>

Nesta trajetória de direitos à união homoafetiva, em 2000, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região julgou a Ação Civil Pública<sup>18</sup>, ajuizada pelo Ministério Público Federal, decidindo por estender os benefícios previdenciários aos casais homossexuais em todo o território nacional. Com isso, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) editou a Instrução Normativa nº 25/2000<sup>19</sup> adotando a concessão de benefícios previdenciários, como o auxílio por morte e o auxílio-reclusão, ao companheiro ou companheira homossexual.

A Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006, prevê a possibilidade da união homoafetiva feminina:

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, **orientação sexual**, renda, cultura, nível educacional, idade e

<sup>17</sup> REsp nº 833.712/RS. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ: 04.06.2007. REsp nº 1.167.993/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ: 18.12.2012; REsp 1401719/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma. Julgado em 08/10/2013, DJe 15/10/2013

<sup>18</sup> TRF4, AC 2000.71.00.009347-0, 6ª Turma, Relator João Batista Pinto Silveira, DJ 10/08/2005

<sup>19</sup> <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=74818>





religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II- no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

IV - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

V Parágrafo único. **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.**

(grifei)

Esta lei traz um grande avanço jurídico na questão familiar homoafetiva. Maria Berenice Dias (2011) explica que pela primeira vez foi consagrada na legislação infraconstitucional a relação homoafetiva entre mulheres. Isto porque a lei protege a mulher no âmbito familiar e, tendo em vista que o parágrafo único do art. 5º desta lei afirma que independe da orientação sexual, provoca dizer que a relação homoafetiva entre mulheres configura uma entidade familiar. Analogamente, a doutrinadora abrange a configuração do conceito de entidade familiar disposta na lei para união entre homens aplicando o princípio da igualdade.



Em 2008, o Conselho Nacional Imigração publicou a Resolução Normativa nº 77/08<sup>20</sup>, que concedia o visto de permanência ao parceiro ou parceira que vive em união homoafetiva com brasileiro ou brasileira.

Vale frisar novamente sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, que reconheceram a união estável para os casais do mesmo sexo. As decisões destacaram os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da intimidade e da vida privada, constantes nos arts. 1º, III, 3º, IV, e 5º, X, da CRFB. Além disso, ressaltou que é vedada qualquer discriminação de pessoa em razão do sexo, seja pela dicotomia homem/mulher, seja pelo plano da orientação sexual de cada qual deles. A decisão que possui efeito vinculante *erga omnes* determina que ninguém será privado de direitos, nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica em razão da orientação sexual.<sup>21</sup>

Ainda, o julgamento determinou que fossem aplicadas as mesmas regras da união estável heteroafetiva. Isto significa iguais direitos quanto ao direito sucessório, pensões alimentícias, seguridade social, direito de imigração, propriedade conjunta, entre outros.

Com base nesse precedente, o STJ julgou o Recurso Especial nº 1.183.378/RS<sup>22</sup> que reconheceu a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo. O entendimento da Corte baseia-se na justificativa da pluralidade de arranjos familiares existentes, não podendo “ser negada essa via a nenhuma família

---

<sup>20</sup> Resolução Normativa nº 77, de 29 de janeiro de 2008. Publicada no Diário Oficial em: 11 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.cnbsp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTAw&filtro=1&Data=>. Acesso em: 26 nov. 2019

<sup>21</sup> STF. ADI 4277/DF 0006667-55.2009.0.01.0000. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Brito, data do julgamento 05/05/2011. Data da publicação: 13/10/2011)

<sup>22</sup> STJ. REsp 1183378 – RS 2010/0036663-8. Quarta Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data do julgamento 25/10/2011, data da publicação 01/02/2012



que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.”

Conforme exposto anteriormente, considerando os julgados do STF e do STJ, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborou a Resolução nº 175/2013, a qual determinou ser vedada a recusa de habilitação, celebração de casamento civil e conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo pelas autoridades. Segundo o ex-Ministro Joaquim Barbosa, Presidente do STF e do CNJ à época da edição da resolução, foi “o conselho está removendo obstáculos administrativos à efetivação de decisão tomada pelo Supremo, que é vinculante”<sup>23</sup>.

O STJ decidiu em 2010, por meio do Recurso Especial nº 889.852/RS, que a possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais estaria, obrigatoriamente, associada à busca de proteção dos direitos das crianças. Ainda, relatou que estudos fundamentais sobre a adoção por casais homossexuais indicam que a criança seria mais influenciada pela qualidade do vínculo e do afeto inserido no vínculo familiar, sem indicar qualquer inconveniente relacionado à orientação sexual dos cuidadores em si. Esta questão foi consolidada pelo STF no julgamento da ADI nº 4.277/DF e da ADPF nº 132/RJ, supracitados.

Em 1997, o Conselho Federal de Medicina (CFM) emitiu a resolução nº 1.482/97, a qual autoriza, a título experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização como tratamento dos casos de transexualismo, com o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico, em hospitais públicos ou hospitais universitários adequados à pesquisa. Somente em 2008, o Ministério da

---

<sup>23</sup> BILIARDO, Rafael. CNJ autoriza casamento gay em cartórios. In: Consultor jurídico. 14 mai. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-14/cnj-determina-cartorios-convertam-uniao-estavel-homoafetiva-casamento>. Acesso em: 11 Nov. 2019



Saúde (MS), através da Portaria nº 1.707/2008, incorporou os procedimentos transgenitalizadores às mulheres transexuais ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Em 2013, o MS ampliou o Processo Transexualizador do SUS às pessoas travestis e aos homens transexuais através da Portaria nº 2.803/13. (ROCON, PABLO)<sup>24</sup>.

### 3.3 Legislação internacional

O Tratado de Augsburg, em 1555, foi o primeiro documento conhecido a registrar uma proteção de minorias. O Tratado é voltado a minorias religiosas e representava uma tolerância oficial dos luteranos no Sacro Império Romano-Germânico. Assim, buscava tolerância religiosa e igualdade. Essas ideias foram reforçadas com a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. (CASELLA, 2013, p. 182)

A proteção de minorias somente ganhou destaque após a Primeira Guerra Mundial com a criação da Liga das Nações. Entretanto, com a eclosão da Segunda Guerra Mundial e a falha da Liga das Nações, a proteção de minorias mudou. Em 1945, ocorreu a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), a qual ficou responsável por essa proteção. O art. 1º da Declaração das Nações Unidas sobre Minorias prevê que “as minorias são aquelas baseadas em identidade: nacional ou étnica, cultural, religiosa e linguística”, conseqüentemente, as minorias sexuais não estariam incluídas no rol de proteção. Assim, não havia um conjunto normativo para proteger internacionalmente essas minorias sexuais. (OLIVEIRA, 2017)

---

<sup>24</sup> ROCON, Pspablo Cardozo; SODRE, Francis; RODRIGUES, Alexsandro. Regulamentação da vida no processo transexualizador brasileiro: uma análise sobre a política pública. Rev. katálysis, Florianópolis, v. 19, n. 2, p. 260-269, Sept. 2016. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-49802016000200260&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802016000200260&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 01 Nov. 2019



Não obstante, ainda hoje são presentes impedimentos ao direito de exercer a liberdade sexual. Segundo os dados obtidos pela *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association* (ILGA), cerca de 70 países consideram a relação entre pessoas do mesmo sexo como crime. No Irã e na Arábia Saudita, por exemplo, é previsto a pena de morte para homossexuais<sup>25</sup>.

Na América do Sul, o Chile enquadra como crime a relação carnal entre pessoas do mesmo sexo nas idades de 14 a 18 anos, conforme dispõe o art. 365 do Código Penal<sup>26</sup>. Porém, não é tipificado como crime as relações carnais heterossexuais entre 14 a 18 anos. O mesmo código aponta que desde os 14 anos o indivíduo tem idade suficiente para responder à matéria penal, pois pode compreender as consequências que implica matar ou roubar, mas não possuindo maturidade suficiente para decidir se quer ter relações sexuais de caráter homossexuais.<sup>27</sup>

Em contrapartida, há diversas Constituições pelo mundo que explicitam, em seus textos a proibição da discriminação por orientação sexual: África do Sul (1996), Equador (1998), Suécia (2003), Portugal (2005), Kosovo (2008), Bolívia (2009), México (2011), Fiji (2013), Malta (2014) e Nepal(2015). Em que pese certos países não tenham contemplado a proteção contra a discriminação às minorias sexuais em suas constituições, há previsões infraconstitucionais que positivam essa segurança<sup>28</sup>.

Na esfera cível, a Dinamarca se destaca como sendo o primeiro país a reconhecer, em 1989, a união entre homossexuais, autorizando o registro da união e

---

<sup>25</sup> [https://ilga.org/downloads/ILGA\\_Sexual\\_Orientation\\_Laws\\_Map\\_2019.pdf](https://ilga.org/downloads/ILGA_Sexual_Orientation_Laws_Map_2019.pdf)

<sup>26</sup> Art. 365. *El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a médio*

<sup>27</sup> ROMÁN, Calos Barría. Lei e homossexualidade no Chile. Lacan XXI: revista fapol online. Publicado em: 22 out. 2018. Tradução: Maria Cristina Vignoli. Disponível em: <http://www.lacan21.com/sitio/2018/10/22/lei-e-homossexualidade-no-chile/?lang=pt-br>>. Acesso em: 01 Nov. 2019.

<sup>28</sup> [https://ilga.org/downloads/ILGA\\_Sexual\\_Orientation\\_Laws\\_Map\\_2019.pdf](https://ilga.org/downloads/ILGA_Sexual_Orientation_Laws_Map_2019.pdf)



estendendo os mesmos direitos das uniões heterossexuais. Aproximadamente 10 anos depois, foi permitido a adoção do filho do companheiro ou companheira por casais homossexuais ligados por união civil. Em 2009, foi concedido a um casal homoafetivo a adotar, em conjunto, uma criança.<sup>29</sup>

A Noruega, em 1993, proporcionou aos casais homoafetivos o registro civil perante as autoridades civis. Em 1995, a Suécia permitiu a assinatura do sobrenome do cônjuge, além dos mesmos direitos dos casais heterossexuais. (DIAS, 2006)

Na França, ressalta Maria Berenice Dias (2006), foi criado o Pacto Civil de Solidariedade (PACS) em 1999. Este pacto se tornou uma alternativa ao casamento, podendo ser celebrado por qualquer casal, homo ou heteroafetivo, gerando obrigações entre as partes. Contudo, este contrato era de ordem administrativa e não abarcava o direito da família no ordenamento jurídico francês.

A sociedade está em constante mudança e, dessa forma, as normas devem acompanhar as novas culturas. Os direitos conquistados pela comunidade LGBT representa um progresso social e o Estado possui a função de garanti-los e criar meios para sua efetiva concretização. É o que se observa nas legislações internacionais e dos demais países do planeta.

## **4 NECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA**

### **4.1 Projeto da Câmara 122/2006**

O Projeto de Lei (PL) 5003/2001, de autoria da Deputada Federal Iara Bernardi (PT/SP), foi apresentado na Câmara dos Deputados no dia 07/08/2001.

---

<sup>29</sup> <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/relatos-reais-sobre-adocao/-a-adocao-feita-por-homossexuais-batalhas-e-vitorias-legais.aspx>



Em 31/01/2003, o PL foi arquivado nos termos do Artigo 105, do RICD:

Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as: (...)

Entretanto, em 18/02/2003, a Deputada Iara Bernardi apresentou o Requerimento de Desarquivamento de Proposições e, em 21/03/2003, o PL foi desarquivado nos termos do Artigo 105, parágrafo único<sup>30</sup>, deste regimento.

Somente em 23/11/2006, houve a votação da Redação Final, a qual foi aprovada e, assim, a Matéria foi encaminhada ao Senado Federal.

No dia 12/01/2011, o PL foi arquivado em razão do final da Legislatura nos termos do art. 332, do Regimento Interno do Senado Federal.

Art. 332. Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto:

§ 1º Em qualquer das hipóteses dos incisos do caput, será automaticamente arquivada a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu desarquivamento pelo Plenário do Senado.

No dia 08/02/2011, foi lido e aprovado o Requerimento de Desarquivamento, tendo como primeira signatária a Senadora Marta Suplicy. Uma vez que já se encontrava instruída pela Comissão de Assuntos Sociais, a matéria voltou ao exame da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa e, posteriormente, foi à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

---

<sup>30</sup> Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava



Apesar de várias tramitações, no dia 26/12/2014, o PL foi arquivado mais uma vez, ao final da 54ª Legislatura, nos termos do art. 332, do RISF, e do Ato da Mesa nº 2, de 2014. Até 2020, o PL continua arquivado, sem mudanças efetivas na Lei.

O Projeto tem como finalidade a alteração da Lei nº 7.716/89 para incluir no rol de crimes discriminatórios de racismo a orientação sexual e a identidade de gênero, com as consequentes alterações e adições normativas; a adição do § 3º ao art. 140, do Decreto-Lei nº 2.848/1940, Código Penal; e o aditivo do parágrafo único ao art. 5º, do Decreto-Lei nº 5.452/1943, Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

## **4.2 Voto**

O Supremo Tribunal Federal julgou, no dia 13 de junho de 2019, o Mandado de Injunção 4.733/DF, relatoria do Ministro Edson Fachin, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF, de relatoria do Ministro Celso de Melo.

A Suprema Corte reconheceu, por maioria de votos, a mora e a omissão legislativa do Congresso Nacional por não ter editado a lei que tipificasse a discriminação por homofobia e transfobia. Foi votado procedente o pedido de enquadramento desses atos discriminatórios como tipo penal definido na lei do racismo, por 8 a 3, até que seja aprovada lei específica sobre a matéria.

No julgamento do Mandado de Injunção 4733/DF, o Ministro Edson Fachin abordou, de início, os requisitos de admissibilidade do mandado de injunção, tanto da impetrante quanto da via adotada. Em relação esta, o entendimento do próprio STF que é necessário haver, de maneira concomitante, o direito à legislação no próprio texto constitucional e a imposição do dever estatal de legislar.





Ora, ambos os requisitos estão claros no texto do art. 5º, XLI, da CRFB, o qual determina que a “*lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”. Observa-se uma norma de eficácia contida que garante a proteção penal contra os atos de discriminação, abarcando a homofobia e transfobia, mas que precisa de uma lei regulamentadora.

Aqui se faz necessário explicar sobre a força mandamental do Mandado de Injunção, como bem ressalta o ministro relator.

Este remédio constitucional possuía um tratamento consultivo. Após os julgamentos dos Mandados de Injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA, a Suprema Corte adotou um posicionamento concretista, o que foi usado para efetivar o direito de greve dos servidores públicos federais civis. Nesta ocasião, o Tribunal concedeu uma tutela específica ao direito subjetivo de greve em vista à falta de norma regulamentadora. Este entendimento foi confirmado no julgado do MI 795/DF, sobre a aposentadora especial do servidor público.

Em 2016, foi editada a Lei nº 13.300 que disciplina o processo e julgamento do Mandado de Injunção. Em seu art. 2º, a lei dispõe que será concedido o mandado de injunção sempre que a falta, total ou parcial, de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais.

Resta clara que a ausência da exata punição à discriminação de orientação sexual e identidade de gênero inviabiliza o direito da pessoa de ser. Impossibilita o indivíduo de exercer seu direito de igualdade, de liberdade e de ser respeitado com dignidade, bem como de se sentir protegido pela lei penal. Ainda, transcrevendo o art. 8º da referida lei:



Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

- determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

- estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Observa-se que não se trata de um mero ativismo judicial ou de desrespeito ao princípio da separação dos poderes. A própria lei sanciona que, sendo reconhecida a mora legislativa, seja determinado o prazo e as condições para o exercício do direito.

Assim, conforme explicita o i. Ministro, a força do mandado de injunção em questão está na própria norma constitucional do art. 5º, XLI, o qual contém o mandato de *“criminalização contra a discriminação homofóbica e transfóbica, ordem que, ante a mora do Congresso Nacional, comporta, até que seja suprima, colmatação por este Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação conforme da legislação de combate à descriminalização”*.

Ainda, vale destacar que a tramitação de projeto de lei no Congresso Nacional não afasta a mora legislativa. Segundo entendimento firmado pela ADI 3.682, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, *“é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar”*. Isto é, não basta o projeto de lei estar tramitando no Poder Legislativo, é necessário que esteja em deliberação.

O Projeto de Lei nº 122/2006 foi arquivado no Senado Federal por falta de movimentação. A mora quanto a discriminação por orientação sexual e identidade de



gênero é ainda mais grave, foi seletiva. O Projeto está arquivado desde 2014. O próprio impetrado abandonou o direito de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana quanto à comunidade LGBT.

Assim, segundo o i. Relator, o mandado de injunção é a garantia para o efetivo exercício do direito protegido pelo mandado de criminalização.

A ausência de proteção específica fica ainda mais clara quando analisada as notícias sobre os atos de discriminação contra a comunidade LGBT. O relator aponta os números de violências no Brasil registrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Os dados são repugnantes. Traz, também, relatórios sobre o preconceito de orientação sexual e identidade de gênero no país.

Superada a admissibilidade procedimental, o voto analisa o mérito do *writ*, avaliando os direitos contrariados devido a mora legislativa, dos quais o direito à dignidade da pessoa humana se destaca, uma vez que é o ponto de partida para os demais princípios e direitos, conforme fundamentado anteriormente.

Foi reconhecido que qualquer tipo de discriminação é atentatório ao Estado Democrático de Direito e, para essa análise, foi preciso considerar a definição e entendimento sobre orientação sexual e identidade de gênero. Assim, o i. relator trouxe diversos conceitos, como o da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva OC-24/17; do entendimento do STF pelo julgamento da ADI 4.277, da relatoria do Ministro Ayres Britto.

Além disso, indicou os desdobramentos desses reconhecimentos, como direito à liberdade de orientação sexual, decidido na ADPF 291, da relatoria do Ministro Luiz Roberto Barroso; o direito à igualdade sem discriminação a identidade ou expressão de gênero, pelo julgamento da ADI 4.725, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.



Apresentou também os entendimentos nos tribunais internacionais, de forma a demonstrar que a discriminação de orientação sexual e identidade de gênero é atentatória ao direito de igual dignidade.

Em seu voto foi citado o caso *Toonen v. Australia*, julgado pelo Comitê de Direitos Humanos, o Comentário Geral n. 20 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, novamente comentou da Opinião Consultiva OC-24/17 e ressaltou que a Assembleia Geral das Nações Unidas reconheceu que esta formulação feita pela Corte Interamericana é representativa dos direitos assegurados na Declaração Universal de Direitos Humanos.

Depreende-se, portanto, que a discriminação homofóbica e transfóbica é atentatória aos princípios e garantias constitucionais e fundamentais do Estado de Direito, exigindo, conforme o art. 5º, XLI, da Constituição Federal, punição por lei.

Apontou, ainda, que pouco foi discutido sobre este artigo constitucional na E. Corte. Exemplificou, contudo, com o julgamento da ADI 4.424, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que “*deu interpretação conforme à constituição para que não fossem aplicados à lesão corporal resultante de violência doméstica contra mulher os dispositivos da lei dos juizados especiais*”.

Salientou, portanto, que a leitura do dispositivo em questão deve ser feita junto com o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, uma vez que o Brasil é signatário de tratados internacionais, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, o qual destaca o art. 4º que, embora não traga em seu texto a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, foi objeto de relatório de revisão enviado pela Polônia ao Comitê de Direitos



Humanos. Neste relatório foi observado que, com muito pesar, deve ser combatido a discriminação homossexuais e transexuais.

A partir desses ensinamentos, é certo afirmar que, para a proteção dos direitos e garantias fundamentais, é possível a criação de tipificação penal própria. Aplicando ao presente estudo, para assegurar o direito da pessoa homossexual e transexual de exercer seu direito de se definir em frente ao Estado e à sociedade, ou seja, de ser, é plausível a proteção perante o direito penal.

Por fim, o r. voto faz uma comparação com a lei do racismo, Lei nº 7.716/1989. Como muito bem coloca o ínclito relator:

No presente caso, no entanto, há uma especificidade que está a indicar que a lacuna não decorre exclusivamente da falta de norma que tipifique o ato atentatório, mas também da própria ofensa à igualdade, uma vez que condutas igualmente reprováveis recebem tratamento jurídico distinto.

Há, nessa dimensão, uma gritante ofensa a um sentido mínimo de justiça. A omissão legislativa estaria a indicar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa homossexual ou transgênero é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade.

Para dar maior ênfase, exemplifica:

Por preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, impedir ou obstar acesso à órgão da Administração Pública, ou negar emprego em empresa privada, por exemplo, são condutas típicas, nos termos da Lei 7.716/1989. Se essas mesmas condutas fossem praticadas em virtude de preconceito a homossexual ou transgênero, não haveria crime.

Observa-se que a ausência desigual a importância entre os tratamentos. A dignidade da pessoa homossexual e transexual não pode ser inferior ou menor. A dignidade deve ser igual para todos. Não pode o Estado garantir proteção à uma minoria e abster-se em relação a outra. Com a mesma energia que foi feita a inclusão dos termos “*etnia, religião ou procedência nacional*” na lei do racismo, em 1997,



acrescentar “orientação sexual e identidade de gênero” é obrigação do legislativo, conforme determina a Constituição Federal.

O voto proferido na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 pelo ilustríssimo Ministro Relator Celso de Melo inicialmente apresentou os pedidos da autora, os quais são, em síntese, o reconhecimento da mora legislativa e cientificação ao Congresso Nacional para tomar as medidas necessárias à concretização as normas constitucionais dispostas no art. 5º, LXI e LXII, da Constituição Federal; e a correção do erro na Lei nº 7.716/89 pela ausência da discriminação contra a orientação sexual e identidade de gênero de maneira explícita em seu texto legal.

O voto discorreu sobre a controvérsia constitucional a qual foi baseada dentro da noção de racismo da mesma forma que foi feita à noção de “*etnia, religião ou procedência nacional*” no julgamento do caso *Ellwanger* (HC 82.424/RS). O julgamento culminou na alteração da Lei nº 7.716/89, inserindo estes termos no art. 1º, ocasião que foi ignorada a discriminação contra a orientação sexual e identidade de gênero.

Contextualizou-se, também, as terminologias das designações utilizadas na comunidade LGBT, *in verbis*:

A expressão LGBT, além de possuir a virtude de haver sido formulada pela própria comunidade que designa, atingiu ampla aceitação pública e consenso internacional, consagrando-se sua utilização, no Brasil, em 08/06/2008, na I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (convocada por meio do decreto presidencial de 28 de novembro de 2007), cabendo assinalar, no entanto, que a primazia conferida ao uso desse termo decorre, exclusivamente, do prestígio e do renome que o acrônimo LGBT adquiriu no âmbito da defesa dos direitos humanos e do combate à discriminação, sem que o seu emprego signifique indiferença ou esquecimento em relação às demais siglas também utilizadas, especialmente com o propósito de fazer



incluir, em sua definição, as pessoas que se identificam como “queer” (LGBTQ), as pessoas intersexuais (LGBTQI), as pessoas assexuais (LGBTQIA) e todas as demais pessoas representadas por sua orientação sexual ou identidade de gênero (LGBTQI+).

É possível observar, conforme o i. relator, que a comunidade LGBT é formada por uma gama extensa de integrantes, unidos por um interesse comum: “*sua absoluta vulnerabilidade agravada por práticas discriminatórias e atentatórias aos seus direitos e liberdades fundamentais*”. Ressalta-se, entretanto, que estes integrantes são diferentes, cada um com sua orientação e identificação próprias, não podendo afirmar que se trata de uma única **coisa**.

Diante desse pluralismo, o voto explicou a diferença entre designação do sexo, ideia de gênero e sexualidade humana. Referente àquela, restringe-se à mera verificação de fatores genéticos, gonodais, genitais ou morfológicos, ensejando a designação em homem, mulher e intersexual. Já a segunda está ligada a fatores de identificação com a designação sexual biológica, podendo ser cisgênero (indivíduo se identifica com o sexo biológico com o qual nasceu) e transgênero (não se identifica com o sexo biológico).

Por último, a sexualidade refere-se a aspectos íntimos, associada às questões **afetivas**. Os indivíduos podem ser homossexuais (atraídos pelo mesmo sexo), heterossexuais (atraídos pelo sexo oposto), bissexuais (atraídos pelos dois sexos) ou assexual (indiferença quanto ao sexo).

Em frente a todas essas possibilidades de “ser”, o Princípio de Yogyakarta assegura que a “*orientação sexual e identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso*”, como coloca o ministro relator.



Ademais, expõe que a comunidade LGBT sente-se exposta, desamparada devido a ausência de proteção estatal em face à “ideologia de gênero” impregnada pelo segregacionismo, afastando a possibilidade de exercerem seus direitos e garantias fundamentais e tratando-os com marginalidade e inferioridade.

Tamanha é a objeção quanto à ideologia de gênero fundada no heteronormativismo imposto pela sociedade, que a Suprema Corte julgou diversos processos os quais visavam acabar com qualquer tipo de comportamento que discriminasse qualquer pessoa, seja por ser mulher, negro, homossexual, transexual, de diferente religião ou etnia. Destaca-se aqui, o julgamento da ADI 4.275/DF, da relatoria do Min. Edson Fachin, e da ADI 4.277/DF, da relatoria do Ministro Ayres Britto, ambas citadas anteriormente.

Isto porque a Constituição Federal garante um Estado Democrático de Direito que, por sua vez, protege o pluralismo, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade, entre outros direitos fundamentais.

O Ministro também frisou a Opinião Consultiva OC- 24/18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que se refere à “*essencialidade do direito à identidade de gênero e à orientação sexual*” na interpretação das cláusulas do Pacto de São José da Costa Rica, o qual foi incorporado pelo Decreto nº 678/1992 e tem caráter supralegal. Por isso mesmo, há a necessidade da proteção estatal para a convivência harmônica, como é garantida e exercida pelas maiorias.

Foi pleiteado a indenização por responsabilidade civil do Estado, que foi julgado improcedente. Entende, o Egrégio Tribunal, que a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão não gera responsabilidade civil ao Estado, apenas reconhece a existência da imposição constitucional de legislar e se houve mora legislativa ou não.





O r. voto relatou sobre as violências a partir de atos homofóbicos e transfóbicos. A triste exposição dos dados e notícias trazidas pelo relator expõe a banalidade desses atos. Atos que deveriam ser severamente combatidos e repugnados pelo Estado, protegendo a comunidade LGBT com amparo na legislação penal.

Transcrevendo os dados monitorados pelas organizações civil e replicado pelo Ministro:

o “Brasil campeão mundial da transfobia”, “o país que mais mata travestis e transexuais no mundo”, onde, de forma assustadora, “o risco de uma ‘trans’ ser assassinada é 14 vezes maior que um gay”, tendo sido registradas 598 mortes de transexuais e de travestis entre janeiro de 2011 e janeiro de 2016, segundo informações constantes do “site” <https://homofobiamata.wordpress.com>.

Depreende-se desse trecho e das demais notícias de crueldade contra a comunidade LBGT listadas, junto com a mora legislativa, que a violência e as dificuldades dessas pessoas estão sendo menosprezadas pelo Estado. Reproduzindo o trecho da petição inicial e do voto, está ocorrendo uma “verdadeira banalidade do mal homofóbico e transfóbico” no Brasil.

Em relação à omissão do Congresso Nacional e a necessidade da norma regulamentadora que exige o art. 5º, XLI e XLII, da CRFB, consoante com o pedido da autora, tem-se:

A ação direta por omissão, por isso mesmo, deve traduzir significativa reação jurisdicional autorizada pela Carta Política, que a forjou como instrumento destinado a impedir o desprestígio da própria Constituição, consideradas as graves consequências que decorrem do desrespeito ao texto da Lei Fundamental, seja por ação do Estado, seja, como no caso, por omissão – e prolongada inércia – do Poder Público.



Notável a necessidade de reconhecimento da mora legislativa quando não existe, no ordenamento jurídico, proteção contra atos discriminatórios contra a identidade de gênero e a orientação sexual.

A norma constitucional em questão determina que a lei irá punir qualquer ato discriminatório. Combinado com o art. 22, I, da Constituição Federal, segundo o qual é de competência da União legislar sobre a norma penal, observa-se, de maneira clara, a mora do Poder Legislativo.

A omissão funcional do Congresso, uma vez que é função típica do Legislativo de concretizar os direitos por meio de leis, é dita como “seletiva”. Ora, a imposição explícita constante na inteligência do art. 5º, XLI e XLII, da Constituição Federal, não gera qualquer dúvida da obrigação legiferante do Poder Público. Esta conduta omissiva é, quando não ilegítima, afrontosa à Carta Constitucional.

A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, prevista no art. 103, § 2º, da CRFB, e regido pela Lei nº 9.868/99, é o instrumento de reconhecimento da mora e abstinência legislativa que busca impedir o contínuo ato inconstitucional e indigno à Constituição.

Superada a questão da omissão quanto ao descumprimento da imposição da norma constitucional, foi exposto a inércia do Poder Legislativo quanto ao Projeto de Lei nº 5.003/2001, proposto pela Deputada Federal Iara Bernardi à época, o qual demorou 05 anos para ser aprovado na Câmara do Deputados.

Em vista disso, foi encaminhado ao Senado Federal como Projeto da Câmara nº 122/2006, onde foi arquivado, conforme determina o art. 332, § 1º, do Regimento Interno do Senado Federal<sup>31</sup>, tendo em vista a tramitação com duração de duas

---

<sup>31</sup> **Art.** 332. Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto:

§ 1 Em qualquer das hipóteses dos incisos do **caput**, será automaticamente arquivada a proposição que



legislaturas, ou seja, 08 anos. Este projeto buscava adicionar à lei do racismo os termos “*orientação sexual ou identidade de gênero*”.

Não obstante a longa demora, parlamentares aprovaram o requerimento que anexou o Projeto de Lei nº 122/2006 ao Projeto de Lei nº 236/2012, que cria o novo Código Penal Brasileiro. Esta manobra retarda a apreciação do projeto, uma vez que a propositura do novo Código não teve a apreciação pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal concluída e encontra-se, como saliente o v. Ministro, “*sem prazo para ser votado*”.

No voto, o relator cita as palavras da doutrinadora Maria Berenice Dias em seu livro (**Rumo a um Novo Direito**”, “*in*” “Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”, p. 41, item n. 6, 3ª ed., 2017, RT):

O PCL 122/2006, que visa criminalizar a homofobia, alterando a Lei 7.716/1986, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, foi aprovado pela Câmara dos Deputados. O Senado, porém, determinou o apensamento ao projeto de reforma do Código Penal. Ou seja, simplesmente morreu, ou foi assassinado, verdadeiro crime de ódio.

Da mesma forma que foi explicado pelo Ministro Edson Fachin no MI 4.733/DF sobre a mora legislativa, julgada na ADI 3.682/MT, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, as peculiaridades do processo legislativo, como é o caso do apensamento do PL 122/2006 ao PL 236/2012, não é motivo para alegar cumprimento legiferante.

Pelo contrário. A *inertia deliberandi* do Congresso Nacional quanto à normatização do texto mandatório da tutela constitucional inadimplida constante no

---

se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu desarquivamento pelo Plenário do Senado



art. 5º, XLI e XLII, da Constituição, até de atentatória aos direitos fundamentais, é também justificativa para a intervenção judiciária.

Fundamenta ainda mais essa ideia, o entendimento feito pelo julgamento da ADI 1.458- MC/DF, pelo Ministro relator Celso de Melo, quando explica:

Desse ‘non facere’ ou ‘non praestare’, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

Em decorrência, a decisão apresenta duas soluções possíveis:

cientificação do Congresso Nacional, para que adote, em prazo razoável, as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional (CF, art. 103, § 2º, c/c Lei no 9.868/99, art. 12-H, “caput”); ou, então,

reconhecimento imediato, por esta Corte, de que a homofobia e a transfobia, quaisquer que sejam as formas pelas quais se manifestem, enquadram-se, mediante interpretação conforme à Constituição, na noção conceitual de racismo prevista na Lei no 7.716/89, em ordem a que se tenham como tipificados, na condição de delitos previstos nesse diploma legislativo, comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais do grupo vulnerável LGBT.

No que concerne à primeira solução, busca-se a colmatação da inadimplência do Poder Legislativo. Segundo o entendimento da Suprema Corte, visto na ADI 3.682/MT supracitada, não se impõe um prazo rígido, mas a definição razoável de prazo para sair do estado estático quanto à deliberação do projeto de lei. Assim, foi estabelecido o prazo de 12 meses para o Senado Federal apreciar o projeto Iara Bernardi, desanexando-o do PL 236/2012.

Ademais, o relator observou que é mais viável e assegurador para a proteção da garantia fundamental a aplicação deste prazo ao Projeto de Lei nº 122/2006, tendo em vista já ter sido aprovado na Câmara, encontrando-se mais avançado dentro do



processo legislativo do que o Projeto de Lei do Senado nº 515/2017 proposto pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa.

Para o enquadramento das práticas homofóbicas e transfóbicas no crime de racismo, a Procuradoria-Geral da República emitiu parecer favorável à extensão da impetração, respeitando a analogia *in malam partem*, o qual transcrevo um trecho usado no voto:

Condutas contrárias à liberdade de orientação sexual possuem nítido caráter discriminatório e violador da dignidade do ser humano, em patente confronto com esse conjunto de normas constitucionais. A homofobia decorre da mesma intolerância que suscitou outros tipos de discriminação, como aqueles em razão de cor, procedência nacional, religião, etnia, classe e gênero

Esse seguimento acompanha o entendimento feito pelo ex-Ministro do STF, Maurício Correa, em seu voto no caso *Ellwanger*, o qual virou paradigma quanto à abrangência do racismo. Este voto seguiu a ideia da Declaração Universal dos Direitos Humanos, qual seja existir apenas uma raça, a “raça humana”.

Em caráter biológico, não há diferença social entre homens e mulheres, negros e brancos, judeus e cristãos, homossexuais e heterossexuais, cisgêneros e transgêneros. Todos são humanos e, partindo dessa premissa, todos são detentores de dignidade, igualdade e liberdade.

Em uma decorrência lógica desse raciocínio, é incorreto afirmar que racismo é designado apenas no que tange à cor. A ideia de raça, segundo a Declaração da Unesco, “é uma construção histórico-social, voltada para justificar uma desigualdade”.

Assim, o racismo pode ser mais bem interpretado como a relação de dominância entre uma maioria sobre uma minoria, com a qual justifica-se com atos discriminatórios, impondo uma hierarquia fundada por ideais dessa maioria.



Vários postulados internacionais definiram o racismo como a terminologia escolhida para exprimir todas as formas de discriminação e intolerância, fundada no ódio e no segregacionismo, entre os seres humanos.

O relator replicou o ensinamento de Roberto Bobbio em sua obra “Homofobia – História e Crítica de um Preconceito” (p. 34/39, 2010, Autêntica), veja-se:

Enquanto violência global caracterizada pela supervalorização de uns e pelo menosprezo de outros, a homofobia baseia-se na mesma lógica utilizada por outras formas de inferiorização: tratando-se de ideologia racista, classista ou antisemita, o objetivo perseguido consiste sempre em desumanizar o outro, em torná-lo inexoravelmente diferente.

Assim, se os valores de uma sociedade legitimam a desvalorização de qualquer minoria, esta estará ameaçando o direito da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e do pluralismo. Tais atos de ódio, de diminuição de valor, de intolerância e de menosprezo devem ser duramente combatidos pelo Poder Público.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em diversos trechos já destacados no presente estudo, repugna as condutas discriminatórias e exige tratamento diverso e protetivo do Estado. Visível o comportamento contrário do Congresso Nacional que possui dificuldade em concretizar a proteção penal à comunidade LGBT.

Posto a insuficiência legal pelo descumprimento do Poder Legislativo de sua função típica, legislar, faz-se necessária a intervenção do Poder Judiciário, como garantidor de direitos. Este, por sua vez, por meio do guardião da Constituição, deve interpretar e praticar a hermenêutica de forma a dar condições aos indivíduos de exercerem seus direitos.

Ao interpretar a abrangência do conceito de racismo e da aplicação da Lei nº 7.716/89, a Suprema Corte busca propiciar tratamento isonômico à minoria LGBT.



Não se trata de criar legislação penal, nem tipo penal, tampouco realizar uma analogia *in malam partem*. O que se fez foi enquadrar as práticas de homofobia e transfobia na noção de racismo, tendo em vista sua função social e não estritamente fenotípica.

Pelo julgamento do AI 250.564/PA<sup>32</sup>, o próprio relator Celso de Melo explica que a “interpretação do ordenamento positivo não se confunde com o processo de produção normativa”. O que se entende como procedimento hermenêutico praticado pela alta Corte é exatamente sua função precípua. Na decisão do AI, foi demonstrada que

A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa. Em uma palavra: o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais - por caracterizar atividade típica dos Juízes e Tribunais - não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República

Nesse mesmo sentido, o a. r. decisão não adicionou à Lei nº 7.716/89 os termos “orientação sexual e identidade de gênero”. Apenas foi feita a extensão da aplicação dos atos discriminatórios em razão da raça além da cor. “Nunca se prendeu, com o debate, restringir ao negro”, declarou o ex-Ministro Nelson Jobim no julgamento do HC 84.242/RS (caso *Ellwanger*), que participou da Assembleia Constituinte de 1987.

Nota-se que a própria Constituição Federal não restringe racismo à cor, ou seja, ao fenótipo humano. É um conceito mais amplo, usado para descrever qualquer discriminação contra minorias e, a partir disso, estabelecer meios de combatê-lo. A homofobia e a transfobia tratam de um racismo social, apenas por serem

---

<sup>32</sup> STF. AI 250.564/PA sem número único. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Melo, data do julgamento 08/02/2000. Data da publicação: 07/04/2000



considerados “outsiders” ou em desacordo com a ideia heteronormativa de ser, que instituiu a comunidade LGBT como inferior, com menos valor.

Aplicar a lei do racismo, então, mostra-se a alternativa apropriada em razão da ausência legal de proteção específica. E com maior força, não aplicar a proteção contra o racismo perante os atos homofóbicos e transfóbicos é insulto à igualdade. Não é certo tratar uma discriminação de um jeito e outra de outra.

O relator relembra que os “Princípios de Yogyakarta” definem que:

As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e a identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade.

Este princípio dispõe que os gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, intersexos, *queers*, assexuais e qualquer que seja a orientação sexual e identidade de gênero são indivíduos detentores de igualdade, liberdade, dignidade e devem ser protegidos da mesma maneira pelas leis e pelo sistema político-jurídico criado pela Constituição Federal de 1988.

É certo que qualquer estatuto ou lei que exclua ou desiguale, que discrimine ou incentive a intolerância, é inaceitável. A decisão ora estudada tem intuito declaratório de omissão, identificando as normas constitucionais descumpridas e apontando os direitos feridos, sendo incorreto asseverar se tratar de uma decisão veementemente a favor dos homossexuais e transexuais. O que se busca, como dito em diversos momentos, é a proteção estatal e o adimplemento legiferante contra os atos discriminatórios homo e transfóbicos.

Outro ponto abordado foi a diferenciação entre liberdade de expressão, discurso de ódio e a liberdade religiosa.





Como bem aborda o advogado do Partido Populista Socialista, o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchitti, em sua sustentação oral no julgamento da ADO 26, “a ignorância” é um direito desde que não prejudique o outro. Com isso, é livre a liberdade de expressão, mesmo que esta seja fundada de ignorância e até preconceitos. Contudo, não pode este pensamento ferir a dignidade, liberdade e igualdade do outro. Passado este limite, entra-se no discurso do ódio que não está abarcado pela liberdade de expressão. Pelo contrário, o Estado Democrático de Direito não permite discursos discriminatórios de qualquer natureza.

O Supremo Tribunal Federal entendeu, por meio do julgamento da ADPF 291/DF, sendo o Ministro Roberto Barroso o relator, em breve trecho:

2. Não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerâncias que atinge grupos tradicionalmente marginalizados. (grifei)

Por fim, a liberdade de crença não está inserida na restrição de liberdade de pensamento. É assegurado o exercício do proselitismo e da liberdade de palavra. Este reconhecimento feito pelo art. 220, § 1º, c/c art. 5º, IV e IX, da Constituição Federal, garantem o pleno exercício da liberdade de transmissão de valores, sem a prévia interferência estatal.

Por certo o Estado democrático não pode cesurar ideia, convicções, opiniões e crenças. É garantia constitucional a liberdade de consciência, de culto ou de expressão de pensamento, bem como sua difusão, quer por meio privado, quer seja em espaço público. Necessário destacar que esses ideais difundidos devem ter conteúdo religioso. Este entendimento foi sedimentado pela Suprema Corte no voto do Ministro Edson Fachin, na ADI 2.566/DF, a qual destaco o seguinte excerto:



3. A liberdade religiosa não é exercível apenas em privado, mas também no espaço público, e inclui o direito de tentar convencer os outros, por meio do ensinamento, a mudar de religião. O discurso proselitista é, pois, inerente à liberdade de expressão religiosa.

Isto porque, como dito, a República Federativa do Brasil garante o pluralismo que, por sua vez, é composto por diversos ideais e grupos.

Entretanto, esta liberdade não é absoluta. Embora o Estado não pode impedir pensamentos e condutas religiosas homofóbicas e transfóbicas, não deve, em hipótese alguma, possuir propósitos criminais ou propagações de expressões de ódio.

Deve ser limitado os excessos derivados do exercício da liberdade de crença para que não se torne abusiva ao ponto de afastar-se da tutela constitucional e adentrar na discriminação homofóbica e transfóbica como condutas criminosas.

Nesse mesmo sentido, o STF possui o entendimento:

Há que se distinguir entre o discurso religioso (que é centrado na própria crença e nas razões da crença) e o discurso sobre a crença alheia, especialmente quando se faça com intuito de atingi-la, rebaixá-la ou desmerecê-la (ou a seus seguidores). Um é tipicamente a representação do direito à liberdade de crença religiosa; outro, em sentido diametralmente oposto, é o ataque ao mesmo direito (...).

(RHC 146.303/RJ 4000296-69.2017.1.00.0000. Segunda Turma. Redator para o acórdão Ministro Dias Toffoli, data do julgamento 06/03/2018. Data da publicação: 07/08/2018)

Percebe-se, dessa forma, que não pode uma religião depreciar outra, uma vez que todas são protegidas e tuteladas pela Constituição. Da mesma maneira, incide a proteção contra outros grupos: negros, mulheres, homossexuais, transexuais, estrangeiros.



Conclui-se, pelas razões expostas, que as liberdades possuem limitações externas, não podendo ser praticadas com o intuito criminoso tendente a estimular intolerância e ódio público.

O ministro relator teceu comentários sucintos sobre a função contramajoritária do STF, tendo em vista que a CRFB e o Estado Democrático de Direito possuem proteção cautelosa em relação às minorias.

Em oposição, o princípio majoritário, presente no Poder Legislativo por meio de seus “grupos confessionais”, possui relevante papel em decisões governamentais, apresentando sua função democrática. Contudo, não podem deslegitimar as normas constitucionais, quais sejam suprimir, frustrar e aniquilar direitos fundamentais.

Proporcionar uma força muito superior às maiorias gera submissão dos grupos minoritários, o que não é permitido no ordenamento jurídico brasileiro.

Longe disso. Os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal “caminham” em sentido contrário. Como visto, há a busca da igualdade, que se faz protegendo as comunidades mais frágeis do sistema. Destarte, o Poder Judiciário deve garantir a defesa às minorias quando o Poder Legislativo for omissivo aos preceitos e prerrogativas constitucionais.

Por fim, o Ministro Celso de Melo aponta a felicidade como consequência do princípio da dignidade humana. Para o pleno exercício da felicidade, é necessário o respeito e segurança da igualdade, da liberdade, da autodeterminação e da intimidade.

Assim, conclui seu voto com exprimindo o seguinte pensamento:

Parece-me irrecusável, desse modo, considerado o objetivo fundamental da República de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3o, IV), que o



reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto ideia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, autoriza, presente o contexto em exame, o acolhimento do pleito ora em julgamento. (sic)

Dessa maneira, as ações foram julgadas procedentes em relação ao reconhecimento da mora na atividade legiferante do Congresso Nacional, cientificando-o da necessidade da deliberação e da aprovação do Projeto de Lei nº 122/2006 e incidindo o crime de racismo para as condutas de discriminação por homofobia e por transfobia.

## 5 CONCLUSÃO

O objetivo fundamental deste trabalho foi apresentar que a omissão legislativa quanto à proteção na norma penal das condutas discriminatórias homofóbicas e transfóbicas é atentatória aos princípios constitucionais previstos na Constituição Federal de 1988.

Os princípios fundamentais infringidos pela mora legiferante, especialmente os da igualdade, liberdade, devido processo legal substantivo e dignidade da pessoa humana, entre outros que são derivados destes, estão sendo negligenciados à comunidade LGBT.

Com tantos dados de violência visíveis e repugnantes, a ausência da proteção criminal específica afronta a função do Estado Democrático de Direito. Preterir uma minoria por conduta omissiva do Poder Público é uma ofensa segregacionista. Muito mais arbitrário quando outras minorias são protegidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A omissão do Congresso Nacional pode ser observada como seletiva, uma vez que o Projeto de Lei Iara Bernardi (PL nº 122/2006) foi proposto em 2001 e até hoje não foi aprovado. Essa demora legiferante fez com que o projeto fosse



arquivado no Senado Federal em 2014. Fica claro que o Poder Legislativo optou por “esquecer” o projeto que devesse, por imposição constitucional do art. 5º, XLI e XLII, proteger atos discriminatórios.

Enquanto as notícias mundiais mostram que o Brasil é um dos países que mais matam homossexuais e transexuais no mundo - um ranking lamentável -, o Poder Legislativo, composto por “grupos confessionais” fundados em ideologias preconceituosas, nada faz para incluir na norma penal a proteção contra essas discriminações.

É fato que a competência de legislar seja função típica do Legislativo, mas a necessidade e intervenção do Estado foi tão necessária e urgente, que o Judiciário precisou limitar o princípio da separação de poderes para garantir o princípio da dignidade humana, da igualdade e da liberdade. O pluralismo brasileiro necessita da proteção do Governo. As minorias sociais carecem de tutela do Poder Público.

Com a finalidade de diminuir tamanha desatenção à comunidade LGBT, o Poder Judiciário, por meio do Superior Tribunal Federal, julgou o Mandado de Injunção 4.377/DF e a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF decidindo por atribuir as práticas homo e transfóbicas no crime de racismo até que seja editada uma lei específica para enquadrar a homofobia e a transfobia como crimes.

As decisões proferidas foram um marco e um avanço importante para a luta contra atos discriminatórios – homicídios, ameaças, agressões - contra a orientação sexual e a identidade de gênero. É o Estado atuando para combater práticas atentatórias à dignidade da pessoa humana, à liberdade e à igualdade, garantindo os direitos fundamentais das minorias.



A Suprema Corte ampliou conceito de racismo, aplicando ao caso concreto o racismo social, o qual é a imposição de uma maioria sobre uma minoria. O entendimento foi além do fenótipo ou do aspecto biológico, enfrentando a negação de uma comunidade em frente à outra.

Além disso, reconheceu a mora legislativa, notificando o Congresso Nacional para que editasse lei específica para enquadrar as condutas homo e transfóbicas como tipos penais. Apontou que a inércia do Poder Legislativo é uma omissão do Estado em cumprir os mandamentos constitucionais e de proteger a sociedade, a qual é formada por diversos grupos sociais.

Ademais, adentrou no limite da proibição de discriminações homofóbicas e transfóbicas. A ADO 26 previu que não poderia ser criminalizada a crença religiosa. Deve-se respeitar a liberdade religiosa e o proselitismo, desde que não incitem ou induzam o discurso de ódio.

O STF, ao julgar a ADO 26 e o MI 4.377, dá efetividade e aplicação ao art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, assegurando uma sociedade sem preconceitos de quaisquer formas de discriminação.

A liberdade e igualdade dos homossexuais e dos transexuais não tem o fim de impor aceitação de ninguém. Não se busca entrar no âmbito das demais liberdades, como a liberdade de pensamento e a liberdade de crença. Estas também são protegidas pela CF e necessitam de espaço em uma sociedade democrática. Não pretende, com a busca desses direitos, limitar a liberdade das pessoas de pensarem ou crerem, mesmo que preconceituosas.

Objetiva o respeito e, principalmente, impedir a disseminação do discurso de ódio e de atitudes ilícitas. É dar um basta no tratamento homofóbico e transfóbico e garantir, entre outros direitos, a vida para a comunidade LGBT, de maneira digna, igualitária e livre.



A proteção das minorias pelo Estado, além de ser dever mandatória pela CF, garantirá, o direito à felicidade, entre todos os direitos tutelados pela Carta Maior. Esta é a consequência lógica do exercício dos demais direitos assegurados aos cidadãos.

Portanto, é clara a necessidade de proteção específica na legislação penal, já prevista no texto constitucional. Garantir os direitos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil é dever do Estado como garantidor, sendo inaceitável qualquer omissão por parte dos 3 poderes, seja legislando, julgando ou executando.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *A Theory of Legal Argumentation*. Trad. Ruth Adler e Neil MacCormick. Oxford University Press, 1989.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition (DSM-V)*. Arlington, VA: American Psychiatric Association, 2013.

BALESTRO, Gabriela Soares; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. MINORIAS SEXUAIS E HOMOFOBIA NO DIREITO BRASILEIRO: breves delineamentos constitucionais. *Revista Videre, Dourados/MS*, v. 10, n. 19, p. 148-176, jun. 2018. Mensal.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 254.

BARROSO, Roberto, L. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo; Saraiva, 2018. 9788553610112. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610112/>. Acesso em: 22 Maio 2020



BILIARDO, Rafael. CNJ autoriza casamento gay em cartórios. Consultor jurídico. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-14/cnj-determina-cartorios-convertam-uniao-estavel-homoafetiva-casamento>. Acesso em: 11 Nov. 2019.

BONAVIDES, PAULO. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 396.

CASELLA, Paulo Borba. A proteção internacional dos direitos das minorias: o caso da minoria por orientação sexual e identidade de gênero. In: Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis [S. l: s.n.], v. 1., 2013.

CHAVES, Luis de Gonzaga Mendes. Minorias e seu estudo no Brasil. Revista de Ciências Sociais, Ceará, volume 2, número 1, p. 149-168, 1971.

CIMADON, Elisandra Riffel e MINIKOSKI, Marco Antônio Limite de atuação do poder judiciário no uso do princípio da proporcionalidade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

CODEPLAN, Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão. In: UM OLHAR SOBRE A POPULAÇÃO LGBT NO DISTRITO FEDERAL. Brasília, out. 2017. Disponível em: <http://www.codeplan.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/02/Um-olhar-sobre-a-popula%C3%A7%C3%A3o-LGBT-no-Distrito-Federal.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

COLLING, Leandro. Estudos, políticas e os marcadores sociais da diferença na comunidade LGBT no Brasil pós-Stonewall. In: Stonewall 40 + o que no Brasil?. Salvador: EDUFBA, 2011, p. 234-235.

Conselho Federal de Psicologia. Notícias. In: UNESCO APROVA OS MATERIAIS EDUCATIVOS DO PROJETO ESCOLA SEM HOMOFOBIA. CFP Notícias, 23 de fev. de 2011. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/unesco-aprova-os-materiais-educativos-do-projeto-escola-sem-homofobia/>. Acesso em: 12 out. 2019

DIAS, Maria Berenice. “Manual de Direito das Famílias”, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.





Drescher, Jack. “Out of DSM: Depathologizing Homosexuality.” Behavioral sciences (Basel, Switzerland) vol. 5,4, p. 565-75. 4 Dec. 2015.

GREEN, J. N. A luta pela igualdade: desejos, homossexualidade e a esquerda na América Latina. Cadernos AEL, v. 10, p. 18/19, 22 set. 2010.

INTERNATIONAL LESBIAN, GAY, BISEXUAL, TRANS AND INTERSEX. Sexual

Orientation Laws In The World: From criminalization of consensual same-sex sexual acts between adults to protection against discriminations based on sexual orientation. 2019. Disponível em: <[https://ilga.org/downloads/ILGA\\_Sexual\\_Orientation\\_Laws\\_Map\\_2019.pdf](https://ilga.org/downloads/ILGA_Sexual_Orientation_Laws_Map_2019.pdf)>. Acesso em: 21 nov. 2019.

MARIN, Jeferson Dytz. MARIN, Karen Dytz. Superação do Preconceito e Democratização do Afeto. Revista Direitos Humanos e Democracia. Rio Grade do Sul. Editora Unijuí, ano 3, n. 6, jul./dez. 2015. Disponível em <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia>. Acesso em: 27 out 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 6, n. 2, jul./dez. 2013.

MOLINA, Luana Pagano Peres. A homossexualidade e a historiografia e trajetória do movimento homossexual. Antíteses, v. 4, n. 8, p. 949-962, jul./dez. 2011.

MOTTA, Moacyr Parra. Interpretação constitucional sob princípios. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 147.

NAHAS, Luciana Faísca. “União Homossexual – Proteção Constitucional”. Juruá Editora, Curitiba, 2006.

OLIVEIRA, Gabriela Werner. A proteção internacional de minorias sexuais: entre a idade média e a pós-modernidade. Revista Direito Mackenzie, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 113-128, 2017.

Organização Mundial da Saúde. CID-10 Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde. 10a rev. São Paulo: Universidade de São Paulo; 1997. vol.1.



PINHO, R. C. R. Direito constitucional: teoria geral da constituição e direitos fundamentais. [s. l.], 2017. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000012563&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

RAMON, Janaina. Homofobia e transfobia são finalmente criminalizados pelo STF. *In: Justificando*. Jun. 2019. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/06/14/homofobia-e-transfobia-sao-finalmente-criminalizadas-pelo-stf/>. Acesso em: 05 nov 2019

Resolução Normativa nº 77, de 29 de janeiro de 2008. Publicada no Diário Oficial em: 11 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.cnbsp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTAw&filtro=1&Data=>. Acesso em: 26 nov. 2019.

Resolução nº 175/CNJ, de 14 de maio de 2013. Publicada no Diário de Justiça nº 89/2013, de 15 de maio de 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso: em 11 Nov. 2019.

ROCON, Pablo Cardozo; SODRE, Francis; RODRIGUES, Alexsandro. Regulamentação da vida no processo transexualizador brasileiro: uma análise sobre a política pública. *Rev. katálysis*, Florianópolis, v. 19, n. 2, p. 260-269, Sept. 2016. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-49802016000200260&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802016000200260&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 01 Nov. 2019.

ROMÁN, Calos Barría. Lei e homossexualidade no Chile. *Lacan XXI: revista fapol online*. Publicado em: 22 out. 2018. Tradução: Maria Cristina Vignoli. Disponível em: <http://www.lacan21.com/sitio/2018/10/22/lei-e-homossexualidade-no-chile/?lang=pt-br>>. Acesso em: 01 Nov. 2019.

RÖTZSCH, Rodrigo Bolsonaro leva panfleto antigay a escolas. *In: Folha de São Paulo*. São Paulo: Folha de São Paulo, 25 maio 2011. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1105201118.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.62

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 80.



STF. ADPF 291/DF 9991723-76.2013.1.00.0000. Tribunal Pleno. Relator Ministro Roberto Barroso. Data do julgamento 28/10/2015, data da publicação 10/05/2016.



# O CONTROLE DE SOBREPREGÇOS NAS COMPRAS PÚBLICAS DE PASSAGENS AÉREAS

Willy Frischknecht

## RESUMO

A lei de acesso à informação, a Lei de Concessões, o Código Aeronáutico vigente e as Resoluções Normativas da Agência reguladora do setor aéreo compreendem comandos normativos suficientes para a adequação dos processos administrativos e obtenção de resultados mais eficazes ao controle de sobrepreços na aquisição de passagens aéreas pelo poder público, reforçando as rotinas de *compliance* aplicadas à Administração Pública. As companhias aéreas nacionais, por serem concessionárias de serviços essenciais, não devem impor óbices ao controle estatal e têm o dever de tornar públicos os tributos de todas as passagens aéreas emitidas a fim de permitir o controle eficaz e gratuito de eventual sobrepreço na aquisição de passagens aéreas por entes da Administração Pública direta e indireta. Nesse sentido, o administrador de uma Universidade Estadual do interior de qualquer estado, ou uma secretaria municipal de qualquer unidade da federação teriam a mesma facilidade de fiscalização que um membro do Ministério Público, a CGU ou da Receita Federal, que tem função fiscalizatória e são dotados de coerção frente aos fornecedores de bens e serviços para os entes públicos. No entanto, o que se verifica é a inexistência de métodos eficazes de controle de sobrepreços para as compras de passagens aéreas por entes públicos, motivo pelo qual o objetivo deste estudo é apresentar um método de controle legítimo, adequado, simples e acessível a todos os administradores públicos, sejam municipais, estaduais ou federais de quaisquer poderes.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Compras públicas de passagens aéreas. Sobrepreço. Controle fiscal. Lei de acesso à informação.

## 1 INTRODUÇÃO



A gestão e o controle das contas públicas são temas recorrentes desde o tempo do Brasil Colônia e não se trata de desafio exclusivamente nacional, pois todos os governos republicanos e seus administradores são responsáveis pelo bom uso da res pública e pela prudência na contratação de bens e serviços inerentes à manutenção, necessidades e investimentos do estado (AGUIAR, 2010).

Não raro nos deparamos com notícias de situações em que os valores de produtos ou serviços ofertados pelos fornecedores privados em compras e certames licitatórios da administração pública são superiores aos valores ofertados pelos mesmos produtos e pelos mesmos fornecedores aos consumidores privados, acarretando prejuízos ao erário relevantes o suficiente para que fosse editada, em 2013, a Lei Anticorrupção ou Lei da Probidade Empresarial - Lei Federal 12.846 (BRASIL, 2013), reforçada pelo Decreto Lei 9.203/17 (BRASIL, 2017) elencando princípios de gestão e governança como a capacidade de resposta, integridade, confiabilidade, melhoria regulatória, prestação de contas e transparência como norteadores das condutas dos administradores públicos e privados, e os incentivando a manter mecanismos e práticas capazes de manter a clareza acerca de sua probidade e inibir o ambiente de desconfiança e insegurança nas relações de consumo entre as pessoas jurídicas de direito público e privado.

Diante desse cenário, este artigo pretende dar eficácia aos esforços legislativos recentes e demonstrar como é possível, a partir de meros atos administrativos previstos no arcabouço normativo vigente, identificar a eventual conduta de sobrepreço na aquisição de passagens aéreas pelo poder público de tal forma que, na existência de intermediários, o método de controle de sobrepreços proposto possa mitigar de forma contundente a necessidade de demandas judiciais para a produção de provas periciais com este fim e permitir aos administradores públicos a comprovação documental da lisura nos contratos de compras de passagens aéreas ou



a prova inequívoca de sobrepreço para a aplicação imediata das eventuais sanções administrativas necessárias.

Para o esclarecimento de como poderia se dar o controle de sobrepreços idealizado, inicialmente, será realizada análise do modelo de Concessão Pública não licitada e outorgada após simples certificação na Agência Reguladora para o funcionamento das Companhias Aéreas no Brasil, com enfoque na subordinação legal e fiscal destas à própria Agência Nacional de Aviação Civil que é competente para a adoção de mecanismos de acesso que possibilitem a fiscalização de tarifas aéreas. Em seguida, pretende-se expor, brevemente, a forma como os preços de passagens aéreas são determinados pelas companhias aéreas para contextualizar o sistema de distribuição existente desse serviço essencial ao desenvolvimento do Estado e seus habitantes. Durante a contextualização do sistema de precificação e distribuição de passagens aéreas, evidenciaremos as lacunas de prevenção contra a prática de sobrepreços nas compras públicas de passagens aéreas problematizando de forma abstrata os riscos de prejuízos ao erário, para enfim demonstrar como a Lei de Acesso à Informação e a subordinação das companhias aéreas ao controle direto da Agência Nacional de Aviação Civil podem facilitar sobremaneira a prevenção e o controle administrativo de sobrepreços na aquisição de passagens aéreas pelo ente público da administração direta ou indireta.

Considerando que o artigo se destina a demonstrar a possibilidade e a aplicabilidade sistemática inédita da legislação vigente, especificamente para o controle e a fiscalização das tarifas de passagens aéreas adquiridas pela Administração Pública através de intermediadores, pode-se classificar o artigo original ora apresentado como instrumental, haja vista seu potencial para orientar as rotinas de controle dos entes públicos em harmonia com os princípios da Administração Pública expressos na Carta Magna, no *caput* do seu artigo 37, quais sejam a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência,



assim como em homenagem ao princípio da economicidade disposto no artigo 70 da Constituição da República (BRASIL, 1988) e o princípio da vantajosidade que decorre dos princípios constitucionais e foi materializado no artigo 3º da lei de licitações. (BRASIL, 1993).

## **2 A AUTORIZAÇÃO PARA A EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS NO BRASIL**

Diferentemente das concessões convencionais, a exploração de serviços de transporte aéreo de passageiros é realizada por pessoas jurídicas de direito privado mediante Concessão Outorgada aprovada pela Agência Reguladora do setor, conforme determina a Lei 11.182/2005 em seu artigo 2º, que dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e lhe transfere a competência para regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, nos termos das políticas estabelecidas pelos poderes Executivo e Legislativo (BRASIL, 2005).

Atualmente a Resolução Normativa da ANAC nº 377 de 15/03/2016 regulamenta a concessão mediante outorga de serviços aéreos públicos para empresas brasileiras e determina em seu art. 4º:

Art. 4º Para a exploração de serviço aéreo público, o interessado deve:

I - obter prévia aprovação de seu ato constitutivo e/ou modificação junto à ANAC e comprovar seu arquivamento no Registro do Comércio.

Vale mencionar que o anexo à supracitada Resolução conceitua os serviços aéreos públicos:

1. Serviço aéreo público significa a prestação de serviço aéreo mediante remuneração, que abrange o disposto no art. 175 da



Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica:

1.1 Transporte aéreo público significa o serviço aéreo público de transporte de passageiro, carga ou mala postal, regular ou não regular, doméstico ou internacional:

1.1.1 Transporte aéreo público regular significa o serviço de transporte aéreo público, outorgado por meio de concessão, aberto ao uso pelo público em geral e operado de acordo com uma programação previamente publicada ou numa regularidade tal que constitua uma série sistemática de voos facilmente identificável.

Ademais, observa-se que, segundo os artigos 2º a 8º da Lei 11.182/2005 (BRASIL, 2005), o processo para obtenção da concessão para exploração do transporte aéreo público regular atualmente é constituído das fases de Certificação Operacional da empresa, a qual inclui o registro das aeronaves a serem operadas, e, após o registro, a Outorga da Concessão<sup>1</sup> pela Agência Reguladora, sem a necessidade de procedimentos licitatórios inerentes à concessão de serviços públicos regulados pela Lei 8.987/95 que regulamenta as demais concessões públicas no país (BRASIL, 1995).

Contudo, quando do exercício de sua função reguladora e fiscalizadora do exercício das atividades das companhias aéreas, a ANAC, amparada pela aplicação do art. 199, da Lei 7.565/86 - Código Brasileiro de Aeronáutica - e pela construção normativa mais recente e específica para a atuação da ANAC decorrente do Item 1.1.1 da Resolução n. 377/2016 da ANAC, do art. 3º, V da Lei 11.182/2005 e do art. 31, V, da Lei 8.987/95, tem livre acesso, em qualquer época, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como aos registros contábeis das companhias aéreas transportadoras das passagens aéreas adquiridas pelo poder público. Vejamos:

LEI Nº 11.182, DE 27 DE SETEMBRO DE 2005

---

<sup>1</sup> Item 1.1.1 da Resolução n. 377/2016 da ANAC que conceitua os serviços aéreos públicos e o art. 3º, III da Lei 11.182/2005





(...)

Art. 2º Compete à União, por intermédio da ANAC e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária.

Art. 3º A Anac, no exercício de suas competências, deverá observar e implementar as orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo governo federal, especialmente no que se refere a:

I – a representação do Brasil em convenções, acordos, tratados e atos de transporte aéreo internacional com outros países ou organizações internacionais de aviação civil;

II – o estabelecimento do modelo de concessão de infraestrutura aeroportuária, a ser submetido ao Presidente da República;

**III – a outorga de serviços aéreos; (...)**

V – a aplicabilidade do instituto da concessão ou da permissão na exploração comercial de serviços aéreos.

(...)

Art. 5º A ANAC atuará como autoridade de aviação civil, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

(...)

Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe:

XIII – regular e fiscalizar a outorga de serviços aéreos;

XIV – conceder, permitir ou autorizar a exploração de serviços aéreos.

LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995

(...)

Art. 31. Incumbe à concessionária:

I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normastécnicas aplicáveis e no contrato;



II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;

III - prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato;

IV - cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis

## **2.1 Dever legal da anac de estabelecer mecanismos de fiscalização e publicidade das tarifas de passagens aéreas**

Cabe ressaltar que a Agência Reguladora do setor aéreo ANAC resta obrigada a estabelecer mecanismos para assegurar a fiscalização e a publicidade das tarifas de passagens aéreas conforme os artigos 49, §3º e 50 da Lei 11.182/2005 (BRASIL, 2005). Vejamos:

(...)

Art. 49. Na prestação de serviços aéreos regulares, prevalecerá o regime de liberdade tarifária.

(...)

§ 3º A ANAC estabelecerá os mecanismos para assegurar a fiscalização e a publicidade das tarifas.

Art. 50. As despesas decorrentes da aplicação desta Lei correrão à conta do Orçamento da ANAC.

Além disso, a ANAC é obrigada a disponibilizar alternativa de encaminhamento de pedido de informações de forma gratuita ou não onerosa conforme dispõe todo o capítulo dedicado ao procedimento de acesso à informação da Lei de Acesso à Informação 12.527/2011 (BRASIL, 2011) nos seus artigos 10 a 14:

### **CAPÍTULO III**



## DO PROCEDIMENTO DE ACESSO À INFORMAÇÃO

### Seção I

#### Do Pedido de Acesso

Art. 10. Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.

§ 1º Para o acesso a informações de interesse público, a identificação do requerente não pode conter exigências que inviabilizem a solicitação.

§ 2º Os órgãos e entidades do poder público devem viabilizar alternativa de encaminhamento de pedidos de acesso por meio de seus sítios oficiais na internet.

§ 3º São vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público.

Art. 11. O órgão ou entidade pública deverá autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível.

§ 1º Não sendo possível conceder o acesso imediato, na forma disposta no **caput**, o órgão ou entidade que receber o pedido deverá, em prazo não superior a 20 (vinte) dias:

- comunicar a data, local e modo para se realizar a consulta, efetuar a reprodução ou obter a certidão;
- indicar as razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido; ou
- comunicar que não possui a informação, indicar, se for do seu conhecimento, o órgão ou a entidade que a detém, ou, ainda, remeter o requerimento a esse órgão ou entidade, cientificando o interessado da remessa de seu pedido de informação.

§ 2º O prazo referido no § 1º poderá ser prorrogado por mais 10 (dez) dias, mediante justificativa expressa, da qual será cientificado o requerente.

§ 3º Sem prejuízo da segurança e da proteção das informações e do cumprimento da legislação aplicável, o órgão ou entidade poderá oferecer meios para que o próprio requerente possa pesquisar a informação de que necessitar.



§ 4º Quando não for autorizado o acesso por se tratar de informação total ou parcialmente sigilosa, o requerente deverá ser informado sobre a possibilidade de recurso, prazos e condições para sua interposição, devendo, ainda, ser-lhe indicada a autoridade competente para sua apreciação.

§ 5º A informação armazenada em formato digital será fornecida nesse formato, caso haja anuência do requerente.

§ 6º Caso a informação solicitada esteja disponível ao público em formato impresso, eletrônico ou em qualquer outro meio de acesso universal, serão informados ao requerente, por escrito, o lugar e a forma pela qual se poderá consultar, obter ou reproduzir a referida informação, procedimento esse que desonerará o órgão ou entidade pública da obrigação de seu fornecimento direto, salvo se o requerente declarar não dispor de meios para realizar por si mesmo tais procedimentos.

Art. 12. O serviço de busca e fornecimento da informação é gratuito, salvo nas hipóteses de reprodução de documentos pelo órgão ou entidade pública consultada, situação em que poderá ser cobrado exclusivamente o valor necessário ao ressarcimento do custo dos serviços e dos materiais utilizados. Parágrafo único. Estará isento de ressarcir os custos previstos no **caput** todo aquele cuja situação econômica não lhe permita fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família, declarada nos termos da Lei nº 7.115, de 29 de agosto de 1983.

Art. 13. Quando se tratar de acesso à informação contida em documento cuja manipulação possa prejudicar sua integridade, deverá ser oferecida a consulta de cópia, com certificação de que esta confere com o original.

Parágrafo único. Na impossibilidade de obtenção de cópias, o interessado poderá solicitar que, a suas expensas e sob supervisão de servidor público, a reprodução seja feita por outro meio que não ponha em risco a conservação do documento original.

Art. 14. É direito do requerente obter o inteiro teor de decisão de negativa de acesso, por certidão ou cópia.

Resta demonstrada a obrigação legal da ANAC não só de atender a qualquer demanda de administradores públicos com vistas a fiscalização de tarifas de passagens aéreas adquiridas com o erário, como também a obrigação de estabelecer mecanismos de consulta para a satisfação deste tipo de verificação.



## 2.2 Tributação estadual na exploração de serviços de transporte aéreo de passageiros no Brasil

Os estados são os entes da federação que tributam a comercialização do serviço de transporte aéreo de passageiros conforme o art. 2º, II da Lei Complementar n. 87/1996 (BRASIL, 1996), que regulamenta o ICMS, tendo como base tarifária de cálculo o valor da tarifa da passagem aérea, nos moldes o art. 13, do mesmo normativo, que não considera as taxas de serviços aeroportuários tampouco as taxas de serviço de atendimento humano (DU ou RAV) cobradas quando a compra de passagens se dá nas lojas das companhias aéreas, nas centrais de *call center* das companhias aéreas, nos balcões de atendimento das companhias aéreas nos aeroportos e nas agências de viagens.

Sobre o valor da tarifa da passagem aérea incide o ICMS, que pode variar a alíquota conforme o estado onde se inicia a viagem, mas é cobrado invariavelmente em todos os 26 estados e no Distrito Federal onde há voos comerciais, e as companhias aéreas são contribuintes em cada estado destinatário do tributo onde iniciará a viagem, conforme determina o artigo 11, II, a, da Lei Complementar n. 87/1996 e assim cada passagem aérea contribui com o ICMS permeando a contribuição compulsória desta importante fonte geradora de recursos públicos de forma equitativa conforme a quantidade de voos e passagens embarcadas em cada unidade federativa. Vejamos:

Art. 1º Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Art. 2º O imposto incide sobre:

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;



(...)

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

(...)

II - tratando-se de prestação de serviço de transporte:  
onde tenha início a prestação;

(...)

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço

Sendo o ICMS fonte de receita relevante para os estados e considerando que o tributo tem a tarifa aérea como base de cálculo, o acesso do administrador público ao conhecimento desse tributo é a chave para a identificação administrativa do real valor da tarifa aérea publicada pela companhia aérea e tributado pelo estado para servir como base de comparação dos eventuais sobrepreços praticados por intermediários na venda de passagens aéreas para a administração pública.

### **2.3 Contextualização do sistema de distribuição de passagens aéreas**

As companhias aéreas de voos regulares fazem frente a custos altos de operação por voo que envolvem desde o pagamento, modernização, renovação e manutenção das aeronaves, abastecimento, locação de espaços e utilização dos serviços aeroportuários, taxas, impostos, tripulação, pessoal de terra administrativo e operacional, custos de comercialização, os riscos de atrasos por motivos meteorológicos, riscos estruturais dos aeroportos e vias aéreas ou outros de caráter imprevisível e um sem fim de custos e margens de contribuição de cada política interna de formação de custos de cada empresa. E para equilibrar os custos de tudo o que envolve a operação de voos regulares, as companhias aéreas dependem da



comercialização de número limitadíssimo de assentos por voo, que são dotados de caráter altamente precíval na medida em que os assentos não vendidos até o fechamento de portas de cada voo não poderão ser comercializados no futuro.

Dessa forma, é necessário um rigoroso e complexo sistema de gerenciamento de rentabilidade que avalia cada voo de cada rota individualmente, com análises de períodos históricos que avaliam a ocupação, procura, custos e concorrência existentes naquele mesmo voo, rota e horário durante pelo menos cinco anos anteriores, considerando fenômenos ou sazonalidades eventuais, para assim definir os valores de cada assento em cada voo que serão disponibilizados ao mercado através do sistema de distribuição global GDS (*Global Distribution System*) utilizado por todas as companhias aéreas com rotas regulares reguladas pela IATA (*International Air Transport Association*).

Deste GDS, que concentra a disponibilidade de assentos e tarifas de todos os voos comerciais regulares regulados pela IATA e que tem apenas três principais atores mundiais AMADEUS<sup>2</sup>, SABRE<sup>3</sup> e GALILEO<sup>4</sup>, é que são alimentados os sites e portais de vendas de passagens aéreas das próprias companhias aéreas, assim como os portais de vendas de qualquer intermediadora, como consolidadoras de passagens aéreas que distribuem as passagens às agências de viagens e assumem o risco da distribuição em face da companhia aérea, as operadoras de turismo ou agências de viagens habilitadas para a venda de passagens aéreas através do GDS.

O GDS é alimentado pelas companhias aéreas que amparadas pelo os artigos 49, da Lei 11.182/2005 (BRASIL, 2005), livremente determinam os valores de tarifas de cada passagem aérea, em cada voo e suas quantidades, num mapa de classes de reservas em que alguns assentos de cada voo podem ser comercializados por tarifa

---

<sup>2</sup> [www.amadeus.com](http://www.amadeus.com)

<sup>3</sup> [www.sabre.com](http://www.sabre.com)

<sup>4</sup> <https://www.onlinetraveltraining.com/>



mínima para atrair o consumo aos primeiros adotantes de determinado voo e os demais assentos com tarifas mais onerosas na medida em que forem sendo vendidos os assentos mais baratos do mesmo voo, formando um mix tarifário dinâmico que pode variar a cada segundo na busca das companhias aéreas pela melhor rentabilidade possível de cada voo, assim como as companhias aéreas tem a faculdade de, a qualquer tempo, reduzir os valores de uma, algumas ou todas as passagens de um voo, ou de todos os voos para atender a quaisquer desígnios comerciais que a companhia aérea determinar para efeito de disponibilidade no sistema de distribuição global GDS de suas passagens aéreas. Para a venda e distribuição das passagens aos consumidores, as companhias aéreas disponibilizam em seus próprios sites de vendas as vagas que são importadas dos sistemas GDS e que foram previamente alimentadas por elas próprias, assim como as agências de viagens, operadoras e consolidadoras de passagens aéreas contratam o acesso ao sistema de distribuição Global GDS e disponibilizam ao consumidor as tarifas em suas plataformas de vendas intermediando a compra de passagens entre as companhias aéreas e os consumidores dos serviços de transporte aéreo regular em acordo com o que determina o art. 3º, I, da lei 12.974/2014 (BRASIL, 2014), que dispõe sobre as atividades das agências de turismo, conforme se observa a seguir:

LEI Nº 12.974, DE 15 DE MAIO DE 2014

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre as atividades das Agências de Turismo.

Art. 2º Entende-se por Agência de Turismo a empresa que tenha por objeto, exclusivamente, a prestação das atividades de turismo definidas nesta Lei.

Art. 3º É privativo das Agências de Turismo o exercício das seguintes atividades:

I - venda comissionada ou intermediação remunerada na comercialização de passagens, passeios, viagens e excursões, nas modalidades aérea, aquaviária, terrestre, ferroviária e conjugadas.





Nada impede o eventual manejo de tarifas por parte da companhia aérea conforme seu interesse e conveniência para reduzir ou majorar os preços no GDS a qualquer momento com efeito universal que se reflete no próprio portal de vendas da companhia e para todos os intermediadores com acesso ao GDS ou para incluir um desconto regular sobre os valores publicados no GDS para um cliente ou intermediador (agências de viagens, operadoras e consolidadoras) específico.

É possível também que a companhia aérea ajuste um bloqueio de grupo com tarifa idêntica para todos os assentos bloqueados num mesmo voo e reordene o *mix* tarifário nos assentos livres residuais, mas somente a companhia aérea pode manejar os valores de seus próprios assentos nos GDS, ao passo que os intermediadores somente podem manejar suas próprias plataformas após importar eletronicamente os valores designados nos GDS.

A compreensão desta relação entre o GDS e as plataformas de vendas das intermediadoras é preponderante para a identificação dos riscos de prática de sobrepreço entre o valor que a agência de viagens intermediadora importa do GDS e que efetivamente irá pagar à companhia aérea, em face do valor que oferece ao cliente de direito público e que efetivamente pode cobrar com sobrepreço em fatura.

Nas plataformas de vendas das intermediadoras é possível o manejo de valores de forma desvinculada do GDS de tal forma que a companhia aérea publica um valor no GDS e a intermediadora decide se irá manter o valor importado ou se irá programar sua plataforma para automaticamente aferir percentual fixo ou randômico de majoração desde a etapa de cotação até a reserva e emissão das passagens, induzindo o cliente público ao erro de “aprovar” valores de orçamentos previamente sobretaxados dentre as opções ofertadas no momento da sua consulta e aprovação. Dessa feita o administrador público não tem como contestar o valor que ele próprio “aprovou” em face de eventual prática de sobrepreço dissimulada.



Quando uma agência de viagens é adjudicada a prestar serviços de cotação, reserva, emissão e eventuais alterações e cancelamentos de passagens aéreas para o poder público, é impossível comprovar se está ou não havendo prática de sobrepreços por mera comparação de tarifas disponíveis em outros *sites*, pois conforme o caráter dinâmico das tarifas, as mesmas podem estar mais caras num segundo e no segundo seguinte estarem mais em conta sem que se possa necessariamente imputar, ou mesmo presumir dolo de dano ou fraude do intermediador pois este não tem ingerência nas tarifas dinâmicas das companhias aéreas que podem ser majoradas ou reduzidas ao sabor da companhia aérea dentro dos GDS e com efeito universal.

Há de se admitir que um administrador que esteja auditando a eventual repetição de tarifas com sobrepreço em relação às tarifas disponíveis em outros canais de vendas de passagens aéreas disponíveis para consultas públicas consiga reunir cópias das páginas de internet das companhias aéreas no horário aproximado das solicitações de reservas aéreas feitas pelo órgão para confrontar com os valores ofertados pelos intermediadores, mas as intermediadoras tem a seu favor a possibilidade razoável de que os valores são dinâmicos e que portanto a mera falta de coincidência de valores publicados num espaço curto de tempo não tem efeito de presunção de má-fé do intermediador.

Sem um método eficaz de controle de tarifas de passagens aéreas, a hipótese de praticar ou não sobrepreço fica a cargo da manutenção voluntária do princípio da boa-fé por parte do intermediador contratado, que é dotado de sigilo fiscal e caso provocado administrativamente só irá prestar contas de quanto pagou a terceiros (terceiros são as companhias aéreas ou consolidadoras que forneceram as passagens aéreas primariamente ao intermediador) por cada passagem aérea até que a Justiça ou os órgãos de controle assim determinem, como no caso colacionado a seguir em que a Polícia Federal e a Controladoria Geral da União CGU deflagraram a operação



MARK UP de 17/08/2017 que identificou de R\$1.200.000,00 efetivamente cobrados indevidamente até potenciais R\$8.000.000,00 de prejuízos ao erário em sobrepreços na aquisição de passagens aéreas verificados em apenas um contrato de um Instituto Federal no estado do Mato Grosso.

Operação Mark Up, deflagrada nesta quinta-feira (17) pela Polícia Federal (PF), com apoio do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), apura fraudes no agenciamento de passagens aéreas para órgãos públicos federais. A operação teve início a partir de fiscalização da CGU, que constatou falsificações e superfaturamento na venda de passagens ao Instituto Federal de Mato Grosso (IFMT). De acordo com as investigações, para ganhar a licitação, uma empresa de turismo ofereceu o serviço a preço irrisório (R\$ 0,0001) alegando que conseguiria obter lucro em função de acordos comerciais com as companhias aéreas. Contratada, passou a adulterar os bilhetes, superfaturando os preços. A CGU verificou ainda a participação de uma segunda empresa, ligada ao mesmo grupo societário, em esquema semelhante contra outros órgãos federais. Até o momento, o prejuízo aos cofres públicos apurado pela CGU é de R\$ 1,2 milhão, podendo chegar a cerca de R\$ 8 milhões. A partir da deflagração da operação, no município de Chapecó (SC), cidade sede das empresas investigadas, será possível determinar quais outros estados da federação foram atingidos pelo esquema criminoso. Estão sendo cumpridos sete mandados de busca e apreensão em empresas e residências dos investigados. Por ordem da 7ª Vara Criminal da Justiça Federal do Mato Grosso, além dos mandados de busca e apreensão, foram determinados bloqueios de valores em contas bancárias e restrições em imóveis e veículos registrados em nome das empresas investigadas e seus representantes. Mark Up é um termo usado em economia para indicar margem de lucro. O nome da operação foi adotado em alusão ao superfaturamento de passagens aéreas, em que são embutidos valores nas reservas, de forma fraudulenta, sem que o ente público tenha conhecimento do valor correto praticado pelas companhias aéreas.

Franklin Brasil, Auditor Federal da CGU no estado do Mato Grosso e autor do livro “Como Gerenciar Riscos na Administração Pública – Estudo Prático em



Licitações”, publicou em grupo denominado “Núcleo de Apoio aos Compradores Públicos”, no mesmo dia 17/08/2017 o seguinte comentário em face da operação Mark UP:

Hoje, 17/08, a PF realiza a Operação *Mark Up*, que apura fraudes no agenciamento de passagens aéreas para órgãos públicos federais. Estão envolvidas agências de Chapecó/SC. As fraudes foram descobertas pela CGU em Cuiabá/MT, que verificou falsificações e superfaturamento na venda de passagens ao IFMT. Para ganhar a licitação, a empresa ofereceu o serviço a preço irrisório (R\$ 0,0001) alegando que conseguiria obter lucro em função de acordos comerciais com as companhias aéreas. Contratada, passou a adulterar os bilhetes, superfaturando os preços. Também foi identificado que as empresas praticavam as mesmas fraudes em outros órgãos federais, podendo chegar ao prejuízo de 8 milhões de reais. **A fraude acontece por meio da maquiagem dos bilhetes. A agência, ao receber a confirmação de reserva da passagem, adultera o valor, enviando ao órgão contratante uma reserva superfaturada. Para quem tem contrato de agenciamento de viagens, sobretudo aqueles com taxas irrisórias, fica a dica. O preço da passagem pode não ser aquele cobrado pela agência.**

A operação Mark Up revela como o risco abstrato de sobrepreços na aquisição de passagens aéreas pela Administração Pública demonstrado neste artigo pode ser dar na prática, e torna evidente que sem mecanismos administrativos eficientes de controle de sobrepreços, o administrador público que opta por contratar a compra de passagens aéreas por meio de uma intermediadora, não tem alternativa senão confiar na probidade e boa-fé da contratada até que consiga provar judicialmente a prática de eventuais sobrepreços.

É exatamente neste ponto de estrangulamento, que se traduz na necessidade de *accountability* no processo de controle dos administradores públicos, quando em relações de consumo com as intermediadoras de passagens aéreas, que este artigo pretende contribuir para que o Administrador público tenha acesso aos encargos tributários das passagens aéreas adquiridas, com o amparo da aplicação adequada e



sistêmica do arcabouço normativo vigente, por meio de mera requisição à Agência Reguladora de Aviação Civil – ANAC e assim tenha pleno controle transparente de eventuais sobrepreços praticados na aquisição de passagens aéreas para que possa garantir de forma autônoma as boas práticas no uso dos recursos públicos investidos no transporte aéreo regular de passageiros.

### **3 CONTROLE DE SOBREPREGÇOS DAS COMPRAS PÚBLICAS DE PASSAGENS AÉREAS ADQUIRIDAS EM INTERMEDIADORAS LICITADAS POR MEIO DE MERA VERIFICAÇÃO TRIBUTÁRIA DAS PASSAGENS AÉREAS**

As companhias aéreas nacionais e internacionais com permissão de operação de rotas no Brasil, por serem concessionárias de serviços essenciais, já têm o dever de ter mitigado o sigilo fiscal frente aos ordenamentos de compras públicas e de tornar públicos, a pedido da autoridade aeronáutica, os tributos de todas as passagens aéreas emitidas em face do que determina o artigo 199, da Lei 7.565/86 - Código Brasileiro de Aeronáutica:

Art. 199. A autoridade aeronáutica poderá, quando julgar necessário, mandar proceder a exame da contabilidade das empresas que explorarem serviços aéreos e dos respectivos livros, registros e documentos.

Ademais, em consonância com o disposto na Lei de Acesso à Informação, em seus artigos 3º, 6º I a III, 7º I, III, IV, VI & VII §2º:

(...)

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da **publicidade** como preceito geral e do sigilo como exceção;



II - **divulgação** de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;

V - desenvolvimento do controle social da administração pública (...)

Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a:

I - gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação;

II - proteção da informação, garantindo-se sua disponibilidade, autenticidade e integridade; e

III - proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso.

**Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:**

**I - orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada;**

II - informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos;

**III - informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado;**

**IV - informação primária, íntegra, autêntica e atualizada;**

V - informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços;

**VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e**



**VII - informação relativa:**

a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos;

**b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.**

(...)

**§ 2º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.**

A ANAC e as companhias aéreas, quando em atendimento à solicitação da divulgação dos dados tributários a partir do número de *e-kt* (passagem aérea) e da data de emissão, em conformidade com o art. 7º, §2º, da Lei 12.527/2011, devem omitir todos os dados pessoais, nomes, número de programa de fidelidade e demais informações do passageiro, para tão somente informar em planilha de acesso público, livre e gratuito atendendo determinação da autoridade aeronáutica e em consonância com o disposto nos arts. 8º, 9º e 10º da Lei de Acesso à Informação, o número de *etkt* e a data de sua compra, o valor nominal gerado de imposto sobre circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal (ICMS) e a alíquota que originou o imposto no estado em que foi efetivamente tributado.

Portanto, segue sugestão de modelo de solicitação simplificada para requisição administrativa de dados tributários de passagens aéreas à ANAC:

*ÓRGÃO/EMPRESA/AUTARQUIA SOLICITANTE ABC*

*Data* \_\_/\_\_/\_\_\_\_



*Termo de solicitação de informações contábeis para fins de fiscalização de tarifas de passagens aéreas.*

*Destinatário: Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC*

*A Administração da Pessoa Jurídica de direito público ABC, vem respeitosamente e com fulcro nos artigos 49, §3º e 50 da Lei 11.182/2005, e nos artigos 7º, III, e 10 a 14 da Lei de Acesso à Informação n. 12527/2011, solicitar para fins de fiscalização de tarifas, o preenchimento pela ANAC dos dados contábeis de valor nominal de ICMS pago e a alíquota de ICMS aplicada das seguintes passagens aéreas adquiridas por esta Administração pública:*

TABELA EXEMPLIFICATIVA DE CONSULTA DE DADOS CONTÁBEIS DE PASSAGENS AÉREAS			
Numero do etkt	Data da compra	Valor icms - X	Alíquota icms - Y
127 0002999024	01/01/2020		
577 0006583253	01/01/2020		
957 2114929568	01/01/2020		
235 6363593685	01/01/2020		

*\*Número do etkt: Deve ser informado pelo solicitante o número do etkt que é formado por 13 algarismos e seguem padrão internacional IATA para individualização de cada passagem (1 bilhão de combinações para cada companhia aérea no mundo) pela ANAC junto às companhias aéreas.*

*\*Data da compra: Deve ser informada pelo solicitante e auxilia tanto para fins de controle interno do administrador quanto na identificação correta de qual o intermediador foi emissor do etkt, assim como confirmar a alíquota de ICMS adequada ao período.*





*\*Valor de ICMS efetivamente pago pela companhia aérea ao estado: A ser informado pela ANAC a partir de demanda administrativa do administrador interessado indicando o número do etkt e a data de emissão.*

*\*Alíquota de ICMS efetivamente incidente sobre a passagem aérea: A ser informada pela ANAC a partir de demanda administrativa do administrador interessado indicando o número do etkt e a data de emissão.*

*Após conhecer o valor da alíquota de ICMS incidente sobre a tarifa do etkt e o valor nominal efetivamente pago pela companhia aérea ao ente federativo pelo ICMS do mesmo etkt, o administrador público será capaz de identificar claramente e sem margem de contestação a eventual existência de sobrepreço nas passagens aéreas (e-tkts), pela simples comparação entre o valor da passagem aérea publicado na ANAC que coincide com o valor do serviço que é a base de cálculo tributável para a obtenção do ICMS devido aos estados, e o valor efetivamente cobrado do intermediador no contrato de intermediação de passagens aéreas.*

*A tabela exemplificativa a seguir, elaborada com números e dados de etkts fictícios, pretende esclarecer como se dá a verificação de eventual sobrepreço quando o administrador conhece os valores tributados na passagem aérea (e-ktk) ora auditada:*

TABELA EXEMPLIFICATIVA DE CONTROLE APÓS CONHECER O ICMS PAGO DE CADA PASSAGEM						
Numero do etkt	Data da compra	Valor icms - X	Alíquota icms - Y	Tarifa inferida X/Y	Tarifa paga	SOBREPREÇO
127 0002999024	01/01/2020	R\$ 50,00	5%	R\$ 1.000,00	R\$ 1.200,00	R\$ 200,00
577 0006583253	01/01/2020	R\$ 62,87	2,73%	R\$ 2.302,93	R\$ 2.302,93	-R\$ 0,00
957 2114929568	01/01/2020	R\$ 25,17	3,91%	R\$ 643,73	R\$ 1.199,99	R\$ 556,26
235 6363593685	01/01/2020	R\$ 58,97	1,13%	R\$ 5.218,58	R\$ 7.969,99	R\$ 2.751,41

*\*Tarifa aérea inferida a partir do ICMS: Obtida a partir da conta base de cálculo de ICMS que incide sobre o valor da tarifa da passagem aérea sem considerar taxas de embarque ou de serviço de intermediação.*



*Exemplo:*

*Tarifa publicada e tributada R\$1.000,00*

*Alíquota ICMS (Y na tabela): 5,00%*

*Valor ICMS pago pela companhia aérea (X na tabela): R\$50,00 (1000x0,05)*

*Logo, se o objetivo é identificar o valor real e tributado da passagem aérea a partir do imposto recolhido, basta **dividir** o valor pago de imposto que no exemplo é R\$50,00 pela alíquota também utilizada no exemplo de 0,05 (5%) que o resultado será igual ao valor da tarifa publicada R\$1.000,00 (valor inferido do valor do imposto dividido por sua alíquota que tem que ser idêntico ao valor do serviço publicado e taxado por cada estado arrecadador).*

*\* Tarifa Paga: Tarifa efetivamente paga pelo administrador ao intermediário pelo etkt investigado.*

*\* Sobrepreço: Obtido subtraindo o valor de tarifa pago ao intermediador pela administração pública, do valor inferido a partir do ICMS recolhido pela mesma passagem aérea: tarifa paga – tarifa inferida = sobrepreço (se houver).*

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a mera providência administrativa juridicamente incontestável de solicitação de dados tributários das passagens aéreas, amparada pela Lei de Acesso à Informação por meio da Agência reguladora e em consonância com os institutos do conjunto normativo da aviação civil plenamente vigentes, o administrador de qualquer esfera pública, terá a facilidade de fiscalização imediata, clara, precisa e segura de controle de eventual sobrepreço nos contratos de aquisição de passagens aéreas intermediadas, sem a necessidade do poder de coerção da tutela jurisdicional para a averiguação precisa do quanto foi cobrado na passagem aérea ao órgão



público em face do que efetivamente foi declarado pela companhia aérea como valor de venda de cada passagem.

Cabe ainda observar que o recente esforço da Administração Pública para suprimir os intermediadores e fazer compras de passagens aéreas diretamente nas companhias aéreas não confere *accountability* ao administrador público por aspectos relevantes que mereceriam um outro artigo, mas que se resumem basicamente à supressão da exigência de SICAF atestando a regularidade tributária e trabalhista das companhias aéreas para contratação com a Administração Pública, a ausência de impessoalidade vez que a companhia aérea fornece *login* específico de acesso ao administrador público para compras com cartão corporativo, e o risco de regulamentação da liberdade da companhia aérea para a majoração ou não das tarifas para determinado cliente da Administração Pública com *login* cadastrado o que possibilita à companhia aérea cobrar o quanto quiser dos órgãos públicos sem que os valores sejam idênticos aos ofertados de forma impessoal nos seus portais de vendas *on line*, mas com potencial lesivo muito maior, pois não há de se falar em controle de sobrepreço para concessionária de serviços públicos dotada de liberdade tarifária garantida por lei.

Nesse sentido, Pontes (2014) sustenta a exclusão de intermediadoras de passagens aéreas por acreditar que a compra em *sites* e lojas da companhia aérea seria menos onerosa. Contudo, não se atenta ao fato de que a taxa de emissão DU cobrada pelas intermediadoras também é cobrada da mesma forma nas lojas credenciadas das companhias aéreas, assim como quando o atendimento se dá na central de atendimento telefônico das companhias aéreas. A autora também colaciona o acórdão do TCU 351/2010 que disciplina requisitos básicos de contratação direta por inexigibilidade de licitação por meio de credenciamento como fundamentação para a contratação direta de companhias aéreas pela Administração Pública. Porém, a autora ignora a exigência do TCU no mesmo acórdão que em sua



alínea “a” determina como condicionante à inexigibilidade de licitação a satisfação “das condições fixadas pela Administração” que não afastam o disposto no artigo 27, IV da Lei 8.666/93 a qual exige dos fornecedores da Administração Pública a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista. Mais adiante, a autora destaca a necessidade de consulta prévia aos *sites* das companhias aéreas a fim de verificar os valores das tarifas ofertadas de forma impessoal para adquirir as passagens com o valor mais barato, contudo, não oferece soluções caso essa consulta prévia revelar diferença de preços desfavorável à Administração Pública nem como poderia provar a má-fé da companhia aérea pela mera discrepância de valores consultados em momentos próximos, pois as tarifas aéreas disponíveis nos *sites* podem ser alteradas a qualquer tempo, sendo pouco razoável conferir presunção da vantajosidade pela mera inexigibilidade de licitação e credenciamento direto das companhias aéreas para a aquisição de passagens, e assim as companhias aéreas poderiam vender passagens para o cliente com *login* credenciado para o administrador público pelo dobro ou triplo do preço que venderiam para uma pessoa física ou jurídica não cadastrada sem qualquer ilegalidade que se possa efetivamente provar em juízo.

Ressalta-se que o art. 27 da Lei 8.666/93 dispõe que para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados documentação relativa a habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal e trabalhista (BRASIL, 1993).

Já a solicitação à Autoridade Aeronáutica - ANAC de acesso aos dados tributários das passagens aéreas por mera requisição administrativa, além de tornar segura e transparente a relação de consumo de passagens aéreas quando adquiridas em intermediadoras, se realizada de forma reiterada pelos administradores públicos, pode provocar a Agência Reguladora a produzir norma que atenda aos dispositivos legais e torne a publicação dos tributos inerentes a cada passagem obrigatória, pública e acessível tanto nos próprios cartões de embarques ou mesmo em planilhas



no site da Agência Reguladora, de tal forma que o administrador público não precisaria nem mesmo se utilizar de requerimento administrativo para verificar discrepância entre o valor pago e o valor efetivamente publicado e tributado para fins de fiscalização de tarifas de passagens aéreas e verificação de sobrepreços.

Com o estabelecimento de rotinas que limitam a prática de sobrepreços, os próprios intermediadores não terão saída a não ser ofertar passagens aéreas ao cliente de direito público com a qualidade desejada ao menor preço possível, com transparência, segurança, legalidade e probidade atendendo aos princípios da administração pública e dessa forma contribuindo definitivamente para a boa gestão e para o controle e bom uso dos recursos públicos no Brasil.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Simone Coêlho. **Origem e evolução dos Tribunais de Contas.**

Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d90d801833a681b1>. Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Resolução Normativa n. 377 de 15 de março de 2016.** Disponível em:

[https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-377-15-03-2016/@@display-file/arquivo\\_norma/RA2016-0377%20-%20Compilado%20at%C3%A9%20RA2019-0514.pdf](https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-377-15-03-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0377%20-%20Compilado%20at%C3%A9%20RA2019-0514.pdf). Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 8 nov. 2019.

BRASIL, **Decreto Lei 9.203 de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm). Acesso em: 01 jun. 2020.



BRASIL. **Lei 7.565 de 19 de dezembro de 1986.** Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17565.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17565.htm). Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. **Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm). Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. **Lei 11.182 de 27 de setembro de 2005.** Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111182.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111182.htm). Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. **Lei 12.527 de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 13 jan. 2020.

BRASIL, **Lei 12.846 de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm). Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. **Lei 12.974 de 15 de maio de 2014.** Dispõe sobre as atividades das Agências de Turismo. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112974.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112974.htm). Acesso em: 30 nov. 2019.



BRASIL. **Lei Complementar 87 de 13 de setembro de 1996**. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Portal do Governo Federal. **CGU aponta fraudes em compras de passagens aéreas para órgãos públicos**. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticompanhias/2017/08/cgu-aponta-fraudes-em-compras-de-passagens-aereas-para-orgaos-publicos>. Acesso em: 5 jan. 2020.

PONTES. Larissa de Barros. **A aquisição de passagens aéreas por meio do credenciamento de companhias aéreas: um modo racional de contratação**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/aquisicao-de-passagens-aereas-por-meio-do-credenciamento-de-companhias-aereas-um-modo-racional-de-contratacao/> 2014. Acesso em: 19 mar. 2020.



## A POSTURA ÉTICA DO JUIZ NO DISCURSO POLÍTICO E OS PRINCIPAIS APONTAMENTOS SOBRE SUA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A ATIVIDADE POLÍTICO-PARTIDÁRIA

Renan Berquó Souza Lemes Lima

### RESUMO

No contexto de crescente judicialização da política, aliada a sua polarização - os magistrados se tornaram atores importantes no meio social, seja por suas atitudes perante a imprensa, seja por suas manifestações em redes sociais. O tema sob pesquisa adquire uma importância maior na atualidade devido a uma exposição do Judiciário brasileiro, havendo vários pronunciamentos deste Poder nos temas mais caros a sociedade. Portanto, a pergunta de pesquisa é até que ponto os discursos dos magistrados de cunho político, nas redes sociais, nos eventos sociais ou em palestras, por exemplo, afrontam a ética, analisando-se a possibilidade da restrição do exercício de sua liberdade de expressão. Por conseguinte, o objetivo geral é verificar quais discursos políticos proferidos pelos juízes configuram exercício pleno da liberdade de expressão e quais podem ser limitados, tendo como base a ética inerente a esta profissão, à luz da vedação à atividade político-partidária. A metodologia adequada será pela análise destes comportamentos, com apoio da exposição dos conceitos de restrição à liberdade de expressão, ética profissional, vedação à atividade político-partidária etc. Foi igualmente objeto de estudo os preceitos éticos que constam na Lei Orgânica da Magistratura, no Código de Ética da Magistratura, nos vetores interpretativos do Provimento n. 71/2018 e na Resolução n. 305/2019, do CNJ. Com base na análise destes instrumentos normativos e dos desenvolvimentos teóricos acerca da limitação à liberdade de expressão e a vedação à atividade político-partidária, foi feito um exame de seis casos importantes para o debate. O resultado foi a evidência de que, na maioria dos cenários, os juízes não obedeceram diretrizes éticas em suas posturas no discurso político, materializado, principalmente, nas redes sociais.

**Palavras-chave:** Liberdade de expressão. Ética. Magistratura. Discurso político. Atividade político-partidária.

### 1 INTRODUÇÃO





O presente tema se revela muito significativo no contexto atual, visto que – com a crescente jurisdicionalização da política, aliada à sua polarização – os magistrados se tornaram atores impostes no meio social, seja por suas atitudes perante a imprensa, seja por suas manifestações em redes sociais.

Ademais, o tema sob pesquisa adquire uma importância maior na atualidade devido a uma exposição do Judiciário brasileiro que é altamente visível, bem como o fato de se ter uma Constituição pródiga em direitos, havendo invasão deste Poder nos temas mais caros à sociedade.

Sendo assim, a pergunta de pesquisa é desenvolvida no sentido de se compreender até que ponto os discursos dos magistrados afrontam a ética, tendo em vista que o direito à liberdade de expressão dos juízes pode ser restringido.

O objeto geral da presente pesquisa é verificar quais discursos políticos proferidos pelos magistrados configuram exercício pleno da liberdade de expressão e quais podem ser limitados, tendo como base a ética inerente a esta profissão, à luz da vedação à atividade político-partidária.

Portanto, para que se faça um recorte mais apropriado do tema, convém apontar os objetivos específicos da monografia. O primeiro deles é investigar quais são as limitações à liberdade de expressão dos juízes, indicando se estas restrições diferem das dos outros cidadãos, sendo importante analisar o conceito deste direito fundamental, bem como explicar as garantias do Poder Judiciário, como a independência e a imparcialidade.

Em um segundo momento, vale expor quais seriam os casos de postura dos juízes mais pertinentes à pesquisa aliado a verificação de como os discursos políticos dos magistrados são analisados conforme o Direito Comparado.



Posteriormente, procurou-se estabelecer um conceito de Ética e de Ética profissional, essenciais para a consequente análise dos instrumentos normativos que versam sobre esse assunto, tais como, a Lei Orgânica da Magistratura, o Código de Ética da Magistratura, o Provimento n. 71/CNJ e a Resolução 305/CNJ.

Por derradeiro, é pertinente analisar os casos apresentados no primeiro capítulo referente à conduta dos magistrados no meio social, à luz das limitações ao exercício à liberdade de expressão já desenvolvidas, aplicando as disposições normativas alhures.

A metodologia deste trabalho é calcada na pesquisa bibliográfica, uma vez que se pretende realizar um levantamento bibliográfico acerca dos conceitos que serão desenvolvidos, como é o caso da liberdade de expressão, da vedação à atividade político-partidária, imparcialidade dos juízes etc. Após, tem-se como primordial uma discussão doutrinária acerca do tema, para que se chegue a uma conclusão, contemplando os objetivos gerais e específicos da pesquisa.

Do mesmo modo, pretende-se trabalhar com a apresentação de exemplos de casos de posturas éticas ou não dos juízes no discurso político, a fim de que se chegue em uma análise destes comportamentos, com apoio da exposição dos conceitos de restrição à liberdade de expressão, ética profissional, vedação à atividade político-partidária etc.

Portanto, sendo a evidência não numérica (averiguação da postura ética do juiz no discurso político), cabe constatar a necessidade de uma análise qualitativa sobre o tema, a qual indique dados suficientes para a apresentação da pesquisa.

## **2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PODER JUDICIÁRIO**

O direito à liberdade de expressão constitui um pilar essencial dos regimes democráticos vigentes no mundo, uma vez que se traduz numa das mais antigas



reivindicações do homem (MENDES, 2011). Logo, as limitações ao exercício desse direito se traduzem pela possibilidade de colisão entre outros direitos fundamentais ou restrições oriundas de regramentos legais específicos, como a vedação à atividade político-partidária dos juízes, presente na Carta Política e na LOMAN (Lei de organização da Magistratura Nacional – LC n. 35/69).

Sobre o Poder Judiciário, cabe destacar que a ele se impõe o dever de imparcialidade e, portanto, o seu direito à liberdade de expressão está condicionado a atender esse imperativo. Isso fica claro pelo fato dos magistrados serem órgãos públicos e, portanto, serem submetidos ao regime de sujeição especial que será explicado alhures.

A liberdade de expressão faz parte do rol dos direitos que foram demandados pelos revolucionários franceses e que também se fez presente na independência das treze colônias inglesas no século XVIII, se caracterizando, primariamente, pela abstenção do Estado em intervir na vida privada de modo a não restringir a liberdade de se expressar do indivíduo.

## **2.1 O direito à liberdade de expressão e sua positivação na Constituição de 1988**

Desse modo, o direito à liberdade de expressão possibilitou uma maior participação dos cidadãos aos acontecimentos políticos de seu tempo, o que sempre denotou o serviço que a liberdade presta à democracia. Nesse sentido Gilmar Ferreira Mendes, sobre o conceito mais amplo de liberdade, em sua obra faz a seguinte observação:

O catálogo dos direitos fundamentais na Constituição consagra liberdades variadas e procura garanti-las por meio de diversas normas. Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o



constituente erigiu à condição do Estado Democrático de Direito e vértice de direitos fundamentais (2011, p. 296).

Ademais, o ser humano possui potencialidades a serem desenvolvidas ao longo da vida e, através do poder de autorrealização que o valor liberdade proporciona, o indivíduo pode se ver igual perante seus pares. Sendo o Estado democrático um instrumento para que essas liberdades sejam alcançadas e tuteladas, este direito proporciona aos seus titulares a fruição de uma vida digna e satisfatória (MENDES, 2011).

Segundo entendimento de SILVA (2014), “a liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”. Desse modo, este direito serviria como um meio de atuação do homem para se satisfazer em suas relações sociais.

Logo, José Afonso da Silva aponta:

Vale dizer, portanto, que é na democracia que a liberdade encontra campo de expansão. Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem (2014, p. 236).

O vocábulo liberdade de expressão abrange a comunicação de ideias, pensamentos, informações e as expressões não verbais, como é o caso de comportamentos, posturas, movimentos artísticos, musicais, literários etc. Sendo assim, como é essencial ao ser humano se comunicar – para sua própria higidez psicológica – o direito a se expressar livremente é o alicerce de todas as relações sociais interindividuais (MENDES, 2011).

Para Silva (2014), o valor liberdade objetiva – de fazer, de atuar – é fundamental ao estudo do Direito Positivo e nele se compreende as liberdades, que são as formas de exercício da liberdade, no singular. Portanto, as liberdades se dividem em cinco grandes grupos: a) liberdade da pessoa física (liberdade de



locomoção e de circulação); b) liberdade de pensamento (opinião, religião, informação, artística etc.); c) liberdade de expressão coletiva (de reunião, de associação); d) liberdade de ação profissional (livre escolha de exercício de trabalho, ofício e profissão); e) liberdade de conteúdo econômico e social (livre iniciativa, autonomia contratual, liberdade de ensino, etc.).

Em complemento, à luz dos ensinamentos de Canotilho (2014), a liberdade de expressão possui dupla dimensão, sendo a primeira subjetiva consubstanciada em um direito negativo que protege o titular de intervenções externas a sua faculdade de externar suas opiniões, pensamentos, discursos etc. E a segunda – a dimensão objetiva – decorre o “dever do Estado de criar organizações e procedimentos que deem amparo ao livre exercício de tal direito fundamental”. Nesta vertente, ao Estado cabe adotar medidas necessárias para a viabilização do exercício do direito de expressão àqueles grupos que tendem a ficar excluídos do debate público, para contribuir na formação da opinião pública, espaço que se baseia fundamentalmente no regime de mercado. É o caso da obrigação do empregador de fixar em local visível as atas das assembleias realizadas pelo sindicato de empregados da empresa.

A conclusão que se extrai da existência dessas duas modalidades de liberdade é aquela no sentido de não haver prioridade de um modelo sobre o outro, isto é, são equiprimordiais, e mais, uma é pressuposta da outra, podendo apenas se ter uma proteção adequada das liberdades negativas quando se aponta igual tratamento às liberdades positivas (HABERMAS, 1997).

Ademais, destaca Fernandes:

Em uma leitura mais analítica, os constitucionalistas brasileiros assinalam (em sua maioria) que, sendo a liberdade de expressão um direito oponível em regra ao Estado, não ensejaria (em regra) uma pretensão a se exercer contra terceiros (particulares). Nesses termos, especificamente, para



que a eficácia horizontal desse direito fundamental ocorra (e ela obviamente pode ocorrer), seria necessária uma aplicação em cada caso ponderada ("técnica da ponderação"), balanceando os interesses envolvidos em contextos (casos) concretos. Nesses termos, mais uma vez ressaltamos que a liberdade de expressão não pode ser manuseada para a prática de atividades ilícitas e que venham a ferir outros direitos fundamentais (2017, p. 434).

Nesse sentido, para Mendes (2011) é essencial entender os fundamentos que justificam a proteção da liberdade de expressão, a fim de que se compreendam algumas problemáticas. Um deles é o argumento humanista que afirma que esse direito está na base da formação da personalidade, dando ensejo para que o indivíduo participe dos mais variados debates para que, com isso, possa decidir os rumos que dará à própria vida.

Já o segundo argumento é o democrático que explica a existência deste direito como representativo das diferentes opiniões existentes, com fundamento no pluralismo político, presente no art. 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), sendo o último argumento ligado à possibilidade de crítica aos governantes, resultando em um interessante controle da atividade política (MENDES, 2011).

Em resumo, sobre a importância da liberdade de expressão para o debate público, Canotilho (2014) afirma que este direito permite o intercâmbio de ideias, a fim de se prevaleçam as melhores. Logo, "não há outra saída senão a discussão pública aberta para permitir a tomada de decisões mais adequadas em cada contexto" político, econômico e social de um País. Tal é a importância que presta a liberdade de expressão no espaço democrático atual.

Sobre a positivação da liberdade de expressão, destaca-se que o contexto histórico anterior ao advento da nova ordem constitucional de 1988 é essencial ao



estudo do direito à liberdade de expressão, tendo em vista as restrições indevidas que ocorrem a este direito nesse período.

Assim, dá-se destaque à ditadura militar que teve seu início, no Brasil, com o golpe militar em 1964, que retirou o então Presidente da República João Goulart, repassando o poder ao Marechal Castelo Branco. O ocorrido foi nomeado como “O Golpe Militar de 1964”, instando uma ditadura no país que durou vinte e um anos (FAUSTO, 2006).

Segundo Santana:

A ditadura militar foi, entre tantos outros fatos notáveis da história do Brasil, o que mais manchou a biografia do nosso país. Este período é marcado pelo despotismo, veto aos direitos estabelecidos pela constituição, opressão policial e militar, encarceramentos e suplício dos oponentes. A censura aos canais de informação e à produção cultural, ou seja, a editoração de livros, a produção cinematográfica e tudo que fosse referente à televisão, foi intensa, tudo era acompanhado muito de perto pelos censores do governo. O objetivo principal era passar à população a ideia de que o país se encontrava na mais perfeita ordem, os jornais foram calados, obrigados a publicarem desde poesias até receitas no lugar das verdadeiras atrocidades pelas quais o país passava (2015, p. 215).

Como consequência deste período histórico, a fruição das liberdades individuais da sociedade estava duramente prejudicada, de modo que a censura se estabeleceu como regra no ordenamento jurídico (mormente com o advento do AI-5), impedindo as pessoas de expressar as suas opiniões e pensamentos. No âmbito da liberdade de imprensa imperava a censura prévia a todos os meios de comunicação não oficiais (FAUSTO, 2006).

Com a redemocratização do país em 1985, se abriu espaço para a confecção da Constituição Cidadã, a qual representa um marco fundamental na história recente da democracia brasileira, vez que contou com ampla participação popular (PIMENTA, 2007).



Portando, conforme ensina Silva (2014), a Carta Magna recém-surgida abraçou os direitos humanos, estando presentes, principalmente, na parte de direitos e garantias fundamentais, mas também consagrados em outras partes da Lei maior.

Sendo assim, a Carta Política estabelece a liberdade de expressão de modo direto no art. 5º, inciso IV, aduzindo que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, assim como no inciso XIV do mesmo artigo, o qual é “assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Do mesmo modo, no art. 220, da Lei Maior, afirma que “a manifestação o pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. E, ainda, nos §1º e 2º do mesmo artigo, adiciona que “nenhuma lei conterà dispositivos que possam constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV”, e que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Conforme explica Silva (2014), a liberdade de pensamento compreende a exteriorização dos pensamentos no seu sentido mais abrangente, tratando-se de conteúdo intelectual que pressupõe o compartilhamento de ideias entre os indivíduos, sendo a liberdade de opinião aquela que resume a liberdade de pensamento.

Isso decorre do fato da liberdade de opinião ser apontada como ponto de partida para outras, haja vista a possibilidade de adoção pelo indivíduo de posicionamentos, quer sejam políticos, quer sejam religiosos, íntimos etc.

Logo, o Direito Brasileiro reconhece uma tutela ampla aos termos ligados a liberdade de expressão, uma vez que reconhece a liberdade de expressão em





manifestações não verbais. Assim, se inserem nesse conceito expressões corporais, como é o caso do interessante julgado do STF que não considerou configurado ato obsceno, consistente no fato do diretor do espetáculo – diante das vaias do público – ter abaixado as calças e mostrado as nádegas, haja vista ter predominado o entendimento de que se tratou de um ato de expressão simbólico, indigna de lesão a nenhum bem jurídico tutelado pelo Direito Penal (BRASIL, 2004).

Logo, “não é apenas a transmissão da mensagem falada ou escrita que encontra proteção constitucional, como ainda a mensagem veiculada através de gestos e expressões artísticas” (SHAUER apud FERNANDES, 2017).

Para Canotilho (2014), o “âmbito de proteção da liberdade de expressão é amplo, abarcando todos os atos não violentos que tenham como objetivo transmitir mensagens, bem como a faculdade de não se manifestar”.

Todavia, é possível afirmar que a aferição da prática deve se dar em um contexto, isto é, à luz do caso concreto, não podendo, *a priori*, haver uma delimitação absoluta sobre o exercício da liberdade de expressão ou a falta dela (FERNANDES, 2017).

À luz do direito comparado, segundo MENDES (2011), destaca-se julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos em que se considerou a atitude de queimar a bandeira do país como uma manifestação de protesto, sendo acobertada pelo conceito de liberdade de expressão comportamental (Caso Texas v. Johnson, 491 US 397:414). De modo semelhante, na Alemanha, um editor de livros retratou a bandeira por meio de uma montagem fotográfica, a qual um soldado urina sob ela em uma cerimônia militar, ocasião em que foi salvaguardado o seu exercício à liberdade de expressão.

Ademais, para Canotilho:



Todo e qualquer conteúdo de mensagem encontra-se *prima facie* salvaguardado constitucionalmente por mais impopular que seja. Aliás, um dos campos em que é mais necessária a liberdade de expressão é exatamente na defesa do direito à manifestação de ideias impopulares, tidas como incorretas ou até perigosas pelas maiorias, pois é justamente nestes casos em que ocorre o maior risco de imposição de restrições, como assentou com propriedade o STF, no julgamento da ADPF 187, que versou sobre a chamada “Marcha da maconha” (2014, p. 256).

Por fim, para a doutrina dominante, falar em direito de expressão ou pensamento não é o mesmo que falar em um direito absoluto de afirmar tudo aquilo ou fazer tudo aquilo que se quer. Logo, a liberdade de manifestação, por exemplo, é limitada por outros direitos e garantias fundamentais como a vida, a igualdade, a integridade física, a liberdade de locomoção (FERNANDES, 2017).

## 2.2 As restrições à liberdade de expressão

Para Silva (2014), mesmo que haja restrições ao direito à liberdade de expressão, todas elas esbarram no próprio valor de liberdade, não podendo extinguí-la da ordem jurídica. Daí se tem que o sistema restritivo se justifica na medida em que é resguardado o bem-estar social dos indivíduos, configurando, caso fora deste parâmetro, um abuso. Logo, para exercer esse direito individual, há de se em conta a análise de cada caso concreto, situação em que se abriria o debate acerca da satisfação social.

Nesse sentido, segundo Canotilho (2014, p. 200):

Limites aos direitos fundamentais, em termos sumários, podem ser definidos como ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativos, Executivo e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo) que resultem dos direitos fundamentais.



Os conflitos entre direitos fundamentais, mormente envolvendo o valor liberdade de expressão, devem ser equacionados mediante ponderação de interesses, calcados no princípio da proporcionalidade, e conforme o caso concreto. Assim, para resolver a colisão deve-se considerar o elevado patamar valorativo deste direito, que está ao lado da dignidade humana e da democracia (CANOTILHO, 2014).

Portanto, a limitação deste direito só cabe em hipóteses absolutamente excepcionais e em favor da tutela de outros direitos fundamentais igualmente importantes quanto ao seu bem jurídico.

As limitações ao exercício da expressão podem ser encontradas no bojo da Constituição, em eventual colisão com outro direito fundamental ou em diplomas legais específicos. Sobre esses, são lícitos aqueles que não “tenham como objetivo a restrição às mensagens e às ideias transmitidas pelo indivíduo e que podem também interferir, indiretamente, sobre a liberdade de exprimi-las” (MENDES, 2011).

Em ordem de ajudar a interpretar eventuais colisões entre direitos fundamentais que se possa ocorrer, a pesquisa lança a explicar- de modo muito breve a técnica de ponderação consagrada na teoria de Robert Alexy. Dito isso, cabe destacar que esse método permite a tentativa de se maximizar a realização de princípios, contudo sem necessidade de invalidar um destes.

Sendo assim, em seu método, Alexy (2008) destaca a importância do princípio da proporcionalidade para a proteção dos direitos fundamentais, aduzindo que a harmonia entre tais direitos só é possível com base na aplicação da proporcionalidade. Neste estão abarcados subprincípios, como o da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.



O primeiro se refere à aptidão do meio escolhido de restrição para que seja alcançado determinado fim, ou seja, é adequado é o meio que serve de base à finalidade e não exatamente aquele que o realiza. No caso da necessidade, afirma-se que, na ocasião do meio escolhido restringir outro direito fundamental, sejam procurados outros meios alternativos que não atinjam este outro direito fundamental (ALEXY, 2008).

No caso da proporcionalidade em sentido estrito, Alexy (2008) afirma que esta corresponde ao mandado de ponderação, em que se presta a analisar se a importância do princípio fomentado pelo meio escolhido é satisfatoriamente grande ao ponto de justificar a intensidade da limitação ao princípio contraposto.

Tendo feito esta breve digressão teórica, destaca-se que, na ótica constitucional, é de praxe a análise de alguns regramentos normativos quanto ao seu conteúdo, para que se verifique se tal norma está restringindo de maneira ilegítima e inconstitucional o direito à liberdade de expressão.

Nesse sentido, dando início ao escopo da problemática apresentada, pode-se dizer que a LOMAN passou no teste de validade por perseguir objetivos igualmente legítimos, os quais não configuram censura e nem inconstitucionalidade. É a hipótese de se restringir a postura dos juízes no discurso político, dada o seu dever de imparcialidade, integralidade e a vedação à atividade político partidária.

Logo, o respeito a este princípio (o da proporcionalidade) pressupõe o tratamento do indivíduo como tal e não como objeto, de forma a não ser exposto perante a curiosidade de terceiros ou com vistas a instrumento de divertimento alheio, uma vez que nestes casos o direito à liberdade é desfigurado.

Aliás, vale lembrar que o STF já rechaçou a possibilidade do discurso de ódio, no caso de incitação ao racismo por ideias antissemitas, uma vez que a liberdade de expressão não admite a inclusão de discriminação racial. Em verdade, tal conduta



constitui crime e afronta diretamente os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade (BRASIL, 2004).

Desse modo, a liberdade de expressão não se coaduna com a ofensa, a violência, pois – enquanto direito fundamental, frise-se novamente – ela se caracteriza como um direito de não intervir do Estado nessa esfera das manifestações. Entretanto, não cabe ao Estado se ausentar do dever de reconhecer as restrições a esse direito, que não se confundem com atos de censura.

Todavia, como lembra Fernandes (2017), a temática é analisada diferentemente quando há, por exemplo, o uso de charges políticas, que, apesar de não agradarem o retratado, recebem proteção como manifestações legítimas da liberdade de expressão. Assim, tendo o objetivo de causar o riso é natural a construção jocosa, porém dentro dos limites. Caso a postura claramente ofensiva – a partir do sentimento geral de reprovação da conduta – a manifestação pode ensejar punição indenizatória.

É o caso do que aponta a doutrina alemã quando o Tribunal Constitucional deste país entendeu por punir um cartunista que desenhou determinado agente político em situação sexual de bestialidade, considerando tal caricatura uma ofensa à dignidade humana (FERNANDES, 2017).

Além da possibilidade da liberdade de expressão ser limitada em inúmeros casos, há também a alternativa deste direito fundamental se submeter a uma relação especial de sujeição.

O contexto histórico de surgimento desta teoria remonta à monarquia constitucional alemã do século XIX, em que se alinhava as primeiras construções



teóricas em torno do conceito de Estado de Direito (*Rechtsstaat*), até a sua reformulação no período pós-Segunda Guerra (WIMMER, 2007).<sup>1</sup>

Quem explica bem este termo é Adamy:

A condição predominante para a configuração de uma relação especial de sujeição diz respeito ao pertencimento ou à submissão do indivíduo a algum ente estatal, que funda e estabelece uma relação de proximidade entre o particular e o estado. Pertencimento deve ser entendido como uma relação jurídica surgida de forma legal e legítima entre o indivíduo e o estado, e submissão deve ser compreendida como uma relação surgida de obrigações e consequências impostas pela constituição ou pela legislação. Essa relação deve trazer o indivíduo de forma mais próxima ao estado, em uma relação que seja distinta das relações normais existentes entre o indivíduo e o estado (2017, p. 235).

Logo, quando os titulares desse direito se encontram subordinados de maneira diferenciada perante o Estado, as manifestações de pensamentos que exemplificariam mero exercício da liberdade de expressão para a maioria dos indivíduos, para outros poderiam acarretar sanções.

Dessa maneira, a relação de pertencimento se configura no caso de o agente assumir uma posição dentro da máquina estatal, tornando-se um verdadeiro agente público, com um membro da magistratura. Já a submissão tem-se uma lei prevendo essa proximidade, como é o caso do serviço militar obrigatório. Logo, convém refletir qual é o alcance dessa relação especial de sujeição, de modo a compatibilizá-la com a Constituição e com a aplicação ampla e imediata dos direitos fundamentais (ADAMY, 2017).

Nesse sentido, para Hesse (1999), tal relação não pode visar destruir nem muito menos impossibilitar a aplicação dos direitos fundamentais, no que se denominou de concordância prática. Os critérios que podem ser mencionados para

---

<sup>1</sup> Para um melhor aprofundamento acerca do tema, recomenda-se a leitura do texto citado



estabelecerem limites a esse tipo de restrição são a referibilidade, a restrição ao exercício, mas não ao direito fundamental, à duração temporal limitada, à previsão na Constituição ou na Lei, consentimento e compensação. Passa-se a breve análise de cada um deles, com apoio em Adamy (2017).

A referibilidade é a relação direta entre a limitação que é imposta com a finalidade da instituição que é resguardada na Constituição, ou seja, a instituição pública para se manter íntegra necessita restringir certos direitos dos seus representantes. O próximo aspecto advoga pela limitação ao exercício e não ao direito fundamental. Logo, o titular nunca perde o direito e sim lhe é restringido a sua atuação, como o caso do magistrado vedado de exercer atividade político-partidária que, caso se retire da função jurisdicional, poderá vir a atuar politicamente.

A relação de sujeição especial deve ser determinada ou ao menos determinável no tempo, uma vez que a proximidade entre o indivíduo e o Estado não é eterna, bem como deve ser prevista na Constituição ou em lei, de modo que limite a intervenção estatal na seara dos direitos fundamentais, calcado no argumento que a administração pública deve estar submetida a reserva legal.

Ademais, outro critério genérico a ser avaliado é o consentimento que pressupõe o mútuo entendimento entre o indivíduo e o Estado acerca daquele se colocar em posição de sujeição em relação a este, isto é - no aspecto específico da classe judicial- ninguém pode ser coagido a torna-se juiz, porém, ao se submeter ao concurso público, o indivíduo voluntariamente quer se ver nessa relação. Por fim, do mesmo modo que o Estado prevê vedações aos magistrados, há uma compensação ao impor a essa profissão inúmeras garantias, que serão objeto de análise em seguida.



Em suma, existem restrições ao direito fundamental de se expressar livremente decorrente da própria limitação a esse direito fundamental, assim como existem relações de sujeição especial capazes de conter o exercício deste direito.

Logo, o exercício da proibida atividade político-partidária pode se dar por meio de discursos difamadores ou apoiadores de determinada figura política, por exemplo, não podendo ser tal fato encarado como manifestação de livre pensamento do juiz cidadão. É esta a linha tênue de verificação: se a conduta é exercício legítimo da liberdade de expressão ou essa deve ser restringida, considerando a relação especial de sujeição que se submete os juízes e a vedação a atividade político partidária.

Com este fito, portanto, recorreu-se a explicação das limitações a esse direito para criar uma base teórica apta a garantir uma melhor análise das posturas éticas dos magistrados no discurso político.

## **2.3 As Prerrogativas e os deveres do Poder Judiciário**

A Carta Política de 1988 outorgou ao Judiciário um poder de autonomia administrativa, financeira e funcional consistente na confecção de regimentos internos, disputa eleitoral de seus órgãos diretivos, administração de suas secretarias, serviços auxiliares com o provimento de cargos necessários à administração da Justiça (MENDES, 2011).

Isso deve-se ao fato de, segundo Mendes:

A constituição de 1988 confiou ao Judiciário poder até então não outorgado por nenhuma outra Constituição. Conferiu-se autonomia institucional, desconhecida na história de nosso modelo constitucional e que se revela, igualmente, singular ou digna de destaque também no plano do direito comparado. Buscou-se garantir a autonomia administrativa e financeira do





Poder Judiciário. Assegurou-se a autonomia funcional dos magistrados (2011, p. 423).

Desse modo, as garantias inerentes à magistratura se fundam na necessidade de independência do judiciário, uma vez que é seu papel a jurisdição, de modo a salvaguardar os direitos fundamentais dos indivíduos e, em seu órgão de cúpula, exercer a missão de guardião da constituição, analisando os questionamentos sobre a constitucionalidade das leis, sendo um porta-voz dos princípios mais caros do constitucionalismo brasileiro, como é o caso do princípio motriz da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal assegura aos juízes as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. A primeira propõe que o magistrado só perderá o seu cargo após a sentença transitada em julgado, característica essa que só será adquirida após dois anos de exercício do cargo, podendo somente o juiz perder o cargo em virtude de deliberação do tribunal a que estiver vinculado, conforme artigo 95, inciso I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Já a segunda garantia versa sobre a impossibilidade de o juiz ser removido do cargo de ofício, vedando quaisquer mecanismos que visem o seu afastamento de um caso ou de um determinado processo. Porém, a Lei Maior prevê a sua remoção por interesse público, mediante absoluta maioria do respectivo Tribunal ou Conselho Nacional de Justiça, à luz do art. 93, inciso VIII, da Constituição Federal. Por último, temos a garantia de irredutibilidade de vencimento, que antes era exclusiva desta classe, mas agora se estende a todos os servidores públicos, consistente em garantir a independência dos magistrados

Importante ressaltar que existem algumas limitações específicas do próprio cargo, quais sejam: a) o exercício, ainda que em disponibilidade, de outro cargo ou função, salvo uma função de magistério; b) a percepção, a qualquer título ou pretexto,



de custas ou participação em processo, bem como o recebimento de auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidade públicas ou privadas; c) a participação em atividade político-partidária; d) o exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por exoneração, conforme artigo 95 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Tais garantias aparecem como restrições aos juízes, em razão do dever de imparcialidade, cuidando-se de proteger a própria independência do Poder Judiciário (SILVA, 2014).

De igual modo, Canotilho (2013) defende que as limitações servem para resguardar as instituições democráticas, sem as quais não haveria como tutelar direitos fundamentais. Logo, o que se conclui é a legitimidade desta restrição, haja vista comungar para a solidez da ordem jurídica, bem como satisfaz as balizas do Estado Democrático de Direito.

Para Mendes (2011), o sistema remuneratório do juiz é rígido, permitindo o exercício de somente uma outra atividade remuneratória: a função do magistério. Sendo assim, qualquer outra atividade lhe é vedada, inclusive as de cunho político-partidário.

Essa vedação foi criada com o escopo de garantir ao magistrado as condições objetivas de sua imparcialidade, para que se resguarde a independência de toda instituição judiciária. Logo, se o juiz desejar se dedicar a atividade político-partidária deverá se afastar definitivamente do cargo, através da aposentadoria ou exoneração, porquanto lhe é incompatível exercer tais funções concomitantemente.

Por fim, ela é prevista no texto constitucional, em seu artigo 95, parágrafo único, inciso III; e na LOMAN que contempla a mesma regra, prevendo o perdimento do cargo por parte do magistrado que exercê-la.



Todas as garantias e prerrogativas atinentes aos juízes contidas na Carta Magna visam proporcionar independência à magistratura, bem como fortalecer a imagem de um Judiciário justo e imparcial.

Sobre a independência e imparcialidade do Poder Judiciário, Dallari estatui:

Longe de ser um privilégio para os juízes, a independência da magistratura é necessária para o povo, que precisa de juízes imparciais para harmonização pacífica e justa dos conflitos de direitos. A magistratura independente é necessária para garantir a possibilidade de novas conquistas sociais, para a eliminação das injustiças existentes e para que os avanços no sentido da justiça sejam consolidados. Por esses motivos deve ser dado todo apoio para que a magistratura possa conquistar e manter sua independência que deve ser institucional, concreta e bem protegida dos efeitos de eventuais oscilações políticas. É evidente que, por sua natureza, a magistratura não pode assumir o papel de vanguarda revolucionária, mas sem dúvida, pelo significado social de suas funções e pelo alcance que pode ter suas decisões, a magistratura pode e deve assumir a condição de participante ativa do processo de mudança social (2002, p. 46).

Nelson Nery Júnior, no evento *Ética e Magistratura* - realizado no auditório do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, nos dias 20 e 21 de setembro, de 2019, promovido pela ENAMAT (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho), TST (Tribunal Superior do Trabalho) e STJ (Superior Tribunal de Justiça) – discorreu sobre imparcialidade do juiz e a sua ética peculiar.

Sobre o primeiro tópico (imparcialidade do juiz), Nery Júnior destaca que não se confunde a imparcialidade com a neutralidade, isto é, valores, influências e carga de formação vêm com o juiz, exigindo dele uma posição equidistante das partes para tomar suas decisões.

Ademais, o professor destaca que é errado o juiz desde pronto assumir posições, sendo contra ou a favor do aborto, por exemplo. O que seria correto, em sua visão, é se fazer o julgamento do caso concreto conforme a lei e a constituição.



Outra afronta apontada é o exemplo do juiz que julgava improcedente todas as ações de usucapião a ele dirigidas sob o argumento de que lutou para comprar sua casa e o cidadão que adquire residência por meio do instituto não o faz. Em outras palavras, neste caso, o juiz não atuou conforme o valor da imparcialidade, uma vez que não se foi possível manter uma posição equidistante das partes.

À guisa de conclusão, pode-se asseverar que a garantia de independência e imparcialidade é corroborada pelos comportamentos dos juízes no sentido de agir com o espírito democrático, firmeza, autenticidade e responsabilidade (DALLARI, 2002).

Neste capítulo foi necessário esmiuçar o conteúdo do direito à liberdade de expressão, com apoio doutrinário, relacionando-o com as prerrogativas do Poder Judiciário, com a finalização na análise das restrições a esse direito fundamental, para que possa, no próximo capítulo, ser feita uma seleção e apresentação dos casos mais pertinentes, bem como o exame das posturas éticas dos juízes com base no Direito Comparado.

### **3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS JUÍZES**

Os membros do Poder Judiciário se diferenciam dos outros cidadãos, uma vez que – além de ser aplicado a todos as restrições constitucionais à livre expressão

aqueles possuem uma relação de sujeição especial em relação ao Estado. Isso ocorre pela proximidade que possuem com administração pública, bem como por outros aspectos já suscitados.

Essa diferenciação, portanto, somente se justifica por integrarem a administração pública, não se admitindo uma divergência moral para com os outros indivíduos. É dizer que o juiz não é um ser superior que deva ser recatado em todas as ocasiões, sob pena de reforçar o que Freud chama de pessoa-tabu.



Em “Totem e tabu”, Freud (1913) explica que tabu é, inicialmente, um temor objetivado do poder “demoníaco” que se acredita latente em um objeto-tabu. Passada esta fase inicial, o tabu vai desenvolvendo força numa base própria, independente da crença em demônios, passando a integrar normas do costume, da tradição e, por fim, da lei.

Os tabus podem se referir, nas sociedades primitivas, a pessoas especiais, como reis e sacerdotes, estados excepcionais (nascimento e menstruação, por exemplo), ou a coisas misteriosas, como a doença e morte. No tocante ao primeiro caso, Freud (1913) o categoriza como pessoa-tabu e observa que a relação entre os súditos e seu rei era regida por dois princípios contraditórios, como o dever de proteção do governante, mas também a ânsia de se proteger dele. Tal fato ergueu uma barreira entre os povos primitivos e seus chefes que os tornou inacessíveis.

Sendo assim, transportando a discussão para os dias de hoje, pode-se perceber que há a manutenção desta conduta primitiva na sociedade atual em relação à supervalorização dos juízes, em que se exige um padrão de comportamento que excede à normal exigência da honestidade e do guiar-se pela legalidade e honra (CAPLAN, 2006).

Logo, não é o escopo desta pesquisa reforçar a postura altamente restrita quanto ao direito de se expressar de modo livre dos juízes, como aquela própria de um ser de outro planeta ou superior a todos os outros cidadãos que convivem em sociedade. Do contrário, o objetivo é estimular o exercício da liberdade de expressão segundo padrões éticos, respeitando as possíveis limitações que podem advir deste exercício.

Nesse sentido, pondera Facchini:

É nesse contexto que se passa a defender a premência por um envolvimento mais ativo dos magistrados com a comunidade



para a qual servem e na qual se encontram inseridos. Um envolvimento que lhes imprime maior legitimação democrática quando do exercício da atividade jurisdicional, além de acarretar consequências diretas na própria efetividade das decisões judiciais, como adiante se ilustrará. Um envolvimento, ainda, que lhes permite o cumprimento da responsabilidade cidadã em que estão investidos, paralelamente à responsabilidade jurisdicional inerente às suas funções (2006, p. 435).

A liberdade de expressão do juiz e suas limitações devem guardar relação com a responsabilidade social a que o magistrado se submete, uma vez que o juiz é agente importante no fortalecimento e credibilidade das instituições democráticas (CELLA; WENTZ, 2016).

O modo em que o juiz se comporta e, portanto, emite suas opiniões é essencial à análise da pesquisa quanto à necessidade ou não de restrição acerca de determinado comentário feito pelo magistrado. Trocando em miúdos, a maneira em que a manifestação é emitida e em qual contexto é de suma importância para que se saiba se ela é censurável ou passível de responsabilidade disciplinar do magistrado, a fim de se resguardar o respeito e a credibilidade – que vêm sendo perdida – à instituição judiciária (BRITO, 2016).

Cabe destacar concisamente o poder das redes sociais no mundo contemporâneo, pois grande parte dos casos a serem apresentados partem de interações sociais na internet. Logo, ao que parece, elas se tornaram um importante espaço de compartilhamento de informação, caindo por terra as barreiras físicas, geográficas, sociais e de tempo que dificultavam a propagação de ideias deixaram de existir. Logo, em razão da rápida difusão das manifestações, uma opinião antes restrita a um círculo fechado de discussão, tem o alcance de todo um universo de pessoas conectadas (BRASIL, 2019).



Segundo pesquisas do IBGE, 64,7% das pessoas de 10 anos ou mais de idade utilizaram a internet em 2016 (BRASIL, 2018), indo no mesmo sentido da “Global Digital Report 2018” a qual aponta que o Brasil é o segundo país do mundo no *ranking* de horas diárias gastas em mídias sociais e o terceiro colocado em horas gastas em acesso à internet, tendo a sociedade brasileira uma realidade hiper conectada (BRASIL, 2018).

Eduardo Bitter, no evento *Ética e Magistratura*, traz reflexões acerca do impacto da internet e das mídias sociais na vida em sociedade, destacando o que convencionou chamar de *Revolução digital* (4.0) e no final traz as consequências das novas tecnologias para o meio jurídico (BRASIL, 2018).

Desse modo, inicialmente, o jurista afirma que estamos diante de um império de números, do digital, comandado por algoritmos que destrona o império da lei. Logo, com o advento da realidade virtual e suas consequências surge uma nova fronteira, qual seja, o *Direito Digital*. Com isso, percebe-se a emergência das chamadas redes sociais as quais se ambientam nesta nova configuração e refletem muito bem os paradoxos da vida cotidiana

Nesse sentido, há uma inegável junção da vida concreta e da vida virtual, ao passo que o jeito que nos locomovemos, que pedimos comida, que nos relacionamos mudou essencialmente, conforme aduz Rodotá:

Se olharmos para os processos em curso do ponto de vista das tecnologias da informação e da comunicação, não descobriremos apenas o nascimento de uma dimensão virtual ao lado daquela real, ou formas de mistura que sugerem a expressão “mixed reality”. Muda a própria percepção da pessoa e de seu corpo. Centenas de milhões de homens e de mulheres têm seu ‘dupla’ eletrônico, que num número crescente de casos condiciona sua existência muito mais do que o corpo



físico. Pessoa e corpo eletrônico já pertencem naturalmente à dimensão global (2003, p. 467).

Logo, essa criação de “duplos eletrônicos” encadeou o surgimento de novas ideias sobre os conceitos de esfera pública e esfera privada, de modo que aquilo sobre o qual um magistrado omite opinião, em suas redes sociais, terá um alcance muito maior do que teria se não vivêssemos neste período da história contemporânea.

Por fim, para que se discorra do que esteja abrangido pelo direito à liberdade de expressão por parte dos magistrados, convém apresentar os casos atinentes a essa questão.

### **3.1 Casos relativos à liberdade de expressão dos juízes**

O primeiro exemplo emblemático é dos discursos ofensivos e de cunho político-partidário proferidos pela Desembargadora Marília de Castro Neves Vieira, da 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no que se pode denominar de Caso Marília.

Em sua página do *facebook*, a magistrada, em março de 2017, disse que Marielle Franco – Vereadora do Rio de Janeiro que foi assassinada em março de 2018

foi “engajada com bandidos” e eleita com o apoio da facção criminosa Comando Vermelho. Ademais, asseverou que “seu comportamento, ditado por seu engajamento político, foi determinante para o seu trágico fim” e que “qualquer outra coisa diversa é mimimi de esquerda tentando agregar valor a um cadáver tão comum quanto qualquer outro” (ALESSI, 2019).





Além disso, a Desembargadora coleciona outros casos de manifestações políticas, como quando afirmou que zumbi dos palmares era um “mito inventado”, que serviria para “estimular um racismo que o Brasil até então não conhecia”, além de ter compartilhado nas redes sociais uma imagem aduzindo que Guilherme Boulos, ex- candidato à presidência pelo PSOL, seria recebido “na bala”, após o decreto do presidente Jair Bolsonaro, que facilitou a posse de armas (BRASIL, 2019).

Por fim, a magistrada teceu comentários a respeito do ex-deputado federal Jean Wyllys dizendo que esse deveria ser executado, em uma espécie de “execução profilática”, mas que “não valeria a bala que o mataria e o pano que limparia a lambança”, bem como compartilhou uma notícia sobre a deputada democrata norte-americana Alexandria Ocasio-Cortez, afirmando que “Socialistas são doentes, são psicopatas, devem ser segregados do convívio social” (ALESSI, 2019). Neste momento, é importante lembrar que a pesquisa analisará os casos posteriormente, no último capítulo do texto.

O segundo cenário é o caso Valdete que é aquele em que o Corregedor Nacional de Justiça, Ministro Humberto Martins, solicitou providências a fim de se apure a notícia de participação da magistrada Valdete Souto Severo, do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, no evento de possível cunho político-partidário de nome “Comentários a uma condenação anunciada e a prisão política de Lula” que aconteceu no Sindicato dos municipais de Porto Alegre (BRASIL, 2019).

O terceiro exemplo interessante para se analisar é o caso Bretas em que o perfil do Juiz Federal Marcelo Bretas na rede social *twitter*, em uma de suas postagens, após a eleição do atual Presidente da República do Brasil, sustenta que “alguns países estão democraticamente mudando a orientação de seus governos de esquerda (viés mais populista) para centro-direita (viés mais técnico)”, sendo assim



imperioso respeitar “a vontade da maioria” e aguardar o “cumprimento das propostas”, afirmando que críticas antecipadas são oportunistas.

O deslinde desta manifestação foi o pronunciamento do Corregedor Nacional de Justiça, Ministro Humberto Martins o qual não reconheceu violação ao disposto no Provimento 71 – que será alvo de análise em posterior capítulo – no *post* do juiz (BRASIL, 2018).

O juiz Marcelo Bretas, ao conceder entrevista à *Época*, após participar de uma conversa com o Presidente Jair Bolsonaro no Palácio do Planalto, disse que não sabe se é terrivelmente evangélico, mas é fiel, completando que ser nomeado ministro do supremo seria uma honra, o auge da carreira e que ficaria muito feliz por essa “promoção” (PRADO, 2019). Ademais, posteriormente, comentou estar honrado em ter o Presidente da República entre os seus seguidores do *twitter* (LIMA, 2019).

Em uma quarta situação, no caso Boujikan, após a manifestação de Dias Toffoli, Ministro do Supremo Tribunal Federal, aduzindo que o Golpe militar de 1964 seria um movimento, a Desembargadora Kenarik Boujikan, do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), criticou a fala do ministro e disse que tal ato equivale a “tripudiar sobre a história brasileira”, sendo um desrespeito às vítimas da ditadura. Por fim, afirmou que “o Judiciário está disfuncional em relação ao sistema democrático” (PIMENTA, 2018).

As críticas renderam à Desembargadora um pedido de explicações proposto pelo já citado Corregedor Nacional de Justiça, o qual sugeriu tratar de possível afronta aos deveres éticos profissionais da juíza.

Os últimos dois casos são representativos da questão em debate por se tratarem de manifestações sobre o mesmo acontecimento político, qual seja, o processo de impeachment da presidenta Dilma Roussef. O primeiro deles a decisão



do CNJ de investigar magistrados do Rio de Janeiro por terem participado de manifestações contra o impeachment, no ano de 2016.

Os juízes André Luiz Nicollit, Cristina de Faria Cordeiro, Rubens Casara e Simone Nacif subiram em um carro de som em protesto na praia de Copacabana, no Rio de Janeiro, e defenderem a sua oposição ao processo de impeachment. O caso repercutiu com o nome de “Os quatro de Copacabana”. Dito isso, destaca-se que a decisão de investigar foi feita após o Órgão Especial do Tribunal fluminense ter arquivado a representação contra os referidos magistrados, em processo administrativo disciplinar. Por fim, o ministro Ricardo Lewandowski, do STF, anulou decisão que pedia revisão deste arquivamento (BENITES, 2017).

Ademais, o que é instigante perceber é que - os juízes que apoiaram o processo de impeachment não tiveram representações perante o CNJ. Corroborando essa afirmação está o fato do próprio Corregedor Nacional de Justiça à época, o Ministro João Otávio Noronha, em junho de 2016, quando assumiu este cargo – em meio ao turbilhão político do processo em questão – ofereceu um jantar em sua residência com a participação de políticos que possuíam interesse no impeachment, como Michel Temer (PMDB), Aécio Neves (PSDB-MG) e José Serra (PSDB-SP) (BRASIL, 2017).

Nesse sentido, outros dois outros casos, versando sobre tal fato, nem sequer foram alvo de reclamações disciplinares, tal como o do Desembargador do TRF da 3ª Região Newton De Lucca e do Juiz Federal Itagiba Catta Preta. No primeiro, o magistrado aparece em um vídeo discursando em manifestação pró-impeachment, já no segundo, em suas redes sociais, o juiz faz menção ao candidato Aécio Neves, bem como fotos que demonstram o apoio ao processo de impeachment.



Em relação a este último, em particular, denominado de Caso Catta Preta, ele não se declarou suspeito nem impedido de julgar o processo que pretendia a cassação da posse do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva como Ministro de Estado da Presidenta Dilma Roussef (BENITES,2017).

Uma medida liminar foi concedida, ordenando a cassação da referida posse, em uma Ação popular que, ao final, foi julgada procedente para determinar a revogação do ato da nomeação de Lula como Ministro, com os argumentos de que haveria indícios de crime de responsabilidade e que a posse do ex-presidente oferecia risco para uma investigação em curso (BENITES, 2016).

Em suma, foram narrados os casos mais instigantes para a análise posterior no último capítulo, com maior rigor analítico, vez que antes dessa verificação ainda serão apresentados os importantes instrumentos normativos que disciplinam essas relações que contribuem para um melhor desenvolvimento dos objetivos da pesquisa.

### **3.2 Liberdade de expressão dos juízes à luz do Direito Comparado**

Neste tópico se analisarão situações envolvendo possíveis restrições ao direito fundamental de se expressar livremente por parte dos juízes estrangeiros. Com tal propósito, se analisou casos envolvendo magistrados europeus, estadunidenses e canadenses pelo amplo material encontrado, bem como pela facilidade deste autor com a língua inglesa.

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) defende uma visão de que os juízes, em princípio, possuem o direito a se expressar livremente, incluindo a manifestação política. Sobre os limites a esse direito, cabe mencionar o fato de a CEDH demarcar três condições para que a restrição à livre manifestação do juiz aconteça. A primeira é esta limitação estar prescrita pela lei, a segunda é ela ser



necessária por servir a uma finalidade legítima e a última é estar de acordo com os ditames de uma sociedade democrática (DIJKSTRA, 2017).

Na Rússia, há eleições para o cargo de juiz e, na ocasião de uma dessas eleições, a Juíza Pitkevich teceu duras críticas ao Judiciário deste país, o que acabou por ter lhe tirado da disputa. Após ajuizar sua reclamação perante a CEDH, no caso Pitkevich V. Russia, a Corte entendeu não haver razões para se ter limitado o seu direito a manifestar suas críticas ao sistema de justiça e chegou à conclusão de que a contribuição do juiz para o debate público era mais importante do que suas obrigações decorrente de sua relação especial de sujeição, em razão do forte vínculo do juiz com as autoridades públicas (DIJKSTRA, 2017).

O que ficou claro neste julgado foi a linha que separou a crítica do sistema de justiça, a fim de que se aperfeiçoe e melhore seu funcionamento com o inaceitável descrédito à instituição do Poder Judiciário, manifestação que não está acobertada pela liberdade de expressão, como no caso em que um juiz austríaco classificou que seu colegas são facilmente subornáveis, que será objeto de análise, posteriormente.

Outro caso interessante, segundo Dijkstra (2017), é o Wille V. Liechtchtenstein, em que o Chefe de Estado, o Príncipe Hans-Adam II, decidiu não reconduzir Wille, Presidente da Corte Administrativa, ao cargo público após esse ter defendido uma visão de um tema constitucional em ambiente acadêmico, em que o Príncipe não concordava. Logo, a CEDH foi acionada e aduziu que Wille estaria protegido pelo seu direito humano fundamental a se expressar livremente, uma vez que sua exposição não contém nenhuma opinião sobre casos pendentes a julgamentos, nem que seu discurso fosse atentatório a quaisquer valores institucionais do Judiciário por ser a essência dos regimes democráticos a convivência com manifestações políticas divergentes.



Como conclusão, afirma-se que, na visão da CEDH, somente quando a liberdade de expressão dos juízes puder trazer prejuízo a sua atuação, afetando a sua imparcialidade, tendo conexão indevida com as partes ou com assuntos partidários, é que se mostra imperiosa a limitação a esse direito fundamental (DIJKSTRA, 2017).

Ainda sobre o tema, há de se destacar que na Alemanha, em seu *German Judiciary act (bundesgesetzblatt)*, ou seja, o seu código de conduta acerca da magistratura estatui que, se porventura, o juiz for se manifestar politicamente não poderá mencionar seu ofício, para que se preserve a sua imparcialidade, exceto caso versar sobre temas afetos ao Direito. Os magistrados deste país poderão se candidatar a cargo no Parlamento germânico e se forem eleitos, o direito de se manter no cargo judicial estará suspenso. No caso da Croácia, há vedação expressa ao juiz ser membro de partido político ou estar envolvido em atividade política, o que se aproxima em muito da vedação pátria ao exercício de atividade político partidária (HIRSCHFELDT; KRECA; GRABENWATER, 2015).

Na Turquia, os magistrados que prejudicarem o sentimento de respeito e confiança que se deposita no Judiciário poderão receber reprimendas disciplinares, de acordo com suas provisões em seu código de conduta. De igual modo, na Romênia e na Rússia, juízes devem evitar se expressar ou manifestar suas posições políticas ou se engajar em atividade políticas (HIRSCHFELDT; KRECA; GRABENWATER, 2015). O que se compreende é que tais nações assumem posturas mais restritivas atinentes à liberdade de expressão de juízes, com a preocupação de se estar desmoralizando o sistema judicial.

De modo contrário e até mesmo radical, a Albânia, segundo Hirschfeldt, Kreca e Grabenwater (2015), concede aos juízes de sua Suprema Corte imunidade quanto as opiniões expressadas, quaisquer que sejam, em exercício de suas funções. E



Montenegro estatui que além dos integrantes da Suprema Corte, o Promotor Supremo também goza das mesmas imunidades dos membros do Parlamento.

Como já diria Daniel Sarmiento, em sua exposição no evento *Ética e Magistratura*, que será analisado posteriormente, “nem tanto ao mar, nem tanto a terra”. Há de haver, com efeito, um equilíbrio justo nessa balança restritiva do direito à liberdade de expressão.

Na Suécia, a visão de seu Parlamento sobre o assunto é bem taxativa ao dispor que a liberdade de expressão dos juízes, na condição de cidadão, não pode ser vista como absoluta, sem exceções, uma vez que uma delas é o caso do magistrado se manifestar sobre temas políticos, se valendo do prestígio da autoridade que exerce, o que poderá levar a uma diminuição da confiança do povo no Judiciário, principalmente se o magistrado julgar ações sobre as quais já tenha defendido posições políticas claras (HIRSCHFELDT; KRECA; GRABENWATER, 2015).

Novamente, analisando o cenário da Alemanha, o que se vislumbra é a possibilidade do juiz se expressar politicamente como qualquer outro cidadão, se engajando em manifestações, por exemplo. Isso se deve à Corte administrativa deste país afirmar que o Estado alemão e sua sociedade não possuem nenhum interesse em juízos acríticos. Apesar disso, a Corte Constitucional entende que o magistrado poderá se manifestar politicamente, desde que isso não prejudique a confiança da sociedade na imparcialidade e independência do judiciário. Logo, é imperioso o juiz distinguir sua posição oficial como ocupante deste cargo, com a feita em gozo de suas prerrogativas como cidadão, não impondo suas posições políticas se valendo do status social que a profissão o proporciona (HIRSCHFELDT; KRECA; GRABENWATER, 2015).



Logo, o Judiciário alemão reconheceu como abusivas as condutas dos magistrados em assinar e defender posições publicadas em jornais, sendo contra o desenvolvimento de mísseis pela Alemanha, a fim de se protegesse o país contra a então União Soviética (1988) tendo vedado outra conduta parecida: a de bloquear uma via que dava acesso a um depósito de mísseis alemãs, como forma de protesto (1989).

Na Áustria, o fato de um juiz defender a monarquia como forma de governo, inclusive cantando o hino dos imperadores constitui uma violação aos seus deveres oficiais e certamente não está salvaguardado pela livre manifestação do pensamento (1921). De igual modo, leva a uma desconfiança da população no Judiciário o fato de um juiz afirmar que o sistema judicial como um todo ou alguns de seus pares são subornáveis, chegando Charles Maurice de Talleyrand dizer que: “O Judiciário é uma prostituta da política” (1994).

Nas palavras de Hirschfeldt, Kreca e Grabenwater:

As disposições legislativas e constitucionais europeias e a jurisprudência pertinente mostram que as garantias da liberdade de expressão se estendem também aos funcionários públicos, inclusive aos juízes. Porém, a especificidade dos deveres e responsabilidades que cabem aos juízes e a necessidade de garantir a imparcialidade e independência do judiciário são considerados objetivos legítimos, a fim de impor restrições específicas à liberdade de expressão, associação de juízes, incluindo sua atividade política. No direito comparado, o nível de restrição do exercício das liberdades acima para juízes difere de país para país, de acordo com suas respectivas culturas legais. Embora os juízes possam ser membros de um partido político na Alemanha e na Áustria, isso é proibido na Turquia, Croácia ou Romênia. Na Alemanha, embora as declarações políticas dos juízes não sejam descartadas, espera-





se que elas não sejam cumpridas, enfatizando sua posição oficial (2015, p. 327).<sup>2</sup>

Sobre os Estados Unidos, é importante destacar que o acesso ao cargo de juiz se dá por meio de mecanismos políticos, uma vez que – a depender do estado – a seleção é feita por meio de indicação do chefe do Executivo local, ou por eleição direta da população, como é o caso do Estado da Geórgia. No âmbito federal, a escolha é realizada pelo Presidente da República e aprovado pelo Senado (REIS, 2012).

O sistema de eleições por si só levanta algumas problemáticas, como aquela que busca definir o que um candidato a juiz está livre para se pronunciar. Pois bem, a Suprema Corte Americana, no caso *Republican party of Minnesota V. White*, com a maioria dos ministros entendeu que a cláusula contida no código de ética, ao afirmar não ser permitido o anúncio de visões sobre política e Direito por parte dos candidatos, é incompatível com o processo democrático de escolha (OYEZ, 2001).

Para os partidários deste sistema, é possível conciliar as crenças políticas, filosóficas e ideológicas dos candidatos a juízes com a imparcialidade e independência que conclama o sistema judicial. A razão para a defesa deste modelo é considerar a figura do magistrado como ser humano político e social vivendo em uma sociedade, estando livre para se manifestar (BONVENTRE, 2005).

Ademais, segundo SPARGO (2018), a impossibilidade do juiz se manifestar acerca de sua visão sobre os mais variados temas permeando a política é incoerente

---

<sup>2</sup> European legislative and constitutional provisions and relevant case-law show that the guarantees of the freedom of expression extend also to civil servants, including judges. However, the specificity of the duties and responsibilities, which are incumbent to judges and the need to ensure impartiality and independence of the judiciary, are considered as legitimate aims in order to impose specific restrictions on the freedom of expression, association and assembly of judges including their political activities. In comparative law, the level of restriction of the exercise of the above freedoms for judges differs from country to country according to their respective legal cultures. Although judges can be member of a political party in Germany and Austria, this is prohibited in Turkey, Croatia or in Romania. In Germany, although political statements by judges are not ruled out, they are expected not to enforce those statements by emphasizing their official position



com o sistema de eleições, uma vez que os eleitores necessitam ter conhecimento dos candidatos para que se possa fazer um voto consciente.

No caso *William V. Yulle*, a Suprema Corte Norte-Americana entendeu que a primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos (aquela que versa sobre o direito à liberdade de expressão) não proíbe os Estados de barrar juízes e candidatos judiciais de solicitarem pessoalmente fundos para suas campanhas eleitorais, desde que a restrição na fala seja estritamente adaptada para servir a um interesse atraente. Sendo assim, caso houvesse o discurso de magistrados com o objetivo de atrair recursos financeiros a sua campanha, tal fato se enquadraria como uma ofensa à imparcialidade e independência do Poder Judiciário.

O mais interessante e atual caso a se debruçar no cenário judicial norte-americano é o comentário feito pela Justice Ruth Ginsberg sobre o então candidato à presidência Donald Trump, ocasião em que ela chegou a afirmar que a escolha dele seria um desastre para o país (BRASIL, 2016).

Tal fato repercutiu muito mal entre a opinião pública, ocasionando diversas críticas, uma vez que, segundo Falcão e Osório (2016), o discurso estava recheado de variáveis políticas com consequências partidárias por se tratar de uma manifestação fora dos autos e em meio a uma disputa eleitoral.

Posteriormente, a juíza se desculpou e aduziu que no futuro será mais circunspeta (BRASIL, 2016). O que se tem em questão é uma inaceitável oposição a um candidato a ocupar o posto máximo de um Poder feito pelo Judiciário, uma vez que se ultrapassou o direito à liberdade de expressão própria da magistrada e se aproximou da proibida atividade político-partidária. Entretanto, o Código de Ética dos Juízes dos Estados Unidos, que veda esse tipo de conduta, não é aplicável aos membros da Suprema Corte americana, haja vista que eles “próprios se disciplinam”, ao que muito se parece com o STF, que não reconheceu a autoridade do CNJ em



investigar suas condutas só lhe restando o arbítrio dos próprios pares (FALCÃO; OSÓRIO, 2016).

Para RAMBO (2018), os juízes prejudicam a instituição judicial ao se inflarem nos seus discursos de cunho político fora dos autos, uma vez que a confiança do povo no judiciário pode vim a ser abalada. O que o autor destaca é a necessidade de moderação destes discursos para que o direito à livre expressão, oriundo da primeira emenda à Constituição Americana, não se sobreponha aos limites impostos aos juízes frutos dos códigos de ética da magistratura.

Um dos casos mais emblemáticos sobre a temática julgado pela Suprema Corte Americana é o *Pickering V. Board of Education*, em que se afirma que os servidores públicos, incluídos aqui – os juízes, têm direito a usufruir de sua liberdade de expressão sobre fatos de relevante interesse público. Trocando em miúdos, há de se ter um equilíbrio entre os interesses do empregado como cidadão e os interesses do Estado de resguardar a imparcialidade do Judiciário (RAMBO, 2018).

Outra constatação que este caso nos traz é o fato de que o servidor público submetido a qualquer tipo de sanção decorrente de suas manifestações poderá recorrer à *First Amendment*, desde que seu discurso envolver assunto de relevante interesse público ou ser produto de sua atividade laboral, afora isso poderá sobre advertências disciplinares.

O Juiz Federal Richard G. Kopf, na ocasião das eleições presidenciais norte-americanas de 2016, em seu blog, declarou que o Senador Ted Cruz – candidato a presidente – era impróprio ao cargo, uma vez que ele defendida eleições para a composição da Suprema Corte Americana (KOPF, 2015). Ademais, o magistrado não se aprofundou no debate em torno desta proposta do presidencial, mas sim teve o propósito de lhe fazer clara oposição político-partidária



À luz do que se compreendeu do caso *Pickering*, há de se analisar se essa manifestação é de relevante interesse público, o que aparenta o ser, bem como se há equilíbrio entre a fala e a restrição imposta pelo Código de Ética dos magistrados, o qual veda oposição ou suporte a candidatos políticos. Quanto a tal aspecto, é imperioso observar o interesse do Estado em manter o Judiciário acima da briga política, ou seja, os juízes devem em maior medida possível ser livres ou parecerem livres da pressão e/ou influência política. A impressão de um Judiciário sólido é essencial para o funcionamento de toda a democracia, uma vez que, se os juízes não forem vistos desta maneira, a confiança na independência e imparcialidade do judiciário é corroída (RAMBO, 2018).

Como consequência dessa atitude, os julgadores entenderam que as manifestações políticas do Juiz Kopf excederam a proteção ao direito fundamental à liberdade de expressão e mantiveram as sanções disciplinares que lhe eram cabíveis (RAMBO, 2018).

Por fim, apesar do Canadá possuir tímida codificação acerca da conduta dos magistrados, o que é previsto em seus instrumentos normativos é a possibilidade de os juízes encararem certas consequências dos atos que extrapolam a sua liberdade de expressão. Uma delas é a imposição ao juiz para que ele se declare imparcial/suspeito nas causas que possam julgamento justo e imparcial, outra é uma possível reclamação para o Conselho Judicial do Canadá e, por último, seria sofrer críticas de seus pares, advogados ou da imprensa (SOPINKA, 1996).

Desse modo, Sopinka (1996) defende que a criação de um código de ética não é garantia de que ele lhe seja seguido da mesma forma por todos os juízes, acreditando que tal questão pode ser deixada ao próprio arbítrio do magistrado.



Sobre o assunto, o que se concorda é a não garantia de efetividade da legislação, porém certamente ela poderá contribuir, estabelecendo parâmetros, a fim de se possa balizar a conduta dos membros do Judiciário.

Nesse sentido, segundo Barry (1996), o Comitê de Conduta Judicial do Canadá desaprovou a fala de um juiz que denominou determinada legislação de fascista, o que foi considerado inaceitável por esse Conselho, uma vez que se tratava de uma manifestação impertinente fora do Tribunal. A desaprovação, no entanto, não gerou recomendação de remoção do cargo, uma vez que seria desarrazoado aplicá-la.

Caso o juiz advogue para causas políticas, a fim de se mudar o cenário político, fizer oposição à políticos, partidos ou governos, ficará claro que, ao final, não terá mais credibilidade para ser um terceiro imparcial quando submetido à apreciação de questões por ele combatidas ou defendidas (RUSSEL, 1996).

No caso Berger, o magistrado Thomas Berger participou de discussões políticas deveras controversas e polêmicas, uma vez que publicou artigo de opinião na imprensa criticando o acordo constitucional feito pelo primeiro ministro, em 1981 (KARI, 2019).

Tal fato legitimou reclamação perante o Conselho Judicial Canadense o qual afirmou que os juízes devem evitar fazer tais colocações, salvo se for de interesse da administração da Justiça, caso em que os próprios Ministros de tribunais superiores teriam melhor posição para tratar do tema (KARI, 2019).

Segundo Russel (1996), o juiz em questão se manifestou ativamente na política ao adentrar nesse assunto, o qual poderia inclusive ter levado o Judiciário a decidir sobre ele. Assim, a imparcialidade do sistema judicial foi ameaçada, bem como a independência seria corroída no longo prazo, caso os juízes exercessem funções políticas, em detrimento das funções judiciais.



Nas palavras de Russel:

Não podemos ter um judiciário poderoso cujos membros exerçam seu poder dentro e fora do banco. O poder dos tribunais para restringir as forças políticas mais poderosas em nossa sociedade depende daquelas mesmas forças que aceitam a legitimidade do poder judicial. Essa legitimidade seria rapidamente corroída se os juízes se empenhassem em exercer sua influência diretamente na arena política. Da mesma forma, o cidadão que aceita a oferta de uma posição judicial deve estar disposto a trocar o direito de influenciar os assuntos públicos como cidadão comum pelo poder do juiz de moldar os direitos e deveres legais dos cidadãos e governos. A privação de direitos das liberdades políticas normais e centrais da cidadania democrática é uma obrigação profissional auto imposta que traz consigo um poder extraordinário. Tanto a perda da liberdade do cidadão comum quando este é juiz quanto o respectivo ganho de poder extraordinário são condições necessárias para uma democracia liberal (1996, p. 456).<sup>3</sup>

Smith (1996) estatui que mesmo com um número reduzido de regras fica claro que quando o Conselho Judicial do Canadá analisa as contendas envolvendo a liberdade de expressão dos juízes o faz de modo exemplar e eficaz. Porém, o autor adverte que seria mais louvável iniciativas para criar orientações acerca dos limites do direito fundamental à livre manifestação, inclusive indicando ser favorável à criação de um código judicial a este respeito.

Último caso interessante à pesquisa é aquele em que o ex-juiz da Corte de Apelação de New Brunswick escreveu uma carta aberta ao primeiro-ministro

---

<sup>3</sup> We cannot have a powerful judiciary whose members exercise their power inside and outside the bank. The power of the courts to restrain the most powerful political forces in our society depends on those same forces that accept the legitimacy of the judiciary. This legitimacy would be quickly eroded if the judges were to exert their influence directly in the political arena. Likewise, the citizen who accepts the offer of a judicial position must be willing to exchange the right to influence public affairs as an ordinary citizen for the power of the judge to shape the legal rights and duties of citizens and governments. The disenfranchisement of normal and central political freedoms of democratic citizenship is a self-imposed professional obligation that brings with it extraordinary power. Both the loss of the freedom of ordinary people when they are a judge and the respective gain of extraordinary power are necessary conditions for a liberal democracy



criticando a proposta de legislação de controle de armas do governo (SOPINKA, 1996). Tal fato foi apreciado pela Conselho Judicial do Canadá que expressou sua desaprovação com a conduta, ocasião pela qual citou o professor Jeremy Webber:

A linha é ultrapassada, acredito, quando o juiz se identifica de perto com uma facção específica na legislatura ou no executivo, ou quando faz lobby consistente e vigoroso para um objetivo político específico – em suma, quando suas atividades se tornam partidárias por natureza. Se ele se unir à luta do dia-a-dia por um determinado resultado político, ele poderá ficar cada vez mais tentado a decidir as questões apenas com base no fato de elas serem conduzidas para esse fim, não levando em consideração outros interesses envolvidos na decisão. E, a fim de reunir apoio popular à política ou à parte desejada, o juiz pode, em seu julgamento de controvérsias controversas, estar ansioso para apaziguar a opinião pública (1984, p. 459).<sup>4</sup>

Em suma, o direito comparado oferece uma literatura detalhada acerca da problemática apresentada e contribuiu a ela, à medida em que traça diferentes restrições à liberdade de expressão do juiz, de modo a atender a uma postura ética que se espera do magistrado, em contexto de uma sociedade democrática.

#### **4 A ÉTICA DOS MAGISTRADOS E A ATIVIDADE POLÍTICO-PARTIDÁRIA**

É possível a conceituação da ética como o estudo dos juízos de apreciação que se referem à conduta humana suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente a determinada sociedade, seja de modo absoluto (FERREIRA; BUARQUE, 2011).

---

<sup>4</sup> The line is crossed, I believe, when the judge closely identifies with a specific faction in the legislature or the executive, or when he lobbies consistently and vigorously for a specific political objective - in short, when his activities become partisan in nature. If he joins the day-to-day struggle for a particular political outcome, he may be increasingly tempted to decide the issues solely on the basis that they are conducted for that purpose, regardless of other interests involved in the decision. In addition, in order to gather popular support for the policy or the desired party, the judge may, in his judgment of controversial controversies, be eager to appease public opinion



Na concepção de Aristóteles, no livro *Ética a Nicômaco*, “toda ação e eleição parecem tender a um bem; e por isso definiu com toda beleza o bem, quem disse ser aquilo a que todas as coisas aspiram”. Logo, vê-se uma ética intimamente ligada às virtudes, sendo que o bem é o que faz um ser perfeito, de acordo com sua natureza. Além disso, há no pensamento aristotélico a preocupação com o conceito do que é o bem, uma vez que o indivíduo ético é aquele que faz o bem e pratica a virtude.

Já Platão teve a função de sistematizar as quatro virtudes, chamadas de cardeais, uma vez que são alicerce de toda vida moral, sendo a virtude um hábito do bem e do viver eticamente. São elas: a prudência – determinação racional do bem; a justiça – instituição do bem; a fortaleza – firmeza para aderir o bem e a temperança, para se afastar do mal (NALINI, 1996).

Noutro giro, como a *Ética* se liga a explicar os valores do ser humano, Reale (2002) afirma que o valor surge como fenômeno da consciência e é manifestado pelo ato de viver as preferências exteriorizadas do indivíduo, tendo como base a sua própria razão.

Para (CHAUÍ, 2012), a ética se encontra em um local anterior, mais abrangente, ou seja, é uma maneira de viver, uma maneira de pensar e de se comportar, sendo errôneo acreditar que a ética é um “conjunto de regras, normas, preceitos de controle cotidiano de todos os comportamentos”. Tal pensamento ignora o verdadeiro conteúdo da ética: “o exercício da consciência, da liberdade e da responsabilidade”.

Para Grau (2013), a “ética, do ponto de vista formal, é um conjunto de postulados vazios e indeterminados; vale dizer: é abstrata. Sua efetividade, sua concretude, provém do mundo exterior, objetivando-se nos comportamentos que determinado grupo social entenda devam ser adotados diante da realidade”.





Nesse sentido, para se adentrar no estudo da ética dos juízes, há de se indagar se a ética profissional seria uma diferente da ética já apresentada. A resposta mais apropriada é negativa, uma vez que inexistem, substancialmente, ideias divergentes sobre o bem e a perfeição. Assim, resta categoriza-la como uma espécie de um gênero maior (NALINI, 1998).

A ética profissional aplica os valores éticos universais, os princípios, as bases do que seja o bem e a felicidade à profissão, ou melhor, ao profissional, uma vez que esse filtro é necessário, pois nem tudo que se coloca na ética como gênero cabe nas relações profissionais, sendo muitas questões alheias ao mundo do trabalho (NALINI, 1998 apud NAVARRO, 1989).

Deste modo, o labor do juiz está envolvido com o exercício de um poder independente da União, de modo que esse agente estatal se incumba de cumprir os valores éticos mencionados na Constituição Federal, tal como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, no sentido de buscar a erradicação da pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades e promovendo o bem de todos, conforme aduz o art. 3º, da Carta Maior (NALINI, 1998).

Em uma visão talvez superlativa do espaço do juiz na sociedade, Navarro (1989) propõe que o magistrado deve ser um cidadão correto, de valores compatíveis com a grandeza do cargo: ser prudente, ser paciente, ser honesto, ser respeitoso e, acima de tudo, ser justo.

Entende-se que em qualquer ofício é lícito apontar tais características como sendo as essenciais ao exercício profissional da pessoa, não podendo-se categorizar os juízes como seres superiores ou que devem ser mais éticos que os outros profissionais.

Nas palavras de Nalini:



Do juiz que optou por realizar o justo possível, reclama-se conduta singular. Sem descuidar-se do seu auto aprimoramento, satisfazendo às exigências técnicas e morais normatizadas no sistema – saliente-se, desde logo, constituir infração ética desatentar o juiz para a continuidade de sua formação integral – o seu destino moral se entrecruza com o destino dos utentes do Judiciário. O juiz vem a ser instrumento de concretização da Justiça, quando pune o infrator. Reconstitui a ordem vulnerada quando decide as controvérsias. A tendência moderna de se atribuir ao julgador a função de administrar as situações conflituosas, de pacificar contendas, de auxiliar as partes a atingir o ideal autônomo da conciliação, enfatiza também a postura do juiz contemporâneo (1998, p. 231).

Por conta das codificações acerca da postura ética do juiz em vigor, tais como a Constituição Federal, a Lei Orgânica da Magistratura e o Código de Ética dos magistrados, o viver eticamente é um imperativo legal (NALINI, 1998). Assim, a maneira de se portar fora do tribunal versando sobre controvérsias políticas há de ser uma maneira muito prudente, responsável e, é claro, ético.

Não se defende aqui o distanciamento ou isolamento do magistrado do convívio social sob a pretensa fórmula de lhe assegurar a imparcialidade, mas sim o seu imbricamento com a comunidade, para se ter melhor ideia do que lhe aflige, podendo até emitir opinião política sobre determinado assunto, desde que não constanja a imagem do Judiciário como imparcial e independente perante a sociedade.

A atuação do juiz não retira dele a sua cidadania, não o faz um cidadão especial, acima do bem e do mal, da miséria e da fome. Defende-se o apresentado por Nalini:

Numa comunidade que convive com extremos paradoxos, mas que tem a pretensão de construir uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, o juiz não tem direito a permanecer isolado. Em cidadania não há neutralidade. E quem não estiver construindo essa sociedade nova, está preservando a sociedade velha e iníqua. Em termos de reforma



da sociedade, quem não é parte da solução é parte do problema. O juiz, por integrar uma das expressões da antiga soberania estatal, não deixa de ser cidadão. Não é um cidadão de segunda classe. Precisa atuar em seu meio, como agente transformador da sociedade, não como mantenedor inerte da situação de iniquidade e exclusão. Não pode se esquecer de que a atuação judicial é essencialmente política (1998, p. 55).

Deste modo, há espaço para o juiz atuar nas mais variadas funções da vida, como nas associações de classe, na livre docência, junto às organizações não-governamentais, junto à mídia e junto à sociedade civil (NALINI, 1998). A ele é imposto o dever de ser cidadão e de participar ativamente dos acontecimentos da república, mas sempre cuidando para que sua postura no discurso político não venha acompanhado de pretensões de exercer atividade político-partidária não se imiscuir com opiniões ou críticas nessa esfera de debate.

Convém apontar lição irretocável de Araújo:

O mundo dos valores é o mundo da ética e quase a totalidade dos atributos do magistrado são de natureza ética. Ética tem por objeto a conduta humana, nos aspectos individual e social, utilizando como canais de manifestação o direito, a moral, os costumes e as convenções sociais em geral. Por isso a justiça, que não se limita aos tribunais, é ideia inseparável do direito e também da ética. A ética é um valor que não se perde no tempo. É um valor permanente. Espera-se que o juiz esteja à altura da importância do seu cargo, nem acima, nem abaixo dele, para não ser arbitrário nem medroso, pois ambos apavoram a tudo e a todos e, ao contrário de segurança, geram sobressaltos (2003, p. 48).

Outro ponto interessante é a situação do juiz em comarca no interior, uma vez que – na maioria das vezes – ele é bem conhecido na região e seus passos são analisados de perto pelo escrutínio público.

Dito isso, vale o esforço do magistrado em ser prudente quanto às suas colocações políticas pela alta visibilidade e possibilidade da população enxergar o Judiciário cada vez mais com desconfiança (ARAÚJO, 2003).



Não se está a falar de diferenciação de postura ética do juiz, dependendo do lugar onde atua. Do contrário, só se enfatiza o dever democrático de todo magistrado de se abster de opinar sobre disputas políticas, seja nas comarcas do interior, seja nas comarcas da capital.

#### **4.1 Análise dos atos normativos e/eventos do CNJ à luz da atividade político-partidária**

Esta pesquisa abordará certos instrumentos normativos que foram confeccionados pelo CNJ, a fim de que se possa analisá-los e refletir sobre as limitações à liberdade de expressão dos juízes, bem como a vedação constitucional de se dedicar a atividade político-partidária. São elas: Provimento nº 71 (CNJ, 2018); Código de Ética da magistratura (CNJ, 2008); Resolução n. 305 (CNJ, 2019). Além desses, há a preocupação de mencionar dispositivos sobre a temática presentes na LOMAN (BRASIL, 1979), assim como nas Regras de Bangalore de Conduta Judicial (2008), aprovado pela ONU.

Primeiramente, convém expor os dispositivos da LOMAN e das Regras de Bangalore atinentes à ética judicial, à liberdade de expressão dos juízes e à atividade político-partidária para que se tenha uma base normativa sólida que se desenvolverá com outros diplomas, como o Código de Ética da magistratura e as resoluções já citadas.

A LOMAN, Lei Complementar nº 35/79, é estruturada em dez títulos, os quais dispõem acerca de todo o funcionamento da magistratura nacional, desde vantagens e gratificações aos princípios que devem reger a atuação dos juízes no seio social.

É de se notar que tal Lei Complementar é alvo de diversas críticas, uma delas vê a Lei com contornos autoritários, uma vez que foi editada durante o regime



militar e impediu “que os juízes mais jovens – teoricamente, mais progressistas – ou que viessem a ingressar ou ser nomeado (para os tribunais) pelo governo civil que se seguiria, tivessem voz na administração dos tribunais” (MELO FILHO; ZAVERUCHA, 2016).

Nesse sentido, em 2005, foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1985 questionando a constitucionalidade da referida lei, o que conforme dispunha a inicial não havia sido recepcionada pela Carta Magna de 1988. Sendo assim, o Tribunal Constitucional entendeu que a Lei Orgânica da Magistratura foi sim recepcionada pela Constituição e não contém nenhum vício inconstitucional em seus dispositivos.

A parte da LOMAN que mais interessa a este trabalho é a que disciplina os deveres do magistrado, em seus artigos 35 ao 39, que estão abaixo, e posteriormente há a previsão de todas as penalidades que podem ser aplicadas, caso o juiz cometa alguma falta (conforme art. 40 ao art. 48 da LOMAN).

Art. 35 - São deveres do magistrado:

I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;

VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular

Art. 36 - É vedado ao magistrado:

III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

Fazendo um contraponto às disposições da LOMAN, Daniel Sarmiento, no evento Ética e Magistratura, crítica a postura de que o juiz deve ter uma conduta irrepreensível, sendo esta entendida pela vedação de algumas condutas normais ao



indivíduo atualmente, como jogar futebol, falar palavrão ou mesmo de chegar a uma cidade pequena e ter diversas namoradas.

Em sua visão, “não é pensar que os juízes devem levar uma vida espartana, diferente das outras pessoas, sendo certo que juízes são titulares de direitos fundamentais como todas as demais pessoas”. Contudo, acrescenta que há aspectos relevantes da conduta dos magistrados que possam inferir que o Judiciário esteja parecendo imparcial ou não e tal fato tem totalmente a ver com manifestações de teor político por parte dos juízes.

Em tom polêmico, o professor afirma que o mau exemplo vem do STF, porque o Supremo julga matéria política a todo tempo e seus integrantes manifestam pensamentos sobre matérias igualmente políticas com certa recorrência, ferindo a ética judicial.

Nesse sentido, sobre a responsabilidade disciplinar, cabe afirmar que ela absorve, em sua natureza censória, consideráveis graus de critérios éticos. Contudo, é de se lamentar que a atividade censória disciplinada pela Lei Orgânica da Magistratura não apresente uniformidade no tocante às posições aplicáveis aos juízes, prova disso está nas penas de advertência e censura que não são válidas para os membros dos Tribunais, revelando uma transgressão ao princípio constitucional da igualdade (BRITO, 2016).

Analisando-se a LOMAN, destaca-se que a independência do Judiciário se passa pela atuação justa e correta dos magistrados, oriundo do poder que lhe advém de fazer cumprir, com serenidade, as disposições legais e seus atos de ofício, conforme o inciso I, do art. 35, da LOMAN.

Além disso, o exercício da atividade político-partidária sujeita o juiz à pena de demissão, conforma a leitura do art. 47, I, da LC 35/79. Outro inciso, deste mesmo artigo, de peculiar importância é o inciso VII, uma vez que a caracterização de uma



conduta irrepreensível na vida pública e na vida particular do juiz é fundamento de validade para algumas restrições quanto à sua atuação no discurso político, objeto de atos normativos, os quais se verá a seguir.

Pondo fim à concisa análise da LC nº 35/79, tem-se o inciso III, do artigo 36, o qual revela uma proibição de manifestação do juiz sobre processos pendentes, bem como de fazer juízos de valor em torno de decisões dos outros colegas magistrados. Tal fato evidencia uma legítima e possível restrição à liberdade de expressão, fruto da já comentada relação especial de sujeição em que se submete os membros do Judiciário.

Passa-se agora ao exame dos chamados Princípios de Bangalore de Conduta Judicial (2008) que foram elaborados pelo Grupo de Integridade Judicial sob o apoio das Nações Unidas, tendo início no ano 2000, em Viena (Áustria) e sendo desenvolvidos no ano seguinte em Bangalore (Índia) e oficialmente aprovados em novembro de 2002, em Haia (Holanda).

Tal documento contém as diretrizes e comandos teóricos ao desenvolvimento de códigos de conduta nacionais, regionais ou internacionais para que se busque os valores éticos para a atuação dos magistrados e fortalecimento da integridade judicial compatível com uma sociedade democrática.

Portanto, destaca-se que esta Carta não se trata de um código propriamente dito, apto a vincular os países fizeram parte de sua elaboração, mas se trata de um importante projeto de confecção de um Código Judicial em âmbito global, apto a zelar pela moralidade do Poder Judiciário.

Os Princípios de Bangalore se subdividem em seis grandes valores: independência, imparcialidade, integridade, idoneidade, igualdade e competência e diligência. Em cada um destes valores surge uma relação de vários princípios que se



relacionam a tais vetores. E, abaixo de cada princípio, há a explicação de seu conteúdo por meio de diversos itens

Assim sendo, no item 1.2 do referido documento se atesta: “um juiz deverá ser independente com relação à sociedade em geral e com relação às partes na disputa que terá de julgar”, tendo os comentários a essa frase ido no sentido de que o completo isolamento do juiz não lhe trará benefícios, uma vez que se imiscui no debate da sua comunidade, se expondo às forças formadoras de opinião e poderá até mesmo formar opiniões políticas, como consequência de estar vivendo em sociedade com exposição à amigos, família e à mídia.

Conforme nos informa o item 2.2, “um juiz deve se assegurar de que sua conduta, tanto na corte quanto fora dela, mantém e intensifica a confiança do público, dos profissionais legais e dos litigantes na imparcialidade do Judiciário”. Tal comando visa a evitar situações que afetem a imparcialidade do judiciário, mormente quando o juiz promove opiniões político-partidárias no meio social.

Sendo assim, com manifestações partidárias no discurso político, o que se cria é uma verdadeira ruína da percepção da população acerca da imparcialidade dos juízes, de acordo com Dipp:

Toda atividade político-partidária deve cessar sob a assunção do ofício judicial. A atividade político-partidária, ou declarações feitas fora do tribunal pelo juiz, a respeito de questões controversas, de cunho público-partidário, pode enfraquecer a imparcialidade. Elas podem conduzir a uma confusão pública sobre a natureza da relação entre o Judiciário, de um lado, e o Executivo e o Legislativo, de outro. Atividades partidárias e declarações, por definição, envolvem um juiz na escolha pública entre um lado ou outro do debate. A percepção de parcialidade será reforçada se, quase inevitavelmente, a atividade do juiz atrai crítica e/ou réplica. Em resumo, um juiz que usa a privilegiada plataforma do ofício para adentrar na arena político-partidária põe em risco a confiança do público na imparcialidade do Judiciário (2010, p. 245).





Porém, ressalta Dipp (2010) que essa regra geral exposta comporta algumas exceções, como os comentários em defesa da instituição judicial, àqueles feitos para o fim de explanar assuntos de lei em particular ou decisões para a comunidade. Também não se perde de vista o dever de cautela do juiz, com o fito de evitar complicações com controvérsias correntes, que podem ser vistas como politicamente partidárias. Logo, a conclusão à qual se chega é que o juiz serve ao povo, independentemente da política ou pontos de vistas sobre a sociedade, razão pela qual o juiz deve se esforçar para manter a confiança de todo o povo tanto quanto razoavelmente seja possível.

Sobre a ética judicial, cabe destacar que importa muito as aparências, aquelas como sendo as percepções que determinados atos geram no público, uma vez que podem despertar sérias dúvidas quanto ao caráter idôneo de um magistrado, conforme aduz o seguinte princípio, do item 4.1: “um juiz deve evitar a falta de idoneidade e a aparência de falta de idoneidade em todas as suas atividades”.<sup>5</sup>

Outro tópico importante é o 4.6, o qual aduz: “um juiz, como qualquer outro cidadão tem direito à liberdade de expressão, crença, associação e reunião de pessoas, mas ao exercer tais direitos, deve sempre conduzir-se de maneira tal que preserve a dignidade do ofício judicante e a independência do Judiciário”. O que se depreende deste texto é que deve haver parcimônia na conduta dos magistrados quando submetidos a discussões sobre política, por exemplo.

---

<sup>5</sup> Um caso interessante que é importante se analisar é aquele em que narra o comparecimento do ex- juiz Sérgio Moro a uma confraternização em torno de uma premiação promovida por um veículo de imprensa. Tal fato é relevante, pois na ocasião havia a presença de políticos de outro espectro político dos réus a quem o ex-magistrado estava julgando e que se beneficiariam politicamente com uma possível condenação. A imagem que aparece com frequência no noticiário acerca deste fato é aquela em que Aécio Neves (PSDB-MG) aparece ao lado de Sérgio Moro, conversando e sorrindo. Este símbolo deu ensejo à especulação de que exista algum relacionamento especial com alguém a quem o ex-juiz pode ter sido tentado a conferir uma vantagem. Logo, o que se depreende de tal fato é o dever de se evitar contatos inapropriados com figuras públicas do meio político que, por si só, possam causar dano a percepção de imparcialidade do Poder Judiciário por parte da sociedade civil.



Segundo os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, um juiz não deve se pronunciar nos debates públicos de assuntos controversos, uma vez que deve se manter desinteressado sobre tais questões, pois pode vir a decidir sobre o tema sobre

o qual já tenha emitido opinião. A mesma recomendação é feita no caso de crítica acerca de figuras públicas, que poderá vir a decidir alguma questão as envolvendo, seja na seara civil, criminal, administrativa ou eleitoral, essa de fato mais incisiva e apta a configurar atividade político-partidária por parte do magistrado.

Neste mesmo tópico, Dipp oferece a reflexão no sentido de permitir algumas manifestações no discurso político, conforme aduz:

Há circunstâncias limitadas em que um juiz pode falar abertamente sobre um problema que é politicamente controverso, isto é, quando um problema diretamente afeta a operação da corte, a independência do Judiciário (o que pode incluir salários e benefícios do juiz), aspectos fundamentais da administração da justiça ou a integridade pessoal do juiz. Um juiz pode participar em discussões sobre a lei para fins educacionais ou para apontar fraquezas nela. Em geral, tais comentários do juiz devem ser feitos como parte de esforço coletivo ou institucional por parte do Judiciário, e não de um juiz individualmente considerado. Podem surgir ocasiões na vida de um juiz quando, como ser humano com consciência, moral, sentimentos e valores, considera ser um dever moral falar abertamente. Por exemplo, no exercício da liberdade de expressão, um juiz pode juntar-se a uma vigília, ostentar um sinal ou assinar uma petição contra uma guerra, oferecer apoio à conservação de energia ou à oferecer independência ou financiar uma agência antipobreza. Se qualquer desses assuntos aparecer na corte do juiz e se a sua imparcialidade puder ser razoavelmente questionada, o juiz deve se desqualificar para qualquer processo onde a antiga participação cause dúvida quanto à imparcialidade e integridade dele (2010, p. 345).



O último tópico que interessa esta pesquisa é 4.11.4, o qual afirma que o “envolvimento com outras atividades, se tais atividade não rebaixarem a dignidade do cargo nem interferirem de outra maneira com o desempenho dos deveres judiciais” é permitida.

É o legítimo caso do magistrado ser membro de uma organização sem fins lucrativos, como conselhos de universidades e escolas, corpos religiosos laicos, conselho de hospitais, clubes sociais etc.

Trocando em miúdos, por fim, é legítima a restrição da participação de um juiz em organizações de cunho político, uma vez que suas próprias atividades podem expor o juiz a controvérsias públicas, de possível índole eleitoreira, podendo o magistrado incidir na proibição expressa de se dedicar à atividade político-partidária

#### *4.1.1 O Código de Ética Da Magistratura*

O código de ética foi aprovado por meio da Resolução nº 60, de 19 de setembro de 2008, pelo CNJ, sendo necessária para reger e especificar os ditames éticos pelos quais a conduta dos magistrados devem se pautar, até para concretizar os princípios que foram reproduzidos pelo Grupo de Conduta Judicial, em Bangalore. Optou-se por designar um subtópico para o código diferentemente do que ocorreu com os demais, haja vista que ele é a figura central dos instrumentos normativos, apto a dar um embasamento maior à análise dos casos apresentados no segundo capítulo desta obra.

Segundo (SEREJO, 2011), a importância do código perpassa pelos vetores éticos que contém, para que o juiz aja eticamente em seu ofício de julgar o cidadão e assegurar-lhe seus direitos. Tais vetores são exortados nos seguintes princípios:



independência, imparcialidade, transparência, diligência, dedicação, cortesia, prudência, sigilo profissional, conhecimento, capacitação, dignidade, honra e decoro.

A codificação era de difícil elaboração, mas de aspiração antiga, conforme aduz Volnei Ivo Carlin, em sua obra *Deontologia jurídica*, ao qual discorre sobre a importância de positividade desta matéria, mas sem sucesso em sua implementação, após várias tentativas (CARLIN, 2007).

A essencialidade do código de ética perpassa pela sua eficácia, ou seja, é saber se ele será seguido ou não, a fim de se garantir um exercício ético por parte dos membros da magistratura. Sobre tal aspecto, Rezende (2018) afirma que a ética judicial depende do exercício consciente da magistratura que passa pela compreensão do significado social do trabalho do juiz, bem como da realidade em que labora e os impactos de suas decisões.

Assim, é muito mais um impulso autônomo do que heterônomo e, por conseguinte, uma formação sólida – criando consciência no juiz de seus encargos, valores institucionais e missão constitucional e, principalmente, da realidade que estará presente em seus julgamentos – é muito mais essencial para garantir o exercício ético da magistratura do que qualquer código de ética jamais conseguirá (REZENDE, 2018).

Acerca da discussão da imprescindibilidade do código, é lícito apontar sua importância para se estabelecer uma matriz ética norteadora da conduta dos magistrados, que contribuirá para a compreensão dos limites impostos a esta classe. Contudo, não se perde de vista, de igual modo, a necessidade de formação democrática do juiz, através do exercício de (re)pensar a forma de recrutamento, à título de exemplo.



Sobre o Código, detidamente, o princípio atinente à independência do judiciário, no capítulo II, a partir do art. 4º é o que mais interessa a esta pesquisa, uma vez que esmiúça a relação entre o Judiciário independente e eticamente fortalecido com a proibição da atividade político-partidária.

São eles:

#### CAPÍTULO II INDEPENDÊNCIA

Art. 4º Exige-se do magistrado que seja eticamente independente e que não interfira, de qualquer modo, na atuação jurisdicional de outro colega, exceto em respeito às normas legais.

Art. 5º Impõe-se ao magistrado pautar-se no desempenho de suas atividades sem receber indevidas influências externas e estranhas à justa convicção que deve formar para a solução dos casos que lhe sejam submetidos.

Art. 6º É dever do magistrado denunciar qualquer interferência que vise a limitar sua independência.

Art. 7º A independência judicial implica que ao magistrado é vedado participar de atividade político-partidária.

A independência do juiz é o alicerce para enfrentar eticamente as influências externas. Sendo assim, caso não lhe seja dado tal garantia, faltará ao juiz a condição indispensável para afirmar sua autoridade.

Contudo, a afirmação da independência não poderá vir acompanhada de vaidades ou arrogância, visto que é plenamente possível o juiz ostentar essa qualidade com serenidade e sem deixar de lado a cortesia (SEREJO, 2011).

Além da independência do Judiciário que está sob ameaça com atos político-partidários, a própria noção de imparcialidade se quebra, uma vez que o juiz não tem mais condições de julgar por todas as suas decisões ficarem suspeitar de estar contaminadas pelo viés partidário.

Conforme salienta Serejo:



Importante distinção deve ser feita entre o juiz ativista, preocupado com a inclusão social e a agilidade da justiça, e o juiz que se envolve em atividades político-partidárias. Em comarcas pequenas, a tentação de envolver-se com forças políticas locais é forte. A pretexto de lutar por causas sociais, o juiz pode partidarizar-se, envolvendo-se com determinado grupo político e, então, todo seu propósito de lutar pela justiça social torna-se comprometido, visto que vai gerar conflitos com o outro lado, seja da situação, seja da oposição. Nota-se, também, que, em comarcas do interior, em cidades pequenas, a atividade político-partidária nem sempre implica vestir a camisa deste ou daquele partido: basta que se associe a um grupelho local para caracterizar atividade política. Sem autoridade moral, um juiz não pode presidir uma eleição numa comunidade interiorana, sob pena de comprometer a lisura do pleito e gerar insatisfação entre os grupos políticos (2011, p. 456).

Em outras palavras, a independência de que trata o art. 7º em muito se confunde com a imparcialidade política, sobre a qual obriga o juiz de se abster em participar de atividades políticas ou sociais que tenham um fim político, apesar desta imparcialidade não supor total distanciamento do juiz das questões políticas, tão caras a comunidade em que vive (DROMI, 1992).

O dever de imparcialidade do juiz aparece com igual importância ao lado do dever de independência por mantê-lo nos trilhos de uma conduta eticamente irrepreensível. Dito isso, a “segurança do cidadão que litiga está na garantia de imparcialidade do juiz. A expectativa do litigante é ter sua causa julgada por uma autoridade isenta de qualquer interesse pessoal, o que lhe dará certeza de uma sentença justa. Um dos maiores insultos à boa-fé do cidadão é o juiz romper com este dever por interesse ou corrupção” (SEREJO, 2011).

Nesse sentido, há de se problematizar o dever de imparcialidade do juiz, uma vez que nos lembra Bordieu (1989), os indivíduos não podem se desprender dos contextos históricos que formaram suas experiências, tendo assim, seus pensamentos



sido pensados por razão de uma sucessão de eventos que permitiu a formação da sua subjetividade.

Em outras palavras, o sujeito se vê refém de adquirir conhecimentos inconscientes que advém da incorporação das estruturas sociais. Portanto, pode-se afirmar que a imparcialidade como valor semelhante à neutralidade talvez nuncaseja conquistada pelo juiz, porém o que é legítimo que se faça é o maior esforço para se tentar alcançar esse valor, de tal modo que se possa aumentar a confiança no Judiciário como instituição essencial para o funcionamento do Estado Democrático de Direito (BORDIEU, 1989).

Outro assunto importante a ser abordado é que a postura ética do magistrado, mormente no discurso político que deve ser pautada pelo postulado da transparência, ao qual é referido no código de ética nos arts. 10 ao 14, à luz do disposto a seguir, aos quais destaca-se:

#### CAPÍTULO IV TRANSPARÊNCIA

Art. 12. Cumpre ao magistrado, na sua relação com os meios de comunicação social, comportar-se de forma prudente e equitativa, e cuidar especialmente:

I – para que não sejam prejudicados direitos e interesses legítimos de partes e seus procuradores;

II – de abster-se de emitir opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos, sentenças ou acórdãos, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, doutrinária ou no exercício do magistério.

Art. 13. O magistrado deve evitar comportamentos que impliquem a busca injustificada e desmesurada por reconhecimento social, mormente a autopromoção em publicação de qualquer natureza.

Com o advento do CNJ, a questão da transparência se concretizou em diversos atos vocalizados por este órgão, com destaque para a fixação dos critérios



de promoção dos magistrados, a elaboração de uma resolução que regulamenta o ingresso na categoria, de nº 75 de 2009 e a edição de outras resoluções que estabelecem parâmetros éticos para a profissão.

Segundo a visão de Serejo:

O artigo 13 do Código de Ética condena o exagero da autopromoção que busca a todo custo o reconhecimento social por suas ações. Esse é o limite das atividades sociais do juiz na comarca, as quais devem ser planejadas com o fim elevado de promover o homem, e não como meio de promoção pessoal para impressionar o tribunal a que pertence. O ponto mais alto dessa atitude “desmesurada” é confeccionar cartilhas, como relatório de suas atividades na comarca. Diferente dessa postura negativa, são as audiências públicas realizadas para ouvir as reclamações e dúvidas da comunidade e dizer o que está sendo feito para agilização dos processos e melhoria da prestação jurisdicional (2011, p. 231).

Ademais, outro exemplo negativo de autopromoção que pode ser utilizado para ilustrar o artigo 13 é conceder palestras sobre temas jurídicos, porém na presença de figuras políticas importantes, bem como em palanques que por si só ensejam a desconfiança da população por se tratarem de eventos de cunho político-partidário.

Fazendo-se uma relação do já citado art. 35, da LOMAN com o capítulo V do Código de Ética da Magistratura Nacional, se chega à conclusão de que a integridade apontada é vetor essencial para uma conduta ilibada do juiz, o que engloba a totalidade de suas ações, seja em sua vida particular, seja na sua vida pública.

Sendo assim, passe-se a análise dos principais artigos do capítulo em comento:

#### INTEGRIDADE PESSOAL E PROFISSIONAL

Art. 15. A integridade de conduta do magistrado fora do âmbito estrito da atividade jurisdicional contribui para uma fundada confiança dos cidadãos na judicatura.





Art. 16. O magistrado deve comportar-se na vida privada de modo a dignificar a função, cômescio de que o exercício da atividade jurisdicional impõe restrições e exigências pessoais distintas das acometidas aos cidadãos em geral.

Art. 19. Cumpre ao magistrado adotar as medidas necessárias para evitar que possa surgir qualquer dúvida razoável sobre a legitimidade de suas receitas e de sua situação econômico-patrimonial.

Ao juiz em sua vida privada, a fim de que sua autoridade moral reste inabalada, há de se optar por uma linha reta de idoneidade, pois não tem possibilidade de os cidadãos dissociarem a imagem do indivíduo juiz da figura do magistrado (HERRENDORF, 1994).

Conforme Serejo:

A vida privada de um magistrado, a princípio, pode escapar da vigilância do Poder Judiciário. Entretanto, é difícil separar esses dois momentos da sua existência. Por exemplo, numa comarca interiorana, todos observam a vida do juiz como autoridade maior da cidade. Se ele vive bêbado, se protagoniza escândalos domésticos, se tem vida extraconjugal dissimulada ou ostensiva etc., tudo é do conhecimento da comunidade. Nesse ponto, não há como falar-se de sua liberdade como cidadão, de viver como entende e como lhe aprouver, pois o magistrado é alguém que, necessariamente, deve ter uma vida exemplar, sem ser preciso santificar-se numa redoma. A conduta privada do juiz é isenta de avaliação? Está fora das exigências atinentes à sua atividade? Evidente que não. Esse é um fator que distingue o juiz de outro servidor público que, no fim de semana, vai para o bar da esquina beber à vontade, trajado do jeito que lhe aprouver, acompanhado de quem quer que seja. Se um juiz comportar-se dessa maneira na comarca, estará fatalmente vulgarizando sua autoridade, diminuindo o respeito que envolve o cargo (2011, p. 245).

Portanto, a conduta do magistrado em sua vida privada deve ser irrepreensível, de modo que sua postura ética no discurso político deverá vir acompanhada de muita parcimônia e serenidade, com atenção redobrada para se esquivar de emitir opiniões partidárias e/ou agir como um verdadeiro militante



político, ao arripio de toda uma construção constitucional e doutrinário sobre a ética profissional que deve se pautar os membros do Judiciário.

Não se está com isso afirmando que a classe dos magistrados precisasse ser “mais ética” do que outros cidadãos. O que se defende é um posicionamento mais balanceado quando o juiz se manifesta no discurso político, atendendo aos valores republicanos e democráticos, por exemplo, quando juiz que se manifesta repudiando atos de exploração ilegal por parte de madeireiros na região Amazônica. Logo, aqui se está longe de se defender moralismos que calcam a função do juiz como um sacerdócio, digno de completa diferenciação quanto à ética de outras categorias profissionais (REZENDE, 2018).

Por fim, os ensinamentos de Lopes são elucidativos no sentido de descrever a totalidade das ações do juiz que expõe a dualidade vida pública e vida privada:

A exposição de quem é o juiz espalha-se pelos vários campos em que se sedimenta a definição de direito: o juiz é no ambiente público e na exibição de sua esfera privada; o juiz é como condutor do processo em todas as etapas; ele é como agente da oralidade no contato com as partes, com os advogados e com terceiros como a imprensa; ele é como organizador – gestor de serviços públicos; ele é em todas as escolhas. Ele identifica-se como juiz em tudo o que faz e diz e em tudo o que não faz e não diz. Por conseguinte, a voz e o corpo por que se expressa ou com os quais se omite constituem a instituição a que se vincula e conformam a justiça concreta do tempo e do espaço em que ele se manifesta (2008, p. 127).

O Código ainda destaca os postulados de Diligência e Dedicção, os quais devem ser obedecidos no sentido de se respeitar a atividade judicante como sendo a mais importante perante outras permitidas, como as de cunho artístico, assistencial e de magistério.

Após os capítulos destinados a enunciar os valores de Cortesia, Sigilo profissional, Diligência e Dedicção e Conhecimento e capacitação, é importante



comentar outro de bastante importância que trata da Dignidade, Honra e Decoro, balizas pelas quais o juiz deve se manter na sua atuação judicial. Nele, em seu art. 37 é dito que “ao magistrado é vedado procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções”, o que, em outras palavras, significa dizer que tais atributos devem advir da responsabilidade com a qual o juiz trata de seu ofício judicante.

A honra de um juiz é construída pela sua história, alcançada pela sua preparação e solidificada pela consciência crítica que deve ter de seus atos, de modo que sua atribuição seja a mais ética possível, respeitando as personalidades particulares de cada profissional.

Nesse sentido, destaca Lazzarini:

O juiz, portanto, deve atuar deontologicamente, conforme o conjunto das regras de conduta dos magistrados, quer as previstas na legislação em geral, quer as decorrentes da experiência, necessárias ao exato e pleno desempenho ético de sua atividade profissional, zelando, assim, não só pelo seu bom nome e reputação, como também da instituição a que serve, o Poder Judiciário, no seu múnus estatal de distribuir a Justiça na realização do bem comum, como supremo fim do Estado de Direito (2005, p. 347).

Em conclusão, o magistrado, todavia, pode e deve estar inserido nas dinâmicas sociais, na sua comunidade, seu bairro, associações, clubes desportivos, frequentar locais públicos, ou seja, a ele é dado se envolver em tais dinâmicas, de modo que isso por si só não seja uma afronta a sua imparcialidade, para que não se estimule o juiz a viver como um eremita isolado ou que só compartilhe de uma dinâmica elitista (REZENDE, 2018).

#### *4.1.2 A análise das resoluções do CNJ acerca do tema*



Em um primeiro momento, cabe destacar, brevemente, a função normativa do CNJ à luz do disposto na Constituição Federal. Posteriormente, haverá a análise das Resoluções que fixam parâmetros para a atuação do Judiciário sobre questões políticas, através – principalmente – das mídias sociais tão em voga atualmente.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi criado em 2004, através da Emenda Constitucional nº 45, ao qual previu a missão constitucional de zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito da sua competência, ou recomendar providências (conforme art.103-B, §4º, I, da CF/88).

Neste contexto, sobre a importância de disciplinar a ética em espaços virtuais, Eduardo Bitter, no evento Ética e Magistratura, estatui que ela não se restringe a espaços predeterminados, pois está presente aonde o ser humano está. Logo, se o ser humano está inserido em um contexto digital, então a ética o acompanhará neste novo horizonte (BRASIL, 2018)

Passando-se à análise dos atos normativos sobre o tema, tem-se primeiramente o Provimento nº 71 ao qual dispõe sobre o uso do *e-mail* institucional pelos membros e servidores do Poder Judiciário e sobre a manifestação nas redes sociais.

Na parte dos “considerandos” da referida norma, há a preocupação de se justificar a edição do ato, uma vez que houve no âmbito do CNJ um aumento significativo do número de casos concretos relativos a mau uso das redes sociais por magistrados, bem como de comportamentos inadequados em manifestações públicas de cunho político-partidário, vedadas constitucionalmente (conforme art. 95, parágrafo único, CF/88).

O instrumento normativo também se preocupa em garantir e respeitar a liberdade de expressão de todo cidadão brasileiro e, portanto, dos membros do Poder



Judiciário. O que deve haver é uma coexistência de exercício deste direito fundamental com os deveres e as vedações funcionais que lhes são impostos constitucionalmente.

Ainda na parte dos “considerandos”, o ato normativo prevê que o amplo alcance das manifestações nas redes sociais pode prejudicar a preservação da imagem e da dignidade e do prestígio do Poder Judiciário brasileiro, ao que todos estes devem usá-la de modo prudente e com a devida cautela, sem, entretanto, dizer como se daria essa cautela na prática.

Analisando o Provimento nº 71, do CNJ, o jurista Daniel Sarmiento, no evento Ética e Magistratura, critica esse instrumento normativo pois não vê como certo restrições muito genéricas de maneira a vedar manifestações políticas, mesmo que envolvam nome de autoridades públicas, desde que aquilo que se fale não tenha nenhum risco de comprometer a imagem da imparcialidade do Poder Judiciário.

Contudo, a presente pesquisa reforçou o sentido de que é dever dos magistrados mostrarem prudência e serenidade quando se manifestam no discurso político. Portanto, o Provimento referido, mesmo que limitado ao alcance das redes sociais, veio em boa hora – uma vez que não havia parâmetros sustentáveis acerca do tema – e vêm a contribuir para o aprimoramento ética da classe judicial, sem que, com isso, esteja tal instrumento normativo a salvo de toda e qualquer crítica que se possa fazer.

Sendo assim, cabe transpor os artigos mais caros a esta pesquisa do referido Provimento:

Art. 2º A liberdade de expressão, como direito fundamental, não pode ser utilizada pela magistratura para afastar a proibição constitucional do exercício de atividade político-



partidária (conforme CF/88, art. 95, parágrafo único, inciso III).

§ 1º A vedação de atividade político-partidária aos membros da magistratura não se restringe à prática de atos de filiação partidária, abrangendo a participação em situações que evidenciem apoio público a candidato ou a partido político.

§ 2º A vedação de atividade político-partidária aos magistrados não os impede de exercer o direito de expressar convicções pessoais sobre a matéria prevista no caput deste artigo, desde que não seja objeto de manifestação pública que caracterize, ainda que de modo informal, atividade com viés político-partidário.

§ 3º Não caracteriza atividade político-partidária a crítica pública dirigida por magistrado, entre outros, a ideias, ideologias, projetos legislativos, programas de governo, medidas econômicas. São vedados, contudo, ataques pessoais a candidato, liderança política ou partido político com a finalidade de descredenciá-los perante a opinião pública, em razão de ideias ou ideologias de que discorde o magistrado, o que configura violação do dever de manter conduta ilibada e decoro.

Art. 4º O magistrado deve agir com reserva, cautela e discricção ao publicar seus pontos de vista nos perfis pessoais nas redes sociais, evitando a violação de deveres funcionais e a exposição negativa do Poder Judiciário (BRASIL, 2019).

Dito isso, o conteúdo do art. 2º é didático ao afirmar que o conceito de atividade político-partidária não se resume a filiação partidária nem aos atos tipicamente eleitorais, abrangendo, assim, outras situações menos óbvias que podem caracterizam tal vedação constitucional.

Na visão normativa do CNJ, a mera exposição de discurso elogioso ou crítico a figuras públicas que permeiam o ambiente político pode caracterizar atuação político-partidária e comprometer a dignidade do cargo do juiz e o dever de manter uma conduta irrepreensível, conforme art. 37, inciso X, da LOMAN.



A exceção exposta é no caso de se comentar os projetos de lei, ideias ou políticas públicas sem fazer a menção a partidos políticos, lideranças políticas e outras personalidades.

Tal exceção se justifica, uma vez que não há uma restrição absoluta à liberdade de expressão do juiz, na sua condição de cidadão. Em outras palavras, ao magistrado é dado a se manifestar sobre medidas econômicas, sobre a própria estrutura do Poder Judiciário e possíveis alterações, sempre atento para não proferir ataques pessoais aos mandatários e membros de outros poderes.

Em seu art. 4º, o Provimento nº 71 enfatiza os princípios de Bangalore já comentados, no sentido de o juiz agir sempre com muita prudência em seus *posts*, uma vez que para a percepção geral da sociedade, a figura pública judicante não se difere ou dissocia da imagem do particular detentor do cargo. Sendo assim, não haverá exposição negativa e consequente desconfiança no Poder Judiciário se devida prudência for perseguida pelos magistrados.

Todavia, o Provimento nº 71 peca em não desenvolver mais a fundo o que seria a prudência nas postagens em redes sociais. Seria, por exemplo, não participar de debates políticos em páginas de congressistas, por exemplo? Ou seria, em situação mais drástica, nem mesmo comentar *posts* sobre assuntos políticos dessas pessoas?

Logo, o presente artigo se torna um tanto quanto nebuloso ao não explicitar ao certo qual seria uma justa medida a se adotar para o agir com prudência e serenidade, como o fez quando narrou algumas possibilidades de restrição à liberdade de expressão no art. 2º.

Em continuação à análise do instrumento normativo em questão, diante de fatos noticiando que juízes proferiram discursos discriminatórios em face de outras pessoas, como é o caso da Desembargadora Marília, do TJRJ, adveio o art. 6º em



que rechaça qualquer possibilidade de postagem de conteúdo que possa ser interpretado como preconceituoso atinente às questões de raça, etnia, gênero, orientação sexual, religiosa e outros fatores que remontam aos ideais defendidos pela Carta Magna.

Em suma, a reflexão - extraída das normatividades analisadas acima - que os juízes devem fazer é a seguinte: O agir e os comportamentos se coadunam com os valores constitucionais consagrados pela Constituição Cidadã? Dessa indagação, surgem várias outras de natureza ética, as quais remontam a afirmação de Oliveira (2016) de que do juiz se exige imparcialidade e discernimento para distinguir o justo do injusto. O que importa para a boa formação do juiz, e até mesmo para seu conceito social, é o equilíbrio e a prudência.

Em face do provimento nº 71 do ano de 2018, foi interposto Medida de Segurança contra toda a sua matéria, por parte da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES), que sustentaram haver censura prévia às opiniões políticas de magistrados e impõe deveres funcionais, e não mera recomendação, afrontando o princípio da legalidade e suprimindo os direitos fundamentais à livre manifestação, informação e comunicação.

Em setembro de 2018, o Ministro Luís Roberto Barroso, relator do referido MS nº 35793, indeferiu a liminar, asseverando que o controle dos atos do CNJ pelo STF somente se justifica nas hipóteses de inobservância do devido processo legal, exorbitância das competências do conselho e injuridicidade ou manifesta irrazoabilidade do ato impugnado, não encontrando resquício de nenhum dos fatores acima.

Na visão do relator, a controvérsia presente na lide diz respeito apenas à parte que interpretou a vedação à atividade político-partidária pelos juízes de modo a abranger a participação em situações que evidenciem apoio público ou crítica a





candidato ou a partido político, sendo que os demais dispositivos do ato impugnado apenas reproduzem o que está contido na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Continuando a sua argumentação, Barroso considera que não é desarrazoada a emissão, pelo CNJ, de orientações as quais indiquem que as manifestações de apoio ou reprovação a candidatos e partidos em redes sociais podem configurar atividade político-partidária, dizendo que o impacto das mídias sócias na sociedade, juntamente com o seu poderoso alcance que assumiram nas disputas eleitorais recomendam discrição e cautela.

Além disso, sobre a alegação que o referido provimento ensejaria efeitos concretos e feriria o princípio da legalidade, o Relator do caso sustenta que os dispositivos do art. 130, §5º, da CF/88 e do art. 8º, inciso X, do Regimento Interno do CNJ autorizam a expedição de atos normativos pela Corregedoria Nacional de Justiça. Se assim não fosse, haveria uma imprevisão acerca do que de fato pode ser feito eo que não pode, ensejando uma indesejável insegurança jurídica e possibilidade de que os casos concretos semelhantes fossem decididos de forma totalmente oposta.

Logo, o Provimento nº 71/2018 limita-se a expor aquilo que o CNJ interpreta como atividade vedada aos magistrados. Não há previsão abstrata de transgressão funcional, mas simples enunciação pelo órgão correccional do sentido da proibição de dedicação à atividade político-partidária (BRASIL, 2019).

Outro instrumento normativo que advém do espaço fértil de debate propiciado pela ascensão das redes sociais no cotidiano atual, é a Resolução n. 305, de 17 de dezembro de 2019 pelo CNJ, disponibilizada em seu Diário de Justiça eletrônico em 18 de dezembro de 2019, visando estabelecer parâmetros para o uso de redes sociais por membros da magistratura.



Na própria parte dos “considerandos” da norma há alusão à competência do CNJ de zelar pela autonomia e independência do Poder Judiciário, podendo expedir atos regulamentares, nos termos do art.103-B, §4º, da Constituição Federal.

Ainda nesta parte, tem-se a preocupação da conduta individual do juiz nas redes sociais trazer prejuízos para a confiança do cidadão e da sociedade na instituição do Poder Judiciário, uma vez que o que o magistrado posta sobre sua vida privada está intimamente ligado à sua imagem pública.

Por fim, o último parágrafo dos “considerandos” traz à baila a urgência de se ter uma formação profissional específica que abranja as questões de uso ético das redes sociais, sobre sua natureza e funcionamento, bem como que explicita seus riscos e impactos negativos, sobretudo diante da independência e imparcialidade do Judiciário e da dignidade do cargo.

Cabe então transmitir as partes da resolução em vigor que interessam a esta pesquisa:

Art. 3º A atuação dos magistrados nas redes sociais deve observar as seguintes recomendações:

II – Relativas ao teor das manifestações, independentemente da utilização do nome real ou de pseudônimo:

b) evitar manifestações que busquem autopromoção ou superexposição;

Parágrafo único. É estimulado o uso educativo e instrutivo das redes sociais por magistrados, para fins de divulgar publicações científicas, conteúdos de artigos de doutrina, conhecimentos teóricos, estudos técnicos, iniciativas sociais para a promoção da cidadania, dos direitos humanos fundamentais e de iniciativas de acesso à justiça.

Art. 4º Constituem condutas vedadas aos magistrados nas redes sociais:

– emitir opinião que demonstre atuação em atividade político-partidária ou manifestar-se em apoio ou crítica públicos a candidato, lideranças políticas ou partidos políticos (art. 95,



parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal; art. 7º do Código de Ética da Magistratura Nacional);

– emitir ou compartilhar opinião que caracterize discurso discriminatório ou de ódio, especialmente os que revelem racismo, LGBT-fobia, misoginia, antissemitismo, intolerância religiosa ou ideológica, entre outras manifestações de preconceitos concernentes a orientação sexual, condição física, de idade, de gênero, de origem, social ou cultural (art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal; art. 20 da Lei no 7.716/1989);

§1º Para os fins do inciso II deste artigo, a vedação de atividade político-partidária não abrange manifestações, públicas ou privadas, sobre projetos e programas de governo, processos legislativos ou outras questões de interesse público, de interesse do Poder Judiciário ou da carreira da magistratura, desde que respeitada a dignidade do Poder Judiciário (BRASIL, 2019).

Há evidente preocupação da Resolução apresentada com os valores éticos e morais esculpidos nos princípios de Bangalore e no Código de Ética da magistratura, uma vez que estes comandos principiológicos servem como base normativa e axiológica para estabelecer os parâmetros do uso das redes sociais.

Tendo isso em vista, já em seu art. 2º, parágrafo único, conceitua rede social de modo abrangente, alcançando todos os sítios da internet, plataformas digitais e aplicativos de computador ou de dispositivo eletrônico móvel, que compartilhem informação de qualquer maneira.

Trocando em miúdos, há um anseio por parte da norma de não se excluir quaisquer meios na *internet* capazes de difundir opiniões político-partidárias como é o caso de *blogs* que podem ser utilizados com esse objetivo.

O que fica perigoso nesta constatação é a conclusão que pode se chegar ao interpretar este dispositivo de modo a abranger aplicativos de mensagens privadas dos membros da magistratura, o que, *a priori*, poderia configurar uma indevida intromissão na privacidade do magistrado.



Logo, o que se tem por consequência, é a análise de que o CNJ ao instruir a resolução nº 305 não o fez para restringir o núcleo essencial do direito à privacidade, o que se leva a concluir que o alcance deve ser interpretado restritivamente de modo a não colidir com este direito fundamental, à luz, nos lembra Alexy (2008), do princípio da proporcionalidade como meio de ponderação.

Quanto ao teor das manifestações dos juízes nas redes sociais, conforme o art. 3º prescreve, foi prudente estabelecer uma limitação a conteúdos que traga uma superexposição do indivíduo ou autopromoção, uma vez que deve ser respeitado o valor da humildade do juiz, à luz do prescrito no Código de Ética da magistratura.

Em outras palavras, conforme preceitua Nascimento (2001), o juiz não pode ser o dono da verdade, ao contrário, busca-a como maneira de melhor prestar a jurisdição. Logo, a falta de humildade conduz à falta de serenidade que impede o juiz de ser sensato, se transformando em outra coisa, um super-homem, mas não um magistrado.

Outro tópico importante a ser analisado é as vedações constantes do art. 4º, as quais revelam que qualquer manifestação que demonstre a atuação político-partidária por parte do juiz, como um apoio a uma candidatura por exemplo, deve ser rechaçada e punida perante o órgão correccional.

Há, contudo, exceções a estas condutas vedadas (art. 6º). É o caso de juízes dirigentes de associação de representação da classe judicial, os quais podem usar as redes sociais para se manifestar sobre os interesses dos associados, bem como com vistas à defesa de interesses de classe em debates públicos, de interesse nacional, que coadunam com os ditames do Estado Democrático de Direito. Ou seja, pode o magistrado à frente da organização se imiscuir no debate político para defender as prerrogativas da profissão e criticar autoridades que tentem diminuir direitos e benefícios da classe.



À guisa de conclusão, a resolução nº 305 cuidou de atribuir às Escolas da Magistratura interessantes competências quanto à orientação dos magistrados no manejo com as plataformas digitais. De fato, tal medida é de bastante eficácia, uma vez que novos magistrados precisam se adequar à ética profissional da classe antes mesmo de começarem sua atividade judicante.

De igual modo, os já juízes podem fazer cursos de aperfeiçoamento para melhor lidarem com estas questões, principalmente voltada aos mais avessos à tecnologia que podem se interessar e fazer parte deste mundo digital.

Em continuidade, destaca-se a posição de Lopes (2011), a quem as escolas da magistratura desempenham um papel fundamental ao juiz refletir sobre suas condutas, como se sua imagem pudesse “ser refletida num espelho no qual ele pode se ver e reconhecer”. Logo, argumenta-se que é sempre fundamental a autocrítica do magistrado em razão da sua postura em temas controversos, por exemplo.

Por fim, há de se lembrar que a Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da referida resolução, argumentando que o texto normativo inovou no ordenamento jurídico ao prever condutas passíveis de sanção disciplinar, violando o disposto no art. 93, *caput*, da CF. Contudo, o processo ainda está pendente de apreciação pelo STF, quando do encerramento desta pesquisa (BRASIL, 2020).

## **5 ANÁLISE DOS CASOS DE LIMITAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS JUÍZES**

Este último capítulo fará uma análise dos casos que foram noticiados no segundo capítulo, uma vez que essas situações concretas trazem consigo lições valiosas sobre como se chegar em limitações de um direito fundamental – a liberdade de expressão – na prática, bem como auxiliam esta pesquisa entender como valores



abstratos como imparcialidade, transparência, prudência, vedação à atividade político-partidária se manifestam na vida real.

Sobre o caso Marília, em especial, as declarações feitas pela Desembargadora Marília de Castro Neves Vieira em sua página no *facebook*, destaca-se que é no mínimo de se estranhar tal atitude de uma magistrada, mormente de um membro do Tribunal de Justiça de um estado.

Em continuidade, ao adentrar em seus discursos se constata que mesmo que esta fosse cidadã e não ocupasse nenhum cargo público tais manifestações seriam inadequadas e aptas a restrição de seu livre pensamento, vez que elas têm claro intuito de difamar e injuriar as pessoas que se refere, sendo tal fato, claro exemplo de limitação ao exercício da liberdade de expressão.

Desenvolvendo melhor o tema, pontua-se que todas as exposições mostradas convergem uma atuação por parte da Desembargadora que extrapola os limites da liberdade de expressão, uma vez que esse direito é cerceado igualmente em razão da sujeição especial já abordada.

Ou seja, a própria finalidade de proteção e garantia aos direitos fundamentais outorgados ao Poder Judiciário na Lei Maior, impede que os seus membros profiram discursos atentando contra esses mesmos direitos subjetivos que têm por missão salvaguardar, indicando a perpetuação da velha confusão, que se há no país, entre o público e o privado.

Logo, tal discurso pode ser limitado por haver uma justa ponderação de valores em que, nesse caso concreto, preponderou o respeito à dignidade da pessoa humana em detrimento da liberdade de expressão da magistrada. Isso significa que, à luz do princípio da proporcionalidade, não é razoável o magistrado dirigir ofensas pessoas a quem quer que fosse principalmente, se se tratar de figuras públicas



relacionadas à política partidária, sendo, portanto, legítimo a restrição ao direito fundamental de se expressar livremente (ALEXY, 2008).

De outro modo, a própria Lei Orgânica da Magistratura prevê que ao magistrado compete se comportar de modo ilibado e de modo irrepreensível em sua atividade privada, à luz do inciso VII, do art. 35, da LOMAN. Trocando em miúdos, este dever foi frontalmente atingido à medida em que a magistrada vinculou postagens agressivas a pessoas públicas em sua rede social.

Nesse sentido, o Provimento nº 71, de 2018, editado pelo CNJ, dispõe, em seus artigos, vários vetores interpretativos que orientam a aplicação das leis que tratam do tema da ética na magistratura.

No §3º, do art. 2º, do referido ato normativo, tem-se a interpretação de que, para o CNJ, são vedados ataques pessoais a liderança política com o fito de descredenciá-los perante a opinião pública, em virtude de ideias de que discorde o juiz. Logo, tem-se caracterizado a violação do dever de manter a conduta ilibada e decoro o fato – lançando mão dessa interpretação feita pelo dispositivo – da juíza Marília ter postado uma imagem de Guilherme Boulos, aduzindo que este seria recebido “na bala”, em referência ao decreto de liberação de armas, do Presidente Jair Bolsonaro.

Ademais, o dever do juiz em ter prudência e cautela ao postar conteúdo em suas redes sociais, em atenção ao que diz o art. 4º, do Provimento n. 71, não foi cumprido porque atitudes discriminatórias não podem ser vistas como razoáveis ou ponderadas, ao risco de estabelecer uma vida digital e conectada sem critérios de convivência mínimos.

Nesse sentido, o que causa mais aversão é o fato da magistrada fazer ofensas pessoais à pessoas públicas brasileiras, do campo progressista, chegando a afirmar,



também, que a deputada norte-americana deveria ser segregada do meio social, pelo fato de ser socialista.

Portanto, a conduta da magistrada revela um preconceito contra tais pessoas públicas pelo simples fato de expressarem opiniões divergentes da juíza, o que se enquadra na proibição do art. 6º, do Provimento n. 71. Isso decorre do fato da juíza ter postado conteúdo discriminatório pertinente às questões de raça, como no caso em que afirmou que zumbi dos palmares seria um “mito inventado” e que, com isso, estimulava um racismo que a magistrada até então desconhecia.

Essa conclusão da magistrada só revela o quão o racismo, na sua forma estrutural, é presente no Brasil, haja vista que a estrutura social, ou seja, o modo como se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares cria condições sociais para que indivíduos racialmente identificados sejam discriminados de forma sistemática (ALMEIDA, 2018).

Logo, ao desprezar a existência de um símbolo da luta antirracista no Brasil, a juíza ratifica o entendimento de uma sociedade brasileira altamente racista, o que leva a sugestão de um racismo institucional, vez que, como as instituições também são componentes essenciais da sociedade, os conflitos raciais também são parte das instituições (ALMEIDA, 2018).

Tal fato decorre, conforme nos ensina Almeida (2018), da desigualdade racial ser uma característica da sociedade não apenas por causa da ação isolada de grupos ou de indivíduos racistas, mas fundamentalmente porque as instituições são hegemônicas por determinados grupos raciais que utilizam mecanismos institucionais para impor seus interesses políticos e econômicos.

Logo, isso ilustra um dos motivos pelos quais a fala da Desembargadora não choca porquanto ela faz parte de um judiciário elitista e altamente conservador que corrobora e reforça esses estigmas e preconceitos em torno da negritude brasileira,





como revela a posição firme do Judiciário em, recorrentemente, desclassificar o crime de racismo para a injúria racial (MOREIRA, 2019).

Ademais, houve outro ato preconceituoso levando em conta os aspectos de gênero e orientação sexual, no caso do ódio demonstrado ao então deputado federal, Jean Wyllys, em que a juíza defendeu a “execução profilática” do congressista e alude que esse não honraria a bala que iria matá-lo, tamanha foi a afronta aos princípios mais basilares da ética: o respeito à opção sexual e às opiniões políticas divergentes

Assim, o que se pode inferir logicamente dos fatos é a revelação de uma vocação à militância política – ao ofender pessoal pessoas do espectro político oposto do seu – que se mostra completamente incompatível com seu posto público, ferindo a ética, à luz proibição expressa de se dedicar à atividade político-partidária.

Em suma, como afirmou Daniel Sarmiento - no evento Ética e Magistratura realizado no auditório do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, nos dias 20 e 21 de setembro, de 2019 – é fundamental que o Judiciário pareça atuar de forma impessoal, íntegra e digna, sendo este o principal fundamento que foi utilizado para regulações dos juízes em sua vida privada, ocasião em que tais valores não foram verificados na postura da juíza Marília de Castro Neves Vieira, em seus perfis pessoais, nas redes sociais.

Sobre a conduta da magistrada Valdete Souto Severo que participou do evento de nome “Comentários a uma condenação anunciada e a prisão política de Lula”. Ora, o simples fato de um magistrado atender a um evento em que se discute um caso já julgado e as suas implicações sociais e políticas, não indica, por si só, afronta à ética da profissão e nem ensejaria limitação ao exercício da liberdade da juíza.



O que poderia ser problemático neste caso seria a possível afronta aos deveres éticos que decorreria de comentários feitos pela juíza a uma decisão do Poder Judiciário.

Nessa última hipótese, tal fato seria possível de restrição, uma vez que a LOMAN expressamente veda o juiz de fazer análise ou crítica à sentença proferida por outros magistrados, conforme destaca o art. 39 da referida lei:

Art. 36 - É vedado ao magistrado:

III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério (BRASIL, 1979).

Logo, o que se pode perceber é que a restrição à liberdade de expressão decorre desta vedação, uma vez que a palestra não se encontra abrangida pelo exercício do magistério por não ter sido realizado em ambientes eminentemente acadêmicos, como é o caso de escolas e universidades, mas sim no Sindicato dos municipais de Porto Alegre, afrontando o dispositivo acima, caso a juíza tenha optado por se manifestar sobre a sentença judicial em desfavor do ex-presidente Lula.

Sobre o caso Brettas, especialmente, acerca das posturas assumidas pelo juiz Marcelo Brettas nas suas redes sociais, uma análise detida dos fatos revela que as suas manifestações exprimem opinião política, pois mostra, de antemão, uma falta prudência, apta a caracterizar verdadeira atividade político-partidária não acobertada pela liberdade de expressão. Logo, tem-se por prejudicar a atuação imparcial do juiz em seus deveres funcionais pela campanha implícita para ser nomeado ao cargo de Ministro da mais alta corte do país.

Isso se deve ao fato de que o método empregado consiste não de opinar sobre políticas públicas do governo, mas sim declarar seu amplo apoio ao personagem político que ocupa a Presidência do país, o que é censurável, porque tal declaração



foi realizada com intuito de promover relacionamento pessoal com a autoridade que poderá lhe indicar ao Supremo Tribunal Federal.

Ademais, é sempre essencial lembrar que a legitimidade do Poder Judiciário depende não somente do exercício da imparcialidade e independência, mas também, e principalmente, da sua percepção social, bem público tutelável constitucionalmente (FALCÃO; OSÓRIO, 2016).

Nesse sentido, trazendo a discussão para o campo da magistratura e da atuação dos operadores de direito, Eduardo Bitter, no evento *Ética e Magistratura*, constata que os juízes não podem ignorar a realidade virtual e seus desafios, o que não significa que devem estar dentro dela, ou seja, que deve se submeter à sua lógica seguindo as convenções das relações digitais. (BRASIL, 2018)

O palestrante alerta que é melhor se distanciar desta nova realidade virtual para verificar passivamente suas implicações do que estar atuante:

Assim, o juiz holofote ou midiático não necessariamente é o melhor produto da abertura democrática e transparência judiciária, especialmente em tempos de redes sociais, de exposição de pessoas, indiscrição virtual, mediação de temas de justiça, é de decisiva importância o cuidado dos juízes devem ter com perfis nas redes sociais, com comentários que antecipem decisões judiciais”, com exposição de questões que envolvem o Judiciário em curso, com exposição de opiniões político-partidárias nas redes sociais, ficando sempre permitida a possibilidade das associações de classe terem e manterem posicionamentos militantes na atuação político- constitucional e representativa dos interesses da classe profissional.

Por isso, do ponto de vista ético, os juízes devem manter postura de desconfiança, de cuidado, de distância, de prevenção e de crítica perante as redes sociais, como um fenômeno novo (BRASIL, 2018, p. 46).

Em suma, o autor é favorável a um distanciamento dos magistrados do fenômeno das redes sociais, tendo sempre em consideração os princípios da independência e imparcialidade do Poder Judiciário, o que não se verificou no caso



do juiz Marcelo Brettas que enseja um abalo à confiança da população no judiciário por esta aproximação a figura do atual Presidente da República.

Em continuidade à análise deste caso, há de se ter em mente a recomendação de seguir os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, vez que este documento traz lições essenciais sobre a postura ética dos magistrados no discurso político.

Uma delas é a constante do item 2.2: “um juiz deve se assegurar de que sua conduta, tanto na corte quanto fora dela, mantém e intensifica a confiança do público, dos profissionais legais e dos litigantes na imparcialidade do Judiciário”. Tal comando visa a evitar a situação do juiz Marcelo Brettas na qual afeta a imparcialidade do judiciário, mormente quando o juiz promove opiniões políticas nas redes sociais de modo a elogiar uma figura política, tendo em vista o desejo de integrar a mais alta corte do país.

Do mesmo modo, o código de ética da magistratura estatui em seu art. 13 que o magistrado deve evitar comportamentos que impliquem a busca injustificada e desmesurada por reconhecimento social, mormente a autopromoção em publicação de qualquer natureza, o que revela que a conduta do magistrado fluminense configurou uma afronta ao dever de se resguardar eticamente, promovendo uma verdadeira campanha ilícita ao cargo de Ministro do STF.

Além do código de ética, o Provimento nº 71 destaca a interpretação adequada à conceituação da vedação à atividade político-partidária, aduzindo, em seu

§1º, do art. 2º, que ela não se restringe à prática de atos de filiação partidária, abrangendo a participação em situações que evidenciem apoio público a candidato ou a partido político, como no caso do Juiz Brettas que fez menções honrosas ao Presidente Jair Bolsonaro, em claro apoio a sua figura política.



Contudo, é possível coexistir em um mesmo ambiente os valores de imparcialidade e independência com a presença dos juízes nas redes sociais no discurso político, desde que se atentem para suas condutas não caracterizarem atividade político-partidária, reconhecendo-se, assim, a linha tênue das manifestações políticas proferidas pelos magistrados que esta pesquisa também se propôs a analisar.

O cenário ilustrativo dessa saudável coexistência é o Caso Boujikan, da Desembargadora Kenarik Boujikan que criticou a fala do Ministro Dias Toffoli, ocasião em que esse afirmou que a instalação do regime militar através de um golpe em 1964 seria melhor classificado como um “movimento de 1964”.

O que se revela é a manifestação acerca de um problema de ordem pública que diz respeito a História do Brasil, o que, em tese, não se configuraria atividade político-partidária, nem contrariaria a ética profissional.

Desse modo, a Constituição Federal outorgou ao Poder Judiciário uma autonomia necessária para que ele seja independente e forte, concedendo aos magistrados um estatuto que, efetivamente, os protege contra vaidade e arbítrio (CLÉVER, 2011).

Então, o que seria deste poder se a hierarquia e a prepotência de não compreender críticas, mesmo que sejam elas dirigidas ao chefe máximo do sistema judicial, se sobrepor à autonomia e à liberdade de expressão dos juízes, como é o caso da Desembargadora Boujikan?

Trazendo à baila uma interessante análise do Direito comparado feita no segundo capítulo, no caso Pitkevich v Rússia, a CEDH entendeu não ter havido razões para se restringir o direito à liberdade de expressão da magistrada Pitkevich de ter feito críticas ao Judiciário Russo, em razão das eleições ao cargo de magistrado (DIJKSTRA, 2017).



Logo, se chega a mesma conclusão do caso apresentado acima, qual seja, de que as críticas ao sistema de justiça são importantes para o debate público e a contribuição do juiz nesse diálogo é fundamental por ser membro deste sistema.

Em suma, quanto à este caso, não há nenhuma limitação à liberdade de expressão que possa ser imposta, vez que não se pode suprimir o conteúdo ou núcleo central do direito à liberdade de expressão, importante pressuposto negativo das relações de sujeição especial, bem como um essencial limite aos limites impostos a tais relações (ADAMY, 2017).

Em complemento, passe-se à análise do processo que investigou a conduta dos juízes André Luiz Nicollit, Cristina de Faria Cordeiro, Rubens Casara e Simone Nacif que subiram em um carro de som em protesto na praia de Copacabana, no Rio de Janeiro, e defenderem a sua oposição ao processo de impeachment, no que se denominou de o caso dos Quatro de Copacabana.

Proferindo interessante parecer sobre o processo desses quatro juízes, o Professor Daniel Sarmiento traz a visão de que é dado ao magistrado se pronunciar sobre temas controvertidos de natureza política, apoiado no Caso *López Lone y otros vs Honduras*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em que quatro magistrados haviam sido afastados de suas funções por terem caracterizado a destituição do Presidente da República José Manuel Zelaya Rosales como golpe.

Na ocasião, a CIDH estatuiu que a restrição à participação em atividades do tipo partidário aos juízes não deve ser interpretada de maneira ampla, de forma que impeça que os juízes participem de qualquer discussão de índole política (SARMENTO, 2017). Com isso, o afastamento dos juízes foi invalidado por tal Corte e os magistrados retornaram a seu ofício judicante.



O que se percebe, portanto, é a manifestação da liberdade de expressão do juiz, atuando como cidadão, em meio a polarização surgida na época apurada. O que não se coaduna com este direito é a sua manifestação quando o magistrado tem oportunidade/possibilidade de julgar ações, e efetivamente as julga, sobre as quais tenha previamente mostrado preferência ou indisposição quanto a uma das partes.

Em consonância com a posição abordada nesta pesquisa, Daniel Sarmento defende que juízes não devem ficar totalmente inertes quanto aos acontecimentos mais importantes da Nação, do mesmo modo que não devem atuar ativamente em um contexto eleitoral, sob pena de se caracterizar atividade político-partidária. De qualquer modo, restrições radicais que remetem ao núcleo da liberdade de expressão, como vedação a manifestações sobre temas contravertidos de natureza política, violariam a Constituição.

Sobre tal aspecto, Dipp (2010) destaca que tem circunstâncias na vida do indivíduo que se trate de uma importantíssima questão de ordem pública, ocasião em que esse pode ser imbuído de um dever moral de se manifestar sobre tal assunto abertamente. Elencando como um dos exemplos, o exercício legítimo de liberdade de expressão do juiz ao assinar uma petição contra guerra ou oferecer apoio à conservação de energia limpa etc.

O que não se veda, portanto, é opinar sobre tais assuntos, principalmente quando não se é provável que questionamentos a esse fato venham a ser decididos pelo juiz que se pronunciou, como é o caso das manifestações sobre o impeachment da ex-presidente Dilma Roussef.

Trocando em miúdos, no caso do juiz se manifestar sobre assuntos políticos, caso a controvérsia venha a parar em sua mesa de gabinete, o ideal seria se declarar suspeito, haja vista que sua imparcialidade pode ser razoavelmente questionada, apta a



desqualificar o juiz de qualquer processo que cause dúvida quanto a esse valor e também quanto à integridade profissional do juiz (DIPP, 2010).

Tal situação ocorreu com o juiz Catta Preta, o qual violou o valor de imparcialidade que é protegido pela restrição à sua liberdade de expressão ao julgar ação envolvendo a ex-presidente Dilma, a qual foi alvo de seus comentários contrários nas suas redes sociais. De igual modo, o juiz Catta Preta, em suas redes sociais, faz menção ao candidato Aécio Neves, bem como posta fotos que demonstram o apoio ao processo de impeachment.

Desse modo, é nítido que o dever de imparcialidade do juiz aparece de igual essencialidade ao lado do dever de independência por mantê-lo no caminho de uma conduta eticamente irrepreensível.

Dito isso, um dos maiores insultos à boa-fé do cidadão é o juiz romper com o dever de imparcialidade, visto que a segurança do indivíduo que litiga está na garantia da imparcialidade, pois a expectativa do litigante é ter sua causa julgada por uma autoridade isenta de qualquer interesse pessoal, o que traz a possibilidade de uma sentença justa (SEREJO, 2011).

Logo, a imparcialidade como valor foi infringido, pois o julgador não se declarou suspeito a julgar o feito, conforme destaca o art.145, inciso IV, do Código de Processo Civil (CPC/15) o qual aduz que há suspeição quando o juiz é interessado no julgamento da causa, em favor de qualquer uma das partes.

Ainda mais a grave o fato de ter ainda a possibilidade do julgador declarar-se suspeito, de modo a resguardar a ética de sua profissão, por motivos de foro íntimo que não há necessidade de declarar suas razões, à luz do art.145, §1º, do CPC/15.

Nesse sentido, segundo Hirschfeldt, Kreca e Grabenwater (2015), na Suécia, se o magistrado julgar ações sobre as quais já tenha se contaminado emitindo





posições, ou defendido posições políticas claras, haverá uma diminuição da confiança do povo no Judiciário, conforme destaca o Parlamento Sueco.

Logo, a visão dos congressistas suecos é bem explícita ao dispor que a liberdade de expressão dos juízes na condição de cidadão não pode ser vista como absoluta, isto é, sem exceções, principalmente quando o magistrado se manifestar sobre temas políticos, se valendo do prestígio da autoridade que exerce (HIRSCHFELDT; KRECA; GRABENWATER, 2015).

Por fim, Nelson Nery Júnior, no evento Ética e Magistratura, destacou que o juiz tem o dever de se declarar impedido ou suspeito de julgar os casos que comprometem a sua relação de distanciamento das partes, seja por declarações ou comportamentos no debate político, como exemplo. Logo, caso não o faça, feriria a ética da profissão, bem como o art. 35, da LOMAN, que aduz ser dever do magistrado manter conduta irrepreensível em sua vida pública e particular, o que foi o caso do juiz Catta Preta (BRASIL, 2008).

## 6 CONCLUSÃO

O trabalho apresentou uma digressão teórica acerca do direito fundamental à liberdade de expressão, apontando seus marcos conceituais e as dinâmicas jurídicas e históricas que pautaram a luta por esse direito materializado na Constituição de 1988.

Nesse sentido, a Carta Magna de 1988 incluiu de diversas garantias e a normatização de alguns valores caros ao exercício da magistratura, entre eles a independência e imparcialidade do Poder Judiciário, os quais constituem pedra angular na legitimação política e respeitabilidade deste poder como uma instituição basilar ao funcionamento do Estado Democrático de Direito.



Posteriormente, apontou-se que o direito de se expressar livremente não seria absoluto, comportando, assim, limitações ao seu exercício, como aquelas constantes das situações nas quais esse direito possa entrar em rota de colisão com outros direitos de igual status constitucional, entendendo este fenômeno à luz da técnica da ponderação.

As limitações ao direito à liberdade de expressão também foram trabalhadas com apoio da teoria das relações especiais de sujeição, uma vez que a qualidade de agentes públicos dos juízes impunham a esta classe uma restrição diferenciada ao direito fundamental acima aludido.

Portanto, foi necessário expor em capítulo próprio acerca da liberdade de expressão do juiz, expondo os casos em que seriam pertinentes à análise de uma eventual limitação a esse direito, aliado à compreensão da proibição constitucional dos magistrados se dedicarem à atividade político-partidária.

Além do mais, a verificação da liberdade de expressão do juiz à luz do Direito Comparado foi pertinente a esta pesquisa porquanto abarcou a ilustração de vários casos relativos às limitações ao exercício desse direito por parte dos membros da magistratura.

Ainda, em complemento a essa análise conforme o direito alienígena, explicitou-se como alguns países tratam a necessidade ou não de um código de ética apto a dispor sobre os deveres éticos e institucionais do magistrado e como essa relação de imprescindibilidade da elaboração de instrumentos normativos versando sobre ética judicial foi importante para o julgamento de demandas envolvendo a liberdade de expressão do juiz, pontuando em que medida se censuravam falas político-partidárias dos magistrados.

Com o fito de se estabelecer caminhos para aferição de uma postura ética do juiz no discurso político, realizaram-se verificações quanto aos conceitos variados de



ética e ética profissional, com a conclusão de que este último não seria menos importante que a ética judicial, levando em conta que à todas profissões os valores éticos de integridade, prudência, modéstia e humildade, por exemplo, seriam essenciais ao melhor desempenho em quaisquer carreiras.

Contudo, procurou-se analisar as especificidades dos instrumentos normativos que versam sobre a ética judicial, como a Lei Orgânica da Magistratura, o Código de Ética da magistratura, o Provimento nº 71/2018 e a Resolução nº 305/2019, do CNJ. Além deles, foi descrito as contribuições que os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial tiveram na análise da temática apresentada, como o fato de proporcionar uma leitura mais concreta do que seria um Judiciário respeitado, independente e imparcial e como algumas condutas dos juízes no discurso político poderiam abalar estes vetores éticos.

Por fim, houve uma verificação mais detalhada aos casos envolvendo juízes brasileiros sobre os limites da liberdade de expressão, à luz da atividade político-partidária, aplicando os conceitos que foram desenvolvidos ao longo do texto, aliado ao amparo comparativo de casos internacionais que de algum modo possuem semelhanças aos trazidos à baila.

A conclusão geral que se chega da análise de seis casos importantes para o debate, é a que resulta na evidência de que, na maioria dos casos, os juízes não obedeceram os preceitos éticos- que constam na Lei Orgânica da Magistratura e no Código de Ética da Magistratura, bem como constam nos vetores interpretativos do Provimento nº 71/2018 e na Resolução nº 305/2019, ambos confeccionados pelo CNJ em suas posturas no discurso político, materializado, principalmente, nas redes sociais, à luz dos desenvolvimentos teóricos acerca da limitação à liberdade de expressão e a vedação à atividade político partidária feitos por essa pesquisa



Trocando em miúdos, a polarização de opiniões políticas atual no país aliado à crescente judicialização da política contribuem para que os magistrados sejam vistos como atores sociais essenciais para o funcionamento da democracia brasileira, estando visíveis a percepção de que algumas posturas assumidas no discurso político afrontam seus deveres éticos e podem, até mesmo, ser legítimos de limitação à sua liberdade de expressão, à luz da proibição da atividade político-partidária.

O objeto geral da pesquisa de se verificar quais discursos políticos proferidos pelos magistrados configuram exercício pleno da liberdade de expressão e quais podem ser limitados foi alcançada, uma vez que ao trazer inicialmente os casos que seriam objetos de análise no último capítulo foi feito um desenvolvimento teórico de quais seriam os deveres éticos inerentes à magistratura, bem como das teorias e dos casos do direito comparado, envolvendo a restrição ao direito à liberdade de expressão dos juízes.

Quanto aos objetivos específicos, cabe pontuar que foram eles respondidos, vez que foi apresentado como se dava o funcionamento das restrições ao direito fundamental à liberdade de expressão, desenvolvendo o conceito desse direito ao longo do primeiro capítulo.

Ademais, foi explicado as garantias do Poder Judiciário, com foco aos imperativos de independência e imparcialidade, bem como foi concluído que a magistratura se difere do cidadão, na fruição da liberdade de expressão, à medida em que seus membros são vistos como agentes públicos e, portanto, seus atos são analisados sob a ótica da relação de sujeição especial, que pode limitar o direito já citado, de forma diferenciada dos demais cidadãos, principalmente no debate político, em razão da vedação à atividade político-partidária.

Outro objeto específico alcançado foi o relativo à exposição dos casos representativos da postura dos juízes no discurso político, haja vista que o recorte



apresentado é pertinente pelo fato dos casos serem ilustrativos da temática em pesquisa, como por exemplo as diversas afrontas aos deveres éticos da magistratura que foram perpetrados pelas falas da Desembargadora Marília de Castro Neves Vieira, em suas redes sociais.

Ainda, foram estabelecidas as diferentes teorias acerca do conceito da Ética, à luz de Aristóteles e Platão, passando por Miguel Real, por exemplo, assim como foi feito sobre o tópico da Ética profissional, tendo como importante expoente os pensamentos de José Roberto Nalini.

Por fim, foram devidamente problematizados os instrumentos normativos que versam sobre a presente pesquisa acadêmica, tais como, a Lei Orgânica da Magistratura, o Código de Ética da Magistratura, o Provimento n. 71/CNJ e a Resolução 305/CNJ, indicando críticas que foram feitas a seu conteúdo, do mesmo modo em que se foram admitidos os acertos de alguns dispositivos em oferecer situações concretas para que se interprete conceitos indeterminados, como a vedação à atividade político-partidária, o dever de imparcialidade, o dever de prudência etc.

Como modesta sugestão para evolução da pesquisa, pode-se destacar a futura análise de como um processo de seleção dos juízes pudesse selecionar os candidatos mais aptos a desempenharem as tarefas judicantes, em consonância aos deveres éticos que a magistratura lhes impõe, bem como fazer uma verificação de como as escolas da magistratura podem preparar cursos imersivos sobre a postura ética dos juízes no espaço político, com atualização para o direcionamento de diretrizes comportamentais para o magistrado no âmbito digital, principalmente nas redes sociais.

Nesse sentido, seria igualmente interessante pesquisar em como as redes sociais podem moldar a figura do juiz e seus devidos impactos na construção de um judiciário mais democrático, aberto a todos, que se dispa de suas vestes elitistas e



conservadoras, em conformidade com o ideal de formação de uma sociedade mais digna, justa e solidária (art. 3º, CF/88).

Por derradeiro, contudo, não menos essencial, é a possibilidade de se verificar futuramente como os fatores relacionados à raça e a promoção de um debate público a respeito do racismo nas instituições podem alça-las ao patamar verdadeiramente ético, em que se reconheça a luta antirracista no Brasil como necessária no âmbito dessas mesmas instituições, principalmente, no Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro. Direitos fundamentais e relação especial de sujeição. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v.8, n.1. Brasília, 2018.

ALESSI, GIL. **Desembargadora que ofendeu Marielle criticou Zumbi dos Palmares e pediu fuzilamento de Jean Wyllys**. 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/20/politica/1521561716\\_720743.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/20/politica/1521561716_720743.html). Acesso em: 10 nov. 2019

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008

ALMEIDA, Sílvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **A ética do juiz, do promotor e do advogado no processo e na sociedade**. Campinas: Copola, 2003.

BRASIL. **Lei complementar nº 35, de 14 de março de 1979**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Brasília, 1979. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp35.htm). Acesso em: 19 fev. 2019.

BRASIL. **PNAD Contínua TIC 2016: 94,2% das pessoas que utilizaram a Internet o fizeram para trocar mensagens**. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia->



de- noticias/releases/20073-pnad-continua-tic-2016-94-2-das-pessoas-que-utilizaram-a-internet-o-fizeram-para-trocar-mensagens. Acesso em: 18 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade contra Resolução n. 305**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/amb-cnj-legislar-resolucao-redes-sociais.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Corregedor intima desembargadora do RJ a esclarecer postagens na internet**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/corregedor-intima-desembargadora-do-rj-a-esclarecer-postagens-na-internet/>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Corregedoria do trabalho apura participação de juíza em evento político**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88712-corrregedoria-do-trabalho-apura-participacao-de-juiza-em-evento-politico>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Corregedor do CNJ não reconhece violação ao Provimento n. 71 em tuite de juiz**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88293-corregedor-do-cnj-nao-reconhece-violacao-ao-provimento-71-em-tuite-de-juiz>. Acesso em: 13 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n. 71**. Brasília, 2018. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento\\_71\\_13062018\\_14062018140648.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_71_13062018_14062018140648.pdf). Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Código de Ética da magistratura Nacional**. Brasília, 2008. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 305**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original145740201912185dfa3e641ade9.pdf>. Acessos em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Escola Nacional da Magistratura. **Ética e Magistratura**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=jiZ0tyGRAh4>. Acesso em: 17 mar. 2020.



BRASIL. **Investigação faz juízes acusarem CNJ de seletividade em processos disciplinares.** 2017. Disponível em:  
<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/12/1940300-investigacao-faz-juizes-acusarem-cnj-de-seletividade-em-processos.shtml>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 83.996 RTJ.** Relator Ministro Gilmar Mendes. 2004. Disponível em:  
[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/620\\_Gerald%20Thomas.PDF](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/620_Gerald%20Thomas.PDF). Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424.** Relator Ministro Maurício Corrêa. 2004. Disponível em:  
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corporus-hc-82424-rs>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 1985.** Relator Ministro Eros Grau. 2009. Disponível em:  
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corporus-hc-82424-rs>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BENITES, Afonso. **Justiça persegue juízes por protestar contra o impeachment mas esquece os que foram a favor.** 2017. Disponível em:  
[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/30/politica/1509403952\\_011836.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/30/politica/1509403952_011836.html). Acesso em: 12 nov. 2019.

BENITES, Afonso. **Justiça barra posse de Lula, alvo de bateria de ações da oposição.** 2016. Disponível em:  
[https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/17/politica/1458230869\\_254276.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/17/politica/1458230869_254276.html). Acesso em: 02 jun. 2020.

BONVENTRE, V. M. Judicial Activism, Judges' Speech, and Merit Selection: Conventional Wisdom and Nonsense. **Albany Law Review**, v. 68, n. 3, p. 557. 2005. Disponível em:  
<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lg&AN=502527487&lang=pt-br&site=ehost-live>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

BOURDIEU, Pierre. **Poder Simbólico.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BARRY, L. **Judicial free speech and judicial discipline: a trial judge's perspective on judicial independence.** University of New Brunswick Law Journal.





1996. Disponível em:  
<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=502384371&lang=pt-br&site=ehost-live>>. Acesso em: 9 abr. 2019.

CANOTILHO, Gomes. MENDES, Gilmar F. SARLET, Ingo W. STRECK, Lenio.

**Comentários à Constituição do Brasil.** 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPLAN, Luciana. Privilégios e tabus da magistratura no mundo contemporâneo: um ensaio à luz das lições de Freud. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.** Rio Grande do Sul. 2006.

CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia jurídica: ética e justiça.** 4 ed. Florianópolis: Conceito, 2007.

CHAUÍ, Marilena. **Palestra proferida na Universidade de São Paulo.** 2012. Disponível em: <http://youtube/9RbBPVpybY?m=13m>. Acesso em: 20 mar. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos Juízes.** São Paulo: Saraiva, 2002.

DROMI, Roberto. **Los jueces: Es la justicia un tercio poder?** Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1992.

DIJKSTRA, Sietske. The Freedom of the Judge to Express his Personal Opinions and Convictions under the ECHR. **Utrecht law review.** v. 13, 2017. Disponível em: <http://doi.org/10.18352/ulr.371> |file:///C:/Users/Win10/Downloads/371-1015-1-PB.pdf. Acesso em: 20 mar. 2020.

DIPP, Gilson. **Prefácio à Edição brasileira: comentários dos princípios de Bangalore.** São Paulo: Saraiva, 2011.

FACCHINI, Nicole Mazzoleni. **Função social do juiz.** 2006. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/phl8/arquivos/TC000002.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2020.

FALÇÃO, Joaquim; Osório, Laura. **A futura atividade político-partidária e a responsabilidade ética do magistrado.** São Paulo: Saraiva, 2016.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** 12 ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.



FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu**. Tradução de Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. São Paulo: Malheiros, 2013.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

HERRENDORF, Daniel. **El poder de los jueces**. 2 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

HIRSCHFELDT, Mr Johan. KRECA, Mr Milenko. GRABENWARTER, Mr Christoph. **Report on the freedom of expression of judges Adopted by the Venice Commission, a 103rd Plenary Session 2015**.

HOLLAND, Ferreira. BUARQUE, Aurélio. **Novo Dicionário**. São Paulo: Nova Fronteira, 2001.

KOPF, Richard G. **Hercules and the umpire**. Disponível em: <https://herculesandtheumpire.com/2015/07/06/senator-ted-cruz-is-not-fit-to-be-president/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

LAZZARINI, Álvaro. **Magistratura: deontologia, função e poderes do juiz**. Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Luciana. **Bretas, da Lava Jato, comemora ser seguido por Bolsonaro: “Gratidão”**. Disponível em: <https://www.metropoles.com/colunas-blogs/chapelaria/bretas-da-lava-jato-comemora-ser-seguido-por-bolsonaro-gratidao>. Acesso em: 20 nov. 2019.

LOPES, Mônica Sette. **Os juízes e a ética do cotidiano**. São Paulo: LTr, 2008.

LOPES, Mônica Sette. **Os juízes no espelho: ver e ser visto**. São Paulo: LTr, 2011.



MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, Adilson. **Racismo recreativo**. São Paulo: Pólen, 2019. NALINI, José Renato. **Ética e Justiça**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

NALINI, José Renato. **Uma nova ética para o juiz**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1994.

NAVARRO, Antônio Peinador. **Caderno de deontologia jurídica**. Recife: Átrios, 1989.

OGLOBO. **Juíza da Suprema Corte dos EUA se desculpa por críticas a Trump**. 2016. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/mundo/juiza-da-suprema-corte-dos-eua-se-desculpa-por-criticas-trump-19712500>. Acesso em: 20 nov. 2019.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. **Justiça e Ética: ensaios sobre o uso das togas**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

PIMENTA, Guilherme. **Professores desaprovam medida do CNJ contra Desembargadora que criticou Toffoli**. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/kenarik-cnj-toffoli-explicacoes-18102018>. Acesos em: 20 mar. 2020.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkimim. **Teoria da Constituição**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PRADO, Thiago. **Não sei se sou terrivelmente evangélico, mas sou fiel**. 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/nao-sei-se-sou-terriavelmente-evangelico-mas-sou-fiel-diz-bretas-23815970>. Acesso em: 20 nov. 2019.

RAMBO, L. H. **When Should the First Amendment Protect Judges from Their Unethical Speech?** 2018. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=131104409&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 8 abr. 2019.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.



REIS, Wanderlei José dos. **Seleção ou recrutamento de magistrados no sistema brasileiro e norte-americano**: considerações comparativas. São Paulo: Saraiva, 2016.

REZENDE, Maurício Corrêa do Moura. **Democratização do poder judiciário no Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

RODOTÁ, Stefano. **Palestra Globalização e o Direito**. Rio de Janeiro, 2003.  
Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4314.pdf/GlobalizacaoeDireito.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

RUSSELL, P. H. **Judicial free speech: justifiable limits**. 1996. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=502384336&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 9 abr. 2019.

SANTANA, Mirian Ilza. **Censura no período da ditadura**. 2015. Disponível em: <http://www.infoescola.com/historia/censura-no-periodo-da-ditadura/>. Acesso em: 02 jun. 2020.

SARDINHA, Edson. **Moro confraterniza com Aécio, e irrita oposição**. Congresso em foco. 2016. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/moro-confraterniza-com-aecio-e-irrita-oposicao/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

SEREJO, Lourival. **Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional**. Brasília: ENFAM, 2011.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SPARGO, T. J. **A Peripatetic View of Judicial Free Speech**. 2005. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=502527309&lang=pt-br&site=ehost-live>>. Acesso em: 9 abr. 2019.

SOPINKA, J. **Must a judge be a monk**. 1996. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=502384431&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 9 abr. 2019.



SMITH, B. **Judicial free speech in Canada.** *University of New Brunswick Law Journal.* 1996. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=502384437&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 9 abr. 2019.

THE GUARDIAN. **Ruth Bader Ginsburg Regrets ‘Ill-Advised’ Remarks About Donald Trump.** 2016. Disponível em: <https://www.theguardian.com/law/2016/jul/14/ruth-bader-ginsburg-regrets-donald-trump--remarks-faker>. Acesso em: 20 nov. 2019.

WE ARE SOCIAL. **Global Digital Report.** 2018. Disponível em: <https://digitalreport.wearesocial.com/>. Acesso em; 20 mar. 2020.

WIMMER, Miriam. **As relações de Sujeição Especial na Administração Pública.** São Paulo: Saraiva, 2007.



# O DIREITO INDÍGENA À TERRA E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 215/2000

Priscila Figueiredo Vaz

## RESUMO

O presente trabalho aborda a evolução do direito dos povos indígenas à terra no Brasil. A partir de um histórico da presença ou não do tema nos textos de nossas constituições pretende-se delimitar o arcabouço legal e analisar a tramitação e a constitucionalidade da Proposta de Emenda à Constituição nº 215, de 2000, que acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º, ambos no art. 231, para incluir dentre as competências exclusivas do Congresso Nacional a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas por esses povos e a ratificação das demarcações já homologadas; estabelecendo que os critérios e procedimentos de demarcação serão regulamentados por lei.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema os direitos indígenas previstos na legislação brasileira, tanto na esfera constitucional como infraconstitucional, com foco no direito à terra garantido a esses povos pela legislação em vigor e pela



Convenção 169 da OIT Sobre Povos Indígenas e Tribais, bem como relatar a evolução da legislação constitucional no que diz respeito à terra.

Após trazer as principais legislações sobre esses direitos, serão enfrentadas questões envolvendo a análise constitucional da Proposta de Emenda à Constituição nº 215, de 2000, que pretende alterar a forma de demarcação de terras indígena prevista na Constituição Federal de 1988. Juntamente com a análise constitucional da PEC, serão abordadas eventuais consequências da alteração da forma de demarcação de terras que a referida proposta de emenda pretende fazer.

O tema foi escolhido a partir de interesse acerca dos povos indígenas brasileiros e pela relevância em trazer o debate na atual conjuntura. O acompanhamento de matérias no Congresso Nacional não deveria estar restrito aos membros das duas Casas Legislativas, mas ao alcance de toda a sociedade e, principalmente, dos futuros operadores do direito. Especialmente, aos principais atingidos pelas alterações: os povos indígenas, as entidades de defesa de seus direitos e, em última instância, a população como um todo que se beneficia da preservação da herança cultural desses povos e do meio ambiente.

Apesar de serem restritas, há fontes importantes sobre os direitos dos povos indígenas, bem como material disponível no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados e do Ministério Público Federal.

O trabalho aborda as mudanças no âmbito constitucional e o cenário atual com a Proposta de Emenda à Constituição nº 215, de 2000. Para tanto, se concentrará no texto de todas as Constituições, jurisprudência, bibliografia específica, o Estatuto do Índio, a Convenção 169 da OIT Sobre Povos Indígenas e Tribais, o substitutivo aprovado pela Comissão Especial que analisou a PEC 215/2000 e, ainda, os Votos em Separado apresentados no debate legislativo. O



objetivo é analisar a evolução da proteção das terras indígenas e o cenário que pretende alterar a forma como a demarcação acontece atualmente.

O presente trabalho não pretende esgotar a temática, assim não aborda questões específicas de cada etnia ou grupo indígena, tão pouco, outras demandas por eles apresentadas ao longo do tempo. Também não serão alvo da análise pontos como interação dos povos indígenas e direitos à saúde, educação e demais políticas públicas voltadas à população indígena.

## **2 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO INDÍGENA NO BRASIL**

Muitas das Constituições do Brasil sequer mencionaram os povos indígenas em seu texto, isso diz muito sobre a preocupação acerca do tema. Um exemplo é a Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824, que não faz qualquer menção aos povos indígenas. A ausência do tema na Lei Maior retrata a falta de respeito às comunidades indígenas e acaba por conferir aos povos indígenas um estigma e a negação de direitos enquanto cidadãos e povos originários.

A seguir serão expostas as principais legislações constitucionais e infraconstitucionais e como elas trataram ou não do direito indígena à terra.

### **2.1 Lei de terras (601/1850)**

Em 1850, a Lei de Terras foi promulgada pelo Governo Imperial, que dispunha sobre as terras devolutas do Império. O art. 3º trazia o seguinte conceito:

Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal.

§ 2º As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e





outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commisso, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4º As que não se acharem occupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei.

Atualmente, o conceito de terras devolutas pode se dar por “aquelas que, pertencentes ao domínio público de qualquer das entidades estatais, não se acham utilizadas pelo Poder Público, nem destinadas a fins administrativos específicos.” (GRANJEIRO, 2006, p. 365)

Já no art. 12 da mesma lei, há uma menção aos povos indígenas no seguinte sentido:

Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessarias: 1º, para a colonisação dos indigenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de estabelecimentos publicos: 3º, para a construção naval.

Ou seja, naquela época, as terras devolutas tinham como um de seus objetivos, servir como área para a colonização dos povos indígenas, que já habitavam esse mesmo espaço de terra, mas com a chegada dos europeus passou a ser chamada de devoluta.

A fim de regulamentar a Lei de Terras, em 1855 foi promulgado o Decreto 1318, que trouxe em sua redação mais detalhes sobre as terras devolutas:

Art. 75. As terras reservadas para colonisação de indigenas, e por elles distribuidas, são destinadas ao seu usufructo; e não poderão ser alienadas, em quanto o Governo Imperial, por acto especial, não lhes conceder o pleno gozo dellas, por assim o permitir o seu estado de civilisação.



Com isso, os povos indígenas que habitavam essas terras passaram a ter usufruto e ser reconhecida sua propriedade, desde que permitisse “seu estado de civilização”.

## **2.2 Constituição de 1891**

A Constituição de 1891 igualmente ignorou em seu teor os povos indígenas ou qualquer direito relacionado a eles em seu texto. Porém, no título III, o artigo 64 trata das terras devolutas, afirmando que:

Art. 64. Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territorios. cabendo à União sómente a porção de territorio que for indispensavel para a defesa das fronteiras, fortificações, construcções militares e estradas de ferro federaes.

Antes da Constituição de 1891, essas terras eram de responsabilidade da União, mas conforme o art. 64, as terras devolutas passaram a pertencer aos estados. Esta alteração inviabilizaria sobremaneira que, mesmo que a Carta de 1891 tratasse do direito à terra por parte dos indígenas, este se efetivasse. Isto porque os interesses locais se imporiam comprometendo qualquer expectativa de direito.

## **2.3 Constituições de 1934, 1937 E 1946**

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, que vigorou por três anos apenas, trouxe em seu artigo 129, uma menção relevante às terras indígenas: “será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem, permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”. Este mesmo dispositivo foi praticamente replicado na Constituição de 1937, em seu art. 154, nos seguintes moldes: “será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.”



Ainda no mesmo sentido, em 1946, a Constituição trazia em seu art. 216 essa mesma observação “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.”

Como se vê, não houve qualquer alteração significativa no texto constitucional entre 1934 e 1966. As três Constituições deste período mantiveram o conteúdo, apenas com redações distintas.

## **2.4 Constituição de 1967**

Finalmente, em 1967, um novo passo foi dado. Além de teoricamente respeitar a posse à terra, como foi feito nos últimos anos, a Constituição de 67 incluiu outros direitos. Conforme a redação do art. 186 “é assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.”

Nessa Constituição também foi retomada a questão das terras devolutas em seu art. 4º:

Incluem-se entre os bens da União:

I - a porção de terras devolutas indispensáveis à defesa nacional ou essencial ao seu desenvolvimento econômico;

II - os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, que sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro, as ilhas oceânicas, assim como as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países;

III - a plataforma submarina;

IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;

V - os que atualmente lhe pertencem.

Mesmo que, na teoria, os direitos dos indígenas à terra ganhassem espaço nas constituições, depois de muita negligência e conflitos desde o período colonial, esse



debate apenas ganhou força significativa a partir da instalação da Assembleia Nacional Constituinte em 1987.

## 2.5 Estatuto do índio

O Estatuto do Índio adveio da Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973. A partir de sua sanção, e posteriores regulamentações, foram efetuadas definições sobre as terras indígenas. A Lei estabeleceu diferenças entre esses povos em relação aos demais brasileiros no mundo jurídico, o que foi imperioso para lhes conferir direitos.

O Estatuto do Índio, apesar de, inicialmente parecer de grande importância para a proteção dos direitos indígenas, recebeu algumas críticas, como relatado abaixo em texto publicado pelo PIB (Programa Povos Indígenas no Brasil):

Em linhas gerais, o Estatuto seguiu um princípio estabelecido pelo velho Código Civil brasileiro (de 1916): de que os índios, sendo "relativamente incapazes", deveriam ser tutelados por um órgão indigenista estatal (de 1910 a 1967, o Serviço de Proteção ao Índio - SPI; atualmente, a Fundação Nacional do Índio - Funai) até que eles estivessem "integrados à comunhão nacional", ou seja, à sociedade brasileira. (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2018)

Nesse mesmo sentido, uma matéria jornalística (PORTAL G1, 2012) ouviu as opiniões acerca do tema do historiador Antônio Brand, que afirmou que "na época em que a lei foi escrita, o índio era visto como se precisasse do branco para ser integrado à sociedade". A matéria ainda ressaltou que muitas dessas críticas foram enfrentadas pela Constituição de 1988, mas que o ideal seria que um novo estatuto fosse elaborado, conforme abaixo transcrito:

O Estatuto do Índio completa 39 anos em 2012. A lei está em vigor desde 1973, mas na opinião de especialistas já foi superada pela Constituição de 1988, que deu maior autonomia



aos povos indígenas principalmente para escolher de que forma serão incluídos na sociedade. O historiador Antônio Brand acredita que é necessário um novo estatuto que determine como será o acesso dos povos indígenas brasileiros às terras, saúde e educação.

O estatuto ainda estabeleceu os deveres da União, dos estados e dos municípios para com esses povos, com destaque para a garantia de permanência voluntária dos indígenas nas suas terras, proporcionando-lhes ali recursos para sua subsistência, desenvolvimento e progresso. Para tanto, o texto legal contém um título específico para tratar das terras indígenas, que engloba desde o artigo 17 até o artigo 38.

Há, ainda, um dispositivo que garante aos indígenas, integrado ou não, que ocupa por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, a propriedade plena:

Art. 33. O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal.

O Estatuto também declarou em seu artigo 62, a “nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos índios ou comunidades indígenas.” Tal determinação alcançou, inclusive, as terras desocupadas pelos índios ou comunidades indígenas em virtude de ato ilegítimo de autoridade e particular.

Como vemos, apesar das limitações no que se refere às demarcações, o Estatuto do Índio enfrentou algumas questões, mas outras somente foram abordadas pela Assembleia Nacional Constituinte que culminou com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988.



## 2.6 Constituição de 1988

Foi a primeira Constituição a tratar com mais profundidade a questão dos direitos indígenas à terra. Nessa questão, nada se compara às mudanças trazidas pela Constituição de 1988, que abarcou o tema com mais complexidade e conseguiu proteger de forma mais efetiva essas terras, por meio da inscrição do processo de demarcação.

O texto reconhece como bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Ao lhes dar este caráter, reconhece seu papel e competência para a demarcação. Não menos relevante é o art. 231, o qual reconhece as comunidades indígenas como organização social portadora de costumes, línguas, crenças e tradições, além de garantir os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. O mesmo artigo determina a proteção e o respeito a todos os seus bens. Importante destacar, também, o § 5º que dispõe que:

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

Ainda sobre o art. 231, é essencial destacar que, ao determinar que são reconhecidos aos índios “os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”, estabeleceu um marco legal, que impôs que as terras tradicionalmente ocupadas pertencem a esses povos, independente de demarcação, que deve se dar posteriormente e pela União. Isso significa que, a partir de 1988 esse direito está garantido e consolidado. Por mais importante e necessária que a demarcação de terras seja, ela não cria direitos ou dá uma real efetividade à proteção de terras. Ela é



uma etapa que sucede o direito à terra, no sentido de delimitar algo que já pertence aos povos indígenas, desde a promulgação da Constituição.

Embora o marco legal estabelecido pela Constituição seja importante para o reconhecimento do direito à terra dos povos indígenas, muitos acreditam que ele não seja justo ou válido, visto que os indígenas já habitavam tradicionalmente as terras muito antes de 1988.

Outra mudança adveio do art. 232 da CF, que determina que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.”

Diversos especialistas consideraram que tal redação preenchia uma lacuna do Estatuto do Índio, que previa que os indígenas deveriam ser “integrados” à sociedade, conforme trecho de reportagem abaixo:

Enquanto o Estatuto do Índio (Lei 6.001), promulgado em 1973, previa prioritariamente que as populações deveriam ser “integradas” ao restante da sociedade, a Constituição passou a garantir o respeito e a proteção à cultura das populações originárias. “O constituinte de 1988 entende que a população indígena deve ser protegida e ter reconhecidos sua cultura, seu modo de vida, de produção, de reprodução da vida social e sua maneira de ver o mundo”, destaca Proença. (AGÊNCIA BRASIL, 2017)

O discurso de que os povos indígenas deveriam ser integrados ao restante da população brasileira é prejudicial à preservação da identidade desses povos e, por isso, a mudança de discurso trazido pela Constituição de 1988 é considerado um marco para eles.

## **2.7 Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais**



A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais foi aprovada em Genebra em 27 de junho de 1989, mas a norma só foi internalizada a partir da edição do Decreto nº 5.051, em 19 de abril de 2004.

O texto, em completa consonância com a Carta Magna de 1988, foi uma referência no que se refere aos direitos indígenas a partir de seu alcance e reconhecimento internacionais. Mais do que o arcabouço legal interno, aos povos indígenas foi garantido um importante instrumento internacional, assinado e ratificado por 20 nações.

Em seu preâmbulo, justifica a necessidade de atualizar o texto anterior, editado em 1957, ao lembrar que

Em diversas partes do mundo esses povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram e que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido erosão frequentemente.

A convenção foi importante ao tratar do direito dos povos indígenas à terra e aos recursos naturais, à não-discriminação e a viverem e se desenvolverem de maneira diferenciada, segundo seus costumes. A parte II da Convenção, artigos 13 ao 19, destina-se a tratar especificamente da questão do direito à terra. Os principais pontos ali presentes são:

- A importância especial, para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, de sua relação com as terras ou territórios;
- O dever de reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam;





- Obrigatoriedade dos governos em adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse;

- Os países signatários devem instituir procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados;

- Os povos interessados deverão ser consultados sempre que for considerada sua capacidade para alienarem suas terras ou transmitirem de outra forma os seus direitos sobre essas terras para fora de sua comunidade;

Não menos relevante é o disposto em seu art. 2º que determina que

Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vista a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito de sua integridade. Tal ação deverá incluir medidas que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições e suas instituições.

Para efeito do tema abordado, é preciso salientar que o Brasil, a partir da ratificação da Convenção 169, vê-se obrigado a adequar a legislação do país, isso inclui impedir que legislações futuras colidam com o determinado pela Convenção.

Outra parte interessante da Convenção determina que

Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;



Importante ressaltar que tal consulta deve ir além de simplesmente escutar os povos interessados. Não basta ouvir que as mudanças são danosas à sua subsistência e, mesmo assim, promovê-las. Há que se levar em conta os interesses e os direitos conferidos aos povos indígenas pela Carta Maior.

### **3 O ATUAL PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS**

Como já salientado, aos povos indígenas é garantido o direito às suas terras de ocupação tradicional. De acordo com um artigo publicado no sítio oficial do Ministério Público Federal, a ocupação tradicional deve ser compreendida “com os costumes e tradições das pessoas em causa, não de acordo com quaisquer usos modernos do mesmo, como aqueles inseridos no Código Civil brasileiro.” (MELO; AGUIAR. 2016, p. 1)

O mesmo artigo cita a Procuradora Deborah Duprat, que afirmou que:

Essa ocupação não se traduz necessariamente na edificação de habitações. Aliás, diferente fosse, a Área Indígena Raposa Serra do Sol não teria tido o endosso do STF para a sua demarcação contínua; estaria distribuída em ilhas correspondentes a tantos quantos fossem os núcleos residenciais. (MELO; AGUIAR, 2016, p. 13)

Para tanto, há um procedimento de natureza administrativa para o processo de demarcação. Trata-se de ação declaratória, pois apenas declara o reconhecimento de um direito pré existente. De acordo com a Fundação Nacional do Índio – Funai (2019), “a terra indígena não é criada por ato constitutivo, e sim reconhecida a partir de requisitos técnicos e legais, nos termos da Constituição Federal de 1988.” A terra, um bem da União, a partir da demarcação torna-se inalienável e indisponível. Os direitos sobre ela são imprescritíveis.



Sobre a demarcação, o advogado Paulo Machado Guimarães, à época assessor jurídico do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), escreveu:

A demarcação consiste, assim em ato administrativo, por intermédio do qual a administração pública federal explicita os limites das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, baseado em elementos de prova documental, testemunhal e pericial, fixando marcos oficiais, sinalizadores do limite da terra demarcada. Esse ato administrativo tem natureza declaratória dos limites da terra tradicionalmente ocupada pelos índios, que consiste em um bem da União, por força do que estabelece o inciso XI do art. 20 da CF e sobre o qual os índios exercem a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas naturais existentes no solo, nos rios e nos lagos. A União, nos termos do art. 19 da Lei nº 6.001/73 e do Decreto nº 1775/96, atribui a concretização das demarcações à iniciativa e à orientação da Fundação Nacional do Índio e a prática de ato do Ministro de Estado da Justiça, de acordo com procedimento administrativo específico para esse fim. (CIMI, 2011).

A Funai (2016) reconhece que:

A terra indígena é bem da União e, portanto, é inalienável e indisponível, e os direitos sobre ela são imprescritíveis. Elas são o suporte do modo de vida diferenciado e insubstituível dos cerca de 300 povos indígenas que habitam, hoje, o Brasil.

Ressalte-se no texto que as terras indígenas são o suporte do modo de vida diferenciado e insubstituível desses povos, portanto, imprescindível para a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, e a preservação de sua identidade, os seus costumes e tradições e suas instituições.

O processo de demarcação, uma determinação constitucional, é regulamentado pelo Decreto nº 1.775/96. Nos termos deste Decreto, as etapas, todas de competência do Poder Executivo, são as seguintes:

- i) Estudos de identificação e delimitação, a cargo da Funai;
- ii) Contraditório administrativo;
- iii) Declaração dos limites, a cargo do Ministro da Justiça;



- iv) Demarcação física, a cargo da Funai;
- v) Levantamento fundiário de avaliação de benfeitorias implementadas pelos ocupantes não-índios, a cargo da Funai, realizado em conjunto com o cadastro dos ocupantes não-índios, a cargo do Incra;
- vi) Homologação da demarcação, a cargo da Presidência da República;
- vii) Retirada de ocupantes não-índios, com pagamento de benfeitorias consideradas de boa-fé, a cargo da Funai, e reassentamento dos ocupantes não-índios que atendem ao perfil da reforma, a cargo do Incra;
- viii) Registro das terras indígenas na Secretaria de Patrimônio da União, a cargo da Funai; e
- ix) Interdição de áreas para a proteção de povos indígenas isolados, a cargo da Funai.

Para melhor entender o tema, é importante expor o processo de uma recente demarcação de terra indígena: a Reserva Raposo Serra do Sol. Para se ter uma ideia da possível duração de um processo deste tipo, este caso teve início em 1992, tendo sido concluído apenas em 2009, apesar do decreto ter sido assinado pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em 15 de abril de 2005.

O processo é demorado por diversos motivos. Há toda a questão técnica envolvida que demanda estudos, comprovações e debates para que a área a ser demarcada seja estabelecida com exatidão. Mas, há também discussões judiciais que surgem a partir de grupos externos que alegam prejuízos com a demarcação. Muitas vezes isso se dá por questões oriundas de interesses econômicos, especialmente do agronegócio e do setor pecuarista. Uma notícia trouxe os seguintes dados sobre o tema:

Cálculos do governo apontam para o sucessivo crescimento da produção de grãos, principalmente a soja, que tem aumentado a área plantada em 2,3% ao ano. Não é por acaso, então, que o Mato Grosso do Sul seja o principal foco de disputa de terra e de violência contra os indígenas. É justamente a região centro-oeste a responsável por 45% da produção de soja. E é lá



também onde existe uma grande parcela do povo autóctone, esperando demarcação de suas terras. (ECODEBATE, 2013)

Outro motivo da demora no processo de demarcação, é que ele envolve muitos estudos acerca dos povos indígenas, suas tradições, santuários e espaços para plantio, pesca, caça etc. Por mais que haja o anseio em que o processo corra de maneira rápida, também há a preocupação de que o processo seja justo e garanta que o espaço necessário seja reconhecido a esses povos.

A área no Estado de Roraima, abriga 194 comunidades com uma população de cerca de 19 mil indígenas dos povos Macuxi, Taurepang, Patamona, Ingaricó e Wapichana, conforme notícia publicada no sítio oficial do Superior Tribunal Federal (2008). O relatório de identificação da terra sofreu um primeiro atraso em função da presença de produtores de arroz vindos do sul do País e que alegavam possuir títulos que lhes garantiam a posse das terras.

Em 2005, superadas essas alegações, foi aberto, por meio de portaria, um prazo de um ano para os não-indígenas abandonarem a terra indígena. Mas, um número muito alto de ações judiciais contestou a demarcação. Somente no Supremo Tribunal Federal tramitaram mais de trinta ações relacionadas a Raposa Serra do Sol.

Os fundamentos foram os mais diversos. Muitos calcados nos prejuízos ao Estado de Roraima, principalmente em função da vastidão da área demarcada, principalmente pelo fato de ser uma área contínua.

À época, o governador do estado, José de Anchieta Júnior, pediu a exclusão, em qualquer demarcação de terras indígenas, especialmente daquela da Raposa Serra do Sol, da área de fronteira até que fosse ouvido o Conselho de Defesa Nacional.

A polêmica teve seu desfecho apenas em 19 de março de 2009 quando o Supremo Tribunal Federal confirmou a homologação contínua da terra indígena Raposa Serra do Sol.



Como se vê, de 1992 a 2009, foram 17 anos de percalços e indefinições. Entre o decreto de demarcação, editado em 2005, e a decisão do STF, em 2009, foram quatro anos de insegurança. Isso em um processo muito bem inscrito como direito na Constituição Federal e detalhadamente regulamentado.

#### **4 A PEC 215/2000**

A Proposta de Emenda à Constituição nº 215/2000, apresentada em 28 de março de 2000, é de autoria do deputado federal Almir Sá (PPB/RR).

Acrescenta o inciso XVIII ao art. 49 da Constituição Federal, modifica o § 4º e acrescenta o § 8º ambos no art. 231, da Constituição Federal. O art. 49 trata das competências do Congresso Nacional. O inciso acrescido a este dispositivo (XVIII) determina que também caberá ao Poder Legislativo “aprovar a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e ratificar as demarcações já homologadas”.

Já as modificações propostas para o art. 231 vão na seguinte direção:

Art. 231 (...)

§ 4º As terras de que trata este artigo, após a respectiva demarcação aprovada ou ratificada pelo Congresso Nacional, são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 8º Os critérios e procedimentos de demarcação das Áreas Indígenas deverão ser regulamentados por lei.

Importante salientar que o texto proposto pela PEC dá margem à interpretação de que a terra só será inalienável e indisponível, e os direitos sobre elas, imprescritíveis, após a demarcação feita pelo Congresso Nacional. Entretanto, no texto em vigor desde 1988, incluiu-se um marco temporal, que reconhecia todas as terras tradicionalmente ocupadas pertenciam aos povos indígenas. A demarcação, que ocorreria posteriormente, não seria forma de validar o direito à terra, pois o direito à terra foi assegurado em 1988.



Em resumo, a proposta pretende incluir entre as competências exclusivas do Congresso Nacional a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e a ratificação das demarcações já homologadas; estabelecendo que os critérios e procedimentos de demarcação serão regulamentados por lei. Note-se que, além de retirar a competência do Poder Executivo para a demarcação das terras, ainda prevê que os critérios e procedimentos serão regulamentados por lei e não mais por decreto.

#### **4.1 Tramitação da matéria**

A PEC 215 tramita desde 2000, tendo todo seu rito e anexos disponíveis no sítio da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2015). Somente em 27 de outubro de 2015, teve parecer aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Como se vê, é um tema que ganhou destaque recentemente e, desde o final de 2018, há requerimento para que seja incluída na ordem do dia de Plenário.

A relevância em expor a tramitação é comprovar a complexidade da matéria, bem como a polêmica em torno do tema. O primeiro parecer foi apresentado cinco anos após ser protocolada, o que demonstra claramente que não há consenso para uma mudança desta envergadura na Constituição Federal.

O despacho conferido à proposta seguiu o ditame constitucional que, em seu artigo 60, determina que a Constituição poderá ser emendada mediante proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. Conferido o número necessário de assinaturas, a PEC deve, obrigatoriamente, se submeter à análise de admissibilidade por parte da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

O primeiro parecer na CCJC foi apresentado pelo relator (Deputado Luiz Couto - PT/PB) apenas em 6 de maio de 2005. O voto concluía pela



inadmissibilidade desta, da PEC 579/2002, da PEC 257/2004, da PEC 275/2004, e da PEC 319/2004, até esta data apensadas. Este parecer não foi submetido ao voto dos membros da CCJC e, em 27 de junho de 2008, foi designado novo relator, o Deputado Geraldo Pudim (PMDB-RJ). Novo parecer foi apresentado em 10 de julho de 2008, pela inadmissibilidade desta, da PEC 579/2002, da PEC 156/2003, da PEC 257/2004, da PEC 275/2004, da PEC 319/2004, da PEC 37/2007 e da PEC 117/2007, até então apensadas. Um segundo voto, portanto, pela inadmissibilidade da proposta.

Sem apoio para votação do parecer, a PEC voltou a ter movimentação apenas em 17 de dezembro de 2009, quando o relator alterou seu voto anterior e concluiu, pela admissibilidade desta, com emenda, da PEC 579/2002, da PEC 156/2003, da PEC 257/2004, da PEC 275/2004, da PEC 319/2004, da PEC 37/2007, da PEC 117/2007, da PEC 161/2007, da PEC 411/2009, da PEC 415/2009 e da PEC 291/2008, apensadas.

Até maio de 2011, o parecer não foi votado na CCJC e, em 23 de maio de 2011, foi designado novo relator, o Deputado Osmar Serraglio (PMDB-PR). Apenas em 18 de outubro de 2011 foi apresentado novo parecer, pela admissibilidade, com emenda saneadora, da PEC 579/2002, da PEC 156/2003, da PEC 257/2004, da PEC 275/2004, da PEC 319/2004, da PEC 37/2007, da PEC 117/2007, da PEC 161/2007, da PEC 411/2009, da PEC 415/2009 e da PEC 291/2008, até então apensadas.

No dia 10 de novembro de 2011 é protocolado o primeiro Voto em Separado, de autoria do deputado Sarney Filho (PV/MA). Em 29 de novembro do mesmo ano a matéria foi colocada em pauta, mas a votação foi adiada por um pedido de vista conjunta concedido aos Deputados Alessandro Molon, Anthony Garotinho, Cesar Colnago, Eduardo Cunha, Eliseu Padilha, Evandro Milhomen, Fabio Trad, Francisco





Araújo, Hugo Leal, João Paulo Lima, Luiz Couto, Marçal Filho, Moreira Mendes, Onyx Lorenzoni, Reinaldo Azambuja, Roberto Freire e Vilson Covatti.

Encerrado o prazo de vista em 1º de dezembro de 2011, a matéria volta à pauta em 21 de março de 2012, tendo sido aprovado o Parecer contra os votos dos Deputados Luiz Couto e Anthony Garotinho, e com a apresentação de voto em separado pelo Deputado Sarney Filho. Foram 12 anos de tramitação apenas para a votação na CCJC.

Em 29 de novembro de 2012, foi apresentado Requerimento nº 6468/2012, pelo Deputado João Campos (PSDB-GO), que: "Requer a criação de Comissão Especial destinada a proferir parecer à PEC 215, de 2000". Com o mesmo objetivo, foi apresentado Requerimento nº 6614/2012, pelo Deputado Arthur Lira (PP-AL), em 19 de dezembro de 2012.

Em 2013, três Requerimentos foram apresentados, igualmente com a finalidade de criação de Comissão Especial: nº 7033/2013, pelo Deputado Mandetta (DEM-MS) em 13 de março; nº 7181/2013, pelo Deputado Valtenir Pereira (PSB-MT) em 21 de março; e nº 7454/2013, pelo Deputado Nilson Leitão (PSDB-MT) em 9 de abril.

Em 11 de abril de 2013, Ato da Presidência criou Comissão Especial, nos termos do § 2º do art. 202 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. A proposta passou a tramitar sob o nº 215-A. Em 19 de novembro de 2014, após a realização de quatro audiências públicas e um seminário, foi apresentado Parecer do Relator, Deputado Osmar Serraglio (PMDB-PR), pela aprovação da PEC 251-A, da PEC 579/2002, da PEC 156/2003, da PEC 257/2004, da PEC 275/2004, da PEC 319/2004, da PEC 37/2007, da PEC 117/2007, da PEC 161/2007, da PEC 411/2009, e da PEC 415/2009, apensadas, com substitutivo, e pela rejeição da PEC 291/2008, apensada. Em 10 de dezembro de 2014, a matéria foi colocada em pauta, tendo sido



adiada a votação em função de Vista conjunta concedida aos Deputados Luis Carlos Heinze e Nelson Marquzezelli.

Com o fim da legislatura, a proposta volta a tramitar em 2015 e novos requerimentos são aprovados para realização de audiências públicas, seminários, mesas redondas e pedidos de informação a órgãos diversos. Em 1º de setembro de 2015, é protocolado novo Parecer do Relator, Deputado Osmar Serraglio (PMDB-PR), pela aprovação da PEC 215-A, da PEC 579/2002, da PEC 156/2003, da PEC 257/2004, da PEC 275/2004, da PEC 319/2004, da PEC 37/2007, da PEC 117/2007, da PEC 161/2007, da PEC 411/2009, e da PEC 415/2009, apensadas, com substitutivo, e pela rejeição da PEC 291/2008, apensada.

Em 23 de setembro, nova tentativa de votação do parecer na Comissão Especial é interrompida por pedido de Vista conjunta aos Deputados Alessandro Molon, Edmilson Rodrigues, Luis Carlos Heinze, Marcos Montes e Nilto Tatto e, em 15 de outubro de 2015, é apresentado Voto em Separado, pelo Deputado Edmilson Rodrigues (PSOL-PA). Em 20 de outubro de 2015, outros 2 Votos em Separado são protocolados pelo Deputado Sarney Filho (PV-MA) e pela Deputada Erika Kokay (PT-DF). Na mesma data foi aberta a discussão da matéria. No dia 21 de outubro de 2015, novo Voto em Separado foi apresentado pela Deputada Janete Capiberibe (PSB-AP).

No dia 27 de outubro de 2015, foi apresentada Complementação de Voto pelo Dep. Osmar Serraglio, aprovado o parecer na mesma data ressalvados os destaques que, em votação posterior foram integralmente rejeitados.

Em 3 de novembro de 2015, foi publicado o parecer da Comissão Especial em avulso e no Diário da Câmara dos Deputados de 04/11/15 PÁG 463 COL 01, Letra B. Em 6 de fevereiro de 2018, a Comissão Especial recebe cópia da carta S/N de 11/12/17 da Sra. Esther da Silva Sobrinho (Anexo B).



Até a presente data, a matéria aguarda inclusão da Ordem do Dia do Plenário da Câmara dos Deputados.

## 5 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 215/2000

O Regimento Interno da Câmara dos Deputados estabelece que cabe à Comissão de Constituição e Justiça da Casa a apreciação da “admissibilidade de proposta de emenda à Constituição”, conforme o disposto:

Art. 32. São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade:

(...)

IV - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania:

a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões;

admissibilidade de proposta de emenda à Constituição;

Para tratar do tema em discussão neste trabalho, é importante analisar esse dispositivo juntamente com o art. 60, §4º da Constituição Federal, que dispõe que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes ou os direitos e garantias individuais.

Conforme bem analisado por José Afonso da Silva:

A Constituição (...) ampliou o núcleo explicitamente imodificável na via da emenda, definindo no art. 60, § 4º, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; **os direitos e garantias individuais.**

É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: ‘fica abolido o voto direto...’, ‘passa a vigorar a concentração de Poderes’, ou ainda ‘fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação...’, ou o habeas corpus,



o mandado de segurança'. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, 'tenda' (emendas tendentes, diz o texto) para a sua abolição. (SILVA, 1997, p. 69)

A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas atualmente está consignada no *caput* do art. 231 da CF, que estabelece que:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

A demarcação das terras indígenas é, nos moldes da CF, um ato administrativo, vinculado, onde o Executivo Federal reconhece que as terras em questão atendem ao disposto no Art. 231.

Atendidos esses pressupostos, reconhece-se que as terras são da União, tendo os respectivos indígenas direito a elas, reconhecido assim, um direito originário, que inclusive nos termos constitucionais, é uma posse permanente, inalienável, indisponível e imprescritível.

A PEC insurge contra esses paradigmas quando pretende rever terras já demarcadas e modificar o processo de demarcação de terras que foram reconhecidas como de posse dos povos indígenas em 1988. O direito à terra foi garantido em 1988 e não pode ser retirado dos povos indígenas.

Em audiência na Câmara dos Deputados realizada em agosto de 2013, dois especialistas em direito indígena se manifestaram sobre o assunto e afirmaram que a PEC 215/2000 é inconstitucional. O primeiro deles, advogado, jurista e ex-presidente da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), Carlos Frederico Marés, afirmou que:



Os povos indígenas têm direitos desde sempre às terras que ocupam. Assim disse a nossa Constituição. E a nossa Constituição foi chamada de Constituição Cidadã. Esse é o mérito, essa é a razão, esse é o direito posto.

E qual é a maldição? A maldição é que esta PEC tenta retirar aquele direito pelo como, pelo modo de fazer, pelo jeito de fazer a coisa. E, pelo jeito de fazer a coisa, retira o direito. Querem ver? Vamos lá. Vamos ler a PEC. E o Prof. Dalmo Dallari já demonstrou isso.

Primeiro, essas terras indígenas não são mais inalienáveis, a não ser depois que o Congresso Nacional homologue ou aprove a demarcação. Mas a demarcação é um ato menor. A Constituição não deu direito à demarcação. Deu direito à terra.

(Manifestação na plateia.)

O SR. CARLOS FREDERICO MARÉS - A demarcação é só o jeito de dizermos qual é a terra. Quando se coloca todo o direito em cima da demarcação, retira-se o direito à terra, porque aí o direito à terra só vai existir se houver demarcação. É isso o que está escrito aqui. (Manifestação na plateia.)

O SR. CARLOS FREDERICO MARÉS - E, ao estar escrito assim, está dizendo: Não há mais direitos originários sobre a terra. E aí, mudou a Constituição na essência do direito colocado. (BRASIL, 2013).

Também existem outras fundamentações para a inconstitucionalidade da PEC 215/200, que caminham no sentido de violar a separação de poderes. O jurista Dalmo Dallari, afirmou que a proposta de emenda é inconstitucional pois desrespeita a separação dos poderes ao submeter ao Poder Legislativo um "ato administrativo perfeito" que é exclusivo do Executivo. Dallari afirmou:

A meu ver, ela é escancaradamente inconstitucional. (...)

Ela está afetando uma regra fundamental da organização política e jurídica brasileira, que é a separação dos poderes. (...) Aprovar a demarcação, ratificar a demarcação, isso é atividade administrativa, isso é do Poder Executivo. Tirar do Executivo e dar ainda que um pedaço para o Parlamento é contra a Constituição. E avanço mais: a Constituição tem regras a respeito de mudanças da própria Constituição e diz que não poderá ser objeto de proposta de emenda



constitucional nem poderá ser votada uma proposta de emenda que tenha a tendência de eliminar ou reduzir a separação de Poderes. (BRASIL, 2013)

Ainda na Audiência, a representante da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, Sonia Guajajara, assumiu temer a proposta, pois a atual crise de representatividade indígena e a forte presença de ruralistas no Congresso dificulta a demarcação de terras indígenas.

Se entregarmos as terras indígenas nas mãos do Congresso Nacional, essas terras vão passar às mãos do agronegócio, e, com isso, nós estamos destruindo totalmente o meio ambiente no Brasil. (...)

Se essa PEC for aprovada, se ela for em frente, você, mesmo não sendo mais Deputado em exercício, mas sendo autor dela, vai carregar isso para a sua vida, o fato de ser culpado pela extinção dos povos indígenas no Brasil, porque os povos indígenas estão intimamente ligados à questão da terra.

A terra, para nós, é muito mais do que mercadoria; a terra, para nós, é muito mais do que um pequeno pedaço de área negociável. (Manifestação na plateia.)

Nós temos uma relação muito próxima, espiritual, com a terra, com nossos ancestrais. Nós não negociamos direitos territoriais, porque a terra, para nós, representa a nossa vida. E é por isso que nós estamos lutando. A terra é mãe e mãe não se vende, mãe não se negocia; mãe se cuida, mãe se defende, mãe se protege. (BRASIL, 2013)

Com o texto da proposta, mesmo as homologações já ratificadas poderiam ser questionadas e alteradas em legislaturas seguintes, determinando uma profunda insegurança jurídica que dificultaria a proteção dos povos indígenas e ocasionaria diversos prejuízos às terras já demarcadas e as que ainda pendem de demarcação.

A bancada ruralista, considerada a maior frente de parlamentares atualmente no Congresso Nacional, possui interesses opostos à proteção ambiental e a demarcação de terras indígenas e, com a demarcação de terras sob a competência do Legislativo, como a PEC propõe, a pressão desse grupo significativo entraria em



conflito com a proteção dos povos indígenas. Como afirma Cleber Buzatto, secretário executivo do Conselho Indigenista Missionário (Cimi):

A bancada ruralista, que representa grandes corporações nacionais e multinacionais do agronegócio, quer impedir e inviabilizar todo e qualquer novo reconhecimento de território indígena no país. Se for aprovada em definitivo, a lei representará um risco de genocídio dos povos originários do Brasil nos próximos anos. (PORTAL TERRA, 2015)

Um aspecto importante em relação às terras indígenas é o fato de a Constituição ter reconhecido o seu direito originário em data certa, ou seja, as tradicionalmente ocupadas em 5 de outubro de 1988. Essa linha de pensamento foi introduzida no item 1.6 que trata da Constituição de 1988, mas merece ser destacada de uma forma mais ampla neste capítulo.

O direito indígena à terra foi reconhecido em 1988, pelo art. 231, e isso significa que todas as terras, na data da promulgação da Constituição, tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas a eles pertencem, mesmo que não seja feita a demarcação ou que esta demore décadas para se efetivar. Com certeza a demarcação de terras é um instrumento muito importante para a proteção e para resguardar o direito que foi dado aos povos indígenas em 1988, mas é certo que o direito às terras foi conferido aos indígenas, independentemente de demarcação. Esta é a decisão dos constituintes originários que a PEC 215/2000 pretende abolir.

Há ainda, outra corrente, que vai além e considera o marco temporal de 1988 inconstitucional. Defende que não seria correto utilizá-lo contra o direito de povos indígenas remanescentes que busquem o reconhecimento do direito à terra, perdido antes de 1988 (CUNHA. 2018. p. 7). A mesma tese sustenta esse marco não é completamente justo, pois desde o período colonial até a promulgação da Constituição de 1988, uma imensa parte das terras que eram ocupadas pelos povos



indígenas foram esbulhadas, mas, infelizmente, o direito indígena à terra só foi tratado com a devida importância séculos depois, com a instituição desse marco.

O texto constitucional, em seu art. 231, reconhece aos povos indígenas os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Muitos entenderam que em 1988 foi estabelecido um marco temporal para localizar as terras que estavam habitadas à época, mas se o próprio texto utilizou a frase “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, é de se questionar que essas terras não foram tradicionalmente ocupadas só a partir de 1988.

Sobre essa tese, o Ministério Público Federal divulgou uma Nota Técnica de Nº 1/2020/6ª CCR/MPF, “em que reafirma a inconstitucionalidade da tese do marco temporal, que condiciona a demarcação de territórios indígenas à ocupação do local na época da promulgação da Constituição de 1988”, conforme notícia publicada no sítio oficial do MPF. Ainda na notícia, o argumento é aprofundado:

A nota técnica apresenta uma análise dos aspectos jurídicos da tese em debate no Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário 1.017.365, com repercussão geral reconhecida (Tema 1.031). Nela, a 6ª CCR salienta que o art. 231 da Constituição reconheceu o direito dos indígenas à posse das terras tradicionalmente ocupadas por eles como uma norma jurídica primária e preexistente, sem a definição de “marcos” subsequentes. Além disso, aponta que a CF relacionou a posse indígena à tradicionalidade, ou seja, aos hábitos, usos e costumes dessas populações.

Sob essa perspectiva, a 6ª CCR afirma que a Constituição Federal aproximou o conceito de terra indígena à noção de identidade coletiva, de modo que a “tradicionalidade” não se relaciona a um marco no tempo. Assim, defende que o Estatuto Indígena seja interpretado de modo independente do ordenamento jurídico civil, priorizando abordagem antropológica sobre a tradicionalidade das terras indígenas. (MPF. 2020)

Em síntese, a referida nota técnica conclui:





Nessa perspectiva, como afirmado por esta 6ª CCR na Nota Técnica n.º 02/2018, a Constituição aproximou o conceito de terra indígena à noção de identidade coletiva, de modo que a “tradicionalidade” não se relaciona a um marco no tempo. A Constituição adotou vetores antropológicos e não cronológicos: usos, costumes e tradições de cada povo. (MPF. 2020)

Isso demonstra que, apesar de o marco temporal estabelecido em 1988 seja significativo para o reconhecimento das terras indígenas e sua proteção, há ainda muito o que se defender, por exemplo em relação a povos indígenas que reclamam posse de terras que lhes foram tomadas à força, antes de 1988. De qualquer forma, ambas as teses reconhecem que o direito à terra independe de demarcação e já foi conferido pela Constituição em 1988, não podendo ser retirado.

Voltando ao art. 60, §4º da CF, que não permite que direitos e garantias individuais sejam abolidos por proposta de emenda constitucional, há, no art. 5º do mesmo texto constitucional, um rol de direitos e garantias individuais, que embora não seja taxativo, incluiu o seguinte inciso: “XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Não seria o direito atribuído aos povos indígenas sobre às terras tradicionalmente ocupadas, um direito adquirido? Constitucionalmente, sim. Assim, este direito não pode, por determinação constitucional e por se tratar de uma garantia individual, ser objeto de proposta de emenda constitucional. Tratando especificamente da análise constitucional da PEC 215/2000, não importa se o direito à terra deve seguir o marco temporal de 1988 ou não.

Independente da demarcação, que pode vir a ser o ato jurídico perfeito ou o julgamento pelo Supremo que reconheça a área demarcada que faça coisa julgada, o direito adquirido mesmo que não esteja acompanhado dessas outras duas etapas, não pode ser prejudicado por lei. E isto compreende todas normas que se originam nas



proposições legislativas citadas no Art. 59 da Constituição, entre elas, a Emenda Constitucional.

Note-se que esse direito, como originário, independe de qualquer ato que o reconheça, a demarcação apenas o declara, não o constitui. Há, inclusive, decisões e votos do STF nessa direção. O Ministro Celso de Mello, em voto, afirmou que:

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (BRASIL, 1996)

Sabendo da importância que a terra tem para os povos indígenas, o constituinte atribuiu a eles, a propriedade de toda as terras tradicionalmente ocupadas, em 1988, de modo a garantir aos povos a sua própria preservação e, também qualidade de vida, respeitando os costumes e a cultura.

Também se pronunciou em voto, o Ministro Ayres Britto, consolidando que o direito à terra foi reconhecido em 1988, e que não precisa da demarcação ou de qualquer outro ato para ser validado:

Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se ora de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não



índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF).

(...) A CF trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) – como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por esta ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. (BRASIL, 2009)

A defesa do direito adquirido em fase de Emenda à Constituição foi reconhecida na ADI 2.356:

A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de "originário") não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas. (...) Pelo que a alteração constitucional pretendida encontra óbice nos incisos III e IV do § 4º do art. 60 da Constituição, pois afronta "a separação dos Poderes" e "os direitos e garantias individuais". (BRASIL, 2010)

A decisão da CCJC de conferir admissibilidade à PEC 215/200 é reflexo de sua composição àquele momento. Trata-se apenas de uma presunção, contra a qual pode se insurgir o plenário das duas Casas que ainda deverão deliberar sobre o tema. E, como não poderia deixar de ser, haverá ainda o juízo do STF. Nesse sentido:

O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali



discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade. (BRASIL, 1991)

Com isso, percebe-se que a PEC 215, pretende retirar um direito que já estava resguardado aos indígenas. O texto da proposta vai contra a própria Constituição, ao pretender dispor de terras que já foram dispostas em 1988. Quando se foi reconhecido, pela CF/88, que os povos indígenas têm direito às terras tradicionalmente ocupadas e que estas devem ser posteriormente demarcadas pelo Poder Executivo. E esse direito não pode ser retirado ou sequer revisto.

## **6 CONCLUSÃO**

O §1º do Art. 231 da CF reconhece a titularidade das terras originalmente ocupadas pelos indígenas, por eles habitadas em caráter permanente, as terras utilizadas para suas atividades produtivas e que são imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Muito embora a PEC 215 mantenha inalterado esse parágrafo, a proposta exige que o Congresso Nacional aprove ou ratifique a demarcação para que sejam inalienáveis e indisponíveis e somente assim os direitos sobre elas sejam imprescritíveis. É, no mínimo, questionável a iniciativa de exigir a ratificação as terras já demarcadas e homologadas desde a CF de 1988.

Nesses termos, o direito à terra fica pendente de um ato legislativo. O direito considerado pelo constituinte originário como “imprescritível” fica condicionado à vontade política manifesta nesse ato legislativo. Uma modificação dessa natureza, que subverte o conteúdo material expresso pelo constituinte originário pode ser promovida pelo constituinte derivado?



Não por acaso, o STF admite que emendas constitucionais podem ser declaradas inconstitucionais. O autor Alexandre de Moraes, em seu livro e tendo como referência a decisão do Pleno na ADI 829-3/DF, afirma:

Dessa forma, plenamente possível a incidência de controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, sobre emendas constitucionais, a fim de verificar-se sua constitucionalidade ou não, a partir da análise do respeito aos parâmetros fixados no Art. 60 da Constituição Federal para alteração constitucional. (MORAES, 2008, p. 661)

Também é importante ressaltar que a aprovação dessa Proposta pela Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, não afasta a possibilidade de o texto ser inconstitucional. Em relação ao posicionamento do Congresso Nacional e de suas Casas e comissões, é inevitável a aceção política nas decisões adotadas.

Por esta razão, há propostas de emendas à constituição aprovadas pelas respectivas comissões de constituição e justiça das casas do Congresso Nacional posteriormente declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

A título exemplificativo, a EC nº 03 de 1993 foi questionada em ADI e o STF declarou inconstitucional o Art. 2º da referida Emenda por ferir diversos princípios constitucionais, como ficou demonstrado pelo voto do relator. Min. Sydney Sanches:

Uma emenda constitucional, emanada, portanto, de constituinte derivado, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo STF, cuja função precípua é de guarda da Constituição. (BRASIL, 1993)

Com isso, percebe-se que a análise de constitucionalidade do Congresso Nacional não está imune aos vícios de um debate que é também político, como acima demonstrado. É possível, portanto, afirmar que a maioria de votos que garantiram a admissibilidade e a constitucionalidade conferidas à PEC nº 215/2000 não assegura que a proposta esteja de acordo com os preceitos fundamentais da CF.



Nem mesmo o fato de ter sido aprovada na CCJC, e caso viesse a ser aprovada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal e promulgada pelo Congresso Nacional, impediria questionamentos posteriores ao Judiciário.

As normas jurídicas gozam de uma presunção de constitucionalidade, juridicidade e legalidade. Mas, não se pode afastar o controle da Suprema Corte sobre essas matérias, como previsto no Art. 102, I, a, da CF. E, inclusive, em diversas situações é essencial esse controle do STF, para que não haja a violação de direitos fundamentais e desrespeito aos dispositivos constitucionais por decisão do Legislativo.

Os limites do Art. 60 da CF, para as mudanças constitucionais, foram estendidos, assegurando o obstáculo intransponível, de subtrair da esfera protetiva, direitos e garantias individuais dispersos ao longo do texto constitucional e não apenas os consagrados no Art. 5º. Essa decisão foi inicialmente adotada pelo pleno do STF na ADI 939-7/DF, que discutia a garantia individual do contribuinte, resguardada pela decisão da Corte.

Novamente, mesmo que a PEC 215/200 não altere, diretamente, uma cláusula pétrea, ela ainda pode ser entendida ou declarada como inconstitucional. Se foi garantido aos povos indígenas o direito à terra, em 1988, há um direito adquirido em questão. E conforme o art. 5º, XXXVI da CF, os direitos adquiridos são direitos individuais e estes sim, estão diretamente, protegidos pelo art. 60, §4º da CF, que não podem ser abolidos, ou sequer ameaçados, por Proposta de Emenda Constitucional.

Inclusive, o próprio §2º do Art. 5º garante que o rol expresso nos mais de setenta incisos não é taxativo.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela



adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Esse importante aspecto foi evocado no voto do Min. Marco Aurélio, na ADI 939, que assegura que, em relação ao conteúdo desse parágrafo:

Não temos apenas o rol do artigo 5º da Lei Básica de 1988. Em outros artigos da Carta encontramos, também, princípios e garantias do cidadão. (...). Veja V. Ex<sup>a</sup>, que o Diploma Maior admite os direitos implícitos, os direitos que decorrem de preceitos nela contidos e que, portanto, não expressos. (BRASIL, 1993)

Vai nesse sentido o voto do Min. Ayres Brito, na Petição 3.388, ao reconhecer que a CF já assegurou que a data de sua promulgação é o referencial insubstituível, para o reconhecimento, aos indígenas, dos direitos originários às terras que tradicionalmente ocupam.

A CF trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) – como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por esta ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. (BRASIL, 2009)

Com efeito, a ratificação das demarcações já homologadas pelo Congresso Nacional implicaria no reexame de atos jurídicos consumados, constitutivos de direitos para a União e para as comunidades indígenas que habitam essas terras, em violação ao disposto no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal. Tal modificação constitucional, portanto, não passa pelo crivo da admissibilidade, por contrariar frontalmente o art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

Em resposta à provocação inicial, uma proposta que pretende alterar substancialmente o texto constitucional, de modo a suprimir um direito originário, garantido em 1988, e que também é adquirido e, portanto, protegido pelo art. 5º, XXXVI da CF, não pode ser promovida pelo constituinte derivado.



## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Povos Indígenas: conheça os direitos previstos na Constituição.** 2017. Disponível em <<https://agenciabrasil.etc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-04/povos-indigenas-conheca-os-direitos-previstos-na-constituicao>> Acesso em 17/04/2020

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terras Tradicionalmente ocupadas: processos de territorialização, movimentos sociais e uso comum.** In. **Terras de Quilombo, Terras Indígenas, 'Babaçuais Livres', 'Castanhais do Povo', Faxinais e Fundos de Pasto: terras tradicionalmente ocupadas.** Coleção Tradição e Ordenamento Jurídico, v. 2, 2006.

BRASIL. Câmara dos Deputados. COMISSÃO DE LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA EVENTO: **Audiência Pública REUNIÃO Nº: 1080/13.2013.** Disponível em <https://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=11&nuSessao=1080/13>. Acesso em 25/06/2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Ficha de tramitação da PEC 215/2000.** 2015. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>. Acesso em 25/06/2019.

BRASIL. Funai. **Nota do presidente da Funai.** Disponível em <http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/3774-asdsafdsadsdsd#:~:text=A%20terra%20ind%C3%ADgena%20C3%A9%20bem,habitam%2C%20hoje%2C%20o%20Brasil>. Acesso em 15/10/2019

BRASIL. Funai. **Terras indígenas: o que é?** 2019. Disponível em <http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-24-32>. Acesso em 15/10/2019

BRASIL. Ministério Público Federal. **Em nota técnica, MPF reafirma inconstitucionalidade da tese do marco temporal para demarcação de terras indígenas.** 13/05/2020. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/em-nota-tecnica-mpf-reafirma-inconstitucionalidade-da-tese-do-marco-temporal-para-demarcacao-de-terras-indigenas>. Acesso em 14/05/2020.





BRASIL. Ministério Público Federal. NOTA TÉCNICA Nº 1/2020/6ª CCR/MPF - Marco temporal. 2020. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/document11.pdf>. Acesso em 14/05/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). Recurso Extraordinário 183.188. E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - ÁREA DEMARCADA PELA FUNAI - DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA HOMOLOGADA PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA - AÇÃO POSSESSÓRIA PROMOVIDA POR PARTICULARES CONTRA SILVÍCOLAS DE ALDEIA INDÍGENA E CONTRA A FUNAI - INTERVENÇÃO DA UNIÃO FEDERAL - DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - NULIDADE DOS ATOS DECISÓRIOS - ENCAMINHAMENTO DO PROCESSO À JUSTIÇA FEDERAL - RECONHECIDO E PROVIDO. AÇÃO POSSESSÓRIA - INTERVENÇÃO DA UNIÃO FEDERAL - DESLOCAMENTO NECESSÁRIO DA CAUSA PARA A JUSTIÇA FEDERAL. - O ingresso da União Federal numa causa, vindicando posição processual definida (RTJ 46/73 - RTJ 51/242), gera a incompetência absoluta da Justiça local (RT 505/109), pois não se inclui na esfera de atribuições jurisdicionais dos magistrados e Tribunais estaduais o poder para aferir a legitimidade do interesse da União Federal, em determinado processo (RTJ 93/1291 - RTJ 95/447 - RTJ 101/419). A legitimidade do interesse manifestado pela União só pode ser verificada, em cada caso ocorrente, pela própria Justiça Federal (RTJ 101/881), pois, para esse específico fim, é que ela foi instituída (RTJ 78/398): para dizer se, na causa, há ou não há interesse jurídico da União. FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI) - NATUREZA JURÍDICA. - A Fundação Nacional do Índio - FUNAI constitui pessoa jurídica de direito público interno. Trata-se de fundação de direito público que se qualifica como entidade governamental dotada de capacidade administrativa, integrante da Administração Pública descentralizada da União, subsumindo-se, no plano de sua organização institucional, ao conceito de típica autarquia fundacional, como tem sido reiteradamente proclamado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive para o efeito de reconhecer, nas causas em que essa instituição intervém ou atua, a caracterização da competência jurisdicional da Justiça Federal (RTJ 126/103 - RTJ 127/426 - RTJ 134/88 - RTJ 136/92 - RTJ 139/131). Tratando-se de entidade autárquica instituída pela União Federal, torna-se evidente que, nas causas contra ela instauradas, incide, de maneira plena, a regra constitucional de competência da Justiça Federal inscrita no art. 109, I, da Carta Política. DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS - ÁREA DEMARCADA PELA FUNAI - DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA HOMOLOGADA PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. - A Constituição promulgada em 1988 introduziu nova regra de competência, ampliando a esfera de atribuições jurisdicionais da



Justiça Federal, que se acha, agora, investida de poder para também apreciar "a disputa sobre direitos indígenas" (CF, art. 109, XI). Essa regra de competência jurisdicional - que traduz expressiva inovação da Carta Política de 1988 - impõe o deslocamento, para o âmbito de cognição da Justiça Federal, de todas as controvérsias, que, versando a questão dos direitos indígenas, venham a ser suscitadas em função de situações específicas. - A importância jurídica da demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República - ato estatal que se reveste de presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade - reside na circunstância de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, unicamente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais. A QUESTÃO DAS TERRAS INDÍGENAS - SUA FINALIDADE INSTITUCIONAL. - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. A Carta Política, com a outorga domínial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. A disputa pela posse permanente e pela riqueza das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constitui o núcleo fundamental da questão indígena no Brasil. A competência jurisdicional para dirimir controvérsias pertinentes aos direitos indígenas pertence à Justiça Federal comum. Relator: Ministro Celso de Mello. 10/12/1996. **DJE**: 14-2- 1997

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 2356 MC. EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 30, DE 13 DE SETEMBRO DE 2000, QUE ACRESCENTOU O ART. 78 AO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. PARCELAMENTO DA LIQUIDAÇÃO DE PRECATÓRIOS PELA FAZENDA PÚBLICA. 1. O precatório de que trata o artigo 100 da Constituição consiste em prerrogativa processual do Poder Público. Possibilidade de pagar os seus débitos não à vista, mas num prazo que se estende até dezoito meses. Prerrogativa compensada, no entanto, pelo rigor dispensado aos responsáveis pelo cumprimento das ordens judiciais, cujo desrespeito constitui, primeiro, pressuposto de intervenção federal (inciso VI do art. 34 e inciso V do art. 35, da CF) e, segundo, crime de responsabilidade (inciso VII do art. 85 da CF). 2. O sistema de precatórios é garantia constitucional do cumprimento de decisão judicial contra a Fazenda Pública, que se define em regras de natureza processual



conducentes à efetividade da sentença condenatória trãnsita em julgado por quantia certa contra entidades de direito pùblico. Além de homenagear o direito de propriedade (inciso XXII do art. 5º da CF), prestigia o acesso à jurisdição e a coisa julgada (incisos XXXV e XXXVI do art. 5º da CF). 3. A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de “originário”) não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas. 4. O art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 30/2000, ao admitir a liquidação “em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos” dos “precatórios pendentes na data de promulgação” da emenda, violou o direito adquirido do beneficiário do precatório, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Atentou ainda contra a independência do Poder Judiciário, cuja autoridade é insuscetível de ser negada, máxime no concernente ao exercício do poder de julgar os litígios que lhe são submetidos e fazer cumpridas as suas decisões, inclusive contra a Fazenda Pública, na forma prevista na Constituição e na lei. Pelo que a alteração constitucional pretendida encontra óbice nos incisos III e IV do § 4º do art. 60 da Constituição, pois afronta “a separação dos Poderes” e “os direitos e garantias individuais”. 5. Quanto aos precatórios “que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999”, sua liquidação parcelada não se compatibiliza com o caput do art. 5º da Constituição Federal. Não respeita o princípio da igualdade a admissão de que um certo número de precatórios, oriundos de ações ajuizadas até 31.12.1999, fique sujeito ao regime especial do art. 78 do ADCT, com o pagamento a ser efetuado em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, enquanto os demais créditos sejam beneficiados com o tratamento mais favorável do § 1º do art. 100 da Constituição. 6. Medida cautelar deferida para suspender a eficácia do art. 2º da Emenda Constitucional nº 30/2000, que introduziu o art. 78 no ADCT da Constituição de 1988. Relator Ministro Néri Da Silveira. Rel. p/ o ac. min. Ayres Britto 25/11/2010. **DJE:** 19/05/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 466 MC. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INSTITUIÇÃO DA PENA DE MORTE MEDIANTE PRÉVIA CONSULTA PLEBISCITÁRIA - LIMITAÇÃO MATERIAL EXPLÍCITA DO PODER REFORMADOR DO CONGRESSO NACIONAL (ART. 60, § 4º, IV) - INEXISTÊNCIA DE CONTROLE PREVENTIVO ABSTRATO (EM TESE) NO DIREITO BRASILEIRO - AUSÊNCIA DE ATO NORMATIVO - NÃO- CONHECIMENTO DA



ACÇÃO DIRETA. - O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou - como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite - o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal. Ato normativo "in fieri", ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe - ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante - a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo - que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva -, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetida à apreciação do órgão competente, para que de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem refletido claramente essa posição em tema de controle normativo abstrato, exigindo, nos termos do que prescreve o próprio texto constitucional - e ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade por omissão - que a ação direta tenha, e só possa ter, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais ou estaduais, já promulgados, editados e publicados. - A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em emendas à Constituição. Estas - que não são normas constitucionais originárias - não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade. O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade. Relator Ministro Celso de Mello. 03/04/1991. **DJE:** 10/05/1991

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 939 MC. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade (medida cautelar). I.P.M.F. (Imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira). Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993 (art. 2., par. 2.).



Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993. Art. 60, par. 4., inciso IV, c/c arts. 5., par. 2. e 150, III, "b", da Constituição. Preliminar de ineptia da inicial. Legitimidade ativa (art. 103, IX, da Constituição Federal). Legitimidade passiva. 1. Se do texto completo da inicial se verifica que impugna a Emenda Constitucional que permitiu a criação do imposto, e a Lei Complementar que o instituiu, torna-se irrelevante o fato de, ao final, referir-se apenas, inadvertidamente, a inconstitucionalidade da lei. 2. Sendo a C.N.T.C. uma Confederação Sindical, tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, IX, da Constituição Federal). 3. Nessa espécie de ação, a União não é parte e nem se pode deduzir, contra ela, pretensão a restituição de tributos, o que só se admite em ação de outra natureza e no foro competente. 4. Estando caracterizada a plausibilidade jurídica da ação ("fumus boni iuris"), ao menos quanto a alegação de violação do disposto no artigo 60, par. 4., inciso IV, c/c arts. 5., par. 2., e 150, III, "b", todos da Constituição, e de se deferir medida cautelar para suspensão da eficácia do art. 2. e seus parágrafos da Emenda Constitucional n. 3/93, que autorizou a criação do I.P.M.F., bem como de toda a Lei Complementar n. 77/93, que efetivamente o instituiu. 5. Hipótese em que a suspensão deve vigorar até 31.12.1993, reservando-se o Tribunal para, antes do início do recesso judiciário (19.12.1993), examinar se a estendera (a suspensão) ao exercício de 1994, apreciando, inclusive, os demais fundamentos da ação, caso até essa data não tenha sido ela julgada, pelo mérito.: Relator: Sydney Sanches. 15/09/1993. **DJE:** 17/12/1993

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Pet 3.388. Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. 1. Embargos de declaração opostos pelo autor, por assistentes, pelo Ministério Público, pelas comunidades indígenas, pelo Estado de Roraima e por terceiros. Recursos inadmitidos, desprovidos, ou parcialmente providos para fins de mero esclarecimento, sem efeitos modificativos. 2. Com o trânsito em julgado do acórdão embargado, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: (i) são válidos a Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de 15.04.2005, observadas as condições previstas no acórdão; e (ii) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º). 3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o



objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos. 4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões. Relator Ministro Ayres Britto. 19/03/2009. **DJE**: 1º-7-2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Raposa Serra do Sol: entenda o caso. 2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=95026>. Acesso em 10/03/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Raposa Serra do Sol: entenda o caso. 27/08/2018. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=95026>. Acesso em 10/05/2020

**CIMI. Autorização do Congresso Nacional sobre demarcação de terras indígenas.** 2011. Disponível em <https://cimi.org.br/2011/11/32978/>. Acesso em 15/10/2019.

CUNHA. Manuela Carneiro da. **Direitos dos povos indígenas em disputa.** São Paulo. Editora Unesp, 2018.

CUNHA. Manuela Carneiro da. **Os Direitos dos Índios. Ensaios e Documentos.** São Paulo, 1987.

DUPRAT. Deborah. **O marco temporal de 5 de outubro de 1988 – TI Limão Verde.** Ministério Público Federal. 2015

DUPRAT, Deborah. **O papel do judiciário na demarcação de terras indígenas. In: Povos Indígenas no Brasil,** 2001/2005. Beto Ricardo e Fany Ricardo, orgs. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.



ECODEBATE. **Para entender porque matam os índios**, artigo de Elaine Tavares. 11/06/2013. Disponível em <https://www.ecodebate.com.br/2013/06/11/para-entender-porque-matam-os-indios-artigo-de-elaine-tavares/>. Acesso em 15/04/2020.

GRANJEIRO, J. Wilson. **Manual de Direito Administrativo Moderno**. 26ª edição. Editora Foliada. 2006.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Para juristas, PEC 215 é inconstitucional**. 2013. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/node/2342> Acesso em 20/04/2019

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Estatuto do índio**. 2018. Disponível em <[https://pib.socioambiental.org/pt/Estatuto\\_do\\_%C3%8Dndio](https://pib.socioambiental.org/pt/Estatuto_do_%C3%8Dndio)> Acesso em 15/04/2020

KASBURG, Carola. **Demarcando terras indígenas; experiências e desafios de um projeto de parceria**. FUNAI. 1999

LIMA, Vitor. **Territórios indígenas e direitos humanos**. Rio de Janeiro. Editoria Autografia. 2016

MELO, Cristina Nascimento de; AGUIAR, Julio Cesar de. **Ocupação tradicional indígena: uma análise baseada nos jogos de linguagem de Ludwig Wittgenstein**. Ministério Público Federal. 2016. Disponível em [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/marco-temporal-e-jogo-de-linguagem.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/marco-temporal-e-jogo-de-linguagem.pdf). Acesso em 10/03/2020.

MENDES JR. João. **Os indígenas do Brasil. Seus direitos individuais e políticos**. São Paulo, Hennes Irmãos, 1912.

MORAES, ALEXANDRE de. **Direito constitucional**. 23ª ed. – São Paulo: Atlas, 2008.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas**. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008. Disponível em: [http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS\\_pt.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf). Acesso em 10/06/2019



PERRONE-MOISÉS, B. **Terras indígenas na legislação colonial.** Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 95, p. 107-120, 1 jan. 2000.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da organização do Estado, dos poderes e histórico das constituições.** v. 18. 6 ed. – São Paulo: Saraiva, 2005.

PORTAL TERRA. **Entenda por que os indígenas estão revoltados com a PEC 215.** 2015. Disponível em <https://www.terra.com.br/noticias/entenda-por-que-os-indigenas-estao-revoltados-com-a-pec-215,261e37f0f329b1919d5a58a25e1d823ch76h785i.html>. Acesso em 25/06/2020

PORTAL G1. **Criado há 39 anos estatuto do índio está superado, dizem especialistas.** 2012. Disponível em <http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2012/04/criado-ha-39-anos-estatuto-do-indio-esta-superado-dizem-especialistas.html>. Acesso em 20/04/2020

SILVA, Elizângela Cardoso de Araújo. **Povos indígenas e o direito à terra na realidade brasileira.** Serv. Soc. Soc. [online]. 2018, n.133, pp.480-500.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TONINELO. Alexandre Cesar. **O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas no Brasil e os seus reflexos nas Constituições Latino – Americanas.** 2017





# PRIVACIDADE, MONETIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A LGPD: DESAFIOS E IMPACTOS DA LEI Nº 13.709/2018

Thalyta Soares de Farias

## RESUMO

Esse trabalho tem por objetivo retratar o contexto social de criação da Lei nº 13.709/2018, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais no Brasil e, sem a intenção de esgotar o assunto, explorar alguns dos desafios a serem enfrentados pela lei que ainda entrará em vigor. Nesse sentido, o direito a privacidade passa por um momento de redefinição jurídica e regulação estatal. A inovação tecnológica tem sido utilizada nos setores públicos e privados para a captação massiva de dados pessoais. A economia de dados, desenvolvida pela sociedade informacional, utiliza algoritmos e tratamento em informações pessoais com a intenção de direcionar decisões políticas, econômicas e sociais. Essa conduta ocorre mediante a violação de direitos fundamentais tais como a liberdade, igualdade, privacidade e autodeterminação informativa do titular. A Lei Geral de Proteção de Dados surge em meio a uma discussão global sobre o tema proteção de dados pessoais, e, influenciado pelo Regulamento Europeu, reconhece a vulnerabilidade dos indivíduos quanto a disposição de seus dados pessoais. O trabalho se dedica, ainda, a analisar a eficácia dos princípios estabelecidos pela norma no processo de tratamento de dados pessoais, a mitigação do instituto do consentimento, os desafios e atribuições da autoridade fiscalizadora e a adequação dos setores públicos e privados às novas regras.

**Palavras-chave:** Sociedade informacional. Proteção de dados pessoais. Metrô. Capitalismo de vigilância. Economia de atenção. Transparência. Privacidade. Direitos Fundamentais. Vazamento de dados. Publicidade comportamental. Lei Geral de Proteção de Dados. GDPR. Tecnologia.

## 1 INTRODUÇÃO



É mediante intensa pesquisa e análise das obras de estudiosos das áreas de direito, economia e ciência da computação, que o presente trabalho se propõe a relacionar a disposição de dados pessoais, a manipulação e predição comportamental e a incidência da Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), demonstrando os desafios a serem enfrentados num contexto social tão complexo e dinâmico.

O tema compõe o ramo do direito civil cujo desenvolvimento ocorre de maneira acelerada com o advento de novas tecnologias e das transformações sociais. Essas transformações, porém, precisam ser acompanhadas de reflexão correspondente sobre as questões éticas e jurídicas envolvidas. Nesse sentido, a relevância da proteção de dados pessoais no Brasil pode ser facilmente vislumbrada com as estatísticas abaixo:

Em 2016, a Internet era utilizada em 69,3% dos domicílios permanentes do País e este percentual aumentou para 74,9%, em 2017. O crescimento da utilização da Internet nos domicílios da área rural foi mais acentuado que nos da área urbana, contribuindo para reduzir a grande diferença entre os resultados destas duas áreas. Em área urbana, o percentual de domicílios em que a Internet era utilizada estava em 75,0%, em 2016, e aumentou para 80,1%, em 2017, e, em área rural, subiu de 33,6% para 41,0%. O mesmo tipo de evolução foi observado em todas as Grandes Regiões (IBGE, 2017).

Com isso, o trabalho divide-se em 5 capítulos sendo o primeiro reservado à análise da transformação social moderna para uma sociedade informacional, onde a conectividade e a inovação tecnológica revolucionaram o modo de fazer negócios, de se relacionar, os valores éticos e até o conceito de privacidade. Explica essas transformações com a ajuda do panoptismo, desenvolvido por Foucault e Bentham, traçando a sua aplicação no contexto atual.

O capítulo 2 se encarrega de conceituar termos essenciais para a compreensão de como a personalidade do indivíduo estende-se ao meio virtual, justificando,



assim, a tutela jurídica de direitos fundamentais prevista desde a Carta Magna até a Lei Geral de Proteção de Dados, daqui em diante intitulada LGPD.

No capítulo 3 será minuciado o paradoxo da captação de informações por usuários da rede como moeda de troca para utilização de determinado bem ou serviço, de modo a inaugurar o caráter monetário dos dados pessoais. Contém, ainda, um subtópico exclusivo para a compreensão do funcionamento do mercado de dados.

No quarto capítulo tem-se o núcleo do trabalho onde adentra-se no viés jurídico das tensões suscitadas anteriormente, traçando a linha de evolução normativa no que concerne aos direitos fundamentais inerentes a proteção de dados pessoais, aos princípios que regem a tutela de proteção, as legislações anteriores que serviram de amparo jurisdicional e a regulação europeia que impulsionou o debate nacional resultando na criação da LGPD.

Por fim, no capítulo 5 o trabalho alcança seu auge submetendo a Lei Geral de Proteção de Dados a um escrutínio crítico, suscitando as prováveis adversidades e limitações que a norma enfrentará para alcance de sua completa eficácia.

O tema será abordado de maneira metodológica, com o intuito de demonstrar que além do necessário rigor normativo, há uma carência de ética e justiça no tratamento de dados como meras estatísticas, o que tende a definir padrões de consumo, de controle, influenciar consciências, retirar a liberdade de escolha do indivíduo e definir padrões discriminatórios, mediante a ameaça e violação dos direitos fundamentais como a privacidade, a intimidade e a liberdade.

## **2 SOCIEDADE INFORMACIONAL**

O ser-humano, como animal extremamente adaptável e evolutivo que é, passou por diversas revoluções em busca de aprimoramento do seu eu-consciente.



Momentos cruciais acarretaram mudanças de comportamento, destino e crença da raça humana, até o presente marco extraordinário onde indivíduos são considerados *chips* compartilhadores de informações inseridos em uma grande rede (HARARI, 2000).

Indícios dessa transformação apareceram ainda na sociedade pré-industrial:

A documentação acerca das relações pessoais era restrita a uma pequena parte da vida das pessoas, e isso ocorria dentro de uma elite reinante. A rotina diária das pessoas comuns não era documentada de forma escrita. Isto por ser extremamente fácil conseguir coletar, havendo necessidade, todos os tipos de dados possíveis destes cidadãos, tendo em vista que a maioria das relações pessoais se dava proximamente. Relações negociais eram seladas por aperto de mão e testemunhadas por outros (SCAAR, 2011).

Com o decorrer do tempo relações complexas e confusas tomou o lugar das relações “boca a boca”. Consequência dessa perda de confiança foi a diminuição das relações pessoais e o estabelecimento de relações racionais, dando início ao armazenamento de informações de maneira documentada. Adiante, o modelo de produção industrial impulsionou a consolidação do registro dos fatos e acontecimentos diários como forma de colher evidências. Foi esse processo inicial, do ponto de visto do armazenamento, documentação e uso de informações pessoais, que deu início a formação da sociedade informacional como a conhecemos hoje.

Houve a época em que um computador era concebido como uma máquina imensa e de difícil compreensão e manuseio. Com a chegada dos “computadores pessoais” no mercado, entre os anos 80 e 90, a internet se propagou até tornar-se indispensável. Essa evolução tecnológica e sua acessibilidade impactou tanto a sociedade que, atualmente, um smartphone tem mais de 100.000 vezes o poder de processamento do computador empregado no Apollo 11, utilizado para a ida do homem à Lua 50 anos atrás (GNIPPER, 2019).



Essa integração do computador como objeto pessoal despertou o processo de armazenamento e análises dos dados relativos à vida pessoal de terceiros. Quando setores econômicos e o próprio Estado conscientizaram-se da utilidade que poderia ter a coleta e armazenamento de informações pessoais de terceiros, iniciou-se o processo de panoptização social.

## 2.1 Panoptização social

O Panoptismo de Foucault (2014), inspirando por Jeremy Bentham<sup>1</sup>, foi desenvolvido na década de 1970 e detalha o padrão da sociedade contemporânea através das novas técnicas de vigilância desenvolvidas para essa mesma sociedade. Para Foucault o Panóptico é como a tecnologia de vigilância e controle se comporta, permitindo uma visão privilegiada das ações e comportamentos daqueles que são monitorados. Nesse modelo de monitoramento denominado “panoptismo” inverte-se o espetáculo, “ao invés de a multidão assistir ao que acontece com uns poucos, são uns poucos que assistem ao que acontece com a multidão” (VEIGA, 2019).

O resultado mais previsível dessa concentração de poder é a capacidade de influência no comportamento dos homens; o domínio onde quer que esse poder seja exercido (FOUCAULT, 2005, p.169). Sob essa ótica, Foucault indica que o principal objetivo desse monitoramento são os aspectos econômicas, visto que o controle sob um grande número de pessoas é exercido por uns poucos observadores. Portanto, “o panoptismo representa a base do poder-saber, que regula a vida dos indivíduos e se constitui no protótipo dos sistemas sociais de controle e vigilância (total), presentes na atualidade” (OLIVEIRA; CARNEIRO, 2016).

---

<sup>1</sup> Pan-óptico é um termo utilizado para designar uma penitenciária ideal, concebida pelo filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham em 1785, que permite a um único vigilante observar todos os prisioneiros, sem que estes possam saber se estão ou não sendo observados. O medo e o receio de não saberem se estão a ser observados leva-os a adotar o comportamento desejado pelo vigilante. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Pan-%C3%B3ptico>. Acesso em: 20 abr. 2020.



No caso do panoptismo social que as tecnologias e plataformas criaram, há um fator distintivo em que o indivíduo se permite ser persuadido, não mais pelos argumentos, mas pelo contexto da submissão em que é praticamente conduzido à aceitação (OLIVEIRA; CARNEIRO, 2016):

No contexto contemporâneo, essa vontade de controle se presentifica pela recorrente busca por uma sensação de mais segurança, de permanente vigilância e maior visibilidade. Há nisso, contudo, uma contradição interna, que se traduz pela paradoxal exposição pública do indivíduo diante dos mecanismos digitais de comunicação e nas redes sociais de compartilhamento de informações pessoais. Há um escambo de “privacidades” no espaço público, em um movimento que promove a publicidade das intimidades. As redes sociais representam o mais atual modelo panóptico, enquanto o panoptismo se constitui na proliferação de dispositivos digitais que, em nome da conectividade, da formação de ‘networks’, que replicam as informações pessoais nos ambientes virtuais (OLIVEIRA; CARNEIRO, 2016, p. 215).

O panoptismo exercido através da internet alcança dimensões inconcebíveis à cognição que dela se utilizam. Foucault advertiu sobre a capacidade de adaptação a cada contexto que os modelos de vigília possuem, utilizando-se de aparência inocente, mas suspeita; as tecnologias obedecem à economias de mercado que possuem seus próprios interesses (FOUCAULT, 2005, p. 120). Nas palavras de Oliveira e Carneiro (2018):

Enquanto no “panoptismo tradicional”, a pessoa é monitorada a contragosto, embora tenha a sua integridade (teoricamente) assegurada pelo agente monitorador, no contexto das tecnologias da informação, as pessoas agem de modo deliberado, voluntariamente oferecendo suas informações pessoais, vulnerabilizando a sua integridade que passa a ser passível de manipulação pelo(s) agente(s) responsável(is) pelo seu monitoramento.

Assim, a privacidade é desprezada em detrimento da sensação de segurança possibilitando novas formas de dominação, escondidos sob valores supostamente universais.



Com o advento da 4ª Revolução Industrial (SCHWAB, 2019) a inteligência artificial (IA), a robótica e a internet das coisas (IoT, sigla em inglês) tornaram a cultura do monitoramento ainda mais presente, mesmo que a intenção seja negada e até desacreditava por muitos. Somado ao fato de que a sociedade passou a compartilhar uma quantidade de informações sem precedentes em uma conexão global.

E é nessa sociedade informacional (ou sociedade em rede), cunhado por Manuel Castells (2002), que se vive cada dia em uma realidade mais permeada pela tecnologia, conectada e interligada, com uma produção de dados e informações de quantidades incomensuráveis.

Em termos realísticos, a evolução mercadológica e tecnológica não deixa espaço para uma vida austera em isolamento. Com isso, importa ressaltar que o presente trabalho não se dedica ao combate desses setores, mas sim à falta de transparência e de informações das instituições públicas e privadas em relação aos titulares dos dados.

Vale dizer que não parece razoável exigir tanto dos indivíduos e tão pouco de organizações que ocultam a finalidade e o modo de utilização das informações que estão em sua posse. O resultado disso é a coleta e o uso de dados pessoais como matéria prima para a manipulação de comportamentos, nutrição do falso sentimento de liberdade e a invasão da privacidade.

Dito isso, entende-se que até certo ponto histórico a tutela jurídica do direito à privacidade, liberdade e igualdade foi suficiente. Hoje, dadas as situações descritas, evidencia-se a necessidade de estabelecer novos limites, agora adequados à realidade de uma sociedade informacional. E é nessa visão prospectiva que se faz essencial o estudo do tema da proteção dos dados pessoais.



### 3 DADOS PESSOAIS E DADOS SENSÍVEIS

Feitas as premissas iniciais do capítulo 1, é necessário conceituar os termos essenciais para a compreensão de como a personalidade do indivíduo estende-se ao meio virtual através de seus dados pessoais.

Nesse sentido, a nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709/2018) define os seguintes termos (BRASIL, 2018):

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico;

V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;

VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;





Doutrinariamente, Maria Luciana Pereira de Souza<sup>2</sup> em sua tese de mestrado (SOUZA, 2018, p. 76), designa dado pessoal como qualquer informação de qualquer natureza, registrada em qualquer modalidade de suporte, relacionada à uma pessoa identificada ou identificável.

A partir disso, a diversidade de informações que evolue cada usuário da rede pode ser dividida em duas categorias: dados pessoais e dados pessoais sensíveis, sendo estes dotados de proteção especial e sigilo.

A LGPD compreende dados sensíveis como todo e qualquer “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, informação referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”, conforme a figura 1. O que justifica a necessidade de proteção especial aplicada a essas informações.

Figura 1 – Dados Pessoais e Dados Pessoais Sensíveis (RENASCENÇA, 2018).



.RJ)



O caráter sigiloso e confidencial dos dados sensíveis gera preocupação sobre os aspectos legais e éticos dessas informações quanto ao seu vazamento, armazenamento e segurança. A Comissão Europeia (2018, p. 2) destaca que os referidos dados somente poderão ser coletados e utilizados em condições específicas, a exemplo de consentimento explícito ou quando permitido pela legislação nacional, conforme explicará o capítulo 6.

Outrossim, é necessário diferenciar que a incidência de dados sensíveis em dados pessoais não significa necessariamente que todos os dados sensíveis serão pessoais, e que mesmo as pessoas jurídicas e até o governo possuem proteção em relação a esses dados sensíveis, conforme explica Vignoli, Richele e Vecchiato, Fernando (2019):

Existe a iminência de Dados Sensíveis em Dados Pessoais, no entanto nem todo Dado Pessoal é sensível e, tampouco, nem todo Dado Sensível é pessoal. Nesta relação, se faz necessário o esclarecimento de que Dados Sensíveis tanto ocorrem por meio de dados de pessoas naturais, quanto de pessoais jurídicas (VIGNOLI; VECHIATO, 2019).

Em contraponto ao previsto na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), os Dados Pessoais, propriamente ditos, passarão a ser considerados sensíveis sempre que expor seu titular a algum tipo de situação constrangedora ou discriminatória, bem como informações sobre remuneração, notas acadêmicas, faturas, dados médicos, acordos conjugais, declaração de imposto de renda. Percebe-se, desse modo, a atribuição de um caráter extensivo à lei desde antes da sua vigência.

### 3.1 Big Data e Big Analytics



Pois bem, explicada a definição inicial de dados pessoais, passa-se ao próximo passo que é a possibilidade de assimilá-los à matéria prima para um produto muito mais valioso no âmbito comercial: a informação.

Nesse sentido, informações são dados pessoais devidamente tratados, e quando tratada a informação transforma-se em conhecimento, conforme expõe Ana Frazão (2018):

Para entender a importância do *big data* para a concorrência, é importante entendermos que os dados se diferenciam da informação e do conhecimento. Colocada a questão de forma bastante simplificada, os dados podem ser considerados como matérias-primas da informação e a informação pode ser considerada importante matéria-prima do conhecimento, visto este como o resultado de uma reflexão mais consistente – e preferencialmente suscetível de aplicação – a respeito de informações sobre determinada área ou assunto.

O termo *Big Data* refere-se ao grande volume de dados brutos, não agregados, não organizados, gerados em alta velocidade e variedade, que necessitam de tratamento para serem valorados, organizados e armazenados.

O *big analytics* é o processo de análise e transformação do *big data* com o objetivo de encontrar padrões e tirar conclusões sobre a informação. O tratamento é realizado por computadores, podendo ser agrupados, lidos, convertidos, analisados com técnicas estatísticas, algorítmicas<sup>3</sup> (DOMINGOS, 2019) e computacionais, a fim de se permitir melhor compreensão para a tomada de decisão e automação de processos.

---

<sup>3</sup> Algoritmo é uma sequência de instruções que informa ao computador o que ele deve fazer. Todo algoritmo tem uma entrada e uma saída visando determinado objetivo: os dados entram no computador, o algoritmo faz o que precisa com eles, e um resultado é produzido. Já o *machine learning* faz o contrário: entram os dados e o resultado desejado, e é produzido o algoritmo que transforma um no outro. Com o *machine learning*, os computadores escrevem seus próprios programas, logo não precisamos mais fazê-lo.



A partir daí extrai-se um novo tipo de conhecimento denominado de *Data Insight*, a análise do comportamento do usuário cujo resultado que é capaz de influir em decisões importantes de um mercado ou até a criação de Produtos Orientado por Dados (*Data-Driven Product*).

Sem esses instrumentos, de nada adiantaria ter uma infinidade diversificada de volume de dados sem que fosse possível transformá-los, rápido e eficientemente, em informações que geram valor de mercado, observa Frazão (2018):

Os dados precisam, portanto, ser processados e trabalhados para que possam gerar valor. Se tal constatação não afasta a importância em si dos dados isolados ou “crus”, tem o importante papel de realçar o fato de que o mero acesso à dados, sem a possibilidade efetiva e eficiente de transformá-los em informação, pode ser insuficiente para a obtenção dos respectivos benefícios econômicos.

Sob esse ângulo, a qualidade do tratamento dos dados torna-se mais importante do que a velocidade com que é realizada, pois definirá seu valor e relevância.

Por tratamento, a LGPD define em seu art. 5º, inc. X como “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração” executadas mediante emprego de ferramentas tecnológicas, seja identificando padrões de comportamento humano, catalogando-as, classificando-as ou etiquetando indivíduos.

Nota-se que a maioria das plataformas digitais relaciona o *big data* e o *big analytics* para seu funcionamento e até existência, na medida em que necessitam ter o maior acesso possível aos dados dos usuários para depois poder convertê-los em



informações e, a partir daí, utilizar tais informações em seu próprio negócio, compartilhá-las com parceiros comerciais ou tomar decisões.

Nesse sentido, Renato Opice Blum observa:

Está acontecendo uma verdadeira revolução nos métodos de organização, registro e utilização de dados e informações pessoais. Imagine-se centralizar e cruzar informações, por exemplo, da administradora de cartões de crédito com as informações bancárias do cliente, as informações em relação a seu patrimônio imobiliário, seus veículos, seu acesso à internet, seus contatos e informações coletados nas mais diversas fontes, seus hábitos de compras, perfil em redes sociais etc. Considere-se os diversos bancos de dados com informações disponíveis na internet. Somente com eles, reunindo os dados em um só lugar, entrelaçando-os fazendo referências recíprocas, cruzando dados, é possível conhecer bastante bem uma pessoa. Imagine-se o tanto a seu respeito que sua administradora de cartão de crédito conhece. A grande novidade da sociedade contemporânea é que as informações pessoais estão sendo colocadas cada vez mais facilmente à disposição de quem quiser (e pagar). Isto está oferecendo condições de se conhecerem demasiadamente qualquer pessoa, podendo distingui-la (para privilegiá-la, mas também para discriminá-la), influir em sua vida, seu cotidiano e suas possibilidades (BLUM; ELIAS, 2011).

A realidade abordada pelo advogado e autor traz à tona preocupações éticas e jurídicas reais. Basicamente, a tecnologia atual, que a cada instante se torna obsoleta face às novas criadas, permite a análise de fartos conjuntos de dados, possibilitando resultados analíticos absolutos e fidedignos sobre a pessoa humana. Nesse aspecto, Souza (2018) complementa:

Em linhas gerais: um *like*, um compartilhamento, uma interação reativa, um *checkin* com geolocalização, um *download*, um *login*, uma busca, enfim, qualquer ato instrumentalizado na rede mundial de computadores permite o armazenamento e o esquadrinhamento da informação. As expertises de tratamento de dados, fizeram nascer tecnologias,



como, o *Big Data*, o *Data Analytics*, o *Business Intelligence*<sup>4</sup>, dentre outras, inclusive as anteriormente citadas, *Machine Learning e Artificial Intelligence* (HOWARD; TONY, 2017, p. 45).

Esse novo cenário demonstra a capacidade de transformação da Internet e da tecnologia na sociedade, levando à reflexão pontos nunca antes imaginados.

É em decorrência desse paradoxo entre a ficção feita realidade e o iminente risco de lesão a princípios fundamentais que o presente trabalho e legisladores de todo o mundo se ocupam da temática proteção de dados pessoais, visando a plena eficácia de uma norma que garanta e proteja a dignidade da pessoa humana, principalmente em relação à liberdade, igualdade, privacidade e autodeterminação informacional.

#### **4 A MONETIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS**

A informação no mundo capitalista assume a posição que o petróleo assumira no início do século passado, e como novo “petróleo” do século XXI, suas jazidas são as bases de dados públicas. Entretanto ela não visa a substituição dos velhos recursos, mas a transformação do modo de produção de riquezas. Nesse aspecto, as linhas de produção agora realizam-se de modo econômico e simples.

Observa-se que, diante da diversidade de tarefas executadas por usuários da rede, apenas um baixo percentual de ferramentas (programas e aplicativos) são efetivamente remunerados pelos que o utilizam, assim os desenvolvedores criaram métodos alternativos de custeio do negócio, como a cobrança de funcionalidade

---

<sup>4</sup> Business Intelligence, ou simplesmente BI, baseia-se em agrupar informações de diversas fontes e apresentá-las de forma unificada e sob métrica comum, a fim de que indicadores aparentemente distantes façam sentido entre si, nas palavras do idealizador “Uma metodologia pela qual se estabelecem ferramentas para obter, organizar, analisar e prover acesso às informações necessárias aos tomadores de decisão das empresas para analisarem os fenômenos acerca de seus negócios.



avançadas, a venda de marketing direcionado e a monetização de dados pessoais. Nesse sentido, esclarece Guimarães (2018):

Essa monetização se dá no âmbito do "*Big data*" — conceito que envolve a captação, armazenamento, processamento e capitalização de dados e informações. Através do tratamento desses dados, é possível aprimorar, por exemplo, a publicidade dirigida, baseada em padrões de acesso e consumo, e até mesmo influir no hábito do usuário da internet, escolhendo o que mostrar e o que não mostrar, capitalizando também em cima disto (e até mesmo influenciando o resultado de processos políticos, como sugerem alguns estudiosos).

Nesse sentido há o processo de coleta e produção de *insights* automatizados, sendo estes o mapeamento dos indicativos possibilitando a definição do perfil do usuário (suas preferências de consumo, gostos pessoais, dentre outros). A partir da produção desse *insight* pode-se alcançar, por exemplo, o aumento da retenção de clientes e diferenciação competitiva.

Acrescido da mudança de comportamento dos consumidores, que desejam não mais serem vistos como números, mas como indivíduos, as propostas personalizadas chamam a atenção.

Através dessa demanda do mercado, muitas empresas se empenham em tornarem-se especialistas na coleta de dados, desenvolvendo, assim, a expertise para descrever de modo fidedigno seus usuários, no que tange a gostos pessoais, opiniões, hábitos de consumo, dentre outras características.

A princípio, essa tratativa era regida apenas pelas políticas de privacidade e os termos de uso das ferramentas e plataformas, porém com falta de transparência/informações por parte das empresas e a negligência dos usuários ao ignorarem os termos de uso, os termos de consentimento tornaram-se eivados de vícios. Com isso nasceu a necessidade de criação de normas legais capazes de garantir a tutela do usuário quanto aos seus direitos.



Nesse sentido, se posicionou Têmis Limberger, para quem:

A necessidade de proteger o cidadão juridicamente se origina no fato de que os dados possuem um conteúdo econômico, pela possibilidade de sua comercialização. Devido às novas técnicas da informática, a intimidade adquire outro conteúdo, uma vez que se tenta resguardar o cidadão com relação aos dados informatizados. Assim, o indivíduo que confia seus dados deve contar com a tutela jurídica para que estes sejam utilizados corretamente, seja em entidades públicas ou privadas. Os dados traduzem aspectos da personalidade e revelam comportamentos e preferências, permitindo até traçar um perfil psicológico dos indivíduos. Dessa maneira, pode-se destacar hábitos de consumo, que têm grande importância para a propaganda e para o comércio eletrônico. É possível, por meio dessas informações, produzir uma imagem total e pormenorizada da pessoa, que se poderia denominar traços de personalidade, inclusive, na esfera da intimidade. O cidadão se converte no denominado homem de cristal. As novas tecnologias tornam a informação uma riqueza fundamental da sociedade. Os programas interativos criam uma nova mercadoria. O sujeito fornece os dados de uma maneira súbita e espontânea e, por conseguinte, depois que estes são armazenados, esquece-se que os relatou. É necessário, então, construir uma tutela eficaz do consumidor. Os meios de comunicação interativos modificam a capacidade de coleta de dados, instituindo uma comunicação eletrônica contínua e direta entre os gestores dos nossos serviços e os usuários. Portanto, é possível não só um controle de comportamento dos usuários, mas também um conhecimento mais estreito de seus costumes, inclinações, interesses e gostos. Disso deriva a possibilidade de toda uma série de empregos secundários dos dados coletados. A função da intimidade no âmbito informático não é apenas proteger a esfera privada da personalidade, garantindo que um indivíduo não seja incomodado devido à má utilização de seus dados. Pretende-se evitar, outrossim, que o cidadão seja transformado em números, tratado como se fosse uma mercadoria, sem a consideração de seus aspectos subjetivos, desconsiderando-se a sua intimidade (LIMBERGER, 2008, p. 219).

Hoje, dificilmente o indivíduo tem total controle sobre suas informações e características pessoais após inseri-las na rede, consolidando as palavras de Chiara





Teffé (2017, p. 122) de que “a velocidade da circulação da informação é inversamente proporcional à capacidade de seu controle, retificação e eliminação.”

Em contrapartida, o nível de consciência dos usuários de redes sobre a entrega deliberada, excessiva e voluntária de seus dados pessoais aumentou, principalmente após marcantes e recentes escândalos sobre má utilização dessas informações por agentes autorizados e não autorizados.

O escândalo marcante envolvendo a *Cambridge Analytics* e o *Facebook* levantou questões acerca da solidez e integridade dos processos eleitorais democráticos das eleições norte-americanas e do *Brexit*, após constatada a má utilização de dados pessoais com objetivo de manipular a opinião pública.

Nesse sentido, o grande problema que envolve a coleta de um número inestimável de dados pessoais diz respeito a maneira como as informações serão protegidas e utilizadas. Alguns sites até deixam clara sua política de privacidade e proteção de informações dos clientes, porém de maneira vaga e superficial, sem detalhamentos sobre por onde passam, modo de armazenamento ou tempo de permanência no banco de dados. Outra falha grave diz respeito a falta de treinamento dos funcionários, sujeitando informações pessoais a perdas e repasses para terceiros não autorizados.

Essa utilização dos dados para fins econômicos - sobretudo em se tratando das redes sociais - desperta, entre os estudiosos do tema, grande preocupação para com a privacidade dos usuários da internet e de seus serviços. Estes dados são colhidos, por muitas vezes, sem o devido consentimento dos usuários, que também desprezam seu destino e finalidade.

Ressalta-se o fato de os dados pessoais de um indivíduo serem plenamente passíveis de disposição. Ciente disso, o *Facebook* desenvolveu um aplicativo ainda em teste, o app *Study*, que converte a disposição de dados pessoais (como aplicativos



instalados no aparelho celular, tempo gasto em cada um dos aplicativos, país, modelo do dispositivo e tipo de conexão do participante) em remuneração, na tentativa de juntar o útil (a necessidade de insumos para a plataforma) com o agradável (desejo de auferir renda dos participantes).

Para tanto, a companhia se compromete, mediante termos de uso e privacidade a não divulgar ou revender os dados obtidos, nem coletar informações de *logins* ou senhas, mas apenas o necessário para aperfeiçoar o próprio *Facebook* de forma transparente.

Desse exemplo compreende-se que a Lei Geral de Proteção de Dados busca garantir a liberdade do indivíduo em permiti-lo fazer o que quiser com sua privacidade, sem proteger a privacidade contra ele mesmo, ou seja, desde que seja uma decisão livre, voluntária e consentida, todos possuem a liberdade de dispor de seus dados pessoais.

Enquanto o setor privado vive os embates éticos e jurídicos descritos acima, o setor público enfrenta o inevitável atraso em adaptar-se as mudanças sociais e a inovação tecnológica que ocorre constantemente em um espaço não mais físico, mas virtual. Daí surge o caráter desterritorializante do ciberespaço e o consequente enfraquecimento da soberania dos Estados, conforme expõe Pierre Levy:

De fato, o ciberespaço é desterritorializante por natureza, enquanto o Estado moderno baseia-se, sobretudo, na noção de território. Pela rede, bens informacionais (programas, dados, informações, obras de todos os tipos) podem transitar instantaneamente de um ponto a outro do planeta digital sem serem filtradas por qualquer tipo de alfândega. Os serviços financeiros, médicos, jurídicos, de educação a distância, de aconselhamento, de pesquisa e desenvolvimento, de processamento de dados também podem ser prestados aos "locais" por empresas ou 207 instituições estrangeiras (ou vice-versa) de forma instantânea, eficaz e quase invisível. O Estado perde, assim, o controle sobre uma parte cada vez mais importante dos fluxos econômicos e informacionais trans-



fronteiriços. Além disso, as legislações nacionais obviamente só podem ser aplicadas dentro das fronteiras dos Estados. Ora, o ciberespaço possibilita que as leis que dizem respeito à informação e à comunicação (censura, direitos autorais, associações proibidas etc.) sejam contornadas de forma muito simples. De fato, basta que um centro servidor que distribua ou organize a comunicação proibida esteja instalado em qualquer "paraíso de dados", nos antípodas ou do outro lado da fronteira, para estar fora da jurisdição nacional. Como os sujeitos de um Estado podem conectar-se a qualquer servidor do mundo, contanto que tenham um computador ligado à linha telefônica, é como se as leis nacionais que dizem respeito à informação e à comunicação se tornassem inaplicáveis (LEVY, 1999, p. 312).

Na corrida para a modernização do setor público, o governo empenha altos investimentos em tecnologias, a fim de diminuir a insatisfação de uma sociedade dinâmica que lida com um sistema rígido e burocrático, reduzir custos, dar maior transparência aos atos e gastos públicos, melhorar a prestação e qualidade de serviços públicos e estabelecer um diálogo direto entre cidadãos e a administração pública.

Tais modernizações estatais exemplificam-se com a utilização de *blockchains*<sup>5</sup> para autenticação e emissão de certidões online, criação de portais com informações relevantes, ensino a distancia, consulto online ao imposto de renda etc.

Porém, essa vasta utilização de tecnologias na gestão e controle de estruturas essenciais implicam na existência de vulnerabilidades, no sentido de haver fragilidades nos sistemas públicos que se descobertas e exploradas por agentes mal-intencionados podem gerar irreparáveis incidentes de segurança.

---

<sup>5</sup> Uma *blockchain* é um tipo de banco de dados que armazena qualquer coisa que tenha valor digital. Cada nova transação é salva em um bloco que, por sua vez, é adicionado a uma cadeia de registros existentes. Uma *blockchain* típica duplica os dados por uma rede aberta, de modo que todas as pessoas na *blockchain* possam ver suas atualizações simultaneamente e todas as atualizações sejam validadas através de um processo de verificação pública que garante precisão sem a necessidade de uma autoridade central, como um banco. *Blockchain* - o que é e qual sua importância? Disponível em: [https://www.sas.com/pt\\_br/insights/analytics/blockchain.html](https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/blockchain.html). Acesso em: 9 mar. 2020.



Atualmente, um ataque cibernético seria capaz de interromper o fornecimento de água ou energia em cidades inteiras, sem excluir a ameaça a rede de transporte aéreo regida integralmente por computadores sujeitos a ataques e falhas (2019). Em suma, quanto mais o governo e seus cidadãos dependem da tecnologia, maior será a sua exposição a ataques de *crackers*, *hackers* e organizações criminosas, estando suscetíveis aos denominados *cybercrimes* (2020).

Trazendo as informações para o âmbito nacional em termos práticos, tem-se que no governo federal brasileiro, 32% dos serviços são totalmente digitalizados, 39% parcialmente e 29% não estão disponíveis para acesso online, segundo dados parciais de levantamento do Ministério do Planejamento (BRASIL, 2017). Esse aumento de utilização das tecnologias para realização dos serviços públicos deixa dúvidas sobre a capacidade de órgãos governamentais garantirem a privacidade dos cidadãos, face a morosa ascensão da relevância do tema segurança da informação nos setores privados e públicos.

#### 4.1 Estudo de Caso: Metrô de São Paulo e a N1 TELECON

Nesse sentido, parcerias Público-Privadas preveem autorizações expressas para a coleta de dados que utilizam dados pessoais em publicidade programática, como ocorre no acesso a rede Wi-Fi em São Paulo com parceria da empresa N1 Telecom. Segue trechos extraídos dos Termos & Condições (2017) de uso da rede pública:

Termos & Condições. O conteúdo deste Portal se destina a oferecer aos usuários da internet um painel institucional, informativo e de relacionamento com a FREEWIFIMETRÔ SP.

1.4 Ao usar o Serviço, você será considerado como tendo aceitado estes Termos. Se você não aceitar qualquer um destes Termos, você deve imediatamente parar de usar o Serviço.

1.5 Nós podemos alterar estes Termos a qualquer momento. Como você estará vinculado a qualquer alteração a estes



Termos, você deve rever estes Termos periodicamente. Ao continuar a usar o Serviço após qualquer alteração desses Termos, você será considerado como tendo aceitado os Termos alterados.

## 2. Uso do Serviço

2.1 Antes de usar o serviço, você deve registrar alguns de seus dados conosco, através de uma instalação on-line que nós fornecemos. Depois de ter registrado, seu dispositivo sem fio será reconhecido automaticamente, e você poderá usar o Serviço.

## 3. Consentimento para receber mensagens

3.1 Você concorda em nos fornecer um endereço de e-mail válido ou outro método de contato eletrônico que nós especificamos de tempos em tempos, e receber comunicação (“Mensagens”) nossas através desse endereço de e-mail ou outro método de contato. Nós podemos recusar ou suspender o seu acesso ao Serviço se nós identificarmos que o endereço de e-mail ou outro método de contato que você forneceu não é válido.

3.2 Exemplos do conteúdo das Mensagens que você pode receber incluem:

- material para fins promocionais e de marketing, que podem estar relacionados a produtos e serviços oferecidos por nós ou outras pessoas, empresas ou organizações;
- material para fins de pesquisa e análises; e
- material para qualquer outra finalidade que nós consideramos como sendo apropriado de tempos em tempos.

3.5 Você reconhece que, se você retirar seu consentimento para receber Mensagens, você não poderá mais usar o Serviço.

3.6 As Mensagens podem conter promoções, anúncios e ofertas por outras pessoas, empresas ou organizações (“Promoções de Terceiros”). As Promoções de Terceiros não são aprovadas ou recomendadas pela N1 Telecom ou sociedades, diretores, administradores, empregados ou agentes a ela relacionados.

Conforme trechos destacados acima, o meio de financiamento do serviço deixou de ser pecuniário, passando a ser os dados dos usuários. Os tópicos 3.1 e 3.2 evidenciam que a finalidade do recolhimento das informações é o marketing direcionado, que será veiculado via SMS, e-mails ou qualquer outra forma de divulgação.



Logo adiante, o tópico 4.2 exemplifica a obscuridade cujo presente trabalho visa combater em todos os sentidos, mas principalmente ético e normativo. O termo prevê a coleta indiscriminada de informações pessoais de milhares de pessoas, mesmo não sendo estritamente necessárias para a utilização do serviço. Em capítulo posterior será explicado de que maneira empresas se beneficiam da coleta de excedentes manipulando e prevendo comportamentos.

4.2 Além das informações que você nos fornece diretamente, nós podemos também coletar informações automaticamente, inclusive sobre seus dispositivos sem fio, quando eles se comunicam com pontos de acesso sem fio (seja quando você está ou não acessando ativamente a internet) e sobre o seu uso do Serviço (incluindo como e para que fins você acessa a internet).

Nesse sentido, a Lei Geral de Proteção de Dados veda ações que visam a coleta de excedente informacional, de modo a fugir do objetivo inicial: o fornecimento do serviço:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

(...)

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

§ 4º O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas.

O trecho abaixo confirma a livre coleta de informações, sem que o titular dos dados tenha ciência do que está sendo efetivamente coletado:



4.3 Sujeito ao disposto na cláusula 4.4, você explicitamente concorda que nós podemos usar quaisquer informações que nós coletamos sobre você, ou de qualquer dispositivo associado a você, para qualquer finalidade lícita, tais como:

- fornecimento de material de publicidade e marketing para você, que pode estar relacionado a produtos ou serviços oferecidos por nós ou quaisquer outras pessoas, empresas ou organizações;

- fornecimento de informações estatísticas para qualquer pessoa ou organização sobre o uso do Serviço;

- fornecimento de informações estatísticas para Fornecedores e outras pessoas, empresas ou organizações sobre a circulação de pessoas (incluindo você) e dispositivos de comunicação (incluindo seus dispositivos de comunicação); e

- análise por nós do uso da internet (incluindo o seu uso).

4.5 Nós podemos usar quaisquer informações que nós coletamos a qualquer momento, inclusive depois de você parar de usar o Serviço.

Levando em consideração o fluxo de pessoas nas 40 estações de metrô das linhas 1 (azul), 2 (verde) 3 (vermelha) e (5) Lilás da Cidade de São Paulo, onde são prestados os serviços de Wi-Fi, é possível projetar, através da média diária de utilização nos dias úteis de cada linha no ano de 2018, que cerca de 3.800.000 (três milhões e oitocentas mil) pessoas tem diversos dados pessoais coletados e monetizados diariamente em troca da utilização de um serviço que a empresa afirma ser “gratuito”, em sentido pecuniário. O exemplo do Metrô de São Paulo evidencia o caráter monetário dos dados dos usuários (tópico 1.4), capaz de autorizar ou não a utilização da rede WiFi, assim como ocorre na compra de qualquer bem ou serviço.

Outra facilidade é demonstrar a alimentação de um *big data* pela empresa que utilizará essas informações para comércio, que por sua vez será tratado mediante o *big analytics* e se transformará em marketing direcionado, estatísticas ou qualquer outro conhecimento de relevância econômica.

No Termo de Privacidade da empresa fica ainda mais claro que o serviço prestado não é gratuito, mas sim pago em forma de dados pessoais:



Por que precisamos coletar suas informações pessoais?

A Skyfii, N1 Telecom fornecem conectividade à Internet em suas instalações, fornecendo o Serviço para você, para tanto coletamos certas informações sobre seu uso do Serviço e comportamento nas instalações, por exemplo sobre como, onde e por quanto tempo você usa o Serviço enquanto estiver nas instalações. **Você pode pensar nisso como uma "troca justa", em que o Provedor fornece (e nós facilitamos o fornecimento) do Serviço para você em troca de sua provisão de certas informações sobre suas atividades e recebimento de determinado conteúdo. Nossa análise de dados permite que nossos Clientes entendam melhor como você e outros clientes se envolvem em seus negócios e instalações. Em última análise, isso permite que nossos Clientes tornem sua oferta de serviço mais atraente e interessante.**

Como coletamos suas informações pessoais?

Em primeiro lugar, poderá ser-lhe solicitado que nos forneça determinadas informações pessoais quando se registrar como utilizador do Serviço. Nesse momento, nós (ou nossos Clientes) iremos notificá-lo de que suas informações pessoais estão sendo coletadas. Nós também coletaremos informações pessoais sobre você enquanto você receber e usar o Serviço, por exemplo, seu histórico de navegação enquanto estiver nas instalações do Cliente. **Na maioria dos casos, você não saberá que nós (ou nosso Cliente) estamos coletando essa segunda camada de informações pessoais como ocorre automaticamente em segundo plano.**

Os produtos e serviços que fornecemos aos nossos Clientes podem incluir os serviços de marketing discutidos abaixo, bem como a análise de dados sobre suas atividades em suas instalações (por exemplo, **sua localização e histórico de navegação do dispositivo**).

Publicidade e Marketing

Como mencionado acima, você pode pensar na provisão do Serviço por nossos Clientes como uma troca justa de certas coisas que você fornece ou concorda em receber. Uma dessas "trocas" é o nosso uso de conteúdo publicitário e de marketing, semelhante ao que você pode ter visto em outro lugar (por exemplo, conteúdo de vídeo financiado por anúncios).

Apesar da compensação estabelecida contratualmente entre o Metro de São Paulo e a empresa N1 Telecom fosse a de exploração de conteúdo on-line, é fático





que os termos de compromisso são divergentes dos previstos pelo próprio Metrô, quando o serviço foi divulgado.

A publicação previa que os dados seriam de propriedade única e exclusiva do Metrô e que as mesmas seriam mantidas apenas enquanto houvesse a prestação do serviço, porém a empresa, conforme tópico 4.5, utilizaram de procedimento discricionário, sem qualquer prazo de validade, mesmo deixando o usuário de utilizar o serviço.

O caso do Metrô de São Paulo é só um dos vários exemplos concretos em que se deve discutir sobre tecnologia e direito, sobre a opacidade do uso de informações pessoais e a obsessão de grupos pela catalogação de indivíduos e seus comportamentos, como será explicado no próximo capítulo.

## **4.2 A economia de atenção e o capitalismo de vigilância**

Com o advento da Internet em escala global, economias, valores e sociedades inteiras foram transformadas. Quanto ao tema privacidade, antes vista como “o direito de ser deixado só”, essa transformou-se drasticamente, frente ao surgimento de um novo meio social que visualiza a extensão de sua privacidade para o meio virtual, tendo sido, portanto, redefinida como a possibilidade de cada indivíduo controlar o uso de informações que lhe dizem respeito.

Por isso deve-se levar em consideração o controle exercido por grupos econômicos baseados na disponibilização de informações. Tal discussão, face a redefinição de privacidade, exige a busca por equilíbrios sócio-políticos mais condizentes aos objetivos e valores de um Estado Democrático de Direito.

Os denominados “capitalismo de vigilância” e “economia de atenção” despertam para a necessidade de criação de fronteiras compatíveis com a realidade digital.



Em uma visão mais ampla, deve o Estado perceber que os indivíduos e a sociedade exigem convivência democrática, transparente e organizada em um sentido completamente distinto ao pensamento obsoleto de 30 anos atrás, e isso inclui a proteção adequada de registros, manipulações e distorções.

Adentrando no tema, a economia de atenção refere-se à “alocação de tempo e atenção das pessoas diante de uma miríade de atividades, negócios e relacionamentos possíveis” nas palavras de Ana Frazão (2018). A preocupação desse novo modelo econômico advém da transformação de necessidades tradicionais para indução de avaliações, escolhas, o que fazer ou adquirir e com quem fazer ou adquirir, de modo a limitar opções do usuário. Como explica Tim Wu:

A atenção dos usuários tornou-se um dos maiores bens a serem disputados pelos agentes da economia digital. Quanto mais tempo as pessoas passam em determinadas plataformas, mais intensamente estarão submetidas à publicidade e à coleta dos seus dados, assim como mais suscetíveis estarão estratégias que visam influenciar e alterar suas preferências e visões de mundo (FRAZÃO, 2018).

Nesse cenário, atribuímos alta concentração de poder às plataformas na economia digital, na medida em que intermediam de modo eficiente e célere as mais diversas relações. Circunstâncias como essas põem em risco a própria democracia, diante da perda do debate público e a criação de uma “bolha social”, já que os filtros dão aos usuários apenas o que eles querem. Essa seleção é capaz de polarizar opiniões, deixando os usuários suscetíveis a manipulações de todos os tipos e arruinando a legitimidade das instituições democráticas.

Ocorre que, como já foi exposto, para utilização dessas plataformas é necessário a concessão de dados pessoais suficientes para tornar totalmente nítida a personalidade de uma pessoa. É exatamente a potencialidade reveladora que tais informações carregam em sua essência que as tornam perigosas e desejadas, sendo indispensáveis a sua proteção e controle.



Nesse sentido, uma das características mais importante das plataformas digitais é o seu amplo poder de conexão entre usuários, agentes econômicos e governos. Por isso que os maiores detentores de poder econômico na atualidade tratam-se de agentes que exploram plataformas, utilizando o seu poder de conexão e, conseqüentemente, o potencial de atrair relacionamentos e negócios. Como exemplos podemos citar o *Facebook* conectando pessoas, bens e serviços, a *Amazon* conectando fornecedores e pessoas, a *Airbnb* conectando bens e pessoas, entre outros (FRAZÃO, 2018).

Visto que a tarefa de se conhecer um público alvo é complexa e envolve altos custos de transação, as plataformas sofisticadas como *Google* e *Facebook* se apresentam como um importante nicho para superar essa barreira, através dos dados pessoais em sua posse. Ana Frazão (2018, p. 78) complementa afirmando que:

São inúmeros os benefícios e eficiências daí decorrentes, pois as plataformas digitais reduzem relevantes custos de transação e agregam valor para os seus usuários, contornando obstáculos que podem dificultar as transações” e oferecendo recursos preciosos para o aperfeiçoamento das combinações. Tais recursos vão desde informações sobre a qualidade do que é ofertado e a reputação dos agentes (de que são exemplos as diversas formas de rating) até recomendações sobre os produtos que correspondam aos gostos e preferências dos consumidores.

Por esse ângulo, como bem afirma a autora, a tecnologia pode estar sendo utilizada contra a nossa própria individualidade, dada a existência de máquinas capazes de conhecer melhor o homem do que ele mesmo, prever suas ações e interações, e até utilizar vulnerabilidades para manipulação de sentimentos, crenças e ideias para os mais diversos fins, inclusive políticos, como ficou demonstrado nas eleições de Donald Trump e do *Brexit*.

A consequência de o poder ser compreendido como a capacidade de influenciar pessoas é que as ameaças da nova economia vão além do desrespeito a



privacidade, liberdade e identidade pessoal, alcançando a cidadania e a própria democracia. Nesse novo modelo econômico, os agentes detentores de vastos bancos de dados se posicionam não mais como concorrentes, mas como o próprio mercado, dominando informações sobre seus milhares de usuários.

A autora afirma que o “imperativo de extração” de dados criou uma economia de escala cuja vantagem singular é a capacidade de prever comportamentos individuais que representam um valor que se compra e se vende, conforme expõe o trecho abaixo:

A primeira onda de produtos preditivos foi impulsionada pelo excedente extraído em larga escala na internet para produzir anúncios on-line “relevantes”. A etapa seguinte ocupou-se da qualidade das previsões. Na corrida pela máxima certeza, ficou claro que as melhores previsões deveriam estar o mais perto possível da observação. Ao imperativo da extração somou-se uma segunda exigência econômica: o imperativo da previsão. Este se manifesta primeiramente por economias de escopo. Em uma fase ainda mais ousada que a extração e previsão, está a coleta de dados para aprofundamento, onde para obter previsões comportamentais ainda mais precisas, ou seja, mais lucrativa, é necessário investiga-se particularidades mais íntimas, visando a personalidade, humor, emoções, mentiras e fragilidades dos usuários. Todos os níveis da vida pessoal seriam automaticamente capturados e compactados em um fluxo de dados destinado às linhas de montagem que produzem a certeza. Realizado sob o disfarce da “personalização”, grande parte desse trabalho consiste em uma extração intrusiva dos aspectos mais íntimos de nosso cotidiano. À medida que se exacerba a corrida rumo aos lucros gerados pela vigilância, os capitalistas percebem que economias de escopo não bastam. O excedente comportamental deve, sim, ser abundante e variado, mas o modo mais seguro de prever o comportamento é intervir na fonte: moldando-a. Chamo de “economias de ação” os processos inventados para isso: softwares configurados para intervir em situações da vida real sobre pessoas e coisas reais (ZUBOFF, 2019, p. 57).



A autora expõe precisamente a evolução e as novas ambições do tratamento de dados pessoais por grupos cujo interesse diverge do meramente econômico, adentrando no controle social e exploração de predições sobre indivíduos. Para ela, as grandes plataformas utilizam dos dados pessoais que lhe são entregues para monetização em larga e arbitrária escala.

Essas ações em um mundo de economias neoliberais, que não dá o devido valor aos direitos sociais e ao bem-estar social de seus cidadãos, acarretam uma obtenção imoderada de individualidades em dimensões coletivas, desconsiderando características íntimas, remodelando comportamentos conforme interesse próprio, e comprometendo os direitos que a princípio deveriam ser protegidos.

## **5 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO**

De fato, criações tão revolucionárias e significativas como as redes não poderiam ficar sem reação jurídica adequada. Fato é que a regulação do tema sempre foi motivo de preocupação e sensibilidade no âmbito parlamentar. Hoje, porém, dado o surgimento de conflitos cada vez mais complexos a exemplo dos expostos anteriormente, presencia-se o caso em que a internet, que surgiu predominantemente sem qualquer regulação legal e assim permanecia, agora sofrerá influências por normas estatais. Nesse sentido explica Michael Kloepple (SARLET, 2017):

Ela foi, em grande parte, formada com base nos fundamentos técnicos das redes de telecomunicações que inicialmente eram estatais e que foram privatizadas, bem como daquelas que sempre foram privadas. A organização da rede e a formatação de seu conteúdo é essencialmente um assunto privado, ainda que existam influências estatais que poderão ser reforçadas em virtude da tendência de uma censura estatal da Internet

Chama a atenção que nela até agora vale o princípio internacionalizado da autorregulação social (ICANN), que, contudo, apresenta déficits democrático. Em virtude dos



progressos no que diz respeito ao desenvolvimento de técnicas de filtragem e que criam barreiras de acesso, é de esperar que venha a existir um fortalecimento da influência estatal.

O princípio internacionalizado da autorregulação social (ICANN) ao qual se refere o autor caracteriza-se pelas regras estabelecidas entre os organismos da própria Internet, regulando-se entre si sem interferência externa. Porém esse liberalismo virtual apresenta déficits democráticos, como restou demonstrado no capítulo 3.

Com isso, Estados Democráticos de Direito pelo mundo definiram diretrizes que objetivam cumprir seu dever de proteção dos direitos fundamentais, por entenderem que os dados pessoais constituem uma projeção da personalidade do indivíduo, necessitando inclusive de tutela constitucional. O desafio maior é definir um nível satisfatório de proteção sem deixar de considerar que as ações de terceiros (a exemplo do direito à livre concorrência e iniciativa<sup>6</sup>) desfrutem de uma proteção com base nos direitos fundamentais que também lhe são inerentes. O Estado então acaba sendo colocado num contexto marcado por expectativas conflitantes por parte de distintos titulares de direitos fundamentais. E como era de se esperar, o fortalecimento da influência estatal se consubstanciou na criação da Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados).

Para adentrar no âmbito da norma brasileira de proteção de dados é importante resgatar a definição e relevância dos bens jurídicos por ela tutelados, reconhecidos e protegidos desde a Constituição Federal Brasileira de 1988.

---

<sup>6</sup> A livre concorrência está correlacionada com o princípio da livre iniciativa, ou seja, quando se está diante de um mercado competitivo, os empresários que estejam atuantes com suas atividades, podem perfeitamente utilizar todos os recursos lícitos para que desenvolvam da melhor maneira possível sua atividade econômica. Desta feita, a concorrência permite que o mercado se mantenha com aqueles que são os mais capacitados para fornecer produtos e serviços diferenciados à clientela.



## **5.1 Constituição Federal de 1988: Direitos Fundamentais e a Dignidade da Pessoa Humana**

A Constituição Federal de 1988 incide diretamente no processo de tratamento de dados pessoais, principalmente no que concerne aos direitos fundamentais a privacidade, liberdade, igualdade, autodeterminação informativa, e aos princípios que asseguram uma ordem econômica justa e equilibrada e a dignidade da pessoa humana, como bem ressalta a autora Laura Schertel (2008, p. 119) no trecho abaixo:

A Constituição é o ordenamento jurídico fundamental do Estado e da sociedade, que constitui e limita os processos de poder. A partir de suas características procedimentais, ela configura um sistema de direitos fundamentais que institucionaliza os pressupostos de comunicação necessários à autodeterminação democrática dos cidadãos. Segundo uma compreensão dinâmica da Constituição, esta constitui um projeto inacabado, sempre sujeito a alterações interpretativas, que refletem um processo de aprendizagem falível.

É para a perfeita compreensão da abordagem sobre a Lei Geral de Proteção de Dados que o presente trabalho dedicará os próximos subtítulos a breve explicação desses direitos e princípios.

### *5.1.1 Privacidade*

O começo dos debates doutrinários sobre o direito à privacidade ocorreu como consequência da criação de novas técnicas e instrumentos tecnológicos, que passaram a possibilitar o acesso e a divulgação de fatos relativos à vida privada do indivíduo de uma forma anteriormente impensável, remoldando assim o próprio significado desse direito fundamental. Nesse sentido, afirma Laura Schertel (2008, p. 14):

A origem do direito à privacidade ocorreu em momento diferente de outros direitos de cunho liberal, na medida em que não foi reconhecido nas Constituições, nem nos Códigos Civis



do século XIX. Sua origem deu-se inicialmente no contexto doutrinário, tendo sido reconhecido no âmbito legislativo apenas no século XX.

Essa remodelação se deu pelo abandono do dogma anterior, que relacionava a proteção da vida privada à propriedade, pelo novo conceito de proteção à inviolabilidade da personalidade. Nas palavras de Warren e Brandeis “o princípio que protege escritos pessoais e outras produções pessoais, não contra o furto ou a apropriação física, mas contra toda forma de publicação, é na realidade não o princípio da propriedade privada, mas o da inviolabilidade da personalidade” (WARREN; BRANDEIS, 2011).

A partir dessa explicação é possível enxergar o caráter fortemente individualista da proteção à privacidade em suas primícias, com a sua existência reduzida ao direito a ser deixado só (*right to be let alone*) (WARREN; BRANDEIS, 2011). Essa é justamente a causa de sua assimilação a um direito negativo, anteriormente também acompanhado da necessidade de abstenção do Estado na esfera privada individual para a sua concretização.

O século XX foi o período de reinvenção da privacidade onde o Estado, aliado a intensa revolução tecnológica da época e difusão e recolhimento acelerados de informações, passou a considerá-la uma garantia de controle do indivíduo sobre as próprias informações e um pressuposto para qualquer regime democrático. A autora elucida esse período com o seguinte trecho:

Após a II Guerra Mundial, a proteção à privacidade ganha reconhecimento no âmbito internacional. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, prevê, em seu art. XII, além do direito à privacidade, também o direito à honra e ao sigilo de correspondência, nos seguintes termos: “Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências e ataques”. A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem





e das Liberdades Fundamentais, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no Pacto de São José da Costa Rica também previram a proteção da vida privada em termos semelhantes (SCHERTEL, 2017, p. 215).

No contexto constitucional brasileiro, o direito à privacidade é tido como uma espécie de direito à personalidade do indivíduo. Possui tanto caráter negativo (direito de defesa), como de caráter positivo (direito à prestação). A autora explica:

Negativo, por delimitar uma esfera de proteção, que não pode sofrer intervenção do poder estatal ou privado, exigindo a abstenção do Estado nesse âmbito. Positivo, por ensejar também a obrigatoriedade de uma ação do Estado para garantir tal proteção. Assim, por exemplo, exige-se a intervenção estatal ao determinar a obrigatoriedade de prestar informações pelos órgãos que realizam o tratamento dos dados pessoais (SCHERTEL, 2017, p. 199).

Trazendo para o aspecto prático, o caráter negativo remete a premissa de que nenhuma lei poderá ser promulgada de modo a anular ou eliminar esse direito fundamental, sob pena de vir a ser considerada inconstitucional e ser declarada nula. No tocante do seu caráter positivo, o direito fundamental à proteção de dados pessoais, reconhecido indiretamente pela Constituição, impõe ao Estado deve de agir para proteger a personalidade do indivíduo, tal como a edição de lei específica que regule o assunto.

A Constituição Federal prevê diversas disposições que se relacionam à proteção da privacidade e dos dados pessoais, a exemplo da inviolabilidade da vida privada e da intimidade (art. 5º, X), a vedação da interceptação de ligações telefônicas, telegráficas ou de dados (art. 5º, XII), a proibição da invasão de domicílio (art. 5º, XI) e de correspondência (art. 5º, XII) e a materialização do direito à privacidade: o habeas data (art. 5º, LXXII), um direito fundamental processual para o conhecimento e correção de dados pessoais. Este último, porém, tornou-se ineficaz na proteção de dados pessoais pelo desafio do impetrante em ter



exata ciência sobre quem são os detentores dos dados pessoais, suas finalidades, quais dados são utilizados, de que forma e para qual motivação.

Fato é que a privacidade atualmente enfrenta ofensas que vão além do modelo clássico da invasão e captura indevida de dados pessoais, agora o paradigma da privacidade precisa lidar com os velhos ilícitos, mas também com os métodos lícitos atuais.

Nesse sentido, a teoria dos mosaicos elaborado por Conessa (1984) faz uma construção bastante útil para compreender a privacidade no âmbito dos dados pessoais. A teoria desenvolve que informações inofensivas, quando analisadas isoladamente, se tornam perigosas quando somada a outras, isso por possibilitar a criação de um perfil bastante íntimo e completo de um determinado indivíduo, mas não necessariamente verdadeiro.

**Figura 2 – Exemplo da Teoria dos Mosaicos (DANTAS, 2008).**





Logo o potencial ofensivo de alguns dados pessoais só é revelado quando relacionado com outras informações. A teoria serve para elucidar as diversas faces da privacidade e demonstra o aspecto macro a ser considerado na coleta de informações pessoais.

### *5.1.2 Liberdade e igualdade*

A existência do Estado está intrinsecamente relacionada a regulação dos indivíduos em todos os seus aspectos e comportamentos, daí o motivo para a classificação de atos lícitos ou ilícitos a todos os atos. A liberdade de tomar decisões, porém, é garantida mediante as variadas formas criadas pelo ordenamento de protege-la.

Numa abordagem rápida, a perspectiva histórico-evolutiva desenvolvida por Mayer-Schonberger (apud. SCHERTEL, 2017, p.36) explica que há três gerações na qual é possível analisar as normas de proteção de dados pessoas sendo a segunda geração de normas de proteção de dados pessoais a que mais nos interessa. Ela refere-se ao paradigma da liberdade:

A segunda geração de normas de proteção de dados pessoais suscita uma controvérsia bastante interessante, relacionada à efetividade do consentimento do cidadão e do real exercício de sua liberdade de escolha, em um contexto no qual a não disponibilização dos dados pode acarretar a sua exclusão social. Por um lado, no âmbito do Estado Social, é muito difícil assegurar-se a liberdade informacional sem comprometer as funções dessa complexa burocracia que necessita de dados dos cidadãos para planificar. Por outro, também na relação entre privados é difícil se verificar o exercício do direito à privacidade informacional, na medida em que tal exercício poderá impedir o acesso do indivíduo a determinadas facilidades do mercado de consumo, que o



fornecedor está disposto a conceder somente em troca do cadastro de suas informações pessoais.

Nesse sentido, Mayer-Schönberger expõe criticamente o verdadeiro escambo social que o indivíduo tem de realizar para exercer o seu direito à privacidade e à proteção de seus dados:

A proteção de dados pessoais como liberdade individual pode proteger a liberdade do indivíduo. Ela pode oferecer ao indivíduo a possibilidade de não conceder informações a seu respeito que lhe são solicitadas. Mas qual será o custo que se tem de pagar por isso? É aceitável que a proteção de dados pessoais possa ser exercida apenas por eremitas? Será que nós alcançamos o estágio ótimo da proteção de dados se garantirmos os direitos à privacidade que, quando exercidos, acarretarão a exclusão do indivíduo da sociedade?

A violação da autodeterminação e liberdade do indivíduo se concretiza quando suas informações pessoais, que constituem também a sua personalidade, são divulgadas indevidamente ou utilizadas sem autorização, acarretando a ausência de controle sobre seus próprios dados pessoais.

A LGPD é medida legislativa que dá ao cidadão os mecanismos necessários para exercer o controle sob suas próprias informações. É também a materialização desse direito fundamental empoderando o indivíduo de determinar o âmbito da própria privacidade impedindo a imposição de uma única visão do mundo (SCHERTEL, 2017).

A autora deixa claro também o sentido da liberdade pretendida no tema dados pessoais, não se constituindo como princípio absoluto, afirma que “ela (a liberdade) articula-se de forma permanente ao princípio da igualdade e ambas compõem em conjunto o preceito da dignidade humana”. Entende-se, portanto, que o exercício pleno da liberdade de controle de dados pessoais baseia-se no consentimento consciente e informado por parte do titular.



Nesse sentido, a LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) intenciona munir o indivíduo de livre controle sobre a divulgação e a utilização de seus dados pessoais pelos agentes de tratamento, preservando, dessa forma, a sua capacidade de autodeterminação e de livre desenvolvimento de sua personalidade.

### *5.1.3 Ordem econômica justa e equilibrada*

Certo é que esse princípio envolve vários nichos do direito, mas exclusivamente no âmbito empresa-consumidor a tutela jurídica e a intervenção estatal ocorrem afim de garantir a proteção do consumidor em relação ao mercado que, ao invés de contribuir para a superação da vulnerabilidade do consumidor, vem, na realidade, reforçando essa relação de vulnerabilidade e desequilíbrio, tornando seus consumidores no próprio produto.

Dessa forma, o mercado, principalmente no meio virtual, não pode ser considerado um espaço neutro para escolhas voluntárias e livres, mas sim como um nicho de hierarquias e lucratividade. Daí surge a consciência da inocuidade do “*Laissez faire*”, onde a economia não possui de fato a habilidade de se autorregular sem gerar injustiça.

Conforme mencionado no início desse capítulo para fins de comparação, as redes também seguiam seu próprio sistema de autorregulação (ICANN) e foi mediante essa liberdade que surgiram os mecanismos econômicos e tecnológicos que levam a ofensa dos direitos fundamentais abordados anteriormente.

Daí constatou-se a necessidade de intervenção estatal até mesmo para a manutenção da liberdade e igualdade no mercado de consumo e de dados pessoais. Dada essa breve análise da relevância da regulação do Estado sobre a economia, será



feita uma rápida abordagem sobre o diálogo das fontes normativas utilizadas para dirimir os conflitos sobre proteção de dados pessoais de indivíduos.

## 5.2 Legislação ordinária

Antes da chegada da LGPD algumas legislações infraconstitucionais já se dedicavam na proteção de dados pessoais em seus nichos específicos, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece em seu art. 43 a proteção a personalidade e a privacidade do consumidor. Entretanto normas isoladas não foram capazes de alcançar eficácia necessária em todos os seguimentos onde há a utilização ou fornecimento de dados pessoais, como a LGPD se compromete a fazer. Nesse sentido Ruaro, Rodriguez e Finger (2011, p. 12) complementa:

Integram este rol algumas disposições de natureza comercial e tributária, como o sigilo dos agentes do fisco (art. 198 do CTN), além das Leis n.º 9.296/1996 e n.º 10.217/2001, que tratam da interceptação telefônica e da gravação ambiental. Há, ainda, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990), que trata dos bancos de dados nas relações de consumo, bem como a LC 105/2001, que permite às autoridades administrativas a quebra do sigilo bancário, em certas situações, sem autorização judicial.

Também houve a criação da Lei 12.737/2012, popularmente conhecida como Lei Carolina Dieckman que inseriu ao Código Penal o artigo 154-A e 154-B, tipificando o crime de invasão de dispositivos para obtenção de vantagem ilícita.

Já a lei 12.527/2011 denominada Lei do Acesso à Informação se dedicou a proteção do direito à privacidade já que ela “determina que o tratamento das informações pessoais detidas por entidades e instituições nela abrangidas seja realizado de modo transparente, respeitando o direito fundamental à proteção da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem” (FORTES, 2016, p. 118), remetendo as informações do indivíduo com os órgãos estatais, alinhada com o



disposto da Constituição Federal/88 em seu artigo 5º, inciso XXXIII, artigo 37, parágrafo 3º, inciso II e o artigo 216, parágrafo 2º.

Posteriormente, com a criação da lei 12.965/2014, o Marco Civil da Internet, é que o Brasil iniciou um debate real relacionado a proteção de dados que levasse em conta os novos contornos da privacidade na era digital. O Marco Civil dedicou-se a regulamentar não apenas as práticas e atos na internet, mas também os direitos e garantias dos usuários. Tratou também de temas relacionados aos serviços prestados pelos provedores de internet e sites em geral, e por diversas vezes foi instrumento utilizado para proteção de dados pessoais no que tange a privacidade.

Mesmo sendo a legislação brasileira considerada pioneira com a promulgação da Lei 12.965/2014, o Marco Civil da Internet (CALIXTO, 2014), pôde se ver um relativo silêncio das autoridades após um primeiro momento, onde se acreditava que a o Marco Civil conseguiria suprir qualquer problemática que poderia ser causada no âmbito virtual, inclusive em relação aos dados pessoais. Ainda assim, mesmo sem uma legislação específica, era visto um esforço por parte do judiciário em manter a preservação dos dados e de sua circulação (BEZERRA, 2019, p. 29).

Nesse sentido, o Marco Civil da Internet pode ser comparado a uma Constituição da Internet, pelo fato de o Marco Civil prever diretrizes e princípios, mas carecer de instrumento sancionador.

### **5.3 Jurisprudência: realidade da prática jurídica brasileira**

No tocante a jurisprudência brasileira, o mundo dos dados trouxe a julgamento casos que exigiram manifestação dos magistrados mesmo na ausência da LGPD. Dessa forma o diálogo entre as fontes normativas supracitadas foi e continuará sendo a base para decisões afim de qualquer violação da proteção de dados pessoais.



A jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ) concluiu pela existência de um direito de autodeterminação informacional ao afirmar que com o desenvolvimento da tecnologia, passa a existir um novo conceito de privacidade, sendo o consentimento do interessado o ponto de referência de todo o sistema de tutela da privacidade, direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações, nelas incluindo o direito à imagem.

Em julgamento do Resp. n. 1348532 / SP, o STJ vetou cláusula abusiva do banco HSBC que obrigava clientes a darem consentimento de repasse de seus dados pessoais para parceiros do banco. O Min. Luís Felipe Salomão da 4ª Turma em seu voto afirma:

De fato, a partir da exposição de dados de sua vida financeira abre-se leque gigantesco para intromissões diversas na vida do consumidor. Conhecem-se seus hábitos, monitoram-se sua maneira de viver e a forma com que seu dinheiro é gasto. Por isso a imprescindibilidade da autorização real e espontânea quanto à exposição. Não bastasse o panorama traçado acima, considera-se abusiva a cláusula em destaque também porque a obrigação que ela anuncia se mostra prescindível à execução do serviço contratado, qual seja obtenção de crédito por meio de cartão (BRASIL, 2017).

Analisando o histórico de decisões do STJ no âmbito de dados pessoais e privacidade nota-se que elas se dividem em decisões anteriores e posteriores ao Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14), e decisões que aplicaram artigos do Código de Defesa do Consumidor e da Lei do Cadastro Positivo. Nesse aspecto, a chegada da LGPD mudará completamente a forma de os magistrados julgarem casos sobre compartilhamento e tratamento de dados.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) tramita o julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 403, proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) após um juiz do município de Lagarto/SE determinar o bloqueio do aplicativo por 72 horas, e da Ação Direta de





Inconstitucionalidade (ADI) 5527, onde ambas ações discutem se há ofensa da liberdade de comunicação por decisão judicial que suspende (em âmbito nacional, mesmo que temporariamente) os serviços de aplicativo de comunicação por mensagem, sendo os dois processos ainda discutidos no momento de escrita do presente trabalho.

Ocorre que argumentos relevantes para o debate do direito a privacidade foram suscitados nos votos já proferidos em 27 e 28/05/2020, não sendo, portanto, dispensáveis as suas análises.

Em ambas as ações, há o questionamento sobre a correta aplicação e interpretação do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) que permitiria o acesso a mensagens criptografadas ponta-a-ponta<sup>7</sup>, mediante ordem judicial. Até o momento os ministros relatores, Edson Fachin e Rosa Weber respectivamente, votaram que autorização a qual a lei se refere seria apenas para a entrega de informações desprotegidas de sigilo, os denominados metadados. O voto do ministro Fachin reforça a inviolabilidade do direito fundamental quando afirma que a proteção da privacidade através da criptografia não é apenas uma proteção ao indivíduo, mas a garantia instrumental do direito à liberdade de expressão (BRASIL, 2020).

Já na visão da ministra Weber, o bloqueio dos serviços de provedores de internet só poderia ser autorizado no caso de as próprias plataformas ofenderem a privacidade do usuário, e não o contrário. Ou seja, o fato de a empresa resistir a uma

---

<sup>7</sup> “A criptografia de ponta a ponta do WhatsApp garante que somente você e a pessoa com quem você está se comunicando podem ler o que é enviado. Ninguém mais terá acesso a elas – nem mesmo o WhatsApp. As suas mensagens estão seguras com cadeados e somente você e a pessoa que as recebe possuem as chaves especiais necessárias para abri-los e ler as mensagens. E, para uma proteção ainda maior, cada mensagem que você envia tem um cadeado e uma chave únicos. Tudo isso acontece automaticamente: não é necessário ativar configurações ou estabelecer conversas secretas especiais para garantir a segurança de suas mensagens. Importante: a criptografia de ponta a ponta está sempre ativada. Não há nenhuma maneira de desativá-la.”



ordem judicial que pretende justamente essa violação da privacidade não seria justificável para interromper a sua atividade. Isso devido a tutela que o Marco Civil da Internet dá a garantia de privacidade. Por fim, é importante ressaltar a observação da ministra quanto a letra da Constituição que assegura a inviolabilidade do sigilo da correspondência e comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, exceto por ordem judicial, nas investigações criminais e perseguições penais.

Em resposta a ofício da ADPF 403 solicitando manifestação, a polícia federal se posicionou a favor do fornecimento das informações em prol da segurança pública, haja visto serem dados essenciais para a deflagração de organizações criminosas e casos relevantes, defendendo, ainda a medida de bloqueio da plataforma sustentando a inexistência de violação a preceito fundamental.

Apesar da real obrigação do Governo para com a segurança nacional, a criminalização da criptografia nesse julgamento traria vulnerabilidade ao sistema que protege a privacidade e o sigilo das comunicações dos usuários, conforme alega a defesa do aplicativo *Whatsapp*. O aplicativo também destacou o fato de que a ausência de criptografia na plataforma ou a mera possibilidade de interceptação dos dados que lá circulam teria a consequência óbvia de migração dos criminosos para qualquer dos outros serviços de mensagem totalmente criptografados, deixando a empresa em grave desvantagem concorrencial face aos seus competidores.

Nesse sentido, visto que a LGPD impõe a todas as empresas adequação à sua lista de exigências, é descabido segregar a criptografia desse rol de ações para a segurança das informações, ainda que ela inviabilize ou colida com os interesses da justiça. Logo, a razão das ações deve ser rigorosamente analisada dado que o crime cometido por meio da criptografia não seria justificativa plausível para violação da



privacidade de cerca de 120 milhões de cidadãos usuários da plataforma *Whatsapp* (VELOSO, 2017).

## 5.4 General Data Protection Regulation – GDPR

O Regulamento Geral da Proteção de Dados (*General Data Protection Regulation - GDPR*) - Regulamento 2016/679, trouxe a inovação necessária para área de proteção de dados pessoais. O regulamento implantou conformidade das leis de proteção de dados de todos os países da União Europeia, reconhecendo a preponderância da circulação de dados da sociedade no âmbito das empresas, associações e entes públicos.

O Regulamento reconheceu que o aumento inestimável do fluxo de dados pessoais associado ao desenvolvimento de novas tecnologias e plataformas gerou a necessidade de adaptação e criação de novos princípios capazes de enfrentar a realidade virtual e também real.

Para esse trabalho, porém, a relevância está em demonstrar o efeito dominó gerado pela GDPR em legislações do mundo inteiro, com enfoque na nova Lei Geral de Proteção de Dados brasileira cuja influência de conteúdo e criação se deu preponderantemente pelo regulamento europeu.

O regulamento reforçou a ideia de que sites e empresas, mesmo externos ao território europeu, deveriam seguir suas regras quando utilizadas ou contratadas por cidadãos europeus, além do mais empresas europeias foram vetadas expressamente de continuar negócios com empresas de países que não possuíssem legislação específica para tratamento de dados pessoais. Nesse sentido, as palavras do Min. Luis Felipe Salomão explicam precisamente o princípio da territorialidade das leis relativas à proteção de dados pessoais:



A comunicação global via computadores pulverizou as fronteiras territoriais e criou um novo mecanismo de comunicação humana, porém não subverteu a possibilidade e a credibilidade da aplicação da lei baseada nas fronteiras geográficas, motivo pelo qual a inexistência de legislação internacional que regulamente a jurisdição no ciberespaço abre a possibilidade de admissão da jurisdição do domicílio dos usuários da internet para a análise e processamento de demandas envolvendo eventuais condutas indevidas realizadas no espaço virtual (BRASIL, 2011).

Ou seja, por mais que o Regulamento Europeu tenha imposto diretrizes a serem seguidas em relação ao tratamento de dados pessoais, isso não retira a liberdade de cada país membro da União Europeia e nem fora dela de criarem suas próprias leis.

Desta forma, a GDPR gerou um efeito cascata no contexto internacional, atingindo o Brasil, impulsionando a criação da LGPD que trata o tema abrangência maior que o Marco Civil da Internet, aprofundando-se em conceitos, regras e sanções mais alinhados com os padrões internacionais.

A intenção do próximo capítulo é, portanto, dedicar-se exclusivamente à análise dos pontos mais importantes dessa lei com um olhar crítico e propositivo, porém sem a menor pretensão de esgotar o assunto, ou mesmo a quantidade de desafios existentes.

## **6 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LEI Nº 13.709/2018)**

A Lei nº 13.709/2018 (LGPD) ainda enfrenta seu extenso período de vacância legal definido pelo art. 65 da lei que estabeleceu o período de 24 meses da data de publicação, ocorrida em 15 de agosto de 2018, para sua entrada em vigor, já os arts. 55 e 58, que dispõem sobre a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e seu Conselho, entraram em vigor em 28 de dezembro de 2018. Ainda



assim, a 2 meses para o fim do prazo, alguns o julgaram insuficiente para adaptação a todas as transformações e adequações exigidas pela norma.

Pode-se dizer que o principal temor dos afetados pela Lei Geral de Proteção de Dados concerne em assegurar os direitos dos titulares, alguns deles inovadores para no ordenamento jurídico e para os setores públicos e privados, a exemplo do direito à portabilidade dos dados pessoais e alguns outros descritos abaixo:

- (i) confirmação da existência de tratamento;
- (ii) acesso aos dados;
- (iii) correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;
- (iv) anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto na Lei;
- (v) portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto;
- (vi) eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular;
- (vii) informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e consequências da negativa;
- (viii) revogação do consentimento.

Logo a função da lei não é a de proteger os dados por si só, mas a pessoa que é titular dessas informações. Nesse sentido, percebe-se certa vulnerabilidade do usuário que cede seus dados em troca de bem ou serviço, semelhante ao previsto no Código de Defesa do Consumidor. A diferença crucial é que a proteção prevista na LGPD abrange todos os tipos de dados pessoais em âmbito físico ou virtual, reconhecendo as limitações técnicas, econômicas e jurídicas que indivíduo tem ao lidar com um sistema tão complexo quanto a captação e processamento de dados, muitas vezes encontrando obstáculos intransponíveis para acessar seus dados.

Quanto a sua aplicabilidade e territorialidade, o art. 3, inc. I, II e III da LGPD esclarece que a lei alcançará todos os que realizam qualquer operação de tratamento de dados pessoais, sejam entes públicos ou privados, pessoas físicas ou jurídicas,



independentemente do meio utilizado ou do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que (BRASIL, 2018):

- I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional;
- II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência
- III - os dados pessoais, objeto do tratamento, tenham sido coletados no território nacional.

Extraí-se dos incisos supracitados o alcance da LGPD, “na medida em que se aplica também aos dados que sejam tratados fora do Brasil, desde que a coleta tenha ocorrido em território nacional, ou por oferta de produto ou serviço para indivíduos no território nacional ou que estivessem no Brasil”, explica Patrícia Pinheiro (2020), e conclui exemplificando que “o dado pessoal tratado por uma empresa de serviço de *cloud computing* que armazene o dado fora do país terá que cumprir as exigências da LGPD”.

Por outro lado, a lei não é aplicável quando o tratamento dos dados for realizado por pessoa física para fins exclusivamente particulares e não econômicos, para fins exclusivamente jornalísticos e artísticos e para tratamentos realizados cuja finalidade for segurança pública e defesa nacional, conforme previsto no art. 4º, I, II, III e IV.

Nesse sentido, a autora sugere que “o tema da proteção dos dados pessoais teria sido mais bem recepcionado em sede de um tratado internacional, visto que a natureza atual dos fluxos de dados nos negócios é transfronteiriça” (PINHHEIRO, 2020).

A crítica é pertinente dada a globalização crescente e o intenso fluxo de dados internacionais, o que facilitaria o diálogo em caso de violação aos direitos tutelados. Além disso, em seu ponto de vista, a União Europeia alcançou sucesso em conseguir



consolidar em um único regulamento geral as diretrizes de 28 Estados-Membros, mediante o GDPR, abrindo precedente para que as demais regiões do planeta fizessem o mesmo conjuntamente.

Contudo, a leitura da LGPD não deixa dúvidas de sua similitude com o GDPR, justamente com a intenção de amenizar as diferenças técnicas, jurídicas e econômicas entre usuários e empresas, públicas ou privadas, internas ou externas ao território brasileiro. Nesse sentido Patrícia (2020) ressalta:

A versão nacional é mais enxuta e em alguns aspectos deixou margem para interpretação mais ampla, trazendo alguns pontos de insegurança jurídica por permitir espaço para subjetividade onde deveria ter sido mais assertiva. Um exemplo disso ocorre em relação à determinação de prazos: enquanto o GDPR prevê prazos exatos, como de 72 horas, a LGPD prevê “prazo razoável (PINHEIRO, 2020, p. 231).

Uma explicação para essa flexibilidade seria devido aos desafios que a lei representa para todos os setores por ela regulados, conforme será demonstrado ao longo do capítulo.

O artigo 6º se encarrega justamente de apresentar os princípios que regem a norma e que são responsáveis pela harmonia da legislação brasileira com a internacional. Apesar não serem dotados de força normativa, são eles que vão nortear e limitar o tratamento de dados pessoais nos setores públicos e privados para que o indivíduo possa exercer seu poder de autodeterminação informativa:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - Finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - Adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;



III - Necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - Livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - Qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - Transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - Segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - Prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - Não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - Responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Apesar de ainda não estar em vigor, deseja-se que a LGPD seja capaz de lidar com o desafio da tecnologia e modernidade, tratando a proteção dos dados com o devido respeito e seriedade, reconhecendo a titularidade dos dados de propriedade dos indivíduos, e não das organizações como ocorre em países que não possuem a legislação, norteando o tratamento de dados durante sua captação, armazenamento, processamento, uso e exclusão.

No tocante às penalidades, estão previstas no art. 52 e deverão observar alguns critérios em sua aplicação, especialmente o da proporcionalidade. Dentre as possibilidades de sanções estão: advertência, publicização da infração, suspensão





parcial, sanções administrativas e até proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

Dentre elas, a que mais se destaca está no inc. II que prevê “multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;”

É importante, ao menos de início, que sejam preferidas as sanções administrativas em detrimento da aplicação de multas rigorosas como essa, isso por que a lei se propõe a estimular a mudança cultural nas organizações de modo que os princípios citados anteriormente se tornem pilares internos. Nesse sentido, o art. 2º esclarece que a lei foi criada não só para o titular dos dados, mas também para o desenvolvimento econômico dos agentes de tratamento de dados.

Entre os aspectos que podem ser considerados na amenização de uma sanção pela Autoridade fiscalizadora estão a gravidade e natureza das infrações e da categoria dos direitos pessoais atingidos, a boa-fé, reincidência entre outros previsto no art. 52, §2º e incisos.

Sendo assim, um sistema de gestão de dados pessoais bem empreendido pode ser relevante na redução das penas, na hipótese da incorrência em algum tipo de infração que enseje a aplicação de penalidade. É necessário que os setores afetados pela lei reorganizem sua governança corporativa para focar nos princípios que foram previstos pela LGPD, tornando o negócio sustentável.

## **6.1 O paradigma do consentimento na LGPD**

O instituto do consentimento, aplicado ao tema do tratamento e proteção de dados pessoais, apresenta diversas adversidades, como a exclusão do indivíduo do



mercado de consumo, e até mesmo da sociedade, na hipótese de negativa de consentimento (SCHERTEL, 2008).

O autor Mayer-Schönberger suscita debate sobre o custo social que o titular dos dados precisa pagar para exercer o seu direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais: “Será que nós alcançamos o estágio ótimo da proteção de dados se garantirmos os direitos à privacidade que, quando exercidos, acarretarão a exclusão do indivíduo da sociedade?” (SCHERTEL, 2008, p. 36). Essa indagação é facilmente respondida pelo exemplo do Metrô de São Paulo ao prever a exclusão do indivíduo do acesso a internet devido ao não consentimento de disposição da sua própria privacidade. Segue trecho abaixo:

Termos & Condições. O conteúdo deste Portal se destina a oferecer aos usuários da internet um painel institucional, informativo e de relacionamento com a FREEWIFIMETRÔ SP.

1.4 Ao usar o Serviço, você será considerado como tendo aceitado estes Termos. Se você não aceitar qualquer um destes Termos, você deve imediatamente parar de usar o Serviço. (...)

3.5 Você reconhece que, se você retirar seu consentimento para receber Mensagens, você não poderá mais usar o Serviço

É justamente o que o autor Danilo Doneda (2006) denomina como paradoxo da privacidade, dado que nessa antiga estrutura primeiro o direito exigia que o indivíduo autorizasse o processamento de seus dados, para apenas depois poder solicitar a tutela jurídica.

Com a criação da norma de proteção de dados, o instituto do consentimento sofrerá adequação por parte dos setores públicos e privados, tornando-o mais condizente com a realidade de uma sociedade em rede e de informação:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;



Com isso, o consentimento passou a ser instrumento da manifestação da vontade individual. “Se por um lado ele revela o aspecto da autodeterminação, já exposto ao longo deste trabalho, também passa a figurar como instrumento de legitimação” (DONEDA, 2006, p. 56).

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

§ 5º O controlador que obteve o consentimento referido no inciso I do caput deste artigo que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas nesta Lei.

A norma estabelece, então, que o fornecer do consentimento não significa a falta de interesse do indivíduo na tutela de suas informações pessoais, mas sim um ato de escolha garantida pela sua autodeterminação individual.

Sob essa ótica, adquire grande relevância e constitui importante inovação a possibilidade de revogação do mesmo, prevista no art. 8º, §5º da lei. Tal prerrogativa é fundamental para fazer valer os direitos de liberdade e privacidade. Na legislação brasileira, a revogação é válida tanto para autorização para o tratamento, quanto em relação à circulação dos dados:

Art. 8º. § 4º O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas.

§ 5º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei.

A nulidade de autorizações genéricas, prevista no §4º acima, tem grande relevância para a eficácia do consentimento visto que pode configurar vício de vontade. Diferentemente do tratamento previsto no Código Civil para negócios



jurídicos defeituosos, a manifestação da vontade com vício de consentimento é anulável, já na LGPD esta mesma manifestação configura nulidade. Nesse sentido, o legislador adotou medida mais extrema pelo fato de que, segundo a LGPD, os dados pessoais são projeções da personalidade.

Todavia, a revogação não impede que o usuário do bem ou serviço não seja excluído da utilização dos mesmos. Importante ainda compreender que mesmo após a revogação do consentimento, as condutas abusivas não estarão isentas de reparação, na hipótese de danos ao titular dos dados. Outrossim, contam com especificidades o consentimento das seguintes categorias de dados e tratamento:

Dados pessoais sensíveis: quando a base legal for o consentimento, o tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer quando o titular ou seu responsável legal autorizar, de forma específica e destacada, para finalidades determinadas.

Dados pessoais de crianças e de adolescentes: o consentimento deve ser específico e em destaque, fornecido por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.

Transferência internacional de dados pessoais: quando também for baseada em consentimento, este deve ser específico e em destaque, com informação prévia sobre o caráter internacional da operação, distinguindo claramente de outras finalidades (BRASIL, 2018).

Com esses ajustes, juntamente com a atuação do encarregado de proteção de dados da organização, e com o trabalho jurídico e técnico adequado, é possível amenizar os riscos de violação da LGPD e, conseqüentemente, a aplicação de sanções pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

Mesmo com esses gatilhos de mitigação do vício de consentimento, há a realidade do cansaço social em fornecer sua autorização para cada ação tomada. É fato que a exaustão levará novamente ao vício, não podendo a empresa ou órgão ser mais responsabilizado pela negligência de seus usuários. Daí a importância da



consciência social, visto que de nada serve os termos sem uma cultura de compreensão do que são os dados pessoais. Essa consciência ainda está em seus primeiros passos no Brasil.

## **6.2 Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)**

O art. 55, que entrou em vigor em 28 de dezembro de 2018, dedicou-se exclusivamente à criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) como sendo um “órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República” (BRASIL, 2018), com autonomia para a aplicação de penalidades administrativas e pecuniárias aos infratores da LGPD.

Sob essa ótica, existem inúmeros desafios e incertezas que a própria LGPD deixou ao encargo da autoridade. Diferentemente da ANP, ANEEL, ANATEL e demais agências setoriais, a ANPD fiscalizará todos os empreendimentos, organizações e atividades, desde farmácias até as gigantes da tecnologia.

Extrai-se daí que a autoridade deverá articular sua competência com a atuação prévia de outros órgãos reguladores, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) e a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), bem como o diálogo com Autoridades estrangeiras, nas hipóteses de extraterritorialidade.

Existe ainda a preocupação com o aumento do número de judicializações após a entrada da lei em vigor, visto que essa cultura já está impregnada no ideal brasileiro. Esses desafios demonstram que mesmo com a existência da ANPD, o tema da proteção de dados será recorrente no Judiciário, sujeito à carência de maturidade técnica, jurisprudencial e doutrinária, podendo acarretar grande insegurança jurídica. Outrossim, para a dúvida se a ANPD conseguirá atender às



necessidades da legislação e da sociedade, bem como se a estrutura de agência reguladora, no atual contexto, seria a melhor opção.

### **6.3 Aplicação da lei no setor privado**

Como se vê, setores empresariais deverão se empenhar para adequar-se à lei adotando sistema de mapeamento e classificação de informações em sua propriedade, atribuindo o nível correspondente de segurança e restrição de acesso, investindo no treinamento constante de todos os seus dirigentes e colaboradores, conforme requisições da própria LGPD. A previsão é que esta atingirá principalmente os setores de recursos humanos, hospitais, farmácias e escritórios de advocacia, devido ao grande fluxo e armazenamento de informações de terceiros.

No âmbito virtual privado, práticas como o aceite de termos de uso e políticas de privacidade de difícil compreensão com apenas um clique será alvo da adequação a LGPD, tendo em vista que o consentimento deve ser baseado no aceite de informações compreensíveis e, quando possível, ser solicitado gradualmente de acordo com a necessidade e finalidade.

Já no ramo farmacêutico, dados pessoais como RG, CPF, filiação, telefone e endereço, e dados sensíveis como o estado de saúde do titular deverão ser obedecer rigorosamente aos deveres de tratamento previstos pela LGPD, principalmente relacionado à gestão, sigilo e segurança dessas informações. Outrossim, o hábito de farmácias requisitarem dados pessoais em compras que sequer envolvem medicamentos, como loções, cremes, preservativos, passou a ser é uma modalidade totalmente ilegal.

As redes sociais representam exigem maior cuidado por parte dos usuários das plataformas pois a superexposição não é protegida pela lei. Ou seja, o livre compartilhamento de informações pessoais em redes como *Facebook*, *Instagram* ou



*Twitter*, por exemplo, pode acarretar consequências graves cujo consentimento foi legítimo.

Vale dizer que as redes sociais se utilizam da monetização de dados pessoais para permitir acesso às suas plataformas, conforme exposto no capítulo 3. Dessa forma, elas também passarão por adequação da LGPD quando aos termos de uso e política de privacidade para torna-los mais compreensíveis e finalísticos antes que o usuário dê livre acesso a informações de cunho extremamente pessoal como fotos, compromissos e contatos.

Esses são apenas alguns exemplos de setores que serão desafiados pela adequação à LGPD. Por fim é necessário ressaltar que a criação da lei traz consigo uma série de benefícios como a possibilidade do livre fluxo de dados com os países signatários do Regulamento Europeu, aumentando a competitividade das empresas brasileiras e facilitando a internacionalização de iniciativas nacionais.

A elevação da transparência no mercado é outro fator que estimula a confiabilidade de titulares de dados nos mercados adequados a legislação, dado o controle do usuário sobre suas próprias informações, e, por fim, o diferencial significativo em mercados acirrados, onde a organização em *compliance* com a LGPD será mais considerada em detrimento de outra que não demonstra cuidado com os dados de seus clientes. Nesse sentido Felipe Palhares<sup>8</sup> (2018) corrobora:

Encarar a LGPD como uma oportunidade (ainda que complexa) é muito mais benéfico do que enfrentá-la como um inimigo mortal. Inovar é criar formas novas de resolver problemas ou de superar obstáculos, desde que dentro das regras do jogo. Caso contrário, a inovação se torna ilícita e prejudicial não somente ao malfetor, mas a todo o mercado.

---

<sup>8</sup> Sócio fundador do Palhares Advogados, mestre em Corporate Law pela New York University, professor convidado do Insper, primeiro brasileiro a ser reconhecido como Fellow of Information Privacy e o único brasileiro a obter todas as certificações de privacidade e proteção de dados da International Association of Privacy Professionals (CIPP/E, CIPP/US, CIPP/C, CIPP/A, CIPM, CIPT).



Essa é a única “inovação” que a LGPD vai frear e que, se não fosse ela especificamente, outras leis o fariam. Na verdade, a LGPD tem o potencial de fazer justamente o contrário: impulsionar a inovação responsável e incentivar a criação de modelos de negócio não somente viáveis comercialmente, mas também do ponto de vista da privacidade de seus usuários.

## 6.4 Aplicação da lei no setor público

Não seria admissível que o próprio Poder Público se esquivasse de uma legislação sobre privacidade e proteção de dados pessoais de seus próprios cidadãos, sendo o Estado o detentor de um *big data* inestimável e o principal agente de tratamento dessas informações. Nesse sentido:

A aplicação da LGPD ao Poder Público e ao Poder Privado, essencialmente de forma indistinta, ainda que respeitada algumas diferenças, é um grande desafio, que se não for realmente superado, coloca em xeque a *ratio legis* da lei, que é proteger os dados pessoais e a privacidade dos usuários contra abusos e atribuir maior controle do titular dos dados sobre os mesmos, durante toda a cadeia de tratamento, independentemente da natureza da empresa (MIGUEL, 2019).

O caso da parceria público-privada entre o metrô de São Paulo e a empresa N1 Telecom é exemplo claro de violação da LGPD, bem como da imperiosa necessidade de adequação a norma. Diferentemente do previsto nos tópicos 1.4 e 1.5 do Termo e Condições, o consentimento do usuário não poderá ser deduzido da utilização do serviço, mas deverá ser solicitado gradualmente, conforme estrita necessidade e finalidade informada, nos termos do art. 8, §4º da LGPD que dispõe que “o consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular. § 4º O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas.”

Termos & Condições. O conteúdo deste Portal se destina a oferecer aos usuários da internet um painel institucional,





informativo e de relacionamento com a FREEWIFIMETRÔ SP.

1.4 Ao usar o Serviço, você será considerado como tendo aceitado estes Termos. Se você não aceitar qualquer um destes Termos, você deve imediatamente parar de usar o Serviço.

1.5 Nós podemos alterar estes Termos a qualquer momento. Como você estará vinculado a qualquer alteração a estes Termos, você deve rever estes Termos periodicamente. Ao continuar a usar o Serviço após qualquer alteração desses Termos, você será considerado como tendo aceitado os Termos alterados.

Outro aspecto comumente encontrado em termos e condições públicos e privados está no tópico 4.2 (cláusula genérica) e 2.1 (coleta indiscriminada de informações pessoais). Nesse sentido, o art. 6 da Lei Geral de Proteção de Dados veda ações que visam a coleta de excedente informacional condicionando-a aos princípios da finalidade e necessidade, a exemplo de adequação necessária com a entrada da norma em vigor.

## 2. Uso do Serviço

2.1 Antes de usar o serviço, você deve registrar alguns de seus dados conosco, através de uma instalação on-line que nós fornecemos. Depois de ter registrado, seu dispositivo sem fio será reconhecido automaticamente, e você poderá usar o Serviço.

(...)

4.2 Além das informações que você nos fornece diretamente, nós podemos também coletar informações automaticamente, inclusive sobre seus dispositivos sem fio, quando eles se comunicam com pontos de acesso sem fio (seja quando você está ou não acessando ativamente a internet) e sobre o seu uso do Serviço (incluindo como e para que fins você acessa a internet).

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

(...)

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com



abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

O caso do Metrô de São Paulo é apenas um dos vários exemplos concretos carentes de fiscalização e adequação a LGPD. Em outro aspecto, tem-se o crescente uso da tecnologia na governança pública em escala global, a exemplo da Estônia que possibilitou aos seus cidadãos o acesso a todos os serviços públicos em plataforma online. Utilizando a identidade digital, o indivíduo consegue-se acessar serviços de previdência, agendar uma consulta no sistema de saúde, registra empresas e licenciamentos, transferência de veículos, podendo até mesmo votar de sua residência.

O Brasil também caminha neste sentido da desburocratização, do uso eficiente da tecnologia em prol a eficiência na administração e melhoria da vida do cidadão, mesmo que a passos lentos. Apesar de não ter desenvolvido um documento digital único, já foram disponibilizados documentos como a CNH digital, a carteira de trabalho digital, o título de eleitor digital e o e-CPF, por exemplo. Extrai-se daí a imperiosa necessidade de investimento no setor de segurança da informação e proteção de dados pessoais, para que essas soluções não se torne um problema nacional.

## 7 CONCLUSÃO

O mercado evoluiu para a utilização de uma nova moeda de troca: os dados pessoais. É diante dessa disposição massiva de informações que o direito a privacidade enfrenta riscos e novos desafios, a exemplo dos algoritmos. Criados a partir do *big data* e do *big analytics*, os algoritmos inauguraram uma nova economia e uma nova política de tomada de decisões a partir de análises preditivas e marketing direcionado. Nos denominados capitalismo de vigilância e economia de atenção, os agentes detentores de vastos bancos de dados se posicionaram não mais como



concorrentes, mas como o próprio mercado, dominando informações sobre seus milhares de usuários.

Nesse cenário, comprovou-se que a predição comportamental e o marketing direcionado são novos métodos desenvolvidos para ir além da oferta de bens e serviços, e visam definir padrões de consumo, de controle, influenciar consciências, retirar a liberdade de escolha do indivíduo e estabelecer padrões discriminatórios, mediante a ameaça e violação dos direitos fundamentais como a privacidade, a igualdade e a liberdade, antes e após a coleta das informações.

Outrossim, há uma carência de ética e justiça no tratamento de dados como meras estatísticas e a utilização da tecnologia contra a própria individualidade dos usuários, dada a existência de máquinas capazes de conhecer melhor o homem do que ele mesmo. O caso do metro de São Paulo é utilizado para explicitar a existência e o *modus operandi* da coleta indiscriminada dessas informações, e comprova a imperiosa necessidade de regulação e fiscalização do tratamento de dados.

Apesar da tutela constitucional e da existência de legislações esparsas sobre o tema, as práticas violadoras permaneceram em ascensão. Foi diante da impossibilidade de uma vida austera em isolamento que surge a LGPD para dar transparência às instituições públicas e privadas em relação aos titulares dos dados. Diferente do que se pensa, a sociedade não serve ao Direito, mas o Direito deve servir a sociedade em suas constantes transformações. Fronteiras são expandidas a cada segundo e, nesse sentido, os desafios jurídicos se reinventam. A lei de proteção de dados traz inovações quanto a práticas corriqueiras que agora são ilegais. A adequação à lei exige pressa, visto que as penalidades são rigorosas.

Também é necessário conceber a ideia de que a LGPD e a ANPD isoladamente não proporcionarão a solução de todos os conflitos envolvendo proteção de dados pessoais, mas a cooperação entre a autoridade e outros órgãos



conjuntamente ao diálogo das fontes poderão redirecionar o futuro ético e mercadológico dos setores público e privado. O Estado também enfrentará desafios para adequação a LGPD, que exigirá maior segurança e rigor quanto a coleta e segurança de informações pessoais. Ademais, o assunto carece de inclusão e debate nas instituições de ensino de Direito.

## REFERÊNCIAS

BEZERRA, André Luís Martins. **A Lei 13.709/18 e os novos desafios da proteção de dados pessoais e identidade**. 2019.

BRAGHIT, Ronaldo. **Business Intelligence: Implementar do jeito certo e a custo zero**. São Paulo: Casa Código, 2017.

BLUM, Renato Opice; ELIAS, Paulo Sá. O consumidor do século XXI. **Revista do Advogado**. Ano XXXI. n.114. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, dez. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1348532/SP**. (Quarta Turma). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, de 10 de outubro de 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1168547/RJ**. (Quarta Turma). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, de 11 de maio de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua**, Ano 2017. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101631\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101631_informativo.pdf). Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Regulamenta o tratamento de dados pessoais no Brasil, tanto pelo poder público quanto pela iniciativa privada. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 20 abr. 2020.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário retoma nesta quinta-feira (28) julgamento de ações sobre bloqueio de aplicativos de mensagens**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=444283>. Acessado 5 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. **Economia com implantação de serviços digitais pode gerar economia de 97% aos cofres públicos**. 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/planejamento/economia-com-implantacao-de-servicos-digitais-pode-gerar-economia-de-97-aos-cofres-publicos>. Acesso em: 10 jul. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

COMISSÃO EUROPEIA. **Assuma o controle de seus dados: um guia do cidadão para a proteção de dados na UE**. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia. 2018.

CONESA, F. **Derecho à la intimidad, informática y Estado de Derecho**. Valencia: Universidad, 1984.

DANTAS, Haendel. **Um mosaico de pessoas**: Barack Obama. 2008. Disponível em: <https://comunicadores.info/2008/03/26/barack-obama-um-mosaico-de-pessoas/>. Acesso em: 30 maio 2020.

DOMINGOS, Pedro. **O Algoritmo Mestre**: Como a busca pelo algoritmo de machine learning definitivo recriará nosso mundo. São Paulo: Novatec Editora Edição, 2019.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FRAZÃO, Ana. **Plataformas digitais e os desafios para a regulação jurídica**. v. 1. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

FORTES, Vinícius Borges. **Os direitos de privacidade e a proteção de dados pessoais na internet**. São Paulo: Lumen Juris, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2014.



GNIPPER, Patrícia. **Seu smartphone seria poderoso o suficiente para te levar até a Lua?** 2019. Disponível em: <https://canaltech.com.br/espaco/seu-smartphone-seria-poderoso-o-suficiente-para-te-levar-ate-a-lua-144515/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. **Monetização De Dados Pessoais Na Internet: Competência Regulatória A Partir Do Decreto N° 8.771/2016.** v. 4, nº1. Artigo. Revista de Estudos Constitucionais UFRN. 2018.

HARARI, Yuval Noa. **Homo Deus: uma breve história do amanhã.** Disponível em: <http://lelivros.love/book/baixar-livro-homo-deus-yuval-noah-harari-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/>. Acesso em: 20 maio 2020.

HELTON, Simões Gomes; LAPORTA, Taís. **Entenda o que é blockchain, a tecnologia por trás do bitcoin.** 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/entenda-o-que-e-blockchain-a-tecnologia-por-tras-do-bitcoin.ghtml>. Acesso em: 20 abr. 2020.

HOWARD, Dresner; TONI, Ronaldo. **Business Intelligence: Implementar do jeito certo e a custo zero.** São Paulo: Casa Código, 2017.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua” Ano 2017.** Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2017. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101631\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101631_informativo.pdf). Acesso em: 25 maio 2020.

JOTA. **Sorria?** Seus dados estão sendo compartilhados. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/sorria-dados-compartilhados-29032018>. Acesso em: 20 abr. 2020.

JOTA. **O valor positivo da LGPD.** 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-valor-positivo-da-lgpd-25112019>. Acesso em: 10 jul. 2020.

LÈVY, Pierre. **Cybercultura.** Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

LIMBERGER, Têmis. **Proteção de dados Pessoais e comércio eletrônico: os desafios do século XXI,** São Paulo: Vozes, 2008.



MENDES, Laura Schertel. **Transparência e privacidade**: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: Linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

MIGUEL, Fernando Gomes. **Os desafios do Brasil na nova era da proteção de dados pessoais e da privacidade**. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/298736/os-desafios-do-brasil-na-nova-era-da-protexcao-de-dados-pessoais-e-da-privacidade>. Acesso em: 10 jul. 2020.

OLIVEIRA, Eduardo Chagas; CARNEIRO, Ivana Libertadoira Borges. Sobre o caráter persuasivo da estrutura panóptica: Bentham, Foucault e as novas tecnologias. **Revista Ideação**. n. 33. 2016.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de Dados Pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018-LGPD**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RENASCENÇA. **Dados pessoais e dados pessoais sensíveis**, 2018. Disponível em: <https://rr.sapo.pt/privacidade-online/cap1.aspx>. Acesso em: 20 abr. 2020.

RIBEIRO, Jose Antonio. **Big Data para Executivos e Profissionais de Mercado**. Rio de Janeiro: Método, 2018.

RUARO, Regina Linden, RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro, FINGER, Brunize. O Direito à Proteção de Dados Pessoais e a privacidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba. n. 53. 2011.

SARLET, INGO WOLFGANG. **Série Direito Inovação e Tecnologia-Direito, Inovação e Tecnologia**: volume 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

SCHAAR, Peter. Das Ende der Privatsphäre: der Weg in die Überwachungsgesellschaft. Munchen, C. Bertelsmann apud RUARO, Regina Linden. O Direito à Proteção de Dados Pessoais e a Privacidade. 2011. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30768>. Acesso em: 20 maio 2020.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Rio de Janeiro: EDIPRO, 2019.



SOUZA, Maria Luciana Pereira de. **Proteção de dados pessoais na internet**: a mais recente instrumentalização do princípio da dignidade humana na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Vozes, 2018.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Redes sociais virtuais**: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. v. 22. Fortaleza: Pensar, 2017.

VEIGA, Alfredo Neto. **Foucault & a Educação**. São Paulo: Autêntica Editora, 2019.

VELOSO, Thássius. **WhatsApp em números**: 120 milhões de brasileiros e 100% de criptografia. 2017. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2017/05/whatsapp-em-numeros-120-milhoes-de-brasileiros-e-100-de-criptografia.ghtml>. Acesso em: 05 de junho de 2020

VIGNOLI, Richele; VECHIATO, Fernando. **Dados sensíveis no contexto dos dados de pesquisa**: um olhar na perspectiva da Ciência da Informação. 2019. Disponível em: [10.31229/osf.io/dkn8z](https://10.31229/osf.io/dkn8z). Acesso em: 20 abr. 2020.

ZUBOFF, Shoshana. **Um capitalismo de vigilância**: Le Monde Diplomatique. 2019. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/um-capitalismo-de-vigilancia/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

WIFI METRO SP. **Termos e Condições**. Termos de Privacidade. 2017. Disponível em: <http://freewifimetrosp.com.br/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

WHATSAPP. **FAQ do WhatsApp** - Criptografia de ponta a ponta. <https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/end-to-end-encryption>. Acessado 5 jun. 2020

WU, Tim. **The attention merchants**: the epic scramble to get inside our heads. New York: Knopf, 2016.





# A PERCEPÇÃO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS PELOS ADVOGADOS PÚBLICOS: ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 6.053/DF

Welves Romão de Oliveira<sup>1</sup>

## RESUMO

Artigo científico cujo objetivo é abordar, num primeiro momento, o conceito e a natureza jurídica da inovação legislativa levada a efeito com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que passou a permitir, na forma da lei, que os advogados públicos, incumbidos da missão constitucional de representar a Fazenda Pública em juízo, recebam honorários advocatícios decorrentes da sucumbência processual fixados em sentença judicial. Após, num segundo plano, através da metodologia de estudo de caso concreto, debruça-se na análise das principais teses jurídicas que nortearam a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.053/DF, ação abstrata em trâmite no STF por meio da qual a Procuradoria-Geral da República pede a declaração de inconstitucionalidade formal do parágrafo de artigo da aludida lei processual atinente ao recebimento de honorários de sucumbência pelos advogados públicos, assim como a declaração da inconstitucionalidade formal e material de diversos outros artigos da Lei n.º 13.327/2016, os quais conferiram eficácia jurídica à disciplina do recebimento de honorários sucumbenciais pelas carreiras jurídicas vinculadas à advocacia pública no âmbito Federal (AGU, PGFN, PF e PFBCB). Para tanto, diante da inexistência de julgamento de mérito pela Suprema Corte, objetiva-se confrontar os mais relevantes fundamentos que ensejaram a propositura do processo objetivo para com as respectivas teses jurídicas em defesa das normas impugnadas, para se chegar a uma pretensa verificação, à luz do texto constitucional, de eventual procedência dos pedidos veiculados no bojo da mencionada ação de controle concentrado.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB



**Palavras-chave:** Honorários sucumbenciais. Advogado Público. Fazenda Pública. Ação Direta de Inconstitucionalidade.

## 1 INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil (CPC2015) caminhou a passos largos quando o assunto é honorários sucumbenciais. Além de conferir definitivamente a titularidade dessa espécie de honorários aos advogados, ratificando o que já previa o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n.º 8.906/94), conferiu-lhe, comparando-o ao diploma processual de 1973, uma acentuada carga normativa, destinada a disciplinar o instituto de forma mais detalhada.

Uma dessas inovações, porém, vem chamando mais atenção da comunidade jurídica: agora, há expressa possibilidade de recebimento dos honorários de sucumbência pelos advogados públicos, servidores públicos da carreira jurídica incumbidos da função de representar a Fazenda Pública em juízo.

Não somente chamou a atenção ante às polêmicas que aparentemente permeiam o novel instituto jurídico, como está sendo alvo de questionamento perante o Poder Judiciário. É que, recentemente, a Procuradoria-Geral da República, por meio do membro de seu mais alto cargo, propôs perante o Supremo Tribunal Federal – STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI, distribuída sob o n.º 6.053/DF, estando sob relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Esse processo objetivo visa a impugnar, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a inserção da possibilidade de os honorários advindos da sucumbência processual sejam pagos também aos advogados públicos, inovação legislativa inserta no Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 85, §19, sob os argumentos das mais diversas ordens.



Com efeito, o Chefe do *Parquet* pretende em sede de ação de natureza abstrata seja fulminado do ordenamento jurídico o citado artigo da lei processual, que, por via de consequência, impactaria diversas outras leis que o regulam (arrastamento), sob a alegação, em síntese, de diversas incompatibilidades com o texto constitucional, seja pelo supostos vício de iniciativa e inobservância do princípio da especificidade (vício formal), seja pela alegada ofensa ao sistema de remuneração por subsídio, ao teto remuneratório do serviço público e à destinação ilícita de receita pública (vício material).

Há de se ressaltar, a propósito, que muito embora o órgão ministerial esteja levando a efeito a irrisignação específica da lei que regula a percepção de honorários sucumbenciais no âmbito federal, isto é, a norma editada cuja aplicação se dá à Advocacia-Geral da União, caso sejam acolhidos os argumentos quanto ao vício do próprio artigo do diploma processual (art. 85, §19), não apenas será declarada a inconstitucionalidade daquela lei aplicada aos advogados da União e procuradores federais e do Banco Central, etc.

Isso quer dizer que, em razão da correspondente eficácia *erga omnes* da decisão de mérito que venha a ser prolatada, também haverá das diversas outras que fazem as vezes dela no âmbito dos respectivos Entes Federados, as quais, inclusive, já estão sendo, de igual forma, alvo de questionamento judicial perante os seus respectivos Tribunais de Justiça locais e, inclusive, no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal. Não são, no entanto, objeto desse artigo, limitando-se a essa informação.

Nesse contexto, não estar-se-á a esgotar os eventuais possíveis outros meios de se interpretar a questão para, após, milagrosamente dar-lhe uma solução definitiva, - a ação constitucional em testilha pende de julgamento -, não havendo decisão em qualquer sentido.



Trata-se, além disso, de tema polêmico, sensível e complexo, que certamente terá sua tramitação arrastada por vários anos. Por fim, ressalta-se que, aos olhos deste discente, não se trata de discussão eminentemente jurídica, mas envolve, sobretudo, certa carga de escolha política, ambiente este que não será adentrado sob pena de se extrapolar demasiadamente o campo da presente pesquisa acadêmica.

Por essa razão, a partir das normas impugnadas à luz do texto constitucional analisar-se-á a estrita compatibilidade jurídica ou a eventual falta dela com espeque tanto nas teses aviadas pelo Ministério Público Federal quanto nas teses englobadas pelas manifestações dos inúmeros interessados.

Antes, contudo, abordar-se-á, de forma sucinta, uma suma do tema alusivo à natureza jurídica dos honorários advocatícios sucumbenciais e da instituição chamada advocacia pública, tal como se mostra de todo elementar para a compreensão da situação-problema posta sob exame.

Nesse diapasão, conforme dito acima, considerando-se a inexistência de julgamento definitivo da ADI n.º 6.053/DF, o objetivo do presente trabalho acadêmico é, num primeiro momento, expor, segundo a melhor doutrina, conceitos básicos acerca dos institutos jurídicos correlatos, para que, após, seja analisada as teses jurídicas trazidas na peça inaugural em possível confronto com os fundamentos de defesa expostos pelos interessados, sempre à luz dos preceitos constitucionais invocados, a fim de se chegar a uma pretensa conclusão para a seguinte indagação: há incompatibilidade, formal ou material, das normas impugnadas face aos princípios e dispositivos do texto da Carta Magna como defendido pela Procuradoria-Geral da República? Confira-se.

## **2 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: CAUSALIDADE, SUCUMBÊNCIA E A POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE**



## HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS EM FAVOR DOS ADVOGADOS PÚBLICOS.

Inicialmente, antes de adentrar ao mérito da ação direta, importante promover-se uma breve consideração inicial acerca do conceito e da natureza jurídica dos institutos que são alvos de questionamento face ao texto da Lei Maior perante à Suprema Corte, notadamente os quais conferem direito ao advogado público ter a seu favor a fixação de verba honorária sucumbencial em decorrência de sua atuação na condução de processos judiciais em que a Fazenda Pública figure como parte.

No ordenamento jurídico vigente sabe-se que, em homenagem à capacidade postulatória privativa, em regra somente a pessoa do advogado pode postular em uma demanda judicial. Ou seja, salvo os casos em que a lei permite o *jus portulandi*, aquele que pretende submeter alguma controvérsia ao Poder Judiciário deve fazer-se representar por advogado, mediante, em princípio, acerto via contrato de prestação de serviços para fins de pagamento de remuneração, chamados de honorários advocatícios, ressalvado o direito a um defensor público no caso de hipossuficiência.

Isso quer dizer que, para o desempenho do trabalho, assim como a grande parte dos profissionais da categoria liberal, o advogado exige o pagamento de honorários advocatícios à pessoa que o contrata. Trata-se, pois, de contraprestação pecuniária que retribui o trabalho voltado ao patrocínio em juízo de uma ação judicial, exercício cujo qual é privativo daquele possui capacidade postulatória: o advogado. Nesse particular, refere-se aos honorários advocatícios da espécie contratuais, pré- estabelecidos entre o advogado e quem o contrata, mediante a outorga de poderes por meio de instrumento de mandato (procuração).

Sucedo que não se leva a efeito discussão no bojo da ADI n.º 6.053/DF acerca de tal espécie advinda de contrato, que é uma das 3 (três) do gênero honorários previsto no Estatuto da OAB, até porque indiscutivelmente incompatível em se



tratando de advocacia pública, mas, sim, a qual é decorrente da sucumbência processual fixados em sentença judicial, mais especificadamente, *in casu*, em favor dos advogados públicos. Menciona-se, finalmente, que a última espécie prevista naquele Estatuto diz respeito aos honorários por arbitramento, que também não são objeto de discussão no bojo do citado processo objetivo, tampouco do presente artigo científico.

Tem-se que, nascida a pretensão pela ocorrência de interesses conflitantes (lide), aquele que tem sua esfera jurídica lesada por outrem, valendo-se do seu direito constitucional de ação, submete a controvérsia ao Poder Judiciário, para que este julgue conforme o ordenamento jurídico, proclamando, ao final, de forma definitiva, a quem pertence o melhor direito, provimento jurisdicional que deve ser cumprido pelo transgressor da norma jurídica que deu causa a instauração do feito.

Nesse cenário, o Estado-Juiz, ao analisar de um lado o(s) autor(es), do outro o(s) réu(s), dirime a controvérsia com a prolação de sentença (juízo de cognição exauriente), acarretando-as em partes vencedoras e vencidas. No que toca a questão posta, temos que legislação processual civil prevê, em seu art. 85, que “A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.”<sup>2</sup> Esse fenômeno é chamado de causalidade ou sucumbência, por meio do qual “todos os gastos do processo devem ser atribuídos à parte vencida quanto à pretensão deduzida em juízo.”<sup>3</sup>

Em outras palavras, a parte vencida no litígio, sem prejuízo à obrigação de eventualmente reembolsar os valores despendidos pelo vencedor (caso em que seja

---

<sup>2</sup> BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 29 out. 2019

<sup>3</sup> DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**, 21ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 01/2018. Base de dados Minha Biblioteca, 9788597015249. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597015249/>. Acesso em: 02 nov. 2019



ele concomitantemente autor da demanda) em relação às custas processuais de que trata o art. 82, do *Códex Fux*, também deve arcar com os honorários sucumbenciais fixados pelo Juízo na sentença em favor do patrono da parte vencedora, nos limites e critérios impostos no bojo do já mencionado art. 85, do diploma de ritos.

A essência do aludido princípio é, sobretudo, imputar ao vencido a responsabilidade de arcar com os custos financeiros do processo, tanto em favor da parte vencedora, caso seja autor da demanda, pelos valores pagos em forma de custas adiantadas, quanto de seu patrono em relação aos honorários sucumbências, fixados na sentença, que constitui sua remuneração pelo exercício do trabalho desenvolvido no processo cuja atuação refletiu êxito aos interesses da parte que lhe contrata.

Em relação aos honorários sucumbenciais, há de se observar, portanto, duas finalidades, quais sejam, a de sanção processual atribuída ao vencido a título de desestímulo à litigância, e a de constituir fomento à atuação zelosa e competente do advogado na defesa da pretensão da parte que representa.

Não se pode confundir, no entanto, que o pagamento dessa verba honorária eventualmente visaria a reembolsar a parte vencedora pelo pagamento que ela porventura tenha efetuado a título de honorários contratuais com o seu advogado, pois, há muito, a legislação brasileira já previa que os honorários sucumbências são destinados ao profissional da advocacia, independentemente se este tenha ou não recebido honorários em função de acordo com seu cliente.

A lógica por trás da causalidade ou da sucumbência é, principalmente, que a parte vencedora retorne ao *status quo ante*, às custas do vencido que deu causa ao ajuizamento do processo, na medida em que este deve, se possível, assegurar a quem tem o melhor direito, ao menos, a aproximação do mesmo cenário jurídico caso a sua esfera de direitos não fosse violada ou se as obrigações fossem cumpridas



espontaneamente, sem a necessidade de movimentação da máquina jurisdicional<sup>4</sup> E, dela, vem a obrigação de custear, outrossim, a verba honorária fixada no aresto em favor do advogado que tenha patrocinado o litigante vencedor.

Do ponto de vista legal, a matéria alusiva aos honorários de sucumbência é tratada como uma espécie do gênero despesas processuais<sup>5</sup>, porquanto figuram como mais um dos gastos necessários que a parte poderá vir a arcar no curso de uma demanda judicial. O código de Processo Civil de 2015, ao tratar do tema a partir do citado artigo, confere regramento específico e detalhado acerca do tema.

Frisa-se que, no contexto histórico não muito distante, a finalidade desse instituto jurídico nem sempre foi a de remunerar o bom trabalho do advogado. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, por exemplo, os honorários sucumbenciais eram, em verdade, fixados e destinados à própria parte vencedora da demanda, e não ao seu causídico, tendo como propósito o ressarcimento integral dos custos que a parte eventualmente teve de desembolsar para contratar o advogado, partindo-se da premissa de que a tutela jurisdicional devesse, antes de qualquer coisa, abarcar a recuperação do patrimônio da pessoa lesada.

Nos dias atuais, todavia, tem-se que questão já está superada na medida em que o Código Civil, em seus arts. 389, 395 e 404<sup>6</sup>, preveem a possibilidade de se

---

<sup>4</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros. v. 2, p. 648

<sup>5</sup> THEODORO, Jr. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Vol. I**, 59ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 11/2017. 9788530977764. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977764/>. Acesso em 11 nov. 2019

<sup>6</sup> Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. [...] Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos. [...] Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional. Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o





incluir ao montante devido os honorários advocatícios quando a obrigação se converter em perdas e danos, justamente para reembolsar a parte quanto ao pagamento de honorários de natureza contratual.

Ademais, a legislação evoluiu e, com o advento da Lei n.º 8.906, de 4 de Julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), os honorários sucumbenciais passaram a pertencer indubitavelmente ao advogado<sup>7</sup>. Ainda, ao mais tardar, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, tal titularidade foi expressamente ratificada, agora em capítulo autônomo, inclusive, com implementação de diversas garantias, conforme se infere, por exemplo, do art. 85, § 14, daquele diploma processual<sup>8</sup>, segundo o qual “Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.”

Nessa senda, o disposto no preceito acima, além de conferir *status* de verba alimentar com reflexos para todos os fins, eliminou ao menos do ponto de vista legal qualquer desavença que permeava a titularidade dos honorários fixados em sentença, deixando claro que pertencem tão somente ao advogado.

Resta-se claro, também, que a vedação à compensação em caso de sucumbência parcial reforça referida tese, ao passo em que proíbe eventual

---

juiz conceder ao credor indenização suplementar. (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 12 mar. 2020.)

<sup>7</sup> Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor. (BRASIL. Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm). Acesso em: 19 mar. 2020.)

<sup>8</sup> BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 29 out. 2019



abatimento que a parte teria de desembolsar com o pagamento dos honorários à parte contrária parcialmente vencedora, no caso em que tivessem sido fixados honorários em favor do seu patrono, suprimindo, inclusive, o entendimento contido no então cancelado enunciado de Súmula 306, do Superior Tribunal de Justiça<sup>9</sup>, que previa a compensação na hipótese acima descrita.

Noutro giro, consigna-se que o objetivo do presente artigo jurídico é tratar de tal espécie de honorários advocatícios, voltado, no entanto, exclusivamente quando fixados em favor dos advogados públicos, instituto jurídico cujo qual é o centro de gravidade dos questionamentos emposados no bojo da ADI n.º 6.053/DF, a teor da inovação trazida pela lei processual em seu art. 85, §19, segundo o qual “os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.”<sup>10</sup>

Nesse sentido, tal permissivo legal denota que, em uma ação judicial movida em desfavor da União, Estados, Municípios e Distrito Federal e suas respectivas Autarquias e Fundações Públicas (doravante indicados pelo termo “Fazenda Pública”), ou na qual algum dos mencionados Entes Públicos mova em desfavor de outrem, caso obtenham êxito no resultado a seu favor, o magistrado condutor da causa condenará a parte sucumbente (vencido) a pagar honorários ao advogado público, responsável pela representação judicial da Fazenda Pública em juízo. Ressalta-se que, para melhor compreensão do tema, será abordado no próximo capítulo a Advocacia Pública, levada a sede constitucional como instituição essencial à Justiça.

---

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Enunciado de Súmula n.º 306**. [Cancelada] “Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.” Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011\\_24\\_capSumula306.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_24_capSumula306.pdf). Acesso em: 17 mai. 2020

<sup>10</sup> BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 29 out. 2019



Com essa sistemática da atual legislação processual brasileira, os advogados pertencentes às carreiras jurídicas das procuradorias judiciais embutidas à estrutura administrativa dos Entes Federados, e não somente os advogados privados, passaram a ter direito à percepção de honorários sucumbenciais fixados por sentença judicial. É, pois, exatamente tal possibilidade jurídica que está sendo questionada por meio da ação direta de inconstitucionalidade que ora abordar-se-á.

Importante registrar-se algumas características acerca da fixação de honorários sucumbenciais aos advogados públicos. Isso porque, em relação à aplicabilidade, segundo o mencionado dispositivo, para que a carreira interessada possa efetivamente receber os honorários de sucumbência, é necessária a edição de lei que regulamente o rateio, os valores e os detalhes do recebimento por cada um deles no âmbito dos respectivos órgãos de representação<sup>11</sup>.

Ainda, em relação a tal regulamentação dos honorários fixados nas causas em que a Fazenda Pública venha a obter êxito, em debate realizado entre renomados juristas no Fórum Permanente de Processualistas Civis - Grupo: “Impactos do Novo CPC e os processos da Fazenda Pública”<sup>12</sup>, tão logo foi editado o Enunciado 384, dispondo-se que “A lei regulamentadora não poderá suprimir a titularidade e o direito à percepção dos honorários de sucumbência dos advogados públicos”.

A ADI n.º 6.053/DF, objeto deste trabalho, como será visto mais a frente, impugna especificamente, dentre outras questões, a lei editada para tal finalidade no âmbito federal, qual seja, a Lei n.º 13.327/2016, a qual, em seu art. 27 e seguintes,

---

<sup>11</sup> CUNHA, Leonardo da. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 03/2019. Base de Dados Minha Biblioteca, 9788530985684. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985684/>. Acesso em: 22 nov. 2019

<sup>12</sup> “Nos dias 01º, 02 e 03 de maio de 2015, realizou-se em Vitória - ES, sob a coordenação de Fredie Didier Jr. (coordenação geral) e Rodrigo Mazzei (coordenação local), o V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis – V FPPC.” (Villar, Alice S. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis - Carta de Vitória, **Jus Brasil**, 2015. Disponível em: <https://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria>. Acesso em: 18 mai. 2020.)



regulamenta a percepção dos honorários sucumbenciais pelas carreiras de advogado da União, procurador da Fazenda Nacional, procurador federal e procurador do Banco Central do Brasil. Registra-se que, como cada Ente da Federação editou lei específica a fim de regulamentar o art. 85, § 19, do Código de Processo Civil, para as suas respectivas carreiras jurídicas, estas também estão sendo alvos de questionamento no bojo de outras ações diretas, como introdutoriamente mencionado.

Outro ponto pertinente acerca do tema em questão é o que foi assentado no 1º Fórum Nacional do Poder Público<sup>13</sup>, ocasião em que fora aprovado o Enunciado 2 cujo teor exprime que “A Fazenda Pública possui legitimidade extraordinária para discutir, recorrer e executar os honorários sucumbenciais nos processos em que seja parte”. Segundo os processualistas participantes, embora os honorários sucumbenciais sejam, *ex lege*, de titularidade do advogado público e se defenda a tese de que se constituem em verba de natureza privada, o próprio Ente Federado pode, em nome próprio, questionar o valor fixado por meio de interposição de recurso, bem como fazer cumprir a sentença no que toca à verba honorária destinada aos seus procuradores.

Pode-se afirmar, não obstante, que a jurisprudência não é uníssona nesse tocante. Há, pelo contrário, notória controvérsia acerca da legalidade, para fins de consecução de verbas privadas, que se goze de privilégios processuais conferidos à Fazenda Pública, como, por exemplo, a isenção de custas processuais, registrando-se, desde logo, que tal ponto é uma das diversas críticas alegadas pelo *Parquet* perante à citada ação constitucional de controle concentrado, o que será mais adiante abordado.

---

<sup>13</sup> “Nos dias 17 e 18 de Junho de 2016, realizou-se o 1o FNPP, em Brasília/DF, com a aprovação de 27 Enunciados” (Fórum Nacional do Poder Público (Fnpp) Disponível: <https://forumfnpp.wixsite.com/fnpp/enunciados-aprovados-1-fnpp>. Acesso em: 18 mai. 2020.)



### **3 ADVOCACIA PÚBLICA: A REPRESENTAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO.**

Conforme acima exposto, o cerne da ADI n.º 6.053/DF gira eminentemente em torno da alegada inconstitucionalidade da percepção de honorários sucumbenciais pelos advogados públicos. Considerando-se que a questão relativa ao conceito e à natureza jurídica dessa espécie de honorários foi brevemente elucidada no capítulo anterior, necessária se mostra, para uma melhor compreensão, a abordagem acerca da representação dos Entes Públicos em juízo.

Em linhas gerais, o termo “Fazenda Pública” é tradicionalmente empregado para indicar a União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, bem como suas Autarquias e Fundações de Direito Público quando partes de uma demanda judicial. Tais embates normalmente correm em órgãos jurisdicionais fracionários especializados competentes para apreciar feitos contra o Poder Público ou ajuizadas por ele, que são denominadas varas da fazenda pública.

Com efeito, o ordenamento jurídico prevê que os aludidos Entes Federados, pessoas jurídicas de direito público interno, quando se fazem presentes em juízo devem estar devidamente representados por profissional que detenha capacidade postulatória. Nessa esteira de raciocínio, a representação da Fazenda Pública perante o Poder Judiciário ocorre por meio de seus procuradores judiciais, titulares de cargos públicos cujo ingresso se dá por meio de concurso público de provas e títulos, sendo requisito de investidura a devida inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil<sup>14</sup>.

Tais advogados investidos da função pública que lhes confere o cargo público, com poderes decorrentes do próprio vínculo legal que possui com o Ente Político e, desta feita, dispensados de outorga e juntada de procuração, constituem no âmbito

---

<sup>14</sup> CUNHA, Leonardo da. Op. Cit.



das respectivas unidades federativas as procuradorias judiciais, órgãos públicos centrais do sistema jurídico do Poder Executivo integrantes da estrutura orgânica da Administração Direta.

A Fazenda Pública, logo, é representada em juízo pelos órgãos públicos representativos que compõem a Advocacia Pública, instituição essencial à Justiça reconhecida nos arts. 131 e 132 da Constituição Federal<sup>15</sup>, corroborado pelo Código de Processo Civil, em seu art. 75, inciso I a IV<sup>16</sup>, bem como nos arts. 182 e 183<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. § 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. § 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos. § 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei. Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.compilado.htm). Acesso em: 17 mai. 2020.)

<sup>16</sup> Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: I - a União, pela Advocacia-Geral da União, diretamente ou mediante órgão vinculado; II - o Estado e o Distrito Federal, por seus procuradores; III - o Município, por seu prefeito ou procurador; IV - a autarquia e a fundação de direito público, por quem a lei do ente federado designar [...] (BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 8 nov. 2019)

<sup>17</sup> Art. 182. Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta. Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal. § 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico. § 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público. Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções. (BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial**



Ademais, ressalta-se que cabe à Advocacia Pública, também, a consultoria e assessoramento jurídico, sem prejuízo ao importante mister que lhe é incumbido no controle de legalidade dos atos emanados da Administração Pública (autotutela)<sup>18</sup>.

Nesse contexto, cada uma das Unidades da Federação possui sua respectiva estrutura representativa, a saber: a cargo de representar a União fica à Advocacia-Geral da União, diretamente ou mediante órgão vinculado. Dos estados, às respectivas Procuradorias-Gerais Estaduais. Quanto ao Município, é resguarda, em princípio, ao Prefeito, mas, leis poderão criar a carreira de procurador municipal. Por último, quanto ao Distrito Federal, a representação fica a cargo da Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

Finalmente, feitas as antecedentes breves considerações nesta e na seção anterior, sintetiza-se que os advogados públicos, incumbidos da tarefa de representar a Fazenda Pública em juízo, passaram a ter direito ao recebimento de honorários sucumbenciais fixados por sentença nas causas favoráveis, nos moldes do art. 85,

§19, do Código de Processo Civil. Destarte, com a sucinta explicitação de conceitos basilares acerca dos institutos que permeiam a ação direta alvo deste trabalho científico, passar-se-á, a seguir, a análise detida do caso concreto.

#### **4 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 6.053/DF.**

Encontra-se em trâmite no âmbito do Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, distribuída sob o n.º

---

[da] República Federativa do Brasil, Brasília 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 8 nov. 2019)

<sup>18</sup> RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*, 2ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 05/2016. Base de dados Minha Biblioteca, 9788597007411. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597007411/>. Acesso em: 11 out. 2019



6.053/DF<sup>19</sup>, proposta pela então Procuradora-Geral da República, com fulcro no art. 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal, distribuída e sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Tão logo autuada perante à Excelsa Corte, o Ministro Presidente, Dias Tofolli, proferiu decisão indeferindo a medida cautelar manejada no bojo da ADI n.º 6.053/DF, diante da inexistência da “urgência necessária à excepcional apreciação, pela presidência da Corte, da medida cautelar requerida”<sup>20</sup>. Na ocasião, determinou-se a sujeição do feito ao rito sucinto de que trata o art. 12, da Lei n.º 9.868/99, assim como a sua instrução, com a intimação dos requerentes para apresentarem informações no prazo legal.

Conforme já mencionado algumas vezes, a ação pende de julgamento. Há, porém, recente informação de que a ADI n.º 6.053/DF foi incluída em pauta para julgamento em sessão virtual<sup>21</sup>, à excepcionalidade, devido à grave pandemia que

---

<sup>19</sup> A petição inicial está assim ementada: “Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 23 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8906/1994). Interpretação conforme à Constituição. Inconstitucionalidade formal do artigo 85-§19 do Código de Processo Civil. Vício de iniciativa e ofensa ao requisito da especificidade (arts. 61-§1º-II-a e 37-X da Constituição). Pagamento de honorários de sucumbência a advogados públicos. Inconstitucionalidade material dos Artigos 27 e 29 da Lei 13.327/2016. Inconstitucionalidade por arrastamento dos artigos 30 a 36 da Lei 13327/2016. Ofensa ao regime de subsídios, ao teto constitucional e aos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade, razoabilidade e da supremacia do interesse público. Arts. 1º-, 5º-caput, 37-caput, 37-XI, 39-caput e §§1º, 4º e 8º da Constituição”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.053/DF. Numeração Única CNJ: 9078939-19.2018.1.00.0000. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>. Acesso em: 10 mar. 2020

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 6.053/DF. Despacho proferido em 20/12/2018 pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Dias Tofolli. Dje n.º 19, divulgado em 31/01/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>. Acesso em: 24 mai. 2020

<sup>21</sup> O Ministro Relator da ADI n.º 6.053/DF, Marco Aurélio, assim despachou nos autos: “1. A crise é aguda. Sem qualquer previsão de o Tribunal voltar às sessões presenciais, há de viabilizar-se, em ambiente colegiado, a jurisdição. 2. Aciono, em caráter excepcional, o sistema virtual e passo a liberar, considerado o fator tempo, os processos. 3. Publiquem.” Publicado em: 28/05/2020. Disponível em:





assola no presente meado do ano de 2020 o planeta em razão do “novo corona-vírus” (“COVID-19”)<sup>22</sup>. Já foram, a propósito, colacionadas as informações provenientes das Presidências da Câmara dos Deputados, do Congresso Nacional por meio da Advocacia do Senado Federal, da Consultoria-Geral da União em nome do Presidente da República, bem como do Advogado-Geral da União, como curador na norma impugnada. Além dessas, já foram juntadas diversas outras manifestações aventadas por várias instituições admitidas na forma de *Amicus curiae*, terceiros interessados intervenientes<sup>23</sup>.

Quanto ao mérito da ação, sem prejuízo à análise pontual em subseção autônoma, importante expor-se um breve panorama das normas objeto do pedido de inconstitucionalidade, dos pedidos formulados para embasá-lo e, por último, das premissas que fundaram os argumentos da requerente da ação, bem como dos interessados.

#### 4.1 Normas impugnadas e teses jurídicas.

Da análise da peça inaugural da ADI n.º 6.053, verifica-se que o órgão ministerial<sup>24</sup> deduz, numa primeira perspectiva, a declaração da inconstitucionalidade formal do art. 85, §19, do Código de Processo Civil, o qual, como já exposto neste ensaio, passou a permitir, mediante edição de lei, o recebimento de honorários sucumbenciais pelos advogados públicos, decorrente de

---

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>. Acesso em: 30 mai. 2020

<sup>22</sup> Segundo a Organização Mundial da Saúde - OMS, “a doença do coronavírus (COVID-19) é uma doença infecciosa causada por um coronavírus recém-descoberto” Para mais informações, consultar a fonte. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acesso em: 30 mai. 2020

<sup>23</sup> Petição inicial elaborada pela então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>. Acesso em 27 mai. 2020

<sup>24</sup> Petição inicial elaborada pela então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>. Acesso em 27 mai. 2020



sua atuação em causas em que a Fazenda Pública logra-se vencedora. Eis o teor do aludido dispositivo legal impugnado<sup>25</sup>, *verbis*:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. [...] § 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.”

No mesmo sentido, porém, em outra perspectiva, a Procuradoria-Geral da República pede, ainda, a declaração da inconstitucionalidade material dos arts. 27 e 29, da Lei n.º 13.327/2016, e por arrastamento, dos art. 30 a 36, cujos quais, dentre outras providências, conferem efetiva eficácia normativa ao dispositivo processual acima indicado e, portanto, disciplina o recebimento de honorários sucumbenciais pelos integrantes das carreiras jurídicas que compõem a advocacia pública no plano federal. Transcreve-se, pois, o arcabouço legislativo em comentário<sup>26</sup>:

Art. 27. Este Capítulo dispõe sobre o valor do subsídio, o recebimento de honorários advocatícios de sucumbência e outras questões que envolvem os ocupantes dos cargos: I - de Advogado da União; II - de Procurador da Fazenda Nacional; III - de Procurador Federal; IV - de Procurador do Banco Central do Brasil; V - dos quadros suplementares em extinção previstos no art. 46 da Medida Provisória n° 2.229-43, de 6 de setembro de 2001.

[...]

Art. 29. Os honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, as autarquias e as fundações públicas federais pertencem originariamente aos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo. Parágrafo único. Os honorários não integram o subsídio e não servirão como base de cálculo para adicional, gratificação ou qualquer outra vantagem pecuniária.

---

<sup>25</sup> BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 30 out. 2019

<sup>26</sup> BRASIL. Lei n.º 13.327, de 29 de julho de 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113327.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113327.htm). Acesso em: 24 mai. 2020



A Procuradoria-Geral da República<sup>27</sup> formula, outrossim, a necessidade de aplicação da técnica de interpretação conforme ao art. 23, da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da Advocacia). Todavia, como se observa das preliminares processuais suscitadas no bojo das manifestações em defesa das normas impugnadas, sequer houve pedido ou fundamentação jurídica nesse tocante. Por isso, entende-se, *prima facie*, que por deficiência de fundamentação a análise do mérito de tal ponto específico certamente ficará comprometido e não será enfrentado.

No que tange ao pedido de declaração por vício de inconstitucionalidade formal, ao rechaçar categoricamente a tese contrária de que os honorários sucumbenciais fixados em favor do advogados públicos constituem-se em verba de

origem privada, defendendo, em contraposição, a sua natureza jurídica à “parcela de índole remuneratória que integra a receita pública”, a Procuradoria-Geral da República<sup>28</sup> aduz, em breve síntese, as seguintes teses jurídicas em detrimento do art. 85, §1º, do CPC:

a) vício de iniciativa por entender que qualquer alteração na esfera remuneratória daqueles servidores que compõem o quadro da advocacia pública no âmbito federal somente poderia ser proveniente de lei cuja autoria fosse do Presidente da República; e

b) inobservância ao critério da especificidade da lei, visto que, da mesma forma, tal alteração, por força da exegese constitucional, deveria ser feita por lei específica, não se enquadrando nesse conceito a Lei n.º 13.105/2015 (CPC2015), tampouco a lei n.º 13.327/2016, que, entre outras providências, “dispõe sobre

---

<sup>27</sup> Petição inicial elaborada pela então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>. Acesso em 27 mai. 2020.

<sup>28</sup> Petição inicial elaborada pela então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>. Acesso em 27 mai. 2020



honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, suas autarquias e fundações”.

Noutro espeque, quanto ao alegado vício de inconstitucionalidade material, o órgão ministerial, partindo-se igualmente da premissa de que os honorários sucumbenciais constituem-se em parcela de caráter remuneratório e, sobretudo, de que os advogados públicos são remunerados na forma de subsídio pela integralidade dos serviços prestados, a requerente tece, numa suma dos mais relevantes, os seguintes argumentos:

a) Ofensa ao regime de subsídios visto que o recebimento de honorários sucumbenciais, enquanto parcela de índole remuneratória, não se enquadra nas exceções à vedação constitucional consubstanciada no recebimento de “qualquer acréscimo ou vantagem em caráter permanente de cunho remuneratório e em razão de contraprestação de serviço”;

b) Abstração à regra geral obrigatória do teto constitucional alusivo a remuneração dos servidores públicos, visto que o recebimento dos honorários sucumbenciais, para além do subsídio mensalmente recebido, não está sujeito, em função do tratamento legal dado atualmente, à limitação de qualquer valores, em sentido diametralmente oposto à vedação de recebimento de numerário que exceda o subsídio mensal dos ministros do STF;

Exposto, pois, o núcleo essencial dos argumentos levados à baila para embasar o pedido de inconstitucionalidade dos dispositivos legais suscitado através da ADI n.º 6.053/DF, ressalta-se, por oportuno, que esta demanda inegavelmente possui elevada carga de complexidade.

Por mais que, aparentemente, a questão gire em torno de uma simples análise sob o ponto de vista formal e material dos dispositivos infraconstitucionais para com o texto da Carta Política, os argumentos que consubstanciam as intepretações



alcançadas permeiam questões jurídicas controvertidas sob aspectos da mais diversas ordens, os quais, caso aqui fossem enfrentados em sua totalidade, extrapolariam e muito o campo de abrangência e finalidade precípua do presente texto acadêmico.

Como se percebe, o pedido de inconstitucionalidade por vício formal do próprio art. 85, §19, do CPC, por coerência, merece melhor atenção e, destarte, será o primeiro no seguinte debate em tópicos, pois promoveria, caso acolhido, a retirada por arrastamento de todas as leis editadas no País para regulá-lo, independentemente da análise das inúmeras ações em trâmite para vê-las fulminadas do ordenamento jurídico. Em outros termos, em ação de controle concentrado de constitucionalidade cujo aspecto formal da norma é refutado, por mais virtuosos que fossem os demais pontos, estariam em tese prejudicados caso, nesse particular, a pretensão autoral fosse acolhida pela Suprema Corte.

É esse, portanto, o bloco normativo impugnado e as principais teses jurídicas que justificam a ação. Expõe-se, a seguir, as premissas jurídico-normativas que sustentam os fundamentos prós e contras ao pedido de inconstitucionalidade objeto da ADI n.º 6.053/DF.

## **4.2 Premissas e considerações iniciais.**

Como se observa de uma leitura da petição inicial, a Procuradoria-Geral da República<sup>29</sup> sustenta as teses jurídicas tratadas na subseção anterior partindo-se das premissas de que os honorários sucumbências recebidos pelos advogados públicos possuiria “índole remuneratória” e que integraria a “receita pública”, repasses estes que corresponderiam, portanto, à “renúncia tácita de receita” realizada pela União, a quem detêm a titularidade desses valores.

---

<sup>29</sup> Petição inicial elaborada pela então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>. Acesso em 27 mai. 2020



Mostra-se, desta feita, imperioso e necessário examinar-se se, de fato, enquadra-se no estrito conceito jurídico de remuneração e de receita pública a verba honorária fixadas nas causas judiciais que litiga a Fazenda Pública, na medida em que a eventual desqualificação desses enquadramentos pode, em tese, comprometer sobremaneira o acolhimento da suscitada inconstitucionalidade formal e material de tais dispositivos legais.

Várias foram, inclusive, as manifestações provenientes dos terceiros intervenientes contrárias que rechaçam o quanto defendido pela requerente da ação. Com efeito, alega-se que o pedido de inconstitucionalidade, tanto formal quanto material, parte de premissas substancialmente “equivocadas”, na medida em que os honorários, no entender dos interessados, não poderiam, em nenhuma hipótese, serem considerados remuneração, tampouco receita pública.

A primeira premissa lançada para justificar que os honorários seriam, nas palavras do Ministério Público<sup>30</sup>, “incontestes de natureza remuneratória”, diz respeito a alegação de que os honorários equivaler-se-iam à remuneração ou salários cujo caráter alimentar é legalmente previsto, pagos em contraprestação a um serviço prestado pelo advogado.

A requerente parte do pressuposto e, para tanto, colaciona ensinamentos doutrinários alusivos ao tema honorários advocatícios, que tais verbas são utilizadas para fazerem frente às despesas em gerais dos advogados e, portanto, constituem meio de subsistência própria e de sua família.

Por isso, assevera que os advogados públicos supostamente não poderiam perceber honorários, já que não possuem tais gastos para o exercício de sua função, - quem arca é a Administração Pública -, e são remunerados pela integralidade dos

---

<sup>30</sup> Ibidem



serviços prestados através de subsídio, parcela fixa paga a determinados servidores e membros de Poder, nos moldes do art. 39, §4º, da Carta Magna.

Não obstante, em sentido diverso defende, por exemplo, a Consultoria-Geral da União<sup>31</sup>, em nome do Presidente da República, quando avia em suas informações o caráter extraorçamentário e não estipendiário dos valores percebidos a título de honorários de sucumbência.

Basicamente, o aludido órgão refuta a premissa de que os honorários seriam, como defende o *Parquet*, correspondentes à remuneração do advogado público, pois não fazem parte da disciplina legal alusiva às despesas públicas, isto é, não tem origem nos cofres públicos, mas, ao reverso, são suportados pelo particular vencido na demanda.

Além disso, assevera que tais verbas não repercutem na base de cálculos das contribuições previdenciárias, nas férias, no 13º salário, revisão geral anual, etc..., fato que denota a sua desvinculação com a remuneração recebida a título de subsídio em decorrência, aqui sim, do exercício do cargo público.

Outro exemplo de manifestação em contrariedade à premissa em testilha foi a colacionada aos autos pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE<sup>32</sup>, na qualidade de *Amicus curiae*, cujo qual, a fim de “desmistificar a premissa fundante da PGR” em relação à alegada natureza remuneratória dos honorários de sucumbência, defende, outrossim, segundo as regras de finanças e orçamentos previstas na Lei n.º 4.320/64, a inaplicabilidade do

---

<sup>31</sup> Informações elaboradas pela Consultoria-Geral da União, protocolada em 13/02/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvizualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>. Acesso em 27 mai. 2020

<sup>32</sup> Manifestação ofertada pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE na qualidade de *amicus curiae*. Protocolada em: 13/04/2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvizualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>. Acesso em: 27 mai 2020



enquadramento desses valores como despesas públicas, eis que não são suportadas pelo erário, mas sim pagos pela parte vencida e em favor do advogado da parte vencedora, - no caso, os advogados públicos -, de forma originária.

Para a aludida entidade de classe, “pode-se concluir que a verba honorária sucumbencial, por ser eventual, autônoma, variável e aleatória, além de não compreender [...], o conceito de despesa pública, não se enquadra na concepção de remuneração.<sup>33</sup>”

Note-se que o pedido de inconstitucionalidade formal do art. 85, §19, do CPC, funda-se exatamente nessa premissa, qual seja, de que os honorários sucumbenciais, por supostamente serem remuneração do advogado público, não poderia ser disciplinado no CPC, tanto em razão da incompetência legislativa para tratar da matéria, tanto por ela não se enquadrar no ditame constitucional que preconiza norma específica para a hipótese vertente.

Observa-se, portanto, que a prévia análise de qual premissa melhor se enquadraria à situação posta é medida necessária para se enfrentar a alegação de inconstitucionalidade, o que, como afirmado no início, será examinada neste texto acadêmico em subseção específica.

Na mesma linha, a segunda premissa de que parte a Procuradoria-Geral da República<sup>34</sup> é a de que os honorários sucumbenciais constituem-se em receita pública. Para tanto, refuta as alegações de que tais são verbas privadas, pois “abstraem a natureza *sui generis* da verba honorária que ingressa nos cofres da União”. Afirma que a despeito de a lei ter, no seu entender, renunciado tais verbas, tal

---

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> Petição inicial elaborada pela então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>. Acesso em 27 mai. 2020





fato não é, por si só, hábil a “transmudar a natureza de pública em privada”, tratando-se, portanto, de “renúncia tácita de receita”.

Aduz, em suma, que esses valores, antes da edição da norma processual impugnada, eram destinados em sua totalidade aos cofres da União. Cita, pois, o art. 1º, do Decreto-Lei n.º 1025, de 21 de outubro de 1969, esclarecendo sua conclusão no fato de o impugnado art. 30, da Lei n.º 13.327/2016, dispor que são considerados honorários sucumbenciais não apenas aqueles fixados em sentença, mas, também, o “encargo legal acrescido aos débitos inscritos na dívida ativa da União e aos créditos das autarquias e fundações públicas federais inscritos na dívida ativa da União.”<sup>35</sup>

Quanto a essa alegação, percebe-se que as teses contrárias são uníssonas e partem da mesma linha argumentativa acerca da possível incompatibilidade entre o quanto alegado pelo *Parquet* e a disciplina legal financeira e orçamentária alusiva as receitas públicas conferida pela Lei n.º 4.320/64. Nesse sentido, defende, por exemplo, o Advogado-Geral da União, como curador da norma impugnada<sup>36</sup>, ao consignar que

Não há no ordenamento jurídico pátrio norma que estabeleça que os referidos honorários de sucumbência devam ser compreendidos como receita pública, de modo que seu eventual ingresso, ainda que provisório, nos cofres públicos não possui a aptidão de transmudar a sua verdadeira natureza jurídica, que se traduz, verdadeiramente, em um direito

---

<sup>35</sup> Ao julgar deste discente, merece atenção destacada esse ponto específico. É que, embora a requerente use como fundamento o tratamento legal dado ao encargo legal acrescido ao montante da cobrança da dívida ativa tributária e não-tributária da União e, para tanto, exponha a suposta antinomia entre leis que disponham de modo diverso, para supostamente justificar a natureza jurídica da integralidade dos valores recebido pelos advogados públicos a título de honorários sucumbenciais como receita pública, mostra-se, à luz da atual jurisprudência, necessário ponderar acerca desses dois institutos que, ao que tudo indica, embora se confundam, são diferentes e não comportam o mesmo tratamento jurídico, o que será debatido na próxima subseção

<sup>36</sup> Manifestação elaborada pelo até então Advogado-Geral da União, André Luiz de Almeida Mendonça, protocolada em: 12/04/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>. Acesso em: 27 mai. 2020



autônomo do Advogado do vencedor a ser cumprido, por conta própria, pela parte vencida na demanda.

É possível concluir-se, por conseguinte, que, no entender das vozes contrárias aos pedidos aviados na ação, se por um lado, ao contrário do que alega a Procuradoria-Geral da República, a verba honorária sucumbencial não tem caráter remuneratório em função de ser direito autônomo, suportado pelo particular vencido, não se enquadrando, então, no conceito de despesa pública, por outro, os honorários sucumbenciais, - e aqui faz-se um adendo, ao menos no que toca aos fixados em sentença (há de se verificar a questão alusiva ao encargo legal da dívida ativa) -, não podem ser considerado receita pública, já que também não se enquadram nos exatos limites conceituais expostos pela Lei n.º 4.320/64, que disciplina a atividade financeira do Estado.

Noutro giro, em sentidos diametralmente opostos, mostra-se relevante para o deslinde da questão a exposição prévia das premissas jurídico-normativas consignadas, agora, em prol da constitucionalidade da percepção de honorários aos advogados públicos, notadamente as que dizem respeito à unidade de tratamento entre advogados públicos e privados enquanto função essencial à justiça, e à natureza jurídica privada, e não pública, dos honorários de sucumbência.

A esse ponto, forçoso concluir-se que o dilema que permeia a ação em voga é, em síntese, saber se o regime jurídico-constitucional dispensados aos advogados públicos os proíbem de perceber honorários de sucumbência.

Em negação a essa pergunta manifestaram-se vários interessados, a exemplo do Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional – SINPROFAZ<sup>37</sup>, admitido como *Amicus curiae*, que basicamente alega ser imperioso partir-se da

---

<sup>37</sup> Manifestação elaborada pelo Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional – SINPROFAZ na qualidade de *Amicus Curiae*. Protocolada em: 26/03/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>. Acesso em: 31 mai. 2020



premissa que não há mandamento constitucional que permita a diferenciação de tratamento dado entre os advogados públicos e privados, o que, no seu entender, resolve qualquer dúvida suscitada acerca do tema.

Para a entidade sindical, pelo contrário, decorre do próprio texto constitucional a unidade da advocacia. Em seu entender, o termo “público” apenas qualifica os advogados que representam um Ente Federativo, mas não retira de si a qualidade de advogado que são.

Assevera, nesse linha, que os advogados públicos são, antes de servidores públicos, advogados e se sujeitam, portanto, ao tratamento dado à advocacia em geral, até por que se submetem às mesmas regras dos advogados privados por expressa previsão contida na multicitada Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da OAB). Para defender essa premissa, exemplifica, ademais, as passagens do texto da Carta Magna que citam a instituição da advocacia como um todo, quando há, por exemplo, referência à indicação de um advogado para ser membro da composição de Tribunal através do denominado quinto constitucional.

Ainda, a entidade representativa<sup>38</sup> aduz em sua manifestação não haver no texto da Carta Política qualquer proibição à percepção de honorários pelos advogados públicos. Nesse ponto, não somente defendido por ela, mas pela esmagadora maioria dos interessados, que

Quando quis, o constituinte foi categórico ao vedar a percepção de honorários por integrantes de carreiras jurídicas constitucionais. É o que se extrai do art. 95, parágrafo único, II (relativo aos juízes) e do art. 128, §5º, II, “a” (relativo aos membros do Ministério Público)<sup>5</sup>. Já quanto aos advogados públicos, não há disposição semelhante, o que confirma a unidade de tratamento atribuída à Advocacia.

---

<sup>38</sup> Ibidem



Tal entendimento serve como base para adentrar à segunda premissa, qual seja, de que a verba honorária advinda da sucumbência é de titularidade dos advogados, e não do Ente Público que representa. Se advogados são, embora públicos, por expressa previsão legal, que sofreu evolução histórica acerca do tema, possuem eles o direito de perceberem honorários sucumbenciais, pois titulares autônomos de tais verbas, interpretação legislativa que denota a titularidade privada dos honorários fixados em sentença aos profissional que exerce a advocacia, independentemente se público ou privado.

Nesse contexto, para a entidade<sup>39</sup>, assim como para os demais interessados na defesa da norma impugnada, superada a premissa de que os advogados, a despeito de serem qualificados públicos em razão do vínculo jurídico que possui com os Entes Públicos que os remuneram, são advogados e se submetem à Lei n.º 8.906/94 (EOAB), decorre desta submissão o direito à percepção dos honorários. Sustenta que

Está clara, portanto, a titularidade dos honorários sucumbenciais: constituem direito do advogado. E é justamente esse fator, somado aos demais elementos apresentados a seguir, que permitem concluir, de modo cristalino, pela natureza eminentemente privada da referida verba, a qual, ao contrário do que sustenta a Exma. Procuradora-Geral da República, não se confunde com remuneração.

Finalmente, vê-se que as premissas jurídico-normativas delineadas que consubstanciam os pedidos e as defesas aviadas na ADI n.º 6.053/DF, ora expostas acima, são diversas, contrárias e partem de pressupostos distintos. Com efeito, enquanto a requerente defende a natureza *sui generis* da verba honorária sucumbencial como receita pública, tendo a lei, segundo defende, a renunciado indevidamente, os demais interessados asseveram a titularidade dos honorários sucumbências aos próprios advogados, no caso públicos, tudo em função da dicção

---

<sup>39</sup> Ibidem



constitucional que confere tratamento uniforme, embora em seções distintas em razão das peculiaridades, em relação às prerrogativas e direitos, inclusive os honorários decorrentes da sucumbência processual.

Antes, todavia, de, a partir desse arcabouço de teses e premissas, analisar pontualmente os pedidos objetos da ação sob análise, mostra-se necessária, no entender deste discente, verificar-se o detalhe que talvez esteja passando despercebido, qual seja, o tratamento jurídico conferido ao encargo legal da dívida ativa da União, - fundamento utilizado pelo órgão ministerial para justificar sua tese de que se trata de receita pública -, que, a partir do dispositivo impugnado pela via direta, destinou-lhe a compor o que compreendido pela locução “honorários de sucumbência”, ante a aparente natureza diversa da qual a jurisprudência pátria lhe atribui.

#### **4.3 Honorários de sucumbência x encargo legal acrescido aos débitos inscritos na dívida ativa da União (DL. n.º 1025/69).**

Conforme mencionado acima, um dos pontos que fez a Procuradoria-Geral da República defender a natureza jurídica dos honorários sucumbenciais recebidos pelos advogados públicos federais como “receita pública” é o fato de o impugnado art. 30, da Lei n.º 13.327/2016<sup>40</sup> prevê que a locução “honorários de sucumbência” inclui não apenas os valores fixados em sentença judicial, mas, também, o produto do encargo legal acrescido aos débitos inscritos da dívida ativa da União, bem como dos

---

<sup>40</sup> Art. 30. Os honorários advocatícios de sucumbência incluem: I - o total do produto dos honorários de sucumbência recebidos nas ações judiciais em que forem parte a União, as autarquias e as fundações públicas federais; II - até 75% (setenta e cinco por cento) do produto do encargo legal acrescido aos débitos inscritos na dívida ativa da União, previsto no art. 1º do Decreto-Lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969 ; III - o total do produto do encargo legal acrescido aos créditos das autarquias e das fundações públicas federais inscritos na dívida ativa da União, nos termos do § 1º do art. 37-A da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002 . Parágrafo único. O recolhimento dos valores mencionados nos incisos do caput será realizado por meio de documentos de arrecadação oficiais. (BRASIL. Lei n.º 13.327, de 29 de julho de 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113327.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113327.htm). Acesso em: 24 mai. 2020.)



créditos das autarquias e fundações públicas federais, na porção de 75% e 100%, respectivamente.

Tal encargo legal é disciplinado por meio do Decreto-Lei nº 1.025/69, cujo art. 1º<sup>41</sup> prevê a incidência de uma “taxa” de 20% no débito tributário e não-tributário inscritos em dívida ativa, a ser recolhido, na literalidade do dispositivo legal, aos cofres públicos como renda da União.

Em ação onde se discutia a habilitação de crédito em processo de falência, a União pleiteou a inclusão do aludido encargo legal na classe dos créditos privilegiados, curiosamente alegando, para tanto, a natureza tributária desse encargo legal.

Não acolhida essa pretensão pelo Tribunal de origem, a questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça por meio de recurso especial, ocasião em que houve afetação deste para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos.

Sucedendo que no bojo do REsp nº 1.521.999 – SP, representativo da controvérsia, a Corte Superior, propondo-se a revisitar seu entendimento acerca do tema e superá-lo, fixou a tese segundo a qual “O encargo pecuniário previsto no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/69 possui natureza de penalidade administrativa, devendo, para fins de classificação de crédito na falência, ser enquadrado no art. 83, VII, da Lei 11.101/2005, ou seja, como crédito subquirográfico”<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Art 1º É declarada extinta a participação de servidores públicos na cobrança da Dívida da União, a que se referem os artigos 21 da Lei nº 4.439, de 27 de outubro de 1964, e 1º, inciso II, da Lei nº 5.421, de 25 de abril de 1968, passando a taxa, no total de 20% (vinte por cento), paga pelo executado, a ser recolhida aos cofres públicos, como renda da União. (Vide Decreto-lei nº 1.407, de 1975) (Vide Decreto-lei nº 1.569, de 1977) (Vide Decreto-lei nº 1.645, de 1978) (Vide Decreto-lei nº 1.893, de 1981) (Vide Decreto-lei nº 2.163, de 1984) (Vide Decreto-lei nº 2.331, de 1987) (Vide Lei nº 7.450, de 1985) (BRASIL, decreto-lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del1025.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1025.htm#art1). Acesso em: 03 jun. 2020

<sup>42</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.521.999/SP. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Tecno-Ferr - Ferramentaria de Precisão Ltda - Massa Falida. Relator: Ministro



Para além da qualificação desse encargo legal como não tributário, há interessante ponto acerca de sua natureza jurídica. É que, por mais que o aludido dispositivo tenha destinado tais verbas para serem rateadas a título de honorários sucumbenciais, a Corte Cidadã decidiu que “O encargo legal não se qualifica como honorários advocatícios de sucumbência, apesar do art. 85, § 19, do CPC/2015 e da denominação contida na Lei n. 13.327/2016.”<sup>43</sup>

A par dessa compreensão, tem-se que concordar com a tese de que a lei destinou, num primeiro momento, tais verbas aos cofres públicos e, num segundo momento mais recente, destinou parcela dela para compor o rateio de honorários sucumbenciais, sem, contudo, atentar-se a um fato.

Ainda que se imagine a sucessão da lei no tempo, ou seja, a revogação do art. 1º do DL. 1.025/69 pela lei mais nova, qual seja, o art. 30 Lei n. 13.327/2016, tem-se uma ausência de técnica do legislador, que fez constar no segundo referência ao primeiro. De fato, não é possível ignorar a proibição que lá continha acerca da participação dos servidores nesses valores mais prevê-lo para outros fins.

Para além de crer-se que houve revogação de lei mais nova, definitivamente, à luz da jurisprudência do STJ, não é possível, todavia, aplicar a tese defendida acerca da natureza jurídica dos honorários sucumbenciais fixados em sentença a tais verbas, quando aquelas originariamente pertencentes aos advogados. Portanto, o encargo legal inserido aos débitos inscritos na dívida ativa da União possuem natureza jurídica diversa de honorários sucumbenciais.

A fixação de honorários sucumbenciais, afinal, em estrito conceito, é punição processual decorrente da causalidade. Seria, ademais, inconcebível afirmar que um

---

Sérgio Kukina. Disponível em:  
<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201500713173&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 03 jun. 2020

<sup>43</sup> Ibidem



encargo legal devido antes mesmo de ajuizada uma ação judicial se trate de honorários de sucumbência. Por isso, o STJ lhe desqualificou, apesar da nomenclatura dada pelo legislador, como tal espécie.

Tal entendimento cuja observância é vinculante pode repercutir na concepção de que, nos moldes da pretensão do órgão ministerial no bojo da ADI n.º 6.053/DF, haveria de fato, uma espécie de “renúncia tácita de receita” em prol dos advogados públicos, em possível confronto com o regime jurídico-constitucional dispensado à espécie.

#### **4.4 A (in)constitucionalidade formal do art. 85, § 19, do código de processo civil, por vício de iniciativa e ofensa ao princípio da especificidade das leis.**

Um dos principais fundamentos que sustentaram a propositura da ação direta em testilha gira em torno da alegada inconstitucionalidade, por vício de forma, do art. 85, § 19, do CPC, norma que, como mencionou-se algumas vezes, assegura a percepção de honorários sucumbenciais pelos advogados públicos, sob os prismas do aspecto alusivo à competência legislativa para editar a norma impugnada (vício de iniciativa), assim como da ofensa ao princípio norteador de técnica legislativa relativa à exclusividade de tratamento temático em determinada legislação (princípio da especificidade das leis). Nesse sentido assevera o órgão ministerial<sup>44</sup>:

O art. 85-§19 do Código de Processo Civil, portanto, apresenta inconstitucionalidade formal, à medida que dispôs em favor de servidores ocupantes de carreira de Estado da Administração Pública, sem observância dos requisitos de iniciativa e especificidade constitucionalmente previstos, sobre a destinação de verba de caráter variável e de natureza

---

<sup>44</sup> Petição inicial elaborada pela então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>. Acesso em 27 mai. 2020





remuneratória, uma vez que são pagas em razão do exercício das funções inerentes aos cargos que ocupam.

Vê-se que, quanto ao primeiro, defende a Procuradoria-Geral da República<sup>45</sup> que o recebimento de honorários sucumbenciais pelos advogados públicos jamais poderia ter sido regulado no seio do Código de Processo Civil, pois, no seu entender, tratando-se de regime remuneratório dos integrantes da estrutura jurídico-administrativa federal, caberia fazê-lo tão somente ao Chefe do Poder Executivo respectivo, considerando-se serem, *in casu*, servidores públicos estatutários da Administração Pública Federal. Aduz a requerente, portanto, suposta ofensa ao art. 61, §1º, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, segundo o qual:

São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: [...] II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

Em relação ao segundo ponto, sustenta a legitimada universal para as ações de controle concentrado que o Código de Processo Civil, assim como os multicitados arts. 27 e 29 a 36, da Lei n.º 13.327/2016, não poderiam, a seu ver, estipular a forma de recebimento de honorários sucumbenciais pelos advogados públicos vinculados à esfera federal, sob o fundamento de que as aludidas normas não se enquadram no conceito de lei específica, supostamente em ofensa ao art. 37, inciso X, da Constituição Federal<sup>46</sup>, que assim dispõe:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] X - a remuneração dos servidores

---

<sup>45</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 24 mai. 2020

<sup>46</sup> *Ibidem*



públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Para melhor entender, busca-se em sede de controle concentrado de constitucionalidade a invalidação, em abstrato, do art. 85, §19, do CPC, sob o fundamento de que tal norma padece de vício formal subjetivo, isto é, decorrente de usurpação, no caso concreto, à iniciativa do Chefe do Executivo, vez que, no entender da requerente da ação, o Código de Processo Civil, norma cuja iniciativa se deu por parlamentares, não poderia autorizar o recebimento de verba honorário sucumbencial por advogados públicos, no caso concreto da esfera federal, em razão de se tratar de remuneração de servidores públicos, matéria cuja qual competiria tão somente ao Presidente da República.

Tal mácula, nas palavras de Pedro Lenza<sup>47</sup>, “decorre da inobservância do devido processo legislativo. Podemos falar, então, [...] em vício no procedimento de elaboração da norma, verificado em momentos distintos: na fase de iniciativa ou nas fases posteriores.”

A declaração da inconstitucionalidade do art. 85, §19, do CPC, que tem aplicação no âmbito nacional, importaria resultar na fulminação, por arrastamento, de todas as normas editadas no País que o regularam no âmbito das respectivas Unidades Federativas, inclusive a editada pela União para tais fins, a qual é, de igual forma, objeto de controle no bojo da ação constitucional sob análise.

Cogita-se preliminarmente o surgimento de dúvida acerca da eventual convalidação desse vício à luz dos termos do Enunciado de Súmula n.º 5, do Supremo

---

<sup>47</sup> PEDRO, Lenza. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo. Editora Saraiva, 2019. Base de dados Minha Biblioteca, 9788553611171. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611171/>. Acesso em: 31 mai. 2020



Tribunal Federal<sup>48</sup>, uma vez que é notório que a Lei n.º 13.105/15 (CPC), foi sancionada, à época, pelo Presidente da República. No entanto, há de ressaltar que tal entendimento não mais é prestigiado pela Corte Suprema, pois “[...] a sanção do projeto de lei não convalida o vício de inconstitucionalidade resultante da usurpação do poder de iniciativa, pois não tem o condão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade.”<sup>49</sup>

Superada a explicitação da pretensão inicial, vale colacionar-se e trazer à tona, noutra banda, argumentações em sentidos diversos, a exemplo da manifestação da Consultoria-Geral da União<sup>50</sup> em sede de informações, fazendo-se defender que a norma esculpida no art. 85, §19, do CPC, em síntese, não padece de vício de iniciativa, já que trata de honorários sucumbenciais, “ norma de indisputável natureza processual”, sendo de competência legislativa privativa da União, não havendo restrição quanto à iniciativa na esfera federal, nos moldes do art. 22, inciso I, da Constituição Federal<sup>51</sup>.

Defende, outrossim, que não há falar em violação ao princípio da especificidade das leis. Para a instituição, em suma, houve pelo contrário a estrita observância desse mandamento constitucional quando o citado artigo do diploma

---

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Enunciado de Súmula n.º 5**: “A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo.” Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_001\\_10](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_10) Acesso em: 31 mai. 2020

<sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.867/ES**. Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo. Interessado: Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Relator: Ministro Celso de Mello. Plenário, 2003. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2111200>. Acesso em: 31 mai. 2020

<sup>50</sup> Informações elaboradas pela Consultoria-Geral da União, protocolada em 13/02/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvizualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>. Acesso em 31 mai. 2020

<sup>51</sup> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...] (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 31 mai. 2020.)



processual condicionou o efetivo recebimento dos honorários de sucumbência pelos advogados públicos à edição de lei específica, de iniciativa do poder executivo de cada Ente Federativo, inclusive da União, concretizada no âmbito federal pela parcialmente impugnada Lei n.º 13.327/2016, com origem no projeto de Lei n.º 4.254/2015, de autoria do Presidente da República.

Conforme abordou-se na seção anterior, a defesa das teses acima indicadas parte do pressuposto que o recebimento de honorários da espécie sucumbenciais pelos advogados públicos nas causas judiciais em que a Fazenda Pública é vencedora tem caráter remuneratório. É por isso que não se parece possível, entretanto, enfrentar o alegado vício formal de inconstitucionalidade sem, anteriormente, averiguar as premissas lançadas para justificá-lo.

De pronto, verifica-se que essa conclusão parece ser calcada em uma analogia inadequada ao caso concreto. Em contrapartida, parece ser mais razoável partir-se das premissas contrárias a tal tese, em defesa do ato impugnado. Urge aqui, destarte, analisá-las à luz do ordenamento jurídico.

Para justificar tal caráter remuneratório, o aludido órgão ministerial calca-se no fato de a doutrina aparentemente justificar a natureza dos honorários recebidos pelos advogados como “contraprestação a um serviço prestado”, utilizado por eles para arcar despesas com o desempenho do ofício, as quais fez questão de mencionar que os advogados públicos não possuem, por tais custos serem arcados pela estrutura administrativa do órgão jurídico.

Segundo pensa o *Parquet*, o caráter alimentar jurisprudencial e legalmente reconhecidos aos honorários supostamente os tornariam análogos a salários e, por isso, seriam equiparados à remuneração pelo exercício da advocacia. A par disso, leis que tratem de tal pagamento aos advogados públicos, que devem ser específicas, são,



portanto, de iniciativa do Chefe do Executivo correspondente. Daí a inconstitucionalidade por vício de iniciativa.

Essa conclusão parece frágil, parte de premissa única e inadequada, e comporta certa confusão entre as finalidades essenciais das espécies do gênero honorários advocatícios. É que, conforme algumas vezes abordado nesse texto acadêmico, há de se distinguir que os honorários contratuais e sucumbenciais, espécies daquele gênero, relevam finalidades diversas.

Com efeito, não se parece razoável considerar honorários sucumbenciais como “contraprestação a um serviço prestado”. Na realidade, tal espécie, como exaustivamente visto, depende exclusivamente do êxito na demanda e suas finalidades são de, em primeiro momento, punir o vencido pela litigância inconsequente e, em segundo plano, bonificar, acrescentar, gratificar o bom trabalho do advogado que repercutiu no êxito da demanda, além de serem suportados pelo litigante que sucumbiu em sua pretensão.

Diferentemente de como defendido pelo *Parquet*, melhor ao contrário, conforme bem defendido pelos interessados, de fato é possível concluir-se que os honorários contratuais é que possuem finalidade de contraprestação pelo exercício da representação judicial, equiparando-os, no caso dos advogados públicos, ao subsídio, considerando-se independentem do êxito na demanda e, além disso, serem arcados pelo litigante contratante, na maioria das vezes antes mesmo de instaurado uma ação judicial, e não pelo litigante vencido. É essa espécie, a contratual, em que os ensinamentos doutrinários que o órgão ministerial fez juntar na oportunidade aparentam se referir.

Aliás, distinto não poderia ser, vez que ilógico seria afirmar que os honorários sucumbências, que somente são fixados de forma eventual em favor do advogado, seja ele público ou privado, que representa a parte vencedora, teriam a finalidade



precípua de “manutenção, moradia, educação, lazer e alimentos”, como fez acreditar a requerente da ação, em verdadeira contraposição aos fins que se prestam, aqueles que já mencionou-se.

Para desqualificar-se tal enquadramento, basta recorrer-se ao estrito conceito jurídico de remuneração à luz do direito administrativo, bem como sua fonte. Com efeito, o estatuto civil dos servidores da Administração Pública Federal preconiza, por exemplo, que “Remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei.” e que “Vencimento é a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei.”<sup>52</sup>

Honorários sucumbenciais, por não serem pagos pelo Poder Público, não se confundem com vencimento do cargo efetivo, tampouco com vantagens pecuniárias, nos exatos conceitos delineados no aludido estatuto jurídico aplicável aos advogados públicos.

Do ponto de vista financeiro e orçamentário, percebe-se, em linhas gerais, que a remuneração dos servidores públicos, e aqui refere-se aos advogados públicos, são custeadas com verba pública, por meio de despesas de custeio com pessoal, pertencente, segundo os ditames do art. 13, da Lei n.º 4.320/64<sup>53</sup>, à categoria econômica despesas correntes.

Não se pode olvidar, ademais, que os honorários sucumbenciais são pagos pela parte vencida no processo e que o fato de os advogados serem servidores públicos não o impedem de perceber tais verbas, cujo direito decorre da lei processual

---

<sup>52</sup> BRASIL. Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm). Acesso em: 31 mai. 2020

<sup>53</sup> Art. 13. Observadas as categorias econômicas do art. 12, a discriminação ou especificação da despesa por elementos, em cada unidade administrativa ou órgão de governo, obedecerá ao seguinte esquema: Despesas Correntes - Despesas de Custeio - Pessoa Civil. (BRASIL. lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil** Brasília, 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm). Acesso em. 31 mai. 2020.)



civil e do estatuto que ora se subordina, nada se vinculando a sua remuneração. Sobre o tema, corrobora-se com os literais ensinamentos de Kiyoshi Harada<sup>54</sup>:

Ora, retribuição pecuniária fixada em lei pelo exercício de cargo ou função pública implica pagamento de despesa pública consignada na Lei Orçamentária Anual para atender as despesas de pessoal. Toda Lei Orçamentária Anual deve dispor de uma rubrica a esse título. [...] Tanto é que na distribuição (e não pagamento) da verba honorária aos seus legítimos titulares, os procuradores estaduais ou municipais de conformidade com a respectiva legislação, não há prévio empenho por qualquer de suas modalidades, nem extração da respectiva nota de empenho que se constituem na primeira providência indispensável ao pagamento de uma despesa pública, conforme dispõem os arts. 58 e 61 da Lei nº 4.320/64.

Mostra-se, portanto, cristalino, à luz da melhor doutrina, que não têm os honorários sucumbências finalidade de contraprestação pelo desempenho da advocacia, seja ela pública ou privada. Com efeito, ao tempo que, por um lado, os advogados públicos possuem como contraprestação pelo exercício do cargo o próprio subsídio, verba que, diga-se de passagem, indubitavelmente é custeada pelo Estado, por outro, os advogados privados possuem como contraprestação pelo exercício do *mínus* os honorários contratuais, ou até mesmo os por arbitramento. Os honorários sucumbenciais, portanto, não se atrelam a essa finalidade.

Ainda, repita-se que os honorários sucumbenciais são pagos pelo vencido na demanda, isto é, tem origem privada, com natureza jurídica de penalidade processual de titularidade originária do advogado da parte vencedora, decorrente do exercício da advocacia, não sendo afeto, portanto, à matéria alusiva as receitas e despesas públicas, compreensão que inexoravelmente não se pode desassociar dos dispêndios suportados pelo Estado para com sua estrutura de pessoal.

---

<sup>54</sup> HARADA, Kiyoshi. **Teto remuneratório dos Procuradores Públicos**. Ieprev, Belo Horizonte, ano 06, n. 246, 12 dez. 2012. Disponível em: [https://www.ieprev.com.br/conteudo/categoria/3/530/teto\\_remuneratorio\\_dos\\_procuradores\\_publicos](https://www.ieprev.com.br/conteudo/categoria/3/530/teto_remuneratorio_dos_procuradores_publicos). Acesso em: 30 mai. 2020



Pensar o contrário seria definitivamente “o mesmo que afirmar que o procurador tem uma parte de seus vencimentos paga por um particular, o sucumbente em processo judicial, incorrendo em violação do elementar conceito do que sejam vencimentos<sup>55</sup>”.

Em resumo, entende-se que a lógica aviada na ADI n.º 6.053/DF para justificar o argumento de inconstitucionalidade formal do art. 85, §19, do CPC, não parece razoável. Padece de incongruência lógica entender que honorários (ainda mais sem distinguir a finalidade da espécie em testilha, qual seja, os sucumbenciais), possuem caráter alimentar e supostamente somente serviriam para suprir despesas materiais com o exercício da advocacia, - o que não se procede -, e, por isso, teriam natureza remuneratória). Portanto, há aparente equívoco de premissa quando o *Parquet*, a par disso, defende que:

i) os advogados públicos não possuem tais gastos, supostamente tornando-se incompatível tal recebimento. Ora, infere-se que os honorários sucumbenciais não se destinam ao custeio material da advocacia, e, de mais a mais, esse argumento “[...] é irrelevante para o efeito de qualificação constitucional dos honorários advocatícios [...]”, e “[...] em nada concorre para imputar-se aos honorários advocatícios dos procuradores qualquer inconstitucionalidade.”<sup>56</sup>;

ii) se remuneração é, ao estipular o recebimento de tais verbas pelos advogados públicos, o CPC presumidamente sofre de vício de iniciativa, já que tais são servidores e leis que tratam de sua remuneração são de iniciativa do Poder Executivo. Ora, reputa-se que a remuneração do agente público parte do pressuposto de ser arcada com verba proveniente do erário, sendo que a sua disciplina jurídico-

---

<sup>55</sup> *Ibidem*

<sup>56</sup> Parecer Jurídico de lavra do **Professor Celso Antônio Bandeira de Mello** em resposta à consulta formulada pelo Conselho Curador dos Honorários Advocatícios. São Paulo, 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>. Acesso em: 31 mai. 2020





administrativa e financeira e orçamentária não revela qualquer relação com verbas originalmente privadas decorrentes da atuação do profissional da advocacia, estranha à disciplina legal conferida às receitas públicas, paga em decorrência de fato eventual proveniente da causalidade processual, e, ainda, fruto da opção legislativa em bonificar o elevado padrão de litigância da advocacia pública.

Além disso, considerando-se que a defendida unidade de tratamento da advocacia pública e privada e das decorrentes normas que as regulam ser a corrente mais aceita pela interpretação sistêmica da Constituição Federal, não parece ser acertado afirmar que a previsão genérica acerca da fixação dos honorários provenientes da sucumbência processual em favor dos advogados públicos mereceria disciplina apartada do CPC, pois, pelo contrário, há estrita pertinência temática em prevê-lo no capítulo destinado aos critérios alusivos à matéria honorária. E, além disso, conforme visto, o art. 85, §19, do CPC, é norma cuja eficácia remete à edição de outra lei, do Poder Executivo, a fim de atender às peculiaridades de cada Unidade Federativa. Nesse sentido<sup>57</sup>:

[...] o Código de Processo Civil, na qualidade de veículo normativo definidor de regras gerais de direito processual, é meio legítimo para consagrar, em abstrato, dispositivos referentes à forma de remuneração e de distribuição dos ônus sucumbenciais nas demandas judiciais.”

Nessa toada, não se enquadrando os aludidos honorários sucumbenciais fixados na forma do art. 23, do Estatuto da OAB, art. 85, *caput*, e §19º, do CPC, no conceito proveniente do direito administrativo e financeiro e orçamentário de remuneração do serviço público, nem até mesmo no conceito comum dado ao vocábulo, melhor sorte não parece socorrer às premissas que se fundam os pedidos

---

<sup>57</sup> Parecer Jurídico de lavra do **Ministro Aposentado do Supremo Tribunal Federal Ilmar Nascimento Galvão** em resposta à consulta formulada pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais. Brasília, 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>. Acesso em: 31 mai. 2020



de declaração de inconstitucionalidade, por vício de forma, dos dispositivos legais aventados na ADI n.º 6.053/DF.

Finalmente, da leitura sistêmica das normas de regência, do confronto entre as premissas de que parte o órgão ministerial e as teses jurídicas postas em defesa da norma impugnada, percebe-se que, de fato, os honorários não possuem natureza remuneratória, mas sim direito autônomo do advogado, seja ele público ou privado. E, considerando-se que a alegada inconstitucionalidade formal parte dessa premissa, por consequência lógica é bem verdade que não aparenta prosperar a tese que avia neste tocante a Procuradoria-Geral da República em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

#### **4.5 A (in)compatibilidade entre o recebimento de honorários sucumbenciais pelos advogados públicos, regime de subsídios e sujeição ao teto remuneratório.**

O objeto da ADI n.º 6.053/DF não se esgota no pedido de declaração de inconstitucionalidade, por vício de forma, do art. 85, §19, do CPC, questão devidamente superada na subseção antecedente. É que a Procuradoria-Geral da República<sup>58</sup> pede ao STF, ainda, a declaração da inconstitucionalidade, agora material, dos art. 27, 29, e, por arrastamento, dos art. 30 a 36, da Lei n.º 13.327/2016, sob a alegação, em síntese, de que há incompatibilidade entre o recebimento de honorários sucumbenciais pelos advogados públicos e o sistemas constitucionais do subsídio e do teto remuneratório.

Quanto ao primeiro ponto, afirma o órgão ministerial que o constituinte derivado inseriu ao texto da Constituição Federal, através da emenda constitucional

---

<sup>58</sup> Petição inicial elaborada pela então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>. Acesso em 27 mai. 2020



n.º 19/98, o regime de subsídio, aplicável aos advogados públicos por força do art. 135, da Constituição Federal<sup>59</sup>. Nesse sentido, afirma que

O subsídio é, portanto, a retribuição financeira pelo desempenho das atribuições ordinárias de um cargo ou função pública instituída com o propósito de vedar o recebimento da contraprestação devida em razão do cargo em parte fixa e outra variável e favorecer, em contrapartida, o controle dos gastos públicos dispendidos para pagamento das autoridades que exercem as mais relevantes funções no País

A esse respeito, assevera o *Parquet* que o recebimento de honorários sucumbenciais por esses agentes públicos violaria o regime de subsídios, pois tal verba, enquanto, ao seu entender, parcela de índole remuneratória, não se enquadra nas exceções à vedação constitucional consubstanciada no recebimento de “qualquer acréscimo ou vantagem em caráter permanente de cunho remuneratório e em razão de contraprestação de serviço”;

Ao reafirmar a sua premissa de que os “honorários de sucumbência são reconhecidos como parcela remuneratória devida a advogados em razão do serviço prestado” narra a Procuradoria-Geral da República que a Constituição vedou a tais agentes, que são remunerados na forma de subsídio, o recebimento de “qualquer acréscimo ou vantagens em caráter permanente de cunho remuneratório e em razão da contraprestação de serviço”. Nesse contexto, alega que o art. 27 e 29, da Lei n.º 13.327/2016, já citados neste texto, ao prever a possibilidade de recebimento, pelos advogados públicos do sistema jurídico federal, de honorários de sucumbência supostamente ofenderia o art. 39, §4º, da Constituição Federal<sup>60</sup>, segundo o qual

---

<sup>59</sup> Art. 135. Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 02 jun. 2020.)

<sup>60</sup> *Ibidem*



Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. [...] § 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Quanto ao segundo ponto, ao discorrer sobre os ensinamentos doutrinários acerca do caráter obrigatório e geral do regime constitucional do teto remuneratório, cujo qual, nas palavras que fez juntar, é “condição de legitimidade para o pagamento de remunerações no serviço público”, a requerente da ação afirma<sup>61</sup>, em suma, que o atual tratamento dado aos honorários de sucumbência recebidos pelos advogados públicos, isto é, compreendidos como verba de natureza privada, não os limita a qualquer valor e, portanto, ofenderia, em seu sentir, o regime constitucional do teto remuneratório previsto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal<sup>62</sup>, que assim dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato

---

<sup>61</sup> Petição inicial elaborada pela então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>. Acesso em 27 mai. 2020

<sup>62</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 02 jun. 2020



eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

Os argumentos contrários trazidos aos autos da ADI n.º 6.053/DF parecem ser uníssonos e caminham para o mesmo lado, no sentido de evidenciar a repercussão da origem privada dos honorários para com a compatibilidade entre o sistema remuneratório por meio de subsídio e do teto constitucional, bem como do erro de premissa em que se funda os pedidos aviados pelo órgão ministerial.

Por sua vez, a Consultoria-Geral da União<sup>63</sup> defende que, ao contrário do que se afirma na petição inicial, o tratamento constitucional conferido à unidade da advocacia denota que o recebimento de honorários sucumbenciais pelos advogados públicos é compatível com o regime de subsídio. Para a interessada, o sistema de subsídio atrelado ao “silêncio eloquente” não veda ao recebimento de honorários a essa carreira, já que, quando quis, o constituinte originário levou a efeito vedação expressa ao recebimento de tais verbas por outros agentes públicos, notadamente os juízes e membros do Ministério Público, fato que denota a chancela constitucional para a percepção de verbas honorárias sucumbenciais pela advocacia pública.

---

<sup>63</sup> Informações elaboradas pela Consultoria-Geral da União, protocolada em: 13/02/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>. Acesso em 31 mai. 2020



Na mesma linha que defende acerca do equívoco em se considerar honorários como verba pública, assevera que, diferentemente do recebimento dos honorários sucumbenciais pagos aos advogados públicos, reais titulares, de forma originária pelo particular vencido na demanda, o regime de subsídio pressupõe a racionalização dos valores suportados pelos cofres públicos, ou seja, verbas advindas de recursos orçamentários.

Posicionamento análogo parte das razões de mérito juntadas aos autos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB<sup>64</sup>, na qualidade de *amicus curiae*, que entende ser inaplicáveis ao caso as considerações feitas pela requerente em razão da natureza privada dos honorários, que no seu entender é suficiente para desqualificar qualquer alegação de incompatibilidade entre o regime de subsídios e teto remuneratório. Alega o órgão de classe que

Muito embora o regime de subsídio em parcela única pretenda efetivamente suprimir parcelas acessórias, salvo aquelas de caráter indenizatório (art. 37, § 11, da CF) e outras ligadas a garantias trabalhistas básicas (art. 39, §3º, da CF), uma consideração básica deve ser feita: a sistemática constitucional dos subsídios apenas alcança parcelas de caráter público, jamais valores extraorçamentários de natureza privada.

A par de tais argumentos, atrelados às premissas iniciais postas, resta analisar-se se os argumentos pró-inconstitucionalidade infirmam o direito dos advogados públicos a perceberem honorários de sucumbência. Nesse tocante, acredita-se que, da mesma forma como o foi para se analisar a tese jurídica aviada pela requerente quanto ao pedido de inconstitucionalidade por vício de forma, é de todo necessário enfrentar as premissas que sustentam a tese acerca da alega inconstitucionalidade material, já que que, para ambas as teses jurídicas, a requerente parte de igual pressuposto.

---

<sup>64</sup> Manifestação ofertada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, na qualidade de *amicus curiae*. Protocolo em: Disponível em:



A fim de elucidar a pretensão judicial sob exame, entende-se por inconstitucionalidade material a contrariedade, mediante ofensa direta, de determinado dispositivo legal para com o texto da Constituição<sup>65</sup>. Nesse sentido, o órgão ministerial defende, resumidamente, que há patente ofensa ao regime de subsídio e teto remuneratório a previsão infraconstitucional que autoriza o recebimento de honorários sucumbenciais pelos advogados públicos.

Mis uma vez, parece ir de encontro a essa afirmação o fato de os honorários serem verbas provenientes do particular, não suportadas pelo erário, não se enquadrando em receita pública. É que, ao se referir o art. 37, inciso IX, da Carta Política, a vedação de recebimento, junto ao subsídio, de “vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza”, pressupõe-se dizerem respeito a valores às expensas do Ente Político, sob pena de esvaziar-se o real objetivo do instituto.

O fato de os advogados públicos terem, por direito próprio, a si fixados os honorários de sucumbência nas causas judiciais, verbas essas advindas de fontes privadas, não aparentam impactar no recebimento de subsídio através de parcela única, essa sim proveniente do erário. Mesmo raciocínio deve ser aplicado para a questão do teto remuneratório, já que não haveria sentido na norma submeter a verba privada ao controle de gastos públicos. Nesse sentido, não parece possível incidir tal instrumento de racionalização a verbas que não são provenientes de receita pública.

Com efeito, vê-se, mais uma vez, um erro de premissa. É que a requerente da ação sustenta que os honorários sucumbenciais fixados em favor dos advogados públicos em causas que litiga a Fazenda Pública Federal teriam natureza jurídica de remuneração, sendo incompatível, portanto, o seu recebimento cumulado com o

---

<sup>65</sup> DIMOULIS, Soraya Dimitri. L. **Curso de Processo Constitucional - Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais**, 4ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 03/2016. Base de dados Minha Biblioteca, 9788597006056. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006056/>. Acesso em: 02 jun. 2020



subsídio, além de desrespeitar o teto remuneratório aplicável a tais servidores públicos.

Analisando-a detidamente, acredita-se que nos melhores dos cenários a argumentação desenvolvida pela Procuradoria-Geral da República padece de incongruência, na medida em que, como viu-se, o pressuposto que se funda o pedido de declaração por suposta afronta ao texto constitucional, naquela ocasião formal e nesta material, calca-se em compreensão jurídica equivocada.

Como afirmou-se quando do enfrentamento do tema da subseção anterior, honorários sucumbenciais não se revelam contraprestação ao serviço da advocacia e, portanto, não se encaixam nos estrito conceito de remuneração, não se originam de verba pública, são fixados sob a titularidade do profissional da advocacia e, por isso, não se mostram incorporar-se ao patrimônio do litigante vencedor, mas sim do seu causídico. A par disso, razão não parece assistir a requerente da ação, afinal, qualquer argumento, por mais belo que seja, que parta de pressuposto equivocado quanto ao fato tende a cair por terra.

Há de se notar, ainda, que nesse particular é expressa a justificativa proveniente da requerente que a ofensa a esse regime advém da afirmação feita na inicial de que “a natureza dos honorários de sucumbência inseridos na Dívida Ativa e executados pela União não é privada, mas pública”. Quanto a essa linha argumentativa, remete-se à distinção feita entre os dois institutos, tratados equivocadamente, segundo a jurisprudência do STJ, como se uma coisa só fosse (honorários sucumbenciais) para rebater-se essa tese.

Com efeito, independentemente do que venha a ser e qual seja a razão que motivou a opção política que tenha se dado quanto à sua destinação, fato é que não é possível tratar o montante legal acrescido à dívida ativa da União como honorários sucumbenciais, apenas pelo fato de a lei ter-lhe atribuído equivocadamente esse





nome, e, a par disso, imputar aos reais, se assim os pode-se chamar, honorários sucumbenciais, e aqui refere-se, portanto, àqueles fixados em sentença judicial, suposto caráter remuneratório, acusando-os de serem incompatíveis com os regimes de subsídio e teto remuneratório.

Noutros termos, conforme distinção feita no bojo deste texto acadêmico, o tratamento jurídico a ser dado ao encargo legal inserido nos débitos inscritos na dívida ativa da União pelo fato de a lei ter-lhe destinado como parcela dos valores pagos a título de “honorários de sucumbência”, em nada altera a real natureza jurídica dos verdadeiros honorários fixados em sentença, valores que definitivamente não podem ser tratados como se receita pública fossem, ainda que se considere o encargo legal acrescido à dívida ativa da União como tal, solução que não é, diga-se de passagem, objeto deste ensaio.

Finalmente, outro fator, agora de ordem processual, que pode comprometer os pedidos aviados no bojo da ADI n.º 6.053/DF no tocante à inconstitucionalidade material é que o direito à percepção de honorários sucumbenciais pelos advogados públicos, em se considerando a unidade da advocacia, decorrem originalmente da evolução legislativa acerca do tema consubstanciada nos art. 23, do EOAB, bem como do art. 85, *caput*, do CPC, sendo que apenas o último foi impugnado, limitando-se a alegado vício de forma.

Ou seja, considera-se que para chegar ao resultado desejado, - inconstitucionalidade do recebimento de honorários pelos advogados públicos, seja qual for a norma de parâmetro utilizada -, a impugnação isolada dos art. 27 e 29, da Lei n.º 13.327/2016, os quais apenas reproduzem as aludidas previsões, não são suficientes para infirmar tal direito, configurando-se elementar defeito de fundamentação que pode levar a improcedência dos pedidos.



Ainda, se a alegada inconstitucionalidade formal do art. 85, §19, do CPC, não prosperar, não seria suficiente para elidir o direito dos advogados públicos a receberem honorários de sucumbência a declaração da inconstitucionalidade destes últimos dispositivos, isoladamente, afinal, há de se considerar o ordenamento como um todo.

Logo, tem-se que toda a lógica jurídica desenvolvida nesse texto impõe contrariedade à argumentação carreada para justificar a alegada inconstitucionalidade material decorrente da incompatibilidade entre o recebimento de honorários sucumbenciais pelos advogados públicos e o regime do teto remuneratório e subsídios, pois, da mesma maneira, parece inconcebível, à luz do ordenamento jurídico, reputar honorários como remuneração ou receita pública.

Finalmente, se assim certamente não podem ser considerados para fins da alegada inconstitucionalidade formal, não há falar, outrossim, em incompatibilidade material, fundada na mesma premissa, entre a percepção dessas verbas pagas em caráter eventual pelo litigante vencido na demanda e o regime constitucional do teto remuneratório e dos subsídio.

#### **4.6 Controle difuso de constitucionalidade: pronunciamento conflitantes acerca do tema**

A aferição da constitucionalidade das normas impugnadas no âmbito da ação que ora se analisa não é evento inédito. Longe disso, já foi alvo de debate judicial no âmbito dos tribunais de justiça estaduais e federais, dando-se soluções distintas.

Dentre as mais notória que se conhece ação de controle abstrato em prol da tese defendida no bojo da ADI n. 6.053/DF, cita-se o julgamento, lavrado por vasto acórdão pelo órgão especial do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e sob a relatoria do Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva, do incidente de



arguição de inconstitucionalidade suscitado nos autos do Agravo de Instrumento n.º 0011142-13.2017.4.02.0000, de origem da 1ª Vara Federal de Execução Fiscal do Rio de Janeiro, que declarou a inconstitucionalidade do art. 85, §19, da Lei 13.105/2015, bem como, por arrastamento, dos arts. 27 e 29 a 36 da Lei 13.327/2016<sup>66</sup>.

Note-se, portanto, que ao analisar a fixação de honorários sucumbenciais no âmbito de uma execução fiscal, o Tribunal acolheu a questão da inconstitucionalidade suscitada dos dispositivos legais objeto da ação que nesse texto se tratou. A pretensão da Procuradoria-Geral da República revela-se em conseguir o mesmo resultado, porém, no âmbito do STF, em controle concentrado, cuja eficácia incidiria *erga omnes*.

Em sentido diverso decidiu, por exemplo, o Tribunal Regional da 5ª Região, quando do julgamento dos Embargos de Declaração na Apelação Cível n.º 0800328-16.2015.4.05.8205, sob a relatoria do Desembargador Federal Carlos Rebelo Júnior, originário na 14ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba, ocasião em que ratificou a constitucionalidade do art. 85, §19, do CPC, e, invocando precedente da Corte, afastou a alegação de incompatibilidade entre o recebimento de honorários

---

<sup>66</sup> ADMINISTRATIVO. INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 948 DO CPC/2015. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA DEVIDOS À FAZENDA PÚBLICA. DESTINAÇÃO EM FAVOR DOS ADVOGADOS PÚBLICOS. ART. 85, 19, DA LEI 13.105/2015 E ARTS. 27 E 29 A 36 DA LEI 13.327/16. ALEGAÇÃO DE PREVENÇÃO AFASTADA. INCONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS LEGAIS DECLARADA. [...] XVII - Incidente de arguição de inconstitucionalidade suscitado pela eg. 7ª Turma Especializada deste Tribunal acolhido, a fim de declarar a inconstitucionalidade do art. 85, §19, da Lei 13.105/2015, bem como, por arrastamento, dos arts. 27 e 29 a 36 da Lei 13.327, de 29.07.2016, deixando apenas de acolher a arguição de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 13.327/16 por versar o dispositivo apenas sobre subsídios, nada dispondo sobre verba honorária em favor dos advogados públicos. [...]” (RIO DE JANEIRO, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n.º 0011142-13.2017.4.02.0000. Órgão Especial. Relator Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva. Disponível em: [https://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:md8YenWOnpQJ:acordaos.trf2.jus.br/apolo/databucket/idx%3Fprocesso%3D201700000111421%26coddoc%3D855104%26datapublic%3D2019-03-15%26pagdj%3D501/504+Lei+n%C2%BA+13.327/16&site=v2\\_jurisprudencia&client=v2\\_index&proxy\\_stylesheet=v2\\_index&lr=lang\\_pt&ie=UTF-8&output=xml\\_no\\_dtd&access=p&oe=UTF-8](https://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:md8YenWOnpQJ:acordaos.trf2.jus.br/apolo/databucket/idx%3Fprocesso%3D201700000111421%26coddoc%3D855104%26datapublic%3D2019-03-15%26pagdj%3D501/504+Lei+n%C2%BA+13.327/16&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxy_stylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8). Acesso em: 02 jun. 2020



sucumbenciais pelos advogados públicos e os regimes de subsídio e teto remuneratório<sup>67</sup>.

Tem-se, ademais, o conhecimento de julgados provenientes dos Tribunais de Justiça do Distrito Federal e Estadual do Maranhão, entre outros, onde decidiram-se, à luz de suas lei orgânica e constituição estadual, respectivamente, pela manutenção da percepção dos honorários pelos procuradores judiciais de suas respectivas estruturas jurídicas. Ocorre, no entanto, que os julgamentos foram anteriores à vigência do Código de Processo Civil de 2015, onde o tema ganhou mais relevância a partir da previsão expressa que assegurou aos advogados públicos a percepção de honorários sucumbenciais.

A par desse breve panorama de pronunciamentos conflitantes acerca de situação jurídica idêntica, evidencia-se a relevância e necessidade de um pronunciamento de mérito, pela Suprema Corte do País, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6053/DF, a fim de decidir, de uma vez por todas, a compatibilidade jurídico-constitucional da percepção de honorários de sucumbência pelos integrantes da advocacia pública.

---

<sup>67</sup> PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO PROCESSO. LITISPENDÊNCIA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO PROVIDOS. 1. Embargos de declaração opostos sob a alegação de que o acórdão fora omissivo quanto à inconstitucionalidade do § 19 do art. 85 do Código de Processo Civil, assim como, por arrastamento, dos arts. 27 a 36 da Lei 13.327/16, não sendo devidos os honorários advocatícios de sucumbência. [...] 4. Não há inconstitucionalidade no § 19 do art. 85 do Código de Processo Civil, que prevê a percepção de honorários de sucumbência pelos advogados públicos. 5. “O recebimento de honorários pelo advogado público não viola a determinação de remuneração exclusivamente por subsídio, uma vez que os honorários não se caracterizam como remuneração, e não são pagos pelo Estado, mas pela parte vencida na ação. O subsídio é devido ao advogado público em razão do exercício do cargo, enquanto as verbas honorárias sucumbenciais decorrem da eventualidade da sucumbência da parte contrária, não havendo incompatibilidade entre eles” (PROCESSO: 08001785820174058401, AC/RN, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO ROBERTO GONÇALVES DE ABREU (CONVOCADO), 3ª Turma, JULGAMENTO: 30/07/2018). 6. Embargos de declaração não providos. (PERNAMBUCO, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Edcl. Na Apelação Cível n.º 0800328-16.2015.4.05.8205. Relator Desembargador Federal Carlos Rebelo Júnior. Disponível em: <https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?signedIdProcessoTrf=cb4d7c0f7c92cd414b1aba85a84931f0#>. Acesso em: 03 jun. 2020



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Para mais afora do que uma análise estritamente jurídica acerca de pontos específicos atinentes à ação direta de inconstitucionalidade n.º 6.053/DF, deixa-se em aberto, claro, outras questões que estão em jogo no que toca ao tema posto. Aliás, como foi dito, a reflexão tras muda a aparência do simples, o qual esconde uma complexidade acentuada.

Não se nega aqui o papel do Ministério Público como legitimado universal para questionar normas jurídicas que, por erro do legislador, estejam eventualmente desassociadas do interesse público e dos ditames da Lei Maior. Todavia, no caso da ação objeto deste trabalho, percebe-se várias lacunas incorrigíveis que maculam as teses jurídicas em prol da inconstitucionalidade posta sob exame, como, por exemplo, quando se afirma, em patente erro de premissa, que os honorários de sucumbência possuiriam natureza jurídica de contraprestação a um serviço e integrariam a receita pública.

De fato, em tempos de intransigência à abolição de privilégios conferidos a certos agentes do Estado devido a farta corrupção que o País padece e da má gestão do dinheiro público, há de se reconhecer a sutil estranheza em que causa compreender-se, num juízo primário, que um agente público, por sua condição peculiar proveniente de uma opção legislativa, receba verbas para além daquilo que o Estado o remunera, numa espécie de vantagem.

Todavia, há de se ter cautela. É bem verdade que a percepção de honorários sucumbenciais pelos advogados, sejam eles públicos ou privados, na realidade, revela a concretização de um direito conferido à categoria, legitimado pela evolução histórica e legislativa.



O veículo do controle de constitucionalidade não comporta inconformismo com a manifestação do Poder Legislativo através das leis, sobretudo sob o pretexto de se resguardar o interesse público. O Poder Judiciário não é tipicamente instância revisora da escolha política, e nem pode sê-lo, sob pena de afrontar o sistema de separação dos poderes. Há de se comprovar em sede de ação de controle, ao contrário, efetiva relação de causa e efeito entre a lei e a alegada incompatibilidade que carrega consigo face à Constituição.

Mas esse não parece e nem deveria ser o dilema. Revela-se, na realidade, que o ponto de tensão reside no tratamento dado à distinção entre os honorários de sucumbência fixados em favor dos advogados com base na lei processual e a destinação do encargo legal embutido nos débitos inscritos na dívida ativa da União, antes carreados aos cofres públicos como receita e, agora, tratados como se honorários de sucumbência também fosse, que definitivamente não é, segundo decidiu o Superior Tribunal de Justiça.

A par dessa questão, a preocupação com a destinação do dinheiro público somente ganharia relevância nesse ponto, caso em que a eventual declaração de inconstitucionalidade do recebimento de honorários sucumbenciais pelos advogados públicos promoveria a volta da destinação desse encargo legal aos cofres na União. De resto, os advogados públicos continuariam recebendo a mesma remuneração do Estado, isto é, o gasto público com a folha de pessoal continuaria inalterada. Mas, ao reverso, os verdadeiros honorários sucumbenciais, de titularidade *ex lege* do profissional da advocacia, seriam arrecadados pelos Entes Políticos, em verdadeiro confisco ao direito de propriedade.

Agora, cabe à mais alta Corte do País decidir, de forma definitiva, se o regime constitucional brasileiro denota, sobretudo numa perspectiva do interesse público, se os advogados públicos, que são remunerados pelo Estado, podem, no exercício de



sua função, terem em seu benefício a fixação de honorários sucumbenciais, verbas que, por lei, devem ser destinadas aos profissionais da advocacia no exercício do seu *múnus*.

Conclui-se, portanto, que, sem prejuízo dos outros pontos não abarcados neste trabalho acadêmico e da eventual solução acerca da destinação do encargo legal acrescido aos débitos inscritos na dívida ativa da União, os advogados públicos, por estarem indiscutivelmente sujeitos às normas aplicáveis a advocacia como um todo, possuem o direito eventual e autônomo de receberem honorários sucumbências, fixados em sentença judicial, em decorrência do exercício da representação da Fazenda Pública, verbas que, pela exegese constitucional, não se chocam com o sistemática de subsídio e teto remuneratório, pois pagas pelo vencido na demanda e não arcadas pelo erário, nem se confundem com receita pública, já que não se enquadram na atividade financeira do Estado, o que denota a possível improcedência do pedido de inconstitucionalidade ora estudado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm).

BRASIL. Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm).

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm).

BRASIL. Lei n.º 13.327, de 29 de julho de 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113327.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113327.htm).



BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 1990. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm).

BRASIL. lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil** Brasília, 1964. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm).

BRASIL, decreto-lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 1969. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del1025.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1025.htm#art1).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.867/ES**. Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo. Interessado: Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Relator: Ministro Celso de Mello. Plenário, 2003. Disponível em:  
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2111200>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Enunciado de Súmula n.º 5**: “A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo.” Disponível em:  
[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_001\\_100](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.053/DF. Numeração Única CNJ: 9078939-19.2018.1.00.0000. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em:  
<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Enunciado de Súmula n.º 306**. [Cancelada] “Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.” Disponível em:  
[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_24\\_capSumula306.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_24_capSumula306.pdf).

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.521.999/SP. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Tecno-Ferr - Ferramentaria de Precisão Ltda - Massa Falida. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Disponível em:





<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201500713173&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>

CUNHA, Leonardo da. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 03/2019. Base de Dados Minha Biblioteca, 9788530985684. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985684/>.

DIMOULIS, Soraya Dimitri. L. **Curso de Processo Constitucional - Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais**, 4ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 03/2016. Base de dados Minha Biblioteca, 9788597006056. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006056/>.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros. v. 2, 2019.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**, 21ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 01/2018. Base de dados Minha Biblioteca, 9788597015249. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597015249/>.

Enunciados do Fórum Nacional do Poder Público (Fnpp) Disponível: <https://forumfnpp.wixsite.com/fnpp/enunciados-aprovados-i-fnpp>.

HARADA, Kiyoshi. **Teto remuneratório dos Procuradores Públicos**. Ieprev, Belo Horizonte, ano 06, n. 246, 12 dez. 2012. Disponível em: [https://www.ieprev.com.br/conteudo/categoria/3/530/teto\\_remuneratorio\\_dos\\_procuradores\\_publicos](https://www.ieprev.com.br/conteudo/categoria/3/530/teto_remuneratorio_dos_procuradores_publicos).

Parecer Jurídico de lavra do **Professor Celso Antônio Bandeira de Mello** em resposta à consulta formulada pelo Conselho Curador dos Honorários Advocatícios. São Paulo, 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>.

Parecer Jurídico de lavra do **Ministro Aposentado do Supremo Tribunal Federal Ilmar Nascimento Galvão** em resposta à consulta formulada pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais. Brasília, 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5613457>.



PEDRO, Lenza. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo. Editora Saraiva, 2019. Base de dados Minha Biblioteca, 9788553611171. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611171/>.

PERNAMBUCO, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Edcl. Na Apelação Cível n.º 0800328-16.2015.4.05.8205. Relator Desembargador Federal Carlos Rebelo Júnior. Disponível em: <https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?signedIdProcessoTrf=cb4d7c0f7c92cd414b1aba85a84931f0#>.

RIO DE JANEIRO, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n.º 0011142-13.2017.4.02.0000. Órgão Especial. Relator Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva. Disponível em: [https://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:md8YenWOnpQJ:acordaos.trf2.jus.br/apolo/databucket/idx%3Fprocesso%3D201700000111421%26cod%3D855104%26datapublic%3D2019-03-15%26pagdj%3D501/504+Lei+n%C2%BA+13.327/16&site=v2\\_jurisprudencia&client=v2\\_index&proxystylesheet=v2\\_index&lr=lang\\_pt&ie=UTF-8&output=xml\\_no\\_dtd&access=p&oe=UTF-8](https://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:md8YenWOnpQJ:acordaos.trf2.jus.br/apolo/databucket/idx%3Fprocesso%3D201700000111421%26cod%3D855104%26datapublic%3D2019-03-15%26pagdj%3D501/504+Lei+n%C2%BA+13.327/16&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8).

RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**, 2ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 05/2016. Base de dados Minha Biblioteca, 9788597007411. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597007411/>.

THEODORO, Jr. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Vol. I**, 59ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 11/2017. 9788530977764. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977764/>.

VILLAR, Alice S. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis - Carta de Vitória, **Jus Brasil**, 2015. Disponível em: <https://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria>.

BRASÍLIA 2020 - V.5

**COMPÊNDIO FAJS**

# **DIREITO CIVIL, CONSUMIDOR E EMPRESARIAL**



# A LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL UTILIZADA NOS PROCESSOS ENVOLVENDO DENÚNCIAS DE ABUSO SEXUAL

Alessandra Nunes Costa

## RESUMO

O presente artigo busca evidenciar como a Lei 12.318/2010, popularmente conhecida como Lei de Alienação Parental, tem sido utilizada pelos genitores investigados por abuso sexual e qual o entendimento do Tribunal Superior a respeito dessa temática, nos casos analisados. Além disso, buscou-se analisar o impacto da má utilização da Lei no princípio do melhor interesse da criança, tendo em vista que foi aprovada com o objetivo de proteger o interesse do menor, mas conferiu ao genitor abusador a possibilidade de uma denúncia por abuso sexual verdadeira seja considerada como ato de Alienação Parental, previsto no artigo 2º, VI.

**Palavras-chave:** alienação parental; abuso sexual; melhor interesse da criança.

## INTRODUÇÃO

O termo Alienação Parental surge em situações de litígio familiar quando um dos genitores difama ou desmoraliza o outro genitor (a) com o objetivo de afastá-lo (a) do convívio com o menor. Tal conduta apresenta um rol exemplificativo, previsto na Lei 12.318/2010, de atos que são considerados formas de Alienação Parental (BRASIL, 2010).

Dessa forma, o objeto central do trabalho é apurar a ocorrência da alegação de Alienação Parental nos processos que envolvam denúncia de abuso sexual ou



condenação por estupro de vulnerável, tendo em vista a possibilidade da reversão da guarda para o abusador.

Quanto à importância do tema, a Lei de Alienação Parental (12.318/2010) abriu a possibilidade de interpretar como falsa denúncia o que pode ser uma verdade. Além disso, houve o desvirtuamento da lógica de proteção do interesse da criança sobre o interesse do genitor acusado de abuso, em que um diagnóstico errôneo da Alienação Parental pode culminar na separação da criança de um genitor ou responsável que só tenta protegê-la (BRASIL, 2010).

A Lei 12.318/2010 em seu art. 2º, parágrafo único, inciso VI, prevê como uma das formas da prática de Alienação Parental a falsa denúncia contra o genitor. Essa forma tem sido utilizada como argumento de defesa do genitor que praticou abuso sexual. Desse modo, em que medida a alegação de alienação parental como argumento de defesa às acusações de abuso sexual afeta o princípio do melhor interesse da criança? O que se pretende é apurar em quantos dos processos e casos analisados em que se discute a ocorrência de abuso sexual o genitor que denuncia é taxado como alienante (BRASIL, 2010).

Em razão da dificuldade da produção probatória que identifique a ocorrência de abuso, a falta de provas nessas situações pode contribuir para que uma denúncia seja interpretada como ato de Alienação Parental.

Além disso, nos casos em que o juiz reconhecer pela prática de Alienação Parental, poderá aplicar a reversão da guarda, medida prevista no artigo 6º da Lei 12.318/2010 cuja utilização pelo Tribunal será analisada. (BRASIL, 2010).

Com o objetivo de solucionar todas as hipóteses, a abordagem será desenvolvida a partir da pesquisa dogmática consistente no uso de doutrina, artigos, jurisprudência e legislação sobre o assunto. Quanto ao método do procedimento será o de pesquisa monográfico, meio tradicional em que será estudado o instituto da



Alienação Parental, precisamente uma das suas formas e sua aplicação nos processos que envolvem abuso sexual por meio da organização de trabalhos sobre o tema e posterior reflexão crítica. Relativamente ao tipo, será adotada a pesquisa bibliográfica em razão da utilização de artigos, monografias e livros para produção do trabalho onde serão utilizados os casos de abuso sexual e de Alienação Parentais, já relatados em outros trabalhos. Além da pesquisa documental, por englobar a análise de jurisprudência que versa sobre os casos de Alienação Parental concomitantemente ao abuso sexual e da Lei 12.1318/2010.

Para isso, o trabalho será dividido em quatro capítulos.

A parte introdutória trata de uma análise descritiva da Alienação Parental, suas formas previstas no artigo 2º da Lei 12.318/2010 e seu surgimento. Além do contexto em que a Lei foi aprovada no Brasil e a existência do projeto de Lei 498/2018 que tinha como foco inicial a revogação desta Lei.

No segundo capítulo, há uma abordagem específica da forma de Alienação Parental prevista no artigo 2º, inciso VI, Lei 12.318/2010 e, como tal forma pode ser utilizada na defesa do genitor acusado de abuso sexual, inclusive, de modo a taxar aquele que denunciou o abuso como “alienante” (BRASIL, 2010).

No entanto, também são analisados os casos em que a denúncia pode ser falsa, apenas para afastar um dos genitores do convívio com o menor. Além de apresentar, de forma sucinta, o descrédito conferido por entidades e profissionais, à tese criada por Richard Gardner para justificar a criação da Síndrome de Alienação Parental (SAP) e Alienação Parental.

O terceiro capítulo versa sobre o conteúdo da prova pericial produzida nos processos envolvendo Alienação Parental e Abuso Sexual Intrafamiliar e sua importância para detectar a ocorrência da violência física ou psicológica contra o



menor. E ainda, como é o procedimento adotado nos Tribunais para investigação nos processos que envolvem interesse da criança ou adolescente.

Por fim, o quarto capítulo faz uma abordagem sobre os institutos que conferem proteção ao princípio do melhor interesse da criança, e como tal princípio é violado mediante uma utilização errônea da Lei de Alienação Parental aplicada como tese defensiva nos processos por acusação de Abuso Sexual. Somado a uma análise dos instrumentos processuais previstos na Lei 12.318/2010 nos casos em que fique comprovado atos de Alienação Parental e sua aplicação nos processos que envolvem condenação por Abuso Sexual, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

## **1 A LEI 12.318/2010 E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS**

A Lei 12.1318/2010, popularmente conhecida como “Lei da Alienação Parental”, foi aprovada com o intuito de proteger a criança dos abusos psicológicos, proporcionar um ambiente familiar saudável e adotar medidas contra os genitores alienadores (NUSKE; GRIGORIEFF, 2015).

O termo Alienação Parental surgiu no contexto de disputa pela custódia dos filhos, como afirma Richard Gardner. O genitor, avós ou quem detenha a guarda do menor, difama, desmoraliza e se utiliza de meio para afastar a criança do outro genitor. Quem pratica essas condutas é visto como alienante. O genitor que sofre essa alienação é tido como alienado. Essa prática tem como objetivo distanciar o filho dos familiares injustamente acusados. (SOUZA; BARRETO, 2011).

A Lei, em seu artigo 2º, parágrafo único, prevê as medidas que são consideradas como prática de Alienação Parental. São elas:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:



- realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- dificultar o exercício da autoridade parental;
- dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; **VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;**

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Em análise da medida prevista no inciso VI, grifado acima, tendo sido reconhecida a falsa denúncia contra o genitor ou qualquer outra prática de Alienação Parental, detectada por um laudo pericial, cabe ao juiz impor medidas que vão desde a advertência ao alienador até a decretação da suspensão da autoridade parental (SOUZA; BARRETO, 2011). Como prevê o artigo 6º:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador;
- determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;





- determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar (BRASIL, 2010).

A base da legislação originou-se da “SAP” (Síndrome de Alienação Parental), criada por Richard Gardner. Essa síndrome consiste em uma desordem psiquiátrica da criança que a leva a rejeitar um de seus genitores por influência externa (REFOSCO, 2018).

Richard Gardner era psiquiatra e atuava como perito nos processos judiciais e criou as suas teses para defender acusados de abuso sexual dos/as filhos. Para ele: “as mulheres eram meros objetos, receptáculos do sêmen do homem, e que as parafilias, incluindo a pedofilia, estão ao serviço do exercício da máquina sexual para a procriação da espécie humana” (GARDNER, 1992 apud SOTTOMAYOR, 2011, p. 9-10).

Autores como Sottomayor (2011) e Ferreira e Enzweiler (2014), acreditam que a “SAP” (síndrome de alienação parental), criada por Richard Gardner prescinde de cientificidade e têm uma origem sexista e pedófila, além de equiparar equivocadamente questões envolvendo alegações de falso abuso sexual. Essa convicção embasou-se em razão da reação negativa da comunidade científica internacional, dentre elas a Associação de Psiquiatria Americana, que incluiu a Alienação Parental como transtorno mental. Tal reação decorreu da provável utilização maliciosa de seu diagnóstico nos processos que envolvam a guarda dos filhos ou abuso sexual intrafamiliar.

Ferreira e Enzweiler (2014, p. 12), reiteram:



Apontam os incontáveis divergentes de Gardner o descrédito dos testemunhos e laudos por ele produzidos em juízo, sendo comum a desconsideração de seu trabalho (e das teses que sustentam a SAP) pelos Magistrados, afirmando Paul

J. Fink (um dos ex-presidentes da Associação Americana de Psiquiatria), por exemplo, que a SAP, como uma teoria científica, tem sido execrada por pesquisadores sérios em todos os Estados Unidos, concluindo que “julgado apenas por seus méritos, Dr. Gardner deve ser uma nota de rodapé patética ou um exemplo de padrões científicos pobres.

Essa interpretação comprova que o Brasil, um dos únicos países a adotar a tese de Gardner como válida, a regulamentou na forma da Lei 12.318/2010, embora algumas organizações já tenham se manifestado contra, tais como 19 entidades na 65ª Reunião da ONU em 2016 que acreditam que a SAP (Síndrome da Alienação Parental) refere-se a uma prática nociva, pois coloca em dúvida a veracidade de relatos de violência (SCARENCE, 2019).

Sousa e Brito (2011) apontam que a aprovação desta Lei acabou por reduzir as problemáticas enfrentadas no divórcio em que diferentes comportamentos nas relações familiares são tipificados como Alienação Parental, gerando assim uma “vitimização” dos que integram famílias em situação de litígio.

Em consonância com as demais entidades que se mostram contrárias aos argumentos da Alienação Parental, foi colocado em discussão um projeto de lei que revoga a Lei 12.318/2010. Proposto pela CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) dos maus-tratos e de relatoria da Senadora Leila Barros (PSB-DF), o projeto 498/2018 tem como argumento principal a afirmação de que a legislação tem sido utilizada para beneficiar pais acusados de abuso sexual e desacreditar as mães que denunciaram o crime após a separação (SENADO FEDERAL, 2019).

Em audiência pública que debateu o projeto, realizado na Comissão de Direitos Humanos do Senado no dia 15 de julho de 2019, foi apresentado, pela



advogada e pesquisadora Marina Ganzarolli, argumentos que corroboram a tese para revogação da Lei (SENADO FEDERAL, 2019):

Os pais acusam as mães de falsa comunicação de crime e isso pode resultar em reversão da guarda em benefício deles. Numa amostra contendo 130 casos de litígio de guarda, 66% dos casos originaram-se após denúncia de abuso sexual da mãe contra o pai, das 27 decisões ocorridas até então nestes litígios, 24 das guardas foram revertidas em favor do acusado. Isso representa 89% dos casos.

O substitutivo do projeto de lei 498/2018 aprovado na CDH (Comissão de Direitos Humanos) em fevereiro de 2020 e que segue para aprovação na Comissão de Constituição e Justiça, optou por alterar dispositivos da Lei 12.318/2010 ao invés de revogá-los. Dentre as alterações, consta a suspensão do processo civil de Alienação Parental até a decisão de 1º instância na esfera penal que verse sobre a denúncia do abuso sexual contra um dos genitores. Além da escuta de todas as partes pelo magistrado, antes de tomar qualquer decisão (SENADO FEDERAL, 2020).

Diante do exposto, verifica-se que a Lei, ainda que tenha sido aprovada com o intuito de proteger o menor, vítima de abuso psicológico proferido por um de seus familiares, abre brechas para que as vítimas de abuso sexual intrafamiliar sejam obrigadas a conviver com o genitor suspeito do crime.

## **2 A DENÚNCIA CONTRA O GENITOR TIPIFICADA NA LEI 12.318/2010**

A lei 12.318/2010 estabeleceu em seu artigo 2º um rol exemplificativo dos atos tipificados como Alienação Parental, tal como mencionado no capítulo anterior. Entretanto, este trabalho será realizado sob o enfoque da falsa denúncia apresentada contra genitor, prevista no inciso VI, “in verbis”:

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; (BRASIL, 2010).



A previsão na legislação se dá de forma genérica. Sendo assim, essa denúncia pode ocorrer na forma de falsas acusações de adultérios, agressões físicas até chegar à acusação falsa de abuso sexual (FURLAN; LEÃO JÚNIOR, 2016).

Maria Berenice Dias (2010) afirma o crescente aumento da prática de falsas denúncias de práticas incestuosas, que levam ao rompimento do vínculo com o genitor alienado. Nesse contexto, o filho é levado a acreditar que durante um período de visitas houve indícios de tentativa de violência sexual e passa a repetir o que lhe é afirmado como realmente ocorrido.

Aqui, surge o maior problema que é atribuído ao Poder Judiciário, apurar se essa denúncia decorre de uma prática de Alienação Parental, comumente feita nos casos de litígio entre o casal, ou se a acusação advém de um abuso verídico sofrido pelo menor.

Segundo Ferreira e Enzweiler (2014, p. 13), no Brasil a Lei de Alienação Parental, especificamente em seu artigo 2º, inciso VI, “é comumente utilizada por advogados como argumento na disputa envolvendo a guarda das crianças, mesmo quando revelado pelos laudos técnicos estar o genitor (a) abusando da criança”. Ou seja, ainda que existam meios de comprobatórios de que o abuso ocorreu, a defesa do abusador utiliza-se da tese de Alienação Parental.

Nesse sentido, comprova o Agravo Regimental do Agravo em Recurso Especial nº 1.078.699/BA do Superior Tribunal de Justiça:

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO FUNDADO NA TESE DE ALIENAÇÃO PARENTAL. ÓBICE DA SÚMULA 7 DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O óbice da**

Súmula 7 apresenta-se intransponível, pois, no caso, não há como esta Superior Casa de Justiça decidir pela desqualificação das provas, visando à absolvição do agravante,



sem, antes, ter de esmerilá-las novamente, tal como já procedido pelas instâncias ordinárias, soberanas na apreciação de fatos e provas. 2. Dessa forma, a decisão agravada deve ser mantida intacta pelos seus próprios termos. 3. Agravo regimental improvido (BRASIL, 2017b, grifo nosso).

A avaliação da criança ou adolescente, possível vítima de abuso, é extremamente delicada e depende do procedimento de análise entre a consistência da acusação e da revelação do abuso. Dessa forma, as denúncias tendem a ser vistas por profissionais com desconfiança (BROCKHAUSEN, 2012).

Por outro lado, a excessiva desconfiança acerca da veracidade de tais denúncias promovidas pelas vítimas acarreta a revitimização, fazendo com que as vítimas se sintam culpadas e constrangidas pela denúncia (FERREIRA; ENZWEILER, 2014).

## **2.1 A presunção de falsidade nas alegações de abuso sexual**

Dias (2015) afirma que tem sido rotineiro frente aos casos de Alienação Parental, se valer das acusações de abuso sexual. Dessa forma, a criança é convencida da ocorrência do abuso, levando a repetir o que lhe é afirmado. Assim, o menor é incapaz de discernir o que aconteceu de fato, com o que lhe foi falsamente imputado.

É certo que uma denúncia sobre abuso sexual intrafamiliar independente de ser falsa ou verdadeira, acarreta um enorme prejuízo para a unidade familiar, tendo em vista que em qualquer das situações, a criança já é vítima de um abuso, seja ele psicológico ou sexual (DIAS, 2015). E o Judiciário, ao tomar conhecimento do fato e em atenção ao princípio do melhor interesse da criança, busca distanciar o menor do genitor acusado, até que se decida sobre a acusação (NUSKE; GRIGORIEFF, 2015).

Nessas situações há uma tensão sobre qual é a melhor atitude a ser tomada tendo em vista, que o magistrado ao afastar o menor do genitor acusado, diante de



uma falsa acusação, privará da convivência com o genitor, gerando uma experiência traumática em todos os sentidos. Por outro lado, o juiz tem obrigação de observar o princípio da proteção integral e acaba por suspender o regime de visitas ou reverter a guarda (DIAS, 2015).

O posicionamento do Judiciário é criterioso, tendo em vista que uma acusação de abuso sexual é séria e precisa da cautela adequada em sua investigação. Não podendo ser interpretada de imediato como uma prática de Alienação Parental, como tem sido declarada pela defesa dos acusados, em muitos casos. Ou ainda, alegam os abusadores estarem sendo vítimas de “falsas memórias” implantadas pelo genitor alienante.

Ferreira e Enzweiler (2014) trazem dados importantes em que 97% das genitoras que denunciam o abuso sexual perpetrado pelos genitores, têm suas acusações interpretadas como falsas pelos Tribunais, sendo as próprias genitoras vistas como praticantes de Alienação Parental, como afirmam 45%. Diante do exposto, é preocupante pensar que a mãe diante da queixa de um filho, tenha que analisar se deve ou não denunciar o genitor ou quem tenha perpetrado o abuso, tendo em vista que corre o risco de ser taxada como alienante e posteriormente vir a ter sua autoridade parental suspensa.

Somam-se a isso o fato de que as provas necessárias para apurar a existência de uma violência sexual são extremamente difíceis de obter e os vestígios de rápido desaparecimento. Dessa forma, a falta de provas no caso de abuso sexual se torna meio de prova para alegação de Alienação Parental.

Para Sottomayor (2011) a sociedade tende a rejeitar as anormalidades da família, tais como denúncias de abuso sexual e situações de violência doméstica, fenômenos presentes em todas as classes sociais. E diante de um caso concreto pós-divórcio, tendem a acreditar fielmente numa idealização de guarda conjunta, em que



os pais fazem escalas alternadas semanais e não existe a possibilidade de o menor vir a rejeitar o convívio com o genitor,

Ainda, a autora afirma que o Judiciário principalmente em decisões de 1ª instância partilha do mesmo sentimento da sociedade, fato que contribui para o descrédito em relação às denúncias de abuso sexual (SOTTOMAYOR, 2011).

Em consonância com o entendimento apresentado, o Superior Tribunal de Justiça desproveu um Agravo em Recurso Especial (nº 1.469.620-MG) apresentado por uma genitora que teve a guarda da filha revertida à avó paterna, mãe do genitor suspeito de abusar sexualmente da filha, fato esse decidido em primeira instância. Tendo ainda, a autora sido submetida à acusação de Alienação Parental, fundamento considerado para chegar à decisão pelo desprovimento:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL (CPC/2015). AGRAVO DE INSTRUMENTO. **AÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL**. ENTREGA DE CRIANÇA. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO. INDEFERIMENTO. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. ALEGADA OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL - VIA INADEQUADA. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL (BRASIL, 2019, grifo nosso).

Madaleno e Madaleno (2017) em sua obra adotam critérios para diferenciar a Síndrome da Alienação Parental, do abuso sexual, em razão da recorrente utilização da Síndrome de Alienação Parental como meio de defesa dos abusos sexuais, assim como, há situações em que o genitor alienante cria uma situação de falso abuso para ganhar vantagem em relação a uma futura guarda unilateral do menor.

Em situações de abuso a criança recorda com facilidade dos acontecimentos relatando o episódio com detalhamento, apresenta conhecimentos sexuais inadequados para a sua faixa etária, pavor em relação a contato com adultos, torna-se comum o aparecimento de indícios físicos como infecções ou lesões e a presença



distúrbios funcionais, além de existir um sentimento de culpa (MADALENO; MADALENO, 2017, p. 36-44).

Já na ocorrência da Síndrome de Alienação Parental, o menor precisa de ajuda para narrar o que relata e apresenta dificuldades na fala, não existem indicadores sexuais inadequados para a idade, não há indícios físicos, nem distúrbios funcionais e também não apresenta sentimento de culpa (MADALENO; MADALENO, 2017, p. 36-44).

Fato é que, mesmo que o Poder Judiciário fique incumbido de apurar as alegações de abuso sexual, a tipificação da Lei 12.318/2010 aumentou a probabilidade da equipe multiprofissional, integrante da composição do tribunal nas Varas de Família, considerar o abuso sexual como prática de Alienação Parental. Tal fato pode ser extremamente prejudicial ao interesse do menor, já que a Lei prevê como uma das penas para os alienantes em seu artigo 6º, a perda da guarda do menor.

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador;
- determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- **determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;**
- determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - **declarar a suspensão da autoridade parental** (BRASIL, 2010, grifo nosso).





Chiaverini (2017) aponta que uma pesquisa feita em 27 tribunais do Brasil encontrou 249 ocorrências relacionando os termos Alienação Parental e Abuso Sexual, sem saber precisar quais são os processos que têm utilizado a falsa denúncia prevista na Lei como forma de Alienação Parental para defender-se das acusações de abuso. No entanto, em algumas entrevistas concedidas, foi possível apurar que a guarda foi transmitida aos acusados sob a justificativa de que as acusações não passavam de atos de Alienação Parental.

## **2.2 A defesa utilizada pelos genitores acusados de Abuso Sexual**

É comum, mas não a regra, que a maior parte das denúncias sejam realizadas pela genitora do menor e, assim, os acusados que se autodeclararam “alienados parentalmente” são os genitores do menor.

Tal afirmação baseia-se em dados coletados por Fermann (2016, p. 5) que apresenta em uma análise contendo 10 casos, “71,43% dos alienantes eram a mãe e apenas 21,43% o pai”. Ainda, de acordo com o registro do Disque 100, 70% a 80% das denúncias ocorrem no âmbito familiar, sendo pais e padrastos, os principais violadores (CRUZ, 2017).

No entanto, depois da tipificação da Lei 12.318/2010 tendem os advogados que atuam na representação do genitor considerado alienante, a aconselhar que não sejam levantadas acusações de abuso sexual, ainda que verdadeiras porque isso diminuiria suas chances de permanecer com a guarda da criança, tendo em vista que a Lei prevê em seu artigo 6º num dos instrumentos processuais aptos a coibir a Alienação Parental, a declaração da suspensão da autoridade parental. (FERREIRA; ENZWEILER, 2014).

Ao analisar a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (em sede de decisões monocráticas do ano de 2018/2019), restou comprovado que nos casos de



denúncia do abuso sexual intrafamiliar a defesa do genitor acusado utilizou em sua tese, a alegação de Alienação Parental por parte do genitor que denunciou o abuso, mesmo com a existência de laudos comprobatórios da violência sexual que configura Estupro de Vulnerável, tendo em vista que a maior parte das vítimas é menor de quatorze anos.

Ferreira e Enzweiler (2014, p.15) ressaltam os privilégios que o agressor possui frente a uma disputa judicial, envolvendo acusações de abuso sexual intrafamiliar, alegando:

(1) sua normalmente maior capacidade econômico-financeira de custear um processo judicial (ao mesmo tempo que, paradoxalmente, diz não possuir condições para pagar uma pensão alimentícia adequada à criança), (2) a vantagem marcante sobre sua vítima em testes psicológicos, já que ela (a criança e/ou a mãe) é a única que foi traumatizada pelo abuso, (3) a capacidade de manipular os peritos judiciais (normalmente, dada a escassez de recursos humanos e financeiros, restringe-se a equipe de auxiliares do juízo, na melhor das hipóteses, aos assistentes sociais e psicólogos, assoberbados de demandas urgentes), que se tornam assim solidários para com o agressor, e (4) sua capacidade de manipular e intimidar as crianças a respeito das declarações prestadas ao perito (assistentes sociais, psicólogos)

Para Cruz (2017) muitos pais diante de uma acusação de abuso sexual apresentam-se prontamente como pais carinhosos e cooperativos, apontando a mãe como instigadora de conflitos. Já Brockhausen (2012) afirma que geralmente quem abusa não se preocupa com a criança e os detalhes de como se deu o abuso, e sim em manter sua defesa diante da acusação, utilizando-se do argumento da Alienação Parental.

O argumento utilizado por alguns genitores de que se o abuso fosse verdadeiro, a denúncia teria sido feita antes não merece prosperar, pois diante desta



situação delicada e com prováveis ameaças à vítima, a criança ou adolescente pode demorar em sentir-se a vontade e confiar em alguma pessoa para revelar o fato.

Chiaverini (2017) em reportagem de sua autoria comenta a história de Iolanda (nome fictício) que diante das reclamações de seu filho, Igor (nome fictício) sobre dores nas partes sexuais, o levou para um médico que constatou lesões indicativas de abuso. Passando a polícia do Rio de Janeiro a investigar o caso. Enquanto se apurava a veracidade da acusação, foi aberto um processo na Vara de Família contra Iolanda pelo ex-marido alegando que a acusação da mãe não passava de uma forma de Alienação Parental e pleiteava a guarda do menino.

Diante da acusação, Iolanda ouviu de profissionais que não fosse adiante com as acusações, pois poderia perder a guarda do filho. Fato que ocorreu, sob a justificativa de que a denúncia da genitora, não passava de um ato de difamação, caracterizado pela Alienação Parental, tendo sido o genitor absolvido por sentença (CHIAVERINI, 2017).

Nesse sentido, em debate ocorrido na Câmara dos Deputados sobre Guarda Compartilhada, a promotora Valéria Fernandes afirmou que a lei 12.318/2010 tem sido utilizada para proteger abusadores, gerando na prática uma inversão de direitos. Mães que denunciam, perdem a guarda dos filhos e pais pedófilos são absolvidos, este é o cenário que encontramos em alguns casos na Justiça Brasileira (HAJE, 2018).

Ainda, a assessora Ariane Leitão, da Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, apontou em debate realizado na Câmara dos Deputados que em mil casos existentes no órgão, a Lei de Alienação Parental foi utilizada para encobrir casos de violência sexual. Dessa forma, ambas as autoras pleiteiam alteração nos instrumentos aptos a coibir as formas de alienação parental (HAJE, 2018).



### **2.3 Discussões em torno da tese de Richard Gardner**

Como mencionado no capítulo inicial, Richard Gardner, autor da Síndrome da Alienação Parental, criou sua tese para defender acusados de abuso sexual dos filhos. Em sua obra “True and False Accusations of Child Sex Abuse”, afirmava “um discurso incestuoso em que a pedofilia faz parte do nosso cotidiano e não deve ser vista como uma prática inidônea, pelo contrário, estimular as crianças sexualmente resultará em aumento da procriação, desempenhando o papel na sobrevivência da espécie” (GARDNER, 1992 apud SOTTOMAYOR, 2011, p. 9-11).

Apesar de ser uma teoria reconhecida, existem críticas a Síndrome de Alienação Parental e também ao conceito de Alienação Parental principalmente em relação “ao papel causal do genitor alienante e as intervenções aparentemente radicais daí decorrentes, como a mudança da guarda em favor do genitor dito alienado”, além da “equiparação equivocada entre as alegações de abuso sexual com a definição de Síndrome de Alienação Parental” (FERREIRA; ENZWEILER, 2014, p. 5-6).

Inúmeros autores discordam das teses criadas por Gardner, assim como Associações recomendam a sua não utilização em processos de família. Outros apontam que suas recomendações diante da Síndrome de Alienação Parental são extremadas, tais como: acreditar que a maior parte das acusações feitas pela genitora são falsas e caracterizam Alienação Parental (REFOSCO; FERNANDES, 2018).

E ainda, a teoria tem seu descrédito por parte de países. Para os Estados Unidos, Argentina e Espanha não há que se respaldar a “teoria” de Gardner posto que “seu trabalho não foi submetido a estudos empíricos de validação” e “não foram aceitos para publicação em revistas científicas qualificadas”, além de que “todos os



seus livros foram publicados por uma editora de sua propriedade”. (FERREIRA; ENZWEILER, 2014, p. 12-13).

Diante disso, é possível concluir que a Lei 12.318/2010 aprovada com o intuito de proteger o menor, baseou-se numa teoria em que possui o descrédito de autores, associações e países.

### **3.1 A proteção do Menor diante da denúncia de abuso sexual e alegação de alienação parental**

A lei 12.318/2010 prevê tramitação prioritária ao processo e a fase investigatória viabilizando sempre que possível o convívio com o genitor acusado ou a tentativa de reaproximação, “in verbis”:

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas (BRASIL, 2010).

Tal previsão está em desconformidade com o previsto na Lei 13.431/2017 que estipula o afastamento do investigado pelo magistrado, nos casos de risco a segurança da criança ou adolescente, como ocorre nos casos de denúncia contendo violência sexual, “in verbis”:

Art. 21. Constatado que a criança ou o adolescente está em risco, a autoridade policial requisitará à autoridade judicial



responsável, em qualquer momento dos procedimentos de investigação e responsabilização dos suspeitos, as medidas de proteção pertinentes, entre as quais:

II - solicitar o afastamento cautelar do investigado da residência ou local de convivência, em se tratando de pessoa que tenha contato com a criança ou o adolescente; (BRASIL, 2017a).

Diante do exposto, constata-se que diante de um litígio que envolva a denúncia de abuso sexual por um genitor e o genitor acusado alegue ato de Alienação Parental, o direito a convivência com o genitor deve ser afastado em observância ao princípio do melhor interesse da criança.

É importante destacar a diferença entre Alienação Parental e a Síndrome de Alienação Parental. A síndrome de Alienação Parental seria o efeito que acomete a criança em razão da prática de Alienação Parental que muitas vezes se manifesta por algum transtorno psicológico, já a Alienação Parental em si é o ato em que um genitor desmoraliza a figura do outro genitor com o intuito de afastar a criança do convívio com ele.

Para Barbosa e Castro (2013) enquadrar o menor como portador dessa Síndrome é colocá-lo em desencontro com o que preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente retirando dele a posição de sujeito de direito.

Dessa forma, deverá ser realizado o estudo psicossocial que será elaborado pela equipe multiprofissional, contendo além do relatório, a melhor forma para lidar com a síndrome de Alienação Parental ou no caso de constatação de violência sexual um encaminhamento especializado, sempre em observância ao princípio do melhor interesse da criança.

Ante o exposto, a mera aplicação da legislação sem a participação de uma equipe multiprofissional inviabiliza a correta solução do caso. Sendo necessária a



elaboração de laudos que assegurem a garantia e proteção dos direitos dos menores (SILVA; ABDALLA, 2019).

### **3.2 A atuação da equipe multiprofissional na elaboração do laudo biopsicossocial e pericial**

Os Tribunais, em regra, contam com a atuação de uma equipe multiprofissional que acompanha as Varas Cíveis e de Família, a fim de possibilitar embasamento suficiente para que o magistrado elabore a sua decisão quando solicitar parecer técnico (BARBOSA; CASTRO, 2013).

Como mencionado anteriormente, a Lei 12.318/2010 determina que a perícia será realizada pela equipe multiprofissional nas hipóteses previstas, concluída por meio de um laudo, seja ele pericial ou biopsicossocial, no prazo de noventa dias. (BRASIL, 2010).

O psicólogo utiliza-se de instrumentos para reconhecer as situações de Alienação Parental e Abuso sexual. Uma delas é o estudo psicossocial que consiste em ouvir a criança ou o adolescente dando a eles um papel ativo no processo por meio do qual podem expressar suas angústias, alegrias, expectativas e esperanças sobre as relações familiares, sobre os pais e sobre os acontecimentos. Essa escuta é primordial para a construção de uma atitude de confirmação ou não da situação denunciada. (GALVÃO; ROQUE, 2010).

Já o assistente social, para identificar os casos de alienação parental utiliza-se “das expressões da questão social como base para sua atuação, dentre elas estão: desemprego/inserção precária no mercado informal; vulnerabilidade/dificuldade econômicas financeiras; rede de serviços públicos insuficientes; pobreza; dependência química; entre outros” (BATISTA, 2017, p. 4-5).



Ainda, Batista (2017, p.12) reafirma em síntese que o papel do assistente social no processo é fazer uma leitura qualificada da realidade familiar. E nos casos em que há indícios ou resposta afirmativa para a Alienação Parental consideram-se:

Entre os indicadores mais destacados pelas(os) profissionais encontram-se: criação de obstáculos para vinculação entre o filho e o genitor não guardião, dificultando, por exemplo, o acesso à criança/adolescente (visitações) (56%); desqualificação da imagem do outro genitor no exercício da parentalidade (52%); constantes mudanças de endereço (24%).

Além dos laudos, o parecer técnico acostado aos autos compreende a composição, organização e a descrição social da família, as percepções dos profissionais que conduziram o estudo, os padrões relacionais vigentes e a situação da criança sob diferentes enfoques (BARBOSA; CASTRO, 2013).

Com o advento da Lei 13.431/2017, a atuação da equipe multiprofissional foi delineada, especificando a forma que deve ser conduzida a escuta da vítima de violência. Além de prever um atendimento integralizado, em diversos artigos, que engloba não só psicólogos e assistentes sociais como também a sociedade que tem papel fundamental em comunicar situações de violência que envolva a criança ou adolescente cumulado com a adoção de ações articuladas que garantam atendimento integral. (BRASIL, 2017a).

O depoimento especial consiste na oitiva informal da vítima que deverá ser realizado pela equipe multiprofissional em um ambiente reservado com transmissão ao vivo para a sala de audiências em que as perguntas elaboradas terão linguagem adequada à faixa etária do entrevistado. O objetivo desse protocolo é minimizar os impactos sofridos pelo menor vítima de violência (BUENO, 2017).

Resta claro a importância da atuação da equipe multiprofissional nos processos que envolvem disputa por guarda, comumente ligadas a acusações de





abuso sexual e alienação parental, tendo em vista que os juízes levam em conta 98% dos pareceres (SANTANA, 2013).

## **4 A PROTEÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA**

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 227, a proteção à criança e ao adolescente de qualquer forma de violência ou negligência, sendo dever da família e da sociedade assegurar tal previsão em conjunto com o Estatuto da Criança e do Adolescente, instrumento voltado a garantir o melhor interesse da criança e busca sua proteção integral (BRASIL, 1988).

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) publicou uma nota pública afirmando que a Lei 12.318/2010 foi aprovada sem uma discussão ampla com a deliberação de profissionais que entendem e trabalham com o tema, além de não ter estudos científicos suficientes que verifiquem a validade da tese da Alienação Parental (CONANDA, 2018).

E ainda, ressalta que alguns dispositivos da Lei 12.318/2010, tais como o artigo 2º, VI, mencionado anteriormente nesta pesquisa, acabam por reduzir a incidência das denúncias que tratam da violência sexual ou maus-tratos sob o temor de restar configurado uma prática de Alienação Parental e ser aplicada uma das hipóteses do artigo 6º, que serão explicitadas neste capítulo (CONANDA, 2018).

### **4.2 Dos instrumentos processuais previstos na Lei 12.318/2010**

Como mencionado anteriormente, a Lei 12.318/2010 em seu artigo 6º dispõe sobre as possíveis sanções que serão aplicadas pela autoridade judiciária ao genitor alienante, nos casos de comprovação da prática de atos tipificados como Alienação Parental, “in verbis”:



Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador;
- determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar (BRASIL, 2010).

Dessa forma, para cada caso o juiz irá aplicar à medida que melhor atende os interesses da criança ou adolescente (CASTRO, 2015, p. 15). Verificando o grau de Alienação Parentale as consequências sofridas pelo menor.

Teixeira e Rodrigues (2013, p. 21-22) apontam que as medidas processuais aplicáveis podem ser divididas em: protetivas ao adolescente e a criança elencadas nos incisos II,V e VI, que vão ao encontro do princípio do melhor interesse da criança; e punitivas ao genitor “alienador” previsto nos incisos I,III e VII cuja natureza é penalizar o autor da prática de alienação.

É cauteloso o posicionamento do Judiciário em buscar o convívio social com ambos os genitores, especialmente nos incisos de I a III, da Lei 12.318/2010, ainda



que por meio de visitação assistida. No entanto, há casos que manter o regime de visitas poderá trazer consequências negativas para o menor, a exemplo de uma suspeita de abuso sexual em que a investigação restou inconclusiva (BRASIL, 2010).

Nos casos mais graves, poderá ser determinado acompanhamento psicológico tanto para o menor, quanto para o “alienador” a fim de garantir uma convivência saudável entre eles (MARTINS, 2016). No entanto, casos como os dispostos nos incisos V a VII, da Lei 12.318/2010, o juiz pode entender ser necessário o afastamento do genitor “alienador” da convivência com o menor (BRASIL, 2010).

Ferreira e Enzweiler (2014, p. 26-29) entendem que esse afastamento não analisa os impactos sofridos em longo prazo. Somam-se a isso a necessidade de profissionais com experiência em Alienação Parental, tendo em vista que os abusadores se utilizam da Alienação Parental como defesa, podendo ser atribuída a culpa ao genitor que simplesmente cumpriu com o seu papel em denunciar o outro, quando há suspeitas de violência ou maus-tratos. Assim dispõe o artigo 13, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 13: Os casos de suspeita ou confirmação de castigo físico, de tratamento cruel ou degradante de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais. (BRASIL, 1990).

O afastamento do genitor como penalidade pela prática de Alienação Parental, ainda que aplicável somente em perigo de dano psíquico ao menor está em desconformidade com o preconizado na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente que como mencionado, deve assegurar proteção e direito à convivência familiar (CARVALHO, 2018).

A nota pública da CONANDA vê o artigo 6º como forma de intervenção desproporcional nas famílias, abrindo a possibilidade da criança ou do adolescente



conviver com o seu abusador em detrimento do genitor caracterizado “alienador” (CONANDA, 2018, p. 3).

Os processos que versam sobre a matéria objeto desse trabalho, tramitam em segredo de justiça. Dessa forma, a análise jurisprudencial realizada leva em consideração os julgados encontrados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, considerando a publicidade das ementas e acórdãos, além de ser um Tribunal que produz precedentes.

Ante o exposto, foram encontrados nos processos envolvendo acusação de Estupro de Vulnerável (forma em que aquele que pratica o abuso sexual é denunciado, quando a vítima é menor de 14 anos) e alegação de Alienação Parental, três acórdãos: Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial (nº 1.078.699-BA) ; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial (nº 992.812-SC); Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial (nº 352.516-GO). Nas três, os acusados utilizaram em suas teses defensivas que a acusação era um ato de Alienação Parental perpetrado pelos que denunciaram a violência sexual (BRASIL, 2017b; BRASIL, 2016; BRASIL, 2014a).

Pelo voto, todos foram improvidos sob o fundamento de que a incidência de Alienação Parental já havia sido afastada nas instâncias inferiores, por meio das provas apresentadas, mantendo a condenação por Estupro de Vulnerável.

Em sede de decisões monocráticas, foram encontrados 42 resultados até o ano de 2019, no Superior Tribunal de Justiça, envolvendo “alienação parental” e “estupro de vulnerável”. Em 40 decisões a Lei de Alienação Parental foi utilizada como forma de defesa para afastar a sentença condenatória por estupro ou denúncia por abuso sexual. Isso representa mais de 95% dos casos analisados.



O objeto do trabalho, não é apurar os casos de violência sexual em si, mas em quantos deles a defesa tem se utilizado da tese de Alienação Parental buscando a absolvição do acusado.

Dentre os casos analisados, em quatro deles, o Tribunal entendeu pela ocorrência de Alienação Parental demonstrada por meio de laudos, sendo o acusado absolvido: Agravo em Recurso Especial (nº 979.190-MG); Agravo em Recurso Especial (nº 1.202.167-PE); Agravo em Recurso Especial (nº 756.841-RS); Agravo Regimental no Mandado de Segurança (nº 21.081-DF). Em dois desses quatro (Agravo em Recurso Especial nº 979.190-MG e nº 756.841- RS), houve aplicação de ampliação do regime de visitas e multa ao alienante, respectivamente previstos no artigo 6º da Lei 12.318/2010. Em outro (Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 21.081-DF) ainda há suspeita de abuso que está sendo apurado por meio de perícia no âmbito criminal. (BRASIL 2018a; BRASIL 2018b; BRASIL, 2015; BRASIL 2014b).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente estudo buscou compreender como a Lei de Alienação Parental vem se relacionando com os casos de abuso sexual. Dessa forma, foi feita uma análise dos processos no âmbito de Superior Tribunal de Justiça e restou constatado que em mais de 95% dos casos analisados, a tese defensiva de Alienação Parental foi utilizada pelo genitor acusado de abuso sexual.

No entanto, nos casos analisados em que restou comprovada a Alienação Parental o julgador optou por aplicar medidas diversas da reversão da guarda, também previstas no artigo 6º da Lei 12.318/2010. O que não exclui a possibilidade da aplicação de tal medida que ocorreu em alguns casos relatados no trabalho e inclusive, impulsionaram a criação do projeto de Lei 498/2018 de relatoria da



senadora Leila Barros, que tinha como objetivo principal revogar a Lei em razão de estar sendo utilizada para beneficiar pais acusados de abuso sexual (BRASIL, 2010; SENADO FEDERAL, 2019)

Além da tese defensiva baseada na Alienação Parental, o genitor abusador ainda possui uma vantagem em relação ao genitor (a) que faz a denúncia da violência sexual que consiste na dificuldade de provas comprobatórias do abuso sexual, tendo em vista que são extremamente difíceis de obter um resultado conclusivo, restando como alternativa os laudos baseados na palavra da vítima.

Ocorre que, mesmo com a existência da Lei 13.431/2017 que prevê o depoimento sem danos ao menor, tal escuta por vezes ocorre num lapso temporal distante da ocorrência dos abusos, o que torna o depoimento da vítima fragilizado frente as acusações de abuso sexual, já que nem sempre a criança consegue se lembrar com detalhes da situação. Fazendo com que o menor, vítima de violência sexual seja taxado como vítima da Alienação Parental (BRASIL, 2017a).

Ante o exposto, o princípio do melhor interesse da criança acaba sendo violado quando uma denúncia de abuso sexual verdadeira é interpretada como ato de Alienação Parental, de forma que o genitor (a) que denuncia com o intuito de proteger a criança ou o adolescente e fazer cessar os abusos, se torna alienante. De modo que o menor seja obrigado a conviver com seu abusador, como ocorre na ampliação do regime de visitas, medida imposta em casos analisados.

E ainda, o melhor interesse da criança novamente é menosprezado quando a Alienação Parental é constatada sem que a investigação de abuso sexual tenha sido concluída na esfera penal, como ocorreu em um dos casos analisados. Diante disso, a Alienação Parental pode estar sendo interpretada erroneamente e por essa razão, o substitutivo do Projeto de Lei 498/2018 propôs como uma das mudanças na Lei 12.318/2010 a suspensão do processo de Alienação Parental enquanto tramita na



esfera penal, a investigação da ocorrência de violência sexual até uma decisão em 1º instância (SENADO FEDERAL, 2020).

Por fim, após a Lei 12.318/2010, a Alienação Parental e o Abuso Sexual vêm sendo utilizados um como negativo do outro, ou seja, na fase investigatória cabe a equipe multiprofissional apurar a ocorrência de um destes. Sendo que em quatro processos analisados no Superior Tribunal de Justiça, mencionados anteriormente, a denúncia de abuso sexual foi considerada sem embasamento suficiente para condenar o acusado e o genitor que fez a denúncia foi taxado como alienante, sendo impostas as medidas do artigo 6º da Lei, a critério do julgador, em dois desses casos.

A principal limitação encontrada no trabalho foi a falta de dados que permitem obter um resultado conclusivo sobre os casos em que a denúncia de abuso sexual foi considerada como ato de Alienação Parental, fazendo com o que a guarda da criança fosse revertida ao abusador, violando o melhor interesse do menor. Tal fato ocorre porque os processos que envolvem essa temática tramitam em segredo de justiça, de modo que os casos analisados foram poucos se comparado aos existentes na 1º instância, não podendo generalizar os resultados.

Portanto, conclui-se que é necessária maior pesquisa e divulgação de dados nessa área que são precários e difíceis de obter, possibilitando a confirmação de que a Lei 12.318/2010 tem sido utilizada para proteger o melhor interesse da criança ou se alguns institutos nela previstos foram aprovados para serem utilizados como tese defensiva do genitor abusador.

## **REFERÊNCIAS**

BATISTA, Thais Tononi. A atuação da/o assistente social em casos de alienação parental. **Serv Soc. Soc.**, São Paulo, n. 129, p. 326-342, ago. 2017. Disponível em:



[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-66282017000200326&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282017000200326&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 07 jun. 2019.

BARBOSA, Luciana de Paula Gonçalves; CASTRO, Beatriz Chaves Ros. **Alienação Parental, um retrato dos processos e das famílias em situação de litúgio**. Brasília: Iber livro, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 maio 2020.

BRASIL. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. **Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm). Acesso em: 25 abr. 2019.

BRASIL. **Lei 13.431 de 4 de abril de 2017a**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm). Acesso em: 07 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5 turma). **Agravo Regimental em Recurso Especial 1.078.699/BA**. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO FUNDADO NA TESE DE ALIENAÇÃO PARENTAL. ÓBICE DA SÚMULA 7 DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.1. O óbice da Súmula 7 apresenta-se intransponível, pois, no caso, não há como esta Superior Casa de Justiça decidir pela desqualificação das provas, visando à absolvição do agravante, sem, antes ter de esmerilá-las novamente, tal como já procedido pelas instâncias ordinárias, soberanas na apreciação de fatos e provas. 2. Dessa forma, a decisão agravada deve ser mantida intacta pelos seus próprios termos. 3. Agravo Regimental improvido. Agravante: PLP. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 23 de maio de 2017b. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72753791&num\\_registro=201700802603&data=20170531&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72753791&num_registro=201700802603&data=20170531&tipo=51&formato=PDF). Acesso em: 07 jun. 2019.





BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 979.190-MG**. AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO DE FAMÍLIA - ALIENAÇÃO PARENTAL - VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES - INVERSÃO DA GUARDA IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS: CABIMENTO - DECISÃO JUDICIAL: DESCUMPRIMENTO: MULTA - PROCEDIMENTO CRIMINAL EM CURSO - MEDIDAS PROTETIVAS: COOPERAÇÃO JUDICIAL. 1. Demonstrada, por laudos competentes, a prática de alienação parental, essa que pode até mesmo ter ensejado denunciação caluniosa na seara penal, tornam-se verossímeis as alegações da parte prejudicada, impondo- se, de imediato, a aplicação das medidas estabelecidas no art. 6º da Lei n D 12.318/2010, de modo a coibir a continuidade da prática, descabida, contudo, para a espécie, a inversão da guarda ou o encaminhamento da menor para a família extensa dada a gravidade dos fatos apresentados e a situação de extrema litigiosidade vigente. 2. Estabelecidos, por decisão liminar, os parâmetros para retomada dos contatos entre as vítimas da alienação, mas frustrado o desenvolvimento dos serviços por conduta renitente de uma das partes, que opõe empecilho ao cumprimento de decisão judicial vigente, resta caracterizado ato atentatório à dignidade da justiça (art. 14, V, do CPC), ensejando a aplicação da penalidade específica. 3. Diante do aparente conflito entre a esfera cível e a criminal, incumbe aos julgadores entabularem contatos para cooperação judicial, sem se furtarem do dever constitucional de prestar a jurisdição, tudo conforme legalmente determinado e incentivado por atos normativos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e deste Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Agravante: F DA C V DE S e A P F DE C. Agravado: os mesmos. Relator: Ministro Lázaro Guimarães. Brasília, 30 de maio de 2018a. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=84068656&num\\_registro=201602360012&data=20180604&tipo=](https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=84068656&num_registro=201602360012&data=20180604&tipo=). Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1.202.167-PE**. Penal e Processual Penal. Crime do art. 214, c/c o art. 226, II, ambos do Código Penal. Preliminar de nulidade por cerceamento do direito de Defesa em razão da determinação de retirada do acusado da sala das audiências sem nenhuma justificativa. Não se há falar em cerceamento do direito de Defesa quando se determina a retirada do acusado da sala das audiências por solicitação das próprias testemunhas a serem ouvidas. Prejuízo não demonstrado. Preliminar que, à unanimidade de votos, se rejeita. Preliminar de nulidade do processo por falta de submissão da menor ofendida à perícia psicológica. Não se torna motivo de nulidade a não submissão da menor ofendida à submissão a perícia psicológica quando os autos relatam sua submissão a várias outras perícias semelhantes e a prova já



evidencia elementos de convicção ao julgador. Aplicação do princípio do livre convencimento. Preliminar que, de forma unânime, se rejeita. **MÉRITO:** Em sede de delitos de ordem sexual, praticados quase sempre na clandestinidade, de fundamental importância se tornam as declarações prestadas pelas vítimas. Quando tal palavra não se encontra em harmonia com os demais elementos probatórios, incoerências constatadas, nas diversas ocasiões em que a vítima veio a ser submetida a várias perícias psicológicas, tudo isso aliado às inúmeras intervenções do seu genitor, tanto na esfera indiciária, quanto na judicial, mais do que configurada resta a clássica figura da alienação parental. Absolvção que se impõe. Apelação a que, por maioria de votos, se dá provimento. Agravante: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Agravado: A F A J. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 28 de fevereiro de 2018b. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento &compo nente=MON&sequencial=80909460&num\\_registro=201702968640&data=20180302](https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&compo nente=MON&sequencial=80909460&num_registro=201702968640&data=20180302). Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1.469.620-MG.** AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL (CPC/2015). AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. ENTREGA DE CRIANÇA. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO. INDEFERIMENTO. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. ALEGADA OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL - VIA INADEQUADA. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL. Agravante: A P F DE C. Agravado: F DA C V DE S. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 01 de Agosto de 2019. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/deciso es/?num\\_registro=201900759581&dt\\_pub licacao=11/06/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/deciso es/?num_registro=201900759581&dt_pub licacao=11/06/2019). Acesso em: 03 set. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6 turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 992.812-SC.** PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EM CONTINUIDADE DELITIVA. NULIDADE. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 5º, § 2º, DA LEI N. 12.312/2010. TESE DE QUE A PERÍCIA PSICOLÓGICA DEVERIA SE REALIZADA POR PERITOS ESPECIALIZADOS EM ALIENAÇÃO PARENTAL. IMPROCEDÊNCIA. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE CONCLUÍRAM PELA INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL. DESNECESSIDADE REEXAME. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. CONTRARIEDADE AO ART. 61 DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941. IMPROCEDÊNCIA. ATOS PERPETRADOS



DEVIDAMENTE QUALIFICADOS COMO LIBIDINOSOS. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 568/STJ. Agravo Regimental Improvido. Agravante: D DE S F. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, 17 de novembro de 2016. Disponível em:  
[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66777715&num\\_registro=201602597253&data=20161201&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66777715&num_registro=201602597253&data=20161201&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 28 jan. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 352.516-GO**. PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CPB). SENTENÇA CONDENATÓRIA. VIOLAÇÃO DOS §§ 1º E 2º DO ART. 5º DA LEI N.12.318/2010. ACÓRDÃO A QUO QUE NÃO DEBATEU A QUESTÃO SOB O ENFOQUE SUSCITADO PELA DEFESA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. ALIENAÇÃO PARENTAL. QUESTÃO QUE DEMANDARIA REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.1. Não ocorrendo o debate do preceito federal apontado como violado sob o enfoque dado pela parte em seu recurso especial, inexistente o prequestionamento necessário ao trânsito do recurso especial (precedentes do STJ). 2. Inviável alterar o entendimento firmado na origem quanto à inexistência de alienação parental, uma vez que tal questão reexame de prova (Súmula 7/STJ). 3. Agravo regimental improvido. Embargante: E A DE J. Embargado: Ministério Público do Estado de Goiás. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, 04 de setembro de 2014a. Disponível em:  
[https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=31893663&num\\_registro=201301967844&data=20131016&tipo=0](https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=31893663&num_registro=201301967844&data=20131016&tipo=0). Acesso em: 28 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no mandado de segurança nº 21.081-DF**. Agravante: N D C M (menor) representado por Y M D C. Impetrado: 5 turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 24 de setembro de 2014b. Disponível em:  
[https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=39157914&num\\_registro=201401501774&data=20140926](https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=39157914&num_registro=201401501774&data=20140926). Acesso em: 20 maio 2020.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 756.841- RS**. Agravante: J B de S (menor) representado por G B. Agravado: F F de S. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, 05 de outubro de 2015. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento &compo nente=MON&sequencial=53119759&num\\_registro=201501702213&data=2015102 2](https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&compo nente=MON&sequencial=53119759&num_registro=201501702213&data=2015102 2). Acesso em: 20 maio 2020.

BROCKHAUSEN, Tamara. Falsas alegações de abuso sexual infantil: o contexto do trabalho do psicólogo brasileiro. **Psicologia Revista**, [S.l.], v. 20, n. 2, p. 199-219, set. 2012. ISSN 2594- 3871. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/psicorevista/article/view/10341>. Acesso em: 23 abr. 2019.

BUENO, Luciane. **O depoimento especial em face da Lei 13431/2017**. Direito- Unisul Virtual, 2017. Disponível em: <http://www.riuni.unisul.br/handle/12345/5423>. Acesso em: 22 out. 2019

CARVALHO, Luna de Araújo. **Falsas acusações de abuso sexual: quem é o verdadeiro abusador?**. Direito, UFRN, 2018. Disponível em: [https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/7386/1/Falsas%20acusar% C3 %A7%C3%B5es\\_Carvalho\\_2018.pdf](https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/7386/1/Falsas%20acusar% C3 %A7%C3%B5es_Carvalho_2018.pdf). Acesso em: 13 nov. 2019

CASTRO, Rosilaine Carvalho. Alienação Parental à luz da Lei 12318/2010. **Universidade Federal do Pará de Minas – FAPAM**, v. 6, n. 6, Edição 06, 2015. Disponível em: <https://periodicos.fapam.edu.br/index.php/synthesis/article/view/121>. Acesso em: 08 nov. 2019

CHIAVERINE, Thomás. **Lei expõe crianças a abuso**. 2017. Disponível em: <http://apublica.org/2017/01/lei-expoe-criancas-a-abuso/>. Acesso em: 12 mar. 2019.

CISCATI, Rafael. O lado escuro da Lei. As mães que perderam a guarda dos filhos após acusarem os pais de abuso sexual. **Revista Época**, Rio de Janeiro, n. 1053, p. 62-69, set.2018.

CONANDA. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Nota pública sobre a Lei de Alienação Parental, Lei 12318/2010**. Notas públicas do Conanda.30 ago, 2018. Disponível em: <https://www.direitosdacrianca.gov.br/documentos/notas-publicas-dos-conanda/nota-publica-do-conanda-sobre-a-lei-da-alienacao-parental-lei-ndeg-12-318-de- 2010-30-08-2018/view>. Acesso em: 07 nov. 2019



COSTA, Sirlei Martins da. **Violência sexual e falsas memórias na alienação parental**. 2012. Disponível em: <https://asmego.org.br/wp-content/uploads/2012/04/violencia-sexual.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019

CRUZ, Rubia Abs. **Alienação Parental: uma nova forma de violência contra a mulher**. 2017. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/alienacao-parental-uma-nova-forma-de-violencia-contramulher/>. Acesso em: 12 mar. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação Parental e suas consequências**. 2012. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/aliena%E7%E3o\\_parental\\_e\\_suas\\_consequencias.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/aliena%E7%E3o_parental_e_suas_consequencias.pdf). Acesso em: 31 maio 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e a síndrome da Alienação Parental**. 2010. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_705\)5incesto\\_e\\_a\\_sindrome\\_da\\_alienacao\\_parental.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_705)5incesto_e_a_sindrome_da_alienacao_parental.pdf). Acesso em: 30 ago. 2019

ESTARQUE, Marina. Mães afastadas dos filhos se unem para questionar alienação parental. **Folha de S. Paulo**, 24 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/08/maes-afastadas-dos-filhos-se-unem-para-questionar-alienacao-parental.shtml>. Acesso em: 18 nov. 2019

FERMANN, Ilana; HABIGZANG, Luísa Fernanda. Caracterização descritiva de processos judiciais referenciados com alienação parental em uma cidade na Região Sul do Brasil. **Cienc. Psicol Montevidéu**, v. 10, n. 2, p. 165-176, dez. 2016. Disponível em: [http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1688-42212016000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-42212016000200006&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 06 mar. 2019.

FERREIRA, Cláudia Galiberne. ENZWEILER, Romano José. Síndrome da alienação parental, uma iníqua falácia. **Revista Esmec**, SC- Brasil, v. 21, n. 27 (2014). Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/97>. Acesso em 23 abr. 2019.

FERREIRA, Cláudia Galiberne. ENZWEILER, Romano José. 2016. **Duas abordagens, a mesma arrogância: como a SAP e a Violência Doméstica se tornaram irmãs siamesas**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51901/duas->



abordagens-a-mesma-arrogante- ignorancia-como-a-sap-e-a-violencia-domestica-se-tornaram-irmas-siamesas. Acesso em: 12 mar. 2019.

FURLAN, Gabriel Henrique Zani ; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. Alienação Parental: 5 anos da Lei 12.318/2010. **REGRAD, UNIVEM**, Marília-SP, v. 9, n. 1, p 163-184, agosto de 2016. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br>. Acesso em: 23 abr. 2019.

GALVÃO, Ivânia Ghesti. ROQUE, Elizângela Caldas Barroca. **Aplicação da Lei em uma perspectiva interprofissional**: direito, psicologia, psiquiatria, serviço social e ciências sociais na prática jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GUAZZELLI, Mônica. **A falsa denúncia de abuso sexual**: incesto e alienação parental: Realidades que a Justiça insiste em não ver. 2007. Disponível em: [https://www.mprs.mp.br/media/areas/infancia/arquivos/revista\\_digital/numero\\_11/artigo\\_monic.pdf](https://www.mprs.mp.br/media/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_11/artigo_monic.pdf). Acesso em: 18 nov. 2019.

HAJE, Lara. Lei de Alienação Parental desestimula denúncias de abuso sexual e violência doméstica, apontam debatedores. **Agência Câmara Notícias**, Brasília, 28 de Nov. de 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/548744-lei-de-alienacao-parental-desestimula-denuncias-de-abuso-sexual-e-violencia-domestica-apontam-debatedores/>. Acesso em: 09 set. 2019

LIMA, Amanda Barbosa; LEADEBAL, Kadidja Barros. **Síndrome de Alienação Parental**: Diagnóstico Médico ou Jurídico? Disponível em: [http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais\\_simposio/arquivos\\_up/documentos/artigos/27\\_aaf75104cf66c3114b7d1f580e0f39.pdf](http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/27_aaf75104cf66c3114b7d1f580e0f39.pdf). Acesso em: 23 abr. 2019

MACEDO, Suélen Tâmara de; SCHMITT, Denise Siqueira Garcia. A análise acerca da efetividade da aplicabilidade da lei da alienação parental no poder judiciário. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 3,n.4, p. 3130-3150, 4º Trimestre de 2012. Disponível em: [https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/292/arquivo\\_184.pdf](https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/292/arquivo_184.pdf). Acesso em: 23 abr. 2019.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental**: importância da detecção aspectos legais e processuais. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



MÃES são acusadas de alienadoras após denunciarem o abuso sexual contra os filhos. **Carta capital**, 15 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/maes-sao-acusadas-de-alienadoras-ao-denunciarem-abusos-sexuais-contras-eus-filhos/>. Acesso em: 18 nov. 2019

MARTINS, Elisângela Janaína Freitas. Alienação Parental e as Implicações Jurídicas previstas na Lei 12318/2010. **Faseh**, v.1, n. 2 (2016). Disponível em: [http://sistemaaula.faseh.edu.br/cadernos\\_tecnicos/index.php/direito/article/view/39](http://sistemaaula.faseh.edu.br/cadernos_tecnicos/index.php/direito/article/view/39). Acesso em: 08 nov. 2019

MONTEZUMA, M. A; DA CUNHA PEREIRA, R; DE MELO, E. M. Abordagens da Alienação Parental: proteção e/ou violência? **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, [s. 1.], v. 27, n. 4, p. 1205-1224, 2017. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312017000401205&script=sci\\_abstract&lng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312017000401205&script=sci_abstract&lng=pt). Acesso em: 23 abr. 2019.

NUSKE, João Pedro Fahrion; GRIGORIEFF, Alexandra Garcia. Alienação parental: complexidades despertadas no âmbito familiar. **Pensando fam.**, Porto Alegre, v. 19, n. 1, p. 77- 87, jun. 2015. Disponível em [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1679-494X2015000100007&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2015000100007&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 23 abr. 2019.

PROCHNO, Caio César Souza Camargo; PARAVIDINI, João Luiz Leitão; CUNHA, Cristina Martins. Marcas da alienação parental na sociedade contemporânea: um desencontro com a ética parental. **Rev. Mal-Estar Subj.**, Fortaleza, v. 11, n. 4, p. 14611490, dez. 2011. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1518-61482011000400007&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482011000400007&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 14 fev. 2019.

REFOSCO, Helena Campos; FERNANDES, Martha Maria Guida. Entre o afeto e a sanção: uma crítica à abordagem punitiva da alienação parental. **Rev. direito GV**, São Paulo , v. 14, n. 1, p. 79-98, Abril 2018. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322018000100079&lng=en&nrm=iso...](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322018000100079&lng=en&nrm=iso...)Acesso em: 14 ago. 2019.

SANTANA, Inês Helena Batista de; RIOS, Luis Felipe. Falso abuso sexual em varas de família: dilemas na elaboração do parecer psicossocial. **Rev. psicol. polít.**, São Paulo, v. 13, n. 27, p. 365-382, ago. 2013. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1519-549X2013000200011&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2013000200011&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 12 jun. 2019.



SCARANCA, Valeria. **Disputa de guarda e Alienação Parental**: a quem queremos proteger?. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/Disputa-de-Guarda-e-o-risco-da-aliena%C3%A7%C3%A3o-parental-Val%C3%A9ria-Diez.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2020.

SENADO FEDERAL. Agência Senado. **Alienação Parental volta a dividir opiniões na CDH**. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/07/15/alienacao-parental-volta-a-dividir-opinioes-na-cdh>. Acesso em: 03 set. 2019

SENADO FEDERAL. Agência Senado. **Alteração na Lei de Alienação Parental avança**. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/02/18/alteracao-na-lei-de-alienacao-parental-avanca>. Acesso em: 4 maio 2020

SILVA, Lívia Caroline Lycurgo; ABDALA, Cláudia. A contribuição da equipe multidisciplinar na aplicação da lei 12.318/10 nos casos de alienação parental. **Episteme Transversalis**, [S.l.], v. 10, n. 2, ago. 2019. ISSN 2236-2649. Disponível em: <http://revista.ugb.edu.br/ojs302/index.php/episteme/article/view/1329>. Acesso em: 22 out. 2019.

SILVA, Camila. **Alienação Parental**: os efeitos jurídicos e as consequências da alienação parental. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70479/alienacao-parental>. Acesso em 08 mar. 2019.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A fraude na Síndrome da Alienação Parental e a proteção das crianças vítimas de abuso sexual**. 2011. Disponível em: <http://www.eas.pt/wp-content/uploads/2014/01/A-fraude-da-SAP-e-a-protec%C3%A7%C3%A3o-das-crian%C3%A7as-v%C3%ADtimas-de-abuso-sexual.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

SOUTO SCHAEFER, Luiziana; ROSETTO, Silvana; HAAG KRISTENSEN, Christian. Perícia psicológica no abuso sexual de crianças e adolescentes. **Psicologia: Teoria e pesquisa**, v. 28 n. 02, p. 227-228, abr./jun. 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-37722012000200011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722012000200011). Acesso em: 19 mar. 2019.

SOUSA, Analícia Martins de; BRITO, Leila Maria Torraca de. Síndrome de alienação parental: da teoria Norte-Americana à nova lei brasileira. **Psicol. cienc. prof.**,





Brasília, v. 31, n. 2, p. 268-283, 2011. Disponível em:  
[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-98932011000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932011000200006&lng=en&nrm=iso). Acesso ....em: 04 Jun. 2019.  
<http://dx.doi.org/10.1590/S1414-98932011000200006>.

SOUZA, Ana Maria Oliveira; BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. Síndrome de alienação parental, falso abuso sexual e guarda compartilhada: a necessidade de uma observação jurídica transdisciplinar. **Joaçaba**, v. 12, n. 1, p. 66-72, jan/jun. 2011. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4558017>. Acesso em: 23 abr. 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Alienação Parental: aspectos materiais e processuais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1. Jan-mar./ 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Teixeira-e-Rodrigues-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf> Acesso em: 23 abr. 2019.



# A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA APLICAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA PARA OS CASAIS HOMOAFETIVOS NO BRASIL

Amanda de Oliveira Gonçalves

## RESUMO

O presente trabalho pretendeu analisar o posicionamento do Poder Judiciário perante a total omissão do Poder Legislativo em relação às famílias de natureza homoafetiva dentro do âmbito do Direito de Família, traçando os limites desse poder e ainda se o posicionamento que adota para suprimir tal omissão do legislador ultrapassa os contornos que dispõe a Constituição Federal. Para tanto foi feito um exame das fontes que provém a Constituição Federal, objetivando enxergar com clareza o que não é autorizado pela Carta e igualmente o que é permitido, assim destacando as delimitações constitucionais. Necessário também analisar minuciosamente a norma do Direito de Família brasileiro, seus principais institutos e as entidades familiares que comporta. Coube o trabalho comprovar as dimensões da omissão legal alegada e os motivos pelo qual isso acontece, chegando assim finalmente a conclusão de que existe sim um ativismo por parte do poder Judiciário referente a matéria abordada, mas que não abarca o conceito que compreende a expressão jurídica "ativismo judicial" por possuírem naturezas diferentes, sendo o ativismo judicial fonte legislativa, enquanto o ativismo pelo poder Judiciário apenas cumpre proativamente as atribuições encargo deste poder. Apesar de possuir um posicionamento contramajoritário, é perfeitamente constitucional e necessária a atuação do Judiciário no sentido de incluir as famílias homoafetivas ao amparo legal qual goza o restante das famílias, afinal, é dever do Estado através de seus poderes garantir tais direitos a todos os cidadãos, independentemente de sua orientação sexual, conforme se extrai da Constituição Federal.

**Palavras-chave:** direito de família; poder judiciário; poder legislativo; homoafetividade.

## INTRODUÇÃO



A nomenclatura “homossexual” (HOMO + SEXUAL) para se referir a casais de mesmo sexo é arcaica. Etimologicamente, “homo” significa características uniformes, neste termo referindo-se biologicamente ao sexo idêntico das espécies, no entanto, para a espécie humana considera-se a variável da consciência e da individualidade ao axioma da formação estrutural da identidade de gênero.

A simples distinção biológica não define por completo o contemporâneo e complexo conceito de gênero, e ao tratar apenas do sexo anatômico dos indivíduos integrantes da família, automaticamente excluem-se do ordenamento legal brasileiro enorme parte da diversidade das famílias.

No entanto, ainda hoje pode ser observado o uso da expressão “homossexual”, que apresenta por si própria degradação aos casais constituídos por pessoas do mesmo gênero, remetendo a ideia de que a natureza dessas relações é puramente sexual.

No âmbito jurídico essa ideia já foi superada sendo hoje reconhecido como natureza das relações familiares, mesmo as entre pessoas de mesmo sexo, a afetividade. Razão por que é mais adequado a utilização do termo homoafetividade<sup>1</sup>, qual promove as relações deste caráter ao patamar jurídico-familiar capaz de se equiparar ao heteronormativo, neologismo concebido pela ex-desembargadora do Rio Grande do Sul e relatora dos primeiros casos de reconhecimento de União Estável Homoafetiva, Maria Berenice Dias.

Enquanto o universo judiciário se destaca por seu atualíssima e inclusiva entendimento, o universo Legislativo encontra-se estagnado, parado no tempo, sem que tenha apresentado nenhum avanço sequer sobre a matéria relativa às famílias homoafetiva desde o seu surgimento até o presente momento.

---

<sup>1</sup> O neologismo foi originado na obra intitulada “União Homossexual, o Preconceito e a Justiça” de autoria da jurista e especialista no assunto Dra. Maria Berenice Dias, cuja primeira edição é do ano de 2000. Logo no ano seguinte (2001) ao dia 14 de março foi utilizado na primeira decisão judicial que reconheceu direitos sucessórios ao parceiro sobrevivente, (AC 7000138982, Rel. Des. José Carlos Teixeira Georgis).



Por muitos anos a maioria da população bem como os outros poderes do Estado foram indiferentes a omissão legislativa, talvez até os próprios casais homossexuais, sem nunca ter conhecido realidade diferente tenham se adaptado à inércia.

No entanto, com a Constituição Federal de 1988 inicia no Brasil o fenômeno do neoconstitucionalismo, cada vez mais crescente é baseado em novas premissas as quais os direitos fundamentais ocupam o centro do ordenamento jurídico e busca o alcance de um Estado constitucional, legitimando os operadores do direito, em especial os Ministros do Supremo Tribunal Federal, “guardiões da Constituição Federal”, a atuarem sob a luz desses direitos.

Foi esse o contexto que incentivou as famílias homoafetivas, cujo a quantidade existente no país tem aumentado significativamente, a sair da inércia e buscarem a igualdade de direitos por meio de provocação do Judiciário, que dentre os 3 (três) poderes é o mais acessível e o mais técnico.

Se por enquanto essa nova perspectiva do direito tem trazido benefícios em sentido a dar voz também às minorias tal qual deve acontecer em um Estado Democrático de Direito, por outro ângulo existe o questionamento a respeito da separação dos poderes e dos limites constitucionais do Poder Judiciário, se preocupando em apurar se com essas inovadoras práticas têm se desrespeitado a delimitação de competência que traz a Constituição Federal.

Resta ser analisado se as adequações judiciárias que vem sendo realizadas pelo órgão supremo à tutelar famílias homoafetivas de forma a equipara-las às heteronormativas, são por si só um abuso arbitrário por parte do Poder Judiciário dando início a uma era em que o Judiciário também legislaria, ou se este age apenas interpretando a Constituição Federal para encobrir as lacunas que o Poder legislativo insiste em ignorar.



Para responder a essas questões devem ser prioritariamente examinadas as duas principais variáveis deste axioma, o Direito de Família e a Constituição Federal.

## **1 FAMÍLIA E CONSTITUIÇÃO**

O reconhecimento da afetividade como pilar das relações jurídico-familiares no direito brasileiro munido de fundamento constitucional é fruto do chamado neoconstitucionalismo.

A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição) mentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo<sup>2</sup>.

Somente ocorreu a partir da Constituição Federal de 1988, forjado meio a um cenário social de pós-ditadura inseriu em seu ordenamento intrínseca ou expressamente princípios fundamentais embasados em Direitos Humanos, hoje incorporados pelo Direito de Família.

### **1.1 Princípios**

Os princípios que atualmente norteiam o Direito de Família brasileiro sugerem uma interpretação mais ampla das leis, de forma a abraçar outras configurações familiares, medida que a sociedade prossegue em metamorfose com a construção fática de outros formatos de entidades familiares quais devam ser incluídos na proteção dos institutos do Direito de Família oferecida pelo Estado.

Segundo os ensinamentos de Bonavides “os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do

---

<sup>2</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional. 2019, p. 53



sistema constitucional”<sup>3</sup>. Os princípios, portanto, não tem de influir tão somente em fase de processo legislativo, devem também servir de critério aos operadores do direito. A interpretação das leis necessita acontecer consoante o Princípio da Interpretação Conforme a Constituição, que propaga o raciocínio que a legislação infraconstitucional, interpretar-se-á a partir da Lei Maior, logo, igualmente em observância a seus princípios.

No Direito de Família a função dos princípios é ainda mais categórica, são fontes essenciais. Impossível seria regulamentar e mensurar sentimentos humanos, sendo assim, é o melhor caminho para o alcance da justiça em relações jurídicas familiares trabalhar com a inversão das funções da lei e dos princípios, os operadores utilizando para fins de interpretação do primeiro a função norteadora e limitadora e do segundo a função vinculante.

A afetação dos princípios para análise e julgamento das relações de família é primordial frente às variáveis apresentadas dentro destas e aos direitos de natureza fundamental e subjetiva tutelados, como direito a felicidade, e a dignidade.

Muitos são os princípios que norteiam o Direito de Família, principalmente se tratando das famílias homoafetivas os princípios são as ferramentas que possibilita estas a usufruírem de certos direitos, vez que ainda carecem de legitimação pelo ordenamento. Os princípios da *Dignidade da Pessoa Humana; Da Liberdade; Da Igualdade e Respeito a Diferença; Da Solidariedade Familiar; Do Pluralismo das Entidades Familiares; Da proteção integral a crianças, adolescentes, jovens e idosos; Da Proibição do Retrocesso Social e o Princípio Da Afetividade*, são os que consagram atualmente as relações sociais das famílias homoafetivas.

### 1.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

---

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo; Curso de direito constitucional. 12ª edição, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 237



O princípio da Dignidade da Pessoa Humana se encontra expresso na Carta Magna já logo em seu primeiro artigo, regendo todo o ordenamento jurídico e representa sobretudo o Estado Democrático de Direito pautado em Direitos Humanos e na justiça social. Dentro das relações de família, prospera.

O princípio da dignidade da pessoa humana significa, em última análise igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos. A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer<sup>4</sup>.

Em uma concepção atual dentro das relações familiares, o princípio prospera em razão de ser impossível separa-lo sem modificar completamente o conceito e significado de família.

### *1.1.2 Princípio da Liberdade*

Derivado do *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, o *Princípio da Liberdade* embasa os mais importantes avanços das famílias homoafetivas em alcançar a tutela do Estado ofertada através de seus institutos do Direito de Família.

Trata-se de garantir a liberdade individual da pessoa humana, incumbindo ao Estado a tarefa de assegurar que isso ocorra, limitando a ação deste quando discriminatórias e abrangendo sua proteção às diversas formas de entidades familiares.

### *1.1.3 Princípio da Isonomia*

---

<sup>4</sup> BERENICE, Maria Dias. Manual de direito das famílias. 10. ecl. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 45



O *Princípio da Isonomia*, tamanha sua relevância, é previsto expressamente no artigo 5º da Constituição Federal, igualmente deriva diretamente do *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, contemporaneamente tratado no âmbito do direito de família como *Princípio da Igualdade e Respeito à Diferença*. Igualdade em sentido material, nesta, diferente da igualdade formal que apenas entende igual tratamento sem qualquer distinção, o Estado tem o dever de considerar as necessidades individuais do cidadão, com o propósito de diminuir a desigualdade através de seu ordenamento.

Quase como um paradoxo, a ideia é fornecer singularmente deferentes condições em consonância com a condição de hipossuficiência ou de privilégio qual esteja inserido cada cidadão, objetivando fornecer a todos, circunstâncias similares para o exercício de direitos e deveres.

Nery Junior consagrou a máxima “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”<sup>5</sup>. O princípio, quando interpretado dessa maneira quase alcança a concretude do conceito de justiça.

#### *1.1.4 Princípio da Solidariedade Familiar*

Várias são as funções e os conceitos dados à família dependendo de quais fatores serão considerados. Sob a perspectiva de sua função social, Guilherme Calmon Nogueira da Gama definiu família “Uma das técnicas originárias de proteção social que até hoje se mantém é a família”<sup>6</sup>.

O Estado também assim considera, o *Princípio da Solidariedade Familiar* é concebido a partir de elementos éticos, trata-se exatamente do exercício da

---

<sup>5</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 42

<sup>6</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira - Direito de família e o novo código civil-Das Relações de Parentesco. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2001, p.103





solidariedade em que alcance o vínculo familiar, onde não acontece espontaneamente o Estado age por meio de seus institutos e através de obrigações que visam a proteção dos membros hipossuficientes evitando o desamparo do elo mais frágil dentro de uma entidade familiar.

Compreendendo a fraternidade e a reciprocidade o Estado retira de si o encargo de prover as necessidades fundamentais, direito de todos assegurado constitucionalmente, repassando conforme extraído do princípio primeiro à família, depois à sociedade e somente na falta desses dois, voltando novamente á si a efetivação dessa solidariedade.

### *1.1.5 Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares*

A partir da Constituição Federal de 1988 o casamento deixou de ser a base exclusiva da estrutura familiar perante a sociedade, possibilitando o reconhecimento pelo Estado da existência de diversos outros arranjos, esse é o *Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares*. Antes disso, as famílias homoafetivas, sejam elas parentais ou pluriparentais existiam para o direito civil apenas no campo do direito obrigacional, tratadas como sociedades de fato, marginalizadas e impedidas de gozar da tutela ofertada à família através dos institutos jurídicos reguladores.

O princípio tem sido aliado na busca pela obtenção dos direitos emitidos por essa tutela para as famílias homoafetivas, entretanto, ainda se mostram bem precárias tais conquistas, especialmente em âmbito legal de reconhecimento como entidade familiar.

### *1.1.6 Princípio da Proteção Integral a Criança, Adolescente, Jovens e Idosos*



O Princípio da Proteção Integral a Criança, Adolescente, Jovens e Idosos é bem literal em seu título em relação ao seu conteúdo e tem previsão expressa na constituição no artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.<sup>7</sup>

Como afirma Paulo Lôbo “o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”<sup>8</sup>. Os cidadãos até os 18 anos apresentam uma maior vulnerabilidade e fragilidade, em vista disso, é prioridade absoluta do Estado garantir seu acesso e o direito a vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, devendo por igual posicioná-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em cumprimento à Constituição Federal e firmado neste princípio, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)<sup>9</sup>, constituído por um microsistema que normatiza e delimita direitos e deveres em relação a ação do Estado, da sociedade e da família, civil e penalmente, visando diminuir a condição de vulnerabilidade das crianças e dos adolescentes lhes proporcionando garantias e certas prerrogativas.

Quanto aos idosos, a aplicação do princípio é particularmente eficaz quando o Estatuto do Idoso<sup>10</sup> se concentra na adoção de políticas de amparo, como à utilização

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988

<sup>8</sup> LÔBO, Paulo; Direito civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 45

<sup>9</sup> BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm#art266](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266)> Acesso em: 28 fev. 2020

<sup>10</sup> BRASIL. Lei No 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em:



do transporte público gratuito aos maiores de 65 anos (sessenta e cinco)<sup>11</sup>, medida que proporciona uma maior independência a estas pessoas, pautada diretamente na garantia constitucional do direito de ir e vir<sup>12</sup>. Aos idosos o Estado deve proporcionar sua participação na comunidade, o exercício de sua dignidade, o bem-estar e o direito a vida, o Estatuto do Idoso, igualmente é um microsistema, este consagra direitos às pessoas de mais de 60 anos. É possível associar o Estatuto à própria normatização do princípio no que se refere aos idosos, sendo no campo da eficácia de sua aplicação onde o sofre o maior prejuízo.

### *1.1.7 Princípio da Proibição de Retrocesso Social*

As garantias humanistas trazidas pela Constituição Federal, principalmente por seus princípios, de nada serviriam caso os ordenamentos infraconstitucionais não fossem regidos igualmente sob esta ótica. O Estado ao garantir direitos fundamentais aos seus cidadãos, não está constituindo apenas obrigação em regulamenta-los, existe intrinsecamente o dever de assegurar que os mesmos direitos não sejam feridos, especialmente pelo próprio Estado, comprometendo-se em limitar a ação do mesmo nos limites destes direitos.

No campo de atuação dos três poderes do Estado, legislativo, executivo e judiciário, deve-se garantir além das limitações, a perpetuação da proteção à esses direitos através das ações de seus órgãos, impedindo que passem a ser relativizados com o decorrer do tempo e contribuindo para que a sociedade se mantenha sempre

---

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm)> Acesso em: 28 fev. 2020

<sup>11</sup> “Art. 39. “Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares”. BRASIL. Lei No 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm)> Acesso em: 28 fev. 2020

<sup>12</sup> “Art. 5º, XV – “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. BRASIL. [Constituição Federal (1988)], Constituição da República Federativa Do Brasil de 05 de out. de 1998



em evolução. Compromisso que preza o *Princípio da Proibição de Retrocesso Social*.

### 1.1.8 Princípio da Afetividade

Por mais dinamicidade que alcance a família como instituição jurídica não se compara com a existente no universo fático dentro de uma sociedade, os sentimentos das pessoas envolvidas não se gerem pela ligação consanguínea, e a felicidade é sempre o que se busca alcançar em um seio familiar.

Essa é a razão pela qual a afetividade tem ocupado espaço no regimento do Direito de família, o *Princípio da Afetividade* está diretamente ligado ao direito fundamental à felicidade e representa a realidade dos entes familiares, afinal, sem o elemento da afetividade restaria unicamente o direito obrigacional entre parentes, não diferindo a família de outras relações civis regulamentadas como as contratuais, abolindo assim todo e qualquer sentido subjetivo de família, igualmente descaracterizaria sua função social.

Agora o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo.<sup>13</sup>

Cada vez mais a concepção de famílias tem se afastado dos institutos do matrimônio superando a ideia de exclusividade e necessidade do casamento formal para a caracterização de uma entidade familiar que antes existiu.

## 2 ESPÉCIES LEGAIS DE FAMÍLIAS

---

<sup>13</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 42.



A Constituição Federal promulgada em 1988 tem como caput de seu artigo 226 a seguinte redação “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, ou seja, nem mesmo os legisladores que compuseram a Assembleia Nacional Constituinte<sup>14</sup> do país se atreveram a definir o conceito de entidade familiar justamente por ser extremamente dinâmico, complexo e subjetivo. Conseguiu captar com bastante sensibilidade o significado de entidade familiar Giselda Hironaka.

[...] biológica ou não, oriunda do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental, não importa. - o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e sentir-se, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade pessoal.<sup>15</sup>

O Direito de Família tem, principalmente por parte do judiciário, expandido seus padrões tradicionais de entendimento, com o fim de alcançar a inclusão das diferentes configurações familiares atuais e observando de forma técnica a importância da afetividade, aspecto que cada vez mais tem prevalecido em detrimento ao vínculo sanguíneo, abrindo espaço para a inclusão normativa pelo Direito Brasileiro, em especial o Direito Cível, das famílias reais existentes num contexto de polifamiliaridade para assim levar dignidade às pessoas no âmbito existencial e nas suas relações sociais privadas.

As decisões jurídicas no campo do Direito de Família são constantemente desafiadas pelas relações sociais contemporâneas, estas extremamente mutáveis. O IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família<sup>16</sup>, entende que o conceito de família tradicional, sendo uma instituição jurídica formalizada pelo casamento, unicamente representa uma primitiva forma de auto-organização da sociedade e

---

<sup>14</sup> É possível ver as informações no seguinte link: [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/constituintes](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/constituintes)

<sup>15</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre. 1999, p.197

<sup>16</sup> <http://www.ibdfam.org.br/>



atualmente é incompatível as relações sociais contemporâneas devido à alta instabilidade e mutações frequentes.

A sociedade tem como característica intrínseca a dinamicidade e como base a Família, que em *lato sensu* sai do campo antropológico e emana efeitos e consequências culturais, políticas, econômicas e jurídicas e em razão disso recebe tutela do Estado.

A proteção à família pelo Estado como dispõe a Constituição Federal em seu art. 226<sup>17</sup>, é sem dúvida essencial, entretanto acontece muitas vezes na prática, quase espontaneamente a limitação da tutela apenas às famílias taxadas em lei como consequência direta da regulamentação das espécies de família por parte do legislador, o que acaba por excluir tantas outras espécies fáticas de famílias restando estas marginalizadas pela sociedade e pelo Estado, sendo as famílias quem possuem como gênese membros homoafetivos alvos comuns dessa discriminação.

A legislação Percussora do reconhecimento legal de “novas” espécies de famílias no Brasil foi a Constituição Federal de 1988, que ainda em seu artigo 226, §3º legitima a União Estável entre homem e mulher dentro do rol jurídico de família, e em seu §4º ainda mais vanguardista, a Constituição reconhece também como entidade familiar a formada entre qualquer um dos pais e seus descendentes, a chamada família monoparental.

Art. 226 [...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

---

<sup>17</sup> Art. 226. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado;” BRASIL. [Constituição Federal (1988)], Constituição da República Federativa Do Brasil de 05 de out. de 1998



Esse reconhecimento primário, juntamente com os direitos e garantias fundamentais trazidos pela Constituição Federal, possibilitaram a inclusão pelo Estado da pluralidade das famílias que existem nos mais diversos modelos e iniciam um processo de desmarginalização, diminuindo a exclusão social e jurídica de que são alvos e finalmente estreado um regime de admissão normativa. Perspectiva consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamada “família”, recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.<sup>18</sup>

Foram diversas as espécies de família formadas ao logo do tempo, contempladas pelo ordenamento jurídico brasileiro atualmente convivem três das espécies “sobreviventes” dispostas expressamente na Constituição Federal em seu artigo 226 e Parágrafos 1º, 2º e 3º respectivamente a família matrimonial, as constituídas por Uniões Estáveis e as monoparentais, isso devido a citada dinamicidade da sociedade e de seus valores.

O legislador, no entanto, por ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, tem o dever de acompanhar a mutação da sociedade e regulamentar as diversas configurações de família que hoje existem somente de forma fáticas para que assim possam gozar da tutela do Estado.

---

<sup>18</sup> BRASIL. STJ. Resp 1.183.378/RS 4ª turma Relatório Ministro Luiz Felipe Salomao j. 25/10/2011. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/> acesso em 28 fev. 2020.



## **2.1 Família matrimonial**

A família Matrimonial foi concebida pela Igreja Católica e anuída pelo Estado, é o reflexo do conservadorismo cultural, tendo como sua máxima o ensinamento religioso “crescei e multiplicai-vos” atribuindo a família a função mais primitiva, a de reprodução. Foi solenizada como instituição pelo Código Civil de 1916 tendo como principais características determinadas pelo legislador a forma *matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual*, excluindo qualquer outro formato adverso a este.

Atualmente, o Código Civil de 2002<sup>19</sup> dedica 110 artigos à regulamentação do casamento civil, ainda assim, o legislador não conceitua de forma propriamente dita o casamento. Apesar disso, a finalidade do instituto está definida no artigo 1.511 do Código Civil de 2002: “estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Seus efeitos também são previstos pela lei que confere encargos e ônus ao casal no artigo 1.565 do mesmo código “homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

Ao equiparar os cônjuges, fica claro que a família matrimonial do Código Civil de 1916<sup>20</sup> restou por obsoleta, existindo hoje o casamento como uma instituição pouco menos arcaica, abandonando a ideia patriarcal antes própria do instituto, e atribuindo a ambos os cônjuges iguais direitos e deveres dentro do matrimônio e iguais papéis dentro da família. Ainda assim, o casamento civil é, dentre as entidades familiares existentes, a cujo os atos requerem maior solenidade, carregando em si muitos resquícios do conservadorismo já superado no atual Código Civil. A respeito da natureza jurídica do casamento Paulo Lôbo expõe:

---

<sup>19</sup> BRASIL. Lei N 10.406, de 10 de janeiro de 2002 Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília,DF, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm). Acessado em 28 fev. 2020.

<sup>20</sup> BRASIL. Lei n°. 3.071 de 1 de janeiro de 1916, também conhecido como Código Beviláqua, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)> Acessado em 28 fev. 2020.





O casamento é um ato jurídico negocial, solene, público e complexo, pois sua constituição depende de manifestações e declarações de vontade sucessivas, além da oficialidade de que é revestido, estando sua eficácia sujeita a atos estatais<sup>21</sup>.

Ressalta-se ainda a importância das relações patrimoniais do casamento, a própria lei estabelece diversos regimes de bens como também em seu rol limita a autonomia da vontade dos nubentes à escolha desses regimes em algumas situações, esse é talvez o ponto mais polêmico do instituto, afinal é no mínimo complexo unir relações contratuais patrimoniais à relações de afetividade regulamentadas a partir da vontade privada individual.

A lei infraconstitucional vem reger o Direito Matrimonial dispondo sobre a validade do casamento, capacidade matrimonial, impedimentos, causas suspensivas, celebração, prova, nulidade e anulabilidade do matrimônio. Disciplinando as relações pessoais entre os cônjuges, os direitos e deveres recíprocos, as relações econômicas destes (regime de bens) até a dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial.

Por fim, observado o nosso Código Civil, o casamento é entendido majoritariamente como um negócio jurídico existencial, solene, ritualístico, originado da autonomia privada, porém submetido à necessidade de legitimação por meio de ato declaratório de uma autoridade celebrante.

Seu Principal efeito é o da alteração do Estado Civil dos nubentes, disto resultando inúmeras consequências jurídico-familiares em diversos planos do Direito, por exemplo no Cível os efeitos dispostos nos artigos. 1.566, 1.639 do Código Civil; no Administrativo, a impessoalidade – art. 37 da Constituição Federal e nepotismo – STF Súmula Vinculante 13; Direito Eleitoral a inelegibilidade – art. 14 da CF; Direito Processual no Código de Processo Civil, arts. 144, 244 e 447; no Direito Penal, art. 61 CP; Direito Sucessório Código Civil, art. 1.829; refletindo

---

<sup>21</sup> LÔBO, Op. cit, p. 76.



igualmente em vários outros planos jurídicos. Para além, o casamento é um negócio jurídico, devendo assim submeter-se aos planos de Existência, Validade e Eficácia.

## 2.2 União estável

A União Estável encontra-se na mesma categoria do Concubinato e da União homoafetiva, todos classificadas doutrinariamente como Relações Convivências não Matrimonizadas. Ainda se separa a União Estável e a União Homoafetiva qualificados como arranjos familiares convencionais do Concubinato, considerado pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal como ilícito familiar por força da legislação que dispõe o Código Civil, art. 1.727 “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Historicamente, anterior a nossa Constituição Federal, as relações que não gozavam da formalidade matrimonial por qualquer motivo que fosse, eram nominadas concubinato (etimologicamente tem sua origem do latim e significa comunhão de leitos). Mais tarde concubinato significou gênero das duas espécies de concubinato, o *concubinato puro* que existe entre pessoas que poderiam se casar, e o *concubinato impuro* o contraído entre pessoas impedidas de casar.

Com o advento da atual Constituição Cidadã<sup>22</sup> de 1988 e a citada inserção em seu ordenamento do pluralismo familiar, adotou-se uma *sistemática dual*, qual separa conceitualmente a União Estável, antes equiparada ao concubinato puro, do Concubinato propriamente, apenas sua antiga versão impura.

A Constituição Federal revolucionou ao trazer expressamente a *União Estável* como entidade familiar, pois até então as relações não matrimoniais não gozavam de *status* de família.

---

<sup>22</sup> Vide site da Câmara dos Deputados: <https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/constituente/index.html>.



A União Estável nasce da convivência e da afetividade entre os companheiros, e pós constituição, apesar de não se confundir com o casamento, ocorreu a equiparação em relação aos efeitos jurídicos emanados pelos institutos do Direito de Família.

Em sua forma infraconstitucional foi regulamentada primeiro pela Lei 8.971/94, a qual assegurava aos companheiros o direito à alimentos e sucessões, mas ainda era munido de preconceitos discriminatórios, por exemplo ao excluir pessoas separadas de fato de sua tutela. Além disso, cedendo ao sentimento ainda conservador da sociedade, estipulou-se prazo de 5 anos, para que somente a partir deste, ou no caso em que houvesse nascido prole, pudesse se configurar a União.

No ano de 1996 surge a Lei 9.278/96 com um maior campo de abrangência, encerrando as restrições de prazo e de pessoas separadas de fato já citadas, e garantindo aos companheiros o direito real de habitação, fixando a competência das varas de família e inseriu a presunção *juris et de jure* de que os bens adquiridos a título oneroso na constância da convivência são fruto do esforço em comum.

Como reflexo da equiparação constitucional entre o casamento e a União Estável atualmente deixou de existir hierarquia entre as duas entidades familiares, consagrado entendimento também pelo Instituto Brasileiro do Direito de Família, que segundo seu enunciado, é uma afronta ao princípio da igualdade existir diferenciações entre estas.

## 2.3 Família monoparental

A constituição federal traz por último, expressamente, a monoparental como espécie de entidade familiar qual se trata das famílias formadas somente por um dos pais na titularidade do vínculo familiar. Apesar de sempre existirem de forma fática, essas famílias ficavam socialmente e legalmente excluídas, sua existência era associada ao fracasso de uma família que refletia em constituição de família monoparental.



Hoje com a evolução de valores sociais, a inserção das mulheres no mercado de trabalho e a cooperação do legislador, enxerga-se a monoparental como uma das opções de família a se compor, quer seja na ruptura de um vínculo matrimonial, por uma forma de escolha de união livre, ou mesmo por uma decisão de ter a prole sozinho ou sozinha.

Importante ressaltar o que caracteriza a família como monoparental é a transgeracionalidade, o fato de haver diferença de gerações entre um de seus membros e os demais, sem que exista caráter sexual, ou seja, os núcleos familiares chefiados por algum parente que não um dos genitores também constitui entidade familiar monoparental, ou ainda se não houver parentesco consanguíneo, mas que entre o maior e a criança ou o adolescente sob sua guarda exista o vínculo afetivo próprio de uma família.

### **3 O DIREITO DE FAMÍLIA E SEUS INSTITUTOS**

O Direito de Família existe dentro do Direito Civil exatamente por todos os efeitos patrimoniais e sucessórios que emite por intermédio dos institutos que regem o mesmo, a doutrina majoritariamente define e qualifica os institutos em *Parentesco; Alimentos; Poder Familiar. Guarda. Tutela e Curatela; e do Bem de Família.*

Tais institutos objetivam regulamentar as relações sociais entre os familiares, seus direitos e deveres, e deveria incluir todas as pessoas e todas as famílias, observados os Princípios Constitucionais da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana e da Proteção a Família.

#### **3.1 Parentesco – Relações de parentesco trazidas pela atual Constituição Federal**

O Parentesco é o instituto mais interdisciplinar entre os quais analisaremos, transbordando o direito de família e o irradiando por todo o sistema jurídico, por isso



é fundamental a sua análise a partir do entendimento constitucional no contexto atual, explica a ilustre Dra. Maria Helena Diniz.

O parentesco é a relação vinculatoria existente não só entre pessoas de descendem uma, ou de um mesmo tronco comum, mas também entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro, entre adotante e adotado e entre pai institucional e filho socioafetivo<sup>23</sup>.

A Constituição Federal e sua inovadora perspectiva sobre o Direito de Família trouxe significativas implicações ao funcionamento das relações de parentesco, tendo como principais pontos a superação do aspecto exclusivamente biológico e a importância do sangue na constituição das relações familiares, o garantismo e a solidariedade social previstos na *Lex Fundamentalis*, e a importância do reconhecimento do parentesco originado por estas.

Hoje a releitura do instituto civil do parentesco se deve a essa nova miragem paradigmática unida ao desenvolvimento científico, passando a se admitir vínculos parentais decorrentes de laços afetivos e civis, o que a doutrina denomina como “*A desbiologização do direito de família*”<sup>24</sup>, e disposto no Código Civil no artigo 1.593. “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”. A doutrina honra este entendimento pacificado pela teia do Enunciado 339 da Jornada de Direito Civil “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”<sup>25</sup>, adotando assim o novo *sistema aberto*, plural e democratizante das relações de parentesco, afinal de contas para ter família é preciso haver tão somente afeto, ética, dignidade e solidariedade, conforme se extraiu da Constituição Federal de 1988.

---

<sup>23</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 26ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.467.

<sup>24</sup> João Baptista Villela lançou em 1979 a obra intitulada “A Desbiologização da Paternidade”, precursora da popularização do vocábulo no meio jurídico.

<sup>25</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil; Coordenador-Geral Ministro Ruy Rosado de Aguiar; Comissão de Trabalho: Família e Sucessões; Coordenador da Comissão de Trabalho Luis Edson Fachin e Luiz Felipe Brasil Santos, Nº 339. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/369> acesso em 28 fev. 2020.



Convém ainda chamar a atenção pra uma importante mudança igualmente advinda da atual constituição a respeito das relações de filiação, hoje não se permite a diferenciação entre os filhos, não há mais relevância no fato origem, bem como não mais a palavra “filho” comporta qualquer adjetivo, sendo vedado expressamente no artigo 227 da Carta: “§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Meio educativo de tentar extinguir designações discriminatórias ou vexatórias e tratamentos diferidos aos filhos que ainda se encontra impregnado em nossa sociedade e que uma vez já foram abraçados por ordenamentos anteriores, como o não tão distante Código Civil de 1916, que classificava os filhos conforme a natureza da filiação:

Art. 1.605. Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos.

§ 1º Revogado pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977:

Texto original: Havendo filho legítimo ou legitimado, só a metade do que a este couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento (art. 358).

§ 2º Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes à adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes.<sup>26</sup>

Hoje apenas existe no ordenamento nacional um nível de filiação, não importando mais qual seja sua natureza, e todos devem arcar com os mesmos deveres e gozar dos mesmos direitos.

### **3.2 Alimentos: Possibilidade x Necessidade**

Os alimentos tratados no instituto do direito de família, são apenas os decorrentes da relação de parentesco que abrange ao cônjuge e ao companheiro, não

---

<sup>26</sup> BRASIL. Código Civil de 1916 - Lei nº 3.071 de 01 de Janeiro de 1916. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm) acesso em 28 fev. 2020



sendo objeto deste instituto os alimentos ressarcitórios ou compensatórios, que são gerados pela responsabilidade civil, diferente ramo do Direito Civil.

Os Alimentos familiares têm como base os princípios da solidariedade familiar, boa fé e dignidade da pessoa humana visando garantia do mínimo essencial aos membros em condição de hipossuficiência como respalda a Constituição Federal.

Uma das características fundamentais dos Alimentos é a Irrenunciabilidade devido ao caráter da prestação relacionado à sobrevivência da pessoa, dispõe categoricamente o Código Civil art. 1.707: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”.

Entretanto, pelo mesmo segmento da característica fundamental de sustento das necessidades básicas ao qual a prestação do alimento se vincula, esse dispositivo foi flexibilizado pela jurisprudência atual e pela doutrina, firmando entendimento de que a Irrenunciabilidade deve ser aplicada apenas aos incapazes, de modo que cônjuges e companheiros podem sim renunciar aos alimentos entre si.

O art. 1.707 do Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da "união estável". A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsistir vínculo de Direito de Família<sup>27</sup>.

Os alimentos são direitos sociais de caráter personalíssimo, devendo ser fixados sempre em observância ao binômio necessidade (do alimentado) X possibilidade (do alimentante) enquanto perdure a situação de necessidade do alimentado.

---

<sup>27</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 263 do CJF; III Jornada de Direito Civil; Coordenador-Geral Ministro Ruy Rosado de Aguiar; Comissão de Trabalho Família e Sucessões; Coordenador da Comissão de Trabalho Luiz Edson Fachin; Nº 263. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/263> acesso em 28 fev. 2020



Processualmente, as ações de Alimentos tramitam por um rito próprio por tratar-se de necessidades básicas fundamentais para a existência humana é mais célere do que o comum seu processamento com previsão em Legislação própria<sup>28</sup>.

### 3.3 Poder familiar – Guarda, tutela, curatela e tomada de decisão apoiada

O Direito de Família talvez seja o que sofre maior influência consuetudinária conforme exposto nesse capítulo. O instituto em questão, sofreu significativa alteração legal recentemente, no ano de 2015 pela Lei nº 13.146 a respeito da Teoria das Incapacidades impactando diretamente no Direito assistencial das Famílias.

A principal e mais polêmica alteração sobre a incapacidade absoluta, é que agora a única possibilidade legal é aos menores de 16 (dezesseis) anos. Causas transitórias de qualquer outro viés como enfermidade e déficit mental, além dos maiores de 16 (dezesseis) anos e menores de 18 (dezoito) anos apenas podem ser relativamente incapazes com a alteração dos arts. 3º e 4º, 1767, II e IV (revogados), 1.768, IV, 1769, 1771, 1772 e 1777 do Código Civil que passaram a vigorar em janeiro de 2016. Além disso, foi acrescido à este código um novo instituto chamado “Tomada de Decisão Apoiada”, com finalidade assistencialista de famílias e previsão nos artigos. 1775-A e 1783-A.

A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.<sup>29</sup>

Os institutos assistenciais do intitulado *Direito Assistencial de Família*, se caracteriza preponderantemente pelo viés protetivo, baseado na *solidariedade familiar*

<sup>28</sup> BRASIL. Lei Nº 5.478, de 25 de julho de 1968 que dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm) acesso em 28 fev. 2020

<sup>29</sup> BRASIL. Código Civil. Art. 1.783-A do Código Civil Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm) acesso em 28 fev. 2020.





se manifesta pelo exercício da denominada autoridade parental, expressão da *Guarda, Tutela, Curatela e Tomada de Decisão Apoiada*.

*Poder Familiar* é o que deu lugar ao antigo “Pátrio Poder” hoje superado. Observa a expressão de uma preponderância da linha paterna sobre a materna levando de volta ao arcaico Pater Familias Romano, em que o poder era patriarcal e concentrado unicamente ao homem. Maria Helena Diniz conceituou:

o Poder Familiar é o conjunto de direitos e deveres exercido pelos pais, em igualdade de condições, quanto a pessoa e aos bens de seus filhos menores não emancipados, a fim de que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, em vista do melhor interesse da infância e juventude.<sup>30</sup>

Um dos efeitos mais relevantes da relação jurídica originada pelo Poder Familiar (paterno-filial) é o *Dever-Poder* que consiste no dever imposto pelo Estado aos genitores de criar, educar e orientar seus filhos menores de dezoito anos não emancipados, para tal, a lei lhes confere prerrogativas.

Para uma breve explicação: A *Guarda* é *Instituto Assistencial* do direito de família, pressupõe processo judicial, entretanto, sob nenhuma hipótese extingue o poder familiar, o instituto regula o estado de fato relativo à posse da criança ou do adolescente menor de dezoito anos e não emancipado, podendo ser regulamentada tanto aos genitores quanto á terceiros; Já a *Tutela* diferencia-se da guarda porque esta sim é um instituto de direito assistencial de família que vem a suprimir o poder familiar no caso da existência de um espaço vazio deixado objetivando seu preenchimento;

A *Curatela*, no entanto é um instituto mais amplo que a tutela, dirigido, por exclusão, aos demais incapazes maiores de dezoito anos, nascituro, ausente, revel citado por edital e etc, como a finalidade de nomear-se alguém à assistir o curatelado que sozinho é incapaz de realizar atos civis; A *Tomada de Decisão Apoiada* é o mais

---

<sup>30</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família, 17ª edição, v. 5, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 450-451.



recente remédio assistencial e trata-se de processo judicial que visa dar dignidade à pessoa com deficiência levando em consideração sua vontade quando esta necessita ser assistida em seus atos.

São remédios civis com previsão legal, característica e peculiaridades próprias dirigidas à melhor assistência ou representação dos incapazes que os necessite. Apresentam influência do Estado com função de prevenir que o representante ou assistente tome arbitrariamente decisões pelo representado ou assistido incapaz que possam prejudica-los.

### 3.4 Os bens de família

Com o surgimento do neoconstitucionalismo, as relações particulares passam a sofrer influência de ideais sociais. No Brasil, isto se evidencia com o advento da Constituição Cidadã de 1988, pautada em valores lastreados na dignidade da pessoa, os direitos fundamentais começam a tomar importância até mesmo em se tratando de relações patrimonialistas, elevando certos bens à patamares diferenciados que gozam de prerrogativas próprias sempre que houver vínculo entre o bem e as necessidades fundamentais da pessoa.

Conceitualmente o *Bem de Família* legal é o imóvel no qual a pessoa reside e tem seu domicílio, impenhorável por força do interesse público-estatal de garantir o direito social de moradia, tendo como Natureza Jurídica a de um bem particular imobiliário impenhorável.

A respeito, Maria Berenice Dias traduziu que “o bem de família tutela, em verdade, os integrantes da família”, em vista de que a moradia é um direito social assegurado a todos pela Constituição Federal:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, **a moradia**, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.



O legislador, portanto, ponderando entre um eventual crédito vencido e um valor social fundamental protegido pela constituição que é a moradia, tutela através desse instituto o mais óbvio, o “teto onde morar”.

## 4 CABIMENTO DA INCLUSÃO DAS FAMILIAS HOMOAFETIVAS AO ORDENAMENTO LEGAL

A Constituição Federal em seu artigo 226, o *caput* é genérico a respeito da proteção estatal das famílias, não direciona aos modelos estabelecidos nos parágrafos sugerindo uma interpretação que vá além dos *numerus clausus*.

Isso pode ser constatado também vez que a Constituição traz como princípios fundamentais a Dignidade, a Igualdade e a Liberdade, sugerindo o entendimento de que esses direitos devem ser garantidos a todos os seus cidadãos. Não há dispositivo que mitigue esses valores aos cidadãos heterossexuais em detrimento aos homossexuais, ainda assim, não há no ordenamento jurídico brasileiro lei que ampare estas famílias, isso quem afirma é Luís Roberto Barroso

No direito positivo brasileiro, inexistente regra específica sobre a matéria. A Constituição de 1988, que procurou organizar uma sociedade sem preconceito e sem discriminação, fundada na igualdade de todos, não contém norma expressa acerca da liberdade de orientação sexual. Como consequência natural, também não faz menção às uniões homoafetivas. Faz referência, no entanto, às uniões *heterossexuais*, reconhecendo como entidade familiar a união estável *entre o homem e a mulher*. O Código Civil, por sua vez, ao disciplinar o tema da união estável, seguiu a mesma linha.<sup>31</sup>

A última pesquisa Censo, que acontece de 10 em 10 anos, registou em 2010 60 mil casais homoafetivos<sup>32</sup>, na pesquisa também foi alertado o fato de que a maioria

---

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 17 – jan./jun. 2011, p.2. Disponível em [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105-Artigo\\_Luis\\_Roberto\\_Barroso\\_\(Diferentes\\_mas\\_iguais\\_o\\_reconhecimento\\_juridico\\_das\\_reacoes\\_homoafetivas\\_no\\_Brasil\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105-Artigo_Luis_Roberto_Barroso_(Diferentes_mas_iguais_o_reconhecimento_juridico_das_reacoes_homoafetivas_no_Brasil).pdf) acesso em 28 fev. 2020

<sup>32</sup> IBDAM. Censo 2010 contabiliza mais de 60 mil casais homossexuais. Publicado em 29/04/2011. Disponível em: [www.ibdfam.org.br/noticias/na-](http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-4219)



dos casais homoafetivos não são formalizados justamente por terem que enfrentar a homofobia ainda muito presente no país. Além disso, uma pesquisa do IBGE<sup>33</sup> no ano de 2018 registrou um crescimento de 61,7% no número de casamentos homoafetivos no país, neste ano 9,520 casais homoafetivos contraíram a união, número extraordinariamente relevante, mais ainda se levado em consideração que a permissão do Estado para esse tipo de união é bastante recente, tendo acontecido somente do ano de 2011, fica assim evidenciado que são muitas famílias que já vivem essa realidade para ainda terem que contar com a falta de tutela do Estado.

É fato que as famílias homoafetivas existem em suas mais diversas configurações e a inclusão social, jurídica ou legal, ao plano da existência, é irrelevante.

Por isso, quando o Estado às ignora ou marginaliza em sua legislação, além de ser omissa a situação fática relevante, está causando prejuízos à si, vez que muitos dos institutos do Direito de Família, como já mencionado, geram efeitos interdisciplinarmente, conseqüentemente a essa omissão pode ser causando um colapso em determinados institutos.

Por exemplo diante do dever e prioridade absoluta do Estado em proteger o menor, no caso em que uma criança seja fruto de uma família formada por um casal homoafetivo composto por duas mulheres e venha a óbito a mãe gerou a criança, o menor deve ser tomado do seio familiar em que já estaria estabelecido e encaminhada à adoção, restando em desamparo por preconceito e irresponsabilidade do Legislador? A situação demonstra como podem ser graves as conseqüências dessa situação de carência legal vivida pelas famílias homoafetivas, é certo que o judiciário tem

---

midia/4565/Censo+2010+contabiliza+mais+de+60+mil+casais+homossexuais#.XlbncQ11X1 M.gmail acesso em 28 fev. 2020

<sup>33</sup> BRASIL. IBGE. Casamentos homoafetivos crescem 61,7% em ano de queda no total de uniões. Editoria: Estatísticas Sociais, Alerrandre Barros, Arte: Brisa Gil, 04/12/2019 10h00. Última Atualização: 04/12/2019 10h00. Disponível em [www.agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26192-casamentos-homoafetivos-crescem-61-7-em-ano-de-queda-no-total-de-unioes](http://www.agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26192-casamentos-homoafetivos-crescem-61-7-em-ano-de-queda-no-total-de-unioes) acesso em 28 fev. 2020



trabalhado para suprir a omissão legislativa, mas até que ponto pode isso ser considerado segurança pra essas mais de 60.000 famílias?

Recentemente, devido ao descaso do Poder legislativo, o Supremo Tribunal Federal fez mais uma importante intervenção com a finalidade de evitar a discriminação das famílias homoafetivas, decidiu no dia 12 de setembro de 2019 pacificar o entendimento de que o conceito de família não pode ser restrito as uniões heterossexuais.

A corte concluiu o julgamento de uma ADI, Ação Direta de Inconstitucionalidade questionando a lei distrital 6.160/2018 qual estabelecia a “Política Pública de Valorização da Família no Distrito Federal” em que nesta se excluíam expressamente as Famílias homoafetivas.

#### **4.1 O reconhecimento pelo poder judiciário**

A **União Estável** por natureza é uma situação de fato, ou seja, não há a necessidade de ser formalizada para que passe a pertencer ao plano da validade e assim emitir seus efeitos *erga omnes*, entretanto, para maior segurança dos companheiros é aconselhável a oficialização, feita através de registro em cartório, tabelionato ou contrato particular.

Desde 2011, após decisão do Supremo tribunal Federal para os casais homoafetivos a União Estável é constituída de igual forma, ou seja, gerando por equiparação exatamente os mesmos efeitos que geram União Estável entre homem e mulher, surge com o reconhecimento das Uniões Estáveis Homoafetivas o quarta modelo brasileiro de família reconhecido pelo Estado, somando-se aos três outros modelos trazidos pela Constituição Federal.

A decisão do Supremo Tribunal Federal se deu ao dia 5 de maio de 2011 quando a Corte votou ao mesmo tempo sobre a Arguição de Descumprimento de



Preceito Fundamental (ADPF 132)<sup>34</sup> ajuizada pelo então governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral e sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277)<sup>35</sup>, essa ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, e por unanimidade (10 votos a favor, nenhum contra e o ministro Dias Toffoli declarou-se impedido de votar) aprovou o reconhecimento da união homoafetiva, direito que antes era obtido (ou não) com dificuldade através de sentença judicial. Encerrando o tempo em que as Uniões dos casais Homoafetivos configuravam, para efeitos jurídicos, como uma sociedade de fato, como um negócio, o que proibia a possibilidade de outorga para diversos direitos, como à pensão pós morte.

O relator do julgamento em plenário foi o Ministro Ayres Britto, e em seu relatório o raciocínio baseado na hermenêutica jurídica foi essencial para tal conquista, após explicar que o silêncio da Constituição sobre o tema é intencional, afirmou o Ministro "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido"<sup>36</sup>. Os ministros Marco Aurélio e Celso Mello, também ressaltaram o importante ponto de que devido ao caráter laico do Estado, não poderia servir de parâmetro para limitar os direitos dos cidadãos a moral religiosa. Para Roberto Gurgel, procurador-geral da República na época, o reconhecimento da União Estável homoafetiva no Direito de Família não teria outro efeito se não o de fortalecimento da família, e esclareceu em sua sustentação oral<sup>37</sup> no julgamento do plenário que todas as pessoas têm os mesmos direitos de formular e perseguir seus planos de vida desde que não firam direitos de terceiros. O então advogado Luís

---

<sup>34</sup> BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Med. Liminar) - 132/RJ - Rio de Janeiro. Relator(a): Min. Ayres Britto. Julgamento:05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em [www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=132&processo=132](http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=132&processo=132) acesso em 03 mar. 2020

<sup>35</sup> BRASIL. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade, n. 4277/DF - DISTRITO FEDERAL., Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Julgamento: 05/05/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. A decisão está disponível no seguinte link: [www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4277&processo=4277](http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4277&processo=4277) acesso em mar. 2020

<sup>36</sup> Ata do plenário em anexo, p. 3.

<sup>37</sup> Sustentações orais do julgamento disponíveis em: [www.pauloriv71.wordpress.com/2014/05/14/sustentacoes-orais-adpf-132-e-adi-4277/](http://www.pauloriv71.wordpress.com/2014/05/14/sustentacoes-orais-adpf-132-e-adi-4277/)



Roberto Barroso, subiu à tribuna representando o estado do Rio de Janeiro onde proferiu um discurso memorável a respeito da história da civilização ser também a história da superação do preconceito: “Duas pessoas que unem seu afeto não estão numa sociedade de fato, como uma barraca na feira. A analogia que se faz hoje está equivocada. Só o preconceito mais inconfessável deixará de reconhecer que a analogia é com a união estável”<sup>38</sup>, o advogado ainda frisou que o direito das minorias não deve necessariamente ser tratado pelo método convencional, por votação no Congresso Nacional, “Mas sim por tribunais, por juízes corajosos”<sup>39</sup>.

A decisão possui caráter vinculante e eficácia *erga omnes* o que permitiu que suprisse parte do vácuo deixado pelo poder legislativo, no entanto, ainda se mostrava omissa em relação ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo mas já significava o primeiro passo rumo ao avanço na busca por esse direito.

Ainda no ano de 2011 no dia 27 de junho, o Juiz de Direito Fernando Henrique Pinto, da 2ª Vara de Família e das Sucessões de Jacareí/SP proferiu sentença convertendo a União Estável entre o cabeleireiro Sérgio Kauffman Sousa e o comerciante Luiz André Mores em Casamento Civil, autorizando inclusive a adoção de sobrenome comum. Foi a primeira família homoafetiva concebida pelo matrimônio no país gerando enorme repercussão midiática<sup>40</sup>.

O juiz fundamentou sua sentença<sup>41</sup> em três pilares. Primeiramente invocou a Constituição Federal em seu Artigo 226 qual traz a premissa “família é a base da sociedade e tem proteção especial do Estado”. O segundo e evidentemente o qual

---

<sup>38</sup> BRASIL. Notícias do STF. Representante do RJ afirma que ninguém deve ser diminuído por compartilhar afetos com quem escolher. Publicado em 04 de maio de 2011. Disponível no site do STF: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178728](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178728) acesso em 01 mar. 2020

<sup>39</sup> BRASIL. Idem

<sup>40</sup> ESTADÃO. Juiz converte união estável em primeiro casamento civil gay no Brasil. Publicado em 28 de junho de 2011. Disponível em [www.estadao.com.br/noticias/geral,juiz-converte-uniao-estavel-em-primeiro-casamento-civil-gay-no-brasil-imp-,737759](http://www.estadao.com.br/noticias/geral,juiz-converte-uniao-estavel-em-primeiro-casamento-civil-gay-no-brasil-imp-,737759) acesso em 01 mar. 2020

<sup>41</sup> COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. Leia a íntegra da decisão que autorizou o primeiro casamento homossexual. Publicado em: 28/06/2011. Disponível para leitura no site: [www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MzQ4OA==&filtro=&Dat a=](http://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MzQ4OA==&filtro=&Dat a=acesso em 01 mar. 2020)



não poderia faltar em decisão desse caráter foi a então recente decisão do STF em reconhecer a União Estável com *status* de família para população homoafetiva<sup>42</sup>. Por último o juiz considerou uma resolução do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>43</sup> qualificada como “histórica” pelas organizações não governamentais (ONG’s) que defendem a diversidade e cujo o texto havia sido apresentado pela África do Sul. Na época, a resolução acabara de ser aprovada no dia 17 de junho de 2011, por 23 votos favoráveis incluindo o do Brasil, 19 votos contra e 3 abstenções, destinada a promover a igualdade dos indivíduos sem distinção da orientação sexual.

O que passou a acontecer majoritariamente a partir da decisão do STF eram os casais homoafetivos realizarem uma declaração de união estável e registrarem em cartório, assim emitiriam efeitos equivalentes aos que dos casamentos entre homens e mulheres. No entanto havia um obstáculo à obtenção desse registro porque alguns cartórios no país estavam se recusando a lavrar o documento.

No dia 16 de maio de 2013, para superar o óbice que atingia os casais homoafetivos em terem o seu casamento reconhecido judicialmente foi que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou durante a 169ª Sessão Plenária a Resolução 175<sup>44</sup>, qual preconiza que os cartórios de todo o território nacional não poderão recusar a celebração de casamentos civis de casais homoafetivos, ou deixar de converter a união estável para os casais desta natureza. Caso ainda assim haja a recusa para o cumprimento da Resolução, o casal interessado pode levar o caso ao conhecimento do juiz corregedor ou ao Ministério Público competente e este irá determinar o cumprimento da medida. Poderá ainda como consequência de

---

<sup>42</sup> Decisão do julgamento da ADPF 123 e ADI 4722

<sup>43</sup> [www.nacoesunidas.org/direitoshumanos/sistemaonu](http://www.nacoesunidas.org/direitoshumanos/sistemaonu)

<sup>44</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução Nº 175 de 14/05/2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. DJE/CNJ nº 89/2013, de 15/05/2013, p. 2. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754> acesso em 03 mar. 2020





descumprimento, ser aberto processo administrativo contra autoridade quem tenha se recusado.

Observa-se que mesmo perante esse cenário e diante da pressão pelo poder Judiciário para que o Congresso Nacional passe a legislar a respeito das entidades familiares homoafetivas, a homofobia ainda se sobrepõe ao direito dessas famílias em obter uma resposta do Poder Legislativo em sentido de garantir a segurança legal.

Em 2011 foi apresentado o Projeto de Lei 612 de autoria da então Senadora Marta Suplicy (PT/SP), o Projeto pretende alterar os artigos 1.723 e 1.726 do Código Civil, Lei 10.406/2002, para permitir o reconhecimento legal da União Estável entre pessoas do mesmo sexo e a conversão dessa união em casamento. A exemplo da homofobia estrutural da sociedade representada dentro do Congresso Nacional, mesmo que em maio de 2017 o PL tenha sido aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado, o fato é que quase 10 anos já se passaram e o Projeto encontra-se arquivado.

## **4.2 Filiação**

Com o reconhecimento da União Estável bem como do Casamento Civil dos casais homoafetivos, é natural que o anseio pela ampliação dessas famílias também ocorreria.

A expansão das famílias formadas por casais heterossexuais é muito comum e não encontra conflito perante o Direito brasileiro e seu ordenamento, já para as famílias constituídas por casais homoafetivos a realidade é oposta e muitas são as dificuldades que se apresentam às famílias que resolvem optar por este caminho, poucos são os métodos validos, e quando regulamentados, acontecem de forma ainda muito precária.

### *4.2.1 Adoção*



Um dos métodos mais procurados para a expansão da família pelos casais homoafetivos é a Adoção, tendo seu respaldo novamente sido unicamente judicial, o protagonismo dessa vez ficou com o Superior Tribunal de Justiça que gerou em 2010 jurisprudência sobre o tema.

Em 2006 a vara de infância de Bagé, Rio Grande do Sul concedeu o direito a adoção de uma criança à um casal formado por duas mulheres, essa decisão inacreditavelmente foi contestada pelo Ministério Público do estado, ao chegar no STJ os ministros da 4ª Turma reconheceram por unanimidade a adoção da menor e mantiveram a decisão de que o nome das duas mães constassem no registro da criança, diante da situação o ministro João Otávio de Noronha, presidente da Turma, criticou a atuação do Ministério Público, afirmando que eles deveriam ter considerado o melhor interesse da criança<sup>45</sup>.

A lei que contempla o direito às famílias de configuração heteronormativa a adotarem é a Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 42, parágrafo § 2º dispõe: “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família” essa redação foi trazida pela Lei nº

12.010 em 2009<sup>46</sup>, ano em que ainda não havia sido instituído pelo STF as uniões ou pelo CNJ os casamentos homoafetivos, ou seja, ao tempo em que foi criada, a intenção do Poder Legislativo, mais uma vez demonstrando sua homofobia estrutural, era de excluir os casais homoafetivos do pro processo de adoção.

---

<sup>45</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 889.852/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=889852&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> acesso em 03 mar. 2020

<sup>46</sup> BRASIL. Lei Nº 12.010, de 3 de agosto de 2009 que dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12010.htm) acesso em 03 mar. 2020.



Acontece que após o reconhecimento dado aos casais homoafetivos, a lei passou a valer também às famílias homoafetivas, sendo vigente igualmente à todas as configurações de casamento ou de união estável desde que consigam comprovar a estabilidade familiar. Devido a certa subjetividade da lei, acabou por abrir brechas para a homofobia dificultar a adoção em certos casos, mas ainda assim o dispositivo por si só não mais faz o impedimento à abrangência para a equiparação de seus efeitos aos casais formados por pessoas de mesmo sexo.

Enquanto a abrangência da lei à família homoafetiva monoparental é encontrado respaldo nos mesmos moldes no *caput* ainda do artigo 42: “Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil”, sem fazer referência a orientação sexual da pessoa adotante, restringindo o direito apenas aos menores de 18 (dezoito) anos de idade, podendo com isso perfeitamente a adequação da entidade familiar monoparental homoafetiva se utilizar dessa norma. O ECA não faz a exclusão expressa para a adoção por pessoas homossexuais e são dessas brechas legais que as famílias homoafetivas têm se valido até hoje enquanto o legislativo mais uma vez se mostra omissos em regulamentar o ato jurídico.

Além disso o Brasil incorporou, em caráter definitivo, o Princípio do Melhor Interesse da Criança em seu sistema jurídico, ratificada através do Decreto nº 99.710/90<sup>47</sup>. A respeito, é autêntico o entendimento de que uma criança está melhor amparada no seio de uma entidade familiar, sem importância de qual seja sua configuração do que em algum abrigo ou ainda mesmo nas ruas abandonada, desde de que como requisita a lei, exista estabilidade familiar comprovada.

O servidor Walter Gomes da Vara da infância do DF informou em entrevista<sup>48</sup> que as famílias homoafetivas apresentam um perfil de crianças desejadas

---

<sup>47</sup> BRASIL. Decreto No 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm) acesso em 03 mar. 2020.

<sup>48</sup> CANAL STJ. STJ Cidadão #01: União Homoafetiva. Publicado em 24 de fev. de 2017. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=0g8hef4WFAU&t=895s](http://www.youtube.com/watch?v=0g8hef4WFAU&t=895s) acesso em 04 mar. 2020.



mais fácil de ser atendido pelo sistema de justiça, em sua grande maioria essas famílias não fazem distinção ou julgamento de valores ou características para a seleção de uma criança, se predispondo a adotar crianças mais velhas, grupos de irmãos, crianças com problemas de saúde, em geral, crianças que foram geradas e abandonadas por casais heterossexuais, e depois por estes rejeitadas, portanto, não poderia haver outra interpretação fundada no melhor interesse e no bem estar da criança se não a de legitimar as famílias homoafetivas à realizarem adoção.

Mas se a lei permite essa brecha, grupos homofóbicos radicais têm trabalhado pela regulamentação no sentido de excluir expressamente as famílias homoafetivas do amparo destas leis, ignorando o princípio do melhor interesse e do bem estar da criança. A exemplo, em 2010 o então Deputado Federal Zequinha Marinho-PSC/PA apresentou o Projeto de Lei 7.018 qual veda a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo, propondo a alteração do parágrafo primeiro do artigo 42 do ECA, passando a constar a letra: “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família, **sendo vedada a adotantes do mesmo sexo**” o Projeto hoje arquivado é uma afronta direta à constituição e aos seus princípios, para além, é uma clara demonstração dos escopos da parcela conservadora que ocupa o Congresso Nacional, demonstrando um dos motivos da dificuldade de avanços legais para as entidades familiares homoafetivas.

Em contrapartida, para a obtenção da segurança legal, a Deputada Federal Janete Rocha Pietá – PT/SP apresentou em 2011 o Projeto de Lei 2.153, antagonista ao PL 7.018/10, mas que também visa a alteração do parágrafo 2º do artigo 42 da Lei nº 8.069/90 (ECA), desta vez aspirando incluir a permissão da adoção às uniões de natureza homoafetiva, com o texto da lei passando a constar da seguinte forma: “Para adoção conjunta é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente, ou mantenham união estável ou homoafetiva, comprovada a estabilidade familiar”, o Projeto atualmente está Apensado ao Projeto do Deputado Federal Zequinha Marinho



mencionado em razão de possuírem semelhante matéria e conseqüentemente de mesmo modo arquivado.

#### 4.2.2 A Reprodução assistida

Um procedimento que permite aos casais homoafetivos gerarem filhos biológicos é o método da Reprodução Assistida que pode acontecer de duas maneiras, fertilização *in vitro* (extracorpórea) ou por inseminação artificial (intracorpórea).

Quando o casal é formado por duas mulheres são possíveis ambos os procedimentos de fertilização *in vitro* ou de inseminação artificial utilizando-se de sêmen de doador ou de ou óvulo de doadora e útero de substituição, pejorativamente conhecido como “barriga de aluguel”. No caso do casal composto por dois homens apenas se comporta o procedimento por realização da fertilização *in vitro*.

Os métodos de Reprodução Assistida foram criados, a princípio, para auxiliar os casais heterossexuais inférteis, razão que enseja preconceito e discriminação no ambiente hospitalar para a realização do procedimento nos casais homoafetivos, muitas vezes partindo dos próprios profissionais de saúde, quem deveria ter a postura oposta, conforme concluído através da pesquisa realizada pelo grupo de estudantes formado por: Alencar Albuquerque Grayce; Moreira Belém, Jameson; Fonsêca Cavalcante Nunes, Jeane; Fonseca Leite, Mônica e da Silva Quirino, Glauberto apresentada no artigo que publicaram: *PLANEJAMENTO REPRODUTIVO EM CASAIS HOMOSSEXUAIS NA ESTRATÉGIA SAÚDE DA FAMÍLIA*.<sup>49</sup>

Constaram também na pesquisa que além da discriminação, as famílias homoafetivas tem de lidar com o enfrentamento do despreparo dos profissionais diante das especificidades que existem para se executar o procedimento nesses casais

---

<sup>49</sup> ALBUQUERQUE, Grayce Alencar; et al. Planejamento reprodutivo em casais homossexuais na estratégia saúde da família. Publicado em 17 dez. 2018. Edição v. 21 n. 1 (2018) Pesquisa disponível em <https://periodicos.ufjf.br/index.php/aps/article/view/15639>, acesso em 04 mar. 2020.



e que quando somados os obstáculos dos casos de atitudes discriminatórias em razão da orientação sexual do usuário à inaptidão dos profissionais de saúde, eleva-se a suscetibilidade de agravos durante a realização do procedimento, pondo em risco a saúde e a vida das pessoas que contam com o método para gerarem um filho.

No nosso país a utilização das técnicas de reprodução assistida e suas consequências no Direito de família ainda não são regulamentadas de forma consistente, o que existe são resoluções atualizadas ao longo dos anos do Conselho Federal de Medicina CFM que têm sido empregadas para cobrir mais esse vácuo legislativo. Atualmente a resolução nº 2.168 promulgada no ano de 2017<sup>50</sup> é a que está em vigência, a resolução não revoga os avanços implementados até então para as famílias homoafetivas, incluindo o mais recente que foi a gestão compartilhada em união homoafetiva feminina acrescida na resolução 2.121 de 2015<sup>51</sup>.

Com os avanços nas técnicas de fertilização, possibilita-se a formação das famílias homoafetivas. As fertilizações efetuadas em casais homossexuais será sempre heteróloga, pois sempre haverá um terceiro estranho à relação 10 que doará seu material genético ou promoverá a cessão de útero, por não disporem o casal de plena capacidade reprodutiva. Sendo assim, a reprodução humana assistida pode ser considerada então um meio eficaz para a formação da família homoafetiva, que além de direitos reconhecidos, possui também adquirido o

---

<sup>50</sup> BRASIL. Conselho Federal de medicina. Resolução CFM nº 2.168/2017. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos -, tomando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168> acesso em 04 mar. 2020.

<sup>51</sup> BRASIL. Conselho Federal de medicina. Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tomando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121> acesso em 04 mar. 2020



direito de recorrer a tais técnicas (heteróloga) para consecução de sua família<sup>52</sup>.

Para as famílias homoafetivas compostas por duas mulheres houve em fevereiro de 2013 uma importante decisão vinculante da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>53</sup> firmando jurisprudência no sentido de garantir às famílias homoafetivas a adoção unilateral de filho concebido por inseminação artificial com o intuito de que ambas possam compartilhar a condição de mãe da criança, a Ministra relatora Nancy Andrichi se pronunciou: “A plena equiparação das uniões estáveis heteroafetivas trouxe como corolário a extensão automática, àquela, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional”.<sup>54</sup>

Mais tarde, em 2017 reforçando a decisão do STJ, Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou decisão instituindo o reconhecimento voluntário e a averbação de filiação socioafetiva e registro de filhos havidos por reprodução assistida<sup>55</sup>.

Apesar da autorização trazida pelas resoluções do CFM, as famílias homoafetivas ainda carecem de respaldo legal também nesse aspecto, para poder contar institucionalmente com esse procedimento e constituírem sua família com a segurança que somente a legislação pode trazer.

## **5 A OMISSÃO LEGISLATIVA**

---

<sup>52</sup> SILVA, Argemiro César do Vale Verde de Lima. Os aspectos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Publicado em 12/2017, p. 1. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62573/os-aspectos-juridicos-da-reproducao-assistida-heterologa> acesso em 05 mar. 2020.

<sup>53</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1281093/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1281093&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> acesso em 05 mar. 2020.

<sup>54</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Idem

<sup>55</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Provimento Nº 63 de 14/11/2017 “Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos escritórios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida”. Fonte: DJe/CNJ nº 191, de 17/11/2017. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525> acesso em 05 mar. 2020



A partir de uma análise hermenêutica do sistema brasileiro, o correto seria que os arranjos judiciais produzidos até aqui, valessem somente enquanto o vácuo na lei sobre o assunto se mantivesse, ou seja, enquanto não tenha ocorrido o processo legislativo adequado com todo o tramite previsto legalmente para regulamentar a situação das famílias homoafetivas.

No entanto, aproximadamente 10 anos se passaram desde o julgamento do STF relativo a ADPF 132 em conjunto com a ADI 4722 e as uniões homoafetivas continuam a ser reguladas pela decisão que se procedeu, enquanto o Projeto de Lei que visa a regulamentação das Uniões Homoafetivas segue arquivado.

Isto leva a reflexão de por que, em tempos de regimento de uma Constituição Federal, a primeira a abraçar o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, essas famílias ainda não alcançaram a plenitude em relação a segurança legal e tutela do Estado.

São duas as razões da omissão do legislativo, a primeira se dá pela homofobia estrutural da sociedade que historicamente foi enraizada na cultura nacional consagrada e disseminada, a segunda é política pois muitas vezes existe o receio de nossos representantes que preferem não se posicionar perante temas tão polêmicos diante do enorme risco em perder parte de seu eleitorado, ou mesmo em razão de suas convicções baseadas em religião onde assumidamente abraçam uma posição contrária à inclusão das famílias homoafetivas no ordenamento legal brasileiro.

## **5.1 Homofobia estrutural**

Para a finalidade de conceituação usarei a explicação do Prof. Dr. Marco Aurélio Máximo Prado<sup>56</sup>:

---

<sup>56</sup> Coordenador do Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros) da Universidade Federal de Minas Gerais. Bolsista do CNPq e da Fapemig. Professor do Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal de Minas Gerais





[...] a homofobia como termo para designar uma forma de preconceito e aversão às homossexualidades em geral... o conceito tem sido utilizado para fazer referência a um conjunto de emoções negativas (aversão, desprezo, ódio ou medo) em relações às homossexualidades<sup>57</sup>.

O sentimento de discriminação das pessoas em razão exclusivamente de sua orientação sexual nasceu no Brasil junto com sua população, é contemporânea e paralela ao desenvolvimento da cultura brasileira, até a década de 1980 do século XX ser homossexual significava, de acordo com o Código de Saúde do Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social<sup>58</sup> sofrer de “desvio de transtorno sexual”. No ano de 1981 iniciou-se uma campanha nacional movida pelo Grupo Gay da Bahia<sup>59</sup> juntamente à sociedade civil, psicólogos e psiquiatras buscando a despatologização da homossexualidade que somente foi alcançada no ano de 1985, através da Resolução nº 01/999 do Conselho Federal de Psicologia (CFP)<sup>60</sup>.

Esse acontecimento no entanto, é tão frágil quanto é recente, afinal são recorrentes os movimentos que visam anular o feito e que assustadoramente por muitas vezes prosperam, como a Ação Popular conhecida por “cura gay” movida por um grupo de psicólogos que busca sustar os efeitos da referida Resolução 1/999 autorizando assim a prática de terapias de reversão sexual, a Ação alcançou o deferimento de liminar em decisão de primeira instância autorizando o atendimento psicoterapêutico voluntário para transtornos psicológicos e comportamentos associados à orientação sexual, o que significou um enorme retrocesso para a população homossexual e suas famílias que retornaram ao *status* de transtornados.

---

<sup>57</sup> PRADO, Marco Aurélio Máximo. Homofobia: muitos fenômenos sob o mesmo nome. In: Homofobia: história e crítica de um preconceito, coord. Prado, Marco Aurélio Máximo. Belo Horizonte: Autentica, 2010

<sup>58</sup> O Inamps se constituía como a política pública de saúde que vigorava antes da criação do SUS e foi extinto pela lei federal 8.689, em 1993. O antigo Instituto era responsável pela assistência médica aos trabalhadores que contribuíam com a previdência social.

<sup>59</sup> Web site: [www.grupogaydabahia.com.br/](http://www.grupogaydabahia.com.br/)

<sup>60</sup> A Resolução aponta que não cabe a profissionais da área oferecer qualquer tipo de prática com o objetivo de “reversão sexual”. A resolução está disponível no site: [www.site.cfp.org.br/](http://www.site.cfp.org.br/)



Foi em 24 de abril de 2019, no ano passado, que a Ministra Cármen Lúcia (STF) determinou a suspensão do trâmite da ação popular na Justiça Federal do Distrito Federal e suspendeu os efeitos da liminar, demonstrando que é histórica tanto quanto é atual a homofobia no Brasil estando entranhada na cultura do país.

Como se não bastasse, as práticas homofóbicas são legitimadas todos os dias pelos representantes do Estado, por exemplo através de discursos recentes do atual Presidente da República, que diversas vezes utiliza o termo homossexual em tom de deboche ou através de sinônimos degradantes para atacar a oposição ou mesmo a mídia, como na ocasião em que se virou para um repórter e com a intenção de ofendê-lo proferiu a seguinte frase “você tem uma cara de homossexual terrível e nem por isso eu te acuso de homossexual”<sup>61</sup> insinuando que a orientação sexual do indivíduo pode ser um xingamento ou até mesmo algum ilícito como sugere o emprego da palavra “acusar” escolhida por ele.

Com todo esforço em se desconstruir o pré-conceito ao qual as famílias homoafetivas são submetidas desde sua “regulamentação”, foi um grande retrocesso o cenário que se tem vivido desde as últimas eleições, isso porque quando o maior representante de Estado e de Governo do país não tem responsabilidade em usar-se de sua imagem pública e de tremenda influência sob os cidadãos para dispersar a homofobia, o efeito causado sob a população é de incentivo ao cometimento de ataques homofóbicos verbais e até mesmo físicos, afinal o Brasil é o país onde mais se matam homossexuais no mundo conforme alertou o Rádio Senado<sup>62</sup>, por isso trata-se sim a homofobia como uma deficiência estrutural da sociedade.

---

<sup>61</sup> CANAL PODER 360. YOUTUBE. Bolsonaro diz que jornalista "tem cara de homossexual terrível". Publicado em 20 de dez. de 2019. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=WmJZU0xKozE](http://www.youtube.com/watch?v=WmJZU0xKozE) acesso em 05 mar. 2020

<sup>62</sup> Brasil. Senado Federal. Brasil é o país onde mais se assassina homossexuais no mundo. Portal online do Rádio Senado. Publicado por Larissa Bortoni, em 16/05/2018, 20h11 - Atualizado em 17/05/2018 - 10h22. Disponível em [www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-homossexuais-no-mundo](http://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-homossexuais-no-mundo), acesso em 05 mar. 2020



Tão grave são as consequências dessa homofobia estrutural no país, que mais uma vez surgiu a necessidade do Supremo Tribunal Federal intervir na omissão do Poder Legislativo para, em defesa da constituição e dos direitos fundamentais ali constantes, atuar na proteção dos cidadãos do país que se encontram ameaçados com a crescente homofobia. Recentemente em decisão considerada pela Corte como Histórica, no dia 13 de junho de 2019 concluiu-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26<sup>63</sup> juntamente com o Mandado de Injunção (MI) 4733 onde<sup>64</sup>, pelo resultado de 8 Ministros contra 3, foi decidido que será aplicada a legislação que dispunha sobre os crimes resultantes de preconceito de raça e cor<sup>65</sup> também aos crimes cometidos por motivações homofóbicas. A medida tomada pelo STF se fez necessária por serem direitos fundamentais de uma minoria dos cidadãos que estavam sendo ignorados mais uma vez pelo Poder Legislativo, posicionou-se dessa forma a Ministra Rosa Waber (STF) em seu voto “essa equiparação deve persistir enquanto durar o estado de mora inconstitucional do Poder legislativo”.

A decisão não deve ser enxergada cegamente como um passo a diante da conquista pela igualdade e dissipação da homofobia, mas sim como um alerta à gigantesca proporção tem alcançado dentro do país, e de como são graves suas consequências, que com citado, muitas vezes leva à morte dos indivíduos homossexuais e das famílias que concebem.

A omissão covarde do legislador infraconstitucional em assegurar direitos aos homossexuais e reconhecer seus relacionamentos, ao invés de sinalizar neutralidade, encobre grande preconceito. O receio de ser rotulado de homossexual, o medo de desagradar seu eleitorado e comprometer sua reeleição inibe a aprovação qualquer norma que assegure direitos à

---

<sup>63</sup> Ata do julgamento em anexo

<sup>64</sup> Ata do julgamento em anexo

<sup>65</sup> BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. “Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm), acesso em 05 mar. 2020



parcela minoritária da população que é alvo da discriminação.<sup>66</sup>

É inegável a influência da homofobia no processo legislativo brasileiro já tendo sido denunciada por diversos autores, esta foi uma das vezes que Maria Berenice Dias a apontou.

## **5.2 Política**

A eleição do atual Presidente Jair Bolsonaro que declaradamente abraça uma posição de enfrentamento ao progresso de inclusão das famílias homoafetivas enquanto apoiador das pautas conservadoras tem fomentado o eleitorado neopentecostal.

Atualmente existe dentro no Congresso Nacional a Frente Parlamentar Evangélica (a bancada evangélica) que renovada nas eleições de 2018 vem se expandindo e ganhando força dentro do processo legislativo, hoje contando com 195 dos 513 deputados, equivalente a 38% do total de parlamentares<sup>67</sup>, cujo os esforços são dedicados a uma atuação tanto para fazer avançar sua própria pauta com a criação de Projetos de Leis que excluem e discriminam famílias homoafetivas quanto para embaraçar a tramitação e vetar projetos de lei que deslumbram a inclusão dessas famílias no ordenamento legal.

Inúmeros projetos de lei já foram apresentados. A tramitação é exasperantemente lenta. São arquivados, desarquivados, apensados, em um constante ir e vir. E, se o projeto não é votado e o relator não é reeleito, no final da legislatura, a proposição é arquivada e é preciso recomençar todo um novo calvário para que seja desarquivada e apresentada por outro Relator.

---

<sup>66</sup> DIAS. Op. cit, p. 71

<sup>67</sup> ESTADÃO. Bancada evangélica é 13% mais governista. Publicado por Bruno Ribeiro e Cecília do Lago, O Estado de S.Paulo, em 15 de setembro de 2019. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bancada-evangelica-e-13-mais-governista,70003011090>, acesso em 07 mar. 2020



Significativo foi o lançamento da Frente Parlamentar da Família que apenas prestigia a família monogâmica formada pelo homem e mulher defendendo uma política quase que de extermínio das famílias homoafetivas, para isso o Deputado Anderson Ferreira<sup>68</sup> criou o Projeto de Lei 6.583/2013 (Estatuto da Família) qual dispõe e regula os direitos da família excluindo expressamente em seu artigo 2º as famílias compostas por membros que não sejam heterossexuais:

Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O texto do Projeto de Lei representa o retrocesso de todos os avanços alcançados no âmbito do Direito de Família pelas famílias homoafetivas, rompendo com a primazia da apreciação à afetividade para a constituição de laços familiares e trazendo a primitiva definição de entidade familiar associada á capacidade de reprodução humana.

Acontece que a própria Lei Civil nº 10.406/2002 não impõe como requisito para caracterização da União Estável a reprodução, bastando para que se configure essa a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família. Mesmo ao casamento, instituto de família de maior solenidade não se configura pelo dever de reprodução entre os cônjuges, e recorrendo a nossa lei de maior hierarquia, a Constituição Federal igualmente não incube à família a função social de reprodução das pessoas, se limitando á estabelecer que trata-se da “base essencial da sociedade”, sendo inclusive incompatível extrair esse entendimento, vez que a Constituição Federal de 1988 arrolou a família monoparental como entidade familiar expressa.

A Frente Parlamentar evangélica e as bancadas de defesa à comunidade de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais travam uma verdadeira batalha

---

<sup>68</sup> Foi eleito deputado federal em 2011 sendo reeleito em 2014, para a 55.ª legislatura



dentro da câmara legislativa para interferir no ordenamento legal, no entanto, essa comparação é injusta, por mais que pareça que ambos os lados tentam tomar espaço paralelamente, isso é uma falsa impressão.

Em verdade, representam papéis antagônicos em relação a liberdade conferida ao Brasil pela sua Constituição Federal após a ditadura, afinal, a interferência estatal na esfera privada não é típica de países democráticos como o Brasil, a liberdade da autonomia privada não é conferida à todos os cidadãos sem discriminação por sua orientação sexual, tem sido uma constante luta por direitos, e ainda hoje, não existe em lugar algum do ordenamento legal brasileiro lei que assegure aos casais homoafetivos à tutela dada aos casais formados por um homem e uma mulher.

## **6 PRINCIPAIS MOVIMENTOS NAS CONQUISTAS DE DIREITOS PARA AS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS**

Diante do vácuo legal, o que existe hoje são pequenos avanços rumo á busca pela igualdade civil e combate a homofobia conquistados através de revoluções políticas da sociedade quais originaram grupos do parlamento, entidade, ong's, comissões de discussão e um ativismo político cada vez mais incisivo na busca por direitos.

Evidente que, além das que serão apresentadas, existem muitas outra participações de diversos movimentos no país contribuindo para a busca de uma segurança legal que abranja também as famílias homoafetivas, isso deve ser somado a pressão da sociedade civil perante o poder legislativo até que finalmente se cesse a injusta omissão e então possa ser aprovada a primeira lei do Brasil inaugurando o reconhecimento dessas famílias expressamente em nosso ordenamento legal.

### **6.1 Fundação da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT)<sup>69</sup>**

---

<sup>69</sup> [www.abglt.org](http://www.abglt.org).



Talvez essa fundação tenha sido o mais importante dentre os aliados para se chegar ao *status familia*<sup>70</sup> das entidades familiares formadas por casais homoafetivos e na luta pelos direitos civis dessa população. Fundada no dia 31 de janeiro de 1995, é uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos e com duração por tempo indeterminado.

É um marco histórico na luta porque representa a criação de uma rede nacional de representação com capacidade e legitimidade perante o Governo Federal e credibilidade para com a sociedade como um todo, tendo sido essencial sua ativa participação nas principais conquistas acontecidas no país para as famílias homoafetivas. Hoje a ABGLT tem assento no Fórum Nacional de Educação.

## **6.2 Conferências nacionais LGBT**

Em 2007 aconteceu a 1ª Conferência Nacional LGBT que traçou diretrizes para a elaboração de políticas públicas voltadas ao segmento GLBT, para a atuação tanto dos poderes públicos, executivo, judiciário e o legislativo, quanto da sociedade civil organizada visando conscientizar a população.

Contudo a 1ª Conferência Nacional LGBT teve eficácia mitigada, foi na 2ª Conferência ocorrida em dezembro de 2011 que começou a pressão ao poder legislativo para a aprovação do PL 122 que criminaliza a homofobia em resposta a violência existente motivada pela homofobia crescente e que aterrorizava a população homossexual da época.

Gustavo Venturi em uma pesquisa que abrangeu 25 estados da Federação e 150 municípios, constatou que 92% dos entrevistados acreditam que no Brasil há preconceito contra gays e lésbicas, enquanto 96% se assumiram preconceituosos contra gays e 97% contra lésbicas, esses resultados foram confirmados pelos dados apresentados pelo Grupo Gay da Bahia por intermédio de Luiz Roberto de Barros

---

<sup>70</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk, União entre pessoas do mesmo sexo – aspectos jurídicos e sociais, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004 p. 33



Mott<sup>71</sup> ainda acrescentaram que no ano de 2011, foram documentados 266 assassinatos de gays, travestis e lésbicas no Brasil, seis a mais que no ano anterior, liderando naquele ano o ranking mundial de assassinatos homofóbicos, concentrando 44% do total de execuções de todo o mundo<sup>72</sup>.

A Deputada Erika Kokay<sup>73</sup> proferiu em discurso durante a 2ª Conferência Nacional LGBT:

o Poder Legislativo afronta os princípios e direitos constitucionais, assegurados a todos os indivíduos brasileiros de forma igualitária, ao agir movido pela homofobia e se recusar a examinar projetos sobre questões LGBT, baseando-se exclusivamente em princípios religiosos, sem observar a laicidade preconizada pelo texto constitucional.

Foi de grande impacto quando a Deputada acusou nesse discurso o porquê do Poder Legislativo tratar, ainda hoje, o direito das famílias de forma a excluir as famílias de natureza homoafetiva em participarem da segurança das leis.

### **6.3 Comissão da diversidade sexual**

A Ordem dos Advogados do Brasil também entendeu a relevância do tema quando se deu conta das enormes proporções que as ações discriminatórias estavam tomando dentro do país.

O presidente da ordem Ophir Cavalcante, então anunciou no dia 22 de março de 2011 a criação da Comissão da Diversidade Sexual, que possui como principais atribuições: Intensificar as discursões e coordenar as matérias, projetos e ações da entidade nessa área incluindo a defesa do reconhecimento jurídico das relações homoafetivas, comprometendo-se em enfrentar todas as formas de manifestação da

---

<sup>71</sup> Professor, antropólogo, pesquisador e ativista gay e presidente do Grupo Gay da Bahia

<sup>72</sup> VENTURI, Gustavo. Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil, intolerância e respeito às diferenças sexuais. Publicado em 13 de fev. 2010. Disponível em <https://fpabramo.org.br/2010/02/13/diversidade-sexual-e-homofobia-no-brasil-intolerancia-e-respeito-as-diferencas-sexuais/>, acesso em 05 mar. 2020

<sup>73</sup> Deputado(a) Federal - 2011-2015, DF, PT, Dt. Posse: 01/02/2011; Deputado(a) Federal - 2015-2019, DF, PT, Dt. Posse: 01/02/2015; Deputada Federal - 2019-2023, DF, PT, Dt. Posse: 01/02/2019





homofobia, denunciando crimes de intolerância e buscando os procedimentos necessários à apuração dos fatos; fazer garantir os direitos constitucionais de todo e qualquer cidadão comprometendo-se com a inserção das relações homoafetivas no cotidiano visando torna-las mais naturais e dinâmicas; e sempre buscar a cooperação de outras entidades nacionais ou internacionais que possam contribuir na realização desse objetivo.

A Comissão é pautada na igualdade, afirmou a secretária-geral adjunta da OAB Nacional na audiência de criação que “não haveria negação de direitos a qualquer cidadão”, a atuação da comissão tem sido essencial para as conquistas judiciais das famílias homoafetivas<sup>74</sup>.

## **7 O POSICIONAMENTO CONTRAMAJORITÁRIO DO PODER JUDICIÁRIO**

A legislação infraconstitucional brasileira vem ferindo constantemente o que dispõe a Constituição Federal no que tange a proteção à família e aos Princípios Fundamentais para as relações que envolvem as famílias homoafetivas. O Poder Judiciário tem sido ativista, interferindo por diversas vezes com a finalidade de incluir as famílias homoafetivas às tutelas legais previstas aos casais heteronormativos, acontece que essa atuação quase que legislativa do Judiciário é frágil, e muitas vezes insuficiente por não ser essa atribuição originalmente deste poder.

É necessário que o Poder Legislativo comece a atuar incluindo todas as famílias sob a proteção do Estado, uma vez que faticamente já é uma realidade dentro da sociedade a existência dessas famílias e ignora-las pode causar prejuízos até mesmo ao próprio Estado, afinal, como podemos observar, muitos institutos do

---

<sup>74</sup> ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. OAB cria Comissão da Diversidade Sexual para encaminhar ações nessa área. Publicado em 22 mar. 2011. Disponível em <https://www.oab.org.br/noticia/21601/oab-cria-comissao-da-diversidade-sexual-para-encaminhar-acoes-nessa-area>; acesso em 05 mar. 2020.



Direito de Família transbordam ao mesmo, influenciando e gerando efeitos em todo o ordenamento jurídico de direito.

Mas afinal, a inclusão das famílias homoafetivas à custódia das mesmas normas quais gozam às entidades familiares de configurações heterossexuais instituída pelo Poder Judiciário pode ser considerado ativismo judicial, ou trata-se apenas da pura interpretação da norma? Para isso é importante a compressão dos parâmetros constitucionais de atuação do ativismo judicial com o fim de delimitar ações do judiciário em relação as entidades familiares homoafetivas em legítimas ou não.

Arthur Schlesinger Jr. É um historiador norte americano e de acordo com a doutrina do país foi o pioneiro na utilização do termo “Ativismo Judicial”, tendo inaugurado o mesmo de forma pública em seu artigo intitulado “*The Supreme Court: 1947*” publicado na Revista *Fortune* vol. XXXV nº 1 no mês de janeiro de 1947. Arthur entendia a importância em analisar os valores que motivam os juízes a fazer seus julgamentos críticos, por óbvio dentro do campo da discricionariedade trazida pela própria lei. Defendia a importância em saber os elementos externos e internos à corte e qualquer outra variável que os levam a decidir de determinada forma, afinal, para Arthur, “suas decisões ajudam a moldar a nação por anos”<sup>75</sup>.

As decisões judiciais são de extrema importância, compõem o pilar do Direito junto com as circunstâncias políticas e sociais formando um paradigma em que um elemento influi sob o outro de maneira recíproca.

Muitos países como os Estados Unidos, adotam as decisões judiciais e os precedentes julgados como fontes diretas de direito, no Brasil entretanto, isso acontece de forma mitigada. Não somente é permitido na Constituição Federal, como também é atribuição expressa da Suprema Corte do nosso Estado atuar quando existe a omissão ou o Excesso do poder legislativo, a exemplo dispõe o artigo 5º LXXI:

---

<sup>75</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. 2014, p. 43.



Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a **falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais** e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Logo, existe sim um ativismo do Poder Judiciário, mas não o conceituado “Ativismo Judicial” como instituto e fonte direta de direito equiparável ao processo legislativo. O poder judiciário no Brasil, em suas decisões até o presente momento a respeito das famílias homoafetivas nada fez se não agir conforme delimita e atribui a Constituição federal, decidindo sobre uma omissão injustificada, discriminatória e esta sim inconstitucional deixada pelo Poder legislativo pelas razões aqui já apresentadas, atuando em observância aos princípios fundamentais previsto no ordenamento nacional e dos Direitos Humanos em esfera global.

Além disso as atuações mencionadas intencionam legislar, mas sim dar concretude a circunstâncias já inegavelmente existentes e equiparavelmente possíveis, e mesmo assim, somente até que o devido processo legislativo ocorra e seja sancionada lei que regulamente sobre as famílias homoafetivas dentro do ordenamento legal brasileiro, constitucional e infraconstitucional, como citaram diversas vezes os ministros em seus votos.

Uma vez havido o processo legislativo e se tenha regulamentado a matéria, ainda que de forma adversa ao que decidiu o Supremo Tribunal Federal, as decisões desse órgão serão superadas pela lei específica na medida em que sejam suprimidas as lacunas pelo poder Legislativo, conforme é estabelecido na Constituição Federal, sem que exista qualquer vínculo.

O judiciário por sua vez está comprometido com a técnica jurídica, portanto a análise em regra não deve seguir os parâmetros quais se utilizam no Congresso Nacional, especialmente na Câmara dos Deputados onde os votos são verdadeiros embates de opiniões e emoções, ou seguir os parâmetros do Poder Executivo, cujo existe uma certa obrigação técnica porém o espaço para a discricionariedade baseada em interesses individuais ainda possuiu sua larga extensão.



A análise feita pela Corte deve sempre pautar-se exatamente nos moldes e limites já estabelecidos pela Constituição Federal, têm os Ministros uma obrigação com a aplicação estrita da lei sendo sua função a interpretação das fontes do direito, e não opinar e polemizar. É essa a razão pela qual o primeiro passo á igualdade para as famílias homoafetivas foi dado pelo Poder Judiciário e a essência de suas decisões sobre o tema tem sido contramajoritária, afinal, a Constituição Federal permite e atribui a este poder promover a tutela de minorias.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição Federal, goza da prerrogativa de “última palavra” em casos de controvérsias desta natureza, não poderia então igualmente submeter suas decisões à hegemonia da vontade da maioria em detrimento das minorias nem mesmo tolerar a supressão de seus direitos em prol de opiniões populares ou valores morais da igreja, o compromisso da Corte de dá unicamente com o Estado Democrático de Direito.

Essa postura “contramajoritária” do Poder Judiciário perante os outros poderes não precisa significar a pior perspectiva da expressão, na verdade, o que a princípio a maioria discordante considera como uma afronta à sua opinião , crenças, moral e etc, com o convívio, ainda que obrigatoriamente, e o passar do tempo, vir-se-á aflorar o valor educativo das decisões inclusivas do Supremo Tribunal Federal em relação às famílias homoafetivas, de forma a contribuir com a celeridade do processo evolutivo da sociedade e de sua visão sobre o assunto tão controverso, auxiliando à população a enxergar a necessidade de abranger-se à todos os cidadãos a garantia de seus direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal.

Importante salientar por último que por mais eficaz que a atuação do Poder Judiciário tem demonstrado ser, não poderia este suprimir eternamente a necessidade das famílias homoafetivas em ter amparado na Legislação Brasileira seus direitos de forma isonômica. Apesar da insistência política e legislativa em tentar evitar o inevitável, somente a inclusão das famílias homoafetivas nos textos legais existentes poderia significar, ainda que tardiamente, o primeiro passo da evolução social



ao encontro do alcance à tutela para as diversidade de famílias, especialmente as de natureza homoafetiva, e a real igualdade entre os cidadãos.

## **CONCLUSÃO**

A Família possui dentro de nossa sociedade uma importância que vai além da social, emite efeitos em diversos institutos do direito e é responsável todos os dias por milhares de atos jurídicos, razão que evidencia o fato de que todos os cidadãos, sem distinção de sexualidade devem poder usufruir do que regulamenta o Estado especialmente para as famílias.

Devido a constitucionalização que é realidade no país, os princípios no nosso ordenamento jurídico são importantes fontes do direito, especialmente os princípios constitucionais, tais quais deram origem a mais uma cadeia de princípios que ordenam o Direito de Família visando a proteção dos vulneráveis e também a proteção das entidades familiares perante o estado.

Isso instiga indagar a razão de porque as famílias homoafetivas não são legítimas à tal proteção conferida pelo ordenamento aos cidadãos brasileiros quando sendo os casais homoafetivos compostos por cidadãos. Até hoje o legislativo é omissivo no que se refere a regulamentação das famílias homoafetivas, mantendo uma situação inaceitável de instabilidade e insegurança, situação essa que é aparentemente inconstitucional, já que fere os direitos fundamentais destes cidadãos por motivos políticos e de discriminação.

Devido a tal omissão e observado o dever imposto ao Poder Judiciário pela Constituição Federal, este encontrou-se praticamente obrigado a agir, vez que ignorada certa situação fática, não faz com que deixe de existir, portanto, em relação as adequações judiciais alcançadas.

Logo, os efeitos gerados pelas adequações judiciais não ferem o princípio da separação dos poderes, ao contrário, objetivam cessar ou conter circunstâncias de



injustiça e supressão de direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, contribuindo com os Poderes Legislativo e Executivo onde estes faltaram.

A ação do Poder Judiciário em suprir a falta do legislador principalmente acontece dada à coalizão, e aqui me refiro ao sentido negativo do termo, existente entre o legislativo comprometido com a política e a opinião pública da sociedade e atualmente com a vertente seguida pelo Presidente da República que repudia a inclusão de cidadãos de bem à tutela do Estado unicamente motivado por suas orientações sexuais. Traduzindo, nada mais é senão uma campanha eleitoral forjada sob os direitos suprimidos de parte da população, dando eco através do Congresso Nacional à homofobia estrutural existente no país.

## **REFERÊNCIAS**

ALBUQUERQUE, Grayce Alencar; et al. Planejamento reprodutivo em casais homossexuais na estratégia saúde da família. Publicado em 17 dez. 2018. Edição v.

21 n. 1 (2018) Pesquisa disponível em <https://periodicos.ufjf.br/index.php/aps/article/view/15639>, acesso em 04 mar. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 17 – jan./jun. 2011, p.2. Disponível ..... em [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105-Artigo\\_Luis\\_Roberto\\_Barroso\\_\(Diferentes\\_mas\\_iguais\\_o\\_reconhecimento\\_juridico\\_das\\_relacoes\\_homoafetivas\\_no\\_Brasil\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105-Artigo_Luis_Roberto_Barroso_(Diferentes_mas_iguais_o_reconhecimento_juridico_das_relacoes_homoafetivas_no_Brasil).pdf) acesso em 30 fev. 2020.

BONAVIDES, Paulo; Curso de direito constitucional. 12º edição, São Paulo, Malheiros, 2001.

BRASIL. [Constituição Federal (1988)], Constituição da República Federativa Do Brasil. 05 out. 1998.

BRASIL. Código Civil de 1916 - Lei nº 3.071 de 01 de Janeiro de 1916. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm) acesso em 28 fev. 2020.



BRASIL. Código Civil. Art. 1.783-A do Código Civil Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm) acesso em 28 fev. 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 263 do CJF; III Jornada de Direito Civil; Coordenador-Geral Ministro Ruy Rosado de Aguiar; Comissão de Trabalho Família e Sucessões; Coordenador da Comissão de Trabalho Luiz Edson Fachin; Nº 263. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/263> acesso em 28 fev. 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil; Coordenador-Geral Ministro Ruy Rosado de Aguiar; Comissão de Trabalho: Família e Sucessões; Coordenador da Comissão de Trabalho Luis Edson Fachin e Luiz Felipe Brasil Santos, Nº 339. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/369> acesso em 28 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Federal de medicina. Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121> acesso em 04 mar. 2020.

BRASIL. Conselho Federal de medicina. Resolução CFM nº 2.168/2017. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos -, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168> acesso em 04 mar. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução Nº 175 de 14/05/2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. DJE/CNJ nº 89/2013, de 15/05/2013, p. 2. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754> acesso em 03 mar. 2020.



BRASIL. Decreto Nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm) acesso em 03 mar. 2020.

BRASIL. IBGE. Casamentos homoafetivos crescem 61,7% em ano de queda no total de uniões. Editoria: Estatísticas Sociais, Alerrandre Barros, Arte: Brisa Gil, 04/12/2019 10h00. Última Atualização: 04/12/2019 10h00. Disponível em [www.agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26192-casamentos-homoafetivos-crescem-61-7-em-ano-de-queda-no-total-de-unioes](http://www.agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26192-casamentos-homoafetivos-crescem-61-7-em-ano-de-queda-no-total-de-unioes) acesso em 30 fev. 2020.

BRASIL. Lei N 10.406, de 10 de janeiro de 2002 Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 28 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº. 3.071 de 1 de janeiro de 1916, também conhecido como Código Beviláqua, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)> Acesso em: 28 fev. 2020.

BRASIL. Lei No 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm). Acesso em: 28 fev. 2020.

BRASIL. Lei Nº 12.010, de 3 de agosto de 2009 que dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm) acesso em 03 mar. 2020.

BRASIL. Lei Nº 5.478, de 25 de julho de 1968 que dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm) acesso em 28 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. “Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm), acesso em 05 mar. 2020.





BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm#art266](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266). Acesso em: 28 fev. 2020.

BRASIL. Notícias do STF. Representante do RJ afirma que ninguém deve ser diminuído por compartilhar afetos com quem escolher. Publicado em 04 de maio de 2011. Disponível no site do STF:

[www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178728](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178728). Acesso em: 01 mar. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Brasil é o país onde mais se assassina homossexuais no mundo. Portal online do Rádio Senado. Publicado por Larissa Bortoni, em 16/05/2018, 20h11 – Atualizado em 17/05/2018 - 10h22. Disponível em:

[www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-homossexuais-no-mundo](http://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-homossexuais-no-mundo), acesso em 05 mar. 2020.

BRASIL. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade, n. 4277/DF - DISTRITO FEDERAL., Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Julgamento: 05/05/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. A decisão está disponível no seguinte link:

[www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4277&processo=4277](http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4277&processo=4277) acesso em mar. 2020.

BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Med. Liminar) - 132/RJ - Rio de Janeiro. Relator(a): Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em:

[www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=132&processo=132](http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=132&processo=132) acesso em 03 mar. 2020.

BRASIL. STJ. Resp 1.183.378/RS 4ª turma Relatorio Ministro Luiz Felipe Salomao j. 25/10/2011. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/> acesso em 28 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Provimento Nº 63 de 14/11/2017 “Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida”. Fonte: DJe/CNJ nº 191, de 17/11/2017. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525> acesso em 05 mar. 2020.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1281093/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013.

Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1281093&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> acesso em 05 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 889.852/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=889852&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> acesso em 03 mar. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. 2014.

CANAL PODER 360. Youtube. Bolsonaro diz que jornalista "tem cara de homossexual terrível". Publicado em 20 de dez. de 2019. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=WmJZU0xKozE](http://www.youtube.com/watch?v=WmJZU0xKozE) acesso em 05 mar. 2020.

CANAL STJ. Youtube. STJ Cidadão #01: União Homoafetiva. Publicado em 24 de fev. de 2017. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=0g8hef4WFAU&t=895s](http://www.youtube.com/watch?v=0g8hef4WFAU&t=895s) acesso em 04 mar. 2020.

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. Leia a íntegra da decisão que autorizou o primeiro casamento homossexual. Publicado em: 28/06/2011. Disponível para leitura no site: [www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MzQ4OA==&filtr o=&Data=](http://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MzQ4OA==&filtr o=&Data=) acesso em 01 mar. 2020.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ecl. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 26ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família, 17ª edição, v. 5, São Paulo: Saraiva, 2002.

ESTADÃO. Bancada evangélica é 13% mais governista. Publicado por Bruno Ribeiro e Cecília do Lago, O Estado de S.Paulo, em 15 de setembro de 2019.



Disponível em <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bancada-evangelica-e-13-mais-governista,70003011090>, acesso em 07 mar. 2020.

ESTADÃO. Juiz converte união estável em primeiro casamento civil gay no Brasil. Publicado em 28 de junho de 2011. Disponível em: [www.estadao.com.br/noticias/geral,juiz-converte-uniao-estavel-em-primeiro-casamento-civil-gay-no-brasil-imp-,737759](http://www.estadao.com.br/noticias/geral,juiz-converte-uniao-estavel-em-primeiro-casamento-civil-gay-no-brasil-imp-,737759). Acesso em: 01 mar. 2020.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira - Direito de família e o novo código civil-Das Relações de Parentesco. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre. 1999

IBDAM. Censo 2010 contabiliza mais de 60 mil casais homossexuais. Publicado em 29/04/2011. Disponível em: [www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/4565/Censo+2010+contabiliza+mais+de+60+mil+casais+homossexuais#.Xlbn cQ11X1M.gmail](http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/4565/Censo+2010+contabiliza+mais+de+60+mil+casais+homossexuais#.Xlbn cQ11X1M.gmail) acesso em 30 fev. 2020.

LÔBO, Paulo; Direito civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk, União entre pessoas do mesmo sexo – aspectos jurídicos e sociais, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004 p. 33.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional. 2019.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. OAB cria Comissão da Diversidade Sexual para encaminhar ações nessa área. Publicado em 22 mar. 2011. Disponível em <https://www.oab.org.br/noticia/21601/oab-cria-comissao-da-diversidade-sexual-para-encaminhar-acoes-nessa-area>; acesso em 05 mar. 2020.

PRADO, Marco Aurélio Máximo. Homofobia: muitos fenômenos sob o mesmo nome. In: Homofobia: história e crítica de um preconceito, coord. Prado, Marco Aurélio Máximo. Belo Horizonte: Autentica, 2010.

SILVA, Argemiro César do Vale Verde de Lima. Os aspectos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Publicado em 12/2017, p. 1. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62573/os-aspectos-juridicos-da-reproducao-assistida-heterologa> acesso em 05 mar. 2020.



VENTURI, Gustavo. Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil, intolerância e respeito às diferenças sexuais. Publicado em 13 de fev. 2010. Disponível em <https://fpabramo.org.br/2010/02/13/diversidade-sexual-e-homofobia-no-brasil-intolerancia-e-respeito-as-diferencas-sexuais/>, acesso em 05 mar. 2020.



# ABANDONO AFETIVO INVERSO: Viabilidade de aplicação da responsabilidade civil

Ana Carolina Alves Silva

## RESUMO

O presente artigo visa abordar a viabilidade da aplicação da responsabilidade civil perante o instituto “abandono afetivo inverso”. Em primeiro lugar, se faz necessário demonstrar que com a evolução histórica do direito de família, a afetividade ganhou relevância quando um tema neste âmbito é discutido. Começaram a chegar alguns casos ao Poder Judiciário sobre o abandono afetivo parental filial e os Tribunais de Justiça bem como o próprio Superior Tribunal de Justiça decidiram utilizar a teoria geral da responsabilidade civil entre outras fontes do direito como o Estatuto do Idoso, princípios básicos do direito de família, entre outros para reconhecer que os filhos abandonados por seus pais devem receber uma indenização pela falta do dever de cuidado que sofreram, porém o direito inverso também precisa ganhar notoriedade, ou seja, os pais idosos que são abandonados por seus filhos também possuem direito de receber uma indenização por danos morais, pois estão em uma fase que necessitam de medicamentos, cuidados especiais, entre outros fatores. A Constituição Federal prevê que a família é um dos primeiros responsáveis por cuidar dos idosos, além de que também estabelece uma responsabilidade recíproca entre pais e filhos de cuidarem uns dos outros em seu momento mais vulnerável.

**Palavras-chave:** Abandono. Afetividade. Idosos. Direito de Família. Constituição Federal. Estatuto do Idoso.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará a respeito da aplicabilidade da responsabilidade civil no instituto “Abandono Afetivo Inverso”. Apesar de existirem vários assuntos



interessantes para serem debatidos no âmbito do direito de família, o fato de não haver tanta discussão e principalmente, um posicionamento pacificado sobre o abandono afetivo inverso fez com que se tornasse um fator desafiador para a escolha do tema, pois é um assunto que necessita maior visibilidade.

A relevância desse tema é social, visto que, a população de idosos é significativa no nosso país e cresce cada vez mais. Inúmeros idosos são abandonados em asilos, casas para idosos ou ficam isolados sem os cuidados necessários para a sua subsistência.

A problemática do tema concentra-se em que medida a responsabilidade civil é cabível quando há abandono afetivo dos filhos para com os pais idosos, uma vez que, não há legislação específica.

E nesse caso, o papel do direito é buscar o máximo de mecanismos para garantir a proteção, a dignidade, integridade física e psíquica dessas pessoas como se busca e se discute quando se trata de outras faixas etárias.

Nesse sentido, a inclusão de dispositivos no Estatuto do Idoso, por exemplo, que garantam imediata indenização quando houver falta grave, negligência, violência em todas as suas formas contra o pai idoso, políticas públicas que criem atividades e oportunidades para os idosos se ocuparem em seu dia a dia sentindo-se úteis na sociedade, verbas para lares abrigarem mais idosos, enfatizar a importância do convívio familiar, social que já são previstos no Estatuto mencionado, entre outros.

Não será tratado neste artigo o tema abandono afetivo parental a fundo, ele será usado apenas para fins de aplicar o princípio da reciprocidade ao abandono afetivo inverso, não será abordado a evolução histórica do idoso, assim como a questão de sucessões em um cenário que apenas um filho ampara o pai e os demais filhos o abandonam afetivamente, também não será discutido como se aplica o



princípio da reciprocidade no caso em que o filho que foi abandonado afetivamente também abandona seu genitor.

A metodologia utilizada para discorrer a respeito do tema será dogmática ou instrumental tendo como meios de pesquisa a doutrina, artigos científicos, reportagens, legislações como o projeto de lei número 4229 de 2019, o Código Civil, Estatuto do Idoso previsto na lei 10.741 de 2003 e jurisprudência utilizando o conceito e aspectos do abandono afetivo parental para complementar peculiaridades do instituto abandono afetivo inverso.

O primeiro capítulo apresenta as fontes do direito, leis como o Código Civil, o Estatuto do Idoso, Política Nacional do Idoso, Lei Orgânica de Assistência Social e a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que de um modo geral garantem a dignidade e direitos para os idosos.

O segundo capítulo irá abordar a evolução do direito de família e os princípios que demonstram que do passado até os dias de hoje a afetividade vem ganhando proporção a ponto de mudar paradigmas no âmbito do direito e havendo também, a constitucionalização do direito de família em que foi reconhecido a igualdade entre os filhos, entre homens e mulheres perante a entidade familiar, entre outros.

O terceiro capítulo elucida a responsabilidade civil em aspectos gerais e sua aplicabilidade, reflexos perante o instituto “abandono afetivo inverso”. Além do entendimento de aplicar a indenização para a falta do dever de cuidado dos filhos para com seus pais idosos, o capítulo três aborda a pensão alimentícia que já é uma conquista alcançada através do Código Civil e Estatuto do Idoso já aplicada no Judiciário.

O quarto e o último capítulo desenvolvem, em primeiro lugar, o abandono afetivo de pais para com os filhos e como o Poder Judiciário tem se posicionado



diante dos casos concretos. Em segundo lugar, discorre sobre o abandono afetivo inverso, inclusive apontando o projeto de lei número 4229 de 2019 que visa impor a indenização para quem violar o dever de cuidado com os idosos.

## 1 LEGISLAÇÕES E DIREITOS INERENTES AOS IDOSOS

O número de pessoas com idade avançada vem crescendo no Brasil e no mundo. O IBGE aponta que, “em 2012, a população com 60 anos ou mais era de 25,4 milhões. Os 4,8 milhões de novos idosos em cinco anos correspondem a um crescimento de 18% desse grupo etário, que tem se tornado cada vez mais representativo no Brasil”<sup>1</sup>.

Esse fenômeno chama atenção e gera preocupação de inúmeros ramos, inclusive a esfera do direito para que esses indivíduos usufruam de seus direitos como a proteção, dignidade, integridade física e psíquica, pois quando mais novos contribuíram para a sociedade e com o passar do tempo ficam mais vulneráveis, necessitando de cuidados especiais<sup>2</sup>.

A Central Judicial do Idoso (CJI) do Tribunal de Justiça registrou que:

De janeiro a maio de 2019 ocorreram 118 casos de violência contra idosos no Distrito Federal. Desse total, 17 foram agressões físicas e 31 psicológicas. O órgão também informou que, nesse período, contabilizou 26 ocorrências de abusos financeiros e 29 casos de negligência.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> BARROSO, Marcelo. **Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017.** Agência de notícias do IBGE, 01 de outubro de 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>. Acesso em: 03 abr. 2019.

<sup>2</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; BARROS, Marília Ferreira de. Abandono Afetivo Inverso: O Abandono do Idoso e a Violação do Dever de Cuidado por Parte da Prole. **Cadernos do Programa de Pós- Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, n. 3, p. 168-201, fev. 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/66610/40474>. Acesso em: 03 abr. 2019

<sup>3</sup> OTRIZ, Brenda. **DF registra 118 casos de violência contra idosos em 2019.** Brasília, 15 de junho de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/06/15/df-registra-118-casos-de-violencia-contra-idosos-em-2019.ghtml>. Acesso em: 28 ago. 2019





O cenário do aumento do envelhecimento da população é um ponto que faz com que o Estado busque políticas públicas, tema que será abordado mais adiante no presente artigo e maiores garantias para que considerável parte da população viva com dignidade. A questão da violência, maus tratos, negligência, entre outros também é delicada e necessita de soluções imediatas, principalmente porque na maioria dos casos, os autores de tais fatos são os próprios parentes<sup>4</sup>.

## **1.1 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**

A Constituição Federativa do Brasil de 1988 em seus artigos 229 e 230 impõe aos filhos o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade; também estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado cuidar dos idosos assegurando a sua dignidade, o direito à vida e a sua participação na comunidade.<sup>5</sup>

Vale ressaltar que, o legislador colocou “a família, a sociedade e o Estado têm o dever...”, nesse sentido, nota-se que em uma ordem de responsabilidades, a família é a primeira que possui o dever de auxiliar as pessoas idosas, garantindo todos esses direitos descritos no dispositivo e posteriormente, outros sujeitos terão esse dever<sup>6</sup>.

O artigo 230 em seus parágrafos ainda ordena que os programas de amparo aos idosos sejam executados preferencialmente em seus lares e que os maiores de

---

<sup>4</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017

<sup>5</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29 ago. 2019

<sup>6</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; BARROS, Marília Ferreira de. Abandono Afetivo Inverso: O Abandono do Idoso e a Violação do Dever de Cuidado por Parte da Prole. **Cadernos do Programa de Pós- Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, n. 3, p. 168-201, fev. 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/66610/40474>. Acesso em: 03 abr. 2019



sessenta e cinco anos tenham garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos<sup>7</sup>.

A Carta Magna é a base para que demais legislações como a Lei Orgânica de Assistência Social, Política Nacional do Idoso, o Estatuto do Idoso, entre outras discorram a respeito dos direitos dos idosos, deveres para com os mesmos e zelem pela dignidade da pessoa humana, neste contexto, do idoso que está previsto no artigo 1, inciso III, da CF<sup>8</sup>.

## 1.2 Lei Orgânica de Assistência Social

A Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 nas palavras de Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Marília Ferreira de Barros:

(...) A assistência social brasileira está positivada nos artigos 6º, 194 e 203 da Constituição da República de 1988. Cuida-se de direito social que exige do Estado Brasileiro a atuação no sentido de reduzir desigualdades e garantir o mínimo social aos indivíduos em situação de vulnerabilidade e risco social. Em outras palavras, trata-se de direito fundamental de prestação material, direito público subjetivo dos necessitados e obrigação jurídica dos Poderes Públicos.<sup>9</sup>

O artigo 203, da Constituição Federal, por exemplo, em seu inciso V, prevê garantia de um salário mínimo de benefício mensal ao idoso que comprove não

---

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29 ago. 2019.

<sup>8</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29 ago. 2019

<sup>9</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; BARROS, Marília Ferreira de. Abandono Afetivo Inverso: O Abandono do Idoso e a Violação do Dever de Cuidado por Parte da Prole. **Cadernos do Programa de Pós- Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, n. 3, p. 168-201, fev. 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/66610/40474>. Acesso em: 03 abr. 2019



possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei<sup>10</sup>.

### 1.3 Política Nacional do Idoso

A Política Nacional do Idoso, Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994 também pode ser considerada um avanço para a população da terceira idade, pois é um mecanismo a mais que irá ampará-los. Como o próprio artigo primeiro descreve: “A política nacional do idoso tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade”<sup>11</sup>.

### 1.4 Estatuto do Idoso

Posteriormente, ocorreu a criação do Estatuto do Idoso que descreve de forma mais detalhada os direitos e garantias da terceira idade assegurando que a inobservância dessas normas acarretará a responsabilidade tanto de pessoas físicas como jurídicas conforme a lei determinar<sup>12</sup>. O artigo 3, do Estatuto do Idoso traz a mesma percepção que o caput do artigo 230 da CF quando diz que:

---

<sup>10</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29 ago. 2019

<sup>11</sup> BRASIL. **Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/L8842.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8842.htm). Acesso em: 29 ago. 2019

<sup>12</sup> BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm). Acesso em: 29 ago. 2019.



É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.<sup>13</sup>

O Estatuto do Idoso dispõe também a respeito do idoso não ser objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão e ainda prevê que todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.<sup>14</sup>

### **1.5 Código Civil de 2002**

O Código Civil de 2002 além de grande evolução, principalmente para o direito de família, traz a discussão a respeito de pensão alimentícia, especificamente na primeira parte do

artigo 1696, que dispõe sobre a prestação de alimentos ser recíproca entre pais e filhos, bem como no caput e parágrafos do artigo 1964, todos do Código Civil<sup>1516</sup>.

## **2 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO**

---

<sup>13</sup> BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm). Acesso em: 29 ago. 2019.

<sup>14</sup> BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm). Acesso em: 29 ago. 2019.

<sup>15</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 28 ago. 2019

<sup>16</sup> MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019



No direito romano, o *pater* prevalecia sobre os filhos e sobre a mulher, ele tinha o poder de vendê-los ou até mesmo conceder a vida ou tirá-la, o princípio da autoridade prevalecia naquela época de tal forma que a mulher poderia ser repudiada por ato exclusivo do marido<sup>17</sup>.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves “a família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz”<sup>18</sup>.

Com o passar do tempo esse comportamento rígido, a imagem de homem como autoridade máxima foi enfraquecendo ao passo que surgiu o casamento *sine manu*, ou seja, a mulher casava-se com o homem, porém sem subordinar-se a ele, ela poderia, por exemplo, usufruir de seus bens sem interferências do marido. Ademais, houve a criação de patrimônio independente para os filhos em razão das necessidades militares<sup>19</sup>.

No século IV, o direito romano adquiriu uma concepção cristã e aos poucos a figura do *pater familias* dizimou-se, mulheres e filhos possuíam maior autonomia para administrar seus bens, neste período, preponderavam “preocupações de ordem moral”<sup>20</sup>.

A família sofreu influência do direito canônico, principalmente durante o período da Idade Média onde existia apenas o casamento religioso e este não poderia ser dissolvido, mesmo que não houvesse mais afeto, porém, esse ponto começou a ser questionado.

---

<sup>17</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017

<sup>18</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 32

<sup>19</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017

<sup>20</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018



A família também foi fortemente influenciada pelas Ordenações Filipinas, pelo Código Civil de 1916 que mantiveram o pensamento de uma família hierarquizada e patriarcal, contudo na era moderna, o vínculo afetivo começou a conquistar espaço como elemento nas relações familiares<sup>21</sup>.

A Constituição Federal fortaleceu o direito de família com os artigos 226 e 227 que firmaram a igualdade entre homens e mulheres referente aos direitos e deveres da relação conjugal, esse direito está previsto no artigo 226, parágrafo 5º, todavia também é encontrado nos termos do artigo 5º, inciso I do Texto Maior concernente a obrigações da vida civil. Além de que a Carta Magna reconheceu a união estável como entidade familiar que é protegida pelo Estado, conforme o artigo 226, parágrafo 3º<sup>22</sup>.

O artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal inovou quando dispôs a respeito da igualdade entre os filhos, tornando obrigatório tratamento e direito igualitários não importando se os filhos são frutos ou não de um casamento ou provenientes de adoção<sup>23</sup>.

O Texto Maior foi de suma importância para o fim das desigualdades entre os entes da relação familiar, dessa revolução o Código Civil de 2002 nasceu reforçando em seu texto direitos já citados pela Constituição como a igualdade dos cônjuges em seu artigo 1511, assim como também assegura que não haverá intervenção de pessoa de direito público ou privado para interferir na relação familiar, conforme o artigo 1513 do Código Civil, ressalvadas algumas exceções<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

<sup>22</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

<sup>23</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>24</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018



A respeito do tema “evolução do direito de família”, Paulo Lôbo prestigia a atuação dos tribunais no seguinte sentido:

Além das transformações legislativas, é de se ressaltar o protagonismo dos tribunais brasileiros, no sentido do reconhecimento jurídico das relações familiares existentes em nossa sociedade, como se deu com a decisão do STF na ADI n. 4.277, de 2011, que qualificou a união homoafetiva como entidade familiar, merecedora de idêntica proteção do Estado conferida à união estável.<sup>25</sup>

Além do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, a doutrina e jurisprudência deram espaço para a filiação socioafetiva, onde o princípio da afetividade mostra mais uma vez sua força na modernidade.

Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra, traz a Lei da Adoção, lei n. 12.010, de 2009 que conceitua a família extensa como:

Aquela que se estende para além da unidade de pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.<sup>26</sup>

## 2.1 Princípios do Direito de Família

Para Robert Alexy, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”<sup>27</sup>.

A referida citação quer dizer que, sempre que possível as regras deverão obedecer aos princípios que são amplos e nem sempre tem aplicabilidade direta a uma

---

<sup>25</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 42.

<sup>26</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 36

<sup>27</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 90-91 *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**: direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 80



norma, porém a norma com base em um princípio poderá exigir um dever ou obrigação específica que trará segurança para os indivíduos<sup>28</sup>.

Dessa forma, serão abordados os princípios mais importantes relacionados aos idosos dentro da perspectiva do abandono afetivo de filhos para com seus genitores idosos.

### 2.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal de 1988 traz o princípio da dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º, inciso III. Trata-se de um princípio que rege todos os demais, pois é necessário observar se há respeito ao mínimo existencial do ser humano.

Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

Trata-se de um princípio solar em nosso ordenamento, (...) a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.<sup>29</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana é amplo, de modo que vários autores apontam características próximas do que possa ou deva ser e seguir tal princípio mencionado, contudo há de se concluir que a dignidade humana é garantida quando não só a esfera pessoal é respeitada, como também a esfera que envolve as relações sociais, neste caso, dos idosos<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 90-91 *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 80

<sup>29</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 82

<sup>30</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 83





### 2.1.2 Princípio da Afetividade

O princípio da afetividade a cada dia possui mais espaço no mundo do direito, especialmente no ramo do direito de família. É possível visualizar a força que o princípio da afetividade vem conquistando através das correntes doutrinárias, das decisões judiciais que acolheram, por exemplo, o casamento homoafetivo, a paternidade ou maternidade socioafetiva, entre outros<sup>31</sup>.

Desse modo, para Rodrigo Pereira da Cunha o princípio da afetividade está interligado ao afeto que significa:

Afeto - Do latim *affectus*. Para a Psicanálise é a expressão que designa a quantidade de energia pulsional e exprime qualquer estado afetivo, agradável ou desagradável. (...). Desde que a família deixou de ser, preponderantemente, um núcleo econômico e de reprodução, e as uniões conjugais passaram a se constituir, principalmente, em razão do amor, a família tornou-se menos hierarquizada e menos patrimonializada. O afeto tornou-se, então, um valor jurídico e passou a ser o grande vetor e catalisador de toda a organização jurídica da família. (...). Nas relações parentais, ele se presentifica de tal forma e força, que pode superar até mesmo os laços biológicos, como acontece na paternidade/maternidade socioafetiva (Art. 1.593, CCB). O afeto ganhou tamanha importância no ordenamento jurídico brasileiro que recebeu força normativa, tornando-se o princípio da afetividade o balisador de todas as relações jurídicas da família. Sua importância resignificou e trouxe novos conceitos à ordem jurídica, redefinindo o Direito de Família como a regulamentação das relações de afeto e suas consequências patrimoniais. (...) O afeto para o Direito de Família não é apenas um sentimento. É uma ação, uma conduta. É o cuidado, a proteção e a assistência, especialmente entre pais e filhos, entre cônjuges, ou seja, o cuidado e a atenção na família conjugal e na família parental. Tal comportamento pode ser traduzido como obrigação jurídica nas relações entre pais e filhos, pois é imprescindível para o desenvolvimento de uma

---

<sup>31</sup> CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017



criança e também para a saúde física e mental dos idosos (...).<sup>32</sup>

### 2.1.3 Princípio da Solidariedade

O princípio da solidariedade familiar retrata uma noção de responsabilidade social com relação aos membros da família, trata-se de um amparo, uma assistência recíproca entre estes entes observando o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>33</sup>.

Segundo Flávio Tartuce, o artigo 3º, inciso I da Constituição Federal de 1988 discorre acerca deste princípio, pois visa construir uma sociedade livre, justa e solidária. Em seu pensamento, conclui que o princípio da solidariedade recai sobre o direito de família, já que, a solidariedade deve existir nos relacionamentos pessoais<sup>34</sup>.

### 2.1.4 Princípio da Proteção do Idoso

O respeito, direito e tratamento preferencial ao idoso é um tema de suma importância para o direito de família, principalmente no cenário atual em que a população idosa só tende a crescer.

O princípio da proteção do idoso encontra fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Além de estar previsto explicitamente na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 230, artigo já citado

---

<sup>32</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 69

<sup>33</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil**: direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

<sup>34</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 14



no presente trabalho como também no Estatuto do Idoso em seu artigo 2º, por exemplo<sup>35</sup>.

Nesse sentido, o artigo 2º do Estatuto do Idoso narra:

O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade<sup>36</sup>.

### 3 RESPONSABILIDADE CIVIL

Álvaro Villaça entende que “responsabilidade civil é a situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposo, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei, ou, ainda, decorrente do risco para os direitos de outrem”<sup>37</sup>.

A responsabilidade civil é revelada, portanto, quando ocorre o descumprimento de um dever jurídico que causou dano material ou moral a ser reparado<sup>38</sup>.

Para o presente artigo, é necessário abordar as espécies de responsabilidade civil, diferenciando a responsabilidade civil contratual da responsabilidade civil extracontratual e ainda, a responsabilidade civil objetiva da responsabilidade civil subjetiva.

---

<sup>35</sup> MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

<sup>36</sup> BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm). Acesso em: 06 out. 2019.

<sup>37</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 244

<sup>38</sup> NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.



### **3.1 Responsabilidade Civil Contratual e Responsabilidade Civil Extracontratual**

A responsabilidade civil contratual ou ilícito contratual ocorre quando há um contrato, um vínculo preexistente obrigacional e este é violado, há um inadimplemento nascendo o dever de indenizar<sup>39</sup>.

Entretanto, a responsabilidade civil extracontratual acontece quando há uma violação a própria pessoa, sem que haja um contrato preexistente entre o indivíduo e quem foi prejudicado.

Cavaliere explica a responsabilidade civil extracontratual da seguinte maneira:

[...] se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto. (...) haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica<sup>40</sup>.

### **3.2 Responsabilidade Civil Objetiva e Responsabilidade Civil Subjetiva**

A responsabilidade civil objetiva é aquela que não é necessário provar a culpa do agente, basta que se comprove a conduta, o dano e o nexo causal.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves a respeito da responsabilidade civil

objetiva:

---

<sup>39</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 29

<sup>40</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 29



Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo<sup>41</sup>.

Por outro lado, a responsabilidade civil subjetiva é baseada na necessidade de provar a culpa do indivíduo que cometeu o ato além da conduta, dano e nexos causal.

Sérgio Cavalieri narra que a responsabilidade civil subjetiva tem seu fundamento de validade no artigo 186 do Código Civil de 2002 que segue o mesmo raciocínio do Código Civil de 1916. Para ele, a responsabilidade subjetiva segue a teoria clássica que tem como pressuposto principal a culpa.<sup>42</sup>

### 3.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Os pressupostos da responsabilidade civil de modo geral são três: Conduta, dano e nexos causal.

A conduta é caracterizada pela ação, também chamada de conduta humana positiva ou omissão, também conhecido como ato negativo. Para caracterizar a responsabilidade civil, o ato deve ser voluntário do indivíduo, este tem que ter

---

<sup>41</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 50

<sup>42</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019



discernimento do que está fazendo e ainda deve resultar em um prejuízo ou dano para outrem<sup>43</sup>.

O dano é fundamental para a configuração da responsabilidade civil. O dano interfere na responsabilidade contratual quando há um inadimplemento da obrigação gerando um prejuízo assim como interfere na responsabilidade extracontratual quando ocorre uma lesão aos direitos da personalidade<sup>44</sup>.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona ressaltam que “(...) poderíamos conceituar o dano ou prejuízo como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado — patrimonial ou não —, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”.<sup>45</sup>

O nexó de causalidade é o fator que une diretamente a conduta e o dano gerando a responsabilidade civil.

Lopes expõe o conceito do nexó causal da seguinte maneira:

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexó causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**.

16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

<sup>44</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**.

16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

<sup>45</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**.

16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 89

<sup>46</sup> LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: Fontes Acontratuais das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. p. 218 *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 146



### 3.4 Os reflexos da reponsabilidade civil no abandono afetivo inverso

A breve análise dos pressupostos da responsabilidade civil de forma geral aplicada ao instituto abandono afetivo inverso traz a interpretação de que trata-se de uma responsabilidade extracontratual subjetiva, visto que, a discussão é a respeito de um direito personalíssimo.

O abandono afetivo inverso ocorre em face de uma lei que é violada como o Estatuto do Idoso ou até mesmo o Texto Maior que em ambos os casos reforçam que a família deve amparar o idoso em sua velhice, garantir a saúde, entre outros.

Para que seja caracterizada a responsabilidade civil extracontratual subjetiva é necessário além de comprovar a conduta voluntária humana, o dano e o nexo causal também é indispensável que seja provada a culpa do agente, neste caso, que não agiu com o dever de cuidado.

Nesse sentido, o dispositivo que norteia a responsabilidade extracontratual subjetiva é o artigo 186 do Código Civil que possui a seguinte redação “art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”.<sup>47</sup>

Dentro do pressuposto da conduta, Sérgio Cavalieri pontua que prefere classificar neste âmbito a culpa como “conduta culposa”, sendo que essa conduta voluntária pode ser uma ação ou omissão que causa dano ou prejuízo a outrem nascendo o dever de reparar<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019

<sup>48</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019



Vale ressaltar que a conduta culposa ocorre através da ação ou da omissão. A ação manifesta-se através de um ato de fazer que viola um dever de se abster, por outro lado a omissão é um comportamento de não fazer algo que deveria ser feito e essa inércia permite que a lesão ao bem jurídico aconteça<sup>49</sup>.

A culpa é o elemento principal da responsabilidade civil extracontratual subjetiva, Cavalieri discorre acerca da culpa “*latu sensu*” e “*stricto sensu*”, sendo que a primeira:

Indica o elemento subjetivo da conduta humana, o aspecto intrínseco do comportamento, a questão mais relevante da responsabilidade subjetiva. E assim é porque a realização externa de um fato contrário ao dever jurídico deve corresponder a um ato interno de vontade que faça do agente a causa moral do resultado<sup>50</sup>.

Ao olhar para o abandono afetivo inverso, há de se aplicar a culpa “*stricto sensu*”, no sentido da culpa como dever de cuidado.

O dever de cuidado para Cavalieri é composto pela atenção, diligência ou cautela, é um ato necessário para viver em uma sociedade, as pessoas devem observar suas atitudes para não causar dano a outra pessoa<sup>51</sup>.

Outro aspecto essencial para a concretização da inobservância ao dever de cuidado é que não importa apenas a diligência e o zelo, mas também é fundamental analisar a capacidade e conhecimentos prévios, a sensatez do indivíduo para saber se houve a inércia da pessoa que sabia que deveria fazer e não o fez<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019

<sup>50</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 45

<sup>51</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019

<sup>52</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019





Vale ressaltar, para o instituto abandono afetivo inverso há elementos importantes da conduta culposa, qual seja a falta de cuidado, a negligência e a imprudência variando de acordo com o caso concreto.

A falta de cuidado consiste em atitude que o agente deveria ter, mas não fez nada, o acontecimento era previsível, mas o agente nada fez. A imprudência é a atitude que o agente não deveria ter tomado e mesmo assim o fez, não teve a devida diligência. Já a negligência “é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva”<sup>53</sup>.

Desse modo, após a análise de todos os pressupostos interpreta-se que é cabível a responsabilidade civil, a indenização pelo dano causado em face da falta de cuidado, da negligência, entre outros do filho para com o seu genitor idoso.

O fato de não haver uma lei específica não impede a aplicação da indenização, visto que, existem dispositivos que dispõem a respeito do cuidado, dos deveres do filho para com o idoso.

O artigo 229 e 230, da Constituição Federal entre outros dispositivos ensinam que o filho tem o dever de amparar seu pai na velhice, carência ou enfermidade e que a família tem o dever de assegurar a participação do idoso na comunidade, defender a sua dignidade, garantir o direito a vida, entre outros<sup>54</sup>.

Quando o filho não observa esse dever que é indispensável ao idoso, incide o dever de indenizar, pois todos os pressupostos da responsabilidade civil estão presentes, já que, houve uma conduta culposa, houve um ato de negligência que gerou um dano, neste caso, ao direito de personalidade, há uma ligação entre a conduta e o dano que é o nexa de causalidade.

---

<sup>53</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 54

<sup>54</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 31 out. 2019



### **3.5 Pensão alimentícia como dever dos filhos de amparar os pais idosos**

Sílvio Venosa aborda de forma simplificada acerca dos alimentos elucidando que:

O ser humano, desde o nascimento até sua morte, necessita de amparo de seus semelhantes e de bens essenciais ou necessários para a sobrevivência. Nesse aspecto, realça-se a necessidade de alimentos. Desse modo, o termo alimentos pode ser entendido, em sua conotação vulgar, como tudo aquilo necessário para sua subsistência<sup>55</sup>.

O Código Civil prevê a prestação de alimentos nos termos do artigo 1694 ao 1710.

A obrigação de prestar alimentos é recíproca entre pais e filhos não havendo limites na linha reta, e na impossibilidade destes, os irmãos germanos poderão pagar essa pensão alimentícia<sup>56</sup>. Ainda, deve ser observado que a prestação deve ocorrer “de forma proporcional à necessidade e à possibilidade, sem maiores ônus para as duas partes envolvidas”.<sup>57</sup>

A redação do artigo 1696 do Código Civil prevê que há uma ordem para prestar os alimentos, sendo que o parente mais próximo tem a obrigação, a priori, de conceder a pensão alimentícia a quem necessita.

O Estatuto do Idoso, com relação aos alimentos a serem pagos aos idosos, inicialmente relata que os alimentos serão prestados de acordo com o Código Civil,

---

<sup>55</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: família. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 408

<sup>56</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

<sup>57</sup> MARQUES, Ivan Luís. **Direitos difusos e coletivos**: idosos e portadores de deficiência. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 66



contudo, posteriormente, o Estatuto traz a obrigação solidária, divergindo do que o Código Civil aborda, pois para este, a obrigação de prestar alimentos é subsidiária.<sup>58</sup>

Nesse sentido, o Estatuto do Idoso em seu artigo 12 prevê que “a obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores”. Ou seja, ao invés do idoso ter que pleitear alimentos apenas do parente mais próximo em linha reta ou aos seus colaterais até quarto grau, ele pode pedir diretamente, por exemplo, para um filho específico dentre vários filhos que tenha ou pode pleitear em face de um neto dentro dos limites econômicos de cada indivíduo<sup>59</sup>.

A respeito desse tema, o Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial nº 775.565/SP, no qual a relatora foi a ilustre ministra Nancy Andri ghi possui o seguinte entendimento:

Direito civil e processo civil. Ação de alimentos proposta pelos pais idosos em face de um dos filhos. Chamamento da outra filha para integrar a lide. Definição da natureza solidária da obrigação de prestar alimentos à luz do Estatuto do Idoso. - A doutrina é uníssona, sob o prisma do Código Civil, em afirmar que o dever de prestar alimentos recíprocos entre pais e filhos não tem natureza solidária, porque é conjunta. - A Lei 10.741/2003, atribuiu natureza solidária à obrigação de prestar alimentos quando os credores forem idosos, que por força da sua natureza especial prevalece sobre as disposições específicas do Código Civil. - O Estatuto do Idoso, cumprindo política pública (art. 3º), assegura celeridade no processo, impedindo intervenção de outros eventuais devedores de alimentos. - A solidariedade da obrigação alimentar devida ao idoso lhe garante a opção entre os prestadores (art. 12). Recurso especial não conhecido.

(REsp 775.565/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2006, DJ 26/06/2006, p. 143)<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

<sup>59</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Recurso Especial nº 775.565/SP (2005/0138767-9)**. Direito civil e processo civil. Ação de alimentos proposta pelos pais idosos em face de um dos filhos.



Ademais, o Estatuto do Idoso ainda prevê no artigo 13 que:

As transações relativas a alimentos poderão ser celebradas perante o Promotor de Justiça ou Defensor Público, que as referendará, e passarão a ter efeito de título executivo extrajudicial nos termos da lei processual civil<sup>60</sup>.

Por fim, o artigo 14 do Estatuto do Idoso informa que na hipótese de nem o idoso e nem seus familiares terem condições para manter o seu sustento, o Poder Público deverá prover este sustento, no âmbito da assistência social<sup>61</sup>.

Em relação ao mencionado artigo 14 Marco Antonio Villas Boas narra que:

O próprio Estatuto do Idoso, apegando-se aos dizeres da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, repetiu a mesma garantia no seu art. 20: Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.

A Carta Constitucional, como base de tudo, já tinha servido de inspiração para os dispositivos transcritos acima (LOAS e Estatuto do Idoso), ambos de cunho assistencialista. Enfim, a Carta garantiu a assistência social, vazada nos seguintes termos: A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I

– proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice (art. 203, I).<sup>62</sup>

---

Chamamento da outra filha para integrar a lide. Definição da natureza solidária da obrigação de prestar alimentos à luz do Estatuto do Idoso. (...). Recorrente: Roberto Wagner de Souza. Recorrido: Francisco de Souza Filho e outro. Relator(a): Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 13 de junho de 2006. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2474581&num\\_registro=200501387679&data=20060626&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2474581&num_registro=200501387679&data=20060626&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 14 mar. 2020

<sup>60</sup> BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm). Acesso em: 04 nov. 2019

<sup>61</sup> BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm). Acesso em: 04 nov. 2019



Desse modo, o Estatuto do Idoso, além do próprio Código Civil trouxe a pensão alimentícia como uma ferramenta para garantir uma das necessidades básicas do idoso, dentre seus dispositivos, a questão da obrigação solidária demonstrou a preocupação do legislador com a celeridade no processo, pois uma pessoa com idade mais avançada necessita da garantia dos seus direitos de forma imediata por ser mais vulnerável.

#### **4 ABANDONO AFETIVO**

A afetividade ganhou extenso espaço no direito de família, passou-se a exigir das relações familiares essa demonstração, o dever de cuidado, exemplo disso são os pais terem a obrigação de proporcionar educação, saúde, convívio em família de maneira saudável para a criança, entre outros sob pena de caracterizar indenização pelos danos causados. O surgimento desses novos deveres deu luz ao chamado “abandono afetivo”.<sup>63</sup>

O papel de maternidade e paternidade “é um bem indisponível para o Direito de Família”<sup>64</sup>, a ausência da presença afetiva e a falta de cumprimento de obrigações em relação ao estado de filiação pode causar a criança traumas, problemas psíquicos

---

<sup>62</sup> VILAS BOAS, Marco Antonio. **Estatuto do idoso comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 24

<sup>63</sup> ANDRADE, Kassiana E. L.; LEITE, Glauber S. A responsabilidade dos filhos diante do abandono afetivo inverso. **Cadernos de graduação ciências humanas e sociais**, Recife, v. 4, n 1, p. 115-132, nov. 2018. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/index.php/facipehumanas/article/view/6426/3162>. Acesso em: 27 fev. 2020

<sup>64</sup> BARBOSA, Eduardo; MADALENO, Rolf. **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 401



que são inadmissíveis pelo direito e por princípios como a dignidade da pessoa humana e a afetividade<sup>65</sup>.

O termo abandono afetivo gira em torno da função de dever de cuidado. Desse modo, Ana Rita Alfaiate ensina o seguinte:

O cuidado manifesta-se nos poderes-deveres de proteção e assistência de um sujeito por outro, mediante ações concretas que se sustentam na assunção de uma consciência de responsabilidade pela melhor decisão para esse outro. Assim, para o que nos ocupa, o cuidado consiste no poder e interesse, seja dos pais, da sociedade ou do Estado na segurança das crianças. [...] São os pais, diz-nos a Constituição, quem tem o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos, não podendo estes ser afastados daqueles, salvo por decisão judicial e quando haja incumprimento dos deveres parentais fundamentais.<sup>66</sup>

É notório que as relações existentes entre pais e filhos em que há cumplicidade, amor e carinho tendem a contribuir com o crescimento, autoestima da criança que irá crescer e se tornar um adulto mais feliz ou bem resolvido, porém o abandono afetivo cuida dos deveres que os pais tem para com seus filhos até o limite da lei, pois não há como cobrar amor, já que, é um sentimento que não há como ser mensurado<sup>67</sup>.

O tema “abandono afetivo” chegou ao Poder Judiciário, sendo que a quarta turma do Superior Tribunal de Justiça não concedeu ao requerente a indenização por abandono material/afetivo. A ementa discorreu que:

---

<sup>65</sup> BARBOSA, Eduardo; MADALENO, Rolf. **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 401

<sup>66</sup> ALFAIATE, Ana Rita. Autonomia e cuidado. O cuidado como valor jurídico. In: PEREIRA, Tânis da Silva (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 13 e 21 *apud* BARBOSA, Eduardo; MADALENO, Rolf. **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 404

<sup>67</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DO DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). **STJ condena pai a indenizar filha por abandono afetivo**. Jusbrasil, 2012. Disponível em: <https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/3106388/stj-condena-pai-a-indenizar-filha-por-abandon-afetivo>. Acesso em: 20 fev. 2020



RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL.  
REPARAÇÃO. DANOS MORAIS.IMPOSSIBILIDADE.

A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 757.411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299)<sup>68</sup>

Posteriormente, surgiu um novo caso na terceira turma do Superior Tribunal de Justiça extremamente relevante para essa tese, no qual a ministra Nancy Andrighi foi relatora em que o pai foi obrigado a pagar R\$ 200.000,00 em razão do abandono afetivo sofrido pelo filho. Neste julgado, a ministra mencionou que amar é faculdade, cuidar é dever:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. **ABANDONO AFETIVO**. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

---

<sup>68</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 757411/MG 2005/0085464-3**. Responsabilidade Civil. Abandono Moral. Reparação. Danos Morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono efetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso Especial conhecido e provido. Recorrente: V de P F de O F. Recorrido: A B F (menor). Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 29 de novembro de 2005. Disponível em: [https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP\\_757411\\_MG\\_29.11.2005.pdf?Signature=GhSTkWGyIy5Nq8BgZOVWgOxmu9k%3D&Expires=1585094472&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=8dbd747061c1f7129005a8083dc179f7](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_757411_MG_29.11.2005.pdf?Signature=GhSTkWGyIy5Nq8BgZOVWgOxmu9k%3D&Expires=1585094472&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=8dbd747061c1f7129005a8083dc179f7). Acesso em: 20 mar. 2020



Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por **abandono** psicológico.

Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

A caracterização do **abandono afetivo**, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA

TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).<sup>69</sup>

Em 2019, a 8ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios manteve a sentença de primeira instância que condenou o pai por abandono afetivo no valor indenizatório de R\$ 50.000,00 com o fundamento de que o dever de cuidado não deve ser mitigado, inclusive citando o Recurso Especial 1159242/SP em que a ministra Nancy Andrighi foi relatora. Segue a ementa:

---

<sup>69</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1159242/SP (2009/0193701-9)**. Civil e Processo Civil. Família. Abandono Afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. (...). Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de oliveira Souza. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20120510-02.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf). Acesso em: 20 mar. 2020





CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. DANO IN RE IPSA.

“A omissão é o pecado que com mais facilidade se comete, e com mais dificuldade se conhece, e o que facilmente se comete e dificilmente se conhece, raramente se emenda. A omissão é um pecado que se faz não fazendo.” (Padre Antônio Vieira. Sermão da Primeira Domingo do Advento. Lisboa, Capela Real, 1650).

A omissão não significa a mera conduta negativa, a inatividade, a inércia, o simples não-fazer, mas, sim, o não fazer o que a lei determina.

“Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.” (Precedente do STJ: REsp. 1159242/SP, Relatora Ministra Nancy Andriighi).

“A indenização do dano moral por abandono afetivo não é o preço do amor, não se trata de novação, mas de uma transformação em que a condenação para pagar quantia certa em dinheiro confirma a obrigação natural (moral) e a transforma em obrigação civil, mitigando a falta do que poderia ter sido melhor: faute de pouvoir faire mieux, fundamento da doutrina francesa sobre o dano moral. Não tendo tido o filho o melhor, que o dinheiro lhe sirva, como puder, para alguma melhoria.” (Kelle Lobato Moreira. Indenização moral por abandono afetivo dos pais para com os filhos: estudo de Direito Comparado. Dissertação de Mestrado. Consórcio Erasmus Mundus: Universidade Católica Portuguesa/Université de Rouen, França/Leibniz Universität Hannover. Orientadora: Profa. Dra. Maria da Graça Trigo. Co-orientador: Prof. Dr. Vasco Pereira da Silva. Lisboa, 2010).

“Dinheiro, advirta-se, seria ensejado à vítima, em casos que tais, não como simples mercê, mas, e sobretudo, como algo que correspondesse a uma satisfação com vistas ao que foi lesado moralmente. Em verdade, os valores econômicos que se ensejassem à vítima, em tais situações, teriam, antes, um caráter satisfatório que, mesmo, ressarcitório.” (Wilson Melo da Silva. O dano moral e sua reparação, Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 122).

Não se pode exigir, judicialmente, desde os primeiros sinais do abandono, o cumprimento da “obrigação natural” do amor. Por tratar-se de uma obrigação natural, um Juiz não pode obrigar



um pai a amar uma filha. Mas não é só de amor que se trata quando o tema é a dignidade humana dos filhos e a paternidade responsável. Há, entre o abandono e o amor, o dever de cuidado. Amar é uma possibilidade; cuidar é uma obrigação civil.

“A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça.” (Código Civil português - Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966, em vigor desde o dia 1 de junho de 1967, artigo 402º).

A obrigação dos progenitores cuidarem (lato sensu) dos filhos é dever de mera conduta, independente de prova ou do resultado causal da ação ou da omissão.

“O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.” (Precedente do STJ: REsp. 1159242/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi).

Até 28 de março de 2019, data da conclusão deste julgamento, foram 21 anos, 2 meses e 20 dias de abandono, que correspondem a 1.107 semanas, com o mesmo número de sábados e domingos, e a 21 aniversários sem a companhia do pai.

A mesma lógica jurídica dos pais mortos pela morte deve ser adotada para os órfãos de pais vivos, abandonados, voluntariamente, por eles, os pais. Esses filhos não têm pai para ser visto. No simbolismo psicanalítico, há um ambicídio. Esse pai suicida-se moralmente como via para sepultar as obrigações da paternidade, ferindo de morte o filho e a determinação constitucional da paternidade responsável.

“O dano moral, com efeito, tem seu pressuposto maior na angústia, no sofrimento, na dor, assim como os demais fatores de ordem física ou psíquica que se concretizam em algo que traduza, de maneira efetiva, um sentimento de desilusão ou de desesperança.” (Wilson Melo da Silva. *Idem*, p. 116).

13.O dano moral (patema d'animo) por abandono afetivo é in re ipsa

O valor indenizatório, no caso de abandono afetivo, não pode ter por referência percentual adotado para fixação de pensão



alimentícia, nem valor do salário mínimo ou índices econômicos. A indenização por dano moral não tem um parâmetro econômico absoluto, uma tabela ou um baremo, mas representa uma estimativa feita pelo Juiz sobre o que seria razoável, levando-se em conta, inclusive, a condição econômica das partes, sem enriquecer, ilicitamente, o credor, e sem arruinar o devedor.

“É certo que não se pode estabelecer uma equação matemática entre a extensão desse dano [moral] e uma soma em dinheiro. A fixação de indenização por dano [moral] decorre do prudente critério do Juiz, que, ao apreciar caso a caso e as circunstâncias de cada um, fixa o dano nesta ou naquela medida.” (Maggiorino Capello. *Diffamazione e Ingiuria. Studio Teorico-Pratico di Diritto e Procedura*. 2 ed., Torino: Fratelli Bocca Editori, 1910, p. 159).

A indenização fixada na sentença não é absurda, nem desarrazoada, nem desproporcional. Tampouco é indevida, ilícita ou injusta. R\$ 50.000,00 equivalem, no caso, a R\$ 3,23 por dia e a R\$ 3,23 por noite. Foram cerca de 7.749 dias e noites. Sim, quando o abandono é afetivo, a solidão dos dias não compreende a nostalgia das noites. Mesmo que nelas se possa sonhar, as noites podem ser piores do que os dias. Nelas, também há pesadelos.

Recurso conhecido e desprovido.

(Acórdão 1162196, 20160610153899APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA,

Relator Designado: DIAULAS COSTA RIBEIRO 8ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 28/3/2019, publicado no DJE: 10/4/2019. Pág.: 533/535).<sup>70</sup>

Dessa forma, os princípios que norteiam o direito de família, a Carta Magna e entendimentos do Poder Judiciário apontam para o reconhecimento da

---

<sup>70</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (8. Turma Cível). **Apelação Cível nº 20160610153899 APC (0015096-12.2016.8.07.0006)**. Acórdão 1162196. Civil e Processual Civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Dano in re ipsa. 1. (...). 2. A omissão não significa a mera conduta negativa, a inatividade, a inércia, o simples não-fazer, mas, sim, o não fazer o que a lei determina. 3. (...). Apelante: Jean Carlos dos Santos Silva. Apelada: Jessika Carlany de Albuquerque Silva. Relator(a): Nídia Corrêa Lima. Relator Designado: Diaulas Costa Ribeiro. Brasília, 28 de março de 2019



responsabilidade civil em caso de abandono afetivo parental, porém é necessário olhar também para a classe da melhor idade.

O filho precisa do convívio com seus genitores, precisa de educação escolar, saúde garantida, entre outras necessidades básicas para seu crescimento adequado, ao passo que o genitor idoso precisa de acompanhamento médico, precisa de alimento, lazer, um ambiente que ofereça proteção a sua integridade física, entre outros<sup>71</sup>.

Portanto, o direito de receber indenização por danos materiais ou morais em face do abandono afetivo que hoje aplica-se de pai para filho deve poder ser aplicado também do filho para o genitor idoso, pois o mesmo possui o direito de ter uma ferramenta para buscar na via jurisdicional suas garantias para sua sobrevivência mínima.

## 5 ABANDONO AFETIVO INVERSO

Um dos motivos do tema abandono afetivo inverso conquistar preocupação e debates, como já mencionado no presente artigo é o fato da população idosa crescer cada vez mais e a maioria desses indivíduos sofrerem violências ou serem negligenciados pela própria família<sup>72</sup>.

O fato do ser humano alcançar a melhor idade inúmeras vezes é visto como um ponto negativo, é como se a pessoa perdesse sua validade para os que estão à sua volta, como se não tivesse mais o que agregar ou contribuir para a sociedade. É

---

<sup>71</sup> BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm). Acesso em: 20 ago. 2020.

<sup>72</sup> AUGUSTO, Otávio. **Brasil registra 102 casos de violência contra idosos por dia em 2018**. Brasília, 12 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/brasil-registra-102-casos-de-violencia- contra-idosos-por-dia-em-2018>. Acesso em: 26 fev. 2020



comum que os idosos tenham depressão por ficarem muito sozinhos pelo fato dos outros membros da casa passarem a maior parte do tempo na rua ou por simplesmente morarem sozinhos sem ter alguém para auxiliá- los<sup>73</sup>.

O abandono afetivo inverso assim como o abandono afetivo parental filial não procura obrigar um pai amar o filho ou vice versa e sim garantir a proteção de seres vulneráveis, reafirmar a dignidade mínima do idoso e assegurar seus direitos previstos em lei como o artigo 229 da Constituição Federal que prevê que o filho possui o dever de amparar seu genitor na velhice, enfermidade e carência ou o artigo 98 do próprio Estatuto do Idoso que descreve que “abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado” é crime<sup>74</sup>.

Os artigos 3º e 4º do Estatuto do Idoso discorrem que é obrigação da família, da comunidade, do Estado assegurarem, o lazer, à saúde, à alimentação, à vida, à convivência familiar e comunitária do idoso, entre outros fatores assim como também o mesmo Estatuto deixa claro que “nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei”.<sup>75</sup>

É sabido que muitos idosos são deixados por seus filhos em asilos e dependendo das atividades que esse idoso desenvolve nesse ambiente juntamente

---

<sup>73</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **Fundo de população da ONU alerta para violência contra idosos no Brasil**. Nações Unidas Brasil, 19 de junho de 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/fundo-de-populacao-da-onu-alerta-para-violencia-contra-idosos-no-brasil/>. Acesso em: 26 fev. 2020

<sup>74</sup> ANDRADE, Kassiana E. L.; LEITE, Glauber S. A responsabilidade dos filhos diante do abandono afetivo inverso. **Cadernos de graduação ciências humanas e sociais**, Recife, v. 4, n 1, p. 115-132, nov. 2018. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/index.php/facipehumanas/article/view/6426/3162>. Acesso em: 27 fev. 2020

<sup>75</sup> BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm). Acesso em: 20 ago. 2020



com outras pessoas com a mesma realidade dele pode ser uma boa experiência, para elevar a autoestima desse indivíduo.

Entretanto, a presença dos filhos, a visita deles ao genitor idoso é crucial para que este não se sinta abandonado, porém é o fato mais recorrente nos dias de hoje, o simples fato do filho deixar seu pai idoso em um asilo e não o visitar já configura o abandono afetivo inverso.

De acordo com o desembargador Jones Figueirêdo Alves (PE), diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) o abandono afetivo inverso é “a inação de afeto ou, mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos”<sup>76</sup>.

O termo “inverso” simboliza a alteração das relações, pois quando se pronuncia apenas abandono afetivo traz a ideia do pai que abandona o filho e aqui o assunto é quando trata-se do contrário<sup>77</sup>.

Além dos inúmeros princípios citados nesse artigo, é de extrema importância abordar o princípio “*neminem laedere*” que significa não causar dano a ninguém. Apesar de não haver uma lei específica que proteja os genitores idosos das inúmeras formas de abandono seja ele moral ou material, o Código Civil quando aborda a Responsabilidade Civil assegura qualquer pessoa de ser indenizada por sofrer um dano, por serem vítimas de omissão do dever de cuidado, por exemplo<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). **Abandono Afetivo Inverso pode gerar indenização**. Minas Gerais, 16 de julho de 2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 26 fev. 2020

<sup>77</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). **Abandono Afetivo Inverso pode gerar indenização**. Minas Gerais, 16 de julho de 2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 26 fev. 2020

<sup>78</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). **Abandono Afetivo Inverso pode gerar indenização**. Minas Gerais, 16 de julho de 2013. Disponível em:



Existem muitos questionamentos com relação a efetividade da indenização a ser paga, é possível calcular o preço do abandono afetivo inverso e essa indenização resultaria em uma aproximação entre filho e pai? Não há como garantir uma possível reaproximação familiar, contudo a indenização é um ato preventivo para que a pessoa idosa saiba que está amparada pela lei e possui um lugar para recorrer a respeito de seus interesses<sup>79</sup>.

Dentre alguns projetos de lei existentes a respeito do abandono afetivo inverso, há um projeto de lei nº 4229 de 2019 que iniciou no Senado de autoria do senador Lasier Martins (PODEMOS/RS) e agora está tramitando pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) que busca alterar a lei do Estatuto do Idoso nº 10.741, 2003 “para dispor sobre o direito da pessoa idosa à convivência familiar e comunitária, bem como para prever a hipótese de responsabilidade civil por abandono afetivo”.<sup>80</sup>

O projeto de lei nº 4229 de 2019 visa a “responsabilização civil subjetiva dos filhos no caso de descumprimento do dever de cuidado, amparo e proteção do idoso pelo dano gerado a ele (sentimento de isolamento, de solidão, quadros depressivos, entre outros)”<sup>81</sup>.

---

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 27 fev. 2020

<sup>79</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; BARROS, Marília Ferreira de. Abandono Afetivo Inverso: O Abandono do Idoso e a Violação do Dever de Cuidado por Parte da Prole. **Cadernos do Programa de Pós- Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, n. 3, p. 168-201, fev. 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/66610/40474>. Acesso em: 27 fev. 2019

<sup>80</sup> MARTINS, Lasier. Senado Federal. Projeto de Lei nº 4229, de 2019. Altera a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para dispor sobre o direito da pessoa idosa à convivência familiar e comunitária, bem como para prever a hipótese de responsabilidade civil por abandono afetivo. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137919>. Acesso em: 28 fev. 2020.

<sup>81</sup> MARTINS, Lasier. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4229, de 2019**. Altera a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para dispor sobre o direito da pessoa idosa à convivência familiar e comunitária, bem como para prever a hipótese de responsabilidade civil por abandono afetivo.



O senador propôs incluir no Título II da lei 10.741, 2003 um novo capítulo nomeado “XI” com os artigos 42-A e 42-B para prever que a pessoa idosa tenha direito à manutenção dos vínculos afetivos com a família e que tenha um envelhecimento saudável. O artigo 42-B busca exigir explicitamente a indenização por ato ilícito aos idosos:

Art. 42-B. Aos filhos incumbe o dever de cuidado, amparo e proteção da pessoa idosa. Parágrafo único. A violação do dever previsto no caput deste artigo constitui ato ilícito e sujeita o infrator à responsabilização civil por abandono afetivo, nos termos do art. 927 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Portanto, o abandono afetivo inverso é descumprimento do dever de cuidado do filho para com o pai, via de regra idoso. Há inúmeras pesquisas que apontam o alto índice de violência contra o idoso que na maioria dos casos são a própria família os autores do crime, há pesquisas que visam buscar meios de fazer com que o idoso não se torne mais vulnerável ao chegar a essa etapa da vida, a terceira idade, por isso surgiu o Estatuto do Idoso, a Política Nacional do Idoso entre outros meios que visam o bem-estar desse ser humano.

Não há legislação específica para obrigar a responsabilidade civil em casos de abandono afetivo inverso, porém como a própria Constituição faz paralelos entre os deveres dos pais para com os filhos e de filhos para com os pais e há decisões a favor da indenização quando há abandono afetivo por parte dos pais como já mencionado nesse artigo, vê-se viável que haja o mesmo entendimento para a situação inversa.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**





O objetivo do presente artigo científico foi demonstrar através das inúmeras fontes do direito e principalmente através da teoria geral da responsabilidade civil que independentemente do fato de não haver uma legislação específica que imponha uma indenização em face de pais idosos abandonados, negligenciados por seus filhos, esta deve ser aplicada para garantir a dignidade do idoso que na maioria dos casos já contribuiu para o bem de seus familiares.

A preocupação que o direito de família tem com o bem estar e cuidados básicos para com cada ente familiar tem se tornado prioridade, visto que, no passado era normal o fato de vender o filho ou tirar-lhe a vida, assim como o homem tinha autoridade perante a mulher, porém essas referências ficam cada vez mais escassas nos dias de hoje.

O presente artigo apresentou a evolução do direito de família e sua constitucionalização com um olhar de maior afetividade, ou seja, as conquistas para a família ao longo dos anos e artigos da Constituição Federal que trouxeram a igualdade entre filhos, entre os cônjuges, reconheceu a união estável, estabeleceu o dever do dever de cuidado recíproco entre pais e filhos.

Ademais há inúmeros princípios que norteiam o assunto, porém os princípios que mais comprovam a celeridade de punir quem comete o abandono afetivo inverso é, por óbvio, o princípio da dignidade da pessoa humana que visa de um modo amplo garantir o direito a uma vida em que o indivíduo tenha as condições mínimas para viver com integridade, o princípio da afetividade que vem sendo base para a tomada de decisões no poder judiciário quando trata-se do direito de família, o princípio da solidariedade que reflete a responsabilidade que cada ente familiar precisa ter com o outro e o princípio da proteção do idoso que destaca a importância do tratamento preferencial ao idoso que nessa fase da vida é um ser vulnerável.



O artigo apresentou em que medida a responsabilidade civil subjetiva é aplicada ao instituto abandono afetivo inverso discorrendo sobre a necessidade de haver uma conduta culposa que deve ser provada, deve também ter causado o ato ilícito ao pai idoso por parte de seu filho e ainda, é necessário o dano e o nexo causal que interliga os outros dois fatores citados.

Além de usar como argumento a aplicabilidade da responsabilidade civil para que o pai idoso tenha seus direitos garantidos, o Poder Judiciário tem concedido pensão alimentícia para pais idosos de acordo com cada caso seguindo o que o Código Civil descreve e também o próprio Estatuto do Idoso que defende a obrigação solidária que já é entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

O presente artigo buscou usar o entendimento que os Tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça vem tendo com relação a indenização nos casos de abandono afetivo de pai para filho para usar como analogia para os casos de abandono afetivo inverso, já que, a própria Constituição Federal ensina que há um dever recíproco de cuidado entre pais e filhos.

Dessa forma, o abandono afetivo inverso consiste na falta do dever de cuidado dos filhos para com os pais idosos, porém o objetivo do tema é esclarecer que o motivo da indenização a ser paga a esses idosos não é em face de ausência de amor e carinho, mesmo que tais sentimentos alimentem a vida desses idosos, aqui, o ponto central do tema é elucidar que a responsabilidade civil recairá quando os filhos não obedecerem o que a Constituição Federal ou o que o Estatuto do Idoso, por exemplo, exigem que os filhos façam para seus pais como obrigação.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.



ALFAIATE, Ana Rita. Autonomia e cuidado. O cuidado como valor jurídico. In: PEREIRA, Tânis da Silva (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 13 e 21 *apud* BARBOSA, Eduardo; MADALENO, Rolf. **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015.

ANDRADE, Kassiana E. L.; LEITE, Glauber S. A responsabilidade dos filhos diante do abandono afetivo inverso. **Cadernos de graduação ciências humanas e sociais**, Recife, v. 4, n 1, p. 115-132, nov. 2018. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/index.php/facipehumanas/article/view/6426/3162>. Acesso em: 27 fev. 2020.

AUGUSTO, Otávio. **Brasil registra 102 casos de violência contra idosos por dia em 2018**. Brasília, 12 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/brasil-registra-102-casos-de-violencia-contra-idosos-por-dia-em-2018>. Acesso em: 26 fev. 2020.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BARBOSA, Eduardo; MADALENO, Rolf. **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015.

BARROSO, Marcelo. **Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017**. Agência de notícias do IBGE, 01 de outubro de 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>. Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29 ago. 2019.

**BRASIL**. Lei n° 8.842, de 04 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/L8842.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8842.htm). Acesso em: 29 ago. 2019.



BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 28 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm). Acesso em: 29 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Recurso Especial nº 775.565/SP (2005/0138767-9).** Direito civil e processo civil. Ação de alimentos proposta pelos pais idosos em face de um dos filhos. Chamamento da outra filha para integrar a lide. Definição da natureza solidária da obrigação de prestar alimentos à luz do Estatuto do Idoso. (...). Recorrente: Roberto Wagner de Souza. Recorrido: Francisco de Souza Filho e outro. Relator(a): Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 13 de junho de 2006. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2474581&num\\_registro=200501387679&data=20060626&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2474581&num_registro=200501387679&data=20060626&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1159242/SP (2009/0193701-9).** Civil e Processo Civil. Família. Abandono Afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. (...). Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de oliveira Souza. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20120510-02.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf). Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 757411/MG 2005/0085464-3.** Responsabilidade Civil. Abandono Moral. Reparação. Danos Morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono efetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso Especial conhecido e provido. Recorrente: V de P F de O F. Recorrido: A B F (menor). Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 29 de novembro de 2005. Disponível



em:

[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP\\_757411\\_MG\\_29.11.2005.pdf?Signature=GhSTkWGulY5Nq8BgZOVWgOxmu9k%3D&Expires=1585094472&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=8dbd747061c1f7129005a8083dc179f7](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_757411_MG_29.11.2005.pdf?Signature=GhSTkWGulY5Nq8BgZOVWgOxmu9k%3D&Expires=1585094472&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=8dbd747061c1f7129005a8083dc179f7). Acesso em: 20 mar. 2020.

ure=GhSTkWGulY5Nq8BgZOVWgOxmu9k%3D&Expires=1585094472&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-

hash=8dbd747061c1f7129005a8083dc179f7. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (8. Turma Cível). **Apelação Cível nº 20160610153899 APC (0015096-12.2016.8.07.0006)**. Acórdão 1162196. Civil e Processual Civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Dano in re ipsa. 1. (...). 2. A omissão não significa a mera conduta negativa, a inatividade, a inércia, o simples não-fazer, mas, sim, o não fazer o que a lei determina. 3. (...). Apelante: Jean Carlos dos Santos Silva. Apelada: Jessika Carlany de Albuquerque Silva. Relator(a): Nídia Corrêa Lima. Relator Designado: Diaulas Costa Ribeiro. Brasília, 28 de março de 2019.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). **Abandono Afetivo Inverso pode gerar indenização**. Minas Gerais, 16 de julho de 2013.

Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 26 fev. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DO DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). **STJ condena pai a**



**indenizar filha por abandono afetivo.** Jusbrasil, 2012. Disponível em: <https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/3106388/stj-condena-pai-a-indenizar-filha-por-abandono-afetivo>. Acesso em: 20 fev. 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil:** Fontes Acontratuais das Obrigações e Responsabilidade Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. p. 218 *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** responsabilidade civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARQUES, Ivan Luís. **Direitos difusos e coletivos:** idosos e portadores de deficiência. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Lasier. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4229, de 2019.** Altera a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para dispor sobre o direito da pessoa idosa à convivência familiar e comunitária, bem como para prever a hipótese de responsabilidade civil por abandono afetivo. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137919>. Acesso em: 28 fev. 2019.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **Fundo de população da ONU alerta para violência contra idosos no Brasil.** Nações Unidas Brasil, 19 de junho de 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/fundo-de-populacao-da-onu-alerta-para-violencia-contra-idosos-no-brasil/>. Acesso em: 26 fev. 2020.

OTRIZ, Brenda. **DF registra 118 casos de violência contra idosos em 2019.** Brasília, 15 de junho de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/06/15/df-registra-118-casos-de-violencia-contra-idosos-em-2019.ghtml>. Acesso em: 28 ago. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões:** ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** família. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; BARROS, Marília Ferreira de. Abandono Afetivo Inverso: O Abandono do Idoso e a Violação do Dever de Cuidado por Parte da Prole. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, n. 3, p. 168-201, fev. 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/66610/40474>. Acesso em: 03 abr. 2019.

VILAS BOAS, Marco Antonio. **Estatuto do idoso comentado.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



# POSSIBILIDADE DE DESERDAÇÃO EM HIPÓTESES DE ABANDONO AFETIVO

Anna Paula Araújo Gonçalves de Oliveira<sup>1</sup>

## RESUMO:

O presente trabalho se propõe a averiguar a possibilidade de incluir o abandono afetivo como hipótese de deserdação, já que tal possibilidade não se encontra no rol previsto no Código Civil e é patente a evolução da afetividade nas relações familiares e como bem jurídico. Para tanto, foi analisada de forma descritiva a evolução do direito de família, que elevou a afetividade como princípio nessas relações, bem como as noções gerais do direito sucessório, com o intuito de analisar os institutos de exclusão da sucessão – indignidade e deserdação. Após, o trabalho analisará a forma que o abandono afetivo é tratado pela jurisprudência e pela doutrina, posteriormente explanando o significado também de abandono afetivo inverso para, assim, averiguar a possibilidade de deserdação em tais casos. Por fim, serão analisados os projetos de lei que visam a mudança legislativa para trazer o abandono afetivo como hipótese de deserdação, já que se chegará à conclusão de que esta é a única forma de inclusão desta possibilidade, ante a taxatividade do Código Civil.

**Palavras-chave:** direito das sucessões; princípio da afetividade; afeto; sucessão testamentária; indignidade; deserdação; abandono afetivo.

## INTRODUÇÃO

A sociedade está em constante evolução e, para acompanhar estas mudanças, o direito possui um papel relevante, seja por meio de novas legislações, de alterações jurisprudenciais ou de entendimentos doutrinários. Nessa seara, destaca-se a

---

<sup>1</sup> Graduanda no Curso de Bacharelado de Direito do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).  
Professor Orientador: Luciano de Medeiros Alves; email: anna.oliveira@sempreceub.com.





introdução da afetividade como princípio no Direito de família e do afeto como bem jurídico.

A relevância do afeto e da afetividade no contexto familiar abre espaço a novas discussões, como as consequências que podem ocorrer nas hipóteses de abandono pela ausência de tal bem jurídico.

A doutrina e a jurisprudência têm caminhado para a possibilidade, por exemplo, de indenização em casos de abandono afetivo. Assim, questiona-se a hipótese de inserção do bem jurídico afeto nas relações sucessórias e a consequente possibilidade de deserदार um herdeiro necessário quando há abandono afetivo, seja na linha descendente ou na ascendente.

Há um dever constitucional de cuidado que, conforme se denota dos dados de abandono, não tem sido cumprido efetivamente. Ainda, a doutrina e a jurisprudência classificam o rol de hipóteses de deserदार como taxativo e a hipótese de abandono afetivo, como não está incluída, não poderia ocorrer.

A reflexão que ora se coloca, portanto, seria analisar se há possibilidade de mitigação desta taxatividade, tendo em vista as constantes mudanças das relações familiares e da jurisprudência, ou se há possibilidade de alteração do rol de deserदार para incluir o abandono afetivo como hipótese de deserदार.

Para tanto, é necessário entender a evolução do direito de família e as noções gerais do direito sucessório para, então, averiguar quais são as hipóteses de exclusão da herança e, por fim, abordar a possibilidade de inclusão do abandono afetivo como hipótese de deserदार. Neste último ponto, importante analisar o posicionamento da jurisprudência, entender também o que seria o abandono afetivo inverso e as atuações do Legislativo quanto ao tema (Projeto de Lei Senado n. 118/2010, Projeto de Lei Câmara dos Deputados n. 3.145/2015 e Projeto de Lei Senado n. 3.799/2019).



A metodologia utilizada nos dois primeiros tópicos é descritiva, com utilização de renomadas doutrinas e da própria legislação para introduzir os principais pontos do direito de família e do direito das sucessões. O terceiro, e último tópico, será uma análise reflexiva da jurisprudência, da legislação vigente e dos projetos de lei em tramitação para averiguar a possibilidade de inclusão do abandono afetivo como hipótese de deserdação.

## **1 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E NOÇÕES GERAIS DO DIREITO SUCESSÓRIO**

O direito de família está em constante evolução, os antigos modelos patriarcais já não têm espaço e diversas novas formas de núcleos familiares surgiram e precisam de tutela. Ocorre que a legislação nem sempre acompanha tais mudanças, cabendo muitas vezes à doutrina e à jurisprudência interpretar as normas no caso concreto. Uma das mais importantes contribuições desse desenvolvimento conjunto foi a elevação da afetividade como princípio no direito de família, o que será trabalhado no presente capítulo.

Outro ramo do direito que está ligado tanto ao patrimônio quanto à família é o direito das sucessões, sendo necessário compreender o contexto geral dessa especialidade - como a sistemática adotada no Brasil e as diferenças entre a sucessão legítima e a testamentária - para posteriormente introduzir a afetividade também na sucessão.

### **1.1 Evolução da família no tempo e a afetividade nas relações familiares como princípio**

O direito romano e o direito canônico trouxeram fortes influências para o que, até então, era considerado como entidade familiar. A família romana era totalmente subordinada à figura do *pater*, que a comandava e a administrava. Por sua vez, a



Igreja Católica trouxe a ideia de que as entidades familiares só eram reconhecidas por meio do casamento religioso. Era claro que "a família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional".<sup>2</sup>

No Brasil, no que tange ao direito de família, os fortes traços trazidos por tais culturas foram evidentes no Código Civil de 1916, visto que possuía um viés da família tradicional com traços do patriarcado, o que refletia a sociedade brasileira da época. Porém, tais disposições mostraram-se insuficientes e ineficazes posteriormente já que a realidade social mudou.<sup>3</sup>

Segundo Venosa, "era um Código tecnicamente muito bem feito, mas que nascera socialmente defasado, preocupado apenas com o individualismo e o patrimônio"<sup>4</sup>.

Isso porque no Código Civil de 1916 o homem prevalecia de forma absoluta, a tutela da filiação visava a preservação da instituição da família em si e não o próprio indivíduo, os filhos concebidos fora do casamento não possuíam quaisquer amparos, a paternidade era tida com base nas presunções da legislação e não era possível averiguar a extramatrimonial. Evidente, portanto, que não havia espaço para os vínculos parentais afetivos à época do Código Civil de 1916.<sup>5</sup>

Com o intuito de dirimir as limitações do Código, que não acompanhava as mudanças da sociedade brasileira, a doutrina e a jurisprudência "realizaram esforços no sentido de reconhecer algumas situações subjetivas prementes que envolviam litígios de família, para lhes conceder alguma guarida jurídica, superando uma leitura estreita das categorias codificadas"<sup>6</sup>. Porém, a mudança da jurisprudência não era

---

<sup>2</sup> GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 6. p. 31

<sup>3</sup> CALDERÓN, R. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 43

<sup>4</sup> VENOSA, S. de S. **Direito civil: família**. Rio de Janeiro: Atlas, 2018. v. 5. p. 6

<sup>5</sup> CALDERÓN, R. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 43

<sup>6</sup> CALDERÓN, R. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 47



suficiente para atender a todas as demandas, visto que possuía limitações do próprio ordenamento jurídico.

Posteriormente, com a Constituição de 1988, priorizou-se outros elementos que compõem as relações familiares, em especial a afetividade. Segundo Carlos Roberto Gonçalves<sup>7</sup>:

A Constituição Federal de 1988 “absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos”. Assim, o art. 226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. O segundo eixo transformador “encontra-se no § 6º do art. 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento”. A terceira grande revolução situa-se “nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916”.

A norma constitucional trouxe inovações no que tange às relações familiares. Isso porque os princípios da solidariedade, igualdade, liberdade e dignidade passaram a nortear o Direito de Família. Ademais, deixou de lado paradigmas tradicionalistas do patriarcado, reconhecendo a igualdade entre homens e mulheres tanto dentro quanto fora do casamento, passou a reconhecer a união estável como entidade familiar. Possibilitou, ainda, o reconhecimento dos filhos concebidos fora do casamento, antes considerados “ilegítimos”. Ou seja, admitiu diversas novas formas familiares, atendendo a um clamor da sociedade que estava em constante mudança.

Ficou evidente que a Constituição de 1988 trouxe para o ordenamento jurídico a sobreposição “do afeto, do respeito, da liberdade, da igualdade, da

---

<sup>7</sup> GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 6. p. 32-33



dignidade, da solidariedade e da cooperação”, o que implicou em uma nova visão ao Direito de Família. Nas palavras de Ricardo Calderón, “o marco paradigmático do Direito brasileiro que confere reconhecimento jurídico à afetividade, de maneira implícita, é a Constituição Federal de 1988”<sup>8</sup>.

A partir de então um novo conceito de família se introduziu no direito brasileiro, o que refletiu na aprovação do Código Civil de 2002, que consagrou "uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica"<sup>9</sup>

Ressalta-se apenas que o Código Civil de 2002 foi desenvolvido por Miguel Reale por volta de 1970, ou seja, antes da edição da Constituição de 1988, e foi aprovado somente após a constituição. Assim, as disposições do novo Código Civil devem ser interpretadas conforme a Constituição, preservando seus valores e princípios.

Em razão de sua pré-constitucionalidade, alguns aspectos permaneceram conservadores, de forma que a afetividade, por exemplo, não foi tratada expressamente como um princípio norteador do direito de família, a despeito da ampla construção jurisprudencial e doutrinária nesse sentido<sup>10</sup>.

Ainda que não tenha positivado expressamente o princípio da afetividade, em diversos dispositivos reconhece e protege relações afetivas. A exemplo disso é o reconhecimento da possibilidade de parentesco afetivo. Assim, é possível concluir que tal princípio está implícito no Código Civil de 2002. Segundo Calderón<sup>11</sup>:

---

<sup>8</sup> CALDERÓN, R. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 52 e 53

<sup>9</sup> GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 6. p. 34

<sup>10</sup> CALDERÓN, R. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 58

<sup>11</sup> CALDERÓN, R. Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 61



A inclusão da afetividade de maneira expressa no corpo do Código reforça a tendência de lhe conferir importância crescente quando do trato de relações familiares. Ainda, reitera o que há muito sustentam a doutrina e a jurisprudência, e o que disse implicitamente o constituinte: a afetividade possui agasalho no sistema *jusfamiliar* brasileiro. Entretanto, a hermenêutica contemporânea do Direito Civil não deve restar restrita ao texto legal, de modo que a partir desta constatação é possível a construção de uma categoria jurídica que atravessasse todos os temas de Direito de Família, conferindo à afetividade a principiologia que dela se espera.

É possível afirmar, portanto, que o Código Civil de 2002 admite a afetividade nas suas disposições, seja de modo implícito, seja de modo explícito, o que reforça seu papel principiológico no tratamento dos temas de Direito de Família. Este entendimento é o que melhor concilia as disposições codificadas com os postulados constitucionais.

Como dito, a sociedade passou por diversas transformações e o direito de família brasileiro teve que se adequar às novas percepções sociais, se afastando do modelo patriarcal, hierarquizado e matrimonial da família.

Outros normativos posteriores perpetuam a ideia de afetividade nas famílias, a exemplo da Lei n. 12.010/2009 (Lei de Adoção) que conceitua a família ampliada como "aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade"

Assim, nota-se que o vínculo afetivo se tornou de suma importância nas relações familiares, sem deixar de lado, contudo, os vínculos biológicos ou patrimoniais, que ainda possuem sua relevância. Contudo, abriu-se espaço para uma nova forma de enxergar as famílias, conforme explica Ricardo Calderón<sup>12</sup>:

---

<sup>12</sup> CALDERÓN, R. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 32-34



Não restava possível verificar uma supremacia, sobreposição ou qualquer hierarquia entre tais critérios, muito menos se mostrava indicado o apontamento de uma resposta única, para todos os casos, previamente elaborada. Em consequência, havia que se administrar a convivência e coexistência das diversas formas de viver em família: matrimoniais, heteroafetivas, homoafetivas, uniões simultâneas etc.; o mesmo ocorrendo com os diversos modos de parentescos: biológicos, registrais, matrimoniais, afetivos, multiparentalidades etc. Esse vasto mosaico se mostrou factível na experiência da vida concreta. Coube, portanto, ao direito assimilar este contexto e conceder a competente tutela para preservar a harmonia possível e desejável.

A sociedade passou a adotar gradativamente o aspecto afetivo como suficiente e relevante nessas escolhas pessoais. Com o paralelo decréscimo da importância que era conferida a outros vínculos (biológico, matrimonial, registral), restou possível perceber a centralidade que a afetividade assumiu em grande parte dos relacionamentos. Foi de tal ordem a alteração que resta possível afirmar que houve uma verdadeira transição paradigmática na família brasileira contemporânea, pela qual a afetividade assumiu o papel de vetor destas relações.

De maneira forte e fundamental operou-se a jurisprudência no sentido de entender pela existência do princípio da afetividade no direito de família, visto que foi acolhido para resolver casos concretos. A exemplo disso ressalta-se a consolidação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça no reconhecimento do vínculo parental na socioafetividade. Outros marcos foram o reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis (ADIN 4.277/DF e ADPF 132/RJ) e da multiparentalidade (Repercussão Geral 622/STF), bem como a equiparação de cônjuges e companheiros para fins sucessórios (RE 878694) pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>13</sup>

## **1.2 Noções gerais do direito das sucessões**

---

<sup>13</sup> CALDERÓN, R. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 148



O Direito das Sucessões é, evidentemente, ligado ao direito de propriedade e, potencialmente, vinculado ao Direito de Família.<sup>14</sup>

Isso porque, no que tange à questão de propriedade, a sucessão significa a transferência patrimonial de uma pessoa (falecido) a outrem (sucessor), que pode se dar por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, sendo a segunda a que ora importa, que seria a sucessão hereditária. Tartuce assim define o Direito das Sucessões<sup>15</sup>:

Em suma, a partir das categorizações expostas, de antes e de hoje, este autor define o Direito das Sucessões como o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo as transmissões de direitos e deveres de uma pessoa a outra, diante do falecimento da primeira, seja por disposição de última vontade, seja por determinação da lei, que acaba por presumir a vontade do falecido. Serve como inspiração, para este autor, a concepção legal que está no art. 2.024.º do Código Civil português, segundo o qual “Diz-se sucessão o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a conseqüente devolução dos bens que a esta pertenciam”.

Quanto à potencialidade de vinculação ao Direito de Família, esta ocorre porque, a princípio, a sucessão ocorre dentro da própria família, caso não haja disposição testamentária em contrário. Essa questão torna-se evidente ao constatar que o legislador optou por uma ordem de vocação hereditária em que coloca os descendentes, ascendentes, cônjuges e parentes colaterais como os sucessores legítimos da herança. Nesse sentido, Venosa<sup>16</sup>:

O direito das sucessões disciplina, portanto, a projeção das situações jurídicas existentes, no momento da morte, da desapareção física da pessoa, a seus sucessores. A primeira ideia, com raízes históricas, é de que a herança (o patrimônio hereditário) se transfere dentro da família. Daí, então, a excelência da ordem de vocação hereditária inserida na lei: a

---

<sup>14</sup> GAGLIANO, P. S. **Novo curso de direito civil**: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 7. p. 40

<sup>15</sup> TARTUCE, F. **Direito civil**: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 6. p. 3

<sup>16</sup> VENOSA, S. de S. **Direito civil**: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Atlas, 2018. v. 6. p. 11





chamada “sucessão legítima”. O legislador determina uma ordem de sucessores, a ser estabelecida, no caso de o falecido não ter deixado testamento, ou quando, mesmo perante a existência de ato de última vontade, este não puder ser cumprido.

Divaga-se a respeito de porque o testamento é tão pouco utilizado entre nós. Uma primeira resposta a essa indagação é justamente porque a ordem de chamamento hereditário feito pela lei atende, em geral, ao vínculo afetivo familiar. Normalmente, quem tem um patrimônio espera que, com sua morte, os bens sejam atribuídos aos descendentes. E são eles que estão colocados em primeiro lugar na vocação legal. Entre nós é possível a convivência da sucessão legítima (a que decorre da ordem legal) com a sucessão testamentária (a que decorre do ato de última vontade, do testamento).

Cumprido frisar que o direito à herança está previsto no art. 5º, XXX, da Constituição Federal de 1988, ou seja, no rol de direitos fundamentais, bem como está disciplinado no Código Civil de 2002, que dividiu o direito à sucessão em 4 títulos.

A herança é conceituada como "o patrimônio do de cujus. Definimos o patrimônio como o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. Portanto, a herança é o patrimônio da pessoa falecida, ou seja, do autor da herança"<sup>17</sup> (grifos do autor).

Tal patrimônio, conforme o art. 1.784 do Código Civil de 2002, que consagra o princípio da *saisine*, será transmitido aos herdeiros, legítimos ou testamentários, de forma automática desde o falecimento do *de cujus*, que é o momento da abertura da sucessão<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> VENOSA, S. de S. **Direito civil:** direito das sucessões. Rio de Janeiro: Atlas, 2018. v. 6. p. 11

<sup>18</sup> VENOSA, S. de S. **Direito civil:** direito das sucessões. Rio de Janeiro: Atlas, 2018. v. 6



Ainda, é necessário entender qual é o sistema de sucessões adotado no Brasil. É possível averiguar a existência de três modalidades de sistema, quais sejam<sup>19</sup>:

**Sistema da Liberdade Testamentária** — segundo este modelo, o direito sucessório seria uma manifestação pura da autonomia privada, em que o autor da herança teria a plena liberdade de dispor, como quisesse, do seu patrimônio, independentemente da existência de herdeiros próximos. Se amealhou os seus bens, durante a vida, teria todo o direito de fazer com eles o que bem entendesse, não se admitindo a interferência de terceiros ou do próprio Estado.

**Sistema da Concentração Absoluta ou Obrigatória** — diametralmente oposto ao primeiro tipo, este modelo pretende que toda a herança seja deferida a apenas um sucessor. Trata-se de sistema superado, utilizado no passado, quando havia ainda o “benefício do morgadio ou da primogenitura”, por força do qual a herança, em sua totalidade ou maior parte, era deferida ao filho mais velho. (...)

**Sistema da Divisão Necessária** — de acordo com este modelo, o autor da herança teria apenas uma relativa margem de disponibilidade dos seus bens, caso existissem herdeiros considerados necessários. Vale dizer, em havendo sucessores desta categoria, parte da herança obrigatoriamente lhes tocaria, não sendo permitido ao seu titular, mesmo em vida, dispor da quota reservada.

O Brasil adota o sistema da divisão necessária, isso se evidencia ao analisar o disposto nos arts. 1.845 e 1.846<sup>20</sup> do Código Civil de 2002:

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

---

<sup>19</sup> GAGLIANO, P. S. **Novo curso de direito civil**: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 7. p. 43-44

<sup>20</sup> BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 11 set. 2019



Denota-se que, como deve ser resguardado aos sucessores necessários a legítima, ou seja, metade do patrimônio do *de cuius*, a liberdade testamentária é mitigada. Outro ponto importante que se extrai da leitura conjunta dos referidos dispositivos é a coexistência da sucessão legítima e da sucessão testamentária no ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa perspectiva, cumpre pontuar o que seria a legítima. Esta foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 2º do Decreto n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907, que estabelecia que “o testador que tiver descendente ou ascendente sucessível só poderá dispor de metade do seus bens, constituindo a outra metade a legítima daquelles, observada a ordem legal”<sup>21</sup>.

A ideia de resguardar metade do patrimônio do *de cuius* quando este quisesse dispor de seu patrimônio foi reproduzida posteriormente no art. 1.721 do Código Civil de 1916<sup>22</sup>:

**Art. 1.721. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens;** a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (arts. 1.603 a 1.619 e 1.723).

O Código Civil de 2002, como visto no art. 1.846 acima colacionado, também trouxe a ideia da legítima, que deve ser resguardada aos herdeiros necessários em qualquer hipótese.

---

<sup>21</sup> BRASIL. **Decreto n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907.** Regula o deferimento da herança no caso da sucessão *ab intestato*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-publicacaooriginal-103597-pl.html>. Acesso em: 02 out. 2019

<sup>22</sup> BRASIL. **Lei n. 3.071, de 01º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm). Acesso em: 04 out. 2019. (grifos nossos)



Ainda, necessário esclarecer quem seriam os sucessores necessários, ou seja, aqueles que têm seu direito à parte da herança resguardada pelo ordenamento jurídico, ainda que haja um testamento.

O art. 1.829<sup>23</sup> do Código Civil estabelece a ordem da sucessão legítima, ou seja, a vocação hereditária, determinando quem são os sucessores legítimos:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Os sucessores legítimos são, portanto, aqueles estabelecidos pela lei, que irão herdar o patrimônio do *de cujus* na ordem acima estabelecida, caso não haja um testamento, instrumento pelo qual o autor da herança poderá alterar a vontade do legislador em relação à vocação hereditária, instituindo outros herdeiros ou legatários.

Ocorre que, como visto, alguns dos sucessores legítimos não podem ser afastados da herança, salvo justo motivo (indignidade ou deserdação), por serem herdeiros necessários. Esta categoria de herdeiros é definida pelo art. 1.845 do Código Civil, já colacionado, e seriam os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Nas palavras de Venosa<sup>24</sup>:

---

<sup>23</sup> BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 04 out. 2019.

<sup>24</sup> VENOSA, S. de S. **Direito civil:** família e sucessões. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. v. 5. p. 694



Há herdeiros ditos necessários: os que não podem ser afastados totalmente da sucessão. São, na lei de 1916, os descendentes e ascendentes (art. 1.721). No Código de 2002, atendendo aos reclamos sociais, o cônjuge também está colocado como herdeiro necessário, quando herdeiro for considerado (art. 1.845). Havendo essas classes de herdeiros, fica-lhes assegurada, ao menos, metade dos bens da herança. É o que se denomina legítima dos herdeiros necessários. A outra metade fica livre para o testador dispor como lhe aprouver.

Claro, portanto, que os herdeiros necessários possuem uma tutela especial no Código Civil em razão do resguardado à legítima, que somente poderá ser rompida em casos excepcionais (deserdação e indignidade), conforme será demonstrado posteriormente.

### 1.3 Diferenças entre a sucessão legítima e a sucessão testamentária

O art. 1.786 do Código Civil de 2002 estabelece que "a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade"<sup>25</sup>, o que demonstra que o Brasil adota tanto a sucessão legítima (por lei) quanto a sucessão testamentária (disposição de última vontade, feita por meio do testamento).

Nesse ponto, cumpre esclarecer a diferença entre herança e legado. A primeira é compreendida como a universalidade de bens do *de cujus*, é, portanto, o patrimônio do falecido, sendo o herdeiro sucessor universal. Já o segundo corresponde a um bem ou bens determinados do monte hereditário, sendo assim o legatário é sucessor a título singular<sup>26</sup>.

A sucessão legítima é aquela que decorre da lei, em que o legislador presume a vontade do *de cujus* e traz a ordem de vocação hereditária, que deverá ser respeitada

---

<sup>25</sup> BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 11 set. 2019

<sup>26</sup> VENOSA, S. de S. **Direito civil: direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Atlas, 2018. v. 6. p. 11



no caso de morte sem testamento<sup>27</sup>. Os sucessores nessa modalidade recebem a herança somente a título universal.

Por outro lado, a sucessão testamentária decorre da disposição de última vontade do falecido. Para tanto, é necessário um testamento, que, segundo Tartuce, pode ser definido como "negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, para depois de sua morte. Trata-se do ato sucessório de exercício da autonomia privada por excelência"<sup>28</sup>.

É possível, portanto, elencar disposições de cunho extrapatrimoniais no testamento, que serão válidas, conforme estabelece o art. 1.857, § 2º, do Código Civil.

Ainda, na sucessão testamentária, é possível estabelecer tanto legatários, que receberão a título singular, quanto herdeiros (chamados de herdeiros testamentários ou herdeiros instituídos), que receberão a título universal.

Em síntese, nas palavras de Venosa, "o herdeiro é sucessor universal, quer provenha da ordem legal, quer provenha da vontade do testador. O legatário é sucessor singular, e só virá a existir por meio do testamento"<sup>29</sup>.

## **2 HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DA HERANÇA**

Conforme demonstrado no capítulo anterior, o Brasil adota tanto a sucessão legítima quanto a testamentária. Nesta última, devem ser resguardados os direitos dos herdeiros necessários à legítima. Ocorre que, em determinadas hipóteses, esses

---

<sup>27</sup> TARTUCE, F. **Direito civil**: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 6. p. 155

<sup>28</sup> TARTUCE, F. **Direito civil**: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 6. p. 383

<sup>29</sup> VENOSA, S. de S. **Direito civil**: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Atlas, 2018. v. 6. p. 168



sucessores podem ser excluídos da herança, por meio da indignidade ou da deserdação.

O presente capítulo, portanto, irá trabalhar com tais formas de exclusão da herança, abordando seus conceitos, causas, procedimentos e efeitos.

## **2.1 Indignidade**

A indignidade é tratada no Código Civil de 2002 no Capítulo “Dos Excluídos da Sucessão”, entre os arts. 1.814 a 1.818. Paulo Nader traz o conceito de indignidade como sendo “a situação jurídica em que se encontra o sucessível, condenado à perda do direito de suceder, pela prática de danos graves contra o autor da herança ou a membros de sua família”<sup>30</sup>.

Conforme preconiza o art. 1.814 do Código Civil tal instituto pode privar qualquer espécie de sucessor (legítimo ou testamentário) à sua parte na herança. Por se tratar de uma forma de punição civil, já que “afasta da relação sucessória aquele que haja cometido ato grave, socialmente reprovável”, as hipóteses previstas no rol do artigo mencionado são taxativas, não cabendo interpretação extensiva<sup>31</sup>. Veja-se as causas de exclusão por indignidade<sup>32</sup>:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

- que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
- que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu

<sup>30</sup> NADER, P. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 6. p. 93

<sup>31</sup> GAGLIANO, P. S. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 7. p. 152.

<sup>32</sup> BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 04 nov. 2019.



cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Cumpra analisar as peculiaridades das situações que possibilitam a exclusão da sucessão. A primeira, que trata do homicídio ou sua tentativa, possui o dolo como fator determinante para que haja a exclusão. Ainda, não é necessária a prévia condenação na seara criminal para que ocorra a indignidade, sendo a comprovação da autoria/coautoria na esfera cível apta a ensejar tal punição<sup>33</sup>.

Quanto ao segundo ponto, que trata dos delitos contra a honra, a exclusão ocorrerá quando houver calúnia irrogada em juízo contra o autor da sucessão ou o sucessor cometer crime contra a honra do autor da herança ou seu cônjuge ou companheiro e, neste caso, deverá ter uma condenação na esfera criminal em razão do termo “crime”<sup>34</sup>.

Por fim, a última hipótese abarcada pelo art. 1.818 do Código Civil de 2002 é a exclusão pela prática de violência ou fraude contra o autor da herança, que irá inibir ou obstar a livre manifestação da vontade deste. Segundo Tartuce, a violência pode ser tanto física quanto psicológica e a fraude é tida como qualquer ato que altere a manifestação de última vontade do falecido, incluídas as práticas ocorridas com abuso de confiança<sup>35</sup>.

A exclusão por indignidade, ante as hipóteses acima elencadas, não é automática e para que se opere é preciso uma sentença em ação declaratória de indignidade, movida por aqueles que têm interesse na sucessão no prazo de quatro anos, a contar da abertura da sucessão. Conforme o art. 1.815, §2º, do Código Civil, o

---

<sup>33</sup> PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 6. p. 33

<sup>34</sup> VENOSA, S. de S. **Direito civil**: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Atlas, 2018. v. 6. p. 81

<sup>35</sup> TARTUCE, F. **Direito civil**: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 6. p. 113.





Ministério Público é legítimo para ajuizar referida ação nas hipóteses do homicídio doloso ou de sua tentativa.

Deverão ser comprovadas as hipóteses do art. 1.814 do Código Civil<sup>36</sup> no curso da ação.

Salienta-se que os efeitos da sentença declaratória irão retroagir à data da abertura da sucessão, porquanto o herdeiro excluído será considerado como se pré-morto fosse<sup>37</sup>. Ainda, o art. 1.816 estabelece que “são pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão”. Dessa forma, os descendentes do excluído irão suceder a título de representação, ante o efeito de pré-morte do herdeiro excluído.

Ademais, no parágrafo único do art. 1.816 do Código Civil, o legislador se atentou a excluir o indigno do usufruto ou da administração dos bens que irão aos seus sucessores e da eventual sucessão desses. Nas palavras de Gagliano<sup>38</sup>, “os bens que foram negados ao excluído não poderão favorecê-lo (nem na condição de representante legal dos beneficiários), nem a ele retornarem (por nova relação sucessória)”.

Por fim, com esteio no art. 1.818 do Código Civil, é possível a reabilitação (perdão) do indigno de forma (i) expressa, quando o ofendido o fizer em testamento ou outro instrumento autêntico; ou (ii) tácita, se o testador, já conhecendo a causa de indignidade, deixar determinada herança ou legado ao indigno, podendo este suceder no limite da referida disposição testamentária<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> VENOSA, S. de S. **Direito civil: direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Atlas, 2018. v. 6. p. 81

<sup>37</sup> FARIA, M. R. C. de. **Direito das sucessões: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2018

<sup>38</sup> GAGLIANO, P. S. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 7. p. 164

<sup>39</sup> GAGLIANO, P. S. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 7. p. 165



## 2.2 Deserdação

A outra hipótese de exclusão da sucessão é a deserdação, prevista nos arts. 1.961 a 1.965 do Código Civil. A deserdação tem como escopo privar os herdeiros necessários de sua legítima, que deverá ser expressamente declarada em testamento, conforme preconiza o art. 1.964 da norma vigente, sendo, portanto, realizada por manifesta vontade do *de cuius*. Conforme esclarece Carvalho<sup>40</sup>:

A deserdação é, quanto à sua natureza jurídica, uma **pena civil severíssima**, a ser inferida, inicialmente, pelo hereditando através de testamento, e **confirmada por sentença judicial**, tendo como efeito, posto já mencionado, **privar-se o herdeiro necessário de sua quota legítima** (também denominada de quota legítima), sendo afastado, assim, o importante princípio da intangibilidade da legítima, a alcançar com exclusividade tais herdeiros, que, no desenho do art. 1.845 do Código Civil atual, são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Além das hipóteses que permitem a exclusão por indignidade (art. 1.814 do Código Civil), a deserdação também abrange as seguintes situações<sup>41</sup>:

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física; II - injúria grave;

III- relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV- desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física; II - injúria grave;

III- relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

<sup>40</sup> CARVALHO, L. P. V. de. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. p. 858. (grifos do autor)

<sup>41</sup> <sup>41</sup>BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 09 nov. 2019



IV- desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

A ofensa física pode ser vista como qualquer forma de agressão à vítima, sem distinção de gravidade, e, aqui, é desnecessária condenação na esfera criminal para que ocorra a deserdação. Quanto à injúria grave, o ânimo de injuriar e o contexto/circunstâncias da injúria deverão ser analisados no caso concreto, deverá ser proferida contra o testador e também é dispensada a condenação criminal nessa hipótese<sup>42</sup>.

A possibilidade de deserdação prevista no inciso IV tanto do art. 1.962 quanto do 1.963 da norma civil implica “a falta de assistência material, espiritual ou moral”<sup>43</sup>. Gagliano aduz que “a noção de desamparo — tanto do ascendente como do descendente enfermo — também pode se subsumir na noção maior de “abandono afetivo”<sup>44</sup>.

Ocorre que tal noção de abandono afetivo fica restrita àqueles que possuem alienação mental, deficiência mental ou grave enfermidade, deixando de fora aqueles que sofrem o abandono afetivo e não possuem tais limitações. É esse ponto que será posteriormente tratado no presente artigo, que irá averiguar a possibilidade de ampliação de tal rol para abranger todos que são abandonados por seus ascendentes ou descendentes e não somente os que estão enfermos.

É possível concluir que existem quatro pressupostos para a deserdação: (i) existência de herdeiros necessários, já que o instituto da deserdação visa o afastamento da legítima de tais sucessores ante a ocorrência das hipóteses previstas na lei; (ii) existência de testamento válido e eficaz, pois a declaração de vontade deve estar prevista em tal instrumento; (iii) expressa declaração do motivo dentre as

<sup>42</sup> VENOSA, S. de S. **Direito civil: direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Atlas, 2018. v. 6. p. 357

<sup>43</sup> CARVALHO, L. P. V. de. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. p. 876.

<sup>44</sup> GAGLIANO, P. S. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 7. p. 170



previstas na lei, que traz um rol taxativo de hipóteses, sob pena de nulidade; e (iv) propositura de ação de deserdação, com pedido julgado procedente, que deverá ser ajuizada no prazo decadencial de quatro anos contados da abertura do testamento, pelo herdeiro instituído, ou àquele em que aproveite a deserdação, que deverá provar a veracidade do motivo alegado pelo testador, conforme preconiza o art. 1.964 c/c art. 1.965 ambos do Código Civil<sup>45</sup>.

Como visto, a indignidade possui expressa previsão, no art. 1.816 do Código Civil, de que seus efeitos serão pessoais e que o indigno será excluído da sucessão como se pré-morto fosse. Ocorre que a deserdação não possui previsão expressa quanto tais efeitos, de forma que, por determinado período, havia divergência quanto à possibilidade de os descendentes do deserdado sucederem por direito de representação.

Atualmente prevalece o entendimento de que “os efeitos da *deserdação*, ante a idêntica natureza da penalidade imposta nos casos de indignidade, hão de ser também *pessoais*, não podendo ir além da pessoa que se portou de forma tão reprovável”<sup>46</sup>. Assim, o deserdado é visto como se pré-morto fosse.

### 3 ABANDONO AFETIVO COMO HIPÓTESE DE DESERDAÇÃO

Como visto no tópico anterior, o rol dos arts. 1.962 e 1.963 do Código Civil, que traz as hipóteses de exclusão por deserdação, é taxativo e não abrange àquele descendente ou ascendente que foi abandonado afetivamente e que não possui doenças mentais ou grave enfermidade.

---

<sup>45</sup> CARVALHO, L. P. V. de. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. p. 862

<sup>46</sup> GONÇALVES, C. R. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 7. p. 442



Assim, o presente tópico irá tratar da possibilidade de inclusão dessa hipótese no Código Civil, ao analisar que já existe uma construção jurisprudencial e doutrinária que entende possível, por exemplo, a reparação civil em tais hipóteses, bem como legislações que penalizam essas circunstâncias.

Ainda, o presente irá analisar projetos de lei que tramitam na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (Projeto de Lei Senado n. 118/2010, Projeto de Lei Câmara dos Deputados

n. 3.145/2015 e Projeto de Lei Senado n. 3.799/2019) e que tem relevância ao tema ora posto, já que visam a alteração do rol do artigo de deserdação.

### **3.1 O afeto como bem jurídico e o posicionamento da jurisprudência**

O subitem em questão trará o contexto brasileiro do abandono afetivo, utilizando dados reais do crescimento de casos de abandono - especialmente de idosos -, bem como a jurisprudência tem visto o abandono afetivo com um olhar mais atento e, inclusive, entendendo pela possibilidade de indenização em tais circunstâncias.

Como dito no primeiro tópico, a Constituição Federal de 1988 trouxe, de forma implícita, a afetividade ao âmbito do Direito de Família, com o escopo de se adequar à nova realidade social existente. O papel da jurisprudência para concretizar o princípio da afetividade em tal ramo do direito foi primordial.

O número de julgados dos Tribunais Superiores que trazem a afetividade para a tomada de decisões vem crescendo. É possível constatar esse fato ao analisar, por exemplo a decisão proferida em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal que reconhece a multiparentalidade (RE 898.060/SC, Tema 622 da Repercussão Geral), oportunidade em que se firmou a tese de que “a paternidade



socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”<sup>47</sup>.

Segundo Schreiber, em texto publicado por Tartuce, referido julgado é um marco no direito brasileiro pois deste é possível verificar que, de uma só vez, três questões foram resolvidas pelo STF, sendo elas:<sup>48</sup>

De uma só tacada, o STF (a) reconheceu o instituto da paternidade socioafetiva mesmo à falta de registro – tema que ainda encontrava resistência em parte da doutrina de direito de família –; (b) afirmou que a paternidade socioafetiva não representa uma paternidade de segunda categoria diante da paternidade biológica; e (c) abriu as portas do sistema jurídico brasileiro para a chamada “multiparentalidade”.

Ainda, no que tange ao RE n. 898.060/SC, Ricardo Calderón segue a mesma linha:

Resta consagrada a leitura jurídica da afetividade, tendo ela perfilado de forma expressa na manifestação de diversos Ministros. No julgamento da repercussão geral 622 houve ampla aceitação do reconhecimento jurídico da afetividade pelo colegiado, o que resta patente pela paternidade socioafetiva referendada na tese final aprovada. A afetividade inclusive foi citada expressamente como princípio na manifestação do Ministro Celso de Mello, na esteira do que defende ampla doutrina do direito de família. Não houve objeção alguma ao reconhecimento da socioafetividade pelos ministros, o que indica a sua tranquila assimilação naquele tribunal.

É cristalino, portanto, que a afetividade já possui grande influência nas decisões da Suprema Corte.

---

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário n. 898.060/SC**. Relator: Min. Luiz Fux. Repercussão Geral. Mérito. Brasília, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>. Acesso em: 03 mar. 2020

<sup>48</sup> SCHREIBER, A. STF, Repercussão Geral 622: multiparentalidade e seus efeitos. **Jusbrasil**. 2016. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/388310176/stf-repercussao-geral-622-multiparentalidade-e-seus-efeitos>. Acesso em: 03 mar. 2020



Destaca-se que o caso acima reflete uma realidade em que a sociedade tem cada vez mais necessitado de reafirmações quanto à afetividade em suas relações. A necessidade de afeto e carinho nas relações é patente.

Nesse momento, é preciso compreender o que seria a afetividade. Esta seria, segundo Calderón, a “atividade exteriorizadora de afeto; conjunto de atos concretos representativos de

um dado sentimento afetivo por outrem (esses atos concretos são captáveis pelo Direito, pelos seus meios usuais de prova)”<sup>49</sup>.

Ainda segundo Calderón<sup>50</sup>:

A leitura jurídica da afetividade deve ser realizada com uma lente objetiva, a partir da persecução de fatos concretos que permitam sua averiguação no plano fático: uma afetividade jurídica objetiva. A partir disso parece possível distinguir os sentidos de alguns significantes muitas vezes confundidos: amor, afeto, afetividade e socioafetividade. O amor é estranho ao Direito (no seu formato atual). Há que se afastar qualquer confusão com o amor quando da significação da afetividade, posto ser o primeiro um sentimento subjetivo que escapa ao Direito, enquanto a afetividade se manifesta por intermédio de uma atividade concreta exteriorizadora que é cognoscível juridicamente.

Corolária disso, a percepção que o princípio da afetividade jurídica possui duas dimensões: a objetiva, que é retratada pela presença de eventos representativos de uma expressão de afetividade, ou seja, fatos sociais que indiquem a presença de uma manifestação afetiva; e a subjetiva, que se refere ao afeto anímico em si, o sentimento propriamente dito. A verificação dessa dimensão subjetiva certamente foge ao Direito e, portanto, será sempre presumida, o que permite dizer que constatada a presença da dimensão objetiva da afetividade, restará desde logo presumida a sua dimensão subjetiva. Em outras palavras, “nessas situações, é possível até presumir a presença do sentimento de afeto. Sendo ação, a conduta afetiva

---

<sup>49</sup> CALDERÓN, R. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 152

<sup>50</sup> CALDERÓN, R. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 152



é um dever e pode ser imposta pelo Judiciário, presente ou não o sentimento”.

Ocorre que, dentro dessa mesma realidade em que as pessoas buscam por meio do direito a afirmação de sua afetividade, existem descasos, abusos e abandonos, que muitas vezes passam despercebidos.

Atualmente, há uma discussão tanto na jurisprudência quanto na doutrina em relação à admissibilidade de indenização em situações de abandono afetivo. A questão em debate observa se seria possível a projeção da responsabilidade civil na relação entre pais e filhos em circunstâncias de abandono afetivo.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça possui julgados no sentido de não ser possível a reparação em situações de abandono afetivo, pois tais circunstâncias não configuram ato ilícito já que os pais não têm o “dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade”<sup>51</sup>.

Ocorre que tal posicionamento não necessariamente reflete as disposições normativas. Isso porque o art. 229 da Constituição estabelece que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”<sup>52</sup>.

Ora, conforme aduz Tartuce, se houver violação a tal direito previsto constitucionalmente, gerando dano ao filho, o ato ilícito será patente por força do art.

---

<sup>51</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). **Recurso Especial n. 1.579.021/RS**. Relatora: Min. Maria Isabel Galloti. Brasília, 19 de outubro de 2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73036217&num\\_registro=201600111968&data=20171129&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73036217&num_registro=201600111968&data=20171129&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 07 mar. 2020.

<sup>52</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitucao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm). Acesso em: 07 mar. 2020





186 do Código Civil<sup>53</sup> e a responsabilidade civil será atraída (art. 927 do Código Civil).

Em julgado anterior, a Terceira Turma do STJ entendeu pela possibilidade de aplicação da responsabilidade civil no Direito de Família com fulcro na afetividade, já que o dever de cuidado está previsto no ordenamento jurídico, de forma que quando ocorrer violação a esse valor jurídico, haverá direito a indenização<sup>54</sup>:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem

restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. **O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências**, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. **Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal**, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono

---

<sup>53</sup> TARTUCE, F. Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira. **Migalhas**. 26 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/262537/da-indenizacao-por-abandono-afetivo-na-mais-recente-jurisprudencia-brasileira>. Acesso em: 08 mar. 2020

<sup>54</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.159.242/SP**. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15890657&num\\_re\\_gistro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15890657&num_re_gistro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 08 mar. 2020. (grifo nosso).



afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.

Este entendimento do STJ tem sido seguido pelos Tribunais Estaduais em diversos julgados. Cumpre destacar os seguintes trechos da ementa de recente julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território<sup>55</sup>:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. DANO IN RE IPSA.

(...) 2. A omissão não significa a mera conduta negativa, a inatividade, a inércia, o simples não-fazer, mas, sim, o não fazer o que a lei determina.

"Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família." (Precedente do STJ: REsp. 1159242/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi).

"A indenização do dano moral por abandono afetivo não é o preço do amor, não se trata de novação, mas de uma transformação em que a condenação para pagar quantia certa em dinheiro confirma a obrigação natural (moral) e a transforma em obrigação civil, mitigando a falta do que poderia ter sido melhor: faute de pouvoir faire mieux,

<sup>55</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (8. Turma Cível). **Apelação n. 0015096-12.2016.8.07.0006**. Relatora: Nídia Corrêa Lima. Relator Designado: Diaulas Costa Ribeiro. Brasília, 28 de março de 2019. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=&numero=0015096-12.2016.8.07.0006&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS\\_RECURSAIS,%20BASE\\_ACORDAOS\\_IDR,%20BASE\\_TEMAS,%20BASE\\_ACORDAOS,%20BASE\\_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=Processo&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=&numero=0015096-12.2016.8.07.0006&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=Processo&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 06 abr. 2020. (grifos nossos).



fundamento da doutrina francesa sobre o dano moral. Não tendo tido o filho o melhor, que o dinheiro lhe sirva, como puder, para alguma melhoria." (Kelle Lobato Moreira. Indenização moral por abandono afetivo dos pais para com os filhos: estudo de Direito Comparado. Dissertação de Mestrado. Consórcio Erasmus Mundus: ....Universidade Católica Portuguesa/Universität de Rouen, França/Leibniz Universität Hannover. Orientadora: Profa. Dra. Maria da Graça Trigo. Co-orientador: Prof. Dr. Vasco Pereira da Silva. Lisboa, 2010). (...) 6. Não se pode exigir, judicialmente, desde os primeiros sinais do abandono, o cumprimento da "obrigação natural" do amor. Por tratar-se de uma obrigação natural, um Juiz não pode obrigar um pai a amar uma filha. Mas não é só de amor que se trata quando o tema é a dignidade humana dos filhos e a paternidade responsável. Há, entre o abandono e o amor, o dever de cuidado. Amar é uma possibilidade; cuidar é uma obrigação civil.

"A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça." (Código Civil português - Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966, em vigor desde o dia 1 de junho de 1967, artigo 402º).

A obrigação dos progenitores cuidarem (lato sensu) dos filhos é dever de mera conduta, independente de prova ou do resultado causal da ação ou da omissão.

"O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88."(Precedente do STJ: REsp. 1159242/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi).

(...) 11. A mesma lógica jurídica dos pais mortos pela morte deve ser adotada para os órfãos de pais vivos, abandonados, voluntariamente, por eles, os pais. Esses filhos não têm pai para ser visto. No simbolismo psicanalítico, há um homicídio. Esse pai suicida-se moralmente como via para sepultar as obrigações da paternidade, ferindo de morte o filho e a determinação constitucional da paternidade responsável.

"O dano moral, com efeito, tem seu pressuposto maior na angústia, no sofrimento, na dor, assim como os demais fatores



de ordem física ou psíquica que se concretizam em algo que traduza, de maneira efetiva, um sentimento de desilusão ou de desesperança." (Wilson Melo da Silva. Idem, p. 116).

O dano moral (patema d'animo) por abandono afetivo é in re ipsa

O valor indenizatório, no caso de abandono afetivo, não pode ter por referência percentual adotado para fixação de pensão alimentícia, nem valor do salário mínimo ou índices econômicos. A indenização por dano moral não tem um parâmetro econômico absoluto, uma tabela ou um baremo, mas representa uma estimativa feita pelo Juiz sobre o que seria razoável, levando-se em conta, inclusive, a condição econômica das partes, sem enriquecer, ilicitamente, o credor, e sem arruinar o devedor.

(...) 16. A indenização fixada na sentença não é absurda, nem desarrazoada, nem desproporcional. Tampouco é indevida, ilícita ou injusta. R\$ 50.000,00 equivalem, no caso, a R\$ 3,23 por dia e a R\$ 3,23 por noite. Foram cerca de 7.749 dias e noites. Sim, quando o abandono é afetivo, a solidão dos dias não compreende a nostalgia das noites. Mesmo que nelas se possa sonhar, as noites podem ser piores do que os dias. Nelas, também há pesadelos.

17. Recurso conhecido e desprovido.

Assim, é notório que o afeto vem sendo tratado como bem jurídico. Conforme se denota dos julgados acima, o cuidado é dever constitucional da família em relação à criança ou adolescente, já que as suas diversas manifestações estão expressamente previstas no art. 227 da Constituição Federal<sup>56</sup>:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

---

<sup>56</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 06 abr. 2020



No mesmo sentido, os arts. 229 e 230 da Carta Magna também impõem tal dever em relação aos idosos, que devem ser amparados na velhice<sup>57</sup>:

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

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

Entende-se, portanto, que a partir do momento que tais deveres são negligenciados, em especial o de cuidado, há o abandono afetivo, o que, a despeito de não ser tema uníssono na doutrina e na jurisprudência, configura o ato ilícito e, assim, a responsabilidade civil daquele que abandonou.

Tartuce segue o entendimento de que é possível a indenização em casos de abandono afetivo, em especial quando há dano psicológico àquele que não obteve os cuidados que fazia jus<sup>58</sup>:

De qualquer modo, tal decisão do Tribunal da Cidadania não encerrou o debate quanto à indenização por abandono afetivo, que permanece intenso na doutrina. Cumpre destacar que me posicionei no sentido de existir o dever de indenizar em casos tais, especialmente se houver um dano psíquico ensejador de dano moral, a ser demonstrado por prova psicanalítica. O desrespeito ao dever de convivência é muito claro, eis que o art. 1.634 do Código Civil impõe como atributos do poder familiar a direção da criação dos filhos e o dever de ter os filhos em sua companhia. Além disso, o art. 229 da Constituição Federal é cristalino ao estabelecer que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Violado esse dever e sendo causado o dano ao filho, estará configurado o ato ilícito, nos

---

<sup>57</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 06 abr. 2020

<sup>58</sup> TARTUCE, F. Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira. **Migalhas**. 26 jul. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/262537/da-indenizacao-por-abandono-afetivo-na-mais-recente-jurisprudencia-brasileira>. Acesso em 08 abr. 2020



exatos termos do que estabelece o art. 186 do Código Civil em vigor.

Em linhas gerais, é possível verificar que o afeto é passível de tutela pelo direito, sendo visto como bem jurídico de fato, já que, inclusive, pode ensejar indenização quando configurado.

### 3.2 Abandono afetivo inverso

Em artigo publicado em 23/10/2019, Alan Vinicius Vicente abarca conceitos de abandono afetivo trazidos por diversos doutrinadores brasileiros de renome como Maria Berenice Dias e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Em suma, o abandono afetivo pode ser compreendido como a omissão dos encargos inerentes ao poder familiar, que engloba o dever de educação em uma concepção ampla que permeia também “o afeto, carinho, atenção, desvelo”<sup>59</sup>.

O dever de cuidado em relação aos filhos, como visto, está previsto nos arts. 227 e 229 da Constituição, podendo ser compreendido também no art. 1.634 do Código Civil, e, em relação aos pais e idosos, nos arts. 229 e 230 da Carta Magna. O descumprimento do dever de cuidado implica, portanto, em abandono afetivo.

É possível notar que os índices de abandono afetivo de idosos por seus filhos e netos são altos, bem como os índices de abandono dos pais em relação a seus filhos.

---

<sup>59</sup> VICENTE, Alan Vinicius. Reparação por abandono afetivo paterno-filial: possibilidade ou inviabilidade? **Âmbito jurídico**: o seu portal jurídico da internet. 23 out. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/reparacao-por-abandono-afetivo-paterno-filial-possibilidade-ou-inviabilidade/>. Acesso em: 10 abr. 2020



É o que revelam os dados do balanço do Disque-100, que sintetiza os casos de denúncia de violação dos direitos humanos no referido canal<sup>60</sup>.

Apenas no primeiro semestre de 2019 foram 17.239 denúncias de negligência em relação aos idosos (esse número representa mais da metade dos casos denunciados em 2018, que totalizaram 29.792 casos), sendo destes 4.608 casos de abandono e 15.640 de negligência em amparo e responsabilização.

Quanto às crianças e adolescentes, no mesmo período do ano de 2019, foram apuradas 29.320 denúncias de negligência (número superior aos casos de ano completo de 2018, que apurou 55.375 casos), destes, 5.021 casos são situações de abandono e 15.640 de negligência em amparo e responsabilização.

Como se vê, a quantidade de casos *denunciados* - ou seja, não necessariamente o número efetivo de ocorrências - é alto, o que demonstra uma realidade que deve ser apurada e tutelada pelo direito.

A situação dos idosos chama a atenção. Denomina-se abandono afetivo inverso a ocorrência de violação ao dever constitucional de amparo e de cuidado (arts. 229 e 230) dos descendentes em relação a seus ascendentes. Nas palavras da diretora nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e advogada, Viviane Girardi<sup>61</sup>:

“O abandono afetivo, no caso da pessoa idosa, se caracteriza pela falta de convivência, de comunicação e de isolamento a agravar a sua situação de vulnerabilidade, ao ponto de os

---

<sup>60</sup> BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Balanço - Disque 100**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acao-a-informacao/ouvidoria/balanco-disque-100>. Acesso em: 10 abr. 2020

<sup>61</sup> IBDFAM, Assessoria de Comunicação do. **Abandono afetivo inverso é tema de palestra no Congresso Nacional do IBDFAM**. 14 de agosto de 2019. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/noticias/7027/Abandono+afetivo+inverso+%C3%A9+tema+de+palestra+no+Congresso+Nacional+do+IBDFAM.%20Acesso%20em%2011%20de%20maio%20de%202020>. Acesso em: 10 abr. 2020



efeitos da solidão e do abandono debilitarem (o idoso) psiquicamente”, explica Girardi.

“A falta de convivência, contato, comunicação, atenção e zelo com as demandas psíquicas e emocionais do idoso são os grandes desencadeadores dos processos depressivos e dos demais quadros de doenças psicossomáticas em pessoas idosas, sendo de se registrar ainda que essas circunstâncias são também causas de suicídio na terceira idade”, comenta a advogada.

A proteção aos idosos, além de prevista constitucionalmente, como visto, também encontra amparo na Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). No que tange ao abandono, o Estatuto do Idoso, em seu art. 98, tipifica como crime o abandono de idosos em “hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado”, com pena de detenção de 6 meses a três anos e multa<sup>62</sup>.

Pode-se considerar que os idosos possuem uma vulnerabilidade ainda maior pela idade já avançada e, em consequência disto, gozam de proteção específica no ordenamento jurídico. Porém, ante o cenário de abandono, é notório que a tutela ainda merece cautela e novas alterações para tentar dirimir os descasos ocorridos.

### **3.3 Possibilidade de inclusão do abandono afetivo como hipótese de deserdação**

Como visto, as hipóteses de deserdação previstas nos arts. 1.962 e 1.963 do Código Civil são taxativas e não incluem o abandono afetivo amplo, sendo possível privar o herdeiro de sua legítima, dentre outras hipóteses, somente quando há o abandono e desamparo dos ascendentes ou descendentes com alguma deficiência mental ou grave enfermidade.

---

<sup>62</sup> BRASIL. **Lei n. 10.741/2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em:





Ocorre que as mudanças na sociedade são patentes e o número de descasos e abandonos de idosos e dos pais em relação aos seus filhos é alarmante. Assim, questiona-se se nas situações de abandono afetivo, ou seja, do não cumprimento do dever constitucional de amparo, seria possível deserdar o parente que abandonou?

A resposta desta questão remete à análise da jurisprudência nos casos em que foi requerida a deserdação nas situações de abandono afetivo.

A Apelação Cível n. 1.0358.16.002170-7/001, julgada pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, visava a reforma da sentença que julgou improcedentes os pedidos, já que na espécie teria ocorrido o abandono material e afetivo por parte da genitora, que, segundo o Apelante, “falava mal de seu próprio filho” e o abandonara desde criança sem procurar saber a seu respeito<sup>63</sup>.

Ao analisar o recurso, o TJMG entendeu pela impossibilidade de deserdação da genitora, porquanto o rol é taxativo e não havia disposição testamentária neste sentido e, também não caberia a declaração de indignidade, porquanto o abandono não fora comprovado e a hipótese não está prevista no rol taxativo de indignidade<sup>64</sup>:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE EXCLUSÃO DE  
HERDEIRO POR INDIGNIDADE - SUPOSTO  
ABANDONO MATERIAL OU AFETIVO - HIPÓTESE  
NÃO CONTEMPLADA PELO ROL TAXATIVO

<sup>63</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. (8. Câmara Cível). **Apelação Cível 1.0358.16.002170-7/001**. Relator: Des. Ângela de Lourdes Rodrigues. Belo Horizonte, 04 de dezembro de 2019. Disponível em: [https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=3EB265C380EFD280B8FFD216C565B5D0.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0358.16.002170-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=3EB265C380EFD280B8FFD216C565B5D0.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0358.16.002170-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar). Acesso em: 12 abr. 2020

<sup>64</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. (8. Câmara Cível). **Apelação Cível 1.0358.16.002170-7/001**. Relator: Des. Ângela de Lourdes Rodrigues. Belo Horizonte, 04 de dezembro de 2019. Disponível em: [https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=3EB265C380EFD280B8FFD216C565B5D0.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=3EB265C380EFD280B8FFD216C565B5D0.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1).



PREVISTO NO ART. 1.814 DO CÓDIGO CIVIL - DESERDAÇÃO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA DE ÚLTIMA VONTADE AVIADA PELO AUTOR DA HERANÇA, COM INDICAÇÃO DE CAUSA EXPRESSA - IMPROCEDÊNCIA.

A exclusão de herdeiro da sucessão deve decorrer da deserdação ou da indignidade, que são penas aplicadas aos sucessores, em razão da **prática de certos fatos típicos taxativamente previstos em lei contra o autor da herança**.

A deserdação constitui uma cláusula testamentária, através da qual o testador afasta de sua sucessão herdeiros necessários, mediante a **expressa descrição da causa autorizada pela lei. Encontra-se disciplinada no art. 1.961 e seguintes do Código Civil**.

O instituto da indignidade está relacionado à sucessão legítima (herdeiros e legatários), sendo que a lei estabelece os fatos típicos que autorizam a sua declaração de forma taxativa, não permitindo interpretação extensiva. Essas causas estão elencadas no art. 1.814, do Código Civil.

Na hipótese dos autos, **não há como acolher a tese de deserdação sustentada pela parte autora, porquanto inexistente disposição testamentária de última vontade aviada pelo autor da herança, com indicação de causa expressa, tal como previsto no art. 1.964 c/c 1.965 do Código Civil**.

Também não merece prosperar a tese de indignidade, porquanto o alegado

abandono (material e/ou afetivo) da requerida pelo seu filho, além de não ter sido comprovado cabalmente nos autos, não se enquadra em nenhum dos casos legalmente previstos pelo art. 1.814 do Código Civil para a configuração da exclusão por indignidade do sucessor.

Destaca-se, ainda, a Apelação Cível n. 0000954-91.2010.8.26.0100<sup>65</sup>, julgada pela 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que se

---

<sup>65</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível. (8. Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível 0000954-91.2010.8.26.0100**. Relator: Silvério da Silva. São Paulo, 30 maio 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=12550320&cdForo=0>. Acesso em: 20 abr. 2020



alega que a autora da herança lavrou testamento que teria deserddado seus descendentes por “abandono, falta de apoio afetivo e emocional à enfermo”.

Nos autos, afirma-se que a autora da herança sofreu um AVC e que, quando ainda lúcida, teria lavrado testamento deserddando seus descendentes por “total desamparo em grave enfermidade”. Posteriormente, faleceu com Mal de Alzheimer.

O relator dos autos, ao analisar o caso concreto, entendeu que não basta a disposição testamentária para que a deserdação ocorra, mas que a autora comprove que de fato ocorreu o desamparo e que a falecida tenha sido acometida de doença grave, o que não teria ocorrido nos autos.

Ainda, em seu voto, complementa que, **mesmo que entre a falecida e seus descendentes (filhos e netos) faltasse afetividade “e isto de fato lhe tenha causado sofrimento e tristeza, não é uma das hipóteses previstas para a causa de deserdação, e não se permite interpretação extensiva”**. Ou seja, ainda que houvesse abandono afetivo entre a autora da sucessão e seus descendentes, por não estar contemplada no rol taxativo, não poderia ocorrer deserdação por tal motivo.

A 8ª Câmara de Direito Privado, por unanimidade, negou provimento à apelação e o acórdão foi assim ementado:

Apelação cível. Ação de deserção. A deserção consiste na privação da legítima por vontade do autor da herança, mediante disposição testamentária, por **algumas das causas taxativamente relacionadas nos artigos 1962 e 1963 do Código Civil**. O artigo 1963 do Código Civil estabelece como uma das causas que autorizam a deserção dos ascendentes pelos descendentes o “desamparo do filho ou neto com a deficiência mental ou grave enfermidade” (IV). **A deserdação tem caráter excepcional e apenas prevalece quando devidamente comprovada a hipótese legal que a ensejou**, conforme rol taxativo previsto em lei (artigos 1962 e 1963 do



CC), o qual não admite interpretação extensiva. A autora não logrou trazer aos autos elementos suficientes para demonstrar que a falecida tenha sido acometida de doença grave e que os herdeiros deserdados tenham efetivamente a deixado em situação de abandono e desamparo. **Ainda que pudesse existir falta de afetividade entre a falecida, filhos e netos, e isto de fato lhe tenha causado sofrimento e tristeza, não é uma das hipóteses previstas para a causa de deserdação, e não se permite interpretação extensiva.** Apelo desprovido.

Cumpre destacar o Processo n. 5397323-55.2018.8.09.0011, em que o genitor ajuizou ação para deserdar suas filhas da herança de sua falecida esposa, porquanto teriam cometido abandono afetivo, sustentando que “as condutas omissivas e comissivas praticas pelas filhas são suficientes para declarar suas deserdações, excluindo-as da herança constante do testamento deixado” (sic).

O Tribunal de Justiça de Goiás, ao julgar a espécie, entendeu que o apelo deveria ser desprovido, porquanto ausente disposição testamentária da genitora para deserdar as filhas, existindo testamento apenas no sentido de partilhar os bens. Para sustentar a decisão, o voto condutor colacionou à decisão a jurisprudência do TJMG supracitada. O acórdão foi assim ementado<sup>66</sup>:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESERDAÇÃO. SUPOSTO ABANDONO MATERIAL OU AFETIVO. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA DE ÚLTIMA VONTADE AVIADA PELO AUTOR DA HERANÇA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ARTIGO 485, IV E VI DO CPC. HONORÁRIOS RECURSAIS.

A legislação civil estabelece duas modalidades de exclusão do herdeiro que ofende o sucessor, quais sejam, por indignidade ou

---

<sup>66</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. (5. Câmara Cível). **Apelação n. 5397323-55.2018.8.09.0011**. Relator: GuilhermeGutemberg Isac Pinto. Goiânia, 13 abr. 2020. Disponível em [https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id\\_MovimentacaoArquivo=120017666&hash=155648262037055060566616945866132259342&CodigoVerificacao=true](https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=120017666&hash=155648262037055060566616945866132259342&CodigoVerificacao=true). Acesso em: 20 abr. 2020.



por deserdação, sendo esta última, frisa-se, admitida apenas na sucessão testamentária, tal como previsto no artigo 1.964 do Código Civil. 2. Na hipótese dos autos, não há como acolher a tese de deserdação sustentada pelo autor, porquanto inexistente disposição testamentária de última vontade aviada pela autora da herança, com indicação de causa expressa. 3. Considerando a ausência de comprovação de existência de outro testamento com indicação expressa ou disposição de vontade em deserdar as filhas, falece o autor de interesse processual e legitimidade para a ação de deserdação. 4. Em respeito ao art. 85, §11, do Código de Processo Civil e o desprovimento do presente apelo, elevo os honorários advocatícios em 5%, totalizando 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação. 5. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA.

Como se observa, além da necessidade de se ter previsão testamentária expressa para que ocorra a deserdação, a jurisprudência é firme no sentido de que as hipóteses previstas no art. 1.962 do Código Civil são taxativas, não havendo possibilidade para mitigar tal disposição. Como visto no tópico 2.2, a doutrina também entende pela taxatividade das hipóteses exclusão da herança, porquanto “excluir um herdeiro é algo extremamente grave, somente admitido em casos em que a lei expõe”<sup>67</sup>.

Ainda, citado por Tartuce, Paulo Lôbo assim aduz<sup>68</sup>:

As hipóteses legais constituem *numerus clausus*, ou seja, encerram em tipicidade fechada, não podendo outras condutas, por mais graves que sejam, fundamentar a exclusão do herdeiro. Assim é porque em nosso direito as restrições de direito são apenas as que a lei explicita, sendo vedada a interpretação extensiva.

Dessa forma, a despeito de o abandono afetivo ser conduta altamente reprovável, ainda não é possível que ocorra a deserdação em tal hipótese, ante a ausência de previsão legal para tanto, sendo necessária atuação do Poder Legislativo para que a jurisprudência possa acompanhar a mudança da sociedade.

---

<sup>67</sup> TARTUCE, F. **Direito civil**: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 6

<sup>68</sup> TARTUCE, F. **Direito civil**: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 6



### **3.4 Atuação legislativa: Projeto de Lei Senado n. 118/2010, Projeto de Lei Câmara dos Deputados n. 3.145/2015 e Projeto de Lei Senado n. 3.799/2019**

No caminho das mudanças da sociedade e, conseqüentemente, da forma que esta passou a enxergar o direito de família e das sucessões, foram apresentados projetos de lei tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal para incluir o abandono afetivo como hipótese de deserdação.

A Senadora Maria do Carmo Alves (DEM/SE) apresentou o Projeto de Lei do Senado

n. 118/2010, que visa a alteração tanto das hipóteses de deserdação quanto das de indignidade, com inspiração na dissertação de mestrado em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) do Professor Carlos Eduardo Minozzo Poletto e tendo em vista que “o tema da exclusão da herança encontra-se demasiadamente defasado, haja vista que o novo Código basicamente reproduziu as disposições previstas no Código ab-rogado”<sup>69</sup>.

No que tange às questões referentes ao abandono, o referido PL transfere da deserdação para a indignidade a hipótese de abandono daquele com qualquer tipo de deficiência, alienação mental ou grave enfermidade, já que a indignidade independe da manifestação do autor da herança em testamento (ao contrário da deserdação, o que tornava inócua a previsão legal tendo em vista que o deficiente ou alienado não teria capacidade para fazer o testamento).

O Projeto substituiu a terminação “deserdação” por “privação da legítima”, já que em tal capítulo a legislação tem como escopo a privação da legítima

---

<sup>69</sup> BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 118, de 2010**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4658484&ts=1567528194805&disposition=inline>. Acesso em: 13 abr. 2020



especificamente aos herdeiros necessários, que serão impedidos de suceder. Ademais, unifica em um único artigo (1.962) as hipóteses de privação da legítima na linha ascendente e descendente, bem como a nova redação abarca os cônjuges e companheiros, herdeiros necessários que não são previstos atualmente nas hipóteses de deserdação, a despeito de serem herdeiros necessários.

O Projeto foi aprovado no Senado Federal, com modificações realizadas pela Comissão de Constituição Justiça e Cidadania, cuja relatoria foi do Senador Demóstenes Torres. Para o que ora importa, o capítulo da privação da legítima ficou assim redigido na redação final do Projeto<sup>70</sup>:

Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, parcial ou totalmente, em todos os casos em que podem ser impedidos de suceder por indignidade.” (NR)

Art. 1.962. O herdeiro necessário pode, por testamento, com expressa declaração de causa, ser privado de sua quota legítimária, quando:

- na condição de autor, coautor ou partícipe, tenha praticado ou tentado praticar, dolosamente, qualquer ato que importe em ofensa à honra, à integridade física, à liberdade ou ao patrimônio do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão do autor da herança;
- tenha sido destituído do poder familiar em relação ao testador;
- tenha, culposamente, se omitido no cumprimento dos deveres e das obrigações impostas pelo direito de família em relação ao próprio testador ou a seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente.

Parágrafo único. A cláusula testamentária deve ser pura, não podendo subordinar-se a condição ou termo.

Art. 1.963. A privação da legítima, em qualquer dos casos, deverá ser declarada por sentença, salvo quando houver

---

<sup>70</sup> BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 118, de 2010**. Texto Final Aprovado Pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4658520&ts=1567528195033&disposition=inline>. Acesso em: 13 abr. 2020.



anterior pronunciamento judicial, civil ou criminal, que já tenha expressamente reconhecido a prática da conduta, bastando, nestes casos, a sua juntada aos autos do inventário.

§ 1º Poderá demandar judicialmente a privação da legítima todo aquele que possuir legítimo interesse, além do Ministério Público.

§ 2º O direito de demandar a privação da legítima extingue-se em 2 (dois) anos, contados da abertura da sucessão ou do testamento cerrado. (NR)

Art. 1.964. Art. 1.964. Aquele que for privado da legítima é equiparado ao indigno para todos os efeitos legais. (NR)

Art. 1.965. A privação da legítima deixa de operar com o perdão, tornando ineficaz qualquer disposição testamentária nesse sentido, seja expressamente, mediante declaração em testamento posterior, seja tacitamente, quando o autor da herança o contemplar. (NR)

Como se vê e como aduz a própria autora do Projeto de Lei acima, além das hipóteses de indignidade, a privação da legítima incluiria “toda espécie de inadimplemento familiar, desde a prestação de alimentos até o abandono moral”, já que o art. 1.962, III, do Projeto deixa ampla a hipótese quando há descumprimento do dever legal familiar, que como já demonstrado é previsto inclusive constitucionalmente.

Encaminhado para a Câmara dos Deputados, nesta casa o Projeto de Lei recebeu a numeração 867/2011. A Deputada Relatora do Projeto na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF), Erika Kokay, redigiu parecer pela aprovação, observando que a proposição “aprimora a legislação civil brasileira, redundando numa maior proteção à família, motivo pelo qual merece prosperar”.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> BRASIL. **Projeto de Lei n. 867, de 2011**. Comissão de Seguridade Social e Família. Relatora Deputada Erika Kokay. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1331278&filename=Tramitacao-PL+867/2011](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1331278&filename=Tramitacao-PL+867/2011). Acesso em: 13 abr. 2020





Destacou, ainda, a conformidade do Projeto o com a doutrina e as legislações estrangeiras ao colocar a possibilidade da privação parcial da legítima, bem como a contemplação de tal hipótese ao cônjuge sobrevivente que atualmente é considerado herdeiro necessário.

Cumpré ressaltar que foi pensado ao Projeto de Lei n. 867/2011, o Projeto de Lei n. 8.020/2014, que, no parecer da relatora da CSSF, foi rejeitado, porquanto sua redação já estaria alcançada pelo projeto principal.

Assim, o PL n. 867/2011 foi aprovado e o PL n. 8020/2014 foi rejeitado pela CSSF sem emendas. Atualmente, o Projeto está na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) aguardando designação de relator.

Outro projeto relevante ao tema em apreço foi apresentado em 2015 pelo Deputado Vicentinho Júnior (PSB/TO), o Projeto de Lei n. 3.145/2015, com o objetivo de acrescentar incisos aos arts. 1.962 e 1.963 do Código Civil, com o objetivo de acrescentar ao rol de deserdação a hipótese de abandono. Tais artigos assim passariam a dispor<sup>72</sup>:

Art. 1.962. ....

[...]

V – abandono em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres;

Art. 1.963. ....

[...]

V – abandono em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres;

---

<sup>72</sup> BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 3.145, de 2015**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=2C1E5C9E39C0821FB53D475E7B\\_BBBE3C.proposicoesWebExterno2?codteor=1392947&filename=PL+3145/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2C1E5C9E39C0821FB53D475E7B_BBBE3C.proposicoesWebExterno2?codteor=1392947&filename=PL+3145/2015). Acesso em: 14 abr. 2020



A justificativa do Deputado para o referido projeto é justamente o aumento do número de casos de abandono material e afetivo dos idosos, que ocorre em razão do descuido e desamparo perpetrado por seus descendentes, dever este previsto constitucionalmente (art. 229 e 230).

O autor, ainda, defende que, a despeito de ser notório que a maioria dos casos de abandono ocorrem quando os ascendentes são idosos, preferiu não utilizar este último termo para conferir maior generalidade e amplitude ao dispositivo civil.

Ainda, com o intuito de manter a simetria e coerência no Código Civil, acrescentou a hipótese de deserção por abandono afetivo dos ascendentes em relação aos descendentes, ainda que entenda ser mais raro o abandono em casa e hospitais destes.

O Projeto foi encaminhado à Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa (CIDOSO), em 2017, sendo distribuído para relatoria do Deputado Marcelo Aguiar. Em seu parecer, votou pela aprovação do PL, tendo em vista estar em conformidade com as disposições constitucionais e legais a respeito do tema. Cumpre destacar o seguinte trecho do parecer<sup>73</sup>:

Ou seja, reconhece-se que há considerável potencial de lesividade nas condutas aludidas de abandono de idoso, uma vez que a lei as qualifica como crime, porém, apesar disso, não é erigido óbice legal expresso apto a impedir que o autor desse fato penalmente tipificado possa se beneficiar, na condição de herdeiro necessário, da sucessão dos bens deixados em virtude do falecimento daquele contra o qual foi praticado o abandono.

---

<sup>73</sup> BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 3.145, de 2015**. Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa. Relator Deputado Marcelo Aguiar. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?jsessionid=538D70391B68AA7AE428763B0F\\_AEEAC6.proposicoesWebExterno2?codteor=1572629&filename=Tramitacao-PL+3145/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=538D70391B68AA7AE428763B0F_AEEAC6.proposicoesWebExterno2?codteor=1572629&filename=Tramitacao-PL+3145/2015). Acesso em: 14 abr. 2020.



O Deputado destacou, ainda, que a inclusão de tal possibilidade no rol de deserdação era medida necessária para garantir maior proteção aos idosos. O parecer foi aprovado sem emendas na CIDOSO.

Posteriormente, o projeto foi encaminhado à Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF). A relatora Deputada Zenaide Maia concluiu em seu voto que era necessário “garantir ao idoso a satisfação de suas necessidades básicas, com o devido zelo e proteção e contra o abandono afetivo e moral”<sup>74</sup>. O Projeto foi aprovado sem emendas na referida Comissão.

Por fim, o projeto passou pela CCJC, em que foi proferido parecer pela relatora Deputada Caroline de Toni, em 2019, corroborando no mérito pela aprovação do PL, com emenda apenas para indicar ao final dos dispositivos alterados a menção à nova redação (NR) e renumerar o art. 6º do Projeto para art. 4º.

Cumprir destacar trecho do voto da relatora da CCJC<sup>75</sup>:

Com efeito, um dos elementos constitutivos da essência do direito sucessório é a afeição, que se revela na gratidão do “de cujus” a determinadas pessoas, a quem destina a herança, seja por força de lei, ou por ato de livre vontade. Caso reste prejudicada a afetividade do indivíduo, pode ocorrer a exclusão do herdeiro. Em algumas situações, pois, o sujeito que originariamente era legítimo a herdar pode perder essa qualidade em razão de conduta reprovável do ponto de vista legal e moral. E, sem dúvida, a situação de abandono descrita pelo projeto se amolda a essa hipótese, a justificar a deserdação.

<sup>74</sup> BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 3.145, de 2015**. Comissão de Seguridade Social e Família. Relatora Deputada Zenaide Maia. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?jsessionid=538D70391B68AA7AE428763B0FAEEAC6.proposicoesWebExterno2?codteor=1592440&filename=Tramitacao-PL+3145/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=538D70391B68AA7AE428763B0FAEEAC6.proposicoesWebExterno2?codteor=1592440&filename=Tramitacao-PL+3145/2015). Acesso em: 14 abr. 2020

<sup>75</sup> BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 3.145, de 2015**. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Relatora Deputada Caroline de Toni. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?jsessionid=538D70391B68AA7AE428763B0FAEEAC6.proposicoesWebExterno2?codteor=1788324&filename=Tramitacao-PL+3145/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=538D70391B68AA7AE428763B0FAEEAC6.proposicoesWebExterno2?codteor=1788324&filename=Tramitacao-PL+3145/2015). Acesso em: 14 abr. 2020



O parecer foi, então, aprovado pela CCJC com a emenda indicada. Nos termos do art. 58, §1º c/c art. 132, §2º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, foi aberto prazo para eventuais recursos, que não foram interpostos. Assim, o Deputado Lafayette de Andrada elaborou a redação final do projeto, que foi aprovada.

O Projeto de Lei n. 1.345/2015 foi, então, remetido ao Senado Federal, onde tramita sob o número 6.548/2019. Atualmente aguarda-se designação de relator na CCJC da referida Casa Legislativa.

Ainda, no âmbito do Senado Federal, foi apresentado o Projeto de Lei n. 3799/2019, de autoria da Senadora Soraya Thronicke (PSL/MS), que, dentre outras modificações, inclui no rol dos arts. 1.962 e 1.963 a possibilidade de deserdação quando houver abandono afetivo voluntário para que haja adequação às novas realidades do Direito das Famílias, tornando o rol mais amplo do que o atualmente previsto no Código Civil, que se limita ao desamparo daqueles com deficiência ou alienação mental.

A proposta altera a legitimidade ativa para propor a ação de deserdação, que seria transferida ao deserddado “a quem caberá impugnar a causa da deserdação, retirando esse ônus dos demais herdeiros, em fortalecimento ao princípio da prevalência da vontade do testador”<sup>76</sup> Ademais, inclui no inciso I dos arts 1.962 e 1.963 da legislação civil a ofensa psicológica como possibilidade de deserdação.

O Projeto de Lei n. 3.799/2019 atualmente está na CCJC aguardando o parecer do relator Senador Antônio Anastasia.

## CONCLUSÃO

---

<sup>76</sup> BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 3799, de 2019**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973456&ts=1567534292228&disposition=inline>. Acesso em: 14 abr. 2020



A Constituição Federal de 1988, no campo Direito de Família e como reflexo das mudanças da sociedade da época, trouxe inovação ao priorizar outros elementos às relações familiares, especialmente quanto à afetividade, ainda que implicitamente.

No mesmo caminho, o Código Civil de 2002, mesmo que considerado por muitos como uma legislação que “nasceu velha”, no direito de família protege e reconhece as relações de afeto em diversos dispositivos, ainda que não tenha expressamente determinado o princípio da afetividade como norteador do campo familiar.

A elevação do afeto como princípio ficou a cargo da doutrina e jurisprudência, que assim o consideraram em diversas decisões.

No que tange ao direito das sucessões, o Código Civil de 2002 não trouxe muitas inovações e, mais especificamente em relação às hipóteses de exclusão da herança, não houve mudança significativa e, assim, não acompanhou as mudanças do campo do direito de família.

Como visto, a exclusão da herança pode se dar pela indignidade, instituto que visa a exclusão de qualquer herdeiro da sucessão, ou pela deserdação, que necessita de previsão testamentária e visa a exclusão dos herdeiros necessários de sua legítima. Estes institutos estão previstos, respectivamente, nos arts. 1.814 e 1.962 do Código Civil, e necessitam de posterior sentença para confirmar efetivamente a exclusão.

A doutrina é praticamente uníssona quanto à taxatividade do rol das hipóteses de exclusão da herança. Porém, ao nos depararmos com a situação alarmante de abandono afetivo, tanto de descendentes em relação aos ascendentes quanto do inverso, questiona-se a possibilidade de mitigação do rol de deserdação para incluir o abandono afetivo.



O afeto como bem jurídico já é reconhecido de forma patente pela jurisprudência que, em diversos momentos, decidiu ser fator primordial nas relações familiares. A exemplo se destaca a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 898.060/SC, que reconheceu a multiparentalidade.

Ainda, a Constituição Federal, em seus arts. 227, 229 e 230, traz o dever de cuidado como necessário nas relações familiares, tanto na linha ascendente quanto na descendente, de forma que é possível entender que negligenciar esse dever de cuidado pode configurar o abandono afetivo.

Inclusive, é importante frisar que há significativa discussão jurisprudencial e doutrinária quanto à possibilidade de reparação civil quando há abandono afetivo. Sendo que aqueles que são a favor deixam claro que a reparação não se trata de obrigar o ascendente ou descendente, a depender do caso, a amar o que requer a reparação, mas tão somente responsabilizar aquele que tinha o dever constitucional de cuidado dos possíveis danos, por exemplo, psicológicos de sua ausência e abandono.

Ora, se é possível requerer a reparação civil por abandono afetivo, por que não é possível deserdar aquele que abandonou?

A resposta torna-se evidente ao analisar os julgados que foram colacionados no presente artigo: a impossibilidade advém da taxatividade do rol da deserdação. Não há como excluir o herdeiro necessário no testamento por abandono afetivo porque não há previsão legal expressa para tanto.

A doutrina entende que o rol deve ser taxativo pois a deserdação é hipótese de punição civil gravíssima e abrir espaço para circunstâncias a mais pode ser perigoso.

Assim, é possível concluir que a única alternativa é a alteração legislativa. No caminho das mudanças da sociedade, já foram apresentados diversos projetos de lei



que estão atualmente em tramitação que visam a inclusão do abandono afetivo no rol da deserdação. Destaca-se os seguintes, já analisados no artigo: Projeto de Lei Senado n. 118/2010, Projeto de Lei Câmara dos Deputados n. 3.145/2015 e Projeto de Lei Senado n. 3.799/2019. Os deputados e senadores têm entendido pela significativa relevância e necessidade do tema.

Por fim, é necessário frisar que, caso algum dos projetos seja aprovado e sancionado, e o abandono afetivo se torne hipótese de exclusão da herança, a deserdação não pode ser confirmada em sentença de maneira discricionária e subjetiva, necessitando de prova nos autos de que ocorreu para que a decisão seja objetiva e traga segurança jurídica a todos os envolvidos na relação sucessória.

## **REFERÊNCIAS**

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

BRASIL. **Decreto n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907**. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão *ab intestato*. Disponível em:  
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-publicacaooriginal-103597-pl.html>. Acesso em: 02 out. 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm).

BRASIL. **Lei n. 10.741/2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm). Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 01° de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm).



BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Balanco - Disque 100**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acao-informacao/ouvidoria/balanco-disque-100>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 3.145, de 2015**. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Relatora Deputada Caroline de Toni. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=538D70391B68AA7AE428763B0FAEEAC6.proposicoesWebExterno2?codteor=1788324&filename=Tramitacao-PL+3145/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=538D70391B68AA7AE428763B0FAEEAC6.proposicoesWebExterno2?codteor=1788324&filename=Tramitacao-PL+3145/2015). Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 3.145, de 2015**. Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa. Relator Deputado Marcelo Aguiar. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=538D70391B68AA7AE428763B0FAEEAC6.proposicoesWebExterno2?codteor=1572629&filename=Tramitacao-PL+3145/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=538D70391B68AA7AE428763B0FAEEAC6.proposicoesWebExterno2?codteor=1572629&filename=Tramitacao-PL+3145/2015). Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 3.145, de 2015**. Comissão de Seguridade Social e Família. Relatora Deputada Zenaide Maia. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=538D70391B68AA7AE428763B0FAEEAC6.proposicoesWebExterno2?codteor=1592440&filename=Tramitacao-PL+3145/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=538D70391B68AA7AE428763B0FAEEAC6.proposicoesWebExterno2?codteor=1592440&filename=Tramitacao-PL+3145/2015). Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 3.145, de 2015**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=2C1E5C9E39C0821FB53D475E7BBBBE3C.proposicoesWebExterno2?codteor=1392947&filename=PL+3145/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2C1E5C9E39C0821FB53D475E7BBBBE3C.proposicoesWebExterno2?codteor=1392947&filename=PL+3145/2015). Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 118, de 2010**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4658484&ts=1567528194805&disposition=inline>. Acesso em: 13 abr. 2020.





BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 118, de 2010.** Texto Final Aprovado Pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4658520&ts=1567528195033&disposition=inline>. Acesso em: 13 abr. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 3799, de 2019.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973456&ts=1567534292228&disposition=inline>. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 867, de 2011.** Comissão de Seguridade Social e Família. Relatora Deputada Erika Kokay. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1331278&filename=Tramitacao-PL+867/2011](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1331278&filename=Tramitacao-PL+867/2011). Acesso em: 13 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.159.242/SP.** Relatora: Min. Nancy Andrichi. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15890657&num\\_registro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15890657&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 08 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). **Recurso Especial n. 1.579.021/RS.** Relatora: Min. Maria Isabel Galloti. Brasília, 19 de outubro de 2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73036217&num\\_registro=201600111968&data=20171129&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73036217&num_registro=201600111968&data=20171129&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 07 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário n. 898.060/SC.** Relator: Min. Luiz Fux. Repercussão Geral. Mérito. Brasília, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>. Acesso em: 03 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. (5. Câmara Cível). **Apelação n. 5397323-55.2018.8.09.0011.** Relator: Guilherme Gutemberg Isac Pinto. Goiânia, 13 abr.



2020. Disponível em:

[https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id\\_MovimentacaoArquivo=](https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=)

120017666&hash=155648262037055060566616945866132259342&CodigoVerificacao=true. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. (8. Câmara Cível). **Apelação Cível 1.0358.16.002170-7/001**. Relator: Des. Ângela de Lourdes Rodrigues. Belo Horizonte, 04 de dezembro de 2019. Disponível em:

<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jessionid=>

3EB265C380EFD280B8FFD216C565B5D0.juri\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0358.16.002170-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. (8. Câmara Cível). **Apelação Cível 1.0358.16.002170-7/001**. Relator: Des. Ângela de Lourdes Rodrigues. Belo Horizonte, 04 de dezembro de 2019. Disponível em:

<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jessionid=>

3EB265C380EFD280B8FFD216C565B5D0.juri\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0358.16.002170-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível**. (8. Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível 0000954-91.2010.8.26.0100**. Relator: Silvério da Silva. São Paulo, 30 maio 2019. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=12550320&cdForo=0>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (8. Turma Cível).

**Apelação n. 0015096-12.2016.8.07.0006**. Relatora: Nídia Corrêa Lima. Relator Designado: Diaulas Costa Ribeiro. Brasília, 28 de março de 2019. Disponível em:

<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos->

web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcorda

o&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE\_ACORDAOS

&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa= &numero=0015096-



12.2016.8.07.0006&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseD  
ados=[TURMAS\_RECURSAIS,%20BASE\_ACORDAOS\_IDR,%20BASE\_TEMAS  
,%20BASE\_ACORDAOS,%20BASE\_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=Process  
o&tipoDeData=D  
ataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInici  
o=&legis  
lacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&to  
talHits=1. Acesso em: 06 abr. 2020.

CALDERÓN, R. Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CARVALHO, L. P. V. de. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

FARIA, M. R. C. de. **Direito das sucessões**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GAGLIANO, P. S. **Novo curso de direito civil**: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 7.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 6.

GONÇALVES, C. R. **Novo curso de direito civil**: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 7.

IBDFAM, Assessoria de Comunicação do. **Abandono afetivo inverso é tema de palestra no Congresso Nacional do IBDFAM**. 14 de agosto de 2019. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/noticias/7027/Abandono+afetivo+inverso+%C3%A9+tema+de+palestra+no+Congresso+Nacional+do+IBDFAM.%20Acesso%20em%2011%20de%20maio%20de%202020>. Acesso em: 10 abr. 2020.

NADER, P. **Curso de direito civil**: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 6.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 6.



SCHREIBER, A. STF, Repercussão Geral 622: multiparentalidade e seus efeitos. **Jusbrasil**. 2016. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/388310176/stf-repercussao-geral-622-multiparentalidade-e-seus-efeitos>. Acesso em: 03 mar. 2020.

TARTUCE, F. Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira. **Migalhas**. 26 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/262537/da-indenizacao-por-abandono-afetivo-na-mais-recente-jurisprudencia-brasileira>. Acesso em: 08 mar. 2020.

TARTUCE, F. **Direito civil**: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 6.

VENOSA, S. de S. **Direito civil: direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Atlas, 2018. v. 6.

VENOSA, S. de S. **Direito civil**: família. Rio de Janeiro: Atlas, 2018. v. 5. p. 6

VENOSA, S. de S. **Direito civil**: família e sucessões. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. v. 5.

VICENTE, Alan Vinícius. Reparação por abandono afetivo paterno-filial: possibilidade ou inviabilidade? **Âmbito jurídico**: o seu portal jurídico da internet. 23 out. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/reparacao-por-abandono-afetivo-paterno-filial-possibilidade-ou-inviabilidade/>. Acesso em: 10 abr. 2020.



# PERDA DE UMA CHANCE: DANO AUTÔNOMO

Bruna Santos Andrade

## RESUMO

Trata-se de uma breve síntese sobre o crescimento da Indenização por perda de uma chance, com o objetivo de analisar como este instituto vem sendo aplicado no Direito brasileiro. Será feita uma breve apresentação das categorias danosas reconhecidas no Direito Brasileiro, e logo após, uma síntese do entendimento de diversos autores sobre a colocação da Teoria da Perda de uma chance dentro do Direito Brasileiro. Alguns entendem como uma forma de dano moral, outros de lucro cessante, e tem aqueles que defendem como um direito totalmente autônomo. A discussão sobre os critérios então aplicados no Brasil e seu reconhecimento como dano autônomo ou não, será feita com a análise de algumas jurisprudências com uma interpretação do entendimento dos Tribunais e do Superior Tribunal de Justiça.

**Palavras-chave:** responsabilidade; perda de uma chance; caracterização; critérios; dano autônomo.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o desígnio de analisar profundamente todos os aspectos do instituto da perda de uma chance, para que ao final, seja sustentado que tal instituto jurídico deve ser enquadrado como uma nova categoria de dano no direito brasileiro, deixando de lado o comum entendimento de que se trata apenas de uma modalidade de dano moral. Este trabalho acadêmico se insere no grupo de direito civil, mais especificamente, toda a matéria constante no presente artigo diz respeito à matéria de responsabilidade civil, na qual se fazem ainda mais subdivisões quando se trata de danos.



No interregno do presente trabalho, será demonstrado que atualmente este instituto é considerado legítimo e vem sendo reconhecido pela jurisprudência brasileira, porém, aplicado como uma mera modalidade de dano moral ou material, mesmo possuindo distintos requisitos e características diversa das demais categorias de dano.

No direito brasileiro existem três categorias danosas reconhecidas tanto pela doutrina quanto pela legislação, são elas: dano moral, dano material e dano estético. A perda de uma chance é um instituto jurídico que cada vez mais ganha atenção e holofotes na comunidade jurídica, sendo um tipo de dano discutido de forma crescente no entendimento doutrinário, jurisprudencial brasileiro e possui maior discussão pelo Superior Tribunal de Justiça. Porém ainda falta ao seu respeito uma regulamentação legal sobre o tema e, em função disso, acabam existindo entendimentos diversos sobre a matéria.

Assim, o objetivo do presente trabalho é apresentar, descrever e diferenciar os danos já existente no ordenamento jurídico e essa nova categoria que ainda vem sofrendo certa dificuldade para ser enquadrada como autônoma, assim como já existe o dano moral, por exemplo. Nesse mesmo sentido, aliado a essa divisão, demonstrar que as características que compõem a perda de uma chance são únicas e não se encaixam ou se confundem com nenhuma outra forma de dano percebido no direito brasileiro.

Para que os objetivos gerais e específicos deste artigo sejam atingidos é necessário que seja feita uma análise de todas as características do instituto para que a perda de uma chance seja percebida e caracterizada em situações reais e concretas, pois é a partir dessa definição que torna possível a percepção da singularidade desse dano. Ainda dentro desse contexto serão feitas análises de jurisprudências em que a perda de uma chance foi reconhecida por meio de suas características originárias e ainda assim, ao final do julgamento, não se obteve o seu reconhecimento unicamente



como perda de uma chance, encaixando-a numa categoria diversa como forma de indenização.

Seguindo por esse caminho, chega-se ao ponto primordial e mais importante do presente artigo, o qual tem como objetivo causar a seguinte reflexão: “como um modelo único de dano reconhecido numa decisão ao final não é aplicado e acaba sendo encaixado forçosamente em outra categoria danosa para a devida indenização?”

A polêmica reflexão supracitada é a problemática do presente projeto, pois a solução é o reconhecimento da perda de uma chance como dano autônomo. Não há sentido algum reconhecer um dano, caracterizá-lo e ao final condenar a parte à indenização de outro dano, que não se confunde, de nenhuma forma com o outro que fora anteriormente reconhecido na decisão. Por meio da reflexão proposta, este é o entendimento que se pretende atingir ao final da discussão neste artigo exposta.

Exaurida a parte introdutória e os conceitos mais relevantes, passa-se à análise tanto doutrinária quanto jurisprudencial sobre o tema e sobre a aceitação da perda de uma chance.

## **2 CATEGORIAS DANOSAS NO DIREITO BRASILEIRO**

A responsabilidade civil é composta por três requisitos, são eles: conduta, nexos causal e dano, além desses, em alguns casos exige-se a culpa. Porém, o principal requisito para gerar a responsabilização de indenizar é o dano. O artigo 927 do Código Civil disciplina que aquele que causa dano a outrem fica obrigado a repará-lo. Ainda que o dano seja de mero caráter moral, o artigo 186 do Código Civil impõe a indenização como forma de reparar um dano causado por algum ato ilícito.

O dano é uma das principais características que resultam na responsabilidade e obrigação de indenizar àquele prejudicado. No Direito Brasileiro, existem diversas



categorias de danos, entre elas estão o dano moral; dano material; dano estético; e a perda de uma chance. Com exceção da última categoria citada, os demais são amplamente reconhecidos e aplicados no dia a dia, além de serem amplamente aplicados no âmbito jurídico.

O dano material, também chamado de dano patrimonial, atinge os bens que integram o patrimônio da vítima, entende-se como “patrimônio” não só aquilo que é corpóreo, como casa, veículo, bens móveis e imóveis em geral, mas tudo que tenha um valor apreciável economicamente, sem a necessidade de que seja fisicamente visível, a exemplo disso, têm-se o direito de crédito. Dentro desse dano, existem duas subdivisões que implicam na diminuição do patrimônio da vítima, são eles: o dano emergente e o lucro cessante.

O dano emergente é tudo aquilo que se perdeu, sendo certo que a indenização haverá de ser suficiente para a *restitutio in integrum*.<sup>1</sup> O lucro cessante versa sobre a perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima<sup>2</sup>. Carlos Roberto Gonçalves sustenta que o dano material “é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido”<sup>3</sup>. Pode-se resumir o dano material como qualquer prejuízo que diminua o valor patrimonial do indivíduo.

O dano moral atinge a esfera extrapatrimonial do indivíduo, e é considerado o oposto do dano material. Porém, vale destacar que é possível haver o dano material e moral num só ato praticado em desfavor de alguém. O dano moral de maneira simples e clara é definido como o que só ofende o devedor como ser humano, não

---

<sup>1</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 94

<sup>2</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 95

<sup>3</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 486





lhe atingindo o patrimônio e deve ser aplicado somente quando a lesão não produzir efeito patrimonial algum.<sup>4</sup>

O dano moral passa a ser compreendido como aquele que atinge a esfera extrapatrimonial do indivíduo, ou seja, atinge o lado humano e não mais patrimonial ou valorativo economicamente. Carlos Alberto Bittar traz a caracterização do dano moral da seguinte forma:

Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal, na autoestima), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social, na estima social).<sup>5</sup>

Outro tipo de dano reconhecido no ordenamento brasileiro é o estético. Este tem relação com a lesão à beleza física, ou seja, com a imagem externa da pessoa. Ocorre que o conceito de belo é extremamente relativo, assim, ao determinar uma indenização por este tipo de dano deve ser levado em conta a modificação sofrida pela pessoa em relação ao que ela era antes da mudança de imagem. O dano estético na esfera do direito civil é conceituado por Wilson Melo da Silva como:

[...] não é este apenas o aleijão, mas também as deformidades ou deformações outras, as marcas e os efeitos ainda que mínimos que podem implicar, sob qualquer aspecto, um “afetamento” da vítima ou que pudessem vir a se constituir para ela numa simples lesão “desgostante” ou em permanente

---

<sup>4</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 486- 487

<sup>5</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, 4. ed. São Paulo; Saraiva, 2015. 9788502223233. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502223233/> . Acesso em: 01 de abril de 2020, p. 45



motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos.<sup>6</sup>

Em outro sentido, René Chapus o conceitua no plano da sensibilidade moral como um sentimento de desgraça física:

Trata-se do sentimento de constrangimento ou de humilhação e desgosto que prova uma pessoa vendo certas feridas ou, de uma maneira mais geral, certas lesões corporais que prejudicam a estética do corpo e, sobretudo, a harmonia dos traços.<sup>7</sup>

Portanto, conclui-se que o dano estético no Direito Civil é constituído apenas pela pessoa ter sofrido uma transformação para pior que gerou um desequilíbrio entre o passado e presente. É preciso destacar que esse dano precisa ser duradouro, caso contrário, será considerado apenas “atentado reparável à integridade física ou lesão estética passageira que se resolve em perdas e danos habituais, incluindo, se for o caso, verba para danos morais”<sup>8</sup>. O dano estético é encarado no Direito Penal como grandes deformações que geram uma aparência desconfigurada na pessoa, ou seja, não se trata apenas de um dano, mas de uma lesão de grande gravidade ao outro.

Um novo tipo de dano autônomo que vem crescendo no Direito Brasileiro por meio das jurisprudências é a perda de uma chance. Em síntese, este dano é explicado como como um momento do passado, em que existia a oportunidade agora frustrada, e a partir desse são feitas projeções sobre o que viria a acontecer, se não fosse o fato antijurídico verificado<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> SILVA, Wilson de Melo da. *O dano estético*. 1961, p. 23, apud LOPEZ, Teresa Ancona. *O Dano Estético, Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 45

<sup>7</sup> CHAPUS, René. *Responsabilité publique et responsabilité privée*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1954, p. 416, apud LOPEZ, Teresa Ancona. *O Dano Estético, Responsabilidade Civil*. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 45-46

<sup>8</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. *O Dano Estético, Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 48

<sup>9</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003., p. 665



Entretanto, por não existir ainda um consenso em relação à autonomia da perda de uma chance, esta ainda vem sendo aplicada consideravelmente como uma indenização por dano moral. Ocorre que há uma interpretação equivocada, pois os bens atingidos não são somente extrapatrimoniais, e nem todos os requisitos necessários para a configuração de um dano moral são necessários para que se reconheça o dano por perda de uma chance. A perda de uma chance é definida na doutrina por diversas características e não depende necessariamente dos requisitos gerais estipulados pela responsabilidade civil tradicional.

### **3 CARACTERIZAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE**

A perda de uma chance passa por diversas interpretações, entre elas têm-se que esta seja um tipo de dano moral, ou um dano autônomo e ainda existe uma caracterização diversa quando aplicada na esfera médica. A melhor e mais correta interpretação é que o direito da perda de uma chance seja um tipo de dano autônomo, porém ainda existe uma grande dificuldade para que seja aplicada como tal.

No ordenamento jurídico brasileiro a perda de uma chance está sendo aplicada cada vez mais em processos indenizatórios, porém ainda não há um consenso sobre sua categoria de dano. Muitas vezes ela vem como fundamento para a devida indenização, porém ao final da decisão é deferida a título de dano moral. Diante disso, é necessário que haja um conhecimento mais aprofundado do Judiciário nesta teoria, para que seja aplicada e reconhecida como um dano autônomo, assim como em outros países.

Ao analisar a Jurisprudência brasileira, nota-se a apropriação da Teoria da Perda de uma chance e sua aplicação caso a caso, porém não há uma segurança jurídica em relação ao tema, existem diversas formas de interpretação e aplicação nos Tribunais. Com isso, casos semelhantes podem ter resultados diferentes ao final



do processo em relação à aplicação ou não da teoria abordada. É preciso analisar todos os requisitos que caracterizam a perda de uma chance para que possa diferenciá-la dos demais danos, e conseqüentemente, reconhecê-la como dano autônomo.

### 3.1 Chance Séria e Real

O critério de chance séria e real, além da probabilidade, é o mais utilizado para caracterizar a perda de uma chance. Ao falar da perda de uma chance existe uma situação em que tinha uma chance real de obter uma vantagem, ou uma situação em que o prejuízo causado poderia ter sido evitado, mas ficou prejudicado por conta de um fato antijurídico. Além disso, ainda existe a situação em que o lesado podia almejar se tivesse aproveitado a chance, esse dano é de natureza aleatória. Todavia, apesar de ser aleatória a possibilidade de obter o benefício em expectativas, nestes casos existe um dano real, que é constituído pela própria chance perdida<sup>10</sup>.

Agostinho Alvim defende que no caso em que um tutor pretende apresentar seu animal raro em um concurso, no qual concorreria a um grande prêmio, porém o responsável por cuidar do animal permite que o animal morra em um acidente que poderia ter sido evitado (modalidade culposa). O dono do animal não pode pedir indenização no valor do prêmio que ele concorreria, porém é inegável que o animal, antes de participar do concurso, já tinha uma certa possibilidade de receber o prêmio como vencedor do concurso, simplesmente por estar entre os concorrentes, e essa condição faz com que o preço da negociação comercial do animal aumentasse. Entende que “esse a mais, que ele valia, entrava como elemento ativo no patrimônio de seu dono. De modo, que, se o que se pede é esse a mais, e não o prêmio, não se

---

<sup>10</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 666



está no terreno de fantasias e sim do real”<sup>11</sup>. O valor patrimonial da chance perdida é manifestamente reconhecido pelo proprietário do animal de participar do concurso, pois esse “a mais” é a realidade do animal de não poder participar e sequer ganhar o concurso.

Antônio Jeová entende que deve haver um certo grau de certeza da perda da chance observando fatores anteriores ao dano que deem esses sinais. Além disso, também classifica a perda de uma chance como “um agregador do dano moral”. A perda de uma chance trata-se de um dano moral futuro, passível de indenização quando a chance for séria e provável, não sendo caso de simples presunção<sup>12</sup>. O exemplo dado para que essa certeza seja identificada é o caso em que um violinista talentoso, que tinha uma carreira promissora, sofre um acidente que lhe rompe os tendões do braço e o impossibilita de continuar tocando violino. Na perspectiva do referido autor, no caso em tela é possível afirmar com certo grau de certeza que se não fosse o acidente, o violinista seria um grande músico.

### 3.2 Probabilidade

O quesito probabilidade é o mais reconhecido e aplicado na doutrina. Pois não há como se falar em indenização da perda de uma chance sem a probabilidade de uma chance ter sido perdida ou da existência de um dano. Caio Mário<sup>13</sup> e Miguel Maria de Serpa Lopes<sup>14</sup>, são favoráveis à teoria da perda de uma chance desde que

---

<sup>11</sup> ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 3. ed., Rio de Janeiro – São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965, p. 193, apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38

<sup>12</sup> SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral Indenizável*, 2.ed., São Paulo: Lejus, 1999, p. 110, apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 44

<sup>13</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, 9. ed. Ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 42, apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 41

<sup>14</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil, v.II: Obrigações em Geral*. 7. ed. revisada e atualizada pelo Prof. José Serpa Santa Maria, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 391, apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 41



haja uma probabilidade. A perda de uma chance entra no campo da “probabilidade” onde deve haver a “provável chance positiva” de um resultado, no qual caso algo dê errado, possa ser considerado como dano ao sujeito.

Nessa mesma perspectiva da probabilidade, Judith Martins Costa, diferencia o dano meramente hipotético da perda de uma chance com base no artigo 403 do Código Civil. Destaca que não há necessidade da realização daquela chance, basta que a perda da chance seja certa e que a vítima comprove onexo causal, a ação culposa ilícita e o dano sofrido (sendo este dano a real probabilidade da perda de uma chance)<sup>15</sup>.

Por mais que a probabilidade seja o quesito principal para a maioria da doutrina, há divergência quanto a sua necessidade ser positiva ou não, ao lado de que Judith Martins defende que a probabilidade é representada pelo dano e não há necessidade da realização da chance ser perdida, ou seja, basta a existência do dano, outra parte defende que a provável chance perdida seja positiva.

Silvio de Salvo Venosa defende a teoria de que deve haver uma probabilidade da chance perdida para que seja passível de indenização, além disso, ele caracteriza a perda de uma chance como uma terceira forma de indenização, ficando entre o lucro cessante e o dano emergente<sup>16</sup>. Essa reclassificação é um avanço na doutrina brasileira para que a perda de uma chance passe a ser reconhecida como um dano autônomo.

---

<sup>15</sup> COSTA, Judith Martins. *Comentários ao Novo Código Civil, v.V, tomo II: Do Inadimplemento das Obrigações*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro: Forense, 2003 p. 362, apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 41

<sup>16</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 98 e 200, apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 42.



O primeiro autor a enfrentar o tema da responsabilidade civil por perda de uma chance com maior intensidade foi Sérgio Novais Dias. Sua defesa foi embasada na relação da perda de uma chance no caso típico do advogado, onde após dividir em dois nortes, um baseado na teoria clássica da responsabilidade civil e, o outro sendo um novo pensamento onde deve haver o juízo de probabilidade de êxito do recurso que deixou de ser interposto<sup>17</sup>. Isso ocorre no caso em que o cliente considera o advogado negligente por perder um prazo. Para considerar se haveria chances e, conseqüentemente, se há direito de indenização por perda de uma chance, aplica-se essa teoria dentro de lucro cessantes, e cria o requisito da certeza da admissão e provimento do recurso para que seja gerado o dano.

### **3.3 Caso clássico da perda de prazo pelo advogado**

Importa destacar esse modelo de aplicação da teoria da perda de uma chance, tendo em vista que é o mais exemplificado na doutrina brasileira. O primeiro exemplo tratado por Agostinho Alvim é o típico caso da perda de prazo por parte do advogado para a interposição de um recurso contra sentença prejudicial aos interesses de seu constituinte. O autor admite ser impossível provar que, caso o recurso fosse interposto, este teria logrado provimento. Porém, concorda que há um dano diverso da perda da causa, consistente na perda de chance de ter a matéria reexaminada pelo Tribunal, sendo este dano passível de prova e análise quantificava<sup>18</sup>.

José de Aguiar Dias analisa o caso de forma contrária, o não seguimento de um recurso que foi interposto fora do prazo, pelo advogado, não autoriza a reparação

---

<sup>17</sup> DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade Civil do Advogado: perda de uma chance*, São Paulo: LTr, 1999, p. 15, apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 43

<sup>18</sup> ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. 3. ed. Atualizada, Rio de Janeiro – São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965, p. 190-91, apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2009, pg. 37



contra este<sup>19</sup>. Afirma que a prova do prejuízo seria muito difícil de ser produzida pelo cliente, trata-se de uma prova aleatória, nada garante que se interposto no prazo o recurso seria conhecido e provido, não sendo possível condenar o advogado negligente. A perda de uma chance torna-se em seu entendimento uma forma de lucros cessantes. É inegável que há o direito de indenização por perda de uma chance, porém há dificuldade para quantificar o dano decorrente, tendo em vista que este autor considerou a perda de uma chance como uma forma de lucro cessante é, conseqüentemente, confrontar os requisitos da certeza do dano.

A jurisprudência vem aplicando a teoria da perda de uma chance desde os casos mais clássicos: quando um advogado perde um prazo recursal, até a seara médica. A teoria da perda de uma chance foi definida no acórdão do Recurso Especial nº 1.079.185/MG como uma teoria que:

[...] procura dar vazão para o intrincado problema das probabilidades, com as quais nos deparamos no dia a dia, trazendo para o campo do ilícito aquelas condutas que minam, de forma dolosa ou culposa, as chances, sérias e reais, de sucesso às quais as vítimas faziam jus<sup>20</sup>.

O entendimento da Turma no caso concreto é que a aplicação da teoria da perda de uma chance só pode levar ao ressarcimento por danos morais. O dano reconhecido é o extrapatrimonial tendo em vista que em análise ao fato, o prejuízo sofrido não se reduz a uma expressão econômica. Outro trecho interessante citado no acórdão é a importância da diferenciação de “improvável e quase certo” e “probabilidade de perda e chance de lucro”. Pois leva a percepção de que a perda de uma chance é uma linha tênue entre uma probabilidade real de perda e uma chance

---

<sup>19</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1, p. 296, apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38-39

<sup>20</sup> STJ. Recurso Especial: REsp 1.079.185/MG, Terceira Turma. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgado em: 11/11/2008; DJe: 04/08/2009





de lucro. Se esta teoria não for devidamente analisada caso a caso, têm-se um enriquecimento sem causa.

Em uma Ação de Indenização por danos materiais (Recurso Especial nº 1.190.180/RS)<sup>21</sup> o prejudicado alega que contratou determinados advogados para a defesa de seus interesses, porém os respectivos advogados perderam o prazo processual para oferecimento da contestação, motivo pelo qual o prejudicado sofreu uma execução de aproximadamente R\$ 335.938,96. O juiz julgou procedente o pedido de indenização e condenou os réus ao pagamento de R\$ 93.600,00 em benefício do autor. Porém, em sede de apelação, houve uma diminuição do valor da indenização para R\$ 25.000,00, mas a título de dano moral com base na perda de uma chance. Ambos os institutos não foram postulados pela parte requerente, o que ensejou o Recurso Especial com o argumento de que a decisão concedeu algo diferente do que foi pedido.

A Teoria da perda de uma chance foi definida no referido acórdão como “algo intermediário” entre uma responsabilização por um dano emergente e lucros cessantes. Sendo a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, se não fosse o ato ilícito praticado. A teoria foi aplicada pelo Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul com o entendimento de que o caso em tela envolve perda de chance, e não danos materiais efetivamente experimentados. Para a definição do *quantum* indenizatório, o Relator entendeu que é absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade – que se supõe real – que a parte teria de se sagrar vitoriosa.

### **3.4 Área Médica**

---

<sup>21</sup> STJ. Recurso Especial: REsp 1.190.180/RS, Quarta Turma. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Julgado em: 16/11/2010; DJe: 22/11/2010



A aplicação da Teoria da Perda de uma chance deve ter um destaque quando relacionada à área da saúde, principalmente quanto a erros médicos. Há uma diferenciação na análise dos atos, pois quando já existe um resultado absolutamente certo, não há mais como discutir o que a pessoa poderá ter perdido no futuro, afastando então a teoria clássica aplicada nos demais casos.

A análise deve ser feita com fundamento em um resultado já existente, ou seja, o dano já existe e o seu resultado também, não há que se falar em um provável resultado que foi perdido diante do reconhecimento de um dano específico, da perda de uma chance real. Segundo René Savatier, o alvo dessa espécie da teoria da perda de uma chance é “denunciar a confusão feita entre a reparação retrospectiva da perda de uma possibilidade pretérita e incerta de causar um dano e a reparação de uma perda para o futuro”<sup>22</sup>. Existe uma barreira entre a teoria clássica da perda de uma chance (quando aplicada ao futuro) e a aplicação da teoria da perda de uma chance na área médica, onde se firma por um dano pretérito que já possui um resultado no presente. Os critérios utilizados para calcular qualquer título de indenização será calcado em fatos já ocorridos, deixando de lado aquela ideia de suposição ou de chances cujo resultado seria sempre aleatório por nunca ter existido em virtude de um evento danoso anterior.

Rafael Peteffi, traz como condição básica para a concessão da indenização a existência de umnexo causal, porém destaca que essa condição é utilizada apenas em hipóteses em que a perda de uma chance seja de cura ou de sobrevivência, tendo em vista que, no direito comum, o juízo não admite a causalidade.

---

<sup>22</sup> SAVATIER, René. *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé*. D. 1970, p. 123, apud SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma chance: Uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 84



Judith Martins defende a aplicação da teoria da perda de uma chance, inclusive, na seara da responsabilidade médica com a seguinte análise:

[...] as chances devem ser apreciadas objetivamente, diferenciando-se das simples esperanças subjetivas: um paciente, que sofre de um câncer incurável, pode, mesmo assim, manter suas esperanças de viver cientificamente, porém não existe qualquer chance apreciável de cura. Se diferencialmente, o câncer estava numa fase inicial, podendo ser tratado, mas o médico, por negligência, não realiza os exames, ou os interpreta equivocadamente, com certeza se estará diante da perda de uma chance de sobrevida, cientificamente comprovável, sabendo-se que o período de ‘sobrevida’ pode alcançar vários anos, ou mesmo o câncer, em estágio inicial, ser totalmente extirpado<sup>23</sup>.

Um caso de aplicação da perda de uma chance na seara médica é o Recurso Especial nº 1.335.622 -DF<sup>24</sup>. Trata-se da recusa de um hospital particular em receber uma paciente encaminhada pela rede pública para um leito de UTI Pediátrica, em razão de não ter sido intimado oficialmente, sendo informado apenas por uma cópia de decisão extraída da internet, a qual possui meramente o objetivo de informar. Os autores requereram a reparação de danos em razão da morte da filha pela negativa do hospital particular em recebê-la com apenas uma cópia da decisão judicial. A Ação foi julgada improcedente, tendo em vista que não se poderia exigir que o hospital cumprisse a decisão judicial limiar baseada em documento não oficial e que, por isso, tinha caráter meramente informativo.

Em sede de Recurso Especial, o Relator traz à discussão da necessidade de uma relação de nexos causal entre a omissão do hospital e a interrupção do tratamento da paciente (não o resultado morte), para a indenização por responsabilidade civil, ainda que não seja possível saber se geraria resultado positivo

---

<sup>23</sup> COSTA, Judith Martins. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. V, tomo II: *Do Inadimplemento das Obrigações*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 361, apud SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2009, p. 42

<sup>24</sup> STJ. Recurso Especial: REsp 1.335.622/DF, Terceira Turma. Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA. Julgado em: 18/12/2012; DJe: 27/02/2013



ou negativo para a vítima. Ao discutir sobre a responsabilidade por perda de uma chance, salienta que não há necessidade de nexos causal entre a negativa do hospital e o resultado morte, mas sim entre a interrupção da possibilidade de reestabelecimento da criança em alguma medida, pois não há garantia de que a negativa iria garantir sobrevivência. Conclui-se que a própria chance perdida deve ser indenizada tendo em vista que seria possível alguma outra tentativa de reestabelecer a criança.

O entendimento é que a situação analisada consiste no benefício cuja chance a criança perdeu, caso o tratamento fosse realizado, a vítima poderia ter tido, ao menos, a chance de sobreviver. É incontestável o direito dos pais à reparação conforme a teoria dos danos reflexos ou por ricochete. Houve a condenação do hospital em R\$50.000,00 para cada um dos autores a título de dano moral.

Em outra Jurisprudência (Recurso Especial nº 1.291.247/RJ)<sup>25</sup>, uma empresa especializada em coleta e armazenagem de células-tronco embrionárias, falhou na prestação de seus serviços em não estar presente um funcionário no momento do parto para fazer a coleta de células-tronco do recém-nascido. Houve claramente a aplicação da teoria da perda de uma chance, reconhecendo inclusive um menor como sujeito de direito na teoria supracitada. Esse reconhecimento ocorreu pela interpretação de que o nascituro tem o direito a danos morais, mesmo sem ter consciência capaz em razão do princípio da dignidade da pessoa humana devendo-se tutelar os seus direitos da personalidade. A justificativa utilizada para aplicação dessa teoria no caso concreto é bastante rica em detalhes, sendo que o primeiro citado são os requisitos da responsabilidade civil diante de um dano, são eles: certeza, imediatidade e injustiça do dano.

Na teoria da perda de uma chance há a necessidade da certeza da probabilidade denominada como a característica essencial da perda de uma chance.

---

<sup>25</sup> STJ. Recurso Especial: REsp 1.291.247/RJ, Terceira Turma. Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Julgado em: 19/08/2014; DJe: 01/10/2014



Pois o dano já é certo em relação à frustração de possibilidade. A chance foi bem definida no acórdão e restou clara a diferença de chance e de benefício, fato este que cria um abismo entre o valor que a pessoa possuía chance de se beneficiar e o valor indenizatório que esta pode receber se declarada a responsabilidade civil do agente causador por tirar a chance provável e real da vítima obter um benefício.

O prejuízo sofrido deve ser certo e a reparação aplicada a chance perdida, e não ao dano final. No caso analisado, a chance perdida foi bem definida pelo não colhimento do material genético do recém-nascido, causando a certeza da chance perdida, ou seja, a certeza da probabilidade do benefício, pois a retirada desse material só é possível no momento do parto, momento este em que a empresa responsável falhou.

Para a definição da quantificação indenizatória, foi aplicado o princípio da reparação integral do dano e, segundo o i. Relator, atento a tais peculiaridades, arbitrou como razoável o valor da indenização em R\$ 60.000,00 pela criança ter sido a principal prejudicada. Percebe-se que o relator explica muito bem a aplicação da perda de uma chance, porém no momento de aplicá-la e arbitrar seu valor utilizou apenas o termo “atento a tais peculiaridades” para definir um valor adequado ao caso.

Ainda dentro do mesmo acórdão, houve um voto vencido diferente do Relator, onde são apresentados os seguintes requisitos da perda de uma chance: 1. A chance deve ser real e séria; 2. O lesado deve estar efetivamente em condições pessoais de concorrer à situação futura esperada; 3. Deve haver proximidade de tempo entre a ação do agente e o momento em que seria realizado o ato futuro. De acordo com o voto vencido, o caso em tela, não encaixa nos requisitos limitadores para aplicação da teoria da perda de uma chance, tendo em vista que o lesado não encontra-se em condições pessoais de concorrer à situação futura esperada, não há proximidade entre a ação do agente e o momento em que seria realizado o ato futuro,



tendo em vista que a chance é incerta por ser uma situação futura, longe da realidade concreta nos autos.

Outro caso em que a perda de uma chance na área médica foi aplicada é no Recurso especial nº 1.254.141/PR<sup>26</sup>. A maior discussão nesse processo é a limitação de até onde está a participação do médico no resultado, e a que medida o dano – morte – é causado por força da doença (câncer) e não pela falha do tratamento. A incerteza não se encontra no dano, mas na conduta que o gerou. Há a aplicabilidade de uma nova versão da Teoria da Perda de uma Chance, onde se valoriza a existência do nexo causal, o que traz um novo confronto entre a aplicação desta Teoria e a regra do artigo 403 do Código Civil, a qual estabelece a indenização de danos apenas por condutas diretas e imediatas geradas pelo réu.

A doutrina traz críticas quanto a aplicação dessa teoria no campo médico, e pela incerteza quanto ao fator que gerou o dano, o nexo causal é mitigado, sem uma demonstração clara de que um determinado dano ocorreu para a devida indenização. A Corte defende que não é possível aplicar a mitigação do nexo causal na responsabilidade civil pela perda de uma chance, nem mesmo na seara médica, pois seria romper com o princípio da *conditio sine qua non*. A melhor solução apresentada é a consideração da perda de uma chance como bem jurídico autônomo, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil médica.

Os pressupostos usados para o julgamento do caso supracitado, foram: a) a presença de uma chance real e concreta, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; b) que a ação ou omissão do defensor tenha nexos causal com a perda da oportunidade de exercer a chance; c) atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, pois este sempre é hipotético. Em relação ao *quantum* indenizatório, o Superior Tribunal de Justiça ponderou que se o

---

<sup>26</sup> STJ. Recurso Especial: REsp 1.254.141/PR, Terceira Turma. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgado em: 04/12/2012; DJe: 20/02/2013.



médico não possui culpa total em relação aos danos causados à vítima, ele não deve responder por 100% do resultado. Ficou entendido que as chances perdidas, por força de atuação do médico, têm conteúdo econômico equivalente a 80% do valor fixado pela sentença, a título de indenização final.

#### **4 PERDA DE UMA CHANCE COMO DANO AUTÔNOMO**

A ideia de analisar jurisprudências para tentar chegar a uma base de critérios aplicados no campo da responsabilidade civil no direito a perda de uma chance demonstra como este assunto vem se tornando cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro. A problemática dos critérios inicia-se no conceito da perda de uma chance, alguns doutrinadores definem este direito como uma modalidade do dano moral, o que gera reparações apenas no campo extrapatrimonial, já outra parte da doutrina encaixa esse direito como um dano patrimonial, levando para uma forma de lucro cessante e saindo do viés de uma diferente forma de indenização.

Sérgio Cavalieri Filho concorda com a tese da perda de uma chance e defende que a responsabilidade civil por perda de uma chance pode gerar danos de duas naturezas: patrimoniais e extrapatrimoniais, dependendo do caso concreto, ou seja, depende de um fato consumado, não hipotético. Devendo então, analisar caso a caso para sua aplicação, não podendo ser classificado como um “terceiro gênero de dano”<sup>27</sup>.

Isso vai contra a teoria clássica da responsabilidade civil por perda de uma chance, no caso da perda de um prazo, por exemplo, o qual se baseia na perda do direito de interpor, de ter a chance de mudar um resultado, não levando em conta se

---

<sup>27</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 8. ed. Revista e Ampliada, São Paulo: Atlas, 2009, p. 74-79, apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 42



haveria ou não provimento do recurso. Ou seja, na teoria clássica, o dano é a perda da chance de interpor um recurso, violando assim um direito do sujeito de tentar modificar uma decisão. Analisando a situação, o dano já está concretizado e deixa de ser hipotético. Independentemente do resultado do recurso, pois o que foi violado em primeiro plano foi o direito de interpor.

Um dos poucos autores a tratar sobre a perda de uma chance como dano autônomo foi Rafael Peteffi da Silva. A base de sua argumentação foram os estudos publicados por Joseph King Jr., o qual apresentou a perda de uma chance como um dano totalmente autônomo e passível de reparação independente da utilização do nexos de causalidade. Nesse raciocínio a teoria que sempre teve sua essência apresentada como provável, passa a ser compreendida como certo ou impossível. Essa maneira de encarar a perda de uma chance é o que leva a difusão de julgamentos diversos em relação a sua aplicação na jurisprudência brasileira. A autonomia da teoria é caracterizada não só pela conduta do réu, mas também pela existência de causas concorrentes ou predisposições<sup>28</sup>.

O que mais dificulta a indenização da perda de uma chance no valor do dano final é comprovar que a conduta do réu contribuiu para o resultado. Devem ser analisadas duas condições necessárias para a causa do dano final. A própria conduta do réu, e a ação da vítima deve ser incluída no contexto para ver até onde influencia no resultado, ou seja, é uma predisposição para o acontecimento do dano.

Há uma linha tênue entre a predisposição e causa concorrente, pois pode ocorrer de existirem as duas condições no resultado do dano. Exemplo disso seria na seara médica, quando o paciente está com uma doença grave, porém recebe um diagnóstico tardio e sofre um dano irreversível. Nesse caso, há uma predisposição da vítima por ela possuir um evento natural, no caso a doença, mas há a conduta tardia

---

<sup>28</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil pela Perda de uma chance: Uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 77-82





do médico que tirou a chance de cura, ou seja, são causas concorrentes. A forma em que a perda de uma chance é apresentada na teoria de Joseph King Jr. não foi admitida na jurisprudência brasileira de forma majoritária, pois entende-se que a atuação da vítima não deve ser levada em conta na hora de calcular um dano por ela sofrido<sup>29</sup>.

A perda de uma chance possui uma certa complexibilidade por se tratar da proteção de um direito que, para muitos, ainda não se consumou. É um assunto jurídico que nos últimos anos ganhou mais olhares pelos juristas e pelo Poder Judiciário, porém ainda existem muitas discussões sobre sua validade e aplicação. Poucos autores até então se dedicaram a essa modalidade da responsabilidade civil. Na teoria clássica da perda de uma chance o dano vem de um evento que interrompeu o processo em curso e gerou um dano, ou seja, caso tal evento não existisse, haveria a possibilidade (chance) do dano não se verificar.

A referida teoria é avaliada no patamar de que já existe um dano, que agora não dá mais pra modificar, mas caso ele não tivesse ocorrido, o resultado seria diferente; ou seja, a chance perdida é baseada no futuro, no resultado diferente que poderia vir caso tal evento danoso não viesse a acontecer. Pode-se dizer que a Teoria da Perda de uma Chance clássica ocorre quando há certeza quanto à autoria do fato que frustrou a oportunidade, e incerteza quanto à existência ou à extensão dos danos decorrentes desse fato.

Ao contrário da teoria clássica, a perda de uma chance também é trabalhada no passado, com a ideia de “o que poderia ter sido feito antes” para evitar o evento danoso que modificou o resultado futuro. Nesse sentido, a perda de uma chance seria aplicada não mais ao resultado que o agente almejava antes do dano ocorrer, mas nos fatos que previram o evento danoso. Essa linha de raciocínio ainda é muito discutida

---

<sup>29</sup> Ibidem, ibidem



tendo em vista que não há consenso sequer da teoria clássica, a qual ainda é mais simples de analisar e possuem um fato de chance perdida mais visível.

A jurisprudência apresenta uma problemática quando a perda de uma chance é aplicada em casos em que a probabilidade de o sujeito ter realmente perdido uma oportunidade é remota. Pelo o que já foi exposto e os estudos aplicados à teoria da perda de uma chance, para que esta não vire uma maneira de enriquecimento sem causa, é necessário que haja uma probabilidade séria e real da chance perdida. Não basta perder uma oportunidade e o direito de indenização está garantido, pois uma mera possibilidade não é passível de indenização.

A perda de uma chance ainda vem sendo enquadrada como um fator agregador ao dano moral, muitas jurisprudências descaracterizam o dano por perda de uma chance, admitem que existe um dano passível de indenização, mas que este se enquadra no dano moral e que a chance perdida caracteriza-se como fator agregador ao dano moral, não sendo aplicado exclusivamente ou separado do dano moral. A perda de uma chance pode gerar, em alguns casos, danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, assim como pode ser um fator “a mais” na definição do valor dessas formas de indenizações. Mas não deve em hipótese alguma ser considerado um dano exclusivamente moral.

É de consonância que a chance perdida deve ser séria e real e que deve haver probabilidade da perda de um direito no caso concreto, restando a necessidade de uma indenização por isso. Nesse raciocínio, a ideia de que a perda de uma chance é um dano moral extingue-se. E a partir do momento que há uma chance séria e real, essa pode gerar danos patrimoniais e sair da seara do dano moral.

Com essa problemática da probabilidade e/ou chance séria e real, o que deve ser levado em conta de fato é a existência de um resultado danoso. O dano na teoria da perda de uma chance é caracterizado então como o desaparecimento da



probabilidade de um evento favorável. Importa destacar que este é o ponto crucial que caracteriza a perda de uma chance como um dano autônomo, pois seus requisitos e entendimentos não se encaixam em nenhum conceito preexistente das categorias danosas no âmbito do direito brasileiro. Não há como admitir a existência da perda de uma chance num caso prático e ao final condenar em danos morais e/ou materiais, ignorando totalmente que o dano existente, na realidade trata-se da perda de um evento futuro favorável.

Exposto isto, a perda de uma chance vai além de seus requisitos de caracterização, é notório que a simples caracterização do dano é suficiente, isso difere das demais categorias danosas reconhecidas pelo direito, onde há a necessidade do nexa causal por exemplo. A chance séria e real, a probabilidade de algo que foi perdido, são fundamentos da teoria da perda de uma chance, e diante disso não há como negar que a teoria abordada é totalmente autônoma e inova a forma de análise das jurisprudências.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme apresentado, a teoria da perda de uma chance é uma modalidade de dano causado pela perda de um evento futuro favorável. Não existe, conceitualmente, nenhuma relação entre os seus requisitos e os das demais categorias danosas já estabelecidas e pacificadas no direito brasileiro. Razão essa pela qual não há que se falar em reconhecimento de um tipo de dano e aplicação de outro. Ao analisar as características danosas já reguladas pelo direito brasileiro é notório que seus conceitos são singulares e não se encaixam na perda de uma chance, e assim vice-versa.

O reconhecimento da perda de uma chance está tomando tamanho nos últimos anos pela jurisprudência e é necessário que haja uma mais ampla discussão sobre o tema, não somente dentro do Superior Tribunal de Justiça, mas também na



doutrina e até mesmo pela comunidade jurídica, pois esta é a base da criação e evolução de todos os tipos de direitos existentes.

De nada adianta manter a discussão desse instituto jurídico somente como algo existente e sem relevância, mas que por não haver uma profunda discussão acaba sendo mais descomplicado aplicá-lo dentro de uma categoria diversa desde que esteja dentro dos parâmetros da responsabilidade civil. É necessário que os requisitos específicos da perda de uma chance, tais como probabilidade, chance séria e real entre outros sejam absolutamente relevantes e levados em conta para o reconhecimento do instituto. A partir do momento que tal relação se concretizar, não deve haver sequer a possibilidade de encaixar a teoria da perda de uma chance em outra categoria de dano.

Percebe-se que poucos são os comentários originários na doutrina brasileira sobre o tema. A maioria dos autores apenas reproduzem o que um anterior já disse trazendo pouco conteúdo a acrescentar sobre o dano em discussão. Ao falar sobre a autonomia da perda de uma chance então, a quantidade de autores que debatem ou ao menos citam essa possibilidade diminui ao extremo. Nesse sentido, é necessário que haja um maior conhecimento sobre esse instituto e que ele venha a ser aplicado a casos concretos de forma prática e objetiva, usando-se do instituto de forma correta, como dano autônomo.

## **REFERÊNCIAS**

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, 4. ed. São Paulo; Saraiva, 015. 9788502223233. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502223233/>. Acesso em: 01 de abril de 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [..]. REsp nº 1.291.247/RJ: Terceira Turma, STJ. Recorrente: Carlos Márcio da Costa Cortázio Corrêa e outros.



Recorrido: Cryopraxis Criobiologia Ltda. Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Julgado em 19 ago. 2014. DJe, 01 out. 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1291247&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [..]. REsp nº 1.335.622/DF: Terceira Turma, STJ. Recorrente: Alberdan Nascimento de Araújo e outros. Recorrido: Hospital Santa Lúcia S/A. Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Julgado em 18 dez. 2012. DJe, 27 fev. 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1335622&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [..]. REsp nº 1.254.141/PR: Terceira Turma, STJ. Recorrente: João Batista Neiva. Recorrido: Espólio de Vilma Lima Oliveira e outros. Rel. Min. NANCY ANDRIGHI. Julgado em 04 dez. 2012. DJe, 20 fev. 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1254141&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [..]. REsp nº 1.079.185/MG: Terceira Turma, STJ. Recorrente: Aldeir Batista de Aguiar. Recorrido: Antônio Abdala Júnior. Rel. Min. NANCY ANDRIGHI. Julgado em 11 nov. 2008. DJe, 04 ago.2009. .... Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1079185&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30 mai. 2020

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O Dano Estético, Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NORONHA, FERNANDO. *Direito das obrigações*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003.



SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2009

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma chance: Uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. e



# A PRISÃO CIVIL DO MENOR DEVEDOR DE ALIMENTOS: uma análise à luz do direito civil contemporâneo

Camila Borges de Moraes

## RESUMO

O presente trabalho teve como finalidade analisar a possibilidade da prisão civil do devedor de alimentos menor de idade, buscando argumentos favoráveis e desfavoráveis à prisão, na doutrina e no ordenamento jurídico. A problemática do estudo girou em torno de entender e discutir as necessidades do filho menor, e, do mesmo modo, a obrigação do pai de assisti-lo. Dessa forma, tentou-se verificar o dever do pai, ainda menor de idade, de prover meios a fim de garantir a subsistência de seu filho, e diante da inadimplência, a possibilidade de ser preso civilmente, bem como as complicações decorrentes desta prisão. Embora o ordenamento jurídico vigente não expressamente contemple o tema, nem tampouco exista jurisprudência acerca do assunto, foi possível extrair a análise por meio de princípios observados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que visa dar efetividade aos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente, como também nos Código Civil e Código de Processo Civil, que preveem a responsabilidade civil, inclusive do menor, além da Lei n.5.478/68 que regula a ação de alimentos.

**Palavras-chave:** civil; direito protetivo; alimentante menor; responsabilidade alimentar; prisão civil.

## INTRODUÇÃO

No presente trabalho, analisaremos à luz do ordenamento jurídico e da doutrina, a prisão civil, especificamente na fase de execução, quando o devedor é o



pai, ainda menor de idade, como um meio de coerção para o adimplemento da obrigação. A temática do estudo ainda não encontra amparo legislativo, nem tampouco tem solução pacífica. Pelo contrário, trata-se de assunto complexo e atual, levando em consideração o fato de que as pessoas estão se relacionando cada vez mais cedo, e, com isso, tendo filhos ainda menores de idade.

O Direito de Família bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem a responsabilidade parental, isto é, o dever dos pais de manterem seus filhos menores, garantindo-lhes acesso à educação, alimentação, saúde, vestuário, segurança, cultura e tudo quanto necessitar para se ter um desenvolvimento saudável. Por essa razão, surge a dúvida de como efetivar todas essas garantias quando o pai é ainda menor de idade, e, portanto, incapaz.

Assim sendo, os alimentos são fixados pelo juiz, no caso de a guarda estar apenas com um dos genitores, acarretando a obrigação de pensão alimentícia, que é regida pela Lei n. 5.478/68. Essa pensão alimentícia será estipulada de acordo com a possibilidade do alimentante e a necessidade do alimentando. Fixados os valores pelo juiz, diante do inadimplemento do responsável pelo pagamento da importância a título de alimentos, cabe a prisão civil, com pena de 1 a 3 meses, sendo, portanto, a única hipótese de prisão por dívida do ordenamento jurídico brasileiro, prevista nos artigos 528 e seguintes do Código de Processo Civil.

Surge, assim, a problemática do tema, em relação à prisão: sendo o pai, ainda menor de idade, incumbido de realizar o pagamento da quantia a título de alimentos ao filho, cabe a prisão civil por dívida, quando a obrigação é inadimplida? Quais os meios de coerção adequados para assegurar o direito do filho de receber a pensão alimentícia? E, ainda, cabem as medidas de privação de liberdade em entidades socioeducativas, as quais são estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente?





Nessa perspectiva, a hipótese do presente trabalho consiste em demonstrar os argumentos favoráveis e desfavoráveis à prisão do menor devedor de alimentos, desde que não satisfaça a obrigação.

No primeiro capítulo, discorreremos sobre a incapacidade civil no direito atual, observando as hipóteses de incapacidade civil absoluta, relativa, bem como o instituto da emancipação. Além disso, exporemos a responsabilidade civil e penal do menor decorrente de ato ilícito, demonstrando em quais situações o menor é responsabilizado e tem que responder pelo inadimplemento de uma obrigação civil ou pelo cometimento de uma infração penal.

No segundo capítulo, demonstraremos as características dos alimentos no direito de família contemporâneo, enfatizando o papel dos pais no desenvolvimento de seus filhos, fazendo uma análise da responsabilidade alimentar e as suas consequências jurídicas, introduzindo o objeto central do estudo do presente trabalho, a prisão civil.

Por fim, no terceiro capítulo, trataremos um estudo doutrinário, buscando argumentos favoráveis e desfavoráveis à prisão civil do pai menor de idade que não cumpriu com a obrigação de pagar a quantia fixada a título de alimentos. Tal capítulo desenvolverá o tema, observando toda a dificuldade que o envolve, verificando as possibilidades da aplicação deste método coercitivo de privação de liberdade, de forma cautelosa, pois ambos são menores de idade, e demandam de proteção física e moral previstas em todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Aliás, a possibilidade de a obrigação alimentar recair sobre os avós, chamados de alimentos avoengos, realizados de forma subsidiária e complementar, amparado pela súmula 596 do Superior Tribunal de Justiça, é considerada no terceiro e último capítulo, verificando qual a melhor solução para todas as partes, no caso concreto.



O marco teórico do trabalho se baseará na doutrina e na legislação brasileira, pois não foram encontradas jurisprudências acerca do assunto. Então, o alicerce da pesquisa será feito encontrando argumentos favoráveis e desfavoráveis a respeito da prisão civil do menor que deve alimentos ao seu filho.

A metodologia utilizada terá como fundamento a análise bibliográfica e documental da doutrina do direito civil contemporâneo, com a finalidade de discutir sobre o tema.

## **1 A DOCTRINA DO DIREITO PROTETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MENOR DECORRENTE DE ATO ILÍCITO**

Neste capítulo, discorreremos sobre a incapacidade civil no direito atual, observando as hipóteses de incapacidade civil absoluta, relativa, bem como o instituto da emancipação. Além disso, exporemos a responsabilidade civil e penal do menor decorrente de ato ilícito, demonstrando em quais situações o menor é responsabilizado e tem que responder pelo inadimplemento de uma obrigação civil ou pelo cometimento de uma infração penal.

### **1.1 DIREITO PROTETIVO: DA INCAPACIDADE CIVIL NO DIREITO ATUAL (INCAPACIDADE ABSOLUTA, RELATIVA E EMANCIPAÇÃO)**

De acordo com a teoria natalista, adotada pela doutrina em nosso direito civil contemporâneo, o ser humano que nasce com vida é considerado pessoa, isto é, um sujeito de direitos e deveres, e, portanto, com capacidade de direito. Essa pessoa, dotada de personalidade jurídica, exercerá a capacidade de fato, quando, conforme Carlos Roberto Gonçalves, “tiver aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil, podendo então exercê-los pessoal e diretamente, sem que outra pessoa o



represente ou assista”<sup>1</sup>. Então, consoante o pensamento do autor supracitado “personalidade e capacidade completam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica, que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito”<sup>2</sup>.

Dispõe o art. 2º do Código Civil “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Portanto, em conformidade com as ideias de Washington de Barros Monteiro,

Não importa que o parto tenha sido natural, ou haja exigido intervenção cirúrgica. Não importa, outrossim, tenha sido a termo ou fora de tempo. Também é irrelevante a forma pela qual se deu a concepção, ou a gestação, bastando ter ocorrido o nascimento. Não basta, contudo, o simples fato do nascimento. É necessário ainda que o recém-nascido haja dado sinais inequívocos de vida.<sup>3</sup>

À vista disso, é necessário que se observe se há sinais notórios de vida, bem como se o nascituro já respira, pois isso trará consequências jurídicas. Para Washington de Barros Monteiro, “se a criança nasce morta, não chega a adquirir personalidade, não recebe nem transmite direitos. Se nasce com vida, ainda que efêmera, recobre-se de personalidade, adquire e transfere direitos”<sup>4</sup>.

Aliás, nosso ordenamento também prevê a personalidade jurídica às entidades, formadas por pessoas físicas para um determinado fim, que de acordo com Carlos Roberto Gonçalves, são entidades morais que se “associam para melhor atingir os seus objetivos econômicos ou sociais, como as associações e sociedades, ou constituídas de um patrimônio destinado a um fim determinado, como as fundações”.

---

<sup>1</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 1-Parte Geral**. Editora Saraiva, 2017, p. 96

<sup>2</sup> *Ibidem*, p.95

<sup>3</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Editora Saraiva, 2017, p.81

<sup>4</sup> *Ibidem*, p.81



Isto posto, salienta-se que as pessoas que carecem de aptidão para praticarem pessoalmente os atos da vida civil, são chamadas de incapazes, pois, para os realizarem, demandam auxílio. Corroborando com o entendimento, para Maria Helena Diniz, “A incapacidade é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção”<sup>5</sup>. O atual Código Civil brasileiro, após as mudanças legislativas decorrentes da Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), refere-se a essas pessoas como absolutamente ou relativamente incapazes.

De acordo com o art. 3º do Código Civil, “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos”. O Código de 2002 também considera que o ser humano, até atingir essa idade, não tem discernimento suficiente para dirigir sua vida e seus negócios e, por essa razão, deve ser representado na vida jurídica por seus pais, tutores ou curadores<sup>6</sup>.

Já os relativamente incapazes, estão elencados no art. 4º do Código Civil,

São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos.

Essas pessoas não estão restritas a todos os atos, apenas precisam ser assistidos por seus representantes ao praticarem alguns deles. Para Silvio Rodrigues, “o ordenamento jurídico não mais despreza a sua vontade, ao contrário, a considera, atribuindo ao ato praticado pelo relativamente incapaz todos os efeitos jurídicos, desde que esteja assistido por seu representante”<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 1, [s.l.], p. 140

<sup>6</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 1-Parte Geral**. Editora Saraiva, 2017, p. 113

<sup>7</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, v. 1, [s.l.], p. 49



Acerca do assunto, em conformidade com a concepção de Carlos Roberto Gonçalves,

A incapacidade relativa permite que o incapaz pratique atos da vida civil, desde que assistido por seu representante legal, sob pena de anulabilidade. Certos atos, porém, pode praticar sem a assistência de seu representante legal, como ser testemunha, aceitar mandato, fazer testamento, exercer empregos públicos para os quais não for exigida a maioria, casar, ser eleitor, celebrar contrato de trabalho etc.<sup>8</sup>

Em relação à representação legal, compete primeiramente aos pais a representação legal de seus filhos, podendo ser nomeado um tutor nos casos de perda do poder familiar ou falecimento ou ausência dos pais, de acordo com o art. 1.728. Já a curatela será exercida nos casos especificados no art. 1.767 “Estão sujeitos a curatela: I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; V - os pródigos”.

Há, contudo, a possibilidade de o menor de dezesseis anos adquirir a capacidade de fato, através da emancipação, concedida pelos pais ou pelo juiz. Em concordância com o inciso I, do parágrafo único, do art. 5º do Código Civil:

Cessar, para os menores, a incapacidade: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos.

A primeira forma de emancipação é a voluntária, exercida pela livre vontade dos pais, mediante autorização, necessário que seja feita por instrumento público. Levando em conta a visão de Washington de Barros Monteiro, “a outorga, conjunta, e paterna ou materna, separadamente, constará de instrumento público, que dispensa

---

<sup>8</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 1-Parte Geral**. Editora Saraiva, 2017, p. 114



homologação judicial<sup>9</sup>. Logo, poderá, apenas um dos genitores, emancipar seu filho no caso de o outro encontrar-se morto ou interditado.

A outra forma de emancipação é a judicial, concedida pelo juiz, nos casos em que o menor já possui dezesseis anos completos e era representado por um tutor. “Observe-se que a previsão legal, por mencionar tutor, pressupõe a falta de ambos os pais, motivo pelo qual a emancipação somente se dará pela via judicial”<sup>10</sup>, diz Pablo Stolze Gagliano.

Finalmente, existe também a emancipação legal, nas hipóteses de: casamento, emprego público efetivo, colação de grau em curso de ensino superior e economia própria. Primeiramente, há autorização expressa em nossa legislação para o casamento a partir de dezesseis anos, desde que autorizado pelos pais. Uma vez que o poder familiar é extinto pelo casamento, antecipa-se então, a capacidade jurídica plena do menor.

Além disso, caso o menor seja efetivado em emprego público efetivo, será emancipado, o objetivo da regra legal — e é assim que deve ser interpretada — é que “essa causa especial de emancipação diz respeito às hipóteses de provimento efetivo em cargo ou emprego público, não importando a atecnia”<sup>11</sup>, estabelece Pablo Stolze Gagliano.

A hipótese de colação de grau em curso de ensino superior, dificilmente ocorre, dada a considerável extensão dos cursos (1º e 2º graus superior). “Quando vier a receber o grau, o estudante terá certamente atingido a maioria”<sup>12</sup>, de acordo com o supramencionado autor.

---

<sup>9</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Editora Saraiva, 2017, p. 93

<sup>10</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil**. Editora Saraiva, 2017, p. 84.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 85

<sup>12</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil**. Editora Saraiva, 2017, p.85



Por fim, o menor será emancipado caso possua estabelecimento civil ou comercial, ou a existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria, deve-se observar, portanto, se já há economia própria, não bastando apenas a relação de emprego.

## 1.2 RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL DOMENOR DECORRENTE DE ATO ILÍCITO

“A palavra “responsabilidade” origina-se do latim *respondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado”<sup>13</sup>, segundo Carlos Roberto Gonçalves.

Em outras palavras, refere-se à ideia de reestabelecer o equilíbrio de uma relação em que o autor causa dano a outrem, por isso terá que ressarcir-lo, mantendo, dessa forma, segurança nas relações sociais e jurídicas. O dano, por sua vez, poderá ser moral ou patrimonial, distinguindo-se, portanto, responsabilidade moral de responsabilidade jurídica. Nesse sentido, e para complementar o que foi exposto, de acordo com o autor supramencionado,

A responsabilidade pode resultar da violação tanto de normas morais como jurídicas, separada ou concomitantemente. Tudo depende do fato que configura a infração, que pode ser, muitas vezes, proibido pela lei moral ou religiosa ou pelo direito. O campo da moral é mais amplo do que o do direito, pois só se cogita da responsabilidade jurídica quando há prejuízo. Esta só se revela quando ocorre infração da norma jurídica que acarrete dano ao indivíduo ou à coletividade. Neste caso, o autor da lesão será obrigado a recompor o direito atingido, reparando em espécie ou em pecúnia o mal causado.<sup>14</sup>

Nada obstante, vale destacar que responsabilidade e obrigação se diferenciam. A obrigação é o vínculo jurídico entre o credor, o devedor e uma

---

<sup>13</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4 : responsabilidade civil**. Editora Saraiva, 2017, p. 42.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 20



determinada prestação. Já a responsabilidade civil é a “consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional”,<sup>15</sup> em concordância com a compreensão Carlos Roberto Gonçalves.

A responsabilidade no âmbito civil diz respeito à reparação ou restituição de um dano causado a um particular, decorrente de ação ou omissão. Nesse caso, o prejudicado pode optar por demandar ou não a reparação de seu direito. A reparação civil é feita de forma pecuniária, atingindo o patrimônio do devedor, uma vez que há vedação de prisão por dívida em nosso ordenamento jurídico, com exceção apenas da dívida de pensão alimentícia, no direito de família. Em consonância com os pensamentos de Nelson Rosenvald, “podemos e devemos conceber a responsabilidade civil como um sistema complexo em que confluem várias finalidades. Reparação, prevenção e punição, simultaneamente”<sup>16</sup>.

Nosso ordenamento prevê a responsabilidade civil subjetiva e objetiva. A responsabilidade civil subjetiva diz respeito a quem, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, desta forma, se tiver agido com culpa.

Por outro lado, responsabilidade civil objetiva concerne sobre o dever de reparar o dano causado independente de culpa de quem o causou, desde que acarrete risco ao direito de outrem.

Conforme o pensamento de Eugênio Facchini Neto, na Revista do Tribunal Superior do Trabalho, “a periculosidade deve ser aferida objetivamente, pela sua

---

<sup>15</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4 : responsabilidade civil**. Editora Saraiva, 2017, p.21

<sup>16</sup> ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil – A reparação e a Pena Civil**, 3ª edição. Editora Saraiva, 2017, p. 49





própria natureza ou pela natureza dos meios empregados, e não em virtude do comportamento negligente ou imprudente de quem agiu”<sup>17</sup>.

O Código Civil de 2002 estabelece a maioridade civil aos 18 anos, podendo o menor ser emancipado a partir de 16 anos. A responsabilidade civil do menor de 18 anos, e, portanto, incapaz, será exercida por seus responsáveis, independentemente de culpa.

Se estes, contudo, não puderem realizar o pagamento sem que causem prejuízos aos seus próprios sustentos, ficam os menores responsáveis pela obrigação, desde que não o privem do necessário para sobreviverem ou as pessoas que dele dependam, portanto, a responsabilidade é mitigada e subsidiária. Neste sentido, discorre Carlos Roberto Gonçalves,

Admite-se, porém, no cível, que os menores de 18 anos sejam também responsabilizados, de modo equitativo, se as pessoas encarregadas de sua guarda ou vigilância não puderem fazê-lo, desde que não fiquem privados do necessário.<sup>18</sup>

À vista disso, considerando a reflexão feita por Eugênio Facchini Neto, na Revista do Tribunal Superior do Trabalho:

Somente será acionada se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuser de meios suficientes. Como a responsabilidade dos pais, tutores e curadores, pelos atos danosos praticados por seus filhos, pupilos e curatelados é de natureza objetiva, independente de culpa (art. 933 do novo CC), serão muito raras as hipóteses em que tais pessoas não terão tal responsabilidade. Igualmente raras serão as hipóteses em que os menores disponham de recursos hábeis para suportar a indenização e que o mesmo não ocorra com seus pais. Mais comum poderá vir a ser uma tal hipótese, no caso dos pupilos e curatelados, pois muitas

---

<sup>17</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. **Da Responsabilidade civil no Novo Código**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Porto Alegre, RS. vol. 76, n. 1, p 17-63, jan/mar 2010. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13478/2010\\_facchini\\_netos\\_responsabilidade\\_civil.pdf?sequence=9&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13478/2010_facchini_netos_responsabilidade_civil.pdf?sequence=9&isAllowed=y). Acesso em: 31 de set de 2019

<sup>18</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4 : responsabilidade civil**. Editora Saraiva, 2017, p. 44.



vezes os tutores e curadores tem patrimônio menor do que o daqueles.<sup>19</sup>

O art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8069/90, estabelece que, “em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.”

Dessa forma, responde o menor de maneira direta e excepcional, nada obstante, a fim de evitar o estado de miserabilidade, o parágrafo único prevê que, nos casos de manifesta impossibilidade do pagamento, poderá ser substituída por outra medida adequada. De acordo com Silvano Andrade do Bomfim, em seu artigo científico,

Conquanto tenha o vigente diploma ampliado a possibilidade de ressarcimento à vítima, verifica-se que, em razão dos princípios da equidade e da dignidade das pessoas responsáveis pela reparação – pais ou menores, quando o caso – a vítima poderá ver-se irressarcida quando o pagamento da indenização privar do necessário tanto os genitores como os infantes, a teor do que dispõem os arts. 928, parágrafo único.<sup>20</sup>

Já a responsabilidade penal tem caráter punitivo, o agente que descumpre norma penal, infringe norma de direito público, lesionando interesse de toda a sociedade. Em conformidade com o que elucida Carlos Roberto Gonçalves, a responsabilidade penal “é pessoal, intransferível. Responde o réu com a privação de

---

<sup>19</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. **Da Responsabilidade civil no Novo Código**. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Porto Alegre, RS, vol. 76, n. 1, p 17-63, jan/mar 2010. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13478/2010\\_facchini\\_neto\\_responsabilidade\\_civil.pdf?sequence=9&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13478/2010_facchini_neto_responsabilidade_civil.pdf?sequence=9&isAllowed=y). Acesso em: 31 de set de 2019

<sup>20</sup> DO BOMFIM, Silvano Andrade. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS MENORES. *FMU DIREITO-Revista Eletrônica (ISSN: 2316-1515)*, v. 25, n. 35, 2013, p. 121. Disponível em: <http://189.2.181.205/index.php/FMUD/article/view/150>. Acesso em 12 de set de 2019



sua liberdade. Por isso, deve estar cercado de todas as garantias contra o Estado. A este incumbe reprimir o crime e arcar sempre com o ônus da prova.”<sup>21</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre os menores entre 12 e 18 anos incompletos e estabelece que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, os quais estão sujeitos às medidas socioeducativas no caso de cometerem algum ilícito penal. São elas: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; e internação em estabelecimento educacional.

Conforme considerações de Karyna Batista Sposato, “o ato infracional é a condição material necessária ao acionamento do sistema de responsabilidade de adolescentes e à aplicação das medidas socioeducativas.”<sup>22</sup> Tais medidas têm caráter pedagógico e buscam desaprovar a conduta infracional e integrar socialmente o jovem, pois deve ser assegurado aos adolescentes o desenvolvimento saudável, com condições dignas de existência, além de serem alvo de uma proteção especial pelo ordenamento.

Dentre as medidas socioeducativas, a internação é a mais grave delas. De acordo com Karyna Batista Sposato e Maria Auxiliadora Minahim, para a Revista de Direito GV, “a medida de internação consiste em real e efetiva privação de liberdade em estabelecimento destinado a adolescentes, porém assemelhado aos estabelecimentos prisionais, dadas suas características de instituição total.”<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4 : responsabilidade civil**. Editora Saraiva, 2017, p. 43

<sup>22</sup> SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**. Editora Saraiva, 2017. Disponível em [file:///C:/Users/Camila/Downloads/Direito\\_Penal\\_de\\_Adolescentes\\_-\\_Karyna\\_B.pdf](file:///C:/Users/Camila/Downloads/Direito_Penal_de_Adolescentes_-_Karyna_B.pdf) Acesso em 08 de setembro de 2019

<sup>23</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora; SPOSATO, Karyna Batista. *A internação de adolescentes pela lente dos tribunais*. Revista Direito GV, v. 7, n. 1, p. 277-298, 2011



Ainda nesse sentido, entende o Juiz da Infância e da Juventude, João Batista Costa Saraiva,

Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu no país um Direito Penal Juvenil, estabelecendo um sistema de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulado sob o fundamento do garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal Mínimo.<sup>24</sup>

Ademais, o jovem que cometer crime, tanto na esfera penal, quanto na esfera civil sofrerá as medidas cabíveis. Aliás, “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no júízo criminal” (art. 935 do CC), portanto, serão levadas em conta as condições do menor de cumpri-las, mas elas produzirão efeitos em suas vidas.

## **2 A DOCTRINA DO DIREITO DE FAMÍLIA E A RESPONSABILIDADE ALIMENTAR DO ALIMENTANTE MENOR**

Neste capítulo, demonstraremos as características dos alimentos no direito de família contemporâneo, enfatizando o papel dos pais no desenvolvimento de seus filhos, fazendo uma análise da responsabilidade alimentar e as suas consequências jurídicas, introduzindo o objeto central do estudo do presente trabalho, a prisão civil.

### **2.1 ALIMENTOS NO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO**

Por conviverem em sociedade, os indivíduos necessitam uns dos outros para sobreviverem. Sendo assim, a sociedade, mais especificamente a família, se

---

<sup>24</sup> SARAIVA, João Batista Costa. Direito penal juvenil, Adolescente e Ato Infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas, 2002.



responsabiliza pela manutenção de seus entes necessitados. Elucida Carlos Roberto Gonçalves, “o dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou os parentes”<sup>25</sup>. Logo, os “parentes devem alimentos e são credores entre si, sendo, portanto, potencialmente credores e devedores, não importando a origem do parentesco, se natural (consanguíneo), civil (adoção), ou socio afetivo”<sup>26</sup>, de acordo com o pensamento de Dimas Messias de Carvalho.

Desta forma, os alimentos podem ser classificados, em razão da natureza jurídica, como naturais, civis e compensatórios. Os naturais, também chamados de necessários, restringem-se apenas à satisfação das necessidades primárias, e, portanto, ao estritamente indispensável, como alimentação, vestuário e habitação. Os alimentos civis são aqueles destinados a manter a condição social do alimentando, objetivando o “viver de modo compatível com a sua condição social” (art. 1.694 do CC). Já os compensatórios, conforme cita Carlos Roberto Gonçalves,

Decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que “cabe a fixação de alimentos compensatórios, em valor fixo, decorrente da administração exclusiva por um dos cônjuges das empresas do casal. Caso em que os alimentos podem ser compensados, dependendo da decisão da ação de partilha dos bens, bem como não ensejam possibilidade de execução pessoal proclamou que “os alimentos compensatórios, diferentemente dos naturais ou civis que possuem natureza juridicamente alimentar, possuem caráter reparatório com o intuito de equilibrar a relação econômica entre os cônjuges”.

Os alimentos também podem ser divididos, quanto à causa jurídica como legais, voluntários e indenizatórios. Os legais, assim são chamados por decorrerem de uma obrigação legal, como por exemplo, a de parentesco. Os voluntários, por sua

---

<sup>25</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 15ª edição. Editora Saraiva, 2018, p. 498

<sup>26</sup> CARVALHO, Dimas Messias. **Direito das Famílias**. 2018. Página 771



vez, não decorrem de uma obrigação legal, mas de um ato *inter vivos* ou *causa mortis*. No que concerne os indenizatórios, estes decorrem de indenização pela prática de um ato ilícito.

Quanto à finalidade, os alimentos podem ser classificados como definitivos, provisórios ou transitórios. Os definitivos são os fixados pelo juiz na sentença ou homologado pelo acordo celebrado entre as partes, por isso têm caráter permanente. Os provisórios são aqueles fixados em caráter liminar, proferido na ação de alimentos, de rito especial estabelecido pela Lei 5.478/68. Já os transitórios,

São obrigações prestadas, notadamente entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, em que o credor, em regra pessoa com idade apta para o trabalho, necessita dos alimentos apenas até que se projete determinada condição ou ao final de certo tempo, circunstância em que a obrigação extingue-se automaticamente<sup>27</sup>.

Em relação ao momento em que podem ser reclamados, os alimentos podem ser classificados como pretéritos, atuais e futuros. Tal definição é dada por Carlos Roberto Gonçalves como,

São pretéritos quando o pedido retroage a período anterior ao ajuizamento da ação; atuais, os postulados a partir do ajuizamento; e futuros, os alimentos devidos somente a partir da sentença. O direito brasileiro só admite os alimentos atuais e os futuros. Os pretéritos, referentes a período anterior à propositura da ação, não são devidos<sup>28</sup>.

Os alimentos possuem algumas características próprias, como: são personalíssimos, ou seja, vinculam-se à pessoa. Em razão disso, serão fixados conforme as necessidades pessoais de quem os presta e recebe.

Nosso ordenamento garante a irrenunciabilidade dos alimentos, pois o interesse público prevalece nessa relação. “A obrigação de prestar alimentos

---

<sup>27</sup> STJ, REsp 1.388.955-RS, 3a T. rel. Min. Nancy Andrighi, DJE, 29-11-2013

<sup>28</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 15ª edição. Editora Saraiva, 2018



transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694” (art. 1.700 CC). Diante disso, a obrigação de alimentar poderá ser transmitida aos herdeiros, dentro de seus quinhões e referente apenas às prestações devidas, já vencidas e não pagas, em relação ao espólio, portanto herdeiros não passam a ser responsáveis pela obrigação em si.

Além disso, os alimentos possuem caráter irrepetível, isso significa que uma vez pagos não serão devolvidos, nem mesmo no caso de o exame de reconhecimento de paternidade ser negativo.

Outra característica dos alimentos é a impenhorabilidade das verbas alimentícias. Como é uma verba de caráter personalíssimo, pois quem o requer não possui condições de suprir suas necessidades por seu próprio esforço, não podem ser objeto de penhora, para que não sejam privados do necessário para sua subsistência.

## **2.2 A RESPONSABILIDADE ALIMENTAR E SUAS CONSEQUÊNCIAS**

Os alimentos decorrem da solidariedade familiar, como ocorre, por exemplo, na relação entre os pais e os filhos menores e entre cônjuges e companheiros ou conviventes, ficando a cargo do parente que não tem condições financeiras de se manter, reclamá-los. Dessa forma, pondera Carlos Roberto Gonçalves, “só pode reclamar alimentos, o parente que não tem recursos próprios e está impossibilitado de obtê-los, por doença, idade avançada ou outro motivo relevante”<sup>29</sup>.

Para que ocorra a obrigação de prestar alimentos, é necessário que haja vínculo de parentesco, necessidade do reclamante e possibilidade do reclamado. À vista disso, de acordo com o que estabelece o mencionado autor, “o fornecimento de alimentos depende, também, das possibilidades do alimentante. Não se pode

---

<sup>29</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 15ª edição. Editora Saraiva, 2018. Página 531



condenar ao pagamento de pensão alimentícia quem possui somente o estritamente necessário à própria subsistência”<sup>30</sup>. Se o parente possui apenas o necessário à sua subsistência, não caberá a este a responsabilidade da prestação dos alimentos, vez que prejudicaria seu próprio sustento.

Sendo assim, os alimentos devem ser fixados de acordo com o binômio necessidade/possibilidade, portanto, considerando o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves, “o fornecimento de alimentos depende, também, das possibilidades do alimentante. Não se pode condenar ao pagamento de pensão alimentícia quem possui somente o estritamente necessário à própria subsistência”<sup>31</sup>.

Cabe aos pais dos filhos menores, por serem os detentores do poder familiar, sustentá-los, pois estes não nascem tendo condições de se sustentarem por seus próprios meios. Então, aos pais incumbe o dever jurídico e moral de proverem as condições necessárias para seus filhos se desenvolverem e terem um crescimento saudável, até que passem a se manter por conta própria. De acordo com o pensamento de Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz da Silva,

Para manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente ou divorciados, ou mesmo que tenham a união estável dissolvida, ou, ainda, que não tenham convivido em entidade familiar, contribuirão na proporção de seus recursos. Entretanto, a maioria não põe ponto final ao direito do filho: concorrendo os pressupostos legais, ou seja, a necessidade de quem pede e a possibilidade dos pais, assiste-lhe o direito de reclamar alimentos aos genitores.<sup>32</sup>

Contudo, a maioria por si só não exclui o dever dos pais de prestar alimentos aos seus filhos, pois o fato de completar dezoito anos não caracteriza a plena capacidade e independência de uma pessoa. Sendo assim, caso reste

---

<sup>30</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 15ª edição. Editora Saraiva, 2018. Página 531

<sup>31</sup> *Ibidem*. Página 531

<sup>32</sup> MONTEIRO, Washington Barros, SILVA, Regina Beatriz da. **Curso de direito civil: direito da família, volume 2**. 43ª edição. Editora Saraiva. Página 571





comprovado que ainda há a necessidade de assistência em relação a alimentação e estudos do filho que já alcançou a maioridade, a obrigação de alimentá-lo perdurará.

Diante do princípio da solidariedade familiar, os pais também têm direito a pleitear alimentos perante os filhos. Conforme versam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho “é possível afirmar a característica da reciprocidade nos alimentos, pois todo aquele que, potencialmente, tem direito a recebê-los, da mesma forma pode vir a juízo exigi-los para si, se incidir em situação de necessidade”<sup>33</sup>.

O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, bem como se estende aos ascendentes e, na falta destes, a obrigação recai sobre os descendentes. Não se incluem aqui, de acordo com a doutrina majoritária, os parentes por afinidade.

Dessa maneira, é possível considerar que existe uma ordem preferencial entre as classes de parentes sujeitos à prestação alimentar, e conforme a compreensão de Carlos Roberto Gonçalves, é uma verdadeira hierarquia no parentesco, tal qual se apresenta da seguinte forma: “a) pais e filhos, reciprocamente; na falta destes, os ascendentes, na ordem de sua proximidade; c) os descendentes, na ordem da sucessão; d) os irmãos, unilaterais ou bilaterais, sem distinção ou preferência”<sup>34</sup>.

Portanto, quem necessitar de alimentos, deverá pedir primeiramente aos pais, na falta destes, aos avós – na ausência destes, o ascendente mais próximo é quem ficará obrigado. Apenas não existindo ascendentes, ficarão obrigados os descendentes. Carlos Roberto Gonçalves reitera que, “O filho somente pode pedir

---

<sup>33</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Manual de direito civil*, volume único, 2ª edição. Editora Saraiva. Página 1.425

<sup>34</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 15ª edição. Editora Saraiva, 2018. Página 542



alimentos ao avô se faltar o pai ou se, existindo, não tiver condições econômicas de efetuar o pagamento.”<sup>35</sup>

Isso quer dizer que se deve provar que o devedor principal, ou seja, os genitores, não pode arcar com os custos do alimentando total ou parcialmente para que os próximos parentes da ordem preferencial sejam responsabilizados. Portanto, é importante ressaltar que, caso os avós venham a ser responsabilizados pela obrigação de pagar alimentos, denominando-se *pensão avoenga*, será uma obrigação em caráter subsidiário.

Assim sendo, a prestação alimentícia ocorrerá de acordo com as possibilidades dos avós e da necessidade do alimentando em conformidade com suas condições financeiras, de forma complementar e subsidiária, respeitando o princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Aliás, a obrigação de alimentar recai, não só sobre os avós maternos, como também dos avós paternos, sendo estes corresponsáveis quando os pais não puderem cumpri-la, na proporção de suas disponibilidades financeiras.

A ação de alimentos é a medida processual cabível para pleitear esse benefício. Ela é disciplinada pela Lei nº 5.478/68, com previsão de rito sumário especial, ou seja, mais célere, pela gravidade da obrigação de alimentar, baseadas na necessidade urgente de sobrevivência do alimentando.

Nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, LXVII, prevê que não haverá prisão civil por dívida, mas aqui se trata de uma exceção a esse princípio. Conceitua Silvio de Salvo Venosa “O art. 19 da Lei de Alimentos permite que o juiz tome todas as providências possíveis para a satisfação dos alimentos determinados”<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Ibidem. Página 544

<sup>36</sup> VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito civil, volume 6: direito de família. 13ª edição*. Editora Atlas, 2013. Página 405



A Execução dos Alimentos é a forma que o credor tem de coagir o devedor a cumprir a obrigação fixada pelo juiz, por um título executivo judicial. Existem dois ritos a serem seguidos da execução dos alimentos, o Rito da Prisão e o Rito da Penhora de Bens.

A prisão civil do devedor de alimentos ocorrerá quando o credor notificar a falta de pagamento, o juiz mandará intimá-lo para que no prazo de 3 (três) dias ele pague, prove que já realizou o pagamento ou justifique o motivo da impossibilidade de pagar. Caso ele não se manifeste nesses 3 (três) dias, o juiz determinará o protesto do pronunciamento judicial e, se for o caso, decretar a prisão civil pelo prazo de 01 (um) a 03 (três) meses (art. 528 do CC).

### **3 FUNDAMENTOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO SOBRE A PRISÃO CIVIL DO ALIMENTANTE MENOR**

Neste capítulo, traremos um estudo doutrinário, buscando argumentos favoráveis e desfavoráveis à prisão civil do pai menor de idade que não cumpriu com a obrigação de pagar a quantia fixada a título de alimentos. Tal capítulo desenvolverá o tema, observando toda a dificuldade que o envolve, verificando as possibilidades da aplicação deste método coercitivo de privação de liberdade, de forma cautelosa, pois ambos são menores de idade, e demandam de proteção física e moral previstas em todo o ordenamento jurídico brasileiro.

#### **3.1 FUNDAMENTOS NORMATIVOS FAVORÁVEIS À PRISÃO CIVIL DO MENOR DEVEDOR DE ALIMENTOS**

Nota-se que o ser humano tem se relacionado cada vez mais cedo. Esta situação tem resultado em filhos na adolescência. Esses filhos necessitam de alimentos para exercerem suas funções vitais, terem acesso a um desenvolvimento saudável em sociedade. Contudo, os seus genitores, porque ainda menores, não são



têm ainda uma total autossuficiência material e emocional, dependendo de seus, muitas vezes, para a moradia, sustento financeiro, despesas médicas e educacional e outros gastos ordinários.

Conforme versa o art. 228 da Constituição Federal “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei n. 8069/90, em seu art. 121, estabelece que “A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”. Denomina-se internação a medida privativa de liberdade dos menores infratores, não cabendo chamar de prisão. É uma circunstância específica para os menores, que estão em desenvolvimento, mas cometem algum ato infracional.

O art. 122 do mesmo dispositivo legal estabelece quais são os atos infracionais, são eles: a) tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; b) por reiteração no cometimento de outras infrações graves; por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Não se encontra elencado no rol de medidas que privam a liberdade do menor o descumprimento da obrigação de pagar alimentos ao seu filho, a qual é uma obrigação civil que enseja prisão de quem é inadimplente. Contudo, cabe a análise do cabimento de uma medida mais grave para aqueles menores que não cumprem o dever alimentar.

Nossa Constituição Federal em seu art. 227 explicita que,

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de



colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Com isso, podemos observar que nosso ordenamento garante a proteção integral dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, denominado de Princípio da Proteção Integral. Aliás, tal princípio foi abarcado pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, estabelecendo, dessa forma, o Princípio do Superior Interesse da Criança. Isso quer dizer que, quando surgirem os conflitos fáticos, as soluções devem ser respaldadas nesse princípio, resguardando os direitos fundamentais destes menores. Desta forma, de acordo com Rolf Madaleno,

O art. 227 da Carta Federal consagra a um só tempo o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; o princípio da igualdade de filiação; o princípio da prioridade no atendimento da criança; o princípio da paternidade responsável; o princípio da afetividade e o princípio da solidariedade familiar.<sup>37</sup>

Dentre os princípios que elencam os direitos fundamentais da pessoa humana, podemos destacar, para auxiliar no tema a ser desenvolvido, o princípio da Paternidade Responsável. Consoante os pensamentos de Mariana Andrade Sobral,

O Princípio da Paternidade Responsável significa responsabilidade e esta começa na concepção e se estende até que seja necessário e justificável o acompanhamento dos filhos pelos pais, respeitando-se assim, o mandamento constitucional do art. 227, que nada mais é do que uma garantia fundamental.” Assim, a Paternidade Responsável deve ser exercida desde a concepção do filho, a fim de que o pai, seja ele biológico ou afetivo, responsabilize-se pelas obrigações e direitos daí advindos. Tal princípio possui estreita ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o planejamento familiar, o qual deve ser exercido de forma igualmente responsável.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> FORENSE, E. Constituição Federal Comentada. 1ª Edição – Rio de Janeiro: 2018. Editora Forense

<sup>38</sup> SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 81, 2010



Logo, temos que o direito aos alimentos tem caráter existencial e, portanto, é protetor da dignidade humana do alimentando. Criar e assistir é dever dos pais, portanto um vínculo além de sentimental, jurídico.

Além disso, podemos observar que a ordem jurídica brasileira vem, paulatinamente, aumentando o campo de incidência da capacidade civil, comparando o Código Civil antes e depois das mudanças realizadas no Estatuto da Pessoa com Deficiência, lei nº 13.146/15. As hipóteses de incapacidade absoluta, elencadas no artigo 3º do Código Civil de 2002, eram as seguintes:

São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Atualmente, com a redação dada pela lei supramencionada, a única hipótese de incapacidade absoluta prevista em nosso Código, diz respeito aos menores de 16 (dezesseis) anos. Segundo Nestor Duarte,

A Lei n. 13.146, de 06.07.2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), deu nova redação ao caput do art. 3º e revogou seus incisos, de modo que a incapacidade decorrente de outras causas, que não a idade, foi definida apenas como relativa e tratada no artigo seguinte. Assim, apenas os menores de 16 anos são reputados absolutamente incapazes, devendo ser representados nos atos da vida civil.<sup>39</sup>

Assim sendo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência autoriza a capacidade civil do portador de deficiência, atuando na linha do aumento da proteção da liberdade humana, mediante a responsabilidade como consequência de seus atos.

Consequentemente, tal artigo, em sede de alimentos, deve ser interpretado em nível constitucional, a fim de admitir a responsabilidade, nesse caso, do menor em arcar com o pagamento de alimentos.

---

<sup>39</sup> PELUSO, (coord.), C. **Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência** – Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 11ª Edição – Barueri, SP. Editora Manole, 2017



Ademais, diante dos princípios que norteiam a relação parental, que protegem as crianças e adolescentes e pela altíssima importância dada pelo ordenamento jurídico brasileiro ao dever de alimentar, devemos observar quais as medidas cabíveis no caso de inadimplência quanto ao dever de alimentar no caso do pai menor, sempre levando em conta a gravidade do assunto, pois o interesse do filho tem caráter existencial e urgente e, portanto, deve ser tratado com a seriedade que merece.

### **3.1 FUNDAMENTOS NORMATIVOS DESFAVORÁVEIS À PRISÃO DO MENOR DEVEDOR DE ALIMENTOS**

Conforme a análise desenvolvida anteriormente no presente trabalho, os pais menores de idade responsáveis pelo pagamento da pensão alimentícia do filho, de acordo com as regras de execução de alimentos, deverão arcar com essa obrigação, sob pena de prisão. Contudo, em relação a prisão civil deste menor por dívida alimentícia, devemos considerar que deve ser observada de forma cautelosa, vez que o pai menor de idade também merece proteção física e moral, conforme estabelecido no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente,

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A dívida alimentar está ligada ao direito à vida, alimentação, regular desenvolvimento do filho, enfim, à dignidade humana. Isso se revela na exclusividade legal de prisão por dívida no direito brasileiro. Contudo, devemos observar que o pai menor, ainda incapaz, também deve ser protegido pelos princípios e regras que asseguram o conjunto de direitos específicos para crianças e adolescentes.

Aliás, todo o ordenamento jurídico brasileiro possui normas que protegem os vulneráveis, tais como em favor dos trabalhadores (Consolidação das Leis



Trabalhistas), dos consumidores (Código de Defesa do Consumidor), dos idosos (Estatuto do Idoso, Lei n.10.741/03), bem como as crianças e adolescentes (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90). Portanto, devemos perceber que o pai menor também carece da proteção prevista neste Estatuto, devendo ser amparado pelos princípios que, igualmente protegem seu filho.

Para elucidar o que foi dito, conforme o pensamento de Maíra Zapater,

Há muitas diferenças entre pessoas adultas e as crianças e os adolescentes, que justificam haver previsões legais diversas para cada um desses grupos etários. Essas previsões são estabelecidas em respeito ao princípio da isonomia, que determina à lei tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. É por essa razão que as consequências legais aplicáveis a um adulto que descumpra a lei serão distintas daquelas referentes às crianças e aos adolescentes: os adultos a quem se atribua a prática de um crime estão sujeitos às penas impostas por processo criminal, enquanto a atribuição de prática de ato infracional poderá impor medidas de proteção para as crianças e socioeducativas para os adolescentes.<sup>40</sup>

Assim sendo, devemos observar com cautela se o menor estará sujeito à prisão civil por dívida decorrente da obrigação de alimentar seu filho, respeitando os princípios que regem a relação jurídica e social havidas entre crianças, adolescentes e adultos nos diversos contextos sociais.

Um princípio a ser considerado, neste caso, é o da proteção integral, que “consiste na consideração de crianças e adolescentes como pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, a quem se atribui a qualidade de sujeitos de Direito”<sup>41</sup>, de acordo com Maíra Zapater. A criança e o adolescente devem receber os meios necessários para o seu desenvolvimento normal, consequentemente a prisão civil não estaria em concordância com nosso ordenamento jurídico, no que tange ao amparo físico e emocional delas.

---

<sup>40</sup> ZAPATER, Maíra. **Direito da criança e do Adolescente**. São Paulo. Editora Saraiva, 2019. Página 61

<sup>41</sup> <sup>41</sup> Ibidem. Página 72





À vista disso, versa o art. 932, do Código Civil, “São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia”. Com o objetivo de preservar o pai menor, garantir o direito a alimentos de seu filho, apresenta-se razoável a ideia de responsabilização dos avós da criança, tendo em vista seus papéis como representantes legais de seus filhos menores.

De acordo com a súmula 596 do STJ, “A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais”. No caso de o menor não possuir condições financeiras de arcar com tal responsabilidades, deverão os pais, serem responsabilizados subsidiariamente pela obrigação de arcar com a pensão alimentícia do neto, também menor e incapaz.

Aliás, a legislação trabalhista, no art. 403 da Consolidação das Leis do Trabalho, versa que “É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos”. Fica evidente que, ao proibir que o menor trabalhe, esse tecido normativo precisa ser interpretado no sentido de que, o pai também é parte vulnerável da relação, devendo, portanto, ocorrer a transferência da responsabilidade civil em desfavor dos respectivos avós.

Ainda sobre o caráter complementar e subsidiário da obrigação dos avós, elucida Carlos Roberto Gonçalves que “o filho somente pode pedir alimentos ao avô se faltar o pai ou se, existindo, não tiver condições econômicas de efetuar o pagamento”<sup>42</sup>.

Destaca-se, portanto, que a obrigação avoenga de prestar alimentos aos netos tem caráter excepcional, decorrendo apenas da inequívoca impossibilidade dos pais

---

<sup>42</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 15ª edição. Editora Saraiva, 2018. Página 550



de proverem o sustento de seus filhos, que não podem, de forma alguma, ficar desassistidos. Não pode, ainda, essa obrigação prejudicar a renda dos avós, a ponto de ficarem desamparados e passarem por necessidades, para satisfazerem as do alimentando.

Ademais, em consonância com proteção legal do pai menor de idade, devido à vulnerabilidade de ser, ainda, considerado criança ou adolescente, e, diante da inexistência de condições financeiras para arcar com as obrigações inerentes da paternidade, deverão, então, serem repassadas aos avós da criança – tanto paternos, quanto maternos, de acordo com a necessidade do alimentante e as possibilidades dos avós.

## **CONCLUSÃO**

O presente trabalho teve como objetivo discutir sobre a possibilidade da prisão civil do menor, responsável por pagar alimentos ao seu filho, mas não o faz. O tema tem grande relevância, tanto social, quanto jurídica. Isso porque, o conceito de família vem mudando a cada geração, e com isso, faz-se necessário adequar as leis ao caso concreto. Com a gravidez precoce sendo uma realidade na vida dos brasileiros, foi necessário pensar sobre as consequências jurídicas que ela traz.

O fato é que, ao nascerem, as crianças possuem necessidades, que devem ser arcadas por seus genitores. Mas e quando os genitores não são ainda maiores, capazes e financeiramente independentes?

Para responder à questão levantada, foi necessário extrair, na doutrina e em todo tecido normativo brasileiro, argumentos a favor e contra a prisão civil do pai menor, em decorrência do não pagamento da pensão alimentícia.



Estabelece-se, então, um embate jurídico, pois, por um lado, a legislação busca garantir o pagamento dos alimentos, visto que cabe aos genitores o encargo de sustentar seus filhos, além de garantir-lhes um desenvolvimento saudável. Por outro lado, a legislação, especialmente a trabalhista, proíbe o pai menor de trabalhar antes dos 16 anos, salvo na condição de aprendiz. Outrossim, o mesmo Estatuto que protege seu filho recém-nascido, deve proteger também o pai, ainda adolescente.

Nada obstante, para que haja a prisão civil, é necessário que haja o ajuizamento de ação judicial ou acordo extrajudicial que obrigue o alimentante ao adimplemento dessa obrigação alimentar. Com isso, a prisão civil será decretada quando houver decisão judicial, por conta do inadimplemento voluntário e inescusável da dívida, podendo ser estipulada por até 03 meses, de acordo com o Código de Processo Civil.

Depois de compreender o cabimento da prisão civil, o estudo se direcionou para a possibilidade da obrigação recair aos avós da criança, pois há entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de a responsabilidade alimentar ser incumbida aos avós, mas sempre de forma subsidiária e complementar, no caso de impossibilidade total ou parcial dos pais. Evidente que, ao atribuir essa responsabilidade aos avós, deve-se observar o trinômio: possibilidade, necessidade e razoabilidade, pois o objetivo não é deixar os avós passarem por dificuldades financeiras em razão do pagamento da pensão alimentícia.

Para tanto, podemos concluir que a hipótese refere-se à investigação do problema proposto, verificando em argumentos doutrinários e legais desenvolvidos no presente artigo científico.

Ademais, afirmando-se que a prisão civil do menor pode vir ser uma possibilidade como um meio de coerção ao pagamento dos alimentos, é necessário que seja feita com todas as precauções possíveis, visto o caráter vulnerável do pai



menor de idade, bem como sejam observados os seus direitos fundamentais instituídos pela Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 de jun. de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**.

Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) > Acesso em: 21 março 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**.

Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm) > Acesso em: 14 abril 2020.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm) Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm) > Acesso em: 31 maio 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 596. A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais. **Diário da Justiça**. Segunda Seção, Brasília, DF, 20 de nov. de 2017.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito das Famílias**. 2018. Página 771.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 1 [s.l.].



DO BOMFIM, Silvano Andrade. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS MENORES. **FMU DIREITO-Revista Eletrônica (ISSN: 2316-1515)**, v. 25, n. 35, 2013, p. 121. Disponível em: <http://189.2.181.205/index.php/FMUD/article/view/150>. Acesso em: 31 de set de 2019.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Da Responsabilidade civil no Novo Código**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Porto Alegre, RS. vol. 76, n. 1, p 17-63, jan/mar 2010. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13478/2010\\_facchini\\_neto\\_responsabilidade\\_civil.pdf?sequence=9&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13478/2010_facchini_neto_responsabilidade_civil.pdf?sequence=9&isAllowed=y). Acesso em: 31 de set de 2019. FORENSE, E. **Constituição Federal Comentada**. 1ª Edição – Rio de Janeiro: 2018. Editora Forense.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil**. Editora Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 1-Parte Geral**. Editora Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 15ª edição. Editora Saraiva, 2018.

MINAHIM, Maria Auxiliadora; SPOSATO, Karyna Batista. **A internação de adolescentes pela lente dos tribunais**. Revista *Direito GV*, v. 7, n. 1, p. 277-298, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Editora Saraiva, 2017.

MONTEIRO, Washington Barros, SILVA, Regina Beatriz da. **Curso de direito civil: direito da família, volume 2**. 43ª edição. Editora Saraiva.

PELUSO, (coord.), C. **Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência – Lei n. 10.406, de 10.01.2002**. 11ª Edição – Barueri, SP. Editora Manole, 2017.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, v. 1, [s.l.].

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil – A reparação e a Pena Civil**, 3ª edição. Editora Saraiva, 2017.

SARAIVA, João Batista Costa. **Direito penal juvenil, Adolescente e Ato Infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas**, 2002.



SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares.** Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 81, 2010.

SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes.** Editora Saraiva, 2017.  
Disponível em  
<[file:///C:/Users/Camila/Downloads/Direito\\_Penal\\_de\\_Adolescentes\\_-\\_Karyna\\_B.pdf](file:///C:/Users/Camila/Downloads/Direito_Penal_de_Adolescentes_-_Karyna_B.pdf)> Acesso em 08 de setembro de 2019.

STJ, REsp 1.388.955-RS, 3a T. rel. Min. Nancy Andrighi, DJE, 29-11-2013.  
Disponível em:  
<http://www.sosjustica.com.br/p25%20.pdf/11.%20REsp%201.362.113%20MG,%20R%20el.%20Min.%20Nancy%20Andrighi,%20julgado%20em%202018%2002%202014.pdf>  
Acesso em: 01 de jun. de 2020.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil, volume 6: direito de família.** 13ª edição.  
Editora Atlas, 2013.

ZAPATER, Maíra. **Direito da criança e do Adolescente.** São Paulo. Editora Saraiva, 2019.



# BANCO DE DADOS E CADASTRO DE CONSUMIDORES: uma análise jurisprudencial

Carla Mere Alves Santos de Oliveira

## RESUMO

À luz das disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, e igualmente da Lei do Cadastro Positivo, especificamente pela legitimidade de manutenção dos banco de dados e cadastro de consumidores, e as respectivas limitações de exercício, o presente artigo visa explorar e debater a observância da disposição legal, a partir do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ações que versam sobre o tema sobressaindo à existência de uma “lista negra” mantida com a finalidade de deliberar a concessão de crédito de modo depreciativo. O presente estudo está estruturado na construção teórica sobre as metodologias de avaliação de crédito pelo *credit score*, colacionando as jurisprudências sobre o tema, bem como o projeto de lei em trâmite o qual pretende corrigir as falhas evidenciadas ao longo deste estudo.

**Palavras-chave:** blacklist; consumidor; direito à informação; descumprimento da obrigação de transparência estabelecida pelo CDC.

## ABSTRACT:

In light of the provisions contained in the Consumer Protection Code, and also of the Positive Registration Law, specifically due to the legitimacy of maintaining the database and registration of consumers, and the respective exercise limitations, this article aims to explore and debate the observance of the legal provision, based on the position of the Supreme Federal Court in the judgment of the actions that deal with the theme, standing out from the existence of a “black list” maintained with the purpose of deliberating the granting of credit in a derogatory way. The present study is structured on the theoretical construction on credit assessment methodologies by credit score, collecting the



jurisprudence on the topic, as well as the current bill which intends to correct the flaws evidenced throughout this study.

**Keywords:** blacklist; consumer; right to information; non-compliance with the transparency obligation established by the CDC.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa explorar e debater a observância do Código de Defesa do Consumidor e da Lei do Cadastro Positivo a partir do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ações que versam sobre o cadastro positivo e o de consumidores, no que concerne ao excesso pelo fornecedor por manter e utilizar uma “lista negra”, mantida com a finalidade de deliberar a concessão de crédito de modo depreciativo, em excesso aos parâmetros permitidos.

O segundo capítulo aborda o surgimento do Código de Defesa do Consumidor e seu principal objetivo, elencando e apresentando as definições dos principais princípios e premissas trazidas pela lei consumerista que se estão intimamente ligados às práticas do mercado de consumo quando negada indevidamente a concessão de crédito.

O terceiro capítulo explica o que é o método de avaliação de risco na concessão de crédito, o *credit scoring*, e sua receptividade no sistema jurídico brasileiro, além de apontar as peculiaridades dos arquivos de consumo perante o Código de Defesa do Consumidor, bem como da Lei do Cadastro Positivo, inclusive com lapso temporal legítimo para manutenção das informações e as divergências entre essas duas disposições legais.

O quarto capítulo traz à baila as decisões judiciais que tratam do *credit scoring* e dos arquivos de consumo, apontando o entendimento dos tribunais, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, quanto a manutenção de arquivos





internos, diversos daqueles regulados pelo Código de Defesa do Consumidor e da Lei do Cadastro Positivo, que são utilizados como parâmetro na decisão negativa sobre a concessão de crédito em prejuízo do consumidor.

O presente estudo está estruturado na construção teórica sobre as metodologias de avaliação de crédito pelo *credit score*, bem como dos arquivos de consumo, especificamente banco de dados positivo e o cadastro de consumidores, correlacionando-o às decisões jurisprudenciais proferidas sobre tais assuntos, a fim de ponderar se estas estão em consonância com a disposição legal vigente, em particular na administração de arquivos internos pelos fornecedores, a lista negra.

## **2 O DIREITO À INFORMAÇÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

### **2.1 A proteção do consumidor na legislação brasileira**

A Constituição Federal de 1988 pode ser reconhecida como marco inicial para instituição da seara do Direito do Consumidor. A Lei Maior inseriu a figura do consumidor em seu manto, o qual encontrava-se sem tutela no direito brasileiro até então, determinando sua proteção de forma eficaz, inclusive. Os mandamentos constitucionais de defesa ao consumidor podem ser evidenciados no art. 5º, em seu inciso XXXII, e no art. 170, em seu inciso V.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;



Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor; (BRASIL, 1988)

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) estabeleceu em seu art. 48 que, “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor” (BRASIL, 1988). Cumprindo a determinação, embora extrapolado o prazo fixado, em 11 de setembro de 1990, foi instituída a Lei nº 8.078, denominada por Código de Defesa do Consumidor.

A doutrina consumerista é inequívoca ao conceituar a matéria e seu principal objetivo, a defesa do consumidor, à exemplo da definição proposta por Herman Benjamin aponta a “novidade jurídica” e sua intersecção entre o direito público e o privado, afastando o então vigente “direito comercial” cujas disposições não se assemelhavam a legislação vigente.

O chamado direito do consumidor é um ramo novo do direito, disciplina *transversal* entre o direito privado e o direito público, que visa proteger um sujeito de direitos, o consumidor, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor, um profissional, empresário ou comerciante. Este ramo novo do direito, que podemos chamar de tutelar (protetório) ou “social”, foi introduzido nos currículos das faculdades de direito no Brasil apenas no final do século XX, após a Constituição Federal de 1988. (BENJAMIN, 2013)

Em uma abordagem mais ampla, Bruno Miragem (2014) assevera que “a expressão direito do consumidor remete ao surgimento de uma nova posição jurídica no âmbito da teoria da relação jurídica”, e esclarece que sua aplicação incide pela prática de um ato de consumo bem como pela exposição a estes.



Desta feita, em estrita observância os mandamentos da Lei Maior, conjuntamente ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi editado o Código de Defesa do Consumidor, que, por obvio, além de refletir aos princípios constitucionais também traz princípios próprios, que serão abordados ao longo do presente estudo.

O Código de Defesa do Consumidor, como sua denominação já evidencia, tem suas disposições voltadas à defesa e aos interesses do consumidor. Seus dogmas e a evidenciação de seu objetivo maior são distribuídos ao longo do texto legal, e outras disposições no ordenamento jurídico, por princípios e garantias básicas e invioláveis do consumidor. Dentre os quais, merecem destaque aqueles que melhor se assentam no tema ora analisado, sem prejuízo de outras garantias não abordadas aqui.

Logo em seu art. 4º vislumbramos diversas orientações principiológicas, garantias que devem ser asseguradas ao consumidor, com a intervenção indireta ou direta do Estado se necessário, sendo sobressalentes, nesse artigo, o princípio do (i) protecionismo do consumidor; (ii) da vulnerabilidade; (iii) a harmonização de interesses e equilíbrio nas relações.

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

por iniciativa direta;

por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

pela presença do Estado no mercado de consumo;



pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

- harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

- educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

- incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

- coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

- racionalização e melhoria dos serviços públicos;

- estudo constante das modificações do mercado de consumo. (BRASIL, 1990)

O protecionismo evidenciado no *caput* do artigo supra, e a vulnerabilidade do consumidor estão inseridos em todo o Código de Defesa do Consumidor, o primeiro orienta sua própria existência e o segundo pode ser entendido como a posição que o consumidor ocupa nessa relação jurídica, eis que, via de regra, não possuem poder de direção da relação de consumo, estando à mercê das atividades dos fornecedores (MIRAGEM, 2014).

Por sua vez, o objetivo de equilibrar as relações de consumo está intimamente ligado a boa-fé, tendo em vista que a sua prática é a ferramenta que conduz a seu alcance e estabelece a dita harmonização de interesses entre fornecedor, consumidor e Estado (BENJAMIN, 2013). A boa-fé é



comportamento ético e que remete necessidade de agir com lealdade, correção e fidelidade, e deve ser praticada sempre, mesmo que antes ou após o término da relação de consumo. Em síntese, veda que o interesse de uma parte não se sobreponha ao da outra, respeitando, inclusive suas expectativas (MIRAGEM, 2014).

O aludido artigo assegura também o direito do consumidor à informação, impondo que o mercado de consumo seja transparente, prestando as informações pertinentes de maneira adequada e clara. Tal garantia se reverbera ao longo do código de defesa do consumidor e assim como a boa-fé, deve ser observada durante toda a relação de consumo, inclusive nos momentos pré e pós negocial.

Herman Benjamin (2013) aponta que a informação afeta a essência do negócio, eis que a informação prestada pelo fornecedor, ou requerida pelo consumidor integra totalmente o contrato, vinculando o informante e podendo ser caracterizada como vício no produto ou no serviço.

Igualmente, nos ensinamentos de Rizzatto Nunes (2017), o direito à informação é uma prerrogativa assegurada pela Constituição Federal, a qual determina que o indivíduo tem o direito de informar (art. 220), de ser informado (art. 5º, XIV) e de ser informado (art. 5º, XXIII). O direito de se informar e de ser informado representam lados opostos, o primeiro reverbera o direito de alguém de levantar informações sobre si, e o segundo, daquele que detém as informações de prestá-las, dispondo ainda da possibilidade de impetrar *habeas data*, na sucessão da negativa de seu fornecimento, consoante fixa o inciso LXXII do art. 5º da Lei Maior.

Bruno Miragem (2014) ensina que a vulnerabilidade, abordada anteriormente, está assentada, também, na condição de que o fornecedor detém informações que o consumidor desconhece, e a negativa de seu fornecimento ou



sua prestação inadequada implica em consequências na relação jurídica diversas, e pontua:

O direito básico à informação do consumidor, está estabelecido no artigo 6º, III, do CDC, é acompanhado de uma série de deveres específicos de informação ao consumidor, imputados ao fornecedor nas diversas fases da relação de consumo, como é o caso dos artigos 8º e 10 (informações sobre o risco de periculosidade), 12 e 14 (defeitos de informação), 18 e 20 (vícios de informação), 30, 31, 33, 34 e 35 (eficácia vinculativa da informação, sua equiparação à oferta, e proposta, e as consequências da violação do dever de informar), 36 (o dever de informar na publicidade), 46 (a ineficácia em relação ao consumidor, das disposições contratuais não informadas), 51 (abrangência pelo conceito de cláusula abusiva, daqueles que não foram suficientemente informadas ao consumidor), 52 e 54 (deveres específicos de informação nos contratos), todos do CDC, dentre as informações que devem ser oferecidas ao consumidor, ao lado da especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e riscos, também relativas aos tributos incidentes sobre o preço. (MIRAGEM, 2014)

No mesmo sentido, o Código de Defesa do Consumidor reserva um capítulo próprio para apontar os direitos básicos do consumidor, o Capítulo III. De relevância dizer que os direitos elencados não comportam rol taxativo, assim como não excluem outras disposições que assegurem os mesmos, ou outros direitos, “no caso dos direitos básicos do consumidor, trata-se de preservar a pessoa humana consumidora em suas relações jurídicas e econômicas concretas, protegendo seu aspecto existencial e seus interesses legítimos no mercado de consumo” (MIRAGEM, 2014).

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

- a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;



- a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
- a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
- a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
- a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
- a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
- o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;
- a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;
- (Vetado);
- a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do caput deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento. (BRASIL, 1990)

Além dos direitos subjetivos: a honra, o nome, a imagem, a vida privada, a personalidade e outros; a Lei nº 8.078/1990 apresenta ainda o direito à vida, à segurança, à saúde, à informação, à proteção contra as práticas e cláusulas abusivas, a prevenção e reparação de danos e muitos outros que estão explícitos ou implícitos ao longo do Código de Defesa do Consumidor.



O direito à vida, consagrado no inciso I, do artigo transcrito acima, se projeta na necessidade de proteção da integridade física e moral do consumidor, estando, obviamente, interligado ao dever de proteção da saúde e da Segurança, além de ter preferência sobre os demais direitos, quando houver conflito entre os direitos do consumidor (MIRAGEM, 2014).

Nas palavras de Bruno Miragem (2014), ao falar sobre a proteção do consumidor contra as práticas e cláusulas abusivas, ressalta sua manifestação contumaz e sua importância:

O direito básico do consumidor à proteção contra práticas abusivas constitui norma de grande relevância prática, considerando que a sistemática das normas de proteção do consumidor orienta-se, em boa medida, na coibição do comportamento abusivo do fornecedor.

O autor apresenta ainda a diferenciação entre os institutos. De um lado, a prática abusiva está atrelada a atuação do fornecedor, que por sua conduta comissiva desrespeita os padrões éticos e falta com a boa-fé e a confiança dos consumidores. Noutra direção, as cláusulas abusivas são condições contratuais às quais o consumidor fica submetido. O jurista lembra ainda que este último instituto expõe o cenário desigual inerente ao mercado de consumo, onde o fornecedor detém a imposição unilateral das condições contratuais e exerce sua posição dominante.

Antes de tecer críticas ou buscar defender o atual funcionamento da *Blacklist*, fez-se necessário apresentar elementos *in abstracto* do Código de Defesa do Consumidor para compreensão das regras básicas instituídas pela lei de proteção ao consumidor, para que então, seja possível analisar, adequadamente, o presente tema com a efetiva ponderação se há, ou não, ofensa à legislação vigente e seus dogmas elementares.





## **2.2 A prática da transparência e da boa-fé na prestação de informações ao consumidor**

A dinâmica do mercado de consumo utiliza, para fomentar seu próprio crescimento, técnicas de *marketing*, vantagens para pagamento em dinheiro, oferecimento formas de pagamentos diversos as quais incluem principalmente a concessão de crédito, a qual consiste em o pagamento futuro ou parcelado. Tais práticas estimulam de vendas e impulsionam as relações de consumo impedindo a estagnação do comércio.

A busca pela concessão de crédito além de presente no cotidiano dos consumidores e fornecedores se ressalta quando o produto ou serviço a ser adquirido é de grande valor econômico, à exemplo de casas e carros. O benefício é reivindicado por diversas razões, seja porque o consumidor não possui o valor necessário, ou meramente por vislumbrar ser mais vantajoso a utilização do crédito e o investimento da quantia de outras formas.

O fornecedor, ao analisar a viabilidade e interesse na concessão de tal regalia utiliza de informações relativas ao próprio solicitante. Ocorre que, do resultado desta análise feita pelo fornecedor não evidencia as informações consideradas, posicionando-se em positivo para concessão do crédito ou negado. Há uma certa dificuldade em perceber que, na maioria das vezes, as informações usadas para a concessão deste crédito, ou mesmo de outras benesses, acabam envolvidas por condutas potencialmente ofensivas ao consumidor.

No mesmo sentido, por muitas vezes o consumidor, embora esteja tecnicamente apto para obtenção de crédito no mercado de consumo, tem seu pleito negado pelo fornecedor. Conquanto, tal negativa vem desacompanhada de uma razão ou justificada simplesmente por ser uma “política interna”, todavia o



conceito dessa política interna é vago, desacompanhado de justificativas e esclarecimentos.

Embora o devedor não possa ser submetido à situações vexatórias, no nosso contexto fático, os próprios bancos de dados que reportam quando consumidor tem um histórico de mal pagamento, ou recente exclusão do cadastro positivo, evidenciam a falha desse cenário, pois não demonstram a realidade dos fatos, como inclusões indevidas ou dívidas prescritas.

Em razão destas informações obscuras e imprecisas, das políticas internas que impedem o consumidor de ingressar ou de voltar a consumir no mercado financeiro, foi promulgada a Lei nº 2.414, de 9 de junho de 2011, também conhecida como a Lei do Cadastro Positivo, ocasionando um grande avanço histórico na seara consumerista, e tendo por objetivo uniformizar e divulgar as informações, especialmente para assegurar e facilitar a concessão de crédito.

Até então, somente existia o Código de Defesa do Consumidor e bancos de consumo, cuja principal mantenedora eram as entidades de proteção crédito, as quais alimentavam seus cadastros com as informações advindas, em regras, dos fornecedores e sem intervenção dos consumidores. Nessa senda, estuda-se a efetividade e legitimidade da Lei de Cadastro Positivo, confrontando suas disposições com o Código de Defesa do Consumidor, a fim de constatar se a manutenção de *blacklist* e bancos de dados diversos contrariam, ou não, o ordenamento jurídico brasileiro.

### **3 O CREDIT SCORING E O BANCO DE DADOS DE CONSUMIDORES**

Embora estejam intimamente ligados, o *credit score* e o banco de dados de consumidores não se confundem. De acordo com a definição dada por Lamachia (2018), do Conselho Federal da Ordem Dos Advogados do Brasil, o



*Credit Score* é uma ferramenta de atribuição de pontos aos consumidores, a ser consultada pelos fornecedores quando houver pretensão de concessão de crédito, a fim de estabelecer e a probabilidade de inadimplemento.

No *credit score* há uma avaliação matemática realizada em um sistema de pontuação, que leva em consideração as características pessoais e profissionais do solicitante, inclusive seu histórico no mercado de consumo, seja o interessado pessoa física ou jurídica. David Durand, pesquisador do *National Bureau of Economic Research*, foi o responsável pela instituição de tal sistema, fruto do seu estudo realizado em 1941, denominado de “*Risk Elements in Consumer Installment Financing*” (ZULIANI, 2017).

Por sua vez, as premissas utilizadas para formação do *credit scoring* do consumidor são oriundas dos dados entregues e mantidos pelos fornecedores, informações as quais são mantidas no banco de dados de consumidores, o qual se presta para o armazenamento das informações financeiras, histórico de crédito e comportamento dos consumidores em relação ao pagamento das obrigações pecuniárias (LAMACHIA, 2018).

Banco de dados de consumo e cadastro de consumidores são espécies do gênero arquivo de consumo. Por sua vez, os bancos de dados são considerados gêneros do que são espécie os bancos de dados restritivos e os bancos de dados de informações positivas. O primeiro impõe condições pelo fornecedor para que o consumidor faça jus ao crédito pleiteado, por sua vez, o cadastro positivo comporta informações que atestem o comportamento do consumidor na realização de seus negócios, desde o adimplemento ao seu nível de comprometimento. (MIRAGEM, 2014)

Até a década de 50, no Brasil, a organização da base de dados para proteção do crédito era feita individualmente por cada fornecedor, sem a



utilização de um sistema informatizado. Em resposta ao aumento da demanda de venda a crédito, o procedimento foi delegado à uma entidade voltada unicamente para obtenção desses dados e repasse aos lojistas, a associação de classe dos lojistas, instituídas em diversos estados e municípios que se interconectaram e formaram assim o Serviço de Proteção ao Crédito (SPC BRASIL), um órgão da Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (BENJAMIN, 2013).

Inferre-se, portanto, que os arquivos de consumo são regulados tanto pelo Código de Defesa do Consumidor quanto pela Lei de Cadastro Positivos, que serão abordados pontualmente, e embora não se confundam com o *credit scoring*, tem importância fundamental em sua valoração. Dada a evolução dos institutos e dos mecanismos para formação dos arquivos de consumo, merecem análise seus objetivos e sua efetividade, a fim de aduzir se há ou não necessidade de nova regulação mais impositiva contra as transgressões que ocorrem corriqueiramente.

### **3.1 As regras de utilização dos arquivos de consumos pelo Código de Defesa do Consumidor**

Os arquivos de consumo, dos quais são espécies os bancos de dados e cadastros de consumidores, receberam uma atenção diferenciada do legislador quando da edição da Lei nº

8.078 de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, tendo sido regulamentado basicamente pelo artigo 43, nos seguintes termos:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil



compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

§ 6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor. (BRASIL, 1990)

Apenas a leitura do artigo supra é suficiente para constatar que os arquivos de consumos são lícitos. Há na verdade, algumas peculiaridades que devem ser observadas, para que possam ser desenvolvidos e utilizados. Bruno Miragem (2014) afirma que, se de um lado é permitido aos fornecedores explorar informações pessoais e econômicas dos consumidores, por outro lado há a necessidade de proteger o consumidor contra o mau uso de tais informações, mormente se ofende a personalidade, a honra ou a privacidade.

O *caput* do aludido artigo determina a ampla acessibilidade do consumidor sobre as informações pessoais vinculadas, as quais devem necessariamente corresponder à realidade, sendo assegurado o direito de correção, se houver inexatidão, além da necessidade de prévia notificação do consumidor quando a abertura de cadastro não for comunicada. Tais



peculiaridades remetem aos mencionados princípios da harmonização de interesses e equilíbrio nas relações de consumo, da boa-fé e da transparência.

Oportuno esclarecer que a necessidade de solicitação pelo próprio consumidor ou sua comunicação por escrito tem referência aos arquivos de consumo; o primeiro comumente relacionado a inserção e administração de informações nos bancos de dados gerais e o segundo à inclusão no cadastro positivo. Todavia, a mesma premissa não se estende ao *credit scoring*, que, como dito, não se confundem.

Em outubro de 2015, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 550:

Súmula 550 - A utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo.

Apesar da desnecessidade de autorização do consumidor, o *credit scoring* replica a exigência do dever de prestar esclarecimentos ao consumidor avaliado, e igualmente, respeite os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais (ZULIANI, 2017).

### **3.2 O Cadastro Positivo e a utilização dos dados pessoais do consumidor no mercado**

Denominada como Lei do Cadastro Positivo, a Lei nº 12.414, foi editada em 9 de junho de 2011, tendo por objetivo disciplinar “a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito” (BRASIL, 2011)



Sua redação possui dezoito artigos e faz menção expressa aos sistemas de análise do risco de crédito em pelo menos dois momentos, no inciso IV do art. 5º, e no inciso I do art. 7º, transcritos abaixo, além de explorar definições e peculiaridades sobre o tema, merecendo igual destaque a necessidade de anuência para abertura de cadastro, e a possibilidade de requerer a exclusão ou alteração de seus dados utilizados.

Art. 5º São direitos do cadastrado:

[...]

IV - conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial;

Art. 7º-A Nos elementos e critérios considerados para composição da nota ou pontuação de crédito de pessoa cadastrada em banco de dados de que trata esta Lei, não podem ser utilizadas informações:

I - que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito e aquelas relacionadas à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, ao sexo e às convicções políticas, religiosas e filosóficas; (BRASIL, 2011)

A mencionada lei foi precedida pela Medida Provisória nº 518, de 30 de outubro de 2010, cuja exposição e motivos esclarece que seu objetivo em potencial é a redução do risco de crédito com a diferença entre os bons e maus pagadores, especialmente o alcance aos bons pagadores de baixa renda, cujos métodos de avaliação lhe qualificam como de baixo risco, acarretando em juros elevados.

Ainda, pretende assegurar o tratamento de suas informações pessoais sob a égide da licitude e boa-fé, com a adequada proteção da privacidade do consumidor e garantia da estrita observância acerca da sua decisão quanto à aderência, ou não, ao cadastro dos consumidores (BRASIL, 2010).

Os apontamentos formulados por Bruno Miragem (2014) retratam de forma simplificada seu objetivo de forma efetiva: “O banco de dados de que trata



a Lei 12.414/2011, de um novo modelo de coleta, organização e divulgação de informações de consumo, que passa a conviver com aquele fundado no art. 43 do CDC”.

Em outras palavras, até a vigência da aludida lei, somente eram considerados para fins de análise as informações negativas existentes acerca do consumidor, que prejudicava uma análise verídica sobre a universalidade de seu comportamento, acarretando na negativa de concessão.

Em 8 de abril de 2019, foi editada a Lei Complementar nº 166, que promoveu significativas alterações na Lei do Cadastro Positivo, dentre os quais merece ser abordado a possibilidade de inclusão de uma pessoa em um cadastro independentemente de sua prévia anuência, e por consequência, o consumidor somente poderá requerer a exclusão ou alteração de seus dados do cadastro.

Novas alterações sobre o assunto estão sendo sugestionadas, em junho de 2019, a ex- Deputada Estadual por São Paulo, Renata Hellmeister de Abreu, propôs o Projeto Legislativo nº 3.754, sob o título de “Acrescenta novo § 4º ao artigo 52 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, [...], para tornar obrigatória, em caso de denegação de crédito, a exposição dos motivos ao consumidor”. Nas exposições de Renata de Abreu, destacam-se as exposições e motivos, transcritos a seguir:

Tem se tornado frequente a insatisfação dos consumidores que têm seus pedidos de crédito negados por estabelecimentos comerciais e instituições financeiras, sem que haja a devida fundamentação e transparência dos motivos que levaram à tal negativa. Tal prática, que nos parece flagrantemente abusiva, depõe contra a boa-fé e a transparência nas relações de consumo [...]. (ABREU, 2019)

Em síntese, a proposta pretende trazer efetividade ao princípio da transparência nas relações de consumo, os qual não tem observado, fazendo com que o fornecedor esteja obrigado a apresentar ao consumidor a razão da negativa





do crédito pleiteado, inserindo a determinação como parágrafo 4º do artigo 52 no Código de Defesa do Consumidor, atualmente inexistente:

Art. 52 No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

[...]

§ 4º Caso haja denegação de pleito de crédito ou de financiamento ao consumidor, o fornecedor deve declinar os motivos que levaram ao indeferimento. (ABREU, 2019)

Nesse diapasão, o consumidor ganharia o respaldo necessário para pleitear judicialmente a reparação pelos danos sofridos decorrentes da recusa imotivada e discriminatória, dada a determinação legal para justificação da negativa consequente produção de prova em favor do consumidor, até então impossível de ser apresentada.

No mesmo sentido, o fornecedor fica vinculado às possibilidades de negativa com justo motivo, como a incapacidade financeira, o superendividamento do consumidor e outros que apresentem minimamente a razoabilidade e proporcionalidade que tornem a conduta justificável. (ABREU, 2019)

O Projeto de Lei ainda está em tramitação, com possibilidade de consulta pública pela plataforma e-Cidadão, o qual se espera que seja analisado e considerado, em todas as suas fases, com a peculiaridade que o caso requer, inclusive em confronto com a realidade das decisões proferidas sobre o assunto.

### **3.3 Prazo de manutenção das informações do consumidor nos arquivos de consumo**

Os dados relativos aos consumidores somente devem permanecer armazenados durante o período necessário para alcançar a finalidade para a qual



foi tratado, findo tal prazo deverão necessariamente ser destruídos (BORBA, 2015). A fixação de lapso temporal para manutenção dos bancos de dados é inerente a sua própria natureza, eis que a atuação econômica do consumidor não pode ser restringida permanentemente. (MIRAGEM, 2014)

Tais prazos estão contidos tanto na Lei do Cadastro Positivo, a Lei nº 12.414/2011, quanto no Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990. No Código de Defesa do Consumidor, a regulação está disposta no artigo 43, em seus parágrafos 1º e 5º, que adiante se transcreve:

Art. 43. [...]

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

[...]

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. (BRASIL, 1990)

Da mera leitura da redação dos dispositivos supratranscritos extrai-se a lógica da limitação temporal da restrição ao crédito do consumidor. O referido prazo de cinco anos, inicia-se da data seguinte ao vencimento da dívida, e a restrição poderá ser realizada ou mantida nesse período, independentemente do prazo de execução, que pode ser menor. (MIRAGEM, 2014)

Refletindo tais premissas o Superior Tribunal de Justiça, por sua Segunda Seção, editou a Súmula nº 323, de 25 de novembro de 2009, lastreada na ideia de assegurar ao fornecedor o mesmo prazo para reivindicação judicial para adimplemento forçado, seja pela via executiva ou ordinária, editando o seguinte entendimento:



Súmula 323 - A inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de cinco anos, independentemente da prescrição da execução.

Bruno Miragem (2014), inspirado nos ensinamentos de Herman Benjamin, defende posicionamento contrário ao enunciado da aludida súmula, aduzindo que, se menor que cinco anos, o prazo prescricional abrevia também o lapso temporal de manutenção das informações existentes no banco de dados.

Por sua vez, o prazo fixado na Lei do Cadastro Positivo guarda grande disparidade entre aquele fixado no Código de Defesa do Consumidor, a disposição do art. 14 prevê que “as informações de adimplemento não poderão constar de bancos de dados por período superior a 15 (quinze) anos” (BRASIL, 2011).

Bruno Miragem (2014) esclarece a grande distinção dos prazos aduzindo que a desproporção se dá pela adequação técnica da norma, que tem o condão de supor as alterações econômicas do consumidor e comportamentos. No entanto, o jurista censura que as informações armazenadas, em que pesem tratar-se dos adimplementos, tem o condão de permitir ao fornecedor o acesso às informações sobre os inadimplementos, tornando irrelevante a limitação temporal disposta no Código de Defesa do Consumidor.

E é justamente por tal ponderação que Flávio Tartuce (2017), reproduzindo as ideologias de Leonardo Roscoe Bessa, defende a unificação dos prazos, tanto para as informações positivas quanto negativas, e pontua que, em meio a anotações de pagamentos contínuos a ausência de registro de pagamento irá sugerir a existência de informação negativa, ainda que superior a cinco anos, sob tais condições, deveria prevalecer para todos os casos o prazo estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor.



Para corroborar a perspectiva, Tartuce menciona ainda que o maior prazo prescricional previsto no sistema civil é de 10 (dez) anos, sendo um completo exagero temporal que ofende a rápida tomada de decisões e a tendência comercial de redução dos prazos.

Durante o período de armazenamento é possível identificar a titularidade dos dados analisados, e vencido seu prazo de armazenamento deverão ser destruídos. No entanto, pertinente destacar que poderão ser armazenados após este período, desde que para fins de investigação, científica ou histórica, para análise estatística ou para fins de interesse público, no entanto, neste caso, não haverá que se falar na identificação da titularidade dos dados analisados, que ficarão armazenados de forma abstrata (BORBA, 2015).

A legalidade da utilização do *credit scoring* foi pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça quando da edição da Súmula 550, abordada anteriormente, inclusive com a desnecessidade do consentimento do consumidor para sua utilização, procedimento o qual se estendeu inclusive a abertura e manutenção dos cadastros de consumidores, devido a edição da Lei Complementar nº 166/2019.

No entanto, apesar da impossibilidade de negativa do consumidor quanto a utilização desse método de avaliação de risco e da abertura de seu próprio cadastro, resta resguardado o direito à informação quanto aos dados armazenados e a responsabilização do fornecedor quando houver abuso. Nesse sentido foi publicado o informativo de jurisprudência nº 551, de 3 de dezembro de 2014, que adiante se transcreve:

DIREITO DO CONSUMIDOR. LEGALIDADE DO SISTEMA *CREDIT SCORING*. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008 DO

STJ). No que diz respeito ao sistema *credit scoring*, definiu-se que: a) é um método desenvolvido para avaliação do risco de



concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito); b) essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo); c) na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei 12.414/2011; d) apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas; e) o desrespeito aos limites legais na utilização do sistema *credit scoring*, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consultante (art. 16 da Lei 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.

A sensibilidade da questão não está inserida na possibilidade ou não do consumidor reivindicar a responsabilização do fornecedor quando constatado excesso ou ofensa à boa-fé, mas na demonstração da recusa indevida de crédito pelo uso incorreto das informações do consumidor, condição a qual ficou estabelecida como sendo de incumbência do próprio consumidor ofendido, como se extrai da redação da Ementa do Recurso Repetitivo, Tema nº 710, que originou o Informativo de Jurisprudência transcrito anteriormente:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). TEMA 710/STJ. DIREITO DO CONSUMIDOR. ARQUIVOS DE CRÉDITO. SISTEMA "CREDIT SCORING". COMPATIBILIDADE COM O DIREITO BRASILEIRO. LIMITES. DANO MORAL. [...] 4) Apesar de

desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados,



acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas. 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema "credit scoring", configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados. [...]

A responsabilização do consumidor com o ônus de evidenciar que a recusa de crédito teve por fundamento a utilização de dados incorretos, desatualizados, excessivos, fora do prazo de manutenção ofende a disposição no Código de Defesa do Consumidor que preconiza a inversão do ônus de prova em razão da hipossuficiência do consumidor, consoante redação do art. 6º, inciso VIII, que assegura como sendo direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (BRASIL, 1990).

A viabilidade do consumidor para levantar as provas necessárias para tal demonstração representa o perfeito exemplo da hipossuficiência técnica, nas palavras de Flávio Tartuce (2017), “também caracteriza hipossuficiência a situação jurídica que impede o consumidor de obter a prova que se tornaria indispensável para responsabilizar o fornecedor pelo dano verificado (hipossuficiência técnica)”. Ora, como o consumidor irá ter acesso aos arquivos privados do fornecedor para revelar a informação equivocada?

Não são raras as vezes em que o consumidor tem seu crédito negado sob a frágil justificativa de ser política interna da empresa, embora seja de senso



comum os mecanismos de consulta ao *credit scoring* e ao histórico de créditos positivos e negativos vinculados ao consultado. Nesse ponto, o fornecedor ganha respaldo jurídico pelo denominado segredo empresarial, tal como pode ser observado na decisão proferida pela 7ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE CIVIL. PRETENSÃO DE CONTRATAÇÃO DE MÚTUO BANCÁRIO. PEDIDO NEGADO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ALEGAÇÃO DE PONTUAÇÃO REDUZIDA. CADASTRO POSITIVO. LEI 12.414/2011. DANO MATERIAL. DANO MORAL. NÃO

CONFIGURAÇÃO. 1. A concessão de crédito entre particulares configura negócio jurídico de grave responsabilidade social, de modo a exigir das instituições financeiras medidas de cautela perante o risco de superendividamento do consumidor. Caso assim não proceda, a instituição bancária acaba por assumir o custo imediato de eventual inadimplemento. 2. A mera afirmação de que o pedido de crédito foi negado em razão da reduzida pontuação do consumidor, sem mencionar possíveis órgãos de consulta, não comprova a ocorrência de atuação irregular de empresas gestoras de banco de dados. 3. A Lei 12.414/2011, que regula a formação e consulta ao chamado “cadastro positivo”, ao mesmo tempo em que reconhece o direito de informação do consumidor quanto aos “principais elementos e critérios considerados para a análise de risco”, resguarda “o segredo empresarial” (art. 5º, IV). 4. Nos termos do inciso I do art. 5º da Lei 12.414/2011, entre os direitos do consumidor cadastrado encontra-se o de “obter o cancelamento do cadastro quanto solicitado”. 5. Recurso conhecido e parcialmente provido.

Em suas razões, o Relator, Getúlio de Moraes Oliveira, destacou a desobrigação do gestor do banco de dados em revelar o cálculo que resulta no *credit scoring*, em especial sua fórmula matemática e parâmetros estatísticos, em atenção ao inciso IV do art. 5º da Lei 12.414/2011, que assegura os direitos do cadastrado, no entanto, limita seu exercício em respeito ao denominado segredo empresarial, cuja redação dispõe: “conhecer os principais elementos e critérios



considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial” (BRASIL, 2011).

Em resumo, ao consumidor resta apenas o descaso do judiciário e a repressão de seu direito de facilitação de defesa supostamente assegurado pelo Código de Defesa do Consumidor, eis que além de impossibilitado de produzir as provas necessárias para comprovar o abuso e uso incorreto das informações, não há sequer a possibilidade de impelir o fornecedor a apresentação de tais dados, tendo em vista a proteção do segredo empresarial, que absurdamente se sobrepõe às garantias do consumidor.

A “lista negra” resume-se a uma lista elaborada por fornecedores, em especial as instituições financeiras, onde elencam os consumidores que já litigaram contra eles em juízo, sendo considerado *persona non grata*, ou seja pessoa não querida, e por consequência sofre restrições busca de crédito (BRITO, 2016). O advogado e procurador da OAB da Bahia, Matheus Brito (2016), pondera ainda que a manutenção da dita lista negra é uma prática ilícita de retaliação e carece de amparo legal, assim como não possui autorização pelo Banco Central.

O jurisconsulto elenca ainda a dificuldade de demonstração de sua existência, cuja determinação para cumprimento seria apenas ignorada pelo fornecedor e embasada por mera negativa. Para fazer prova da materialidade em ação indenizatória, foi utilizada prova testemunhal e a presunção de ocorrência do dano moral, ou seja, sua aplicação *in re ipsa* (BRITO, 2016).

Do mencionado caso, merece destaque os seguintes trechos da sentença proferida pelo MM. Juiz Daniel Henrique Dummer, da 1ª Vara Cível da Comarca de Caxias do Sul, do Estado do Rio Grande do Sul, onde se insulta





especificamente a manutenção de qualquer cadastro interno, clandestino e oculto.

[...] Da mesma forma, nenhuma lista negativa pode ser criada, fomentada, administrada, alimentada ou consultada se o seu conteúdo for a restrição de crédito a quem ingressou com ação judicial contra empresa integrante do sistema financeiro. Repugna, ainda mais, seu caráter secreto, limitador de direitos e discriminatório. Sobretudo, pela tentativa – mais uma vez – de se criar uma casta de pessoas – mesmo que jurídicas – a qual o Direito é aplicado de forma diferente, que está acima dos ditames legais e que tudo pode. Por isso, conclui-se facilmente que a inclusão do nome de qualquer pessoa nesse cadastro, secreto e atentador de direitos é fato ilícito, e muito grave. [...] A dificuldade de provar é notória nesses casos, afinal trata-se de cadastro secreto, e que é administrado apenas por prepostos das instituições financeiras. [...]

Acertadamente, o Magistrado, além de reconhecer a dificuldade de prova pelo consumidor em tais casos, e a perfeita classificação do ato: limitador de direitos e discriminatório, portanto, fato ilícito e muito grave, e teve sua decisão ratificada pela Sexta Câmara Cível, responsável pelo julgamento do Recurso de Apelação. Conquanto, não é o entendimento majoritário, sendo desmerecido inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em demanda pretendendo a responsabilização civil do fornecedor pela manutenção de uma lista negra contendo a relação de dívidas prescritas e quitadas pelo consumidor, como parâmetro para a tomada de decisões sobre a concessão de crédito e gestão de negócios, foi levada à Suprema Corte, porém indeferida em todas as instâncias. No caso, o indeferimento teve por base a alegação do fornecedor de que o documento que se imaginava como “lista negra” seria para uso exclusivo em eventual processo judicial.

[...] No caso concreto o documento indicado pela parte demandante não se refere a uma "lista negra" para avaliação de crédito disponibilizada às empresas associadas, mas sim de um histórico de dados para uso exclusivo em processos judiciais, conforme referência expressa informada no documento das



folhas 19-20: A INFORMAÇÃO CONTIDA NESTE DOCUMENTO É PARA USO EXCLUSIVO

EM PROCESSO JUDICIAL. No caso, nada há de ilegal na manutenção de um histórico de apontes negativos realizados em nome dos consumidores, eis que tais informações são utilizadas exclusivamente em processos judiciais, não servindo como meio de avaliação de crédito às empresas associadas. O referido documento corresponde àquele que ordinariamente as entidades cadastrais juntam nas demandas judiciais a fim de demonstrar ter sido procedido a exclusão de registro negativo objetado pelo consumidor. Não há prova de que ali constem informações incorretas, ou que desrespeitem algum dos limites antes citados.[...] Por outro lado, denota-se que a demandante limitou-se a alegar a existência da denominada "lista negra" e seu respectivo repasse às instituições financeiras associadas à ré acarretou-lhe abalo moral, sem, contudo, demonstrar qualquer fato concreto a respeito, ônus que lhe incumbia, conforme disposto no art. 333, I, do Código de Processo Civil.[...]

Embora a demanda tenha sido indeferida pela carência de provas, e o argumento de uso exclusivo do documento na seara judicial tenha sido acolhido em todas as instâncias, merece minimamente ser ponderado. Ora, ainda que sua utilização exclusiva fosse verdade, o comportamento carece de verossimilhança, de um lado, tem-se que os débitos prescritos não são passíveis de discussão, de outro lado, os débitos baixados o são por justa causa, geralmente por erro ou desídia do próprio fornecedor.

Não há nenhum óbice ao fornecedor no que toca a utilização do documento para fim diverso daquele a que supostamente se destina, afinal, o documento está disponível, contendo todas as informações depreciativas necessárias para ponderação e indeferimento do crédito pleiteado, e não há qualquer fiscalização quanto sua utilização.

Sobretudo, pondera-se a burla do prazo de manutenção da informação nos cadastros negativos, de 5 anos, o qual pode então ser ignorado e anotado em algum cadastro interno, em outros termos a “lista negra”, sob a vã justificativa



de ser utilizado para eventuais fins judiciais. De mais a mais, se a prova de sua existência se mostra impraticável pelo consumidor, e mesmo que haja indícios, poderá o consumidor arguir constituir “registro para fins judiciais”.

Tem-se por intrínseco, afinal, que o acolhimento da decisão sem adequada ponderação quanto à legitimidade, interesse e aplicabilidade do documento, nos termos alegados, não passa de indevida legitimação e permissão ao fornecedor para manutenção irregular de um cadastro interno, ainda que limitador de direitos e discriminatório, condição que somada à impraticabilidade do consumidor em provar sua existência, lhe traz também o ônus de provar destinação diversa da alegada.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A utilização do *credit scoring* é lícita e dispensa o consentimento do consumidor para sua utilização, assim como a abertura e manutenção do cadastro dos consumidores, entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça e pela edição da Lei Complementar nº 166/2019. No entanto, apesar da impossibilidade de negativa do consumidor quanto a utilização desse método de avaliação de risco e da abertura de seu próprio cadastro, o direito à informação quanto aos dados armazenados e a responsabilização do fornecedor quando houver abuso está supostamente resguardado.

Não obstante, essa pressuposição de salvaguarda do direito à informação e da responsabilização do fornecedor desconsidera a sensibilidade da questão, a qual está inserida na possibilidade fática do consumidor reivindicar a responsabilização do fornecedor e ser capaz de demonstrar ocorrência da recusa indevida de crédito pelo uso incorreto das informações do consumidor, especialmente quando oriundas de um cadastro interno voltado especialmente



para restrição de direitos de consumidores tidos como *persona non grata*, a lista negra.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência resguardam o consumidor com o direito de reivindicar judicialmente a reparação por danos, seja pelo uso de informações excessivas, sensíveis, incorretas ou desatualizadas, no entanto, as decisões jurisprudenciais inserem como pressuposto a comprovação da recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados, formalidade que deve ser cumprida pelo postulante, o consumidor.

Como refletido anteriormente, a responsabilização do consumidor com o ônus de evidenciar que houve recusa de crédito, fundada na utilização de dados incorretos, ofende a inversão do ônus de prova prevista no Código de Defesa do Consumidor. A possibilidade do consumidor em levantar as provas necessárias para tal demonstração caracteriza perfeitamente a hipossuficiência técnica, pois o consumidor está impedido de obter a prova indispensável para responsabilização do fornecedor, eis que estão nos arquivos privados do fornecedor.

Daí nasceu a proposta legislativa feita pela ex-deputada Renata Hellmeister, a qual pretende inserir como parágrafo 4º do artigo 52 no Código de Defesa do Consumidor a determinação para que o fornecedor apresente ao consumidor as razões para denegação do pedido de crédito ou financiamento, dando azo enfim, para comprovação e recurso quando realizado por motivos desprovidos de razoabilidade e proporcionalidade ou fundado em dados incorretos.

Embora possa parecer redundante ao princípio da transparência nas relações negociais, vislumbra-se que à margem da inobservância dos princípios contidos no Código de Defesa do Consumidor somada à incumbência do consumidor em demonstrar o alegado, nada mais justo que a inserção de



dispositivo que obrigue o fornecedor a entregar ao consumidor a prova necessária para tal, mormente quando os demais dispositivos que alcançariam o mesmo resultado têm sido interpretados de modo diverso.

Nesse diapasão, o consumidor ganharia o respaldo necessário para pleitear judicialmente a reparação pelos danos sofridos decorrentes da recusa imotivada e discriminatória. Mesma sorte segue para o fornecedor, que ficaria vinculado às possibilidades de negativa com justo motivo.

Além do desdém quanto à Lei Consumerista, as decisões judiciais são proferidas arditosamente em afronta a qualquer pedido similar fundado na inversão do ônus de provas imposta pelo Código de Processo Civil, pois difícil ou impossível sua apresentação pela parte interessada, condições necessárias para seu deferimento ainda que não verse sobre relações de consumo.

Nesse cenário, o fornecedor ganha respaldo jurídico pelo denominado segredo empresarial, pois a Lei de Cadastro Positivo embora assegure os direitos do cadastrado limita seu exercício em respeito segredo empresarial, sendo interpretada como óbice para que o fornecedor apresente a fórmula matemática do *credit scoring* e os parâmetros estatísticos utilizados. Logo, o segredo empresarial absurdamente se sobrepõe às garantias do consumidor.

Similarmente, a dificuldade de demonstração da existência de uma lista, oriunda de um cadastro interno, elaborado e administrado clandestinamente pelos fornecedores para embasar suas decisões quanto à concessão de crédito, enfrenta o argumento nega sua existência e materialidade. E, naqueles casos julgados pela corte brasileira, em que foi possível demonstrar sua existência, sua serventia foi distorcida pelo fornecedor e acolhida pelo judiciário sem uma análise aprofundada ou minimamente crítica.



Tem-se afinal que, mesmo que haja indícios ou prova material da existência de cadastro interno mantido pelo fornecedor, a lista negra, se confrontado pela arguição de finalidade distinta da alegada pelo consumidor seria acolhida pelo judiciário sem a adequada ponderação de legitimidade, interesse e aplicabilidade do documento nos termos alegados. Por consequência, o acolhimento da decisão concede indevidamente uma legitimação e permissão ao fornecedor para manutenção irregular de um cadastro interno, sem a necessidade de manutenção clandestina.

Em tais condições, ainda que haja previsão legal de proteção aos direitos e interesses do consumidor, reverberada inclusive nas decisões jurisprudenciais, este se vê impossibilitado de recorrer ao judiciário, que tem deliberado no sentido de mitigar seus direitos, tendo em vista a proteção do segredo empresarial, que absurdamente se sobrepõe às garantias do consumidor, e as interpretações distorcidas ou sem a devida averiguação, ao invés de fazer cumprir as garantias posta.

Até mesmo a modificação inserida pela Lei Complementar nº 166/2019 traz prejuízo ao consumidor, pois tira do consumidor o direito à oposição quanto à abertura de cadastro com suas informações. Apesar de que a clandestinidade para abertura da lista negra, dispensa por óbvio, o consentimento do consumidor por sua natureza oculta, o que se observa é a mitigação dos direitos dos consumidores, diante dos entendimentos jurisprudenciais e da própria alteração legislativa.

Isto posto, malgrado haja previsão das proteções e garantias do consumidor, as relações estabelecidas não as têm respeitado. As relações de consumo estão desequilibradas e o consumidor não tem encontrado proteção nem mesmo no judiciário, sua vulnerabilidade e sua hipossuficiência têm sido



desconsideradas, em desrespeito ao Código de Defesa do Consumidor, à Constituição Federal de 1988 e ao próprio estado democrático de direito.

## **REFERÊNCIAS**

ABREU, Renata Hellmeister de. **Projeto de Lei nº 3.754, de 26 de junho de 2019**. 2019. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2209704>. Acesso em: 27 mar.2020.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988**. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 1 out. 2019.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 1 out 2019.

BRASIL. Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112414.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112414.htm). Acesso em: 15 jan 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO REPETITIVO: TEMA 710. REsp 1419697** RS. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 12/11/2014.

Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?repetitivos=JULGADO+E+CONFORME+E+%22RECURSOS+REPETITIVOS%22&processo=1419697&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 5 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1010960**. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, 1 de maio de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico - Dje**. Brasília: **Jurisprudência do STJ**, Disponível em:



<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoas/toc.jsp?processo=1010960.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência: 0551. REsp 1419697 RS**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 12/11/2014. Período de: 03/12/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pequisar&livre=1419697&operador=mesmo&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 5 mar 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL: RE 22337 RS**. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. DJ: 13/02/1995. Jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 1 out 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL: RE 472203 RS**. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. DJ: 05/12/2005. Jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 28 fev 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 1 out. 2019.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **APELAÇÃO CÍVEL. APC 1183384 DF**. Relator Desembargador Getúlio de Moraes Oliveira. DJe : 09/07/2019. Jurisprudência do TJDF. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 10 maio 2020.

BRITO, Matheus. **Como provar o dano moral e a existência da "lista negra" de consumidores que..processam bancos**. 2017. Disponível em: <https://advmatheusbrito.jusbrasil.com.br/artigos/319997602/como-provar-o-dano-moral-e-a-existencia-da-lista-negra-de-consumidores-que-processam-bancos>. Acesso em: 20 mar. 2020.

LAMACHIA, Claudio; MIRANDA, Marié; MARQUES, Claudia Lima. **Estudos de direito do consumidor**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018.





MANTEGA, Guido; BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. **Exposição de Motivos da Medida Provisória 518 de 30 de dezembro de 2010**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/internet/InfDoc/novoconteudo/colecoes/informes/mp.asp?cod\\_legi\\_slacao=11795](https://www.camara.leg.br/internet/InfDoc/novoconteudo/colecoes/informes/mp.asp?cod_legi_slacao=11795). Acesso em: 16 fev. 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. BORBA, Mauro. **Crediscore, Cadastros Preditivos e assemelhados – violações a direitos ou simples ferramentas de análise de risco para concessão de crédito?** Revista de Direito do Consumidor. vol. 102. ano 24. p. 45-66. São Paulo: 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **PROCESSO DE CONHECIMENTO INDENIZATÓRIO**. Processo Cível 02005914020108210010. Juiz

Daniel Henrique Dummer. DJ: 17/01/2012. Consulta Processual do TJRS. Disponível em: <https://www1.tjrs.jus.br/buscas/proc.html?tb=proc>. Acesso em: 20 maio 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ZULIANI, Matheus Stamillo Santarelli. **Score de crédito só pode ser judicializado se empréstimo foi negado**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-21/score-credito-judicializado-emprestimo-foi-negado#author>. Acesso em: 22 jan. 2020.



# CLÁUSULA ARBITRAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: interpretação e aplicação.

Caroline Ferreira Lopes<sup>1</sup>

## RESUMO

Nos contratos consumeristas, prevalece o entendimento de que o consumidor se encontra em situação de vulnerabilidade, fazendo necessário com que o Estado intervenha nas relações a fim de resguardar o consumidor das abusividades. Entretanto, no âmbito da liberdade contratual, a corrente liberal defende que o Estado não deve interferir no pactuado entre as partes, uma vez que as mesmas não foram obrigadas a pactuar e puderam escolher os termos do contrato. Nesse sentido, a convenção de arbitragem, tanto na modalidade de compromisso arbitral quanto na modalidade de cláusula compromissória, uma vez contratada pelas partes, goza de força vinculante e de caráter obrigatório, definido ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derrogando-se a jurisdição estatal. Desse modo, o tema do presente estudo é a cláusula arbitral nas relações de consumo, portanto, ciente de que o próprio CDC tem o princípio de estimular a resolução de disputas por métodos alternativos, questiona-se a possibilidade de usar a arbitragem no contexto das relações com os consumidores. O objetivo do trabalho agora proposto foi, portanto, analisar essa possibilidade, levando em consideração a provável inconsistência entre as duas normas mencionadas. Pode-se concluir que na arbitragem, as partes podem escolher os árbitros que, em regra, são especialistas na matéria objeto do litígio, gerando grande segurança em torno da decisão proferida.

**Palavras-chave:** convenção; arbitragem; cláusula; compromissória; vinculante; obrigatória.

## 1 INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Uniceub – CEUB. E-mail: carolferreiradf@hotmail.com



Com o desenvolvimento da indústria e, principalmente, diante da revolução industrial de 1740, momento de transição para novos processos de manufatura, o consumo alavancou-se significativamente, aproximando-se cada vez mais do consumo que experimentamos nos dias atuais. Com o consumo “invadindo” o cenário econômico, o consumidor tornou-se preocupação de entidades públicas e privadas, além de juristas, economistas, líderes comunitários e políticos, e, para tanto, ao longo da história, criaram-se mecanismos de tutela que pudessem reger a relação consumerista.

Comenta Batista (1991, p. 21), que o percurso evolutivo da proteção do consumidor faz parte de todo um contexto de mudanças tecnológicas e econômicas, em especial daquelas mudanças advindas com o impulso dado aos mecanismos de distribuição de produtos e serviços a partir da evolução industrial.

No ordenamento jurídico brasileiro, a proteção ao consumidor é uma novidade trazida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inc. XXXII, a Carta Magna ascendeu a proteção ao consumidor à categoria de direito fundamental no que tange às relações econômicas de consumo. Assim, proteção e torno da figura do consumidor é um importante ponto para que se entenda a essência das relações de consumo.

De acordo com o artigo 170 da CF 1988 a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existências dignas, conforme os ditames da justiça social (CF, 1988)

Assim, a defesa do consumidor é princípio da ordem econômica expresso na Constituição Federal. Nesse contexto, a promulgação do Código de Defesa do consumidor em 1990 inseriu no ordenamento jurídico uma nova política para relações de consumo. A Lei 8.078/1990 reconhece categoricamente a condição de vulnerabilidade do consumidor ante as figuras do fornecedor, fabricante, produtor, construtor e importador.



Além da natureza normativa, pode-se dizer que o Código de Defesa do Consumidor é um conjunto principiológico que tem como atribuição preservar os direitos do consumidor sem ignorar sua evidente fraqueza na relação consumerista, tanto é assim que o Código de Defesa do Consumidor possui normas de teor material, processual, penal e administrativo.

O CDC tem como princípio estimular a resolução de litígios por métodos alternativos na medida em que o grande número de relações de consumo que ocorrem cotidianamente exigem uma maior versatilidade dos pactos celebrados para fins de proporcionar a autonomia real da vontade do contratante mais fraco, notadamente o consumidor.

Desse modo, o tema do presente estudo é a cláusula arbitral nas relações de consumo.

Tem-se por objetivo geral analisar a proteção do consumidor tratando, em especial, da arbitragem consumerista como um acordo de vontades de que se utilizam os contratantes, preferindo não se submeter à decisão judicial, com o objetivo de dirimirem seus conflitos de interesses presentes ou futuros, por meio de árbitro ou árbitros.

Como objetivos específicos pretendem-se: analisar os conceitos de hipossuficiência e vulnerabilidade dos consumidores; Tratar da relação jurídica de consumo, dos contratos de adesão e das cláusulas contratuais gerais; Analisar o instituto da arbitragem consumerista e da posição do STJ sobre o assunto.

A metodologia do presente estudo se traduz numa pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa, realizada através de livros, artigos acadêmicos, periódicos e sites especializados quanto ao tema escolhido.



## 2 DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR ANTE SUA HIPOSSUFICIÊNCIA E VULNERABILIDADE

Uma vez que se trata de pressupostos que caracterizam a relação de consumo, nesse momento, importante conceituarmos vulnerabilidade e hipossuficiência.

Segundo Claudia Lima Marques ( 2010, p. 87.), vulnerabilidade nada mais é, que uma característica do sujeito, que diante de sua fragilidade, sendo esta, permanente ou provisória, torna a relação de consumo desequilibrada, evidenciando a necessidade de proteção. Podemos observar que, a vulnerabilidade é estado inato que impossibilita a igualdade entre as partes contratantes, seja pela vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, e, por essa razão, a proteção legislativa é medida necessária à manutenção da relação de consumo.

Contudo, em que pese o objetivo comum de ambos os institutos, importante esclarecer que mesmo vulnerável, nem todo consumidor é hipossuficiente. Isso porque a vulnerabilidade pode ser considerada, para fins didáticos, como *erga omnes*, já a hipossuficiência é *inter partes* (TARTUCE ,2013). Podemos afirmar que a hipossuficiência é característica fática subjetiva e pertence ao ramo do direito processual, para tanto, leciona Flávio Tartuce (2013, p.33) que “trata-se de um conceito fático e não jurídico, fundado em uma disparidade ou discrepância notada no caso concreto”.

Como exemplo de evidente situação em que se faz necessária a caracterização de hipossuficiência, podemos elencar o instituto da inversão do ônus probatório previsto no artigo 6º, inciso VIII do CDC, situação em que o consumidor poderá ou não, a depender do caso concreto, dispor de meios suficientes para obtenção da prova que pretende apresentar ou produzir.

O conceito de hipossuficiência vai além do sentido literal das expressões pobre ou sem recursos, aplicáveis nos casos de concessão dos benefícios da justiça gratuita, no



campo processual. O conceito de hipossuficiência consumerista é mais amplo, devendo ser apreciado pelo aplicador do direito caso a caso, no sentido de reconhecer a disparidade técnica ou informacional, diante de uma situação de desconhecimento (...) (TARTUCE, 2013, p.34).

Dessa forma, não restam dúvidas que tanto a hipossuficiência quanto a vulnerabilidade têm o condão de proteger o consumidor da má-fé e abusos, muitas vezes inerentes a relação consumerista fática e processual, razão pela qual, diante da função social de alta relevância, a legislação e jurisprudência pátria devem garantir a proteção do consumidor a fim de preservar o equilíbrio das relações consumeristas.

## 2.1 DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

Em continuidade às elucidações que devem ser prestados no âmbito das relações de consumo, imprescindível caracterizar juridicamente referido vínculo no campo jurídico. Isso porque, para aplicação das normas abarcadas no Código de Defesa do Consumidor, será necessário caracterizar uma relação jurídica de consumo.

Primeiramente, importante esclarecer que o Código de Defesa do Consumidor não conceitua expressamente o que seria uma relação de consumo, contudo, traz consigo elementos objetivos e subjetivos inerentes à dita relação. Como elementos subjetivos, importante conceituarmos consumidor e fornecedor.

Tais conceitos mostram-se de fácil elucidação, até porque o códex foi generoso na sua descrição. Portanto, fornecedor é definido como *ipsis litteris* “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”



Neste particular é imperioso abordar que a palavra atividade, traduz-se no significado de que todo produto ou serviço prestado deverá ser efetivado de forma habitual para seu devido enquadramento. Ou seja, não basta haver a realização do ato de alienação e/ou fabricação, este deve ocorrer dentro da álea ordinária do sujeito, e de forma finalística e corriqueira.

Em suma, o operador econômico, pessoa física ou jurídica, que participa do clico produtivo, desenvolvendo atividade econômica (remunerada diretamente ou não) há de ser considerado fornecedor no enquadramento da lei. Já o conceito de consumidor, conforme previsto no caput do artigo 2º do CDC é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

Tal conceito distingue-se de parâmetros estrangeiros, mas de forma pragmática, o destinatário final não guarda consonância com o adquirente do produto e/ou serviço, podendo este ter o recebido, como por exemplo como um presente.

Definidos tais parâmetros, faz-se necessário definir a relação decorrente do consumo que envolve ambos. Assim, a relação jurídica que advém do vínculo decorre da lei ou do contrato e, em consequência, este detém a faculdade de pleitear perante o segundo o cumprimento de uma prestação do tipo dar, fazer ou não fazer.

Diante disso, se verificado o fornecedor, o consumidor, e, em havendo nexos causal entre eles estamos diante de a uma relação de consumo. Isso decorre da colocação de bens e/ou serviços no mercado, iniciando-se aí a responsabilidade por estes.

Diferentemente das regras gerais de responsabilização oriundas do Código Civil (ação, omissão, negligência, imperícia, imprudência ou ilícito), sejam contratuais ou extracontratuais, verificada a relação de consumo a lei impõe a



unificação de responsabilidades *tout court* – tudo para o fito da proteção igualitária entre os partícipes.

Deste modo, definimos a relação de consumo como o vínculo jurídico por meio do qual uma pessoa física ou jurídica denominado consumidor adquire ou utiliza produto ou serviço de uma outra pessoa denominada fornecedor.

## **2.2 CONTRATOS DE ADESÃO E CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS**

No contexto consumerista não raro o consumidor vê-se de frente situações nas quais lhe são impostas condições contratuais das quais em nenhum momento lhe foi oportunizada a discussão ou o assentimento. Trata-se de condição *sine qua non*, imposta àquele que pretende aderir/adquirir e/ou de qualquer sorte movimentar o consumo.

A doutrina expõe diferenças entre os contratos de adesão e os contratos por adesão. Este último mostra-se um conjunto de cláusulas uniformes estabelecidas previamente, normalmente com estipulações unilaterais do Poder Público, as quais o aderente não tem a liberdade de rejeitar. Já os contratos por adesão compartilham cláusulas estabelecidas de forma unilateral, mas que, em tese, não seriam imutáveis cabendo ao aderente aceita-las (em bloco) ou não.

À luz do nosso ordenamento, o tratamento dado a ambos os casos é o mesmo – sendo aqui conceituado o contrato de adesão. Veja não se tratar de tipo contratual, mas tão somente uma técnica de formação do contrato aplicável a qualquer categoria ou tipo de contrato.

Desta forma, o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 54, regula o tipo de construção contratual, deixando claros limites à estipulação prévia de cláusulas, dentre eles a limitação de resolução alternativa, devendo sempre ser





observados os princípios fundamentais do regramento, tais como a boa-fé, o equilíbrio nas relações de consumo, a proporcionalidade, e a proibição do fornecedor obter vantagem excessiva em detrimento do consumidor.

Portanto, a economia de escala deve ser levada a cabo de forma compatível com os princípios supraelencados, e em respeito à Carta Política (artigo 170, V), mesmo que a adesão seja condição para a realização do negócio, sendo considerada nula de pleno direito qualquer dispositivo contratual leonino, diante de sua abusividade frente o Código de Defesa do Consumidor.

Nesta senda, importante destacar que qualquer cláusula limitativa ao direito do consumidor deverá ser repreendida, especialmente, àquelas que se traduzem na renúncia à defesa de direitos diante de uma potencial lesão futura. Daí, porque desponta nulo e ineficaz qualquer *pactum de non petendo*, estipulado como cláusula de negócio jurídico, pelo qual os contratantes se comprometem a não recorrer ao Poder Judiciário e/ou Juízo Arbitral, ou ainda, na eleição de foro prejudicial ao consumidor na ocorrência de litígio.

Tanto é que o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 6º, VIII, prevê a adoção de medidas para facilitação da defesa do hipossuficiente. Tal matéria é de ordem pública, sendo possível ao judiciário conhecer da matéria de ofício, tudo para o fito de proporcionar ao consumidor igualdade frente os fornecedores na defesa de seus direitos.

### **3 ARBITRAGEM COMO MEIO ADEQUADO PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Antes mesmo de aprofundar o estudo em torno da arbitragem e sua aplicabilidade nas relações consumeristas, importante realizar breves esclarecimentos e contextualizações.



Em um contexto histórico, passada a fase primitiva de autotutela, a arbitragem assim como outros mecanismos de solução de conflitos extrajudiciais, pôde ser identificada desde a Antiguidade, momento em que não se podia falar de organização judiciária ou sequer, responsabilidade estatal concentrada em dirimir conflitos. Observa-se que historicamente, o afastamento do uso da arbitragem como meio adequado para solução de conflitos foi reflexo à burocratização do instituto e concentração estatal que passou a tutelar os conflitos.

Para Villaça (2014, pag. 645),

A arbitragem é um acordo de vontades de que se utilizam os contratantes, “preferindo não se submeter a decisão judicial, com o objetivo de dirimirem seus conflitos de interesses presentes ou futuros, por meio de árbitro ou árbitros”.(VILAÇA, 2014,p.645).

No Brasil, a arbitragem passou a ser regulamentada através da lei 9.307/1996, contudo, antes mesmo da referida lei ser promulgada, já era possível encontrar no ordenamento jurídico brasileiro, disposições expressas acerca do instituto arbitral. A Constituição Federal de 1824, em seu artigo 160, já previa que “nas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes”.

Ato contínuo, em caráter voluntário ou obrigatório, o decreto 797, de 25.11.1850, aludia acerca da arbitragem em controvérsias entre comerciantes, no entanto, no que se refere a obrigatoriedade do instituto, em 1866, por meio da lei 1.350, foi derogado o instituto arbitral necessário, previsto no artigo 20 do malogrado Código Comercial.

Já no Código Civil de 1916, os artigos 1.037 ao 1.048 regulavam o instituto jurídico do compromisso, tendo o Código de Processo Civil de 1973 disposto sobre procedimento arbitral em seus artigos 1.071 ao 1.102.



Mesmo diante da importância dos artigos supracitados para a introdução normativa da arbitragem no Brasil, a lei 9.307/1996, por meio de seu artigo 44, revogou os artigos delineados no Código Civil e Código de Processo Civil, isso porque, ainda que houvesse disposições acerca do instituto arbitral, este carecia de revitalização legislativa capaz de impulsionar, difundir e padronizar sua funcionalidade no cenário brasileiro.

Cumpra ainda, observar que pouco antes da publicação da lei de arbitragem, em 09.05.1996, foi promulgado decreto presidencial 1.902, promulgando a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional que já inaugurou nova mentalidade acerca da arbitragem, seu artigo 1º dispõe que é válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter a decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil. O respectivo acordo constará do documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telegramas ou comunicações por telex.

Comenta Villaça (2014, pag. 644), que a nova lei de arbitragem ampliou e modernizou as regras insuficientes trazidas nos Códigos Civil e de Processo Civil.

Não se pode negar, em princípio, que a arbitragem tenha condições de superar o processo estatal em termos de rapidez. Sabendo-se que as partes podem escolher o procedimento a ser seguido, fica claro que atos poderão ser simplificados em cada caso para evitar demora inútil (CARMONA, 1993, p.71).

Diante da grande inovação trazida pela lei, inevitável que não fossem suscitadas grandes divergências acerca da matéria legislada. Logo após a promulgação da lei, iniciou-se grande discussão, perante o Superior Tribunal Federal, em torno da constitucionalidade dos principais dispositivos da lei 9.307/1996, assim, tão somente em dezembro de 2001, decidiu-se, por maioria, pela constitucionalidade da lei arbitral.



Após o marco significativo relativo ao entendimento da Suprema Corte, foi dado início ao projeto de consolidação e aprimoramento da arbitragem. Isso porque, apesar de devidamente tipificado no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto ainda não era conhecido e, carecendo de precedentes, gerava grande desconfiança não somente na população civil, como dentro do próprio judiciário.

Sobre este período Giusti (2016) ensina que:

Não eram poucas, muito menos deslucadas, as vozes que se insurgiam contra a autonomia da vontade das partes em afastar determinados conflitos da apreciação pelo Poder Judiciário. Eminentemente juristas e magistrados, além das forças políticas de tradicional viés estatal, defendiam de maneira legítima e muitas vezes sustentada seu ponto de vista contrário ao instituto como previsto na Lei 9.307/1996 (GIUSTI, 2016, p.6).

Introduzir um meio extrajudicial de solução de conflitos em uma sociedade em que predomina a cultura do Estado-Juiz não é uma tarefa fácil, previsível, portanto, a ocorrência de tentativas de criar obstáculos à propagação do instituto objeto do presente artigo.

Contudo, com o passar do tempo, e, diante da imprescindível militância do Superior Tribunal de Justiça, bem como dos “profissionais da arbitragem”, esta foi ganhando espaço como meio de resolução de conflitos.

Com a sobrecarga do judiciário, os processos estão cada vez mais morosos e onerosos, desestimulando a busca pela tutela jurisdicional e, em consequência, voltando os olhos da sociedade para o instituto arbitral.

Segundo a pesquisa intitulada “arbitragem em números e valores” realizada pela Professora Selma Lemes (2017, pag.2) em que o objeto de pesquisa foi a evolução da arbitragem no Brasil, foi verificado que entre 2010 a 2016 houve um crescimento de 95% no número de procedimentos instaurados.



Nessa mesma lógica, para Delgado (2012, pág.8) “A utilização da arbitragem, no Brasil, está recebendo, em progressão geométrica, preferência de vários estamentos sociais.”

Além de um judiciário congestionado, podemos atribuir o crescimento da adesão à arbitragem, ao seu caráter célere; desburocratizado; confidencial; especializado; flexível; imparcial e executivo.

A celeridade é ponto mais lembrado quando falamos nas características vantajosas do procedimento arbitral, para a autora Selma Lemes (2017), coautora do projeto original da Lei de Arbitragem, “é possível ter uma arbitragem processada de oito meses a um ano e meio” (2013, pag.2).

Em contrapartida, o Conselho Nacional de Justiça mapeou que, em média, a Justiça estadual do Brasil leva 4 anos e 4 meses para proferir a sentença de um processo em 1ª instância.

A celeridade percebida no procedimento arbitral, nada mais é que o reflexo do caráter desburocratizado do instituto. Na arbitragem, a objetividade dos trâmites e prazos pré- definidos pelo termo de arbitragem, oportunidade em que as partes definem “as regras” daquele procedimento, representam a “simplicidade” do instituto.

A confidencialidade é regra da arbitragem, em que pese a ausência de disposição expressa sobre o tema na lei, é comum que os principais tribunais arbitrais disponham acerca da confidencialidade em seu regimento, mesmo que assim não seja, as partes podem estipular cláusula de sigilo no que se refere ao procedimento arbitral do qual serão partes. Assim, a confidencialidade, principalmente nos litígios que envolvem tecnologia, logística, sistemas e estratégias empresariais, é fundamental para resguardar o exercício da atividade das partes.



Na arbitragem, as partes podem escolher os árbitros que, em regra, são especialistas na matéria objeto do litígio, gerando grande segurança em torno da decisão proferida, uma vez que esta será técnica e fundamentada, diminuindo consideravelmente as chances de equívoco por ausência de compreensão sobre o tema, o que é comum no judiciário onde um mesmo juiz atua em demandas das mais variadas naturezas.

Ao contrário do sistema judicial em que o Código de Processo Civil preceitua, de maneira uniforme e padronizada, toda sistemática processual, o procedimento arbitral é mais flexível, possibilitando, caso seja necessário, uma adequação às características específicas da demanda. Nesse sentido, as partes têm liberdade para delinear na convenção de arbitragem, o procedimento mais benéfico e personalizado.

Na arbitragem além das partes poderem escolher seus árbitros, estes possuem deveres levados à risca no instituto arbitral. Isso porque a confiança no árbitro é critério essencial para que as partes o indiquem. Assim, para que haja manutenção do instituto, é essencial que os árbitros mantenham a imparcialidade e independência, tendo o árbitro o dever de revelar às partes, qualquer fato impeditivo que possa comprometer o julgamento imparcial da demanda.

A sentença arbitral faz coisa julgada material entre as partes e não é passível de recurso quanto ao mérito decidido. Logo, assim que proferida, constitui título executivo que pode ser imediatamente exequível, remetendo, mais uma vez à celeridade e segurança.

Pelo exposto, constatasse que a arbitragem é fundamentada pelo princípio da autonomia de vontade das partes, tornando-se para muitos, a solução mais adequada e satisfatória.



Apesar de todos os argumentos trazidos, no estudo de Selma Lemes (2017), em que se constatou o crescimento significativo da arbitragem no Brasil, foi averiguado também, que na grande maioria das demandas abrangidas pelo instituto arbitral tratam-se de litígios entre pessoas jurídicas e de alto valor envolvido. Comenta a professora que é interessante notar também que há certo perfil setorial assumido pelas Câmaras de Arbitragem pesquisadas, pois na CAM-BOVESPA quase 71% dos casos referem-se a conflitos societários. Na CAMARB, como nos anos anteriores, é na área de construção civil e energia que se constata o maior número de casos (46%). Na CAM-CIESP/FIESP mais de 47% dos conflitos são originados de contratos de fornecimento de bens e serviços e contratos empresariais em geral. O Centro de Arbitragem CAM/CCBC lidera as arbitragens em números e valores, demonstrando que as grandes demandas arbitrais estão nos conflitos societários, empresariais e com a Administração Pública. Nesta Câmara, em 2016 houve em comparação a 2015 uma diminuição no número de novas arbitragens (de 112 para 98 casos), mas tal redução não correspondeu aos valores envolvidos, pois os casos entrantes representaram mais do que o dobro verificado em 2015 (R\$6 bilhões) para em 2016 (R\$13,8 bilhões).

Deste modo, diante de todas as vantagens trazidas e, dos dados apresentados acima, inevitável que se questione porque a arbitragem ainda é pouco utilizada em demandas consumeristas.

Podemos concluir que, diante das especificidades já discorridas acerca da relação consumerista, nesses casos a aplicabilidade do instituto arbitral é mais sensível e demanda mais atenção. Dado que, em nenhuma circunstância poderá se admitir que o consumidor seja exposto a situação de inferioridade sem que haja consideração acerca de sua vulnerabilidade.



Contudo, a jurisprudência vem aprimorando seu entendimento acerca do tema, oportunidade em que observada a condição do consumidor, busca-se possibilitar sua inclusão no universo arbitral.

### **3.1 A LEI DE ARBITRAGEM APLICADA ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Diante da condição de vulnerabilidade do consumidor, importante, de fato, que sejam observados alguns limites. Contudo, essencial que não se propague o discurso de que o consumidor seria prejudicado com o compromisso arbitral, sob a alegação de vulnerabilidade deste em relação ao fornecedor.

Em paradoxo ao apresentado, é possível encontrar na doutrina, argumentos que defendem pela impossibilidade de utilização da arbitragem nas relações consumeristas. Dentre estes, a doutrinadora Cláudia Lima Marques (2004, pág. 635) defende que a cláusula arbitral nos contratos de consumo é abusiva à luz dos artigos 4º, incisos I e V, e artigo 51, incisos IV e VII, ambos do CDC. Sem razão, s.m.j, argumenta ainda, que se trata de privilégio intolerável que admite o desequilíbrio da relação de consumo.

Contudo, frágil argumentação, dado que, não raro as partes integrantes da relação de consumo transacionam acerca de indenizações, reparações materiais, cláusulas inadimplidas e demais matérias que podem ser objeto de litígio.

Ressalta-se ainda, que no artigo 1º da lei 9.307/96, fica estipulado que podem ser objeto de arbitragem, apenas direitos patrimoniais disponíveis.

Desse modo, no âmbito das relações de consumo, fica vedada a discussão por meio da arbitragem, considerando a presença de interesse coletivo, de direitos indisponíveis como aqueles referentes à saúde e segurança.





Assim, desde que respeitada a vontade do consumidor e não evidenciado vício de consentimento, além de que verse o litígio sobre direito disponível, não há obste a participação deste em procedimento arbitral, até porque o próprio Código de Defesa do Consumidor autoriza, expressamente, em seu artigo 4º, inciso V, a possibilidade de meios alternativos de solução de conflitos de consumo, nos seguintes termos: “incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo”

Nesse diapasão, Nery Jr. citado por Grinover (2011) compartilha do entendimento de que é possível nos contratos de consumo, a instituição de cláusula de arbitragem:

Esse dispositivo da LArb não é incompatível com o CDC, art. 51, VII, razão pela qual ambos os dispositivos legais permanecem vigorando plenamente. Com isso queremos dizer que é possível, nos contratos de consumo, a instituição de cláusula de arbitragem, desde que obedecida, efetivamente, a bilateralidade na contratação e a forma da manifestação da vontade, ou seja, de comum acordo. O juízo arbitral é importante fator de composição dos litígios de consumo, razão porque o Código não quis proibir sua constituição pelas partes do contrato de consumo. A interpretação a contrario sensu da norma sobcomentário indica que, não sendo determinada compulsoriamente, é possível instituir-se a arbitragem (GRINOVER, 2011, p.590- 591).

Em sintonia ao entendimento doutrinário, é possível encontrar recentes decisões do Col. Superior Tribunal de Justiça que corroboram o entendimento acerca da possibilidade de aplicação do instituto arbitral nas relações de consumo. Desta feita, é o que se aúfere do julgamento da Terceira Turma do STJ, no Recurso nº 1785783 / GO, Relatora Ministra Nancy Andriighi, Dje 05.11.2019. Observa-se abaixo, trecho do voto proferido:

Em resumo, é possível a utilização de arbitragem para resolução de litígios originados de relação de consumo quando



não houver imposição pelo fornecedor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, se houver iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição.

Ressalvados casos em que se verifica vício de consentimento pelo consumidor, oportunidade em que não são observados preceitos legais de proteção, restou evidente a possibilidade de utilização da arbitragem para dirimir conflitos de natureza consumerista.

### **3.2 DA NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DE VONTADE NOS CONTRATOS DE CONSUMO**

Como é sabido, um dos principais pilares da relação contratual é a autônoma de vontades, que consiste, em termos gerais, na liberdade das partes deliberarem entre si, com a intenção de alcançar um objetivo comum.

Nas palavras de Caio Mario (2002, pág.22), o princípio da autonomia de vontade é a “faculdade que têm as pessoas de concluir livremente os seus contratos”

Já na definição de Eduardo Rios Gonçalves (2010), a autonomia da vontade se resume a autodeterminação das partes para negociar livremente sem qualquer intervenção governamental. Contudo, no entendimento do doutrinador, esta autonomia não pode ser absoluta, uma vez que não se pode conferir às partes liberdade para confrontarem o Estado de Direito. Além disso, é necessário que se respeitem a moral e os bons costumes.

Assim, infere-se que vontade livre e consciente das partes é requisito básico de validade dos contratos, todavia, não é ilimitada.

No âmbito da liberdade contratual, a corrente liberal defende que o Estado não deve interferir no pactuado entre as partes, uma vez que as mesmas não foram obrigadas a pactuar e puderam escolher os termos do contrato. Assim ensina Cláudia



Lima Marques (2006, pág. 60) que, na visão liberal, o Estado deveria abster-se de qualquer intervenção nas relações entre indivíduos. Assim, se o individuo era livre e tinha a possibilidade de se auto-obrigar, tinha direito também, de se defender contra a imputação de outras obrigações para as quais não tenha manifestado sua vontade.

No entanto, no direito brasileiro, a autonomia de vontades é subordinada ao interesse coletivo, o Código Civil prevê em seu artigo 421, que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Isso porque foi vislumbrada necessidade de impedir que a autonomia de vontades entrasse em confronto com o interesse social.

Nesse sentido, as relações contratuais, em paradoxo ao defendido pela corrente liberal, têm se pautado aos interesses do bem comum. Assim, para Humberto Theodoro Júnior (2006):

É inegável, nos tempos atuais, que os contratos, de acordo com a visão social do Estado Democrático de Direito, não de submeter-se ao intervencionismo estatal manejado com o propósito de superar o individualismo egoístico e buscar a implantação de uma sociedade presidida pelo bem-estar (THEODORO JUNIOR, 2006, p.6).

Nos contratos consumeristas, prevalece o entendimento acima mencionado, pelas razões já expostas, o consumidor encontra-se em situação de vulnerabilidade, fazendo necessário com que o Estado intervenha nas relações a fim de resguardar o consumidor das abusividades. Entretanto, prejudicial também ao consumidor, que sua vontade seja “desmerecida” ante sua intrínseca condição de vulnerabilidade.

Observados os requisitos de validade contratual, deve ser estimulado ao consumir, que pratique sua vontade no momento de pactuarão e que, posteriormente, sua vontade seja respeitada.

A autonomia da vontade é o princípio pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Já a



autonomia privada é o poder que o particular tem de criar, nos limites legais, normas jurídicas. A autonomia da vontade está diretamente relacionada a elementos subjetivos, etéreos, baseados na psique dos contratantes (BERTI, 2014).

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real (NETO, 2003, p.348).

Cabral (2004) diferencia as autonomias, privada e da vontade informando que a autonomia da vontade relaciona-se com a liberdade de autodeterminação (manifestação da vontade livre) e a autonomia privada ao poder de autorregulamentação (normas estabelecidas no interesse próprio). A autonomia se constitui no gênero, enquanto que a autonomia da vontade pode ser a espécie, considerando a autonomia da vontade vinculada à vontade interna e à liberdade de atuação de cada pessoa, com a possibilidade de escolha do tipo de obrigação a que se pretende aderir, enquanto a autonomia privada, por sua vez, possui relação direta com a liberdade de contratação, ou seja, com a criação de normas para si.

A expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real”. Todavia, este poder não é originário. Emanado do ordenamento jurídico estatal, que o reconhece e opera nos limites que esse estabelece, demarcações que vem crescendo em virtude do aumento das funções sociais do Estado (AMARAL, 2008, p.345).

Os limites da autonomia privada são, de modo geral, as regras de ordem pública e os bons costumes (NETO, 2015).



### 3.3 DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS E O PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA

Para Silvio Rodrigues (1980, pág.18), “na ideia de que, se as partes alienaram livremente sua liberdade, devem cumprir com o prometido, ainda que daí lhes advenha considerável prejuízo”

O princípio da obrigatoriedade dos contratos reflete a força que do contrato na vinculação das partes, que são obrigadas a cumprir o pacto. Uma vez efetivado o acordo de vontades, sendo o contrato válido e eficaz, as partes passam a ser obrigadas a cumpri-lo.

Tendo em vista a liberdade contratual, os contratos, por consequência, passam a ter caráter obrigatório.

Ressalvadas, as devidas proteções trazidas pela legislação, *pacta sunt de servanda* que em linhas gerais preceitua que os contratos fazem lei entre as partes, é preceito importante para a manutenção das relações contratuais.

Mesmo que relativizado, fundamental, inclusive, que este princípio se aplique aos contratos de consumo.

Uma vez não evidenciado vício de consentimento, geralmente verificado nos contratos de adesão e nas cláusulas gerais, o consumidor não deveria se eximir de cumprir com o pactuado.

Para tanto, é importante que seja observado no caso concreto, a fim de que se verifique se o consumidor não está se utilizando da sua condição de hipossuficiente para fugir de suas obrigações contratuais, o que não pode ser admitido.

Quanto ao princípio da boa-fé objetiva comenta Rizzato Nunes (2005, p.71) que, quando se fala em boa-fé objetiva, pensa-se em comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes contratantes a fim de garantir respeito à outra. É um



princípio que visa garantir ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando os interesses da parte. Assim como muitas vezes, aproveita-se da condição de superioridade, o fornecedor tenta tirar vantagem do consumidor, o judiciário também deverá estar atento aos consumidores que usam de sua condição.

Sem ignorar a condição do consumidor, uma vez que as garantias alcançadas nas relações consumeristas são fundamentais avanços para fortalecer o equilíbrio necessário que deverá reger referidas relações, não se pode ignorar que a boa-fé objetiva é regra de conduta a ser seguida por ambas as partes contratantes.

Nesse mesmo sentido, o entendimento de Charles Martins (2015) é o seguinte:

Em seu próprio texto há determinação de aplicação subsidiária no Código de Processo Civil e da Lei de Ação Civil Pública. Na operacionalização do Código, nos casos julgados a cada dia, é que seus princípios são fortalecidos ou questionados. A vulnerabilidade do consumidor e a inversão do ônus da prova poderão ser relativizadas pelo Juiz, caso suspeite que o consumidor esteja agindo em litigância de má-fé. Se o código defende o equilíbrio da relação entre consumidor e fornecedor a prática jurídica, em dados momentos, deverá proteger o fornecedor da provocação do consumidor (MARTINS, 2015,p.7).

Evidente que em cada caso, deverá ser observado o contexto fático de cada demanda, a fim de que nenhuma das partes seja prejudicada, e que nenhuma destas, possa utilizar sua condição para valer-se da outra.

### **3.4 CLÁUSULA ARBITRAL NOS CONTRATOS CONSUMERISTAS E SUA EFICÁCIA**

Tal como exposto, a grande problemática em torno da utilização da arbitragem em litígios de natureza consumerista está nos critérios que devem ser seguidos para empregar a cláusula arbitral.



Referida cláusula está prevista no artigo 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96, que estipula os requisitos para que a Cláusula Compromissória tenha validade.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

A boa-fé exige um comportamento honesto das partes. E mais do que isso, exige um comportamento que leve em consideração a pessoa do outro contratante. Esse elemento ético obriga as partes a agirem de modo colaborativo, unidas no intuito de dar ao contrato a sua verdadeira e completa eficácia. Nesse sentido, estão previstas duas formas para operacionalizar a arbitragem no art. 4º e no §2º da referida Lei. A primeira estabelece que a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente quiser e der início ao procedimento arbitral. Esta disposição, por razões óbvias, retira o efeito vinculante da cláusula compromissória em relação ao aderente, mas não quanto ao ofertante do serviço ou produto. Este tratamento é dispensado quando a cláusula compromissória está incluída no contrato como outra cláusula qualquer, geralmente escrito em letras pequenas e raramente lidas ou entendidas pelo aderente. Este simplesmente assina no campo determinado (GARCIA, 2003).

Entende-se que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição, não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade. Ademais, há situações em que, apesar de se tratar de consumidor,



não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção. Destarte, a instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não se mostra verdadeira, haja vista que a propositura da arbitragem pelo polícitante depende da ratificação expressa do oblato vulnerável, não sendo suficiente a aceitação da cláusula realizada no momento da assinatura do contrato de adesão.

Com isso, evita-se qualquer forma de abuso, na medida em o consumidor detém, caso desejar, o poder de libertar-se da via arbitral para solucionar eventual lide com o prestador de serviços ou fornecedor. É que a recusa do consumidor não exige qualquer motivação.

Propondo-o ação no Judiciário, haverá negativa (ou renúncia) tácita da cláusula compromissória. Assim, é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso<sup>2</sup>.

A regra geral impõe a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, com a derrogação da jurisdição estatal. A regra específica, contida no artigo 4º da Lei 9.307/96, é aplicável aos contratos de adesão genéricos, restringindo a eficácia da cláusula compromissória. Por fim, há a regra ainda mais específica, no artigo 51 do CDC, que impõe a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, em contratos de adesão ou não.

---

<sup>2</sup> Superior Tribunal de Justiça divulga 14 teses sobre arbitragem. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-05/superior-tribunal-justica-divulga-14-teses-arbitragem>





### **3.5 ARBITRAGEM CONSUMERISTA E SUA OPERACIONALIZAÇÃO.**

A Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição. (Súmula 485/STJ).

No que concerne aos contratos de adesão disciplinados na LA, o art. 4º, § 2º regula: “ Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para esta cláusula.”

O Superior Tribunal de Justiça divulgou 14 teses consolidadas na corte sobre arbitragem. Os entendimentos foram reunidos na nova edição do *Jurisprudência em Teses*, que mostra os precedentes mais recentes. São as seguintes<sup>3</sup>:

A convenção de arbitragem, tanto na modalidade de compromisso arbitral quanto na modalidade de cláusula compromissória, uma vez contratada pelas partes, goza de força vinculante e de caráter obrigatório, definido ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derrogando-se a jurisdição estatal.

Uma vez expressada a vontade de estatuir, em contrato, cláusula compromissória ampla, a sua destituição deve vir através de igual declaração expressa das partes, não servindo, para tanto, mera alusão a atos ou a acordos que não tenham o condão de afastar a convenção das partes. A previsão contratual de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral para decidir com primazia sobre Poder Judiciário, de ofício ou por provocação das partes, as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.



O Poder Judiciário pode, em situações excepcionais, declarar a nulidade de cláusula compromissória arbitral, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral, quando aposta em compromisso claramente ilegal. A Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição. (Súmula 485/STJ) O prévio ajuizamento de medida de urgência perante o Poder Judiciário não afasta a eficácia da cláusula compromissória arbitral.

O árbitro não possui poder coercitivo direto, sendo-lhe vedada a prática de atos executivos, cabendo ao Poder Judiciário a execução forçada do direito reconhecido na sentença arbitral.

No âmbito do cumprimento de sentença arbitral condenatória de prestação pecuniária, a multa de 10% do artigo 475-J do CPC deverá incidir se o executado não proceder ao pagamento espontâneo no prazo de 15 dias contados da juntada do mandado de citação devidamente cumprido aos autos (em caso de título executivo contendo quantia líquida) ou da intimação do devedor, na pessoa de seu advogado, mediante publicação na empresa oficial (em havendo prévia liquidação da obrigação certificada pelo juízo arbitral). (Tese julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - Tema 893).

A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui natureza jurisdicional, o que torna possível a existência de conflito de competência entre os juízos estatal e arbitral, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça o seu julgamento. Não configura óbice à homologação de sentença estrangeira arbitral a citação por qualquer meio de comunicação cuja veracidade possa ser atestada, desde que haja prova inequívoca do recebimento da informação atinente à existência do processo arbitral.



A legislação consumerista impede a adoção prévia e compulsória da arbitragem no momento da celebração do contrato, mas não proíbe que, posteriormente, em face de eventual litígio, havendo consenso entre as partes, seja instaurado o procedimento arbitral.

Diante da força coercitiva condominial com cláusula arbitral, qualquer condômino que ingressar no agrupamento condominial está obrigado a obedecer às normas ali constantes, de modo que eventuais conflitos condominiais deverão ser resolvidos por meio de arbitragem, excluindo-se a participação do Poder Judiciário.

Não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, para resolução de conflitos relacionados a direitos disponíveis.

A legitimidade para a impetração de mandado de segurança objetivando assegurar o direito ao cumprimento da sentença arbitral relativa ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) é somente titular de cada conta vinculada, e não da Câmara Arbitral ou do próprio árbitro.

A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui natureza jurisdicional, o que viabiliza a existência de conflito de competência entre os juízos estatal e arbitral, cabendo ao STJ o seu julgamento. A legislação consumerista impede a adoção prévia e compulsória da arbitragem no momento da celebração do contrato, mas não proíbe que, posteriormente, em face de eventual litígio, havendo consenso entre as partes, seja instaurado o procedimento arbitral.

## **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O percurso evolutivo da proteção do consumidor faz parte de todo um contexto de mudanças tecnológicas e econômicas, em especial daquelas mudanças



advindas com o impulso dado aos mecanismos de distribuição de produtos e serviços a partir da evolução industrial.

No ordenamento jurídico brasileiro, a proteção ao consumidor é uma novidade trazida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inc. XXXII, a Carta Magna ascendeu a proteção ao consumidor à categoria de direito fundamental no que tange às relações econômicas de consumo. Assim, proteção e torno da figura do consumidor é um importante ponto para que se entenda a essência das relações de consumo. A defesa do consumidor é princípio da ordem econômica expresso na Constituição Federal.

Nesse contexto, a promulgação do Código de Defesa do consumidor em 1990 inseriu no ordenamento jurídico uma nova política para relações de consumo. A Lei 8.078/1990 reconhece categoricamente a condição de vulnerabilidade do consumidor ante as figuras do fornecedor, fabricante, produtor, construtor e importador.

Além da natureza normativa, pode-se dizer que o Código de Defesa do Consumidor é um conjunto principiológico que tem como atribuição preservar os direitos do consumidor sem ignorar sua evidente fraqueza na relação consumerista, tanto é assim que o Código de Defesa do Consumidor possui normas de teor material, processual, penal e administrativo.

Com a sobrecarga do judiciário, os processos estão cada vez mais morosos e onerosos, desestimulando a busca pela tutela jurisdicional e, em consequência, voltando os olhos da sociedade para o instituto arbitral. Além de um judiciário congestionado, podemos atribuir o crescimento da adesão à arbitragem, ao seu caráter célere; desburocratizado; confidencial; especializado; flexível; imparcial e executivo. A arbitragem é um acordo de vontades de que se utilizam os contratantes, preferindo não se submeter a decisão judicial, com o objetivo de dirimirem seus conflitos de interesses presentes ou futuros, por meio de árbitro ou árbitros.



A confidencialidade é regra da arbitragem, em que pese a ausência de disposição expressa sobre o tema na lei, é comum que os principais tribunais arbitrais disponham acerca da confidencialidade em seu regimento, mesmo que assim não seja, as partes podem estipular cláusula de sigilo no que se refere ao procedimento arbitral do qual serão partes. Assim, a confidencialidade, principalmente nos litígios que envolvem tecnologia, logística, sistemas e estratégias empresariais, é fundamental para resguardar o exercício da atividade das partes.

Na arbitragem, as partes podem escolher os árbitros que, em regra, são especialistas na matéria objeto do litígio, gerando grande segurança em torno da decisão proferida, uma vez que esta será técnica e fundamentada, diminuindo consideravelmente as chances de equívoco por ausência de compreensão sobre o tema, o que é comum no judiciário onde um mesmo juiz atua em demandas das mais variadas naturezas.

A sentença arbitral faz coisa julgada material entre as partes e não é passível de recurso quanto ao mérito decidido. Logo, assim que proferida, constitui título executivo que pode ser imediatamente exequível, remetendo, mais uma vez à celeridade e segurança.

Pelo exposto, constatasse que a arbitragem é fundamentada pelo princípio da autonomia de vontade das partes, tornando-se para muitos, a solução mais adequada e satisfatória. Nos contratos consumeristas, prevalece o entendimento de que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. o consumidor encontra-se em situação de vulnerabilidade, fazendo necessário com que o Estado intervenha nas relações a fim de resguardar o consumidor das abusividades. Assim, desde que respeitada a vontade do consumidor e não evidenciado vício de consentimento, além de que verse o litígio sobre direito disponível, não há obste a participação deste em procedimento arbitral, até porque o



próprio Código de Defesa do Consumidor autoriza, expressamente, em seu artigo 4º, inciso V, a possibilidade de meios alternativos de solução de conflitos de consume.

## REFERÊNCIAS

ALVIM NETTO, J. Manoel de Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. Revista dos Tribunais, ano 92, v.815 – setembro/2003, p.19/20.

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. A função social da empresa no Direito Constitucional Econômico Brasileiro. São Paulo: SRS Editora, 2008.

BATISTA, Egberto. [Entrevista]. Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, 15 dez. 1991. p. 18.

BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado**, v. 57, p. 69-94, jan./mar. 2014

CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. Revista de Direito Privado. v 5; n. 19., Jul./Set., São Paulo: 2004.

CARMONA, Carlos Aberto, a arbitragem no processo civil, ed. Malheiros, São Paulo, 1993. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. Revista de Processo, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 33-40, abr./jun. 1993.

DELGADO, G C. Do Capital Financeiro na Agricultura à Economia do Agronegócio – Mudanças Cíclicas e Meio Século (1965-2012). Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2012, 144p.

GARCIA, L. R. A Avaliação e suas implicações no fracasso/sucesso. In: ESTEBAN, M. T. (Org.). Avaliação: uma prática em busca de novos sentidos. 5.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p. 29-50.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Título de crédito: títulos de crédito e contratos mercantis. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JUNIOR, Nelson;



DENARI, Zelmo. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev., atual. reforma. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I.

LEMES, Selma Ferreira, arbitragem em números e valores, São Paulo, abril de 2017, Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/publicacoes.asp?linguagem=Portugu%EA&secao=Publica%E7%F5es&subsecao=T%F3picos&acao=Consulta&especificacao=Artigos>, acesso em: 11/2019

LEMES, Selma Ferreira, EQUIDADE E CELERIDADE - Advogado deve abandonar Processo Civil na arbitragem, Revista Consultor Jurídico, maio de 2013, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-12/entrevista-selma-lemes-advogada-professora-especialista-arbitragem>

MARQUES, Claudia Lima, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 5° Ed., 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado - Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. O novo direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. 4. Ed. São Paulo: RT, 2010.

MARTINS, C. A. M. E. O mercado consumidor brasileiro e o negro na publicidade. GV- executivo, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 43-45, jan./jun. 2015.

MUNIZ, Charles Martins. Abuso do direito pelo consumidor.. Conteúdo Jurídico, Brasília- DF: 20 mar. 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52754>>. Acesso em: 13 out.2015.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato, Comentários ao código de defesa do Consumidor, ed. Saraiva, São Paulo, 2007.

NUNES, Rizzato. Curso do Direito do Consumidor. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005

NUNES, Rizzato. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.



PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. II, 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Vol. 3. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, pág. 18

TARTUCE, Fernanda. Técnicas de mediação. In: Mediação de conflitos (Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, org. São Paulo: Atlas, 2013, v. 1, p. 42-57).

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. v. I, 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato social e sua função social*, 2º Ed., 2008, Rio de Janeiro: Forense.

WALD, Arnoldo, organizador, arbitragem e mediação: arbitragem, introdução e histórico, Ed. Revista dos Tribunais, 2014 (coleção doutrinas essenciais; v. I) - VILLAÇA, Álvaro Azevedo, Revista dos Tribunais, ed. RT 75, julho 1998.

WEBER, Ana Caroline, coordenação de Leonardo Campos Melo e Renato Rezende Beneduzzi, A reforma da arbitragem, cap. 1 – Gilberto Giusti, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2016.





## IRDR: CAUSA-PILOTO OU CAUSA-MODELO?

Gabriel Rigotti de Ávila e Silva

### RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar as fontes internacionais que influenciaram o incidente de resolução de demandas repetitivas, principalmente a respeito da sua eficiência dentro do ordenamento jurídico brasileiro, buscando soluções alternativas para consolidar o instrumento no cotidiano do cidadão comum. Por meio da pesquisa dogmática-instrumental, e da técnica bibliográfica, sistematizou-se a doutrina jurídica, a fim de investigar as consequências jurídicas geradas pela influência das fontes internacionais no procedimento de julgamento de massa. O estudo do processo civil nacional e sua estrutura pautada em dois instrumentos teóricos (causa-piloto e causa-modelo) possibilitou a comparação entre esses, demonstrando o modelo exclusivamente brasileiro/tupiniquim, como as suas peculiaridades. A crítica gira em sua pertinência, na medida em que, o instrumento demonstra lacunas estruturais entre os institutos jurídicos do nosso ordenamento (*civil law*) e o *common law*. Por fim, o incidente de resolução de demandas de massa consolida-se de forma precoce no Código de Processo Civil de 2015, evidenciado por lacunas normativas, e panaceias jurídicas frutos dos modelos externos.

**Palavras-chave:** processo civil; incidente de resolução de demandas repetitivas; causa-piloto; causa-modelo; *Musterverfahren*.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa circunscreve-se no âmbito do Processo Civil, e tem como temática o estudo a respeito do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, capaz de refletir a incorporação dos modelos normativos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da concepção inovadora do legislador, que



promulgou de isoladamente o procedimento de julgamento de demandas em massa no Código de Processo Civil.

O objeto da presente pesquisa concentra-se no estudo das normas contidas no Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015), especificamente, dentre os artigos 976 e 987, os quais sofreram diversas influências pelos ordenamentos jurídicos inglês e alemão. Serão analisados os artigos e seus impactos dentro do cotidiano, a partir da influência dos modelos externos. Dessa forma, todo o estudo tem o objetivo de avaliar como o instrumento de resolução de demandas repetitivas quanto à sua eficiência. Por óbvio, serão analisadas fontes do direito inglês e do direito alemão.

Como consequência, apresentam-se os seguintes objetivos específicos da presente pesquisa: (i) discorrer brevemente sobre reflexões do processo civil; (ii) expor a respeito do incidente de resolução de demandas repetitivas; (iii) indicar as fontes internacionais que inspiraram o incidente de julgamento de demandas de massa brasileiro; (iv) ressaltar os conceitos que sofreram influências pela ausência de codificação do código de processo coletivo; (v) destacar quais influências o ordenamento jurídico sofreu quanto às fontes internacionais sobre o incidente; (vi) traçar uma comparação entre os modelos teóricos (causa-piloto e causa-modelo), diante do ordenamento jurídico; (vii) estabelecer a similaridades e as diferenças entre os modelos teóricos e o modelo brasileiro; e (viii) concluir pela fragilidade do instrumento e ausência de preparo para recepcionar o aparato internacional.

A instigação sobre as regras e as considerações advindas desses sistemas, que influenciaram o julgamento de demandas repetitivas, levam-nos a seguinte pergunta, considerado como o problema principal desta pesquisa científica: **há ou não benefícios quando ocorre a modulação dos pilares teóricos internacionais, em relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas?**



Como justificativa empírica, ressalta Zavaski (2007) a necessidade da promulgação do Código de Processo Coletivo, em sua tese de doutorado, tendo em vista que as instituições brasileiras são incompatíveis com os modelos teóricos internacionais, restando portanto o incidente como um instrumento fora da curva, uma forma intermediária de resolução de conflitos que não se trata de uma demandas individual, nem de um processo coletivo, sendo, portanto, uma terceira vida de resolução de conflito.

A escolha da reflexão na esfera processual civil deve-se à busca da aproximação dos instrumentos internacionais contidos no Código de Processo Civil e a sua evolução. Há uma forte ligação entre as fontes internacionais e normas vigentes, gerando a reflexão da sua eficiência, posto que, a sociedade brasileira não está “adaptada” ao sistema de precedentes judiciais, logo, sua norma tende a ser questionada a sua eficácia.

Em relação à justificativa pessoal, a escolha desse tema surgiu quando iniciei as pesquisas científicas em grupos de estudo, leituras doutrinárias e salas de aula expositivas, especificamente, as relacionadas ao direito processual cível. Enquanto me vislumbrava com conceitos processuais, verifiquei a peculiaridade do incidente de resolução de demandas repetitivas. Em rápida pesquisa, descobri o embate doutrinário entre a classificação entre causa-piloto ou causa-modelo, observando os seus pilares, decidi analisar a sua eficiência.

Portanto, neste artigo, verifiquei a oportunidade de aprofundar os meus conhecimentos processuais e consolidar de qual forma cada instituto influenciou o a Lei 13.105/2015 e as suas consequências diretas dessas escolhas. E ao final, apurar que, em verdade, houve a consolidação de um instrumento jurídico novo, em que



suas peculiaridades se distanciam e se aproximam, simultaneamente, das fontes internacionais de forma fascinante.

A pesquisa a ser elaborada nesse trabalho buscará desenvolver uma base teórica para os estudos futuros, a respeito do Código de Processo Coletivo, sendo passível ou não a sua promulgação, haja vista a possível incompatibilidade do incidente com o nosso ordenamento jurídico. Por essa razão, o procedimento de pesquisa que será adotado para a confecção deste trabalho será o dogmático-instrumental. Nesse, será fundamental o estudo e o detalhamento das vertentes doutrinárias nacionais e internacionais a respeito do tema, para construir uma exposição ao longo de seis capítulos.

Nesse passo, no Capítulo 1 serão expostas as reflexões a respeito da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, em que se buscará evidenciar a influência dos ordenamentos estrangeiros, ressaltando a importância da consolidação de instrumentos de julgamento coletivo, porque o judiciário passa pelo problema de abarrotamento – Gico (2015), e com o decorrer do tempo há o agravamento da situação.

De outro lado, o Capítulo 2 será dedicado a exposição do procedimento do incidente de julgamento de massa tupiniquim, apresentando de forma direta os requisitos para a sua instauração, as partes legítimas, as funções do relator, a necessidade de publicidade, a participação de terceiros, a suspensão dos processos isomórficos não selecionados, a forma de aplicação da tese jurídica, as possibilidades de superação do precedente judicial.

Por sua vez, o Capítulo 3 analisará as influências dos ordenamentos jurídicos internacionais – direitos inglês e alemão, os seus principais instrumentos, os seus fundamentos, o contexto em que surgiram as modalidades de julgamento de massa,



por meio do estudo de texto de expositores nacionais, os quais se posicionam a respeito da temática acolhendo a uma das tratativas teóricas essenciais.

Em seguida, o Capítulo 4 debaterá a problemática verificando o impacto dentro do Código de Processo Civil, como ocorre na competência, na desistência e na eficácia vinculante de precedente. Nesse trecho, ocorre a exposição de conceitos do processo individuais que geram impactos diretos no processo coletivo, direcionando o estudo para a crítica construtiva à consolidação dos julgamentos de demandas em massas.

Em uma diferente perspectiva, o Capítulo 5 esclarecerá a problemática, a partir da comparação das influências internacionais e os impactos nos modelos nacionais (causas-piloto e causas-modelo), identificando e pontuando as similitudes e as diferenças dos modelos teóricos. Isso, sob à luz das panaceias geradas no Código dos Ritos, visando reparar as lacunas existentes entre os modelos do *civil law* e do *common law*.

Por fim, o Capítulo 6 enfrentará a problemática da eficiência do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, por meio da crítica as fragilidades do instrumento brasileiro, indicando soluções para a superação de discussões básicas a respeito de análise básicas do processo coletivo. Conseqüentemente, a dissertação leva a conclusão da necessidade da melhor adequação/racionalização do modelo tupiniquim.

Desse modo, o presente estudo propõe-se a evidenciar a relevância jurídica do Código de Processo Coletivo, a fim de responder a questões processuais básicas, a partir da criação do sistema de precedente brasileiro, razão pela qual se busca a eficiência do procedimento ora estudado, visando o menor gasto de tempo, para se solucionar o maior número de casos possíveis, a partir de uma única decisão judicial.



## 1 REFLEXÕES SOBRE O PROCESSO CIVIL

O contexto geral do mundo no século XXI é de uma infelicidade com a prestação jurisdicional, pelo fato de ser um processo moroso e principalmente pela incerteza (RODRIGUES, 2015, p. 906). Pode-se dizer que a ausência de certeza é gerada pela insegurança jurídica, visto que há um elevado número de decisões judiciais contraditórias dentro do mesmo tribunal. Isso desencadeia a falta de previsibilidade do *decisum*, sendo esse o principal fato gerador dessa insatisfação, pois o poder concedido ao Estado de aplicar as leis, e resolver o conflito entre os agentes sociais não está sendo atendido (GICO, 2015). No Brasil, o foco para combater essa insatisfação social se deu especialmente, no campo processual, em que evoluiu a preocupação com a garantia dos princípios processuais constitucionais que estavam sendo desrespeitados.

Nesse contexto, acreditava-se que a morosidade era gerada a partir do abarrotamento do poder judiciário. Isto porque, sob a perspectiva tradicional, o processo civil era concebido como um assunto entre duas partes, a respeito de seus próprios interesses individuais, não havendo espaço para a proteção dos chamados direitos coletivos e difusos. Assim, as diretrizes individualistas eram nítidas no Código dos Ritos vigente na época (Lei 5.869/73). Por sua vez, esses pilares estimularam o surgimento do movimento que se constituiu na representação dos interesses difusos e coletivo (MATTEI; SILVA, 2012, p. 37).

Para esse movimento, o inadmissível era a negligência e aplicação incoerente dos direitos fundamentais do cidadão, como, por exemplo, o princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988), o princípio da isonomia, visando amenizar a sobrecarga dos tribunais, com enorme preocupação em combater a morosidade na entrega da prestação jurisdicional e amplo prestígio à jurisprudência. Por isso, o legislador criou mecanismos que visavam amenizar a



tramitação processual como a súmula vinculante, a repercussão geral e a técnica de julgamento dos recursos especiais repetitivos (MATTEI; SILVA, 2012, p. 41).

Por evidente, surgiram propostas de alteração do ordenamento jurídico com foco em solucionar as problemáticas. Essas aludidas mudanças ocorrem tanto em nível constitucional, como no âmbito infraconstitucional (BASTOS, 2008). Como ocorreu em 2004, com a Emenda Constitucional de n. 45, o início para o respeito aos precedentes/ uniformização de jurisprudência, uma vez que se atribuiu as decisões definitivas de mérito do Excelso Pretório o efeito vinculante (GICO, 2015). Nesse sentido, consolidou-se também na exposição de motivos das disposições do Projeto de Lei 8.046/2010 a preocupação com a efetividade e a celeridade (REZENDE, 2011, p. 105-107).

Com isso, as alterações legislativas e a observância de leis anteriores, como as Leis de Ação Popular (Lei 4.417/1965) e de Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) evidenciavam a preocupação crescente com o ramo do direito coletivo surge no contexto social com a teleologia de gerar eficácia para o sistema de julgamento dos Tribunais e garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da atualização de seus instrumentos processuais. Dentro dessa ramificação jurídica, o ex- Ministro e Doutrinador Zavaski (2007, p. 57), esclareceu com a sua tese de Doutorado os pilares norteadores do direito coletivo. Note-se:

A expressão direito coletivo é designação genérica a compreender duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo stricto sensu. Trata-se de uma categoria de direito material relativamente nova, nascida da superação da clássica dicotomia entre interesse público e interesse privado. De outro lado, os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera a sua natureza individual. Cuida-se de um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de homogeneidade, que propicia, embora não imponha, a defesa coletiva de todos eles.



A partir dessas diretrizes e da consolidação do direito coletivo, o legislador passou a abordar com outra concepção o processo coletivo, de modo que buscava a maior eficiência jurídica e como poderiam ser explorados esses resultados. Convém asseverar que, as tutelas coletivas não foram eficazes em resolver o problema da quantidade de processos idênticos (CABRAL, 2014, p. 201), uma vez que, não atendiam a necessidade de julgamento de causas isomórficas.

Há a distinção quanto a espécie de conflito, sendo este, peculiar, pois específica uma sociedade de massa, em que as causas dos geram processos grande quantidade, ou seja, uma multiplicação de processos sobre idênticas questões fáticas ou jurídicas, como ocorre nas temáticas envolvendo imobiliárias, empresas de telefonia, a bolsa de valores.

Com essa necessidade, o legislador busco fontes do direito internacional, como inspiração para a elaboração do Novo Código de Processo Civil (CPC). Esse entrou em vigor com uma proposta de solucionar o congestionamento do Judiciário, por meio do julgamento das demandas em massa ou blocos, denominado como Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Esse é um instrumento processual, o qual visa suprir a equação do fator tempo de julgamento e número de julgados para buscar a economia processual, com um valor inserido efetividade (SOUSA, 2016).

Nesse contexto, a nova metodologia de julgamento das demandas repetitivas foi promulgada de forma isolada dentro da Codificação Processual. Com isso, a novidade legislativa trouxe uma panaceia para as causas isomórficas, visando julgá-las sob à ótica da Câmara de Uniformização de Jurisprudência, em respeito aos princípios processuais constitucionais, possibilitando a projeção da conexão, qual seja, a fundamentação em tese jurídica semelhante, o respeito à isonomia, a pulverização dos custos do processo e o auxílio ao acesso à justiça (RODRIGUES, 2011, p. 927).





Por outro lado, a novidade legislativa de julgamento das causas com similitude de matéria é falha desde a sua promulgação, por diversos fatores, a iniciar pelo fato de que uma das grandes discussões sobre o tema gira em torno da sua origem se seriam espelhados em causas-piloto, ou em causas-modelo. Apesar de sutil, a diferença gera diversas consequências, corroborando com o legislador molda para moldar modelo de julgamentos de massa tupiniquim, de alta peculiaridade.

Fundamentalmente, a instrução normativa brasileira é fundada no direito romano- germânico, denominado como *civil law* (direito civil). Essa influência é justificada pelo nosso processo de colonização, o qual tivemos como metrópole o Portugal. Os colonizadores do Brasil, sofreram uma forte influência do Código Napoleônico, o qual previa uma forte aplicação literal do direito, ou seja, o direito válido era o previsto em normas escritas (Códigos e Leis).

Noutro giro, o modelo que baseia o julgamento de demandas de massa é o *commow law* (direito comum). Nessa modalidade, o principal pilar do direito são os precedentes judiciais, em que se busca a elaboração de uma tese para aplicação nos casos concretos semelhantes. Portanto, antes da promulgação do CPC, em alguns pontos o IRDR se contradizia em diversos aspectos do ordenamento jurídico, sendo necessária a flexibilização de algumas normas para se adaptar o instrumento a realidade jurídica brasileira, tais como a competência, desistência, extensão do julgamento.

Com isso, surgiram dúvidas a respeito da adaptação do procedimento ao ordenamento, como uma das teses desse artigo: há ou não o benefício quando se modulação os pilares teóricos internacionais, em relação ao nosso incidente de resolução de demandas repetitivas. Sendo assim, serão fundamentados os principais pontos de contraposição dos modelos, que influenciaram a instauração do IRDR no Código dos Ritos.



Nessa linha de raciocínio, observam-se pequenas rupturas dentro do sistema de criação de precedentes brasileiro, um fenômeno natural de amadurecimento da nova instrução normativa. Em contrapartida, podemos contar com fontes internacionais consolidadas ao longo do tempo, tendo em vista que a prática proporcionou o aperfeiçoamento da metodologia. Dessa forma, pode se afirmar que, é enriquecedor o entrave teórico presente dentro do modelo brasileiro, pois a pluralidade de formas ajuda a suprir as lacunas e a superar barreiras dentro do nosso ordenamento, para consolidar e estruturar a cultura de respeito e criação ao precedente judicial.

De modo geral, a legislação brasileira se pautou em dois pilares doutrinários complementares, consolidando um modelo híbrido para resolver as demandas repetitivas infraconstitucionais, os quais refletiram diretamente na escolha da especificidade temática, na limitação da abordagem, na vigência do trâmite processual, nos requisitos formais de sua admissão, entre outros fatores (RODRIGUES, 2011, p. 915). Portanto, a análise comparativa entre essas espécies teóricas de instauração do IRDR será pontuada quanto a sua origem dos institutos e as suas influências, e será colocado os seus efeitos devidamente adequados ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que se houve a necessidade de adequação.

Por sua vez, ao analisar as ações individuais que tramitam perante as Cortes brasileiras, depreende-se uma imensidão de causas com a igualdade de temática. Essas demandas tramitam perante todas as instâncias processuais. Isso gera uma pluralidade de entendimentos sobre o assunto, e torna cada processo individual mais instável, uma vez que não há a certeza do entendimento da Corte. Assim, o IRDR supre essa necessidade, na medida em que se gera decisões sólidas, porque o tema é tratado com maior profundidade.

Corroborando com o contexto, o incidente de resolução de demandas repetitivas aborda o assunto em sua integralidade, sob diversas óticas. Em verdade,



ao ser elaborado, pensou-se em uma tipologia de julgamento consultiva, analisando diversas fontes do direito, dentre essas estão às normas jurídicas, a jurisprudência, os julgados anteriores, para ao final, proferir um acórdão completo. Isso, supostamente culminou na efetividade do acórdão aumenta quando o precedente pré-determina o entendimento do Tribunal e evita a interposição de recursos e o ajuizamento de novas ações judiciais. Com efeito, o IRDR supostamente evitaria a divergência entre os julgadores, possibilitando um menor esforço na resolução das demandas de massa.

## **2 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS**

Primeiramente, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas está previsto no Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) dentre os artigos 976 até 987. Essencialmente, esse procedimento funciona selecionando poucos casos, para a realização de um único julgamento que será utilizado como base para casos idênticos já propostos os futuros, por meio da utilização da técnica de julgamento por amostragem (MATTEI; SILVA, 2012, p. 46). Esse incidente de coletivização utiliza como metodologia a retirada do foco dos processos individuais e atribui aos interesses coletivos, unificando em um único procedimento, ou seja, existem dois momentos de atividade cognitiva: um coletivo e outro individual (RODRIGUES, 2015, p. 911).

*A priori*, conceitua-se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, em seu site oficial, conceitua incidente como “*uma questão controversa secundária e acessória que surge no curso de um processo e que*



*precisa ser julgada antes da decisão do mérito da causa principal*". Portanto, o IRDR é um processo secundário coletivo, que deve ser julgado antes do mérito.

Também, é importante ressaltar que, estabeleceu-se na doutrina uma distinção entre a tipologia dos litígios. Entre esses há os casos eventuais ou esporádicos, cuja periodicidade é baixa – poucos casos similares, os quais demandam um aprofundamento maior da matéria. Em contra partida, há os litigantes habituais e frequentes – grande repetitividade e semelhança entre os casos. Esses possibilitam a instauração do julgamento de demandas repetitivas (CUNHA, 2010).

Por sua vez, o modelo brasileiro, apesar de inspirado em instrumentos internacionais, esse se consolidou de forma distinta, pois não respeita nenhuma estrutura dos modelos teóricos exteriores. Isso ficará evidente e exemplificado no decorrer desde projeto. Evidentemente, a instauração do incidente influencia diversos processos, espelhando a mesma tese sobre a temática, visando a segurança jurídica. Logo, surge uma nova modalidade de representação processual, conforme aduz o doutrinador Antônio do Passo Cabral (2014), a substituição processual, nesse caso, é prevista dentro do aparato legal, e o que postular está incumbido de representar o interesse de uma coletividade geograficamente dispersa.

Nesse contexto, é imprescindível o respeito aos requisitos necessários para a instauração do incidente, previsto no artigo 976, CPC. Não só a existência de causas habituais é essencial, devem estar em respeito a essa previsão normativa, a qual estipula a análise prévia dos dois incisos: (i) os processos que repetitivos devem conter controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e (ii) com o risco a ofensa à isonomia, e a segurança jurídica (TEIXEIRA, 2015, p. 221). Ambos, após a análise, serão encaminhados ao Presidente da Turma de Uniformização de



Jurisprudência, devendo esse decidir sobre o primeiro exame de admissibilidade do incidente.

Posto isso, o Incidente poderá ser instaurado conforme o rol taxativo previsto no artigo 977, do Código dos Ritos que prevê as partes legítimas para instaurar o procedimento do IRDR. Dentre os seus incisos, a norma prevê que poderá propor o incidente o próprio juiz ou relator por ofício, a parte interessada desde que reste comprovada o interesse dos requisitos mencionados, e o Ministério Público ou a Defensoria Pública, o próprio juiz ou relator poderá suscitar de ofício, pela parte interessada desde que reste comprovada o interesse dos requisitos mencionados no parágrafo retro.

Noutro giro, o artigo 979, Código de Processo Civil, estabelece que, deverá ser ampla e específica a publicidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, devendo ser expedido ofício direcionado para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – entidade responsável por gerar publicidade ao feito. Necessariamente, essa divulgação dar-se-á por meio de registros eletrônicos. Com essa publicação, será aberto o prazo de 15 (quinze) dias para as partes interessadas comparecerem ao feito. Afinal, o CNJ terá dupla finalidade, a fiscalizadora e reprodutora da matéria para a maioria.

Garantido o amplo acesso, o Código demonstra a preocupação em sobrestar as ações individuais, com efeito *erga omnes*, no limite da competência do órgão prolatado (SOUSA, 2016). Assim, inicialmente, a letra da lei determina a suspensão dos processos individuais pelo período de 1 (um) ano. O Ministro Fux (2011, p. 237-273) se posicionou sobre questão retro, colocando a necessidade da inércia dos autos individuais como uma forma de garantir as prerrogativas constitucionais, em especial, do princípio da igualdade e da isonomia. Observe-se:

Então, criamos esse incidente de coletivização, diferentemente do processo coletivo, porque se dá em demandas individuais,



através do qual nós sobrestamos as ações individuais, e a decisão desse incidente se aplicará a todas as ações individuais sobrestadas, o que é a melhor fórmula de se aplicar, na prática, o princípio da igualdade de todos perante a lei e perante a Justiça. - deste incidente de coletivização.

Com essas garantias, o ordenamento passa a se preocupar com a distribuição do feito e o segundo juízo de admissibilidade (artigo 981, CPC). Conseqüentemente, será distribuído o processo entre os Magistrado do Colegiado que compõe a Turma de Uniformização de Jurisprudência da Corte. Essa composição surgiu com o intuito de evitar a divergência entre os julgados, obedecendo o regimento interno de cada Tribunal que instaurou o procedimento (artigo 978, Código dos Ritos).

Especialmente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em seu ordenamento interno, estabelece os critérios de sua composição, pontuando que será composta por dezessete Desembargadores, os quais serão escolhidos conforme o critério da antiguidade dentro da composição das Turmas Cíveis (Segunda Instância). Dentre esses, um dos Magistrados será designado como o Presidente da Turma, com responsabilidade e atribuições diferenciadas.

Em seqüência, haverá a escolha do I. Relator do Incidente. Previamente, esse terá a obrigação de selecionar alguns casos idênticos ou uma tese jurídica para ser pautado em julgamento composto (SIRIANO, 2019). Uma vez selecionados, será proferida a decisão de recebimento (artigo 983, CPC). Essa determinará a suspensão dos demais processos que versam sobre o mesmo tema, *vide* artigo 313, IV, CPC. O efeito suspensivo consiste na paralisação dos processos, na fase em que se encontrarem. Também, deverão ser oficiados os órgãos jurisdicionais competentes sobre a instauração do incidente.

Ademais, esse *decisum* prestará as informações necessárias para o CNJ, contendo-as para gerar a publicidade ao feito e gerar a segurança jurisdicional. Com o intuito de garantir o interesse da coletividade, o Ministério Público será intimado



para compor a lide, fiscalizando e eventualmente participando do procedimento de julgamento de massa. Ainda nesse ato ordinatório, visando os direitos fundamentais do Contraditório e da Ampla Defesa, poderão compor o procedimento os interessados poderão atuar no processo. Esses atuarão como *Amicus Curiae* – amigo da corte (artigo. 138, §3º, Código dos Ritos). Além disso, serão designadas audiências públicas, com a teleologia de ouvir depoimentos dos conhecedores da matéria.

No mérito, a temática poderá versar tanto sobre o direito material quanto o direito processual (artigo, 928 §Único, CPC), porque o objetivo principal do julgamento de demandas repetitivas é elaborar uma tese, que consolide de forma abstrata e coletiva o debate de mérito, visando a sua aplicação universal. Assim sendo, haverá a aplicação das garantias processuais fundamentais do processo civil, contribuindo para a isonomia e para a segurança jurídica, tornando o eficiente dos pontos de vista material e processual (MATTEI; SILVA, 2012, p. 52).

Durante o julgamento, o relator fará a exposição do objeto, seguido da sustentação das partes (artigo, 984, CPC). Consequentemente, haverá as instâncias superiores deverão se utilizar da tese jurídica nos demais casos isomórficos, independentemente, se foram ou não propostas as ações. Em outras palavras, o efeito vinculante, durará ao longo do tempo para as causas futuras (artigo 985, CPC). Com isso, o autor Teixeira (2015, p. 233-234), disserta que a pluralidade de opiniões que o Código possibilita a ser ouvida, supre a pobreza da *ratio decidendi*, elevando a decisão do julgamento do IRDR ao patamar de precedente. Além disso, o autor propõe uma série de utilidades para o *decisum*. Verifique-se:

A preexistência de tese fixada em IRDR trará, contudo, consequências em favor da celeridade do procedimento, podendo ensejar (i) o deferimento de tutela da evidência quando o pedido estiver fundado em tese firmada no precedente; (ii) a dispensa de remessa necessária quando a sentença estiver alinhada ao precedente (art. 496, §4º, II); (iii)



a improcedência liminar do pedido (art. 332, III), (iv) o julgamento monocrático do mérito de parte do relator (art. 932, IV, 'b' e V, 'c'); bem como (iv) a dispensa de caução no cumprimento provisório de sentença alinhada ao precedente (art. 521, IV).

Nessa linha de raciocínio, o autor defende que não haverá limite temporal que não permita a possibilidade de revisão do precedente. Nessa tese, o expoente pontua que haverá a independência entre a ocorrência de fato novo, portanto, não será necessário esse para justificar a nova análise da tese anteriormente firmada pela Turma de Uniformização de Jurisprudência. Com isso, se espera conseguir a oxigenação das decisões judiciais. Esse pensamento está alinhado diretamente com o final do Capítulo VIII, especificamente, os artigos 986 e 987, ambos do CPC, uma vez que esses estabelecem a possibilidade de revisão do precedente judicial.

O primeiro, estabelece que os legitimados pelo artigo 977, III, CPC poderão de ofício ou mediante requerimento legal, propor a revisão da tese jurídica pelo mesmo Tribunal que instaurou o incidente. Em contrapartida, o segundo visa garantir o princípio do duplo grau de jurisdição, tendo em vista que, esse abre a possibilidade da interposição de recurso especial e recurso extraordinário. Convém ressaltar que, ao interpor qualquer desses meios de impugnação, o efeito suspensivo será ampliado para âmbito nacional, conforme a competência do Tribunal.

### **3 FONTES INTERNACIONAIS**

Depreende-se, ao analisar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas a pluralidade de fontes internacionais que influenciaram na sua formação. Especificamente, serão expostas a seguir as ponderações a respeito das principais influências do direito norte- americano/inglês e do direito alemão que repercutiram dentro do procedimento de julgamento de demandas de massa. Isso aliado as legislações processuais que visavam a defesa dos direitos coletivos (as Leis de Ação Popular (Lei 4.417/1965) e de Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), e o Código de





Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), refletiu no CPC/2015, o Incidente de Coletivização Tupiniquim.

### 3.1 Direito Inglês

Por sua vez, o direito norte-americano/inglês está fundamentado no pilar estrutural do direito conhecido como *common law* – direito dos comuns, em que há uma alta valorização dos precedentes, e uma baixa quantidade de leis promulgadas e escritas de forma específica, sendo essas majoritariamente “faladas”. Em países como os Estados Unidos ou a Inglaterra, as demandas coletivas são comuns. Nesses, a resolução de demandas de massa brasileira é equiparada as *class actions* – ações de classes (SOUSA, 2016). É válido pontuar que, esses países utilizam esse sistema de julgamento a centenas de anos, por isso, os seus mecanismos obtiveram uma vasta caminhada evolutiva. Em contrapartida, a nossa ferramenta é de surgimento imediato, sem qualquer tipo de consolidação temporal (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 10).

Portanto, os precedentes judiciais são entendimentos dos Tribunais, com força vinculante, ou seja, fazem efeitos dentro das instâncias inferiores e dessa Corte. Essa manifestação tem dupla vinculação, isso significa que ocorre no sentido horizontal (instâncias inferiores ao tribunal), e no sentido vertical (dentro da Corte), tendo como consequência, em qualquer dos casos, a uniformização da jurisprudência e a contribuição para a previsibilidade aos jurisdicionados quanto às decisões judiciais (DURÇO; CHEHEUN, 2015, p. 543).

A modalidade de *common law* externaliza o seu principal fruto, a influência direta do juiz nos julgados, por isso é denominado como “jurista prático”, que utiliza a metodologia experimental, que será replicada nos demais casos. Esse método se consagra na medida em que o Magistrado, de modo geral, quando o Juízo viabiliza os julgamentos por meio das tentativas, que consequentemente geram muitos acertos



e muitos erros, cabendo ao Tribunal revisar e pontuar corretamente os julgados. (LISBOA, 2017).

Em outra perspectiva, o sistema *common law* valoriza a pertinência do devido processo legal, principalmente nas *group actions* – ações em grupo, ações coletivas, as quais são provocadas pelo déficit de legitimidade dos sujeitos estabelecidos pela lei. Isto porque, há a discrepância entre os interesses de membros de uma mesma categoria. Assim, esse ordenamento, de forma coerente, prevê uma diferente aplicação do *due process of law* (devido processo legal) para as causas em bloco, uma vez que se busca a estabilidade das demandas, e a distribuição dos ônus, dos deveres, e dos direitos processuais, distribuindo a defesa e a especificação de provas entre as partes os integrantes do julgamento de demandas repetitivas (BASTOS, 2008).

Em um cenário de discordância entre as partes do bloco, o modelo inglês prevê o sistema de *opt-in* ou *opt-out*. Nessas modalidades, o grande diferencial é a força vinculante do entendimento firmado pela *class action*. Aquele, observa o microsistema processual das ações coletivas, onde o autor peticiona para se sujeitar aos efeitos da sentença coletiva (*opt-in*). Esse, é justamente o contrário, a parte pleiteia o não se sujeitar aos efeitos da sentença coletiva, caso lhe seja desfavorável (TEIXEIRA, 2016, p. 232).

Ademais, existe nesse ordenamento, a metodologia de julgamento *stare decisis*, que traduz a “técnica de raciocínio jurídico” diretamente no processo. Essa será alicerçada em decisões pretéritas e sistematizadas, as quais devem estimular o seguimento do entendimento judicial geral da Corte, devendo ser exposta e consolidada pelos atores envolvidos ao longo da atividade judicante (LISBOA, 2017). Essa modalidade coletiva de julgamento também é pautada na valorização do precedente judicial.



Sob essa ótica, a cultura dos países que utilizam o sistema do *commow law*, fundamentalmente, valoriza os precedentes judiciais. Por certo, isso facilita a sua propagação, de modo que o entendimento pode ser facilmente levado para as classes dos comuns. Com isso, há uma menor proposição de processos judiciais e administrativos, tendo em vista que, as classes sociais entendem o posicionamento da Corte, ocorrendo assim a garantia dos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

### 3.2 Direito Alemão

Assim como no sistema retro, o procedimento alemão valoriza o sistema de julgamento em massa, pois há no cotidiano das pessoas, a cultura de valorização dos precedentes judiciais. O direito alemão consolidou o *Musterverfahren* (procedimento modelo) para resolver as suas causas de demandas repetitivas, gerando o procedimento a partir de causas modelo (= *Muster*), com o intuito de acelerar os processos com situação semelhante e quantidade expressiva, de forma unanime, independentemente de quem seja o autor ou o réu da questão, pois será decidida a tese jurídica (BECKER; TRIGUEIRO, 2017).

Historicamente, o objetivo de sanar o grande número de demandas presente no mercado de capitais alemão, em razão dos problemas dos investidores na Bolsa de Valores de Frankfurt, surgiu o procedimento modelo. Serão selecionados os casos semelhantes, e divididos, ou seja, as questões comuns, deverão ser destacadas para uma única apreciação do Tribunal de Segunda Instância. Em um segundo momento, haverá a aplicação da tese jurídica consolidada nos demais processos, sob à ótica de suas particularidades. (JACINTHO, 2017)

Esse ordenamento contribui com o *Pilotverfahren* (procedimento piloto), o qual também é um instrumento de julgamento de demandas em massa, mas a forma de instauração e seleção dos processos é diferente, assim como todo o procedimento.



O procedimento piloto, utiliza um único caso para ilustrar a tese jurídica, e posteriormente, refletir nos demais. Esses modelos teóricos refletiram diretamente no modelo brasileiro, essa comparação será ilustrada no decorrer do artigo.

Diante do conceituado, adentraremos na divergência doutrinária quanto a escolha do procedimento para a adaptação do modelo tupiniquim. A diferença entre as modalidades (causas-modelo ou causas-piloto) é sutil. Na realidade, dentro do Brasil, ocorre a confusão entre os estatutos quanto as suas espécies. Há uma leve tendência para se optar pelo procedimento-modelo, mas ainda é nítido que há a presença do procedimento-piloto. Isso se explica pela semelhança do ordenamento jurídico brasileiro, *civil law*. Afinal, o nosso método de julgamento era direcionado para outro tipo de finalidade.

Assim sendo, serão analisados os procedimentos introduzidos no Incidente de Resolução de Demandas de Resolução Repetitiva (causas-modelo ou causas-piloto), sob à perspectiva de conceitos clássicos que geram a divergência entre os instrumentos jurídicos, sendo esses a competência, a desistência e a força normativa dos procedimentos. Por isso, é importante consolidar sob à perspectiva da doutrina brasileira esses instrumentos para se equiparar com as influências internacionais.

#### **4 CONCEITOS INFLUENCIADOS PELA AUSÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO COLETIVO**

Sem mais delongas, é possível se verificar que o objetivo inicial dos dois procedimentos é igual, qual seja, a fixação da tese jurídica. Pois bem, antes disso, deverá o juízo competente analisar a admissibilidade, e o mérito do tema. Ocorre que, essa criação heterogênea do procedimento brasileiro fere a originalidade dos procedimentos. Tornando curiosa as diferenças entre os instrumentos jurídicos, e o reflexo das suas divergências. Portanto, ao longo da análise, se evidenciará as problemáticas entre ambos.



Nessa toada, a competência é um instituto jurídico que determina qual Magistrado está apto para decidir aquela questão de mérito. Pelo princípio do juiz natural, a competência deve estar pré-determinada, para se evitar todo e qualquer favorecimento ilícito. O Doutrinador Didier Junior (2019, p. 239) conceitua no seu livro a competência, como o poder do Estado de ditar o direito no caso concreto. Note-se:

A competência é exatamente o resultado de critérios para distribuir entre vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição. A competência jurisdicional é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos por lei. É o âmbito dentro do qual o juiz pode exercer a jurisdição; é a medida da jurisdição, a “quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos.

Em concordância a isso, o Código de Processo Civil tem ao longo do seu texto diversos artigos que determinam a competência para julgamento. Sendo esses, determinados por mais de um critério. Basicamente, a competência pode ser classificada como absoluta ou relativa. A competência absoluta, geralmente, está atrelada ao interesse público. Já a competência relativa, está atrelada ao interesse particular. Esses critérios, são a territorialidade, do valor da causa.

A competência pode ser definida como o limite observado pelo exercício da jurisdição, que por sua vez é “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei (CHIOVENDA, 2009). No IRDR, a competência de julgamento é atribuída por lei para a Turma de Uniformização de Jurisprudência. Todavia, os modelos teóricos se diferente quanto a competência, no sentido de que, deverá ser analisado pela Turma, o recurso e o mérito da decisão, ou se isso é imputado à Tribunal *ad quem*.

Superado o assunto retro, deve se conceituar a desistência. Essa é um ato unilateral da parte, que ocorre dentro do processo. Essa manifestação normalmente ocorre por meio de um petição, cuja parte expressa a sua vontade não ter interesse



no julgamento com resolução do mérito da litigância. O pedido é fundamentado nos termos do artigo 485, VIII, Código de Processo Civil. A grande questão da desistência dentro da temática do IRDR, é quanto ao momento processual em que essa é pleiteada. Em verdade, dependendo do procedimento optado poderá se afetar diretamente a elaboração da tese, e a afetação do julgamento no interesse das partes. Nesse mesmo sentido, o autor Theodoro Júnior (2018, p.229) define desistência. Verifique-se:

Pela desistência, o autor abre mão do processo e não do direito material que eventualmente possa ter perante o réu. Daí por que a desistência da ação provoca a extinção do processo sem julgamento do mérito e não impede que, futuramente, o autor venha outra vez a propor a mesma ação, uma vez que inexistente, in casu, a eficácia da coisa julgada (vide, infra, os n. os 755 e 807). É a desistência da ação ato unilateral do autor, quando praticado antes de vencido o prazo de resposta do réu, não depois dessa fase processual.

Posto isso, os modelos teóricos externos se contrapõem quanto a desistência e a influência da coisa julgada sob a pessoa que desistiu, e como deverá ocorrer o prosseguimento do feito, pois os mecanismos de *opt-it* e *opt-out*, impedem o impacto dentro dos desistentes. Ademais, as consequências disso, no modelo brasileiro são evidentes, tendo em vista que, as adaptações seguem ambos os modelos teóricos. A influência do modelo alemão limita não só a matéria, mas as partes que sofrerão o impacto do julgamento, não tendo esse efeito vinculante – diferentemente, do modelo tupiniquim.

Por consequência, será influenciada pela competência o efeito vinculante e a força normativa da decisão do IRDR, as quais deveriam estar pré-determinadas pelo Código de Processo Civil, ou pelos costumes. No entanto, ante as nossas diferenças estruturais do ordenamento jurídico do *civil law* e do *common law*, nos resta a adaptação dos modelos teóricos externos para a nossa realidade.



Posto isso, a temática do presente artigo está pronta para ser exposta. Assim, o embate entre o procedimento-modelo e o procedimento-piloto, dentro desse artigo, ocorre em três pontos na competência, na desistência, na força normativa/efeito vinculante. Sob à ótica crítica, auxiliado com a metodologia comparativa, se evidenciará ao longo das tratativas a divergência entre os conceitos base. Com isso, será possível, de formar fundamentada, concluir qual é o procedimento mais adequado, nos moldes do sistema judiciário brasileiro.

## **5 DIVERGÊNCIAS ENTRE OS MODELOS INTERNACIONAIS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Ante ao exposto, as influências internacionais refletem diretamente em dois modelos teóricos o procedimento piloto e o procedimento modelo. Dentre as suas peculiaridades, o ordenamento jurídico se consolidou em uma verdadeira panaceia jurídica, observando cada instituto sob uma diferente ótica. Por isso, o modelo de resolução de demanda em massa tupiniquim tem características de ambos os institutos teóricos, logo, será analisado a seguir, o procedimento piloto.

### **5.1 Causa-Piloto**

Nessa modalidade, as “causas piloto” ou “processos-teste” ocorre na medida em que há a seleção de causas isomórficas, as quais irão sofrer os efeitos suspensivo, enquanto a haverá a seleção de um único processo para ser julgado (CABRAL, 2014, p. 2). Ao ser escolhido, haverá a suspensão dos demais processos, os quais aguardarão a prolação do acórdão da matéria comum para ser espelhado aos demais casos concretos pelas instâncias de piso (SOUSA, 2016).

O formado de julgamento do procedimento piloto revela unidade cognitiva. Isso significa que, o órgão competente para julgar a demanda coletiva é o mesmo órgão que aprecia a questão comum. Em partes, esse procedimento se assemelha a



ocorrência no modelo tupiniquim. Posteriormente, haverá a reprodução da tese definida no incidente (*ratio decidendi*) nos casos em que esteja abordando o objeto comum. Assim sendo, o autor explica que ao escolher o processo representativo, a Turma deverá fundamentar as razões da sua indicação (CABRAL, 2014, p.2).

Nesse ponto, é válido esclarecer que, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece duas formas de revisão da decisão proferida, em sede do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. A primeira, trata-se da análise pelo mesmo tribunal da tese jurídica (artigo 986, CPC), uma vez que as partes legitimadas suscitem – semelhante ao procedimento teste. Já a segunda, possibilita a revisão por uma instância superior, uma mescla dos modelos teóricos – característica do procedimento modelo.

Com isso, evidencia-se uma omissão legislativa nesse ponto, tendo em vista que, não se estabeleceram critérios objetivos para a afetação do incidente, ficando aberto para a discricionariedade dos Magistrados. Estruturalmente, existem dois fatores essenciais para a escolha da causa-piloto, a amplitude do contraditório (pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário) e a ampla participação (com audiências públicas, intervenção de *amicus curiae*).

Uma vez cumpridos os requisitos, garantir-se-á ao procedimento piloto: (i) a completude da discussão (maior quantidade de argumentos); (ii) a qualidade da argumentação (razões clarezas, lógicas e concisas); (iii) o contraditório efetivo (rejeitar a seleção de processos em que tenha ocorrido revelia, ou naqueles em que, apesar de ter havido contestação, possa-se observar baixa densidade de contra-argumentação, tanto em questões fáticas); (iv) inexistência de restrições à cognição e à prova no processo originário; e (v) a pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário. Cumprindo esses critérios, haverá a seleção do processo com a argumentação mais equilibrada que possibilitará o estabelecimento de teses mais estáveis e profundas (CABRAL, 2014, p.5).





Por sua vez, conceitua-se que nesse procedimento há limitações probatórias – inadmite prova técnica de grande complexidade, tendo em vista que a sua cognição é limitada e sumária (juízo analisar profundamente as restrições temporais e probatórias). Isso reforça que a causa a ser escolhida deve refletir todas as questões de fato, visando um julgamento justo e promissor. Ao final do procedimento, restará um acórdão, contendo a tese julgada, de direito e abstrata, para a aplicação universal (CABRAL, 2014, p.9).

Ocorre que, a desistência ou o abandono são questões delicadas no procedimento- teste, pois haverá a mesma consequência jurídica. A jurista Sofia temer (2016, p. 69) estabelece que, portanto, o modelo de julgamento de questões repetitivas deveria versar apenas sobre questões de direito, assim sendo, a desistência não poderia impedir o prosseguimento do incidente. Caso a parte peticionasse requerendo a desistência do feito, passaria a haver a tramitação de um caso concreto subjacente, pois há a natureza objetiva, mais adequada para a aplicação em casos futuros. No modelo tupiniquim, ocorre dessa maneira, apesar da referência expressa na exposição de motivos do Código de Processo Civil, estabelecer como referência o *Musterverfahren*.

Assim sendo, caso seja homologada a desistência, o processo individual da parte não será afetado pelo julgamento do principal – mecanismo de *opt-ou*. Evidentemente, no procedimento teste haverá a substituição processual das partes, sob a fundamentação do interesse coletivo, ser superior ao interesse individual. Especificamente, a substituição processual deverá manter todos os critérios anteriormente estabelecidos, visando justamente, manter o equilíbrio processual. Pode-se afirmar que, a substituição processual consolidou um instrumento juridicamente bizarro, participando do julgamento principal, mas sendo desafetado por esse.



Dito isso, o procedimento piloto não pressupõe a existência de uma causa real para o julgamento da tese jurídica, por isso a sua maior dificuldade é a instauração do procedimento (CABRAL, 2014, p. 3). Sendo que, a força normativa/efeito vinculante do procedimento piloto serão reflexo direto do último pronunciamento da Turma de Uniformização de Jurisprudência, o qual está atrelado diretamente a competência. Por essa modalidade caberia apenas para a Turma recursal e essa seria o revisor da sua decisão. Nesse ponto, existe a crítica a respeito da fuga dos efeitos vinculantes desfavoráveis da decisão exarada, sendo observada a grande probabilidade de a decisão ser contrária aos seus interesses de julgamento (RODRIGUES, 2015).

## 5.2 Causa-Modelo

Essencialmente, o procedimento modelo (ou procedimento padrão) foi criado para resolver questões pontuais em determinado período, com foco nas questões jurídica e de fato (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 7). Por certo, o *Musterverfahren* surgiu para resolver os conflitos de massa decorrentes do mercado mobiliário, uma vez que ocorrer uma fraude contra os investidores do Mercado de Capitais. Com isso, o Tribunal Constitucional alemão se posicionou exercendo a hermenêutica processual, possibilitando a criação do incidente de resolução de demandas de massa (SOUSA, 2016).

Nessa modalidade, existe uma grande preocupação com o contraditório e com a ampla defesa (REZENDE, 2011, p. 110), pois as denominadas “ações sombras” não terão participação efetiva dentro do processo, mas serão representadas por partes com o interesse comum. Por isso, a lei alemã prevê uma série de requisitos para instaurar o procedimento. A autora Rezende (2011, p. 114) pontua os casos requisitos necessários para começar o procedimento. Observe-se:



[...] with an opening phase in which the Regional Court (the Lower Court), on the application of no less than 10 parties, orders the initiation of intermediary proceedings and determines the legal or factual issues to be decided there. In the second phase, the pending claims will be suspended as the model question is decided by the competent Regional Appellate Court (the Higher Court), which appoints one or several model claimants. Finally, in the third phase, again the Lower Court decides every single case on the basis of the results obtained in the preceding phase.

Dentro do ordenamento alemão, além dos requisitos acima, existe a preocupação com a discricionariedade do Magistrado, e se haverá apenas a análise da tese jurídica ao longo do procedimento (RODRIGUES, 2011). Com a evolução do procedimento ao longo do tempo, foi possível utilizá-lo no âmbito da Justiça Administrativa – na Alemanha. Com isso, os gestores do judiciário visavam conseguir a compatibilidade de interesses individuais e supra-individuais, com os pedidos de coletivização da demanda e o desenvolvimento dos respectivos incidentes (BASTOS, 2008).

O modelo de julgamento do procedimento-modelo (ou procedimento-padrão), também se dá a partir da fixação da tese, porém esse é fundado na seleção de causas pré-existentes e reais. O posicionamento teórico em liça gira pode tratar tanto questões de fato quanto de direito (CUNHA, 2010). Pois, ao final, se elabora a partir dos pontos em comum uma tese jurídica aplicável ao caso concreto. Já os casos que serão selecionados para compor o julgamento têm o intuito de servir como amostra para os demais (CABRAL, 2014, p. 2).

Nesse, haverá a eleição/escolha dos representantes das partes-principais (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 4). Em sequência, estará preparada a tese para o julgamento, o qual, ocorrerá de forma cognitiva e decisória, ou seja, existe uma divisão entre o órgão que julga a questão comum, e o órgão originário que decide todas as questões que lhe são próprias. Ao final, haverá a incorporação da tese definida aos processos repetitivos. (CABRAL, 2014, p. 2). Isto porque, o órgão



incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente. Portanto, não haverá o reexame do mérito pela instância superior, como prevê o IRDR

Havendo essa segregação, o magistrado de primeiro grau deverá julgar individualmente cada ação, obedecendo a eficácia da decisão-modelo. Com isso, o procedimento visa garantir a segurança jurídica e a uniformidade da jurisprudência. O ordenamento do *Musterverfahren* garante um lapso temporal de 4 (quatro) meses entre a divulgação da instauração do procedimento e a sessão de julgamento, visando assegurar a publicidade do procedimento, por meio do amadurecimento do debate entre todas as partes e interessados a respeito daquela questão comum – quanto maior o período de consolidação da causa, menor a probabilidade de equívocos (RODRIGUES, 2011).

No entanto, nesse procedimento, o juízo de admissibilidade emanará da Corte competente para julgar a ação individual – juízo *a quo*. Diferentemente, do ordenamento nacional, em que o legislador optou pelo oposto, e quem faz o exame de admissibilidade é a Corte *ad quem*. Assim como, existe a hipótese de alteração da competência de julgamento, em virtude da abrangência da repercussão nacional (RODRIGUES, 2011).

Noutro giro, a desistência ou o abandono da causa, no procedimento padrão não afeta o julgamento do mérito da questão, porque o interesse público deve se sobrepor ao interesse particular. Isso não significa que a parte não tem o direito à desistência, mas sim que a demanda ou o recurso em si deve prosseguir, e o prosseguimento da instrução tem o Ministério Público, pela determinação legal, como o novo requerente. Essa desistência não altera o status do autor-líder ou do réu-líder, se designará um novo, a partir de uma nova demanda (RODRIGUES, 2015). A legislação alemã (*KapMuG*) permite que os litigantes individuais peçam



desistência da demanda, para não serem atingidos pela decisão (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 5).

Por isso, o desistente (ou quem abandonou a causa) não será afetado pelo julgamento da lide principal no procedimento modelo (e no IRDR). Com efeito, haverá a alteração da eficácia da decisão. Nessa modalidade, a decisão tem efeito vinculante e faz coisa julgada, a qual afetará todos os processos repetitivos (individuais e coletivos pendentes de julgamento e futuros), por intermédio da opção do indivíduo pelo julgamento coletivo ou individualizado (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 5).

## **6 CRÍTICAS E SOLUÇÕES AO MODELO DE JULGAMENTO REPETITIVO TUPINIQUIM**

Ante ao exposto, depreende-se que o modelo brasileiro cria um sistema de precedentes único, com peculiaridades distintas daquelas observadas em países com maior tradição no assunto (TEIXEIRA, 2016, pag. 223). Com esse procedimento, o legislador brasileiro visa a pacificação social, isonomia e segurança jurídicas constam como fim e meio desta lei, tais garantias fazem parte deste novo instituto destinado a compor o microsistema de formação de precedentes vinculantes (CÂMARA, 2017, p. 482). No entanto, o procedimento ainda está repleto de falhas que deverão ser superadas.

Por sua vez, o julgamento feito pela câmara uniformizadora engendra tese de uso obrigatório pelos tribunais de piso circunscritos à jurisdição daquele onde instaurou-se o IRDR. Não há opção, por parte dos juízes em aplicar, ou não, a tese fixada (BECKER, TRIGUEIRO, 2017). Por isso, a flexibilidade dos mecanismos *opt-in* e *opt-out* é questionada ao longo do procedimento, na medida em que, as “litigantes-sombra” não podem optar ou intervir dentro da tramitação do julgamento repetitivo, nem mesmo para optar o seu representante.



Em verdade, o poder legislativo não estabeleceu critérios rigorosos para serem atendidos pelos legitimados e seus advogados, restando uma lacuna normativa, que resultou a ausência do controle acerca da adequação da representatividade, violando o direito ao contraditório de todos os litigantes abrangidos no IRDR. Afinal, sendo o cidadão afetado pela decisão desfavorável, o mínimo que se poderia requerer era uma boa representação processual. Diretamente, o ordenamento fere o direito da ampla defesa e do contraditório previsto no CPC e na Constituição Federal. Em decorrência disso, o Brasil adquiriu uma característica peculiar, pois seria o único país em que a legislação atualizaria a jurisprudência e não o contrário (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 8).

No sistema brasileiro, há uma clara inversão de valores a respeito da qualidade dos julgamentos, pois há uma maior valorização no julgamento em massa (por cascata – valorização numérica). Isso expõe características de baixa qualidade e máxima capacidade de resolver as lides em lotes, o que acaba por comprometer a sonhada eficiência do procedimento. (ROSSI, 2012). Conseqüentemente, esses fatores culminam na descrença estimula a confiança no judiciário (SOUSA, 2016).

Com esse enfoque, o ordenamento jurídico brasileiro está sofrendo constantemente um avanço para a coletivização. Inobstante, esse fenômeno sofre com as lacunas legislativas existentes, principalmente, da falta da Codificação do Processo Coletivo. Por evidente, há a previsão legal de forma esparsa, pontal, sem abrangência das ações coletivas, não só o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, sendo necessária a sistematização específica (BASTOS, 2008).

Outro ponto relevante, é a competência para julgar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, esses deveria ser julgado por uma Turma dentro Superior Tribunal de Justiça, porque é uma Corte de abrangência Nacional (RODRIGUES, 2015). Isso evitaria a possibilidade de divergência entre os Tribunais Estaduais e Federais, uma vez que esses são autônomos para julgar seus procedimentos



repetitivos, gerando assim o equilíbrio entre o direito local e o direito nacional (SOUSA, 2016). Além disso, os processos que versassem a matéria jurídica comum, permanecesse suspenso até o julgamento pela Corte Superior (TEIXEIRA, 2016 p. 225).

Noutro giro, existe a necessidade de melhor adequação do modelo de julgamento de massa, ao ordenamento jurídico brasileiro, devendo o Incidente se tornar mais simples para haver maior eficácia. Como por exemplo, isso ocorre no caso da remessa necessária, um instrumento jurídico que é ultrapassado para o Incidente Tupiniquim, porque é julgado por um Colegiado, e mesmo assim, necessita de confirmação pelo Tribunal. Isso evidencia o despreparo para recepcionar mecanismos internacionais (SOUSA, 2016).

Por fim, a racionalização do julgamento das causas repetitivas está em pendência, o propósito inicial era de solucionar o congestionamento no poder Judiciário, e ao longo dessa trajetória, houve o desvio da teleologia, valorizado a baixa qualidade dos acórdãos (DURÇO; CHEHEUN, 2015, p. 543). As Câmaras Uniformizadas deveriam estar focadas em gerar o benefício do coletivo, por meio da criação da jurisprudência vinculante, o real meio proposto para solucionar o problema de congestionamento (SIRIANO, 2018).

## **CONCLUSÃO**

O incidente de resolução de Demandas repetitivas é um instrumento processual novo, que surgiu em meio ao Código de Processo Civil, na medida em que, tentava-se consolidar uma solução para as demandas repetitivas, o legislador optou por essa terceira via de tutela (TEIXEIRA, 2016, p. 219). Em um segundo momento, deveria estar exaltado a opção de utilização dos mecanismos como precedentes, com um respeito a adequação da representatividade, devendo ser de



vinculação parcial (conforme os estrangeiros). Isso consiste na utilização de mecanismos *opt-in* e *opt-out*, dentro do ordenamento.

Conseqüentemente, a ausência do Código de Processo Coletivo culmina na inversão de valores, porque o IRDR é tratado como uma demanda individual, e não é respeitado como deveria (como precedente vinculante nacional). A ausência de especialização no Processo Coletivo, gera a falha estrutural principal dentro do Incidente, pois torna o sistema auto sustentável, na medida em que, se terá menor qualidade nas decisões, e por conseguinte, menos estudiosos, menos soluções e menor foco nas demandas coletivas.

Por certo, o IRDR é o “filho regenerado dos precedentes”, pois se tornou um instrumento residual e falho. Essa não é valorizado pelas Cortes Superiores, muitas vezes, por não ter abrangência Nacional. Ocorre que, o Incidente deveria ser instaurado em uma Turma do Superior Tribunal de Justiça (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 2), com grau recurso a própria Corte, em sua integralidade, ou seja, no plenário. É inegável que este modelo atual de valorização de precedentes provocará, o acúmulo e a centralização de poder nas Cortes Superiores (TEIXEIRA, 2016, p. 235)., tendo em vista que na Doutrina não há consenso sobre a sua eficiência (MATTEI; SILVA, p. 36), é de interesse coletivo a promulgação do Código de Processo Coletivo, e o início da coleta de dados para vislumbrar soluções.

Com o foco voltado para o Legislativo, haveria a promulgação do Código de Processo Coletivo, e conseqüentemente, estaria disposto de forma mais adequado os pressupostos processuais básicos, assim como a redação, que em muitos pontos sobre o problema da ambigüidade. Com isso, o protagonismo do caráter brasileiro de solucionar o problema de forma imediata, tiraria o foco da utilização como panaceia os instrumentos internacionais, tendo em vista que esse procedimento exige respostas cada vez mais eficazes e seguras, para tornar a segurança jurídica um





valor, com previsibilidade e estabilidades, principalmente nas decisões judiciais (TEIXEIRA, 2016, p. 218)

Ante à análise realizada, depreende-se que, os pressupostos processuais coletivos não estão estabelecidos dentro do ordenamento jurídico, abrindo espaço para debate, enquanto já deveria estar consolidado. A peculiaridade da modalidade de julgamento de demandas repetitivas tupiniquim é evidente, sob a fundamentação de que os modelo teóricos servem como fonte para a consolidação isolada no Código de Processo Civil.

Por consequência, a nossa fragilidade aliada não soluciona o problema de julgamento de demandas repetitivas, mas sim prorroga ao longo do tempo, por diversos fatores, tais como a ausência da Codificação do Processo Coletivo, da inadequada representatividade das partes, da competência regional – e não nacional. Essas lacunas deveriam ser o principal debate entorno das pesquisas processuais voltadas para o direito processual coletivo.

Por fim, a pluralidade do ordenamento jurídico o tornará mais esclarecido e mais coerente na medida em que, se respeita a cultura dos precedentes jurídicos, principalmente porque esses são a chave para a melhoria dentro da relação números de processo e tempo para se julgar o processo, com o amadurecimento dos instrumento jurídicos vigentes. Por outro lado, por essa vasta oportunidade de fontes se abre espaço para impugnações bem fundamentadas, as quais com o tempo e a positivação do direito serão consolidadas junto ao ordenamento, mormente porque o Brasil vive um contexto de fusão da vivência prática do direito, com o direito pensado em sua fase de elaboração normativa.

## **REFERÊNCIAS**



ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 240, p. 221-242, fev. 2015.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org). *Revista de Processo*, v. 36, n. 196. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ASSUNÇÃO, Daniel. *Manual de Direito Processual Civil*, Salvador: Juspodivm, 2016. BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas causas repetitivas*. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/antonio\\_adonias\\_a\\_guiar\\_bastos.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/antonio_adonias_a_guiar_bastos.pdf). Acesso em: 5 jun. 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos*. *Revista de Processo*. vol. 231. p. 201. São Paulo: Ed. RT, maio 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. *Revista de Processo*. vol. 147. p. 123-146. São Paulo: Ed. RT, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017. Ceará. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Enunciado 87, FPPC. Disponível em: <http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *O regime processual das causas repetitivas*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 179, jan. 2010.

DURÇO, Karol Araújo; CHEHUEN, Éric da Rocha. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: uma das propostas centrais do projeto de novo código de processo civil*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, n. 8, jul. 2011. Disponível em: . Acesso em: 9 dez. 2015.

FUX, Luiz, AMARAL, Guilherme Rizzo. *Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”*. *Revista de Processo*. vol. 196. p. 237-273. São Paulo: Ed. RT, 2011.



JACINTHO, C. C. *Considerações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas e estudos de casos*. Disponível em:

<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=ir00635a&AN=uniceub.235.11319&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 3 maio. 2019.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira Gico. Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 479-499, 2015. ISSN 2236- 1677.

LEMOS, Vinicius Silva. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco/Seção Judiciária de Pernambuco*. Recife, n. 8, 2015.

LEMOS, Vinicius Silva. *O procedimento do microsistema de formação de precedentes vinculantes: desafios, deficiências e ponderações*. 2017. Tese (Doutorado) Programa de Pós- Graduação em Sociologia e Direito / Universidade Federal Fluminense, Niterói.

LISBOA, O. D. *O incidente de resolução de demandas repetitivas: uma medida para abordar a massificação de conflitos e a sobrecarga processual cível sob o enfoque de um estudo retrospectivo e prospectivo*. Disponível em:

<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=ir00635a&AN=uniceub.235.11232&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 3 maio. 2019.

MANHÃES, Pedro Alexandre Mamedes. *O incidente de resolução de demandas repetitivas*. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em:

[https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao\\_latosensu/direito\\_processual\\_civil/edicoes/n3\\_2014/pdf/PedroAlexandreMamedesManhaes.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n3_2014/pdf/PedroAlexandreMamedesManhaes.pdf) . Acesso em: 5 de junho de 2020

OLIVEIRA, L. C. de. *O incidente de resolução de demandas repetitivas: as consequências e efeitos da tese fixada no incidente*. Disponível em:

<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=ir00635a&AN=uniceub.235.6148&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 3 maio. 2019.

OTHARAN, Luiz Felipe. *O incidente de resolução de demandas repetitivas como uma alternativa às ações coletivas: notas de direito comparado*. Disponível em:

<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/43-artigos-nov-2010/4647->



incidente- de-resolucao-de-demandas-repetitivas-como-uma-alternativa-as-aco-es-coletivas-notas-de- direito-comparado. Acesso em: 12 jul. 2016.

REZENDE, Caroline Gaudio. O contraditório (ou a sua ausência) no Musterverfahren brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, p. 102-125, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11916> . Acesso em: 5 junho. 2015.

RODRIGUES, Baltazar José Vasconcelos. Incidente de resolução de demandas repetitivas: especificação de fundamentos teóricos e práticos e análise comparativa entre as regras previstas no projeto do novo código de processo civil e o kapitalanlegermusterverfahrensgesetz do direito alemão. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. REDP, Rio de Janeiro, v. VIII 2011. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20817>. Acesso em: 10 out. 2015.

RODRIGUES, Roberto Aragão Ribeiro. As ações-testes na Alemanha, Inglaterra e a legislação brasileira projetada. *Revista Eletrônica de Direito Processual-REDP*, Rio de Janeiro, v. VIII 2011. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20849>. Acesso em: 5 jun. 2020.

ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. vol. 208. p. 203-240. São Paulo: Ed. RT, 2012.

SIRIANO, J. P. S. *Os efeitos do incidente de resolução de demandas repetitivas no Tribunal de Justiça do Distrito Federal*. Disponível em:

<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=ir00635a&AN=uniceub.pr.efix.12870&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 3 maio. 2019.

SOUSA, L. B. de. *O Incidente de Resolução de demandas Repetitivas (IRDR) e as demandas de massa*. Disponível em:

<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=ir00635a&AN=uniceub.235.10636&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 3 maio. 2019.

TALAMINI, Eduardo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR): pressupostos*. Migalhas. Paraná, 28 de março de 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236580,31047Incidente+de+resolucao+d+e+deman+das+repetitivas+IRDR+pressupostos>.



TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. Incidente de resolução de demandas repetitivas: projeções em torno de sua eficiência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 251, p. 359-387, jan. 2016.

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demanda Repetitivas*, Salvador:Ed. Juspodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*. 59. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007).



# O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA FAMÍLIA MULTIESPÉCIE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Gabriela Contreiras de Almeida

## RESUMO

A presente monografia tem por finalidade explicitar a evolução da família no Brasil, onde o afeto, ao contrário dos laços sanguíneos, passou a ser o pilar dos novos e complexos arranjos familiares. Nesse sentido, o foco do trabalho de conclusão de curso é a necessidade da criação de uma legislação que consiga abarcar a Família Multiespécie, composta por seres humanos e animais de companhia, sendo os últimos considerados membros dessa família. Enraizada não só em nossa sociedade, a Família Multiespécie hoje encontra-se em uma lacuna legislativa, e em razão de tal afastamento e omissão, são as doutrina e jurisprudência que sugerem mudanças e oferecem respostas. Hoje, os animais não são mais vistos como propriedade, e sim como seres sencientes, sendo tratados até mesmo como “filhos de quatro patas”, necessitados de uma lei que abrace esse entendimento social.

**Palavras-chave:** família multiespécie; animais não humanos; coisas; bens; propriedade; animais de companhia; biocentrismo; senciência; seres sencientes.

## INTRODUÇÃO

A sociedade em suas constantes mudanças e avanços em todos os setores da vida transformou o que hoje compreendemos como família. No sentido jurídico, o instituto da família atual não guarda similitude alguma com a família do passado, onde o modelo tradicional e/ou patriarcal estruturado por pais e prole legítima, com o passar dos tempos cedeu espaço para o princípio da afetividade.



Hoje, é inegável o papel preponderante do afeto na mudança estrutural das famílias, principalmente pelo fato da sua capacidade de prevalecer até mesmo em face de vínculos sanguíneos. Nos dias atuais é completamente plausível conferir espaço para membros de laços não biológicos, demonstrando que o afeto não é somente um importante elemento na constituição de uma família, e sim o seu pilar.

Na esteira do princípio da afetividade, princípio tão presente e relevante na atualidade, surge um novo e subestimado arranjo familiar, o da Família Multiespécie, composta por seres humanos e seus animais de companhia, mais conhecidos como animais domésticos, *pets* ou filhos de quatro patas. Tal arranjo já devidamente inserido e reconhecido pela comunidade como um todo, hoje, é deixado de lado pela legislação brasileira.

Inúmeros artigos científicos tratam da Família Multiespécie sobre os mais diversos enfoques, bem como notícias, decisões judiciais nacionais e entendimentos internacionais. Minha própria realidade também denuncia essa dicotomia existente entre o que a sociedade entende e o que a lei ainda insiste em não resguardar.

Procurar compreender essa evolução do vínculo existente entre humanos e animais ao ponto de se tornarem uma família, e principalmente tratar da necessidade que a legislação tem de acompanhar essa mudança da sociedade é de extrema relevância nos aspectos acadêmico e social. É mais condizente parar de se dirigir aos animais de estimação como meras coisas e passá-los a tratar como seres sencientes que já reconhecidos são no seio da sociedade.

O que é a lei além de ser aquilo que a sociedade anseia em ver tutelado, protegido e respeitado? Aqui me debruçarei sobre a Família Multiespécie e a sua atual dicotomia na sociedade e no ordenamento jurídico, onde a mesma já se encontra devidamente inserida nas mais diversas comunidades, porém a legislação permanece inerte e omissa em relação a esse arranjo familiar.



É importante ressaltar que embora a Família Multiespécie não esteja prevista expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, há um projeto de lei que reconhece que animais têm sentimentos e que não são coisas, conforme será devidamente abordado ao longo dos capítulos que se sucederão.

O objetivo do presente trabalho será justamente trabalhar com a necessidade de uma legislação mais específica que discipline esse instituto, sob o viés de uma pesquisa qualitativa dogmática jurídica, com respaldo na doutrina, legislação e jurisprudência. Com quatro capítulos abordarei a atual condição de ente familiar dos animais de estimação/companhia, animais domésticos ou *pets*.

Quanto a metodologia adotada, o método será dedutivo e a pesquisa será dogmática jurídica e monográfica. Será levantada uma hipótese a partir de um problema de pesquisa, e por meio da análise da legislação, da doutrina, da jurisprudência e do Projeto de Lei da Câmara nº 27 de 2018, ao fim, será apresentada uma solução.

O primeiro capítulo tratará da família no ordenamento jurídico brasileiro, com seu conceito, evolução histórica, regulamentação jurídica, tipos e os princípios norteadores do Direito de Família. O segundo capítulo abarcará o tratamento jurídico conferido aos animais e os direitos e deveres em relação aos mesmos. O terceiro capítulo destacará o reconhecimento jurídico da Família Multiespécie no Brasil, com posições doutrinária e jurisprudencial adicionado o direito comparado. Por fim, o quarto capítulo detalhará o Projeto de Lei da Câmara nº 27 de 2018.

O presente trabalho de conclusão de curso se mostrará científico ao elucidar o questionamento do porquê do afastamento do Direito quanto ao afeto, caráter essencial na formação e estruturação da Família Multiespécie. Também denunciará a necessidade latente de uma reestruturação legislativa capaz de abarcar tal realidade





já enraizada na sociedade brasileira, em contraponto a uma total e já ultrapassada descrença do Direito em relação a ainda subestimada Família Multiespécie.

## **1 A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A Constituição Federal de 1988 reconhece a família como a base da sociedade e como a mais relevante instituição social do Brasil. Logo, faz-se extremamente pertinente se ambientar com a realidade social do passado a fim de aprimorar os conhecimentos relativos aos modelos familiares contemporâneos e toda a sua carga de complexidade que trazem consigo. É o propósito do corrente capítulo.

### **1.1 Conceito e Evolução Histórica**

Núcleo fundamental da organização social e base do Estado, a família é a instituição mais relevante e necessária de qualquer sociedade. Por mais que a Constituição Federal e o Código Civil não apresentem uma definição clara e objetiva do que seja família, a mesma é merecedora da mais refinada proteção estatal.

A concepção de que o único caminho para se formar uma família era através de uma relação matrimonializada, onde pais e filhos a compõem, já se encontra ultrapassada. Devido a celeridade da sociedade e suas contínuas transformações, conceituar hoje o que seja família é uma tarefa quase que impossível, justamente pela vasta diversificação de estruturas existentes atualmente.<sup>1</sup>

Apesar da latente dificuldade, em uma visão mais ampla, o vocábulo família abarca todas as pessoas unidas por vínculo de sangue descendentes de um tronco comum, assim como as ligadas pela afinidade ou pela adoção. Em uma perspectiva

---

<sup>1</sup> NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5. p. 3



mais legalista, a família seria restrita ao seu núcleo essencial, ou seja, somente aos pais e sua prole, em correspondência direta aos romanos e sua *domus*<sup>2</sup>.

Não se mostra palpável apresentar um único e absoluto conceito de família. Ao acompanhar especialmente os princípios da afetividade e dignidade da pessoa humana, tão determinantes na formação das mais atuais constituições familiares, família seria a união socioafetiva de membros que buscam nessa comunidade a felicidade e realização pessoal<sup>3</sup>.

Em uma perspectiva mais clássica, na tentativa de conceituar tal instituto, Paulo Nader explana que família é uma instituição social formada por mais de uma pessoa física, que simultaneamente desenvolvem solidariedade entre si, tanto nos planos assistencial e da convivência, ou que simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum.<sup>4</sup>

Tomando como pressuposto o afeto, mais presente nas composições familiares contemporâneas, Jacqueline Filgueiras Nogueira demonstra que na família sociológica prevalece os laços afetivos, se verificando a solidariedade entre seus membros, onde os pais assumem de maneira integral a educação e proteção das crianças, independentemente da existência de algum vínculo jurídico ou biológico entre eles.<sup>5</sup>

Em Roma (século VIII a.C.), as famílias eram constituídas por pais e filhos, acrescidos de todos aqueles que conviviam sob o mesmo teto e sob a autoridade incontestável da figura do *pater familias*. No contexto romano era apenas o pai ou

---

<sup>2</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 18

<sup>3</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. v. 5. p. 8

<sup>4</sup> NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5. p. 3

<sup>5</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 55.



*pater familias* quem detinha o poder absoluto sobre todos os membros da família em todos os aspectos de suas vidas.

Em razão de seu inigualável poder, o *pater familias* podia vender, impor castigos, penas corporais e até mesmo tirar a vida de qualquer membro da família que não fosse emancipado. Nesse contexto, a mulher era completamente subordinada, nunca adquirindo autonomia nem capacidade, já que saía da condição de filha para a de esposa.<sup>6</sup>

Tratava-se de um modelo extremamente patriarcal e hierarquizado, onde a família romana era originada em um casamento que comportava a conhecida promiscuidade romana, apesar de carregar consigo um caráter religioso. A família de um homem romano também era o conjunto de seus escravos, sendo o *domus* sua família mais íntima<sup>7</sup>.

Vale destacar que a figura do *concubinatus* no Direito Romano não detinha a mesma carga pejorativa que passou a ter em futuro distante. Aqui consistia em uma união livre entre uma mulher e um homem, que além de não carregar consigo a  *affectio maritalis* (em outras palavras o desejo subjetivo do casamento), se restringia apenas à vontade de viver juntos para sempre.<sup>8</sup>

Em virtude da soberania do mais elevado estatuto familiar romano, o *pater familias* era quem comandava de maneira exclusiva e irrestrita o lar e todos os membros indistintamente. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, o *pater familias* acumulava as funções de chefe político, sacerdote e juiz<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 31

<sup>7</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. v. 5. p. 4

<sup>8</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 57

<sup>9</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 5. p. 30.



Não havia necessariamente a presença do afeto nas relações familiares romanas, sendo elementos essenciais para constituir uma família simplesmente interesses patrimoniais, religiosos, políticos e até mesmo militares, garantindo assim a posteridade da linhagem assim como o culto e respeito aos antepassados.<sup>10</sup>

Em relação ao caráter religioso, era o altar doméstico que resguardava o poder do Império Romano, e quanto a unidade patrimonial, a mesma só era reconhecida ao ascendente mais velho da família, o *pater familias*. Portanto, quando do falecimento do *pater familias*, cada um de seus descendentes homens se tornava o *pater familias* de suas próprias famílias.

Vale ressaltar que já no direito romano existia a adoção, entretanto não com o mesmo intuito afetivo dos dias atuais, mas sim em decorrência da ausência de um filho legítimo para dar continuidade a esses cultos. O adotado então passava a exercer essa função de cultuar os antepassados como membro dessa família.

O instituto da emancipação também se fazia presente no Império Romano, possuindo como possibilidades emancipatórias o *peculio castrense*, que se tratava das rendas e soldos que os romanos obtinham nas guerras, a conquista de um emprego público ou de um encargo público.<sup>11</sup>

Mais precisamente a partir do século IV, com o império de Constantino, foi disseminado no direito romano uma visão mais cristã de família, dotada de moral e espírito de caridade, sobrepondo-se o direito da cidade em face ao doméstico. Nesse momento a autoridade do *pater familias* é sacrificada.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 31

<sup>11</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 31

<sup>12</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 5. p. 30.



A evolução da família romana se iniciou com a diminuição dos poderes do *pater familias* associada com a decadência do Império Romano, juntamente com as influências do poderoso Cristianismo e de suas ideias de equidade e justiça. Foi com o Direito Canônico que a família matrimonial, indissolúvel e abençoada pela Igreja Católica preponderou.<sup>13</sup>

O período de transição entre a queda do Império Romano e a ascensão do Cristianismo, foi marcada pela maior autonomia conferida tanto às mulheres quanto aos filhos, que juntos passaram a administrar autonomamente os pecúlios castrenses (em outras palavras, os vencimentos militares).<sup>14</sup>

Ao longo da Idade Média, o casamento persistiu distante do afeto, sendo tão somente um dogma religioso e célula básica da Igreja. Família era aquela advinda somente do casamento conforme os preceitos da Igreja Católica, e qualquer outro tipo de união conjugal que não fosse advinda do matrimônio era segregada e marginalizada. Foi nesse contexto histórico que surgiu os conceitos de filhos legítimos e ilegítimos, tomando a consanguinidade o espaço mais importante para a Igreja.<sup>15</sup>

Carlos Roberto Gonçalves assevera:

Durante a Idade Média as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. Embora as normas romanas continuassem a exercer bastante influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, observava-se também a crescente importância de diversas regras de origem germânica.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 32

<sup>14</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 31

<sup>15</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. v. 5. p. 5

<sup>16</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 32



Essa distinção conferida aos filhos visava unicamente a manutenção da família, onde apenas os filhos legítimos detinham proteção e direitos, enquanto os filhos ilegítimos viviam à margem da sociedade sem dignidade. Essa diferenciação de classificação entre filhos visava especificamente a preservação da família, visto que simultaneamente externava as ideologias religiosas da época.

Na Idade Moderna, onde outras modalidades de composição familiar ganharam espaço, com o advento da Revolução Industrial no século XVIII, a antiga concepção de família mudou totalmente, muito em virtude da grande demanda de mão de obra, aliada a extrema pobreza.<sup>17</sup>

Mulheres então passaram a ingressar o mercado urbano de trabalho a fim de incrementar a renda mensal das famílias, que por sua vez cada vez mais foi diminuindo a sua prole em razão dos altos custos de vida. Nessa nova realidade o homem deixou de ser o único provedor da subsistência familiar, ao passo que houve uma maior preocupação quanto ao vínculo afetivo entre esses mesmos membros.<sup>18</sup>

Já a partir do Século XIX, mas mais precisamente no século XX, diversos fenômenos contribuíram para o avanço do conceito de família, como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam em sua obra:

A formação dos grandes centros urbanos, a revolução sexual, o movimento feminista, a disseminação do divórcio como uma alternativa moralmente válida, a valorização da tutela da infância, juventude e terceira idade, a mudança de papéis nos lares, a supremacia da dignidade sobre valores pecuniários.<sup>19</sup>

Após a Segunda Guerra Mundial, na Declaração Universal do Direitos Humanos (1945-1948), a família continua a diminuir em tamanho mas continua

---

<sup>17</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 58

<sup>18</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 58

<sup>19</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 58



sendo patriarcal. Entretanto, desponta uma maior inquietação e preocupação com relação à proteção da criança, surgindo assim o princípio da igualdade entre os filhos.<sup>20</sup>

Nos anos de 1970, Sílvio de Salvo Venosa ensina que os pais em conjunto eram quem conduziam a família, onde as sociedades consideradas mais desenvolvidas eram as que possuíam um maior controle de natalidade, e as subdesenvolvidas apresentavam um total descontrole.<sup>21</sup>

Ficam evidenciados todos os problemas sociais e financeiros que as nações mais carentes ultrapassam, o que estimula a emigração para os países mais ricos. Em meio a essa realidade, a indissolubilidade do casamento por exemplo se vê de uma vez por todas extinta, assim como casais homoafetivos conquistam pela primeira vez o reconhecimento de suas uniões.<sup>22</sup>

Direcionando o foco ao Brasil, o Direito de Família evoluiu ao longo de três grandes fases. A primeira chamada de Religiosa ou Canônica, dos anos de 1500 até 1889. A segunda denominada Laica, dos anos de 1889 até 1988. E a terceira classificada como Constitucional, com seu início em 1988 perdurando até dias atuais.<sup>23</sup>

O Direito de Família Religioso ou Canônico (1500-1889) vem do Direito Romano e da Idade Média. É praticamente o mesmo dos dois períodos já citados, porém influenciado pelas instituições canônicas e também pelas ordenações portuguesas e o casamento religioso.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 5. p. 32

<sup>21</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. v. 5. p. 6

<sup>22</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. v. 5. p. 6

<sup>23</sup> NOBRE, Rodrigo Igor de Souza. Conceito e evolução do direito de família. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29977/conceito-e-evolucao-do-direito-de-familia>. Acesso em: 04 out. 2019

<sup>24</sup> CASAGRANDE, Lillian Patrícia. O pluralismo familiar: as novas formas de entidades familiares do artigo 226 da Constituição Federal 1988. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20105/o->



Quanto a família imperial, confirma Lilian Patrícia Casagrande que “a Constituição de 1824 não destinou regras sobre a família brasileira, sua forma de constituição, enfim, sobre sua proteção, caracterizando o pensamento individualista predominante da época”.<sup>25</sup>

O Direito de Família Laico (1889 - 1988) surgiu com a proclamação da república, tendo como novidade o casamento civil, e perdurando até a promulgação da Constituição Federal de 1988 que consolidou todas as alterações do século XX. Nesse lapso temporal de cerca de um século tudo que havia sido pregado no passado passou a ser revisitado.<sup>26</sup>

A luz do Código Civil de 1916, ainda na esteira da distinção entre filhos legítimos (aqueles concebidos em virtude do matrimônio) e ilegítimos (aqueles havidos fora do casamento), foi mantido na legislação a concepção de que família era apenas aquela oriunda de laços matrimoniais. Qualquer tipo de relação extraconjugal não detinha amparo legal, em razão do princípio do bem estar social.<sup>27</sup>

Em consonância ao parágrafo anterior, Carlos Roberto Gonçalves exemplifica que “o que tange aos impedimentos matrimoniais, por exemplo, o Código Civil de 1916 seguiu a linha do direito canônico, preferindo mencionar as condições de invalidez”.<sup>28</sup>

Começaram então a surgir várias leis que lentamente mudaram a visão de família vigente. Exemplos: Lei 883/49 - Filhos Ilegítimos (permite o reconhecimento

---

pluralismo-familiar-as- novas-formas-de-entidades-familiares-do-artigo-226-da-constituicao-de-1988. Acesso em: 03 set. 2019

<sup>25</sup> CASAGRANDE, Lilian Patrícia. O pluralismo familiar: as novas formas de entidades familiares do artigo 226 da Constituição Federal 1988. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20105/o-pluralismo-familiar-as-novas-formas-de-entidades-familiares-do-artigo-226-da-constituicao-de-1988>. Acesso em: 03 set. 2019

<sup>26</sup> NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5. p. 12.

<sup>27</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. v. 5. p. 6

<sup>28</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 32





dos filhos ilegítimos); Lei 4.121/62 - Estatuto da Mulher Casada (veio a resgatar a situação da mulher que estava integralmente subordinada ao marido; até essa lei a mulher era considerada relativamente incapaz); e Lei 6.515/77 - Divórcio (o casamento até então era indissolúvel, por se tratar da base do Estado).<sup>29</sup>

A Lei nº 833 de 1949 e a Lei nº 6.515 de 1977 merecem destaque. Com a vigência da primeira, filhos ilegítimos além de adquirirem o direito à alimentação, passaram a receber uma pequena parcela da herança. Já com a segunda viu-se pela primeira vez a equivalência de filhos ilegítimos e legítimos, onde os direitos sucessórios de ambas as classes foram iguados.

O Direito de Família Constitucional (de 1988 até hoje) trouxe três princípios básicos constitucionais que romperam barreiras: Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º), Solidariedade (art. 3º) e Isonomia (art. 5º). Além de implicar em uma mudança de paradigma no Direito de Família, operalizou várias leis posteriores como o ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente, Leis da União Estável (8971/94 e 9278/96), Código Civil de 2002, Estatuto do Idoso, Lei Maria da Penha e EPD - Estatuto da Pessoa com Deficiência.<sup>30</sup>

Com a Constituição Federal de 1988 houve a Personalização do Direito de Família, bem como do Direito Civil em geral, sendo chamada também de Constitucionalização do Direito Civil. Trata-se de uma mudança legal de prioridade para o indivíduo, onde o aspecto inteiramente material cedeu espaço para a pessoa humana e seu aspecto afetivo.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 5. p. 31

<sup>30</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 5.

<sup>31</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 5.



O princípio da igualdade entre os filhos previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos foi abarcada pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227, § 6º: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.<sup>32</sup>

Na Constituição Federal de 1988, a família tradicional ou matrimonial regularizada por ato civil e religioso, a união estável e a família monoparental (tratando-se de um rol exemplificativo), são todas as espécies de família que têm como elo o afeto entre seus membros, não prevalecendo nenhuma sobre a outra e não sobrevivendo a ultrapassada distinção entre filhos legítimos e ilegítimos.<sup>33</sup>

Todas as transformações sociais supracitadas levaram à aprovação do Código Civil de 2002, que inegavelmente prioriza a família socioafetiva, descartando por completo a discriminação de filhos e enaltecendo a responsabilidade compartilhada dos pais quanto ao poder familiar. Há o reconhecimento do núcleo monoparental como entidade familiar, explicitando ainda mais a sobreposição do afeto em relação à verdade biológica.<sup>34</sup>

## 1.2 Regulamentação Jurídica

O Estado muito se preocupa e estabelece inúmeras normas impositivas e cogentes para o Direito de Família. São cogentes e impositivas pois possuem um critério de imperatividade/coercitividade, e são de aplicação obrigatória, logo, não podem ser afastadas pelas partes por sua simples manifestação de vontade particular.

---

<sup>32</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 23

<sup>33</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 5. p. 44

<sup>34</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 33



Quanto a sua natureza jurídica, exatamente pela forte intervenção do Estado, pensava-se que o Direito de Família era um ramo do direito público. Entretanto trata-se de um direito do ramo do direito privado, ao passo que regula relações entre pessoas, onde o Estado apesar de sua intensa regulamentação, não deve intervir diretamente.<sup>35</sup>

O instituto jurídico família tem seu marco fundamental na Constituição Federal de 1988 em seus artigos 226 ao 230. É essencialmente tratada no Código Civil de 2002 que dispõe normas básicas do Direito de Família, não sendo o único, já que a família também possui previsões em legislações esparsas, como: ECA, EI, LMP, EPD, CPC, LRP.<sup>36</sup>

A lei não estabelece o que é família. A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226 prevê que família é a base da sociedade e tem a proteção do Estado, privilegiando assim a dignidade da pessoa humana e causando uma imensurável mudança de paradigma no Direito de Família.<sup>37</sup>

A partir de sua promulgação, ainda em seu artigo 226, a entidade familiar passa a ser plural e não mais singular, possuindo incontáveis formas de constituição. Acompanhando essa evolução, o artigo 227, § 6º altera o sistema de filiação no Brasil, coibindo qualquer classificação discriminatória em virtude da concepção ter se realizado dentro ou fora do casamento.<sup>38</sup>

A igualdade entre homens e mulheres, já percebida a partir da segunda metade do século XX, situa-se no artigo 5º, inciso I e no artigo 226, § 5º, literalmente derrubando inúmeros artigos do Código Civil de 1916. Previu-se também a assistência estatal à família no artigo 226,

---

<sup>35</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. v. 5. p. 35

<sup>36</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. v. 5. p. 19.

<sup>37</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 39.

<sup>38</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 5. p. 38.



§ 8º, com o objetivo de protegê-la da violência no âmbito de suas relações.<sup>39</sup>

No tocante ao Código Civil de 2002, “os artigos 1.511 a 1.638 tratam do direito pessoal ou existencial. Por conseguinte, nos artigos 1.639 a 1.722, o Código Privado regulamenta o direito patrimonial e conceitos correlatos”. Essa disposição denota a Personalização do Direito Civil, visto que o patrimônio perde sua relevância, sendo o Direito de Família despatrimonializado.<sup>40</sup>

Na esteira dessa antiga característica patrimonialista do Código Civil de 1916, vale destacar a título de curiosidade que, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “290 artigos da parte destinada ao Direito de Família, 151 tratavam de relações patrimoniais e 139, de relações pessoais”.<sup>41</sup>

Quanto aos vínculos têm-se o conjugal (estabelecido entre os cônjuges), por parentesco (aquela que descende de um tronco comum, conhecido por família consanguínea), e por afinidade (aquele que une um cônjuge aos parentes do outro). Todos ligam os membros e formam uma família. Para fins sucessórios a família é limitada pelos parentes até o 4º grau (artigo 1839). Para fins de alimentos a relação vai até o 2º grau (artigos 1696 e 1697). E para critérios fiscais serão os pais e seus dependentes.<sup>42</sup>

Sílvio de Salvo Venosa complementa:

Desse estado de família decorrem deveres e direitos disciplinados pelo direito de família com reflexos em todos os campos jurídicos (processual, penal, tributário, previdenciário etc.).

O estado de família apresenta características distintas que se traduzem em:

<sup>39</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 15.

<sup>40</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 2

<sup>41</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 72

<sup>42</sup> NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5. p.



intransmissibilidade: esse status não se transfere por ato jurídico, nem entre vivos nem por causa da morte. É personalíssimo, porque depende da situação subjetiva da pessoa com relação à outra. Como consequência da intransmissibilidade, o estado de família também é intransigível;

irrenunciabilidade: ninguém pode despojar-se por vontade própria de seu estado. O estado de filho ou de pai depende exclusivamente da posição familiar. Ninguém pode renunciar ao pátrio poder, agora denominado poder familiar, por exemplo;

imprescritibilidade: o estado de família, por sua natureza, é imprescritível, como decorrência de seu caráter personalíssimo. Não se pode adquirir por usucapião, nem se perde pela prescrição extintiva;

universalidade: é universal porque compreende todas as relações jurídico-familiares;

indivisibilidade: o estado de família é indivisível, de modo que será sempre o mesmo perante a família e a sociedade. Não se admite, portanto, que uma pessoa seja considerada casada para determinadas relações e solteira para outras;

correlatividade: o estado de família é recíproco, porque se integra por vínculos entre pessoas que se relacionam. Desse modo, ao estado de marido antepõe-se o de esposa; ao de filho, o de pai, e assim por diante;

oponibilidade: é oponível pela pessoa perante todas as outras. O casado assim é considerado perante toda a sociedade.<sup>43</sup>

Ao contrário do Código Civil de 1916, o de 2002 amplia o conceito de família ao regulamentar a união estável como entidade familiar e ao prever expressamente a dissolubilidade do vínculo conjugal. Antes, além do casamento ser indissolúvel, havia concomitantemente a existência do concubinato.<sup>44</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seu artigo 25, a divide em dois tipos: família natural, e família extensa ou ampliada. A família natural presente no caput seria a comunidade formada pelos pais e seus descendentes, e família

<sup>43</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. v. 5. p. 19

<sup>44</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 17



extensa ou ampliada citada no parágrafo único seria aquela que se estende para além de pais e filhos ou do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e possui vínculos de afinidade e afetividade. 45

Em suma, no atual Código Civil, os institutos do casamento e da filiação são os centros irradiadores de todas as normas do Direito de Família, ao passo que os princípios constitucionais enraizados em seus artigos denunciam a concepção principiológica do Direito de Família.

### 1.3 Tipos de Família

Primeiramente, é de extrema relevância destacar que o afeto, constituído ou não de vínculos biológicos, desde a Constituição de 1988 é o prisma mais amplo de todos os tipos de família já existentes. Afastado do velho paradigma patriarcal das codificações anteriores, atualmente a dignidade humana estreita laços tanto com o afeto, quanto com a felicidade.<sup>46</sup>

Normatizadas na Constituição Federal de 1988, com previsão expressa no artigo 226, são encontradas as Famílias Tradicional, Informal e Monoparental. A Família Tradicional ou Matrimonial é aquela formada a partir do casamento. A Família Informal presente no parágrafo 3º é aquela oriunda do reconhecimento da união estável. E a Família Monoparental disposta no parágrafo 4º é aquela formada por um dos pais e seus respectivos filhos.

Carlos Roberto Gonçalves acrescenta que há na doutrina uma tendência de ampliar o conceito de família e abranger situações não destacadas na Constituição Federal, como por exemplo as famílias: matrimonial (oriunda do casamento), informal (decorrente da união estável), anaparental (constituída apenas pelos filhos),

---

<sup>45</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 5. p. 49.

<sup>46</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. v. 5. p. 8



homoafetiva (formada por indivíduos do mesmo sexo) e eudemonista (caracterizada pelo vínculo afetivo).<sup>47</sup>

Logo, a Família Anaparental seria a constituída apenas pelos filhos na ausência dos pais, conforme o REsp 159.851 – SP<sup>48</sup>. A Família Homoafetiva também é reconhecida jurisprudencialmente pela ADPF 132 – RJ<sup>49</sup> e pela ADI 4.277 – DF<sup>50</sup>, assim como pelo REsp

1.183.378 – RS<sup>51</sup> e pela Resolução nº 175 do CNJ (14/04/2013), com destaque aos artigos 1.723 do Código Civil e 226, § 3º da Constituição.

---

<sup>47</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 35.

<sup>48</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 159851/SP. EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEI 8009/90. IMPENHORABILIDADE. MORADIA DA FAMÍLIA. IRMÃOS SOLTEIROS. OS IRMÃOS SOLTEIROS QUE RESIDEM NO IMÓVEL COMUM CONSTITUEM UMA ENTIDADE FAMILIAR E POR ISSO O APARTAMENTO ONDE MORAM GOZA DA PROTEÇÃO DE IMPENHORABILIDADE, PREVISTA NA LEI 8009/90, NÃO PODENDO SER PENHORADO NA EXECUÇÃO DE DÍVIDA ASSUMIDA POR UM DELES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Relator:

Min. Ruy Rosado de Aguiar, 19 de março de 1998. DJU de 22 de junho de 1998. Decisão por unanimidade

<sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA.

JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. Relator: Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. DJU de 14 de outubro de 2011

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. Relator: Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. DJU de 14 de outubro de 2011.

<sup>51</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 1183378/RS. DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DO ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 E 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.



Por sua vez a Família Eudemonista ou Socioafetiva se trata da comunhão entre pessoas que tem necessariamente tem afeto recíproco, consideração e respeito mútuos, independentemente de vínculo biológico. Já a Família Composta, Plurilateral, Mosaico ou Binuclear é aquela formada por aquelas pessoas que terminaram um primeiro casamento e estão entrando em uma segunda relação.<sup>52</sup>

As Famílias Paralelas ou Simultâneas são constituídas por um indivíduo que já possui uma família, e que posteriormente forma outra família, de acordo com o REsp 100.888 – BA<sup>53</sup> (seguro) e com o RE 397.762 – BA<sup>54</sup> (pensão). Contudo, quando essas mesmas Famílias Paralelas começam a conviver sob o mesmo teto, passam a ser reconhecidas como Família Poliafetiva ou Poliamorosa.

Em contraponto ao parágrafo anterior, os Singles seriam as pessoas sozinhas, com respaldo na Súmula nº 364 do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) que trata da

---

INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. Relator: Min. Luis

Felipe Salomão, 25 de outubro de 2011. DJU: 01/02/2012

<sup>52</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 35

<sup>53</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 10088/BA. CIVIL E PROCESSUAL. SEGURO DE VIDA REALIZADO EM FAVOR DE CONCUBINA. HOMEM CASADO. SITUAÇÃO PECULIAR, DE COEXISTÊNCIA DURADOURA DO DE CUJUS COM DUAS FAMÍLIAS E PROLE CONCOMITANTE ADVINDA DE AMBAS AS RELAÇÕES. INDICAÇÃO DA CONCUBINA COMO BENEFICIÁRIA DO BENEFÍCIO. FRACIONAMENTO. CC, ARTS. 1.474, 1.177 E 248, IV. PROCURAÇÃO. RECONHECIMENTO DE FIRMA. FALTA SUPRÍVEL PELA RATIFICAÇÃO ULTERIOR DOS PODERES. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, 14 de dezembro de 2000. DJU: 12 de março de 2001

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Extraordinário 397762/BA. COMPANHEIRA E CONCUBINA – DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL – PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO – SERVIDOR PÚBLICO – MULHER – CONCUBINA – DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. Relator: Min. Marco Aurélio, 03 de junho de 2008. DJU: 12 de setembro de 2008.





proteção do bem de família, mais especificamente de imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas que a impenhorabilidade abrange.<sup>55</sup>

A Família Multiespécie apresentada por Marianna Chaves em seu artigo científico “Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável. Reconhecimento da família multiespécie”, demonstra que não há mais espaço para os animais de companhia serem identificados e tratados como coisa, indicando a necessidade de uma nova legislação. Aqui, a família é composta por seres humanos e seus animais domésticos, animais de companhia, *pets* ou filhos de quatro patas.<sup>56</sup>

Não são tipos de família, apenas nomenclaturas do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, a Família Natural (comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes), Extensa ou Ampliada (aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal), Substituta (artigo 28 e seguintes do ECA) e Acolhedora (artigo 34 do ECA).

Em razão da suscetibilidade às mudanças do Direito de Família, em outras palavras, por conta da sua dinamicidade, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho voltam suas atenções às perspectivas ilimitadas do Direito de Família:

[...] o Direito de Família é aquele em que a dinâmica da sociedade mais atua, tanto no campo das relações sociais stricto sensu, quanto na elaboração de novos textos legais (uma simples conferência no site do Congresso Nacional

---

<sup>55</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 364**. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012\\_32\\_capSumula364.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_32_capSumula364.pdf). Acesso em: 20 set. 2019

<sup>56</sup> CHAVES, Marianna. Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie. **Revista Eletrônica Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 187, 34, jul. 2015. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4066>. Acesso em: 27 fev. 2019.



permite aferir a imensa quantidade de projetos de lei em discussão na atualidade).<sup>57</sup>

Deste modo, o uso da expressão “direito das famílias” ao invés de “direito de família” melhor atende às expectativas, necessidades e realidades contemporâneas, garantindo dessa forma uma maior proteção a todos os tipos de formações familiares, sem distinção e nem discriminação entre elas.

## **1.4 Princípios Norteadores do Direito de Família**

Na tentativa por parte da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 de acompanhar a celeridade da sociedade em todos os seus modelos familiares, as normas constitucionais e principalmente os princípios, cada vez mais preenchem um grande espaço e regem com mais frequência o Direito de Família.<sup>58</sup>

No Direito Civil em seu sentido amplo existem princípios gerais que se aplicam e norteiam o Direito de Família, como por exemplo: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade, o princípio da igualdade ou isonomia e o princípio da vedação ao retrocesso.<sup>59</sup>

Em contrapartida há também princípios específicos do Direito de Família, como: liberdade de constituição de família, função social da família, melhor interesse da criança, proteção integral de criança/adolescente/jovens/idosos, convivência familiar, paternidade responsável e do planejamento familiar,

---

<sup>57</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 77

<sup>58</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 21

<sup>59</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 82



intervenção mínima do Estado, boa-fé objetiva e afetividade (princípio mais importante).<sup>60</sup>

Enunciado no artigo 1º, inciso III da CF-88, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o “macroprincípio” constitucional que substancia todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos. É também direito fundamental e condição de legitimação do Estado de Direito.<sup>61</sup>

A dignidade da pessoa humana detém um caráter ético e filosófico, e objetiva uma vida digna a todos os indivíduos. Como princípio norteador do Direito de Família, visa o estímulo a dignidade dos membros familiares, priorizando muito mais laços afetivos e a própria convivência familiar.<sup>62</sup>

O Princípio da Solidariedade previsto no artigo 3º, inciso I da CF-88, bem como nos artigos 226, 227 e 230 também da CF-88, representa uma novidade considerável no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se basicamente da construção de uma vida livre, justa e solidária, associada a erradicação da pobreza e da marginalização.<sup>63</sup>

“Só se pode pensar no indivíduo inserido em uma sociedade”. Em relação mais específica com o Direito de Família, a solidariedade enxerga a família como base da sociedade (artigo 226), composta por adultos, crianças e idosos (artigos 227 e

---

<sup>60</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 96

<sup>61</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 5. p. 63

<sup>62</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 5. p. 63

<sup>63</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 5. p. 66



230), devendo esses mesmos membros se respeitar e promover entre si a consideração.<sup>64</sup>

O Princípio da Igualdade ou Isonomia primeiramente disposto no artigo 5º, *caput* da CF-88, reconhece a igualdade entre homem e mulher, para mais adiante no artigo 226, § 5º da CF-88, positivar a equiparação de direitos e deveres nas relações conjugais. Daqui decorre o Princípio da Equiparação dos Filhos.<sup>65</sup>

Por fim, o Princípio da Vedação ao Retrocesso traduz a incapacidade que uma lei posterior tem de afetar um direito ou garantia previsto na Constituição Federal. Ao se enaltecer o supracitado princípio, por consequência direta a dignidade da pessoa humana será respeitada. Um bom exemplo dessa vedação é impedir que o Congresso Nacional vote uma lei que estabeleça classificação de filhos.<sup>66</sup>

Em relação aos princípios especiais e peculiares do Direito de Família, o Princípio da Liberdade de Constituição de Família, determina que as pessoas são inteiramente livres para se agruparem em famílias da maneira que preferirem, sem qualquer restrição imposta pelo Estado, conforme dispõe o artigo 1.513 do Código Civil.

Carlos Roberto Gonçalves dita que:

Tal princípio abrange também a livre decisão do casal no planejamento familiar (CC, art. 1.565), intervindo o Estado apenas para propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito (CF, art. 226, § 7º); a livre aquisição e administração do patrimônio familiar (CC, arts. 1.642 e 1.643) e opção pelo regime de bens mais conveniente (art. 1.639); a liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole (art. 1.634); e a livre

<sup>64</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 5. p. 65

<sup>65</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 85.

<sup>66</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 93



conduta, respeitando-se a integridade físico-psíquica e moral dos componentes da família.<sup>67</sup>

O Princípio da Função Social da Família consiste na busca da felicidade na relação entre os membros de uma família, prioriza a realização dos projetos de vida de cada um, sem deixar de respeitar a individualidade e a existência de cada indivíduo.

Sob o enfoque desse princípio a família deixa de ser um fim em si mesma, sendo o grande responsável para outros tantos efeitos e princípios, como: igualdade entre os cônjuges/companheiros, inserção de crianças/adolescentes em famílias naturais ou substitutas, o respeito à diferença em arranjos familiares em casos como o da união homoafetiva.<sup>68</sup>

O Princípio do Melhor ou Maior Interesse da Criança e do Adolescente, é precipuamente disposto no *caput* do artigo 227, com redação dada pela Emenda Constitucional 65, sendo regulamentado pelo ECA (Lei 8.069/1990) e pelo Estatuto da Juventude (Lei 12.825/2013). É previsto também nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil.

Regulamentada pelo Código Civil, a guarda durante o poder familiar é um exemplo da efetiva aplicação do princípio em questão. A Lei 11.698/2008 ao regulamentar a guarda compartilhada, subjugou a guarda unilateral, ampliando o sistema de proteção conferido às crianças e adolescentes.<sup>69</sup>

O Princípio da Proteção Integral das Crianças e Adolescentes visa a proteção dos vulneráveis da família como um todo, abarcando também os idosos. Em razão desse princípio, foram criados diversos estatutos visando a sua operabilidade. Aqui,

---

<sup>67</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 25

<sup>68</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 107

<sup>69</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 24



deve-se observar a saúde, educação, vestuário, lazer, alimentação, bem como todas as diretrizes presentes na Política Nacional da Infância e da Juventude.<sup>70</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente e o próprio Código Civil concretizam tal princípio, asseverando que eventual inobservância de tais mandamentos pode ocasionar responsabilização civil e/ou criminal, e até mesmo a destituição do poder familiar dos pais em relação aos filhos.<sup>71</sup>

O Princípio da Convivência Familiar dita que a família sempre preferencialmente deve permanecer junta, e o melhor lugar para os filhos sempre será com os pais, devendo os filhos permanecer com a família extensa em face da ausência dos pais.<sup>72</sup>

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho explanam em sua obra que:

O afastamento definitivo dos filhos da sua família natural é medida de exceção, apenas recomendável em situações justificadas por interesse superior, a exemplo da adoção, do reconhecimento da paternidade socioafetiva ou da destituição do poder familiar por descumprimento de dever legal.<sup>73</sup>

O Princípio da Paternidade Responsável e do Planejamento Familiar presente expressamente no artigo 227, § 7º da Constituição Federal, dita que esse planejamento é de livre decisão do casal, sendo balizados pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Conforme Carlos Roberto Gonçalves, “essa responsabilidade é de ambos os genitores”.<sup>74</sup>

---

<sup>70</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 107

<sup>71</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 108

<sup>72</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 110

<sup>73</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 110

<sup>74</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 24



O Princípio da Intervenção Mínima do Estado preceitua que não incumbe ao Estado interferir na estrutura familiar e nem intervir no Direito de Família ao ponto de atingir a socioafetividade. Logo, o Princípio da Afetividade (que será devidamente detalhado posteriormente) seria um limitador dessa atuação estatal.

Com previsão no artigo 1.513 do Código Civil, “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”, tendo o Estado um papel muito mais assistencial do que de interferência, trabalhando como um apoiador das famílias.

O Princípio da Boa-Fé Objetiva dita que todos devem agir com honestidade, lealdade, veracidade e cooperação. Segundo Flávio Tartuce, possui três funções específicas: a de interpretação (artigo 113 do CC), a de controle (artigo 187 do CC) e a de integração (artigo 422 do CC).<sup>75</sup>

A função de interpretação defende que negócios jurídicos em sentido amplo, devem ser interpretados de acordo com a boa-fé, usos e costumes do local de sua celebração. A função de controle elucida que aquele que comete abuso de direito, automaticamente contraria a boa-fé. E a função de integração prioriza a probidade e boa-fé em todas as fases contratuais.<sup>76</sup>

Por último, o Princípio da Afetividade de certo modo engloba todos os princípios apresentado acima. Foi privilegiado quando houve a Personalização do Direito de Família, e basicamente prioriza as relações de afeto. Apesar de não estar positivado taxativamente na Constituição Federal de 1988, seu conceito pode ser extraído da interpretação sistemática do artigo 5º, § 2º.

Conforme Flávio Tartuce, o afeto hoje no Direito de Família contemporâneo é a essência das relações familiares, decorrendo da contínua valorização da

---

<sup>75</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 34.

<sup>76</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 34.



dignidade humana. Vale ressaltar que dissocia-se do afeto o amor, sendo na verdade a interação entre os membros de uma família.<sup>77</sup>

Caio Mário da Silva Pereira complementa:

[...] é uma das grandes conquistas advindas da família contemporânea, receptáculo de reciprocidade de sentimentos e responsabilidades. Pode-se destacar um anseio social à formação de relações familiares afetuosas, em detrimento da preponderância dos laços meramente sanguíneos e patrimoniais. Ao enfatizar o afeto, a família passou a ser uma entidade plural, calcada na dignidade da pessoa humana, embora seja, *ab initio*, decorrente de um laço natural marcado pela necessidade dos filhos de ficarem ligados aos pais até adquirirem sua independência e não por coerção de vontade, como no passado.<sup>78</sup>

De fato, atualmente o Direito de Família contemporâneo rotaciona em torno do princípio da afetividade. O próprio conceito de família atual deriva diretamente da afetividade, ao passo que em virtude de tal princípio outros modelos de família foram surgindo e sendo reconhecidos.

Além de enriquecerem o debate doutrinário, os princípios acima destacados auxiliam principalmente “o magistrado na solução de casos difíceis, não abrangidos pela norma legal, possibilitando que sejam apresentadas soluções mais fiéis ao ordenamento jurídico como um todo”.<sup>79</sup>

## 2 O TRATAMENTO JURÍDICO CONFERIDO AOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A legislação brasileira, de forma bem rasa e objetiva, ainda trata os animais como meras coisas ou propriedades. O presente capítulo apresentará de que maneira

---

<sup>77</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 27

<sup>78</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 5. p. 66

<sup>79</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 5. p. 78.





o Direito Ambiental, o Direito Constitucional e principalmente o Direito Civil dispõem e enfrentam juridicamente os animais.

## 2.1 Animais tidos como Coisa

Antes de adentrar diretamente no proposto pelo subtítulo, é necessário se conceituar *bens* e *coisas*, que sempre dividiram a doutrina civilista moderna brasileira. Em linhas gerais, *coisa* constitui o gênero, e *bem* a espécie, entretanto nem todas as *coisas* são *bens*.<sup>80</sup>

Segundo Caio Mário, “*bem* é tudo o que nos agrada” e se diferencia da *coisa* em razão da materialidade desta. Enquanto as *coisas* são concretas ou materiais, os *bens* são abstratos ou imateriais. Um animal de tração, por exemplo, é *coisa* por se concretizar em uma unidade material. Um direito de crédito seria um *bem*.<sup>81</sup>

O Código Civil de 1916 não fazia nenhuma distinção entre *bem* e *coisa*, ao passo que o Código Civil atual utiliza apenas a expressão *bens* em seu texto, sendo *coisa* tudo o que não é pessoa humana, e *bem* tudo aquilo que traz consigo interesse econômico e/ou jurídico.<sup>82</sup>

Demonstrando claramente a divergência doutrinária existente, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona citam que Orlando Gomes sustenta que *bem* é gênero e *coisa* é espécie, justamente o oposto defendido por Maria Helena Diniz, que assevera que os *bens* são espécies de *coisas*.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1. p. 331

<sup>81</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense 2018. v. 1. p. 322

<sup>82</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1. p. 332

<sup>83</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 1. p. 333



Paulo Lôbo acrescenta:

De maneira geral a doutrina jurídica brasileira, ressaltando a natureza patrimonializante e individual do bem, aponta como suas características: economicidade, utilidade, suscetibilidade de apropriação, exterioridade.

No sentido corrente – e de certo modo filosófico –, coisa é tudo o que pode ser pensado, ainda que não tenha existência real e presente. No sentido físico, coisa é tudo o que tem existência corpórea ou, pelo menos, é suscetível de ser captado pelos sentidos.<sup>84</sup>

*Coisas* (corpóreos e incorpóreos) e *bens* (produtos do intelecto) traduzem o objeto do Direito, que por sua vez “é a base material sobre a qual se assenta o direito subjetivo, desenvolvendo o poder de fruição da pessoa, com o contato das coisas que nos cercam no mundo exterior”.<sup>85</sup>

O Código Civil de 2002, no Livro II da Parte Geral, em seu Capítulo I, disciplina os *bens considerados em si mesmo*, sendo distribuídos em 5 Seções: I – Dos bens imóveis; II – Dos bens móveis; III – Dos bens fungíveis e consumíveis; IV – Dos bens divisíveis; V – Dos bens singulares e coletivos.<sup>86</sup>

Em relação à Seção II (Dos Bens Móveis), o Código Civil de 2002 em seus artigos 82 a 84, caracteriza os bens móveis como aqueles “suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”. Podem ser subclassificados em *bens móveis por*

---

<sup>84</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 212

<sup>85</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. v. 1. p. 313.

<sup>86</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 v. 1. p. 293



*natureza ou essência, bens móveis por antecipação e bens móveis por determinação legal.*<sup>87</sup>

Quanto aos bens móveis por natureza ou essência, ou seja, os transportados sem qualquer prejuízo por força própria ou alheia, cabe destacar os movidos de um lugar ao outro, por força própria. Tais bens móveis serão denominados em conformidade a doutrina pátria, como bem móvel *semovente*.<sup>88</sup>

Carlos Roberto Gonçalves complementa o parágrafo anterior:

Semoventes – São os suscetíveis de movimento próprio, como os animais. Movem-se de um local para outro por força própria. Recebem o mesmo tratamento jurídico dispensado aos bens móveis propriamente ditos. Por essa razão, pouco ou nenhum interesse prático há em distingui-los.<sup>89</sup>

Os animais consuetudinariamente são reconhecidos juridicamente como coisas semoventes. Em clara remissão ao *caput* do artigo 82 do Código Civil de 2002 em “bens suscetíveis de movimento próprio”, percebe-se um desenvolvimento do Direito ao Meio Ambiente que já começou a mudar esta natureza jurídica do animal.<sup>90</sup>

Paulo Nader conceitua os *bens móveis por natureza* como os “suscetíveis de deslocamento no espaço sem a perda de suas características”. Não se preocupa em exemplificá-los, mas diz que “alguns são fornecidos diretamente pela natureza, como os frutos, os semoventes e a matéria-prima quando destacada da terra”.<sup>91</sup>

---

<sup>87</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1. p. 336.

<sup>88</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1. p. 336

<sup>89</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 v. 1. p. 302

<sup>90</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 220

<sup>91</sup> NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1. p. 306



Em relação à Seção IV (Dos Bens Divisíveis), o Código Civil de 2002 em seu artigo

87 classificou os bens divisíveis levando em consideração o aspecto econômico: “bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam” (art. 87).<sup>92</sup>

No que diz respeito ao fracionamento dos bens, Flávio Tartuce se remete ao artigo 52 do Código Civil de 1916, ao explicar que os mesmos “podem se partir em porções reais e distintas, formando cada qual um todo perfeito”. Conceito no qual elucida que o texto abarcado pelo Código Civil de 2002 além de ser mais didático, privilegia o princípio da operabilidade.<sup>93</sup>

Paulo Nader alega que:

Há bens que possuem homogeneidade em toda sua extensão e por isto comportam fracionamento sem perda de sua funcionalidade ou alteração de substância. São bens divisíveis. Uma peça de tecido, os cereais, o dinheiro, são exemplos. [...] Todavia, a divisibilidade que interessa ao *Jus Positum* é a que preserva as características do bem.<sup>94</sup>

Para Paulo Lôbo, os bens divisíveis são aqueles que podem ser partidos, e cada parte sua é capaz de continuar realizando a mesma função do inteiro, mantendo seu valor proporcional. Exemplo: ao se partir um giz, cada fração sua possui o mesmo uso de um giz inteiro.<sup>95</sup>

Caio Mário sabiamente salienta a relevância de se observar a economicidade ao se analisar a divisibilidade ou indivisibilidade de um bem. A diminuição

---

<sup>92</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 1. p. 345

<sup>93</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1. p. 339

<sup>94</sup> NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1. p. 310.

<sup>95</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 224



considerável no seu valor é de fato determinante para o jurista declarar ou não a divisibilidade de um bem, se valendo do utilitarismo. Logo, um bem “será *indivisível* se o fracionamento resultar em sua desvalia *patrimonial*, isto é, se as partes resultantes perderem substância *econômica*”.<sup>96</sup>

A indivisibilidade da coisa pode ser natural ou jurídica. As coisas naturalmente indivisíveis são as que não comportam fracionamento, como por exemplo um apartamento ou um carro. As coisas juridicamente indivisíveis são as que se tornaram assim por força de lei ou por vontade das partes, como por exemplo as estradas de ferro ou os imóveis rurais de tamanho igual ou inferior ao módulo da região.<sup>97</sup>

Há de ser considerada a indivisibilidade material, física ou natural, assim como a intelectual ou jurídica, por sua vez decorrente da vontade dos contratantes ou da lei. Conforme o Código Civil de 1916 são considerados indivisíveis: “*I – os bens que se não podem partir sem alteração na sua substância; II – os que, embora naturalmente divisíveis, se consideram indivisíveis por lei, ou vontade das partes*”.<sup>98</sup>

Quanto a indivisibilidade convencional, em outras palavras, a estipulada pelas próprias partes, “se dois proprietários de um boi convencionarem que o animal será utilizado para a reprodução, o que retira a possibilidade de sua divisão”, logo, tem-se a indivisibilidade pactuada entre proprietários.<sup>99</sup>

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona são mais enfáticos ao exemplificarem o que seriam coisas indivisíveis:

---

<sup>96</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Instituições de direito civil:** introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense 2018. v. 1. p. 343

<sup>97</sup> LÓBO, Paulo. **Direito civil:** parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 225

<sup>98</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** parte geral. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 329

<sup>99</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** lei de introdução e parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1. p. 339



Portanto, os bens poderão ser indivisíveis:

por determinação legal (o módulo rural, a servidão);

por convenção (em uma obrigação de dinheiro que deva ser satisfeita por vários devedores, estipulou-se a indivisibilidade do pagamento);

por sua própria natureza (um animal).<sup>100</sup>

Em relação a Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seu artigo 225, encontram-se os princípios do Direito Ambiental. Agora como ciência autônoma, o Direito Ambiental detém a tutela material constitucional para a proteção do meio ambiente, sendo um Direito expressamente protegido pela Constituição.<sup>101</sup>

Trata-se portanto de um direito fundamental que visa o meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, sendo essencial para sua compreensão uma especial atenção para disciplinas não jurídicas, tais como: Geografia, Ecologia, Mineralogia. Com papel hermenêutico da norma constitucional, essa nova maneira interpretativa provavelmente é o maior desafio presente no artigo 225 da Constituição Federal de 1988.<sup>102</sup>

É justamente no artigo 225 da Constituição Federal de 1988 que se estrutura a tutela dos valores ambientais, justificando assim o surgimento de uma nova concepção de direitos, a transindividual. Os chamados direitos difusos são transindividuais, de natureza indivisível, nos quais são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 1. p. 345

<sup>101</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 66

<sup>102</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 48.

<sup>103</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 57



Celso Antonio Pacheco Fiorillo explica resumidamente o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988:

Assim, temos que o art. 225 estabelece quatro concepções fundamentais no âmbito do direito ambiental: a) de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; b) de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado diz respeito à existência de um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, criando em nosso ordenamento o bem ambiental; c) de que a Carta Maior determina tanto ao Poder Público como à coletividade o dever de defender o bem ambiental, assim como o dever de preservá-lo; d) de que a defesa e a preservação do bem ambiental estão vinculadas não só às presentes como também às futuras gerações.<sup>104</sup>

O Direito Ambiental e a Constituição Federal de 1988 possuem uma visão antropocêntrica, onde o meio ambiente é voltado para a satisfação humana, mas não somente a ela. A Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938 de 1981) assevera a proteção da vida em todas as suas formas, na medida em que essa vida seja essencial à sadia qualidade de vida do homem.<sup>105</sup>

Paulo de Bessa Antunes ensina:

O capítulo do Meio Ambiente da Constituição Federal é o centro nevrálgico do sistema constitucional de proteção ao meio ambiente e é nele que está muito bem caracterizada e concretizada a proteção do meio ambiente como um elemento de interseção entre a ordem econômica e os direitos individuais.<sup>106</sup>

Logo, seguindo a linha de raciocínio do parágrafo anterior, os animais não assumem papel de destaque no Direito Ambiental, tal como no Direito Civil. Não são destinatários diretos do direito ambiental nacional, ao passo que são intimamente

---

<sup>104</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 62

<sup>105</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 64

<sup>106</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 49.



associados ao homem, justamente pelo fato da proteção ambiental existir unicamente em função do homem, sendo no máximo reflexa em relação às demais espécies.<sup>107</sup>

O Meio Ambiente Natural ou Físico, uma das quatro classificações de meio ambiente, abarca a fauna e outros muitos elementos. É tutelado indiretamente pelo *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, e diretamente pelo parágrafo 1º em seus incisos I, III e VII do mesmo artigo, valendo destacar apenas o inciso VII do referido artigo.<sup>108</sup>

Ainda em relação ao inciso VII, além de estar prevista a proteção à fauna e à flora, componentes do ecossistema que o homem também pertence, em 8 de janeiro de 2008 surgiu a Lei nº 11.794 que o regulamenta e estabelece critérios para criação e utilização de animais em ensino e pesquisa científica em todo o território brasileiro.<sup>109</sup>

No inciso VII está prevista a incumbência ao Poder Público de “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”. Vale destacar a vedação de práticas que submetam os animais a crueldade.<sup>110</sup>

Entende-se por crueldade a prática contra o animal que não tenha por finalidade proporcionar um bem-estar ao homem, ou se presente essa intenção de gerar um bem-estar, os meios ora empregados para atingir este fim não são em sua

---

<sup>107</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 68

<sup>108</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 71

<sup>109</sup> TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Manual de direito ambiental**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 81

<sup>110</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 116





totalidade necessários. Busca-se proteger o sentimento do ser humano e não o animal.<sup>111</sup>

Marcelo Abelha Rodrigues acrescenta:

É claro que o bem-estar dos animais nada tem a ver com a função ecológica por eles desempenhada. Ainda assim, porém, mereceu expressa proteção constitucional essa perspectiva, altamente alinhada com uma visão biocêntrica do meio ambiente, que respeita a vida em todas as suas formas.<sup>112</sup>

Outra razão que justifica a não restrição acima explicitada, é o fato de que a proteção conferida ao meio ambiente é uma evolução dos Direitos Humanos. Tal relação entre o Direito Ambiental e os Direitos Humanos também tem sido apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, bem como tem sido reconhecida que a proteção ao meio ambiente é uma extensão do artigo 5º do texto constitucional.<sup>113</sup>

Ao elencar a proteção da fauna, a Constituição Federal não se preocupou em conceituá-la, deixando essa lacuna a ser preenchida pelo legislador infraconstitucional. Esse preenchimento possibilitou a recepção da Lei de Proteção à Fauna (Lei nº 5.197 de 1967), que em seu artigo 1º restringe o conceito de fauna apenas a *fauna silvestre*.<sup>114</sup>

Entretanto, “aceitar que a única fauna a ser tutelada é a silvestre é distanciar-se do comando constitucional”, pois assim os animais domésticos seriam taxativamente afastados de tal proteção. Apesar destes não desempenharem função

---

<sup>111</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 295

<sup>112</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 116

<sup>113</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 52

<sup>114</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 283



ecológica e não correrem risco de extinção, infelizmente os animais domésticos não estão livres da crueldade.<sup>115</sup>

O simples fato da Lei de Proteção à Fauna não se dirigir à fauna doméstica, não legitima a realização de práticas cruéis contra eles. “Concluindo, a Constituição Federal, ao prescrever a incumbência do Poder Público e da coletividade de proteger a fauna, fê-lo de forma ampla, não restringindo a tutela à fauna silvestre somente”.<sup>116</sup>

Para o presente trabalho é de extrema relevância denominar e/ou conceituar o que é fauna doméstica: aquela que vive em cativeiro, convivendo geralmente em harmonia com os seres humanos, inclusive estabelecendo vínculo de dependência e sobrevivência para com eles, sendo que sua existência traz benefícios ao bem-estar psíquico do homem.<sup>117</sup>

“A finalidade da fauna é determinada diante do benefício que a sua utilização trará ao ser humano”. Com isso, pode-se ressaltar que a fauna em sentido amplo possui quatro principais funções: a função ecológica, a função científica, a função cultural e a função recreativa, sendo a última, objeto de estudo.<sup>118</sup>

É assegurado a todos o direito ao lazer, todavia, tal direito pode entrar em conflito com o dever de preservação da fauna, especialmente quando a fauna utilizada para recreação possui função ecológica. Diante de um possível conflito deve-se analisá-lo em conformidade ao princípio do desenvolvimento sustentável.<sup>119</sup>

---

<sup>115</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 283

<sup>116</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 284

<sup>117</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 288

<sup>118</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 289

<sup>119</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 292



Após os fatos narrados acima, a primeira conclusão a que se chega é que os animais são vistos pelo Direito Civil como bens móveis e/ou indivisíveis, sendo taxados meramente como coisas. A segunda conclusão atingida é a de que o Direito Ambiental de fato protege a fauna, porém a silvestre possui maior relevância por possuir a denominada função ecológica, ao contrário da doméstica (foco do presente trabalho de conclusão de curso) que não a detém.

## **2.2 Direitos e Deveres em relação aos Animais**

Para fins de melhor compreensão do presente tópico, faz-se necessário preliminarmente elucidar um apanhado geral quanto aos direitos e deveres dos donos de animais, em virtude de poucos conhecerem as leis que regulam, por exemplo: a compra e venda, o erro veterinário, os cuidados, a proteção, a condução de animais em locais públicos, questões de saúde pública, etc.<sup>120</sup>

Cada vez mais inúmeros e dos mais diversos casos surgem para serem deliberados no Poder Judiciário brasileiro, desde os incidentes mais ordinários como ataques de cães até mesmo a concessão de guarda de animais para os donos em sede de dissolução de casamento ou união estável, “faltam até mesmo advogados especializados na área”.<sup>121</sup>

É seguro afirmar que a compra de um animal dificilmente vem acompanhada de um contrato, a não ser que sejam realizadas em canis ou lojas especializadas, e mesmo quando se tem um contrato nem sempre suas cláusulas estão de acordo com

---

<sup>120</sup> Direitos e deveres do dono de animais. Santos Pedro advogados associados, 2016. Disponível em: <https://santospedro.com.br/direitos-e-deveres-do-dono-de-animais/>. Acesso em: 16 de out. de 2019

<sup>121</sup> Direitos e deveres do dono de animais. Santos Pedro advogados associados, 2016. Disponível em: <https://santospedro.com.br/direitos-e-deveres-do-dono-de-animais/>. Acesso em: 16 de out. de 2019



as legislações vigentes. Os artigos 421 e seguintes do Código Civil de 2002 são os responsáveis por regular os direitos e deveres nessas transações em nível federal.<sup>122</sup>

Os supracitados artigos determinam em suma que além do contrato ter natureza jurídica bilateral e sinalagmática, gera obrigações recíprocas para os que o assinam, deve ser formulado conforme a manifestação de vontade de ambas as partes, sob pena de ser considerado inválido e passível de anulação.<sup>123</sup>

É garantido o direito de rescisão e indenização por perdas e danos quando o credor compra uma determinada coisa e recebe outra do devedor, e determinam que todos os riscos pelo produto correm por conta do vendedor até a entrega e/ou tradição, obrigando-o a responder também por vícios redibitórios, ou seja, aqueles defeitos ocultos que se manifestam depois da tradição.<sup>124</sup>

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) também abarcou direitos aos compradores, especialmente no artigo 49 que prevê o direito de arrependimento ao consumidor quando o contrato de compra e venda é realizado sem que o comprador veja o animal, podendo ser exercido em no máximo sete dias contados da data da entrega.<sup>125</sup>

Apesar do Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor serem hierarquicamente superiores em relação às cláusulas contratuais, se as últimas não contrariarem essas leis, por consequência serão legalmente válidas. Vale ressaltar

---

<sup>122</sup> Direitos e deveres do dono de animais. **Santos Pedro advogados associados**, 2016. Disponível em: <https://santospedro.com.br/direitos-e-deveres-do-dono-de-animais/>. Acesso em: 16 de out. de 2019

<sup>123</sup> Direitos e deveres do dono de animais. **Santos Pedro advogados associados**, 2016. Disponível em: <https://santospedro.com.br/direitos-e-deveres-do-dono-de-animais/>. Acesso em: 16 de out. de 2019

<sup>124</sup> Direitos e deveres do dono de animais. **Santos Pedro advogados associados**, 2016. Disponível em: <https://santospedro.com.br/direitos-e-deveres-do-dono-de-animais/>. Acesso em: 16 de out. de 2019

<sup>125</sup> Direitos e deveres do dono de animais. **Santos Pedro advogados associados**, 2016. Disponível em: <https://santospedro.com.br/direitos-e-deveres-do-dono-de-animais/>. Acesso em: 16 de out. de 2019



que sempre haverá a possibilidade de discutir um contrato no Poder Judiciário nos casos em que não for possível entrar em um acordo.<sup>126</sup>

Em relação ao erro médico ou veterinário, o falecimento de um animal ou dano irreversível oriundo de procedimento veterinário errôneo, pode acarretar em duas conclusões: I - o dono relatar o ocorrido ao Conselho Regional de Medicina Veterinária (CRMV) por escrito e consubstanciado com o maior número de provas, que analisará o caso e aplicará punições ao profissional quando necessário, assegurado seu direito de defesa; e II - o dono ingressar com uma ação no Poder Judiciário com o fim de ser indenizado por perdas e danos.<sup>127</sup>

Quanto a condução de animais em locais públicos, como shopping centers, parques, restaurantes, hotéis, praças, transportes coletivos, praias e clubes, seu livre acesso, circulação e permanência dependerá da regulamentação de cada localidade. Hoje em dia já existem diversos estabelecimentos que admitem a presença de animais, os chamados “pet friendly”, assim como estabelecimentos destinados exclusivamente ao público “pet”.<sup>128</sup>

A título de curiosidade, no dia 08 de agosto de 2019 o Governador do Distrito Federal Ibaneis Rocha sancionou o Projeto de Lei nº 109 de 2019 de autoria do Deputado Daniel Donizet (PSDB), que autoriza a locomoção de animais domésticos de pequeno porte, com seus tutores, em ônibus e metrô da capital sem nenhum tipo de tarifa extra.<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> Direitos e deveres do dono de animais. **Santos Pedro advogados associados**, 2016. Disponível em: <https://santospedro.com.br/direitos-e-deveres-do-dono-de-animais/>. Acesso em: 16 de out. de 2019

<sup>127</sup> Direitos e deveres do dono de animais. **Santos Pedro advogados associados**, 2016. Disponível em: <https://santospedro.com.br/direitos-e-deveres-do-dono-de-animais/>. Acesso em: 16 de out. de 2019

<sup>128</sup> Direitos e deveres do dono de animais. **Santos Pedro advogados associados**, 2016. Disponível em: <https://santospedro.com.br/direitos-e-deveres-do-dono-de-animais/>. Acesso em: 16 de out. de 2019

<sup>129</sup> Animais de estimação poderão andar no transporte público do DF. **Jornal de Brasília**, 2019. Disponível em: <https://jornaldebrasil.com.br/cidades/animais-de-estimacao-poderao-andar-no-transporte-publico-do-df/>. Acesso em: 22 de out. de 2019



O Projeto de Lei em referência prevê que os “pets” devem ser transportados em caixa apropriada e não podem prejudicar a comodidade e segurança dos demais passageiros, e nem atrapalhar o itinerário e horário da linha, não podendo serem transportados em horários de pico. Animais ferozes e peçonhentos são proibidos, sendo possível a condução de apenas dois animais para cada veículo público.<sup>130</sup>

Em locais públicos que permitem a presença de animais de estimação, é recomendável que o proprietário conduza seu animal com cuidado e responsabilidade, mas caso aconteça algum acidente caberá ao mesmo demonstrar ao juiz que ao tempo do incidente tomou todas as cautelas possíveis a fim de evitar ao máximo o resultado danoso.<sup>131</sup>

De acordo com disposição legal de cada localidade, a condução de cães com guia e coleira, caixas ou carrinhos apropriados é necessária e relevante, e no caso de animais de grande porte e/ou considerados ferozes e perigosos, sua condução deve ser feita com a devida focinheira por pessoa com idade e força adequadas para segurá-lo.<sup>132</sup>

O artigo 936 do Código Civil atribui responsabilidade civil ao dono de animal que cause prejuízos, comportando três exceções à responsabilização: I - o dono comprove que vigiava o animal de estimação com cautela e o guardava; II - o dono prove que o dano foi provocado por outrem; e III - o dono alegue imprudência da vítima ou força maior.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> Governo do DF sanciona lei que permite animais de estimação em transportes públicos. **METRO DF**, 2019. Disponível em: <http://www.metro.df.gov.br/?p=41668>. Acesso em: 22 de out. de 2019

<sup>131</sup> Direitos e deveres do dono de animais. **Santos Pedro advogados associados**, 2016. Disponível em: <https://santospedro.com.br/direitos-e-deveres-do-dono-de-animais/>. Acesso em: 16 de out. de 2019

<sup>132</sup> Direitos e deveres do dono de animais. **Santos Pedro advogados associados**, 2016. Disponível em: <https://santospedro.com.br/direitos-e-deveres-do-dono-de-animais/>. Acesso em: 16 de out. de 2019

<sup>133</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 3 de mar. de 2020



Já a Lei de Contravenções Penais, o Decreto-Lei nº 3.688 de 1941 determina a pena de prisão simples de dez dias a dois meses aos indivíduos que incorrerem em omissão quando a cautela na guarda ou condução de animais. Por esse fato é recomendável que os proprietários de animais considerados bravos alertem sobre sua existência.<sup>134</sup>

Nos Condomínios, especialmente nos compostos por prédios, é mais comum que os proprietários de animais se deparem com a intolerância de vizinhos e até mesmo com disposições em convenção do próprio condomínio que de forma expressa vedam a habitação de animais nas dependências do mesmo.<sup>135</sup>

A manutenção de animais em condomínios prediais possui respaldo na Lei Federal nº

4.591 em seu artigo 19, que preceitua: “cada condômino tem o direito de usar e fruir com exclusividade de sua unidade autônoma, segundo suas conveniências e interesses, condicionadas umas às outras às normas de boa vizinhança”.<sup>136</sup>

Nos dias atuais cláusulas de estatutos condominiais que proíbem animais são consideradas ilegais, o que já levam os próprios condomínios a abolirem de imediato tais previsões, muito por conta também do papel de grande influência das sociedades protetoras dos animais, assim como da própria jurisprudência dominante, que em muito contribui para a consolidação de tal entendimento.<sup>137</sup>

---

<sup>134</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm). Acesso em: 3 de mar. de 2020.

<sup>135</sup> Direitos e deveres do dono de animais. **Santos Pedro advogados associados**, 2016. Disponível em: <https://santospedro.com.br/direitos-e-deveres-do-dono-de-animais/>. Acesso em: 16 de out. de 2019

<sup>136</sup> BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm). Acesso em: 3 de mar. de 2020

<sup>137</sup> Direitos e deveres do dono de animais. **Santos Pedro advogados associados**, 2016. Disponível em: <https://santospedro.com.br/direitos-e-deveres-do-dono-de-animais/>. Acesso em: 16 de out. de 2019



Entretanto, quanto aos animais de porte maior não há unanimidade. Nesses casos a decisão depende da fundamentação do juiz, apesar da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 afirmarem categoricamente que o dono tem direito de propriedade, e se o animal está em sua guarda há mais de seis meses, trata-se de direito adquirido.<sup>138</sup>

Os fatos explicitados acima se referem às áreas particulares do condomínio, porém, quando o foco muda para as áreas comuns ou coletivas, não há que se discutir a autoridade condominial de legislar sobre. Logo, é legítima a proibição de animais passearem nas dependências comuns, do mesmo modo que a manutenção de animais inconvenientes para os demais moradores pode ser questionada.<sup>139</sup>

Questões ligadas a higiene, limpeza e saúde pública também rodeiam a correlação entre dono e animal de companhia. Lições como: o dono deve limpar as fezes de seu animal, campanhas públicas de vacinação devem ser ofertadas a fim de se evitar epidemias, campanhas públicas de castração devem ser oferecidas com o objetivo de diminuir animais abandonados nas ruas.<sup>140</sup>

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais foi promulgada pela UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

---

<sup>138</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 3 de mar. de 2020

<sup>139</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 3 de mar. de 2020

<sup>140</sup> Direitos e deveres do dono de animais. **Santos Pedro advogados associados**, 2016. Disponível em: <https://santospedro.com.br/direitos-e-deveres-do-dono-de-animais/>. Acesso em: 16 de out. de 2019.





em Bruxelas no dia 27 de janeiro de 1978, “para fins de orientar as nações sobre a imperiosa necessidade de leis protetivas à fauna em sua ampla diversidade”.<sup>141</sup>

O Brasil é país signatário da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, devendo editar leis específicas e construir princípios que distanciem o direito à vida animal de qualquer tipo de sofrimento, maltrato ou crueldade, para cada vez mais afastar a ideologia antropocêntrica e substituí-la por uma biocêntrica.<sup>142</sup>

Se faz oportuno destacar o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos dos Animais (DUDA):

Considerando que todo o animal possui direitos; Considerando que o desconhecimento e o desprezo desses direitos têm levado e continuam a levar o homem a cometer crimes contra os animais e contra a natureza;

Considerando que o reconhecimento pela espécie humana do direito à existência das outras espécies animais constitui o fundamento da coexistência das outras espécies no mundo;

Considerando que os genocídios são perpetrados pelo homem e há o perigo de continuar a perpetrar outros;

Considerando que o respeito dos homens pelos animais está ligado ao respeito dos homens pelo seu semelhante;

Considerando que a educação deve ensinar desde a infância a observar, a compreender, a respeitar e a amar os animais.<sup>143</sup>

Os artigos 1 e 2 da DUDA estabelecem que “todos os animais nascem iguais diante da vida, e têm o mesmo direito à existência”, sendo o homem proibido de

---

<sup>141</sup> Declaração Universal dos Direitos dos Animais - Unesco - ONU. **Direitos dos Animais - Animal Rights**. Disponível em: <http://direitosdosanimais.org/website/noticia/show.asp?pgpCode=1FC3FC14-EEA6-E69D-8D9A-3EDC218E687A>. Acesso em: 16 de out. de 2019.

<sup>142</sup> Declaração Universal dos Direitos dos Animais - Unesco - ONU. **Direitos dos Animais - Animal Rights**. Disponível em: <http://direitosdosanimais.org/website/noticia/show.asp?pgpCode=1FC3FC14-EEA6-E69D-8D9A-3EDC218E687A>. Acesso em: 16 de out. de 2019.

<sup>143</sup> Declaração Universal dos Direitos dos Animais - Unesco - ONU. **Direitos dos Animais - Animal Rights**. Disponível em: <http://direitosdosanimais.org/website/noticia/show.asp?pgpCode=1FC3FC14-EEA6-E69D-8D9A-3EDC218E687A>. Acesso em: 16 de out. de 2019.



atribuir-se o direito de extermínio e exploração dos animais, tendo o dever de colocar a serviço sua consciência em função dos animais.<sup>144</sup>

Os artigos 3 e 6 da DUDA afirmam que nenhum animal será submetido a maus-tratos e a crueldade, e caso a morte de um animal seja necessária, esta deverá ser instantânea e imediata, sem dor ou angústia. O animal que viva em convivência com o homem tem o direito a uma duração de vida condizente com a sua longevidade natural, e eventual abandono do animal além de ser ato cruel é ato degradante.<sup>145</sup>

Os artigos 11 e 13 da DUDA asseveram que o ato que leve à morte de um animal sem necessidade, é biocídio, devendo o animal morto ser tratado com o devido respeito. “As cenas de violência de que os animais são vítimas, devem ser proibidas no cinema e na televisão, a menos que tenham como fim mostrar um atentado aos direitos dos animais”.<sup>146</sup>

Por fim, o artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos Animais defende que as associações de proteção e de salvaguarda devem ser representadas a nível governamental e o mais importante e inovador: que os direitos dos animais devem ser incorporados e defendidos por leis, como os direitos dos homens.<sup>147</sup>

Há que se distinguir o animal enquanto coisa em si, reconhecido apenas pela intuição, do animal como representação dentro da cadeia simbólica, dotado de valor

---

<sup>144</sup> Declaração Universal dos Direitos dos Animais - Unesco - ONU. **Direitos dos Animais - Animal Rights**. Disponível em: <http://direitosdosanimais.org/website/noticia/show.asp?pgpCode=1FC3FC14-EEA6-E69D-8D9A-3EDC218E687A>. Acesso em: 16 de out. de 2019.

<sup>145</sup> Declaração Universal dos Direitos dos Animais - Unesco - ONU. **Direitos dos Animais - Animal Rights**. Disponível em: <http://direitosdosanimais.org/website/noticia/show.asp?pgpCode=1FC3FC14-EEA6-E69D-8D9A-3EDC218E687A>. Acesso em: 16 de out. de 2019.

<sup>146</sup> Declaração Universal dos Direitos dos Animais - Unesco - ONU. **Direitos dos Animais - Animal Rights**. Disponível em: <http://direitosdosanimais.org/website/noticia/show.asp?pgpCode=1FC3FC14-EEA6-E69D-8D9A-3EDC218E687A>. Acesso em: 16 de out. de 2019.

<sup>147</sup> Declaração Universal dos Direitos dos Animais - Unesco - ONU. **Direitos dos Animais - Animal Rights**. Disponível em: <http://direitosdosanimais.org/website/noticia/show.asp?pgpCode=1FC3FC14-EEA6-E69D-8D9A-3EDC218E687A>. Acesso em: 16 de out. de 2019.



ético moral. Nessa distinção, vige o campo de direitos e deveres que se estabelecem para bem orientar e proteger a natureza, e de consequência, os animais de estimação.<sup>148</sup>

O que vale nessa nova configuração, a Família Multiespécie, é a formação do laço social onde se respeite a diferença e a condição de não humanos dos animais relativamente ao cuidado e ao carinho que os animais necessitam e sabem retribuir. Essa relação contribui para o bem estar das pessoas e dos animais que fazem parte dessa nova constituição familiar.<sup>149</sup>

### 3 O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA FAMÍLIA MULTIESPÉCIE NO BRASIL

O capítulo em questão abordará nos tópicos a seguir como a doutrina e a jurisprudência brasileiras se posicionam em relação ao reconhecimento jurídico da Família Multiespécie, e por fim será apresentado como os demais países do mundo enfrentam a situação fática e principalmente jurídica dos animais.

#### 3.1 Posição Doutrinária

Conforme as posições dos doutrinadores já apresentados nos capítulos anteriores, como por exemplo Caio Mário, Paulo Lôbo, Marcelo Abelha, Celso Antonio, Marianna Chaves e Élide Seguin, constata-se que não existe um autor ou autores mais relevantes que abordam o tema do presente trabalho de conclusão de

---

<sup>148</sup> SEGUIN, Élide; ARAÚJO, Luciane Martins de; CORDEIRO NETO, Miguel dos Reis. Uma nova família: a multiespécie. **Revista de Direito Ambiental: RDA**, v. 21, n. 82, 2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produto\\_s/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDAmb\\_n.82.12.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAmb_n.82.12.PDF). Acesso em: 18 mar. 2019

<sup>149</sup> SEGUIN, Élide; ARAÚJO, Luciane Martins de; CORDEIRO NETO, Miguel dos Reis. Uma nova família: a multiespécie. **Revista de Direito Ambiental: RDA**, v. 21, n. 82, 2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produto\\_s/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDAmb\\_n.82.12.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAmb_n.82.12.PDF). Acesso em: 18 mar. 2019



curso. Isso ocorre justamente pelo fato da dicotomia existente entre a própria doutrina, juntamente também com a lei e a jurisprudência brasileiras.

Caio Mário da Silva Pereira, bem como os outros autores de Direito Civil: Flávio Tartuce, Orlando Gomes, Maria Helena Diniz, Paulo Lôbo, Sílvio de Salvo Venosa, Carlos Roberto Gonçalves, Paulo Nader, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona concordam e conceituam os animais em suas respectivas obras como coisas ou bens semoventes e indivisíveis em razão de sua natureza.<sup>150</sup>

O argumento jurídico que sustenta tal entendimento se consubstancia na capacidade dos animais de se moverem por força própria, sem qualquer prejuízo. Por isso o seu caráter indivisível, já que caso sejam fracionados ou divididos, perderão imediatamente suas características intrínsecas. Em última análise tratam-se portanto de bens móveis semoventes e indivisíveis.<sup>151</sup>

Marcelo Abelha Rodrigues, assim como os demais autores de Direito Ambiental: Paulo de Bessa Antunes, Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Terence Dorneles Trennepohl focam na Constituição Federal e sua proteção direcionada exclusivamente a fauna silvestre e sua função ecológica.<sup>152</sup>

Tal função ecológica chama a atenção para dois argumentos jurídicos que baseiam o tratamento dado aos animais pelo Direito Ambiental. O primeiro consiste que os animais silvestres não são os destinatários diretos da proteção legislativa, e

---

<sup>150</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Instituições de direito civil:** introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1. p. 322

<sup>151</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** lei de introdução e parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1. p. 336

<sup>152</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado.** 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 66



sim a sua função ecológica destinada ao ser humano. O segundo se revela na não proteção dos animais domésticos pelo Direito Ambiental.<sup>153</sup>

Já em uma visão mais constitucionalista, Christine Peter e Kaluaná Oliveira em seu artigo “Direitos dos animais confirmam quarta dimensão dos direitos fundamentais”, evidenciam os direitos fundamentais dos animais não-humanos, os enquadrando numa quarta dimensão ou geração de direitos fundamentais, com base na doutrina pós-humanista.<sup>154</sup>

Enquadrar os direitos dos animais no cenário objetivo dos direitos fundamentais, faz com que decorram diretamente da Constituição Federal de 1988, e por este fato busca-se conferir aos animais a titularidade de direitos inerentes à sua própria condição, ampliando assim a aplicabilidade do princípio da dignidade humana (princípio basilar do ordenamento constitucional) aos animais.<sup>155</sup>

Christine Peter e Kaluaná Oliveira salientam que:

A humanidade, por razões culturais e históricas, possui um enorme bloqueio ético em considerar que há outros indivíduos, que não da espécie humana, oprimidos e discriminados de maneira arbitrária e inquestionada. É um caminho que não visa desconstituir, mas ressignificar suas premissas e direcionar-se para uma proteção da vida universal, uma vez que a dignidade, *a priori*, é direito inerente apenas aos seres humanos, ainda que de maneira universalizada, como os direitos fundamentais de terceira geração.<sup>156</sup>

---

<sup>153</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 68

<sup>154</sup> PETER, Christine; OLIVEIRA, Kaluaná. Direitos dos animais confirmam quarta dimensão dos direitos fundamentais. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-16/observatorio-constitucional-animais-ligados-quarta-dimensao-direitos-fundamentais>. Acesso em: 29 maio 2019

<sup>155</sup> PETER, Christine; OLIVEIRA, Kaluaná. Direitos dos animais confirmam quarta dimensão dos direitos fundamentais. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-16/observatorio-constitucional-animais-ligados-quarta-dimensao-direitos-fundamentais>. Acesso em: 29 maio 2019

<sup>156</sup> PETER, Christine; OLIVEIRA, Kaluaná. Direitos dos animais confirmam quarta dimensão dos direitos fundamentais. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-16/observatorio-constitucional-animais-ligados-quarta-dimensao-direitos-fundamentais>



Essa ressignificação pretende evoluir a natureza dos direitos fundamentais de terceira geração para uma quarta dimensão inclusiva, que visa proteger “os seres vivos que habitam o planeta em caráter universal”. Seria o biocentrismo capaz de superar o caráter antropocêntrico dos direitos fundamentais, bem como o primeiro passo em direção ao reconhecimento de valor intrínseco aos animais não humanos.<sup>157</sup>

A tendência, portanto, é conferir cada vez mais direitos a outros seres vivos, como os animais, dada a interdependência e inter-relação existente entre a vida humana e o meio ambiente como um todo, ou seja, visão biocêntrica, onde a vida encontra-se no centro das preocupações.<sup>158</sup>

Vale ressaltar que essa posição pós-humanista apresentada é diametralmente oposta ao entendimento resguardado pelo Direito Ambiental. Para Christine Peter e Kaluaná Oliveira, destinar aos animais a titularidade de direitos inerentes à sua própria condição, amplia a aplicabilidade do princípio da dignidade humana aos próprios animais.<sup>159</sup>

Marianna Chaves, Élide Seguin, Luciane Martins de Araújo e Miguel dos Reis Cordeiro Neto abordam os animais de uma forma muito mais humana,

---

[16/observatorio-constitucional-animais-ligados-quarta-dimensao-direitos-fundamentais](#). Acesso em: 29 maio 2019

<sup>157</sup> PETER, Christine; OLIVEIRA, Kaluaná. Direitos dos animais confirmam quarta dimensão dos direitos fundamentais. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-16/observatorio-constitucional-animais-ligados-quarta-dimensao-direitos-fundamentais>. Acesso em: 29 maio 2019

<sup>158</sup> SEGUIN, Élide; ARAÚJO, Luciane Martins de; CORDEIRO NETO, Miguel dos Reis. Uma nova família: a multiespécie. **Revista de Direito Ambiental: RDA**, v. 21, n. 82, 2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDAmb\\_n.82.12.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAmb_n.82.12.PDF). Acesso em: 18 mar. 2019

<sup>159</sup> PETER, Christine; OLIVEIRA, Kaluaná. Direitos dos animais confirmam quarta dimensão dos direitos fundamentais. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-16/observatorio-constitucional-animais-ligados-quarta-dimensao-direitos-fundamentais>. Acesso em: 29 maio 2019



desatrelando a coisificação dos animais ao apresentar a Família Multiespécie, uma realidade social que encontra um grande vazio na lei.<sup>160</sup>

Para os autores listados acima, se faz necessário um avanço em termos legislativos e em termos de decisões judiciais, justamente para modificar o entendimento do animal apenas como objeto para passá-los a sujeito de direitos. Porém, nesse caso, ser sujeito de direitos não significa que os animais terão os mesmos direitos dos humanos, mas significa a garantia jurídica do cuidado ao animal e de suas reais necessidades, respeitando-o.<sup>161</sup>

Os doutrinadores supracitados demonstram a bipolaridade conceitual presente atualmente, seja em relação a coisificação ou humanização dos animais. Se faz presente também a evolução de pensamento existente entre eles, onde os animais de estimação/companhia passaram de simples bens semoventes para filhos de quatro patas membros de uma família.<sup>162</sup>

A simples reprodução dos preceitos do Código Civil de 1916 (artigos 52 e 53), e do Código Civil de 2002 (artigos 87 e 88), por parte dos autores clássicos está cada vez mais perdendo espaço, visto que a sociedade avança de uma forma muito mais célere que as normas jurídicas, sendo necessária a recorrente atualização de entendimento.

---

<sup>160</sup> CHAVES, Marianna. Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie. **Revista Eletrônica Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 187, 34, jul. 2015. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4066>. Acesso em: 27 fev. 2019.

<sup>161</sup> SEGUIN, Élida; ARAÚJO, Luciane Martins de; CORDEIRO NETO, Miguel dos Reis. Uma nova família: a multiespécie. **Revista de Direito Ambiental: RDA**, v. 21, n. 82, 2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDAmb\\_n.82.12.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAmb_n.82.12.PDF). Acesso em: 18 mar. 2019.

<sup>162</sup> CHAVES, Marianna. Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie. **Revista Eletrônica Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 187, 34, jul. 2015. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4066>. Acesso em: 27 fev. 2019



### 3.2 Posição Jurisprudencial

Não é nenhuma novidade que o Direito tenta regulamentar todas as situações fáticas em seu ordenamento jurídico, porém sempre haverá um descompasso nessa tentativa, pois a realidade dinâmica sempre antecede o Direito estático. Por mais que a lei tente, as relações de uma sociedade sempre serão mais complexas do que uma previsão legal.<sup>163</sup>

As lacunas surgem justamente no momento da aplicação do direito a um caso ainda não previsto em lei. São nessas omissões do legislador que o juiz entra em cena, para assegurar direitos na ausência de leis. Conforme o artigo 4º da LINDB, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, quando a lei for omissa.<sup>164</sup>

Maria Berenice Dias completa:

O fato de não haver previsão legal para situações específicas não significa inexistência de direito à tutela. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática.<sup>165</sup>

E é justamente nesse limbo jurídico que a jurisprudência aparece de maneira determinante para solucionar as mais diversas controvérsias da sociedade, que dirá no mutável Direito das Famílias; Aqui, é necessário que o juiz tenha uma visão pluralista da família, e que leve em consideração a repersonalização, a afetividade e o eudemonismo nas decisões.<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 28

<sup>164</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 28

<sup>165</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 28

<sup>166</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 133





Com fundamento na vedação constitucional da crueldade presente no artigo 225, §1º, VII, da CRFB, o STF proibiu a “farra do boi” (RE 153.531) e a “rinha de galos” (ADI 1.856), apesar de serem tradições culturais. Embora não tenha atribuído direitos fundamentais aos animais, o STF afirmou o direito dos animais de não serem submetidos a atos cruéis.<sup>167</sup>

No Recurso Extraordinário 153.531/SC, julgado em 03 de junho de 1997, o Supremo Tribunal Federal decretou a inconstitucionalidade da Farra do Boi, argumentando que a referida manifestação cultural e a Constituição Federal de 1988 divergiam, uma vez que a última rejeita a crueldade contra os animais.<sup>168</sup>

Logo, por maioria de votos a Segunda Turma do STF decidiu que a “farra do boi” é prática violenta e cruel contra os animais, e que sujeitar animais a tratamento cruel viola o art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal que determina expressamente que é vedado submeter animais a crueldade.<sup>169</sup>

Na ADI 1.856/RJ, julgada em 26 de maio de 2011, na qual se discutia a constitucionalidade da Lei estadual nº 2.895/98 acerca da Rinha de Galos, o pleno da Suprema Corte entendeu de maneira semelhante, ou seja, que sujeitar animais a experiências cruéis não é ato compatível com os preceitos da Constituição Federal de 1988.<sup>170</sup>

---

<sup>167</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil:** parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 220

<sup>168</sup> PETER, Christine; OLIVEIRA, Kaluaná. Direitos dos animais confirmam quarta dimensão dos direitos fundamentais. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-16/observatorio-constitucional-animais-ligados-quarta-dimensao-direitos-fundamentais>. Acesso em: 29 maio 2019

<sup>169</sup> PETER, Christine; OLIVEIRA, Kaluaná. Direitos dos animais confirmam quarta dimensão dos direitos fundamentais. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-16/observatorio-constitucional-animais-ligados-quarta-dimensao-direitos-fundamentais>. Acesso em: 29 maio 2019

<sup>170</sup> PETER, Christine; OLIVEIRA, Kaluaná. Direitos dos animais confirmam quarta dimensão dos direitos fundamentais. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-16/observatorio-constitucional-animais-ligados-quarta-dimensao-direitos-fundamentais>. Acesso em: 29 maio 2019



No julgamento da ADI, o STF considerou inconstitucional a Lei estadual do Rio de Janeiro que autorizava e disciplinava competições entre “galos combatentes”, justamente por também violar o mandamento constitucional do art. 225 que proíbe a prática de atos cruéis envolvendo animais, associado ao dever de preservação da fauna e também ao repúdio à prática<sup>171</sup>

Na mesma linha de compreensão, o STF em sua composição plenária julgou em 06 de outubro de 2006 a ADI 4.983/CE, declarou a inconstitucionalidade da Lei estadual nº 15.299/13 que regulamentava as vaquejadas, explicando que a “garantia do exercício de direitos culturais não autorizava práticas e manifestações que submetessem os animais a crueldade”.<sup>172</sup>

Ao julgar inconstitucional a Lei Estadual do Ceará que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural, a maioria dos Ministros acompanharam o entendimento do relator Ministro Marco Aurélio quanto a crueldade intrínseca revelada em laudos técnicos contidos no processo que demonstraram diversas consequências nocivas à saúde dos animais.<sup>173</sup>

A respeito, Christine Peter conclui:

Tem-se, pois, um indicativo jurisprudencial consolidado no Supremo Tribunal Federal a reconhecer, ainda que de forma não expressa, direitos dos animais com respaldo diretamente no texto constitucional (art. 225, §1º, VII, da CRFB), o que me anima a reafirmar que é possível, no contexto do Estado de Direitos Fundamentais, acolher uma quarta dimensão desses

<sup>171</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 5 de mar. de 2020.

<sup>172</sup> PETER, Christine; OLIVEIRA, Kaluaná. Direitos dos animais confirmam quarta dimensão dos direitos fundamentais. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-16/observatorio-constitucional-animais-ligados-quarta-dimensao-direitos-fundamentais>. Acesso em: 29 maio 2019

<sup>173</sup> STF JULGA INCONSTITUCIONAL LEI CEARENSE QUE REGULAMENTE VAQUEJADA. **stf.jus.br**,

2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326838>. Acesso em: 5 mar. 2020



direitos, como aquela que reconhece e protege direitos dos seres vivos não humanos.<sup>174</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.797.175/SP, de relatoria do Ministro Og Fernandes, acatou a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana, bem como acolheu direitos e dignidade aos animais não-humanos e à Natureza, avançando rumo ao já citado paradigma jurídico biocêntrico.<sup>175</sup>

O supracitado julgado envolveu a guarda definitiva (e não a posse) do papagaio Verdinho, ora concedida para a recorrente Maria Angélica Caldas Uliana após Verdinho ter sido confiscado pelo IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) depois de mais de vinte anos de convivência com Maria Angélica.<sup>176</sup>

Na oportunidade, o IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) alegou que apesar do período de convivência, Maria Angélica além de não oferecer os devidos cuidados ao papagaio, não poderia o mesmo permanecer com ela por se tratar de animal silvestre.<sup>177</sup>

Seguindo a unanimidade da Segunda Turma do STJ, o Ministro Relator Og Fernandes proferiu que “a reintegração da ave ao seu habitat natural, conquanto possível, pode ocasionar- lhe mais prejuízos do que benefícios, tendo em vista que o

---

<sup>174</sup> PETER, Christine; OLIVEIRA, Kaluaná. Direitos dos animais confirmam quarta dimensão dos direitos fundamentais. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-16/observatorio-constitucional-animais-ligados-quarta-dimensao-direitos-fundamentais>. Acesso em: 29 maio 2019

<sup>175</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. STJ, a dimensão ecológica da dignidade e direitos do animal não humano. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/direitos-fundamentais-stj-dimensao-ecologica-dignidade-direitos-animal-nao-humano>. Acesso em: 11 fevereiro 2020

<sup>176</sup> MORAES, Germana de Oliveira. Direitos dos animais e da natureza levados a sério: comentários sobre o julgamento do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (Recurso Especial 1.797.175 – SP). **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 39, n. 1, 2019, Ceará: Nomos, 2019. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/42087>. Acesso em: 12 fev. 2020.

<sup>177</sup> MORAES, Germana de Oliveira. Direitos dos animais e da natureza levados a sério: comentários sobre o julgamento do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (Recurso Especial 1.797.175 – SP). **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 39, n. 1, 2019, Ceará: Nomos, 2019. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/42087>. Acesso em: 12 fev. 2020



papagaio em comento, que já possui hábitos de ave de estimação, convive há cerca de 23 anos com a autora”.<sup>178</sup>

O argumento central que sustenta a decisão é a existência da dignidade inerente às existências dos animais não humanos. Para o Ministro Og Fernandes, a ideia de um tratamento não cruel dos animais não mais deve se basear no princípio da dignidade da pessoa humana, e a constante indefinição quanto à destinação final do papagaio ao permitir um convívio provisório com o IBAMA, impõe fim ao vínculo afetivo estabelecido com Maria Angélica.<sup>179</sup>

O Ministro Og Fernandes ressalta a importância de evoluir o pensamento antropocêntrico a fim de alcançar a dignidade e direitos de animais não-humanos como também da própria Natureza:

O pensamento central kantiniano coloca a ideia de que o ser humano não pode ser tido como simples meio (objeto) para a satisfação de qualquer vontade alheia, mas sempre deve ser

---

<sup>178</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso Especial 1.797.175/SP. AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTAS COM PEDIDO DE GUARDA DE ANIMAL SILVESTRE. No caso em tela foram aplicadas duas multas, uma por ter em cativeiro espécime da fauna silvestre e a outra, por maus tratos. Papagaio-verdadeiro. Não houve a correta indicação, no AIA n° 294764, do tipo legal incriminador da conduta "ter em cativeiro". Multa afastada. Quanto aos maus tratos, foi atestado por laudo veterinário, sendo mantida a multa nesse sentido. Cabível a guarda provisória à apelada, nos moldes da Resolução n° 457/2013 do IBAMA. Inviável permitir a eternização da criação não autorizada de animal silvestre, sob pena de fomentar o comércio ilícito desses animais. Contudo, não se mostra razoável a apreensão da ave pelo IBAMA enquanto não comprovar a viabilidade da destinação prevista em lei e que dispõe dos aparatos necessários a assegurar o bem estar do animal. DADO PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. Relator: Min. Og Fernandes, 21 de março de 2019. Decisão por unanimidade.

<sup>179</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso Especial 1.797.175/SP. AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTAS COM PEDIDO DE GUARDA DE ANIMAL SILVESTRE. No caso em tela foram aplicadas duas multas, uma por ter em cativeiro espécime da fauna silvestre e a outra, por maus tratos. Papagaio-verdadeiro. Não houve a correta indicação, no AIA n° 294764, do tipo legal incriminador da conduta "ter em cativeiro". Multa afastada. Quanto aos maus tratos, foi atestado por laudo veterinário, sendo mantida a multa nesse sentido. Cabível a guarda provisória à apelada, nos moldes da Resolução n° 457/2013 do IBAMA. Inviável permitir a eternização da criação não autorizada de animal silvestre, sob pena de fomentar o comércio ilícito desses animais. Contudo, não se mostra razoável a apreensão da ave pelo IBAMA enquanto não comprovar a viabilidade da destinação prevista em lei e que dispõe dos aparatos necessários a assegurar o bem estar do animal. DADO PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. Relator: Min. Og Fernandes, 21 de março de 2019. Decisão por unanimidade



tomado como um fim em si mesmo (sujeito) em qualquer relação, em face do Estado ou perante outros indivíduos.

Entretanto, é necessário que possamos nos confrontar com novos valores ecológicos que alimentam as relações sociais contemporâneas e que reclamam uma nova concepção ética, é essencial estabelecer uma redescoberta da verdadeira ética de respeito à vida.

Assim, qualquer vedação à prática de "coisificação" não deve, em princípio, ser limitada apenas à vida humana, mas sim ter o seu espectro ampliado para contemplar também outras formas de vida.

É necessário sempre sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente é elevado ao nível de valor ético-jurídico fundamental. Essa circunstância indicia que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral seja para viabilizar a vida humana e, acima de tudo, a vida humana com dignidade.<sup>180</sup>

Ao salientar a relação interdependente entre o ser humano e a Natureza, rejeita-se a relação de dominação do ser humano sobre os demais seres vivos e reconhece os animais como membros de uma mesma comunidade compartilhada com os humanos. Entretanto, o voto de Og Fernandes não adentra na possibilidade de se atribuir direitos aos animais, ou não, em razão de serem seres sencientes.<sup>180181</sup>

Embora não adentre na divergência teórica do parágrafo anterior, é citado no voto julgamentos de Habeas Corpus brasileiros e argentinos, impetrados a fim de

---

<sup>180</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. STJ, a dimensão ecológica da dignidade e direitos do animal não humano. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/direitos-fundamentais-stj-dimensao-ecologica-dignidade-direitos-animal-nao-humano>. Acesso em: 11 fevereiro 2020

<sup>181</sup> .



libertar primatas presos em zoológicos, visando reforçar a tese da dignidade dos animais defendida pelo Ministro Relator do REsp.<sup>182</sup>

Vale destacar a importância do precedente do HC argentino, pois reconhece o status jurídico de sujeitos de direitos aos animais ao libertar a orangotango chamada Sandra, que sofria de solidão em seu confinamento no Zoológico de Buenos Aires. Tal concessão obteve repercussão mundial sendo amplamente divulgada.<sup>183</sup>

Por fim, a decisão do STJ estabelece um diálogo com as Cortes Constitucionais Equatoriana e Colombiana. Neste momento Og Fernandes cita a Constituição equatoriana de 2008 que reconheceu os direitos da *Pachamama* (Natureza ou da Mãe Terra), bem como no caso da Colômbia, que assentiu em 2016 os direitos do Rio Atrato, e em 2018 conferiu caráter de entidade de sujeito de direitos a Amazônia colombiana.<sup>184</sup>

Voltando para o Brasil, em 2015 chegou à 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), uma apelação contra decisão da 5ª Vara de Família do Fórum Regional do Meier. Em suma, a apelação se trata da disputa da guarda do cãozinho “Dully”, da raça *Cocker Spaniel*, em meio a dissolução de uma união estável, que ao fim foi concedida ao apelante a possibilidade de ficar com o cachorro em fins de semana alternados.<sup>185</sup>

---

<sup>182</sup> MORAES, Germana de Oliveira. Direitos dos animais e da natureza levados a sério: comentários sobre o julgamento do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (Recurso Especial 1.797.175 – SP). **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 39, n. 1, 2019, Ceará: Nomos, 2019. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/42087>. Acesso em: 12 fev. 2020

<sup>183</sup> MORAES, Germana de Oliveira. Direitos dos animais e da natureza levados a sério: comentários sobre o julgamento do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (Recurso Especial 1.797.175 – SP). **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 39, n. 1, 2019, Ceará: Nomos, 2019. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/42087>. Acesso em: 12 fev. 2020

<sup>184</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. STJ, a dimensão ecológica da dignidade e direitos do animal não humano. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/direitos-fundamentais-stj-dimensao-ecologica-dignidade-direitos-animal-nao-humano>. Acesso em: 11 fevereiro 2020

<sup>185</sup> CHAVES, Marianna. Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie. **Revista Eletrônica Direito UNIFACS** –



O relator do processo ressaltou o quão desafiante é o tema, por justamente exigir do operador a revisitação de conceitos e até mesmo dogmas clássicos do Direito Civil, já que a controvérsia em questão atravessa “caminhos que, reconheça-se, ainda não foram normatizados pelo legislador”.<sup>186</sup>

Para Marianna Chaves a Apelação em questão aponta a carga de complexidade que as atuais dissoluções carregam, onde os cônjuges ou companheiros buscam solucionar as questões que envolvem bens adquiridos juntos ao longo do tempo de maneira bem sui generis, chegando ao ponto de divergirem acerca da

---

**Debate Virtual**, Salvador, n. 187, 34, jul. 2015. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4066>.

Acesso em: 27 fev. 2019

<sup>186</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (2ª Câmara Cível). Apelação Cível 0019757-79.2013.8.19.0208. DIREITO CIVIL – RECONHECIMENTO/DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL – PARTILHA DE BENS DE SEMOVENTE – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL QUE DETERMINA A POSSE DO CÃO DE ESTIMAÇÃO PARA A EX- CONVIVENTE MULHER–RECURSO QUE VERSA EXCLUSIVAMENTE SOBRE A POSSE DO ANIMAL – RÉU APELANTE QUE SUSTENTA SER O REAL PROPRIETÁRIO – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA QUE OS CUIDADOS COM O CÃO FICAVAM A CARGO DA RECORRIDA DIREITO DO APELANTE/VARÃO EM TER O ANIMAL EM SUA COMPANHIA – ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO CUJO DESTINO, CASO DISSOLVIDA SOCIEDADE CONJUGAL É TEMA QUE DESAFIA O OPERADOR DO DIREITO – SEMOVENTE QUE, POR SUA NATUREZA E FINALIDADE, NÃO PODE SER TRATADO COMO SIMPLES BEM, A SER HERMÉTICA E IRREFLETIDAMENTE PARTILHADO, ROMPENDO-SE ABRUPTAMENTE O CONVÍVIO ATÉ ENTÃO MANTIDO COM UM DOS INTEGRANTES DA FAMÍLIA – CACHORRINHO “DULLY” QUE FORA VÍNCULOS EMOCIONAIS E AFETIVOS CONSTRUÍDOS EM TORNO DO ANIMAL, QUE DEVEM SER, NA MEDIDA DO POSSÍVEL, MANTIDOS – SOLUÇÃO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE CONFERIR DIREITOS SUBJETIVOS AO ANIMAL, EXPRESSANDO-SE, POR OUTRO LADO, COMO MAIS UMA DAS VARIADAS E MULTIFÁRIAS MANIFESTAÇÕES DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, EM FAVOR DO RECORRENTE – PARCIAL ACOLHIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO PARA, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA REGENTE SOBRE O THEMA, MAS SOPESANDO TODOS OS VETORES ACIMA EVIDENCIADOS, AOS QUAIS SE SOMA O PRINCÍPIO QUE VEDA O NON LIQUET, PERMITIR AO RECORRENTE, CASO QUEIRA, TER CONSIGO A COMPANHIA DO CÃO DULLY, EXERCENDO A SUA POSSE PROVISÓRIA, FACULTANDO-LHE BUSCAR O CÃO EM FINS DE SEMANA ALTERNADOS, DAS 10:00 HS DE SÁBADO ÀS 17:00HS DO DOMINGO. SENTENÇA

QUE SE MANTÉM. Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, 27 de janeiro de 2015. DJU de 04 de fevereiro de 2015. Área do Direito: Família e Sucessões PRESENTEADO PELO RECORRENTE À RECORRIDA, EM MOMENTO DE ESPECIAL DISSABOR ENFRENTADO PELOS CONVIVENTES, A SABER, ABORTO NATURAL SOFRIDO POR ESTA –



“guarda” do animal que ambos conviveram na constância da relação, de forma semelhante aos conflitos que envolvem a disputa de guarda de filhos.<sup>187</sup>

Dessa forma fica mais que demonstrado que o Judiciário está atento para a necessidade de analisar as demandas que surgem com mais empatia e sensibilidade, visto que cada vez mais casos do tipo bateram a sua porta, justamente pelo fato dos animais serem considerados membros da família, e não mais como bens semoventes.<sup>188</sup>

Não se mostra mais razoável e nem condizente com as diretrizes pós-modernas do Direito de Família conferir aos animais a limitada qualificação de coisas em sede de partilha de bens, onde eventualmente somente uma das partes ficaria com o animal, sem qualquer tipo de laço ou contato com a outra parte.<sup>189</sup>

Percebe-se que nada impede que o instituto da guarda compartilhada destinada aos filhos menores em virtude do poder familiar, seja, no silêncio do legislador, aplicável por analogia aos animais de companhia, que por sua vez são considerados por muitos casais como verdadeiros filhos, que necessitam de afeto e atenção.<sup>190</sup>

---

<sup>187</sup> CHAVES, Marianna. Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie. **Revista Eletrônica Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 187, 34, jul. 2015. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4066>.

Acesso em: 27 fev. 2019

<sup>188</sup> CHAVES, Marianna. Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie. **Revista Eletrônica Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 187, 34, jul. 2015. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4066>.

Acesso em: 27 fev. 2019

<sup>189</sup> CHAVES, Marianna. Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie. **Revista Eletrônica Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 187, 34, jul. 2015. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4066>. Acesso em: 27 fev. 2019

<sup>190</sup> CHAVES, Marianna. Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie. **Revista Eletrônica Direito UNIFACS –**





### 3.3 Direito Comparado

Será abordado nesse momento como o entendimento acerca dos animais evoluiu, ao ponto do surgimento da Família Multiespécie, e como são tratados nas legislações estrangeiras, sendo observado como alguns países tratam a sciência como elemento intrínseco dos seres não-humanos, tendo assim valor jurídico.

#### 3.3.1 No Direito Português

No Direito brasileiro, embora os animais ainda sejam encarados como meras coisas, bens ou propriedade, em Portugal eles já alcançaram um status diferente com a Lei nº 8/2017 de 3 de março, a qual estabelece um estatuto jurídico dos animais, reconhecendo a sua natureza de seres vivos dotados de sensibilidade.<sup>191</sup>

A lei em comento trata dos deveres dos “proprietários” de assegurar o bem-estar do animal, de garantir-lhe acesso a água e comida conforme suas necessidades específicas, além de cuidados veterinários. Há previsão também de penas que vão de multas até a prisão em caso de descumprimento e/ou maus-tratos.<sup>192</sup>

Vale ressaltar que no país lusitano os animais são seres que não detém personalidade jurídica, porém possuem sciência, que é a capacidade dos animais

---

**Debate Virtual**, Salvador, n. 187, 34, jul. 2015. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4066>. Acesso em: 27 fev. 2019.

<sup>191</sup> GONÇALVES, Thomas Nosch. Família multiespécie e divórcio extrajudicial com guarda de animais sencientes. **Revista IBDFAM – Famílias e Sucessões**, 30. ed. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6898/Fam%C3%ADlia+multiesp%C3%A9cie+e+a+guarda+de+animais+sencientes+em+div%C3%B3rcio+extrajudicial%3A+tema+de+artigo+na+Revista+Cient%C3%ADfica+do+IBDFAM>. Acesso em: 14 fev. 2020

<sup>192</sup> GONÇALVES, Thomas Nosch. Família multiespécie e divórcio extrajudicial com guarda de animais sencientes. **Revista IBDFAM – Famílias e Sucessões**, 30. ed. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6898/Fam%C3%ADlia+multiesp%C3%A9cie+e+a+guarda+de+animais+sencientes+em+div%C3%B3rcio+extrajudicial%3A+tema+de+artigo+na+Revista+Cient%C3%ADfica+do+IBDFAM>. Acesso em: 14 fev. 2020



sentirem sensações assim como sentimentos de forma consciente, ou seja, eles são capazes de perceber de maneira consciente o que lhes acontece e o que os rodeia, ao passo que insistir em tratá-los como objetos, atrapalha a defesa de seus direitos.<sup>193</sup>

A título de enriquecimento do presente trabalho de conclusão de curso, a Liga Portuguesa dos Direitos do Animal (LPDA) prevê, entre inúmeras disposições, os deveres do dono para com o seu animal de companhia, que por exemplo, não devem ser vendidos a menores de 16 anos sem autorização dos pais ou responsáveis.<sup>194</sup>

Quem detenha o animal de companhia ou tenha aceitado se ocupar do mesmo deve se responsabilizar pela sua saúde e bem estar, tal como lhe proporcionar instalação, e lhe dar atenção conforme sua espécie e raça, com alimentação, água e exercício adequados, tomando todas as medidas cabíveis para o animal não fugir.<sup>195</sup>

Deve ser garantido o acesso do animal de companhia e/ou estimação a todos os cuidados veterinários, sempre que se faça necessário e de acordo com as características peculiares de cada espécie. Como por exemplo a vacinação, que se trata de uma medida profilática que visa a atenuação e/ou prevenção de doenças. E por último, deve o dono vigiar seu animal doméstico a fim de evitar que este coloque em risco a vida ou integridade física de outrem.<sup>196</sup>

### 3.3.2 No Direito Francês

---

<sup>193</sup> GONÇALVES, Thomas Nosch. Família multiespécie e divórcio extrajudicial com guarda de animais sencientes. **Revista IBDFAM – Famílias e Sucessões**, 30. ed. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6898/Fam%C3%ADlia+multiesp%C3%A9cie+e+a+guarda+de+animais+sencientes+em+div%C3%B3rcio+extrajudicial%3A+tema+de+artigo+na+Revista+Cient%C3%ADfica+do+IBDFA>

M. Acesso em: 14 fev. 2020.

<sup>194</sup> PORTUGAL. **Liga Portuguesa dos Direitos do Animal (LPDA)**, de 1981. Disponível em: <https://www.lpda.pt/legislacao/>. Acesso em: 16 de out. de 2019

<sup>195</sup> PORTUGAL. **Liga Portuguesa dos Direitos do Animal (LPDA)**, de 1981. Disponível em: <https://www.lpda.pt/legislacao/>. Acesso em: 16 de out. de 2019

<sup>196</sup> PORTUGAL. **Liga Portuguesa dos Direitos do Animal (LPDA)**, de 1981. Disponível em: <https://www.lpda.pt/legislacao/>. Acesso em: 16 de out. de 2019.



Em decisão histórica a França alterou mediante a Lei nº 2015-177 seu Código Civil (*Code Civil*), mais especificamente o antigo artigo 528. O novo artigo 515-14, desde 16 de fevereiro de 2015 estabelece que “os animais são seres vivos dotados de sensibilidade” (seres sencientes que têm sentimentos), e sob amparo legal são subordinados ao regime de bens.<sup>197</sup>

Por serem dotados de sensibilidade, logo capazes de sentir dor ou prazer, os animais são titulares de interesses e também de direitos, que devem ser previstos e protegidos pelo ordenamento jurídico, e quando necessário, esse mesmo ordenamento deve prever também limitações de direitos das pessoas (natural e jurídica) a fim de resguardá-los.<sup>198</sup>

Essa alteração foi requerida pela organização francesa não governamental Fondation 30 Milion Amis dois anos antes da decisão que promulgou a referida lei. Antes definidos como meros bens de consumo, agora são transferidos aos animais valor de sujeitos de direito. Embora ainda não haja uma categoria específica de sujeitos de direitos para os animais, é sempre colocado em discussão os direitos inerentes a dignidade dos animais.<sup>199</sup>

A França, atenta ainda ao disposto no Tratado de Amsterdam (1997), reconheceu os animais como seres sencientes, ou seja, que eles são capazes de sentir,

---

<sup>197</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 221.

<sup>198</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. STJ, a dimensão ecológica da dignidade e direitos do animal não humano. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/direitos-fundamentais-stj-dimensao-ecologica-dignidade-direitos-animal-nao-humano>. Acesso em: 11 fevereiro 2020.

<sup>199</sup> MARANHÃO, Ana Clara Brito de Sousa. A dignidade dos animais doméstico na legislação brasileira. **Conteúdo Jurídico**, 2019. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52893/a-dignidade-dos-animais-domesticos-na-legislacao-brasileira>. Acesso em: 5 março 2020



possibilitando enxergá-los como sujeitos de direito e não mais como objetos, dotados de valor mercantil e integrantes de um patrimônio.<sup>200</sup>

O Tratado de Amsterdam modificou o Tratado da União Europeia, os Tratados Constitutivos das Comunidades Europeias e determinados Atos Conexos, e contém, entre esses documentos, o protocolo sobre a proteção e o bem estar dos animais, para garantir uma maior proteção e respeito aos animais como seres sensíveis.<sup>201</sup>

É necessário um avanço tanto em termos legislativos, como é o caso da França, quanto em termos de decisões judiciais a fim de fazer modificar o entendimento do animal apenas como objeto para passar a sujeito de direitos. Ser sujeito de direitos, no entanto, não significa dar aos animais os mesmos direitos dos humanos. Significa acima de tudo, cuidar do animal e de suas reais necessidades, respeitando-o.<sup>202</sup>

### 3.3.3 No Direito Alemão

---

<sup>200</sup> SEGUIN, Éliada; ARAÚJO, Luciane Martins de; CORDEIRO NETO, Miguel dos Reis. Uma nova família: a multiespécie. **Revista de Direito Ambiental: RDA**, v. 21, n. 82, 2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em:

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_boi\\_2006/RDAmb\\_n.82.12.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/RDAmb_n.82.12.PDF). Acesso em: 18 mar. 2019.

<sup>201</sup> SEGUIN, Éliada; ARAÚJO, Luciane Martins de; CORDEIRO NETO, Miguel dos Reis. Uma nova família: a multiespécie. *Revista de Direito Ambiental: RDA*, v. 21, n. 82, 2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em:

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_boi\\_2006/RDAmb\\_n.82.12.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/RDAmb_n.82.12.PDF). Acesso em: 18 mar. 2019.

<sup>202</sup> SEGUIN, Éliada; ARAÚJO, Luciane Martins de; CORDEIRO NETO, Miguel dos Reis. Uma nova família: a multiespécie. *Revista de Direito Ambiental: RDA*, v. 21, n. 82, 2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em:

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_boi\\_2006/RDAmb\\_n.82.12.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/RDAmb_n.82.12.PDF). Acesso em: 18 mar. 2019.



De grande relevância para os demais sistemas jurídicos, em 1990 foi introduzido no Código Civil alemão (BGB) o § 90a na Seção 2 - Coisas e Animais (Sachen und Tiere):

“Animais não são coisas (Tiere sind keine Sachen). Eles são protegidos por leis especiais. Salvo disposição em contrário, serão aplicadas aos animais as normas referentes às coisas”.<sup>203</sup>

É expresso claramente que animais não são coisas, devendo ser protegidos por leis especiais, e que só será aplicada regras sobre coisas por analogia quando não houver disposição que estabeleça algo distinto. Logo, na Alemanha, as normas que dispõem sobre coisas sequer são supletivas, já que os animais nunca poderão ser tratados como coisas.<sup>204</sup>

Apesar da aplicação de normas vigentes para coisas aos animais, no que couber e salvo disposição em contrário (ou seja, conflitante com as leis protetoras específicas dos animais), o que denota certa limitação, em 2002, a Alemanha tornou-se o primeiro país participante da União Europeia a garantir dignidade aos animais.<sup>205</sup>

### 3.3.4 No Direito Austríaco

Apesar da grande influência que o Direito alemão exerce sobre os Direitos dos outros países (principalmente o brasileiro), foi o Código Civil austríaco o

---

<sup>203</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. STJ, a dimensão ecológica da dignidade e direitos do animal não humano. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/direitos-fundamentais-stj-dimensao-ecologica-dignidade-direitos-animal-nao-humano>. Acesso em: 11 fevereiro 2020

<sup>204</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 221

<sup>205</sup> SOUZA, Fernando Speck de; SOUZA, Rafael Speck de. A tutela jurídica dos animais no Direito Civil Contemporâneo. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/tutela-juridica-animais-direito-civil-contemporaneo-parte>. Acesso em: 5 março 2020



primeiro a requalificar os animais juscivilisticamente. Em 1988 foi inserido o § 285a, bem semelhante ao § 90a do BGB (Código Civil alemão).<sup>206</sup>

No ano de 1988, dois anos antes da modernização do Código Civil alemão (BGB) em 1990, o Código Civil austríaco (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB) ao incluir o § 285a passou a prever expressamente que: “os animais não são coisas; eles são protegidos por leis especiais”.<sup>207</sup>

Marcel Edvar Simões adiciona:

A partir desses dois diplomas-chave, as previsões se espalharam pelo Direito Privado comparado, devendo ser citados o art. 641a do Código Civil suíço, o art. 2.2 da Lei de Proteção Animal da Catalunha (que prescreve que “os animais são seres vivos dotados de sensibilidade física e psíquica”), o art. 287 do Código Civil da Moldávia, o art. 1º da Lei de Proteção Animal da Polónia, de 1997, e o § 494 do Código Civil da República Tcheca.

Na Nova Zelândia, o “Animal Welfare Amendment Bill”, de 09 de maio de 2015, seguiu a mesma linha, de reconhecimento dos animais não humanos como seres sencientes (seres capazes de ter sentimentos), veiculando minudente proteção jurídica e chegando ao ponto de proibir a utilização de animais na pesquisa e teste de cosméticos.<sup>208</sup>

Observa-se que o estatuto jurídico dos animais vem sendo modernizado em vários países, que assim como o Brasil, adotam o sistema romano-germânico. A evolução da tutela jurídica dos animais no Direito Civil Contemporâneo de

---

<sup>206</sup> SIMÕES, Marcel Edvar. Posições jurídicas subjetivas titularizadas por animais não humanos (parte II). **Estado de Direito**, 2016. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/posicoes-juridicas-titularizadas-por-animais-nao-humanos-parte-ii/>. Acesso em: 14 fevereiro 2020

<sup>207</sup> SOUZA, Fernando Speck de; SOUZA, Rafael Speck de. A tutela jurídica dos animais no Direito Civil Contemporâneo. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/tutela-juridica-animais-direito-civil-contemporaneo-parte>. Acesso em: 5 março 2020

<sup>208</sup> SIMÕES, Marcel Edvar. Posições jurídicas subjetivas titularizadas por animais não humanos (parte II). **Estado de Direito**, 2016. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/posicoes-juridicas-titularizadas-por-animais-nao-humanos-parte-ii/>. Acesso em: 14 fevereiro 2020.



legislações de países estrangeiros que adotam o Civil Law, já serve de inspiração para o Brasil.

#### **4 PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 27, DE 2018 (PLC 27/2018)**

De autoria da Câmara dos Deputados e por iniciativa do Deputado Federal Ricardo Izar (PSD/SP), o PLC 27/2018 (nº 6.799/2013 na Câmara dos Deputados) acrescenta dispositivo à Lei 9.605 (Lei dos Crimes Ambientais), de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos.<sup>209</sup>

Aprovado no plenário do Senado Federal, o projeto de lei cria um regime jurídico especial para os animais que não poderão ser mais considerados como “coisas”. Com natureza jurídica *sui generis*, serão sujeito de direitos despersonalizados, reconhecidos como seres sencientes passíveis de sofrimento.<sup>210</sup>

O texto do projeto de lei acresce dispositivo 79-B à lei nº 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais) a fim de que os animais não sejam mais taxados de bens móveis, conforme a atual previsão expressa do artigo 82 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), por serem sujeitos a direitos despersonalizados.<sup>211</sup>

Segue abaixo o texto do Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018 (PLC 27/2018) que determina que os animais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado seu tratamento como coisa:

---

<sup>209</sup> BRASIL, Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018 (PLC 27/2018). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>. Acesso em: 14 fevereiro 2020.

<sup>210</sup> BRASIL, Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018 (PLC 27/2018). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>. Acesso em: 14 fevereiro 2020.

<sup>211</sup> BRASIL, Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018 (PLC 27/2018). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>. Acesso em: 14 fevereiro 2020.



Art. 1º Esta Lei estabelece regime jurídico especial para os animais não humanos.

Art. 2º Constituem objetivos fundamentais desta Lei:

I - afirmação dos direitos dos animais não humanos e sua proteção; II - construção de uma sociedade mais consciente e solidária;

III - reconhecimento de que os animais não humanos possuem natureza biológica e emocional e são seres sencientes, passíveis de sofrimento.

Art. 3º Os animais não humanos possuem natureza jurídica sui generis e são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa.

Art. 4º A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 79-B:

“Art. 79-B. O disposto no art. 82 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), não se aplica aos animais não humanos, que ficam sujeitos a direitos despersonalizados.”

Art. 5º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação oficial.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, de abril de 2018.<sup>212</sup>

Com tais mudanças a legislação passa a tutelar juridicamente os animais em casos de maus tratos, justamente por não serem mais considerados coisas, ao passo que com a proposta do PLC 27/2018 serão seres passíveis de sofrimento físico e também emocional. Como foi modificado no Senado, agora o PLC 27/2018 retornou para a Câmara.<sup>213</sup>

Quanto aos fundamentos jurídicos que embasam o PLC, ao proibir que os animais sejam juridicamente tratados como coisas, cria-se assim uma natureza

---

<sup>212</sup> BRASIL, Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018 (PLC 27/2018). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>. Acesso em: 14 fevereiro 2020

<sup>213</sup> BRASIL, Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018 (PLC 27/2018). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>. Acesso em: 14 fevereiro 2020





jurídica específica destinada exclusivamente para eles e supera-se o entendimento do Código Civil de 2002 que os equipara a bens semoventes.<sup>214</sup>

A união entre sensibilidade e consciência, a senciência também está ligada a experiências positivas, como o prazer e a felicidade. Ao serem considerados seres sencientes, os animais não-humanos se tornam acolhidos pelas garantias oriundas dos direitos fundamentais de 4ª dimensão.<sup>215</sup>

Tal reconhecimento se assemelha a algumas lutas históricas, como por exemplo e em certa medida a libertação dos negros escravizados, que também eram considerados

categoricamente como coisas. Vale ressaltar que foi acatada a emenda do Senador Otto Alencar do PSD/BA na qual estabelece que o PLC não se destina aos animais de atividade agropecuária e nem os que participam de manifestações culturais.<sup>216</sup>

## CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão de curso teve como principal objetivo expor a relevância do afeto na comunidade jurídica brasileira, assim como em outros países,

---

<sup>214</sup> SCHEFFER, Gisele Kronhardt. PL 27/2018: um avanço pela metade na proteção aos animais. **Jusbrasil** - **Artigos**, 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/744421958/pl-27-2018-um-metade-na-protecao-aos-animais>. Acesso em: 3 mar. 2020 **avanco-pela-**

<sup>215</sup> SCHEFFER, Gisele Kronhardt. PL 27/2018: um avanço pela metade na proteção aos animais. **Jusbrasil** - **Artigos**, 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/744421958/pl-27-2018-um-metade-na-protecao-aos-animais>. Acesso em: 3 mar. 2020 **avanco-pela-**

<sup>216</sup> SCHEFFER, Gisele Kronhardt. PL 27/2018: um avanço pela metade na proteção aos animais. **Jusbrasil** - **Artigos**, 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/744421958/pl-27-2018-um-metade-na-protecao-aos-animais>. Acesso em: 3 mar. 2020 **avanco-pela-**



a efeito de comparação, onde foi constatada a evolução estrutural das famílias ao ponto de surgirem novos arranjos, tendo sido analisada a Família Multiespécie.

Com o desenvolvimento do problema de pesquisa foi observado um embate entre o entendimento clássico e o entendimento moderno acerca dos animais de companhia. Para os primeiros tratam-se de meras coisas, e para os últimos os *pets* são membros de uma família, família essa rica em afetividade.

Logo, chegou-se à conclusão de que dada a complexidade da Família Multiespécie, os ultrapassados dogmas por anos mantidos e perpetuados não mais representam a realidade, muito menos a tutela, visto que a sociedade escancara a necessidade do reconhecimento jurídico da Família Multiespécie.

A doutrina e a jurisprudência, com muita empatia e sensibilidade, estão cada vez mais privilegiando esse arranjo familiar. Ambas em seus respectivos papéis jurídicos buscam legitimar a Família Multiespécie, seja em artigos científicos ou seja em decisões que priorizam o bem-estar do animal acima dos interesses de pessoas (natural ou jurídica).

Já é possível constatar diversas tentativas brasileiras de superar esse dilema. Na doutrina mais moderna encabeçada por exemplo por: Marianna Chaves, Élide Seguin, Luciane Martins de Araújo, Miguel dos Reis Cordeiro Neto, Christine Peter e Kaluaná Oliveira, onde todos defendem a sciência dos animais; seja na jurisprudência que cada vez mais vem reconhecendo os animais como seres sencientes.

Em resposta a doutrina e a jurisprudência, em 2018 surge o Projeto de Lei da Câmara nº 27, de iniciativa do Deputado Federal Ricardo Izar, que cria um regime jurídico especial para os animais que não poderão ser mais considerados como “coisas”. Como foi modificado no Senado, agora o PLC 27/2018 retornou para a Câmara.



Embora a Família Multiespécie ainda não se faça presente no sistema jurídico brasileiro, a mesma necessita de uma legislação mais específica, que primeiro mude o status jurídico dos animais de “coisas” para “seres sencientes”, a exemplo de Portugal, França, Alemanha, Áustria, Suíça e Nova Zelândia.

## **REFERÊNCIAS**

Animais de estimação poderão andar no transporte público do DF. *Jornal de Brasília*, 2019. Disponível em: <https://jornaldebrasil.com.br/cidades/animais-de-estimacao-poderao-andar-no-transporte-publico-do-df/>. Acesso em: 22 de out. de 2019.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 3 de mar. de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de outubro de 1941. *Lei das Contravenções Penais*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm). Acesso em: 3 de mar. de 2020.

BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm). Acesso em: 3 de mar. de 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 3 de mar. de 2020.

BRASIL, Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018 (PLC 27/2018). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>. Acesso em: 14 fevereiro 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso Especial 1.797.175/SP. **AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTAS COM PEDIDO DE GUARDA DE ANIMAL SILVESTRE**. No caso em tela foram aplicadas duas multas, uma por ter em cativeiro espécime da fauna silvestre e a outra, por maus tratos. Papagaio-verdadeiro. Não houve a correta indicação, no AIA nº 294764, do tipo legal incriminador da conduta



"ter em cativeiro". Multa afastada. Quanto aos maus tratos, foi atestado por laudo veterinário, sendo mantida a multa nesse sentido. Cabível a guarda provisória à apelada, nos moldes da Resolução n° 457/2013 do IBAMA. Inviável permitir a eternização da criação não autorizada de animal silvestre, sob pena de fomentar o comércio ilícito desses animais. Contudo, não se mostra razoável a apreensão da ave pelo IBAMA enquanto não comprovar a viabilidade da destinação prevista em lei e que dispõe dos aparatos necessários a assegurar o bem estar do animal. DADO PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. Relator: Min. Og Fernandes, 21 de março de 2019. Decisão por unanimidade.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 10088/BA. CIVIL E PROCESSUAL. SEGURO DE VIDA REALIZADO EM FAVOR DE CONCUBINA. HOMEM CASADO. SITUAÇÃO PECULIAR, DE COEXISTÊNCIA DURADOURA DO DE CUJUS COM DUAS FAMÍLIAS E PROLE CONCOMITANTE ADVINDA DE AMBAS AS RELAÇÕES. INDICAÇÃO DA CONCUBINA COMO BENEFICIÁRIA DO BENEFÍCIO. FRACIONAMENTO. CC, ARTS. 1.474, 1.177 E 248, IV. PROCURAÇÃO. RECONHECIMENTO DE FIRMA. FALTA SUPRÍVEL PELA RATIFICAÇÃO ULTERIOR

DOS PODERES. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, 14 de dezembro de 2000. DJU: 12 de março de 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 159851/SP. EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEI 8009/90. IMPENHORABILIDADE. MORADIA DA FAMÍLIA. IRMÃOS SOLTEIROS. OS IRMÃOS SOLTEIROS QUE RESIDEM NO IMÓVEL COMUM CONSTITUEM UMA ENTIDADE FAMILIAR E POR ISSO O APARTAMENTO ONDE MORAM GOZA DA PROTEÇÃO DE IMPENHORABILIDADE, PREVISTA NA LEI 8009/90, NÃO PODENDO SER PENHORADO NA EXECUÇÃO DE DÍVIDA ASSUMIDA POR UM DELES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 19 de março de 1998. DJU de 22 de junho de 1998. Decisão por unanimidade.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 1183378/RS. DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DO ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 E 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF



NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADIN. 4.277/DF. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 25 de outubro de 2011. DJU: 01/02/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 364. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012\\_32\\_capSumula364.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_32_capSumula364.pdf). Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Extraordinário 397762/BA. COMPANHEIRA E CONCUBINA – DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL – PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO – SERVIDOR PÚBLICO – MULHER – CONCUBINA – DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. Relator: Min. Marco Aurélio, 03 de junho de 2008. DJU: 12 de setembro de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NAPARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA.

JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. Relator: Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. DJU de 14 de outubro de 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (22ª Câmara Cível). Apelação Cível 0019757- 79.2013.8.19.0208. DIREITO CIVIL – RECONHECIMENTO/DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL – PARTILHA DE BENS DE SEMOVENTE – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL QUE DETERMINA A POSSE DO CÃO DE ESTIMAÇÃO PARA A EX-CONVIVENTE MULHER–RECURSO QUE VERSA EXCLUSIVAMENTE SOBRE A POSSE DO ANIMAL – RÉU APELANTE QUE SUSTENTA SER O



REAL PROPRIETÁRIO – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA QUE OS CUIDADOS COM O CÃO FICAVAM A CARGO DA RECORRIDA DIREITO DO APELANTE/VARÃO EM TER O ANIMAL EM SUA COMPANHIA – ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO CUJO DESTINO, CASO DISSOLVIDA SOCIEDADE CONJUGAL É TEMA QUE DESAFIA O OPERADOR DO DIREITO – SEMOVENTE QUE, POR SUA NATUREZA E FINALIDADE, NÃO PODE SER TRATADO COMO SIMPLES BEM, A SER HERMÉTICA E IRREFLETIDAMENTE PARTILHADO, ROMPENDO-SE ABRUPTAMENTE O CONVÍVIO ATÉ ENTÃO MANTIDO COM UM DOS INTEGRANTES DA FAMÍLIA – CACHORRINHO “DULLY” QUE FORA PRESENTEADO PELO RECORRENTE À RECORRIDA, EM MOMENTO DE ESPECIAL DISSABOR ENFRENTADO PELOS CONVIVENTES, A SABER, ABORTO NATURAL SOFRIDO POR ESTA – VÍNCULOS EMOCIONAIS E AFETIVOS CONSTRUÍDOS EM TORNO DO ANIMAL, QUE DEVEM SER, NA MEDIDA DO POSSÍVEL, MANTIDOS – SOLUÇÃO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE CONFERIR DIREITOS SUBJETIVOS AO ANIMAL, EXPRESSANDO-SE, POR OUTRO LADO, COMO MAIS UMA DAS VARIADAS E MULTIFÁRIAS MANIFESTAÇÕES DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, EM FAVOR DO RECORRENTE – PARCIAL ACOLHIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO PARA, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA REGENTE SOBRE O THEMA, MAS SOPESANDO TODOS OS VETORES ACIMA EVIDENCIADOS, AOS QUAIS SE SOMA O PRINCÍPIO QUE VEDA O NON LIQUET, PERMITIR AO RECORRENTE, CASO QUEIRA, TER CONSIGO A COMPANHIA DO CÃO DULLY, EXERCENDO A SUA POSSE PROVISÓRIA, FACULTANDO-LHE BUSCAR O CÃO EM FINS DE SEMANA ALTERNADOS, DAS 10:00 HS DE SÁBADO ÀS 17:00HS DO DOMINGO. SENTENÇA QUE SE MANTÉM.  
Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, 27 de janeiro de 2015. DJU de 04 de fevereiro de 2015. Área do Direito: Família e Sucessões.

CASAGRANDE, Lilian Patrícia. O pluralismo familiar: as novas formas de entidades familiares do artigo 226 da Constituição Federal 1988.2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20105/o-pluralismo-familiar-as-novas-formas-de-entidades-familiares-do-artigo-226-da-constituicao-de-1988>. Acesso em: 03 set. 2019.

CHAVES, Marianna. Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie. Revista Eletrônica Direito



UNIFACS Debate Virtual, Salvador, n. 187, 34, jul. 2015. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4066>. Acesso em: 27 fev. 2019. Declaração Universal dos Direitos dos Animais - Unesco - ONU. Direitos dos Animais – Animal Rights. Disponível em: <http://direitosdosanimais.org/website/noticia/show.asp?pgpCode=1FC3FC14-EEA6-E69D-8D9A-3EDC218E687A>. Acesso em: 16 de out. de 2019.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Direitos e deveres do dono de animais. Santos Pedro advogados associados, 2016. Disponível em: <https://santospedro.com.br/direitos-e-deveres-do-dono-de-animais/>. Acesso em: 16 de out. de 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6.

GONÇALVES, Thomas Nosch. Família multiespécie e divórcio extrajudicial com guarda de animais sencientes. Revista IBDFAM – Famílias e Sucessões, 30. ed. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6898/Fam% C3% ADlia+multiesp% C3% A9cie+e+a+guarda+de+animais+sencientes+em+div% C3% B3rcio+extrajudicial% 3A+tema+de+artigo+na+Rev+ista+Cient% C3% ADfica+do+IBDFAM>. Acesso em: 14 fev. 2020. Governo do DF sanciona lei que permite animais de estimação em transportes públicos. METRO DF, 2019. Disponível em: <http://www.metro.df.gov.br/?p=41668>. Acesso em: 22 de out. de 2019.

LÔBO, Paulo. Direito civil: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARANHÃO, Ana Clara Brito de Sousa. A dignidade dos animais doméstico na legislação brasileira. Conteúdo Jurídico, 2019. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52893/a-dignidade-dos-animais- domesticos-na-legislacao-brasileira>. Acesso em: 5 março 2020.



MORAES, Germana de Oliveira. Direitos dos animais e da natureza levados a sério: comentários sobre o julgamento do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (Recurso Especial

1.797.175 – SP). Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 39, n. 1, 2019, Ceará: Nomos, 2019. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/42087>. Acesso em: 12 fev. 2020.

NADER, Paulo. Curso de direito civil: direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

NOBRE, Rodrigo Igor de Souza. Conceito e evolução do direito de família. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29977/conceito-e-evolucao-do-direito-de-familia>. Acesso em: 04 out. 2019.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direito de família. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 5.

PETER, Christine; OLIVEIRA, Kaluaná. Direitos dos animais confirmam quarta dimensão dos direitos fundamentais. Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-16/observatorio-constitucional-animais-ligados-quarta-dimensao-direitos-fundamentais>. Acesso em: 29 maio 2019.

PORTUGAL. Liga Portuguesa dos Direitos do Animal (LPDA), de 1981. Disponível em: <https://www.lpda.pt/legislacao/>. Acesso em: 16 de out. de 2019.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Direito ambiental esquematizado. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. STJ, a dimensão ecológica da dignidade edireitos do animal não humano. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/direitos-fundamentais-stj-dimensao-ecologica-dignidade-direitos-animal-nao-humano>. Acesso em: 11 fevereiro 2020.

SCHEFFER, Gisele Kronhardt. PL 27/2018: um avanço pela metade na proteção aos animais. Jusbrasil - Artigos, 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/744421958/pl-27-2018-um-avanco-pela-metade-na-protecao-aos-animais>. Acesso em: 3 mar. 2020.





SEGUIN, Élida; ARAÚJO, Luciane Martins de; CORDEIRO NETO, Miguel dos Reis. Uma nova família: a multiespécie. Revista de Direito Ambiental: RDA, v. 21, n. 82, 2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_bibliotecas/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDAmb\\_n.82.12.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliotecas/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAmb_n.82.12.PDF). Acesso em: 18 mar. 2019.

SIMÕES, Marcel Edvar. Posições jurídicas subjetivas titularizadas por animais não humanos (parte II). Estado de Direito, 2016. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/posicoes-juridicas-titularizadas-por-animais-nao-humanos-parte-ii/>. Acesso em: 14 fevereiro 2020.

SOUZA, Fernando Speck de; SOUZA, Rafael Speck de. A tutela jurídica dos animais no Direito Civil Contemporâneo. Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/tutela-juridica-animais-direito-civil-contemporaneo-parte>. Acesso em: 5 março 2020.

#### STF JULGA INCONSTITUCIONAL LEI CEARENSE QUE REGULAMENTE

VAQUEJADA. stf.jus.br, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326838>. Acesso em: 5 mar. 2020.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito de família, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. Manual de direito ambiental. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. v. 5.



# A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS DO JUDICIÁRIO

Gabriela Alves Silva

## RESUMO

O presente trabalho busca analisar a possibilidade de responsabilizar o Estado por atos do Poder Judiciário, em contraposição ao entendimento contrário dos tribunais atualmente. A Constituição Federal assegura a responsabilidade civil de agentes que causarem danos a outrem, inclusive os agentes públicos. Mas por outro lado, a jurisprudência dominante tem impedido a responsabilização dos magistrados com fundamento em seu caráter diferenciado da prestação judiciária. Alegando, assim, que esta possibilidade geraria perda na independência dos magistrados em exercer a prestação jurisdicional devida, e por isso fica vedada a responsabilização destes, exceto em casos definidos pela lei, qual sejam, erro judiciário e por dolo ou fraude. Ademais, analisando a evolução histórica e conceitual empreendida até os dias atuais entende-se esse posicionamento como contrário a tendência geral de maior segurança jurídica aos jurisdicionados. Portanto, defende-se a necessidade de garantir a reparação de danos causados pela indevida prestação jurisdicional, sendo essa fundamentada pela norma constitucional, de forma a adaptar o entendimento com as peculiaridades intrínsecas da atuação do poder judiciário.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil; responsabilidade civil do Estado; atos jurisdicionais.

## 1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do estado é tema discutido há muito pelos legisladores e doutrinadores. Sua evolução é intrínseca a formação do Estado democrático de direito, no qual o Estado é responsável por direitos dos jurisdicionados, bem como também se torna sujeito de direitos.



É evidente que conforme as relações sociais comuns evoluem mesmo pequenos atos podem ter grandes consequências jurídicas, e como resultado a necessidade de reparação de danos. E intrínsecos a esses danos, a responsabilidade civil compreende, a priori, a obrigação de reparar o dano patrimonial advinda de atos ilícitos e lícitos, por meio de prestação pecuniária.

Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de responsabilização do Estado frente a ocorrência de danos a sociedade, em especial por atos do poder judiciário. Nesse contexto, o tema será analisado de forma a esclarecer a responsabilidade civil preconizada nos termos da legislação Civil e seus reflexos nas relações jurídicas.

Mormente, trata-se de classificações acerca do instituto, a responsabilidade decorrente do descumprimento do contrato e na decorrente das relações sem contrato, a extracontratual. Será analisado, ainda, as espécies doutrinárias de responsabilidade distinguindo entre responsabilidade civil de natureza subjetiva e objetiva.

Conforme a legislação há requisitos mínimos necessários para se configurar a responsabilidade civil estatal. É necessária a presença, em regra, de três elementos: Conduta, Nexo de causalidade e Dano. Tais que compõem a natureza jurídica da responsabilidade civil sem culpa e exige um detalhamento maior, razão pela qual far-se-á um estudo pormenorizado ilustrando as teorias pertinentes.

Apesar de na maioria de seus pontos o instituto ter legislação clara, nem sempre foi desta forma. A evolução da legislação determinou a adoção pela constituição federal a responsabilidade objetiva do estado pelos atos dos seus agentes. Notório fato que como representante do povo o Estado não pode se eximir de responder pelos atos danosos de seus representantes. Seus agentes são os



braços estatais e suas ações tem força de ação do próprio Estado, razão pela qual o Estado responde em regra de forma objetiva pelos atos de seus agentes.

Para melhor compreensão da atual conjuntura é necessário entender o percurso empreendido. Por conseguinte, as três fases que explicam o tema serão expostas, respectivamente, a teoria da irresponsabilidade, teorias civilistas (teoria dos atos de impérios e de gestão; teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva) e teorias publicistas (teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público; teoria do risco integral ou administrativo ou teoria da responsabilidade objetiva).

Apesar da regra há algumas ocasiões em que esta não é aplicada, como nos atos do poder judiciário. E nesse sentido esta monografia apresenta estudo acerca da possibilidade de responsabilização do estado por atos judiciais típicos com amparo no atual contexto fático jurídico brasileiro em contraposição ao entendimento hoje majoritário.

## **2 CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO**

A responsabilidade civil ganha importância no ordenamento à medida que sua capacidade de gerar consequências fáticas e jurídicas aumenta ao acompanhar o grau de complexidade das relações sociais. E para melhor entender os fundamentos deste instituto é necessária uma análise de sua evolução histórica, tal qual de seus elementos formadores.

### **2.1 Conceito e contextualização histórica**

A origem do instituto da responsabilidade civil é tão antiga quanto as relações sociais, surge na concepção de vingança privada, como reação pessoal contra o mal sofrido. Já no direito romano havia a previsão de reparação quando se infringia a cláusula geral de não prejudicar, não havia necessidade de relação obrigacional



preexistente, daí o desenvolvimento da responsabilidade fora de contratos firmados, como explica Gagliano (2015).

Causar dano a outrem por si só, independente de contrato entre as partes, é causa de reparação civil. A palavra responsabilidade vem do latim “*respondere*”, que traz ideia de reposta. O que denota seu conceito primordial, significa que o responsável deverá responder perante a ordem jurídica em virtude de algum fato.

Trazendo esse conceito de ressarcimento do dano para o âmbito do Direito Privado, diz-se que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas, conforme explicação de Gagliano (2015).

A responsabilidade civil, portanto, é expressão da evolução do direito de ressarcir por danos causados a outrem por ato ilícito. No Brasil, por muito tempo, era de pouca relevância a instrumentalização da responsabilidade civil, dispunha de apenas um artigo para tratar do assunto no código de 1916, e a única forma possível era a responsabilidade subjetiva, ou seja, se comprovada a culpa ou dolo do causador do dano, o que de certa forma limitava a atuação do instituto.

A partir da segunda metade do século XX houve grande evolução na legislação, quando a sociedade passou a exigir maior intervenção Estatal, e por consequência, fez-se necessária mudança na normatização do tema. Essa cobrança social veio do crescimento da indústria, com expansão do maquinismo e a multiplicação dos acidentes mostraram o quanto a sociedade estava exposta a insegurança jurídica, e deixou evidente a necessidade de se alterar a legislação até então vigente. (GAGLIANO, 2015)

Sendo assim, conforme a evolução das relações houve a necessidade de maior normatização acerca dos danos que surgiam razão pela qual, a legislação foi



desenvolvida, e especificou-se certos pontos, resultando na multidisciplinariedade das normas atuais sobre o tema. O início da concepção atual se deu com a promulgação da Constituição brasileira de 1988, com previsão expressa de casos de indenização.

Ademais, cita-se leis especiais que tratam do assunto tais como a de reparação civil em casos de condenação penal, e por fim o Código Civil de 2002, que expande o já estabelecido no código civil de 1916. Ao encaixar o artigo 927 e seguintes sob o título IX, “Da Responsabilidade Civil”, prevê o dever de indenizar, o caracterizando como obrigação daquele que causa dano a outrem por ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

Conforme o explicitado no Código Civil a regra geral para a responsabilidade civil é de caráter subjetivo, tem-se a necessidade de comprovação de culpa. Mas em alguns casos devido à complexidade da comprovação de culpa é estabelecida em lei a responsabilidade será objetiva.

Como explica Silva (2017, p. 507):

[...] a regra geral, que deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na ideia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o autorizar a ordem jurídica positiva. É neste sentido que os sistemas modernos se encaminham, como, por exemplo, o italiano, reconhecendo em casos particulares e em matéria especial a responsabilidade objetiva, mas conservando o princípio tradicional da imputabilidade do fato lesivo. Insurgir-se contra a ideia tradicional da culpa é criar uma dogmática desafinada



de todos os sistemas jurídicos. Ficar somente com ela é enterrar o progresso.

As mudanças no entendimento mostram o quanto a norma se adaptou à nova realidade das relações jurídicas sociais vigentes. A possibilidade de reparação de danos morais, bem como na possibilidade de em alguns casos ser dispensada a comprovação de culpa ou dolo trazem maior segurança jurídica para os que de alguma forma foram lesionados, já que a dificuldade em se comprovar culpa ou dolo em algumas situações práticas acaba por limitar o direito dos jurisdicionados frente a excessos do próprio Estado.

## **2.2 Elementos da responsabilidade civil**

Analisando a legislação do código civil é evidente que para ser caracterizada a responsabilidade subjetiva devem estar presentes, em regra, três ou quatro elementos essenciais: a conduta, resultado danoso e o nexo de causalidade e o dolo e a culpa. Conforme o artigo 186 do Código Civil determina que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

### *2.2.1 Conduta*

O primeiro elemento é a conduta, é capaz de gerar a responsabilidade apenas quando humana e voluntária. A conduta devendo ser praticada por homem não se restringe a pessoa física em si, também pode ser manifestação de vontade de pessoa jurídica. E neste caso a pessoa jurídica por si responderá civilmente, podendo os responsáveis serem chamados ao processo posteriormente.

Já a voluntariedade aqui se falada não se traduz em vontade específica de realizar a ação, mas sim na consciência do que está se fazendo. Ademais, sua ação



não precisa ser especificamente dirigida ao dano, mas deve ser feita de forma consciente pelo agente.

Conforme explica Gagliano (2015, p. 27):

Nesse contexto, fica fácil entender que a ação (ou omissão) humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se, em outras palavras, da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo.

A conduta pode ser diferenciada conforme a atuação do agente, devendo ser classificada em ativa ou omissiva. Na ativa sua ação é direcionada ao dano, já na omissiva ocorre falta de ação quando tinha o dever de agir, e foi essa falta de ação que gerou o dano.

### 2.2.2 *Dano*

Outro elemento essencial para se caracterizar a responsabilidade é o resultado danoso que desencadeia o ressarcimento. Fato é que inexistente responsabilidade civil sem dano anterior. Mesmo em suas diferentes formas, o dano é o fato gerador do ressarcimento. Apesar de não ser o único requisito, pode se dizer que o elemento em questão é o fato gerador da indenização e intrínseco ao instituto.

Segundo Gonçalves (2019, p. 55):

Como regra geral, devemos ter presente que a inexistência de dano é óbice à pretensão de reparação, aliás sem objeto. Ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo.

A legislação brasileira não estabelece circunstâncias específicas para a ocorrência do dano, apenas a previsão genérica de reparação do ato ilícito, presentes





no artigo 186 e 927 do Código Civil. Tratam-se apenas de cláusulas gerais de normas descritivas de valores, não impõem comportamentos, nem tampouco estipulam consequências jurídicas determinadas. Desta forma, cada caso é analisado conforme suas peculiaridades.

O sistema de conceituação é aberto, e a bibliografia acerca do tema define dano como lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, patrimonial ou extrapatrimonial. Não basta por si só o terceiro se sentir lesado, deve haver parâmetro objetivo para definir o dano, não bastando, assim, o mero dessoro para ensejar a reparação. Ao deixar aberta a capacidade de conceituação de dano, o institutopassa a ter como limite a criatividade do operador jurídico e a flexibilidade da jurisprudência.

A capacidade de se indenizar também os danos subjetivos tornam a análise dessa lacuna na conceituação do dano de extrema importância. Ademais, não basta apenas ser comprovado o dano deve se constatar até mesmo a extensão dele, de forma que se majore o valor reparatório devido.

Na ocorrência do dano material é mais simples a constatação da ocorrência e também da extensão, já no dano moral a tarefa se torna um pouco mais complexa. Esse ocorre com a diminuição dos bens da vítima, ou até mesmo quando impede o crescimento, e de forma objetiva é possível majorá-lo.

A possibilidade de responsabilização por danos morais foi consagrada pelo artigo 5º, X, da Constituição Federal: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação.” Os danos morais ocorrem quando o ato atenta contra os direitos da personalidade, como o nome, a honra, a liberdade, a integridade física, a imagem, a intimidade, mas a subjetividade em tais direitos impede a sua majoração e constatação de forma clara.



Ademais, o dano moral dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade, há no caso, como forma de assegurar à vítima a prestação jurisdicional justa, uma presunção absoluta de dano. Segundo entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça a indenização por danos morais deve ser fixada em termos razoáveis. Deve haver sempre busca da reparação e não motivo e enriquecimento sem causa. O arbitramento deve ser feito de forma moderada, buscando se adequar de forma proporcional ao grau de culpa e ao porte econômico das partes.

Apesar da diferença na constatação e majoração, as duas formas de indenização são passíveis de cumulação. Com reiteradas decisões cristalizou-se o entendimento da possibilidade de se cumular na mesma ação o dano material e o moral, conforme a súmula 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

Sendo assim, conforme o previsto no Código Civil de 2002, para se gerar a responsabilidade civil é necessário a conduta analisada violar o direito também causar dano a outrem. Por conseguinte, é necessário o dano ainda que somente moral. Desta forma, o dano constitui elementar do tipo não havendo o que se falara em responsabilidade sem qualquer forma de dano. (CARRÁ, 2014)

### *2.2.3 Nexo de causalidade*

Definido o dano, há a necessidade de relaciona-lo com a conduta para que se possa falar em responsabilidade. Essa conexão é o liame necessário entre o dano gerado e a conduta do agente, sem a qual a responsabilidade não se configura. Ademais tem dupla função, primeiro demonstra quem é o autor do dano e quem deverá ser responsabilizado, e depois como parâmetro de quantum indenizatório.



O nexo de causalidade, portanto, é indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Define Cavalieri Filho (2012. p. 67) como “elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano.”

O nexo de causalidade é essencial para a responsabilidade, seja por dolo ou culpa, há necessidade desse elemento. Conforme o artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Quando o fato ilícito necessita cumulativamente violar o direito e causar dano a outrem deixa evidente que o dano deve ser comprovadamente uma consequência da conduta violadora de direito.

Como regra geral, deve ser provado o nexo por quem busca a reparação. Mas é possível em alguns casos específicos que esse nexo seja presumido, como forma de amenizar discrepâncias processuais entre as partes. Como ocorre na responsabilidade civil por atuação do Estado, o liame necessário é presumido, e cabe ao Estado, portanto, comprovar possível excludente ou atenuante, com vistas a se eximir ou diminuir sua responsabilidade.

A consequência danosa do ato determina não apenas a possibilidade de responsabilidade como também a extensão da reparação a ser paga, o quantum indenizatório. Em possíveis casos de culpa concorrente haverá a diminuição da responsabilidade, e portanto, a redução da indenização devida.

Nos casos em que a culpa for exclusivamente de terceiro, força maior ou caso fortuito, ou culpa exclusivamente da vítima há o rompimento do nexo e por conseguinte o agente estará isento de qualquer responsabilidade, e consequentemente não há de ver de indenizar.



É possível que no caso concreto surjam concausas, que dificultam saber qual das causas relacionadas deve ser escolhida como a responsável pelos danos, e se definir os limites do nexos causal na ordem jurídica. Como busca para dirimir tais dúvidas desenvolveram teorias que podem ser aplicadas nos casos concretos, entre elas três se destacam: Teoria da equivalência das condições, Teoria da causalidade adequada e a Teoria do dano direto e imediato.

A teoria da equivalência das condições considera todas as causas com a mesma importância. Por isso se diz “equivalência de condições”: todos os fatores causais se equivalem, caso tenham relação com o resultado. (GAGLIANO, 2019)

Já a Teoria da causalidade adequada em crítica a teoria anterior define que o nexos de causalidade segundo um juízo de probabilidade, seria apenas o antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso. Não há regra teórica, nenhuma fórmula hipotética para resolver o problema, de sorte que a solução terá que ser encontrada em cada caso, atentando-se para a realidade fática, como bom-senso e ponderação. (CAVALIERI FILHO, 2010)

A terceira teoria desenvolvida, menos radical que as demais determina que causa seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019)

Há posicionamentos contrários na doutrina, autores de grande peso, dentre os quais Cavalieri Filho, tendem a acolher a teoria da causalidade adequada como a mais satisfatória para a responsabilidade civil. Já outros, como Pablo Stolze, adotam como a que melhor satisfaz o direito a teoria da causalidade direta ou imediata. As teorias buscam a melhor aplicação da norma em cada contexto fático, e cada magistrado tem a liberdade para utilizando-se dos instrumentos normativos e limitadores de



sua atuação decidir sobre a causa mesmo o código civil prevendo expressamente a teoria do dano direto e imediato.

Mesmo o Código Civil brasileiro definindo expressamente a utilização da Teoria do dano direto e imediato, em seu artigo 403: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela *direto e* imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.” Observa-se que não há critério que prevaleça tanto na doutrina quanto na jurisprudência, pois, cada caso é analisado conforme suas peculiaridades, valendo-se da equidade para se julgar.

#### 2.2.4 *Dolo e Culpa*

A conduta analisada no âmbito da responsabilidade civil é estritamente importante para se determinar a responsabilidade do agente. Quando essa conduta advém de voluntariedade em busca de causar o dano a conduta é entendida como dolosa, já quando age com imperícia, imprudência ou negligência, diz-se que age com culpa *strictu sensu*, e nesses dois casos há a possibilidade de ser responsabilizado pelo dano causado. Como explica Nader (2016, p. 105):

Em sentido amplo, culpa é o elemento subjetivo da conduta, compreensivo tanto da culpa *stricto sensu* quanto da ação ou omissão dolosa. Na responsabilidade civil, diz-se que a conduta é dolosa ou voluntária, quando o agente pratica o fato determinadamente, visando a causar dano a alguém.

Desta forma, a pessoa se sujeita à obrigação de reparar os danos, tenha atuado dolosa ou culposamente. Acerca dessa possibilidade há duas teorias que predominam na doutrina brasileira: A teoria subjetiva, em que há necessidade de se comprovar a culpa, e a teoria objetiva, em que apenas é necessária a conduta do agente, indiferente da presença de dolo ou culpa. O código civil adota como regra a



responsabilidade civil subjetiva, e em casos excepcionais a responsabilidade objetiva. (NADER, 2016)

## **2.3 Espécies de responsabilidade**

Em suma a ideia central do conceito da responsabilidade civil é sempre a mesma, qual seja a reparação do injusto sofrido. Conforme as relações se modificam e se tornam mais complexas torna-se necessário diferencia-las quanto a origem da reparação. O que difere cada classificação é o contexto em que é gerada, podendo ser classificada em: Contratual e extracontratual; objetiva e subjetiva. (GONÇALVES, 2019)

### *2.3.1 Contratual e extracontratual*

A responsabilidade de reparação do dano pressupõe a violação de um dever preexistente, e é diferenciada quanto as espécies de responsabilidade. Podendo ser tanto contratual quanto extracontratual. Há para tanto a violação do direito de terceiro, direito que surge mediante prévio acordo entre as partes ou legalmente, por norma geral de não causar danos.

A diferença essencial entre as duas está na sede dessa responsabilidade, já que na contratual o dever jurídico violado está previsto em contrato. Visto isso, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana pressupõe todos os elementos presentes na contratual, mas não tem base em um contrato, apenas necessita de previsão legislativa, e da infração de um preceito geral de não prejudicar. Portanto, se a transgressão é de um dever jurídico imposto pela lei, a responsabilidade será extracontratual.

Conforme explica Varela (1982, p. 10):



[...] a responsabilidade contratual abrange também o inadimplemento ou mora relativos a qualquer obrigação, ainda que proveniente de um negócio unilateral (como o testamento, a procuração ou a promessa de recompensa) ou da lei (como a obrigação de prestar alimentos). E a responsabilidade extracontratual compreende, por seu turno, a violação dos deveres gerais de abstenção ou omissão, como os que correspondem aos direitos reais, aos direitos da personalidade ou aos direitos de autor (à chamada propriedade literária, científica ou artística, aos direitos de patente ou de invenções e às marcas).

### *2.3.2 Objetiva e subjetiva*

Os requisitos gerais para configurar a responsabilidade civil como já estudado são a conduta, o dano e o nexa causal, mas tem-se a possibilidade de ser acrescido a necessidade de se comprovar dolo ou culpa do agente causador do dano. A necessidade desse requisito é o que diferencia a responsabilidade subjetiva da objetiva.

Inicialmente a única forma de se buscar a reparação do dano era mediante a comprovação da culpa ou dolo do agente em causar o dano. À medida que as relações sociais se intensificaram, a possibilidade de se comprovar culpa ficou mais complexa, o que gerava em muitos casos a impossibilidade da parte lesada em buscar seus direitos. Mediante essa situação apenas a ideia de responsabilidade subjetiva se tornou insuficiente, como forma de aumentar a segurança jurídica e a proteção da vítima em casos de dano passou a se adotar em alguns casos a responsabilidade objetiva.

Como explica Saad (1994, p. 35):

A crítica fundou-se na dificuldade de comprovação da culpa, por se tratar de elemento subjetivo ligado à consciência do indivíduo, que praticou o ato, impondo-se um difícil ônus probatório ao lesado, para se chegar à procedência da ação.



Assim, acompanhando esta nova realidade, bem como para atender os anseios da sociedade moderna desenvolveu-se a teoria do risco integral que, para determinadas situações tornou a comprovação da culpa do agressor prescindível para a reparação civil do dano causado.

Desta forma surge a responsabilidade civil objetiva que se encontra retratada no vigente Código Civil brasileiro (art. 927, parágrafo único) como sistema subsidiário, segundo a qual deve o ofensor reparar, restituindo ou restaurando o ofendido independentemente de culpa.

A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é a responsabilidade civil subjetiva. Em alguns casos, expressamente estabelecidos, como forma de dar maior segurança jurídica às relações jurídicas, casos em que há certa vulnerabilidade de alguma das partes, e como consequência maior dificuldade de se comprovar a culpa, é adotada a responsabilidade objetiva.

### **3 DELIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

A atual organização estatal e conceito de administração pública advém do Estado de direito, e garantem segurança jurídica aos administrados, possibilitando reparação civil em caso de dano gerado por esse. Entretanto, essa nem sempre foi a realidade, e para compreensão da atual conjuntura deve se analisar a evolução histórica empreendida. É oportuno, portanto, fazer considerações acerca da evolução conceitual do instituto e as teorias doutrinárias acerca do tema.

#### **3.1 Conceito e aspectos históricos da responsabilidade do Estado**

A organização em sociedade é inerente a condição humana, e com o desenvolvimento dessa se faz necessário a implantação de um Estado organizador ou





organizado. A atuação do Estado será sempre em busca de seu principal objetivo, o bem-estar da sociedade, e a boa gestão de seus recursos.

Trata-se, assim, de pessoa criada pelo direito, não possuindo vontade própria nem mesmo ação, ou seja, o querer e o agir do ente estatal ocorre com a iniciativa dos agentes públicos, que são as pessoas responsáveis pela prestação de serviços e executoras das atividades da Administração Pública. (GASPARINI, 2007)

A administração deve obedecer a algumas regras gerais, para manutenção da ordem jurídica e segurança de seus administrados, e como pedra de toque de sua atuação há a Supremacia do Interesse Público e o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público pela Administração, o que denota a superioridade do Estado na relação com o particular.

À medida que o Estado se relaciona com os seus agentes públicos e bem como com os particulares, adquire direitos e obrigações que devem ser observados a luz das normas constitucionais vigentes. Qualquer pessoa juridicamente capaz de integrar relações de direitos e obrigações fica responsável por suas ações, e bem como por eventuais danos causados.

E com o Estado não é diferente, mediante as obrigações que adquire também se sujeita a responsabilidade civil em decorrência de possíveis danos causados a terceiros no exercício de seu poder dever de agir. Mesmo com princípios que garantem em regra, sua supremacia, não significa estar imune ao ressarcimento de danos causados por seus agentes.

Conforme entendimento de Leite (2002, p. 47):

A atribuição de responsabilidade ao estado teve como pressuposto necessário o reconhecimento de sua personalidade jurídica, ou seja, da admissão do Estado como sujeito de direito no mundo jurídico, capaz de emitir uma vontade e de submeter às consequências daí resultantes.



Como em qualquer outra disciplina, as alterações fáticas históricas e socioeconômicas podem influenciar na alteração das normas vigentes, o direito administrativo também segue a regra. É possível observar o aumento na intervenção estatal nas relações no decorrer da história, principalmente com as mudanças dos sistemas econômicos vigentes, e como consequência, alteração da possibilidade e intensidade da responsabilização, até a teoria vigente hoje.

Sendo assim para melhor compreensão da atual conjuntura é necessário entender o percurso empreendido. É preciso compreender bem as três fases existentes, sendo estas respectivamente, a teoria da irresponsabilidade, teorias civilistas (teoria dos atos de impérios e de gestão; teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva) e teorias publicistas (teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público; teoria do risco integral ou administrativo ou teoria da responsabilidade objetiva). (COSTA, 2012)

### **3.2 Regramento jurídico - teorias**

Inicialmente, nos estados absolutistas, acreditava-se que o Estado agia no exercício de sua soberania e não poderia cometer erros, e nem tão pouco ser responsabilizado. Não havia qualquer possibilidade de responsabilizar o estado, seguindo como princípio basilar a ideia “the king can do no wrong” (o rei não erra), e qualquer atribuição de dano causado pelo estado seria um desrespeito à sua soberania, e estaria colocando-o no mesmo patamar de seus súditos. (DI PIETRO, 2011)

O desenvolvimento da sociedade e o aumento das prestações estatais tornaram essa prática de irresponsabilidade defasada. Com o aumento da atuação estatal, ficou clara a possibilidade de erros estatais, e prejuízo a terceiros por meio de suas ações, além do surgimento do Estado de direito que o tornava sujeito de direito e também deveres. Apesar de forte influência no direito internacional, a teoria da



irresponsabilidade não foi acolhida pelo direito brasileiro, em nenhum momento no Brasil o Estado foi totalmente irresponsável por sua atuação.

No século XIX, a teoria da irresponsabilidade foi então superada, e com o desenvolvimento do Estado de direito surge a possibilidade de responsabilização do Estado. A falta de direito próprio para tratar da nova possibilidade fez do direito civil seu embasamento, bem como a necessidade de comprovação de culpa. Surgindo então a teoria civilista da culpa. A referida teoria distinguia os atos de gestão, passíveis de responsabilização, dos atos de império, que não poderiam ser responsabilizados. (DI PIETRO, 2011)

Os atos de império seriam praticados pelo estado em razão da sua soberania, impostos coercitivamente aos governados, e sem o crivo do poder judiciário. Desta forma, não poderiam ser responsabilizados por suposto dano causado. Já os atos de gestão são passíveis de responsabilização, já que nestes o estado se equipara aos particulares. Conforme explica Di Pietro (2011, p. 564):

Essa distinção foi idealizada como meio de abrandar a teoria da irresponsabilidade do monarca por prejuízos causados a terceiros. Passou-se a admitir a responsabilidade civil quando decorrente de atos de gestão e a afastá-la nos prejuízos resultantes de atos de império. Distinguiu-se a pessoa do Rei (insuscetível de errar – *the king can do no wrong*), que praticaria os atos de império, da pessoa do Estado, que praticaria atos de gestão, através de seus prepostos.

Essa teoria foi bastante criticada pela dificuldade em distinguir os atos de gestão dos de império. A doutrina passou a buscar outra forma de classificar os atos, mas boa parte dela continuou a utilizar a doutrina civilista. Além de que por vezes a dificuldade de comprovar a culpa por parte dos que tiveram seus direitos prejudicados impossibilitava a reparação do dano. E assim, a teoria foi aos poucos perdendo seu espaço. (DI PIETRO, 2011)



Posteriormente, sob a influência da jurisprudência francesa formou-se a teoria da falta do serviço, falte du service, ocorrendo a responsabilidade do estado quando houver falta da prestação do serviço. Basta, portanto, a falha ou o mau funcionamento do serviço público para que se configure a sua responsabilidade. Não há distinção entre a atuação do agente ou do serviço público em si, portanto não há necessidade de identificar quem gerou o dano.

Também sob forte influência da jurisprudência francesa chegou-se a teoria do risco administrativo, a última fase dessa evolução, a qual se retira a necessidade de comprovação de culpa do agente ou Estado. A responsabilidade é comprovada apenas pela presença de dano e nexos de causalidade, havendo a possibilidade de se excluir esse nexos em alguns casos específicos. O ônus de comprovar a excludente cabe à Administração, é possível caso comprovada a participação do particular para a ocorrência do dano, se atenuar a responsabilidade do estado. (DI PIETRO, 2011)

O que distingue a teoria do risco, a teoria da responsabilidade subjetiva e da teoria da culpa do serviço, é que a apreciação da culpa é afastada, pois não se cogita a culpa da Administração, ou ainda, dos seus agentes, bastando que a vítima demonstre que o fato danoso e injusto tenha sido ocasionado por ação ou omissão do poder público, conforme ensina Meirelles (1996).

A teoria do risco administrativo supre a maior dificuldade da vítima do dano em comprovar a culpa, mas há casos em que não cabe a sua exclusão e nem mesmo atenuação. Em vista desses casos desenvolveu-se a teoria do risco integral. Segundo esta teoria, para a comprovação e exigência de reparação basta demonstração de dano e nexos de causalidade. Desta forma explica Mello (1981, p. 866):

O fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no



interesse de todos. De consequente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.

Desde 1946 as normas vigentes no Brasil adotam a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, atualmente está prevista no artigo 37, 6º da Constituição Federal. Essa responsabilidade decorre de atos comissivos ou omissivos dos agentes estatais dos três poderes, independente da identificação do agente causador do dano. Entretanto, é possível ação de regresso contra este, quando comprovado o dano por dolo ou culpa, com prazo decadencial de 5 anos nos casos de culpa e imprescritíveis quando por dolo.

A conduta lícita ou ilícita deve ser praticada por um agente público, atuando nessa qualidade. O dano, deve ser causado a um bem protegido pelo nosso ordenamento jurídico, ainda que seja exclusivamente moral. E, por fim, o nexo de causalidade, a demonstração de que a conduta do agente foi preponderante e determinante para a ocorrência do evento danoso ensejador da responsabilidade civil objetiva, como explica Carvalho (2019).

### **3.3 Responsabilidade por ação e omissão**

Mesmo valendo-se de superioridade na relação o direito administrativo resguarda a possibilidade de responsabilização estatal. Essa possibilidade vem da necessidade de reparação de danos causados aos particulares por sua atuação, por meio de seu braço atuante, os agentes públicos. É de entendimento Constitucional a atuação de agentes em nome do Estado, o conceito de agente público capaz de dar origem ao fato gerador da responsabilização tem sentido amplo, abrangendo pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Da mesma forma que na responsabilidade civil de agente particular que gera dano é necessário o preenchimento de alguns requisitos. Quando causada pelo estado deve-se atentar da mesma forma para os requisitos básicos exigidos pela lei.



O primeiro elemento necessário para configurar a responsabilidade civil do Estado é a conduta de agente representante do poder público. A forma de responsabilidade estatal se altera conforme sua conduta positiva ou negativa para com os administrados. (CARVALHO, 2019)

Quando sua conduta é positiva, em regra, há preponderância do risco administrativo. O entendimento é de que como o Estado assume o risco da prestação do serviço é responsabilizado de forma objetiva, razão pela qual não há necessidade de se comprovar culpa.

Por outro lado, na omissão, quando é dotada relevância jurídica, o omitente podia e devia agir, ocorrendo o resultado danoso o Estado fica responsabilizado por não ter agido. É entendido nesses casos que não agir é permitir que a causa opere. Nesses casos, há a preponderância da culpa subjetiva, e portanto, deve-se comprovar a culpa ou dolo do agente para a responsabilização.

Como explica Gonçalves (2019, p. 70):

Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir pode ser imposto por lei ou resultar de convenção e até da criação de alguma situação especial de perigo.

Para a doutrina e a jurisprudência construída é evidente que a responsabilidade do Estado no direito brasileiro é ampla, e não é qualquer prejuízo patrimonial relacionável com ações ou omissões do Estado que define obrigação de indenizar.

O Estado, assim responde por atos ilícitos, nos casos em que devendo e podendo agir não o fez. Seguindo o raciocínio não há que se falar em responsabilidade do Estado nos casos de fatos da natureza como enchentes, raios, e também não responde por atos de terceiros ou de multidões, como passeatas e tumultos



organizados, desde que tenha tomado as devidas medidas cabíveis para se evitar os danos.

Como sustenta Di Pietro (2011, p. 655):

[...] para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano... A culpa está inculcada na ideia da omissão. Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável.

Para melhor se esclarecer a ideia observa-se os danos causados por atos de multidões, sendo comprovado que o Estado deixou de prestar a devida segurança ao local, sua culpa resta comprovada. Mas se mesmo tomando as devidas providências, mesmo assim ocorreu danos, a culpa e a responsabilidade restam afastadas. (DI PIETRO, 2011)

Outra forma passível do estado se esquivar da responsabilidade é baseada na reserva do possível. A prestação de serviço pelo estado conta com recursos limitados, que podem e muitas vezes falham, mas se for realizada dentro de um padrão normal esperado não pode ser responsabilizado por eventuais faltas. Neste caso, deve se comprovar se seria possível ao ente responsável evitar o dano, caso fosse a responsabilidade não poderá ser afastada. (DI PIETRO, 2011)

Comprovado o dano a terceiro, e a efetiva responsabilidade do Estado, este tem o dever de ressarcir o terceiro. Ademais, há a possibilidade de trazer o agente público causador do dano ao processo, garantindo ao lesionado o recebimento da indenização do estado, e ao Estado o ressarcimento pelo prejuízo gerado por seu agente. Conforme estabelecido pelo artigo 37, § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”



Essa possibilidade de ação de regresso determina que quando comprovado dolo ou culpa do agente em causar o dano este deverá ressarcir o erário. Nos casos de culpa a ação tem prazo prescricional de 5 anos, quando por dolo, será imprescritível.

Ademais, sendo o Estado também sujeito de direitos, também pode requerer reparação de eventuais danos causados por seus servidores. Nos casos de atos de improbidade dolosos causadores de dano ao erário o estado tem a possibilidade da ação de ressarcimento ao erário. Para esses casos é de entendimento doutrinário e também do STF que a ação será imprescritível, desde que configurada o dolo. Desta forma, quando ausente a comprovação de dolo, a imprescritibilidade é afastada. (CARVALHO, 2019)

### **3.4 Excludentes de responsabilidade**

Há casos em que embora comprovado o dano, tem-se a possibilidade de atenuar ou excluir a responsabilidade do estado. No caso de exclusão da responsabilidade Estatal o dano deve ser causado por fatores específicos: Por fato de terceiro, da própria vítima e caso fortuito e força maior. Quando qualquer desses fatos ocorrem há o rompimento do nexo de causalidade, e o Estado não pode ser responsabilizado pelo dano. (CARVALHO, 2019)

A doutrina aponta o caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima como capazes de excluir a responsabilidade do Estado. O primeiro a ser analisado é o dano causado por culpa exclusiva da vítima, quando terceiro que sofreu o dano concorreu para gera-lo há sua atenuação, mas quando por sua culpa exclusiva o dano foi gerado, o Estado fica totalmente isento de qualquer responsabilidade.

Já o fato de terceiro ocorre quando o dano é ocasionado não em razão da conduta do Estado ou da vítima, mas da conduta de um terceiro, isentando o agente





da responsabilidade. Da mesma forma que age no dano em função culpa da vítima há possibilidade de atenuar a responsabilidade e também de excluí-la totalmente.

No caso de culpa concorrente do terceiro e do agente causador direto do dano, não há extinção da responsabilidade estatal, mas passa a existir a solidariedade quanto à responsabilidade. A vítima pode acionar qualquer um deles pela totalidade do prejuízo, conforme artigo 942 do Código Civil:

Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932.

A última hipótese para possível exclusão da responsabilidade do Estado ocorre nos casos de caso fortuito ou força maior. A alegação do Poder Público para a devida exclusão deve ser acompanhada de prova dessa alegação.

Para se comprovar o instituto deve haver três características intrínsecas, por si só o ocorrido deve ser suficiente em causar o dano, deve ser inevitável, e por último impossível de se prever o fato.

## **4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO DO PODER JUDICIÁRIO**

Tratado o percurso até o entendimento atual sobre a possibilidade de responsabilização do Estado causado pela atuação de seus agentes, é possível tratar das minúcias sobre essa possibilidade no poder judiciário. para tanto é necessário compreender as características dos atos administrativos.

### **4.1 Noções sobre atos administrativos**



Os atos administrativos são as formas de manifestação de vontade da administração pública, a exteriorização dos poderes conferidos ao Estado. Conforme explicação de Di Pietro (2019, p. 233):

Ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

Atualmente há vasta jurisprudência e normas acerca dos atos administrativos, que impõe direitos e limites à atuação estatal. Grandes foram as mudanças ocorridas ao longo da história para se alcançar essa estrutura.

Visto a grande influência que os eventos históricos têm na formação das normas e princípios gerais, é necessário entendimento acerca dos episódios de grande repercussão na história para se compreender o direito. Como já mencionado allures, com influência da revolução francesa, no século XVIII, houve grande limitação na atuação estatal, com o crescimento do liberalismo. Grande era a valorização da soberania popular, e como consequência o estado perdeu força de atuação, como resultado iniciou-se o processo de separação dos poderes.

O processo foi lento e gradativo até alcançar o nível de organização atual, com atuação da burguesia, buscava-se afastar a intervenção estatal. Nesse período, pouca era a capacidade de apreciação por parte do judiciário dos atos administrativos, somente era possível em casos expressos na norma. (DI PIETRO, 2019)

A partir do fim da primeira guerra mundial houve mudança nessa visão, e buscou-se uma maior intervenção estatal para a garantia de direitos sociais. Da mesma forma que o poder legislativo tomou maior forma no período anterior, neste o poder executivo prevaleceu sobre os demais, já que maior era intervenção estatal, atuando até mesmo na economia. (DI PIETRO, 2019)



A Ampla discricionariedade que havia no período anterior foi substituída pelo controle legislativo, haja vista a constitucionalização crescente das normas de direito administrativo. A ampliação do estado democrático de direito que se funda na participação popular consagrada pela Constituição, estabelece normas e princípios que devem ser seguidos pelos representantes no poder.

A atuação estatal é regida pelo princípio da legalidade, de modo que a Administração deverá pautar toda sua atuação na lei, uma vez que para o Administrador público somente lhe é permitido o que é expresso na lei, e não o que a lei não veda, como nas relações privadas. Deve, pois, observar os ditames legais ao praticar atos vinculados ou discricionários observando, respectivamente, o que a lei determine ou autorize.

Sendo praticados quaisquer dos referidos atos administrativos é possível o controle interno, pelo próprio órgão, e também externo, realizada pela via judicial. O controle é realizado com relação a legalidade do ato e o poder judiciário deve ser estimulado para agir.

Entretanto, há atos que são elaborados conforme a discricionariedade e oportunidade da administração, e quanto ao mérito dos atos discricionários em regra não é cabível o controle por parte do judiciário, pois são praticados tendo por fundamento o juízo de conveniência e oportunidade da administração pública.

O judiciário com embasamento constitucional atua tanto na ação positiva do Estado quanto na negativa, buscando suprimir a inércia dos outros poderes. É notável a expansão da jurisdição constitucional bem como a força normativa e limitadora da Constituição Federal. (BARROSO, 2005)

Há, portanto, uma crescente ampliação da atuação jurisdicional no controle dos atos administrativos. Desde que instigado, o judiciário pode intervir nos atos



administrativos vinculados e bem como nos discricionários, mesmo que nestes apenas quanto a legalidade.

## **4.2 Elementos do ato administrativos**

Para a formação dos atos administrativos é necessário observar alguns elementos presentes, que justificam sua existência e validade, na doutrina há divergência quanto a nomenclatura, e alguns o reconhecem como requisitos, não havendo qualquer alteração na prática. Com base na Lei de ação popular, Lei n. 4.717/65, artigo 2º, são cinco elementos presentes no ato administrativo: Competência, Finalidade, Forma, Motivo e Objeto.

O primeiro a ser analisado é a competência, a doutrina o define como um poder-dever conferido ao Estado. Não é mera faculdade do servidor estatal, mas sim imposição de atuação. conforme explica Di Pietro, pode-se definir competência como o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo.

Em regra, havendo os pressupostos legais para sua atuação, o agente competente deve agir, mas caso não atue, ou não ocorra os pressupostos, sua competência é mantida, não é passível de prescrição. Como consequência direta da indisponibilidade do interesse público, a competência é irrenunciável, não podendo o agente se eximir de seu poder-dever.

A competência é definida por lei ou atos administrativos gerais, não podendo ser alterados por simples vontade da administração. Como regra, este elemento é consequência direta de lei, ou de disposição constitucional. Entretanto, em alguns casos admite-se a fixação de competência por meio de ato administrativo geral.

A competência não dá ao administrador margem de escolha, é sempre definida por lei. Ao contrário do que ocorre na competência jurisdicional, não há



possibilidade de sua prorrogação. Caso o agente público pratique ato de forma incompetente, mesmo sem oposição de interessado continua incompetente. Por outro lado, é possível ao agente em alguns casos atuar temporariamente com competência que originalmente não era sua, nos casos de delegação ou avocação. (DI PIETRO, 2019)

Nos casos de delegação ocorre a extensão de competência, de forma temporária, para um outro agente de hierarquia igual ou inferior, de forma temporária. Há a imposição de limites ao agente delegado, o ato de delegação deve definir de forma específica o tempo e o objeto a ser delegado. A regra é a possibilidade de delegação, mas não pode ser feita em alguns casos, como no caso de competência exclusiva, definida em lei; decisão de recurso hierárquico; edição de atos normativos. (DI PIETRO, 2019)

Já a avocação ocorre quando o agente público chama para si competência de outro agente, mas somente quando quem avoca é hierarquicamente superior ao outro. Há também as mesmas restrições previstas para a delegação. (DI PIETRO, 2019)

O segundo elemento a ser estudado é a finalidade, definido como aquilo que se busca proteger com a prática do ato. Para todo ato há duas finalidades, uma genérica, qual seja o atendimento ao interesse público, e a específica, que é definida em lei e estabelece qual a finalidade de cada ato especificamente. Conforme explica Di Pietro (2019, p. 246):

Em sentido amplo, a finalidade corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter finalidade pública;

Em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei.



O ato fica restrito às suas finalidades, caso se desvirtua ocorre abuso de poder da Administração por desvio do poder, devendo o ato ser anulado. Há no caso a preponderância da finalidade específica, se for violada, mesmo na busca do interesse público há o desvio de finalidade. A finalidade, portanto, é elemento vinculado a lei, não há margem de discricionariedade de escolha para o agente.

O terceiro elemento é a forma, definida como a exteriorização do ato, determinada por lei. É elemento essencial do ato, sua ausência importa na inexistência do ato. Em contrário ao que prevalece no direito privado, onde não há forma específica para os atos, podendo os particulares dispor livremente, salvo quando expressamente exigida forma específica, no direito público como garantia do interesse público e dos direitos dos cidadãos há a atuação do princípio da solenidade. (DI PIETRO, 2019)

Assim, os atos administrativos devem ser realizados por escrito, ainda que sem norma expressa para tanto. A forma é essencial para sua existência, como seu instrumento necessário para que a conduta administrativa alcance seus objetivos.

Como é instrumento para o ato, ocorrendo vício na forma o ato será passível de anulação, tanto pela autotutela do estado quando pela análise judicial. Entretanto quando este não gerar qualquer prejuízo ao interesse público nem a terceiros e mantido a sua finalidade, não há qualquer necessidade em se anula-lo. Com o objetivo de se manter os benefícios gerados pelo ato, deve-se manter o ato viciado, desde que sanável, convalidando-se sua forma.

O quarto elemento é o motivo, constituindo a razão pela qual o ato é praticado, a situação fática que determina a atuação estatal os termos efetuados. Para haver validade dos motivos a situação fática apresentada deve ser correspondente à situação disposta em lei como justificadora do ato administrativo. (DI PIETRO, 2019)



O motivo é elemento discricionário, não há determinação legal para sua exposição. Ademais quando exposto o ato fica vinculado a ele, se o que foi alegado como ensejador do ato for falso, o ato se torna invalido. Assim os motivos expostos devem sempre corresponder a realidade dos fatos, sob pena de nulidade do ato. (DI PIETRO, 2019)

Essa forma de vinculação compreende à teoria dos motivos determinantes, a doutrina a define que os motivos apresentados, mesmo que a lei não obrigue a sua motivação, como justificadores da prática do ato administrativo vinculam o ato, e caso os motivos sejam viciados, o ato também será.

O último elemento a ser analisado é o objeto, definido como aquilo que o ato dispõe, o efeito causado no mundo jurídico. A partir da prática de um ato administrativo ocorre a criação de direitos e obrigações para os sujeitos envolvidos no ato, limitados às disposições normativas. Da mesma forma que o motivo, o objeto é um elemento discricionário, ficando a cargo do administrador mediante a sua conveniência e oportunidade. (DI PIETRO, 2019)

## **5 CONCLUSÃO**

Mormente, foi estudado a origem histórica da reparação civil, tão antiga quanto as relações sociais. Da forma simples como era feita antes da evolução da normatização, os particulares eram responsáveis pelo ressarcimento do dano causado entre si, e até hoje na jurisdição a ideia principal da responsabilidade civil ainda é de resposta ao dano sofrido.

Grande foi a evolução do conceito e de seus efeitos, mesmo sendo mantida a ideia principal de reparação. A norma se adaptou à nova realidade das relações sociais e trouxe maior segurança jurídica com a regra de aplicação da responsabilidade objetiva aos atos praticados pelo Estado. Bastando para tanto



apenas comprovar os requisitos essenciais, como foi estudado allures: A conduta, o dano e nexa de causalidade.

O entendimento é embasado pela constituição federal em seu artigo 37, § 6º, como regra no âmbito da atuação estatal. Entretanto, quando se trata da responsabilidade por atos do legislativo e do judiciário não é visto dessa forma. E o que prevalece é a irresponsabilidade do Estado.

Para entendimento do que ocorre nos atos do judiciário deve haver diferenciação quanto aos atos típicos e atípicos. Nos atos atípicos, não há dúvida quanto a reparação civil em caso de dano, já nos atos propriamente jurisdicionais que ainda não comporta a possibilidade de responsabilidade estatal como regra.

Conforme se viu ao longo da presente pesquisa, a responsabilidade civil do Estado por atos judiciários danosos, ainda que esteja defendida majoritariamente pela doutrina nacional, encontra-se ainda com forte resistência na jurisprudência, que entende, em regra, pela irresponsabilidade do Estado. São apontados diversos argumentos que visam justificar tal posicionamento, tais como a soberania do Poder Judiciário, a independência do juiz, a falibilidade humana e a inexistência de lei específica.

Sendo, o estado democrático de direito uma forma de limitação ao poder estatal, deve-se considerar os efeitos dessa mitigação na possibilidade de responsabilização causada aos usuários do poder judiciário, e não apenas as consequências negativas ao Estado. Evidente que é necessário levar em conta o caráter diferenciado deste poder, mas por outro lado os jurisdicionados estão sujeitos aos efeitos de possíveis injustiças causadas, e a segurança jurídica deve prevalecer.

Ademais, a constituição Federal em conjunto com o conceito moderno de direito administrativo deixa clara a possibilidade de responsabilização do agente público, sendo este todo aquele que atua em nome do Estado. Em análise estrita da legislação o





magistrado se encaixaria no conceito de agente público, e acrescenta-se o fato de não haver qualquer limitação expressa na lei quanto a essa possibilidade.

Portanto, conclui-se que mesmo não sendo a vontade expressa pelo legislador o entendimento jurisprudencial defende a tese de irresponsabilidade Estatal por atos jurisdicionais típicos. Mesmo não havendo fundamentação capaz de justificar esse entendimento, e por conseguinte não deveria ser a tese predominante, já que não há na legislação hipótese de exclusão dos magistrados como agentes públicos, nem tão pouco nega-se a possibilidade de responsabiliza-los.

Como a atuação do Estado será sempre em busca de seu principal objetivo, o bem-estar da sociedade, se sua conduta gerar dano para seus cidadãos deve ser responsabilizado a reparar o mau gerado. Portanto, mesmo tendo em vista o caráter diferenciado do Estado frente às relações jurídicas com os administrados, não deve ser isento de indenizá-los caso gere algum dano.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm). Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm). Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.



BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. (1 Turma). Agravo regimental. **AI 759880 RS**. Agravo regimental em agravo de instrumento. Responsabilidade civil objetiva do estado por ato do poder judiciário. Erro judiciário não configurado. Súmula 279/stf. Agravante: Claudio Garcia Rodrigues. Agravado: Estado do rio grande do sul. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 5 de Agosto de 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25253457/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-759880-rs-stf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIIIL. Supremo Tribunal de justiça. (1 Turma). Recurso Extraordinário. **RE 765139 AgR**. Administrativo. Responsabilidade civil do estado por ato jurisdicional. Reforma de sentença pelo órgão colegiado competente. Hipótese que não configura erro judiciário. Indenização negada. Recorrente: Somaria Stevan Fatel Recorrido: União. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, de 2019. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/813685749/recurso-civel-50040528420194047001-pr-5004052-8420194047001?ref=serp>. Acesso em: 29 abr. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do estado. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 55, p. 10-20, jul./set. 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

COSTA, Elisson Pereira da. **Direito administrativo: organização da administração, responsabilidade civil do estado, agentes públicos e controle da administração**. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

MELLO, Celso Antonio de. **Ato administrativo e direito dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.



- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Responsabilidade civil do Estado**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 3.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- LEITE, Rosimeire Ventura. **Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais**. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navegandi**, Teresina, v. 10, n. 851, p. 3, 1 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em: 01 abr. 2020.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais**. São Paulo: LTR, 2003.
- SAAD, Renan Miguel. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- VARELA, Antunes. **A responsabilidade no direito**. 4. ed. São Paulo: Instituto dos Advogados, 1982.





# O PARTO ANÔNIMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Gabriella Damasceno Correia

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade jurídica da entrega do infante a adoção anonimamente, em confronto com o direito a origem genética. A hipótese aqui sustentada é a afirmativa de possibilidade jurídica de inserção do instituto do parto anônimo como forma de solução a problemas como aborto, infanticídio e abandono. Fundamenta-se tal hipótese basicamente através do estudo dos direitos fundamentais, da conceituação da origem do instituto do parto anônimo, justamente com a análise de legislações estrangeiras, projetos de lei e legislações brasileiras como a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

**Palavras-chave:** Adoção. Direitos Fundamentais. Origem Genética. Parto anônimo.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema o instituto do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro. Embora não seja um assunto legislado no ordenamento brasileiro, o parto anônimo vem ganhando destaque no campo das soluções para alguns problemas provocados pela ausência de políticas públicas, como o abandono e o infanticídio.

A relevância desse estudo se faz na medida em que são necessários novos meios de interferência em problemas que já assolam a sociedade há séculos, como o abandono sub-humano de crianças, o desejo de não prosseguir com a maternidade e o infanticídio.



A indagação que se manifesta a partir da situação descrita acima é se seria possível, face ao direito atual e a sua jurisprudência, compreender o direito da mulher em entregar o infante a hospitais e pontos de assistência sem se identificar ou ser punida.

Para tanto será analisado primeiramente o instituto da filiação, desde sua origem, juntamente com a colocação da criança e do adolescente em família substituta, caminhando pelos conceitos de família, sua base de formação, os direitos e deveres decorrentes da filiação e as possibilidades de perda e suspensão do poder familiar.

Em continuidade examinará a regulamentação jurídica atual de entrega do recém-nascido à adoção, enquanto família substituta, o conceito de parto anônimo, considerações históricas a respeito, argumentos favoráveis e contra ao instituto e por fim os projetos de lei relacionados a ele.

Destaca-se que apesar de não se ter lei própria para o assunto, o instituto do parto anônimo é debatido de forma expressiva no Brasil, por intermédio de projetos de lei que buscam sua aprovação e inserção no ordenamento jurídico, com o objetivo de harmonizar direitos e preservar vidas de crianças não desejadas por suas mães.

Ou seja, a hipótese estudada caracteriza-se como a afirmação ao acima explanado, visto que o direito à vida do nascituro é direito fundamental, personalíssimo e que para que tenha eficácia plena se faz necessário prioriza-lo em face de eventual alegação a direito da mulher de não prosseguir com a gestação por optar pelo não prosseguimento da maternidade.

Por fim, no ultimo capítulo será tratada a comparação de outras legislações, a nível mundial, que tratam sobre o instituto do parto anônimo e a possível adoção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a colidência dos direitos fundamentais vigentes nesse instituto.



A metodologia escolhida para a confecção deste trabalho abrangerá pesquisas bibliográficas e o direito comparado, já que com base em outras legislações podemos ter uma base sólida de construção e consolidação do instituto. O marco teórico a ser utilizado no presente trabalho é a doutrina, os projetos de lei apresentados e a origem do instituto.

## **1 FILIAÇÃO E COLOCAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM FAMÍLIA SUBSTITUTA**

O presente capítulo se disporá, de forma clara e fundamentada, a exprimir os principais conceitos e entendimentos a respeito da filiação e tratará das diversas modalidades desse instituto, bem como as possíveis hipóteses de colocação da criança e do adolescente em famílias substitutas.

### **1.1 Filiação**

A filiação é um tema que traz bastante repercussão e conflitos, por todos os seres vivos estarem direta ou indiretamente ligados o tempo todo por laços afetivos ou consanguíneos, de forma a se fazer presente em todas as etnias, religiões, países e espécies.

#### *1.1.1 Conceito de filiação*

A filiação tem sua origem etimológica no vocábulo latino *filiatio*, que diz que “filiação é o ato de perfilhar, vínculo que a geração cria entre os filhos e seus genitores, geração de parentesco entre os pais e seus filhos, considerada na pessoa dos últimos”<sup>1</sup>. Ou seja, filiação é o vínculo de parentesco que une os filhos aos pais<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986



Para a autora Maria Helena Diniz, filiação é o vínculo existente entre pais e filhos, que vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida<sup>3</sup>.

Pontes de Miranda sustenta que a filiação é a relação que o fato da procriação estabelecida entre duas pessoas, uma das quais nascidas da outra. Chamamos de paternidade ou maternidade, quando considerada com respeito ao pai, ou à mãe, e filiação, quando do filho para qualquer dos genitores<sup>4</sup>.

Um dos conceitos de filiação mais próximo da realidade familiar atual vem do jurista Carlos Roberto Gonçalves<sup>5</sup> ao dizer que filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àqueles que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado.

Assim, trata-se de uma relação jurídica que conecta o filho aos seus pais e o mesmo autor ainda menciona que existe a filiação propriamente dita, que é aquela considerada sob o ponto de vista do filho, bem como a filiação em sentido inverso<sup>6</sup>, ou seja, considerada sob o ponto de vista dos genitores em relação ao filho, que é a paternidade ou a maternidade<sup>7</sup>.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald<sup>8</sup> trabalham o conceito de filiação tal quais os outros autores, acrescentando que a filiação não é somente fruto das

---

<sup>2</sup> SCAGLION, Verônica Bettin. **Filiação no ordenamento jurídico brasileiro**. 2002. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/5/art20180504-01.pdf>. Acesso em: 19 abr 2020.

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

<sup>4</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2. ed. São Paulo: Editora Bookseller, 2000

<sup>5</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v 6.

<sup>6</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v 6

<sup>7</sup> FUGIMOTO, Denise. **A filiação e o parentesco**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33175/a-filiacao-e-o-parentesco>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>8</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias: De Acordo Com A Lei N. 11.340/06 – Lei Maria Da Penha E Com A Lei 11.441/07 – Lei De Separação, Divórcio E Inventário Extrajudiciais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2009.





relações consanguíneas, mas também daquelas relações de amparo e criação, incorporando a ao conceito de filiação a afetividade e a solidariedade.

Silvio Rodrigues<sup>9</sup> entende que a filiação não decorre unicamente da consanguinidade, podendo ser fruto de adoção, reprodução genética e outros institutos, criando efeitos no campo social e do direito.

No século XX, o conceito de família estava estritamente relacionado ao patriarcado, a hierarquia familiar, ao casamento e aos patrimônios. Estava conexas ao patriarcado, vez que a figura paterna representava a máxima autoridade familiar, que tinha poderes sobre todos os membros da família e todas as importantes decisões advindas dele. Os patrimônios das famílias eram o diferencial da época, pois classificava economicamente os povos e os distinguiam.<sup>10</sup>

Em 1916, com a promulgação do antigo Código Civil, ocorreu a classificação legal dos filhos em duas diferentes categorias: legítimo e ilegítimos. O primeiro era definido como “o filho biológico, nascido de pais unido pelo matrimônio”<sup>11</sup>, por exclusão, os demais que não se encaixavam nesta definição eram classificados como ilegítimos. É válido acrescentar que os legítimos recebiam a proteção da presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant* (o pai é aquele que o matrimônio como tal indica), em suma, essa presunção assegura que aqueles nascidos na constância do casamento possuem como figura paterna o marido de suas mães.

Os ilegítimos, nascidos de relações extrapatrimoniais, foram subcategorizados em naturais e espúrias. Segundo Cysne, a filiação natural se constituía em três diferentes situações: quando os genitores não dispunham de

---

<sup>9</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.6.

<sup>10</sup> TERUYA, M. T. A família na historiografia brasileira. Bases e perspectivas teóricas. In: **Encontro nacional de estudos populacionais**. XII, 2000 e SAMARA, E. M. **Família, mulheres e povoamento**. São Paulo, século XVII. Bauru, SP: EDUSC, 2003

<sup>11</sup> LÓBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 24, p. 136-156, jun./jul. 2004



vínculo matrimonial; quando não eram casados com terceiros; e quando não existia entre eles impedimento para o casamento.

A segunda subcategoria, espúrias, eram divididos entre incestuosos e adúlteros. A primeira refere-se aos filhos originados de relações entre indivíduos com grau muito próximo de parentesco. A segunda ocorria nos casos em que um dos pais ou ambos eram casados com outra pessoa no momento da concepção da criança. Havia ainda a classificação entre a mãe, quando o casamento era da mãe, ou a *patre*, quando quem realizara o ato fora do casamento era o pai, ou a *matre* e a *patre*, em que ambos eram casados.

A situação de filiação e conseqüente filiação poderia ser alterada a partir do casamento posterior entre os pais, tendo a respectiva paternidade reconhecida de forma espontânea ou jurídica, como prevê o artigo 355 do Código Civil de 1916: “O filho ilegítimo pode ser reconhecido pelo pais, conjunta ou separadamente”. Ademais, o artigo 352 conferia à ilegítima equiparação aos legítimos, em todos os aspectos. Vale ressaltar, no entanto, que essa possibilidade de reconhecimento da paternidade dos filhos ilegítimos não se estendia aos incestuosos e adúlteros, como afirma Bruna Schlindwein Zeni<sup>12</sup>.

Com a impossibilidade de reconhecimento da paternidade para os ilegítimos, o Código Civil não assegurava a eles direitos comuns aos legítimos, não sendo possível sequer pleitear alimentos. A adoção desse posicionamento pela normativa jurídica brasileira da época representava assegurar o benefício do genitor em desfavor dos direitos do filho, de forma a gerar uma punição para o sujeito fruto da infidelidade conjugal, isentando da responsabilidade paterna, o indivíduo que cometeu o adultério, mesmo sendo este considerado crime à época.

---

<sup>12</sup> ZENI, Bruna Schlindwein. A evolução histórico-legal da filiação no Brasil. **Revista Direito em Debate**, v. 18, n. 31, 2009



Maria Berenice Dias nos diz que ao negar a paternidade o genitor não traria prejuízos a si, mas a sua prole ilegítima, já que quem era considerado como um equívoco seria o filho, por ser fruto de um adultério, desrespeito ao matrimônio do genitor, e dessa forma não poderia ter qualquer direito oferecido aos filhos legítimos, sendo considerado como inexistente para que não causasse maiores prejuízos à família do pai<sup>13</sup>.

O Decreto-Lei nº 4.737/42 nos trouxe a possibilidade de reconhecimento dos filhos frutos de relacionamentos extraconjugais desde que dissolvida à sociedade conjugal. A Lei nº 883 de 21 de outubro de 1949, revogou o decreto supracitado e possibilitou o reconhecimento dos filhos ilegítimos independente de qualquer condição adversa a paternidade, com a condição de que esses filhos receberiam apenas a metade da herança dos filhos legítimos e que se caso desejassem pleitear alimentos, o processo correria em segredo de justiça.

A Lei do Divórcio, promulgada em 1977, trouxe relevantes alterações ao ordenamento jurídico, uma delas foi à equiparação dos filhos, legítimos ou não, no tocante ao recebimento da herança e a possibilidade do reconhecimento de paternidade de filho ilegítimo por testamento cerrado.

Em 1984, a Lei 883/49 foi alterada, trazendo uma substancial alteração no artigo 1º, parágrafo 2º, que trouxe a seguinte redação: “Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 (cinco) anos contínuos. ”.

A Constituição Federal de 1988 nos trouxe a maior e mais importante mudança no conceito de família, pois deixou de observar o modo como à filiação era instaurada, com base no patrimônio, casamento e patriarcado, e deu uma nova

---

<sup>13</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Saraiva 2013



perspectiva a filiação, com foco no afeto, na proteção da pessoa humana e principalmente na igualdade filial e dignidade da pessoa humana.

O princípio da igualdade filial e da dignidade da pessoa humana foram peças chave para que a discriminação entre os filhos (legítimos ou ilegítimos) fossem extintas. A Constituição Federal de 1988 nos mostra esse processo através do artigo 227, parágrafo 6º, ao dizer que: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. ”.

Dessa forma, a filiação se tornou uniforme, afastando as hipóteses de preconceito e restrições advindas da origem e então os filhos legítimos ou não passaram a ter os mesmos direitos e deveres perante os seus genitores, direitos esses garantidos pela própria Constituição Federal.

No que tange a igualdade entre os filhos, o artigo 227, em seu parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988, diz que: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. ” Proibindo assim qualquer qualificação discriminatória entre os filhos, caindo em desuso às conotações de legítimo, ilegítimos e afins.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990-ECA) em seu artigo 27 diz que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível e o artigo 26 da mesma lei ainda nos diz que os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, independentemente da origem da filiação, dessa forma fica ainda mais firmada a ideia de que não se permite, mas a distinção entre filhos.

A Lei nº 8.560/92 regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. O artigo 5º da Lei supracitada proíbe



referencias da natureza de filiação e estado civil dos pais no registro de nascimento, o artigo 6º desta mesma lei nos diz que: “Das certidões de nascimento não constarão indícios de a concepção haver sido decorrente de relação extraconjugal” e o parágrafo 2º deste mesmo artigo traz a única ressalva que permite a exposição dos indícios da concepção: “São ressalvadas autorizações ou requisições judiciais de certidões de inteiro teor, mediante decisão fundamentada assegurada os direitos, as garantias e interesses relevantes do registrado”.

O artigo 1596 além de avigorar o exposto no artigo 277, parágrafo 6º da Constituição Federal vigente, remetendo-se aos princípios da igualdade e da pessoa humana, reforçando a proibição de discriminação dos filhos, mas mantendo a presunção de paternidade.

Segundo Maria Berenice Dias “a família constituída pelo casamento era a única a merecer reconhecimento e proteção estatal, tanto que sempre recebeu o nome de família legítima”<sup>14</sup>. A partir dessa perspectiva, conclui-se que, em uma análise histórica, o conceito de filiação carregava genes discriminatórios, uma vez que a Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1996, em vigor por mais de 80 anos no Brasil, fazia a classificação dos filhos conforme o estado civil dos genitores.

Em uma definição mais completa, a filiação caracteriza-se por ser a relação de parentesco em linha reta de primeiro grau que se estabelece entre pai e filho, podendo ser essa relação originária de um vínculo sanguíneo ou de outra origem legal, como é o caso da adoção e a reprodução assistida (utilização de material genético de uma terceira pessoa que não faz parte da relação conjugal)<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Saraiva 2013

<sup>15</sup> FUGIMOTO, Denise. **A filiação e o parentesco**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33175/a-filiacao-e-o-parentesco>. Acesso em: 16 abr 2020.



Por fim, é necessário ressaltar que todas as espécies de filiação são constitucionalmente protegidas, independente do vínculo, podendo ser jurídico, biológico ou afetivo, e todas são possuidoras de direitos e deveres.

### *1.1.2 Poder familiar*

O instituto do poder familiar é o complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições segundo o art. 226, § 5o, da Constituição”<sup>16</sup>.

No século XX o poder familiar era conhecido como pátrio poder, denominação utilizada pelo Código de 1916, e tinha como base o pai exercendo exclusivamente os poderes e deveres sobre os filhos do casal, a mãe apenas auxiliava, não intervindo diretamente na criação.<sup>17</sup>

O pátrio poder baseava-se no princípio da autoridade, tendo relevante importância na Grécia e em Roma, onde o pai apreendia o poder absoluto sobre o filho, poder esse que perdurava por toda a vida, extinguindo-se apenas com a morte do pater<sup>18</sup>.

Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira, o pátrio poder tinha como principal finalidade o cuidado do patrimônio dos filhos, a representação ou assistência dos menores para a prática de atos da vida jurídica, de modo que os filhos seriam

---

<sup>16</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense.2018

<sup>17</sup> CORDEIRO, Marília Nadir de Albuquerque. **A evolução do pátrio poder: poder familiar**. 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46470/a-evolucao-do-patrio-poder-poder-familiar>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>18</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008



subordinados a seu pai até quando alcançasses sua independência e essa ascendência era inquestionada e fundamentada na desigualdade paterno-filial<sup>19</sup>.

Com o passar dos anos, o poder familiar sofreu relevantes alterações, visto que acompanhou a evolução familiar e social. Os poderes e deveres sobre os filhos deixaram de ser exercidos exclusivamente do pai e passaram a ser exercida igualmente pela mãe, dividindo harmoniosamente os deveres de educar, instruir e orientar os filhos.<sup>20</sup>

A constante mudança do instituto fez com que ele se afastasse da ideia original, qual seja o exercício da hierarquia dos pais para com seus filhos, passando a ser, segundo Fernando Campos Scaff, um poder limitado e com finalidade clara, determinada e insubstituível: pretende garantir que os filhos menores tenham a proteção e a educação necessárias, o que ocorrerá não só em seu próprio e primeiro benefício, mas também em favor da sociedade como um todo.<sup>21</sup>

Com o advento do Código Civil de 2002, o pátrio poder passou a ser chamado de poder familiar, mas antes mesmo do advento deste código, a Constituição Federal de 1988 trouxe substancial relevância no que tange aos direitos e deveres dos pais para com seus filhos, dedicando um capítulo à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, tornando obsoleto o Código Civil de 1916 no que diz

---

<sup>19</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Poder familiar e o aspecto finalístico de promover o desenvolvimento e o bem-estar da pessoa. **Direito das famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, p. 411-431, 2013

<sup>20</sup> STACCIARINI, Alessandra. **Poder familiar**: evolução histórica e legislativa. 2015. Disponível em: <https://alestacciarini.jusbrasil.com.br/artigos/190133523/poder-familiar-evolucao-historica-e-legislativa>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>21</sup> SCAFF, Fernando Campos. Considerações sobre o poder familiar. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCH, Maria Cristina (org.). **Direito de família no novo milênio**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 571-582



respeito ao assunto e alterando o que entendíamos como sendo o pátrio poder, tornando-o em poder familiar<sup>22</sup>.

A partir da Constituição Federal de 1988 e da reafirmação do Código Civil de 2002, a responsabilidade dos pais de forma conjunta passou a ser concreta, enfatizando a importância de intervenção dos dois genitores na criação, educação e desenvolvimento dos filhos. Caio Mario da Silva Pereira em seu livro, reconheceu essa responsabilização dos genitores como direito fundamental, pois “afastar toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão contra criança e adolescente”.<sup>23</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 21 dispõe sobre o exercício igualitário do poder familiar dos pais em relação aos filhos dizendo: “O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”.

O poder familiar é, assim, um conjunto de prerrogativas legais reconhecidas aos pais para a criação, orientação e proteção dos filhos menores de 18 (dezoito) anos<sup>24</sup>.

Orlando Gomes, em sua obra Direito de família, aduz que o instituto perdeu a organização despótica inspirada no direito romano, e deixou de ser um conjunto de direitos do pai sobre a pessoa do filho, amplos e ilimitados, para se tornar um complexo de deveres. Essa evolução orientou-se, fundamentalmente, em três

---

<sup>22</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos**: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008

<sup>23</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 5

<sup>24</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada**: novos paradigmas do direito de família. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016





pontos: a) limitação temporal do poder; b) limitação dos direitos do pai e do seu uso;

c) colaboração do Estado na proteção do filho menor e intervenção no exercício do pátrio poder para orientá-lo e controlá-lo.<sup>25</sup>

Na atualidade, a concepção do poder familiar é instrumental e democrática funcionalizada para a promoção e desenvolvimento da personalidade do filho, visando à sua educação e criação de forma participativa, com respeito à sua individualidade e integridade biopsíquica, e, sobretudo, pautada no afeto<sup>26</sup>.

Nessa moderna concepção, a responsabilidade parental sem o concomitante contato entre pais e filhos estaria esvaziada da sua principal função de promoção do desenvolvimento da personalidade do filho com amor, carinho e participação, pois é pelo convívio que floresce o amor, que se trocam experiências, se fortalecem os vínculos parentais e se edifica a personalidade do filho.<sup>27</sup>

Maria Helena Diniz, nos diz que o poder familiar ainda conserva uma natureza de autoridade, já que ainda existe um vínculo de subordinação entre pais e filhos, uma vez que os pais detêm o poder de autoridade e poder de obediência sobre os seus filhos menores<sup>28</sup>.

Dessa forma, entende-se que mesmo com bruscas e substanciais mudanças, o poder familiar nada mais é que a responsabilização dos pais para com seus filhos, independente do parentesco ou da formação familiar, de forma a equilibrar a

---

<sup>25</sup> GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001

<sup>26</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>27</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. A moderna visão da autoridade parental, *in* **guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005

<sup>28</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v 5



autoridade parental e o direito dos filhos de desfrutar de um ambiente familiar mais favorável e satisfatório ao seu desenvolvimento integral.

### *1.1.3 Suspensão e extinção do poder familiar*

Os direitos da criança são protegidos pelo Estatuto Da Criança e do Adolescente, bem como pelo Código Civil e em especial pela Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1998, em seu artigo 227 estabelece que é “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” e esse texto também está presente no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dentre os direitos da criança e do adolescente o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal nos traz o direito a convivência familiar e havendo qualquer desrespeito ou abuso a um dos direitos inerentes a criança ou ao adolescente ou o descumprimento dos deveres dos pais para com seus filhos passa a ser possível algumas interferências no âmbito familiar, quais sejam a suspensão, perda e a extinção do poder família.

A suspensão do poder familiar é a restrição do exercício inerentes aos pais, estabelecido por decisão judicial, que tem duração indefinida, perdurando enquanto houver a necessidade dos seus atos e em razão disso pode ocorrer de 3 formas, segundo o artigo 1637 do Código Civil: a) descumprimento dos deveres a eles (os pais) inerentes; b) arruinando os bens dos filhos, c) condenação (de um dos pais) por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. Ainda no tocante à suspensão familiar é essencial se ater ao artigo 6º da Lei nº



12.318/10 (Lei da Alienação Parental) que diz: “Uma vez configurada a alienação<sup>29</sup>, uma das penalidades possível é a suspensão do poder familiar”.<sup>30</sup>

O artigo 157 do ECA nos diz que “ o magistrado poderá, liminarmente ou incidentalmente, decretar a suspensão da autoridade parental. Esta decisão haverá de ser registrada, à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente, ex vi do art. 163 do ECA. ” Dessa forma, entende-se que a suspensão do poder familiar não é definitiva, podendo ser revista quando superados os fatores que a provocam.

A extinção do poder familiar é uma medida extrema e se dá pela interrupção definitiva do poder familiar dos pais em relação aos filhos.

As hipóteses de extinção do poder familiar estão dispostas no artigo 1635 do Código Civil: a) morte dos pais ou do filho; b) emancipação do filho; c) maior idade do filho; d) adoção do filho por terceiros; e) perda em virtude de decisão judicial.<sup>31</sup>

Na primeira hipótese, que se refere à morte dos pais, o poder familiar passa a se concentrar no remanescente em vida. A segunda, emancipação do filho, ocorre nos casos em que os pais por intermédio do poder público, dispensada a homologação judicial, concedem a emancipação aos seus filhos maiores de 16 anos. A terceira refere-se à quebra do poder familiar no momento em que os filhos completam os requisitos legais descritos para obter a maioridade.

---

<sup>29</sup> Art. 2º da Lei Federal nº 12.318/10 (Lei de Alienação Parental) - Alienação parental é a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou o adolescente sob sua autoridade, guarda, ou vigilância, para que repudie genitor, ou lhe cause dano ao estabelecimento, ou manutenção do vínculo afetivo.”

<sup>30</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ serviço:** entenda o que é suspensão, extinção e perda do poder familiar. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-entenda-o-que-e-suspensao-extincao-e-perda-do-poder-familiar/>. Acesso em: 16 abr 2020.

<sup>31</sup> Art 1635 do CC – “Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:  
pela morte dos pais ou do filho;  
pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;  
pela maioridade;  
pela adoção;  
por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.”



Nos casos de adoção, que se enquadram na quarta hipótese de extinção do poder de família, ocorre o espelhamento da natureza consanguínea, impondo, de forma definitiva, a ruptura com o parentesco original e acarretando no desaparecimento do poder familiar. Já a quinta possibilidade está regulamentada no art. 1638 do CC/02, que elenca as hipóteses de perda do poder familiar via ato judicial, quais seja: a) castigar imoderadamente o filho; b) deixar o filho abandonado; c) praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; d) incidir, reiteradamente nas faltas previstas no artigo antecedente; e) entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.<sup>32</sup>

Atitudes abusivas e descomedidas dos pais física, mental, moral e/ou emocionalmente ante aos filhos são qualificadas como castigos imoderados. Eles se diferenciam dos demais por conterem uma carga pós-traumática gerada por um padrão comportamental nocivo. Da mesma forma, a moral e os bons costumes são vistos como prejudiciais quando vão de encontro às normas estabelecidas pela sociedade e pelas leis constitucionais; nesse caso, o juiz não pode fazer prevalecer os seus valores subjetivos, uma vez que se enquadraria no caso de abuso de autoridade. A perda do poder familiar não deve simplesmente ser imposta como pena ao pai relapso, mas sim como medida de obter o melhor para a vida do menor.<sup>33</sup>

Se houver a possibilidade de recomposição familiar a suspensão do poder familiar deve ser preferida à perda, visto que a perda do poder familiar só deve ocorrer

---

<sup>32</sup> GARCIA, André. **Extinção, suspensão e perda do poder familiar**. 2010. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/extincao-suspensao-e-perda-do-poder-familiar/>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>33</sup> ANDRADE, Edilene Pereira de. **Extinção, suspensão e perda do poder familiar**. 2017. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9860/Extincao-suspensao-e-perda-do-poder-familiar>. Acesso em: 16 abr 2020



em casos de extrema necessidade, casos em que há perigo iminente à dignidade e à segurança dos filhos.<sup>34</sup>

### *1.1.4 Direitos e deveres decorrentes da filiação*

No presente, serão apontados os direitos e deveres tanto dos pais quanto dos filhos, intrínsecos no ordenamento Brasileiro, a fim de que sejam sanadas algumas dúvidas sobre o tema discutido, família.

#### 1.1.4.1 Direitos e deveres dos pais para com os filhos

Os pais, igualmente, detêm direitos e deveres para com seus filhos, e essas obrigações e direitos estão espalhados por todo ordenamento jurídico.

A Constituição Federal em seu artigo 229 nos diz que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]” e alguns desses deveres dos pais estão elencados também no rol taxativo do artigo 1634 do Código Civil<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> LÔBO, Paulo. Do poder familiar. **Revista jus navigandi**. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8371>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>35</sup> Art. 1.634 CC. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

- dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)



O ECA menciona em seu artigo 22 que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.” O artigo 53 ainda nos diz que a criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, ao preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho, assegurando-lhes: a) igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; b) direito a ser respeitado por seus educadores; c) direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; d) direito de organização e participação em entidades estudantis; e) acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da escola básica.<sup>36</sup>

Mabel Negueiros nos traz alguns deveres dos pais para com os filhos, como sendo dar amor, carinho, proteção, o dever de dar exemplo aos filhos, criar condições quem propiciem segurança física e psicológica e condições para seus desenvolvimentos intelectuais plenos, entre outros.<sup>37</sup>

Não é dever dos pais acolher a todos os pedidos de seus filhos, visto que podem não ser compatíveis com suas possibilidades financeiras e orçamentárias ou por entenderem que não agregará valor a formação dos filhos. Dever dos pais, como

---

- exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

<sup>36</sup> RAMOS, Rejane. **Destituição do poder familiar:** dever de proteger e o direito de ser protegido. 2016. Disponível em: <https://enajer.jusbrasil.com.br/artigos/250312785/destituicao-do-poder-familiar-dever-de-protger-e-o-direito-de-ser-protgido>. Acesso em: 16 abr 2020..

<sup>37</sup> NEGREIROS, Mabel Elis Bunder de. **Pais e filhos:** direito e deveres. 2010. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Mabel%20Elis%20Bunder%20de%20Negreiros.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020



dito anteriormente, é amar, proteger, educar, cuidar, entre outros considerados essenciais e inerentes à sobrevivência e existência dos menores.<sup>38</sup>

O artigo 23 do ECA ainda nos diz que “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder familiar”, desse modo, entende-se que a pobreza ou insuficiência de renda não é motivo suficiente para retirar a criança do seio familiar e que independente da renda, o dever dos pais para com os filhos se funda no amor e nos cuidados.<sup>39</sup>

#### 1.1.4.2 Deveres e direitos dos filhos para com os pais

Embora os filhos tenham inúmeros direitos, a eles são impostos alguns deveres, que estão elencados ao longo do ordenamento jurídico brasileiro.<sup>40</sup>

Mabel Negreiros ressalta a obrigação dos filhos em obedecer aos pais e prestar-lhes respeito, devendo participar dos afazeres domésticos na medida de suas capacidades físicas e sempre com respeito às limitações impostas pela lei. A autora frisa os exemplos de cuidados pelos filhos não apenas com seus quartos, mas também da casa em geral, perpassando pela sala, cozinha e outras áreas comuns.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> ZAGURY, Tânia. **Os direitos dos Pais, construindo cidadãos em tempo de crise**. 6.ed. Rio de Janeiro: Record, 2004

<sup>39</sup> Art. 23 do ECA. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder familiar. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 1º Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

§ 2º A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente. (Redação dada pela Lei nº 13.715, de 2018)

<sup>40</sup> Art. 229 da CF: Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (grifo nosso)

<sup>41</sup> NEGREIROS, Mabel Elis Bunder de. Pais e filhos: direito e deveres. 2010. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Mabel%20Elis%20Bunder%20de%20Negreiros.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020..



Ela amplia os deveres dos filhos para além do ambiente doméstico, relembrando as obrigações escolares a que os filhos estão sujeitos. É dever dos pais matricular os filhos nas escolas, oferecer-lhes educação e acompanhar o seu rendimento escolar. A autora, no entanto, ressalta as contrapartidas a que os filhos estão incumbidos, quais sejam a assiduidade nas aulas, cumprimento dos deveres de alunos na sala de aula e passados para casa, bem como a obtenção de boas notas. O cumprimento desses requisitos demonstram a valorização que os pais merecem, pois, como ressalta Maria Negreiros, qualquer escola particular ou universidade, não está fácil de pagar, o que exige muitos sacrifícios por parte de alguns pais.<sup>42</sup>

O Código Civil de 1916 elencava no parágrafo único do artigo 399<sup>43</sup> as hipóteses em que os filhos tinham a obrigação de cuidar dos pais, restringindo aos casos de impossibilidade de não conseguirem prover o próprio sustento, na velhice, carência ou enfermidade. O Código Civil atual, por outro lado, generaliza a obrigação de prestação de alimentos pelos filhos, ao delimitar em seu artigo 1696<sup>44</sup> que “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre os pais e filhos”. Ademais, outra diferença entre os códigos se dá na extensão da obrigação prevista no código atual, que se estende a todos os ascendentes, diferentemente do código de 1916 que restringia apenas aos filhos. Por fim, vale destacar que o Código de 1916 traz como obrigação irrenunciável, no mesmo parágrafo, a assistência e a alimentação dos pais pelos filhos, até o final de suas vidas. O Código de 2002, no entanto, se restringe à prestação de alimentos no Art. 1696.

---

<sup>42</sup> NEGREIROS, Mabel Elis Bunder de. Pais e filhos: direito e deveres. 2010. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Mabel%20Elis%20Bunder%20de%20Negreiros.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020

<sup>43</sup> Art. 399 do CC /16: Parágrafo Único: No caso de pais que, na velhice, carência ou enfermidade, ficaram sem condições de prover o próprio sustento, principalmente quando se despojaram de bens em favor da prole, cabe, sem perda de tempo e até em caráter provisional, aos filhos maiores e capazes, o dever de ajudá-los e ampará-los, com a obrigação irrenunciável de assisti-los e alimentá- los até o final de suas vidas

<sup>44</sup> Art. 1696 do CC: O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.





Como destaca o artigo do novo código civil, mencionado anteriormente, o direito a prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos e Maria Helena Diniz diz que pela lei 8648/93, os filhos maiores (18 anos) emancipados e capazes deveriam, por sua vez, prestar alimentos aos seus pais, que em razão da velhice, enfermidade ou dificuldade econômica, não pudessem promover o próprio sustento, enquanto vivessem e necessitassem de auxílio.<sup>45</sup>

Entende-se, dessa forma, que existem direitos e deveres dos pais para com os filhos e dos filhos para com os pais, que devem ser veementemente cumpridos para que haja uma boa relação familiar e social.

### *1.1.5 Família natural e família substituta*

O artigo 25 do ECA nos diz que “entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”. Interpreta-se que esta tipologia de família é restringe-se àquela em que o indivíduo nasce, sendo formada, portanto, pelos laços de sangue.<sup>46</sup>

A família substituta encontra previsão legal no Art. 28 do ECA, estando restrita aos casos excepcionais em que a família natural não cumpriu os critérios de promoção e garantia da proteção dos direitos da criança e do adolescente, que estão atrelados ao princípio da proteção integral.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

<sup>46</sup> Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

<sup>47</sup> Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.



Esse instituto decorre da incapacidade da família natural de atender às necessidades físicas, emocionais e intelectuais essenciais à formação saudável de um futuro cidadão, qualificando-a como entidade inadequada nos cumprimentos dos seus deveres. Dessa forma, a família substituta tem como função primordial o cumprimento dos deveres ora impostos aos pais naturais, além de reduzir as influências sofridas pelo desamparo e abandono.<sup>48</sup>

### *1.1.6 Colocação da criança e do adolescente em família substituta*

- 
- § 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
- § 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
- § 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
- § 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
- § 5º A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
- § 6º Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência I - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
- que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
  - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

II

<sup>48</sup> LACERDA, Fernanda; SANTOS, Cícera Valeska Marçal dos; SAMPAIO, Thiêgo Pereira. **Modalidades de colocação de crianças e adolescente em família substituta**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35160/modalidades-de-colocacao-de-criancas-e-adolescente-em-familia-substituta>. Acesso em: 16 abr 2020..



A colocação de crianças e adolescente em famílias substitutas compreende 03 (três) modalidades: guarda, tutela e adoção.

A guarda, disposta nos artigos 33 e seguintes do ECA, permite ao guardião legal, opor-se a terceiros, inclusive aos pais da criança, visto que assim como as outras modalidades de colocação em família substituta ela busca em primeiro lugar o bem-estar e o melhor interesse da criança.<sup>49</sup>

Ela se divide em 3 tipos, conforme previsão do Ordenamento Jurídico Brasileiro, quais seja: peculiar, permanente e provisória. A primeira resume-se a uma inovação do ordenamento, tendo como única função suprir uma eventual falta

---

<sup>49</sup> Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. (Vide Lei nº 12.010, de 2009)

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Art. 34. O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 1º A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo a pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento familiar poderá receber a criança ou adolescente mediante guarda, observado o disposto nos arts. 28 a 33 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 3º A União apoiará a implementação de serviços de acolhimento em família acolhedora como política pública, os quais deverão dispor de equipe que organize o acolhimento temporário de crianças e de adolescentes em residências de famílias selecionadas, capacitadas e acompanhadas que não estejam no cadastro de adoção. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

§ 4º Poderão ser utilizados recursos federais, estaduais, distritais e municipais para a manutenção dos serviços de acolhimento em família acolhedora, facultando-se o repasse de recursos para a própria família acolhedora. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público



dos pais. A segunda, é utilizada em situações em que não é possível encaixar as modalidades de tutela e adoção. É necessário destacar, no entanto, que a doutrina aprendestes posição divergente ao advogar que o caso de guarda permanente não mais existe no nosso ordenamento, confrontando a disposição da Carta Magna, que traz essa guarda como medida perene. A terceira e última classificação se subdivide em guarda liminar e guarda incidental, entanto permitida apenas para os casos de tutela e de adoção nacional, não sendo possível, portanto, ocorrer nos casos de adoção internacional, que se encontram regulamentados nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 33, já mencionado.<sup>50</sup>

A guarda se diferencia das demais formas de colocação em família substituta no que tange a destituição ou suspensão do poder familiar, visto que não é uma obrigatoriamente definitiva, ficando ao critério do juiz decidir sobre a duração e o tempo, podendo ser revogada a qualquer tempo, por decisão fundamentada do magistrado ou por requerimento do Ministério Público, e sendo uma maneira mais rápida e menos burocrática.<sup>51</sup>

O instituto da guarda confere ao menor a prerrogativa de dependente dos guardiões para qualquer fim legal necessário, inclusive a herança.

A segunda hipótese de colocação de crianças e adolescente em famílias substitutas é a tutela, instituto ligado às hipóteses de desconhecimentos, falecimento dos pais ou destituição do poder familiar.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> LACERDA, Fernanda; SANTOS, Cícera Valeska Marçal dos; SAMPAIO, Thiêgo Pereira. **Modalidades de colocação de crianças e adolescente em família substituta**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35160/modalidades-de-colocacao-de-criancas-e-adolescente-em-familia-substituta>. Acesso em: 16 abr 2020..

<sup>51</sup> LACERDA, Fernanda; SANTOS, Cícera Valeska Marçal dos; SAMPAIO, Thiêgo Pereira. **Modalidades de colocação de crianças e adolescente em família substituta**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35160/modalidades-de-colocacao-de-criancas-e-adolescente-em-familia-substituta>. Acesso em: 16 abr 2020..

<sup>52</sup> LACERDA, Fernanda; SANTOS, Cícera Valeska Marçal dos; SAMPAIO, Thiêgo Pereira. **Modalidades de colocação de crianças e adolescente em família substituta**. 2015. Disponível em:



O entendimento do instituto se baseia no pressuposto de que a tutela abarca todos os demais poderes legais de representação.<sup>53</sup>

O Código Civil em seu artigo 1731<sup>54</sup> estabeleceu que caso os pais não deixem um tutor previamente estabelecido haverá uma ordem de preferência, que se iniciará com os ascendentes, priorizando os graus mais próximos aos graus mais remotos, mas nada impede que essa ordem seja alterada caso seja mais benéfico ao menor e preze pelo melhor e superior interesse dele.<sup>55</sup>

A principal diferença do instituto da tutela e dos demais se dá pela intervenção direta do poder judiciário. O Código Civil determina que o tutor preste contas dos patrimônios do tutelado de 02 (dois) em 02 (dois) anos, a fim de que os bens sejam preservados e cuidados e preservados para o momento que o menor puder assumir o controle total sobre eles.<sup>56</sup>

A extinção da tutela pode ocorrer no caso de mau uso dos bens do tutelado, de forma que o magistrado designará outro tutor para o menor e fará com que tutor que

---

<https://jus.com.br/artigos/35160/modalidades-de-colocacao-de-criancas-e-adolescente-em-familia-substituta>. Acesso em: 16 abr 2020..

<sup>53</sup> LACERDA, Fernanda; SANTOS, Cícera Valeska Marçal dos; SAMPAIO, Thiêgo Pereira. **Modalidades de colocação de crianças e adolescente em família substituta**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35160/modalidades-de-colocacao-de-criancas-e-adolescente-em-familia-substituta>. Acesso em: 16 abr 2020..

<sup>54</sup> Art. 1.731. Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem: - aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto; - aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor.

<sup>55</sup> LACERDA, Fernanda; SANTOS, Cícera Valeska Marçal dos; SAMPAIO, Thiêgo Pereira. **Modalidades de colocação de crianças e adolescente em família substituta**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35160/modalidades-de-colocacao-de-criancas-e-adolescente-em-familia-substituta>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>56</sup> Art. 1.757do CC: Os tutores prestarão contas de dois em dois anos, e também quando, por qualquer motivo, deixarem o exercício da tutela ou toda vez que o juiz achar conveniente.



lesou o patrimônio do pupilo repare os danos causados ou no caso de emancipação do tutelado, que faz com que o instituto perca o objetivo.<sup>57</sup>

O terceiro e último instituto da colocação da criança e do adolescente em família substituta é a adoção, que se diferencia das demais modalidades por ser uma decisão definitiva e não modificativa, vez que após a extinção do poder familiar ocorre a extinção de todos os laços familiares consanguíneos, com a exceção apenas do impedimento matrimonial.<sup>58</sup>

Após a extinção do poder familiar dos pais consanguíneos a família adotante contrai para si o poder familiar completo do adotado, tornando-se a família legítima do menor e contrai a responsabilidade pelos direitos e deveres do indivíduo, podendo inclusive alterar o registro de nascimento do menor para modificar e incluir o nome dos adotantes.<sup>59</sup>

Existem algumas regras que devem obrigatoriamente cumpridas para que se possa adotar. Dentre elas está a diferença de idade entre o adotante e o adotado, que segundo o Estatuto da Criança e do adolescente deve ser de mínimo 16 anos, sendo que o adotante deve ser maior de 18 (dezoito) anos, segundo o artigo 42 do estatuto

---

<sup>57</sup> A tutela cessa, sob o prisma do tutelado, com a maioridade ou emancipação do menor, ou ao cair o menor sob o poder familiar (caso de adoção, por exemplo). Sob o prisma do tutor, ao expirar o termo, em que era obrigado a servir (dois anos, conforme prevê o art. 1765), ao sobrevir escusa legítima ou ao ser removido (art. 1764). Visualiza o art. 1766 a possibilidade de destituição do tutor quando negligente (isto é, descaso ou falta de zelo no exercício de suas funções), prevaricador (é o que descumpra o dever a que está obrigado, por improbidade ou má-fé) ou incurso em incapacidade (todas as vezes em que o tutor se encontrar em qualquer das hipóteses do art. 1735 do Código Civil). Disponível em: <https://sites.google.com/site/zeitoneglobal/direito-de-familia/6-06-da-cessacao-da-tutela>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>58</sup> LACERDA, Fernanda; SANTOS, Cícera Valeska Marçal dos; SAMPAIO, Thiêgo Pereira. **Modalidades de colocação de crianças e adolescente em família substituta**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35160/modalidades-de-colocacao-de-criancas-e-adolescente-em-familia-substituta>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>59</sup> LACERDA, Fernanda; SANTOS, Cícera Valeska Marçal dos; SAMPAIO, Thiêgo Pereira. **Modalidades de colocação de crianças e adolescente em família substituta**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35160/modalidades-de-colocacao-de-criancas-e-adolescente-em-familia-substituta>. Acesso em: 16 abr 2020



supracitado. Outra regra essencial é a capacidade de oferecer o melhor para o adotado, garantindo a proteção de seus direitos fundamentais.<sup>60</sup>

A adoção independe do status civil do adotante e de sua orientação sexual, preceito esse, fundamentado no princípio a dignidade da pessoa humana, do melhor e superior interesse do menor e da igualdade das entidades.<sup>61</sup>

Conclui-se que as três modalidades colocação de crianças e adolescente em famílias substitutas embora se diferenciem em alguns pontos, tem o mesmo objetivo, que é sempre prezar pelo melhor e superior interesse da criança, fazendo com que ela tenha um bom convívio familiar e cresça da melhor forma possível.

---

<sup>60</sup> Art. 42 do ECA. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

<sup>61</sup> Art. 42 do ECA. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)



### *1.1.7 Direito fundamental a convivência familiar*

O direito a convivência familiar entre os filhos e os pais está estabelecido no artigo 227 da Constituição Federal, sendo considerado um direito fundamental, uma vez que é uma das formas de proteção aos filhos.<sup>62</sup>

Dentre tantos direitos das crianças e dos adolescentes está o direito de mantimento dos estritos laços com ambos os genitores, mesmo após um processo de separação ou até mesmo um divórcio, a fim de que o interesse desses menores que estão em fase de desenvolvimento não seja suprimido por problemas que não são de sua responsabilidade.<sup>63</sup>

A preservação da boa convivência familiar, a tentativa de evitar eventuais efeitos negativos do término dos pais e o crescimento saudável dos menores são os

---

<sup>62</sup> Art. 227 da CF: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

<sup>63</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos**: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008





fatores chaves do direito a convivência familiar, visto que esse direito decorre do poder familiar.<sup>64</sup>

No Brasil, o direito a convivência familiar e comunitária são assegurados constitucionalmente, e apenas em casos de crianças e adolescentes que tiveram seus direitos fundamentais violados ou com risco de violação ocorre uma restrição. No caso dessas restrições do direito de convivência cabe as autoridades judiciárias competentes o dever de reavaliar, no máximo a cada seis meses, a situação do acolhido, verificando as condições e evoluções das famílias, podendo optar pela reintegração do acolhido na família de origem ou a colocação dele em família substituta. A reavaliação do acolhido será feita através de relatórios formulados por equipes interprofissionais ou multidisciplinar.<sup>65</sup>

Dessa forma, entende-se que independente da separação ou do divórcio dos genitores a convivência familiar dos filhos deve ser permanente, afim de que seja assegurado todos direitos e deveres dos pais para com os filhos e que não haja qualquer prejuízo a formação dos menores e só em casos de extrema necessidade devem ser retirados de suas famílias originárias, por tempo determinado ou

---

<sup>64</sup> Art. 227 da CF: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação

<sup>65</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. Direito fundamental constitucional à convivência familiar e comunitária e acolhimento institucional. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 76, p. 21-35, jan. 2015



por decisão judicial que extinguirá o poder familiar e consequentemente o direito a convivência familiar.

## 2 DIREITO AO PARTO ANÔNIMO E ESTUDO DOS PROJETOS DE LEI

O presente capítulo se disporá a apresentar o instituto do parto anônimo, desde sua origem até a atualidade, bem como apresentar projetos de lei pertinente ao tema, que buscam regularizar está prática.

### 2.1 Regulamentação jurídica atual de entrega de recém-nascido à adoção, enquanto modalidade de família substituta.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 13, parágrafo único, garante a qualquer mãe que por alguma razão ou circunstância não queira criar o (a) seu (sua) filho (a) reportar-se à Justiça da Infância e Juventude para receber as orientações e esclarecimentos referentes à entrega em adoção, sem qualquer prejulgamento ou censura.<sup>66</sup>

A mulher que optar pela entrega da criança em adoção assistência psicológica, conforme preconiza o artigo 8º, § 5º<sup>67</sup>, sendo ouvida pela equipe composta de psicólogos e assistentes sociais da Vara da Infância e da Juventude, para avaliação da situação e para ser orientada quanto às medidas cabíveis, como

---

<sup>66</sup> SOUSA, Walter Gomes de. **Em vez de abandono, entrega legal em adoção**. 2014. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2014/em-vez-de-abandono-entrega-legal-em-adocao>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>67</sup> SOUSA, Walter Gomes de. **Em vez de abandono, entrega legal em adoção**. 2014. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2014/em-vez-de-abandono-entrega-legal-em-adocao>. Acesso em: 16 abr 2020



afirma o art. 19 do supracitado ECA, consideram-se inclusive os eventuais efeitos do estado gestacional e puerperal.<sup>68</sup>

A entrega legal do filho à Justiça da Infância e da Juventude atende primordialmente o interesse dessa criança, uma vez que a principal intenção é evitar riscos decorrentes do abandono ou da entrega a outra pessoa sem intermediação da Justiça, preservando-lhe os direitos à vida, à saúde e à convivência familiar.<sup>69</sup>

É garantida a mãe que entregue em adoção um filho à Vara da Infância e Juventude um suporte psicológico e de segurança jurídica, a preservação de sua intimidade, privacidade e identidade que serão devidamente asseguradas, e ainda é resguardado o direito da genitora de expressar o arrependimento quanto à entrega. A mãe ainda receberá o acompanhamento especializado conduzido pela equipe interprofissional (psicólogos e assistentes sociais) que auxilia o magistrado da Infância e Juventude<sup>70</sup>.

O sigilo sobre o nascimento do filho<sup>71</sup> é uma garantia dada a mãe pelo ordenamento jurídico, no entanto deve-se ater ao art. 48 do ECA<sup>72</sup> nos traz o direito da criança a origem genética, que mesmo indiretamente, acaba por esbarrar no direito

---

<sup>68</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Entrega voluntária para adoção.** 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhaseprodutos/direitofacil/edi caosemanal/entrega-voluntaria-de-adocao>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>69</sup> SOUSA, Walter Gomes de. **Em vez de abandono, entrega legal em adoção.** 2014. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2014/em-vez-de-abandono-entrega-legal-em-adocao>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>70</sup> SOUSA, Walter Gomes de. **Em vez de abandono, entrega legal em adoção.** 2014. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2014/em-vez-de-abandono-entrega-legal-em-adocao>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>71</sup> Art. 19-A do ECA: A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude.

§ 9º É garantido à mãe o direito ao sigilo sobre o nascimento, respeitado o disposto no art. 48 desta

<sup>72</sup> Art. 48 do ECA: "é importante ressaltar que o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 anos. § único- O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica."



assegurado a mãe, mas com a justificativa de assegurar aos adotados o direito a conhecer sua origem biológica.

O acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e do planejamento reprodutivo, atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal no âmbito do SUS, e a assistência psicológica são oferecidas as gestantes como forma de prevenir ou atenuar as consequências do estado puerperal (período que se estende do início do parto até a volta da mãe às condições pré-gravidez), tendo em vista as inúmeras limitações que podem alterar a saúde física e mental da gestante durante a gravidez e na fase seguinte do puerpério.<sup>73</sup>

O bem-estar da mãe é medida preventiva para preservar o interesse da criança, preceito primordial instituído no Estatuto, ao assegurar-lhe, como pessoa em desenvolvimento, proteção integral. A entrega de um filho a adoção, por meio da Justiça Infância-Juvenil não é crime, mas abandoná-lo e expô-lo a riscos, sim, visto que a mãe que desampara ou expõe seu bebê a perigo comete o crime de abandono de recém-nascido, descrito no artigo 134 do Código Penal.<sup>74</sup>

## 2.2 Parto anônimo

De forma conceitual, parto anônimo é definido como a possibilidade conferida à mulher parturiente em, ao dar à luz nas unidades públicas de saúde, não ter a obrigação de ficar com a criança, tendo a sua identidade protegida e não revelada.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios . **Entregar filho(a) recém-nascido em adoção**. 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/carta-de-servicos/servicos/adocao/entregar-filho-recem-nascido-em-adocao>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>74</sup> SOUSA, Walter Gomes de. **Em vez de abandono, entrega legal em adoção**. 2014. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2014/em-vez-de-abandono-entrega-legal-em-adocao>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>75</sup> CAMILO, Andryelle Vanessa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do parto anônimo. In: **Encontro nacional do conselho nacional de pesquisa e pós-graduação em direito**, v. 19, p. 3337-3348, 2010



O parto anônimo encontra-se respaldado na Constituição Federal, que garante a liberdade<sup>76</sup>, a dignidade humana<sup>77</sup>, o direito à vida<sup>78</sup> e a proteção especial à criança<sup>79</sup>, bem como no ECA, que assegura o nascimento e desenvolvimento sadio e condições dignas de existência, por meio da efetivação de políticas públicas<sup>80</sup>.

A origem do parto anônimo se dá inicialmente, em países europeus, na idade média<sup>81</sup>, e era conhecido como “roda dos expostos”, “roda dos excluídos”, ou até mesmo “roda dos enjeitados”.<sup>82</sup>

Essa “roda” nada mais era que um cilindro de madeira que conectava a rua ao interior do imóvel (igrejas ou hospitais), onde os bebês eram colocados por suas mães e mediante um giro eram conduzidas ao interior das dependências daquelas

---

<sup>76</sup> Art. 5º da CF: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”

<sup>77</sup> Art. 1º da CF: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana; [...]

<sup>78</sup> Art. 5º da CF: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”

<sup>79</sup> Art. 227 da CF: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

[...]

<sup>80</sup> Art. 7º do ECA: A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência

<sup>81</sup> FREITAS, Douglas Phillips. Parto anônimo. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n. 280, ano 12, p. 15-17, 2008

<sup>82</sup> QUEIROZ, Olivia Pinto da Oliveira Bayas; HOLANDA, Caroline Satiro de. **Parto anônimo e colisão de direitos fundamentais**. In: Encontro Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte: Fundação Boiteux, 2009



instituições, sem que sua mãe fosse identificada<sup>83</sup>. Logo após a colocação dessa criança na roda era tocado um sino, como forma de alertar que mais uma criança havia sido deixada ali.<sup>84</sup>

A “roda dos expostos” foi a primeira iniciativa pública de atendimento à criança<sup>85</sup>, visto que a prática do abandono sempre fez parte da realidade social mundial. Mesmo depois de muitos séculos e embora os valores da sociedade tenham mudado, o abandono de bebês continua sendo um problema atual e por esse motivo o parto anônimo emergiu como tema de debate e reflexão, uma vez que visa garantir a individualidade, o livre arbítrio e a liberdade da mulher em ser mãe e ao mesmo tempo, o direito à saúde, à vida, à educação e à convivência familiar do nascituro.<sup>86</sup>

Na época em que a “roda” foi instituída, a mulher era submetida pela sociedade a um rígido código de conduta, cuja inobservância acarretava enorme repressão social. Nesses casos, tanto a mãe solteira, quanto a criança sofriam com estigma social. A primeira se tornava indigna de convivência familiar, além de se tornar o foco de vergonha e discriminação. A segunda era responsabilizada pela ruptura da estrutura familiar e passava a ser considerada a pecha da ilegitimidade da filiação.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> FREITAS, Luiza Cereja de. **Institucionalização do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro como forma de efetivar princípios constitucionais**. 2011. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/5181/1/luizacerejadefreitas.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020.

<sup>84</sup> CAMILO, Andryelle Vanessa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do parto anônimo. In: **Encontro nacional do conselho nacional de pesquisa e pós-graduação em direito**, v. 19, p. 3337-3348, 2010

<sup>85</sup> ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do parto anônimo no direito brasileiro. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Porto Alegre/Belo Horizonte, n. 1, ano 9, p. 143-159, 2008

<sup>86</sup> CAMILO, Andryelle Vanessa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do parto anônimo. In: **Encontro nacional do conselho nacional de pesquisa e pós-graduação em direito**, v. 19, p. 3337-3348, 2010

<sup>87</sup> CAMILO, Andryelle Vanessa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do parto anônimo. In: **Encontro nacional do conselho nacional de pesquisa e pós-graduação em direito**, v. 19, p. 3337-3348, 2010.



O parto anônimo embora seja uma forma de prevenção, não elimina em 100% os crimes e os acontecimentos que ocorrem com os menores. Na realidade, o instituto do parto anônimo se configura como mais uma política pública oferecida pelo Estado para o enfrentamento das consequências geradas pela gravidez indesejada, uma vez que as mulheres protagonistas dessa situação nem sempre dispõem de acesso à educação e conscientização necessárias para a prevenção, bem como não dispõem, com a mesma frequência, de mecanismos capazes de garantir condições de vida mínimas para ela e para a criança após o parto.<sup>88</sup>

Dessa forma, é primordial destacar que a aprovação desse instituto não tem como objetivo esconder a maternidade socialmente desejada, negando a realidade vivida pelo país e relegando à segundo plano a discussão da gravidez indesejada. Constitui-se, de fato, como uma garantia à mulher de ser livre para assumir ou não a figura de mãe do filho gerado, além de assegurar à criança uma efetiva proteção dos seus direitos da personalidade, a partir do momento do parto.<sup>89</sup>

O que se pretende com o resgate do instituto do parto anônimo é garantir ao nascituro o direito à vida, mesmo que isso lhe custe o abandono e o desconhecimento de sua origem genética e garantir a mãe o direito ao anonimato, vez que não se pode obrigar alguém a se manter preso a nada e a ninguém, contra sua vontade, salvaguardando sua imagem e identidade<sup>90</sup>.

### *2.2.1 Considerações históricas sobre o instituto do parto anônimo no Brasil*

---

<sup>88</sup> BARBOSA, Águida Arruda. Gravidez. **Boletim IBDFAM**, Belo Horizonte, n. 56, ano 9, p. 8, maio/jun. 2008

<sup>89</sup> CAMILO, Andryelle Vanessa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do parto anônimo. In: **Encontro nacional do conselho nacional de pesquisa e pós-graduação em direito**, v. 19, p. 3337-3348, 2010

<sup>90</sup> FREITAS, Luiza Cereja de. Institucionalização do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro como forma de efetivar princípios constitucionais. 2011. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/5181/1/luizacerejadefreitas.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020



No Brasil, as rodas dos expostos tiveram início no período colonial, nas Santas Casas de Misericórdia e em hospitais, no império de D. João VI, vez que não havia lugares mais aptos a receber crianças abandonadas por suas famílias.<sup>91</sup>

Um dos motivos para o abandono desenfreado de recém-nascidos naquela época se deu com a chegada de portugueses no Brasil, onde esses colonizadores trouxeram consigo inúmeras doenças desconhecidas pelos índios, causando um grande número de mortes e deixando vários índios, ainda na infância, órfãos.<sup>92</sup>

Outro motivo para o abandono dos menores foi o crescimento desenfreado das cidades e conseqüentemente a exasperação da população e pobreza, o que fazia com que os pais abandonassem seus filhos por não terem condições econômicas de criá-los e acreditando que seus filhos poderiam se desenvolver em condições melhores, o que não acontecia.<sup>93</sup>

Historicamente haviam 12 rodas de exposto no Brasil, tendo como as principais referenciais de rodas de expostos de Salvador, Recife e do Rio de Janeiro. As Santas Casas do Rio de Janeiro e Salvador acolheram 50 mil bebês, entre os séculos XVIII e XIX, porém as condições sanitárias eram tão insalubres que se alcançou 90% de taxa de mortalidade nesse período.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> QUEIROZ, Olivia Pinto da Oliveira Bayas; HOLANDA, Caroline Satiro de. Parto anônimo e colisão de direitos fundamentais. *In*: Encontro Nacional do CONPEDI, 18., 2009. Belo Horizonte: Fundação Boiteux, 2009

<sup>92</sup> FREITAS, Luiza Cereja de. Institucionalização do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro como forma de efetivar princípios constitucionais. 2011. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/5181/1/luizacerejadefreitas.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020.

<sup>93</sup> FREITAS, Luiza Cereja de. **Institucionalização do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro como forma de efetivar princípios constitucionais**. 2011. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/5181/1/luizacerejadefreitas.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020.

<sup>94</sup> FREITAS, Luiza Cereja de. **Institucionalização do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro como forma de efetivar princípios constitucionais**. 2011. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/5181/1/luizacerejadefreitas.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020.





O número desenfreado de abandonos no período colonial se tornou tão relevante a ponto de provocar a intervenção do Estado e da sociedade de uma forma geral, que através de políticas públicas com o objetivo de proteger a vida dos nascituros abandonados, sem revelar a identidade da mãe.<sup>95</sup>

Já no século XX, com a vigência do Código Civil de 1916, o fator que levou o elevado índice de abandono dos filhos foi a não admissão de filhos ilegítimos, filhos tidos fora do casamento, como leciona Fabiola Santos Albuquerque.<sup>96</sup>

Por muitas vezes as mães optavam por entregar esses recém-nascidos as casas de adoção com a esperança de que essas crianças tivessem uma vida melhor, já que mesmo algumas delas querendo dar continuidade a maternidade, eram inviabilizadas por seus maridos, já que eram eles que detinham o poder econômico da família, e principalmente por repúdio social.<sup>97</sup>

A última roda de expostos em funcionamento no Brasil, a da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo, foi desativada em meados de 1948 a 1950<sup>98</sup>. A autora Olivia Pinto de Oliveira Bayas Queiroz diz que diversos motivos contribuíram para a desativação das rodas dos expostos, entre eles a ausência de cuidado com os bebês deixados na roda, já que se estima que 30% das crianças lá deixadas morreram,

---

<sup>95</sup> FREITAS, Luiza Cereja de. **Institucionalização do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro como forma de efetivar princípios constitucionais**. 2011. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/5181/1/luizacerejadefreitas.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020.

<sup>96</sup> MARCÍLIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na história do Brasil: 1726-1950. **História social da infância no Brasil**. 2016

<sup>97</sup> FREITAS, Luiza Cereja de. **Institucionalização do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro como forma de efetivar princípios constitucionais**. 2011. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/5181/1/luizacerejadefreitas.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020

<sup>98</sup> FREITAS, Douglas Phillips. **Revista jurídica consulex**, Brasília, n. 280, ano XII, p. 15-17, 2008.



principalmente devido à desnutrição, a motivação inadequada das mulheres que cuidavam dos abandonados, dentre outros.<sup>99</sup>

Embora tenham sido validados vários motivos para a extinção desse instituto, há de se perceber que o momento histórico vivido é outro e a condição socioeconômica populacional é outro, restando só a essência do instituto, que é assegurar o direito à vida do nascituro e o anonimato das genitoras.<sup>100</sup>

### 2.2.2 Argumentos favoráveis ao parto anônimo

O argumento preponderante para a legalização do parto anônimo é de que com esse instituto estaríamos prevenindo o aborto, o abandono dos recém-nascidos em condições sub-humanas e porque não o infanticídio.<sup>101</sup>

As doutrinas que estão em consonância com o instituto do parto anônimo nada mais é que a liberdade dada a genitora, para que caso ela deseje, ela possa deixar, anonimamente, o nascituro indesejado no hospital, sem criar vínculos jurídicos com ele e sem que seja imputado a ela qualquer responsabilidade, seja ela criminal ou civil, que é o que o ordenamento jurídico brasileiro prevê atualmente. No entanto essa entrega do recém-nascido só poderia ser feita mediante submissão da genitora a

---

<sup>99</sup> QUEIROZ, Olívia Pinto de Oliveira Bayas. **O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro**. 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141839.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020

<sup>100</sup> FREITAS, Luiza Cereja de. **Institucionalização do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro como forma de efetivar princípios constitucionais**. 2011. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/5181/1/luizacerejadefreitas.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020

<sup>101</sup> FREITAS, Luiza Cereja de. **Institucionalização do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro como forma de efetivar princípios constitucionais**. 2011. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/5181/1/luizacerejadefreitas.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020.



uma análise psicológica, que aferiria se sua atitude estaria sendo em virtude de estado puerperal ou não.<sup>102</sup>

Rodrigo da Cunha Pereira nos diz que em países que adotaram o parto anônimo o número de infanticídios foi significativamente reduzido.<sup>103</sup> O autor ainda diz que, embora não haja justificativas plausíveis para a prática do desamparo de seres tão inofensivos, o abandono de bebês por suas mães sempre vai existir, mas não é por isso que não se deve ser uma política pública a ser considerada.<sup>104</sup>

O Estado tem o dever de prezar para que o direito à vida dessas crianças seja sempre preservado, mas não só por isso, visto que há meios de intervenção do Estado de forma eficaz para se evitar a pratica do instituto, como conscientização a populacional sobre o planejamento familiar e as consequências de um filho não desejado, oferecimento de programas de educação sexual, bem como distribuição gratuita de métodos contraceptivos, em especial para as mães, fazendo especialmente com que esses programas e informações chegue a população de baixa renda.<sup>105</sup>

Os crimes de aborto<sup>106</sup> e abandono<sup>107</sup> de recém-nascidos embora sejam tipificados no Código Penal Brasileiro, não são suficientes para coibir a pratica dos

---

<sup>102</sup> FREITAS, Luiza Cereja de. Institucionalização do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro como forma de efetivar princípios constitucionais. 2011. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/5181/1/luizacerejadefreitas.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020.

<sup>103</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Parto anônimo: uma janela para a vida. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n. 265, ano 12, p. 38-39, 31 jan. 2008

<sup>104</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Parto anônimo: uma janela para a vida. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n. 265, ano 12, p. 38-39, 31 jan. 2008

<sup>105</sup> QUEIROZ, Olívia Pinto de Oliveira Bayas. **O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro**. 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141839.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020

<sup>106</sup> Art. 124 do CP- Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena – detenção, de um a três anos

<sup>107</sup> Art. 133 do CP - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

Pena - detenção, de seis meses a três anos.



crimes supracitados, muito pelo contrário, já que por medo de sofrerem reprimenda criminal, as gestantes acabam optando por não darem continuidade ao pré-natal para não serem identificadas e optam pelo aborto clandestino ou pelo “descarte” do recém-nascido em lugares insalubres e em condições desumanas, como vemos dia após dia nos noticiários.<sup>108</sup>

Por motivos e situações como os expostos acima é que se dá a urgência da institucionalização do parto anônimo no Brasil, já que como previsto na Carta Magna, todos temos o direito a uma vida digna<sup>109</sup> e a saúde<sup>110</sup>, dando assim uma chance a crianças que teriam seus destinos ligados ao abandono ou morte.

Além dos direitos ditos anteriormente, deve se ater ao fato de que há outras garantias que seriam agregadas com a institucionalização do parto anônimo, como por exemplo a ampla convivência familiar, que não está somente ligada ao vínculo

---

§ 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos. Aumento de pena

§ 3º - As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço:

- se o abandono ocorre em lugar ermo;

- se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima. III - se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos (Incluído pela Lei nº 10.741, de 2003) Exposição ou abandono de recém-nascido

<sup>108</sup> FREITAS, Luiza Cereja de. **Institucionalização do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro como forma de efetivar princípios constitucionais**. 2011. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/5181/1/luizacerejadefreitas.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020.

<sup>109</sup> Art. 1º da CF: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

- a dignidade da pessoa humana; [...]

<sup>110</sup> Art. 6º- São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição



biológico, mas também aos laços afetivos, que podem ser garantidos por uma família substituta, como diz Danielle Dantas Lins de Albuquerque.<sup>111</sup>

Além das vantagens que o parto anônimo oferece, quais sejam diminuir o número de abortos e abandonos de recém-nascidos em situações insalubres, o instituto também faria com que a adoção no Brasil se tornasse mais eficaz e célere, tendo em vista que impulsionaria o processo, já que, como dito anteriormente, o fato de serem recém-nascidos já é um elemento facilitador para adoção, por serem os mais procurados.<sup>112</sup>

O instituto do parto anônimo por desburocratizar o processo de adoção estaria unindo o útil ao agradável, visto que atualmente uma família espera em média 3 anos em uma fila para conseguir adotar, ainda mais quando opta por crianças com menos de um ano de idade<sup>113</sup> e o contato com a criança nos seus primeiros momentos de vida seria essencial para o convívio familiar, pois é como se ali sempre estivesse como dispõe Fernanda Otoni de Barros.<sup>114</sup>

### 2.2.3 Argumentos contrários ao parto anônimo

---

<sup>111</sup> ALBUQUERQUE, Danielle Dantas Lins de. Parto anônimo e o princípio da afetividade: uma discussão da filiação à luz da dignidade da pessoa humana. 2008. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/454/IBDFAM+ACAD%C3%8AMICO+-+Parto+An%C3%B4nimo+e+o+Princ%C3%ADpio+da+Afetividade%3A+Uma+Discuss%C3%A3o+da+Filia%C3%A7%C3%A3o+%C3%A0+Luz+da+Dignidade+da+Pessoa+Humana>. Acesso em: 18 abr 2020..

<sup>112</sup> MELLO, Kátia; YONAHÁ, Liuca. O lado B da adoção. *Época*, São Paulo, n. 583, p.88 e seg, 20 jul. 2009. - Há no Brasil 22.390 casais à procura de um filho adotivo e mais de 80 mil crianças abandonadas em abrigos. Destas, apenas 3.277 têm o perfil desejado pelos adotantes, o que significa que mais de 76 mil crianças estão abandonadas e sem a expectativa de serem colocadas em lares substitutos

<sup>113</sup> OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. **Campanha muda um destino**. 2007. Disponível em: <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/05/23/materia.2007-05-23.4357502111>. Acesso em: 24 ago 2019

<sup>114</sup> BARROS, Fernanda Otoni. **Sobre o interesse maior da criança**. 2001. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=27>. Acesso em: 16 abril 2020



A principal crítica ao parto anônimo se funda no direito à criança ter acesso a sua origem genética, que será um tema amplamente discutido no capítulo seguinte, no entanto há outras críticas ao instituto, bem como a releitura da antiga roda de expostos, presente na idade média, benefícios e responsabilidades a genitora, entre outros.

A doutrina contrária a institucionalização do instituto e baseia na ideia de que na idade média as rodas de expostos se justificavam devido a sociedade patriarcal da época e a submissão das mulheres, que não tinham direito à liberdade e a cidadania e com a conquista das mulheres ao longo dos anos reconhecendo a igualdade entre homens e mulheres faria com que o instituto, mesmo que com uma nova roupagem, significasse um retrocesso, como defende Laura Affonso Costa Levy<sup>115</sup>, que pode-se entender por argumento falho, já que há a presença de uma atitude governamental positiva, visto que o instituto preserva a vida da criança e a liberdade da genitora em optar por não ser mãe.<sup>116</sup>

Outro argumento utilizado para a desqualificação do parto anônimo é de que o instituto não traria substanciais vantagens a genitora, visto que o direito ao acompanhamento médico antes e durante o parto pelo SUS, em qualquer hospital ou posto de saúde que faça atendimento neonatal, já se encontra positivado no ECA, fazendo com que não houvesse inovações jurídicas benéficas a gestante.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> LEVY, Laura Affonso Costa. Parto anônimo e a real proteção da criança e do adolescente. Revista **Jus Navigandi, Teresina**, ano 14, n. 2197, 7 jul. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13106>. Acesso em: 18 abr. 2020

<sup>116</sup> FREITAS, Luiza Cereja de. **Institucionalização do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro como forma de efetivar princípios constitucionais**. 2011. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/5181/1/luizacerejadefreitas.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020

<sup>117</sup> LEVY, Laura Affonso Costa. Parto anônimo e a real proteção da criança e do adolescente. Revista **Jus Navigandi, Teresina**, ano 14, n. 2197, 7 jul. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13106>. Acesso em: 18 abr. 2020



Doutrinadores contrários ao parto anônimo apontam como ponto negativo o fato de recair sobre a escolha da mãe a entrega da criança ao Estado, sob a justificativa de que não haveria a igualdade entre o pai e a mãe, já que seria um caso clássico de exclusão do pai e dos demais componentes da família<sup>118</sup>, e dizendo que caso o Brasil adote o parto anônimo a alternativa seria de que antes da concessão da alta do hospital e o encaminhamento do nascente à adoção, deveria ser feita uma pesquisa no cartório em que a gestante tem seu registro de assentamento civil, a fim de apurar se dele consta o nome de seus pais, e se porventura esses avós maternos ou paternos tem interesse em criá-lo, mantendo dessa forma a criança no seio de sua família biológica.<sup>119</sup>

Em meio a tantas críticas ao instituto do parto anônimo o que fica claro é que embora haja justificativas plausíveis para o não aceite do instituto, a principal preocupação é de fato com o menor, fazendo com que a maioria dos casos sejam resolvidos com algumas alterações nos projetos de lei a respeito do assunto ou até mesmo a interpretação do instituto a luz do caso concreto.

### **2.3 Projeto de lei que visam regulamentar o parto anônimo**

Em decorrência de inúmeros casos de abandono de recém-nascidos de forma insalubre por todo Brasil, foram apresentados ao Congresso Nacional três projetos de lei que visam regulamentar o instituto do parto anônimo.

O primeiro projeto de lei é o de número 2747/2008, proposto pelo Deputado Eduardo Valverde, previa o direito do parto anônimo a gestante, sem que ela sem que ela perdesse o acesso ao pré-natal gratuito na rede do Sistema Único de Saúde

---

<sup>118</sup> QUEIROZ, Olívia Pinto de Oliveira Bayas. **O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro.** 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141839.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020

<sup>119</sup> QUEIROZ, Olívia Pinto de Oliveira Bayas. **O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro.** 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141839.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020



(SUS). Previa ainda que essa gestante teria isenção de responsabilidade civil ou penal em relação ao filho. O objetivo do projeto de lei era criar uma alternativa legal para as mães que não pretendem criar os filhos, reduzindo os casos de abandono de bebês e de abortos.<sup>120</sup>

No entanto o PL 2747/2008 previa em seu artigo 9º que a criança seria mantida no hospital por 8º semanas após sua chegada para depois ser entregue a adoção. Essa medida foi tomada, segundo o autor, para que a mãe pudesse se arrepender ou até mesmo para que os parentes interessados pudessem reivindicar a guarda do nascituro. Esse extenso lapso temporal foi visto como negativo, com a justificativa de que a mãe tivera 9 (nove) meses para refletir sobre tal medida e porque nesse período o risco de a criança contrair alguma doença hospitalar seria exacerbada.<sup>121</sup>

O segundo projeto de lei sobre o tema é o de número 2834/2008, de autoria do Deputado Carlos Bezerra, previa a alteração na Lei nº 10.406, de 2002, com o objetivo de que o parto anônimo implicasse na perda do poder familiar, antigo pátrio poder.<sup>122</sup>

O encaixe do projeto de lei nº 2834/2008 é que ele nada inovaria no ordenamento jurídico, visto que tanto o art. 45, § 1º do ECA quanto os art. 1.635 e 1.638 do CC, trazem disposições muito semelhantes a sugestão proposta, visto que a destituição do poder familiar é uma consequência natural do parto anônimo, já que se a genitora opta por não prosseguir com a maternidade e entrega seu filho para adoção, entende-se que ele será adotado por uma família substituta, de forma

---

<sup>120</sup> CONGRESSO EM FOCO. **Projeto de lei institui parto anônimo**. 2008. Disponível em <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/projeto-de-lei-institui-parto-anonimo/>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>121</sup> CAMILO, Andryelle Vanessa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do parto anônimo. In: **Encontro nacional do conselho nacional de pesquisa e pós-graduação em direito**, v. 19, p. 3337-3348, 2010

<sup>122</sup> BEZERRA, Carlos. Projeto de Lei nº 2834. 2008. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=38366>. Acesso em: 16 abr 2020





definitiva, extinguindo os laços com a família consanguínea e consequentemente cumprindo com um dos requisitos da adoção.<sup>123</sup>

O terceiro projeto de lei decorrente do tema foi o de número 3220/2008, que foi proposto pelo Deputado Sergio Barradas Carneiro e elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que tinha por objetivo regulamentar o direito ao parto anônimo e dar outras providencias.<sup>124</sup>

Esse projeto de lei é o que mais se aproxima da realidade de parto anônimo que buscamos, visto que ele não tem por objetivo legalizar o abandono, mas sim igualar os interesses da genitora e da criança, garantindo que aquela criança não seja abandonada em lugares insalubres, não seja morta ou até mesmo abortada e garantindo a mãe o direito à liberdade de escolha de prosseguir ou não com a maternidade, direito a não se identificar, sem sofrer sanções punitivas, entre outros direitos.<sup>125</sup>

### 3 COLIDÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo apresenta como principal objetivo a ponderação dos direitos e das garantias pertencentes à parturiente e à criança relacionados ao instituto do parto anônimo, que, via de regra, é marcada pelo conflito. A defesa de sobreposição entre um e outro ou a tentativa de equilíbrio entre eles é a base das discussões e desavenças atuais que impedem a consolidação desse instituto na normativa jurídica brasileira e acarreta no problema desta pesquisa, baseado na observação do número de abandonos de recém-nascidos em condições sub-humanas, abortos e infanticídios, e na ponderação da ótica dos genitores.

---

<sup>123</sup> CAMILO, Andryelle Vanessa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do parto anônimo. In: **Encontro nacional do conselho nacional de pesquisa e pós-graduação em direito**, v. 19, p. 3337-3348, 2010.

<sup>124</sup> CARNEIRO, Sérgio Barradas. **Projeto de Lei nº 3220**, 2008. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=38993>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>125</sup> FREITAS, Douglas Phillips. **Revista jurídica consulex**, Brasília, n. 280, ano XII, p. 15-17, 2008



Os direitos relacionados ao instituto do parto anônimo enquadram-se em um extenso rol de direitos e garantias fundamentais positivados pela Constituição Federal de 1988. Por serem enquadrados como normas constitucionais, pressupõe-se que não existe hierarquia entre eles, de modo que todos os direitos devem ser observados sem supressão total de um por outro. Ingo Sarlet, em consonância com esse entendimento, afirma que os direitos fundamentais não são absolutos, já que não há como proteger nenhum deles de forma ilimitada, de modo que a regra é que os direitos fundamentais são “direitos submetidos a limites e suscetíveis de serem restringidos”<sup>126</sup>.

Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino esclarecem que não há como aplicar um direito fundamental suprimindo integralmente outro, dado que não existe um direito hierarquicamente superior e outro hierarquicamente inferior<sup>127</sup>.

Por não haver essa ordenação entre eles, a justiça enfrenta diariamente casos de conflito de direitos fundamentais ocasionados, segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, quando o direito fundamental de uma pessoa é limitado pelo exercício dos direitos fundamentais de outra, sendo essa situação típica de um Estado Democrática de Direito<sup>128</sup>. Gilmar Mendes defende que, para que ocorra a autêntica colisão entre os direitos fundamentais, um deve afetar diretamente o âmbito de proteção do outro<sup>129</sup>.

Uma parcela de autores, como George Marmelstein, argumenta que alguns direitos fundamentais se chocam em virtude de suas diretrizes, uma vez que, não

---

<sup>126</sup> SARLET, I.; MARINONI, L.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

<sup>127</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2011

<sup>128</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2011

<sup>129</sup> MENDES, G.; COELHO, I.; BRANCO, P. **Curso de direito constitucional**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2007



raramente, são estabelecidas em direções opostas<sup>130</sup>. O autor ainda ressalta que se deve buscar a máxima otimização da norma por meio da ponderação desses direitos, sem que haja sacrifício de nenhum deles ou até mesmo de outros direitos protegidos, além de afirmar que é necessário observar o caso concreto<sup>131</sup>.

Robert Alexy explica que a ponderação deve ser usada no caso de conflitos entre princípios, devendo ser ponderado o valor de cada um dos direitos fundamentais envolvidos<sup>132</sup>.

Ainda, em harmonia com esses doutrinadores, Manoel Gonçalves Ferreira Filho sugere que seja feita a conciliação dos direitos fundamentais, utilizando-se da pertinência e observando qual princípio relaciona-se mais com a matéria do caso concreto. Por fim, defende o critério do “peso”, que presume uma valoração de princípios e estabelece uma “hierarquia” de qual é mais importante<sup>133</sup>.

Nesse aspecto, observa-se que é necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de limitar e ponderar os direitos fundamentais e assim poder traçar uma solução para conciliar os direitos expostos à contradição no caso concreto, sem que haja supressão de um deles<sup>134</sup>.

O princípio da proporcionalidade apresenta-se de forma implícita na Constituição Federal e tem como objetivo auxiliar na conciliação dos direitos fundamentais quando esses colidem-se. Além disso, o princípio da proporcionalidade

---

<sup>130</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013

<sup>131</sup> RASQUINHA, Jéssica Silva. **O direito da mulher de não ser mãe sob a perspectiva do parto anônimo**. 2017. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/2111/1/J%C3%A9ssica%20Silva%20Rasquinha.pdf>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>132</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

<sup>133</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

<sup>134</sup> RASQUINHA, Jéssica Silva. **O direito da mulher de não ser mãe sob a perspectiva do parto anônimo**. 2017. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/2111/1/J%C3%A9ssica%20Silva%20Rasquinha.pdf>. Acesso em: 16 abr 2020



é utilizado para verificar a legitimidade da medida limitadora diante de uma lei que protege um direito e restringe outro<sup>135</sup>.

O princípio supracitado é um instrumento pelo qual se verifica a legitimidade de leis e atos administrativos que por ventura possam restringir direitos fundamentais, atuando como limitador de direitos e objetivando alcançar restrições de extensões “proporcionais”<sup>136</sup>.

Nessa perspectiva, o subtópico inicial se disporá a analisar a colisão do direito de liberdade da mulher de não ser mãe com o direito a origem genética, verificando por meio do princípio da proporcionalidade, se a limitação de um dos direitos dos envolvidos não restringe essencialmente o outro, de forma que fira a dignidade da pessoa humana das partes.

No momento posterior, será destrinchado a técnica de ponderação de direitos fundamentais de Robert Alexy através do princípio da proporcionalidade, que é um dos mais importantes princípios do pós-positivismo, vez que exerce uma função imprescindível na proteção dos direitos fundamentais<sup>137</sup>.

Para Robert Alexy a ponderação representa a possibilidade de equilibrar os direitos sem que haja a sobreposição completa de um sobre o outro, utilizando-se da racionalidade.<sup>138</sup> Para isso, existem subprincípios a serem analisados com a finalidade de criar a harmonia entre os direitos fundamentais conflitantes na máxima medida possível.

---

<sup>135</sup> RASQUINHA, Jéssica Silva. O direito da mulher de não ser mãe sob a perspectiva do parto anônimo. 2017. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/2111/1/J%C3%A9ssica%20Silva%20Rasquinha.pdf>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>136</sup> MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013

<sup>137</sup> LIMA, André Canuto de F. O modelo de ponderação de Robert Alexy. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4077, 30 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31437>. Acesso em: 18 abr. 2020

<sup>138</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002



### 3.1 Direito ao anonimato versus direito a origem genética

Há vários motivos que levam diariamente milhares de pessoas a procurarem sua origem genética, dentre eles, os problemas de saúde física e emocional e até mesmo a curiosidade de reconhecer em si as características nos ascendentes. As procuras geralmente partem de pessoas que foram abandonadas logo após o nascimento ou no decorrer de sua primeira infância. Também há casos de filhos que mesmo após serem acolhidos por famílias substitutas ou socioafetivas buscam saber quem são seus genitores.<sup>139</sup>

As adoções, disciplinadas pelo Código Civil de 1917, eram geralmente realizadas nos cartórios de registro civil, por intermédio de processos administrativos, facilitando assim as denominadas “adoções à brasileira”<sup>140</sup>, como explica Claudia Fonseca<sup>141</sup>, de modo que, nos anos 1980 os processos de adoção eram deficitários de informações das famílias biológica dos filhos adotados, sendo legalizado apenas o que era estabelecido entre as partes.

O exame de DNA surgiu pouco antes do início da década de 1900<sup>142</sup>, fazendo com que muitos homens antes disso e até pouco tempo se eximissem das responsabilidades paternas alegando que não eram pais daquelas crianças, então se a mãe não tivesse meios de comprovar seus relacionamentos acabavam por se

---

<sup>139</sup> RASQUINHA, Jéssica Silva. **O direito da mulher de não ser mãe sob a perspectiva do parto anônimo**. 2017. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/2111/1/J%C3%A9ssica%20Silva%20Rasquinha.pdf>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>140</sup> Registro de Filho Alheio em nome próprio. Prática que mesmo vedada pelo ordenamento brasileiro, conforme artigo 242 do Código Penal: “Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a seis anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: é tolerável, pois o juiz pode deixar de aplicar a pena pelo motivo de “conhecida nobreza”. Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.” BRASIL. *Código Penal*. Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Brasília, DF: Senado Federal, 1940

<sup>141</sup> FONSECA, Claudia. Mães “abandonantes”: fragmentos de uma história silenciada. **Revista Estudos Feministas**, v. 20, n. 1, p. 13-32, 2012.

<sup>142</sup> PENA, Sergio Danilo. **A revolução dos testes de DNA**. 2010. Disponível em: <http://cienciahoje.org.br/coluna/a-revolucao-dos-testes-de-dna/>. Acesso em: 16 abr 2020



tornarem mães solteiras, fazendo com que muitos filhos não tivessem o nome de seus pais em seus documentos, mas felizmente com os adventos da ciência o exame de DNA se tornou um processo célere e eficaz, podendo ser feito gratuitamente através de processo judicial.<sup>143</sup>

A tecnologia conjuntamente com o ordenamento passou a possibilitar cada vez mais o direito do adotado a ter informações relativas ao seu passado e sua origem biológica, como nos demonstra o artigo 48 da Lei Nacional de Adoção (Lei nº12.010/09)<sup>144</sup>. A Constituição Federal de 1988, também assegura esse direito ao indivíduo mesmo que não expressamente, através dos direitos fundamentais.<sup>145</sup>

Os direitos fundamentais, segundo a doutrina são aqueles direitos que tem por finalidade zelar pela dignidade humana em seu núcleo essencial e estão espalhados na Constituição Federal com a finalidade de proteger a dignidade da pessoa humana<sup>146</sup> e são modificados com a evolução da sociedade, visto que o ordenamento tenta, de forma coerente e justa, se moldar aos valores sociais e culturais da população.<sup>147</sup>

---

<sup>143</sup> FONSECA, Claudia. Mães" abandonantes": fragmentos de uma história silenciada. **Revista Estudos Feministas**, v. 20, n. 1, p. 13-32, 2012

<sup>144</sup> BRASIL. **Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009**. Lei da Adoção. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm). Acesso em: 18 abr 2020. Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

<sup>145</sup> <sup>145</sup> RASQUINHA, Jéssica Silva. **O direito da mulher de não ser mãe sob a perspectiva do parto anônimo**. 2017. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/2111/1/J%C3%A9ssica%20Silva%20Rasquinha.pdf>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>146</sup> BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

<sup>147</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009



O direito à origem genética é um dos direitos da personalidade baseado no princípio da dignidade da pessoa humana<sup>148</sup>, que tem por titular toda e qualquer pessoa que tenha interesse em conhecer a própria origem genética ou origem biológica<sup>149</sup> e embora não esteja explicitamente no texto constitucional ele é um direito fundamental não expresso<sup>150</sup>, de modo que, por ser um direito fundamental implícito, cabe a doutrina e a jurisprudência nos dizer o conceito do direito de acesso a origem genética.<sup>151</sup>

O conhecimento da origem genética, segundo Maria Celine Bodin<sup>152</sup>, é importante para que o indivíduo tenha consciência de sua origem cultura e social, bem como impedir ocasionais incestos, matrimônios e prevenir possíveis doenças hereditárias, além do que o conhecimento das próprias origem faz com que o indivíduo tenha direitos sucessórios, patrimoniais e extrapatrimoniais, como por exemplo, o uso do sobrenome da família.

Paulo Lôbo, explica que o direito a origem genética e a filiação são institutos distintos, de modo que na filiação busca-se o *status* de “pai e filho” e seus direitos inerentes a essa relação, além do que a filiação não está exclusivamente nas relações

---

<sup>148</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana. [...]. BRASIL. Constituição (1988).

<sup>149</sup> LÔBO, Paulo. **Direito ao conhecimento da origem genética difere do direito à filiação**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-14/processo-familiar-direito-conhecimento-origem-genetica-difere-filiacao>. Acesso em: 18 abr 2020.

<sup>150</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009 - Direitos não-escritos ou não-expressos são as nomenclaturas utilizadas pelo doutrinador Ingo, uma vez que seu entendimento consiste em ser mais apropriado o uso de uma expressão genérica, abrangendo tanto os direitos implícitos quanto os direitos decorrentes

<sup>151</sup> RASQUINHA, Jéssica Silva. **O direito da mulher de não ser mãe sob a perspectiva do parto anônimo**. 2017. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/2111/1/J%C3%A9ssica%20Silva%20Rasquinha.pdf>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>152</sup> MORAES, Maria Celine Bodin de. O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. 2. ed. p. 224. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002



consanguíneas, derivando-se também da comunhão afetiva construída entre pais e filhos, enquanto que no direito à origem genérica ocorre apenas a investigação; o interesse em conhecer o elo biológico existente entre aquele indivíduo adotado e seu genitor.<sup>153</sup>

Leila Donizetti diz que o direito a origem genética é basicamente o direito puro e simples do indivíduo de saber sua origem, de modo a não interferir na desconstrução da família jurídica ou reinserção na filiação biológica, uma vez que a socioafetividade e o vínculo biológico não se confundem.<sup>154</sup>

As opiniões dispostas anteriormente fazem com que nos perguntemos se o direito a origem genética inclui conhecer a identidade dos pais biológicos ou apenas ter acesso às informações relativas à saúde, doenças hereditárias e local de nascimento<sup>155</sup>. A respeito, Paulo Otero salienta que o conhecimento da identidade dos genitores é um direito intrínseco de cada ser humano, vez que isso pode refletir tanto na saúde física quanto psíquica do indivíduo, moldando ainda a personalidade de cada ser. Segundo o autor, esse direito está diretamente interligado ao direito a historicidade pessoal e ao direito de personalidade, como explica o autor.<sup>156</sup>

O posicionamento do supracitado autor consiste no posicionamento do Direito Germânico, que garante a filhos adotivos ou concebidos por meio de

---

<sup>153</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil – Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008

<sup>154</sup> DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007

<sup>155</sup> RASQUINHA, Jéssica Silva. **O direito da mulher de não ser mãe sob a perspectiva do parto anônimo**. 2017. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/2111/1/J%C3%A9ssica%20Silva%20Rasquinha.pdf>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>156</sup> OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Almedina, 1999





inseminação artificial o direito a conhecer suas ascendências genéticas, sem que isso interfira na filiação socioafetiva.<sup>157</sup>

Já na França, onde o parto anônimo é uma prática legalizada desde 1993, o direito a origem genética é restrito, sendo armazenadas apenas informações relacionadas a condição genética e saúde dos genitores, não sendo possível a divulgação da identidade deles.<sup>158</sup>

Alguns autores, como Camila Vasconcelos, Cátia Lustosa, Ana Thereza Meirelles, Anderson Vieira Aranha e Volnei Garrafa, defendem que o direito à identidade genética se baseia no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, bem como no direito à intimidade, à privacidade do indivíduo e à identidade pessoal que “confere a prerrogativa sobre bens biológicos que o identificam, dentre eles o conhecimento da sua origem”.<sup>159</sup>

Com relação às regras do anonimato, Carlos Maria Romeo Casabona explica que, embora essa regra seja imposta para proteger o doador, garante-se ao adotado saber a identidade do doador afim de que se identifique alguma doença hereditária ou até mesmo evite um possível matrimônio. O autor, diferente de alguns outros, nos traz como “solução” para esse impasse que a identidade do doador somente seja revelada quando o filho possuir maior idade, por intermédio de autorização judicial ou no caso de serem constatadas doenças genéticas, mas veda a investigação de filiação por parte desses.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> DONIZETTI, Leila. Filiação socioafetiva e direito à identidade genética. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007

<sup>158</sup> DONIZETTI, Leila. Filiação socioafetiva e direito à identidade genética. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007

<sup>159</sup> VASCONCELOS, Camila et al. Direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas. Revista Bioética, v. 22, n. 3, p. 509-518, 2014

<sup>160</sup> CASABONA, Carlos María Romeo. El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana. Madri: Editorial Ramón Areces, 1994



José Roque Junges questiona qual direito deve prevalecer, uma vez que ao dar ao filho o direito de saber sua origem genética ocorre a lesão do direito do (a) genitor à personalidade e intimidade.<sup>161</sup> O anonimato, ou seja, a não vinculação ao filho, é justamente o que estimula a doação, visto que o doador não demonstra interesse em possuir laços afetivos.<sup>162163</sup>

Os direitos de personalidade abarcam o direito ao conhecimento das origens genéticas, que apresenta características peculiares, capazes de distingui-lo de outras tipologias, além de produzir a mistura entre elas. Essa garantia passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro a partir da formulação de jurisprudências capazes de assegurar o conhecimento do indivíduo as suas origens genéticas, sem a necessária implicação familiar ou patrimonial. Vale ressaltar que a possibilidade de ingressar com ação para investigação das origens biológicas consolidou-se a partir da promulgação da lei n° 12.010/09, com a positivação do direito no âmbito da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente, mesmo que a Constituição Federal e o Código Civil silenciem a respeito do tema<sup>164</sup>.

Dessa forma, percebe-se que são situações de extrema complexidade, visto que tanto as vertentes que defendem os direitos dos genitores quanto as vertentes que defendem os direitos dos filhos buscam argumentos muito plausíveis para defender suas causas, de modo que, segundo Hugo Tristam, “devemos agir de maneira a perder a menor quantidade possível de bens e violar o menos possível de direitos (a satisfação dos direitos baseados no respeito mútuo terá prioridade)”.<sup>165</sup>

---

<sup>161</sup> JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 1999

<sup>162</sup> VASCONCELOS, Camila et al. Direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas. **Revista Bioética**, v. 22, n. 3, p. 509-518, 2014

<sup>163</sup> .

<sup>164</sup> MELO, Álisson José Maia; ROCHA, Maria Vital da. Direito ao conhecimento das origens genéticas no Brasil. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, Lisboa, ano, v. 3, p. 2889-2918, 2014.

<sup>165</sup> ENGELHARDT JUNIOR, Hugo Tristam. **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Loyola, 1998



### 3.2 A colidência de direitos fundamentais no brasil e a técnica de ponderação

Para adequar o parto anônimo à realidade brasileira e garantir uma possível solução a colisão de direitos fundamentais relacionados a este instituto, será utilizado o princípio (máxima)<sup>166</sup> da proporcionalidade de Robert Alexy<sup>167</sup>. De início, é válido ressaltar que para ele, a proporcionalidade não deve ser confundida com o termo “máxima”, uma vez que não observa a preferência entre um princípio e outro, apenas considera a ponderação e equilíbrio entre eles.

Alexy sustenta que a proporcionalidade é verificada através da adequação dos meios utilizado para alcançar um fim, observando as necessidades do caso concreto e a aplicação estrito senso da proporcionalidade, isto é, da ponderação<sup>168</sup>. Para o autor, a proporcionalidade é uma regra, não se enquadrando na categoria de princípios. Ademais, subdivide a proporcionalidade em três sub- elementos, o da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> Alexy (2011, apud LIMA, André Canuto de F. O modelo de ponderação de Robert Alexy. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4077, 30 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31437>. Acesso em: 18 abr. 2020.) usa o termo "máxima" para não confundir a proporcionalidade com os outros princípios defendidos em sua obra. Já que a análise da proporcionalidade não observa se esse princípio tem preferência perante outro, e sim se as suas "máximas" parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) foram ou não satisfeitas, como se fossem regras.

<sup>167</sup> Robert Alexy (Oldenburg, Alemanha, 9 de setembro de 1945) é um dos mais influentes filósofos do Direito alemão contemporâneo. Graduiu-se em direito e filosofia pela Universidade de Göttingen, tendo recebido o título de PhD em 1976, com a dissertação Uma Teoria da Argumentação Jurídica, e a habilitação em 1984, com a Teoria dos Direitos Fundamentais - dois clássicos da Filosofia e Teoria do Direito

<sup>168</sup> MORTE, Luciana Tudisco Oliveira. **Estrutura da ponderação e da proporcionalidade em Robert Alexy**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50583/estrutura-da-ponderacao-e-da-proporcionalidade-em-robert-alexey>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>169</sup> Sobre o princípio da proporcionalidade em autores como Alexy, Canas e Canotilho, conferir: LIMA, André Canuto de F. O modelo de ponderação de Robert Alexy. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4077, 30 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31437>. Acesso em: 18 abr. 2020



A adequação está diretamente ligada a ideia de verificar quando uma posição pode ser melhorada sem prejudicar outra<sup>170</sup>. A necessidade é o meio pelo qual se analisa dois elementos igualmente adequados, escolhendo aquele que é menos prejudicial<sup>171</sup>. E a proporcionalidade em sentido estrito é o meio utilizado para que seja feita a ponderação dos interesses envolvidos<sup>172</sup>. A adequação e a necessidade consistem em possibilidades factuais e a proporcionalidade em sentido estrito é basicamente a possibilidade legal de se ponderar algo.

Vale ressaltar, por fim, que a técnica de ponderação defendida por ele tem uma importância histórica, pois foi o único método encontrado pelo direito até o início do século XXI que se adaptou à concepção de que normas não são apenas regras<sup>173</sup>.

### 3.2.1 Adequação

O princípio da adequação/idoneidade tem por objetivo verificar se as medidas aplicadas a algo são apropriadas para obtenção do resultado pretendido<sup>174</sup>. No caso em questão seria a observação se a aplicação do parto anônimo traria benefícios às

---

<sup>170</sup> MORTE, Luciana Tudisco Oliveira. **Estrutura da ponderação e da proporcionalidade em Robert Alexy**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50583/estrutura-da-ponderacao-e-da-proporcionalidade-em-robert-alexey>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>171</sup> MORTE, Luciana Tudisco Oliveira. **Estrutura da ponderação e da proporcionalidade em Robert Alexy**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50583/estrutura-da-ponderacao-e-da-proporcionalidade-em-robert-alexey>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>172</sup> MORTE, Luciana Tudisco Oliveira. **Estrutura da ponderação e da proporcionalidade em Robert Alexy**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50583/estrutura-da-ponderacao-e-da-proporcionalidade-em-robert-alexey>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>173</sup> LIMA, André Canuto de F. O modelo de ponderação de Robert Alexy. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4077, 30 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31437>. Acesso em: 18 abr. 2020

<sup>174</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998



mulheres e as crianças, protegendo a saúde da mulher e eludindo o infanticídio, o aborto e o abandono inseguro dos nascituros.<sup>175</sup>

Muitas dúvidas rodeiam a aplicação do parto anônimo, bem como se o instituto será realmente eficaz para o fim pretendido, e essas dúvidas se dão muitas vezes pela ausência de estudos mais específicos e aprofundados a respeito do assunto, que seriam capazes de esclarecer pontos essenciais<sup>176</sup>. Mesmo cercado de dúvidas e incertezas, não se pode negar que o instituto do parto anônimo detém muitas aptidões para os fins que se pretende. Isso porque deve-se levar em consideração que o foco do instituto não é unicamente a quantificação de vidas que serão salvas, mas sim o fato de que o instituto cumpre com o proposto, que a dignificação e valoração da vida, não sendo necessário que todas as taxas de a morto, infanticídio ou abandono zerem para que seja reconhecido a adequação do instituto.<sup>177</sup>

Deve-se ater também ao fato de que quantas mulheres se beneficiariam se houvesse a possibilidade de não se manterem eternamente presas a filhos não desejados, que pode até ser um empecilho na criação e na convivência familiar.<sup>178</sup>

Por tanto, fica claro que o instituto do parto anônimo atende todos os requisitos necessários para o reconhecimento da adequação, visto que a recusa do

---

<sup>175</sup> SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020.

<sup>176</sup> SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020.

<sup>177</sup> SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020.

<sup>178</sup> SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020.



exercício de parentalidade por meio da entrega anônima, garante a saúde e vida tanto da criança quanto da mulher, sem prejuízos a ambos.<sup>179</sup>

### 3.2.2 *Necessidade*

O segundo princípio a ser analisado será o da necessidade, que tem como objetivo vislumbrar se o fim pretendido não pode ser alcançado por meios menos gravosos, ou seja, se há outra forma de recorrer a meios menos restritos e igualmente capazes de atingir os fins pretendidos. Para isso é necessário que comparar a política criminal do aborto e o regime de adoção de outros países com o Brasil, nas suas devidas proporções. Para essa comparação será levada em consideração, a título exemplificativo, a Legislação Lusitana.<sup>180</sup>

Tanto a Constituição Federal Brasileira, quanto a Constituição da República Portuguesa<sup>181</sup> estabelecem como uma das obrigações do Estado a garantia do direito ao planejamento familiar afim de evitar gestações indesejadas, mas uma vez que esse planejamento deixa de ser eficiente e culmina na gravidez, cabe ao ordenamento deixar de firmar o discurso de censura comportamental das famílias e a irregularidade

---

<sup>179</sup> SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020.

<sup>180</sup> SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020.

<sup>181</sup> Art. 226, §7º, CRFB (Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas) e art. 67º, 2, “d”, CRP (Artigo 67º Família. 2. Incumbe, designadamente, ao Estado para proteção da família: d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes;)



no planejamento familiar e começar a traçar estratégias para a proteção da gestante e da criança<sup>182</sup>.

No caso presente a análise do princípio da necessidade será com base na argumentação de que parto anônimo seria o meio menos oneroso, para afastar o aborto, que seria o meio mais oneroso nos casos de interrupção voluntária da gestação.

O aborto no ordenamento jurídico brasileiro é criminalizado<sup>183</sup>, só sendo permitido em um rol taxativo de ocasiões, de modo que diante uma gravidez indesejada, faz-se ser necessário que sejam proporcionadas soluções menos gravosas (como o parto anônimo) que afastem o uso de medidas extralegais (infanticídio, abortos inseguros e clandestinos, etc.), podendo inclusive serem consideradas nas hipóteses contempladas no ordenamento jurídico, caso seja do interesse da mulher<sup>184</sup>.

O ordenamento jurídico lusitano é mais flexível do que o brasileiro no que tange a política de descriminalização do aborto<sup>185</sup>, estabelecendo no direito criminal a

---

<sup>182</sup> SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020

<sup>183</sup> Art. 128 do Código Penal Brasileiro- Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

<sup>184</sup> Chaparro ao analisar o cenário espanhol após a declaração de inconstitucionalidade quanto ao anonimato materno (Sentença do Tribunal Superior Espanhol nº 776 de 21 de setembro de 1999) propõe como solução normativa, posterior à declaração judiciária, definir as causas justificativas que permitissem o "desconhecimento" materno (parto anônimo), considerando, em analogia, as "indicações" do aborto provocado. SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

<sup>185</sup> Art. 142º do Código Penal Português - Interrupção da gravidez não punível

— Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento

de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando:



(des)normatização da recusa da gestação e tendo o parto anônimo como uma alternativa a prática de interrupção da gravidez – clandestina ou legal- prezando pela proteção superior do bem vida.<sup>186</sup>

Com o intuito de reforçar a necessidade do instituto do parto anônimo como uma alternativa ao aborto, deve-se dar especial atenção ao argumento utilizado no acordo n.º 75/2010 do TCP<sup>187</sup>, que ao analisar a não punibilidade da interrupção voluntária da gestação observou que a interrupção gestacional não está apenas ligada ao ato de nascer, mas ao que sucede o nascimento, como a criação, cuidados e

---

Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;

Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;

Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando -se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo;

A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas;

For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez.

— A verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez é certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direcção, a interrupção é realizada, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

— Na situação prevista na alínea e) do n.º 1, a certificação referida no número anterior circunscreve-se à comprovação de que a gravidez não excede as 10 semanas.

— O consentimento é prestado:

Nos casos referidos nas alíneas a) e d) do n.º 1, em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo e, sempre que possível, com a antecedência mínima de três dias relativamente à data da intervenção;

No caso referido na alínea e) do n.º 1, em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo, o qual deve ser entregue no estabelecimento de saúde até ao momento da intervenção e sempre após um período de reflexão não inferior a três dias a contar da data da realização da primeira consulta destinada a facultar à mulher grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável.

— No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psicicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, o consentimento é prestado pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral.

— Se não for possível obter o consentimento nos termos dos números anteriores e a efectivação da interrupção da gravidez se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros médicos.

— Para efeitos do disposto no presente artigo, o número de semanas de gravidez é comprovado ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as regras artísticas

<sup>186</sup> SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020

<sup>187</sup> Item 11.4.11 da decisão.





sustento, que podem onerar e impactar toda a vida da mulher. Esse argumento foi utilizado para sustentar a descriminalização do aborto e é essencial para legitimar a procura de alternativas menos gravosas a eliminação da vida embrionária, visto que a entrega ao Estado logo após o parto, interrompe a relação "mãe e filho" e afasta os "inconvenientes" da maternidade, sem que se perca uma vida.<sup>188</sup>

Outro aspecto a ser analisado é a adoção, que em ambas as legislações (brasileira e lusitana) é uma prática permitida e regulamentada, sendo também uma das soluções menos gravosas a eliminação da vida. Pelo fato de o parto anônimo e a adoção andam de mãos dadas, fica a dúvida de se é necessário a criação de um novo instituto ou apenas a adoção já seria suficiente para alcançar a finalidade desejada<sup>189</sup>.

A reforma promovida pela Lei brasileira nº 12.010/2009 estabeleceu expressivas mudanças no regime de adoção do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), bem como, a regulamentação do direito da mulher de manifestar o interesse de entregar o nascituro para a adoção logo após o parto, sendo-lhe oferecido atendimento pré e perinatal e assistência psicológica gratuita<sup>190</sup>, no entanto, a adoção somente terá validade se feito após o nascimento da criança<sup>191</sup>. Por fim o estatuto

---

<sup>188</sup> SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020

<sup>189</sup> SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020

<sup>190</sup> Artigo 8º, §5º (É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde. § 5 o A assistência referida no § 4 o deste artigo deverá ser prestada também a gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como a gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade) e artigo 13, parágrafo primeiro (Os casos de suspeita ou confirmação de castigo físico, de tratamento cruel ou degradante e de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais. § 1 o As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas, sem constrangimento, à Justiça da Infância e da Juventude) ambos do ECA

<sup>191</sup> Artigo 166, §6º, ECA - Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este



ainda prevê que ao adotado será oferecido a possibilidade do conhecimento da sua origem biológica e acesso a integra de seu processo de adoção.

A legislação portuguesa, no entanto, não prevê a manifestação do direito de entrega do filho a adoção antes do término da gestação, condicionando a validade do consentimento a um período de 6 semanas após o parto<sup>192-193</sup>, mas assim como no Brasil, foi introduzido ao ordenamento jurídico português, através do art. 1990-A da Lei 143/2015, o direito ao conhecimento da própria origem genética as pessoas adotadas<sup>194</sup>.

Diante o exposto, pode-se entender que o tema é de alta complexidade e que o princípio da necessidade tem maior eficácia em hipóteses de conflitos simples, quando os meios utilizados para alcançar o fim desejado são similares, (modificando apenas o grau de restringibilidade entre eles). Desse modo, a simples comparação da adoção com o instituto do parto anônimo não deve ser feita com base apenas no princípio da necessidade, devendo ser também analisado por outros prismas, como o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, por exemplo<sup>195</sup>.

### 3.2.3 Proporcionalidade em sentido estrito

---

poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado. § 6º O consentimento somente terá valor se for dado após o nascimento da criança

<sup>192</sup> Artigo 1982º, Código Civil - Além das atribuições exaradas nos artigos antecedentes, terá o testamenteiro as que lhe conferir o testador, nos limites da lei

<sup>193</sup> Segundo anotação de Lima e Varela , essa limitação foi pensada para prevenir duas situações: o consentimento precipitado de mulher desejosa de preservar sua honra e a mãe arrependida, cujo amor pelo filho vai se solidificando com os dias de convívio. SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016

<sup>194</sup> Regulamentado pelo art. 6º do Regime Jurídico do Processo de Adoção, instituído pela citada lei de 2015.

<sup>195</sup> SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020



O último princípio a ser observado é o da proporcionalidade em sentido estrito, que busca apaziguar os direitos em conflito, harmonizar as tensões, avaliar os custos e benefícios e os pros e contras da legalização do instituto do parto anônimo, utilizando-se da argumentação jurídica norteadora do discurso ponderativo<sup>196</sup>, que foi a metodologia utilizada em toda a dissertação, visto que em vários tópicos desta monografia apontamos direitos da parturiente e do nascituro trazendo ambos os pontos de vista e ponderando qual seria mais viável no caso concreto.<sup>197</sup>

Nos termos expostos, pode-se inferir que o instituto do parto anônimo preza não só pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, como pelo princípio da máxima proporcionalidade como um todo, visto que se trata de uma solução harmoniosa, já que o parto em anonimato promove a coexistência de direitos com maior peso ponderativo, quais sendo a vida, saúde e inserção familiar, correlacionados com o segredo, e são, em detrimento de restrições mínimas justificáveis, como o não conhecimento das origens genéticas, mais vantajosos e benéficos as partes envolvidas.

### 3.3 Direito comparado

---

<sup>196</sup> Festejada teoria defendida por Robert Alexy, em atenção à natureza principiológica dos direitos fundamentais, que preconiza o sopesamento em caso de colisões. Afastamos as discussões quanto a irracionalidade do método do sopesamento e a ideia de que esse método acarretaria o decisionismo judicial deixando as soluções ao arbítrio do julgador; Segundo o próprio Autor, em respostas a tais críticas, a lei de colisão traz em si um procedimento adequado e racional capaz de permitir ao julgador uma solução adequada ao caso e, ainda que esse método não possibilite um parâmetro solutivo definitivo (e nem seria possível dada a casuística), ele traz aspectos da argumentação jurídica racional que devem ser pautados diante de uma escolha judicial. Sobre os aspectos da argumentação jurídica, conferir Alexy, 2001, apud LIMA, André Canuto de F. O modelo de ponderação de Robert Alexy. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4077, 30 ago. 2014.

Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31437>. Acesso em: 18 abr. 2020

<sup>197</sup> SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020



Os projetos de lei brasileiros que dizem a respeito à legalização do parto anônimo se baseiam no modelo francês<sup>198</sup>. De acordo com Daniela Castro<sup>199</sup>, o instituto do parto anônimo é praticado na França, Áustria, Itália, Bélgica, Luxemburgo e em 28 cidades dos Estados Unidos.

### 3.3.1 França

No século XII, a França, com o objetivo de diminuir o abandono e infanticídios, passou a consentir com o abandono decorrente da realização do parto em hospitais, preservando a identidade da parturiente e acolhendo o recém-nascido abandonado.<sup>200</sup> A prática, embora não regulada pelo poder pública, era permitida e tolerada pela Igreja Católica<sup>201</sup>.

São Vicente de Paulo, no ano de 1638, introduziu na França uma espécie de “roda” que era acoplada em muro de hospitais que aceitavam crianças enjeitadas pela mãe, essas rodas eram conhecidas como “tour”<sup>202</sup>.

---

<sup>198</sup> AZULAY, Rachel. **Parto anônimo e o direito à vida e à herança genética**. Rio de Janeiro. 2015. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2015/pdf/RachelAzulay.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2015/pdf/RachelAzulay.pdf). Acesso em: 18 abr 2020

<sup>199</sup> CASTRO, Daniela. **Lei do parto anônimo combate tráfico infantil na França**. 2008. Disponível em: <http://atarde.uol.com.br/bahia/salvador/materias/1266764-lei-do-parto-anonimo-combate-trafico-infantil-na-franca>. Acesso em: 16 abr 2020

<sup>200</sup> Anteriormente, em 1188, merece ressaltar o acolhimento de crianças abandonadas no Hospital do Espírito Santo (L'hôpital du Saint-Esprit), localizado na cidade de Marselha (França), onde depois passou a funcionar o "Hôtel-Dieu de Marseille". SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro**. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016

<sup>201</sup> Importante asseverar a permissibilidade da Igreja Católica devido a sua grande influência na vida social e política da época, destacando que muitas mulheres realizavam o parto anônimo diante das crenças religiosas que condenavam gestações extramatrimoniais e a maternidade de mulheres não casadas. SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro**. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016

<sup>202</sup> DUVERGER, Philippe; DESCAMPS, Philippe; GILLARD, Philippe. Éditorial. La fin de l'accouchement sous x?. **Enfances Psy**, n. 4, p. 6-9, 2009.



Com o advento da Revolução Francesa e a edição do decreto de 28 de junho de 1793 pelo Congresso Nacional, o parto anônimo foi disciplinado, deixando de ser uma prática não regulamentada e passando a ser uma prática resguardada pelo Estado afim de proteger a vida dos infantes. Um dos curiosos detalhes desse decreto é que ele previa a possibilidade de acolhimento da gestante antes mesmo do parto, com o intuito de que o “segredo” fosse preservado durante toda a gestação e fazer com que os gastos relacionados ao parto fossem patrocinados pelo Estado.<sup>203</sup>

O “tour”, anteriormente iniciado por São Vicente de Paulo, foi regulamentado pelo decreto Napoleônico de 11 de janeiro de 1811, que determinou a instalação dessa roda em todos os hospitais destinados a receber as crianças abandonadas.<sup>204</sup>

A Lei de 27 de junho de 1904, instalou uma nova forma de entrega das crianças abandonadas, denominada de “*bureau ouvert*”, que permaneceu com o objetivo de preservar o anonimato da genitora e o acolhimento do infante, mas agora com a preocupação de assegurar que o abandono fosse um ato consciente da gestante, o que tornaria a entrega mais humanizada e menos impessoal, mesmo que em segredo. O Estado objetivava a conscientização das mulheres a respeito do valor da maternidade, as desvantagens do abandono e até se propunha a oferecer auxílio

---

<sup>203</sup> Apesar desse decreto não ter sido aplicado, devido à falta de recursos, não se pode negar a influência histórico-jurídica desse texto legal, no que tange aos reflexos na atual legislação francesa, por exemplo, o art. L 222-6 do CASF, o qual determina o custeio público dos gastos da gestante.

SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico- Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016

<sup>204</sup> Os “tours” foram objeto de inúmeras críticas, principalmente aquelas que denunciam o abuso dos genitores na utilização desse recurso determinando um elevado aumento no número de crianças abandonadas por esse método. Assim, eles foram sendo suprimidos, até que em 1868 o último foi retirado da cidade de Marselha. SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.



financeiro as mães que tinham interesse em permanecer com seus filhos, mas não o faziam por não terem condições de se manterem e darem uma vida digna a eles.<sup>205</sup>

O *Code de la famille*, decreto-lei de 29 de julho, de 1939, oficializou a criação de maternidades que se destinavam a receber as gestantes, sigilosamente, não só no momento do parto, mas também nos meses anteriores.<sup>206</sup>

O decreto-lei de 2 de setembro de 1941, estabeleceu que a gestante poderia ser acolhida desde o mês antecedente ao mês sucessivo ao parto, com o objetivo de garantir que ela recebesse todos os cuidados necessários sem custo algum, além de poder realizar, em estabelecimento público, o parto sem a necessidade de revelar sua identidade.<sup>207</sup>

O advento da Lei 93-22 de 9 de janeiro de 1993, instituído no Código Civil o art. 341-1<sup>208</sup>, que possibilitou a mulher de requerer o sigilo de sua identidade no momento em que desse entrada no hospital em que ganharia o bebê. O supracitado Código sofreu algumas modificações, dentre elas no art. 62 que foi modificado para garantir que as informações da mãe não fossem inseridas nos documentos do nascimento e no art. 341 que estabeleceu a impossibilidade de proposituras de ações

---

<sup>205</sup> Essa inovação é importante na formulação histórica proposta, já que se presencia atualmente em alguns países europeus um aumento nos chamados "boîte à bébés". SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

<sup>206</sup> Esse decreto revelou traços de interesses natalistas diante do contexto bélico da Segunda Grande Guerra. SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016

<sup>207</sup> O atual art. L222-6 do CASF prevê norma similar

<sup>208</sup> A Ordonnance n° 2005-759 de 4 de julho de 2005, transferiu essa norma para o art. 326 do mesmo código



para investigações de maternidade daqueles que foram tidos sob o instituto do parto anônimo<sup>209</sup>.

Em 1996, a Lei 96-604 de 5 de julho acrescentou no art.47 do *Code de la famille*, a possibilidade de oferecimento de acompanhamento psicológico e social a mãe que fizesse parte do serviço de ajuda social ao infante e alterou o art. 62, passando a permitir que algumas informações fossem recolhidas dos pais da criança abandonada, mas sem expor suas identidades<sup>210</sup>.

A Lei Royal (Lei 2002-93 de 22 de janeiro de 2002) foi responsável pela criação do Conseil National pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP) que tinha como por objetivo a mediação de filhos abandonados que procuravam suas origens genéticas com suas mães<sup>211</sup>.

Atualmente a jurisprudência e a legislação francesa caminham juntas e demonstram eficaz evolução do instituto no que tange ao conhecimento das origens biológicas daqueles que foram abandonados<sup>212</sup> e na maior atenção ao direito das crianças de permanecerem e serem criadas por suas famílias biológicas<sup>213</sup>.

---

<sup>209</sup> SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020

<sup>210</sup> VASCONCELOS, Camila et al. Direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas. **Revista Bioética**, v. 22, n. 3, p. 509-518, 2014

<sup>211</sup> SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020

<sup>212</sup> Lei 2009-61 de 16 de janeiro de 2009, art. 1, II, 7, que previu a modificação do art. 325 do Código Civil, passando a permitir o ajuizamento ação de investigação de maternidade mesmo em casos de parto anônimo

<sup>213</sup> Uma importante inovação decorreu da atuação do Tribunal Constitucional Francês e do Legislativo. Por ocasião da decisão nº 2012-268 de 27 de julho de 2012 (disponível em: <http://www.conseilconstitutionnel.fr>), o Conselho Constitucional decidiu que a primeira alínea do art. 224-8 do CASF é contrária à Constituição, uma vez que não havia nenhuma previsão de notificação do pai e dos familiares biológicos interessados a respeito da admissão na qualidade de Pupilo do Estado, de forma que o prazo estabelecido para eles recorrerem do decreto do presidente do conselho geral que determinou essa qualidade à criança restava inoperante já que não tinham conhecimento do ocorrido. Após essa decisão, o Parlamento francês aprovou em 27 de julho de 2013 a Lei nº 2013-273, que



### 3.3.2 Itália

A primeira “roda” de expostos foi inaugurada na Itália, foi no ano de 1198, pelo Papa Inocêncio III, e possuía objetivo similar daquelas instituídas pelos franceses<sup>214</sup>.

Além das rodas, existiam orfanatos destinados a acolher crianças abandonadas, chamados de *Brefotrofio*<sup>215</sup>, e a entrega das crianças poderiam ser feitas por intermédio da roda ou a família poderia entregar pessoalmente a um dos funcionários do estabelecimento<sup>216</sup>.

No ano de 1867 foi editado o primeiro decreto que aboliu o uso da roda, já que com o passar dos anos o uso da roda começou a ser criticado pela sociedade, visto que começaram a ser utilizadas com a finalidade de fraudar o objetivo principal da roda, que era possibilitar aquelas mulheres que não desejavam prosseguir com a maternidade deixarem seus bebês para serem cuidados por outras pessoas sem serem expostas ou identificadas, mas acontece que algumas famílias estavam utilizando dessas rodas para entregarem seus filhos legítimos na intenção de depois reaverem essas crianças, fazendo com que o intuito da roda fosse alterado.<sup>217</sup>

Diante disso, algumas províncias passaram a adotar outros métodos para que essas crianças abandonadas não ficassem sem amparo, tornando assim a entrega mais pessoal e personalizada, de forma que pudesse haver controle sobre aquelas

---

modificou o citado art. 224-8, o qual passou a prever a notificação das pessoas legitimadas para contestar a admissão como pupilo

<sup>214</sup> MARCILIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada no Brasil colonial: 1726- 1950. p. 51-76. In: FREITAS, Marcos Cezar (org.). **História social da infância no Brasil**. São Paulo: Cortez, 1997

<sup>215</sup> O primeiro foi inaugurado em Milão em 787 (<http://www.memomi.it/it/00004/53/il-brefotrofio.html>).

<sup>216</sup> CORNI, Mariagrazia; PELLEGRINI, Laura. Un problema di storia sociale: l'infanzia abbandonata in Italia nel secolo XIX. Florence: La Nuova Italia, 1974

<sup>217</sup> CORNI, Mariagrazia; PELLEGRINI, Laura. Un problema di storia sociale: l'infanzia abbandonata in Italia nel secolo XIX. Florence: La Nuova Italia, 1974..





crianças ali deixadas, possibilitando até se averiguar se eram filhos legitimou ou não, essa averiguação era feita no *Brefotrofio*.<sup>218</sup>

Assim como na França, algumas regiões da Itália ofereciam subsídios para que as mulheres permanecessem com seus filhos a fim de que não fosse desfeito os laços familiares<sup>219</sup>.

A legislação italiana atual<sup>220</sup> permite expressamente o instituto do parto anônimo, salvaguardando a vida da criança abandonada, bem como garantindo o sigilo, o anonimato e o direito de realizarem seus partos em ambientes com boa condição sanitária aquelas mulheres que optam pela prática<sup>221</sup>.

### 3.3.3 Portugal

<sup>218</sup> SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020

<sup>219</sup> Além do suporte financeiro cumpre destacar o exemplo da província de Rovigo que aboliu o sistema de brefotrofio em 1888 e serviu de exemplo no suporte das mulheres ao buscar alternativas de apoio diante da repressão social. SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016

<sup>220</sup> Art. 30, 1, do Decreto do Presidente da República de 3 de novembro de 2000, n. 396; Art. 93, 2, do Decreto Legislativo de 30 de junho de 2003, n. 196 (Código em matéria de proteção dos dados pessoais); Art. 28, 7, da Lei de 4 de maio de 1983, n. 184 (com redação dada pelo art. 177, 2, do decreto legislativo de 30 de junho de 2003, n. 196). Cumpre ressaltar que a Corte Constitucional Italiana, em decisão n° 278, datada de 22 de novembro de 2013 (disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it>), sob a influência da decisão condenatória proferida pelo TEDH (Godelli v. Itália, n° 33783/09, de 18 de março de 2013 - disponível em: <http://www.echr.coe.int>), declarou a ilegitimidade constitucional do art. 28, 7 da Lei de 4 de maio de 1983, n. 184 (supracitada), na medida em que não é previsto nenhuma forma de interpelar a mulher diante de um pedido de conhecimento da identidade materna por parte do filho, a fim de averiguar se a decisão de anonimato persiste, tornando, assim, a declaração de sigilo totalmente irrevogável. Em decorrência, atualmente, está em andamento projeto de lei (vide capítulo 3 infra) para a modificação das circunstâncias do parto em anonimato, a fim de adequar a esta nova decisão proferida pela Corte Constitucional, a qual modificou significativamente a opinião permissiva em relação ao parto anônimo, proferida por essa Corte em sua anterior sentença n. 425 de 25 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it>. Acesso em: 17 abr 2020

<sup>221</sup> INGENITO, Chiara. **Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo**. In: *Giustizia civile*, vol. 63, 9, 2013



Foi inaugurada em 1498 a primeira Santa Casa de Misericórdia Portuguesa, que eram responsáveis pelo acolhimento e cuidado de crianças expostas<sup>222</sup>. Geralmente os infantes que ali chegavam eram advindos de famílias em situação de miséria<sup>223</sup>, que embora não fosse regra para o abandono, estava muitas vezes, diretamente relacionados<sup>224</sup>.

Tempos depois, as Ordenações Filipinas<sup>225</sup> estabeleceram que sempre que não houvesse na região hospitais e albergarias destinadas ao cuidado das crianças ejetadas, seria responsabilidade das autoridades municipais zelar por elas<sup>226</sup>.

No ano de 1783, Pina Manique ordenou que fossem criadas, em todas as vilas que ainda não tinham, lugares especializados em receber as crianças abandonadas,

---

<sup>222</sup> O exposto é aquela criança cuja história é desconhecida, cujas folhas da árvore genealógica se perderam. "É uma criança desenraizada de qualquer tronco familiar, quase um filho da natureza." Assim, não pode ser definido como ilegítimo (nascido fora da relação matrimonial) ou órfão (pais falecidos). SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016

<sup>223</sup> Cumpre destacar o papel das fidalgas (e também de alguns membros masculinos da nobreza) que auxiliavam o sustento dos expostos da Misericórdia de Lisboa por ela eleitos. Era uma ajuda apenas material de custeio das amas, de forma que não cuidavam pessoalmente e nem mantinham em suas residências. SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016

<sup>224</sup> Para maiores notas sobre a relação entre pobreza e exposição de crianças, conferir os apontamentos de Lopes. A autora ressalta a pobreza como elemento fundamental do abandono, asseverando que muitas vezes, ainda que se tratasse de filho ilegítimo, a miséria sobrepunha-se à desonra nas razões da entrega (LOPES, 2010 apud SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016). O mesmo trabalho de Silveira também traz considerações de Fonte sobre as razões do abandono

<sup>225</sup> As Ordenações Filipinas, ou Código Filipino, é uma compilação jurídica que resultou da reforma do código manuelino, por Filipe II de Espanha (Felipe I de Portugal), durante o domínio castelhano. Ao fim da União Ibérica (1580-1640), o Código Filipino foi confirmado para continuar vigendo em Portugal por D. João IV. Vigeu em matéria civil em Portugal e seus territórios ultramarinos até 1867 quando foram revogadas pelo Código Civil Português de 1867 (também chamado de Código de Seabra).

<sup>226</sup> Sobre os expostos em Porto, analisando dados estatísticos para estabelecer um panorama e conferir a realidade que envolve o abandono (pobreza e ilegitimidade) conferir o específico estudo de SANTOS, 1978 apud SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.



sem que fosse necessário a identificação daqueles que optavam por deixar suas crianças nesses locais<sup>227-228</sup>.

Pretendendo-se evitar o infanticídio e preservar a massa populacional do País, o alvará de 18 de outubro de 1806, estabeleceu em seu §8º a realização de partos assistidos na Casa da Roda, garantindo o sigilo necessário para preservar e guardar a honra e a reputação da gestante<sup>229</sup>.

A Constituição Portuguesa de 1822, previu a obrigação dos Governos e das Cortes de fundar, conservar e aumentar as rodas de expostos<sup>230</sup>, dando maior visibilidade ao instituto do parto anônimo no ordenamento jurídico português, bem como valorizando o tratamento dos abandonados<sup>231</sup>. No entanto, os altos gastos e a pouca eficácia do sistema com relação aos cuidados com os enjeitados foram os principais motivos da assinatura do decreto de 21 de novembro de 1867, que extinguiu

---

<sup>227</sup> Essa Ordem não impunha o estabelecimento de rodas, as quais apenas foram expressamente previstas no Ofício da mesma Intendência de 05 de junho de 1800. Os expostos eram cuidados tanto por amas internas, que se localizavam na própria instituição de acolhimento, quanto por amas externas, mulheres que se candidatavam para cuidar dos expostos mediante pagamento oferecido pelo governo. Em Coimbra, relata-se a dificuldade de contratar amas internas, pois o aleitamento de expostos e a própria permanência na instituição poderiam revelar-se perigosos, como se constata na frequência em que eram acometidas por graves doenças oftalmológicas. Ao investigar Casa da Roda de Expostos em Porto, Isabel dos Guimarães Sá destaca o papel das amas intermediárias que seriam mulheres encarregadas do aleitamento provisório até que fossem entregues a amas externas, evitando a lotação de crianças no interior da instituição e a conseqüente facilidade de proliferação de doenças. SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. Parto anônimo: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico- Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016

<sup>228</sup> Sobre as amas em Coimbra, conferir LOPES, 2013 apud SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.).

<sup>229</sup> PINTO, Antonio Joaquim de Gouvea. **Compilação das providencias, que a bem da criação e educação dos expostos ou enjeitados se tem publicado e achão espalhadas em diferentes artigos de legislação patria**. Lisboa: Impressão Regia, 1820

<sup>230</sup> Sobre o sistema assistencialista pós 1822, conferir LOPES, 2010 apud SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. Parto anônimo: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016

<sup>231</sup> SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020



as rodas de exposto<sup>232-233</sup> e direcionou as crianças abandonadas para casas- hospícios. Esse decreto foi revogado em 20 de março do ano seguinte, no entanto foi essencial para provocar reformas no ordenamento e dar novo olhar as rodas de expostos<sup>234</sup>.

A atual legislação lusitana não prevê a possibilidade do parto anônimo em seu ordenamento jurídico, mas estabelece em seu artigo 69, a proteção especial a crianças abandonadas<sup>235</sup>.

Enquanto isso na Alemanha (Hamburgo,1999) e no Japão (2007) o parto anônimo não foi legislado diretamente, mas ambos os países fazem uso das “rodas dos abandonados”, que como dita no primeiro capítulo dessa dissertação, teve seu início na idade média e é o pontapé inicial para o parto anônimo.<sup>236</sup>

Embora o instituto do parto anônimo não seja por todos os países do mundo, ele vem ganhando espaço nas falas dos cidadãos de forma a dividir ideias, e cada vez

---

<sup>232</sup> Os opositores discursavam a nomeação das rodas como "casas de infanticídio legal" (SÁ, 1992 apud SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. Parto anônimo: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico- Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.).

<sup>233</sup> Para uma melhor compreensão sobre a realidade dos expostos no tocante à preocupação na aprendizagem de ofícios para permitir sua integração no mercado de trabalho, analisando a realidade lisbonense, conferir ALVES, 2013 apud SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

<sup>234</sup> Para analisar situação histórica do abandono de crianças em Portugal, conferir a esquematização trazida por Sá (1996 apud SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016

<sup>235</sup> Artigo 69.º CRP- Infância 1. As crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições. 2. O Estado assegura especial proteção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal. 3. É proibido, nos termos da lei, o trabalho de menores em idade escolar.

<sup>236</sup> Instituto Brasileiro de Direito de Família . **Parto Anônimo no mundo**. 2008. Disponível em: [ibdfam.org.br/artigos/374/PESQUISA++Parto+Anônimo+no+mundo](http://ibdfam.org.br/artigos/374/PESQUISA++Parto+Anônimo+no+mundo). Acesso em: 16 abr 2020



mais os países buscam pesquisas no âmbito da adoção e do abandono, viabilizando soluções que se adequam a realidade de cada população.<sup>237</sup>

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo principal analisar o instituto do parto anônimo dentro do ordenamento jurídico atual brasileiro, pormenorizando o instituto e suas possibilidades, bem como demonstrando a colisão entre direitos fundamentais, quais sejam, o direito ao acesso à origem genética, que possibilita ao indivíduo conhecer sua ancestralidade genética, e o direito dos genitores de se manterem no anonimato, sem terem suas identidades reveladas e consequentemente restringindo o direito dos interessados de conhecerem suas origens.

Dessa forma, primeiramente, estudou-se o contexto histórico e jurídico da filiação, possibilitando a compreensão da formação das famílias e de como era a relação dos pais com seus descendentes. Diante deste estudo, pode-se verificar que no decorrer dos anos a ideia de família e pais ganhou diversas formas a fim de acompanhar a evolução social do país, fazendo com que o leque de opções familiares se abrangesse a fim de acolher diversas formações familiares amparadas pelo ordenamento jurídico.

No capítulo seguinte, foi conceituado minuciosamente o instituto do parto anônimo, com especial análise da regulamentação da entrega de recém-nascidos para a adoção. Verificaram-se também as tentativas de legalização do instituto através de 3 projetos de lei que, embora não aprovados, trouxeram nova visibilidade para o assunto.

---

<sup>237</sup> SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020



Por fim, o último capítulo se dispôs a conflitar os direitos ao acesso à origem genética e o direito ao anonimato, que é a grande questão enfrentada para aqueles que gostariam de acolher o instituto do parto anônimo, mas sem suprimir os direitos dos envolvidos no processo.

A base do estudo foi a observação do crescente e desenfreado número de abandonos de recém-nascidos de forma sub-humanas, abortos e infanticídios que são noticiadas diariamente pela mídia, sem deixar de observar a ótica dos genitores que optam por essas escolhas.

Nesse sentido, com o engessamento das leis que impossibilitam a prática do parto anônimo, a questão social relacionada ao abandono e ao maltrato de crianças indesejadas por seus genitores fica em segundo plano na discussão política brasileira, não permitindo que o parto anônimo atenuasse essas mazelas.

Punir apenas um lado, mesmo que indiretamente, sem que se faça entender as motivações do outro agrava a situação, uma vez que a punição dos genitores que cometem esses crimes não se apresenta como a melhor solução e não diminui os índices de abandono.

Portanto, faz-se necessário a garantia de que os genitores, em especial as mulheres, tenham direito à liberdade de escolha de serem ou não pais, sem que suprimam por completo o direito dos interessados em saberem informações sobre os genitores que influenciam em suas vidas, respeitando a dignidade da pessoa humana desses indivíduos.

O conhecimento à origem genética, como abordado anteriormente, é um direito de personalidade e intimidade, influenciando aspectos físicos e psicológicos. Saber a identidade genética dos pais vai muito além de mera curiosidade, devendo ser feito, a título de solução para o impasse, um extenso banco de dados a fim de que o



indivíduo na condição de fruto do parto anônimo tenha acesso ao esclarecimento sobre doenças, ocasionais necessidades sanguíneas e etc.

Com relação a casamento entre parentes impeditivos, já existem tecnologias que possibilitam exames para analisar compatibilidade sanguínea, a fim de evitar que situações como essas ocorram.

No que tange ao direito dos direitos aos pais de se manterem no anonimato muito se é dito, em especial com relação aos métodos públicos e gratuitos que visam fornecer preservativos e contraceptivos, mas como dito no capítulo dois, as políticas públicas atuais ainda não foram suficientes para suprir a necessidade de todos, além de nenhum método contraceptivo é 100% eficaz a ponto de garantir total eficiência.

Deve-se observar que na adoção, prática regulada por lei, não há qualquer dano ou punição aqueles que optam por encaminhar seus filhos a famílias substitutas, seja por qual for a justificativa, mas nem por isso deixam de ocorrer abandonos desumanos, abortos que muitas vezes ceifam com a vida das gestantes e infanticídios, medidas adotadas por mulheres desesperadas que não querem ou não estão prontas para seguir com a maternidade. Diariamente são noticiados casos de mulheres que mesmo após o uso de contraceptivos, tendo a cautela necessária ou apenas por não desejarem assumir uma maternidade engravidam e procuram formas de se desvincular de suas crianças sem que sejam reconhecidas ou identificadas.

O parto anônimo, como seu nome mesmo sugere, tem como objetivo garantir aquelas mulheres que não desejam ser mães o direito de terem seus filhos em ambientes preparados para recebê-los de forma segura e higiênica, sem expor suas identidades.

O instituto do parto anônimo não pode ser caracterizado como solução definitiva para os problemas relacionados ao abandono de recém nascidos ou ao aborto de fetos em formação, mas é uma solução viável para que se preze pela



continuidade da vida desse ser em formação sem suprimir os direitos daqueles que não desejam assumir o papel de pais, portanto, desde que haja esforços das duas vertentes de entendimentos (direitos do indivíduo a origem genética e o direito ao anonimato) através da ponderação, é perfeitamente possível que seja adotado o instituto, desde que a legislação abarque direitos diretos e concretos em relação ao conhecimento da origem genética, afim de que sejam feitos efetivos bancos de dados com todas as informações necessárias para caso o indivíduo queira/precise para tratamento ou para eventual necessidade na vida pessoal e social

## REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Danielle Dantas Lins de. **Parto anônimo e o princípio da afetividade**: uma discussão da filiação à luz da dignidade da pessoa humana. 2008. Disponível em:  
<http://www.ibdfam.org.br/artigos/454/IBDFAM+ACAD%C3%8AMICO+-+Parto+An%C3%B4nimo+e+o+Princ%C3%ADpio+da+Afetividade%3A+Uma+Discuss%C3%A3o+da+Filia%C3%A7%C3%A3o+%C3%A0+Luz+da+Dignidade+da+Pessoa+Humana>. Acesso em: 18 abr 2020.
- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do parto anônimo no direito brasileiro. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Porto Alegre/Belo Horizonte, n. 1, ano 9, p. 143-159, 2008.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ANDRADE, Edilene Pereira de. **Extinção, suspensão e perda do poder familiar**. 2017. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9860/Extincao-suspensao-e-perda-do-poder-familiar>. Acesso em: 16 abr 2020.
- AZULAY, Rachel. **Parto anônimo e o direito à vida e à herança genética**. Rio de Janeiro. 2015. Disponível em:





[https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2015/pdf/RachelAzulay.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2015/pdf/RachelAzulay.pdf). Acesso em: 18 abr 2020.

BARBOSA, Águida Arruda. Gravidez. **Boletim IBDFAM**, Belo Horizonte, n. 56, ano 9, p. 8, maio/jun. 2008.

BARROS, Fernanda Otoni. **Sobre o interesse maior da criança**. 2001. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=27>. Acesso em: 16 abril 2020.

BEZERRA, Carlos. **Projeto de Lei nº 2834**. 2008. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=38366>. Acesso em: 16 abr 2020.

BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ serviço: entenda o que é suspensão, extinção e perda do poder familiar**. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-entenda-o-que-e-suspensao-extincao-e-perda-do-poder-familiar/>. Acesso em: 16 abr 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009**. Lei da Adoção. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm). Acesso em: 18 abr 2020.

CAMILO, Andryelle Vanessa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do parto anônimo. *In: Encontro nacional do conselho nacional de pesquisa e pós-graduação em direito*, v. 19, p. 3337-3348, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARNEIRO, Sérgio Barradas. **Projeto de Lei nº 3220**. 2008. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=38993>. Acesso em: 16 abr 2020.

CASABONA, Carlos María Romeo. **El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana**. **Madri**: Editorial Ramón Areces, 1994.



CASTRO, Daniela. **Lei do parto anônimo combate tráfico infantil na França.** 2008. Disponível em: <http://atarde.uol.com.br/bahia/salvador/materias/1266764-lei-do-parto-anonimo-combate-trafico-infantil-na-franca>. Acesso em: 16 abr 2020.

CONGRESSO EM FOCO. **Projeto de lei institui parto anônimo.** 2008. Disponível em <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/projeto-de-lei-institui-parto-anonimo/>. Acesso em: 16 abr 2020.

CORDEIRO, Marília Nadir de Albuquerque. **A evolução do pátrio poder: poder familiar.** 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46470/a-evolucao-do-patrio-poder-poder-familiar>. Acesso em: 16 abr 2020.

CORNI, Mariagrazia; PELLEGRINI, Laura. **Un problema di storia sociale: l'infanzia abbandonata in Italia nel secolo XIX.** Florence: La Nuova Italia, 1974.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 9. ed. São Paulo: Saraiva 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v 5.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

**Entregar filho(a) recém-nascido em adoção.** 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/carta-de-servicos/servicos/adocao/entregar-filho-recem-nascido-em-adocao>. Acesso em: 16 abr 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Entrega voluntária para adoção.** 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhaseprodutos/direitofacil/edicao-semanal/entrega-voluntaria-de-adocao>. Acesso em: 16 abr 2020.

DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

DUVERGER, Philippe; DESCAMPS, Philippe; GILLARD, Philippe. Editorial. La fin de l'accouchement sous x?. **Enfances Psy**, n. 4, p. 6-9, 2009.



ENGELHARDT JUNIOR, Hugo Tristam. **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Loyola, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias: De Acordo Com A Lei N. 11.340/06 – Lei Maria Da Penha E Com A Lei 11.441/07 – Lei De Separação, Divórcio E Inventário Extrajudiciais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FONSECA, Claudia. **Mães "abandonantes": fragmentos de uma história silenciada**.

**Revista Estudos Feministas**, v. 20, n. 1, p. 13-32, 2012.

FREITAS, Douglas Phillips. Parto anônimo. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n. 280, ano 12, p. 15-17, 2008.

FREITAS, Luiza Cereja de. **Institucionalização do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro como forma de efetivar princípios constitucionais**. 2011. Disponível em:  
<http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/5181/1/luizacerejadefreitas.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020.

FUGIMOTO, Denise. **A filiação e o parentesco**. 2014. Disponível em:  
<https://jus.com.br/artigos/33175/a-filiacao-e-o-parentesco>. Acesso em: 16 abr 2020.

GARCIA, André. **Extinção, suspensão e perda do poder familiar**. 2010. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/extincao-suspensao-e-perda-do-poder-familiar/>. Acesso em: 16 abr 2020.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v 6.



INGENITO, Chiara. Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. **Giustizia civile**, n. 9, 2013.v 63.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Parto anônimo no mundo**. 2008. Disponível em: [ibdfam.org.br/artigos/374/PESQUISA++Parto+Anônimo+no+mundo](http://ibdfam.org.br/artigos/374/PESQUISA++Parto+Anônimo+no+mundo). Acesso em: 16 abr 2020.

JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

LACERDA, Fernanda; SANTOS, Cícera Valeska Marçal dos; SAMPAIO, Thiêgo Pereira. **Modalidades de colocação de crianças e adolescente em família substituta**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35160/modalidades-de-colocacao-de-criancas-e-adolescente-em-familia-substituta>. Acesso em: 16 abr 2020.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008.

LEVY, Laura Affonso Costa. Parto anônimo e a real proteção da criança e do adolescente. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2197, 7 jul. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13106>. Acesso em: 18 abr. 2020.

LIMA, André Canuto de F. O modelo de ponderação de Robert Alexy. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4077, 30 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31437>. Acesso em: 18 abr. 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 24, p. 136-156, jun./jul. 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito ao conhecimento da origem genética difere do direito à filiação**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-14/processo-familiar-direito-conhecimento-origem-genetica-difere-filiacao>. Acesso em: 18 abr 2020.

LÔBO, Paulo. Do poder familiar. **Revista Jus Navigandi**. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8371>. Acesso em: 16 abr 2020.



MARCILIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada no Brasil colonial: 1726-1950. p. 51-76. In: FREITAS, Marcos Cezar (org.). **História social da infância no Brasil**. São Paulo: Cortez, 1997.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MELLO, Kátia; YONAHÁ, Liuca. O lado B da adoção. **Época**, São Paulo, n. 583, p.88 e seg, 20 jul. 2009.

MELO, Álisson José Maia; ROCHA, Maria Vital da. Direito ao conhecimento das origens genéticas no Brasil. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Lisboa, ano, v. 3, p. 2889-2918, 2014.

MENDES, G.; COELHO, I; BRANCO, P. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. Direito fundamental constitucional à convivência familiar e comunitária e acolhimento institucional. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 76, p. 21-35 ,jan. 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2. ed. São Paulo: Editora Bookseller, 2000.

MORAES, Maria Celine Bodin de. O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. **Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação**. 2. ed. p. 224. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

MORTE, Luciana Tudisco Oliveira. **Estrutura da ponderação e da proporcionalidade em Robert Alexy**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50583/estrutura-da-ponderacao-e-da-proporcionalidade-em-robert-alexey>. Acesso em: 16 abr 2020.

NEGREIROS, Mabel Elis Bunder de. **Pais e filhos: direito e deveres**. 2010. Disponível em: <http://siaibib01.uni.vali.br/pdf/Mabel%20Elis%20Bunder%20de%20Negreiros.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020.



OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. **Campanha muda um destino**. 2007. Disponível em: <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/05/23/materia.2007-05-23.4357502111>. Acesso em: 24 ago 2019.

OTERO, Paulo. Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2011.

PENA, Sergio Danilo. **A revolução dos testes de DNA**. 2010. Disponível em: <http://cienciahoje.org.br/coluna/a-revolucao-dos-testes-de-dna/>. Acesso em: 16 abr 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direitos reais. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, v. 4, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Parto anônimo: uma janela para a vida. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n. 265, ano 12, p. 38-39, 31 jan. 2008.

PINTO, Antonio Joaquim de Gouvea. **Compilação das providencias, que a bem da criação e educação dos expostos ou engeitados se tem publicado e achão espalhadas em diferentes artigos de legislação patria**. Lisboa: Imprensa Regia, 1820.

QUEIROZ, Olivia Pinto da Oliveira Bayas; HOLANDA, Caroline Satiro de. **Parto anônimo e colisão de direitos fundamentais**. In: Encontro Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte: Fundação Boiteux, 2009.

QUEIROZ, Olívia Pinto de Oliveira Bayas. **O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro**. 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141839.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.



RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **A moderna visão da autoridade parental, in guarda compartilhada:** aspectos psicológicos e jurídicos. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

RAMOS, Rejane. **Destituição do poder familiar:** dever de proteger e o direito de ser protegido. 2016. Disponível em: <https://enajer.jusbrasil.com.br/artigos/250312785/destituicao-do-poder-familiar-dever-de-protoger-e-o-direito-de-ser-protogado>. Acesso em: 16 abr 2020.

RASQUINHA, Jéssica Silva. **O direito da mulher de não ser mãe sob a perspectiva do parto anônimo.** 2017. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/2111/1/J%C3%A9ssica%20Silva%20Rasquinha.pdf>. Acesso em: 16 abr 2020.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.6.

SARLET, I.; MARINONI, L.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCAFF, Fernando Campos. Considerações sobre o poder familiar. *In:* CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCH, Maria Cristina (org.). **Direito de família no novo milênio.** São Paulo: Atlas, 2010. p. 571-582.

SCAGLION, Verônica Bettin. **Filiação no ordenamento jurídico brasileiro.** 2002. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/5/art20180504-01.pdf>. Acesso em: 19 abr 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo:** um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 18 abr 2020.



SOUSA, Walter Gomes de. **Em vez de abandono, entrega legal em adoção.** 2014. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2014/em-vez-de-abandono-entrega-legal-em-adoacao>. Acesso em: 16 abr 2020.

STACCIARINI, Alessandra. **Poder familiar:** evolução histórica e legislativa. 2015. Disponível em: <https://alestaciarini.jusbrasil.com.br/artigos/190133523/poder-familiar- evolucao-historica-e-legislativa>. Acesso em: 16 abr 2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Poder familiar e o aspecto finalístico de promover o desenvolvimento e o bem-estar da pessoa. **Direito das famílias por juristas brasileiras.** São Paulo: Saraiva, p. 411-431, 2013.

TERUYA, M. T. A família na historiografia brasileira. Bases e perspectivas teóricas. In: **Encontro nacional de estudos populacionais.** XII, 2000 e SAMARA, E. M. **Família, mulheres e povoamento.** São Paulo, século XVII. Bauru, SP: EDUSC, 2003.

VASCONCELOS, Camila *et al.* Direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas. **Revista Bioética**, v. 22, n. 3, p. 509-518, 2014.

ZAGURY, Tânia. **Os direitos dos pais, construindo cidadãos em tempo de crise.** 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

ZENI, Bruna Schlindwein. A evolução histórico-legal da filiação no Brasil. **Revista Direito em Debate**, v. 18, n. 31, 2009.





# VOTO FACULTATIVO SOB A PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Guilherme de Mello Moreira

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a coerência ou não da opção pelo voto obrigatório em um Estado Democrático de Direito que tem por fundamentos a soberania popular e o exercício da cidadania. Para tanto, abordará a questão relativa à liberdade do exercício do voto como manifestação de vontade dos eleitores, conscientização política e de cidadania por meio de uma retrospectiva histórica, uma contextualização acerca da democracia e do voto no Brasil e no mundo e, por fim uma análise comparativa entre o voto obrigatório e o facultativo.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como tema “O voto facultativo sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito”, propondo uma análise histórica da evolução do voto no Brasil, ao mesmo tempo em que se registra a incoerência de um país que se declara um Estado Democrático de Direito, precipuamente arraigado ao princípio da liberdade, mas que mantém traços da sua história autoritária, ao perpetuar a obrigatoriedade do voto.

O presente estudo ao fazer uma análise do que preconiza a Constituição Federal de 1988, em especial o contido no parágrafo único do art. 1º, segundo o qual “*todo o poder emana do povo*”; no *caput* do art. 14, “*a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos*”; no



parágrafo 1º, inciso I do mesmo artigo, “*o alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de 18 anos*”, e levando em consideração o princípio da liberdade igualmente defendido pela Carta Magna, em seu artigo 5º, *caput*, abordará a questão relativa à liberdade do exercício do voto como manifestação de vontade dos eleitores e conscientização política e de cidadania.

Quanto à importância do tema, destaca-se o fato de estar diretamente relacionado às eleições periódicas, momento caracterizado por definir os rumos políticos, econômicos e sociais que impulsionam o país para o seu futuro. Além disso, o tema assume uma proporção ainda mais significativa no que tange à restrição da liberdade por parte do Estado frente aos seus cidadãos.

A abordagem será desenvolvida a partir de pesquisa bibliográfica consistente no uso de livros, artigos e projetos de pesquisa sobre o assunto. Quanto ao método de procedimento, vai-se recorrer à pesquisa com método histórico, explicando a razão de o Brasil manter o voto obrigatório; bem como o método comparativo, a fim de propiciar uma reflexão acerca de como a opção brasileira de obrigar os seus cidadãos a votarem pode se constituir em um ato autoritário e ao mesmo tempo se caracterizar como uma decisão ultrapassada, frente ao momento vivenciado pela comunidade internacional. Relativamente ao tipo, será adotada a pesquisa sócio jurídica, demonstrando-se a partir, principalmente, da Constituição Federal de 1988, mas também da inter-relação existente entre a ciência jurídica e a ciência filosófica, a ausência de coerência entre o Estado Democrático de Direito e a obrigatoriedade do voto.

Diante do exposto, o presente estudo tem por objetivo geral avaliar a coerência, ou não, da opção pelo voto obrigatório, em um Estado Democrático de Direito que tem por fundamentos a soberania popular e o exercício da cidadania, os quais só alcançam a plenitude a partir da garantia do direito de escolha dos



governantes e dos meios de controle da atuação dos mesmos. Como objetivos específicos estão: i) descrever a evolução histórica do voto no Brasil,

uma vez que importante conhecer o desenvolvimento do processo de participação da população na escolha dos seus governantes; ii) distinguir a democracia como o sistema no qual os cidadãos contam com a possibilidade de participar da vida política de seu país; e iii) citar posicionamentos favoráveis e contrários ao voto facultativo e obrigatório.

Para tanto, o primeiro capítulo, intitulado Retrospectiva Histórica do Voto no Brasil, abordará de que modo se desenvolveu no Brasil o processo de escolha dos governantes, enfatizando a alteração das regras adotadas para a escolha dos dirigentes, conforme o período histórico analisado.

O segundo capítulo tratará da Democracia e Voto no Brasil e no Mundo, abordando os institutos da democracia e da liberdade, do Estado Democrático de Direito, e por fim, um panorama sobre o voto no mundo.

O terceiro e último capítulo, então, propõe-se a apresentar posições divergentes quanto à adoção do voto facultativo e do voto obrigatório, bem como os argumentos utilizados pelas duas correntes quanto à questão.

Por fim, levando-se em consideração a divergência de entendimento acerca da coerência entre Estado Democrático de Direito e voto obrigatório, bem como quanto a conveniência de adoção do voto facultativo no Brasil, convido os leitores a refletirem se a obrigação do voto imposta aos cidadãos brasileiros pode ser reconhecido como exercício de um direito fundamental à democracia ou imposição autoritária de um dever, resquício de um passado não muito distante.

## **2 RETROSPECTIVA HISTÓRICA DO VOTO NO BRASIL**



Considerando que a Constituição de 1988 consagrou em seu art. 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, ou seja, que além do respeito à ordem jurídica estabelecida, preconiza a garantia das liberdades civis como a liberdade de expressão e de pensamento, cabível se faz a reflexão acerca da obrigatoriedade do voto imposta aos cidadãos com idade entre 18 e 70 anos, bem como a respeito da possibilidade ou não da implementação do voto facultativo como regra no país, uma vez que já convivemos com essa faculdade relativamente aos maiores de 16 e menores de 18 anos, bem como aos maiores de 70 anos.

Preconiza o artigo 1º, parágrafo único da nossa Carta Magna que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

É cediço que a soberania popular e a cidadania exercidas através do voto fortalecem a democracia. Mas a compulsoriedade do voto não vai de encontro à garantia das liberdades civis? O voto facultativo não traduz mais realisticamente a vontade popular por refletir efetivamente o interesse dos cidadãos na escolha de seus representantes? O voto é um direito ou um dever; ou ainda, um direito/dever?

Enfim, no intuito de encontrar respostas a tais questionamentos, iniciar-se-á uma breve retrospectiva histórica acerca do processo eleitoral e do voto, propriamente dito, no Brasil.

## **2.1 Brasil Colônia**

Fazia parte da cultura portuguesa escolher aqueles que iriam administrar os seus povoados. Sendo assim, não causa estranheza o fato de os colonizadores portugueses, tão logo chegarem às novas terras, organizarem votações com o intuito de elegerem vereadores, juízes ordinários, procuradores e outros cargos oficiais voltados à administração das vilas e cidades recém fundadas.



Assim é que, segundo Nicolau (2012, p. 8), o primeiro registro histórico de eleições realizadas no país é datado de 1532, com a definição dos membros do Conselho Municipal da Vila de São Vicente – atual São Paulo<sup>1</sup>.

Segundo Nicolau (2012, p. 14), no período colonial, o processo eleitoral acontecia de acordo com as determinações das Ordenações do Reino de 1603, no caso, as Ordenações Filipinas<sup>2</sup>, e contava com determinadas etapas<sup>3</sup>: (a) *escolha dos eleitores*, em que os “homens bons” e povo diziam 6 nomes ao pé do ouvido do escrivão, e onde os 6 (seis) mais votados seriam os eleitores; (b) *formação das duplas*. Aqui, o juiz mais velho da comarca dividia os 6 eleitores em 3 duplas, e nessa formação buscava-se separar parentes e a comunicação entre as duplas era proibida; (c) *elaboração de 9 listas*. Neste momento cada dupla era responsável pela elaboração de 3 listas contendo os nomes dos vereadores, dos procuradores e dos juízes; (d) *redução das 9 listas para 3*: o juiz mais velho reorganizava as 9 listas de forma a definir as composições da Câmara para cada um dos anos subsequentes. Assim, eram formadas 3 listas contendo cada uma delas os nomes dos vereadores, procuradores e juízes que exerceriam os cargos durante um ano; (e) *pelouros*<sup>4</sup>: o juiz mais velho colocava em cada um dos pelouros uma lista contendo o nome daqueles que assumiriam os cargos da Câmara em um ano; uma sacola com 4 compartimentos acondicionava os 3 pelouros e a lista contendo o nome de todos os eleitos. A sacola era mantida em uma arca com 3 fechaduras e cada chave ficava sob a guarda de um vereador que estivesse exercendo o cargo naquele ano; (f) *sorteio*, por fim, no início do ano, a arca era aberta pelos vereadores e um menino de até sete anos sorteava o

---

<sup>1</sup> A expedição liderada por Martin Afonso de Souza chegou ao Brasil, em São Vicente, no dia 3 de janeiro de 1532, sendo composta por 5 navios e mais de 400 pessoas. As eleições foram então convocadas pelo donatário Martin Afonso de Souza para a escolha do conselho administrativo dessa vila.

<sup>2</sup> As Ordenações Filipinas foram sendo derogadas à medida em que as leis brasileiras eram elaboradas, sendo totalmente excluídas do ordenamento brasileiro apenas em 1917, com a entrada em vigor do Código Civil Brasileiro.

<sup>3</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Eleições no Brasil**: uma história de 500 anos. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2014.

<sup>4</sup> Bola que se destinava a guardar a lista de candidatos escolhidos nas eleições das vilas



pelouro que continha o nome dos oficiais que iriam exercer as atividades na Câmara naquele ano.

Enfim, no Brasil Colônia, apenas os “homens bons”, ou seja, aqueles qualificados pela linhagem familiar (os nobres), renda (os chamados homens novos, burgueses enriquecidos pelo comércio) e propriedade (fazendeiros, senhores de engenho), bem como pela participação na burocracia civil e militar, tinham o direito de escolher, indiretamente, os administradores das vilas.

A câmara municipal, por sua vez, exercia a função de elaboração das leis, bem como a função executiva do poder, por intermédio dos oficiais conselheiros escolhidos pelos “homens bons”, em votação indireta.

## **2.2 As Eleições de 1821**

De acordo com Oliveira (2018, p. 20), são datadas de 1821, as primeiras eleições gerais realizadas no Brasil. A convocação feita por D. João VI, era para que os brasileiros escolhessem os deputados que seriam os seus representantes frente ao Rei no parlamento português de Lisboa. Esta foi, na verdade, a primeira eleição para um posto de representação de abrangência para além do âmbito municipal.

Jaeger (2004, p. 98) destaca que D. João VI, ainda no Brasil, decretou também, conforme o método determinado pela Constituição Espanhola de Cádiz, de 1812, as instruções para as eleições dos deputados das Cortes, a serem adotadas para o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves<sup>5</sup>.

As novas regras substituíam as Ordenanças de 1603, e determinavam que o pleito se daria indiretamente, em 4 graus, e utilizando a regra da maioria simples.

---

<sup>5</sup> Afirma Igor Bruno Silva de Oliveira (2018), tratar-se de modalidade de votação que representou um avanço no que tange ao direito ao voto, uma vez que inexistia qualquer distinção ou pré-requisito que impedisse os eleitores de votar.



Assim, a eleição de 1821 foi realizada em diferentes dias e unidades territoriais, da seguinte forma: (a) *1º Grau*: cidadãos das freguesias (sem qualquer restrição de renda ou escolaridade), se reuniam em um dia de domingo e nomeavam compromissários. O voto era anunciado verbalmente para os escrutinadores; (b) *2º Grau*: após a apuração, os compromissários escolhiam eleitores de paróquia, que deveriam ter mais de 25 anos; (c) *3º Grau*: no domingo seguinte os eleitores de diversas paróquias designavam os eleitores de comarca, e; (d) *4º Grau*: finalmente, os eleitores de todas as comarcas da província se reuniam na capital para escolher publicamente os deputados<sup>6</sup>. Para tal, aproximavam-se da mesa eleitoral e declaravam o nome de seu candidato.

De acordo com Nicolau (2012, p. 16), no período compreendido entre agosto de 1821 e maio de 1822, foram eleitos 97 deputados, (inclusive suplentes), nas diversas províncias. Contudo, apenas 53 compareceram às Cortes de Lisboa.

Assim é que, segundo Ferreira (2001, p. 42) o sufrágio passou a ser universal, ou seja, o povo votava em massa, inclusive os analfabetos, inexistindo qualquer restrição ao voto.

### **2.3 O Voto no Império**

Conforme Chaia (2010, p. 01), logo após a proclamação da independência do Brasil, o processo eleitoral se dava da seguinte forma: o voto era aberto e oral, pois dessa forma poderia ser controlado. Nesse período, os analfabetos, que constituíam 70% a 80% da população brasileira, tinham direito ao voto.

De acordo com Nicolau (2012, p. 15), o processo eleitoral se realizava em dois momentos: na primeira fase havia escolha dos eleitores, que na época eram apenas

---

<sup>6</sup> O número de eleitores era calculado com base no número de **fogos** da freguesia que, de acordo com o art. 6º, do Decreto n. 157, de 4 de maio de 1842, significava a casa, ou parte dela, em que habitasse independentemente uma pessoa ou família; de maneira que em um mesmo edifício pudesse haver dois ou mais fogos



os indivíduos do sexo masculino, maiores de 25 anos e que tivessem uma renda líquida anual de 100 mil réis. No segundo escrutínio os eleitores deveriam ter, além dos requisitos exigidos na primeira fase, uma renda de 200 mil réis. Na segunda fase eram escolhidos os eleitos propriamente ditos e os senadores eram escolhidos pelo imperador a partir de uma lista tríplice.

Jairo Nicolau (2012, p. 23) analisando mais detalhadamente o mesmo período afirma que também era possível votar aos 21 anos os indivíduos casados ou oficiais militares. Com relação aos clérigos e bacharéis não havia limite de idade. Acrescenta ainda o autor que os filhos-família que morassem com os pais e não fossem funcionários públicos, assim como os religiosos que estivessem em claustro e os criados de servir, estavam proibidos de votar. Ainda, relativamente a restrição econômica Nicolau (2012, p. 24) informa que os valores foram atualizados em 1846 para 200 mil réis e 400 mil réis, respectivamente.

Enfim, é possível concluir que o direito de voto era restrito às classes ricas, ao alto escalão da Igreja Católica Apostólica Romana e aos homens brancos, livres e comerciantes. Acresce, também, a informação de que os libertos podiam votar nas eleições de primeiro grau.

De 1824 a 1875 não havia exigência de apresentação de provas que comprovassem a renda. Na verdade, ficava a critério das mesas eleitorais, até 1842, e das Juntas de Qualificação de eleitores (fazer referência - Decreto nº157, de 4 de maio de 1842) tal definição, o que de acordo com Francisco Belisário de Souza (1979, p. 51) dava margem a diversos tipos de fraudes.

Acerca da criação da Assembleia Geral durante a Constituição de 1824, expõe Jairo Nicolau (2012, p. 18):

A Constituição de 1824 criou duas instituições legislativas de âmbito nacional: a Câmara dos Deputados e o Senado, que, juntas, formavam a Assembleia Geral. A Câmara dos





Deputados era composta por representantes escolhidos nas províncias para um mandato de quatro anos. A Constituição previa que o Poder Moderador (na figura do imperador) poderia dissolver a Câmara dos Deputados, o que ocorreu com frequência; os deputados de onze das 21 legislaturas eleitas no Império não cumpriram os quatro anos de mandato, pois a Câmara dos Deputados foi dissolvida.

O Senado era composto por representantes eleitos nas províncias para mandatos vitalícios, o que significava que uma vaga só era aberta para eleição quando morria um senador. A bancada de senadores de cada província correspondia à metade da bancada de deputados. A Constituição assegurou um papel relevante para o imperador na escolha dos senadores. Os eleitores escolhiam uma lista de três nomes, cabendo ao monarca nomear um deles (não necessariamente o mais votado pelos eleitores).

Segundo Brasil (1981), com a publicação do Decreto 3.029, de 1881, conhecido como a Lei do Censo, ou Lei Saraiva, foi abolida a votação de dois graus.

Acerca do Decreto, Nicolau (2002 – p. 9), afirma que as mudanças advindas com a publicação alteraram sobremaneira o perfil do eleitorado, uma vez que reduziu para aproximadamente 150 mil eleitores em 1882, o que constituía apenas 1% da população da época. Essa redução no eleitorado é explicada pela proibição imposta aos analfabetos e a imposição aos trabalhadores que agora deveriam fazer prova da sua renda.

Nesse sentido afirma Jairo Nicolau (2012, p. 26):

Uma mudança fundamental é que, com a introdução do alistamento por iniciativa do eleitor – no lugar do realizado pela Junta -, coube ao próprio eleitor a tarefa de apresentar os documentos que comprovassem sua renda. A legislação era extremamente detalhada quanto à exigência para comprovação da renda proveniente de imóveis, indústria e profissão, emprego público, títulos públicos e ações de bancos e companhias. Mas mantinha uma série de profissões e condições que isentavam os cidadãos de comprovação de renda. Por exemplo, estavam isentos os clérigos, os oficiais militares, os qualificados como jurados (1879), os diretores de órgãos públicos e os parlamentares com mandato.



É importante destacar que a Lei Saraiva aboliu o voto indireto. A partir de 1881, os Senadores, Deputados Gerais e Provinciais, passaram a ser escolhidos diretamente pelos eleitores.

Finda assim, um período de mais de seis décadas em que o voto indireto foi utilizado para a escolha dos representantes.

Com o fim do regime monárquico no Brasil, em 15 de novembro de 1889, o direito político dos cidadãos foi alterado. Contudo, conforme Chaia (2010, p. 03), tal alteração não resultou, necessariamente, em aumento da participação política.

## **2.4 O Voto na República Velha**

A República Velha ou Primeira República, compreende o período que vai desde a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, até a Revolução de 1930, e de acordo com Nicolau (2012, p. 46), a mudança do regime político exigiu o desafio de estruturar as instituições republicanas, definindo, a partir daquele momento, por exemplo, quem teria direito a voto; quais cargos seriam escolhidos por meio de eleições; quem substituiria o imperador (Poder Moderador), de que modo esse substituto seria eleito e etc.

O processo eleitoral sofreu influência direta das novas bases institucionais adotadas pelo novo regime, quais sejam: o presidencialismo, o federalismo e o sistema bicameral.

Os eleitores, por meio do voto direto, passaram a escolher, o presidente. Do mesmo modo, os antigos presidentes de província também passaram a ser eleitos, e os senadores, que até então, contavam com mandato vitalício, passaram a ser eleitos para um mandato de 9 anos. Fazendo referência ao período da República Velha, salienta Chaia (2010, p. 03) que: a restrição da renda foi abolida; o analfabeto perdeu o direito do voto; a Constituição de 1891 instituiu que os eleitores deveriam



ser maiores de 21 anos; foram excluídas as mulheres, os mendigos, os praças e os religiosos em comunidade claustral. E esclarece que o argumento utilizado para a exclusão de analfabetos e mulheres do processo eleitoral foi justificado pela ideia de que seriam mais influenciáveis, fosse pelos padrões, fosse pelos maridos e pais.

Portanto, por esse argumento, tanto as mulheres, quanto os analfabetos não teriam opinião política própria.

Por outro lado, afirma Nicolau (2012, p. 47), relativamente às mulheres, que assim como a Constituição do Império, a Carta de 1891 não vetava, em nenhum de seus artigos, o direito de voto para as mulheres. Explica que, na verdade, não havia necessidade de fazê-lo, uma vez que a política do século XIX era pensada como uma atividade eminentemente masculina.

Quanto à decisão das lideranças republicanas de suspender o voto censitário, afirma o autor, que esta se coadunava com o processo de democratização em curso em alguns países da Europa e das Américas, pois naquele momento, Uruguai (1830); Grécia (1844); Suíça (1848); França (1848); Colômbia (1853); Alemanha (1871); e Chile (1885), já não contavam com qualquer exigência de renda ou propriedade para que os homens tivessem direito de voto. Nos Estados Unidos, os últimos estados a suprimir o censo econômico o fizeram na década de 1860. No tocante à Europa, o censo literário nunca teve a mesma abrangência do censo econômico, mas foi uma característica dos países da América Latina. Entre os maiores países da região, apenas a Argentina e a Colômbia nunca utilizaram a alfabetização como critério para que os adultos tivessem direito de voto. O Brasil foi o último país latino-americano a abolir o censo literário. Antes dele, o fizeram a Bolívia (1826); o Peru (1826); o Uruguai (1830); o Chile (1833); a Costa Rica (1844); o Equador (1861); El Salvador (1864); e Guatemala (1871). Por conta do alto contingente de analfabetos, o censo literário constituiu-se (mesmo onde o censo econômico havia sido suspenso) em uma barreira expressiva para a ampliação do eleitorado (NICOLAU, 2012, p. 53).



Cabe ainda ressaltar que nesse período, com o intuito de moralizar as eleições, recaía sobre o processo eleitoral, um controle exercido pelas mesas eleitorais. Também foi instituído o voto secreto, que consistia na colocação da cédula numa carta antes de depositá-la na urna. Porém, como cada cédula era diferenciada por candidato, não era difícil descobrir o voto do eleito. O alistamento, por sua vez, não era obrigatório e ficava sob o controle das autoridades judiciais.

Enfim, a falta de participação, a distorção relativa à apuração dos votos decorrente da falsidade das atas, da “ressurreição” dos mortos, bem como pela eleição bico de pena marcaram esse período eleitoral.

## **2.5 De 1930 a 1945**

No tocante à história da Justiça Eleitoral, a principal bandeira do movimento de 1930, foi a moralização das eleições, o que foi posto em prática por meio de mudanças nas condições para a realização dos pleitos, bem como no que diz respeito ao exercício do voto.

De acordo com Nicolau (2012, p. 60) os dirigentes que assumiram o poder em outubro daquele ano, afastaram de seus cargos todos os políticos eleitos na Primeira República. Já em novembro de 1930, o Governo Provisório estabeleceu, por meio de um decreto, que exerceria “discricionariamente” as funções e atribuições dos poderes Executivo e Legislativo até que a Constituinte estabelecesse a reorganização constitucional no país. Deste modo, foi assegurado que as Constituições, tanto federal quanto estaduais, continuassem em vigor, mas o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas Estaduais e Municipais foram dissolvidas.

O Governo Provisório também colocou em prática a substituição dos governadores, passando a nomear interventores que, cada estado, passaram a nomear



interventores municipais, em substituição aos prefeitos ou intendentess, como eram denominados.

Enfim, o Governo Provisório interviu profundamente no sistema político, haja vista ter sido a primeira vez desde a promulgação da Constituição de 1824, que o país contou com todos os seus postos de poder ocupados por políticos indicados, ou seja, que não haviam disputado eleições. Tal quadro foi alterado apenas em novembro de 1933, com os trabalhos da Assembleia Constituinte de 1932.

Durante as eleições presidenciais de 1930, uma das principais bandeiras levantadas pela campanha da Aliança Liberal, foi a moralização das eleições. Assim é que, em dezembro daquele ano, o Governo Provisório criou a comissão de reforma da legislação eleitoral, cujo trabalho culminou com a elaboração do primeiro Código Eleitoral do Brasil. Foi nesse contexto que nasceu a Justiça Eleitoral.

Segundo Jaeger (2004, p. 108), foi a partir da Lei n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, que o Poder Judiciário passou a gerenciar as eleições, sendo responsável pelo alistamento, pela organização das mesas de votação, pela apuração dos votos, pelo reconhecimento e proclamação dos eleitos, bem como pelo julgamento das questões que envolvessem matéria eleitoral, ou seja, por todo o processo eleitoral.

Há que se destacar as inovações resultantes da promulgação do Código Eleitoral: o voto feminino facultativo, a adoção definitiva do voto secreto, a instituição do sistema representativo proporcional e a regulação das eleições federais, estaduais e municipais em todo o país.

Por outro lado, foram mantidas as restrições ao pleno exercício da cidadania, dentre as quais, a impossibilidade de votação por parte dos analfabetos, mendigos e praças.



Ainda, embora tenha sido mantida a possibilidade de eleição de candidatos sem partido, a legislação eleitoral pela primeira vez, fazendo referência aos partidos políticos, passou a exigir o registro prévio de todas as candidaturas.

Por fim, afirma Jairo Nicolau (2012, p. 75), que “para os observadores da época, a nova legislação conseguiu promover eleições limpas, com fraudes circunscritas apenas a determinadas áreas do país.”

Após ter atingido o objetivo de tornar as eleições limpas, o objetivo seguinte seria a ampliação do contingente de eleitores. Deste modo, a Constituição de 1934 reduziu a idade de

21 para 18 anos; o sistema proporcional nas eleições para a Câmara de Deputados foi estabelecido e instituída a obrigatoriedade de alistamento de voto para homens e funcionárias públicas.

A promulgação da nova Constituição, em 16 de julho de 1934, estabeleceu as regras para as eleições de uma série de cargos, entre os quais o presidente da República. No dia seguinte, a Assembleia elegeu Getúlio Vargas para ocupar a Presidência até o dia 03 de maio de 1938. As eleições diretas para a escolha do sucessor de Vargas estavam previstas para acontecer em 120 dias antes do término do seu mandato.

De acordo com Nicolau (2012, p. 75), no dia 14 de outubro de 1934, houve eleição para a Câmara dos Deputados e para a Assembleia Constituinte dos estados. Estas últimas, assim que foram empossadas, elegeram os governadores e dois senadores. Esse foi o último pleito realizado durante a curta vigência da Carta de 1934, já que em 10 de novembro de 1937 um golpe de Estado comandado por Vargas instituiu o regime autoritário conhecido como Estado Novo. Durante esse período, os partidos foram extintos; o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais foram dissolvidas; e as eleições foram



suspensas. Por onze anos (entre outubro de 1934 e dezembro de 1945) não foram realizadas eleições no país. Paradoxalmente, após criar as condições para a realização de eleições limpas e garantir que as mulheres pudessem votar, o país ficaria o mais longo período de sua história sem eleições.

## **2.6 De 1945 a 1964**

Visando a redemocratização do país, é possível afirmar que uma das mais importantes medidas para alcançar tal intento foi a convocação de eleições para a Presidência da República, bem como para o Congresso Nacional, que seria responsável pela elaboração de uma nova Constituição para o país.

Em 14 de maio de 1945, o então Presidente Getúlio Vargas emitiu o Decreto-Lei n.

7.586 (Lei Agamenon), que regulamentaria as eleições previstas para dezembro.

Segundo Nicolau (2012, p. 94), o Código de 1945 foi fortemente inspirado pelos Códigos de 1932 e de 1935, confirmando, deste modo, (a) manutenção da responsabilidade de todas as fases do processo eleitoral à Justiça Eleitoral; (b) duas formas de alistamento eleitoral (por iniciativa do eleitor, e *ex officio*, isto é, realizado por chefes de repartições públicas e por titulares das Seções da Ordem dos Advogados e dos conselhos regionais de engenharia e arquitetura); (c) alistamento e voto obrigatórios; e (d) eleições majoritárias para Presidência da República e Senado, e proporcionais para a Câmara de Deputados.

Cabe frisar que diferentemente da legislação anterior, o Código de 1945 eliminou a possibilidade de candidaturas avulsas e de grupos de eleitores. Conferiu maior importância aos partidos, limitando a inscrição a candidatos a eles registrados



ou a alianças de partidos, exigindo, ainda, que o registro das candidaturas se desse até quinze dias antes das eleições.

Relativamente aos partidos, a Lei Agamenon introduziu duas mudanças significativas, quais sejam: (a) exigência de registro TSE; (b) definição de um critério de abrangência nacional como condição necessária para o registro partidário<sup>7</sup>.

Na década de 1950, o Congresso promulgou um novo Código Eleitoral, (Lei n. 1.164), o qual inseriu critérios para a padronização de cédulas e acabou com a possibilidade de alistamento *ex officio*.

A Lei n. 2.250/1955, criou a folha individual de votação que fixou o eleitor na mesma seção eleitoral; no mesmo ano, por meio da Lei 2.582, foi criada a cédula oficial de votação, a qual assegurou de forma mais efetiva a liberdade e o sigilo do voto e facilitou a apuração dos pleitos.

Considerando que, sob a vigência do Código de 1935, não foi realizada nenhuma eleição, a obrigatoriedade do voto foi resgatada da Lei n. 7.586 (Lei Agamenon), a partir de 1945, quando todas as pessoas aptas a votar seriam obrigadas a exercer esse direito.

Enfim, no período compreendido entre o fim do Estado Novo e o golpe militar, verifica-se, no que tange ao direito ao voto, que a Lei Agamenon reproduziu as regras da Constituição de 1934. Assim, (a) poderiam ser eleitores os cidadãos maiores de 18 anos, com exceção dos analfabetos, dos militares (salvo os oficiais), dos mendigos e dos cidadãos privados dos direitos políticos; (b) obrigatoriedade do

---

<sup>7</sup> Os partidos precisariam obter o apoio de 10 mil eleitores distribuídos por pelo menos cinco circunscrições eleitorais (estados e Distrito Federal). A partir de 1950, o número de eleitores passou a ser de 50 mil, também distribuídos por pelo menos cinco circunscrições, com no mínimo, mil eleitores em cada uma





alistamento e do voto, salvo para os maiores de 65 anos e para as mulheres que não exercessem profissões lucrativas<sup>8</sup> (NICOLAU, 2012, P. 93).

Ainda, a obrigatoriedade do voto para ambos os sexos foi estabelecida pela Constituição de 1946. Contudo, o Código de 1950 definiu a facultatividade aos inválidos, aos maiores de setenta anos e às mulheres que não exercessem profissões lucrativas. Quanto aos analfabetos, a proibição de votar foi estabelecida em 1889, tendo sido mantida pelas Assembleias Constituintes de 1891, de 1933, e de 1946.

## **2.7 De 1964 a 1985 – O Regime Militar**

De acordo com Nicolau (2002, P. 80), uma das peculiaridades do regime militar instaurado no período de 1964 a 1985 foi a manutenção das eleições para alguns cargos. Na verdade, foram realizadas no período eleições diretas e indiretas.

Foram indiretas as eleições para presidente da República e governadores de estados, realizadas, respectivamente, pelo Congresso Nacional e pelas Assembleias Legislativas, com votação aberta. Já o pleito para o Legislativo federal, estadual e municipal, bem como para os prefeitos, era direto, com exceção da escolha de prefeitos de capitais e de cidades consideradas de segurança nacional.

É cediça a discussão acerca do fato de o regime militar instaurado no país ter sido uma ditadura militar ou não. Contudo, há que se esclarecer que não pretende o presente trabalho abordar tais questões, importando, de acordo com o tema a ser analisado, de que forma o voto era exercido.

Dessa maneira, no que diz respeito ao direito ao voto cabe salientar a manutenção, durante o período, dos critérios estabelecidos pela Constituição de 1946. Assim, podiam votar todos os cidadãos maiores de 18 anos. A exceção recaía

---

<sup>8</sup> De acordo com a Constituição de 1934 o voto era obrigatório para as mulheres que exerciam funções públicas; já a Lei Agamenon amplia a abrangência impondo a obrigatoriedade às mulheres que exerciam profissões lucrativas



sobre os analfabetos, os que não soubessem se expressar em língua nacional, os privados dos direitos políticos e de certos grupos da corporação militar.

As eleições realizadas durante o Regime Militar foram reguladas pelo Código Eleitoral de 1965, que estabeleceu as regras eleitorais atinentes à organização da Justiça Eleitoral, ao processo de alistamento, ao sistema eleitoral, ao método de votação e apuração dos votos, bem como à propaganda eleitoral. Além disso, introduziu uma série de mudanças no sistema eleitoral brasileiro. No tocante ao voto feminino, foi a primeira vez que a obrigatoriedade de alistamento e de voto vigeu para todas as mulheres, independentemente de exercerem atividade lucrativa ou não. Também foram introduzidas outras mudanças: (i) o eleitor era obrigado a votar em candidatos do mesmo partido para os cargos de deputado federal e estadual; (ii) nas eleições proporcionais eram proibidas as coligações partidárias; (iii) o registro dos candidatos deveria ser realizado no prazo máximo de seis meses antes das eleições; (iv) multa de 5% a 20% do salário mínimo para os eleitores faltosos e que deixaram de se justificar perante o juiz eleitoral;

(v) sem a prova de ter votado, se justificado ou pago a multa, o eleitor não poderia, entre outros, obter passaporte ou carteira de identidade, inscrever-se em concurso ou prova para cargo público e tampouco obter empréstimo de órgão público.

## **2.8 De 1985 aos Dias Atuais**

Em 15 de janeiro de 1985, Tancredo Neves (PMDB) e José Sarney, recém filiado ao PMDB, foram eleitos no Colégio Eleitoral, respectivamente, Presidente e Vice-Presidente da República.

Nos dois meses seguintes (15/03/1985), o Regime Militar chegou ao fim com a posse de José Sarney. Já nos primeiros meses do novo Governo, foi sancionada a



emenda constitucional n. 25, que trouxe uma série de alterações no processo eleitoral ora vigente, a saber: (i) estabelecimento de eleições diretas para presidente, pelo sistema de maioria absoluta em dois turnos, ainda que sem data definida para o pleito; (ii) convocação para 15 de novembro de eleições para prefeitos de capital, municípios considerados áreas de segurança nacional, e para prefeitos e vereadores de novos municípios; (iii) liberação das exigentes regras para organização de partidos; (iv) as coligações partidárias foram permitidas; (v) revogação da fidelidade partidária, entre outras.

Outra importante medida da emenda n. 25 que cabe destacar refere-se à concessão de direito de voto para os analfabetos, impedidos de votar desde a época do Império, em 1882, ou seja, por mais de 100 anos. As eleições de 1985 foram as primeiras da história republicana nas quais os analfabetos puderam votar.

Enfim, a Emenda Constitucional n. 25, em seu artigo 147, estabeleceu a idade como o único critério para definir quem poderia ser eleitor: *“São eleitores os brasileiros que, à data da eleição, contém 18 anos ou mais, alistados na forma da lei”*.

Em 1988, o sufrágio universal foi confirmado por nossa Carta Magna que, mantendo a obrigatoriedade de alistamento e de voto para todos os cidadãos maiores de 18 anos, desempenhou papel inovador ao ampliar o direito de voto para os jovens de 16 e de 17 anos. Cabe salientar que a Constituição Federal de 1988, estabeleceu a facultatividade do alistamento e do voto para os analfabetos, para os jovens de dezesseis e de dezessete anos, bem como para os maiores de setenta anos. Ainda, com relação aos analfabetos, restou determinada a inelegibilidade.

Considerando que, embora com muitas emendas, ainda vige em nosso ordenamento jurídico o Código Eleitoral de 1965, as sanções impostas àqueles que violarem a regra da obrigatoriedade de alistamento e de voto incluem, além de



algumas outras, aquelas aplicadas durante o regime militar: pagamento de multa, proibição de inscrição em concurso ou prova para cargo público, não recebimento de salário se tiver emprego público ou trabalhar em empresas com participação do Estado, impossibilidade de obtenção de empréstimo em bancos e empresas do Estado, bem como de tirar passaporte, carteira de identidade e de renovação de matrícula em estabelecimento de ensino oficial.

Além das punições descritas, a partir de 1988, o eleitor que deixar de participar das eleições, injustificadamente ou sem o pagamento da multa em até seis meses após o último pleito que deveria ter comparecido, será eliminado automaticamente do cadastro de eleitores.

Assim, segundo Nicolau (2012, p. 138), “(...) *mais do que a multa (cujo valor sempre foi relativamente baixo), as estratégias adotadas pelos legisladores brasileiros para fazer valer a obrigatoriedade do voto foi enfatizar os embaraços que o cidadão terá, no caso de não comparecer para votar.*”

Salienta, ainda, o autor, que não existem dados que demonstrem se tais exigências são realmente cumpridas pelos órgãos públicos, tampouco se elas influenciam o eleitor quanto à decisão de comparecer ou não para votar.

## **3 DEMOCRACIA E VOTO NO BRASIL E NO MUNDO**

### **3.1 Democracia e Liberdade**

Segundo Ribeiro (2005, p. 08), a palavra democracia tem sua origem do grego, onde *demos* significa povo e *kratos* significa poder. Dessa forma, é possível compreendermos democracia como o poder do povo e não como, comumente é definido, governo pelo povo. O poder do povo pode ser entendido como uma ou várias pessoas no poder, independe de como for o espírito democrático, estaria presente, desde que o poder em sua essência, ainda pertença ao povo.



Como o poder emana do povo e ao próprio cabe exercer o controle desse poder, uma importante indagação surgiu ao longo da história, qual seja: como limitar o poder do representante do povo, ou seja, do governante? De acordo com Cellos (2012, p. 32), as democracias modernas encontraram a solução para tal questão ao formularem as suas constituições, tendo como marco de referência a Carta Magna da Inglaterra de 1215. Ainda de acordo com o autor, mesmo que essas constituições possam ser alteradas, exige-se, em um governo democrático, que tais alterações passem pelo crivo da sua Casa de Leis. Some-se a isso o fato de existir um terceiro poder: o Poder Judiciário, baseado na consagrada divisão dos poderes concebida por Montesquieu.

Segundo Cellos (2012, p. 32), é neste cenário que surge a teoria do *checks and balances* (freios e contrapesos) que, há um só tempo, consegue unir a harmonia dos poderes sem abrir mão da independência que há entre eles. O próprio Montesquieu (2015, p. 46), em sua obra *O Espírito das Leis*, assevera que “só o poder limita o poder”.

Assim sendo, é possível compreender a democracia como um sistema no qual os cidadãos contam com a possibilidade de participar da vida política de seu país e tal participação pode se dar de forma direta (referendos e plebiscitos) ou indireta, através da eleição de seus representantes eleitos livremente. É na verdade, uma das maiores conquistas da humanidade responsável por garantir a ordem ético social, bem como princípios e direitos políticos.

A garantia de atendimento aos anseios da maioria da população, ou seja, a vontade popular, é o grande sustentáculo da democracia. No entanto, para que a vontade popular seja validada nacionalmente, reconhece-se como fundamental a constância de dois elementos, quais sejam, a igualdade e a liberdade.



No que toca a igualdade, preconiza a Constituição de 88, em seu artigo 5º, *caput*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Segundo Silva (2005, p. 227), o princípio da igualdade legitimado em nossa Carta Magna se refere a uma igualdade formal ou jurídica, de modo que não haja tratamento desigual ou discriminatório por motivos de cor, raça, sexo, religião e etc. Evidencia-se o princípio da igualdade, relativamente à cidadania, ao se reconhecer o valor unitário do voto para cada cidadão, ou seja, a igualdade de sufrágio independentemente de condição social, econômica, profissional e etc, cabendo, ainda, destacar, que a garantia do exercício da igualdade de direito é diretamente ligada à coexistência da liberdade do cidadão.

É cediço, também, que o Estado deve coibir os excessos no exercício das liberdades, ao mesmo tempo deve agir para garantir esse exercício dentro dos limites legais. O limite que o Estado pode impor ao exercício da liberdade é aquele que garanta a existência da própria liberdade e da democracia.

Mas, no que tange a liberdade de eleger os seus representantes, poderia a própria democracia coagir seus integrantes a exercerem o sufrágio?

É possível encontrar resposta ao questionamento na teoria do Princípio do Dano elaborada pelo filósofo inglês do século XIX, John Stuart Mill (2006, p. 28), segundo a qual o Estado somente estaria qualificado para interferir na vida dos cidadãos, caso sua inação provocasse danos a outras pessoas. Dessa forma, o princípio do dano asseguraria ao indivíduo a liberdade de proceder como lhe bem conviesse desde que tal decisão não acarretasse prejuízos a outras pessoas.



Além disso, John Stuart Mill afirma que “a única parte da conduta de qualquer pessoa, pela qual ela está submetida à sociedade é aquela que concerne aos outros. Na parte que meramente concerne a si próprio, sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e sua mente, o indivíduo é soberano” (MILL, J. S. 2006, p. 38-39).

### 3.2 Estado Democrático de Direito

O conceito de Estado Democrático de Direito é algo relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, indo além da simples conjugação de dois já amplamente definidos como o Estado Direito e o Estado Democrático. É nesse sentido que Silva (2006, p. 119), entende a configuração do Estado Democrático de Direito como a criação de um conceito novo que leva em conta os elementos componentes do Estado de Direito e do Estado Democrático, superando-os, no entanto, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*, que se caracteriza pela incorporação das conquistas democráticas, das garantias jurídico legais, bem como a preocupação social.

Demonstrando não bastar o Estado de Direito propriamente dito, uma vez que necessário democratizar o acesso dos cidadãos aos seus direitos econômicos, sociais e culturais, a Constituição de 1988 evidenciou tal novidade ao afirmar em seu art. 1º que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito.

Art. 1º-A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- a soberania;
- a cidadania;
- a dignidade da pessoa humana;
- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político”



Para melhor compreensão do que seja o Estado Democrático de Direito, faz-se importante abordar, ainda que com brevidade, os conceitos de Estado de Direito e de Estado Democrático.

Assim, de acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004, p.5), a doutrina do Estado de Direito se desenvolveu na Alemanha e obediência a esse tipo de governo surgiu em oposição ao absolutismo do século XVIII, como forma de delimitar o poder dos governantes, de modo a manter o poder público em conformidade com a lei, respeitando as liberdades individuais dos indivíduos, ou seja, funciona como um limitador da ação do Estado, coibindo arbitrariedades. Deste modo, a Constituição é a lei hierarquicamente superior e às demais normas deverão se adequar a ela. Há uma hierarquia das normas jurídicas, as quais estão subordinadas a uma Constituição, garantindo-se o respeito à liberdade individual que é essencial frente ao poder do Estado com seus agentes submetidos à lei, evitando, desse modo, a possibilidade da existência de abusos que prejudiquem a liberdade individual. (DIAS, 2008, p. 221).

Já ao analisar a formação do Estado Democrático, pontua Dallari (2009, p. 147) a evolução temporal de três movimentos políticos sociais afirmando que:

É através de três grandes movimentos político-sociais que se transpõe do plano teórico para o prático os princípios que iriam conduzir ao Estado Democrático: o primeiro desses movimentos foi o que muitos denominam de Revolução Inglesa, fortemente influenciada por Locke e que teve sua expressão mais significativa no Bill of Rights de 1689; o segundo foi a Revolução Americana, cujos princípios foram expressos na Declaração de Independência das Treze Colônias Americanas, em 1776; e o terceiro foi a Revolução Francesa, que teve sobre os demais a virtude de dar universalidade aos seus princípios, os quais foram expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sendo evidente nesta a influência direta de Rousseau (DALLARI, 2009, p. 147).





José Afonso da Silva (2006, p. 66), por sua vez assevera que o Estado Democrático “se funda no princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio de evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento”. Assim é que para Silva (2005, p. 226) a soberania popular deve ser representada pela autêntica, efetiva e legítima participação democrática do povo nos mecanismos de produção e controle das decisões políticas, em todos os aspectos, funções e variantes do poder estatal.

Segundo Dias (2008, p 160), o Estado Democrático de Direito possui como elemento primordial o fato de reger-se pelo Direito e por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, proclamado no *Caput* do artigo 1º da Constituição Federal de 1988. Ademais, salienta-se que o princípio democrático pode ser encontrado no parágrafo único do artigo supracitado ao afirmar que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Ainda, relativamente à soberania popular, cabe trazer baila o entendimento de Canotilho (2002, p. 292), segundo o qual tal princípio deve ser analisado através de cinco dimensões historicamente sedimentadas. Seriam elas: 1) *o domínio político* não é pressuposto e aceite, carece de justificação, necessita de legitimação; 2) a *legitimação* do domínio político só pode derivar do próprio povo e não de qualquer outra instância “fora” do povo real (ordem divina, ordem natural, ordem hereditária, ordem democrática; 3) *o povo* é, ele mesmo, o titular da soberania ou do poder, o que significa: I) de forma *negativa*, o poder do povo distingue-se de outras formas de domínio “não populares” (monarca, classe e casta); II) de forma *positiva*, a necessidade de uma legitimação democrática e efetiva para o exercício do poder, pois



o povo é o titular e o ponto de referência dessa mesma legitimação - ela vem do povo e a esta se deve reconduzir; 4) a *soberania popular* - o povo, a vontade do povo e a formação da vontade política do povo - existe, é eficaz e vinculativa no âmbito de uma constitucional *materialmente* informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes e *procedimentalmente* dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática deste princípio; 5) a *constituição*, material, formal e procedimentalmente legitimada, fornece o plano da construção organizatória da democracia, pois é ela que determina os pressupostos e os procedimentos segundo os quais “as decisões” e as “manifestações” de vontade do povo são jurídica e politicamente relevante.

Alexandre de Moraes (2000, p. 43), por sua vez, entende que o Estado Democrático de Direito compreende “a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais”.

Entretanto, Silva (2005, p. 227), ressalta que essa aproximação do conceito em tela pecaria por restringir o elemento democrático à limitação do poder estatal e a democracia ao instituto da representação política. Nas palavras do mesmo, o Estado Democrático envolve necessariamente aspectos outros para a sua compreensão, sendo o principal deles a soberania popular.

É cediço que o Brasil necessita urgentemente de uma renovação do instituto da representação política. Nessa linha, Silva (2005, p. 227) assevera que o meio de representação política adotado atualmente deve deixar de ser um instrumento a serviço de segmentos privilegiados da população, das elites dominantes. E continua, “a modificação desse quadro passa pela revisão da estrutura e do papel dos partidos políticos, hoje considerados no Brasil mera legendas de aluguel”.



No mesmo sentido Moraes (2000, p. 47), aponta que a crise do sistema representativo, tem resultado no distanciamento entre a vontade do representante e do representado. Ressalta o ilustre Ministro, que o problema central da representação política consiste na impossibilidade de aferir a compatibilidade entre a vontade popular e a vontade expressa pela maioria parlamentar. Entre outras importantes causas poder-se-iam apontar três primordiais para esse distanciamento entre representantes e representados: o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, o total desligamento do parlamentar com o seu partido político e a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento.

Ao analisar a democracia representativa, Bobbio (2002, p. 386), destaca ser de fundamental importância a transparência, a visibilidade do poder por meio da publicidade das sessões do Parlamento, a liberdade de imprensa de modo a possibilitar a formação de opinião pública, bem como a exigência de que as manifestações e/ou declarações dos líderes políticos sejam feitas nos meios de comunicação de massa. Salaria, ainda, o autor, a necessidade de viabilização da efetiva participação popular nos comandos e decisões políticas. A democracia exige essa participação real do povo.

Segundo Silva (2005, p. 227), no caso do Estado brasileiro deve-se estimular os mecanismos de participação popular, previstos na Constituição Federal, em seu artigo 14, que são meios de exercício da soberania popular: plebiscito, referendo e iniciativa popular. Muitos temem submeter ao povo certas decisões políticas, acreditam que a sociedade não teria condições de avaliar determinados assuntos. Esse entendimento não passa de desculpa das elites dominantes para subtrair do verdadeiro detentor do poder as decisões que lhe interessam. Entende-se necessário incentivar o movimento que postula o exercício desses instrumentos de participação popular. Não importa que erros ocorram nesse exercício. A correção deles sempre será possível, e além disso será o próprio povo que colherá as



consequências de suas decisões. Soares (2001, p. 303) acrescenta a necessidade de redefinição nos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, em seus modelos clássicos. Os paradigmas tradicionais devem ser superados pelas novas exigências de transformações sociais e a concretização das

premissas de justiça social, conforme os parâmetros constitucionais.

Morais e Streck (2006, p. 95) ensinam que no Estado Democrático de Direito estão presentes a preocupação social, as conquistas democráticas e as garantias jurídico-legais. Prosseguem os doutrinadores:

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se de um caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência (MORAIS; STRECK, 2006, p. 95-96).

A visão de democracia política atualmente está relacionada a uma forma de governo em que o poder político pertence ao povo e não somente a um segmento privilegiado da sociedade. Segundo Dahl (Robert Dahl apud Dias, 2008, p. 159), a característica fundamental da democracia “é a capacidade dos governos para satisfazer, de forma continuada, as preferências dos cidadãos, num cenário de igualdade política”. Enfim, no Estado Democrático de Direito, o controle do poder político deve ser submetido ao povo, com eleições livres e periódicas, sendo que as autoridades públicas devem respeitar as garantias e liberdades fundamentais do cidadão.

### **3.3 O Voto no Mundo**



Não resta dúvida que o conhecimento de como os sistemas eleitorais dos países se organizam é fundamental para o presente trabalho, uma vez que analisando a evolução desses processos é possível trazê-los à realidade do nosso país. Mesmo sabendo que o Brasil possui suas particularidades, a experiência de outros países, muitas vezes democracias mais consolidadas, pode contribuir para o aprimoramento do nosso processo eleitoral.

Em diversas democracias do mundo, o exercício do poder pelo povo soberano é garantido. No Brasil, pós constituição de 1988, com a previsão na Carta Magna do Estado Democrático de Direito, o direito ao voto e a eleições democráticas para todos os cargos majoritários restaram cristalizados. Resta aqui conhecermos a importância de como o voto se desenvolve em outros países e analisar os pontos positivos e negativos do voto obrigatório e facultativo a fim de que possamos fazer uma comparação com o instrumento do voto no Brasil. A maioria das democracias no mundo utilizam o modelo do voto facultativo. Essa afirmação foi ratificada por Cursino dos Santos (2004, p. 101), ao analisar Proposta de Emenda Constitucional 44/99, apresentada pela Comissão Especial de Reforma Político-Partidária do Senado Federal, na qual fundamentou em seu relatório que o sufrágio facultativo é utilizado na maioria das grandes democracias do mundo, processo que veio sendo consolidado ao longo do século XX, enquanto o voto obrigatório se restringe a apenas 30 países, nos quais a metade se

encontra na América Latina.

Ainda que vários doutrinadores diverjam quanto ao caráter democrático do modelo de voto obrigatório, a medida é adotada na maior parte das democracias da América Latina. Assim é que Nohlen (1981, p. 53) ao analisar a predominância da obrigatoriedade do voto nas Américas apresenta como motivos para tal a obediência a critérios políticos democratizadores, como por exemplo, conseguir participação de



grupos religiosos, minorias políticas ou simplesmente garantir a presença da maioria nas eleições.

É cediço que a obrigatoriedade do voto não garantiu estabilidade política aos países latino-americanos. Nesse sentido Dantas (2007, p. 14) entende que se o voto obrigatório fosse uma garantia de estabilidade democrática não teria havido golpes de Estado, nem no Brasil, nem na América Latina, região na qual se concentram um número significativo de países que adotaram o voto obrigatório.

Paulo Henrique Soares (2004, p. 112), da mesma forma, em estudo realizado em 2004, ao analisar o instituto do voto nas três Américas, levando em conta critérios de ordem cultural, histórica e política, verificou que quase a totalidade das democracias sul americanas adotam o voto obrigatório. O autor também conclui que a compulsoriedade está associada a intervenções militares, golpes de estado e autoritarismo político, diferentemente da história política da Colômbia, país de colonização ibérica, que não sofreu intervenção militar e onde o voto é facultativo, conforme Tabela 1, em anexo.

Cursino dos Santos (2004, p. 105), por sua vez, enumera os países situados fora das Américas que perfilham a obrigatoriedade do voto: Austrália, Áustria, Bélgica, Chipre, Egito, Fiji, Gabão, Itália, Liechtenstein, Luxemburgo, Nauru, Holanda, Filipinas, Cingapura, Tailândia e Turquia. Na França o voto é obrigatório apenas para o Senado, sendo facultativo para os demais.

De acordo com a pesquisa realizada pela CIA (2010), vinte e quatro países mantêm o voto obrigatório, e destes, 13 estão na América Latina, a saber: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Costa Rica, Equador, Honduras, México, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana e Uruguai. Compondo a lista temos 7 países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento (República Democrática do Congo, Egito, Grécia, Líbano, Líbia, Nauru e Tailândia) e apenas 4 países são considerados



desenvolvidos, sendo dois deles cidades-estados: Austrália, Bélgica, Luxemburgo e Singapura.

Importante destacar que a pesquisa da CIA é atualizada anualmente e já em 2019 é possível perceber as seguintes alterações quanto ao cenário exposto acima: Honduras e Paraguai abandonaram o voto facultativo para implementarem o voto obrigatório em seu território. No mesmo sentido, a Coreia do Norte foi acrescida a lista como um país que possui o sufrágio compulsório. Por outro lado, Chile e Líbia abandonaram o voto obrigatório e adotaram o regime do voto facultativo.

Importa ressaltar, neste momento, a citação de Kahn (1992, p. 69), ao analisar a participação eleitoral como fator que influencia na estabilidade dos regimes democráticos:

“Em suma, mais do que a quantidade de participação, a estabilidade dos regimes democráticos parece estar relacionada ao respeito às regras do jogo vigentes. Como reafirmou em artigo recente Leôncio Martins Rodrigues, elevados índices de votos em branco, nulos e abstenções acarretam poucos prejuízos para a estabilidade democrática quando as camadas da população que acompanham os rumos da política mais proximamente, especialmente as elites políticas, concordam acerca das regras que organizam a luta pelo poder. Eventualmente – diz o professor Rodrigues – a participação em massa dos cidadãos nos pleitos eleitorais pode conceder maior base de sustentação ao regime democrático. Porém, em muitos casos, ‘a ampliação da participação pode constituir um fator de enfraquecimento, até mesmo de solapamento da democracia, caso se processe contra o sistema democrático’ (Kahn, 1992, p.69).

Pesquisa realizada por Jan-Erik Lane e Svante Ersson (Lane; Ersson *apud* Kahn, 1992,

p. 72), que acompanharam eleições em 23 países no período de 1945 a 1989, revelou que a compulsoriedade não é condição necessária para garantir taxas elevadas de comparecimento eleitoral. A referida pesquisa apresenta o percentual de



participação dos eleitores em contrapartida à modalidade do voto adotada, e demonstra não ser significativa a diferença entre a presença de eleitores de países que adotam o voto facultativo com a de países onde o voto é obrigatório, ou seja, a participação média nos cinco países em que vigora a obrigatoriedade é de 86,08%, enquanto a taxa média de comparecimento de eleitores nos 18 países em que o voto é facultativo é de 78,48%, representando uma diferença estatisticamente insignificante, conforme demonstra a Tabela 2, em anexo.

Conforme Mallmann (2009, p. 69), nas eleições presidenciais realizadas no Brasil no período compreendido entre 1998 e 2006, o índice do comparecimento dos eleitores foi de 78,50% no ano de 1998, no ano de 2002 foi de 82,25% e, no pleito presidencial havido em 2006, compareceram 83,24% do total dos eleitores aptos a votarem.

Cabe ressaltar que esta pequena diferença no percentual dos eleitores participantes ocorre mesmo com as inúmeras sanções que são aplicadas aos eleitores que não participam das eleições nos países onde o voto é obrigatório.

De acordo com Jarger (2004, p. 33), no Brasil, por exemplo, temos o voto obrigatório e aquele que não realizar tal dever ou não apresentar as justificativas devidas perante o juiz eleitoral incorrerá em multa, cobrada nacionalmente por pleito eleitoral não participado ou não justificado. O prazo para justificação é de sessenta dias, contados da data da eleição (art. 7º do Código Eleitoral).

Destaca, ainda, Jaeger (2004, p. 31), que além dessa punição administrativa, o Código Eleitoral estabelece uma série de restrições àquele que não votou, não pagou a respectiva multa ou que não justificou devidamente (art. 7º, §1 do Código Eleitoral), tais como: a) não poder inscrever-se em concurso público ou tomar posse de cargo público; b) não poder inscrever-se ou renovar a matrícula em universidades públicas;





c) não poder tirar a carteira de identidade ou passaporte; d) impossibilidade de retirar empréstimos em bancos públicos e etc.

De acordo com Paulo Henrique Soares (2004, p. 110) no que tange à participação do eleitor em um regime de sufrágio obrigatório:

Trata-se de um engodo se é conseguida mediante constrangimento legal e, também, de uma situação que deturpa o sentido da participação, pois o fato de o eleitor ir a uma seção eleitoral não significa que ele está interessado nas propostas dos candidatos e dos partidos políticos. Um número elevado de eleitores vota em branco ou anula seu voto deliberadamente, como protesto, ou por dificuldade de exercer o ato de votar por limitações intelectuais. Assim, o sistema político pode tornar-se desacreditado pela constatação da existência de um número elevado de votos brancos e nulos, para não se mencionar o absenteísmo, que cresce a cada eleição pela desmotivação do eleitor. (SOARES, 2004, P. 110)

Enfim, verifica-se que ambas as correntes apresentam justificativas para defender as suas posições acerca da obrigatoriedade ou facultatividade do voto. No entanto, conforme demonstram as pesquisas a obrigatoriedade não se consolida como uma condição essencial para altas taxas de participação do eleitorado no processo eleitoral.

## **4 ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O VOTO OBRIGATÓRIO E O VOTO FACULTATIVO**

Após realizarmos uma análise histórica da evolução do voto no Brasil, e abordarmos os conceitos que balizaram o estabelecimento do Estado Democrático de Direito na Carta Magna de 1988, faremos uma análise comparativa entre o voto obrigatório e facultativo no Brasil.

Gico (2007, p. 01) ao analisar a obrigatoriedade do voto referênciamos que o mesmo é uma obrigação legal desde o Código Eleitoral de 1932, quando foi incluído no bojo de um pacote de medidas que incluía a criação da Justiça Eleitoral, no intuito



de superar a crise de ilegitimidade da República Velha. Atualmente, a obrigatoriedade consta nos incisos I e II, do § 1, do art. 14 da Constituição Federal, que preconiza que o voto é obrigatório para os brasileiros maiores de 18 e menores de 70 anos.

A Constituição Federal de 1988 avançou em vários aspectos ligados as liberdades individuais dos cidadãos, trouxe também um conceito novo de Estado Democrático de Direito que materializou essas conquistas, mas por outro lado, manteve a obrigatoriedade do voto que está em oposição ao vigente na maioria dos países democráticos do mundo.

Nessa linha Gico (2007, p. 01) diz que é inviável conciliar a existência da obrigatoriedade do voto com a noção de liberdade, pois a partir do momento que o Estado impõe essa obrigação aos seus cidadãos, na verdade, está necessariamente limitando a esfera de liberdade do indivíduo. O autor ainda indica que no Brasil o mais importante ato da vida cívica do cidadão não é um direito, mas uma obrigação.

É fundamental que façamos uma análise sobre a obrigatoriedade do voto, pois essa obrigação avança nas liberdades individuais previstas na Constituição Federal brasileira. Vários autores coadunam dessa premissa, pois encaram o voto obrigatório como uma arbitrariedade do Estado que não condiz com o conceito de Estado Democrático de Direito.

Mallmann (2009, p. 75), ao analisar o tema, afirma que sob o ponto de vista lógico- teórico, no Estado Democrático de Direito não é possível conciliar a obrigação de votar com a noção de liberdade. Na mesma linha Mendonça (2004, p. 46), diz que o voto, quando exercido por obrigação jurídica e/ou por imposição estatal, transforma a livre manifestação de vontade do eleitor em manifestação forçada, caracterizada por ausência de liberdade e oposição ao maior princípio da democracia.



Ratificando as posições supracitadas, Ribeiro (2005, p. 31) entende que o resultado do pleito é representativo da vontade coletiva de forma autêntica apenas quando o exercício do voto ocorrer com consciência de cidadania política e com absoluta liberdade, não sendo obrigado a fazê-lo de forma coercitiva. Deste modo, defende que o voto figura nas pautas de direito individual, tratando-se de um direito pelo qual o eleitor exprime livremente a sua vontade, através da escolha dos candidatos.

Por outro lado os defensores do voto obrigatório defendem as seguintes premissas: a) o voto é um poder dever; b) o exercício do voto é fator de educação política do eleitor; c) o voto obrigatório faz com que a maioria dos eleitores participem do processo eleitoral, caso contrário teríamos um déficit inaceitável de legitimação do processo político; d) o atual estágio da democracia brasileira ainda não permite a adoção do voto facultativo e, e) a tradição brasileira e latino americana é pelo voto obrigatório.

#### **4.1 Voto: Direito ou Dever?**

Alguns doutrinadores ao defenderem a obrigatoriedade do voto argumentam que ele seria um dever do cidadão para com a coletividade. Importante citar aqui o que diz o jurista Nelson de Souza Sampaio *apud* Soares (2004):

Do exposto, conclui-se que o voto tem, primordialmente, o caráter de uma função pública. Somente quando se torna obrigatório, o voto assumiria verdadeiro caráter de dever jurídico. Tal obrigatoriedade foi estabelecida por alguns países, menos pelos argumentos sobre a natureza do voto do que pelo fato da abstenção de muitos eleitores, - fato prenhe de consequências políticas, inclusive no sentido de desvirtuar o sistema democrático. Nos pleitos eleitorais com alta percentagem de abstenção, a minoria do eleitorado poderia formar os órgãos dirigentes do Estado, ou seja, Governo e Parlamento (SAMPAIO *apud* SOARES 2004, p.108).



Ribeiro (2009, p. 22), ao analisar a obrigatoriedade do voto referencia que há um erro no argumento de que o voto é um direito, uma liberdade e como tal não poderia se constituir em uma obrigação:

Nem toda liberdade inclui uma liberdade de fazer nada. Algumas, sim. Se tem liberdade para dirigir carros, ou para comprar mercadorias, ou para fazer um curso, sou também livre para não guiar, não adquirir, não estudar. Mas, nesse caso, trata-se de liberdades de direito privado. Referem-se a assuntos apenas meus, que não dizem respeito a outras pessoas. Liberdades públicas são diferentes. E os antigos romanos já o sabiam, quando o faziam o direito e o dever coincidirem no caso da cidadania. Ser cidadão romano, não envolvia apenas direitos; acarretava obrigações. (RIBEIRO, 2009, p.22).

Czaplinksi e Costa (2017, p. 45) ao discorrer sobre a possibilidade da instituição do voto facultativo argumenta que deve ser observado o risco de se gerar injustiça, mesmo que de maneira inconsciente, pois “deve-se lembrar que o ato de votar é um direito, sendo ainda um dever que o cidadão tem com a sociedade e com o Estado”. De forma contrária, não faria sentido o cidadão exigir democracia sem o dever de participar da eleição, como forma de fortalecê-la. Por outro lado, ao considerar-se o voto como um direito e não um dever estaríamos defendendo a plena democracia, pois o cidadão teria a liberdade de exercer esse direito ou não. Enfim, o Estado não estaria obrigando-lhe e nem lhe impondo sanções pecuniárias ou restritivas de direitos. Nessa linha, a manifestação do político Assis Brasil (1893, P.86), integrante da comissão de reforma legislativa eleitoral da época, ao afirmar que ninguém poderia ser

compelido a comparecer às urnas, destacando o seguinte:

O voto não pode ser obrigatorio no sentido estricto e material do termo. Comprehende-se o absurdo de arrastar alguém coercitiva e corporalmente ao lugar da eleição, forçando-o a emitir o seu voto, seja em que eleição fôr. Tal lei seria, além de tyrannica, inepta, no sentido de não haver meio de a fazer observar. A sua victima teria sempre o recurso de votar em



branco, ou simuladamente, em nome supposto, em testa de ferro, salvo se o regulamento ainda obrigasse a votar em determinados nomes, o que seria, só por si, a própria negação do voto. Se é innegavel que o eleitor deve votar em quem quizer, é preciso admitir também que ele só votará se quizer (ASSIS BRASIL, 1893, P.86).

Gico (2007), ao defender a instituição do voto facultativo argumenta que o grande obstáculo ao voto obrigatório está no próprio parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, pois ao preconizar que todo poder emana do povo, o povo seria soberano inclusive em relação à possibilidade ou não de votar. Argumenta o autor que se o povo de um país é composto por seus cidadãos, os cidadãos são soberanos, e se os cidadãos são soberanos, por que não podem decidir não participar diretamente de determinado processo político? Na verdade, não seria lógico imputar uma obrigação relativa ao voto a cidadãos soberanos. Ademais, a obrigatoriedade do voto está prevista na Constituição Federal de 1988, mas como assevera o Gico (2007), o voto poderia ser facultativo bastando uma emenda a Constituição para tal, uma vez que a natureza obrigatória ou facultativa do voto se trata de uma opção política e não de uma questão ontológica.

Na mesma linha Avritzer (2007), segundo o qual em um Estado Democrático de Direito parte-se do pressuposto que o voto de cada eleitor é consciente e independente. A partir dessa premissa é possível perceber que o direito de sufrágio é antagônico com a obrigação legal de comparecer às urnas, pois sendo o eleitor consciente e independente, também o é para decidir utilizar o seu direito de liberdade para participar ou não do escrutínio.

Cabe salientar neste momento o entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho que, ao abordar a obrigatoriedade do voto, argumenta que esse instrumento não é compatível com o princípio da liberdade. Nas palavras do autor:

[...] o princípio da liberdade de voto significa garantir ao eleitor o exercício do direito de voto sem qualquer coacção física ou psicológica de entidades públicas ou de entidades



privadas. Deste princípio da liberdade de voto deriva a ilegitimidade da imposição legal do voto obrigatório. A liberdade de voto, abrange assim, o se e o como: a liberdade de votar ou não votar e a liberdade no votar. Desta forma, independentemente da sua caracterização jurídica - direito de liberdade, direito subjectivo -, o direito de voto livre é mais extenso que a protecção do voto livre. Na falta de preceito constitucional a admitir o voto como um dever fundamental obrigatório, tem de considerar-se a imposição legal do voto obrigatório como viciada de inconstitucionalidade (cfr. Art. 49º/2, no qual se considera o voto como dever cívico e não como dever jurídico) (CANOTILHO, 23, p. 303-304).

Enfim, a defesa do voto como um dever fundamental se justifica na função pública do mesmo, na preocupação com o dever do cidadão para com a coletividade, enquanto que a posição dos defensores da facultatividade do voto no Brasil baseia-se na alegação de que a previsão constitucional do voto obrigatório vai de encontro às garantias fundamentais de liberdade de manifestação de pensamento, de consciência e de convicção política.

## **4.2 Educação política do eleitor**

A baixa qualidade do ensino oferecido no Brasil, a falta de educação política do eleitor, o desconhecimento das instituições democráticas e a falta de participação efetiva dos cidadãos brasileiros nas discussões dos problemas nacionais são outros argumentos que levam alguns doutrinadores a defender a obrigatoriedade do voto no Brasil.

Nessa linha defende Renato Janine Ribeiro (2009, p. 18) que o cidadão terá cultura política se houver a implantação de uma educação cívica do eleitor através de três pilares: a escola, devendo constar no currículo o papel do voto na democracia; a mídia, divulgando a importância da participação política do eleitor e os partidos políticos, através da persuasão do eleitor para que compareça as urnas. Por sua vez, Cursino dos Santos (2004, p. 102), entende que a implementação do voto facultativo se traduziria em um conservante da ignorância da arte de bem votar.



Soares (2016, p. 81), ao defender a obrigatoriedade do voto considera que esse instrumento mitigaria a barreira de exclusão social existente no nosso país, acentuada por períodos ditatoriais e por ingerência do poder econômico na política.

Dantas (2007, p. 19), afirma que os defensores do voto obrigatório argumentam que o brasileiro é um povo sem educação política, desconhecendo as instituições democráticas e o real papel exercido pelos eleitores na tomada de decisões governamentais. Por isso, o cidadão brasileiro não possuiria um discernimento político para participar de forma voluntária do sufrágio, devendo ser mantido o voto obrigatório. Outrossim, a falta de educação política é um reflexo do precário sistema de ensino oferecido em geral para a população brasileira.

Seguindo esse viés, Soares (2004), elenca que o exercício do voto é uma forma de educar politicamente o cidadão e pondera que a omissão do eleitor pode tornar ainda mais grave o atraso socioeconômico das áreas pobres do país.

Por outro lado, Gico (2007) entende que a partir do momento que os defensores do voto obrigatório afirmam que o cidadão brasileiro não possui uma educação política e desconhecem a importância do voto na tomada de decisões governamentais, estão alegando que o povo brasileiro é ignorante e, por isso, não votará caso o voto seja facultativo, sendo necessário, na visão dos defensores do sufrágio obrigatório, que o Estado tutele o cidadão.

O autor ressalta que este argumento é nitidamente paternalista e autoritário e além disso despreza todas as modificações nas quais a sociedade brasileira se submeteu nos últimos 50 anos, julgando que o povo ainda é incapaz de compreender a importância do voto.

Segundo Dallari (2009), ao encontro do que afirma Gico, tal entendimento faz parte de uma concepção fascista utilizada pelos estados autoritários do início do século XX.



De acordo com esse raciocínio, cada indivíduo seria um órgão do Estado e quando estes sujeitos exercem o seu direito de votar, estariam simplesmente realizando uma função estatal. Dessa maneira é possível compreender que a ideia de soberania popular é abandonada em detrimento de um Estado forte e capaz de tomar as decisões corretas.

### **4.3 Voto como causa de legitimação**

Outro argumento para a manutenção do voto obrigatório no país se refere a participação da maioria dos eleitores no processo eleitoral. Caso não existisse essa obrigatoriedade teríamos um déficit inaceitável de legitimação do processo político.

Nessa linha defende Soares (2004), que o pleito em que a maioria dos eleitores vota é de legitimidade incontestada, tornando-o insusceptível de alegação pelos derrotados nas urnas de que o resultado eleitoral não corresponde à vontade dos eleitores. Isso é especialmente importante em democracias ainda não inteiramente consolidadas como a nossa em que há uma clivagem social muito forte, bastante favorável à instabilidade político-institucional. O baixo comparecimento eleitoral poderia comprometer ainda mais a credibilidade da população nas instituições políticas nacionais.

É cediço que em países onde o voto é facultativo, mesmo se tratando de países desenvolvidos, a abstenção é mais alta do que nos países onde existe a obrigatoriedade do voto. Essa afirmativa é confirmada em análises de Paulo Henrique Soares (2004) na qual o pesquisador afirma que a abstenção eleitoral é um fenômeno comum em nações que adotam o voto facultativo, embora alguns países europeus, como a Grã-Bretanha e a França, por exemplo, apresentem boa participação política. Mesmo assim, índices de 30% a 40% de abstenção ocorrem nesses países que quando comparados à realidade brasileira podem ser considerados excessivamente elevados. Em termos comparativos o Brasil na eleição majoritária de





2014 apresentou uma abstenção de 19,4%, sendo este o maior índice de abstenção das últimas quatro eleições gerais (MIRANDA *apud* Soares, 2016, p. 83). Mesmo que a abstenção no último pleito de 2018 tenha alcançado o índice recorde de 21%, esses números ainda estão distantes da realidade dos países onde o voto é facultativo (PAIXÃO, 2018).

O Brasil por ser uma democracia jovem com instituições democráticas recentes corre o risco de, no caso de vir a adotar como regra o voto facultativo, observar o aumento da abstenção para níveis muito elevados o que poderia acarretar a falta de representatividade dos pleitos. Nessa linha afirma Moraes (2018, p. 39), que uma maior presença dos eleitores nos processos eleitorais garante uma legitimidade ao voto e mais legalidade na escolha dos representantes, que poderiam exercer o poder de forma mais plena.

Além disso, conforme afirmação de Avritzer e Anastasia (AVRITZER; ANASTASIA *apud* MALLMAN 2009, p. 71), no momento em que cresce a participação eleitoral de um estrato da população, conseqüentemente cresce a chance de os políticos defenderem os interesses desse segmento. Por outro lado, o estrato social que se alijar do voto, receberá menos atenção do poder público, não podendo fazer ecoar suas queixas.

De acordo com Barreto (2008, p. 193), a obrigatoriedade do voto faz com que se tenha um aumento aproximado de 25% do número de eleitores ao processo eleitoral. Pois caso o eleitor tenha a possibilidade de escolher entre participar ou não de uma eleição, tem-se que grande parte dos eleitores tende a não participar, o que elevaria a abstenção em torno de 30%. Com a posição de não comparecer à eleição, o eleitor se afasta e acaba se tornando um alienado político, e, com a maior participação do eleitor, mesmo que por obrigatoriedade, será estimulado a ter atitudes e habilidades cívicas, o que é importante para a qualidade global da democracia.



Por outro lado, Dantas (2007, p. 17), ao analisar a afirmação de que o voto facultativo esvazia a legitimidade do pleito, rechaça esse argumento com a seguinte justificativa:

[...] que o atual modelo, por força do §2º, do art. 77 da Constituição, desconsidera os votos nulos e os em branco para a apuração da eleição majoritária e, a partir das eleições de 1988, mesmo para os cargos proporcionais, passaram a ser considerados apenas os votos válidos para a apuração do quociente eleitoral, e o que vai influir no resultado do sufrágio são os votos nos diversos candidatos e legendas e não o número de eleitores inscritos ou que compareceram (DANTAS, 2007, P. 17)

A posição defendida por Dantas (2007, p. 17) é plenamente justificada pelos dados das últimas eleições majoritárias de 2018 que apresentaram votos brancos, nulos e abstenções em números muito elevados, quais sejam: dois milhões quatrocentos e oitenta e seis mil quinhentos e noventa e três (2.486.593), representando 2,14%; oito milhões seiscentos e oito mil cento e cinco (8.608.105), representando 7,43%; trinta e um milhões trezentos e setenta e um mil setecentos e um (31.371.701), equivalente a 21,30%, respectivamente.

Na mesma linha, Soares (2004, p. 110) argumenta que a representatividade alegada pelos defensores do voto obrigatório está alicerçada em sanções para quem não comparece aos locais de votação. Na verdade, Soares (2004, p. 110) entende que a obrigatoriedade do voto faz com que o eleitor tome determinadas ações visando “fugir” das sanções, como por exemplo, votar em candidato sugerido, mas sem conhecimento prévio acerca do mesmo, votar em branco, anular o voto etc., e não visando o bem da coletividade, como alegam os defensores do voto obrigatório.

É possível inferir a partir do significativo número de países democráticos que não utilizam o voto obrigatório que o comparecimento de votantes não é o fator que legitima o poder instituído, afirma Lever (2001, p. 70). Na mesma linha ao abordar o tema, Mannheim (1998, p. 155-160) faz referência ao comportamento dos eleitores



de agirem como multidão (crowd behaviour) e por estímulos momentâneos e de curto efeito. Este comportamento de multidão leva os eleitores a serem alvos fáceis de manipulação e comoção social, ou seja, ao demonstrarem desinteresse político, independente da classe social a que pertençam, geralmente podem votar em candidatos que não tem ideologias compatíveis com as suas.

#### **4.4 Tradição democrática e estágio da democracia brasileira**

O estágio de amadurecimento da democracia brasileira e a grande desigualdade social, cultural e econômica existente no país são outros argumentos de defesa do voto obrigatório no país. Corroborando com essa afirmação Kahn (1992, p. 47), diz que dois elementos são determinantes para explicar o nível de participação de cada um na política, de um lado, as capacidades individuais, estreitamente relacionadas às condições sociais e econômicas; de outro, as ações institucionais, que atuam como contrapeso, favorecendo ou prejudicando os segmentos sociais que não possuem condições individuais de pressionar e influenciar os governos.

Na mesma linha Oliveira (2009, p. 92) diz que os benefícios legitimadores que o voto obrigatório proporciona ao processo-eleitoral brasileiro são imensuráveis em comparação ao pequeno ônus que representa o comparecimento compulsório do cidadão às urnas. Trata-se de uma imposição legal que foi assimilada pela população, não se conhecendo qualquer movimento de resistência organizado contrário a obrigatoriedade do voto. Com o fim do voto obrigatório o cidadão teria um ganho irrisório de liberdade individual, caracterizando-se, porém, uma substancial perda do nível de participação dos cidadãos nos processos democráticos.

Queiroz (Queiroz *apud* Meirelles 2018, P.7) ao abordar as desigualdades sociais e de distribuição de renda existentes no Brasil, afirma que esses fatores são preponderantes para que ocorram diferentes graus de participação política e da



própria percepção dos direitos sociais e políticos. Além disso, defende que o voto facultativo seria elitista e que os fatores econômicos e sociais impediriam a adoção desse instrumento.

A maioria dos países latino americanos tem larga tradição na obrigatoriedade do voto. Essa tradição iniciou-se após o processo de independência dos diversos países. É cediço que o regime democrático nos países latino americanos foi diversas vezes intercalado com períodos de restrições democráticas advindas de processos ditatoriais.

Nessa linha Soares (2004, p. 19) afirma que o voto obrigatório não garante a estabilidade democrática. Na América Latina que preponderantemente adota o instituto do voto obrigatório, apenas a Costa Rica não tem sua história marcada por intervenções militares, golpes de estado e autoritarismo político.

Gico (2007, p. 03) afirma que os defensores do voto obrigatório preconizam que a ausência de votação maciça seria fator que resultaria em uma ameaça à democracia brasileira devido a falta de legitimidade decorrente das eleições. Contudo, afirma que se essa for a função do voto obrigatório, uma rápida análise da história do Brasil seria suficiente para verificar o completo fracasso deste instituto, pois desde 1932 o país passou por inúmeros golpes políticos e períodos antidemocráticos, nenhum deles evitado pelo voto obrigatório.

Gico (2007, p. 03) ainda refuta a afirmação de que o voto obrigatório seria uma tradição latino americana, pois salienta que tal instituto só fora adotado na maioria dos países latino americanos no começo do século XX, no Brasil, mais precisamente, em 1932. Além disso, o autor destaca que entre o ano de 1932 e os dias atuais, o Brasil vivenciou grande parte deste período sob regimes antidemocráticos, chegando à conclusão de que “é no mínimo questionável dizer que essa obrigação é uma tradição”.

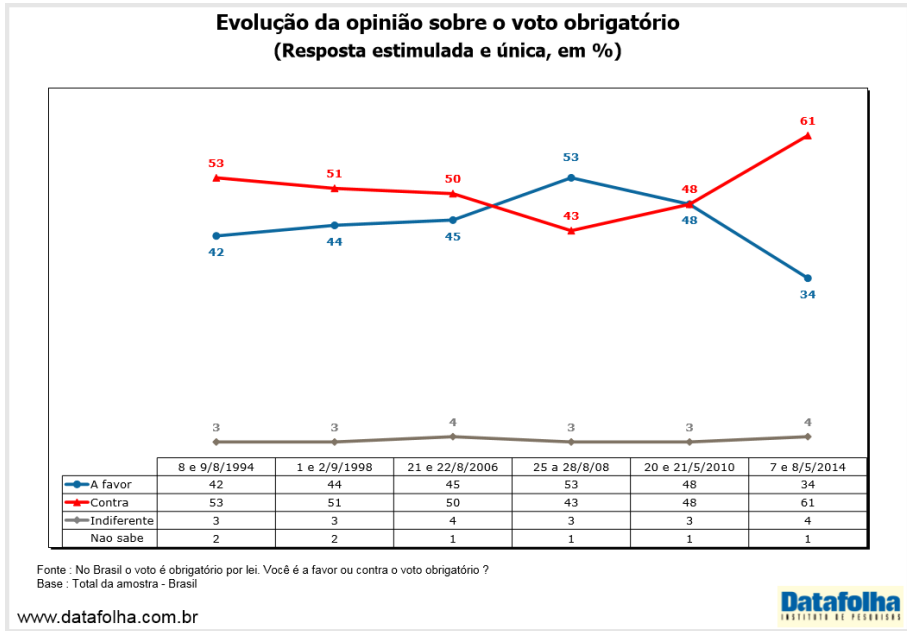


#### **4.5 Opinião dos eleitores acerca do voto Obrigatório/Facultativo**

Após terem sido apresentadas posições favoráveis e contrárias ao voto obrigatório é importante que se tenha conhecimento do posicionamento do eleitorado brasileiro frente a este tema.

Em pesquisa realizada nos dias 07 e 08 de maio de 2014 pelo Datafolha foram realizadas duas mil oitocentos e quarenta e quatro (2.844) entrevistas em 174 municípios, com margem de erro máxima de 2 pontos percentuais para mais ou para menos, considerando um nível de confiança de 95%. Isto significa que se fossem realizados 100 levantamentos com a mesma metodologia, em 95 os resultados estariam dentro da margem de erro prevista.

Nessa pesquisa o Datafolha perguntou a opinião dos brasileiros sobre a obrigatoriedade do voto. Seis a cada dez brasileiros (61%) são contra a obrigatoriedade do voto e 34%, são favoráveis. Uma parcela de 4% é indiferente e 1% não soube responder. Uma parcela de 4% é indiferente e 1% não soube responder.



Em comparação com pesquisas anteriores, a taxa dos brasileiros contrários ao voto obrigatório vem crescendo desde 2010, e em 2014, alcançou o patamar mais elevado da série. Em 1994, 53% eram contrários, o índice caiu para 48%, em 2010, e agora chegou a 61%.

Em pesquisa semelhante realizada pelo Curso de Ciência Política da Uninter, na cidade de Curitiba e região metropolitana, em 2014, apontou que 74,3% dos entrevistados eram favoráveis ao voto facultativo. A pesquisa ainda apontou que a preferência pelo voto facultativo é independente do sexo, da idade, da renda familiar e escolaridade, conforme dados abaixo:



Fonte: pesquisa de opinião realizada em Curitiba e RMC em setembro de 2014 – Curso de Ciência Política Uninter.



Outro resultado importante da referida pesquisa é o que apontou que 62,4% dos eleitores votariam mesmo que não houvesse a obrigatoriedade de fazê-lo. Por outro lado, 16,8% responderam que não votariam (uma quantidade relativamente expressiva de pessoas), e 20,8% só votariam sob determinadas circunstâncias. Esses dois últimos quesitos somam quase 40%, como demonstrado por meio dos dados a seguir:

<b>Sexo?</b>				
<b>1- Em sua opinião, o voto deve ser obrigatório (da forma que acontece no Brasil) ou facultativo (escolha de votar ou não)?</b>				
	feminino		masculino	
	N	% cit.	N	% cit.
Facultativo	<b>37</b>	<b>71,2%</b>	<b>38</b>	<b>77,6%</b>
Obrigatório	<b>15</b>	<b>28,8%</b>	<b>11</b>	<b>22,4%</b>
<b>Total</b>	<b>52</b>	<b>100,0%</b>	<b>49</b>	<b>100,0%</b>

Fonte: pesquisa de opinião realizada em Curitiba e RMC em setembro de 2014 – Curso de Ciência Política Uninter.

Enfim, ainda que se reconheça a necessidade de que maior número de pesquisas deva ser realizado para que o país conheça o posicionamento real dos seus cidadãos, as pesquisas citadas anteriormente apontam uma tendência favorável à instituição do voto facultativo no Brasil

## **5 CONCLUSÃO**

O direito ao voto foi uma conquista obtida, paulatinamente, ao longo da história pelos mais diversos grupos que compõem a sociedade.

Assim é que, levando em consideração a evolução histórica do voto no Brasil e em outros países, bem como a consolidação, a partir da promulgação da Constituição de 1988, de direitos de primeira e de segunda geração, como o direito



de liberdade e de igualdade, resta evidenciada a necessidade de harmonização entre o estabelecimento do Estado Democrático de Direito e a opção pela adoção do voto facultativo.

Nesse sentido é que Cellos (2012) afirma ser possível deduzir que o próximo passo para o exercício pleno da democracia seria a adesão de forma geral ao voto facultativo, ou seja, em um Estado Democrático de Direito pleno deveria prevalecer a escolha ao voto, mas sempre se respeitando a decisão natural do eleitor de utilizar ou não o seu direito de sufrágio.

Uma das alegações utilizadas por defensores do voto obrigatório de que apenas os cidadãos que exercem o voto poderiam cobrar de seus representantes que os bem representem é, no mínimo, um equívoco, pois não importa se o candidato do eleitor foi eleito ou não. Cabe aos eleitos representarem a coletividade, a nação, independentemente de terem recebido votos deste ou daquele, como assevera Cellos (2012) *“É nesse sentido que a defesa que se faz é que as pessoas tenham o livre arbítrio de decidir se devem ou não comparecer às urnas, tanto quanto tem de eleger ou não algum representante. A escolha de representantes ruins – que acaba por refletir em um aumento da apatia política – não é resultante de uma maior ou menor participação em um pleito eleitoral e sim de pouca participação política. E essa pequena participação política também é um reflexo da falta de instrução e do clientelismo, que não atinge apenas os menos abastados, mas tem reflexo em toda sociedade”*.

Dessa forma, oportuno também ratificar a assertiva de José Afonso da Silva (2006), segundo a qual *“Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista”*.





É justo afirmar que a democracia se desenvolve no sentido de conduzir a um nível mais elevado de liberdade e, portanto, de se poder decidir se há ou não o interesse de exercer o voto. Deste modo, no que toca ao Brasil, levando-se em conta a obrigatoriedade do voto,

cabem alguns questionamentos quanto ao exercício pleno da cidadania, quais sejam: é possível que em um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamentos a soberania popular, a igualdade e a liberdade, o direito de votar e de ser votado integre o ordenamento jurídico como uma obrigação imposta mediante a cominação de uma sanção? Ou ainda, é compreensível que em pleno século XXI não seja levada em consideração a possibilidade de se exercer ou não esse direito?

Entende-se, por fim, que o direito de participação do cidadão no Poder, através do voto, podendo escolher os seus governantes, bem como podendo ser votado, é reconhecido como um dos mais importantes direitos políticos. No entanto, cabe também reconhecer como necessário à concretização da real expressão da vontade popular, do efetivo exercício de um direito democrático, que ele seja direto, secreto e livre, inclusive no sentido de poder optar-se por exercer, ou não, esse direito.

## REFERÊNCIAS

ASSIS BRASIL, Joaquim Francisco de. **Democracia Representativa: do voto e do modo de votar**. Rio de Janeiro: Leuzinger, 1981.

AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima. **Reforma Política no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

BARRETO, Álvaro Augusto de Borba. **O eleitor ausente: o não comparecimento às urnas na discussão das ciências sociais**. Cívitas, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 187-206, ago. 2008.

BOBBIO; BOVERO, Michelangelo (Org.). **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições clássicas**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.



BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Eleições no Brasil: uma história de 500 anos. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2014

CELLOS, João Miguel Montes. *O voto obrigatório à luz do estado democrático de direito: avanço ou retrocesso?* 2012. Trabalho Acadêmico. (Trabalho de Conclusão de curso em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

CHAIÁ, Vera. A longa conquista do voto na história político brasileira. São Paulo: Site da Fundação São Paulo, 2010. Disponível em: <[http://www.pucsp.br/fundasp/textps/downloads/O\\_voto\\_no\\_Brasil.pdf](http://www.pucsp.br/fundasp/textps/downloads/O_voto_no_Brasil.pdf)>. Acesso em: 15 fev. 2020.

CZAPLINSKI, Stefan B; COSTA, Luiz Domingos. **Confiança nas Instituições e Adesão ao Voto Obrigatório: uma relação necessária?** 2017. Disponível em: <<http://www.uninter.com/cadesnosuninter/index.php/gestao-publica/article/.../552>>. Acesso em: 28 de out. 2019.

DAHL. Robert. **Um prefácio à teoria democrática**. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

DANTAS, Ana Florinda. *Voto facultativo e cidadania*. **Revista do TRE-AL**, n.1, p.13-25, 2007.

DIAS, Reinaldo. **Ciência Política**. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERREIRA, Manoel Rodrigues. **A evolução do sistema eleitoral brasileiro**. Brasília: Editora Senado Federal, 2001.

GICO JR, Ivo. *Liberdade de voto*. [s. L.]: Selected Works, 2007. Disponível em:<[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1021&context=ivo\\_teixeira\\_gico\\_junior](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1021&context=ivo_teixeira_gico_junior)>. Acesso em: 12 de mar. de 2019.



JAEGER, Graciela E. R. **História do Voto no Brasil**. 2004. Trabalho Acadêmico. (Trabalho de Conclusão do curso em História) – Unisinos, São Leopoldo, 2004.

KAHN, T. **O voto obrigatório**. Dissertação de Mestrado, São Paulo, Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 1992.

MALLMANN, Leandro Ivan. **A (in)eficácia do voto obrigatório no Brasil**. 2009. Trabalho Acadêmico. (Trabalho de Conclusão do curso em Direito) – Centro Universitário Univates, Lajeado, 2009.

MENDONÇA, Valda de Souza. **Voto livre e espontâneo: exercício de cidadania política consciente**. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2006. MONTESQUIEU, Charles Louis de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

NICOLAU, Jairo. **História do Voto no Brasil**. Rio de Janeiro, 2002. NICOLAU, Jairo. **Eleições no Brasil**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

NOHLEN, D. **Sistemas electorales del mundo**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

OLIVEIRA, Igor Bruno Silva de. **A definição dos candidatos ao pleito eleitoral: o interesse do eleitor pelo processo de votação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

PAIXÃO, André, Abstenção atinge 20,3%, maior percentual desde 1998. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/08/abstencao-atinge-203-maior-percentual-desde-1998.ghtml> > Acesso em: 24 de jun. de 2019.

RIBEIRO, Renato Janine. **A Democracia**. São Paulo: Editora Publifolha, 2005.

SANTOS, Antônio Augusto Mayer dos. **Reforma Política: inércia e controvérsias**. Porto Alegre: age, 2009.



SANTOS, Eurico A. Gonzales Cursino dos. **Da obrigatoriedade do voto.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 42, n. 2, p. 101-106, jan./mar. 2004.

SILVA, Enio Moraes da. **O Estado Democrático de Direito.** Revista de informação legislativa, Brasília, v. 42. N. 167, p. 213-229, jul./set., 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

SOARES, Mário Lúcio Quintao. **Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pre-compreensão para o direito constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOARES, Paulo Henrique. **Vantagens e desvantagens do voto obrigatório e do voto facultativo.** Revista de informação legislativa, Brasília, v. 41, n. 161, p. 107-116, jan./mar. 2004.

SOUZA, Francisco Belisário. **Sistema eleitoral no Império.** Brasília: UnB, 1979.

STRECK, Lenio Luiz; Morais, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TABELA CIA (The world suffrage). Disponível em: <  
<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/311.html>> acesso em: 05 de março de 2020.



# A EFICÁCIA DAS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO NA SEMANA NACIONAL DE CONCILIAÇÃO DE 2019 NO ÂMBITO DO CEJUSC-CEILÂNDIA

Ivambasten Cardozo Pontes

## RESUMO

O presente artigo científico tem como objetivo verificar a eficácia das audiências de conciliação no âmbito da Circunscrição Judiciária de Ceilândia/DF durante a Semana Nacional De Conciliação de 2019, analisar os números obtidos e averiguar a utilização de métodos consensuais de conflito. Fazendo breve exposição dos principais protagonistas do ordenamento jurídico brasileiro no assunto, a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e o Código de Processo Civil de 2015. Além disso, será feita uma análise da disseminação da Cultura da Pacificação Social.

**Palavras-chave:** conciliação; políticas públicas em RAD; Semana Nacional de Conciliação; pacificação social.

## INTRODUÇÃO

Com a já conhecida por todos, super judicialização das lides no Brasil, foi necessária a implementação de métodos alternativos para a diminuição e resolução desses conflitos. A aplicação da política em Resolução Adequada de Disputas (RAD), que prevalece a vontade das partes na tentativa de se chegar um consenso e de maneira menos onerosa, se mostrou um mecanismo muito efetivo nesse objetivo, não só aqui, mas em todo o mundo.



O judiciário vem sendo cada vez mais demandado nos últimos anos e com isso surgiu a necessidade de se intensificar as políticas públicas para tratar dos conflitos judicializados. Para isso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou um evento que impulsionasse essas políticas, denominado de Semana Nacional de Conciliação (SNC). Evento este que será analisado pelo presente artigo, mais especificamente por meio da análise dos seus resultados no âmbito do Centro Judiciário de Solução de Conflitos de Ceilândia (CEJUSC-CEI).

Tal análise, mostrou a importância da utilização do RAD na obtenção de resultados mais satisfatórios, menos onerosos e desgastantes, em que esses resultados serviram como modelos para mudança da mentalidade dos usuários e dos membros do judiciário. Assim, o presente artigo propõe-se a analisar quantitativamente a eficácia das audiências de conciliação na Semana Nacional de Conciliação em 2019 no âmbito do CEJUSC-CEI, analisando, pelo método indutivo, os resultados obtidos no evento.

O artigo foi dividido em dois capítulos, em que o primeiro apresenta os conceitos, semelhanças e diferenciações entre a conciliação e a mediação explanando os objetivos das audiências, a atuação dos conciliadores/mediadores e as vantagens da utilização da RAD. Ademais, também se expõe sobre o ordenamento jurídico, qual seja o Código de Processo Civil de 2015 e a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça.

Já o segundo capítulo é dedicado a explicar a dinâmica e os objetivos da Semana Nacional de Conciliação, explicando a utilização do novo sistema (O Conciliação) para geração de dados.

Ao final, foi feita uma análise dos resultados dos números da Semana Nacional de Conciliação no CEJUSC Ceilândia. Por meio do índice de acordos, valores negociados e grau de satisfação das partes.



## 1 A CONCILIAÇÃO COMO FORMA DESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

### 1.1 CONCEITO DE CONCILIAÇÃO E RELAÇÃO COM A MEDIACÃO

Antes de tudo, é importante ressaltar que, no Brasil, existe uma distinção entre a definição de conciliação e mediação, mesmo que muitas vezes de for equivocada sejam palavras usadas como sinônimos entre si. Claro que em uma conversa informal o sentido dificilmente alterará em algo o teor do diálogo, mas juridicamente essa diferenciação tem grande importância.

Para melhor compreensão, é importante analisarmos a etimologia das palavras, em que “conciliação” deriva do latim *conciliatio*<sup>1</sup>, que significa ato ou efeito de conciliar, ajuste, acordo ou harmonização de pessoas, união, combinação ou composição de diferenças.

Já mediação, ou mediar, vem do latim *mediare*<sup>2</sup>, que significa: ficar no meio de dois pontos, no espaço, ou de duas épocas, no tempo; pertencer a média.

#### 1.1.1 O QUE É CONCILIAÇÃO?

Para facilitar a compreensão, é imperioso que definições dadas por grandes doutrinadores sejam analisadas, e nas palavras de De Plácido e Silva (1978, p. 381) a conciliação é “o ato pelo qual duas ou mais pessoas desavindas a respeito de certo

---

<sup>1</sup> SILVA, Robson Rogerio Cerqueira da - Conciliação e mediação: instrumentos para a pacificação e solução de conflitos, disponível em [http://www.editoramagister.com/doutrina\\_27330327\\_CONCILIACAO\\_E\\_MEDIACAO\\_INSTRUMENTO\\_S\\_PARA\\_A\\_PACIFICACAO\\_E\\_SOLUCAO\\_DE\\_CONFLITOS.aspx](http://www.editoramagister.com/doutrina_27330327_CONCILIACAO_E_MEDIACAO_INSTRUMENTO_S_PARA_A_PACIFICACAO_E_SOLUCAO_DE_CONFLITOS.aspx) - acesso em 14/10/2019

<sup>2</sup> Moderno Dicionário da Língua Portuguesa, Michaelis, Ed. Melhoramentos, 2ª. Edição, 2010



negócio, ponham fim à divergência amigavelmente”, sendo assim seria “a harmonização do que se diverge”<sup>3</sup>.

Segundo a definição de conciliação dada pela Ministra Ellen Gracie em um pronunciamento:

A conciliação é caminho para a construção de uma convivência mais pacífica. O entendimento entre as partes é sempre a melhor forma para que a justiça prevaleça. O objetivo é uma sociedade capaz de enfrentar suas controvérsias de modo menos litigioso, valendo-se da conciliação, orientada por pessoas qualificadas para diminuir o tempo na busca da solução de conflitos e reduzir o número de processos, contribuindo, assim, para o alcance da paz social.<sup>4</sup>

Nas palavras de Robson Rogério Cerqueira da SILVA a conciliação pode ser entendida como:

Uma forma de resolução de conflitos, onde um terceiro, neutro e imparcial, chamado conciliador, facilita a comunicação entre pessoas que mantêm uma relação pontual na busca de seus interesses e na identificação de suas questões, através de sua orientação pessoal e direta, buscando um acordo satisfatório para ambas.<sup>5</sup>

Já seguindo o entendimento do próprio TJDFT, que é idêntico ao do CNJ, a conciliação pode ser definida como:

Um processo autocompositivo breve no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para

---

<sup>3</sup> SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 5. ed. Rio de Janeiro, v. 1 e 3. Forense, 1978

<sup>4</sup> Trecho do pronunciamento da Ministra Ellen Gracie, no lançamento do Movimento pela Conciliação, em Brasília no dia 23 ago. 2006. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/28149/a-instituicao-da-conciliacao-e-o-poder-judiciario/3> - acesso em 05/02/2020.

<sup>5</sup> SILVA, Robson Rogério Cerqueira da, disponível em: [http://www.lex.com.br/doutrina\\_27330327\\_CONCILIACAO\\_E\\_MEDIACAO\\_INSTRUMENTOS\\_PARA\\_A\\_PACIFICACAO\\_E\\_SOLUCAO\\_DE\\_CONFLITOS.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_27330327_CONCILIACAO_E_MEDIACAO_INSTRUMENTOS_PARA_A_PACIFICACAO_E_SOLUCAO_DE_CONFLITOS.aspx), acesso em 22/10/2019





assisti-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo<sup>6</sup>.

E nas minhas humildes palavras a conciliação é uma oportunidade que duas ou mais pessoas têm para tentarem chegar em um consenso por meio do diálogo, buscando cada um alcançar seus respectivos interesses, mesmo que signifique fazer pequenas concessões mútuas, contando com a ajuda de um terceiro imparcial, o conciliador.

Segundo o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 estabelece em seu artigo 165 § 2º, é mais recomendável que o conciliador atue preferencialmente em audiências que envolvam partes que não têm um vínculo anterior, como ações decorrentes de acidente de trânsito, cobrança/pagamento de valores, etc (Art. 162 §2º CPC).

Art. 165 § 2º - O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem<sup>7</sup>.

Importante ressaltar que o Código Civil não dá uma definição para a conciliação e sim uma orientação de encaminhamento. Valendo o mesmo para o procedimento da mediação<sup>8</sup>.

Conciliação é uma conversa entre as partes de um processo que conta com a participação de um terceiro não interessado, imparcial e neutro, o conciliador. Ou seja, a conciliação possui dois elementos significativos, as partes (negociantes) e o conciliador, tendo este, papel essencial para que se tenha uma sessão proveitosa.

---

<sup>6</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça – Manual de Mediação Judicial, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>, acesso 22/10/2019

<sup>7</sup> BRASIL, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015 – Código de Processo Civil - Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) - acesso em 07/03/2020

<sup>8</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça – Manual de Mediação Judicial, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>, acesso 22/10/2019



### *1.1.2 A ATUAÇÃO DO CONCILIADOR*

O conciliador busca tornar o diálogo mais construtivo e pode inclusive apresentar alternativas para a solução do conflito. Apesar de existir a possibilidade, é sempre mais recomendável que não faça, e que o conciliador use técnicas da conciliação, como perguntas reflexivas, levantar alternativas/propostas apresentadas por outras partes em casos semelhantes<sup>9</sup>.

Vale destacar que existem dois tipos de conciliadores em relação a sua atuação, sendo o primeiro o Conciliador Avaliador, em que este pode agir conforme dito anteriormente, com sugestões e alternativas de solução para o caso apresentado. Existe ainda o Conciliador Facilitador, que diferentemente do anterior, não pode opinar nem propor alternativas, atuando apenas como intermediador da comunicação entre as partes. Sendo o Conciliador facilitador o perfil adotado pelo TJDF.

A atuação do conciliador dessa maneira tem dois objetivos principais: o primeiro é fazer com que as partes sejam os sujeitos mais ativos o possível na construção/tentativa da solução do conflito, assim as partes se tornam os protagonistas da construção da solução, participando efetivamente da audiência.

Dessa forma, se a parte A ver que a proposta apresentada partiu da parte B, não vai parecer que o conciliador está pendendo para um lado. Também pode acontecer da parte A considerar que a proposta apresentada pela parte B é mais favorável à B e cabe ao conciliador, com seu olhar externo e imparcial da situação, usar a técnicas como a ressignificação (quando o conciliador reformula o que foi dito por uma parte utilizando palavras neutras, positivas, não tendenciosas), para que

---

<sup>9</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça – Manual de Mediação Judicial, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2ddd9fec54.pdf>, p. 2 acesso em 22/10/2019



dessa forma, a parte que recebeu a proposta possa, quem sabe, interpretá-la com outros olhos, visto que na maioria das vezes as partes estão muito polarizadas e firmes no seu posicionamento inicial<sup>10</sup>.

Já o segundo objetivo é proteger o conciliador. Proteger no sentido de não parecer para as partes que o conciliador está sendo tendencioso. Dessa forma, fazendo perguntas reflexivas, as partes podem fazer ponderações sobre o que está sendo tratado ou também apresentar soluções que foram utilizadas em casos semelhantes, isso evita que passe a impressão de estar tentando influenciar alguma das partes e também evita que as partes futuramente aleguem que o conciliador às induziu em fechar o acordo<sup>11</sup>.

#### *1.1.4 OBJETIVOS DA CONCILIAÇÃO*

Com o passar dos anos, os órgãos públicos, com ajuda do CNJ, foram percebendo uma necessidade de diminuição da diferenciação dos tipos de solução consensual de conflitos, com a aplicação de técnicas mais aprofundadas na conciliação, já que de forma simplória, é possível dizer que conciliação está inserida na mediação, mas o contrário não é correspondente.

Pode-se listar vários novos pontos de intersecção entre a conciliação e a mediação, mas por uma questão de metodológica, litaremos apenas três neste momento:

- I. Antes a audiência de conciliação tinha o objetivo de se chegar à um acordo, hoje tem também o objetivo de pacificação social entre as

---

<sup>10</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça – Manual de Mediação Judicial, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>, - p. 22 acesso em 22/10/2019

<sup>11</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça – Manual de Mediação Judicial, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>, - p. 22 acesso em 22/10/2019



partes, restaurando, se possível, a relação entre elas. Esse novo olhar traz vários resultados positivos, pois com as partes pacificadas é improvável que haja um novo processo entre elas, o que acaba favorecendo o tribunal já que significa um eventual processo a menos no futuro.

- II. Utilizar técnicas persuasivas, mas não coercitivas ou impositivas para se chegar à um consenso. Com isso, além do consenso, o nível de satisfação entre as partes tende a ser bem mais elevado, o que será demonstrado posteriormente com a pesquisa de satisfação do usuário.
- III. Humanização do processo de resolução de conflitos. A humanização é extremamente importante, visto que em quase todos os processos estamos diante não de processo e sim de pessoas. E mesmo em processos entre pessoas jurídicas x pessoas jurídicas, sempre existem pessoas envolvidas<sup>12</sup>.

### *1.1.5 O QUE É MEDIAÇÃO?*

A Mediação, assim como a conciliação, também é um método de solução consensual de conflitos, contando com a colaboração de um terceiro não interessado (mediador) que atua de maneira neutra e imparcial, na busca de se alcançar um ponto em comum entre duas ou mais pessoas<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça – Manual de Mediação Judicial, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2ddd8fec54.pdf>, - p. 21-22 - acesso em 22/10/2019

<sup>13</sup> LEITE, Gisele. Um breve histórico sobre a mediação. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/56414/um-breve-historico-sobre-a-mediacao>, acesso em 11/11/2019



Segundo o TJDFT e o CNJ, a mediação pode ser definida como “uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro.” Fazendo um agregado de definições de alguns autores, que são mais complexas, pode-se dizer que a mediação é:

Um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte neutra ao conflito ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para se chegar a uma composição. Trata-se de um método de resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades (AZEVEDO, 2015, p. 20)<sup>14</sup>.

O papel do mediador é bem semelhante ao do conciliador, porém existe uma variação, a depender do caso, mas os princípios e objetivos são comuns. Inclusive, em alguns países não existe uma destinação entre a atuação deles.

O mediador também é um terceiro imparcial que age no intuito de facilitar, organizar e melhorar a comunicação entre as partes, atuando preferencialmente em casos que houver vínculo anterior e continuado entre as partes, como em processos de família.

O papel do mediador é de auxiliar os interessados na compreensão das questões e interesses do conflito, para que os mesmos, possam restabelecer a comunicação de forma amigável e identificar soluções consensuais que sejam benéficas a todos (Art. 165 §3º CPC)<sup>15</sup>.

### *1.1.6 QUAL A DIFERENÇA ENTRE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO?*

---

<sup>14</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça – Manual de Mediação Judicial, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2ddd8bfec54.pdf>, - p. 20 - acesso em 22/10/2019

<sup>15</sup> BRASIL, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015 – Código de Processo Civil - Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) - acesso em 07/03/2020



Como dito anteriormente, embora em muitas vezes (erroneamente) serem consideradas como palavras sinônimas, a Conciliação e a Mediação têm suas diferenças, mas também existem semelhanças entre elas.

Ambas são meios consensuais de resolução de conflitos para que se alcance a pacificação social pelo caminho que as partes ditarão.

Podemos dizer que assim como as pessoas, a leis também evoluem. O que é natural e esperado, visto que se presume que uma lei é reflexo do que uma sociedade entende de como determinada situação deve ser tratada. E essa evolução da visão do que é e como deve ser a mediação/conciliação acabou levando-as à vários pontos em comum, o que é muito benéfico, já que houve uma melhora significativa no papel desempenhado pelo judiciário.

Como o entendimento dos tribunais caminharam para um sentido de tentar aproximar a conciliação mais ainda da mediação em busca de um desempenho otimizado dos procedimentos, podemos dizer que atualmente existem mais semelhanças do que diferenças entre os métodos de resolução de conflitos.

Talvez a maior diferença seja em relação ao grau de envolvimento pretérito entre as partes e também a atuação do facilitador – que será melhor explicado a seguir- já que na mediação existe a possibilidade de o mediador sugerir alternativas, mas ressaltando mais uma vez que nada do que for sugerido é vinculante<sup>16</sup>.

Além das sugestões não serem vinculantes, o próprio procedimento autocompositivo também não é vinculante, apesar de ser sempre o caminho mais recomendável para as partes. A não vinculação dita aqui é em relação à participação das partes durante a sessão de conciliação, ou seja, se a parte estiver firme de que não quer de nenhuma forma tentar chegar num consenso por meio de uma

---

<sup>16</sup> BRASIL, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015 – Código de Processo Civil - Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) - acesso em 07/03/2020



negociação com a outra parte, ela tem esse direito garantido. Porém sempre é ressaltado às partes que em uma decisão judicial nunca se sabe o que, como e em quais condições a demanda será decidida, e que elas devem sempre levar essa variável em consideração para tomar a decisão de não tentar construir um acordo<sup>17</sup>.

O CPC de 2015 nos parágrafos 2º e 3º do artigo 165, faz uma distinção da atuação do conciliador e do mediador, respectivamente, ao trazer os seguintes dizeres:

Art. 165 § 2º - O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.<sup>18</sup>

Na conciliação, o conciliador tem uma atuação mais direta na negociação, podendo sugerir alternativas que possam contribuir para solucionar o litígio. (art. 165 §2º) Já o mediador, é um terceiro imparcial que também tem o papel de facilitar o diálogo entre as partes, porém apesar de poder, deve-se evitar sugerir alternativas, atuando com o intuito de que as próprias partes proponham soluções (art. 165 §3º CPC)<sup>19</sup>.

Como dito anteriormente, outra diferenciação está no que diz respeito ao tipo de relação entre as partes, se são conflitos mais superficiais/objetivos, como nos

---

<sup>17</sup> BRUNO, Susana. Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado. Belo Horizonte: Fórum. 2012. p, 60

<sup>18</sup> BRASIL, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015 – Código de Processo Civil - Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) - acesso em 16/03/2020

<sup>19</sup> BRASIL, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015 – Código de Processo Civil - Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) - acesso em 17/03/2020



casos que não existe um relacionamento duradouro entre os envolvidos, nesses casos recomenda-se o conciliador.

Já o mediador é mais indicado nos casos que as partes já tiveram/têm uma relação continuada, visto que nesses casos, as questões que envolvem o litígio, muitas vezes não são apresentadas no processo, podendo o conflito surgir de um fato relativamente simples, que se não resolvido, acaba gerando outro e depois outro, cada vez mais complexos, é o que na conciliação/mediação é chamado de Espiral do Conflito. Tanto que no âmbito do TJDFT, os mediadores são denominados como mediadores de família.

Essa diferenciação por “complexidade” do caso também pode ser observada pelo nível de aprofundamento teórico e prático do curso de formação de conciliadores do de mediador.

O curso de conciliador é composto por uma parte teórica de 40 horas, e, após aprovado, o candidato passa por um estágio supervisionado de 60 horas, que envolve 3 tipos de participação na audiência, a ser:

- **Observador** - assistindo outro(s) conciliador(es) para se familiarizar com os procedimentos;
- **Co-Conciliador** - atua à mesa juntamente com outro conciliador, geralmente mais experiente, para que possa iniciar sua participação como facilitador e aos poucos intensifica o seu grau de participação;
- **Conciliador** - após o supervisor considerar que o formando já tem conhecimento e capacidade de atuar e conduzir sozinho à audiência.





Já no curso de mediador também são 40 horas teóricas, porém 80 horas de estágio supervisionado. E para atuar em audiências de família, existe um acréscimo de mais 24 horas teóricas e 60 horas de estágio supervisionado<sup>20</sup>.

Ainda sobre a possibilidade de o facilitador suggestionar (nos tribunais que adotam essa possibilidade), esse mecanismo é utilizado como última alternativa (quando é). Importante também ressaltar que a atuação do facilitador não é necessariamente engessada. O mediador é perfeitamente preparado para atuar como conciliador, mas o inverso não é possível. Porém, isso não impede que o conciliador aja como mediador, no sentido de sugerir proposta para a solução do conflito, como dito anteriormente, e aplicação de técnicas mais avançadas.

A preferência da atuação do facilitador de forma menos participativa tem dois motivos principais: protegê-lo de eventual acusação de influência negativa na formulação do acordo, e principalmente porque dessa forma, o nível do grau de satisfação das partes é mais elevado quando as partes não sofrem influência de terceiros alheios à lide. Tentarei demonstrar isso no capítulo 2, analisando os dados dos resultados das audiências e também da pesquisa de satisfação das partes, que elas respondem ao final da sessão<sup>21</sup>.

O ideal é que a condução da audiência se dê por uma iniciativa secundária do facilitador, sendo a primária das partes, no sentido de que o facilitador reestabeleça a comunicação entre as partes e, com esse objetivo alcançado, a negociação acontecerá quase que se forma natural.

---

<sup>20</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDFT Disponibiliza Manual De Como Se Tornar Um Mediador disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/janeiro/tjdft-disponibiliza-manual-de-como-se-tornar-um-mediador>, acesso em 11/11/2019

<sup>21</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/area-do-conciliador/quero-ser-conciliador> - acesso em 06/01/2020



Em relação à possibilidade de sugestão, esta também pode acontecer baseada em algo que uma das partes deixou implícito em algum momento da sessão, seja de forma subliminar ou contando que já havia tentado tal procedimento anteriormente, mas que não houve êxito, e acabou nem cogitando propô-la novamente. E o facilitador por ter uma visão não sentimental/emocional da situação, tem melhores condições de rerepresentar essa possibilidade, ressignificando a proposta.

### *1.1.7 ESTRUTURAÇÃO E OS OBJETIVOS DA POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS*

A Política Judiciária Nacional prevista na Resolução CNJ n. 125/2010 está estruturada de uma forma que envolve 3 (três) agentes. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão maior dessa estrutura, com atribuições normativas e organizacionais de caráter geral, válidas em todo o território nacional<sup>22</sup>.

Os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) são os segundos na hierarquia, cada tribunal conta com um NUPEMEC que será responsável pela promoção e desenvolvimento de Políticas Públicas no Estados e também pela instalação e fiscalização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC).

Esses Centros são repartições onde as Políticas Públicas são implementadas, ou seja, onde as audiências acontecem, sendo os conciliadores e mediadores as principais peças. Existem também, em alguns CEJUSCs, subdivisões temáticas, que serão abordadas mais afrente.

---

<sup>22</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – Resolução nº 125/2010 – disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156> – acesso em 18/01/2020



A Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos tem como um dos seus objetivos a aplicação de métodos consensuais de solução de conflitos, direcionando seus olhares principalmente à conciliação e mediação.

A fiscalização ocorre principalmente por análise de relatórios, que são enviados pelos CEJUSCs aos respectivos NUPEMECs, contendo informações como índice de acordos e não acordo, partes presentes nas audiências, grau de satisfação das partes, avaliação geral dos conciliadores, dentre outros. Esses relatórios são agrupados e utilizados para elaborar um novo relatório mais amplo que é repassado ao CNJ, e com esses dados em mãos, realiza a verificação e acompanha se a aplicação das políticas previstas estão ou não sendo cumpridas.

A implementação dessas políticas não se resume às audiências (judiciais ou extrajudiciais), expandem-se também junto ao MEC, trabalhando na mudança de mentalidade dos operadores do Direito, principalmente na última década.

É sabido por todos que, em regra, as faculdades de Direito costumam dar mais ênfase nos métodos litigiosos do que métodos consensuais de resolução de conflitos e isso acaba refletindo no judiciário, visto que hoje o Poder Judiciário está completamente abarrotado, em todas as suas esferas.

Para se ter noção da grandiosidade desse problema, segundo dados do CNJ, no ano de 2018 o número de processos em andamento em todo o território nacional era superior a 78,5 milhões de processos em andamento. Não bastasse a expressividade da quantidade, ela piora ainda mais ao se fazer um exercício mental simples: utilizando o parâmetro abaixo, imaginemos que em cada processos existam 2 partes, seria como se 150 milhões de pessoas no Brasil tivessem processos em seus nomes, isso representaria quase 3/4 da população brasileira. Claro que o número de processos trabalhistas e que envolvam empresas, principalmente em relações de consumo, é



bem elevado, mesmo assim, isso não apazigua o elevado número de processos em trâmite atualmente<sup>23</sup>.

Um sinal positivo, é que, apesar de ainda não ser proporcionalmente tão significativo, ainda assim é animador, pelo fato de representar uma mudança na direção do gráfico, é a diminuição do número de processos pendentes no Brasil, que em 2018 foram 900 mil processos a menos tramitando.

Esse dado tem sua relevância principalmente pelo fato de ser a primeira vez que isso acontece nos últimos 10 anos, desde o início da séria histórica, que começou em 2009.

De acordo com Richard Pae Kim, secretário Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica “O resultado se deve ao esforço de todos os tribunais, juízes e servidores do Poder Judiciário, em buscar soluções alternativas de conflitos, o que tem sido crucial para a redução das demandas”<sup>24</sup>.

### *1.1.7 AS VANTAGENS DA UTILIZAÇÃO DE UM MÉTODO CONSENSUAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS*

Pode-se afirmar que os métodos consensuais de solução de conflitos tendem a ser muito mais satisfatórios, não só por se tratar de algo que encerra o processo,

---

<sup>23</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça - Processos pendentes na Justiça apresentam queda inédita, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/processos-pendentes-na-justica-apresentam-queda-inedita/>, acesso 02/02/2020

<sup>24</sup> CERIONI, Clara. Brasil tem primeira queda no número de processos em pelo menos 10 anos – disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/apos-dez-anos-brasil-tem-queda-no-numero-de-processos-na-justica/> - acesso em 29/04/2020



mas também porque são as partes que constroem a solução e não o juiz, além de serem as parte que definem “o que” e “como” será o acordo<sup>25</sup>.

Além disso, um consenso entre as partes traz algumas vantagens, como:

- i)** As partes terem suas vontades respeitadas, já que o acordo é estritamente voluntário e as partes não ficam sujeitas à incerteza do julgamento da lide por um terceiro, no caso o juiz(a), mesmo que não se alcance 100% do pretendido ao início da demanda;
- ii)** .As partes têm mais controle dos procedimentos que podem ou não acontecer, por exemplo, pedir suspensão do processo ou remarcação da audiência;
- iii)** O cumprimento das obrigações ajustadas é espontâneo, que se não cumprido, há incidência de multa, que pode ser acordada ou estipulada pelo(a) magistrado(a));
- iv).** Maior grau de satisfação, já que houve uma negociação e não uma imposição;
- v).** Economia de tempo e dinheiro, já que as partes saem da audiência já sabendo o que ficou decidido e o tempo para cumprir com a obrigação, além de ser, em regra, irreversível, o que também gera uma economia de tempo, já que se evita um futuro recurso caso o processo prossiga, que geraria mais gastos advocatícios, eventuais custas processuais, deslocamentos até o tribunal, ou até mesmo a parte ter algum prejuízo no trabalho por ter que comparecer ao tribunal em caso de nova audiência<sup>26</sup>.

## 1.2 MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

---

<sup>25</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal – Relatório Semana Nacional de 2019 - <https://www.tjdf.tjus.br/informacoes/cidadania/nupemec/institucional/publicacoes/relatorios/nupemec/2019/relatorio-semana-nacional-2019.pdf> - acesso em 10/11/2019

<sup>26</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça – Manual de Mediação Judicial, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2ddd6fec54.pdf>, - p. 20 - acesso em 22/10/2019



Na última década o Poder Legislativo teve grande participação no incentivo às práticas autocompositivas, compartilhando um espaço que antes era ocupado quase que somente pelo Poder Judiciário. Principalmente com a elaboração e vigência do Novo Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015)<sup>27</sup>.

Didier destaca alguns fatores importantes que colaboraram para essa novo de cenário, como:

- i) Um capítulo dedicado à regulação da conciliação e mediação;
- ii). Organização dos procedimentos, constando a autocomposição com ato pretérito à defesa (art. 334 e 695);
- iii) Possibilidade de homologação judicial de acordo extrajudicial (art. 515 - III e art. 725 - VIII);
- iv) Possibilidade de o acordo judicial constar sujeito estranho ao processo (art. 515 - § 2º);
- v) Possibilidade de acordos atinentes à procedimentos do processo (não ao objeto), desde que admitida a autocomposição (art. 190)<sup>28</sup>.

Com isso, contata-se a possibilidade da autocomposição em diversas fases do processo, estando presente em diferentes partes do Código, sendo possível no início, meio e/ou final do processo, desde que as partes entrem em consenso.

Esse incentivo à solução consensual de conflitos também é visível no início do CPC, mais precisamente nos §§ 2º e 3º do artigo 3º, asseverando que

Art. 3º § 2º - O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º - A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes,

---

<sup>27</sup> DIDIER, Fredie Jr., Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19, ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017 – p. 273

<sup>28</sup> DIDIER, Fredie Jr., Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19, ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017 – p. 273



advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.<sup>29</sup>

Os dispositivos acima refletem uma mudança significativa do olhar do poder público em relação a situações conflituosas de matéria cível, buscando uma efetiva pacificação social, por meio do fim do conflito propriamente dito e não somente o fim do processo.

Portanto, conforme salienta Vasconcelos, existirá uma tendência significativa de alteração da mentalidade dos juristas, em que estes se posicionarão mais colaborativos no tratamento de conflitos, visando atender os anseios das partes do processo<sup>30</sup>.

Outro fator importante, é o constante no artigo 139 inciso V do CPC, onde diz que incumbe ao magistrado “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”<sup>31</sup>. Sendo importante também que haja a utilização de técnicas conciliatórias da forma adequada.

Também é importante citar o artigo 334 do CPC, que torna quase obrigatória a realização da audiência de conciliação/mediação, conforme o referido artigo:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. [...]

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

<sup>29</sup> LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015 – Código de Processo Civil - Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) - acesso em 05/02/2020

<sup>30</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. São Paulo: Método, 2018. 6. ed. Não paginado

<sup>31</sup> LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015 – Código de Processo Civil - Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) - acesso em 25/02/2020



II - quando não se admitir a autocomposição.<sup>32</sup>

Diante disso, vemos que o legislador decidiu que a realização da audiência seja tratada como regra, não ocorrendo apenas quando as partes se manifestarem contrário à realização da mesma. Sendo assim, caso não haja manifestação unânime contrário à uma tentativa de autocomposição, está ocorrerá. Porém, isso não necessariamente significa que deverá ser formulado um acordo, pois este deve ser voluntário e consensual entre as partes.

Da mesma forma acontece nos casos que envolverem litisconsortes, em que todos deverão se manifestar expressamente pela não realização da audiência para que esta seja dispensada, caso contrário ela acontecerá<sup>33</sup>.

Por fim, vale ressaltar também a possibilidade da composição extrajudicial a qualquer momento do processo, mesmo que não tenha sido possível a formulação de um acordo na audiência de instrução e julgamento, conforme artigo 359 do CPC de 2015<sup>34</sup>.

### **1.3 RESOLUÇÃO Nº 125/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**

Sem medo de errar, pode-se afirmar que a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça é, se não o maior, um dos mais importantes marcos históricos relacionado à norma de política pública para o tratamento adequado de conflitos litigiosos. Sendo a primeira legislação de dedicação exclusiva ao tema, além de tratá-lo com um elevado nível de detalhamento, porém de uma forma não burocrática, simples e objetiva.

---

<sup>32</sup> LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015 – Código de Processo Civil - Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) - acesso em 25/02/2020

<sup>33</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. São Paulo: Método, 2018. 6. ed. Não paginado

<sup>34</sup> LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015 – Código de Processo Civil - Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) - acesso em 25/02/2020





O Código de Processo Civil de 2015, certamente está no páreo, ao lado da Resolução 125 do CNJ, quando o assunto é solução de conflitos através de métodos autocompositivos. Apresentando com clareza as formas e procedimentos dos métodos, inclusive com incentivos, como tornar a audiência de conciliação quase que obrigatória e também com a possibilidade formalizar um acordo a qualquer momento do processo, mesmo na fase de execução.

Mesmo com o significativo peso que o CPC de 2015 atribuiu à implementação de métodos autocompositivos, essa mudança teve enorme influência da Resolução 125 do CNJ de 2010, que nesses 5 anos anteriores ao CPC, serviu não só como uma norma, mas foi também um norte para aplicação dos mecanismos autocompositivos, sendo responsável também por alterar a mentalidade do judiciário para que os métodos consensuais fossem adotados, em especial a conciliação e mediação.

De acordo com DIDIER (2017, p 305):

Compreende-se que a solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático. O propósito evidente é tentar dar início a uma transformação cultural – da cultura da sentença para a cultura da paz<sup>35</sup>.

Importante relatar sobre as 10 considerações iniciais da Resolução, que faz diversas referências ao ordenamento jurídico brasileiro, como o artigo 5º inciso XXXV, que trata do Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, e o famoso

---

<sup>35</sup> DIDIER, Fredie Jr., Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19, ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 305



artigo 37 da Constituição Federal, que trata sobre os princípios que regem a administração pública brasileira, que se verifica no decorrer da resolução<sup>36</sup>.

Além disso, ainda nas considerações, a mesma enfatiza as atribuições do poder judiciário em estabelecer políticas públicas de tratamento adequado de conflitos como remédio para amenizar a superlotação do judiciário brasileiro, em especial a conciliação e a mediação, atribuindo-lhes o papel de:

Instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças.<sup>37</sup>

Além dessas questões principiológicas, é na Resolução 125 do CNJ que consta a criação dos CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA, os famosos CEJUSCs, setor do judiciário focado e especializado na realização das audiências de conciliação e mediação.

A resolução não é só mais um regulamento jurídico com direitos e deveres, ela também diz o que deve ser feito, como deve ser feito; quem é o responsável em fiscalizar, organizar, realizar, e controlar esse sistema, no aspecto estadual e nacional; aonde as audiências devem ser feitas; atribuição e distinção de diferentes casos, reconhecendo que existem peculiaridades e que deve ser utilizado o método mais adequado à situação apresentada, e outros mais.

De primeiro momento a Resolução pode até parecer curta, mas pela sua amplitude temática, podemos dizer que ela é curta e grossa, indo direito ao ponto com objetividade.

---

<sup>36</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – Resolução nº 125/2010 – disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156> – acesso em 18/01/2020

<sup>37</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – Resolução nº 125/2010 – disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156> – acesso em 18/01/2020



Contendo 19 artigos, distribuídos em quatro capítulos, que versam sobre: (capítulo I) Política Pública De Tratamento Adequado De Interesses; (capítulo II) Atribuições Do CNJ; (capítulo III) Atribuições Dos Tribunais e (capítulo IV) do Portal de Conciliação.

Continuando a estruturação, existem as sessões dos capítulos, tratando dos seguintes temas:

**Sessão I – DOS NÚCLEOS PERMANENTES DE MÉTODOS  
CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS;**

**Sessão II - DOS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO DE  
CONFLITOS E CIDADANIA;**

**Sessão III - DOS CONCILIADORES E MEDIADORES;**

**Sessão III A - DOS FÓRUMS DE COORDENADORES DE NÚCLEOS;**

**Sessão III B - DAS CÂMARAS PRIVADAS DE CONCILIAÇÃO E  
MEDIÇÃO;**

**Seção IV - DOS DADOS ESTATÍSTICOS.** Contando ainda com as disposições finais, que dispões sobre outras atribuições aos entes que aplicam as políticas públicas consensuais.

Sem sombra de dúvidas, a Resolução 125 foi a grande responsável pela mudança da mentalidade do judiciário brasileiro, sendo além de um instrumento de resolução, foi também um mecanismo de acesso à justiça. Possibilitando que questões, apesar de estarem judicializadas, pudessem ser resolvidas entre os próprios envolvidos.

O acesso à Justiça não deve ser confundido com acesso ao judiciário, pois diferente de uma mera judicialização, com a nova mentalidade principiológica, o jurisdicionado tem muito mais chances de obter um resultado satisfatório.



Principalmente quando se trata de cidadãos que estão à margem da sociedade. Logo, o judiciário deixou de ser meramente heterocompositivo e passou a ser autocompositivo.

Percebe-se uma intrínseca correlação entre acesso à Justiça e satisfação do usuário, pois por meios consensuais dá-se fim não só ao processo, mas aquela demanda em questão, já que foram as partes encontraram um meio-termo e sabendo da impossibilidade de recurso, dificilmente aquela demanda retornará ao judiciário.

## **2 A SEMANA NACIONAL DE CONCILIAÇÃO E SEUS RESULTADOS NO CEJUSC CEILANDIA**

### **2.1 O QUE É SEMANA NACIONAL DE CONCILIAÇÃO**

A Semana Nacional de Conciliação, como o próprio nome já diz, é um evento que dura 1 (uma) semana, que é realizado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, existindo desde 2006, contando com a participação dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, Tribunais Trabalhistas e Tribunais Federais por meio de parcerias entre os órgãos e o CNJ<sup>38</sup>.

A dinâmica do evento se dá por meio de uma seleção de processos, aqueles considerados com maiores chances de serem resolvidos consensualmente, e também impulsiona ações de cidadania voltando olhares para a população, buscando dar a ela mais conhecimento a respeito e mostrar formas de acesso à justiça.

Existe a possibilidade de uma ampliação dessa semana, se tornando duas semanas, em que o próprio tribunal organiza a primeira, e a segunda é organizada pelo CNJ. Em 2019 a campanha ocorreu entre os dias 29 de outubro e 01º de

---

<sup>38</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal - Relatório Semana Nacional de 2019 - <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/institucional/publicacoes/relatorios/nupemec/2019/relatorio-semana-nacional-2019.pdf> - acesso em 10/11/2019



novembro no TJDF, e entre os dias 04 e 08 de novembro de 2019 em todo o território nacional.

Todos os anos a Semana Nacional de Conciliação inicia-se com um evento de abertura logo pela manhã para que de tarde já aconteçam algumas audiências. Em 2019, abertura do evento contou com a participação do Governador de Brasília, Ibaneis Rocha, que por ser um advogado de grande renome no Distrito Federal, sua presença dá mais notoriedade e importância para os meios consensuais de solução de conflito, tendo em vista que ele é o principal membro do poder executivo do Distrito Federal. Outro fator que colaborou para a sua participação foi que o governador já foi presidente da OAB/DF entre os anos de 2013 e 2015, gerando mais credibilidade, renome ao evento e toda a campanha em si<sup>39</sup>.

A participação de personalidades jurídicas importantes é um costume do evento, que no ano de 2018 contou com a presença do então presidente do STF, Dias Toffoli. O fato de o Distrito Federal ser o centro dos tribunais superiores no Brasil é um fator muito benéfico, que acaba colaborando bastante para que essa ‘tradição’ seja possível e que se perpetue.

É de conhecimento de todos que o judiciário brasileiro como um todo está supercongestionado, e para que esse mutirão aconteça desse de forma eficiente é necessário a participação de muitas pessoas, sendo assim, no âmbito do Distrito Federal, a Semana Nacional de Conciliação contou com a atuação de 65 magistrados(as), 300 conciliadores(as) e 105 colaboradores(as)<sup>40</sup>.

Uma das formas do tribunal incentivar internamente o comprometimento dos envolvidos na SNC, é por meio de premiações aos colaboradores destaques, com o

---

<sup>39</sup> Idem, ibidem

<sup>40</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal - Relatório Semana Nacional de 2019 - <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/institucional/publicacoes/relatorios/nupemec/2019/relatorio-semana-nacional-2019.pdf> - acesso em 10/11/2019



prêmio SELO DE QUALIDADE DA SEGUNDA VICE PRESIDENCIA, que em 2019

premiou advogado de instituição parceira, instituição de ensino parceira, empresa parceira, o melhor juiz e juíza, melhor mediador e mediadora, e também melhor conciliador e conciliadora.

Todas essas iniciativas são tomadas com o intuito de melhorar o desempenho a cada edição da Semana Nacional de Conciliação, tanto no serviço prestado quanto nos números obtidos. E esses números vêm se mostrando significativos, como será demonstrado ao final do presente artigo.

### *2.1.1 CONCILIAÇÃO.TJDFT.JUS.BR*

Uma ferramenta nova que tem ajudado os tribunais na geração e acompanhamento de dados, é o novo sistema implementado pelos respectivos tribunais do DF, que é chamado internamente de ‘o conciliação’ ou ‘siscon 2.0’.

Siscon era o antigo sistema utilizado para colher os dados obtidos e fazer a alimentação do sistema e controle daqueles. Porém esse sistema era apenas interno, ultrapassado, limitado e que dependia de uma alimentação interna de dados. Posteriormente era feito um relatório pelo respectivo CEJUSC, que só então era enviados ao NUPEMEC. Dentre as limitações do sistema estão: a não colheita correta de dados como índice de presença das partes; o cadastramento de processos, a marcação e remarcação de audiências era todo feito manualmente, dado por dado, entre outros.

O novo sistema é mais moderno e completo, e apesar de ainda não está sendo plenamente utilizado, as funcionalidades disponíveis por hora já são muito versáteis, facilitando o controle do externo, que é feito pelo NUPEMEC.



Outro fator importante é que o sistema deixou de ser interno, pois antes só podia ser acessado por um programa instalado no computador do respectivo tribunal. Agora a forma de acessá-lo é através do navegador GOOGLE CHROME, o que facilita um eventual acompanhamento externo e também possibilita o teletrabalho, inclusive na primeira semana de quarentena, decorrente da pandemia por conta do COVID-19, eu como estagiário do TJDF-CE, pude trabalhar de casa por alguns dias, antes que todas as atividades fossem suspensas.

Posteriormente, o tribunal verificou que a quarentena se prolongaria e tomou providências para tentar contornar a situação, favorecendo e ampliando o teletrabalho, tanto que a partir do final de abril de 2020, algumas audiências estão sendo realizadas por meio de videoconferência. E um ponto positivo dessa situação é que muitos membros do CEJUSC e do tribunal como um todo, já estão tratando essa nova alternativa como uma realidade para o pós pandemia, já que em muitos casos a realização virtual de uma audiência possibilita até, por exemplo, que uma pessoa não precise desmarcar uma viagem para participar de uma audiência que corra em Juizado Especial (que é pessoal).

Entre as novas ferramentas do ‘conciliação’ estão: o sistema busca automaticamente os dados das partes do PJE-TJDF-CE, além de data e horário das sessões, controle de resultados das audiências, índice de presença, valores dos acordos, dentre outros<sup>41</sup>.

Além da flexibilidade de poder acessá-lo pelo navegador, o que também facilitou na velocidade de navegação pelo sistema, ele também possibilita que todo o controle e levantamento de dados seja feito em um só lugar. Dessa forma o trabalho fica otimizado pela praticidade e por não precisar mais que alguém tenha que preencher todos os dados de forma manual e individual.

---

<sup>41</sup> Informação obtida em treinamento que no dia 07/03/2019 pela equipe responsável pela criação do sistema, que aconteceu nas acomodações do CEJUSC Ceilândia



Além disso, o ‘conciliação’ também é prático na função de gerar dados, contando com um sistema de filtragens vasto e preciso. Valendo ainda ressaltar que o sistema não serve só para o uso nos CEJUSCs, ele vale para todo o Tribunal, inclusive para as Varas Criminais.

Importante ressaltar também, que o novo sistema está sendo a ferramenta utilizada pelo NUPEMEC para a confecção dos relatórios, não só os semestrais como de praxe, mas também o relatório da Semana Nacional da Conciliação. Relatório este que serviu como fonte dados para o presente artigo acadêmico.

Esse sistema está em uso pelo TJDFT desde o início de 2019 e foi um dos principais motivos da escolha desse tema, pois usando-o no dia a dia, pude perceber que além de versátil é bem preciso.

## **2.2 OS NÚMEROS DA SEMANA NACIONAL DE CONCILIAÇÃO NO CEJUSC CEILÂNDIA**

Os dados que serão apresentados e analisado a seguir, são dados oficiais disponibilizados pelo NUPEMEC, com os indicies obtidos durante a Semana Nacional de Conciliação de 2019<sup>42</sup>.

Antes de partirmos para análise dos números obtidos durante a Semana Nacional de Conciliação no âmbito da Ceilândia, é importante analisarmos os números gerais envolvendo todos os Tribunais de Justiça do DF, até mesmo para se ter noção dos dados e também uma eventual comparação entre eles.

Ao todo, foram 9.334 sessões designadas, 3.826 realizadas, 16.081 pessoas atendidas, 1.451 acordos homologados, que juntos somam um montante de R\$ 10.662.918,98 (dez milhões, seiscentos e sessenta e dois mil, novecentos e dezoito

---

<sup>42</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal - Relatório Semana Nacional de 2019 - <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/institucional/publicacoes/relatorios/nupemec/2019/relatorio-semana-nacional-2019.pdf> - acesso em 10/11/2019





reais e noventa e oito centavos). Os números são impressionantes não só em quantidade, como também pela qualidade, pois obteve uma média geral de acordos de 41%<sup>43</sup>. Isso demonstra que as políticas públicas que vêm sendo implementadas nos Tribunais do DF e fora dele também, estão mostrando seus resultados sendo exemplo para outros tribunais ao redor do país.

A disseminação da política de pacificação social também se deve pelas divisões especializadas em determinadas áreas, onde existem setores que realizam somente audiências relativas às respectivas divisões, como:

I - CEJUSC-BSB-FAM (Família): só realiza mediações de família.

II - CEJUSC-BSB-FIS (Fiscal): realiza audiências de conciliação referentes a dívidas tributárias, contanto com a participação de um representante do respectivo órgão.

III - CEJUSC-BSB-JEC (Juizado Especial Cível): só realiza audiências de conciliação de Juizados Especiais Cíveis.

IV - CEJUSC-BSB-SEG (Segundo Grau): realiza sessões de conciliação que estão em fase de recurso. O que é uma novidade que veio junto ao Novo CPC, que possibilita que as partes cheguem à um acordo a qualquer momento do processo.

V - CEJUSC-BSB-SUP (Superendividados): audiências de conciliação envolvendo pessoas que estão muito endividadas, geralmente em um nível impagável, seja por alteração significativa da condição financeira ou por conta da alta taxa de juros no país.

VI - CEJUSC-TRAN (Trânsito): audiências de conciliação entre o envolvidos no acidente, que acontecem no próprio local do acidente, e que não tenha ocasionado vítima.

---

<sup>43</sup> *Idem, Ibdem*



Durante a Semana Nacional o tribunal também atuou fora dele, com um mutirão na Rodoviária de Brasília, com uma campanha de conscientização distribuindo panfletos educativos sobre direitos e deveres do consumidor, explicando e conversando com a população sobre o que pode ser feito em determinada situação. Além disso, havia também com uma equipe fixa, que ficava em uma van de apoio, contando com uma juíza de plantão e alguns conciliadores, onde a população se dirigia ao local apresentando suas demandas e se possível lá mesmo era feito um acordo que já era homologado de imediato, ou era tomada a devida providência.

Agora vamos aos dados obtidos no CEJUSC Ceilândia durante a Semana Nacional de Conciliação de 2019, que estão inclusos os dados de audiências pré-processuais, juizados especiais, varas cíveis e de família.

Foram designadas 545 audiências, destas 319 foram realizadas, 26 foram remar cadas, 106 terminaram em acordo e 1.293 pessoas atendidas, com um índice de acordo de 36,2%<sup>44</sup>.

Apesar de a primeira vista não parecerem números tão expressivos, a soma dos valores negociados nos acordos foi de R\$ 433.254,51 (quatrocentos e trinta e três mil duzentos e cinquenta e quatro reais e cinquenta e um centavos), o que pode ser considerado um valor relativamente alto, tendo em vista que em comparação à outras regiões administrativas do DF, Ceilândia tem proporcionalmente um renda familiar reduzida<sup>45</sup>.

No tocante as cifras, normalmente os valores de negociados no CEJUSC Ceilândia não costumam ser muito elevados, porém durante a Semana Nacional o

---

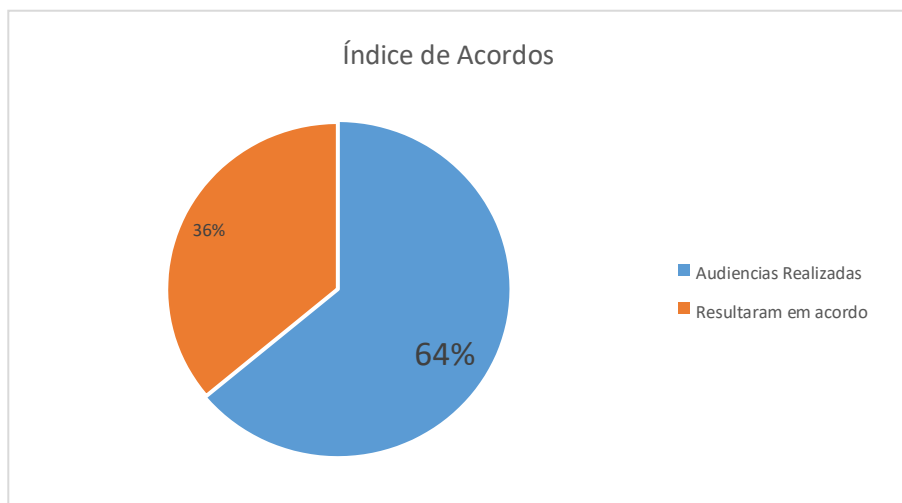
<sup>44</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal - Relatório Semana Nacional de 2019 - <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/institucional/publicacoes/relatorios/nupemec/2019/relatorio-semana-nacional-2019.pdf> - acesso em 10/11/2019

<sup>45</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal - Relatório Semana Nacional de 2019 - <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/institucional/publicacoes/relatorios/nupemec/2019/relatorio-semana-nacional-2019.pdf> - acesso em 10/11/2019



cenário foi diferente, pois a média de acordo das audiências ficou na faixa de R\$ 4.087,30 (quatro mil e oitenta e sete reais e trinta centavos), e isso talvez seja reflexo de um maior comprometimento das empresas parceiras que participaram do evento, pois em muitos dos casos, nas audiências cotidianas, ou as empresas não apreciavam por completo (antes da audiência) a pretensão da outra parte, ou simplesmente não apresentam qualquer proposta de acordo.

Outro índice muito importante, talvez o mais importante, é o percentual de acordos, que foi de 36,2% do total de audiências realizadas<sup>46</sup>. Podemos afirmar que esse percentual é extremamente significativo para o tribunal, tendo em vista que cada acordo realizado é um processo a menos para ser apreciado pelo magistrado(a), logo, ele(a) poderá dedicar mais atenção no julgamento de outros processos.



A pesquisa de Satisfação do Usuário (PSU) é uma ferramenta essencial na para avaliação de como está sendo o serviço prestado, servindo como principal para

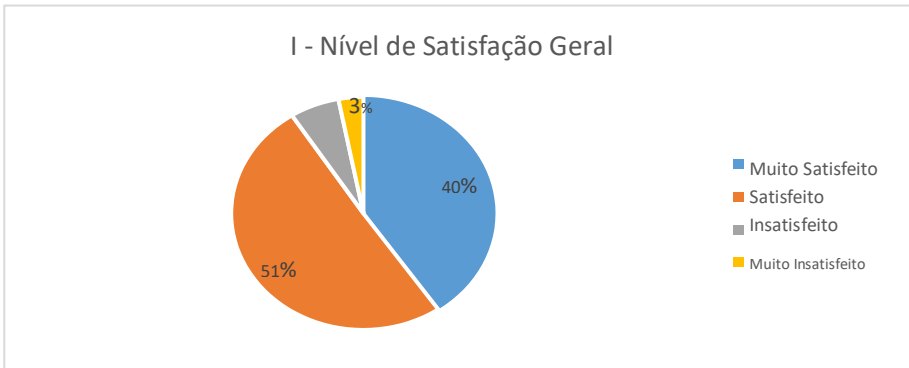
<sup>46</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal - Relatório Semana Nacional de 2019 - <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/institucional/publicacoes/relatorios/nupemec/2019/relatorio-semana-nacional-2019.pdf> - acesso em 10/11/2019



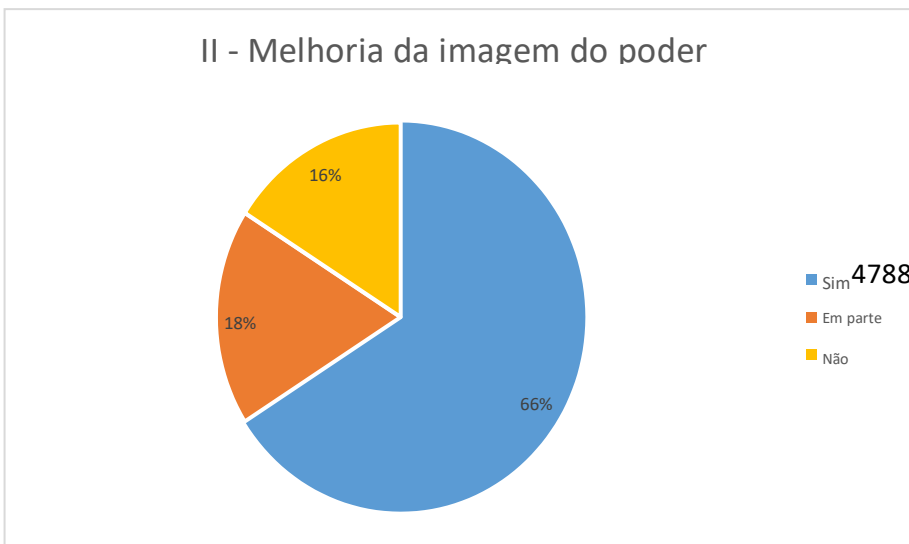
mecanismo para acompanhamento e verificação de como os conciliadores e mediadores têm atuado e avaliação da audiência como um todo.

Dentre as perguntas feitas, e que aqui serão apresentados os respectivos índices, pelos seguintes gráficos:

I - Nível de Satisfação Geral: que pode é medido em 4 níveis, sendo eles: muito insatisfeito, insatisfeito, satisfeito e muito satisfeito. E no CEJUSC Ceilândia 40% das pessoas declararam estar muito satisfeitas com o resultado da audiência e 51% satisfeitas, ou seja, um índice positivo de 90% e apenas 9% negativo.

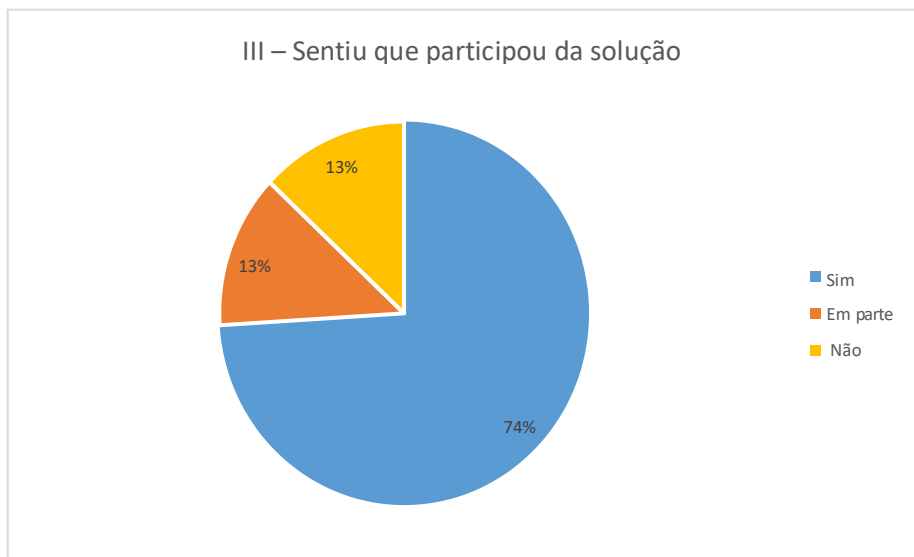


II- Melhoria da imagem do poder judiciário: se ao final audiência, a parte vê o judiciário com melhores olhos. Tendo 66% das pessoas respondido que sim; 18% responderam que mudou em parte e 16% disseram que a imagem não mudou.



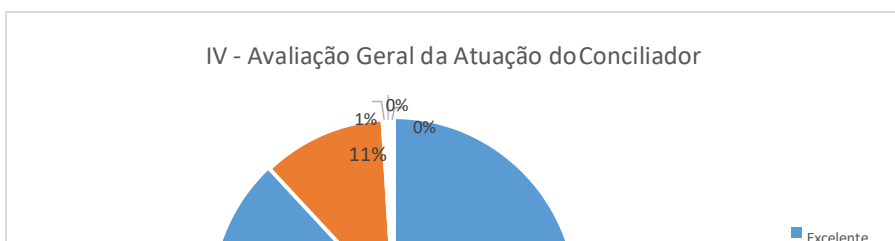


III- Sentiu que participou da solução: não só da construção do acordo em si, mas participando da audiência como um todo. E 74% responderam que sim, 13% que em parte e os outros 13% responderam que não.



IV - Avaliação Geral da Atuação do Conciliador: 88% das pessoas responderam que a atuação foi excelente, 11% disseram que a atuação foi boa, e o

4789





1% restante ficou dividido em regular, ruim ou péssimo. Ou seja, 99% das pessoas consideraram que a atuação do conciliador foi proveitosa.

Todos esses gráficos demonstram quem, no aspecto geral, os resultados obtidos durante a SNC foram todos muito positivos e satisfatórios, tanto em quantidade, quanto em qualidade.

Um dos principais pilares do judiciário, é a pacificação social, e não podemos dizer isso acontece necessariamente em todos os processos julgados por um juiz, claro que muitas vezes esse objetivo é alcançado, mas ao mesmo tempo não é absoluto. Com isso, o acordo se torna uma ferramenta muito eficaz na busca da pacificação social, já que foi trabalhada pelas partes, que também não podemos dizer que é absoluta, porém as chances são maiores, o que aumenta a possibilidade de se alcançar a justiça.

Ainda sobre o acordo ser um mecanismo de descongestionamento do judiciário, vale ressaltar mais uma vez, a impossibilidade de recurso (via de regra) nos processos que se findam por meio de acordo. Caso contrário, se ainda existisse a



possibilidade de um eventual recurso, isso poderia significar mais um processo a ser julgado, o que seria completamente contrário à proposta de formulação de acordo<sup>47</sup>.

Por fim, pode-se afirmar que toda essa implementação das políticas de formas consensuais de resolução de conflitos e pacificação social resultaram nos dados acima citados e que se continuarem a serem implementados e aprimorados, os índices só tendem a melhorar.

## **CONCLUSÃO**

O presente artigo teve como finalidade demonstrar a importância e as vantagens da utilização de métodos autocompositivos, em especial a conciliação, por meio de análise dos números alcançados pelo CEJUSC Ceilândia durante a Semana Nacional de Conciliação de 2019 e a visão das partes sobre os procedimentos conciliatórios.

Foi explanado que o ordenamento jurídico brasileiro optou por fazer uma distinção entre a conciliação e a mediação, na qual esta é utilizada em casos de maior complexidade que envolve sentimentos entre as partes, e àquela em situações que a relação entre os envolvidos é mais superficial, breve e passageira. Essa diferenciação fez-se necessária para saber qual tipo de facilitador é mais indicado para o caso em questão.

Com o passar dos anos e com o aumento da cultura do litígio, a utilização de métodos alternativos para a solução de conflitos se mostrou imprescindível, viável e efetiva, desencadeando a diminuição do montante de processos, quase em 1 milhão

---

<sup>47</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça – Manual de Mediação Judicial, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>, - p 22 - acesso em 22/10/2019



de um ano para o outro. Com isso foi possível que o processo fosse resolvido pelas próprias partes de uma forma menos onerosa, tanto em tempo quanto em valores.

Para que se obtivessem resultados significativos é necessário que haja uma boa logística de gerenciamento e distribuição de tarefas bem definidas, a ser o CNJ, os NUPEMECs e os CEJUSCs. Esses membros são responsáveis pela aplicação e disseminação das Políticas Públicas de Resolução Adequada de Conflitos.

Ainda foi visto que a utilização de métodos autocompositivos gera vantagens mútuas para as partes, (r)estabelecimento da comunicação entre elas, resultando na pacificação social de maneira efetiva.

A Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça marcou a mudança de mentalidade do judiciário, estruturando e definindo meio e modo operacional dos procedimentos e das repartições no âmbito da resolução de conflitos. Além de definir os princípios e formalidades das audiências conciliatórias, e também os requisitos de capacitação dos conciliadores e mediadores.

Juntamente com a Resolução 125, o Código de Processo Civil de 2015 reforçou a importância audiência da audiência de conciliação tornando-a obrigatória, dessa forma trouxe ao jurisdicionado uma abordagem nova, mostrando que o juiz não é o único que pode prover a resolução da lide de maneira satisfatória.

Também foi criado um novo sistema, o ‘conciliação’, com a finalidade de facilitar os acompanhamentos interno e externo das audiências a geração dos respectivos dados. Além disso, possibilitou que algumas tarefas que antes só podiam ser feitas nas acomodações do próprio tribunal, fossem feitas por meio de teletrabalho. A Semana Nacional de Conciliação foi criada para intensificar as políticas públicas autocompositivas em todos os CEJUSCs, o objeto deste trabalho teve como objetivo analisar os resultados obtidos durante o evento na esfera do CEJUSC Ceilândia, como números de audiências, índice de acordos, percentual de partes





presentes e montante dos valores negociados.

Portanto, os números obtidos demonstraram a eficácia das audiências durante a Semana Nacional de Conciliação no CEJUSC Ceilândia, resultando em índices consideráveis e satisfatórios. Além disso, disseminou ainda mais a cultura de pacificação social, contribuindo para o desaforamento do Poder Judiciário, com menos ações propostas e menos processos a serem julgados pelos magistrados.

## **REFERENCIAS**

AZEVEDO, André Goma de. **Manual de mediação judicial**, edição 2016 - <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. - acesso em 22/10/2019

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça – Manual de Mediação Judicial, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>, acesso 22/10/2019

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça - Processos pendentes na Justiça apresentam queda inédita , disponível em: <https://www.cnj.jus.br/processos-pendentes-na-justica-apresentam-queda-inedita/>, acesso 02/02/2020.

BRASIL, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015 – Código de Processo Civil - Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) - acesso em 07/03/2020

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal - Relatório Semana Nacional de 2019 <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/institucional/publicacoes/relatorios/nupemec/2019/relatorio-semana-nacional-2019.pdf> - acesso em 10/11/2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – Resolução nº 125/2010 – disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156> – acesso em 18/01/2020



BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDFT disponibiliza manual de como se tornar um mediador – disponível em:

<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/janeiro/tjdft-disponibiliza-manual-de-como-se-tornar-um-mediador>, acesso em 11/11/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

<https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/area-do-conciliador/quero-ser-conciliador> - acesso em 06/01/2020.

BRUNO, Susana. **Conciliação**: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

CERIONI, Clara. **Brasil tem primeira queda no número de processos em pelo menos 10 anos** – disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/apos-dez-anos-brasil-tem-queda-no-numero-de-processos-na-justica/> - acesso em 29/04/2020.

DIDIER, Fredie Jr., **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19, ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

ESPIRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Conciliação e Mediação. Disponível em : [http://www.tjes.jus.br/wp-content/uploads/Concilia%C3%A7%C3%A3o\\_e\\_Media%C3%A7%C3%A3o\\_Perguntas\\_e\\_respostas.pdf](http://www.tjes.jus.br/wp-content/uploads/Concilia%C3%A7%C3%A3o_e_Media%C3%A7%C3%A3o_Perguntas_e_respostas.pdf)

LEITE, Gisele. **Um breve histórico sobre a mediação**. Disponível <http://jus.com.br/artigos/56414/um-breve-historico-sobre-a-mediacao>.

MODERNO Dicionário da Língua Portuguesa, Michaelis, Ed. Melhoramentos, 2ª. Edição, 2010

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 5. ed. Rio de Janeiro, v. 1 e 3. Forense, 1978.

SILVA, Robson Rogerio Cerqueira da - Conciliação e mediação: instrumentos para a pacificação e solução de conflitos, disponível em [http://www.editoramagister.com/doutrina\\_27330327\\_CONCILIACAO\\_E\\_MEDIACAO\\_INSTRUMENTOS\\_PARA\\_A\\_PACIFICACAO\\_E\\_SOLUCAO\\_DE\\_CONFLITOS.aspx](http://www.editoramagister.com/doutrina_27330327_CONCILIACAO_E_MEDIACAO_INSTRUMENTOS_PARA_A_PACIFICACAO_E_SOLUCAO_DE_CONFLITOS.aspx) - acesso em 14/10/2019



SILVA, Robson Rogerio Cerqueira da. **Conciliação e Mediação Instrumentos**

**Para a Pacificação e Solução de Conflitos.** Disponível em:

[http://www.lex.com.br/doutrina\\_27330327\\_CONCILIACAO\\_E\\_MEDIACAO\\_INSTRUMENTOS\\_PARA\\_A\\_PACIFICACAO\\_E\\_SOLUCAO\\_DE\\_CONFLITOS.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_27330327_CONCILIACAO_E_MEDIACAO_INSTRUMENTOS_PARA_A_PACIFICACAO_E_SOLUCAO_DE_CONFLITOS.aspx)

. Acesso em: 22/10/2019. Trecho do pronunciamento da Ministra Ellem Gracie, no lançamento do Movimento pela Conciliação, em Brasília no dia 23 ago. 2006 - Disponível em <https://jus.com.br/artigos/28149/a-instituicao-da-conciliacao-e-o-poder-judiciario/3> - acesso em 05/02/2020

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas**

**Restaurativas.** São Paulo: Método, 2018. 6. ed. Não paginado.



# O EXCESSO DE INFORMAÇÃO: UMA FORMA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR

Jéssika Melchior

## RESUMO

O direito à informação é um direito básico do consumidor como exposto no artigo 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor. A informação prestada pelo fornecedor que coloca no mercado um produto ou serviço deve atender a todos os critérios elencados na legislação para que de forma consciente e totalmente esclarecida o consumidor possa adquirir satisfatoriamente o que procura. Entretanto, o excesso de informação viola o direito à informação do consumidor e é considerado um abuso do direito (dever) do fornecedor que ao exceder nas informações prestadas, ao invés de ajudar acaba confundindo o consumidor. O método utilizado neste estudo é o bibliográfico. O presente trabalho discute que o abuso do dever do fornecedor pode decorrer da violação da função social ou da não observância da boa-fé objetiva. Acredita-se que essa pesquisa pode propiciar reflexão acerca do tema exposto e ainda servir de inspiração para futuros estudos mais avançados.

**Palavras-chave:** direito do consumidor; direito à informação; excesso de informação; abuso do dever; função social; boa-fé objetiva.

## INTRODUÇÃO

A informação na contemporaneidade tem atingido graus elevados em várias áreas, e isso tem afetado a forma pela qual as pessoas enxergam o mundo.

O direito, que busca organizar a sociedade de forma a garantir sua preservação, tem um vasto leque de conteúdos que também estão sendo afetados



pela enorme quantidade de informação que chega ao conhecimento das pessoas, de maneira cada vez mais acelerada.

Uma dessas áreas é o direito consumerista, que, mais especificamente, tratando do direito à informação do consumidor, trouxe impactos negativos, como o excesso de informação. Diante disso, surge a norteadora desse estudo: O excesso de informação como uma forma de violação ao direito à informação do consumidor.

Portanto, presente trabalho tem como objetivo buscar entender como o excesso de informação afeta o direito à informação do consumidor se tornando uma violação a esse direito considerado básico pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC). Procura compreender como esse exagero de informações ofertadas pelo fornecedor é considerado um abuso do seu direito (dever), podendo decorrer da violação da função social ou da não observância da boa-fé objetiva.

A metodologia utilizada para realizar este estudo quanto ao método de procedimento é a pesquisa com método monográfico, que se define por exclusão em relação aos demais métodos e é a mais comum em monografias. As informações são provenientes de fontes bibliográficas.

Esta monografia desenvolve-se em três etapas, a primeira etapa é de caráter introdutório, no qual discorre-se sobre a proteção do consumidor e seu direito à informação. A segunda etapa aborda a discussão em torno do excesso de informação e a violação do direito do consumidor. Por fim, tem-se a última etapa que são as considerações finais sobre o tema proposto nesse estudo.

## **1 PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR**

### **1.1 Origem**

A Revolução Industrial trouxe a ideia de produção em série, e consequentemente, desencadeou o consumo em série, isto é, o aumento da produção



passou a ser proporcional ao aumento do consumo. Conforme Ricardo Leite (2018, p. 12), em sua obra “O ônus da prova no CDC”:

A necessidade de proteger o consumidor desse fenômeno da massificação das relações negociais despertou a atenção do legislador. As proposições mais intervencionistas para a defesa do consumidor começaram a se desenvolver em virtude da desigualdade que avultava nos negócios jurídicos entre consumidores e fornecedores. A visão protecionista do Estado nas relações de consumo deveria ser refletida na legislação por ele regida.

A transposição do modelo do Estado Liberal para o Estado Social promove a ideia da maior intervenção estatal nas relações privadas. Neste ponto, é válido fazer uma diferenciação nesses dois momentos.

A ideia do Estado Liberal gira em torno da liberdade que o indivíduo possuía de realizar suas próprias escolhas sem influência estatal, isto é, havia pouca interferência do Estado nas relações sociais. Adam Smith era um dos defensores da ideia de que o Estado não deveria interferir nas relações econômicas. Em seu artigo sobre a mudança do liberalismo ou intervencionismo, Cenci, Bedin e Fischer (2017, p. 80) colocam que:

A principal característica do liberalismo é a defesa do Estado mínimo, ou seja, a ideia de que o Estado deve intervir o mínimo possível, deixando à “mão invisível do mercado” a regulamentação das relações econômicas. Daí advém o lema “laissez faire laissez passer le monde va de lui même” (“deixe fazer, deixe passar, que o mundo caminha por si mesmo”).

Já o Estado Social nascido no século XX, o atual vivido pela sociedade, busca assegurar direitos aos cidadãos devido aos desafios econômicos impostos a estes, e para isso, acaba por intervir nas relações possuindo assim, uma conduta mais proativa. Esse Estado procura superar o neutralismo e o formalismo do Estado Liberal (MORAES, 2014, p. 275).



Atualmente, vive-se a fase do dirigismo contratual, no qual a maior interferência do Estado nas relações visa assegurar direitos devido a uma relação desigual. Segundo Adriano Vancim (2011, p.32-33):

Deu-se a intervenção sob a nomenclatura de dirigismo ou delimitação contratual, como atuação do poder estatal para a manutenção da ordem jurídica perfeita, ante o liberalismo econômico vigorante. Assim, pautou-se em reequilibrar a relação de consumo, ora estabelecendo vigas mestras a direitos do consumidor, ora coibindo ou repreendendo práticas abusivas de mercado perpetradas pelos fornecedores.

Portanto, diante da existência dos fatores e mudanças citadas ficou evidente a necessidade de proteger o consumidor por parte do Estado, buscando auxiliá-lo na relação consumerista.

## **1.2 Proteção Constitucional**

A Constituição Federal (CF), em seu artigo 5º, elege determinados direitos como direitos fundamentais, e são tutelados os bens jurídicos considerados mais relevantes, isto é, consagra garantias essenciais a uma vida digna do cidadão e o direito do consumidor se encontra nesse plano dos direitos constitucionais fundamentais.

No ordenamento jurídico brasileiro, a proteção ao direito do consumidor está elencada em dois dispositivos essenciais, sendo eles o artigo 5º, inciso XXXII e artigo 170, inciso V, ambos da Constituição Federal, complementados pelo artigo 48 dos Atos Das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

A proteção do consumidor elencada no artigo 5º, inciso XXXII da CF advém do desequilíbrio que existe entre os sujeitos da relação de consumo, o fornecedor e o consumidor, pois este último é considerado parte mais fraca da relação e por isso precisa da proteção do Estado, como disposto na legislação, que busca a equidade da relação consumerista.



Segue disposto no artigo 5º, inciso XXXII da CF:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor

Bruno Miragem (2008, p. 36) diz que tal proteção traduz um dever do Estado, já que a garantia dos direitos fundamentais exige ao Estado o abandono da posição de adversário para uma posição de garantidor desses direitos.

Ainda diante da base constitucional da proteção do consumidor, Leite (2018,

p. 30) salienta sobre a dignidade da pessoa humana como critério sistemático e interpretativo de todo o ordenamento jurídico, e que possui o papel de atuar como fonte de direitos nos casos em que não há direito específico, na ponderação de princípios e aplicação de regras jurídicas. Entretanto, no caso da tutela do consumidor, por já ser direito fundamental disposto na CF, Ricardo Leite afirma que

A dignidade humana funciona simultaneamente como fonte e objetivo da relação jurídica entre o consumidor e o fornecedor, porquanto aquele possui tutela preferencial. Com base nessa diretriz constitucional, o CDC prevê expressamente, no artigo 4º, *caput*, o respeito à dignidade do consumidor como meta da Política Nacional de Relações de Consumo, com vistas a estabelecer a obediência do Estado e do particular aos direitos dos consumidores no mercado de consumo.

A CF busco trazer um equilíbrio na relação existente entre o consumidor e o fornecedor pois o primeiro, historicamente, é a parte vulnerável e o Código de Defesa do Consumidor (CDC) tenta igualar essa diferenciação, logo o que fundamenta a existência do CDC é a desigualdade na relação consumerista.





Dentro da seara constitucional, uma das diretrizes existentes na CF que tem grande influência na historicidade do direito à informação é o princípio da solidariedade, elencado no artigo 3º, inciso I da CF

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Esse princípio advém, mais uma vez, da transposição Estado Liberal-Social, pois como essa mudança buscou maior intervenção estatal com o intuito de proteger os mais fracos nas relações desiguais, esse princípio traz a ideia de cooperação e auxílio de um indivíduo para com outro, isto é, abandona-se a visão individualista e busca a coletividade, momento em que o homem deve perceber sua dependência com os demais e levar isso também para as relações comerciais. Nas palavras de Ana Paula Lêdo e Roberto Marquesi (2017, p. 261):

Desse modo, iluminadas pelo princípio constitucional da solidariedade, todas as relações negociais devem ser realizadas de modo cooperativo, agindo com especial cuidado com aquele com quem contrata, bem como evitar que recaiam sobre terceiros possíveis danos sobrevivendo do negócio.

A solidariedade também é vista como base para a boa-fé objetiva, pois ao ser solidário com o outro, o sujeito está buscando agir de uma forma que é entendida como correta pelos parâmetros sociais, mas isso é assunto para o próximo capítulo.

Voltando a proteção constitucional do consumidor, sua defesa também está como princípio da ordem econômica, conforme o artigo 170, inciso V da CF:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - defesa do consumidor;

Isto é, o empresário, no mercado de consumo, tem liberdade de iniciativa, podendo exercer a livre concorrência, devido ao sistema capitalista adotado, mas a



liberdade mencionada deve observar a proteção do consumidor, logo, a liberdade de iniciativa deve ser ponderada pela defesa do consumidor.

Em seu artigo, Altino da Silva aduz que:

Parece claro que a Constituição consagrou, de um lado, uma economia de mercado, de natureza capitalista, entretanto, de outro lado, procurou resguardar a defesa do consumidor. Daí a liberdade econômica não ser absoluta, eis que conformada pela finalidade da ordem econômica e pela defesa do consumidor.

Logo, a base do direito do consumidor é constitucional, pois é assegurado como direito fundamental no artigo 5º e, também, principiologicamente, consagrando o princípio da ordem econômica do artigo 170, ambos da CF.

É importante mencionar também o artigo 48 da ADCT:

Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

Devido as dificuldades encontradas no ramo consumerista e a necessidade de tratamento especial da matéria, o artigo 48 da ADCT estabeleceu que deveria ser editado o Código de Defesa do Consumidor (CDC) no prazo de 120 dias da promulgação da CF. Entretanto o CDC somente foi publicado em setembro de 1990, transcorridos quase 2 anos do prazo estabelecido.

### **1.3 Princípio da Vulnerabilidade e suas modalidades**

Como já abordado, a proteção do consumidor advém da relação consumerista desequilibrada, isto é, há uma disparidade econômica entre as partes. O consumidor é considerado como a parte vulnerável e é necessário a intervenção estatal com medidas de proteção que possibilitem a equidade dessa relação.



Desta forma, fica evidenciado a vulnerabilidade do consumidor em detrimento do fornecedor. Para notabilizar essa característica, tornando-a válida, o CDC consagra um princípio.

Um dos princípios que rege as relações jurídicas de consumo é o princípio da vulnerabilidade que também é um dos pressupostos do conceito de consumidor. O artigo 4º, inciso I do CDC diz:

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

A vulnerabilidade é a ideia da busca da igualdade material e da necessidade da proteção constitucional.

É importante dizer que a igualdade material é a igualdade real, que procura tratar os iguais como iguais e os diferentes na medida da sua desigualdade, diferente da igualdade formal, que é aquela igualdade jurídica na qual todos devem ser tratados de maneira igual, sem quaisquer distinções.

Da percepção de vulnerabilidade vem o “favor debilis” que significa “a favor do mais fraco”, ou seja, a ideia de favorecer aquele que está em uma posição de debilidade. Concordante Borges (2010, p. 63), este princípio é um dos principais no estudo do direito do consumidor, porque dele se percebe a necessidade de proteger o consumidor por ser parte mais fraca e vulnerável da relação consumerista.

Há quatro modalidades de vulnerabilidades, são elas: técnica, jurídica, fática e informacional.



Entende-se que a vulnerabilidade técnica relaciona-se com a ausência do conhecimento técnico-científico do consumidor quanto ao produto ou serviço que adquire. Já a jurídica seria a falta do saber jurídico específico, ou de contabilidade e economia, evidente, por exemplo, em contratos bancários. A vulnerabilidade fática é entendida como o próprio poder econômico, e na maioria das vezes relacionado a superioridade financeira do fornecedor em razão do consumidor. E a última, que é a que mais importa para o presente trabalho, a vulnerabilidade informacional do consumidor que gera para o fornecedor um dever de informação para que se estabilize a relação contratual (ROSA, 2017, p.160-169).

Os autores Rosa, Bizelli e Félix (2017, p. 166-167) descrevem duas frentes da última modalidade de vulnerabilidade mencionada que será a abertura para o tema em questão:

A primeira, quando realmente faltam informações sobre o produto ou serviço para o consumidor: seria a ausência de informações. A segunda hipótese seria o oposto, em que há abundância de informações oferecidas em enorme quantidade muitas vezes com o propósito de desviar a atenção do que realmente importa, impossibilitando que o consumidor efetivamente tome conhecimento das principais informações do produto.

## **2 DIREITO À INFORMAÇÃO**

### **2.1 Direito básico do consumidor**

Na época atual, o ditado popular “informação é poder” nunca foi tão real. Obter informação sobre algo pode abranger muitos temas, como a informação prestada pela imprensa, ou a informação como forma de entretenimento, informação que gera conhecimento cultural e científico e ainda pequenas informações que fazem uma grande diferença na vida moderna, como aprender a usar os modernos smartphones, por exemplo. Enfim, informação é um tema muito amplo, mas, além do rico



significado que a informação pode vir a ter, ela também pode se encaixar na informação que deve ser prestada ao consumidor ao adquirir um produto, isto é, o direito à informação do consumidor.

O direito à informação do consumidor é considerado um direito básico, informação esta que deve ser adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços expostos no mercado, com especificação correta de quantidade de características, qualidades, preços e riscos que apresentem, conforme Wisniewski e Bolesina salientaram (2014, p. 13), dizendo que é um direito do consumidor e ao mesmo tempo uma obrigação do fornecedor, porém, sobre este último aspecto analisaremos mais à frente.

Contudo, antes de entrar especificamente nesse assunto, é importante ressaltar que o direito à informação do consumidor decorre de um princípio anteriormente citado, o princípio da boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva é citada no CDC antes mesmo do Código Civil de 2002, no artigo 4º, inciso III que diz:

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Entretanto, apesar de não ser citada explicitamente pela Constituição, isso não exclui sua essencialidade nas relações comerciais, pois a própria CF, em seu artigo 5º, §2º, aduz que:



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

Além disso, alguns autores extraem a boa-fé da solidariedade prevista no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal que diz

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Ainda, conforme entendimento de Patricia Costa e Sergio Gomes (p. 4604), a Constituição Federal de 1988 trouxe grande inovação para o direito privado, pois, passou a enunciar princípios que anteriormente eram tratados apenas pelo Código Civil, com a função de integrar e conformar a legislação ordinária à Lei Fundamental.

É importante salientar a diferenciação de boa-fé subjetiva e objetiva, sendo esta última a adota pelo CDC. A boa-fé subjetiva é aquela que analisa o sujeito, ou seja, se volta para a sua intenção, já a boa-fé objetiva verifica a conduta do indivíduo, isto é, o padrão de comportamento que a lei estabelece, independe da sua intenção.

Dentro das relações comerciais, o princípio da boa-fé objetiva, por sua vez, advém de dois fundamentos, o princípio da transparência e o princípio da confiança.

A transparência buscada nas relações consumeristas tem como base o art. 4º, caput do CDC que diz que a transparência e a harmonia são qualidades buscadas nesse tipo de relação. Conforme Daniela Paludo (2005, p. 02) a transparência no momento de prestar informação clara, sem possibilidade de interpretação dúbia pelo fornecedor, assegurará ao consumidor o direito de vincular-se ou não, de forma consciente, ao contrato.



Vinculado ao princípio anterior, tem-se o princípio da confiança que consiste na credibilidade depositada pelo consumidor no produto ou contrato a fim de que sejam alcançados os fins esperados (PALUDO, 2005).

Portanto, a boa-fé que deve ser fundamento obrigatório na ligação consumidor-fornecedor, na qual as partes devem agir com lealdade e veracidade, estas devem buscar também se fazer da transparência e da confiança sem objetivar somente o lucro fácil que pode gerar prejuízos um ao outro, conforme Daniela Paludo (2005, p. 05), pois quanto maior transparência no momento em que as partes negociam, isto é, autenticidade para com as informações prestadas, maior será a confiança entres estes, tanto do consumidor que adquire aquele determinado produto ou serviço quanto do fornecedor que acredita que não terá prejuízos advindos daquela venda.

### *2.1.1 Artigo 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor*

Elencado no artigo 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor está o direito à informação como um dos direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Nunes (2018, p. 67), ao discorrer sobre o assunto, diz que o direito à informação pode se dividir em 3 espécies: direito de informar, direito de se informar e o direito de ser informado, desta forma ele destrincha esse direito de forma a fazer compreender melhor as visões de cada espécie.

O “direito de informar” é uma permissão constitucional concedida às pessoas físicas e jurídicas, ideia mais relacionada a informação jornalística. Ao mencionar o “direito de se informar”, Rizzato (2018, p.67-69) diz ser uma prerrogativa concedida



as pessoas que devem buscar a informação, exigindo-a de quem a detém, entretanto, ressalta que o acesso à informação não é absoluto e tem limites. Por último, classifica o “direito de ser informado” que é o conceito que mais se encaixa no assunto em análise.

O direito de ser informado, conforme Nunes (2018), nasce do dever que alguém tem de informar. No caso em tela, o dever que o fornecedor tem de propiciar o produto ou serviço com todas as informações necessárias e cabíveis para que o consumidor possa realizar uma compra satisfatória.

Isto é, ao falar de informação, principalmente no âmbito do direito do consumidor, é importante entender que há um conceito muito amplo, pois ao fornecedor não basta que preste a informação, mas deve fazê-lo de forma acessível, isto é, que seja de fácil compreensão. Bolzan (2014, p. 176), diz em relação a esse direito:

Se por um lado é dever do fornecedor informar, por outro é direito básico do consumidor ser informado, mesmo porque este é sujeito vulnerável da relação jurídica de consumo. De fato, contata-se da análise do dispositivo citado a existência de duas importantes características das informações a serem emanadas no mercado de consumo, quis seja adequação e clareza.

O dever de transparência que deve advir tanto do consumidor quanto do fornecedor é essencial na busca de uma relação consumerista equilibrada, como já elencado anteriormente, para que de um lado o consumidor realize uma compra segura e consciente e de outro, para que o fornecedor tenha a certeza de que aquela venda realizada não lhe causará transtornos futuros. Nesse contexto, o direito de informação do consumidor também se torna um dever do fornecedor de prestar esse conhecimento necessário do produto ou serviço para aquele que o consumirá.

As modalidades de informação são quatro: informação – conteúdo, que é aquela que informa o que o produto contém e suas característica, a informação –





utilização, que informa como utilizar o produto, a informação – preço que indica o valor e formas de pagamentos e a informação – advertência que está relacionada aos riscos que aquele determinado produto pode causar.

Para que o consumidor preste as informações de forma clara, ele precisa informar nas quatro modalidades listadas acima, isto é, precisa prestar a informação sobre o aspecto material, que por sua vez, não é apenas indicar o dado sobre o produto, mas colocá-lo de forma que o destinatário compreenda realmente as informações prestadas sem deixar espaço para lacunas. Esse aspecto informacional será abordado em outro tópico adiante.

É interessante destacar o Recurso Especial nº 586.316 – MG julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2003 que trata da questão dos alimentos que contém glúten, acórdão esse que será mencionado novamente um pouco mais a fundo, contudo, neste ponto, é necessário considerar que o STJ classificou as quatro modalidades de informação referidas acima, segue o exposto no julgado:

O art. 31 do CDC é extremamente minucioso e desdobra o dever de informar, com ênfase no pré-contratual, em quatro categorias principais, imbricadas entre si, em diálogo e sobreposição: a) *informação-conteúdo* (= características intrínsecas do produto e serviço), b) *informação-utilização* (= para que se presta e se utiliza o produto ou serviço), c) *informação-preço* (= custo, formas e condições de pagamento do produto ou serviço), e d) *informação-advertência* (= sobretudo quanto aos riscos do produto ou serviço).

### *2.1.2 Artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor*

A teoria geral dos contratos divide o contrato em três fases, a fase pré-contratual, a fase de execução do contrato e a fase pós-contratual. A proteção contratual no CDC está presente em todas as fases.



A fase pré-contratual é o momento que são feitas as negociações e tratativas iniciais, na qual são feitas as ofertas ou as propostas. A proposta é anúncio de produtos ou serviços realizados para destinatário específico, já a oferta é anúncio sem destinatário específico. O CDC, via de regra, regula a oferta, tendo em vista a massificação das relações de consumo.

A oferta está regulada nos artigos 30 a 35 do CDC. O artigo 30 faz menção a vinculação da oferta, isto é, uma vez feita a oferta pelo fornecedor, as informações prestadas nessa oferta estão vinculadas e deve ser cumprido o que foi ofertado. Todavia, para que haja essa vinculação e a conseqüente proteção do consumidor, mesmo no momento da oferta, é necessário que a oferta cumpra os requisitos elencados no artigo 31 do CDC.

A ideia do direito à informação também está diretamente relacionada as práticas comerciais quando se trata da oferta. Nos termos do artigo 31 do CDC:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

É válido ressaltar o Embargos de Divergência no Recurso Especial nº

1.185.323 julgado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e publicado em novembro de 2016. Foi uma ação civil pública que debateu sobre a veiculação de informação falsa em que a cervejaria Kaiser colocou no mercado uma cerveja que no rótulo havia a expressão “sem álcool”, no entanto havia teor alcoólico de 0,5%. Neste caso, o STJ entendeu que “por expressa disposição legal, só respeitam os princípios da transparência e da boa-fé objetiva, em sua plenitude, as informações corretas, claras, precisas e ostensivas, conforme art. 31 do CDC”. Logo, apesar das especificações que havia no caso concreto, o fornecedor não poderia



desrespeitar os direitos básicos do consumidor e por isso a proteção ao consumidor deveria prevalecer.

Quanto a isso, é notável evidenciar novamente o Recurso Especial nº 586.316

– MG apreciado pelo STJ que tratou da questão dos alimentos que contém glúten e a forma que esta informação deveria constar no produto, isto é, se apenas o “contém glúten” satisfaria a necessidade de informação do consumidor celíaco ou se deveria haver também a informação-advertência quanto aos riscos.

O relator Herman Benjamin, em seu voto, salientou a insuficiência dos dizeres “contém glúten” e demonstrou a falta do alerta quanto aos riscos que essa informação de “conter o glúten” poderia trazer para pessoas celíacas. Disse ainda que este caso seria uma lacuna na Lei nº 10.674/03 e que deveria aplicar o artigo 31 do CDC.

Ocorre que a Lei 10.674/03, a toda evidência, trata apenas da informação conteúdo "contém glúten" como obrigação especial de informação; não cuida, portanto, da informação-advertência que continua, então, regrada pelo sistema do CDC (= obrigação geral de informação). Aqui, estamos diante de lacuna na Lei 10.674/03 (*lex specialis*) que, exatamente por isso, é sanada por meio da *integração jurídica*, operada com o auxílio do CDC.

Em suma, o STJ já discutiu esse assunto mais de uma vez e mudou de posição algumas vezes, mas, atualmente, o entendimento pacífico é de que na oferta é necessário constar a informação-conteúdo “contem glúten” e a informação-advertência sobre a prejudicialidade do glúten à saúde dos doentes celíacos.

## 2.2 Informação na Contemporaneidade

O contexto atual é marcado pelas transformações recorrentes na sociedade e após a década de 1980 até os dias atuais, é vivido o que se conhece por Era da Informação, marcada pelo avanço da tecnologia e a disseminação de conhecimento pelo mundo. Contudo, o excesso de informação pode ser prejudicial em vários



aspectos, isto é, a sobrecarga de informação muitas vezes faz surtir o efeito contrário: provoca a desinformação.

A desinformação causada pelo excesso de informação pode ser vista no âmbito do direito do consumidor como violação ao direito que o consumidor tem de ser informado, ou seja, há o direito à informação do consumidor, mas o excedente desse direito ou o dever do fornecedor de proporcionar informações ao consumidor pode ocasionar obstáculos na interpretação causando a consequência contrária desejada que é a enxurrada de informações que ao findar não informa nada realmente.

O Código de Defesa do Consumidor ao dispor sobre a informação traz a ideia de suprir a falta de informação, entretanto na conjuntura atual as discussões se voltam cada vez mais para o excesso desta, ocorrendo debates que versam sobre a controvérsia do excesso de informação em detrimento da falta desta em relação as relações jurídicas consumeristas. Essa questão é muito nova e reflete bastante o período atual de abundância de conhecimento e por isso deve ser discutido.

Apesar do tema abordado ser muito recente e já existirem algumas discussões na doutrina discorrendo sobre tal, o debate jurisprudencial ainda é escasso.

### *2.2.1 Informação Formal e Material*

A informação deve que ser analisada diante de dois aspectos, o formal e o material.

Informação formal significa dizer que aquela informação tem que ser prestada, isto é, deve existir. Então, neste tipo de informação basta que o informe esteja indicado, sem mais exigências.



Já a informação material, além de ser prestada, deve estar de forma clara e acessível, para que o consumidor possa compreender o conteúdo através da informação indicada, e que fique evidenciado sua liberdade de escolha para que ele possa exercê-la de forma plena. Portanto, na informação material não basta apenas informar, mas deve fazê-lo de forma que fique de fácil compreensão para o consumidor.

Como mencionado, para que o fornecedor coloque em seu produto informações satisfatórias a quem irá consumi-lo, este deve informar nas quatro modalidades já elencadas, sendo preciso ser uma informação correta (no sentido de ser útil), relevante (devendo ser significativa para o consumidor), acessível (deve estar disponível para o consumidor) e adequada, estimulando dessa forma o consumo consciente e a liberdade de escolha do consumidor.

### **3 EXCESSO DE INFORMAÇÃO**

#### **3.1 Violação do direito à informação do consumidor**

O legislador, ao garantir o direito de informação ao consumidor e consequentemente estabelecer um dever ao fornecedor, tinha a intenção de proteger o consumidor devido a falta de informação, isto é, a ideia original era que a ausência de dados sobre o produto ou serviço colocado no mercado de consumo prejudicava o comprador que muitas vezes acreditava estar adquirindo algo que na verdade não se encontrava em consonância com a sua suposição devido à escassez de informação.

Entretanto, com o advento da tecnologia e considerando a conjuntura atual, é necessário agora analisar por outro ângulo. Em outras palavras, a legislação deve fazer uma interpretação diferente da anterior mudando apenas o entendimento, mas sem alterar o texto do dispositivo, buscando proteger o consumidor agora em relação ao excesso de informação.



Pode-se fazer aqui uma alusão ao processo informal de mudança da Constituição Federal, o chamado mutação constitucional no qual se busca atribuir novo sentido a norma, mas sem modificar a redação do dispositivo em si. Isso ocorre devido a fatores externos como questões políticas, econômicas, sociais e históricas que tornam aquele determinado caminho escolhido para o texto como inadequado para o contexto, mudando o fundamento, mas com a mesma escrita. No caso em tela, a falta pelo excesso.

Ou seja, o que deixa o cliente confuso sobre a mercadoria é a enxurrada de elementos informacionais em um mesmo produto que tira o foco do que realmente é necessário saber sobre aquele item. Não obstante, é válido dizer que pode causar o mesmo efeito dito anteriormente, em que o consumidor acaba adquirindo algo que não era na verdade sua intenção, no entanto, neste caso o motivo seria outro, devido ao excesso e não a ausência de informação, isto é, causas diferentes que geram um mesmo efeito de desamparo ao consumidor.

Chega-se então no tema em questão, o exagero no exercício de prestar informação que causa dano ao consumidor ou invés de facilitar sua compra. O estado de confusão em que o consumidor se encontra, também chamado de dificuldade de decisão no momento da compra (DDMC), é relacionado com a incapacidade de processamento de informações pelo consumidor durante a escolha das alternativas devido à similaridade, imprecisão ou sobrecarga de informação (WALSH, 2004).

A sobrecarga de informação por parte do fornecedor é considerada um abuso do direito (dever) do fornecedor, contudo, isto seria uma violação da função social do direito de informação do consumidor, ou um resultado da violação da boa-fé? Esse assunto será abordado no próximo tópico.

### **3.2 Abuso do direito (dever) do fornecedor**



O equívoco do fornecedor ao exagerar no seu dever de informar o consumidor é entendido como um abuso. Em um dos artigos da Revista Luso-brasileira de direito do consumo, o autor João Barros (2017) trata do assunto colocando o excesso de informação como abuso do direito (dever), isto é, o direito é do consumidor, mas é também visto como um dever do fornecedor e o autor traz o instituto do abuso do direito com abuso do dever.

O abuso do direito surge da ideia de que existe alguém que tem um direito, mas esse direito é violado, nascendo uma pretensão que pode ser exercida ou não. Se essa pretensão for exercida, se exerce então um direito subjetivo violado, mas deve exercê-lo dentro de certos limites, caso contrário, estará praticando um ato ilícito, conforme o artigo 187 do Código Civil.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

É adequado salientar que Rizzatto, na sua coluna no site Migalhas, também discorre sobre o abuso do direito, dizendo que “pode-se definir o abuso do direito como o resultado do excesso de exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem. Ou, em outras palavras, o abuso do direito se caracteriza pelo uso irregular e desviante do direito em seu exercício, por parte do titular”.

Portanto, diante da situação de que por um lado há o direito de ser informado do consumidor e por outro lado o dever de informar do fornecedor, quando o fornecedor exagera e extrapola nesse dever, é, portanto, um descumprimento, desta maneira, encaixando-se como um abuso do direito, no caso, dever, do fornecedor de informar adequadamente o consumidor e não confundi-lo com uma enxurrada de informações.



### *3.2.1 Decorrente da violação da função social*

Ao abusar do direito de informar, o instituto do direito à informação do consumidor não cumpre sua finalidade, isto é, a sua função social. Esta é a ideia desenvolvida por Barros (2017) em seu artigo “O excesso de informação como abuso do direito (dever)”.

A função social do direito à informação do consumidor é proteger o consumidor devido a desigualdade da relação consumerista. Entretanto, ao exceder neste dever, o fornecedor viola a finalidade essencial do instituto que é proteger a parte vulnerável. Barros (2017) em seu artigo afirma que a função social do dever de informar do fornecedor é permitir que o consumidor obtenha a informação adequada, correspondendo às suas reais expectativas e necessidades, aferidas em função do conteúdo, finalidade e amoldamento. Diz ainda que

A liberdade negocial entre as partes deve encontrar justo limite no interesse social (no caso, a resguarda do consumidor) e nos valores personalíssimos do cidadão. Qualquer avanço para além dessa fronteira caracteriza abuso, judicialmente atacável.

Barros (2017, p. 25) diz que ao abusar do dever de informação o fornecedor o faz desprezando a função social do mesmo e não pela infringência da boa-fé, isto porque, o tríplice funcional da boa-fé demonstrado por Paula Oliveira (2016, p. 8), quais sejam, interpretativa, criadora de deveres anexos e restritiva do exercício abusivo de direitos, para Barros, são requisitos cumpridos pelo fornecedor, o que ele faz é utilizar o instituto do dever de informar e o fazê-lo de forma extensiva e desnecessária, fugindo da sua finalidade social. Portanto, para João Barros, não se trata de violação aos deveres decorrentes da boa-fé, mas sim a infringência à função social. João Barros (2017, p. 34) afirma:





Sob a aparência de um comportamento lícito (qual seja, dever de informar), o exercício de tal direito/dever não cumpre, em concreto, a intenção normativa que materialmente fundamenta a obrigação disposta: o dever de informação justa.

Portanto, levando em consideração esse posicionamento, o fornecedor viola o direito de informação do consumidor por não se atentar a função social desse instituto, afinal, exceder os limites do fim social ou econômico do direito é um dos fundamentos do abuso do direito (BARROS, 2017, p. 37).

É válido dizer que ao existir esse dever por parte do fornecedor, isto é, ter que transmitir informações ao consumidor estando em uma posição de supremacia na relação, é necessário cuidado porque ao fazê-lo de forma inapropriada pode haver consequências, efeitos esses que podem ser vários dependendo do caso concreto como, indenização, dever de restituição, multa diária e etc. O autor Barros (2017, p. 39) resume da seguinte forma:

Em suma: seja pela via moral – em que o consumidor deixaria de comprar ou contratar serviços de determinado fornecedor – ou pela ordem legal – em que o poder judiciário puniria qualquer transgressão à legislação vigente -, o direito do consumidor deve ser resguardado.

### *3.2.2 Decorrente da violação da boa-fé objetiva*

Sob outra perspectiva, há quem acredite que ao exagerar no seu dever de informar o consumidor, esse abuso do dever do fornecedor advém da não observância da boa-fé objetiva. A boa-fé já foi abordada neste trabalho, no tópico em que se discorreu sobre o direito à informação como um direito básico do consumidor – mais precisamente no tópico 2.1 – mas, neste ponto, antes de chegar na questão pontual, primeiro é necessário versar sobre as três funções da boa-fé objetiva.



Como mencionado, a boa-fé objetiva, que é a prevista no CDC, não tem uma definição expressa em lei, de acordo com Judith Martins-Costa (2018, p. 44) na sua obra “A boa-fé no direito privado”:

Conquanto impossível – tecnicamente – definir a boa-fé objetiva, pode-se indicar, relacionalmente, as condutas que lhe são conformes, bem como discernir funcionalmente a sua atuação e eficácia como (i) fonte geradora de deveres jurídicos [...]; (ii) baliza do modo de exercício de posições jurídicas; e (iii) como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais. Ao assim atuar funcionalmente, a boa-fé serve como pauta de interpretação, fonte de integração e critério para a correção de condutas contratuais (e, em certos casos demarcados em lei, inclusive para a correção do conteúdo contratual).

Portanto, as funções da boa-fé objetiva são: interpretativa, integrativa e corretiva ou limitadora. O papel interpretativo exercido pela boa-fé é interpretar segundo o padrão de comportamento exigido pela lei, Martins-Costa (2018, p. 487) alerta:

Não se trata, pois, de um livre compreender: trata-se de uma interpretação tecnicamente balizada, pois na ideia de um Ordenamento jurídico. Justamente por essa razão, não é permitida, na técnica jurídica, a livre atribuição de sentidos. Há técnicas, métodos e cânones hermenêuticos aos quais o jurista está adstrito.

Já a função integrativa é a ideia de deveres anexos, isto é, atribuições que não estão expressamente no contrato pois são inerentes a ele, uma vez que se entende que o padrão de comportamento já integra o contrato. Explicando melhor, Judith Martins-Costa (2018, p. 561) pontua que “integra-se o que está vazio, lacunoso, incompleto, o que é carente da presença de algo que lá deveria estar”.

A diferença entre a função interpretativa e a integrativa diz respeito ao preenchimento de uma lacuna, porque interpreta-se o negócio jurídico realizado em vista de seu texto, segundo regras jurídicas interpretativas, e, integra-se o que deveria estar nele contido, ou dele ser deduzido (COSTA, 2018).



E, diferentemente também da função estritamente hermenêutica (em que a boa-fé atua para explicitar o sentido do contrato e qualificar a conduta das partes), na função integradora o núcleo está no preenchimento de lacunas contratuais (lacunas teleológicas e axiológicas), sendo então permitido ao intérprete impor, com base na boa-fé – fonte heterônoma de integração contratual –, deveres de cooperação, lealdade, informação e proteção, destinados a melhor realizar o planejado pelo contrato, em vista de seus fins como instrumento jurídico de circulação econômica que é, e em atenção aos comandos valorativos da ordem jurídica.

Explica-se, assim, a razão pela qual – por concretização da boa-fé – haverá a imposição, às partes, dos mencionados deveres anexos e laterais (ou de proteção) porque necessários à implementação dos fins e da função cometidos pelos contraentes ao próprio autorregulamento de interesses.

Assim sendo, deveres anexos visam resguardar os interesses de proteção. Intitular um dever de “dever anexo” quer dizer que este já está anexo ao contrato, portanto não precisa estar no conteúdo do próprio negócio jurídico, pois decorre da boa-fé.

Por último, a função corretiva ou limitadora é aquela relacionada ao abuso do direito, isto é, a boa-fé também tem a função de limitar o exercício regular do direito tentando evitar o abuso do direito. Martins-Costa (2018, p. 625) discorre:

A função corretora se abre em duas distintas vertentes: a boa-fé auxilia a corrigir o exercício jurídico, direcionando-o e ajustando-o aos padrões de licitude; e pauta a correção do próprio conteúdo contratual. A mais vasta e relevante, conseqüente à qualificação geral da boa-fé como instituto jurídico, é a função corretora do exercício jurídico para impedir o exercício manifestamente desleal, incoerente, imoderado ou irregular de direitos subjetivos, formativos, faculdades e posições jurídicas.

Agora, voltando ao ponto em questão, ao sustentar o abuso do dever do fornecedor como não observância da boa-fé, está apontando um problema na função limitativa da boa-fé objetiva.



Mas antes, porque não na função integrativa? A dificuldade da função integrativa é mensurar até que ponto pode ir a atividade do juiz na imposição de deveres anexos, entende-se que a atividade integrativa será menor onde o campo da autonomia privada pode ser mais expandido e maior nas relações em que há mais regras cogentes, como exemplo, nas relações consumeristas (COSTA, 2018, p. 569).

Contudo, Judith Martins-Costa (2018, p. 569), cita em sua obra a preocupação de não recair no vício da superinvocação da boa-fé, banalizando o instituto, e por isso diz que o procedimento é: “quando houver regra legal que colmate a lacuna, completando a regulamentação contratual, não se justifica o apelo à boa-fé”. Neste momento a autora menciona o direito à informação elencado no artigo 6º, inciso III do CDC, aduzindo que:

Pode-se pensar na regra antes já lembrada (art. 6º, inc. III, do CDC), que atribui ao consumidor como seu «direito básico» receber do fornecedor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem para que se crie, correlatamente, o dever do fornecedor de cumprir com esse mandamento legal. Bastaria, para colmatar lacuna informativa, chamar essa regra, não carecendo apelar à boa-fé como princípio para o desempenho de idêntica função.

Logo, Martins-Costa deixa evidente que no caso do direito à informação do consumidor, quando o fornecedor exerce esse dever de forma errônea, não obedecendo os critérios impostos, essa questão deve ser resolvida buscando a regra elencada no artigo 6º, inciso III do CDC e não a boa-fé, isto é, se já existe uma regra legal que trata sobre o assunto não é necessário recorrer a boa-fé, sendo assim, não há que se falar em violação da boa-fé em sua função integrativa que justifique o abuso do dever do fornecedor.

À vista disso, ao sustentar o abuso do dever do fornecedor como não observância da boa-fé, sustenta-se que o problema está na função limitativa da boa-



fé objetiva. A função corretiva da boa-fé, como já mencionado, serve para limitar o exercício de um direito, podendo também servir para limitar o exercício de um dever.

Portanto, no caso em tela, quando o fornecedor exerce seu dever de informar o consumidor de forma contrária a proposta do instituto, exagerando na quantidade de informação e ocasionando confusão ao invés de esclarecimento, o fornecedor está abusando de seu dever e, com isso, se deve recorrer a função limitadora da boa-fé que busca corrigir o exercício jurídico incoerente e imoderado.

## **CONCLUSÃO**

Como evidenciado no trabalho, o consumidor é protegido por disposições constitucionais nos termos do artigo 5º, inciso XXXII e artigo 170, inciso V, ambos da Constituição Federal devido a relação desequilíbrio da relação consumerista e a vulnerabilidade do consumidor.

O desenvolvimento do presente estudo evidenciou que o contexto informacional no qual se vive desde a década de 80 tem alterado bastante a nova forma de ver e entender os fatores que influenciam o cotidiano.

Como já explicitado, o direito à informação, considerado um direito básico do consumidor conforme o artigo 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, tem um conceito amplo pois não é apenas informar, mas fazê-lo de uma forma que o consumidor compreenda exatamente o necessário para decidir se vai realizar ou não a compra de determinado produto ou serviço.

Advindo desse direito à informação surge dois problemas, a falta de informação ou o excesso desta, que de qualquer forma, prejudica o consumidor.



O presente estudo analisa o excedente de informação, dentro do âmbito consumerista, e como este modificou o novo modo de compra do consumidor que pode ficar confuso com a quantidade de dados que encontra ao buscar algum produto ou serviço.

Alguns autores apontam esse fator como o abuso do dever de informar do fornecedor que exagera e afasta a finalidade do instituto. Esse abuso pode ser decorrente da violação da função social do direito à informação do consumidor ou da não observância da boa-fé objetiva pelo fornecedor na sua função limitadora, mas, de qualquer forma, ele existe e tem dificultado a principal finalidade do Código de Defesa do Consumidor que é a proteção da parte vulnerável na relação consumerista.

Por fim, é um assunto atual que deve ser discutido em busca da extinção desse abuso do direito (dever) por parte do fornecedor, para que não mais prejudique os consumidores no momento da compra.

Em relação aos objetivos propostos, acredita-se que este estudo pode servir de base para reflexões sobre o excesso de informação e como este fator afeta o direito à informação do consumidor e como pode prejudica-lo. Como esse assunto não possui muita jurisprudência, nem grandes discussões e obras a respeito, o presente trabalho pode ser utilizado para servir de inspiração para futuros estudos mais avançados sobre o tema.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Emily. **Consumir para ser**: o consumo na contemporaneidade sob um enfoque sociológico. Campina Grande: UFRN, 2010.

BARROS, João. O excesso de informação como abuso do direito (dever). **Revista Luso-brasileira de direito do consumo**. v. 7. n. 25. Curitiba: Bonijuris Ltda, 2017.



BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BORGES, Luis. **A vulnerabilidade do consumidor e os contratos de relação de consumo**. Dissertação de Mestrado, 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm). Acesso em: 08 maio 2019.

BUÍSSA, Gabriel. **Informação, um direito do consumidor e dever do fornecedor**. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI283530,101048Informacao+um+direito+d+o+consumidor+e+dever+do+fornecedor>. Acesso em: 30 maio 2019.

CENCI, Ana Righi. Do liberalismo ao intervencionismo: o Estado como protagonista da (des) regulação econômica. Constituição, Economia e Desenvolvimento. **Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. v. 3.4. 2017.

CONTRERA, Malane Segura. **Mídia e pânico: saturação da informação, violência e crise cultural na mídia**. São Paulo: Annablume, 2002.

COSTA, Martins, J. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601622/>. Acesso em: 01 maio 2020.

COSTA, Patrícia Ayub. GOMES, Sérgio Alves. **O princípio da boa-fé objetiva à luz da Constituição**. Site Publica Direito. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/patricia\\_ayub\\_da\\_costa.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/patricia_ayub_da_costa.pdf). Acesso em: 21 out. 2019.

COUTO, Rute. Dimensão do direito do consumidor à informação. **Revista Luso-brasileira de direito do consumo**. v. 3. n. 9. São Paulo: Bonijuris Ltda, 2013.

FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Manual de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2010.



GUAZZELLI, Denize. **Código de Defesa do Consumidor**: o direito do cidadão alicerçado na informação. São Paulo: Organicom, 2010.

GUILHERME, Juliana. O direito à informação como instrumento consumerista para a efetivação da proteção à saúde dos doentes celíacos. **Revista Direito Cultura e Cidadania**. v. 4. n.1, Osório, Editora Facos, 2014.

LÊDO, Ana Paula Silveira. MARQUESI, Roberto Wagner. **O princípio da boa-fé objetiva como densificador da dignidade humana nas relações negociais**. Scientia Iuris, v. 21, n. 3, p.248-286. Londrina: 2017.

LEITE, Ricardo Rocha. **O ônus da prova no CDC**: sua diversidade, a falsa inversão e a redução de exigências como método de produção e valoração probatórias. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2018.

LOPES, Marilda. **Informação e Contemporaneidade**: perspectivas. Recife: Néctar, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINEZ, João. **Influência do excesso de informações na vulnerabilidade do consumidor em sua disposição a pagar**. São Paulo, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. **Revista Forense**. São Paulo, 1999.

MILLER, G. The magical number seven, plus or minus two. **Psychological Review**, 1956.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. Revista de Informação Legislativa. Ano 51 Número 204, 2014.





NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

NUNES, Rizzatto. **O conceito de prática abusiva no Código de Defesa do Consumidor**. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI299592,31047-O+conceito+de+pratica+abusiva+no+Codigo+de+Defesa+do+Consumidor>. Acesso em: 01 jul. 2019.

OLIVEIRA, Paula. **Aplicação da boa-fé objetiva às condutas do consumidor**. Rio de Janeiro, 2016.

PALUDO, Daniela Maria. **Princípios adotados pelo Código de Defesa do Consumidor**. Lajeado/RS, 2005. Disponível em: [https://www.univates.br/media/graduacao/direito/PRINCIPIOS\\_ADOTADOS\\_PEL\\_O\\_CODIGO\\_DO\\_CONSUMIDOR.pdf](https://www.univates.br/media/graduacao/direito/PRINCIPIOS_ADOTADOS_PEL_O_CODIGO_DO_CONSUMIDOR.pdf). Acesso em: 11 nov. 2019.

RABER, Handerson. **As modalidades de trabalhos científicos**. Portal Educação. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/pedagogia/as-modalidade-de-trabalhos-cientificos/67707>>. Acesso em: 08 maio 2019.

RAGAZZI, José Luiz. **Intervenção de terceiros e o Código de defesa do consumidor**. 2 ed., São Paulo: Verbatim, 2010.

RIBEIRO, Duanne. **A criatividade do excesso: historicidade, conceito e produtividade da sobrecarga de informação**. Escola de Comunicação e Artes, USP, São Paulo, 2017.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira, FÉLIX, Vinícius Cesar. Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo. *Scientia Iuris*, v. 21, n. 1, p.155-188, Londrina, 2017.

SILVA, Altino Conceição da. **A proteção constitucional do consumidor e sua densificação normativa**. Portal Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/43677/a-protacao-constitucional-do-consumidor-e-sua-densificacao-normativa>. Acesso em: 05 set. 2019.

TEIXEIRA, Rafael. O princípio da vulnerabilidade do consumidor no ciberespaço. **Revista do CEPEJ**, v.1. p. 433-454. Salvador, 2015.



VANCIM, Adriano Roberto. **Breves Apontamentos Acerca da Proteção Contratual do Consumidor Vista à Luz da Lei n. 8.078/90.** R. EMERJ. V.14 n. 56. p. 32-56. Rio de Janeiro, 2011.

WALSH, G. MITCHELL V. Demographic characteristics of consumers who find it difficult to decide. **Marketing Intelligence & Planning**, 2004.

WISNIEWSKI, Alice; BOLESINA, Iuri. **Conceitos e direitos básicos do direito do consumidor.** Programa de Pós-graduação em direito. UNISC, 2014.



# MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO E O DIREITO À EDUCAÇÃO: uma análise na perspectiva de Vygotsky e do paradigma da proteção integral

Jussandra Costa

## RESUMO

O presente estudo busca correlacionar as reflexões teóricas de Lévi-Strauss sobre o comportamento do adolescente em conflito com a lei e o paradigma da proteção integral, no âmbito do programa socioeducativo de internação, especificamente no que toca ao direito à educação. O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo dispõe um conjunto de parâmetros e diretrizes para a execução das medidas socioeducativas em meio aberto e fechado, sistema que tem por base o paradigma da proteção integral. Os parâmetros de gestão pedagógica e respectivas diretrizes serão analisados, com recorte no direito fundamental à educação do adolescente interno, de modo a dialogarem com as reflexões de Vygotsky, chegando-se à conclusão de que esses parâmetros, pautados no paradigma da proteção integral, reconhecem a importância das inter-relações entre o adolescente, sua família e a comunidade e, nesse sentido, tem sintonia com a reflexão teórica em referência.

**Palavras-chave:** adolescente em conflito com a lei; proteção integral; direito à educação; Programa socioeducativo de internação.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo realizar uma abordagem sobre o adolescente em conflito com a lei, na perspectiva de Vygotsky e do paradigma da proteção integral, no âmbito da execução da medida socioeducativa de internação, com recorte no direito à educação.



A problemática a ser enfrentada está expressa nas seguintes indagações: (i) quais os parâmetros do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo para a medida de internação no Brasil, no que toca à educação? (ii) esses parâmetros têm diálogo com o paradigma da proteção integral e direcionamento para as inter-relações entre o adolescente, sua família e a comunidade?

As causas que levam à prática do ato infracional são diversas, dentre as quais se encontram as interrelações humanas. Há no plano normativo um sistema de atendimento para o adolescente em conflito com a lei, que apresenta uma disciplina para a efetividade dos direitos fundamentais, dentre os quais figura o direito à educação. A definição normativa de ato infracional presente no art. 103 do ECA será utilizada no texto, qual seja, ato infracional é toda conduta praticada por adolescente descrita como crime ou como contravenção penal.

A pesquisa adotará as reflexões teóricas de Vygotsky sobre o comportamento da criança e do adolescente, extraídas das seguintes obras: *Pensamento e Linguagem* e *Uma Perspectiva Histórico-cultural da Educação*. Associando-se a esse quadro teórico, serão trazidas contribuições do que se convencionou denominar de paradigma das Nações Unidas da proteção integral, que alçou crianças e adolescentes à condição de sujeitos de direito em fase especial de desenvolvimento, compreensão que reverberou nas diretrizes do atendimento socioeducativo para o adolescente infrator.

Quanto à metodologia será utilizada a revisão da literatura sobre a temática e análise de documentos legislativos.

No primeiro momento será realizada uma abordagem sobre as reflexões teóricas de Vygotsky quanto ao comportamento de crianças e adolescentes e as interrelações humanas, importantes para compreender a prática do ato infracional



pelo adolescente e os variados matizes do atendimento socioeducativo fechado, especialmente o direito à educação.

Na sequência, se fará uma descrição do paradigma das Nações Unidas da proteção integral na seara do adolescente autor de ato infracional. Serão destacados os princípios que norteiam esse paradigma, os direitos e garantias individuais e alguns aspectos sobre a medida socioeducativa.

A terceira e última seção está reservada para abordar alguns aspectos do (SINASE) Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, implantado pela lei nº 12.594/2012, notadamente quanto aos parâmetros para a área educacional nas unidades socioeducativas de internação.

Acredito que o direito fundamental à educação dos adolescentes submetidos à medida socioeducativa de internação revela importância acadêmica, cuja efetividade implica verdadeiro desafio, ante a necessidade de compreensão da dimensão do problema.

## **1 UMA REFLEXÃO SOBRE AS TEORIAS DE VYGOTSKI QUANTO AO COMPORTAMENTO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES.**

Nesta seção serão abordadas algumas reflexões de Lév Semiónovitch Vygotsky sobre o comportamento das crianças e adolescentes, as quais serão úteis para estabelecer um diálogo com o atendimento do adolescente infrator<sup>1</sup>. Ele

---

<sup>1</sup> **Lev Semyonovich Vygotsky** (em *Лев Семёнович Выготский*, transliteração: *Lev Semyonovich Vygotskij*, sendo o sobrenome também transliterado como *Vigotski*, *Vygotski* ou *Vygotsky*; Orsha 17 de novembro de 1896 — Moscou, 11 de junho de 1934), foi um psicólogo, proponente da Psicologia cultural-histórica. Pensador importante em sua área e época, foi pioneiro no conceito de que o desenvolvimento intelectual das crianças ocorre em função das interações sociais e condições de vida. Veio a ser descoberto pelos meios acadêmicos ocidentais muitos anos após a sua morte, que ocorreu em 1934, por tuberculose, aos 37 anos. Suas principais influências eram Baruch Spinoza, Wilhelm von Humboldt, Aleksandr Potebnia, Alfred Adler, Kurt Koffka, Kurt Lewin, Max Wertheimer, Wolfgang Köhler, Kurt Goldstein, Karl Marx e Jean Piaget. Pessoas que foram influenciadas por Vigotski foram



teorizou acerca da linguagem da criança, bem como a influência na sua convivência familiar e educacional, por isso, vislumbramos que os seus estudos podem se relacionar com os parâmetros de atendimento socioeducativo.

Os estudos de Vygotsky, apesar de estarem mais voltados ao campo da psicologia, tiveram profunda contribuição para a educação, eis que geraram discussões em torno do comportamento da criança nas escolas, contribuindo, assim, para as discussões sobre o desenvolvimento humano.

Vygotsky trouxe uma abordagem sobre as transformações psíquicas que ocorrem no pensamento tanto da criança, como também do adolescente. Existem estágios em que as crianças ainda não conseguem abstrair as palavras que elas pronunciam até uma determinada idade. As crianças passam a não mais transformar as palavras, que são abstratas, em objetos, que são concretos, em sua mente. Na adolescência, ocorre uma transformação mais complexa nas suas funções psicológicas, o que Vygotsky denomina potenciais<sup>2</sup>.

Cabe pontuar que o projeto principal de Vygotsky consistia em tentar estudar os processos de transformação do desenvolvimento humano nos aspectos histórico e social, realizando pesquisas, inclusive, relacionadas à origem do desenvolvimento do organismo, bem como estudou a relação que os grupos desses organismos têm em comum. Assim, ele permaneceu nas pesquisas dos mecanismos psicológicos mais sofisticados, chamados por ele de funções psicológicas superiores, as quais fazem parte da espécie humana, como por exemplo, o controle consciente do

---

o Círculo Vygotsky, Evald Ilienkov e Urie Bronfenbrenner. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Lev\\_Vygotsky](https://pt.wikipedia.org/wiki/Lev_Vygotsky) . Acesso em 7 jul 2020.

<sup>2</sup> REGO, Teresa Cristina. *Vygotsky: Uma perspectiva histórico-cultural da educação*. 17ª ed. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 63-67.



comportamento, atenção e lembrança voluntária, memorização ativa, pensamento abstrato, raciocínio dedutivo, capacitação de planejamento etc.<sup>3</sup>

As mudanças relacionadas ao desenvolvimento qualitativo e não quantitativo do comportamento que ocorre ao longo do desenvolvimento humano, fazendo assim, uma reflexão do contexto social, destacando as questões relevantes sobre a educação, bem como seu papel no desenvolvimento intelectual do ser humano. Naquela época (década de 1830), ele se dedicou, com maior esforço, ao desenvolvimento infantil, o que ele denominou de “pedologia”, a ciência da criança, que integra aspectos biológicos, psicológicos e antropológicos<sup>4</sup>.

A primeira tese de Vygotsky, envolveu a relação entre o indivíduo e a sociedade, que reconheceu que características tipicamente humanas estão presentes desde o nascimento do indivíduo e que não são simplesmente resultantes do meio exterior. Assim, nota-se a integração dos aspectos biológicos e sociais do indivíduo: as funções psicológicas superiores do ser humano surgem da interação dos fatores biológicos, que são parte da constituição física do *homo sapiens*, com os fatores culturais, que evoluíram por meios de inúmeros anos de história humana<sup>5</sup>. Essa inter-relação entre os fatores biológicos e culturais são fundamentalmente o que Vygotsky passou a analisar no desenvolvimento psicológico da criança e do adolescente.

A segunda tese, refere-se à origem cultural das funções psíquicas. Para ele, as relações entre o indivíduo com o contexto cultural e social dão origem às funções psicológicas. A partir dessa visão, pode-se afirmar que a cultura é, portanto, parte da natureza humana, já que sua característica psicológica se dá por meio da internalização dos aspectos histórico-sociais, sendo o principal foco de Vygotsky,

---

<sup>3</sup> VIGOTSKI, Lev Semiónovitch. *Pensamento e Linguagem*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005, p. 104.

<sup>4</sup> REGO. *Op cit.* p. 25.

<sup>5</sup>LURIA, Alexander Romanovich. *A construção da mente*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1992. p. 92.



em especial ao presente trabalho, que é justamente essa questão entre cultura e história que cada indivíduo internaliza. A princípio, essa internalização é de forma simples e, posteriormente, adquire por meio da interação social, uma linguagem mais complexa<sup>6</sup>. A terceira tese, diz respeito fundamentalmente ao fator biológico, levando em consideração a evolução do cérebro e a importância do mesmo na atividade mental. Para Vygotsky, se esse órgão é proveniente do nascimento de cada pessoa, logo existe uma forma peculiar de cada indivíduo desenvolver sua história, tendo em vista as mudanças que ocorrem no cérebro durante o desenvolvimento de cada pessoa<sup>7</sup>.

A quarta tese aborda os instrumentos técnicos e os sistemas de signo mediados em toda atividade humana, sendo a linguagem um signo por excelência. A linguagem é uma ferramenta que auxilia, entre outros, nos processos psicológicos, aparecendo como pressuposto fundamental da interferência nas perspectivas sociais e históricas<sup>8</sup>.

A relação entre a linguagem e pensamento é de fundamental importância na teoria de Vygotsky, pois é a partir desses dois elementos que se pode entender os fenômenos que acontecem no pensamento e na formação de conceitos das crianças e adolescentes. Mesmo que a criança não consiga ainda exteriorizar sua fala, pode-se considerar uma fala inibida e silenciosa dentro da sua mente<sup>9</sup>.

O processo da linguagem e do pensamento tem como premissa o fator sociocultural e o meio em que cada criança vive. Isso refletirá no seu futuro comportamento. Se a criança domina os meios sociais, ela conseguirá dominar,

---

<sup>6</sup>REGO. *Op cit.* p. 41.

<sup>7</sup>REGO. *Op cit.* p. 42.

<sup>8</sup>REGO. *Op cit.* p. 42

<sup>9</sup>VIGOTSKI, *Op cit.* p 57.





como consequência, o desenvolvimento da linguagem, que não é inata, mas adquirida com o meio social e cultural<sup>10</sup>.

A linguagem, quando desenvolvida de forma satisfatória, levará na fase da infância até a adolescência a um enorme avanço intelectual, a fim de que o adolescente, ao ingressar-se no meio social, possa ter novas formas de raciocinar e atingir uma linguagem e pensamento mais elevados. Para que isso aconteça, é de suma importância que a sociedade apresente alternativas que estimulem o adolescente a fazer, de fato, parte do meio social que lhe propicie uma educação de qualidade<sup>11</sup>.

Nesse sentido, a educação tem um papel de suma importância, pois é por meio dela que ocorre o desenvolvimento do intelecto do ser humano. E, essa importância está presente na percepção de que a educação é um direito humano e essencial para a criança e ao adolescente, o qual deve ser efetivado pelos entes corresponsáveis, que são a família, a sociedade e o Estado, devendo seguir as diretrizes do paradigma da proteção integral, as quais serão abordadas na seção seguinte.

É nessa perspectiva teórica, que o presente trabalho busca respostas para os questionamentos registrados como problema da pesquisa, que envolve o atendimento do adolescente autor de ato infracional. Questão complexa e que instiga investigação científica. Em que pese a existência de normas legais ao atendimento ao adolescente em conflito com a lei, entender a prática do ato infracional de um ser humano em desenvolvimento é tema importante para a elaboração de políticas públicas, especialmente as de natureza preventiva à criminalidade, bem como as socioeducativas, políticas que devem ter como cimento o paradigma da proteção integral.

---

<sup>10</sup>VIGOTSKI. *Op Cit.* p. 56.

<sup>11</sup>VIGOTSKI; *Op cit.* p. 73.



## 2 O PARADIGMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E O ADOLESCENTE AUTOR DE ATO INFRAACIONAL.

O paradigma da proteção integral é fruto da compilação de diversos instrumentos normativos internacionais, dentre os quais se destaca a Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, aprovada em 20/11/1989, cuja internalização ocorreu no âmbito brasileiro por meio do Decreto nº 99.710, de 02/11/1990. Essa Convenção reuniu princípios e diretrizes de documentos internacionais anteriores, quais sejam: Declaração de Genebra de 1924, Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, Pacto de São José da Costa Rica de 1969, Regras Mínimas de Beigin de 1985. São instrumentos normativos que, em síntese, reconheceram que crianças e adolescentes são seres em fase especial de desenvolvimento e que merecem atenção diferenciada por parte da família, da sociedade e do Estado.<sup>12</sup>

Esse novo paradigma foi abraçado pela Constituição Federal, conforme art. 227<sup>13</sup>, ao reconhecer que as crianças, os adolescentes e os jovens são sujeitos de direitos fundamentais, cabendo à família, à sociedade e ao Estado assegurar-lhes o exercício desses direitos, inclusive para os adolescentes autores de atos infracionais, seja na fase do processo de conhecimento, seja no decorrer da execução da medida socioeducativa.

---

<sup>12</sup> BRASIL. **Decreto n 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm#:~:text=Artigo%2032-,1.,2.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm#:~:text=Artigo%2032-,1.,2.)>. Acesso em 10 jun. 2020.

<sup>13</sup> Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em :[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 7 jul 2020.



Além do reconhecimento de que crianças e adolescente são sujeitos de direitos, o paradigma da proteção integral, presente na nossa CF, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Sistema Nacional Socioeducativo, lei nº 12.594/12, apresenta um olhar diferenciado à criança e ao adolescente frente aos adultos. Esse tratamento diferenciado está presente na definição normativa apresentada pelo art. 2º, do ECA, quando aponta que a criança é todo indivíduo que possua a idade de zero a 12 anos incompletos e adolescente todo indivíduo que possua 12 anos completos até 18 anos incompletos.

O olhar diferenciado em relação a esses dois grupos é expresso de forma mais clara, quando da prática de atos infracionais. Para a criança autora de ato infracional, somente será possível a incidência de medidas protetivas, previstas no art. 101, do ECA. Enquanto que, quando se tratar de adolescente, ele será submetido ao devido processo legal, em busca de uma responsabilização especial, por meio das medidas socioeducativas.

O paradigma da proteção integral tem como base alguns princípios, a saber: Corresponsabilidade, Melhor interesse, Condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e Prioridade absoluta.

O princípio da Corresponsabilidade determina que é de responsabilidade da família, da sociedade e do Estado, assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, descritos no mencionado art. 227 da Constituição Federal, bem como o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, a saber: à saúde, à vida, à educação, à cultura, à profissionalização, entre outros. Vale destacar que todos os direitos fundamentais devem ser garantidos para todas as crianças e adolescentes, inclusive para aqueles que praticaram atos infracionais e se encontram em cumprimento de medida socioeducativa. Nesse contexto, vale destacar o direito à educação a ser efetivado para o adolescente em cumprimento de medida socioeducativa em meio fechado, ante o desafio que se apresenta para se garantir o vínculo familiar e com o meio



social, para que o adolescente consiga, posteriormente, participar da vida em sociedade, o que requer uma educação de qualidade<sup>14</sup>.

O princípio do melhor interesse orienta que nas questões afetas à criança e ao adolescente há que se observar onde reside o melhor interesse deles, aferível não somente na perspectiva do adulto que estiver analisando, avaliando. Mas também pela percepção da criança e do adolescente, que, em virtude da nova condição de sujeitos de direitos podem se manifestar sobre as demandas que lhe dizem respeito, nos termos do art. 12, da Convenção dos Direitos da Criança de 1989<sup>15</sup>, possibilidade que aparece de forma mais enfática na hipótese de ato infracional, em que a nossa ordem jurídica reconhece como uma garantia a ser observada nas diversas fases do processo de responsabilização do adolescente<sup>16</sup>.

Quanto ao princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, ele procura distinguir a personalidade das crianças e adolescentes da personalidade dos adultos. A formação da personalidade da criança e do adolescente se desenvolve aos poucos, até chegar à vida adulta, por isso, nesse ponto se faz necessária a

---

<sup>14</sup> MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. 1ª ed. Manole: São Paulo. 2003. p. 109.

<sup>15</sup> "1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional."BRASIL. Decreto n 99.710, de 21 de novembro de 1990. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm#:~:text=Artigo%2032-,1.,2.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm#:~:text=Artigo%2032-,1.,2.)>. Acesso em 10 jun. 2020.

<sup>16</sup> Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal. Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias: I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente; II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa; III - defesa técnica por advogado; IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei; V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente; VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm) . Acesso em 7 jul de 2020.



compreensão da família, da sociedade e do Estado no sentido de que a essa fase especial do desenvolvimento humano merece um olhar diferenciado, mediante condições adequadas para adentrarem na vida adulta<sup>17</sup>.

O princípio da prioridade absoluta orienta a preferência em receber proteção, socorro, atendimento nos serviços públicos e também se refere aos recursos destinados para as políticas públicas à infância e à juventude. Está disposto no citado art. 227, da CF e reafirmado no art. 4º, do ECA. Observa-se que a prioridade absoluta e os demais princípios orientam no sentido da efetividade dos direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes no intuito da proteção integral, com um desenvolvimento em condições dignas, ainda que se trate de adolescentes autores de atos infracionais que, além dos direitos fundamentais farão jus aos direitos e garantias individuais no âmbito do devido processo legal.

## **2.1 Direitos e garantias individuais**

Conforme abordado anteriormente, o Estado brasileiro adotou o paradigma da proteção integral para o atendimento das crianças e dos adolescentes, que parte da compreensão de que eles são sujeitos de direitos, ainda que se trate de adolescentes em conflito com a lei. Esse paradigma está alinhado com os princípios democráticos, razão pela qual a nossa ordem jurídica apresenta um rol de garantias e direitos individuais, a fim de assegurar o tratamento diferenciado em relação aos adultos, afastando-se, assim, dos antigos instrumentos jurídicos adotados, os quais não tiveram resposta positiva com relação às crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social<sup>18</sup>.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 106 ao 111, dispõe o que é possível chamar de devido processo legal, pois se tem um conjunto de direitos e

---

<sup>17</sup>MACHADO. *Op. Cit.* p. 109.

<sup>18</sup>MACHADO. *Op Cit.* p. 111.



garantias individuais do adolescente que comete ato infracional. Dessa forma, a privação de liberdade do adolescente de ir vir e estar somente será possível, mediante flagrante da prática de ato infracional ou mediante determinação judicial, devidamente fundamentada, emanada de autoridade judiciária competente<sup>19</sup>.

Uma garantia que se destaca é o dever da autoridade responsável pela apreensão do adolescente de informar aos responsáveis sobre os fatos. Essa garantia tem por objetivo assegurar que o adolescente, desde logo, possa ter o acompanhamento da família, o que, certamente, providenciará, a defesa técnica. Ainda, como se sabe, um dos princípios da proteção integral é o da corresponsabilidade, que sinaliza obrigações para a família, especialmente quando o adolescente se envolver em prática de ato infracional.

Os artigos 110 e 111 deixam claro que o adolescente é um sujeito de direitos, assim, fazendo *jus* ao devido processo legal, previsto em âmbito constitucional, no catálogo do artigo 5º. Em mesma direção o ECA dispõe as garantias e direitos individuais, os quais podem ser assim sintetizadas: o adolescente tem o direito de conhecer a acusação que está sendo lançada contra ele, imprescindível para que o adolescente e o seu defensor possam organizar a defesa; o direito de arrolar testemunhar e a produção de todos os meios de provas que se façam necessários à defesa; direito ao contraditório, obedecendo-se a igualdade processual ou igualdade de armas; direito de ser julgado perante o juiz natural; direito ao oferecimento de recursos e outros direitos que podem ser acoplados.

Essas garantias e direitos individuais são detalhados em termos procedimentais, a partir do art. 171 e seguintes do ECA, procedimento que se

---

<sup>19</sup>Art. 106. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Parágrafo único. O adolescente tem direito à identificação dos responsáveis pela sua apreensão, devendo ser informado acerca de seus direitos. BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm) . Acesso em 7 jul de 2020.



notabiliza pela orientação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. É possível que o adolescente seja submetido à internação provisória até a sentença, desde que estejam presentes os seguintes requisitos: indícios suficientes de autoria e materialidade e a necessidade imperiosa da constrição cautelar, fundamentada na gravidade do ato infracional e na garantia da ordem pública, conforme art. 108 § único c/c a 2ª parte do art. 174, do ECA.

Ao final, uma vez presentes provas da autoria e da materialidade do ato infracional, o juiz julgará procedente a ação socioeducativa pública, com a fixação de medida socioeducativa, uma ou mais, podendo, eventualmente, cumular com medidas protetivas, nesse caso, em busca da salvaguarda dos direitos fundamentais do adolescente, conforme art. 112, do ECA.

## 2.2 Medida socioeducativa de internação

As medidas socioeducativas são aplicadas aos adolescentes que praticam uma conduta descrita como crime ou contravenção penal, assim denominada de ato infracional. É a resposta à prática do ato infracional, conforme art. art. 112, do ECA. Tem por finalidade a responsabilização do adolescente, sua reprovação social e sua integração social, nos termos dos incisos I, II e III do §2º do art. 1º da Lei nº 12.594/2012, chamada Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo

Diferentemente das medidas socioeducativas, cuja incidência decorre da prática de atos infracionais, as medidas protetivas decorrem da ameaça ou violação aos direitos fundamentais<sup>20</sup>. O que se busca é que a medida protetiva seja aplicada em maior escala, ante a sua natureza preventiva à criminalidade juvenil, o que

---

<sup>20</sup> Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta. BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm) . Acesso em 7 jul de 2020.



poderá colaborar para a diminuição de atos inflacionais e para uma menor incidência das medidas socioeducativas.<sup>21</sup>

Feita a observação acima quanto à diferença entre medida protetiva e socioeducativa, no que toca ao adolescente, a seguir serão abordadas as espécies de medidas socioeducativas, cujo leque é fechado, sendo reconhecidas como tais somente aquelas descritas nos incisos do art. 112, do ECA.

As medidas socioeducativas fixadas no dispositivo em referência são: a advertência, a obrigação de reparar danos, a prestação de serviço à comunidade, a liberdade assistida, o regime de semiliberdade e a internação em unidades educacionais. Ainda, o dispositivo traz a modalidade de medida protetiva<sup>22</sup> com caráter socioeducativo quando aplicada ao adolescente autor de ato infracional.

As medidas socioeducativas devem ser escolhidas considerando as necessidades sociopedagógicas do adolescente, a capacidade de cumprimento, considerar o fortalecimento dos vínculos familiares, a gravidade do ato infracional, as circunstâncias e as consequências do ato infracional, é o que se extrai dos artigos 100, §1º, do art. 112 e 113 do ECA. Nesse sentido, diante do rol apresentado do art. 112, é possível perceber uma certa escala de gravidade e de divisão das medidas em dois blocos: as de meio aberto e as de meio fechado.

Diante do problema de pesquisa aqui enfrentado, abordaremos somente a medida socioeducativa de internação. Medida reservada para os atos infracionais

---

<sup>21</sup> MELO, Henrique Rodrigues de; ZAGAGLIA, Rosangela Alcântara; LOPES, Jaqueline Ferreira. *Criança e adolescente*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 162.

<sup>22</sup> Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; [...]BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm) . Acesso em 7 jul de 2020.





mais graves, eis que, além dos critérios pontuados acima, somente poderá ser aplicada aos atos infracionais praticados com o uso de violência ou grave ameaça à pessoa e na hipótese de reiteração delitiva grave, nos termos do art. 122, incisos I e II do ECA<sup>23</sup>.

A escolha da medida socioeducativa de internação e a execução dessa medida devem ser observados os princípios da excepcionalidade, da brevidade da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, nos moldes descritos no art. 121, do ECA. A excepcionalidade se justifica, pois, é uma medida que implica no cerceamento total da liberdade de ir, vir e estar do adolescente, um direito fundamental caro, em especial, para um adolescente, razão pela qual essa medida deve ser aplicada em situações excepcionais. Dada a excepcionalidade dessa medida, a brevidade decorre do nível de aflição de uma internação para um adolescente, que, geralmente, valoriza de forma extrema a sua liberdade. Quanto à condição peculiar de desenvolvimento, trata-se de um princípio que orienta o paradigma da proteção integral, a ser considerando para todas as crianças e adolescentes, inclusive aqueles autores de atos infracionais, que se evidencia na execução da medida socioeducativa de internação<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; [...]BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm) . Acesso em 7 jul de 2020.

<sup>24</sup> Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. § 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário. § 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses. § 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos. § 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semi-liberdade ou de liberdade assistida. § 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade. § 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público. § 7º A determinação judicial mencionada no § 1º poderá ser revista a qualquer tempo pela autoridade judiciária. BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm) . Acesso em 7 jul de 2020.



Quanto aos direitos a serem assegurados para os adolescentes em cumprimento dessa medida socioeducativa extrema, o art. 124, do ECA, traz alguns exemplos que apontam todos os direitos fundamentais que não estão cerceados pela incidência da internação, a exemplo de se avistar com os seus familiares, amigos, direito à dignidade, ao respeito, de receber informações processuais, se avistar com as autoridades (Defensor, Promotor, Juiz, Advogado), e outros. Porém, os direitos a escolarização, cultura, esporte e à profissionalização, no nosso entender ganham importância para a organização de um projeto de vida a ser desenhado no Plano Individual de Atendimento, que trabalha metas a serem atingidas durante a execução da medida, a partir da história de vida, das potencialidades e fragilidades do adolescente.

Apesar do rol de direitos apresentados no mencionado art. 124, do ECA, apontar alguns caminhos para a execução da medida socioeducativa de internação, ainda se fez necessário um regramento mais adequado, conforme exposição a seguir.

### **3 O SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO E SUA BASE NA PROTEÇÃO INTEGRAL.**

Nesse ponto serão trabalhados alguns aspectos sobre os “Parâmetros do SINASE”, documento teórico e a Lei nº 12.594/12 que criou o Sistema Nacional de Atendimento, com enfoque na medida socioeducativa de internação, no parâmetro gestão pedagógica e as diretrizes quanto ao direito à educação.

#### **3.1 Definição, Parâmetros da Gestão Pedagógica e suas Diretrizes**

Inicialmente cabe pontuar que a busca por um regramento das medidas socioeducativas surge em 2002, quando o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente e a Secretaria Especial dos Direitos Humanos e várias



entidades não-governamentais realizam encontros pelo Brasil, a fim de discutirem as práticas socioeducativas existentes e pontos atinentes à elaboração de um projeto de lei de execução de medidas socioeducativas. Das discussões surgiram o projeto de Lei do SINASE e um documento teórico operacional para execução das medidas, conhecido como “Parâmetros do SINASE”, publicado em 2006 e que será utilizado no presente trabalho.

Assim, fruto dessas discussões, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo foi criado pela Lei nº 12.594/12 e tem papel fundamental na execução das medidas socioeducativas em meio aberto e fechado. O artigo 1º, parágrafo primeiro define o seguinte:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. § 1o Entende-se por Sinase o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, incluindo-se nele, por adesão, os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei.<sup>25</sup>

Pelo dispositivo acima se verifica que a execução das medidas socioeducativas será pautada em parâmetros nacionais com a integração dos programas socioeducativos estaduais, visando à padronização das práticas socioeducativas. Uma padronização que abrange todas as medidas socioeducativas, em especial a medida socioeducativa de internação e dirigida ao alcance das finalidades da medida socioeducativa antes referida, vale dizer, a responsabilização do adolescente, a desaprovação de sua conduta e a sua inclusão social, levando em consideração que se trata de um ser humano em fase especial de desenvolvimento, princípio do paradigma da proteção integral que se encontra em sintonia com as

---

<sup>25</sup>BRASIL. Lei n 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) [...]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm)>. Acesso em 8 jun 2020.



reflexões de Vygotsky quando ele teoriza sobre o componente biológico na evolução do cérebro e a importância deste órgão ao desenvolvimento cognitivo. Se esse órgão é de cada pessoa, logo existe uma forma peculiar de cada indivíduo desenvolver sua história, tendo em vista as mudanças que ocorrem no cérebro durante o desenvolvimento de cada pessoa<sup>26</sup>.

Além dessa lei, as práticas socioeducativas são orientadas pelos parâmetros constantes no mencionado documento teórico operacional – Parâmetros do SINASE, que descreve um conjunto de orientações para todas as medidas socioeducativas. Entretanto, serão destacados somente aqueles indispensáveis ao enfrentamento do problema de pesquisa do presente artigo.

### **3.2 Parâmetro da Gestão Pedagógica e as diretrizes relacionadas ao direito à educação**

Os parâmetros que direcionam as ações e o modo de gerir o trabalho pedagógico das unidades de atendimento e seus respectivos programas implementados, devem assegurar aos adolescentes o respeito aos direitos e alcançar a sua ressignificação de valores bem como superação de sua situação de exclusão, vez que as medidas socioeducativas possuem uma dimensão jurídico sancionatória e uma dimensão substancial ético pedagógica.<sup>27</sup>

A prática pedagógica, no aspecto educacional, deve estar orientada e fundamentada nas seguintes diretrizes: (i) respeito à singularidade do adolescente, presença educativa e exemplaridade como condições necessárias na ação socioeducativa; (ii) diversidade étnico-racial, de gênero e de orientação sexual norteadora da prática pedagógica; (iii) exigência e compreensão, enquanto elementos primordiais de reconhecimento e respeito ao adolescente durante o atendimento

---

<sup>26</sup>REGO. *Op Cit.* p. 42

<sup>27</sup>BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo*. Brasília/DF: CONANDA, 2006. p. 46.



socioeducativo; (iv) família e comunidade participando ativamente da experiência socioeducativa; (v) desenvolvimento pessoal e do adolescente; (vi) acompanhamento técnico, (vii) desenvolvimento educacional, esportivo, cultural e de lazer do adolescente.

A diretriz de participação da família, da comunidade e das organizações da sociedade civil voltadas à defesa dos direitos da criança e do adolescente na ação socioeducativa é fundamental para a consecução dos objetivos da medida aplicada ao adolescente, sem o qual não será possível alcançar o fortalecimento dos vínculos e a inclusão do adolescente no seio familiar e na sociedade. Para serem alcançadas, as ações devem ser programadas considerando a realidade familiar e comunitária em que o adolescente vive, além da condição de que o objetivo na formação do educando é extensivo à sua família.<sup>28</sup>

Seguindo as orientações de desenvolvimento pessoal e social do adolescente, é possível extrair que as ações socioeducativas devem exercer uma influência sobre a vida do adolescente, edificando a sua própria identidade no meio social e familiar durante e após o cumprimento da medida socioeducativa, lhe permitindo ser capaz de avaliar e tomar decisões fundamentadas. O progresso pessoal e social do adolescente deve ser acompanhado diuturnamente, no intuito de fazê-lo compreender onde está e aonde quer chegar.<sup>29</sup>

Quanto à singularidade do adolescente, à presença educativa e exemplaridade como condições necessárias na ação socioeducativa, em síntese, comporta a necessidade de demonstrar e ensinar ao adolescente o profissional que é no mundo exterior, pois a postura do profissional servirá de exemplo ao adolescente e servirá para construção de seu comportamento cidadão frente à sociedade como modo de

---

<sup>28</sup>BRASIL. *Op Cit.* p. 49.

<sup>29</sup>BRASIL. *Op Cit.* p. 52



inspiração. Essa diretriz constrói um ambiente favorável na relação estabelecida entre os educadores e adolescentes, fortalecendo este vínculo.<sup>30</sup>

Por sua vez, a exigência e compreensão, enquanto elementos primordiais de reconhecimento e respeito ao adolescente durante o atendimento socioeducativo, orienta que a cobrança desempenhada sobre o educando tem o condão de potencializar suas capacidades e habilidades, alcançando a superação das próprias limitações, desde que, as exigências impostas sejam alcançáveis e seja trabalhado no adolescente o autoconhecimento, lhe fomentando a percepção de seu próprio estágio de crescimento pessoal e social, bem como suas aptidões.<sup>31</sup>

Dentre as diretrizes, cabe destacar a necessidade de trabalhar a diversidade étnico-racial, de gênero e de orientação sexual, sendo necessária sua conceituação, discussão e a promoção de metodologias que promovam a inclusão desses temas, com o intuito de contribuir para o surgimento de comportamentos tolerantes e inclusivos, na dinâmica pessoal, social e comunitária. Tais temas necessitam ser interligados às ações para promoção de saúde, educação, cultura, profissionalização e cidadania na execução das medidas socioeducativas.<sup>32</sup>

Os profissionais responsáveis pelo acompanhamento dos adolescentes submetidos à medida socioeducativa, seja em meio aberto ou fechado, devem ter um conhecimento específico na área de atuação profissional e, sobretudo, conhecimento teórico-prático em relação à especificidade do trabalho a ser desenvolvido. Sendo assim, a equipe técnica deve ser multiprofissional e com perfil selecionado, capaz de atender e cumprir os objetivos fixados. No entanto, sua característica multiprofissional não tolera a formação hierárquica de saberes, pois tal característica

---

<sup>30</sup>BRASIL. *Op Cit.* p. 47-48.

<sup>31</sup>BRASIL. *Op Cit.* p. 48.

<sup>32</sup>BRASIL. *Op Cit.* p. 49.



impediria a construção do processo socioeducativo, ao contrário, se submete a uma interação respeitosa, democrática e participativa.<sup>33</sup>

Aos adolescentes em cumprimento da medida socioeducativa é oferecido e facilitado o acesso ao atendimento psicossocial individual e com frequência regular, inclusive com o atendimento grupal e familiar, sendo assegurado aos egressos da internação sua continuidade. Da mesma forma, lhe é disponível o acesso à rede de atendimento sociais indispensáveis para sua inclusão e convívio social. A composição institucional também inclui parcerias e alianças, entre as entidades e/ou programas de atendimento socioeducativo e as organizações não governamentais e governamentais, as universidades, os conselhos tutelares, a mídia, os órgãos das diferentes esferas governamentais (federal, estadual, distrital e municipal), o sistema de justiça e com a iniciativa privada, e outros, visando o desenvolvimento de suas ações estratégicas necessárias para que seja feita a inclusão do adolescente no convívio social.<sup>34</sup>

Tais parcerias e alianças, se prestam principalmente para o cumprimento das diretrizes voltadas ao eixo da educação, esporte e lazer. Igualmente, visa o cumprimento do capítulo IV do Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial os artigos 53, 54, 56, 57, 58 e 59, e, sobretudo, a garantia de regresso, sucesso e permanência dos adolescentes na sociedade e na rede formal de ensino ou de programas desportivos de alto rendimento, bem como a possibilidade de desenvolver os conteúdos escolares, artísticos, culturais e ocupacionais de maneira interdisciplinar, como instrumento de inclusão social no atendimento socioeducativo.

Portanto, observa-se que o parâmetro da gestão pedagógica reconhece o adolescente como sujeito de direitos, condição a ser repetida no decorrer da

---

<sup>33</sup>BRASIL. *Op Cít.* p. 48, 53.

<sup>34</sup>BRASIL. *Op Cít.* p. 53-54.



execução da medida socioeducativa de internação, especialmente quando da elaboração do Plano Individual de atendimento<sup>35</sup>. À elaboração do Plano, a equipe técnica ouve o adolescente e a sua família, a fim de que juntos, possa ser organizado um conjunto de metas a serem alcançadas no decorrer da execução da medida socioeducativa. Vários aspectos são considerados para a elaboração do PIA. Contudo, em linhas gerais, tem destaque a história de vida do adolescente e as suas interações com a família e com a comunidade, com ingredientes culturais.

Nesse ponto encontra-se aproximação entre a construção do PIA e as reflexões de C Conforme abordagem realizada na primeira seção, esse teórico compreende que as relações entre o indivíduo com o contexto cultural e social dão origem às funções psicológicas, por meio da internalização dos aspectos histórico-sociais. Esses aspectos devem ser considerados para se compreender o contexto do ato infracional praticado e também as interferências a serem realizadas no decorrer do cumprimento da medida socioeducativa.

Aliado a isso, o fator biológico observado por Vigotisk, quanto à evolução do cérebro, também se aproxima do parâmetro de gestão pedagógica, ao reconhecer que cada indivíduo possui uma forma peculiar de desenvolver sua história, tendo

---

<sup>35</sup>Art. 53. O PIA será elaborado sob a responsabilidade da equipe técnica do respectivo programa de atendimento, com a participação efetiva do adolescente e de sua família, representada por seus pais ou responsável.

Art. 54. Constarão do plano individual, no mínimo:

I - os resultados da avaliação interdisciplinar;

II - os objetivos declarados pelo adolescente;

III - a previsão de suas atividades de integração social e/ou capacitação profissional;

IV - atividades de integração e apoio à família;

V - formas de participação da família para efetivo cumprimento do plano individual; e

VI - as medidas específicas de atenção à sua saúde. [...] BRASIL. **Lei nº 12.594 de 18 de janeiro de 2012**. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos Leis nº 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm) . Acesso em: 7 jul 2020.





em vista as mudanças que ocorrem no cérebro durante o desenvolvimento de cada pessoa, compreensão afinada com a perspectiva individualizada do adolescente.

## **CONCLUSÃO**

O teórico, psicólogo russo Vygotsky foi capaz de agregar diferentes ramos de conhecimento, e analisar em seus estudos os fenômenos sociais, semióticos e psicológico da formação humana. Seu discurso, marcado pela interdisciplinaridade, estudou os processos de transformação do desenvolvimento humano nos aspectos histórico e social, inclusive as implicações educacionais no desenvolvimento humano. O pesquisador, apresentou uma série de perspectivas e diretrizes potencialmente férteis, que podem ser identificadas no paradigma da proteção integral e no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

Dentre suas percepções, podemos destacar a linguagem e pensamento, que são o cerne da compreensão do pensamento e formação da criança e do adolescente, sendo capaz de refletir em seu futuro comportamento, razão pela qual a educação tem um papel de suma importância, e deve ser observado e proporcionado por todos os grupos responsáveis, que são a família, a sociedade e o Estado, devendo, para tanto, seguir os princípios do paradigma da proteção integral: corresponsabilidade, prioridade absoluta, condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e melhor interesse.

A incumbência entre esses três entes, a saber, a família, o Estado e a sociedade, atrelada à compreensão do processo de desenvolvimento do adolescente, remete a conclusão de que todos são inteiramente responsáveis pelo resultado, o adulto que se torna. A responsabilidade não é de um, mas de todos, que devem agir conjuntamente para alcançar o objetivo em comum, a ressocialização do adolescente infrator e prevenção para que este não venha a cometer transgressões na vida adulta,



atentando-se à condição de que a ação isolada de cada é insuficiente e inócua para sua efetivação.

Necessário reconhecer a condição do adolescente como pessoa em fase especial de desenvolvimento, ainda incapaz de se autopromover, desta forma, carecedor da proteção especial que sua condição requer, necessitando da família, da sociedade e do Estado para resguardar seus direitos e seu próprio desenvolvimento como indivíduo e cidadão, com integridade física, mental, moral, espiritual e social, especialmente quando se envolver em ato infracional. Uma atenção diferenciada no decorrer do processo de conhecimento e, sobretudo durante a execução da medida socioeducativa.

Justamente neste ponto que nasce a proteção integral do adolescente infrator, a partir do *status* de sujeito de direitos, com garantias e direitos individuais assegurados que alcança a execução da medida socioeducativa a ser fixada pela autoridade judiciária e dentre aquelas previstas em lei.

Sobre os parâmetros do SINASE, em específico as suas metodologias da gestão pedagógica, é possível inferir seu enfoque no cuidado com a individualidade do adolescente e a compreensão de seu íntimo, para que as interferências socioeducativas exercidas sobre cada um tenha a capacidade de se adequar às peculiaridades que cada adolescente necessita. De mesmo modo, o atendimento individualizado se estende à família, enquanto ente imprescindível ao processo de inclusão, uma das finalidades da medida socioeducativa. Enfim, o atendimento pedagógico das unidades de atendimento e seus respectivos programas deverão empenhar-se para que o adolescente interno receba atenção em todas as esferas básicas de formação e desenvolvimento humano.

O respeito à singularidade do adolescente replica o princípio do melhor interesse do adolescente, que considera sua perspectiva sobre si e sobre o meio, com



fito a se adequar à realidade em que vive; o princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, para moldar a personalidade em formação, está atrelado à necessidade de se trabalhar a diversidade étnico-racial, de gênero e de orientação sexual e à exigência de compreensão, reconhecimento e respeito ao adolescente; a necessidade de inclusão da família e da comunidade de forma ativa está relacionada ao princípio da corresponsabilidade, inserido no art. 227 da Constituição Federal e; por fim, o acompanhamento técnico e desenvolvimento pessoal, educacional, esportivo, cultural e de lazer do educando atendem ao princípio da prioridade absoluta. Questões que estarão presentes no conjunto metas dispostas no Plano Individual de Atendimento.

A análise do parâmetro gestão pedagógica e suas diretrizes, no que pertine ao viés educacional, permite concluir que, em tese, eles direcionam as ações e o modo de gerir o trabalho pedagógico das unidades de atendimento de internação. Eles estão alinhados com o paradigma da proteção integral que, por sua vez, se comunica com as reflexões de Vygotsky, pois pretendem melhorar o desenvolvimento do adolescente, por meio das práticas socioeducativas almejadas que aparentam mudar o meio social. Ainda que estejam no espaço meramente normativo, esses ideais programados são direcionados para as interações entre o adolescente, sua família e a comunidade e reflete na sua percepção sobre o meio e sua capacidade de tomar decisões de forma consciente.

Resta saber, no entanto, se a programação expressa nos parâmetros do SINASE tem avançado em termos de construção de políticas públicas. Tema que poderá ser objeto de outro estudo, já que o quadro teórico de base permite avançar com maior densidade.

## **REFERÊNCIAS**



BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo*. Brasília/DF: CONANDA, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 9 jun. 2020

BRASIL. Decreto n 99.710, de 21 de novembro de 1990. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm#:~:text=Artigo%2032-,1.,2. >](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm#:~:text=Artigo%2032-,1.,2.). Acesso em 10 jun. 2020.

BRASIL. Lei n 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; [...]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm)>. Acesso em 8 jun. 2020.

BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 9 jun. 2020.

LURIA, Alexander Romanovich. *A construção da mente*. 2ª E. São Paulo: Ícone, 1992.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. 1ª ed. Manole: São Paulo. 2003.

MELO, Henrique Rodrigues de; ZAGAGLIA, Rosângela Alcântara; LOPES, Jaqueline Ferreira. *Criança e adolescente*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

REGO, Teresa Cristina. *Vygotsky: Uma perspectiva histórico-cultural da educação*. 17ª ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

VYGOTSKI, Lev Semiónovitch. *Pensamento e Linguagem*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005.



# ANÁLISE DO VETO AOS PROJETOS DE LEI DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PARTO ANÔNIMO EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Larissa Viana Santos

## RESUMO

O presente trabalho avaliará quais foram os principais fundamentos que vetaram a tramitação dos Projetos de Lei n. 2.747/2008, 2.834/2008 e 3.220/2008 na Câmara dos Deputados. Esses três projetos buscavam, cada um à sua maneira, a regulamentação do instituto parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro. Até chegar à análise do veto, será demonstrado o contexto histórico do instituto e a sua conceituação, os princípios constitucionais que circundam o parto anônimo, como países que possuem tradição na regulamentação do parto anônimo lidam com o tema e como os projetos apresentados pretendiam regular o instituto. A exposição desses conceitos iniciais antes da análise do veto é essencial para que haja uma melhor compreensão do porquê de as comissões da Câmara dos Deputados que analisaram os projetos declararam a inconstitucionalidade do parto anônimo ante o ordenamento jurídico vigente e consequentemente o vetaram a tramitação da votação nas casas legislativas.

**Palavras-chave:** parto anônimo. projetos de Lei; princípios constitucionais; inconstitucionalidade.

## INTRODUÇÃO

No ano de 2008 foi trazido ao debate público a discussão acerca da institucionalização do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro por meio dos Projetos de Lei n. 2.747/2008, 2.834/2008 e 3.220/2008, apresentados



respectivamente nas datas de 11 de fevereiro de 2008, 19 de fevereiro de 2008 e 09 de abril de 2008 à Câmara dos Deputados.

Para prosseguimento dos trâmites de votação nas casas legislativas, os três projetos de lei mencionados foram apensados, contudo, foram considerados inconstitucionais pela Comissão de Seguridade Social e Família e pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e conseqüentemente foi negado o seguimento da votação dos referidos projetos que posteriormente foram arquivados.

O presente trabalho acadêmico visa analisar, sem esgotar o tema, as razões jurídicas que foram utilizadas para a declaração de inconstitucionalidade dos projetos de lei que buscavam instituir o parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro, mas para isso, inicialmente serão apresentados o conceito, a contextualização histórica desse instituto, os princípios constitucionais que refletem nos dois atores principais quando se fala de parto anônimo - a parturiente e a criança – e como os países que já possuem tradição na regulamentação do parto anônimo estruturaram a legislação acerca do tema, pois dessa forma é possível compreender como e com qual objetivo surgiu o parto anônimo, além de verificar o que ele refletiria no ordenamento jurídico do Brasil e averiguar como outros países lidam juridicamente como o assunto.

Os projetos de lei apresentados para votação na Câmara dos Deputados que pretendiam regular o referido instituto no sistema jurídico brasileiro serão expostos ponto a ponto, o que diferem entre si e em o que se complementam, tendo em vista que os três projetos apresentados tinham o intuito de regular a mesma matéria, porém cada um a sua maneira.

Por fim, o parecer dado no veto da tramitação dos projetos de lei será analisado de modo a observar a inconstitucionalidade do instituto a partir dos princípios constitucionais que foram sopesados na discussão acerca do parto anônimo e



quais se sobressaíram, e conseqüentemente, acabaram por impedir a regulamentação do instituto pela legislação brasileira.

## **1 PARTO ANÔNIMO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Ante os diversos casos de abandono de recém-nascidos em situações degradantes, o parto anônimo é posto como uma possível solução a este problema. Com isso, inicialmente será abordado o conceito desse instituto e a sua trajetória ao longo da história brasileira, pois mesmo que o instituto seja considerado como uma inovação, sua essência já foi amplamente aplicada na prática, em tempos passados, como se demonstrará ao longo do presente capítulo.

Nesse ponto inicial também serão abordados os princípios existentes na Constituição Federal de 1988 que colidem com o instituto parto anônimo e seus principais atores, a parturiente e a criança, e também, como o referido instituto foi regulamentado em países com tradição no parto anônimo.

### **1.1 Conceito e contextualização social do instituto parto anônimo**

O abandono de recém-nascidos, crianças e adolescentes é um problema social crescente. Em relação aos neonatos, são frequentemente noticiados casos de abandono à própria sorte em condições precárias e subumanas, as quais chocam a sociedade e demonstram a necessidade de implementar diferentes alternativas que visem à proteção das parturientes e dos recém-nascidos.

Ao tratar do abandono de crianças, percebe-se que:

[...] é certamente tão antigo quanto a própria história da humanidade. Não surgiu, nem tão pouco constitui um traço



característico das modernas estruturas sociais. É um fenômeno comum a todos os tempos e lugares.<sup>1</sup>

Desse modo, verifica-se que esse problema social, do abandono, é:

[...] uma constante preocupação dos poderes instituídos que procuraram através da adoção e de outras medidas, com este ou aquele traçado jurídico, dar a resposta adequada à situação aflitiva das crianças.<sup>2</sup>

Uma das soluções encontradas na Idade Média foi a “roda dos enjeitados” ou “roda dos expostos”, que funcionava da seguinte maneira:

Tratava-se de um espaço cilíndrico com uma divisória ao meio, instalado na parede lateral ou frontal da Santa Casa de Misericórdia, o qual proporcionava que a criança a ser exposta fosse introduzida diretamente da rua, sem a necessidade de identificação daquele que a estivesse abandonando. Após colocar o menor na roda, o expositor acionava um sino e girava a roda, dando conhecimento de que mais uma criança havia sido enjeitada.<sup>3</sup>

A prática das Igrejas e das Casas de Misericórdia de receberem crianças indesejadas por seus pais através das rodas chega ao Brasil Colônia no século XVIII, em 1726, na Bahia e em 1738, no Rio de Janeiro<sup>4</sup>. Durante esse período da história brasileira, a moral vigente discriminava a mulher que engravidasse em um contexto fora do casamento, seja enquanto ainda solteira, seja por consequência de alguma relação extraconjugal, o que reflete até hoje na moral social brasileira.

Assim, as rodas surgiram como uma alternativa para manter intacta a honra das mulheres que engravidavam nas condições anteriormente mencionadas, além das

---

<sup>1</sup> FREIRE, Fernando (org.). **Abandono e adoção**: contribuições para a cultura da adoção. Curitiba: Terre dos Hommes, 1991. p. 37.

<sup>2</sup> Ibidem. p.37

<sup>3</sup> QUEIROZ, Olívia Pinto de Oliveira Bayas. **O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro**. 2010. Dissertação de Mestrado (Título de Mestre em Direito Constitucional) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141839.pdf>. Acesso em: 01 set. 2019. p.19

<sup>4</sup> MOREIRA, Claudia Regina Baukat Silveira. **A infância do Brasil século XVIII**: os enjeitados. 2015. Disponível em: <http://ainfanciadobrasil.com.br/seculo-xviii-os-enjeitados/>. Acesso em: 01 set. 2019.





que não possuíam condições financeiras de criarem o seu rebento e viam nesses abrigos uma maneira melhorar as condições de vida daquela criança entregue.

Com o passar do tempo, as rodas ficaram desprestigiadas o que levou ao fechamento, sendo a de São Paulo a última a encerrar seu funcionamento por volta de 1950. Os principais motivos apontados para desvalorização da roda dos enjeitados eram:

[...] a motivação inadequada das mulheres criadeiras, ausência de cuidados necessários com os bebês, maus tratos, além da falta de controle em relação as mulheres criadeiras ou as famílias substitutas que criavam as crianças abandonadas<sup>5</sup>.

Conforme estudos de Renato Pinto Venâncio:

[...] as crianças eram alimentadas com pão molhado, mel misturado com água ou, então, sugavam leite em trapos ou bonecas de pano. Em nenhum momento, as deliberações administrativas ou conselhos médicos alertavam para a necessidade de o leite ser fervido ou de higiene com o material empregado. Tanto na residência das criadeiras quanto nos hospitais, a amamentação artificial comprometia a saúde frágil dos abandonados [...]<sup>6</sup>

De acordo com o mesmo estudo, verifica-se que:

[...] os bebês morriam de fome, sede e frio. Até 1840, no Rio de Janeiro, e 1862, em Salvador, os abandonados permaneceram no hospital ou em prédios vizinhos. As condições sanitárias desses estabelecimentos eram as piores possíveis.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> QUEIROZ, Olívia Pinto de Oliveira Bayas. **O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro**. 2010. Dissertação de Mestrado (Título de Mestre em Direito Constitucional) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141839.pdf>. Acesso em: 01 set. 2019. p.25-26

<sup>6</sup> VENÂNCIO, Renato Pinto. **Famílias abandonadas**: assistência à criança de camadas populares no Rio de Janeiro e em Salvador – séculos XVIII e XIX. Campinas: Papyrus, 1999. (Coleção Textos do tempo). p. 53

<sup>7</sup> Ibidem



Mais de meio século após o fechamento da última roda dos expostos que funcionava no Brasil, ainda são frequentes os casos de abandono, principalmente de recém-nascidos, em situações subumanas. Segundo Eudes Quintino de Oliveira Júnior:

É difícil estabelecer os motivos que levam a mãe a tomar a decisão de abandonar o filho, o que, de regra, é censurável por todos. [...] Não se pode concluir, portanto, que a parturiente não desejasse o nascimento do filho, uma vez que venceu todas as etapas, desde a concepção até o nascimento com vida. Passou, com certeza, por inúmeras dificuldades, muitas de ordem socioeconômica, outras morais, mas mesmo assim proporcionou o nascimento ao filho.<sup>8</sup>

Ante esse contexto, o instituto do parto anônimo surgiu a partir da intenção de apresentar uma resposta eficaz aos abandonos cruéis de recém-nascidos. A tese defendida para justificar a adoção do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro seria a de que:

[...] a criminalização de tal prática leva à clandestinidade, que, por sua vez, agrava a crueldade e o descaso com que os recém-nascidos são abandonados. O parto anônimo seria, então, uma solução de dignidade, isto é, uma forma de garantir à criança o direito à vida [...]<sup>9</sup>

O conceito do parto anônimo é a possibilidade de anonimato das mães que desde a concepção/descobrimto da gestação não possuem a pretensão de criar aquela criança que está sendo gerada em seu ventre, assim, a entregando para a adoção logo após o parto, sem criar qualquer tipo de vínculo, pois não constaria a filiação no registro da criança entregue, assim como ressalta Ana Carolina Brochado Teixeira: “[...] não obstante sua origem remonte à ‘roda dos expostos’ [...] o cerne do

---

<sup>8</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. Parto anônimo e o patrimônio genético. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, n. 355, 01 nov. 2011. p. 36-37

<sup>9</sup> PENALVA, Janaína. Parto anônimo: alguém perguntou às mulheres?. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, n. 355, 01 nov. 2011. p. 33



parto anônimo é a possibilidade de a mãe entregar seu filho para a adoção de forma anônima, a fim de minimizar a violência contra recém-nascidos.”<sup>10</sup>

Na visão de Fabíola Santos Albuquerque, defensora da adesão do instituto do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro, o problema social do abandono encontra-se em uma encruzilhada:

[...] de um lado, nossa sociedade/Estado tipifica como crime o abandono, o aborto e os maus-tratos, de outro há a omissão do dever de efetivar/garantir os princípios constantes na CF/88, bem como a censura e discriminação quando a mulher resolve entregar o filho.<sup>11</sup>

Assim, com o intuito de solucionar o problema social, no ano de 2008, foram criados três projetos de lei, o de nº 2.747/2008, o de nº 2.834/2008 e o de nº 3.220/2008, que serão objetos de análise posteriormente no presente estudo acadêmico acerca do instituto parto anônimo.

## 1.2 Princípios constitucionais protetivos à criança e à gestante (parto anônimo e garantias constitucionais)

No debate acerca do parto anônimo é possível observar três sujeitos principais: a genitora, o bebê e o Estado. O referido instituto traz consigo um conflito de interesses entre a liberdade da mulher em não possuir qualquer vínculo com a criança que gesta e as diversas proteções à criança que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe, conforme exposto a seguir.

O ponto principal do parto anônimo seria a possibilidade de a genitora optar pela possibilidade de entregar o bebê que gera para adoção sem ser identificada e sem sofrer qualquer tipo de sanção pelo abandono, desde que a criança seja deixada

---

<sup>10</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Parto anônimo, planejamento familiar e direitos fundamentais da criança e do adolescente. **Revista do Advogado**. São Paulo, 2011. p. 15.

<sup>11</sup> ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **O instituto parto anônimo no direito brasileiro**. IBDFAM, 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/64.pdf>. Acesso em: 01 set. 2019



nos lugares determinados para o recolhimento adequado. Com isso, observa-se que o instituto ao tentar poupar a exposição do recém-nascido a situações degradantes, dá a liberdade para que a mulher decida em vincular-se ou não como mãe da criança gerada em seu ventre, contudo retira dessa criança entregue a possibilidade de exercício do seu direito de conhecimento à sua origem genética.

Sobre o direito de liberdade da mulher debatido no parto anônimo, Queiroz aponta o presente questionamento: “o direito de liberdade permite que os genitores não exerçam a paternidade/maternidade?”<sup>12</sup> Para responder a essa pergunta é necessário a análise dos direitos constitucionais a seguir expostos.

A garantia do direito à liberdade, pode ser encontrada no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988<sup>13</sup> e se relaciona com a autodeterminação e com a autonomia da vontade do indivíduo, contudo, esse direito não é absoluto e pode ser limitado pela própria legislação, pois como afirma Canotilho:

A lei é o instrumento por excelência do qual dispõe o Estado de Direito para garantir e ao mesmo tempo regular a liberdade. Incorpora-se, assim, a ideia de liberdade oriunda do ideário liberal-burguês do Século XVIII, com destaque para a Revolução Francesa, traduzida de modo emblemático e solene no art. 4º da Declaração de Direitos de 1789: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica ao outro. O exercício dos direitos naturais de cada homem não tem mais limites que os que asseguram a outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos [...]”<sup>14</sup>

Assim, ao tratar de uma possibilidade de não vinculação da genitora com a criança que tenha gerado, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro não

---

<sup>12</sup> QUEIROZ, Olívia Pinto de Oliveira Bayas. O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro. 2010. Dissertação de Mestrado (Título de Mestre em Direito Constitucional) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141839.pdf>. Acesso em: 03 set. 2019. p. 55.

<sup>13</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 18 nov. 2019

<sup>14</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 223



contempla tal possibilidade, pois especificamente quando trata de direito de família, as leis se estruturam com base nos princípios constitucionais da proteção integral à criança, da paternidade responsável e da convivência familiar, dispostos no artigo 227 da Constituição Federal.

O princípio de proteção integral à criança se traduz na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227 como o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança absoluta prioridade. Para Antônio Fernando do Amaral e Silva, o legislador constituinte consagra o preceito de que:

[...] “os direitos de todas as crianças e adolescentes devem ser universalmente conhecidos. São direitos especiais e específicos, pela condição de pessoa em desenvolvimento. Assim, as leis internas e o direito de cada sistema nacional devem garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas de até 18 anos, não incluindo apenas o aspecto penal do ato praticado pela ou contra a criança, mas o seu direito à vida, saúde, educação, convivência, lazer, profissionalização, liberdade e outros [...]”<sup>15</sup>

Assim, percebe-se que em um conflito de direitos fundamentais entre a genitora e seu filho recém-nascido, como ocorre na regulamentação do parto anônimo, os direitos fundamentais do infante devem prevalecer em função dos direitos da mulher, pois o princípio constitucional de proteção integral à criança não contempla a possibilidade de mitigação de qualquer direito infantil em detrimento dos direitos maternos.

Outro direito constitucional protetivo à criança que colide com a possibilidade de destituição do poder familiar por critério facultativo da genitora é o direito à convivência familiar e comunitária, também disposto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Esse preceito constitucional garante à criança o direito de conviver

---

<sup>15</sup> COELHO apud SILVA, Fernando Antônio do Amaral e. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 12. ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 17-18.



no seio de sua família biológica, sendo sua transferência para uma família substituta uma situação de excepcionalidade.

O direito à convivência só é mitigado pelo Estado em casos extremos em que é possível comprovar a prejudicialidade para o menor em permanecer com sua família biológica, tanto que o artigo 23 do ECA estabelece que “a falta de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar”. Portanto, percebe-se que um instituto que permite que a genitora por mera discricionariedade abandone seu filho, não está em consonância com o direito da criança à convivência familiar e comunitária.

O princípio da paternidade responsável encontra-se disposto no art. 226, §7º, da Constituição Federal, que estabelece que o planejamento familiar é livre, contudo, deve ser fundado na paternidade responsável. Nas palavras de Danielli Xavier Freitas, essa responsabilidade “começa na concepção e se estende até que seja necessário e justificável o acompanhamento dos filhos pelos pais”<sup>16</sup> e se inclui no art. 27, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) ao dispor que:

[...] o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.<sup>17</sup>

Dessa forma é possível perceber que o caráter de indisponibilidade concedido ao direito da criança de reconhecimento ao seu estado de filho, decorre da paternidade responsável, tendo em vista que a partir da concepção, surge para os genitores daquela futura criança direitos e deveres, assim percebe-se que a legislação

---

<sup>16</sup> FREITAS, Danielli Xavier. **Princípio da paternidade responsável**. 2014. Disponível em: <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/noticias/144731896/principio-da-paternidade-responsavel>. Acesso em: 18 nov. 2019.

<sup>17</sup> BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 18 nov. 2019.



protetiva à criança não permite que o reconhecimento da maternidade/paternidade seja negociado, transigido, muito menos mitigado.

Outra garantia trazida à luz da discussão sobre o parto anônimo, é o direito ao conhecimento da origem biológica, pois o instituto pretende permitir com que a mãe entregue seu filho para adoção de modo que sua identidade seja mantida de maneira sigilosa e sem qualquer tipo de registro nos documentos do recém-nascido, assim, observa-se que essa criança não teria conhecimento da sua origem genética.

O direito de conhecer sua origem surge a partir das relações de família, momento em que o núcleo familiar e as ascendências passam a ter muito mais importância.

Observa-se nas palavras de Lobo que:

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, a fortiori, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido [...] <sup>18</sup>

Assim, verifica-se que o direito à origem genética é um dos direitos de personalidade, em que toda e qualquer pessoa pode ser titular, contudo o referido direito não está elencado dentro do rol dos direitos fundamentais presentes na Constituição Federal, de modo a se configurar como direito fundamental não expreso, com isso, seu conceito e delimitações devem ser criados pela doutrina e pela jurisprudência.

A criança nascida pelo sistema de parto anônimo teria seu direito de conhecimento da origem biológica suprido em face da garantia de estar sendo

---

<sup>18</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética:** uma distinção necessária. IBDFAM, 2004. Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/145.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/145.pdf). Acesso em: 30 set. 2019



entregue para a adoção em ambiente adequado. Os defensores do instituto alegam que na ponderação de princípios entre o direito à vida digna e o direito à origem genética, o direito à vida digna deve prevalecer. Já os defensores da prevalência do direito à origem genética, alegam que esse princípio possui extrema importância, pois possibilita evitar impedimentos matrimoniais, incestos e até mesmo prevenção de doenças hereditárias, além de dar a oportunidade para a criança de usar o sobrenome familiar e usufruir dos direitos patrimoniais e sucessórios.

### 1.3 O parto anônimo no direito estrangeiro

Sobre o instituto do parto anônimo, salienta-se que a discussão acerca da sua regulação no ordenamento jurídico não é exclusividade brasileira, pois outros países também discutem a possibilidade de sua adoção, bem como outros que efetivamente adotaram o instituto como forma de amenizar os abandonos de recém-nascidos em condições indignas.

Essa análise sobre a aplicação do instituto em legislações estrangeiras se mostra relevante, pois permite que seja observada como se sucederam as práticas de abandono e quais soluções foram encontradas em outros países, o que propicia uma visão plural acerca do tema debatido.

Verifica-se que no continente europeu, Holanda, Itália, Áustria, Luxemburgo, República Tcheca, Grécia, Rússia, Alemanha, França, Bélgica, são países que dão à mulher a possibilidade de ter um parto anônimo<sup>19</sup>, sendo esses alguns dos países do mundo que adotam o referido instituto. O presente trabalho focará na análise de como

---

<sup>19</sup> SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. Dissertação de Mestrado (Título de Mestre na área de especialização em Ciência Jurídico Políticas/Menção em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 02 out. 2019. p. 15





o parto anônimo foi instituído na França e na Itália, pois tais países possuem tradição na regulação do referido instituto.

A França foi pioneira na permissão do abandono ao dar a possibilidade de alguns partos ocorrerem com o sigilo da identidade da parturiente, como aponta Silveira:

No século XII, na França, a fim de acolher as jovens mulheres que teriam engravidado fora do casamento, prática recriminada socialmente, e, assim, diminuir a incidência de infanticídios e abandonos inseguros, encontram-se os primeiros vestígios da permissibilidade do abandono, a partir da possibilidade de realização do parto em alguns hospitais com a preservação sigilosa da identidade da parturiente e o acolhimento do neonato abandonado [...] <sup>20</sup>

Já no ano de 1638, foi instituído na França, por São Vicente de Paulo, o “tour”, um equipamento muito similar às rodas dos expostos utilizadas no Brasil até 1950, que consistia em:

[...] uma “roda” acoplada no muro dos hospitais que permitia a colocação de crianças enjeitadas pela mãe e, ao girarem-na para dentro dos hospitais, acionava um sinal para avisar que uma criança havia sido deixada, possibilitando, assim, o acolhimento e cuidado do infante abandonado [...] <sup>21</sup>

Tal sistema foi adotado nesse período por São Vicente de Paulo, de maneira informal, ainda não regulamentado, com intuito de proteger os infantes indesejados, ante as proibições feitas pela Igreja Católica contra as práticas abortivas.

Em 28 de junho de 1793, período pós revolução francesa, foi editado um decreto que regulava o parto anônimo, assim, o instituto passou a ser

---

<sup>20</sup> Ibidem

<sup>21</sup> Ibidem



institucionalizado e formalizou a preocupação do Estado francês com essas crianças abandonadas<sup>22</sup>.

No período napoleônico, em 1811, um decreto oficializou os “tours” e foi determinada a sua instalação em cada hospital, com intuito de receber essas crianças abandonadas<sup>23</sup>. Contudo, ao longo do tempo, esse sistema sofreu duras críticas por causa do seu uso indiscriminado pelos genitores, o que gerou um aumento elevado no número de crianças abandonadas, levando a sua extinção.

Em 1904, no dia 27 de junho, cria-se um embrião do que seria o sistema hoje em vigor na França, a partir de uma norma francesa que instituiu o *accouchement sous X*, que levou esse nome, pois permitia que a genitora que não tivesse a intenção de criar a criança que estivesse gerando, a entregasse de forma anônima, sua identidade seria mantida e no registro da criança entregue, seria colocado um “x” no local em que deveria constar o nome da mãe.

No período do governo de Vichy, no dia 2 de setembro de 1941, um decreto-lei permitiu a realização de partos anônimos de forma bem parecida ao que se encontra hoje no ordenamento francês. Tal decreto permitiu que:

[...] a gestante poderia realizar o parto em estabelecimento público sem que fosse necessário revelar sua identidade, além de poder ser acolhida desde o mês antecedente ao mês sucessivo ao parto, garantindo todos os cuidados necessários de forma gratuita [...]<sup>24</sup>

A lei 93-22 de 8 de janeiro de 1993, modificou o Código Civil francês que instituiu:

---

<sup>22</sup> SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. Dissertação de Mestrado (Título de Mestre na área de especialização em Ciência Jurídico Políticas/Menção em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 02 out. 2019. p. 16

<sup>23</sup> Ibidem

<sup>24</sup> Ibidem



[...] a possibilidade da mulher demandar o segredo no momento da sua admissão no hospital garantindo que sua identidade seja preservada. Essa mesma lei modificou o artigo 62 do referido Código, garantindo que, em caso de "*accouchement sous X*", as informações relativas à maternidade não seriam inseridas no ato de nascimento e acrescentou, também, o artigo 341 que estabelecia a impossibilidade de demandar ação de investigação de maternidade nos casos em que a mulher havia requerido o seu anonimato [...]<sup>25</sup>

O anonimato absoluto no parto anônimo francês sempre sofreu muitas críticas, principalmente de pessoas nascidas pelo sistema de *accouchement sous X*, nome dado ao parto anônimo até hoje na França, que tinham o desejo de conhecer suas origens biológicas. Com isso, em 22 de janeiro de 2002, a Lei 2002-93:

[...] introduziu o “acesso pelas pessoas adotadas e pelas pessoas submetidas à proteção estatal às informações sobre suas origens”. Instituiu o Conselho Nacional para acesso à informação sobre origem pessoal, formalizou o processo, que passou a ser escrito, e aboliu o direito dos pais de requererem a confidencialidade de informações relativas à sua saúde, às origens da criança e às razões e circunstâncias do abandono. Agora, eles têm apenas a faculdade de deixar ou não essas informações. Contudo, a partir do momento em que decidirem por fazê-lo, não têm mais domínio sobre tais dados, ou seja, não será mais necessária uma autorização para a revelação destes [...]<sup>26</sup>

Verifica-se que a legislação e a jurisprudência francesa atuais mostram uma maior atenção ao direito ao conhecimento da origem genética dos filhos resultantes do parto anônimo, além do direito da criança em ser criada por sua família biológica.

---

<sup>25</sup> SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. Dissertação de Mestrado (Título de Mestre na área de especialização em Ciência Jurídico Políticas/Menção em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 02 out. 2019. p. 16

<sup>26</sup> PENALVA apud AMORIM, Ana Carolina et al. **Parto Anônimo**. Artigo de pós-graduação (Pós-graduação *lato sensu* de Direito Civil e de Direito Processual Civil) – Universidade da Região de Joinville, Joinville, 2011. Disponível em: [http://vdisk.univille.edu.br/community/revista\\_rdu/get/Volume%201/3\\_AnaCarolina1.pdf](http://vdisk.univille.edu.br/community/revista_rdu/get/Volume%201/3_AnaCarolina1.pdf). Acesso em: 02 out. 2019.



A Itália também é um país com tradição na adoção de entrega de crianças de forma anônima. Em 1198, o Papa Inocêncio III inaugurou a primeira “roda” italiana juntamente a um hospital, *Ospedale di Santo Spirito in Sassia*, tendo em vista as abolições das práticas abortivas incentivadas pela Igreja Católica, assim, as rodas surgem para tentar proteger as crianças indesejadas de abandonos cruéis<sup>27</sup>.

Ao longo do tempo, as “rodas” sofreram diversas críticas sociais, ante a entrega anônima e impessoal que fossem abandonados filhos legítimos, desejados, com o intuito de futuramente recolhê-los, assim, o método criado para salvaguardar a honra de mulheres que não poderiam ser mães, tornou-se um método de criação de rebentos dos menos afortunados, o que levou a extinção das “rodas” no território italiano.

Atualmente, a legislação italiana reconhece a possibilidade de garantir o anonimato da genitora, caso esta não queira ser identificada, com o objetivo de proteger a saúde da mãe e da criança ao permitir o parto anônimo em locais com boas condições sanitárias e assim tentar diminuir as taxas de abortos, infanticídios e abandonos cruéis<sup>28</sup>.

Ao analisar como outros países com tradição na regulação do parto anônimo, percebe-se que o instituto sofreu diversas alterações ao longo do tempo até resultar na legislação vigente atualmente nos respectivos países, contudo sempre com a intenção de amparar da melhor forma a criança que de algum modo fosse rejeitada por seus pais biológicos.

## 2 PROJETOS DE LEI

---

<sup>27</sup> SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. Dissertação de Mestrado (Título de Mestre na área de especialização em Ciência Jurídico Políticas/Menção em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 02 out. 2019. p. 18

<sup>28</sup> *Ibidem*. p. 21



No Brasil existiram iniciativas legislativas com o intuito de instituir o parto anônimo no ordenamento jurídico. A primeira iniciativa nesse sentido foi o Projeto de Lei nº 2.747/2008<sup>29</sup>, apresentado à Câmara dos Deputados no dia 11 de fevereiro de 2008 pelo deputado Eduardo Valverde (PT/RO). Esse projeto possuía o objetivo de criar mecanismos para coibir o abandono materno e dispõe sobre o parto anônimo, pois considera que o instituto seria capaz de prevenir o abandono de recém-nascidos.

Na justificativa apresentada logo após os dispositivos legais do Projeto de Lei nº 2.747/2008, afirma-se que a Lei do Parto Anônimo protegeria mulheres angustiadas com uma gravidez indesejada, que ao invés de tentarem cometer aborto de forma clandestina ou até mesmo o infanticídio, possuiriam uma outra alternativa, além de que a regularização do instituto tornaria menos burocrático o processo de adoção dessa criança rejeitada por sua genitora.

O referido projeto de lei possuía 12 artigos e previa que qualquer gestante, independente de classe, raça, etnia, idade e religião poderia realizar o parto anônimo, que se traduziria na possibilidade de efetuar de maneira sigilosa todo o pré-natal e o parto, pois a genitora teria sua identidade mantida à salvo e somente seria possível a revelação de informações referentes à origem biológica no nascente por meio de autorização judicial solicitada pelo interessado. Ademais, a mulher que optasse pelo parto anônimo ficaria isenta de qualquer responsabilização cível ou criminal em relação à criança que gerou.

Para que fosse implementado, o parto anônimo, o projeto de lei também previa que as unidades gestoras do Sistema Único de Saúde deveriam criar estruturas físicas que permitissem a manutenção do sigilo da identidade da gestante que optasse pelo

---

<sup>29</sup> BRASIL, **Projeto de Lei nº 2.747/2008**. Cria mecanismos para coibir o abandono materno e dispõe sobre o instituto do parto anônimo e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=382874>. Acesso em: 02 out. 2019



parto anônimo, bem como dispunha que quando a genitora solicitasse o parto anônimo, deveria ser informada das consequências jurídicas desse pedido e da importância para as pessoas em conhecer a sua origem genética, além de poder fornecer informações sobre o pai da criança, informações essas que também seriam mantidas em sigilo.

O Projeto de Lei nº 2.747/2008 previa um prazo de arrependimento de oito semanas, período em que a mãe ou outros parentes biológicos poderiam reivindicar o poder familiar daquela criança entregue de forma anônima. Somente após essas oito semanas que a criança rejeitada poderia ser encaminhada à adoção, sendo esse encaminhamento responsabilidade dos médicos e enfermeiros que acolheram a criança abandonada, como também do diretor do hospital.

No mesmo ano da apresentação do Projeto de Lei nº 2.747/2008, surgiram dois novos projetos de lei sobre o mesmo tema, quais sejam o Projeto de Lei nº 2.834/2008 e o Projeto de Lei nº 3.220/2008. Com isso, todos os projetos foram pensados ao primeiro apresentado para seguirem os trâmites de votação nas casas legislativas.

O Projeto de Lei 2.834/2008, foi apresentado à Câmara dos Deputados, no dia 19 de fevereiro de 2008, pelo Deputado Carlos Bezerra (PMDB – MT) e apresentava uma justificativa muito similar ao Projeto de Lei nº 2.747/2008, pois coloca o parto anônimo como uma alternativa a amenizar os casos de aborto clandestino e abandonos de neonatos em situações degradantes, contudo, a realização do parto anônimo seria diferente.

No caso do Projeto de Lei 2.834/2008 era previsto que a mãe que optasse pelo parto anônimo deveria assinar um termo de responsabilidade e deixaria a criança na maternidade, logo após seu nascimento, em seguida, a direção do hospital



providenciaria o encaminhamento da criança a uma Vara da Infância e Juventude, para o fim de adoção.

O referido projeto de lei buscava a institucionalização do parto anônimo por meio de uma mudança no art. 1.638 do Código Civil, que trata das possibilidades jurídicas de extinção do poder familiar ao acrescentar a possibilidade de extinção caso a genitora opte pelo parto anônimo, além da adição de um parágrafo único ao referido artigo que definiria o parto anônimo nos seguintes termos:

Considera-se parto anônimo aquele em que a mãe, assinando termo de responsabilidade, deixará a criança na maternidade, logo após o parto, a qual será encaminhada à Vara da Infância e da Adolescência para adoção.<sup>30</sup>

O projeto de lei mencionado conta com apenas três artigos e trata o tema de maneira muito simplista, pois não define prazo para desistência por parte da mãe, nem prazo que permita que a criança rejeitada pela genitora seja acolhida por algum outro parente, bem como não apresenta ao nascente possibilidade de consultar posteriormente as informações sobre sua origem biológica.

Por ter sido apresentado com poucos dias após a apresentação do Projeto de Lei nº 2.747/2008, o Projeto de Lei nº 2.834/2008 foi o primeiro a ser apensado para que seguisse o trâmite de votação nas casas legislativas conjuntamente com o projeto apresentado pelo deputado Eduardo Valverde (PT – RO).

O Projeto de Lei nº 3.220/2008<sup>31</sup>, de autoria do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IDBFAM), que também buscava a institucionalização e a

---

<sup>30</sup> BRASIL, **Projeto de Lei nº 2.834/2008**. Institui o parto anônimo. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?jsessionid=4FBBE70D70CAA52E7EF92C6C0976D81.node2?codteor=541323&filename=Avulso+-PL+2834/2008](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=4FBBE70D70CAA52E7EF92C6C0976D81.node2?codteor=541323&filename=Avulso+-PL+2834/2008). Acesso em: 23 out. 2019

<sup>31</sup> BRASIL. **Projeto de Lei n. 3.220/2008**. Regula o direito ao parto anônimo e dá outras providências. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=552449&filename=Tramitac+ao-PL+3220/2008](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=552449&filename=Tramitac+ao-PL+3220/2008). Acesso em: 18 nov. 2019



regulamentação do parto anônimo, foi apresentado à Câmara dos Deputados, no dia 09 de abril de 2008 pelo deputado Sérgio Barradas (PT – BA). Dentre os três projetos apresentados nesse curto espaço de tempo, esse foi o considerado mais completo, pois além aproveitar as ideias já apresentadas pelos anteriores, explicitou como seria a regulamentação de forma mais detalhada.

Diferentemente dos projetos anteriormente mencionados, o Projeto de Lei nº 3.220/2008 em sua justificativa não apresenta o parto anônimo como a solução para o abandono de recém-nascidos e sim como solução a forma trágica em que esses abandonos acontecem. Também dispõe que a criminalização da conduta (de abandono) não é suficiente para evitar suas trágicas ocorrências porque:

[...] na verdade, agrava a situação, pois os genitores, por temor à punição, acabam por procurar maneiras, as mais clandestinas possíveis, para lançar “literalmente” os recém-nascidos à própria sorte. É essa clandestinidade do abandono que confere maior crueldade e indignidade aos recém-nascidos. A clandestinidade do abandono feito ‘às escuras’ torna a vida dessas crianças ainda mais vulnerável e exposta a sofrimentos de diversas ordens.<sup>32</sup>

A ideia do projeto mencionado não era a de esconder a maternidade socialmente reprovada e sim permitir com que a mulher tivesse a liberdade de ser ou não mãe do filho que gerou, com amplo acesso à rede pública de saúde, e desse modo, seria garantido a essas crianças o direito à vida, à saúde e à integridade, além de possibilitar a convivência familiar com uma família substituta.

Assim como o primeiro projeto de lei apresentado que tratava do parto anônimo, o Projeto de Lei nº 3.220/2008 assegurava que, a mulher optasse por entregar seu filho anonimamente ainda durante o período da gestação ou após o parto, poderia realizar seu pré-natal e seu parto de forma gratuita pelos postos e hospitais da rede pública e em todos os outros serviços que tenham convênio com o

---

<sup>32</sup> Ibidem





Sistema Único de Saúde (SUS), contudo, os estabelecimento de saúde deveriam alertar a gestante sobre as consequências jurídicas de seu pedido e a importância do conhecimento das próprias origens para aquele nascente.

O Projeto de Lei nº 3.220/2008 previa o oferecimento de um atendimento psicossocial para a mulher que optasse pelo parto anônimo, pois compreende-se que para que uma mulher tome essa decisão, incidem diversos fatores de ordem psicológica e social. O referido projeto exigia que essa mulher optante do parto anônimo fornecesse informações sobre a sua saúde e a do genitor da criança, sobre as origens daquele recém-nascido e sobre as circunstâncias do nascimento, diversamente do disposto no Projeto de Lei nº 2.747/2008, o primeiro a ser apresentado, em que a apresentação dessas informações por parte da genitora constituíam mera faculdade. Vale ressaltar que tais informações permaneceriam sigilosas na unidade de saúde em que ocorreu o parto e somente poderiam ser acessadas pelo interessado por meio de ordem judicial.

Outra diferença que foi trazida no Projeto de Lei nº 3.220/2008 em relação ao primeiro projeto de lei apresentado, era o prazo de vinte e quatro horas para informar ao Juizado da Infância e Juventude que aquela criança tinha sido entregue pela mãe no sistema de parto anônimo e logo que recebesse alta já seria encaminhada para local de recolhimento indicado pelo próprio Juizado da Infância e Juventude, sendo seu encaminhamento para a adoção dez dias após a data de seu nascimento, prazo que interpreta-se como período de desistência da genitora ou acolhimento por outro familiar do menor.

Durante trinta dias o bebê aguardaria uma adoção mais célere, que caso não ocorresse, essa criança seria incluída no Cadastro Nacional de Adoção. Tal medida seria para facilitar a adoção desse neonato, tendo em vista que a maioria das pessoas que se dispõem a adotar preferem recém-nascidos.



Essa criança entregue por meio do parto anônimo receberia um registro provisório pelo Juizado da Infância e Juventude com um prenome, sendo que esse pode ser escolhido pela genitora, e sem o preenchimento dos campos reservados à filiação.

Esse projeto de lei também isentava a mulher de qualquer responsabilidade criminal em relação ao filho caso o abandone em postos de saúde ou unidades médicas, de modo que a criança possa ser imediatamente encontrada, mas colocava a salvo a hipótese de infanticídio, disposto no artigo 123 do Código Penal, situação em que mesmo optando por não se vincular como mãe do indivíduo gerado em seu ventre, se o matasse logo após o parto sob influência do estado puerperal, poderia ter contra si a aplicação da pena de detenção de dois a seis anos, nos moldes da legislação penal.

Já no âmbito cível, o artigo 11 do Projeto de Lei 3.220/2008 estabelecia que a mulher que se submetesse ao parto anônimo não poderia ser parte, autora ou ré, em ações judiciais de reconhecimento de maternidade.

Como em muitos casos de abandono de neonatos esses são largados à própria sorte em lugares incomuns, degradantes, o Projeto de Lei nº 3.220/2008 estabelecia preferência de adoção para quem tinha encontrado a criança abandonada, desde que se apresentasse ao Juizado da Infância e da Juventude da Comarca onde tiver encontrado o menor abandonado para que o juiz ali responsável efetuasse uma perquirição verbal para facilitar a identificação futura daquela criança e, também a da autoridade ou da pessoa a quem tenha sido confiada o menor.

Em caso da criança ter sido deixada diretamente no hospital após o parto, o encaminhamento para o Juizado de Infância e Juventude ficariam sob responsabilidade dos profissionais de saúde que acolheram, bem como do hospital ou unidade de saúde onde ocorreu o nascimento ou onde essa criança foi deixada,



pois tal projeto permitia que as unidades de saúde mantivessem nas entradas de acesso, espaços adequados para o recebimento de crianças que ali fossem deixadas, de modo que preservasse a identidade de quem ali as deixassem.

Ressalta-se que, após a exposição dos pontos abordados por cada projeto de lei, percebe-se que os três projetos se mantiveram omissos em relação à figura do genitor e à necessidade de autorização do pai para a entrega do recém-nascido ao sistema de adoção.

### **3 ANÁLISE DO VETO AOS PROJETOS DE LEI Nº 2.747/2008, 2.834/2008 E 3.220/2008**

Como exposto anteriormente, os três projetos que pretendiam regular o parto anônimo foram apresentados para votação na Câmara dos Deputados em um curto espaço de tempo e foram apensados para prosseguimento dos trâmites de votação nas casas legislativas.

Inicialmente, ao tramitar pela Câmara dos Deputados, os projetos foram despachados para a Comissão de Seguridade Social e Família para que o mérito fosse analisado e caberia à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania a apreciação da constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, mas após o Projeto de Lei nº 3.220/2008 ter sido apensado aos demais, o Presidente da Câmara determinou que a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania também se manifestasse quanto ao mérito dos projetos de lei que buscavam regularizar o parto anônimo, conforme o relatório do voto da Comissão de Seguridade Social e Família<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório do voto do Projeto de Lei nº 2.747/2008**. 2008. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=12CD1C2DE6E09671DA849BEFC5EF278B.proposicoesWebExterno2?codteor=572645&filename=Tramitacao-PL+2747/2008](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=12CD1C2DE6E09671DA849BEFC5EF278B.proposicoesWebExterno2?codteor=572645&filename=Tramitacao-PL+2747/2008). Acesso em: 18 nov. 2019



O parecer da Comissão de Seguridade Social e Família teve como relatora a Deputada Rita Camata (PMDB – ES) que ao se remeter a regularização do instituto em votação declarou louvável a preocupação dos autores dos projetos de lei com o bem-estar de mães e crianças, contudo afirmou que o mecanismo configura-se equivocado, pois contrariam o sistema de defesa dos direitos de crianças e adolescentes no Brasil.

Para a relatora a institucionalização do parto anônimo aniquilaria o paradigma legal existente no Brasil de proteção integral ao direito da criança, de reconhecimento do infante como sujeito de direitos, de prioridade absoluta desses sujeitos para a família a sociedade e o Estado, conforme o art. 227, da Constituição Federal de 1988, e a determinação de que todo indivíduo tem o direito a ter as informações referentes à sua pessoa, seu passado, e o Estado é obrigado a fornecê-las, nos moldes do art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988. Além disso, o parecer entende que, em caso de adoção do instituto do parto anônimo, ficaria sobre a mulher toda a carga da responsabilidade de decidir sobre o anonimato da origem biológica dos filhos.

O voto também ressalta que, conforme a legislação atual, é possível que uma parturiente entregue seu filho para a adoção logo após o parto, o que confronta uma das maiores justificativas para a implementação do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro.

Destaca-se que os projetos de lei em análise contrariam a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada em 1990 pelo Brasil, pois essa convenção garante às crianças o direito de conhecer os pais, ser educada por eles, bem como o direito de preservar sua identidade e suas relações familiares, como prevê os artigos 7º e 8º da referida convenção. Cumpre realçar que o voto dispõe que o Comitê dos Direitos das Crianças das Nações Unidas considera o parto anônimo uma violação ao direito da criança de conhecer a sua origem.



Para a relatora do voto da Comissão de Seguridade Social e Família, as propostas apenas maquiagem a realidade, tendo em vista que as mulheres não abandonam seus filhos por simples opção e sim pela ausência de políticas públicas de planejamento familiar que funcionem de maneira efetiva.

Outro ponto de crítica levantado pelo referido voto seria a inadequação de responsabilizar os estabelecimentos de saúde pelo encaminhamento de filhos anônimos para adoção, sem a intervenção do Ministério Público e das Varas de Infância e da Juventude, instituições legalmente competentes para atuar nessas situações e ainda ressalta que não existe previsão de quando essa criança será adotada, e enquanto aguarda ser adotada, esse infante fica sem família e sem identidade.

O Projeto de Lei nº 2.747/2008, como já mencionado anteriormente, previa um prazo de arrependimento de oito semanas, período em que a mãe ou outros parentes biológicos poderiam reivindicar o poder familiar daquela criança entregue de forma anônima. Essa previsão foi criticada pelo voto em análise, pois tal proposição traria riscos aos bebês mantidos nos ambientes hospitalares estariam sujeitos a diversos tipos de infecções.

Na visão da relatora, também seria arriscada a proposta contida no Projeto de Lei nº 3.220/2008 que isentaria de responsabilidade criminal a mãe que decidisse por abandonar seu filho, contanto que o fizesse em hospitais, postos de saúde ou unidades médicas, pois isenção de qualquer responsabilidade em relação ao filho, seja cível, seja criminal, poderia acobertar situações de danos à integridade da criança e o autor do crime se evadiria impunemente com salvaguarda do parto anônimo.

A mesma proposição traria uma consequência não prevista, que é apontada no texto do voto da Comissão de Seguridade Social e Família. Tendo em vista que o texto do projeto de lei supramencionado permitia com que a pessoa que encontrasse



a criança abandonada, poderia ficar com ela sob seus cuidados e teria preferência na adoção, o projeto de lei não considerou os procedimentos existente que verificam a aptidão dessas pessoas para adotar e conforme o que consta no voto: “infelizmente vivemos numa sociedade em que nem todos são idôneos, e essa prática pode ser usada para legitimar casos que envolvam sequestro de crianças”<sup>34</sup>

Conforme o demonstrado pela relatora, a legislação brasileira protege de forma integral a criança e o adolescente, e essa proteção é a premissa da necessidade de promoção de políticas sérias de educação sexual, de planejamento familiar, de melhoria no atendimento pré-natal, de humanização do parto, de cuidado alongado com o puerpério, além do desenvolvimento de outras políticas públicas voltadas a garantir os instrumentos sociais necessários para que as famílias possam criar seus filhos de maneira digna. Tais políticas públicas, se desenvolvidas com seriedade, seriam suficientes para diminuir os casos de abano de infantes em situações degradantes, sem a necessidade de implantação do instituto parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, considerou-se que as proposições feriam os direitos humanos das crianças e das mulheres, visto que confrontavam o princípio da maternidade e paternidade responsáveis; não possuem qualquer embasamento científico das consequências que a adoção do instituto poderia acarretar, como evolução das crianças nascidas sem filiação, eventuais problemas psicológicos e sociais decorrentes desse tipo de medida; e assim, votou-se pela rejeição do Projeto de Lei nº 2.747, de 2008 e dos Projetos de Lei nº 2.834, de 2008 e nº 3.220, de 2008, apensados.

---

<sup>34</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório do voto do Projeto de Lei nº 2.747/2008**. 2008. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=12CD1C2DE6E09671DA849BEFC5EF278B.proposicoesWebExterno2?codteor=572645&filename=Tramitacao-PL+2747/2008](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=12CD1C2DE6E09671DA849BEFC5EF278B.proposicoesWebExterno2?codteor=572645&filename=Tramitacao-PL+2747/2008). Acesso em: 01 mar. 2020. p. 9



Em seguida, os projetos foram analisados pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC – que apreciou a constitucionalidade, a juridicidade, técnica legislativa e o mérito e o parecer da referida comissão foi elaborado pelo relator Deputado Luiz Couto (PT – PB).

Para o relator do voto, as proposições estavam de acordo com os ditames constitucionais de competência do Congresso Nacional e de iniciativa legislativa, contudo, eram inconstitucionais do ponto de vista material.

O anonimato da mãe previsto em todos os projetos de lei aqui analisados, para o parecer da CCJC, afetaria o direito constitucional da criança à proteção integral, que se encontra prevista no art. 227 da Constituição Federal de 1988, impediria que a criança tivesse o direito de registro das suas origens, de modo a ser negado a essa criança o direito à dignidade e à convivência familiar, também previstos pelo dispositivo legal mencionado.

O direito à convivência familiar garante que a criança possa permanecer no seio da família na qual nasceu, para isso, o Estado precisa saber de quem descende àquela criança, sendo a colocação de crianças em lares substitutos uma medida excepcional, desse modo, para o relator desse parecer não caberia ao Estado legitimar um instituto que parte do princípio de estímulo ao encaminhamento à adoção, sem ao menos saber se aquela criança entregue possui algum outro parente que tenha interesse e condições de criá-la.

Verificou-se também que a proibição de acesso aos dados da genitora, conforme o previsto pelos projetos de lei analisados, violaria o art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal de 1988, que trata do acesso à informação a todos, visto que não caberia a uma lei infraconstitucional limitar quem pertenceria a esse “todos” ao excluir os nascidos de parto anônimo; também violaria o inciso XXXIII do mesmo artigo, que dispõe que todos têm o direito de receber dos órgãos públicos informações



de seu interesse particular; e como também violaria o inciso XXX do referido artigo que dispõe sobre o direito constitucional de herança.

Além disso, ressalta-se que os dispositivos dos projetos de lei que preveem a não responsabilidade civil e criminal dos pais que optem pelo parto anônimo, vão de encontro com o que preceitua o art. 5º, inciso XXXV, que proíbe a exclusão de apreciação do poder judiciário ameaça ou lesão a direito individual.

O parecer revelou a injuricidade dos projetos por contrariarem a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, ratificada pelo Brasil em 1990, que dispõe sobre os direitos fundamentais da criança à um nome e ao registro; por contrariarem o sistema de proteção integral à criança e ao adolescente, que fundamenta a Constituição Federal e conseqüentemente o restante do ordenamento jurídico a respeito do tema; e por contrariarem as disposições legais que determinam que somente as autoridades judiciárias competentes estão aptos a interferir na guarda e manutenção das crianças abandonadas, ao estipularem a responsabilidade da guarda de crianças nascidas do parto anônimo seja dos hospitais e médicos.

O parecer conclui que não há como aprovar os projetos, pois essa medida seria um retrocesso que remontaria à época da “roda dos enjeitados”, ademais, as medidas trazidas pelos projetos seriam ineficientes ao fim que se propõem e que a não responsabilização criminal e civil da mãe contribuiria para o aumento de casos de violência e abuso de incapazes, desse modo, votou-se pela rejeição de todas as proposições.

Desta forma, ante as razões contidas nos pareceres da Comissão de Seguridade Social e Família e da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, é possível analisar de maneira clara o porquê de os projetos de lei dispostos a regular o parto anônimo no Brasil tiveram sua tramitação vetada.





Percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro possui bases sólidas na proteção integral à criança e ao adolescente, com isso, a adoção de um instituto como o do parto anônimo, que mitiga diversos direitos garantidos a esses sujeitos em detrimento da vontade da mulher em não querer se vincular a seu filho, não é compatível com um ordenamento que busca a extrema proteção.

Assim, verifica-se que a não institucionalização do parto anônimo no Brasil se deu pelo sopesamento de direitos fundamentais em que venceu os direitos protetivos à criança e ao adolescente, o que condiz com o atual ordenamento jurídico brasileiro, que ao longo de décadas apenas reforça e amplia a defesa dos direitos de crianças e adolescentes.

## **CONCLUSÃO**

O abandono de neonatos e crianças em situações degradantes não se trata de uma questão atual, visto que há anos busca-se uma alternativa para garantir o mínimo de dignidade para os infantes que são abandonados dessa forma, como exemplo temos a criação da roda dos expostos que foi adotada por diversos países a partir do século XII, mas que com o tempo caiu em desuso.

Ante esse problema social, surge o instituto do parto anônimo com o objetivo de diminuir casos de abandono em situações desumanas, e de garantir que a mulher que decida não exercer a maternidade não seja futuramente responsabilizada por essa criança ou por crime de abandono.

No Brasil, alguns deputados no intuito de minimizar os abandonos de crianças em situações desumanas apresentaram projetos de lei que visavam a regulamentação do instituto parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro, sendo eles, em ordem de apresentação, o PL 2.747/2008, proposto pelo Deputado Eduardo Valverde (PT/RO), o PL 2.834/2008, proposto pelo Deputado Carlos Bezerra (PMDB/MT), e



por fim, o PL 3.220/2008, proposto pelo Deputado Sérgio Barrados (PT/BA). Ao tramitarem na Câmara dos Deputados os projetos de lei foram apensados e votados de forma conjunta.

Na Câmara dos Deputados, os projetos foram despachados para votação inicialmente para a Comissão de Seguridade Social e Família que teve como relatora a Deputada Rita Camata (PMDB – ES). O parecer da referida comissão declarou a rejeição dos projetos de lei, em razão da existência do paradigmas legais de proteção integral ao direito da criança, de reconhecimento do infante como sujeito de direitos, de prioridade absoluta desses sujeitos para a família a sociedade e o Estado, desse modo, em uma ponderação de direitos entre o direito da mãe e o direito de seu filho, para o ordenamento jurídico brasileiro atual prevalece o direito do menor.

Ao tramitar na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, os projetos foram considerados materialmente inconstitucionais, visto que violaria os paradigmas anteriormente mencionados que encontram-se dispostos na Constituição Federal de 1988, como também injurídicos por contrariarem a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, ratificada pelo Brasil em 1990.

Desse modo, é possível observar que a institucionalização do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro encontrou barreiras que impediram a tramitação dos projetos de lei que pretendiam essa regulamentação, visto que em um debate que visa regulamentar um instituto que tem como norte a não vinculação familiar dos pais em relação ao menor, em face do ordenamento jurídico brasileiro atual, o direito do menor prevalecerá perante a vontade dos pais, o que é compreensível ao analisar os princípios legais e constitucionais existentes no Brasil que tendem a reforçar cada vez mais a proteção de crianças e adolescentes.



## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **O instituto parto anônimo no direito brasileiro**. IBDFAM, 2007. Disponível em:  
<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/64.pdf>. Acesso em: 01 set. 2019.

AMORIM, Ana Carolina et al. **Parto Anônimo**. Artigo de pós-graduação (Pós-graduação lato sensu de Direito Civil e de Direito Processual Civil) – Universidade da Região de Joinville, Joinville, 2011. Disponível em:  
[http://vdisk.univille.edu.br/community/revista\\_rdu/get/Volume%201/3\\_AnaCarolina1.pdf](http://vdisk.univille.edu.br/community/revista_rdu/get/Volume%201/3_AnaCarolina1.pdf). Acesso em: 02 out. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório do voto do Projeto de Lei nº 2.747/2008**. 2008. Disponível em:  
[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=552449&filename=Tramitacao-PL+3220/2008](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=552449&filename=Tramitacao-PL+3220/2008). Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.747/2008**. Cria mecanismos para coibir o abandono materno e dispõe sobre o instituto do parto anônimo e dá outras providências. Disponível em:  
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=382874>. Acesso em: 02 out. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.834/2008**. Institui o parto anônimo. Disponível em:  
[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4FBBE70D70CAA52E7EF92C6C0976D81.node2?codteor=541323&filename=Avulso+-PL+2834/2008](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4FBBE70D70CAA52E7EF92C6C0976D81.node2?codteor=541323&filename=Avulso+-PL+2834/2008). Acesso em 23 out. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.220/2008**. Regula o direito ao parto anônimo e dá outras providências. Disponível em:



[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=552449&filenome=Tramitacao-PL+3220/2008](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=552449&filenome=Tramitacao-PL+3220/2008). Acesso em: 18 nov. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FREIRE, Fernando (org.). **Abandono e adoção**: contribuições para a cultura da adoção. Curitiba: Terre dos Hommes, 1991.

FREITAS, Danielli Xavier. **Princípio da paternidade responsável**. 2014. Disponível em: <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/noticias/144731896/principio-da-paternidade-responsavel>. Acesso em: 18 nov. 2019.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética**: uma distinção necessária. IBDFAM, 2004. Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/145.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/145.pdf). Acesso em: 30 set. 2019.

MOREIRA, Claudia Regina Baukat Silveira. **A infância do Brasil século XVIII**: os enjeitados. 2015. Disponível em: <http://ainfanciadobrasil.com.br/seculo-xviii-os-enjeitados/>. Acesso em: 01 set. 2019.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. Parto anônimo e o patrimônio genético. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, n. 355, 01 nov. 2011.

PENALVA, Janaína. Parto anônimo: alguém perguntou às mulheres?. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, n. 355, 01 nov. 2011.

QUEIROZ, Olívia Pinto de Oliveira Bayas. **O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro**. 2010. Dissertação de Mestrado (Título de Mestre em Direito Constitucional) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141839.pdf>. Acesso em: 01 set. 2019.

SILVA, Fernando Antônio do Amaral e. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 12. ed. São Paulo: Malheiros. 2013.

SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. **Parto anônimo**: um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. Dissertação de Mestrado (Título de Mestre na área de especialização em Ciência Jurídico Políticas/Menção



em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. Disponível em:  
<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43113/1/Mylena%20Silveira.pdf>. Acesso em: 02 out. 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Parto anônimo, planejamento familiar e direitos fundamentais da criança e do adolescente. **Revista do Advogado**. São Paulo, 2011.

VENÂNCIO, Renato Pinto. **Famílias abandonadas**: assistência à criança de camadas populares no Rio de Janeiro e em Salvador – Séculos XVIII e XIX. Campinas: Papyrus, 1999. (Coleção Textos do tempo).



## O DIREITO A GUARDA DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS

Letícia Antunes Martins

### RESUMO

O presente estudo tem por finalidade a busca por argumentos que justifiquem e fundamentem a utilização da guarda compartilhada, aos moldes do que ocorre no direito de família, para proporcionar aos tutores dos animais domésticos uma alternativa juridicamente viável, sem que um deles seja privado da companhia de seu amigo inseparável e fiel. Por outro lado, a guarda compartilhada favorece a saúde dos animais de estimação, conforme a percepção no bojo do presente trabalho, os animais são seres dotados de sensibilidade, o que pode ser prejudicial à saúde, vindo, em casos extremos, à morte do animal. Não há dúvida de que a ausência de legislação específica, que trate sobre a guarda compartilhada de animais em processos judiciais, acarrete grandes questionamentos sobre o tema. Junto a isso, o clima de competição, por exemplo: quando casais litigam em ações judiciais de dissolução de matrimônio ou união estável por bens e pertences, que muitas das vezes, não tem valores econômicos, mas, tão somente, sentimentais. A vontade de permanecer com seus animais de estimação, mais do que uma conquista sobre o “adversário”, é motivo de felicidade pela simples companhia que eles proporcionam. A sociedade muda constantemente e, com ela os hábitos e costumes de um povo. Ter um animal de estimação nos dias atuais, ao contrário do que era no passado, um objeto desprovido de qualquer afeto por parte de seu dono, é contar com mais do que um amigo, muitas das vezes, é ter mais um integrante na família. E é neste contexto que se busca fundamentar a utilização do instituto da guarda compartilhada como solução de conflitos nos casos em que a relação entre duas pessoas não mais se sustenta. Por fim, percebe-se que a doutrina e a jurisprudência começam a comungar dos mesmos conceitos de proteção e valorização do sentimento, ambos ligados à posse de um animal de estimação. Ademais, iniciam-se propostas legislativas que podem ser capazes de solucionar, vez por todas, essa grande incógnita que assola o ordenamento jurídico brasileiro.



**Palavras-chave:** guarda compartilhada; direito de visita; animais de estimação; dissolução matrimonial; direitos inerentes aos animais não humanos; ausência legislativa; analogia com direito de família.

## ABSTRACT

The purpose of this study is to search for arguments that justify and explain the use of shared custody along with the terms of what occurs in family law, to provide pet owners with a legally viable solution without one being deprived company of their inseparable and faithful friend. Under these conditions, shared custody favors the health of the pet, as it is noticeable in the midst of this work. Animals are beings endowed with sensitivity which can harm their health, and in extreme cases, cause the death of the animal. There is no doubt that the absence of specific legislation, which deals with the shared custody of animals in legal proceedings, raises major questions. Additionally, the climate of the competition when couples litigate in lawsuits for dissolution of marriage or stable union for goods and belongings often do not have economic values but only sentimental. The desire to remain with their pets is more than an achievement over the “opponent”; it is a reason for the happiness of the company that the pet provides. Society is constantly changing, and with these shifts, the habits and customs of people adjust, too. In today’s society, having a pet goes against what it was in the past. Pets are an object devoid of affection on the part of their owner and are more than just a friend. Many times, they are considered an added member to their family. And it is in this context that we seek to support the use of the shared custody institute as a solution to conflicts in cases where the relationship between two people is no longer sustained. Finally, it is clear that doctrine and jurisprudential standards begin to share the same concept of protection and appreciation of feeling, both linked to the possession of a pet. In addition, legislative proposals are being initiated that may be able to resolve, once and for all, the great unknown that plagues the Brazilian legal system.

**Keywords:** shared custody; right of visit; pets; marriage dissolution; rights inherent to non-human animals; legislative absence; analogy with family law.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo demonstrar a evolução do direito e dos seus sujeitos no sentido de se conceder aos tutores a guarda de seus animais de estimação, em face de eventual divórcio ou dissolução de união estável. Tal tema foi escolhido justamente pela grande relevância na atualidade, visto a



crescente demanda no judiciário acerca do tema e a necessidade de criação de legislação específica sobre o assunto buscando regulamentá-la atendendo o melhor propósito.

O tema adentra o Direito de Família, visando à concessão de guarda dos animais aos tutores, incluindo o animal como membro da família detentor de direitos. Isso somente foi possível em decorrência da evolução da sociedade, porque os animais vêm se tornando cada vez mais presentes nas casas do cidadão brasileiro e, deixando de ser meros protetores ou um bem, para serem membros da família, estabelecendo assim, uma relação de afeto entre os tutores e os animais.

Diante dessa inclusão dos animais aos membros da família, decorre alguns questionamentos, tais como: quem fica com o animal se ocorrer dissolução conjugal? Posso demandar a partilha de gastos com o animal? Posso requerer visitas? Podemos requerer guarda dos animais? Pode ser guarda compartilhada? O condomínio pode proibir a permanência do animal de estimação na propriedade do condômino? O trabalho em questão busca discorrer sobre todos esses apontamentos, esclarecendo e esgotando o tema.

Em um primeiro momento o trabalho busca tratar sobre como o tema “animais” vem sendo tratado nas mais diversas legislações, de maneira que aponte as atualizações desses entendimentos. Discorre ainda de forma objetiva acerca da dissolução do casamento e da união estável e suas peculiaridades e secundariamente sobre a guarda das crianças e de sua analogia com os animais.

No segundo momento, o trabalho apontará como o tema vem sendo aceito pela jurisprudência brasileira, apresentando jurisprudência atualizada e ainda no projeto de lei do Senado nº 542/18. Por fim, o trabalho discorrerá acerca das consequências jurídicas da concessão de guarda aos tutores de animais.





## 1 O STATUS DO ANIMAL NO DIREITO BRASILEIRO

Inicialmente para se introduzir a problematização, é de suma importância conceituar a natureza jurídica do animal. Para tanto, irei utilizar autores já consagrados no ramo, proporcionando o conhecimento das várias teorias aplicáveis, a fim de acrescentar o devido embasamento jurídico ao nosso estudo. Dessa maneira, é necessário definir e explicitar determinados conceitos utilizados, dentro de seus contextos jurídicos, para fins de seus entendimentos plenos, tais como a origem dos animais domésticos, o que são bens jurídicos bens; como se define sujeito de direito e, por fim, não menos importante, o que é a personalidade jurídica. Acredita-se que após essa tarefa se possa avançar para o capítulo seguinte.

### 1.1 CONDIÇÃO JURÍDICA DO ANIMAL

Sabe-se que desde os primórdios os seres humanos e os animais desenvolveram uma relação de cooperação, em que os animais serviam de auxílio no trabalho braçal, na proteção da propriedade e, principalmente, na caça. Por sua vez, os seres humanos proporcionavam a alimentação e o abrigo necessário, longe de predadores e do mau tempo.

Com o passar do tempo, alguns destes animais vieram a se tornar realmente domesticados, passando a fazer parte das vidas dos seres humanos e por ventura, vir a ter uma relação de afeto com os seus tutores<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sabe-se que o termo “tutor” vem sendo largamente empregado quando se trata de relacionamento entre donos e animais, sendo, praticamente abandonado o termo “dono”. Essa foi a explicação que se obtém dos sites especializados: “A palavra **dono** **significa**, segundo o dicionário, proprietário, possuidor, aquele que tem completo poder ou controle. A palavra dono acaba sendo bem empregada quando falamos de coisas, objetos, propriedades, então “fulano é dono daquele carro”, mostrando uma relação de posse do carro e controle sobre ele. Com relação aos animais, a palavra **tutor** acaba se encaixando melhor, já que o Significado de tutor é: indivíduo que exerce uma tutela, aquele que ampara, protege. Guardião. Quando pensamos em animais, faz muito mais sentido pensarmos nos donos agora como tutores, pois os animais sendo seres vivos, precisam de cuidado, proteção, amparo, e não apenas posse”.



Neste sentido, segundo a autora Karla Alessandra, a domesticação dos animais ocorreu sob a hipótese de duas teorias: a primeira delas sugere que um filhote de lobo foi retirado de sua matilha e criado pelo ser humano, dando assim, início a domesticação dos animais; por outro lado, a segunda teoria, menciona que alguns lobos não tinham medo de andar em locais que existiam humanos e buscavam por comida em meio aos detritos e resíduos, sendo que, dessa forma, deixaram de ser selvagens e passaram a ser domesticados.<sup>2</sup>

A cronologia do emprego dos animais no dia a dia dos seres humanos, fizeram com o que passassem a serem considerados como animais de estimação, sendo, assim, conceituado por Ana Cristina como:

Os animais de estimação, são seres possuidores de particularidades capazes de os diferirem de um mero objeto qualquer - considerados seres sencientes -, por tais razões, exigem atenção as suas necessidades e ambiente adequado para subsistir [...]<sup>3</sup>

Com o passar dos anos, foi desenvolvida uma relação de afinidade entre os animais e os seres humanos, sendo que, o que antes eram vistos como meros objetos, não sujeitos a direitos, tornaram-se “membro da família”, capazes de serem, inclusive, sujeitos de direitos. Seguindo a ordem cronológica dos movimentos protecionistas, um dos primeiros movimentos que abordou o favorecimento de melhores condições de tratamento dos animais foi o movimento *British Cruelty to Animal Act*, em 1822, que tinha como objetivo a proibição de quaisquer práticas de violência contra

---

GONTIJO, Andressa. Por que hoje usamos a palavra “tutor” e não mais dono de animais? *My Pet’s Nanny*, jan. 2019. Disponível em: <http://mypetsnanny.com.br/por-que-hoje-usamos-palavra-tutor-e-nao-mais-dono-de-animais/>. Acesso em: 29 out. 2019

<sup>2</sup> ALESSANDRA, Karla. Especial 1: A história da domesticação e o Direito dos Animais. *Câmara dos Deputados*, Brasília, 2010. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEMESPECIAL/380460--ESPECIAL-1--A-HISTORIA-DA-DOMESTICACAO-E-O-DIREITO-DOS-ANIMAIS-\(0449\).html](https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEMESPECIAL/380460--ESPECIAL-1--A-HISTORIA-DA-DOMESTICACAO-E-O-DIREITO-DOS-ANIMAIS-(0449).html). Acesso em: 11 jun. 2019.

<sup>3</sup> FERREIRA, Ana Cristina Paulino. *Da guarda compartilhada de animais e a dissolução de relação afetiva*. 2018. Monografia (Bacharel em direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017



os animais. Após isso, vários outros países começaram a elaborar normas com as mesmas finalidades. Ressalta-se que, em 1978, a UNESCO editou a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, chamando a atenção para que todos os países passassem a

observar e a respeitar tais direitos, apresentando, logo em seu preâmbulo:

Considerando que todo o animal possui direitos; Considerando que o desconhecimento e o desprezo desses direitos têm levado e continuam a levar o homem a cometer crimes contra os animais e contra a natureza;

Considerando que o reconhecimento pela espécie humana do direito à existência das outras espécies animais constitui o fundamento da coexistência das outras espécies no mundo;

Considerando que os genocídios são perpetrados pelo homem e há perigo de continuar a perpetrar outros;

Considerando que o respeito dos homens pelos animais está ligado ao respeito dos homens pelo seu semelhante;

Considerando que a educação deve ensinar desde a infância a observar, a compreender, a respeitar e a amar os animais.<sup>4</sup>

Segundo Camila Pimentel<sup>5</sup>, ao comentar a declaração subscrita pelo Brasil, leciona no sentido de que tal proteção foi, inclusive, incorporada à Constituição Federal. Com o mesmo pensamento de exaltação aos direitos dos animais, Xavier leciona pela proteção dos animais, nos seguintes termos:

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais é um marco na história da luta pelos direitos dos animais, na medida em

<sup>4</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos dos Animais, 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

<sup>5</sup> FERREIRA, Camila Pimentel de Oliveira. Evolução da proteção jurídica dos animais. Conteúdo Jurídico, Brasília/DF, 18 jun 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51911/evolucao-da-protacao-juridica-dos-animais>. Acesso em: 11 set. 2019.



que representa uma mudança de paradigma na forma de enxergar a relação entre homens e animais.<sup>6</sup>

Tem-se que o primeiro diploma brasileiro, que de fato tinha por objetivo a proteção dos animais, foi o Decreto nº 16.590/1924, contendo em seu bojo “proibia corridas de touros garraios e novilhos, rinhas de galos e canários”<sup>7</sup>. Posteriormente, tal decreto foi revogado e vários outros diplomas foram criados ao longo dos anos, sempre buscando a proteção dos animais, culminando com o Projeto de Lei nº 542 de 2018, que será mencionado posteriormente em momento apropriado, dispondo sobre a custódia compartilhada dos animais de estimação, no contexto da dissolução de casamento ou união estável.

Viu-se, em vários momentos no decorrer do presente trabalho, a menção ao termo animal. Sendo assim, é necessária a conceituação da origem desta palavra, que, segundo consta, surge do latim *animalis*, que significa ser que respira<sup>8</sup>. Por sua vez, o legislador, entendeu por bem atrelar o termo animal à concepção de algo que possua valor, como se percebe, no próprio Código Civil de 2002, em seu artigo 445, da seguinte forma:

Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.

---

<sup>6</sup> XAVIER, Cláudio. Direitos dos animais no século XXI: Uma abordagem ambiental, filosófica e jurídicas das questões que envolvem os direitos dos animais. RIDB (ISSN 2182-7567), nº 13, 16001-16028, Ano 2 (2013). Disponível em: [http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013\\_13\\_16001\\_16028.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_13_16001_16028.pdf). Apud FERREIRA, Camila Pimentel de Oliveira. Evolução da proteção jurídica dos animais. Conteúdo Jurídico, Brasília/DF, 18 jun 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51911/evolucao-da-protECAo-juridica-dos-animais>. Acesso em: 11 set. 2019

<sup>7</sup> FERREIRA, Camila Pimentel de Oliveira. Evolução da proteção jurídica dos animais. **Conteúdo Jurídico**, Brasília/DF, 18 jun 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51911/evolucao-da-protECAo-juridica-dos-animais>. Acesso em: 11 set. 2019.

<sup>8</sup> DICIONÁRIO ETIMOLÓGICO. Origem da palavra animal. Disponível em: <https://www.dicionarioetimologico.com.br/animal/>. Acesso em: 11. set. 2019.



§ 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens moveis; e de um ano, para os imóveis.

§ 2º Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria.<sup>9</sup>

No mesmo sentido, ou seja, de que o animal é visto pelo legislador civilista, exclusivamente, como um bem de valor econômico e que serve para o deleite do homem, tem-se o artigo 1.313 do Código Civil de 2002:

Art. 1.313. O proprietário ou ocupante do imóvel é obrigado a tolerar que o vizinho entre no prédio, mediante prévio aviso, para:

I - dele temporariamente usar, quando indispensável à reparação, construção, reconstrução ou limpeza de sua casa ou do muro divisorio; II - apoderar-se de coisas suas, inclusive animais que aí se encontrem casualmente. [...] <sup>10</sup>

De forma complementar, é importante delinear algumas considerações jurídicas sobre o termo “bem”. Segundo Donizetti, bem é tudo aquilo que é objeto de desejo humano<sup>11</sup>. Dessa forma, não são objetos de direito, mas somente possuem a finalidade de satisfazer o desejo humano.

Diante do que se apresenta, ao se conceituar os animais como bens móveis semoventes, quer-se dizer que eles possuem valor econômico e que podem se movimentar por força própria, sem que isso altere suas características essenciais<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 3 set. 2019

<sup>10</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 3 set. 2019.

<sup>11</sup> DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas LTDA, 2016. p. 159-161

<sup>12</sup> DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas LTDA, 2016. p. 159-161



Conforme esse conceito de que animais são bens, pode-se caminhar para o entendimento de que eles entrariam na esfera de patrimônio de um indivíduo, ou seja, de que se passa a ter direitos sobre aquela coisa, podendo fazer o que bem entender. Ana Cristina apresenta, ainda, o entendimento de Arnold Wald acerca da conceituação do direito das coisas, qual seja:

As relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação, estabelecendo um vínculo imediato e direto entre o sujeito ativo ou titular do direito e a coisa sobre a qual o direito recai e criando um dever jurídico para todos os membros da sociedade.<sup>13</sup>

Somente com base nessa classificação, direito das coisas, em caso de dissolução de casamento ou união estável, os animais integrariam o rol de partilha de bens, configurando como patrimônio e não como seres detentores de direitos.

O exercício dos direitos reais sobre coisa móvel se dá pelo exercício do direito propriedade, sendo este garantido pelos artigos 1.225<sup>14</sup> e seguintes do Código Civil.

Não bastando, os conceitos apresentados, não se pode esquecer da diferença existente entre “bem” e “coisa” para o direito, ou seja, não se tem um entendimento doutrinário consolidado acerca de “bem” e “coisa”. A autora Ana Cristina, explica que se considera “bem” tudo aquilo passível de possuir valor econômico, objeto de um direito subjetivo ou de uma relação jurídica, diferentemente de “coisa”, e continua, que deve ainda possuir os requisitos da limitabilidade, da permutabilidade e da economicidade.<sup>15</sup> Assim, na condição jurídica de bem, qualquer proteção destinada a

---

<sup>13</sup> FERREIRA, Ana Cristina Paulino. **Da guarda compartilhada de animais e a dissolução de relação afetiva**. 2018. Monografia (Bacharel em direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017

<sup>14</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 3. set. 2019

<sup>15</sup> FERREIRA, Ana Cristina Paulino. **Da guarda compartilhada de animais e a dissolução de relação afetiva**. 2018. Monografia (Bacharel em direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017



ele, se trata, na verdade, de uma proteção ao próprio ser humano, visto este ser, o único indivíduo detentor de direitos, para a doutrina clássica civilista.

Diante da conceituação simplista dos animais constante no Código Civil, destaca-se que, apesar de eles não serem considerados, em tese, como sujeitos de direito, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 225, menciona sobre a proteção e preservação do meio ambiente, dispondo de forma expressa, que recai sobre o poder público o dever de proteger os animais de qualquer ato de crueldade, nos seguintes termos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.[...]<sup>16</sup>

Dessa forma, pode-se afirmar que, muito embora o animal não seja sujeito de direitos, a Constituição Federal dispõe acerca do dever de protegê-lo, demonstrando assim, que o animal possui, minimamente, algum direito. Neste sentido, os autores Daniel Wunder e Felipe Klein apresentam entendimento interessante, de Edna Cardoso Dias, acerca do tema:

De acordo com Edna Cardozo Dias a classificação segundo a legislação brasileira não resistiria a um exame aprofundado. A autora é firme acerca do reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos subjetivos. Em análise comparativa,

---

<sup>16</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 11 set 2019



questiona o motivo pelo qual, se até mesmo as pessoas jurídicas têm capacidade jurídica, inclusive processual, estariam os animais dela privados. Afinal, mesmo os absolutamente incapazes são sujeitos de direitos, e, assim como várias espécies de animais, eles sequer têm a possibilidade de expressar sua vontade. Se o que diferencia o ser humano é a sua qualidade de ser vivo, com direitos inatos desde o nascimento, também os animais mereceriam igual consideração. Assim, do ponto de vista ético e científico não haveria dificuldades de justificar a personalidade aos animais. O que faltaria ao Direito brasileiro seria apenas o reconhecimento *expresso* de direitos fundamentais a esses seres vivos, como os direitos à vida, à integridade corporal, ao não sofrimento e ao livre desenvolvimento.<sup>17</sup>

É senso comum que os animais não devem ser submetidos a maus tratos e tratamentos que imponham sofrimento ou traumas. Ressalta-se que era bastante comum nos espetáculos circenses a presença de animais no picadeiro, sendo que tais apresentações não são mais vistas no tempo atual.

Consultando o site do Superior Tribunal de Justiça, encontra-se disponível um exemplo da atuação do judiciário brasileiro na proteção dos animais. Foi no Agravo de Instrumento nº 1.398.439 – BA, tendo como relator Ministro Mauro Campbell que, em ação civil pública, impediu o circo Estoril de exibir animais em seus espetáculos, tendo como fundamentação o laudo técnico do IBAMA:

[...] importa salientar que, conforme se depreende da leitura do laudo técnico do IBAMA [...], apesar de não haver sinais de maus tratos e crueldade com os animais, vislumbra-se a negligência da empresa agravante com o bem-estar dos animais, sem que sejam desenvolvidas atividades recreativas de estímulo dos animais, o que lhes causa comportamentos fixos. [...] Do referido laudo técnico se extrai que o urso é mantido diariamente em uma carreta de transporte, apresentando comportamento invariável, andando em círculos no sentido anti-horário continuamente. Do mesmo modo, foi constatado que a aliá (fêmea do elefante) também apresentava comportamento estereotipado, mantendo-se por muito tempo

---

<sup>17</sup> RBDA, SALVADOR, v.13, n. 03, p. 141-172, 2017. apud DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direito. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 1, n.1, p. 119- 121, jan. 2006





no mesmo local, apenas balançando a cabeça de um lado para o outro (fl. 88).<sup>18</sup>

Por fim, apesar de as legislações não considerarem os animais sujeitos de direito, mas como bens, aos olhos do Código Civil, não existe nenhum impedimento no sentido de que possam tê-los. Ademais, de acordo com Bruno Amaro Lacerda<sup>19</sup> e Célia Regina Ferrari Faganello Noirtin, os defensores dos direitos dos animais fundamentam tal possibilidade pelo fato dos animais serem capazes de sentir dor e por isso são capazes de possuir interesses, sendo, então sujeitos de direitos.<sup>20</sup>

## 1.2 SUJEITO DE DIREITO

Avançando um pouco mais na temática e buscando agregar valores ao nosso estudo, tem-se que distinguir sujeito de direito, do termo pessoa. Nas lições de Fábio Ulhôa, consegue-se verificar que ele distingue um de outro, de forma que o primeiro conceito é bem mais abrangente do que o segundo, e que não precisa ser necessariamente, uma pessoa<sup>21</sup>. Dessa forma:

---

<sup>18</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo de Instrumento. AG 1.398.439/BA. PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. NÃO- INTERPOSIÇÃO DE EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 126 DESTA CORTE SUPERIOR.[...] Agravante: Roberto Carvalho Portugal e Companhia LTDA – Microempresa. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Bahia, 2 de agosto de 2011. Disponível em:**

<https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/>. Acesso em: 30 out. 2019

<sup>19</sup> LACERDA, Bruno Amaro. Pessoa, dignidade e justiça: a questão dos direitos dos animais. **Revista Ética e Filosófica Política**, v. 2, n. 15, p. 38 – 55, dez. 2012

<sup>20</sup> NOIRTIN, Célia Regina Ferrari Faganello. Animais não humanos: sujeitos de direitos despersonalizados. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 6, n. 5, p. 133-152, jan./jun. 2010

<sup>21</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**, v. 2, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. apud COSTA, Lorena Xavier. **Sujeito de Direito e Pessoa: Conceitos de igualdade?** Legis Augustus, Rio de Janeiro, v.4, n. 2, p. 75-87, jul/dez. 2013.

Disponível em:

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEWjk2OPWnMvkAhXmslkKHcwtDsIQFjAAegQIABAC&url=http%3A%2F%2Fap1.unisuam.edu.br%2F>



Sujeito de direito é conceito mais amplo que pessoa: nem todos os sujeitos são personalizados. Em outros termos, os titulares de direitos e obrigações podem ou não ser dotados de personalidade jurídica. Se se considerarem todas as situações em que a ordem jurídica atribui o exercício de direito ou (o que é o mesmo, visto pelo ângulo oposto) o cabimento de prestação, o sujeito será o titular do primeiro ou o devedor da última. No conceito de sujeito de direito encontram-se, assim, não só as pessoas, físicas ou jurídicas, como também algumas entidades “despersonalizadas”.

[...]

Os sujeitos de direito podem ser, inicialmente, distinguidos em dois grupos: de um lado, a pessoa física e o nascituro; de outro, a pessoa jurídica e as demais entidades despersonalizadas. Chamem-se os primeiros de sujeitos humanos, numa referência ao objeto semântico do termo, o ser humano, e os últimos, inanimados [...]. Os sujeitos de direito podem também ser classificados em personalizados e despersonalizados. Na primeira classe, as pessoas físicas e jurídicas; na segunda, o nascituro, a massa falida, o condomínio horizontal etc<sup>22</sup>.

A partir dessa conceituação é possível pensar que ser sujeito de direito não é um benefício exclusivo dos seres humanos, ou seja, é cabível tal possibilidade aos animais. Ademais, com a aproximação entre os animais e os seres humanos, ao longo do tempo e com a criação de vínculo e afeto, a legislação passou a dar mais visibilidade para assuntos de proteção dos animais, tais como a lei federal no 9.605/1998<sup>23</sup> e a lei distrital nº 6.142/2018, sendo que esta última apresenta, logo em seu artigo 1º, interessante caso de responsabilidade solidária pelos maus tratos:

Art. 1o Todo aquele que, por ação ou omissão, concorra para a prática de maus-tratos a animais, verificada em local público ou privado, seja ou não o infrator o respectivo proprietário ou tutor, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado,

---

Fvistas%2Findex.php%2FlegisAugustus%2Farticle%2Fview%2F534%2F445&usg=AOvVaw2I5wgKKr7hQyX4sxEOUjaW. Acesso em: 12 set. 2019.

<sup>22</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2

<sup>23</sup> BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm). Acesso em: 25 out. 2019



inclusive detentor de função pública, responde pelo descumprimento do disposto nesta Lei, sem prejuízo de outras cominações legais.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis pelas infrações relacionadas a maus-tratos os proprietários ou tutores de animais e os que os tenham sob a sua guarda ou uso, independentemente das demais obrigações nas esferas civil e criminal.<sup>24</sup>

Não se pode negar que os tempos modernos tendem a ser cada vez mais inclusivos e acolhedores quanto aos animais, sejam de estimação ou não. Sabe-se que os conceitos de sujeito de direito e personalidade jurídica, apesar de estarem ligados, não se confundem. Para a teoria geral do direito civil, nas precisas lições de Stolze, “personalidade jurídica é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direito”<sup>25</sup>. E continua a lecionar:

Adquirida a personalidade, o ente passa a atuar, na qualidade de sujeito de direito (pessoa natural ou jurídica), praticando atos e negócios jurídicos dos mais diferentes matizes.

No que tange à pessoa natural ou física, o objeto do presente capítulo, o Novo Código Civil, substituindo “homem” por “pessoa”, em evidente atualização para uma linguagem politicamente correta e compatível com a nova ordem constitucional, dispõe em seu art. 1º, que: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.<sup>26</sup>

Com os ensinamentos de Pablo Stolze, pode-se verticalizar no tema e adentrar noutro terreno desconhecido, que versa sobre a possibilidade de animais serem protegidos por remédios constitucionais, até então próprios de seres humanos. A judicialização é fenômeno que está presente em todas as matérias, e aqui, no

---

<sup>24</sup> BRASIL. Lei nº 6.142, de 22 de maio de 2018. Altera a Lei no 4.060, de 18 de dezembro de 2007, que define sanções a serem aplicadas pela prática de maus-tratos a animais e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=366223>. Acesso em: 25 out. 2019

<sup>25</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**, 21. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. p. 124. v. 1

<sup>26</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**, 21. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. p. 124. v. 1.



campo da proteção dos direitos dos animais, não poderia ser diferente. Entretanto, o caso que irá se apresentar foi além do que se esperava.

O caso ocorreu na Bahia, mais especificamente em Salvador. Foi impetrado, na 9ª Vara Criminal de Salvador, o habeas corpus em favor de um chimpanzé (Suíça) que se encontrava aprisionada no Parque Zoobotânico Getúlio Vargas, tendo como uma de suas fundamentações:

[...]Inicialmente, é importante ressaltar que os chimpanzés, assim como os humanos, são animais altamente emotivos e quando aprisionados passam a viver em constante situação de estresse, que geralmente os levam a disfunções do instinto sexual, automutilações e a viver em um mundo imaginário, semelhante a um autista.<sup>27</sup>

Mais a frente, ao tratar da admissibilidade do *habeas corpus*, o promotor de justiça se refere especificamente ao artigo 5º, inciso LXVIII, quando a Constituição Federal estabelece ser “alguém” vítima de violência ou ameaça, nos seguintes termos:

Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.<sup>28</sup>

A intenção de promover a extensão dos direitos humanos aos grandes primatas, abriu também, as portas para o debate de tais direitos para outros animais, se deu após longa dissertação acerca da evolução histórica, sendo interessante a transcrição de seu trecho:

A partir de 1993, um grupo de cientistas começou a defender abertamente a extensão dos direitos humanos para os grandes primatas, dando início ao movimento denominado “Projeto

---

<sup>27</sup> Juiz nega HC a chimpanzé reclusa em zoológico na Bahia. **Consultor Jurídico**, set. 2005. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2005-set-22/juiz\\_nega\\_hc\\_chimpanze\\_reclusa\\_zoologico\\_bahia](https://www.conjur.com.br/2005-set-22/juiz_nega_hc_chimpanze_reclusa_zoologico_bahia). Acesso em: 26 out. 2019

<sup>28</sup> Juiz nega HC a chimpanzé reclusa em zoológico na Bahia. **Consultor Jurídico**, set. 2005. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2005-set-22/juiz\\_nega\\_hc\\_chimpanze\\_reclusa\\_zoologico\\_bahia](https://www.conjur.com.br/2005-set-22/juiz_nega_hc_chimpanze_reclusa_zoologico_bahia). Acesso em: 26 out. 2019



Grandes Primatas” (The Great Ape Project), liderado pelos professores Peter Singer e Paola Cavalieri, e contando com o apoio de primatólogos como Jane Goodall, etólogos como Richard Dawkins e intelectuais como Edgar Morin. [...]

Seja como for, à medida que o tamanho da estrutura cerebral aumenta, os membros do gênero *Homo* passam a desenvolver habilidades mais complexas, como a matemática e o uso de linguagens.[...]

A questão principal é a seguinte: por qual razão nós concedemos personalidade jurídica até mesmo a universalidades de bens, como a massa falida, e nos recusamos a concedê-la a seres que compartilham até 99,4% da nossa carga genética? Por que razão permitirmos que chimpanzés, bonobos, gorilas e orangotangos sejam aprisionados em circos e zoológicos e, ao mesmo tempo, asseguramos direitos fundamentais para seres humanos capazes de cometer os mais abomináveis crimes contra a própria humanidade?<sup>29</sup>

A seguir, os autores do *habeas corpus*, buscaram criar o entendimento de que é necessário estabelecer a doutrina dos direitos dos animais não humanos, ou seja, expandir para outros animais que não os seres humanos, inclusive renegando a doutrina que coloca a espécie humana acima das demais espécies. Ressalta-se que, apesar da brilhante construção jurídica, o “*habeas macaco*”, com ficou conhecido, teve sua liminar rejeitada.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, podem-se encontrar alguns julgados cuja matéria se trata de *habeas corpus* envolvendo primatas, como por exemplo, o *habeas Corpus* nº 96.344-SP, impetrado por advogados em favor de “Lili” e “Megh”, chimpanzés, em desfavor da autoridade coatora, a Desembargadora da Quarta Turma do TRF da 3ª região.

---

<sup>29</sup> SANTANA, Heron J.; SANTANA, Luciano R. Habeas Corpus Impetrado em favor da chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador (BA). **Portal de Periódicos da UFBA**, mai 2006. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/10258/7314>. Acesso em: 26 out. 2019



Na decisão, o Superior Tribunal de Justiça, analisando o artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, deu-lhe interpretação literal, impedindo a extensão para os seres não humanos, nos seguintes termos:

Nos termos do art. 5o, inciso LXVIII, da Constituição da República, é incabível a impetração de habeas corpus em favor de animais. A exegese do dispositivo é clara. Admite-se a concessão da ordem apenas para seres humanos. Nesse sentido, confira-se a dicção da norma:

"Art. 5o (...) LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

Assim, se o Poder Constituinte Originário não incluiu a hipótese de cabimento da ordem em favor de animais, não cabe ao intérprete incluí-la, sob pena de malferir o texto constitucional. [...]

Ante o exposto, indefiro a petição inicial e determino a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos dos artigos 267, inciso IV, e 295, inciso I, ambos do Código de Processo Civil.<sup>30</sup>

Nada obstante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, afirma-se que a corrente de pensamento em favor do entendimento de que os seres não humanos são sujeitos de direitos, vem crescendo a cada dia. Da mesma forma, citam-se estudos que reformulam a ideia tradicional de que os “simples animais”, tais como as galinhas, não possuem sentimentos.

Nesta mesma linha de pensamento, temos o Supremo Tribunal de Justiça da Argentina que considerou a orangotango fêmea (Sandra) o status de “pessoa não

---

<sup>30</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC nº 96.344/SP**. Agravante: Márcia Miyuki Oy Ama Matsubara e outro. Agravado: Tribunal Regional da 3ª Região. Rel. Min. Castro Meira. São Paulo, 7 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoaes/>. Acesso em: 29 out. 2019



humana”<sup>31</sup>, a Nova Zelândia que modificou a legislação para que os animais tenham status de seres sencientes<sup>32</sup> e a França que reclassificou os animais no ano de 2015 juntamente com a ONG *Fondation 30 Million Amis*, para que assim os animais sejam considerados seres sencientes ao invés de propriedade pessoal, como antigo artigo

538. Nessa lógica, a modificação passou a ter a seguinte redação:

Livre II : Des biens et des différentes modifications de la propriété Article 515-14

Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens.<sup>33</sup>

Em tradução livre o referido artigo significa que os animais são seres vivos dotados de sensibilidade. São seres que se sujeitam as leis para serem protegidos.

Segundo Eudes Quintino:

A palavra sciência não guarda afinidade etimológica com a palavra sapiência. Ambas carregam raízes provenientes do latim. Enquanto sapiência (*sapere*) tem o significado de inteligência, conhecimento, sciência (*sentire*) tem o significado de sentir, ou na capacidade de sentir. Então, quando se fala agora da futura *novatio legis* em respeito à sensibilidade do animal, deve compreender que se trata de um ser vivo, detentor de uma vida incorporada à dignidade de sua natureza. Quer isto significar que, assim como o humano estabeleceu suas regras e quer ser bem tratado, de igual forma o animal, pelo regramento natural, quer idêntico tratamento.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> AVANCINI, Alex. Em decisão histórica França altera Código Civil e reconhece animais como seres sencientes. **ANDA**, fev 2015. Disponível em: <https://www.anda.jor.br/2015/02/decisao-historica-franca-altera-codigo-civil-reconhece-animais-seres-sencientes/>. Acesso em: 28 out. 2019

<sup>32</sup> SERRÃO, Vanessa. Animais sencientes, você sabe o que isso significa? **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <https://anda.jusbrasil.com.br/noticias/251287543/animais-sencientes-voce-sabe-o-que-isso-significa>. Acesso em: 29 out. 2019

<sup>33</sup> FRANÇA. **CÓDIGO CIVIL**, de 8 de janeiro de 2019. Disponível em: [https://www.cjoint.com/doc/19\\_01/IAliYLTxabh\\_codecivil2019.pdf](https://www.cjoint.com/doc/19_01/IAliYLTxabh_codecivil2019.pdf). Acesso em: 28 out. 2019

<sup>34</sup> OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino de. Animais são seres sencientes. **Migalhas**, set 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI309993,101048->



Caminha neste sentido a reportagem cujo título é “Descoberta da senciência nos animais pode acarretar mudanças na medicina veterinária”, publicada no site “Cães e gatos”. Segundo o estudo, todos os mamíferos, aves e outros seres do reino animal são sencientes, ou seja, tem sentimentos e emoções, nos seguintes termos:

Todos os mamíferos, aves e outros seres do reino animal, como peixes e moluscos, são dotados destas sensibilidades. As galinhas, por exemplo, são fortes seres sencientes. A revista Scientific American, em abril de 2014, deu destaque ao assunto inusitado. Segundo a publicação, cientistas descobriram que essas aves podem ser dissimuladas, com habilidades de comunicação equivalentes as de alguns primatas e usam sinais sofisticados para transmitir suas intenções.

Todos os mamíferos, aves e outros seres do reino animal, como peixes e moluscos, são dotados destas sensibilidades. As galinhas, por exemplo, são fortes seres sencientes. A revista Scientific American, em abril de 2014, deu destaque ao assunto inusitado. Segundo a publicação, cientistas descobriram que essas aves podem ser dissimuladas, com habilidades de comunicação equivalentes as de alguns primatas e usam sinais sofisticados para transmitir suas intenções.<sup>35</sup>

Não há como negar que as influências exercidas pelas comunidades científicas têm o poder de repercutir diretamente no poder legislativo. Viu-se, anteriormente, acerca da simplicidade de como o Código Civil tratou dos animais, mais especificamente, no artigo 82, ou seja, de que os animais seriam bens móveis cuja finalidade é a promoção do deleite do homem.

Buscando-se adequar as normas às novas tendências científicas, pode-se encontrar projeto de lei nº 6. 799/2013, de autoria do Deputado Ricardo Izar (PSD-SP), que tem como finalidade “acrescentar parágrafo único ao artigo 82 do

---

Animais+sao+seres+sencientes. Acesso em: 29 out. 2019

<sup>35</sup> GUIMRÃES, Cláudia. Descoberta da senciência nos animais pode acarretar mudanças na medicina veterinária. **Cães e Gatos**, out 2015. Disponível em: <http://www.caesegatos.com.br/descoberta-da-senciencia-nos-animais-pode-acarretar-mudancas-na->. Acesso em: 27 out. 2019





Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências”.<sup>36</sup>

Conforme consta no projeto de lei acima citada, o artigo 82 passaria a contar com um parágrafo único, que excepcionalmente do rol constante no caput do artigo 82 os “animais domésticos e silvestres”. Afirma-se que tal dispositivo teria o condão de alterar a definição de que os animais são bens com valor econômico e que servem para o desfrute do homem, dando aos seres não humanos uma gama, imensamente, maior de direitos.

Corroborando com o entendimento acima exposto, observa-se na justificativa que acompanha o projeto de lei, que o autor do projeto caminha no sentido de que se deseja conferir “um novo regime jurídico, *suis generis*, que afasta o juízo legal de “coisificação” dos animais – que os classificam como meros bens móveis -, e prevê nova natureza jurídica que reconhece direitos significativos dos animais”.<sup>37</sup>

Como se percebe, trata-se de verdadeiro movimento de “descoisificação” dos animais, permitindo-se que a tutela e o reconhecimento desses direitos possam ser postulados por agentes específicos ou representantes, em legitimidade substitutiva processual.

## 2 A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

---

<sup>36</sup> BRASIL. **Projeto de lei nº 6.799, de 20 de novembro de 2013**. Acrescenta parágrafo único ao artigo 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601739>. Acesso em 29 out. 2019

<sup>37</sup> BRASIL. **Projeto de lei nº 6.799, de 20 de novembro de 2013**. Acrescenta parágrafo único ao artigo 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601739>. Acesso em 29 out. 2019



O presente capítulo busca explicar a conceituação e aplicação do termo “guarda” demonstrando sua possível aplicação por analogia aos animais domésticos. A analogia vem sendo utilizada pelos magistrados tendo em vista as inúmeras divergências quanto ao assunto, divergências essas que devem ser solucionadas. Segundo o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, quando a lei for omissa, o juiz deve utilizar-se de analogia, costumes e princípios gerais do direito para decidir sobre o assunto, não podendo escusar-se de solucioná-lo<sup>38</sup>.

## 2.1 FAMÍLIA: UMA VISÃO GERAL

Preliminarmente há de se destacar a entidade da “família” para em um segundo momento seja conceituada a “guarda”. Não se poder negar que o termo família seja, de fato, a entidade que direciona a nossa sociedade.

A aptidão de viver em sociedade fez com que o homem, de maneira direta ou indireta, influenciou as concepções que temos de família ao longo de nossa existência. Primeiro com a visão de proteção, pois a vida em comunidade, nos períodos do paleolítico, favorecia a expectativa de vida diante das inúmeras dificuldades (clima, animais, doenças, etc). Segundo: já com um sentimento de afeto unindo os componentes do clã, o homem passou a conviver com os seus semelhantes, no intuito de promover a família na definição que hoje se conhece. Neste contexto, segundo Clóvis Beviláqua, citado por Tartuce, já naquela época, dizia que vários fatores serviriam para influenciar a família, dentre eles a religião, costumes, a própria sociedade, no que se concorda com os dois estudiosos.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 4. 657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm). Acesso em: 11 nov. 2019.

<sup>39</sup> TARTUCE, Flavio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5



A família é realmente fruto de seu tempo, de sua época, sofrendo intervenção direta e indireta de vários fatores que envolvem a comunidade em que está inserida.

Assim, os professores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, definiram:

Induvidosamente, a família traz consigo uma dimensão biológica, espiritual e social, afigurando-se necessário, por conseguinte, sua compreensão a partir de uma feição ampla, considerando suas idiossincrasias e peculiaridades, o que exige a participação de diferentes ramos do conhecimento, tais como a sociologia, a psicologia, antropologia, a filosofia, a biologia (e, por igual, da biotecnologia e a bioética) e, ainda, da ciência do direito<sup>40</sup>.

Parte-se do princípio, também, de que a entidade família não pode ser vista como uma finalidade em si mesma, mas que possui uma função social a ser desenvolvida para o aprimoramento da comunidade, sendo esse o entendimento de Pablo Stolze e Pamplona:

[...]a principal função da família e a sua característica de meio para a realização dos nossos anseios e pretensões. Não é mais a família um fim em si mesmo, conforme já afirmamos, mas, sim, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro.<sup>41</sup>

Mas, o que seria família? Seria possível defini-la de forma objetiva? Entendo que seria excessivamente difícil obter tal resposta. Sabe-se que a tarefa de definir o que seja a família não é fácil, sendo necessário que nos utilizemos da doutrina mais especializada. Benedita Edina da Silva Cabral, citando Lévi-Strauss, nos apresenta que a melhor maneira de conceituar família não seja com palavras e conceitos vazios, porém valer-se do “pensamento utilizada quando utilizamos a palavra família”, da seguinte forma:

Tentar resolver este problema implica em primeiro lugar, definir aquilo que entendemos por “família”. Tal intento não pode consistir em integrar as numerosas observações práticas

---

<sup>40</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito de família**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p. 3

<sup>41</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**, 2011, p. 98.



realizadas em distintas sociedades, nem tampouco em limitarmo-nos à situação que existe entre nós. Pertinente é construir um modelo ideal daquilo que pensamos quando utilizamos a palavra família. Ver-se-ia, então, que tal palavra serve para designar um grupo social que possui pelo menos, as três características seguintes: 1) Tem a sua origem no casamento. 2) É formado pelo marido, pela esposa e pelos(as) filhos(as) nascidos do casamento, ainda que seja concebível que outros parentes encontrem o seu lugar junto do grupo nuclear. 3) Os membros da família estão unidos por a) laços legais, b) direitos e obrigações econômicas, religiosas e de outro tipo, c) uma rede precisa de direitos e proibições sexuais, além duma quantidade variável e diversificada de sentimentos psicológicos tais como amor, afeto, respeito, temor, etc.<sup>42</sup>

Conclui-se que o conceito de família não é estático, mas que se altera com o passar dos tempos. Aquela família tradicional, constituída por um pai, mãe e filhos, do século passado, passou por um processo de extensivo de sua definição, ou seja, ao longo dos anos o conceito de família vem passando a reproduzir o que a sociedade vivencia no seu tempo e espaço. Com isso, passou-se de um conceito tradicional cujo poder era exclusivamente do pai ou marido, constituída por uma hierarquia, e à base de homem e mulher, para uma entidade, em grande parte oposta e diferenciada, conforme cita Erika Cordeiro<sup>43</sup> as lições do professor Rodolfo Madaleno.

Da mesma forma, pode-se afirmar que a família se afastou da qualificação puramente econômica, pautada em aspectos financeiros e caminhou para a busca do afeto, solidariedade e companheirismo entre os seus integrantes. Basta pensar no peso que foi dado ao vínculo sócio afetivo, pelas novas legislações civilistas, tal qual

---

<sup>42</sup> CABRAL, Benedita Edina da Silva Lima. Família e Idosos no Nordeste Brasileiro. **Portal de Periódicos da UFBA**, Salvador, n. 29, p. 49-67, jul/dez 1998. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/crh/article/viewFile/18693/12066>. Acesso em: 7 nov. 2019

<sup>43</sup> LIMA, Erika Cordeiro de Albuquerque dos Santos Silva. Entidades familiares: uma análise da evolução do conceito de família no Brasil na doutrina e na jurisprudência. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5383, 28 mar. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64933/entidades-familiares-uma-analise-da-evolucao-do-conceito-de-familia-no-brasil-na-doutrina-e-na-jurisprudencia>. Acesso em: 11 nov. 2019.



acontece com aqueles que, outrora, recebiam tratamento diferenciado, como os enteados em relação aos filhos legítimos.

Neste sentido, corroborando com o nosso pensar, traz-se a lei nº 11.924/09, que permitiu o acréscimo do sobrenome do enteado ao do padrasto ou madrastra, tendo como base o vínculo afetivo gerado em relação ao convívio familiar.

De fato, o código civil de 1916, cujas ideias remontavam aos anos de 1800, apontava para o sentido da sociedade patriarcal, tendo como característica preponderante, a desigualdade entre o homem e a mulher. Chegava-se a disciplinar, em seu artigo 219, a possibilidade de anulação do casamento pelo marido em razão de erro, caso descobrisse, na noite de núpcias, que a esposa, recém casada, teria sido deflorada por outra pessoa, obviamente, que não por ele. Deixa-se, assim, para a história contar quando a finalidade da família era de produção e reprodução, conforme a lição de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

Trata-se de entidade de afeto e solidariedade, fundada em relações de índole pessoal, voltadas para o desenvolvimento da pessoa humana, que tem como diploma legal regulamentador a Constituição da ..... república de 1988.

Desse modo, a entidade familiar está vocacionada, efetivamente, a promover, em concreto, a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade. ( )

Ora, procedendo uma comparação entre o texto constitucional – que abraça, nitidamente, uma tipicidade aberta – e o texto das Constituições brasileiras anteriores (arts. 124 da Constituição de 1937, 163 da Constituição de 1946, 167 da Lei Maior de 1967 e 175 do texto Constitucional de 1969) -, nota-se uma transformação radical, pois durante muito tempo a família legitimamente protegida poderia ser constituída através da instituição do casamento.

Com efeito, o conceito trazido no caput do artigo 226 é plural e indeterminado, firmando uma verdadeira cláusula geral de



inclusão. Dessa forma, são o cotidiano, as necessidades e os avanços sociais que se encarregam da concretização dos tipos. E, uma vez formados os núcleos familiares, merecem, igualmente, proteção legal.<sup>44</sup>

Logo, se percebe que a ampliação do conceito de família, na atualidade, decorre da própria Constituição Federal que, em seu artigo 226, no capítulo da Ordem Social, descreve que “a família, a base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, sendo assim disposto:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a **união estável** entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

---

<sup>44</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito de família**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p. 38-39



§ 8o O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.<sup>45</sup>

Para Tartuce o artigo 226 da Constituição Federal de 1988, é um rol meramente taxativo.<sup>46</sup> Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona entendem que família é “um núcleo existencial integrado por pessoas unidas por um vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”.<sup>47</sup>

Segundo Maria Berenice:

O novo modelo de família funda-se sob os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo uma nova roupagem axiológica ao direito de família (...) A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.<sup>48</sup>

Sabe-se que a constitucionalização do conceito de entidade familiar é de grande importância, pois proporcionou que o poder público, por intermédio dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, atuassem com o escopo de proteger tal entidade, dando sempre a máxima eficácia ao dispositivo constitucional.

Vistas as referências da entidade familiar no contexto da Constituição Federal, fincados no artigo 226, parte-se para alguns comentários acerca do casamento e da união estável.

## 2.2 DA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL E SEUS REFLEXOS NA GUARDA DOS FILHOS

<sup>45</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). em: 11 set 2019

<sup>46</sup> TARTUCE, Flavio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5

<sup>47</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 44

<sup>48</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. apud TARTUCE, Flavio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5



O final de uma vida a dois sempre foi um momento de angústia, tanto para o casal, quanto para as pessoas que conviviam diariamente com eles, pais e mães, amigos e, principalmente, os filhos.

Antes da Constituição Federal de 1969 não era possível ocorrer o divórcio - dissolução do casamento - visto a inexistência de previsão legal. Divórcio vem do latim *divortium*, e tem como significado dissolver um matrimônio por vias legais<sup>49</sup>.

Segundo Renato Pereira:

O divórcio traz liberdade de construção e de realização do indivíduo contrapondo que esses têm muitas adversidades a enfrentar para superar a crise pós-divórcio para não afetar mais ainda o desempenho da prole diante dessa circunstância. Aos filhos devem ser esclarecidas todas as nuances legais, como, por exemplo, quem ficará responsável pela guarda, sendo difundida atualmente àquela exercida plenamente pelos dois progenitores a guarda compartilhada, competindo a cada um deles desempenharem as mesmas obrigações e garantindo a presença constante nas atividades que compõem suas vidas, auxiliando-os financeiro, moral e emocionalmente.<sup>50</sup>

Por consequência, as autoras Carolina Moares e Larissa Florentino, em sua obra, “A Guarda Compartilhada dos Animais Domésticos a partir da Dissolução Matrimonial: estudo de caso”, afirmam que, durante a vigência do Código Civil de 1916, a guarda da criança era decidida de acordo com a idade da criança, o sexo dela e a presença de culpado ou não pelo término do matrimônio. Posteriormente com a outorga da lei 6.515/77 a guarda passou a ser concedida àquele que não deu causa a desunião, porém, se ambos fossem culpados a guarda era dada a mãe. As autoras destacam que naquela época a intenção do legislador era resguardar a guarda da

---

<sup>49</sup> Conceito de divórcio. **Conceito**, 2013. Disponível em: <https://conceito.de/divorcio>. Acesso em: 11 nov. 2019

<sup>50</sup> PEREIRA, Renato. Uma análise crítica ao novo divórcio à luz do princípio da afetividade: banalização do casamento? 2016. **Revista Jus Navigandi**, out 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52614/uma-analise-critica-ao-novo-divorcio-a-luz-do-principio-da-afetividade-banalizacao-do-casamento>. Acesso em: 11 nov. 2019





criança a somente um dos genitores e isso ocasionava em vários conflitos, uma vez que não se levava em consideração o interesse do menor.<sup>51</sup>

Entretanto, os dias atuais e as novas legislações propiciaram o reconhecimento de que, findado o afeto, encontra-se liberada a possibilidade de ruptura da relação matrimonial ou companheira. Com respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana não se pode mais aceitar que casais convivam, sob o mesmo teto, sem qualquer vontade de ali permanecer. Neste sentido, lecionam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

É que não tem valor algum para a sociedade manter casamentos esvaziados de seu conteúdo mais proeminente (que é o afeto), impondo enormes privações para os cônjuges e violando direitos da personalidade.

Nessa ordem de ideias, é fácil perceber que repugna a dignidade humana, consagrada constitucionalmente como valor precípua dos sistema jurídico, dificultar ou impedir que pessoas casadas possam, facilmente, dissolver o seu casamento. Impor dificuldades nesse momento importaria em uma verdadeira degradação pessoal nas esferas psíquica, moral, intelectual e, por certo, física.<sup>52</sup>

Com a vigência do Código Civil de 2002 a guarda passou a ter o enfoque do princípio do melhor interesse do menor. Tal princípio encontra-se implícito no artigo 227, caput da Constituição Federal de 1988 e também no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, enunciando que:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à

---

<sup>51</sup> MIGLIAVACCA, Carolina Moares; KELLERMANN, Larissa Florentino. A guarda compartilhada dos animais domésticos a partir da dissolução matrimonial: estudo de caso. **RKL Escritório de advocacia**, mai 2019. Disponível em: [http://www.rkladvocacia.com/guarda-compartilhada-dos-animais-domesticos-partir-da-dissolucao-matrimonial-estudo-de-caso/#\\_ftn1](http://www.rkladvocacia.com/guarda-compartilhada-dos-animais-domesticos-partir-da-dissolucao-matrimonial-estudo-de-caso/#_ftn1). Acesso em: 11 nov. 2019

<sup>52</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p. 314-315



dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária<sup>53</sup>.

O Código Civil inaugura o capítulo XI “DA PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS”, no artigo 1583 e seguintes, ditando duas espécies de guarda: unilateral e compartilhada, conforme se observa:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

- ..... (revogado);

- ..... (revogado);

- ..... (revogado).

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§ .....4º  
.....(VETADO) .

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que

---

<sup>53</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 3 set. 2019



direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.<sup>54</sup>

Segundo Tartuce, em referência aos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil:

Esses dois dispositivos foram substancialmente alterados, inicialmente, pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, que passou a determinar como regra a guarda compartilhada, a prevalecer sobre a guarda unilateral, aquela em que um genitor detém a guarda e o outro tem a regulamentação de vistas em seu favor. Ampliou-se o sistema de proteção anterior, visando atender ao melhor interesse da criança e do adolescente na fixação da guarda, o que era reconhecido pelos Enunciados ns. 101 e 102 do CJP/STJ, aprovados na *I Jornada de Direito Civil*. Em 2014, tais dispositivos foram novamente alterados pela Lei 13.058, que ainda receberá a devida análise crítica nesta obra<sup>55</sup>

A alteração mencionada por Tartuce, busca minimizar os impactos drásticos da dissolução do relacionamento na vida dos filhos. Ademais, a dissolução do casal, na guarda unilateral, sempre impunha uma opção por parte do filho – nem sempre ocorria

–, ou pela mãe ou pelo pai, para o seu convívio duradouro, impondo-se ao outro, o pagamento de pensão e o direito às visitas nos finais de semana e feriados, basicamente. Com sua peculiar sensibilidade, neste ponto, ensina Cristiano Chaves:

A visão míope de que a regulamentação rígida da visitação serve para arrefecer o litúgio foi superada. Quando se imaginava que delimitar o contato paterno-filial em finais de semana alternados e durante a metade das férias escolares serviria para evitar conflitos, olvidava-se que a criança ou o adolescente estava sendo punido, castigado, não tendo contato e convívio com ambos os pais por igual. Não custa refletir sobre a ansiedade que toma conta do filho para contar ao pai-visitante um resultado positivo na escola, no esporte ou mesmo, simplesmente, sentir conforto revigorante no carinho paterno... E, ao revés, também é fácil perceber a angústia do genitor-visitante em cronometrar os necessários quinze dias para saber como anda o desempenho escolar ou para vê-lo e

<sup>54</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm).. Acesso em: 3 set. 2019

<sup>55</sup> TARTUCE, Flavio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5.



sentir-se pleno, enquanto criatura humana. Aqui, as cores mais nítidas e pujantes da guarda compartilhada.<sup>56</sup>

Desta forma, entende-se que a guarda unilateral vem sendo utilizada apenas quando não houver possibilidade de aplicar a guarda compartilhada ao caso concreto, tendo-se em mente que o magistrado e os pais devem sempre buscar a satisfação do melhor interesse da criança e do adolescente.

Nota-se que um dos objetivos da guarda compartilhada, também conhecida como conjunta, é o de promover o melhor interesse do filho, sem maiores mudanças em suas rotinas, convívio com amigos de escola e de bairro. Tanto é assim, que o parágrafo 3º do artigo 1583, do código civil, estabelece, expressamente, que “a cidade base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”.<sup>57</sup>

No ano de 2014, com a lei nº 13.058, o legislador, alterou a redação dos artigos atinentes à proteção dos filhos, estabelecendo, desta vez, a guarda compartilhada como primeira opção. A exceção da guarda compartilhada estaria disposta na própria lei, que se restringia apenas aos casos em que os pais não queriam a guarda ou que haveria algum impedimento, *in verbis*:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:  
[...]

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a

<sup>56</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito de família**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010

<sup>57</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 3. set. 2019



exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. [...]”<sup>58</sup>

A doutrina ainda estabelece mais duas modalidades de guarda, que são: a guarda alternada e o aninhamento ou nidação.

Na guarda alternada a criança ou adolescente permanece um período de tempo (semana, mês, semestre) com um dos pais que exerce, em sua plenitude, o poder familiar de forma exclusiva. Sabe-se que esta modalidade não é bem aceita, pois representa um retrocesso, gerando alto grau de instabilidade psicológica no filho, que deve se adequar, sazonalmente, às ordens daquele que está responsável por ele naquele momento. Para Tartuce:

[...] *guarda alternada*: o filho permanece um tempo com o pai e um tempo com a mãe, pernoitando certos dias da semana com o pai e outros com a mãe. A título de exemplo, o filho permanece de segunda a quarta-feira com o pai e de quinta-feira a domingo com a mãe. Essa forma de guarda não é recomendável, eis que pode trazer confusões psicológicas à criança. Com tom didático, pode-se dizer que essa é a *guarda pingue-pongue*, pois a criança permanece com cada um dos genitores por períodos interrompidos. Alguns a denominam como a *guarda do mochileiro*, pois o filho sempre deve arrumar a sua mala ou mochila para ir à outra casa. O presente autor entende que é altamente inconveniente, pois a criança perde seu referencial, eis que recebe tratamentos diferentes quando na casa paterna e na materna. Por isso, reafirme-se às críticas à nova *Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória*, que parece confundir a guarda compartilhada com a presente modalidade. De toda sorte, há quem entenda que é possível a sua instituição em casos excepcionais, o que está na linha da tentativa de modificação das normas sobre a matéria. Nessa linha, enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, nos seguintes termos: “A Lei n. 11.698/2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584, do Código Civil, não se restringe à guarda unilateral e à guarda compartilhada,

---

<sup>58</sup> BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm). Acesso em: 10 nov. 2019



podendo ser adotada aquela mais adequada à situação do filho, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A regra se aplica a qualquer modelo de família (atualizados os Enunciados n. 101 e 336, em razão de mudança legislativa, agora abrangidos por este Enunciado)” (Enunciado n. 518 do CJP/STJ). [...]”<sup>59</sup>

Por fim, e quarta modalidade de guarda, tem-se o aninhamento ou nidação como possibilidade defendida pela doutrina para a criação dos filhos. Sabe-se que no Brasil, pelas condições sociais e econômicas, esta modalidade de guarda é bastante difícil de ser encontrada. De condições bem semelhantes da guarda alternada, a guarda conhecida por nidial, aninhamento ou nidação ocorre quando a criança permanece num local e são os pais que se revezam, sendo assim, descrita por Grisard Filho:

Análoga à guarda alternada, no aninhamento ou nidação, o revezamento parte dos pais, que moram na casa onde vivem os filhos, em períodos alternados. Trata-se de uma modalidade rara, de difícil realização e longevidade reduzida. Isso porque, envolve uma logística complicada, na qual se destaca os altos custos para a manutenção de três casas: uma para o pai, outra para a mãe e uma terceira para o filho recepcionar os pais, alternadamente.<sup>60</sup>

Com isso, vistas as modalidades de guardas para os filhos, questiona-se se seria possível a utilização de algumas destas modalidades de guardas (unilateral, compartilhada, alternada e nidial) serem utilizadas, no bojo de uma dissolução de união estável ou casamento, para animais ou invés de crianças ou adolescentes. O que se deseja, neste momento, é apenas aproximar o estudioso das artes jurídicas ao debate ora proposto, uma vez que o direito não pode permanecer alheio à esta situação.

---

<sup>59</sup> TARTUCE, Flavio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5

<sup>60</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 79. v. 3



Viu-se que o conceito de família é aquele que se forma no espaço-tempo analisado. Sabe-se, também, que as famílias de décadas passadas eram compostas por uma média de 6 a 7 filhos, ou até mais, contudo, este cenário vem se alterando dia após dia. O Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas, demonstrou que os lares se encontram, à cada ano que passa, com menos integrantes, conforme o artigo publicado em site especializado, concluindo que “de acordo com o levantamento do Ipea, o número de “ninhos vazios” dobrou em dez anos, chegando a 8,6 milhões de lares em 2014”.<sup>61</sup>

Apontou-se, que à medida em que os lares brasileiros diminuem na quantidade de crianças, veem sendo ocupados por animais de estimação, decorrendo daí nosso raciocínio que fundamenta à questão primordial levantada por esse trabalho e que seja respondida forma objetiva pelo arcabouço legal. Neste sentido, os dispositivos legislativos que foram criados para resolver conflitos acerca da guarda dos filhos, podem estar sendo utilizados, pelo Poder Judiciário, para solucionar lides que envolvam animais de estimação, considerados, por seus tutores, como membros da família.

Com a finalidade de fomentar o que será tratado no capítulo seguinte, exponho dois casos real brasileiro em que a guarda compartilhada é aplicada aos animais. O primeiro trata-se do casal Thaila Ayala e Paulo Vilhena, que possuem a guarda compartilhada de seu cachorro, Zacarias, um buldogue francês que passou a fazer parte da família ainda quando eles eram casados<sup>62</sup>. O segundo exemplo se trata da guarda compartilhada entre amigas, Cecilia Papi e Juliana Perez. Segundo o jornal Extra:

---

<sup>61</sup> Cai número de filhos do brasileiro. **Terra** 2012, jan 2016. Disponível em: <http://terra2012.com.br/2016/01/cai-numero-de-filhos-do-brasileiro/>. Acesso em: 17 nov. 2019.

<sup>62</sup> SAKITA, Karina. Thaila Ayala e Paulo Vilhena têm guarda compartilhada de cachorro. **Metrópoles**, jul 2015. Disponível em: <https://www.portaldodog.com.br/cachorros/celebridades/thaila-ayala-e-paulo-vilhena-tem-guarda-compartilhada-de-cachorro/>. Acesso em: 10 nov. 2019



[...]Mas dividir o amor, o carinho e as despesas de um animal de estimação não precisa ser consequência do fim de uma relação, na verdade, pode até ajudar a fortalecê-la. É o caso das amigas Cecília Papi, de 29 anos, e Juliana Perez, de 23 anos, que são “mães” da pequena chihuahua Vênus, de 7 meses.

A Cecília já tem dois filhos, o Elvis (um yorkshire) e o Jupiter (um chihuahua), e eu sou apaixonada pelos dois. Ela sempre disse que eu precisava de um cachorro pra ter uma alegria quando chegasse em casa, também queria que o Jupiter cruzasse e, quem sabe, ficar com um filhote. Mas, se achássemos uma fêmea de outro dono, ela que teria o direito sobre os filhotes. Então, ela começou a procurar chihuahuas fêmeas e perguntou se eu ficaria com ela. E eu falei que sim! Aí achamos a Vênus - conta Juliana. É ela quem passa mais tempo com a cadela, que vira e mexe passa alguns dias na casa da Cecília, com os irmãos. Quando uma delas viaja, a outra fica responsável pelos três bichinhos.

A dupla divide até as despesas com as vacinas de Vênus, que, como foi comprada pela Cecília, tem ração e consultas com a veterinária pagas por Juliana.

Mas se eu ou ela precisamos, uma ajuda a outra. Somos mães exemplares de chiuinhas - brinca. [...]<sup>63</sup>

### 3 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DA GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS DOMÉSTICOS.

Tendo em vista a vasta argumentação utilizada nos capítulos anteriores, este último capítulo tem por objetivo mostrar como tal matéria vem sendo aplicada de forma concreta no ordenamento brasileiro, explicitando a relevância do presente caso, bem como a sua necessária e urgente regulamentação.

A doutrina, de maneira geral, vem se manifestando pela total possibilidade no estabelecimento de guarda compartilhada de animais de companhia, em face da relação de afeto existente entre eles e seus tutores. Como exemplo, pode-se citar o

---

<sup>63</sup> MEDEIROS, Beatriz. Na alegria e no veterinário: conheça histórias de amigos que dividem a guarda de animais de estimação. **Extra**, abr 2015. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/rio/na-alegria-no-veterinario-conheca-historias-de-amigos-que-dividem-guarda-de-animais-de-estimacao-15909462.html>. Acesso em: 10 nov. 2019





entendimento da presidente da Comissão de Biodireito e Bioética do IBDFAM que retrata que “[...]Desde que essa dinâmica de convívio com os animais esteja harmonizada com o seu bem-estar, deve ser deferida. Os enunciados elaborados pelo IBDFAM já influenciavam decisões judiciais e este, definitivamente, inspirou essa proposta legislativa”.<sup>64</sup>

Não se pode negar que as medidas protecionistas destinadas aos animais de estimação estão sendo empregadas pelos cartórios do Brasil. Apesar de ser tratado como forma de demonstração de direito de propriedade, para os tutores trata-se de mais demonstração de carinho e afeto pelos animais de estimação, além de promover segurança jurídica. Neste sentido, em entrevista ao jornal correio Braziliense<sup>65</sup>, o oficial de títulos, Geraldo Felipe de Souto Silva, ressalta a importância dos animais nos círculos familiares, sendo esse o motivo de que passou a oferecer o serviço no cartório de Sobradinho/DF de registro de pets.

O serviço notarial é um recurso a mais para a proteção dos animais de estimação. Em consulta ao site oficial da Associação dos Notários e Registradores do Brasil, verifica-se que setes Estados da federação já emitem tais registros, sendo que a “ideia é que ajude, principalmente, em busca de animais perdidos ou roubados ou em casos de disputadas de guardas”<sup>66</sup>.

### 3.1 JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ATUAL

---

<sup>64</sup> Enunciado do IBDFAM embausa projeto que visa à regulamentação de guarda compartilhada de animais. **IBDFAM**, fev 2019. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6859/Enunciado+do+IBDFAM+embausa+projeto+que+visa+%C3%A0+regulamenta%C3%A7%C3%A3o+de+guarda+compartilhada+de+animais>. Acesso em 1º mar. 2020

<sup>65</sup> CABRAL, Ailim. Donos de animais domésticos podem registrar os pets em cartório. **Correio Braziliense**, ago 2017. Disponível em: [https://www.correioBraziliense.com.br/app/noticia/revista/2017/08/20/interna\\_revista\\_correio,618566/donos-de-animais-domesticos-podem-registrar-os-pets-em-cartorio.shtml](https://www.correioBraziliense.com.br/app/noticia/revista/2017/08/20/interna_revista_correio,618566/donos-de-animais-domesticos-podem-registrar-os-pets-em-cartorio.shtml). Acesso em 1º mar. 2020

<sup>66</sup> Cartórios de sete Estados já emitem registro de animais de estimação. **ANOREG**. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2017/08/07/cartorios-de-sete-estados-ja-emitem-registro-de-animais-de-estimacao/>. Acesso em 1º mar. 2020



Apesar de até os dias atuais o judiciário se encontrar cambaleante no quesito da natureza jurídica do animal, já podemos perceber que, com o passar dos anos ele vem atribuindo, cada vez mais, certa proteção aos animais de estimação, apesar da ínfima legislação existente e, em face, de projetos legislativos que tramitam no Congresso Nacional.

De posse de tais informações, passa-se a apresentar algumas jurisprudências que possuem caráter de valorização e reforço da “aproximação afetiva” dos animais de estimação em relação aos seus tutores.

As disputas no poder judiciário de ações que envolvem animais de estimação começaram a ser observadas, principalmente, quando direitos de propriedade entraram em rota de colisão com as regras condominiais que vedavam a permanência de animais em condomínios, apesar de expressa previsão. À título de exemplo, traz-se o Recurso Especial nº 1.783.076, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, que caminhou na ponderação de direitos, conforme ementa:

RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. ANIMAIS. CONVENÇÃO. REGIMENTO INTERNO. PROIBIÇÃO. FLEXIBILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

Cinge-se a controvérsia a definir se a convenção condominial pode impedir a criação de animais de qualquer espécie em unidades autônomas do condomínio.

Se a convenção não regular a matéria, o condômino pode criar animais em sua unidade autônoma, desde que não viole os deveres previstos nos arts. 1.336, IV, do CC/2002 e 19 da Lei nº4.591/1964.

Se a convenção veda apenas a permanência de animais causadores de incômodos aos demais moradores, a norma condominial não apresenta, de plano, nenhuma ilegalidade.

**Se a convenção proíbe a criação e a guarda de animais de quaisquer espécies, a restrição pode se revelar**



**desarrazoada, haja vista determinados animais não apresentarem risco à incolumidade e à tranquilidade dos demais moradores e dos frequentadores ocasionais do condomínio.**

Na hipótese, a restrição imposta ao condômino não se mostra legítima, visto que condomínio não demonstrou nenhum fato concreto apto a comprovar que o animal (gato) provoque prejuízos à segurança, à higiene, à saúde e ao sossego dos demais moradores.

Recurso especial provido. (grifo nosso)<sup>67</sup>

O debate, como se percebe, passou longe de tratar acerca dos direitos intrínsecos aos de guarda compartilhada em relação aos animais de estimação e o seu tutor. Apesar de tratar da possibilidade de permanência do animal no apartamento (área restrita) e de que ele não traria qualquer incômodo aos demais condôminos, pode ser entendido como um grande passo na jurisprudência para o início de um entendimento mais abrangente. Desta maneira, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a convenção condominial não pode impedir, de forma desarrazoada, o direito de possuir um animal, sem provas de que ele seria prejudicial ou de que traria riscos aos demais moradores do complexo de residências.

De modo mais intenso e acalorado, passa-se à análise do julgado que tratou mais diretamente o tema proposto neste trabalho científico. Assim, o acórdão disposto em face do Agravo de Instrumento nº 2052114-52.2018.8.26.0000<sup>68</sup>, da Comarca de

---

<sup>67</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. turma). **Recurso Especial REsp 1.783.076-DF. RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. ANIMAIS. CONVENÇÃO. REGIMENTO INTERNO. PROIBIÇÃO. FLEXIBILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE.** 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir se a convenção condominial pode impedir a criação de animais de qualquer espécie em unidades autônomas do condomínio [...]. Agravante: Liliam Tatiana Ferreira Franco. Agravado: Condomínio Residencial das Palmeiras. Brasília, 14 de maio de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201802299359.REG>. Acesso em: 1º mar. 2020

<sup>68</sup> Consta da seguinte maneira a Ementa: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão que extinguiu a ação, parcialmente, em relação ao pedido de “posse compartilhada e regime de visitas” de cão de estimação do casal, por entender o MM. Juiz singular que o Juízo da Família e Sucessões não é competente, pois a questão é cível. **Competência para julgar o pedido que é do juízo da 3ª Vara de**



São Paulo, tendo como agravante C. S. C., e agravado R. E. R. P., no qual foi dado provimento ao recurso, restabelecendo a discussão da guarda compartilhada do animal e direito de visitas, no bojo do processo de dissolução de relacionamento familiar, na vara de família, conforme manifestação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme trecho abaixo:

[...]Sobre o tema, já foi decidido por este Tribunal:

“No Código Civil de 2002, os animais são tratados como objetos destinados a circular riquezas (art. 445, § 2º), garantir dívidas (art. 1.444) ou estabelecer responsabilidade civil (art. 936). **Com isso, é possível afirmar que a relação afetiva existente entre seres humanos e animais não foi regulada pelo referido diploma.** A propósito, tamanha é a notoriedade do referido vínculo atualmente que, com base em pesquisa recente do IBGE, é possível afirmar que há mais cães de estimação do que crianças em lares brasileiros (<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/brasil-tem-mais-cachorrosde-estimacao-do-que-criancas-diz-pesquisa-doibge-16325739>).

Diante disso, **pode-se dizer que há uma lacuna legislativa, pois a lei não prevê como resolver conflitos entre pessoas em relação a um animal adquirido com a função de proporcionar afeto, não riqueza patrimonial.** Nesses casos, deve o juiz decidir “de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Considerando que na disputa por um animal de estimação entre duas pessoas após o término de um casamento e de uma união estável há uma semelhança com o conflito de guarda e visitas de uma criança ou de um adolescente, mostra-se possível a aplicação analógica dos arts.

1.583 a 1.590 do Código Civil, ressaltando-se que a guarda e as visitas devem ser estabelecidas no interesse das partes, não do

---

**Família e Sucessões do Foro Central, em que se discute o reconhecimento e dissolução de união estável.** Recurso a que se dá provimento”. (grifei)

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. (7. Turma) Agravo de Instrumento. **AG nº 2052114-52.2018.8.26.0000/SP.** AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão que extinguiu a ação, parcialmente, em relação ao pedido de “posse compartilhada e regime de visitas” de cão de estimação do casal, por singular que o Sucessões não questão é cível [...]. Agravante: C.S.C. Agravado: R.E.R.P. São Paulo, 2018. Rel. Min. José Rubens Queiroz Gomes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/vara-familia-julga-guarda-compartilhada.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2020



animal, pois o afeto tutelado é o das pessoas. Todavia, isso não significa que a saúde do bicho de estimação não é levada em consideração, visto que o art. 32 da Lei nº 9.605/1998 pune com pena privativa de liberdade e multa quem “praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais [...] domésticos ou domesticados”. [...] (grifo nosso)<sup>69</sup>

E conclui o agravo de instrumento por trazer uma regra de analogia, ao caso concreto, tendo em vista a inexistência de norma que possa resolver a questão dos sentimentos que envolvem os litigantes e o animal de estimação no término da entidade familiar:

Por conseguinte, de se aplicar a analogia acima referida, estando a ação de reconhecimento e dissolução de união estável em trâmite na 3ª Vara de Família e Sucessões do Foro Central, é deste juízo a competência para o julgamento da ação em que se discute a “posse compartilhada e visitação” do animal doméstico<sup>70</sup>.

Também, colaciona-se ao presente estudo a questão enfrentada pelo Tribunal da Cidadania, por intermédio do Recurso Especial nº 1.713.167, julgado em 19 de junho de 2018, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma STJ. No caso, sendo concluído pelo voto da maioria (três votos a dois votos), foi estabelecido o direito de visitação do ex companheiro litigante para passar período de tempos com a cadela Kim, da raça *Yorkshire*.

Em seu voto, o relator se manifestou pela não “humanização” do animal, bem como pela não equiparação da posse de animais com a guarda de filhos, mas que,

---

<sup>69</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. (7. Turma) Agravo de Instrumento. **AG nº 2052114-52.2018.8.26.0000/SP**. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão que extinguiu a ação, parcialmente, em relação ao pedido de “posse compartilhada e regime de visitas” de cão de estimação do casal, por singular que o Sucessões não questão é cível [...]. Agravante: C.S.C. Agravado: R.E.R.P. São Paulo, 2018. Rel. Min. José Rubens Queiroz Gomes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/vara-familia-julga-guarda-compartilhada.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2020

<sup>70</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. (7. Turma) Agravo de Instrumento. **AG nº 2052114-52.2018.8.26.0000/SP**. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão que extinguiu a ação, parcialmente, em relação ao pedido de “posse compartilhada e regime de visitas” de cão de estimação do casal, por singular que o Sucessões não questão é cível [...]. Agravante: C.S.C. Agravado: R.E.R.P. São Paulo, 2018. Rel. Min. José Rubens Queiroz Gomes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/vara-familia-julga-guarda-compartilhada.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2020



entretanto, nestes casos, merecem ter tratamento diferenciado, haja vista o conceito ampliado de família e a função que os animais exercem para seus tutores. Assim, pela importância do acórdão à questão posta neste trabalho, faz-se necessária a transcrição de trecho da Ementa:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITA. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO CONCRETO.

Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós- modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, §1º, inciso VII – “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade).

O Código Civil, ao definir a natureza jurídica dos animais, tipificou- os como coisas e, por conseguinte, objetos de propriedade, não lhes atribuindo a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica nem podendo ser considerados sujeitos de direitos. Na forma da lei, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substancia, a ponto de converter a sua natureza jurídica.

No entanto, os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade.

[...]



5.A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós- modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade. 6.Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente – dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais-, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7.Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal.<sup>71</sup>

Percebe-se que o acórdão acolhe grande parte dos ensinamentos da doutrina especializada e caminha no sentido de que, mesmo não se podendo alterar o conceito estabelecido pelo Código Civil, as condições peculiares que gravitam ao redor dos animais de estimação e sua função social para com o homem, não permitem uma aplicação fria da lei. Levando-se em consideração a própria dignidade da pessoa humana, é mister do judiciário ponderar as decisões inerentes aos animais de estimação, ou seja, não os tratando como meros objetos ou bens para deleite do homem.

Nota-se, por fim, na tentativa de buscar uma melhor adequação à natureza jurídica dos animais de estimação, o relator menciona que eles seriam um “terceiro

---

<sup>71</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma) Recurso Especial. **REsp 1.713.167/SP**. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO CONCRETO[...].

Agravante: L.M.B. Agravado: V.M.A. São Paulo, 9 de outubro de 2018. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=RESP+1.713.167-SP&operador=mesmo&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 1º mar. 2020



gênero”, pois “[...] não há se efetivar alguma equiparação da posse de animais com a guarda de filhos. Os animais, mesmo com todo afeto merecido, continuarão sendo não humanos e, por conseguinte, portadores de demandas diferentes das nossas.”<sup>72</sup> Em assim sendo, espera-se que o acórdão paradigmático do Superior Tribunal

de Justiça sirva de fundamentação para todos os tribunais do Brasil, justamente por: a uma, em face da brilhante forma como o relator tratou e foi acompanhado por maioria pelos demais ministros; a dois, pela ausência de leis, adequadas ao nosso tempo, que disciplinem as relações jurídicas e sentimentais que ligam os tutores aos seus animais de estimação, no momento da dissolução da família.

### 3.2 PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 542/18 E PLC 27/2018

A importância do tema é perceptível do ponto de vista doutrinário, jurisprudencial e legislativo. Quanto aos debates legislativos ressalta-se o Projeto de Lei do Senado nº 542/18, de autoria da Senadora Rose de Freitas, que se encontra em fase de tramitação. Tal projeto dispõe sobre a possibilidade se der decretado o compartilhamento de custódia, bem como das despesas inerentes ao animal doméstico, nos casos de dissolução do casamento ou união estável, sem acordo entre as partes, aos moldes do que ocorre nas lides de família convencionais.<sup>73</sup> Ademais,

---

<sup>72</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma) Recurso Especial. **REsp 1.713.167/SP**. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO CONCRETO[...].

Agravante: L.M.B. Agravado: V.M.A. São Paulo, 9 de outubro de 2018. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=RESP+1.713.167-SP&operador=mesmo&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 1º mar. 2020

<sup>73</sup> BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 542, de 2018**. Dispõe sobre a custódia compartilhada dos animais de estimação nos casos de dissolução do casamento ou da união estável. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7897707&ts=1567529324426&disposition=inline>. Acesso em 23 fev. 2020





consta no bojo do projeto que serão levados em considerações os fatores que envolvem as despesas com alimentação, higiene, tempo de convívio, ambiente adequado para moradia do animal, dentre outras possibilidades. Por fim, propõe a seguinte alteração do artigo 693, da lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil):

**Art. 693.** As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação, filiação e custódia de animais de estimação.

..... (NR)<sup>74</sup>

A Senadora utiliza para justificar o presente projeto de lei, o seguinte trecho em referente a decisão do STJ (Superior Tribunal de Justiça, REsp no 1.713.167, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4a Turma, julgamento em 19 -06- 2018, DJe de 09-10-2018):

[...]ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós- modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade.<sup>75</sup>

Ainda neste sentido protecionista e inovador, encontra-se o Projeto de Lei da Câmara nº 27/18, de iniciativa do Deputado

---

<sup>74</sup> Dispõe o art. 693 do cpc: “Art. 693. As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

Parágrafo único. A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo”.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 23 fev. 2020

<sup>75</sup> BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 542, de 2018. Dispõe sobre a custódia compartilhada dos animais de estimação nos casos de dissolução do casamento ou da união estável. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7897707&ts=1567529324426&disposition=inline>. Acesso em 23 fev. 2020.



Federal Ricardo Izar, que visa acrescentar à lei nº 9.605/1998 disposição sobre a natureza jurídica dos animais não humanos, nos seguintes moldes:

Art. 1º Esta Lei estabelece regime jurídico especial para os animais não humanos.

Art. 2º Constituem objetivos fundamentais desta Lei:

I - afirmação dos direitos dos animais não humanos e sua proteção; II - construção de uma sociedade mais consciente e solidária;

III - reconhecimento de que os animais não humanos possuem natureza biológica e emocional e são seres sencientes, passíveis de sofrimento.

Art. 3º **Os animais não humanos possuem natureza jurídica sui generis e são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa.** (grifei)<sup>76</sup>

O projeto de lei descreve – estabelece o regime jurídico de animais não humanos –, em grande parte, o que a doutrina vem lecionado, ou seja, de que os animais não humanos não podem ser considerados como coisas, bem como não devem sofrer maus tratos, e, por fim, gozar de amparo por intermédio de tutela jurisdicional.

Também, em seu artigo 4º, o projeto de lei nº 27/18, acrescenta o artigo 79-B, na lei de crimes ambientais que tem por escopo excepcionar o artigo 82, do código civil, aos animais não humanos, dando-lhes direitos despersonalizados, da seguinte forma: “Art. 79-B. O disposto no art. 82 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro

---

<sup>76</sup> BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018**. Acrescenta dispositivo à Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7729363&ts=1574367802793&disposition=inline>. Acesso em: 23 fev. 2020



de 2002 (Código Civil), não se aplica aos animais não humanos, que ficam sujeitos a direitos despersonalizados”<sup>77</sup>.

## CONCLUSÃO

Conclui então, ao bom debate, os argumentos doutrinário, legais e jurisprudenciais que versam sobre a possibilidade da aplicação da guarda compartilhada de animais domésticos aos casos em que existe a dissolução matrimonial ou de união estável.

Viu-se que durante anos a imagem e a finalidade dos animais domésticos foram mudando, passando de meros objetos, para animais de caça, chegando-se até os conceitos atuais de que seriam equiparados a integrantes da família. Tais estudos, se reforçam na medida em que o número de animais domésticos vem crescendo a cada dia nos lares do Brasil e do mundo, no mesmo momento em que o número de pessoas por unidade habitacional vem diminuindo.

O reflexo de toda esta alteração comportamental se dá, principalmente, nos ambientes jurisdicionais e legislativos, assim como retratado nos julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo e no próprio Superior Tribunal de Justiça.

Por seu turno, pode-se vislumbrar que no âmbito do Poder legislativo, surgem propostas que buscam adequar as legislações à nova realidade social, tratando os animais de estimação como seres peculiares e detentores de uma proteção diferenciada, principalmente no momento em que relacionamentos afetivos acabam. O problema, como visto, surge com o fim do relacionamento, não somente com a

---

<sup>77</sup> Dispõe o art. 82: “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”.

BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 23 fev. 2020



guarda dos filhos, mas, como visto, na solução sobre quem ficará os animais que durante anos fizeram parte daquela família.

Evidentemente não deve existir equiparação entre filhos e animais de estimação, mas a ausência de normas dificulta a resolução das lides no âmbito judicial, obrigando o magistrado a atuar com base nos princípios da analogia, costumes e nos princípios gerais do direito.

Diante de tais circunstâncias, utiliza-se de um instituto puramente do direito de família para buscar a paz social, atividade inerente ao poder judiciário.

A guarda compartilhada de animais é mais que um fato, conforme se viu ao longo de todo o trabalho, trata-se de uma necessidade para a devida solução de conflitos dentro do contexto de processo judicial.

Entretanto, apesar de surgirem decisões judiciais que, notoriamente, se aproximam da peculiaridade dos relacionamentos existentes entre os tutores e seus animais domésticos, ainda não existe uma consolidação jurisprudencial neste sentido.

Por fim, espera-se que, em breve, o poder legislativo possa exercer seu papel de representante do povo e promova normas adequadas às novas realidades, possibilitando, assim, a paz social no tocante às dissoluções de matrimônios e uniões estáveis cujo objeto, para além da guarda dos filhos e dos bens materiais deve se resolver a guarda dos animais de estimação.

## REFERÊNCIAS

ALESSANDRA, Karla. Especial 1: A história da domesticação e o Direito dos Animais. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 2010. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEMESPECIAL/L380460-ESPECIAL-1---A-HISTORIA-DA-DOMESTICACAO-E-O-DIREITO-DOS-ANIMAIS-\(0449\).html](https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEMESPECIAL/L380460-ESPECIAL-1---A-HISTORIA-DA-DOMESTICACAO-E-O-DIREITO-DOS-ANIMAIS-(0449).html). Acesso em: 11 jun. 2019.



AVANCINI, Alex. Em decisão histórica França altera Código Civil e reconhece animais como seres sencientes. **ANDA**, fev 2015. Disponível em: <https://www.anda.jor.br/2015/02/decisao-historica-franca-altera-codigo-civil-reconhece-animais-seres-sencientes/>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4. 657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm). Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.142, de 22 de maio de 2018**. Altera a Lei no 4.060, de 18 de dezembro de 2007, que define sanções a serem aplicadas pela prática de maus- tratos a animais e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=366223>. Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispões sobre o Estatuto da Criança e Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 3 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm). Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 3. set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm). Acesso em: 10 nov. 2019.



BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 23 fev. 2020.

BRASIL. **Projeto de lei nº 6.799, de 20 de novembro de 2013.** Acrescenta parágrafo único ao artigo 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601739>. Acesso em 29 out. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018.** Acrescenta dispositivo à Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7729363&ts=1574367802793&disposition=inline>. Acesso em: 23 fev. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 542, de 2018.** Dispõe sobre a custódia compartilhada dos animais de estimação nos casos de dissolução do casamento ou da união estável. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7897707&ts=1567529324426&disposition=inline>. Acesso em 23 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. **AG 1.398.439/BA.** PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. NÃO-INTERPOSIÇÃO DE EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 126 DESTA CORTE SUPERIOR.[...] Agravante: Roberto Carvalho Portugal e Companhia LTDA – Microempresa. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Bahia, 2 de agosto de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/>. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC nº 96.344/SP.** Agravante: Márcia Miyuki Oy Ama Matsubara e outro. Agravado: Tribunal Regional da 3ª Região. Rel. Min. Castro Meira. São Paulo, 7 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/>. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. turma). Recurso Especial. **REsp 1.783.076-DF.** RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. ANIMAIS. CONVENÇÃO. REGIMENTO INTERNO. PROIBIÇÃO. FLEXIBILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na



vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n°s 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir se a convenção condominial pode impedir a criação de animais de qualquer espécie em unidades autônomas do condomínio [...]. Agravante: Liliam Tatiana Ferreira Franco. Agravado: Condomínio Residencial das Palmeiras. Brasília, 14 de maio de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201802299359.REG>. Acesso em: 1° mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma) Recurso Especial. **REsp 1.713.167/SP**. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO CONCRETO[...]. Agravante: L.M.B. Agravado: V.M.A. São Paulo, 9 de outubro de 2018. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=RES P+1.713.167-SP&operador=mesmo&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 1° mar. 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. (7. Turma) Agravo de Instrumento. **AG n° 2052114-52.2018.8.26.0000/SP**. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão que extinguiu a ação, parcialmente, em relação ao pedido de “posse compartilhada e regime de visitas” de cão de estimação do casal, por singular que o Sucessões não questão é cível [...]. Agravante: C.S.C. Agravado: R.E.R.P. São Paulo, 2018. Rel. Min. José Rubens Queiroz Gomes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/vara-familia-julga-guarda-compartilhada.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2020.

CABRAL, Ailim. Donos de animais domésticos podem registrar os pets em cartório. **Correio Braziliense**, ago 2017. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/revista/2017/08/20/interna\\_revista\\_correio,618566/donos-de-animais-domesticos-podem-registrar-os-pets-em-cartorio.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/revista/2017/08/20/interna_revista_correio,618566/donos-de-animais-domesticos-podem-registrar-os-pets-em-cartorio.shtml). Acesso em 1° mar 2020.

CABRAL, Benedita Edina da Silva Lima. Família e Idosos no Nordeste Brasileiro. **Portal de Periódicos da UFBA**, Salvador, n. 29, p. 49-67, jul/dez 1998. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/crh/article/viewFile/18693/12066>. Acesso em: 7 nov. 2019.



CAI número de filhos do brasileiro. **Terra 2012**, jan 2016. Disponível em: <http://terra2012.com.br/2016/01/cai-numero-de-filhos-do-brasileiro/>. Acesso em: 17 nov. 2019.

CARTÓRIOS de sete Estados já emitem registro de animais de estimação. **ANOREG**. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2017/08/07/cartorios-de-sete-estados-ja-emitem-registro-de-animais-de-estimacao/>. Acesso em 1º mar. 2020.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

CONCEITO de divórcio. **Conceito**. Disponível em: <https://conceito.de/divorcio>. Acesso em: 11 nov. 2019.

COSTA, Lorena Xavier. **Sujeito de Direito e Pessoa: Conceitos de igualdade?** Legis Augustus, Rio de Janeiro, v.4, n. 2, p. 75-87, jul/dez. 2013. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uac=t=8&ved=2ahUKEwjk2OPWnMvkAhXMsIkKHcwtDsIQFjAAegQIABAC&url=http%3A%2F%2Fapl.unisuam.edu.br%2Fvistas%2Findex.php%2Flegisaugustus%2Farticle%2Fview%2F534%2F445&usg=AOvVaw2l5wgKKr7hQyX4sxEOUjaW>. Acesso em: 12 set. 2019.

DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direito. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 1, n.1. Jan. 2006.

DICIONÁRIO etimológico. **Origem da palavra animal**. Disponível em: <https://www.dicionarioetimologico.com.br/animal/>. Acesso em: 11. Set. 2019.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas LTDA, 2016.

ENUNCIADO do IBDFAM embasa projeto que visa à regulamentação de guarda compartilhada de animais. **IBDFAM**, fev 2019. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6859/Enunciado+do+IBDFAM+embasa+projeto+qu e+visa+%C3%A0+regulamenta%C3%A7%C3%A3o+de+guarda+compartilhada+de +animais>. Acesso em 1º mar. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito de família**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.





FERREIRA, Ana Cristina Paulino. **Da guarda compartilhada de animais e a dissolução de relação afetiva**. 2018. Monografia (Bacharel em direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

FERREIRA, Camila Pimentel de Oliveira. Evolução da proteção jurídica dos animais. **Conteúdo Jurídico**, Brasília/DF, 18 jun 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51911/evolucao-da-protacao-juridica-dos-animais>. Acesso em: 11 set. 2019.

FRANÇA. **CÓDIGO CIVIL**, de 8 de janeiro de 2019. Disponível em: [https://www.cjoint.com/doc/19\\_01/IAliYLtxabh\\_codecivil2019.pdf](https://www.cjoint.com/doc/19_01/IAliYLtxabh_codecivil2019.pdf). Acesso em: 28 out. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**, 21. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. v. 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONTIJO, Andressa. Por que hoje usamos a palavra “tutor” e não mais dono de animais? **My Pet’s Nanny**, jan. 2019. Disponível em: <http://mypetsnanny.com.br/por-que-hoje-usamos-palavra-tutor-e-nao-mais-dono-de-animais/>. Acesso em: 29 out. 2019.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 3.

GUIMRÃES, Cláudia. Descoberta da senciência nos animais pode acarretar mudanças na medicina veterinária. **Cães e Gatos**, out 2015. Disponível em: <http://www.caesegatos.com.br/descoberta-da-senciencia-nos-animais-pode-acarretar-mudancas-na->. Acesso em: 27 out. 2019.

JUIZ nega HC a chimpanzé reclusa em zoológico na Bahia. **Consultor Jurídico**, set. 2005. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2005-set/22/juiz\\_nega\\_hc\\_chimpanze\\_reclusa\\_zoologico\\_bahia](https://www.conjur.com.br/2005-set/22/juiz_nega_hc_chimpanze_reclusa_zoologico_bahia). Acesso em: 26 out. 2019.

LACERDA, Bruno Amaro. Pessoa, dignidade e justiça: a questão dos direitos dos animais. **Revista Ética e Filosófica Política**, v. 2, n. 15, p. 38 – 55, dez. 2012.



LIMA, Erika Cordeiro de Albuquerque dos Santos Silva. Entidades familiares: uma análise da evolução do conceito de família no Brasil na doutrina e na jurisprudência. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5383, 28 mar. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64933/entidades-familiares-uma-analise-da-evolucao-do-conceito-de-familia-no-brasil-na-doutrina-e-na-jurisprudencia>. Acesso em: 11 nov. 2019.

MEDEIROS, Beatriz. Na alegria e no veterinário: conheça histórias de amigos que dividem a guarda de animais de estimação. **Extra**, abr 2015. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/rio/na-alegria-no-veterinario-conheca-historias-de-amigos-que-videm-guarda-de-animais-de-estimacao-15909462.html>. Acesso em: 10 nov. 2019.

MIGLIAVACCA, Carolina Moares; KELLERMANN, Larissa Florentino. A guarda compartilhada dos animais domésticos a partir da dissolução matrimonial: estudo de caso. **RKL Escritório de advocacia**, mai 2019. Disponível em: [http://www.rkladvocacia.com/guarda-compartilhada-dos-animais-domesticos-partir-da-dissolucao-matrimonial-estudo-de-caso/#\\_ftn1](http://www.rkladvocacia.com/guarda-compartilhada-dos-animais-domesticos-partir-da-dissolucao-matrimonial-estudo-de-caso/#_ftn1). Acesso em: 11 nov 2019.

NOIRTIN, Célia Regina Ferrari Faganello. Animais não humanos: sujeitos de direitos despersonalizados. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 6, n. 5, p. 133-152, jan./jun. 2010.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino de. Animais são seres sencientes. **Migalhas**, set 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI309993,101048-Animais+sao+seres+sencientes>. Acesso em: 29 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**, 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

PEREIRA, Renato. Uma análise crítica ao novo divórcio à luz do princípio da afetividade: banalização do casamento? 2016. **Revista Jus Navigandi**, out 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52614/uma-analise-critica-ao-novo-divorcio-a-luz-do-principio-da-afetividade-banalizacao-do-casamento>. Acesso em: 11 nov. 2019.

SAKITA, Karina. Thaila Ayala e Paulo Vilhena têm guarda compartilhada de cachorro. **Metrópoles**, jul 2015. Disponível em:



<https://www.portaldodog.com.br/cachorros/celebridades/thaila-ayala-e-paulo-vilhena-tem-guarda-compartilhada-de-cachorro/>. Acesso em: 10 nov. 2019.

SANTANA, Heron J.; SANTANA, Luciano R. Habeas Corpus Impetrado em favor da chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador (BA). **Portal de Periódicos da UFBA**, mai 2006. Disponível em:

<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/10258/7314>. Acesso em: 26 out. 2019.

SERRÃO, Vanessa. Animais sencientes, você sabe o que isso significa? **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <https://anda.jusbrasil.com.br/noticias/251287543/animais-sencientes-voce-sabe-o-que-isso-significa>. Acesso em: 29 out. 2019.

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5.



# O Problema da Efetividade da Responsabilização por Alienação Parental

Líliam Vilas Boas Borges de Andrade

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo verificar se há a possibilidade de responsabilização civil em decorrência da Alienação Parental praticada por um dos genitores. Iniciamos o estudo a partir da conceituação da Alienação Parental, diferenciando-a da Síndrome da Alienação Parental e apresentando suas características. São estudados os conceitos da Responsabilidade Civil e denominações de acordo com a doutrina para a caracterização da Alienação Parental. Foi amplamente conceituado a partir da doutrina e da legislação pertinente ao tema, como a Lei de Alienação Parental (Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010), o Código Civil de 2002, o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem com a Constituição Federal de 1988, que garantem a devida proteção à criança e ao adolescente, bem como a proteção à moral do indivíduo. Por fim, veremos como está sendo aplicada a responsabilização civil na Alienação Parental nos tribunais, nos quais juízes têm optado tanto pela aplicação de indenizações nos casos de danos morais quanto na utilização da justiça restaurativa com a constelação familiar como uma alternativa para humanizar os tribunais.

**Palavras-chave:** direito civil; alienação parental; direito de família; síndrome da alienação parental; responsabilidade civil; danos morais; constelação familiar; justiça restaurativa.

## ABSTRACT

The purpose of this final course work is to verify if there is a possibility of civil liability due to Parental Alienation practiced by one of the parents. Starting the study from the concept of Parental Alienation, differentiating it from Parental Alienation Syndrome and presenting its characteristics. The concepts of Civil Liability and denominations according to the doctrine for the characterization of Parental Alienation. It was widely conceptualized based on



the doctrine and legislation relevant to the theme, such as the Parental Alienation Act (Law n. 12,318, of August 26, 2010), the Civil Code of 2002, the Statute of the Child and Adolescent, as well as the Federal Constitution of 1988 that guarantees the due protection of the Child and Adolescent, as well as the moral protection of the individual. Finally, we will see how civil liability is being applied in Parental Alienation in the courts, where judges have opted both for the application of indemnities in cases of moral damages and in the use of restorative justice with the family constellation as an alternative to humanize the courts.

**Keywords:** civil law; parental alienation; family law; parental alienation syndrome; civil responsibility; moral damages; family constellation; restorative justice.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende analisar a Responsabilidade Civil na esfera do direito de família, precisamente no enfoque das relações entre pai, mãe e filhos no que diz respeito à Alienação Parental. Esta é regulada pela Lei nº 12.318, de 2010, caracterizando como dano o ato de implantar memórias falsas na criança, para que esta se distancie e rejeite definitivamente um dos seus genitores.

A partir desta conduta reprovável e ilícita temos a Alienação Parental caracterizada e nasce assim a possibilidade de punir na esfera Cível aquele que a praticou, devendo este responder civilmente pelos danos causados.

A Responsabilidade Civil é o dever de indenizar e tentar reparar o ato ilícito praticado, ou ao menos tentar amenizar os efeitos desse dano, seja este causado por dolo ou culpa, com ou sem intenção direta de prejudicar o outro.

O simples fato de causar um dano a outra pessoa já faz nascer concomitantemente o dever de reparo. Muitas vezes, é por meio da indenização em pecúnia que se tenta amenizar os efeitos causados pela prática do ilícito,



tendo a penalização financeira, ao mesmo tempo, o efeito de punir aquele que o causou, para que assim não volte mais a praticar tal ato ilícito.

Observam-se, nesse caso, os efeitos compensatório e punitivo da Responsabilidade Civil, buscando-se não apenas a reparação ou mitigação do dano sofrido pela vítima, mas também a punição do infrator, de modo que este sofra as consequências pelo ato lesivo praticado.

Com o divórcio, muitas vezes conflituoso, um dos genitores, com o intuito de machucar o outro, comete a implantação de memórias falsa em seus filhos menores, para que estes rejeitem o outro genitor e assim se distanciem e machuquem aquele que não quer mais conviver em matrimônio.

Essa prática, conhecida com alienação parental, nasce do desejo de não querer que os filhos menores se aproximem do seu pai ou da sua mãe com o único intuito de lhes causar dor e sofrimento.

O dano moral causado pela prática da alienação parental é muitas vezes irreparável, mas, para amenizar esse sofrimento, a justiça brasileira se apoia na responsabilização civil. Para tanto, são empregadas penalidades indenizatórias pagas por aquele que causou a alienação parental, além de outras medidas como visitas supervisionadas, perda da guarda, dentre outras. Tais medidas podem ser adotadas mesmo que o alienador tenha praticado estes atos por estar acometido pela Síndrome da Alienação Parental (SAP), que acontece quando a pessoa não sabe que está acometido por uma síndrome e acaba acreditando que o outro genitor é realmente um agressor do seu filho.

Nessa perspectiva de responsabilização civil no âmbito das relações familiares nasce a discussão se os juízos devem aplicar realmente condenações pecuniárias na esfera do dano moral causado ao genitor alienado pelo alienador, como forma de punição.



Muito se tem falado em alienação parental e que a punição pecuniária não seria a mais apropriada, mas veremos que, como a alienação pode interferir de maneira negativa e devastadora na vida de um pai ou mãe que foi privado do convívio com o seu filho, tal ato não pode ficar sem uma resposta do Estado. Muitas vezes, os genitores alienados são acusados de crimes contra a criança, denegrindo assim a sua honra e imagem perante a sociedade, perdendo muitas vezes os laços que os uniam e assim tendo que se refazer aos poucos e ganhar a confiança do seu filho que lhe foi retirada.

Outra possibilidade bastante plausível, utilizada por vários Tribunais brasileiros, é a utilização das constelações familiares no âmbito da justiça restaurativa. Trata-se de um procedimento em que se busca a raiz das desavenças entre os membros da família para que, com o conhecimento do papel de cada um na relação familiar, seja resolvido o conflito existente, com a perspectiva de se conhecer e conhecer o outro.

## **1 ALIENAÇÃO PARENTAL**

O Código Civil brasileiro de 2002 possui uma forte influência constitucional, principalmente quando se trata do Direito de Família. Este traz em seu ordenamento um dos temas mais delicados e de extrema importância para os dias atuais, que é a alienação parental e a possível responsabilização do agente causador.

Com o avanço da civilização, não temos mais a figura paterna como único e absoluto exercente do poder familiar. As mudanças no papel da mulher no núcleo da família são claras e evidentes nos dias atuais, o que levou a figura matriarcal e a patriarcal a patamares de igualdade no que diz respeito às responsabilidades, deveres e direitos no âmbito das atribuições da família dentro ou fora do casamento.



A prole passou a ser observada como sujeitos de direitos, e os pais conjuntamente podem exercer o controle parental em pé de igualdade, sem sobreposições e com os mesmos deveres e direitos inerentes ao exercício da paternidade ou maternidade. Assim, são resguardados os interesses das crianças e adolescentes sob sua guarda, de modo a melhor atender às suas necessidades.

Alienação Parental é uma intervenção psicológica que afeta tanto o comportamento dos filhos quando dos cônjuges que se encontram em processo de dissolução matrimonial litigiosa, principalmente um dos genitores, ou, até mesmo, pessoas diretamente ligadas, como os avós ou tios, por exemplo. O alienador passa a falar mal do outro genitor para essa criança ou adolescente, implantando assim em suas mentes falsas memórias para que esse filho passe a evitar o pai ou a mãe de quem outrora tanto gostava.

O principal intuito do genitor alienador é o de cortar os vínculos entre a criança e o seu pai ou mãe, que passa assim a odiá-lo, evitando-o ou até mesmo temendo a presença daquele que seria anteriormente seu guardião e protetor, acarretando desta maneira a ruptura dos laços entre o pai ou a mãe com seus filhos. Consequentemente, o afastamento é inevitável e de difícil reconstrução posterior, minando de vez as relações de afeto que ali existiam.

Para o autor Phillips Douglas Freitas (2015, p. 25)., em seu livro Alienação Parental – Comentários à Lei nº 12.318, a alienação parental é um transtorno psicológico. Em sua obra, ele aborda o tema da seguinte forma:

Trata-se de um transtorno psicológico caracterizado por um conjunto sintomático pelo qual um genitor, denominado cônjuge alienador, modifica a consciência de seu filho, por meio de estratégias de atuação e malícia (mesmo que inconscientemente), com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado. Geralmente, não há motivos reais que justifiquem essa condição. É uma programação sistemática promovida pelo alienador para que a criança





odeie, despreze ou tema o genitor alienado, sem justificativa real. (FREITAS, 2015, p. 25).

Em decorrências das separações, divórcios ou mesmo de brigas entre os genitores que já não convivem mais sob o mesmo teto, vem aumentando consideravelmente o número de diversas acusações de abusos, principalmente contra os pais que não ficam com a guarda direta. Muitas delas são falsas acusações de incesto e abuso sexual, portanto, em razão de sua gravidade, deve-se ter a preocupação de entender melhor o que é a alienação parental, como ela ocorre e como poderíamos responsabilizar civilmente o alienador.

Em decorrência desse fato, os profissionais da área jurídica estão tendo que lidar constantemente com esses tipos de acusações contra pais, principalmente quando disputam litigiosamente a guarda dos menores.

Sendo assim, segundo Freitas (2015, p.26), transcrevendo Maria Berenice Dias, podemos observar que:

A jurista e vice-presidente do IBDFAM Nacional, e uma das maiores estudiosas do tema, Maria Berenice Dias, leciona que a Síndrome de Alienação Parental pode ser chamada de implantação de falsas memórias, pois o alienador passa a inculir no filho falsas ideias sobre o outro genitor, implantando por definitivo as falsas memórias.

A busca pela verdade nos casos de acusações de incestos, agressões ou de abandono afetivo e material, que a criança ou adolescente muitas vezes passa a repetir como única verdade a qual foram acometidos, tem que ser realizada com muito mais cautela. Afinal, o dano psicológico causado pela dúvida de alguém pode fazer com que essa criança ou adolescente tenha danos psicológicos ainda mais graves, por se sentir desacreditado. No entanto, por trás dessas acusações podem se esconder apenas o desejo de vingança e a tentativa de um dos pais de separar o filho do seu outro genitor, causando assim danos irreparáveis para o resto da vida, principalmente no que diz respeito à



autoestima das crianças. Segundo a Mestranda Amanda Schaefer, em sua dissertação de Mestrado: *A Alienação Parental e a violação aos direitos da personalidade*, os pais devem dar tratamento com prioridade à criança e aos adolescentes, refletindo os efeitos da personalização do Direito Civil. Conseqüentemente, evidenciando o princípio da proteção integral, visando assegurar que as crianças e adolescentes tenham seus direitos garantidos e mantidos, o infrator deve ser punido dentro das suas responsabilidades caso haja violação, exploração ou opressão. De

acordo com Schaefer (2014. p. 16), podemos entender que:

(...) os pais deixam de ter direitos sobre os filhos e passam a ter deveres para com a prole, deveres materiais e psíquicos. Os filhos passam a dever ser poupados no que se refere as dificuldades havidas entre genitores, sejam enquanto unidos como casal, seja após o desenlace ou separação.

O primeiro a identificar e publicar uma pesquisa sobre o tema foi o médico psiquiatra estadunidense Richard A. Gardner em 1985. Ele identificou a Síndrome da Alienação Parental, na qual a criança cria memórias falsas com incentivo e direcionamento da sua genitora.

Gardner constatou que a maior incidência da prática da alienação parental acontece com a mãe, visto que na maioria dos casos, quando da disputa litigiosa pela guarda do filho no divórcio, a mãe tem a preferência na guarda, tendo assim, mais contato com o filho. Sendo a mãe a principal manipuladora dos filhos, na tentativa de se vingar do ex-marido pelo fracasso do casamento, esta realiza, segundo Gardner, uma campanha difamatória, praticando o que chamamos de alienação parental.

A manipulação dos filhos é realizada por um dos genitores e às vezes é praticada inconscientemente, para que a criança ou adolescente se afaste e rejeite



a presença do outro genitor. Significa o cometimento de abuso na sua atuação como responsável, aquele que tem o dever de proteger e cuidar passa a implantar o ódio e a repulsa ao outro genitor. Daí vem o questionamento se cabe à justiça punir todo alienador ou somente nos casos em que a alienação é praticada propositalmente.

Segundo Luciana de Paula Gonçalves Barbosa e Beatriz Chaves Ross de Castro (2013, p.54), em sua obra *Alienação Parental – Um retrato dos processos e das famílias em situação de litígios*, onde fazem uma reflexão sobre o tema, citando as palavras do psicólogo americano Douglas Darnall, afirmam que Alienação parental é:

(...) qualquer constelação de comportamentos, conscientes ou não, que poderiam provocar uma perturbação no relacionamento entre a criança e o outro progenitor. A alienação parental seria, então, um processo que teria por objetivo afastar o filho do outro genitor. De nome geral, seria desencadeado pelo genitor guardião e, dependendo de sua extensão, poderia dar sequência à instalação de SAP.

Com a crescente demanda de casos, acusando um dos genitores ou um parente próximo da criança, o sistema jurídico brasileiro viu-se diante da necessidade de se apoiar em uma norma que o ajudasse a definir e estabelecer critérios de identificação para a alienação parental, visto a grande incidência de casos que, ao serem investigados, não passavam de memórias implantadas nas crianças após um divórcio dos seus pais.

Não há como questionar que as crianças são as vítimas mais frágeis desse jogo de mentiras e vingança, visto que ainda não têm o discernimento para identificar que estão sendo utilizadas como um instrumento de vingança apenas para afetar emocionalmente o genitor que não tem a sua guarda direta. São assim criadas memórias falsas por seu pai, ou mãe, ou avós, ou outro parente que tem a sua guarda e que quer, a qualquer custo, afastar o outro do convívio, passando



assim a ser mal visto, deixando de estar presente na vida da criança ou adolescente.

A Lei nº 12.318 (2010), traz em seu art. 2º a denominação da alienação parental como atos que interferem diretamente no comportamento psicológico da criança ou do adolescente, gerando uma verdadeira aversão ao genitor ou parente que está sendo acusado injustamente de ter cometido atos indignos, incestuosos. Assim, de acordo com o art. 2º da lei em comento temos:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

A manipulação psicológica é constante e na maioria dos casos é realizada pela mãe, que fica muitas vezes com a guarda da criança e com ela convive na maior parte do tempo. A partir de histórias e comentários depreciativos e constantes sobre o outro genitor, a criança ou adolescente passa a ter receio de ficar a sós com aquele que antes era também o seu protetor. Passa assim a criar medos e receio de ficar próximo do seu genitor, mudando drasticamente o seu relacionamento e o modo de interagir e, conseqüentemente, os danos psicológicos causados pelas falsas memórias implantadas pelo alienador são irreversíveis.

## **1.1 CARACTERÍSTICAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

As principais características da Alienação parental surgem com implantação de memórias falsas na criança ou adolescente pelo seu genitor com o intuito de afastá-lo do seu outro genitor, avós ou parentes próximos. Os Alienadores tomam certas atitudes que têm como principal intuito o afastamento



do filho do seu outro genitor, ficando este alienado, e passa a ser visto como uma ameaça pela criança.

A Lei nº 12.318/2010 traz um rol meramente exemplificativo ao tentar atribuir características para poder se identificar a prática da alienação parental. Dessa forma, deixa claro no parágrafo único do art. 2º que o Juiz poderá utilizar perícias realizadas peritos ou terceiros, como, por exemplo, psicólogos, assistentes sociais, médicos pediatras, dentre outros, pessoas que possam auxiliar na real constatação da prática delituosa da alienação parental.

Art. 2º (...) Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- dificultar o exercício da autoridade parental;
- dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010).

Portanto, vale ressaltar que a Alienação Parental possui regulamentação própria em lei especial, mas é de fundamental importância a verificação por profissionais como o psicólogo, assistentes sociais, profissionais do direito, um conjunto de técnicos e especialistas que comprovem a real existência dessa



prática que traz vários malefícios na vida de quem sofre esse tipo de prejuízo. Muitas vezes, será necessário punir os responsáveis, afastando-os ou permitindo apenas visitas supervisionadas, para que se possa de forma prudente resgatar a confiança do alienado.

Vale citar o que diz a lei de Alienação Parental em relação às constatações de indícios da alienação parental, sendo preciso o apoio de profissionais especializados. Assim, no art. 5º,

§§ 1º e 2º, temos:

Art. 5º havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental. (BRASIL,2010).

## **1.2 ALIENADOR/ALIENADO**

O Alienador é aquele que pratica a alienação parental contra o seu próprio filho ou menor sob a sua guarda e contra o outro genitor que passa a ser o alienado.



O Alienador busca através da mentira e de forma ardilosa e sutil implantar falsas condutas do alienado na memória do seu filho, para que este passe a acreditar e, a partir daí, comece por sua vez a rejeitar o alienado.

Uma criança alienada cria dentro de si sentimentos de repulsa, ódio, medo, raiva e

passa a não desejar ficar na presença do genitor alienado. Ela passa a acreditar em situações que nunca existiram e, de tanto ouvir da pessoa que deveria protegê-la, passa a tomar para si como única verdade, bem como a desenvolver memórias sintomáticas como se algo de mau houvesse mesmo sido praticado pelo genitor alienado.

A partir da gravidade da alienação parental, tanto o Dr. Gardner como o psicólogo Douglas Darnall sustentam que a alienação pode ser realizada com intensidades diferentes e assim, segundo Darnall (, podem ser classificados os alienadores em três tipos distintos, sendo o primeiro chamado de Alienador ingênuo, o segundo, o ativo e o terceiro, o obsessivo.

Cada um desses tipos de alienadores possui atitudes que influenciam no comportamento da criança em relação ao outro genitor, fazendo com que o relacionamento se deteriore gradativamente. Uns agem manipulando a criança de uma forma mais sutil, outros de forma mais incisiva, sempre demonstrando seus sentimentos de raiva, mas às vezes contendo-se, mas sempre tentando denegrir a imagem do outro genitor. E por fim, aquela que é a forma mais grave descrita pelo psicólogo Darnall, que é o alienador obsessivo que se mostra “obcecado com a destruição da relação da criança com o outro genitor” (LEITE, 2015, p. 219).

O Alienado por sua vez é aquele que sofre a ação. Na maior parte dos casos foi constatado por Gardner que nessa posição se encontra o pai, mas não



quer dizer que é sempre ele quem sofre, mas, como na maior parte do tempo as mães ficam com a guarda dos filhos e os pais, compartilhadamente aos finais de semana, a figura paterna muitas vezes figura como vítima dessa situação.

O desejo de vingança em uma disputa pela guarda da criança em divórcios litigiosos ajuda na implementação do afastamento do filho do seu genitor alienado, e muitas vezes de parentes deste também.

A Alienação muitas vezes começa com pequenas acusações, xingamentos, difamação, fazendo com que a criança comece a criar uma outra imagem do seu genitor, antes bem visto, e agora passando a nutrir um sentimento de medo, raiva, ódio, falsamente passa a acreditar que ele a despreza, maltrata ou abusa da sua integridade física ou psíquica, mas na verdade apenas se trata de uma falsa memória implantada pelo alienador.

### **1.3 DIFERENÇA ENTRE ALIENAÇÃO PARENTAL E SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL**

A Alienação Parental não pode ser confundida com a Síndrome da Alienação Parental (SAP), visto que esta última se trata dos sintomas que as crianças demonstram após a separação conturbada, geralmente litigiosa, enfrentada pelos seus pais.

A Síndrome da Alienação Parental, comumente identificada pela sigla SAP, foi pela primeira vez identificada pelo especialista Richard Gardner no ano de 1985. Gardner observou inúmeras manifestações comportamentais correspondentes a diversos sintomas apresentados pela criança ou adolescentes que sofriam Alienação Parental, classificando assim em três níveis de SAP, sendo eles leve, moderado e severo. Para isso, observavam-se quantas características eram apresentadas no comportamento da criança e do adolescente, sendo estes os pontos segundo Gardner (2002):





...a SAP é caracterizada por um conjunto de sintomas que aparecem na criança geralmente juntos, especialmente nos tipos moderado e severo. Esses incluem:

Uma campanha denegritória contra o genitor alienado.

Racionalizações fracas, absurdas ou frívolas para a depreciação.

Falta de ambivalência.

O fenômeno do “pensador independente”.

Apoio automático ao genitor alienador no conflito parental.

Ausência de culpa sobre a crueldade a e/ou a exploração contra o genitor alienado.

A presença de encenações ‘encomendadas’.

Propagação da animosidade aos amigos e/ou à família extensa do genitor alienado.

Esses sintomas não precisam necessariamente ser todos identificados na criança para configurar a síndrome, mas quanto maior a quantidade desses fatores e a incidência desses comportamentos, pode-se classificar a SAP em níveis de menor ou maior gravidade. Como podemos perceber, a criança também contribui para que as falsas memórias se tornem concretizadas na repulsa e na incriminação do seu outro genitor.

Sendo assim, além daquele que aliena, soma-se a própria mentalidade da criança, que colabora para a denegação e difamação do seu outro genitor, principalmente por não saber lidar com a separação dos seus pais, resultando numa difamação caluniosa que causa a repulsa injustificada ao genitor alienado, acreditando nas falsas memórias.

Citando Gardner (2002), podemos verificar a seguinte definição da SAP:

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que



não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.

De acordo com o autor Douglas Phillips Freitas, em seu livro *Alienação Parental*, o Professor Gardner é considerado um dos maiores especialistas quando se trata da questão de alienação em crianças em relação à separação dos pais. Ele verificou, após análise de diversos casos de divórcios litigiosos, que uma das principais intenções do genitor que estava magoado com a separação era afastar o filho do outro genitor, criando assim situações mentirosas e desagradáveis em desfavor do outro, causando uma verdadeira “lavagem cerebral” na criança, que, sem entender muito bem a situação, entrava no jogo e acabava acreditando em situações que na realidade nunca aconteceram.

Assim de acordo com o autor Freitas (2014, p.04), temos:

Considerado um dos maiores especialistas mundiais nos temas de separação e divórcio, Gardner observou que, na disputa judicial, os genitores deixavam muito claro em suas ações que tinham como único objetivo a luta incessante para ver o ex- cônjuge afastado dos filhos, fazendo muitas vezes uma verdadeira lavagem cerebral na mente das crianças.

Um dos maiores dramas são as questões que envolvem as falsas acusações de abuso sexual, não só pelas mães, mas muitas vezes são elas as principais implantadoras das falsas memórias nas mentes dos filhos. Contam histórias que não condizem com a verdade, levando as crianças a acreditarem e a reproduzirem histórias de abusos sexuais contra o pai e assim passar a rejeitá-lo, se distanciando ainda mais.



Desta forma, ainda segundo Freitas (2014, p.25), a SAP pode ser assim definida:

Trata-se de um transtorno psicológico caracterizado por um conjunto sintomático pelo qual um genitor, denominado cônjuge alienador, modifica a consciência de seu filho, por meio de estratégias de atuação e malícia (mesmo que inconscientemente), com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado. Geralmente, não há motivos reais que justifiquem essa condição. É uma programação sistemática promovida pelo alienador para que a criança odeie, despreze ou tema o genitor alienado, sem justificativa real. A jurista e vice-presidente do IBDFAM Nacional, e uma das maiores estudiosas do tema, Maria Berenice Dias, leciona que a Síndrome de Alienação Parental pode ser chamada de implantação de falsas memórias, pois o alienador passa a incutir no filho falsas ideias sobre o outro genitor, implantando por definitivo as falsas memórias.

Portanto, podemos afirmar que a SAP é a prática de implementar nas crianças memórias inverídicas, não reais e totalmente descabidas na consciência da criança, para que esta rejeite o genitor alienado, muitas vezes temendo a sua presença, tornando-se assim apenas um instrumento de vingança manipulada por aquele genitor (alienador) que deveria por lei protegê-la e cuidar dela tanto fisicamente quanto psicologicamente.

Segundo os estudos realizados por Gardner, a SAP pode acarretar distúrbios emocionais que acompanharão a criança por toda a vida, causando-lhe dores emocionais, disfunções sociais e psicológicas. Aquele que conduz a implementação das falsas memórias de abusos e rejeições na memória da criança ou adolescente, nutrindo lembranças que denigrem o genitor alienado, apenas com o intuito de separá-los e romper gradativamente os laços que os uniram, é realmente uma pessoa com sérios problemas emocionais e psicológicos. Gardner



afirma que quem realiza essa prática tem uma *disfuncionalidade parental*, assim vale aqui citar o seguinte trecho da obra desse autor:

É importante notar que a doutrinação de uma criança através da SAP é uma forma de abuso – abuso emocional - porque pode razoavelmente conduzir ao enfraquecimento progressivo da ligação psicológica entre a criança e um genitor amoroso. Em muitos casos pode conduzir à destruição total dessa ligação, com alienação por toda a vida. Em alguns casos, então, pode ser mesmo pior do que outras formas de abuso - por exemplo: abusos físicos, abusos sexuais e negligência. Um genitor que demonstre tal comportamento repreensível tem uma disfuncionalidade parental séria, contudo suas alegações são a de que é um genitor exemplar. Tipicamente, têm tanta persistência no seu intento de destruir o vínculo entre a criança e o genitor alienado, que se torna cego às consequências psicológicas formidáveis provocadas na criança, decorrentes de suas instruções de SAP – não apenas no presente, em que estão operando essa doutrinação, mas também no futuro. (GARDNER, 2002).

É importante salientar que a alienação parental se difere da Síndrome pelo simples fato de que aquela vem antes da síndrome, e é a ação praticada pelo genitor alienador, muitas vezes a mãe, visto que em grande parte são as escolhidas pela justiça para ficar com a guarda da criança quando acontece a dissolução conjugal.

Com a intenção de fazer com que a criança corte os laços com o seu pai, após um divórcio conturbado, onde quase sempre em divórcios litigiosos, a criança passa a presenciar um bombardeio de comentários degradantes e estímulos a denegrir também o seu genitor alienado e muitas vezes também, conjuntamente a família deste. O intuito puro e simples aqui é afastar a criança do convívio do outro visto que este não quer mais permanecer unido como já fora um dia.



Para um melhor entendimento, vale citar Ana Carolina Madaleno, em seu livro Síndrome da Alienação parental: importância da detecção, aspectos legais e processuais, esclarece o que é alienação parental ao citar o psicólogo Darnall, vejamos: “Douglas Darnall chama de alienação parental a fase que precede a Síndrome, ou seja, quando ainda não está introjetado na mente das crianças o abandono do pai alienador em desfavor do alienado, é a fase centrada no comportamento central”. (MADALENO, 2013. p.42)

Portanto, podemos verificar que a diferença entre a Alienação Parental e Síndrome da Alienação Parental (SAP) está nas fases onde essas ocorrem e nos sujeitos que as praticam, sendo que na alienação parental apenas o genitor, que em muitos casos mantém a guarda, induz o filho a repelir de diversas formas o seu outro genitor, se afastando e até mesmo o odiando. Já na SAP, na maioria dos casos, o genitor alienador estimular a criança a pensar de forma negativa a imagem do outro genitor, passando esta a fantasiar no seu imaginário, histórias que repelem o genitor alienado, rejeitando a sua presença, através de falsas memórias, que elas também passam a acreditar.

#### **1.4 DIFERENÇA ENTRE ALIENAÇÃO PARENTAL E O ABANDONO AFETIVO**

Os pais têm o dever e a obrigação de cuidar dos seus filhos, não só no campo material, mas também lhes dedicando tempo, atenção, amor, afeto, educação, mostrando-se presentes em suas vidas, buscando uma satisfação que vai além do campo material. Trata-se da construção psicológica, do afeto e dos laços que os pais formam com os seus filhos.

O relacionamento entre pais e filhos tem como alicerce basilar a confiança e o afeto e se estes fatores não forem solidamente bem desenvolvidos para construção de um bom caráter, da autoestima, essa relação se transformará



em uma sensação de completo abandono, o que pode gerar danos psicológicos irreparáveis.

A Constituição Federal atribui como garantia da criança e adolescente uma boa educação, ser tratado com dignidade, entre outros fatores que podem influenciar diretamente na construção psicológica da criança.

É com a família que se dá o primeiro contato direto da criança com a sociedade, é a base inicial de todos, é o início da formação de um ser. A nossa Carta Magna traz em seu art. 227 que é dever não só da família, mas também da sociedade e do Estado proporcionar as garantias para a formação de crianças e adolescentes. Assim, vejamos o que diz o respectivo artigo:

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Pode-se perceber que o abandono afetivo deriva de um direito que os filhos têm em relação aos seus pais. É imprescindível o contato afetivo destes para com os seus filhos. O acesso aos seus genitores é, sem sombra de dúvidas, uma necessidade que nasce a partir do convívio, onde as crianças devem receber dos seus pais toda a atenção necessária para o seu desenvolvimento socioafetivo.

Diferentemente da alienação parental, o abandono afetivo surge a partir da omissão dos pais em concretizar o dever de cuidar, dever este claramente transcrito na Constituição Federal. No artigo sistematizado pelos estudiosos Rezende, Alencar Ridolphi, Oswaldo Ferreira e Tauã Rangel – O Abandono Afetivo à luz do STJ –, os autores afirmam acertadamente que: “O abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo



menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo”. (REZENDE, 2018)

Quando, em decorrência do abandono parental, os pais se afastarem da responsabilidade de cuidar de seus filhos, suprimindo todo o seu dever de cuidar, orientar, educar, não se preocupando com a formação educacional e social do seu filho, poderão em decorrência desses atos serem condenados, no âmbito da responsabilidade civil, a pagar indenizações por dano moral pelos danos causados, desde que comprovadamente apresentados em juízo.

## **2 RESPONSABILIZAÇÃO NAS RELAÇÕES FAMILIARES**

O poder familiar é indisponível, imprescritível e indivisível. Isso quer dizer que nenhum pai ou mãe pode dispor do seu poder familiar em relação aos seus filhos, visto que este poder decorre de forma orgânica e dentro da legalidade. O que pode vir a acontecer é os pais renunciarem à guarda dos seus filhos, abrindo mão do pátrio poder.

Não há tempo definido que limite o poder familiar, mesmo que haja circunstâncias em que não ocorra a não prática deste. Todavia, isso não quer dizer que se perde com o decurso do tempo. Apenas pela via judicial, dentro das medidas legais, é que se pode vir a perder o poder familiar. Sendo assim, podemos considerar que é um exercício constante, e perene, sem a possibilidade de limitações pelo não uso. Não há como renunciar uma paternidade ou maternidade por opção, segundo Venosa, nem como dividir o poder familiar. Ele ocorre de forma única e na sua totalidade (VENOSA, 20018, p.349).

Nesse viés, podemos perceber claramente que os pais têm a obrigação de cuidado com os seus filhos, e que vão além do exercício regular da paternidade (termo que podemos atribuir a ambos os genitores). Deve-se ter o respeito em



cuidar, criar e educar conjuntamente, visando à construção de um ser humano preparado para a vida em sociedade, exercendo assim o seu poder familiar através de tomadas de decisões conjuntas e equilibradas, para que no futuro não haja nenhum tipo de sequelas físicas ou mentais que possam ser levadas aos tribunais, gerando desgastes físicos e emocionais.

Ainda segundo o doutrinador Venosa (2018, p.343), podemos definir o poder familiar como:

Do ponto de vista dos pais, o poder familiar contém muito mais do que singela regra moral trazida ao Direito: o poder paternal, termo que também se adapta a ambos os pais, enfeixa um conjunto de deveres com relação aos filhos que muito se acentuam quando a doutrina conceitua o instituto como um pátrio dever. O poder familiar, ou melhor, a autoridade parental, não é o exercício de um poder ou uma supremacia, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei. Nesse sentido, entendemos o pátrio poder como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e a seus bens.

## **2.1 DEFINIÇÃO E NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Antes de entrar na questão da responsabilização nas relações familiares, faz-se necessário conceituar o que é responsabilidade civil e os demais conceitos ligados diretamente ao tema, para que assim possamos compreender melhor a responsabilidade dos pais ou responsáveis por seus filhos menores ou tutelados.

Podemos conceituar Responsabilidade Civil como o dever de indenizar, quando se tem uma obrigação a ser reparada por ter causado um dano a outrem, seja por dolo ou culpa. Segundo o autor Flávio Tartuce, em sua obra “Manual de Responsabilidade Civil”, é conveniente afirmar que, ocorrendo a necessidade de responsabilizar aquele que deixa de cumprir uma obrigação que fora antes





estabelecida em contrato, terá o causador do dano simplesmente o dever de indenizar por não ter cumprido uma obrigação (TARTUCE, 2016, p. 559).

A reparação civil advém da ocorrência de um dano ilícito, praticado por um agente capaz ou incapaz, decorrente de um ato doloso ou culposo causado a terceiro. Assim a reparação dá-se na obrigação de reparar esse dano, seja ela na esfera moral ou em relação a dano material e quem deve responder é quem causou ou aquele que for o responsável por quem praticou o ato ilícito.

A responsabilidade civil está ligada a três núcleos que devem existir para que haja o dever de indenizar. São eles o ato doloso ou culposo, o nexos causal e o dano. Não basta ter cometido o ato, este deve ser considerado ilícito e ter existência no mundo real.

Ademais, deve-se observar que o dano doloso ou culposo deve existir para que seja caracterizado o dever de indenizar, de reparar. Mas este dano deve ter sido causado por aquele que, através da sua conduta dolosa ou culposa, provocou um mal a alguém, seja ele material, existencial, social ou até mesmo coletivo.

O ser humano tem por obrigação ser diligente em seus atos, em suas condutas, evitar de todas as formas causar danos a outrem. Caso isso aconteça, mesmo que seja de forma indireta, ele terá que reparar este dano, seja repondo o que foi perdido ou danificado, seja indenizando a vítima.

Assim, podemos afirmar que a responsabilização nasce a partir do princípio do não lesar, pois quem causa dano responderá pelos fatos que causar a terceiros, como certifica o autor Alexandre Cortez Fernandes. (CORTEZ, 2013, p. 26).

Para que possamos falar em responsabilidade civil, devemos observar em quais circunstâncias e situações poderemos aplicá-las. Em se tratando da



responsabilidade civil dos pais para com seus filhos, temos aqui a responsabilidade subjetiva, onde quem causa dano a terceiro deve indenizá-lo, e para que isto ocorra deve-se demonstrar dolo ou culpa de quem praticou o ato lesivo.

A responsabilidade civil, no que diz respeito às relações familiares, aborda as questões referentes ao direito que a criança e adolescente tem de ser cuidado, educado, de ter um pai, uma mãe, tutor ou algum responsável por ela, que lhe dê atenção, educação, seja realmente presente em sua vida, proporcionando tanto bens materiais, para que possam viver dignamente, quanto suporte moral, através da afetividade.

Ninguém é obrigado a amar o outro, nem mesmo se é pai ou mãe tem esse dever de amar. Só isso não gera o dever de indenizar por apenas este fato de não amar, mas nasce o dever quando se tem a obrigação de cuidar e zelar pela vida daquele que está sob a sua guarda. Sendo assim, o maior motivo que faz nascer essa obrigação de reparar um dano é que toda criança tem o direito de ser amparada e educada por seus responsáveis legais.

Assim, de acordo com a professora e jurista Giselda Maria Fernandes Morais Hironaka, no que diz respeito à responsabilidade civil, quando se trata de família, deve-se observar que vai além do simples reconhecimento de paternidade ou maternidade. Desta forma, vale observar o que aponta:

A responsabilidade dos pais consiste principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, consiste principalmente em ajudá-los na construção da própria liberdade. Trata-se de uma inversão total, portanto, da ideia antiga e maximamente patriarcal de pátrio poder. Aqui, a compreensão baseada no conhecimento racional da natureza dos integrantes de uma família quer dizer que não há mais fundamento na prática da coisificação familiar (...). Paralelamente, significa dar a devida atenção às necessidades manifestadas pelos filhos em termos,



justamente, de afeto e proteção. Poder-se-ia dizer, assim, que uma vida familiar na qual os laços afetivos são atados por sentimentos positivos, de alegria e amor recíprocos, em vez de tristeza ou ódio recíprocos, é uma vida coletiva em que se estabelece não só a autoridade parental e a orientação filial, como especialmente a liberdade paterno-filial. (HIRONAKA, apud. Tartuce, 2018, p. 632.)

Por sua vez, de acordo com Pereira, ele explica contundentemente que a relação entre filhos e pais independe de laços matrimoniais. Não importa hoje em dia se é filho de pais casados, separados, se estes mantêm um bom relacionamento ou não, se foram filhos planejados, desejados ou apenas frutos de uma circunstância. O que interessa é a atenção e dedicação atribuídas aos filhos. Bens materiais são essenciais, mas não são tudo na vida de uma criança. Ela precisa crescer confiante e ter o apoio de ambos os genitores para se tornar um adulto capaz de viver de forma independente (Pereira, 2009).

Assim, de acordo com Flávio Tartuce (2018, p. 631) ao citar Pereira afirma que:

O Direito de Família somente estará em consonância com a dignidade da pessoa humana se determinadas relações familiares, como o vínculo entre pais e filhos, não forem permeadas de cuidado e de responsabilidade, independentemente da relação entre os pais, se forem casados, se o filho nascer de uma relação extraconjugal, ou mesmo se não houver conjugalidade entre os pais, se ele foi planejado ou não. (...). Em outras palavras, afronta o princípio da dignidade humana o pai ou a mãe que abandona seu filho, isto é, deixa voluntariamente de conviver com ele.

A partir dessa afirmação, verifica-se que, além de uma afronta aos direitos da criança e do adolescente, fere-se um dos princípios primordiais que é a dignidade da pessoa humana, levando esses pais que abandonam emocionalmente seus filhos a responderem penal e civilmente.



É preciso levar em consideração a observação de Sílvio Venosa em relação aos direitos dos filhos, que compõem uma universalidade de obrigações dos pais para a manutenção da sua prole com dignidade e respeito, para que se desenvolvam e prosperem na sociedade, sempre observando o seu bem-estar e pleno desenvolvimento físico e psicológico. Nesse sentido:

Cabe aos pais, primordialmente, dirigir a criação e educação dos filhos, para proporcionar-lhes a sobrevivência. Compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade. A atitude dos pais é fundamental para a formação da criança. Faltando com esse dever, o progenitor faltoso submete-se a reprimendas de ordem civil e criminal, respondendo pelos crimes de abandono material, moral e intelectual (arts. 224 a 246 do Código Penal). Entre as responsabilidades de criação, temos que lembrar que cumpre também aos pais fornecer meios para tratamentos médicos que se fizerem necessários. Sob certas condições o abandono afetivo e intelectual pode acarretar responsabilidade civil que deságua numa indenização. A matéria, contudo, ainda é nova. (VENOSA, 2017, p.325.).

Depreende-se da leitura do doutrinador Venosa que os pais podem ser responsabilizados não só penalmente pelos abandonos que vierem a cometer, como também serem responsabilizados civilmente. Assim, quando faltarem com as suas obrigações parentais, com o dever de cuidado, poderão ter que indenizar o filho pelos danos sofridos.

## **2.2 RESPONSABILIDADE LEGAL/CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL**

É importante se fazer uma distinção entre os tipos de Responsabilidades em nosso ordenamento jurídico, para que se possa fazer uma análise e compreender qual a obrigação que caracterizou a responsabilidade à qual terá o agente que se submeter.



A Responsabilidade Contratual e Extracontratual são modalidades que decorrem do comportamento da pessoa frente a obrigações que deram causa à sua responsabilização.

A Responsabilidade Civil é uma consequência do descumprimento de uma determinada obrigação, onde o agente deixa de praticar uma ação e, em decorrência deste descumprimento, terá que ser responsabilizado pelos seus atos.

A Responsabilidade Contratual surge pelo descumprimento de uma obrigação determinada em um contrato ou esta pessoa deixa de seguir uma determinação legal a qual deveria observar. Em decorrência do descumprimento de obrigações contratuais ou legais os danos que causarem a outrem deverão lhe ser indenizados.

Devemos entender que a responsabilidade se dá a partir de sucessivas obrigações e está ligada diretamente a uma obrigação primeira.

De acordo com o art. 389 do Código Civil, a obrigação contratual advém de uma relação bilateral, a partir da qual, ao realizarem um acordo de vontades, os agentes têm que cumprir suas obrigações. Caso não cumpram, serão responsabilizados a arcar com as consequências, gerando o dever de indenizar a quem sofreu com o descumprimento do contrato. Assim, destaca-se o art. 389 do Código Civil de 2002: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Dentro desse aspecto da responsabilidade contratual, deve-se trabalhar a culpa em suas nuances, visto que se for culpa presumida esta será decorrente de obrigação de resultado, presumida para aquele que for o inadimplente pelo descumprimento do contrato.



A responsabilidade extracontratual está descrita no Código Civil no art. 927, parágrafo único, onde assegura àquele que sofrer um dano causado por outrem, tendo seus direitos desrespeitados, causando-lhe dano, seja na esfera moral ou patrimonial, o direito de ser ressarcido pelo causador do ato ilícito praticado, tendo assim a obrigação de reparar o dano causado.

Podemos assim analisar o art. 927 conjuntamente com o art. 187 do Código Civil, visto a ligação entre a prática do ato ilícito com a obrigação extracontratual:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado à repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002).

## **2.3 TEORIAS DA CULPA E DO RISCO**

A responsabilidade civil possui três pressupostos gerais que são o dano, o nexo de causalidade e a conduta. Sem a ocorrência destes não haverá a possibilidade de se buscar a obrigação de indenizar daquele que causou o dano. É necessário que o dano se materialize e seja ilícito, que sejam ligados pelo nexo de causalidade o dano e a conduta.

O art. 927 do Código Civil aborda que não se trata tão somente do ato ilícito em si para gerar o dever de indenizar, mas que deve existir também a presença do dano.



Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002).

Sobre a necessidade de ocorrer o dano para a configuração da responsabilidade civil, vale transcrever aqui a lição de Sergio Cavalieri Filho (2014, p.92):

O dano é o grande vilão da responsabilidade civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. O dever de reparar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. Em outras palavras, a obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar.

Na esfera da responsabilidade civil, os atos ilícitos podem ser objetivos e subjetivos. Entende-se por ato ilícito objetivo aquela conduta ilícita que independe que a culpa seja um ato direto daquele que a praticou, mas que tem responsabilidade pelo causador do dano. Portanto, mesmo não praticando o ato em si, deve-se responder pela prática do ato ilícito causado pelo outro que estava sob sua responsabilidade ou guarda, respondendo subsidiariamente, como acontece, por exemplo, com os pais em relação aos seus filhos que se encontram sob sua guarda.

De acordo com o autor Fernandes Cortez (2013, p.55), nos tempos atuais é correto afirmar que: “(...) Se há dano ele deve ser ressarcido, independentemente da ideia de culpa; ademais se substituiu a ideia de



responsabilidade pela ideia de reparação, a ideia de culpa pela de risco, a responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva”.

No Direito que trata das relações de família e parental, a culpa dos pais em relação aos atos praticados por seus filhos é objetiva, independe de culpa. Mas devemos observar que a culpa não é pressuposto geral da responsabilidade civil, não deve ser considerada exclusivamente para a fixação do dever de indenizar. Contudo, aqui vamos analisar as atitudes dos pais em relação aos seus filhos e não a danos causados pelos filhos perante a terceiros.

Assim, no que diz respeito ao comportamento dos pais que cometem danos aos seus próprios filhos a sua culpa é subjetiva, e responderam judicialmente, embora dependam de que tais atos, sejam eles advindo do abandono ou danos da esfera psicológica, sejam comprovados. Portanto, os pais ou responsáveis pelas crianças ou adolescentes vão responder pelos danos que causarem aos seus filhos, sejam eles materiais ou morais, visto que eles têm o dever legal de cuidar, proteger e educar os filhos.

No caso de responsabilidade pelos atos dos filhos menores de idade, de acordo com Paulo Nader, a responsabilidade dos pais perante os atos cometidos pelos seus filhos advém do pátrio poder, da autoridade que os pais possuem sobre seus filhos, sejam eles crianças ou adolescentes, por serem menores de idade. Neste caso, os pais ou responsáveis são responsabilizados indiretamente, contando para tal responsabilização pelos atos praticados a data do fato, independentemente se já atingida a maioridade após o cometimento da infração. Sendo assim, se o filho atingir a maioridade após o cometimento da ação que ensejou a reparação civil os pais ou responsáveis ainda serão responsabilizados (NADER, 2016, p. 210).





Em ambas situações apresentadas acima, tanto quando os pais cometem danos aos seus filhos ou quando os seus filhos ainda na menoridade cometem danos a outrem, serão os pais ou responsáveis responsabilizados pelos danos causados, ensejando reparação civil, seja ela de cunho material ou moral.

## **2.4 RESPONSABILIDADE MORAL E PATRIMONIAL**

A responsabilidade civil pode ser atribuída a alguém quando este ultrapassa seus limites causando dano a outrem, seja um dano Moral ou Patrimonial.

A nossa Constituição Federal em seu art. 5º, inciso V, traz em seu preceito legal que é assegurado o direito a uma indenização quando alguém vier a sofrer dano material, moral ou à imagem, garantindo assim incondicionalmente a proteção patrimonial além do físico, da matéria em si, possibilitando uma maior segurança àquele que vier a ter seu patrimônio, seja ele físico, moral ou de imagem transgredido por ato ilícito cometido por outrem. Vale aqui observar o próprio texto constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (BRASIL, 1988).

Com a publicação do Código Civil de 2002, este, em seu art. 186, foi ainda mais claro ao estabelecer que mesmo que seja um dano exclusivamente moral este terá que ser ressarcido por aquele que causou, independentemente se tenha sido provocada por uma ação ou omissão voluntária, negligência ou por imperícia.



O dano moral acontece quando alguém, ao praticar uma ação ou omissão, invade com culpa, imprudência ou imperícia a esfera particular e íntima do outro, atingindo a pessoa na sua esfera intimamente pessoal. Segundo Cavalieri Filho (2014, pp. 108-109):

Em sentido amplo, dano moral é violação de algum direito ou atributo da personalidade. Relembre-se, como já assentado, que os direitos da personalidade constituem a essência do ser humano, independentemente de raça, cor, fortuna, cultura, credo, sexo, idade, nacionalidade. São inerentes à pessoa humana desde o nascimento até a morte. A personalidade é o conjunto de caracteres ou atributos da pessoa humana. É através dela que a pessoa pode adquirir e defender os demais bens. Nessa categoria incluem-se também os chamados novos *direitos da personalidade*: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.

Esse dano não é passível de restituição como se material fosse, inexistindo a possibilidade de voltar ao seu estado anterior ou ser substituído por outro igual ou mesmo semelhante, sem que tenha ocorrido uma mácula emocional, ferindo a honra e/ou a imagem daquele que foi atingido pelo ilícito praticado, causando dano de forma que necessite de uma reparação pecuniária ou material apenas para compensar os transtornos até então suportados.

O agente causador do dano seja ele intencional ou por total falta de zelo ao ferir moralmente o outro deve compensá-lo, visando à reparação pelo mal causado, tentando suprir um pouco o desconforto e os transtornos causados. Assim, quem causar um dano deve repará-lo, segundo Paulo Nader:



(...) Se o dano é causado intencionalmente, a violação do princípio “*não lesar outrem*” se revela mais nítida, justamente porque o agente optou, livremente, pelo mal, que é a antítese do *bem*, valor básico da moral. Esta é atingida, também, quando o dano é praticado por negligência. Neste caso, o comprometimento moral se revela pelo descaso com o interesse alheio. O agente se omite, quando devia agir, provocando danos a terceiro com a sua inércia. Se o mal causado decorreu de *imprudência*, a responsabilidade moral também se patenteia. O indivíduo não foi cauteloso como as circunstâncias indicavam, violando com a sua conduta o direito alheio. (NADER, 2016, p.78.).

Como o dano moral não implica uma diminuição patrimonial da vítima, não há que se falar, para sua reparação, em uma reconstituição econômica do bem violado, retornando-se o prejudicado ao *status quo ante*. Em verdade, a reparação do dano moral se dá de forma indireta, obrigando-se o agente do ato ilícito a uma prestação em favor da vítima que, por um lado, compense, para esta, o dano moral sofrido, e, por outro, funcione como uma penalidade ao causador do dano. Aqui mais uma vez nos valemos das lições de Cavalieri Filho (2014, p. 109):

Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica *função satisfatória*, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito

– compensação –, que, além de diverso do de ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava 'substituição do prazer, que desaparece, por um novo'. Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de *pena privada* em benefício da vítima.” (CAVALIERI, 2014, p. 109).



Por sua vez, a Responsabilidade Patrimonial deriva da violação a um direito econômico da vítima, podendo atingir seu patrimônio atual ou futuro, causando-lhe a diminuição. Ou seja, o ato ilícito praticado pelo agente impede que a vítima satisfaça uma legítima necessidade econômica, gerando um dano emergente, caso haja a diminuição de seu patrimônio atual, ou lucros cessantes, na hipótese de o ato ilícito obstar um acréscimo patrimonial da vítima. Em qualquer situação, surgirá o dever de indenizar.

É importante ressaltar, porém, que o dever de indenizar somente abrange o patrimônio que foi efetivamente perdido ou aquele que, à vista da razoabilidade, deixou de ser apropriado pela vítima. Por outro lado, não está abrangido no dever de indenizar o dano meramente hipotético, cuja concretização é incerta. Outro não é o sentido do art. 402 do Código Civil: Art.

402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. (Brasil, 2002).

Ao tratar das espécies de dano, Cavalieri Filho (2014, pp. 93-95) também aborda a distinção entre o dano emergente e os lucros cessantes, observando que estes últimos não devem ser confundidos com o lucro imaginário:

O dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente.

[...]

Convém assinalar, ainda, que o dano material pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, como, também, o futuro; pode não somente provocar a sua diminuição, a sua redução, mas também impedir o seu crescimento, o seu aumento. Por isso o dano patrimonial se subdivide em dano emergente e lucro cessante.



[...]

O dano emergente, também chamado positivo, este, sim, importa efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima em razão do ato ilícito. O Código Civil, ao disciplinar a matéria no seu art. 402 (reprodução fiel do art. 1.059 do Código de 1916), caracteriza o dano emergente como sendo aquilo que a vítima efetivamente perdeu.

A mensuração do dano emergente, como se verá, não enseja maiores dificuldades. Via de regra, importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito.

[...]

O ato ilícito pode produzir não apenas efeitos diretos e imediatos no patrimônio da vítima (dano emergente), mas também mediatos ou futuros, reduzindo consequência futura de um fato já ocorrido.

[...]

Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado. [...]

O cuidado que o juiz deve ter nesse ponto é para não confundir lucro cessante com lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito. (CAVALIERI,2014, pp. 93-95)

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 485) também chama atenção para a necessidade de o dano ser certo ou razoavelmente esperado, conforme o trecho a seguir:

O requisito da 'certeza' do dano afasta a possibilidade de reparação do dano meramente hipotético ou eventual, que poderá não se concretizar. Tanto assim que, na apuração



dos lucros cessantes, não basta a simples possibilidade de realização do lucro, embora não seja indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a interferência do evento danoso. O que deve existir é uma probabilidade objetiva que resulte no curso normal das coisas, como se infere do advérbio 'razoavelmente', colocado no art. 402 do Código Civil ('o que razoavelmente deixou de lucrar'). Tal advérbio não significa que se pagará aquilo que for razoável (ideia quantitativa) e sim que se pagará se se puder, razoavelmente, admitir que houve lucro cessante (ideia que se prende à existência mesma do prejuízo). (GONÇALVES, 2014, p. 485).

Como se pode ver, a estimativa do dano emergente é, via de regra, mais simples que a dos lucros cessantes. Afinal, aquele corresponde a uma efetiva diminuição do patrimônio da vítima, ao passo que estes são a frustração de uma expectativa razoável de acréscimo patrimonial, demandando “um juízo de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos” (CAVALIERI, 2014, p. 95).

## **2.5 RESPONSABILIDADE AFETIVA**

A responsabilidade afetiva dos pais está ligada diretamente ao dever de cuidar, de dar afeto, o dever de se envolver emocionalmente com os filhos, preparando-os e fortalecendo-os para a vida cotidiana em sociedade.

Ao não participar afetuosamente da vida de um filho, poderá consequentemente no futuro acarretar transtornos psicológicos irreparáveis, visto que o desprezo de um pai ou mãe a um filho gera traumas levados por toda vida.

Ao ser verificado o abandono afetivo, decorrente da não participação dos pais emocionalmente, abstendo-se no dever de dar atenção, de educar, ou seja, de participar integralmente da vida de seus filhos, esse futuro adulto poderá buscar por vias judiciais uma reparação indenizatória por este abandono.



Segundo o jurista Rodrigo da Cunha Pereira, o primeiro a defender a tese da responsabilização civil por abandono afetivo, devemos perceber que ao se tratar de Direito de Família devemos levar em conta o princípio da dignidade da pessoa humana. Tendo em consideração de que todos nós temos o direito de sermos bem tratados, as crianças devem ser tratadas com dignidade, amor, carinho e atenção. Deve ser promovida uma educação digna para que elas possam se desenvolver plenamente.

Em se tratando de afetividade, é de responsabilidade dos pais prover seus filhos de amor, atenção, carinho. São assim responsáveis diretos pelo desenvolvimento psíquico e social dos menores sob sua guarda. Conseqüentemente, os danos causados às crianças por aquele que tem o dever de cuidado e de educar muitas vezes são irreparáveis quando se trata de danos relacionados ao campo da afetividade.

Sobre esse tema, o Código Civil disciplina a matéria de forma concisa no art. 1.634:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e a educação;

II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

– conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

– conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

– nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

– representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;



- reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”. (BRASIL, 2002).

Assim, nesse sentido, fica evidente que, em se tratando de abandono afetivo, o maior problema se estabelece quando os pais deixam de prover uma boa criação e educação para os seus filhos, como é descrito no inciso I do art. 1.643, e, também, quando deixam de observar o inciso II, ao se negarem a manter um bom relacionamento após o fim do relacionamento ou casamento, visto que manter a guarda unilateral ou compartilhada requer dos pais um esforço para manterem uma relação sadia visando ao bem estar dos seus filhos.

Nesse sentido, de acordo com Rodrigo Cunha Pereira, os pais devem ser responsabilizados civilmente quando deixam de cumprir com as suas obrigações, sejam elas afetivas, morais ou patrimoniais. (Pereira, 2009).

### **3 O PROBLEMA DA RESPONSABILIZAÇÃO NO ABANDONO AFETIVO**

A Carta Magna, em seu art. 5º, traz tanto no inciso V quanto no inciso X do seu texto a garantia de que qualquer pessoa pode ir a juízo reivindicar proteção da sua imagem e da sua moral, quando estas forem afetadas e lhes causem prejuízo, buscado uma efetiva reparação. Quando um pai ou mãe tem, pela alienação parental, violado essas garantias fundamentais inerentes à pessoa, fica a questão: até que ponto podemos buscar a reparação sem que haja um desgaste ainda maior da criança que está envolvida nessa situação? Analisando os citados incisos constitucionais temos:

V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização





pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.  
(Brasil, 1988).

Não nos restam dúvidas quanto ao direito de se ir a juízo buscar uma punição e se ter uma indenização após a comprovação de que os abusos cometidos pelo genitor alienado não existiram e que não passaram de memórias falsas implantadas na criança que, ainda em desenvolvimento, acaba acreditando e reproduzindo o que lhe foi dito pelo adulto em que confiava. Mas como deve ser feita essa comprovação?

A garantia de reparação de danos causados à moral de determinada pessoa é assegurada a esta pelo princípio da reparabilidade do dano. Isso, em teoria, confere à vítima alguma segurança de não ter esse direito violado, embora na realidade ainda esteja longe de ser amplamente respeitado, visto que a alienação parental é uma prática cada vez mais comum. Contudo, vários tribunais já garantem a reparação do dano, condenando aquele que pratica a alienação parental ao pagamento de indenizações como forma de punição pelos seus atos.

Não se trata de compensar um dano que repercute no campo material, mas sim um dano que causa abalos íntimos, na esfera estritamente moral, que fere sentimentos e laços fraternos, trazendo a dor e o sofrimento de um pai ou mãe que, com a rejeição e acusações falsas reproduzidas por um filho alienado, deixam de ter a confiança e o amor incondicional deste, que passa a evitá-los e até mesmo a odiá-los.

Acredita-se que compensar esse sofrimento trazido pela alienação parental com indenizações tem o intuito não só de punir aquele que cometeu a alienação como o de se tentar amenizar e fazer frear tais acusações, com a intenção de proteger assim a relação entre pais e filhos. Vejamos aqui o seguinte trecho extraído de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que analisou a questão:



Hoje em dia, após a consagração do princípio da reparabilidade do dano moral, até mesmo na Constituição Federal, não se pode discordar que esses sentimentos feridos pela dor moral devem ser indenizados. Nas palavras de Yussef Said Cahali, não se trata de ressarcir o prejuízo material representado, mas de reparar a dor com bens de natureza distinta, de caráter compensatório e que, de alguma forma, servem como lenitivo. (TJRS, 2017).

Os tribunais vêm buscando de forma acertada a condenação dos alienadores pela prática da implementação de memórias falsas em seus filhos com o intuito de afastá-los dos seus genitores. O pagamento de indenizações é uma forma prática de condenação que inibe que a conduta do alienador continue.

Assim, a justiça tem buscado, através do conhecimento dos psicólogos e assistentes sociais, a ajuda para identificar os casos de alienação nas crianças, para que se possa comprovar que acusações e rejeições apontadas por um dos genitores não passam de mentiras incutidas nas crianças apenas com a intenção maliciosa de vingança e desprezo com aquele que não quer mais manter o convívio de uma relação com o ex-cônjuge ou companheiro.

De acordo com a Lei nº 12.318/2010, que aborda o tema em seu art. 5º, a justiça deve se utilizar de uma equipe multidisciplinar formada por diversos profissionais, como psicólogos, assistentes sociais, dentre outros, que juntos devem elaborar um laudo seguro e que traga um grau de confiabilidade alto, para que se possa, através de entrevistas com as partes envolvidas, chegar à verdade real.

Quando se trata de crianças e adolescentes, em relação ao convívio familiar, não se pode correr o risco de julgar um caso sem a plena certeza de que o fato apontado, como, por exemplo, de estupro cometido por um pai, seja considerado verdadeiro quando na verdade se trata de memórias falsas



implantadas para que se desfaçam os laços parentais apenas por vingança do alienador.

As denúncias de abusos devem ser analisadas em um processo com trâmite mais célere, pois quanto maior a demora em se investigar a verdade real, mais tempo o genitor alienado ficará afastado de seu filho. Com isso, ele irá gradativamente perder os laços com este, sem participar do seu dia a dia, acarretando sérios problemas psicológicos, como a sensação de abandono e rejeição, podendo causar também danos físicos e morais.

Se não houver uma maior agilidade, quando finalmente for comprovado que apenas se tratavam de acusações falsas, já haverá se perdido a confiança entre pais e filhos. Assim, ficará mais difícil para restabelecer os laços que os uniam, necessitando de apoio de diversos profissionais para que se reestruture as relações parentais. Neste sentido, segundo Oliveira:

É muito importante, dessa forma, a efetiva e diligente participação dos profissionais auxiliares da Justiça no sentido de averiguar a veracidade das acusações. Isso porque a demora de fazê-lo traz graves consequências, seja confirmada ou repelida a imputação. Se realmente ocorreu o abuso incestuoso, o dano decorrente de não terem sido tomadas providências no sentido de afastar o genitor abusador da criança molestada, e de não ter sido providenciado o tratamento psicológico adequado para o menor é, por óbvio, nefasto. Também se mostra perniciosa a situação quando, após

o julgador ter suspenso cautelarmente o direito à convivência familiar, demora-se em demasia na revelação da verdade. Não sendo verídicas as acusações, o relacionamento afetivo entre o genitor acusado e o menor terá sofrido um forte abalo – que é precisamente o objetivo da conduta alienadora da qual partiu a acusação, se falsa. O julgador, diante de uma acusação de abuso sexual contra o genitor descontínuo, pode determinar a suspensão das visitas (se houver indícios reais de veracidade de acusações), ou determinar o acompanhamento profissional



de período de convivência entre o genitor acusado e o filho. (OLIVEIRA, 2012, p.121).

Outra possibilidade de intervenção judiciária, que pode auxiliar na obtenção de bons resultados nos conflitos familiares, não apenas com a lide existente entre os genitores, como também a trazer uma solução mais eficaz para que não haja mais os conflitos futuros dentro das relações familiares, é a Justiça restaurativa e a constelação familiar.

A constelação familiar sistêmica, já utilizada em alguns Tribunais brasileiros, apresenta um método que pode ser uma boa opção para reestabelecer os vínculos parentais e mantê-los estruturados e mais fortes, após a identificação da alienação parental e a regular definição dos direitos e obrigações de cada um dos integrantes da estrutura familiar.

O juiz Sami Storch membro do Tribunal de Justiça da Bahia, afirma que a constelação familiar surgiu com a finalidade terapêutica, criada pelo psicólogo e filósofo alemão Bert Hellinger, em que se coloca a representação à disposição dos membros de uma família. Nesse sentido sustenta que:

As constelações familiares consistem em um trabalho no qual pessoas são convidadas a representar membros da família de uma outra pessoa (o cliente) e, ao serem posicionadas umas em relação às outras, sentem como se fossem as próprias pessoas representadas, expressando seus sentimentos de forma impressionante, ainda que não as conheçam. Vêm à tona as dinâmicas ocultas no sistema do cliente que lhe causam os transtornos, mesmo que relativas a fatos ocorridos em gerações passadas, inclusive fatos que ele desconhece. Pode-se propor frases e movimentos que desfçam os emaranhamentos, restabelecendo-se a ordem, unindo os que no passado foram separados, proporcionando alívio a todos os membros da família e fazendo desaparecer a necessidade inconsciente do conflito, trazendo paz às relações. (STORCH, 2018).

A constelação familiar é uma forma de terapia de curta duração que apresenta resultados benéficos, ao atingir o inconsciente dos personagens



envolvidos, buscando alcançar comportamentos que se repetem ao longo da vida e que fazem com que as pessoas agridam umas às outras inconscientemente.

Heloísa Noronha, ao definir Constelação familiar afirma que:

A constelação familiar é uma prática considerada terapêutica que busca resolver conflitos familiares que atravessam gerações. Num primeiro olhar, a técnica tem conteúdos parecidos aos do psicodrama, por conta da dramatização de situações, e da psicoterapia breve, pela ação rápida. (Noronha, Heloísa. Acesso em: 19/03/2020).

Na opinião da advogada Ana Carolina Maldelano a constelação humaniza as pessoas e faz com que muitos resolvam os conflitos familiares sem que necessitem levar adiante um processo judicial para resolver as lides existentes. Nesse sentido ela afirma:

Sem sombra de dúvidas, a ‘Constelação Familiar’ humaniza o Judiciário, a começar pelo olhar dado aos litigantes e por buscar realmente o fim do conflito, e não apenas do processo. Ademais, traz uma nova forma de pensar as relações humanas, isenta de culpas e julgamentos, dando aos participantes recursos psíquicos para agirem com responsabilidade”, opina. (IBDFAM, 2016).

A aplicação das constelações encontra respaldo na Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 125/2010, que trata das conciliações no âmbito do Poder Judiciário, no Código de Processo Civil de 2015 e na Lei de Mediação. Dessas normas, decorre a possibilidade de se tentar resolver as lides através da conciliação e mediação, como meios alternativos para se chegar a um resultado positivo para todos os lados. Assim nasceu a possibilidade de se fazer a constelação familiar sistêmica.

Muitas vezes as pessoas não percebem que a prática das suas ações pode influenciar positivamente ou negativamente o comportamento de outras pessoas que estejam ligadas a elas. Assim, a Advogada Ana Carolina explica que:



De acordo com ela, o método parte do princípio de que todos nós possuímos questões biográficas, tratadas pela psicologia tradicional, mas também embaraços sistêmicos, que dizem respeito a conflitos não resolvidos em nosso sistema, como um padrão que se repete, a exemplo da violência doméstica. “Funciona semelhantemente a um olhar para o sistema familiar da pessoa a ser constelada, com influências do psicodrama. A história se desenrola a partir da visão do ‘paciente’ e, através de representantes, a técnica, por meio do olhar apurado do facilitador, revela as dinâmicas ocultas em determinada família”, esclarece. (IBDFAM, 2016).

Nesse sentido, podemos perceber a importância de se buscar não só a responsabilidade civil do alienador, condenando-o ao pagamento de indenização, mas também a reconciliação familiar. Nesse cenário, podemos buscá-la através de medidas como a aplicada na justiça restaurativa no intuito de preservar o bem-estar tanto dos adultos inseridos numa lide como, principalmente, das crianças envolvidas nessas situações, que muitas vezes lhes trazem dor e sofrimento.

### **3.1 DECISÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE NA ALIENAÇÃO PARENTAL**

Diante das demandas que surgem nos juízos de 1ª instância no ordenamento brasileiro, os juízes vêm acertadamente condenando os genitores que praticam a alienação parental ao pagamento de indenizações como forma de punir aqueles que alienam o próprio filho, denegrindo a imagem do genitor alienado. No mesmo sentido, os Tribunais, em sede de recurso, vêm mantendo as decisões, corroborando assim pela manutenção das penas indenizatórias.

Como exemplo, vale analisar uma apelação cível decorrente de uma ação indenizatória por alienação parental com pedido de danos morais, confirmada pelo Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, que manteve a sentença proferida pelo juízo da Comarca de Carazinho - RS, na qual ficou determinado o



pagamento de indenização por danos morais decorrentes da prática de alienação parental realizada pela mãe da criança, além de medidas de acompanhamento psicológico tanto para mãe alienadora quanto para a criança que sofreu a alienação.

Assim, temos no voto do Desembargador Jorge Luís Dall'Agnol as seguintes considerações:

(...) Com base nas considerações apresentadas pela assistente social, somado ao fato de que o exame de conjunção carnal demonstrou que Isabelli é virgem, a Autoridade Policial encaminhou o Inquérito Policial sem apontes de indiciamento, opinando pelo seu arquivamento (fls. 42/44). Seguiu-se parecer do Ministério Público, concordando com as conclusões da Autoridade Policial e requerendo o arquivamento do Inquérito Policial (fls. 45/46), pedido que foi acolhido (fl. 48).

Claramente, portanto, desse contexto, se evidencia a ocorrência de atos de alienação parental – ao revés do alegado pela ré, que de forma genérica, negou a ocorrência de atos de alienação parental - pois ao longo dos anos Dulciane sempre buscou desqualificar a conduta do genitor no exercício da paternidade, dificultando o exercício da autoridade parental, bem como o contato da criança com o pai, além de apresentar falsa denúncia de abuso sexual contra o genitor da menor, para obstar a convivência dele com a criança. (TJRS. 2017).

Não é novidade a grande demanda na justiça de falsas acusações de estupros cometidos por pais, mas muitas destas acusações advêm do desejo de desfazer vínculos entres pais e filhos, numa tentativa quase que desesperada de afastar um filho do pai pelo simples prazer da vingança.

A justiça não pode sozinha avaliar os casos e desta forma vêm se montando estruturas complexas, formadas por uma equipe multidisciplinar para avaliar todas as denúncias. Se, por um lado, não se pode permitir que um pai molestador fique com a guarda da criança, também não se pode manter afastado



de seu filho um pai que está sendo acusado injustamente. Assim deve-se agir rápido e com presteza para que os danos sejam os menores possíveis.

Ainda segundo o Desembargador Dall'agnol:

O pai que é alienado perde algo que é irreparável: perde os momentos com seu filho(a), muitas vezes toda sua infância, podendo chegar ao extremo de perder o amor do(a) próprio(a) filho(a). Tudo isso, sem contar com as consequências na sua vida particular em relação às falsas acusações do genitor alienante, tal como demonstradas no curso do processo, que podem gerar a destruição de relacionamentos, perda de empregos, da reputação junto à sociedade e a própria dignidade, como nos casos de falsa acusação de abuso sexual ou agressão física.

O pai que é alienado perde algo que é irreparável: perde os momentos com seu filho(a), muitas vezes toda sua infância, podendo chegar ao extremo de perder o amor do(a) próprio(a) filho(a). Tudo isso, sem contar com as consequências na sua vida particular em relação às falsas acusações do genitor alienante, tal como demonstradas no curso do processo, que podem gerar a destruição de relacionamentos, perda de empregos, da reputação junto à sociedade e a própria dignidade, como nos casos de falsa acusação de abuso sexual ou agressão física.

Hoje em dia, após a consagração do princípio da reparabilidade do dano moral, até mesmo na Constituição Federal, não se pode discordar que esses sentimentos feridos pela dor moral devem ser indenizados. Nas palavras de Yussef Said Cahali, não se trata de ressarcir o prejuízo material representado, mas de reparar a dor com bens de natureza distinta, de caráter compensatório e que, de alguma forma, servem como lenitivo. (TJRS, 2017).

Ao analisarmos o art. 6º da Lei nº 12.318, de 2010, podemos perceber que o alienador será punido caso desobedeça às determinações legais previstas. Assim, quando o magistrado se depara com a comprovação da prática da alienação parental, aplica desde uma pena leve, como apenas uma advertência, e até uma mais grave, como a revisão da guarda, podendo haver a transferência da guarda da criança do seu poder para o outro genitor.





Art. 6º. Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador;
- determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. (BRASIL, 2010).

Junto com a comprovação da alienação, pode o autor pedir danos morais, visto que, quando se chega ao conhecimento da justiça, a relação entre pais e filhos já está bastante abalada, com acusações falsas, principalmente quando se trata de supostos abusos sexuais, nascendo o dever de pelo menos ser indenizado pela falsa acusação, além claro de se tentar reconstruir o vínculo com seus filhos. Ainda de acordo com o Desembargador do Tribunal do Rio Grande do Sul, em seu voto ele reforça:

Ocorre que para se chegar à configuração do dever de indenizar, não será suficiente ao ofendido demonstrar sua dor, deverá estar presente os três requisitos necessários para que ocorra a responsabilidade civil: dano, ilicitude e nexô causal. Os requisitos restaram implementados, na medida em que a prova documental produzida demonstrou os diversos atos de alienação parental praticados pela ré,



outrora já listados, além de ter cometido a falsa comunicação de abuso sexual por parte do autor, que não restou demonstrado. (TJRS, 2017).

Nesse sentido, podemos perceber que foi analisada a conduta praticada pela alienadora, verificando que ela realmente teve a intenção de separar o pai do convívio da filha, cometendo o ilícito de atribuir falsas acusações incestuosas, causando-lhes danos tanto na relação pai e filha quanto na esfera moral e psíquica do pai, ao acusá-lo de estupro, o que foi comprovado mediante laudos apresentados pela assistente social e conselho tutelar, causando-lhe dor e abalos psíquicos comprovados nos autos.

Nesse cenário, o tribunal não só manteve a condenação de pagar a indenização por danos morais, como também elencou outras medidas, como advertências no sentido de que se persistisse em dificultar as visitas entre pai e filha, a guarda da criança seria revista como uma das formas de punição ainda mais gravosa. Ainda foi determinada a obrigatoriedade de a mãe passar por um tratamento psicológico, além de multa a ser depositada em favor do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Diversos Tribunais estão utilizando também a Justiça Restaurativa. Podemos citar como exemplo os Tribunais dos Estados de Alagoas, Amapá, Bahia, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Sul, Rondônia, São Paulo, Pará e Paraná e do Distrito Federal. Busca-se, nesses casos, solucionar conflitos através da prática das constelações familiares, resolvendo as lides não com uma sentença, mas sim com um acordo e entendimento das partes envolvidas que passam a se conhecer melhor e a deixar de lado os rancores e mágoas que sentiam (IBDFAM, 2016).

Diante disso, podemos observar que:

A Vara Cível, de Família, Órfãos e Sucessões do Núcleo Bandeirante, no Distrito Federal, costuma realizar as



sessões uma semana antes das audiências de conciliação, por meio do Projeto Constelar e Conciliar, idealizado pelo próprio órgão. Desde março, a Vara já aplicou a técnica a 52 processos, obtendo índice de acordos de 86% (as duas partes participaram da dinâmica). Juiz da 2ª Vara de Família de Itabuna (BA) e um dos primeiros a inserir a técnica no Judiciário, Sami Storch revelou que, por meio dela, alcançou acordos em 100% dos casos em que esteve à frente. Já em Goiás, o Projeto Mediação Familiar, do 3º Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania da comarca de Goiânia, rendeu ao Tribunal de Justiça do Estado o “V Prêmio Conciliar é Legal” (promovido pelo CNJ), justamente por apresentar, como novidade, a utilização do método. (IBDFAM, 2016).

A busca das vias judiciais para resolver os conflitos familiares é bastante comum, mas devemos entender que existem outros meios para resolver essas lides sem chegar a uma solução traumática e que gera bastante desgaste emocional, principalmente quando envolve crianças e adolescentes. Assim, com a aplicação do direito sistêmico e a resolução dos conflitos familiares por meio das constelações cria-se a possibilidade de não só resolver mais rápido as questões conflituosas como também a diminuição dos processos nas varas de família e com resultados satisfatórios para ambas as partes envolvidas.

### **3.2 CRÍTICAS ÀS DECISÕES**

É comum nos depararmos com críticas contra a Responsabilidade Civil do alienador, visto que este muitas vezes não consegue enxergar que as acusações que ele faz e implanta na memória do seu filho não são verdadeiras por estarem acometidos pela Síndrome da Alienação Parental (SAP). Mas apesar de ser reconhecida esta síndrome, deve-se pensar também no outro genitor que sofreu danos morais, tendo a sua imagem denegrida perante a família e, muitas vezes, perante a sociedade, com as acusações falsas criadas apenas com o intuito de lhe afastar do convívio com seus filhos.



Na sustentação da autora Maria Berenice Dias, a Síndrome da Alienação Parental é sim uma forma de maltratar tanto um pai ou uma mãe privando-os do convívio com os seus filhos e por isto deve haver condenação tanto na esfera penal quanto Civil. Mas o juiz deve estar atento para se certificar que está realmente diante de um caso de alienação parental para que não caia em erro. Assim de acordo com a autora:

Diante da dificuldade de identificação da existência ou não dos episódios denunciados, mister que o juiz tome cautelas redobradas. Deve buscar a identificação da presença de outros sintomas que permitam reconhecer que está frente à síndrome da alienação parental e que a denúncia do abuso foi levada a efeito por espírito de vingança, mero artifício para romper o vínculo do filho com o genitor. Desse modo, é indispensável não só a participação de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, com seus laudos, estudos e testes, mas também a capacitação do juiz para poder distinguir abuso sexual do sentimento de ódio exacerbado que leva ao desejo de vingança a ponto de alguém programar o filho para reproduzir falsas denúncias. (DIAS. 2017 p.05)

Vale reforçar aqui que a Lei de Alienação Parental deve ser aplicada em conjunto com o Código Civil no que se refere à Responsabilidade Civil do autor da ilicitude.

A aplicação de penalidades contra aquele que causa um dano na esfera moral deve ser amplamente verificada, sem deixar de fora a ajuda imprescindível de psicólogos e assistentes sociais para que num trabalho em conjunto seja certificado e comprovado que realmente estamos diante de um caso de alienação parental.

Neste sentido, é fundamental analisar caso a caso, para que não se tenha dúvidas nem sejam avaliados erroneamente os casos de abusos, de modo que as denúncias de danos causados por agressões físicas e psíquicas contra crianças, que são muitas vezes violências sexuais, não sejam erroneamente classificadas.



A utilização das conciliações é uma alternativa satisfatória quando ainda se pode restabelecer o convívio harmônico entre as partes, quando o alienador deseja se ver no lugar do outro e assim busca a conciliação como alternativa a evitar as brigas e desavenças com o alienado.

De acordo com Storch, todos tendem a ganhar com a utilização da conciliação, não só as partes diretamente envolvidas, mas também os advogados, o Judiciário e toda a cadeia estrutural que dela se utiliza. Ele afirma que:

Quem está emaranhado pode ser um terapeuta dedicado, um advogado combativo, pode ganhar causas... por ter vocação. Mas, sem perceber, ele reforça o padrão do cliente – de vítima, de revolta, de dependência. O cliente ganha a indenização, porém se torna ainda mais infeliz e insatisfeito. O advogado emaranhado sistemicamente pode ganhar a causa e assim ajudar seu cliente no nível daquilo para o qual foi contratado – livrá-lo da prisão ou colocar alguém nela, ganhar a guarda do filho, obter a indenização por uma injustiça sofrida ou se livrar de um pagamento, etc. Mas não é uma ajuda real, pois é limitada e deturpada pelo emaranhamento do cliente e do próprio advogado que com ele se identifica. Na verdade, ajuda o cliente a se tornar mais vítima, mais insatisfeito, mais reclamão, mais acusador.

A ajuda real só vem de alguém que não esteja envolvido no mesmo padrão do cliente. (Storch, 2018).

Portanto, nem sempre a responsabilização civil imposta pelos tribunais ao alienador é a mais viável. O afastamento da criança do genitor alienador e a obrigação deste de arcar tanto com os custos processuais, quanto com a obrigação de indenizar o genitor alienado, pode não surtir bom resultado, visto que muitos não compreendem que podem estar sofrendo da síndrome de alienação parental. Assim, devemos tentar chegar a um conjunto de práticas que busquem a melhor forma de resolução do conflito de acordo com cada caso.

## **CONCLUSÃO**



Diante do estudo da aplicação da Responsabilidade Civil na Alienação Parental, foi verificada a importância de se buscar a verdade real de forma mais ágil, visto que se trata de acusações relacionadas a abusos e maus tratos contra crianças e aos adolescentes, cometidos por um pai ou mãe, verificando se realmente aconteceu ou não esses maus tratos para se chegar a um diagnóstico de uma Alienação Parental, praticada apenas com o intuito de vingança.

No primeiro capítulo tecemos os conceitos de alienação parental, alienador e alienado e as diferenças entre Síndrome de Alienação Parental, alienação parental e abandono afetivo.

A diferença fundamental para se verificar se estamos diante da alienação parental ou da Síndrome da Alienação Parental está em identificar o sujeito que a pratica, na alienação parental um dos cônjuges por denigre a imagem do outro por simples sentimento de raiva, fala mal e faz acusações falsas na frente da criança para que a criança também passe a rejeitar o outro pelo simples fato de não aceitar o fim do relacionamento.

Já na Síndrome da Alienação Parental (SAP), verificamos que ocorre quando o alienador não sabe que está acometido pela síndrome, e incentiva a criação de memórias falsas em seus filhos, incentivando a criar em seu íntimo memórias de situações inexistentes, dessa forma passam a repelir o outro genitor.

No que tange ao abandono afetivo, este se difere da Alienação Parental, visto que o primeiro se dá a partir da omissão dos pais em cuidar, educar, dar afeto, ou seja, está realmente presente na vida de seus filhos, O abandono afetivo tanto pode ser atribuído ao pai ou mãe quanto por um deles, e é assegurado pela Constituição Federal.

Consequentemente, ao se praticar a alienação parental tem-se buscado responsabilizar civilmente o alienador, com o intuito de se desestimular essa



prática. Assim, no segundo capítulo deste trabalho podemos verificar os principais conceitos de responsabilidade nas relações familiares, a diferença e natureza da responsabilidade civil, o que é responsabilidade legal e contratual, a Teoria da Culpa e Risco, a responsabilidade moral e a responsabilidade afetiva.

A responsabilidade nas relações familiares nos mostra que os genitores têm a obrigação de cuidar de seus filhos independentemente de quem está com a guarda da criança. Os pais são responsáveis por preparar os filhos para viverem em sociedade da forma mais independente possível, sem sequelas físicas e emocionais, e isso só se dará com o respeito, o cuidado e a educação devida.

Outro ponto abordado foi a necessidade de definir a responsabilidade civil nas relações familiares. Aqui deve-se ter em mente que as crianças e os adolescentes têm o direito de serem cuidados, educados, de terem um pai, uma mãe ou mesmo que seja um tutor ou responsável presente, prestando toda assistência para que assim possam viver com dignidade. Na falta desses suportes devidos, os genitores e responsáveis podem ser responsabilizados e até mesmo condenados a indenizar, a reparar o dano causado. Para isso, é necessária a comprovação dos três núcleos que configuram a responsabilidade civil, sendo eles o ato praticado (doloso ou culposos), o nexo causal e o dano. Não basta para a configuração da responsabilidade civil ter o agente apenas cometido o ato. Essa ação tem que

ser considerado um ilícito e ter existência no mundo real.

Analizamos também a responsabilidade contratual e a extracontratual, sendo que ambas dependem do comportamento das pessoas que assumem uma obrigação. A primeira surge a partir do descumprimento de uma obrigação contratual, havendo um vínculo prévio entre as partes, que se obrigam a determinada prestação e, ao descumpri-la, é devida a reparação por quem causou



dano. Já a segunda responsabilidade, a extracontratual, ou aquiliana, analisamos a partir do art. 927 do Código Civil de 2002, que, em seu parágrafo único, afirma que aquele que causar dano a outrem de qualquer esfera, seja patrimonial ou moral, será responsabilizado e deverá por obrigação reparar o dano causado.

Diante da Teoria da Culpa e Risco, encontramos a possibilidade de responsabilizar tanto os pais quanto os filhos, sendo que em relação a estes, quando menores de idade, a responsabilidade ainda é exclusivamente dos seus pais ou responsáveis. Os danos causados por um pai ao seu filho ensejam reparação civil do mesmo modo que os danos causados por um filho já maior de idade a seus pais. Essa reparação pode ser de natureza material ou moral. Essa responsabilidade de indenizar pode recair tanto na esfera moral quanto na patrimonial. Observamos que a responsabilidade patrimonial deriva da violação de um direito econômico da vítima, causando uma diminuição desse patrimônio, enquanto que a responsabilidade moral decorre de uma ação ou omissão do agente que, por dolo ou culpa (imprudência, negligência ou imperícia), atinge a esfera pessoal da outra pessoa, denegando a

sua honra e intimidade. Em ambos os casos, nasce o dever de indenizar.

A responsabilidade afetiva, analisada a partir do art. 1.634 do Código Civil de 2002, demonstra as responsabilidades dos pais com seus filhos. Então, temos, a partir do não agir dos pais, da não participação destes emocionalmente na vida dos seus filhos, o abandono infantil caracterizado. Assim, os pais devem ser responsabilizados civilmente por não cumprirem com as suas devidas obrigações.

Após a análise de conceitos sobre o que é a alienação parental, da responsabilidade civil juntamente com fundamentos na Lei de Alienação Parental, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil, buscamos





entender como os Tribunais vêm tratando o tema, para assim responsabilizar ou não os atos cometidos pelo alienador.

Hoje diversos tribunais estão entendendo que é possível promover a reparação por danos morais, aplicando o que entendem como justas indenizações para amenizar os danos causados pelo abalo emocional sofrido pelo genitor alienado e de certa forma punindo o outro genitor causador da alienação parental, indicando também tratamento psíquico, visto que muitos alienadores sofrem da Síndrome da Alienação Parental.

Outra solução que vem dando resultados positivos é a técnica de constelação familiar sistêmica, uma opção para quem quer resolver os conflitos existentes dentro da família e que destroem as estruturas emocionais dos seus membros, gerando as demandas judiciais. Esse método busca a raiz dos problemas emocionais de modo que todos participem e assim revejam seus atos. É um mecanismo que vários juízes já estão aplicando em diversos casos e com um grande resultado positivo.

Enfim, não basta apenas aplicar punições monetárias ao alienador. Temos que investir em educação para que os conflitos que existam em decorrência do desfazimento dos vínculos entre os pais e mães não tragam prejuízos às crianças e adolescentes, visando minimizar também os problemas emocionais que podem transformar crianças em futuros adultos agressivos, inseguros ou depressivos.

### **REFERÊNCIAS:**

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27/08/2019.



BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 24/08/2019.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm). Acesso em: 27/08/2019.

BRASIL. LEI Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Acesso em: 11/11/2019.

DIAS, Maria Berenice. Incesto e a síndrome da alienação parental. <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em 24 de fevereiro de 2020.

FILHO, Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 11ª Edição. Editora Atlas. São Paulo, SP. 2014.

FREITAS, Phillips Douglas. Alienação Parental – Comentários à Lei 12.318 de 2010. 4ª Edição rev. Atual e ampl. Editora Forence. Rio de Janeiro, 2015.

FERNANDES, Alexandre Cortez. Direito Civil: Responsabilidade Civil. Editora Educus. Caxias do Sul -RS, 2013.

GARDNER, Richard A.M.D. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)? Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia, New York, New York, EUA. Tradução para o português por Rita Rafaeli. Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 06/09/2019.

GOMES, Orlando. Responsabilidade Civil. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Editora Forense. Rio de Janeiro - RJ, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 15ª Edição. Ed. Saraiva. São Paulo- SP 2014.

IBDFAM. Por meio de técnica alemã, Tribunais brasileiros realizam mediações de conflitos familiares. 23/11/2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6177/>



Por+meio+de+t%C3%A9cnica+alem%C3%A3%2C+tribunais+brasileiros+realizam+media%C3%A7%C3%B5es+de+conflitos+familiares. Acesso em 17/03/2020.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Alienação Parental: Do mito à realidade. Editora Revistas dos Tribunais. São Paulo - SP, 2015.

MANDELANO, Ana Carolina Carpes, Rolf. Síndrome da Alienação Parental: a importância da Detecção Aspectos legais e processuais. Forense. Rio de Janeiro - RJ, 2013.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil , Vol. 7. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Mário Henrique Casttanho Prado de. A Alienação Parental como forma de abuso à criança e ao adolescente. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – SP, 2012. Disponível em:[https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-07062013141829/publico/dissertacao\\_INTEGRAL\\_mario\\_h\\_castanho\\_DIREITO\\_U SP\\_2012.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-07062013141829/publico/dissertacao_INTEGRAL_mario_h_castanho_DIREITO_U SP_2012.pdf). Acesso em 28/02/ 2020.

NETO, Álvaro de Oliveira; de Queiroz, Maria Emília Miranda; Calçada, Andrei. Alienação parental e família contemporânea: um estudo psicossocial; Coordenação, Maria Quitéria Lustosa de Sousa. Recife: FBV - Devry, 2015.

NORONHA, Heloísa. Constelação familiar promete resolver conflitos geracionais: como funciona? Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/03/18/constelacoes-familiares-saiba-tudo-sobre-essa-tecnica.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 19/03/2020.

PEREIRA, Fernando Cunha. Afeto, responsabilidade e o STF. 07 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/553/Afeto%2C+responsabilidade+e+o+STF>. 2010. Acesso em: 12 /11/ 2019.

REZENDE, Alencar Ridolphi, Oswaldo Ferreira e Tauã Rangel – O Abandono Afetivo à luz do STJ. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2018/08/22/artigo-o-abandono-afetivo- a-luz-do-stj-por-adriana-rezende-alencar-ridolphi-oswaldo-ferreira-e-taua-rangel/> Acesso em: 06/09/2019.



RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul. (8ª Turma) Câmara Cível. Apelação Cível. Nº 70073665267. Ação indenizatória. Alienação Parental. Danos Morais. Merece mantida a sentença que determina o pagamento de indenização por danos morais da apelante em relação ao autor, comprovada a prática de alienação parental. Manutenção do quantum indenizatório, uma vez que fixado em respeito aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Apelação cível desprovida. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 20/07/2017. D. E. P. V. Apelante, G.A.S. Apelado. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/480555451/apelacao-civel-ac-70073665267-rs/inteiro-teor-480555467>. Acesso em: 17/03/2020.

RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. 6ª Edição. Editora Forense, Rio de Janeiro- 2013.

SCHAEFER, Amanda Polastro. A Alienação parental e a violação aos direitos da personalidade. 2014. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo - SP, 2014. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde23092015090257/publico/Dissertacao\\_Amanda\\_Polastro\\_Schaefer\\_Ver\\_sao\\_Simples.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde23092015090257/publico/Dissertacao_Amanda_Polastro_Schaefer_Ver_sao_Simples.pdf). Acesso em 06/09/ 2019.

STORCH, Sami. A Missão. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2018/04/19/a-missao/>. Acesso em 19/03/2020.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Vol. Único, 6ª Edição. Editora Forense. São Paulo – SP, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Vol. 5 - Direito de Família. 18ª edição. Editora Atlas, São Paulo – SP, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Vol. 2 – Obrigações e Responsabilidade Civil. 19ª Edição. Editora Atlas. São Paulo – SP, 2019.

WAQUIM, Bruna Barbieri. Alienação Familiar Induzida: aprofundando o estudo da alienação parental. Lumen Juris. Rio de Janeiro - RJ, 2015.



# A APLICABILIDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS FRENTE A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE COM OS DESCENDENTES DO *DE CUJUS*: INTERVENÇÃO ESTATAL E AUTONOMIA DA VONTADE

Marcela Araújo Basilio França

## RESUMO

Em um primeiro momento, a presente monografia almeja contextualizar quais os regimes de bens previstos no ordenamento jurídico brasileiro, para que, dessa forma, seja possível ao leitor compreender a razão pela qual o regime da separação pactuada é o que permeia o embate em questão, haja vista suas características preponderantes. Propõe-se então a análise da autonomia da vontade, princípio que permite aos nubentes a livre escolha do regime de bens quando do pacto antenupcial. Nesse sentido, ressalta-se a incoerência da autonomia da vontade das partes face o instituto da concorrência no Direito Sucessório. Visando demonstrar uma intervenção estatal excessiva, o presente trabalho explica como ocorre a sucessão legítima, bem como ocorre o instituto da concorrência em cada um dos regimes de bens, a fim de apresentar a contradição existente entre o regime da separação pactuada, expressamente manifestado, e a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do falecido sobre a massa patrimonial, imposta a esse regime. Por fim, vislumbrando o equilíbrio jurídico da questão, sugere-se uma solução usando como base a Súmula 377/STF por analogia, observando-se o raciocínio jurídico por trás de sua formação.

**Palavras-chave:** direito sucessório; regime de bens; separação convencional; autonomia da vontade; instituto da concorrência; intervenção estatal; aplicação analógica da Súmula 377/STF como possível solução.

## INTRODUÇÃO



A aplicabilidade da norma que aborda o regime da separação convencional de bens e seus efeitos no âmbito do direito sucessório, resulta na reflexão entre a autonomia privada e a intervenção estatal.

Neste sentido, a concorrência do cônjuge supérstite sobre o patrimônio do falecido, converge com a reflexão a respeito da autonomia das partes e, de que forma, cabe ao Estado intervir sobre como o indivíduo dispõe sobre o seu patrimônio. A análise a que se propõe diz respeito a autonomia privada das partes, que expressamente manifestaram sua vontade em optar por um regime que adota a incomunicabilidade patrimonial, e como, em caso de falecimento de um dos cônjuges, essa manifestação de vontade perde sua total aplicabilidade.

O presente trabalho, portanto, questiona uma possível solução caso ambos os cônjuges não queiram a comunicação de seus bens, tendo, para tanto, optado por um regime que regula essa incomunicabilidade, qual o seja, o da separação de bens. Nesta toada, destaca-se a aplicabilidade da norma do regime de separação convencional de bens, a autonomia das partes e a liberdade de ambas no âmbito do direito sucessório.

Ressalta-se que a discussão patrimonial no direito sucessório e o que expressamente manifestou o autor da sucessão bem como seu cônjuge ante a escolha do pacto antinupcial, gera indagações sobre a liberdade das partes e o planejamento familiar, haja vista o instituto da concorrência imposto. Diante da problemática em questão, cabe o questionamento acerca do tema, de modo a suprir os anseios sociais proporcionando uma saída àqueles que não almejam a comunicabilidade patrimonial *no post mortem*.

As diferentes visões quanto a ingerência estatal em um instituto eminentemente privado, devem ser aprofundadas, uma vez que se observa uma contradição entre a afirmativa de que o Estado busca proteger o estatuto da família, e de que a proteção da família deveria abranger a vontade dos integrantes da mesma.



Com isso, verifica-se que o tema em questão possui uma importante relevância social, tendo em vista que há uma influência direta na vida entre particulares, influenciando em como poderão realizar seu planejamento familiar e os limites para dispor de seus bens.

Este tema diz respeito à aplicabilidade do regime da separação convencional de bens em análise sucessória, bem como a autonomia de vontade das partes. Abordarei no decorrer do trabalho sobre essa aplicabilidade ficta do regime da separação convencional ou pactuada, o qual, mesmo sendo de livre escolha e iniciativa dos cônjuges, não é respeitado em sua integralidade, uma vez observado o instituto da concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do *de cujus*, ainda que esta não seja a vontade expressa daqueles que o aderiram.

## **1 REGIME DE BENS, PACTO ANTENUPCIAL E AUTONOMIA DA VONTADE**

Entender os regimes de bens adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro é essencial para que seja possível compreender a problematização acerca do tema. Deste modo, entender as regras aplicadas a cada um desses regimes a serem acordados entre as partes, é o ponto inicial para compreendermos a liberdade e autonomia das partes.

O nosso ordenamento jurídico apresenta 5 regimes de bens a serem adotados. Excetuando o regime da separação obrigatória de bens, o qual o legislador estabeleceu um rol taxativo para sua adoção, os demais são de livre escolha dos particulares, são eles: Comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, separação convencional de bens e participação final nos aquestos.

Neste sentido, menciona Cristiano Chaves:

Dessa maneira, afora as excepcionais situações expressamente contempladas no texto legal (CC, art. 1.641), nas quais impõe o legislador um especial regime separatório dos bens, poderão os nubentes, quando da habilitação matrimonial perante o



Cartório do Registro Civil de Pessoas Naturais, livremente, elege o estatuto patrimonial do casamento. Para a adoção de um determinado regime de bens basta às partes a simples menção ao seu título ou mesmo aos artigos de lei que o regulamentam. É o chamado princípio da variedade de regimes<sup>1</sup>

Ainda, a liberdade conferida aos particulares na escolha do regime a ser adotado pelo casal encontra respaldo no Artigo 1.640, parágrafo único do Código Civil: “Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.”<sup>2</sup>.

Ressalta-se, face o artigo supracitado, que com a exceção do regime da comunhão parcial de bens, todos os demais devem ser manifestados expressamente no pacto antenupcial, sob forma solene, mediante escritura pública.

Portanto, é possível entender que o sistema jurídico brasileiro possibilita aos nubentes a escolha do regime de bens a ser adotado pelo casal, concede a liberdade aos cônjuges em manifestar sua vontade, uma vez que o regime de bens escolhido, influenciará diretamente sobre o patrimônio das partes.

Nos seguintes tópicos, busca-se ilustrar tais regimes de bens, colocando em destaque o regime da separação convencional de bens e a autonomia das partes quando da sua escolha.

## **1.1 REGIME DE BENS NO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Consoante o atual ordenamento jurídico brasileiro, cinco regimes de bens possuem previsão no Código Civil, dentre os quais, quatro podem ser

---

<sup>1</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito civil. Famílias*. v.6. 7 ed. São Paulo: Atlas S.A. 2015, p. 285

<sup>2</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 22 out. 2019





convencionados conforme a vontade das partes, e um possui caráter impositivo, sendo a sua adoção compulsória.

Haja vista os inevitáveis efeitos patrimoniais que resultam do matrimônio, considerando-se a unidade familiar que se forma, surge a necessidade de regulamentação desses efeitos, a fim de que os cônjuges tenham seus direitos resguardados.

Em breve análise histórica, tendo em vista a evolução da sociedade, a mulher, que até os anos 70, em regra, somente cuidava da casa enquanto o único provedor era o marido, atualmente divide as despesas e é também provedora, por vezes a única provedora, e, consoante a esse novo cenário social, ampliaram-se as possibilidades de escolha do regime de bens a ser adotado, de modo a satisfazer os anseios das partes.

Portanto, o instituto do regime de bens surge para possibilitar aos cônjuges a liberdade de escolha no que tange a seu patrimônio, tendo em vista ser uma relação *inter partes*. Resguarda-se, para tanto, a liberdade e autonomia de escolha das partes envolvidas, para que, dessa forma, possam ser supridas suas necessidades e suas vontades.

Nesse sentido, Rolf Madeleno discorre que:

Dentro desse princípio de variedade de regimes matrimoniais está implícito o princípio da liberdade de escolha, qual seja o de os cônjuges e conviventes convencionarem acerca do regime que melhor lhes aprouver, mas essa liberdade de escolha precisa ser exercida no casamento através de um pacto antenupcial, ou através de um contrato de convivência no caso da união estável<sup>3</sup>

O regime de bens a ser escolhido pelos nubentes no pacto antenupcial pode variar entre o regime da comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos e separação convencional ou pactuada. Todavia, há ainda o regime da

---

<sup>3</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013, p 700



separação obrigatória de bens, por força impositiva da norma em determinadas situações trazidas no texto legal.

Veja-se um breve resumo dos regimes de bens que constitui o ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para o regime da separação pactuada ou convencional de bens, uma vez que este é foco do presente trabalho.

### *1.1.1 Regime da comunhão parcial de bens*

O regime da comunhão parcial de bens determina a comunicabilidade de todos os bens do casal após a contração do matrimônio. Desta forma, quaisquer bens adquiridos após o casamento, irão pertencer a ambas as partes, de forma igualitária. Neste sentido, pouco importa em nome de quem está o bem, ou comprovantes de pagamentos realizados por somente uma das partes, pois, neste regime, ambos os cônjuges possuem direitos sobre todos os bens adquiridos após o matrimônio.

O regime da comunhão parcial de bens é o mais comum regime adotado, mesmo porque, é o regime automático caso as partes não se manifestem a respeito de qual regime de bens pretendem adotar. Portanto, em caso de omissão dos nubentes, logo, caso não haja convenção em sentido de regime contrário, será este o regime aplicado para fins patrimoniais.

Pode-se afirmar, então, que o regime da comunhão parcial de bens é o regime supletivo à vontade das partes. Assim defende o doutrinador Cristiano Chaves, ao explicar o mencionado regime de bens da seguinte forma:

Tratada pela legislação brasileira como regime supletivo de vontade, a comunhão parcial dispensa, como visto anteriormente, a celebração de pacto antenupcial, prevalecendo no silêncio das partes ou na hipótese de invalidade da convenção. É regime pelo qual se estabelece um componente de certo modo ético entre os cônjuges: o que é meu é meu, o que é seu é seu e o que é nosso, metade de cada um, reservando a titularidade exclusiva dos bens particulares e



estabelecendo comunhão dos bens adquiridos, a título oneroso, durante a convivência.<sup>4</sup>

Destaca-se que nem todos os bens adquiridos na constância do casamento irão integrar o patrimônio comum do casal, haja vista que os bens adquiridos a título gratuito, como a doação e herança, não serão integralizados. Neste sentido, concluiu-se que somente os bens adquiridos a título oneroso, ou até mesmo eventual, como é o caso da loteria, irão integrar o patrimônio comum.

### *1.1.2 Regime da comunhão universal de bens*

Ao adotar o regime da comunhão universal de bens, o casal opta por uma total comunicabilidade e integração de seus bens. Dessa forma, dispõe-se para esse regime de bens, que todos os bens do casal se comunicam, integralizados como um só patrimônio, assim, a universalidade de bens de ambas as partes será tida como uma só.

Nesse sentido, tudo pertence ao casal, comunica-se, para tanto, todos os bens adquiridos antes e depois da contração matrimonial. Destaca-se, para tanto, o artigo 1.667 do Código Civil, o qual estabelece que “O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.”<sup>5</sup>

O artigo seguinte a que menciona o disposto acima, determina quais bens estarão escusos da comunhão, apresenta, portanto, uma exceção a regra de comunicabilidade integral dos bens do casal. São estes bens, conforme o artigo 1.668 do Código Civil:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

---

<sup>4</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito civil. Famílias*. v.6. 7 ed. São Paulo: Atlas S.A. 2015, p. 321

<sup>5</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 14 nov. 2019



- os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;
- os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
- as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
- as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
- Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.<sup>6</sup>

Depreende-se dos artigos mencionados que a regra que então rege o regime da comunhão universal de bens é a da total integralização do patrimônio do casal, considerando-se para tanto os bens preexistentes ao casamento, bem como os bens adquiridos na constância do mesmo. No entanto, a regra da total comunicação de bens não é absoluta, sendo excluídos os bens elencados no artigo 1.668 do Código Civil.

### *1.1.3 Separação obrigatória de bens*

Como efeito, o regime da separação obrigatória de bens impõe e incomunicabilidade do patrimônio dos nubentes, neste sentido, todos os bens preexistentes ao matrimônio, bem como os bens adquiridos na constância do mesmo, serão incomunicáveis.

Por consequência, em caso de divórcio, cada cônjuge fica com o que lhe pertence, assim sendo, a incomunicabilidade patrimonial é absoluta, não havendo bens comuns a serem partilhados.

Regime diverso dos demais, o regime da separação obrigatória de bens não é um regime a ser convencionado pelas partes, não perpassa, para sua adoção, pela

---

<sup>6</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 14 nov. 2019



autonomia de vontade dos nubentes. É o regime de bens obrigatório a ser adotado nos casos em que determina o legislador, sendo, portanto, imposto por determinação legal.

A este modo, conforme estabelece o artigo 1.641 do Código Civil, o regime da separação obrigatória de bens será impositivo àqueles que contraírem matrimônio sem observar as causas suspensivas à celebração do casamento, das pessoas com idade superior a 70 anos, bem como a todos os que dependem de autorização judicial para a celebração do casamento.<sup>7</sup>

As causas suspensivas acima mencionadas encontram respaldo no artigo 1.523 do Código Civil. De modo a evitar a confusão patrimonial, o legislador entendeu que não deveria haver casamento nas situações listadas no artigo, contudo, caso ocorresse o matrimônio, este deveria ser regido pela separação obrigatória de bens.

São as causas suspensivas determinadas pelo artigo 1.523:

- o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;
- a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;
- o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;
- o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.<sup>8</sup>

Nesta toada, entende-se que o regime da separação obrigatória de bens não é um regime habilitado à escolha dos nubentes, e sim uma imposição legislativa para

---

<sup>7</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 14 nov. 2019

<sup>8</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 14 nov. 2019



determinadas situações que o legislador entendeu clamarem por uma maior proteção patrimonial aos envolvidos, impondo, para tanto, a não comunicação de bens.

#### *1.1.4 Participação final nos aquestos*

A priori, destaca-se o significado da palavra aquesto, que nada mais é do que “bem adquirido da constância do casamento”<sup>9</sup>

O regime de bens em questão requer, para sua melhor compreensão, entender os efeitos a que se submetem os regimes da separação total de bens e o da comunhão parcial. De forma simplória, o regime da separação total de bens tem por efeito a incomunicabilidade patrimonial, enquanto que, o regime da comunhão parcial de bens, tem por efeito a comunicação patrimonial dos bens adquiridos tão somente na constância do casamento.

Isto posto, o regime de participação final nos aquestos seria uma mistura dos dois regimes citados, o da separação total de bens e o da comunhão parcial. Ocorreria da seguinte forma, na constância do casamento, o regime de bens será o da separação total, porém, em caso de divórcio, aplica-se o regime da comunhão parcial.

Como consequência, ambos os cônjuges possuem o resguardo dos bens preexistentes ao casamento, assim como os bens a que venham adquirir no matrimônio em nome próprio, sendo estes bens individuais, pertencentes a cada uma das partes sem qualquer comunicação. Contudo, findo o matrimônio, deve-se avaliar os bens comuns adquiridos no casamento, e estes bens, denominados aquestos, serão partilhados pelo casal.

De forma objetiva, Maria Berenice Dias explica o mencionado regime de bens:

---

<sup>9</sup> DOS SANTOS, Washington. Dicionário jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Delrey, 2001



Participação final nos aquestos - existem cinco universalidades de bens: (1) os bens particulares que um possuía antes de casar; (2) os bens que o outro já possuía. Depois do casamento, surgem mais três conjuntos: (3) o patrimônio adquirido por um dos cônjuges em nome próprio; (4) os adquiridos pelo outro em seu nome; e (5) os bens comuns adquiridos pelo casal. No caso de dissolução do vínculo, cada cônjuge fica com seus bens particulares e com a metade dos comuns. Com relação aos bens próprios de cada um, adquiridos durante o casamento, são compensados os respectivos valores. No caso de desequilíbrio, surge o crédito de um junto ao outro.<sup>10</sup>

## 1.2 REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

Ao escolher o regime da separação convencional de bens, o casal opta, por manifesta expressão de vontade, por se submeter aos efeitos advindos desse específico regime de bens.

Conforme dispõe o artigo 1.687 do Código Civil “Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.”<sup>11</sup>

O regime da separação convencional de bens, portanto, estipula a incomunicabilidade patrimonial, incluindo-se, nesta toada, tanto os bens existentes previamente a contração matrimonial quanto aqueles adquiridos durante o matrimônio. Assim, os bens pertencentes a cada um dos cônjuges serão administrados exclusivamente por seu titular.

Cristiano Chaves define bem o regime da separação convencional ao colocar em seu livro que:

A separação convencional de bens é o regime de bens que promove uma absoluta diáspora patrimonial, obstando a comunhão de todo e qualquer bem adquirido por cada cônjuge, antes ou depois do casamento, seja a título oneroso ou

<sup>10</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

<sup>11</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 16 nov. 2019



gratuito. Outorga-se a cada esposo uma independência absoluta quanto aos seus bens e obrigações, no presente e no futuro. Enfim, nos matrimônios celebrados pela separação convencional, cada cônjuge mantém um patrimônio particular, inexistindo qualquer ponto de interseção de bens.<sup>12</sup>

Assim sendo, em razão do efeito da incomunicabilidade patrimonial, em caso de divórcio, não serão partilhados quaisquer bens entre o casal, não havendo a divisão dos mesmos, ficando cada cônjuge com a parte que lhe cabe, face os bens particulares de cada um. Neste sentido, não há que se falar em bens comuns ou comunhão de patrimônio, a separação de bens é absoluta.

A não comunicação de bens é comum ao regime da separação convencional de bens e ao regime da separação obrigatória de bens, no entanto, este último impõe as situações em que este regime deve ser adotado, impreterivelmente, sendo uma imposição legislativa, não havendo qualquer autonomia das partes envolvidas, não sendo, deste modo, uma opção.

Em contrapartida, o regime da separação convencional de bens é de livre escolha dos nubentes, sendo uma possibilidade de regime a ser adotado no pacto antenupcial, mediante expressa manifestação das partes. Deste modo, as partes convencionam em optar por este regime de bens, o qual, diversamente do regime da separação obrigatória, permite a autonomia de vontade das partes.

Ademais, Stolze ratifica a importância da autonomia da vontade quando da escolha desse regime de bens, afirmando que “O regime de separação convencional de bens é de simples compreensão e guarda íntima conexão com o princípio da autonomia privada”<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito civil. Famílias*. v.6. 7 ed. São Paulo: Atlas S.A. 2015, p. 331

<sup>13</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*.v.7. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 226





Por conseguinte, depreende-se ser intrínseco a este regime de bens o princípio da autonomia da vontade, uma vez que só é possível aplicá-lo quando fundamentado na livre manifestação de vontade dos envolvidos.

### **1.3 PACTO ANTENUPCIAL COMO CONCRETIZAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE**

A autonomia da vontade é a liberdade que as partes envolvidas em um negócio jurídico possuem para se manifestar e decidir conforme sua expressão de vontade. Neste sentido, é a pura liberdade na relação *inter partes*.

Segundo o que dispõe Pablo Stolze a respeito da autonomia da vontade:

Trata-se de um dos mais importantes princípios do tradicional Direito Civil, também respaldado na contemporaneidade, e que fundamenta a celebração de negócios jurídicos, valendo destacar que a manifestação da vontade é justamente um dos seus elementos existenciais.<sup>14</sup>

Neste sentido, ao conceder aos nubentes a possibilidade de optarem por um determinado regime de bens, o legislador concede às partes a autonomia para que possam manifestar sua vontade sobre quais efeitos patrimoniais pretendem se submeter ao contrair matrimônio, estando tais efeitos submetidos a escolha do regime de bens pelo casal.

O Estado, portanto, reconhece a capacidade das partes para adotar um determinado regime de bens a sua escolha, mediante o pacto antenupcial. Nessa toada, se em vida as partes dispuseram sobre a sua vontade, houve a concretização da autonomia da vontade das partes sobre a escolha do regime de bens que viria a prosperar no matrimônio, devendo a sua liberdade de escolha ser respeitada.

---

<sup>14</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*.v.7. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.71



Este pensamento é adotado por Daniela Russowsky Raad, em sua dissertação de mestrado “O exercício da autonomia privada no direito sucessório: uma reflexão a partir da eficácia do regime da separação de bens”, o qual afirma que:

Verificado, ao seu turno, o pacto antenupcial como pura expressão da autonomia privada inserida na seara do Direito de Família, sua eficácia deve ser assegurada em todas as esferas da matéria civil relacionadas aos indivíduos. É consequência lógica do próprio direito de personalidade de liberdade, sendo ferramenta pela qual os cônjuges buscam atingir o seu projeto de vida em comum<sup>15</sup>.

O pacto antenupcial seria então instrumento de concretização da autonomia da vontade dos indivíduos que integram aquela relação. O poder de escolha é o que garante aos nubentes sua liberdade, sem essa garantia, não há autonomia.

Sendo assim, quando o casal manifesta expressamente sua vontade em adotar uma das possibilidades de regime de bens, está, por sua vez, determinando como quer sua disposição patrimonial, visando a comunicabilidade, total ou parcial, ou a incomunicabilidade de seus bens, de forma a concretizar a autonomia que lhes foi concedida para escolher, à sua vontade, como se dará, ou não, a comunicabilidade patrimonial.

O pacto antenupcial, portanto, é um instrumento de concretização da autonomia de vontade quando da contração matrimonial. Ao possibilitar que os nubentes possam escolher o regime de bens ao qual estarão submetidos, estão intrínsecas, nesta relação privada, a liberdade e a autonomia de cada uma das partes para que possam dispor de seus bens da forma que acreditarem ser a melhor, portanto, as partes possuem a liberdade para escolher qual regime de bens mais se adequa a sua vontade, interesse patrimonial e planejamento familiar.

---

<sup>15</sup> RAAD, Daniela. *O exercício da autonomia privada no direito sucessório: uma reflexão a partir da eficácia do regime da separação de bens*. 2018. 109 f. Tese (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 104



## **1.4 DESRESPEITO AO PACTO ANTENUPCIAL E A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A garantia de que o pacto antenupcial e seus efeitos terão aplicabilidade é, primeiramente, constitucional, deve haver o respeito ao princípio da dignidade humana, permitindo que os cônjuges possam exercer sua autonomia de escolha sobre um patrimônio privado que tão somente os pertence e, uma vez que as partes manifestaram, de forma expressa, sua vontade, a inobservância do pacto antenupcial indicaria uma clara violação deste princípio, cerceando a liberdade e autonomia das partes.

A liberdade de escolha e autonomia de vontade conferidas nesta relação privada dignificam o ser humano. O poder de escolha, a liberdade individual conferida a cada um dos cônjuges ao optarem por um determinado regime de bens, integram um dos mais importantes princípios constitucionais, o da dignidade da pessoa humana.

Nessa linha, concretizar a vontade das partes estabelecida no pacto antenupcial, é possibilitar que os direitos fundamentais dos cônjuges sejam respeitados, uma vez que a relação posta em discussão é eminentemente privada.

Desta forma, a inobservância do pacto antenupcial disposto, em contrapartida, converge no desrespeito constitucional sobre aquela concretização de vontade, violando a liberdade pessoal e negocial entre as partes.

A autora Nádia Reis Barbosa, em seu Trabalho de Conclusão de Curso “Direito sucessório do cônjuge supérstite”, defende que, se houver consequência diversa do pactuado, há o desrespeito à liberdade de escolha, e, desta forma, consequentemente o desrespeito ao princípio constitucional da liberdade, sendo esta expressão do princípio da dignidade da pessoa humana. Afirma que “não há



dignidade se a pessoa não tem a liberdade de organizar seu projeto de vida privada, patrimonial e familiar”<sup>16</sup>.

## **2 INTERVENÇÃO ESTATAL NO DIREITO SUCESSÓRIO FRENTE A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE COM OS DESCENDENTES DO *DE CUJUS* NO REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS**

Consoante ao disposto anteriormente, o desrespeito ao pacto antenupcial resulta na violação da dignidade e liberdade das partes, contudo, necessário se faz analisar sob quais aspectos ocorreria, de fato, esse desrespeito à autonomia de vontade das partes.

Com a abertura da sucessão, a depender do regime de bens, ocorre o instituto da concorrência do cônjuge supérstite com o patrimônio do *de cujus*, e é com base nesse instituto a análise a seguir proposta, estudando, em específico, o regime da separação convencional de bens e o que este dispõe e propaga, a incomunicabilidade patrimonial.

### **2.1 SUCESSÃO LEGÍTIMA**

Depreende-se por sucessão legítima aquela que ocorre por presunção da lei quando não há um testamento, ou, havendo, seja este parcial, logo, não abrangendo todos os bens, quando é declarado nulo, ou simplesmente caduca. É a presunção legal a que faz o legislador sobre qual seria a vontade do falecido. Assim, na sucessão legítima, as regras a ela aplicadas estão expressamente dispostas em lei.

Nessa toada, o artigo 1.829 do Código Civil estabelece quem são os herdeiros legítimos, são estes, respectivamente na ordem de preferência, os descendentes, os ascendentes, o cônjuge sobrevivente e os colaterais, estes, contudo, até o 4º grau.

---

<sup>16</sup> BARBOSA, Nádia. *Direito sucessório do cônjuge supérstite*. 2017. 43 f. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2017, p. 40



No entanto, cabe ressaltar que, dentre os herdeiros legítimos, os descendentes, ascendentes e cônjuge são herdeiros necessários, logo, estão protegidos pela legítima, entretanto, os colaterais, apesar de herdeiros legítimos, são facultativos, como consequência, diferente dos herdeiros necessários, podem ser excluídos do patrimônio do autor da sucessão por intermédio de testamento.

Como integrantes da legítima, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge não podem ser excluídos da sucessão do autor da herança, contudo, ainda assim, devem cumprir com a ordem de preferência mencionada.

Nesse sentido, os herdeiros, sejam necessários ou facultativos, irão suceder, portanto, por direito próprio quando respeitada a ordem de preferência prevista em lei. Assim, com a morte do autor da sucessão, os descendentes o irão suceder por direito próprio, pois são os primeiros na ordem de preferência, contudo, não havendo descendentes, passa a suceder por direito próprio os ascendentes, seguindo a ordem, não havendo ascendentes, sucede por direito próprio o cônjuge e, em último caso, não havendo cônjuge, sucede por direito próprio os colaterais até o 4º grau.

Ressalta-se que os parentes de grau mais próximo afastam os de grau mais remoto, logo, se o autor da sucessão deixou dentre os seus descendentes filhos e netos, somente os filhos sucederão por direito próprio, por serem estes os de grau mais próximo ao autor da sucessão. Ademais, toda a linha de descendentes deve se esgotar para que os ascendentes possam suceder por direito próprio, e assim, sucessivamente na ordem de preferência.

## **2.2 SUCESSÃO DO CÔNJUGE NOS REGIMES DE BENS**

Percebe-se que o cônjuge sucede por direito próprio quando observada a ordem de preferência mencionada no artigo 1.829 do Código Civil. Conforme a ordem de vocação hereditária, o cônjuge sucede por direito próprio caso não haja qualquer herdeiro legítimo mais habilitado na sucessão.



Nesse sentido, seria necessário a inexistência de qualquer descendente e ascendente para que o cônjuge viesse a ser considerado o mais habilitado a suceder, estando os colaterais abaixo do cônjuge na ordem de preferência.

Contudo, há a possibilidade do cônjuge suceder em concorrência com aqueles que seriam mais habilitados por integrarem as classes sucessórias precedentes, quais sejam os descendentes e os ascendentes do autor da herança.

### *2.2.1 Instituto da concorrência*

Visando possibilitar ao cônjuge uma possível participação no patrimônio do falecido, o legislador criou o instituto da concorrência. A concorrência do cônjuge está prevista no artigo 1.829 do Código Civil, o qual dispõe:

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Veja Recurso Extraordinario nº 646.721 e nº 878.694)

- aos descendentes, **em concorrência com o cônjuge sobrevivente**, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

- aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.<sup>17</sup>

Por óbvio, só há a possibilidade do cônjuge concorrer com os descendentes ou com os ascendentes, pois somente estes grupos possuem preferência em relação a ele na sucessão legítima. Não havendo essas duas classes anteriores, o cônjuge sucede por direito próprio, descabendo o instituto da concorrência.

---

<sup>17</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 17 nov. 2019



Necessário se faz diferenciar a meação de herança, enquanto que a meação diz respeito ao regime de bens adotado pelo casal, a herança está atrelada a morte do indivíduo. Nesse sentido, a depender do regime de bens convencional, o cônjuge ou companheiro tem direito à meação, e, estando na condição de meeiro, não há que se falar em sua concorrência, pois o seu direito à meação está atrelado ao regime de bens escolhido, não com a abertura da sucessão. Portanto, não há que se falar na concorrência do cônjuge sobre um patrimônio o qual já possui direito em sua condição de meeiro.

Dessa forma, cabe salientar que, estando o instituto da concorrência diretamente atrelado ao regime de bens escolhido no matrimônio, este não é um direito absoluto do cônjuge.

Como objeto do presente trabalho, discorre-se a seguir a respeito da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do *de cujus* nos regimes de bens envolvidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, dando destaque para a concorrência frente ao regime da separação convencional de bens.

### *2.2.2 Concorrência nos regimes da comunhão universal, comunhão parcial, separação obrigatória e participação final nos aquestos*

A concorrência do cônjuge com os descendentes do falecido, não será aplicada a todos os regimes de bens, afinal, a depender do regime de bens, o cônjuge possui direito a meação do todo patrimonial, pois essa universalização de bens é comum ao casal.

O disposto acima se aplica ao regime da comunhão universal de bens, uma vez que os bens integram um todo unitário, ambas as partes possuem direito sobre metade do todo patrimonial, desse modo, com a morte de um dos cônjuges, o cônjuge supérstite faz jus a meação da totalidade desse patrimônio.



Assim, não faria sentido aplicar a concorrência do cônjuge sobrevivente na herança do falecido uma vez que o cônjuge é meeiro de todo o patrimônio, fazendo jus, portanto, a metade patrimonial, haja vista que o patrimônio é considerado bem comum do casal.

Do mesmo modo, não há a concorrência do cônjuge supérstite para com os descendentes em caso do regime ser o da separação obrigatória de bens. Nesse caso, a não concorrência do cônjuge seria explicada simplesmente pela própria natureza jurídica do regime da separação obrigatória de bens, uma vez que este, forçosamente, estipula a incomunicabilidade patrimonial, seria contraditório permitir a possibilidade de comunicação pós morte.

O doutrinador Pablo Stolze apresenta as justificativas para a não concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes da seguinte forma:

A proibição da concorrência sucessória quando o regime de bens adotado houvesse sido o da comunhão universal ou da separação obrigatória é facilmente explicada. No primeiro caso, entendeu o legislador que a opção pela comunhão total já conferiria ao sobrevivente o amparo material necessário, em virtude das regras atinentes ao próprio direito de meação. No segundo caso, a contrario sensu, uma vez que a própria lei instituiu uma forçada separação patrimonial, sentido não haveria em se deferir uma comunhão de bens após a morte.<sup>18</sup>

Isto posto, após verificar sob quais regimes de bens não se aplica a concorrência do cônjuge sobrevivente para com os descendentes, há de se analisar o regime da comunhão parcial de bens, uma vez que este depreende uma análise minuciosa para verificar a possibilidade, ou não, da concorrência do cônjuge sobrevivente na herança do falecido.

Como visto, o regime da comunhão parcial de bens estabelece a comunicação dos bens adquiridos na constância do matrimônio, excluindo-se, assim, os bens preexistentes. Os bens preexistentes ao casamento serão considerados bens

---

<sup>18</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2012





particulares da parte e, neste sentido, havendo bens particulares, ocorre a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes, contudo, não havendo bens particulares, não ocorre o instituto da concorrência.

O raciocínio é o seguinte, se o *de cujus* possuía bens particulares, o cônjuge sobrevivente poderá concorrer sobre esses bens particulares, pois são bens exclusivos do falecido. Entretanto, se não há bens particulares do autor da sucessão, somente bens comuns adquiridos na constância do casamento, não há que se falar em concorrência, pois, sobre os bens comuns do casal, o cônjuge sobrevivente irá receber metade do patrimônio, uma vez que é meeiro da parte comum.

Neste sentido entende Stolze ao dispor que:

A norma legal proíbe que o cônjuge sobrevivente, que fora casado sob o regime de comunhão parcial de bens, concorra com os descendentes na herança, caso o falecido NÃO haja deixado bens particulares. Trata-se da regra do “duplo não”: se “NÃO” deixou bens particulares, concorrência “NÃO” haverá. Em outras palavras, sem prejuízo do seu direito próprio de meação, a(o) viúva(o) terá direito concorrencial, em face dos descendentes, quanto aos bens particulares deixados pelo falecido, quando o regime adotado houver sido o da comunhão parcial de bens.<sup>19</sup>

Conclui-se, seguindo o disposto, que, para que seja possível determinar a possibilidade de concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes sobre a herança do falecido nesse regime de bens, é necessário verificar, *a priori*, se o autor da sucessão possuía ou não bens particulares.

Ademais, o regime da participação final nos aquestos também acolhe o instituto da concorrência, sendo sua atuação semelhante ao exposto para a comunhão parcial de bens. Ora, como visto anteriormente, o regime da separação final nos aquestos seria um compilado de características tanto do regime da separação total de bens, quanto do regime da comunhão parcial.

---

<sup>19</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2012



Uma vez que aplica-se as regras da separação total durante o matrimônio, possibilitando a individualidade dos bens dos cônjuges, com o fim do matrimônio, aplicar-se-á as regras da comunhão parcial, para tanto, os bens adquiridos na constância do casamento, deverão ser partilhados comumente, sendo os bens adquiridos antes do matrimônio, bens particulares de cada parte

Dessa forma, haja vista que com a abertura da sucessão ocorre a dissolução do matrimônio, os aquestos advindos do casamento, pertencentes a ambos os cônjuges, entrarão como bens comuns do casal, tendo, o cônjuge supérstite, direito a meação desses bens, com isso, não há que se falar em sua concorrência sobre esta parte do patrimônio.

No entanto, assim como ocorre no regime da comunhão parcial de bens, os bens particulares que integram o patrimônio do falecido serão submetidos ao instituto da concorrência, vez que não são considerados bens comuns ao casal, não sendo, portanto, sujeitos à meação. Nesse caso, o cônjuge sobrevivente concorrerá com os descendentes do falecido sobre esses bens exclusivos do *de cujus*.

### *2.2.3 Concorrência no regime da separação convencional de bens*

Diante do regime da separação convencional de bens, a incomunicabilidade patrimonial se opera em sua totalidade, sendo a separação de bens absoluta. As partes, ao escolherem este regime de bens, buscam, por meio da sua autonomia da vontade, optar pela não comunicação de bens, sejam estes preexistentes ou adquiridos na constância do casamento.

Contudo, ainda que manifestem sua vontade visando a incomunicabilidade de seus bens, o legislador estabeleceu que, no regime da separação total de bens, há a concorrência do cônjuge sobrevivente junto aos descendentes na herança do *de cujus*. Para tanto, entendeu o legislador que, como todos os bens seriam particulares,



uma vez estabelecida sua incomunicabilidade, o cônjuge supérstite poderia concorrer sobre estes bens

Cabe destacar que a meação em momento algum fora citada ao tratar do mencionado regime de bens, isto porque não há que se falar em meação de bens particulares, a meação consiste em dividir em partes iguais os bens comuns adquiridos pelo casal, sendo cada um meeiro do todo constituído comumente. A concorrência, por sua vez, será tão somente sobre os bens particulares, haja vista que sobre o bem comum o cônjuge já adquirirá sua parte como meeiro.

Por este motivo, no regime da separação convencional de bens, por somente se vislumbrar a existência de bens particulares, a concorrência se dá sobre a totalidade patrimonial que pertencia ao falecido.

Todavia, a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes no regime da separação convencional de bens traz algumas insatisfações no mundo jurídico, uma vez que essa regra representaria uma contradição à vontade das partes, que ao optarem pelo regime da separação de bens, manifestam em desfavor da comunicabilidade de seus bens.

Ainda, conforme a justificativa utilizada pelo legislador para a não aplicação da concorrência no regime da separação obrigatória de bens, qual o seja como dito anteriormente, não tornar contraditório o imposto no regime, vez que o próprio legislador impôs a obrigatoriedade da incomunicabilidade de bens, ainda que após a morte, o mesmo raciocínio poderia ser utilizado para o regime da separação convencional de bens.

Ora, se o próprio legislador concedeu aos nubentes a liberdade para optar por um regime de bens que propaga a total incomunicabilidade patrimonial, seria contraditório esse mesmo legislador estabelecer um instituto que impõe a comunicabilidade dos bens os quais as partes já manifestaram sua vontade em sentido contrário, ainda que após a morte.



Consoante ao mencionado, Pablo Stolze compartilha do pensamento de incoerência e contradição quando da concorrência do cônjuge neste regime de bens:

Vale dizer, se João e Maria optaram por se unir matrimonialmente segundo o regime de separação convencional, com a morte de qualquer deles, os filhos (do falecido) suportarão a concorrência da viúva (ou viúvo) que, conforme dito, não necessariamente é o seu pai ou a sua mãe. E isso soa muito estranho, pois, se optaram por uma completa separação patrimonial durante toda a vida, não teria sentido se estabelecer uma comunhão forçada com os herdeiros do falecido após a morte.<sup>20</sup>

Ressalta-se que a vontade inicial das partes, incluindo a do falecido, não foi observada pelo legislador ao impor o instituto da concorrência, não possibilitando qualquer alternativa às partes para que, em caso de morte de um dos cônjuges, seu desejo inicial continuasse a vigorar.

### **2.3 INTERVENÇÃO ESTATAL NO INSTITUTO DA CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES E AUTONOMIA DA VONTADE**

O Estado, ao passo em que confere aos nubentes a possibilidade de optarem sobre como e de que forma querem dispor de seu patrimônio, escolhendo para tanto o regime de bens que melhor se adequa a realidade do casal, retira de ambos os indivíduos sua capacidade de escolha e dignidade, uma vez que, caso os cônjuges tenham optado pelo regime da separação convencional e um venha a falecer, a vontade já expressamente manifestada pelo casal no pacto antenupcial, não será respeitada.

Possibilitar que os cônjuges optem pela incomunicabilidade de seus bens no regime de separação convencional, para que, com a morte, essa escolha seja mitigada pela concorrência do cônjuge sobrevivente, é retirar a natureza jurídica do

---

<sup>20</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*.v.7. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.239



regime da separação convencional de bens, impondo a comunicabilidade dos bens, ainda que indesejada pelas partes que compuseram a relação privada.

Nesta toada, Nádía Reis Barbosa, defende que:

A vontade do legislador do Código Civil de 2002 de proteger o direito sucessório extrapolou o limite da necessidade da intervenção estatal na regulação de direitos privados. Na prática, o Estado, ao obrigar que o cônjuge seja herdeiro, afronta o que foi estipulado pelos nubentes quando da escolha do regime de bens do casamento e fere o princípio da autonomia da vontade.<sup>21</sup>

Mediante esta linha de pensamento, Cristiano Chaves entende que “apesar de conceder aos cônjuges a liberdade de escolha do regime de separação absoluta com a mão direita, o Código Civil, com a mão esquerda, parece estar a retirar deles a eficácia prática do aludido regime, em caso de falecimento”<sup>22</sup>

A intervenção Estatal ultrapassa os limites em uma relação fundamentalmente privada, tendo as partes manifestado sua vontade de forma expressa, uma vez que a escolha pelo regime da separação convencional de bens deve ser feita por meio de escritura pública.

Ambas as partes, capacitadas, uma vez que escolheram o regime de separação total de bens, possuíram o discernimento para abrir mão do regime automático de comunhão parcial e optarem por um regime que impede a comunicação de seus bens, isso por sua própria vontade e iniciativa.

Nádía Reis Barbosa, em seu Trabalho de Conclusão de Curso cujo tema intitulava-se por “Direito sucessório do cônjuge supérstite”, entende que o legislador, ao inserir o instituto da concorrência no regime da separação total de bens, já de forma contrária ao estabelecido no regime de bens escolhido, contraria a

---

<sup>21</sup> BARBOSA, Nádía. *Direito sucessório do cônjuge supérstite*. 2017. 43 f. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2017, p. 40

<sup>22</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Coleção de curso de Direito civil. Sucessões*. v.7. 2 ed. Salvador – Bahia: Juspodivm. 2016, p. 307



vontade do falecido, o Estado não respeita essa vontade já manifestada, pois designa parte de seu espólio a quem o falecido jamais quis, em vida, que tivesse direito a tais bens.

Ainda, a autora afirma que:

Quando os cônjuges desejam dividir bens patrimoniais, eles se casam sob os regimes que permitem tais comunicações. E mesmo quando se casam sob o regime da separação de bens e ainda assim querem deixar, em sucessão, quaisquer bens ao cônjuge, podem fazê-lo por meio de testamento.<sup>23</sup>

As partes, ao escolher o regime da separação total, escolheram um regime específico de bens para que as consequências desse regime fossem observadas. Ao habilitar os nubentes para que possam escolher, por sua livre vontade, o regime de bens, o legislador possibilita a escolha pela incomunicabilidade de bens, e, essa manifestação expressa, quando mitigada pela concorrência do cônjuge nesse regime, não possibilita, de fato, a escolha do regime de bens, pois o resultado final é contrário àquele pactuado.

Frente a essa intervenção estatal, ainda defende Cristiano Chaves que “impor, obrigatoriamente, a produção de efeitos patrimoniais, mesmo contra a vontade dos consortes, nos parece uma indevida ingerência estatal em relação fundamentalmente privada, sem qualquer interesse público ou social.”<sup>24</sup>

Nesse sentido, obrigar que, após a morte, a comunicabilidade patrimonial dos cônjuges não seja opcional, haja vista a imposição legislativa da concorrência do cônjuge sobrevivente, é retirar dos mesmos sua autonomia, ignorar sua vontade expressa e admitir uma forte intervenção estatal na vida privada, sendo o legislador,

---

<sup>23</sup> BARBOSA, Nádia. *Direito sucessório do cônjuge supérstite*. 2017. 43 f. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) – Programa de Graduação, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2017, p. 40.

<sup>24</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Coleção de curso de Direito civil. Sucessões*. v.7. 2 ed. Salvador – Bahia: Juspodivm. 2016, p. 293



por sua vez, contraditório ao possibilitar a escolha pela não comunicação de bens e, ao mesmo tempo, impor essa comunicação por meio da concorrência.

Ademais, salienta-se que, sob o olhar de uma perspectiva histórica, a tendência é verificar uma intervenção cada vez menor do Estado no Direito das Famílias, bem como no que tange ao planejamento familiar e patrimonial das partes.

Ora, exemplo dessa evolução é a relação do divórcio com o mundo jurídico, vez que este veio a ser permitido inicialmente com a emenda constitucional 9/1977, porém, abrangendo diversas restrições como somente sendo possível a dissolução do casamento após prévia separação judicial por mais de três anos ou prévia separação de fato por mais de cinco anos, com isso, no mesmo ano, foi aprovada a Lei do Divórcio, Lei nº 6.515/1977. Ao longo do período histórico, várias conquistas foram ganhando seu espaço no ordenamento jurídico brasileiro, como o reconhecimento da união estável, preliminarmente com o artigo 226, § 6º da Constituição Federal de 1988, regulamentado posteriormente com a Lei nº 8.971/94, complementado em sequência com a Lei nº 9.278/96, conhecida como Lei da União Estável, e, por fim, a concretização de toda essa jornada histórica em nosso atual Código Civil de 2002.

A busca jurídica conforme o lapso temporal almejou propiciar às partes uma maior liberdade em sua vida privada, isto posto, atualmente não há mais que se falar em prazo para que se possa requerer o divórcio, vez que este pode ser realizado a qualquer tempo. Seguindo a mesma lógica, buscando concretizar o princípio fundamental à liberdade, reconheceu-se a união estável, haja vista o não interesse de algumas pessoas em preencher todas as formalidades que um casamento impõe, concedendo, para tanto, os mesmos direitos daqueles que contraíram matrimônio. Desse modo, a vontade das partes ganhou espaço em razão de uma intervenção estatal excessiva sobre a vida privada.

Nesse sentido, nítida e transparente a percepção de que a intervenção estatal tenda a minimizar nas relações privadas, no que tange a família, ao patrimônio



individual das partes, bem como seu planejamento patrimonial. Para tanto, no que diz respeito ao regime da separação convencional de bens, ser conivente com a escolha do legislador em estabelecer a concorrência do cônjuge com os descendentes do falecido à luz de um regime que somente existe em razão de sua característica preponderante da incomunicabilidade patrimonial, é entender uma inversão histórica da minimização da atuação do Estado na esfera familiar, e, portanto, compactuar com uma intervenção não mais cabível.

Consoante a tudo o que foi discorrido, Pablo Stolze ainda afirma que “Não poderia, pois, o legislador, a ferro e fogo, aniquilar a autonomia privada manifestada pelo falecido ao longo de toda uma vida”.<sup>25</sup>

Cabe ainda destacar que não se trata da legitimidade do cônjuge como herdeiro, pois, em razão da sucessão legítima, este continuará mantendo sua posição de herdeiro necessário, seguindo, para tanto, a ordem de preferência legal. A questão aqui colocada diz respeito a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido uma vez que o próprio falecido manifestou vontade contrária a comunicação de seus bens, optou, para tanto, pelo regime da separação total ao contrair matrimônio.

### **3 APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 377 DO STF COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO**

Preliminarmente, para que seja possível buscar uma solução para o problema jurídico em questão, faz-se necessário compreender os divergentes entendimentos acerca do assunto, bem como o Resp 992.749/MS e o julgado que o reformou, Resp 1.382.170/SP, mudando o entendimento acerca do instituto da concorrência no regime da separação convencional.

---

<sup>25</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões.v.7*. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.243





Dessa forma, torna-se possível então discorrer sobre como solucionar a questão em destaque de forma a observar todas as indagações e nuances sobre o tema, para que, da melhor forma, seja possível encontrar uma resposta que equilibre as relações jurídicas, permitindo a autonomia da vontade das partes, bem como a proteção que a reforma do Resp almeja.

### 3.1 ANÁLISE DO RESP 992.749 MS/2009 E SUA REFORMA

Abaixo, tem-se um breve quadro comparativo a fim de demonstrar as principais divergências entre o Resp 992.749/MS e o Resp 1.382.170/SP, que o reformou, buscando esclarecer os motivos que fundamentaram as respectivas decisões, a fim de que, posteriormente, seja possível vislumbrar a melhor solução jurídica.

	RESP 922.749/MS – 2009	RESP 1.382.170/SP - 2015
<u>E</u>	Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. <b>Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens</b> , celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC/02. <b>Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência.</b>	CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC. <b>REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE.</b> ART. 1.829, I, DO CC. 1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de



**M  
E  
N  
T  
A**

- Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica. - Até o advento da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da

bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil).

**2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido.** A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil. 3. Recurso especial desprovido.



vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02. - Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados unicamente entre os descendentes. - O regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância. - **Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à**



**meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário. -**

**Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens.**

Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos. - No processo analisado, a situação fática vivenciada pelo casal

– declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal – é a seguinte: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já



havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram voluntariamente casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos. - **A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório “traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”. - Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer**



**limitações..** - Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, **não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.** - Haveria,

induidosamente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens post mortem, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando



do pacto antenupcial, por vontade própria. - Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública. - **O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar,** robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código,



	<p>que assegura os efeitos práticos do regime de bens lícitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade. Recurso especial provido. Pedido cautelar incidental julgado prejudicado.</p>	
A C C O R D A O	<p>Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, <b>por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.</b> Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora.</p>	<p>Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Raul Araújo acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro João Otávio de Noronha e <b>negando provimento ao recurso especial, por maioria, negar provimento ao recurso especial, vencido o Sr. Ministro Moura Ribeiro, Relator.</b> Lavrará o acórdão o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel</p>





	Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e Marco Aurélio Bellizze.
--	--

Observada a breve comparação acima, pode-se verificar que, tendo em vista tema de igual conteúdo, suas consequências e resultados mostraram-se completamente diversas. Ressalvados os fundamentos que levaram a reforma do Resp 992.749, há de se observar que, enquanto um julgado nega, sem quaisquer ressalvas, a concorrência do cônjuge no regime da separação convencional de bens, o outro, por sua vez, permite a sua plena concorrência nesse mesmo regime.

A Ministra Nancy Andrighi, relatora do Resp 992.749/MS, ora reformado, discorreu em seu voto,

A índole da norma legal foi a de conferir maior independência aos cônjuges na disposição e administração de seus bens. Dessa forma, a ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo



Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório, nas palavras de MIGUEL REALE e JUDITH MARTINS COSTA (in Casamento sob o regime da separação de bens, voluntariamente escolhido Documento: 888680 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 05/02/2010 Página 24 de 12 Superior Tribunal de Justiça pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial. Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 6, vol. 24, outubro a dezembro d 2005. Rio de Janeiro: Ed. Padma, 2005. p. 226) **“traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”**. (Grifo acrescido)

Ademais, salientou em seu voto a importância do princípio da liberdade e da autonomia das partes, destacou, para tanto, que essa manifestação de vontade deve ser respeitada como força normativa advinda do pacto antenupcial expressamente e livremente escolhido.

Assim, a regra que confere o direito hereditário de concorrência ao cônjuge sobrevivente não alcança nem pode alcançar os que têm e decidiram ter patrimônios totalmente distintos, sob pena de clara violação ao art. 1.687 do CC/02, notadamente quando a incomunicabilidade resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento. Sob a ótica da força normativa do pacto antenupcial, **é fundamental o respeito à vontade lícita e livremente manifestada pelos nubentes. Dotado de publicidade e eficácia de oponibilidade perante terceiros, a expressão de autonomia das partes por meio do pacto antenupcial, não pode ser aviltada**, sob pena de termos um direito muito volátil. (Grifo acrescido)

Em contrapartida, as fundamentações a que se ateuve a Excelentíssima Ministra foram reformadas com o Resp 1.382.170/SP 2015, em sentido absolutamente diverso. O julgado em questão, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, afirmou a existência da concorrência do cônjuge supérstite no regime da separação convencional. O Ministro relator teve seu voto vencido, tendo em vista que, de acordo com seu saber e entendimento jurídico, não haveria a concorrência.



O voto vencedor, redigido pelo Ministro João Otávio de Noronha, fundamentou sua decisão no seguinte sentido:

Mas interpretação sistemática importa interpretação "no sistema", "dentro do sistema". E temos, no caso presente, dois sistemas diferentes: um é o da partilha de bens em vida; o outro é o da partilha de bens causa mortis. Se a mulher se separa, se divorcia e o marido morre, ela não herda. Esse é o sistema de partilha em vida. Contudo, se ele vier a morrer durante a união, ela herda porque o Código a elevou à categoria de herdeira. São coisas diferentes. Quem determina a ordem da vocação hereditária é o legislador. Ele pode construir um sistema para a separação em vida diverso do da separação por morte. E ele o fez. Ele estabeleceu um sistema para a partilha dos bens por causa mortis e outro sistema para a separação em vida decorrente do divórcio. O legislador distinguiu. Então, a interpretação aqui é sistemática sim, mas dentro dos respectivos sistemas. Não posso pegar um princípio daqui e outro princípio dali, fazer uma miscelânea e criar uma norma diferente daquela que está no Código.

Ao fundamentar seu voto, portanto, o Ministro alegou que os sistemas jurídicos que aplicam-se à vida e à morte são distintos, e, nesse sentido, não há que se misturar o que fora realizado e suas consequências em vida, com um outro sistema jurídico, que será regido por outras regras e consequências na morte.

Observadas as fundamentações que resultaram em ambos os julgados, o presente trabalho busca mais adiante analisar e propor uma possível solução jurídica que tenda a equilibrar ambos os entendimentos de forma que a satisfação do direito consiga efetivamente e eficazmente alcançar a sociedade em sua maior amplitude possível.

### **3.2 SÚMULA 377 DO STF E A MITIGAÇÃO DOS EFEITOS SUCESSÓRIOS NO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS**

Consoante ao que estabelece o regime da separação obrigatória, não há que se falar em comunicação dos bens, ainda que em caso de abertura da sucessão de um dos cônjuges. Para tanto, uma vez que essa incomunicabilidade é impositiva por



força da lei, a regra é que os bens das partes envolvidas não possam se comunicar em razão da condição de vulnerabilidade de uma das partes aos olhos da lei, que visa proteger o patrimônio da mesma.

Nesse sentido, tendo em vista que a regra é a impositiva incomunicabilidade patrimonial, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio da súmula 377, buscou mitigar o efeito patrimonial que essa regra coíbe, qual seja, o encontro de bens do casal.

A súmula 377/STF expõe que “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Dessa maneira, a súmula do Supremo Tribunal Federal abre a possibilidade de comunicação patrimonial em um regime de bens que possui como característica preponderante a incomunicabilidade patrimonial.

Ora, importante destacar que o entendimento sumulado pela Suprema Corte gera discussão face a descaracterização do regime de separação legal de bens, ao passo que duas interpretações se desencadearam da supracitada compreensão.

A primeira seria no sentido de que todos os bens adquiridos na constância do casamento se comunicariam pela presunção de esforço comum do casal, no entanto, essa primeira interpretação resulta da total ineficácia desse regime de bens, que não mais teria sentido ao estabelecer a incomunicabilidade patrimonial, tornando-se parte do regime da comunhão parcial.

Por outro lado, uma segunda interpretação pareceu mais viável aos olhos dos juristas, em que, buscando não aniquilar a existência do regime da separação legal, entenderam que a comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento é possível desde que comprovado o esforço comum do casal, caso em que, portanto, a regra permanece a incomunicabilidade de bens, podendo ser excetuada pelo que discorre a súmula, desde que ocorra a comprovação do esforço comum, e não sua mera presunção.



Ademais, ressalva-se que a súmula 377/STF trata da comunicação de bens para fins de meação, nessa toada, comprovado o esforço comum, o cônjuge terá direito à meação dos bens adquiridos durante o matrimônio.

Compreendido o teor do entendimento sumulado, bem como o raciocínio jurídico que possibilitou uma exceção à regra no regime de separação legal de bens, de modo a tentar equilibrar as demandas e anseios nos litígios patrimoniais, dá-se continuidade ao presente.

### **3.3 ANALOGIA DA SÚMULA 377 DO STF COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO**

Uma vez compreendido o teor da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, torna-se possível vislumbrar uma possível solução jurídica por analogia ao problema em questão.

A súmula em si trata de meação dos bens adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum do casal. A situação jurídica que aqui se apresenta, no entanto, abarca a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido no regime da separação convencional, o que mitiga significativamente esse regime de bens.

A súmula 377/STF não menciona o regime da separação convencional, tão pouco o instituto da concorrência, no entanto, o raciocínio jurídico que possibilitou seu entendimento, muito útil se faz ao caso aqui em questão.

Ao mitigar os efeitos do regime da separação legal, firmando a interpretação de que o esforço comum deve ser comprovado e não presumido, a fim de preservar a existência desse regime de bens, tornou-se claro o entendimento de que a regra da incomunicabilidade deveria permanecer e preponderar, uma vez que essa regra é característica primordial que compõe o mencionado regime. Para tanto, a



comunicação seria exceção a essa regra, que estaria vinculada ao requisito de comprovação do esforço do casal.

Ora, compreensível o raciocínio jurídico que levou a comunicação de bens não ser presumida, buscando preservar o que configura o regime de bens exposto. Nesse sentido, uma atitude contrária ao que tange o regime de separação convencional de bens, que igualmente se fundamente na não comunicação patrimonial, causa instabilidade e insegurança jurídica.

Há de se entender que o regime da separação convencional se caracteriza, e tão somente, existe face sua primordial característica, a incomunicabilidade patrimonial. Sendo essa a regra, manifestamente escolhida pelos nubentes quando do pacto antenupcial, deveria, portanto, prevalecer, ainda que outras soluções jurídicas possibilitassem exceções.

O regime da separação convencional proporciona a livre escolha das partes para optar pela não comunicação de bens, sendo que, manifestada essa vontade em vida, não há sentido em seu cerceamento após a morte.

Enquanto que o regime da separação legal mantém como regra a incomunicabilidade patrimonial, não respeitar essa essencial característica no regime de separação convencional torna ainda mais grave a violação a liberdade das partes, uma vez que esse regime, de modo contrário ao primeiro, foi de livre escolha daqueles que o elegeram.

Nessa toada, observado o raciocínio jurídico utilizado na súmula 377/STF, que possibilitou uma exceção à regra da incomunicabilidade de bens, há de se pensar em uma possível analogia para solucionar o problema jurídico aqui apresentado.

Tendo em vista que as partes não almejam a comunhão de seus bens, manifestando esse desejo ao optar pelo regime da separação convencional, não cabe ao Estado impor às partes essa comunicação, devendo respeitar o direito privado e planejamento familiar que tão somente cabe aos envolvidos.



Para tanto, uma vez que a tendência, bem como o esperado, é uma intervenção estatal cada vez menor no direito de família, e não o contrário, respeitar o regime de bens escolhido é essencial, primordial e indispensável à manutenção da liberdade, dignidade e autonomia das partes. Não há sentido, por conseguinte, em conceder a liberdade de decisão em optar por um regime de bens ao passo que, simultaneamente, retira sua fundamental característica.

Observada a análise proposta, verifica-se que a incomunicabilidade patrimonial no regime da separação convencional é essência do que constitui este regime, não devendo, portanto, ser mitigada pelo instituto da concorrência, uma vez que este por si só impõe a comunicação de bens do falecido com o cônjuge sobrevivente, sem que esta tenha sido sua manifesta vontade em vida.

No entanto, a dinamicidade que integra o direito é de conhecimento de todos, sabe-se que cada caso apresenta suas nuances, podendo, com base no caso concreto, ser possível interpretar a justiça em conceder a concorrência do cônjuge supérstite no regime da separação convencional de bens. Nesse caso, há de se pensar se a absoluta negativa de sua concorrência com base no regime de bens seria o adequado, ainda que o seja de livre escolha dos nubentes.

Desse modo, cabe, por analogia a súmula 377/STF, uma possível solução. Se o regime da separação convencional de bens tem como característica preponderante a não comunhão dos bens do casal, esta deveria continuar a ser a regra, uma vez que permite a existência, eficácia e aplicabilidade desse regime de bens. No entanto, comprovado o esforço comum do casal sobre um determinado bem, poderia o cônjuge sobrevivente concorrer com os descendentes do *de cujus* sobre esse bem.

Assim sendo, a regra não mais seria a certeza da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do *de cujus* no tocante ao regime da separação convencional de bens, e sim a não concorrência do mesmo, preservando, assim, a incomunicabilidade patrimonial almejada pelas partes, bem como a preservação do



que integra esse regime de bens. Em contrapartida, a possibilidade da concorrência do cônjuge supérstite no regime da separação convencional seria a exceção a essa regra, podendo ocorrer desde que comprovado o esforço comum do casal sobre o bem, caso em que o instituto da concorrência se dará somente sobre este determinado bem.

Reitera-se que a súmula 377 do STF observa a meação dos bens, bem como abarca tão somente o regime da separação legal. O que aqui se propõe é uma analogia do raciocínio jurídico por trás de sua formação para que o mesmo possa ser aplicado como possível solução ao instituto da concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do falecido no regime da separação convencional.

## **CONCLUSÃO**

Ante todo o exposto, necessária a compreensão de que o ordenamento jurídico brasileiro possibilita aos nubentes quatro opções para que possam livremente eleger o regime de bens a ser adotado. Como apontado, o regime da comunhão parcial de bens é o regime a ser adotado automaticamente caso as partes não manifestem a sua vontade, no entanto, para que os demais possam ser escolhidos, imprescindível escritura pública que oficialize tal anseio.

Uma vez que as partes escolhem o regime de bens, devem se submeter as particularidades do mesmo. Não há sentido afirmar que as partes são livres para escolher o regime de bens a ser adotado, com base em suas características, e ao mesmo tempo retirar-lhe o motivo pelo qual as fizeram o escolher.

Ao escolherem o regime da separação convencional, os nubentes optam pela incomunicabilidade de seus bens, manifestando a sua vontade por intermédio de escritura pública. Todavia, em caso de falecimento de um dos cônjuges, o cônjuge supérstite, ao fazer jus ao instituto da concorrência, podendo concorrer sobre os bens





com os descendentes do *de cuius*, desrespeita por completo a vontade inicial de ambos que optaram por um regime que não possibilita qualquer comunicação.

O planejamento patrimonial e familiar das partes pertence tão somente a elas, devendo ser direito privado a forma pela qual optam destinar seu patrimônio, manifestada mediante o pacto antenupcial. Conceder a possibilidade de optar-se por um regime o qual a característica precípua é a incomunicabilidade patrimonial e retirar-lhe o único aspecto que o constitui como tal, é desrespeitar a vontade expressamente manifestada pelas partes, atentando contra sua autonomia e dignidade para dispor de seu patrimônio conforme a sua vontade.

Nessa toda, se em vida, com o divórcio, não há qualquer comunicabilidade, haja vista a escolha dos nubentes pelo regime da separação pactuada, estranho me parece possibilitar essa comunicação no *post mortem*, vez que o falecido já expressou seu desejo e não mais há como alterá-lo. Parece-me uma violação à memória e vontade do *de cuius*.

Se o regime da separação convencional se constitui com base na incomunicabilidade de bens, o instituto da concorrência, ao permitir esta comunicação, retira o que compõe sua existência, e, portanto, retira a sua própria existência, sendo, desse modo, questionável sua aplicação fática, ainda que o seja normatizado, o que demonstra uma absoluta desarmonia entre a teoria normativa e a realidade prática.

Isto posto, as partes, ao pactuarem o regime de bens, expressam uma total liberdade quanto a sua escolha, e, acabar com essa liberdade ao impor uma comunicação jamais desejada, é atentar contra a autonomia e liberdade uma vez concedida. Violar a liberdade de escolha das partes é violar sua dignidade, uma vez que a liberdade é princípio constitucional norteador do Estado Democrático de Direito.



Verifica-se uma notória contradição do legislador ao possibilitar o regime da separação pactuada e forçá-lo ao instituto da concorrência. Ademais, depreende-se outra contradição ao comparar-se o regime da separação convencional e o regime da separação legal de bens.

Ora, no regime da separação legal, a separação de bens ocorre tão somente por força da lei nos casos por ela previstos, ainda que os nubentes não o queiram adotar. Indaga-se: Se no regime da separação legal ou obrigatória a incomunicabilidade não ocorre, não havendo aplicabilidade do instituto da concorrência, justificando-se tal inaplicabilidade pela própria natureza jurídica desse regime de bens, qual o sentido de aplicá-lo ao tratar-se do regime da separação convencional?

A natureza jurídica do regime da separação convencional é a própria incomunicabilidade patrimonial inerente a este regime de bens, desse modo, observar a incomunicabilidade em um e não a observar no outro, implica em uma relativização do regime da separação pactuada de bens.

Como colocado no presente trabalho, a Súmula 377/STF vislumbrou possibilitar uma flexibilização ao regime da separação obrigatória de bens, tendo em vista que, neste, a incomunicabilidade é impositiva. Para tanto, comprovando-se o esforço comum do casal, seria possibilitada a comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento.

Contudo, como bem delineado, a Súmula 377/STF diz respeito ao regime da separação obrigatória de bens, bem como flexibiliza a possibilidade de uma meação, não da concorrência. No entanto, o que almejei demonstrar é que, haja vista o mesmo raciocínio jurídico por trás de sua formação, é possível aplicá-lo como uma solução ao regime da separação pactuada.

Como ressaltado no decorrer do presente trabalho, a Súmula 377/STF manteve sua interpretação no sentido de que seria necessário demonstrar o esforço



comum do casal para que então fosse possível flexibilizar uma meação. Ora, a necessidade de demonstração do esforço comum baseou-se justamente na própria natureza jurídica desse regime de bens, que determina a incomunicabilidade patrimonial, e, permitir a meação, sem qualquer ressalva, seria aniquilar a existência desse regime.

Nessa linha de pensamento, propus no presente trabalho uma solução visando uma melhor integração entre autonomia da vontade e proteção daquele que partilhou a vida com o autor da herança no regime da separação convencional de bens. Enquanto que a regra geral seria a de que não há a comunicabilidade patrimonial, respeitando, para tanto, a característica precípua que constitui este regime, bem como visando o respeito à liberdade, autonomia e dignidade das partes, a exceção seria a de que a concorrência seria possibilitada sobre àquele bem que o cônjuge supérstite tenha comprovado sua participação.

O raciocínio que levou à criação da Súmula 377/STF poderia analogicamente ser aplicado para solucionar o problema em questão, qual seja, o embate entre autonomia da vontade e liberdade das partes frente à intervenção estatal ao impor o instituto da concorrência no regime da separação pactuada.

Depreende-se com isso que, assim como jamais foi retirado o caráter da incomunicabilidade no regime da separação obrigatória, ainda que no instituto da concorrência, essa característica igualmente presente no regime da separação convencional, não deveria ser retirada. A Súmula possibilitou uma mitigação nos efeitos do regime da separação obrigatória, e não a alteração do próprio regime, nesse sentido, o mesmo deveria ocorrer no regime da separação convencional, sendo possível uma exceção à sua regra, e não colocar como regra o que deveria ser exceção.

A manifestação de vontade das partes com o pacto antenupcial deve ser respeitada, ainda que no *post mortem*, caso contrário, não há qualquer sentido em



possibilitar uma escolha que será manobrada posteriormente. Impor uma comunicação indesejada, não possibilitando qualquer saída para quem não a deseja, é conceder aos nubentes uma falsa liberdade.

Destarte, visando complementar e enriquecer o presente trabalho, tive a honra de pessoalmente conversar com a Ministra Nancy Andrighi, cujo Resp 992.749/MS, de sua relatoria, em muito me inspirou para discorrer sobre este tema.

Com isso, após ouvir seu notório saber jurídico sobre o instituto da concorrência no regime da separação convencional de bens, a questioneei sobre a possibilidade de realizar uma breve entrevista para incluir e concluir com primazia o meu trabalho. Para a minha eterna gratidão, a Ilustríssima Ministra solicitou que eu enviasse as perguntas às quais responderia com enorme prazer. Dito isso, segue abaixo a breve entrevista com a Ministra Nancy Andrighi referente a todo o exposto com muita dedicação.

**1) Vossa Excelência mantém seu entendimento e posicionamento consoante o REsp 992.749?**

Sim, mantenho a minha posição. Entretanto, anoto que a essência do julgamento colegiado é de que, firmado o entendimento da Corte em determinado sentido, todos os Ministros deverão seguir esse entendimento em respeito ao princípio da colegialidade e como manifestação do dever de estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência da Corte. Assim, sempre ressaltando a minha posição pessoal acerca do tema, tenho adotado o entendimento fixado pela douta maioria.

**2) Haja vista a reforma, que permite a concorrência do cônjuge supérstite no regime de separação de bens, acredita que isso finda a aplicabilidade do regime de separação convencional?**

Não há dúvida de que o entendimento adotado pela douta maioria, respeitosamente, reduz, de modo significativo, o âmbito de atuação da autonomia da vontade das



partes e, conseqüentemente, a aplicabilidade prática do regime da separação convencional de bens.

**3) Acredita haver uma intervenção estatal excessiva na vida privada e no planejamento sucessório, bem como na autonomia de vontade das partes? Observado o princípio da exclusividade que rege a vida do casal, destacado no recurso especial de vossa relatoria.**

Antes de responder especificamente a esse questionamento, é interessante observar brevemente a questão sob a perspectiva histórica, pois, se examinarmos a atuação estatal sobre temas concernentes à família e às sucessões, desde o Código Civil de 1916, passando pelo Estatuto da Mulher Casada, Lei do Divórcio, Lei da União Estável até o Código Civil de 2002, veremos que há cada vez menos intervenções do Estado no conceito, na concepção e direção dos núcleos familiares e nos aspectos patrimoniais da família, inclusive *post mortem*. Diante desse cenário, entendo que obrigatoriedade de concorrência do cônjuge supérstite na sucessão do falecido, mesmo contrariamente à vontade consensualmente manifestada por eles em vida, subverte essa tendência histórica de redução da intervenção estatal em aspectos patrimoniais da família.

**4) Uma vez que o regime de separação obrigatória não permite a comunicabilidade de bens, por imposição legal, o regime da separação convencional não deveria se submeter à mesma regra? Tendo em que, contrário ao que ocorre na separação obrigatória, as partes convencionaram e optaram por esse regime de bens?**

Penso que a melhor interpretação do art. 1.829, I, do CC/2002, é no sentido de que essa regra compõe um sistema de direito civil e que trata essencialmente de questões



relacionadas ao direito privado, ou seja, matérias que estão na esfera de disponibilidade das partes, nas quais a autonomia da vontade é um elemento de grande relevância. Se, na separação legal, razões de ordem pública e de tutela da pessoa em potencial vulnerabilidade permitem a intervenção estatal, de modo a impedir a comunicabilidade de bens, com muito mais razão esse raciocínio deveria se aplicar à separação convencional, que concretiza aquele que é um dos maiores valores da sociedade, das pessoas e das famílias: a liberdade.

**5) Ao buscar uma solução jurídica para o problema, procurando a melhor análise frente as diversas opiniões, Vossa Excelência acharia viável utilizar a Súmula 377/STF de forma análoga para a concorrência do cônjuge no regime da separação convencional? Caso em que a regra seria a não concorrência do cônjuge sobrevivente nesse regime de bens, e a exceção seria: a menos que comprove sua efetiva participação sobre determinado bem, caso em que, poderá concorrer sobre este.**

**6) Em desacordo com a pergunta do item 5, qual solução jurídica seria mais razoável em seu entendimento?**

As duas questões estão correlacionadas, mas, infelizmente, sobre elas não há como me manifestar em abstrato, tendo em vista que, se porventura essa ou outra tese vier a ser suscitada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, buscando a superação do precedente que uniformizou a matéria no âmbito da 2ª Seção, a minha prévia manifestação pública acerca do tema equivaleria a uma possível antecipação de meu entendimento e de meu eventual voto.

## **REFERÊNCIAS**



BARBOSA, N.R. *Direito sucessório do cônjuge supérstite*. [s. l.], 2017. Disponível em:<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.6B92230D&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 22 abr. 2019

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 05 de outubro de 1988. Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 24 abr. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp nº 1.111.095. Quarta Turma. Recorrente: Paulo Martins Filho. Recorrido: Mercedes Magdalena Serrador Martins. Relator: Min Carlos Fernando Mathias. Brasília, 22 de abril de 2015. Disponível em:[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22QUARTA+TURMA%22%29.ORG.&ementa=DIREITO+DAS+SUCESSES&data=%40DTDE+%3E%3D+20091001+E+%40DTDE+%3C%3D+20091010&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=A COR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22QUARTA+TURMA%22%29.ORG.&ementa=DIREITO+DAS+SUCESSES&data=%40DTDE+%3E%3D+20091001+E+%40DTDE+%3C%3D+20091010&tipo_visualizacao=RESUMO&b=A COR&thesaurus=JURIDICO&p=true)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp nº 1.382.170/SP. Segunda Sessão. Recorrente: Flávia Matarazzo. Recorrido: Silvia Maria Aranha Matarazzo. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, 22 de abril de 2015. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1382170&processo=1382170&b=A COR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 22 abr.2019.

CARVALHO, G. F. *Os reflexos dos regimes de bens no direito sucessório do cônjuge sobrevivente*. Brazil, South America. Disponível em:<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.2329E127&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 24 abr. 2019.

COELHO, H. F. *A sucessão do cônjuge supérstite casado sob o regime da separação convencional*. [s. l.], 2016. Disponível em:[http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.C4E5CC61&lan\\_g=pt-br&site=eds-live&authtype=ip,uid](http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.C4E5CC61&lan_g=pt-br&site=eds-live&authtype=ip,uid). Acesso em: 26 mar. 2019.

COSTA, I. G.; BAHIG MERHEB, M. P. *O Regime De Separação Convencional De Bens E a Não Concorrência Do Cônjuge Supérstite Com Os Descendentes Do “De Cujus”*. [s. l.], 2018. Disponível em:



<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.55320704&lang=pt-br&site=eds-live&authtype=ip,uid>. Acesso em: 27 mar. 2019.

DE CARVALHO, F. Q. M.; MONTEIRO MAFRA, T. C. *Estado Da Arte Do Imbróglgio Da Sucessão Do Cônjuge Em Concorrência Com Os Descendentes*. Revista de Direito de Família e Sucessão, [s. l.], v. 4, n. 2, p. 40–59, 2018.

Disponível em:

<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=134659753&lang=pt-br&site=eds-live&authtype=ip,uid>. Acesso em: 27 mar. 2019.

DEBUSSI, L. Z. *A concorrência sucessória do cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens à luz do princípio da proteção: uma crítica ao REsp 992.749/MS*. [s. l.], 2013. Disponível em:

<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.1155740D&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 24 abr. 2019.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Coleção de curso de Direito civil. Sucessões*. v.7. 2 ed. Salvador – Bahia: Juspodivm. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões*. v.7. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: Uma abordagem psicanalista*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2012.

RAAD, D. R. *O exercício da autonomia privada no direito sucessório : uma reflexão a partir da eficácia do regime da separação de bens*. [s. l.], 2018.

Disponível em:

<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.74901D6B&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 23 abr. 2019.

RIBEIRO, P. D. de M. *Polêmicas na sucessão de cônjuge: separação convencional de bens*. [s. l.], 2018. Disponível em:

<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.D2A55B03&lang=pt-br&site=eds-live&authtype=ip,uid>. Acesso em: 27 mar. 2019.





RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 9 ed. Rio de Janeiro: Livraria Forense, 2015.

SANTOS SOMBRA, T. L. *A evolução da proteção patrimonial dos cônjuges no direito de família: um estudo de caso do regime de separação de bens*. Revista de Derecho Privado, [s. l.], n. 30, p. 55–82, 2016. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=zbh&AN=117084833&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 24 abr. 2019.

SÊCO, T. F. T.; REIS, F. G. D. *O que revelam os julgados que tratam da condição de herdeiro do cônjuge em regime de separação convencional de bens: comentários ao AgRg na MC 23.242-RS ou comentários tardios ao REsp nº 992.749-MS = What reveals the trial concerning hereditary rights of people married under the separation of property regime: late comments on REsp n. 992.749-MS (STJ)*. [s. l.], 2017. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.48175900&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 24 abr. 2019.

SILVA, P. M. de O. Aspectos controvertidos da sucessão do cônjuge sobrevivente: a repercussão de sua inclusão no rol de herdeiros necessários. [s. l.], 2010. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.A65A0C34&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 24 abr. 2019.

TARTUCE, Flávio. Coleção Direito civil – Direito das Sucessões. v.6. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

UGOCCIONI, M. *O cônjuge casado no regime da separação convencional de bens: questões divergentes no âmbito do direito sucessório*. Brazil, South America. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.4C210388&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 24 abr. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Família*. 17. ed. São Paulo : Atlas, 2017.



# O USO DE DADOS PESSOAIS COMO INSUMO DE MERCADO: uma análise à luz da liberdade de escolha do consumidor e da privacidade

Marcos Henrique Joaquim Pereira

## RESUMO

O propósito do presente artigo é estudar as afetações que o tratamento de dados pessoais pode causar na liberdade de escolha do consumidor virtual. Por meio do método jurídico sociológico, o trabalho conceitua a privacidade, o consentimento e a autodeterminação informativa, que são elementos essenciais à preservação da liberdade de escolha do consumidor virtual. A privacidade, o consentimento e a autodeterminação informativa são recursos legitimadores indispensáveis ao tratamento de dados pessoais, que só se materializam quando o usuário consumidor é empoderado e tem poder de barganha. A conclusão da pesquisa é no sentido de que o tratamento de dados pessoais não viola a liberdade de escolha do consumidor virtual, mas possui um enorme potencial para torná-la cada vez mais abstrata.

**Palavras-chave:** dados pessoais; liberdade de escolha; consumidor; internet.

## ABSTRACT

The purpose of this article is to study the effects that the processing of personal data can cause on the freedom of choice of the virtual consumer. By the sociological legal method, this paper brings the concept of privacy, consent, and informative self-determination which are essential elements to the preservation of the freedom of choice of the virtual consumer. The privacy, the consent, and the informative self-determination are indispensable legitimizers factors to personal data, which only materialize themselves when the user/consumer is empowered in the negotiation. The research concludes that the processing of personal data does not violate the freedom of choice of the virtual consumer, however, has a huge potential to make it increasingly abstract.

**Keywords:** personal data; freedom of choice; consumer; internet.



## **INTRODUÇÃO**

O tratamento de dados pessoais é um tema fecundo no Brasil e no mundo devido ao desenvolvimento de recursos tecnológicos cada vez mais inteligentes. Esse avanço está intimamente ligado ao fato de que os dados pessoais se tornaram insumos do mercado aptos a contribuir com o aprimoramento das relações de consumo. Todavia, a coleta e o tratamento de dados para fins comerciais ou publicitários encontra alguns limites jurídicos em institutos como a privacidade e a autodeterminação informativa, sob pena de violar a liberdade de escolha do consumidor virtual.

A problemática deste estudo foi delimitada de modo a identificar se o tratamento de dados pessoais no contexto da relação de consumo virtual afeta ou não a liberdade de escolha do consumidor. A hipótese cogitada perpassa pela análise do conteúdo legal do tratamento de dados pessoais, do direito à privacidade, da autodeterminação informativa, do consentimento, da relação de consumo virtual e da liberdade de escolha do consumidor.

Como objetivo geral, este trabalho pretende examinar a relação entre a liberdade de escolha do consumidor virtual e o tratamento de dados pessoais. Especificamente, a pretensão deste estudo se concentra em descrever o conceito legal de tratamento e proteção de dados pessoais e suas repercussões nas discussões sobre consentimento e autodeterminação informativa, apurar qual o papel do direito à privacidade dentro do objeto de estudo, conceituar doutrinária e filosoficamente a liberdade de escolha do consumidor e avaliar exemplificativamente recursos tecnológicos comuns ao tratamento de dados pessoais.

Quanto à execução, esta investigação recorrerá à metodologia jurídico-sociológica para explorar os conceitos de liberdade de escolha do consumidor e a disciplina do uso de dados pessoais no contexto do comércio eletrônico. O tipo de pesquisa adotado é o método qualitativo, que descreve detalhadamente o direito à



privacidade, o uso de dados pessoais, o consentimento e a liberdade de escolha do consumidor a partir da pesquisa bibliográfica.

A motivação desta pesquisa vem do advento da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que foi sancionada em 2018 e terá vigência em agosto de 2020, diversamente do que ocorre em muitos países por já possuírem legislações amadurecidas. O texto da referida lei fixou como seus objetivos a proteção dos direitos fundamentais como liberdade, privacidade, livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural e estabeleceu a defesa do consumidor como um de seus fundamentos. Desse último ponto é que surge a importância de se analisar o respeito à liberdade de escolha do consumidor à luz do que se considera consentimento livre, informado e inequívoco.

Explorar academicamente as implicações do tratamento de dados pessoais no contexto do comércio eletrônico, sobretudo quanto à liberdade de escolha do consumidor agregará conhecimentos aplicados à linha de pesquisa de Direito, tecnologia e inovação, e quiçá, incentivará novos estudos por parte da comunidade acadêmica e contribuirá para a inteligência da temática para futuras evoluções legislativas.

Assim, o primeiro capítulo começará com a explicação do que são os dados pessoais e os dados pessoais sensíveis, traçando um panorama histórico acerca de sua definição jurídica na União Europeia e nos Estados Unidos da América, legislações que mais influenciaram na criação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). O referido capítulo ainda esmiuçará doutrinariamente o direito à privacidade em âmbito digital e examinará o consentimento e a autodeterminação informativa como instrumentos jurídicos essenciais ao tratamento de dados pessoais.

Posteriormente, o segundo capítulo explorará a relação de consumo na internet apontando suas características, definindo algumas hipóteses de recursos tecnológicos usados para tratar de dados pessoais que podem afetar a relação de



consumo virtual. Por fim, ainda nesse capítulo, será investigada a liberdade de escolha segundo o Código de Defesa do Consumidor e as implicações decorrentes do desenvolvimento virtual da relação de consumo.

No terceiro capítulo, será feita uma observação crítica entre tratamento de dados pessoais e liberdade de escolha do consumidor virtual. Nessa ponderação, o texto refletirá filosoficamente acerca processo de escolha do consumidor e da existência de potenciais riscos à sua liberdade, com o contraponto dos princípios da privacidade, da autodeterminação informativa e do consentimento.

Dessa maneira, recorrendo à revisão bibliográfica, será perquirido o texto normativo da Lei nº 13.853, de 14 de agosto de 2018, mais conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), em face das noções básicas de privacidade, liberdade de escolha e autodeterminação informativa nos modos que a doutrina de Direito do Consumidor e de Direito Constitucional costuma definir. Todo o marco teórico será manejado a fim de confirmar ou refutar a hipótese de que a relação de consumo virtual que emprega o tratamento dados pessoais não viola a liberdade de escolha do consumidor na medida em que o direito à privacidade, o consentimento e a autodeterminação informativa são respeitados.

## **1 DADOS PESSOAIS E PRIVACIDADE**

A massificação do uso da internet combinada com o avanço tecnológico cada vez mais rápido possibilitou o compartilhamento instantâneo de uma quantidade quase ilimitada de informações. Isso fez com que se tornasse natural a exposição de dados pessoais como fotos, vídeos e informações diversas num ambiente aberto, por isso, não é incomum se deparar com pessoas que expõem costumeiramente na internet dados sensíveis, até mesmo íntimos.

As redes sociais são instrumentos catalizadores dessa exposição, uma vez que funcionam como vitrines da vida de cada usuário. O *Facebook*, por exemplo, é uma



rede eficaz para encontrar parentes, próximos ou remotos, baseando-se em dados fornecidos pelos próprios usuários, o *Instagram* facilita o compartilhamento do dia a dia das pessoas através de ferramentas de edição instantânea de fotos e vídeos curtos, já o *Twitter* possibilita a exposição pessoal através de pequenos textos.

Essas redes sociais, além de serem ferramentas de autoexposição, podem se utilizar das informações fornecidas constantemente pelos usuários para personalizar a experiência individual ou grupal e, além disso, podem comercializar dados. Nesse panorama, criou-se a big data, expressão definida por Mayer-Schönberger e Cukier como a capacidade manipular a informação em grande escala, atribuindo-lhe valor significativo capaz de transformar realidades mercadológicas e organizacionais, inclusive na estrutura do estado<sup>1</sup>.

A lógica do compartilhamento ilimitado de informações pessoais, do tratamento de dados e da aplicação desses recursos como matéria-prima que ajusta o mercado, faz com que surja a necessidade de proteger os dados pessoais. Assim, pode-se dizer que o aparecimento da sociedade da informação instituiu a urgência regulatória a fim de assegurar a liberdade e a privacidade dos titulares dos dados pessoais coletados e processados.

A temática dos dados pessoais está intimamente ligada ao desenvolvimento econômico, também por isso é que os blocos econômicos em todo o mundo se ocuparam em regulá-lo de modo a nortear e organizar o acelerado ritmo de produtividade e eficiência das empresas e, em algum nível, até mesmo do próprio governo. Nessa esteira, surge a necessidade de se estabelecer uma espécie de proporcionalidade entre o livre fluxo de dados e a garantia das liberdades individuais.

## 1.1 Dados pessoais e dados pessoais sensíveis: definições

---

<sup>1</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big data**: La revolución de los datos massivos. Turner Publicaciones: Madrid, 2013, p. 17



Até aqui os conceitos de dados pessoais e informação foram usados como sinônimos, isso porque segundo Raymond Wacks ambos os termos servem para descrever uma parcela da realidade ou para representar fatos, no entanto há uma distinção sensível a ser pontuada. Conforme Wacks, o dado é uma informação em potencial, uma espécie de “pré-informação” que antecede o processo interpretativo de quem o recebe, enquanto o termo “informação” pressupõe a redução do estado de incerteza que é intrínseca ao “dado”, enquanto forma mais primitiva de comunicação<sup>2</sup>.

Afora as distinções conceituais relativas à teoria da comunicação, por muitas vezes o direito se empenha em definir o que é o dado pessoal. Internacionalmente, diversos países possuem legislações extremamente amadurecidas no tocante à proteção de dados pessoais e seu enfoque nas relações de consumo, como no caso da União Europeia e dos Estados Unidos da América.

Um dos primeiros materiais jurídicos de grande relevância na seara de proteção de dados foi a Diretiva Europeia nº 46, de 1995, texto normativo que consolidava uma espécie de consenso regional para regular o uso de dados. De forma prematura, a referida Diretiva já considerava que o tratamento de dados pessoais tem potencial para afetar o funcionamento do sistema democrático, da prestação de saúde pública e de segurança social, além de poder influenciar no exercício dos direitos fundamentais<sup>3</sup>.

Em abril de 2016 a Diretiva Europeia 46 de 1995, foi revogada pelo Regulamento 679 da União Europeia, que passou a definir dados pessoais em seu artigo 4º, alínea 1, da seguinte forma:

---

<sup>2</sup> WACKS, Raymond. **Personal information**. Oxford: Clarendon Press, 1989, p. 25

<sup>3</sup> UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 95/46/CE de 24 de outubro de 1995**, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>. Acesso em: 30 ago. 2019.



Dados pessoais, informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (titular dos dados); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular<sup>4</sup>.

No conceito europeu, os dados pessoais efetivamente são ou podem ser vinculados a algum indivíduo, que é seu titular, essa identificação de titularidade permite referenciar características pessoais diversas. Além de definir o que é o dado pessoal propriamente dito, o Regulamento se detém em estabelecer uma série de conceitos úteis de institutos como tratamento, pseudonimização, violação, dados biométricos e genéticos, autoridade de controle e consentimento.

Por entender a relevância do tratamento de dados e a exposição a que se submete o seu titular, o Regulamento Europeu 2016/679 fixa a proibição de tratamento de dados que revelem origem racial ou étnica, vida ou orientação sexual e de dados que mostrem opiniões políticas, convicções religiosas ou filosóficas, filiação sindical, bem como os que contenham dados biométricos e genéticos, com algumas ressalvas, consoante o artigo 9º.

Já nos Estados Unidos, a história da regulação da proteção de dados começou na década de 60 com o caso *Katz vs. United States*, de 1967, julgado pela Suprema Corte Americana, nele foi superada a noção de que o Estado devia tutelar a privacidade de lugares físicos, para assegurar também a defesa da privacidade de dados pessoais ou privados<sup>5</sup>. O referido julgamento foi baseado em uma interpretação da quarta emenda da Constituição Americana, que logo se tornou

---

<sup>4</sup> UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento 2016/679**, de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>. Acesso em: 30 ago. 2019

<sup>5</sup> **Katz vs. United States**, 389 US 347 (1967): Justia Opinion Summary and Annotations. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/>. Acesso em: 02 set. 2019





insuficiente para tutelar o direito à privacidade no contexto da internet e da popularização dos recursos tecnológicos.

Nos anos 90, surgiram diversas leis na tentativa de assegurar o direito à privacidade e proteger dados, como por exemplo, *The fair credit reporting act* (1990), *Tax reform act* (1994) e *Eletronic communication privacy act* (1999). Devido à organização federativa e ao sistema de repartição de competências legislativas, os estados americanos passaram a legislar sobre dados pessoais para garantir a privacidade dos usuários e definir os contornos para a exploração da atividade econômica pautada em dados, de acordo com os estudos de Sonia Mcneil<sup>6</sup>.

Apesar das várias tratativas e da vasta experiência na seara da proteção de dados, os Estados Unidos da América não possuem uma lei federal que regula o tema, o que há na verdade é uma espécie de regulação de mercado feita pela *Federal Trade Commission* (FTC). A agência federal FTC atua como órgão regulador e como jurisdição de proteção ao consumidor e à concorrência, impedindo práticas anticompetitivas, injustas e enganosas<sup>7</sup>.

No Brasil, após grande vácuo legislativo, em 2018 o Congresso Nacional sancionou a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) a fim de regular a nível federal o tratamento de dados pessoais, em meios físicos e digitais, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade. Fazendo-se importante frisar que a Lei Geral de Proteção de Dados não incide especificamente sobre dados de pessoas jurídicas, *softwares*, patentes, documentos sigilosos ou confidenciais ou informações que não sejam relacionadas a pessoas naturais identificadas ou identificáveis.

---

<sup>6</sup> MCNEIL, Sonia. Privacy and the modern grid. In: **Harvard Journal of Law & technology**, v. 25, n. 1, 2011, p. 26.

<sup>7</sup> UNITED STATES OF AMERICA. **About the Federal Trade Commission**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/about-ftc>. Acesso em: 03 set. 2019



Acerca da incidência legal da LGPD, não há que se falar em regulamentação insuficiente devido à existência de diversos outros textos normativos que podem abranger outros tipos de informações. O Brasil em sua vasta produção legislativa possui marcos legais como a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998), a Lei de Propriedade Intelectual (Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996) e a Lei de *Software* (Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998), desse modo vê-se que o país se ocupou de regular a temática de dados em seus modos e usos.

Quanto a definição de dados pessoais, o Brasil optou por uma concepção expansionista, que é tradicionalmente vinculada à regulação dada na União Europeia. Conforme Paul Schwartz e Daniel Solove, na abordagem expansionista não importa se as informações já foram ou se serão futuramente vinculadas a uma pessoa específica, os dados pessoais identificados ou identificáveis pertencem à mesma categoria, merecendo, portanto, a mesma proteção legal<sup>8</sup>.

Com a concepção expansionista, o dado pessoal é intrinsecamente relacionado à pessoa que lhe deu origem, uma vez que este pode desvelar informações outrora desconhecidas sobre a vida do indivíduo. Desse modo, proteger dados pessoais significa tutelar os direitos da personalidade, exatamente porque os dados pessoais são uma projeção da personalidade do indivíduo e o seu desenvolvimento digno está condicionado à autonomia que se tem para ser o que se quer<sup>9</sup>.

Semelhante ao resto do mundo, o Brasil optou pela plena legalidade do tratamento de dados pessoais, estabelecendo no artigo 5º, inciso X, da LGPD, que o tratamento consiste em toda operação realizada com dados pessoais e, a título exemplificativo, cita ações como coleta, produção, recepção, classificação,

---

<sup>8</sup> SCHWARTZ, Paul M. SOLOVE, Daniel J. **The Pii problem:** privacy and a new concept of personally identifiable information. New York: Berkeley Law, 2011, p. 1814-1894. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2638&context=facpubs>. Acesso em: 10 nov. 2019.

<sup>9</sup> MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor:** linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 33-37



utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, etc. Para Rony Vainzof, as hipóteses de tratamento elencadas na lei brasileira são extremamente abrangentes e englobam todas as possibilidades de manuseio, independente do meio operado<sup>10</sup>.

A proteção da personalidade traduzida como proteção aos dados pessoais encontra assento constitucional no Brasil, uma vez que a Constituição Federal de 1988 eleva a dignidade da pessoa humana ao status de fundamento da República. Nesse cenário, o exercício dos direitos de personalidade passa a ser corolário da dignidade da pessoa humana, o que nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e de Nelson Rosenvald é assim descrito:

Consideram-se, assim, direitos da personalidade aqueles direitos subjetivos reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Enfim, são direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica<sup>11</sup>.

Ao se tratar de potencial lesivo aos direitos de personalidade e, conseqüentemente, à própria dignidade e privacidade do indivíduo, tem-se ainda que dar relevo aos dados sensíveis. Esta espécie é distinguida pelo seu potencial em criar discriminações, podendo vulnerar a igualdade material entre os indivíduos. Mesmo diante de tamanho risco, não é viável proibir a coleta e o tratamento de dados sensíveis, pois eles são imprescindíveis para a atuação de determinados setores do mercado e além de seu uso ser passivelmente legítimo e lícito<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> VAINZOF, Rony. Capítulo I: Disposições Preliminares. in: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei Geral de Proteção de dados Comentada** [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

<sup>11</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: Teoria Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 101-102

<sup>12</sup> DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Livro eletrônico não paginado



Nas palavras de Cots e Oliveira, a proteção pretendida pela LGPD traduz o fato de que o legislador percebe o titular de dados pessoais como alguém vulnerável dentro da relação ali desenvolvida. Ainda segundo os autores, a posição da pessoa a quem os dados dizem respeito é claramente desigual em relação àqueles que tratam seus dados, a saber o controlador e o operador. Essa lógica é muito semelhante à situação de vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor de produto ou serviço<sup>13</sup>.

A pretensão da LGPD em proteger dados pessoais, conforme dispõe em seu artigo 2º, está calcada em fundamentos de altíssima relevância social e jurídica, alguns deles explicitamente citados no texto constitucional, tais como o respeito à privacidade, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. Assim como a regulação da União Europeia, a LGPD traz o conceito da autodeterminação informativa, que além de instituto jurídico, funciona como princípio norteador.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais em seu artigo 5º, inciso II, assim dispõe:

II - Dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Comentada** [livro eletrônico].

2. ed. São Paulo Thomson Reuters Brasil, 2019.

<sup>14</sup> BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Lei no 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 11 nov. 2019



As informações contidas no inciso citado podem provocar discriminações e fomentar vulnerabilidades de grupos sociais a depender da característica selecionada por quem trata dos dados pessoais sensíveis. A lei brasileira não proíbe o tratamento de dados pessoais sensíveis, tampouco estipula regimes de permissões a eles, o que ocorre em verdade é a instituição de obrigações diferenciadas, como por exemplo, a obtenção de consentimento livre, inequívoco e informado, de forma destacada e específica quando a base legal for o consentimento (artigo 11, inciso I e artigo 5º, XII, ambos da LGPD), o uso compartilhado ou comunicação de dados sensíveis entre controladores com a finalidade de obter vantagem econômica poderá ser alvo de regulamentação ou proibição pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), conforme o artigo 11, §3º, da LGPD.

Devido à ausência de permissão legal, algumas hipóteses de tratamento de dados sensíveis são impossibilitadas, tem-se como exemplo: o tratamento de dados sensíveis para fins de proteção do crédito ou para execução de contrato ou procedimento pré-contratual. Também é proibida a comunicação ou uso compartilhado de dados sensíveis referentes à saúde com a finalidade de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica, de assistência à saúde, e de portabilidade de dados quando solicita pelo titular, desde que observada a vedação da prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade de assistência à saúde operada por planos privados (artigo 11, §4º, e incisos, da LGPD).

Com o conjunto de meios tecnológicos que coletam, tratam e armazenam dados em todo o mundo é possível criar tecnologias que traçam perfis e estabelecem preferências de consumo e até de opinião através da inteligência artificial. Aqui surge a possibilidade de os operadores e controladores dos dados conhecerem informações sobre usuários e sobre não usuários, que são pessoas anônimas em relação ao mundo do compartilhamento virtual.



A organização não-governamental Article 19 ao estudar privacidade e liberdade de expressão na era da inteligência artificial, cita que os métodos empregados por essa tecnologia são comumente utilizados para coletar grande quantidade de dados sem o conhecimento ou consentimento dos seus titulares, identificar pessoas que desejam permanecer anônimas, inferir informações confidenciais a partir de dados não sensíveis e criar perfis de pessoas com base em banco de dados de escala populacional<sup>15</sup>.

Segundo Cathy O’Neil, as ferramentas de inteligência artificial nutridas com os dados do usuário podem ser perigosas, na medida em que geram os pontos cegos, que consistem em falhas de algoritmos, essas, por sua vez, criam discriminação e preconceito devido às prioridades e valores daqueles que desenvolveram o mecanismo, o que nas palavras da autora podem operar como verdadeiras “armas matemáticas de destruição”<sup>16</sup>.

Apesar de o desenvolvimento tecnológico estar essencialmente vinculado às sistemáticas legais, o campo do tratamento de dados pessoais tem um imenso potencial de riqueza baseado em expressiva assimetria informacional. Conforme Sombra, o citado modelo de desenvolvimento econômico multiplica situações de poder por parte dos indivíduos que detém dados qualitativamente importantes e o controle das tecnologias, redimensionando, assim, o conceito de privacidade.

## **1.2 O direito à privacidade na internet**

O conceito tradicional de direito à privacidade está relacionado com o direito de estar só, de poder estar separado de grupos e de manter-se livre de observação<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> ARTICLE 19. **Privacy and Freedom of Expression In the Age of Artificial Intelligence**. Abr. 2018, p.17. Disponível em <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/04/Privacy-and-Freedom-of-Expression-In-the-Age-of-Artificial-Intelligence-1.pdf> . Acesso em 6 dez. 2019

<sup>16</sup> O’NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy**. Brodway Books: New York, 2017, p. 35

<sup>17</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017



Ocorre que, com o advento da internet e a disrupção por ela proporcionada, a privacidade se tornou um critério que alternativamente seria um “obstáculo rígido ao fluxo transacional de informações” ou mais um elemento adaptado à nova realidade econômica<sup>18</sup>

Quanto às externalidades dessa nova realidade econômica, segundo Ana Frazão há uma íntima relação entre dados, obtenção de informações, poderio econômico, abuso de poder econômico e violação da privacidade. Como justificativa apresenta-se o fato de que “[...] a violação da privacidade e dos dados pessoais torna-se um lucrativo negócio que, baseado na extração e na monetização de dados, possibilita a acumulação de um grande poder que se retroalimenta indefinidamente”<sup>19</sup>.

O valor do direito à privacidade dentro da sociedade da informação ainda é relacionado às necessidades da concepção tradicional, a saber, a busca da igualdade, da liberdade de escolha, da não discriminação e do livre desenvolvimento da personalidade. Para Doneda, o reconhecimento da privacidade como pré-requisito indispensável para o exercício de outras liberdades foi uma das noções jurídicas mais importantes inauguradas na segunda metade do século XIX<sup>20</sup>.

Dentro da lógica do “direito de estar só” se naturaliza o conceito do *zero-relationship*, criado por Stefano Rodotà, nessa perspectiva o indivíduo está salvo da comunicação com outros indivíduos, por causa do eixo “pessoa-informação-segredo”. A forma contemporânea do direito à privacidade, ainda conforme o autor, é movida

---

<sup>18</sup> SOMBRA, Thiago Luíz Santos. Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais [Livro não paginado.]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

<sup>19</sup> TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro** [Livro eletrônico]. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

<sup>20</sup> DONEDA, Danilo. op. cit., livro não paginado



por uma imensidão de interesses e valores, agora se organizando sobre o eixo “pessoa-informação-circulação-controle”<sup>21</sup>.

O tratamento de dados pessoais para fins econômicos é um fato que está posto, inobstante, essa constatação não diminui o valor e a importância do direito à privacidade como lugar essencial de desenvolvimento da personalidade do indivíduo. No Brasil, a proteção de dados pessoais é atrelada aos direitos fundamentais em razão de a temática encontrar seu fundamento na dignidade da pessoa humana, pois é digno desenvolver a própria personalidade como se quer e sem interferências externas.

O controle sobre dados pessoais pode ser elevado como uma nova dimensão da privacidade. Sobre o redimensionamento da privacidade Doneda explica que:

[...] cada vez é menos relevante o raciocínio em termos de “espaços” ou “bens” protegidos pela privacidade, à medida que cresce em importância uma espécie de “administração” das escolhas pessoais como forma de projetar a personalidade no exterior e, conseqüentemente, a determinação da própria esfera pessoal [...]. Algumas vantagens dessa perspectiva são que: (i) ela pode compreender tanto a tutela da informação fornecida quanto da recebida (em terminologia conhecida, o controle dos *inputs* e dos *outputs* de informação) por uma pessoa; (ii) ela pode ser utilizada igualmente em situações nas quais a privacidade seja o elemento central em uma situação existencial, bem como em outras nas quais a privacidade, ainda que não seja o elemento central ou o único fator a ser considerado, demande tutela. Estaria inserida, portanto, tanto em situações patrimoniais quanto não-patrimoniais, aumentando o espectro de efetividade da tutela<sup>22</sup>.

Como bem esposado, o direito à privacidade atualmente possui um aspecto associado ao controle, à administração e às ações que revelem a autonomia da vontade, sempre de modo a possibilitar a aferição de consciência e consentimento dos usuários. Essa lógica é muito mais asseverada quanto se trata de um usuário na qualidade de produto e serviço pela internet, pois a liberdade de escolha passa a ser

<sup>21</sup> RODOTÀ, Stefano. **Tecnologie e diritti**. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 22-23

<sup>22</sup> DONEDA, Danilo. op. cit., livro não paginado





medida tanto da privacidade quanto do bom desenvolvimento das relações de consumo.

### **1.3 O consentimento e a autodeterminação informativa**

Os dados pessoais são compreendidos como um ativo de mercado porque em seu tratamento é possível perceber rotinas, localização do usuário e seus caminhos frequentes, as suas condições de saúde, preferências de consumo e interesses mais diversos. Esse fornecimento de dados nem sempre é voluntário ou consciente, por essa razão a LGPD estabeleceu delineamentos para a matéria apoiados nos institutos da autodeterminação informativa e do consentimento.

O consentimento é um dos eixos principais da disciplina de proteção de dados pessoais, isso porque sua identidade advém da lógica civilista da autonomia privada. No Direito Civil, as relações são marcadas pela autonomia da vontade e essa, por sua vez, é expressa mediante a manifestação de vontade, sem ela o negócio jurídico será nulo por vício no plano da existência. Nesse sentido, a LGPD tratou de vedar o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento, conforme o artigo 8º, §3º.

Ao longo da história da regulação do tratamento de dados, o consentimento foi amplamente adjetivado com termos como livre, informado, inequívoco, explícito ou específico. Para Bioni essa adjetivação nada mais é que uma reverência exacerbada que pode não definir instrumentos aptos ao empoderamento do titular dos dados pessoais<sup>23</sup>. Na LGPD, o consentimento consiste em “[...] manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”, conforme o inciso XII, do artigo 5º. Aqui cabe a crítica sobre se indivíduo é capaz de controlar suas informações, por

---

<sup>23</sup> BIONI, Bruno. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 90



meio dos instrumentos existentes, mesmo diante da gigantesca estrutura de poder que impõe assimetria informacional e torna o usuário a parte mais vulnerável.

Definir os adjetivos que acompanham o consentimento é relevante para explicitar a importância que a manifestação de vontade tem dentro da temática de proteção de dados. Segundo Bruno Bioni, o consentimento livre significa a possibilidade facultada ao indivíduo de recusar ou aceitar o tratamento de dados, sem a presença de intervenções ou situações capazes de minar seu consentimento. Nessa lógica, é preciso analisar o grau de liberdade do usuário que, na maioria das vezes, não possui “poder de barganha” ou opção com relação ao tipo de dado que será coletado ou os usos que serão dados<sup>24</sup>.

O consentimento ser informado expressa que o titular precisa ter ao seu dispor as informações suficientes e necessárias para julgar consciente e corretamente a forma de tratamento de seus dados pessoais. Esse nível de informação também deve ser prestado no decorrer do tratamento de dados de forma clara, adequada e ostensiva, porquanto o artigo 9º, da LGPD, impõe que o titular deve ter acesso facilitado às informações acerca do tratamento dos dados que lhe dizem respeito. Assim, a lei empodera o titular que passa a ter acesso à identificação e aos contatos do controlador, a finalidade específica do tratamento de dados e a forma e duração dele, ressalvados os segredos comerciais e industriais. Por fim, tem-se também a manifestação de vontade inequívoca que diz respeito à precisão do consentimento, que não pode ser ambíguo e deve ser expressado de forma clara<sup>25</sup>.

A lei brasileira de proteção de dados dispõe sobre o consentimento como uma das hipóteses autorizadoras do tratamento de dados pessoais, pois conforme o artigo 7º, inciso I, quando o titular fornece seu consentimento ao controlador o tratamento de dados é lícito, no entanto, se o controlador resolve compartilhar ou comunicar

---

<sup>24</sup> BIONI, Bruno. op. cit., p. 134

<sup>25</sup> TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord). op. cit., Livro eletrônico não paginado.



esses dados com outros controladores, é necessário obter novo consentimento. A doutrina legal do consentimento estabelece que é lícito o tratamento de dados pessoais de acesso público, mas há que se considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público, além de respeitar propósitos legítimos e específicos, quando do tratamento para novas finalidades.

Sobre os dados pessoais sensíveis, a LGPD assevera que o consentimento deve ser fornecido de forma específica e destacada, com finalidade especificada. Igualmente, é possível o tratamento de dados pessoais sensíveis sem a anuência do titular, hipótese essa que é lícita apenas nas hipóteses das alíneas do inciso II, artigo 11, que assim dispõem:

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

É válido ressaltar que existe, ainda, a faceta que o consentimento adquire, a depender dos contornos patrimonialistas ou de defesa de direitos atribuídos pela estratégia regulatória adotada. No primeiro caso, a manifestação de vontade serviria tão somente para legitimar o tratamento, tornando os dados pessoais em uma *commodity*. No segundo exemplo, em um sistema que privilegia a privacidade e a autodeterminação informativa, a declaração de vontade seria um exímio instrumento



para o exercício de tais direitos<sup>26</sup>. Ao que parece, a ideia do legislador brasileiro foi criar um ambiente legal muito mais semelhante ao sistema que privilegia a proteção de direitos, mesmo dentro de um país essencialmente patrimonialista, essa intenção segue a tradição da estratégia regulatória europeia.

A racionalidade da LGPD está amparada, dentre outros fundamentos, no texto do artigo 2º, *caput* e inciso II, da LGPD, ali é estabelecida a autodeterminação informativa. Ao contrário dos conceitos que a lei escolheu definir nos incisos do seu artigo 5º, a autodeterminação informativa tem elucidação construída fora desse marco legal, sua história começa em um julgado alemão de 1978 que a definiu como direito dos indivíduos de “[...] decidirem por si próprios, quando e dentro de quais limites seus dados pessoais podem ser utilizados”<sup>27</sup>.

A autodeterminação informativa pode ser entendida como a faculdade dada ao indivíduo para que ele possa decidir sem interferências, isto é, por si só, sobre o destino de seus dados pessoais. Nesse sentido, o conceito de autodeterminação informativa corresponde exatamente à evolução que a privacidade haveria de passar, porquanto, segundo Rodotà as tendências da privacidade são as seguintes: “1) do direito a ser deixado só ao direito de manter controle sobre as informações que lhe digam respeito; 2) da privacidade ao direito à autodeterminação informativa; 3) da privacidade à não-discriminação e 4) do sigilo ao controle”<sup>28</sup>.

A exigência do consentimento livre, inequívoco e motivado, bem como a oportunização da autodeterminação informativa, como forma de o indivíduo controlar os próprios dados, funcionam como medidores que aferem se a privacidade é ou não respeitada. Em outras palavras, não obter a manifestação de vontade do usuário, não solicitar as formalidades legais do consentimento, ou não permitir o

---

<sup>26</sup> DONEDA, Danilo. op. cit., livro não paginado

<sup>27</sup> Ibid. Livro não paginado

<sup>28</sup> RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 97-98



acesso e controle do indivíduo sobre seus dados, são manifestas violações ao direito à privacidade.

## **2 A RELAÇÃO DE CONSUMO NA INTERNET E A LIBERDADE DE ESCOLHA DO CONSUMIDOR**

A globalização da economia e a massificação de alguns recursos tecnológicos revelam-se como dois dos principais fatores que explicam o desenvolvimento e expansão do comércio eletrônico, aqui entendido como negócio realizado através de infraestrutura digital. Esse tipo de comércio possui um conjunto de facilidades disponíveis, como a rapidez, a redução de custos, a economia de esforço, a extensão de produtos para observação, dentre outras.

Segundo Oscar Ivan Prux, o comércio eletrônico é um facilitador de contratos extrafronteiras e entre empresas, contudo a mesma dialética positiva não ocorre com as relações entre consumidor e fornecedor em meio digital, porque nelas existe uma técnica imprescindível à execução do negócio jurídico que passa a ser cada vez mais complexa para o usuário. O autor explica que em consequência da hipossuficiência do consumidor avulta-se a carência por uma “adequação contributiva do direito” a fim de reestruturar paradigmas que foram construídos para uma da relação consumerista que não se desenvolvia virtualmente<sup>29</sup>.

### **2.1 A relação de consumo virtual**

As tecnologias mudaram a forma como as relações de consumo acontecem, porquanto esta era tradicionalmente marcada pela confiança e materialização dos elementos do negócio jurídico. As condições de desmaterialização, despersonalização, atemporalidade e desterritorialidade estão presentes no comércio

---

<sup>29</sup> PRUX, Oscar Ivan. Os 25 anos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sua história e as novas perspectivas para o Século XXI. MIRAGEM. Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord.). **25 anos do Código de Defesa do Consumidor: Trajetória e perspectivas** [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016



eletrônico, como pontua Cláudia Lima Marques, por isso a necessidade de se estabelecer uma proteção qualificada do usuário, mediante a imposição de mais informação, transparência e cooperação, bem como a viabilidade de arrependimento, de formas seguras de pagamento e de ponderação na coleta de dados<sup>30</sup>.

Ao explicar a vulnerabilidade do consumidor, Bittar especifica que no comércio eletrônico o consumidor pode se encontrar em uma situação onde não possui nenhum instrumento para resistir ao poderio econômico das empresas. Entre as citadas vulnerabilidades figuram como as principais ocorrências as falhas no processo produtivo, os erros técnicos, as informações inadequadas ou inexistentes sobre produtos e serviços, a publicidade enganosa e as cláusulas abusivas<sup>31</sup>.

A confiança como elemento marcante das relações de consumo em âmbito virtual é um importante demonstrativo sobre os rumos dos direitos do consumidor na internet. Conforme Schmidt, a doutrina consumerista, embebida em noções liberais, estabeleceu prematuramente que os contratos são pautados pela vontade livre e consciente, no entanto, a confiança como instrumento das relações de consumo se mostra como medida da liberdade de escolha do consumidor, uma vez que o cliente decide com base em legítimas expectativas e em cláusulas contratuais que reputa proporcionais<sup>32</sup>.

Além da afetação no modo como as relações de consumo ocorrem, a era da informação alterou as formas como os fornecedores alcançam o cliente e influenciam suas escolhas. As estratégias de venda, a alocação dos produtos e as análises de perfil de cliente passaram a ser abundantemente guiadas por informações

---

<sup>30</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 31

<sup>31</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor: Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 3.

<sup>32</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na Sociedade de consumo: Vontade e Confiança [livro eletrônico]**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015



prestadas pelo próprio cliente. Nesse sentido, um dos pontos mais merecedores de análise passou a ser a forma como se fornece esses dados pessoais.

Atualmente, a dinâmica do mercado virtual tem como motor a especialização e a individualização de produtos e clientes feitas por meio do processamento de dados pessoais dos consumidores. Ademais da forma legal de obtenção dos dados pessoais, em que se deve respeitar o consentimento e a autodeterminação informativa, é preciso ater-se às práticas potencialmente lesivas, por serem estas aptas à criação de preconceitos, discriminações e exclusões. Alguns dos instrumentos tecnológicos recorrentes no mercado são o *data mining*, os *cookies*, o *profiling*, *small data*, etc.

O *data mining* é uma técnica que utiliza o processo de descoberta de conhecimento em bases de dados, em inglês *Knowledge Discovery in Databases*, por meio desta aplicação é possível reconhecer correlações, padrões e tendências a partir de dados de difícil compreensão, conforme Quoniam. Na garimpagem de dados opera-se um *software* que utiliza estatísticas para encontrar novos conhecimentos, geralmente com a finalidade de classificar produtos ou pessoas a partir de informações brutas pré-existentes, sendo possível inclusive transformá-las em dados sensíveis outrora desconhecidos<sup>33</sup>.

Outra ferramenta comum no mercado é o uso de *cookies*, que segundo a definição de Ayenson, consistem em pequenos arquivos que contêm uma cadeia de números utilizáveis para identificar um computador<sup>34</sup>. Essa ferramenta permite que o usuário não preencha as mesmas informações quando retornar ao *site*, porque as informações estarão disponíveis quando o site reconhecer o usuário reincidente. O *cookie* possui informações que foram entregues pelo próprio usuário e os provedores

---

<sup>33</sup> QUONIAM, Luc. **Inteligência obtida pela aplicação de data mining em base de teses francesas sobre o Brasil**. Brasília, v. 30, n. 2, p. 20-28, Ago. 2001. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-19652001000200004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19652001000200004&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 11 dez. 2019.

<sup>34</sup> AYENSON, Mika D; WAMBACH, Dietrich James; SOLTANI, Ashkan; GOOD, Nathan; HOOFNAGLE, Chris Jay. Behavioral advertising: the offer you can't refuse. **Harvard Law & Policy Review**, n. 6, v. 273, p. 276, 2012. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2086>. Acesso em: 12 dez. 2019.



estabelecem as preferências de conteúdo a partir do rastreamento de navegação, assim, há a conclusão de que a atividade do usuário é permanentemente vigiada e analisa pelos *cookies*.

Os *cookies* possuem uma tipagem que se chama *third-party cookies* (TPCs) que para Terra e Mulholland correspondem a mecanismos de rastreamento que costumam elaborar perfis de comportamento de pessoais, familiares ou de grupos selecionados e até mesmo vincular esses perfis a usuários identificados. Ainda consoante as autoras, a técnica denominada de *profiling* “[...] ao rastrear esses identificadores em *sites* visitados pelos usuários, os anunciantes podem inferir não apenas seus interesses, mas identificar, inclusive, dados sensíveis, como condições médicas e opiniões políticas”<sup>35</sup>.

A prática do *profiling* envolve substancialmente o uso da mineração de dados e dos *cookies* para definir informações e intenções futuras dos usuários. Hildebrandt define que: o *profiling* é um modo indutivo de gerar conhecimento e fazer correlações representativas de uma probabilidade futura, para a autora, a criação de perfis não se compromete com as razões de ser da pessoa ou grupo, mas sim com a confiabilidade das previsões sobre as quais se apoiará o processo de tomada de decisão<sup>36</sup>.

Inegavelmente, a utilização de dados do consumidor para traçar perfis, aperfeiçoar técnicas de venda ou estratégia de marketing não é novidade. A inovação se encontra na quantidade e na qualidade de dados que as empresas passaram a ter acesso e no desenvolvimento de tecnologias inteligentes com potencial quase ilimitado. Assim, surgem as ameaças aos direitos do consumidor, que já era claramente vulnerável e agora tenciona ocupar um lugar de igualdade e autossuficiência na relação de consumo virtual.

---

<sup>35</sup> TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord). op. cit., Livro eletrônico não paginado

<sup>36</sup> HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge. **Profiling the european citizen: Cross-disciplinary perspectives**. Dordrecht: Springer Science, 2008, p. 40





## 2.2 A liberdade de escolha do consumidor na internet

A liberdade de escolha é elencada pelo Código de Defesa do Consumidor no artigo 6º, inciso II, como um direito básico do consumidor, essa garantia possui fundamento constitucional no próprio princípio da liberdade. Segundo Gonet, “[...] as liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades”, desse modo liberdade tem o sentido de poder de escolha sem embaraços<sup>37</sup>.

O aspecto da liberdade constitucional que mais importa à temática consumerista é o material, porque está ligado à capacidade real de ação do consumidor ao escolher e agir e à liberdade do fornecedor em empreender. De acordo com Rizzato Nunes, o sentido da liberdade de escolha do consumidor é definido pela ação livre em que este pode exercer as virtudes de querer e poder, o que é diferenciado da necessidade, momento em que o consumidor definitivamente não está em posição de escolha. Sobre a impropriedade do termo “liberdade de escolha do consumidor”, o autor assim complementa:

Acontece que, em larga medida, é improprio falar que o consumidor age com ‘liberdade de escolha’. Isso porque, como ele não tem acesso aos meios de produção, não é ele quem determina o quê nem como algo será produzido e levado ao mercado. As chamadas ‘escolhas’ do consumidor, por isso, estão limitadas àquilo que é oferecido<sup>38</sup>.

O tratamento de dados pessoais para definir produtos e serviços a serem disponibilizados no mercado pode ser uma prática potencialmente lesiva ao sentido material da liberdade de escolha, pois é um meio hábil para criar discriminações e situações de assédio de consumo. Sociologicamente, a liberdade de escolha do consumidor virtual é um direito abstrato, primeiramente, em razão do distanciamento

---

<sup>37</sup> BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm) . Acesso em: 20 dez. 2019.

<sup>38</sup> NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 65



entre os meios de produção e o consumidor, e em segundo, pelo cenário de abstração ser manifestamente agravado pelo uso de inferências e da criação de supostos perfis de consumidores.

Em realidade, a liberdade do consumidor virtual está limitada a ações como escolher o preço mais barato, as modalidades de pagamento, o fornecedor, condições de entrega e especificações dos produtos ou serviços já disponíveis para a compra. Para que a escolha livre seja garantida é necessário que o consumidor tenha informações o suficiente para julgar, visto que a filosofia do Código de Defesa do Consumidor é de que a escolha livre depende da avaliação crítica do consumidor, de acordo com Rizzato Nunes<sup>39</sup>.

O processo de escolha do consumidor é influenciado por vários fatores, que podem valorizar ou não a intenção de compra, dentre esses fatores se encontra a percepção da informação. Em conformidade com Nicolas Guéguen, “[...] a compra pode ser influenciada, e até mesmo induzida, por fatores cognitivos e afetivos sutis que são, em sua maioria, extremamente fáceis de empregar”, para o estudo dessa afetação surgiu o *neuromarketing*, ferramenta que mistura neurociência com marketing de modo a atingir o consumidor em suas escolhas<sup>40</sup>.

A lógica de consumo é profundamente afetada pelas reações neurológicas a estímulos externos, e é justamente na seara do marketing que o tratamento de dados se demonstra como aparato indispensável para os fornecedores. Nesse sentido, Martin Lindstrom define:

[...] o neuromarketing, um intrigante casamento do marketing com a ciência, era a janela para a mente humana que esperávamos havia tanto tempo. O neuromarketing é a chave para abrir o que chamo de nossa “lógica de consumo” – os pensamentos, sentimentos e desejos subconscientes que

---

<sup>39</sup> NUNES, Rizzato. id., , 2018, p. 547

<sup>40</sup> GUÉGUEN, Nicolas. **Psicologia do consumidor**: para compreender melhor de que maneira você é influenciado. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2010, p. 10



impulsionam as decisões de compra que tomamos em todos os dias de nossas vidas<sup>41</sup>.

A publicidade baseada no *neuromarketing* atinge o consumidor de forma diferente, pois se propõe a atuar em seu inconsciente e para isso precisa mapear quais estímulos levarão o cliente à reação desejada empregando técnicas de tratamento de dados para reconhecer essas reações. Dessarte, o consumidor pode ser persuadido com aquilo que o fornecedor se limita a oferecer e ainda pode ser constantemente sugestionado sobre o produto que especificamente deve comprar. Nesse ponto cabe o questionamento acerca da preservação da liberdade de escolha do consumidor dentro de um mercado dominado pelo *neuromarketing*.

### **3 O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS E A LIBERDADE DE ESCOLHA DO CONSUMIDOR**

Como dito anteriormente, a lógica econômica que se estabelece por detrás do tratamento de dados pessoais não tenta apenas otimizar as relações de consumo, elas também são mecanismos potentes para a obtenção de lucro dentro do sistema capitalista. Desse raciocínio podem nascer perigos em potencial para o consumidor virtual que é hipervulnerável ante a sua deficiência informacional. Agora resta saber se dentro desse panorama o indivíduo é livre para escolher o que consome.

Os autores Akerlof e Shiller criaram metáfora da “pescaria de tolos”, (em inglês “*phishing for phools*”) nela há um pescador que joga iscas artificiais na água para fisgar peixes, ou para que estes façam coisas do interesse do pescador, nessa simbologia os pescadores encarnam os fornecedores e os peixes tolos seriam os consumidores. O “tolo” consiste em “[...] alguém que, por qualquer motivo, é

---

<sup>41</sup> LINDSTROM, Martin. **A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008, p. 13.



pescado com sucesso”, havendo dois tipos de “tolo”, o psicológico e o informativo, que segundo a definição dos autores significa:

Os tolos psicológicos, por sua vez, podem ser classificados em duas categorias. Em um caso, as emoções de um tolo psicológico anulam as ordens de seu bom senso. No outro caso, as inclinações cognitivas, que são como ilusões óticas, levam-no a interpretar mal a realidade e ele age com base nessa má interpretação. [...] Os tolos da informação agem nas informações que são produzidas intencionalmente para enganá-los<sup>42</sup>.

Em outras palavras, a ideia do “pescar tolos” é empregada para se referir a qualquer fraude ou manipulação econômica contra pessoas que sequer se dão conta de que estão sendo induzidas ou enganadas. Os autores fazem ainda a comparação de um mercado livre de regras como um lago, onde o consumidor é um peixe que tenta escapar de milhares de iscas feitas por profissionais de altíssimo nível, tais profissionais ou pescadores trabalham para quebrar as “defesas” que o consumidor tem para resistir às artimanhas de marketing. A conclusão da obra é de que o consumidor pode até resistir por um bom tempo, mas inevitavelmente cairá em alguma dessas armadilhas, na forma de compra de carros ou casas, novos cartões de crédito, associação a clubes de fidelidade, assinatura de mídia jornalística, alimentação altamente calórica, dentre outras.

Esse contexto da pescaria de tolos revela claramente a situação em que o consumidor está inserido, em um sistema econômico que induz às pessoas a comportamentos irracionais. Toda essa lógica de indução é agravada pela coleta e tratamento dados sem consentimento ou com finalidades escusas ou não informadas, isso explica o fato de que a liberdade de escolha do consumidor é cada vez mais abstrata, sobretudo em âmbito virtual.

---

<sup>42</sup> AKERLOF, George Arthur; SHILLER, Robert James. **Pescando tolos**: A economia da manipulação e fraude. Rio de Janeiro: Editora Alta Books, 2016, p. 2-10



### **3.1 A relação entre privacidade, autodeterminação e liberdade de escolha**

A relação de consumo virtual que se utiliza do tratamento dados pessoais não afronta a liberdade de escolha do consumidor em si, isso porque o processo de coleta e tratamento de dados pessoais é uma relação e o ato de consumir produtos e serviços via internet é outra. Não obstante essa separação, há um ponto substancial no fato de que a liberdade de escolha do consumidor depende muito do equilíbrio entre fornecedor e consumidor, desse modo quando o fornecedor trata dados pessoais de forma ilícita ou ilegítima, é evidente que a relação de consumo padece pelo fato de o consumidor estar mais vulnerável.

Alguns recursos tecnológicos direcionados à provocação do usuário podem ser responsáveis pela automatização da escolha, porque na prática estão retirando autonomia do usuário e afligindo a liberdade do processo decisório. Filosoficamente, o tópico se adequa à dialética do livre arbítrio nas ações humanas, o que para Vygotsky depende da interpretação da associação entre os elementos que determinam as escolhas e o processo de pensamento, assim, a intenção livre decorre de uma atividade de consciência claramente embebida no histórico de relações humanas do indivíduo<sup>43</sup>.

Ainda no estudo de Liev Vygotsky, foi identificado que o processo da livre escolha está relacionado à linguagem, pois é ela que permite a conscientização do indivíduo num ato de imaginação de hipóteses realizáveis<sup>44</sup>. A liberdade também estaria condicionada, em primeiro, à possibilidade de situar os propósitos das próprias ações e, em segundo, à relação ativa com os objetos de escolha, para lhes atribuir sentido e motivos. Em conclusão, Vygotsky afirma que em um mundo capitalista não existe livre vontade, mas sim livre necessidade, onde o indivíduo não

---

<sup>43</sup> VYGOTSKY, Lev Semyonovich. *A Construção do Pensamento e da Linguagem*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

<sup>44</sup> VYGOTSKY, Lev Semyonovich. *Historia del desarrollo de las funciones psíquicas superiores*. La Havana: Científico Técnica, 1987, 288



tem a alternativa de definir novas opções de escolha e tampouco é incentivado a compreender os motivos da ação para que possa escolher entre eles<sup>45</sup>.

No que se refere particularmente às funções do uso de dados pessoais como insumos de mercado, a intenção não é criar opções para a escolha do consumidor em seu processo decisório, sequer estimular a compreensão dos motivos da compra. Antagonicamente subsiste a intenção dos fornecedores de conhecer o consumidor para personalizar suas experiências e reduzir os custos da transação, vontade essa que tem aptidão para afetar liberdade de escolha do consumidor e, na hipótese de ausência de consentimento e violação da autodeterminação informativa, pode afastar do livre desenvolvimento da personalidade.

Na perspectiva do consumidor, o risco do *data mining* está no fato de que as análises estatísticas ali realizadas podem criar discriminações que violam o direito à igualdade, segundo Schertel<sup>46</sup>. A autora também afirma que quanto à proteção de dados pessoais, a mineração é potencialmente lesiva ao princípio da finalidade, uma vez que o consumidor deve apresentar de forma específica, clara e inequívoca todas as finalidades do tratamento de dados quando da manifestação de vontade do usuário, sob pena de desrespeitar a privacidade<sup>47</sup>.

Quanto aos *cookies*, vê-se que o estabelecimento de preferência ou de memória de navegação representa uma facilitação quando do uso de produtos e serviços virtuais, ou até mesmo no caso das compras digitais, no entanto, esse reconhecimento depende estritamente do consentimento do usuário e de suas possibilidades de controlar como suas informações são empregadas. A vigilância ininterrupta por meio de *cookies*, ainda que previamente autorizada pelo usuário, não pode ser legitimada sob fundamento algum, isso porque, conforme Schertel, o

---

<sup>45</sup> VYGOTSKY, Lev Semyonovich. Teoria e Método em Psicologia. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 390- 417

<sup>46</sup> MENDES, Laura Schertel. op. cit., p. 110

<sup>47</sup> TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord). op. cit., Livro eletrônico não paginado



usuário seria “objetificado” e teria sua dignidade, vida privada e intimidade violadas<sup>48</sup>.

Outra forma em potencial de minar a liberdade de escolha do consumidor é por meio do *neuromarketing*, pois quanto mais dados pessoais o operador de dados coletar, mais apurada e pontual serão os estímulos que pretendem influenciar no processo decisório do consumidor. Nesse sentido, a ética da neurociência como recurso científico que se presta à saúde deve ser invocada, nela a privacidade do consumidor deve ser respeitada inclusive no que diz respeito ao subconsciente, sob pena de se violar a liberdade de escolha do indivíduo, conforme Pinhão<sup>49</sup>.

Vê-se que induzir o consumidor de forma subconsciente a comprar algum produto ou contratar algum serviço é uma infração à liberdade de escolha. Nesse sentido:

O neuromarketing busca por meio dos estudos neurológicos compreender os motores psicológicos de compra no seu estado incognitivo, utilizando os instintos, sentidos e emoção para gerar o impulso de compra. Técnicas como essas demandam uma forte reflexão sobre ética de cada profissional envolvido no desenvolvimento e aplicação de uma estratégia de neuromarketing, para que não haja intrusão ou manipulação a ponto de tirar do consumidor a sua individualidade<sup>50</sup>.

Outra vertente, no entanto, adota a acepção de que do *neuromarketing* não realiza nada além de revelar uma predisposição do consumidor à compra de determinados produtos ou serviços, um dos maiores expoentes desta corrente é o autor Martin Lindstrom. De acordo com a análise de Lindstrom, quando o

---

<sup>48</sup> MENDES, Laura Schertel. op. cit., p. 225

<sup>49</sup> PINHÃO, Sara Filipa Pereira. Neurociência aplicada à comunicação: avaliação do impacto das campanhas publicitárias sobre a emoção de voluntários saudáveis. Set. 2011. 76 p. Faculdade de Ciências e Tecnologia da Universidade Nova de Lisboa. Lisboa, set. 2011. Disponível em: [https://run.unl.pt/bitstream/10362/6284/1/Pinhao\\_2011.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/6284/1/Pinhao_2011.pdf). Acesso em: 12 jan. 2020

<sup>50</sup> FUKUNARU, Rodrigo. Neuromarketing: O marketing como ciência (parte 1). Disponível em <http://www.ideiademarketing.com.br/2012/09/10/neuromarketing-o-marketing-como-ciencia/>. Acesso em 12 jan 2020.



consumidor é exposto aos estímulos que o leva a se envolver emocionalmente com determinado produto o que está ocorrendo é uma boa combinação, na qual o rastreamento cerebral usado de forma ética leva o consumidor à satisfação<sup>51</sup>.

Confrontando as ideias de Lindstrom com a filosofia de liberdade de escolha de Vygotsky, pode-se perceber que as estratégias de marketing que se baseiam em dados pessoais apenas fortificam o quadro de liberdade de escolha abstrata. Além de o consumidor não dispor da faculdade de produzir opções de escolha e não ser incentivado a arrazoar acerca motivos de sua escolha, o mercado o submete a uma enxurrada de gatilhos que o levam a pensar que adquirir algo é sempre uma necessidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O uso dos recursos tecnológicos permeia toda a vida em sociedade e está cada vez mais presente no dia a dia das pessoas, por isso, negar as facilidades e as possibilidades que a tecnologia traz ou deixar de usá-las seria retroceder em várias áreas da ciência. Essa análise inclui as tecnologias empregadas para o tratamento de dados pessoais, visto que se os pressupostos principiológicos e legais forem respeitados e se inexistirem os cenários de discriminação e exclusão de indivíduos, não há por que se opor ao tratamento.

Ao longo deste estudo, observou-se que o tratamento de dados pessoais e de dados pessoais sensíveis é legalmente autorizado no Brasil, mas sua operação depende do consentimento do usuário, sob pena de violar o direito à liberdade e a dignidade da pessoa humana. Quanto à violação da privacidade, a cautela que acompanha o tratamento de dados deve ater-se ao fato de que o indivíduo é titular de

---

<sup>51</sup> LINDSTROM. Martin. *Brandwashed: Tricks Companies Use to Manipulate Our Minds and Persuade Us to Buy*. New York: Three Rivers, 2009, p. 14.





direitos e que, portanto, precisa ter sua intimidade e privacidade preservada a fim de desenvolver a própria personalidade.

A privacidade é um direito fundamental que sofreu redimensionamento ao longo dos anos, em grande medida por causa da internet. Doutrinariamente admite-se que a privacidade abandonou a noção que endossava a imposição de o indivíduo ser “deixado só” e passou a defender a inevitabilidade do controle e autodeterminação quanto às próprias informações e dados. Tem-se aqui um dos maiores argumentos a favor da legitimidade do tratamento de dados, onde o primeiro passo seria consentir e o segundo seria controlar.

Em uma análise a rigor, verificou-se que o consentimento é um instrumento que carece de concretude, isto é, dizer que o consentimento deve ser dado através de uma manifestação de vontade livre, inequívoca e informada não surte, na prática, os efeitos desejados se o usuário consumidor não possuir poder de barganha ou não estiver em igualdade com o fornecedor controlador. É necessário que se busque o empoderamento do usuário, senão o consentimento figurará apenas como um contrato adesivo capaz de legitimar o tratamento de dados pessoais e não como um garantidor de liberdade.

A autodeterminação informativa é um conceito que se alinha com a defesa do direito à privacidade na medida em que aponta para a possibilidade de controle do usuário sobre os

próprios dados. No entanto, definir quais os limites e finalidades do tratamento de dados parece algo irreal, porquanto em muitas aplicações ou o indivíduo aceita a política de privacidade e os termos de uso ou ele recusa e não pode utilizar o serviço pretendido.

Quanto à relação de consumo virtual, negociar produtos e serviços por meio de infraestrutura digital pode potencializar sobremaneira a vulnerabilidade do consumidor, já que este não pode resistir ao poderio econômico dos fornecedores. O



grande elemento que aparece como centro da relação de consumo virtual é a confiança, virtude esta que pode ser ingênua e perigosa, porquanto o consumidor deve fiar-se na esperança de que o fornecedor agirá de modo honesto, com informações claras, suficientes e verdadeiras, mesmo possuindo informações qualificadas sobre o consumidor.

O princípio da liberdade de escolha do consumidor possui raízes constitucionais no ordenamento brasileiro e sua materialização é essencial para que a relação de consumo seja livre de vícios. A análise sociológica da liberdade de escolha do consumidor faz concluir que, na prática, o mecanismo é abstrato, por causa do sistema econômico vigente que distancia o consumidor da grande massa dos lugares de poder. Para agravar mais a abstração, ainda existem estratégias de mercado destinadas a automatizar a escolha dos indivíduos, o que aumenta sua vulnerabilidade.

De fato, há uma ciência exata no uso dos algoritmos por trás do tratamento de dados pessoais, no entanto as informações utilizadas como matéria-prima são um produto humano e como tal possuem subjetividade. Nesse sentido, delimitar muito especificamente o acesso do usuário a partir do resultado do tratamento de dados pessoais pode criar discriminações e tolher a liberdade de escolha do consumidor.

A hipótese inicial de que a relação de consumo virtual que emprega o tratamento de dados pessoais não viola a liberdade de escolha do consumidor foi ratificada, isso porque o termo “violação” está empregado no sentido de “deixar de cumprir” ou “desrespeitar”. Contrariamente, o que foi verificado vai no sentido de o tratamento ser apenas potencialmente lesivo à liberdade escolha. Similarmente, confirmou-se a tese de que o zelo pela privacidade e pela autodeterminação informativa e a defesa do real consentimento livre, inequívoco e informado são pressupostos básicos para a liberdade do consumidor, que por motivos macroeconômicos, é um conceito abstrato.



## **REFERÊNCIAS**

AKERLOF, George Arthur; SHILLER, Robert James. Pescando tolos: A economia da manipulação e fraude. Rio de Janeiro: Editora Alta Books, 2016.

ARTICLE 19. Privacy and Freedom of Expression In the Age of Artificial Intelligence. Abr. 2018, p.17. Disponível em <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/04/Privacy-and-Freedom-of-Expression-In-the-Age-of-Artificial-Intelligence-1.pdf> .

AYENSON, Mika D; WAMBACH, Dietrich James; SOLTANI, Ashkan; GOOD, Nathan; HOOFNAGLE, Chris Jay. Behavioral advertising: the offer you can't refuse. Harvard Law & Policy Review, n. 6, v. 273, p. 276, 2012. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2086>.

BIONI, Bruno. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. Direitos do consumidor: Código de Defesa do Consumidor. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Lei no 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm).

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm).

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Comentada [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo Thomson Reuters Brasil, 2019.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito civil. Teoria Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 101-102.

FUKUNARU, Rodrigo. Neuromarketing: O marketing como ciência (parte 1). Disponível em <http://www.ideiademarketing.com.br/2012/09/10/neuromarketing-o-marketing-como-ciencia/>.



GUÉGUEN, Nicolas. Psicologia do consumidor: para compreender melhor de que maneira você é influenciado. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2010.

HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge. Profiling the european citizen: Cross- disciplinary perspectives. Dordrecht: Springer Science, 2008.

Katz vs. United States, 389 US 347 (1967): Justia Opinion Summary and Annotations. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/>.

LINDSTROM, Martin. A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

LINDSTROM, Martin. Brandwashed: Tricks Companies Use to Manipulate Our Minds and Persuade Us to Buy. New York: Three Rivers, 2009.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. LGPD: Lei Geral de Proteção de dados Comentada [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. Big data: La revolución de los datos massivos. Turner Publicaciones: Madrid, 2013.

MCNEIL, Sonia, Privacy and the modern grid. Harvard Journal of Law & technology, v. 25, n. 1, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUNES, Rizzato. Curso de direito do consumidor. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord.). 25 anos do Código de Defesa do Consumidor: Trajetória e perspectivas [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.



O'NEIL, Cathy. Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy. Brodway Books: New York, 2017.

PINHÃO, Sara Filipa Pereira. Neurociência aplicada à comunicação: avaliação do impacto das campanhas publicitárias sobre a emoção de voluntários saudáveis. Set. 2011. 76 p. Faculdade de Ciências e Tecnologia da Universidade Nova de Lisboa. Lisboa, set. 2011. Disponível em:  
[https://run.unl.pt/bitstream/10362/6284/1/Pinhao\\_2011.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/6284/1/Pinhao_2011.pdf).

MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord.). 25 anos do Código de Defesa do Consumidor: Trajetória e perspectivas [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

QUONIAM, Luc. Inteligência obtida pela aplicação de data mining em base de teses francesas sobreo Brasil. Brasília, v. 30, n. 2, p. 20-28, Ago. 2001. Disponível em:  
[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-19652001000200004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19652001000200004&lng=en&nrm=iso).

RODOTÀ, Stefano. Technologie e diritti. Bologna: Il Mulino, 1995.

RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHMIDT NETO, André Perin. Contratos na Sociedade de consumo: Vontade e Confiança [livro eletrônico]. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SCHWARTZ, Paul M. SOLOVE, Daniel J. The Pii problem: privacy and a new concept of personally identifiable information. New York: Berkeley Law, 2011, p. 1814-1894. Disponível em:  
<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2638&context=facpubs>.

SOMBRA, Thiago Luíz Santos. Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais [Livro não paginado.]. São Paulo: Thonsom Reuters Brasil, 2019.

TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord) [Livro eletrônico]. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

VYGOTSKY, Lev Semyonovich. A Construção do Pensamento e da Linguagem. São Paulo: Martins Fontes, 2001.



VYGOTSKY, Lev Semyonovich. Historia del desarrollo de las funciones psíquicas superiores. La Havana: Científico Técnica, 1987.

VYGOTSKY, Lev Semyonovich. Teoria e Método em Psicologia. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 95/46/CE de 24 de outubro de 1995 relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento 2016/679 de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>.

UNITED STATES OF AMERICA. About the Federal Trade Commission. Disponível em: <https://www.ftc.gov/about-ftc>.

WACKS, Raymond. Personal information. Oxford: Clarendon Press, 1989.



# O POTENCIAL DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA DIMINUIR A REITERAÇÃO DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

Maria Luísa de Araujo Pinto<sup>1</sup>

## RESUMO

Este artigo científico foi elaborado com intuito de demonstrar que o sistema penal juvenil não encontra-se em perfeitas condições, que o objetivo central não tem sido alcançado e que existem medidas alternativas que podem ser implementadas para a melhoria desse sistema. Destaca-se, que foi oferecido medidas alternativas e não de substituição de um sistema pelo outro, pelo contrário, é defendido que benfeitoria será alcançada pelo conjunto de institutos utilizados. Trouxemos como foco central a Justiça Restaurativa, que é um instituto que tem como objetivo a restauração dos vínculos rompidos, a reparação do bem, justiça da vítima, a responsabilização e a reiteração do adolescente que cometeu o ato infracional. Tudo isso feito de uma forma mais pedagógica, como a socioeducação determina, porque este instituto defende que apenas o emprego da punição não é suficiente. Porém, o uso desse instituto não substitui o processo judicial ou até mesmo a pena imposta, será um complemento utilizado nesta medida socioeducativa que foi determinada. Também foi vislumbrado neste artigo, a possibilidade de uso da Psicologia Positiva como ferramenta aliada a Justiça Restaurativa na Socioeducação, afim de estimular pensamentos e objetivos positivos em crianças e adolescentes e motivá-los à mudança de comportamento.

**Palavras-chave:** Doutrina da Proteção Integral. Justiça Restaurativa. Medida Socioeducativa. Psicologia Positiva.

## INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Graduanda do 10º semestre de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. E-mail: malu\_araujop@hotmail.com



Este respectivo artigo expõe sobre o sistema judicial e o adolescente em conflito com a lei, com foco em demonstrar que a Doutrina da Proteção Integral e as Medidas Socioeducativas não estão sendo priorizadas e aplicadas conforme exposto em lei. Devido a isso, é avocado a Justiça Restaurativa como uma potencial contribuição para as resoluções desses conflitos e através dessas medidas a possibilidade da diminuição da reiteração.

Essa pesquisa foi realizada através da metodologia argumentativa, no qual foi trazido dados e informações para demonstrar o quanto é necessário e benéfico a utilização deste instituto. Já que a Justiça Restaurativa é um instituto o qual usa princípios com o objetivo de aplicar nos adolescentes que cometem ato infracional, para que com isso, conscientize e reedue-os sobre a conduta delituosa.

Esse assunto é de suma importância devido aos métodos utilizados hoje em dia não serem eficazes e não cumprirem com o objetivo da medida socioeducativa que é a reintegração e educação do adolescente que, por vezes, está acontecendo o contrário, gerando mais revolta e aumento da criminalidade, devido às condições precárias que são ofertadas para esses adolescentes que cometem ato infracional.

O objetivo da Justiça Restaurativa é exatamente priorizar determinados pontos, que hoje em dia não são levados tanto em consideração, são: a justiça moral da vítima, a responsabilização do ofensor de forma pedagógica e não apenas punitiva, a reiteração dos ofensores e a participação da comunidade na resolução do conflito e também na recuperação do ofensor. Utilizando as medidas restaurativas como medida alternativa ao novo sistema, terá uma melhoria na resolução desses conflitos, que será comprovado no decorrer deste artigo.

Este artigo científico trouxe assuntos que corrobora para uma melhor compreensão da necessidade que temos de implementar medidas alternativas no nosso sistema penal. O primeiro ponto, trata-se da Doutrina da Proteção Integral que foi recepcionada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.





Essa Doutrina passou a ver a criança e o adolescente como sujeito de direito e não como um objeto de tutela do Poder Judiciário como era antes, em consequência dos princípios e normas estabelecidos, que garante que independente da situação tem que priorizar o direito da criança e do adolescente e deve levar em consideração a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento.

Em seguida foi apresentada a Resolução n.º 255 do Conselho Nacional de Justiça,

a qual regulamenta e autoriza o uso da Justiça Restaurativa. Desta forma, foi explicitado os princípios e valores que são utilizados pela Justiça Restaurativa, como são utilizados e como podem beneficiar as pessoas que estão envolvidas neste ciclo. Em decorrência da utilização dessa medida alternativa, como pode melhorar a resolução dos conflitos que envolvem criança e adolescentes.

Diante do que foi exposto no decorrer do artigo, será demonstrado a potencialidade dos institutos da Socioeducação, Justiça Restaurativa e Psicologia Positiva para melhorar o sistema penal. Colher a peculiaridade de cada um desses institutos para juntos priorizarem o interesse da criança e do adolescente e com isso, alcançar o objetivo da responsabilização com vies educativo e não apenas punitivo e a possível não reiteração desta conduta.

## **1 INFÂNCIA E JUVENTUDE – O ADVENTO DA PROTEÇÃO INTEGRAL**

Com a criação da Constituição de 1988 a Doutrina de Situação Irregular começou a ser questionada, visto que, não era compatível com determinadas normas que eram previstas na Constituição<sup>2</sup>. Dado que, utilizava-se de intervenções

---

<sup>2</sup> DALLEMOLE, Deborah Soares. A efetividade da doutrina de proteção integral nos procedimentos de acolhimento institucional de crianças e adolescentes em Porto Alegre/RS. *In*: DALLEMOLE, Deborah Soares. **2.1 Pressupostos da doutrina da situação irregular e as legislações menoristas**, Monografia Bacharel em Ciência Jurídicas e Sociais - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2018. p.13-17. Disponível em:



arbitrárias nas situações que envolviam crianças e adolescentes, sendo mais penoso quando estes advindos de um contexto de pobreza e de vínculo familiar instável, com isso, havendo uma flexibilização de direitos sob a justificativa de proteção. Essa Doutrina enxergava a criança e o adolescente como objetos de tutela pelo Poder Judiciário e não como sujeitos de direito<sup>3</sup>.

Já as normas previstas na Constituição eram o inverso da ideologia desta Doutrina, porque a Constituição determina o tratamento igualitário para todos, prevê que é dever do Estado, sociedade e familiares de forma prioritária assegurar o bem estar e os direitos fundamentais da criança e do adolescente e não apenas dever só do Estado ou só do familiar. Logo, pode-se constatar que foi a partir de Constituição de 1988 que iniciou o direito da criança e do adolescente como prioridade dentro da sociedade.

Dessa forma, a Convenção Internacional de 1989 sobre Direitos da criança encerrou a Doutrina da Situação Irregular, trazendo a Doutrina da Proteção Integral como o paradigma no tratamento dos direitos da infância e da juventude. Com isso, crianças e adolescentes foram levados à condição de sujeitos de direitos, com a peculiaridade de serem pessoas em desenvolvimento<sup>4</sup>.

Logo após, foi sancionada a Lei n.º 8.069 de 13 de Julho de 1990, que trata do Estatuto da Criança e do Adolescente, que recepcionou a Doutrina da Proteção Integral e tem por objetivo proteger os direitos fundamentais e protegê-los de toda negligência, opressão, violência e discriminação que possa ocorrer. Essa lei determina

---

<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/184090/001075905.pdf?sequence=1&isAllowed=y>  
Acesso em: 14 jan. 2020

<sup>3</sup> DALLEMOLE, Deborah Soares. A efetividade da doutrina de proteção integral nos procedimentos de acolhimento institucional de crianças e adolescentes em Porto Alegre/RS. In: DALLEMOLE, Deborah Soares. **2.1 Pressupostos da doutrina da situação irregular e as legislações menoristas**, Monografia Bacharel em Ciência Jurídicas e Sociais - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2018. p.13-17. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/184090/001075905.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 jan. 2020

<sup>4</sup> COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**: da Invisibilidade à Indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p.134



que a proteção desses direitos devem ser priorizados pela sociedade, familiares e Estado, cada um com a sua quota de contribuição. Destarte, Amanda Louise Ribeiro Luz expõe a importância de proteção integral:

A proteção integral não se trata de mais um princípio incorporado na legislação pátria a fim de acalmar os ânimos dos movimentos sociais sem, contudo, implementar os direitos dele decorrentes. Apesar da realidade fática estar em descompasso com a legislação menorista a proteção integral tem uma importante função, qual seja nortear a interpretação do Estatuto e demais leis em benefício dos menores, havendo a prevalência dos seus interesses, no que diz respeito às condições peculiares destas pessoas, ainda em desenvolvimento<sup>5</sup>.

É necessário que a sociedade, Estado e familiares reconheçam a importância da proteção integral e de uma forma ampla, visto que, não são só os direitos fundamentais e básicos devem ser observados, como também deve ser acompanhado o desenvolvimento psicológico, moral e social do menor, dado que será através desse conjunto de fatores que irá torná-lo um homem médio no futuro.

A proteção integral possui princípios que colaboram com a fundamentação da real importância de tratar dos assuntos das crianças e adolescentes nos dias de hoje, mas serão destacados apenas quatro. Com o intuito de ajudar ainda mais na efetiva aplicação da proteção integral o instituto de Justiça Restaurativa, que tem por objetivo não só a punição do ato infracional, mas a responsabilização e conscientização do ato. A correlação desses dois institutos tem como objetivo a redução da reiteração das condutas infracionais.

## **1.1 Princípio da Corresponsabilidade**

O Estatuto da Criança e Adolescente traz a real efetividade da norma constitucional através da Doutrina da Proteção Integral, um dos seus instrumentos

---

<sup>5</sup> LUZ, Amanda Louise Ribeiro da. A aplicabilidade do princípio da proteção integral no procedimento infracional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 23, n. 5486, 9 jul. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66600>. Acesso em: 4 set. 2019



para isso é o princípio da corresponsabilidade, que é a repartição da responsabilidade entre Estado, sociedade e família no que diz respeito aos direitos fundamentais da criança e de seu desenvolvimento psicológico, social e moral, conforme o artigo 4º e 7º do Estatuto:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência<sup>6</sup>.

É perceptível que os entes responsáveis a zelar pelo bem estar e direitos da criança e do adolescente nos dias atuais não estão cumprindo com êxito esse dever. O Estado não investe com eficácia na verba designada para educação, cultura, saúde e lazer e com isso, as crianças e adolescentes do nosso país ficam desamparadas e dessa forma acabam sendo marginalizados. No âmbito familiar, que deve ser considerado o mais relevante, uma vez que, é no seio familiar que se tem o primeiro contato com os princípios da moral e da ética, com afeto, amor, proteção e instrução do que é certo e errado, para que com isso, seja possível construir o caráter e desenvolver o próprios princípios.

E nos dias atuais, as famílias estão desestruturadas, as crianças vêm sofrendo abandono e outros maus tratos. E até mesmo quando apenas entram no mundo da criminalidade, não tem o apoio familiar para ajudá-los a voltar para o caminho “certo”. Por não ter esse apoio em casa e muito menos acesso à esses princípios muitos desses jovens se tornam adolescentes infratores. O Estado e a sociedade, ao em vez de assumir sua responsabilidade e ampará-los de alguma forma, não fazem

---

<sup>6</sup> BRASIL. **Lei n.º 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 30 nov. 2019



isso, pelo contrário, julgam e etiquetam de criminosos, delinquentes e, com isso, agrava a situação.

O movimento “Terres des Hommes” realizou um documentário sobre: “Adolescente, Ato Infracional e Justiça Juvenil Restaurativa”, neste vídeo retrata exatamente a temática citada no parágrafo acima. No documentário foi entrevistado a Vossa Excelência Edson Landim, Promotor de Justiça de Fortaleza, relata que um dos fatores que leva o adolescente a cometer ato infracional é a desestruturação familiar e diz:

Que a mãe hoje é quem tem a responsabilidade com os filhos, os pais abandonam, se separam e ficam esses filhos com responsabilidade exclusivamente da mãe. Os plantões que eu tenho acompanhado aqui me deixa em pânico, porque meninos com 13 anos de idade, armados e que eu pergunto a esses jovens qual o seu projeto de vida e nenhum tem projeto de vida<sup>7</sup>.

Também foi entrevistada a Defensora Pública do Ceará, Érica Albuquerque, que trouxe outro fator que gera o cometimento do ato infracional: a falta de políticas públicas e a pobreza. Ela narra da seguinte forma:

A pobreza, a falta de políticas públicas básicas de uma forma inclusiva como a educação, a saúde. Significa dizer que ela não teve acesso a maior parte das políticas públicas básicas, ela não foi recebida no hospital público, ela não estudou. Então ela tem seus direitos violados constantemente e ai chega ao ponto daquela pessoa violar o direito de outra<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> BRASIL. Terre des Hommes. **Adolescente, ato infracional e justiça juvenil restaurativa documentário.** Youtube, 2013. Disponível em: [https://www.youtube.com/timedtext\\_editor?action\\_mde\\_edit\\_form=1&v=L5z1FfXWWs&lang=pt&bl=vmp&ui=hd&ref=player&tab=captions&o=U&ar=1582045004053](https://www.youtube.com/timedtext_editor?action_mde_edit_form=1&v=L5z1FfXWWs&lang=pt&bl=vmp&ui=hd&ref=player&tab=captions&o=U&ar=1582045004053). Acesso em: 26 fev. 2020

<sup>8</sup> BRASIL. Terre des Hommes. **Adolescente, ato infracional e justiça juvenil restaurativa documentário.** Youtube, 2013. Disponível em: [https://www.youtube.com/timedtext\\_editor?action\\_mde\\_edit\\_form=1&v=L5z1FfXWWs&lang=pt&bl=vmp&ui=hd&ref=player&tab=captions&o=U&ar=1582045004053](https://www.youtube.com/timedtext_editor?action_mde_edit_form=1&v=L5z1FfXWWs&lang=pt&bl=vmp&ui=hd&ref=player&tab=captions&o=U&ar=1582045004053). Acesso em: 26 fev. 2020



Dessa forma, pode-se constatar que a criminalidade sofrida pelas crianças e pelos adolescentes advém de diversos fatores e uma dessas causas é a negligência do Estado, da sociedade e da família, porque cada um falha na sua quota de responsabilidade, gerando assim um grande prejuízo na vida da criança. Devido a isso, esse presente artigo traz a Justiça Restaurativa como uma potencial solução para esse problema, dado que ela tem como objetivo trazer esses princípios e valores que deveriam ter sido aplicados pelos familiares e não foram e aplicá-los com o intuito de que ocorra a conscientização e a reparação do dano. E pelo fato da criança e do adolescente estarem em desenvolvimento psicológico,

social e moral, esse seria o momento ideal para trabalhar esses princípios com eles, mostrá-los que tais atos infracionais não são certos e responsabilizá-los por isso e não apenas impor os métodos utilizados atualmente, como por exemplo: a internação em estabelecimento educacional, que nos dias atuais não tem educado de forma efetiva e nem reiterado o adolescente, em virtude da superlotação dessas unidades e o que acaba tornando a estadia desumana.

Para certificar o que foi dito acima, em 2018 o Ministro Edson Fachin julgou um Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 143.988 impetrado pela Defensoria Pública do Espírito Santo - ES, em decorrência da superlotação da unidade de internação localizada em Linhares – ES. No qual determinou o limite máximo de ocupação, que seria de 119% e o excedente teria que ser transferido para outras unidades<sup>9</sup>.

Caso as outras unidades também estivessem ultrapassado o limite de ocupação determinado, o Juiz teria que fazer prevalecer o que designa o artigo 49, inciso II da Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) n.º 12.594/2012, que garante ao adolescente a ser incluído em programa de meio aberto

---

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministro impõe medidas contra superlotação em unidade de internação de adolescentes no ES**. Relator Edson Fachin. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=387589>. Acesso em: 26 fev. 2020



quando inexistir vaga para o cumprimento da medida de privação de liberdade, exceto nos casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência. E na eventualidade de não conseguir aplicar essas medidas, o Ministro ainda autorizou a conversão da medida socioeducativa de internação em regime domiciliar<sup>10</sup>.

Segundo o Ministro Edson Fachin, ele julgou procedente este Agravo Regimental por entender que:

[...] os direitos fundamentais dos adolescentes permanecem violados pela ocupação acima da capacidade projetada e dos limites da razoabilidade e ressaltou que eles não podem permanecer na situação degradante em que se encontram. [...] dados constantes nos autos demonstram que, de 2015 a 2017, a superlotação é recorrente na unidade, atingindo, em fevereiro de 2016, a ocupação de 251 adolescentes, para um total de 90 vagas. De acordo com o ministro, a manutenção dessa situação revela afronta ao artigo 227 da Constituição Federal, que prevê a proteção prioritária dos direitos e garantias das crianças e adolescentes<sup>11</sup>.

Do mesmo modo, o jornal *Folha de São Paulo da Uol* realizou uma pesquisa que constata que no mínimo 11 estados brasileiros possuem mais adolescentes infratores do que vagas nas unidades de internação. Inclusive citou a decisão proferida pelo Ministro Edson Fachin, no qual informa que em determinados estados, os juízes mediante uma análise estavam liberando os internos e que haveria duas possibilidades: liberdade assistida para aqueles que cometeram ato infracional leves e internação domiciliar para aqueles que cometeram atos infracionais graves<sup>12</sup>.

### Gráfico 1 - Superlotação das Unidades de Internação:

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministro impõe medidas contra superlotação em unidade de internação de adolescentes no ES**. Relator Edson Fachin. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=387589>. Acesso em: 26 fev. 2020

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministro impõe medidas contra superlotação em unidade de internação de adolescentes no ES**. Relator Edson Fachin. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=387589>. Acesso em: 26 fev. 2020

<sup>12</sup> VALADARES, João; BARDON, Júlia; TOLEDO, Marcelo. Onze Estados têm sistema socioeducativo lotado. **Folha de São Paulo Uol**. 2019. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/07/doze-estados-tem-sistema-socioeducativo-lotado.shtml>. Acesso em: 30 mar. 2020



## O sistema socioeducativo no Brasil\*

Ao menos 11 estados têm superlotação de jovens internados

Taxa de ocupação, em %



100% -  
Mesmo  
número de  
internos  
e vagas

Na soma, o Brasil tem 95 jovens presos a mais do que comporta



São Paulo, que tem 40% dos internos do país, está dentro da capacidade



\*Não considera Amapá e Roraima, que não responderam  
Fontes: Levantamento feito pela Folha com as secretarias dos estados, entre 11 e 26 de junho

17%  
dos jovens  
estão presos  
sem condenação

385  
unidades de  
internação  
no total

Nas unidades de semiliberdade, não há superlotação no geral



Fonte: VALADARES, João; BARDON, Júlia; TOLEDO, Marcelo. Onze Estados têm sistema socioeducativo lotado. **Folha de São Paulo Uol** 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/07/doze-estados-tem-sistema-socioeducativo-lotado.shtml>. Acesso em: 30 mar. 2020.

O Habeas Corpus n.º 143.988 e o item acima, demonstra que a medida socioeducativa de internação não está sendo eficaz, devido às condições precárias desses locais. Portanto, essa medida deveria ocorrer apenas em última opção e diante disso, deveria prevalecer a aplicação das demais medidas socioeducativas juntamente com a Justiça Restaurativa.

Ademais, a estrutura familiar, o ambiente social e a educação são os pilares para a constituição da personalidade de um cidadão e no modo como confronta o mundo. A consequência da criminalidade de crianças e adolescentes advém da precariedade desse pilar. E a solução para isso é tratar as crianças e adolescentes





como prioridade absoluta e empregar os princípios e objetivos da Justiça Restaurativa<sup>13</sup>.

## **1.1 Princípio do Melhor Interesse**

Este respectivo princípio já era aplicado na antiga Doutrina, onde a aplicação se limitava às crianças e adolescentes em situação irregular. Porém, isso mudou quando a Convenção Internacional adotou a Doutrina da Proteção Integral e reconheceu os direitos fundamentais expostos na Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>14</sup>.

Daí em diante, este princípio tem por objetivo resguardar os direitos das crianças e dos adolescentes dando a interpretação devida às normas já existentes e criando novas normas que são necessárias para resguardar o direito que ainda encontra-se desprotegido. O interesse da criança deverá prevalecer mediante outros interesses, visto que, o jovem é o lado frágil da história. Ressalta-se que, em casos concretos não terá que ser aplicado a vontade do juiz, mas sim o que atende da melhor forma o interesse da criança, que não fere a sua dignidade.

Nos dias atuais pode-se analisar que não é sempre que o melhor interesse do jovem é priorizado, até mesmo porque muitas das vezes ele é só uma parte do processo, o Estado que é visto como a vítima. Diante disso, um ótimo instituto para efetivar esse princípio seria a Justiça Restaurativa que utiliza de seus princípios e valores para melhor atender o interesse jovem, pois ela tem o intuito de resolver o conflito mediante a conciliação entre o infrator, a vítima e quando possível familiares e pessoas da sociedade, onde irá gerar a conscientização e responsabilização e, através disso, poderia ocorrer a redução da reiteração em

---

<sup>13</sup> QUEIROZ, Lorrane. Doutrina da proteção integral e sua disparidade com a realidade: a marginalização da criança e do adolescente. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3340, 23 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22473>. Acesso em: 2 set. 2019.

<sup>14</sup> ULIANA, Maria Laura. ECA: Princípios orientadores dos direitos da criança e do adolescente. **Jus Brasil**, Disponível em: <https://mlu25.jusbrasil.com.br/artigos/450052432/eca-principios-orientadores-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em: 04 set. 2019



unidades de internação, visto que, iria ressocializá-lo juntamente com a família e sociedade.

## **1.2 Princípio da Prioridade Absoluta**

Este respectivo princípio encontra-se no art. 227 da Constituição Federal e no art.

4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional n.º 65, de 2010)<sup>15</sup>.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;

precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;

preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. DF: Presidência da República [2018]; Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 fev. 2020

<sup>16</sup> BRASIL. **Lei n.º 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 30 nov. 2019



A seguinte norma tem o intuito de assegurar que independente da ocasião, encontra-se um modo de salvaguardar com prioridade o direito da criança e do adolescente. E designou ao Estado, sociedade e família a responsabilidade de preservar e priorizar esses direitos<sup>17</sup>.

E em concordância com esse princípio, que tem a intenção de utilizar a Justiça Restaurativa juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente para fazer valer essa norma. Dado que, o instituto restaurativo tem exatamente esse objetivo, de priorizar todos os interesses do adolescente, para com isso conseguir entregar com qualidade e a todos os seus respectivos direitos.

### 1.3 Princípio da Condição Peculiar da Pessoa em Desenvolvimento

Esse princípio é o mais relevante em comparação aos demais. Visto que, tem por objetivo resguardar os direitos básicos das crianças e dos adolescentes que são os mesmos concedidos a um adulto e também resguardar direitos específicos em consequência da condição em que se encontra, como por exemplo, o desenvolvimento: social, moral, físico e etc.<sup>18</sup>

É possível encontrar a essência deste princípio em diversos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas serão destacados os artigos 3º e 6º:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, **a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (grifo nosso)**

---

<sup>17</sup> OS FILHOS dos outros e os filhos de ninguém são nossa responsabilidade constitucional e moral. **Prioridade Absoluta, Brasil**, 2019. Disponível em: <https://prioridadeabsoluta.org.br/entenda-a-prioridade/>. Acesso em: 30 mar. 2020

<sup>18</sup> LIMA, Priscila. **Princípios de proteção à criança e ao adolescente**. São Luís: Universidade Ceuma do Maranhão – MA, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40335/principios-de-protecao-a-crianca-e-ao-adolescente>. Acesso em: 15 fev. 2020



Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (incluído pela Lei n.º 13.257, de 2016)

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a **condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. (grifo nosso)**<sup>19</sup>

A condição peculiar da pessoa em desenvolvimento deve deter de uma atenção maior, em virtude de estarem no auge de seu desenvolvimento, em formação de seu caráter, identidade e personalidade, onde o meio social influencia bastante. É neste momento, que a influência dos métodos da Justiça Restaurativa consegue obter maior eficácia, devido a criança estar disposta a ouvir e construir novos pensamentos e ideologias, em consequência de ela não ter acesso a estes conhecimentos no dia-a-dia.

Nesta ocasião, deveria ser aplicada a Justiça Restaurativa de imediato. Uma vez que, em determinados casos esse método teria bem mais eficácia, por não apenas tirar a criança do seio familiar e colocá-la em condições desumanas nessas instituições, como já foi demonstrado no tópico 1.1. Destarte, que a autora Liana de Paula tem a mesma concepção, posto que, em seu livro, ela defende que a internação tem que ser imposta em última instância e outras medidas devem ser tomadas, ela explica o porque disso:

Primeiramente, está a diretriz de individualização, segundo a qual o atendimento ao adolescente autor de ato infracional deve levar em consideração sua especificidade de pessoa em desenvolvimento, sujeito de direitos e detentor de absoluta precedência por parte da família, da sociedade e do Estado e suas características particulares, fornecendo-lhe o atendimento

---

<sup>19</sup> BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de Julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 30 nov. 2019



técnico: médico, odontológico, psicológico, assistencial e pedagógico, mais pertinente. Em segundo lugar está a desinstitucionalização, ou seja, a não internação e a desinternação. **Evitando internar ou manter a internação do adolescente até seu limite, o objetivo é fortalecer outras medidas socioeducativas, chamadas de ‘medidas em meio aberto’, para se contraporem ao ambiente fechado e murado característicos das unidades de internação** (grifo nosso). Contudo, a internação não deixa de existir enquanto medida, mas passa a ser reservado aos adolescentes que cometeram ato infracional mediante grave ameaça, que voltaram a cometer ato infracional após cumprirem medida socioeducativa ou que não concluíram o cumprimento de outra medida. **Por fim, está a descentralização, que propõe a construção de unidades pequenas, mantendo o adolescente o mais próximo possível de sua família e comunidade de origem, e o aumento da participação dos municípios e da sociedade civil organizada, diminuindo o poder político-administrativo do Estado sobre as unidades** (grifo nosso)<sup>20</sup>.”

Por conseguinte, é evidente que atualmente a melhor opção é utilizar medidas de meio aberto, neste caso poderá ser a Justiça Restaurativa, em consequência do instituto restaurativo prezar exatamente por mais contato com a família e com a sociedade, por trabalhar a melhoria da criança e do adolescente de dentro para fora, ou seja, de ensinar os princípios fundamentais da moral e ética e com isso, permitir que eles consigam aplicar os aprendizados nas ações deles.

## 2 JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa é um instituto do qual usa princípios sociais e valores com o intuito de aplicá-los nos infratores e adolescentes que cometem ato infracional, para que com isso, conscientize e reedue-os sobre a conduta criminosa e para que quando possível haja a reparação do bem. E também visa a ressocialização do culpado na sociedade para que não ocorra à reiteração, que através da

---

<sup>20</sup> PAULA, Liana de. Encarceramento de adolescentes: o caso Febem. In: LIMA; Paula (org.). **Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?** São Paulo: editora Contexto, 2008. P.35



conscientização ele não volte mais a cometer atos delituosos e conseqüentemente isso acarreta a diminuição do encarceramento<sup>21</sup>.

A detenção não tem diminuído a criminalidade, pelo contrário, muitas das vezes tem ocasionado o seu aumento, pois a internação em estabelecimento educacional nos dias atuais é considerada uma escola do crime e infelizmente as condições desumanas lá dentro ferem o direito a dignidade, não contribuindo em nada para a ressocialização ou para o reconhecimento de que aquele ato delituoso é errado. Portanto, é possível ver que com o sistema atual não há a reeducação ou conscientização do ato, apenas impõe uma punição e pronto, situação que a justiça restaurativa tem o intuito de modificar.

O conceito da Justiça Restaurativa é muito amplo, o autor Carlos Eduardo de Vasconcelos em seu livro traz um conceito para a Justiça Restaurativa que é:

Processos restaurativos seriam aqueles nos quais vítimas, ofensores e, quando apropriado, outros indivíduos ou membros da comunidade, afetados pelo crime, participam juntos e ativamente na resolução das questões provocadas pelo crime, geralmente com a ajuda de um facilitador (mediador) – que deverá ser uma terceira pessoa independente, imparcial e capacitada, cuja tarefa é facilitar a abertura de uma via de comunicação entre as partes<sup>22</sup>.

Trata-se de um conceito simples e de fácil compreensão para todos da sociedade entender como funciona a Justiça Restaurativa, que é uma forma que encontraram dos envolvidos terem uma maior participação no processo, pois no modelo de justiça atual já não ocorre isso, já que é o Estado que tem maior participação.

---

<sup>21</sup>TIVERON, R. Promover justiça com perdão e alteridade: a proposta da justiça restaurativa. Revista Universitas/JUS. [s. l.]: UniCEUB, [s. d.]. In: TIVERON, Raquel. **Promover justiça com perdão e alteridade:** a proposta da justiça restaurativa. 2009. Disponível em: [http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cab03087a&AN=fiu.88052\\_ART&lang=pt-br&site=eds-live](http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cab03087a&AN=fiu.88052_ART&lang=pt-br&site=eds-live). Acesso em: 21 fev. 2020

<sup>22</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018



A Justiça Restaurativa pode ser utilizada na socioeducação, a Lei n.º 12.594, de 18 de Janeiro de 2012 incluiu, pela primeira vez, medidas restaurativas na socioeducação, está disposto no artigo 35:

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto; II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, **favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos (grifo meu)**; III - **prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas (grifo meu)**; IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida; V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente; VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida; VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status; e IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo<sup>23</sup>.

É relevante implementar as práticas restaurativas no cumprimento da medida socioeducativa, em decorrência dessa prática ter como objetivo afastar a atual punição retributiva por infringir alguns direitos da criança e do adolescente, como já foi demonstrado no decorrer do artigo, implementar a corresponsabilidade da família, sociedade e do Estado e promover a conscientização e fundamentos como prioridade absoluta, conseqüentemente, recompor a cultura de paz<sup>24</sup>.

## 2.1 Princípios e valores fundamentais da Justiça Restaurativa

---

<sup>23</sup> BRASIL. Lei n.º 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato\\_2011-2014/2012/Lei/L12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato_2011-2014/2012/Lei/L12594.htm). Acesso em: 22 fev. 2020

<sup>24</sup> JUSTIÇA, restaurativa e socioeducação. **Cadernos de Socioeducação Paraná**. 2015. Disponível em: [http://www.dease.pr.gov.br/arquivos/File/justica\\_restaurativa\\_e\\_a\\_socioeducacao.pdf](http://www.dease.pr.gov.br/arquivos/File/justica_restaurativa_e_a_socioeducacao.pdf). Acesso em: 30 mar. 2020



A Justiça Restaurativa diferentemente do que muitos pensam, não é apenas para beneficiar o réu e não o punir, ela tem como objetivo principal a proteção à vítima e a responsabilização de quem praticou o delito. Porém, ela visualiza outra forma de punição e não apenas o encarceramento.

A forma restaurativa tem o intuito de conscientizar o adolescente infrator do mal que ele ocasionou à vítima e à sociedade, para que com isso não ocorra sua reiteração e também que ele repare o bem material ou mal ocasionado à vítima. Pois no modo retributivo que temos hoje, poucas às vezes são restituídos os bens da vítima e quando acontece é uma imposição do Estado ao réu e não porque ele se arrependeu e com isso, restituiu o bem ou conseguiu de alguma forma suprir o mal feito à vítima.

Por isso acredita-se fielmente que a aplicação da Justiça Restaurativa teria uma grande relevância para ajudar na diminuição da reiteração e consequentemente na diminuição da criminalidade. E principalmente quando for imposta aos adolescentes que cometem ato infracional, pois eles estão em desenvolvimento do seu caráter e do seus princípios.

Os princípios e valores utilizados da justiça restaurativa são:

Os principais méritos da justiça restaurativa são, ao promover a participação ativa de vítimas, infratores e comunidades, permitir as primeiras expressar os sentimentos experienciados, as consequências decorrentes do crime e as necessidades a suprir para a ultrapassagem dos efeitos deste, proporcionar aos segundos a possibilidade de compreenderem em concreto o impacto que a sua ação teve na vítima, de assumirem a responsabilidade pelo ato perpetrado, de repararem de alguma forma o mal causado e possibilitar às terceiras a recuperação da “paz social”<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> APAV – Apoio à vítima. **Justiça Restaurativa** - **O Que É?** Disponível em: [https://www.apav.pt/apav\\_v3/index.php/pt/justica-restaurativa/o-que-e](https://www.apav.pt/apav_v3/index.php/pt/justica-restaurativa/o-que-e). Acesso em: 08 Jun. 2019





É possível ter a percepção que os valores e princípios expostos acima teria uma maior eficácia aos menores em conflito com a lei, em decorrência de estes estarem em desenvolvimento de seu caráter, princípios e objetivos para vida. Se conseguir aplicar de forma efetiva esses princípios e com isso, conscientizá-los de que tal conduta não é correta e do mal que trazem para si e para a sociedade, talvez eles não cometessem mais esses atos, portanto não ocorrendo a reiteração. E claro, o Estado e a sociedade devem dar a oportunidade da ressocialização, mostrando caminhos mais adequados a se seguir.

Com a atual realidade, podemos perceber que a justiça retributiva não vem gerando êxito com os adolescentes que possuem um tratamento diferenciado que é previsto no Estatuto da criança e do adolescente. Pois vem aumentando as sanções da medida socioeducativa de privação de liberdade, ressaltando-se que ela é a última a ser utilizada dentre as demais medidas. Em corroboração ao que foi dito, é o Habeas Corpus n.º 143.988 e a pesquisa realizada pelo jornal *Folha de São Paulo Uol*, no qual já foi mencionado no tópico dois deste respectivo trabalho, que comprovam esses dados.

## **2.2 Resolução do Conselho Nacional de Justiça N°225**

A Resolução n.º 225 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi instituída no dia 31 de maio de 2016, na qual disciplina sobre a implementação da Justiça Restaurativa no Poder Judiciário. A Resolução foi feita após a Organização das Nações Unidas (ONU) propor que essa temática fosse integrada às normas do País, com o objetivo de servir como uma direção para os Tribunais Judiciários que conduzirem a Justiça Restaurativa. A minuta da Resolução foi desenvolvida por



Ricardo Lewandowski, que era presidente do CNJ na época, juntamente por uma equipe escolhida por ele<sup>26</sup>.

A Justiça Restaurativa é uma forma de solução de conflito que surgiu no ano de 1970, mas só veio ter efetividade aqui no Brasil a partir desta Resolução. Em consequência do modelo de Justiça Retributiva, que é a utilizada no Brasil, não está mais alcançado o objetivo do Estado, que é a diminuição da violência e o índice da reincidência. Devido a isso foi necessário pensar na responsabilização do Estado e repensar alternativas a serem tomadas para solucionar esse problema. A Justiça Restaurativa com seus fundamentos é vista como uma possível solução desse problema, que ao fazer o equilíbrio da retributiva com a restaurativa poderemos atingir com maior êxito o propósito do Estado<sup>27</sup>.

A Justiça Restaurativa como dito no tópico anterior, tem vários métodos para fazer a resolução de conflito, como por exemplo: conferência familiar, círculo e entre outros. À vista disso, o CNJ ao criar essa resolução preferiu não delimitar quais métodos poderiam ser utilizados e dessa forma deixa amplo esse campo, ficando por conta do facilitador a escolha de qual método deverá ser usado no caso concreto<sup>28</sup>.

É estipulado que independente do método utilizado terá que envolver a vítima, o ofensor, familiares e terceiros que de algum modo foram atingidos pelo dano. Todavia, o método mais utilizado é o do círculo restaurativo, visto que, é o que tem tido mais eficácia na resolução de conflito. De acordo com o CNJ essa técnica tem sido mais usada, em decorrência:

---

<sup>26</sup> MEZZALIRA, Ana Carolina. A justiça restaurativa e sua normatização no Brasil: a Resolução 225 do CNJ. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 23, n. 5438, 22 maio 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65804>. Acesso em: 30 out. 2019

<sup>27</sup> MEZZALIRA, Ana Carolina. A justiça restaurativa e sua normatização no Brasil: a Resolução 225 do CNJ. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 23, n. 5438, 22 maio 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65804>. Acesso em: 30 out. 2019

<sup>28</sup> MEZZALIRA, Ana Carolina. A justiça restaurativa e sua normatização no Brasil: a Resolução 225 do CNJ. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 23, n. 5438, 22 maio 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65804>. Acesso em: 30 out. 2019



Que o processo circular tem sido aquele mais utilizado no Brasil, [...] vem apresentando maior eficácia, justamente por envolver, para além das partes conflitantes e seus familiares, também a comunidade e a Rede de Garantia de Direitos, todos reunidos para entenderem as suas responsabilidades sobre como reparar o mal causado e desarmar as “molas propulsoras” existentes na sociedade, que “empurram” as pessoas à violência e à transgressão<sup>29</sup>.

Os artigos 8º e 9º fortificam esse pensamento, visto que dispõem que o processo restaurativo tem que ser feito com as partes de modo voluntário, família, facilitador e pessoas da sociedade. Dado que o objetivo é incluir todas as pessoas que possam ter sido afetadas e amparar o acusado para que não haja a reiteração. E feito isso, para que quando encerrar a reunião/ciclo eles tenham obtido uma solução para o conflito e através dessa solução possa distanciar-se a reiteração da conduta delituosa.

O instituto da Justiça Restaurativa pode ser utilizado como uma caminho para a solução do conflito ao invés de usar o processo judicial comum, pode ser usado de forma conjunta ao processo judicial, mas sempre respeitando a peculiaridade de cada caso e analisando sempre a melhor opção para as partes e para a comunidade, conforme previsto no art. 1 parágrafo 2º da Resolução.

Em consequência da restaurativa, que pode ser usada em conjunto com o processo judicial, ela pode ser aplicada em qualquer fase, seja na fase pré-processual, na fase da medida socioeducativa ou no momento da reabilitação do adolescente. Mas é perceptível que ela aplicada antes da fase processual ou até mesmo aplicada como uma alternativa para a resolução do conflito tem mais eficácia, visto que é possível ensinar os princípios e as ideologias de uma forma mais clara e na qual os adolescentes estarão de cabeça mais aberta para receber

---

<sup>29</sup> CRUZ, Fabrício Bittencourt (coord.). Justiça Restaurativa: horizontes a partir da resolução CNJ 225. **Revista**, Brasília: CNJ, 2016. p. 41. Disponível em: [http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/cnj/justica\\_restaurativa\\_cnj\\_2016.pdf](http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/cnj/justica_restaurativa_cnj_2016.pdf). Acesso em: 31 nov. 2019



conhecimento e informações. Porque quando o adolescente já foi condenado a ir para essas instituições educacionais, ele é etiquetado como delinquente pela sociedade, família e Estado, com isso eles começam a se enxergar assim.

Esse ato de etiquetar é estudado pela Teoria do Etiquetamento ou Labelling Approach, que trata-se de uma criminologia crítica que foi criada na década de 60 nos Estados Unidos e foi estudada por Howard Becker. Essa teoria explica que quem determina as condutas delitivas é a própria sociedade juntamente com o Estado. Em consequência disso, o indivíduo é determinado como delinquente não porque cometeu tal conduta, mas porque as organizações sociais designam essa conduta como delitiva e a maior crítica feita por essa teoria é que a classificação do que é criminoso e de quem recebe esse etiquetamento é feita de forma discriminatória, visto que, somente algumas pessoas que praticam o ato delituoso vão receber esse rótulo<sup>30</sup>.

E esse ato de etiquetar as pessoas como delinquente, acarreta uma punição ao indivíduo que vai além da que o próprio Estado já o condenou, dado que, ao receber esse rótulo provoca outros efeitos prejudiciais ao indivíduo, porque a sociedade apenas vai enxergá-lo através desse rótulo e devido a isso, não dará oportunidade de melhoria de vida, em decorrência do preconceito, por já ter sido apreendido. Em decorrência disso, o indivíduo acabará voltando a cometer delitos, por não ter tido chance de melhoria e nem ter perspectiva de uma vida melhor<sup>31</sup>.

Portanto, o Estado deveria se preocupar em desenvolver políticas públicas que ajudassem essas pessoas a melhorar de vida, se libertar desse rótulo e não mais voltar a ter condutas desviantes. É nesse momento que a Justiça Restaurativa entra,

---

<sup>30</sup> LIMA, Juliana Aparecida. **Teoria do labelling approach**: a teoria interacionista do etiquetamento e os seus efeitos negativos na sociedade. Faculdade de Direito de Franca, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/teoria-do-labelling-aprouch-a-teoria-interacionista-do-etiquetamento-e-os-seus-efeitos-negativos-na-sociedade/>. Acesso em: 30 mar. 2020

<sup>31</sup> LIMA, Juliana Aparecida. **Teoria do labelling approach**: a teoria interacionista do etiquetamento e os seus efeitos negativos na sociedade. Faculdade de Direito de Franca, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/teoria-do-labelling-aprouch-a-teoria-interacionista-do-etiquetamento-e-os-seus-efeitos-negativos-na-sociedade/>. Acesso em: 30 mar. 2020



para demonstrar que nem tudo está perdido, que irá iniciar o trabalho de conscientização e de reintegração dele perante a sociedade.

Diante do exposto, esse trabalho quer apresentar a Justiça Restaurativa como uma potencial solução a superlotação nesses estabelecimentos educacionais, uma vez que, utilizando a Justiça Restaurativa, irá diminuir a quantidade de pessoas cumprindo pena nessas instituições e diminuir a reiteração delas. Posto que, o maior objetivo é diminuir essa propagação de violência e conseqüentemente da reiteração, porque os adolescentes estão conscientizados de que existem caminhos melhores a ser percorrido.

### **3 JUSTIÇA RESTAURATIVA APLICADA AO ADOLESCENTE**

Em decurso de tudo que já foi dito neste artigo científico, daqui em diante, o foco será a perspectiva da junção da Justiça Restaurativa com a Socioeducação, com a finalidade de demonstrar as possíveis melhorias que poderiam ocorrer nessas resoluções de conflitos e na implementação das Medidas Socioeducativas. Porquanto, os dois institutos terem em comum o objetivo de priorizar o interesse da criança e do adolescente e reintegrá-los na sociedade com total dignidade e estrutura para seguir a vida.

#### **3.1 A correlação da Justiça Restaurativa com a Socioeducação**

Em conformidade ao que foi dito no decorrer deste trabalho, pode-se constatar que a Justiça Restaurativa seria uma medida alternativa que tem um grande potencial para contribuir nas medidas socioeducativas, para que sejam adotadas da melhor forma possível e priorizando todos os princípios da Doutrina da Proteção Integral. E o objetivo é complementar um instituto com o outro e não substituir um pelo outro.

As medidas restaurativas podem ser implementadas em resoluções de conflito em vários cenários, pode ser em: conflito escolar, conflito familiar e conflito judicial.



Isto é, dos motivos que comprovam que a utilização dessa medida contribuiriam para a melhoria do processo judicial, na medida que poderiam diminuir a quantidade de processos, visto que, ao fazer a conciliação das partes envolvidas, isso não acarretaria em um processo judicial. O que permite a Justiça Restaurativa ser implementada em variados cenários e por ela não ter um formato rígido e pré-determinado consegue trabalhar de acordo com a realidade de cada caso<sup>32</sup>.

A Justiça Restaurativa pode ser implementada tanto nas medidas socioeducativas abertas quanto na fechadas, ao meu ver é essencial nos dois momentos. Porém, para por em prática essa medida é necessário que os profissionais que irão trabalhar com isso passem por um curso profissionalizante, visto que, essas pessoas devem estar capacitadas para ajudarem a resolver esses conflitos que por muitas vezes serão histórias complicadas de lidar.

A Lei n.º 12.594, de 18 de janeiro de 2012 – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamenta a execução das medidas socioeducativas. Essas medidas têm eficácia se aplicadas conforme o dispositivo da lei, porém se aplicadas com interpretações diversas da lei, podem não alcançar a eficácia pretendida. E no contexto atual, podemos ver que nem sempre essas medidas estão sendo aplicadas conforme o disposto na Lei e devido a isso acreditamos que se aplicamos a Justiça Restaurativa em conjunto terá um maior êxito<sup>33</sup>.

Uma semelhança entre os dois institutos é o propósito da responsabilização do adolescente, porém com um viés educativo e a reconciliação dos direitos pessoais e sociais das pessoas envolvidas no conflito através das práticas restaurativas. Ao

---

<sup>32</sup> MOTTER, Adriana M.; ZILLOTTO, Flávia P. O., GIAMBERARDINO, Pedro R. **Cadernos de socioeducação: práticas restaurativas e a socioeducação: redação e sistematização**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba, PR, Secretaria de Estado da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos, 2018.

<sup>33</sup> SILVA, Carlos Henrique da. **A eficácia das medidas socioeducativas em relação ao adolescente autor de ato infracional**. Disponível em: [https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-eficacia-das-medidas-socioeducativas-relacao-ao-adolescente.htm#indice\\_24](https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-eficacia-das-medidas-socioeducativas-relacao-ao-adolescente.htm#indice_24). Acesso em: 30 mar. 2020



priorizar princípios que regem essas medidas restaurativas, trata-se também de uma preocupação pedagógica que também é uma preocupação na assistência socioeducativa<sup>34</sup>.

A medida socioeducativa tem como intuito a melhoria do adolescente que comete ato infracional, para que ele seja reintegrado a sociedade de uma forma diferente. E a Justiça Restaurativa tem exatamente esse intuito e tem mecanismos para que isso ocorra, porque ela vai utilizar de seus princípios para conscientizar o adolescente de seu ato e demonstrá-lo que existem outros caminhos a se seguir, mas não deixará de responsabilizá-lo. Após isso, também haverá a contribuição/responsabilização da sociedade e do poder público, que participarão também desse processo restaurativo, ajudando a reinserir o adolescente na sociedade.

Como já foi dito neste artigo, as medidas restaurativas já estão sendo utilizadas no Brasil em determinados lugares e áreas. A Fundação de Atendimento Socioeducativo do Rio Grande do SUL – FASE, ao utilizar-se dos círculos restaurativos para resolver conflitos familiares e judiciais, com o intuito de inovar a forma de resolução do conflito, notou que essa prática se for bem desenvolvida e respeitar todos os procedimentos, pode gerar a responsabilização do adolescente com mais eficácia e também notou que isso contribui para uma melhoria na rotina institucional e até mesmo para apreciar como está sendo o atendimento nessas instituições<sup>35</sup>. Geisa Rodrigues Gomes, em seu trabalho de mestrado discorre exatamente sobre isso:

Justiça Restaurativa realizada na prática produz transformações nos indivíduos envolvidos no conflito, nos

---

<sup>34</sup> LIRA, Jaqueline Alves e BATISTA, Gustavo Barbosa de Mesquita. **Práticas de Justiça Restaurativa e o adolescente em conflito com a lei**. (Dissertação de Pós-Graduação) – Universidade Federal da Paraíba. Apud: GIAMBERARDINO; Ziliotto, 2015. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/index.php/ixsidh/paper/view/File/4431/1685>. Acesso em: 14. Mar. 2020

<sup>35</sup> GOMES, Geisa Rodrigues. Práticas de socioeducação à luz da Justiça Restaurativa: potencialização de mudanças? 137 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, São Paulo, 2013



agentes sociais, nas instituições aos quais esses agentes estão vinculados e nas comunidades. As pessoas em situação de conflito aprendem pelo confronto de perspectivas e de referências culturais no encontro restaurativo; os agentes sociais e suas instituições aprendem ao participar da implementação de um novo paradigma de ação, articulado e comprometido com o envolvimento participativo de todos os usuários dos serviços. O objetivo destas capacitações é favorecer, portanto, a aquisição de uma postura relacional embasada nos princípios e valores restaurativos<sup>36</sup>.

Portanto, pode-se notar que a prática dessa medida restaurativa não beneficia apenas o adolescente em conflito com a lei, também traz pontos positivos para todos que participam desta prática. Devido a isso, é possível demonstrar para toda a sociedade e para os funcionários das unidades de internação que não devemos apenas etiquetar esses adolescentes como criminosos, que devemos procurar saber o contexto por trás desses atos e ajudá-los a compreender a gravidade de seus erros, responsabilizá-los e demonstrar que existem outros caminhos a seguir.

A Fundação Casa em São Paulo, em parceria com o fórum de Guarulhos, para aplicar as práticas restaurativas em processos de internação do adolescente, destaca-se que não impediu do processo judicial continuar em andamento. Através dessa parceria, serão relatados dois casos que chamaram a atenção deles, por questão do resultado positivo que obtiveram com o círculo restaurativo.

O primeiro caso, trata-se de um conflito entre dois internos. No início do ciclo restaurativo foi um pouco difícil, visto que eles não queriam assumir que houve um conflito, até mesmo em consequência da regra desses lugares que é da vítima nunca dedurar o autor do fato. Porém, no decorrer do ciclo, eles conseguiram assumir que tinham um conflito e conversaram sobre isso, no final foi possível ver resolução do conflito, porque eles decidiram permanecer no mesmo quarto e

---

<sup>36</sup> GOMES, Geisa Rodrigues. **Práticas de socioeducação à luz da Justiça Restaurativa: potencialização de mudanças?** 137 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, São Paulo, 2013





mantiveram uma relação saudável no decorrer da medida socioeducativa. A Diretora do Centro de Internação diz:<sup>37</sup>

Jovem autor do ato violento, envolvia-se em problemas disciplinares de maneira recorrente e, após o procedimento, pôde melhorar significativamente seu comportamento. Segundo ela, este efeito transformativo foi constatado a partir da identificação da motivação de sua atitude – abandono familiar –, e o empenho da Equipe Psicossocial que o acompanhava no Centro em resgatar e fortalecer tais vinculações<sup>38</sup>.

Diante do exposto, pode-se ver a contribuição da medida restaurativa. Porque a maioria desses conflitos tinha desfechos piores e neste se conseguiu que houvesse a conscientização das partes, na qual cada um conseguiu assumir seu respectivo papel e trazer uma solução para esse conflito. E essa medida foi tão eficaz, que os dois por escolha própria decidiram ficar na mesmo quarto e conseguiram manter um convívio saudável.

Já o segundo caso é sobre um adolescente que teve a medida socioeducativa em unidade de internação em consequência de uma tentativa de homicídio e as partes residiam na mesma localidade. As partes demonstraram interesse na realização do círculo restaurativo e foi realizado da seguinte forma:

A partir de informações da Facilitadora participaram do procedimento na qualidade de Comunidade, a genitora e irmãos do autor, um amigo em comum do autor e receptor do ato violento, além da Encarregada Técnica e Equipe Psicossocial que acompanhavam o jovem no Centro. Conta que todos os envolvidos estavam muito disponíveis para a resolução do conflito e ficaram satisfeitos com o desfecho. A genitora demonstrava satisfação pela disponibilidade do receptor em participar, e da sensação de tranquilidade ao ouvir dele que havia entendido a motivação de seu filho e desculpá-lo por isso. O receptor, por sua vez, reconheceu sua atitude

---

<sup>37</sup> GOMES, Geisa Rodrigues. **Práticas de socioeducação à luz da Justiça Restaurativa: potencialização de mudanças?** 137 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, São Paulo, 2013

<sup>38</sup> GOMES, Geisa Rodrigues. **Práticas de socioeducação à luz da Justiça Restaurativa: potencialização de mudanças?** 137 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, São Paulo, 2013



provocativa como contribuição para a reação do autor e, disponível à escuta, pôde ouvir do autor seu alívio por ter falado sobre o acontecido e ser desculpado pelo seu erro. [...] Através de informações colhidas junto à Encarregada Técnica do Centro, o jovem demonstrou transformação positiva em seu comprometimento com a medida, envolvimento e prazer durante todo o processo de elaboração e confecção do presente para o receptor, chegando a contagiar outros jovens que se disponibilizaram a ajudá-lo. Além disso, a temática foi abordada por outros jovens tocados pela experiência do colega durante os grupos reflexivos realizados no Centro de Atendimento, e falaram sobre as possíveis consequências de suas ações para as pessoas que vitimaram e seus familiar<sup>39</sup>.

Mediante esses dois relatos, observa-se como a Justiça Restaurativa pode se adequar a cada caso, que a aplicação dela não se restringe a infrações leves, pode ser aplicada em infrações graves também. E podemos ver, o quanto é positivo para todos que participam do ciclo, porque ali eles conseguem entender os dois lados da situação e chegar uma solução para o conflito.

Dessa forma, a responsabilização do autor é bem maior, pois ele vai compreender o quanto esse ato foi errado e até mesmo se arrepender e a vítima vai ter a resposta que ela queria no processo. E isso é bem diferente do que ocorre nos dias de hoje, onde apenas ocorre a punição do autor, que por vezes se revolta mais enquanto a vítima não tem voz no processo.

Destarte, todas as análises que foram feitas no decorrer deste tópico compreende-se o quanto a junção da medida socioeducativa e da medida restaurativa trará benfeitorias ao sistema socioeducativo. Em razão da socioeducação ser aplicada conforme a lei e complementada com os princípios restaurativos, que não visa apenas aplicar uma punição ao indivíduo, visa responsabilizá-lo com viés educativo, através da conscientização e do arrependimento e trabalhar com os motivos que

---

<sup>39</sup> GOMES, Geisa Rodrigues. **Práticas de socioeducação à luz da Justiça Restaurativa: potencialização de mudanças?** 137 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, São Paulo, 2013



possivelmente o levou a cometer esse ato, com isso, provavelmente irá diminuir a reintegração.

A base dos dois institutos é igual, que é a Doutrina da Proteção Integral que determina que a criança e o adolescente tem que ter prioridade absoluta e o objeto também é igual, que a responsabilização de forma pedagógica. Porém, a socioeducação sozinha não está conseguindo efetivamente realizar seus objetivos, com a contribuição das medidas restaurativas este objetivo conseguirá ser atingido com mais eficácia, como foi demonstrado nos dois exemplos dado acima.

### **3.2 Psicologia Positiva, Justiça Restaurativa e Socioeducação**

Durante a pesquisa para a realização deste artigo, foi encontrado mais um mecanismo que pode contribuir satisfatoriamente para a melhoria do desenvolvimento das medidas socioeducativas e influenciar na diminuição da criminalidade e reiteração dos adolescentes. Este mecanismo é a Psicologia Positiva, cujos fundamentos têm muito haver com a Justiça Restaurativa e com o que busca a Socioeducação. Afinal, o termo Socioeducação demonstra o que queremos do adolescente, que é uma educação para que ele se comprometa com a sua mudança de vida.

Existe uma discussão sobre quem criou a Psicologia Positiva, porém um dos criadores mais citados quando se trata desse tema é Martin Seligman e Mihaly Csikszentmihalyi. Eles fizeram um artigo que afirmam que depois da Segunda Guerra Mundial o foco da psicologia se volta apenas em curar e cuidar de doenças, ou seja, os pontos negativos. Com isso, eles propõem ampliar o foco da psicologia olhando também para as emoções e pensamentos positivos das pessoas<sup>40</sup>.

A Psicologia Positiva é uma área dentro da psicologia tradicional, na qual trabalha apenas os sentimentos bons e o que a pessoa tem de bom dentro de si. Ela

---

<sup>40</sup> HUTZ, Claudio Simon. **Avaliação em psicologia positiva**. 1 Ed. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 13-16



defende que da mesma forma que conseguimos entender e trabalhar nossos sentimentos negativos, também conseguiremos trabalhar os nossos sentimentos positivos. Também alega que ao focar mais nas emoções positivas, conseguimos alcançar a plenitude e com isso, lidar melhor com o sentimentos negativos<sup>41</sup>. Claudio Simom Hutz alega que o interesse dessa psicologia é:

O principal interesse na psicologia positiva, nessa perspectiva, é ter um entendimento científico sobre as forças e vivências humanas com foco na felicidade e nas possíveis intervenções no sentido de aliviar as dores e incrementar o bem-estar subjetivo<sup>42</sup> (Seligman, Steen, Park & Perteson, 2006 apud Hutz, Claudio Simon, 2014, p.16).

Então, nota-se que o objetivo central da psicologia positiva é ressaltar as emoções e vivências positivas de cada um e utilizar isso para contribuir na resolução das doenças psicológicas. Por acreditar que ao enaltecer as coisas positivas vivenciada pelo ser humano, isso acarretará em um desenvolvimento positivo, onde a pessoa irá acreditar mais no seu potencial e vai querer buscar apenas coisas que irão somar com essa felicidade plena e sentimento de bem estar.

Martin Seligman, no artigo que defendeu e demonstrou a relevância dessa nova área da psicologia, relatou um momento de sua vida quando percebeu que a psicologia tinha que ampliar o seu foco:

Seligman relatou que estava no jardim com sua filha quando gritou com ela. A menina explicou que era chorona, mas que quando fizera 5 anos, decidira não ser mais assim e disse ao pai que, se ela poderia fazer isso, ele também poderia ser menos resmungão. A partir disso, Seligman afirma que se deu conta de que educar uma criança não era apenas corrigí-la quando necessário, mas estimular o crescimento das boas qualidades que ela já tinha<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> O QUE é psicologia positiva? **Instituto Brasileiro de Coaching**. 2018. Disponível em: <https://www.ibccoaching.com.br/portal/coaching-e-psicologia/o-que-e-psicologia-positiva/> Acesso em: 30 mar. 2020

<sup>42</sup> HUTZ, Claudio Simon. **Avaliação em psicologia positiva**. 1 Ed. Porto Alegre: Artmed, 2014. p.16

<sup>43</sup> HUTZ, Claudio Simon. **Avaliação em psicologia positiva**. 1 Ed. Porto Alegre: Artmed, 2014. p.14



Esse discurso dele narra exatamente o que a Justiça Restaurativa e Socioeducação tem como objetivo, que não é apenas corrigir, ou seja, punir o adolescente, também quer conscientizá-lo do ato e após isso, estimular um crescimento positivo. Por isso, é defendido neste artigo, que a Justiça Restaurativa incorporada pelos princípios da Psicologia Positiva tem o potencial para melhorar o sistema penal juvenil.

A Psicologia Positiva Seligman alega que existem métodos para alcançar a felicidade plena. Desse modo, ele criou o modelo PERMA, que elucida as formas existentes para que isso aconteça e é composta por cinco elementos, que servem para refletir sobre as emoções e com isso, conseguimos entendê-las<sup>44</sup>. Serão explicadas cada uma delas, exemplificando como poderiam ser utilizadas juntamente com a Socioeducação e Justiça Restaurativa.

Os elementos são: emoção positiva, engajamento, relacionamento, propósito e realizações. A emoção positiva, que trata de pensamentos positivos que impulsionam e faz acreditar que todos podem ser melhores, ou seja, funciona como um combustível<sup>45</sup>. No adolescente que comete ato infracional, pode-se utilizar para conscientizá-lo que o que fez é errado, porém demonstrando que ele pode ser melhor e conquistar coisas boas, ou seja, ao invés de focar no mal feito, fomenta autorresponsabilidade, reparação dos danos e dá um reforço positivo para a situação.

O engajamento é aquele sentimento que surge quando se realiza atividades agradáveis das quais se gosta de fazer, deixando de perceber o tempo passar. E através desse engajamento que conseguimos perceber quais são as atividades que nos

---

<sup>44</sup> O QUE é psicologia positiva? **Instituto Brasileiro de Coaching**. 2018. Disponível em <https://www.ibccoaching.com.br/portal/coaching-e-psicologia/o-que-e-psicologia-positiva/> Acesso em: 30 mar. 2020

<sup>45</sup> O QUE é psicologia positiva? **Instituto Brasileiro de Coaching**. 2018. Disponível em: <https://www.ibccoaching.com.br/portal/coaching-e-psicologia/o-que-e-psicologia-positiva/> Acesso em: 30 mar. 2020



encantam e quais são os nossos talentos<sup>46</sup>. A Socioeducação em casas de internação traz atividades educativas para os adolescentes, com isso, ao utilizar a Psicologia Positiva é possível incentivar os adolescentes a praticar essas atividades, visando um futuro para eles e permitindo enxergar que eles são úteis para a sociedade e não apenas um peso.

Os seres humanos temos a necessidade de se relacionar uns com os outros e quando se envolvem com pessoas positivas e tem relacionamentos positivos, isso traz comportamentos bons<sup>47</sup>. Da mesma forma, a Justiça Restaurativa e a Socioeducação tem o objetivo de restaurar o relacionamento familiar e com a sociedade, que não vê os dois lados da situação, apenas etiqueta esses adolescentes de delinquentes. Se conseguir restaurar esse relacionamento com o comprometimento, é possível obter pontos positivos, os adolescentes vão conseguir ter uma perspectiva melhor da vida, entender que eles não são vistos apenas como delinquentes, que tem chance de ser pessoas melhores.

Quando se tem um propósito na vida, isto é, um combustível para viver e trabalhar para conquistar esse objetivo e com isso, se estimular a ir além<sup>48</sup>. Muitos desses adolescentes não tem um objetivo de vida, apenas vivem por viver e sempre acham que não tem nada a perder, o que não é verdade. Por isso, é preciso demonstrar que eles podem ter oportunidades positivas, basta eles criarem um propósito de vida, que isso irá impulsioná-los a querer se tornar uma pessoa melhor e poderão ir além do que desejam, visto que, estarão sempre progredindo.

---

<sup>46</sup> O QUE é psicologia positiva? **Instituto Brasileiro de Coaching**. 2018. Disponível em: <https://www.ibccoaching.com.br/portal/coaching-e-psicologia/o-que-e-psicologia-positiva/> Acesso em: 30 mar. 2020

<sup>47</sup> O QUE é psicologia positiva? **Instituto Brasileiro de Coaching**. 2018. Disponível em: <https://www.ibccoaching.com.br/portal/coaching-e-psicologia/o-que-e-psicologia-positiva/> Acesso em: 30 mar. 2020

<sup>48</sup> O QUE é psicologia positiva? **Instituto Brasileiro de Coaching**. 2018. Disponível em: <https://www.ibccoaching.com.br/portal/coaching-e-psicologia/o-que-e-psicologia-positiva/> Acesso em: 30 mar. 2020



E por último tem as realizações, que mostra que todos são capazes de alcançar tudo que almejam, basta lutar por isso e ter engajamento<sup>49</sup>. Devido ao uso dos demais elementos nesses adolescentes, eles acreditarão que podem conquistar o que tanto almejam, eles apenas precisam de uma oportunidade para que isso ocorra. E a cada realização conquistada, como a responsabilização, a reparação do dano, o vínculo familiar e social restaurado e as oportunidades, eles enxergarão que podem ser melhores e podem alcançar muito mais que isso, basta que sigam seus propósitos.

Por conseguinte, pode-se ver o quanto os elementos PERMA da Psicologia Positiva iriam contribuir para a melhoria do desenvolvimento dos adolescentes que estão em unidade de internação e aqueles que estão com medida socioeducativa aberta. Os princípios e fundamentos dos três institutos têm praticamente a mesma base, a evolução do ser humano e conseqüentemente da vida dessas pessoas em sociedade.

Ressalta-se que assim como a Justiça Restaurativa, a Psicologia Positiva pode ser usada como medida de prevenção. Existem estudos da implementação dessa Psicologia nas escolas e como isso tem gerado efeitos positivos no desenvolvimento das crianças. A primeira escola a aplicar essa psicologia foi a escola Australiana Geelong Grammar School, que tinha por objetivo melhorar a forma de educação implementando os elementos de PERMA para que os alunos conseguissem alcançar o florescimento humano. Ele indagava se:<sup>50</sup>

[...]os modelos educacionais existentes estariam equipados e adequados para responder às demandas atuais, ou se há a

---

<sup>49</sup> O QUE é psicologia positiva? **Instituto Brasileiro de Coaching**. 2018. Disponível em: <https://www.ibccoaching.com.br/portal/coaching-e-psicologia/o-que-e-psicologia-positiva/> Acesso em: 30 mar. 2020

<sup>50</sup> CINTRA, Clárisse Lourenço; GUERRA, Valeschka Martins. Educação positiva: a aplicação da psicologia positiva a instituições educacionais. **Psicol. Esc. Educ.**, Maringá, v.21, n.3, p.505-514, Dez. 2017. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S141385572017000300505&lng=en&nrm= iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141385572017000300505&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 26 mar. 2020



necessidade de novas abordagens que possam fazer mais e melhor para ajudar os jovens a lidar com os desafios e prosperar em nossa complexa sociedade, além de experienciar mais propósito, realização, engajamento e relações significativas em suas vidas<sup>51</sup>.

Assim, poderia implementar a Psicologia Positiva juntamente com os ciclos da Justiça Restaurativa nas escolas, para ser um método preventivo de conflitos e até mesmo colaboraria para os adolescentes nem cheguem a cometer o primeiro ato infracional. Por estarem amparados de todas as formas, por terem pessoas trabalhando os princípios básicos do homem médio e tentarem restaurar um vínculo familiar estremeado e ao mesmo tempo trabalharem sobre o propósito, engajamento e realizações, ou seja, apenas pontos positivos que trarão coisas positivas no futuro. E isso tudo também tem a ver com a socioeducação que tem como intuito educar a criança e o adolescente para ter um futuro melhor.

Diante do exposto, é evidente o quanto esses três institutos irão contribuir para um melhor amparo ao adolescente que comete ato infracional, visto que, eles terão um amparo psicológico, restaurativo e de educação. Com toda essa base, eles seriam capazes de conseguir ver o futuro com outros olhos e enfrentar as dificuldades que aparecerem com perseverança, pois possuiriam um propósito na vida. E conseguir enxergar que eles podem ir além, visto que, o etiquetamento não mais os limitariam.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema penal juvenil encontra-se ultrapassado e com obstáculos para cumprir o que o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo determina em relação a implementação das punições

---

<sup>51</sup> CINTRA, Clárisse Lourenço; GUERRA, Valeschka Martins. Educação positiva: a aplicação da psicologia positiva a instituições educacionais. **Psicol. Esc. Educ.**, Maringá, v.21, n.3, p.505-514, Dez. 2017. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S141385572017000300505&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141385572017000300505&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 26 mar. 2020





aos adolescentes que cometem ato infracional. Por essa razão, precisam implementar as medidas alternativas que aqui foram sugeridas.

Os métodos utilizados neste momento não estão obtendo o resultado e o intuito pretendido que é proposto pela socioeducação, que é a ressocialização e reeducação do adolescente que comete ato infracional. Como por exemplo, a medida em meio fechado era para ser a última a ser imposta e atualmente não é o que acontece, devido a isso as unidades de internação estão superlotadas.

Uma comprovação disso, é a reportagem do jornal *Folha de São Paulo da Uol* que foi citada neste artigo, no qual narra que em média 11 estados possuem mais adolescentes que cometem ato infracional do que vagas nas unidades de internação. E por não terem vagas para todos, eles deixam esses adolescentes em situações desumanas, que infligem em altíssimo grau o direito a dignidade da pessoa humana.

A Doutrina de Proteção Integral que foi recepcionada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tem por objetivo proteger os direitos fundamentais desses adolescente que cometem ato infracional, privá-los de toda violência, maus tratos, opressão e etc. E defende que essa proteção deve ser feita também pela sociedade, família e Estado.

Neste artigo foi trazido os princípios que compõem essa Doutrina, no qual é relatada toda a importância da proteção dessas crianças e adolescentes, que os interesses dessas crianças devem prevalecer entres os demais direitos e que temos que respeitar a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, visto que, estão na fase de desenvolver seus princípios, valores e caráter.

E por estarem exatamente nesse momento de evolução, que se focou na Justiça Restaurativa como um mecanismo com alto potencial para contribuir nessas resoluções de conflitos e para garantir que os direitos fundamentais e as determinações do Estatuto da Criança e do Adolescente juntamente com a Doutrina



da Proteção integral sejam respeitadas. E com esse conjunto, conseguir diminuir a reiteração dessas condutas.

Com o desdobrando deste artigo foi comprovado que a Justiça Restaurativa implementada juntamente com as medidas socioeducativas, traz muitos benefícios ao ser aplicada no adolescente em conflito com a lei em consequência de trabalhar a questão de reeducação, implementar princípios básicos e dar a chance para esses adolescentes se tornarem pessoas melhores e desejarem isso. Assim como dar chance para a vítima e para a sociedade que foi afetada participar da resolução do conflito.

A Justiça Restaurativa com seu objetivo de restaurar os vínculos rompidos nesses conflitos, fazendo a vítima ter voz no processo, conscientizando o adolescente da conduta dele, fazendo com que ele repare o mal causado a vítima de forma espontânea e reinserindo esse adolescente novamente na sociedade de forma positiva, expressa de uma melhor forma a resolução do conflito, visto que, foi dado uma resposta para a vítima e ao reeducar o adolescente conseguir diminuir a reiteração, porque apenas a punição dele não tem alcançado isso.

Ressalta-se que o uso da Justiça Restaurativa em conjunto com a Socioeducação não substitui ou anula o processo judicial que estiver em andamento, será apenas uma medida alternativa implementada que poderá contribuir no momento que o juiz for sentenciar, pois pode levar em consideração o resultado da conciliação feita em círculo restaurativo.

Apresentou-se outra medida alternativa para trabalhar em conjunto com a Justiça Restaurativa e Socioeducação que é a Psicologia Positiva, que traz consigo uma grande contribuição para a melhoria do sistema penal em razão de trabalhar o psicológico dessas crianças e adolescentes, de incentivar coisas positivas e demonstrar que através disso é possível traçar objetivos bons na vida e ir além do que possam imaginar.



Um dos criadores da Psicologia Positiva narrou que não devemos apenas corrigir uma criança e adolescente quando necessário, temos que estimular pensamentos e comportamentos positivos a eles. E isso é exatamente o intuito que se tem com esses adolescentes, querer responsabilizá-los pela conduta negativa que tiveram, porém, ao mesmo tempo reeducá-los e demonstrar que eles podem ser melhores, que tem caminhos melhores a se seguir e que eles são capazes disso, porque muitos deles se vêem incapazes de ter vidas melhores, justamente pela questão social que vivem.

Em conformidade com tudo isso, está mais que comprovado que a junção da Socioeducação com a Justiça Restaurativa e a Psicologia Positiva são necessárias para ajudar no aperfeiçoamento do sistema penal. Com a utilização destes três institutos iremos conseguir alcançar o objetivo central, que é a reeducação do adolescente que comete ato infracional e iremos contribuir para melhoria dele como pessoa, com isso, evitando a reiteração dele em condutas delituosas e conseguiremos responsabilizá-lo por essas condutas, de forma que não infrinja os direitos fundamentais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Doutrina de Proteção Integral.

Enfatiza-se que a Justiça Restaurativa juntamente com a Psicologia Positiva podem ser implementadas como medidas de prevenção de conflito e também podem ser estabelecidas em escolas. Com o objetivo de auxiliar na condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, respeitando os limites de cada uma dessas crianças, estimulando o pensamento e comportamentos positivos desde cedo, e mediando os possíveis conflitos que possam ocorrer.

## **REFERÊNCIAS**

APAV – Apoio à vítima. **Justiça restaurativa** – o que é? Disponível em: [https://www.apav.pt/apav\\_v3/index.php/pt/justica-restaurativa/o-que-e](https://www.apav.pt/apav_v3/index.php/pt/justica-restaurativa/o-que-e). Acesso em: 08 jun. 2019.



BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. DF: Presidência da República [2018]; Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 fev. 2020

BRASIL. **Lei n.º 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato\\_2011-2014/2012/Lei/L12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato_2011-2014/2012/Lei/L12594.htm). Acesso em: 22 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministro impõe medidas contra superlotação em unidade de internação de adolescentes no ES**. Relator Edson Fachin. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=387589>. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. Terre des Hommes. **Adolescente, ato infracional e justiça juvenil restaurativa documentário**. Youtube, 2013. Disponível em: [https://www.youtube.com/timedtext\\_editor?action\\_mde\\_edit\\_form=1&v=L5z1FfXWWs&lang=pt&bl=vmp&ui=hd&ref=player&tab=captions&o=U&ar=1582045004053](https://www.youtube.com/timedtext_editor?action_mde_edit_form=1&v=L5z1FfXWWs&lang=pt&bl=vmp&ui=hd&ref=player&tab=captions&o=U&ar=1582045004053). Acesso em: 26 fev. 2020.

CINTRA, Clarisse Lourenço; GUERRA, Valeschka Martins. Educação positiva: a aplicação da psicologia positiva a instituições educacionais. **Psicol. Esc. Educ.**, Maringá, v.21, n.3, p.505-514, dez. 2017. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S141385572017000300505&lng=e n&nrm= iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141385572017000300505&lng=e n&nrm= iso). Acesso em: 26 mar. 2020.

COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p.134.

DALLEMOLE, Deborah Soares. A efetividade da doutrina de proteção integral nos procedimentos de acolhimento institucional de crianças e adolescentes em Porto Alegre/RS. *In*: DALLEMOLE, Deborah Soares. **2.1 Pressupostos da doutrina da situação irregular e as legislações menoristas**, Monografia (Graduação) - Bacharel em Ciência Jurídicas e Sociais - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2018. p.13-17. Disponível em:



<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/184090/001075905.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 jan. 2020.

GIAMBERARDINO, Pedro R.; MOTTER, Adriana M.; Ziliotto, Flávia P. O. **Cadernos de socioeducação: práticas restaurativas e a socioeducação: redação e sistematização**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba, PR: Secretaria de Estado da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos, 2018.

GOMES, Geisa Rodrigues. **Práticas de socioeducação à luz da Justiça Restaurativa: potencialização de mudanças?** 137 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, São Paulo, 2013.

HUTZ, Claudio Simon. **Avaliação em psicologia positiva**. 1 Ed. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 13-16.

JUSTIÇA, restaurativa e socioeducação. **Cadernos de Socioeducação Paraná**. 2015. Disponível em:  
[http://www.dease.pr.gov.br/arquivos/File/justica\\_restaurativa\\_e\\_a\\_socioeducacao.pdf](http://www.dease.pr.gov.br/arquivos/File/justica_restaurativa_e_a_socioeducacao.pdf). Acesso em: 30 mar. 2020.

CRUZ, Fabrício Bittencourt (coord.). **Justiça Restaurativa: horizontes a partir da resolução CNJ 225**, Brasília: CNJ, 2016. p. 41. Disponível em:  
[http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/cnj/justica\\_restaurativa\\_cnj\\_2016.pdf](http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/cnj/justica_restaurativa_cnj_2016.pdf). Acesso em: 31 nov. 2019.

LIMA, Juliana Aparecida. **Teoria do labelling approach: a teoria interacionista do etiquetamento e os seus efeitos negativos na sociedade**. Faculdade de Direito de Franca, São Paulo, 2017. Disponível em:  
<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/teoria-do-labelling-aprouch-a-teoria-interacionista-do-etiquetamento-e-os-seus-efeitos-negativos-na-sociedade/>. Acesso em: 30 mar. 2020.

LIMA, Priscila. **Princípios de proteção à criança e ao adolescente**. São Luís: Universidade Ceuma do Maranhão – MA, 2014. Disponível em:  
<https://jus.com.br/artigos/40335/principios-de-protecao-a-crianca-e-ao-adolescente>. Acesso em: 15 fev. 2020.

LIRA, Jaqueline Alves e BATISTA, Gustavo Barbosa de Mesquita. **Práticas de Justiça Restaurativa e o adolescente em conflito com a lei**. (Dissertação de Pós-Graduação) – Universidade Federal da Paraíba. Apud: GIAMBERARDINO; Ziliotto, 2015. Disponível em:



[http://www.ufpb.br/evento/index.php/ixsidh/paper/view File/4431/1685](http://www.ufpb.br/evento/index.php/ixsidh/paper/view/File/4431/1685). Acesso em: 14. Mar. 2020.

LUZ, Amanda Louise Ribeiro da. A aplicabilidade do princípio da proteção integral no procedimento infracional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 23, n. 5486, 9 jul. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66600>. Acesso em: 4 set. 2019.

MEZZALIRA, Ana Carolina. A justiça restaurativa e sua normatização no Brasil: a Resolução 225 do CNJ. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 23, n. 5438, 22 maio 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65804>. Acesso em: 30 out. 2019.

MOTTER, Adriana M.; ZILIOOTTO, Flávia P. O., GIAMBERARDINO, Pedro R.

**Cadernos de socioeducação:** práticas restaurativas e a socioeducação: redação e sistematização. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba, PR, Secretaria de Estado da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos, 2018.

O QUE é psicologia positiva? **Instituto Brasileiro de Coaching**. 2018. Disponível em: <https://www.ibccoaching.com.br/portal/coaching-e-psicologia/o-que-e-psicologia-positiva/> Acesso em: 30 mar. 2020.

OS FILHOS dos outros e os filhos de ninguém são nossa responsabilidade constitucional e moral. **Prioridade Absoluta, Brasil**, 2019. Disponível em: <https://prioridadeabsoluta.org.br/entenda-a-prioridade/>. Acesso em: 30 mar. 2020.

PAULA, Liana de. Encarceramento de adolescentes: o caso Febem. *In*: LIMA; Paula (org.). **Segurança pública e violência:** o Estado está cumprindo seu papel? São Paulo: editora Contexto, 2008. P.35.

QUEIROZ, Lorrane. Doutrina da proteção integral e sua disparidade com a realidade: a marginalização da criança e do adolescente. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3340, 23 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22473>. Acesso em: 2 set. 2019.

SILVA, Carlos Henrique da. **A eficácia das medidas socioeducativas em relação ao adolescente autor de ato infracional**. Disponível em: [https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/a-eficacia-das-medidas-socioeducativas-relacao-ao-adolescente.htm#indice\\_24](https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/a-eficacia-das-medidas-socioeducativas-relacao-ao-adolescente.htm#indice_24). Acesso em: 30 mar. 2020.

TIVERON, R. Promover justiça com perdão e alteridade: a proposta da justiça restaurativa. Revista Universitas/JUS. Brasília: UniCEUB, [s. d.]. *In*: TIVERON, Raquel. **Promover justiça com perdão e alteridade:** a proposta da justiça



restaurativa. 2009. Disponível em:

<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat03087a&AN=fiu.88052ART&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 21 fev. 2020.

ULIANA, Maria Laura. ECA: Princípios orientadores dos direitos da criança e do adolescente. **Jus Brasil**, Disponível em:

<https://mlu25.jusbrasil.com.br/artigos/450052432/eca-principios-orientadores-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em: 04 set. 2019.

VALADARES, João; BARDON, Júlia; TOLEDO, Marcelo. Onze Estados têm sistema socioeducativo lotado. **Folha de São Paulo Uol**. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/07/doze-estados-tem-sistema-socioeducativo-lotado.shtml>. Acesso em: 30 mar. 2020.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.



# CONTRATOS DE LICENCIAMENTO DE SOFTWARE ALEATÓRIOS: LOOT BOXES E A APLICAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Matheus Oba Galvão

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo apresentar, discutir e enquadrar a figura emergente das *loot boxes*, contratos aleatórios acessórios usados pelas empresas de entretenimento para o licenciamento de softwares, com enfoque no ramo de jogos eletrônicos. O foco do artigo é tentar evidenciar que a distribuição de bens imateriais em território nacional para indivíduos é suficiente para configurar uma relação de consumo, devendo ser respeitados os deveres impostos ao fornecedor, em específico os que advêm do direito de informação do consumidor. Conclui-se que, presentes os elementos para a configuração da relação de consumo, existem diversas omissões em relação ao dever de prestar informação que recai sobre o fornecedor, em específico nos serviços prestados pelas empresas: Riot Games; Valve e EA.

**Palavras-chave:** loot boxes; contratos aleatórios; relação de consumo; licenciamento de software; direito à informação; princípio da informação; princípio da transparência.

## ABSTRACT

This paper aims to study the contractual figure of the loot box, a common way that video game companies tend to monetize their game in the current times. Loot boxes are items that can be purchased in-game for real-world money, and provide randomized rewards. One of the objectives of the study is to argue that the loot box should fall into the jurisdiction of Brazilian consumer law due to the presence of the consumer/business interactions, and to explore the ramifications of this fact, especially to what pertains to the rights that the consumer has in relation to the publicity of products. Finally, four games were studied in regards to the obligations that the business has towards the consumer.  $\frac{3}{4}$  were found to breach said obligations.





**Keywords:** loot boxes; consumer law; right to information; video-games; software licensing; monetization; microtransactions.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe ao estudo contratual da emergente figura das *loot boxes*, uma forma de monetização usada dentro de serviços regidos pela sistemática do licenciamento de softwares, e tem como ênfase uma redução do fenômeno fático em termos jurídicos, apreciando a legislação aplicável e seus desdobramentos e anomalias dentro do presente paradigma brasileiro, com ênfase nos serviços de maior expressividade que utilizam tal figura, em específico no ramo dos jogos eletrônicos.

A *loot box* pode ser descrita sucintamente como um bem imaterial consumível que, ao ser consumido, gera a aquisição de outro bem imaterial dentro de um rol pré-definido com um determinado grau de risco, sob a forma de uma licença de uso de software.

A figura em questão veio a ser amplamente adotada pela indústria de entretenimento como forma de dirimir as práticas de pirataria sobre seus softwares e aumentar seus rendimentos, sendo a maior parte do faturamento destas empresas fruto da prática<sup>1</sup>. Estudos realizados na plataforma Steam, uma das maiores distribuidoras de jogos eletrônicos, apontou que a prevalência da prática passou de 4.27% em março de 2010 para 71.28% em abril de 2019<sup>2</sup>.

Entende-se como de extrema relevância o estudo da figura em função da insipida produção legislativa e acadêmica acerca do tema e da possível aplicação da legislação do Direito do Consumidor sob a matéria, criando uma vasta gama de

---

<sup>1</sup> JUNIPERRESEARCH. **in-game gambling**: the next cash cow for publishers, 2019. Disponível em: <https://www.juniperresearch.com/document-library/white-papers/in-game-gambling-the-next-cash-cow>. Acesso em: 1 mar. 2020

<sup>2</sup> ZENDLE, D.; BALLOU, N.; MEYER, R. **The changing face of desktop video game monetisation**: An exploration of trends in loot boxes, pay to win, and cosmetic microtransactions in the most-played Steam games of 2010-2019. 2019. Disponível em: [psyarxiv.com/u35kt](https://psyarxiv.com/u35kt). Acesso em: 1 mar. 2020



obrigações ao fornecedor do serviço em função da situação presumida de vulnerabilidade do consumidor em face ao fornecedor. Ressalta-se também que o estudo das *loot boxes*, mesmo que de esparsa produção nacional, tem ampla relevância dentro do contexto internacional, sendo amplamente reconhecido seu caráter nocivo, em especial para menores e pródigos<sup>3</sup>, devido a sua vasta representatividade no mercado de entretenimento atual.

Pretende-se, portanto, ao entendimento do fenômeno sob os princípios do direito contratual, a subsunção da aplicação do direito do consumidor, visto que presentes as características para tal, e as subsequentes obrigações que advêm de tal legislação para o fornecedor, em específico no que tange o direito à informação do consumidor, para dirimir os efeitos nocivos que a presunção de igualdade entre as partes acataria ao suposto consumidor.

## 2 CONTEXTO HISTÓRICO

A visão de um negócio sob as lentes da economia tende à maximização de lucros, nas palavras de Roberto Luis Troster e Francisco Mochón<sup>4</sup>: “O objetivo principal da empresa em atividade consiste em buscar a *maximização* dos lucros.”.

A indústria do entretenimento não foge de tal padrão. Uma subseção da indústria do entretenimento é a de jogos eletrônicos, que, hoje, constitui grande parte do faturamento de tal setor. Segundo a Entertainment Software Association, ESA, em 2017 o faturamento nos Estados Unidos chegou ao montante de 36 bilhões de dólares<sup>5</sup>, e, em 2018, 43.8 bilhões<sup>6</sup>, sendo 35.8 bilhões de tal montante faturamento

---

<sup>3</sup> CHILDREN'S COMMISSIONER. **Gaming the system**, 2019. Disponível em: <https://www.childrenscommissioner.gov.uk/wp-content/uploads/2019/10/CCO-Gaming-the-System-2019.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2019

<sup>4</sup> TROSTER, R. L.; MOCHÓN, F. **Introdução à economia**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2002. p. 82

<sup>5</sup> ENTERTAINMENT SOFTWARE ASSOCIATION. **US video game industry revenue reaches \$36 billion in 2017**, 2018. Disponível em: <https://www.theesa.com/press-releases/us-video-game-industry-revenue-reaches-36-billion-in-2017/>. Acesso em: 5 de nov. de 2019



advindo da venda de softwares e assinaturas, e, apenas 7.5 bilhões referentes à venda de hardwares e periféricos, apontando um vertiginoso crescimento da indústria, em especial no faturamento relacionado ao licenciamento de softwares.

De tal forma, pode-se verificar que o software é iminentemente o elemento preponderante para a constatação do valor final do produto, sendo a mídia que o contém, seja ela um disquete, disco, ou mesmo pela internet, de pouca relevância econômica. Estima-se que jogos eletrônicos de distribuição exclusivamente online lidam com um custo médio de 12% de seu valor final de venda como custo, sendo apenas 1% direcionado especificamente à sua distribuição<sup>7</sup>.

Devido a grande valoração do software e o irrisório preço da mídia física, um grande mercado insurgiu para realizar a prática da pirataria de tal conteúdo, distribuindo o software sem a devida licença para tal em detrimento dos reais autores<sup>8</sup>.

A indústria dos videogames não foi a única afetada pelo fenômeno da pirataria, sendo o caso mais icônico o da empresa Napster, que prestava um serviço de compartilhamento de arquivos ponto a ponto que foi amplamente utilizado por seus usuários para difundir arquivos no formato mp3 sem a devida licença das empresas titulares de tais direitos, e culminou no julgamento *A&M Records, Inc. v. Napster*<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> TECHCRUNCH. **Video game revenue tops \$43 billion in 2018, an 18% jump from 2017**, 2019. Disponível em: <https://techcrunch.com/2019/01/22/video-game-revenue-tops-43-billion-in-2018-an-18-jump-from-2017/>. Acesso em: 5 nov. 2020

<sup>7</sup> BUSINESS INSIDER. **Casual gaming is a spectacular business, with profit margins near 90%**, 2009. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/casual-gaming-profit-margins-near-90-2009-101>. Acesso em: 5 nov. 2019

<sup>8</sup> MONTEIRO, W. B.; MALUF, C. A.; SILVA, R. G. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. V. 5

<sup>9</sup> WASHINGTON UNIVERSITY IN ST. LOUIS. **Case study: A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.**, 2013. Disponível em: <https://onlinelaw.wustl.edu/blog/case-study-am-records-inc-v-napster-inc/>. Acesso em: 5 nov. 2019



Para combater tal prática que, evidentemente, influencia nos lucros da empresa<sup>10</sup>, os distribuidores começaram a vincular o acesso a seus produtos à necessidade a um tipo de assinatura ao seu serviço, sendo tal assinatura paga, ou não, e se consolidando mais próximo de uma prestação de serviço contínua que um contrato de cessão vitalícia como previamente entendido. Diversos são os exemplos de tais serviços na atualidade expandindo a todas as searas do entretenimento, como: Spotify, Deezer, Vivo Music, para músicas; Netflix, Amazon Prime Video, Globo Play, para vídeos; e Amazon Reading e Kobo Plus para ebooks.

Um dos serviços de jogos eletrônicos que se tornou ubíquo na atualidade é o da Steam, operado pela empresa Valve que, segundo a plataforma Steam Spy, que monitora todas as vendas da empresa, atingiu um faturamento estimado de 4.3 bilhões de dólares em 2017<sup>11</sup>. A plataforma possui uma base de usuários de 291 milhões de contas, sendo que 3.1% do tráfego global da plataforma advém de usuários brasileiros<sup>12</sup>.

A plataforma se propõe a funcionar como uma loja virtual de jogos eletrônicos e de softwares, com um acervo de mais de 30.000 produtos<sup>13</sup>, no entanto, assim como as empresas supracitadas, para ilidir o fenômeno da pirataria, requer uma conexão com a internet para o uso pleno dos softwares adquiridos.

Além das licenças próprias de uso de softwares como jogos eletrônicos e programas de edição, grande parte da receita que a empresa auferir advém de bens materiais acessórios ao software principal, e tal se dá por meio de licenças

---

<sup>10</sup> UNIVERSITY OF AMSTERDAM, INSTITUTE FOR INFORMATION LAW. **Global Online Piracy Study**, 2018.

Disponível em: <https://www.ivir.nl/publicaties/download/Global-Online-Piracy-Study.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2019.

<sup>11</sup> SERGEY GALYONKIN. **Steam in 2017. How Steam Direct, PUBG and the rise of China affected the biggest PC gaming marketplace in 2017**, 2018. Disponível em: <https://galyonk.in/steam-in-2017-129c0e6be260>. Acesso em: 8 nov. 2019

<sup>12</sup> STEAM. **Estatísticas de download do Steam**, 2020. Disponível em: <https://store.steampowered.com/stats/content/>. Acesso em: 12 dez. 2019.

<sup>13</sup> PCGAMER. **Steam now has 30,000 games**, 2019. Disponível em: <https://www.pcgamer.com/steam-now-has-30000-games/>. Acesso em: 8 de nov. de 2019



adicionas para o software adquirido. No contexto dos jogos eletrônicos elas podem ser as denominadas “expansões”, que visam aumentar o conteúdo do software principal, ou os “cosméticos”, que agem como bens imateriais que não concedem vantagens ao adquirente, e atuam meramente como uma forma de distinguir o usuário dos demais.

A comercialização das licenças adicionais usadas para expandir o conteúdo de jogos eletrônicos é uma prática que teve seu início nos anos 1981 com a primeira expansão catalogada<sup>14</sup>, no entanto, as licenças de cunho cosmético só vieram a existir depois da difusão da internet, tendo sua primeira expressão em 2006<sup>15</sup>, e sua subseqüente popularização no ocidente em 2009, em função do jogo eletrônico Team Fortress 2, desenvolvido, distribuído e operado pela empresa Valve.

Inicialmente o jogo eletrônico Team Fortress 2 poderia ser adquirido por meio de uma licença para seu uso, pela via digital, ou por uma mídia física, e nenhuma outra monetização encontrava-se presente, mas, eventualmente, tendo em mente a possibilidade de aumentar sua receita, a empresa começou a comercializar licenças adicionais para a customização dos avatares dos jogadores na forma de chapéus.

Com os dados de que os usuários aderiram ao sistema em massa para adquirir um grau de individualidade dentro do mundo virtual, a empresa lançou mão de um sistema adicional para comercializar tais bens. Além da venda própria de licenças que concediam o uso dos chapéus, a empresa passou a vender duas licenças adicionais e complementares, uma que licenciava um cofre, e outra que licenciava uma chave. O usuário, ao adquirir ambos o cofre e a chave, poderia consumir essas licenças para gerar o licenciamento de um chapéu dentro de um grupo previamente definido.

---

<sup>14</sup> MOBYGAMES. **Dunjonquest: Upper Reaches of Apschai**, 1982. Disponível em: <https://www.mobygames.com/game/dunjonquest-upper-reaches-of-apschai>. Acesso em: 15 nov. 2019

<sup>15</sup> MICROSOFT. **Horse Armor Pack**, 2006. Disponível em: <https://marketplace.xbox.com/en-US/Product/Horse-Armor-Pack/00000000-0000-400c-80c0-0000425307d1>. Acesso em: 15 nov. 2019.



O sistema adicional foi amplamente adotado pelos usuários, pois o valor monetário para adquirir as licenças do binômio cofre e chave era inferior ao de comprar diretamente o chapéu na loja virtual, e, ademais, tal binômio tinha o potencial de gerar licenças que não poderiam ser adquiridas diretamente pela loja virtual, possuindo grande valor no mercado secundário devido à sua raridade.

Tamanho foi o sucesso de tal empreitada que este jogo eletrônico passou a ser distribuído de forma exclusivamente gratuita com o intuito de aumentar o número de possíveis consumidores dos bens imateriais acessórios. Durante o ano de 2013, após a transição para o modelo gratuito, a empresa Super Data estima que o faturamento específico do jogo eletrônico Team Fortress 2, relacionado à comercialização de tais licenças acessórias, foi de aproximadamente 139 milhões de dólares<sup>16</sup>.

Com o sucesso de tal experimento financeiramente, e, de forma mais importante, sob os olhos do público, o sistema foi adotado em diversos jogos eletrônicos como forma de controlar a crescente pirataria e aumentar os lucros do produto, não se limitando a licenças que tem efeitos meramente cosméticos, tendo ocasiões em que os jogadores que adquirem tais bens obtêm uma vantagem sobre os demais, e tal fenômeno pode ser observado na grande maioria dos jogos que são distribuídos no presente, tanto nas plataformas clássicas, como nos computadores e consoles em geral, quanto no emergente mercado de jogos de celular.

### 3 LOOT BOXES

Superada a incursão ao contexto que permeia a indústria dos jogos virtuais atual, adentra-se à definição da figura cerne do presente estudo, a *Loot Box*.

#### 3.1 Definição

---

<sup>16</sup> VENTUREBEAT. **10 online PC games that made more than \$100M in microtransaction sales last year**, 2014. Disponível em: <<https://venturebeat.com/2014/01/20/10-online-pc-games-that-made-more-than-100m-in-microtransaction-sales-last-year/>>. Acesso em: 8 de nov. de 2019



A *Loot box* veio a ser o termo adotado para exemplificar qualquer sistema que se assemelha ao adotado no jogo Team Fortress 2 para a distribuição, onerosa ou não, de licenças acessórias mediante o elemento de risco, trazendo a possibilidade do usuário consumir um bem imaterial primário para receber outra licença dentro de uma lista pré- definida<sup>17</sup>.

Segundo a publicação dos autores: David Zendle; Rachel Meyer; Stuart Waters; e Paul Cairns, a definição de *loot box* é: “*Loot boxes are items in video games that may be bought for real-world money but provide randomised rewards. When buying loot boxes, players stake real-world money on the chance outcome of a future event.*”<sup>18</sup>, em tradução própria: as *loot boxes* são itens em jogos virtuais que podem ser comprados por dinheiro do mundo real, mas geram recompensas randomizadas. Ao comprar uma *loot box*, o jogador aposta dinheiro em um resultado futuro eivado pelo risco.

Devido a todo o histórico da pirataria de softwares, grande parte da indústria de jogos eletrônicos adotou o sistema das *loot boxes* como forma primária de monetização, pois, sob tal estrutura, passou a ter maior controle na distribuição de suas licenças.

Assim, o sistema inaugurado pelo jogo eletrônico Team Fortress 2 foi adaptado para diversos softwares, podendo estar transvestido na forma de pacotes de figurinhas que concedem jogadores, como no jogo Pro Evolution Soccer, na forma de baús que concedem espólios como no jogo Defense of the Ancients 2, ou mesmo como caixas que retornam armas, como no jogo Counter Strike: Global Offensive, restando como elemento comum entre todas a existência do elemento do risco para o licenciamento final ao consumir a licença inicial.

---

<sup>17</sup> PARLIAMENT UK. **Immersive and addictive technologies**, 2019. Disponível em: [https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcumeds/1846/184606.htm#\\_idTextAnchor034](https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcumeds/1846/184606.htm#_idTextAnchor034)>. Acesso em: 10 de nov. de 2019

<sup>18</sup> ZENDLE, D. et al. **The prevalence of loot boxes in mobile and desktop games**, 2019. Disponível em: [psyarxiv.com/mkhp2](https://psyarxiv.com/mkhp2). Acesso em 10 nov. 2019



### 3.2 Classificação Contratual

Ao analisar juridicamente o fenômeno das *loot boxes*, é possível apontar que se trata de um contrato de licença, como defendido por Zaniolo:

Os programas de computador entram no mundo comercial através do seu licenciamento. O licenciamento, ou cessão de direitos de uso de um programa de computador é realizado em caráter de exclusividade, sendo intransferível. Comparando o licenciamento de software a um aluguel residencial perpétuo, pessoas podem morar em uma casa locada, mas não lhes é permitido vendê-la ou sublocá-la a outrem, sem a expressa e prévia autorização do proprietário, pois os locatários não possuem a propriedade do imóvel locado.<sup>19</sup>

A *loot box* se opera mediante o seguinte encadeamento temporal: Inicialmente, é realizado o licenciamento do software principal. Posteriormente, adquire-se uma licença acessória que pode ser consumida para que seja gerada uma licença final dentro de um grupo de possíveis licenças pré-definidas.

Tendo em vista a legibilidade do presente estudo, o contrato de licenciamento do software principal será referido como: Licenciamento Principal; o contrato para o licenciamento acessório sob a forma da *loot box* será referido como: Licenciamento Acessório; e a licença que advém do consumo da figura da *loot box* será referido como: Licenciamento Final.

O contrato estudado possui caráter preponderantemente ligado à probabilidade, podendo o resultado do contrato ser economicamente positivo ou negativo é, segundo a sabedoria de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, deve classificado como aleatório, pois é eivado pela incerteza das partes sobre o final do contrato<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> ZANIOLO, P.A. **Crimes modernos**: o impacto da tecnologia do direito. 1. ed. Curitiba: Jurúia, 2011. p. 53

<sup>20</sup> FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil**: contratos. 6. ed. Salvador: JusPodivum, 2016.





Além disso, como o contrato sempre retorna, ao menos, o licenciamento final de um dos bens imateriais dentro do grupo pré-definido, define-se o contrato, portanto, como *Emptio Rei Sperare*, que é o contrato de natureza aleatória no qual as partes esperam a existência ou não do bem ao término do contrato. No caso do licenciamento acessório, entende-se que cada bem imaterial elencado no rol inicial pode existir, ou não, restando, ao final do licenciamento a existência de, ao menos uma licença<sup>21</sup>.

Trata-se de contrato bilateral, tendo como partes o jogador, licenciado, e a empresa que disponibiliza o software, o licenciante<sup>22</sup>, e, a depender da existência ou não de pagamento por parte do licenciado para adquirir o licenciamento acessório, pode ser caracterizado como oneroso ou gratuito, tomando, majoritariamente, a modalidade gratuita. Classifica-se como um contrato de adesão, sendo o licenciante o único capaz de alterar as cláusulas contratuais, estando o licenciado sujeito à mera aceitação do contrato que lhe é apresentado<sup>23</sup>.

Pode ser classificado também como acessório, estando vinculado a um contrato de licenciamento principal que dá acesso ao software, não existindo de forma autônoma<sup>24</sup>. É também formalmente típico, sendo legislado pelo Capítulo IV – Dos Contratos de Licença de Uso, de Comercialização e de Transferência de Tecnologia da Lei 9.609/98, em seus artigos 9º a 14, mas materialmente atípico, pois o conteúdo legal não é suficiente para exaurir a descrição do tipo contratual<sup>25</sup>.

E, ao final, é um contrato de trato sucessivo, no qual o licenciante se obriga a disponibilizar o software licenciado via a internet, similar aos serviços de assinatura, não podendo o licenciado acessar o software de forma autônoma<sup>26</sup>. Tal modalidade,

---

<sup>21</sup> Ibidem

<sup>22</sup> FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: contratos**. 6. ed. Salvador: JusPodivum, 2016

<sup>23</sup> FINKELSTEIN, M. E. **Aspectos jurídicos do comércio eletrônico**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

<sup>24</sup> FARIAS; ROSENVALD, op. cit

<sup>25</sup> LISBOA, R. B. **Manual de direito civil: contratos**. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. V.3.

<sup>26</sup> FARIAS; ROSENVALD, op. cit.



como exposto anteriormente, é a mais utilizada no licenciamento de softwares para que o distribuidor mantenha um maior controle sobre sua propriedade imaterial.

## **4 DO DIREITO DO CONSUMIDOR**

O direito do consumidor, vertente extremamente jovial da família civil é criado com o intuito de garantir a proteção ao consumidor em face de fornecedores devido à sua posição de vulnerabilidade, conforme os preceitos elencados na carta magna brasileira. Segundo autor Bruno Miragem:

A sociedade de consumo, com seus fenômenos e processos de circulação de riquezas é que justifica a existência do direito do consumidor, cujo traço principal é o de regulação deste complexo sistema de trocas econômicas massificadas, sob a perspectiva da parte vulnerável: aquele que adquire ou utiliza produtos e serviços, sem ser quem os produza ou promova sai prestação, razão pela qual não possui o domínio ou a expertise sobre essa relação.<sup>27</sup>

O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 1990, elenca, portanto, direitos do consumidor e obrigações de fornecedores para garantir a dita paridade de armas entre as partes, e, devido a tal sistema que difere do sistema privado clássico civil<sup>28</sup>, no qual se pressupõe a igualdade das partes, é necessário definir de forma clara quais são as hipóteses de sua aplicação<sup>29</sup>.

### **4.1 Definição e incidência do Direito do Consumidor**

O Direito do Consumidor, segundo os artigos 2º e 3º da lei, é o que deve ser aplicado em relações de consumo entre fornecedor e consumidor, e, como elencado previamente, é necessário definir de forma clara qual a incidência de tal legislação.

---

<sup>27</sup> MIRAGEM, B. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 35.

<sup>28</sup> *Ibidem*

<sup>29</sup> *Ibidem*



O consumidor, segundo a literalidade do artigo 2º, é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Rizzatto Nunes, sabiamente aponta que o destinatário final é aquele que adquire o produto final que não constitui bem típico de produção, englobando tanto consumidores naturais como jurídicos<sup>30</sup>.

Aponta-se, no entanto que a falta de onerosidade do contrato não é elemento que desvirtua a aplicação da legislação consumerista, tendo em vista que contratos, mesmo que gratuitos, podem ser sujeitos aos preceitos do direito do consumidor, se evidenciado o ganho monetário indireto dos fornecedores com tal relação.

O fornecedor, conforme a literalidade do artigo 3º, é classificado: “como toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”. Humberto Theodoro Junior salienta que a legislação brasileira destoa da europeia ao não inserir o caráter de profissionalismo para a caracterização do fornecedor caracterizando uma generalização da figura, em suas palavras:

No CDC brasileiro, a definição de fornecedor é feita objetivamente, de maneira a precisar que o importante é que a entidade, qualquer que seja sua natureza jurídica, desempenhe sua atividade “no mercado de consumo, mediante remuneração”.<sup>31</sup>

E, finalmente, os produtos e serviços são classificados como, respectivamente: qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial; e qualquer

---

<sup>30</sup> NUNES, R. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

<sup>31</sup> THEODORO JUNIOR, H. **Direitos do consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 24



atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração<sup>32</sup>. A doutrina é vastamente expansiva ao delimitar o que pode ser considerado como um produto, José Geraldo Brito Filomeno os define como: “[...] para fins do Código de Defesa do Consumidor, *produto* (entenda-se “bens”) é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final.”<sup>33</sup>

Deve ser ressaltado também que o CDC incide sobre todas as relações de natureza consumerista, independente do meio pelo qual se realizou o contrato, sendo a internet meio próprio para a celebração do contrato. Diversos autores defendem tal posição, como Fabio Ulhoa Coelho<sup>34</sup>, Jorge José Lawand<sup>35</sup>, Ricardo Luis Lorenzetti<sup>36</sup> e Humberto Theodoro Junior, que postula:

O uso generalizado das vias eletrônicas para a comunicação de vontade entre os participantes dos atos e negócios jurídicos não importa, por si só, a alteração alguma na natureza e eficácia dos contratos concluídos por meio da Internet. O instrumento de intercâmbio de vontades é o que se inovou, não a natureza e os efeitos dos negócios, que conservam os mesmos tradicionalmente definidos e validades pelas leis civis. [...] Quando o intercâmbio eletrônico se faz diretamente entre fornecedor e o consumidor, o regime de obrigações e responsabilidades não oferece dificuldade alguma, pois em nada difere do que acontece no plano tradicional da contratação.<sup>37</sup>

Na presente situação, as empresas de jogos eletrônicos com maior expressividade no mercado brasileiro são majoritariamente internacionais, mas prestam

---

<sup>32</sup> MIRAGEM, B. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

<sup>33</sup> GRINOVER, A. et al. **Código brasileiro do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 56

<sup>34</sup> COELHO, F. B. **Os negócios e as negociações entre empresas “pontocom”**. In: O Direito na era da internet, São Paulo: IOB Cursos Empresariais, 2000

<sup>35</sup> LAWAND, J. J. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. 1. ed. São Paulo: Editora Juazer de Oliveira, 2003

<sup>36</sup> LORENZETTI, R. L. **Tratado de los contratos**: parte general. Buenos Aires. Rubinzal Cunlizoni, 2004

<sup>37</sup> THEODORO JUNIOR, op. cit., p.365-367



serviços e comercializam bens imateriais em território nacional com direcionamento explícito ao consumidor individual.

O posicionamento das empresas em disponibilizar licenças para uso pessoal e não comercial pode ser constatado na praxe do mercado, no entanto, tal direcionamento é cristalino nos contratos das respectivas empresas.

No caso da empresa Valve, sob o item 2, alínea A, de seu contrato de assinatura, encontra-se a seguinte redação:

[...] A Valve concede, por meio deste, e você aceita, **um direito e uma licença não exclusiva de uso do Conteúdo e dos Serviços para o uso pessoal não comercial** (exceto quando o uso comercial for expressamente permitido aqui ou nos Termos de Assinatura aplicáveis).<sup>38</sup> (Grifo nosso)

Similarmente, no contrato de assinatura da empresa EA, pode-se identificar tal direcionamento, sob o item 2:

[...] Os Serviços EA são licenciados a você, não vendidos. A EA lhe concede uma licença pessoal, limitada, intransferível, revogável e não exclusiva de utilização dos Serviços EA aos quais você tem acesso para uso não comercial, sujeito ao cumprimento deste Contrato.<sup>39</sup> (Grifo nosso).

O mesmo pode ser verificado no contrato de termos de uso da empresa Riot Games, que rege seu site virtual, software e serviços relacionados, sob os itens 1.1, e 3.1, que lê:

[...] Apenas "pessoas físicas", em oposição a quaisquer tipos de entidades jurídicas (por exemplo, empresas, sociedades de responsabilidade limitada e/ou parcerias), terão o privilégio e a autorização para criar uma conta para o Jogo ou qualquer outro jogo ou aplicativo que seja regido por este Contrato. [...] (Grifo nosso).

<sup>38</sup> STEAM. **Acordo de assinatura do steam**, 2019. Disponível em: [https://store.steampowered.com/subscriber\\_agreement/?snr=1\\_44\\_44\\_](https://store.steampowered.com/subscriber_agreement/?snr=1_44_44_). Acesso em: 1 mar. 2020.

<sup>39</sup> EA. **Contrato do usuário da Electronic Arts**, 2019. Disponível em: <https://tos.ea.com/legalapp/WEBTERMS/US/br/PC/>. Acesso em: 1 mar. 2020



[...]3.1 O que posso fazer com os Serviços da Riot? (Você pode usufruir dos Serviços da Riot para seu próprio uso pessoal, não comercial.)

Concedemos a você uma licença limitada, não exclusiva, intransferível e revogável para usar e desfrutar dos Serviços da Riot apenas para fins individuais, não comerciais, de entretenimento e expressamente condicionados ao seu cumprimento com os termos deste Contrato.[...]40

De tal forma, visto que o serviço é prestado e licenças de uso são transacionadas em território nacional, inclusive com contratos redigidos no vernáculo brasileiro, com o direcionamento para consumidores para uso estritamente pessoal, resta por evidente a aplicação da legislação consumerista sob as relações elencadas, estando plenamente presentes os elementos do fornecedor, consumidor e produto ou serviço.

## 4.2 Dos desdobramentos da aplicação do Direito do Consumidor

Superada a questão sobre a aplicação do Direito do Consumidor, passa-se à exposição de reflexos que advém das normas legais que visam operacionalizar a proteção ao consumidor<sup>41</sup>.

Vastos são os direitos que devem ser garantidos ao consumidor, e, de forma primária, são elencados no Art. 6º do CDC, estes permeiam a defesa à incolumidade física e mental, meios para efetivar tal restituição, proteção contra propaganda enganosa, proteção contra contratos evidentemente desproporcionais e a facilitação da defesa de seus direitos em juízo<sup>42</sup>. A grande maioria destes direitos são respeitados em função de sua fácil demonstração e de evidente dano, no entanto, um dos direitos é comumente subrepresentado, o direito à informação.

---

<sup>40</sup> RIOT GAMES. **Termos de serviço da Riot Games**, 2020. Disponível em: <https://www.riotgames.com/pt-br/terms-of-service-BR>. Acesso: em 9 mar. 2020

<sup>41</sup> VANCIM, A. R.; MATIOLI, J. M. **Direito & internet: contrato eletrônico: e responsabilidade civil na WEB: jurisprudência e legislação internacional correlata**, São Paulo: Lemos e Cruz, 2011

<sup>42</sup> BENJAMIN, A. H.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de direito do consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017



O inciso III do artigo 6º postula o direito à informação que o consumidor possui, e, ao observar o artigo 31, entende-se que o ônus de prover informações acuradas sobre o serviço, ou bem comercializado, recai sobre o fornecedor<sup>43</sup>.

Tal dever por parte do fornecedor é, muitas vezes, apenas operacionalizado com a intervenção legal que impõe tal necessidade. Como exemplo, temos a necessidade da indicação de alergênicos presentes nos rótulos alimentares, que só teve reflexo na realidade brasileira após a Resolução da Diretoria Colegiada, RDC, 26 de 2015<sup>44</sup>, que foi fruto do movimento “Põe no Rotulo”<sup>45</sup>, encabeçado por parentes de crianças que possuíam alergias alimentares.

Não há dúvidas de que a situação da falta de informações sobre elementos alergênicos em produtos alimentares evidentemente vai contra a proteção básica elen- cada ao consumidor, mesmo na redação prévia do art. 6º, III, do diploma legal, trazendo uma situação na qual a incolumidade física do consumidor encontrava-se em cheque em função da supressão de informações na oferta do produto. Mesmo com tal situação de risco à vida, visto que as alergias alimentares podem até culminar na morte, o forne- cedor não adimplia com seus deveres informacionais de forma plena devido aos custos relacionados à adequação de seu produto<sup>46</sup>.

O artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor é extremamente claro ao eluci- dar a necessidade da veiculação de informações claras e ostensivas em língua portu- guesa sobre as características dos bens que são objeto da legislação, tendo a seguinte redação:

---

<sup>43</sup> Ibidem

<sup>44</sup> BRASIL. Agência Nacional. **Resolução da Diretoria Colegiada – RDC N 26, de 2 de julho de 2015**, 2015. Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2694583/RDC\\_26\\_2015\\_.pdf/b0a1e89b-e23d-452f-b029-a7bea26a698c](http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2694583/RDC_26_2015_.pdf/b0a1e89b-e23d-452f-b029-a7bea26a698c). Acesso em: 19 nov. 2019

<sup>45</sup> EBC. **Campanha pede que rótulos informem sobre presença de alérgenos nos alimentos**, 2014. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-02/campanha-pede-que-rotulos-informem-sobre-presenca-de-alergenos-nos-alimentos>. Acesso em: 19 nov. 2019

<sup>46</sup> BENJAMIN, A. H.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de direito do consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017



Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.<sup>47</sup>

De tal forma, o direito à informação visa dirimir a situação de vulnerabilidade do consumidor por meio de uma exposição completa sobre os aspectos do produto ou serviço que é fornecido, não se limitando a aspectos estritamente nocivos, mas englobando todas as informações relevantes para a decisão informada do consumidor.

Assim, adentra-se na crux do presente trabalho, a omissão no dever de prestar informações por parte do fornecedor em contratos aleatórios de licenciamento de *softwares*. O contrato que se presta ao estudo, como elencado previamente, trata-se de um contrato aleatório de licenciamento de software, nominalmente de bens imateriais acessórios ao contrato de prestação principal.

Entende-se que, em função da falta de legislação específica para tal modalidade contratual, este deve ser regido pela regra geral elencada pelo CDC, em especial no que tange o Art. 6, III, e o Art. 31, pois, para que o consumidor possa fazer uma decisão informada sobre seu interesse em adquirir um bem que se encontra vinculado a um elemento probabilístico, é necessário que ele tenha informações claras sobre qual a probabilidade de obter cada bem.

De forma específica, entende-se que a plenitude da oferta no contrato das *loot boxes* se dá quando encontram-se presentes 5 elementos: **A.** Uma descrição clara da natureza da *loot box*, uma licença consumível que gera uma licença final de natureza aleatória; **B.** A lista completa de todos os possíveis resultados ao consumir a licença inicial, seja ela exposta graficamente, de forma escrita, ou por meio de listas

---

<sup>47</sup> BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm). Acesso em: 21 nov. 2019.





agrupadas, dentro do software principal, ou nos sítios eletrônicos da empresa; **C.** A probabilidade relacionada à aquisição de cada licença, de forma clara e explícita de modo a elucidar o consumidor da raridade de cada licença final expressa no elemento “**B**”; **D.** A utilização da língua portuguesa de forma plena para expor todas as informações prévias ao consumidor; e **E.** Que esteja claramente expresso o valor do bem a ser adquirido, podendo este ser em moeda nacional, ou moeda virtual que pode ser comprada pelo usuário.

## **5 SERVIÇOS ESTUDADOS**

Tendo em vista a aplicação do Direito do Consumidor sobre a relação jurídica estudada e os subsequentes desdobramentos das obrigações e direitos que advém de tal legislação, adentra-se à aplicação das teses no mundo fático.

São inúmeros os jogos eletrônicos distribuídos em território nacional, porém, existem alguns que possuem alta representatividade tanto em número de usuários quanto em relação ao seu faturamento, no presente tópico, pretende-se avaliar se os fornecedores adimplem com as obrigações elencadas pelo direito à informação, e, para tal, faz se uso da lista elaborada previamente.

### **5.1 Defense Of The Ancients 2**

O mais claro exemplo de um serviço que lida de forma plena com as obrigações elencadas pelo dever de prestar informações é o do jogo Defense Of The Ancients 2, DOTA 2, desenvolvido e operado pela empresa Valve, e tal se deu em função do alto grau de judicialização de suas práticas em países como a Bélgica<sup>48</sup> e a China<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> BBC NEWS. **Video game loot boxes declared illegal under Belgium gambling laws**, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-43906306>. Acesso em: 19 nov. 2019

<sup>49</sup> MONDAQ. **China: A Middle-Ground Approach: How China Regulates Loot Boxes And Gambling** Features In Online Games, 2018. Disponível em:



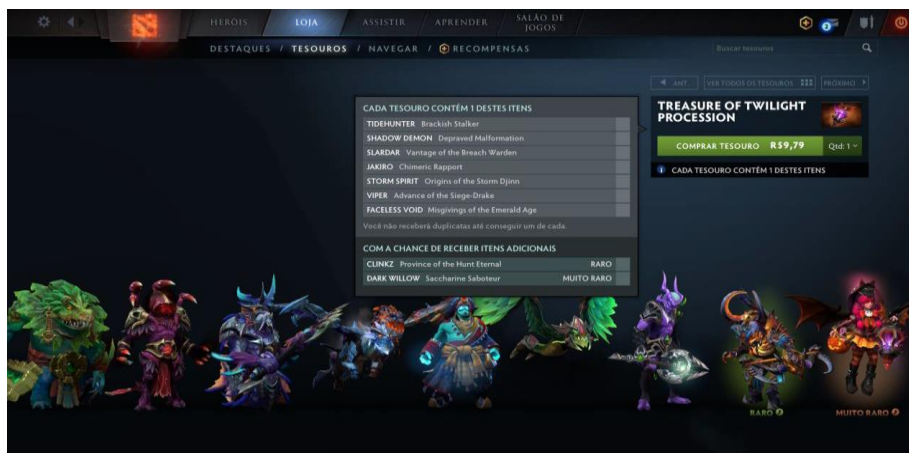
Neste jogo, a aquisição da licença se dá com uma vasta gama de informações, esclarecendo qual o rol pré-definido de licenças que podem advir do consumo da *loot box*, e qual é a chance de cada bem ser adquirido, sendo modular em função do número de licenças adquiridas.

A Figura 1 elucida a forma com que o sistema apresenta a possibilidade de aquisição de licenças, estando evidentes as informações de quais são os bens que podem ser gerados com o consumo do denominado “tesouro”, e o valor em moeda nacional.

Já a Figura 2 elucida o consumidor do processo pelo qual será criada a licença final, apontando de forma clara o elemento da aleatoriedade presente no contrato.

E, finalmente, a Figura 3 enumera de forma extensiva a probabilidade de adquirir as licenças mais raras, elemento facilmente acessível ao clicar no ícone de interrogação localizado na Figura 1.

Figura 1 – Sistema para adquirir licenças adicionais no jogo DO- TA2



Fonte: DOTA 2, Valve (2019).



Figura 2 – Informação adicional sobre o resultado do contrato no jogo DOTA 2

**TREASURE OF TWILIGHT PROCESSION**

COMPRAR TESOURO **R\$9,79** Qtd: 1 ▾

**i** CADA TESOURO CONTÉM 1 DESTES ITENS

Até que seja comprado e aberto, não é possível saber o que receberá. Caso compre mais de um, você não receberá duplicatas até que tenha um de cada item não raro.

Além disso, caso tenha muita sorte, você pode receber um dos itens raros bônus junto com o item normal.

Fonte: DOTA 2, Valve (2019).

Figura 3 – Informações sobre a probabilidade de resultados específicos no jogo DOTA 2

TESOURO ABERTO	CHANCE
1°	1 : 10000
2°	1 : 1658
3°	1 : 474
4°	1 : 217
5°	1 : 123
6°	1 : 80
7°	1 : 56
8°	1 : 41
9°	1 : 32
10°	1 : 25
11°	1 : 21
12°	1 : 17
13°	1 : 14.1
14°	1 : 12.1
15°	1 : 10.5
16°	1 : 9.2

Fonte: DOTA 2, Valve (2019).



De tal forma, o jogo informa o possível licenciado de todos os dados relevantes para que faça uma decisão informada, respeitando todos os elementos elencados previamente, nominalmente: **A.** o software contém extensivas informações acerca do contrato que será celebrado, informando a aleatoriedade presente e a natureza consumível do bem; **B.** ele graficamente mostra quais os possíveis resultados do consumo da licença inicial; **C.** é possível visualizar todas as probabilidades correlatas de forma intuitiva;

**D.** é utilizada a linguagem portuguesa para informar o consumidor; e, **E.** encontra-se presente o valor do bem em moeda nacional.

## 5.2 Apex Legends

Similarmente à situação do jogo DOTA 2, o jogo Apex Legends, desenvolvido pela empresa Respawn Entertainment, e disponibilizado pela empresa EA, elenca de forma clara o rol de licenças regulares que podem advir da *loot box* e sua respectiva probabilidade, no entanto, se limita a expor que existe uma probabilidade ínfima,  $1 < \%$ , de adquirir uma licença adicional de alta raridade em seu website<sup>50</sup>. Expõe também, em seu sítio eletrônico, informações adicionais em relação ao contrato, no entanto não possui todas as informações na língua portuguesa, mesmo na versão nacional do sítio virtual.

A Figura 4 mostra a forma com que o jogo apresenta a possibilidade de aquisição de bens imateriais acessórios, estando presentes as informações de quais tipos de licenças que podem ser geradas, e a probabilidade de tal. Diferente da interface apresentada na Figura 1, a empresa não apresenta visualmente todas as possíveis licenças em função de um grande número de cosméticos, no entanto tal informação é facilmente acessível no software.

---

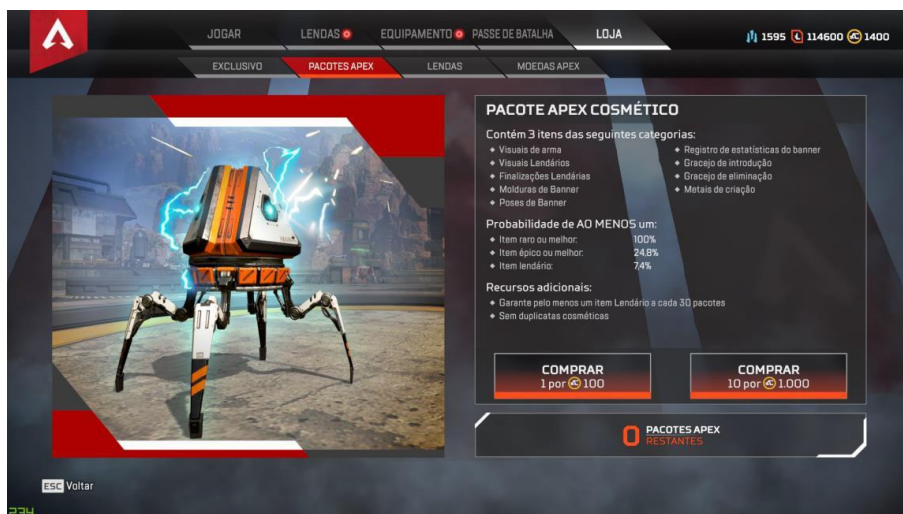
<sup>50</sup> EA. **Perguntas frequentes sobre apex legends**, 2019. Disponível em: <https://www.ea.com/pt-br/games/apex-legends/about/frequently-asked-questions>. Acesso em: 19 nov. 2019.



A Figura 5 trata da licença adicional de alta raridade que pode vir a ser gerada, informação não acessível no software do jogo em si, no entanto, mesmo na versão brasileira do website, o texto é redigido na língua inglesa, constituindo uma clara violação ao Art. 31 do CDC.

A Figura 6, também retirada do website do jogo Apex Legends, enumera informações adicionais sobre os tipos de licença que podem ser geradas pela *loot box*, no entanto, não o faz na língua portuguesa.

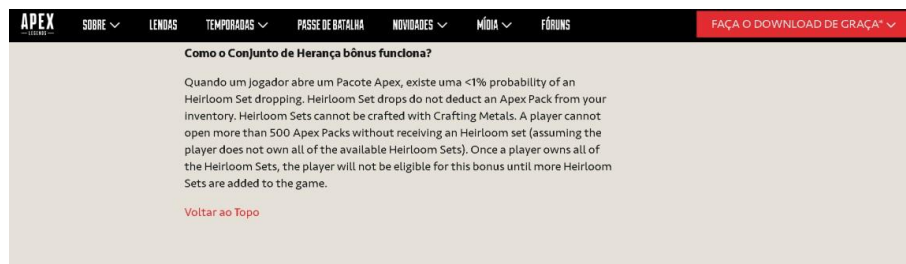
**Figura 4 – Sistema para adquirir licenças adicionais no jogo Apex Legends**



Fonte: Apex Legends, EA (2019).



Figura 5 – Informações adicionais sobre possíveis resultados do contrato no jogo Apex Legends



Fonte: Website Apex Legends, EA (2019)<sup>51</sup>.

Figura 6 – Informações adicionais sobre quais licenças podem ser adquiridas no jogo Apex legends, informações provenientes da versão brasileira do website

**Qual é o maior nível possível de raridade para cada item?**

Os itens do jogo estão disponíveis nas seguintes raridades:

	COMMON	RARE	EPIC	LEGENDARY
Weapon Skins	✓	✓	✓	✓
Legend Skins	✓	✓	✓	✓
Legend Finishers	—	—	—	✓
Banner Frames	✓	✓	—	✓
Banner Poses	—	✓	✓	—
Banner Stat Trackers	✓	✓	—	—
Intro Quips	✓	✓	—	—
Kill Quips	✓	—	—	—
Crafting Metal	✓	✓	✓	✓

Fonte: Website Apex Legends, EA (2019)<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> EA. **Perguntas frequentes sobre apex legends**, 2019. Disponível em: <https://www.ea.com/pt-br/games/apex-legends/about/frequently-asked-questions>. Acesso em: 19 nov. 2019



Assim, entende-se que existem falhas no dever de informar, ao submeter o jogo eletrônico aos parâmetros delimitados, temos a seguinte conclusão: **A.** o software apresenta uma clara descrição do contrato aleatório; **B.** ele exemplifica listas agrupadas dos possíveis resultados do licenciamento inicial, entende-se que a utilização de listas agrupadas não atenta contra o direito à informação do consumidor, pois o conteúdo das listas pode ser facilmente acessado dentro do programa. No entanto, a oferta ainda se dá de forma incompleta, pois uma das listas, a denominada “conjunto de herança”, não encontra-se presente no software, sendo apenas mencionada no sitio eletrônico da companhia, e, mesmo em tal local, não há a exemplificação do que vem a ser o “conjunto de herança”; **C.** é possível observar as informações relacionadas à probabilidade de cada licença em seu respectivo grupo no programa, no entanto, a omissão da última lista agrupada, mencionada anteriormente faz com que seja constatada uma falha neste item; **D.** o software encontra-se regular ao usar a língua portuguesa para expressar as informações, no entanto, o uso do inglês no sítio eletrônico brasileiro da empresa claramente constata uma situação deficiente; **E.** a empresa utiliza de uma moeda virtual para realizar as transações dentro do software, sendo de fácil acesso a taxa de conversão para moeda nacional. Na presente data, uma *loot box* equivale a R\$ 4,40.

### 5.3 League of Legends

Em contrapartida, existem serviços que não expõe a probabilidade relacionada à aquisição das licenças, como o do jogo League of Legends, desenvolvido e operado pela empresa Riot Games.inc, que se limita à exposição das licenças que podem ser adquiridas pelo contrato aleatório. Deve ser apontado também que nenhuma informação sobre o contrato pode ser encontrada nos websites nacionais da empresa ou do jogo, restando como uma incógnita a probabilidade ligada à aquisição de tais licenças.

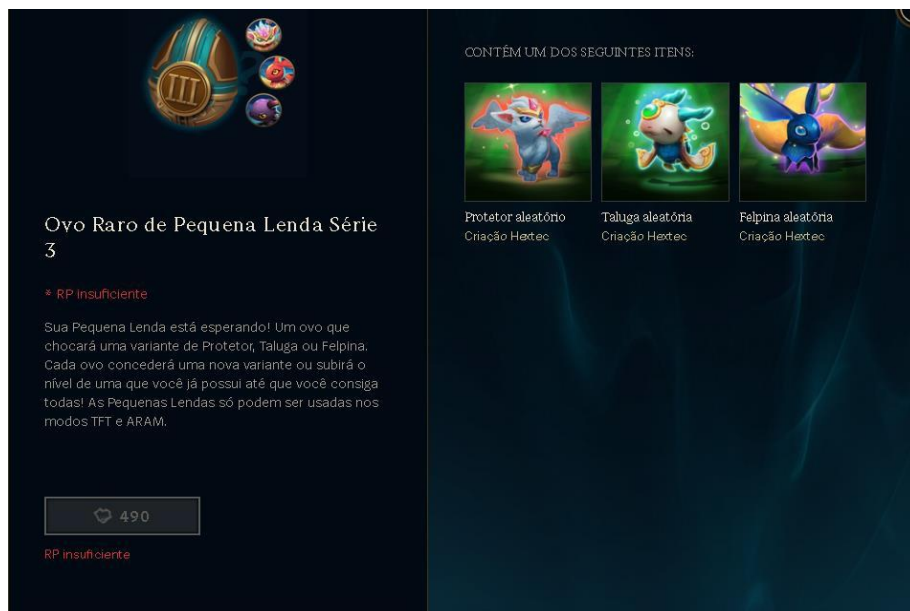
---

<sup>52</sup> Ibidem



A Figura 7 demonstra qual o sistema implementado no jogo League of Legends para a aquisição de *loot boxes*, aponta-se a falta de informações no que tange a probabilidade de gerar cada licença e que o sistema não presta informações claras de quais licenças podem ser geradas, pois cada “pequena lenda” pode ser uma de 6 variações, conforme a Figura 8, cada uma com grau de raridade específico sendo eles: lendário, épico ou raro, não estando sujeitos à mesma probabilidade. Conforme estudos empíricos realizados pelos usuários do serviço, estima-se que a probabilidade de gerar as licenças pelo consumo da *loot box* se dá pela seguinte probabilidade: 75% de gerar uma licença do grupo raro, 20% de gerar uma licença do grupo épico, e 5% de gerar uma licença do grupo lendário<sup>53</sup>.

**Figura 7 – Sistema para adquirir licenças adicionais no jogo League of Legends**



Fonte: League of Legends, Riot Games (2019)

<sup>53</sup> FANDOM. **Little legends (teamfight tactics)**, 2019. Disponível em: [https://leagueoflegends.fandom.com/wiki/Little\\_Legends\\_\(Teamfight\\_Tactics\)](https://leagueoflegends.fandom.com/wiki/Little_Legends_(Teamfight_Tactics)). Acesso em: 19 nov. 2019





Figura 8 – Possíveis resultados da *loot box* no jogo *League of Legends*



Fonte: League of Legends, Riot Games (2019)

Ao aplicar os parâmetros supracitados, entende-se que: **A.** o software traz uma breve descrição do contrato, apresentando o quesito do risco, entende-se como suficiente; **B.** no que tange os possíveis resultados entende-se que o conjunto das informações presentes no programa é suficiente para elucidar o consumidor, sendo utilizadas as listas agrupadas para demonstrar os resultados de forma gráfica; **C.** já em relação à exposição do grau de risco, há uma evidente falha, pois, existe um grau de raridade ligado às licenças finais, como apontado pelos estudos empíricos da comunidade, que é ativamente ocultado pela empresa; **D.** é utilizado o português tanto no programa quanto no *website* nacional; **E.** e a empresa utiliza uma moeda virtual para as transações dentro do software, sendo de fácil acesso a taxa de



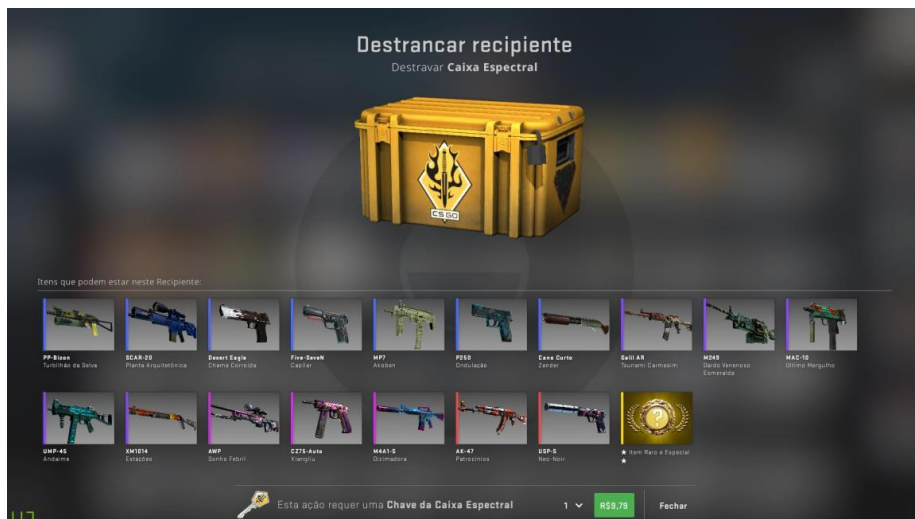
conversão para a moeda nacional. Atualmente, uma *loot box* pode ser adquirida por aproximadamente R\$9,50.

## 5.4 COUNTER STRIKE: GLOBAL OFFENSIVE

E, ao final, no ponto mais extremo, tem-se a prática do jogo Counter Strike: Global Offensive, desenvolvido e operado pela empresa Valve, que não expõe o rol das licenças que podem advir do contrato aleatório, tão pouco qual a probabilidade de adquirir cada licença, sem informações adicionais tanto no website nacional, como no internacional.

Na Figura 9, encontra-se presente o sistema que é utilizado para adquirir licenças adicionais, no qual, nenhum elemento pode ser clicado para mostrar informações adicionais.

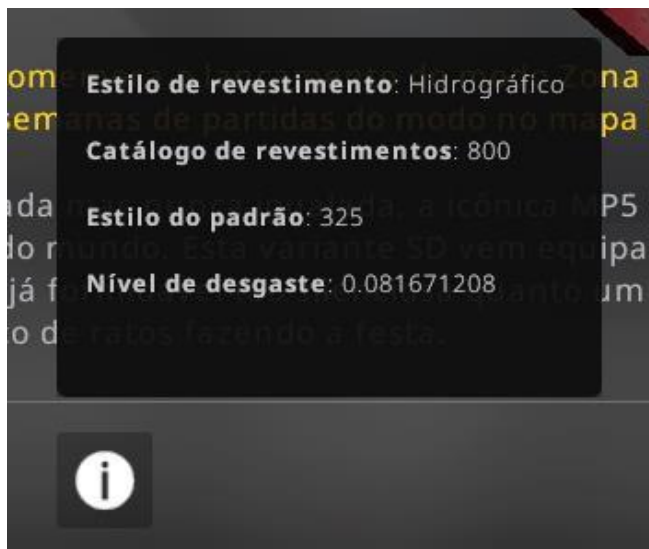
**Figura 9 – Sistema para adquirir licenças adicionais no jogo Counter Strike: GO**



Fonte: Counter Strike: Global Offensive, Valve (2019)



**Figura 10 – Sistema de raridade para licenças do jogo Counter Strike: Global Offensive**



Fonte: Counter Strike: Global Offensive (2019)

O jogo Counter Strike: Global Offensive é o que apresenta o maior grau de falhas no dever de informar.

Inicialmente, o software não elucida quais licenças podem ser geradas com o contrato, se limitando a apontar um número de possibilidades, mas não adentrando o que seria um “Item Especial e Excessivamente Raro”. Segundo o website *csgostash*<sup>54</sup>, uma plataforma que age como um mercado secundário para as licenças do jogo, existem 361 licenças que adentram a categoria de “Item Especial e Excessivamente Raro”, sendo que tal informação não pode ser encontrada no software em si, ou mesmo nos websites, nacionais e internacionais, do jogo.

<sup>54</sup> Knife Skins, *CS:GOstash*, 2019. Disponível em: <<https://csgostash.com/skin-rarity/Knife>>. Acesso em: 19 de nov. de 2019



Secundariamente, o software não aponta a probabilidade ligada a cada licença específica, meramente indicando por meio de cores que existe um grau de raridade inversamente proporcional ao número de licenças que compõe cada cor. Nenhuma informação pode ser acessada sobre a probabilidade no software, tanto em sites, nacionais e internacionais, do jogo, da empresa que o opera, Valve, ou mesmo da plataforma em que está disponibilizado, Steam.

No entanto, o jogo Counter Strike: Global Offensive pode ser jogado em diversos países, incluindo a China, no qual o serviço é disponibilizado pela empresa Perfect World em parceria com a Valve, e, devido a legislações chinesas, qualquer jogo que tenha a figura de *loot boxes* deve prover informações acuradas sobre a probabilidade de adquirir cada licença<sup>55</sup>. Em seu lançamento no país, foram disponibilizadas tais informações sendo a probabilidade de adquirir uma licença conforme as cores expostas na Figura 9 as seguintes<sup>56</sup>: 79.92% para uma licença do grupo azul; 15.98% para uma licença do grupo roxo; 3.2% para uma licença do grupo rosa; 0.64% para uma licença do grupo vermelho; e, finalmente, 0.26% para uma licença do grupo amarelo, o denominado “Item Especial e Excessivamente Raro”.

Finalmente, o jogo ainda falha ao omitir a informação de que cada uma das licenças finais encontra-se submetida a um grau extra de aleatoriedade, como exposto na Figura 10. Ao consumir a licença acessória, a licença final que é gerada é submetida a um sistema adicional que define características de raridade, sob as nomenclaturas: estilo de revestimento; catálogo de revestimento; estilo do padrão; e nível de desgaste, que totalizam mais de três bilhões de variações para cada licença.

---

<sup>55</sup> MONDAQ. **China: A Middle-Ground Approach**: How China Regulates Loot Boxes And Gambling Features In Online Games, 2018. Disponível em: <http://www.mondaq.com/china/x/672860/Gaming/A+MiddleGround+Approach+How+China+Regulates+Loot+Boxes+and+Gambling+Features+in+Online+Games>. Acesso em: 19 nov. 2019

<sup>56</sup> PCGAMESN. **Here are CS:GO's loot box odds**, 2017. Disponível em: <https://www.pcgamesn.com/counter-strike-global-offensive/csgo-case-odds>. Acesso em: 12 nov. 2019



Ao submeter este jogo eletrônico aos elementos apresentados no tópico anterior, entende-se que só são respeitados os itens **D.** e **E.**, pois são providas informações na língua nacional e encontra-se presente o valor em moeda nacional.

## 6 CONCLUSÃO

Consolidando o exposto, entende-se que a figura das *loot boxes* deve ser entendida como um contrato de licenciamento aleatório que deve ser regido pelos preceitos do Direito do Consumidor, visto que encontram-se presentes os elementos do consumidor final, fornecedor e produto.

Assim, preza-se pela efetivação do direito à informação do consumidor para que este possa ter em mãos todo o arcabouço necessário para realizar uma decisão informada acerca do seu interesse de consumir o produto em questão, por meio dos elementos: **A.** Uma descrição clara da natureza da *loot box*, uma licença consumível que gera uma licença final de natureza aleatória; **B.** A lista completa de todos os possíveis resultados ao consumir a licença inicial, seja ela exposta graficamente, de forma escrita, ou por meio de listas agrupadas, dentro do software principal, ou nos sítios eletrônicos da empresa; **C.** A probabilidade relacionada à aquisição de cada licença, de forma clara e explícita de modo a elucidar o consumidor da raridade de cada licença final expressa no elemento “**B**”; **D.** A utilização da língua portuguesa de forma plena para expor todas as informações prévias ao consumidor; e **E.** Que esteja claramente expresso o valor do bem a ser adquirido, podendo este ser em moeda nacional, ou moeda virtual que pode ser comprada pelo usuário.

Entende-se que o vertiginoso crescimento da prática nos últimos anos<sup>57</sup> se dá em função dos crescentes lucros relacionados à exploração da situação de

---

<sup>57</sup> ZENDLE, D.; BALLOU, N.; MEYER, R. **The changing face of desktop video game monetisation: An exploration of trends in loot boxes, pay to win, and cosmetic microtransactions in the most-played Steam games of 2010-2019, 2019.** Disponível em: [psyarxiv.com/u35kt](https://psyarxiv.com/u35kt). Acesso em: 23 nov. 2019



vulnerabilidade do consumidor, e, diferente da situação dos alergênicos, no qual ilidia-se a legis- lação como meio de dirimir custos, a presente situação se consolida como um paradig- ma no qual as empresas exploram a falta de ação estatal para auferir lucros.

Como exemplificado pelos serviços Defense of the Ancients 2 e Counter Strike: Global Offensive, que são operados pela mesma empresa, Valve, a correção das falhas no fornecimento só ocorre quando há atuação estatal com tal intuito, sendo de grande importância a conscientização da população sobre a incidência do CDC nas relações contratuais que advêm dos jogos eletrônicos, para, assim, compelir uma maior ação estatal no que tange a regulação, fiscalização e proteção do consumidor.

## **REFERÊNCIAS**

**BBC NEWS. Video game loot boxes declared illegal under Belgium gambling laws**, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-43906306>. Acesso em: 19 nov. 2019.

**BENJAMIN, A. H.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. Manual de direito do consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

**BRASIL. Agência Nacional. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC N 26, de 2 de julho de 2015**, 2015. Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2694583/RDC\\_26\\_2015\\_.pdf/b0a1e89b-e23d-452f-b029-a7bea26a698c](http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2694583/RDC_26_2015_.pdf/b0a1e89b-e23d-452f-b029-a7bea26a698c). Acesso em: 19 nov. 2019.

**BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm). Acesso em: 21 nov. 2019.

**BUSINESS INSIDER. Casual gaming is a spectacular business, with profit margins near 90%** ,2009. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/casual-gaming-profit-margins-near-90-2009-101>. Acesso em: 5 nov. 2019.



CHILDREN'S COMMISSIONER. **Gaming the system**, 2019. Disponível em: <https://www.childrenscommissioner.gov.uk/wp-content/uploads/2019/10/CCO-Gaming-the-System-2019.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2019

COELHO, F. B. **Os negócios e as negociações entre empresas “pontocom”**. In: O Direito na era da internet, São Paulo: IOB Cursos Empresariais, 2000.

EA. **Contrato do usuário da Electronic Arts**, 2019. Disponível em: <https://tos.ea.com/legalapp/WEBTERMS/US/br/PC/>. Acesso em: 1 mar. 2020.

EA. **Perguntas frequentes sobre apex legends**, 2019. Disponível em: <https://www.ea.com/pt-br/games/apex-legends/about/frequently-asked-questions>. Acesso em: 19 nov. 2019.

EBC. **Campanha pede que rótulos informem sobre presença de alérgenos nos alimentos**, 2014. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-02/campanha-pede-que-rotulos-informem-sobre-presenca-de-alergenos-nos-alimentos>. Acesso em: 19 nov. 2019.

ENTERTAINMENT SOFTWARE ASSOCIATION. **US video game industry revenue reaches \$36 billion in 2017**, 2018. Disponível em: <https://www.theesa.com/press-releases/us-video-game-industry-revenue-reaches-36-billion-in-2017/>. Acesso em: 5 de nov. de 2019.

FANDOM. **Little legends (teamfight tactics)**, 2019. Disponível em: [https://leagueoflegends.fandom.com/wiki/Little\\_Legends\\_\(Teamfight\\_Tactics\)](https://leagueoflegends.fandom.com/wiki/Little_Legends_(Teamfight_Tactics)). Acesso em: 19 nov. 2019.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: contratos**. 6. ed. Salvador: JusPodivum, 2016.

FINKELSTEIN, M. E. **Aspectos jurídicos do comércio eletrônico**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

GRINOVER, A. et al. **Código brasileiro do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 56.

Knife Skins, **CS:GOstash**, 2019. Disponível em: <https://csgostash.com/skin-rarity/Knife>>. Acesso em: 19 de nov. de 2019.

LAWAND, J. J. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. 1. ed. São Paulo: Editora Juazer de Oliveira, 2003.



LISBOA, R. B. **Manual de direito civil: contratos**. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. V.3. p.

LORENZETI, R. L. **Tratado de los contratos: parte general**. Buenos Aires. Rubinzal Cunlzoni, 2004.

MICROSOFT. **Horse Armor Pack**, 2006. Disponível em: <https://marketplace.xbox.com/en-US/Product/Horse-Armor-Pack/00000000-0000-400c-80c0-0000425307d1>. Acesso em: 15 nov. 2019.

MIRAGEM, B. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MOBYGAMES. **Dunjonquest: Upper Reaches of Apshai**, 1982. Disponível em: <https://www.mobygames.com/game/dunjonquest-upper-reaches-of-apshai>. Acesso em: 15 nov. 2019.

MONDAQ. **China: A Middle-Ground Approach: How China Regulates Loot Boxes And Gambling Features In Online Games**, 2018. Disponível em: [http://www.mondaq.com/china/x/672860/Gaming/A+MiddleGround+Approach+How+Chi na+Regulates+Loot+Boxes+and+Gambling+Features+in+Online+Games](http://www.mondaq.com/china/x/672860/Gaming/A+MiddleGround+Approach+How+China+Regulates+Loot+Boxes+and+Gambling+Features+in+Online+Games). Acesso em: 19 nov. 2019.

MONTEIRO, W. B.; MALUF, C. A.; SILVA, R. G. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. V. 5.

NUNES, R. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PARLIAMENT UK. **Immersive and addictive technologies**, 2019. Disponível em: [https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcmds/1846/184606.htm#\\_idTextAnchor034](https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcmds/1846/184606.htm#_idTextAnchor034)>. Acesso em: 10 de nov. de 2019.

PCGAMER. **Steam now has 30,000 games**, 2019. Disponível em: <https://www.pcgamer.com/steam-now-has-30000-games/>. Acesso em: 8 de nov. de 2019.

PCGAMESN. **Here are CS:GO's loot box odds**, 2017. Disponível em: <https://www.pcgamesn.com/counter-strike-global-offensive/csgo-case-odds>. Acesso em: 12 nov. 2019.





RIOT GAMES. **Termos de serviço da Riot Games**, 2020. Disponível em: <https://www.riotgames.com/pt-br/terms-of-service-BR>. Acesso: em 9 mar. 2020.

SERGEY GALYONKIN. **Steam in 2017. How Steam Direct, PUBG and the rise of China affected the biggest PC gaming marketplace in 2017**, 2018. Disponível em: <https://galyonk.in/steam-in-2017-129c0e6be260>. Acesso em: 8 nov. 2019.

STEAM. **Acordo de assinatura do steam**, 2019. Disponível em: [https://store.steampowered.com/subscriber\\_agreement/?snr=1\\_44\\_44\\_](https://store.steampowered.com/subscriber_agreement/?snr=1_44_44_). Acesso em: 1 mar. 2020.

STEAM. **Estatísticas de download do Steam**, 2020. Disponível em: <https://store.steampowered.com/stats/content/>. Acesso em: 12 dez. 2019.

TECHCRUNCH. **Video game revenue tops \$43 billion in 2018, an 18% jump from 2017**, 2019. Disponível em: <https://techcrunch.com/2019/01/22/video-game-revenue-tops-43-billion-in-2018-an-18-jump-from-2017/>. Acesso em: 5 nov. 2020.

THEODORO JUNIOR, H. **Direitos do consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 24.

TROSTER, R. L.; MOCHÓN, F. **Introdução à economia**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2002. p. 82.

UNIVERSITY OF AMSTERDAM, INSTITUTE FOR INFORMATION LAW. **Global Online Piracy Study**, 2018. Disponível em: <https://www.ivir.nl/publicaties/download/Global-Online-Piracy-Study.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2019.

VANCIM, A. R.; MATIOLI, J. M. **Direito & internet**: contrato eletrônico: e responsabilidade civil na WEB: jurisprudência e legislação internacional correlata, São Paulo: Lemos e Cruz, 2011.

VENTUREBEAT. **10 online PC games that made more than \$100M in microtransaction sales last year**, 2014. Disponível em: <https://venturebeat.com/2014/01/20/10-online-pc-games-that-made-more-than-100m-in-microtransaction-sales-last-year/>. Acesso em: 8 de nov. de 2019.



WASHINGTON UNIVERSITY IN ST. LOUIS. **Case study: A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.**, 2013. Disponível em: <https://onlinelaw.wustl.edu/blog/case-study-am-records-inc-v-napster-inc/>. Acesso em: 5 nov. 2019.

ZANIOLO, P. A. **Crimes modernos: o impacto da tecnologia do direito**. 1. ed. Curitiba: Jurúa, 2011. p. 53.

ZENDLE, D. et al. **The prevalence of loot boxes in mobile and desktop games**, 2019. Disponível em: [psyarxiv.com/mkhp2](https://psyarxiv.com/mkhp2). Acesso em 10 nov. 2019.

JUNIPERRESEARCH. **in-game gambling: the next cash cow for publishers**, 2019. Disponível em: <https://www.juniperresearch.com/document-library/white-papers/in-game-gambling-the-next-cash-cow>. Acesso em: 1 mar. 2020.

ZENDLE, D.; BALLOU, N.; MEYER, R. **The changing face of desktop video game monetisation: An exploration of trends in loot boxes, pay to win, and cosmetic microtransactions in the most-played Steam games of 2010-2019**, 2019. Disponível em: [psyarxiv.com/u35kt](https://psyarxiv.com/u35kt). Acesso em: 23 nov. 2019.



# UNIÕES POLIAFETIVAS: A DECISÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O RETROCESSO NO ÂMBITO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Nailaine Gonçalves Deusdará

## RESUMO

A finalidade deste trabalho acadêmico é realizar a análise crítica dos fundamentos que embasaram a decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça no pedido de providência nº 0001459-08.2016.2.00.0000, a qual proibiu a lavratura de escrituras públicas declaratórias de união poliafetiva. Objetiva-se sanar a problemática envolvendo a ilicitude do objeto destas escrituras por meio da utilização de técnicas explanatórias e argumentativas, e com base nas seguintes fontes: legislação, jurisprudência, livros, artigos científicos e sites. Os valores religiosos e morais estão enraizados no seio social, então, as relações não convencionais ameaçam a perpetuação destes valores e em virtude disso, surge as reações de repúdio e intolerância ao diferente. O Estado não deve compactuar com reações preconceituosas. A sociedade e seus valores estão mudando e é possível perceber que está cada vez mais comum relações paralelas, poliamorosas e relacionamentos abertos, sendo assim o Direito deve buscar amoldar-se a esta nova realidade. A Constituição não proíbe o poliamor, nem tampouco contempla a monogamia como princípio estruturante do Direito das Famílias, no entanto, o Código Civil e o Código Penal proíbem a bigamia. As leis ordinárias visam impedir a constituição simultânea de casamentos estabelecendo a mononormatividade, todavia, a união poliafetiva, apesar de ser um relacionamento não-monogâmico, não se confunde com bigamia, pois a sua formação se dá a partir de uma só união entre três ou mais indivíduos. A negativa estatal de tutelar estas uniões afronta os princípios constitucionais norteadores do Direito das Famílias.

**Palavras-chave:** família poliafetiva; pluralidade familiar; escrituras públicas declaratórias de união poliafetiva; Conselho Nacional de Justiça.



## **INTRODUÇÃO**

A sociedade está em constante transformação e evolução, os valores e os costumes vão se alterando com o decorrer do tempo, dando novos contornos à formação da família, visto que o modelo familiar não é proveniente de uma construção natural, mas sim cultural. Dentro da realidade brasileira é possível perceber a presença de vários arranjos familiares que não se adequam ao modelo dito tradicional, e uma delas é a família poliafetiva.

A Constituição Federal de 1988, atendendo aos anseios sociais, deu proteção jurídica especial à família, em razão da importância do papel que esta exerce na formação do indivíduo, pois é no contexto familiar que são construídos os laços afetivos e os valores. Graças ao processo de constitucionalização do Direito das Famílias, a concepção de família tradicional e patriarcal deu lugar a uma nova concepção contemporânea, democrática, plural, isonômica, afetiva, e solidária, pautada nos princípios constitucionais - focando na valorização do indivíduo e nos laços afetivos em detrimento das relações patrimoniais.

A família poliafetiva ainda carece de uma regulamentação específica em virtude da forte resistência estatal em reconhecê-la como entidade familiar. Isso se deve ao excesso de conservadorismo, que permeia o Legislativo e o Judiciário, fruto de uma visão retrógrada construída a partir de valores religiosos e morais que estão enraizados na sociedade.

A relação poliamorosa é um tema polêmico e tem sido muito debatido no meio social, jurídico e acadêmico, principalmente após a lavratura de escrituras públicas de uniões poliafetivas. Em 2018, o Conselho Nacional de Justiça, no julgamento do pedido de providência 0001459-08.2016.2.00.0000, instaurado pela Associação de Direito de Família e das Sucessões- ADFAS, decidiu pela proibição da lavratura dessas escrituras. O grande cerne da discussão gira em torno da legalidade destas uniões, uma vez que, ao aceitá-las, será rompido o padrão monogâmico,



sendo que para alguns doutrinadores e juristas a monogamia é considerado um dos pilares do matrimônio, elemento estrutural da família, princípio jurídico contemplado pela Constituição.

Diante disto, surge os seguintes questionamentos: a união poliafetiva se enquadra ou não na nova concepção de família? Os fundamentos utilizados com o intuito de proibir a escrituração da união poliafetiva, e por conseguinte, impedir a sua constituição como entidade familiar, estariam em consonância com a Constituição?

O objetivo geral do trabalho acadêmico é fazer uma análise crítica dos fundamentos que embasaram a referida decisão. Por meio desta pesquisa pretende-se demonstrar, com base nos princípios constitucionais, um conceito amplo que contemple todos os arranjos familiares. Busca-se esclarecer o conceito e as características do poliamor com o intuito de causar reflexão e, conseqüentemente, a desconstrução do preconceito e dos estereótipos. Pretende-se também romper com o paradigma monogâmico, com base em estudos antropológico e históricos que demonstram que a monogamia é uma construção social e não é predominante no mundo, sendo apenas uma regra de conduta imposta pelo Estado. Analisar, sob a ótica constitucional, a licitude destas uniões e a validade das escrituras públicas. E, por fim, de forma breve e sucinta, objetiva-se apresentar a possibilidade, enquanto não houver regramento específico, de aplicar algumas das regras atuais que regulam o casamento e a união estável às uniões poliafetivas.

No Brasil, apesar de não haver um número expressivo de registros de escrituras dessas uniões, o tema não deixa de ser relevante para o Direito das Famílias e sua discussão deve ser ampliada tanto no âmbito acadêmico quanto no jurídico, a fim de solucionar a problemática envolvendo as relações poliamoristas, tendo em vista que, independentemente da chancela estatal, irão continuar existindo no mundo fático. O Estado não pode simplesmente fechar os olhos e ignorá-las, permitindo que seus integrantes permaneçam desamparados legalmente, propiciando



mais desigualdade e exclusão. Além do mais, o direito deve acompanhar a realidade social, sob pena de a lei se tornar ineficaz diante das mudanças sociais.

O trabalho está esquematizado em quatro capítulos, como veremos a seguir.

No primeiro capítulo é feito um breve relato histórico das famílias romanas, canônicas e germânicas, posteriormente é abordado a evolução normativa do Direito das Famílias. Além disso, também são explanados os princípios constitucionais basilares dos direitos das famílias. E por fim é apresentado um novo conceito de família.

O segundo capítulo trata a respeito da origem das escrituras públicas declaratórias de união poliafetiva, os efeitos pretendidos pelos conviventes, as divergências geradas no meio jurídico, o pedido de providência interposto pela ADFAS e o julgamento do CNJ.

O terceiro capítulo é construído em cima dos fundamentos do voto do Relator João Otávio de Noronha, cujo o objetivo é analisar e impugnar um a um. E, para finalizar, no último capítulo é demonstrado como a decisão repercutiu entre os especialistas em direito das famílias e na vida dos poliamoristas.

Por meio da utilização de técnicas explanatória e qualitativas visa-se atingir os objetivos ora propostos. É realizado um ampla pesquisa bibliográfica, utilizando-se as seguintes fontes: legislação, jurisprudência, livros, artigos científicos e sites.

## **1 DIREITO DAS FAMÍLIAS**

O termo “família” poderá ganhar várias definições a depender do contexto histórico e cultural, mas apenas aquela reconhecida pelo Estado, positivada pelo direito, tornara-se legítima e conseqüentemente terá efeitos jurídicos. No entanto,



como afirma Cortez “nem sempre corresponde às estruturas familiares encontradas na sociedade”.<sup>1</sup>

Para Maria Berenice Dias<sup>2</sup> a expressão “Direito de Família” abarca apenas um tipo de família, aquela constituída pelo casamento, sendo assim, em suas obras abandonou esta expressão e passou a adotar “Direito das Famílias”, a fim de contemplar todas as entidades familiares existentes, sendo elas tuteladas ou não pelo Estado<sup>3</sup>. Esta nova expressão parte de uma visão mais pluralista, se mostrando a mais apropriada pois atende ao princípio constitucional da pluralidade familiar.

O modelo familiar não decorre de um processo natural, mas sim cultural. De acordo com os ensinamentos do autor Venosa “entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteraram no curso dos tempos”<sup>4</sup> Diante disso, com o intuito de tutelar os novos arranjos familiares, o Direito precisa acompanhar os avanços da sociedade e assegurar direitos a todos os membros da família.

No Brasil, a família foi fortemente influenciada pelas famílias romana, canônica, e germânica.<sup>5</sup> No entanto, em razão das mudanças sociais, culturais e econômicas, a família brasileira foi ganhando novos contornos e com isso o direito buscou acompanhar a realidade social. Antes de entender a evolução normativa do direito das famílias, é necessário compreender as características das famílias romanas, canônicas e germânicas.

---

<sup>1</sup> CORTEZ, Luíz Francisco. As Mudanças Sociais da Família e o Direito. In: LEMOS FILHO, Amaldo; BARSALINI, Glauco; VEDOVATO, Luís Renato; MELLIM FILHO, Oscar (Orgs.). **Sociologia Geral e do Direito**. 6. ed. São Paulo: Alínea, 2014. cap. 14. p. 296

<sup>2</sup> Desembargadora aposentada, Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, Presidente da Comissão Especial da Diversidade Sexual e Gênero do Conselho Federal da OAB, e Presidente da Comissão de Direito Homoafetivo do Instituto Brasileiro de Direito de Família

<sup>3</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 14

<sup>4</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p. 3.

<sup>5</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 32



## 1.1 Breve relato histórico das famílias romanas, canônicas e germânicas

A expressão Família vem do latim *Fumulus* e significa “escravo doméstico”<sup>6</sup>. Engels afirma que esta expressão “foi inventada pelos romanos para designar um novo organismo social, cujo chefe mantinha sob seu poder a mulher, os filhos e certo número de escravos, com o pátrio poder romano e o direito de vida e morte sobre todos eles”.<sup>7</sup>

No Direito Romano, a família era organizada sob o princípio da autoridade do *pater famílias* - que era uma unidade religiosa, política, econômica e jurisdicional - no qual o ascendente mais velho e vivo exercia os papéis de chefe político, sacerdote, juiz e administrava o patrimônio familiar. O *pater* detinha o poder sobre a esposa, filhos e todos os descendentes. Quanto aos filhos exercia sobre eles o direito de vida e de morte, podendo impor-lhes castigos e até mesmo vendê-los. A esposa era totalmente submissa a autoridade marital e o marido podia repudiá-la por ato unilateral.<sup>8</sup>

No século V, o poder de Romano passa para as mãos do chefe da Igreja Católica Romana. O Direito Canônico era estruturado em um conjunto normativo dualista (laico e religioso), que se mantivera até o século XX. A igreja legislava sobre a família e o matrimônio, definindo regras jurídicas sagradas, verdadeiras expressões de Deus, sendo assim, eram impostas a todas as pessoas. A família passa a ser fundada no sacramento do matrimônio e na monogamia. O casamento só era válido quando havia o consentimento das partes e com a consumação (cópula sexual). A

---

<sup>6</sup> ENGELS, Friedrich. Trad. de Leandro Konder. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984. p. 61

<sup>7</sup> ENGELS, op. cit., p. 61.

<sup>8</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 31





igreja era contrária a separação dos cônjuges, portanto, o matrimônio era indissolúvel e a dissolução ocorria, apenas, com a morte.<sup>9</sup>

O direito de família canônico impôs regras de convivência aos membros da família e as transgressões sofriam penalidades rigorosas<sup>10</sup>. Quanto aos filhos ilegítimos, a doutrina traçada no Concílio de Trento determinava que estes fossem mantidos à margem do Direito por violar o modelo moral da época<sup>11</sup>.

O Direito Germânico era baseado no pátrio poder, o pai chefiava a família com o auxílio da mãe.<sup>12</sup> Segundo Engels: “as mulheres, entre os germanos, gozavam da mais elevada consideração e exerciam grande influência, até nos assuntos públicos”<sup>13</sup>.

## 1.2 Evolução do Direito das Famílias

Dentro do contexto brasileiro, o direito das Famílias percorreu um longo caminho desde a colonização até os dias de hoje, sofrendo inúmeras modificações na legislação.

Em 1603, na época da colonização, vigorava no Brasil as Ordenações Filipinas ou Código Filipino, que perdurou até a vigência do Código Civil de 1916, com aspectos patrimonialista e patriarcalista.<sup>14</sup>

A Constituição de 1824 não estabeleceu nada a respeito do Direito de Família, ateu- se apenas a disciplinar a família real e o direito sucessório<sup>15</sup>.

---

<sup>9</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea**. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017. p. 65-71

<sup>10</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p. 9

<sup>11</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 51

<sup>12</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea**. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017. p. 64

<sup>13</sup> ENGELS, Friedrich. Trad. de Leandro Konder. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984. p. 74

<sup>14</sup> VIEGAS, op. cit., p. 96



Em 1890, após a proclamação da República e com a separação entre o Estado e a Igreja, foi criado o casamento civil. A Constituição promulgada em 1891 inovou ao regulamentar as relações familiares, no entanto, manteve a influência do direito canônico e conceito de família legítima<sup>16</sup>. Se adequava a este conceito a família patriarcal tradicional, na qual o homem exercia a chefia e a mulher era totalmente submissa, o seu papel reduzia-se a auxiliar o marido.

De acordo com Maria Berenice o Código de 1916 reproduziu o modelo familiar com as seguintes características: “matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual”<sup>17</sup>. A família legítima, reconhecida pelo Estado, era aquela constituída por meio do casamento. O homem exercia a chefia da casa, os filhos e a esposa deviam obediência a figura paterna. Ao casar, a mulher era considerada relativamente incapaz, não podia administrar os seus bens e nem trabalhar. O modelo oficial de regime de casamento era o de comunhão universal de bens. O casamento era indissolúvel, salvo as exceções estabelecidas na legislação que era o desquite e a anulação. No desquite, os cônjuges não tinham mais o dever de fidelidade e coabitação, entretanto, o desquitado não poderia se casar novamente<sup>18</sup>.

O referido Código estabelecia um tratamento desigual entre filhos advindos ou não do casamento. Os filhos frutos do casamento, chancelado pelo Estado, eram considerados legítimos, contudo, era vedado o reconhecimento dos filhos ilegítimos incestuosos e adúlteros<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> CORTEZ, Luíz Francisco. As Mudanças Sociais da Família e o Direito. In: LEMOS FILHO, Arnaldo; BARSALINI, Glauco; VEDOVATO, Luís Renato; MELLIM FILHO, Oscar (Orgs.). **Sociologia Geral e do Direito**. 6. ed. São Paulo: Alínea, 2014. cap. 14. p. 300

<sup>16</sup> CORTEZ, op. cit., p. 301

<sup>17</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 208- 209

<sup>18</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 208- 209

<sup>19</sup> CORTEZ, Luíz Francisco. As Mudanças Sociais da Família e o Direito. In: LEMOS FILHO, Arnaldo; BARSALINI, Glauco; VEDOVATO, Luís Renato; MELLIM FILHO, Oscar (Orgs.). **Sociologia Geral e do Direito**. 6. ed. São Paulo: Alínea, 2014. cap. 14. p. 303-304



A Constituição de 1934 trouxe dispositivos gerais a respeito da família e inovou ao possibilitar o reconhecimento de filhos naturais<sup>20</sup>. O legislador inseriu nesta constituição o princípio da indissolubilidade do casamento<sup>21</sup>.

O modelo até então adotado muito se aproximou da família romana e, diante da influência religiosa, apresentava resquícios do direito canônico ao manter a indissolubilidade do casamento, a incapacidade da mulher e a diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos<sup>22</sup>.

O “Estatuto da Mulher Casada”, Lei nº 4.121 de 1962, deu um grande passo em relação à situação jurídica da mulher ao acrescentar a sua colaboração na função de chefia do lar, que era exercida pelo marido. Também deu autonomia econômica a mulher que exercesse profissão fora do lar.<sup>23</sup>

O divórcio foi oficialmente instituído em 1977, com a Emenda Constitucional nº 9, de 28-6-1977, que aboliu o princípio da indissolubilidade do matrimônio e ensejou a promulgação da Lei nº 6.515, de 26-12-1977 que regulamentou o divórcio<sup>24</sup>. Apesar deste grande avanço na legislação, a lei restringia às condições de extinção do vínculo matrimonial, pois exigia prévia separação judicial por mais de 3 anos, ou 5 anos de separação de fato, e o divórcio era permitido por uma única vez.<sup>25</sup> A lei do Divórcio também modificou o regime legal de bens para o da comunhão parcial e tornou facultativa a adoção do nome do marido<sup>26</sup>. Mas somente no ano de 2010, sob a vigência da Constituição Federal de 1988, a emenda Constitucional nº

---

<sup>20</sup> CORTEZ, op. cit., p. 305

<sup>21</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 292

<sup>22</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p. 15.

<sup>23</sup> VENOSA, op. cit., p. 17

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 27

<sup>25</sup> CORTEZ, Luíz Francisco. As Mudanças Sociais da Família e o Direito. In: LEMOS FILHO, Arnaldo; BARSALINI, Glauco; VEDOVATO, Luís Renato; MELLIM FILHO, Oscar (Orgs.). **Sociologia Geral e do Direito**. 6. ed. São Paulo: Alínea, 2014. cap. 14. p. 303

<sup>26</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 209.



66/2010 extinguiu a separação judicial prévia, restando apenas o divórcio para o desfazimento da sociedade conjugal<sup>27</sup>.

A Constituição Federal de 1988 trouxe grandes inovações para o Direito das Famílias, tais como: estabeleceu a igualdade entre os cônjuges e companheiros; reconheceu outras entidades familiares; aboliu o termo “filho legítimo” e passou a tratar de forma igualitária os filhos frutos ou não do casamento; etc.

O Código Civil de 2002 substituiu a expressão “pátrio poder” por “poder familiar”, um termo considerado mais adequado, tendo em vista às alterações trazidas pela Constituição, a qual confere a igualdade entre o homem e a mulher, não existindo mais a submissão da mulher na sociedade conjugal. Quanto a regulamentação do casamento, foi excluída a possibilidade de anulação do casamento em virtude do defloramento da mulher ignorada pelo marido, como era antes estabelecido no Código de 1916, e também foi retirado o impedimento do casamento entre cônjuge e o seu corréu<sup>28</sup>.

Tanto a Constituição de 1988 quanto o Código Civil de 2002 não trataram a respeito da união homoafetiva. Apesar de ser uma realidade social, o legislador se manteve inerte por razões morais e religiosas. O Poder Judiciário, visando atender os anseios sociais e suprir a carência de uma regulamentação, enfrentou o tema em um julgamento histórico da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4277/DF e Arguição de descumprimento de preceito fundamental- ADPF 132/RJ em 2011, o qual estendeu a aplicação das regras da união heterofetiva à relação homoafetiva por meio de uma interpretação extensiva do artigo 226, §3º da Constituição Federal. E em 2013, O CNJ expediu a Resolução n. 175/2013, a qual consta a seguinte redação: “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de

---

<sup>27</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p. 15

<sup>28</sup> CORTEZ, Luiz Francisco. As Mudanças Sociais da Família e o Direito. In: LEMOS FILHO, Arnaldo; BARSALINI, Glauco; VEDOVATO, Luís Renato; MELLIM FILHO, Oscar (Orgs.). **Sociologia Geral e do Direito**. 6. ed. São Paulo: Alínea, 2014. cap. 14. p. 307-309



mesmo sexo”<sup>29</sup>. Essa determinação representou mais um avanço no âmbito do direito das famílias.

No ano de 2017, o Supremo Tribunal Federal - em decisão da Repercussão Geral 622

- acolheu a tese da multiparentalidade, que possibilitou o registro concomitante do pai socioafetivo e do pai biológico, mantendo as duas modalidades de vínculo parental e dando igualdade a ambas.<sup>30</sup>

Não obstante, a evolução do direito das famílias é lenta e não consegue acompanhar os anseios sociais. A ideologia conservadora, que é carregada de ideais morais e cristãos, ainda possui uma grande influência em nossa sociedade ao tornar os discursos conservadores como uma verdade absoluta, impedindo, dessa forma, o senso crítico dos indivíduos, o que acaba por refletir na discussão sobre determinados temas dentro do Legislativo e do Judiciário.

### **1.3 Principais Princípios basilares do Direito das Famílias**

A Constituição Federal de 1988, para dar maior proteção e amparo legal às famílias brasileiras, adotou um modelo democrático de família e elevou os princípios do Direito das famílias ao nível constitucional. Dentro dos vários princípios, será analisado aqui os que dão base para os vários arranjos familiares existentes hoje:

#### *1.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana*

---

<sup>29</sup> BRASIL. **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>. Acesso em: 27 ago. 2019

<sup>30</sup> ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Supremo Tribunal Federal divulga acórdão da socioafetividade**. Belo Horizonte, 30 de agosto de 2017.

Disponível em:  
<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6405/Supremo+Tribunal+Federal+divulga+acórdão+da+socioafetividade>. Acesso em: 28 ago. 2019



A Carta Magna consagra a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa, art. 1º, inciso III da CF<sup>31</sup>. A dignidade é um valor que se concretiza como macroprincípio, norteia os direitos fundamentais<sup>32</sup> e embasa os demais princípios.

Viegas, define a dignidade:

[...]como um conjunto de direitos existenciais inerentes a todas as pessoas, em igual proporção, independe de sua capacidade de agir, pensar, sentir, encontrando fundamento na própria existência humana[...] A dignidade assume, destarte, várias concepções, entre elas a de garantia de igualdade, justiça social e solidariedade, ideais que se projetam nas relações públicas e entre particulares<sup>33</sup>.

O Constituinte, com a finalidade de promover os direitos humanos e a justiça social, consagrou este princípio como valor nuclear da ordem constitucional. Como afirma Maria Berenice Dias “sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se consegue elencar de antemão”.<sup>34</sup>

Com base no princípio da dignidade humana, o conceito de família é ampliado e, conseqüentemente, passa a incluir as variadas formas de famílias.<sup>35</sup> É dentro do contexto familiar que a pessoa desenvolve sua personalidade e o afeto é a forma de efetivação da dignidade. Sendo assim, é de extrema importância que as famílias sejam respeitadas e protegidas pelo Estado, sem qualquer discriminação em

---

<sup>31</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 ago. 2019

<sup>32</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 62

<sup>33</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea**. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017. p. 124-129

<sup>34</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 48

<sup>35</sup> VIEGAS, op. cit., p. 130



razão da sua forma de constituição<sup>36</sup>, ainda que não se encaixem no padrão da família tradicional.

Para demonstrar o quão valioso é este princípio dentro do âmbito familiar, a Declaração Universal de Direitos Humanos dispõe que a dignidade é inerente a todos os membros da família humana, tornando os seus direitos iguais e inalienáveis, além disso, é também o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.<sup>37</sup>

Para corroborar a importância deste princípio dentro do Direito das Famílias, Rodrigo da Cunha Pereira, afirma que:

[...]o princípio da dignidade humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Neste sentido, podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família.<sup>38</sup>

O Direito das Famílias tem uma ligação intrínseca com “Direitos Humanos” e com a dignidade<sup>39</sup>, uma vez que estes são os alicerces fundamentais que sustentam todo o arcabouço normativo.

O conceito contemporâneo de cidadania impulsiona os avanços dentro do Direito das Famílias, pois pressupõe a não exclusão, portanto, legítima e inclui ao vários arranjos familiares, com base no respeito e na igualdade.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> Ibidem, p. 131

<sup>37</sup> ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 1 set. 2019

<sup>38</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e norteadores para a organização Jurídica da Família**. 2004. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba, 2004. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese\\_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf](https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf). Acesso em: 3 set. 2019. p.72

<sup>39</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e norteadores para a organização Jurídica da Família**. 2004. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba, 2004. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese\\_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf](https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf). Acesso em: 3 set. 2019. p. 72

<sup>40</sup> PEREIRA, op. cit. p.72



Enquanto existirem relações afetivas marginalizadas, haverá afronta aos Direitos Humanos e a dignidade da pessoa humana.

### *1.3.2 Princípio da igualdade*

A Declaração Universal dos Direitos humanos, artigo VII, dispõe que:

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.<sup>41</sup>

A Constituição Federal, seguindo o mesmo viés da Declaração, consagra o princípio da igualdade ao assegurar a todos um tratamento isonômico perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. É estabelecido aqui a igualdade formal, mas isso não é o bastante, então é necessário que o Estado tomem medidas que visem efetivar a isonomia de fato. Portanto, a igualdade material é dar um tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, na medida de sua desigualdade, com base na proporcionalidade e razoabilidade<sup>42</sup>.

O Texto Constitucional e o Código Civil estabelecem para o contexto familiar: a igualdade entre filhos, sejam eles advindos ou não do casamento, ou adotivos (art. 227, § 6.º, da CF e art. 1.596 do CC); a igualdade entre cônjuges e companheiros (art. 226, § 5.º, da CF e art. 1.511 do CC); a igualdade na chefia familiar (arts. 1.566, III e IV, 1.631 e 1.634 do CC e art. 226, §§ 5.º e 7.º, da CF). Uma grande inovação que contribuiu para a o rompimento do paradigma patriarcal.

O tratamento igual deve ser concedido às várias formas de famílias, uma vez que a própria Constituição repudia qualquer forma de discriminação infundada. Não

---

<sup>41</sup> ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 1 set. 2019

<sup>42</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas**: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017. p. 137





se justifica o não reconhecimento e a exclusão de determinadas famílias da proteção estatal, pelo simples fato de não se adequarem a um padrão arcaico que restringe o conceito de família.

### *1.3.3 Princípio da solidariedade familiar*

Paulo Lôbo ensina que a solidariedade é:

[...]como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade.<sup>43</sup>

A solidariedade é um valor ético e moral necessário nas relações humanas, pois estabelece entre os indivíduos a cooperação mútua e o apoio.

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária<sup>44</sup>. A partir da compreensão do texto constitucional se extrai o princípio da solidariedade social que repercute no âmbito do Direito das Famílias.

De acordo com Maria Berenice Dias o princípio da solidariedade:

[...]tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62

<sup>44</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 ago. 2019

<sup>45</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 53.



A solidariedade familiar está relacionada com o afeto, pois estabelece sentimentos recíprocos de cuidado e cooperação entre os membros da família<sup>46</sup>. Este princípio se concretiza por meio dos deveres recíprocos entre os membros da família, o dever de assistência aos filhos e o dever de amparo às pessoas idosas, estabelecidos nos artigos 229 e 230 da CF. Também está presente no Código Civil, como, por exemplo, no artigo Art. 1.694, o qual impõe a obrigação alimentícia entre os parentes<sup>47</sup>.

### *1.3.4 Princípio da afetividade*

Segundo definição de Maria Berenice Dias, a afetividade é:

[...]o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico<sup>48</sup>.

A afetividade é um elemento fundamental nas relações familiares e as orientam para realização dos interesses afetivos e existenciais. A afetividade é a base da família contemporânea, sem a qual não é possível a reprodução dos valores da igualdade, dignidade, liberdade, e solidariedade<sup>49</sup>.

Quanto ao seu caráter principiológico, existem duas correntes doutrinárias: a que defende a afetividade como um princípio jurídico e a que considera a afetividade como um valor. A corrente majoritária - a qual se filia Paulo Lôbo, Flávio Tartuce,

---

<sup>46</sup> SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e Direito das Famílias**: Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 71

<sup>47</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 31 ago. 2019

<sup>48</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 58

<sup>49</sup> SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e Direito das Famílias**: Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 56-58.



Maria Berenice Dias, etc.- defende o princípio afetivo como sendo reflexo direto do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>50</sup>.

Farias e Rosenvald, entendem que, em razão da sua exigibilidade, o afeto deixaria de ser espontâneo e sincero se a afetividade realmente fosse princípio jurídico. Por ter força normativa, obrigaria e vincularia os sujeitos, sendo assim, seria uma intervenção nas relações humanas. Contudo, reconhecem a importância e a relevância para as relações de família<sup>51</sup>. Por outro lado, Lôbo defende que não se deve confundir o princípio da afetividade com o afeto:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles<sup>52</sup>.

Nesse sentido, a afetividade como princípio não impõe o amor, e sim uma conduta mínima de respeito, consideração e cuidado aos membros da família. Santiago afirma que “apenas a valoração jurídica da afetividade como verdadeiro princípio é capaz de propiciar o respeito à dignidade humana no ambiente familiar”<sup>53</sup>.

Segundo Maria Berenice Dias, mesmo que o termo afeto não esteja expresso na Constituição e nem no Código Civil, é possível constar que o princípio ali se faz presente, como, por exemplo, no reconhecimento da união estável e da família

---

<sup>50</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea**. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017. p. 185

<sup>51</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 55

<sup>52</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 72

<sup>53</sup> SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e Direito das Famílias: Reconhecimento e consequências jurídicas**. Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 70



monoparental; e na igualdade entre os filhos, independentemente se são adotivos, frutos do casamento ou do adultério<sup>54</sup>.

### *1.3.5 Princípio da pluralidade das entidades familiares*

O princípio da pluralidade das entidades familiar trouxe inovações a Constituição de 1988 ao romper com o modelo familiar com base restritamente no casamento e ao dispor sobre outras entidades familiares - como a união estável e família monoparental<sup>55</sup>.

O legislador constituinte tratou no artigo 226, exemplificativamente, algumas formas de constituição de família, o casamento, a união estável e o arranjo monoparental. A proteção, que antes era voltada para o casamento, foi transferida à entidade familiar, uma vez que passou a ser considerada a base da sociedade<sup>56</sup>. É por meio da interpretação, com base nos valores supremos da sociedade democrática - a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça - e levando em consideração as garantias de liberdade e de igualdade sustentadas pelo macroprincípio da dignidade, que extrai a aceitabilidade da família plural, suprimindo assim a falta de previsão expressa na lei<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 58- 59

<sup>55</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e norteadores para a organização Jurídica da Família**. 2004. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba, 2004. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese\\_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf](https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf). Acesso em: 3 set. 2019. p. 117.

<sup>56</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea**. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017. p. 140

<sup>57</sup> PEREIRA, op. cit., p. 119



A família, que antes era vista sob ótica meramente patrimonial e de reprodução, avançou para uma compreensão afetiva, surgindo, a partir disto, novas representações sociais e novos arranjos familiares<sup>58</sup>.

A resistência em reconhecer a pluralidade familiar se dá em razão do conservadorismo e dos valores religiosos enraizados, que caracterizam um entravem, dificultando o Legislativo e o Judiciário de acompanhar as mudanças sociais, prova disso é o reconhecimento das uniões homoafetivas que ocorreu somente no ano de 2011. Estes entraves devem ser superados e o Estado deve promover a proteção a todos os arranjos familiares, visando atender o princípio da pluralidade familiar.

### *1.3.6 Princípio da autonomia e da liberdade*

A liberdade significa a capacidade de autodeterminação do indivíduo, podendo este fazer as suas as escolhas e gerir a sua própria vida, e é um dos valores supremos da sociedade democrática.

A autonomia privada é uma forma de exercer a liberdade, é o poder conferido ao indivíduo para regulamentar os seus próprios interesses - sejam eles patrimoniais, contratuais ou existenciais -, desde que preserve a individualidade alheia<sup>59</sup>.

De acordo com os ensinamentos de Viegas:

O princípio da autonomia privada reconhece às pessoas o direito de exercer a sua liberdade, de modo à auto-regular seus próprios interesses, o que, no âmbito da família, possibilita a formação dos mais diversos arranjos convivenciais, “livre para poder amar”, no ambiente que melhor lhe convier.<sup>60</sup>

Dentro da esfera familiar, o indivíduo tem o direito de exercer a liberdade afetiva e sexual, por meio de suas escolhas quanto ao parceiro, quanto a composição

---

<sup>58</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 78

<sup>59</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea**. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017. p. 150-151

<sup>60</sup> VIEGAS, op. cit., p. 142



familiar. Além de garantir o direito de escolha ao indivíduo, o Estado deve propiciar condições objetivas para que a sua escolha venha de fato ser respeitada e concretizada<sup>61</sup>.

### *1.3.7 Princípio da mínima intervenção estatal na família*

No Código Civil de 1916 regulava família patriarcal, a qual era valorizado o patrimônio em detrimento do aspecto afetivo. Com o declínio da família patriarcal e o surgimento da família calcado na solidariedade, afeto, cooperação e na autonomia, o indivíduo passou a ser o centro da família<sup>62</sup>, portanto, segundo Rodrigo da Cunha ocorreu:

[...]a personificação e a despatrimonialização da família e, a partir dessas vertentes, surgiu a necessidade de uma nova concepção pública, impondo limites à atuação do Estado nesta esfera relacional. A recolocação de valores na relação de família, isto é, uma valorização maior do sujeito em detrimento das relações patrimoniais, não significa a não-consideração dessas relações, mas tão-somente uma retificação em direção ao princípio da dignidade humana[...]<sup>63</sup>

Com a proteção constitucional dedicada à pessoa humana, colocando o indivíduo no centro das relações e a valorização da autonomia privada, surgiu o fenômeno denominado privatização da família ou desinstitucionalização da família<sup>64</sup>. Diante disso, deixou de ser admitida a ingerência injustificável e desarrozoado do Estado dentro da esfera familiar e na intimidade de seus membros.

---

<sup>61</sup> SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e Direito das Famílias**: Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 165.

<sup>62</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e norteadores para a organização Jurídica da Família**. 2004. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba, 2004. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese\\_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf](https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf). Acesso em: 3 set. 2019. p. 110

<sup>63</sup> PEREIRA, op. cit., p. 111

<sup>64</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direito das famílias. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 47



O Estado, portanto, deve preservar o direito à intimidade e à privacidade dos indivíduos, bem como não interferir nas escolhas íntimas, determinando qual tipo de relacionamento é o mais adequado, como, por exemplo, impor a monogamia e a heterossexualidade.

O Texto Constitucional, em seu artigo 226 caput, deixa claro a importância da família para sociedade e o dever de especial proteção por parte do Estado. No mesmo artigo, parágrafo 7º, dispõe acerca do direito ao livre planejamento familiar, o qual cabe ao casal, e impõe ao Estado o dever de proporcionar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, além disso, proibiu qualquer forma de coerção por parte de instituições oficiais ou privadas<sup>65</sup>.

O Código Civil, em seu artigo 1.513, proíbe a qualquer pessoa - seja ela de direito público ou privado - interferir na comunhão de vida instituída pela família<sup>66</sup>.

A intervenção estatal, que deve ser pautada pelo respeito à dignidade das pessoas, não se admitindo condutas que atentem contra a liberdade de autodeterminação humana, se mostra importante em alguns aspectos, tendo em vista que é por meio da criação de leis que se mantém a ordem social e a proteção dos mais fracos. Sendo assim, o Estado deve intervir apenas com o objetivo de garantir e tutelar os direitos de cada titular, além de proteger os vulneráveis - como, por exemplo, crianças e adolescentes<sup>67</sup>. Entretanto, a ingerência excessiva na vida íntima e privada do indivíduo - ao ponto de permitir a marginalização e discriminação de alguns tipos de relações afetivas por não se encaixarem nos padrões morais e religiosos - é totalmente reprovável.

---

<sup>65</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 ago. 2019

<sup>66</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 31 ago. 2019

<sup>67</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 47-49.



### *1.3.8 Princípio da proibição do retrocesso social*

O princípio da proibição do retrocesso social, visando a segurança jurídica na efetivação dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, impõe uma conduta omissiva ao Estado, um dever de se abster a praticar atos que impliquem na desproteção da família. Diante das inovações promovidas pela Constituição no âmbito familiar - como garantir especial proteção a família, igualdade entre filhos e cônjuges, pluralismo familiar, etc. -, o Estado não pode retroceder e criar normas que violem as garantias fundamentais da pessoa<sup>68</sup>.

## **1.4 As famílias contemporâneas**

A Família é uma instituição social complexa, dinâmica e muito antiga - antecedendo o Estado, o Direito e a Religião -, bem como exerce um papel de extrema importância na formação do indivíduo, pois é dentro do contexto familiar que são construídos os valores e laços afetivos. É também onde o indivíduo tem o primeiro contato com um grupo social; onde será lhe imposto as regras de convivência; onde aprenderá a conviver com pessoas distintas e a ter responsabilidades; e onde se desenvolverá nos campos psíquico e social. É o primeiro nível de sociabilidade, antes de ser inserido no “mundo”<sup>69</sup>.

Os novos arranjos familiares surgiram por meio das mudanças sociais, tais como: a laicização do Estado; a emancipação da mulher e da sua inserção no mercado de trabalho; a possibilidade do divórcio a partir de 1977; o reconhecimento da multiparentalidade; o reconhecimento das uniões homoafetivas; e os avanços na ciência, como, por exemplo, a possibilidade de inseminação artificial; etc.

---

<sup>68</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea**. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017. p. 170

<sup>69</sup> CORTEZ, Luiz Francisco. As Mudanças Sociais da Família e o Direito. In: LEMOS FILHO, Arnaldo; BARSALINI, Glauco; VEDOVATO, Luís Renato; MELLIM FILHO, Oscar (Orgs.). **Sociologia Geral e do Direito**. 6. ed. São Paulo: Alínea, 2014. cap. 14. P. 295





Em 2015, a coluna da Andréa Pachá, no site O Globo, tratou a respeito do tema da família plural no Brasil, segundo pesquisa feita pelo IBGE trazida pela colunista, foi constatado 28,6 milhões de famílias não se inserem no perfil clássico, o modelo tradicional.<sup>70</sup> Dentro da sociedade brasileira é possível perceber a variedade de entidades familiares, sendo elas chanceladas ou não pelo Estado.

Existem oito tipos de arranjos familiares: tradicional, união estável, monoparental, mosaico, anaparental, homoafetiva, paralelas e poliafetivas.

A família tradicional possuía resquícios do Direito Canônico e Romano, o seu núcleo era limitado, sendo composta por pais e filhos frutos do matrimônio. Até a Constituição de 1988, apenas esta família era considerada legítima.

A união informal ocorria quando os indivíduos se uniam com objetivo de constituir uma família, entretanto, não optavam pelo casamento civil, com isso não tinham proteção estatal. Com o advento da Carta Magna, estas uniões passaram a ter status de entidade familiar e ganhou a denominação de união estável. O Código Civil, artigo 1.723, regulamentou a união estável, estabelecendo os seguintes requisitos para o seu reconhecimento: “a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.<sup>71</sup>

A família monoparental, disciplinada no artigo 226 § 4º da Constituição Federal, é uma entidade familiar formado por um dos pais e seus descendentes<sup>72</sup>, seja em razão do divórcio, ou falecimento de um dos pais, ou quando a mulher opta por ter um filho sozinha, por meio de reprodução assistida, denominado popularmente como “produção independente”, e ainda tem as adoções por pessoas solteiras.

---

<sup>70</sup> PACHÁ, Andréa. **Famílias no plural**. O Globo Opinião, 15 de janeiro de 2015. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/familias-no-plural-15017249>. Acesso em: 31 ago. 2019.

<sup>71</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 31 ago. 2019

<sup>72</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 ago. 2019



A família mosaico ou pluriparental é derivada da família monoparental, Maria Berenice Dias, conceitua como:

[...]as famílias constituídas depois do desfazimento de relações afetivas pretéritas[...]estrutura familiar originada no matrimônio ou união de fato de um casal, no qual um ou ambos de seus integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou relação prévia. [...]São famílias caracterizadas pela multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de interdependência.<sup>73</sup>

E a partir dela surgiu para os filhos possibilidade de coexistirem vínculos parentais, biológicos e afetivos com mais de duas pessoas<sup>74</sup>.

A família anaparental decorre da ausência dos pais, é caracterizada pela convivência de parentes com vínculo colateral, ou não parentes, que compartilham a mesma identidade de propósito dentro de uma estruturação, com mútuo apoio econômico e emocional, um exemplo deste tipo de família é a convivência entre irmãos, na ausência dos pais<sup>75</sup>.

A família homoafetiva é a união entre duas pessoas do mesmo sexo que buscam constituir uma família.

As Paralelas ou simultâneas são entidades formadas por dois ou mais núcleos familiares, concomitantes, o que há em comum entre elas é um membro, que mantém um casamento e um vínculo afetivo com terceira pessoa, esta pessoa pode ou não ter conhecimento<sup>76</sup>.

E por fim, a família poliafetiva é a união entre três ou mais pessoas cujo o objetivo é formar uma família.

---

<sup>73</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 217

<sup>74</sup> DIAS, op. cit., p. 656

<sup>75</sup> Ibidem, p. 216

<sup>76</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea**. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017. p. 214



A família eudenomista é um conceito contemporâneo que abarca todas as entidades familiares. Os indivíduos unidos por laços afetivos, convivem com base na igualdade, no respeito, na solidariedade e na cooperação, e tem como propósito a construção da felicidade individual de cada um de seus membros. Nesse sentido, Maria Berenice Dias afirma que:

Para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo surgiu um novo nome: família eudemonista, que busca a felicidade individual, por meio da emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento legal altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8.º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram<sup>77</sup>.

A nova organização familiar plural, isonômica, afetiva, solidária, conectadas com os fundamentos da filosofia eudemonista<sup>78</sup>, é protegida pela Carta Magna, um vez que esta traz vários princípios constitucionais cuja a sua interpretação amplia o conceito de família. O rol disposto no artigo 226 da CF é meramente exemplificativo e não restritivo, as demais entidades estão implícitas no termo indeterminado “família” presente no *caput* do referido artigo<sup>79</sup>.

Os novos modelos de famílias, estão centrados na dignidade da pessoa humana e na solidariedade familiar, calcados na cooperação e no respeito, e visam a realização plena dos integrantes. Diante disto, é deixado de lado primazia dos laços sanguíneos e patrimoniais em prol do vínculo afetivo<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 222

<sup>78</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea**. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017. p. 119

<sup>79</sup> LÓBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Minas Geais, v. 3, n. 12, jan-mar 2002, p. 40-55. Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/193.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf). Acesso em: 30 ago. 2019

<sup>80</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 61



## 2 ESCRITURAS DECLARATÓRIAS DE UNIÃO POLIAFETIVAS

Em 2012, em Tupã, interior de São Paulo, foi lavrado a primeira Escritura Declaratória de União Poliafetiva. A tabeliã Cláudia do Nascimento Domingues foi a responsável por elaborar este documento, o qual se tratava de uma união entre um homem e duas mulheres que já conviviam juntos a três anos. O *site* IBDFAM extraiu o seguinte trecho do documento<sup>81</sup>:

Os declarantes, diante da lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla e simultânea, intentam estabelecer as regras para garantia de seus direitos e deveres, pretendendo vê-las reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente, em caso de questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros, tendo por base os princípios constitucionais da liberdade, dignidade e igualdade.<sup>82</sup>

Na elaboração deste documento, trio contou com a orientação do jurista Natanael do Santos Batista Júnior. E ele explica que o objetivo da escritura é assegurar direitos aos parceiros em caso de separação ou morte<sup>83</sup>:

O documento traz regras que correspondem ao direito patrimonial no caso de uma fatalidade, nele eles se reconhecem como uma família, e dentro do previsto no código civil, é estabelecida a forma de divisão do patrimônio no caso de um dos parceiros falecer ou num caso de separação. [...]O objetivo é assegurar o direito deles como uma família, com esse documento eles

---

<sup>81</sup> TARTUCE, Flávio. **Da escritura pública de união poliafetiva: Breves considerações**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 26 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1210/Da+escritura+p%C3%BAblica+de+uni%C3%A3o+poliafetiva.+Breves>

+considera%C3%A7%C3%B5es. Acesso em: 27 dez. 2019

<sup>82</sup> TARTUCE, Flávio. **Da escritura pública de união poliafetiva: Breves considerações**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 26 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1210/Da+escritura+p%C3%BAblica+de+uni%C3%A3o+poliafetiva.+Breves>

+considera%C3%A7%C3%B5es. Acesso em: 27 dez. 2019

<sup>83</sup> G1. **União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP**. São Paulo, 23 ago. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/bauri-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html>. Acesso em: 26 dez. 2019.



podem recorrer a outros direitos, como benefícios no INSS, seria o primeiro passo. A partir dele, o trio pode lutar por outros direitos familiares.<sup>84</sup>

O jurista ressalta que “a escritura visa dar proteção as relações não monogâmicas, além de buscar o respeito e aceitação social dessa estrutura familiar”.<sup>85</sup>

Em 2015, na Barra da Tijuca, foi registrado também mais uma escritura dessa natureza, a qual declarava a existência de uma união poliafetiva entre três mulheres, ou seja, uma união homopoliafetiva. A responsável por sua lavratura foi a tabeliã Fernanda Leitão do 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro<sup>86</sup>.

No mesmo ano, a tabeliã Fernanda Leitão também lavrou uma escritura pública, a qual declarava a existência de união entre três pessoas, sendo um homem e duas mulheres. O objetivo do trisal era oficializar a união e também regularizar as questões previdenciárias e de plano de saúde.<sup>87</sup>

De acordo com a tabeliã, devem ser observados os seguintes fundamentos na lavratura da escritura:

Princípio da afetividade, como novo pilar do Direito de Família. O princípio da dignidade da pessoa humana, da personalidade, da autonomia da vontade, da não-discriminação e, por fim, o silêncio normativo, pois no âmbito do Direito Privado, tudo o que não é proibido é permitido. [...] Além

<sup>84</sup> G1. **União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP.** São Paulo, 23 ago. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html>. Acesso em: 26 dez. 2019.

<sup>85</sup> G1. **União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP.** São Paulo, 23 ago. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html>. Acesso em: 26 dez. 2019.

<sup>86</sup> TARTUCE, Flávio. **Da escritura pública de união poliafetiva: Breves considerações.** Instituto Brasileiro de Direito de Família, 26 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1210/Da+escritura+p%C3%BAblica+de+uni%C3%A3o+poliafetiva.+Breves>

+considera%C3%A7%C3%B5es. Acesso em: 27 dez. 2019

<sup>87</sup> ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Rio de Janeiro registra mais uma união poliafetiva.** Belo Horizonte, 06 de abril de 2016. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/noticias/5961/Rio+de+Janeiro+registra+mais+uma+uni%C3%A3o+poliafetiva>. Acesso em: 26 dez. 2019



disso, a união deve ser pública, contínua e duradoura, com objetivo de formar família, e as partes devem ser maiores e capazes, não havendo nenhum dos impedimentos constantes do art. 1.521, do Código Civil.<sup>88</sup>

Em razão da falta de previsão no ordenamento jurídico a respeito da união poliafetiva, levou os conviventes, que preenchessem os requisitos acima mencionados, a recorrerem a escritura pública a fim de garantir alguns direitos decorrentes da união estável. Fernanda Leitão ressalta dois efeitos importantes gerados pela escritura pública, que foi lavrado por ela: a inscrição dos demais conviventes no plano de saúde familiar; e o reconhecimento da união poliafetiva pelo Detran/RJ, quando este órgão autorizou a companheira da proprietária do veículo apreendido a fazer retirada.<sup>89</sup>

No entanto, as escrituras públicas bem como seus efeitos jurídicos causaram uma grande divergência entre os juristas, em razão da suposta ilicitude do objeto, defenderam a nulidade absoluta deste ato<sup>90</sup>. Neste mesmo sentido, a Associação de Direito de Família e das Sucessões –ADFAS, representada por sua Presidente Regina Beatriz Tavares da Silva, também se posicionou contra a lavratura dessas escrituras, sustentando a sua inconstitucionalidade.

Então, em 2018, a ADFAS formulou o pedido de providência, nº 0001459-08.2016.2.00.0000, ao Conselho Nacional de Justiça, em face de dois cartórios

---

<sup>88</sup> ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Rio de Janeiro registra mais uma união poliafetiva**. Belo Horizonte, 06 de abril de 2016. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/noticias/5961/Rio+de+Janeiro+registra+mais+uma+uni%C3%A3o+poliafetiva>. Acesso em: 26 dez. 2019

<sup>89</sup> ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Família poliafetiva e especialistas reagem à decisão do CNJ**. Belo Horizonte, 23 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6674/Fam%C3%ADlia+poliafetiva+e+especialistas+reagem+%C3%A0+de+cis%C3%A3o+do+CNJ>. Acesso em: 17 jul. 2019

<sup>90</sup> TARTUCE, Flávio. **Da escritura pública de união poliafetiva: Breves considerações**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 26 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1210/Da+escritura+p%C3%BAblica+de+uni%C3%A3o+poliafetiva.+Breves+considera%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 27 dez. 2019.



localizados nas comarcas de São Vicente e Tupã, estado de São Paulo, com o objetivo de proibir a lavratura desse tipo de escritura pelas serventias extrajudiciais do Brasil e a regulamentação da questão pela Corregedoria Nacional de Justiça<sup>91</sup>.

Em suma, o pedido de providência teve como alicerce os seguintes fundamentos: a inconstitucionalidade na lavratura da escritura pública; a ineficácia jurídica do ato; e a violação dos princípios familiares básicos, da dignidade da pessoa humana, das regras constitucionais sobre a família, das leis civis e também da moral e dos bons costumes<sup>92</sup>

Por fim, em junho de 2018, o plenário do Conselho Nacional de Justiça julgou procedente o pedido de providência e determinou a intimação das corregedorias estaduais para proibir a lavratura de escrituras públicas declaratórias de união poliafetiva<sup>93</sup>. Vale transcrever a ementa da decisão:

---

<sup>91</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (Plenário). **Pedido de Providência nº 0001459-08.2016.2.00.0000**. PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. (...). Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS. Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protestos de Letras e Títulos de São Vicente-SP e outros. Relator(a): Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 29 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/a76994fe42703dab2c66aad9f04c56a9.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2019. p. 3-4

<sup>92</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (Plenário). **Pedido de Providência nº 0001459-08.2016.2.00.0000**. PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. (...). Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS. Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protestos de Letras e Títulos de São Vicente-SP e outros. Relator(a): Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 29 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/a76994fe42703dab2c66aad9f04c56a9.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2019. p. 3

<sup>93</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (Plenário). **Pedido de Providência nº 0001459-08.2016.2.00.0000**. PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. (...). Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS. Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protestos de Letras e Títulos de São Vicente-SP e outros. Relator(a): Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 29 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/a76994fe42703dab2c66aad9f04c56a9.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2019. p. 3



PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. INAPTIDÃO PARA CRIAR ENTE SOCIAL. MONOGAMIA. ELEMENTO ESTRUTURAL DA SOCIEDADE. ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO POLIAFETIVA. LAVRATURA. VEDAÇÃO.

A Constituição Federal de 1988 assegura à família a especial proteção do Estado, abarcando suas diferentes formas e arranjos e respeitando a diversidade das constituições familiares, sem hierarquizá-las.

A família é um fenômeno social e cultural com aspectos antropológico, social e jurídico que refletem a sociedade de seu tempo e lugar. As formas de união afetiva conjugal – tanto as “matrimonializadas” quanto as “não matrimonializadas” – são produto social e cultural, pois são reconhecidas como instituição familiar de acordo com as regras e costumes da sociedade em que estiverem inseridas.

A alteração jurídico-social começa no mundo dos fatos e é incorporada pelo direito de forma gradual, uma vez que a mudança cultural surge primeiro e a alteração legislativa vem depois, regulando os direitos advindos das novas conformações sociais sobrevindas dos costumes.

A relação “poliamorosa” configura-se pelo relacionamento múltiplo e simultâneo de três ou mais pessoas e é tema praticamente ausente da vida social, pouco debatido na comunidade jurídica e com dificuldades de definição clara em razão do grande número de experiências possíveis para os relacionamentos.

Apesar da ausência de sistematização dos conceitos, a “união poliafetiva”

– descrita nas escrituras públicas como “modelo de união afetiva múltipla, conjunta e simultânea” – parece ser uma espécie do gênero “poliamor”.<sup>94</sup>

---

<sup>94</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (Plenário). **Pedido de Providência nº 0001459-08.2016.2.00.0000**. PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. (...). Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS. Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protestos de Letras e Títulos de São Vicente-SP e





Os grupos familiares reconhecidos no Brasil são aqueles incorporados aos costumes e à vivência do brasileiro e a aceitação social do “poliafeto” importa para o tratamento jurídico da pretensa família “poliafetiva”.

A diversidade de experiências e a falta de amadurecimento do debate inabilita o “poliafeto” como instituidor de entidade familiar no atual estágio da sociedade e da compreensão jurisprudencial. Uniões formadas por mais de dois cônjuges sofrem forte repulsa social e os poucos casos existentes no país não refletem a posição da sociedade acerca do tema; consequentemente, a situação não representa alteração social hábil a modificar o mundo jurídico.

A sociedade brasileira não incorporou a “união poliafetiva” como forma de constituição de família, o que dificulta a concessão de status tão importante a essa modalidade de relacionamento, que ainda carece de maturação. Situações pontuais e casuísticas que ainda não foram submetidas ao necessário amadurecimento no seio da sociedade não possuem aptidão para ser reconhecidas como entidade familiar.

Futuramente, caso haja o amadurecimento da “união poliafetiva” como entidade familiar na sociedade brasileira, a matéria pode ser disciplinada por lei destinada a tratar das suas especificidades, pois a) as regras que regulam relacionamentos monogâmicos não são hábeis a regular a vida amorosa “poliafetiva”, que é mais complexa e sujeita a conflitos em razão da maior quantidade de vínculos; e b) existem consequências jurídicas que envolvem terceiros alheios à convivência, transcendendo o subjetivismo amoroso e a vontade dos envolvidos.

A escritura pública declaratória é o instrumento pelo qual o tabelião dá contorno jurídico à manifestação da vontade do declarante, cujo conteúdo deve ser lícito, uma vez que situações contrárias à lei não podem ser objeto desse ato notarial.

A sociedade brasileira tem a monogamia como elemento estrutural e os tribunais repelem relacionamentos que apresentam paralelismo afetivo, o que limita a autonomia da vontade das partes e veda a lavratura de escritura pública que tenha por objeto a união “poliafetiva”.



O fato de os declarantes afirmarem seu comprometimento uns com os outros perante o tabelião não faz surgir nova modalidade familiar e a posse da escritura pública não gera efeitos de Direito de Família para os envolvidos.

Pedido de providências julgado procedente.

(CNJ – PP: 0001459-08.2016.2.00.0000, Relator: João Otávio de Noronha Data de Julgamento: 26/06/2018).

O placar final se deu da seguinte forma: sete votos foram nos mesmos termos do voto do ministro relator João Otávio de Noronha pela proibição do registro; cinco votos acompanharam o voto parcialmente divergente do conselheiro Aloysio Corrêa para permitir o registro; e apenas o voto do conselheiro Luciano Frota foi totalmente divergente.<sup>95</sup>

### **3 FUNDAMENTOS DO VOTO DO RELATOR: ANÁLISE CRÍTICA**

No julgamento do pedido de providência 0001459-08.2016.2.00.0000, prevaleceu o entendimento do eminente Relator João Otávio de Noronha, em seu voto defendeu a proibição dos cartórios de registrarem uniões poliafetivas em escrituras pública, baseando-se nos seguintes fundamentos: o instituto carece de uma definição mais clara, pois o tema ainda é pouco debatido no meio jurídico e a falta de amadurecimento dificulta a aceitação do poliafeto como uma entidade familiar; a sociedade repudia relacionamentos não monogâmicos e as poucas relações existentes não são capazes de alterar o pensamento social; a monogamia como elemento estrutural da família; a união poliafetiva viola a lei vigente; as escrituras públicas não tem o condão de criar direitos; os terceiros, alheios a convivência, não devem suportar as consequências jurídicas advindas dessa declaração de vontade; e existe

---

<sup>95</sup> ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Rio de Janeiro registra mais uma união poliafetiva.** Belo Horizonte, 06 de abril de 2016. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/noticias/5961/Rio+de+Janeiro+registra+mais+uma+uni%C3%A3o+poliafetiva>. Acesso em: 26 dez. 2019



uma certa dificuldade em aplicar, por meio da analogia, as normas existentes que regulam uniões monogâmicas às uniões poliafetivas<sup>96</sup>.

### 3.1 Da Dificuldade de conceituação clara e a falta de amadurecimento da temática

O termo original “*polyamory*” surgiu no ano de 1990, nos Estados Unidos, no Glossário de Terminologia Relacional escrito pela Igreja de Todos os Mundos, instituição neo- pagã. Durante dois anos, essa palavra era restrita a um público específico, tornando-se somente em 1992, com o auxílio da internet, um assunto discutido mundialmente, iniciado por grupos que tentavam buscar soluções práticas a problemas amorosos relacionados a “não monogamia”. Com o auxílio da tecnologia, o termo foi difundido mundialmente. No Brasil, nos anos 2000, a discussão sobre o tema foi ampliada por meio das redes sociais.<sup>97</sup>

O termo Poliamor é derivado da combinação da palavra grega poli, que significa vários ou muitos, e do latim amor<sup>98</sup>.

Santos e Viegas, definem Poliamor:

Como uma filosofia de vida que admite a possibilidade de uma pessoa manter um relacionamento amoroso íntimo e afetivo com duas ou mais pessoas ao mesmo tempo, com o conhecimento e consentimento dos envolvidos.<sup>99</sup>

<sup>96</sup> FILHO, José Roberto Moreira. Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões. Revista IBDFAM: Família e Sucessões, Belo Horizonte, v. 29, n. 29, p. 9-57, 29 set. 2018. Disponível em: <http://revistaibdfam.com.br/edicoes/pdf/29>. Acesso em: 30 dez. 2019, p.10.

<sup>97</sup> PEREZ, Tatiana Spalding; PALMA, Yáskara Arrial. Amar Amores: O Poliamor na Contemporaneidade. Revista psicologia e Sociedade, Belo Horizonte, v. 30, p. 1-11, jun. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1807-0310/2018v30165759>. Acesso em: 25 fev. 2020. p. 3.

<sup>98</sup> PILÃO, Antonio Cerdeira; GOLDENBERG, Mirian. Poliamor e Monogamia: Construindo Diferenças e Hierarquias. Revista Ártemis, Rio de Janeiro, v.13, p. 62-71, jan-jul, 2012. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/index.php/artemis/article/view/14231>. Acesso em: 19 maio 2019. p. 63

<sup>99</sup> SANTOS, Anna Isabella de Oliveira; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Poliamor: Conceito, Aplicação e Efeitos. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v. 12, n. 2, p. 360-389. 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72546/0>. Acesso em: 22 jun. 2019. p. 361



Sob o ponto de vista psicológico, alguns indivíduos possuem a capacidade de manter relações afetivas múltiplas ao mesmo tempo. Nesse contexto, é de suma importância que haja o consentimento entre as partes, sendo este, inclusive, um dos pressupostos da relação poliafetiva e o que a distingue de uma traição.<sup>100</sup>

Assim, como a poligamia, o poliamor é um dos tipos de relação não-monogâmica, contudo, ambas não se confundem. O relacionamento poliamoroso não é hierarquizado, não há desigualdade de gênero e todos os parceiros possuem os mesmos direitos. O advogado José Roberto Moreira define a poligamia como:

[...]um formato essencialmente hierarquizado de relacionamento, em que uma pessoa pode relacionar-se com outras pessoas sem que esse direito seja dado aos seus parceiros amorosos. Podemos ter a Poliginia, que é a relação de um homem com duas esposas ou a Poliandria, que é a relação de uma mulher com dois maridos.<sup>101</sup>

Vale salientar que a família de fato ou simultânea e a família poliafetiva não são sinônimos, pois esta é formada por um só núcleo familiar - onde todos os envolvidos de forma consensual convivem e têm uma ligação afetiva<sup>102</sup>-, enquanto aquela é formada por dois ou mais núcleos familiares concomitantes – em que, geralmente, o parceiro(a) ou cônjuge não tem conhecimento da relação paralela.

O poliamor pode ser classificado como fechado/polifidelidade ou aberto, neste os adeptos entram e saem livremente sem o intuito de morar juntos e ter filhos, ao passo que naquele os envolvidos mantêm um relacionamento poliamoroso, em

---

<sup>100</sup> MALMONGE, Luana. **Poliamor: a quebra do paradigma da “família tradicional brasileira”**. Minas Gerais, julho de 2018. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br:80/jspui/handle/tjmg/9070>. Acesso em: 21 out. 2018

<sup>101</sup> MOREIRA FILHO, José Roberto. Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 29, n. 29, p. 9-57, 29 set. 2018. Disponível em: <http://revistaibdfam.com.br/edicoes/pdf/29>. Acesso em: 30 dez. 2019. p. 14

<sup>102</sup> SANTOS, op. cit., p. 376



regra, apenas entre eles, e têm por objetivo constituir família.<sup>103</sup> De acordo com os ensinamentos do autor Santiago, a polifidelidade:

[...]se assemelha a um matrimônio com mais de duas pessoas, existindo, portanto, relações amorosas, íntimas e/ou sexuais entre um grupo fechado de indivíduos. Em geral, os integrantes a de uma relação de polifidelidade moram juntos na mesma casa e convivem uns com os outros, como fazem os cônjuges em um casamento.[...] Isso significa que o tratamento jurídico que deve ser conferido à polifidelidade é idêntico ao tratamento estabelecido às famílias oriundas do casamento, da união estável, monoparentais, recompostas, enfim, o mesmo tratamento deferido às demais entidades familiares reconhecidas pelo Direito, tendo como única diferença o número de integrantes.<sup>104</sup>

Portanto, a partir desta conceituação, é possível apreender que a união poliafetiva é relação amorosa estabelecida com três ou mais pessoas, as quais convivem juntas no mesmo lar e têm como objetivo comum constituir uma família. Sendo assim, não há dificuldade nenhuma em sua conceituação, e, ainda que houvesse, negar efeitos a este tipo de relação, com base neste fundamento, é admitir que os fatos sociais que não estão consolidados ou não possuem uma conceituação clara não podem ter uma proteção jurídica<sup>105</sup>. Sábias são palavras do advogado José Roberto Moreira:

As relações familiares estão em constante mutação, as opções de vida, as crenças religiosas e a forma de definição da opção sexual mudam a cada dia e nem por isso deixam de ser protegidas juridicamente. Até bem pouco tempo atrás, a definição de família era única, ou seja, a comunidade formada pelos pais e seus filhos. Contudo, hoje temos uma definição

---

<sup>103</sup> SANTOS, Anna Isabella de Oliveira; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Poliamor: Conceito, Aplicação e Efeitos. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v. 12, n. 2, p. 360-389. 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72546/0>. Acesso em: 22 jun. 2019. p. 375

<sup>104</sup> SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e Direito das Famílias**: Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 196

<sup>105</sup> MOREIRA FILHO, José Roberto. Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 29, n. 29, p. 9-57, 29 set. 2018. Disponível em: <http://revistaibdfam.com.br/edicoes/pdf/29>. Acesso em: 30 dez. 2019. p. 19.



exata do que seja família? Existem conceitos e requisitos imutáveis para defini-la jurídica e conceitualmente? Lógico que não! [...] Vejam que a dificuldade de conceituação e das várias acepções do que seja atualmente família não retiram sua proteção jurídica e por que deveria sê-lo com o poliamor?<sup>106</sup>

### 3.1.1 Características e valores da família poliafetiva

Santiago aponta as características e os valores do poliamor, descritos pela professora norte-americana Jade Aguilar, que servem de guia para os praticantes poliamoristas<sup>107</sup>:

a não exclusividade amorosa e sexual; (ii) a autonomia das pessoas; (iii) transparência e a honestidade no trato com seus parceiros; e (iv) a valorização da intimidade, carinho, igualdade e comunicação. Portanto, os valores promovidos pelo poliamor são: (a) honestidade (b) crescimento pessoal, (c) igualdade, (d) comunicação, (e) não possessividade e (f) intimidade.<sup>108</sup>

Essas relações, por envolver mais de duas pessoas, necessitam de uma constante negociação, diálogo entre os parceiros, transações permanentes e, principalmente, o autoconhecimento - estas são as condições essenciais para que a relação flua bem.<sup>109</sup>

Ao contrário das relações decorrentes de traição, o qual há a quebra da fidelidade e da honestidade, o poliamor promove a honestidade, o conhecimento e o consentimento de todos os parceiros.<sup>110</sup>

Viegas traz um conceito interessante criado por Kerista Commune, que é o da compersão (no inglês, “*compersion*”), segundo a autora “é o sentimento de alegria ou

---

<sup>106</sup> MOREIRA FILHO, op. cit. p. 19

<sup>107</sup> AGUILAR, Jade. Situational sexual behaviors: the ideological work of moving toward polyamory in comMunal living groups. **Journal of Contemporary Ethnography**, Londres, v. 42, n. 1, p. 104-129, fev. 2013, p. 106.

<sup>108</sup> SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e Direito das Famílias**: Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 151

<sup>109</sup> SANTIAGO, op. cit., p. 151

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 151.



felicidade de uma pessoa ao ver seu (sua) parceiro(a) amoroso(a) feliz ao se relacionar com outra pessoa”. Esse é um elemento importante das relações poliamorosas, pois a superação do ciúmes é essencial para que essas relações sejam bem sucedidas. Então, ser compersivo é ter empatia e se sentir feliz ao ver outra pessoa fazendo bem à pessoa que você ama, controlar o ciúmes e respeitar a individualidade alheia.<sup>111</sup>

Os relacionamentos poliamoristas, segundo Santiago:

São colaboracionistas, na medida em que as pessoas não se disputam, mas se complementam. Ha uma divisão do sentimento afetivo sem que, daí, haja a formação de conflitos. Da mesma for que uma criança pode dividir o amor entre sua mãe e seu pai na infância, o adulto também pode dividir o amor entre vários seres humanos, não se justificando a exigência de um amor unidimensional.<sup>112</sup>

No ano de 2018, no Centro Universitário FADERGS, as psicólogas Tatiana Spalding Perez e Yáskara Arrial Palma desenvolveram um estudo a respeito do poliamor, cujo objetivo é apresentar uma nova perspectiva do amor com base na relação poliafetiva e uma visão dos entrevistados a respeito do poliamor.

As psicólogas realizaram uma pesquisa qualitativa descritiva e exploratória e convidaram seis pessoas poliamoristas a participarem deste estudo - sendo elas quatro mulheres e dois homens, jovens na faixa etária entre 21 e 27 anos, sem filhos, com formação superior completo ou em andamento e de classe média<sup>113</sup>. A expressão poliamor foi analisada com base nos discursos dos entrevistados e a pesquisa demonstrou que “o poliamor baseia-se na não monogamia, no amor livre, na responsabilidade, na compersão, no respeito à individualidade, na liberdade sexual, na equidade de gênero e no diálogo”<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas:** uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017. p. 248-249

<sup>112</sup> Idem, p. 151-152

<sup>113</sup> PEREZ, Tatiana Spalding; PALMA, Yáskara Arrial. Amar Amores: O Poliamor na Contemporaneidade. **Revista psicologia e Sociedade**, Belo Horizonte, v. 30, p. 1-11, jun. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1807-0310/2018v30i165759>. Acesso em: 25 fev. 2020. p. 4.

<sup>114</sup> PEREZ, op. cit., p. 5



Nesse tipo de relação as pessoas aprendem a lidar com o ciúmes, a respeitar individualidade do outro e a não ter o sentimento de posse. O estudo aponta também que os envolvidos na relação entendem a importância da responsabilidade sobre os seus próprios sentimentos e o reconhecimento dessa responsabilidade na relação permite que o ciúme se transforme em compensação<sup>115.5</sup>

O poliamor coloca o homem e a mulher em uma posição de igualdade, colocando abaixo os papéis sociais impostos e valorizando o desejo de ambos dentro da relação. O diálogo é um fator determinante para manter esse tipo de relação e minimizar os desentendimentos.

Portanto, forma uma entidade familiar a relação poliafetiva que, além das características e os valores acima expostos, estiver presente os seguintes requisitos: o consentimento entre as partes envolvidas; a convivência pública, contínua e duradoura e o objetivo de constituir família.<sup>116</sup>

### 3.1.2 Amadurecimento do tema

No Brasil, as redes sociais, os sites e os blogs possibilitaram o debate e a difusão do tema poliamor. Estes instrumentos de comunicação exercem um papel fundamental para esclarecer as pessoas não adeptas como funciona a dinâmica de uma relação poliafetiva e, assim, romper com o preconceito. Existem três páginas brasileiras especializadas, voltadas a divulgar e discutir questões relacionadas ao poliamorismo: [www.poliamorbrasil.org](http://www.poliamorbrasil.org), <http://poliamores.blogspot.com.br> e [www.rederelacoeslivres.wordpress.com](http://www.rederelacoeslivres.wordpress.com).<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> Ibidem, p. 5

<sup>116</sup> MALMONGE, Luana. **Poliamor: a quebra do paradigma da “família tradicional brasileira”**. Minas Gerais, julho de 2018. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br:80/jspui/handle/tjmg/9070>. Acesso em: 21 out. 2018. p.2

<sup>117</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea**. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017. p. 254





De acordo com uma pesquisa realizada pelo advogado José Roberto Moreira, em 2018, foram encontrados no *Facebook* 94 grupos que tratam a respeito do poliamor, sendo 68 no Brasil e 26 no exterior, e no grupo com mais membros no Brasil tinham 4.451 pessoas, além disso, existem inúmeros vídeos sobre este assunto abertos ao público no site *youtube.com*<sup>118</sup>. E ao fazer uma pesquisa rápida no *google* é possível encontrar mais de um milhão de resultados relacionados a palavra poliamor. Entre estes têm sites informativos, sites jurídicos, blogs, vídeos, trabalhos acadêmicos e artigos científicos. O tema também é tratado na ficção, como, por exemplo, a novela *Dona Flor e seus Dois Maridos*, de 1966, baseada na obra de Jorge Amado<sup>119</sup>; na série *Eu, Tu e ela*, da *netflix*, etc.

Bom, isso demonstra claramente que o tema é debatido tanto no meio social quanto no meio jurídico, o que falta é a aceitação do poliafeto como mais uma possibilidade de relacionamento. Quanto ao argumento da necessidade de amadurecimento social do tema antes da criação de uma legislação específica, advogado José Roberto assevera que:

Pode até ser que não haja ainda um amadurecimento social para uma legislação específica do tema da mesma forma que ainda não há para uma lei que regule as uniões estáveis homossexuais, mas isso não foi impeditivo para estas últimas serem reconhecidas judicialmente pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>120</sup>.

A proibição da lavratura de escritura pública está impedindo que haja o amadurecimento do tema, pois os efeitos da declaração seriam discutidos no poder

---

<sup>118</sup> MOREIRA FILHO, José Roberto. Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 29, n. 29, p. 9-57, 29 set. 2018. Disponível em: <http://revistaibdfam.com.br/edicoes/pdf/29>.

Acesso em: 30 dez. 2019. p. 19

<sup>119</sup> LISSARDY, Gerardo. **‘Próximo desafio é filho em nome das 3’, dizem mulheres em 1º união estável do Brasil**. São Paulo, 03 de novembro de 2015. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151103\\_casamento\\_trio\\_lab](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151103_casamento_trio_lab). Acesso em: 5 ago. 2019

<sup>120</sup> MOREIRA FILHO, op. cit., p. 24



judiciário, justamente por não haver um regramento específico voltado para uniões poliafetivas.

### **3.2 Da monogamia como elemento estrutural da família brasileira e seu conceito**

A monogamia é um termo de origem grega “*μονογαμία*”, o seu prefixo “mono” significa único ou um só e “gamia” equivale a “casamento”<sup>121</sup>.

O dicionário Michellis traz a seguinte definição de monogamia “sistema ou costume que, durante a vigência do casamento, impõe ao homem ter uma única esposa, e à mulher ter um único marido”<sup>122</sup>. É um regime conjugal, predominante no Ocidente, o qual impõe a união conjugal entre duas pessoas.

#### *3.2.1 Os seres humanos são naturalmente monogâmicos?*

O regime monogâmico nem sempre esteve presente na sociedade. Segundo Engels, a história primitiva revela que os homens praticavam a poligamia e suas mulheres a poliandria, e, por consequência, os filhos eram considerados comuns. Existia, portanto, o matrimônio por grupos e com pouca margem para o ciúme<sup>123</sup>. A monogamia nasce da concentração de grandes riquezas nas mãos do homem, retirando a autonomia da mulher e tornando-a submissa. O desejo de transmitir a herança aos filhos tornou-se necessário apenas à monogamia da mulher, sendo tolerável a infidelidade do homem<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea**. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017. p. 261.

<sup>122</sup> MICHAELIS, Henriette; VASCONCELOS, Carolina Michaelis de. **Dicionário Michaelis**. Editora Melhoramentos Ltda, 2019. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/monogamia/>. Acesso em: 28 set. 2019.

<sup>123</sup> ENGELS, Friedrich. Trad. de Leandro Konder. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**.

9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984. p. 31-36.

<sup>124</sup> ENGELS, op. cit., p. 82



A monogamia não é fruto do amor sexual individual e nem tampouco era considerada a forma mais elevada de matrimônio, na realidade, surgiu em razão do triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva, em que as famílias já não se baseavam mais em condições naturais, e sim econômicas - com o fim de resguardar a herança, a paternidade e a supremacia do sexo masculino<sup>125</sup>.

Os gregos afirmavam que os principais objetivos da monogamia era a preponderância do homem, a procriação e a transmissão de herança. A monogamia surgiu na história como forma de escravização de um sexo pelo outro, além de ter sido a primeira forma de divisão de trabalho entre o homem e a mulher para fins de procriação, e, ainda, a primeira opressão de classes - com a opressão do sexo feminino pelo masculino<sup>126</sup>.

Em Roma, em meados do século V, além de sacralizar o casamento e torná-lo perene, a Igreja Católica impôs o regime monogâmico heterossexual, pois somente uniões que se adequassem às determinações da igreja eram consideradas válidas e mereciam a benção divina, tornando-se legítimas e aptas para produzirem direitos. Desde o século V até o século XX, a sociedade romana viveu sob a égide do Direito Canônico, que ditou regras sagradas sobre o matrimônio e trouxe a concepção de família Cristã patriarcal<sup>127</sup>. Desde então, esta ideia foi sedimentada e enraizada no seio social, fazendo com que o matrimônio monogâmico fosse visto como algo natural e um modelo a ser seguido.

Mesmo com todos os avanços no âmbito do Direito da família, a monogamia permanece como um dos pilares do matrimônio e é, inclusive, o regime conjugal predominante no Ocidente. A monogamia traz uma falsa percepção de fidelidade, uma vez que - de acordo com análise de Engels sobre a evolução da família - a

---

<sup>125</sup> ENGELS, Friedrich. Trad. de Leandro Konder. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**.

9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984. p. 70

<sup>126</sup> ENGELS, op. cit., p. 70

<sup>127</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea**. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017. p. 65



poligamia passou ser raramente observada por questões econômicas e aos poucos foi dando espaço para a monogamia, no entanto, exigia-se com mais rigor a fidelidade das mulheres, enquanto a infidelidade ocasional era direito dos homens<sup>128</sup>. Na atualidade, mesmo a sociedade repudiando, o adultério se tornou algo comum e as relações extraconjugais podem partir de qualquer um dos cônjuges, o que acaba resultando em famílias paralelas.

A antropóloga Helen Fisher, em sua obra *Anatomy of Love: The Natural History of Monogamy, Adultery and Divorce*, afirma que a monogamia não implica na fidelidade, ou seja, o fato deste tipo de regime estabelecer a união conjugal com apenas uma pessoa não quer dizer que ambos os cônjuges serão sexualmente fiéis entre si, uma vez que a fidelidade e a monogamia não são sinônimas, sendo assim, o adultério anda lado a lado com monogamia<sup>129</sup>.

Segundo a psicanalista Regina Navarro, após uma análise da história do amor é possível constatar que os comportamentos amorosos se diferem em cada período da história e afirma que:

Desde cedo somos estimulados a investir nossa energia sexual em uma única pessoa. Mas não é o que acontece na prática. É bastante comum homens e mulheres casados compartilharem seu tempo e seu prazer com outros parceiros, geralmente, de forma secreta. A exclusividade é como um valor agregado ao amor porque, supostamente, quem ama só se relaciona sexualmente com a pessoa amada.<sup>130</sup>

Então, diante dessa dificuldade de o ser humano manter o relacionamento apenas com uma pessoa, alguns estudiosos divergem a respeito da monogamia ser algo natural ou imposto ao ser humano. David Barah, professor de psicologia da

---

<sup>128</sup> Ibidem, p. 48-49

<sup>129</sup> FISHER, Helen E. **Anatomía del amor: historia natural de la monogamia, el adultério y el divorcio.** Tradução de Alicia Plante. Barcelona: Anagrama. 1994. p. 60

<sup>130</sup> ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Família poliafetiva e especialistas reagem à decisão do CNJ.** Belo Horizonte, 23 de junho de 2018. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6674/Fam%C3%ADlia+poliafetiva+e+especialistas+reagem+%C3%A0+de+cis%C3%A3o+do+CNJ>. Acesso em: 17 jul. 2019



Universidade de Washington, e Judith Eve Lipton, psiquiatra, coautores da obra *The myth of monogamy: fidelity and infidelity in animals and people*, entendem que o ser humano não é naturalmente monogâmico e que a monogamia foi prescrita pela tradição ocidental em geral<sup>131</sup>. Barash, em uma entrevista para o documentário *Explicando da Netflix*, afirma que a monogamia por não ser natural exige um esforço maior de pessoas que desejam ser monogâmicas<sup>132</sup>.

Em contrapartida, para Fisher, a monogamia é natural, contudo, comporta exceções. A autora entende que não é necessário convencer os seres humanos a serem parceiros, pois fazem isso de forma natural. A maioria das pessoas se casam com uma pessoa de cada vez, sendo assim, o elo de dois é uma característica do ser humano. A poligamia e a poliandria também são naturais, entretanto, são operações excepcionais e oportunistas já que é preciso persuadir homens e mulheres com bens materiais para que eles decidam compartilhar seus cônjuges<sup>133</sup>.

O autor Santiago traz dados interessantes, apontados por Marianne Brandon, a respeito da vigência da monogamia nas sociedades. Segundo a pesquisa da autora, apenas vinte e nove de cento e oitenta e cinco sociedades já restringiram ou restringem formalmente seus membros à prática da monogamia, no entanto, nessas sociedades consideradas monogâmicas, há uma ocorrência regular de casos de uniões paralelas ao matrimônio. Antropólogos afirmam que dezesseis por cento da sociedade mundial pratica exclusivamente a monogamia<sup>134</sup>. Dessa forma, fica claro que a monogamia não é um regime predominante mundialmente.

Sendo a monogamia natural ou não, o fato é que a infidelidade está muito presente nestas relações e isso acaba sendo um dos motivos que ocasionam o rompimento de um relacionamento, seja este um casamento ou um namoro. Por

---

<sup>131</sup> BARASH, David P.; LIPTON, Judith Eve. **The myth of monogamy: fidelity and infidelity in animals and people**. New York: Henry Holt And Company, 2001. p. 1.

<sup>132</sup> EXPLICANDO. **Episódio 03**. (18m5s). Netflix, 2018. Disponível em: <https://www.netflix.com/br/title/80216752>. Acesso em: 02 ago. 2019.

<sup>133</sup> FISHER, op. cit., p. 69

<sup>134</sup> BRANDON, Marianne. **Monogamy: the untold story**. Santa Barbara: CA: Praeger, 2010. p. 3; 8-9.



sentirem a necessidade de amar várias ao mesmo tempo, algumas pessoas não são felizes com apenas uma pessoa - umas mantêm uma relação oficial e se aventura em relações clandestinas enganando seus parceiros, outras viram adeptas a relações mais flexíveis. Neste último caso, tem-se como exemplo o poliamor, que é uma relação baseada na sinceridade e honestidade, pois prega o conhecimento e o consentimento de todos os envolvidos; enquanto aquela do primeiro caso é totalmente reprovável por usar o artifício de ludibriar o outro.

### 3.2.2 *Monogamia como princípio jurídico e padrão de conduta*

A monogamia passou a ser um padrão de conduta socialmente institucionalizado<sup>135</sup>. Santiago afirma que “a monogamia é um dos dogmas do Direito das Famílias”<sup>136</sup>, sendo mencionada pela doutrina e jurisprudência como um princípio jurídico orientador das relações familiares, além de ser aceita como uma verdade prévia e inquestionável<sup>137</sup>. A vigência da monogamia no Ocidente se dá em razão da influência dos valores religiosos e morais, assim, o Estado, com base nestes valores, impõe este regime como o único juridicamente e moralmente legítimo.

Considerar a monogamia um princípio estruturante do Direito das famílias é uma forma de intervir na esfera íntima dos indivíduos, uma tentativa de direcioná-las a constituir uma família por meio de uma relação monogâmica. Contudo, essa intervenção não traz felicidade para algumas pessoas, o que acaba por afrontar diretamente os princípios constitucionalmente protegidos, tais como: a dignidade da pessoa humana, a pluralidade familiar, a afetividade, a autonomia e liberdade, a igualdade, a mínima intervenção estatal na família e o não retrocesso social. A

---

<sup>135</sup> SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e Direito das Famílias**: Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 82

<sup>136</sup> SANTIAGO, op. cit., p. 56

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 56



monogamia é um valor, um estilo de vida, e cabe a cada indivíduo decidir se deseja viver ou não em uma relação monogâmica<sup>138</sup>.

A relação monogâmica não é essencial nem pressuposto para a constituição da família. Prova disso, por exemplo, é a família monoparental constituída por um indivíduo solteiro, homem ou mulher, e filho(s), sendo este(s) adotivo(s) ou proveniente(s) de técnicas artificiais de reprodução humana.

A autora Duina Porto, em seu artigo intitulado Mononormatividade, intimidade e cidadania, trata da “mononormatividade”, isto é, do modelo hegemônico monogâmico relacional, regime este que se tornou um padrão imposto às relações íntimas por meio da instituição de normas jurídicas<sup>139</sup>. Porto afirma que a “mononormatividade” traduz o paradigma da monogamia enquanto imposição normativa compulsória<sup>140</sup>.

A normatização deste modelo faz com que apenas relações monogâmicas sejam aptas a terem a proteção jurídica em detrimento de outras formas que não se encaixam neste modelo e, em virtude disso, elas são marginalizadas e tratadas de forma desigual. A monogamia não é apenas uma regra moral, tornou-se também uma regra que tem a função de organizar e orientar as relações jurídicas no âmbito familiar.<sup>141</sup>

A monogamia está diretamente relacionada a heterossexualidade. Em razão da influência da religião cristã no senso comum da sociedade, os casais heterossexuais que vivem uma relação monogâmica são considerados “normais” e

---

<sup>138</sup> SANTOS, Anna Isabella de Oliveira; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Poliamor: Conceito, Aplicação e Efeitos. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v. 12, n. 2, p. 360-389. 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72546/0>. Acesso em: 22 jun. 2019. p. 378-379

<sup>139</sup> SANTOS, op. cit., p. 378-379

<sup>140</sup> PORTO, Duina. Mononormatividade, intimidade e cidadania. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 654-681, mai-ago. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n2/1808-2432-rdgv-14-02-0654.pdf>.

Acesso em: 24 out. 2018. p. 2.

<sup>141</sup> PORTO, op. cit., p. 11-12



apenas estes alcançam um status de respeitabilidade muito maior do que casais homoafetivos monogâmicos. Esse pensamento também tem a influência da medicina, em virtude de a homossexualidade já ter sido considerada uma patologia<sup>142</sup>.

A heterossexualidade, assim como a monogamia, passou por um processo de naturalização e normatização. Durante vários anos, a heterossexualidade, por ser vista como forma hegemônica, tornou as relações heterossexuais como as únicas expressões válidas e inteligíveis das identidades sexuais e sociais<sup>143</sup>. Neste sentido, Porto afirma que:

A junção dos radicais “mono”, “hetero” e “homo” ao substantivo “normatividade”, ou seja, à qualidade ou condição do que é normativo, traz ínsita a ideia de regulação de condutas e procedimentos, de preceito a ser respeitado, regra, consenso ou padrão estabelecido em torno de situações, fatos ou atos sociais e conduz, por conseguinte, à percepção de que tudo o que está conforme a norma é normal e aceitável, sendo o que lhe está disforme marginalizado ou discriminado.<sup>144</sup>

No texto Constitucional não traz a monogamia como um princípio que rege as relações íntimas, todavia, o Código Civil veda a bigamia nos dispositivos arts. 1.516 § 3º, 1.548 inciso II, e trata sobre a fidelidade e a lealdade nos artigos 1.566, I, e 1.724 e o Código Penal tipifica o crime de bigamia no seu artigo 235. Portanto, as normas ordinárias reconhece o preceito da monogamia como estruturante da conjugalidade da família, estabelecendo assim a mononormatividade<sup>145</sup>.

Por ser a única contemplada pelas leis ordinárias, a monogamia gera privilégios para os que vivem em uma relação monogâmica por estes gozarem de

---

<sup>142</sup> Ibidem, p. 9

<sup>143</sup> PORTO, Duina. Mononormatividade, intimidade e cidadania. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 654-681, mai-ago. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n2/1808-2432-rdgv-14-02-0654.pdf>.

Acesso em: 24 out. 2018. p. 7.

<sup>144</sup> PORTO, op. cit., p.b4.

<sup>145</sup> Ibidem, p. 10





direitos, o que ratifica a hegemonia da mononormatividade e, consequentemente, exclui outras formas de relacionamentos<sup>146</sup>.

A mononormatividade e a monogamia não se confundem, esta é uma escolha relacional, enquanto aquela representa imposição estatal de um padrão relacional. Essa imposição interfere na autonomia e na esfera privada dos indivíduos, gerando exclusão dos demais sujeitos que pertencem às minorias sexuais e deixando-os à margem da proteção estatal<sup>147</sup>. A Constituição garante o direito a intimidade e privacidade e a autonomia e a liberdade aos indivíduos, portanto, não deve o Estado interferir nas escolhas afetivas das pessoas, já que este tipo de conduta estatal não deve ser tolerada em um democracia - na qual a discriminação não é aceita, a diversidade é respeitada e os direitos fundamentais alcançam a todos indistintamente.

A autora Porto traz uma nova concepção de cidadania, pois - além de englobar os direitos sociais, políticos, civis e legais - inclui neste conceito o gênero e a sexualidade, que é denominada cidadania complexa. Essa cidadania visa a igualdade em um contexto de respeito as diferenças e a tolerância, sendo assim, deve-se promover a coexistência equilibrada dos diversos grupos e culturas. A sexualidade é um atributo da identidade do sujeito, logo, cabe a cada indivíduo o poder de escolha. O processo de democratização da sexualidade é de suma importância para a consolidação da cidadania, pois visa promover o respeito a liberdade do pleno exercício da sexualidade<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> Idem p. 11.

<sup>147</sup> PORTO, Duina. Mononormatividade, intimidade e cidadania. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 654-681, mai-ago. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n2/1808-2432-rdgv-14-02-0654.pdf>.

Acesso em: 24 out. 2018. p. 21

<sup>148</sup> PORTO, Duina. Mononormatividade, intimidade e cidadania. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 654-681, mai-ago. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n2/1808-2432-rdgv-14-02-0654.pdf>.

Acesso em: 24 out. 2018. p. 20-21



A base da monogamia é sustentada pela fidelidade recíproca, na qual o relacionamento se restringe entre os cônjuges. O poliamor, no entanto, rompe com o paradigma e imperativo monogâmico a medida em que a exclusividade imposta pela monogamia é dispensada. O poliamor estabelece relações múltiplas e concomitantes com envolvimento afetivo e emocional<sup>149</sup>.

Dado o exposto, a crítica é voltada a normatização da monogamia e não ao relacionamento monogâmico propriamente dito. O problema está justamente na imposição como padrão de normalidade e na excessiva interferência do Estado nas escolhas dos indivíduos, submetendo-os aos ditames estatal e impedindo-os de viver a cidadania de forma plena.

No Brasil, mesmo com a laicização do Estado, ainda é possível perceber a forte influência dos valores religiosos e morais, sendo um entrave para a evolução do Direito das famílias. Para romper o paradigma da monogamia, o caminho a ser percorrido é longo e árduo, uma vez que é necessário enfrentar todo o conservadorismo impregnado no Legislativo e Judiciário brasileiro.

### **3.3 Da repulsa social**

Os poliamoristas buscam desconstruir o preconceito e romper com o padrão monogâmico, entretanto, não é uma tarefa fácil tendo em vista que, como afirmado no tópico anterior, o ocidente é fortemente influenciado pelos valores religiosos cristãos e isso reflete na cultura brasileira. O regime monogâmico vigora como o único juridicamente e moralmente legítimo.

As pessoas que se sentem mais felizes em relações não-monogâmicas sofrem ao tentar se adequarem aos ditames social, cedem às pressões sociais e passam a viver uma relação monogâmica - ou pelo menos aparentam que vivem em uma - para serem aceitas. Além disso, sofrem quando decidem contrariar essas imposições,

---

<sup>149</sup> PORTO, op. cit., p.12



em decorrência do preconceito, da discriminação e da falta de proteção jurídica, ficando, assim, a margem da sociedade.

A psicanalista Regina Navarro com base no livro de autoria da psicóloga americana Deborah Anapol, afirma que

[..]nossa cultura coloca tanta ênfase na monogamia que poucas pessoas se dão conta de que podem decidir sobre quantos parceiros amorosos/sexuais desejam ter. Ainda mais difícil de aceitar é a ideia de que uma relação com múltiplos parceiros possa ser estável, enriquecedora e duradoura. Trocar ideias a respeito de exclusividade sexual não é simples; provoca a ira dos conservadores e preconceituosos e ataques de todos os tipos. Essa discussão só será realmente possível quando a fidelidade deixar de ser um imperativo[...]<sup>150</sup>

As pessoas têm a dificuldade em aceitar “o diferente”, como, por exemplo, o que ocorre ainda com os homoafetivos, que até hoje, em pleno século XXI, sofrem preconceito. O moralismo e o conservadorismo exacerbado fazem com que as pessoas ataquem umas às outras em razão das suas diferenças.

No Estudo realizado por Perez e Palma, os entrevistados poliamoristas falaram a respeito do preconceito e da dificuldade que enfrentam no meio social, o quanto se sentem inseguros e, por esta razão, evitam se expor com medo da repressão<sup>151</sup>.

A Filósofa canadense Carrie Jenkins vive uma relação poliafetiva e conta a Revista Galileu que é um desafio diário assumir o poliamor em razão das inúmeras agressões que sofre. Baseado em sua experiência, lançou um livro intitulado “*What Love Is and What It Could Be*”, no qual aborda o tema poliamor. Após o lançamento,

---

<sup>150</sup> ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Família poliafetiva e especialistas reagem à decisão do CNJ.** Belo Horizonte, 23 de junho de 2018.

Disponível em:  
<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6674/Fam%C3%ADlia+poliafetiva+e+especialistas+reagem+%C3%A0+de+cis%C3%A3o+do+CNJ>. Acesso em: 17 jul. 2019

<sup>151</sup> PEREZ, Tatiana Spalding; PALMA, Yáskara Arrial. Amar Amores: O Poliamor na Contemporaneidade. **Revista psicologia e Sociedade**, Belo Horizonte, v. 30, p. 1-11, jun. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1807-0310/2018v30165759>. Acesso em: 25 fev. 2020



segundo a autora, as agressões verbais aumentaram. E diante destas reações, a autora relata que quando conhece novas pessoas, precisa decidir se conta ou não a respeito de sua relação poliamorosa<sup>152</sup>.

Sarita Bitu e Vernon Bitu também vivem em uma relação poliafetiva, e, em uma entrevista ao site O Globo, falam como as pessoas vêem o relacionamento poliafetivo.

Quando a gente fala em relação poliafetiva, a gente escuta gente dizendo ‘ah, mas isso aí é sacanagem, é suruba’. As pessoas não veem como relação de amor, não veem como relação de afeto, veem mais como alguma coisa de perversão sexual, promiscuidade. Por isso é importante a gente levantar a bandeira e dizer para a sociedade que existem outras maneiras de amar, de constituir família, que não são apenas aquelas tradicionais nem aquelas que, com muita luta, conseguiram se abrir<sup>153</sup>

Essas reações são uma clara demonstração do fenômeno do "pânico moral", e, segundo Viegas, este fenômeno se trata da forma como as pessoas reagem diante de comportamentos não convencionais que põem em risco os valores tradicionais, ideologias e posições conservadoras. O “pânico moral” é nocivo e impede que a sociedade avance se supere a intolerância e o preconceito.<sup>154</sup>

O fenômeno do “pânico moral” se mostra perigoso, pois a necessidade de afirmação de valores tradicionais e superados pela sociedade tem negado a noção da família plural, afetiva e instrumental, voltada ao livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que a compõem, independentemente de seu modo de constituição.<sup>155</sup>

---

<sup>152</sup> TOLEDO, Giuliana de. **Assumir poliamor é um desafio diário, diz filósofa canadense**. Revista Galileu, 24 de maio de 2017. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2017/05/assumir-poliamor-e-um-desafio-diario-diz-filosofa-canadense.html>. Acesso em: 23 dez. 2019

<sup>153</sup> MANSUR, Pedro. **Poliafetivos não têm direito de família, diz advogada contrária às uniões**. Portal de notícias O globo Sociedade, 25 maio 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/poliafetivos-nao-tem-direito-de-familia-diz-advogada-contrarias-uniões-19360291>. Acesso em: 29 jul. 2019

<sup>154</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea**. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017. p. 279.

<sup>155</sup> VIEGAS, op. cit., p. 279



Sob a ótica humanista constitucional, Viegas afirma que:

[...] não se mostra admissível o repúdio aos arranjos não monogâmicos apenas pelo fundamento em valores morais e religiosos. A monogamia, conforme já demonstrado, cuida-se de mero valor referência de algumas modalidades familiares já amparadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma livre condição de vida que não se mostra empecilho ao reconhecimento da família poliafetiva.<sup>156</sup>

Os estereótipos associados à poliafetividade - tais como a imoralidade, promiscuidade, perversão sexual, etc. - se enraizaram na cultura e no senso comum, acarretando no fenômeno “pânico moral”. O temor, o desconhecimento e a ignorância tornam as pessoas preconceituosas.

A Sociedade está em constante transformação e evolução e isso reflete nos costumes, nas crenças, nos dogmas e nas regras de conduta. Portanto, o que é rejeitado hoje pode ser aceito futuramente.<sup>157</sup>

A repulsa social jamais deveria ser um argumento para obstar o reconhecimento das uniões poliafetivas. Basta olhar para o exemplo dos casais homoafetivos, que, mesmo após o reconhecimento da união pelo Judiciário, continuam sofrendo retaliações, ou seja, não foi alterado primeiro o pensamento social para que depois o Judiciário tomasse alguma providência a fim de resguardar os direitos dos homossexuais.

Não deve ser usado também como desculpa para eximir o Estado de dar a devida proteção legal a esta minoria, o argumento de que existem poucos adeptos e por isso não é capaz de mudar o pensamento social. Oras, apesar de serem poucas as

---

<sup>156</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas**: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 279

<sup>157</sup> MOREIRA FILHO, José Roberto. Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 29, n. 29, p. 9-57, 29 set. 2018. Disponível em: <http://revistaibdfam.com.br/edicoes/pdf/29>. Acesso em: 30 dez. 2019. p. 22



pessoas que optam por inseminação artificial heteróloga, por exemplo, isso não as impediram de ter proteção jurídica.<sup>158</sup>

A busca da felicidade, segundo o autor Vladimir Polízio, não pode ser obstada com fundamento em preconceitos morais que levam ao repúdio a diversidade, pois “a base para a construção de um Estado Democrático de Direito está justamente na pluralidade, na convivência pacífica e harmoniosa com o diferente”.<sup>159</sup>

### **3.4 Da ilicitude do objeto sob a ótica constitucional**

O autor Paulo Lôbo listou as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 a qual expandiu a proteção estatal à família:

a) a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições; b) a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações; c) os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem primazia sobre os interesses patrimonializantes; [...] f) reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal; g) a família configura-se no espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros.<sup>160</sup>

A Carta Magna ampliou o conceito de família a medida em que legitimou a união estável, afastando o pressuposto do casamento civil e integrou a este conceito as famílias monoparentais, sendo assim, a existência de um casal deixou de ser necessária para configuração da família. Com isso, foi retirado deste conceito a finalidade procriativa.<sup>161</sup> Além disso, o elemento da afetividade passou a ter primazia

---

<sup>158</sup> MOREIRA FILHO, op. cit., p. 21

<sup>159</sup> POLÍZIO JÚNIOR, Vladimir. A Possibilidade Jurídica de União Estável ou Casamento entre mais de duas Pessoas: Interpretação Conforme a Constituição. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 51-80, jan. 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/15351>. Acesso em: 30 ago. 2018. p. 2

<sup>160</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35-36

<sup>161</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 32



sobre os aspectos patrimoniais e biológicos, uma vez que a Constituição a consagrou como princípio implícito que norteia as relações familiares.

O processo de constitucionalização do Direito das Famílias contribuiu para a superação da concepção de família conservadora, tradicional e individualista trazidas pelas codificações do século passado<sup>162</sup>. Fez surgir uma nova concepção contemporânea democrática, fundada nos princípios da dignidade, igualdade, afetividade e pluralidade.

Entretanto, apesar das famílias poliafetivas se encaixarem perfeitamente nesta nova concepção, ainda carecem de regulamentação específica, então os conviventes buscaram resguardar seus direitos por meio da escritura pública. Este é apenas um instrumento jurídico, cuja finalidade é validar a declaração de vontade, celebrado entre as partes perante a um tabelião, o qual tem a responsabilidade legal de lavrar o ato. O renomado autor e jurista, Pontes de Miranda, define a escritura pública:

Escritura pública, instrumento público stricto sensu, é o que é feito pelo oficial público, de acordo com as regras jurídicas de competência e de pressupostos formais, para efeitos de existência, validade e eficácia dos atos jurídicos.<sup>163</sup>

O autor criou a Teoria da Escada Ponteana, segundo a qual é estabelecido três planos de verificação do negócio jurídico e com base nela será analisado as escrituras públicas. Em suma, no primeiro plano é verificado a presença dos pressupostos da existência que constituem o suporte fático, são estes: partes ou agentes, vontade, objeto e a forma. A ausência de qualquer um desses elementos torna o negócio jurídico inexistente. No segundo plano, o da validade são analisados: a capacidade dos agentes; a vontade livre e desimpedida; a licitude, a possibilidade e

---

<sup>162</sup> DIAS, op. cit., p. 32

<sup>163</sup> MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 196



a determinabilidade do objeto; e a adequação das formas, conforme o que preceitua o artigo 104 do Código Civil.<sup>164</sup>

E, por fim, no plano da eficácia serão verificados os efeitos gerados pelo negócio em relação às partes e a terceiros.<sup>165</sup>

As escrituras públicas de união poliafetiva possuem todos os elementos para sua existência, o grande ponto problemático está no plano da validade no que diz respeito a licitude de seu objeto. Alguns juristas defendem a nulidade absoluta por entender que é ilícito a relação poliamorosa. Tartuce, se manifesta em sentido contrário:

[...] não parece haver nulidade absoluta no ato, por suposta ilicitude do objeto (art. 166, inc. II, do CC/2002). Pensamos que a questão não se resolve nesse plano do negócio jurídico, mas na sua eficácia. Em outras palavras, o ato é válido, por apenas representar uma declaração de vontade hígida e sem vícios dos envolvidos, não havendo também qualquer problema no seu objeto. Todavia, pode ele gerar ou não efeitos, o que depende das circunstâncias fáticas e da análise ou não de seu teor pelo Poder Judiciário ou outro órgão competente.<sup>166</sup>

O conselheiro Aloysio Corrêa, em seu voto, se manifestou no sentido de que o poliamor não se confunde com bigamia e nem com a poligamia, pois a lei não a define como ilícito, embora fuja dos padrões monogâmicos. Apesar do objeto, no caso a união poliafetiva, não ser ilícito, a sua equiparação a união estável não tem amparo legal. No entanto, ainda que não seja possível equipará-las à família, não se pode impedir que os envolvidos definam, por meio de escritura pública, os seus direitos e suas obrigações. Sendo assim, enquanto não houver previsão legal

---

<sup>164</sup> TATURCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2011. p. 178

<sup>165</sup> TARTUCE, op. cit., p. 188

<sup>166</sup> TARTUCE, Flávio. **Da escritura pública de união poliafetiva: Breves considerações**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 26 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1210/Da+escritura+p%C3%BAblica+de+uni%C3%A3o+poliafetiva.+Breves+considera%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 27 dez. 2019





específica, está união é considerada sociedade de fato, ficando as partes limitadas, a definir por meio de escritura apenas os efeitos exclusivamente patrimoniais.<sup>167</sup>

Em contrapartida, o conselheiro Luciano Frota, o único com voto divergente, defende que o poliamor não é ilícito pois integra o conceito plural de família disposto no artigo 226 da CF e que a questão deve ser analisada, despida de qualquer valor moral ou convicção religiosa, com o enfoque no respeito à dignidade da pessoa humana e na obrigação do Estado não ingerir na esfera privada dos indivíduos<sup>168</sup>:

[...] não há barreira jurídica para a declaração de união poliafetiva, eis que amparada tanto pelo sistema de liberdades que pauta o nosso Estado Democrático de Direito, quanto pela afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, valores que possibilitaram a releitura do contido no art. 226 da Constituição Federal, admitindo o conceito plural de entidade familiar.<sup>169</sup>

---

<sup>167</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (Plenário). **Pedido de Providência nº 0001459-08.2016.2.00.0000**. PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. (...). Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS. Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protestos de Letras e Títulos de São Vicente-SP e outros. Relator(a): Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 29 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/a76994fe42703dab2c66aad9f04c56a9.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2019. p. 42-48.

<sup>168</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (Plenário). **Pedido de Providência nº 0001459-08.2016.2.00.0000**. PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. (...). Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS. Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protestos de Letras e Títulos de São Vicente-SP e outros. Relator(a): Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 29 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/a76994fe42703dab2c66aad9f04c56a9.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2019. p. 37-38

<sup>169</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (Plenário). **Pedido de Providência nº 0001459-08.2016.2.00.0000**. PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. (...). Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS. Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protestos de Letras e Títulos de São Vicente-SP e outros. Relator(a): Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 29 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/a76994fe42703dab2c66aad9f04c56a9.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2019. p. 39.



A Constituição não proíbe a poliafetividade, nem tampouco contempla a monogamia como princípio estruturante do Direito das Famílias, então, as únicas possíveis barreiras seriam encontradas nas leis ordinárias. Acerca do crime bigamia, segundo Santiago:

[...] foi tipificado com base em valores ultrapassados e que não mais refletem os anseios da família pós-moderna. Não há mais espaço para uma pretensão de obrigatoriedade e universalidade da conduta monogâmica, porque ela vai de encontro a toda tábuaxiológica determinada na Constituição.<sup>170</sup>

Gerson Faustino Rosa e Gisele Mendes Carvalho, em seu artigo Delito de Bigamia e intervenção mínima: O Casamento é, ainda, um Bem Jurídico-Penal?, defendem a descriminalização da bigamia:

[...] uma vez que não há correlação protetora entre a família e a criminalização de tal conduta, pois a presente cominação penal, a pretexto de salvaguardá-la, presta-se somente a segregar a manchar os laços fraternos, uma vez que a polícia e a justiça pouco ou nada têm a contribuir com a formação e reestruturação familiar.<sup>171</sup>

Tanto crime de bigamia quanto o impedimento civil são formas de coibir a traição, preservar o patrimônio dos cônjuges, bem como impor a monogamia e fazer com que o indivíduo se adeque a um padrão socialmente aceito. Além disso, na esfera penal, este crime visa proteger a “fé pública” para evitar fraudes no sistema de registro público<sup>172</sup>. Nesse sentido, Rosa e Carvalho afirmam que:

[...] tanto o matrimônio, como outras formas de união, hãode sempre adaptar-se ao “tipo” legal do casamento, dando ensejo a uma completa inversão de valores, pois prioriza-se uma formalidade em detrimento do homem, criminalizado por não

<sup>170</sup> SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e Direito das Famílias: Reconhecimento e consequências jurídicas**. Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 230

<sup>171</sup> ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. Delito de Bigamia e Intervenção Mínima: O Casamento é, ainda, um bem Jurídico-Penal?. **Revista Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, Brasília, v. 2, 1. ed., p. 556-571, 2016.  
Disponível em:

[https://www.researchgate.net/publication/322621767\\_Delito\\_de\\_Bigamia\\_e\\_Intervencao\\_Minima\\_O\\_Casamento\\_e\\_Ainda\\_um\\_Bem\\_Juridico-Penal](https://www.researchgate.net/publication/322621767_Delito_de_Bigamia_e_Intervencao_Minima_O_Casamento_e_Ainda_um_Bem_Juridico-Penal). Acesso em: 18 dez. 2019. p. 558

<sup>172</sup> ROSA, op. cit., p. 561



amoldar-se a “sociedade disciplinar” da qual sempre “dependemos”, em decorrência de premissa ideológica panóptica.<sup>173</sup>

De acordo com a concepção do advogado José Roberto, a monogamia é apenas um valor e uma conduta moral que varia de gradação e de importância para cada indivíduo, sendo assim a afirmação de que o ordenamento jurídico proíbe expressamente o poliamor é falaciosa<sup>174</sup>. Ele entende que poliamor e a bigamia não se confundem, como pode ser visto no seguinte trecho:

Não há em nosso ordenamento jurídico nenhuma lei que proíba a convivência em poliamor. Poliamor não é bigamia e não pode tal relação ser considerada um ilícito penal porque não há dois casamentos simultâneos. Poliamor também não é uma relação de “uniões estáveis simultâneas ao casamento”, pois nessas relações não há o consentimento, a ciência e a convivência de todos os partícipes em uma mesma relação amorosa. [...] Nosso ordenamento jurídico permite que dois casamentos simultâneos tenham seus efeitos jurídicos reconhecidos quando o segundo casamento é realizado de boa-fé por um ou por ambos os contraentes, nos termos do artigo 1.561 do Código Civil. De outra ponta, o artigo 1.723 permite que uma pessoa casada, mas separada de fato, possa constituir com outra uma união estável. A jurisprudência também tem reconhecido a chamada união estável putativa dando direitos a uniões estáveis simultâneas quando exista a boa-fé e o desconhecimento da relação paralela.<sup>175</sup>

Além do mais, analisando algumas decisões judiciais do STJ, o advogado percebeu que a regra monogâmica foi afastada em alguns casos concretos, com o intuito de conferir direitos iguais a relações familiares simultâneas.<sup>176</sup>

---

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 556

<sup>174</sup> MOREIRA FILHO, José Roberto. Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 29, n. 29, p. 9-57, 29 set. 2018. Disponível em: <http://revistaibdfam.com.br/edicoes/pdf/29>.

Acesso em: 30 dez. 2019. p. 25-30

<sup>175</sup> MOREIRA FILHO, José Roberto. Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 29, n. 29, p. 9-57, 29 set. 2018. Disponível em: <http://revistaibdfam.com.br/edicoes/pdf/29>.

Acesso em: 30 dez. 2019. p. 25-30

<sup>176</sup> MOREIRA FILHO, op. cit., p. 25-30



Vecchiatti defende a constitucionalidade da união poliafetiva e, a fim de corroborar a sua defesa, destaca que:

[...] liberdade não se limita a um conceito puramente legalista/formal, de se fazer tudo que a lei não proíba, conceito este positivado no art. 5º, II, da CF/88, que não é excludente do aqui defendido: leis proibitivas também devem ser analisadas à luz de um conceito ontológico/material de liberdade, como este aqui defendido. Assim, considerando que o fato de as pessoas se unirem em uniões poliafetivas não prejudica ninguém, sendo tema concernente apenas às pessoas que desejam uma tal união conjugal, viola a liberdade destas pessoas uma discriminação estatal contra este legítimo projeto de vida em comum.<sup>177</sup>[...] o Estado não pode discriminar, sob a pecha de “ilegítima”, nenhuma família conjugal formada no mundo dos fatos, a menos que haja um fundamento lógico-racional que justifique perante a isonomia a diferenciação pretendida<sup>178</sup>.

O poliamor sendo entendido ou não como bigamia, o Estado deve rever as normas ordinárias sob a ótica constitucional, pois não é admissível a discriminação união poliafetiva, com base em uma visão puramente moralista e preconceituosa, deixando-as a margem da sociedade sem dar a devida proteção jurídica. Esta conduta estatal é uma forma clara de opressão e de imposição de um ideal monogâmico, que por sua vez, suprime a autonomia e a liberdade do indivíduo de fazer as suas próprias escolhas amorosas<sup>179</sup>, sem que haja um fundamento lógico-racional. Tal conduta viola frontalmente os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, tendo em vista que a negativa não tem respaldo constitucional.

### *3.4.1 A possibilidade de aplicar a mesma interpretação constitucional, utilizada na decisão ADPF 132/RJ e ADI 4277 às uniões poliafetivas*

---

<sup>177</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **União Poliafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida**. Revista Libertas, Ouro Preto-MG, n. 2, v. 2, jul-dez. 2016. Disponível em: <https://www.periodicos.ufop.br/pp/index.php/libertas/article/view/418>. Acesso em: 25 mai. 2019. p. 22.

<sup>178</sup> VECCHIATTI, op. cit., p. 17.

<sup>179</sup> <sup>179</sup> Ibidem, p. 18



Com base na nova concepção constitucional de família e respaldado pelos princípios constitucionais, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4277, em 2011, por votação unânime, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, aplicou as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva à união homoafetiva<sup>180</sup>.

A técnica de interpretação, conforme a Constituição, utilizada para proferir esta decisão foi bastante questionada em razão do artigo 1.723 CC ser uma reprodução muito similar do §3º, do artigo 226 da CF, haja vista que, partindo apenas de interpretação gramatical ou literal do Texto Constitucional, a união estável é reconhecida apenas para casais heterossexuais<sup>181</sup>.

Os Ministros que acompanharam o relator Ayres Britto a respeito da aplicação desta técnica se apoiaram no argumento de que o texto do artigo 226, §3ª CF, não proíbe a união entre pessoas do mesmo sexo, levando em consideração a premissa de que o que não é proibido é permitido. Outro argumento bastante utilizado pela doutrina que serviu de apoio para a maioria dos ministros é de que o artigo 226, §3º, CF, seria uma norma de inclusão, logo, não poderia ser interpretada como forma de excluir deste reconhecimento as uniões entre pessoas do mesmo sexo<sup>182</sup>. Apesar das divergências na fundamentação dos votos, todos os

---

<sup>180</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 1132 Rio de Janeiro**. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. (...). Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimados: Governador de Justiça dos Estados; Relator(a): Min. Ayres Brito. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 14 dez. 2019. p. 6.

<sup>181</sup> EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LACERDA, Danilo Moura. União homoafetiva: uma análise sobre a correção hermenêutica do julgamento da ADPF 132-RJ e ADI 4277-DF. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 191-207, 2018. Disponível em:

<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/4296>. Acesso em: 14 dez. 2019. p. 202-203

<sup>182</sup> EHRHARDT JÚNIOR, op. cit., p. 202-203



entendimentos chegaram ao mesmo resultado, que é submeter a união homoafetiva às regras da união estável<sup>183</sup>.

Esta decisão foi criticada, especialmente entre os constitucionalistas, que acreditam que o ativismo judicial do STF estaria afrontando o princípio da separação dos poderes e com isso usurpando o papel do legislativo. Por outro lado, há entendimento de que o ativismo judicial se justifica em razão da inércia do legislativo, desde que não seja utilizado de forma exacerbada e arbitrária.<sup>184</sup>

Críticas à parte, a questão é que o Pretório Excelso inovou ao romper o paradigma da heteronormatividade, estendendo o alcance e o sentido da norma para abarcar as uniões homoafetivas, no entanto, resta a seguinte dúvida: seria este precedente uma brecha para o rompimento da mononormatividade e, conseqüentemente, o reconhecimento das uniões poliafetivas?

Os fundamentos que embasaram a referida decisão, tais como: direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana; direito à busca da felicidade; direito à intimidade e à privacidade, inciso X do art. 5º da CF; a vedação do tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa, inciso IV, art. 3º, da CF<sup>185</sup>. Todos esses fundamentos servem de sustentação para reconhecimento das uniões poliafetivas.

---

<sup>183</sup> CHAVES, Marianna. **Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 30 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/728/novosite>. Acesso em: 16 dez. 2019

<sup>184</sup> CHAVES, Marianna. **Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 30 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/728/novosite>. Acesso em: 16 dez. 2019.

<sup>185</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 1132 Rio de Janeiro**. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. (...). Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimados: Governador de Justiça dos Estados; Relator(a): Min. Ayres Brito. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em:



Assim como afirmou o Ministro relator Ayres Britto que “as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada[...]”<sup>186</sup>, o mesmo ocorre com as pessoas poliamoristas, pois estas só se sentem realizadas e felizes em uma relação não-monogâmica.

O Conselheiro do CNJ, Luciano Frota se manifestou, em seu voto, no pedido de providência, acerca desta decisão do STF:

É certo que a colenda Corte não tratou especificamente da união poliafetiva, até porque não era esse o objeto das ações analisadas, mas deixou aberta a possibilidade hermenêutica de reconhecimento jurídico desse modelo de relação, sobretudo considerando, como consta dos fundamentos da decisão paradigmática aludida, o entendimento firmado de que os vínculos jurídicos constituidores de entidades familiares se estabelecem pela afetividade, estabilidade e continuidade.<sup>187</sup>

Afinal, então o que de fato impede que esta mesma linha de raciocínio, utilizada na interpretação do STF, também seja utilizada nos casos de união poliafetiva?

---

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 14 dez. 2019. p.2-5

<sup>186</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 1132 Rio de Janeiro**. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. (...). Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimados: Governador de Justiça dos Estados; Relator(a): Min. Ayres Brito. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 14 dez. 2019. p. 14

<sup>187</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (Plenário). **Pedido de Providência nº 0001459-08.2016.2.00.0000**. PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. (...). Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS. Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protestos de Letras e Títulos de São Vicente-SP e outros. Relator(a): Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 29 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/a76994fe42703dab2c66aad9f04c56a9.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2019. p.34.



Bom, o argumento não poderia ser baseado apenas na semântica do texto do artigo 226, §3º, haja vista que a própria Corte quando se apoiou na ideia de que a norma não seria uma negativa de proteção a união entre pessoas do mesmo sexo mesmo fazendo referência ao homem e a mulher<sup>188</sup>, rompeu com as amarras textuais. Logo, a ausência do plural não seria óbice para a proteção das uniões poliafetivas.

Ademais, como afirmado anteriormente, no Brasil a bigamia é proibida por meio de normas ordinárias, que estão dispostas no Código Civil e no Código Penal. Entretanto, partindo do pressuposto que a bigamia e o poliamor são diferentes, então não há no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma proibição a relação poliamorosa.

### **3.5 Da impossibilidade de criação de direitos por meio da escritura pública**

A união estável é um ato-fato jurídico, o qual uma das suas características é justamente a ausência de formalismo e solenidade. Sendo assim, não necessita de uma escritura pública ou formalidade cartorária para sua constituição, basta apenas ter preenchido os requisitos legais dispostos no art. 1.723 do Código Civil para que lhe seja imputado os efeitos jurídicos, ou seja, o que determina a existência ou não da união é a presença dos elementos fáticos. No entanto, os conviventes que assim desejarem, podem optar em fazer um contrato de convivência ou pacto de união estável por meio de instrumento público ou particular. Este contrato serve como marco da existência da união e propicia a regulamentação dos bens.<sup>189</sup>

---

<sup>188</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 1132 Rio de Janeiro**. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. (...). Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimados: Governador de Justiça dos Estados; Relator(a): Min. Ayres Brito. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 14 dez. 2019. p.44

<sup>189</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 614





O objetivo desse ato é assegurar as partes direitos e obrigações a fim de evitar questionamentos futuros, portanto, a escritura pública tem o condão de criar direitos, especialmente patrimoniais. Contudo, não constitui prova absoluta, e em caso de impugnação deste documento, caberá ao judiciário a palavra final se há ou não caracterização de união estável.<sup>190</sup>

### 3.6 Do ônus que terceiros não devem suportar

A respeito deste argumento, o advogado José Roberto lança as seguintes indagações:

Será que uma relação familiar pode ser impedida de proteção jurídica ou de reconhecimento porque terceiros não querem suportar os “ônus” dessa relação? Um casal homossexual poderia ter sua relação familiar negada pelo fato dos pais de um deles não querer ter um genro homossexual? Uma adoção poderia ser negada pelo fato de o pai ou mãe do adotante não querer ter netos? Um seguro de vida poderia negar proteção jurídica ao sobrevivente só pelo fato de viver em união estável com o segurado e o seguro prevê apenas pagamento ao cônjuge?<sup>191</sup>

Partindo do conceito plural de família, a união poliafetiva é uma relação familiar, sendo assim as crenças pessoais, ideologias e opiniões de terceiros não devem ser capazes de impedir a sua proteção jurídica<sup>192</sup> José Roberto assegura que determinadas escolhas dos indivíduos, podem sim impor um ônus a terceiros, ainda que estes não concordem:

Se uma pessoa adota outra, o ascendente do adotante passa a ser ascendente do adotado mesmo que não tenha consentido com a adoção e os filhos do adotante também passam a ser irmãos do adotado mesmo que não tenham interesse nessa relação fraterna, pois a lei não exige o consentimento ou

---

<sup>190</sup> MOREIRA FILHO, José Roberto. Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 29, n. 29, p. 9-57, 29 set. 2018. Disponível em: <http://revistaibdfam.com.br/edicoes/pdf/29>.

Acesso em: 30 dez. 2019. p. 33-36

<sup>191</sup> MOREIRA FILHO, op. cit., p. 24

<sup>192</sup> Ibidem, p. 25.



aceitação deles para o ato. [...] Portanto, as escolhas das pessoas no estabelecimento das suas relações parentais e de filiação afetam terceiros independentemente de quererem ou não suportar os ônus dessas escolhas, revelando-se claramente frágil a argumentação do voto condutor.

Em uma entrevista feita pelo site G1, o trisal Leandro, Thais e Yasmin, relataram que, mesmo após o registro da união, enfrentaram dificuldades burocráticas e uma delas relacionada ao plano de saúde:

Em relação a documentação, conseguimos a inclusão da Yasmin no plano de saúde. Mas eu não consegui a inclusão da Thais. Mas nós vamos procurar os meios legais para isso e tentar adicionar ela. Nós fizemos o pedido administrativo para inclusão das duas. Foi negado. Eu pedi a inclusão de uma e o documento foi aceito normalmente. Se o documento foi aceito para uma, por que não para as duas? Não tem coerência.<sup>193</sup>

Isso demonstra que o ônus imposto a terceiros é recusado de forma arbitrária, em algumas situações, restando, assim, aos conviventes acionar o judiciário em busca da tutela de seus direitos. Portanto, a proibição da lavratura deste documento cria mais barreiras aos poliamoristas, os colocando em posição de desigualdade em relação aos casais monogâmicos.

### 3.7 Da dificuldade de se aplicar as regras que regulam relações monogâmicas à união poliafetiva

A respeito do tratamento jurídico, o Ministro Relator assevera que:

[...]existe certa dificuldade para aplicação analógica das regras que regulam relações monogâmicas às “uniões poliafetivas”. A regulação da vida amorosa plural não pode ser comparada à da vida amorosa em dupla por ser aquela mais complexa e sujeita a mais conflitos, dada a maior quantidade de vínculos.<sup>194</sup>

---

<sup>193</sup> RODRIGUES, Matheus. **Dois anos após conseguir o registro da união poliafetiva, trio do Rio ainda enfrenta problemas burocráticos**. Rio de Janeiro, 05 de julho de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/dois-anos-apos-conseguir-o-registro-da-uniao-poliafetiva-trio-do-rio-ainda-enfrenta-problemas-burocraticos.ghtml>. Acesso em: 01 ago. 2019

<sup>194</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (Plenário). **Pedido de Providência nº 0001459-08.2016.2.00.0000**. PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA.



Negar efeitos jurídicos às uniões poliafetivas, com base nesta argumentação, segundo José Roberto, é o mesmo que “confessar que o Direito não pode amoldar-se às novas realidades e nem criar regras próprias e inatas a essas relações familiares”<sup>195</sup>. Além disso, essa dificuldade, apontado pelo douto Relator, deveria ser uma justificativa para incentivar a lavratura de escrituras públicas e não o contrário, pois este instrumento poderia solucionar questões jurídicas que não seriam resolvidas por meio da analogia.<sup>196</sup>

O objetivo de amparar juridicamente os partícipes deste tipo de relação é evitar um prejuízo pessoal, patrimonial e o enriquecimento ilícito de um ou de alguns dos conviventes. Na mesma linha de inteligência, Maria Berenice Dias expõe as implicações geradas com a negativa da existência das famílias poliafetivas:

Negar a existência de famílias poliafetivas como entidade familiar é simplesmente impor a exclusão de todos os direitos no âmbito do direito das famílias e sucessório. Pelo jeito, nenhum de seus integrantes poderia receber alimentos, herdar, ter participação sobre os bens adquiridos em comum. Nem seria sequer possível invocar o direito societário com o reconhecimento de uma sociedade de fato, partilhando-se os bens adquiridos na sua constância, mediante a prova da participação efetiva na constituição do acervo patrimonial.<sup>197</sup>

---

ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. (...). Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS. Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protestos de Letras e Títulos de São Vicente-SP e outros. Relator(a): Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 29 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/a76994fe42703dab2c66aad9f04c56a9.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019. p. 10

<sup>195</sup> MOREIRA FILHO, José Roberto. Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 29, n. 29, p. 9-57, 29 set. 2018. Disponível em: <http://revistaibdfam.com.br/edicoes/pdf/29>.

Acesso em: 30 dez. 2019. p. 25.

<sup>196</sup> MOREIRA FILHO, José Roberto. Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 29, n. 29, p. 9-57, 29 set. 2018. Disponível em: <http://revistaibdfam.com.br/edicoes/pdf/29>. Acesso em: 30 dez. 2019. p. 25-26

<sup>197</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 455.



Para se chegar a conclusão da possibilidade ou não da aplicação analógica das regras que regulam relação monogâmica à união poliafetiva, é necessário que seja analisado o caso concreto, todavia, será demonstrado neste trabalho a aplicabilidade das normas a algumas situações jurídicas, bem como as possíveis adaptações que podem ser feitas para alcançar a igualdade entre os conviventes.

### *3.7.1 Pensão alimentícia entre os conviventes*

A primeira questão a ser tratada é relacionada a prestação de alimentos entre cônjuges ou companheiros, o art. 1.694 do Código Civil, dispõe:

Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.<sup>198</sup>

A norma determina que é necessário verificar a presença do binômio necessidade- possibilidade para que seja imposta a obrigação de prestar alimentos entre cônjuges ou companheiros. De acordo com os ensinamentos do advogado José Roberto, essa regra pode ser aplicada por analogia a união poliafetiva, gerando a obrigação recíproca entre os conviventes de prestar alimentos para aquele(s) que está impossibilitado(s) de trabalhar e nem pode auferir renda para si próprio, e isso também se estende aos alimentos compensatórios ou indenizatórios<sup>199</sup>:

Na questão de alimentos entre os conviventes poderemos ter uma relação obrigacional entre dois ou mais conviventes devedores de pensão alimentícia em relação ao terceiro

---

<sup>198</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 29 jan. 2020.

<sup>199</sup> MOREIRA FILHO, José Roberto. Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 29, n. 29, p. 9-57, 29 set. 2018. Disponível em: <http://revistaibdfam.com.br/edicoes/pdf/29>. Acesso em: 30 dez. 2019. p. 40.



convivente necessitado, bem como poderemos ter dois ou mais credores de alimentos em face de um dos conviventes mais abastado ou com recursos financeiros. O valor da pensão devida seria, logicamente, proporcional aos recursos e rendas da pessoa obrigada e na proporção das necessidades de quem pleiteia, sendo que o Superior Tribunal de Justiça já tem entendimento consolidado de que a pensão entre cônjuges e companheiros é, em regra, excepcional e temporária.<sup>200</sup>

### 3.7.2 Partilha de bens em vida

A segunda questão, não menos importante, diz respeito aos efeitos patrimoniais decorrentes de uma união. A “meação” é a forma clássica de partilha de bens adotada pelo Código Civil, esse termo se refere a metade ideal do patrimônio comum do casal atribuída a cada um dos cônjuges ou companheiros, conforme o regime de bens adotado. No entanto, esse modelo não se mostrou adequado para sanar a grande problemática envolvendo relações simultâneas e a partilha de bens.

É fato que a maior parte das decisões judiciais proferidas pelos tribunais brasileiros são contrárias ao reconhecimento das uniões paralelas e negam efeitos patrimoniais<sup>201</sup>, entretanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a fim de dirimir estas questões, com base no princípio da igualdade, aplicou um novo modelo de partilha patrimonial a “triação de bens”. Esta expressão foi cunhada pela primeira vez em uma decisão proferida no ano de 2005, pela Oitava Câmara Cível do TJRS, na apelação Cível nº 70011258605, a qual foi reconhecido a união estável dúplice e estabelecido a divisão do patrimônio, adquirido na constância da união, em três partes iguais, assegurando a companheira o direito a 1/3 dos bens<sup>202</sup>:

APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL.  
PROVA. MEAÇÃO. “TRIAÇÃO”. SUCESSÃO. PROVA DO  
PERÍODO DE UNIÃO E UNIÃO

<sup>200</sup> MOREIRA FILHO, op. cit., p. 43

<sup>201</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>202</sup> CUNHA, Danielle. **Triação de bens**. JusBrasil, 2016. Disponível em: <https://daniellebcunha.jusbrasil.com.br/artigos/317193778/triacao-de-bens>. Acesso em: 30 jan. 2020



DÚPLICE A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus em período concomitante a outra união estável também vivida pelo de cujus. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO (TRIAÇÃO) Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o de cujus. Meação que se transmuda em “Triação”, pela duplicidade de uniões. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. POR MAIORIA. (TJRS).

Apelação Cível, Nº 70011258605, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alfredo Guilherme Englert, Redator: Rui Portanova, Julgado em: 25-08-2005).<sup>203</sup>

O desembargador Rui Portanova, em seu voto, justifica aplicação da triação no caso concreto:

Quando se trata de uma união está consagrada o uso da palavra “meação”. Contudo, como estamos diante de uma divisão por três estou utilizando a palavra “triação”. Com efeito, não pode haver divisão pelo “meio” que dá origem à palavra “meação”. A presente decisão, em face da peculiaridade, fará uma divisão por três. Logo, “triação”<sup>204</sup>.

A mesma solução dada às relações paralelas poderia se estender às uniões poliafetivas, isto é, na ausência de um contrato escrito que regule questões patrimoniais, aplica-se, por analogia, as regras inerentes ao regime de comunhão parcial de bens, dispostas nos artigos 1.658 e 1.725 do Código Civil. Portanto, os bens

---

<sup>203</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Oitava Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70011258605**. APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO E OUTRA UNIÃO ESTÁVEL. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE. PARTILHA DE BENS. MEAÇÃO.

“TRIAÇÃO”. ALIMENTOS. Relator(a): Des. Rui Portanova. Porto Alegre, 07 de agosto de 2008. Disponível em: [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br). Acesso em: 02 fev. 2020

<sup>204</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Oitava Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70011258605**. APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO E OUTRA UNIÃO ESTÁVEL. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE. PARTILHA DE BENS. MEAÇÃO.

“TRIAÇÃO”. ALIMENTOS. Relator(a): Des. Rui Portanova. Porto Alegre, 07 de agosto de 2008. Disponível em: [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br). Acesso em: 02 fev. 2020, p. 18



adquiridos na constância da união haveria a possibilidade de triação ou de divisão pelo número de envolvidos na relação.<sup>205</sup>

É importante salientar, nas palavras de José Roberto:

Não se trata aqui de uniões estáveis paralelas ou de famílias paralelas cuja partilha de bens já vem sendo indeferida pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a alegação da impossibilidade de constituição de união estável quando um dos conviventes ainda porta a condição de casado de fato e de direito, mas de uma entidade familiar poliamorista, em que existe uma relação de convivência, de respeito e de aceitação por todos os envolvidos que objetivam a constituição de um núcleo familiar único.<sup>206</sup>

### 3.7.3 *Direito sucessório*

Outra situação também de extrema relevância, talvez a mais polêmica no meio jurídico, é referente ao direito sucessório. Antes de aprofundar na discussão da possível aplicação das regras sucessórias às uniões poliafetivas, é necessário frisar que o STF, em maio de 2017, no julgamento dos Recursos Extraordinários 646721 e 878694, ambos com repercussão geral, declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e determinou a aplicação do artigo 1.829 do Código Civil à união estável, logo, equiparou a participação do companheiro e do cônjuge na sucessão hereditária. Apesar da divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito

---

<sup>205</sup> MOREIRA FILHO, José Roberto. Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 29, n. 29, p. 9-57, 29 set. 2018. Disponível em: <http://revistaibdfam.com.br/edicoes/pdf/29>. Acesso em: 30 dez. 2019. p. 48

<sup>206</sup> MOREIRA FILHO, José Roberto. Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 29, n. 29, p. 9-57, 29 set. 2018. Disponível em: <http://revistaibdfam.com.br/edicoes/pdf/29>. Acesso em: 30 dez. 2019. p. 44



deste julgado e sua extensão, prevalece a posição de que, assim como o cônjuge, o companheiro é herdeiro necessário<sup>207</sup>.

Em uma análise feita pelo advogado José Roberto em sua obra intitulada Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões, demonstrou a possibilidade e a dificuldade de se aplicar, por analogia, as regras do direito sucessório à união poliafetiva.

O artigo 1.829 do Código Civil estabelece a ordem de vocação hereditária, determinando que a primeira classe a ser chamada é a dos descendentes, com a concorrência do cônjuge ou companheiro, desde que não esteja casado com o autor da herança no regime de comunhão universal de bens ou no regime de separação obrigatória, ou ainda no regime de comunhão parcial e o de cujus não tenha deixado bens particulares. Na falta dos descendentes, a herança caberá aos herdeiros de segunda classe, isto é, aos ascendentes, em concorrência com cônjuge ou companheiro, independente do regime de bens adotado pelo casal. Se não houver descendentes e nem ascendentes, a totalidade da herança caberá ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente<sup>208</sup>.

Dessa forma, na união poliafetiva estabelecida sob o regime de comunhão parcial de bens, a concorrência dos companheiros sobreviventes com os descendentes vai depender da existência de bens particulares deixados pelo de cujus. Caso a relação seja, por exemplo, entre três pessoas, a forma de partilha será por triação, sendo assim, com relação ao patrimônio comum, dois terços irá pertencer

---

<sup>207</sup> ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Equiparação de cônjuge e companheiro na sucessão ainda gera polêmica e promove o debate.** Belo Horizonte, 14 de novembro de 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6813>. Acesso em: 04 fev. 2020

<sup>208</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 31 ago. 2019.





aos dois companheiros(as) sobreviventes e um terço será dividido igualmente entre os filhos<sup>209</sup>.

Na hipótese de todos os bens do de cujus terem sido adquiridos antes do início da relação poliamorista, advogado José Roberto dá a seguinte solução:

[...] os conviventes sobreviventes não teriam direito de triação, em face da inexistência de bens comuns, salvo estipulação de regime de bens em contrário, mas dividiriam a herança em igualdade de condições com os descendentes do finado como se fossem apenas uma cabeça e a quota-parte cabível a essa cabeça seria dividida em tantas partes quantos fossem os conviventes poliamoristas sobreviventes. Portanto, se o finado deixou 3 filhos e duas companheiras, a sua herança, toda ela particular, seria dividida em quatro partes, sendo uma para cada um dos filhos e a quarta parte dividida entre as duas companheiras.<sup>210</sup>

O advogado José Roberto afirma que a maior complexidade estaria na hipótese de a partilha envolver bens que foram adquiridos antes e após formação da união poliafetiva:

Se por exemplo, um casal numa relação tradicional houvesse adquirido um imóvel em comum e se depois dessa aquisição resolvesse viver uma relação de poliamor com uma terceira pessoa, e se durante essa nova relação houvesse adquirido um outro imóvel. Nesse caso, teríamos uma situação difícil de ser resolvida pelas regras atuais do direito sucessório, pois para a primeira convivente todos os bens seriam adquiridos onerosamente durante o relacionamento e, portanto, com a morte do companheiro essa pessoa seria somente meeira desses bens e não teria direito algum à herança por força do que dispõe o artigo 1.829, I, do Código Civil, e para a segunda convivente ela teria a triação do imóvel adquirido durante a convivência em poliamor e teria, ainda, o direito de concorrer com eventuais descendentes no imóvel que foi primeiramente adquirido e que para ela seria considerado como herança particular. Ocorre que teríamos um tratamento totalmente

---

<sup>209</sup> MOREIRA FILHO, José Roberto. Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 29, n. 29, p. 9-57, 29 set. 2018. Disponível em: <http://revistaibdfam.com.br/edicoes/pdf/29>. Acesso em: 30 dez. 2019. p. 48

<sup>210</sup> MOREIRA FILHO, op. cit., p. 48



desigual entre as duas companheiras que portariam, em tese, a igualdade de direitos sucessórios.<sup>211</sup>

Então, de acordo com a sua visão, o impasse poderia ser resolvido de duas formas: ou dividiria igualmente a herança particular entre as duas companheiras; ou negaria a ambas o direito de concorrer com os descendentes, assim não haveria desigualdade.<sup>212</sup>

Quanto a concorrência com os ascendentes de 1º grau, o artigo 1.837 do Código Civil dispõe que o cônjuge terá direito a um terço da herança; se concorre com um só ascendente, ou maior for aquele grau, caberá ao cônjuge a metade da herança<sup>213</sup>. Em relação a concorrência dos conviventes da relação poliafetiva com os ascendentes de 1º grau, o advogado Jose Roberto, apresenta duas soluções:

[...]ou os conviventes sobreviventes assumiriam a posição jurídica do cônjuge ou companheiro sobrevivente como se fossem uma única cabeça e, ao final, dividiriam entre si o quinhão hereditário ou seriam considerados de forma individualizada e receberiam o mesmo quinhão cabível ao pai e a mãe do de cujus, ou seja, se uma pessoa falece e deixa seus dois companheiros sobreviventes e também seus dois ascendentes de 1º grau, a herança seria dividida um terço para o pai, um terço para a mãe e um terço para os dois conviventes sobreviventes ou seria dividida em quatro quotas iguais.<sup>214</sup>

Se a concorrência fosse apenas com um dos ascendentes de 1º grau, também vislumbra duas possibilidades:

[...]ou se aplicaria a regra do artigo 1.837 do Código Civil e se daria metade para o ascendente de 1º grau sobrevivente e a outra metade seria dividida igualmente entre os conviventes sobreviventes ou se dividiria a herança entre todos os sobreviventes, ou seja, se restarem dois conviventes

---

<sup>211</sup> MOREIRA FILHO, José Roberto. Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 29, n. 29, p. 9-57, 29 set. 2018. Disponível em: <http://revistaibdfam.com.br/edicoes/pdf/29>.

Acesso em: 30 dez. 2019, p. 49

<sup>212</sup> MOREIRA FILHO, op. cit., p. 49

<sup>213</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 31 ago. 2019

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 49



sobreviventes e um ascendente de 1º grau a herança seria dividida em três partes iguais.<sup>215</sup>

Na hipótese de concorrência dos companheiros sobreviventes com as ascendentes de 2º grau, o advogado José Roberto defende que herança seja dividida em duas partes, uma metade caberá aos ascendentes, que a dividiriam em linha, e a outra metade seria dividida entre os conviventes.<sup>216</sup>

E por fim, na falta de ascendentes chama-se a penúltima classe que é a do cônjuge ou companheiro sobrevivente. No caso em tela que envolve vários companheiros, a herança seria dividida, na integralidade, em partes iguais entre os sobreviventes, sem prejuízo a meação ou aquestos.<sup>217</sup>

Em suma, a tentativa de se aplicar as atuais regras sucessórias será uma tarefa mais difícil, tendo em vista que em relação à ordem de vocação hereditária na legislação não há previsão da existência de mais de um cônjuge ou companheiro do autor da herança. Conforme os ensinamentos do advogado José Roberto, há duas formas de sanar este problema<sup>218</sup>:

[...]ou os conviventes sobreviventes serão encarados como se fossem uma única cabeça com partilha do quinhão cabível igualmente entre eles ou serão considerados de forma individualizada e em concorrência com os descendentes e ascendentes<sup>219</sup>.

Portanto, o reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar deve ser feito com base no princípio da igualdade para que seja assegurado direitos sucessórios igualitários a todos os conviventes sobreviventes.

---

<sup>215</sup> Idem, p. 50.

<sup>216</sup> Idem. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 29, n. 29, p. 9-57, 29 set. 2018. Disponível

em: <http://revistaibdfam.com.br/edicoes/pdf/29>. Acesso em: 30 dez. 2019. p. 50

<sup>217</sup> MOREIRA FILHO, José Roberto. Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 29, n. 29, p. 9-57, 29 set. 2018. Disponível em: <http://revistaibdfam.com.br/edicoes/pdf/29>.

Acesso em: 30 dez. 2019. p. 50

<sup>218</sup> MOREIRA FILHO, op. cit., p.52

<sup>219</sup> Ibidem, p. 50



### 3.7.4 Filiação e guarda

As questões que dizem respeito aos filhos provenientes de uma relação poliafetiva também são extremamente importantes e devem ser tratadas com mais cautela, já que envolve uma pluralidade paterna e/ou materna.

Com o acolhimento da tese de multiparentalidade pelo judiciário pátrio, abriu-se a possibilidade jurídica da coexistência dos vínculos biológico e afetivo, ou seja, o estabelecimento de duplo vínculo materno e/ou paterno em relação ao mesmo indivíduo, gerando direitos e obrigações recíprocos, sem qualquer hierarquia entre os pais ou mães<sup>220</sup>. Esta tese é perfeitamente aplicável a filhos frutos de uma união poliafetiva.

Em caso de divergências entre os conviventes a respeito do exercício do poder familiar, caberá ao juiz dirimir, assim conforme disposto no artigo 1.631 do Código Civil<sup>221</sup>:

Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.<sup>222</sup>

Quanto à definição de guarda e convivência, segundo o advogado José Roberto:

---

<sup>220</sup> ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DO TJDF. **A multiparentalidade traz todas as implicações inerentes à filiação, com deveres e direitos recíprocos.** Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, outubro de 2019. Disponível em:

<https://www.tjdf.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/entrevistas/2019/a-multiparentalidade-traz-todas-as-implicacoes-inerentes-a-filiacao-com-deveres-e-direitos-reciprocoss-qualquer-hierarquia>. Acesso em: 29 jan. 2020

<sup>221</sup> MOREIRA FILHO, José Roberto. Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 29, n. 29, p. 9-57, 29 set. 2018. Disponível em: <http://revistaibdfam.com.br/edicoes/pdf/29>. Acesso em: 30 dez. 2019. p. 25

<sup>222</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 31 ago. 2019



[...]devem ser tomadas com base na análise do caso concreto, em que se definirá o melhor modelo de exercício da guarda e como será realizada a convivência entre os filhos e seus genitores. Não havendo litígio no exercício da guarda e da convivência apurar-se-á o que ficar decidido entre os conviventes, cabendo ao juiz homologar a transação caso convergente com o melhor interesse dos filhos. Em caso de litígio, a guarda e a convivência devem ser definidas após a efetiva realização de um estudo biopsicossocial que apurará qual o melhor modelo a ser adotado no caso concreto.<sup>223</sup>

Todas questões que diz respeito a guarda, filiação e poder familiar sempre serão resolvidas de acordo com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e com as normas dispostas na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Apesar de não existir uma previsão da multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro, o seu reconhecimento demonstra que o direito deve acompanhar o dinamismo social, buscando a adequação da norma jurídica à realidade.

Vale ressaltar que no Brasil, apesar de ter sido negado efeitos à união poliafetiva, segundo informações do site Folha de São Paulo um trisal conseguiu realizar o registro constando os nomes dos dois pais e da mãe, bem como dos seis avós.<sup>224</sup>

E no Canadá, de acordo com o site IBDFAM, as relações poliamorosas são legais e inclusive, um tribunal da província de *Newfoundland and Labrador* reconheceu três pessoas como os pais legais de uma criança nascida dentro de uma família poliafetiva. Segundo o entendimento do Juiz Robert Fowler, da divisão familiar da Suprema Corte de *Newfoundland and Labrador*: “A sociedade está mudando continuamente e as estruturas familiares estão mudando junto com ela” e

---

<sup>223</sup> MOREIRA FILHO, op. cit., p. 40

<sup>224</sup> AMÂNCIO, Thiago. **Com 2 homens e uma mulher, ‘trisal’ deixa o país após decisão do CNJ.** Folha de S. Paulo, 20 de julho de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/07/com-2-homens-e-uma-mulher-trisal-deixa-o-pais-apos-decisao-do-cnj.shtml>. Acesso em: 7 fev. 2020



acrescenta "isso deve ser reconhecido como uma realidade e não como um prejuízo para os melhores interesses da criança."<sup>225</sup>

Em vista dos argumentos apresentados neste capítulo, entende-se que nenhum dos fundamentos utilizados pelo Relator são plausíveis, uma vez que carece de amparo constitucional.

#### 4 A REPERCUSSÃO DA DECISÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O tema poliamor é bastante controverso entre os especialistas em direito de família e alguns deles reagiram a decisão do Conselho Nacional de Justiça a respeito da proibição da lavratura das escrituras de união poliafetiva.

A advogada e Presidente da ADFAS, Regina Tavares, acredita que essa decisão é uma vitória para sociedade, dado que o poliamor não tem sustentabilidade legal. Ademais defende que este tipo de relacionamento “gera efeitos nefastos para a integridade dos membros da família e, por conseguinte, para a sociedade, como, por exemplo, o aumento da desigualdade de gênero”.<sup>226</sup>

Por outro lado, a Vice-Presidente do IBDFAM, Maria Berenice Dias, entende que a decisão vai em sentido contrário a todos os avanços que vêm acontecendo neste século:

O significado do julgamento é uma sentença de reprovabilidade com relação a algo que existe, sempre existiu e vai continuar existindo, com escritura pública ou sem escritura pública. No momento em que tais situações baterem às portas do Poder Judiciário caberá à Justiça dizer se existirão

---

<sup>225</sup> ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Família poliafetiva e especialistas reagem à decisão do CNJ.** Belo Horizonte, 23 de junho de 2018.

Disponível em:  
<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6674/Fam%C3%ADlia+poliafetiva+e+especialistas+reagem+%C3%A0+de+cis%C3%A3o+do+CNJ>. Acesso em: 17 jul. 2019

<sup>226</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Em defesa da família.** Estadão, 20 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/em-defesa-da-familia/>. Acesso em: 30 jul. 2019



efeitos jurídicos daquela manifestação. É de lastimar que órgão administrativo maior do Poder Judiciário tenha uma visão tão conservadora da sociedade de fato, como ela é.<sup>227</sup>

Neste mesmo sentido, o advogado e Presidente do IBDFAM, Rodrigo da Cunha Pereira sustenta que a decisão do CNJ representa um retrocesso, além de permitir que as injustiças históricas no Direito de Família continue se repetindo<sup>228</sup> e, em suas sábias palavras, proclama:

O Direito funciona como um sistema de limites e freios e é também um instrumento ideológico de inclusão e exclusão de pessoas no laço social. Ele sempre se pautou por uma moral religiosa e seus dogmas, para sustentar, inclusive relações de poder e de dominação. E agora, o CNJ repete fato histórico semelhante ao da ilegitimação de filhos. As uniões poliafetivas existem no mundo fático, mas não podem existir no jurídico. É como se dissesse: fechem os olhos para esta realidade pois ela afronta a moral e os bons costumes. Este importante órgão da justiça parece não querer enxergar que proibir de se lavrar escrituras de três ou mais pessoas vivendo juntas numa relação amorosa não vai fazer com que as pessoas deixem de viver desta forma<sup>229</sup>.

O diretor nacional do IBDFAM, o advogado Marcos Alves da Silva, analisa a decisão:

Ora, como se pode proibir a lavratura de uma escritura pública de qualquer tipo de declaração? Não faz sentido essa proibição. Isso simbolicamente significa um retrocesso. Um ato dessa natureza está eivado de inconstitucionalidade.<sup>230</sup>

---

<sup>227</sup> ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Família poliafetiva e especialistas reagem à decisão do CNJ.** Belo Horizonte, 23 de junho de 2018. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6674/Fam%C3%ADlia+poliafetiva+e+especialistas+reagem+%C3%A0+de+cis%C3%A3o+do+CNJ>. Acesso em: 17 jul. 2019

<sup>228</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **CNJ decide pela proibição do registro de escrituras públicas de uniões poliafetivas.** Rodrigo da Cunha Pereira, 27 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/cnj-decide-pela-proibicao-registro-de-escrituras-publicas-de-unioes-poliafetivas/>. Acesso em: 30 dez. 2019

<sup>229</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Uniões poliafetivas, liberdade e Estado laico.** Consultor Jurídico, 01 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-01/unioes-poliafetivas-liberdade-estado-laico>. Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>230</sup> ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Família poliafetiva e especialistas reagem à decisão do CNJ.** Belo Horizonte, 23 de junho de 2018. Disponível em:



A Tabelaia, Fernanda de Freitas Leitão, também entende que a decisão representa um retrocesso, pois a união poliafetiva é uma realidade social, sendo um novo formato familiar, a qual “converge perfeitamente com as decisões do Supremo Tribunal Federal exaradas na ADI nº 4.277, na ADPF nº 132”.<sup>231</sup>

De acordo com advogado José Roberto a decisão é questionável do ponto de vista jurídico, visto que o CNJ extrapolou as suas competências ao adentrar no mérito da ilicitude das uniões poliafetivas, na medida em que compete a este apenas regular os atos das serventias extrajudiciais.<sup>232</sup>

Em contrapartida, o relator do processo, o ministro João Otávio de Noronha, reconhece que as competências estabelecidas na Constituição Federal do CNJ estão limitadas apenas ao controle administrativo. Segundo o relator o objetivo do julgamento não é discutir a possibilidade ou não da união poliafetiva, apenas visa normatizar os atos dos cartórios para que estes estejam em consonância com a lei.<sup>233</sup>

O Conselho Nacional de Justiça é um órgão exclusivamente administrativo e suas decisões não tem natureza jurisdicional, sendo assim, não cabe a este discutir o mérito da licitude ou efeitos desta relação, compete a justiça comum fazer qualquer

---

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6674/Fam%C3%ADlia+poliafetiva+e+especialistas+reagem+%C3%A0+de+cis%C3%A3o+do+CNJ>. Acesso em: 17 jul. 2019.

<sup>231</sup> ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Família poliafetiva e especialistas reagem à decisão do CNJ**. Belo Horizonte, 23 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6674/Fam%C3%ADlia+poliafetiva+e+especialistas+reagem+%C3%A0+de+cis%C3%A3o+do+CNJ>. Acesso em: 17 jul. 2019.

<sup>232</sup> ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Famílias simultâneas e o poliamor: um dos destaques do Congresso Internacional do IBDFAM, em Búzios**. Belo Horizonte, 01 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6710/Fam%C3%ADlias+simult%C3%A2neas+e+o+poliamor%3A+um+dos+destaques+do+Congresso+Internacional+do+IBDFAM%2C+em+B%C3%BAzios>. Acesso em: 05 ago. 2019

<sup>233</sup> MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas**. Agência CNJ de Notícias, 26 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas/>. Acesso em: 22 jan. 2020





juízo de valor e definir contornos e os efeitos jurídicos dessas declarações de vontade.<sup>234</sup>

Em 2018, após a resolução do CNJ, o site Folha de São Paulo publicou uma matéria, a qual relata a história de uma família que não teve outra opção senão sair do seu próprio país e ir em busca de aceitação e de reconhecimento em outro lugar. Juntos há 11 anos e com uma filha, o trisal, Kelly, Rafael e Luiz Carlos, iriam tentar registrar a união estável a três, contudo, com a decisão do CNJ seus planos foram frustrados decidiram, então, se mudar para o Uruguai. De acordo com as informações do site, mais famílias poliafetivas pretendem sair do Brasil.

Para os poliafetivos a possibilidade que surgiu, em 2012, de registrar a união seria o primeiro passo para finalmente obterem o reconhecimento de seus direitos, entretanto, a referida decisão gerou um impacto negativo em suas vidas e, o que seria uma conquista, se transformou em uma derrota.

## CONCLUSÃO

No Brasil, desde o início dos anos 2000, com o auxílio das redes sociais, a discussão acerca das relações poliamoristas e seus ideais vêm ganhando grandes proporções, inclusive se tornou objeto de vários estudos acadêmicos na área jurídica e também da psicologia. Em 2012, com o surgimento das escrituras públicas declaratórias de união poliafetiva os debates se intensificaram ainda mais, causando divergência no meio jurídico a respeito da legalidade desta união. Em 2018, após seis anos da primeira lavratura da escritura pública, a relação poliafetiva protagonizou mais uma discussão, mas dessa vez dentro do plenário do Conselho Nacional de Justiça, o que foi determinante para as famílias poliafetivas.

---

<sup>234</sup> MOREIRA FILHO, José Roberto. Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 29, n. 29, p. 9-57, 29 set. 2018. Disponível em: <http://revistaibdfam.com.br/edicoes/pdf/29>. Acesso em: 30 dez. 2019. p. 39



O propósito deste trabalho é contribuir para a ampliação do debate desse tema no âmbito acadêmico, de modo que venha causar reflexão acerca da importância do reconhecimento e da valorização da diversidade dos arranjos familiares e, principalmente, defender que Estado conceda o tratamento igualitário à família poliafetiva.

O objetivo geral proposto deste estudo é desenvolver uma análise crítica dos fundamentos que embasaram a decisão do Conselho Nacional de Justiça e, para alcançá-lo, foram traçados objetivos específicos.

O primeiro objetivo é apresentar um conceito amplo que abarque todos os arranjos familiares e, para atingi-lo, no primeiro capítulo, foi necessário fazer um breve relato histórico das famílias romanas, canônicas e germânicas, tendo em vista que estas exerceram forte influência no direito das famílias, para posteriormente trazer à tona alguns avanços que ocorrerão no ordenamento jurídico brasileiro diante das transformações sociais.

Foi constatado que o modelo dito tradicional que vigorou no Brasil por muitos anos até o advento da Constituição Federal de 1988, não correspondia às estruturas familiares encontradas na sociedade. Este modelo muito se aproximava da família romana, também em virtude da influência religiosa, havia resquícios do direito canônico. Antes o matrimônio possuía as seguintes características: indissolúvel, sacramental, patriarcal, heteroaferivo e monogâmico. No entanto, com as mudanças sociais, principalmente com a ascensão da mulher e a conquista de sua autonomia, ocorreu, ainda que de forma lenta, a evolução normativa e cada uma desses aspectos foram sendo abandonadas, menos o caráter monogâmico que ainda está presente no direito brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 proporcionou ao Direito das Famílias inovações significativas, sendo uma delas a elevação de seus princípios basilares ao nível constitucional. Alguns deles foram explorados neste trabalho por serem os



sustentáculos da atual família contemporânea democrática como: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, o princípio da solidariedade familiar, o princípio da afetividade, o princípio da pluralidade das entidades familiares, o princípio da autonomia e da liberdade, o princípio da mínima intervenção estatal na família e o princípio da proibição do retrocesso social.

Por meio da interpretação sistemática desses princípios constitucionais pode-se compreender que o rol apresentado pelo artigo 226 da CF não é taxativo, surge, então, um novo conceito de família - plural, isonômica, afetiva, solidária - que abarca todos os modelos familiares que estejam centrados na dignidade da pessoa humana e na solidariedade familiar, bem como calcados na cooperação e no respeito, visando a realização plena de seus integrantes.

Mesmo diante dessa nova visão ampliada da concepção de família, o Estado insiste em não tutelar as uniões poliafetivas, então, diante da falta de previsão de normas que as regulem, os conviventes recorreram às escrituras públicas, a fim de declarar a existência da união e definir alguns direitos. No capítulo dois, além de abordar a respeito da origem das escrituras, mostrou quais eram os principais efeitos pretendidos, sendo estes: regularizar questões previdenciárias, incluir todos os companheiros no plano de saúde e estabelecer um regime de bens.

No entanto, essas escrituras causaram divergência no meio jurídico em razão da suposta ilicitude do objeto. A Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS formulou o pedido de providência, nº 0001459-08.2016.2.00.0000, a qual sustentou a inconstitucionalidade na lavratura da escritura pública; a ineficácia jurídica do ato; a violação dos princípios familiares básicos, da dignidade da pessoa humana, das regras constitucionais sobre a família, das leis civis e também da moral e dos bons costumes. E, em 2018, o plenário do CNJ, por maioria dos votos, julgou procedente o pedido.



Diante desse cenário, o capítulo três analisa os fundamentos que sustentaram a proibição da lavratura das escrituras públicas, buscando alcançar os demais objetivos específicos tais como: esclarecer o conceito e as características do poliamor a fim de causar reflexão a respeito desta nova entidade familiar e, conseqüentemente, desconstruir o preconceito e os estereótipos; romper com o paradigma monogâmico; analisar, sob a ótica constitucional, a licitude destas uniões e a validade das escrituras públicas; e, por último, de forma breve e sucinta, apresentar a possibilidade de aplicação analógica de algumas das regras atuais que regulam o casamento e a união estável, à uniões poliafetivas.

Levando em consideração todos os aspectos analisados referentes ao poliamor, conclui-se que, diferente das relações decorrentes de uma traição, existe honestidade, conhecimento e o consentimento de todos os parceiros. Os pilares da polifidelidade são: o amor livre, a responsabilidade, a compersão, o respeito à individualidade, a liberdade sexual, a equidade de gênero, o diálogo. Reunindo todos esses aspectos mais a convivência pública, contínua e duradoura e o objetivo de constituir família, surge uma entidade familiar.

No Brasil, as redes sociais, os sites e os blogs possibilitaram a ampliação do debate e a difusão do tema poliamor. A medida que contribui para propagação de informações a respeito de como funciona a dinâmica de uma relação poliafetiva, esses instrumentos de comunicação exercem um papel fundamental no esclarecimento das pessoas não adeptas a poliafetividade, e assim, ajudam a desconstruir o preconceito e os estereótipos, bem como combater as reações de repúdio. Claro que essa desconstrução é um processo longo, e não só os debates sociais serão fundamentais neste processo, mas também a atuação estatal, uma vez que tutelada estas uniões será concedido o status de família e isto de certa forma imporá mais respeito.

No tocante a monogamia entende-se que é uma construção cultural, portanto, não é inerente a natureza humana, considerando que na sociedade primitiva os



homens praticavam a poligamia e as mulheres poliandria. O surgimento do regime monogâmico está intimamente ligada à concentração de riquezas nas mãos dos homens e foi difundido na tradição ocidental, principalmente, em razão da influência dos valores religiosos. Quando Igreja Católica detinha o poder sobre o matrimônio impôs o regime monogâmico heterossexual. Como apontado neste trabalho, a monogamia apesar de ser vigente em muitas sociedades há uma ocorrência regular de casos de uniões paralelas ao matrimônio e apenas dezesseis por cento da sociedade mundial pratica exclusivamente a monogamia, ficando claro, portanto, o quão difícil é para algumas pessoas se manterem monogâmicas e que esta prática não é predominante.

A crítica não está direcionada à monogamia como valor e estilo de vida, visto que cabe a cada indivíduo a escolha de viver ou não em uma relação monogâmica, mas sim a mononormatividade, ou seja, a imposição e a normatização deste modelo. Essa interferência estatal excessiva e descabida na esfera íntima dos indivíduos não se justifica. A relação monogâmica não é essencial nem pressuposto para a constituição da família, então não se pode considerá-la como princípio estruturante do Direito das famílias.

No que tange à escritura pública de união poliafetiva, existe divergência entre doutrinadores e juristas a respeito da licitude do objeto, isto é, a grande problemática deste documento estaria no plano da validade. Considerado que o Código Penal e o Código Civil proíbem a bigamia, e esta não se confunde com a poliamor e a Constituição não proíbe a poliafetividade, nem tampouco contempla o princípio monogâmico, então, não há que se falar em ilicitude.

Partindo da mesma lógica interpretativa utilizada pelo STF, no julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4277, a qual as amarras textuais foram deixadas de lado, chegou-se a seguinte conclusão de que o 226 §3º é uma norma de inclusão, sendo assim, o fato de fazer referência ao homem e à mulher não exclui os casais



homoafetivos, logo, a ausência do plural não é impedimento para o reconhecimento das uniões poliafetivas.

Por fim, foi feita a análise a respeito da possibilidade de aplicação analógica das regras que regulam relações monogâmicas às uniões poliafetivas. Para auxiliar na fundamentação desenvolvida neste trabalho, foi utilizado os argumentos defendidos pelo advogado José Roberto Moreira, no artigo intitulado Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões. É necessário que antes se examine caso concreto para se chegar a conclusão da possibilidade ou não desta aplicação.

Com relação a pensão alimentícia será verificado a presença do binômio necessidade- possibilidade para que seja imposta a obrigação de prestar alimentos entre conviventes.

No que se refere ao regime de bens, em caso de não haver um contrato escrito que regule questões patrimoniais, aplica-se por analogia, as regras inerentes ao regime de comunhão parcial de bens e à tese da triação de bens. Quanto ao direito sucessório, encontram-se mais dificuldades, tendo em vista que o Código Civil não previu a existência de mais de duas pessoas em uma união ou casamento, então algumas regras sucessórias serão mais difíceis de serem aplicadas. Em suma, a solução apresentada é considerar os conviventes sobreviventes como se fossem uma única cabeça com partilha do quinhão cabível igualmente entre eles ou serão encarados de forma individualizada e em concorrência com os descendentes e ascendentes, devendo, desta forma, buscar a melhor alternativa para assegurar direitos sucessórios igualitários a todos os conviventes sobreviventes. Por se tratar de uma relação complexa, a aplicação analógica dessas regras não dispensa a criação de regramento específico.



No tocante a filiação, o acolhimento da tese de multiparentalidade pelo judiciário pátrio abriu-se a possibilidade jurídica da coexistência dos vínculos biológico e afetivo, isto é, o estabelecimento de duplo vínculo materno e/ou paterno em relação ao mesmo indivíduo, logo, é possível que um filho, fruto de uma relação poliamorosa, tenha o registro de mais de um pai e/ou mais de uma mãe. As questões que envolvam guarda, filiação e poder familiar devem ser resolvidas com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, assim como as normas dispostas na Constituição Federal, Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dado o exposto, conclui-se que o poliamor se encaixa na nova concepção plural de família, portanto, tem o amparo constitucional. Logo, a decisão do CNJ não está em consonância com a Constituição.

Em vista dos argumentos apresentados, a decisão impede o amadurecimento do tema principalmente dentro do Judiciário, haja vista que os efeitos da escritura pública seriam discutidos e melhor definidos dentro dos tribunais. Ademais, essa decisão representa um verdadeiro retrocesso, pois é totalmente incoerente com a Constituição e com Estado Democrático de Direito e vai em sentido contrário a todas as inovações que ocorreram dentro do âmbito do direito das famílias, ferindo as liberdades individuais, a dignidade da pessoa humana e a igualdade. Além disso, gerou um impacto extremamente negativo nas famílias poliafetivas, inclusive, implicando na saída de uma família do Brasil e fazendo com que as demais cogitem a hipótese de se mudarem também.

## **REFERÊNCIAS**

AGUILAR, Jade. Situational sexual behaviors: the ideological work of moving toward polyamory in communal living groups. **Journal of Contemporary Ethnography**, Londres, v. 42, n. 1, p. 104-129, fev. 2013.



AMÂNCIO, Thiago. **Com 2 homens e uma mulher, ‘trisal’ deixa o país após decisão do CNJ.** Folha de S. Paulo, 20 de julho de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/07/com-2-homens-e-uma-mulher-trisal-deixa-o-pais-apos-decisao-do-cnj.shtml>. Acesso em: 7 fev. 2020.

AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Equiparação de cônjuge e companheiro na sucessão ainda gera polêmica e promove o debate.** Belo Horizonte, 14 de novembro de 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6813>. Acesso em: 04 fev. 2020.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Família poliafetiva e especialistas reagem à decisão do CNJ.** Belo Horizonte, 23 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6674/Fam%20ADlia+poliafetiva+e+especialistas+reagem+%20a+decis%C3%A3o+do+CNJ>. Acesso em: 17 jul. 2019.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Famílias simultâneas e o poliamor: um dos destaques do Congresso Internacional do IBDFAM, em Búzios.** Belo Horizonte, 01 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6710/Fam%20ADlias+simult%C3%A2neas+e+o+poliamor%20a+um+dos+destaques+do+Congresso+Internacional+do+IBDFAM%2C+em+B%C3%BAzios>. Acesso em: 05 ago. 2019.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Rio de Janeiro registra mais uma união poliafetiva.** Belo Horizonte, 06 de abril de 2016. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/noticias/5961/Rio+de+Janeiro+registra+mais+uma+uni%C3%A3o+poliafetiva>. Acesso em: 26 dez. 2019.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Supremo Tribunal Federal divulga acórdão da socioafetividade.** Belo Horizonte, 30 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6405/Supremo+Tribunal+Federal+divulga+acord%C3%A3o+da+socioafetividade>. Acesso em: 28 ago. 2019.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DO TJDF. **A multiparentalidade traz todas as implicações inerentes à filiação, com deveres e direitos recíprocos.** Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, outubro de 2019. Disponível em: [https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-](https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e)





entrevistas/entrevistas/2019/a-multiparentalidade-traz-todas-as-implicacoes-  
inerentes-a-filiacao-com-deveres-e-direitos-recipros-sem-qualquer-hierarquia.  
Acesso em: 29 jan. 2020.

BARASH, David P.; LIPTON, Judith Eve. **The myth of monogamy: fidelity and  
infidelity in animals and people.** New York: Henry Holt And Company, 2001.

BRANDON, Marianne. **Monogamy: the untold story.** Santa Barbara: CA: Praeger,  
2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (Plenário). **Pedido de Providência nº  
0001459- 08.2016.2.00.0000.** PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL  
POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO.  
IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL.  
IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA.  
DECLARAÇÃO DE VONTADE. INAPTIDÃO PARA CRIAR ENTE SOCIAL.  
MONOGAMIA. ELEMENTO ESTRUTURAL DA SOCIEDADE. ESCRITURA  
PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO POLIAFETIVA. LAVRATURA.  
VEDAÇÃO. Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões -  
ADFA. Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protestos de Letras e Títulos de  
São Vicente-SP e outros. Relator(a): Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 29  
de junho de 2018. Disponível em: [https://www.jota.info/wp-  
content/uploads/2018/08/a76994fe42703dab2c66aad9f04c56a9.pdf](https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/a76994fe42703dab2c66aad9f04c56a9.pdf). Acesso em: 14  
dez. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.**  
Brasília: Senado Federal, 1998. Disponível em  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30  
ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil.  
Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm).  
Acesso em: 31 ago. 2019.

BRASIL. **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013.** Dispõe sobre a habilitação,  
celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento,  
entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/busca-atos-  
adm?documento=2504](http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504). Acesso em: 27 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de  
Preceito Fundamental 1132 Rio de Janeiro.** ARGUIÇÃO DE  
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA



PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO

COMO INSTITUTO JURÍDICO. (...). Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimados: Governador de Justiça dos Estados; Relator(a): Min. Ayres Brito. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 14 dez. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Oitava Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70011258605**. APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO E OUTRA UNIÃO ESTÁVEL. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE. PARTILHA DE BENS. MEAÇÃO. “TRIAÇÃO”.

ALIMENTOS. Relator(a): Des. Rui Portanova. Porto Alegre, 07 de agosto de 2008. Disponível em: [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br). Acesso em: 02 fev. 2020.

CORTEZ, Luíz Francisco. As Mudanças Sociais da Família e o Direito. In: LEMOS FILHO, Arnaldo; BARSALINI, Glauco; VEDOVATO, Luís Renato; MELLIM FILHO, Oscar (Orgs.). **Sociologia Geral e do Direito**. 6. ed. São Paulo: Alínea, 2014. cap. 14. p. 296-319.

CUNHA, Danielle. **Triação de bens**. JusBrasil, 2016. Disponível em: <https://daniellebcunha.jusbrasil.com.br/artigos/317193778/triacao-de-bens>. Acesso em: 30 jan. 2020.

CHAVES, Marianna. **Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 30 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/728/novosite>. Acesso em: 16 dez. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ENGELS, Friedrich. Trad. de Leandro Konder. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LACERDA, Danilo Moura. União homoafetiva: uma análise sobre a correção hermenêutica do julgamento da ADPF 132-RJ e ADI



4277-DF. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 191-207, 2018. Disponível em:

<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/4296>. Acesso em: 14 dez. 2019.

EXPLICANDO. **Episódio 03**. (18m5s). Netflix, 2018. Disponível em:

<https://www.netflix.com/br/title/80216752>. Acesso em: 2 ago. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FISHER, Helen E. **Anatomía del amor: historia natural de la monogamia, el adultério y el divorcio**. Tradução de Alicia Plante. Barcelona: Anagrama. 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

G1. **União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP**. São Paulo, 23 ago. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html>. Acesso em: 26 dez. 2019.

LISSARDY, Gerardo. **‘Próximo desafio é filho em nome das 3’, dizem mulheres em 1ª união estável do Brasil**. São Paulo, 03 de novembro de 2015. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151103\\_casamento\\_trio\\_lab](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151103_casamento_trio_lab). Acesso em: 5 ago. 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Minas Geais, v. 3, n. 12, jan-mar. 2002, p. 40-55. Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/193.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf). Acesso em: 30 ago. 2019.

MALMONGE, Luana. **Poliamor: a quebra do paradigma da “família tradicional brasileira”**. Minas Gerais, julho de 2018. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br:80/jspui/handle/tjmg/9070>. Acesso em: 21 out. 2018.

MANSUR, Pedro. **Poliafetivos não têm direito de família, diz advogada contrária às uniões**. Portal de notícias O globo Sociedade, 25 maio 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/poliafetivos-nao-tem-direito-de-familia-diz-advogada-contraria-as-unioes-19360291>. Acesso em: 29 jul. 2019.



MICHAELIS, Henriette; VASCONCELOS, Carolina Michaelis de. **Dicionário Michaelis**. Editora Melhoramentos Ltda, 2019. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/monogamia/>. Acesso em: 28 set. 2019.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas**. Agência CNJ de Notícias, 26 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas/>. Acesso em: 22 jan. 2020.

MOREIRA FILHO, José Roberto. Poliamor: uma análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça e dos reflexos do poliamorismo no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 29, n. 29, p. 9-57, 29 set. 2018. Disponível em: <http://revistaidbfam.com.br/edicoes/pdf/29>. Acesso em: 30 dez. 2019.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 1 set. 2019.

PACHÁ, Andréa. **Famílias no plural**. O Globo Opinião, 15 de janeiro de 2015. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniaofamilias-no-plural-15017249>. Acesso em: 31 ago. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **CNJ decide pela proibição do registro de escrituras públicas de uniões poliafetivas**. Rodrigo da Cunha Pereira, 27 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/cnj-decide-pela-proibicao-registro-de-escrituras-publicas-de-unioes-poliafetivas/>. Acesso em: 30 dez. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e norteadores para a organização Jurídica da Família**. 2004. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba, 2004. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese\\_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf](https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf). Acesso em: 3 set. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Uniões poliafetivas, liberdade e Estado laico**. Consultor Jurídico, 01 de julho de 2018. Disponível em:



<https://www.conjur.com.br/2018-jul-01/unioes-poliafetivas-liberdade-estado-laico>. Acesso em: 21 jan. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREZ, Tatiana Spalding; PALMA, Yáskara Arrial. Amar Amores: O Poliamor na Contemporaneidade. **Revista psicologia e Sociedade**, Belo Horizonte, v. 30, p. 1-11, jun. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1807-0310/2018v30165759>. Acesso em: 25 fev. 2020.

PILÃO, Antonio Cerdeira; GOLDENBERG, Mirian. Poliamor e Monogamia: Construindo Diferenças e Hierarquias. **Revista Ártemis**, Rio de Janeiro, v.13, p. 62-71, jan-jul, 2012. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/index.php/artemis/article/view/14231>. Acesso em: 19 maio 2019.

POLÍZIO JÚNIOR, Vladimir. A Possibilidade Jurídica de União Estável ou Casamento entre mais de duas Pessoas: Interpretação Conforme a Constituição. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 51-80, jan. 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/15351>. Acesso em: 30 ago. 2018.

PORTO, Duina. Mononormatividade, intimidade e cidadania. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 654-681, mai-ago. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n2/1808-2432-rdgv-14-02-0654.pdf>. Acesso em: 24 out. 2018.

ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. Delito de Bigamia e Intervenção Mínima: O Casamento é, ainda, um bem Jurídico-Penal?. **Revista Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, Brasília, v. 2, 1. ed., p. 556-571, 2016. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/322621767\\_Delito\\_de\\_Bigamia\\_e\\_Intervencao\\_Minima\\_O\\_Casamento\\_e\\_Ainda\\_um\\_Bem\\_Juridico-Penal](https://www.researchgate.net/publication/322621767_Delito_de_Bigamia_e_Intervencao_Minima_O_Casamento_e_Ainda_um_Bem_Juridico-Penal). Acesso em: 18 dez. 2019.

RODRIGUES, Matheus. **Dois anos após conseguir o registro da união poliafetiva, trio do Rio ainda enfrenta problemas burocráticos**. Rio de Janeiro, 05 de julho de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/dois-anos-apos-conseguir-o-registro-da-uniao-poliafetiva-trio-do-rio-ainda-enfrenta-problemas-burocraticos.ghtml>. Acesso em: 01 ago. 2019.



SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e Direito das Famílias**: Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

SANTOS, Anna Isabella de Oliveira; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Poliamor: Conceito, Aplicação e Efeitos. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v. 12, n. 2, p. 360-389. 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72546/0>. Acesso em: 22 jun. 2019.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Em defesa da família**. Estadão, 20 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/em-defesa-da-familia/>. Acesso em: 30 jul. 2019.

TATURCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Da escritura pública de união poliafetiva: Breves considerações**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 26 de abril de 2017.

Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1210/Da+escritura+p%C3%BAblica+de+uni%C3%A3o+poliafetiva.+Breves+considera%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 27 dez. 2019.

TOLEDO, Giuliana de. **Assumir poliamor é um desafio diário, diz filósofa canadense**. Revista Galileu, 24 de maio de 2017. Disponível em:

<https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2017/05/assumir-poliamor-e-um-desafio-diario-diz-filosofo-canadense.html>. Acesso em: 23 dez. 2019.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **União Poliafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida**. Revista Libertas, Ouro Preto-MG, n. 2, v. 2, jul-dez. 2016. Disponível em:

<https://www.periodicos.ufop.br/pp/index.php/libertas/article/view/418>. Acesso em: 25 mai. 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. 13. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas**: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017.



# **A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES POR ABANDONO AFETIVO DE SEUS FILHOS EX- TESTEMUNHAS DE JEOVÁ**

Priscila Martins Soares

## **RESUMO**

A instituição familiar ganhou novos contornos e significados conforme a sociedade foi se desenvolvendo e evoluindo com o passar dos anos. O princípio da dignidade da pessoa humana, principal pilar do Estado Democrático de Direito, trouxe à tona a importância da família para a formação de uma sociedade mais próspera e fortalecida. Nesse sentido, passa-se a reconhecer os vínculos não apenas sanguíneos, mas principalmente, àqueles ligados ao afeto desenvolvido no âmbito da convivência familiar, sejam eles decorrentes da união hetero ou homoafetiva entre cônjuges ou companheiros, como os oriundos das demais espécies familiares existentes atualmente. As garantias fundamentais instituídas na legislação internacional afeta aos direitos humanos, como na Constituição Federal de 1988 e em suas leis infraconstitucionais são estendidas a todos os membros que compõem a família, gerando não só direitos, mas também deveres, que, quando descumpridos, seja por ação ou omissão, incorrem em ilegalidades, haja vista acarretarem dano ou prejuízo a outrem de ordem material e/ou moral. Considerando a possibilidade de responsabilização daqueles que tem o dever jurídico de proteção, educação e cuidado para com os filhos menores de idade, a doutrina e a jurisprudência tem dado destaque a importância da afetividade nas relações parentais, pois além do mero sustento material, é obrigação dos pais prover o ambiente e as condições propícias para o desenvolvimento mental e emocional da prole de maneira saudável, e que contribua para a formação de indivíduos aptos a conviver em sociedade. Dessa forma, com base em decisões judiciais, doutrinas e trabalhos científicos, a presente pesquisa buscará responder se há ou não ilicitude no abandono afetivo praticado por pais Testemunhas de Jeová contra os filhos menores de idade em razão do desligamento, seja voluntário ou compulsório, como forma de punição instituída pela seita, bem como acerca da existência ou inexistência de amparo jurídico voltado para tal ato.



**Palavras-chaves:** Testemunhas de Jeová; direito fundamental à liberdade religiosa; direito fundamental à convivência familiar e à proteção integral; direito da criança e do adolescente; abandono afetivo; responsabilidade civil.

## **ABSTRACT**

The family institution has gained new outlines and meanings as society has developed and evolved over the years. The principle of the dignity of the human person, the main pillar of the Democratic State of Law, has brought out the importance of the family for the formation of a more prosperous and strengthened society. In this sense, it is now recognized the links not only blood, but mainly, those linked to the affection developed in the sphere of family coexistence, whether they result from hetero or homoafetive union between spouses or companions, such as those coming from other family species existing today. The fundamental guarantees established in international law affect human rights, as in the Federal Constitution of 1988 and its infra-constitutional laws are extended to all members of the family, generating not only rights, but also duties, which, when breached, either by action or omission, incur in illegalities, in order to cause damage or injury to others of material and/or moral order. Considering the possibility of liability of those who have the legal duty of protection, education and care for underage children, doctrine and jurisprudence have highlighted the importance of affection in parental relations, because beyond mere material sustenance, it is the obligation of parents to provide the environment and conditions conducive to the mental and emotional development of the offspring in a healthy manner, and that contributes to the formation of individuals able to live together in society. Thus, based on judicial decisions, doctrines and scientific work, this research will seek to answer whether or not there is illegality in the affective abandonment practiced by parents who are Jehovah's Witnesses against their underage children due to the disconnection, whether voluntary or compulsory, as a form of punishment instituted by the sect, as well as about the existence or non-existence of legal support for such act.

**Keywords:** Jehovah's Witnesses; fundamental right to religious freedom; fundamental right to family life and full protection; right of the child and the adolescent; affective abandonment; civil responsibility.

## **INTRODUÇÃO**

A associação religiosa denominada Testemunhas de Jeová além da já conhecida objeção, por motivo de crença, à transfusão de sangue, também dispõe de





uma regra pouco conhecida entre aqueles que não fazem parte da religião, qual seja, o rompimento por parte dos associados de todo e qualquer laço afetivo com aqueles que, compulsória ou voluntariamente, são banidos da organização.

Tal mandamento estende-se também aos familiares, sejam menores de idade ou não, convivam eles sob o mesmo teto ou não. Muitas vezes, o rompimento dos vínculos leva, até mesmo, à expulsão dos ex-membros do núcleo familiar, elevando os pais que concordam com tal conduta a posições honrosas dentro da congregação.

Nesse sentido, o estudo em questão aborda a ordem imposta pela denominação religiosa Testemunhas de Jeová que determina o afastamento do núcleo familiar daqueles que, voluntária ou compulsoriamente, foram desligados da entidade, especificamente, no que se refere aos menores de idade.

Dessa forma, serão analisados os direitos fundamentais envolvidos em tal questão, quais sejam, àqueles afetos à liberdade religiosa, bem como à convivência familiar e proteção integral da criança e do adolescente. Ademais, também será objeto de estudo a eventual responsabilização civil dos genitores que, em razão de tal mandamento imposto, abandonam afetivamente os filhos menores de idade.

O método científico utilizado para desenvolver a presente pesquisa será o dedutivo, pois o objetivo é tratar acerca da possibilidade de responsabilização civil dos pais em relação aos filhos em casos de abandono afetivo por razões de cunho religioso, bem como qual dos direitos fundamentais deverá prevalecer nestes casos: o direito a liberdade religiosa ou o direito a convivência familiar e à proteção integral da criança e do adolescente.

Quanto aos assuntos, esses foram divididos em três capítulos. O primeiro, abordará o direito fundamental à liberdade religiosa, de maneira a apresentar seu conceito, evolução histórica, natureza jurídica e previsão constitucional, além da origem, princípios norteadores e práticas religiosas da religião Testemunhas de Jeová.



O segundo capítulo destacará o direito fundamental à convivência familiar e à proteção integral da criança e do adolescente, com o objetivo de esclarecer os conceitos, a origem, a disposição constitucional, bem como os princípios norteadores de cada um deles.

Por fim, no terceiro e principal capítulo, tratar-se-á sobre a responsabilização civil por abandono afetivo em razão da mudança de orientação religiosa, considerando o conceito de tal instituto no ordenamento jurídico brasileiro, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, assim como tal ato é praticado pela denominação religiosa Testemunhas de Jeová

## **1 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA E A RELIGIÃO TESTEMUNHAS DE JEOVÁ**

No presente capítulo, será feito um apanhado dos principais aspectos afetos ao direito fundamental à liberdade religiosa, bem como apresentadas informações que permitirão ao leitor conhecer um pouco mais a fundo acerca da doutrina religiosa denominada Testemunhas de Jeová.

### **1.1 DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA**

Este subcapítulo tem por escopo demonstrar os principais aspectos afetos ao direito fundamental à liberdade religiosa. O objetivo principal, portanto, será discorrer acerca do conceito e evolução histórica, bem como a natureza jurídica, previsão constitucional e como tal direito é regulamentado no ordenamento jurídico pátrio.

#### *1.1.1 Conceito e Evolução Histórica*

Assim como todo o direito fundamental tem como escopo a proteção do Homem, seja individual ou coletivamente, o direito à liberdade religiosa visa tutelar



as escolhas religiosas, afastando objeções às manifestações de crença e de fé, bem como de descrença em apenas uma ou, até mesmo, em todas as religiões. Destarte, também visa autorizar ampla e pacificamente as discussões entre diferentes crenças, ao propagarem a sua fé (SILVA NETO, 2007).

Conforme Rutheford, o objetivo que mais se destaca no direito fundamental à liberdade religiosa é a limitação do poder estatal e político. De forma que ao se permitir a existência de diversidade de organizações religiosas, a Constituição reforça o incentivo à desconcentração do poder exercido pela política (RUTHERFORD, 2001 apud TERAOKA, 2010).

Num sentido mais amplo, a liberdade nada mais é do que a possibilidade que tem o cidadão de se determinar pensando, agindo e decidindo de acordo com suas convicções pessoais, sem deixar de lado os limites criados pelo convívio em sociedade. Por isso, compreender a liberdade é também compreender o ser humano. Portanto, a liberdade não é uma opção, haja vista se impor como uma afirmação da dignidade da pessoa humana, gerando uma importante conquista social, conforme leciona Lellis e Hees (2016).

Entende-se, portanto, que o direito fundamental à liberdade religiosa tutela a liberdade de confessar (ou não) uma fé ou ideologia, bem como gera direitos à proteção contra perturbações e quaisquer tipos de coações provindas do Estado ou, até mesmo, de particulares. Ademais, tal direito embasa a neutralidade religiosa e ideológica do Estado, enaltecendo um processo político livre, bem como o Estado Democrático de Direito (SARLET, 2018).

Dentre os diversos conceitos de liberdade religiosa é importante o contido na Declaração Humana e sobre a Liberdade Religiosa, do Papa Paulo VI, em 7 de dezembro de 1965, em razão do Concílio Vaticano II (MULLER, 2020):

A pessoa humana tem direito à liberdade religiosa. Esta liberdade consiste no seguinte: todos os homens devem estar livres de coação, quer por parte dos indivíduos, quer dos grupos



sociais ou qualquer autoridade humana; e de tal modo que, em matéria religiosa, ninguém seja forçado a agir contra a própria consciência, nem impedido de proceder segundo a mesma, em privado e em público, só ou associado com outros, dentro dos devidos limites. Declara, além disso, que o direito à liberdade religiosa se funda realmente na própria dignidade da pessoa humana, como a palavra revelada de Deus e a própria razão a dão a conhecer. Este direito da pessoa humana à liberdade religiosa na ordem jurídica da sociedade deve ser de tal modo reconhecido que se torne um direito civil (DHLR, 1965).

Interessante destacar que o direito à liberdade religiosa tem três diferentes desdobramentos, quais sejam: as liberdades de crença, de culto e de organização religiosa. Tais liberdades são ligadas à principal (liberdade religiosa), pois determinam e especificam todo o fundo obrigacional que a envolve (FERREIRA, 2017).

Quanto à liberdade de crença, Pinho (2002) leciona que esta abarca o foro íntimo do indivíduo e tutela o direito que todos têm de crer ou não crer na existência de um, diversos ou nenhum ser superior que governe o universo, incluindo ainda a possibilidade do agente, no que toca ao seu livre arbítrio, de mudar de religião ou doutrina.

No que concerne à liberdade de culto, Pinho (2002) apregoa que a tutela diz respeito à proteção da exteriorização da crença escolhida por intermédio de cerimônias e rituais. Portanto, não são apenas os serviços religiosos desenvolvidos nos templos os titulares da proteção, mas também os inúmeros atos praticados em espaços públicos, desde que amparados pelas limitações dos valores e princípios constitucionais.

Em se tratando da liberdade de organização religiosa, esta é entendida no sentido de instituição física, envolvendo sua configuração e estruturação jurídico-econômica. Diz respeito à obtenção de personalidade jurídica, sendo suficiente a demonstração e comprovação de vontade humana de associação com fins religiosos,



desde que tal objetivo seja lícito e atenda às formalidades legais, de forma a coadunar com a Constituição Federal (LELLIS, 2016).

Destarte, a liberdade religiosa, que também abrange a de crença e de culto, é uma das mais antigas e marcantes reivindicações do indivíduo, carregando consigo um caráter sensível, haja vista toda a perseguição e atrocidades cometidas em nome de crenças e dogmas religiosos, bem como, há de se destacar, toda a exploração política em torno da igreja (SARLET, 2018).

Não obstante ter sido uma das primeiras liberdades asseguradas nas declarações de direitos, alçando a posição de direito humano e fundamental na seara do direito internacional dos direitos humanos, é de se destacar que o autor Georg Jellinek, sustentou, em seu estudo acerca da origem da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que a liberdade religiosa foi a primeira expressão de ideia de um direito universal e fundamental da pessoa humana (SARLET, 2018).

Considerando a evolução constitucional brasileira passada, a liberdade religiosa é abordada desde a Carta Imperial de 1824, que dispunha em seu art. 179, V: “ninguém poderá ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite o Estado, e não ofenda a Moral Pública” (SARLET, 2018).

A Constituição de 1891, em seu art. 72, §3º, lecionava que “todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum” (SARLET, 2018).

Em 1934, a Constituição brasileira, em seu art. 113, n. 5, tornou inviolável a liberdade de consciência e de crença, garantindo o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contrariassem à ordem pública e os bons costumes. Ademais, as associações religiosas passaram a adquirir personalidade jurídica nos termos da lei civil, sendo feita, pela primeira vez, referência à liberdade de consciência (SARLET, 2018).



Em meados do ano de 1937, a Constituição reconheceu, em seu art. 122, n.4, o direito a todos os indivíduos de confessarem, bem como exercerem seus cultos pública e livremente, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes, sem mencionar, outra vez, a liberdade de consciência (SARLET, 2018).

Em 1946, no art. 141, § 7º, a Constituição brasileira tornou inviolável a liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariassem a ordem pública ou os bons costumes. (SARLET, 2018).

A Constituição de 1967, devido à Emenda Constitucional nº1, de 1969, não alterou seu conteúdo, no que toca à liberdade religiosa, e seus artigos em nada inovaram. Em verdade, houve retrocesso quanto ao disciplinado pela Norma Constitucional anterior, pois suprimiu-se a prestação alternativa prevista em lei para os casos de escusa de consciência em razão de crença religiosa (BOZZA, 2015).

No bojo da Constituição Federal de 1988, todos os indivíduos passaram a possuir direito à liberdade religiosa, sendo elas naturais ou jurídicas privadas. Tal direito é exercido em conformidade com outros direitos fundamentais veiculados por princípios, havendo, assim, uma certa delimitação em seu exercício (BOZZA, 2015).

Ressalte-se que o direito fundamental à liberdade religiosa encontra amparo no pensamento liberal, que influenciou a constituição norte-americana, inspirando, por sua vez, inúmeros países ocidentais, inclusive o Brasil (SORIANO, 2009).

O filósofo Rawls (2011) enxergou no pensamento liberal a possibilidade de convivência pacífica entre os mais diversos dogmas religiosos, filosóficos e morais. Surgindo, dessa forma, o ideal de justiça vinculado ao fato de se reconhecer que todos são livres e iguais em deveres e direitos.

Nesse sentido, a garantia concedida aos homens, possibilitando a expressão de seus valores e crenças sem a intervenção do Estado, dá origem ao direito



fundamental à liberdade religiosa. No entanto, tal direito também dispõe acerca da proibição imposta ao Estado de adotar para si dogmas religiosos específicos (LEITE, 2014).

No Brasil, o forte vínculo entre a igreja católica e o Império acarretou limitações quanto à utilização dos espaços públicos para a realização de cultos de outras religiões, devendo estes serem restringidos aos lares de cada cidadão (LEITE, 2014). Tais influências religiosas também restaram presentes na questão que versou acerca da definição do conceito de família, após a Constituição de 1988 (COUTINHO, 2014).

Muito embora a liberdade religiosa no Brasil tenha se alinhado sob a relação entre Estado e igreja, em 1890 foi editado o Decreto 119-A, que implementou, portanto, a separação entre os dois entes (LEITE, 2014), atingindo todas as outras Constituições brasileiras quanto à conscientização acerca da não interferência do Estado no que toca às crenças e dogmas religiosos de cada cidadão. O Estado torna-se laico, haja vista manter-se separado da igreja e dos dogmas religiosos. Não ateu, mas neutro, respeitando todas as religiões (SORIANO, 2009).

Ademais, o Brasil também faz parte dos países democráticos que trazem no bojo de suas constituições a liberdade religiosa, assinando documentos internacionais que elevam tal direito fundamental a uma posição de extrema relevância. Cita-se, por exemplo, a adesão do Estado brasileiro à Declaração Universal dos Direitos Humanos, em vigor desde 1948, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, implementado em 1966, a Declaração de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções, datado do ano de 1981, bem como o Documento Final de Viena, assinado em 1989 (SOUZA; VELÁZQUÉZ, 2009).

### *1.1.2 Natureza Jurídica*



A liberdade religiosa é entendida como direito fundamental em sentido amplo, e abarca dimensões subjetivas e objetivas. Como direito subjetivo, pode ser considerada direito de defesa, ou seja, negativo, quanto como direito a prestações providas do Estado (positivo), muito embora a dimensão subjetiva não possa ser reduzida a um único tipo de posições negativas ou positivas (SARLET, 2018).

Cabe destacar o conceito de direitos fundamentais que nada mais são do que o conjunto de normas, princípios e prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, garantindo a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor ou condição econômica. São direitos essenciais à existência digna de todos os indivíduos (BULOS, 2015).

Conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2018), os direitos fundamentais possuem sentido mais preciso e restrito, constituindo, portanto, o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e resguardados pelo direito positivo de determinado Estado.

Na condição de direito negativo, a liberdade religiosa é entendida, numa primeira visão acerca de seu conteúdo, como uma liberdade de crença que diz respeito à faculdade individual de cada indivíduo de escolher uma religião ou de mudar de crença ou religião. A liberdade de culto, que guarda correspondência com a exteriorização da crença, relaciona-se com os ritos, locais, cerimônias e outros aspectos essenciais ao exercício da liberdade de religião e de crença (SORIANO, 2009).

Ademais, a liberdade de organização religiosa também pode ser incluída no âmbito de proteção da liberdade religiosa, vedando o Estado de promover qualquer interferência interna nas associações religiosas (SARLET, 2018).

Como direito positivo, por exemplo, muito embora o Estado assegure a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, conforme dispõe o artigo 5º, VII, da CF, o mesmo não pode impor aos





internos sob sua responsabilidade o atendimento a serviços religiosos, na certeza de que tal imposição violaria a liberdade de professar uma religião e de participar ou não dos respectivos cultos), mas tem o dever de colocar à disposição o acesso ao exercício da liberdade de culto e de crença aos que assim desejarem (MENDES; COELHO, BRANCO, 2010).

Nesse sentido, a liberdade religiosa abarca tanto direitos coletivos como individuais, pois além dos direitos individuais de ter, não ter, deixar de ter, escolher uma religião, existem direitos coletivos, cujos titulares são as igrejas e organizações religiosas, principalmente no que toca à auto-organização, a autodeterminação, direito de prestar ensino e assistência religiosa, entre outros (CANOTILHO, 2002).

Em razão de estar elencada no artigo 5º, Título II, da CF/88, que trata dos direitos e garantias fundamentais, a liberdade religiosa é tida como cláusula pétrea, conforme disposição do artigo 60, §4º, IV, do mesmo diploma legal. Tal direito fundamental é corolário à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, III, da Lei Maior (BOZZA, 2015).

Conforme o doutrinador Soriano (2012, p. 241):

Como direito fundamental, a liberdade religiosa assume as mesmas características dos direitos humanos como: Universalidade; Indivisibilidade e Interdependência. Além dessas características extraídas da Declaração de Viena de 1993, a liberdade religiosa apresenta outras notas marcantes. São elas: a Irrenunciabilidade; a Imprescritividade; a Multiplicidade e a Irreversibilidade.

Seus titulares são as pessoas físicas, incluindo os estrangeiros residentes no país, ou não, haja vista sua ligação com a liberdade de consciência e dignidade da pessoa humana, aplicando-se, portanto, o princípio da universalidade. Como a liberdade religiosa abrange dimensões institucionais, bem como as organizações religiosas, também é estendida às pessoas jurídicas, ainda que tais pessoas não sejam



titulares, por exemplo, do direito de professar, ou não, uma crença religiosa (SARLET, 2018).

Embora o Estado seja o principal destinatário, pois vinculado diretamente às normas de direito fundamentais e aos deveres de proteção estabelecidos pela Constituição Federal, o direito de liberdade religiosa também é projetado nas relações privadas, o que pode se dar de maneira direta e indireta (SARLET, 2018).

Quanto às dimensões aplicadas aos direitos fundamentais, a liberdade religiosa enquadra-se nos considerados como de primeira geração, pois integra os direitos civis e políticos, assim classificados como negativos, já anteriormente mencionados, porque exigem do Estado sua abstenção (TRENTIN, 2003).

Os direitos de primeira geração foram universalizados por intermédio da Revolução Francesa e encontram-se, hoje, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, obtendo a aprovação na XXI Assembleia Geral da ONU, no dia 16 de dezembro de 1996. Sua validade internacional se deu em 23 de março de 1976. Por serem entendidos como liberdades públicas, essa geração encontrou, ao longo da história, problemas relacionados com os arbítrios governamentais (TRENTIN, 2003).

Foram reconhecidos em razão de haver, à época, uma grande preocupação, qual seja, proteger as pessoas do poder opressivo do Estado. Por isso, eles se voltam totalmente para a tutela das liberdades, tanto na esfera civil, quanto na esfera política; são verdadeiros obstáculos à intervenção estatal, pois lecionavam o afastamento do Estado da esfera individual da pessoa humana, de forma que eram classificados de direitos de caráter negativo ou simplesmente liberdades negativas (NOBRE JÚNIOR, 2000).

Segundo Bulos (2008), a liberdade religiosa é um direito de primeira geração, com origem no final do século XVII. É um direito fundamental resguardado pelas mais diversas Constituições dos Estados democráticos e, também, marcante pelas



declarações e tratados internacionais de direitos humanos. Estabelece que a atuação do Estado deverá ser no sentido de se preocupar em garantir a todos os indivíduos o livre exercício de qualquer religião.

Na lição de Bastos, a liberdade religiosa impõe ao Estado “um dever de não fazer, de não atuar, de abster-se, enfim, naquelas áreas reservadas ao indivíduo” (2010, p. 39). A liberdade religiosa não consiste em apenas impedir que o Estado imponha aos indivíduos uma religião ou que obste alguém de professar determinada crença, mas em permitir ou propiciar a quem seguir determinada crença ou religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem em termos razoáveis (MIRANDA, 2002).

### *1.1.3 Previsão Constitucional e Regulamentação*

Contempladas em três dispositivos constitucionais, no Título denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”, a liberdade religiosa e de consciência estão assim dispostas (SARLET, 2018, p. 521):

Art. 5º [...]

- É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

- É assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”.

- Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (CRFB 1988).

Também merece destaque o disposto nos seguintes artigos da Lei Maior (SARLET, 2018, p. 521):

**Art. 19.** É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:



I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

**Art. 143.** O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§ 1º: Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

**Art. 15.** É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5.o, VIII.

**Art. 210.** Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 1º - O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

**Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei (CRFB, 1988).

No entanto, muito embora o direito à liberdade religiosa seja classificado como de ordem fundamental, não é um direito absoluto. As limitações impostas têm o escopo de resguardar os demais direitos ou liberdades individuais, com o fim de preservar a ordem pública. Dessa forma, permitir que alguém utilizasse tal direito com o fim de descumprir direitos de terceiros, seria absolutamente incoerente (SORIANO, 2009).

Sendo assim, o fato de não haver a reserva expressa no artigo 5º, inciso VI, da CF, não quer dizer que a liberdade religiosa deva ser entendida de maneira absoluta. Destaque-se que no artigo 5º, inciso VIII, a Constituição veda expressamente a conduta daqueles que, para eximir-se de obrigação a todos imposta, a não ser por



intermédio da prestação de obrigações alternativas, previstas em Lei, invoquem crença religiosa, convicção filosófica ou jurídica (TERAOKA, 2010).

A verdade é que os direitos fundamentais devem coexistir harmoniosamente entre si. Embora sejam mandamentos de otimização, tais direitos vinculam-se uns aos outros, se sobrepondo no ordenamento jurídico, pois, analisando casos concretos, poderá haver colisão entre eles, resolvendo-se tal conflito por intermédio do sopesamento (TERAOKA, 2010).

Considerando a teoria de sopesamento (ou ponderação) de Robert Alexy, é importante destacar que o autor difere princípios de regras. Para ele, princípios são mandamentos otimizadores, satisfeitos em diversos graus. Tal satisfação é identificada não apenas pelas possibilidades fáticas, mas também pelas jurídicas. O espaço de atuação das possibilidades jurídicas, então, determina-se pelos princípios e regras colidentes entre si (ALEXY, 2008).

No que toca às regras, Alexy entende que estas são normas que podem ou não ser satisfeitas, ou seja, se a regra é válida, deverá ser cumprida integralmente dentro do que ela exige, não existindo a possibilidade de se fazer mais ou menos. Suas determinações giram em torno do âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Destarte, a distinção entre regras e princípios é qualitativa, e não apenas uma mera distinção de grau (ALEXY, 2008).

Nesse sentido, as regras conflitantes excluem-se mutuamente, de modo que os princípios, por comportarem peso, permitem o que se chama de sopesamento. Portanto, a restrição a um dado princípio será maior à medida que se destacar a eminência relativa do princípio contraditório (ALEXY, 2008).

Pela lei da colisão, a análise dos princípios em questão, bem como da circunstância de aplicação permite encontrar, indutivamente, uma regra jurídica que determina as condições que definirão o grau de precedência de um determinado princípio em relação ao outro que lhe é contrário. Tal regra carrega um conteúdo



generalizável, autorizando, dessa forma, que as situações futuras sejam racionalmente equilibradas pela aplicação dessa regra que é produto da lei de colisão (ACUNHA, 2014).

Os princípios são tidos como razões *prima facie*, pois não definem o direito do caso concreto. Portanto, aquilo que os princípios determinam para um caso pode não ser o que efetivamente será aplicado para a sua regulação – haja vista se submeterem ao sopesamento de princípios opostos e elementos da realidade. Noutro ponto, as regras são mandamentos que dependem da validade e do suposto fato, sendo, então, aplicadas em sua integralidade. Dessa forma, as regras atribuem aos particulares o direito definitivo, enquanto os princípios lhes atribuem apenas direitos *prima facie* (ACUNHA, 2014).

Enquanto as regras conflitantes entre si invalidam-se, acabando por fazer com que se prevaleça apenas uma delas, a colisão de princípios foge à lógica da invalidade, vez que tal lei determina o princípio que terá maior peso na relação de precedência e que, portanto, deve regular o fato. Encontrando-se o princípio de maior peso, tem-se, mediante uma operação lógica-hermenêutica, uma regra que irá dirimir a situação (ACUNHA, 2014).

Segundo Canotilho (2002), os princípios nada mais são do que normas impositivas de otimização, podendo adequar-se de diferentes maneiras a diferentes casos concretos. A interpretação sempre é condicionada pelo binômio: condição fática e condição jurídica. Quanto às regras, estas são normas que determinam uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é cumprida ou não.

Ao permitirem o sopesamento de valores e interesses, não obedecendo à lógica do tudo ou nada, são constituídas as exigências de otimização, conforme o seu peso e a ponderação de outros princípios colidentes. As regras não deixam espaço para nenhuma outra solução, pois se tem validade deverão ser observadas e



obedecidas na exata medida do que prescrevem, nem mais nem menos (CANOTILHO, 2002).

Dessa monta, no caso de conflito entre princípios, os mesmos podem ser objeto de sopesamento e de harmonização, pois o seu conteúdo é dotado apenas de exigências, ou *'standards'* que, em primeira linha (*prima facie*), deverão ser concretizados, ao passo que as regras são dotadas de fixações normativas definitivas, tornando, destarte, insustentável a validade simultânea de regras colidentes entre si (CANOTILHO, 2002).

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, portanto, a exigência de sopesamento, advêm da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio conflita com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica que realizará essa norma dependerá do princípio contraditório. Já a necessidade e a adequação são decorrentes dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (ALEXY, 2008).

O direito *prima facie*, isto é, o princípio, até alcançar o direito definitivo, passa pela definição de uma relação de preferência. No entanto, a definição de tal preferência nada mais é do que a definição de uma regra, segundo a lei de colisão. Sempre que um princípio for uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio será a base de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Ressalte-se que, para Alexy, em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas (ALEXY, 2008).

No entanto, Habermas (2003) defende que há riscos na semelhança entre normas e valores, vez que isso acaba por conferir às normas a transitividade e a subjetividade que definem os valores. Para ele, valores estão ligados a visão ético-política do ser que acabam por influenciar as avaliações de mundo feitas pelo sujeito ou grupo de pessoas, o que daria espaço para imperar a insegurança jurídica, pois



haveria mais facilidade em suprimir direitos ao passo em que ocorressem mudanças no humor político da sociedade.

Nesse sentido, direitos e princípios perderiam seus objetivos e estabilidade, tornando-se meros argumentos, que nada mais são do que valores e visões políticas ponderáveis de cada indivíduo (HABERMAS, 2003).

Conforme o entendimento de Acunha (2014), com direitos que assemelham-se aos valores, podendo ser transigidos de acordo com a circunstância, desde que a concepção do que é bom tenha sofrido alteração pela mudança na forma de pensar da maioria, acaba-se por perder uma das garantias que o sistema oferece à estabilidade política e, principalmente, aos cidadãos.

O fato de os valores não serem entendidos à luz dos direitos, haja vista os direitos fundamentais não serem testes que servem apenas para constatar a legitimidade das opções valorativas de cada um, os princípios jurídicos perdem seu conteúdo deontológico e impositivo, característicos de todas as normas jurídicas (ACUNHA, 2014).

No Brasil, prevalece o entendimento da lei de colisão, criada por Alexy, observando-se os três passos, quais sejam, (i) identificar o conflito entre os princípios, (ii) examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos, bem como (iii) examinar de forma conjunta os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos no caso concreto (BARROSO; BARCELOS, 2003).

Durante os períodos de mudanças políticas e sociais os quais o Brasil vivenciou, uma nova maneira de interpretar os princípios constitucionais surgiu, desvinculando-se da plutocracia e aproximando-se das camadas mais populares da sociedade, acudindo a novas demandas. As ideias jusnaturalistas e positivistas deram lugar ao pós-positivismo, que trouxe consigo a definição das relações entre valores, princípios e regras (BARROSO; BARCELOS, 2003).





Portanto, as inúmeras formulações acerca das interpretações dos princípios e da supremacia dos direitos fundamentais, antes esparsas, encheram-se de unidade e consistência, ao mesmo tempo em que passa a crescer o empenho teórico com o fulcro de transformar o avanço filosófico em instrumental técnico-jurídico aplicável aos problemas concretos, ingressando na dogmática jurídica e prática jurisprudencial (BARROSO; BARCELOS, 2003)

## **1.2 A RELIGIÃO TESTEMUNHAS DE JEOVÁ**

Com o objetivo de proporcionar melhor entendimento acerca da religião denominada Testemunhas de Jeová, este subcapítulo trará à baila informações acerca da origem, evolução histórica, bem como dos princípios norteadores e práticas religiosas pertencentes à crença em questão.

### *1.2.1 Origem e Evolução Histórica*

A organização religiosa denominada Testemunhas de Jeová foi criada no século XIX. Originária dos Estados Unidos da América, sua sede mundial está localizada na cidade de Nova Iorque, no Bairro do Brooklin, com filiais em todo o mundo (MPF, 2012).

Tem como dirigente máximo o que chamam de Corpo Governante. Tal autoridade é responsável por propagar as diretrizes doutrinárias fontes de toda a crença construída. Todas as congregações ao redor do mundo seguem exatamente os mesmos princípios e dogmas emanados pela alta cúpula da religião em questão (MPF, 2012).

A matriz das Testemunhas de Jeová, qual seja, a Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados da Pensilvânia, tem como filial no Brasil a assim denominada Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, instituição civil sem fins lucrativos (MPF, 2012).



A organização das Testemunhas de Jeová teve como fundador Charles Taze Russel, nascido no dia 16 de fevereiro de 1852, em Allegheny (renomeada Pittsburgh), localizada nos Estados Unidos da América. Era o segundo filho de Joseph L. e Ann Eliza Russel, pertencentes à igreja Presbiteriana (SOARES, 2016).

Russel passou a questionar os dogmas a ele ensinados, especialmente no que tocava a ideia de punição do inferno de fogo e do tormento eterno reservado aos pecadores. Alegou que um Deus amoroso e criador dos humanos, não poderia ser sábio, nem justo caso destinasse seus filhos a tamanho sofrimento (SOARES, 2016).

No ano de 1869, aos 17 anos, ao caminhar pela rua de sua cidade ouviu um hino religioso provindo de uma reunião de adventistas, na sala de subsolo. Ao adentrar o local, teve conhecimento dos conceitos pregados pelo grupo, julgando serem mais sensatos do que os argumentos de cunho presbiteriano que conhecia até então (SOARES, 2016).

Em 1870, Russel e seus amigos formaram um grupo de estudos bíblicos, que seguia a seguinte regra: um dos participantes questionava algo, em seguida, todos pesquisavam na bíblia acerca da dúvida exposta. Ao sentirem-se satisfeitos com as respostas encontradas, registravam as conclusões alcançadas (SOARES, 2016).

Nove anos depois, em 1879, os estudantes da bíblia publicaram o primeiro exemplar da *Zion's Watch Tower and Herald of Christ's Presence* (Torre de Vigia de Sião e Arauto da Presença de Cristo), que foi utilizada para refutar os ensinamentos contrários difundidos por outras crenças religiosas, bem como filosofias que contradiziam a bíblia (SOARES, 2016).

As teorias difundidas pelo livro ganharam cada vez mais adeptos e, por isso, Russel concluiu que os leitores de sua obra precisavam se conhecer. Aqueles que residiam em Pittsburgh reuniam-se na própria cidade, mas quanto aos que se encontravam distantes, eram visitados por Russel, o que deu origem a uma série de



congregações que passaram a se reunir com mais assiduidade, duas vezes por semana (SOARES, 2016).

Dessa forma, os membros da *Watch Tower* passaram a ser denominados de “Estudantes da Bíblia”, e a organização formada por Charles Russel e seus conconrentes foi nomeada de Sociedade Torre de Vigia (SOARES, 2016).

Conforme o número de participantes ia crescendo, o espaço reservado para abrigar as reuniões já não conseguia comportar a todos. Por isso, em 1889, foi construído um pequeno prédio em Allegheny, servindo de sede para a Sociedade por cerca de 19 anos (SOARES, 2016).

Os dogmas disseminados nos exemplares de autoria da *Watch Tower* eram publicados nos jornais de grande circulação, acarretando o aumento de adeptos, tornando-se necessária a construção de novas instalações e, em 1908, a organização, então, adquiriu dois prédios no bairro do Brooklyn, em Nova Iorque, chamado de Betel, cujo significado é “Casa de Deus” (SOARES, 2016).

Após implementarem a nova sede da organização, Russel e seus associados iniciaram um plano educacional bíblico vultuoso, denominado Fotodrama da Criação. Tal plano foi executado na época do cinema mudo, sendo o precursor em combinar vários filmes cinematográficos, *slides* e discursos gravados em fonógrafos sincronizados. A duração era de oito horas, exibido em quatro sessões (SOARES, 2016).

O objetivo da apresentação era levar as outras pessoas, por intermédio de palavras, sons e imagens coloridas à criação da Terra até o final do reinado de Jesus Cristo, divulgando as crenças e dogmas da organização, angariando cada vez mais membros (SOARES, 2016).

Em 1920, os Estudantes da Bíblia, até então conhecidos por fazerem uso do nome de Deus informado na Bíblia, qual seja, Jeová, adotaram o título utilizado até os dias atuais: Testemunhas de Jeová. A base para tal mudança foi inspirada no texto



bíblico de Isaías 43:12: “Vós sois as minhas testemunhas, é a pronúncia de Jeová, e eu sou Deus” (SOARES, 2016).

Ainda, a título de curiosidade, durante o regime nazista implantado por Adolf Hitler em 1933, na Alemanha, as Testemunhas de Jeová foram vítimas de grande perseguição. À época, existiam mais de vinte mil fiéis no país. Seis mil foram presos e cerca de dois mil morreram. Ficaram conhecidos como triângulos roxos, pois este era o símbolo utilizado pelos nazistas para identificarem os adeptos desta religião nos campos de concentração (FARAH, 1997).

### *1.2.2 Princípios Norteadores*

As Testemunhas de Jeová consideram-se seguidoras do cristianismo por colocar em prática o que Jesus ensinou e o que seus apóstolos praticaram. Não importa onde residam, buscam obedecer diligentemente à lei, desde que esta não entre em conflito com seus dogmas e ensinamentos, além de não se envolverem em questões ou atividades políticas nem apoiarem a guerra.<sup>1</sup>

Assim como as demais religiões cristãs, professam a crença em Jesus, filho de Deus, que veio à Terra e se tornou o Messias, ressuscitado após a sua morte para um reinado eterno nos céus. Nesse sentido, pregam que o Reino implantado por Jesus restaurará o paraíso na terra, o mesmo perdido devido ao pecado de Adão e Eva.<sup>2</sup>

No entanto, muito embora professem o cristianismo, e considerem Jesus como único salvador e filho de Deus, não o reconhecem como Deus Todo-Poderoso. A figura da Trindade

---

<sup>1</sup> Quem são as Testemunhas de Jeová? Disponível em: <https://www.jw.org/pt/biblioteca/revistas/wp20150901/informacoes-confiaveis-testemunhas-jeova/>.

<sup>2</sup> *Ibidem*



Pai, Filho e Espírito Santo reunidos num só ser divino - não encontra abrigo na doutrina basilar das Testemunhas de Jeová<sup>3</sup>.

Portanto, interpretam tal princípio no sentido de que quando Jesus declarou ser Ele e o Pai a mesma pessoa, não estava a empregar o sentido literal da frase, mas apenas referindo-se à unidade existente entre os dois, evidenciando um vínculo de profunda união entre pai e filho<sup>4</sup>.

Professam que o Espírito Santo não é uma pessoa, pois possui natureza impessoal. Em verdade, nada mais é do que o poder de Deus em ação, sua força ativa em movimento afim de concretizar sua vontade soberana<sup>5</sup>.

É importante destacar também que, embora acreditem no sacrifício de Jesus para redimir toda a humanidade do pecado original, as Testemunhas de Jeová não utilizam a cruz, um dos principais símbolos do cristianismo, em sua adoração. Segundo elas, não há nenhuma evidência na bíblia de que Jesus fora executado de tal maneira<sup>6</sup>.

A palavra grega utilizada na bíblia, qual seja, *stau.rós*, referindo-se ao instrumento utilizado para sacrificar Jesus, foi traduzida erroneamente. Vários eruditos entendem que o significado de tal termo é, em verdade, poste reto, e não cruz. Quanto ao outro termo grego utilizado como sinônimo de *stau.rós*, qual seja, *xý.lon*, nada mais quer dizer do que “madeira”, “estaca”.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> “Quais são as crenças principais das Testemunhas de Jeová?” Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/crencas-testemunhas-de-jeova/>. Acesso em: 13 nov. 2019

<sup>4</sup> “Em que sentido Jesus e o Pai são um?” Disponível em: <https://www.jw.org/pt/biblioteca/revistas/wp20090901/Em-que-sentido-Jesus-e-o-Pai-s%C3%A3o-um/>. Acesso em: 13 nov. 2019.

<sup>5</sup> “O que é o Espírito Santo?” Disponível em: <https://www.jw.org/pt/ensinos-biblicos/perguntas/o-que-e-o-espírito-santo/>. Acesso em: 13 nov. 2019.

<sup>6</sup> “Jesus morreu numa cruz?” Disponível em: <https://www.jw.org/pt/ensinos-biblicos/perguntas/jesus-morreu-numa-cruz/>. Acesso em: 13 nov. 2019

<sup>7</sup> Ibidem



Tomando por base tais argumentos, a referida crença religiosa, abomina o uso da cruz em seus cultos por acreditar que esta é proveniente de crenças pagãs, originadas após a morte de Cristo, pelas igrejas que reformularam seus ensinamentos, de modo a permitir o culto aos símbolos e sinais pagãos, como por exemplo, a cruz, fomentando, portanto, a proibição imposta na bíblia no tocante à idolatria.<sup>8</sup>

Assim como diversas doutrinas que adotam os valores e princípios cristão como base, as Testemunhas de Jeová também creem na volta de Jesus Cristo à terra. Contudo, a diferença reside no fato de que Jesus a de instaurar uma nova forma de governo, destituindo, portanto, o reinado humano. Para implementar seu reino terrestre, destruirá todas aqueles que, de uma forma ou de outra, se opuserem aos seus mandamentos, por intermédio de uma guerra chamada Armagedom<sup>9</sup>.

Tal batalha não trará fim completo ao planeta, nem à humanidade, haja vista o fato de os únicos sobreviventes abarcarem somente os pertencentes à religião Testemunhas de Jeová. O Armagedom será precedido de uma grande tribulação, pois quando os governos terrestres se voltarem contra os servos de Jeová, Jesus agirá em defesa destes, retornando à terra com todo o seu poder, utilizando-se de granizo, fogo, terremotos, enxurradas, enxofre, doenças e raios<sup>10</sup>.

Sendo assim, entendem que os pecadores não serão punidos num inferno de fogo eterno, mas destruídos em definitivo durante a guerra do Armagedom. Em verdade, a conotação dada pela doutrina Testemunhas de Jeová à palavra inferno se refere à sepultura, à morte física. Portanto, todos estão destinados a isso. Ademais, creem que a ideia da punição eterna vai de encontro à justiça de Deus<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Ibidem

<sup>9</sup> “O que é a batalha do armagedom?” Disponível em: <https://www.jw.org/pt/ensinos-biblicos/perguntas/batalha-do-armagedom/>. Acesso em: 13 nov. 2019

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> “O que é o inferno? Um lugar de tormento?” Disponível em: <https://www.jw.org/pt/ensinos-biblicos/perguntas/que-e-inferno/>. Acesso em: 13 nov. 2019.



Cessada a guerra e instaurado o novo governo, a terra voltará às origens remotas do jardim do Éden, ou seja, passará por uma espécie de reforma para abrigar os sobreviventes do extermínio. Os mortos serão ressuscitados e devidamente julgados por suas ações enquanto vivos, podendo a sentença ser favorável no sentido de voltarem a viver ou desfavorável, condenando-os ao túmulo novamente<sup>12</sup>

Ao ser implantado o paraíso na terra, não haverá doenças, velhice, injustiças, maldade, crimes, violência, medo, morte, fome. A paz completa reinará não só entre os homens, mas entre estes e os animais que passarão a interagir de forma amigável com os humanos. Todas as pessoas serão felizes, viverão eternamente e, acima de tudo, prestarão obediência incondicional ao Príncipe da Paz, Jesus Cristo.<sup>13</sup>

Nesse aspecto, é possível destacar mais uma diferença entre a crença professada pelas Testemunhas de Jeová e as demais crenças voltadas ao cristianismo. Pois além de acreditarem que a terra não será destruída com a volta de Jesus Cristo, um número reduzido de pessoas não desfrutará do paraíso na terra.<sup>14</sup>

Trata-se de servos selecionados a dedo por Jeová Deus, chamados de ungidos. Deles fazem parte cento e quarenta e quatro mil pessoas, as únicas, portanto, a reinar nos céus juntamente com Deus e Jesus Cristo, auxiliando-os na administração dos novos céus e da nova terra.<sup>15</sup>

Toda a estrutura, bem como a obra disseminada mundialmente de pregação do evangelho são mantidas por intermédio de donativos voluntários enviados diretamente para uma de suas filiais ou colocados em caixas de donativos nos Salões do Reino, local onde realizados os cultos religiosos. Portanto, tal denominação não

---

<sup>12</sup> Por que Deus criou a terra e as pessoas? Disponível em: <https://www.jw.org/pt/biblioteca/livros/estudo-da-biblia/promessas-deus-para-humanidade/>. Acesso em: 13 nov. 2019.

<sup>13</sup> *Ibidem*

<sup>14</sup> Quem vai para o céu? Disponível em: <https://www.jw.org/pt/ensinos-biblicos/perguntas/quem-vai-para-o-ceu/>. Acesso em: 13 nov. 2019

<sup>15</sup> *Ibidem*



faz uso do princípio do dízimo, nem cobram valores determinados por suas publicações e serviços.<sup>16</sup>

### 1.2.3 Práticas Religiosas

Conforme disposto no estatuto social da Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, já anteriormente citado, merecem destaque os trechos dos artigos 1º e 2º (MPF, 2012, p. 10):

#### DENOMINAÇÃO E SEDE

Art. 1º - A Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, com sede na Rodovia Mário Baptista Mori (SP-141), km 43, em Cesário Lange, Estado de São Paulo, é uma Instituição Civil, sem fins lucrativos, que se regerá por este estatuto e pela legislação em vigor.

#### OBJETIVOS:

Art. 2º - A associação tem por objetivos:

Pregar as boas novas do Reino de Deus sob Cristo Jesus, em testemunho do Nome, da Palavra e da Supremacia do Onipotente Deus, Jeová;

Visar o aperfeiçoamento de homens, mulheres e crianças, por meio da obra missionária cristã e pela caridosa e benevolente instrução do povo a respeito da Bíblia e de assuntos culturais, científicos, históricos e literários;

Ensinar, treinar, preparar e equipar homens e mulheres para servirem em uma ou mais responsabilidades cabíveis, como ministros, missionários, evangelistas, pregadores, professores, conferencistas e agentes, e autorizar e nomear os mesmos para, publicamente e de casa em casa, pregar e ensinar as verdades da Bíblia às pessoas dispostas a ouvir, deixando com elas publicações bíblicas e convidando-as a participar em estudos bíblicos gratuitos;

Promover gratuitamente a assistência educacional, organizar e supervisionar escolas, cursos e classes gratuitas para ensinar e aprimorar a leitura e a escrita, estendendo essa atividade aos lares das pessoas interessadas, não se fazendo distinção quanto

---

<sup>16</sup> “Quem são as Testemunhas de Jeová?” Disponível em: <https://www.jw.org/pt/biblioteca/revistas/wp20150901/informacoes-confiaveis-testemunhas-jeova/>.





ao sexo, raça cor, idade, condição social, credo político ou religioso;

Importar, exportar, imprimir e distribuir a Bíblia e disseminar em várias línguas os ensinamentos nela impressos, periódicos e outras publicações educativas e bíblicas e importar equipamentos, materiais e utensílios necessários para cumprir as suas finalidades;

h) Formar, organizar e orientar, como ordem superior de cúpula as congregações das Testemunhas de Jeová e seus administradores, bíblicamente designados, conhecidos como "anciãos" e "servos ministeriais", na supervisão da obra bíblica de divulgação do Reino de Deus, bem como das atividades culturais e educacionais;

j) Usar veículos de comunicação para divulgar os ensinamentos da Bíblia, bem como filmes, gravações e quaisquer outros meios legais que a diretoria julgar conveniente, para o desenvolvimento dos seus objetivos estatutários;

o) Promover e difundir através da página impressa, fitas cassetes e de vídeo, verbalmente por intermédio de seus voluntários, ou outros meios e suportes aprovados pela Associação, valores éticos, morais e espirituais tendentes a orientar as famílias, de modo prático e incluindo os infantes, adolescentes e idosos, equiparando-as a enfrentar os problemas sociais que ameaçam a sua unidade”.

Uma das práticas religiosas mais conhecidas relativa à religião Testemunhas de Jeová é o evangelismo de porta em porta. Ao analisar o crescimento de adeptos à doutrina, especificamente no Japão, o sociólogo inglês Brian Wilson concluiu que cinquenta e oito vírgula três por cento dos novos fiéis foram convencidos a tornarem-se membros por intermédio do proselitismo de casa em casa<sup>17</sup>.

Utilizam como instrumentos de propagação de seus dogmas os mais diversos tipos de literaturas, embora a principal seja a bíblia intitulada de Tradução do Novo Mundo. Todo o material é produzido em gráficas chamadas de Betel. Neste local, todo o serviço é prestado voluntariamente e por tempo integral. Os voluntários -

---

<sup>17</sup> “Quão eficaz é o evangelismo de porta em porta?” Disponível em: <https://wol.jw.org/pt/wol/d/t5/lp-t/101985049#h=3>. Acesso em 02 jan. 2020



todos Testemunhas de Jeová- recebem acomodação, alimento e uma pequena ajuda financeira para arcar com despesas pessoais.<sup>18</sup>

Durante a pregação nos lares, é oferecido ao ouvinte um estudo bíblico mais aprofundado acerca das crenças disseminadas pela religião. Caso haja interesse, as Testemunhas de Jeová se comprometem a visitar o novo estudante, acordando previamente os dias nos quais o estudo será ministrado, bem como o horário de duração.<sup>19</sup>

Dessa forma, aqueles que aderem aos ensinamentos e expressam o desejo de fazer parte da congregação, são submetidos ao batismo nas águas, realizados pelas Assembleias Gerais do local onde o fiel está alocado. Apenas após tal ato, o membro é tido como aceito e só então poderá participar ativamente das atividades, ocupando cargos de maior relevância dentro da organização (MPF, 2012).

Os locais utilizados para as reuniões que ocorrem semanalmente são chamados de Salões do Reino das Testemunhas de Jeová e podem ser encontrados em diversas cidades, estados e países. São organizados em congregações supervisionadas por um corpo de anciãos – correspondem à figura dos pastores no protestantismo - de forma que, vinte congregações formam um circuito, e cerca de dez circuitos formam um distrito<sup>20</sup>.

Além das reuniões semanais, as Testemunhas de Jeová organizam grandes eventos conhecidos como Assembleias e Congressos. Anualmente são realizadas

---

<sup>18</sup> “O que é betel?” Disponível em: <https://www.jw.org/pt/biblioteca/livros/vontade-de-jeova/o-que-e-betel/>. Acesso em: 13 nov. 2019.

<sup>19</sup> “O que é um estudo bíblico?” Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/o-que-e-um-estudo-biblico/>. Acesso em: 13 nov. 2019.

<sup>20</sup> “Como as congregações das Testemunhas de Jeová são organizadas?” Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/congregacoes-organizadas/>. Acesso em: 13 nov. 2019.



duas assembleias de circuito, com duração de um dia e um congresso regional, com duração de três dias<sup>21</sup>.

Ainda sobre suas práticas, as Testemunhas de Jeová costumam demonstrar muito fervor às suas crenças e costumes. A rígida posição no sentido de não aceitarem transfusão de sangue como tratamento médico, por exemplo, ainda levanta inúmeras polêmicas, ocasionando processos em todo o mundo contra a associação (MPF, 2012).

Também é notório o fato de que os seguidores de tal denominação não comemoram datas emblemáticas como natal, ano novo, aniversários, páscoa entre outras (SOARES, 2016), bem como se recusarem a adentrar outro templo religioso que não aquele destinado às suas reuniões, quais sejam, os Salões do Reino.

Outro fato curioso diz respeito a crença de que saudar a bandeira ou cantar o hino nacional nada mais seja do que um ato de idolatria ao Estado e a seus líderes. Portanto, é comum que os diretores e professores de escolas onde estão matriculados filhos e filhas de Testemunhas de Jeová sejam avisados acerca da sua não participação em eventos patrióticos adotados pela instituição educacional.<sup>22</sup>

Também não se envolvem em questões de cunho político, permanecendo neutros em tais assuntos. Além de não se candidatarem a nenhum cargo, costumam abster-se das votações. Nos países onde há a obrigatoriedade de ir às urnas, a orientação dada é no sentido de não violar sua consciência de crença e neutralidade. Quanto ao alistamento militar obrigatório, as Testemunhas de Jeová, em razão de sua consciência de crença, costumam optar pela prestação de serviços civis alternativos.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> “Por que é que assistimos a assembleias e congressos?” Disponível em: <https://www.jw.org/pt-pt/biblioteca/livros/vontade-de-jeova/testemunhas-de-jeova-assembleias/>. Acesso em: 13 nov. 2019.

<sup>22</sup> “Mantenha-se no amor de Deus” Disponível em: <https://www.jw.org/pt/biblioteca/livros/amor-de-deus/>. Acesso em: 02 jan. 2020

<sup>23</sup> Ibidem



No entanto, o que poucos sabem é que a religião em questão adota meios de disciplina tão rígidos quanto às suas convicções. Trata-se da desassociação ou dissociação, a depender do caso concreto. A primeira diz respeito ao desligamento compulsório do membro e a segunda, ao desligamento voluntário, a pedido.

Quanto à desassociação, são dois os motivos que a justificam: o cristão batizado comete um pecado grave (imoralidade sexual, idolatria, ladroagem, extorsão, espiritismo etc.) e não demonstra nenhum arrependimento pelo que fez. Dessa forma, segundo a doutrina seguida pelas Testemunhas de Jeová, um membro só será desassociado caso não se arrependa e continue a praticar o pecado<sup>24</sup>.

A dissociação ocorre por intermédio de um pedido formal dirigido à congregação a qual pertence o membro, declarando o seu desejo de não fazer mais parte da associação religiosa. Tanto o pedido de desligamento, quanto a decisão de desassociar um membro serão analisados e validados por uma comissão judicativa<sup>25</sup>.

Após esse processo, parte-se para a comunicação pública perante a congregação acerca do ocorrido, a fim de que todos os demais associados rompam todo e qualquer vínculo com o membro desassociado ou dissociado, ainda que menor de idade, incluindo seus familiares, sejam eles próximos ou não<sup>26</sup>. Devido ao fato de tal ocorrência ser objeto da presente pesquisa, mais detalhes serão apresentados e debatidos no capítulo três deste trabalho.

## **2 O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E À PROTEÇÃO INTEGRAL**

---

<sup>24</sup> “Quem são as Testemunhas de Jeová?” Disponível em:

<https://www.jw.org/pt/biblioteca/revistas/wp20150901/informacoes-confiaveis-testemunhas-jeova/>.

<sup>25</sup> Uma pessoa pode escolher não ser mais Testemunha de Jeová? Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/dissociar/>. Acesso em: 13 nov. 2019

<sup>26</sup> “Quem são as Testemunhas de Jeová?” Disponível em:

<https://www.jw.org/pt/biblioteca/revistas/wp20150901/informacoes-confiaveis-testemunhas-jeova/>.



Neste capítulo, o foco será dimensionado ao direito fundamental à convivência familiar, bem como ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente, de maneira a abordar alguns temas e conceitos importantes para melhor entendimento dos assuntos.

## 2.1 PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

O presente subcapítulo tratará especificamente do princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Para tanto, serão apresentados seus conceitos e origens, assim como sua previsão constitucional e regulamentação normativa, abarcando-se, por oportuno, todos os demais princípios norteadores pertencentes à matéria.

### *2.1.1 Conceito e origem*

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente está descrito no artigo 1º do ECA, Lei nº 8.069/90, destinando-se a toda pessoa em desenvolvimento, qual seja, de zero a dezoito anos de idade, implicando a atuação do referido estatuto independentemente da situação na qual a criança ou o adolescente se encontre, não sendo necessário que se encontrem em situação irregular (sem os genitores, adolescente infrator) somente, da forma que ocorria no Código de Menores (CERQUEIRA, 2010).

Tal proteção abarca todos os direitos da personalidade e tudo o que for importante para o saudável desenvolvimento da criança e do adolescente. Dessa forma, o objetivo é reduzir a atuação jurisdicional do Estado relativa às matérias de interesse dos menores, priorizando a participação de instâncias administrativas especializadas, utilizando-se meios educativos e preventivos no que toca ao atendimento e acolhimento de crianças e adolescentes (inclusive dos infratores) (CERQUEIRA, 2010).



No entanto, conforme Machado (2003), é necessário haver uma junção entre políticas públicas e atuação jurisdicional do Estado, pois estes são os dois mecanismos mais importantes para se alcançar a proteção a proteção integral dos direitos das crianças e dos adolescentes, principalmente quando se agrega a eles a participação popular.

A concepção do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente baseia-se na ideia central de que estes indivíduos são sujeitos de direitos em relação ao mundo adulto, em suas relações com a família, a sociedade e o Estado. Norteia-se pelo fato de que crianças e adolescentes são seres humanos que se encontram numa situação fática que merece atenção, haja vista serem pessoas em fase de desenvolvimento físico, psíquico e emocional, em pleno desenvolvimento de sua potencialidade humana adulta (MACHADO, 2003).

Por isso, entende-se que os direitos voltados à proteção dos menores são especiais em relação aos direitos dos adultos. São prioritários e, portanto, devem receber proteção prioritária, integral e prevalente, de forma que independentemente da situação fática em que a criança ou o adolescente se encontrem, sempre merecerão receber da sociedade um único e igualitário regime de direitos, livre de tratamento discriminatório e ofensivo (MACHADO, 2003).

No final do século XVII, a categoria infância passou a ser percebida pela sociedade. Na idade média, a infância não era considerada como categoria diferenciada daquelas que abrangiam os adultos. No entanto, com a concentração das comunidades humanas nas cidades e o surgimento das escolas como instituições onde as crianças eram educadas e socializadas, passou-se a distinguir o conceito do que era criança e do que era adulto (MACHADO, 2003).

No entanto, diante de um quadro de severa exclusão social ocasionado pela desigualdade social e econômica, construiu-se a categoria de criança não-escola, não família, criança desviante, criança em situação irregular, carente/delinquente, que



sempre receberam o mesmo tratamento, compondo uma nova categoria chamadas de “menores” (MACHADO, 2003).

Nesse aspecto, a doutrina da proteção integral, amparada pela Organização das Nações Unidas, substituiu a doutrina da situação irregular, do revogado Código de Menores de 1927. O antigo código respaldava a chamada teoria menorista, que era destinada a mendigos, abandonados, infratores, andarilhos, e outras crianças e adolescentes, sempre denominados menores, que tivessem reconhecida sua situação como irregular (CERQUEIRA, 2010).

Em 1979, o Código de Menores, muito embora reformado, manteve a mesma forma excludente de lidar com crianças e adolescentes, agravada pela filosofia do “Instituto del Nino”, ligado à Organização dos Estados Americanos, a OEA, embasado pela doutrina da Segurança Nacional, principal fundamento ideológico das ditaduras latino americanas daquele período, tendo forte influência sobre a reforma de 1979 (CERQUEIRA, 2010).

O Brasil, utilizando de tais filosofias, tratou a questão da criança e do adolescente, na reforma de 1979, com base nas doutrina da Segurança Nacional, originando-se, daí, as FEBENS e FUNABEM, que tinha como escopo centralizar a política das decisões e execuções, da segregação dos menores tidos como em situação irregular pelo Estado, colocando-os atrás dos “muros contedores” (CERQUEIRA, 2010).

A doutrina da situação irregular dava ao então juiz de menores a escolha do que fosse melhor para o menor, conforme assim entendesse, sem levar em consideração o devido processo legal. Tal medida incluía, até mesmo, a prisão dentro dos limites dos “muros contedores” até os vinte e um anos de idade, “para o seu próprio bem” (CERQUEIRA, 2010).

Tal realidade era completamente desvinculada da realidade fática, pois a imensa maioria dos menores em situação vulnerável nunca sequer havia praticado



atos definidos como crime. Em verdade, a ideia propagada acerca das grandes casas de internação era a de que as crianças e os adolescentes estariam melhor assistidos do que em companhia de suas pobres famílias (MACHADO, 2003).

A implementação dessa política pública, acabou por acarretar uma condição de subcidadania de uma grande quantidade de jovens criados longe de seus núcleos familiares, que acabaram tornando-se adultos incapazes do exercício de suas potencialidades humanas plenas (MACHADO, 2003).

Ademais, os atendimentos se baseavam na confusão conceitual entre crianças e adolescentes cerceados em todos os seus direitos sociais fundamentais e adolescentes autores de crimes, pois a ambos eram dispensados o mesmo tratamento no que toca a assistência concreta que lhes era prestada (MACHADO, 2003).

Enquanto isso, em outras partes do mundo, os direitos das crianças e dos adolescentes estavam em franca evolução, sob o amparo da Organização das Nações Unidas, a ONU, que passou a produzir tratados e convenções como as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - regras de Beijing, dentre outras que formam a doutrina da proteção integral (CERQUEIRA, 2010).

No entanto, a partir da recepção da doutrina da proteção integral pela legislação brasileira, o centro do direito voltou-se prioritariamente para a Criança e para o Adolescente, em todas as causas que os envolvem, e apenas sob tal entendimento todas as decisões acerca dessa parcela mais vulnerável da população devem ser decididas (CERQUEIRA, 2010).

Dessa forma, excluiu-se definitivamente o termo “menor”, devido ao fato de este termo carregar consigo uma carga de estigma e discriminação, muito embora ainda seja utilizado erroneamente pela mídia. Ademais, os indivíduos em desenvolvimento que possuem idade entre 0 e doze anos são classificados como





crianças, e os que têm entre doze e dezoito anos são tidos como adolescentes (CERQUEIRA, 2010).

### *2.1.2 Previsão constitucional e regulamentação do princípio da proteção integral da criança e do adolescente*

Em razão do valor da dignidade da pessoa humana ser princípio basilar de toda a Constituição Federal de 1988, foi inserido em seu texto proteção especial para as crianças e jovens, reconhecidos como pessoas em desenvolvimento físico, psíquico e emocional. Tal sistema especial é expressamente observado nos artigos 227 e 228, da Carta Cidadã, manifestando-se também no artigo 226, *caput* e §§3º, 4º, 5º e 8º, bem como no artigo 229, primeira parte. Cite-se, além desses, os artigos 7º e 208, §3º do mesmo diploma legal (MACHADO, 2003).

São direitos fundamentais da pessoa humana em condição especial, ainda em fase de desenvolvimento, e podem ser classificados tanto como individuais como sociais. Ademais, o interesse na formação e no desenvolvimento saudável da personalidade humana adulta faz parte dos direitos entendidos como de personalidade, na sua acepção estrita (MACHADO, 2003).

Adriano de Cupis (1961, apud MACHADO, 2003) entende que todos os direitos, na medida em que destinados à personalidade, poderiam ser chamados de direito da personalidade. Porém, a doutrina jurídica reserva essa designação àqueles direitos subjetivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o mínimo necessário e imprescindível a todo o conteúdo.



Sem tais direitos de personalidade, todos os outros perderiam todo o sentido para o indivíduo, por isso são tidos como essenciais, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade (CUPIS, 1961, apud MACHADO, 2003).

Devido ao fato de as crianças e adolescentes não terem pleno desenvolvimento de sua personalidade, característica inerente à sua condição de seres humanos ainda em processo de formação sob todos os âmbitos, necessitam de uma tutela especial, reconhecida no direito moderno (MACHADO, 2003).

A justificativa para que a Constituição de 1988 reserve às crianças e aos adolescentes proteção integral aos seus direitos e garantias se dá pela vulnerabilidade de tais indivíduos quando comparados aos adultos. Pois se ainda não amadureceram e não desenvolveram as potencialidades do ser humano, são eles mais fracos, bem como estão em situação menos favorável no que toca a própria defesa de seus interesses e direitos (MACHADO, 2003).

Nesse sentido, a Carta Cidadã de 1988 resguarda os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, tendo-os numa posição especial, no sentido de serem distintos dos direitos fundamentais reservados ao adultos sob dois ângulos: um referente à natureza quantitativa (vinculada a maior variedade de direitos fundamentais a eles dirigidos) e outro de natureza qualitativa (relativa à estruturação especial desses direitos) (MACHADO, 2003).

Pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 quanto aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes adotou a teoria unitária dos direitos humanos, de forma a reconhecer a nítida interdependência entre os direitos civis, ou



direitos da liberdade e os conhecidos como direitos sociais, ou direitos de igualdade, alcançando-se a plena efetividade quando todos eles são devidamente satisfeitos (MACHADO, 2003).

Destarte, sem a efetivação dos direitos sociais de crianças e adolescentes, como, por exemplo: educação, saúde, profissionalização, proteção contra o trabalho, alimentação; não se poderá lograr êxito material quanto à proteção a seus direitos fundamentais (MACHADO, 2003).

Com a democratização do Brasil, a doutrina da proteção integral foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e regulada pelo estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), substituindo-se o regime do “prudente arbítrio” pelo Estado Democrático de Direito, dirigindo a Justiça da Infância e da Juventude a todas as crianças e adolescentes e suas relações com a família, com a comunidade, com o Estado, com as coisas e com as pessoas, sempre por intermédio do devido processo legal, com atenção e práticas diferenciadas e adaptadas (CERQUEIRA, 2010).

Destaque-se que o Juiz de Direito com competência para a Vara da Infância e da Juventude - e não para os extintos Juizados de Menores – não é um Juiz criminal, mas sim um magistrado competente para jurisdicionar os interesses das crianças e adolescentes, nas forma prescrita pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicado de forma única e igualitária também nos demais juízos (CERQUEIRA, 2010).



Superado foi o regime do “prudente arbítrio do Juiz de Menores”, dando espaço ao exercício das relações de direito, minando a força das supostas caridades e piedades que não demonstravam de fato as verdadeiras intenções da elite que as praticava (CERQUEIRA, 2010).

No entanto, a única exceção ao princípio da proteção integral reside na delimitação de competência do juízo imposta no art. 148, do ECA. Conforme o entendimento do referido dispositivo, o Juiz da Vara da Infância e da Juventude terá competência para apreciar algumas ações apenas se e somente se a criança ou o adolescente estiver em situação de risco, conforme versa o artigo 98 do Estatuto supra mencionado (CERQUEIRA, 2010, p. 22):

**Art. 98.** As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta (REFERENCIAR)

Caso a criança ou o adolescente não se encontre nas situações descritas no artigo mencionado, a competência para julgar a causa passará a ser da Vara de Família ou da Vara de Registros Públicos (CERQUEIRA, 2010).

No entanto, observarão o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente todos os órgãos incumbidos de aplicar e defender o ECA, sejam pertencentes ao poder judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, equipe multidisciplinar, Conselho Tutelar, Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, dirigentes de entidades, comissariados, dentre outros (CERQUEIRA, 2010).

### *2.1.3 Princípios norteadores*



Muito embora o princípio da dignidade da pessoa humana compreenda todo o ordenamento jurídico vigente, principalmente no que toca aos direitos das crianças e adolescentes, considerar-se-ão os princípios norteadores específicos do Estatuto da Criança e do Adolescente, quais sejam, o princípio da prioridade absoluta, o princípio do melhor interesse, o princípio da cooperação e o princípio da municipalização (VILAS-BÔAS, 2011).

O princípio da prioridade absoluta é previsto no artigo 227, da Constituição Federal de 1988, bem como no artigo 4º, caput, da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (VILAS-BÔAS, 2011, p. 7):

**Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

**Art. 4º.** É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Para D'Antônio (2009), uma política integral sobre a menoridade deve necessariamente perpassar a política familiar, haja vista a família constituir elemento básico formativo, onde é preparada a personalidade da criança e do adolescente.

No entanto, não é suficiente apenas dar prioridade, mas efetivar os direitos que dela decorrem. Portanto, a análise e consequente implementação de políticas públicas com o fim de priorizar a criança e o adolescente são mais do que fundamentais. O parágrafo único do artigo 4º, do ECA, dispõe acerca das garantias que o princípio da prioridade absoluta compreende (VILAS-BÔAS, 2011, p. 7-8):

**Art. 4º.** É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação,



à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

**Parágrafo único.** A garantia de prioridade compreende:

primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;

precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;

preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Sendo assim, deve-se analisar cada ato praticado administrativa ou judicialmente no intuito de conformá-los com o artigo 227, da CF/88, considerando a prioridade absoluta que deverá ser dispensada à criança e ao adolescente quanto aos cuidados que a eles couberem (VILAS-BÔAS, 2011).

No que toca ao princípio do melhor interesse, sua origem tem raízes no direito anglo-saxônico do *parens patrie*, no qual o Estado é que assumia para si a responsabilidade relativa àqueles classificados como juridicamente limitados, ou seja, os loucos e os menores (VILAS-BÔAS, 2011).

O instituto foi dividido, no século XVIII, de modo a separar a proteção infantil da proteção do louco e, dessa forma, em 1836 o princípio do melhor interesse oficializou-se pelo sistema jurídico inglês mas, em 1959, por intermédio da Declaração dos Direitos da Criança e do Adolescente o princípio do melhor interesse foi consolidado no Código dos Menores, ainda sob a influência da doutrina da situação (VILAS-BÔAS, 2011).

Contudo, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que adotou a doutrina da proteção integral, ocasionou uma mudança de paradigma acerca da orientação do princípio do melhor interesse, pois o mesmo passou a orientar o legislador, bem como o aplicador da norma jurídica, vez que determina a primazia



das necessidades infanto-juvenis como critério de interpretação do ordenamento jurídico e também a forma como seriam criadas as demandas futuras (VILAS-BÔAS, 2011).

Quanto ao princípio da cooperação, este se origina do dever de proteção que pertence ao Estado, à família e à sociedade, contra toda e qualquer violação dos direitos da criança e dos adolescentes, de forma a prevenir ameaças de violação aos direitos do menor (VILAS-BÔAS, 2011).

Acerca do princípio da municipalização, assim dispõe o artigo 204, inciso I, da CF/88, bem como o artigo 84, inciso I, do ECA (VILAS-BÔAS, 2011, p. 11):

**Art. 204.** As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I – descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

**Art. 88.** São diretrizes da política de atendimento I – municipalização do atendimento.

Dessa forma, o princípio da municipalização diz respeito à obrigação imposta aos Municípios de atender as necessidades das crianças e dos adolescentes sob sua responsabilidade, atendendo às características de cada região, aproximando-se dos problemas existentes a fim de solucioná-los da maneira mais rápida e eficaz possível, de maneira a minorar ou evitar prejuízos aos direitos dos menores (VILAS-BÔAS, 2011).

## 2.2 DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Quanto ao direito fundamental à convivência familiar, este subcapítulo tem por objetivo esclarecer ao leitor acerca do conceito e origem, previsão constitucional e



regulamentação normativa, bem como discorrer acerca de todos os demais princípios norteadores afetos ao tema.

### 2.2.1 Conceito e origem

Em tempos primórdios, a palavra família designava o conjunto de pessoas que, como escravas, trabalhavam para prover sua subsistência e de parentes que acreditavam se encontrar sob a esfera de proteção do *pater famílias*, cujo significado literal é pai de família. Dessa forma, o sentido romano de família é decorrente do conceito de subordinação por parte dos parentes e escravos, assim como da ideia de mando e poder (LEITE, 2005).

A palavra família, na Roma antiga, se voltava aos escravos, e não apenas aos filhos e ao casal, ou seja, simbolizava um conjunto de servos pertencentes a uma mesma pessoa. Era, portanto, parte da herança transmitida por intermédio de testamento, e o chefe de tal organização mantinha sob o seu poder a esposa, os filhos e seus escravos (ENGELS, 1944, apud LÔBO, 2017).

Conforme leciona Pereira (2019), o *pater* desempenhava o papel de chefe político, sacerdote e juiz. Cabia a ele decidir acerca dos direitos dos filhos, dando a última palavra até mesmo sobre a vida e a morte, podendo puni-los corporalmente, vendê-los e matá-los. A mulher exercia o papel de completa submissão ao marido, deixando de ser filha para ser esposa, sem qualquer tipo de liberdade e autonomia.

Nesse mesmo sentido, segundo Nader (2016), a família romana dotada de viés patriarcal era completamente voltada à submissão ao *pater*, haja vista este ser o único considerado como pessoa de direitos. Todos os demais integrantes da família eram conhecidos como *alieni juris*, ou seja, tidos como incapazes. Apenas quando falecia o *pater*, os filhos varões passavam, então, a ser titulares de personalidade, de forma a ocupar o lugar do falecido.





O elo que mantinha a família unida não era proveniente de afeto, pois muito embora existisse, acabava por dar lugar ao poder exercido pela religião, bem como ao culto voltado aos antepassados. Dessa forma, além de tomar as decisões em nome de todos os integrantes, o chefe da casa também era o responsável por dirigir os cultos voltados à crença adotada por ele (VENOSA, 2019).

Por um longo período da antiguidade, a entidade familiar foi caracterizada por integrantes residentes em uma mesma casa, que invocavam os mesmos antepassados. Destarte, para que determinado tipo de culto não fosse extinto, imprescindível era que um descendente homem continuasse a disseminar e a praticar os cultos religiosos passados de geração em geração (VENOSA, 2019).

No entanto, ainda que o responsável por ocupar a posição de liderança na família diante da ausência do pai fosse de fato seu descendente, deveria ser fruto da união de um casamento realizado pela igreja, vez que filhos tidos como bastardos jamais seriam dotados de legitimidade para ocupar a posição de *pater* (VENOSA, 2019).

Até que no século IV, sob o governo do Imperador Constantino, o direito romano impõe conceitos cristãos à concepção de família, dando lugar a questões de ordem moral, invocando-se o espírito da caridade, de modo a enfraquecer a autoridade centrada no *paterfamilias* (PEREIRA, 2019).

Com a perda substancial de força por parte do chefe de família em decorrência dos novos valores cristãos, a superioridade existente entre marido e esposa foi extinta, os filhos, antes incapazes, passaram a gozar de personalidade jurídica. Ademais até mesmo a poligamia passa a dar lugar à monogamia, com característica de perpetuidade (NADER, 2016).

Em suma, o matrimônio deixa de expressar única e exclusivamente a vontade do *pater*, no direito romano, para dar lugar à celebração do casamento mediante o desejo do próprio casal, no período clássico (NADER, 2016).



Contudo, na contemporaneidade, o regime econômico agrário ocasionou a manutenção a autoridade dos pais sob os filhos, vez que o trabalho era desenvolvido por todos. Com o advento da revolução industrial, tais famílias encontram nas cidades melhores condições de renda, acarretando a sua desconcentração, pois perdida a unidade econômica (NADER, 2016).

Em meados do século XX, a mulher ingressa no mercado de trabalho e transforma profundamente a dinâmica familiar, alcançando, inclusive os direitos antes pertencentes apenas aos homens, rompendo com inúmeras resistências. Os filhos passam a ficar mais tempo na escola e, em países mais desenvolvidos, as taxas de natalidade passam a ser rigidamente controladas (VENOSA, 2019).

Nesta mesma linha, Nader (2016) destaca que a segunda metade do século XX foi responsável por fortalecer os sentimentos de justiça e de igualdade de direitos e deveres entre marido e mulher, abolindo-se a ideia de distribuição de afazeres e responsabilidades hierarquizadas, em razão dos pensamentos filosóficos difundidos à época.

Em sua concepção moderna, família é considerada o grupo familiar cuja organização deixa de ser centrada no poder autocrático do pai para adotar princípios ligados à democracia e à afetividade, de forma a privilegiar os elos formados em decorrência da compreensão e do amor (PEREIRA, 2019).

Para Silvio de Salvo Venosa (2019) muito embora seja difícil chegar a um consenso quanto ao real conceito da instituição chamada de família, haja vista a sociologia, a antropologia e o direito conferirem diversos significados a ela, tal instituto pode ser entendido como a organização de membros unidos por uma relação conjugal ou de parentesco.

Além da definição supramencionada, pode-se conceituar família por intermédio do viés sociológico que a define como a integração de pessoas que vivem sob o mesmo teto, submetendo-se à autoridade de um mesmo líder ou chefe,



lembrando, portanto, a figura já mencionada do *pater*, originário da Roma antiga (VENOSA, 2019).

Considerada sob um aspecto amplo, família, portanto, abarca não só os filhos e o casal, mas também os ascendentes, descendentes e colaterais pertencentes a determinada linhagem, de forma a incluir os descendentes e colaterais do cônjuge, quais seja, os parentes afins. Sob um prisma mais restrito, família é composta apenas pelos pais e filhos que convivem abaixo do mesmo tipo de poder familiar (VENOSA, 2019).

Para Nader (2016), família nada mais é do que uma instituição social formada por mais de uma pessoa física, unidas com o objetivo de alcançarem o desenvolvimento e a solidariedade, tanto nos planos assistenciais como nos de convivência, ou pode ser composta por membros ligados entre si por um mesmo tronco.

Destarte, além do que o doutrinador acima mencionado chama de grande-família, criada pelo grupo de relações advindas da união matrimonial, existe também a pequena-família, cuja existência é caracterizada tão somente pelos pais e filhos (NADER, 2016).

Quanto à sua formação comum, qual seja, a união de duas pessoas com o intuito de unirem propósitos, a família é uma instituição originada de maneira natural, guiada pela natureza, obedecendo o caminho formado pelo afeto, pelo instinto e pela razão. Dessa forma, as convenções sociais podem até gerar certa influência em sua constituição, mas é a racionalidade, em parceria com as experiências as responsáveis pela manutenção da vida em comum de seus integrantes (NADER, 2016).

Ainda, conforme Lôbo (2017), atualmente é possível falar em repersonalização da família, pois esta deixa de se vincular aos padrões antigos de autoridade centrada e incontestável do *pater*, para dar lugar à realização de seus



membros, de forma a dar valor aos seus interesses pessoais, não mais apenas às relações patrimoniais.

Dessa forma, redimensionar o foco de atenção da família para a pessoa humana evidenciou ainda mais a forte influência exercida pelo Iluminismo, corroborando para a criação dos direitos fundamentais e do conceito afeto à dignidade da pessoa humana. Destarte, os interesses caracterizadores da família patriarcal romana não encontram mais amparo na família atual, pois esta passa a adotar como base a afetividade (LÔBO, 2017).

Mesmo diante de tantas transformações, é indubitável que o ambiente familiar continua a ser o berço da formação saudável de seus membros, especialmente no tocante às crianças e aos adolescentes. A forma utilizada por seus responsáveis para impor limite, afeto e respeito será de suma importância para que o caráter, a personalidade e as demais habilidades necessárias para o convívio em sociedade sejam bem elaboradas pelos filhos (FURTADO; MORAIS; CANINI, 2016).

Portanto, são as experiências adquiridas no contexto familiar que determinarão se a criança ou o adolescente serão capazes de se sentirem amados, cuidados, a ponto de estenderem estes mesmos sentimentos e gestos aos demais integrantes de seu lar, bem como àqueles fora de tal círculo, tornando-os sociáveis e autônomos (FURTADO; MORAIS; CANINI, 2016).

Sendo assim, o principal objetivo do direito fundamental à convivência familiar é garantir à criança e ao adolescente o porto seguro que apenas sua família pode proporcionar, de forma a zelar pela sua integridade física e psíquica, bem como pelo amor, respeito e proteção a eles devidos (AMIN et al., 2019).

### *2.2.2 Previsão constitucional e regulamentação do direito à convivência familiar*



Muito embora a instituição familiar sempre haja gozado de certo prestígio, só foi regulamentada constitucionalmente em 1934. No entanto, tal avanço não dedicou nenhum tipo de garantia e proteção aos seus membros. Apenas em 1988, com a promulgação da Constituição vigente, seus integrantes foram dotados de direitos e garantias (AMIN et al., 2019).

Assim dispõe o artigo 226 da Constituição Cidadã:

**Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Considerando a família como base do desenvolvimento humano, bem como legando ao Estado o dever de protegê-la, o artigo acima mencionado trata o conceito de formação familiar de maneira mais ampla, haja vista todas as outras formas de sua composição, embora não abarcadas pelo dispositivo, também façam jus ao amparo estatal, de forma a homenagear sua pluralidade (COSTA; SIMÕES, 2005).



Segundo Dias (2007 apud TARTUCE, 2019), as principais formas de entidades familiares podem ser classificadas como: matrimoniais, pois decorrentes do casamento; informais, quais sejam, aquelas provenientes da união estável; homoafetivas, haja vista serem formadas mediante a união de pessoas do mesmo sexo; monoparentais, que como o próprio termo evidencia, são constituídas por um único genitor e seus filhos.

Ainda destaca a autora acerca da existência das famílias anaparentais e eudemonistas. A primeira diz respeito à formação familiar existente entre parentes ou não, desde que unidos com o propósito e a identidade de uma família. Segundo o criador do termo, professor Sérgio Resende de Barros, esta modalidade familiar tem por base o afeto, ainda que sem a presença do pai ou da mãe (BARROS, 2003 apud DIAS, 2007 apud TARTUCE, 2019).

O segundo tipo de entidade familiar, qual seja, a eudemonista, é aquela que acredita na emancipação de seus integrantes, no sentido de buscar a felicidade de cada um deles, sem levar em consideração os deveres atribuídos aos cônjuges elencados no artigo 1.566, do Código Civil de 2002, como fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, dentre outros (DIAS, 2007 apud TARTUCE, 2019).

Em razão do reconhecimento de novas formas familiares e da necessidade de se reconhecer direitos iguais a elas, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4227 e a ADPF nº 132, entendeu que todas as uniões homoafetivas que cumprissem os requisitos elencados no artigo 1.723, do Código Civil de 2002, seriam, então, reconhecidas como uniões estáveis, sob o argumento de que a escolha sexual das pessoas não pode jamais gerar desigualdade jurídica (COSTA; SIMÕES, 2005).

Nessa mesma linha, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 16, inciso III, declara:



III) A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Ao compartilhar do mesmo entendimento, assim dispõe o artigo XVI, inciso 3, do Pacto de San José da Costa Rica também chamado de Declaração Universal dos Direitos Humanos:

**Artigo XVI**

3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Compreendendo-se a família como instituição tutelada pelo Estado, bem como considerando-se os direitos assegurados a cada membro que a integre, o artigo 227, da Constituição Federal de 1988 dispõe:

**Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Trata-se, portanto, de norma programática enunciativa ou declaratória de direitos. Nesse sentido, muito embora o legislador, no texto constitucional, não tenha esclarecido a forma como tais direitos deverão ser exercidos e aplicados, tal norma obrigada os entes estatais a cumpri-la, ainda que não exista regulamentação para tanto (PIMENTA, 2012). É direito essencial no que toca à personalidade infanto-juvenil, não guardando correspondência com os adultos, conforme entende Machado (2003).

Contudo, o citado artigo é regulamentado pela Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) em seus artigos 4º, 16, inciso V e 19:

**Art. 4º.** É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.



**Art. 16.** O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação.

**Art. 19.** É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Nesse contexto, considerando a importância de um ambiente familiar saudável para o pleno desenvolvimento físico e psíquico da criança e do adolescente, deverá ser priorizada a sua convivência com a família de origem, sob pena de prejudicar sua formação como ser humano (AMIN et al., 2019).

Destarte, o direito fundamental à convivência familiar visa garantir à criança e ao adolescente proteção integral, especialmente no que toca à promoção de ambientes apropriados, baseados em bons exemplos e condutas lícitas, de forma que tais seres em desenvolvimento não sejam expostos a nenhuma situação que possa deturpar seu caráter (AMIN et al., 2019).

Ressalte-se, por oportuno, que a Lei nº 12.010/2009, trouxe algumas modificações no Estatuto da Criança e do Adolescente no que toca à maneira de interpretar o artigo 227, da Constituição Federal vigente. Muito embora ainda se priorize a família natural, qual seja, aquela composta pelos pais, por apenas um deles e outros descendentes, também foi reconhecida a importância da figura instituída pela família ampliada ou extensa (PEREIRA, 2019).

A definição de família ampliada ou extensa, dada pela Lei supramencionada, nada mais é do que aquela que vai além dos pais e filhos, de forma a estender-se aos parentes próximos com os quais haja convivência, afetividade e afinidade por parte





da criança e do adolescente, abrangendo, dessa forma, o núcleo familiar existente com o qual já existe a ideia de convivência permanente (PEREIRA, 2019).

Nesse diapasão, frise-se que não se está a falar de todo e qualquer parente, mas apenas daqueles que fazem parte de determinado círculo familiar, desde que comprovada a convivência permanente. Quanto à afinidade, esta não corresponde àquela descrita no artigo 1.595 do Código Civil de 2002 como parentesco proveniente da união estável ou do casamento (PEREIRA, 2019).

Trata-se, em verdade, de identificação e estabilidade afetiva nos laços criados com a criança e o adolescente, assim como a responsabilidade e o compromisso que deverão ser a base seja na convivência familiar, seja nas questões afetas ao acolhimento institucional (PEREIRA, 2019).

Ainda, conforme entendimento de Nucci (2018), é primordial que a família biológica tenha prevalência sobre a família substituta ou o abrigo, de forma a evidenciar o interesse da criança ou do adolescente em ser criado junto a seus pais, irmãos e demais parentes, haja vista ser a família a verdadeira base da sociedade, da qual ninguém deve deixar de fazer parte.

Também é importante destacar a Lei nº 13.257/2016 conhecida como Marco legal da Primeira Infância, fase essa determinada pelo período compreendido dos seis primeiros anos completos de vida da criança. A referida norma ressalta a necessidade de se criar políticas nacionais integradas, a fim de que, por intermédio de vários entes estatais e com a ajuda da população, a família seja fortalecida, especialmente quanto aos cuidados e à educação, sendo orientada e devidamente informada (PEREIRA, 2019).

O Marco Legal da Primeira Infância também dispõe que os genitores ou os designados como responsáveis pela guarda da criança têm direitos e deveres divididos igualmente entre si. Também prioriza a manutenção da criança ou do adolescente junto à sua família de origem, caso não haja motivos para a perda ou



suspensão do poder familiar, devendo o Estado providenciar sua inclusão em serviços e programas de proteção e apoio (PEREIRA, 2019).

A Lei supramencionada também regula a forma de repasse de verbas públicas para a manutenção do acolhimento realizado por famílias acolhedoras previamente cadastradas, autorizando que os valores sejam repassados diretamente a elas, bem como prevê que tais serviços de acolhimento também possam ser realizados por famílias não cadastradas, desde que detenham capacidade e sejam devidamente acompanhadas por equipe especializada para tanto (PEREIRA, 2019).

### *2.2.3 Princípios norteadores do direito fundamental à convivência familiar*

Considerando a importância da família como base da sociedade tutelada pelo Estado serão explicitados os princípios jurídicos que a norteiam, bem como dão embasamento ao direito fundamental à convivência familiar.

#### **2.2.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana, elencado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 é a célula mater de todo e qualquer direito fundamental. E, além daqueles previstos no artigo 5º da referida Lei Maior, destaque-se os elencados nos artigos 226 e 227, pois são especialmente voltados à entidade familiar (PEREIRA, 2019).

Para Lôbo (2017), o ambiente familiar é o responsável por desenvolver a dignidade de cada membro que a compõe, de forma a ser “instrumento de realização pessoal de seus membros”, promovendo, dessa forma, a emancipação familiar. Não só a Constituição Federal de 1988, como também o Estatuto da Criança e do Adolescente tem por objetivo proteger e promover “todos os direitos fundamentais



inerentes à pessoa humana”, especialmente no que diz respeito àquelas em desenvolvimento.

A dignidade da pessoa humana, portanto, é tida como um macroprincípio, pois dela são originados outros princípios e valores tão importantes quanto (PEREIRA, 2006 apud PEREIRA, 2019). Ainda nesse sentido, Barcellos (2006 apud PEREIRA, 2019) entende “a dignidade da pessoa humana como pressuposto filosófico de qualquer regime jurídico civilizado e das sociedades democráticas em geral.”

Nesse sentido, a família deixa o lugar de mera instituição a ser tutelada pelo Estado para ser reconhecida como um núcleo de desenvolvimento pessoal dos filhos, bem como da dignidade de todos os seus membros (TEPEDINO, 2004 apud TARTUCE, 2019). O próprio Código Civil de 2015, em seu artigo 8º, estabelece que a aplicabilidade do ordenamento jurídico pelo juiz se dará mediante à obediência aos fins sociais e do bem comum, “resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana” (TARTUCE, 2019).

### 2.2.3.2 Princípio da autonomia privada da família ou princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar ou princípio da não intervenção do Estado no âmbito familiar

Outro princípio aplicável ao direito à convivência familiar diz respeito à autonomia privada, ou seja, versa acerca das liberdades existentes dentro dos núcleos familiares, de forma a tutelar o direito de seus membros a instituírem sua formação da maneira que melhor lhes aprouver. Considerando tal liberdade, o Estado deve intervir o mínimo possível em sua organização, sempre em busca do respeito e reconhecimento devidos (TEPEDINO, 2020).

Na lição de Gonçalves (2020), o princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar ou princípio da autonomia privada da família também diz



respeito à liberdade de aquisição e administração dos bens pertencentes à família, a escolha do regime que melhor se adegue ao casal, bem como a liberdade de decidir acerca da educação escolar, crenças religiosas e culturais de seus filhos, jamais deixando de lado a integridade psíquica, física e moral de seus integrantes.

Contudo, cabe ressaltar que os princípios não são absolutos e, por isso, a liberdade concedida a família jamais poderá lesar outros direitos e princípios tão fundamentais quanto. Cite-se, por exemplo, condutas que maculem a moral, bem como aquelas tidas inadequadas perante o todo social, pois ultrapassadas a barreira dos direitos conferidos de forma coletiva (GONÇALVES, 2020).

### 2.2.3.3 Princípio da solidariedade

O princípio da solidariedade familiar, disposto no artigo 3º, inciso I, da CF/88, diz respeito aos atos voltados a responsabilidade, cuidado, preocupação com o outro. Tem natureza patrimonial, psicológica e afetiva, cabendo também à família prover tais necessidades, desonerando o Estado de promover e aplicar sozinho toda e qualquer forma de garantia constitucional aos seus membros (TARTUCE, 2019).

Nesta esteira, assim entende Tepedino (2020. p. 15):

O princípio da solidariedade impõe uma série de deveres jurídicos de uns em relação a outros. Transpor esse ideário para o interior da família é o que se almeja, na medida em que a família é a pequena célula onde devem ser reproduzidas as noções relacionais a partir de um paradigma democrático. Por isso, a solidariedade como fonte de deveres recíprocos pressupõe o agir responsável, cabendo ao Estado e à sociedade não apenas o respeito pelas escolhas pessoais, mas também a sua promoção e salvaguarda.

Cabe destacar que tal princípio inovou o ordenamento jurídico e, em razão disso, deve ser levado em consideração tanto ao elaborar a legislação ordinária como ao executar políticas públicas, bem como no que toca à interpretação do direito posto (MORAES, 2001 apud PEREIRA, 2019) É considerado como um fato social, pois o



indivíduo está, necessariamente, a integrar uma sociedade. “É a partir desta concepção que se fala em solidariedade objetiva, que traduziria a necessidade imprescindível de convivência humana” (MORAES, 2001 apud PEREIRA, 2019).

#### 2.2.3.4 Princípio da afetividade

O afeto é uma das principais bases das relações familiares modernas. Nesse sentido, a caracterização de uma entidade familiar não se dá apenas por vínculos biológicos ou em decorrência de união matrimonial, mas também, por laços afetivos criados em esfera distinta daquelas instituídas juridicamente.

Conforme leciona Lôbo (2017 p. 68):

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e não biológicos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevaecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.

Sendo assim, o afeto necessita ser caracterizado pela convivência entre os sujeitos, de maneira a se tornar evidente em seus comportamentos cotidianos uns para com os outros. Tal sentimento deve, portanto, se revestir de atitudes, de maneira a ser reconhecido pelas demais pessoas não pertencentes aquele círculo familiar. O fato é que a doutrina concorda que, em verdade, não há direito ao afeto, mas tão somente o direito a reconhecer a existências de laços afetivos exteriorizados publicamente (TEPEDINO, 2020).

#### 2.2.3.5 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente ou princípio do melhor interesse dos vulneráveis



Trata-se de princípio norteador que impõem ao Estado, à sociedade e à família o tratamento dos interesses afetos às crianças e aos adolescentes com total prioridade, haja vista serem pessoas ainda em pleno desenvolvimento. Faz referência à doutrina da proteção integral, bem como aos Direitos Humanos (PEREIRA, 2019).

O melhor interesse, ressalte-se, não diz respeito ao que o Juiz, ao analisar o caso em concreto, pensar ser o melhor para a criança ou o adolescente, haja vista a necessidade de a decisão se pautar pelo atendimento à dignidade da pessoa em desenvolvimento, efetivando seus direitos fundamentais da maneira mais efetiva possível (AMIN et al., 2019).

Conforme o entendimento de Gustavo Tepedino (2020), no que toca ao âmbito familiar, torna-se necessário identificar os sujeitos vulneráveis, ofertando-os suporte adequado para bem desenvolver suas potencialidades, de forma a superar as vulnerabilidades, gerando, dessa forma, condições de igualdade.

#### 2.2.3.6 Princípio da convivência familiar

Intimamente ligada à relação afetiva existente entre os membros que compõem determinado grupo familiar, a convivência familiar pode ser caracterizada pelos laços de afetividade originados ou não do grau de parentesco. Muito embora os membros familiares, em razão de suas atividades laborais ou, quaisquer que sejam, não se encontrem reunidos com frequência em um mesmo ambiente, a convivência familiar também abrange o espaço físico, a moradia, a casa onde reside a família (LOBO, 2017).

Em que pese tal convivência, esta não deve ser restringida apenas aos pais, mas também aos outros atores familiares, quais sejam, tios, irmãos ou avós, desde que a criança ou o adolescente mantenha com eles certo vínculo de afetividade. Ademais, com o objetivo de resguardar a permanência da criança e do adolescente em seu seio familiar de origem, nem mesmo diante a existência de situação



financeira precária, a criança ou o adolescente poderão ser privados de seus lares (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

### 2.2.3.7 Princípio da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos

O princípio da igualdade preconiza que cônjuges, companheiros e filhos, sejam eles havidos dentro ou fora do casamento, deverão ser reconhecidos com total dignidade, sem diferenças entre si. Não importa a orientação sexual ou o tipo de composição familiar, todos terão os mesmos deveres e direitos, usufruindo formalmente do referido princípio (TEPEDINO, 2020).

Contudo, muito embora tal princípio seja demasiado importante, assim como todos os outros, não é absoluto, pois poderá sofrer limitações, ainda que seu núcleo essencial não seja atingido. Temos, como exemplo, o filho adotivo: goza dos mesmo direitos e deveres dos filhos biológicos, porém, estão proibidos de contrair matrimônio com os parentes provenientes de sua família adotiva, conforme o dispõe o artigo 1.626 do Código Civil de 2002 (LOBO, 2017).

A igualdade também se estende à sociedade conjugal, bem como àquela formada por intermédio da união estável conhecida como convivencial. O próprio artigo 1º do Código Civil de 2002 deixou de utilizar o termo “homem”, trocando-o por “pessoa”, para por fim a toda e qualquer diferença de gênero, ainda que meramente terminológica, não restando, portanto, dúvidas quanto à isonomia entre os cônjuges ou companheiros (TARTUCE, 2019).

### 2.2.3.8 Princípio da função social da família

É no ambiente familiar que a personalidade, bem como o caráter dos indivíduos são formados, especialmente no que diz respeito àqueles em estado de vulnerabilidade, em fase de desenvolvimento, a exemplo de crianças e adolescentes.



Como já mencionado anteriormente, a família é a instituição responsável por preparar o indivíduo para o convívio em sociedade, pois, por vezes, a convivência no âmbito familiar determinará a forma como o sujeito enxerga e se relaciona com as demais pessoas.

Nesta mesma linha, assim leciona Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 109):

De fato, a principal função da família é a sua característica de meio para a realização de nossos anseios e pretensões. Não é mais a família um fim em si mesmo, conforme já afirmamos, mas, sim, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro.

Por isso, as relações familiares deverão ser interpretadas de acordo com o contexto sociocultural no qual estiverem inseridas, sempre levando em consideração as mudanças e evoluções ocorridas na sociedade com o passar dos tempos, de maneira a não negar a importância da função social exercida pelas famílias (TARTUCE, 2019).

### 2.2.3.9 Princípio da pluralidade familiar

Tal princípio acaba por ter ligação direta com os valores apregoados pelo Estado Democrático de Direito, dentre eles o de não fortalecer nenhum tipo de discriminação. A pluralidade familiar homenageia duas liberdades, quais sejam, a liberdade de formação e de planejamento de sua composição. Por isso, o ordenamento constitucional brasileiro privilegia a diversidade ao se constituir um núcleo familiar, dando ensejo à liberdade individual de escolha pertencente a cada cidadão (TEPEDINO, 2020).

Pertinente é a observação de Dias (2001, p. 102-103 apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 98) acerca das famílias homoafetivas, que assim dispõe:





Indispensável que se reconheça que os vínculos homoafetivos — muito mais do que relações homossexuais — configuram uma categoria social que não pode mais ser discriminada ou marginalizada pelo preconceito. Está na hora de o Estado, que consagra como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana, reconhecer que todos os cidadãos dispõem do direito individual à liberdade, do direito social de escolha e do direito humano à felicidade.

Dessa forma, todos os critérios utilizados para o reconhecimento dos mais distintos grupos familiares (homoafetivos, heteroafetivos, monoparentais, provenientes de união estável ou do matrimônio, dentre outros) deverão observar o respeito aos direitos e garantias fundamentais instituídos pela Constituição Federal de 1988, de maneira a privilegiar e resguardar as escolhas individuais não apenas quanto ao tipo de formação familiar, mas também no que disser respeito à personalidade de cada membro que a compõe (TEPEDINO, 2020).

### **3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONOAFETIVO MOTIVADO PELA MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO RELIGIOSA**

O presente capítulo objetiva apontar a possibilidade ou não de responsabilização no âmbito civil dos pais que, em razão das determinações normativas impostas pela religião, excluem do convívio familiar os filhos menores de idade que, compulsória ou voluntariamente, foram desligados da entidade religiosa.

#### **3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL**

Ilícito nada mais é do que a não realização de um dever jurídico. Portanto, a conduta ilícita, em regra, pode ocasionar danos a alguém, gerando, assim, o dever de reparação. Dessa forma, quando o sujeito desobedece à norma primária ou originária, de forma a não observar um dever imposto pela norma, faz nascer um segundo ato, qual seja, indenizar o prejuízo porventura causado (CAVALIERI FILHO, 2019).



Caso uma conduta ilícita cause dano ou prejudique de alguma forma o direito primário de outro sujeito, nascerá a figura da responsabilidade civil que dará embasamento para a contraprestação da parte autora do prejuízo ou do dano. Conforme leciona Cavalieri Filho (2019, p. 13), “a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano recorrente da violação de um dever jurídico originário”.

O autor supramencionado também distingue obrigação de responsabilidade. Segundo ele, obrigação sempre decorre de um dever originário enquanto a responsabilidade é proveniente da sua violação. Sendo assim, para identificar se há responsabilidade ou não, é necessário ter uma norma primária e, sucessivamente, sua lesão. “Ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente” (CAVALIERI FILHO, 2019).

Dessa forma, embora dar, fazer e não fazer sejam classificadas como obrigações pelo Código Civil de 2002, também foi incluída a obrigação de indenizar, conforme o art. 927 do referido diploma legal. O principal objetivo de tal ato, decorrente de conduta ilícita, é o de restabelecer o *status quo ante* da vítima, ou seja, colocá-la no mesmo ponto onde estava antes de sofrer a lesão (CAVALIERI FILHO, 2019).

Além de possuírem classificações, tais obrigações também são dotadas de natureza jurídica, quais sejam, voluntárias e legais. As primeiras dizem respeito àquelas provenientes de negócios jurídicos, eivadas de autonomia da vontade, pois foram definidas conforme as disposições pessoais das partes. As segundas tratam de mandamentos impostos pela norma legal, pois, sem arcabouço jurídico, não existiriam. Portanto, indenizar é o ato determinado por lei que definirá desde a sua criação até as circunstâncias as quais deverá ser aplicada (CAVALIERI FILHO, 2019).



Contudo, quais são as principais causas ensejadoras do dever de indenizar, conforme o ordenamento jurídico brasileiro? O doutrinador Cavalieri Filho (2019, p. 17), assim responde:

As causas jurídicas que podem gerar a obrigação de indenizar são múltiplas. As mais importantes são as seguintes: (a) ato ilícito (*stricto sensu*), isto é, lesão antijurídica e culposa dos comandos que devem ser observados por todos; (b) ilícito contratual (inadimplemento), consistente no descumprimento de obrigação assumida pela vontade das partes; (c) violação de deveres especiais de segurança, incolumidade ou garantia impostos pela lei àqueles que exercem atividades de risco ou utilizam coisas perigosas; (d) obrigação contratualmente assumida de reparar o dano, como nos contratos de seguro e de fiança (garantia); (e) violação de deveres especiais impostos pela lei àquele que se encontra numa determinada relação jurídica com outra pessoa (casos de responsabilidade indireta), como os pais em relação aos filhos menores, tutores e curadores em relação aos pupilos e curatelados; (f) ato que, embora lícito, enseja a obrigação de indenizar nos termos estabelecidos na própria lei (ato praticado em estado de necessidade).

Assim, é importante entender que a responsabilidade surge quando o sujeito, possuidor da obrigação, pratica ato ilícito, faltando com obediência ao dever jurídico determinado pela lei, sendo necessário, portanto, apontar a obrigação lesionada, bem como o autor de seu descumprimento (CAVALIERI FILHO, 2019).

Ressalte-se que a teoria geral do direito brasileira entende a responsabilidade como fato jurídico pois sua ocorrência é capaz de gerar repercussão no mundo jurídico de maneira natural ou voluntária. Na primeira hipótese, os fatos acontecem por intermédio da natureza, sem intervenção do ser humano. Na segunda, tudo ocorre em razão de determinados atos serem capazes de produzir efeitos jurídicos no plano real em razão das condutas humanas (CAVALIERI FILHO, 2019).

Tais atos voluntários, quando ilícitos, vão de encontro ao determinado como lícito pela norma legal, violando, dessa forma, a obrigação imposta pela lei vigente. Os



atos lícitos também podem ser divididos em atos jurídicos, que são aqueles com efeitos já determinados pela lei, os quais o sujeito tem o arbítrio de praticar ou não, bem como o negócio jurídico cujas consequências dos atos serão determinadas por quem os praticar, podendo ser bilateral ou unilateral, perpassando, assim como o ato jurídico, pela vontade de quem o pratica (CAVALIERI FILHO, 2019).

No entanto, o foco da responsabilidade civil repousa especificamente sobre o ato ilícito por ser sua causa geradora. Ao ser abordado sob o aspecto puramente objetivo, leva-se em consideração apenas o fato ou a conduta em si mesma, de forma a analisar sua desconformidade ou não com a norma legal, ainda que não haja vontade livre e consciente por parte do agente. Em seu sentido subjetivo, a conduta ilícita é imprescindível que haja a análise valorativa da ação, abarcando o conteúdo volitivo do ato, ou seja, a culpa (CAVALIERI FILHO, 2019).

Portanto, a não observância de uma obrigação imposta pela lei pode ser valorada de maneira objetiva e subjetiva. A objetiva avalia os impactos socialmente prejudiciais da conduta ou do resultado dela, independente de culpa, enquanto a subjetiva analisa a vontade do agente sob a perspectiva da juridicidade e da ética, presente, neste caso, o elemento culposo, podendo a responsabilidade integrar as searas cível e/ou penal (CAVALIERI FILHO, 2019).

Contudo, o Código Civil de 2002, contempla tanto a responsabilidade subjetiva como a objetiva, reservando àquela aos atos ilícitos baseados nas relações entre um indivíduo e outro, e confiando à esta apenas as condutas ilegalmente praticadas no âmbito voltado à relação do agente com determinado grupo, como por exemplo, empresas, Estado, fornecedores de serviços e produtos (CAVALIERI FILHO, 2019).

Dando enfoque à responsabilidade civil subjetiva, tem-se como pressupostos para a sua caracterização a não observância a determinado dever imposto pela norma jurídica, por intermédio de conduta voluntária, análise da culpa ou do dolo do agente,



bem como a existência de possível nexos de causalidade entre o dano e a conduta ilícita (CAVALIERI FILHO, 2019).

O doutrinador Venosa (2020) observa que o analisar a existência ou não de culpa tem se tornado cada vez mais irrelevante, destacando que a responsabilidade subjetiva ou eivada de culpa tem sido colocada em segundo lugar, haja vista haver diversas circunstâncias legais de responsabilidade objetiva, sem culpa.

Segundo ele, o Código Civil de 1916 não discorreu acerca da responsabilidade de maneira organizada, vez que indicou os pilares da responsabilidade contratual e, logo após, na parte especial voltou a tratar novamente do assunto. Tudo se deu pelo fato de a discussão acerca das definições de responsabilidade ainda não terem alcançado um bom nível de maturidade doutrinária e jurisprudencial, em meados dos séculos XIX e XX (VENOSA, 2020).

Com o advento de novas doutrinas e pensamentos, bem como de novas situações cotidianas que acabaram por gerar novas necessidades e mudanças no mundo moderno o estudo sobre a responsabilização civil progrediu constantemente. Por isso, o Código Civil de 2002 passou a tratar do tema de maneira mais aprofundada incluindo a possibilidade de indenização quando há dano (VENOSA, 2020).

Dispõe o Código Civil de 2002, em seu artigo 186: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Assim, quando alguém fere o direito de outra pessoa, ainda que culposamente, causando-lhe dano, haverá o nascimento do ato ilícito e, por consequência, o dever de reparação, nos termos do artigo 927, do referido diploma legal (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 32).

O dano diz respeito à lesão dos direitos de ordem subjetiva, não só no âmbito da responsabilidade contratual, como também no que toca aos direitos



personalíssimos e fundamentais do ser humano como o direito à vida, à honra, à dignidade, à intimidade etc. (CAVALIERI FILHO, 2019).

Destaque-se que nem sempre o ato ilícito causará danos, bem como nem todo dano será ilícito. Dessa forma, o dever de indenizar surge apenas quando o agente pratica ato ilícito e, por consequência, gera dano a outrem. As condutas ilegais também podem acarretar outros tipos de sanções como a perda de um determinado direito ou a nulidade do ato (CAVALIERI FILHO, 2019).

Muito embora o ato praticado pelo sujeito cause dano a terceiro, pode não ser considerado ilícito pelo ordenamento jurídico vigente excluindo-se, portanto, a ilegalidade da conduta como por exemplo as condutas praticadas no âmbito do exercício regular do direito, em estado de necessidade ou em legítima defesa, conforme dispõe o artigo 188 do Código Civil de 2002 (CAVALIERI FILHO, 2019).

A lógica utilizada para tal exclusão de ilicitude leva em consideração o fato de que quando o direito do sujeito acaba por se chocar com o direito de outro, deve-se solucionar o conflito de maneira a privilegiar a manutenção do direito daquele que mais será lesado pelo seu descumprimento, sob o ponto de vista mais humano possível. Nesse aspecto, atos danosos cometidos sem culpa ou dolo, sob o pálio da legalidade podem ser objetos de ressarcimento, ainda que não sejam abrangidos pela responsabilidade civil ou penal (CAVALIERI FILHO, 2019).

### **3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO**

É fato que a afetividade tem ganhado relevante valor jurídico, sendo um dos princípios mais importantes a nortear o Direito de Família atualmente, haja vista a subjetividade característica dos laços parentais. A convivência familiar, por sinal, além de ser um direito fundamental, como já exposto, está estreitamente conectada à dignidade da pessoa humana (WITZEL, 2013).



É que a constitucionalização do direito civil, em razão da supremacia exercida pela Lei Maior sobre todo o ordenamento jurídico, seja ele de direito público ou privado, evidenciou a aplicabilidade dos princípios constitucionais nas relações entre os particulares. Tal fenômeno só tomou forma com o Código Civil de 2002, haja vista as divergências entre o texto constitucional de 1988 e o Código Civil de 1916 (WITZEL, 2013).

Acerca da constitucionalização do direito de família, as novas visões e valores sustentados pela sociedade contemporânea coadunaram com uma nova maneira de se interpretar e aplicar o Direito. No âmbito familiar, além do princípio da dignidade humana, também surgiu espaço para a consagração dos princípios da solidariedade familiar e da afetividade (WITZEL, 2013).

Neste diapasão, diante a ocorrência de possível confronto entre os valores afetos ao princípio da dignidade da pessoa humana e o interesse familiar, a ponderação entre eles deverá sempre privilegiar a prevalência do primeiro em detrimento do segundo. Ainda no que concerne à solidariedade familiar, o principal propósito é o devido cuidado, consideração e respeito no seio familiar dos mais vulneráveis jurídica e socialmente como as crianças, os adolescentes e os idosos (WITZEL, 2013).

Considerando o exposto, interessante é destacar que o dever de cuidado, disposto no artigo 22, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, obriga os pais a proporcionarem aos seus filhos não apenas o sustento material, mas também emocional e afetivo, a fim de contribuir para o desenvolvimento cognitivo e social da criança ou do adolescente por intermédio da convivência familiar, protegendo-os de toda a forma de negligência, discriminação, opressão e crueldade.

Portanto, os pais que descumprirem com o dever legal de cuidado, privando seus filhos de afeto cometem ato ilícito, o que enseja a reparação do dano moral ou material porventura causado por intermédio de indenização quando é possível



avaliar a lesão em termos patrimoniais. Caso não haja a possibilidade, o dano deverá ser compensado de alguma outra forma (PEREIRA, 2015).

Note-se, dessa forma, que a responsabilidade civil também se faz presente nas relações de cunho familiar, especialmente no tocante aos pais e aos filhos, pois, neste caso, a responsabilidade além de princípio passa a ser uma regra jurídica, conforme dispõe a Constituição Federal, o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, considerando-se ausentes os pais que sustentam apenas materialmente os filhos, sem lhes proporcionar carinho e afeto (PEREIRA, 2015).

A caracterização da responsabilidade civil que acarreta indenização se dá pela presença da ação ilícita, seja ela omissiva ou comissiva, da lesão ou do prejuízo de ordem material ou emocional, alcançando os aspectos acerca da personalidade como dignidade e honra, bem como o nexo de causalidade entre a ação e a conduta, conforme os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002 (PEREIRA, 2015).

Mas no que diz respeito à responsabilidade dirigida aos pais acerca da educação e maneira de criar seus filhos, o ordenamento jurídico pátrio prevê tais obrigações também nos artigos 1634, inciso I, e 1.566, inciso IV, ambos do Código Civil, assim como no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 3º, 4º, 22 e 33 (PEREIRA, 2013, p. 402).

**Art. 1.634.** Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

**Art. 1.566.** São deveres de ambos os cônjuges:

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

**Art. 3º.** A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.





**Art. 4º.** É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

**Art. 22.** Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

**Art. 33.** A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

Destarte, as obrigações provenientes da relação materno – paternal requerem comprometimento e responsabilidade, sendo, portanto, obrigação jurídica. O princípio da afetividade também é fonte geradora de deveres e direitos, porém, diz respeito aos aspectos ligados à emoção, ao amor, de forma a promover condições ideais de desenvolvimento psíquico e cognitivo aos filhos (PEREIRA, 2013).

Por isso, o abandono afetivo pode ser classificado como lesão ao interesse jurídico tutelado da criança ou do adolescente, de natureza extrapatrimonial, em razão da omissão dos pais por não observarem as obrigações inerentes a eles. É necessário alimentar não só o corpo, como também a alma (PEREIRA, 2013).

Afeto é ter afeição por alguém, é se dedicar àquela pessoa. Essa maneira de demonstrar sentimento também envolve educar, instruir. Portanto, demonstrar afeto não é somente um sentir, antes de tudo ter afeto é agir, ter atitude. Nesse sentido, Kant entende que (KANT, 2007, p. 30 apud PEREIRA, 2013, p. 404):

[...] amor enquanto inclinação não pode ser ordenado, mas o bem-fazer por dever, mesmo que a isso não sejamos levados por nenhuma inclinação e até se oponha a ele uma aversão natural e invencível, é amor prático e não patológico, que reside na vontade e não na tendência da sensibilidade, em princípios de acção e não em compaixão lânguida. E só esse amor é que pode ser ordenado.



A reparação civil, nesse sentido, adquire natureza pedagógica, punitiva e preventiva com o objetivo de descontinuar o dano à criança ou ao adolescente que não veio ao mundo por escolha própria. Caso a condição anterior à lesão não possa ser plenamente restituída, surge o dever de indenizar, em um valor correspondente ao do bem material ou do direito ofendido (PEREIRA, 2013).

Para haver concordância entre o Direito de Família e o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental que as relações entre pais e filhos sejam caracterizadas pela responsabilidade e pelo cuidado, sem interessar se os pais são casados ou divorciados ou se a o nascimento dos filhos foi esperado ou não (PEREIRA, 2013).

O fato é que nenhum tipo de família pode ser excluído, muito menos seus membros, especialmente aqueles mais vulneráveis como as crianças e os adolescentes. Abandonar afetivamente os filhos é ferir a dignidade inerente a cada um deles e negar-lhes o direito de conviver em família (PEREIRA, 2013).

A fim de dar respostas mais satisfatórias aos casos de abandono afetivo, os tribunais brasileiros adotaram a teoria conhecida como perda de uma chance ou *perte d'une*, criada na França. A teoria é aplicada com o objetivo de identificar a existência da perda, quantificando-a, de maneira a analisar se de fato houve o perdimento de oportunidades reais e sérias que, em decorrência da conduta ilícita praticada pelos pais, propiciou a retirada das chances de um melhor desenvolvimento psíquico e emocional do filho (PEREIRA, 2013).

Ademais, em setembro de 2015, o Senado Federal aprovou o Projeto de Lei nº 700/2007, de autoria do então Senador Marcelo Crivela, a fim de dar ao abandono afetivo caráter ilícito, obrigando os pais que deixaram de dar o devido apoio afetivo aos filhos, seja pela visita regular ou convivência, a reparar os danos causados (IBDFAM, 2015).



O projeto altera dispõe que mesmo não sendo o titular da guarda da criança ou do adolescente, o pai ou a mãe serão obrigados a participar da manutenção e educação dos filhos, além de visitá-los constantemente, bem como tê-los em sua companhia, prestando todo o apoio necessário, inclusive, em situações que impliquem sofrimento e dor, por intermédio de sua presença física sempre que possível (IBDFAM, 2015).

A proposta também visa à alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente para obrigar os pais a prestarem todo o suporte material e moral, além de proporcionar a plena convivência. Tais aspectos, com a aprovação do Projeto e sua consequente transformação em Lei, obrigará o Judiciário a levar em consideração todos esses pontos quando da determinação de suspensão e destituição de guarda ou perda do poder familiar (IBDFAM, 2015).

Será hipótese de afastamento do lar, segundo o Projeto de Lei, a falta de cuidado dos pais em relação aos filhos, com natureza de medida cautelar e a direção das escolas de ensino fundamental ficarão obrigadas a denunciarem ao Conselho Tutelar todos os casos de abandono afetivo, negligência ou abuso ao tomarem conhecimento dos mesmos. Busca-se dessa forma o reconhecimento legal de que a paternidade e a maternidade geram vínculos de natureza objetiva, acrescentando ao ordenamento jurídico civil e constitucional essas obrigações, para além do mero dever de alimentar (IBDFAM, 2015).

O projeto foi encaminhado para aprovação na Câmara Legislativa no ano de 2015 (PL 3212/2015), e ainda passará pela pauta da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, conforme veiculado pela referida Casa Legislativa em sua página virtual de acompanhamentos de tramitações de Projetos de Leis<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3212/2015. Ficha de Acompanhamento. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535>. Acesso em: 23/05/2020



De toda a forma, o foco da questão será sempre o ser humano, a pessoa. Por essa razão, é inegável que em razão da falta de afeto o sujeito está mais passível a desenvolver transtornos psicológicos por ser privado da convivência familiar saudável, sendo condenado a arcar com as terríveis consequências de tal negligência durante toda a sua vida (PEREIRA, 2013).

### 3.2.1 Decisão do STJ sobre dever de cuidado

Em julgados mais recentes, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o dever de cuidado é caracterizado pela obrigação de sustento, guarda e educação dos filhos. Portanto, se os pais dão a devida observância a tais deveres, não há que se exigir o afeto por parte deles, não configurando dano moral passível de indenização por abandono afetivo (STJ, 2019):

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. **ABANDONO DE MENOR. DANOS MORAIS**. MATÉRIA QUE DEMANDA REEXAME DE FATOS E PROVAS. SUMULA 7 DO STJ. AGRAVO

INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Não se viabiliza o recurso especial pela indicada violação dos artigos 1022 e 489 do Código de Processo Civil de 2015. Isso porque, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte recorrente. Não há falar, no caso, em negativa de prestação jurisdicional. A Câmara Julgadora apreciou as questões deduzidas, decidindo de forma clara e conforme sua convicção com base nos elementos de prova que entendeu pertinentes. No entanto, se a decisão não corresponde à expectativa da parte, não deve por isso ser imputado vício ao julgado.

**2. O STJ possui firme o entendimento no sentido de que "O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais,**



**em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável." (REsp 1579021/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 29/11/2017). 3. O Tribunal de origem, amparado no acervo fático - probatório dos autos concluiu que: "Não houve comprovação de abandono afetivo ou material dos pais em relação à filha, de modo a configurar um ilícito ensejador de dano moral.".** Dessa forma, alterar o entendimento do acórdão recorrido sobre a não comprovação dos requisitos caracterizados da responsabilidade civil demandaria, necessariamente, reexame de fatos e provas, o que é vedado em razão do óbice da Súmula 7 do STJ. 4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1286242/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA

TURMA, julgado em 08/10/2019, DJe 15/10/2019 grifo nosso).

Em outra decisão acerca do mesmo tema, de relatoria do Ministro Raul Araújo, entendeu a Quarta Turma que o pai ou a mãe que abandona materialmente o filho, deixando de prestar assistência financeira mesmo dispondo de recursos para tanto, configura ilícito civil indenizável por danos morais, haja vista tal conduta ensejar lesão não só à integridade física, mas psíquica e moral da criança ou do adolescente (STJ, 2017):

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ABANDONO MATERIAL. MENOR. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESTAR ASSISTÊNCIA MATERIAL AO FILHO. ATO ILÍCITO (CC/2002, ARTS. 186, 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 E 1.634, I; ECA, ARTS. 18-A, 18-B E 22). REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. O descumprimento

da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002. 2. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 3. Recurso especial improvido. (REsp 1087561/RS, Rel. Ministro



RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 18/08/2017 grifo nosso).

Ademais, a mesma turma mencionada no parágrafo anterior também sustenta a tese de que para haver a caracterização do abandono afetivo, é necessário que as circunstâncias do caso em concreto ultrapassem o mero dissabor, sob pena de mercantilizar os sentimentos, bem como abrir precedentes para que o ingresso de tais ações tenham como base apenas o suposto interesse financeiro por parte dos filhos (STJ, 2016).

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. NÃO OCORRÊNCIA. ATO ILÍCITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CONFIGURAÇÃO DO NEXO CAUSAL. SÚMULA Nº 7/STJ. INCIDÊNCIA. PACTA CORVINA. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO CARACTERIZADO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. 1. A possibilidade de

compensação pecuniária a título de danos morais e materiais por abandono afetivo exige detalhada demonstração do ilícito civil (art. 186 do Código Civil) cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor, para que os sentimentos não sejam mercantilizados e para que não se fomente a propositura de ações judiciais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro. 2. Em regra, ao pai pode ser imposto o dever de registrar e sustentar financeiramente eventual prole, por meio da ação de alimentos combinada com investigação de paternidade, desde que demonstrada a necessidade concreta do auxílio material. 3. É insindicável, nesta instância especial, revolver o nexo causal entre o suposto abandono afetivo e o alegado dano ante o óbice da Súmula nº 7/STJ.

O ordenamento pátrio veda o pacta corvina e o venire contra factum proprium. 5. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte, não provido. (REsp 1493125/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 01/03/2016 grifo nosso).

No entanto, muito embora o STJ já houvesse firmado entendimento de que o dever de cuidado é distinto do dever de afeto, não podendo uma decisão judicial



obrigar os pais a amarem seus filhos, a Ministra Nancy Andrighi trouxe nova interpretação, contrariando as decisões anteriores da Terceira Turma. Segunda ela, não há restrições legais quanto ao dever de indenizar no que concerne ao Direito de Família, pois o dever de cuidado constante no ordenamento jurídico pátrio dá lugar a várias outras possibilidades e interpretações, indo muito além do mero dever de guarda e sustento material, de acordo com o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 (STJ, 2012).

O dever legal de cuidar dos filhos, especialmente os mais vulneráveis, quando eivado de omissão em razão de seu descumprimento é conduta ilícita, vez que tal ato lesiona um bem juridicamente tutelado, qual seja, a obrigação de criar, educar e ter sob companhia, surgindo, portanto, o dever de compensar os danos morais por abandono psicológico (STJ, 2012).

Não se pode deixar de lado o cuidado parental, ainda que dentro do seu núcleo mínimo, haja vista a importância da afetividade para proporcionar aos filhos o devido desenvolvimento emocional e psicológico, a fim de terem mais chances de serem bem-sucedidos no que toca à maneira de se relacionarem em sociedade (STJ, 2012).

Muito embora a perda do poder familiar figure para alguns como a única possibilidade de punição para os pais que se omitem quanto ao dever de cuidado, conforme dispõe o artigo 1.638, II, do Código Civil de 2002, pode-se acrescer a essa sanção a indenização ou a compensação, com o fim de proporcionar, ainda que por intermédio financeiro, a criação e educação que os pais deixaram de dar (STJ, 2012).

A garantia da proteção dos filhos decorre da atenção e acompanhamento de seu desenvolvimento social, cognitivo e psicológico por parte dos pais que, ao escolherem gerar ou adotar a prole, passam a ter o dever de dirigir-lhes a mínima possibilidade de convívio familiar para a manutenção da proteção devida à criança e



ao adolescente e as possíveis consequências negativas que a falta de afeto pode ocasionar futuramente, na vida adulta (BRASIL, 2012).

Acerca do referido e com base no entendimento de psicanalistas e doutrinadores, postula a ministra (STJ, 2012, p. 5):

[...] o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Dando prosseguimento à ideia, afirma a Ministra (STJ, 2012, p. 5):

O cuidado, distintamente, é tismado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos

– quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

Percebe-se que tanto no âmbito jurídico como no científico há certeza acerca da importância da afetividade, do cuidado dispensado pelos pais na criação da prole, por mais vaga e intangível a definição dos sentimentos envolvidos em uma relação familiar. Negar o cuidado é violar o dever constitucional de proteção à criança e ao adolescente, fazendo-se necessário ir além da justificativa voltada apenas para a impossibilidade de confiar ao judiciário a imposição de amar (STJ, 2012).

Os sentimentos levados pelos filhos privados de afeto serão perpetuados por toda a vida, caracterizando o dano *in re ipsa*, ou seja, a presunção de que as dificuldades de ordem psicológica e emocional são provenientes do abandono





afetivo causado pelos pais, não importando se o abalo sofrido tenha sido de grande ou pequena ordem (STJ, 2012).

Sendo assim, a responsabilidade deve ser aplicada em todas as relações jurídicas, inclusive nas que de natureza familiar entre pais e filhos. Há que se privilegiar a paternidade e maternidade responsável, não apenas em seu aspecto assistencial financeiro, mas principalmente moral e psíquico, de maneira a ensejar reparação ou compensação dos eventuais danos sofridos pela criança ou pelo adolescente (PEREIRA, 2013).

### *3.2.2 O abandono afetivo de Testemunhas de Jeová*

As Testemunhas de Jeová são mundialmente conhecidas pela maneira de levar sua doutrina às demais pessoas, com o que denominam de “pregação de porta em porta”, bem como pela veemente recusa de procedimentos médicos envolvendo transfusão de sangue. No entanto, além dessas peculiaridades, a referida denominação adota formas de punição voltadas para seus membros um tanto quanto rígidas.

O assunto tornou-se público após veiculação da reportagem intitulada: “as ex-testemunhas de Jeová rejeitadas pelas próprias famílias”, pelo site de notícias da *BBC News*. A referida matéria trouxe à tona vários relatos de filhos que foram obrigados a romper com todo e qualquer laço afetivo com seus pais e demais familiares Testemunhas de Jeová. O motivo? A recusa em continuar a pertencer ao grupo de fiéis (SORIANO, 2017b).

Ocorre que, após se tornar um membro da referida seita, o novo associado deve seguir estritamente todas as ordens e recomendações emanadas pela Alta Cúpula da organização, qual seja, o Corpo Governante. Caso venha a transgredir alguma norma e esse fato chegue ao conhecimento da congregação, será nomeada uma comissão judicativa composta pelos anciãos espécie de pastores – a fim de analisar e impor as devidas sanções ao transgressor.



Acaso o membro não demonstre arrependimento quanto ao ato pecaminoso praticado, será desligado por intermédio da desassociação. O mesmo se aplica aos casos de desligamento voluntário, quando o membro manifesta o desejo de se desligar sem, contudo, haver lesado alguma norma específica. A esse procedimento se dá o nome de dissociação.

Em ambos os casos, os ex-associados são cientificados acerca da proibição imposta de não dirigirem a palavra a nenhum membro sequer, de maneira a cortar todos os laços com amigos e, inclusive, familiares testemunhas de Jeová. Para garantir o fiel cumprimento de tal regra, os nomes de tais pessoas são mencionados durante uma das reuniões públicas, acompanhados de um breve discurso informando sobre o desligamento, a fim de que todos saibam que, daquele momento em diante, ninguém deverá sequer cumprimentá-las.

Um dos livros disponibilizados virtualmente pela supramencionada associação, chamado: “mantenha-se no amor de Deus”, dispõe acerca da forma de tratamento aos ex- membros da seguinte forma:

*Como devemos tratar uma pessoa desassociada?* A Bíblia diz: “Parem de ter convivência com qualquer um que se chame irmão, mas que pratique imoralidade sexual, ou que seja ganancioso, idólatra, injuriador, bebedor ou extorsor; nem sequer comam com tal homem.” (1 Coríntios 5:11) Com respeito a qualquer pessoa que ‘não permanece nos ensinamentos do Cristo’, lemos: “Não o recebam na vossa casa, nem o cumprimentem. Pois quem o cumprimenta participa das suas obras más.” (2 João 9- 11) Nós não nos associamos com desassociados, quer para atividades espirituais, quer sociais. A *Sentinela* de 15 de dezembro de 1981, página 21, disse: “Um simples ‘Olá’ dito a alguém pode ser o primeiro passo para uma conversa ou mesmo para uma amizade. Será que queremos dar este primeiro passo com alguém desassociado?”<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> “Mantenha-se no amor de Deus” Disponível em: <https://www.jw.org/pt/biblioteca/livros/amor-de-deus/>. Acesso em: 02 jan. 2020



As Testemunhas de Jeová se baseiam em determinados trechos contidos na bíblia para fundamentar as razões que os levam a crer que excluir por completo o desassociado ou dissociado não é um mero ato de punição, mas uma prova de lealdade a Jeová Deus, ainda que tal atitude seja, muitas vezes, dolorosa para todos os envolvidos.<sup>29</sup>

Romper laços de afetividade com aqueles que deixaram de observar os mandamentos celestiais também tem como escopo prevenir que outros membros sejam influenciados espiritual e moralmente. Portanto, o distanciamento é uma maneira de “preservar a boa reputação da congregação”.<sup>30</sup>

Noutro ponto, a punição aplicada tem natureza pedagógica, pois a dor causada pela total exclusão poderá, talvez, convencer o pecador a se redimir, bem como a reconhecer os esforços dos anciãos para ajudá-lo, contribuindo para que ex-membro caia em si e se conscientize “da seriedade de seu erro”.<sup>31</sup>

Quando o ex-associado é um parente, o teste de lealdade será ainda mais delicado, principalmente em se tratando de filhos menores de idade. Segundo as orientações, os pais não devem deixar de lado as atividades cotidianas do lar onde o filho esteja inserido, sendo responsáveis por sua educação e disciplina, podendo, “como pais amorosos, dirigir um estudo bíblico com a prole”.<sup>32</sup>

Conforme o artigo 22, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito dos pais transmitir suas crenças e culturas aos filhos, desde que os direitos do menor estejam assegurados. No entanto, quando a criança ou adolescente não demonstra interesse em professar a mesma fé dos pais, sua liberdade deverá ser respeitada, consoante o disposto no artigo 3º, parágrafo único, do mesmo diploma legal.

---

<sup>29</sup> *Ibidem*

<sup>30</sup> *Ibidem*

<sup>31</sup> *Ibidem*

<sup>32</sup> *Ibidem*



No entanto, não é o que ocorre na maioria das famílias. Os pais, bem como outros parentes que residam no mesmo local, são aconselhados a tratar apenas de assuntos estritamente necessários com o ex-membro, ainda que esse seja menor de idade, chegando a privá-lo de frequentar a casa de outros familiares Testemunhas de Jeová, especialmente se o filho desassociado ou dissociado se recusa a participar dos estudos bíblicos promovidos pelos pais.

A justificativa para tanto é a de que, ao deixar de fazer parte da congregação, a criança ou o adolescente já estava ciente de que seu desligamento acarretaria a perda não só dos laços de amizade com outros membros, mas também com todos os seus familiares, devendo, suportar, portanto, toda a dor proveniente de sua decisão.

Não existe uma regra que proíba o batismo – principal requisito para se tornar Testemunha de Jeová – de crianças e adolescentes, o que leva muitos pais a permitirem que o filho seja entregue a tal ato, baseados apenas em aspectos como comportamento social, grau de comprometimento com as liturgias e regras impostas, bem como diante o pedido do próprio menor<sup>33</sup>.

Tal permissão beira ao absurdo, pois a criança ou o adolescente ainda estão em plena fase de desenvolvimento cognitivo e emocional, sob o domínio e influência dos pais e demais membros da organização, não sendo capazes de entender as sérias consequências sofridas caso mudem de ideia após o batismo.

Ademais, cabe ressaltar que a desassociação ou dissociação de um filho passa a ser uma prova do quão ineficaz pode ter sido a educação propiciada pelos pais, pois, caso contrário a criança ou o adolescente não teriam deixado a associação. Em alguns casos, o pai ou a mãe podem sofrer sanções como, por exemplo, a perda de cargos conquistados na congregação.

---

<sup>33</sup> “Será que os jovens devem ser batizados?” Disponível em: <https://wol.jw.org/pt/wol/d/t5/lp-t/2011441>. Acesso em: 13 nov. 2019



Por isso, em busca do apoio dos irmãos de fé e dos anciãos, muitos familiares optam por restringir seu relacionamento com os filhos, mesmo quando menores e residentes no mesmo local, privando-os da plena convivência familiar, bem como de sua dignidade e liberdade de consciência e de crença. Alguns chegam até mesmo a ouvir que se não fazem mais parte da família espiritual, também não poderão fazer parte da física e, comumente, após a maioridade, acabam sendo expulsos de casa.

No Brasil, ainda não há ações judiciais de ex-testemunhas de Jeová contra os próprios pais, com pedido de indenização por dano moral e/ou material em razão de abandono afetivo. O único caso de tentativa de responsabilização movida contra a Associação Torre de Vigia ocorreu na cidade de Fortaleza, capital do Estado do Ceará, por intermédio de uma ação civil pública, junto ao Ministério Público Federal, após a denúncia de um ex-membro, já maior de idade, ter alegado lesão à sua liberdade de consciência e de crença ao ser punido com a desassociação e o consequente afastamento de seus familiares (JF, 2011).

Ademais, além da lesão aos direitos fundamentais, pleiteou o Ministério Público Federal pela cessação de produção e/ou publicação, por qualquer veículo de comunicação, de orientação dada pelas Testemunhas de Jeová a fim de impedir o convívio com a família e amigos do desassociado ou dissociado (JF, 2011).

No entanto, embora o mérito da questão não tenha versado sobre o abandono afetivo de filhos menores de idade por parte dos pais adeptos a tal seita, o juízo federal de primeira instância entendeu não haver nenhum tipo de discriminação ou lesão aos direitos fundamentais atinentes à igualdade, à liberdade de informação, à inviolabilidade de consciência e de crença, assim como à convivência familiar (JF, 2011).

Pois o fato de discordar ou deixar de manter relações com outrem em razão da divergência entre crenças religiosas não passa de um comportamento reprovável sob o ponto de vista social, mas não jurídico, haja vista tal conduta não carregar



consigo qualquer tipo de ilicitude, que só estaria caracterizada caso houvesse o uso ou incitação à violência, ameaça ou coação (JF, 2011).

Os fatos trazidos aos autos, segundo o juízo, não atingem negativamente o sossego e a tranquilidade pública, muito menos os bons costumes, impossibilitando a intervenção estatal no presente caso, e, observância ao livre exercício do culto religioso, bem como ao estado de direito baseado na laicidade (JF, 2011, p. 4):

Destarte, não sendo ilícita a conduta impugnada na petição inicial, de vez que albergada juridicamente, entendo que a pretensão autoral fere, direta e frontalmente, o direito, constitucionalmente assegurado, ao livre exercício do culto religioso, o que torna a parte autoral carecedora do direito de ação por impossibilidade jurídica do pedido.

Irresignado, O Ministério Público Federal interpôs recurso de Apelação para apreciação junto ao Tribunal Regional da 5ª Região, na tentativa de que o colegiado de julgadores reavaliasse a decisão do juízo *a quo*, contudo, a quarta turma do órgão também decidiu pelo não provimento da Apelação, nos mesmos termos dos julgados anteriores (TRF 5, 2012):

Constitucional. Ação Civil Pública. Testemunhas de Jeová. Liberdade de crença. Alegação de preconceito e discriminação contra a convivência familiar e comunitária dos ex-congregados com os membros da congregação. Impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário. Não configuração de ato contrário à ordem, tranquilidade e sossego público. Preceito, que embora pareça inaceitável, não é ilícito. Ausência de violação a princípios constitucionais. Apelo improvido.

(PROCESSO: 00093855720114058100, AC - Apelação Cível - 536761, DESEMBARGADOR FEDERAL LAZARO GUIMARÃES, Quarta Turma, JULGAMENTO: 05/06/2012, PUBLICAÇÃO: DJE - Data: 14/06/2012 - Página:597).

Portanto, conforme extraído das decisões ora mencionadas, o entendimento predominante quanto às ex-Testemunhas de Jeová maiores de idade desligadas, compulsória ou voluntariamente, e conseqüentemente privadas da convivência com parentes e amigos não configura ato ilícito, não ensejando, dessa forma, nenhum tipo de punição ou restrição à entidade religiosa.



## **CONCLUSÃO**

Ressalte-se, antes de qualquer coisa, que o presente trabalho não tem por objetivo difamar ou rechaçar de alguma forma a doutrina pertencente à organização Testemunhas de Jeová. No entanto, muito embora o Estado Democrático de Direito tenha como um de seus principais pilares a manutenção e promoção da dignidade da pessoa humana, entende-se que tal direito fundamental deverá ser observado em todas as circunstâncias, especialmente àquelas que digam respeito às crianças e aos adolescentes.

A liberdade religiosa, compreendida juntamente com a liberdade de consciência e de crença também é pressuposto da democracia. Garante aos cidadãos a proteção às suas ideologias e tradições religiosas, muitas vezes passadas de geração em geração. Até porque, não há que se falar em dignidade quando a liberdade de manifestação de pensamentos, sejam eles religiosos, agnósticos ou ateístas é restringida.

No entanto, nenhum direito fundamental é absoluto, podendo sofrer limitações quando a sua aplicabilidade fere diretamente ou direito da mesma natureza tão importante quanto. Portanto, não cabe a nenhum cidadão agir ilegalmente sob a alegação de que tem o direito constitucionalmente garantido de fazê-lo.

O direito fundamental à convivência familiar, bem como à proteção integral da criança e do adolescente visa proporcionar, principalmente aos mais vulneráveis, o direito à dignidade, ao pleno desenvolvimento físico, mental e social no âmbito do seio familiar de origem, haja vista a inegável importância da família como instrumento de condicionamento e transformação de uma sociedade mais sadia e próspera em todos os aspectos.

É dever não só estatal, mas de toda a comunidade zelar pelos interesses daqueles que ainda não possuem voz e discernimento suficiente para se defender,



cabendo ao judiciário a devida responsabilização civil quando, por ação ou omissão, houver lesão ou prejuízo, seja ele material ou moral, ao bem jurídico tutelado de outrem.

Não é tarefa do Direito impor aos pais o dever de amar, porém, negar reconhecimento à dor e ao sofrimento causados pela falta de amparo emocional e afetivo, bem como aos impactos negativos futuros causados por tais condutas só imputará ainda mais sequelas às vítimas. O sustento material é importante, mas a presença, o carinho e a inclusão são fundamentais.

Os pais têm o dever legal e moral de proteger seus filhos de toda a negligência e tratamento cruel ou degradante, o que inclui o abandono emocional e suas diversas outras facetas. Caso descumpram tal obrigação, incorrem, doa a quem doer, em ilicitude.

Sim, as relações familiares são revestidas de subjetividade e complexidade, não cabendo ao Estado intervir em toda e qualquer circunstância. Contudo, já não bastasse ser jogado ao esquecimento pelos próprios parentes, apenas por não coadunar com seus ideais filosóficos ou religiosos, também são tratados como meros aproveitadores financeiros, apenas por exigir a reparação daquilo que, de fato, nenhum dinheiro comprar: colo, carinho e cuidado.

Além da responsabilização civil como medida pedagógica, pois não se repara o irreparável, também caberá à ponderação de princípios constitucionais a resolução de tal impasse, o que será tratado futuramente em outro estudo.

## **REFERÊNCIAS**

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas. Distinção entre ponderação e juízo de adequação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 203, p. 165-183, Jul./Set. 2014. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/507411/001017676.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 10 maio. 2019.





ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMIN, Andréa Rodrigues, et.al. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo, Saraiva, 2019, 12 ed, p. 161. Disponível em:  
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611546/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 10 jan. 2020

AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 165, Jan./Mar. 2005. Disponível em:  
<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/273/R16511.pdf?sequence=4&isAllow ed=y>>. Acesso em: 15 maio. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 203 apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 61. Disponível em:  
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984984/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>. Acesso em: 04 mar. 2020.

BARROSO, Luis Roberto, BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, Abr./Jun. 2003. Disponível em:  
<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690>>. Acesso em 05 maio. 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 39.

BOZZA, Osmar Henrique. **A liberdade religiosa na Constituição Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47037/a-liberdade-religiosa-na-constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-de-1988>>. Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL. **Código Civil (2002). Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Artigos 1566, inciso IV e 1.634, inciso I. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2020.



BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Artigos 3º, 4º, 22 e 33. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 23 maio. 2020.

BULOS, Uadi Lammêngo. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARNEIRO, Alessandra Hornung. **A constitucionalização e a pluralidade das novas entidades familiares na construção da família democrática.** 114 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba, 2012. Disponível em:  
<[https://www.unibrasil.com.br/wpcontent/uploads/2018/04/mestrado\\_unibrasil\\_Alessandra-Hornung.pdf](https://www.unibrasil.com.br/wpcontent/uploads/2018/04/mestrado_unibrasil_Alessandra-Hornung.pdf)>. Acesso em: 05 jan. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em:  
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597018790/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 24 maio. 2020.

CERQUEIRA, Thales Tácito. **Manual do estatuto da criança e do adolescente: teoria e prática.** Editora Impetus, 2010.

COSTA, Livia Ronconi, SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. A família e a Constituição Federal de 1988. **Ibdfam.** 3 f. Disponível em:  
[http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/A%20Fam%C3%ADlia%2005\\_10\\_2011.pdf](http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/A%20Fam%C3%ADlia%2005_10_2011.pdf). Acesso em: 24 fev. 2020.

COUTINHO, Simone Andréa Barcelos. **Estado laico brasileiro e os desafios à sua efetividade no plano da representação política.** 66 f. Monografia (Graduação em Direito). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2014. Disponível em:  
<[http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1510/Monografia\\_Simone%20Andrea%20Barcelos%20Coutinho.pdf?sequence=1](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1510/Monografia_Simone%20Andrea%20Barcelos%20Coutinho.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 04/04/2019.

CUNHA, Alexandre Sanches. **Todas as Constituições brasileiras.** 1ª. ed. Campinas: Bookseller, 2001.



D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Menores*, p. 9 apud ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Editora Saraiva, 2009, p. 8.

FARAH, Paulo Daniel. **Cristãos recordam perseguição nazista**. Folha de São Paulo: São Paulo, 1999. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft31059904.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2020.

FERREIRA, Natanael Alves. **A boa-fé objetiva como elemento de restrição da liberdade religiosa**. 76 f. Dissertação (Pós-graduação em Direito Legislativo). Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, 2016. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/535908/TCC\\_Natanael%20Alves%20Ferreira.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/535908/TCC_Natanael%20Alves%20Ferreira.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 15 maio. 2019.

FERREIRA, Tiago Toledo Gomes Mariano. **Liberdade religiosa e o combate à intolerância**. São Paulo, 2017. Disponível em: <[www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50226/liberdade-religiosa-e-o-combate-a-intolerancia](http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50226/liberdade-religiosa-e-o-combate-a-intolerancia)>. Acesso em: 15 set. 2018.

FURTADO, Antonia Gomes; MORAIS, Klenia Souza Barbosa de; CANINI, Raffaella. O direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes: construção histórica no Brasil. **Revista de Serviço Social**, Londrina, v. 19, n. 1, p. 131-154, Jul./Dez. 2016. Disponível em.: Acesso em: 05 jan. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609543/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 11 mar. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 17 ed. v. 6. São Paulo, Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615995/cfi/3!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. Família. In: Institut für Sozialforschung, Frankfurt (Org.). **Temas básicos da sociologia**. São Paulo: Cultrix, 1956, p. 135.



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). **Comissão aprova projeto que caracteriza como crime o abandono afetivo de filhos**. Minas Gerais. 2015. Disponível em:

<<http://ibdfam.org.br/noticias/5772/Comiss%C3%A3o+aprova+projeto+que+caracteriza+crime+o+abandono+afetivo+de+filhos>>. Acesso em: 23 maio. 2020

JUSTIÇA FEDERAL (8ª Vara Federal). **Processo nº 00009385-57.2001.04.05.8100**. Sentença. Exequente: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados e outro. Executado: Ministério Público Federal. 16 de novembro de 2011. Disponível em: <<https://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resconsproc.asp>>. Acesso em: 24 maio. 2020

LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito civil aplicado: direito de Família. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2005, v.5, p. 22.

LEITE, Fábio Carvalho. **Estado e religião: a liberdade religiosa no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2014.

LELLIS L.M.; HEES C.A. **Fundamentos Jurídicos da Liberdade Religiosa**. 1ª. ed. Engenheiro Coelho: Unaspres, 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo. Saraiva, 2017, 7ª ed, p. 30. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547209865/cfi/4!/4/4@0.00:16.9>>. Acessado em: 05 jan. 2020.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Editora Manole, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). **Apelação. Ap 1405/2012**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrida: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados e Outro. Fortaleza, 30, de janeiro de 2012. Disponível em: [http://abravipre.org.br/documentos/acao-civil/2012-01-30\\_Procuradora.pdf](http://abravipre.org.br/documentos/acao-civil/2012-01-30_Procuradora.pdf). Acesso em: 27/05/2019.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos**. São Paulo: Bookseller, 2002.



MULLER, Dom João Inácio. **Liberdade de culto: somos chamados a viver a liberdade em Cristo**. São Paulo, 2018. Disponível em:

<<https://formacao.cancaonova.com/igreja/catequese/liberdade-de-culto-somos-chamados-viver-liberdade-em-cristo/>>. Acesso em: 15/09/2018.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil. Direito de família**. Rio de Janeiro. Forense, 2016, 7ª ed. v. 5, p. 3. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968687/cfi/6/24!/4/8/4@0:6.06>>. Acesso em: 05 jan. 2020.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 37, n. 145, p. 185-196, Jan./Mar. 2000. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/568/r145-19.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 maio. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530979959/cfi/6/10!/4/24@0:37.4>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade civil no direito de família**.

MADALENO, Rolf; COSTA, Eduardo (coord). São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000689/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 23 maio.2020

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984984/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>. Acessado em: 03 jan. 2020.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 193, p. 7-20, jan/mar. 2012.

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496554/000940642.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 03 mar. 2020.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 3ª. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.



RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

SANTOS, Marcos André Couto. A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 135, p. 163-191, jan./mar.2002. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/755/R15313.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 02 jun. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Beatriz Cavalcante da; SOUZA, Elden Borges. Uma análise da interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a liberdade religiosa na atualidade. **Revista de Direito FIBRA Lex**, São Paulo, v. 25, n. 5, p. 1-14, Jan./Mar. 2019. Disponível em: <http://www.periodicos.fibrapara.edu.br/index.php/fibralex/article/view/113>. Acesso em: 31 mar. 2019.

SOARES, Vinicius Vieira Ramos. **A (i)legalidade da desconsideração do direito de escolha de pacientes testemunhas de Jeová quanto à tratamento de saúde**. 69 f. Monografia (Graduação de Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: Acesso em 15 nov. 2019.

SORIANO, Aldir Guedes; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Minas Gerais: Fórum, 2009.

SORIANO, Aldir Guedes. **Direitos Humanos e Liberdade Religiosa: da Teoria à Prática**. São Paulo: Editora Kit's Ltda, 2012.

SORIANO, Monica. **As ex-testemunhas de Jeová rejeitadas pelas próprias famílias**. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-40780269>. Acesso em: 01 mar. 2019.

SOUZA, Josias Jacintho de; VELÁZQUEZ, Vitor Hugo Tejerina. **Liberdade religiosa: direito humano universal**. Revista Libertas: Estudos em Direito, Estado e Religião, v. 1, n. 1, p. 143-167, jan./jul. 2009. Disponível em: <http://circle.adventist.org/files/unaspress/libertas20090114325.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. AgInt no AREsp 1286242.** 1. Não se viabiliza o recurso especial pela indicada violação dos artigos 1022 e 489 do Código de Processo Civil de 2015. Isso porque, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte recorrente. Não há falar, no caso, em negativa de prestação jurisdicional. A Câmara Julgadora apreciou as questões deduzidas, decidindo de forma clara e conforme sua convicção com base nos elementos de prova que entendeu pertinentes. No entanto, se a decisão não corresponde à expectativa da parte, não deve por isso ser imputado vício ao julgado. 2. O STJ possui firme o entendimento no sentido de que "O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável." (REsp 1579021/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 29/11/2017). 3. O Tribunal de origem, amparado no acervo fático - probatório dos autos concluiu que: " Não houve comprovação de abandono afetivo ou material dos pais em relação à filha, de modo a configurar um ilícito ensejador de dano moral.". Dessa forma, alterar o entendimento do acórdão recorrido sobre a não comprovação dos requisitos caracterizados da responsabilidade civil demandaria, necessariamente, reexame de fatos e provas, o que é vedado em razão do óbice da Súmula 7 do STJ. 4. Agravo interno não provido. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/10/2019, DJe 15/10/2019) Agravante: Ministério Público Federal. Agravados: JB de R e NP de S. Brasília, 08, de outubro de 2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 23 maio. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Turma). **Recurso Especial. REsp 1087561.** RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ABANDONO MATERIAL. MENOR. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESTAR ASSISTÊNCIA MATERIAL AO FILHO. ATO ILÍCITO (CC/2002, ARTS. 186, 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 E 1.634, I; ECA, ARTS. 18-A, 18-B E 22). REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.1. O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002. 2. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.3. Recurso especial improvido. Rel.



Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 18/08/2017. Recorrente: RA DE M. Recorrido: F DAS S DE M. Brasília, 13, de junho de 2017. Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1087561&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 24/05/2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Turma). **Recurso Especial. REsp 1493125**. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. NÃO OCORRÊNCIA. ATO ILÍCITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CONFIGURAÇÃO DO NEXO CAUSAL. SÚMULA Nº 7/STJ. INCIDÊNCIA. PACTA CORVINA. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO CARACTERIZADO. MATÉRIA

CONSTITUCIONAL. 1. A possibilidade de compensação pecuniária a título de danos morais e materiais por abandono afetivo exige detalhada demonstração do ilícito civil (art. 186 do Código Civil) cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor, para que os sentimentos não sejam mercantilizados e para que não se fomente a propositura de ações judiciais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro. 2. Em regra, ao pai pode ser imposto o dever de registrar e sustentar financeiramente eventual prole, por meio da ação de alimentos combinada com investigação de paternidade, desde que demonstrada a necessidade concreta do auxílio material. 3. É insindivável, nesta instância especial, revolver o nexo causal entre o suposto abandono afetivo e o alegado dano ante o óbice da Súmula nº 7/STJ. 4. O ordenamento pátrio veda o pacta corvina e o venire contra factum proprium. 5. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte, não provido. Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 01/03/2016. Recorrente: Maria Augusta Gallassi. Recorrido: Arivaldo Germano Galassi. Brasília, 23, de fevereiro de 2016. Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1493125&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 24 maio. 2020. SUPERIOR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial. REsp 1159242**. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas designações, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia





- de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Relatório e voto. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Brasília, 24, de abril de 2012. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num\\_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 24 maio. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – direito de família**. 14.ed. v. 5. Rio de Janeiro, Forense, 2019. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983970/cfi/6/10!/4/2/2@0:100>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. 1. ed. V. 6. Rio de Janeiro, Forense, 2020.

Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989965/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **A liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro**. 282 f. Dissertação (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em:

<[https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21062011-095023/publico/liberdade\\_religiosa\\_completa.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21062011-095023/publico/liberdade_religiosa_completa.pdf)>. Acesso em 04 abr. 2019.

TRENTIN, Lorivan Antônio Fontoura. **A importância do constitucionalismo na realização dos direitos fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Direito). Unisinos, 2003.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO (Quarta Turma). **Apelação Cível 536761. Ap 536761**. Constitucional. Ação Civil Pública. Testemunhas de



Jeová. Liberdade de crença. Alegação de preconceito e discriminação contra a convivência familiar e comunitária dos ex-congregados com os membros da congregação. Impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário. Não configuração de ato contrário à ordem, tranquilidade e sossego público. Preceito, que embora pareça inaceitável, não é ilícito. Ausência de violação a princípios constitucionais. Apelo improvido. DESEMBARGADOR FEDERAL LAZARO GUIMARÃES, Quarta Turma, JULGAMENTO: 05/06/2012, PUBLICAÇÃO: DJE - Data:

14/06/2012 - Página: 597). Apelante: Ministério Público Federal. Apelados: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados e Associação Bíblica e Cultural de Fortaleza. 14 de junho de 2012. Disponível em: <<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 24 maio. 2020.

VIEIRA, Nayara Lima; BRITO, Edson de Sousa. Direitos fundamentais e a liberdade religiosa. **Portal Boletim Jurídico**, 2019.

VILAS-BÔAS, Malta Renata. A doutrina da proteção integral e os princípios norteadores do direito da infância e da juventude. **Âmbito Jurídico**, 2011. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-94/a-doutrina-da-protecao-integral-e-os-principios-norteadores-do-direito-da-infancia-e-juventude/>>. Acesso em 18 nov. 2019.

WITZEL, Ana Cláudia Paes. **Aspectos gerais da responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo. 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-110/aspectos-gerais-da-responsabilidade-civil-no-direito-de-familia/>>. Acesso em: 22 maio. 2020.



# A (IN) EFETIVIDADE DA CONCILIAÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS DE SOBRADINHO/DF

Stefania Pereira Lemos

## RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como finalidade analisar o tratamento conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro no que tange a efetividade das audiências de conciliação nos juizados especiais, mais especificamente nos juizados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) de Sobradinho, já que, nestes casos, o referido procedimento é obrigatório para o tramite processual. Para verificar se estas audiências tem efetividade de fato, este trabalho, que tem por metodologia o método dedutivo e pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, divide-se em três partes. Primeiramente, pretendesse contextualizar os litígios com suas especificidades. Em seguida, será trazido os métodos alternativos a jurisdição. Por fim, se realizará a análise sobre a (in)efetividade da conciliação no juizado especial de Sobradinho, visto que a autora do presente artigo fora conciliadora no órgão jurisdicional supracitado e pretende trazer tal bagagem prática para a exposição do conteúdo aqui exposto.

**Palavras-chave:** autocomposição; audiência de conciliação; efetividade.

## ABSTRACT

This Conclusion Course Paper aims to analyze the treatment given by the Brazilian legal system regarding the effectiveness of the conciliation hearings in the special courts, more specifically in the courts of the Court of Justice of the Federal District and Territories (TJDFT) of Sobradinho, since, in these cases, the referred procedure is mandatory for procedural processing. To verify whether these hearings are really effective, this work, which uses the deductive method and bibliographic, jurisprudential and legislative research as methodology, is divided into three parts. First, it intended to contextualize the litigation with its specificities. Then, alternative methods will be brought to jurisdiction. Finally, the analysis on the (in) effectiveness of the conciliation in the special court of Sobradinho will be carried out, since the



author of this article was conciliatory in the aforementioned court and intends to bring such practical baggage to the exhibition of the content exposed here.

**Keywords:** self-composition; conciliation hearing; effectiveness.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo foi realizado com a finalidade de pesquisar acerca da efetividade da conciliação no juizado especial de Sobradinho, e para isto, é necessário criar uma base de compreensão sobre o comportamento humano trazendo aqui algumas teorias sociais a fim de entendermos as condutas particulares.

O método de abordagem escolhido para a realização do presente trabalho foi o hipotético-dedutivo, por apresentar deduções firmadas em hipóteses que serão postas em análise, de forma a averiguar se há efetividade nas audiências de conciliação dos juzizados especiais cíveis, em especial da circunscrição judiciária de Sobradinho.

Como método de procedimento, o trabalho em tela foi adotado o método histórico para o levantamento de dados referentes às leis brasileiras que versam sobre o tema, bem como o método monográfico, a fim de buscar nas doutrinas conhecimento prévio e pontos de vistas diversos sobre a ineficiência das audiências de conciliação. Foram empregados ainda os métodos de procedimento tipológico e estruturalista.

Em um primeiro momento iremos analisar a cultura do litígio, que pode ser definida como o comportamento conflitante dos indivíduos perante a sociedade e o grupo ao qual está inserido, neste contexto o indivíduo só crê que haverá a resolução da demanda com a prestação jurisdicional do Estado juiz. O grupo do litígio pode ser macrossocial, em que o indivíduo vive com pequenos grupos, onde existe algum contato pré-existente; ou macrossocial, em que o todo é bem maior e as relações não são prévias.



Importante ainda trazermos à análise quais são os requisitos para se formar um litígio e quais são os tipos de litigantes, para que se possa saber como fornecer políticas públicas para a resolução de conflitos. Dentro desse tema temos os litigantes de boa-fé, os litigantes por amor ao conflito, os litigantes financeiros, e os de má-fé. Com esse aparato de conceitos necessários ao entendimento da conduta individual, veremos os métodos alternativos a jurisdição, seja a conciliação e a mediação.

A conciliação e mediação são vistos como meios diferentes de solução de conflitos. E em sua maioria, esta concepção decorre da evolução histórica desses instrumentos no cenário brasileiro. E o Código de Processo Civil reafirmou essa diferenciação no artigo 165.<sup>1</sup> Na conciliação, o terceiro facilitador da conversa intervém de forma mais direta no litígio e pode chegar a sugerir opções de solução para o conflito (art. 165, § 2º). Entretendo na mediação, o mediador facilita o diálogo entre as pessoas para que elas mesmas proponham soluções, e de forma alguma pode sugerir algo. (art. 165, § 3º).

A outra distinção está no tipo de conflito. Para conflitos práticos, mais superficiais, nos quais não existe relacionamento duradouro entre os envolvidos, se indicar o uso da conciliação; já nos conflitos mais subjetivos, onde exista relação entre os envolvidos ou desejo de que tal relacionamento continue, indica-se a mediação, esta que geralmente é usada no Direito de Família. Porém, muitas das vezes, o método mais identificado só é identificado durante o procedimento.<sup>2</sup>

Indo mais a fundo a fim de compreender como é usada a conciliação nos juizados especiais, estudaremos os procedimentos especiais, guiados pela Lei nº 9.099/95, esta legislação criou o procedimento com o objetivo de se resolver pequenas demandas nas quais a complexidade processual e menor e não haja a

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Lei Nº 13.105, de 16 de Março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 20 mar. 2020

<sup>2</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Qual a diferença entre conciliação e mediação? Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/qual-a-diferenca-entre-conciliacao-e-mediacao/>. Acesso em: 05 abr. 2020



necessidade de um procedimento mais completo, como o previsto no rito ordinário. O procedimento da conciliação é conduzido pelo conciliador, em que os princípios-chaves do procedimento são a imparcialidade, neutralidade e confidencialidade.

Para analisarmos a efetividade da conciliação no Juizado Especial de Sobradinho, faz-se necessário compreender o comportamento humano, estudando as teorias sociais para elucidar as condutas individuais. Depois disso serão trazidos os conceitos de jurisdição e de métodos alternativos a resolução da lide, que não a jurisdição, como por exemplo a conciliação, somado a isso, estudar a forma de funcionamento dos Juizados Especiais, e de como se dá o procedimento, para que assim, possa analisar se há ou não efetividade.

## **1 ANÁLISE SOCIOLOGICA DO CONFLITO**

Para uma maior compreensão do tema aqui trazido, em um primeiro momento antes de adentrar ao tema, qual seja, a análise da efetividade da conciliação no Juizado Especial de Sobradinho/DF é preciso que se faça um resumo sobre a sociologia acerca dos pressupostos básicos do comportamento humano.

Após conhecer os pressupostos de como o indivíduo se comporta socialmente, e a forma que este resolve seus conflitos em sociedade torna-se factível analisar a possibilidade de uma política pública com procedimentos para se aprimorar a resolução de conflitos, de um modo auto-compositivo, como por exemplo, a conciliação.

### **1.1 Teorias Sociológicas dos Conflitos**

Considerando o núcleo da Sociologia, pode-se notar que estamos falando de uma ciência social, haja vista que esta tenta explicar e elucidar questões sobre o hábito, o conhecimento e o comportamento dos seres humanos. Neste sentido, existe uma parte desta ciência que serve como base para outras Ciências Sociais, como é o caso do Direito, servindo para trazer compreensão de como alguns comportamentos



dos indivíduos devem ser geridos e especificados. A essa parte de conexão entre a Sociologia e o Direito, dá-se o nome de Sociologia Jurídica, responsável por ponderar todos os fatos sociais que permeiam as condutas, bem como a repercussão que estas condutas trarão para a legislação.

Deste modo, a Sociologia Jurídica, na leitura do Direito, se vê diante de fenômenos como os da mudança social, dos conflitos e das interações, os quais se manifestam, também, no sistema jurídico. Assim, ocorre a necessidade de considerar os conceitos de “cultura do litígio” ou “cultura da litigância”, para que, desta maneira, seja possível entender o conceito de “conflito” e como a conciliação pode ajudar a resolver estes conflitos.

Primeiramente, a fim de entender os principais conceitos para a questão do conflito social, algumas teorias sociológicas modernas devem ser citadas, com atenção para a diferença entre as teorias macrosociológicas e microsociológicas,

Ana Lucia Sabadell explica que:

As principais teorias da sociologia moderna são de tipo macrosociológico. Trabalhar na perspectiva macrosociológica significa não se interessar principalmente pela interação e pequenos grupos (microsociologia), mas examinar a sociedade como um todo, ou seja, como um complexo sistema de vida, constituído por meio de relações entre os grupos. Duas são as principais correntes de teorias macrosociológica: as teorias funcionalistas e as do conflito social.<sup>3</sup>

Existe então, na opinião da socióloga supracitada, a perspectiva microsociológica, ao qual faz uma análise sobre os conflitos em âmbito de pequenos grupos, como, por exemplo, pequenos grupos no ambiente de trabalho, ou atritos ocorridos das relações nas escolas, na faculdade, relações condominiais. Neste tipo de interação, geralmente o conflito está atrelado a pessoalidade e a convivência entre os indivíduos pode ser constante e forte.

---

<sup>3</sup> SABADEL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica*. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2008. p. 81



No mesmo viés, temos a teoria macrosociológica, em que se faz uma análise mais global, ou seja, compreendendo as relações entre um grupo maior, como, por exemplo, um município, uma cidade, ou um estado. Em geral, neste conceito não se percebe nos conflitos a existência de relação de pessoalidade. Nesta perspectiva macrosociológica os conflitos são provocados por certos acontecimentos, temos, por exemplo, de conflito macrossocial os acidentes de veículos, que gera responsabilidade por um fato comum do dia a dia. E é esse o tipo de conflito que mais demanda a prestação jurisdicional do Estado, no caso de análise, dos juizados especiais.

Assim, analisamos a importância da sociologia e do estudo dos comportamentos dos indivíduos em sociedade, para que deste modo pudéssemos conectar com as ciências jurídicas. Para que assim, compreendamos as esferas de conflito em um ambiente macrossocial, com pequenos conflitos com pessoas de comum vínculo; e a macrossocial, com conflitos de toda uma sociedade, estes, que são maior objeto de demanda da prestação jurisdicional.

## **1.2 Cultura do Litígio e Cultura da Litigância**

Superada a compreensão inicial da ideia de visão macrosociológica e microsociologia do litígio, e entendendo como pode haver conflitos em diferentes esferas do cotidiano do indivíduo, passaremos a analisar a cultura do litígio e a cultura da litigância, expondo seus conceitos, e como estas culturas podem impactar nas condutas dos indivíduos, seja a fim de corroborar com a possibilidade de realizar a solução por uma autocomposição, ou mesmo nos conduzindo a solução do conflito apenas com a jurisdição no caso concreto.

Sobre as teorias de conflito citadas acima Lucena Filho nos traz o conceito da cultura do conflito:

Dentre os elementos integrantes da cultura de um povo está sua capacidade e formas de lidar com o conflito. Aduzindo a





esta afirmação, o conjunto de normas, práticas, instintos e instituições específicas de uma sociedade acerca da conflitualidade compõe a denominada cultura do conflito. É, por assim dizer, que o conjunto de regras – especialmente as de índole processual referentes ao manuseio dos conflitos na esfera jurídica em harmonia com institutos psicológicos e sociais integram uma arena própria no âmbito cultural, que reconhece seus mecanismos peculiares na condução do fenômeno de dissenso, imanente às relações humanas.<sup>4</sup>

Com esta primeira definição, o que se entende por cultura não compreende um conjunto de hábitos repetidos com um viés negativo, pelo contrário, transmite uma imagem de sociologia judiciária, ou ainda, como alguma sociedade enxerga o papel do conflito, bem como os respectivos meios de tratamento. Este estudo e divulgação deve ser fomentado pois se trata de um conhecimento que representa parcela de identidade cultural de um povo, e o vetor de interpretação e conhecimento da evolução de condutas e percepções da realidade.

De acordo com Carlos Eduardo de Vasconcelos, conflito é “dissenso e decorre de expectativas, valores e interesses contrariados inerentes às relações humanas”<sup>5</sup>; não é algo que deva ser visto de forma negativa, haja vista que cada pessoa tem uma forma de pensar única, com experiências e circunstâncias existenciais individuais. Por mais que exista afeto e afinidade em um relacionamento interpessoal, de algum modo os conflitos, estarão sempre presentes.

Entre os diferentes fatores que unificam a cultura de um povo está a sua forma de lidar com o conflito. A definição de cultura é elemento de discussões no âmbito do conflito. Deste modo, para os estudiosos da sociologia e do direito, cultura do conflito é diferente de cultura da litigância. De forma que a cultura do

---

<sup>4</sup> LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *A cultura da litigância e o poder judiciário: noções sobre práticas demandistas a partir da justiça brasileira*. São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0ff8033cf9437c21>. Acesso em: 19 fev. 2020. p. 4

<sup>5</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 19



conflito é o conjunto de regras, práticas, institutos e instituições específicas de uma sociedade acerca da conflituosidade.<sup>6</sup>

Além destes motivos, a cultura do conflito nos dá noção teórica para um adequado preparo dos magistrados, mediadores, sujeitos em litígio, conciliadores ou quaisquer outros agentes (neutros ou não), que estejam incluídos em um contexto de sujeitos processuais. Seja essencial ou acessórios, para a partir desse conceito inicial, reformular uma série de políticas públicas e criar procedimentos que sejam efetivos para lidar com a situação do conceito exposto.

Para finalizar o entendimento das culturas, iremos analisar o conceito de cultura da litigância e qual o aspecto relacionado a aplicação e entendimento da cultura do indivíduo perante os conflitos.

Seguindo o entendimento, Lucena Filho ressalta que:

Em contrapartida, a cultura da litigância reflete a distorção da tipologia supra retratada. Repercute uma anormalidade funcional do conflito, de forma que a ideia geral inserida no (in) consciente coletivo é de que todo e qualquer conflito necessita ser judicializado e resolvido sob a forma de uma solução adjudicada, isto é, dotada de força imperativa e coercitiva, fundada na lógica vencedor-perdedor.<sup>7</sup>

Tendo como base o conceito de cultura da litigância, destacada por Humberto Lima de Lucena Filho, nota-se que os conceitos que temos são distorcidos, pois o senso comum, na prática, não tem um julgamento sociológico correto e respaldado para o estudo da ciência e dos fatos sociais, e deste modo não compreendendo como são criados os procedimentos para se resolver os conflitos.

---

<sup>6</sup> LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *A cultura da litigância e o Poder Judiciário*: noções sobre as práticas demandistas a partir da Justiça brasileira. 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84117275be999ff5>. Acesso em: 20 fev. 2020

<sup>7</sup> LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *A cultura da litigância e o poder judiciário*: noções sobre práticas demandistas a partir da justiça brasileira. São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0ff8033cf9437c21>. Acesso em: 19 fev. 2020. p. 5.



Na cultura da litigância existe uma deformidade da cultura do conflito, refletindo uma anormalidade funcional do conflito, de forma que o núcleo da ideia encravada no consciente ou inconsciente coletivo é de que todo e qualquer conflito deve ser judicializado e resolvido sob a forma de uma solução adjudicada, em outras palavras, repleta de força coercitiva e imperativa, fundada na lógica vencedor-perdedor.<sup>8</sup>

Deste modo, pode-se observar que é na cultura da litigância que se encontra a resistência em se implementar uma prática pacificadora, e essa problemática agrupa múltiplos fatores de origens e motivações diversas que traz consigo elementos familiares, políticos, religiosos, históricos e éticos, que devem ser levados em conta no estudo da judicialização exagerada dos conflitos.

Importante ressaltar que uma das garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito é o acesso à justiça; a Constituição Federal<sup>9</sup> traz como direito e garantia fundamental, contudo, pode-se observar na sociedade atual um excesso na busca da justiça para a resolução dos conflitos, na qual se demonstra uma suposta expectativa em que a Jurisdição venha dar respostas justas e adequadas para toda e qualquer espécie de desacordo que lhe é apresentado, refletindo direta e indiretamente nas relações sociais, no modo como as disputas são tratadas e consequentemente no Poder Judiciário.

Assim, nessa análise das culturas do conflito e da litigância, compreendemos que a principal diferença entre a cultura do conflito para a cultura da litigância é que, na primeira, o indivíduo visa, através das relações sociais, formas de se desentender com um terceiro para haver a lide, o conflito; já a cultura do litígio, o indivíduo

---

<sup>8</sup> SALLES, Carlos Alberto. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso a justiça inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUZ, Luiz *et al.* (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Moreira*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006. p.786

<sup>9</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Artigo 5º XXXV. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 01 mar. 2020



pensa que só poderá haver a resolução da lide, quando um terceiro, no caso, o magistrado, dê uma sentença dizendo que possui o direito. Ou seja, para o litigante, quem participa do conflito não possui a capacidade de resolver o problema de maneira auto compositiva.

### **1.3 Tipos de Litigantes**

Para uma maior compreensão do tema, é importante trazermos aqui um pouco da conceituação de litígio e os diferentes tipos de litigantes. O litígio nasce da combinação de fatores ou surgimento de alguns deles isoladamente. Edward de Bono<sup>10</sup> defende que as discordâncias entre pessoas surgem a partir de quatro pontos: a) elas veem situações de maneira diferente; b) elas querem coisas diferentes; c) porque a forma de pensar as encoraja para isso; d) porque se espera que elas litiguem.

Ou seja, segundo o autor supracitado, o litígio surge da individualidade do ser ao pensar de forma diferente do outro, com isso, diante da convivência em sociedade, nas relações cotidianas, é normal que na individualidade do ser queira se resolver os problemas divergindo do outro, e com isso, surgem os quatro pressupostos para se iniciar o litígio entre os indivíduos.

Para se ponderar o conceito de litigante, ou seja, os agentes que participam do litígio estado nos polos da lide, João Baptista de Mello e Souza Neto, em sua obra “Mediação em juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo”, afirma que conhecer o perfil dos litigantes é importante para a escolha da melhor abordagem para uma justa composição e sugere a divisão dos litigantes em quatro

---

<sup>10</sup> BONO, Edward de. *Conflicts: a better way to resolve them*. Harmondsworth: Penguin Books, 1991.p. 78



grupos que podem se sobrepôr<sup>11</sup> a saber: o litigante de boa-fé, o litigante por necessidade financeira, o litigante de má-fé e por fim, o apaixonado pelo litígio.

Dito isso, passa-se a analisar então o conceito de cada um deles. O autor assim descreve o primeiro tipo de litigante:

O primeiro perfil diz respeito àqueles que buscam uma solução para o conflito, ainda que não seja a adjudicada, e somente acionou o aparato estatal por crer no seu íntimo que seu pleito é justo e diz a verdade a respeito daquilo que crê, embora esteja passível de erro. É um tipo de contendedor que está sujeito a considerar argumentos que sejam razoáveis e lógicos. É uma pessoa “predisposta a eliminar o „problema” que para ela é o processo, desde quem claro, não seja ao custo de subverter suas crenças.<sup>12</sup>

Para Souza Neto, o litigante de boa-fé é aquele que busca a paz mesmo estando em um conflito, que pode ser ou não de sua responsabilidade, visando uma resolução através do diálogo, com um olhar mais positivo, sem a necessidade de um combate para mostrar quem está certo. Temos como exemplo de litigante de boa-fé aquele que bateu o carro e ainda não sabe se tem responsabilidade pelo dano, contudo, tenta resolver com o outro de forma pacífica, tendo ou não responsabilidade sobre o caso.

O segundo tipo de litigante é aquele que litiga por necessidade financeira:

Aqueles que litigam por necessidade financeira em regra estão no polo passivo da demanda e assim se encontram por não poderem, na maioria dos casos, adimplir com suas obrigações por razões financeiras. Soluções consensuais podem ser aplicáveis em razão da intencionalidade do credor e devedor de comporem a lide. Situações como alterações econômicas, desequilíbrios nas receitas são indícios de um perfil de devedor por necessidade financeira.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Mediação em juízo*: abordagem prática para obtenção de um acordo justo. São Paulo: Atlas, 2000. p.103

<sup>12</sup> SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Mediação em juízo*: abordagem prática para obtenção de um acordo justo. São Paulo: Atlas, 2000. p. 41

<sup>13</sup> SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Mediação em juízo*: abordagem prática para obtenção de um acordo justo. São Paulo: Atlas, 2000. p. 42



Então os litigantes por necessidade financeira estão presentes nos casos das ações de cobrança, geralmente são aqueles indivíduos que não conseguiram adimplir com sua obrigação por falta de recursos financeiros, que tiveram seus nomes negativados por não pagamento, que não deram cumprimento a contrato que assinaram ou prestação de algum serviço e mesmo cientes da obrigação, não conseguem dar provimento a mesma. Um exemplo disso é quando o cliente de algum banco não paga a fatura do cartão de crédito, e o banco cumpre todo o rito do Código do Consumidor, ajuizando, por fim, a ação com o objetivo de receber os valores devidos.

Em terceiro lugar, há o litigante de má-fé:

O contendedor de má-fé, por seu turno, é cômico da morosidade e inefetividade de que padece o processo judicial e disso se utiliza para postergar seu status de devedor, por exemplo. Conta, ainda, com a incerteza da sentença, isto é, por manobras processuais, inabilidade do advogado da outra parte ou induzimento a erro do magistrado é possível que obtenha decisão favorável. Quando propostas soluções alternativas para a resolução do litígio, o litigante de má-fé demonstra-se inflexível, pois conta com a difícil situação do sistema judiciária a seu favor.<sup>14</sup>

Nesse caso, os litigantes além de não terem um olhar focado na solução do problema, nas suas condutas individuais realizam de todos os meios para não se chegar a um consenso, ou seja, a cultura do conflito e da litigância atuam em suas ações singulares em vivência na sociedade. E nesse caso, mesmo em contato com o litigante de boa-fé, na maioria das vezes se acaba ajuizando uma ação por falta de consenso entre as partes.

Por derradeiro, há o litigante que tem amor pelo conflito:

O litigante que tem “amor” ao litígio é movido pela premente necessidade de se manter ligado ao adversário, ainda que por intermédio de um processo judicial. Trata-se de um elo

---

<sup>14</sup> SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Mediação em juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 43



emocional, relação afetiva existente previamente (ou de mera fidedúcia) que foi violada, gerando angústia, frustração, ciúmes. A opção para este tipo de autor é protelar ao máximo o processo para que o vínculo se perpetue, como, à guisa de ilustração, nas lides que tenham como objeto o Direito de Família.<sup>15</sup>

Neste caso, a única forma de se manter uma junção entre este litigante e a outra parte é por meio do conflito, ou seja, do processo judicial. Estes casos de litigantes que tem amor pelo conflito são mais comumente encontrados no Direito de família, seja em relação ao vínculo conjugal, ou até em âmbito penal, com ações como Maria da Penha, por exemplo.

Dito isto, no tópico em estudo, notamos que existem alguns critérios para se compreender o que caracteriza um litigante, seja por querer coisa diversa do outro, ou ver a situação de uma forma divergente, e como se reage a presente situação.

## **2 DA LITIGÂNCIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS**

### **2.1 Dados Gerais dos Processos e Audiências**

Um relatório de 2018 mostra que o Poder Judiciário está em 15.398 unidades judiciárias, tendo vinte a mais se compararmos ao ano de 2016. No ano de 2017 iniciaram 29,1 milhões de processos e foram baixados 31 milhões, ou seja, o Poder Judiciário decidiu 6,5% a mais de processos do que a demanda de novos casos<sup>16</sup>

No período entre 2009 e 2017 a taxa de crescimento de processos distribuídos foi de 4% ao ano e o crescimento acumulado no período de 2009-2017 foi de 31,9%, ou seja, houve um aumento de 19,4 milhões de processos.

A Justiça Estadual reúne o maior número de processos, o número é de 63.482 milhões, o que equivale a 79 do total de processos pendentes. Já a Justiça Federal

---

<sup>15</sup> SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Mediação em juízo*: abordagem prática para obtenção de um acordo justo. São Paulo: Atlas, 2000. p. 45

<sup>16</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018*. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais](http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais). Acesso em: 03 mar. 2020



concentra 12,9% dos processos, e a Justiça Trabalhista, 6,9%. As demais Justiças juntas acumulam 1% dos casos pendentes. Assim, a Justiça em Números 2018 relatou que no ano-base de 2017, o Poder Judiciário chegou ao final deste com um cúmulo de 80,1 milhões de processos que esperam solução determinante.<sup>17</sup>

No ano de 2017, tivemos uma média por juiz brasileiro de 1819 processos, o que equivale a 7,2 casos por dia, totalizando o maior índice de produtividade desde o ano 2009<sup>18</sup> Houve um acréscimo dos recursos humanos dos tribunais com a habilitação de juízes e serventuários, desta forma se aumentou a produtividade dos magistrados e dos servidores, porém, não ocorreu redução que apresentasse progresso do Poder Judiciário no combate à morosidade da justiça e viesse a garantir a efetividade da prestação jurisdicional em um tempo plausível.

Os índices de autocomposição cresceram somente 1%, mesmo com o surgimento do CPC/2015, o que representa 3,7 milhões de sentenças homologatórias de acordo. O índice de conciliação é dado pelo percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas. O indicador utiliza como referência para comparação as sentenças e decisões terminativas, sendo estimados os acordos homologados em processos judiciais, não computados os casos em que a conciliação foi pré-processual, tampouco as transações penais ocorridas em Termos Circunstanciados<sup>19</sup>.

Entretanto, no banco de dados da “Justiça em Número” de 2019, tendo como ano-base o de 2018, vemos pela primeira vez, o relatório indicando que houve

---

<sup>17</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018. Relatório Analítico. Disponível em: [www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justca-em-numeros](http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justca-em-numeros). Acesso em: 03 mar. 2020. p. 196

<sup>18</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018. Relatório Analítico. Disponível em: [www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justca-em-numeros](http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justca-em-numeros). Acesso em: 03 mar. 2020

<sup>19</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 19





queda na quantidade de processos pendentes nos órgãos do Judiciário brasileiro. A redução do estoque demonstra que a Justiça solucionou mais processos que o número de ações ingressadas<sup>20</sup>.

O acervo de processos ainda pendentes ao final de 2018, em todos os órgãos do Poder Judiciário, “foi de 78.691.031 ações, o que representa queda de 1,2% em relação a 2017. O total de casos novos ingressados foi de 28.052.965 processos, o que aponta para redução de 1,9%.” Por segmento de Justiça, pode-se destacar a diminuição em 861 mil processos ingressados na Justiça do Trabalho. O aumento de 3,8%, no número de processos baixados, totalizando 31.883.392, também gerou impacto na queda histórica do acervo. O número de processos pendentes de execução fiscal caiu 0,4% em 2018. Foi a primeira redução em dez anos, totalizando 31.068.336 processos sem baixa<sup>21</sup>.

No que diz respeito a produtividade se registrou os maiores valores já medidos nos últimos 10 anos, com crescimento tanto da produtividade individual, ou seja, a média por magistrado e servidor, quanto na global, que é a total de baixados e de sentenças<sup>22</sup>.

No ano de 2018, foi registrado que ocorreu o aumento no número de processos baixados, que chegou a 31.883.392. A produtividade média dos magistrados cresceu em 4,2%, atingindo o maior percentual da última década, com

---

<sup>20</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*: sumário executivo. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020. p. 4

<sup>21</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*: sumário executivo. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020. p. 4

<sup>22</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*: sumário executivo. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020.p. 07



média de 1.877. O número de sentenças também aumentou em 2018, pois foram julgados quase 1 milhão de processos a mais do que no ano anterior, qual seja, 2017. O número de sentenças chegou ao auge da série histórica: 32.399.651. Desta forma, tem-se uma média na qual cada juiz julgou quase 8 casos por dia útil do ano<sup>23</sup>. Crescimento da produtividade ocorreu em todas as instâncias: 1º grau, 2º grau e tribunais superiores.

No que diz respeito ao julgamento de processos antigos, os dados de tempo médio dos processos revelam que o Judiciário está conseguindo solucionar estas demandas. Em média, os processos sem solução definitiva aguardam desfecho há cerca de 4 anos e 10 meses, valor que se tem reduzido ano após ano. Além disso, “o tempo dos casos julgados e baixados cresceu, ou seja, foram julgados aqueles processos que estão parados há mais tempo e que são de mais difícil solução”. Esse é o importante efeito das Metas Nacionais, que determina a priorização de resolução dos casos antigos por meio da Meta 2, em todos os segmentos<sup>24</sup>.

Sobre o tempo médio do acervo, este caiu de 5 anos e 6 meses em 2015 para 4 anos e 10 meses em 2018. O tempo médio até a sentença subiu de 1 ano e meio em 2015 para 2 anos e 2 meses em 2018. Nas Varas do Trabalho, o julgamento na fase de conhecimento é realizado em apenas 9 meses, mesma média dos Juizados Especiais Estaduais. Nos JECs, a média é um pouco maior: 12 meses. Já no juízo comum, o tempo de julgamento nas Varas supera o tempo dos Juizados. Leva-se, em média, 1 ano e 10 meses para julgar um processo em fase de conhecimento nas varas federais e 2 anos e 4 meses nas varas estaduais. A execução é a fase que mais

---

<sup>23</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*: sumário executivo. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020.p. 07

<sup>24</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*: sumário executivo. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020.p. 08.



demora: são necessários, em média, 5 anos e 11 meses para dar baixa a um caso em execução e, assim, dar fim ao processo<sup>25</sup>.

Sobre a Conciliação, que é objeto do estudo aqui apresentado, temos os seguintes dados, em 2018, 4,4 milhões de sentenças homologatórias de acordos foram proferidas pela Justiça, sendo 3,7 milhões de sentenças na fase processual e 700 mil na fase pré-processual, ou seja, foram conciliados 12% de todos os processos julgados na Justiça brasileira.

O segmento que mais teve conciliações no decorrer de 2018 foi a Justiça do Trabalho, que solucionou 24% de seus casos por meio de acordo. Considerando somente a fase de conhecimento de 1º grau, a de maiores chances de se efetivar um acordo, a resolução dos conflitos por meio da conciliação neste segmento atinge 39,1% dos processos julgados. Ao comparar o índice de conciliação total, incluindo os procedimentos pré-processuais, com o índice medido apenas na fase processual, na Justiça Estadual, o índice de conciliação se mantém constante, observando o total do segmento (10,4%)<sup>26</sup>.

No ano de 2018 a Justiça Estadual contava com 1.088 Centros Judiciários de Resolução de Conflitos e Cidadania. A Justiça do Trabalho é a de maior impacto pelos procedimentos pré-processuais, passando de 24% para 31,7%. Na Justiça Federal, os indicadores aumentaram para todos os TRFs, registrando, no total,

---

<sup>25</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*: sumário executivo. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>

. Acesso em: 10 mar. 2020.p. 08

<sup>26</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*: sumário executivo. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>

. Acesso em: 10 mar. 2020. p.08



elevação de 1,1 pontos percentual. A série histórica do índice de conciliação tem se mantido constante de acordo com números<sup>27</sup>.

Ao observar os dados, percebe-se que o Poder Judiciário apresentou ao longo dos últimos anos um pequeno sinal de melhora, mas que o sistema processual brasileiro ainda precisa refletir sobre o que fazer para fomentar a mudança de padrão acerca da cultura da litigância com a maior aceitação das partes e seus advogados aos métodos alternativos de solução de conflito, além de se atentar ao aperfeiçoamento da aplicação das técnicas nas audiências auto compositivas.

Pode-se ressaltar ainda que a os índices exibidos pelo CNJ na autocomposição tem como foco o resultado da sessão, ou seja, acordo fechado, e não o efeito que o método produz nas partes envolvidas, que é o de reestruturar a quebra da comunicação entre elas, fazendo com que estas se reaproximem e se empoderem a fim de buscar por elas mesmas a solução de seus conflitos, sem a necessidade de firmar um acordo naquela sessão.

## **2.2 Da Conciliação nos Juizados Especiais**

Levando em consideração o exposto no capítulo anterior, o legislador, por meio de uma análise sociojurídica, análoga àquela pela qual começamos artigo, imaginou a criação de procedimentos que fossem viáveis para se resolver os conflitos entre os sujeitos, além do meio pelo qual o juiz estipula sentenças. Com isto, na busca desses novos procedimentos o legislador criou dois procedimentos, a conciliação e a mediação. Haja vista o foco do presente artigo ser a análise do procedimento da conciliação, iremos estudar o conceito e os princípios decorrentes do procedimento em análise.

---

<sup>27</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*: sumário executivo. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020.p. 15



Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), “a conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra e imparcial, em relação ao conflito”. É um procedimento no meio do processo, algo célere, consensual, oral e breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites do possível, da relação social das partes<sup>28</sup>.

A conciliação é um método auto compositivo, em que um profissional imparcial auxilia os litigantes a celebrar um acordo, expondo vantagens e desvantagens em suas posições e propondo soluções para a controvérsia sem, todavia, forçar a realização do acordo.<sup>29</sup>

Fredie Didier Junior, diz que mediação e conciliação são formas de solução de conflito pelas quais um terceiro interfere em um processo negocial, com o objetivo de auxiliar as partes a chegar à autocomposição. A este terceiro não compete resolver o problema, como acontece na arbitragem, o mediador/conciliador desempenha um papel de catalisador da solução negocial do conflito. Desta forma não podem ser consideradas espécies de heterocomposição do conflito; pois se trata de exemplos de autocomposição, com a participação de um terceiro<sup>30</sup>.

O conciliador tem uma participação muito importante na condução do procedimento de conciliação, pois usa técnicas de validação de sentimentos para com os sujeitos do processo, desta forma, tem como objetivo fazer com que o litigante se abra para a resolução do problema por meio do diálogo, mitigando assim, o litigante de má-fé na relação do processo.

---

<sup>28</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Conciliação e Mediação*. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>29</sup> TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense, 2008

<sup>30</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Juspodivm, 2018. v. 1., p. 289



Esclarecido um pouco do conceito de conciliação, abordaremos como o legislador positivou o tema. Em um primeiro momento a conciliação está norteadada principalmente no Código de Processo Civil, e na portaria nº 125 do Conselho Nacional de Justiça. Observando primeiramente o Código de Processo Civil, temos: “Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.”<sup>31</sup>

Com isto, percebe-se que o legislador trouxe de forma expressa o comando da criação do procedimento, ou seja, a legislação incentiva os integrantes do processo, principalmente o Poder Judiciário, a realizar a tentativa de autocomposição como parte do processo.

A legislação do Conselho Nacional de Justiça, diz:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13). Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16).<sup>32</sup>

Estudando o texto da resolução nº 125, pode-se observar que o legislador se preocupou em positivar a conciliação como um método auto compositivo, de forma que, cabem as próprias partes chegarem a um consenso quanto ao objeto da demanda.

---

<sup>31</sup> BRASIL. *Lei Nº 13.105, de 16 de Março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 20 mar. 2020

<sup>32</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125 de 29/11/2010*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>. Acesso em: 21 mar. 2020



Desta maneira, são entregues aos litigantes diversos benefícios em tentarem dirimir o conflito ainda na audiência de conciliação, pois todo o aparato estatal está à disposição das partes, para que estes tenham a oportunidade de conversar e se possível chegar a um acordo.

Este mecanismo beneficia as partes, pois, a autocomposição é, ou deveria ser interpretada como algo melhor que uma decisão prolatada por um juiz, haja vista que os litigantes estão no controle do resultado e ainda existe a segurança jurídica de se redigir o Termo de Acordo com força de decisão, caso uma das partes não cumpra com o que ali fora estipulado e assinado. Além disto, ainda há a vantagem da celeridade na resolução do problema, ou seja, a resolução na audiência de conciliação diminui e muito o tempo de espera das partes.

Com este objetivo de fomentar o acordo e a conciliação, o próprio Código de Processo Civil veio para regular o tema no sentido de que é da competência das próprias partes e dos servidores públicos e aos magistrados, sempre tentarem conciliar, com um olhar prospectivo, da boa-fé objetiva das partes.

Após toda essa conceituação sobre a conciliação e o enfoque na política de acordo e cooperação para os juizados especiais, passemos a analisar como funciona o rito dos juizados especiais, em conformidade com a Lei n° 9.099/95, compreendendo os princípios basilares aplicados ao procedimento dos juizados especiais para entender o funcionamento do juizado de Sobradinho.

O legislador nos traz o intuito da criação da lei e dos princípios aplicados aos juizados especiais logo no primeiro artigo da lei supracitada, que diz:

Art. 1º Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência. [...]

Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e



celeridade, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação.<sup>33</sup>

Pode-se dizer assim que no próprio corpo da lei, vemos o intuito da conciliação. Os juizados especiais têm como características marcantes, a economia processual, a celeridade e a autocomposição. O legislador pensou nessas características porque existem demandas mais simples, nas quais não é necessário o conjunto de regras tão rígidos por parte dos indivíduos que estão na ação.

Desta forma, podemos citar o exemplo dos juizados especiais cíveis, nos quais não há a obrigação de se contratar um advogado nas demandas que pleiteiam até 20 salários- mínimos<sup>34</sup>, o que na prática ajuda a resolver os conflitos daqueles que precisam resolver algo, mas que muitas vezes não teriam condições de arcar com as custas judiciais e os honorários advocatícios.

Com isto, fazendo um paralelo com as teorias microssociológicas e macrossociológicas de conflito, nota-se que a conciliação pode ser usada em ambas as teorias, uma vez que em pequenos conflitos, pode-se resolver com a autocomposição já que há uma certa proximidade entre as partes. E nas macrossociológicas, que envolvem uma esfera maior de contato, como já elucidado, pode ser usado para se resolver problemas como acidente de trânsito, obrigações contratuais, por exemplo.

### **3 DA CONCILIAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL DE SOBRADINHO/DF**

#### **3.1 Atuação do Conciliador no Juizado Especial de Sobradinho**

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), a conciliação dos Juizados Especiais Cíveis (JECs) opera da seguinte maneira: o

---

<sup>33</sup> BRASIL. *Lei Nº 9.099, de 26 de Setembro de 1995*. Lei dos Juizados Especiais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm). Acesso em: 01 abr. 2020

<sup>34</sup> Art. 9º da Lei 9.099/95 - Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória





requerente ingressa com a demanda e no espaço de tempo que decorre da inicial do requerente até a contestação do requerido, há a citação e intimação do requerente para a realização da audiência de conciliação, rito normal, se comparado ao rito comum<sup>35</sup>.

Na audiência de conciliação, o conciliador inicia com a declaração de abertura, informando os princípios da audiência de conciliação, que são de acordo com o art. 166, caput, do Novo Código de Processo Civil (NCPC): “a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”<sup>36</sup>.

Feito isto, o conciliador solicita as partes tenham um olhar mais prospectivo, relembra as vantagens da conciliação, como, por exemplo, a segurança jurídica existe no fato próprias partes negociarem cláusulas em que seja satisfativo para ambas as partes e isto estar firmado em termo homologado posteriormente pelo juiz; a celeridade processual, pois o curso e o lapso temporal do processo até uma sentença é muito mais moroso; o fato do acordo homologado pelo magistrado ser um título executivo judicial, podendo ser executado em caso de não cumprimento.

Depois disto, o conciliador passa a palavra para as partes e dá prosseguimento a audiência ouvindo todos os lados da lide. Nesse processo, o conciliador poderá aplicar técnicas para conseguir tornar o procedimento mais efetivo e harmônico. Primeiramente, uma abordagem comumente usada é o *rapport*<sup>37</sup>, em que o conciliador pode fazer uso da empatia, lembrando de sorrir mais, oferecer uma água por exemplo, para que as partes se sentiram à vontade e pertencentes ao ambiente.

---

<sup>35</sup> RIBEIRO, Adelmo. *Procedimento no Juizado Especial Cível (JEC)*. 2018. Disponível em: <https://adelmoribeiro1.jusbrasil.com.br/artigos/624247175/procedimento-no-juizado-especial-civel-jec>. Acesso em: 01 abr. 2020

<sup>36</sup> BRASIL. *Lei Nº 13.105, de 16 de Março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 20 mar. 2020

<sup>37</sup> IBC. *O que é rapport*. 26 abr. 2019. Disponível em: <https://www.ibccoaching.com.br/portal/coaching-e-psicologia/o-que-e-rapport/>. Acesso em: 02 abr. 2020



Uma técnica importante também é a validação<sup>38</sup>, ou seja, nas falas das partes, o condutor da audiência vai agradecer e ressaltar o passo positivo que a parte acabou de dar. Com isso, ela se sente mais capacitada e incentivada a resolver sua demanda com o outro através do diálogo. Desta forma, a cada fala positiva e a cada passo dado rumo ao diálogo não violento, o conciliador valida o litigante como uma forma de potencializar o acordo.

Outro método fundamental é o choque de realidade, pois em geral a população não tem noção de como funciona a máquina judiciária, desse modo, acreditam que tudo aquilo que vivenciam antes do ajuizamento da ação, é interpretado como totalmente procedente na análise realizada pelo juízo. Com isto, as partes esperam e acreditam que vão ganhar tudo aquilo que foi pedido na petição inicial, principalmente os pedidos de dano moral.

Então, o choque de realidade serve para trazer a consciência das partes que as decisões do juiz para as partes podem não ser tão favoráveis quanto pensa, na medida em que a outra parte pode oferecer um acordo que realmente seja vantajoso, mas que a parte não aceitaria por achar que ganharia tudo aquilo que pediu na petição inicial. Ou o exemplo de a parte ré ficar resistente a oferecer um acordo, achando que poderá se livrar de uma sentença pior.

Com o prosseguimento da audiência, algumas vezes o conciliador percebe que será necessária a realização de uma sessão privada, na qual este conversa com cada uma das partes em reunião privada. Esta reunião, por ser particular confere mais descontração ao litigante, pois este sabe que a outra parte não saberá o que foi conversado, com isso, a parte está mais aberta para falar detalhes que não falaria em sessão comum, ou mesmo, mais à vontade para tirar dúvidas que não gostaria de expor diante do outro litigante.

---

<sup>38</sup> A MENTE É MARAVILHOSA. *O que significa validar uma emoção?* 03 mar. 2019. Disponível em: <https://amenteemaravilhosa.com.br/o-que-significa-validar-uma-emocao/>. Acesso em: 02 abr. 2020



Ante o exposto, chegamos ao fim da análise de como funciona o procedimento da conciliação nos juizados especiais do TJDF, em específico para aplicarmos e efetuarmos uma análise no uso no fórum de Sobradinho. Com essa base de conceitos, é possível entender todo o passo a passo entre a petição inicial realizada pelo requerente, até o término da audiência de conciliação, com todas as técnicas e procedimentos fundadas pelo NUPEMEC (Núcleo Permanente de Conciliação e Mediação).

### **3.2 A (In)Efetividade da Conciliação no Juizado Especial de Sobradinho**

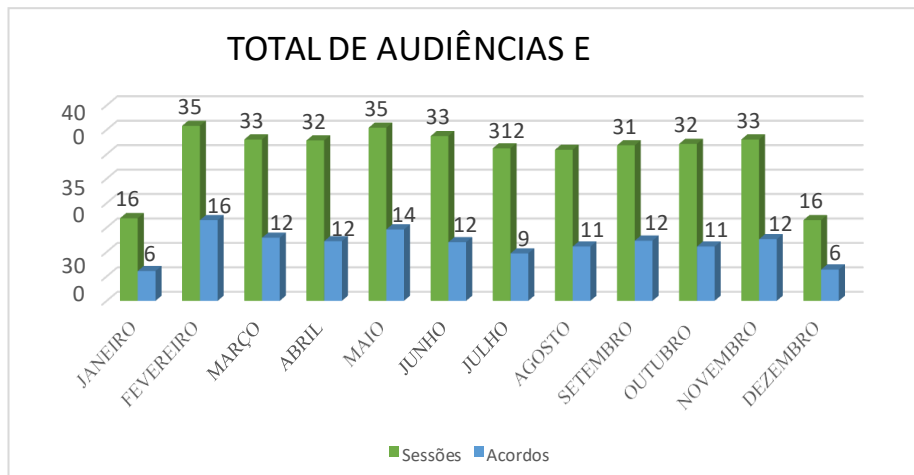
O Núcleo Permanente de Conciliação e Mediação (NUPEMEC) é um órgão do TJDF, responsável por cuidar de todos os processos que envolvem as varas, os juizados e os dados relacionados as audiências de conciliação e mediação.

Deste modo, o referido órgão faz um relatório organizando por quantidade de processos, números de audiências que efetivamente são feitas, separando por varas cíveis e juizados especiais, tanto cível quanto penal, para que desta forma o próprio órgão tenha uma análise apurada sobre a efetividade das audiências e se o custo da manutenção do sistema vale a pena se comparado aos números de acordos.

Como o objetivo do presente trabalho de conclusão de curso é analisar os índices de conciliação em números totais de audiências e os números de acordos, realizados no TJDF de Sobradinho, agregaremos a pesquisa os dados fornecidos pela Supervisora Nilda Xavier do CEJUSC da região administrativa em pauta, a fim de entendermos se existe efetividade no processo de conciliação nesta circunscrição judiciária, vamos analisar os números totais de audiências e o número de acordos no ano de 2019, fazendo uma separação em relação a cada mês.

Observemos a tabela:

**Figura 1** – Total de audiências e números de acordos no ano de 2019.



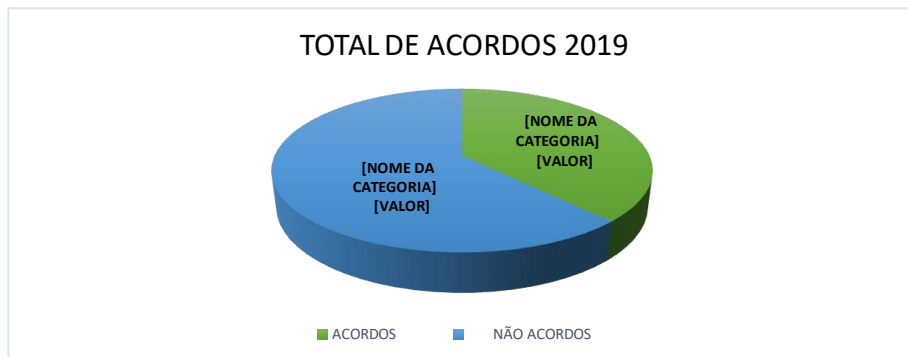
Fonte: Elaboração própria.

Considerando os números de todas as audiências de conciliação efetivamente realizadas no ano de 2019, houve um total de 3.631 (três mil seiscentos e trinta e um) processos que tiveram audiência de conciliação neste fórum, desse total, 1.375 (um mil trezentos e setenta e cinco) foram acordos homologados.

Pode-se notar que pelo número total de audiências que resultam em acordo é de um pouco mais de um terço do total de audiências realizadas, dado que valida a política pública com foco na autocomposição através da conciliação, pois já resolve por meio dos acordos uma fatia de um terço do total, ajudando a desafogar o judiciário.

Para concluirmos a análise dos números, vejamos o percentual de acordos. Considerando o gráfico de barras com todos os números em relação a cada mês e o total em relação ao ano de 2019, através da média ponderada podemos ver que no ano em estudo o percentual de acordo ficou em 37,86%.

**Figura 2** – Percentual de acordos no ano de 2019.



Fonte: Elaboração própria

Visualizando agora em forma de “gráfico redondo” fica claro que de toda demanda desta circunscrição judiciária um terço já é resolvida com a audiência de conciliação. A análise que se faz é que, o fato de termos menos processos nos juizados especiais colabora para o andamento e a prestação jurisdicional, e com isso, o magistrado terá menos processos para julgar e sentenciar, e com menos processos os servidores ficam com menos demanda, e com isto, pode-se até vislumbrar uma redução no quadro de servidores, podendo resultar em mais economia para os cofres públicos.

Deste modo o órgão gastaria menos com o maquinário público, reduzindo na folha de orçamento, mas, em contrapartida, haveria mais gastos com os conciliadores. Entretanto, o gasto para manter os conciliadores é menor, uma vez que quem realiza estas audiências, em sua maioria, são estagiários e voluntários que se capacitaram previamente no curso oferecido pelo NUPEMEC. E para fins práticos, o



valor de 7 (sete) estagiários conciliadores, é equivalente a remuneração de apenas um servidor técnico judiciário.<sup>39</sup>

Em termos práticos, manter um núcleo de conciliação em cada fórum do TJDFT considerando o índice percentual de quase 38% de acordos é algo vantajoso, tanto se considerarmos o quesito de reduzir o efeito do inchaço da máquina pública, como a questão de a autocomposição estar adentrando um pouco mais nas formas de resolução de conflitos que antes só eram resolvidas com a jurisdição.

Deste modo, termina-se a análise do procedimento de audiência de conciliação nos juizados especiais, mais especificamente o da cidade de Sobradinho/DF, com sua efetividade e os números advindos dos acordos feitos.

Pode-se concluir então com o presente artigo que a autocomposição é sim uma medida efetiva na resolução de conflitos, pois abre portas a uma nova visão do Judiciário e em como o fornecimento de outros meios podem ser efetivos a resolução de determinadas demandas, sem que haja a necessidade de haver a intervenção de um terceiro envolvido, o juiz, para prolatar uma sentença, contribuindo para a redução de processos, para a celeridade processual e ainda para uma cultura menos litigante, tornando a sociedade mais conciliadora e autorresponsável.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O objeto ora estudado e que circundou o tema “(in)efetividade das audiências de conciliação no juizado especial de sobradinho”, não restou esgotado, entretanto o estudo aqui exposto traz a oportunidade de obtenção de conhecimentos sobre os assuntos aqui desenvolvidos, sobretudo quanto à cultura da autocomposição e os

---

<sup>39</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Tabela remuneração*. 01 jun. 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/transparencia/pessoal/estruturas-remuneratorias/AnexoIIITabelasremuneratrias01.06.2018.pdf/view>. Acesso em: 09 abr. 2020



impactos positivos disto, tanto para os particulares quando para a estrutura do judiciário.

A problemática, que deu base a este trabalho indagou até que ponto as audiências de conciliação realizadas nos juizados especiais, em especial no da cidade de Sobradinho, garantem realmente a efetivação de resultados positivos, tais como, a propriamente dita conciliação, concretizada por meio de um termo de acordo homologado em juízo, ou a difusão de uma nova perspectiva da sociedade perante o judiciário, fazendo com que o cidadão judicialize menos suas demandas conflituosas.

Trazendo separadamente os pontos verificados neste trabalho, primeiramente buscou-se entender as teorias macrossociológicas e microssociológicas sobre uma perspectiva da sociologia para se entender o comportamento do indivíduo em sociedade, bem como a cultura do conflito e a cultura da litigância, diante dessa possibilidade de desordem, foram estudados os principais os elementos pertencentes ao conflito, o conceito de conflito, os quatro tipos principais de litigantes e se essas culturas afetam o nosso ordenamento jurídico.

Com base nesses conceitos iniciais, passamos a diferenciar os principais meios de resolução de conflito, traçando um paralelo entre a jurisdição, através do Poder Judiciário, e a autocomposição, com as partes podendo realizar a audiência de conciliação e chegando a um resultado em comum acordo, em uma perspectiva de litigância de boa-fé.

Com isto, trouxemos então dados gerais de como é o quadro das audiências de conciliação no país. E adentramos em quais são os tipos de litigantes existentes de acordo com a doutrina. Então, passamos ao estudo do que seja a conciliação nos juizados especiais, compreendemos a Lei 9.099 de 1995, bem como a Resolução nº 125 no CNJ de 2010.



Por fim, quanto à constatação da real efetividade das audiências, entramos no estudo de como é dada a atuação dos conciliadores no TJDFT de Sobradinho, passando a explicação do procedimento utilizado e o tipo de condução das audiências com técnicas que vão maximizar a possibilidade do acordo por parte do requerente e requerido, mas de modo imparcial e sem forçar o acordo entre as partes.

Em derradeiro, trouxemos dados sobre esta circunscrição judiciária para embasar a pesquisa e concluímos o quão positivo são os resultados obtidos destas sessões e acordos homologados. Há o levantamento do índice de conciliação no juizado especial de Sobradinho, mostrando que a conciliação no neste juizado te, um índice de 38% de acordo, ou seja, um pouco mais de um terço de todas as demandas é efetivamente resolvido neste procedimento aqui estudado.

Com todo exposto, podemos dizer que a criação e implementação do procedimento de conciliação nos juzizados especiais foi algo efetivo para se resolver os conflitos gerados pelos indivíduos e levados ao judiciário, conseguindo trazer uma maior harmonia em um ambiente no qual a cultura do conflito e da litigância está muito instaurada. Estes índices demonstram então que isto pode ser resolvido com um procedimento efetivo, no caso, a conciliação nos juzizados especiais.

## **REFERÊNCIAS**

A MENTE É MARAVILHOSA. *O que significa validar uma emoção?* 03 mar. 2019. Disponível em: <https://amenteemaravilhosa.com.br/o-que-significa-validar-uma-emocao/>. Acesso em: 02 abr. 2020.

BONO, Edward de. *Conflicts: a better way to resolve them*. Harmondsworth: Penguin Books, 1991.

BRASIL. *Lei Nº 13.105, de 16 de Março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 20 mar. 2020.





BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018*. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais](http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais). Acesso em: 03 mar. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018. Relatório Analítico. Disponível em: [www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justca-em-numeros](http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justca-em-numeros). Acesso em: 03 mar. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Qual a diferença entre conciliação e mediação? Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/qual-a-diferenca-entre-conciliacao-e-mediacao/>. Acesso em: 05 abr. 2020

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 01 mar. 2020.

BRASIL. *Lei N° 9.099, de 26 de Setembro de 1995*. Lei dos Juizados Especiais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm). Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Conciliação e Mediação*. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019: sumário executivo*. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125 de 29/11/2010*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>. Acesso em: 21 mar. 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Juspodivm, 2018. v. 1.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Tabela remuneração*. 01 jun. 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/transparencia/pessoal/estruturas-remuneratorias/AnexoIIIaTabelasremuneratrias01.06.2018.pdf/view>. Acesso em: 09 abr. 2020.



IBC. *O que é rapport*. 26 abr. 2019. Disponível em:  
<https://www.ibccoaching.com.br/portal/coaching-e-psicologia/o-que-e-rapport/>.  
Acesso em: 02 abr. 2020.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *A cultura da litigância e o poder judiciário: noções sobre práticas demandistas a partir da justiça brasileira*. São Paulo, 2013.  
Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0ff8033cf9437c21>.  
Acesso em: 19 fev. 2020.

RIBEIRO, Adelmo. *Procedimento no Juizado Especial Cível (JEC)*. 2018.  
Disponível em:  
<https://adelmoribeiro1.jusbrasil.com.br/artigos/624247175/procedimento-no-juizado-especial-civel-jec>. Acesso em: 01 abr. 2020.

SABADEL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica*. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2008.

SALLES, Carlos Alberto. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso a justiça inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUZ, Luiz *et al.* (coord.).

*Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Moreira*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Mediação em juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo*. São Paulo: Atlas, 2000.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.



# O PARADIGMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E OS PARÂMETROS DO SINASE NO ÂMBITO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO

Tamires Moreira Romeiro <sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar as diretrizes e os parâmetros do Sistema Nacional Atendimento Socioeducativo (SINASE), instituídos pela Resolução nº 119/2006 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, reforçados pela Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, sob a perspectiva do Paradigma das Nações Unidas da Proteção Integral ou garantista, no que toca à medida socioeducativa de internação. Para tanto é empreendida a revisão da literatura, análise de documentos legislativos e levantamento do Conselho Nacional de Justiça sobre o tema. Do paralelo realizado entre os elementos que caracterizam o Paradigma da Proteção Integral ou garantista e os Parâmetros e Diretrizes do SINASE se evidencia uma sintonia entre eles. O SINASE se orienta pelo reconhecimento de que adolescentes infratores são sujeitos de direitos e que, nessa condição, fazem jus aos direitos fundamentais, cuja efetividade é indispensável para assegurar um desenvolvimento saudável para adolescentes em conflito com a lei, num viés de inclusão social sendo essa uma das características do Paradigma garantista. Reconhecimento presente no campo normativo acerca da responsabilização penal juvenil, seja no processo de conhecimento, seja no processo de execução da medida socioeducativa.

**Palavras-chave:** paradigma da proteção integral; criança e adolescente; medida socioeducativa de internação; Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

## INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Bacharelanda em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). cursando o último período do curso. E-mail: tamires.mr@sempreub.com



O presente artigo pretende analisar as diretrizes e os parâmetros do Sistema Nacional Atendimento Socioeducativo (SINASE), instituídos pela Resolução no 119/2006 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, reforçados pela Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, sob a perspectiva do paradigma da proteção integral, tendo como recorte a medida socioeducativa de internação.

A problemática encontra-se registrada na seguinte indagação: O paradigma da proteção integral, também conhecido como garantista se faz presente nas diretrizes e nos parâmetros do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, quanto à medida socioeducativa de internação?

A hipótese guiadora é no sentido de que os parâmetros e diretrizes estabelecidos pelo SINASE se orientam pelo paradigma da proteção integral.

No tocante ao marco teórico, será adotado o que se convencionou chamar de Paradigma das Nações Unidas da Proteção Integral, a partir das reflexões de Marcos Antonio Santos Bandeira, João Batista da Costa Saraiva, Munir Cury, Mary Bellof e outros autores do campo da responsabilização penal-juvenil.

No que diz respeito à metodologia, será utilizada a revisão de literatura, a análise de documentos legislativos sobre o tema.

Para tanto, a pesquisa se encontra estruturada nos seguintes termos: no primeiro momento serão apresentados alguns aspectos quanto à construção do Paradigma da Proteção Integral, oportunidade em que será realizado breve recorte histórico, quanto ao atendimento do adolescente em conflito com a lei. Ainda, nesse ponto será abordada a base principiológica, o devido processo legal, garantias e direitos individuais, o conceito e espécies de medidas socioeducativas, com enfoque na Internação.

No segundo momento, serão apresentados os parâmetros do SINASE para o Programa de Internação. Em seguida será estabelecido um paralelo entre os



parâmetros fixados pelo SINASE e as características do Paradigma da Proteção Integral.

O meu despertar para a presente pesquisa se deve ao estágio que realizei junto à Defensoria Pública do DF, no fórum de Samambaia, junto à Vara da Infância e Juventude, o que me propiciou conhecer os dados acerca da prática de atos infracionais por adolescentes.

A pesquisa registra, no meu sentir, uma importância acadêmica, diante da escassez de pesquisas no campo das medidas socioeducativas, pelo que, acredito que o estudo aqui proposto, contribuirá para o debate de problema complexo e desafiador para todos que lidam com a temática execução de medida socioeducativa de Internação.

## **1 O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI E O PARADIGMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL**

Nesse ponto serão trazidos alguns aspectos normativos, obedecendo a linha do tempo, bem como o ambiente das Nações Unidas e a normatização brasileira quanto aos paradigmas de atendimento do adolescente autor de ato infracional. Assim, serão dispostos os princípios que informam o paradigma da proteção integral, notas acerca do processo de responsabilização do adolescente autor de ato infracional e sobre as medidas socioeducativas.

### **1.1 Princípios**

O Estatuto da Criança e do Adolescente realizou a mudança entre o velho paradigma da situação irregular que vigia no Antigo Código de Menores para o novo



paradigma da proteção integral, promovendo diversas mudanças normativas para essa comunidade.<sup>2</sup>

Observa-se a existência de uma linha histórica à criação do atual paradigma. Em 1924, foi reconhecida que a criança era um ser especial que necessitava de uma atenção especial e individualizada, reconhecimento presente na aprovação da Declaração de Genebra pela Liga das Nações Unidas.<sup>3</sup>

No Brasil, o Código de Menores de 1927 buscou dispor sobre atendimento de crianças e adolescentes a partir o tripé abandono-pobreza-delinquência do Paradigma da Situação Irregular. Um Código que prestigiou a figura do juiz de menores que atuava de forma centralizadora, discricionária e controladora da infância pobre.<sup>4</sup>

O primeiro instrumento normativo que tratou somente de criança e adolescente foi a Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovado em 1959 pela Organização das Nações Unidas (ONU), tendo por objetivo a proteção das crianças, independentemente das circunstâncias sociais, familiares, escolar ou qualquer outro.<sup>5</sup>

O Pacto de “San José da Costa Rica” em 1969, colaborou para a organização do atual paradigma garantista ao reconhecer a corresponsabilidade entre a família, sociedade e Estado na proteção da infante adolescência.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> SILVA, Gustavo de Melo. Adolescente em conflito com a lei no Brasil: da situação irregular à proteção integral. *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*, Rio Grande do Sul, v. 3, n. 5, p. 33-43, jun. 2011. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/rbhcs/article/view/10428/6774>. Acesso em: 01 jun. 2020.

<sup>3</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral**: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 38.

<sup>4</sup> SILVA, Gustavo de Melo. A liberdade assistida de adolescentes em conflito com a lei. *Saber Acadêmico*, São Paulo, v. 10, p. 110-119, dez. 2010. Disponível em: [http://uniesp.edu.br/sites/\\_biblioteca/revistas/20180403121345.pdf](http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20180403121345.pdf). Acesso em: 01 jun. 2020.

<sup>5</sup> ANTÃO, Renata Cristina do Nascimento. **O direito à educação das adolescentes em situação de privação de liberdade**. 2013. 212f. Tese (Mestrado) – Programa de Pós Graduação Strictu Sensu, Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 62.

<sup>6</sup> ANTÃO, op. cit., p. 126.



O Brasil, ao aprovar o Novo Código de Menores, em 1979, consolidou o Paradigma da Situação Irregular, sob a compreensão de que os autores de atos infracionais e os abandonados estavam em situação irregular, o que terminou fomentando o tratamento igual para situações distintas e que, claramente, necessitam de atendimento especializado para cada caso.<sup>7</sup>

Em 1985, tópicos como a captura, detenção, investigação e ação penal, julgamento e sentença, e o tratamento institucional e não institucional de infratores juvenis foram disciplinados no âmbito das “Regras Mínimas de Beijing”.<sup>8</sup>

Tendo em vista a não aceitação de alguns países em relação às Declarações e Protocolos Facultativos sobre a temática, foi aprovada a Convenção da Nações Unidas sobre os Direitos da Criança em 1989, que compilou todos os documentos internacionais anteriores, assim inaugurando a proteção integral dos direitos e garantias inerentes aos autores de atos infracionais. Este instrumento internacional foi internalizado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 28/90 promulgado pelo Decreto nº 99.710/90.<sup>9</sup>

Em 1990, foram aprovadas pelas Nações Unidas as Diretrizes de RIAD, tidas regras preventivas à delinquência juvenil, sendo a base das ações e medidas socioeducativas do ECA. Esse instrumento estabelece o papel da família, da educação, da comunidade e da mídia na responsabilidade juvenil, na esteira dos documentos internacionais anteriores.

Assim, por meio da compilação desses instrumentos internacionais restou organizado o Paradigma das Nações Unidas da Proteção Integral, que se encontra sedimentado em alguns princípios, a saber: corresponsabilidade, prioridade absoluta,

---

<sup>7</sup> CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009, p. 22.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>9</sup> BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso em: 07 set. 2019



melhor interesse e sujeito de direitos em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

O princípio da corresponsabilidade está explícito no art. 227, da Constituição Federal e orienta que a responsabilidade pela efetivação dos direitos fundamentais é solidária entre a família, a sociedade e o Estado.

A família é o primeiro espaço social da criança, o que emerge a responsabilidade deste ente aos cuidados necessários da criança e do adolescente. Durante a socialização desses seres em desenvolvimento, se faz necessária a elaboração de políticas públicas para crianças e adolescentes, a fim de que eles possam usufruir de oportunidades futuras. A sociedade está presente por meio do Conselho Tutelar e do Conselho de Direito, pois os dois órgãos têm representação da sociedade. O primeiro encarregado de aplicar medidas protetivas para crianças e adolescentes em situação de risco e o segundo, responsável pela elaboração e coordenação das políticas públicas em questão, direcionadas ao atendimento dos direitos fundamentais. Por fim, o Estado surge em terceiro lugar para ser o fomentador destas políticas públicas, no sentido de assegurar uma retaguarda de atendimento desta categoria e das famílias.<sup>1010</sup>

Quanto ao princípio da prioridade absoluta, o mencionado art. 227 da CF, orienta que a criança merece prioridade absoluta em relação aos direitos fundamentais, sendo esta a única área do direito com registro normativo de prioridade constitucional. Este princípio está expresso no atendimento prioritário nos serviços públicos, nas situações de socorro, na execução de políticas sociais e na destinação de verbas públicas, conforme o disposto no parágrafo único do art. 4º, do ECA.<sup>111</sup>

---

<sup>10</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 41

<sup>11</sup> ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.





No que toca ao princípio do melhor interesse, ele já era contemplado no Código de Menores (1979), porém o melhor interesse do Código de 1979 advinha da perspectiva do mundo adulto. Atualmente, o melhor interesse deve ser analisado, também, pela perspectiva da crianças e do adolescente.<sup>12</sup>

Esse princípio é uma orientação para o legislador e para o aplicador da norma ao fato concreto, visando melhor atender aos interesses superiores das crianças e dos adolescentes, garantindo-lhes uma maior proteção, sendo um dever de todos materializá-lo.<sup>13</sup>

Já o princípio do respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento está ao lado da elevação da criança e adolescente como sujeitos de direitos e deveres, tendo como pressuposto que a personalidade infanto-juvenil é diferente da adulta por ainda estar em formação, sendo necessário um tratamento normativo e social diferenciado para potencializar o desenvolvimento de sua personalidade adulta.<sup>14</sup>

Esses princípios devem orientar o atendimento de crianças e adolescentes em todos os contextos, inclusive o adolescente autor de ato infracional, no decorrer do processo de responsabilização e da execução das medidas socioeducativas.

Assim, esse paradigma foi abraçado pela Constituição Federal de 1988, marco em que se inicia a perspectiva de proteção e garantia aos direitos das crianças e adolescente com absoluta prioridade, mediante a corresponsabilidade entre a família, a sociedade e o Estado.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 3.

<sup>13</sup> AMIM, Andréa Rodrigues. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris. p. 22-23.

<sup>14</sup> ANTÃO, Renata Cristina do Nascimento. **O direito à educação das adolescentes em situação de privação de liberdade**. 2013. 212f. Tese (Mestrado) – Programa de Pós Graduação Strictu Sensu, Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 66.

<sup>15</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 11.



Na sequência, em 1990 foi aprovado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que reafirmou a normativa constitucional, com o reconhecimento dos direitos fundamentais, o respeito à peculiar condição da pessoa em desenvolvimento, do melhor interesse e da orientação da absoluta prioridade a ser conferida às questões afetas à crianças e adolescentes.<sup>16</sup>

Esses princípios do Paradigma da Proteção Integral, presentes na nossa ordem jurídica, devem orientar o atendimento de crianças e adolescentes em todos os contextos, inclusive o adolescente autor de ato infracional, no decorrer do processo de responsabilização e da execução das medidas socioeducativas.

## **1.2 Processo de Responsabilização: direitos e garantias individuais**

De acordo com o artigo 103 do ECA, o ato infracional é a conduta descrita como crime ou contravenção penal, descrição normativa inteiramente condicionada ao Princípio da Legalidade. Sendo assim, toda conduta típica, ilícita e culpável praticada por um adolescente, e o cometimento desta conduta enseja na responsabilização do adolescente e a aplicação de medidas socioeducativas.<sup>17</sup>

Conforme artigo 2º do ECA, será considerada criança a pessoa com até doze anos incompletos e o adolescente estará na faixa etária dos 12 anos completos a 18 anos incompletos.<sup>18</sup> Ressalta-se que à criança não será aplicada uma medida socioeducativa, apenas as medidas protetivas arroladas no art. 101 do ECA.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 07 set. 2019.

<sup>17</sup> SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes**. 2011. 227f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 131-132.

<sup>18</sup> BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 22 abr. 2020.

<sup>19</sup> BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 22 abr. 2020



Segundo o art. 27 do Código Penal e o art. 104 do ECA, o adolescente será considerado imputável criminalmente e está protegido quanto à aplicação das penas cominadas para adultos, porém esta imputabilidade criminal não implica em impunidade, uma vez que ele será submetido a um procedimento especial, para, ao final, em sentença, ser aplicada medidas, socioeducativas ou protetivas, após o devido processo legal e uma vez comprovadas a autoria e a materialidade do ato infracional.<sup>20</sup>

A máquina judiciária poderá ser acionada diante da prática de um delito descrito como crime ou contravenção penal por parte de um adolescente, o que será distinta é a resposta por parte do Estado,<sup>21</sup> eis que, como já afirmado, o adolescente, ao praticar um ato infracional será submetido ao sistema penal juvenil, e será devidamente responsabilizado com uma medida socioeducativa e/ou protetivas estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>22</sup>

Quanto à criança autora de ato infracional, somente será possível à incidência das medidas protetivas.<sup>23</sup> Medidas que podem ser também aplicadas às crianças e aos adolescentes que apresentem uma situação de risco ou violação de direito, ainda que estejam no contexto do ato infracional.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> SEGALIN, Andreia; TRZCINSKI, Clarete. Ato infracional na adolescência: problematização do acesso ao sistema de justiça. **Revista Virtual Textos & Contextos**, Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 1-19, dez. 2006. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3215/321527159011.pdf>. Acesso em: 03 dez 2019.

<sup>21</sup> PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude, Brazil. Secretaria Especial dos Direitos Humanos, United Nations Population Fund (Colabs). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. Ilanud, 2006. p. 27-28.

Disponível em: [http://www.observatoriodeseguranca.org/files/book\\_just\\_adol\\_ato\\_infrac.pdf](http://www.observatoriodeseguranca.org/files/book_just_adol_ato_infrac.pdf). Acesso em: 28. fev. 2020.

<sup>22</sup> BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional**. 1. ed. Bahia: UESC, 2006. p. 26.

<sup>23</sup> BANDEIRA, op. cit., p. 49.

<sup>24</sup> SEGALIN, Andreia; TRZCINSKI, Clarete. Ato infracional na adolescência: problematização do acesso ao sistema de justiça. **Revista Virtual Textos & Contextos**, Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 1-19, dez. 2006. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3215/321527159011.pdf>. Acesso em: 03 dez 2019. p. 9.



Cabe registrar que o ato infracional aparenta possuir origem na deficiência do Estado Social de Direito, dada a notória fragilidades das políticas públicas<sup>25</sup>, o que poderá comprometer o desenvolvimento da pessoa em sua condição peculiar. O adolescente e a criança ao tentarem se igualar economicamente aos demais na sociedade acabam infringindo a lei com a prática de ato infracional, o que pode ser observado no elevado nível de crimes contra o patrimônio, segundo o Conselho Nacional de Justiça em 2019.<sup>26</sup>

O Paradigma da Proteção Integral ou garantista, assegura aos adolescentes garantias e direitos individuais na hipótese de cometimento de ato infracional, sob pena de nulidade processual. Pode ser citado como exemplo a ampla defesa, o contraditório, a defesa técnica por advogado e o devido processo legal.<sup>27</sup>Essas garantias e direitos individuais foram cunhadas pelas “Regras Mínimas de Beijing” e foram abraçadas pela Constituição Federal, no seu art. 227, §3º, inciso I, que, ao dispor sobre a proteção especial a ser conferida ao adolescente, reconhece a “garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica”. Em mesma direção, o Estatuto da Criança e do Adolescente fixa um leque de garantias e direitos individuais para o adolescente no contexto do ato infracional, conforme artigos 110 e 111.

---

<sup>25</sup> FUNDAÇÃO ABRINQ. **A Criança e o Adolescente nos ODS**: marco zero dos principais indicadores brasileiros. 1. ed. São Paulo: Fundação Abrinq pelos Direitos da Criança e do Adolescente, 2019. p. 106. Disponível em: <https://www.fadc.org.br/sites/default/files/2019-11/ODS-10.pdf>. Acesso em: 22 mai 2020.

<sup>26</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Reentradas e reintegrações infracionais**: um olhar sobre os sistemas socioeducativos e prisional brasileiros. Brasília: CNJ, 2019. p. 31. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Panorama-das-Reentradas-no-Sistema-Socioeducativo.pdf>. Acesso em: 22 mai 2020.

<sup>27</sup> VERONSE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase): breves considerações. **Revista Brasileira da Adolescência e Conflitualidade**, Santa Catarina, v. 1, n. 1, p. 29-46, 2009. Disponível em: <http://revista.pgskroton.com/index.php/adolescenc%20ia/article/download/185/172>. Acesso em: 07 dez 2019.



Nesse sentido, para ser aplicada uma medida socioeducativo, enquanto resposta ao ato infracional, o mencionado art. 110 do Estatuto que se encontra em consonância com o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, determina que nenhum adolescente será privado da sua liberdade sem o devido processo legal.

Prestigiando a ampla defesa e do contraditório, tem-se o necessário conhecimento pelo adolescente de todos os fatos que embasam a acusação, sendo assegurado a produção de todas as provas em direito para a sua defesa<sup>28</sup>. É indispensável a defesa técnica feita tanto pelo advogado privado ou por um defensor público, desde o início do procedimento.<sup>29</sup>

Somente após trilhada todo o percurso procedimental estabelecido pelo artigo 171 e seguintes do ECA é que será possível a fixação de uma medida socioeducativa, caso a ação socioeducativa tenha um quadro probatório suficiente para comprovar a autoria e materialidade dos fatos, à fixação.<sup>30</sup>

Sendo assim, para a aplicação de alguma medida socioeducativa se faz necessário o respeito ao devido processo legal, ou seja, o juiz aplicará a medida adequada ao caso concreto, mediante uma sentença motivada, com a individualização da medida e determinará sua execução. Na sentença serão aplicadas medidas socioeducativas e/ou protetivas que sejam adequadas ao redirecionamento do comportamento do adolescente.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n.8069, de 13 de julho de 1990. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 152.

<sup>29</sup> MILANO FILHO, Nazir David. **Da apuração do ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente**: teoria e peças práticas. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999. p. 24-25.

<sup>30</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n° 342**. No procedimento para aplicação de medida socioeducativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente. Diário de Justiça: seção 3, Brasília, DF, p. 581, 27 jun. 2007.

<sup>31</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. Execução de medida socioeducativa em meio aberto: Prestação de Serviços à Comunidade e Liberdade Assistida. In: Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude, Brazil. Secretaria Especial dos Direitos Humanos, United Nations Population Fund (Colabs). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional**: socioeducação e responsabilização. Ilanud, 2006. p. 368. Disponível em:



## 2 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: CONCEITOS E ESPÉCIES

As medidas socioeducativas possuem um caráter pedagógico, punitivo, retributivo e impositivo. O viés impositivo é devido a aplicação da medida independentemente da vontade do infrator. O caráter punitivo e retributivo decorrem de uma resposta jurisdicional pela quebra de uma regra de convivência social, sendo uma resultado ao ato infracional praticado, reprimindo e prevenindo a delinquência juvenil.<sup>32</sup>

Contudo, o caráter ou viés pedagógico, aparece em maior carga, na fase de execução da medida, que terá como percurso o Plano Individual de Atendimento previsto no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), que será tratado mais adiante.

Além do caráter pedagógico, punitivo e impositivo, as medidas socioeducativas se apresentam também como uma forma de exercer a política pública dos direitos humanos e o respeito aos direitos da pessoa ainda em desenvolvimento, ainda que o adolescente tenha se envolvido em prática de um ato infracional.<sup>33</sup>

As medidas socioeducativas se encontram disciplinadas no artigo 112 do ECA, sendo aplicadas na seguinte ordem de comprometimento do adolescente com o delito e a gravidade: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação

---

[http://www.observatoriodeseguranca.org/files/book\\_just\\_adol\\_ato\\_infrac.pdf](http://www.observatoriodeseguranca.org/files/book_just_adol_ato_infrac.pdf). Acesso em: 27 fev. 2020.

<sup>32</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. Execução de medida socioeducativa em meio aberto: Prestação de Serviços à Comunidade e Liberdade Assistida. In: Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude, Brazil. Secretaria Especial dos Direitos Humanos, United Nations Population Fund (Colabs). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. Ilanud, 2006. p. 369. Disponível em: [http://www.observatoriodeseguranca.org/files/book\\_just\\_adol\\_ato\\_infrac.pdf](http://www.observatoriodeseguranca.org/files/book_just_adol_ato_infrac.pdf). Acesso em: 03 jun. 2020.

<sup>33</sup> KONZEN, Afonso Armando. **Pertinência Socioeducativa: Reflexões sobre a natureza jurídica das medidas**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 77, 89



em estabelecimento educacional, podendo ser cumuladas com as medidas protetivas do artigo 101 do Estatuto, se compatíveis entre si.<sup>34</sup>

Art. 101, ECA: Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;
- requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- acolhimento institucional;
- inclusão em programa de acolhimento familiar; IX - colocação em família substituta.<sup>35</sup>

A primeira medida socioeducativa é a advertência, descrita no art. 115 do ECA. Consiste em uma admoestação verbal que será reduzida a termo e assinada pelo adolescente, seus pais ou responsáveis e seu defensor, ocasião em que o adolescente se compromete em não mais praticar atos infracionais, ao tempo em que recebe das autoridades presentes informações acerca das consequências diante de novas práticas.

Quanto à Obrigação de Reparar o Dano, disposta no art. 116 do ECA, implica na reparação dos danos causados à vítima como forma de reeducação e

---

<sup>34</sup> BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas**: uma leitura dogmática, crítica e constitucional. 1. ed. Bahia: UESC, 2006. p. 137.

<sup>35</sup> BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 01 jun. 2020.



responsabilização.<sup>36</sup> É uma medida que possui requisitos objetivos, vejamos: ato infracional, que tenha atingido o patrimônio da vítima e na hipótese no adolescente conseguir arcar, por si só os prejuízos causados à vítima.<sup>37</sup>

A medida de Prestação de Serviços à Comunidade, descrita no art. 117 do ECA, exige a realização de tarefas gratuitas de interesse geral, também voltada para atos infracionais de menor potencial ofensivo.<sup>38</sup>

A Liberdade Assistida está voltada para adolescentes que já possuem um certo comprometimento com a prática infracional. O adolescente será assistido por um orientador, que terá a atribuição de promovê-lo socialmente, bem como à sua família, mediante escolarização e profissionalização.<sup>39</sup>

Por fim, tem-se as medidas socioeducativas em meio fechado, sendo executadas com privação da liberdade do adolescente, são elas: Semiliberdade e Internação, dispostas nos arts. 120 e 121 do ECA, sucessivamente.

A medida de semiliberdade implica no cerceamento parcial da liberdade de ir e vir do adolescente, razão pela qual ela é executada em unidade própria, sendo obrigatórias a escolarização e a profissionalização e está destinada aos adolescentes que se envolveram em atos infracionais de significativa gravidade e seguirá, no que

---

<sup>36</sup> ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 287.

<sup>37</sup> Art. 116, ECA: Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.  
BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 11 mar. 2020

<sup>38</sup> Artigo 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.  
BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 05 mar. 2020.

<sup>39</sup> SOUZA, Luana Alves de; COSTA, Liana Ffortunato. Liberdade Assistida no Distrito Federal: impasses na implementação das normativas do SINASE e do SUAS. **Revista Brasileira de Adolescência e Conflitualidade**, Belo Horizonte, n. 4, p. 117-134, jun. 2018.





couber, os prazos fixados para a medida socioeducativa de internação, quais sejam, o máximo de três anos e a liberação compulsória aos 21 anos, a teor dos parágrafos 2º, 3º, 4º e 5º, do art. 121, do ECA.

No que concerne à medida socioeducativa em meio fechado de Internação, é uma medida socioeducativa indicada para adolescentes infratores que cometeram atos infracionais graves, assim entendidos, aqueles praticados com uso de violência ou grave ameaça à pessoa e na hipótese de reiteração infracional grave, conforme aponta os incisos I e II, do art. 122, do ECA, implicando no cerceamento de sua liberdade de ir, vir e estar.<sup>40</sup>

Esta medida é norteada por três princípios basilares, dispostos no inciso V, do § 3º, do art. 227, da CF e reafirmados no art. 121, do ECA. São eles: brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. O princípio da brevidade orienta que o adolescente infrator deve ficar internado pelo menor prazo possível, não devendo exceder o prazo máximo de 3 anos, cuja internação há que ser reavaliada a cada seis meses.

O princípio da excepcionalidade indica que a internação deve ser a última medida a ser considerada pelo julgador, eis que, a constrição da liberdade de ir, vir e estar, sem dúvida, expressa maior nível aflitivo, especialmente quando essa privação envolve um adolescente, em fase de desenvolvimento.

Em relação ao princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, observa-se que ele expressa a própria condição do destinatário da medida.<sup>41</sup> Ele se confunde com um dos princípios do Paradigma da Proteção Integral, presente nos instrumentos internacionais mencionados anteriormente e registrados em diversos pontos do Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive na esfera da execução da

---

<sup>40</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**: adolescente e ato infracional. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 65.

<sup>41</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 606.



medida socioeducativa. Esse princípio orientará o juiz na escolha da medida mais adequada e também ao cumprimento da execução da medida socioeducativa de internação.

O artigo 121 do ECA informa que a privação de liberdade do adolescente deve ser limitada aos casos extremos e como exceção, caso não haja nenhuma outra medida adequada para os delitos mais graves, observando-se todas as condições e circunstâncias presentes no caso. Sendo assim, esse artigo exterioriza o disposto nas “Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade”, quando pontuam que a retirada do autor de um ato infracional da sociedade deve ocorrer apenas em último caso e pelo menor espaço de tempo possível.<sup>42</sup>

Segundo o artigo 123 do ECA, os autores de atos infracionais, sentenciados à internação, devem cumprir esta medida em um local exclusivo para adolescentes, obedecendo os critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.<sup>43</sup>

O prazo máximo de cumprimento dessa medida é de 3 anos e o autor do ato infracional deve ser liberado compulsoriamente caso complete vinte e um anos de idade. O tempo de internação será determinado pela avaliação periódica que será realizada, no mínimo a cada 6 meses por uma equipe multidisciplinar de profissionais, o qual será analisado pelo juízo.<sup>44</sup> Essa avaliação é imprescindível para aferir o avançar do adolescente quanto às metas fixadas no Plano Individual de Atendimento, podendo, eventualmente, apontar uma flexibilização da execução,

---

<sup>42</sup> ONU. **Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade**, 1990. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex46.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex46.htm). Acesso em: 04 mai. 2020.

<sup>43</sup> BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 11 mar. 2020.

<sup>44</sup> ARAÚJO, Fernanda Carolina de. **A teoria criminológica do labelling approach e as medidas socioeducativas**. 2010. 251f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 187. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-06072011-111256/pt-br.php>. Acesso em: 11 mar 2020.



mediante autorização de saídas temporárias para o adolescente, a fim de que ele possa se avistar com seus familiares em casa.

Dos direitos arrolados no art. 124, do ECA, observa-se a preocupação do legislador estatutário de disciplinar a execução da medida socioeducativa de internação a partir de dois grandes eixos, a escolarização e a profissionalização. Eixos que aparentam estarem em harmonia com a condição de sujeito de direitos, enquanto seres em desenvolvimento, base do Paradigma da Proteção Integral ou garantista. Assim, acredito ser oportuna a inserção do quadro a seguir, que dispõe elementos que podem caracterizar o Paradigma da Proteção Integral, com recorte na responsabilização dos adolescentes. Um quadro inspirado em reflexões de Mary Beloff.<sup>45</sup>

<b>PARADIGMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL</b>
Adolescente como Sujeitos de Direitos
Adolescente como pessoa em desenvolvimento
Responsabilidade Penal Juvenil

---

<sup>45</sup> BELOFF, Mary. Modelo de La Proteccion Integral de los Derechos Del niño y de La situacion irregual: um modelo para armar y outro para desarmar. In: UNICEF. **Justicia y Derechos Del Niño**. 1. ed. Santiago de Chile: UNICEF, 1999. p. 9-12.



Direitos e garantias individuais – devido processo legal
Medidas socioeducativas com finalidade de reinserção social e retributiva
Medidas em meio aberto como regra
Medidas em meio fechado como exceção
Medida em meio fechado com prazos máximos fixados em lei
Execução da medida e o atendimento dos direitos fundamentais – eixos escolarização e profissionalização
Primazia do caráter educativo em relação ao sancionatório
Protagonismo do adolescente nas ações socioeducativas
Atendimento individualizado com participação da família
Atendimento separado dos adultos

### **3 PARÂMETROS E DIRETRIZES DO SINASE**

O SINASE apresenta parâmetros e Diretrizes sobre o atendimento dos adolescentes submetidos à medida socioeducativa. Assim, serão apresentados alguns aspectos acerca do surgimento do SINASE, os seus parâmetros e diretrizes, os quais serão úteis para, mais adiante, realizar uma tentativa de paralelo entre eles e os elementos que caracterizam o Paradigma da Proteção Integral.

Embora o SINASE cuide de todas as medidas socioeducativas, no presente artigo, serão trazidos somente pontos que tocam à medida socioeducativa de internação, considerando o recorte realizado em relação à problematização.

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) foi, inicialmente, normatizado pela Resolução nº 119 de 2006 pelo Conselho Nacional



dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA)<sup>46</sup>, após diversas deliberações sobre a elaboração de parâmetros e diretrizes para a adoção de medidas socioeducativas, após as diversas dificuldades de aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>47</sup>

Por não obter eficácia imediata esperada com esta Resolução, houve a criação do Projeto de Lei nº 1.627/2006 de autoria do Poder Público Federal, porém, apenas em 2012, houve a conversão da Resolução nº 119 na Lei nº 12.594.<sup>48</sup>

Com a conversão em lei, os estados deveriam reorganizar o sistema de cumprimento das medidas socioeducativas para estarem conforme disposto no SINASE. A desativação da Unidade de Internação do Plano Piloto foi o início da adequação do Distrito Federal, pois esta Unidade era o modelo do sistema socioeducativo local.<sup>49</sup>

Esse Sistema Nacional objetiva padronizar o atendimento, ao estabelecer parâmetros socioeducativos respaldados em instrumentos normativos nacionais e internacionais, o atendimento socioeducativo e a aplicação de medidas socioeducativas, a fim de evitar a discricionariedade que existia no Paradigma

---

<sup>46</sup> Segundo o Ministério Público do Paraná em seu site oficial, o Conselho Nacional dos Direitos e do Adolescente (CONANDA) foi criado pela Lei nº 8.242 de 1991 e é responsável por executar os direitos, princípios e diretrizes contidos no ECA. Possui como atribuições à fiscalização das ações que promovem os direitos das crianças e do adolescente, gerir o Fundo Nacional para à Criança e o Adolescente, auxiliar na construção e monitoramento da política de atendimento à criança e ao adolescente, entre outros.

<sup>47</sup> SOUZA, Danielle Gomes de Barros. **A repercussão das diretrizes pedagógicas do SINASE no projeto arquitetônico de unidades socioeducativas de internação**, 2011. 188f. Dissertação (Mestrado em Dinâmicas do Espaço Habitado). Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2011. Disponível em: <http://www.repositorio.ufal.br/handle/riufal/727>. Acesso em: 4 mar 2020.

<sup>48</sup> SILVA, Edson Mendes da. **O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e os desafios das Unidades de Internação do Distrito Federal**, 2015. 185f. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade Federal de Goiás. Goiânia, 2015. p. 46-47. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/5837/5/Dissertação%20-%20Edson%20Mendes%20-%20da%20-%20Silva%20-%20202015.pdf>. Acesso em 04 mar. 2020.

<sup>49</sup> SILVA, Edson Mendes da. **O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e os desafios das Unidades de Internação do Distrito Federal**, 2015. 185f. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade Federal de Goiás. Goiânia, 2015. p. 47. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/5837/5/Dissertação%20-%20Edson%20Mendes%20-%20da%20-%20Silva%20-%20202015.pdf>. Acesso em 04 mar. 2020.



antecessor, chamado de Situação Irregular. O SINASE, no seu termo de referência, tem como base os instrumentos internacionais sobre a temática, os quais o Brasil seja signatário, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>50</sup>

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo apresenta regramento para a execução das medidas socioeducativas, no âmbito da responsabilização do adolescente,<sup>51</sup> a partir de parâmetros a serem observados no decorrer da execução.<sup>52</sup>

Dessa forma, o SINASE instituiu parâmetros e diretrizes para padronizar a execução de medidas socioeducativas, sendo assim, os parâmetros são as normas mais objetivas e estão expostas em quatro dimensões: parâmetros de gestão, parâmetros arquitetônicos, parâmetros do atendimento socioeducativo e parâmetros de segurança, enquanto as diretrizes são os desdobramentos dos parâmetros para materializar às normas do SINASE.<sup>53</sup>

Os parâmetros norteadores da ação e gestão pedagógicas para as entidades e/ou programas de atendimento que executam a internação provisória e as medidas socioeducativas devem se basear na inclusão do adolescente em programas e serviços sociais para que haja uma superação da sua exclusão social, pautado na reinserção social do adolescente.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> SOUZA, Taiara Sales Moreira de. **Interdisciplinaridade e Intersetorialidade na Articulação de Direitos Sociais no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE**, 2016. 96f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social). Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 2016. p. 8. Disponível em: <http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/handle/tede/3488>. Acesso em: 12 mar. 2020.

<sup>51</sup> RAMIDOFF, Mário Luiz. **Sinase: Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 13.

<sup>52</sup> SOUZA, Taiara Sales Moreira de. **Interdisciplinaridade e Intersetorialidade na Articulação de Direitos Sociais no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE**, 2016. 96f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social). Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 2016. p. 8. Disponível em: <http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/handle/tede/3488>. Acesso em: 12 mar. 2020.

<sup>53</sup> SANTOS, Deivson dos. **Medida Socioeducativa de internação: aplicabilidade dos parâmetros do SINASE no Distrito Federal**. 2017. 56f. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Ciências Sociais e Jurídicas, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. p. 32. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11352/1/21496820.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020.

<sup>54</sup> SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE**. Brasília: CONANDA, 2006. p. 46. Disponível em:



Nesse parâmetro, observa-se que há necessidade do atendimento Inicial envolvendo os diversos atos que integram a ação judicial socioeducativa, sendo assim, o adolescente acusado da prática de um ato infracional deve ter esse procedimento agilizado para evitar uma mitigação de direitos e garantias processuais.<sup>55</sup>

Essas entidades de atendimento e/ou programas que executam a internação provisória e as medidas socioeducativas devem se guiar pelas diretrizes de<sup>56</sup>:

I. Primazia do caráter educativo da medida socioeducativa sob o aspecto meramente sancionatório para que a execução da medida seja satisfatória e condicionada a formação de cidadãos;

II. Existência de um projeto pedagógico escrito em harmonia aos princípios do SINASE como ordenador ao atendimento socioeducativo de cada programa, devendo este projeto ser o orientador dos demais documentos institucionais, como por exemplo o regimento interno;

III. Participação ativa e crítica dos adolescentes nas ações socioeducativas durante as práticas sociais desenvolvidas como sujeitos sociais para fomentar a responsabilidade, liderança e autoconfiança com respeito a singularidade de cada jovem;

IV. Existência equilibrada de exigência, compreensão, respeito e disciplina ao adolescente durante o atendimento socioeducativo, tendo em vista o estágio de desenvolvimento pessoal e social de cada um;

---

<http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-certa/sinase.pdf/view>. Acesso em: 12 mar. 2020.

imprensa/publicacoes/programa-na-mao-

<sup>55</sup> SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE**. Brasília: CONANDA, 2006. p. 46. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-certa/sinase.pdf/view>. Acesso em: 13 mar. 2020.

imprensa/publicacoes/programa-na-mao-

<sup>56</sup> SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE**. Brasília: CONANDA, 2006. p. 47-49. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-certa/sinase.pdf/view>. Acesso em: 13 mar. 2020

de-imprensa/publicacoes/programa-na-mao-



V. Técnicos e educadores como dirigentes visando o melhor direcionamento das ações socioeducativas, endossando a participação dos adolescentes e estimulando o diálogo entre eles;

VI. Garantia de uma dinâmica institucional que possibilite a interação social das informações e a construção de saberes entre o adolescente e a equipe multiprofissional sem a formação de uma hierarquia, assegurando um ambiente mais respeitoso, democrático e participativo;

VII. Organização do espaço físico e funcional das Unidades de atendimento socioeducativo de acordo com o projeto pedagógico para a garantia do desenvolvimento pessoal e social do adolescente, pois este espaço atinge o modo e a forma de como as pessoas circulam no ambiente, interferindo no convívio interno e na forma de interação entre os jovens;

VIII. Criação do hábito de discussão sobre questões étnico-raciais, de gênero, de orientação sexual para promover a inclusão dos temas de forma despreziosa para possibilitar práticas mais tolerantes e inclusivas;

IX. Envolvimento da comunidade e da família nas ações socioeducativas, haja vista o respeito ao princípio da corresponsabilidade;

X. Capacitação continuada dos atores sociais envolvidos no atendimento socioeducativo para sempre assegurar um atendimento evoluído e aperfeiçoado, tendo em vista à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento.

O parâmetro que norteia a ação pedagógica, no âmbito dos programas de semiliberdade e de internação e afeto ao eixo educação é o seguinte: <sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE**. Brasília: CONANDA, 2006. p. 59. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/programa-na-mao-certa/sinase.pdf/view>. Acesso em: 25 mai. 2020.





I. Garantia do acesso de educação formal de todos os níveis para os adolescentes em cumprimento da medida socioeducativa de internação, podendo, para tal finalidade, existir Unidade Escolar localizada no interior do programa; Unidade vinculada à escola existente na comunidade ou inclusão na rede pública externa;

Quanto aos parâmetros atinentes à ação pedagógica no campo da profissionalização, abarcando a internação estrita e provisória, cabe destacar os seguintes:<sup>58</sup>

I. Oferecer ao adolescente formação profissional no âmbito da educação profissional, cursos e programas de formação inicial e continuada e, também, de educação profissional técnica de nível médio com certificação reconhecida que favoreçam sua inserção no mercado de trabalho mediante desenvolvimento de competências, habilidades e atitudes. A escolha do curso deverá respeitar os interesses e anseios dos adolescentes e ser pertinente às demandas do mercado de trabalho;

II. Encaminhar os adolescentes ao mercado de trabalho desenvolvendo ações concretas e planejadas no sentido de inseri-los no mercado formal, em estágios remunerados, a partir de convênios com empresas privadas ou públicas, considerando, contudo, o aspecto formativo;

III. Priorizar vagas ou postos de trabalho nos programas governamentais para adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas;

IV. Promover ações de orientação, conscientização e capacitação dos adolescentes sobre seus direitos e deveres em relação à previdência social e sua importância e proteção ao garantir ao trabalhador e sua família uma renda

---

<sup>58</sup> SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE**. Brasília: CONANDA, 2006. p. 64. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/programa-na-mao-certa/sinase.pdf/view>. Acesso em: 25 mai. 2020



substitutiva do salário e a cobertura dos chamados riscos sociais (tais como: idade avançada, acidente, doença, maternidade, reclusão e invalidez, entre outros), geradores de limitação ou incapacidade para o trabalho.

No que diz respeito aos parâmetros arquitetônicos que são orientações referentes à elaboração e execução de projetos de construção, de reforma ou de ampliação de Unidades de Atendimento de internação provisória, de semiliberdade e de internação. Parâmetros que tem por intuito inserir o jovem infrator em uma estrutura física que não aumente mais ainda sua vulnerabilidade e que esteja preparada para a execução da medida socioeducativa.<sup>59</sup>

Nesse sentido, os parâmetros arquitetônicos para o meio fechado devem assegurar uma perspectiva de atendimento individualizado, nos seguintes moldes<sup>60</sup>:

I. A garantia da separação dos espaços dos dormitórios femininos e masculinos nas Unidades de atendimento aos adolescentes de ambos os sexos, dando a facultatividade do desenvolvimento de atividades pedagógicas em áreas comuns, se estiverem em conformidade ao projeto pedagógico;

II. Construção de Unidades de atendimento socioeducativas separadas das unidades prisionais destinadas aos adultos, proibido qualquer forma de integração entre ambas;

III. Observar a rigorosa separação nas Unidades de atendimento socioeducativo de internação por critérios de idade, compleição física e gravidade do fato.

---

<sup>59</sup> SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE**. Brasília: CONANDA, 2006. p. 67. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-certa/sinase.pdf/view>. Acesso em: 13 mar. 2020. imprensa/publicacoes/programa-na-mao-

<sup>60</sup> SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE**. Brasília: CONANDA, 2006. p. 69-70. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-certa/sinase.pdf/view>. Acesso em: 13 mar. 2020. de-imprensa/publicacoes/programa-na-mao-



É importante registrar que o SINASE ainda aponta as finalidades das medidas socioeducativas, conforme art 1º, §2º, da Lei 12.594/12. O primeiro objetivo é a responsabilização do adolescente pelas consequências lesivas do ato infracional com estímulo a reparação. Já a segunda finalidade é a integração social e a garantia dos direitos individuais e sociais do adolescente, mediante a elaboração e execução do Plano Individual de Atendimento. E por último, a terceira finalidade é a desaprovação social da conduta infracional.<sup>61</sup>

Sobre o Plano Individual de Atendimento (PIA), observa-se que é uma ferramenta criada pelo SINASE imprescindível para o bom desenvolvimento da execução da medida socioeducativa. Por meio do PIA são organizados os dados pessoais e familiares do adolescente e as atividades a serem realizados, ou seja, por meio do PIA se elabora um plano pedagógico individualizado atendendo às condições individuais de cada adolescente privado de liberdade, objetivando a inserção social do adolescente, assim, respeitando-se o princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento.<sup>62</sup>

#### **4 PARALELO ENTRE O PARADIGMA GARANTISTA E OS PARÂMETROS DO SINASE**

Nesse ponto serão trazidos os elementos que podem caracterizar o Paradigma da Proteção Integral, os quais estão expressos no ECA constantes do quadro apresentado no item 2, no intuito de realizar um paralelo entre eles e os parâmetros e diretrizes do SINASE.

---

<sup>61</sup> BRASIL. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012.** Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm). Acesso em: 28 abr. 2020.

<sup>62</sup> RAMIDOFF, Mário Luiz. **Sinase: Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.** São Paulo: Saraiva, 2012. p. 117



## 4.1 Adolescente como sujeito de direitos

A condição do adolescente como sujeito de direitos e não mero objeto de intervenção é uma característica do paradigma da proteção integral e se encontra presente no SINASE, especialmente na diretriz que informa a proteção à singularidade do adolescente pelo seu educador<sup>63</sup>, o que demonstra o respeito ao direito do adolescente de manter sua individualidade, sem qualquer forma de discriminação

Esse elemento caracterizador do paradigma da proteção integral orienta vários pontos no SINASE, a exemplo da garantia de uma dinâmica institucional que possibilita uma interação social entre o adolescente e a equipe multiprofissional, que decorre do reconhecimento dessa condição do adolescente, dinâmica que colabora para um ambiente socioeducativo adequado para o cumprimento da sua medida, ainda que o adolescente esteja longe da sua família. De igual modo, se evidencia esse reconhecimento da condição de sujeito de direitos na diretriz da organização das Unidades, que tem por objetivo assegurar ao adolescente um desenvolvimento pessoal e social, sadio e harmonioso.<sup>64</sup>

Para além das diretrizes acima, a condição de sujeito de direitos aparece com maior fôlego quando são assegurados, tanto pelo ECA, quanto pelo SINASE, os direitos e garantias individuais do adolescente durante o processo de conhecimento, mediante o devido processo legal, com citação, ampla defesa, contraditório, defesa técnica pelo advogado. Devido processo legal também assegurado durante o processo de execução da medida socioeducativa, com o reconhecimento dos direitos fundamentais, especialmente o direito de cumprir a medida socioeducativa em

---

<sup>63</sup> SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE**. Brasília: CONANDA, 2006. p. 47. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/programa-na-mao-certa/sinase.pdf/view>. Acesso em: 19 mar. 2020.

<sup>64</sup> BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 20 mar. 2020.



ambiente seguro, com participação da família, com o apoio necessário da equipe técnica e de educadores capacitados para lidar com adolescentes e respeito às diretrizes e aos parâmetros legais.

## **4.2 Adolescente como pessoa em desenvolvimento**

A compreensão quanto ao respeito do desenvolvimento diferenciado do adolescente há que ser considerada em todos os contextos, especialmente quando envolver adolescente infrator, seja na fase do processo de conhecimento, seja na fase de execução da medida socioeducativa, a fim de se desenvolver uma execução pautada na individualidade do adolescente, ponto que está presente nas diretrizes e parâmetros do SINASE.

Para tanto, é importante que se tenha a capacitação continuada dos profissionais que lidam diretamente com os adolescentes em conflito com a lei, no sentido de assegurar esse tratamento individualizado no decorrer do cumprimento da medida socioeducativa.<sup>65</sup>

A inserção de espaços de discussão sobre assuntos como, questões de gênero, orientação sexual, questões étnico-raciais e entre outros, também demonstram esse reconhecimento do adolescente como uma pessoa em fase especial de desenvolvimento, o que propicia um diálogo saudável que contribui para o aprimoramento cognitivo, intelectual e humano e, via de consequência, possibilitar adultos mais tolerantes no futuro.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE**. Brasília: CONANDA, 2006. p. 47. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/programa-na-mao-certa/sinase.pdf/view>. Acesso em: 25 mai. 2020.

<sup>66</sup> CÁRDIAS, Cibele Macagnan. **O diálogo como elemento mediador de práticas educativas reflexivas**. 2006. p. 05. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/gpforma/2senafe/PDF/022e4.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2020.



Também cabe citar esse reconhecimento do adolescente como uma pessoa em desenvolvimento nos parâmetros dos eixos educação e profissionalização que garantem educação formal para todos os níveis de adolescentes<sup>67</sup>, além de uma educação profissional.<sup>68</sup>

No âmbito profissional, é possível observar essa característica do paradigma da proteção integral na promoção de ações de orientação e capacitação sobre os direitos e deveres junto à previdência social, para que os jovens elevem seus conhecimentos sobre esse assunto.<sup>69</sup>

### **4.3 Responsabilidade Penal Juvenil**

A responsabilização penal juvenil se concretizará após ultimado o devido processo legal especializado, assegurando-se as garantias e direitos individuais e mediante a incidência de medida em sentença condenatória. A partir de então, se inicia a execução da medida socioeducativa, que tem como finalidade a responsabilização e desaprovação social da conduta praticada pelo adolescente que, ao ser privado de liberdade, se tem expressa a função retributiva da medida socioeducativa de internação.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE**. Brasília: CONANDA, 2006. p. 59. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/programa-na-mao-certa/sinase.pdf/view>. Acesso em: 25 mar. 2020.

<sup>68</sup> SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE**. Brasília: CONANDA, 2006. p. 64. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/programa-na-mao-certa/sinase.pdf/view>. Acesso em: 25 mai. 2020.

<sup>69</sup> SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE**. Brasília: CONANDA, 2006. p. 69-70. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/programa-na-mao-certa/sinase.pdf/view>. Acesso em: 13 mar. 2020.

<sup>70</sup> BRASIL. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível



Esse tratamento diferenciado da responsabilização penal juvenil e que está presente no paradigma da proteção integral e no SINASE, informa que a inimputabilidade penal existente em razão da idade não significa a não responsabilização do jovem infrator, pois a sua condição peculiar de desenvolvimento, requer uma responsabilização diferenciada, sendo assim, apesar de não se submeter ao Código Penal, o adolescente de doze anos completos a dezoito anos incompletos será responsabilizado perante o Estatuto da Criança e do Adolescente e será submetido ao cumprimento da medida socioeducativa mais adequada ao seu caso, cuja execução poderá alcançar os indivíduos de até 21 anos.<sup>71</sup>

#### **4.4 Direitos e Garantias Individuais**

A resposta estatal se dará de acordo com cada caso específico, com todas os direitos e garantias preservados, sendo que nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.<sup>72</sup> Essa é uma das características do paradigma da proteção integral e que se encontra presente no SINASE.

O jovem infrator durante o seu processo perante à Vara da Infância e da Juventude têm o direito a todas as garantias processuais do devido processo legal, asseguradas no processo penal para o adulto, podendo ser mencionado o direito à ampla defesa e ao contraditório, à produção de todas as provas para à sua defesa, a defesa técnica realizada por um advogado privado ou um defensor público.<sup>73</sup>

Porém, esses direitos e garantias individuais também devem se fazer presentes durante a execução da medida socioeducativa, principalmente diante da privação da

---

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm). Acesso em: 28 abr. 2020.

<sup>71</sup> CUNEO, Mônica Rodrigues. Inimputabilidade não é impunidade. Derrube esse mito: diga não à redução da idade penal. In: LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor. (Orgs.). **Idade da responsabilidade penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 73.

<sup>72</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>73</sup> ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n.8069, de 13 de julho de 1990. 4. ed. São Paulo: Saraiva 2010. p. 152.



liberdade do adolescente, ou seja, no decorrer do cumprimento da medida socioeducativa de internação. Assim, o SINASE dispõe diretriz que afirma que durante o atendimento socioeducativo há que se ter um projeto pedagógico desenhado em harmonia com os princípios do SINASE, os quais orientarão os demais documentos institucionais, a exemplo do regimento interno da unidade.

Também pode ser observada a proteção aos direitos e garantias individuais na diretriz que traz regras quanto à disposição dos quartos coletivos, que devem ser projetados levando em consideração o perfil de cada adolescente, a sua naturalidade e a gravidade do ato infracional, separação por idade, e compleição física.<sup>74</sup>

#### **4.5 Medidas socioeducativas, finalidade social e retributiva, primazia do caráter educativo em relação ao sancionatório**

A medida socioeducativa possui uma função de reinserção social, caráter que pode ser observado na diretriz que orienta a criação do hábito de discussão sobre temas inclusivos e o respeito ao desenvolvimento pessoal e social de cada adolescente, na perspectiva de uma mudança de consciência social e de preparação para o retorno à sociedade.<sup>75</sup>

Conforme salientado em linhas anteriores, o SINASE apresenta como finalidade da medida socioeducativa a reprovabilidade social da conduta e a responsabilização da conduta lesiva e lamentável do adolescente, ou seja, traz a finalidade retributiva da medida socioeducativa<sup>76</sup>, a partir do devido processo legal,

---

<sup>74</sup> SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE**. Brasília: CONANDA, 2006. p. 70. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-certa/sinase.pdf/view>. Acesso em: 23 mar. 2020. imprensa/publicacoes/programa-na-mao-

<sup>75</sup> SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE**. Brasília: CONANDA, 2006. p. 47. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-certa/sinase.pdf/view>. Acesso em: 19 mai. 2020. imprensa/publicacoes/programa-na-mao-

<sup>76</sup> BRASIL. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da





com a incidência, por sentença de uma medida socioeducativa. Caso o juiz escolha a internação, ele deve fazer um juízo de subsunção às hipóteses previstas nos incisos I e II, do art. 122, do ECA.<sup>77</sup>

De acordo com o art. 124, inciso XI, do ECA, as medidas socioeducativas devem possuir um caráter sócio pedagógico, sendo assim, a aplicação de uma medida socioeducativa possui uma predileção à natureza pedagógica em relação à natureza sancionatória, tendo em vista a condição peculiar do adolescente de estar em desenvolvimento, predileção que se justifica para propiciar ao adolescente a continuidade da sua vida escolar e oportunidades profissionais, no intuito de se obter melhores condições à reinserção, assegurando-se, entretanto, o aspecto sancionatório da medida.<sup>78</sup>

#### **4.6 Medidas em meio aberto como regra e em meio fechado como exceção**

A escolha da medida socioeducativa será feita na sentença proferida por um juízo competente e terá como regra a excepcionalidade da medida em meio fechado, sendo esta reservada aos casos graves, quais sejam, aquelas hipóteses referidas nos incisos I e II, do ECA.<sup>79</sup> Assim, caberá ao julgador, um primeiro momento, avaliar se há possibilidade de aplicação de medidas em meio aberto. Não sendo adequada para

---

Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis n°s 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n° 5.452, de 1° de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm). Acesso em: 28 abr. 2020.

<sup>77</sup> BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>78</sup> SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE**. Brasília: CONANDA, 2006. p. 47. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/programa-na-mao-certa/sinase.pdf/view>. Acesso em: 19 mai. 2020.

<sup>79</sup> ONU. **Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade**, 1990. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex46.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex46.htm). Acesso em: 24 mai. 2020.



o alcance da finalidade da medida socioeducativa, o julgador partirá para as medidas excepcionais em meio fechado.

As medidas em meio fechado não possuem prazo determinado, possuem uma reavaliação realizada, no máximo, a cada seis meses para verificar a conduta e a capacidade do adolescente infrator de continuar a responder a ação socioeducativa. O prazo máximo de cumprimento não deve exceder três anos.<sup>80</sup>

A medida socioeducativa de internação deve ser regida pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento<sup>81</sup>, se adequando, nesse sentido, ao paradigma da proteção integral ou garantista que trouxe a privação de liberdade como exceção, somente para adolescentes infratores que incorreram em ato infracional com uso de violência ou grave ameaça e no caso de reiteração delitiva grave.<sup>82</sup>

#### **4.7 Execução da medida e o atendimento dos direitos fundamentais: eixos escolarização e profissionalização**

Conforme já explanado, durante a execução da medida socioeducativa devem ser observados e garantidos todos os direitos fundamentais, ainda que se trate de medida socioeducativa de internação, com maior enfoque na escolarização e profissionalização, eixos de suma importância para a construção de um projeto de vida a ser organizado no Plano Individual de Atendimento.

A escolarização e profissionalização devem ser ofertados aos adolescentes em conflito com a lei durante a execução da medida socioeducativa de internação,

---

<sup>80</sup> BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 11 mai. 2019.

<sup>81</sup> BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>82</sup> BELOFF, Mary. Modelo de La Proteccion Integral de los Derechos Del niño y de La situacion irregual: um modelo para armar y outro para desarmar. In: UNICEF. **Justicia y Derechos Del Niño**. 1. ed. Santiago de Chile: UNICEF, 1999. p. 22.



pois a execução dessa medida não pode acarretar interrupção da atividade educacional, considerando, sobretudo, o caráter sociopedagógico das medidas socioeducativas.<sup>83</sup>

A diretriz que orienta a ação pedagógica, mediante a educação formal para todos os níveis de adolescentes em cumprimento da medida socioeducativa de internação, assegura a garantia da continuidade da escolarização do adolescente, ainda que afastado da sociedade.<sup>84</sup>

Em relação ao eixo profissionalização, também se observa a presença dessa característica do paradigma da proteção integral, ao garantir uma formação profissional, em que seja assegurada a autonomia de escolha do curso por parte do adolescente, alinhada ao Mercado de trabalho.<sup>85</sup>

Ainda, cabe mencionar que há priorização de vagas de trabalho nos programas governamentais aos adolescentes que estão em cumprimento de medidas socioeducativas, porém somente serão distribuídas àqueles que se voluntariarem para a atividade profissional, nunca sendo obrigados ou forçados ao trabalho.<sup>86</sup>

#### 4.8 Atendimento individualizado e a família

O atendimento individualizado do adolescente se faz presente em várias diretrizes e parâmetros do SINASE. Porém, é no Plano Individual de Atendimento

---

<sup>83</sup> BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>84</sup> SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE**. Brasília: CONANDA, 2006. p. 59. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/programa-na-mao-certa/sinase.pdf/view>. Acesso em: 25 mai. 2020.

<sup>85</sup> SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE**. Brasília: CONANDA, 2006. p. 69-70. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/programa-na-mao-certa/sinase.pdf/view>. Acesso em: 13 mar. 2020.

<sup>86</sup> SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE**. Brasília: CONANDA, 2006. p. 69-70. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/programa-na-mao-certa/sinase.pdf/view>. Acesso em: 13 mar. 2020.



que essa característica do paradigma da proteção integral se torna mais evidente. Pois, o PIA é construído pela equipe técnica, com apoio do adolescente e da sua família, a partir de metas para um projeto de vida, para ser desenvolvido no decorrer da execução da medida socioeducativa, com prosseguimento após o seu cumprimento. Pauta-se no respeito e na singularidade do autor do ato infracional, com a organização das atividades individuais a serem desenvolvidas pelo adolescente, sendo necessário, dessa forma, o seu protagonismo no processo socioeducativo.<sup>87</sup>

Nesse ponto, destaca-se a diretriz do SINASE que versa sobre o envolvimento da comunidade e da família no próprio desenvolvimento das ações socioeducativas, em face do princípio da corresponsabilidade, o qual orienta que a família, a comunidade e o Estado são responsáveis por assegurar os direitos do adolescente, ainda que ele esteja no contexto da prática do ato infracional.<sup>88</sup>

#### **4.9 Separação dos adultos e o protagonismo do adolescente nas ações socioeducativas**

O parâmetro arquitetônico estabelece que é proibido a integração entre as unidades de atendimento socioeducativa e as unidades prisionais (que atendem os adultos), devendo ser totalmente distanciadas, garantindo assim um atendimento separado dos adultos. A execução da medida socioeducativa requer um ambiente específico para adolescentes devido ao caráter sócio pedagógico e diante do reconhecimento de que o adolescente é um ser humano em fase especial de desenvolvimento, ponto que o diferencia do adulto, o que justifica um atendimento diferenciado.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> RAMIDOFF, Mário Luiz. **Sinase: Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 117.

<sup>88</sup> BELOFF, Mary Ana. **Los derechos del niño en el sistema interamericano**. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2009. p. 37.

<sup>89</sup>



O parâmetro que trata da organização espacial e funcional da unidade socioeducativa, que tem por intuito garantir um desenvolvimento pessoal e social do adolescente, de igual modo, demonstra uma grande diferença entre o sistema prisional adulto e as unidades de atendimento socioeducativas de internação, pois o espaço dessas unidades deve assegurar a execução do Plano Individual de Atendimento para todos os adolescentes, mediante a efetivação dos direitos fundamentais e, dessa forma, assegurar um desenvolvimento saudável.<sup>90</sup>

O protagonismo do adolescente nas ações socioeducativas, característica do paradigma da proteção integral, é claro nas diretrizes que exigem o envolvimento do próprio adolescente durante a execução da sua medida para o desenvolvimento do seu senso crítico, autônomo e o fortalecimento das relações sociais firmadas dentro das unidades de atendimento.<sup>91</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tratou do paradigma da proteção integral e dos parâmetros e diretrizes do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), com recorte na medida socioeducativa de internação.

Do estudo foi possível apurar que antes da Constituição Federal de 1988, o atendimento ao jovem infrator era gerido pelo paradigma da situação irregular, consolidado pelo Código de Menores em 1979. Porém, a partir do Texto Constitucional, por meio do artigo 227, uma nova orientação de atendimento restou inaugurada, se aperfeiçoando com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente. Essa nova orientação presente em ambos os instrumentos normativos partem da

---

<sup>90</sup> SANTOS, Deivson dos. **Medida socioeducativa de internação: aplicabilidade dos parâmetros do SINASE no Distrito Federal**. 2017. 56 f. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. p. 33/34.

<sup>91</sup> SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE**. Brasília: CONANDA, 2006. p. 47. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/programa-na-mao-certa/sinase.pdf/view>. Acesso em: 21 mar. 2020.



compreensão de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, em fase especial de desenvolvimento. Compreensão que sedimenta o paradigma das Nações Unidas da proteção integral, também conhecido como garantista, que substituiu o antecessor, qual seja, o paradigma da situação irregular.

O paradigma da situação irregular compreendia a criança e o adolescente, os chamados “menores”, como objetos de intervenção e não como sujeitos de direitos, o que levava a um atendimento massificado pelas FEBEM’s, não individualizado e desconsiderava que esta categoria se encontra em fase peculiar de desenvolvimento.

Em outra direção, o paradigma da proteção integral, abraçado pela ordem jurídica brasileira, reconhece que crianças e adolescentes são sujeitos que fazem *jus* aos direitos fundamentais, cabendo à família, à sociedade e ao Estado assegurar a efetividade desses direitos, com prioridade absoluta, especialmente quanto à elaboração de políticas públicas à priorização orçamentária pertinente. A mudança paradigmática trazida pelas Nações Unidas é fruto de diversos instrumentos normativos internacionais, entretanto é possível afirmar que a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança se apresentam como os mais importantes, considerando, sobretudo, pelo fato do primeiro reconhecer a condição de sujeito de direitos humanos e a prioridade absoluta; enquanto que o segundo instrumento, por ter compilado todos os princípios constantes nos instrumentos normativos sobre o tema, aprovados na esfera das Nações Unidas. Princípios, presentes na nossa ordem constitucional e legal, sendo os principais os seguintes: Corresponsabilidade, prioridade absoluta, condição peculiar de desenvolvimento e melhor interesse.

Esses princípios norteiam o atendimento de crianças e adolescentes, inclusive de adolescentes autores de ato infracional, seja no processo de conhecimento, seja na fase de execução da medida socioeducativa, dentre elas, a medida de internação.



Apurou-se que a condição de sujeito de direito leva à condição de sujeito de obrigações por parte do adolescente que pratica ato infracional, por meio da responsabilização penal juvenil. Isso significa, que, embora inimputáveis criminalmente, ele será responsabilizado por meio de legislação especial, vale dizer, o Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo SINASE. O primeiro dispõe o devido processo legal no decorrer da fase de conhecimento, com a fixação de direitos e garantias individuais, a exemplo da citação, ampla defesa, contraditório, etc. e das medidas socioeducativas e protetivas. Enquanto que a fase de execução será orientada pelo regramento do SINASE, que dispõe um conjunto de parâmetros e diretrizes na perspectiva de padronização do atendimento socioeducativo no Brasil. Sistema, inicialmente regulamentado pela Resolução nº 119 de 2006 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e, posteriormente, pela Lei nº 12.594 de 2012.

Da análise de alguns parâmetros e diretrizes norteadores da ação pedagógica da medida socioeducativa de internação, em relação aos eixos da educação, da profissionalização e alguns parâmetros arquitetônicos, apurou-se que, quando colocados em paralelo com os elementos que caracterizam o paradigma da proteção integral ou garantista, observou-se que tais características estão presentes nesses parâmetros e diretrizes, assim comprovando-se a hipótese de pesquisa, no que toca ao plano normativo.

Finalmente, nota-se o esforço do legislador em elaborar uma política de atendimento aos adolescentes em conflito com a lei, que são submetidos ao cumprimento da medida socioeducativa de internação, por meio dos parâmetros e diretrizes do do SINASE, alinhada aos princípios que orientam o paradigma da proteção integral, também conhecido como garantista. Entretanto, cabe registrar que, notoriamente, há um enorme fosso entre o campo normativo e a realidade fática da execução da medida socioeducativa de internação, o que aponta para a necessidade de manter esse tema no radar das pesquisas acadêmicas.



## **REFERÊNCIAS**

AMIM, Andréa Rodrigues. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris. p. 22-23.

ANTÃO, Renata Cristina do Nascimento. **O direito à educação das adolescentes em situação de privação de liberdade**. 2013. 212f. Tese (Mestrado) – Programa de Pós Graduação Strictu Sensu, Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 62.

ARAÚJO, Fernanda Carolina de. **A teoria criminológica do *labelling approach* e as medidas socioeducativas**. 2010. 251f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 187.  
Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-06072011-111256/pt-br.php>. Acesso em: 11 mar 2020.

BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional**. 1. ed. Bahia: UESC, 2006. p. 26.

BELOFF, Mary Ana. **Los derechos del niño en el sistema interamericano**. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2009. p. 37.

BELOFF, Mary. Modelo de La Proteccion Integral de los Derechos Del niño y de La situacion irregual: um modelo para armar y outro para desarmar. In: UNICEF. **Justicia y Derechos Del Niño**. 1. ed. Santiago de Chile: UNICEF, 1999. p. 9-12.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso em: 07 set. 2019.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 07 set. 2019.





BRASIL. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012.** Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm). Acesso em: 28 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 342.** No procedimento para aplicação de medida socioeducativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente. Diário de Justiça: seção 3, Brasília, DF, p. 581, 27 jun. 2007.

CÁRDIAS, Cibele Macagnan. **O diálogo como elemento mediador de práticas educativas reflexivas.** 2006. p. 05. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/gpforma/2senafe/PDF/022e4.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Reentradas e reintegrações infracionais:** um olhar sobre os sistemas socioeducativos e prisional brasileiros. Brasília: CNJ, 2019. p. 31. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Panorama-das-Reentradas-no-Sistema-Socioeducativo.pdf>. Acesso em: 22 mai 2020.

CUNEO, Mônica Rrodrigues. Inimputabilidade não é impunidade. Derrube esse mito: diga não à redução da idade penal. In: LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor. (Orgs.). **Idade da responsabilidade penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 73.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente.** Criciúma: UNESC, 2009. p. 22.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente:** Lei n.8069, de 13 de julho de 1990. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 152.

FUNDAÇÃO ABRINQ. **A Criança e o Adolescente nos ODS:** marco zero dos principais indicadores brasileiros. 1. ed. São Paulo: Fundação Abrinq pelos Direitos da Criança e do Adolescente, 2019. p. 106. Disponível em:



<https://www.fadc.org.br/sites/default/files/2019-11/ODS-10.pdf>. Acesso em: 22 mai 2020.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.

KONZEN, Afonso Armando. **Pertinência Socioeducativa**: Reflexões sobre a natureza jurídica das medidas. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 77, 89.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Execução de medida socioeducativa em meio aberto: Prestação de Serviços à Comunidade e Liberdade Assistida. In: Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude, Brazil. Secretaria Especial dos Direitos Humanos, United Nations Population Fund (Colabs). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional**: socioeducação e responsabilização. Ilanud, 2006. p. 368. Disponível em: [http://www.observatoriodeseguranca.org/files/book\\_just\\_adol\\_ato\\_infrac.pdf](http://www.observatoriodeseguranca.org/files/book_just_adol_ato_infrac.pdf). Acesso em: 27 fev. 2020.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 11.

MILANO FILHO, Nazir David. **Da apuração do ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente**: teoria e peças práticas. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999. p. 24-25.

ONU. **Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade**, 1990. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex46.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex46.htm). Acesso em: 04 mai. 2020.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude, Brazil. Secretaria Especial dos Direitos Humanos, United Nations Population Fund (Colabs). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional**: socioeducação e responsabilização. Ilanud, 2006. p. 27-28. Disponível em: [http://www.observatoriodeseguranca.org/files/book\\_just\\_adol\\_ato\\_infrac.pdf](http://www.observatoriodeseguranca.org/files/book_just_adol_ato_infrac.pdf). Acesso em: 28. fev. 2020.



PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 3.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Sinase: Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 13.

SANTOS, Deivson dos. **Medida Socioeducativa de internação: aplicabilidade dos parâmetros do SINASE no Distrito Federal**. 2017. 56f. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. p. 32. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11352/1/21496820.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 38.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 65.

SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE**. Brasília: CONANDA, 2006. p. 46. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/programa-na-mao-certa/sinase.pdf/view>. Acesso em: 12 mar. 2020.

SEGALIN, Andreia; TRZCINSKI, Clarete. Ato infracional na adolescência: problematização do acesso ao sistema de justiça. **Revista Virtual Textos & Contextos**, Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 1-19, dez. 2006. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3215/321527159011.pdf>. Acesso em: 03 dez 2019.

SILVA, Edson Mendes da. **O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e os desafios das Unidades de Internação do Distrito Federal**, 2015. 185f. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade Federal de Goiás. Goiânia, 2015. p. 46-47. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/5837/5/Dissertação%20-%20Edson%20Mendes%20da%20Silva%20-%202015.pdf>. Acesso em 04 mar. 2020.

SILVA, Gustavo de Melo. A liberdade assistida de adolescentes em conflito com a lei. **Saber Acadêmico**, São Paulo, v. 10, p. 110-119, dez. 2010. Disponível em:



[http://uniesp.edu.br/sites/\\_biblioteca/revistas/20180403121345.pdf](http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20180403121345.pdf). Acesso em: 01 jun. 2020.

SILVA, Gustavo de Melo. Adolescente em conflito com a lei no Brasil: da situação irregular à proteção integral. **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**, Rio Grande do Sul, v. 3, n. 5. p. 33-43. jun. 2011. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/rbhcs/article/view/10428/6774>. Acesso em: 01 jun. 2020.

SOUZA, Danielle Gomes de Barros. **A repercussão das diretrizes pedagógicas do SINASE no projeto arquitetônico de unidades socioeducativas de internação**, 2011. 188f. Dissertação (Mestrado em Dinâmicas do Espaço Habitado). Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2011. Disponível em: <http://www.repositorio.ufal.br/handle/riufal/727>. Acesso em: 4 mar 2020.

SOUZA, Luana Alves de; COSTA, Liana Ffortunato. Liberdade Assistida no Distrito Federal: impasses na implementação das normativas do SINASE e do SUAS. **Revista Brasileira de Adolescência e Conflitualidade**, Belo Horizonte, n. 4, p. 117-134, jun. 2018.

SOUZA, Taiara Sales Moreira de. **Interdisciplinaridade e Intersetetorialidade na Articulação de Direitos Sociais no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE**, 2016. 96f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social). Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 2016. p. 8. Disponível em: <http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/handle/tede/3488>. Acesso em: 12 mar. 2020.

SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes**. 2011. 227f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 131-132.

VERONSE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernada da Silva. O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase): breves considerações. **Revista Brasileira da Adolescência e Conflitualidade**, Santa Catarina, v. 1, n. 1, p. 29-46, 2009. Disponível em: <http://revista.pgsskroton.com/index.php/adolescenc%20ia/article/download/185/172>. Acesso em: 07 dez 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 41.



# PERSPECTIVA FAVORÁVEL ARGUMENTATIVA À POSSIBILIDADE DE DOAÇÃO FINANCEIRA POR PESSOA JURÍDICA ÀS CAMPANHAS ELEITORAIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O JULGAMENTO DA ADI 4650 NO ÂMBITO DO STF

Tatiana Marques de Oliviera Garcia Bressan

## RESUMO

O presente trabalho visou estudar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650, ocorrido no ano de 2015, sob a luz da Constituição, da doutrina, da legislação infraconstitucional e sob os princípios constitucionais do país, além de algumas jurisprudências que circundam o tema. A problemática do estudo tentou, sob a análise dos princípios, da doutrina, dos direitos políticos dos cidadãos, observando-se o papel do dinheiro nos pleitos eleitorais, além do exame da legislação hierarquicamente abaixo da Constituição, investigar se a resposta dada no julgamento pelos magistrados à controvérsia das doações e financiamentos de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas, foi realmente justa e se fere todos os princípios constitucionais trazidos na decisão do julgamento. Além disso, foi investigado em até que ponto a democracia é afetada com a resposta deliberada, pois proibições e permissões já haviam sido concedidas antes e tal transitoriedade das leis pode ser capaz de trazer incertezas e desordem para o mundo jurídico. O presente artigo pretendeu inferir que a decisão do Supremo Tribunal Federal pode eventualmente ter avançado além do comando normativo dado na Carta Magna do Brasil, pois privou às pessoas jurídicas no país do exercício de direitos políticos que outrora lhe eram permitidos, restando configurado na lei com o julgamento, por ora restrito somente às pessoas físicas.

**Palavras-chave:** ADI 4.650; doações; eleitoral; financiamento eleitoral; campanhas; dinheiro e eleições.



## **INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem como objeto de estudo a análise do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650 de 2015, assim como suas implicações jurídicas, sociais e econômicas, inegavelmente advindas da decisão, a qual teve como base primordial os argumentos principiológicos dos magistrados. O tema possui grande relevância, visto que as pessoas jurídicas vinham em uma escalada crescente em protagonismo no cenário eleitoral brasileiro, inflando os gastos com financiamentos eleitorais e supostamente sobrepondo-se ao papel das pessoas naturais, as quais, em princípio, outorgadas pela Carta Magna, são as primeiras detentoras da capacidade de exercício do poder de decidir e influenciar as principais e mais importantes decisões que dizem respeito à forma como o governo dirige e conduz uma nação.

Questiona-se, no presente trabalho, se é possível, na interpretação do Direito, conceber uma perspectiva argumentativa favorável à doação financeira por pessoas jurídicas no Brasil, por mais que a decisão tenha, por ora, tolhido as empresas privadas do exercício dos direitos políticos, os quais lhes foram outrora em parte concedidos. Nesse sentido, a hipótese pretende responder afirmativamente ao problema proposto, conforme será verificado nos argumentos doutrinários, legais e jurisprudenciais trazidos à baila e a serem desenvolvidos nos capítulos deste artigo.

Os argumentos que serão trazidos no primeiro capítulo almejam escorar-se na doutrina para examinar a função dos recursos arrecadados em dinheiro, suas diferentes formas de aplicabilidade em financiamento dos pleitos eleitorais, a sua operacionalização para a divulgação de ideias e propostas de candidatos e partidos, sua eventual imprescindibilidade em face de campanhas, além da evolução da regulamentação do seu uso pela legislação do Brasil, no financiamento eleitoral. Discutir-se-á nesse mesmo capítulo o conceito de direitos políticos, marco principal que proporciona o exercício do sufrágio e um direito fundamental segundo a



Constituição. Será ressaltada a prerrogativa inseparável dos direitos políticos e da cidadania para a participação no governo de um país, além da sua ligação intrínseca com a soberania do Estado.

O segundo capítulo irá discorrer sobre os princípios constitucionais trazidos à discussão na argumentação exposta em plenário no Supremo Tribunal Federal, examinando-os sob o prisma então decidido, que encerrou, por ora, o exercício dos direitos políticos por empresas no campo das campanhas eleitorais, além de seus conceitos e fundamentos doutrinários. Neste capítulo será feita a análise da legislação infraconstitucional supostamente violada na Ação Direta de Inconstitucionalidade, para expor todo o movimento histórico-jurídico, apoiado em decisões jurisprudenciais, que culminou na então permissibilidade de financiamento de campanha por pessoa jurídica e que eventualmente resultou na controvérsia que acabou sendo imposta pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650 de 2015.

Por fim, o terceiro capítulo irá relatar detalhadamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Aventar-se-á sobre como e por que se deu o ajuizamento da ação e sua audiência pública, trazida pelo relator, devido à importância do objeto, além do julgamento em si. Pelos tópicos, far-se-á o exame do julgado com seus desdobramentos através do tempo, pois essa é uma ação inicialmente proposta em 2011, com o julgamento havendo sido iniciado em 2013 e tendo sido interrompido por dois pedidos de vista e decisão consumada somente em 2015. O exame será efetivado trazendo-se argumentos favoráveis e desfavoráveis ao financiamento privado por pessoas jurídicas às campanhas eleitorais brasileiras.

O marco teórico do artigo será baseado na doutrina, na legislação infraconstitucional pertinente ao tema, na jurisprudência e, acima de tudo, sob a luz da Constituição Federal do Brasil e seu telos último, que é o de ser garantidora da democracia no país.



A metodologia empregada será o exame da doutrina, das legislações e das jurisprudências que corroboram para o desenvolvimento do tema discorrido por todo o artigo para o qual se pretenderá depreender que a decisão do Supremo Tribunal Federal pode ter avançado além do comando normativo dado pela Constituição do país.

## **1 A DOCTRINA DOS DIREITOS POLÍTICOS E O PAPEL DO DINHEIRO NA CAMPANHA ELEITORAL**

A análise discorrida no primeiro tópico do presente capítulo almeja examinar na doutrina o papel do dinheiro e suas diferentes utilidades em financiamento de pleitos eleitorais, a sua instrumentalização para divulgação de ideias e propostas, a sua necessidade em campanhas, bem como demonstrar as diferentes visões que discutem o dinheiro como discurso ou propriedade (não aventado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650, mas não menos importante) percorrendo sobre a evolução da regulamentação pela legislação, no Brasil, do financiamento eleitoral, até os dias atuais. No tópico seguinte, discute-se o conceito de direitos políticos, erigido pela Constituição Federal como direito fundamental, em sentido lato e estrito pela doutrina, ressaltando sua prerrogativa inseparável da cidadania para a participação no governo de um país, intrinsecamente ligado à soberania do Estado e marco fundamental que possibilita o exercício do sufrágio. Ainda são destacadas as diferentes formas de exercício da cidadania como fixado pela doutrina e pela legislação, destacando como se dá sua perda e recuperação pela lei brasileira.

### **1.1 O papel do dinheiro nas campanhas eleitorais segundo a doutrina**

O dinheiro tem uma importância relevante e essencial no campo das campanhas eleitorais e pode vir a afetá-las tanto positiva quanto negativamente. De modo que no atual universo capitalista o dinheiro determina as ações dos indivíduos,





sendo que a mera indagação sobre a sua influência em eleições já pode ser vista como um malefício ao processo eleitoral<sup>1</sup>. Mas em se tratando de campanhas para eleger candidatos, é necessário o desembolso de quantias financeiras para viabilizar a expressão política dos concorrentes e a comunicação de propostas dos candidatos para a sociedade. A impressão de folhetos ou anúncios em jornais de grande circulação, por exemplo, só se torna viável por meio de tais recursos. Nesse sentido, apesar do dinheiro não disseminar nenhuma proposta política em si mesmo, ele é instrumento necessário para que se torne possível a divulgação de ideias e propostas<sup>2</sup>.

Ocorre que no campo doutrinário, como oportunamente trouxe Aline Osório em sua obra “Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão”, existem duas correntes que discutem o papel do dinheiro em campanhas eleitorais. Uma que defende que dinheiro é discurso, no qual doações a campanhas seriam uma forma de expressar-se favorável a determinada opinião política, candidato, partido ou ideologia, e onde os gastos dos partidos e candidatos seria o meio para difundirem seus ideais, e outra que defende que dinheiro é propriedade e não expressão, sendo exatamente um meio para a expressão no campo eleitoral<sup>3</sup>.

Se porventura for considerado como expressão, toda forma de restrição ao seu uso em campanhas é uma forma ilegítima de tolher a liberdade de expressão que é tutelada pelo art. 220, *caput*, da CRFB/88<sup>4</sup>. Se considerarmos que é propriedade, limitar o seu uso viola a liberdade de iniciativa que indivíduos possuem para dispor

---

<sup>1</sup> SPECK, Bruno Wilhelm. O Financiamento de Campanhas Eleitorais. In: AVRITZER, Leonardo e ANASTÁSIA, Fatima (orgs.). **Reforma Política no Brasil**. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2006. p. 153-158. Disponível em: [https://www.academia.edu/6313964/Bruno\\_Wilhelm\\_Speck\\_O\\_financiamento\\_de\\_campanhas\\_eleitorais](https://www.academia.edu/6313964/Bruno_Wilhelm_Speck_O_financiamento_de_campanhas_eleitorais) Acesso em: 12 set. 2019

<sup>2</sup> OSÓRIO, Aline. O dinheiro e as campanhas eleitorais. In: **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017. p. 351-407

<sup>3</sup> Ibidem

<sup>4</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 10 jan. 2020.



de seus recursos (propriedade) como queiram, tal liberdade erigida a princípio fundamental na Constituição da República em seu art. 1º, IV e também erigida a um direito fundamental na mesma Carta Magna em seu art. 5º, XXII<sup>5</sup>. Registra-se que tal controvérsia foi alusivamente ignorada no julgamento da ADI 4.650/2015.

Apesar disso, as duas concepções se relacionam entre si. O dinheiro é sim instrumento necessário para a divulgação de mensagens, ideias, opiniões, críticas e discursos em campanhas eleitorais, viabilizando a comunicação na seara política.

Segundo Aline Osório, dinheiro é também a expressão de um discurso em si para que um indivíduo declare suas preferências e convicções na política, tal qual um discurso feito por um indivíduo nos carros de som em manifestações<sup>6</sup>. Orientando-se por esse raciocínio, uma passeata, carreato ou uma profanação à bandeira da República conseguem expressar mensagens, tal como o dinheiro em si consegue passar uma mensagem ao ser doado a uma instituição beneficente prestadora de serviços de cunho social à população carente da sociedade. Doar dinheiro a um candidato em particular também expressa uma mensagem de que se concordam as ideias do postulante ao cargo público<sup>7</sup>.

No Brasil, a regulamentação do uso de dinheiro em campanhas eleitorais só começou a existir a partir do Código Eleitoral de 1950 (Lei nº 1.164, de 24 de julho de 1950), trazendo em seu Título II intitulado “Dos Partidos Políticos”, o Capítulo V, “Da contabilidade e das finanças dos partidos políticos”, que estabeleceu os

---

<sup>5</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 10 jan. 2020.

<sup>6</sup> OSÓRIO, Aline. O dinheiro e as campanhas eleitorais. In: Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017. p. 351-407.

<sup>7</sup> OSÓRIO, Aline. O dinheiro e as campanhas eleitorais. In: Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017. p. 351-407.



primeiros parâmetros ao financiamento de campanha sob a fiscalização da Justiça Eleitoral<sup>8</sup>.

Tais parâmetros se limitavam a uma autorregulação de gastos por cada partido. Às agremiações eram permitidos estabelecer tetos de gastos para seus candidatos. Tal norma foi posteriormente positivada na Lei nº 9.504/1997<sup>9</sup>, lei que atualmente regulamenta as eleições no Brasil. Em seu artigo 18 ditava-se as regras para gastos aos partidos políticos, nos moldes do Código Eleitoral de 1950. Esse artigo 18 da Lei nº 9.504/1997 foi revisto com o advento da Lei nº 11.300<sup>10</sup> de 2006 e inseriu o art. 17-A, modificando o art. 18 na Lei nº 9.504/1997. A modificação consistiu em impor aos partidos somente o dever de informar à Justiça Eleitoral o valor máximo que iriam gastar em toda a campanha caso não houvesse lei regulamentadora sobre gastos. Isso foi, portanto, um falso controle que vigorou no país até meados de 2014.

A Constituição do país está supostamente resguardada no que tange à proteção contra a influência que o poder do dinheiro tem, em seu art. 14, § 9º, que assegura que “a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico”<sup>11</sup> precisam ser preservadas, pois tal influência pode ocorrer nos pleitos eleitorais. O referido inciso é norma de eficácia limitada, não sendo, portanto, cláusula pétrea e está orientado no sentido de depender de norma infraconstitucional

---

<sup>8</sup> BACKES, Ana Luiza. Legislação sobre financiamento de partidos e de campanhas eleitorais no Brasil, em perspectiva histórica: estudo dezembro 2001. **Consultoria Legislativa**: IV – do fim do estado novo ao golpe de 64: 1946 a 1964, Câmara dos Deputados, p. 1-8, 15 dez. 2001. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas- tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema3/111722.pdf>. Acesso em: 7 set. 2019

<sup>9</sup> BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm). Acesso em: 26 ago. 2019

<sup>10</sup> BRASIL. **Lei nº 11.300, de 10 de maio de 2006**. Dispõe sobre propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11300.htm) Acesso em: 10 set. 2019

<sup>11</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 10 jan. 2020



para produzir efeito, tendo sido concretizada pelas leis eleitorais em vigor e resoluções do TSE.

Para o fundador da entidade não governamental Transparência Internacional, Peter Eigen, o financiamento dos partidos políticos está diretamente relacionado com a forma mais comum de corrupção dos Estados democráticos<sup>12</sup>, donde se conclui, portanto, que o dinheiro no meio eleitoral pode insuflar grave corrupção. As diversas disposições na legislação que foram normatizadas com o objetivo de impor limites às doações estão vigorando hodiernamente, mas, ao que parece, são ineficazes para a forma instaurada no país no que concerne à condução legítima de uma campanha eleitoral. Assim, ao mesmo tempo em que o dinheiro tem um papel positivo na competição política, permanece existente um risco grave que decorre da influência desse meio de financiamento para as campanhas eleitorais brasileiras<sup>13</sup>.

## 1.2 Os Direitos Políticos na doutrina do Direito Constitucional e legislação

O direito político, em sentido *lato sensu*, é o direito da Nação enquanto sociedade política independente, juridicamente organizado em forma de Estado<sup>14</sup> e o direito político em sentido estrito está inserido dentro do direito nacional<sup>15</sup> com a seguinte definição dada por Robles, jurista espanhol do séc. XIX: é direito público, quando e enquanto concerne à existência e prosperidade da Nação onde seus atos

---

<sup>12</sup> SOUSA, José Pedro Galvão de; GARCIA, Clovis Lema; CARVALHO, José Fraga Teixeira de. **Dicionário de Política**, São Paulo: T.A. Queiroz, 1998. p. 143

<sup>13</sup> SPECK, Bruno Wilhelm. O Financiamento de Campanhas Eleitorais. In: AVRITZER, Leonardo e ANASTÁSIA, Fatima (orgs.). **Reforma Política no Brasil**. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2006. p. 153-158. Disponível em: [https://www.academia.edu/6313964/Bruno\\_Wilhelm\\_Speck\\_O\\_financiamento\\_de\\_campanhas\\_eleitorais](https://www.academia.edu/6313964/Bruno_Wilhelm_Speck_O_financiamento_de_campanhas_eleitorais) Acesso em: 12 set. 2019

<sup>14</sup> SOUSA, José Pedro Galvão de; GARCIA, Clovis Lema; CARVALHO, José Fraga Teixeira de. **Dicionário de Política**. São Paulo: T.A. Queiroz, 1998 p. 181

<sup>15</sup> *Ibidem*



devem reger-se de forma ordenada aos interesses de toda a sociedade nacional<sup>16</sup>. Nesse sentido, o conceito de Jairo Gomes:

Direito Político é o ramo do Direito Público cujo objeto são os princípios e as normas que regulam a organização e o funcionamento do Estado e do Governo, disciplinando o exercício e o acesso ao poder estatal. Encontra-se, pois, compreendido no Direito Constitucional, cujo objeto consiste no estudo da constituição do Estado, na qual encontram-se reguladas não só a ordem política, como também a social, a econômica e os direitos fundamentais<sup>17</sup>.

Os direitos políticos são inseparáveis da cidadania do indivíduo e estão relacionados ao direito de organização, funcionamento e participação verdadeira, no governo e comando do país tanto direta quanto indiretamente. Estão intrinsecamente ligados à atuação da soberania popular, princípio insculpido no art. 1º da Constituição Federal<sup>18</sup>. É através do exercício dos direitos políticos que o povo (os nacionais que preencheram os requisitos expressos na CRFB/88) pode intervir e participar do governo. Esses direitos estão elencados no Cap. IV da Constituição da República, nos arts. 14 ao 16<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> ROBLES, Enrique Gil. **Tratado de Derecho Político**. Madrid: Afrodísio Aguado, 1961, v. 1, p. 23

<sup>17</sup> GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14ª ed. Brasil, Ed. Atlas, 2018. p. 4

<sup>18</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 10 jan. 2020

<sup>19</sup> “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

§ 1º O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II - facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

§ 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

§ 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I - a nacionalidade brasileira;

II - o pleno exercício dos direitos políticos;

III - o alistamento eleitoral;



A questão dos direitos políticos envolve a cidadania ativa ou capacidade eleitoral ativa (aptidão para exercer a soberania popular por meio do voto), envolve também a cidadania passiva ou capacidade eleitoral passiva (susceptibilidade de ser eleito através do voto, portanto de participar como candidato) e os direitos políticos negativos (perda e suspensão dos direitos políticos)<sup>20</sup>. Nesse diapasão, a cidadania se relacionada ao sufrágio, direito de participar da vida política nacional influenciando nas decisões políticas. De acordo com a doutrina de José Afonso da Silva, trata-se de um

---

IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;

V - a filiação partidária;

VI - a idade mínima de:

a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;

b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;

d) dezoito anos para Vereador.

§ 4º São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente

§ 6º Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

§ 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

§ 8º O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

§ 11 - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 42ª ed. Brasil: Malheiros, 2019



direito público subjetivo: subjetivo porque consiste no direito de poder exigir de outra pessoa que faça ou permita algo (participar de uma eleição), e público porque o sujeito passivo (pessoa que tem obrigação de respeitar o direito) é o Estado. O sufrágio deve ser universal, isto é, não se admite qualquer hipótese de sufrágio restrito (discriminatório). O sufrágio universal é cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e não é lícita sua abolição nem mesmo por meio de proposta de emenda à Constituição <sup>2122</sup>, pois é um dos alicerces de todo o ordenamento legal pátrio.

Tais artigos, elencados do 14 ao 16 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, delegam a prática desses direitos a determinados indivíduos, além de dispor a respeito de que tais prerrogativas só podem ser privadas através da perda ou suspensão desses direitos. A suspensão ou perda dos direitos políticos de um indivíduo acarretam prejuízos jurídicos como sua exclusão do corpo de eleitores (art. 71, II do Código Eleitoral<sup>22</sup>), sua suspensão ou cancelamento da filiação partidária (art. 22, II da Lei dos Partidos Políticos<sup>23</sup>), sua perda de mandato eletivo (art. 55, IV, § 3º, CRFB/88<sup>24</sup>), da função ou cargo público (art. 37, § 4º, da CRFB/88<sup>25</sup>) e ocasionando também a impossibilidade de ajuizamento de ação popular (art. 5º, LXXIII, da CRFB/88<sup>26</sup>), impedimento para exercer a iniciativa popular, para votar e ser votado (arts. 14, § 3º, II e 61, §2º, da CRFB/88<sup>27</sup>).

---

<sup>21</sup> .

<sup>22</sup> BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o código eleitoral. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm). Acesso em: 20 fev. 2020

<sup>23</sup> BRASIL. **Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995**. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm). Acesso em: 20 ago. 2019

<sup>24</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 10 jan. 2020

<sup>25</sup> Ibidem

<sup>26</sup> Ibidem

<sup>27</sup> Ibidem



No tocante à exclusão do indivíduo do corpo de eleitores do país, deve-se ressaltar que tal procedimento não é automático e deve ser observado o comando do art. 77 do Código eleitoral, *verbis*:

Art. 77. O juiz eleitoral processará a exclusão pela forma seguinte:

- Mandará autuar a petição ou representação com os documentos que a instruírem:
- Fará publicar edital com prazo de 10 (dez) dias para ciência dos interessados, que poderão contestar dentro de 5 (cinco) dias;
- Concederá dilação probatória de 5 (cinco) a 10 (dez) dias, se requerida;
- Decidirá no prazo de 5 (cinco) dias<sup>28</sup>.

De toda forma, tal prerrogativa pode ser recuperada conforme prelecionado no art. 81 da Lei nº 4.737/1965, pois o interessado poderá requerer a sua reinscrição assim que deixar de existir a causa do cancelamento, e requalificação no corpo de leitores, tornando-se um cidadão mais uma vez<sup>29</sup>.

Impende destacar, ainda, que tais direitos políticos foram erigidos a direito fundamental pela Carta Magna brasileira, pois está contido no Título II da Constituição Federal de 1988 “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, e, segundo João Trindade Cavalcante Filho, essas prerrogativas “compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica”<sup>30</sup>. Tais direitos, portanto, são universais e foram normatizados para garantir e otimizar a proteção desses direitos.

A controvérsia trazida à lume com o advento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF é a discussão sobre os limites do exercício de

---

<sup>28</sup> BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o código eleitoral. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm). Acesso em: 20 fev. 2020

<sup>29</sup> Ibidem

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Teoria geral dos direitos fundamentais. p. 6. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao\\_Trindade\\_Teoria\\_Geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade_Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf). Acesso em: 8 fev. 2020





direitos políticos por parte de empresas, algumas delas detentoras de grande poderio financeiro, influência e contratos governamentais, o que as torna capazes de influir decisivamente em campanhas eleitorais por todo o país ou de facilitar o risco sempre iminente de existência de troca de favores entre o doador e futuro governante<sup>31</sup> pois muitas delas movimentavam a economia do Estado brasileiro.

## **2 A DOAÇÃO FINANCEIRA NAS CAMPANHAS ELEITORAIS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

No primeiro tópico do presente capítulo discorre-se sobre os princípios constitucionais trazidos à baila na controvérsia exposta em plenário no Supremo Tribunal Federal para uma reflexão pelos seus conceitos e fundamentos à luz da doutrina, concomitantemente e sem perder de vista a moldura fática delineada soberanamente pelo Supremo Tribunal Federal que outrora delimitou o exercício dos direitos políticos por empresas no campo das campanhas eleitorais. No segundo tópico deste capítulo, enveredou-se pela legislação infraconstitucional supostamente violada na ação proposta, para discorrer por toda a movimentação jurídica em torno da então permissibilidade de financiamento de campanha por pessoa jurídica, que eventualmente acabou culminando na discussão imposta pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/ 2015.

### **2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650 e os princípios constitucionais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**

Os princípios Constitucionais, conforme prelecionados por Jairo Gomes, foram alçados a fonte de importância fundamental ao Direito, providos de força

---

<sup>31</sup> SPECK, Bruno Wilhelm. O Financiamento de Campanhas Eleitorais. In: AVRITZER, Leonardo e ANASTÁSIA, Fatima (orgs.). **Reforma Política no Brasil**. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2006. p. 153-158. Disponível em: [https://www.academia.edu/6313964/Bruno\\_Wilhelm\\_Speck\\_O\\_financiamento\\_de\\_campanhas\\_eleitorais](https://www.academia.edu/6313964/Bruno_Wilhelm_Speck_O_financiamento_de_campanhas_eleitorais) Acesso em: 12 set. 2019



vinculante tal como as regras nas leis<sup>32</sup>. Com o advento da superação do positivismo jurídico no séc. XX, alguns foram expressamente positivados pelo texto legal, enquanto outros existem implicitamente na legislação.

Para Miguel Reale, os princípios são “verdades ou juízos fundamentais que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade”<sup>33</sup>.

Por outro lado, para Robert Alexy, tais princípios se encontram com a qualidade de serem normas impositivas a serem realizadas na maior medida possível dentro das possibilidades dos fatos e do mundo jurídico vigente orientados pela regra da ponderação<sup>34</sup>.

A respeito das fontes dos princípios, deve-se ressaltar que nascem das experiências histórico-culturais de uma nação, sendo objetivados historicamente e introduzidos lentamente na consciência jurídica ao longo do tempo, conforme descrito por Canotilho<sup>35</sup>, para orientar a interpretação e utilização das normas. É fruto da tradição histórica coletiva de uma nação.

No mundo jurídico, os princípios constitucionais irradiam-se por todos os ramos do Direito, onde os princípios gerais são aplicáveis a todas disciplinas, sendo outros cabíveis a uma disciplina específica, como à matéria do Direito Eleitoral. Segundo Jairo Gomes, os princípios são sistematizados em obras doutrinárias diversas, pois não existe um consenso sobre seu rol e nem a Constituição da República os têm elencados expressamente<sup>36</sup>.

O presente tópico ficará restrito aos princípios que foram relevantes ao julgamento da ADI 4.650 pelos Ministros da Suprema Corte do país.

---

<sup>32</sup> GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. Ed. Atlas. p. 51-53

<sup>33</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 21. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994

<sup>34</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 90-91

<sup>35</sup> CANOTILHO J.J. **Gomes. Direito Constitucional**. 6. ed. rev. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 1996

<sup>36</sup> GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. Brasil: Ed. Atlas, 2018. p. 60.



No plenário foram levados em alta conta a violação ao princípio da isonomia, da democracia, da paridade de armas, da normalidade das eleições, da liberdade de expressão, da cidadania, da soberania popular e o princípio republicano expresso no art. 1º da CRFB/1988 para que se chegasse a uma decisão final na ação proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil<sup>37</sup>. Todos esses princípios compõem importante núcleo axiológico da Constituição Federal, o que demonstra a relevância de todo o exame proposto no plenário da Suprema Corte do país.

O princípio da isonomia previsto no art. 14 da Carta Cidadã<sup>38</sup> propõe-se a resguardar a igualdade política entre os cidadãos, este postulado sempre deve prevalecer de modo que proporcione igual capacidade de influência nos pleitos eleitorais. Segundo Aline Osório<sup>39</sup>, o axioma decorre dos princípios democrático, do representativo, da soberania popular e do republicano e é condição para um governo que, nos ideais de Abrahan Lincoln é “do povo, pelo povo e para o povo”<sup>40</sup>. O Estado deve considerar seus cidadãos como pessoas autônomas com capacidade de autodeterminação para decisões para dispor entre eles, por direito, do mesmo peso nas principais decisões do país. O Ministro Luiz Fux, deixou claro no julgamento da ADI 4.650 que autorizar empresas a fazer doações e não dispender semelhante tratamento às entidades sindicais ou entidades não governamentais, por exemplo, afrontava o princípio da isonomia e da cidadania entre as pessoas jurídicas. O Ministro Ricardo Lewandowski aventou que, para ele, os pleitos eleitorais deveriam ser regidos pelo princípio de que cada cidadão deveria corresponder a um voto, com

---

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro Teor do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650/DF**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308746530&ext=.pdf>. Acesso em: 11 set. 2019

<sup>38</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 10 jan. 2020

<sup>39</sup> OSÓRIO, Aline. **Constitucionalização do Direito Eleitoral: os princípios e interesses em jogo nas campanhas**. In: **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017. p. 141-176.

<sup>40</sup> O PORTAL DA HISTÓRIA. **Discurso de Abraham Lincoln**. Disponível em: <http://www.arqnet.pt/portal/discursos/novembro01.html>. Acesso em: 11 jan. 2020



igual peso e valor para todos e que o atual modelo ofendia o art. 14, § 9º da CRFB/1988.

O princípio democrático está insculpido em vários artigos da Constituição Federal como no art. 1º, 17 e 23 da CRFB/1988 e, nas palavras de Jairo Gomes, é “fundamento e valor essencial das sociedades ocidentais definindo o modo como elas existem e operam<sup>41</sup>”. O princípio da democracia pressupõe uma concepção do homem e da sociedade da qual processa-se o juízo para o poder legítimo<sup>42</sup>, sendo um dos mais preciosos valores da atualidade. A democracia oriunda da Revolução Francesa de 1789 e vigente hodiernamente organizou-se sob a forma representativa e atualmente se processa através da intermediação dos partidos políticos (art. 14, § 3º, V da CRFB/1988). Portanto, partidos políticos ergueram-se a elementos fundamentais do cenário para o efetivo funcionamento do substancial mecanismo da democracia moderna. No julgamento da ADI 4.650 o Ministro Luiz Fux asseverou que excluir as pessoas jurídicas do financiamento de campanhas, para ele objetos não essenciais à democracia, não traria nenhum efeito sistêmico deletério para a democracia do país, visto que permaneceriam o acesso aos recursos do fundo partidário e à propaganda eleitoral gratuita nos veículos de comunicação e ainda persistiria o financiamento por pessoas naturais. Para o Ministro Barroso, o modelo de financiamento vigente fere o princípio democrático ao violentar a moralidade pública.

O princípio da paridade de armas diz respeito à igualdade de chances na corrida eleitoral entre candidatos e partidos. Segundo Aline Osório, é regra de ouro na seara eleitoral e provém dos princípios democrático, representativo, republicano e da soberania popular, garantindo a mesma igualdade de acesso aos atores da disputa

---

<sup>41</sup> GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. Brasil: Ed. Atlas, 2018. p.62

<sup>42</sup> SOUSA, José Pedro Galvão de; GARCIA, Clovis Lema; CARVALHO, José Fraga Teixeira de. **Dicionário de Política**. São Paulo: T.A. Queiroz, 1998 p. 157



eleitoral, assegurando que variadas possibilidades de ideias políticas estejam acessíveis aos cidadãos para a disputa de cargos políticos<sup>43</sup>.

A respeito do princípio republicano, esse está ligado às formas de governo e faz referência à estruturação do Estado, ao modo como o poder político é atribuído para que o governo composto exerça suas atribuições. É uma forma de governo fundada na alternância de poder que é eleito de tempos em tempos, periodicamente, para um mandato popular<sup>44</sup>. Immanuel Kant acredita que toda a legislação jurídica de um povo deve estar submetida a esse princípio para garantir a liberdade e igualdade entre os cidadãos<sup>45</sup>. Para o Ministro Luís Roberto Barroso, a doação de vultosas quantias por parte de empresas alimenta o uso de mecanismos não republicanos facultando ao candidato beneficiário vantagens indevidas no jogo eleitoral frente aos demais competidores, ensejando em abuso de poder político.

Sobre o princípio da soberania popular, Jairo Gomes afirma que a soberania está acima do exercício do poder, designando o poder em um outro patamar, o supremo e superpoder que não se sujeita a nenhum outro. Sem ele, o Estado não existe, não se cria. De acordo com a Constituição da República, esse poder soberano emana do povo, exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente (art. 1º, parágrafo único da CRFB/1988). Esse poder é concretizado por meio de uma norma insculpida na Constituição em seu art. 14, *caput*, que preleciona que a soberania se materializa por meio do sufrágio universal, pelo voto direto e secreto, pelo referendo, plebiscito e iniciativa popular<sup>46</sup>. Ressalta-se que o poder soberano precisa estar submetido ao regime jurídico criado pelo Estado soberano. O Ministro Joaquim Barbosa assevera em seu voto na ADI 4.650 que a soberania não pode ser exercida

---

<sup>43</sup> OSÓRIO, Aline. Constitucionalização do Direito Eleitoral: os princípios e interesses em jogo nas campanhas. In: **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017. p. 141-176

<sup>44</sup> GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. Brasil: Ed. Atlas, 2018. p. 71

<sup>45</sup> KANT, Immanuel. **A paz perpétua**: um projecto filosófico. Trad. Artur Morão. Covilhã: LusoSofia, 2008, p. 11-15

<sup>46</sup> GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. Brasil: Ed. Atlas, 2018. p. 70



por pessoas jurídicas e que somente pessoas naturais estariam autorizadas a exercer o sufrágio, por isso a grave violação a esse princípio ao permitir doação financeira por parte de pessoas jurídicas.

A liberdade de expressão constitui um princípio da matéria eleitoral. De acordo com Aline Osório, por meio desse princípio é assegurado que os atores do cenário eleitoral possam livremente expor e ter acesso a informações sobre assuntos de interesse geral para reflexão e tomada de decisões eleitorais e políticas<sup>47</sup>. Na doutrina de Jairo Gomes está prelecionado que esse princípio permite a conformação do debate no espaço público e sem ele os fatos verdadeiros a respeito dos partidos e candidatos, não importando se a informação é positiva ou negativa, podem permanecer à sombra, prejudicando o diálogo dos pensamentos e opiniões diversas<sup>48</sup>. A liberdade de expressão está erigida a direito fundamental na Constituição da República em seu art. 1º, IV.

No próximo tópico será abordado a ADI 4.650 e a legislação infraconstitucional.

## **2.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650 e legislação infraconstitucional**

A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil arguiu violação direta aos artigos 23, § 1º, incisos I e II; 24; 81, caput e § 1º, da Lei das Eleições Lei nº 9.504/1997<sup>49</sup>, e dos artigos 31; 38, inciso III;

---

<sup>47</sup> OSÓRIO, Aline. Constitucionalização do Direito Eleitoral: os princípios e interesses em jogo nas campanhas. In: **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017. p. 141-176

<sup>48</sup> GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. Brasil: Ed. Atlas, 2018. p. 89-90

<sup>49</sup> BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm). Acesso em: 26 ago. 2019



39, caput e §5º, da Lei Orgânica dos Partidos Políticos Lei nº 9.096/1995<sup>50</sup>, todos esses artigos presentes em leis infraconstitucionais e tendo sido julgadas:

(...) MÉRITO. DOAÇÃO POR PESSOAS JURÍDICAS. INCONSTITUCIONALIDADE DOS LIMITES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO (2% DO FATURAMENTO BRUTO DO ANO ANTERIOR À ELEIÇÃO). (...).

(...)

Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para assentar apenas e tão somente a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, a contrario sensu, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos, e pela declaração de inconstitucionalidade das expressões ‘ou pessoa jurídica’, constante no art. 38, inciso III, e ‘e jurídicas’, inserta no art. 39, caput e § 5º, todos os preceitos da Lei nº 9.096/95 (...)<sup>51</sup>

São nas leis hierarquicamente abaixo da Constituição Federal que se encontram todo o regramento importante que especifica a forma de captação, fiscalização e limites para se angariar recursos às campanhas nos pleitos eleitorais brasileiros, ou seja, toda a disciplina normativa da matéria, sempre sob a estrita observância à Carta Magna da República. Anteriormente ao julgamento da ADI 4.650, era permitido às pessoas jurídicas doarem o máximo até 2% de seu faturamento bruto do ano anterior ao das eleições, o artigo assim consignava, *verbis*:

Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações.

---

<sup>50</sup> BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm). Acesso em: 20 ago. 2019.

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro Teor do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650/DF**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308746530&ext=.pdf>. Acesso em: 11 set. 2019. p. 7



§ 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição<sup>52</sup>.

Dessa mesma forma, estava também consignado no artigo 20, inciso II, combinado com o art. 25, inciso II, da Resolução do Tribunal Superior Eleitoral 23.376/2012<sup>53</sup>. *verbis*:

Art. 20. As doações recebidas pelos partidos políticos em anos anteriores ao da eleição poderão ser aplicadas na campanha eleitoral de 2012, desde que observados os seguintes requisitos:

(...)

II – transferência para a conta específica de campanha do partido político, antes de sua destinação ou utilização, respeitado o limite legal imposto a tais doações, tendo por base o ano anterior ao da eleição;

(...)

Art. 25. As doações de que tratam esta Seção ficam limitadas:

(...)

II – a 2% do faturamento bruto auferido por pessoa jurídica, no ano- calendário anterior à eleição, declarado à Receita Federal do Brasil;

(...).

Deste modo, as empresas escolhiam seus candidatos e partidos para investir em suas campanhas eleitorais como bem quisessem, contanto que observando os limites, e sem seguirem nenhum critério para a distribuição.

Pode-se constatar que o regramento infraconstitucional tomou o cuidado para que entidades jurídicas do sistema político não se aproveitassem da lei permissiva para desvirtuar seu fim, tendo feito isso ao limitar a doação em dois por cento do faturamento no ano que antecede as eleições. Além disso, a Lei das eleições nº

---

<sup>52</sup> BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm). Acesso em: 26 ago. 2019

<sup>53</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.376, de 1º de março de 2012**. Dispõe sobre a arrecadação de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros e, ainda, sobre a prestação de contas nas eleições de 2012. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2012/RES233762012.htm>. Acesso em: 23 fev. 2020





9.504/1997<sup>54</sup>, em seu artigo 24, ainda estabelece os atores de quem os partidos políticos são proibidos de receber financiamento, vejamos:

Art. 24. É vedado a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, de:

I..... – entidade ou governo estrangeiro;

II- órgão da administração pública direta ou indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público;

III- concessionário ou permissionário de serviço público;

IV- entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal;

V- entidade de utilidade pública; VI - entidade de classe ou sindical;

VII- pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior;

VIII- entidades beneficentes ou religiosas; IX - entidades esportivas;

X- organizações não-governamentais que recebam recursos públicos;

XI- organizações da sociedade civil de interesse público.

Parágrafo único. Não se incluem nas vedações de que trata este artigo as cooperativas cujos cooperados não sejam concessionários ou permissionários de serviços públicos, desde que não estejam sendo beneficiadas com recursos públicos, observado o disposto no art. 81.

Insta salientar que o relator da ação, o Ministro Luiz Fux, asseverou que tal situação criava desigualdade entre pessoas jurídicas sem nenhuma base na Constituição, ao deturpar noções de cidadania e igualdade entre empresas (princípios constitucionais), fazendo com que um dispositivo infraconstitucional colidisse com

---

<sup>54</sup> BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm). Acesso em: 26 ago. 2019



outro de maior hierarquia constante da Constituição Federal, gerando a inconstitucionalidade<sup>55</sup>.

Ademais, impende destacar que através de judicializações sucessivas, o Tribunal Superior Eleitoral vinha, por meio de várias decisões, esvaziando o sentido do inciso III do artigo 24 acima mencionado, desvirtuando o telos do regramento e causando desconforto na sociedade. Várias decisões podem ser localizadas nesse sentido, tais como as que foram proferidas no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 965.311/MG<sup>56</sup> e no Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 4.493/GO<sup>57</sup>. O intuito do dispositivo sempre foi o de coibir, com uso do capital das empresas que contratassem com o poder público, a reutilização de tal capital ganho como reinvestimento nas campanhas daqueles agentes públicos que as contrataram previamente. Porém, a jurisprudência vinha sempre se consolidando no esvaziamento desse dispositivo, ou seja, o sistema acabou por permitir que a empresa que outrora financiara a campanha de determinado candidato, depois pudesse ser contratada pela administração vencedora, de modo que o favor privado, que era doação de campanha, pudesse e viesse a ser pago com o dinheiro público do contrato administrativo. Nesse sentido, o Agravo Regimental no Recurso Ordinário nº 1.117/SP proferido em 2014, portanto um ano antes da decisão final sobre a controvérsia referente a doações empresariais:

O art. 24, III, da Lei nº 9.504/1997 veda aos partidos políticos e candidatos o recebimento, direta ou indiretamente, de doação em dinheiro ou estimável em dinheiro proveniente de concessionário ou permissionário de serviço público.

---

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro Teor do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650/DF**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308746530&ext=.pdf>. Acesso em: 11 set. 2019. p. 33-34

<sup>56</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 965.311/MG**

<sup>57</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 4.493/GO**. Disponível em: <https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22019720/agravo-regimental-em-acao-cautelar-agr-ac-4493-go-tse/inteiro-teor-110496737?ref=amp>. Acesso em: 4 jan. 2020



A doação realizada por concessionária de uso de bem público - que, no caso dos autos, atua na exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural - não se enquadra na vedação contida no mencionado dispositivo, pois normas que encerrem exceção ou mitigação de direitos devem ser interpretadas restritivamente. Precedentes<sup>58</sup>.

Todo esse estado de coisas culminou com o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade para que se discutisse os limites de tais interferências em campanhas eleitorais por empresas privadas, pois a cada pleito seguia-se de gastos desregrados que vinham em uma crescente exponencial<sup>59</sup>.

No próximo capítulo será aprofundada a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650.

### **3 A DOAÇÃO FINANCEIRA NAS CAMPANHAS ELEITORAIS E ANÁLISE ARGUMENTATIVA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4650/2015 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Neste presente capítulo, almeja-se discorrer sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade propriamente dita. Aventa-se sobre como se deu o ajuizamento da ação e o porquê. Ressalta-se ainda a audiência pública trazida pelo relator devido à importância do tema. Tem-se aqui o seu exame com os desdobramentos através dos anos, pois essa é uma ação inicialmente proposta em 2011, com julgamento tendo sido iniciado em 2013, com dois pedidos de vista através dos anos subsequentes e com decisão somente tendo sido efetivada em 2015. Os tópicos aqui presentes fornecem os argumentos tanto favoráveis quanto desfavoráveis ao financiamento privado por pessoas jurídicas às campanhas eleitorais no Brasil.

---

<sup>58</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 1.117/SP**. Disponível em: <https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/133229879/agravo-regimental-em-recurso-ordinario-agr-ro-1117-sp/inteiro-teor-133229891?ref=serp>. Acesso em: 23 jan. 2020.

<sup>59</sup> TSE. **Estatísticas e resultados da eleição**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/estatistica2012/resultado-eleicao.html>. Acesso em: 23 jan. 2020



### 3.1 Relatório sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650

Como a sociedade dava os sinais de que não se via representada pela classe política e havendo o estranhamento entre esses dois agentes, supostamente resultante da influência desregrada do poder econômico no poder político, foi proposto, diante dessas circunstâncias, em 2011, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650.

O julgamento da ADI 4.650, de relatoria do Ministro Luiz Fux, proposta em 05/09/2011, iniciou-se cerca de dois anos depois, em 11 de dezembro de 2013, sob a presidência do Ministro Joaquim Barbosa, tendo como requerente o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB<sup>60</sup> e tendo sido interrompido em 12 de dezembro de 2013 pelo pedido de vista do Ministro Teori Zavascki<sup>61</sup>. O Tribunal Pleno retornou à análise da ADI 4.650 em 02/04/2014<sup>62</sup> sendo novamente suspenso pelo pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, o qual só viria a proferir seu voto dezessete meses mais tarde, sob a presidência do Ministro Ricardo Lewandowski<sup>63</sup>.

Antes de ter sido dado o início do julgamento da ADI 4.650, o Ministro relator Luiz Fux convocou audiência pública, que ocorreu nos dias 17 e 24 de junho de 2013, como forma de instruir com informações técnicas a Suprema Corte do país em sua decisão final sobre a matéria, bem como de reforçar o argumento de autoridade e dar legitimidade democrática ao pronunciamento judicial que seria dado no julgamento.

---

<sup>60</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - STF inicia julgamento de ação sobre financiamento de campanhas eleitorais**. Parte 1. Brasília. 11/12/2013. Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=joMGQft9xXY>. Acesso em 11 jul. 2019.

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - STF inicia julgamento de ação sobre financiamento de campanhas eleitorais**. Parte 2. Brasília. 12/12/2013. Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=OyAolLM01UI>

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno – Pedido de vista suspende julgamento de ADI sobre financiamento de campanhas**. Parte 1. Brasília. 02/04/2014. Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=joMGQft9xXY>. Acesso em 11 jul. 2019

<sup>63</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno – financiamento privado de campanha eleitoral**. Parte 1. Brasília. 17/09/2015. Youtube. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=\\_0VqMql0x0k](https://www.youtube.com/watch?v=_0VqMql0x0k). Acesso em: 11 jul. 2019



Foram trazidos, na audiência, dados empíricos e estatísticos da realidade sobre a matéria por cientistas políticos, especialistas, membros da classe política, juristas e entidades da sociedade civil organizada. Ao todo, trinta pessoas expuseram os dados trazidos na audiência, entre elas, entidades civis, representantes da classe acadêmica, juristas, acadêmicos, partidos políticos, a Congregação Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB e a Academia Brasileira de Letras - ABL.

Nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade, a OAB requereu, com fulcro no argumento de que os dispositivos impugnados violariam desde sempre a isonomia do sistema de financiamento de campanha no país, a democracia e o princípio republicano, que fosse declarada (i) a inconstitucionalidade de doações a partidos e campanhas por parte de pessoas jurídicas; (ii) a inconstitucionalidade do limite imposto ao uso de recursos do próprio candidato; (iii) a inconstitucionalidade do limite imposto às doações provenientes de pessoas físicas; (iv) que, no caso dos limites impostos às pessoas físicas, e, ao uso de recursos próprios, fosse autorizado que tais preceitos mantivessem a eficácia por mais 24 meses e, (v) além disso, que o Congresso Nacional fosse instado a editar legislação para estabelecer limite per capita uniforme para doações a campanhas eleitorais. Ou seja, requereu a modulação dos efeitos da decisão para que o Congresso pudesse atuar<sup>64</sup> posteriormente.

---

<sup>64</sup> Os pedidos da ADI 4.650 foram: “e) a procedência do pedido de mérito para que: e.1 – seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 24 da Lei 9.504/97, na parte em que autoriza, a *contrario sensu*, a doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, bem como a inconstitucionalidade do Parágrafo Único do mesmo dispositivo, e do art. 81, caput e §1º do referido diploma legal; e.2 – seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 31 da Lei no 9.096/95, na parte em que autoriza, a *contrario sensu*, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos; e a inconstitucionalidade das expressões “ou pessoa jurídica”, constante no art. 38, inciso III, da mesma lei, e “e jurídicas”, inserida no art. 39, caput e §5º do citado diploma legal; e.3 – seja declarada a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do art. 23, §1º, incisos I e II, da Lei 9.504/97, autorizando-se que tais preceitos mantenham a eficácia por mais 24 (vinte e quatro) meses, a fim de se evitar a criação de uma “lacuna jurídica ameaçadora” na disciplina do limite às doações de campanha realizadas por pessoas naturais e ao uso de recursos próprios pelos candidatos nestas campanhas; e.4 – seja declarada a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do art. 39, §5º, da Lei 9.096/95 – com exceção da expressão “e jurídicas”, contemplada no pedido “e-2”, supra – autorizando-se que tal preceito mantenha a eficácia por mais até 24 meses, a fim de se evitar a criação de uma “lacuna jurídica ameaçadora” na disciplina do limite às doações a partido político realizadas por pessoas naturais; e.5 – seja instado o Congresso Nacional a editar legislação que estabeleça (1) limite



Deu-se na ocasião, então, o início do julgamento da ADI, na data de 11/12/2013, com as sustentações orais do requerente (Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB), dos interessados e dos *amici curi*. Marcus Vinicius Furtado Coelho, então Presidente Nacional da OAB, fez a primeira sustentação pelo requerente. Sustentou os fundamentos da inconstitucionalidade do investimento empresarial em campanhas eleitorais: (i) o empresário e não as empresas são titulares de direitos políticos em um regime capitalista, pois empresa é atividade e não se enquadra no conceito de povo; (ii) pelo princípio da igualdade, deveria ser proibido contribuição financeira por parte de empresas na mesma linha, como já é vedado a entidades esportivas, sindicatos, organizações religiosas, quer recebam ou não favores ou recursos públicos; (iii) a proteção deficiente da legitimidade das eleições propicia o caixa dois e dificulta sua fiscalização durante a campanha eleitoral, pois altos volumes de dinheiro advindos de empresas se misturam entre as doações lícitas e ilícitas e é de difícil verificação; (iv) a permissão da participação censitária por meio da influência do poder econômico das empresas no processo eleitoral fere a igualdade política entre os cidadãos e entre os candidatos e os partidos.

Logo após, sustentou o Advogado Geral da União, o Dr. Luís Inácio Lucena Adams, e, indo contra os argumentos da OAB, argumentou que a controvérsia deveria ser discutida e solucionada no âmbito do Congresso Nacional e não do STF, por ter natureza política e não constitucional. Aduziu que, apesar da CRFB/1988 proibir a participação no processo político por entidades esportivas, sindicatos e organizações religiosas, esses entes não deixam de influir no processo político e citou como exemplo a grande influência das igrejas e da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo - FIESP no debate político nacional.

---

*per capita* uniforme para doações a campanha eleitoral ou a partido por pessoa natural, em patamar baixo o suficiente para não comprometer excessivamente a igualdade nas eleições, bem como (2) limite, com as mesmas características, para o uso de recursos próprios pelos candidatos em campanha eleitoral, no prazo de 18 (dezoito) meses, sob pena de atribuir-se ao Eg. Tribunal Superior Eleitoral – TSE a competência para regular provisoriamente a questão”.



Na sequência, sustentou, pela Secretaria Executiva do Comitê Nacional do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, como *amicus curi*, o advogado Raimundo Cezar Britto Aragão, o qual falou por 51 instituições da sociedade civil que integram o Movimento, entre elas igrejas, associações de magistrados, associações do Ministério Público e várias associações sindicais. Defendeu que existia uma relação direta do financiamento de campanhas eleitorais e corrupção, e que 50% da corrupção brasileira derivava do financiamento eleitoral. Afirmou categoricamente que o poder econômico no processo eleitoral representava 95% dos financiamentos eleitorais. Aduziu que as mesmas empresas financiavam todos os partidos políticos ainda que de conteúdo ideológico diverso uns dos outros.

Dando continuidade, foi dada a palavra ao Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado - PSTU, sendo sustentado pelo seu representante, o advogado Bruno Colares Soares Figueiredo Alves, o qual argumentou, sob o aspecto do princípio da igualdade, que partidos que não conseguiam ser financiados pelas empresas ou que eram pequenos e recebiam pouco dinheiro das empresas como doação, ficariam em extrema desvantagem se o quadro não sofresse modificação.

Adiante, pelo Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais e da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, foi dado início à exposição da advogada Aline Osório. A advogada trouxe à tribuna dados empíricos sobre financiamento de campanhas no Brasil e demonstrou a inconstitucionalidade do modelo vigente. Afirmou que 90% das doações no país eram feitas pelas mesmas e poucas empresas, as quais doavam para todos os partidos com maior chance de êxito nas campanhas eleitorais, de modo que tais empresas passavam a ser tidas em alta conta pelos partidos políticos e, conseqüentemente, seus interesses passavam a ser defendidos no Parlamento. Expôs que o valor das doações era diretamente proporcional à quantidade de votos obtidos nas urnas. Aduziu ainda que a vedação de doação direta por parte de pessoas jurídicas é legítima no Brasil, tendo em vista a existência de um interesse público



relevante em garantir a integridade do sistema representativo brasileiro, igualdade política entre os cidadãos e ainda a confiança dos cidadãos do país no modelo político brasileiro.

Imediatamente foi dada a palavra à Confederação Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB na pessoa do advogado Marcelo Lavenère Machado, o qual sustentou pela vedação de doação a campanhas eleitorais por parte das empresas e defendeu a competência do STF para apreciação daquela matéria, indo na mesma linha dos argumentos da OAB.

Enfim, sustentou o então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, reconhecendo que a matéria ali tratada se resolveria de melhor forma se fosse inserida no contexto amplo da necessária reforma política dentro do âmbito do Congresso Nacional, casa do Povo brasileiro. Defendeu o fim das vantagens econômicas e políticas em contraprestação às doações por empresas.

No próximo tópico serão revelados e analisados argumentos de Ministros favoráveis à posição de doação a campanhas eleitorais por pessoas jurídicas.

### *3.1.1 Argumentos favoráveis à doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais*

Foi então que se deu início ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade pelos Ministros da Corte, na ordem inversa de antiguidade, nos termos do art. 135 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - RISTF<sup>65</sup>. O primeiro voto favorável deu-se somente em 2 de abril de 2014, em favor das doações por empresas a campanhas eleitorais. Naquela data, o Ministro Teori Zavascki apresentou seu voto-vista, requerido no ano anterior em 12/12/2013. O Ministro direcionou seu voto no sentido divergente do relator, votando contra a proibição do

---

<sup>65</sup> STF. **Regimento interno**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2020. Art. 135. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019





financiamento por empresas. Sustentou que a controvérsia sobre o financiamento residia no descumprimento sistemático dos dispositivos legais ora questionados, cabendo tão somente à uma regulamentação eficiente de controle e de sanções que proporcionaria uma fiscalização efetiva dos abusos cometidos, os quais geravam a corrupção.

Ele apontou que o modelo que vigorava era produto do fracasso do modelo anterior, o qual havia resultado na queda do então Presidente Fernando Collor de Melo. Para ele, o que estava em questão era a legitimidade das normas indicadas na petição inicial, se eram constitucionais ou não. Asseverou que não existia na Constituição relação entre a capacidade de votar e a habilitação para contribuir, pois existiam pessoas que não poderiam votar e ainda assim poderiam contribuir para candidaturas políticas e tais circunstâncias, sob a tutela da CRFB/1988. Para ele, não se poderia radicalizar afirmando que todo financiamento de pessoa jurídica era inconstitucional. Lembrou ainda que, qualquer que fosse o resultado do julgamento, não iria, fundamentalmente, eliminar ou limitar os altos custos dispendidos no financiamento de campanhas eleitorais, pois a inconstitucionalidade estaria nas práticas políticas ilegítimas.

Para o Ministro, bastaria que o judiciário, através da justiça eleitoral, efetivasse o art. 17-A da Lei nº 9.504/1997<sup>66</sup>, o qual ordenava a fixação por lei de disposição sobre limites de gastos de campanhas. Asseverou ainda que não se tratava de declarar a inconstitucionalidade das fontes de financiamento. Para o Ministro Teori, a eliminação formal dos recursos provenientes de pessoas jurídicas, muito provavelmente seriam imediatamente substituídos através de uma suplementação informal e ilegítima. Ele deixou registrado ainda que seria importante que fosse vedado às pessoas jurídicas doadoras de campanhas eleitorais celebrar contratos com o poder público até o termo final da gestão subsequente.

---

<sup>66</sup> BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm). Acesso em: 26 ago. 2019



Com tudo isso, o Ministro Luiz Fux interveio na exposição do Ministro Teori, para que viesse a esclarecer sobre seu voto, o qual havia sido dado no ano anterior. Ele asseverou que não dava para escapar da realidade daquele modelo vigente pois ele criava assimetria entre os eleitores, concluindo que o modelo de antes de Fernando Collor nunca serviu para o país e que o modelo vigorante também não, o que tornava o problema delicado, segundo ele.

Tanto o Ministro Luís Roberto Barroso quanto o Ministro Luiz Fux vieram a intervir na exposição do Ministro Teori Zavascki, lembrando-o de que o ingresso na política no Brasil se daria por sucessão hereditária ou como um compromisso já firmado entre financiador e candidato, de modo que esse era o modelo que decretava a morte do idealismo e precisava ser transformado, para atrair novas pessoas para a política.

Logo após aquelas intervenções, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista do processo, levando à sua suspensão, pois, para ele, existiam considerações que deveriam ser feitas levando em conta as cogitações passíveis de se fazer, pois o tema era complexo e permitia uma miscelânea de abordagens, segundo ele.

O voto-vista do Ministro Gilmar Mendes se deu somente em 16 de setembro de 2015. Seu pedido de vista havia interrompido o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por dezessete meses. Impende registrar que o Ministro devolveu o processo para voto exatamente um dia após a votação em plenário do Congresso Nacional. Votação essa que resultou na aprovação de doações por pessoas jurídicas pela Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 5.735/2013<sup>67</sup>). Para o Ministro Gilmar, não se poderia mudar pontualmente a forma de financiamento sem a discussão do modelo eleitoral que até então vigia, como um todo. Segundo ele, um dos

---

<sup>67</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.735/2013**. Altera as Leis nºs 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=580148>. Acesso em: 20 jul. 2019



riscos de que se viesse a permitir apenas a doação de pessoas naturais nos moldes então vigentes era de que partidos fariam o que ele chamou de “captação indevida de CPFs”, dividindo as doações que receberiam de grandes companhias entre várias pessoas naturais. Afirmou que daquele desenho que estava sendo formulado pela Corte, com a proibição de doações por pessoas jurídicas, surgiria uma verdadeira “fábrica de laranjas”, pois o sistema, que sempre se reinventa, manejaria mais uma vez para driblar a proibição. Ele afirmou que partidos deveriam situar-se entre o Estado e a sociedade, representando o seu liame, o qual não seria meramente formal, mas, ao contrário, seria real como força representativa de setores da sociedade. Ele pontuou que partidos não deveriam poder se confundir com o próprio Estado, e que o financiamento exclusivamente público de campanha poderia trazer tal confusão. Alertou ainda para o risco de surgimento de cartéis eleitorais pelo país com tal proibição. Para ele, seria essencial que partidos buscassem apoio por meio de recursos no seio da sociedade civil, essencial para a saúde da democracia.

Dando continuidade ao julgamento, o decano Ministro Celso de Mello, em seu voto, consignou que a CRFB/88 não regulou ou tocou no tema de doação de campanha por pessoa jurídica, apenas ressaltou que o abuso do poder econômico não seria tolerado, asseverando, portanto, que a prática não seria inconstitucional. O Ministro acompanhou Teori Zavascki em seu voto e destacou que pessoas jurídicas poderiam possuir interesses legítimos, e que tais doações deveriam limitar-se a serem muito bem regulamentadas e fiscalizadas pelo Ministério Público, por outros partidos e pelos próprios candidatos, para impedir o abuso do poder econômico.

Foram então, nesse julgamento, três votos vencidos a favor de doações por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais.

Ressalta-se, no entanto, que a realidade no Brasil é que as campanhas eleitorais costumam ser caras, além de imprescindíveis, não sendo possível descartar o apoio financeiro para que sejam realizadas. Importa que, até 1994, eram proibidas,



no Brasil, a doação em dinheiro por parte de pessoas jurídicas através da Lei nº 4.740/1965<sup>68</sup> em seu art. 56, IV e da Lei nº 5.682/1971<sup>69</sup> em seu art. 91, IV. Contudo, a experiência da época demonstrou que tal proibição não foi uma alternativa viável. Assim se posicionou o Ministro Teori Zavascki no acórdão da ADI 4.650, página 145<sup>70</sup>:

(...) A história do direito brasileiro dá testemunho claro a esse respeito. Como se sabe, o legislador brasileiro optou, em certa época, por proibir pessoas jurídicas de contribuir para partidos políticos e campanhas eleitorais. Era assim na vigência da Lei Orgânica dos Partidos Políticos editada em 1971 (Lei 5.682/71, art. 91, IV). Nem por isso, todavia, deixaram de existir na época os mesmos (ou até maiores) abusos, gastos excessivos e corrupção eleitoral que agora se atribuem às normas impugnadas na presente ação direta. Na verdade, a abertura que permitiu doações por parte de pessoas jurídicas, em níveis limitados e acompanhados por sistema de controle, como hoje está consagrado nas normas aqui atacadas, resultou de uma opção legislativa explicitamente concebida como resposta às imoderações, fraudes e descaminhos verificados quando vigorava a proibição que aqui se busca reimplantar, mazelas que vieram à tona durante as investigações de Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI desencadeada no governo do então presidente Fernando Collor de Mello (...). Na ocasião, firmou-se o consenso de que a proibição pura e simples do financiamento de campanhas por pessoas jurídicas seria uma alternativa hipócrita para minorar a natural e inevitável insinuação do poder econômico sobre as eleições. A admissão de doações privadas, acompanhada do estabelecimento de meios de controle mais efetivos, foi a aposta que acabou sendo adotada (...). Presente essa realidade, mostra-se uma alternativa pouco afinada com a nossa experiência histórica imaginar que a corrupção eleitoral e o abuso do poder econômico sejam produto do atual regime normativo e que isso seria razão ou pretexto suficiente para

---

<sup>68</sup> BRASIL. Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965. Revogada. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1950-1969/L4740.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4740.htm). Acesso em: 24 ago. 2019

<sup>69</sup> BRASIL. Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971. Revogada. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/15682.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/15682.htm). Acesso em 24 de agosto de 2019

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro Teor do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650/DF**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308746530&ext=.pdf>. Acesso em: 11 set. 2019. p. 145



declará-lo inconstitucional, propiciando assim a volta ao regime proibitivo anterior (...).

Aventando-se por entre opiniões de juristas, como a do advogado José Pires da Silva em seu artigo para a Revista dos Tribunais em 2016, a decisão do Supremo foi além do conteúdo normativo específico do comando do art. 14, § 9º da CRFB/1988, pois, para ele, o STF presumiu, ao mesmo tempo, que a única importante influência do poder econômico se dava pelo financiamento de campanha por pessoas jurídicas, partindo do pressuposto de que as doações de empresas conduziam, automaticamente, à ilegitimidade da eleição ao ponto de ser melhor proibi-las de maneira total. Na opinião de José Pires da Silva, o Supremo aplicou ainda um critério de distinção de capacidade econômica entre pessoas físicas e jurídicas que não reflete precisamente uma verdade em consonância com a realidade<sup>71</sup>.

Ademais, a oscilação do regramento hora posto a depender da vontade de magistrados também não favorece a democracia, pois, a esse respeito, Manuel Gonçalves Ferreira Filho asseverou que a crise da lei é intimamente relacionada à crise da democracia e sua transitoriedade provoca sua desvalorização e isso é danoso para o tecido da sociedade de um país. A norma que deveria ser objeto de ordem e certeza em todas as relações sociais torna-se um adorno que é mudado ao sabor da vontade de alguns<sup>72</sup>. Ferreira recorda ainda Hobbes em seu livro, assinalando que:

A contraposição entre lei e direito é sumamente perigosa para a paz e estabilidade sociais, quando cada qual se dispõe a julgar a lei, cumprindo-a ou não, segundo sua apreciação subjetiva do justo e do injusto, a sociedade se transforma num campo de luta, onde o mais forte ou mais astuto esmagará o menos hábil e o mais fraco<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> SILVA, Rogério Pires da. **Financiamento de campanhas eleitorais e a recente proibição de doações de pessoas jurídicas.** Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_boletim\\_2006/RTrib\\_n.970.04.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boletim_2006/RTrib_n.970.04.PDF) . Acesso em: 22 out 2019

<sup>72</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Do Processo Legislativo.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

<sup>73</sup> ibidem



Importante destacar que Ferreira cita o filósofo Platão em seu livro, lembrando que o ateniense afirmava que a incontestável superioridade da lei é condição indispensável para a prosperidade do Estado. No diálogo “As leis”, é sublinhado que:

Um Estado onde a Lei está submetida àqueles que governam e fica sem autoridade, está bem perto da perda; ao contrário, aquele onde a Lei é senhora e os magistrados são escravos da Lei, conserva-se e goza de todos os bens que os deuses concedem aos Estados<sup>74</sup>.

Por tudo isso, importa consignar que se deve primeiramente mirar na regulamentação e fiscalização de doações por parte de empresas, como aventado por parte dos Ministros da Corte em seus votos, proibindo-as de obter contraprestações vantajosas por parte daqueles que foram conduzidos ao poder com ajuda da empresa, além de limitar a quantidade de capital que a pessoa jurídica pode doar e, por lógica, normatizar que empresas não possam doar para diferentes candidatos, assim como para partidos com ideologias opostas. Mas o que restou decidido pela Suprema Corte foi a proibição total, por ora, de doações por parte de empresas privadas.

No próximo tópico serão analisados e revelados argumentos de Ministros desfavoráveis à doação a campanhas eleitorais por pessoas jurídicas.

### *3.1.2 Argumentos desfavoráveis à doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais*

Em 11 de dezembro de 2013, o Ministro Relator Luiz Fux votou de maneira desfavorável à doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais. Ele iniciou seu voto afirmando que a demanda se resumia em discutir a validade jurídico constitucional daquele arcabouço normativo vigente, o qual disciplinava o financiamento de campanhas eleitorais. Sustentou a legitimidade da intervenção judicial naquele caso concreto, estabelecendo que se encontrava em harmonia com o

---

<sup>74</sup> *ibidem*



regime democrático de direito, legitimando o exercício da jurisdição constitucional na espécie.

O Ministro então lembrou da influência cada vez maior do poder econômico no processo político brasileiro, em decorrência do aumento de gastos por partidos políticos durante a competição eleitoral. Asseverou que em 2002 os candidatos haviam gastado 788 milhões no total, ao passo que 10 anos mais tarde esses valores haviam superado 4,5 bilhões, significando um aumento de 471% de gastos. Uma verdadeira discrepância. O Magistrado da Corte comparou esses valores com outros indicadores importantes no Brasil à época, como o Produto Interno Bruto - PIB, que havia crescido 41% perante a inflação acumulada, a qual havia sido de 78% no mesmo período, demonstrando, assim, a veemente irrazoabilidade injustificável daquele crescimento exponencial.

---

Afirmou que a lei que deveria fixar limites aos dispêndios eleitorais nos termos do art. 17-A da Lei nº 9504/1997 (que até então vigorava com a redação dada pela Lei nº 11.300/2006) nunca havia sido editada e que, por isso, e nos termos do art. 18 (que até então vigorava com a redação também dada pela Lei nº 11.300/2006), sempre haviam sido os partidos que estabeleciam os limites de gastos e os informavam à justiça eleitoral por ocasião do pedido de registro de candidatura. Para ele, somente uma reforma política aperfeiçoaria e corrigiria os rumos daquela matéria, pois 0,89% de toda a riqueza gerada no Brasil escoava para financiamento de campanhas políticas, o que superava inclusive os Estados Unidos, que gastava 0,30% do PIB em campanhas. Ele lembrou que até a edição da Lei nº 13.165/2015<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> BRASIL. **Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015**. Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos eram permitidas as doações e contribuições de empresas para campanhas eleitorais até o limite de 2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição (art. 24, da Lei nº 9.504/1997, parte em que autorizava tais doações a contrário *sensu*, parágrafo único do mesmo dispositivo, e art. 81, caput e § 1º dessa lei). Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm). Acesso em: 17 fev. 2020



Para o Ministro, excluir as pessoas jurídicas que não eram essenciais à democracia do financiamento de campanhas, não traria nenhum efeito sistêmico deletério para a democracia do país, visto que permaneceriam o acesso aos recursos do fundo partidário e a propaganda eleitoral gratuita nos veículos de comunicação e ainda persistiria o financiamento por pessoas naturais. Segundo o Ministro, a atuação por parte de pessoas jurídicas poderia limitar-se a ser meramente contingencial. Ele subscreveu a defesa de Ronald Dworking sobre a legitimidade das pessoas jurídicas de atuarem na seara política no plenário. Esse autor, segundo o Ministro, sustenta que empresas são ficções legais sem opiniões próprias para contribuir e sem direitos a participar com a mesma voz e voto das pessoas físicas.

Segundo o Ministro, a participação das pessoas jurídicas encarecia o processo eleitoral, sem oferecer como contrapartida a melhora e o aperfeiçoamento do debate. Ainda para ele, financiamento de campanha e liberdade de expressão não possuíam a menor vinculação. Lembrou ainda da inexistência de perfil ideológico por parte das pessoas jurídicas responsáveis pelo financiamento, haja vista que as doações eram feitas para candidatos com ideologias diametralmente opostas. O Ministro deixou claro que autorizar empresas a fazerem doações e não dispender semelhante tratamento às entidades sindicais ou entidades não governamentais, por exemplo, afrontava o princípio da isonomia e da cidadania entre as pessoas jurídicas. Ele lembrou que a ampla possibilidade de doação a campanhas, tendo por base a renda e o faturamento de pessoa jurídica, desequilibrava o processo eleitoral, revelando-se insuficiente para impedir que amoralidades econômicas fossem levadas ao campo político. Destacou ainda que o sistema vigente criava obstáculos à redução das desigualdades de gênero no sistema político, haja vista que, segundo ele, as empresas priorizavam as suas doações a candidatos homens. Asseverou que a doação por pessoa jurídica potencializava as desigualdades sociais e econômicas, pois seria inexistente a igualdade política entre uma grande empresa e uma pessoa física. Os dois não possuíam igual possibilidade de influir e participar na formação da vontade política





do Estado. Asseverou o Ministro que naquele ambiente o êxito era dependente do poderio econômico e não das plataformas políticas de ideias, o que desestimulava indivíduos a participarem da vida política do país.

Por fim, o Ministro acolheu os pedidos formulados na Ação Direta de Inconstitucionalidade, decidindo pela inconstitucionalidade dos artigos 23, § 1º, I e II; 24, e 81, caput e § 1º, da Lei nº 9.504/1997<sup>76</sup>, que tratavam de doações a campanhas eleitorais por pessoas físicas e jurídicas, bem como dos artigos 31; 38, III, e 39, *caput* e § 5º, da Lei nº 9.096/1995<sup>77</sup>, os quais preconizavam as formas e os limites para efetivação de doações a partidos políticos no país. Sobre a modulação dos efeitos, o Ministro decidiu pela aplicação daquela decisão para as próximas eleições com efeitos *ex tunc*, e salvaguardou situações concretas consolidadas até aquele momento, assim como fixou o prazo de 18 meses para que o Congresso Nacional legislasse sobre a doação por pessoas naturais, caso contrário o TSE estaria autorizado a fazê-lo.

Em seguida, o Ministro Presidente Joaquim Barbosa antecipou seu voto, acompanhando o Ministro Luiz Fux, porém divergindo quanto à modulação dos efeitos, ao afirmar que votaria para que a decisão pudesse ser aplicada já a partir daquele momento, visto que a ação havia sido ajuizada em 2011.

O julgamento, que continuou no dia seguinte (12/12/2015) sem a presença dos Ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, foi interrompido pelo pedido de vista do Ministro Teori Zavaski, havendo apesar disso, naquela ocasião, a antecipação dos votos do Ministro Dias Toffoli e do Ministro Luís Roberto Barroso. Assim, o Ministro Dias Toffoli pronunciou antecipadamente o seu posicionamento naquela data. Ele sintetizou em seu voto que a questão se restringia a decidir se eram

---

<sup>76</sup> BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm). Acesso em: 26 ago. 2019

<sup>77</sup> BRASIL. **Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995**. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm). Acesso em: 20 ago. 2019



as corporações dos grandes grupos econômicos, com o seu poderio financeiro, ou o povo, a cidadania, que poderia financiar a democracia no Brasil. Ao fim, acompanhou os votos do relator e do Presidente da Corte Joaquim Barbosa, lembrando que a Constituição em seu art. 14, § 9º protegia a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico. Ele repisou que cidadania e soberania não poderiam ser exercidas por pessoas jurídicas e que somente pessoas naturais estariam autorizadas a exercer o sufrágio. Concluiu que a ideologia das empresas era o lucro e que pessoas físicas deveriam contribuir de acordo com suas ideologias. Não deixou consignado, naquela ocasião, sobre a modulação dos efeitos relativos à decisão.

Em dado momento, durante a exposição do Ministro Toffoli, o Ministro Gilmar Mendes interveio no voto do Ministro Dias Toffoli para chamar à baila implicações que deveriam ser levadas em conta naquela decisão. Segundo ele, a proibição de financiamento por pessoa jurídica favorecia o grupo político que estivesse no poder, pois, para ele, propaganda institucional nada mais era do que propaganda eleitoral, e quem estivesse no poder teria a mais valia em suas mãos, bem como preconizado por Carl Schmitt, segundo o Ministro. Afirmou que a discussão era sobre a perversão do Sistema para legitimar a proibição de doação por empresas e deslegitimar aquele sistema que funcionava desde a promulgação da CRFB/1988.

Logo em seguida, o Ministro Luís Roberto Barroso votou no mesmo sentido do relator, evidenciando a centralidade que o dinheiro havia passado a ter no processo eleitoral brasileiro, asseverando que a questão era de moralidade pública. Chamou atenção à importância que deveria ser dada àquele momento, em que estava em curso a perversão com o uso de mecanismos não republicanos, apontando que a imoralidade acontecia no mesmo instante em que o interesse particular se transvestia de interesse público. Para ele, o poder legislativo precisava reanalisar o modelo vigente, pois precisava de transformação e necessitava de um sistema eleitoral mais barato, autêntico, democrático e republicano para atender à moralidade pública que a



sociedade brasileira demandava. Vetou a participação das empresas dentro daquele modelo que vigorava até então, deixando expressamente ressalvado o espaço para eventual legislação que permitisse a volta de doação por pessoas jurídicas que eventualmente deveria ser normatizado pelo Congresso Nacional, para ser reintroduzido no ordenamento jurídico. Para o Ministro, o poder do dinheiro desnivelava as pessoas e ele não deveria ter essa capacidade. O Ministro ainda trouxe ideias para baratear campanhas onde essas seriam os votos em lista fechada ou preordenada e o voto distrital majoritário. Ainda deixou expressa a necessidade urgente de reaproximação da classe política com a sociedade civil, para a estabilidade.

Mas foi quando o Ministro Gilmar Mendes pediu vista do processo que o Ministro Marco Aurélio pediu para antecipar o seu voto. Ele iniciou seu voto lembrando que o Brasil era o país da plutocracia (sistema político onde o poder é exercido pelo grupo mais rico/abastado) e não bastavam eleições periódicas para a manutenção da democracia, para ele era preciso um processo eleitoral igualitário e justo, que obstasse ser subvertido pela influência do poder econômico. Asseverou que o modelo que vigia transgredia princípios fundamentais da democracia, da igualdade, da ordem constitucional, da proporcionalidade e da República. Para ele, não existia doação desinteressada por parte de empresas, de modo que seria primordial a promoção de mecanismos a fim de evitar que a riqueza tivesse o controle do processo eleitoral. O Ministro trouxe também dados empíricos em seu voto, o que fundamentava o papel decisivo do poder econômico no tocante a resultados de eleições na mesma linha do que foi trazido pelo voto do relator. Ele julgou parcialmente procedente a ação e rejeitou a modulação de efeitos, adotando a eficácia *ex tunc*.

Então o Ministro Ricardo Lewandowski também pediu adiantamento de seu voto e o iniciou afirmando que acompanhava o relator. Ele votou pela procedência da ADI 4.650. Para ele, os pleitos eleitorais deveriam ser regidos pelo princípio de



que cada cidadão deveria corresponder a um voto, com igual peso e valor para todos. Aventou que o atual modelo ofendia o art. 14, § 9º da CRFB/1988, como no raciocínio do Ministro Dias Toffoli. Quanto à modulação dos efeitos da decisão, instou manifestar-se sobre apenas ao final do julgamento.

Quando do voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, as Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia votaram em seguida e em concordância com o relator, votaram as duas na mesma linha do relator.

Enfim, ao final do julgamento, termo que se deu em 17/9/2015, o ministro Ricardo Lewandowski, então Presidente do STF, proclamou que:

(...) o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do ministro relator, julgou procedente em parte o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, vencidos, em menor extensão, os ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes, que davam interpretação conforme, nos termos do voto ora reajustado do ministro Teori Zavascki. O Tribunal deliberou que a decisão valerá a partir da data de hoje e, portanto, aplica-se às eleições de 2016 e seguintes. Com relação às pessoas físicas, as contribuições ficam reguladas pela lei em vigor (...).<sup>78</sup>

Restou então consignado pela maioria do Tribunal que era inconstitucional apenas o modelo de doação por pessoas jurídicas então vigente naquele momento, o que vetou a futura circulação de bilhões nos pleitos eleitorais que eventualmente se daria nos anos seguintes para assim tentar estancar a sangria da corrupção que arruinava o Brasil, de modo significativo, mas não completamente. Os Ministros, em sua maioria, decidiram ainda que isso não significaria que as empresas não pudessem participar do processo político de modo a influenciar campanhas eleitorais por outros meios. A Corte declarou, portanto, constitucional o limite de 10% dos

---

<sup>78</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro Teor do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650/DF.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308746530&ext=.pdf>. Acesso em: 11 set. 2019. p. 350



rendimentos de doação por pessoas físicas e declarou constitucional a questão do autofinanciamento de campanhas, que viria a ser limitado quando viesse a ser regulamentado mais tarde.

Como o julgamento de 8 votos desfavoráveis e somente 3 favoráveis à doação por pessoas jurídicas, o Projeto de Lei aprovado no Congresso, que permitia a doação por pessoas jurídicas, foi vetado pela então Presidente Dilma Rousseff, que não sancionou os dispositivos da lei que reintroduzia o financiamento empresarial de campanhas.

Para Aline Osório, por exemplo, a proibição de doações por pessoas jurídicas possui íntima relação com o princípio democrático. Isso porque, apesar das contribuições de financiamento de campanhas terem alguma dimensão comunicativa (é um dos vetores que viabilizam o acesso dos eleitores a informações sobre candidatos em disputas eleitorais), no Brasil eram encaradas como forma de obtenção de prestígio junto a candidatos e seus partidos. Os doadores forneciam grandes quantias para candidatos rivais, assegurando sua influência, não importando qual fosse o vencedor do pleito. Tal situação, assinala Osório, comprometia a democracia<sup>79</sup>.

Por tudo isso, a camada social detentora do poderio econômico no país sempre o fez valer nas decisões políticas através da obtenção de favores junto a candidaturas, sendo contemplada com facilidades para realização de contratos com o governo, chegando assim a ditar até mesmo os rumos da macroeconomia do país<sup>80</sup>. As doações, no Brasil, nunca conseguiam expressar as preferências políticas das pessoas jurídicas que doavam, afinal, eram tidas como investimento para um futuro contrato com o governo, por exemplo. Além disso, desestimulavam os partidos a convencer eleitores (pessoas físicas) a doarem para a projeção de suas ideias,

---

<sup>79</sup> OSÓRIO, Aline. O dinheiro e as campanhas eleitorais. In: **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017. p. 351-407

<sup>80</sup> SOUSA, José Pedro Galvão de; GARCIA, Clovis Lema; CARVALHO, José Fraga Teixeira de. **Dicionário de Política**. São Paulo: T.A. Queiroz, 1998 p. 383



propostas e projetos para o país, afinal, altos valores eram captados com empresas privadas mais facilmente. Isso desperta, talvez, o alerta de que a sociedade necessita de uma eventual reeducação política de todos os atores que movem o curso da direção do país.

Segundo Felipe Borba e Emerson Urizzi Cervi, a distribuição assimétrica dos recursos financeiros gera condições díspares para a representação política no sistema eleitoral brasileiro e o percentual de votos está diretamente relacionado ao volume de doações alcançados para a campanha eleitoral de um determinado pleito<sup>81</sup>. Doações feitas por pessoas jurídicas sempre viabilizaram o ambiente propício para a desigualdade de chances entre candidatos em uma disputa eleitoral.

Tal decisão do STF na ADI 4.650 foi capaz de produzir impacto e concretizava, ao menos por ora, de forma satisfatória, porém, não definitiva, os princípios constitucionais eleitorais conforme preceituados por Aline Osório, entre eles a igualdade política entre os cidadãos, pois se fazia necessário agora que partidos se voltassem ao convencimento de indivíduos e não de empresas e corporações; a igualdade de oportunidade entre os candidatos, pois aqueles próximos a grandes empresas doadoras obtinham vantagens perante outros concorrentes; a legitimidade do pleito, pois a relação corrompida entre dinheiro e política eclipsava e deturpava a vontade popular, afetando a legitimidade das eleições; a liberdade de expressão que seria, a partir daquele momento, mais profundamente viabilizada com o trabalho que os candidatos teriam de realizar para convencer e vender a plataforma de suas propostas, aumentando o fluxo de informações nas campanhas<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> BORBA, Felipe; CERVI, Emerson Urizzi. Relação entre propaganda, dinheiro e avaliação de governo no desempenho de candidatos em eleições majoritárias no Brasil. **Revista Opinião Pública**, Campinas, v. 23, n. 3, set./dez. 2017. Disponível em [https://www.academia.edu/35436444/2017\\_Revista\\_Opini%C3%A3o\\_P%C3%BAblica\\_Rel%C3%A7%C3%A3o\\_entre\\_propaganda\\_dinheiro\\_e\\_avalia%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_governo\\_nas\\_elei%C3%A7%C3%B5es\\_majorit%C3%A1rias\\_no\\_Brasil](https://www.academia.edu/35436444/2017_Revista_Opini%C3%A3o_P%C3%BAblica_Rel%C3%A7%C3%A3o_entre_propaganda_dinheiro_e_avalia%C3%A7%C3%A3o_de_governo_nas_elei%C3%A7%C3%B5es_majorit%C3%A1rias_no_Brasil). Acesso em: 20 out. 2019

<sup>82</sup> OSÓRIO, Aline. O dinheiro e as campanhas eleitorais. *In: Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017. p. 351-407



Conforme todo o exposto, vê-se que, apesar do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650 ter culminado com a proibição de doação por parte de empresas, nota-se que nenhum Ministro se opôs peremptoriamente à sua eventual normatização pelo Congresso Nacional. Portanto, não se deve olvidar ou deixar de valorizar a importância do papel relevante que uma empresa possa prestar ao seu país, à sua economia e ao seu crescimento. Talvez seja salutar uma discussão profícua e útil por parte do Congresso Nacional para refletir convenientemente sobre a capacidade por parte de pessoas jurídicas de exercer algum tipo de influência econômica em campanhas eleitorais. Decerto o caminho esteja sim na restrição de valores em dinheiro, de maneira regulada e fiscalizada para estabelecer uma forma isonômica e justa entre doadores poderosos e não poderosos, como foi posto pelos Ministros Teori e Celso de Mello em seus votos na ADI 4.650. Certo é que às pessoas jurídicas foram concedidos, pela Constituição da República do país, a fruição de alguns direitos ora outorgados somente às pessoas naturais e que por isso não se pode perder de vista que a elas deveria ser dado ainda que de maneira altamente regulada e eficientemente fiscalizada, a chance de exercer o direito de influenciar economicamente o processo político do país. Urge a busca pelo equilíbrio do correto exercício das liberdades individuais na política por parte de pessoas naturais e de pessoas jurídicas sob o olhar rigoroso das instituições incumbidas da tarefa de promover a legitimidade da normalidade de pleitos eleitorais no Brasil.

Segue tabela com o pleito final da votação relativa à ADI 4.650:

**Tabela 1.** Relação dos votos finais - ADI 4.650



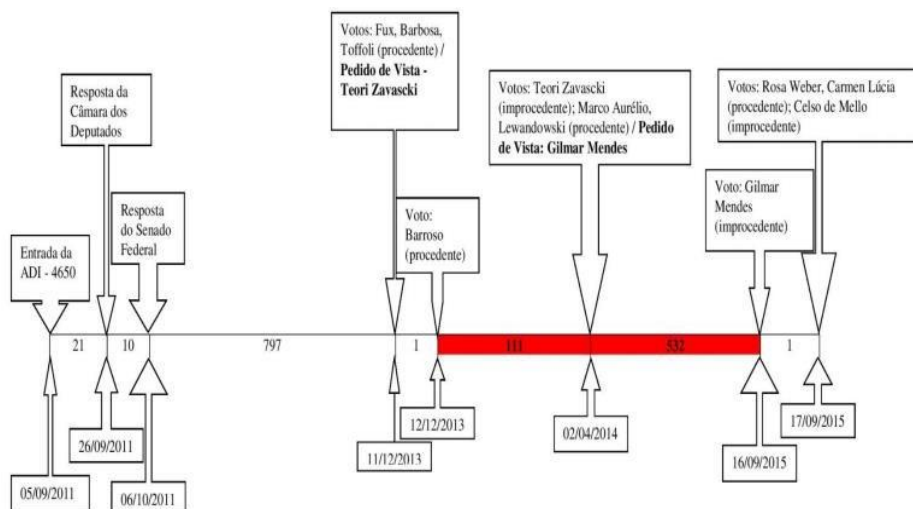
**Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.650**

Ministro (a)	Voto
Ricardo Lewandowski (Presidente)	Procedência do pedido
Carmen Lúcia (Vice-Presidente)	Procedência do pedido
Celso de Mello	Improcedência do pedido
Dias Toffoli	Procedência do pedido
Gilmar Mendes	Improcedência do pedido
Joaquim Barbosa	Procedência do pedido
Luís Roberto Barroso	Procedência do pedido
Luiz Fux	Procedência do pedido
Marco Aurélio	Procedência do pedido
Rosa Weber	Procedência do pedido
Teori Zavascki	Improcedência do pedido

**Fonte:** Elaboração própria a partir de informações retiradas do site do STF – <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308746530&ext=.pdf>.

Segue também o registro da linha temporal relativa à ADI 4.650, a fim de traçar um paralelo sobre a evolução da trajetória do julgamento:

**Figura 1.** Linha Temporal ADI 4.65







**Fonte:** <http://www.anpocs.com/index.php/papers-40-encontro-3/spg-5/spg28-2/11512-control-de-agenda-individual-analise-dos-efeitos-dos-pedidos-de-vista-no-julgamento-da-adi-4650/file>

## **CONCLUSÃO**

Após a realização deste trabalho em forma de artigo acadêmico, verificou-se válida a hipótese traçada ao problema proposto. Inicialmente, discutiu-se sobre o papel do dinheiro meio às eleições brasileiras, sua utilização, instrumentalização e importância. Além disso, aventou-se sobre sua regulamentação, a qual se baseou no Código Eleitoral de 1950, tendo o marco sido estabelecido a partir dos parâmetros preliminares sobre doações em campanhas eleitorais. Ato contínuo, discorreu-se sobre o conceito de direitos políticos, destacando seu vínculo indissolúvel da cidadania para o exercício do sufrágio dentro de uma ordem jurídica própria com poder normativo, disciplinar e organizador, incorporado por um Estado soberano.

Adiante, enveredou-se pelos princípios constitucionais relativos ao julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 4.650 de 2015, examinando-se o conceito e a natureza desses postulados através da doutrina, além de analisar a legislação infraconstitucional supostamente violada na espécie. Discorreu-se pela movimentação no mundo jurídico, o que, naquele momento, fragilizou a lei permissiva, alargando o âmbito de atuação de movimentações vultosas de dinheiro por entre campanhas políticas, então mais comprometidas com o mundo empresarial do que com a sociedade civil, deixando a impressão de suposta privatização do espaço político.

Assim, no terceiro capítulo adentra-se no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 4.650/2015 propriamente dita, através do exame argumentativo do julgado. Percorreu-se pelas razões decisórias aventadas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, analisando as alegações para compreensão do raciocínio feito em plenário. Suscitou-se a questão, quando do exame do julgamento,



de que a resposta dada pelo plenário da Corte Constitucional pode ter deixado falhas e ido além do que lhe era permitido pela Constituição do país.

A decisão, objeto deste artigo, acabou por restringir somente às pessoas físicas a faculdade de poder exercer o direito de influenciar campanhas eleitorais através de financiamentos privados. Entretanto, a matéria, segundo a Constituição

da República, é privativa do Congresso Nacional, portanto, uma questão política e, não, jurídica. Mas, apesar disso, por ora, coube ao Supremo Tribunal Federal coordenar e organizar sua regulamentação.

De todo modo, o presente artigo pretendeu concluir que, ao avançar-se assim por responsabilidades pertencentes a outra esfera de poder, pode eventualmente trazer incerteza, insegurança e desordem ao mundo jurídico, o qual deve considerar as evoluções constantes do mundo hodierno, de modo a avançar de maneira dinâmica. Como já foi dito, permissões e restrições já foram concedidas antes sem que realmente pudessem ter sido alcançados os objetivos então propostos. Talvez a resposta a ser deliberada é a liberdade com restrições através da regulamentação pela legislação e fiscalização rigorosas por instituições competentes, as quais precisam impor rigorosa transparência a respeito da origem e do fim que será dado aos valores doados e gastos. Eventuais abusos sempre continuarão a ser decotados pelos órgãos responsáveis da justiça.

É preciso deixar registrado que lacunas e questões importantes foram deixadas de lado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650/2015 e que não poderão deixar de ser discutidas em um possível aprofundamento e reflexão por parte do Congresso Nacional como por exemplo a natureza e relevância do cumprimento da função social de uma empresa no seio de uma sociedade. Persiste a indagação sobre quais são os direitos de uma pessoa jurídica e em que medida pode lhe ser concedida a fruição de algumas prerrogativas ora outorgados somente às pessoas naturais. E ainda levar em consideração se uma empresa privada



pode ter a chance de exercer algum direito de influenciar o processo político de um país, sendo que tudo indica que sim.

Resta ainda uma indagação, pois há um clamor da sociedade para que as eleições se tornem cada vez mais econômicas, mais austeras, com menos dispêndio, porém, levando em consideração o dado real de que gastos se fazem necessários, mesmo que mínimos, para a viabilização de campanhas eleitorais neste momento.

O presente tempo é plausível para que tal anseio caminhe e se torne realidade, haja vista as eleições de 2018, que elegeram o Presidente da República Jair Bolsonaro, exemplo mais evidente de um candidato que gastou pouquíssimo para conquistar eleitores. Baratear as eleições perpassa por um caminho com mais liberdades, ainda que sejam estabelecidas com regras e fiscalização bemdefinidas.

Ademais, deve-se ter em mente que o mundo caminha para que seus cidadãos tenham uma postura mais liberal, onde cada indivíduo requer mais autonomia, espaço e protagonismo por meio das redes sociais na internet, cada vez mais atuante entre todos. Hoje, cada indivíduo é um órgão de imprensa, uma voz na internet e pode influenciar debates relevantes para o progresso do país. As redes sociais contribuem para fazer perecer o argumento de que é necessário altas quantias para eleger um candidato e de que só quem tem dinheiro se elege.

Por todo o exposto, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650, de 2015 e sua análise aqui proposta corroborou com o que foi discutido no curso deste trabalho, respondendo afirmativamente ao problema apresentado e tornando válida a hipótese traçada nesta pesquisa.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 90-91.



BACKES, Ana Luiza. Legislação sobre financiamento de partidos e de campanhas eleitorais no Brasil, em perspectiva histórica: estudo dezembro 2001. **Consultoria Legislativa**: IV – do fim do estado novo ao golpe de 64: 1946 a 1964, Câmara dos Deputados, p. 1-8, 15 dez. 2001. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema3/111722.pdf>. Acesso em: 7 set. 2019.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua**: um projecto filosófico. Trad. Artur Morão. Covilhã: LusoSofia, 2008, p. 11-15.

BORBA, Felipe; CERVI, Emerson Urizzi. Relação entre propaganda, dinheiro e avaliação de governo no desempenho de candidatos em eleições majoritárias no Brasil. **Revista Opinião Pública**, Campinas, v. 23, n. 3, set./dez. 2017. Disponível em [https://www.academia.edu/35436444/2017\\_Revista\\_Opini%C3%A3o\\_P%C3%BAblica\\_Rela%C3%A7%C3%A3o\\_entre\\_propaganda\\_dinheiro\\_e\\_avalia%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_governo\\_nas\\_elei%C3%B5es\\_majorit%C3%A1rias\\_no\\_Brasil](https://www.academia.edu/35436444/2017_Revista_Opini%C3%A3o_P%C3%BAblica_Rela%C3%A7%C3%A3o_entre_propaganda_dinheiro_e_avalia%C3%A7%C3%A3o_de_governo_nas_elei%C3%B5es_majorit%C3%A1rias_no_Brasil) . Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.735/2013**. Altera as Leis nºs 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=580148>. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o código eleitoral. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965**. Revogada. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1950-1969/L4740.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4740.htm). Acesso em: 24 ago. 2019.



BRASIL. **Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971.** Revogada. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/15682.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/15682.htm). Acesso em 24 de agosto de 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.** Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm). Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.** Estabelece normas para as eleições. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm). Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.300, de 10 de maio de 2006.** Dispõe sobre propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11300.htm) Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015.** Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm). Acesso em: 17 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro Teor do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650/DF.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308746530&ext=.pdf>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - STF inicia julgamento de ação sobre financiamento de campanhas eleitorais.** Parte 1. Brasília. 11/12/2013. Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=joMGQft9xXY>. Acesso em: 11 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - STF inicia julgamento de ação sobre financiamento de campanhas eleitorais.** Parte 2. Brasília. 12/12/2013. Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=OyAoLLM01UI>. Acesso em: 3 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno – Pedido de vista suspende julgamento de ADI sobre financiamento de campanhas.** Parte 1. Brasília.



02/04/2014. Youtube. Disponível em:  
<https://www.youtube.com/watch?v=joMGQft9xXY>. Acesso em: 11 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. p. 6. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/JoaoTrindadadeTeoriaGeraldosdireitosfundamentais.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 1.117/SP**. Disponível em:  
<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/133229879/agravo-regimental-em-recurso-ordinario-agr-ro-1117-sp/inteiro-teor-133229891?ref=serp>. Acesso em: 23 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 4.493/GO**. Disponível em:  
<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22019720/agravo-regimental-em-acao-cautelar-agr-ac-4493-go-tse/inteiro-teor-110496737?ref=amp>. Acesso em: 4 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 965.311/MG**.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.376, de 1º de março de 2012**. Dispõe sobre a arrecadação de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros e, ainda, sobre a prestação de contas nas eleições de 2012. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2012/RES233762012.htm>. Acesso em: 23 fev. 2020.

CANOTILHO J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 1996.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GLOSSÁRIO ELEITORAL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Disponível em:  
<http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/glossario-eleitoral>. Acesso em: 23 out. 2019.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. Brasil: Ed. Atlas, 2018. p. 4; 51-53; 60; 62; 70; 89-90.



O PORTAL DA HISTÓRIA. **Discurso de Abraham Lincoln**. Disponível em: <http://www.arqnet.pt/portal/discursos/novembro01.html>. Acesso em: 11 jan. 2020.

OSÓRIO, Aline. Constitucionalização do Direito Eleitoral: os princípios e interesses em jogo nas campanhas. *In: Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017. p. 141-176.

OSÓRIO, Aline. O dinheiro e as campanhas eleitorais. *In: Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017. p. 351-407.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 21. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROBLES, Enrique Gil. **Tratado de Derecho Político**. Madrid: Afrodisio Aguado, 1961, v. 1, p. 23.

RODRIGUES, Paulo Joaquim da Silva. Controle de agenda individual? Análise dos efeitos dos pedidos de vista no julgamento da ADI 4650. **42º ANPOCS**, Caxambu-MG, out. 2018. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/papers-40-encontro-3/spg-5/spg28-2/11512-controle-de-agenda-individual-analise-dos-efeitos-dos-pedidos-de-vista-no-julgamento-da-adi-4650/file>. Acesso em: 13 dez. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 42ª ed. Brasil: Malheiros, 2019

SILVA, Rogério Pires da. **Financiamento de campanhas eleitorais e a recente proibição de doações de pessoas jurídicas**. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_bibliot\\_e\\_ca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/R Trib\\_n.970.04.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliot_e_ca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/R Trib_n.970.04.PDF). Acesso em: 22 out. 2019.

SOUSA, José Pedro Galvão de; GARCIA, Clovis Lema; CARVALHO, José Fraga Teixeira de. **Dicionário de Política**. São Paulo: T.A. Queiroz, 1998. p. 157; 383.

SPECK, Bruno Wilhelm. O Financiamento de Campanhas Eleitorais. *In: AVRITZER, Leonardo e ANASTÁSIA, Fatima (orgs.). Reforma Política no Brasil*. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2006. p. 153-158. Disponível em: [https://www.academia.edu/6313964/Bruno\\_Wilhelm\\_Speck\\_O\\_financiamento\\_de\\_campanhas\\_eleitorais](https://www.academia.edu/6313964/Bruno_Wilhelm_Speck_O_financiamento_de_campanhas_eleitorais) Acesso em: 12 set. 2019.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Reforma Política no Brasil**. O Financiamento de Campanhas Eleitorais. Disponível em



[https://www.academia.edu/6313964/Bruno\\_Wilhelm\\_Speck\\_O\\_financiamento\\_de\\_campanhas\\_eleitorais](https://www.academia.edu/6313964/Bruno_Wilhelm_Speck_O_financiamento_de_campanhas_eleitorais) Acesso em: 12 set. 2019.

STF. **Regimento interno**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2020. Art. 135. Disponível em:  
<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

TSE. **Estatísticas e resultados da eleição**. Disponível em:  
<http://www.tse.jus.br/hotsites/estatistica2012/resultado-eleicao.html> . Acesso em: 23 jan. 2020.





# O DESTINO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA: UM ESTUDO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

Victor Mendes Monteiro<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho trata dos diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do destino do agravo de instrumento após a prolação da sentença, seja essa sentença objeto de recurso de apelação ou não. Neste contexto, é feita uma breve exposição de conceitos importantes para a elucidação do tema, como o efeito obstativo, e, em seguida, é apresentado um compilado dos vários entendimentos doutrinários de grandes expoentes do Direito Processual Civil sobre o tema. Ato contínuo, são apresentados alguns julgados, principalmente do STJ sobre o assunto, demonstrando as correntes doutrinárias que têm se destacado na Corte Superior. Por fim, são apresentadas possíveis conclusões colhidas a partir do estudo realizado da doutrina e da jurisprudência sobre a temática, indicando o cenário atual e uma alternativa de solução para a controvérsia.

**Palavras-chave:** agravo de instrumento; sentença; trânsito em julgado; perda de objeto; efeito obstativo.

## 1 INTRODUÇÃO

O problema a ser debatido é a ausência de consenso sobre como decidir frente à necessidade ou não de julgamento do agravo de instrumento com a superveniência de sentença pelo juízo de primeiro grau em diferentes hipóteses, seja interposto recurso de apelação contra essa sentença ou não.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, endereço de e-mail: victor.monteiro@sempreub.com.



Neste sentido, é inevitável que o destino dado ao agravo depois de proferida a sentença depende do conteúdo da decisão impugnada e do conteúdo da sentença superveniente. Consequentemente, é essencial determinar qual a decorrência de cada situação fática que pode vir a ocorrer.

Sobre o tema há uma variedade de posicionamentos e situações diferentes que podem surgir, e, com isso, chega-se à evidente conclusão de que o assunto possui um profundo grau de complexidade, e que definitivamente não se trata de um questionamento para o qual a resposta será simplesmente sim ou não. Percebe-se, então, que a solução destes problemas depende de se saber se a matéria sobre a qual versa a decisão do recurso é pressuposto lógico da sentença, além de outras questões.

Há ainda a hipótese de não interposição de recurso contra a sentença com agravo de instrumento pendente de julgamento. Neste meio existem outras discussões, se haveria ou não o trânsito em julgado da sentença, ou se o agravo perderia ou não o seu objeto. A jurisprudência já adotou diversas teses como majoritárias por curtos períodos de tempo, mas nunca se cristalizou.

Ou seja, não há certezas ou definições completas referentes ao tema, ainda mais no contexto atual, em que o novo Código de Processo Civil realizou sensíveis alterações nas normas acerca da matéria, e, com isso, abriu-se espaço para novos debates. Sobre este assunto, posteriormente à referida alteração legislativa ainda há muito pouco escrito, daí a importância da presente pesquisa, e seu objetivo.

O trabalho desenvolvido é de cunho dogmático-instrumental, uma vez que trata da análise de dispositivos legais, mormente o Código de Processo Civil, além de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca de um tema eminentemente jurídico. O método do procedimento foi o de pesquisa monográfica, através de pesquisa bibliográfica.

De início, definiu-se, com base em doutrina especializada, os conceitos de alguns efeitos dos recursos, principalmente o obstativo e o expansivo, como também



se determinará conceitos e aplicações dos critérios cognitivo e hierárquico, para deslinde do debate.

Em seguida, para fins de se buscar uma solução para o problema exposto, ou, pelo menos um balizamento para as decisões judiciais acerca dele, foi feito um breve levantamento bibliográfico dos principais expoentes da área de Direito Processual Civil no Brasil, a fim de verificar seus entendimentos sobre o tema e dos conceitos jurídicos que o envolvem.

E, por fim, realizou-se uma busca na jurisprudência pátria, sobretudo nos tribunais superiores, para verificar quais entendimentos doutrinários têm sido majoritários quanto às diversas possíveis situações expostas no artigo, e o destino que tem sido dado aos agravos de instrumento em cada uma delas.

## **2 ALGUNS APONTAMENTOS TEÓRICOS**

O presente trabalho trata da incerteza jurisprudencial que gira em torno da controvérsia acerca da perda ou não de objeto do agravo de instrumento em razão de sentença superveniente.

O problema aqui abordado é gerado pois não foi atribuído, pela lei processual, efeito suspensivo automático ao agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória proferida no curso do processo em primeira instância. Portanto, é comum que processos cheguem à prolação da sentença antes do julgamento do agravo de instrumento pelo tribunal (ANAPE, 2012, p. 1).

Nesse cenário, surge a controvérsia sobre qual destino dar ao agravo de instrumento caso se concretize a situação de uma sentença superveniente surgir no processo antes do julgamento do agravo de instrumento anteriormente interposto.

Sobre este tema, a doutrina processual, assim como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, elenca dois critérios que podem ser utilizados para solucionar os casos: i) o critério hierárquico; ii) ou o critério cognitivo.



A corrente que defende o critério hierárquico entende que a hierarquia do tribunal sobre o juízo de primeiro grau prevalece sobre o grau de cognição, e que, no caso de pender agravo de instrumento, a decisão nos autos do agravo não ficaria prejudicada pela sentença, pois os efeitos dela seriam condicionados ao desprovimento do agravo (ANAPE, 2012, p. 4).

Já a corrente que é adepta do critério cognitivo entende que a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, uma vez que é proferida com juízo de cognição exauriente, deve prevalecer sobre a decisão proferida pelo tribunal nos autos do agravo de instrumento (DIDIER, 2016, p. 244).

Para compreender melhor como ocorre essa substituição das decisões, fazendo com que a decisão do agravo desconstitua a sentença proferida, caso seja pressuposto lógico da sentença é essencial que se discuta os conceitos e aplicações de alguns dos efeitos dos recursos, mormente o suspensivo, o devolutivo (e translativo), o obstativo, e expansivo objetivo. Observado que, caso o agravo não seja pressuposto lógico da sentença, ele poderá eventualmente perder seu objeto em face do julgamento da causa em cognição exauriente em primeiro grau.

O efeito suspensivo é o responsável por suspender a eficácia de determinada decisão até que decorra o prazo para interposição, em caso de não interposição, ou até que o recurso seja julgado. Durante esse período, os efeitos dessa decisão não se produzem. Neste contexto, é importante ressaltar que por força legal (art. 995, do CPC), a regra é que os recursos não possuem efeito suspensivo, e uma vez que o agravo não recebeu por disposição legal específica este efeito, ele só poderá ser atribuído por decisão do relator, no tribunal instado a se manifestar.

Diante disso, conforme fora dito anteriormente, é comum haver situações em que há prolação de sentença anteriormente ao julgamento do agravo de instrumento, visto que nem sempre é atribuído a ele efeito suspensivo ativo.



O segundo efeito a ser brevemente analisado é o efeito devolutivo, que trataremos conjuntamente com o efeito translativo. O efeito devolutivo é atribuído a todos os recursos, ainda que de forma ampla ou restrita, e é da essência de sua própria natureza, uma vez que provoca uma reanálise da matéria, nos estritos limites do que for impugnado, pelo princípio dispositivo (*tantum devolutum quantum appellatum*) (NERY, 2004, p. 525). No caso do agravo de instrumento o seu efeito devolutivo é amplo, e permite a análise de todo o acervo de argumentos relativos à matéria impugnada.

Um ponto importante é que juntamente com o efeito devolutivo, tratemos do efeito translativo, que se opera com a transferência ao tribunal de matérias que não foram objeto de impugnação, outras questões que chegam ao órgão julgador independentemente de provocação das partes, ou seja, não pelo efeito devolutivo, mas por se tratar de matéria de ordem pública, ou que a lei determine que seja apreciada de ofício (NERY, 2004, p. 525-526), no entanto, restrito aos capítulos da decisão que foram impugnados. O que muitas vezes pode implicar na aplicação do efeito expansivo objetivo, como no caso em que o tribunal reconheça a prescrição em sede de julgamento do agravo do instrumento, ainda que nenhuma das partes alegue.

No que tange ao efeito obstativo, embora haja quem entenda que é parte do efeito suspensivo (DIDIER, 2016, p. 141), trataremos dele separadamente. O efeito obstativo consiste em obstar, adiar a formação da coisa julgada. Ao ser proferida decisão, a simples recorribilidade da mesma é suficiente para obstar a coisa julgada, no entanto, uma vez interposto recurso contra a decisão, enquanto o recurso estiver pendente de julgamento o efeito obstativo continuará se operando.

Portanto, o efeito obstativo é decorrente da recorribilidade da decisão, ou da interposição tempestiva do recurso. Observado que, caso a tempestividade seja discutível e seja abordada no mérito do recurso, o efeito poderá se operar enquanto não for julgado, ainda que intempestivo, em casos excepcionais. Este efeito é



importante para o presente artigo pelo fato de um dos pontos nevrálgicos do debate ser justamente a extensão do efeito obstativo do agravo de instrumento, se a sua interposição obsta ou não a formação da coisa julgada em relação à sentença superveniente.

Por fim, quanto aos efeitos, um dos mais importantes para o trabalho em tela é o efeito expansivo, principalmente em sua vertente objetiva. É um efeito do julgamento do recurso, que pode tornar insubsistente outros atos não impugnados, ou seja, o julgamento de um recurso interposto contra uma decisão pode, inclusive, vir a afetar outras decisões.

Segundo Araken de Assis (2007 apud SAMPIETRO, 2015, p. 94-96), o efeito expansivo objetivo externo se verifica quando o julgamento do recurso traz reflexos para outro provimento jurisdicional, que não o que fora recorrido, mas que é deste dependente, ou seja, sucede quando o provimento do recurso repercute em provimento autônomo, mas dependente do impugnado.

Por exemplo, caso se interponha agravo de instrumento contra decisão interlocutória que rejeita convenção de arbitragem (art. 1.015, III, do CPC), e posteriormente sobrevenha sentença de procedência do pedido antes de ser julgado o agravo. Em seguida, caso o agravo seja julgado procedente, em princípio o efeito substitutivo só afeta a decisão que foi agravada, no entanto, neste caso, afetará a sentença, uma vez que a competência para julgar a demanda é arbitral.

Para concluir este apertado apanhado conceitual inaugural, trataremos brevemente da possibilidade de formação de coisa julgada em capítulos e do julgamento antecipado parcial do mérito. Estes apontamentos são importantes pois são também hipótese de cabimento de agravo de instrumento, sobre a qual incidem as situações que serão a seguir tratadas.

O ordenamento jurídico pátrio reconheceu a possibilidade de formação de coisa julgada em capítulos, ou seja, o desmembramento do objeto da ação em



diferentes capítulos, e, conseqüentemente, o julgamento em partes pelo magistrado. Essas hipóteses ficam claras com a leitura dos artigos 354, parágrafo único, e 356 do novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015). Ou seja, é possível, em determinadas condições, que o juízo profira decisão de mérito sobre parte do processo, se estiver em condições de imediato julgamento ou mostrar-se incontroverso, ainda nas hipóteses do art. 487, incisos II e III, do CPC.

Quanto às possíveis formas de divisão da sentença em capítulos, como há numerosas correntes doutrinárias distintas, apontaremos apenas uma, como exemplo, Barbosa Moreira (2006 apud CARBONI, 2015, p. 141-144), que sustenta que as sentenças que decidam mais de um fato, como a apreciação de mais de um pedido feito pela parte autora, com resolução de mérito terão mais de um capítulo, ou até mesmo a análise de pedido reconvençional do réu. Além disso, argumenta que, no caso de prestação divisível, se o juiz acolher o pedido em parte, deve-se tratar a espécie como dois capítulos distintos, um relativo à parte do pedido que fora concedido, e outra referente à parte que fora negada.

Superadas as considerações introdutórias, adentremos ao cerne da questão a ser tratada.

### **3 ALGUMAS POSSÍVEIS SITUAÇÕES**

#### **3.1 Julgamento de Agravo de Instrumento após a prolação de sentença contra a qual se interpõe recurso de Apelação**

No íntimo da questão aqui em debate pode-se cindir as principais situações em duas categorias: os casos em que há apelação contra a sentença, e ocorre o julgamento do agravo de instrumento após a prolação dela, e os casos nos quais não se interpõe recurso contra a sentença, e o agravo de instrumento é julgado após o decurso do prazo recursal da sentença.

Neste tópico será discutida a primeira hipótese, e no seguinte a segunda.



No que tange ao problema aqui tratado, será trazido e comparado o entendimento de cinco diferentes doutrinadores de renome no âmbito do Direito Processual Civil, quais sejam: Fredie Didier Jr, Daniel Amorim Assumpção Neves, Humberto Theodoro Jr, Teresa Alvim Wambier, e Nelson Nery Jr.

O professor Fredie Didier Jr (2016, p. 243-244) leciona que, por força do art. 946, do novo CPC, a superveniência da sentença não prejudica o agravo de instrumento, uma vez que a posterior sentença não geraria, *ipso facto*, a inadmissibilidade do recurso de agravo de instrumento.

Diante disso, o ilustre professor aponta que o que precisa ser verificado para se determinar a perda ou não do objeto do agravo é a sua utilidade para o agravante, ainda que após a prolação da sentença, e oferece como exemplo de situação na qual o agravo teria que ser julgado, como no caso de decisão interlocutória impugnada que rejeita alegação de convenção de arbitragem, exclui litisconsorte ou ainda contra uma decisão parcial de mérito.

Em contraste, oferece a hipótese de a decisão interlocutória agravada deferir tutela provisória, e entende que, neste caso, se sobrevier sentença que confirme a tutela provisória não haveria mais utilidade no julgamento do agravo de instrumento interposto. No entanto, chama atenção às hipóteses em que o interesse recursal pode permanecer, ainda que se trate de decisão interlocutória que indefere tutela provisória, nas situações em que a sentença seja procedente, e a concessão posterior da tutela provisória em agravo poderá afastar o efeito suspensivo da apelação, permitindo o cumprimento provisório de sentença (DIDIER, 2016, p. 244).

O professor Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 1577), por outro lado, aborda a questão de forma um pouco diferente. No que tange às decisões interlocutórias que tratam de tutelas provisórias, leciona que com a prolação de sentença o agravo de instrumento que discuta essa matéria perde o objeto, uma vez que em virtude do efeito substitutivo da sentença a decisão interlocutória seria





imediatamente substituída pela sentença. E, por consequência, o relator do processo no tribunal deveria julgá-lo monocraticamente, pondo fim ao recurso.

Quanto às demais hipóteses de decisões interlocutórias agraváveis, o autor entende que devem ter os agravos correspondentes normalmente julgados antes do recurso de apelação, na forma do art. 946, do CPC (AMORIM, 2016, p. 1577).

Por fim, Daniel Amorim aponta ainda que, no caso de inversão na ordem de julgamento, caso o tribunal julgue o recurso de apelação antes do agravo de instrumento, o trânsito em julgado da apelação irrecorrida não pode ocorrer antes do julgamento do agravo de instrumento, pois não poderia gerar prejuízo ao agravante por equívoco do tribunal. Neste contexto, segundo o professor (AMORIM, 2016, p. 1579):

[...] haverá coisa julgada formal sujeita à condição suspensiva, ou seja, o agravo de instrumento será julgado e, a depender de seu resultado, o acórdão da apelação não recorrido será anulado (provimento) ou estará imediatamente liberado o trânsito em julgado (não conhecimento e não provimento).

O entendimento do mestre Humberto Theodoro Jr, é semelhante ao esposado pelo professor Daniel Amorim, uma vez que também defende simplesmente que seja julgado o agravo antes do recurso de apelação, mas sem fazer qualquer ressalva quanto às tutelas de urgência, ou às consequências da hipótese de inversão na ordem de julgamento (THEODORO, 2015, p. 654).

A professora Teresa Alvim Wambier (2004, p. 688-689) sustenta que a análise do destino que deve ser dado ao agravo depois de proferida a sentença depende do conteúdo da decisão impugnada. Neste contexto, segundo ela, é essencial que o julgador observe a relação lógica entre a decisão impugnada e o mérito da ação, uma vez que se houver conexão lógica entre elas, ou seja, a decisão impugnada for pressuposto lógico da possibilidade de decisão do mérito, ela deve ser resolvida antes da sentença.



Um dos exemplos que a professora (WAMBIER, 2004, p. 690) nos oferece é uma situação de pedido de produção de prova indeferida cuja decisão é objeto de agravo de instrumento (art. 522, CPC/1973). Neste contexto, a decisão do agravo de instrumento que determina a produção da prova deve prevalecer, sendo proferida uma nova sentença ao processo.

Contudo, caso o agravo seja interposto contra decisão que deferiu o pedido de produção de prova, com base em que a prova seria desnecessária ou protelatória, e no caso se o juiz tiver sentenciado utilizando-se da prova produzida para fundamentar sua decisão, o resultado do agravo não deverá prevalecer, caso acolha a argumentação do agravante, em virtude do princípio da livre convicção motivada (WAMBIER, 2003, p. 690).

Com base no exposto, Wambier (2004, p. 691) ensina que no caso de agravos que versem sobre a concessão ou não de medidas urgentes estes não devem ser julgados, por perderem a utilidade, devido ao efeito substitutivo dos recursos. Portanto, a autora claramente adota a teoria da cognição neste ponto, uma vez que entende que o momento processual no qual a decisão interlocutória foi proferida ficou superado, e que no momento da sentença a cognição exauriente prevalece, inclusive sobre a eventual decisão do tribunal em cognição superficial, ainda que hierarquicamente superior.

O professor Nelson Nery Jr (2003, p. 530-531) acompanha o entendimento da professora Wambier neste contexto, no caso de haver a interposição de recurso de apelação, em que pese adotarem posturas diametralmente opostas quanto ao próximo tópico, na situação na qual a sentença não é objeto de recurso de apelação.

### **3.2 Julgamento de Agravo de Instrumento após a prolação de sentença contra a qual não se interpõe recurso de Apelação**

À vista de todo o exposto no tópico anterior, o que pode ser observado é que, em que pese haver algumas divergências entre os principais autores, o tema é um



tanto tranquilo doutrinariamente. No entanto, neste tópico adentraremos a segunda hipótese a ser trabalhada, *in casu*, o julgamento de agravo de instrumento após a prolação de sentença contra a qual não se interpõe recursos.

Neste ponto as divergências se multiplicam, havendo vários diferentes entendimentos e dissídios jurisprudenciais. O professor Fredie Didier (2016, p. 245) argumenta que ainda que não seja interposto recurso contra a sentença, a sorte do agravo de instrumento depende do conteúdo da decisão impugnada, ou seja, do conteúdo em exame no agravo. Portanto, terá que ser analisado no caso concreto, para se verificar se há em julgamento no agravo uma questão preliminar ou prejudicial a outra que tenha sido resolvida na sentença.

Neste caso, se houver relação de prejudicialidade entre as decisões, leciona Didier (2016, p. 245) que: “[...] a decisão final, *mesmo irrecorrida* ou cuja apelação não tenha sido conhecida, estará condicionada, para que possa transitar em julgado, à solução dada ao recurso de agravo”.

Portanto, diante deste entendimento, fica claro que a interposição do agravo de instrumento, e seu efeito devolutivo, obstam a preclusão das questões prévias à sentença, uma vez que o efeito devolutivo do recurso que leva ao conhecimento do tribunal questão preliminar à sentença impede que a sentença surta plenos efeitos, tendo o seu trânsito em julgado sob condição suspensiva, condicionado ao desprovimento, ou negativa de conhecimento, do agravo de instrumento (DIDIER, 2016, p. 245).

Além disso, é importante ressaltar que o professor Didier (2016, p. 245) entende que somente o fato de não ter sido a sentença recorrida não pode retirar do agravante o direito ao julgamento do mérito de seu recurso anteriormente interposto, e exemplifica com a situação de uma decisão interlocutória que rejeita convenção de arbitragem, cujo agravo, caso provido, poderá levar à invalidação da sentença.



O ilustre professor Daniel Amorim (2016, p. 1578-1579) partilha do entendimento anteriormente apontado, todavia, diverge de Didier no que concerne às decisões interlocutórias que versam sobre tutela provisória, pelo fato de não coadunar com a exceção à regra do critério hierárquico defendido por Didier.

O entendimento de Fredie Didier (2016, p. 244-245) já foi adotado pelo STJ (conforme veremos adiante), no sentido de que a tutela provisória, por gerar um afastamento do efeito suspensivo ao recurso de apelação, faria com que o agravo de instrumento da decisão que negasse a tutela provisória não perdesse a utilidade para o agravante, e que, por isso, ele deveria ser julgado independentemente de já haver decisão do juízo de primeiro grau em cognição exauriente.

Entretanto, Daniel Amorim (2016, p. 1578-1579) diverge, por entender que a decisão de cognição exauriente substitui a decisão de cognição sumária, fazendo com que a discussão sobre o efeito suspensivo da apelação tenha que se dar no próprio recurso de apelação, e não mais no bojo da decisão da tutela provisória desafiada pelo agravo de instrumento anteriormente interposto.

Além disso, o professor sustenta que a ausência de apelação contra a sentença não produzirá o trânsito em julgado imediato da demanda caso haja recurso de agravo de instrumento pendente de julgamento, uma vez que há pendências de providências na demanda que criam uma situação de trânsito em julgado condicionado. Em seguida, faz uma comparação dessa situação com o reexame necessário, que é entendido, segundo o autor, de forma unânime pela doutrina como condição de formação da coisa julgada, ou condição suspensiva do trânsito em julgado (AMORIM, 2016, p. 1578).

Nessa senda, caso o agravo de instrumento não seja conhecido, ou à ele seja negado provimento, a sentença imediatamente transitará em julgado e produzirá efeitos, posto que a condição suspensiva terá desaparecido. E caso o recurso seja provido e tenha como consequência a anulação da sentença, nesse caso não haverá



ofensa à coisa julgada, pelo simples fato de não ter havido a formação de coisa julgada material (AMORIM, 2016, p. 1578).

Já o professor Humberto Theodoro Jr (2015, p. 654) apresenta um entendimento completamente diferente da matéria. Sua tese é que se não houver a interposição de recurso de apelação já estará prejudicado o agravo de instrumento, pelo fato de se concretizar imediatamente a coisa julgada material. Sua compreensão é, portanto, no sentido de que se deve aplicar analogicamente o art. 1000, do CPC, e que a falta de apelação contra a sentença seria equivalente à uma aceitação tácita dela, formando-se portanto a coisa julgada.

Nesse contexto, segundo o autor, o agravante “terá adotado supervenientemente uma atitude incompatível com o a vontade de manter o agravo contra decisão interlocutória anterior à sentença não impugnada” (THEODORO, 2015, p. 654).

É interessante ressaltar que na doutrina de Daniel Amorim (2016, p. 1578) há uma crítica específica a esse entendimento da aplicação analógica do art. 1000, do CPC. Segundo Amorim (2016, p. 1578):

Essa aceitação tácita simplesmente não ocorre porque o objeto das duas decisões é diferente, não se podendo afirmar logicamente que, ao não interpor a apelação, a parte tenha concordado com o conteúdo da decisão interlocutória recorrida. São questões diferentes resolvidas nessas duas decisões, de forma que a ausência de apelação pode, quando muito, sustentar a tese de que a parte aceitou tacitamente a sentença, mas tal aceitação pode decorrer da ausência de fundamentos sólidos para impugná-la.

Esse ponto de vista é interessante, pois o autor (AMORIM, 2016, p. 1578-1579) inclusive tece críticas no que tange à economia processual nesse aspecto, uma vez que não seria razoável exigir que o advogado interpusse uma apelação manifestamente infundada apenas com o intuito de ver julgado seu agravo de instrumento.



Ainda nessa seara, a professora Teresa Alvim Wambier (2004, p. 694-697) sustenta entendimento no sentido de que na falta da interposição do recurso de apelação se opera o trânsito em julgado da sentença.

Nesto contexto, seu questionamento, a princípio, era se a interposição do recurso de agravo de instrumento contra uma decisão interlocutória teria o condão de obstar que se opere preclusão sobre a decisão impugnada, mas também obstar que se formasse a coisa julgada sobre outra decisão, ainda que proferida no mesmo processo.

Com isso, a conclusão a que a ilustre professora chega é a de que não haveria esse efeito obstativo, e portanto, uma vez escoado o prazo de 15 dias, se opera o trânsito em julgado, e em consequência, independentemente da decisão impugnada ser ou não pressuposto lógico da sentença, o agravo de instrumento se encontraria prejudicado.

Por fim, exploremos um pouco da doutrina do professor Nelson Nery Jr (2004, p. 523-525), na qual aborda a temática, ao meu ver, com maestria. O ilustre professor entende que a não interposição de recurso contra a sentença superveniente à interposição do agravo de instrumento gera somente a preclusão quanto à impugnação da sentença, mas não quanto à impugnação da decisão interlocutória. Portanto, o efeito devolutivo do recurso de agravo de instrumento evita que se opere a preclusão no que tange à questão incidente.

Com isso, segundo o autor (NERY, 2004, p. 524), a eficácia da sentença fica condicionada ao desprovimento do recurso de agravo. Consequentemente, no caso de provimento do agravo todos os atos posteriores serão anulados, e outra sentença terá de ser proferida no lugar da sentença sobre a qual se operou a preclusão.

O professor Nelson (2004, p. 524) ainda aponta que essa situação de sentença não impugnada ser condicional não é tão atípica no ordenamento jurídico pátrio, e aponta como exemplo de sentença condicional o caso de impugnação por recurso



que é recebido apenas no efeito devolutivo, ensejando execução provisória, execução essa que se faz sob condição de o recurso ser improvido.

Nessa senda, como o agravo de instrumento interposto contra a decisão interlocutória, em regra, não tem efeito suspensivo, a decisão agravada é eficaz desde logo, e os atos processuais realizados a seguir ficam sujeitos à *condição resolutiva*, isto é, dependem do desprovemento do recurso. Caso o recurso seja provido, portanto, todos os atos posteriores tornar-se-ão ineficazes, por força do princípio da concatenação dos atos processuais (NERY, 2004, p. 524-525).

Nesse cenário, não havendo apelação da sentença, ocorre preclusão, mas não coisa julgada, conforme explica Nelson Nery Jr. (2004, p. 528):

[...] Com relação à questão incidente, sua preclusão foi obstada pela interposição do agravo. Assim, pelo efeito devolutivo do agravo já interposto, aquela matéria não foi alcançada pela preclusão da sentença. A decorrência natural disto é que a eficácia da sentença fica condicionada ao desprovemento do recurso de agravo. Se este for provido, todos os atos posteriores praticados no processo terão sido anulados e outra sentença deverá ser proferida em lugar daquela sobre a qual se operou a preclusão. Em outras palavras. Sobrevindo sentença sem que tenha sido julgado, ainda, o agravo, não é necessário que o agravante “reitere” o agravo ou apele da sentença, pois o seu inconformismo já foi exposto quando interpôs o recurso de agravo. [...] Daí a sentença não ser acobertada pela coisa julgada material, mas apenas pela preclusão (coisa julgada formal), se o agravante não a impugnar por apelação.

Nem se admite que entenda por “renúncia” ao agravo o fato de o agravante não apelar, uma vez que para haver a renúncia o recurso não poderia já ter sido interposto. E nem sequer sobre aquiescência ou desistência, uma vez que se trata de modo de extinção de direitos, e, nesse contexto, deve ser interpretada sempre de forma restritiva, não havendo qualquer previsão legal específica nesse sentido. Portanto, a simples não interposição do recurso de apelação não pode ser confundida com ato incompatível com a vontade de ver seu agravo anteriormente interposto julgado (NERY, 2004, p. 529).



Nessa conjuntura, Nelson Nery Jr. (2004, p. 529) vai ainda mais longe, defendendo inclusive a possibilidade de o juiz retratar-se e reformar a decisão agravada, ainda que já haja sentença e essa não tenha sido objeto de recurso. Consequentemente, isto resultaria na possibilidade de o juiz reformar a sentença irrecorrida já proferida pelo magistrado. Provido o agravo pela retratação do magistrado, portanto, ficaria prejudicada a sentença.

Interessante registrar, por fim, que o entendimento do professor Nelson (2004, p. 532-533) nesse contexto, no que tange às tutelas provisórias ou liminares impugnadas, diante de sentenças irrecorridas é diferente. Por se tratar do mesmo objeto, de decisões de “mesma classe”, a sentença, decisão exarada em grau de cognoscibilidade exauriente, absorve a liminar antecipatória. E, nesse caso, segundo ele, não haverá a possibilidade de julgamento do agravo de instrumento, uma vez que esse restará prejudicado por falta superveniente de interesse recursal.

#### **4 JURISPRUDÊNCIA ACERCA DA PERDA DE OBJETO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO**

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça muito oscilou com o passar dos anos nessa temática, apresentando diversificados entendimentos. Essa situação é particularmente bem ilustrada pelos Embargos de Divergência em Recurso Especial, ERESP 765.105/TO, publicado em 2010, de relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido (OLIVEIRA, 2011, p. 201-203).

No entanto, iniciaremos nossa análise a partir do REsp 742.512/DF, publicado no DJ em 21.11.2005. No referido julgado o entendimento que prevaleceu foi o de que não se pode afirmar definitivamente que haja a perda de objeto do agravo de instrumento após a prolação da sentença, mas que a situação deve ser observada no caso concreto, de forma a decidir pela aplicação do critério da hierarquia ou da cognição, a depender das circunstâncias.





Segundo o Ministro relator do caso, Ministro Castro Meira, em voto vencedor (BRASIL, 2005):

[...] 3. Se não houver alteração do quadro, mantendo-se os mesmos elementos de fato e de prova existentes quando da concessão da liminar pelo tribunal, a sentença não atinge o agravo, mantendo-se a liminar. Nesse caso, prevalece o critério da hierarquia. Se, entretanto, a sentença está fundada em elementos que não existiam ou em situação que afasta o quadro inicial levado em consideração pelo tribunal, então a sentença atinge o agravo, desfazendo-se a liminar. [...]

No entanto, no mesmo ano, em decisão publicada em 19.12.2005, na Rcl 1.444/MA, processo de relatoria da Ministra Eliana Camon, a Primeira Seção do STJ decidiu de forma diversa, aplicando o critério da cognição, e entendendo pela perda de objeto do REsp interposto contra a decisão do agravo de instrumento por ter havido a superveniência de sentença de mérito (ANAPE, 2012, p. 8).

Essa situação é interessante, pois a tendência do STJ tem sido nesse sentido de acolher o critério da cognição e julgar pela perda superveniente de objeto dos agravos de instrumento após a prolação de sentença.

No entanto, houve em 17.03.2010 um julgamento sobre essa matéria na Corte Especial do STJ, EREsp 765.105/TO, de relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, com o intuito de pacificar a matéria. Porém, em que pese o voto do relator ter logrado êxito em formar maioria no sentido de que não há perda do objeto do agravo de instrumento interposto em face de medida antecipatória de tutela, mesmo após a prolação de sentença de procedência, esse entendimento continuou sendo minoritário na Corte posteriormente (ANAPE, 2012, p. 9).

O entendimento que se sagrou vencedor foi, segundo o voto do relator (BRASIL, 2010):

[...] Isso estabelecido, tenho que a superveniência da sentença de procedência do pedido não torna prejudicado o recurso interposto contra a decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela.



É que a antecipação da tutela não antecipa a sentença de mérito, mas sim a própria execução do julgado que, por si só, não produziria os efeitos que irradiam da tutela antecipada.

[...]

Nessa senda, o que se extrai do voto do eminente relator é que, a depender do caso em tela, ou seja, do objeto do agravo de instrumento e do objeto da sentença, o agravo de instrumento, após o proferimento da sentença, poderá vir a perder o seu objeto ou não, a depender se remanesce interesse recursal na busca pela aplicação do efeito suspensivo.

É relevante aqui ressaltar o entendimento divergente naquele julgamento do saudoso Ministro Teori Zavascki (BRASIL, 2010), no sentido de que deve ser aplicado o critério da cognição, portanto, uma vez prolatada a sentença, essa substitui a decisão provisória, e, a partir de então, novas medidas de urgência deveriam, se for o caso, ser postuladas no âmbito do próprio sistema recursal, seja a título de efeito suspensivo ativo ou de tutela recursal, que são medidas não apenas cabíveis em sede de agravo de instrumento, mas também de apelação.

Em conclusão desse breve apanhado, se extrai que ainda que tenha havido um julgamento em Corte Especial sobre a matéria, com o intuito de resolver a divergência, o entendimento plasmado naquele julgamento permanece sendo minoritário, e o entendimento mais difundido no STJ hoje é o da aplicação indiscriminada do critério cognitivo, salvo raras exceções.

Portanto, conforme será amplamente demonstrado, a partir de julgados colacionados, a jurisprudência do STJ vem sendo no sentido de julgar prejudicados os agravos de instrumento interpostos após a prolação de sentença, recorridas ou não, nos processos:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE NULIDADE DE RESCISÕES CONTRATUAIS CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE LIMITA AS PARTES NO POLO ATIVO E DETERMINA EMENDA À PETIÇÃO INICIAL.



INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA SUPERVENIENTE. AUSÊNCIA DE RECURSO DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. NECESSIDADE DE PROCESSO EM CURSO PARA REEXAME DA QUESTÃO INCIDENTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. **AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO E DE EFEITO OBSTATIVO EXPANSIVO.**

Ação proposta em 08/09/2016. Recurso especial interposto em 04/10/2017 e atribuído à Relatora em 02/07/2018.

O propósito recursal consiste em definir se deve ser conhecido o recurso especial tirado de agravo de instrumento quando sobrevém sentença de extinção do processo sem resolução de mérito que não foi objeto de apelação.

A despeito da divergência doutrinária e do dissenso jurisprudencial entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, **é inadmissível o agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória quando sobrevém sentença que não é objeto de recurso de apelação da parte, pois a formação da coisa julgada, ainda que formal, é óbice intransponível ao conhecimento do agravo**, na medida em que é imprescindível que o processo ainda esteja em curso para que os recursos dele originados venham a ser examinados, quer seja diante da inviabilidade de reforma, invalidação ou anulação da decisão interlocutória proferida quando há subsequente sentença irrecorrida e, por isso mesmo, acobertado pela imutabilidade e pela indiscutibilidade, quer seja porque **o agravo de instrumento não possui automático efeito suspensivo ex vi legis, nem tampouco efeito obstativo expansivo que impediria a preclusão ou a coisa julgada sobre a decisão recorrida e sobre as decisões subsequentes.**

Precedentes.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 1750079/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA,

julgado em 13/08/2019, DJe 15/08/2019)

Portanto, nesse julgado, de relatoria da ilustre Ministra Nancy Andrichi, o entendimento que prevaleceu foi o de que a coisa julgada formada, ante a ausência de interposição de recurso de apelação contra a sentença, não pode ser elidida pela existência de agravo de instrumento pendente de julgamento, uma vez que não teria



efeito suspensivo, e nem tampouco efeito obstativo expansivo a impedir a formação de coisa julgada sobre a decisão recorrida ou sobre a sentença em si.

Esse entendimento ainda é oscilante na jurisprudência do STJ, quando se trata da maioria das decisões interlocutórias, no entanto, quando versa sobre tutelas provisórias é assente na Corte, conforme se observará a seguir.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA SUPERVENIENTE. TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PRINCIPAL. RECURSO PREJUDICADO.

Trata-se, na origem, de **Agravo de Instrumento interposto com o objetivo de assegurar tutela antecipada** para a realização de cirurgia ou a disponibilização dos valores necessários à realização do procedimento cirúrgico na rede privada de saúde. Como bem assinalado pelo Ministério Público Federal, a União apresentou petição e documentos nas fls. 260-273 informando a improcedência da sentença e o respectivo trânsito em julgado da ação.

**A superveniente prolação de sentença de improcedência e o respectivo trânsito em julgado da ação tornam prejudicada a análise da pretensão recursal, em razão da perda do objeto.**

**A propósito: AgInt no AREsp 293.638/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/8/2016, DJe 1/9/2016; AgRg no REsp 1.393.935/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 17/3/2016, DJe 29/3/2016; REsp 1.179.115/RS, Rel.**

Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11/5/2010, DJe 12/11/2010.

Recurso Especial não provido.

(REsp 1731814/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA,

julgado em 15/05/2018, DJe 02/08/2018)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA E TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO PRINCIPAL. PERDA DE OBJETO DO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES, PARA DAR PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL E



DECRETAR A PERDA DE OBJETO DO RECURSO ESPECIAL.

Cuida-se, na origem, de **Agravo de Instrumento interposto contra decisão interlocutória que deferiu a tutela liminar**, determinando a indisponibilidade de bens. Irresignada, a ora embargante interpôs Agravo de Instrumento, sustentando que a decisão impugnada recebeu o pedido inicial e ordenou a citação sem antes promover a sua notificação para manifestação preliminar, configurando-se ofensa ao art. 17, § 7º, 8º e 9º da Lei 8.429/92, na medida em que deixou de observar o devido processo legal, suprimindo o direito ao contraditório e à ampla defesa.

O Tribunal a quo deu provimento ao Agravo de Instrumento e consignou que a falta de notificação da requerida para apresentação de defesa preliminar, antes do recebimento da petição inicial da Ação Civil Pública, configura nulidade absoluta e insanável do processo por afronta ao princípio fundamental da ampla defesa.

O Parquet estadual, então, interpôs Recurso Especial que foi provido.

A embargante informa que o processo principal já havia sido julgado, e que a r. sentença transitou em julgado.

**Verifica-se que o processo principal foi julgado extinto sem resolução do mérito, e que já ocorreu o trânsito em julgado.**

**É entendimento assente no STJ que, proferida sentença no processo principal, perde o objeto o recurso de Agravo de Instrumento interposto contra decisão interlocutória.**

Assim ocorreu a perda do objeto do Recurso Especial, em face do trânsito em julgado da sentença no processo principal.

Embargos Declaratórios acolhidos, com efeitos infringentes, para, em seguida, prover o Agravo Regimental e decretar a perda de objeto do Recurso Especial. (EDcl no AgRg no REsp 1336055/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 27/11/2014)

Por fim, quanto às situações que tocam a interposição de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias nas quais se decide sobre antecipação de tutela o julgado a seguir é bastante ilustrativo e didático. Observado que nesse caso não houve o trânsito em julgado da sentença.



PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INCIDENTAL. SUPERVENIENTE PROLAÇÃO DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DE OBJETO.

**Há dois critérios para solucionar o impasse** relativo à ocorrência de esvaziamento do conteúdo do recurso de agravo de instrumento, em virtude da superveniência da sentença de mérito, quais sejam: **a) o da cognição**, segundo o qual o conhecimento exauriente da sentença absorve a cognição sumária da interlocutória, havendo perda de objeto do agravo; e **b) o da hierarquia**, que pressupõe a prevalência da decisão de segundo grau sobre a singular, quando então o julgamento do agravo se impõe.

**Contudo, o juízo acerca do destino conferido ao agravo após a prolatação da sentença não pode ser engendrado a partir da escolha isolada e simplista de um dos referidos critérios, fazendo-se mister o cotejo com a situação fática e processual dos autos, haja vista que a pluralidade de conteúdos que pode assumir a decisão impugnada, além de ensejar consequências processuais e materiais diversas, pode apresentar prejudicialidade em relação ao exame do mérito.**

A pedra angular que põe termo à questão é a averiguação da realidade fática e o momento processual em que se encontra o feito, de modo a sempre perquirir acerca de eventual e remanescente interesse e utilidade no julgamento do recurso.

Ademais, na específica hipótese de deferimento ou indeferimento da antecipação de tutela, a prolatação de sentença meritória implica a perda de objeto do agravo de instrumento por ausência superveniente de interesse recursal, uma vez que: a) a sentença de procedência do pedido - que substitui a decisão deferitória da tutela de urgência - torna-se plenamente eficaz ante o recebimento da apelação tão somente no efeito devolutivo, permitindo desde logo a execução provisória do julgado (art. 520, VII, do Código de Processo Civil); b) a sentença de improcedência do pedido tem o condão de revogar a decisão concessiva da antecipação, ante a existência de evidente antinomia entre elas.

Embargos de divergência não providos.

(EAREsp 488.188/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE

ESPECIAL, julgado em 07/10/2015, DJe 19/11/2015)



Em que pese o tribunal reconhecer expressamente que a questão é complexa, e o fato de que a prevalência do critério da cognição ou da hierarquia precisa ser analisado caso a caso, principalmente para se averiguar se remanesce ou não interesse e utilidade no julgamento do recurso de agravo, como pode ser observado, é evidente que o entendimento que tem prevalecido na grande maioria dos casos é pela perda do objeto do agravo de instrumento.

Para concluir, menciono alguns julgados citados pela doutrina especializada sobre a matéria, apresentando três diferentes entendimentos abaixo, para consulta, caso seja de interesse do leitor.

Julgados que expõem o entendimento, atualmente majoritário, de aplicação do critério da cognição: STJ, 4ª turma, AgRg no AREsp 403.361/RS, DJE 19/12/2014. STJ, 2ª turma, Resp 1.232.489/RS, DJE 13/06/2013. STJ, 1ª turma, AgRg na MC 20.320/SP, DJE 19/08/2013.

Julgados que seguem o entendimento defendido pela autora Teresa Alvim Wambier: STJ, 4ª turma, REsp 292.565, DJ 05/08/2003. Informativo 322/STJ, 3ª turma, AgRg no Ag 489.699/RJ, j. 05/06/2007.

Julgado que apresenta o entendimento do professor Nelson Nery Jr.: STJ, 4ª turma, REsp 258.780/ES, DJ 15/12/2003.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O que pode ser observado no presente trabalho é que a discussão aqui tecida é extremamente rica e, ademais, apresenta diversos e não consensuais entendimentos de grandes nomes da doutrina pátria. Nada obstante, o STJ, e os tribunais em geral têm adotado paulatinamente o critério da cognição de forma indiscriminada, sem avaliação do caso concreto de forma adequada e não observando o entendimento apontado pela Corte Especial em 2010.



Além disso, em geral, a jurisprudência dos tribunais com relação à admissibilidade dos agravos de instrumento nas situações aqui retratadas tem sido bastante defensiva, numa tentativa de reduzir o quantitativo de recursos aguardando julgamento.

Essa situação vem gerando grave insegurança jurídica, além de prejuízos aos jurisdicionados, uma vez que quando os agravos são interpostos contra decisão interlocutória que verse sobre tutela provisória muitas vezes há o interesse recursal a fim de se obter o cumprimento provisório mais rapidamente, ou interrompê-lo, e o agravo não é julgado pelos tribunais pela aplicação do critério da cognição sem analisar o caso concreto.

Um segundo ponto nessa mesma senda é quando o agravo trata de decisão diferente de tutela provisória, pois nesse caso não há uma pacificação na Corte Superior sobre em quais situações ele deve ser julgado ou não após a prolação da sentença, principalmente se a sentença não for recorrida. Essa indefinição permite que haja nos tribunais do país diversas decisões em sentidos totalmente díspares, gerando uma grande insegurança para o jurisdicionado.

Além disso, a ausência de um entendimento majoritário consolidado no que tange aos agravos de decisões interlocutórias que não versem sobre tutela provisória gera um afastamento dos princípios da eficácia, celeridade e uniformização processuais.

A situação se complexifica, mormente pelo atual paradigma adotado pelo STJ sobre a taxatividade mitigada do art. 1.015, do CPC. Isso gerou uma gama muito mais ampla de possíveis decisões interlocutórias a serem impugnadas por agravo de instrumento, e, conseqüentemente, ampliou a discussão que aqui se propõe, visto que há muito mais possíveis decisões interlocutórias a se analisar e definir o destino adequado a se atribuir ao agravo de instrumento que venha impugná-las.





Aproximando-nos agora da conclusão do presente artigo, cumpre salientar que a questão da perda ou não do objeto do agravo de instrumento interposto de decisão interlocutória, quando houver superveniência de sentença, atualmente, é bastante divergente na jurisprudência e na doutrina.

A doutrina apresenta algumas possíveis soluções. Quando a decisão interlocutória impugnada se refere à uma tutela provisória as possíveis soluções giram em torno do critério da cognição, do critério da hierarquia, ou a aplicação de um ou outro na análise do caso concreto, para então se chegar à conclusão acerca da perda ou não do objeto do recurso. Observado que a tendência da doutrina é de se filiar à terceira corrente, ao passo que a jurisprudência do STJ tem caminhado no sentido da primeira.

Quando a discussão é a respeito do destino do agravo de instrumento que impugna decisão interlocutória que não verse sobre tutela provisória, mas as diversas possibilidades do art. 1.015, do CPC, ou ainda as decisões dentro do escopo da taxatividade mitigada, a tendência da doutrina tem sido no sentido de verificar o caso concreto também, principalmente a natureza da decisão interlocutória e da sentença superveniente, além da eventual relação entre elas, especialmente se a decisão interlocutória versa sobre pressuposto lógico do conteúdo da sentença superveniente.

Por fim, nos casos em que a sentença superveniente não é objeto de recurso de apelação temos uma outra situação jurídica, conforme fora amplamente exposto no presente artigo. Em que pese a corrente jurisprudencial majoritária no tema ser no sentido da perda do objeto do agravo diante da formação da coisa julgada, entendemos que essa é uma jurisprudência defensiva dos tribunais, e que o entendimento mais acertado é o esposado pelos doutrinadores Fredie Didier, Daniel Amorim e Nelson Nery Jr.



Os três referidos professores compartilham, em certa extensão, do entendimento no sentido da formação de uma coisa julgada condicionada, na sentença, ao desprovimento do agravo de instrumento.

Nos casos em que há interposição de apelação, no entanto, os autores divergem quanto à situação das tutelas de urgência e, nessa perspectiva, Daniel Amorim e Nelson Nery Jr. compartilham o entendimento pela aplicação do critério da cognição, tornando prejudicado o recurso de agravo de instrumento.

Nesse ponto, filiamo-nos à doutrina de Fredie Didier, por entender que o interesse recursal do agravo de instrumento que impugna a decisão que concedeu ou não a tutela de urgência não é perdido com a superveniência de sentença, pelo fato de haver ainda a questão do afastamento do efeito suspensivo automático da apelação para se levar em conta, existindo ainda, portanto, interesse no julgamento do recurso que versa sobre a tutela provisória anteriormente impugnada.

Diante de todo o exposto, há de se considerar que não pretende este artigo exaurir a discussão sobre o destino do agravo de instrumento após a prolação da Sentença. O propósito é trazer à toda a comunidade jurídica a importância do manejo e apreciação adequados das situações demonstradas e os possíveis prejuízos que podem advir da insuficiência de ponderação sobre o tema.

## **REFERÊNCIAS**

ANAPE. Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. *Incerteza jurisprudencial: a controvertida perda do objeto do agravo de instrumento em razão de sentença superveniente*. 2012. Disponível em: [https://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/07/Arquivo\\_tese-32.pdf](https://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/07/Arquivo_tese-32.pdf). Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 jun. 2020.



BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm). Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial. 1. Cuida-se, na origem, de Agravo de Instrumento interposto contra decisão interlocutória que deferiu a tutela liminar, determinando a indisponibilidade de bens. Irresignada, a ora embargante interpôs Agravo de Instrumento, sustentando que a decisão impugnada recebeu o pedido inicial e ordenou a citação sem antes promover a sua notificação para manifestação preliminar, configurando-se ofensa ao art. 17, § 7º, 8º e 9º da Lei 8.429/92, na medida em que deixou de observar o devido processo legal, suprimindo o direito ao contraditório e à ampla defesa. 2. O Tribunal a quo deu provimento ao Agravo de Instrumento e consignou que a falta de notificação da requerida para apresentação de defesa preliminar, antes do recebimento da petição inicial da Ação Civil Pública, configura nulidade absoluta e insanável do processo por afronta ao princípio fundamental da ampla defesa. 3. O Parquet estadual, então, interpôs Recurso Especial que foi provido. 4. A embargante informa que o processo principal já havia sido julgado, e que a r. sentença transitou em julgado. 5. Verifica-se que o processo principal foi julgado extinto sem resolução do mérito, e que já ocorreu o trânsito em julgado. 6. É entendimento assente no STJ que, proferida sentença no processo principal, perde o objeto o recurso de Agravo de Instrumento interposto contra decisão interlocutória. 7. Assim ocorreu a perda do objeto do Recurso Especial, em face do trânsito em julgado da sentença no processo principal. 8. Embargos Declaratórios acolhidos, com efeitos infringentes, para, em seguida, prover o Agravo Regimental e decretar a perda de objeto do Recurso Especial. *EDcl no AgRg no RESP 1336055/GO*. Segunda Turma. Embargante: Magda Mofatto Hon. Embargado: Ministério Público do Estado de Goiás. Relator(a): Min. Herman Benjamin. Brasília, 04 de novembro de 2014. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1362098&num\\_registro=201201559314&data=20141127&formato=PDF141127&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1362098&num_registro=201201559314&data=20141127&formato=PDF141127&formato=PDF). Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial. 1. Há dois critérios para solucionar o impasse relativo à ocorrência de esvaziamento do conteúdo do recurso de agravo de instrumento, em virtude da superveniência da sentença de mérito, quais sejam: a) o da cognição, segundo o qual o conhecimento exauriente da sentença absorve a cognição sumária da interlocutória, havendo perda de objeto do agravo; e



b) o da hierarquia, que pressupõe a prevalência da decisão de segundo grau sobre a singular, quando então o julgamento do agravo se impõe. 2. Contudo, o juízo acerca do destino conferido ao agravo após a prolatação da sentença não pode ser engendrado a partir da escolha isolada e simplista de um dos referidos critérios, fazendo-se mister o cotejo com a situação fática e processual dos autos, haja vista que a pluralidade de conteúdos que pode assumir a decisão impugnada, além de ensejar consequências processuais e materiais diversas, pode apresentar prejudicialidade em relação ao exame do mérito. 3. A pedra angular que põe termo à questão é a averiguação da realidade fática e o momento processual em que se encontra o feito, de modo a sempre perquirir acerca de eventual e remanescente interesse e utilidade no julgamento do recurso. 4. Ademais, na específica hipótese de deferimento ou indeferimento da antecipação de tutela, a prolatação de sentença meritória implica a perda de objeto do agravo de instrumento por ausência superveniente de interesse recursal, uma vez que: a) a sentença de procedência do pedido - que substitui a decisão deferitória da tutela de urgência - torna-se plenamente eficaz ante o recebimento da apelação tão somente no efeito devolutivo, permitindo desde logo a execução provisória do julgado (art. 520, VII, do Código de Processo Civil); b) a sentença de improcedência do pedido tem o condão de revogar a decisão concessiva da antecipação, ante a existência de evidente antinomia entre elas. 5. Embargos de divergência não providos. *EARESP 488188/SP*. Corte Especial. Embargante: ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Embargado: Federação brasileira das redes associativistas de farmácias. Relator(a): Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 07 de outubro de 2015. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1450505&num\\_registro=201401915882&data=20151119&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1450505&num_registro=201401915882&data=20151119&formato=PDF). Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em REsp. 1. A superveniência da sentença de procedência do pedido não prejudica o recurso interposto contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação de tutela. 2. Embargos de divergência rejeitados. *ERESP 765105/TO*. Corte Especial. Embargante: Durval Lúcio da Costa e Outro. Embargado: Ubiratan Tadeu De Castro. Relator(a): Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, 17 de março de 2010. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=866041&num\\_registro=200702940066&data=20100825&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=866041&num_registro=200702940066&data=20100825&formato=PDF). Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. 1- Ação proposta em 08/09/2016. Recurso especial interposto em 04/10/2017 e atribuído à Relatora em 02/07/2018. 2- O propósito recursal consiste em definir se deve ser conhecido o recurso especial tirado de agravo de instrumento quando sobrevém sentença de extinção do processo sem resolução de mérito que não foi objeto de apelação. 3- A



despeito da divergência doutrinária e do dissenso jurisprudencial entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, é inadmissível o agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória quando sobrevém sentença que não é objeto de recurso de apelação da parte, pois a formação da coisa julgada, ainda que formal, é óbice intransponível ao conhecimento do agravo, na medida em que é imprescindível que o processo ainda esteja em curso para que os recursos dele originados venham a ser examinados, quer seja diante da inviabilidade de reforma, invalidação ou anulação da decisão interlocutória proferida quando há subsequente sentença irrecorrida e, por isso mesmo, acobertado pela imutabilidade e pela indiscutibilidade, quer seja porque o agravo de instrumento não possui automático efeito suspensivo *ex vi legis*, nem tampouco efeito obstativo expansivo que impediria a preclusão ou a coisa julgada sobre a decisão recorrida e sobre as decisões subsequentes. Precedentes. 4- Recurso especial não conhecido. *RESP 1750079/SP*. Terceira Turma. Recorrente: Sindicato dos Transportadores Autônomos de Veículos do Estado do Paraná – SINTRAVEC-PR e outros. Recorrido: Transportes Gabardo LTDA. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Brasília, 13 de agosto de 2019. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1849152&num\\_registro=201801517208&data=20190815&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1849152&num_registro=201801517208&data=20190815&formato=PDF). Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. 1. A superveniência da sentença no processo principal não conduz, necessariamente, à perda do objeto do agravo de instrumento. A conclusão depende tanto "do teor da decisão impugnada, ou seja, da matéria que será examinada pelo tribunal ao examinar o agravo, quanto do conteúdo da sentença" (O destino do agravo depois de proferida a sentença. Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Série 7. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier - coordenadores. São Paulo: RT, 2003). 2. A questão soluciona-se pela aplicação de dois critérios: a) o da hierarquia, segundo o qual a sentença não tem força para revogar a decisão do tribunal, razão por que o agravo não perde o objeto, devendo ser julgado; b) o da cognição, pelo qual a cognição exauriente da sentença absorve a cognição sumária da interlocutória. Neste caso, o agravo perderia o objeto e não poderia ser julgado. 3. Se não houver alteração do quadro, mantendo-se os mesmos elementos de fato e de prova existentes quando da concessão da liminar pelo tribunal, a sentença não atinge o agravo, mantendo-se a liminar. Nesse caso, prevalece o critério da hierarquia. Se, entretanto, a sentença está fundada em elementos que não existiam ou em situação que afasta o quadro inicial levado em consideração pelo tribunal, então a sentença atinge o agravo, desfazendo-se a liminar. 4. Trata-se de medida cautelar no curso da qual não houve alteração do quadro probatório, nem qualquer fato novo, entre a concessão da liminar pelo tribunal e o julgamento de improcedência do pedido do autor. Prevalência do critério da hierarquia. Agravo de instrumento não prejudicado. 5. Ausência de julgamento ultra petita. 6. Recurso especial improvido. *RESP 742512/DF*. Segunda Turma.



Recorrente: Murilo Celso de Campos Pinheiro. Recorrido: José Eduardo de Paula Alonso. Relator(a): Min. Castro Meira. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/6402/3/STJ%20-%20RESP%20742.512%20DF.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. 1. Trata-se, na origem, de Agravo de Instrumento interposto com o objetivo de assegurar tutela antecipada para a realização de cirurgia ou a disponibilização dos valores necessários à realização do procedimento cirúrgico na rede privada de saúde. 2. Como bem assinalado pelo Ministério Público Federal, a União apresentou petição e documentos nas fls. 260-273 informando a improcedência da sentença e o respectivo trânsito em julgado da ação. 3. A superveniente prolação de sentença de improcedência e o respectivo trânsito em julgado da ação tornam prejudicada a análise da pretensão recursal, em razão da perda do objeto. 4. A propósito: AgInt no AREsp 293.638/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/8/2016, DJe 1/9/2016; AgRg no REsp 1.393.935/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 17/3/2016, DJe 29/3/2016; REsp 1.179.115/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11/5/2010, DJe 12/11/2010. 5. Recurso Especial não provido. *RESP 1731814/RJ*. Segunda Turma. Recorrente: Cenira Coutinho Paranhos. Recorridos: União, Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro. Relator(a): Min. Herman Benjamin. Brasília, 15 de maio de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1712375&num\\_registro=201800616100&data=20180802&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1712375&num_registro=201800616100&data=20180802&formato=PDF). Acesso em: 02 jun. 2020.

CARBONI, Fernando M. Coisa julgada parcial de capítulos de sentença. *Revista do CEJUR/TJSC*: Prestação Jurisdicional, Santa Catarina, v. 1, n. 3, p. 138-160, dez. 2015. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/95>. Acesso em: 02 jun. 2020.

DIDDER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v.3.

NERY JÚNIOR, Nelson. Liminar Impugnada e sentença irrecorrida: a sorte do agravo de instrumento. In: NERY JR. Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 523-533.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.



OLIVEIRA, Cristiano de. Tutela de urgência e superveniência de sentença de mérito: breve análise dos embargos de divergência no Resp 765.105/TO. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 8, p. 201-217, 2011. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20822/15096>. Acesso em: 02 jun. 2020.

SAMPIETRO, Luiz Roberto H. Efeito Expansivo, Agravo de Instrumento não julgado e sentença superveniente: rápida análise do tema à luz do novo Código de Processo Civil. *Revista dialética de direito processual -RDD*, São Paulo, n. 153, p. 92-103, dez. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução, cumprimento da sentença e sistema recursal do processo civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O destino do agravo depois de proferida a sentença. *Cad. da Esc. de Direito*, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Paraná, v. 1, n. 4, p. 103-110, jan./dez. 2004. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2507/2077>. Acesso em: 02 jun. 2020.

## **AGRADECIMENTOS**

Gostaria de aproveitar esta oportunidade para prestar breves agradecimentos a todos aqueles envolvidos na produção acadêmica deste trabalho e nos anos dedicados a esta graduação.

Em primeiro lugar, sou grato à minha família, que sempre me apoiou e auxiliou em todas as dificuldades enfrentadas, principalmente aos meus avós, Moacir e Darlete, pelo exemplo de dedicação e disciplina. Gostaria, do mesmo modo, de agradecer a esta instituição, UniCEUB, por todas as oportunidades e formas de se aprofundar academicamente ofertadas. Agradeço também aos grandes mestres que nela lecionam, e que tanto contribuem para a construção e transmissão do conhecimento. Essencial, ainda, registrar minha gratidão ao meu orientador,



Professor Ricardo Rocha Leite, pelos inúmeros ensinamentos, instruções e revisões deste trabalho.

Igualmente importante, preciso agradecer aos meus amigos, dentro e fora da faculdade, mormente ao Renan Souza, à Rebeca Azevedo e à Ester Paulino, que foram de relevância ímpar nesta longa trajetória.

Por fim, sou especialmente grato à Brenda Aíssa, a quem amo imensamente, e dedico esta obra, por todo o apoio, o carinho, e a paciência, nas inúmeras vezes que me ou viu, atentamente, falando sobre este tema.





# A POSSIBILIDADE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO PROCEDIMENTO ARBITRAL DOMÉSTICO

Walter Martins Maia

## RESUMO

A arbitragem ganha cada vez mais espaço no cenário jurídico brasileiro como meio alternativo de solução de conflitos, de modo que surjam questionamentos acerca dos limites, poderes e da competência do arbitro, dentro do procedimento arbitral. Esse trabalho objetiva analisar a possibilidade do arbitro, dentro de suas competências, realizar controle difuso de constitucionalidade dentro do procedimento arbitral doméstico, que ocorra dentro do território e utilizando o ordenamento brasileiro. Após revisão bibliográfica, constatou-se que não há um consenso na doutrina ou na jurisprudência sobre a viabilidade do arbitro, diante de um conflito hierárquico de normas, afastar aplicação de norma infraconstitucional e aplicar diretamente e a constituição. Entretanto, diante do exposto colocado o presente estudo se afilia a corrente de que o arbitro pode e deve afastar aplicação no caso concreto de norma infraconstitucional que ocasionar estado de inconstitucionalidade à lide, construído a partir do princípio da supremacia da Constituição e a natureza jurisdicional da arbitragem.

**Palavras-chave:** arbitragem; controle de constitucionalidade; constitucional.

## ABSTRACT

Arbitration gains more and more space in the Brazilian legal scene as an alternative resource for solving conflicts, so many questions arise about the limits, powers and jurisdiction of the arbitrator, within the arbitration procedure. This work aims to analyze the possibility of the arbitrator, within his competences, to carry out diffuse control of constitutionality within the domestic arbitration procedure, which occurs within the territory and using the Brazilian legal system. After a bibliographic review, it was found that there is no consensus in the doctrine or jurisprudence on the feasibility of the arbitrator, in the face of a hierarchical conflict of rules, to rule out



the application of rules and to apply directly and the constitution. However, in view of the foregoing, the present study is affiliated with the view that the arbitrator can and should rule out application in the specific case of a rule that causes a state of unconstitutionality in the dispute, built on the principle of supremacy of the Constitution and the jurisdictional nature of the arbitration.

**Keywords:** arbitration; constitution; judicial review.

## 1 INTRODUÇÃO

A arbitragem instituída pela Lei 9.307/96, é considerado um meio privado alternativo de solução de conflitos em que as partes elegem um terceiro ou um grupo, especializado sobre a matéria debatida, de sua confiança, que irá decidir sobre o litígio. Pode-se acrescentar ainda pelo conceito de Carmona que o árbitro ou os árbitros “recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal”.<sup>1</sup>

Em que, com a promulgação da referida Lei de Arbitragem e objetivando desafogamento do poder judiciário, a sentença arbitral deixou de ser mero laudo arbitral, que necessitava de homologação pelo poder judiciário, para qualificação como um título executivo judicial, na forma do art. 515, inciso VII, do CPC.<sup>2</sup>

Assim, o movimento arbitral ganhou força no Brasil, do qual de um começo primariamente em litígios de caráter em matéria exclusivamente civil e empresarial, expandiu-se para outros gêneros de litígio como em matéria trabalhista, contra a Administração Pública e até mesmo atualmente tramitam no Senado projetos de lei para arbitragens em matérias tributárias, PL nº 4.257/2019 do Senado Federal.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo : um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª edição*, Editora Atlas, São Paulo, 2009, página 31 . [Minha Biblioteca].

<sup>2</sup> Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

(...)

VII - a sentença arbitral;

<sup>3</sup> Disponível no Site do Senado Federal, acessado em 01 de março de 2020, <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914> >



Nesse contexto expansivo do instituto da arbitragem na solução de conflitos faz-se necessário delimitar certas controversas, como sobre a possibilidade do árbitro em determinado caso exercer controle difuso de constitucionalidade em procedimentos domésticos do qual as partes optem pela utilização do direito brasileiro no procedimento arbitral.

Logo este estudo objetiva dissertar sobre a controversa da possibilidade de o juízo arbitral exercer controle difuso de constitucionalidade ao longo do procedimento, afastando aplicabilidade de determinada norma ao caso concreto por entender ofensa ou contradição a Constituição Federal.

Para tanto, o estudo foi dividido em três partes do qual na primeira será debatido a natureza jurídica da arbitragem, os poderes conferidos ao árbitro por lei e a jurisdição na arbitragem, para na segunda parte debater sobre o controle de constitucionalidade do direito brasileiro e na terceira parte trazer questões de direito comparado como julgados de câmaras arbitrais e de tribunais constitucionais de outros países. Por fim, em sede de conclusão, levantar a dedução obtida pelo estudo sobre a controvérsia estudada.

## **2 A ARBITRAGEM**

A arbitragem fundamenta-se pelo princípio da autonomia da vontade das partes, em que as partes em livre manifestação de vontade abdicam do direito fundamental a acesso a apreciação judiciária, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88, derogando então a competência para julgamento da controvérsia para o juízo arbitral.



Acrescenta ainda Leonardo de Faria Beraldo que as partes ao optarem pelo juízo arbitral, têm a liberdade de escolher o modo que a controvérsia será solucionada, se por equidade ou por direito, indicando ainda as regras e o direito aplicável ao caso<sup>4</sup>.

Tal preceito, encontra-se positivado pelo art. 2º da Lei de Arbitragem, do qual as partes poderão livremente acordar o modo de decisão do árbitro, escolhendo a lei material e processual que regerá o litígio, ainda podendo convencionar que a decisão seja feita com base nos princípios gerais do direito, usos e costumes e legislação estrangeira ou regras internacionais de comércio.

Nas palavras de Alexandre Freitas, o litígio deverá “ser composto com base nas normas do direito objetivo, devendo o árbitro se pautar pela estrita observância da legalidade na solução a ser dada à lide que lhe é submetida”<sup>5</sup>.

Acrescendo as palavras de Leonardo de Faria Beraldo, em que pela arbitragem de direito “o árbitro ou tribunal arbitral deverá se ater ao estrito cumprimento ao princípio da legalidade, aplicando-se, para resolver a lide, as normas do direito positivo escolhido pelas partes.”<sup>6</sup>

Vale ressaltar que o presente estudo analisa exclusivamente arbitragem domésticas, ocorridas em território brasileiro, do qual as partes tenham optado pela aplicação do direito brasileiro a controvérsia a ser analisada. Tal limitação faz-se necessária primeiramente pois determinados ordenamentos jurídicos não utilizam do mesmo sistema de controle de constitucionalidade do Brasileiro.

Destacando-se também, que as partes ao determinarem o Direito Brasileiro como a norma a ser aplicada pelo juízo arbitral, vincula-o a todo o ordenamento jurídico selecionado, incluindo a Constituição Federal e demais normas

---

<sup>4</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. Curso de arbitragem: nos termos da lei no 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014, p. 8

<sup>5</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem, p. 21

<sup>6</sup> Beraldo, Leonardo de Faria . Curso de Arbitragem: Nos Termos da Lei N° 9.307/96.. [Minha Biblioteca]. Pag. 19



infraconstitucionais, do qual o afastamento de qualquer norma de direito dentro do ordenamento escolhido, pode gerar nulidade da sentença arbitral, segundo o art. 32, inciso IV, da Lei de Arbitragem.

Dessa forma, o art. 32, da Lei de Arbitragem, elenca taxativamente as hipóteses em que há nulidade da sentença arbitral, estipulando em seu inciso IV, a nulidade da decisão se proferida fora dos limites da convenção de arbitragem.

Nas palavras de Carmona, “sob pena de incidirem no vício capitulado no dispositivo comentado, é abandonar as regras selecionadas pelos contendentes, substituindo-as a seu talante por outras, de modo aleatório.”<sup>7</sup>

Nota-se, portanto, a prioridade do debate da matéria sobre o estudo proposto, uma vez que o juízo arbitral ao exercer controle difuso de constitucionalidade, afasta aplicabilidade de uma norma pertencente ao ordenamento escolhido pelas partes ao caso concreto, por considerar que a incompatibilidade com a Constituição Federal diante do caso concreto.

Recaindo então, a possibilidade de apreciação pelo poder Judiciário sobre a validade da sentença arbitral pelo argumento de que ao afastar norma jurídica aplicada ao caso por entender inconstitucionalidade, aplicando entendimento diverso, estaria o árbitro extrapolando os limites da convenção de arbitragem, na forma do art. 32, inciso IV, da Lei de Arbitragem.

Porém, tal ciclo vicioso de retorno da matéria litigada ao judiciário para reapreciação traz insegurança, morosidade e ineficácia ao instituto da arbitragem, indo de encontro do próprio intuito da Lei de Arbitragem, que seria o desafogamento do poder judiciário e a possibilidade das partes optarem por um procedimento alternativo de solução de conflitos de forma especializada e célere.

---

<sup>7</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo : um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª edição. Pág 406



Importando já destacar o pensamento contrário de Gustavo Fernandes de Andrade, em que “se o árbitro tem por missão aplicar um determinado direito para proferir a sentença, ele jamais poderá completar tal missão sem verificar a compatibilidade da norma invocada com a Constituição”<sup>8</sup>

Em mesmo sentido, Nelson Nery Junior, “se o árbitro pode decidir por equidade, até *contra legem*, quando investido do poder de ‘compositor amigável’, porque não poderia deixar de aplicar lei inconstitucional”. Cabível então o exercício do controle de constitucionalidade, declarando norma inconstitucional sobre a hipótese submetida ao procedimento arbitral.<sup>9</sup>

Concluindo ainda que “o controle da constitucionalidade das leis pode ser feito pelo juiz estatal ou pelo árbitro, **incider tantum**, valendo apenas para o caso concreto”<sup>10</sup>

## 2.1 SUA NATUREZA JURÍDICA

O entendimento desenvolvido por Nelson Nery Junior e outros doutrinadores, que concordam, sobre a possibilidade de o juízo arbitral exercer controle de constitucionalidade, baseiam-se na corrente majoritária jurisprudencial sobre a natureza jurídica da arbitragem, do qual o arbitro exerce função jurisdicional.

O debate sobre a natureza jurídica da arbitragem por mais que já antigo, ainda gera divergências, do qual a doutrina se dividi, basicamente sobre quatro institutos teóricos: privatista ou contratual, jurisdicional, mista e autônoma.

Em síntese, para a teoria privatista ou contratual, o vínculo entre as partes na arbitragem é meramente contratual, não havendo de se falar em jurisdição estatal.

---

<sup>8</sup> ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Arbitragem e Constrole de Constitucionalidade: Algumas Reflexões. In: 20 anos de lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. Carlos Alberto Carmona; Selma Ferreira Lemes; Pedro Batista Martins (Coord.). 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 742.

<sup>9</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal, n. 14, p. 83.

<sup>10</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal, n. 14, p. 83



Nesse posicionamento sustentado por Celso Barbi Filho<sup>11</sup>, César Fiuza<sup>12</sup> e Eros Roberto Grau<sup>13</sup>, entre outros, a função do árbitro decorre de um contrato *sui generis*, não tendo o árbitro em sua atuação poder executivo e mandamental atribuídos exclusivamente a jurisdição estatal, restando dependente da intervenção do poder judiciário em caso da necessidade de um processo de execução, diante do não cumprimento voluntário da parte vencida no procedimento.

Já para a teoria jurisdicional, acredita-se que o árbitro exerce poder jurisdicional assim como o juiz togado, angariando força, tal teoria a partir do ano de 2001 em que o Supremo Tribunal Federal – STF decidiu pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem na SE 5.206/EP – Espanha, entendendo pela “a completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem”<sup>14</sup>.

Reforçada posteriormente pelo julgamento no Superior Tribunal de Justiça – STJ do MS 11.208 – DF, do qual destaca-se da emenda, que “o árbitro vira juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial”<sup>15</sup>.

Afirmando ainda que, “segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa categorizá-lo como equivalente jurisdicional, porquanto terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência.”<sup>16</sup>

Por tanto, a teoria majoritária jurisdicional, formulada como base no entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores, entende pela equivalência do

---

<sup>11</sup> BARBI FILHO, Celso. Cumprimento judicial de cláusula compromissória na Lei no 9.307/96 e outras intervenções na arbitragem privado. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano 36, no 108, São Paulo, 1997, out-nov, p. 73-90

<sup>12</sup> FIUZA, César. Teoria geral da arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 124

<sup>13</sup> GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. O direito posto e o direito pressuposto. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 303-311

<sup>14</sup> STF, SE 5.206 AgR / EP – ESPANHA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.04.2004.

<sup>15</sup> STJ, AgRg no MS 11.308, 1.ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 14.08.2006.

<sup>16</sup> STJ, AgRg no MS 11.308, 1.ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 14.08.2006



arbitro ao juiz togado, a partir da leitura do art. 18 da Lei de Arbitragem<sup>17</sup>, já declarada constitucional pelo próprio STF.

Por sua vez, a Teoria Mista ou Intermediária, é a aquela que aduna a teoria privatista e a teoria jurisdicional entendendo, nas palavras de Eduardo Silva da Silva, que a arbitragem “se dá em uma convenção privada (cláusula compromissória ou compromisso arbitral) e seus efeitos que são jurisdicionais (diluição de controvérsias e pacificação social).”<sup>18</sup>

Compreendida, por tanto, por autores como José Cretella Neto<sup>19</sup> e Selma Ferreira Lemes<sup>20</sup>, entre outros, como a congregação da origem da arbitragem como a manifestação de vontade das partes dentro contrato privado, para com a finalidade do compromisso arbitral na atividade jurisdicional exercida pelo arbitro.

Por último, tem-se a Teoria Autônoma, do qual não se vê grande publicidade frente a doutrina, porém Francisco José Cahali a cita como da qual a arbitragem enquadra-se como um método único e próprio de solução de conflito, desvinculado de qualquer sistema jurídico.

Tendo tal teoria relevância na arbitragem, diante das arbitragens do qual as partes estipulam critérios de decisão diversos de ordem jurídica específica, como por exemplo a arbitragem por equidade, em que há independência do procedimento arbitral para com o ordenamento jurídico local em que é instalado e ocorre o procedimento arbitral, também não apresentando vinculo com nenhum ordenamento jurídico específico como base.

## **2.2 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

---

<sup>17</sup> Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário

<sup>18</sup> SILVA, Eduardo Silva. Arbitragem e direito da empresa – Domática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33

<sup>19</sup> CRETELLA NETO, José. Curso de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15-16

<sup>20</sup> LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na administração pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 61.





A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), outorga o sistema misto de controle de constitucionalidade judicial, em que é possível tanto o controle concentrado, implementado pela EC nº 16/65, quanto o controle difuso de constitucionalidade.

O Controle de Constitucionalidade Concentrado é aquele limitado a órgãos judiciários específicos outorgados de competência para apreciação da simetria entre uma norma em abstrato para com a Constituição Federal.

No sistema jurídico brasileiro o controle concentrado é associado ao controle por ação direta ou por via principal, em que órgãos judiciários específicos têm a competência para julgar ações diretas que questionam a assimetria de determinada norma infraconstitucional em abstrato para com a constituição, recebendo efeito erga hominis.<sup>21</sup>

Estipulado no art. 102, I, “a”, e no art. 125, §2º ambos da CRFB/88, é, respectivamente, competente o Supremo Tribunal Federal – STF para tratar da inconstitucionalidade de lei ou ato, federal ou estadual em face da Constituição Federal, e o Tribunal de Justiça do Estado quanto inconstitucionalidade de normas ou atos, estaduais ou municipais, frente a constituição estadual.

Já o sistema de controle difuso de constitucionalidade, previsto nos arts. 97, 102, III, a a d, e 105, II, a e b, todos da CRFB/88, em que outorga aos juízes e tribunais o poder de afastar a aplicação da lei ao caso concreto diante de sua incompatibilidade para com a Constituição, sendo o efeito da decisão restrito as partes litigantes.<sup>22</sup>

Originado nos Estados Unidos pelo precedente do caso *Marbury v. Madison*, em 1803, pela Suprema Corte Americana. Assentando o poder e o dever de qualquer

---

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Pág. 73

<sup>22</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gonet. *Série IDP - Linha Doutrina - Curso de direito constitucional..* [Minha Biblioteca]. Pag. 1268 14 edição



órgão judiciário dentro do ordenamento jurídico local analisar a constitucionalidade da norma no momento de aplicabilidade ao caso concreto.<sup>23</sup>

Em mesmo sentido, entende-se tradicionalmente que a pronúncia de inconstitucionalidade do ato normativo impugnado no controle difuso apenas é imputável as partes litigantes a partir do caso concreto e do direito particular, ameaçado ou violado, não havendo a possibilidade da projeção dos efeitos da decisão à terceiros.<sup>24</sup>

Concomitantemente, outra consequência da decisão que versa sobre a inconstitucionalidade no controle difuso é de que a norma impugnada permanece existindo e eficaz dentro do ordenamento jurídico, podendo ser aplicada a demais casos submetidas a apreciação judicial.

Em que, nas palavras de Luís Roberto Barroso, o conceito controle de constitucionalidade difuso geralmente se sobrepõe ao conceito de controle por via incidental em que é “exercido quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido”.<sup>25</sup>

Ainda nas palavras do autor, este trata o controle de constitucionalidade difuso como “atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional, qualquer juiz ou tribunal”, do qual “no ato de realização do Direito nas situações concretas que lhes são submetidas, tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição.”<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> V. Mauro Capelletti, O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado, 1984, p. 77

<sup>24</sup> Ada Pellegrini Grinover. O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes da ação coletiva. In: O processo: estudos e pareceres. São Paulo: DPJ Ed. 2005. P. 177

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Pág 72

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Pág. 136



Nas palavras de Ruy Barbosa, no controle difuso de constitucionalidade a “inconstitucionalidade não se aduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio à justificação do direito, cuja reivindicação se discute”.<sup>27</sup>

Segundo Maria Isabel Gallotti, o controle de constitucionalidade difuso decorre diretamente da essência do Poder Judiciário, do qual possui a missão de atender e observar à Constituição, uma vez como Carta Magna superior a qualquer outra legislação ordinária editada pelo poder Legislativo.<sup>28</sup>

Ainda no entendimento da autora, qualquer pensamento contrário a de que é função intrínseca de qualquer órgão jurisdicional o controle de constitucionalidade na análise do caso concreto, reduzem sua sustentação a afirmar que o juiz é mero aplicador da lei e “devem fechar os olhos para a Constituição”.

Afluindo os conhecimentos doutrinários acerca do controle de constitucionalidade difuso para com a visão da natureza jurídica da arbitragem pela teoria jurisdicional, conclui Carmen Tiburcio que “como o árbitro é juiz de fato e de direito e como o juiz pode exercer esse controle, então também o árbitro pode exercê-lo”.<sup>29</sup>

Nota-se que a conclusão lógica de que se o árbitro desempenha função jurisdicional no procedimento arbitral tal qual como um juiz, então portanto pode e deve realizar controle de constitucionalidade ao analisar o caso concreto, decorre diretamente do previsto no art. 18 da LA e retificado pelo STJ no MS 11.308.

---

<sup>27</sup> BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: Trabalhos Jurídicos. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 82

<sup>28</sup> GALLOTTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 170, p. 18-40, fev. 1987. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45598>>. Acesso em: 04 Mai. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v170.1987.45598>

<sup>29</sup> TIBURCIO, Carmen. Controle de constitucionalidade das leis pelo árbitro: notas de direito internacional privado e arbitragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 266, p. 167-186, mai. 2014. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/32144>>. Acesso em: 05 Mai. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v266.2014.32144>



Outrossim, é importante destacar a exigência constitucional de cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da CF, do qual cria como condição para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo a maioria absoluta dos membros do Tribunal ou de seu órgão especial.

Nas palavras de Alexandre de Moraes, a cláusula de reserva de plenário “atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público”<sup>30</sup>

Outrossim a Súmula Vinculante 10 do STF, resguarda a cláusula de reserva de foro, nos casos em que o julgamento for em sede de Tribunal de Justiça, na medida em que entende violado o dispositivo constitucional por “decisão do órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”<sup>31</sup>.

Em síntese, como na arbitragem há a possibilidade de escolha de um ou mais árbitros, vale ressaltar que entendendo pela competência para realizar controle de constitucionalidade difuso sobre o caso, o Tribunal Arbitral fica vinculado a cláusula de reserva de foro prevista pela constituição.

## **2.3 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS DE CONTROLE**

Como forma de fomento ao debate, traz-se também brevemente a desavença paralela acerca da possibilidade de controle de constitucionalidade por órgãos de controle autônomos, como TCU e CNJ, que ainda encontra ampla controvérsia nas esferas do Direito Público e no entendimento dos Tribunais Superiores.

---

<sup>30</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 35ª edição. Pg 777

<sup>31</sup> STF – 1ª T. – Rcl 24.284/SP – Rel. Min. Edson Fachin, julgamento: 22-11-2016.



Em que por exemplo, por mais que haja a súmula nº 347 do STF, em que “Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”, esta foi editada em 1963, sob a égide de outra ordem constitucional.

Havendo divergência jurisprudencial no próprio STF sobre o tema em que há decisões conflitantes tanto no sentido da impossibilidade, afirmando que a súmula não foi recepcionada pela Constituição de 88, como MS 25.888 e MS 26.410. Como também a favor pela competência dos órgãos de controle para exercício do controle de constitucionalidade, como no MS 31.439.

Destacando recente decisão monocrática do Min. Alexandre de Moraes no MS 35.410/DF, em que entende que o TCU ao realizar controle de constitucionalidade extrapola sua competência constitucional elencada no art. 71 da CRFB/88. Concluindo que “é inconcebível, portanto, a hipótese do Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos.”<sup>32</sup>

O posicionamento tradicional contrário a possibilidade do controle de constitucionalidade baseia-se em três bases argumentativas, (i) a legitimidade dos representantes do Executivo e Legislativo em proporem ações de controle concentrado de constitucionalidade, (ii) preservação da segurança jurídica e da harmonia institucional entre os poderes e suas funções e (iii) baseado no princípio da legalidade, distanciando-se de uma hipótese de subversão hierarquia das fontes normativas.<sup>33</sup>

Em entendimento diametralmente oposto, cita-se a decisão do plenário do STF, de mesma época da decisão monocrática acima relatada, na PET 4.656/PR, de

---

<sup>32</sup> STF, MANDADO DE SEGURANÇA. MS 35.410/DF. Rel Min. Alexandre de Moraes. Decisão Monocrática. DJE 01/02/2018

<sup>33</sup> DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya. Curso de Processo Constitucional - Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais, 4ª edição



relatoria da Min. Cármen Lúcia, em que concluiu pela distinção entre a declaração de inconstitucionalidade e o afastamento da aplicabilidade da norma inconstitucional que “cuida-se de poder implicitamente atribuído aos órgãos autônomos de controle administrativo para fazer valer as competências a eles conferidas pela ordem constitucional”.<sup>34</sup>

O entendimento é derivado do princípio da supremacia da Constituição em que “aplicar a lei inconstitucional é negar aplicação a Constituição”, assim o afastamento de norma tido por inconstitucional é facultado a toda administração pública.<sup>35</sup>

Destacando o entendimento do Prof. Luís Roberto Barroso que “todos os Poderes da República interpretam a Constituição e têm o dever de assegurar seu cumprimento”, ainda que “o Judiciário, é certo, detém a primazia da interpretação final, mas não o monopólio da aplicação da Constituição.”<sup>36</sup>

Após apontamentos colocados acerca do controle de constitucionalidade por órgãos administrativos é possível retirar outras ramificações conclusivas para o presente estudo acerca da possibilidade do controle de constitucionalidade dentro do procedimento arbitral.

Primeiramente é possível revigorar a linha conclusiva pela impossibilidade de realização de controle de constitucionalidade pelo arbitro, seguindo a linha de raciocínio MS 35.410/DF em que o tribunal arbitral estaria extrapolando sua competência e ainda realizando uma subversão hierarquia das fontes normativas, violando inclusive o princípio de presunção de constitucionalidade das normas infraconstitucionais.

---

<sup>34</sup> STF, PETIÇÃO. PET 4.656. PLENÁRIO. ACORDÃO. REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA, DJE 4.12.2017

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 92- 95

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 92- 95



De modo a retomar a teoria em que o arbitro estaria excedendo os limites da convenção de arbitragem, na forma do art. 32, inciso IV, da Lei de Arbitragem, ao suprimir a hierarquia normativa presente no ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante, em sentido oposto, a partir do julgamento da PET 4.656, baseando-se pela supremacia da Constituição e da necessidade de análise de todo o ordenamento a partir da Carta Magna, é possível admitir que arbitro o não realizaria em si controle de constitucionalidade, mas apenas realizaria o afastamento da aplicação de norma que entende inconstitucional.

Convergindo então os entendimentos “que até mesmo o particular pode recusar cumprimento à lei que considere inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção caso venha a ser demandado”<sup>37</sup> para com o de que o árbitro não seria mero aplicador da lei e ao ser requisitado de analisar todo o ordenamento, não podendo afastar a análise de compatibilidade para com a Constituição.

## 2.4 O DIREITO COMPARADO

Como tal matéria ainda não foi apreciada pelos órgãos superiores do poder Judiciário Brasileiro, de forma a dirimir uma solução definitiva e tornando-se precedente jurisprudencial sobre a possibilidade do juízo arbitral exercer controle difuso de constitucionalidade. Cabe este estudo levantar alguns precedentes internacionais de países em que aplicam o controle difuso de constitucionalidade em seu ordenamento.

Primeiramente, em sentido denegatório, traz-se a decisão da International Chamber of Commerce - ICC 6320, em que houve alegação que a legislação americana “*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*” (RICO), contrariaria a Constituição Americana no caso em tela. Entretanto, os

---

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 92- 95



árbitros rejeitaram tal alegação entendendo que esta declaração extrapolaria os poderes conferidos pela convenção de arbitragem.<sup>38</sup>

Nota-se então que já há precedente de um próprio tribunal arbitral sobre a impossibilidade de controle difuso de constitucionalidade sob pena de extrapolar o convencionado pelas partes no compromisso arbitral, destacando ainda que a legislação aplicável ao caso, era a própria legislação americana, berço do controle difuso de constitucionalidade.

Não obstante, outra câmara arbitral, a International Centre For Settlement of Investment Disputes – ICSID<sup>39</sup>, em caso julgado com objeto a legislação do Uruguia, já possui precedente sobre a possibilidade de afastamento de norma infraconstitucional frente ao seu conflito a Constituição do país, havendo aplicação direta da norma constitucional frente o conflito hierárquico.

Em mesmo sentido, cortes superiores constitucionais da América Latina, como da Argentina<sup>40</sup> e do Peru<sup>41</sup>, já se manifestaram pela possibilidade de o juízo arbitral exercer controle de constitucionalidade no procedimento arbitral, estando dentro de suas competências a análise de conflito hierárquico de normas.

Vale ainda ressaltar, que para que além de jurisdições que apontam tanto para a possibilidade quanto pela impossibilidade de o juízo arbitral exercer controle de constitucionalidade dentro do procedimento arbitral, há jurisdições em que o tribunal arbitral deve suscitar o incidente de controle de constitucionalidade ao a órgão judiciário estatal competente para decidir sobre a matéria constitucional, e após

---

<sup>38</sup> CCI n.º 6320, cf. Horacio A. GrigeraNaón, Can Arbitrators Deal With Hierarchical Conflicts of Laws (e.g. Between a Law and the Constitution)? In: BORTOLOTTI, Fabio; MAYER, Pierre (Ed.). The Application of Substantive Law by International Arbitrators. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC), v. 11, p. 97-108, 2014.

<sup>39</sup> ICSID case no. ARB/06/11. Decision on Jurisdiction. (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0577.pdf>).

<sup>40</sup> Oscar S. Oliva vs. Disco S.A., Corte Superior de Justiça de Córdoba, 14.3.12 (<http://www.kluwer-arbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=kli-ka-1251664#a0012>).

<sup>41</sup> Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>>





decidido a questão constitucional, o processo retorna ao tribunal arbitral para apreciação da demanda pelo juízo arbitral, um exemplo seria tal como ocorre na Itália.<sup>42</sup>

Em sentido parecido, em Portugal<sup>43</sup>, do qual é possível o questionamento perante órgão jurisdicional estatal frente a procedimentos arbitrais que tratam de conflito da legislação ordinária para com a constituição, é cabível recurso a jurisdição estatal do qual a decisão do tribunal arbitral tenha decidido sobre questão de conflito hierárquico de normas.

Assim, levanta-se a ponderação acerca dessa terceira vertente resolutiva da problemática levantada pelo estudo, de que ao subordinar o procedimento arbitral ao crivo da jurisdição estatal retarda o procedimento arbitral, indo de encontro com um dos principais preceitos da arbitragem, do qual as partes desejam um procedimento célere.

Portanto, nota-se que no cenário internacional também se encontra bifurcado, em que há posições para ambos os posicionamentos, tanto em âmbito de decisões de tribunais locais quanto de próprias câmaras arbitrais, encontrando também soluções distintas para a controvérsia.

### **3 CONCLUSÃO**

Não é possível apontar consenso um na jurisprudência ou na doutrina, sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade pelo procedimento arbitral. Porém é possível visualizar uma tendência majoritária pela resposta afirmativa, do qual este estudo se filia, sobrepondo pelo princípio da constituição e a natureza jurisdicional da arbitragem que vem sendo assentada pelos tribunais superiores brasileiros.

---

<sup>42</sup> Corte Costituzionale, Sentenza 22 novembre 2001, n. 376. Pres. Ruperto; Rel. Marini, [http://www.diritto.it/sentenze/cortecost/sent\\_376\\_01.html](http://www.diritto.it/sentenze/cortecost/sent_376_01.html)

<sup>43</sup> Acórdão 202/2014, de 7 de abril, Diário da República, 2.ª série, n. 68, de 07.04.2014, p. 9463



Ainda que haja uma linha majoritária pela possibilidade de controle de constitucionalidade, ainda há uma corrente minoritária em que não admite que o árbitro exercer função jurisdicional durante o procedimento arbitral, impedindo-o de realizar controle de constitucionalidade difuso.

Sustentando a argumentação dos princípios constitucionais de legalidade e presunção de constitucionalidade da norma infraconstitucional, o que impede órgãos não jurisdicionais de realizar o controle de constitucionalidade, sob pena de gerarem insegurança jurídica, conflito institucional e, por fim, supressão da ordem hierárquica normativa.

Para a arbitragem especificamente o núcleo central da objeção a realização do controle de constitucionalidade encontra-se na possibilidade de nulidade da sentença arbitral por extrapolar os limites da convenção de arbitragem, pelo art. 32, IV, da Lei de Arbitragem, uma vez o árbitro suprimindo a ordem normativa escolhida pelas partes, afastando norma por considerar inconstitucional.

Não obstante, em linha argumentativa oposta, se considerado que a arbitragem tem natureza jurisdicional, baseado no entendimento colocado pelo STJ e pelo art. 18 da Lei de Arbitragem, se o árbitro é juiz de fato de e de direito, tal que o árbitro desempenha função jurisdicional durante o procedimento arbitral.

Outrossim, pautada no princípio da supremacia da Constituição, poderia considerar a atuação do árbitro apenas como o afastamento da norma inconstitucional, não necessariamente tratando-se ser o Controle de Constitucionalidade.

Nesta linha baseada na doutrina e no julgamento do MS 35.410/DF pelo árbitro, é qualquer indivíduo ao analisar o ordenamento jurídico brasileiro deve analisar o ordenamento brasileiro como um todo sobrepondo a Constituição sobre as demais normas. Não sendo o árbitro mero aplicador da lei, este deve analisar a conformidade da norma para com a constituição no caso concreto litigado.



Outrossim, em uma análise internacional, também não é possível chegar a uma decisão definitiva acerca da matéria, uma vez que há entendimentos para ambos os posicionamentos. Há precedentes que negam a possibilidade de controle de constitucionalidade pelo árbitro, uma vez que extrapolaria a convenção de arbitragem, em contra partida há cortes constitucionais que já firmaram entendimento sobre a procedência de controle de constitucionalidade pelo árbitro em um procedimento arbitral.

De forma tangente, pela análise do contexto internacional, encontrou-se jurisdições que mitigaram entre os posicionamentos, estabelecendo então uma dependência da câmara arbitral para com a jurisdição estatal no que tange o controle de constitucionalidade, em que a jurisdição estatal deve manifestar-se sobre a matéria constitucional ou em que pode revisar decisão arbitral que decida conflito hierárquico entre normas.

Face a todo o exposto, este estudo alinha-se sobre o entendimento de que o árbitro pode e deve ao analisar o caso concreto afastar norma infraconstitucional quando constatado conflito hierárquico com a Constituição. Diante da tendência de as cortes superiores brasileiras afirmarem a natureza jurisdicional da arbitragem, em que o árbitro é juiz de fato e de direito.

Outrossim, acrescido ao entendimento do princípio da Supremacia da Constituição, do qual em um pensamento kelseniano a Constituição é base para validade e eficácia das demais normas se sobrepondo sobre todo o ordenamento. Restando claro que o árbitro ao ser nomeado para solucionar o conflito de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro é imperceptível que este analise todo o ordenamento, inclusive sua compatibilidade com a constituição no caso concreto.



## **REFERÊNCIAS**

ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Arbitragem e Constrole de Constitucionalidade: Algumas Reflexões. In: 20 anos de lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. Carlos Alberto Carmona; Selma Ferreira Lemes; Pedro Batista Martins (Coord.). 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 742.

ARGENTINA. Oscar S. Oliva vs. Disco S.A., Corte Superior de Justiça de Córdoba, 14.3.12 (<http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=kli-ka-1251664#a0012>). Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>>.

BARBI FILHO, Celso. Cumprimento judicial de cláusula compromissória na Lei no 9.307/96 e outras intervenções na arbitragem privado. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano 36, no 108, São Paulo, 1997, out-nov, p. 73-90.

BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: Trabalhos Jurídicos. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 82.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 8ª edição. Ed. Saraiva. São Paulo. 2019. Pág. 73

BERALDO, Leonardo de Faria. Curso de arbitragem: nos termos da lei no 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014, p. 8.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça - STJ, AgRg no MS 11.308, 1.ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 14.08.2006.

BRASIL. Lei de Arbitragem. Lei nº 9.307. 1996

BRASIL. Senado Federal. PROJETO DE LEI. PL nº 4.257/2019 Disponível no Site do Senado Federal, acessado em 01 de março de 2020, <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF, SE 5.206 AgR / EP – ESPANHA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.04.2004

ÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem. São Paulo Editora Lumen Juris 5ª edição. 2009



CAPPELLETTI, V., O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. safE. 1992. 2ª Edição, p. 77. LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na administração pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 61.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo : um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2009, página 31.

CRETELLA NETO, José. Curso de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15- 16.

ITÁLIA. Corte Costituzionale, Sentenza 22 novembre 2001, n. 376. Pres. Ruperto; Rel. Marini, [http://www.diritto.it/sentenze/cortecost/sent\\_376\\_01.html](http://www.diritto.it/sentenze/cortecost/sent_376_01.html)

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gonet. Série IDP - Linha Doutrina - Curso de direito constitucional. Ed. Saraiva. São Paulo. 15ª edição. 2019 [Minha Biblioteca]. Pag. 1268 14 edição

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal, n. 14, p. 83.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão 202/2014, de 7 de abril, Diário da República, 2.ª série, n. 68, de 07.04.2014, p. 9463.

SILVA, Eduardo Silva. Arbitragem e direito da empresa – Domática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33. CCI n.º 6320, cf. Horacio A. GrigeraNaón, Can Arbitrators Deal With Hierarchical Conflicts of Laws (e.g. Between a Law and the Constitution)? In: BORTOLOTTI, Fabio; MAYER, Pierre (Ed.). The Application of Substantive Law by International Arbitrators. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC), v. 11, p. 97-108, 2014 ICSID case no. ARB/06/11. Decision on Jurisdiction. (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0577.pdf>).

BRASÍLIA 2020 - V.5

**COMPÊNDIO FAJS**

# **DIREITO PÚBLICO**



# O ICMS INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA: ANÁLISE DA LEGALIDADE DA INCLUSÃO DA TUST E DA TUSD NA BASE DE CÁLCULO

Antônio Clementino Júnior

## RESUMO

Analisa-se, neste trabalho de pesquisa, a inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica – TUST e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD na base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS incidente sobre a energia elétrica. Para a construção dos argumentos que embasam a legalidade ou não da inclusão, foram realizados estudos sobre as características do ICMS, especialmente as relacionadas aos aspectos da hipótese de incidência, assim como sobre a TUST e TUSD e o panorama envolto à sistemática de fornecimento de energia elétrica em todo o país. A fim de fortalecer o entendimento, foram analisadas decisões favoráveis e contrárias proferidas pelas 1ª e 2ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema até a sua afetação ao rito dos Recursos Repetitivos pela 1ª Seção do Tribunal, no que se refere à legalidade ou não da inclusão das tarifas na base de cálculo do mencionado imposto.

**Palavras-chave:** TUST. TUSD. ICMS. Energia Elétrica. Legalidade.

## INTRODUÇÃO

A controvérsia posta em discussão neste trabalho de pesquisa versa sobre a legalidade da inclusão da Tarifa de Uso de Sistema de Transmissão – TUST e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD na base de cálculo do Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS incidente sobre a energia elétrica.



Antes de apresentar os argumentos relacionados ao tema central, discorre-se acerca do Direito Tributário, apresentando suas principais características e diferenciando-o do Direito Financeiro. Ainda nesta parte inicial, são apresentadas as características do tributo, incluindo suas classificações e espécies, e, de forma mais aprofundada, são apresentadas as propriedades da espécie tributária denominada imposto, para, na sequência, aprofundar-se sobre as particularidades do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS sob a perspectiva da incidência sobre a energia elétrica.

Avançando, é apresentado um breve panorama do contexto da energia elétrica no Brasil, discorrendo-se a respeito da criação pela Lei nº 9.074/95 das figuras dos consumidores livres e consumidores cativos, assim como a criação pela Lei nº 10.848/04, com regulamentação dada pelo Decreto nº 5.163/04, dos ambientes de contratação baseado nestes tipos de consumidores.

Na sequência, discorre-se a respeito do conceito das Tarifas TUST e TUSD, para, enfim, analisar a legalidade da inclusão delas na base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica.

No centro da controvérsia, são apresentados argumentos favoráveis à linha de entendimento de que o ICMS deve ser calculado sobre a energia elétrica efetivamente consumida, tomando-se como ilegal a inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do mencionado imposto.

Para tanto, são aprofundadas, na construção argumentativa, a legislação tributária e constitucional e as premissas relativas ao ICMS, especialmente as envoltas ao conceito de mercadoria, à ocorrência do fato gerador, à base de cálculo, alinhada às características da tributação da energia elétrica. Vale destacar o apoio doutrinário utilizado no decorrer do escrito, o qual inclui os ensinamentos de vários doutrinadores.





Finalmente, é analisado o contexto histórico da tese no Superior Tribunal de Justiça até a afetação do tema, a fim de que a jurisprudência seja pacificada e uniformizada, ao rito dos recursos repetitivos pela 1ª Seção do Tribunal.

Vê-se que a polêmica analisada neste escrito se resume em saber se a TUST e a TUSD compõem a base de cálculo do ICMS-Energia Elétrica, tendo em vista que estão embutidas no preço total da aquisição da energia elétrica (mercadoria) e se tornam um fato gerador estranho ao previsto na legislação tributária, quando a incidência do ICMS deveria se dar apenas sobre o valor de energia efetivamente consumida.

A problemática vai além quando se vê que, até certo momento, o posicionamento do STJ foi favorável aos contribuintes, ou seja, pelo afastamento do valor das tarifas na base de cálculo. Contudo, diante da mudança no posicionamento da 1ª Turma do Tribunal, a questão foi levada à 1ª Seção e aguarda pacificação.

A questão central deste escrito é relevante, merecendo especial atenção, dada a pendência de pacificação, em nome da segurança jurídica, da controvérsia nos Tribunais brasileiros. Além disso, a tese possui um considerável impacto nos cofres públicos e a solução é aguardada pela comunidade jurídica.

Por fim, a relevância é posta quando verificada a importância do entendimento da sistemática tributária que cerca os atos cotidianos, como o pagamento da conta de energia elétrica mensal, proporcionando um controle efetivo da tributação.

## **1 NOÇÕES SOBRE O DIREITO TRIBUTÁRIO**

O Direito Tributário é o campo do Direito Público responsável por dispor sobre as regras relativas à arrecadação de tributos e que regulamenta a relação do Estado com o contribuinte. Diferentemente do Direito Financeiro, que conduz e disciplina a atividade financeira estatal, da qual a arrecadação de recursos públicos



faz parte, o Direito Tributário dispõe sobre a receita tributária, sendo esta apenas uma das tantas receitas do Estado.

Assim, o Estado, em face dos encargos que possui, impõe a tributação, cabendo ao Direito Tributário a definição das diretrizes da cobrança do tributo, observando, especialmente, os limites e princípios constitucionais.

Sobre o Direito Tributário e o Direito Financeiro, Sacha Calmon Navarro Coêlho<sup>1</sup> esclarece que:

[...] o Direito Tributário, pela sua enorme importância, se desligou do Direito Financeiro, deixando de ser “atividade estatal” regada juridicamente, para tornar-se “relação jurídica” entre sujeitos de direito em plano de igualdade. A sua inserção no Direito Financeiro vem do pretérito, até porque os primeiros tributaristas eram economistas ou administrativistas estreitamente ligados ao Estado.

Ainda nas palavras do autor, “o Direito Tributário cuida especificamente das receitas derivadas do patrimônio particular transferidas para o tesouro público mediante ‘obrigações tributárias’ previstas em lei”.<sup>2</sup>

A receita, a despesa, o crédito público e o orçamento são amplamente estudados no Direito Financeiro, no que diz respeito à administração dos recursos financeiros estatais.

Com a unicidade do Direito, é incontroverso que o Direito Tributário possui relação de dependência com os demais ramos, especialmente com o Direito Financeiro, mas fato é que o Direito Tributário, em si, possui objeto, princípios e institutos próprios, o que lhe dá uma autonomia, ainda que relativa.

Neste ponto, cabe destaque ao que ensina Renato Fernandes Baccaro<sup>3</sup>: “antes o poder público recorria à requisição das coisas para satisfazer as suas necessidades,

---

<sup>1</sup> COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 31.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 31.



incluindo a colaboração gratuita e honorífica dos súditos, seja na forma de trabalho, seja na forma de aproveitamento dos bens”.

Sendo que, ainda para o autor<sup>4</sup> a “evolução universal trouxe novas concepções, forçando o Estado a adquirir bens e serviços mediante embasamento jurídico, tendo como contrapartida o pagamento em dinheiro”.

O Estado, para Regina Helena Costa<sup>5</sup>:

[...] assume o papel de Fisco e figura sempre no polo ativo, ora para exigir tributos, ora para exigir a realização de determinados comportamentos dos sujeitos passivos, ora, ainda, para aplicar-lhes sanções diante do descumprimento da lei tributária.

Assim, a autora<sup>6</sup> define o Direito Tributário como “o conjunto de normas jurídicas que disciplinam a instituição, a arrecadação e a fiscalização de tributos.”

Portanto, com a arrecadação de recursos provenientes da cobrança de tributos, o Estado mantém sua existência e estrutura financeira organizada, adequando os encargos, receitas e despesas. Além disso, através destes recursos, é possível executar as obrigações constitucionais.

Ressalta-se, por fim, que o Direito Tributário se concentra na tributação, ou seja, no ato de tributar, sem aprofundar-se na competência do Direito Financeiro no que tange à aplicação e gestão dos recursos.

## 1.1 Conceito de tributo

Como dito, os recursos advindos da tributação são uma das principais fontes de receitas públicas para a realização das necessidades públicas. Fundado na

---

<sup>3</sup> BACCARO, Renato Fernandes. A tributação e seu escorço histórico. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, Mackenzie, v. 2, n. 1, 2001. p. 171

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 171

<sup>5</sup> COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 44

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 44.



soberania estatal, o tributo decorre de expressa previsão legal tributária e é, portanto, uma cobrança de natureza compulsória advinda de uma relação jurídica formada entre o Estado e o contribuinte.

Segundo o art. 3º do Código Tributário Nacional - CTN<sup>7</sup>, “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Sob o prisma do CTN, e, ainda, esmiuçando a definição constante do seu art. 3º do Código, entende-se que a prestação pecuniária é a prestação dada em dinheiro ou em bens.

Grande parte da doutrina comunga o entendimento de que o legislador não poderia, em condições normais, prever hipóteses de extinção do crédito tributário *in natura* ou *in labore*. Nesse sentido, ensina Hugo de Brito Machado<sup>8</sup>:

Diversa da questão de saber se existe em nosso Direito o tributo em natureza é a questão de saber se o sujeito passivo da obrigação tributária principal tem o direito subjetivo de extinguir o crédito respectivo mediante a entrega de bens diversos de dinheiro. **Parece-nos que tal questão deve ser respondida negativamente. A dívida do tributo há de satisfeita em moeda.** Apenas em circunstâncias especiais é possível a satisfação da obrigação tributária mediante a entrega de bens outros cujo valor possa ser expresso em moeda. (destaques não do original).

Assim, em circunstâncias especiais, torna-se possível o pagamento de dívida por outra forma que não em moeda, tanto que o próprio CTN, em seu art. 156, inc. III, prevê outra modalidade de extinção do crédito tributário que não o pagamento que é por *transação*.

---

<sup>7</sup> BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm). Acesso em: 01 jan 2020.

<sup>8</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 38. ed. rev. e atual., 2017. p. 58



E ainda a interpretação pela prestação em bens, além da prestação em dinheiro, decorre da leitura do inc. XI do art. 156 do CTN, que autoriza a dação em pagamento de bens imóveis para extinção do crédito tributário.

Já por *prestação compulsória*, entende-se que o pagamento do tributo é obrigatório, ou seja, uma obrigação derivada da lei, não sendo aplicável o ato de vontade. Além disso, esta prestação decorre da soberania estatal e não possui natureza de penalidade, não podendo, neste sentido, ser utilizada como meio para a repressão a ilícitos.

Vê-se, também, que o tributo deve ser instituído por lei, isso em decorrência da leitura do art. 97 do CTN e também do princípio da legalidade, disposto no art. 150, inc. I, da Constituição Federal de 1988 - CF/88, devendo ainda por lei complementar definir o fato gerador da obrigação tributária principal, a base de cálculo e o contribuinte, nos termos do art. 146, da CF/88, assim como as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção do crédito tributário; e por fim, a norma instituidora do tributo, que entre outros aspectos, deve estabelecer os elementos da hipótese de incidência, quais sejam, material, espacial, temporal, pessoal e quantitativo.

Ademais, é possível interpretar, com a leitura do art. 142 do CTN, que a cobrança do tributo se dá mediante atividade administrativa plenamente vinculada, ou seja, através de agentes públicos que possuem o poder imparcial de constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido, conforme aquele dispositivo do CTN<sup>9</sup>, o procedimento administrativo “tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”.

---

<sup>9</sup> BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm). Acesso em: 01 jan 2020



Além disso, há a ressalva quanto à natureza jurídica específica do tributo, que deve ser determinada “pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei; II – a destinação legal do produto da sua arrecadação” (artigo 4º, incisos I e II, CTN<sup>10</sup>).

Portanto, como característica importante tem-se que a natureza do tributo se relaciona e se identifica através do seu fato gerador.

### *1.1.1 Tributo: Classificação e Espécies*

Regina Helena Costa<sup>11</sup> ensina que são cinco as espécies tributárias. Mas, antes de chegar a esta conclusão, a autora ressalva o debate da doutrina no que tange ao número de espécies tributárias previstas na Constituição.

Assim, Regina<sup>12</sup> discorre que, por um lado, seriam três espécies: impostos, taxas e contribuição de melhoria, sendo os empréstimos compulsórios e as demais contribuições apenas variações das três primeiras espécies, e neste ponto a autora cita Geraldo Ataliba. E, por outro lado, a linha a qual a autora se filia, é de que haveria, de fato, cinco espécies tributárias (imposto, taxa, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório e demais contribuições).

Por fim, ela ressalva que haveria, ainda, a linha de que o pedágio seria uma categoria diversa da taxa. Nesta última, a autora cita Luciano Amaro.

E assim, a autora conclui<sup>13</sup> que:

Com efeito, além dos impostos, das taxas e da contribuição de melhoria, tributos cuja materialidade é apontada na

---

<sup>10</sup> Ibidem

<sup>11</sup> COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 141

<sup>12</sup> Ibidem, p. 141

<sup>13</sup> Ibidem, p. 142



Constituição, os empréstimos compulsórios e as demais contribuições merecem disciplina constitucional distinta, que lhes agrega elementos não presentes nas três primeiras espécies.

Vale destacar a técnica de Anis Kfouri<sup>14</sup> para diferenciar impostos, taxas e contribuições:

[...] poderíamos, para fins didáticos, dizer que “os impostos incidem ‘**sobre**’ (imposto sobre a renda, p. ex.); as contribuições são ‘**para**’ (contribuição para o custeio de iluminação) e as taxas são ‘**de**’ (taxa de esgoto). (destaques não do original).

Dito isso, os tributos também, como bem esclarece Marcus Abraham<sup>15</sup>, podem ser vinculados, assim entendidos aqueles cujo o fato gerador é associado a alguma atividade estatal específica, a exemplo das contribuições e taxas, sendo os empréstimos compulsórios considerados vinculados apenas quanto à origem, e não vinculados, assim entendidos aqueles cujo o fato gerador é uma situação desvinculada à atividade estatal, ou seja, independe de qualquer atividade específica do Estado, a exemplo dos impostos. Essa classificação é denominada de Dualista ou Bipartida.

Ainda segundo Marcus<sup>16</sup>, há outras modalidades de classificações:

Outras modalidades de classificação são: 1 – quanto à natureza: a) *fiscal*: carrear recursos para os cofres do Estado; b) *extrafiscal*: como instrumento de intervenção; 2 – quanto à constância: a) *ordinário*: quando integra de forma permanente o sistema tributário, repetindo-se a cada exercício fiscal;

b) *extraordinário*: quando constitui fonte eventual, esporádica e transitória de recursos; 3 – quanto à incidência: a) *direto*: recai diretamente sobre o contribuinte que suporta sozinho a carga tributária, isto porque incide em função de elementos de natureza durável e contínua, como a propriedade e a renda; b)

<sup>14</sup> KFOURI, Anis. *Curso de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 103.

<sup>15</sup> ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro – RJ. Ed. Forense. 2017. p. 45

<sup>16</sup> ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro – RJ. Ed. Forense. 2017. p. 45



*indireto*: é passível de ser transferido para terceiros (contribuinte de fato) pelo contribuinte designado pela lei (contribuinte de direito), e incide em função de atos, como o consumo; 4 – quanto ao objeto: a) *pessoal*: é o que incide sobre condições particulares e pessoais do contribuinte (IR, por exemplo); b) *real*: independe das condições pessoais do contribuinte, recaindo sobre “coisas”, tais como bens, mercadorias, produtos, serviços (por exemplo: IPTU, ITR, IPI, ICMS, IOF); 5 – quanto ao ente tributante: a) *federal*: II, IE, IR, ITR, IPI, IOF; b) *estadual*: IPVA, ICMS, ITD; c) *municipal* IPTU, ITBI, ISS; 6 – quanto à base econômica: a) *comercio exterior*: II, IE; b) *patrimônio*: IPTU, ITR, IPVA; c) *renda*: IRPF, IRPJ; d) *produção*: IPI; e) *circulação*: ICMS, ISS.

Tratadas as perspectivas que envolvem o Direito Tributário e o conceito de tributo, incluindo suas classificações e espécies, discorre-se a seguir, considerando que o tributo central objeto deste trabalho de pesquisa refere-se ao ICMS, sobre as principais características da espécie tributária imposto.

## 1.2 Espécie Tributária: Imposto

Como dito anteriormente, o imposto é uma espécie de tributo não vinculado e, assim sendo, o seu fato gerador independe de uma atuação estatal específica. Neste contexto, não há uma contraprestação estatal relacionada à receita obtida com a arrecadação; em outras palavras, a aplicação destes recursos fica a critério do Estado, devendo ser utilizados nas despesas públicas em geral, como, por exemplo, em segurança e infraestrutura, a depender, certamente, do orçamento.

Quanto à não vinculação, Héctor Villegas<sup>17</sup> ensina que o “tributo é exigido pelo Estado àqueles que se acham em situações consideradas por lei como geradoras da obrigação de tributar, situações estas alheias a qualquer ação governamental concreta vinculada aos contribuintes”.

---

<sup>17</sup> VILLEGAS, Héctor Belisario. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. 9. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 157





A respeito da não vinculação, o art. 16 do CTN<sup>18</sup> dispõe que “imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.”

Oportuno citar também o inc. IV do art. 167 da CF/88<sup>19</sup>, que veda a destinação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, nesses termos:

Art. 167. São vedados:

[...]

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo.

Nas palavras de Cláudio Borba<sup>20</sup>, o imposto:

[...] pode ser considerado o tributo por excelência, não apenas por representar a mais importante e significativa das cinco espécies, mas também por ter como característica principal a simples exigência de transferência compulsória de recursos da comunidade para os cofres públicos a partir da ocorrência de situação prevista em lei, mesmo não sendo o contribuinte o beneficiário direto dos benefícios gerados pela receita.

Já com relação à capacidade tributária dos entes federativos, Hugo de Brito Machado<sup>21</sup> explica que:

[...] o *princípio da competência* é aquele pelo qual a entidade tributante há de restringir sua atividade de tributação àquela

<sup>18</sup> BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm). Acesso em: 20 fev 2020

<sup>19</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 fev 2020

<sup>20</sup> BORBA, Cláudio. *Direito Tributário*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo. Método. 2019. p. 25

<sup>21</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 39



matéria que lhe foi constitucionalmente destinada. Já sabemos que a *competência tributária* é o poder impositivo juridicamente delimitado e, sendo o caso, dividido. O princípio da competência obriga a que cada entidade tributante se comporte nos limites da parcela de poder impositivo que lhe foi atribuída. Temos um sistema tributário rígido, no qual as entidades dotadas de competência tributária têm definido pela Constituição, o âmbito de cada tributo, vale dizer, a matéria de fato que pode ser tributada.

Finalmente, sobre a sistemática dos impostos no sistema tributário nacional, Marcus Abraham<sup>22</sup> ensina que:

[...] o sistema tributário nacional atualmente possui ordinariamente 12 impostos, distribuídos privativamente entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. A União possui seis deles:<sup>7</sup> o Imposto de Importação (II), o Imposto de Exportação (IE), o Imposto de Renda (IR), o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR) e o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF). Os Estados possuem três deles:<sup>8</sup> o Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD), o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA). Os Municípios possuem três deles:<sup>9</sup> o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), o Imposto sobre Serviços (ISS) e o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU).

Além disso, o autor<sup>23</sup> adiciona que:

Além desses, ainda é possível identificarmos a *competência residual* da União para criar, mediante lei complementar, *outros impostos* além dos previstos no art. 153, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo similar aos demais impostos previstos na Constituição. Outrossim, a União poderá instituir os chamados *impostos extraordinários* quando da iminência ou no caso de guerra externa. Finalmente, como já mencionado, poderá ainda ser criado pela União o Imposto sobre Grandes Fortunas, mediante Lei Complementar.

---

<sup>22</sup> ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro – RJ. Ed. Forense. 2017. p. 45

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 45



Por fim, um último destaque: o §1º do inc. I do art. 145 da CF/88<sup>24</sup> define que os impostos, sempre que possível, terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, nesses dizeres:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

- impostos; [...]

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Esclarecidas algumas perspectivas gerais acerca da espécie de tributo denominada imposto, discorre-se a seguir, enfim, sobre algumas das questões preliminares sobre o tributo tema central deste trabalho: o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, para, mais adiante, serem apresentados os argumentos relativos à análise da legalidade da inclusão da TUST e TUSD em sua base de cálculo, para fins de incidência do imposto sobre a energia elétrica.

### 1.3 O Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS

Na esfera da competência estadual e do Distrito Federal, está o ICMS, cujo a denominação está disposta no art. 155, inc. II, da CF/88<sup>25</sup>:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...]

---

<sup>24</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 fev 2020

<sup>25</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 fev 2020.



- operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

O ICMS é um imposto predominantemente fiscal, nas palavras de Regina Helena Costa<sup>26</sup>, ao afirmar que “o ICMS é o imposto mais importante dos Estados-membros e do Distrito Federal, responsável que é pela maior parte da receita tributária desses entes”.

O ICMS também é um imposto indireto, afinal, o contribuinte de direito, responsável por fazer o pagamento do tributo ao Fisco, pode repassar o ônus fiscal para um terceiro, que é o consumidor final (contribuinte de fato), embutindo o valor do imposto no produto.

O ICMS é, por fim, um imposto proporcional, assim, suas alíquotas independem do valor tributado e são definidas em porcentagens constantes. Lembrando que o legislador pode, em razão do princípio da seletividade, defini-las de acordo com a essencialidade da mercadoria ou serviço; além disso, uma vez que incide sobre mercadorias e serviços, o ICMS é também um imposto real, já que não leva em consideração as condições pessoais do contribuinte.

### *1.3.1 ICMS: Sujeito Passivo e Constituição do Crédito*

Será contribuinte do ICMS qualquer pessoa física ou jurídica que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e

---

<sup>26</sup> COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 399



intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (Lei Complementar nº 87/1996<sup>27</sup>, art. 4º).

Além disso, será contribuinte, mesmo sem habitualidade, nos termos do parágrafo único do art. 4º da Lei Complementar nº 87/1996<sup>28</sup>, comumente conhecida como Lei Kandir, quem

[...] a) importe mercadorias ou bens do exterior, qualquer que seja a sua finalidade; b) seja destinatária de serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior; c) adquira em licitação mercadorias ou bens apreendidos ou abandonados; e quem d) adquira lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização.

Vale ressaltar que o ICMS é um imposto cuja a constituição do crédito se dá através do lançamento por homologação, o qual o contribuinte, nas palavras de Hugo de Brito Machado<sup>29</sup>: “registra suas operações, escritura seus livros de entradas e de saídas e de apuração do imposto, recolhendo o montante respectivo em cada mês, independentemente de exame de seus cálculos pela autoridade administrativa”.

### 1.3.2 ICMS: Fato Gerador e Base de Cálculo

No ensinamento de Marcus Abraham<sup>30</sup>, para facilitar a compreensão dos *atos geradores* do ICMS, é possível dividi-los em três grupos: a) circulação de mercadorias; b) prestação de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais; e c) prestação de serviços de comunicação.

---

<sup>27</sup> BRASIL. *Lei Complementar nº 87 de 13 de setembro de 1996*. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp87.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm). Acesso em: 20 maio 2020

<sup>28</sup> *Ibidem*

<sup>29</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 390

<sup>30</sup> ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro – RJ. Ed. Forense. 2017. p. 346



Carrazza<sup>31</sup> doutrina que:

A sigla *ICMS* alberga pelos menos cinco impostos diferentes, a saber: *a*) imposto sobre operações mercantis (operações relativas à circulação de mercadorias), que, de algum modo, compreende o que nasce da entrada de mercadorias importadas do exterior; *b*) o imposto sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal; *c*) o imposto sobre serviços de comunicação;

*d*) o imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica; e *e*) o imposto sobre a extração, circulação, extração ou consumo de minerais.

Neste contexto, a *circulação de mercadoria* é definida como a saída física ou jurídica de mercadorias do estabelecimento. Cabe destacar, aqui já de início, que deve haver uma efetiva transferência de propriedade da mercadoria para fazer incidir o imposto, mas isso será melhor abordado posteriormente.

Quanto à ideia de *mercadoria*, ela pode ser definida como qualquer coisa móvel objeto de comércio adquirida e destinada à revenda, devendo o critério da habitualidade comercial se fazer presente.

Nas palavras de Ricardo Lobo<sup>32</sup>, no que tange à incidência do ICMS:

[...] pode ser qualquer bem suscetível de circulação econômica, pois inexistente um conceito unívoco de mercadoria; o ICMS incide sobre a mercadoria em seu sentido lato”. Por sua vez, para Paulo de Barros Carvalho, a “natureza mercantil do produto não está, absolutamente, entre os requisitos que lhe são intrínsecos, mas na destinação que se lhe dê.

Neste ponto, outro destaque relevante relacionado ao tema central deste trabalho: é incontroverso que a energia elétrica, para fins de incidência do ICMS, é sim considerada mercadoria, por interpretação dada à Súmula nº 391 do STJ, a qual

<sup>31</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 14ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 36-37

<sup>32</sup> CARVALHO, Paulo Barros de. *Direito tributário, linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 737



dispõe que o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

Ainda sob o contexto da ideia de mercadoria, frise-se que os bens de uso e consumo próprios não entram nesse conceito pois são destinados ao consumidor final, não para venda ou revenda.

Seguindo, já com relação à incidência do ICMS sobre os *serviços de transporte interestadual e intermunicipal*, também nos termos da Lei Kandir<sup>33</sup>, para haver a incidência, a fronteira territorial, assim considerada a fronteira entre municípios ou entre Estados, mas também na entrada do território nacional, deve ser a ultrapassada pelo transporte. Aqui, importante diferenciar as seguintes hipóteses: no transporte de pessoas, o ICMS incidirá sobre o preço do serviço, já no transporte de bens, mercadorias ou serviços, o ICMS incidirá sobre o valor do frete cobrado.

Por fim, considera-se o *serviço de comunicação*, para a incidência do imposto, o transporte de mensagem, certamente onerosa entre o emissor e o receptor

Ainda no que tange ao fato gerador, o art. 1º da Lei Complementar nº 87/1996 deixa claro que a instituição do ICMS é de competência dos Estados e do Distrito Federal. E as hipóteses de incidência estão no art. 2º<sup>34</sup> da referida Lei:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares; II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

- prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a

---

<sup>33</sup> BRASIL. *Lei Complementar nº 87 de 13 de setembro de 1996*. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp87.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm). Acesso em: 20 maio 2020

<sup>34</sup> *Ibidem*



transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

- fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

- fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

#### § 1º O imposto incide também:

- sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade;

- sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

- sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Vale registrar ainda que o momento da ocorrência do fato gerador do ICMS está definido no art. 12 da Lei Kandir. Marcus Abraham<sup>35</sup> detalha as hipóteses assim

a) saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte; b) fornecimento da alimentação e/ou bebidas;

c) transmissão a terceiros de mercadoria depositada d) transmissão da propriedade da mercadoria quando não circular fisicamente (por exemplo: opção de compra em *leasing*); e) início da prestação dos serviços de transporte; f) ato final do transporte iniciado no exterior; g) desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas; h) ato da prestação de serviços de comunicação.

---

<sup>35</sup> ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro – RJ. Ed. Forense. 2017. p. 351





Em regra, o valor da base de cálculo do ICMS é definido pelo valor da mercadoria ou do serviço. O art. 13 da Lei Kandir estabelece a base de cálculo do imposto e, a respeito, nas palavras de Marcus Abraham<sup>36</sup>:

Já a base de cálculo do ICMS, em regra, será o valor da operação, acrescido de seguros, juros, embalagem e demais despesas inerentes ao negócio, inclusive o frete (se efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem). Entretanto, a base de cálculo poderá ser arbitrada quando não houver valor da operação ou esta for inferior ao valor de mercado e, neste caso, a base de cálculo será considerada como o preço corrente da mercadoria ou similar no mercado (pautas fiscais). Por sua vez, na importação, a base de cálculo será o valor da mercadoria constante da Declaração de Importação (DI), acrescido do Imposto de Importação, IPI, IOF e demais despesas aduaneiras, e ao leiloar bens apreendidos irregularmente, os Estados deverão cobrar do arrematante o ICMS acrescido de todas as despesas. Já na prestação de serviço de transporte e comunicação, a base de cálculo será o valor do serviço. No fornecimento de alimentação, todos os serviços integrarão a base de cálculo (somados com as mercadorias).<sup>31</sup> Por fim, a base de cálculo poderá ser reduzida em caso de determinados bens e mercadorias, conforme a legislação e convênios determinar, como é o caso de equipamentos usados, em que se reduz em 95%.

Com relação às alíquotas na sistemática do ICMS, Marcus Abraham<sup>37</sup> esclarece que:

As alíquotas do ICMS estão divididas entre operações com mercadorias e prestações de serviços de transporte e comunicação realizadas dentro do mesmo Estado (alíquotas internas, fixadas pela legislação estadual) e as realizadas para fora do Estado (alíquotas interestaduais, fixadas por Resolução do Senado Federal), bem como de diferencial de alíquota nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final (EC nº 87/2015). Assim, nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a

---

<sup>36</sup> Ibidem, p. 349

<sup>37</sup> Ibidem, p. 349



alíquota interestadual. A responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual será atribuída: a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto; b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto.

Inúmeras controvérsias envolvem o ICMS, dada a complexidade do imposto e de todo o sistema tributário brasileiro. Analisando-o sob a perspectiva deste escrito, os aspectos tidos como mais relevantes do imposto referem-se à noção de energia elétrica como mercadoria e o conceito de circulação de mercadoria, levando-se em conta a necessidade de alteração da titularidade jurídica, além da composição da base de cálculo do ICMS e ocorrência do fato gerador.

Antes que tais aspectos sejam analisados e levados à controvérsia de forma concreta, é necessário discorrer, por fim, no tópico a seguir, acerca do panorama relativo à sistemática do fornecimento de energia elétrica no país.

## **2 A ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL: BREVE ANÁLISE**

Por volta dos anos 90, com o crescimento da demanda por energia elétrica, visando o progresso e a reestruturação do programa energético do país, a Lei nº 9.074/95<sup>38</sup> foi editada para, dentre outras providências, promover o tratamento diferenciado para os consumidores de energia elétrica, os denominados consumidores livres e os consumidores cativos.

Anos depois, foram editados a Lei nº 10.848/04<sup>39</sup>, que criou dois ambientes de contratação baseado naqueles tipos de consumidores, e o Decreto nº 5.163/04<sup>40</sup>, que promoveu a regulamentação de ambos.

---

<sup>38</sup> BRASIL. *Lei nº 9.074 de 7 de julho de 1995*. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm). Acesso em: 01 jun 2020

<sup>39</sup> BRASIL. *Lei nº 10.848 de 15 de março de 2004*. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26



Assim, surgiram dois sistemas de contratação de fornecimento de energia, mantidos até hoje: o Ambiente de Contratação Livre – ACL e o Ambiente de Contratação Regulada – ACR.

O primeiro visa, através de contratos de compra de energia no ambiente livre, caracterizados pela liberalidade e remuneração pelo preço, o atendimento aos consumidores livres. Desse modo, o ACL, na forma do art. 1º, §3º, da Lei nº 10.848/04<sup>41</sup>, atende aos consumidores livres que utilizam grande quantidade de energia elétrica.

Em tal ambiente, há na negociação da energia elétrica o vendedor, normalmente o gerador da energia elétrica, e o comprador, consumidores livres, sem interferência da distribuidora, que fica responsável pela disponibilização da rede.

Os consumidores livres, aos quais pertencem, normalmente, indústrias de grande porte, para tanto, precisam satisfazer os requisitos dos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074/95<sup>42</sup>, que assim estabelecem:

Art. 15. Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica.

---

de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm). Acesso em: 01 jun 2020

<sup>40</sup> BRASIL. *Decreto nº 5.163 de 30 de julho de 2004*. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/D5163.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/D5163.htm). Acesso em: 01 jun 2020

<sup>41</sup> BRASIL. *Lei nº 10.848 de 15 de março de 2004*. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm). Acesso em: 01 jun 2020

<sup>42</sup> BRASIL. *Lei nº 9.074 de 7 de julho de 1995*. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm). Acesso em: 01 jun 2020



Art. 16. É de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica.

Importante registrar que, para que se realize a entrega de energia ao consumidor livre, é necessária a celebração de contratos específicos para uso dessa rede, nos termos da Lei nº 9.648/98<sup>43</sup>. A transmissão e a distribuição (quando necessárias), por sua vez, ficam sob a responsabilidade das concessionárias ou permissionárias, ambas remuneradas por tarifa.

Já no segundo, no Ambiente de Contratação Regulada – ACR, o fornecimento de energia elétrica se dá com a contratação com a distribuidora local. Além disso, a remuneração também advém de tarifa.

A respeito do ACR e ACL, Eduardo Muniz Cavalcanti<sup>44</sup> esclarece que:

O ambiente de contratação regulada (ACR) atende os consumidores chamados cativos, como, por exemplo, as residências, que necessariamente adquirem energia elétrica de distribuidoras locais. Estes consumidores estão vinculados à concessionária de energia elétrica que atende em seu endereço. Neste ambiente de mercado não há competição, já que toda a energia é fornecida pelo distribuidor concessionário, o qual é remunerado por tarifa previamente estabelecida pelo ente regulador – Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). No ambiente de contratação livre (ACL), a energia é direcionada aos consumidores livres, geralmente industriais que consomem uma grande quantidade de energia elétrica no processo produtivo, como, por exemplo, segmentos industriais eletrointensivos e grandes plantas industriais automobilística, alimentícia, siderúrgica, química. Estes consumidores podem celebrar contratos diretamente com a concessionária de sua livre escolha, que será remunerada por preço fixado no

---

<sup>43</sup> BRASIL. *Lei nº 9.648 de 27 de maio de 1998*. Altera dispositivos das Leis no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, no 8.666, de 21 de junho de 1993, no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no 9.074, de 7 de julho de 1995, no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9648cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9648cons.htm). Acesso em: 01 jun 2020

<sup>44</sup> CAVALCANTI, Eduardo. ICMS e a estrutura energética brasileira, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 20, n. 107, nov/dez 2012. pp. 76-77



contrato e não por tarifa previamente definida pela agência reguladora.

No ACR, a distribuidora, além de disponibilizar sua rede aos usuários, atua como vendedora de energia elétrica aos seus consumidores cativos, assim definidos como os consumidores que compram energia da distribuidora detentora da concessão ou permissão do local onde estão suas instalações, normalmente sua residência, não participando, assim, do mercado livre e ficando ao distribuidor a responsabilidade pela cobrança dos custos da cadeia produtiva anterior: geração, distribuição e transmissão.

Dito isso, torna-se necessário alguns esclarecimentos, a seguir, sobre a cadeia produtiva de energia elétrica.

A primeira das etapas, a *geração*, refere-se à produção de eletricidade, a partir, por exemplo, de fonte hidrelétrica ou solar.

Na segunda atividade, na *transmissão*, a energia elétrica é propagada. Ressalta-se que, nesta fase, o responsável pela transmissão sequer compra ou vende a energia elétrica, limitando-se à disponibilização das instalações para a transmissão, normalmente em longas distâncias.

Por fim, a *distribuição*, que é composta por duas outras atividades: a disponibilização de instalações para propagação de energia elétrica, normalmente de curta distância, e a comercialização de energia elétrica nos Ambiente de Contratação Livre – ACL e Ambiente de Contratação Regulada – ACR, explicados anteriormente.

Nestes panoramas de contratação aos quais os consumidores livres e cativos estão sujeitos, há encargos legais. Trabalha-se, em especial, dois deles neste escrito, são eles: a Tarifa de Uso dos Sistemas de Transmissão – TUST e a Tarifa de Uso dos Sistemas de Distribuição – TUSD, ambas tarifas estabelecidas pela ANEEL e suportadas por consumidores de energia elétrica.



A TUST, criada pelo § 6º do art. 15 da Lei 9.074/95<sup>45</sup>, nada mais é que o custo pago para concessionárias de transmissão para receber e transmitir em sua rede de transmissão a energia elétrica. Esta tarifa visa, portanto, cobrir os custos decorrentes da atividade de transmissão.

Em outras palavras, a cobrança da TUST visa o pagamento do uso do sistema de transmissão. De acordo com a Resolução Normativa ANEEL - REN nº 559/2013<sup>46</sup>, em seu cálculo são levados em consideração, ainda, as configurações da rede, as linhas de transmissão, carga, subestações e a geração da energia.

A TUSD, também instituída pelo § 6º do art. 15 da Lei 9.074/95<sup>47</sup>, por seu turno, está ligada aos custos correspondentes à transmissão da energia e à manutenção do sistema de distribuição. O valor monetário é da mesma forma definido pela ANEEL.

As duas tarifas se diferenciam na medida em que são cobradas quando o consumidor está ligado à concessionária de distribuição de energia elétrica, uma de transmissão ou às duas. Nos termos da legislação supra, conclui-se que estas tarifas são aplicáveis aos dois ambientes, mercados cativo e livre, e incidem, assim, quando da aquisição de energia elétrica.

Portanto, nos ACL e ACR, os consumidores ficam submetidos ao pagamento da TUST e TUSD.

---

<sup>45</sup> BRASIL. *Lei nº 9.074 de 7 de julho de 1995*. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm). Acesso em: 01 jun 2020

<sup>46</sup> BRASIL. *Resolução Normativa ANEEL - REN nº 559/2013*. Estabelece o procedimento de cálculo das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão – TUST. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2013/040/resultado/ren2013559.pdf>. Acesso em: 01 jun 2020

<sup>47</sup> BRASIL. *Lei nº 9.074 de 7 de julho de 1995*. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm). Acesso em: 01 jun 2020



Por fim, registre-se que a CF/88<sup>48</sup> resguarda, no seu art. 21, XII, 'b', a competência da União para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica e, embora tenha definido tal competência, deixou a cargo dos Estados e do Distrito Federal a tributação, exclusivamente mediante ICMS, das operações de energia elétrica, nos termos do seu art. 155, II e § 3º

### **3 A LEGALIDADE DA INCLUSÃO DA TUST E DA TUSD NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS**

Esclarecidas estão a sistemática inerente ao Direito Tributário, à espécie tributária imposto, e, de forma mais aprofundada, ao ICMS. Analisando agora a legalidade da inclusão da TUST e da TUSD, cujo o panorama, vale ressaltar, também foi apresentado juntamente a uma breve apresentação do cenário do setor elétrico brasileiro, a conclusão deste escrito é a de que ambas as Tarifas não devem compor a base de cálculo do ICMS e, portanto, devem ser excluídas. Os argumentos, para tanto, serão melhor discutidos a seguir.

No que tange ao ICMS, conforme visto anteriormente, é exigível a presença de três fatores para a incidência do imposto: mercadoria, operação e circulação.

É incontroverso que, para fins de incidência do ICMS, a energia elétrica é considerada mercadoria e não serviço. Vale citar neste ponto a doutrina<sup>49</sup> especializada, o Código Penal<sup>50</sup>, que no seu art. 155, § 3º, do CP equiparou a energia

---

<sup>48</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 fev 2020

<sup>49</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAMPOS, Clever M. *Introdução ao Direito de Energia Elétrica*. São Paulo: Ícone, 2001.

<sup>50</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 10 maio 2020



elétrica à coisa móvel, assim como o Código Civil<sup>51</sup>, que prevê que as "energias que tenham valor econômico" são bens móveis (art. 83, I, do CC).

Para que a circulação fique caracterizada, é necessário que ocorra a efetiva alteração da titularidade jurídica do bem, ou seja, a efetiva entrega ao consumidor. Portanto o fato gerador do ICMS, analisando concretamente a operação envolvendo a incidência sobre a energia elétrica, ocorre apenas no momento em que ela (energia elétrica) sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida.

Vale acrescentar que tanto o STF, em repercussão geral, como o STJ, em julgamento de recurso especial submetido ao rito do art. 543-C do CPC antigo, concluíram que a incidência do ICMS se dá sobre a circulação jurídica, ou seja, aquela em que há transferência de domínio:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. ART. 155, II, CF/88. OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL INTERNACIONAL.....NÃO-INCIDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O ICMS tem

fundamento no artigo 155, II, da CF/88, e incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. **2. A alínea "a" do inciso IX do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, na redação da EC 33/2001, faz incidir o ICMS na entrada de bem ou mercadoria importados do exterior, somente se de fato houver circulação de mercadoria, caracterizada pela transferência do domínio (compra e venda).** 3. Precedente: RE 461968, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 30/05/2007, Dje 23/08/2007, onde restou assentado que o imposto não é sobre a entrada de bem ou mercadoria importada, senão sobre essas entradas desde que elas sejam

---

<sup>51</sup> BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 10 maio 2020





atinentes a operações relativas à circulação desses mesmos bens ou mercadorias. 4. **Deveras, não incide o ICMS na operação de arrendamento mercantil internacional, salvo na hipótese de antecipação da opção de compra, quando configurada a transferência da titularidade do bem.** Conseqüentemente, se não houver aquisição de mercadoria, mas mera posse decorrente do arrendamento, não se pode cogitar de circulação econômica. 5. In casu, nos termos do acórdão recorrido, o contrato de arrendamento mercantil internacional trata de bem suscetível de devolução, sem opção de compra. 6. Os conceitos de direito privado não podem ser desnaturados pelo direito tributário, na forma do art. 110 do CTN, à luz da interpretação conjunta do art. 146, III, combinado com o art. 155, inciso II e § 2º, IX, “a”, da CF/88.

8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.<sup>52</sup> (grifos não do original)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA. SÚMULA 166/STJ. DESLOCAMENTO DE BENS DO ATIVO FIXO. UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO

CONFIGURADA. 1. **O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato impositivo é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade.** (Precedentes do STF: AI 618947 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-07 PP-01589; AI 693714 AgR, Relator(a): Min. RICARDO

LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-13 PP-

---

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). RE 540829/SP. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Hayes Wheels do Brasil Ltda. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de novembro de 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2500614>. Acesso em: 25 maio 2020



02783. Precedentes do STJ: AgRg nos EDcl no REsp 1127106/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; AgRg no Ag 1068651/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe

02/04/2009; AgRg no AgRg no Ag 992.603/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 04/03/2009; AgRg no REsp 809.752/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 06/10/2008;

REsp 919.363/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 07/08/2008) 2. "Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte." (Súmula 166 do STJ). 3. A regra-matriz do ICMS sobre as operações mercantis encontra-se insculpida na Constituição Federal de 1988, in verbis: "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;"

A circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade.

"Este tributo, como vemos, incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias. É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). **A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança de titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS.** (...) O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais." (Roque Antonio Carrazza, in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p.36/37) 6. In casu, consoante assentado no voto condutor do acórdão recorrido, houve remessa de bens de ativo imobilizado da fábrica da recorrente, em Sumaré para outro estabelecimento seu situado em estado diverso, devendo-



se-lhe aplicar o mesmo regime jurídico da transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, porquanto ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio. (Precedentes: REsp 77048/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/1995, DJ 11/03/1996; REsp 43057/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/1994, DJ 27/06/1994) 7. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 8. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.<sup>53</sup> (grifos não do original)

Verifica-se então que a incidência do ICMS se dá sobre a mercadoria, na presente discussão, a energia elétrica.

Quanto à operação, retomando-se as palavras de Roque Antonio Carrazza<sup>54</sup>, ela é definida como “o fato jurídico que pode desencadear o efeito de fazer nascer a obrigação de pagar ICMS”. Já sobre a ideia de circulação de mercadoria, Regina Helena Costa<sup>55</sup> esclarece que “traduz negócio jurídico que tenha por objetivo a transferência da propriedade do bem, não se tratando, à evidência, de mera circulação física”.

A circulação, que caracteriza a materialidade da regra matriz do ICMS, é jurídica, e, assim sendo, pressupõe a efetiva transferência da mercadoria. Em outras palavras, a incidência do imposto exige a mudança de titularidade da energia elétrica.

---

<sup>53</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *REsp 1125133/SP*. Recorrente: IBM Brasil. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Min. Napoleão Nunes, 10 de setembro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900339844&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 25 maio 2020

<sup>54</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2007

<sup>55</sup> COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 398



Neste contexto, a transferência da energia elétrica, ou melhor dizendo, o seu efetivo consumo, é o que gera a incidência do ICMS – não os desembolsos relativos à disponibilização do uso do sistema de transmissão e/ou distribuição ao consumidor final. As TUST e TUSD são tarifas que não se identificam com o conceito de mercadoria, nem de serviço.

Não há a possibilidade, portanto, de incluir – na ideia de mercadoria para fins de incidência do ICMS – os custos pelos serviços alheios ao produto efetivamente consumido, ainda que inerentes à cadeia produtiva.

Nos termos da Lei Kandir, a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte é o critério temporal hábil a demarcar a incidência desse tributo (art. 12, I, Lei Complementar 87/1996). Portanto, no caso deste escrito, para a incidência do imposto, considera-se a energia elétrica entregue ao consumidor aquela que saiu da linha de transmissão e foi efetivamente consumida.

Não sendo as TUST e TUSD elementos componentes da base de cálculo do ICMS, mas apenas um contrapeso pelos serviços de disponibilização do uso das redes de transmissão e distribuição de energia elétrica, não devem compor a base de cálculo do ICMS.

Neste sentido, para haver a incidência do ICMS deve haver a circulação jurídica, ou seja, a transferência do domínio. Não há dúvida de que a energia elétrica, nos termos do art. 155, II, § 3º, CF/88, é considerada mercadoria para efeitos tributários, integrando a materialidade do ICMS, nada dispondo a lei, por conseguinte, sobre encargos tarifários como integrantes de base de cálculo do ICMS.

A exigência de ICMS sobre os valores recebidos a título de TUST e TUSD faz com que as concessionárias de transmissão e distribuição passem a destacar o ICMS sobre os valores das tarifas embutidas ao valor da energia elétrica, repassando aos contratantes o respectivo ônus econômico.



Sendo a inclusão em comento evidentemente ilegal, a base de cálculo do imposto diz respeito, na verdade, à energia consumida, dela excluídos, portanto, os valores referentes às tarifas de transmissão e distribuição, já que estas não são hipóteses de acréscimos previstos na legislação tributária.

Neste sentido, apenas o preço da operação final deve constar na base de cálculo do ICMS, sem custos das operações relativos à produção e distribuição da energia, no caso os custos com as TUST e TUSD. Do contrário, a inclusão das tarifas representa também um fato gerador estranho ao previsto pela legislação.

Inclusive, cabe, aqui, mais alguns esclarecimentos acerca do contexto produtivo da energia elétrica. Não há dúvida de que o consumo de energia elétrica pressupõe a produção, realizada por usinas e hidrelétricas, e a distribuição, realizadas pelas concessionárias e permissionárias.

Contudo, a distribuidora não é uma revendedora que vende ao consumidor final a mercadoria em seu estoque, isso porque a energia elétrica sequer pode ser estocada. E essa impossibilidade de ser armazenada ou estocada também afasta a ideia de existência de fato gerador de ICMS sem que haja a efetiva utilização da energia elétrica.

De fato, só há o que se falar em tributação do ICMS na hipótese em que a energia elétrica é consumida e, portanto, transformada em luz, por exemplo. As fases anteriores que possibilitaram o consumo da energia, portanto, não ensejam incidências isoladas do imposto, sendo o consumidor final o sujeito passivo.

A distribuidora assume, portanto, a figura de mera responsável pelo recolhimento do ICMS, ou seja, ela efetua o pagamento do imposto em nome do consumidor final – que integra o polo passivo da obrigação tributária (contribuinte de direito) e assume o ônus fiscal (contribuinte de fato). Neste sentido:



PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE ATIVA. CONSUMIDOR FINAL. DEMANDA

RESERVADA DE POTÊNCIA. FATO GERADOR. 1. O sujeito passivo da obrigação tributária é o consumidor final da energia elétrica, que assume a condição de contribuinte de fato e de direito, figurando a concessionária como mera responsável pelo recolhimento do tributo. (Precedentes: REsp 838542/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25/08/2006; EREsp 279491/SP, 1ª Seção, Rel. para acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 08/05/2006). 2. É cediço em sede doutrinária que, verbis: "Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas. O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída. A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque. É que a energia elétrica não configura bem suscetível de ser "estocado", para ulterior revenda aos interessados. Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade). Logo, o ICMS-Energia Elétrica levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo de energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por único sujeito passivo o consumidor final. A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é – e nem pode vir a ser – contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia elétrica é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato. (...) A distribuidora, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de "responsável" pelo recolhimento do



ICMS. Melhor explicando, ela, no caso, paga tributo a título alheio, isto é, por conta do consumidor final. Este, na verdade, o contribuinte do ICMS, nas duas acepções possíveis: contribuinte de direito (porque integra o pólo passivo da obrigação tributária correspondente) e contribuinte de fato (porque suporta a carga econômica do tributo)." (Roque Antonio Carrazza in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p. 213/215). 3. A regra matriz constitucional estabeleceu como critério material da hipótese de incidência do ICMS sobre energia elétrica o ato de realizar operações envolvendo energia elétrica, salvo o disposto no art. no art. 155, § 2º, X, "b". Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público. 4. Destarte, a base de cálculo do imposto é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor, vale dizer, o preço realmente praticado na operação final, consoante estabelecido no art. 34, § 9º, do ADCT. Nesse diapasão, não há falar em incidência da exação sobre demanda reservada ou contratada junto à concessionária, porquanto faz-se mister a efetiva utilização da energia elétrica, não sendo suficiente a sua mera disponibilização pela distribuidora. (Precedentes: REsp 840285/MT, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 16/10/2006; AgRg no REsp 855929/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16/10/2006; REsp 343952/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 17/06/2002). 5. Agravo regimental desprovido<sup>56</sup>. (grifos não do original)

Vê-se que, neste julgado, outra premissa prevaleceu: a de que o fato gerador do ICMS pressupõe o efetivo consumo e, neste sentido, as etapas anteriores configuram mera circulação da mercadoria. Também neste sentido:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO  
ESPECIAL. DISSÍDIO CONFIGURADO. ICMS.

---

<sup>56</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). *REsp 797826/MT*. Recorrente: Estado de Mato Grosso. Recorrido: Vermelho Cópias e Serviços. Relator: Min. Luiz Fux, 21 de junho de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501862525&toTalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 27 maio 2020



REPARTIÇÃO. VAF. REGRA CONSTITUCIONAL. CRITÉRIO. ENERGIA ELÉTRICA. ELEMENTO TEMPORAL E ESPACIAL DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONSUMO. LIMITES DO PROCESSO. ELEIÇÃO DE TERCEIRA TESE NO JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Os arestos embargado e paradigmas decidiram que o Valor Adicionado Fiscal, para efeito de repartição da receita do ICMS, deve ser computado ao município onde se concretiza a hipótese de incidência tributária. Divergiram, todavia, quanto à definição dos elementos espacial e temporal da obrigação tributária do ICMS incidente sobre energia elétrica: (a) o aresto embargado adotou o critério da produção e, por isso, atribuiu o VAF ao Município de Ubarana, onde localizados os geradores da usina hidrelétrica; e (b) os paradigmas acolheram o critério da distribuição e, conseqüentemente, destinaram o VAF ao Município de Promissão, onde situada a subestação elevadora, a partir de onde é distribuída a energia elétrica produzida na municipalidade vizinha. Dissídio configurado. Embargos de divergência admitidos. 2. O critério eleito pelo art. 158, parágrafo único, inciso I, da CF/88 para definir a quem pertence o valor adicionado fiscal relativo a uma operação ou prestação sujeita, em tese, à incidência do ICMS é, unicamente, espacial, ou seja, local onde se concretiza o fato gerador do imposto. 3. Conforme posição doutrinária e jurisprudencial uniforme, o consumo é o elemento temporal da obrigação tributária do ICMS incidente sobre energia elétrica, sendo o aspecto espacial, por dedução lógica, o local onde consumida a energia. **4. A produção e a distribuição de energia elétrica, portanto, não configuram, isoladamente, fato gerador do ICMS, que somente se aperfeiçoa com o consumo da energia gerada e transmitida.** 5. Como o critério de rateio do ICMS leva em conta o valor adicionado fiscal que ocorre no território de cada município e não há incidência tributária pela geração da energia ou por sua distribuição, conseqüentemente, não se justifica a participação do município produtor ou distribuidor na partilha do ICMS incidente sobre as operações com energia elétrica, que somente contemplará os municípios consumidores. 6. Conhecidos os embargos de divergência, incumbe ao órgão julgador aplicar o direito à espécie, mesmo que, para isso, seja necessária a adoção de uma terceira tese, diversa das que foram acolhidas nos arestos embargado e paradigma. Precedentes da Corte Especial e de todas as Seções do STJ. 7. Atualmente, só o Município de Promissão, onde situada a Subestação elevadora, tem direito de adicionar ao seu índice de





participação as operações vinculadas à Usina de mesmo nome. A ação judicial objetiva compelir o Estado de São Paulo a computar essas operações, em sua totalidade, a favor do Município de Ubarana, onde se acham localizados os geradores da Usina. 8. As conclusões adotadas conduzem à procedência, em parte, da pretensão autoral, devendo a Fazenda Pública ré acrescer ao índice de participação do Município autor as operações da Usina de Promissão proporcionalmente ao consumo de energia elétrica verificado em seu respectivo território. 9. Embargos de divergência acolhidos em parte para julgar procedente, também em parte, a pretensão do autor, ora embargado. <sup>57</sup> (grifos nossos)

Foram apresentados os argumentos que embasam a ideia de impossibilidade de inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS. Cabe, ainda, um registro sobre a viabilidade do eventual pedido de restituição a ser realizado pelo consumidor final – consumidor livre ou consumidor cativo.

Para tanto, rememora-se que o ICMS é um tributo plurifásico e indireto. Neste contexto, é exigido em operações contínuas, sendo o ônus financeiro repassado totalmente ao consumidor final, embutindo-se o respectivo encargo no preço da mercadoria ou do serviço.

Vê-se, neste aspecto, o princípio da não cumulatividade, no qual o ônus financeiro é repassado no ciclo produtivo econômico da mercadoria, assumindo o consumidor final com toda a repercussão havida no preço.

Portanto, não poderia ser frustrado ao consumidor final, livre ou cativo, o pleiteio administrativo ou judicial à restituição, nos termos do art. 166 do CTN<sup>58</sup>, em que disciplina: “a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove

---

<sup>57</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *REsp 811712/SP*. Recorrente: Município de Promissão. Recorrido: Município de Ubarana e Estado de São Paulo. Relator: Min. Hamilton Carvalhido, 06 de março de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000566779&toTalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 27 maio 2022

<sup>58</sup> BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm). Acesso em: 01 jan 2020



haver assumido referido encargo, ou, caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la”.

Vale citar o julgado abaixo, em que, embora analisada a incidência do ICMS sobre a reserva de demanda, contexto diverso deste escrito, os fundamentos são válidos para a análise da legitimidade ativa do consumidor final na hipótese:

RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. - **Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada.**<sup>59</sup> (grifos nossos)

Ficou definida, portanto, com o julgamento do Recurso Especial nº 1.299.303/5C, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, a legitimidade do consumidor final para pleitear a restituição do ICMS incidente sobre energia elétrica, já que é ele que suporta o encargo financeiro do tributo repassado na conta ou fatura.

Desse modo, tanto o consumidor livre quanto o cativo (consumidores finais) têm legitimidade ativa para pleitear o pagamento do ICMS sobre o valor da energia efetivamente consumido, ou seja, sobre o valor da operação de compra e venda de energia, sem a inclusão da TUSD e da TUST.

---

<sup>59</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). *REsp 1299303/SC*. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Multicolor Têxtil S/A. Relatora: Min. Assusete Magalhães, 14 de agosto de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201103084763&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 27 maio 2020



### 3.1 Aspectos Históricos e Atuais da Tese no STJ

Em razão de entendimentos antagônicos no STJ, o tema deste escrito foi afetado ao rito dos recursos repetitivos (art. 1.036, CPC/15).

Analisando o histórico da tese no Tribunal, vê-se que, em um primeiro momento, o entendimento adotado pelas suas 1ª e 2ª Turmas, competentes para julgamento da matéria, era pela não inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica, com fundamento na ideia de que as tarifas em comento remuneram o transporte da energia elétrica, fugindo da tipificação do tributo.

Neste sentido, os julgados abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. ICMS. INCIDÊNCIA DA TUST E DA

TUSD. DESCABIMENTO. **1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. O STJ possui jurisprudência no sentido de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS 3. Agravo Interno não provido.**<sup>60</sup> (grifos nossos)

Ainda nesse sentido, os seguintes julgados das 1ª e 2ª Turmas do STJ: AgRg no REsp 1135984/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08/02/2011; AgInt no REsp 1607266/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/11/2016, DJe 30/11/2016. AgRg no REsp 1278024/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 07/02/2013.

---

<sup>60</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). *AgInt no REsp 1607266/MT*. Recorrente: Estado de Mato Grosso. Recorrido: JM Bar e Restaurante. Relatora: Min. Herman Benjamin, 10 de novembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201601575928&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 maio 2020.



Contudo, em 2017, a 1ª Turma do STJ, em decisão por maioria de votos (3x2), no REsp 1163020/RS, passou a entender que o ICMS deve incidir sobre o valor total do fornecimento de energia elétrica, inclusive sobre a TUST e a TUSD:

TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE

DISTRIBUIÇÃO (TUSD). INCLUSÃO. 1. O ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas - entre elas a referente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) - compõe o preço final da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996. 2. A peculiar realidade física do fornecimento de energia elétrica revela que a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser decotado da sua base de cálculo, sendo certo que a etapa de transmissão/distribuição não cuida de atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável. 3. A abertura do mercado de energia elétrica, disciplinada pela Lei n. 9.074/1995 (que veio a segmentar o setor), não infirma a regra matriz de incidência do tributo, nem tampouco repercute na sua base de cálculo, pois o referido diploma legal, de cunho eminentemente administrativo e concorrencial, apenas permite a atuação de mais de um agente econômico numa determinada fase do processo de circulação da energia elétrica (geração). A partir dessa norma, o que se tem, na realidade, é uma mera divisão de tarefas - de geração, transmissão e distribuição - entre os agentes econômicos responsáveis por cada uma dessas etapas, para a concretização do negócio jurídico tributável pelo ICMS, qual seja, o fornecimento de energia elétrica ao consumidor final. 4. Por outro lado, o mercado livre de energia elétrica está disponibilizado apenas para os grandes consumidores, o que evidencia que a exclusão do custo referente à transmissão/distribuição da base de cálculo do ICMS representa uma vantagem econômica desarrazoada em relação às empresas menores (consumidores cativos), que arcam com o tributo sobre o "preço cheio" constante de sua conta de energia, subvertendo-se, assim, os postulados da livre



concorrência e da capacidade contributiva. 5. Recurso especial desprovido.<sup>61</sup> (grifos não do original).

Na ocasião, ficaram vencidos os Ministros Napoleão Nunes e Regina Helena, que inauguraram a divergência.

Portanto, atualmente, o STJ tem dois entendimentos diversos. A 1ª Turma, por maioria, entende pela inclusão da TUSD/TUST na base de cálculo do ICMS. A 2ª Turma, por sua vez, por unanimidade, em diversos julgados, entende em favor da exclusão das referidas tarifas.

Diante da divergência, a Corte afetou a tese para dirimir a questão (Tema nº 986), sendo escolhidos para o julgamento por amostragem três recursos: REsp 1163020/RS<sup>62</sup>, REsp 1699851/TO<sup>63</sup> e REsp 1692023/MT<sup>64</sup>. Recentemente, outros dois foram afetados: REsp 1734902/SP<sup>65</sup> e REsp 1734946/SP<sup>66</sup>.

---

<sup>61</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). *REsp 1163020/RS*. Recorrente: Randon S/A Implementos e Participações. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Herman Benjamin, 21 de março de 2017. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200902055254&to talRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 maio 2020

<sup>62</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *REsp 1163020/RS*. Recorrente: Randon S/A Implementos e Participações. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200902055254&to talRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 maio 2020

<sup>63</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *REsp 1699851/TO*. Recorrente: Estado do Tocantins. Recorrido: Restaurante Dom Vergilio Ltda - EPP. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702408997&to talRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 maio 2020

<sup>64</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *REsp 1692023/MT*. Recorrente: ESTADO DE MATO GROSSO. Recorrido: Elton Carvalho Da Silva. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701703648&to talRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 maio 2020

<sup>65</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *REsp 1734902/SP*. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrido: Lourenco Jose da Fonseca Neto. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1734902&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaG enerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 29 maio 2020

<sup>66</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *REsp 1734946/SP*. Recorrente: Valdo Florentino. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em:



Portanto, caberá à 1ª Seção do STJ pacificar e uniformizar o entendimento.

Por fim, é importante contrapor, com todo respeito, os argumentos utilizados no voto vencedor proferido pelo Excelentíssimo Relator Ministro Gurgel de Faria no julgamento do REsp 1.163.020/RS<sup>67</sup>, da 1ª Turma, que, conforme dito, entendeu pela legalidade da inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo do ICMS-Energia Elétrica:

Conforme relatado, por meio do presente recurso especial discute-se se a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD – que é paga pelo consumidor que adquire energia elétrica diretamente dos agentes de comercialização ou de geração no mercado livre de energia elétrica – sofre a incidência do ICMS e/ou compõe a sua base de cálculo. (...) Pois bem. Não desconheço o entendimento da doutrina e da jurisprudência do STJ pela inexigibilidade do ICMS sobre a TUST e a TUSD, ao fundamento de que essas tarifas remuneram o exercício de uma atividade meio de "transporte de energia elétrica" que foge ao espectro de incidência do tributo. (...) Ocorre que, depois de refletir mais detidamente, constatei que a controvérsia também pode ser analisada por outro enfoque, o qual leva a conclusão diversa daquela até o momento alcançada. O fato gerador do ICMS em questão diz respeito à circulação jurídica da energia elétrica fornecida ao consumidor "livre". Em razão de sua peculiar realidade física, sabe-se que a circulação da energia elétrica se dá com a ocorrência simultânea de sua geração, transmissão, distribuição e consumo, concretizando-se em uma corrente elétrica que é acionada quando do fechamento do circuito físico existente desde a fonte geradora até a unidade do usuário. (...) **Essa realidade física revela, então, que a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser decotado da sua base de cálculo.** Não trata a etapa de transmissão/distribuição de

---

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1734946&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 29 maio 2020

<sup>67</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). *REsp 1163020/RS*. Recorrente: Randon S/A Implementos e Participações. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Herman Benjamin, 21 de março de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200902055254&toTalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 maio 2020



mera atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável. (...) A circunstância de o "consumidor livre" ter de celebrar um contrato com empresa de geração, em relação à "tarifa de energia", e outro com empresa de transmissão/distribuição, em relação à "tarifa de fio", tão somente exterioriza a decomposição do preço global do fornecimento, não desnaturando o fato gerador da operação. (...) Ponderados esses elementos, tenho que o ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas – entre elas a referente à Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TSUD) – compõe o preço final da operação e, consequentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996. Por outro lado, a exclusão dessa tarifa da base de cálculo do tributo, além de implicar flagrante violação ao princípio da igualdade, prejudica a concorrência, o que é expressamente vedado pelo art. 173, § 4º, da Carta Política. (...) **Embora materialmente não exista diferença na operação de fornecimento de energia elétrica, enquanto o "consumidor cativo", que não tem o direito de escolha de quem comprar a energia elétrica, permanecerá pagando o ICMS sobre o preço final da operação, que engloba o custo de todas as fases, o "consumidor livre", além de poder barganhar um melhor preço das empresas geradoras/comercializadoras, recolherá o tributo apenas sobre o preço dessa etapa da operação. (...) Ora, não é possível admitir-se que a modificação da regulamentação do setor elétrico permita tratamento tributário diferenciado para contribuintes que se encontram em situação semelhante, no tocante à aquisição de uma mesma riqueza, qual seja, a energia elétrica. Por fim, cumpre lembrar que o mercado livre de energia elétrica está disponibilizado apenas para os grandes consumidores, o que evidencia que a exclusão do custo referente à transmissão/distribuição da base de cálculo do ICMS representa uma vantagem econômica desarrazoada em relação às empresas menores que arcam com o tributo sobre o "preço cheio" constante de sua conta de energia, subvertendo-se, assim, os postulados da livre concorrência e da capacidade contributiva. Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso especial. (grifos não do original).**



Vê-se que o Ministro se valeu de duas linhas de entendimento<sup>68</sup>: i) a unicidade entre transmissão e distribuição de energia elétrica e o seu fornecimento: “Não trata a etapa de transmissão/distribuição de mera atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável”, e a ii) ofensa à livre concorrência, tendo em vista que a tese beneficiaria somente os consumidores livres.

O ponto é que, conforme já discorrido, a geração, a transmissão e a distribuição de eletricidade diferem<sup>69</sup>. A geração de energia é sua própria produção. Vale citar aqui a Resolução Normativa 674/2015<sup>70</sup> da ANEEL, que dispõe que a geração “consiste na transformação em energia elétrica de qualquer outra forma de energia, não importando sua origem”.

Ademais, há casos em que há geração e não há distribuição ou transmissão de eletricidade. É o caso, por exemplo, da auto produção de energia elétrica, em que o gerador produz e consome a eletricidade. Aqui já é possível verificar a propriedade e a distinção da etapa geração, esta inconfundível com a transmissão ou distribuição.

Walter T. Álvares<sup>71</sup> separa bem cada um dos segmentos:

Ora, a função elétrica desdobra-se em três estágios principais:  
1 - geração ou produção; 2 - transporte, abrangendo a

<sup>68</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *Manifestação de Amicus Curiae. EREsp 1163020/RS. E-STJ 913*. Recorrente: Randon S/A Implementos e Participações. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200902055254&to talRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 maio 2020

<sup>69</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *Manifestação de Amicus Curiae. EREsp 1163020/RS. E-STJ 913*. Recorrente: Randon S/A Implementos e Participações. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200902055254&to talRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 maio 2020

<sup>70</sup> BRASIL. *Resolução Normativa ANEEL 674/2015*. Aprova a revisão do Manual de Controle Patrimonial do Setor Elétrico - MCPSE, instituído pela Resolução Normativa nº 367, de 11 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2014/024/resultado/ren2015674.pdf>. Acesso em: 02 jun 2020

<sup>71</sup> ÁLVARES, Walter T. *Curso de direito da energia*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 144





transformação; 3 - distribuição. Cada estágio da função elétrica apresenta problemas e matéria que exigem exame separado, como se fará em outro local, mas, de um modo geral, a função elétrica, considerados os seus estágios em unidade, como um conjunto, manifesta-se em formas distintas.

Sob outra perspectiva, como bem esclarece a Associação Brasileira de Geração de Energia Limpa - ABRAGEL<sup>72</sup>, na hipótese em que o gerador não consome a energia produzida, ela é injetada na rede de transmissão. Neste caso, há o acesso direto pelo consumidor à rede de transmissão, havendo a geração e transmissão, mas não distribuição de eletricidade (geração-transmissão-consumo), ou até mesmo o gerador é conectado às redes de distribuição, de modo que pode haver geração-distribuição-consumo, sem que ocorra transmissão de eletricidade.

Já em outra situação, a energia elétrica é recebida na rede de distribuição, em baixa tensão, e finalmente consumida (geração-transmissão-distribuição-consumo).

Conclui-se, assim, que não há unicidade entre a transmissão e distribuição de energia elétrica e o seu fornecimento, havendo uma clara separação entre as diferentes etapas do fornecimento de energia elétrica<sup>73</sup>. Destaca-se que essa divisão é dada pela busca de eficiência, o que fica evidente com a diferença física, por exemplo, das instalações geradoras, transmissoras e distribuidoras.

Outra linha de entendimento adotada pelo Ministro Gurgel<sup>74</sup> refere-se à suposta ofensa à livre-concorrência. Para tanto, o Ministro argumenta que apenas o

---

<sup>72</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *Manifestação de Amicus Curiae. EREsp 1163020/RS. E-STJ 913*. Recorrente: Randon S/A Implementos e Participações. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200902055254&to talRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 maio 2020

<sup>73</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *Manifestação de Amicus Curiae. EREsp 1163020/RS. E-STJ 913*. Recorrente: Randon S/A Implementos e Participações. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200902055254&to talRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 maio 2020

<sup>74</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). *REsp 1163020/RS*. Recorrente: Randon S/A Implementos e Participações. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Herman Benjamin, 21 de março de 2017.. Disponível em:



consumidor livre seria beneficiado pela exclusão das tarifas da base de cálculo do ICMS:

Por fim, cumpre lembrar que o mercado livre de energia elétrica está disponibilizado apenas para os grandes consumidores, o que evidencia que a exclusão do custo referente à transmissão/distribuição da base de cálculo do ICMS representa uma vantagem econômica desarrazoada em relação às empresas menores que arcam com o tributo sobre o "preço cheio" constante de sua conta de energia, subvertendo-se, assim, os postulados da livre concorrência e da capacidade contributiva.

Contudo, há de se descordar. Primeiro porque não são apenas os consumidores livres que pagam a TUST e TUSD, porquanto os consumidores cativos também efetuam o pagamento.

Em verdade, conforme entendimento também daquela Associação<sup>75</sup>, admitir a inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS em relação ao consumidor cativo viola o princípio da capacidade contributiva, pois ele não pode suportar um ônus maior que o livre, que detém mais condição econômica.

Em outras palavras, é inadmissível que o consumidor cativo, mesmo possuindo menos poder econômico para suportar esse ônus, paga mais imposto, e o outro, o consumidor livre, com grande poder financeiro, paga menos tributo.

## CONCLUSÃO

Buscou-se, com o presente escrito, analisar a legalidade da inclusão da Tarifa de Uso de Sistema de Transmissão – TUST e da Tarifa de Uso do Sistema de

---

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200902055254&to talRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 maio 2020

<sup>75</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *Manifestação de Amicus Curiae. EREsp 1163020/RS. E-STJ 913*. Recorrente: Randon S/A Implementos e Participações. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200902055254&to talRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 maio 2020



Distribuição – TUSD na base de cálculo do Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS incidente sobre a energia elétrica.

Para tanto, foram analisados os aspectos do Direito Tributário, do tributo, da espécie tributária denominada imposto, especialmente o ICMS sob a perspectiva da incidência sobre a energia elétrica, tudo baseado em entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Apresentado o panorama do fornecimento de energia elétrica no país e analisado os aspectos da TUST e da TUSD, e as peculiaridades da incidência do ICMS incidente sobre a energia elétrica, concluiu-se pela ilegalidade da inclusão das tarifas na base de cálculo do imposto analisado.

Na sequência, analisou-se a legitimidade ativa do consumidor final para pleitear administrativa ou judicialmente a restituição de ICMS pago indevidamente, com o aproveitamento da tese.

Finalmente, o contexto histórico da tese no STJ foi apresentado. Neste tópico, foram contrapostas as duas principais linhas de entendimento adotadas. O Min. Gurgel de Faria entende pela legalidade da inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS-Energia Elétrica, ou seja, ao contrário do que foi defendido neste escrito, pela sua ilegalidade.

Vê-se que a pacificação do entendimento no Tribunal, através do julgamento dos repetitivos, está próxima e é bastante aguardada pela comunidade jurídica, especialmente pela delimitação acerca das tarifas e do ICMS que a decisão envolverá e o impacto relevante nos cofres públicos.

Segundo dados apresentados pelo estado do Rio Grande do Sul, em um exercício de projeção do ano de 2019, apenas no Estado, caso as receitas do ICMS não tivessem ingressado nos cofres com a TUST e a TUSD na base de cálculo, as “receitas seriam reduzidas em mais de R\$ 1,8 bilhão e o déficit orçamentário no



exercício seria aumentado em mais de 55% (cinquenta e cinco por cento)<sup>76</sup>.”  
Observa-se, daí, um relevante impacto fiscal nas contas públicas.

A tese abordada nesse escrito é também de utilidade pública na medida em que versa sobre uma tributação inerente a uma atividade cotidiana.

De fato, não há como prever o desfecho no STJ, de todo modo, este trabalho poderá auxiliar inúmeros contribuintes caso a posição dos Ministros prevaleça a favor da ilegalidade da inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS-Energia Elétrica.

## REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro – RJ. Ed. Forense. 2017. p. 45

ÁLVARES, Walter T. *Curso de direito da energia*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 144.

BACCARO, Renato Fernandes. A tributação e seu escorço histórico. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, Mackenzie, v. 2, n. 1, 2001.

BORBA, Cláudio. *Direito Tributário*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo. Método. 2019. p. 25.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 fev 2020.

BRASIL. *Decreto nº 5.163 de 30 de julho de 2004*. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em:

---

<sup>76</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). EREsp 1163020/RS. Recorrente: Randon S/A Implementos e Participações. Recorrido: Estado do Rio Grande Do Sul. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200902055254&toTalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 maio 2020



[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/D5163.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/D5163.htm).  
Acesso em: 01 jun 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. *Resolução Normativa ANEEL - REN nº 559/2013*. Estabelece o procedimento de cálculo das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão – TUST. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2013/040/resultado/ren201359.pdf>. Acesso em: 01 jun 2020.

BRASIL. *Resolução Normativa ANEEL 674/2015*. Aprova a revisão do Manual de Controle Patrimonial do Setor Elétrico - MCPSE, instituído pela Resolução Normativa nº 367, de 11 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2014/024/resultado/ren2015674.pdf>. Acesso em: 02 jun 2020.

BRASIL. *Lei Complementar nº 87 de 13 de setembro de 1996*. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp87.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm). Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm). Acesso em: 01 jan 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.074 de 7 de julho de 1995*. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm). Acesso em: 01 jun 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.648 de 27 de maio de 1998*. Altera dispositivos das Leis no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, no 8.666, de 21 de junho de 1993, no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no 9.074, de 7 de julho de 1995, no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação das Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9648cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9648cons.htm). Acesso em: 01 jun 2020.



BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.848 de 15 de março de 2004*. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm). Acesso em: 01 jun 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *Manifestação de Amicus Curiae. EREsp 1163020/RS*. Recorrente: Randon S/A Implementos e Participações. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200902055254&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). *REsp 797826/MT*. Recorrente: Estado de Mato Grosso. Recorrido: Vermelhinho Cópias e Serviços. Relator: Min. Luiz Fux, 21 de junho de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501862525&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *EREsp 811712/SP*. Recorrente: Município de Promissão. Recorrido: Município de Ubarana e Estado de São Paulo. Relator: Min. Hamilton Carvalhido, 06 de março de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000566779&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *EREsp 1163020/RS*. Recorrente: Randon S/A Implementos e Participações. Recorrido: Estado do Rio Grande Do Sul. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200902055254&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 maio 2020.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *REsp 1125133/SP*. Recorrente: IBM Brasil. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Min. Napoleão Nunes, 10 de setembro de 2010.

Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900339844&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). *REsp 1163020/RS*. Recorrente: Randon S/A Implementos e Participações. Recorrido: Estado do Rio Grande Do Sul. Relator: Min. Herman Benjamin, 21 de março de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200902055254&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 maio 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). *AgInt no REsp 1607266/MT*. Recorrente: Estado de Mato Grosso. Recorrido: JM Bar e Restaurante. Relatora: Min. Herman Benjamin, 10 de novembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201601575928&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). *REsp 1299303/SC*. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Multicolor Têxtil S/A. Relatora: Min. Assusete Magalhães, 14 de agosto de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201103084763&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *REsp 1692023/MT*. Recorrente: Estado de Mato Grosso. Recorrido: Elton Carvalho Da Silva. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701703648&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *REsp 1699851/TO*. Recorrente: Estado do Tocantins. Recorrido: Restaurante Dom Vergilio Ltda - EPP. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702408997&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 maio 2020.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *REsp 1734902/SP*. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrido: Lourenco Jose Da Fonseca Neto. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1734902&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). *REsp 1734946/SP*. Recorrente: Valdo Florentino. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1734946&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *RE 540829/SP*. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Hayes Wheels do Brasil Ltda. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de novembro de 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2500614>. Acesso em: 25 maio 2020.

CAMPOS, Clever M. *Introdução ao Direito de Energia Elétrica*. São Paulo: Ícone, 2001. CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 14 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, Paulo Barros de. *Direito tributário, linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

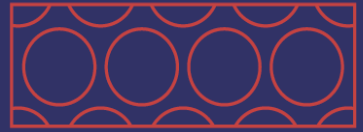
CAVALCANTI, Eduardo. ICMS e a estrutura energética brasileira, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 20, n. 107, nov/dez 2012.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

KFOURI, Anis. *Curso de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.





MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 38. ed. rev. e atual., 2017.

VILLEGAS, Héctor Belisario. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. 9. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.



# TRIBUTAÇÃO DOS DIVIDENDOS: ENTRE EFICIÊNCIA E EQUIDADE

Filipe Zimmermann Perazzo

## RESUMO

Este trabalho fará uma breve análise sobre a política fiscal de dividendos adotada pelo Brasil, e os impactos gerados pela isenção da tributação destes, no cenário atual, bem como os efeitos previstos para uma possível reforma tributária, se, porventura, for instituído a tributação dos dividendos. Face a escassez de material para pesquisa no ramo do direito tributário, nos valem da literatura em finanças públicas, a fim de fornecer uma resposta adequada para o problema de pesquisa, qual seja, em que medida a tributação dos dividendos atinge a equidade tributária e a eficiência econômica. Em resposta a esses questionamentos e por toda a pesquisa realizada sobre o tema, concluímos que o sistema fiscal corrobora com a incidência de fenômenos indesejados no mercado e que estes podem afetar o comportamento dos agentes que o integram, assim como, deve se adotar uma postura dosadora quando da tributação dos rendimentos do capital com o fito de atingir grau aceitável de equidade. Ademais, face à disparidade entre as duas fontes de rendimentos, capital e trabalho, parece-nos que há resquícios de inequidade no sistema tributário atual, todavia, essa condição de iniquidade não pode se transmutar em uma condição de absoluta ineficiência, razão pela qual assumimos postura intermediária, em que os rendimentos do capital, a título de dividendos, devem ser atraídos pela tributação, entretanto, com ressalvas.

Palavras-Chave: Dividendos, Eficiência, Equidade, Tributação do Capital, Imposto de Renda.

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação pretende estabelecer um diálogo entre dois institutos – por vezes esquecidos dentro do direito tributário, ou apenas um deles é efetivamente



debatido pelos estudos de monografia – quais sejam, a equidade e eficiência tributária no que concerne à tributação dos dividendos.

Este trabalho faz uma compilação de dissertações de mestrado e trabalhos científicos sobre o assunto em uma análise multidisciplinar, uma vez que é impossível de se falar em direito tributário sem adentrar outras áreas do conhecimento, como economia, finanças públicas, direito e contabilidade, entre outras.

O principal desafio do trabalho consistiu na elucidação de conceitos abstratos como equidade e eficiência e como estes termos podem nos ajudar a compreender o imposto de renda e a tributação dos rendimentos do capital, em especial, os dividendos.

Tendo em mente que os dividendos foram isentos de tributação no Brasil, em virtude da Lei 9.249/95 (BRASIL, 1995b), os trabalhos acadêmicos sobre o assunto são muito escassos ou pouco conclusivos, razão pela qual tivemos que nos socorrer da experiência internacional e da literatura econômica para aprofundar o tema. Ademais, os dados levados a público das declarações do Imposto de Renda (DIRPF) também são muito recentes, por isso há pouco material sobre a tributação dos dividendos no Brasil antes da lei supracitada.

Na primeira parte do trabalho, contextualizaremos o leitor sobre o estado de coisas em que se encontra o imposto de renda hodierno no país e traremos uma sucinta abordagem sobre alguns elementos introduzidos pela Lei 9.249/95 (BRASIL, 1995b).

A segunda parte do trabalho apresenta problematização, fazendo uma correlação entre tributação dos rendimentos do capital e do trabalho com a concentração de riqueza no país, estabelecendo o paralelo com a equidade tributária do imposto de renda entre as duas fontes de rendimentos.



Por seu turno, na terceira parte serão desenvolvidas questões de natureza da eficiência da tributação do capital e, por conseguinte, dos dividendos, sua relação com o comportamento dos agentes econômicos em face da tributação e sobre a neutralidade da medida, bem como os impactos causados pela excessiva onerosidade do imposto sobre as pessoas jurídicas.

## **1 O IMPOSTO DE RENDA NO BRASIL**

Este capítulo tem por objetivo apresentar uma breve contextualização histórica acerca do imposto de renda, relatar as primeiras experiências desse imposto no país, discorrer sobre o regime jurídico e o conceito de renda, apresentar alguns critérios informativos constitucionais, distinguir as particularidades do imposto para pessoas físicas e jurídicas e, por fim, dissertar sobre a tributação dos dividendos e a participação social dos acionistas, especificamente no que concerne ao cenário atual dos dividendos no Brasil e aos juros sobre o capital próprio.

### **1.1 Breve contextualização histórica acerca do imposto de renda**

O Estado valida a apropriação de valores particulares em pecúnia de seus administrados através da exação tributária, valores estes remanejados para a Administração Pública, ou seja, passivo privado com destinação a um ativo público.

Contudo, a receita da arrecadação tributária tende a ser revertida em favor da sociedade contribuinte por meio de políticas públicas de desenvolvimento econômico, social, educacional, de infraestrutura, científico e assim por diante, de tal sorte a dar concretude a todos os serviços públicos a que se propõe o Estado de Direito assistencialista, bem como as atividades econômicas geridas por ele.

Portanto, indiscutivelmente, todos os Estados soberanos devidamente organizados, imantados de poder, seja esse de natureza popular, autocrática ou



ditatorial, valem-se da prerrogativa de tributar ou poder de tributar. Nas palavras de Hugo de Brito Machado, parafraseando Baleeiro (1992):

[...] é vetusta e fiel sombra do poder político há mais de 20 séculos. Onde se ergue um governante, ela (o tributo) se projeta sobre o solo de sua dominação'. Onde quer que tenha alguém que governa e alguém que é governado, o tributo é cobrado (MACHADO, 2015 p. 61-62)

Porquanto, o “sacrifício comum” dos membros de determinada sociedade se dará, precipuamente, para a manutenção da máquina pública, pela disponibilização de parte de seus bens em favor de interesses sociais próprios.

O marco inicial da instituição do imposto de renda na história é um tema controvertido, alguns afirmam que este exista desde os primórdios da Civilização moderna (Adams cit. in Leonetti, 2003), enquanto outros contestam tal afirmação, remanejando as primeiras visualizações da Tributação sobre a Renda apenas em 1404, na Inglaterra, com Thomas Walsingham, contudo, sem registros concretos de sua gênese.

Adams (apud Leonetti, 2003) narra que a Inglaterra por incontáveis vezes tentou, sem sucesso, instituir o imposto sobre Renda, quando, em 1472, Eduardo IV aprovou a criação do imposto incidindo a alíquota de 10% para financiar a guerra contra a França (Leonetti, 2003, p. 2). Noutro giro, o professor Edwin Seligman (apud Leonetti, 2003) sustenta que a primeira manifestação histórica do imposto de renda se deu em 1451 na Florença dos Medici, onde, até então, a tributação decorria unicamente da propriedade e constataram, pois, que a fonte de maior

riqueza provinha não da propriedade de terras e bens, mas sim, do comércio.

Entretanto, todas essas experiências foram curtas e sem grande relevância para a receita desses Estados ou Cidades-Estados. Somente no início do século



XVIII, na França, o projeto de um imposto de renda teve seu primeiro lampejo de afirmação.

Inicialmente, o tributo era cobrado *per capita* e, subsequentemente, fora reformado para incidir sobre a renda individual, a qual perdurou até a Revolução Francesa (1789).

Volvendo aos países da Grã-Bretanha no final do século XVIII, que se encontravam assolados pela guerra contra a França, o imposto de renda tomou ares de progressivo, ou seja, as alíquotas variavam de acordo com o *quantum* que o sujeito passivo percebe de renda, considerada a primeira manifestação da progressividade tributária na história moderna (denominado *triple assessment*). É bem verdade que este imposto de renda não incidia de forma global e integral sobre a renda, mas incidia, sobremaneira, nos gastos do contribuinte.

Em 1803, por seu turno, o Estado Inglês estabeleceu o instituto da retenção do imposto na fonte pagadora, mais uma inovação legislativa daquele sistema tributário, algo que hodiernamente tornou-se usual na aplicação do direito fiscal, como passaremos a ver adiante.

Em linhas gerais, o movimento encabeçado pelos britânicos outorgou ao mundo ocidental um novo modelo de tributação sobre a renda, assentado, em especial, na progressividade e na globalidade da exação, razão pela qual, até meados do século XX, quase todos os países europeus, Estados Unidos e, inclusive, o Brasil já adotavam o imposto de renda (LEONETTI, 2003, p. 12).

## **1.2 Primeiras experiências do Imposto de Renda no Brasil**

Durante o segundo império exsurtem as primeiras sugestões para a implementação de uma nova matriz tributária proposta por homens públicos, os quais, influenciados pela política fiscal da Inglaterra, viam nessa janela uma



oportunidade de instituição do Imposto de Renda no Brasil, destacando-se os estadistas Visconde de Ouro Preto e Barão do Rosário (BALEEIRO, 1992, p. 382).

Neste interregno, a fresca carta republicana (1891) nada mencionou acerca da instituição do Imposto de Renda, somente em 1922 na Lei 4.625 de 31 de dezembro daquele ano a tributação da renda foi compreendida em um dispositivo legal no país.

Apenas em 1926, através do regulamento Sousa Reis, o instituto da progressividade fora adotado, após a soma dos rendimentos e de algumas deduções. Naqueles idos, também o legislador pátrio fez distinção entre as rendas obtidas por pessoas físicas das adquiridas pelas pessoas jurídicas.

### **1.3 Regime jurídico do imposto de renda e conceito de “Renda”**

A Constituição Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) em seu art. 153, inciso III, formalmente instituiu o imposto de renda, constitucionalizando a matéria, arrogando para si a incumbência para legislar sobre direito tributário e, por consequência, sobre o imposto de renda, sem maiores detalhes, estabelecendo como fato gerador a “renda e os proventos de qualquer natureza”, competindo, portanto, à lei complementar conceituar tais elementos.

Por conseguinte, no parágrafo § 2º, inciso I, deste artigo prescreve que o imposto de renda será orientado/informado pelos critérios da generalidade, universalidade e progressividade, estabelecidos na forma da lei.

Outrossim, o Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966) incrementou um novo elemento abstrato, qual seja a “aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica”, no qual Carrazza (1999) advoga no sentido de que a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica é a aquisição de riqueza nova, sobre a qual discorreremos melhor sobre o tema mais à frente.



Além da interposição de novo termo abstrato, o CTN, de forma lacunosa, conceituou renda como sendo o produto do capital, do trabalho ou a combinação de ambos, enquanto os proventos de qualquer natureza são aqueles entendidos como acréscimo patrimonial não abraçados pelo conceito de renda. Também, nessa oportunidade, o código trouxe outro conceito indeterminado, a saber “acréscimo patrimonial”, sem delimitar suas extensões.

Segundo parte da doutrina nacional, a disposição destes termos foi premeditada pelo legislador para que, a partir da teoria econômica e da renovação dos institutos, o conceito de renda e proventos de qualquer natureza não se tornassem defasados desde o momento da sua codificação (BALEEIRO, 2013).

Vislumbrando sob uma ótica estritamente jurídica, em princípio, é imanente à existência da renda: (a) ter uma fonte pagadora permanente, (b) decurso de um período de tempo, (c) ser de caráter periódico e (d) aplicação do titular na atividade de gestão da fonte (BALEEIRO, 2013).

Baleeiro (2013) aponta duas teorias que se sobressaem quando da definição e conceituação de renda. A primeira teoria admite que renda é periódica, de fonte pagadora permanente ou, por meio da exploração constante dos fatores de produção e do capital, este possa gerar riqueza nova e que não se confunde com os elementos empregados para a produção do capital. Noutro escopo, para a segunda teoria, renda é todo acréscimo de valor pecuniário no patrimônio, havido entre dois espaços temporais (BALEEIRO, 2013).

No magistério de Cassone (2014), três teorias dominantes sobre o tema são trazidas a lume. A primeira é a teoria da fonte, na qual “renda” é o produto de uma fonte estável, suscetível de preservar sua reprodução periódica e exige “riqueza nova” passível de tributação.

Conquanto a segunda teoria é denominada corrente legalista do conceito renda, onde o conceito de renda deriva exclusivamente da norma jurídica, difere do





posicionamento adotado pelo direito brasileiro mediante o qual determina que o conceito de renda deverá ser aquele empregado pela norma positivada em conjunção com os conceitos das ciências econômicas.

E, quanto ao terceiro posicionamento, teoria do acréscimo patrimonial, renda é todo ingresso líquido que importe no aumento do patrimônio do sujeito passivo (CASSONE, 2014, p. 234).

Carrazza (2005), por sua vez, assinala que há distinção entre renda e rendimentos, quando leciona que rendimento é qualquer ganho isoladamente considerado, vez que renda é o excedente de riqueza, deduzidos gastos, os quais são necessários para a continuidade da atividade da fonte geradora de riqueza nova (CARRAZZA, 2005, p. 35).

Nesse diapasão, ensina Bulhões Pereira (2007) que a remuneração dos fatores patrimoniais figura entre os rendimentos, quais sejam, salário, remunerações em geral, aluguéis, etc., conquanto, para que haja rendimento não há limite temporal, tão logo, a renda está diretamente vinculada à noção de um lapso temporal. Arrematamos, pois, que, renda é a soma dos rendimentos por determinado período (BULHÕES, 2007).

Ademais, é imprescindível que o capital, podendo ser conjugado com o trabalho, conforme prescreve o art. 43 do CTN (BRASIL, 1966), não seja desgastado a ponto de não ser mais possível produzir riqueza nova, razão pela qual, em matéria de tributação da renda são autorizadas as ditas deduções, exclusões, abatimentos, não-incidências e isenções de determinadas rendas tentando fomentar a atividade produtiva e laborativa, sem prejuízo dos fatores de produção, razão esta que impõe as deduções das despesas operacionais ou necessárias, as quais estão intimamente ligadas à manutenção da atividade comercial.



Portanto, renda e proventos de qualquer natureza é a aquisição de disponibilidade de riqueza nova em um período de tempo estabelecido pela legislação tributária vigente à época do fato gerador da obrigação.

No que se refere à disponibilidade econômica, seria isto a percepção real de um determinado valor, ousamos dizer que disponibilidade é a percepção de um valor líquido de emprego imediato, enquanto disponibilidade jurídica é a pretensão de haver (verbo no sentido de receber) valor ou título futuro.

Em outras palavras, livre disponibilidade somente será renda quando acrescida de riqueza de que o titular possa dispor sem reduzir seu patrimônio, o excedente dos bens adquiridos a qualquer título, que não inviabilize a fonte produtiva.

Subsome-se daí a origem do princípio da não paridade entre renda e prejuízo, pois somente o lucro ou a percepção efetiva de riqueza nova pode gerar a obrigação de pagar o imposto incidente sobre a renda, uma vez que a mera possibilidade ou previsão de ganho não realizado estorva a incidência do fato gerador, porquanto não incide imposto de renda sobre lucro ficto ou diretamente sobre o patrimônio que não produz renda, mas sim, prejuízo.

Enquanto que o prejuízo não realizado, ou meramente provável, deve ser considerado pela lei como passível de amortização ou depreciação futura, haurimos do princípio que o lucro e o prejuízo têm tratamentos diferentes para a legislação do imposto de renda, assim o prejuízo deve ser avaliado pela lei para que a atividade empresarial seja regularmente desenvolvida ao longo do tempo, em vista de que a legislação tributária não deve impor encargos excessivos ou a onere em demasia.

Convém acentuar que renda e patrimônio, que outrora se misturavam e se confundiam, para efeitos fiscais, hoje devem ser compreendidos de forma desassemelhada. Patrimônio é, ao contrário de renda, um conjunto de bens móveis ou imóveis ou força de trabalho que podem ou não produzir rendimentos. Modesto



Carvalhosa (1967, p. 189), vale-se do seguinte enunciado para distanciar renda de patrimônio:

“[...] para efeitos fiscais, portanto, evoluiu-se do conceito de propriedade para patrimônio, no sentido de que toda a disponibilidade possuída por uma determinada pessoa, de bens materiais ou força de trabalho produtivo, constituía patrimônio suscetível de produzir riqueza. O patrimônio rentável de uma determinada pessoa pode se constituir de uma propriedade imobiliária, mobiliária ou força de trabalho, na medida em que, quaisquer desses fatores patrimoniais, conjugada ou isoladamente, possam produzir renda.”

Mormente, o imposto de renda das pessoas jurídicas só poderá recair sobre seus lucros, ou melhor, sobre o lucro real apurado num período que contenha termo inicial e termo final, hoje, apura-se o saldo tributável, lucro real, trimestralmente. Assim, portanto, dos encerrados em 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário.

O ordenamento jurídico vale-se da expressão renda referindo-se a todas as pessoas tributadas, física ou jurídica, e utiliza o termo lucro para alcançar, especificamente, as pessoas jurídicas.

Podemos concluir que a legislação vigente adota uma modalidade de tributação da renda bipartite, pois o tratamento tributário para as pessoas jurídicas não será o mesmo oposto às pessoas físicas, o conceito jurídico do art. 153, inciso III da CRFB (1988) e do art. 43 do CTN (1966) atinge, de tal sorte, os dois regimes de tributação.

Para fins didáticos, adotaremos neste estudo a nomenclatura “renda-capital” quando nos referirmos aos acréscimos patrimoniais provenientes da exploração da atividade empresarial ou quando da aferição dos lucros desta pelas pessoas físicas a ela vinculadas.

## **1.4 Critérios informativos Constitucionais do Imposto de Renda**



Utilizamos a terminologia “critérios informativos”, pois assim preceitua a Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu art. 153, §2º, inciso I, que elenca alguns elementos norteadores da exação sobre a renda.

Brevemente, teceremos algumas considerações sobre cada um deles, quais sejam, generalidade, universalidade e progressividade.

A generalidade da tributação da renda é um princípio específico para esta hipótese de incidência tributária, sendo, contudo, um desdobramento do imperativo que norteia o Estado Fiscal, ou seja, a igualdade de tratamento, sem distinções em castas, grupos de privilégio, etnias, gêneros entre outras.

O imposto de renda deve ser generalizado, pois compreenderá a todos, sem acepções entres estes, “consagra a unicidade”, nas palavras de Baleeiro (2013), em vista de que, a um só tempo, abarcará todos os que praticarem seu fato gerador, seja na obtenção de disponibilidade econômica pelo trabalho ou capital.

Entrementes, será também, pessoal ou personalizável, porque outro corolário do direito tributário é a capacidade contributiva do sujeito passivo, assim disposta no art. 145, § 1º, da CRFB (BRASIL, 1988) quando esta puder ser mensurada ou considerada. Portanto, sobretudo, na tributação da renda, esta mensuração do *quantum* o sujeito passivo recebe de renda é contabilizável. Assim, o ente, mais especificamente a União, discriminará os que não possuem capacidade para contribuir com a burocracia estatal, eximindo-se da obrigação de pagar aqueles que não tenham capacidade.

Logo, a generalidade cinge-se, também, nos princípios da igualdade e da capacidade contributiva do agente tributado.

Carrazza (2005) o conceitua como:

Por generalidade entendemos que o imposto há de alcançar todas as pessoas que realizam o fato imponible. E isto independentemente de raça, sexo, convicção política, credo



religioso, cargos ocupados etc. Noutros falares, este critério veda discriminações e privilégios entre contribuintes.”

Outro critério informativo constitucionalizado é a universalidade, mediante o qual toda espécie de renda, não importando sua origem, deve ser tributada de forma universal, isto é, alcança toda e qualquer renda. Ademais, a universalidade também está imbricada com o critério da pessoalidade da exação, uma vez que se admitem exclusões, deduções, isenções e não-incidência de determinadas rendas.

Ao revés do que ocorre com a generalidade, aquela está mais associada à própria figura do sujeito da exação, enquanto esta vincula-se à espécie de renda obtida e suas formas de aquisição.

Assim também, Carrazza (2005, p. 63) lança como conceito do instituto, vejamos:

[...] já, por universalidade temos que o IR deve alcançar todos os ganhos ou lucros, de quaisquer espécies e gêneros, obtidos pelo contribuinte no território brasileiro e – desde que respeitados os acordos que visam evitar a bitributação internacional – também no exterior. Em linhas de princípio nada deve escapar à sua incidência, pouco importando a denominação dos rendimentos, sua origem, condição jurídica de quem os auferiu ou a nacionalidade da fonte. Tal avaliação global conecta o tributo aos princípios da capacidade contributiva e da igualdade.

Inobstante, a progressividade é a graduação do *quantum debeatur*, é, em grande medida, uma técnica para a personalização dos impostos (BALEIRO, 2013). Tal qual os princípios específicos acima mencionados, e, como princípio geral da capacidade contributiva do agente, segue o axioma aristotélico da igualdade, a saber, “igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”.

Portanto, a progressividade, sobremaneira, é técnica jurídico-contábil de mensuração das desigualdades, aqui como enfoque a renda dos contribuintes. Mais



uma vez, orientando-se pelo princípio geral da igualdade de tratamento, da pessoalidade e da capacidade contributiva na tributação.

Baleeiro (2013) identifica a progressividade como sendo:

[...] a maneira e o modo indicados pela constituição para tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. A progressividade nos tributos é a melhor técnica que permite a personalização dos impostos, como determina expressamente o art. 145, § 1º da CF. É que, na medida em que o legislador considera as necessidades pessoais dos ocorrentes em favor do princípio da igualdade, têm de ser compensadas por meio da progressividade a fim de que o montante da arrecadação se mantenha o mesmo no total.

## 1.5 Imposto de renda das pessoas físicas e jurídicas

Conforme asseverado acima, a tributação incidente sobre a renda tem como fato gerador a aquisição de disponibilidade econômica através do acréscimo patrimonial, obtido pelo produto do capital, do trabalho ou a combinação de ambos, de acordo com os verbetes do art. 43 do CTN (BRASIL, 1966).

O preceito legal sublinha que, dentro deste instituto, a aquisição da disponibilidade econômica tributável poderá se dar de duas formas, autonomamente ou jungindo o trabalho com o capital.

Portanto, a exação tributária se bifurca em duas modalidades, a tributação sobre a renda das pessoas físicas e a tributação das pessoas jurídicas.

Com vistas à proteção da atividade produtiva, capaz de produzir renda, por bem entendeu o legislador que a incidência do imposto deveria se dar de forma distinta para as duas personalidades, física e jurídica, essa última pois, o capital social deve ser cercado de cuidados especiais, considerando que o titular da atividade empresarial assume os ônus e encargos do seu exercício, assim como está sujeito às variações de mercado, próprias do exercício mercantil.



O objeto desse trabalho diz respeito unicamente à tributação das pessoas jurídicas, mais especificamente das Sociedades Anônimas, por isso não nos delongaremos demasiadamente em descrever as especificidades da tributação das pessoas físicas, as quais, para fins didáticos chamaremos de renda-trabalho, isto é, a aquisição da disponibilidade econômica pelas pessoas físicas dos frutos do trabalho ou a prestação de serviços individuais. Quando referirmo-nos às rendas advindas da distribuição de dividendos, chamaremos de renda-capital, pois a origem da renda é o lucro distribuído aos acionistas, podendo ser destinados às pessoas físicas ou jurídicas.

Sendo assim, no tópico anterior dissemos que a renda, no caso das pessoas jurídicas, só poderá atingir a receita obtida pelo emprego dos fatores de produção, sob o risco, se contrário for, de reduzir o patrimônio produtivo a ponto de dele não mais ser possível obter renda.

De tal sorte a legislação brasileira adotou três modalidades para a apuração da renda das pessoas jurídicas, a saber, apuração pelo lucro real, lucro presumido ou lucro arbitrado.

Via de regra, o lucro real é o modelo usual para a apuração do lucro tributável das Pessoas Jurídicas, sobretudo para determinados tipos societários ou que desenvolvam atividades empresariais discriminadas pela legislação tributária, que deverão adotar, obrigatoriamente, esse regime de apuração do passivo tributário, tais como (Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, art. 14):

empresas cujas atividades sejam de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras de títulos, valores mobiliários e câmbio, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização e entidades de previdência privada aberta;



que explorem as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring);

que explorem as atividades de securitização de créditos imobiliários, financeiros e do agronegócio (BRASIL, 1998b)

Neste regime de apuração, também estão incluídas, obrigatoriamente, as empresas que perceberam no ano-calendário anterior R\$ 78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais); que tiverem lucros, rendimentos ou ganhos de capital oriundos do exterior e as que optarem pelo regime de apuração por estimativa, pagos mensalmente sobre a receita bruta.

O Decreto-Lei 1.598/77 (BRASIL, 1977), em seu art. 6º, contém o conceito contábil do lucro real, qual seja, é o lucro líquido do exercício ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária.

Sendo, porquanto, lucro líquido a soma algébrica do lucro operacional, das demais receitas e despesas, e das participações, o qual deverá ser determinado em observância aos preceitos da lei comercial – RIR Decreto 9.580/2018 (BRASIL, 2018).

Devendo ser considerado (a) o lucro-líquido do período de apuração; (b) mais as parcelas de adição indicadas na lei como não dedutíveis; (c) menos as parcelas relativas a exclusões prescritas ou autorizadas em lei e compensações de prejuízos anteriores (NEVES; VICECONTI; AGUIAR, 2015).

Ao revés do que se aplica na tributação da receita das pessoas físicas, o imposto de renda das pessoas jurídicas não apresenta alíquotas marginais variáveis e crescentes/progressivas para determinar o *quantum* o sujeito passivo deverá recolher em favor dos cofres públicos.





No magistério de Baleeiro (2013), comentando sobre o conceito genérico de lucro real e lucro líquido, afirma que o patrimônio compreende dois subconjuntos: o *ativo patrimonial*, dado como aquele que forma os bens do patrimônio e o *passivo patrimonial*, formado pelas prestações de obrigações componentes do patrimônio líquido (capital próprio), ou seja, o patrimônio bruto diminuído do valor negativo das obrigações.

Logo, *patrimônio líquido* é o que resta após as deduções do passivo (capital alheio) e *patrimônio bruto* é o conjunto de todos os direitos e obrigações acrescido do passivo exigível. Ao final desse exame contábil, apuram-se os balanços do início e fim do exercício, contando a renda tributável como lucro real ou patrimônio líquido (Baleeiro, 2013).

A tributação das pessoas jurídicas é determinada pela variação das bases de cálculo da apuração periódica, incidindo aí a alíquota fixa de quinze por cento, conforme determinação do art. 3º da Lei 9.249/95 (BRASIL, 1995b), podendo, não obstante, ser acrescida de mais dez por cento, se a parcela exceder o valor resultante da multiplicação de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) pelo número de meses do respectivo período de apuração.

Outro aspecto salutar para o nosso estudo sobre tributação da renda é que, a partir de 1995, o Brasil passou a adotar o nominalismo da renda tributada – em miúdos, a renda tributada tem caráter nominal, pois não há mais o desconto das taxas de inflação do período apurado.

Então, com a extinção da correção monetária, tanto as bases de cálculo quanto o valor dos tributos e contribuições federais são expressos em moeda corrente.

O texto do art. 4º da lei 9.249/1995 (BRASIL, 1995b), assim determina:

Fica revogada a correção monetária das demonstrações financeiras de que tratam a Lei nº 7.799, de 10 de julho de 1989, e o art. 1º da Lei nº 8.200, de 28 de junho de 1991.



Parágrafo único. Fica vedada a utilização de qualquer sistema de correção monetária de demonstrações financeiras, inclusive para fins societários.

Até a promulgação da Lei 9.249/95 (BRASIL, 1995b), as correções monetárias eram operacionalizadas em virtude da Lei 7.799/89 (BRASIL, 1989). Onde a correção monetária se dava no momento do balanço patrimonial e os resultados obtidos a partir da correção seriam computados na apuração do lucro real, art. 4º, *caput* e inciso I.

Outrossim, naqueles idos, a correção monetária alcançava os lucros e dividendos de período-base ainda não encerrado e eram registrados em conta redutora do patrimônio líquido, sendo que esse saldo era corrigido monetariamente, conforme preceituava o art. 7º da referida lei, hoje, sem guarida legal.

Para tanto, a indexação é um instrumento eficaz no combate à inflação, pois sem ela, o poder aquisitivo da sociedade será reduzido com o decurso do tempo. Este instrumento objetiva garantir a exatidão das demonstrações financeiras, tanto para o contribuinte, quanto para o fisco.

## **1.6 Tributação dos dividendos e a participação social dos acionistas**

A distribuição dos dividendos de uma sociedade, nada mais é do que a participação direta nos lucros pelo acionista, na proporção da sua participação social.

Trata-se da forma mais importante de participação dos lucros nas Sociedades Anônimas, porém, por óbvio, não é a única.

É essencial a toda sociedade que os sócios ou acionistas participem dos resultados da empreitada, em igual medida nos lucros e prejuízos, nos termos do artigo 1.008 do Código Civil, *in verbis*:



Art. 1.008, CC - É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas (BRASIL, 2002).

Haurimos do art. 997, inciso VII do Código Civil (BRASIL, 2002) que o contrato social deverá prever a participação de cada sócio nos lucros e perdas.

Mais adiante, o art. 1.007 estatui que, salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas na proporção das quotas adquiridas e, ademais, qualquer dispositivo que exclua o sócio de sua participação nos resultados da atividade empresarial é nula de pleno direito.

Apesar de os dispositivos mencionados referirem-se às sociedades simples, aplica-se subsidiariamente a todos os tipos societários.

A política de dividendos está diretamente relacionada às decisões tomadas no âmbito dos investimentos e financiamentos da sociedade. O montante disponível para distribuição aos acionistas depende da política pretendida pela companhia, sendo que pode ser mais voltada à distribuição dos seus resultados ou voltada para o reinvestimento em outros ramos da atividade.

Para alguns teóricos a política de dividendos não toca as pretensões mercadológicas nem as cotações de uma determinada sociedade – essa teoria foi difundida e denominada teoria da irrelevância dos dividendos.

Os autores da teoria, Miller e Modigliani (1963), pressupunham que o mercado é perfeito e nele a política dos dividendos é predeterminada, não havendo, por conseguinte, influência da política interna de distribuição no valor de mercado da sociedade (ZAGONEL, 2018).

Tal síntese fora ulteriormente refutada quando constatado que a política de dividendos em dada medida atinge a imagem da sociedade para o mercado. Podemos citar, a título de exemplo prévio, a teoria da Agência, teoria do *free cash flow*, teoria



do pássaro na mão e a teoria do efeito clientela. Todas elas serão digressionadas com mais afinco no capítulo 3.

Por ora, ressaltamos que a política de distribuição dos resultados ou lucros é uma decisão interna na sociedade e deve se pautar pelo seu estatuto. Para todos os efeitos, é o modo pelo qual o acionista recebe sua cota dos lucros daquele exercício. Por seu turno, também veremos adiante que a política de dividendos amalgamada à tributação sobre ela pode ter desdobramentos nas decisões das sociedades e dos investidores (COMETTI, 2007).

O Estatuto pode prever duas modalidades de dividendos, a saber variáveis e fixos. Como incidental, há também o dividendo acumulado, isto é, aquele que não foi distribuído no seu respectivo exercício, conforme art. 17, § 3º da Lei 6.404/1976 (BRASIL, 1976).

Cumprе ressaltar que a Sociedade só poderá distribuir os dividendos entre os acionistas se, evidentemente, houver lucro líquido no exercício anterior ou lucros acumulados a serem distribuídos, após assegurada as reservas de capital obrigatório.

De qualquer forma, se feitas as reduções do lucro líquido e as reservas legais, todo o montante excedente será lucro distribuível, salvo se a assembleia optar por reter todos os lucros por, no máximo, cinco exercícios, como dispõe o art. 196 da Lei 6.404/76 (BRASIL, 1976).

Se, porventura, após a companhia constituir as reservas de capital, ainda restar saldo sem destinação específica pelo estatuto, deverão ser obrigatoriamente distribuído aos acionistas, em razão do direito destes de participar dos lucros provenientes da atividade empresarial, modalidade esta denominada dividendo mínimo obrigatório, em consonância com os artigos 197 e 202 da Lei 6.404/76 (BRASIL, 1976) e art. 1.008 do Código Civil (BRASIL, 2002).



Os dividendos, usualmente, serão distribuídos anualmente, entretanto, a assembleia geral pode deliberar antecipadamente para que sejam distribuídos em períodos menores, por força do art. 204 da Lei 6.404/76 (TOMAZETTE, 2018).

## **1.7 O cenário atual da tributação dos dividendos no Brasil.**

Exsurge em 1995 a Lei 9.249 (BRASIL, 1995b), que alterou a legislação então vigente sobre o Imposto de Renda, promulgada e publicada em 26 de dezembro de 1995 e produzindo efeitos a partir de 1996.

Destarte, alterou imensamente o estado de coisas da política fiscal adotada pelo Brasil até então, em especial no que tange ao dilema quanto a tributação dos lucros e dividendos, muito em virtude do contexto político e econômico no qual o país se encontrava.

Há de se rememorar que, naqueles idos, o Plano Real havia sido elaborado para tentar controlar a inflação galopante, aliás, colimando a reaproximação do Brasil, comercialmente, com outros Estados e possíveis investidores.

Com a redemocratização de 1988, o país intentava angariar novos investidores. Para tanto, a Lei 9.249/95 (BRASIL, 1995b) trouxe a isenção do Imposto de Renda incidente sobre os lucros e dividendos.

A exposição de motivos da Lei 9.249/95 (BRASIL, 1995b) evidencia algumas das principais preocupações do legislador ao elaborar o texto legal da apuração do lucro líquido e a incidência do imposto de renda, pois o país, neste período histórico, havia refreado a crise monetária pelos planos de estabilização da inflação, o assim denominado Plano Real.

Buscando alinhar a política fiscal ao plano de recuperação monetária e atrair investimentos para uma democracia que engatinhava, em posse das teses já desenvolvidas acerca da tributação do capital no mundo, por bem entendeu o



legislador que a válvula propulsora do crescimento econômico seria o fomento ao investimento estrangeiro através de uma política de isenção do imposto de renda.

Assim, em posse de suas atribuições, o então ministro da Fazenda Pedro Malan, na exposição de motivos deixa alva a intenção do Governo Federal quanto à política fiscal adotada a partir de então, *in verbis*:

Os elevados índices de inflação exigiram a criação de poderosos instrumentos de indexação que, com o Plano Real e a estabilização da economia, estão sendo gradualmente eliminados.

[...]

Com vistas a equiparar a tributação dos diversos tipos de rendimentos do capital, o Projeto introduz a possibilidade de remuneração do capital próprio investido na atividade produtiva, permitindo a dedução dos juros pagos aos acionista, até o limite da variação da Taxa de Juros de Longo prazo - TJLP; compatibiliza as alíquotas aplicáveis aos rendimentos provenientes de capital de risco àquelas pela qual são tributados os rendimentos do mercado financeiro; desonera os dividendos; caminha na direção da equalização do tratamento tributário do capital nacional e estrangeiro; e revoga antiga isenção do imposto de renda incidente sobre a remessa de juros para o exterior, prevista no Decreto- Lei nº 1.215, de 1972 (arts. 9] a 12, § 2º do art. 13, art. 28, e inciso I do art. 32), a fim de que não ocorra qualquer desarmonia no tratamento tributário que se pretende atingir. Igualando-se, para esse fim, o aplicador nacional e estrangeiro.

A permissão de dedução de juros pagos ao acionista, até o limite proposto, em especial, deverá provocar um incremento das aplicações produtivas nas empresas brasileiras capacitando-as a elevar nível de investimentos, sem endividamento, com evidentes vantagens no que se refere à geração de empregos e ao crescimento sustentado da economia. Objetivo a ser atingido mediante a adoção de política tributária moderna e compatível com aquela praticada pelos demais países emergentes, que competem com o Brasil na capacitação de recursos internacionais para investimento.

Com relação à tributação dos lucros e dividendos, estabeleceu-se a completa integração entre a pessoa física e a pessoa jurídica, tributando-se esses rendimentos exclusivamente na empresa e isentando-se quando do recebimento pelos



beneficiários. Além de simplificar os controles e inibir a evasão, esse procedimento estimula, em razão da equiparação de tratamento e das alíquotas aplicáveis, o investimento nas atividades produtivas.

[...]

Diário do Congresso Nacional - Seção 1 - 7/9/1995, Página 21485 (Exposição de Motivos)

Nota-se ainda que a exposição de motivos se orientava pelas teorias até então difundidas na Europa, em especial ao tratamento seletivo que deveria ser adotado nos países em desenvolvimento, vez que estes na corrida desenvolvimentista estariam em desvantagem em relação aos de sistema econômico consolidado, alvo da procura dos investidores estrangeiros.

Também, na exposição de motivos a tendência, outrora já implementada em alguns Estados-Membros da União Europeia, de não discriminação tributária dos rendimentos advindos do capital entre si.

Outro apontamento levantado pelo então Ministro da Economia Pedro Malan refere-se a igualdade de tratamento do aplicador nacional e do estrangeiro, incremento das aplicações produtivas nas empresas brasileiras, geração de empregos, passando a serem as aplicações produtivas o sustentáculo da economia nacional.

A lei 9.249/95 (BRASIL, 1995), o artigo 10 prevê, expressamente, que os lucros e dividendos distribuídos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, a partir de janeiro do ano de 1996, não ficarão sujeitos à incidência de imposto recolhido na fonte, nem integrarão base de cálculo do Imposto de Renda do Beneficiário, pessoa jurídica ou pessoa física.

Incluído pela Lei 12.973/14 (BRASIL, 2014), o parágrafo 1º do artigo supramencionado dispõe que o acionista beneficiário dos dividendos distribuídos estará isento de recolher o imposto de renda seja de qualquer uma das espécies de ações, isto é, ações preferenciais, ordinárias ou de fruição.



Nos anos anteriores à promulgação da Lei 9.249/95 (BRASIL, 1995b), rendimentos distribuídos a qualquer título eram tributados à alíquota de quinze por cento, retidos na fonte.

Entre 1923 e 1988, a distribuição de lucros e dividendos para pessoas físicas foi fortemente tributada, seguindo as linhas do imposto de renda da época, em que as alíquotas marginais eram altíssimas e bases de cálculos reduzidas, sem mencionar a lista infinita de deduções e abatimentos autorizados pela legislação.

Conquanto, a Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991 (BRASIL, 1991), estabeleceu que, a partir de 1993, os lucros e dividendos estariam abrangidos pelo instituto da não-incidência para os sócios e acionistas residentes e domiciliados no Brasil (art. 75).

Logo, a legislação que, efetiva ou presumidamente, instituiu a isenção do imposto de renda incidente sobre os lucros e dividendos distribuídos foi a lei 8.383/1991 (BRASIL, 1991), com o adendo à vigência para o ano-calendário de 1993.

A distribuição de lucros e dividendos voltou a ser tributada com a aprovação das Leis nº 8.849, de 28 de janeiro de 1994, e nº 9.064, de 20 de junho de 1995, à alíquota de 15%, aplicando-se aos lucros formados a partir de 1994 por empresas optantes pelo lucro real. Para beneficiário pessoa física, o imposto descontado era deduzido do imposto devido na declaração de ajuste anual, assegurada a opção pela tributação exclusiva; para pessoa jurídica optante pelo lucro real, era considerado como antecipação a ser compensada com o IRRF que a beneficiária, tributada com base no lucro real, tivesse que recolher pela distribuição de seus lucros e dividendos; nos demais casos, era definitivo. (CARVALHO C. V. et al, 2015)

Desse histórico envolvendo os dividendos, a Lei 9.249/95 (BRASIL, 1995b) consolidou a sua isenção e acrescentou uma figura *sui generis*, os Juros Sobre Capital Próprio.





## 1.8 Juros Sobre Capital Próprio (JSCP)

O art. 9º da lei 9.249/95 (BRASIL, 1995b), instituiu a figura *sui generis* dos juros sobre capital próprio (JSCP), não devendo ser confundido o termo “juros” com os juros remuneratórios ou mesmo os juros moratórios. Trata-se de uma ficção jurídica, entendida como “despesas financeiras” da atividade empresarial, mas tem como função elementar distribuir a receita financeira ou a remuneração pela aplicação do capital próprio.

Nas palavras de Marlon Tomazette, os JSCP são distintos dos dividendos propriamente ditos, leiamos:

Embora possam ser imputados aos dividendos, na verdade não são dividendos, na medida em que estes representam remuneração pelo sucesso da empresa, e os juros representam uma forma de remuneração pela indisponibilidade do dinheiro investido na companhia. “Os juros sobre capital próprio não possuem natureza de lucro dividendo, mas de receita financeira” (TOMAZETTE, 2018).

Sobre a distinção dos juros sobre capital próprio e os juros propriamente ditos, Maria Heloisa Bisca et al (2012), estabelece as idiosincrasias de cada um dos institutos:

“Não obstante, essa designação (JSCP), este tipo de remuneração em nada se caracteriza com os juros propriamente ditos, que estão previstos no Código Civil, o qual pressupõe uma operação de crédito com terceiro, sendo obrigatório, seja pelo pacto firmado ou de lei, e servem como uma compensação do decurso do tempo em que o capital está com terceiro, que no caso é considerado devedor, e quem concede o empréstimo credor, possuindo garantias para a quitação” (BISCA et al, 2012, p. 4).

O pagamento dos Juros Sobre Capital Próprio tem como finalidade a equiparação entre o capital próprio e o capital de terceiros, sobretudo, no que diz respeito a sua tributação.



Ocorre que, para a sociedade obter investimentos de terceiros, consequentemente, precisará se endividar, logo, os juros sobre capital próprio no tratamento tributário é um viés para que o capital produtivo da companhia se perpetue sem que ela se endivide.

Isto porque é um meio de ilidir a prática de subcapitalização nominal e elevar à mesma condição tributária a capitalização por meio de capital de terceiros, assim como do capital próprio. Nestes termos, depreendemos da Lei 9.249/1995 (BRASIL, 1995b), art. 9º, §2º que os

JSCP estarão sujeitos à incidência de imposto de renda recolhido na fonte, calculado com alíquota correspondente a 15% sobre o montante distribuído ao beneficiário da receita.

E será considerada como antecipação de despesa se a companhia optante apurar o lucro pelo regime do lucro real, nos moldes do art. 9º, §3º, inciso I (BRASIL, 1995). Se, por vias reversas, o beneficiário for pessoa física ou pessoa jurídica tributada em outra modalidade que não o lucro real, a tributação incidente sobre os juros sobre capital próprio será considerada definitiva, ou seja, retida na fonte.

Outro aspecto salutar em matéria de JSCP é que se admite a incidência de Imposto de Renda e Contribuição Social sobre Lucro Líquido, como dispõe o art. 9º, §11 (BRASIL, 1995).

De acordo com o art. 9º, §7º (BRASIL, 1995), o JSCP poderá ser imputado ao valor do dividendo obrigatório, sem prejuízo da incidência do Imposto de Renda retido na fonte.

A instrução normativa 11/1996, regulamenta a dedutibilidade dos valores creditados ou efetivamente pagos aos sócios ou acionistas, podendo os juros sobre



capital próprio (JSCP) serem incorporados ao capital social ou mantidos em reversa de aumento de capital.

Quando distribuídos aos sócios acionistas da sociedade empresária, ela (a sociedade) terá a possibilidade de fazer a dedução em forma de despesas financeiras na apuração e recolhimento do IRPJ e do CSLL, servindo de canal relevante à elisão fiscal para as empresas optantes pela distribuição de JSCP, em conformidade com o art. 30, parágrafo único, da Instrução Normativa 11/96, da Secretaria da Receita Federal (BRASIL, 1996a).

Para as sociedades que optam por essa modalidade de distribuição, haverá de ser muito benéfico, colimando no planejamento tributário em sede de abatimento do imposto de renda e contribuição sobre o lucro líquido (IRPJ e CSLL).

Contudo se, a beneficiária for pessoa jurídica, ou seja, recebe os juros sobre capital próprio de sociedade que participa, não será agraciada pela dedutibilidade, muito pelo contrário, recolherá a soma adquirida no momento da declaração do imposto de renda de pessoa jurídica daquele exercício social em que recebeu os JSCP, pois tem natureza de acréscimo de capital (LIMA, 2009).

Afunilando um pouco o tema, para as Sociedades Anônimas de capital aberto, a CVM, através da deliberação n° 207/1996 (BRASIL, 1996b), decidiu que o JSCP pagos a título de remuneração do capital próprio, devem ser contabilizados diretamente à conta de Lucros Acumulados, sem afetar o resultado do exercício.

Por outro lado, se a beneficiária for uma S/A, serão considerados como: a) crédito da conta de investimentos, quando avaliados pelo método da equivalência patrimonial e desde que os juros sobre o capital próprio estejam ainda integrando o patrimônio líquido da empresa investida ou nos casos em que os juros recebidos já estiverem compreendidos no valor pago pela aquisição do investimento; b) receita, nos demais casos.



Se os juros percebidos pela empresa forem utilizados para aumento de capital ou manutenção de reserva, o imposto de renda será considerado como despesa, na demonstração do resultado do exercício.

Já os juros pagos ou creditados somente poderão ser imputados ao dividendo mínimo, previsto no artigo 202 da Lei nº 6.404/76 (BRASIL, 1976), pelo seu valor líquido do imposto de renda na fonte (inciso V).

Portanto, os JSCP, segundo a deliberação da CVM, deverão incorporar a conta dos lucros acumulados da Sociedade.

Gobetti (2018), elenca os efeitos práticos da tributação do JSCP, quais sejam, *ipsis litteris*:

se o lucro da empresa é retido, ele não se beneficia do JCP e da isenção oferecida à distribuição, resultando em uma tributação de 34% na empresa e mais 15% no momento de realização do ganho de capital (assumindo que o lucro retido se refletirá na valorização das ações).

se o lucro é distribuído, a parcela correspondente ao rendimento do JCP será isenta na pessoa jurídica e tributada em 15% na pessoa física, e a parcela excedente será tributada apenas na pessoa jurídica em 34%, resultando numa alíquota média entre 15% e 34% (mediana de 23,5%, segundo Torres, 2017).

se a empresa estiver enquadrada no regime de lucro presumido, por sua vez, a tributação efetiva será na maioria das vezes inferior aos 15% porque as alíquotas do imposto de renda são aplicadas sobre um percentual presumido do faturamento que teoricamente equivaleria ao lucro, mas na prática fica comumente bem abaixo do lucro verdadeiro (no setor de serviços, por exemplo, a alíquota efetiva é de 7,68% sobre o faturamento).

Com isso, findamos o primeiro capítulo, apresentando os conceitos gerais sobre os institutos relevantes em matéria de tributação da Renda das pessoas jurídicas, com relevo maior às Sociedades Anônimas e aos acionistas, de forma mais expositiva.



Subsequentemente, adentraremos na problematização dos institutos e das políticas fiscais adotadas pelo legislador, bem como faremos uma análise das teorias pertinente à resolução do problema, isto é, o equilíbrio entre a eficácia dos mercados e a equidade vertical a partir da tributação da renda-capital proveniente dos lucros distribuídos aos acionistas.

## **2 QUESTÕES SOBRE A EQUIDADE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO**

Este capítulo tem por objetivo dissertar sobre a equidade no Direito Tributário e extensão ao Imposto de Renda; tecer uma análise sobre a tributação como instrumento de redistribuição de Renda, no que tange a algumas assimetrias da Política Fiscal brasileira no tocante à isenção dos dividendos; apresentar constatações sobre a distribuição da renda no Brasil a partir da coleta de dados do DIRPF; bem como entender – especificamente quanto a concentração de riqueza, curva de Lorenz e índice Gini – o que as curvas de concentração indicam sobre a distribuição de renda e o paralelo com a equidade vertical.

### **2.1 Sobre a equidade no Direito Tributário, extensão ao Imposto de Renda**

Têm-se como expressão máxima da isonomia no Direito Tributário pátrio os dizeres do art. 145, § 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), ao qual, conforme asseverado no capítulo anterior, atende como o princípio da capacidade contributiva. Isto é, sempre que possível, o imposto terá caráter pessoal e será graduado em atenção à capacidade econômica do sujeito passivo, sujeito este que suporta a carga tributária de modo compatível com a sua situação pessoal.

Este critério adotado pela Carta Magna deve ser entendido como critério objetivo para aferição da capacidade do agente tributado. Assim, o dispositivo



colima atingir a isonomia entre os agentes tributados – aqui também vislumbramos resquícios daquilo que se costuma denominar de justiça tributária.

O artigo em questão cinge-se, também, no princípio da progressividade tributária, amplamente adotado nos impostos incidentes sobre a renda.

Impõe mencionar que o princípio se presta a cumprir função dúplice, a saber (a) distribuir a carga tributária global entre os contribuintes, de acordo com a aptidão de pagar tributos e (b) impedir que a carga tributária se torne individualmente insuportável, impedindo que o contribuinte subsista (LEONETTI, 2003, p. 53-54).

Aqui, acrescentamos, pois, o conceito de equidade enxertado no corpo do texto constitucional de maneira tácita. Segundo o qual, nos termos do dicionário Aurélio, diz respeito à “disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um; justiça”.

Para o Direito Tributário, equidade comunga com a ideia da busca pelo “justo”, de modo que o tributo deve ser justo, logo, equânime no trato para com diferentes indivíduos e situações (SANTOS, 2011, p. 63), sem, contudo, privá-los do mínimo existencial e, no caso de pessoas jurídicas, da manutenção das atividades empresariais.

Aqui, o princípio se desdobra em dois, visto que a equidade pode se dar em duas frentes, uma na forma horizontal, isto é, pessoas em situações semelhantes sendo tratadas igualmente e, a equidade vertical, quando duas pessoas estão em posições diversas uma da outra, deverão, em dada medida, serem tratadas de forma desigual, assim evita-se que tais desigualdades se alarguem ainda mais (SANTOS, 2011, p. 66).

Para exemplificar, há equidade em sentido horizontal quando há tributação semelhante entre duas pessoas jurídicas constituídas sob a forma de Sociedade Anônima. Em contrapartida, estamos diante de equidade em sentido vertical, quando



a legislação tributária analisa as peculiaridades de duas pessoas jurídicas distintas entre si, quando entre elas há desigualdade financeira ou em razão da própria atividade desenvolvida – uma S/A em relação a um Micro Empreendedor Individual, por exemplo.

## **2.2 A tributação como instrumento de redistribuição de Renda: algumas assimetrias da Política Fiscal brasileira no tocante à isenção dos dividendos**

O imposto como ferramenta de distribuição de renda tem origem recente, passando da visão keynesiana da virada da década de 1930, onde o Estado era o principal patrocinador do pleno emprego e da distribuição da renda por meio do gasto público, passando a assumir que o imposto pode ser utilizado como mecanismo de distribuição de renda, tendo como plano de fundo a equidade entre contribuintes e a erradicação da desigualdade social.

A teorização da equidade tributária adveio como contraponto à uníssona visão de que o sistema fiscal deveria ser totalmente eficiente, ao qual ignorava as injustiças impostas pela exação e os anseios sociais.

Assim, para a valoração de uma boa política fiscal, a economia neoclássica passa a ponderar entre os dois polos das funções, equidade e eficiência, estando o primeiro ligado à ideia de justiça e anseio social, já o segundo, à maximização da utilidade pessoal e à otimização da alocação de recursos sem distorcer em demasia o sistema econômico.

Tanto a equidade quanto a eficiência do sistema são fórmulas valorativas, são duas pedras angulares para aquilatar o quão boa é a política fiscal em análise.

No critério da equidade, uma intervenção do governo se torna necessária para o aumento da utilidade individual de cada indivíduo ou uma distribuição justa de utilidades.



Discorreremos com maiores detalhes sobre a eficiência da política de tributação dos dividendos no capítulo 3.

### **2.3 Constações sobre a distribuição da renda no Brasil a partir da coleta de dados do DIRPF**

Um dos maiores entusiastas da reforma tributária no Brasil, o economista Sergio Wulff Gobetti (2018), em trabalho recente, indicou algumas assimetrias que, na visão do autor, contribuem para desigualdade social e concentração de renda em posse dos estratos sociais mais ricos.

Em meio ao qual os proventos do capital são um dos principais sintomas da desigualdade e concentração de renda, em virtude da política fiscal de isenções implementada no país a partir de 1995.

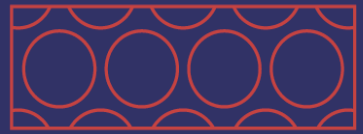
Assim como para Gobetti (2018), outros autores destacam a assimetria endêmica do modelo brasileiro de tributação do capital em relação à tributação da renda-trabalho, tais como Medeiros, Souza e Castro (2015).

As pesquisas dos autores indicam que, entre o período de 2006 a 2012, avaliados os dados do PIB e da Receita Federal dos respectivos anos, estes indicam que os 1% mais ricos concentram a renda de um quarto da renda nacional, denunciando, porquanto, a concentração de renda no Brasil.

Segundo os autores, Medeiros, Souza e Castro (2015), a metade dos mais pobres não chega a acumular 10% da renda no Brasil. Contudo, o estudo afirma não ser possível mensurar alguns dados pessoais, como faixa etária, profissão, ou se os indivíduos possuem alguma doença dentre outras hipóteses, pois podem compor grupos de idosos, desempregados e estudantes.

Por outro lado, pelos dados do DIRPF, os 5% mais ricos concentram quase a metade da renda nacional. Os autores demonstram que a variação da distribuição da renda entre a base do estrato social pode variar de 0% a 90% entre os mais pobres.





Todavia, quando a luneta se inverte para a extremidade oposta da pirâmide, a permanente estabilidade da renda é flagrante, isto é, não há variação de renda entre os mais ricos.

Em meio a este cenário, muito se tem debatido sobre a atenção dada aos dividendos quando o assunto é equidade vertical, uma vez que segundo alguns demonstrativos dos estudos de Gobetti (2018) e Castro (2014), os rendimentos provenientes do capital, declarados pelas pessoas físicas, correspondem a quase um terço das isenções totais, entre os anos de 2007- 2013 (incluídos lucros e dividendos), vide a tabela elaborada pelo primeiro autor:



Tabela 1 - Rendimentos das DIRPFs (2008-2014, ano-base 2007-2013)

Rendimentos das DIRPFs (2008-2014, ano-base 2007-2013) (Em R\$ bilhões de 2013)							
Rendimentos	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
<b>Tributáveis</b>	968,5	1.034,6	1.071,2	1.125,2	1.197,7	1.271,0	1.293,2
Tributados exclusivamente na fonte	107,6	149,8	139,3	163,6	204,9	192,7	207,4
Rendimentos do trabalho	30,1	50,6	55,1	63,5	70,1	74,6	97,6
Aplicações financeiras	32,3	45,8	42,5	45,6	57,2	52,8	45,2
Outras rendas da propriedade do capital	45,3	53,3	41,7	54,5	77,6	65,2	64,6
<b>Isentos</b>	293,2	477,6	473,3	530,4	583,0	601,5	632,2
Rendimentos do trabalho	47,2	89,2	92,1	94,8	97,5	105,8	113,5
Lucros e dividendos	149,4	196,9	195,8	229,7	257,0	271,4	287,3
Outras rendas da propriedade do capital	65,0	128,2	127,3	145,8	167,8	166,5	171,9
Transferências patrimoniais	31,7	63,3	58,2	60,3	60,6	57,9	59,4
<b>Total dos rendimentos declarados</b>	<b>1.369,4</b>	<b>1.661,9</b>	<b>1.683,8</b>	<b>1.819,2</b>	<b>1.985,5</b>	<b>2.065,2</b>	<b>2.132,7</b>

Fonte: SRF/B (vários anos).  
Elaboração dos autores.  
Obs.: Valores convertidos pela média aritmética anual do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA).

Fonte: Gobetti (2018).

Assim, para Gobetti (2018) a mola de inflexão se dá em virtude do modelo de tributação do capital que, em um plano maior, atinge a distribuição das rendas no Brasil, muito por força das isenções concedidas e declaradas pelos contribuintes mais ricos.

Porquanto, à medida que os rendimentos declarados vão aumentando, as isenções sobre esses rendimentos, em especial sobre o capital, vão, outrossim, aumentando.

Outro fator a ser anotado é que os rendimentos que incidem sobre o capital seguem uma alíquota, geralmente, linear. Logo, conforme a renda do contribuinte cresce, remunerados pelo capital, a alíquota da exação decresce ou é isenta.



Em Castro (2014), o autor acentua que, em teoria, no Brasil, em comparação com outros países da América Latina, há um viés de se tributar mais o consumo e a seguridade social, ao invés da propriedade e a renda, segundo dados oriundos da base da OCDE. Desse modo, pode-se dizer que estamos diante de um sistema tributário que prima pela regressividade.

Através da tabela da Receita Federal do ano de 2016 abaixo, podemos verificar as ocorrências citadas pelo autor. Onde os impostos indiretos são responsáveis pela maior parcela arrecadatória hodierna, correspondendo à 15,85% do Produto Interno Bruto (PIB), em um total de 32,38% do PIB, quando os impostos incidentes sobre a renda correspondem à menos da metade desse valor.

Tabela 2 - Carga Tributária por Base de Incidência - 2016 X 2015

Carga Tributária e Variações por Base de Incidência - 2016 x 2015

Cód.	Tipo de Base	Arrecadação [R\$ milhões]			% PIB			% da Arrecadação		
		2015	2016	Variação	2015	2016	Var (p.p. do PIB)	2015	2016	Var (p.p. da Arrec.)
0000	Total:	1.925.451,14	2.027.014,48	101.563,35	32,11%	32,38%	0,27	100,00%	100,00%	0,00
1000	Renda	352.368,74	404.817,40	52.448,66	5,88%	6,47%	0,59	18,30%	19,97%	1,67
2000	Folha de Salários	502.676,82	533.235,87	30.559,05	8,38%	8,52%	0,14	26,11%	26,31%	0,20
3000	Propriedade	85.572,80	94.602,37	9.029,57	1,43%	1,51%	0,08	4,44%	4,67%	0,22
4000	Bens e Serviços	950.610,78	960.556,63	9.945,85	15,85%	15,35%	-0,51	49,37%	47,39%	-1,98
5000	Transações Financeiras	34.686,30	33.644,91	-1.041,38	0,58%	0,54%	-0,04	1,80%	1,66%	-0,14
9000	Outros	-464,30	157,30	621,59	-0,01%	0,00%	0,01	-0,02%	0,01%	0,03

Fonte: Estudos Tributários Carga Tributária no Brasil 2016 (Análise por Tributos e Bases de Incidência). Ministério da Fazenda. Receita Federal. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2016.pdf>. Acesso em: 07/03/2020.

Entretanto, em comparação com os dados de 2006-2012, houve relevante crescimento da arrecadação de tributos sobre a renda, pois, de acordo com Castro (2014), o IRPF naquele período, correspondia a apenas 2,7% do PIB e 7,6% da arrecadação total no país.



No estudo de Castro (2014), valendo-se dos dados apresentados pela OCDE de 2012, indica que na América Latina há uma tendência em se tributar mais bens e serviços do que a propriedade e a renda.

Sendo que, em 2012, a alíquota sobre bens e serviços correspondia a 49% da tributação total no Brasil, enquanto os demais países da América Latina tinham em média 51% da tributação sobre bens e serviços. Por sua vez, os 34 países integrantes da OCDE, tinham como percentagem média 32% sobre bens e serviços.

Já a média de tributos sobre renda e lucro, o Brasil detinha uma modesta percentagem dentre os países da América Latina, correspondente a 17,8%, sendo a média geral de 26,4% no restante do continente – percentual acima somente da Argentina, Bolívia, El Salvador e Paraguai. Naqueles idos, a tributação média na OCDE sobre rendas e lucros atingia a faixa de 33,5% e 5,4% sobre a propriedade e o Brasil com média de 3,9%, acima da média da América Latina.

No âmbito da tributação sobre os dividendos, os países integrantes da OCDE, conforme os dados de 2015, as alíquotas marginais variam muito, indo de 6,9% a 35,4%. Naqueles países em que a tributação dos rendimentos do trabalho é mais onerada, tende-se a diminuir proporcionalmente o imposto sobre o capital.

Cabe também frisar que, em parte, os países componentes da OCDE adotam um modelo de tributação dupla, o denominado imposto corporativo, onde as empresas com alguma similitude com o nosso tipo societário S/A deverão recolher o imposto sobre o lucro empresarial (podendo haver diferenciação de alíquotas em razão do serviço prestado, nos Estados Unidos) e sobre os dividendos distribuídos aos acionistas antes de realizados.

O acionista, por ocasião da distribuição, também deve declarar esse dividendo no âmbito da pessoa física, que sofrerá nova tributação com alíquota própria.



Contudo, alguns países permitem que as corporações deduzam o montante distribuído aos acionistas para efeitos da declaração do imposto corporativo, o que implica dizer que os dividendos distribuídos serão tributados apenas uma vez. Ou, então, estabelecem o sistema de pagamento de juros ou imputação de crédito retido.

São dois os modelos de imputação hoje em vigência, a saber, imputação plena e imputação parcial. Na primeira, o acionista recebe um crédito referente ao valor total despendido pela corporação em relação ao dividendo recebido, o que equivale quase que a uma isenção. Na segunda, o acionista recebe um crédito parcialmente igual ao valor do imposto pago pela corporação em relação ao dividendo recebido.

Nos Estados Unidos, por exemplo, o dividendo distribuído ao acionista não era dedutível para a pessoa jurídica e o acionista, igualmente, não poderia deduzir o que recebesse de dividendos na declaração do imposto de renda individual.

Até 2003, na seara do imposto de renda da pessoa física, os rendimentos obtidos por meio de acréscimo patrimonial pagos por meio de dividendos eram tidos como acréscimo ordinário, portanto, incidia a alíquota comum das pessoas físicas com a mesma progressividade daquela.

Todavia, depois do referido ano, o imposto corporativo passou a ser entendido como acréscimo patrimonial extraordinário e estava sujeito a alíquotas diferenciadas na declaração do imposto de renda das pessoas físicas, a uma alíquota linear mínima e máxima de 15% e 23%. Assim, como ocorre com a apuração do IRPJ no Brasil, o imposto passa a ser devido a uma alíquota maior caso atinja uma quantia predeterminada, não se confundido com progressividade (ROSEN; GAYER, 2015).

Em que pese o imposto corporativo sobre a pessoa jurídica, esse passou de 35% para 21% em 2017, através da assinatura do *Tax Cuts and Jobs Act (TCJA)*. No mesmo ato, foi estabelecida a dedução dos dividendos pagos aos acionistas pelas Corporações, que caiu de 70% para 50% e de 80% para 65% das deduções. Já as



corporações que receberam recursos vindos do exterior podem deduzir 100% do imposto de renda corporativo sobre os dividendos distribuídos. (IRS, 2019).

No Capítulo 3 traremos considerações sobre esse modelo de tributação, muito controversa, a propósito, e que gera o indesejado fenômeno da bitributação.

## **2.4 Concentração de riqueza, curva de Lorenz e índice Gini, o que as curvas de concentração indicam sobre a distribuição de renda e o paralelo com a equidade vertical.**

Neste subitem faremos uma breve explanação do quão progressivo é o imposto de renda no Brasil, bem como o papel dos dividendos na concentração de renda e as considerações que se elevam sobre a equidade do sistema fiscal.

São dois os demonstrativos matemáticos que expressam o grau de concentração de renda e o índice de igualdade do sistema analisado, quais sejam a Curva de Lorenz e o índice Gini.

A denominada curva de Lorenz é utilizada para medir a desigualdade na distribuição da renda, pois, calcula, no eixo horizontal, frações da população e, no eixo vertical, a desigualdade da concentração que se deseja medir. A curva se presta para medir qual a porção de renda acumulada em um determinado estrato social.

Mormente, define a Curva de Lorenz como um gráfico analítico capaz de mensurar a distribuição de riqueza de uma dada sociedade, sob o aspecto do bem-estar social, expressa a proporção de pessoas pela proporção de riqueza e em que altura essa riqueza se encontra, sendo a curva sempre negativa e convexa.

O centro do gráfico sempre estipula um nível ideal de distribuição ou igualdade perfeita entre os grupos analisados. Enquanto a parte inferior horizontal do gráfico representa a desigualdade de riqueza, logo, quanto mais a curva de Lorenz se aproximar do centro do gráfico, maior o índice de igualdade de riqueza.



A linha vertical traz a numeração de 0 a 1, por sinal, o 0 é o nível ideal de perfeita distribuição de riqueza e 1, seguindo na direção da linha horizontal, indica a concentração de renda.

Assim esclarece Castro (2014, p. 59), que:

Uma maneira intuitiva de entender o nível de desigualdade em uma distribuição a partir da curva de Lorenz é pensar que quanto mais distante da reta da perfeita igualdade for a curva, isto é, quanto mais pronunciado for o arco da curva, mais desigual é a distribuição de renda da sociedade.

O índice Gini é o desdobramento natural da curva de Lorenz, assim, sem o segundo, não será possível medir o primeiro. Nos termos conferidos pelo IPEA, o índice Gini é definido como:

Gini, é um instrumento para medir o grau de concentração de renda em determinado grupo. Ele aponta a diferença entre os rendimentos dos mais pobres e dos mais ricos. Numericamente, varia de zero a um (alguns apresentam de zero a cem). O valor zero representa a situação de igualdade, ou seja, todos têm a mesma renda. O valor um (ou cem) está no extremo oposto, isto é, uma só pessoa detém toda a riqueza. Na prática, o Índice de Gini costuma comparar os 20% mais pobres com os 20% mais ricos (WOLFFENBÜTTEL, 2004).

Para se determinar o grau de concentração de riqueza, portanto, deve-se utilizar o índice Gini e a Curva de Lorenz em conjunto, pois a curva de Lorenz estabelece uma linha reta igualitária, isto é, uma distribuição perfeita da renda (ideal). Enquanto o índice de Gini equivale a duas vezes a área entre a Curva de Lorenz da distribuição e a reta da perfeita igualdade.

Em “O potencial distributivo do imposto de renda pessoa física (IRPF)”, Sergei Soares et. al (2009) leciona que a curva de concentração de renda deve ordenar a população de acordo com a renda total líquida; na horizontal, deve ordenar a população pela renda e; na vertical acumular os tributos pagos. Sendo que todas as curvas de concentração devem começar de 0 a 1,1. Feitas essas considerações preliminares, discutiremos a aplicabilidade desses dois instrumentos



para determinar qual o nível de concentração de renda. Assim o é necessário, para verificar se a política de isenção dos dividendos conduz o sistema tributário como um todo à iniquidade, se a exação dar-se-á de forma proporcional entre contribuintes em situações distintas, acusando a iniquidade vertical.

Quando se avalia a concentração da renda e a proporção da renda distribuída, tem-se que a renda líquida será menos desigual do que a renda bruta (antes do imposto), se o imposto for mais desigualmente distribuído do que as rendas às quais ele se aplica. Por isso pleiteia-se a maior desigualdade das alíquotas médias/efetivas, com maior progressividade entre elas, de modo que a alíquota marginal cresça conforme a renda cresce.

O efeito redistributivo da renda, também será chamada de efeito equalizador, em vistas de que a progressividade permite a desigualdade na aplicação do imposto de acordo com a renda sobre a qual ele incide.

Em Castro (2014, p. 68-69), após a observação das curvas de Lorenz/Gini e do índice de Musgrave, a redistribuição e a desproporcionalidade são efeitos da progressividade (instrumento), o imposto é deslocado das rendas mais altas (renda bruta) e alguma renda líquida vai para as rendas mais baixas.

Isto posto, estaremos diante de maior progressividade, atingindo patamares mais elevados de renda e, porventura, a renda concentrada as quais pouco variam entre si, como mencionado no estudo de Medeiros, Souza e Castro (2015), atingirão grupos sociais com renda líquida baixa.

De tal sorte, a partir da análise desses índices, o autor conclui que, necessariamente, se houver uma progressividade maior do imposto de renda, inclusive, àquele aplicado às pessoas físicas que obtiveram rendimentos por meio do capital, o efeito mediato será a redistribuição.





Iremos nos restringir a apontar unicamente as conclusões teóricas da tese do autor, pois compõe várias formulações matemáticas e econômicas não abordadas por esse trabalho. Subsequentemente, por meio dos dados disponibilizados pelo PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios/IBGE) e a declaração do imposto de renda do ano-base de 2012, denota-se que os declarantes de rendimentos anuais acima de R\$ 149.280,00, que são 737.731 (setecentas e trinta e sete mil setecentas e trinta e um) pessoas retêm a soma de todos os rendimentos de fontes advindas do capital das demais faixas de renda.

Tabela 3 - Valores utilizados para o cálculo dos índices de Kakwani e Suits – 2012

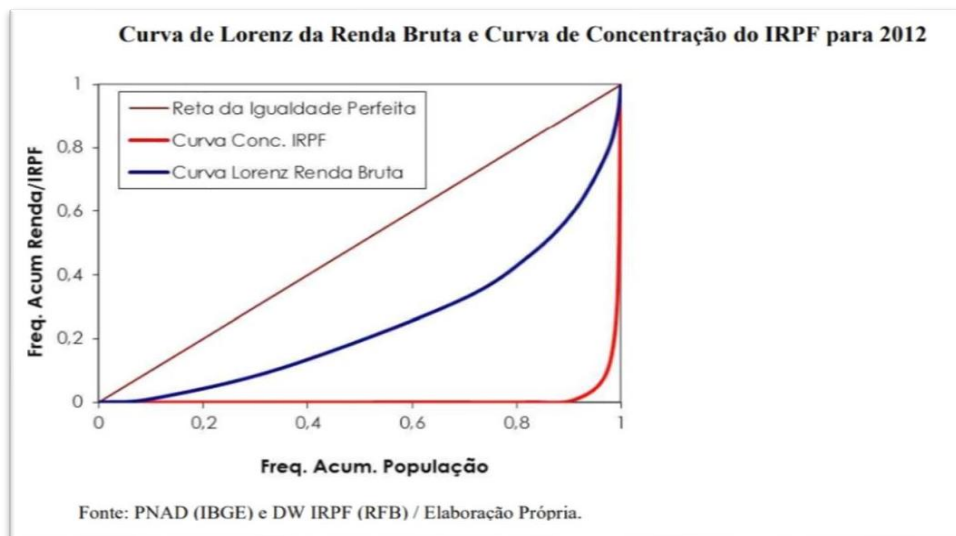
<b>Valores utilizados para o cálculo dos índices de Kakwani e Suits – 2012</b>					
<i>Valores em R\$ milhões</i>					
<b>Faixa Rendimento Anual</b>	<b>Nº pessoas</b>	<b>Renda Bruta Anual</b>	<b>Valor IRPF Trabalho</b>	<b>Valor IRPF Capital</b>	<b>IRPF TOTAL</b>
Até 3.732	12.178.323	25.136,06	0,01	3,85	3,86
Mais de 3.732 a 7.464	29.857.867	207.094,17	0,04	7,74	7,78
Mais de 7.464 a 14.928	39.072.265	433.233,27	0,30	19,56	19,85
Mais de 14.928 a 22.392	13.197.578	240.882,19	1,17	30,47	31,64
Mais de 22.392 a 37.320	11.824.922	340.132,06	826,92	138,64	965,56
Mais de 37.320 a 74.640	6.094.781	321.365,61	10.245,53	500,73	10.746,25
Mais de 74.640 a 149.280	2.075.849	214.925,10	27.318,60	988,51	28.307,11
Mais de 149.280	737.731	200.816,28	70.251,11	16.076,34	86.327,45
<b>TOTAL</b>	<b>115.039.316</b>	<b>1.983.584,74</b>	<b>108.643,68</b>	<b>17.765,83</b>	<b>126.409,51</b>

Fonte: PNAD (IBGE) e DW IRPF (RFB) / Elaboração Própria.

Fonte: PNAD (IBGE) e DW IRPF (RFB), 2012 apud Castro, 2014, pg. 74.

Pela análise dos dados fornecidos pelo DIRPF e PNAD, Castro (2014) identificou a seguinte curva de concentração de Lorenz, que aqui integram rendimentos do trabalho e capital, ou seja, renda total:

Figura 1 - Curva de Lorenz da Renda Bruta e Curva de Concentração do IRPF para 2012



Fonte: Castro (2014)

Retomamos aqui, ao conceito da curva de Lorenz, a linha de distribuição de renda ideal, igualdade perfeita, é representada pela linha reta que corta o centro do gráfico. Entretanto, essa igualdade perfeita é inatingível em vista que as rendas brutas são postas em ordem crescente, em miúdos, sempre será disposta abaixo da linha de igualdade perfeita.

Todavia, conforme o gráfico apresentando a linha de igualdade segue rente à base do gráfico, indicando uma anomalia para os padrões da equidade e distribuição de riqueza.

Nas palavras do autor, este conclui que:

a curva de concentração dos impostos é realmente dramática, com a última faixa de renda respondendo por nada mais nada menos do que 68,3% do imposto de renda total (**capital e trabalho**), 64,7% do IRPF trabalho e 89,9% do IRPF capital (CASTRO, 2014, grifo nosso).

Asseveramos, pois, a discrepância entre os rendimentos declarados pela última faixa e as demais, onde aquela apreende 89,9% dos ganhos de capital



declarados, enfatizando que esta tabela não faz distinção entre impostos tributáveis, deduções, isentos e outras exceções.

Considerando que a fonte renda-capital é, em grande medida, declarada pelo contribuintes que percebem renda bruta anual acima dos R\$ 149,280,00 (cento e quarenta e nove mil duzentos e oitenta reais), esse quadro, em conjunto com o gráfico da curva de Lorenz, demonstra que há mais renda concentrada quando a fonte é a renda-capital do que a renda-trabalho.

Se, feita a ponderação entre os dois, a renda-capital arrecada menos do que a renda- trabalho, no contexto total, todavia, muito se deve à renúncia e alívios fiscais concedidos aos beneficiários desses ganhos do capital, tais como os ganhos distribuídos a título de dividendos.

Tão logo, a progressividade do imposto de renda obtido pela renda-trabalho será, evidentemente, maior. Depreende-se que, se a representatividade arrecadatória do imposto de renda for maior, maior o potencial distributivo (CASTRO, 2014, p. 81). Isto pois, maior será a quantidade de recursos disponíveis para programas de redistribuição, direta e indireta, contudo, o tributo abarca, *per si*, a distribuição indireta.

Assim, a partir dos índices apresentados pelo autor (CASTRO, 2014), constata-se que o Brasil apresenta um sistema tributário progressivo, onerando os mais ricos e desonerando o rendimento dos mais pobres, segundo avaliação do IRPF, no âmbito da renda-trabalho. Contudo, o potencial redistributivo é baixo em razão do *quantum* arrecadado, pelas ocorrências já citadas, isenções e renúncias fiscais, em especial quando a fonte da renda é o Capital.

Segundo o articulista (CASTRO, 2014), a bitributação do lucro empresarial não deve ser tratada com grande alarde, já que o restante do mundo assim procede, por mais que existam sistemas diversos de alívio fiscal e formas assemelhadas de renúncia fiscal.



E finda por sugerir duas propostas para a tributação do capital, recolhidas diretamente na fonte pagadora: a primeira delas é a instituição de alíquotas fixas de 15% ou 20% sobre a participação nos resultados, lucro. A segunda é voltada para os trabalhadores que participam dos lucros empresariais, nos termos da Lei 12.832/2013 (BRASIL, 2013), onde, se elencam alíquotas progressivas, tributadas na pessoa do beneficiário, indo de 0% a 27%.

A formulação vem acompanhada de tabela demonstrativa do impacto arrecadatário da medida, apresentando potencialidade arrecadatária, segue a primeira prospectiva, levando em conta o incremento de uma alíquota de 15% incidente sobre o acionista, utilizando os dados da Receita Federal de 2012 (essa tabela abrange tanto lucros quanto dividendos e outras formas de rendimentos do capital).

Tabela 4 - Valores calculados para IRPF Capital de 2012 para 1ª hipótese

Valores em R\$ milhões					
Faixa Rendimento Anual	Nº pessoas	Renda Bruta Anual	Valor IRPF Trabalho	Valor IRPF Capital	IRPF TOTAL
Até 3.732	12.178.323	25.136,06	0,01	4,82	4,82
Mais de 3.732 a 7.464	29.857.867	207.094,17	0,04	9,88	9,92
Mais de 7.464 a 14.928	39.072.265	433.233,27	0,30	31,49	31,79
Mais de 14.928 a 22.392	13.197.578	240.882,19	1,17	60,10	61,27
Mais de 22.392 a 37.320	11.824.922	340.132,06	826,92	275,48	1.102,40
Mais de 37.320 a 74.640	6.094.781	321.365,61	10.245,53	1.231,21	11.476,74
Mais de 74.640 a 149.280	2.075.849	214.925,10	27.318,60	2.938,20	30.256,80
Mais de 149.280	737.731	200.816,28	70.251,11	44.352,91	114.604,02
<b>TOTAL</b>	<b>115.039.316</b>	<b>1.983.584,74</b>	<b>108.643,68</b>	<b>48.904,10</b>	<b>157.547,77</b>

Fonte: DW IRPF (RFB) / Elaboração Própria.

Fonte: PNAD (IBGE) e DW IRPF (RFB), 2012 apud Castro, 2014.

A adoção da nova alíquota de 15%, renderia um acréscimo de R\$ 31 bilhões nos rendimentos advindos de fonte Capital (CASTRO, 2014, p. 91). Segundo o



autor, a primeira hipótese representaria, em termos do índice Gini, uma redução de quase 10% de concentração de renda, mais precisamente, 7,94% (0,154) no índice.

Por outro lado, se fosse adotada uma alíquota de 20%, o IRPF sobre o capital renderia mais de R\$41,5 bilhões de reais, conforme segue tabela e a redução de 8,47 no índice Gini (0,175) – mais uma vez, ressaltamos que os valores encontrados envolvem todos os rendimentos do capital:



Tabela 5 - Valores recalculados para IRPF Capital de 2012 para a 2ª hipótese

**Valores recalculados para IRPF Capital de 2012 para 2ª hipótese.**

Valores em R\$ milhões

Faixa Rendimento Anual	Nº pessoas	Renda Bruta Anual	Valor IRPF Trabalho	Valor IRPF Capital	IRPF TOTAL
Até 3.732	12.178.323	25.136,06	0,01	5,14	5,14
Mais de 3.732 a 7.464	29.857.867	207.094,17	0,04	10,60	10,64
Mais de 7.464 a 14.928	39.072.265	433.233,27	0,30	35,46	35,76
Mais de 14.928 a 22.392	13.197.578	240.882,19	1,17	69,98	71,15
Mais de 22.392 a 37.320	11.824.922	340.132,06	826,92	321,09	1.148,01
Mais de 37.320 a 74.640	6.094.781	321.365,61	10.245,53	1.474,71	11.720,24
Mais de 74.640 a 149.280	2.075.849	214.925,10	27.318,60	3.588,10	30.906,70
Mais de 149.280	737.731	200.816,28	70.251,11	53.778,44	124.029,55
<b>TOTAL</b>	<b>115.039.316</b>	<b>1.983.584,74</b>	<b>108.643,68</b>	<b>59.283,52</b>	<b>167.927,19</b>

Fonte: DW IRPF (RFB) / Elaboração Própria

Fonte: PNAD (IBGE) e DW IRPF (RFB), 2012 apud Castro, 2014.

Na dissertação de mestrado do autor, ele traz a tabela de arrecadação esperada para a segunda proposta, entretanto, não apreciaremos esta tabela aqui, pois se trata da remuneração dos trabalhadores através da participação dos lucros e resultados do ano calendário, com alíquotas progressivas de 0 a 27%.

A progressividade do imposto de renda no Brasil, é relevante para as faixas de renda mais altas, considerando que, em termos de alíquotas efetivas/médias, são menores do que as alíquotas marginais. Isto, porque as alíquotas efetivas só adquirem maior expressividade nas rendas mais altas. Segue quadro para o imposto de renda de 2012, o qual apresenta alíquotas sobre a renda trabalho.



Tabela 6 - Alíquotas Efetivas do IRPF Trabalho e IRPF Total para o ano de 2012

<b>Alíquotas Efetivas do IRPF Trabalho e IRPF Total para o ano de 2012</b>						
<b>Faixa Rend. Anual</b>	<b>RT</b>	<b>IRPF Trab.</b>	<b>Aliq. Ef. Trab. (%)</b>	<b>RT+RTE</b>	<b>IRPF total</b>	<i>R\$ milhões</i>
						<b>Aliq. Ef. IRPF (%)</b>
Até 3.732	185	0	<b>0,0</b>	214	4	<b>1,8</b>
Mais de 3.732 a 7.464	3.147	0	<b>0,0</b>	3.204	8	<b>0,2</b>
Mais de 7.464 a 14.928	10.120	0	<b>0,0</b>	10.500	20	<b>0,2</b>
Mais de 14.928 a 22.392	37.343	1	<b>0,0</b>	38.484	32	<b>0,1</b>
Mais de 22.392 a 37.320	194.758	827	<b>0,4</b>	204.773	966	<b>0,5</b>
Mais de 37.320 a 74.640	301.318	9.961	<b>3,3</b>	322.710	10.746	<b>3,3</b>
Mais de 74.640 a 149.280	260.847	26.692	<b>10,2</b>	283.249	28.307	<b>10,0</b>
Mais de 149.280	382.750	68.780	<b>18,0</b>	506.975	86.327	<b>17,0</b>
<b>TOTAL</b>	<b>1.190.467</b>	<b>106.261</b>	<b>8,9</b>	<b>1.370.109</b>	<b>126.410</b>	<b>9,2</b>

Obs: RT = Rendimento Tributável; RTE = Rendimento com Tributação Exclusiva na Fonte.  
IRPF total = IRPF trabalho mais IRPF capital.

Fonte: DW IRPF (RFB) / Elaboração Própria.

Fonte: PNAD (IBGE) e DW IRPF (RFB), 2012 apud Castro, 2014.

A tabela demonstra que as alíquotas efetivas para as fontes de renda-trabalho ganham proporção muito maior quando atingem as três últimas faixas de renda. Mesmo assim, a alíquota efetiva está muito longe da alíquota marginal de 27%, em vista das deduções e outras exceções.

Nesse diapasão, quando o quadro abrange tanto as rendas do capital quanto do trabalho, assim denominada renda total, o aumento da alíquota efetiva é ínfimo, segue:



Tabela 7 - Alíquotas efetivas para IRPF Trabalho e IRPF Total de 2006 a 2012

Alíquotas efetivas para IRPF Trabalho e IRPF Total de 2006 a 2012		
Ano	Alíquota Efetiva IRPF Trab. (%)	Alíquota Efetiva IRPF Total (%)
2006	8,0	8,5
2007	8,1	8,9
2008	8,5	8,9
2009	8,1	8,4
2010	8,8	8,8
2011	9,1	9,1
2012	8,9	9,2

Fonte: DW IRPF (RFB) / Elaboração Própria.

Fonte: PNAD (IBGE) e DW IRPF (RFB), 2012 apud Castro, 2014.

Pela observação das tabelas, o autor afirma:

Isso denota claramente a progressividade do imposto, uma vez que a maioria dos contribuintes é tributada a uma alíquota efetiva muito baixa e somente os contribuintes com renda elevada (última faixa) são tributados a alíquotas efetivas mais elevadas (CASTRO, 2014)

Por derradeiro o autor revela:

[...] o atual IRPF brasileiro é bastante focado nas faixas de renda alta, apresentando índices de Kakwani e Suits bastante elevados frente a diversos outros países. Em termos de potencial redistributivo, sua ação é mitigada pela receita obtida com o imposto não ser tão elevada em relação à renda bruta (CASTRO, 2014).

Informação essa endossada pelo articulista José Roberto Afonso (FGV/IBRAE), uma vez que, segundo os dados da Receita Federal, apenas um





quarto dos contribuintes que declaram o imposto de renda não estão isentos, pois recebem acima do limite da isenção (R\$ 1.713,58), assim constatado também pelo economista Fernando Gaiger (FERNANDES; CAMPOLINA; SILVEIRA, 2019).

Em 2003, os dados da Receita Federal apontaram que cerca de 300.351 mil contribuintes declararam ter recebido lucros e dividendos. Em contrapartida, 3,8 milhões de contribuintes declararam ter recebido o décimo terceiro salário, no total de R\$ 8,7 bilhões de reais; já os 300.351 mil contribuintes declararam dividendos, no total de R\$ 20 bilhões de reais.

Em José Roberto Afonso (AFONSO, 2014), assegura que nesse período, os assalariados receberam R\$ 2,2 mil reais/mês, já os acionistas e sócios que participam dos lucros e resultados empresariais, tinham uma média de ganhos de R\$ 5,8 mil/mês. Só a título de curiosidade, quem recebeu lucros e dividendos tinha média de ganhos 2,6 vezes maiores do que assalariados. O número de acionistas e sócios correspondia a 2% do total de declarantes.

Dentre as classes de declarantes do imposto de renda de 2003, que informaram ter recebido no referido ano lucros e dividendos (2.159 contribuintes ou 0,72% do total) receberam mais de R\$ 1 milhão de reais, da totalidade de R\$ 7,8 bilhões declarados, o que corresponde a 35,7% do total declarado para aquele ano. Assim, cada contribuinte que declarou receber lucros e dividendos, perceberam, em média, R\$ 3,6 milhões/contribuinte.

Somente em 2003, o valor médio declarado como recebimento de 13º salário perfaz a módica quantia de 2,2 mil/contribuinte e o total de rendimentos tributáveis era de R\$ 34,2 mil por contribuinte.

Números esses que, por óbvio, representam cerca de um quarto da população brasileira, isto é, quem está obrigado a entregar a declaração de imposto de renda.



Destarte, as declarações do IRPF de 2003 a 2008 indicam que os rendimentos tributáveis, incluindo as fontes do trabalho e capital, cresceram 0,72 pontos do PIB e os rendimentos isentos aumentaram 3,24 pontos do PIB (AFONSO, 2014).

Logo, aquilo que fora declarado como renda dos capitais cresceu 5,4 vezes em relação aos rendimentos do trabalho e investimentos financeiros em 2,2 vezes sobre estes.

Dando seguimento ao estudo de Castro (2014), Gobetti (GOBETTI; ORAIR, 2016) assinala que entre 2007 a 2013 os valores distribuídos a título de lucros e dividendos dobrou no país, de R\$ 149 bilhões para R\$ 287 bilhões em 2013, expansão 41% superior à do PIB.

Segundo o qual beneficia apenas 7,9% dos declarantes, destes, 72% declararam rendimentos superiores a R\$ 1,3 milhão de reais anuais.

Assim vejamos:

Tabela 8 - Grandes números da DIRPF 2014 (ano-base 2013): resumo das declarações por faixas do rendimento total.



**Grandes números da DIRPF 2014 (ano-base 2013): resumo das declarações por faixas do rendimento total**

Faixas de rendimento (R\$ mil)	Declarantes		Rendimentos (R\$ milhões)				Composição dos rendimentos (%)				Participação no total dos rendimentos (%)
	Número	Participação (%)	Tributáveis	Tributados exclusivamente na fonte	Isentos	Total	Tributáveis	Tributados exclusivamente na fonte	Isentos	Total	
Até R\$ 24,4	5.555.771	100,0	67.481	2.156	5.920	75.557	89,3	2,9	7,8	100,0	3,5
De R\$ 24,4 a R\$ 40,7	7.882.026	100,0	215.200	13.691	21.128	250.018	85,9	5,6	8,4	100,0	11,7
De R\$ 40,7 a R\$ 81,4	7.300.376	100,0	331.748	29.400	57.667	418.815	78,7	7,6	13,7	100,0	19,6
De R\$ 81,4 a R\$ 162,7	3.522.174	100,0	285.867	30.799	82.920	399.587	70,6	8,9	20,5	100,0	18,7
De R\$ 162,7 a R\$ 325,4	1.507.344	100,0	212.060	29.274	99.739	341.072	61,1	10,2	28,7	100,0	16,0
De R\$ 325,4 a R\$ 650,9	518.567	100,0	109.013	22.815	96.756	228.584	46,7	11,9	41,4	100,0	10,7
De R\$ 650,9 a R\$ 1.301,8	136.718	100,0	34.452	14.717	72.002	121.171	27,7	14,3	57,9	100,0	5,7
Mais de R\$ 1.301,8	71.440	100,0	37.384	64.510	196.040	297.934	12,0	24,9	63,0	100,0	14,0
<b>Total</b>	<b>26.494.416</b>	<b>100,0</b>	<b>1.293.205</b>	<b>207.361</b>	<b>632.171</b>	<b>2.132.738</b>	<b>59,6</b>	<b>11,2</b>	<b>29,2</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>
Declarações de recebedores de lucros e dividendos, incluindo rendimentos de microempresa											
Até R\$ 24,4	175.986	3,2	1.385	96	1.271	2.712	51,1	2,1	46,9	100,0	0,1
De R\$ 24,4 a R\$ 40,7	280.036	3,6	5.369	211	3.605	9.185	58,5	2,3	39,2	100,0	0,4
De R\$ 40,7 a R\$ 81,4	481.078	6,6	12.828	902	15.051	28.781	44,5	3,3	52,2	100,0	1,3
De R\$ 81,4 a R\$ 162,7	460.465	13,1	20.060	2.350	31.733	54.143	36,8	4,9	58,3	100,0	2,5
De R\$ 162,7 a R\$ 325,4	361.166	24,0	29.751	4.969	49.639	84.359	34,9	6,9	58,2	100,0	4,0
De R\$ 325,4 a R\$ 650,9	209.954	40,5	29.431	7.149	58.737	95.317	30,4	8,9	60,7	100,0	4,5
De R\$ 650,9 a R\$ 1.301,8	80.719	59,0	14.584	7.112	50.770	72.465	19,7	11,6	68,7	100,0	3,4
Mais de R\$ 1.301,8	51.419	72,0	19.913	48.458	160.977	229.348	8,3	24,3	67,3	100,0	10,8
<b>Total</b>	<b>2.100.823</b>	<b>7,9</b>	<b>133.319</b>	<b>71.208</b>	<b>371.783</b>	<b>576.310</b>	<b>22,6</b>	<b>14,4</b>	<b>63,0</b>	<b>100,0</b>	<b>27,0</b>
Declarações dos não recebedores de lucros e dividendos, incluindo rendimentos de microempresa											
Até R\$ 24,4	5.379.785	96,8	66.096	2.100	4.649	72.845	90,7	2,9	6,4	100,0	3,4
De R\$ 24,4 a R\$ 40,7	7.601.990	96,4	209.831	13.480	17.523	240.834	87,0	5,8	7,3	100,0	11,3
De R\$ 40,7 a R\$ 81,4	6.819.298	93,4	318.920	28.498	42.616	390.034	81,2	7,9	10,9	100,0	18,3
De R\$ 81,4 a R\$ 162,7	3.061.709	86,9	265.808	28.449	51.187	345.444	75,9	9,5	14,6	100,0	16,2
De R\$ 162,7 a R\$ 325,4	1.146.178	76,0	182.309	24.304	50.100	256.713	69,6	11,3	19,1	100,0	12,0
De R\$ 325,4 a R\$ 650,9	308.613	59,5	79.582	15.666	38.019	133.267	58,2	14,0	27,8	100,0	6,2
De R\$ 650,9 a R\$ 1.301,8	55.999	41,0	19.868	7.605	21.233	48.706	39,5	18,4	42,2	100,0	2,3
Mais de R\$ 1.301,8	20.021	28,0	17.472	16.052	35.062	68.586	24,3	27,0	48,7	100,0	3,2
<b>Total</b>	<b>24.393.593</b>	<b>92,1</b>	<b>1.159.886</b>	<b>136.153</b>	<b>260.388</b>	<b>1.556.428</b>	<b>73,5</b>	<b>10,0</b>	<b>16,5</b>	<b>100,0</b>	<b>73,0</b>

Fonte: DIRPF (2014).  
Elaboração dos autores.

Fonte: Gobbetti (2016, pg. 21).

Com supedâneo nos resultados do IRPF do ano base de 2013, onde foram arrecadados R\$ 149,7 bilhões, a redução da desigualdade representou 2,78%, no índice Gini. A partir desses dados o autor formula algumas hipóteses de tributação do capital, em especial os lucros e dividendos, assemelhando grandemente com as propostas encabeçadas por Castro (2014).

Como a manutenção do imposto de renda a alíquota de 15% sobre os lucros e dividendos distribuídos, nos moldes do que se aplicava até a promulgação da Lei 9.245/95 (BRASIL, 1995a). A projeção indica que cerca de 2,1 milhões de pessoas seriam atingidas pela medida, aumentando a arrecadação em R\$ 43 bilhões, reduzindo a desigualdade em 3,67% no índice Gini. A segunda proposta



seria a tributação dos dividendos seguindo a progressividade das alíquotas do IRPF, com as marginais em 0% e 27,5%, o que segundo o articulista (GOBETTI;

ORAIR, 2016) essa alternativa atingiria 1,2 milhão de contribuintes e uma receita adicional de R\$ 59 milhões.

Alternativamente, a instituição de uma alíquota adicional de 35% na tabela do IRPF, para os contribuintes que percebem uma renda bruta anual acima de R\$ 325 mil, além da tributação dos dividendos, submetidos a tabela progressiva do Imposto de Renda de 0% a 27%, isso renderia uma potencial arrecadatório (nos parâmetros do ano de 2013) de R\$ 71 bilhões e reduziria a desigualdade no índice Gini em 4,31%.

Neste aspecto, Sergei et al. (2009) é mais otimista sobre a questão da redistribuição da renda e o aumento sistemático da arrecadação ao longo dos anos, abrangendo o estudo do autor os anos de 2003 a 2009.

Afirmando que as rendas do trabalho, ao longo dos anos vêm representando aumento em face do PIB, passando de 39,3% do PIB em 2004 para 43,6% do Produto Interno Bruto em 2009. Bem como, que as rendas do capital vêm diminuindo em razão do PIB, redução apresentada entre os anos de 2003 a 2008, os quais indicam uma redução de 4,0 pontos no índice Gini, segundo o IBGE.

Concluimos esse capítulo ressaltando que a discussão sobre a equidade da tributação não será possível abstenho-nos de, brevemente, adentrarmos os dados disponibilizados pela Receita Federal das declarações do imposto de renda das pessoas físicas. Pois o paralelo entre renda- trabalho e renda-capital é inevitável, pois uma desagua na outra.

Como visto acima, a tributação ou representatividade arrecadatória no Brasil é relativamente exígua em relação ao imposto de renda – este, pois, se desdobra em dois, com outras subdivisões, o imposto sobre pessoas físicas e jurídicas, sendo



dentro do primeiro, os rendimentos obtidos através de fonte do trabalho e fonte capital.

Portanto, após o exposto neste capítulo, ficou alvo que os rendimentos obtidos pelo trabalho sofrem alíquotas efetivas progressivas para o substrato social mais rico, enquanto as alíquotas efetivas sobre os integrantes das primeiras camadas do imposto de renda pessoa física são consideravelmente baixas.

Assim como essa representatividade arrecadatória é parca em vistas de que apenas um quarto da população brasileira é obrigada a declarar imposto de renda e, simultaneamente, o imposto de renda total tem maior representatividade no trabalho, pois, ou o imposto de renda será isento para os lucros e dividendos ou terá uma alíquota linear para outros ganhos de capital (fundos de investimento, aplicações financeiras, alienação de ações no mercado mobiliário, etc.).

Para tanto, importamos soluções apresentadas por dois autores, Castro (2014) e Gobetti (GOBETTI; ORAIR, 2016), respectivamente, indicando a projeção da arrecadação, caso o imposto incidente sobre a renda-capital fosse reinstituído, assim como a prospecção de redução da concentração de riqueza com o índice Gini.

Subsumimos desse capítulo que, além de parte da concentração de riqueza estar, em regra, sob o domínio daqueles contribuintes que são beneficiários do produto do capital, esse rendimento é subtributado, pois, pelo montante que representa, é ligeiramente insignificante frente à tributação trabalho em que há uma massa de contribuintes maior. A subtributação, na perspectiva dos autores, está vinculada à isenção lançada aos lucros e dividendos.

No capítulo seguinte, explanaremos sobre a tributação do capital, e as mudanças comportamentais dos agentes econômicos envolvidos, bem como até em que medida essa reformulação do sistema fiscal pode afetar a eficiência do mercado e as empresas nele envolvidas.



### **3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EFICIÊNCIA DO SISTEMA FISCAL, COMPARAÇÕES INTERNACIONAIS E ESTUDOS EMPÍRICOS SOBRE A TRIBUTAÇÃO DOS RENDIMENTOS DO CAPITAL**

Este capítulo tem por objetivo dissertar sobre o que se entende por eficiência com foco no ótimo de Pareto e o arquétipo do tributo ótimo; expor balizas valorativas para a Política Fiscal a partir do princípio norteador do ótimo tributário; discorrer sobre o mercado de capitais, fluxo circular de renda e a mobilidade do Capital em uma breve explanação do modelo Dual; debater a política de dividendos e a tributação do Capital, no que tange à ausência de neutralidade fiscal quando da sinalização de novas exações e a dicotomia doutrinária entre retenção dos lucros e reinvestimento; descrever a dupla tributação do capital quanto ao sujeito passivo na Pessoa Jurídica e na Pessoa Física, bem como a experiência internacional com o imposto corporativo; e, por fim, comentar sobre a teoria econômica de Joseph Stiglitz sobre a Renda-Capital e a relação entre desenvolvimento econômico face ao imposto de renda.

#### **3.1 O que se entende por Eficiência: o Ótimo de Pareto e o arquétipo do tributo ótimo**

Como fora dito no capítulo anterior, até meados do século XIX, a teoria das finanças públicas encarava a tributação sob a ótica da eficiência econômica, segundo a qual, a introdução de novas exações ou majoração das já existentes, não poderia causar distorções de mercado ou no comportamento dos agentes econômicos.

Portanto, arguíam que a tributação deveria se dar com alíquotas de montante fixo (*flat tax*) para o imposto de renda. Posteriormente, o imposto de montante fixo seria encarado como uma forma ideal/perfeita de tributação (quando fosse possível a sua individualização), a qual se tornou inatingível, por força do alto grau de sofisticação e personalização do tributo, instigando a teoria tributária a buscar outras



formas de valorar a capacidade contributiva dos indivíduos, sem que o imposto se tornasse motivo de mudanças comportamentais.

Para João Guedes (SANTOS, 2011, p. 67), o sentido da palavra “eficiente” pode assumir dois significados: estar ligado à ideia de neutralidade, pois, tributo eficiente é aquele que influencia em menor ou nenhum grau o comportamento dos indivíduos, não gerando distorções econômicas relativas a sua aplicação; ou estar ligado à ideia de desenvolvimento/crescimento econômico, tributo eficiente, porquanto, é aquele que consegue fazer com que os recursos econômicos ociosos ou mau alocados recebam destinação eficiente, que estimule o desenvolvimento nacional.

Na teoria da tributação, costuma-se mencionar que determinada alocação ou determinado tributo é eficiente em sentido de Pareto, todo o cálculo econômico, quando intenta a eficiência do sistema, é feito pela doutrina (futuramente, aperfeiçoada) de Pareto.

Assim, em homenagem ao economista Vilfredo Pareto (1848-1923), surgiram os primeiros trabalhos acerca da economia do bem-estar amalgamando a alocação eficiente de recursos, de modo a favorecer tanto o desenvolvimento do bem-estar social como o desenvolvimento econômico.

Para Pareto, a otimização do bem-estar e utilidades de uma pessoa significava dizer que o bem-estar geral relativo também era maximizado. Nos trabalhos do eminente economista, a função do bem-estar social estava vinculada à individualização do bem-estar, de modo que se se cumprisse o bem-estar de uma pessoa as demais seriam positivamente afetadas.

Diz-se que o bem-estar é maximizado quando a satisfação do indivíduo é aumentada, por sua vez, utilidade do indivíduo é a restrição orçamentária que ele tem (renda) e a satisfação obtida com a aquisição de algo, valendo-se da melhor forma da restrição orçamentária que possui e o quão aumentada é a satisfação pessoal.



Destarte, ficou conhecida a teoria do mencionado economista como Ótimo de Pareto ou Eficiência de Pareto, que revolucionou a percepção sobre o comportamento econômico e a questão da utilidade individual/bem-estar (PARETO, 1996).

*A priori*, a tese se referia apenas às maximizações incidentes sobre o consumo e utilidades individuais do consumidor, porém, ficou demonstrada que a tese de otimização poderia ser utilizada também pelo Estado, corporações e indivíduos, pois da mesma forma buscavam satisfazer ao máximo suas vontades e seus próprios interesses com uma quantidade limitada de recursos.

O denominado “primeiro teorema da Economia do Bem-Estar” se propunha a demonstrar que “equilíbrio geral” de economias em concorrência perfeita, independentemente da distribuição inicial de recursos, maximiza o bem-estar da sociedade, conquanto, no “segundo teorema” propunha a distribuição inicial de recursos para alcançar uma competitividade apropriada.

Hodiernamente, a Eficiência de Pareto tornou-se a forma usual de se medir se determinada alocação ou sistema fiscal é eficiente, do ponto de vista econômico, por fim, definido como:

“O bem-estar de uma sociedade é máximo se não existe outro estado tal que seja possível aumentar o bem-estar de um indivíduo sem diminuir o bem-estar dos demais; isto é, não há forma de melhorar a situação de um, sem prejudicar a situação dos outros (Ótimo de Pareto)” (PARETO, 1996, p.13).

Originalmente, como visto acima, a eficiência em sentido de Pareto é marcada pela individualidade, pois o bem-estar eficiente é individualizado, porquanto, se um indivíduo maximiza seu bem-estar, invariavelmente esse aproveitamento terá utilidade individual para o coletivo. Credita-se a Vilfredo Pareto o mérito de formular a solução matemática para a teoria da “mão invisível” de Adam Smith (1723-1790).





Outros elementos foram introduzidos na análise sobre a eficiência quando se busca o ótimo da tributação, tais como a função equidade, distribuição de renda e a eficiência em sentido de Pareto (maximização do bem-estar) em um plano que atinja grupos e coletividades, inclusive.

Dessa nova perspectiva de eficiência que se funda os sistemas fiscais modernos e as finanças públicas.

Mediante a ótica do grupo, Harvey S. Rosen e Ted Gayer (GAYER; ROSEN, 2015, p. 36-37), definem o Ótimo de Pareto como:

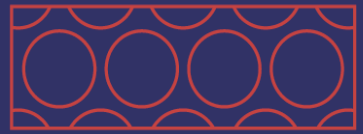
[...] a eficiência de Pareto é utilizada como padrão para avaliar se determinada alocação de recursos é desejável, se não for eficiente é um desperdício, pois seria possível melhorar a situação de uma das partes sem prejudicar as outras.

Há eficiência em sentido de Pareto, quando, por exemplo, o governo pretende construir uma ponte e, para isso, os cidadãos daquela região se comprometem a pagar mais impostos a fim de suprir os gastos com a construção. Aqui, verifica-se o chamado *trade-off* da medida, pois as obras devem ser realizadas visando o aumento do bem-estar dessas pessoas sem piorar o bem-estar de outras.

A redução do bem-estar dos outros cidadãos poderia se dar, caso a ponte construída gerasse muitos ruídos ou desvalorizasse os imóveis da região, de tal maneira que o número de pessoas afetadas fosse maior do que as beneficiadas.

Se a quantidade de pessoas atingidas pela redução do bem-estar, no caso em apreço, for maior do que as que tem seu bem-estar maximizados, estaremos diante de uma medida que não atinge a eficiência em sentido de Pareto, por exemplo.

No âmbito do tributo, quase todos os impostos produzem alguma mudança de comportamento nos agentes envolvidos, ou algum efeito negativo sobre o mercado, intentando compelir os efeitos negativos da tributação – o *trade-off* (aquilatar qual dos dois produz mais efeitos negativos, esses efeitos serão mencionados abaixo)



entre equidade e eficiência é calculado objetivando atingir maior eficiência em sentido de Pareto e introduzir a função de equidade e distribuição de renda.

Por conseguinte, a eficiência de Pareto pode ser entendida como uma nova alocação de recursos ou a implementação de encargos tributários, por exemplo, de tal forma que favoreça uma pessoa ou grupo sem prejudicar outras pessoas ou grupos, se não for palpável ilidir os prejuízos, devem ser minimizados seus efeitos.

### **3.2 Balizas valorativas para a Política Fiscal a partir do princípio norteador do Ótimo tributário.**

Exsurge, porquanto, após o refinamento do Ótimo de Pareto, os primeiros artigos e trabalhos científicos (RAMSEY, 1927) sobre a teoria do Ótimo tributário/Teoria do Segundo Ótimo, que se encontrava em hibernação desde meados do Século XIX.

A teoria do segundo ótimo/ótimo tributário seria, portanto, a tributação das habilidades natas e inatas de cada indivíduo, para tanto, poder-se-ia personalizar o tributo conforme as habilidades de cada um, quanto esse indivíduo consegue poupar, trabalhar e consumir, essa modalidade de imposto é conhecida pela literatura como *Lump Sum* e se dá em montante fixo, conforme for a percepção quanto as habilidades de cada indivíduo.

As habilidades natas são facilmente apreendidas, tais como sexo, idade, etnia etc., mas as habilidades inatas não o são, haja vista que são de natureza pessoal, como capacidades individuais de obtenção de renda, capacidade laborativa, capacidade de consumir e poupar.

Entretanto, por razões óbvias, a observação das habilidades inatas individuais em tempo integral é impossível de monitoramento pelo Fisco. Entrementes, torna-se fulcral buscar uma segunda modalidade ótima de se tributar os indivíduos, potencializando suas habilidades natas e inatas (como aquisição de renda e consumo,



por exemplo) e suas utilidades individuais (satisfações com restrições orçamentárias definidas).

Assim, o sistema fiscal deve buscar indicadores do segundo ótimo tributário, sem que grupos e pessoas percam bem-estar em favor de outros grupos sem necessidade.

Nesta fase de apreensão das habilidades individuais e da busca da segunda melhor modalidade de tributação que a eficiência se expande para o contexto do coletivo, isto é, o bem-estar social não se encontra mais na maximização do bem-estar de uma pessoa, mas no conjunto de pessoas, sempre que possível maximizar o bem-estar individual.

Os conceitos de distribuição de renda e equidade no sentido vertical adentram o vocábulo econômico como funções mensuráveis, até então afastadas do debate sobre tributação.

A teoria do segundo ótimo colima unir os conceitos de eficiência e equidade, todavia, nem sempre será possível a conjugação dos dois no sistema fiscal, pois os conceitos são, por vezes, conflitantes entre si.

A eficiência, como dito anteriormente, pode se dividir em dois elementos, segundo um dos quais, a eficiência neutra, permeia a ideia de que o sistema tributário eficiente será aquele que não afeta as decisões de mercado, preenchendo o requisito da neutralidade, ou que não cause distorções nas decisões dos agentes e induza-os a adquirir/comprar/vender por outros meios. Por outro lado, é inevitável que, para se atingir a justiça tributária, valendo-se da equidade, as alternativas da política fiscal restringem ou reduzem o nível de eficiência do sistema apreciado, engendrando o dilema entre eficiência e equidade (*trade-off*).

Portanto, para tentar solucionar esse marasmo teórico e prático, a doutrina do segundo melhor auxilia na validação das alternativas apresentadas, de modo que não



haja a redução em demasia da equidade em favor da eficiência do sistema e vice-versa.

João Guedes (2011) entende que os tributos não podem ser plenamente não-distorcivos, ou altamente personalizados, porque isso poderia causar consequências negativas para a equidade e a distribuição de renda. Para fins distributivos, tem que se renunciar a um pouco de eficiência econômica para se obter um pouco de equidade vertical e horizontal e renunciar a um pouco de equidade para se ter eficiência econômica.

Parafraseando Luís Eduardo Schoueri, diz-se que o *trade-off* é um teste para compreender se o aumento de equidade vale a perda de eficiência e, vice-versa, depende da escolha social relativa à análise da disposição de diminuir o grau de satisfação de um grupo em favor de outro grupo (TORRES, 2003).

O imposto de renda, *per si*, tem o efeito inerente de ser distorcivo, uma vez que afeta as decisões dos agentes de poupar, consumir e investir. A tributação elevada do imposto de renda reduz a disposição ou orçamento do indivíduo de poupar para o futuro e investir no presente, tal qual da empresa, que deve lidar com outra dicotomia: retenção dos lucros ou financiamento da dívida.

Joseph Stiglitz explica que **renda = consumo + investimento**. Um sistema tributário de largas isenções ou não-incidência, também causa distorções sociais e atinge a equidade vertical, tal qual o sistema tributário que almeja, unicamente, a igualdade plena entre os membros da sociedade, causa distorções econômicas.

Em vistas de que os contribuintes estão em eterno conflito com o Fisco, se aqueles estiverem sofrendo com encargos excessivos ou recebendo taxa de retorno abaixo da projeção inicial que potencializasse suas utilidades, o contribuinte altera seu comportamento no mercado, ou seja, altera suas decisões de poupar, investir, contratar etc.



Este fenômeno proporciona a distorção no mercado. Igualmente, o sujeito passivo que é excessivamente onerado pela tributação, além de mudar seu comportamento, pode se sentir instigado a se evadir da exação ou fitar meios para reduzir o *quantum* devido através da elisão fiscal.

Roque Antonio Carraza (2005), à época, comentando sobre a renúncia fiscal do Brasil sobre os dividendos, aplaudiu a medida, arguindo que a política fiscal de até então contava com grande confluência de evasões fiscais por parte dos contribuintes tributados. Mais à frente comentaremos sobre a fuga de capitais nacionais para o estrangeiro na América Latina entre as décadas de 80 e 90.

Retomando o assunto das distorções e fenômenos indesejados para o atingimento da eficiência no sentido de Pareto, uma figura tomou relevância no debate sobre o assunto, o denominado encargo excessivo (*excess burden*), por vezes chamado de custo de bem-estar ou peso morto, o qual acontece quando o contribuinte perde o interesse/satisfação em adquirir um bem/ contratar serviço ou há a perda do bem-estar social acima das receitas obtidas com o imposto.

Ted Gayer e Harvey S. Rosen (GAYER; ROSEN, 2015) conceituam encargo excessivo como a perda de bem-estar acima e além dos impostos recolhidos. Para Eugênio Lagemann (LAGEMANN, 2004), encargo excessivo é, no caso dos bens, a alteração da estrutura de preços gerada pela tributação, tornando o bem proporcionalmente mais caro e afeta a locação dos recursos de forma eficiente, pois a demanda pelo produto cai e o contribuinte perde uma quantidade imensurável de satisfação, devendo, sempre que possível, ser evitado.

Por exemplo, antes da tributação, um consumidor de sorvetes comprava 10 casquinhas por dia a R\$1,00, após a incidência do imposto de 25% sobre o produto (agora pagando R\$ 1,25), o consumidor deixa de consumir a mesma quantidade do produto ou passa a consumir outros produtos mais baratos, mas que não o satisfaça como aquele, ou então para de consumir outros produtos e serviços para continuar



consumindo aquela mesma quantidade de casquinhas de sorvete, também reduzindo o índice de satisfação. Esse exemplo pode ser utilizado sob a ótica do vendedor, inclusive.

O impacto do encargo excessivo pode ser a redução a zero daquela demanda (no exemplo apresentado), ou o aumento do preço do bem pela redução da demanda.

De toda sorte, o consumidor de casquinhas deixa de adquirir aquele produto para adquirir outro produto semelhante ou não, gerando uma indução de mudança de comportamento em razão do imposto, porque o consumidor é induzido a consumir outros produtos.

O fenômeno do encargo excessivo pode ocorrer em quase todos os fatos geradores de tributos, aliás, sobre as rendas.

Na iminência de um desses fenômenos, estaremos diante da ausência de neutralidade do sistema fiscal. Portanto, a fim de contornar esses fenômenos indesejados, mediante o qual, estaremos diante da perda da eficiência em sentido de Pareto, por mais que em todas as formas de tributação haja resquícios de ineficiência por ocasião desses fenômenos, muitos poderiam ser tangenciados.

Por outro lado, a subsistência desses fenômenos, eventualmente, ocasionadas pela incidência de tributo, pode ser um indicativo de que o tributo pespegado seja ineficiente no sentido de Pareto.

Sob tal enfoque, sempre que for impossível ou pouco desejada a tributação de algum bem, produto, renda, trabalho, lazer ou os rendimentos do Capital, o segundo ótimo se faz iminente, pois intenta alcançar a segunda melhor alternativa de tributação nos moldes da eficiência e inserindo a equidade como função da equação, maximizando as condições de bem-estar, lembrando que o fim ideal é a alíquota em montante fixo (*lump sum*) uma vez que não afeta a neutralidade do sistema, e será altamente personalizado.



Feita uma breve introdução sobre o tema, para fins de tributação, a formulação da regra da inversão de elasticidade propõe que: em circunstância de eficiência, sempre que bens com menor elasticidade dos preços sobre a demanda, devem ser tributados com alíquotas mais altas. Em contraposição àqueles bens que tenham elasticidade alta sobre o preço e redução da demanda, devem ser tributados com alíquotas menores. Mais adiante, trataremos sobre a dimensão das elasticidades de oferta e demanda no imposto de renda de fontes do capital, onde estão insertos os dividendos.

Ou seja, sempre que, havendo aumento do preço de um determinado bem, ele for menos procurado para consumo, a sua elasticidade será alta, logo a incidência ou majoração de um imposto sobre ele afeta a procura do consumidor, ocasionando distorção de mercado e prováveis encargos excessivos.

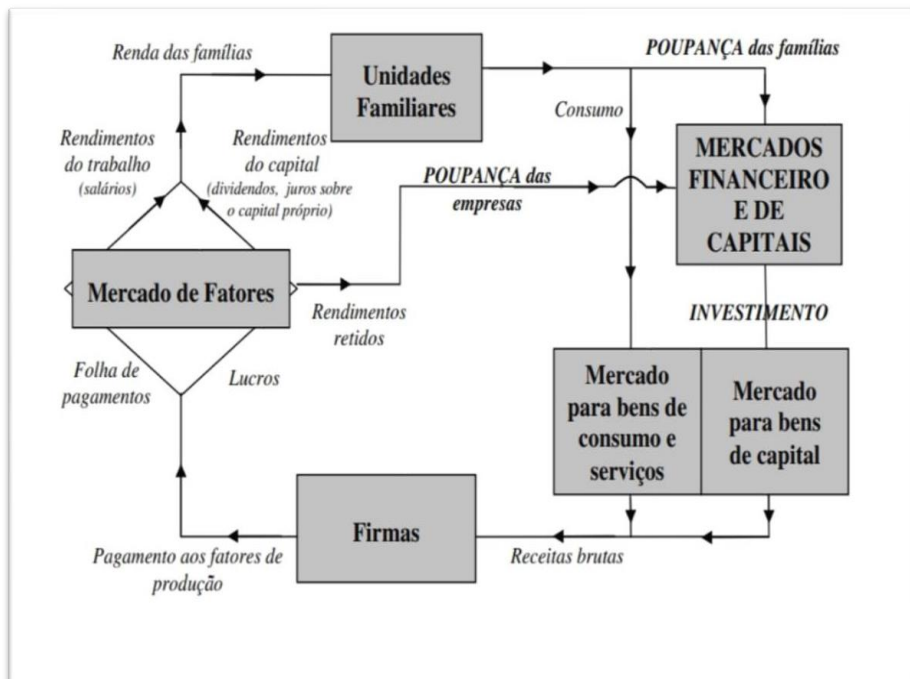
Em oposição à regra da elasticidade alta, os produtos que, mesmo depois da majoração das alíquotas ou sujeito a nova incidência tributária, a demanda se mantém estável devem ser tributados mais severamente – são os produtos de primeira necessidade.

A seguir, passaremos a discorrer sobre questões de mobilidade dos rendimentos do capital e fluxos de renda.

### **3.3 Mercado de capitais, fluxo circular de renda e a mobilidade do Capital: uma breve explanação do modelo Dual.**

O fluxo circular de renda nada mais é do que as transações entre os detentores de renda e os fornecedores de bens e produtos. Os primeiros, no caso que teceremos, obtidos pela remuneração dos fatores de produção do capital, vão ao mercado para adquirir produtos consumíveis, os quais serão consumidos em uma única etapa. Como demonstra a figura a seguir, elaborada por João Guedes (2011):

Figura 2 - Fluxo Circular de Renda



Fonte: Guedes (2011).

Essa dinâmica constitui o “fluxo circular de renda”, com vistas no fato de que essa renda percebida pelo indivíduo pode se transferir para vários setores distintos e voltar como investimento futuro para os fatores de produção que constituíram a renda.

O fluxo de renda passa de pessoas físicas às pessoas jurídicas e retorna para as pessoas em forma de bens e serviços, ou, podem ser investidos para a aquisição de rendimentos futuros, de fontes do capital. As decisões quanto poupar, investir ou consumir, dentro do fluxo de renda, podem ter consequências diretas sobre a oferta de emprego e sobre o aumento ou diminuição dos preços relativos dos bens e serviços.





As empresas, geralmente, atuam no mercado como agentes produtivos de riqueza e as pessoas procuram essas companhias para consumirem produtos e serviços ou investirem nestas com o fito de obter rendimentos do capital.

Nesta toada, está inserido o mercado de capitais, que é uma forma de transferência de riqueza/capitalização de recursos pelas empresas, onde as pessoas jurídicas vão ao mercado mobiliário para buscar capitalização de terceiros, que dando lucro, distribui-lo-á ou dando prejuízo, o investidor assume os riscos do investimento. Os ativos investidos circularão para outros fatores de produção e para a aquisição de ativos usados pelos fatores de produção.

Aqui, introduziremos o termo taxa de retorno, conceito segundo o qual o indivíduo investe em algum ativo esperando obter lucro, o lucro é componente da taxa de retorno. Consideremos a seguinte situação, um acionista investe X dinheiros na empresa Y, esse acionista projeta que o lucro do investimento será, portanto,  $X + Z$  = taxa de retorno, sendo Z o valor acrescido que o investidor espera receber como rentabilidade.

Quando pensamos, portanto, em tributação do capital, os financistas Harvey Rosen e Ted Gayer (GAYER; ROSEN, 2015) alertam que, em economias abertas, as quais o capital é móvel e não havendo alíquota internacional ou tributação global sobre o capital, a globalização do mercado se tornou uma preocupação premente para os Estados tributantes pensarem em política fiscal eficiente.

Mormente, porque os Estados que aplicam alíquotas progressivas ou excessivamente altas veem o fluxo de capital saído do território nacional para países que tem políticas fiscais de alívio fiscal ou isenção.

Os donos do capital, sempre que surpreendidos por políticas tributárias incisivas, como a progressividade sobre os rendimentos do capital, irão retirá-lo do país que lhes pareça menos rentável para investir em outro Estado que lhes proporcione maiores taxas de retorno.



Do ponto de vista da oferta e da demanda, a oferta de capital para determinado país é perfeitamente elástica, ademais, a taxa de retorno deve sempre ser positiva. A mobilidade do capital é tamanha que, frente a instituição do imposto, o capital sempre se transfere para fora do Estado tributante, conclui-se porquanto, que a taxa de retorno antes do imposto precisa continuamente subir.

Nas palavras dos autores:

[...] os políticos que ignoram a globalização irão superestimar sua capacidade de colocar carga fiscal sobre os proprietários de capital. Na medida em que o capital é internacionalmente móvel, os impostos sobre os capitalistas são deslocados para outros, e a progressividade aparente de impostos sobre o capital próprio é uma ilusão (GAYER; ROSEN, 2015, p. 304-305).

Por ocasião da globalização dos mercados, o capital permanece em constante movimento, principalmente, em economias abertas. Esse capital estrangeiro, adentra, em grande medida, as economias, por meio dos mercados mobiliários ou por meio do sistema financeiro.

No viés de desenvolvimento, a eficiência deve ser avaliada sob o aspecto dos capitais nacionais e estrangeiros, os quais, circulam na economia, se, por eventual falta de atratividade de investimentos ofertados, pela diminuição das taxas de retorno, contribui a política fiscal para a tomada de decisão dos donos do capital.

Uma vez que não existe, em realidade, a tributação-global sobre o capital, grande parte dos países tratam a renda do capital de forma mais benéfica em relação aos proventos do trabalho. Os benefícios concedidos aos rendimentos oriundos do capital são opostos a ele em virtude da sua mobilidade, abstração e ubiquidade, considerado o mais móvel dentre todos os outros fatores de produção.

Não obstante, a guerra fiscal internacional é um dos principais responsáveis por esse conjunto de medidas, caso contrário, haveria influxo de capital estrangeiro e a fuga em massa dos capitais nacionais.



Por seu turno, as forças laborais são, via de regra, imóveis ou estanques, autorizando menos custos administrativos para localizá-los e calcular seus rendimentos, sobretudo, quando tributados na fonte, tal fator não se opera com rendas do capital, que, além do custo da burocracia estatal, a arrecadação alcança patamares muito mais onerosos e ineficientes quando o capital nacional se destina à outra jurisdição tributante, se torna extremamente difícil de localizar novamente aquele ativo para repatriá-lo.

Alguns Estados-Membros da União Europeia, preveem algumas modalidades distintas de alívio fiscal para os rendimentos do capital, como créditos de imputação ou o método de integração plena, modalidades mais complexas de alívio fiscal senão de isenção para rendas-capital de residentes de estados alienígenas – um exemplo de Estado que adota a imputação de crédito para rendimentos de não-residentes é a Alemanha<sup>1</sup>.

Em suma, a redução das alíquotas da renda-capital em detrimento da renda-trabalho, com o fito de atrair capital estrangeiro e manter o capital nacional nas bases territoriais com investimento nas empresas locais tem como principais ocorrências: a globalização, o mercado internacional (numa perspectiva de livre mercado); a bitributação internacional pelas várias jurisdições fiscais; a bitributação, interferindo na produtividade da empresa, no âmbito da pessoa Jurídica e, posteriormente, na pessoa do acionista/investidor; o desincentivo fiscal ao investimento estrangeiro no território nacional; a fuga do capital nacional para

---

<sup>1</sup> ALEMÂNHA. Tribunal de Justiça (Terceira Secção). Acórdão de 10 de fevereiro de 2011. Órgão jurisdicional de reenvio: Unabhängiger Finanzsenat, Außenstelle Linz. Recorrentes: Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH (C-436/08), Österreichische Salinen AG (C- 437/08). Recorrido: Finanzamt Linz. Livre circulação de capitais – Imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas – Isenção dos dividendos de origem nacional – Isenção dos dividendos de origem estrangeira subordinada ao respeito de certas condições – Aplicação de um sistema de imputação nos dividendos de origem estrangeira não isentos – Provas exigidas relativamente ao imposto estrangeiro imputável"). Disponível em:

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=81238&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part= 1&cid=12793623>>. Acesso em: 09/03/2020



Estados com políticas fiscais benéficas ao investidor; a neutralidade fiscal e as distorções engendradas pela tributação, por vezes, leonina de alguns Estados.

Por força desses fatores supracitados, alguns países do norte da Europa passaram a adotar a divisão bipartite da renda-capital em relação aos rendimentos de fonte trabalho. Os primeiros, foram submetidos à tributação na pessoa física do investidor a uma baixa alíquota fixa, para todos os rendimentos do capital, tanto para aplicações financeiras quanto para rendimentos vindos do mercado de capitais, a título de dividendos.

O modelo usualmente adotado, com suas devidas correções e alterações de Estado para Estado, ficou conhecido como *Dual Income Tax*, pois concilia a tributação progressiva das rendas- trabalho, com alíquotas progressivas variando de 0 a 100, com a tributação em montante fixo (*flat tax*) sobre o capital (SORENSEN, 2005):

O *dual income tax* combina alíquotas baixas sobre o capital com alíquotas progressivas sobre a renda do trabalho. Na versão pura do sistema, a alíquota sobre o capital é alinhada com o imposto sobre as corporações e com alíquotas sobre o trabalho na primeira base de cálculo.

A renda do trabalho (e outras forma de não-capital, como transferências públicas) acima de certo limite é, então, sujeito a uma sobretaxa que pode conter mais de uma base de cálculo, dependendo o grau de progressividade desejada. (tradução livre)

Como asseverado pelo autor, originalmente, a renda seria tributada na pessoa física e na pessoa jurídica, ou na Corporação, enquanto a renda-trabalho, poderia conter mais de uma faixa, dependendo do nível de progressividade que se almeja.

No modelo Dual, por conseguinte, toda a renda oriunda do capital mantém a alíquota fixa, tanto àquelas distribuídas para as pessoas físicas quanto para as corporações, bem como para as aplicações financeiras (se houver previsão dessa dupla tributação). Alguns Estados, adotam o aumento da alíquota nas pessoas físicas,



quando estas percebem renda acima de uma base de cálculo pré-estabelecida, não se confundindo com progressividade, esta segunda alíquota é fixa (o mesmo fenômeno que ocorre com a apuração do lucro real no Brasil, por exemplo).

O Brasil, adotava esse modelo de tributação até meados dos anos 90, porém, se distanciou do arquétipo quando instituiu a previsão legal de isentar dividendos ou renunciar outros ganhos de capital e em atribuir alíquotas diversas para determinados rendimentos do capital financeiro, como para fundos de renda fixa etc. – não delinaremos maiores comentários sobre essas distinções, pois toca unicamente o mercado financeiro, enquanto nosso interesse se sustenta nos rendimentos distribuídos a título de dividendos.

Adendo, na literatura sobre o assunto, poucas vezes os economistas se referem aos rendimentos do capital distanciando o que tem origem no mercado financeiro do que tem origem no mercado mobiliário, referindo-se apenas ao “capital”. Entretanto, as formulações teóricas se aplicam, em regra, para os dois, salvo quando explicitado. Conceitos como ótimo tributário, utilidades individuais, bem-estar, neutralidade, distorção e indução são linhas mestras para a compreensão de ambos e a correlação com a eficiência das políticas fiscais, presentes em todas as análises sobre o tema.

Frente a corrida fiscal e desenvolvimentista, os teóricos do *dual income tax* anteviam a dificuldade de tributar e arrecadar o acréscimo patrimonial proveniente do capital, pois este tem como características intrínsecas a mobilidade, abstração do valor e ubiquidade.

Logo, em vistas de desonerar os encargos de arrecadar ou custos de administração e sob o prenúncio de perda da eficiência arrecadatória, em razão da fuga dos capitais para países alienígenas, o gravame sobre caiu nos rendimentos do trabalho, propriedades, bens e serviços, com maiores alíquotas e, nestas, incorreria a progressividade, enquanto o renda-capital permaneceria com alíquotas fixas.



Sobre as experiências nos Estados Unidos, Malásia e Brasil, David Sugarman (apud GUEDES, 2011, p. 79) concluiu que existe maior propensão dos agentes econômicos em alterar suas decisões de investimento e financiamento em países cuja flutuação das taxas de retorno, após a incidência tributária, seja maior, sobremaneira, nos países em desenvolvimento. Aqui, a redução das alíquotas e a consequente queda da arrecadação se justificam em proveito do crescimento e a eficiência do mercado de capitais.

Por que as alíquotas do capital não são progressivas?

Se o indivíduo tributado decide poupar menos, em função da alíquota, ele gera uma perda de eficiência e repassa parte de sua tributação ao investidor dos recursos poupados, que pagará um preço maior pelos mesmos recursos (SOARES et al, 2009).

No que concerne à tributação progressiva do capital, a OCDE atesta, em relatório publicado em 2001, que a progressividade reduz a iniquidade vertical na mesma proporção que aumenta a ineficiência do sistema para a maximização dos recursos de poupança e investimento, obtidos por fontes do trabalho ou capital, aumentando quantitativamente a incidência de evasões e formas de planejamento fiscal (*Tax and Economy: Comparative Assessment of OCDE Countries*, v. 6, 2001, OCDE apud GUEDES, 2011, p. 71).

Conquanto à distinção da renda-trabalho para a renda-capital, na primeira, orientanda por alíquotas marginais que variam de 0 a 100 (STERN, 1976) os quais, noutros idos, na Inglaterra e nos Estado Unidos da América, chegava a ter alíquotas até 80%, os denominados tributos confiscatórios, tencionando atingir camadas sociais mais altas, estas alíquotas confiscatórias, com o decurso do tempo, foram, cada vez mais, sendo reduzidas. (PIKETTY; GOLDHAMMER, 2014, p. 634).

Contudo, no que diz respeito ao fruto do capital, o modelo *dual income tax* traz a inovação para a experiência tributária.



Kevin Holmes (HOLMES, 2001), embora a isenção de determinadas classes sociais, *a priori*, enseje numa desigualdade horizontal, a longo prazo isenção, alinhada a objetivos econômicos, políticos e sociais reverberariam de forma positiva para a comunidade, porquanto, o sacrifício ou renúncia fiscal imediata do órgão tributante, em vias de alcançar desempenho econômico e social a longo prazo, fundamentaria uma política fiscal de alívio fiscal, senão, de renúncia.

Reuven S. Avi-Yonah (AVI-YONAH, 2000) destaca que os países desenvolvidos têm lidado de duas formas diferentes com a relevante questão da mobilidade do capital, transferindo os encargos excessivos dos rendimentos do capital (com maior mobilidade) para os rendimentos do trabalho (menos móveis).

O autor comenta que, a partir da análise dos dados da OCDE, os números sugerem que há preferência de investimento em países onde não se tenha sujeição à retenção na fonte da renda- capital e que a América Latina na década de oitenta tinha imensa fuga de capitais ou capital não- tributado em virtude da evasão e da elisão fiscal. No que diz respeito aos casos de evasão fiscal, estes são difíceis de mensurar, pois se trata de uma ilegalidade, logo, os dados apenas estipulam as perdas em razão das evasões.

Nos países da América Latina, estima-se que o capital transferido para outros países, principalmente os desenvolvidos, variava de 15 bilhões a 60 bilhões de dólares anuais (AVI- YONAH, 2000, p. 27).

O capital, saído da América Latina para o exterior, em 1992, chegava a, aproximadamente, 300 bilhões de dólares, ainda assim, alguns proclamam que esses números pudessem ser muito maiores (números esses referentes às perdas de receita da tributação nas pessoas físicas, apenas). Entretanto, devemos informar que nestes números estão incluídos todos os rendimentos do capital, como os investimentos no mercado financeiro.



O autor destaca que alguns países, à época do relatório da OCDE, beneficiavam capitais estrangeiros com redução das alíquotas, para manufaturas de alguns setores (que ficou conhecido como paraíso fiscal produtivo).

Como visto, o imposto de renda proveniente de fontes do capital, em 1992, poderia ser grande responsável pela perda de receitas que se transferiam para países estrangeiros em função dos benefícios legais das respectivas legislações, países que ficaram conhecidos como “paraíso fiscal” ou os *tax havens*. O autor dá o exemplo dos Estados Unidos, quando, à época, introduziu na legislação a isenção de determinado imposto, feito isso, as maiores economias da UE passaram a conceder novas modalidades de isenção sobre ativos financeiros, temendo perder, para outra jurisdição, os capitais ali aplicados.

Concluimos, pois, este tópico destacando as nefastas consequências da tributação do capital, sobretudo, quando se dá de forma progressiva e a tendência crescente dos investidores estrangeiros de mudarem seu comportamento, de onde investir, por força da legislação tributária e, quanto aos nacionais, de buscar outras jurisdições fiscais mais benéficas que maximizem as taxas de retorno.

### **3.4 Política de dividendos e a tributação do capital: ausência de neutralidade fiscal quando da sinalização de novas exações e a dicotomia doutrinária entre retenção dos lucros e reinvestimento**

O debate acerca da distribuição do capital investido ou sua retenção no âmbito da empresa tem sido posto à baila ao longo de todo o século XX e, até o momento, não há uma resposta definitiva ou mesmo pacificada sobre o tema.

Em meio ao assunto, exsurtem preocupações quanto aos efeitos adversos causados pelas duas modalidades de política de dividendos no plano intraempresarial, bem como sobre a incidência de novas exações sobre o





comportamento dos acionistas e o quanto a legislação tributária influi nas decisões dos acionistas.

Sob o aspecto da política de dividendos como forma estratégica de valorização das empresas, a teoria de Miller e Modigliani (1963, p. 433-443) concluía que a política de dividendos era irrelevante para determinar o valor da companhia, a qual ficou conhecida como teoria da irrelevância.

Em embate frontal à teoria da irrelevância, estava a teoria desenvolvida por Lintner (1956), importando dizer que os preços de mercado das companhias eram diretamente proporcionais ao aumento da distribuição dos dividendos.

Na última teoria mencionada, o investidor tende a valorizar mais as ações que distribuem mais dividendos em detrimento daquelas que pouco distribuem, movimento denominado pássaro na mão (*bird in the hand*), pois mais vale a rentabilidade certa no presente do que rentabilidade maior futura, mas incerta.

A teoria do “pássaro na mão” é destinada, em grande parte, aos acionistas que são mais conservadores e não pretendem correr grandes riscos nos investimentos. Havendo, porquanto, um movimento natural de redução das incertezas do investimento e valorização das ações da companhia.

As razões permeiam desde as diferenças da tributação entre dividendos e ganhos de capital, eventuais riscos de perda de valor de mercado da sociedade ou riscos de falência, até razões de caráter psicológico do acionista (ROBERT, 2011).

Reduzindo a incerteza do investimento, o acionista descontaria os resultados da empresa a uma taxa de retorno menor e precificaria as ações em montantes cada vez maiores.

O crescimento da empresa, portanto, é determinada por Gordon (1963 apud STRÖHER, 2015), como: (a) o valor da ação com dividendos futuros esperados; (b) a taxa de retorno exigida pela ação; (c) a taxa de crescimento do valor do dividendo.



Nesse diapasão, se a companhia planeja reter os lucros ao invés de distribuí-los a título de dividendos, aumentando o risco do acionista, o lucro futuro terá de ser proporcionalmente maior, ou seja, a taxa de retorno do acionista terá que aumentar, assim como os riscos aumentaram.

Deduzimos que, se o acionista intentava receber esses dividendos no presente a uma taxa de retorno menor e a companhia retém os lucros, o acionista, então, pode recorrer a outros investimentos presentes, ainda que com taxa de retorno seja inferior desde que os dividendos sejam distribuídos.

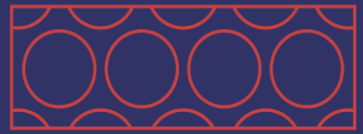
A teoria da irrelevância da distribuição de dividendos, por outro lado, advoga no sentido de que os mercados são perfeitos e não há agente econômico capazes de aumentar ou diminuir a cotação de uma ação; não existem impostos ou comissão por corretagem; os comportamentos dos acionistas são idênticos e absolutamente racionais; a volição pelo investimento é anterior à determinação da política de dividendos intraempresarial, por isso, não afeta a decisão do investidor.

Outrossim, o crescimento do valor da empresa só se dá em razão da capacidade de gerar lucro e pela redução dos riscos.

Na literatura sobre a irrelevância da política de dividendos, tem-se que o crescimento do valor, na verdade, é reduzido conforme os dividendos são distribuídos aos acionistas, isto porque a empresa ficaria com menos recursos disponíveis na medida em que estes são repassados aos acionistas.

Outro aspecto suscitado pela teoria da irrelevância é de que a companhia que permanece com os lucros retidos dispõe de mais capital para se manter competitiva no mercado.

Segundo Hess (1999 apud ZAGONEL, 2018), a teoria da irrelevância foi aceita como por ser consistente. Todavia, após tomar notas sobre as imperfeições no mercado, como as discrepâncias de informação, impostos, custos de transação e



conflitos de interesse entre administradores e acionistas, a teoria da irrelevância foi posta de lado.

Retomando as teses sobre a relevância da política de dividendos, estes servem, em especial, para transmitir a imagem de saúde financeira da companhia, ou seja, que a empresa tem liquidez para distribuir os lucros ao final do exercício contábil.

A distribuição dos dividendos, portanto, sinaliza para o mercado que a companhia tem capital para investir e assim aumenta o valor da ação, e, conseqüentemente, os acionistas se interessam mais em investir em empresas com solidez financeira.

Em Bruni et. al (2003), os autores atestam que nos mercados transparentes a informação transmitida sobre a política de dividendos das companhias interfere na tomada de decisões dos acionistas e no aumento dos preços das ações.

Ademais, constatam que o incentivo de buscar capitalização através dos mercados de capitais é muito relevante para a saúde da economia como um todo, em especial, considerando que a taxa de juros para a aquisição dos empréstimos inviabiliza essa alternativa para muitas empresas no Brasil.

Face à transparência dos mercados, é inegável que a política de dividendos desempenha papel fundamental sobre as decisões dos órgãos gestores das empresas, qual seja, reter ou distribuir os lucros.

Os autores constatam que, ao logo de cinquenta anos, os Estados Unidos têm encabeçado uma série de pesquisas sobre o tema, concluindo que:

[...] os dividendos tendem a seguir as receitas; isto é, aumentos nas receitas são seguidos por aumentos nos dividendos e quedas nas receitas por cortes nos dividendos (Bruni et. Al, 2003).



Para a teoria da sinalização, os dividendos se prestam para informar aos possíveis investidores que o fluxo de caixa da empresa e as intenções de investimentos futuros dos administradores podem coadunar em interesses recíprocos.

Outra preocupação dos investidores sobre a política de dividendos, concerne aos investidores minoritários sem direito de voto (*outsiders shareholders*) em receber os lucros distribuíveis, no término do exercício social, pois, os acionistas minoritários não estariam reféns dos arbítrios dos *corporate insiders* (acionistas majoritários e administradores), estes últimos ditando os destinos da distribuição dos lucros da atividade empresarial quando bem entendessem. Para tanto, o receio dos acionistas minoritários repousa no mau reinvestimento dos lucros excedentes, no desvio finalidade ou fraude dos administradores juntamente com acionistas majoritários e na sublocação dos recursos reinvestidos. Esta teoria foi denominada de teoria da

agência.

O temor pela alocação ineficiente de recursos indica que a predileção dos acionistas é a distribuição do lucro imediato, ou invés do lucro futuro, pois a retenção do lucro pode ocasionar ineficiência administrativa do investimento, segundo a teoria da agência.

Oportunamente, o efeito clientela diz respeito às preferências dos investidores por ações que privilegiem os dividendos que não sejam tão atingidos pelo imposto de renda. Quando da existência de alíquotas diferenciadas, a ação escolhida para investimento será aquela que suporta menos alíquotas de imposto de renda, culminando em maior rentabilidade para o acionista.

Logo, com a premissa de que os acionistas e as empresas agem racionalmente, os acionistas optarão por ações com rentabilidade estável e com pouco risco, quando a tributação dos dividendos eleva os riscos dos investimentos, enquanto as empresas se “especializarão” naquele nicho de investidores.



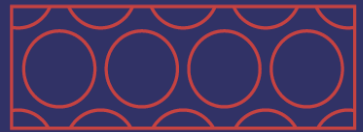
Em vistas de que os dividendos distribuídos por grandes empresas, já estabelecidas no mercado, geralmente, seguem esse padrão de baixo risco e rentabilidade estável, as pequenas empresas com pouca relevância no mercado serão pouco acessadas pelos investidores, pois os seus dividendos, quando distribuídos, serão menores com elevado risco e rentabilidade instável.

Assim, o imposto de renda pode gerar ausência de neutralidade e dirigismo estatal sobre transações privadas, pois a tributação tende a aumentar os riscos do negócio, como explanado anteriormente, a taxa de retorno do investimento tem de ser cada vez menor à medida que o imposto de renda vai incidindo. Aqui, as empresas em ascensão, com pouca relevância no mercado seriam preteridas às grandes corporações, pois estas últimas distribuem dividendos maiores e com baixo risco.

Em estudos empíricos realizados por **John R. Graham** (2003), as instituições norte americanas que negociam ativos no mercado mobiliário, sinalizam que as instituições isentas não tinham preferência entre ações com rendimentos altos ou baixos, investiam em ambas, enquanto, os acionistas que eram tributados tinham preferência em manter investimentos em ações com baixa distribuição de dividendos. Ou seja, a política de alívio fiscal ou renúncia fiscal, enseja na diversificação dos portfólios pelos acionistas e altera as decisões quanto à assunção do risco.

Por seu turno, em 2003 a alíquota nos Estados Unidos sobre os dividendos, percebidos pelas pessoas físicas, foi reduzida de 35% para 15%. A reação dos mercados sobre a queda das alíquotas foi impressionante.

Nos estudos de Chetty e Saez (2005), ao longo de 20 anos, apontou que o número de empresas que não pagavam dividendos há décadas, após a experiência de redução das alíquotas do imposto de renda, passaram a distribuir dividendos retidos há mais de 20 anos, exponencialmente. Concluíram também que as empresas cujos acionistas eram instituições isentas não aumentaram com a redução das alíquotas, indicativo de que a política fiscal afeta a taxa de lucros acumulados, sem destinação



específica. Em outros termos, as instituições isentas, durante o período de alíquotas altas, recebiam normalmente os dividendos, as empresas, portanto, não repassavam aos acionistas os lucros do exercício por ocasião do imposto de renda (no país em questão, o imposto de renda recai no âmbito da empresa e da pessoa física).

Segundo os autores, o corte de alíquotas de 2003 serviu como base experimental para os efeitos da tributação sobre os dividendos e o comportamento das Empresas, in verbis: Several recent studies have used the 2003 tax cut as a “natural experiment” to learn about the effects of dividend taxation on corporate behavior” (CHETTY; SAEZ, 2005).

Sendo que os dividendos regulares, ou seja, qualificados como periódicos/recentes, estavam estagnados de 1998 a 2002 no montante acumulado de 25 bilhões de dólares, sem destinação específica.

Saez e Chetty (2005) revelam que da década de 80 até 2002 o pagamento de dividendos estava caindo gradativamente, chamando essa queda de “desaparecimento dos dividendos” por alguns autores.

Todavia, no último quarto do ano de 2002, precisamente, o “desaparecimento dos dividendos” cessou, quando fora noticiada a redução das alíquotas e a quantidade de dividendos distribuídos aumentou.

Além do corte de alíquotas de 35% para 15% sobre os dividendos, os autores consideram que talvez possam ter alguma influência os diversos escândalos corporativos envolvendo os controladores majoritários durante o início dos anos 2000, gerando grande desconfiança nos acionistas e no próprio Estado sobre a aplicação dos lucros retidos.

Outra ocorrência verificada durante os anos que precederam a queda das alíquotas do imposto sobre o pagamento de dividendos é a chamada recompra das



ações (share repurchase), como forma de devolver dinheiro para os acionistas sem incidir o imposto de renda, imperava a modalidade de planejamento fiscal usual entre os Estados que tributam pesadamente os rendimentos do capital.

Corroborando com a teoria da agência, há alguma evidência empírica de que a poupança pessoal dos administradores da empresa se confunde com a quantidade de lucros retidos.

A priori, a retenção dos lucros proporciona novos investimentos na empresa e novos custos de oportunidade de aquisição de novas tecnologias e mecanismos mais sofisticados para empreender, todavia, os acionistas majoritários podem usar a poupança da empresa para tomarem decisões pessoais de poupança e investimento (PORTEBA, 1989).

Outra evidência elencada pelo autor, Porteba (1989), apesar de pouco conclusivas, convergem no sentido de que alíquotas altas sobre os dividendos podem influir na diminuição do consumo.

Em Silva (BRITO; LIMA; SILVA, 2009) aponta que quanto menor o direito dos acionistas administradores aos dividendos, menor é o pagamento de dividendos e maior é o interesse em reter o lucro no âmbito da empresa, refletindo a teoria da agência nos modelos de distribuição dos dividendos no Brasil.

Em observação feita por Harvey Rosen e Ted Gayer (GAYER; ROSEN, 2015), se não houvesse impostos, os custos de oportunidade de R\$ 1,00 de lucro retido seriam iguais ao custo de oportunidade de R\$ 1,00 de dividendos. Porém, se houver imposto de renda com alíquota marginal fixa de 15% sobre os dividendos, o custo de oportunidade de manter R\$1,00 em lucros retidos na empresa é de R\$ 0,85 centavos de dividendos, o que reduz consideravelmente o custo de oportunidade dos lucros acumulados. Então, para cada real retido a alíquota do imposto de renda, na pessoa jurídica, decresce a primeira.



Custo de oportunidade é a renúncia de uma escolha em favor de outra (investimento ou poupança) que poderia ser rentável para investir. Se o custo de oportunidade é reduzido, significa dizer que a oportunidade de aderir a outros negócios mais rentáveis é igualmente reduzida (renúncia de uma decisão para tomar outra decisão).

No estudo realizado por José Wagner Morais de Paiva e Álvaro Vieira Lima (2001) não foi possível precisar se a nova legislação tributária, promulgada no ano de 1995 sobre a isenção dos dividendos, mudou a estrutura da política de dividendos das S/A's pelos quatro anos seguintes no Brasil, pois os resultados foram inconclusivos.

Segundo o estudo, as empresas brasileiras não passaram a distribuir mais os dividendos depois da isenção tributária concedida a elas. Mostrou também que as empresas que pagavam juros sobre capital próprio para seus acionistas apresentaram aumento no pagamento de dividendos durante os anos analisados, contudo, aquelas empresas que não pagaram juros sobre capital próprio reduziram os pagamentos de dividendos.

Alertam que, assim como o pagamento de dividendos depende de empresa para empresa, não há uma política de dividendos uniforme, mesmo que os grupos sejam delimitados pelo comportamento.

Apesar de o estudo concluir no sentido de que não houve um grande montante de dividendos distribuídos durante o período, assenta que as empresas que adotaram a distribuição dos juros sobre capital próprio distribuíram dividendos em valores mais acentuados do que nos anos anteriores, havendo uma mudança de comportamento em face da isenção.

Os autores findam por dizer que a ausência de receptividade em um primeiro momento pelos gestores das empresas pode ser por desconfiança na legislação tributária, *in fine*:





O crescimento do número de companhias que pagaram os juros sugere que os gestores tenham postura conservadora em relação às modificações da legislação, não implementando de imediato os mecanismos facultados pela lei, mesmo que estes promovam uma redução nos impostos. As constantes alterações legais e a desconfiança nos ordenamentos tributários aparentemente vantajosos podem ser as explicações para a prudência dos administradores (PAIVA; LIMA, 2001, p. 29).

No artigo “A Influência da Política de Dividendos no Valor de Mercado das Empresas Brasileiras”, André Ricardo Moncaio Zanon, Clésio Gomes de Araújo e André Nunes (ZANON; ARAÚJO; NUNES, 2017) concluem que no Brasil não há uma relação direta entre valorização das empresas que distribuem mais dividendos com as que distribuem menos.

Entretanto a política de dividendos é prestimosa e demonstra aumento dos valores de mercado das empresas quando e se, segundo o estudo, estas tiverem prejuízo no exercício contábil. Aqui, existindo sim, uma relação entre valor de mercado e distribuição de dividendos, porque a política de dividendos mais clara é refletida positivamente no mercado e, conseqüentemente, aumento do valor da empresa.

Ademais, o estudo conclui que as empresas que distribuem dividendos em maior proporção também podem ter suas ações valorizadas em relação ao valor contábil, maximizando o valor de mercado.

Já o estudo de Viana Junior et al, “A Influência da Política de Dividendos sobre o Valor de Mercado: Evidências em Empresas Brasileiras”, indica que há relação positiva entre distribuição de dividendos e valor de mercado da empresa e das suas ações. Contudo, o resultado não é conclusivo no sentido de que o aumento do valor de mercado se dá unicamente pelo dividendo, mas sim, que há outros fatores envolvidos, como a fiscalização de órgãos regulatórios estatais.



Os autores verificam que as empresas que mais pagam dividendos são aquelas ligadas a setores altamente regulados pelo Estado, como as empresas do setor elétrico.

Dessa digressão, quanto mais elevado o imposto de renda tendo como fato gerador os dividendos tão mais a redução do poder de investimento através dos lucros retidos pela empresa, na mesma proporção da alíquota incidente.

Apesar de pouco conclusivos e nada uniformes, especialmente no Brasil (de poucos estudos sobre o assunto), a experiência amostrada mais precisa até então é a ocorrida em 2003 quando da redução das alíquotas incidentes sobre a distribuição de dividendos nos Estados Unidos, por Saez e Chetty (2005), na qual se torna alva que a política fiscal adotada pode ensejar nas decisões das empresas e dos acionistas, como onde investir, quanto e questões sobre a diversificação das ações de interesse.

Mormente, demonstra que a desconfiança na gestão administrativa pelos gestores – a título de exemplo, escândalos, denúncias de corrupção e sublocação de recursos – pode levar a mudanças de comportamento dos acionistas.

No Brasil, com a Lei 9.249/95 (BRASIL, 1995b), é pública a intenção do legislador, qual seja, incentivar as empresas a distribuírem o lucro econômico, compensando a perda da arrecadação com a instituição dos Juros sobre Capital Próprio (JSCP).

Inferimos que, adeptos da teoria da relevância dos dividendos e da agência, o legislador pátrio entendeu por bem priorizar a distribuição dos lucros com a isenção dos dividendos, tanto no seio da pessoa jurídica, quanto da física, a fim de diversificar a carteira dos acionistas e proporcionar um ambiente fértil para a assunção de riscos – uma vez que, quase que de forma uníssona (nesse sentido), as evidências empíricas demonstram que alíquotas reduzidas do imposto de renda ou programas de alívio fiscal conduzem o investidor a ser menos conservador nos



investimentos, em vias de que os investidores que recolhem grandes montantes para o fisco se limitam a investir em fundos e ações com risco baixo.

Outrossim, os dividendos distribuídos pelas pessoas jurídicas, quando isentos, proporcionam menos riscos de confusão patrimonial entre a poupança dos acionistas majoritários/ controladores, reduzem os riscos de fraude ou sublocação dos recursos retidos, bem como, engendra maior proteção dos interesses do acionista minoritário.

Ademais, a atratividade junto ao mercado, sobre a distribuição de dividendos cada vez mais voluptuosos, pode indicar a solidez financeira da empresa (por mais que essa tese não seja pacífica, a econometria, atesta validade em alguns casos) e, em dadas ocasiões, a valorização do preço das ações, que também interessa aos acionistas.

### **3.5 Dupla tributação do capital: o sujeito passivo na Pessoa Jurídica e na Pessoa Física, a experiência internacional com o imposto corporativo**

Conforme fora exposto acima, a corrente da academia brasileira que milita no sentido da tributação do capital visa estabelecer maior equidade vertical entre aqueles que são remunerados pelo trabalho em relação aos remunerados pelo capital e asseguram, através da observação dos modelos fiscais de outros países, que a tributação do capital se opera em duas fontes distintas, a saber, na pessoa física do acionista e na pessoa jurídica da empresa que distribui o dividendo, por meio do imposto corporativo e que não é tratado com alarde pela economia global.

Logo, seguindo a média de alíquotas agregadas dos países da OCDE, também deveria o Brasil tributar a pessoa física do acionista tal qual a pessoa jurídica, pelo imposto corporativo, sendo até mesmo desejável que assim o faça.



Contudo, a literatura sobre o assunto reflete opinião diametralmente oposta sobre a bitributação do capital, não obstante, sugerindo, inclusive, modelos vários de alívio fiscal ou modelos que se assemelham ao instituto da isenção.

Para adentrarmos no tema sobre a tributação do capital nas pessoas jurídicas e em seguida na pessoa do acionista, recorreremos às palavras do professor Isaias Coelho (2011) sobre o imposto corporativo Norte-Americano, *vide*:

Nos Estados Unidos, IRPJ é *corporate income tax*: só alcança as *Corporations*, sobretudo as Grandes Empresas. Todas as sociedades são transparentes, isto é, os lucros apurados são tributados apenas nas DIRPF dos sócios.

Igualmente as firmas individuais são tributadas pelo IRPF. É algo histórico deles (Theodore Roosevelt queria apanhar apenas os *robber barons*, antes de existir o IRPF). O mesmo sistema foi adotado na maioria dos países da OCDE.

O sistema que trata a PJ não Corporation como contribuinte, como temos no Brasil, existe também em alguns países da América Latina. Por isso é complicado comparar a arrecadação de IRPF no Brasil com outros países.”

Assim, de acordo com o enxerto do texto, podemos afirmar com segurança, tratando-se de sistemas fiscais e modelos empresariais distintos, o marco divisor do imposto corporativo norte americano, seguido por parte dos países da OCDE, é que o *Corporate Income Tax* é apurado e recolhido nas empresas de grande porte, como as S/A brasileiras, que, via de regra, negociam ativos no mercado de capitais.

Uma distinção do modelo de tributação das corporações para o nosso modelo de tributação é que no primeiro o imposto é parcialmente determinado pelos fatores de produção, enquanto o modelo brasileiro é apurado por meio do lucro econômico, isto é, a subtração dos custos de produção bruta restando apenas os lucros.

O imposto parcial seria aquele cobrado sobre insumos em alguns de seus usos, havendo uma série de impostos dentro de cada setor, o imposto se torna setorial, passando desde impostos sobre, por exemplo, capital utilizado na produção de alimentos, em manufaturas, impostos sobre o trabalho na produção de alimentos,



etc. – afinal, grande variedade de insumos e matérias-primas (GAYER; ROSEN, 2015, p. 430-431).

Por sua vez e em oposição flagrante, no Brasil, o imposto apurado autonomamente pelas pessoas jurídicas abarcam não somente as S/A's, mas todos os demais tipos societários, inclusive, os empreendimentos individuais, enquanto nos Estados Unidos e demais países, as empresas ou firmas têm apuração contábil e incidência tributária na própria pessoa dos sócios, pessoas físicas, sendo, por conseguinte, sujeitas à tabela progressiva do IRPJ.

Então, levando em conta que não há parâmetros no Brasil sobre os impactos do imposto de renda nas pessoas jurídicas, por determinação da Lei 9.249/95 (BRASIL, 1995b) que o isenta para o beneficiário pessoa física e pessoa jurídica, teceremos alguns comentários sobre a tributação nos moldes do *corporate income tax*, lembrando que nessa apuração os dividendos compõem a base de cálculo para o imposto corporativo que foi reduzido de 35% para 21% depois de 2017. No mesmo ato, foi estabelecida a dedução dos dividendos pagos aos acionistas pelas Corporações, que caiu de 70% para 50% e de 80% para 65% das deduções. Já as corporações que receberam recursos vindos do exterior, podem deduzir 100% do imposto de renda corporativo sobre os dividendos distribuídos (IRS, 2019).

Comentando sobre o assunto Austan Goolsbee (2002) indica que o imposto corporativo leva a uma menor produtividade da empresa, onde as empresas tendem a não fazer negócios com corporações, nos estados (aqui se refere a estado-membro da federação estadunidense) onde as alíquotas do imposto são maiores.

Assinala, logo de início, que a dupla tributação do capital gera uma distorção no mercado, por consequência, gera, inclusive, o fenômeno do encargo excessivo.

O autor admite que algumas atividades específicas são desempenhadas quase que exclusivamente por corporações, cita o caso das manufactureiras (imposto setorial), caso venha a incidir um imposto parcial sobre os fatos de produção, levará



a mudança para outras atividades que não são desempenhadas por corporações, gerando um encargo excessivo. É provável que a onerosidade causada pelo imposto corporativo seja suportada pelo capital e pelo trabalho (GOOLSBEE, 2002).

Por conseguinte, essas mudanças comportamentais, em razão do imposto sobre as corporações, desaguam na ineficiência do imposto em análise, o qual importa dizer que induzem os agentes econômicos a mudarem de comportamento por causa da onerosidade da atividade.

Neste caso, falamos de dois efeitos indesejados, distorção e indução, respectivamente, as corporações migram de um setor produtivo para outro ou alteram seu tipo societário em razão da política fiscal; e, porque a empresa é induzida a transferir o estabelecimento comercial para outro estado-membro da federação que tenha uma política fiscal mais branda com as corporações no seu respectivo setor.

O autor afirma que as mudanças comportamentais dos agentes econômicos se dão, sobretudo, quando as alíquotas do imposto de renda das corporações mudam. Uma dessas mudanças de comportamento, ocorre quando um estado-membro aumenta as alíquotas do imposto de renda, essa alteração faz com que as corporações mudem de estado também. Entretanto, o autor conclui que os níveis de encargo excessivo são modestos, enquanto a sensibilidade do mercado no decurso do tempo, motivada pela majoração das alíquotas nas corporações, é altíssima (GOOLSBEE, 2002).

Nesse diapasão, para Harvey Rosen e Ted Gayer (GAYER; ROSEN, 2015, p. 434), ao tributar o rendimento corporativo o imposto torna o investimento empresarial mais caro. Então, se o custo para a utilização do capital aumenta, em virtude da política fiscal, essa empresa/corporação investi-lo-á em tecnologias mais baratas e de menor qualidade. Para que um projeto seja rentável a taxa de retorno tem que ser maior que o custo do investimento (custo de utilização do capital), sendo o custo maior do que o investimento, a empresa reduz a quantidade e qualidade dos



investimentos. O aumento do custo de utilização do capital, além de fazer com que a empresa busque tecnologias mais baratas com pouca tecnologia, pode afetar as decisões de oferta de emprego e outros fatores de produção.

Em Gordon e Lee (1999) entendem que a indedutibilidade dos dividendos do imposto corporativo tem criado uma maior propensão das empresas a buscarem financiamentos através do endividamento, para não estarem sujeitas ao imposto dos dividendos distribuídos.

Porteba (1989) chega à mesma conclusão, a partir de relatórios de meados da década de 80, nos Estados Unidos, pois se torna mais barato usar do endividamento do que emitir ações, pagando dividendos que serão tributados nas duas esferas, pessoa jurídica e pessoa física. Portanto, havia a preferência das empresas a se socorrem do endividamento ao invés da capitalização.

Os autores percebem que, cortando 10% das alíquotas do imposto corporativo, há a diminuição do financiamento por endividamento em 4%, mesmo mantendo as alíquotas progressivas para o imposto das pessoas físicas. Isto porque, no período de estudo, os dividendos eram tributados como rendimentos ordinários com base nas alíquotas IRPF. No período analisado, 1954-1995, 19% dos ativos das corporações foram financiados com débito (GORDON; LEE, 1999).

Os autores relatam que, no período em questão, as alíquotas do imposto corporativo eram maiores do que do imposto das pessoas físicas, por isso, os contribuintes buscavam alternativas para serem tributados conforme a alíquota do imposto de renda das pessoas físicas, sendo que a mais comum era mudando o tipo societário de corporação para não corporação.

Outro método de planejamento fiscal, era ao invés de se capitalizarem por meio da emissão de ativos mobiliários, as corporações se financiavam através do endividamento. Principalmente, depois que os juros devolvidos eram tributados com



as alíquotas progressivas do imposto de renda das pessoas físicas, menos onerosos, e dedutíveis no imposto de renda corporativo.

Em razão da menor alíquota para as rendas das pessoas físicas em relação às corporações, gradativamente, geraram maior incentivo às alterações da forma societária, em especial para as grandes empresas.

As empresas com baixas alíquotas de imposto de renda eram incentivadas a usar menos débito/endividamento, enquanto as grandes empresas que arcavam com maiores alíquotas de imposto de renda usavam do endividamento.

Logo, pode-se afirmar que existe, sim, correlação entre o endividamento das empresas e imposto de renda, bem como os dividendos tributados no âmbito da corporação podem influir sobre suas decisões de endividamento se as alíquotas do imposto de renda forem superiores às alíquotas das pessoas jurídicas.

Portanto, considerando que o imposto corporativo, nos moldes dos países componentes da OCDE (usamos como modelo base o norte americano), reflete a ineficiência tributária, gera fenômenos indesejados, como indução e distorção do mercado e, não por menos, é um modelo societário completamente diferente com apuração contábil distinta, a tentativa de importação do mesmo pode ser tida como imprudente, pois os problemas do modelo são, igualmente, importados.

Após vários estudos que suscitam os problemas do imposto corporativo e a sobreposição dos efeitos da ineficiência, os quais demandaria muito estudo e pesquisa, razão está que só trouxemos uma abordagem superficial sobre o tema, foram sugeridas propostas para a reforma, mais uma vez, utilizaremos sugestões apreciadas pela doutrina norte americana.

O primeiro modelo proposto foi denominado método de integração plena ou de parceria, segundo o qual todos os ganhos das corporações durante um determinado ano, sendo esse ganho distribuído ou não, são atribuídos aos acionistas





como uma parceria e os acionistas seriam tributados conforme a aquisição dos ativos.

Por exemplo, se X é dono de 1% das ações de Empresa Y, cada ano o rendimento tributado será de 1% dos rendimentos tributáveis da Empresa Y.

Destacamos os benefícios elencados por essa forma de tributação: (a) a má alocação de recursos entre setores empresariais e não empresariais seria eliminada; (b) na medida em que a integração reduzisse a taxa de tributação sobre os rendimentos do capital, as distorções induzidas por impostos nas decisões de poupança diminuam; (c) a integração iria eliminar os incentivos para lucros acumulados em excesso; (d) a integração plena acabaria com a predisposição sistema de financiar dívidas, pois não haveria base tributária das empresas em separado a partir da qual fazer a dedução do pagamento de juros (GAYER; ROSEN, 2015, p. 444).

Dessa proposta, os principais benefícios prognosticados seriam quanto a distribuição da renda, pois afetaria os integrantes das camadas superiores e inferiores da pirâmide social. Uma vez que as pessoas físicas que contribuem com alíquotas mais altas no imposto de renda pessoa física seriam as mais atingidas.

Outro método utilizado para evitar a bitributação do capital é o denominado, “imputação de crédito”. Primeiramente, o tributo é arrecadado na pessoa jurídica, o que corresponderia ao IRPJ, e depois nas pessoas físicas beneficiadas pelos dividendos; os acionistas poderão se creditar do montante pago pelas companhias investidas, que foram pagos anteriormente; e esse crédito poderá ser usado para abater obrigações de cunho pessoal, como os dividendos.

Sem a imputação do crédito, o acionista seria obrigado a recolher todos os ganhos do capital, créditos, etc. no total. A instituição da imputação do crédito fará com que o acionista possa abater essas obrigações tributárias com os créditos obtidos



pelos dividendos recebidos, poderá, havendo excesso de crédito, abater outras obrigações tributárias no mesmo ano (HATHWAY; OFFICER, 2004).

Os autores admitem que praticamente todos os países da OCDE tem alguma forma de imputação de crédito – o mais relevante, que não adota esse sistema é os Estados Unidos. Nesse sistema, em sua maioria, o imposto pessoal dos acionistas com direito ao dividendo é retido na fonte (esse artigo foca no sistema de imputação de crédito Australiano). Esse crédito não pode ser usado, por exemplo, por estrangeiros e pessoas que não estão obrigadas pela lei local, e os beneficiários do crédito poderão resgatá-lo quando estiverem obrigados a cumprir com alguma obrigação tributária. O acesso ao crédito é concedido pela companhia que emite ações com crédito, então, o direito ao crédito depende da política da empresa

Por outro lado, WILKINSON; CAHAN; JONES, (2000), a Nova Zelândia, a partir de 1993, estendeu a imputação do crédito para não-resistentes.

O outro método para a extinção da dupla tributação sobre os rendimentos do capital das pessoas jurídicas consiste na dedução da base de cálculo dos dividendos distribuídos ao acionista, na apuração contábil da corporação, assim como é feito com o Juros Sobre o Capital Próprio, o que ficou conhecido como auxílio dividendos, o qual funcionaria como uma espécie de isenção para as corporações. Por óbvio que essa dedução pode representar apenas uma quantia máxima, que não chegue a 100%, como ocorre hoje com a legislação norte americana, então, não corresponderia a uma isenção<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Sobre as distorções causadas pela tributação do capital, vide o artigo do professor José Roberto Afonso da FGV/IBRAE (AFONSO, 2014), onde constata que o fenômeno da Pejotização no Brasil decorre da carga tributária sobre as pessoas jurídicas que contribuem com o CSLL e PIS/COFINS, que aumenta em quase 10 pontos percentuais a alíquota total dentre os países da América Latina e parte dos países componentes da OCDE. Enquanto nos países do norte europeu, o trabalhador se vale desse método de planejamento fiscal para escapar das altas alíquotas da renda-trabalho, aqui, a esugelha se presta para evitar as contribuições com a seguridade social (CSLL, Cofins)



## **4 A TEORIA ECONÔMICA DE JOSEPH STIGLITZ SOBRE A RENDA-CAPITAL E A RELAÇÃO ENTRE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO FACE AO IMPOSTO DE RENDA.**

O economista Joseph Stiglitz (2000), enumera algumas das características essenciais para a elaboração de um “bom” sistema tributário, seriam elas:

- a) eficiência econômica: não deve interferir na atribuição eficiente dos recursos;
- b) simplicidade administrativa: de modo que seja a arrecadação barata e fácil para a administração tributária;
- c) flexibilidade: deve responder facilmente às intercorrências econômicas, circunstâncias de cambio etc.;
- d) responsabilidade política: o contribuinte deve saber exatamente e, em qual medida, sua contribuição está sendo utilizada pelo Estado e em que medida as aplicações refletem a sua preferência de alocação de recursos na comunidade;
- e) justa: o tributo deve ser justo na forma que lida com diferentes grupos ou indivíduos componentes da matriz social, de modo a tratá-los de maneira proporcional.

Feita essa abordagem preliminar, o renomado economista adentra as questões concernentes à tributação do capital. No livro em análise, como fora dito anteriormente, poucas vezes a literatura faz separação entre o que são rendimentos do capital – qual a tributação da pessoa física e jurídica; quais capitais são provenientes ou aplicados no mercado financeiro ou de capitais. Todavia, elaboramos tópico próprio para elucidar a teoria econômica de Stiglitz (2000) sobre a tributação do capital abarcando todas as modalidades de tributação.



## 4.1 Elasticidade Tributária

Objetivando trazer a lume um pouco da doutrina econômica de Stiglitz (2000), faz-se mister explicar o conceito e a que se refere o autor quando traz à baila o conceito de elasticidade tributária.

A elasticidade diz respeito às afetações econômicas ocasionadas por eventos externos ou internos ao mercado, como a instituição de um tributo, assim, quando nos referimos à elasticidade, esta considera a oferta de determinado bem/coisa e demanda por determinado bem/coisa.

## 4.2 A natureza infinitamente elástica dos mercados quando se depara com novas exações

Cumprе mencionar, que a elasticidade do mercado mobiliário é, nas palavras do autor, “infinitamente elástica”. Ou seja, as curvas de variações de demanda e ofertas estão sujeitas a fatores externos e internos.

Da doutrina do autor, depreende-se que sempre que houver uma instituição tributária sobre o capital, ou, até mesmo outras imposições, fatores políticos, sociais etc., a oferta e demanda tencionam para cima ou para baixo, isto é, a elasticidade é medida de acordo com as variações das curvas de oferta e demanda e quantas variações transcorrerão desses fatores externos e/ou internos.

Por exemplo, numa variação de demanda em curva horizontal com um decréscimo do seu preço (para produtos) dá lugar a um pico de demanda, seria isto uma elasticidade infinita. Por sua vez, na redução do preço de um bem, aliada a uma curva de oferta vertical, teremos uma oferta que não varia em absoluto quando varia seu preço (em oposição ao que ocorre com variações de preço na demanda), esta



elasticidade é igual a zero ou nula, também não dará lugar a um incremento de sua demanda pela simples mudança do preço.

Dessumimos dessa premissa que, sempre que há um gravame em determinado ativo, mediante, por exemplo, a instituição de um imposto, a curva de oferta e demanda restará prejudicada, perpendicularmente para baixo. Noutras palavras, a busca dos investidores por ativos naquele mercado determinado será afetada negativamente (baixa na demanda), pois, como ressaltado, a elasticidade nesse caso é infinitamente elástica.

### **4.3 Redução da Assunção do risco Empresarial**

Outro ponto a ser considerado, a despeito da tributação e seus impactos, há de se mencionar a veicidade na assunção do risco.

Tendo em vista que a motivação do empreendedor/investidor em assumir o risco da atividade empresarial ou do investimento está interligada ao o quanto aquele capital pode gerar de lucro, se os riscos do investimento forem muito altos (os impostos incrementam o risco do investimento), os investidores tentem a assumir o risco sempre que o retorno financeiro for igualmente satisfatório naquelas condições de mercado (da mesma forma, o imposto sobre a pessoa física, reduz os lucros obtidos).

Nesta toada, a atividade empresarial e o fomento ao investimento estrangeiro haveria de ser estorvado com a instituição de um tributo sobre o capital, pois, se um investimento anteriormente muito lucrativo, mas, tal qual arriscado, não ofereceria, aos olhos dos investidores, lucro suficiente a cobrir o risco assumido.

Sendo assim, o risco do investidor persistiria o mesmo após a instituição do tributo, contudo, o lucro obtido a partir da assunção excessiva do risco não justificaria a especulação de alto risco. Sobremaneira, o movimento lógico seria a



redução exponencial da diversificação de investimentos, bem como o desincentivo em assumir riscos excessivamente altos no mercado.

#### 4.4 Efeitos inflacionários

Na obra “*La Economía del Sector Público*”, Joseph STIGLITZ (2000) aponta as *malezas* na tributação inadequada do Capital, destacando os efeitos inflacionários sobre este. O autor afirma que a inflação gera alguns problemas quando da incidência de impostos sobre o capital, já que grava não somente os rendimentos nominais, mas também os rendimentos reais dos investidores (STIGLITZ, 2000 p. 642).

O autor exemplifica que se uma pessoa que tem ativos rendendo a 10%, porém se a taxa de inflação gira em torno de 10% também, o seu lucro real é zero e seu lucro nominal será positivo (10%). Contudo, esse quadro não acarreta lucro verdadeiro ao acionista ou investidor, pois o lucro irá ser deduzido da taxa de inflação na aquisição de outros produtos. Todavia, a legislação tributária somente irá tributar o lucro nominal decorrente do capital, desconsiderando a inflação e demais encargos da vida quotidiana.

Quantificando as explicações, o autor (STIGLITZ, 2000) afirma que se uma pessoa coloca R\$ 1.000,00 (mil reais) em um conta de poupança e recebe R\$100 reais de lucro, se a taxa de inflação for de 10%, seu lucro real será de zero, os R\$100,00 de lucro se compensam pela perda do valor real de sua conta de poupança.

Outrossim, as taxas de inflação também reduzem o valor real das amortizações, as quais estão ligadas ao preço nominal a que o indivíduo e a empresa pagam pelo ativo. Conquanto, o poder aquisitivo para reinvestir no mercado e, até mesmo, ser mantido na poupança, será tolhido pelos decréscimos das taxas inflacionárias em conjunção com alíquotas tributárias.



Não obstante podendo findar por não haver lucro real, mas sim, um déficit do investimento, considerando que abatendo a incidência tributária e a taxa de inflação, a depender do lucro nominal do ativo, pode ser maior que o próprio lucro real.

#### **4.5 Investimentos e rendimentos da poupança e poupança nacional: a relação umbilical entre Imposto de renda e desenvolvimento econômico.**

Para o eminente economista estadunidense, a instituição do imposto proveniente da renda-capital introduz uma lacuna ou uma distorção mercadológica nas linhas de demanda/oferta em investimentos e rendimentos da poupança:

Neste capítulo, suponhamos que o imposto sobre as rendas do capital influem negativamente na poupança agregada e perguntamos que efeitos produzem na economia e, em concreto, qual o nível de investimento e do estoque de capital. Na medida em que uma redução do nível de poupança se traduza em um redução do estoque de capital, a produção por trabalhador diminui e finalmente, diminuirá, também, seu nível de vida (bem-estar). Ao ser cada vez menor a quantidade de investimento por ano, o estoque de capital da economia acaba diminuindo suficientemente para afetar a qualidade de vida do país. (STIGLITZ, 2000, p. 623).

Portanto, se o Estado tributante renúncia ou reduz a alíquota sobre o capital, a tendência será que a percentagem de investimentos entre em curva ascendente nas demandas de investimento estrangeiro, assim como o interno (STIGLITZ, 2000 p. 619).

O autor afirma que o investimento de um país não é apenas o nível de poupança das empresas, mas também o nível de poupança nacional, incluída a poupança pública representada pelo *superávit* e o *déficit* orçamentário.



Uma redução do imposto de renda-capital reduz também a arrecadação do Estado, logo, aumenta o *déficit* público e cresce também a poupança privada, mas diminui a poupança nacional, salvo se outros impostos tenham suas alíquotas majoradas.

Entretanto, o aumento do *déficit* público, conforme cresce a poupança privada, diminui a poupança nacional e, igualmente, o investimento.

Se a poupança é relativamente inelástica, a poupança privada não aumenta muito, mas há um aumento considerável do *déficit* público.

Supondo que, por exemplo, as rendas do capital representassem 20% do PIB e o imposto sobre o capital de 20%. O efeito, a curto prazo, da redução das alíquotas desse imposto sobre a renda-capital pela metade, reduziria a arrecadação do estado em uma quantidade igual a 2% do PIB, portanto, o *déficit* público aumenta em 2% em relação ao PIB.

Se a poupança privada representa 5% do PIB, uma redução do imposto em 50% eleva o rendimento do capital em 12,5% e aumenta a poupança em algo próximo a 1%, isto é, 0,05% do PIB. Logo, a poupança nacional (poupança privada menos *déficit* público) diminui na realidade. Contudo, se a política fiscal, em compensação, majora as alíquotas do imposto sobre os salários, de modo que os indivíduos desfrutem do mesmo bem-estar anterior à redução do imposto, a poupança nacional aumenta.

Isto porque se produz o efeito substituição (redução do poder de compra presente e incremento da poupança futura), os indivíduos consomem menos e poupam mais, sem a piora do bem-estar do indivíduo. Por conseguinte, a poupança privada aumenta, sem prejuízo do orçamento público, mas, em verdade, o orçamento público cresce e o *déficit* diminui.





Assim, um imposto sobre as rendas pode gerar uma utilidade individual e poupança nacional maiores, sem afetar a neutralidade econômica e, ainda, proporcionam a mesma arrecadação, priorizando a poupança privada e o investimento.

Concluimos, pois, que a maior tributação da renda-trabalho sobre os salários, com alíquotas reduzidas sobre o capital, do ponto de vista da eficiência, é imensamente mais vantajosa, pelos argumentos acima selecionados.

Em estudo realizado por Kneller et al (KNELLER; BLEANEY; GEMMELL, 1999) em um período de 25 anos, usando a base de dados fornecida pela OCDE, com 22 países componentes, os autores avaliaram os impactos dos impostos distorcivos sobre o crescimento econômico dos países, bem como questões relativas aos gastos públicos<sup>3</sup>.

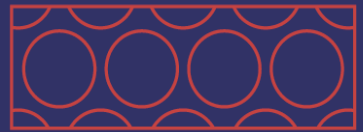
Os impostos distorcivos são aqueles que afetam a decisão de investir dos agentes econômicos e a despesa pública é considerada produtiva quando contribui para a produção privada (COELHO, 2011).

Dividindo em quatro categorias: impostos distorcivos e impostos não distorcivos, gastos produtivos e gastos não produtivos. Os impostos distorcivos são aqueles que tem impacto nas decisões de investimento e o impostos não distorcivos são aqueles que não afetam as decisões de poupança/investimento, logo não tem efeitos sobre o crescimento.

Os gastos do governo são diferidos entre os que cumprem a função de produção privada ou não, sendo que os que estão incluídos na função da produção privada são gastos produtivos e tem efeitos sobre o crescimento, os quais são destinados às áreas de pesquisa e tecnologia, voltando para a produção privada.

---

<sup>3</sup> As pesquisas desses autores foram realizadas com base em 22 países componentes da OCDE durante os anos de 1970-1995



Caso contrário, serão considerados gastos improdutivos e não afetam o crescimento, os quais são classificados como gastos improdutivos.

Os autores distinguem os impostos distorcivos e não distorcivos, com base nos principais impostos elencados pela OCDE, porquanto, os primeiros são relacionados à renda e propriedade, já os segundos, os impostos sobre o consumo, apesar de que podem afetar a escolha de trabalho/lazer.

Ambos os impostos são distorcivos, todavia, os impostos sobre a renda e os fatores de produção tem impactos negativos maiores sobre o crescimento, enquanto os não distorcivos têm efeitos pequenos ou estatisticamente insignificantes sobre o crescimento.

Na combinação de tributação não distorciva e despesas não produtivas, há um aumento das despesas produtivas – isso melhora significativamente o crescimento, na contramão, um aumento da tributação distorcida reduz significativamente o crescimento.

Os autores concluem dizendo que, ainda que os dados devam ser analisados com cautela, mesmo assim as estimativas mais baixas sugerem que aumentar as despesas produtivas ou reduzir os impostos distorcidos em 1% do PIB pode aumentar a taxa de crescimento entre 0,1 e 0,2% ao ano.

Já a pesquisa de Smith Jr. et al (SMITH JUNIOR; SMITH; GRUBEN, 2010) indica que o consumo do governo tem um efeito negativo sobre o crescimento. Quanto menores as alíquotas das corporações, há incremento da atividade econômica no local, crescimento do PIB, redução do desemprego e maior poupança.

Os autores combinam os dados dos países com maiores alíquotas sobre a renda com os países com alíquotas mais baixas sobre a renda, no período de quatro anos.



No interregno de 1 ano, os países com menores alíquotas tributárias tiveram redução da taxa de desemprego em comparação com os países com alíquotas tributárias mais robustas. Assim como, também o desemprego aumenta mais rapidamente entre países com alíquotas tributárias maiores (no período de quatro anos) e o desemprego diminui para países com alíquotas menores sobre a renda.

Mormente, as maiores taxas de poupança também estavam vinculadas a países com alíquotas reduzidas (no período de 3 anos, 2005 a 2007). Ressalva, porém, que durante os três anos, a poupança entre os países não foi tão significativa, enquanto já nos anos de 2006 a 2007, a poupança nos países com alíquotas menores foi significativamente maior do que em países com alíquotas altas.

Ademais, o estudo sugere que o aumento médio do PIB, entre os países com alíquotas tributárias mais baixas sobre as rendas foi maior do que para os países com altas alíquotas tributárias.

Finaliza, acentuando que os países com alíquotas tributárias menores têm experimentado maior atividade econômica em relação aos demais países.

Nesse mesmo diapasão, Ethan Ilzetzki no artigo intitulado *Fiscal Policy and Debt Dynamics in Developing Countries*, *World Bank Policy Research Working* (ILZETZKI, 2011) considera que o corte no imposto de renda das Pessoas Físicas em 1% pode aumentar o PIB em 0,16% em países desenvolvidos. Para os países em desenvolvimento, o número é ainda mais substancial, chegando a um incremento de até 0,4% no PIB, com a redução do imposto de renda.

Ademais, a tributação do capital com alíquotas baixas sugere dinamismo da economia e atrai investidores estrangeiros com vistas à possibilidade de maiores lucros.



O Comitê de assuntos Fiscais da OCDE, em 2008, em amplo estudo sobre a relação entre tributação e crescimento, publicou algumas considerações sobre o tema, defendendo que a tributação dos rendimentos do capital contivesse alíquotas moderadas com o fito de minimizar as distorções ocasionadas pela política fiscal (OCDE, 2008 apud COELHO, 2011).

Sendo que a tabela de alíquotas para as pessoas físicas deve prever uma grande quantidade de alíquotas progressivas, contudo, não muito elevadas, para não desestimular o empreendedorismo e a formação de capital humano.

As isenções, igualmente, devem ser usadas para corrigir externalidades e para fomentar o esforço tecnológico e o desenvolvimento econômico (COELHO, 2011).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho pretende estabelecer um diálogo entre dois institutos – por vezes esquecidos dentro do Direito Tributário, ou apenas um deles é efetivamente debatido pelos estudos de monografia –, quais sejam, a **equidade** e **eficiência tributária** no que concerne à tributação dos dividendos.

Este trabalho faz uma compilação de teses de mestrado e trabalhos científicos sobre o assunto, em uma análise multidisciplinar, uma vez que é impossível de se falar em direito tributário sem adentrar outras áreas do conhecimento, como economia, finanças públicas, direito, contabilidade entre outras.

O principal desafio do trabalho consistiu na elucidação de conceitos abstratos como equidade e eficiência e como estes termos podem nos ajudar a compreender o imposto de renda e a tributação dos rendimentos do capital, em especial, os dividendos.

Tendo em mente que no Brasil os dividendos foram isentos de tributação em virtude da Lei 9.249/95 (BRASIL, 1995b) e os trabalhos acadêmicos sobre o assunto



são muito escassos ou pouco conclusivos, tivemos que nos socorrer da experiência internacional e da literatura econômica para aprofundar o tema. Ademais, os dados levados a público das declarações do Imposto de Renda (DIRPF) também são muito recentes, por isso, pouco material se tem sobre a tributação dos dividendos no Brasil antes da lei supracitada.

Em coro, quase que de forma uníssona, a literatura nacional e internacional, inclusive, por relatórios emitidos pela OCDE, orienta os Estados tributantes a adotarem uma ampla quantidade de alíquotas para o imposto de renda das pessoas físicas. Portanto, a fim de se alcançar maior equidade e equilíbrio na arrecadação fiscal, em razão da potencialidade arrecadatória desta, é plausível que se implementem mais alíquotas progressivas dentre as bases de cálculo já existentes, assim maximizando a capacidade contributiva dos sujeitos passivos.

Outra medida que poderia surtir efeito positivo para a arrecadação do imposto de renda das pessoas físicas, seria a instituição de uma ou duas alíquotas a mais, além daquelas já existentes, com base de cálculo que atinjam as rendas mais elevadas.

Com escopo de se ter maior eficiência e equidade no imposto de renda, a literatura em finanças públicas admite a tributação dos dividendos na pessoa do acionista, porém, aconselha-se que essa alíquota seja fixa e baixa, entre 5% e 15% dos rendimentos percebidos do capital distribuído aos acionistas.

Acima de tudo, em economias com apuração contábil baseada no lucro econômico, como o Brasil, pois, apesar de ser distorcivo, a distorção gerada pelo tributo é quase insignificante se seguir o método de alíquota fixa abaixo da alíquota do trabalho.

Entretanto, com vistas a não desincentivar o investimento estrangeiro e as decisões de ingresso estrangeiro, tem-se por premente a adoção de medidas de renúncia fiscal na pessoa do acionista alienígena ou métodos assemelhados de alívio fiscal. Citamos três deles, o método de integração plena, imputação de crédito e de



dedução. O último, contudo, somente para as pessoas jurídicas, cabendo aos financistas averiguar qual se adequa à legislação e o sistema fiscal brasileiro da melhor forma.

Por fim, com o intento de desonerar as pessoas jurídicas, o imposto corporativo acrescido à base de cálculo dos dividendos distribuídos, no Brasil é inconcebível, não só por ocasionar diversas distorções de comportamento já apreciadas, como também pelo decréscimo da produtividade, porquanto, há indícios de que esse pode influir nas decisões de investimento das sociedades e ter relação direta com o financiamento através do endividamento, sem mencionar o aumento dos custos de utilização do capital.

Assim, considerando que a Lei 6.404/76 (BRASIL, 1976) que regulamenta as sociedades anônimas, prevê a distribuição obrigatória do dividendo de no mínimo 25%, a tributação desse dividendo no contexto da pessoa jurídica pode favorecer a retenção do lucro líquido sem destinação específica por até cinco exercícios, bem como pode ensejar na mudança de comportamento dos acionistas que tenham preferência pelo recebimento dos dividendos – digo, os investidores estrangeiros e nacionais que podem optar por investir em outra jurisdição fiscal. Aqui, adotamos o posicionamento de que os dividendos, nas pessoas jurídicas, devem ser isentos ou, senão, deduzidos da apuração do lucro.

## REFERÊNCIAS

AFONSO, J. R. R. **IRPF e Desigualdade em Debate no Brasil**: O já revelado e o por revelar. Texto de Discussão nº 42. São Paulo: FGV IBRE – Instituto Brasileiro de Economia, 2014. Disponível em: <<http://portalibre.fgv.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A7C82C5472605620147A66112056FC5>>. Acesso em: 16/12/2019, às 15:26.

AVI-YONAH, Reuven S. **Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State**. Cambridge, MA, USA: University of Michigan Law School,



The Harvard Law Review Association, 2000. Disponível em:  
<<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=article>>. Acesso em: 20/01/2020.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Editora Forense, 2013.

BISCA, Maria Heloisa et al. **Juros sobre Capital Próprio**: uma análise sobre o impacto tributário para quem paga e para quem recebe. Revista Científica Hermes. Paraná: Universidade Estadual de Londrina, 2012. Disponível em:  
<<https://docplayer.com.br/2979343-Juros-sobre-capital-proprio-uma-analise-sobre-o-impacto-tributario-para-quem-paga-e-para-quem-recebe.html>>. Acesso em: 30/09/2019, às 14:52.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional (1966). Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm)>. Acesso em: 24/09/2019, às 14:25.

BRASIL. **Lei nº 6.404, 15 de dezembro de 1976**. Lei de Sociedades Anônimas (1976). Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 24/09/2019, às 05:03.

BRASIL. **Decreto-Lei 1.598, de 26 de dezembro de 1977**. Altera a legislação do imposto sobre a renda. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/del1598compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del1598compilado.htm)>. Acesso em: 24/09/2019, às 06:30.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20/07/2019, às 8:38.

BRASIL. **Lei nº 7.799, de 10 de julho de 1989**. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7799compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7799compilado.htm)>. Acesso em: 23/07/2019, às 13:12.

BRASIL. **Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991**. Institui a Unidade Fiscal de Referência, altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências.



Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8383.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8383.htm)>. Acesso em: 28/08/2019, às 16:55.

BRASIL. **Lei 9.245/95, de 26 de dezembro de 1995** (1995a). Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9245.htm)>. Acesso em: 28/08/2019, às 20:41.

BRASIL. **Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995** (1995b). Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9249.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm)>. Acesso em: 05/03/2019, às 13:20.

BRASIL. **Instrução Normativa SRF nº 11, de 21 de fevereiro de 1996** (1996a). Dispõe sobre a apuração do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas a partir do ano-calendário de 1996. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=13034>>. Acesso em: 02/06/2019, às 13:00.

BRASIL. **Deliberação CVM 207/1996, de 27 de dezembro de 1996** (1996b). Dispõe sobre a contabilização dos juros sobre o capital próprio previstos na Lei 9.249/95. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/deliberacoes/deli0200/deli207.html>>. Acesso em: 02/06/2019, às 14:37.

BRASIL. **Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998**. Altera a Legislação Tributária Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9718compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9718compilada.htm)>. Acesso em: 06/06/2019, às 15:30.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil (2002). Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 09/04/2019, às 18:55.

BRASIL. **Lei 12.832/2013 de 20 de junho de 2013**. Altera dispositivos das Leis nºs 10.101, de 19 de dezembro de 2000, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, e 9.250, de 26 de dezembro de 1995, que altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas. Disponível em:





<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12832.htm)> .  
Acesso em: 15/08/2019, às 04:23.

**BRASIL. Lei 12.973, de 13 de maio de 2014.** Altera a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, à Contribuição para o PIS/Pasep e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins... Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112973.htm)>.  
Acesso em: 15/08/2019, às 05:52.

**BRASIL. Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018.** Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9580.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9580.htm)>.  
Acesso em: 15/08/2019, às 08:47.

BRITO, R. D; LIMA, M. R; SILVA, J. C. **O crescimento da remuneração direta aos acionistas no Brasil:** economia de impostos ou mudança de característica das firmas. *Brazilian Business Review*, v. 6, n. 1, Vitória-ES, jan - abr 2009, p. 62-81. Disponível em: <<http://www.spell.org.br/documentos/download/7774>>. Acesso em: 30/09/2019, 12:59

BRUNI, A. L.; FIRMINO, Adilson; GAMA, Alex; FAMÁ, R. O Anúncio da Distribuição de Dividendos e seu Efeito sobre os Preços das Ações: Um Estudo Empírico no Brasil. In: III CONGRESSO USP DE CONTROLADORIA E CONTABILIDADE (Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo), 2003, São Paulo SP. **Anais do III Congresso USP de Controladoria e Contabilidade** (Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo), 2003. v.1. p.1-20. Disponível em: <[https://pdfs.semanticscholar.org/a405/6cdfca6faf8a5814e08028939a8c34af1cc3.pdf?\\_ga=2.67872657.12494820.1583802617-133124729.1583802617](https://pdfs.semanticscholar.org/a405/6cdfca6faf8a5814e08028939a8c34af1cc3.pdf?_ga=2.67872657.12494820.1583802617-133124729.1583802617)>. Acesso em: 30/11/2019, às 13:03.

BULHÕES, Pereira. **Imposto de Renda das Empresas.** São Paulo: Editora Atlas, 2007.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 13 ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 1999.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a Renda: perfil constitucional e temas específicos.** São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2005.



CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29 ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2013.

CARVALHO, C. V. et al. **Tributação de Lucros e Dividendos no Brasil: uma perspectiva comparada**. Consultores Legislativos da Área III Direito Tributário e Tributação. Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva (Coord.). Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <[https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema20/2015\\_19898-tributacao-de-lucros-e-dividendos-jules-michelet-et-all](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema20/2015_19898-tributacao-de-lucros-e-dividendos-jules-michelet-et-all)>. Acesso em: 30/11/2019, às 12:16.

CARVALHOSA, Modesto. **Imposto de Renda, Conceituação no Sistema Tributário da Carta Constitucional**. São Paulo: Revista de Direito Público, n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 189.

CASSONE, Vittorio. **Direito tributário**. 24 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

CASTRO, Fábio Ávila de. **Imposto de Renda da Pessoa Física: Comparações Internacionais, Medidas de Progressividade e Redistribuição**. Dissertação (Mestrado em Economia do Setor Público). Brasília: Universidade de Brasília, UnB, 2014. Disponível em: <[https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16511/1/2014\\_F%a1bioAvilaDeCastro.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16511/1/2014_F%a1bioAvilaDeCastro.pdf)>. Acesso em: 13/12/2019, às 15:53.

CHETTY, Raj; SAEZ, Emmanuel. **Dividend Taxes and Corporate Behavior: Evidence from the 2003 Dividend Tax Cut**. The Quarterly Journal of Economics, Volume 120, Issue 3, August 2005, Pages 791–833. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/qje/120.3.791>>. Acesso em: 21/12/2019, às 04:58.

COELHO, Isaias. Tributação e Crescimento Econômico. In: SANTI, Eurico de (Org.). Tributação e Desenvolvimento: Homenagem ao Professor Aires Barreto. Série Tributação e Desenvolvimento. São Paulo: Quartier Latin, 2011. Disponível em: <<http://ccif.com.br/wp-content/uploads/2017/07/Coelho-Tributa%C3%A7%C3%A3o-e-Crescimento-Econ%C3%B4mico.pdf>>. Acesso em: 09/02/2020.

DIAMOND, Peter; SAEZ, Emmanuel. **The Case for a Progressive Tax: From Basic Research to Policy Recommendations**. Journal of Economic Perspectives. Volume 25, Number 4, Fall 2011. Pages 165–190. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/profile/Peter\\_Diamond/publication/227356345\\_The\\_Case\\_for\\_a\\_Progressive\\_Tax\\_From\\_Basic\\_Research\\_to\\_Policy\\_Recommendation/links/0a85e53b17217e9c45000](https://www.researchgate.net/profile/Peter_Diamond/publication/227356345_The_Case_for_a_Progressive_Tax_From_Basic_Research_to_Policy_Recommendation/links/0a85e53b17217e9c45000)>



00/The-Case-for-a-Progressive- Tax-From-Basic-Research-to-Policy-Recommendation.pdf>. Acesso em: 10/01/2020, às 09:37.

FERNANDES, R. C.; CAMPOLINA, B.; SILVEIRA, F. G.. **Imposto de Renda e Distribuição de Renda no Brasil**. Texto para Discussão 2449. Brasília: IPEA, 2019. Disponível em:

<[https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=34664%3Atd-2449-imposto-de-renda-e-distribuicao-de-renda-no-brasil&catid=419%3A2019&directory=1&Itemid=1](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34664%3Atd-2449-imposto-de-renda-e-distribuicao-de-renda-no-brasil&catid=419%3A2019&directory=1&Itemid=1)>. Acesso em: 04/12/2019, às 11:01.

GAYER, Ted; ROSEN, Harvey S. **Finanças públicas**. 10. ed. Porto Alegre: Amgh Editora Ltda, 2015. Tradução Rodrigo Dubal. Princeton University e Brookings Institution.

GOBETTI, Sergio Wulff; ORAIR, Rodrigo Otávio. **Progressividade Tributária: a agenda negligenciada**. Texto para Discussão TD 2190. Rio de Janeiro: IPEA, 2016. Disponível em:

<[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2190.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2190.pdf)>. Acesso em: 29/07/2019, às 21:39.

GOBETTI, Sergio Wulff. **Tributação do Capital no Brasil e no Mundo**. Texto para Discussão TD 2380. Brasília: IPEA, 2018. Disponível em:

<[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2380b.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2380b.pdf)>. Acesso em: 29/07/2019, às 16:54.

GOOLSBEE, Austan. **The Impact and Inefficiency of the Corporate Income Tax**: Evidence from State Organizational Form Data. Working Paper 9141; Cambridge, MA 02138, September 2002. Disponível em:

<<https://www.nber.org/papers/w9141.pdf>>. Acesso em: 10/01/2020, às 22:09.

GORDON, Roger H.; LEE, Young. **Do Taxes Affect Corporate Debt Policy? Evidence from U.S. Corporate Tax Return Data**. Working Paper 7433;

Cambridge, MA 02138, December 1999. Disponível em:

<[https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/nber\\_w7433.pdf?abstractid=203154&mirid=1](https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/nber_w7433.pdf?abstractid=203154&mirid=1)>. Acesso em: 10/01/2020, às 17:25

GRAHAM, John R. **Taxes and Corporate Finance**: A Review. Fuqua School of Business, Duke University, Durham. 2003. Disponível em:

<<https://faculty.fuqua.duke.edu/~jgraham/website/TaxReviewNOWZacFinal.pdf>>. Acesso em: 10/01/2020, às 09:14.



HATHWAY, Neville; OFFICER, Bob. **The Value of Imputation Tax Credit**. Melbourne: Capital Research Pty Ltd, 2004. Disponível em: <<http://www.capitalresearch.com.au/downloads/ImputationUpdate2004.pdf>>. Acesso em: 07/02/2020, às 09:40

HOLMES, Kevin. **The Concept of Income: A Multi-Disciplinary Analysis**. v. 1. Amsterdam: IBFD Doctoral Series, 2001.

ILZETZKI, Ethan. **Fiscal Policy and Debt Dynamics in Developing Countries**. Policy Research Working Paper 5666; The World Bank Development Research Group Macroeconomics and Growth Team, May 2011. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/850821468325230387/pdf/WPS5666.pdf>>. Acesso em: 05/01/2020, às 15:19.

IRS. Internal Revenue Service. 2019. **Tax Cuts and Jobs Act: A comparison for large businesses and international taxpayers**. Disponível em: <<https://www.irs.gov/newsroom/tax-cuts-and-jobs-act-a-comparison-for-large-businesses-and-international-taxpayers>>. Acesso em: 29/02/2020, às 14:53.

KNELLER, Richard; BLEANEY, Michael F.; GEMMELL, Norman.

**Fiscal Policy and Growth: Evidence from OECD Countries**. London: Elsevier Science S.A., 1999. *Journal of Public Economics*, 74, 1999, p. 171–190.

LAGEMANN, Eugênio. **Tributação Ótima**. Porto Alegre: Ensaios FEE, 2004. v. 25, n. 2, p. 403-426. Disponível em: <<https://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/view/2064/2446>>. Acesso em: 09/02/2020, às 13:34.

LEONETTI, Carlos Araújo. **Imposto sobre a Renda como Instrumento de Justiça Social no Brasil**. São Paulo: Editora Manole, 2003.

LIMA, Mariana Miranda. **A Natureza Jurídica dos Juros sobre Capital Próprio e as Convenções para Evitar a Dupla Tributação**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <[https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-20102011-134923/publico/Mariana\\_Miranda\\_Lima\\_Diss\\_INTEGRAL.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-20102011-134923/publico/Mariana_Miranda_Lima_Diss_INTEGRAL.pdf)>. Acesso em: 16/07/2019, às 20:07.

LINTNER, John. **The Distribution of incomes of corporations among dividends, retained earnings, and taxes**. v. 46, n° 2, *Papers and Proceedings of the Sixtyeighth Annual Meeting of the American Economic Association*, 1956, p. 97-113.



Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1910664>>. Acesso em: 23/12/2019, às 16:08.

MACHADO, Hugo de Brito. **Teoria Geral do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 2015.

MEDEIROS, Marcelo; SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira de; CASTRO, Fábio Ávila de. **A Estabilidade da Desigualdade de Renda no Brasil, 2006 a 2012**: estimativa com dados do imposto de renda e pesquisas domiciliares. *Ciência & Saúde Coletiva*, v.2, n.4, Rio de Janeiro, abr. 2015.

MODIGLIANI, Franco; MILLER, Merton H. **Corporate Income Taxes and the Cost of Capital: A Correction**. *The American Economic Review*. v. 53, nº 3. American Economic Association, jun. 1963, p. 433-443.

NEVES, Silvério das; VICECONTI, Paulo E.; AGUIAR, Francisco. **Curso Prático de Imposto de Renda**. Pessoa Jurídica e Tributos Conexos. CSLL, PIS, COFINS. 16 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2015.

PARETO, Vilfredo. **Os Economistas**: Manual de Economia Política. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1996 (Círculo do Livro Ltda).

PAIVA, José Wagner Morais; LIMA, Álvaro Vieira. A influência da tributação e dos juros sobre o capital próprio na política de dividendos das companhias brasileiras. In: **ENCONTRO BRASILEIRO DE FINANÇAS**, 1, 2001, Rio de Janeiro. Anais... Rio de Janeiro: SBFIn, 2001. Disponível em: <<https://www.revistas.uneb.br/index.php/financ/article/download/3844/2447>>. Acesso em: 15/04/2019.

PIKETTY, T. **Capital in the Twenty-First Century**. Translator: Arthur Goldhammer. Cambridge: Harvard University Press, 2014, p. 634. Disponível em: <<https://dowbor.org/blog/wp-content/uploads/2014/06/14Thomas-Piketty.pdf>>. Acesso em: 23/06/2019, às 14:00.

PORTEBA, James M. **Dividends, Capital Gains, and the Corporate Veil**: Evidence from Britain, Canada, and the United States. Departamento of Economics, M.I.T, 1989. Disponível em:

<[https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/nber\\_w2975.pdf?abstractid=467570&mid=1](https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/nber_w2975.pdf?abstractid=467570&mid=1)>. Acesso em: 03/02/2020, às 15:27



RAMSEY, F. P. **A contribution to the theory of taxation.** The Economic Journal, London, Macmillan, v. 37, n. 1, Mar 1927, p. 47-61.

ROBERT, Bruno. **Dividendo Mínimo Obrigatório na S/A:** apuração, declaração e pagamento. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

SANTOS, João Victor Guedes. **Teoria da Tributação e Tributação da Renda nos Mercados Financeiros e de Capital:** entre a equidade e a eficiência, entre a capacidade contributiva e a indução. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <[https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-20032013-140006/publico/DISSERTACAO\\_Joao\\_Victor\\_Guedes\\_Santos\\_Integral.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-20032013-140006/publico/DISSERTACAO_Joao_Victor_Guedes_Santos_Integral.pdf)>. Acesso em: 05/04/2019, às 17:17..

SMITH JUNIOR, Lawrence C.; SMITH, L. Murphy; GRUBEN, William C. **A Multinational Analysis of Tax Rates and Economic Activity.** Louisiana Tech University and Texas A&M University, 2010. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/profile/Murphy\\_Smith/publication/228293582\\_A\\_Multinational\\_Analysis\\_of\\_Tax\\_Rates\\_and\\_Economic\\_Activity/links/5aa0277a0f7e9badd9a0aaca/A-Multinational-Analysis-of-Tax-Rates-and-Economic-Activity.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Murphy_Smith/publication/228293582_A_Multinational_Analysis_of_Tax_Rates_and_Economic_Activity/links/5aa0277a0f7e9badd9a0aaca/A-Multinational-Analysis-of-Tax-Rates-and-Economic-Activity.pdf)>. Acesso em: 12/12/2020, às 15:34.

SOARES, Sergei et al. **O potencial distributivo do imposto de renda pessoa física (IRPF).** Texto para Discussão 1433. Rio de Janeiro: IPEA, 2009. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1433.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1433.pdf)>. Acesso em: 06/02/2020, às 05:45.

SORENSEN, Peter Birch. **Dual Income Taxation:** Why and How? CESifo Working Paper Series n° 1551. Denmark: University Copenhagen – Department of Economics; CESifo (Center for Economic Studies and Ifo Institute), 2005. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=833027>>. Acesso em: 12/12/2020, às 19:01.

STERN, N. H. On The Specification of Models of Optimum Income Taxation. **Journal of Public Economics**, Oxford, England, v. 6 , p. 123-162, 1976. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.561.4527&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 09/09/2019, às 20:53.



STIGLITZ, Joseph E. **La Economía del Sector Público**. Tradução Esther Rabasco e Luis Toharia. Barcelona: Antoni Bosch Editor, S.A, 2000.

STRÖHER, Jéferson Rodrigo. **Análise da Política de Dividendos**: uma aplicação de regressão quantílica. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Rio Grande do Sul, São Leopoldo, 2015. Disponível em:  
<<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3853/J%20c3%a9ferson%20Rodrigo%20Str%20c3%b6her.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 29/08/2019, às 19:36.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. Teoria Geral e Direito Societário. v. 1. São Paulo: Saraivajur, 2018.

TORRES, R. L. A Legitimação da capacidade contributiva e dos direitos fundamentais do contribuinte. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). **Direito Tributário**: Homenagem a Alcides Jorge Costa, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

VIANA JUNIOR, Dante Baiardo Cavalcante et. al. **A Influência da Política de Dividendos sobre o Valor de Mercado**: Evidências em Empresas Brasileiras. In: Contabilidade, Gestão e Governança, Brasília, v. 20, n. 2, p. 195-194, mai/ago, 2017.

WILKINSON, Brett R.; CAHAN, Steven F.; JONES, Geoff; **Tax Strategies and Dividend Imputation**: The Effect of Foreign and Domestic Ownership on Average Effective Tax Rates. North New Zealand: Massey University, Palmerston, Department of Accountancy and Business Law, 2000. Disponível em:  
<[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=242778](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=242778)>. Acesso em: 19/02/2020, às 12:02.

WOLFFENBÜTTEL, A. O que é? Índice de Gini. IPEA. Revista Desafios do Desenvolvimento. 2004. Ano 1. Edição 4 – 1/11/2004. Disponível em:  
<[http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&id=2048:catid=28](http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2048:catid=28)>. Acesso em: 02/02/2020, às 7:49.

ZAGONEL, Timóteo. Política de Dividendos, Tributação e Governança Corporativa no Brasil. 2018. Scielo em perspectiva: Humanas. RAUSP Management Journal, v. 53, n. 3, São Paulo, jul/set. 2018. Disponível em:  
<<https://humanas.blog.scielo.org/blog/2018/12/03/politica-de-dividendos-tributacao-e-governanca-corporativa-no-brasil/>>. Acesso em: 11/03/2019, às 15:58.



ZANON; André Ricardo Moncaio; ARAÚJO, Clésio Gomes de; NUNES, André. **A Influência da Política de Dividendos no Valor de Mercado das Empresas Brasileiras.** In: Revista de Gestão, Finanças e Contabilidade, v. 7, n. 3, p. 326-339, set./dez., 2017. Salvador: UNEB, 2017.





# O PRESSUPOSTO DA RACIONALIDADE ECONÔMICA: UM ESTUDO DE CASO SOBRE O SEU IMPACTO NA PUBLICIDADE INFANTIL

Filippe Ximenes Aguiar de Oliveira

## RESUMO

Atualmente são inúmeros os desafios no contexto jurídico em virtude dos grandes avanços da tecnologia e da complexificação da tomada de decisão humana em face de tantas opções que foram apresentadas e disponibilizadas. Uma das ferramentas mais importantes desenvolvida nos últimos tempos é a intersecção entre o campo do Direito com a compreensão econômica da sociedade, dando surgimento, no Brasil, ao Direito Econômico. Esta disciplina busca analisar as visões vertentes jurídicas, políticas e econômicas das decisões dos indivíduos para gerar uma resposta jurídica mais precisa e adequada à situação concreta. Portanto, utilizando as ferramentas deste ramo, principalmente a análise econômica, o objetivo desse estudo é analisar as bases de linguagem utilizada pelo mercado e pelo ordenamento jurídico brasileiro, que incorporou esta visão daquele, principalmente a premissa da racionalidade apresentada pela Escola de Chicago, e os impactos que esta possui na sociedade. O presente estudo aprofunda na análise especificamente da publicidade voltada para o público infantil nos tempos atuais, evidenciando a prática do *unboxing* como um fruto da ausência de delimitações jurídicas para a publicidade. A partir deste estudo de caso, assim como por uma extensão revisão bibliográfica, apresenta que a premissa da racionalidade adotada pelo mercado encontra diversas brechas com o desenvolvimento de pesquisas realizadas pela ciência comportamental e a psicologia. Prova, portanto, que o argumento utilizado pelas empresas de publicidade que possui foco no público infantil se encontra caduca. Dessa forma, é necessário que os sujeitos de direitos aptos a se manifestar imponham medidas ainda mais restritivas, nos moldes de várias organizações internacionais, para regular o mercado publicitário brasileiro, com o foco nas redes sociais, priorizando ainda a que possui maior influência sobre o público infantil, que é o Youtube.

**Palavras-chave:** Direito Econômico. Racionalidade. Publicidade Infantil. *Unboxing*.



## 1 INTRODUÇÃO

Diante de um contexto de numerosas mudanças de comportamento e introdução de novas tecnologias na sociedade, naturalmente o ramo do Direito deve se atualizar frente aos desafios e consequências desta dinamicidade. No séc. XX, a sociedade moderna passou por grandes mudanças de paradigmas e formas de organização e pensamento, inclusive sofrendo com grandes conflitos internacionais em virtude dessa diversidade.

A partir dessa visão, é de grande importância que o ramo do Direito compreenda as bases e princípios que sustentam a noção de ser humano construída nos últimos séculos e reconheça a interdependência natural que esta possui com as relações econômicas que vigoram em nossa sociedade.

Desta forma, este artigo analisa as bases que sustentam a posição da escola majoritária econômica, Escola de Chicago, representada pela visão de Posner, e como esta reflete diretamente na tomada de decisão humana, que, por consequência, se apresenta na estrutura do ordenamento jurídico (*Law & Economics*).

A compreensão das duas matérias, econômica e jurídica, é parte essencial para analisarmos o fenômeno, que de forma geral só é analisado por uma perspectiva psicológica, correspondente ao comportamento humano (*Behavioral Law & Economics*) na tomada de decisões de todos os tipos. Demonstrando que, posteriormente à visão *mainstream*, existem inúmeros estudos realizados que fragilizam a noção de racionalidade e demonstram a necessidade de cuidado ao tomar este fator como princípio nas práticas empresariais.

Reconhecendo que as empresas, *latu sensu*, tomam este princípio como balizador das suas práticas, se eximindo de qualquer responsabilidade em relação à prática de publicidade, o presente estudo se aprofunda no público infantil e em quais



bases jurídicas o Brasil possui para a proteção da segurança e saúde desta população vulnerável. Observa-se também como se dá a efetiva prática dessas medidas, analisando as iniciativas do CONANDA, do Código do Consumidor e do trabalho do Instituto Alana em preservar o público infantil.

Busca-se, por fim, trazer atenção para o impacto de novas tecnologias, pela apresentação de dados que demonstram o grande impacto que novos meios de comunicação se dão na compreensão da publicidade infantil, tais como o YouTube, por meio de práticas como *branded entertainment*, exemplificadas pelo *unpacking* e *unboxing* vistos em canais infantis. Demonstrando, desta forma, a necessidade urgente do ordenamento jurídico brasileiro ser alterado por meio de normas que possam proteger uma parcela da população considerável que está vulnerável a práticas nitidamente abusivas

## 2 RACIONALIDADE COMO PREMISSA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Qualquer ordenamento jurídico se fundamenta em torno de entendimentos culturais básicos que são pressupostos da construção histórica daquela civilização. Segundo Venosa (2014, p. 14), “O Direito representa ao mesmo tempo um processo e um produto cultural. (...) Como produto cultural, o direito é o resultado do processo valorativo”.

Dessa forma, podemos afirmar que inúmeras conclusões que, atualmente, são dadas como certas e existentes, não passam de uma construção história e cultural da sociedade moderna do séc. XXI. Um dos pontos que mais influenciaram o nosso pensamento como sociedade e, naturalmente, como ordenamento jurídico, foi a noção básica de racionalidade, instituída na Era Iluminista (séc. XVIII), pelos contratualistas, por meio do direito natural.

De acordo com Venosa (2014, p. 43):



Segundo esse autor (Hugo Grócio), o direito natural é ditado pela reta razão a qual indica que uma ação pode estar conforme ou desconforme essa natureza racional. Esses princípios racionais persistiram válidos mesmo se não houvesse Deus. Essa diretriz passa a tomar feição ideológica, como forte argumento político para a derrubada dos antigos regimes feudais, contra o absolutismo e o poder reinol. A ideia é marcante na Revolução Francesa.

## 1.1 Revisão da Racionalidade como Postulado Central Decisório

Ainda sobre o assunto, versa Nino (2013, p. 33):

O jusnaturalismo racionalista teve origem no chamado movimento iluminista, que se estendeu pela Europa nos séculos XVII e XVIII e foi apresentado por filósofos como Espinosa, Pufendorf, Wolff e, finalmente, Kant. Segundo essa concepção, o direito natural não deriva dos mandados de Deus, mas da natureza ou estrutura da razão humana.

Os juristas racionalistas tentaram formular detalhados sistemas de direito natural, cujas normas básicas – das quais se inferiam, logicamente, as restantes – constituíam supostos axiomas, evidentes por si mesmo à razão humana e comparáveis aos axiomas dos sistemas matemáticos. Os pressupostos e métodos do racionalismo influenciaram a composição da chamada “dogmática jurídica”, que é a modalidade da ciência do direito predominante nos países de tradição continental europeia.

Apesar da concepção do Direito ter mudado com o tempo, deixando de ser meramente jusnaturalista, o princípio básico de racionalidade humana que marcou a época ainda tem consequências amplamente perceptíveis nos ordenamentos jurídicos do mundo inteiro, principalmente o americano, por meio de John Locke, do qual derivamos o seu sistema econômico.

Para aprofundar no questionamento desta premissa como um postulado central do processo de tomada de decisão humana (e, conseqüentemente, jurídica) é necessária uma breve análise histórica de quais foram as noções de comportamento estatal. Assim como verificar quais foram os moldes que o pressuposto da



racionalidade adquiriu ao longo tempo e quem são os principais influenciadores deste tipo de pensamento atualmente.

Um dos pais desse pressuposto foi um sociólogo, o próprio Weber (1864-1920), que vivia em um contexto pós-contratualista, do florescimento do pensamento racional. Para Weber, segundo Silva (2015, p. 35):

O autor estipula que o grau mais elevado da evidência seria a compreensão intelectual de uma atividade racional. Quanto mais a ação social se afaste da compreensão racional e exija uma compreensão intuitiva, mais o observador fica refém de seu histórico de experiências.

A discussão sobre o ser humano sempre foi muito mais ampla do que o círculo jurídico em qualquer civilização e, portanto, construída em torno de linhas de pensamentos muito diferentes, desde sociológicas, religiosas até econômica. Sendo que essas áreas, com o passar do tempo, foram se expandindo, se capilarizando e tomando formas próprias de acordo com o objeto de estudo específico da experiência humana.

Como, por exemplo, a Sociologia do Direito, como versa Treves (2004, p. 8),

Além de terem se ocupado do problemas geral dos relacionamentos entre direito e sociedade, como anteriormente mencionado, as doutrinas do direito natural moderno são precursoras da doutrina da sociologia do direito também pelo modo como consideraram a sociedade e pelos métodos que utilizaram nas suas indagações.

Dessa forma, ordenamento jurídico surge a partir das premissas sociológicas adotadas de forma histórica e as remodela diante dos desafios que surgem para a sociedade, mudando inclusive a forma com que estas premissas entendem o Estado.

Na época (final do séc. XVIII e início do séc. XIX), não existia a distinção clara entre sociólogos, doutrinadores jurídicos e outras áreas de conhecimento. Portanto, a noção de homem racional, apresentada pelos contratualistas, se dissemina



e cria raízes também no contexto econômico, dando surgimento ao surgimento de inúmeras ideologias.

Segundo Fonseca (2014, p. 62):

A conjugação desses dois sistemas se faz pela interferência de “um sistema fechado de pensamentos e de crenças que explicam a atitude do homem perante a vida e sua existência na sociedade, e que propugnam uma determinada forma de conduta e ação que corresponde a tais pensamentos e crenças, e que contribui para realiza-los”, para concretizá-los. A esse sistema que procura amalgamar aqueles dois outros, o jurídico e o econômico, se dá o nome de ideologia.

A partir da visão de mundo introduzida por esses autores, alçando a noção econômica à uma premissa determinística na vida do ser humano, surge a construção de um modelo de ser humano não apenas mais social mas com características materialistas (de formas de pensar e ser) e econômicas, que moldam a forma com que uma sociedade vai se estruturar. De acordo com Marx (1978, p. 143), “[...] o trabalho é a condição natural da existência humana, uma condição do metabolismo entre homem e natureza, independentemente de qualquer forma social.”

Segundo Dequech (2011, p. 601), a respeito da relação entre economia e sociologia:

Até o final do século XIX, economia e sociologia não existiam como disciplinas separadas. Vista como parte das chamadas “ciências morais”, a economia política clássica (assim como sua crítica marxista) certamente se interessava muito por instituições, mesmo quando esse último termo não era usado com muita frequência. Por volta de 1870 emergiu a economia neoclássica, que tentou aproximar a economia da física, afastando-a do que viriam a ser as outras ciências sociais.

Portanto, neste momento, a ótica econômica deixa de ser uma análise puramente de mercado e torna-se intrinsecamente ligada à noção de comportamento humano e, de forma interdependente, de posicionamento jurídico. O ser humano apresenta-se como um ser materialista que, para garantir que a sua felicidade seja



alcançada, necessita de condições físicas e materiais específicas (solicitadas pelo Estado – socialismo – ou não – capitalismo).

De acordo com Fonseca (2014, p. 5):

A chamada concentração capitalista acarretou profundas influências no Direito, fazendo surgir um novo ramo, direcionado justamente a reger o novo fator econômico. Não se tratava mais de indivíduos a serem protegidos contra o monarca absoluto, e que se relacionavam atomisticamente entre si.

[...] Essa profunda alteração no contexto social, na tipologia das relações sociais, comprometidas com o fato econômico, leva a uma nova juridicização, a uma nova manifestação reguladora do Direito direcionada a um fato novo. O fato econômico se apresenta de forma diferente, e o direito se curva sobre ele para moldá-lo às novas instituições ideológicas.

Este modelo constrói a visão Estatal (e, conseqüentemente, de atuação jurídica) a partir de um ponto de vista objetivo das tomadas de decisão, visto que cada uma delas é orientada à felicidade humana e, naturalmente, ao desenvolvimento material. Portanto, a conclusão que se chega por esse viés de pensamento é que o ser humano possui uma relação utilitária com a vida, influenciada pelo custo x benefício.

Naturalmente, esta visão deu ensejo à um Estado Moderno e Racional, diferentemente do Estado Social existente na época. Surge desse embate de correntes uma separação entre as matérias, visto que partem de premissas completamente opostas sobre o objeto de estudo.

Um grande marco no processo de discussão moderna sobre a natureza humana, sua tomada de decisão e da visão econômica ocorre após a primeira Guerra Mundial. Neste momento, o modelo econômico proposto a partir das teorias econômicas clássicas se vê à beira de uma falência institucional. A filosofia na qual grandes Estados, que acreditavam ser liberais, baseavam suas políticas públicas os levou para uma crise econômica sem precedentes.



Sobre este período, Fonseca (2014), afirma que a estrutura racionalista iluminista já não se provava efetiva para enfrentar os problemas decorrentes da revolução industrial, assim como, a crença numa ordem racional eterna não se mostrava adequada como instrumento jurídico para a solução de problemas decorrentes da materialidade econômico.

Para este, “as crises com que se deparou a crença na ordem natural do liberalismo levam à convicção de que o Estado deveria conduzir o fenômeno econômico e social com novos instrumentos mais adaptados à nova realidade.” (FONSECA, 2014, p. 6).

Neste momento, em virtude de uma necessidade da intervenção estatal nos mercados, vários pressupostos da teoria econômica adotada na época são questionados, tais como: a concorrência perfeita, o livre mercado e, conseqüentemente, a racionalidade pura na tomada de decisão.

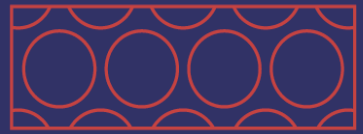
Desse questionamento surge, então, teóricos econômicos como Keynes que reformulam a postura do Estado Liberal e, conseqüentemente, dá ensejo à um surgimento posterior de noção de Estado Social.

De acordo com Lopes (2006, p. 154), “nenhum outro pensamento teve uma influência mais decisiva sobre a consolidação do paradigma do Estado Social do que o de John Maynard Keynes”, só sendo possível falar em noção racional de intervenção estatal a partir da obra política econômica deste autor. Desta forma, ainda segundo a autora, é grande a influência de Keynes na política econômica até os anos 70, a partir do seu paradigma de Estado Social, e não seria exagero afirmar que a crise do próprio keynesianismo e da noção de Estado Social estão completamente relacionadas.

No entanto, segundo Lopes (2006, p. 152):

[...] se a teoria econômica estava disposta a rever a premissa do equilíbrio natural do mercado, a fim de considerar a





hipótese da intervenção estatal na economia, não estava disposta a rever o modelo de racionalidade do *homo economicus*. Manteve, por conseguinte, grande parte dos pressupostos da economia neoclássica, especialmente no que se refere ao acolhimento irrefletido do utilitarismo.

Diante desse cenário, inúmeros pensadores do âmbito da economia começam a se aproximar de uma abordagem voltada à intervenção na sociedade por meio ordenamento Estatal, para utilizá-lo como uma ferramenta para melhorar a eficiência das tomadas de decisão dos mercados e, conseqüentemente, da sociedade.

A partir dessa ideia, na década de 60, surge a escola “*Law and Economics*”, que primeiramente foi capitaneada, de forma estruturada, por acadêmicos da escola de Chicago, tais como Coase (1937) e Posner (1973), que desde então, influenciaram inúmeras políticas econômicas no mundo ocidental.

A Escola de Chicago, academicamente falando, abre a possibilidade do Estado regular a economia de forma mais direta, porém, direcionada para o objetivo específico de garantir um mercado saudável e alcançar a felicidade da população, devido à herança da noção materialista econômica.

De acordo com Sen (2002, apud LOPES, 2006, p. 46), “o critério tradicional da economia do bem-estar era o critério do utilitarista simples, julgando o êxito segundo a magnitude da soma total de utilidade criada – nada mais sendo considerado possuidor de valor intrínseco”.

Portanto, o Direito veste a roupagem de um instrumento funcional para garantir o equilíbrio econômico, a eficiência e, portanto, segundo a Escola de Chicago, o bem-estar social. Dessa forma, para Posner (2014, p. 30):

A deeper, wider, more sustained engagement of economics with law had to await recognition [...] that economics is a theory as well as an “area study” – specifically the theory of rational choice, a theory that can in principle be applied to any social activity (even nonhuman), thus including law [...]



Da produção acadêmica destes pensadores encontra-se de forma mais precisa como a premissa da racionalidade se adere de forma mais segura e estruturada nas políticas jurídicas que surgem a partir da década de 80, inclusive influenciando a própria Constituição Federal de 1988 (MEIRA JUNIOR, 2018).

## **2.1 O Pressuposto da Racionalidade na Escola de Chicago com foco na Literatura de Posner**

Diante o cenário apresentado, um dos maiores nomes da Escola de Chicago, que apresentou uma teoria normativa que busca avaliar o impacto que as instituições jurídicas possuem no comportamento humano e propôs normas jurídicas mais eficientes segundo as premissas adotadas na análise econômica da tomada de decisão, foi Richard A. Posner.

O autor, como observa-se em sua principal obra, *Economic Analyses of Law*, adota inúmeros conceitos do neoclassicismo econômico como base predominante de elaboração da sua teoria. Apesar de adotar ainda uma visão neoclássica, o próprio autor, na reedição de seu livro, explana que algumas de suas abordagens à teoria econômica foram suplementadas também por insights advindos de outras áreas de conhecimento, como a psicologia.

No entanto, o argumento de Posner (2014) ainda se desenrola a partir da concepção de natureza humana que pressupõe a racionalidade como grande orientadora da tomada de decisão, onde os indivíduos possuem preferências específicas (o que entende-se como “interesse próprio” da teoria neoclássica) e que elas se manifestam de forma material, ou seja, por meio do mercado, de maneira utilitária.

Porém, antes de Posner avançar com a sua argumentação, ele faz algumas ressalvas sobre a adoção cega de conceitos neoclássicos, questionando o termo “utilidade”, advindo da teoria filosófica utilitarista, que era utilizado num sentido



aproximado ao da palavra felicidade, e ressignificando este termo para que ele exponha, na verdade, a ideia de alocação eficiente de recursos (POSNER, 2004).

No entanto, observa-se uma mudança em seu posicionamento pré- crise de 2008 e a sua tese já não parte da noção utilitária pura apresentada por Pareto e seu critério de superioridade. O autor compreende que os conceitos desenvolvidos pelos econômicos do século passado estão presos em modelos que não se aplicam à vida real, especialmente aqueles propostos por Pareto e tece objeções com o posicionamento de racionalismo puro, se retratando da posição adotada por ele mesmo no passado.

Outro ponto questionado nos últimos anos foi sobre as inúmeras questões que surgiram da ciência comportamental aplicadas ao direito (em inglês, “*behavioral law and economics*”). No entanto, na reedição do seu livro *Economic Analysis of Law*, apesar de reconhecer os limites para as explanações das teorias econômicas, afirma que ela é um sucesso significante, apesar de parcial (POSNER, 2004).

Para ele o fato das pessoas não fazerem sempre escolhas racionais não invalida a teoria da tomada de decisão racional, pois os desvios racionais aleatórios seriam baixos. No entanto, o que grande parte dos psicólogos e economistas comportamentais vêm provando é que há inúmeras evidências de que o ser humano realiza esse tipo de desvios sistematicamente.

Mesmo que tenha havido avanço da parte do autor na compreensão das inúmeras possibilidades que contestam a aplicação de uma racionalidade humana na teoria econômica, este ainda apresenta quatro pontos específicos para não adotar plenamente a inflexão da análise econômica do direito com o realismo psicológico (a chamada “*behavioral law and economics*”).

Essa visão apresentada por ele, em que aceita os inúmeros avanços relatados sobre o comportamento humano individual e seus desvios de racionalidade, no entanto, não é aplicável à uma abordagem sistemática do Direito e a Economia.



Portanto, o autor ainda parte dos mesmos pressupostos (apesar do inicial questionamento sobre a validade daqueles argumentos em termos microeconômicos) para definir as diretrizes de sua abordagem ao direito.

Como o próprio autor dá como exemplo, as condições para a superioridade de Pareto raramente se encontram na realidade (POSNER, 2014) pois a maioria das transações vão afetar terceiros pela alteração de preços ou simplesmente por causar ansiedade à observadores. Partindo de um ponto onde há uma limitação na teoria de Pareto, ele, logo em seguida, afirma adotar o modelo de maximização de riqueza proposto por Kaldor-Hicks.

Segundo Lopes (2006, p. 167):

O modelo adotado por Posner é o de Kaldor-Hicks, baseado em um conceito de compensação, de forma que haverá eficiência e maximização do bem-estar social quando os ganhadores puderem compensar os perdedores.

Apesar do próprio autor refutar o fato de que os ganhadores sempre farão isso. Na verdade, a adoção baseia-se apenas na possibilidade dessa compensação.

Essa é uma das grandes críticas a este modelo, pois a visão analítica econômica que surge a partir daí não se importa mais com a parte perdedora de uma relação, que em sua maioria são os menos favorecidos na nossa sociedade, pois a possibilidade está estabelecida. No entanto, sem nenhum plano prático de exercer essa compensação.

Este ponto é muito importante dentro da teoria econômica proposta por Posner pois ela diretamente afasta qualquer noção de desigualdade ou diferença de contexto (financeiro e social) entre os agentes. Dessa forma, a assumpção é de que todos os agentes possuem as mesmas condições para as tomadas de decisão numa relação econômica.



Para Posner (2014), muito da desigualdade de riqueza acontece em razão da sorte dos agentes – sorte de nascer em um país rico, em uma família rica e disposta em investir no capital humano e uma série de outros fatores. Neste caso, o sistema de mercado moderno tende a aumentar as diferenças entre habilidades inatas. Por essa incapacidade de lidar com conceitos como “ruim” e “bom”, “justo” e “injusto”, para o autor, a economia não consegue sugerir prescrições para uma mudança social.

Observando essa apresentação sobre a base na qual o autor fundamenta a sua teoria de intervenção econômica no direito, cabe realizar o questionamento sobre a forma com que a Economia pode oferecer esse suporte, visto que ela não se adentra em conceitos extremamente importantes para a aplicação do direito.

Para o autor, o economista vai estar interessado na prevenção de novos acidentes jurídicos que não justificam os custos. Portanto, a decisão do caso concreto interessa o economista porque ela vai estabelecer uma linha de conduta futura a ser seguida para casos específicos.

Por exemplo, uma empresa promete um produto que pinta o cabelo de preto. No entanto, um homem ao comprar e utilizar esse produto, por erro de fabricação, tem seu cabelo pintado de vermelho. Para o direito, será feita uma análise cuidadosa sobre culpa e responsabilidade, sobre a conduta da empresa e do consumidor, quaisquer negligências que possam ter ocorridos, sobre os riscos do negócio e vários outros aspectos. Para a visão econômica, esta vai ter um interesse voltado para o futuro e em como essa decisão do caso específico vai repercutir na ação de outras empresas posteriormente.

Para Lopes (2006), o reconhecimento de que a análise econômica se exime de julgamentos de valor já mostra que esta só pode fornecer subsídios técnicos para a aplicação da norma jurídica. Dessa forma, qualquer discussão voltada para análise principiológica, justiça aplicada ao caso concreto (hermenêutica) e cuidado com o ser humano envolvido no processo não está envolvida nessa abordagem.



Como vimos, a noção de racionalidade e perspectiva materialista do direito pode ter diversas consequências morais e éticas nos quais a própria matéria se exime de analisar. É questionado, portanto, o quanto a análise econômica deve envolver a noção de direito e aplicação de normas jurídicas. Observa-se as inúmeras limitações deste modelo, no entanto, este ainda é tomado como base central para o desenvolvimento de políticas e da própria noção da tomada de decisão humana.

## 2.2 Objeções à noção de Racionalidade

Inúmeros são os autores voltados para a análise econômica do direito que adotam o pressuposto da racionalidade como uma base para a compreensão das escolhas humanas, assim como a noção de utilidade proposta pela economia neoclássica, porém, há também diferentes escolas que abordam as relações de uma outra perspectiva. Como diz Jolls, Sunstein e Thaler (1998, p. 1473, tradução nossa), “as objeções ao modelo de ator racional adotado pelo *law and economics* são tão velhas quanto o próprio campo em si”.

Isso, porém, não significa que a abordagem da economia sobre o direito, pelo pressuposto da racionalidade, não teve nenhum ganho e que deveria ser completamente descartada. Muito pelo contrário, tivemos inúmeras áreas que houve um grande desenvolvimento no campo de direito surgindo através dessa interação que possui, como grandes exemplos, os campos do direito ambiental e, uma noção já bem consolidada que é a abordagem anti-truste, ambas voltadas para a compreensão do comportamento empresarial.

Dessa forma, o campo da análise da economia e do direito busca, assim como todas as outras ciências, uma compreensão mais aproximadas da própria realidade. Portanto, os campos que surgem a partir de pontos contrapostos dessa noção de ser humano racional, na verdade, são um aprofundamento da própria visão que busca



realizar conclusões ainda mais realística e claras a respeito do comportamento humano.

Observa-se nos últimos avanços da ciência comportamental um extenso campo para aplicação na noção do direito econômico, principalmente em relação às limitações da cognição humana. Não seria correto da parte dos operadores do direito negligenciar muitas evidências que surgem sobre a compreensão humana em torno de um pressuposto que, de forma comprovada, é sistematicamente quebrado, como o é a racionalidade.

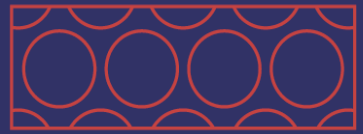
Um dos grandes precursores da moderna escola *Behavioral Law and Economics*, foi Simon (1955), que afirma que a teoria econômica tradicional postula o *homo economicus* que, por consequência de sua característica econômica, é racional. Esta noção assume que o ser é organizado e possui preferências estáveis, possuindo um senso de direção “computacional” que o vai permitir tomar decisões baseadas em cálculos e rotas pré-determinadas para que ele possa chegar no ponto mais alto da sua escala de preferências.

Para ele (SIMON, 1955, p. 99):

The task is to replace the global rationality of economic man with a kind of rational behavior that is compatible with the access to information and the computational capacities that are actually possessed by organisms, including man, in the kinds of environments in which such organisms exist.

Dessa forma, com o passar do tempo, surgem inúmeros outros autores que entram em conflito com essa adoção irrestrita de conceitos neoclássicos e, conseqüentemente, de uma visão racionalista humana. Este pensamento é claramente representado por Jolls, Sunstein e Thaler (1998, p. 1473) quando apresentam na introdução do seu artigo o contexto que o envolve:

Early skeptics about the economic analysis of law were quick to marshal arguments from psychology and other social sciences to undermine its claims. But in law, challenges to the



rational actor assumption by those who sympathize with the basic objectives of economic analysis have been much less common. The absence of sustained and comprehensive economic analysis of legal rules from a perspective informed by insights about actual human behavior makes for a significant contrast with many other fields of economics, where such “behavioral” analysis has become relatively common. This is especially odd since law is a domain where behavioral analysis would appear to be particularly promising in light of the fact that nonmarket behavior is frequently involved.

A escola da *Behavioral Law and Economics* (BLE) busca determinar certos limites à aplicação da concepção humana enfatizada pela vertente *mainstream* adotada na maioria dos contextos jurídicos, que advém, principalmente de conceitos econômicos neoclassicistas, para que dessa forma, tenha-se uma aproximação maior com a realidade das relações humanas. Portanto, uma das bases de exploração deste campo do direito é sobre a diferença básica entre o *homo economicus* e o ser humano real.

A abordagem dessa escola é muito mais ampla do que apenas a discussão sobre o pressuposto da racionalidade e contrapõe a escola neoclassicista em várias outros pontos, tais como: a racionalidade limitada (*bounded rationality*), a força de vontade limitada (*bounded willpower*) e ao interesse próprio limitado (*bounded self-interest*) (JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998).

Esses limites, segundo os autores (JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998), estão amplamente desenvolvidos em outras ciências sociais, no entanto, na economia especificamente são relativamente inexplorados. No entanto, cada uma dessas limitações significa uma abordagem radicalmente diferente da visão econômica adotada tradicionalmente hoje.

Naturalmente, em virtude da temática proposta neste trabalho, vamos nos aproximar da argumentação desenvolvida em torno da temática da racionalidade limitada apresentada.





Uma das grandes descobertas realizadas pela área da ciência comportamental (*behavioral science*) é o fato do ser humano realizar sistematicamente decisões com base num padrão, muitas vezes emocional ou social, que é completamente diferente do que a economia entende por racionalidade.

Para os autores relacionados à BLE (JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998), o ser humano contém serias falhas de memória e habilidades “computacionais” limitadas. Dessa forma, as pessoas respondem diretamente à essas falhas, o que significa que, no máximo, as pessoas respondem racionalmente de acordo com suas próprias limitações cognitivas para diminuir os custos de decisão e de erro.

Para oferecer um exemplo, o padrão desenvolvido pela mente humana para situações decisórias cotidianos está intimamente ligado à “*rule of thumb*”, uma expressão americana que significa a nossa capacidade de fazer aquilo que corresponde à nossa experiência prática e não teórica.

Uma das descobertas realizadas por Tversky e Kahneman (1974) foi que grande parte das decisões humanas são baseadas nas crenças da probabilidade de eventos incertos. Logo, uma das formas de avaliar essa probabilidade é recapitulando na nossa memória outras situações desse tipo que já aconteceram fenômeno conhecido por disponibilidade heurística (TVERSKY; KAHNEMAN, 1974). Porém, os experimentos comprovaram que a estimamos errado a probabilidade do evento se vimos uma ocorrência deste há pouco tempo do que se não víssemos nenhuma.

Em uma situação prática, se passa na propaganda uma situação em que existe uma criança que está triste, mas ao ganhar um brinquedo se torna feliz, esta situação vai ficar marcada na memória. Portanto, se uma criança que tem acesso à essa cena e, naquele momento ou em outro posterior, fica com a sensação de tristeza ou mesmo o tédio, a mente, por disponibilidade heurística, vai emitir uma mensagem falando que o que pode torná-la feliz é o consumo.



Segundo Jolls, Sunstein e Thaler (1998, p. 1477-1478, tradução nossa):

Isso significa que alguém utilizando a *rule of thumb* pode estar se comportando de forma racional no senso de economizar o tempo de pensamento, mas ainda assim ela vai fazer previsões que são diferentes daquelas que emergem do tradicional modelo racional- decisório.

Esse é apenas um dos experimentos que foram conduzidos para contradizer a visão de que o ser humano tem uma interação imparcial com o mundo à sua volta e toma decisões com base em previsões racionais.

Para Kahneman e Tversky (1979, p. 263, tradução nossa), “[...] a teoria da utilidade esperada dominou a análise da tomada de decisão sob risco. Dessa forma, foi amplamente aceita como um modelo normativo de escolha racional e foi aplicada como um modelo descritivo do comportamento econômico.”.

Uma das teorias que serviu de base para o modelo de agente racional foi a teoria da utilidade esperada. Essa teoria prevê um modelo de tomada de decisão racional do ser humano em apostas arriscadas (muito semelhante às decisões econômicas). Segundo Bernoulli (1954, p. 24), o precursor da teoria da utilidade esperada:

[...] a determinação do valor de um item não pode ser baseado em seu preço, mas sim na utilidade que ele fornece. O preço de um item depende somente do próprio item e é igual para todo mundo; a utilidade, contudo, depende das circunstâncias particulares do indivíduo que faz a estimativa.

Bernoulli (1954), buscando resolver esse paradoxo onde o quanto uma pessoa estava disposta a pagar equivaleria à utilidade e o valor do objeto, estabeleceu um função para determinar o quanto um indivíduo estaria disposto a pagar para realizar algum tipo de aposta.

No entanto, essa teoria começou a exercer influência direta na economia por meio do filósofo utilitarista Jeremy Bentham (1748-1832). Segundo Cusinato (2004, p. 24), “O utilitarismo se fundamentava no hedonismo dos gregos antigos: os



indivíduos agem de maneira a buscar o máximo possível de felicidade.”. Esta forma de pensamento influenciou diretamente os economistas marginalistas e, para eles, o bem-estar psicológico das pessoas está diretamente ligado ao consumo dos bens que lhe parecem mais úteis.

Segundo Kahneman (2011, p. 342)

O ensaio de Bernoulli é um prodígio de brilho e concisão. Ele aplicou seu novo conceito de utilidade esperada (que chamou de “expectativa moral”) para calcular quanto um mercador em São Petersburgo estaria disposto a pagar para fazer o seguro de um carregamento de temperos proveniente de Amsterdã se “ele está plenamente ciente do fato de que, nessa época do ano, de cada cem navios que zarpam de Amsterdã para São Petersburgo, cinco normalmente se perdem”. Sua função de utilidade explicou por que gente pobre compra seguros e por que gente mais rica os vende para elas.

No entanto, essa teoria possui graves erros que foram defrontados posteriormente com estudos realizados na área da psicologia e ciência comportamental. Uma das realizações da psicologia é de que precisamos saber qual a referência que está sendo utilizada (condição subjetiva do indivíduo) para compreender a utilidade de uma quantidade de riqueza (KAHNEMAN, 2011).

Por exemplo, se eu tenho a criança A com uma família classe A, que ganha presente em toda data comemorativa, e disser pra ela que esta vai ganhar apenas uma boneca de Natal e uma bola de aniversário no ano, a previsibilidade de que esta vai se encontrar infeliz com essa redução do seu padrão é bem alta. No entanto, se eu utilizo os mesmos itens, a boneca (no Natal) e a bola (no aniversário), para uma criança que vive em condições de extrema pobreza, há grandes chances de que aquilo vai levá-la à uma condição de alegria.

Apesar de uma situação desta ser completamente intuitiva e já abordada de forma extensiva ao criticar a teoria da utilidade esperada no artigo (KAHNEMAN; TVERSKY, 1979) ainda a concepção *mainstream* de tomada de decisão econômica,



utiliza a noção utilitarista como um dos grandes fundamentos que determinam a conduta humana.

No entanto, como qualquer área da ciência, o *behavioral law and economics* ainda possui inúmeros pontos a ser criticados com outras perspectivas. Um dos campos que o faz mais extensamente é o da psicologia. Para Rachlinski (2011, p. 1690):

Two important implications of psychology are particularly challenging for BLE to accommodate, because they seem fundamentally inconsistent with the methodological commitments of law itself: situationism and the psychology of hedonic value. Situationism is that strain of social psychology that suggests that human behavior is commonly the product of the situations in which people find themselves, more so than their own underlying personalities. By contrast, law tends to assume people are responsible for their own conduct. Hedonic psychology refers to those aspects of the psychology of judgment and choice that suggest that people do not truly know what they value. By contrast, law assumes that people carry stable preferences that they access when making decisions.

A partir dessa base estabelecida de teoria econômica e sociológica, busca-se que os agentes de Direito utilizem a capacidade de crítica sobre os pontos fundamentais que validam a atual noção de tomada de decisão humana, como o pressuposto da racionalidade.

Desta maneira, o Direito Econômico poderá se tornar uma ferramenta que busca se aproximar cada vez mais da realidade da sociedade e não apenas se basear apenas em pressupostos já ultrapassados, apoiando assim a construção de um ordenamento jurídico mais coerente com as necessidades e com o contexto real da população.

### **3 A RACIONALIDADE COMO BASE PARA O DIRECIONAMENTO DA PROPAGANDA E PUBLICIDADE PARA O PÚBLICO INFANTIL**



Com a base a respeito do contexto econômico e jurídico no qual o nosso ordenamento jurídico tem fundamento, pelo que se pode observar do primeiro capítulo, cabe ao operador do direito o questionamento sobre quais as consequências da assunção dos pressupostos do pensamento econômico neoclássico.

Um dos campos nos quais foi-se discutido extensamente sobre a capacidade de tomada de decisão do ser humano e que contém muitos avanços no contexto brasileiro é sobre o direito do consumidor. No entanto, ainda nesta área de conhecimento existem inúmeras questões que não são abordadas justamente pela falta de integração com uma análise global dos agentes econômicos envolvidos.

Diante desse obstáculo, uma das ferramentas mais precisas que vêm se desenvolvendo, como bem demonstrado no capítulo anterior, foi a análise da concepção humana por meio da *Behavioral Law & Economics*. Com uma base sólida de pesquisa e análise psicológica, em sua perspectiva micro, sem renunciar a uma visão ampla do mercado e da interação dos agentes, em uma perspectiva macro, é possível estabelecer boas práticas para a aplicação do direito.

Dessa forma, acredito que os desenvolvimentos ocorridos nesta área vão dar inúmeros insumos para a compreensão dos limites aos quais as pessoas jurídicas terão quando se fala de publicidade.

Naturalmente, no sistema econômico adotado pela sociedade, os agentes econômicos, pela publicidade, têm forte influência em todos os estímulos que a população recebe, por meio de comerciais online, presenciais etc. Portanto, se, em cada uma das tomadas de decisões, o ser humano é afetado por seu contexto predecessor (estímulos que recebem da sua realidade), como observado na *prospect theory* e na *availability heuristic*, deve-se questionar o papel do Estado na proteção da sua população em razão de estímulos abusivos que possam levar à tomada de decisão equivocada.



Reconhecendo a importância que do contexto para a geração de bem-estar da população, questiona-se o quanto o poder de moldar esse contexto por meio dos estímulos ofertados por agentes econômicos preocupados com o máximo de lucratividade deve ser limitado para que haja um equilíbrio entre sociedade e capital.

Obtendo essa compreensão da importância do contexto e dos estímulos é natural observar a parte da população que é a mais suscetível à eles, por possuir uma capacidade de tomada de decisão ainda mais limitada, devido à sua inferior capacidade de discernimento, do que a percebida nos adultos, o público infantil.

Conseqüentemente, há necessidade de analisar e compreender a forma com que, no atual ordenamento jurídico brasileiro, o Estado se relaciona com o público infantil e a proteção que este lhe oferece. Para que, a partir deste entendimento, seja possível propor alterações condizentes no ordenamento à necessidade atual da sociedade para garantir o bem-estar psicológico e físico das gerações futuras.

Visto que a análise político-jurídica do contexto atual, assim como a perspectiva econômica, são fontes primordiais para a geração de hipóteses de atuação do Direito Econômico (SOUZA, 2005), é importante realizar a análise de como a criança se encaixa nesta realidade assim como as normas vigentes de limitação dos agentes econômicos em relação à propaganda e os regimes de regulação atualmente praticados.

### **3.1 A Publicidade Infantil no Ordenamento Jurídico Brasileiro**

No ordenamento jurídico brasileiro existem duas fontes principais que definem e regulam tanto o conceito quanto os direitos da criança na sociedade. Uma destas é a própria Constituição Federal, que tem seus princípios aprofundados no corpo do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. A Magna Carta (BRASIL, 1988) discorre desta maneira sobre a criança:



Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Dessa maneira, pode-se observar que a Constituição Federal dá um alto grau de importância para a proteção e preservação da criança, tanto por parte da família quanto por parte do Estado. Pelo texto acima, destaca-se também que um dos fatores de proteção à criança é de forma a colocá-la a salvo da exploração, de qualquer forma.

De forma a aprofundar e destacar a importância do Estado na proteção dos menores, foi apresentado, em 1990, o ECA. No seu art. 2º, é possível discernir no que concerne a criança dentro da legislação brasileira, mais especificamente à aplicação desta lei.

De forma literal, “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.” (BRASIL, 1990a).

Compreendendo-se que a publicidade infantil é qualquer tipo de publicidade destinada, principalmente, para o público abaixo de 12 anos de idade deve-se realizar uma análise de como a criança ou até mesmo como o adolescente compreende esse fenômeno. Com essa análise é possível verificar a importância de legislação específica para a proteção, caso seja necessária.

Nesses termos, é necessária a classificação do que se pode ser entendido como publicidade. Para tanto, utiliza-se do conceito elaborado por Marques (2011), que define publicidade comercial como toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias.

Para o Código do Consumidor (BRASIL, 1990b), em seu artigo 37,



§2º, é considerada abusiva “a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, [...], ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

Cabe ainda citar que o entendimento sobre as práticas de publicidade direcionadas ao público infantil são tão complexas que, apesar de citados em diversos momentos na legislação brasileira, houve a Resolução Nº 163, de 13 de março de 2014, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), que discorre especificamente sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente, *in verbis* (BRASIL, 2014):

Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:

- linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;
- trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;
- representação de criança;
- pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil; V - personagens ou apresentadores infantis;
- VI - desenho animado ou de animação; VII - bonecos ou similares;
- promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e
- promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

Em vista a Resolução do CONANDA, há de se questionar se a discussão sobre a publicidade infantil não seria dada por encerrada, pois foram consideradas abusivas inúmeras das práticas atualmente realizadas pela publicidade empresarial.





No entanto, segundo Maciel (s.d.), muitas associações, tais como Associação Brasileira de Agência de Publicidade (ABAP) e a Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedo (ABRINQ), afirmam que esta norma do CONANDA não é obrigatória, pois este conselho não tem competência de regulamentação segundo a Constituição Federal de 1988.

Como argumento, as associações se baseiam no texto previamente existente do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, uma ONG, de natureza privada, destinada justamente à regulamentação desta prática pela própria publicidade brasileira.

Do Código de Autorregulamentação Publicitária (CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA, 1980), *in verbis*:

Artigo 37 - Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança. E mais:

– Os anúncios deverão refletir cuidados especiais em relação a segurança e às boas maneiras e, ainda, abster-se de:

desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente;

provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto;

associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis;

impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade;

provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo;

empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou



consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto;

utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido com notícia;

apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os similares;

utilizar situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo.

- Quando os produtos forem destinados ao consumo por crianças e adolescentes seus anúncios deverão:

procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo;

respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo;

dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento;

obedecer a cuidados tais que evitem eventuais distorções psicológicas nos modelos publicitários e no público-alvo;

abster-se de estimular comportamentos socialmente condenáveis.

- Este Código condena a ação de merchandising ou publicidade indireta contratada que empregue crianças, elementos do universo infantil ou outros artifícios com a deliberada finalidade de captar a atenção desse público específico, qualquer que seja o veículo utilizado.

- Nos conteúdos segmentados, criados, produzidos ou programados especificamente para o público infantil, qualquer que seja o veículo utilizado, a publicidade de produtos e serviços destinados exclusivamente a esse público estará restrita aos intervalos e espaços comerciais.

– Para a avaliação da conformidade das ações de merchandising ou publicidade indireta contratada ao disposto nesta Seção, levar-se-á em consideração que:

o público-alvo a que elas são dirigidas seja adulto;

o produto ou serviço não seja anunciado objetivando seu consumo por crianças;



a linguagem, imagens, sons e outros artifícios nelas presentes sejam destituídos da finalidade de despertar a curiosidade ou a atenção das crianças.

Parágrafo 1º - Crianças e adolescentes não deverão figurar como modelos publicitários em anúncio que promova o consumo de quaisquer bens e serviços incompatíveis com sua condição, tais como armas de fogo, bebidas alcoólicas, cigarros, fogos de artifício e loterias, e todos os demais igualmente afetados por restrição legal.

Parágrafo 2º - O planejamento de mídia dos anúncios de produtos de que trata o inciso II levará em conta que crianças e adolescentes têm sua atenção especialmente despertada para eles. Assim, tais anúncios refletirão as restrições técnica e eticamente recomendáveis, e adotar-se-á a interpretação mais restritiva para todas as normas aqui dispostas.

Nota: Nesta Seção adotaram-se os parâmetros definidos no art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90): “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

Diante desta divergência, o Ministério Público Federal, segundo a Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão no Estado de São Paulo, por meio da Nota Técnica Nº 02/2014, se manifestou a favor da competência legal do CONANDA, por meio da Resolução 163/2014, para classificar o que é considerado propaganda abusiva, e normatizar o preceito do Código do Consumidor que afirma como abusiva a propaganda que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança” (BRASIL, 1990b).

Ainda sobre a Resolução 163, D'Aquino (2016) afirma que

A deficiência de julgamento e de experiência é inerente à condição da criança, uma vez que ela é sensível a estímulos do meio ambiente. Segundo o consenso atual da neurologia, o desenvolvimento das sinapses excitatórias ocorre antes das sinapses inibitórias, facilitando as escolhas por impulso em idade precoce. Essa é a ratio essendi do conceito de publicidade abusiva para crianças. Daí ser irrelevante a diferença semântica entre os enunciados do CDC e da Resolução. Embora esta considere abusivo o simples direcionamento de publicidade à criança, enquanto aquele



circunscreva a ilicitude a um déficit da capacidade de julgamento e de experiência, em verdade, ambos coincidem quanto à razão da proteção, porque a criança não é capaz de perceber a reserva mental que esconde o intuito persuasivo da publicidade. Portanto, a única lei, atualmente no ordenamento brasileiro com caráter compulsório que verse, ainda que vagamente, sobre a proteção do consumidor infantil é o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 37, §2º, e o Estatuto da Criança e do Adolescente nos seus artigos 3º e 5º. No entanto, no Código de Defesa do Consumidor, é proibido expressamente a utilização de publicidade abusiva que se aproveite de deficiência de julgamento e experiência.

Segundo a Contribuição da Psicologia para o Fim da Publicidade Dirigida à Criança, documento realizado com base no parecer do prof. Yves de La Taille (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2008, p. 12):

As crianças não têm, e os adolescentes não têm a mesma capacidade de resistência mental e de compreensão da realidade que um adulto e, portanto, não estão em condições de enfrentar com igualdade de força a pressão exercida pela publicidade no que se refere à questão do consumo. A luta é totalmente desigual.

Essa declaração do Conselho Federal de Psicologia se coaduna com um relatório produzido pela *Task Force on Advertising and Children* (TFAC), instituída pela *American Psychological Association*, nos Estados Unidos, que se encontra preocupada com o impacto que o conteúdo publicitário dirigido pode ter na saúde mental de crianças. Segundo Wilcox *et al.* (2004, p. 42):

[...] as we have documented, there is a significant amount of advertising uniquely designed for and specifically directed to audiences of young children. Such advertising efforts, in our view, are fundamentally unfair because of young children's limited comprehension of the nature and purpose of television advertising, and therefore warrant governmental action to protect young children from commercial exploitation.

Em razão deste entendimento de diversos órgãos nacionais e internacionais que versam sobre o assunto, parece que toda publicidade que tem por objetivo a influência no público infantil deve ser considerada não apenas abusiva mas também ilegal, visto que, se a criança não identifica a publicidade como tal, ela se enquadra



no art. 36, do Código do Consumidor, *in verbis*, “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal” (BRASIL, 1990b).

De acordo com o entendimento que há deficiência de julgamento mesmo em seres adultos, sendo estes influenciados diretamente em suas tomadas de decisões por contextos apresentados previamente, e que essa influência é majorada de forma exponencial na infantilidade, resta realizar a pergunta: diante deste cenário, quais são as consequências desse tipo de abordagem diretamente para o público infantil?

Cabe citar o mais recente esforço federal, realizado pelo Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), de regulamentar essa proposta em âmbito federal. No dia 15 de janeiro de 2020, a secretaria anunciou a consulta pública online sobre a regulamentação do tema de publicidade infantil que ficou disponível durante o mês de fevereiro.

### **3.2 O Impacto da Publicidade e Propaganda no Público Infantil**

Atualmente são realizadas inúmeras pesquisas, em vários lugares do mundo, a respeito do impacto da publicidade no desenvolvimento da criança. Os primeiros estudos datam do final séc. XX, quando a televisão foi inserida na casa de muitas famílias e os danos causados por uma publicidade direcionada foram identificados por pediatras, como se pode ver pelo estudo realizado pela *American Academy of Pediatrics* (2013, apud DELLAZZANA, 2013, p. 3):

Since 1999, 3 studies have evaluated the effects of heavy television se on language development in children 8 to 16 months of age. In the short-term, children younger than 2 years who watch more television or videos have expressive language delays and children younger than 1 year with heavy television viewing who are watching alone have a significantly higher chance of having a language delay.



O impacto dessas novas tecnologias, associado à demora da sociedade de conseguir se adaptar e compreender melhor suas consequências, gera ainda uma avalanche de consequências que serão sentidas por gerações por vir.

Considero que a ferramenta da publicidade com base em estudos de ciência comportamental, associada à relação desregrada das crianças com tecnologias audiovisuais, como será relatado a seguir, tem esse potencial destrutivo cada vez maior, sendo que, com o passar do tempo, só crescem o número de evidências científicas sérias de suas consequências.

De acordo com Nascimento (2007), a publicidade infantil é primariamente direcionada ao público infantil por meio da televisão. Dessa forma, este tipo publicitário é um dos fatores mais relacionados ao estilo de vida e hábitos alimentares das crianças e, portanto, deveria ser o principal foco de regulação para evitar que os maus hábitos sejam divulgados por consequência desses meios de comunicação.

Uma das grandes consequências, já mensuradas, do impacto da publicidade ostensiva direcionada para o público infantil é relacionada à nutrição, mais especificamente ao índice de obesidade.

De acordo com Connor (2006), a partir da compreensão da suscetibilidade mental que as crianças têm em relação à publicidade, esta ação é desenvolvida no sentido de que a criança, quanto mais nova conseguir identificar e distinguir uma marca, maior será sua lealdade a ela à medida que ela cresce e entra na adolescência.

Dessa maneira, o fenômeno da disponibilidade heurística, mais explorado no capítulo 1 é utilizado de forma ostensiva nessas práticas voltadas para o público infantil, obtendo um resultado ainda melhor do que no público adulto (apesar deste ainda ser alto). Esse, em si, porém, não constitui todo o problema.



Em um estudo técnico realizado para a Organização Mundial da Saúde (2006) foi identificado que os gêneros alimentícios mais publicitados têm como principal base constitucional ingredientes tais como gordura, açúcar e sal, ou seja, de baixo valor nutricional e com potencial altamente lesivo à saúde.

Segundo Nascimento (2007, p. 38):

[...] muitos estudos têm relacionado o hábito de assistir televisão à prevalência de obesidade entre crianças e adolescentes. Esta relação encontra-se pioneiramente registrada por Dietz e Gortmaker (1985), informando que a cada hora aumentada no hábito de assistir à televisão está associada a um aumento de 2% na prevalência da obesidade infanto-juvenil.

Cabe citar ainda que o STJ, no REsp n. 1.558.086 (BRASIL, 2016), estabeleceu a ilegalidade da publicidade de alimentos direcionados para o público infantil, por ser abusiva, principalmente quando relacionada à venda de alimentos não saudáveis acompanhada de brindes.

Dessa forma, é possível observar que, de forma global, o movimento para a proteção da criança e do adolescente frente à publicidade ostensiva é de grande alarme para a regulação dos Estados, que muitas vezes, por negligência ou interesses econômicos, se nega a legislar, fiscalizar e reconhecer o impacto dessas práticas na saúde da população.

Ainda sobre este impacto, Hastings *et al.* (2006, p. 33), para a Organização Mundial da Saúde, este conclui:

Evidence from primarily simple surveys shows that children in both the developed and developing world have extensive recall of food advertising. Food adverts are among their favourite types of advertising, with the most popular being for chocolate, sweets, soft drinks and other foods high in fat, sugar and salt (e.g. snacks, fizzy drinks, and chocolate). This food promotion seems to influence their communication and shopping behaviour.



Evidence from more complex studies (capable of establishing causality) shows that food promotion has an effect on children. In terms of nutritional knowledge, food advertising seems to have little influence on children's general perceptions of what constitutes a healthy diet, but in certain contexts it does have an effect on more specific types of nutritional knowledge. There is also evidence that food promotion influences children's food preferences, and encourages them to request their parents to purchase foods they have seen advertised. Food promotion was also shown, in some contexts, to influence children's consumption and other diet-related variables. These effects are significant, independent of other influences and operate at both brand and category level.

None of these more complex studies were undertaken in the developing world. However, surveys from countries including Bahrain, Chile, India and Venezuela show that children are interested in trying advertised foods and often ask their parents to buy the foods they have seen advertised. Parents – especially those from disadvantaged backgrounds – frequently yield to such requests. Disadvantaged mothers also attribute more importance to advertised food products and credibility to food adverts than their more privileged peers. Overall, this indicates that children in developed and developing countries respond to food promotion in similar ways. It is therefore plausible that any evidence of cause and effect from developed countries can apply to children in the developing world.

No entanto, essa abordagem voltada para o impacto da publicidade na obesidade é um dos ramos do estado deste impacto no público infantil. Levando em consideração que, atualmente, o público infantil é considerado consumidor pelas empresas, pois reconhece-se que ele exerce grande influência nas compras familiares, grande parte dos investimentos empresariais estão voltadas para a publicidade destinada a esse público (SAMPAIO, 2009).

O Projeto Criança e Consumo (INSTITUTO ALANA, 2009, p. 40) afirma que, “em função das manobras da publicidade para afetar os pais, hoje, as crianças participam em 80% do processo decisório das compras da família”.

Naturalmente, diante dessa prática empresarial, a consequência é por um desenvolvimento das próprias crianças se enxergarem como consumidoras e





exacerbarem esse tipo de comportamento. Dessa forma, são inúmeras as consequências físicas, como vimos no caso da obesidade, e psicológicas.

De acordo com Ribeiro e Ewald (2010, p. 70),

As práticas de consumo desenfreado entre as crianças e os adolescentes são relacionadas com o surgimento de inúmeros problemas. Alguns deles, alertados pelo Projeto Criança e Consumo (2006), são os seguintes: erotização precoce, transtornos de comportamento, violência, transtornos alimentares e estresse familiar.

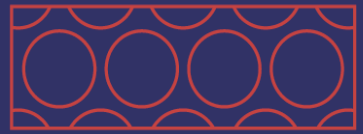
A erotização precoce ocorre quando a criança ou o adolescente ingressa prematuramente no mundo adulto, sem possuir a estrutura física e psicológica necessária para a reivindicação do seu respeito e dos seus direitos, sem o controle dos seus impulsos e sem a identificação de desejos genuínos de se relacionar sexualmente.

Os transtornos de comportamento devem-se a diversos fatores, como o incentivo à desumanização e ao individualismo presente no conteúdo de algumas mensagens publicitárias, por exemplo, na medida em que valores fundamentais para a formação do caráter são distorcidos, de forma a persuadir para o consumo do produto/serviço anunciado.

Diante das extensas consequências negativas, cientificamente comprovadas, em virtude da publicidade infantil no bem-estar deste público, cabe nos questionarmos por que mantemos uma abordagem a esta prática ainda retrógrada. O contexto internacional revela que a prática de uma maior austeridade frente à publicidade infantil já é adotada em diversos países. Por exemplo, a Noruega e a Suécia reprimem toda publicidade voltada para o público infantil menor de 12 anos, o Quebec (Canadá) proíbe toda publicidade dirigida a crianças desde 1980. Vários países têm regras similares, tais como Reino Unido, Irlanda, Bélgica, Estados Unidos e Austrália (RIBEIRO; EWALD, 2010).

Souza Júnior, Fortaleza e Maciel (2009, p. 33) entendem que:

Esse processo, estritamente comercial e pouco educativo, vem sendo sistematicamente condenado pelas instituições sociais de proteção à infância e ao consumidor, terminando



classificado como um desrespeito à criança; tal crítica, contudo, é descartada no meio publicitário, ao ser entendida, por alguns profissionais e suas organizações, como exageros ideológicos.

Desse modo, pode-se dizer que, no atual cenário, a infância vem perdendo seu lugar e que, cada vez mais, o pensamento mercadológico, evidenciado nas ações publicitárias, busca assegurar o lugar da criança como “unidade consumidora”.

Portanto, reconhece-se que atualmente as empresas se apropriam da limitação da racionalidade para obter mais lucratividade e fazer a sua marca mais conhecida, independentemente do impacto que isso vai gerar no bem-estar geral da população e, conseqüentemente, do público infantil. Sendo que quaisquer menções à noção de ética são retalhadas no sentido de que adotam discursos ideológicos e distantes da realidade.

Observa-se que quando as empresas são abordadas sobre o assunto, apesar de reconhecer a quase inexistência da racionalidade no público infantil, estas se eximem de qualquer responsabilidade acusando que a criança tem capacidade de receber aquele estímulo e, no pior dos casos, os pais deveriam limitar o consumo inadequado por esse público.

De acordo com a quantidade de insumos sobre a ciência comportamental, assim como da psicologia, atualmente reconhece-se que a própria capacidade dos pais de lidar com a publicidade é seriamente comprometida, devido aos nossos vieses cognitivos.

Segundo o Projeto Criança e Consumo (INSTITUTO ALANA, 2009) afirma que uma das estratégias da publicidade é incitar as crianças a amolar os pais, para que estas participem cada vez mais do processo de decisão econômica. Com isso, os pais, já cansados de uma rotina de trabalho, em sua grande maioria, extenuante, não conseguem resistir à pressão para o consumo também vindo das crianças.



A partir dos estudos na área da ciência comportamental, pode-se compreender a limitação da racionalidade, inclusive dos pais, para limitar o consumo dos filhos, principalmente com a quantidade de pressão envolvida na rotina da sociedade moderna.

Por fim, observa-se que o consumo infantil não está relacionado apenas à publicidade voltada para este público, apesar de incentivar claramente tal tipo de comportamento. De igual forma, a família, assim como o Estado, é corresponsável para educar as crianças para o consumo. Segundo Maciel (s.d., p. 11), “delegar a responsabilidade somente aos pais dos infantes seria desconsiderar e ferir o disposto no [...] artigo 227, da Constituição Federal de 88”.

No entanto, de acordo com os inúmeros estudos mostrados, assim como o reconhecimento da fragilidade humana a respeito da racionalidade, principalmente nas tomadas de decisão econômica, coadunam de forma irrefutável para a conclusão da necessidade urgente de uma fiscalização mais intensa e ativa a respeito das práticas publicitárias voltadas para o público infantil.

#### **4 CRÍTICA AO MODELO ATUAL DE ABORDAGEM DA PROPAGANDA INFANTIL**

Para o agente do direito só faz essa análise de comportamento econômico e político se, de alguma forma, poderá se elaborar hipóteses cabíveis de regulação ou intervenção em um comportamento que é dissociado do bem-estar da população. Dessa forma, segundo Souza (2005, p. 90):

[...] a busca de elementos metodológicos capazes de atender à relação Direito-Economia-Política é uma constante no sentido tanto da elaboração como da interpretação jurídica. Esse esforço encontra campo mais propício no Direito Econômico, pelo próprio objeto da disciplina.



Dessa forma, devido ao fato do Direito Econômico ser um ramo do conhecimento jurídico, este vai aplicar os métodos do Direito, porém, com o auxílio das matérias da Ciência Econômica e da Ciência Política, pois versa sempre sobre assuntos que envolvem essas duas ciências.

Para o presente caso, relacionado à Publicidade Infantil, utilizar-se-á o Método Analítico Substancial proposto por Souza (2005), onde, de forma progressiva, serão analisados dois aspectos específicos para entendimento do contexto, assim realizando o diagnóstico, para, enfim, haver possibilidade de uma sugestão jurídica (prognose), por fim, havendo três análises.

Primeiramente, será realizada a (1) observação do fato econômico e como ele vai se apresentar, por meio das teorias econômicas que podem dar o suporte para este entendimento. A partir da observação, o agente do direito econômico vai caracterizar a (2) política econômica pelo ajustamento do “fato econômico” à ideologia segundo métodos da ciência política. Por fim, haverá a (3) elaboração das hipóteses relativas ao fato-econômico para que a aplicação seja coerente com a realidade tanto econômica quanto política do contexto ensejado.

Segundo Souza (2005):

O recurso a essa simbiose permite ao Direito Econômico atender aos temas que lhe são próprios, como a “regulamentação”, a “regulação”, a “previsão”, a “prospecção”, [...]. Do mesmo modo, permite decisões em face da dinâmica social, orientando o trato jurídico das políticas econômicas. Seja por leis impositivas ou proibitivas, incentivadoras ou programáticas, ou por instrumentos de menor hierarquia, aquela dinâmica e as mutações sociais que lhe correspondem exigem método operacional que as satisfaça.

#### **4.1 Condensamento da Racionalidade à Eventual Revisão sobre o Tratamento Normativo Voltado para a Propaganda Infantil**



Atualmente, o que podemos observar no meio relacionado às mídias digitais e publicidade é uma migração dos meios de comunicação. Estes saíram de dispositivos fixos, principalmente em casa, como a televisão, e surgem em um contexto portátil, possibilitando qualquer um levá-lo para onde for por meio de um *smartphone* com uma conexão com a internet.

Na sociedade moderna, observa-se que o *smartphone* é um integrante absoluto no cotidiano das pessoas, crescendo ainda mais em virtude da dependência nas redes sociais utilizadas. Utiliza-se ainda, não apenas as redes sociais, tais como *Facebook*, *Twitter* e *Youtube*, mas também os serviços de *streaming*, como *Netflix* e *HBO Max*.

Portanto, nitidamente, o aspecto de comunicação do mundo atual está migrando de plataformas, sendo estas cada vez mais influente no dia-a-dia do ambiente doméstico. A Secretaria Especial de Comunicação Social da Presidência da República, em 2016, emitiu um relatório, chamado Pesquisa Brasileira de Mídia (PBM) – 2016, que busca conhecer os hábitos de consumo de mídia da população brasileira. Segundo este relatório (BRASIL, 2016, p. 33):

Entre os entrevistados, aproximadamente dois em cada três acessam a internet; o ambiente domiciliar é predominante entre os locais de maior uso. O telefone celular supera e muito o computador como o dispositivo mais utilizado no acesso à internet e algo em torno de três em cada dez respondentes que utilizam a internet declaram utilizar somente um dispositivo para tal atividade. O tempo médio de acesso diário, considerando tanto o meio de semana quanto o final de semana, fica um pouco acima das quatro horas e trinta minutos.

Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua, de 2017 (IBGE, 2018), no informativo relacionado à Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal, em 2017, já havia telefone celular em 93,2% dos domicílios do país, sendo que 97% das pessoas entrevistadas afirmam que utilizam a internet por este meio.



Ainda neste estudo, o IBGE reconhece que o percentual de crianças que utilizam a internet no grupo etário de 10 a 13 anos foi de 71,2%, sendo que na faixa etária de 14 a 17 anos foi de 84,9%. Percebe-se ainda que houve um crescimento no ano de 2016 a 2017 de 7,4% no primeiro grupo e de 2,9% no segundo grupo. Podemos concluir, por meio destes dados que, no ano de 2019, os números cresceram ainda mais, apesar de não terem sido mensurados ainda.

Segundo as considerações diante de análises de caso realizadas por Confortin e Medronha (2019) sobre publicidade infanto-juvenil, reconhece-se que a publicidade infantil está se direcionando para a plataforma digital, sendo, uma delas, o *Youtube*, em que as regras do CONAR ainda não são discutidas de forma ampla e direcionada.

Segundo estas autoras, “podemos considerar que no Youtube não há clareza referente à identificação de publicidade, isto quer dizer que, a venda se afasta o meio tradicional, e ocorre na forma de produção de conteúdo” (CONFORTIN; MEDRONHA, 2019, p. 13-14).

O *Youtube* foi uma plataforma que teve seu lançamento em 2005, com o objetivo de compartilhar vídeos que não poderiam ser transmitidos por e-mail ou outro meio de compartilhamento devido ao seu tamanho. No entanto, esta plataforma se desenvolveu de maneiras inimagináveis, sendo, atualmente, o segundo site mais acessado no Brasil, de acordo com levantamento de dados realizado por SimilarWeb (TOP, 2019).

Dessa forma, cabe questionar o porquê do ordenamento jurídico brasileiro ainda não ter mecanismo de regulação efetivo e específico, voltado para a publicidade infantil, que compreenda o crescimento e a influência que esses meios de comunicação vão assumindo no cotidiano da população.

Diante desse cenário, observa-se os riscos decorrentes da inércia legislativa e judiciária quanto à esta situação por meio do comentário de Leite (2019, p. 59):



É fato que a publicidade nos meios de comunicação, especialmente na Internet e no ambiente televisivo corresponde a uma poderosa ferramenta do mercado para a persuasão do público infantil, que cada vez mais cedo é chamado a participar do universo adulto quando é diretamente exposto às complexidades das relações de consumo sem que esteja efetivamente preparado para isso.

As crianças são um alvo importante, não apenas porque escolhem o que seus pais compram e são tratadas como consumidores mirins, mas também porque impactadas desde muito jovens tendem a ser mais fiéis a marcas e ao próprio hábito consumista que lhes é praticamente imposto.

[...]

Apesar disso, inexistente no sistema regulatório externo brasileiro, qualquer limitação quanto à disseminação publicitária veiculada na Internet e na televisão deliberadamente destinada a inflamar o consumismo infantil.

A ausência dessa regulação pode pôr em risco, inclusive, o próprio direito à prevenção especial da criança que reconhece um ser em estado de desenvolvimento, hipervulnerável, e que, justamente em função disso, é merecedor de proteção integral para o fim de lhe preservar seu melhor interesse.

Dessa forma, obtendo o conhecimento da vulnerabilidade e do poder de influência que as plataformas exercem sobre o público infantil, diversas empresas, de pequeno, médio e grande porte, começaram a destinar grande parte do orçamento publicitário para esse público em específico.

De acordo com a Google (2018), no seu relatório “Pesquisa Video Viewers: como os brasileiros estão consumindo vídeos em 2018”, o levantamento realizado reforça a plataforma do YouTube como o principal ator na consolidação das formas de consumo de vídeo.

Segundo este relatório (GOOGLE, 2018, p. 1), “em 4 anos, o consumo de vídeo na web cresceu 135%. No mesmo período, o consumo de TV aumento 13%”. Mostrando, portanto, a grande discrepância e necessidade urgente de uma nova



abordagem legislativa à respeito da publicidade direcionada para o público infantil brasileiro.

Importante destacar também que, ainda de acordo com o relatório, o YouTube é o “2º maior destino para consumo desse formato (vídeo) no país, ficando apenas 3 pontos percentuais atrás da líder, a TV Globo” (GOOGLE, 2018, p. 2).

Segundo o Caderno Legislativo - Publicidade Infantil (Instituto Alana, 2016), a nova estratégia publicitária utilizada neste tipo de plataforma se dá por meio da associação do uso de entretenimento com a venda, o chamado *branded entertainment*. Portanto, há uma associação quase imperceptível do vídeo consumido nas plataformas que estão em ampla expansão e a divulgação das marcas voltadas para o público infantil. Segundo o relatório (INSTITUTO ALANA, 2016, p. 26),

Assim, a mescla de publicidade e entretenimento causa duplo efeito oneroso à criança: dificuldade de reconhecimento da comunicação mercadológica e, ainda, confusão entre o prazer provocado pela atividade e o prazer pela visão dos próprios elementos da atividade

– no caso, os produtos da marca. A empresa cuida de tornar o público infantil afeito ao produto, pela repetição de imagens, associadas ao prazer e diversão, sem expor claramente para as crianças suas reais intenções.

Visto que a utilização de smartphones cresce exponencialmente, assim como o consumo de conteúdo por meio das plataformas que estão inseridas nestes, e adicionado a este fato as empresas utilizando a fusão do entretenimento com as marcas, é de se enfatizar o tamanho da influência causada na vida dos consumidores.

Uma das técnicas principais utilizadas são os *youtubers* mirins. São crianças, que, em virtude do consumo do conteúdo gerado por elas, se tornam celebridades no YouTube, assim como também em outras redes sociais. Dessa forma, as empresas de publicidades veem eles como potenciais vendedores de produtos.





De acordo com o Instituto Alana (2016, p. 46):

Não se sabe ao certo como surgiram os canais de celebridades infantis. Se foram incentivados pelos anunciantes ou se apareceram de maneira espontânea e, ao atingirem um grande público e conseguirem vários seguidores, passaram a ser identificados pelo mercado e vistos como um canal estratégico de marketing.

Portanto, estas crianças são presenteadas com os produtos e filmam a abertura dos presentes (chamado de *unboxing* ou *unwrapping*) para divulgar para seus seguidores. Assim, as marcas ganham visibilidade para um público amplo e específico, sem a necessidade de pagar por anúncios ou mesmo respeitar qualquer legislação publicitária (pois essa prática ainda não é considerada no ordenamento jurídico).

Para ilustrar o alcance deste tipo de prática na nossa sociedade, o maior canal de *youtuber* mirim que se encontra ativo no Brasil e que realiza práticas de *unboxing* é o Canal da Valentina Pontes possuindo mais de 19 milhões de seguidores. A partir deste número de pessoas que consomem o conteúdo, sendo que o vídeo com maior alcance obteve mais de 519 milhões de visualizações, é possível compreender o tamanho do impacto e capilaridade da influência destes comunicadores.

Ao analisarmos este tipo de prática em relação ao conceito de publicidade abusiva presente no art. 2º da Resolução 163 de 2014, do CONANDA, observa-se nitidamente o preenchimento de vários requisitos relacionados a este tipo de prática. Tais como utilizar de pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil (inciso IV), representações de criança (III), linguagem infantil (I) e personagens ou apresentadores infantis (V).

Um dos motivos pelo qual a criança deve ser protegida de publicidades voltadas para este público alvo é, como dito anteriormente, a própria incapacidade destas de discernir o que é propaganda publicitária e o que é a realidade em si. Quando estas duas realidades se mesclam, como é o caso das práticas de *unboxing*, a criança



é induzida à uma visão de mundo específica, sendo violado a faculdade de discernimento apropriada à idade.

De forma mais técnica, ao analisarmos esta prática à lente da teoria de disponibilidade heurística desenvolvida no primeiro capítulo, podemos observar a seguinte situação. Quando uma criança, sem o discernimento claro sobre a realidade e a publicidade, entra em contato com um vídeo realizado para prender sua atenção repleto de luzes, cores e elementos familiares e chamativos o corpo dela absorve esses elementos “agradáveis”, que geram excitação e uma breve sensação de bem-estar. No entanto, os elementos presentes nesta tela são marcas de produtos, tais como brinquedos, alimentos (geralmente doces) e roupas infantis. Desta forma, paulatinamente, a criança relaciona estas marcas à sensação agradável promovida pelo vídeo. Consequentemente, pelo fenômeno da disponibilidade heurística, a tendência desta criança associar a obtenção daquele produto à alegria é consideravelmente alta, induzindo claramente ao consumo de determinadas marcas de forma inconsciente.

É por este tipo de abordagem que o próprio Código do Consumidor (BRASIL, 1990b), em seu artigo 36 esclarece que a publicidade deve ser veiculada de forma a ser facilmente reconhecida como tal. No entanto, quando falamos de crianças, que possuem o discernimento reduzido em face da idade, esta situação é ainda mais agravada e alarmante, em virtude das consequências sociais e psicoemocionais.

No entanto, as empresas que veiculam esse tipo de prática, ao serem questionadas sobre o assunto se dizem incapazes de se responsabilizarem pela divulgação de sua marca pelos próprios consumidores. Desta forma, ao invés de pagarem os *youtubers* mirins, as empresas mandam presentes para estes veicularem em seus canais. Não possuindo nenhum vínculo jurídico com os divulgadores e se eximindo do vínculo social, as empresas não conseguem ser alcançadas por qualquer tipo de política que veda a publicidade abusiva.



De acordo com estudos realizados na área, compreende-se que as ações publicitárias relacionadas ao YouTube, para as empresas, têm um custo baixo se comparado com outros veículos e permite o alcance direto ao público-alvo por meio de um influenciador.

Dessa forma, diversas empresas do segmento de moda e beleza se dedicam à associar sua marca aos *youtubers*, pois além de obterem um aumento considerável do seu montante de vendas, também tem a possibilidade de melhorar a forma com que o mercado vê a marca (LUCAS JÚNIOR; ADATI; LIMA, 2017).

De acordo com Silva (2018, p. 19), a respeito destas práticas publicitárias,

[...] de forma ampla, percebe-se que tais estratégias são uma forma de promoção dos produtos e de publicidade abusiva. Porquanto, através de campanhas publicitárias ocultas, com aparência de informação neutra, uma vez que não é revelado seu teor publicitário, aproveitam-se da deficiência de julgamento e experiência da criança, afinal, tais campanhas publicitárias tem o escopo claro de utilizar a pureza e inocência infantil para alcançar um resultado mercadológico.

Cabe contextualizar ainda que essas práticas ferem diretamente os termos de acesso ao Youtube, que restringe sua utilização a pessoas com menos de 18 anos. Para que haja o ingresso das crianças nesta plataforma, elas devem mentir as suas idades durante a realização do seu cadastro.

A família destas crianças, ao se eximirem de respeitar e monitorá-las quanto à política de acesso para ingresso nesta plataforma, demonstra de forma ainda mais veemente a fragilidade do modelo racional econômico adotado pela sociedade, visto que esta é uma prática que prejudica tanto a criança quanto à família no longo prazo. No entanto, apesar de serem demonstrados os prejuízos de forma extensiva da publicidade infantil abusiva, esta ainda é a prática padrão na sociedade.

Se partirmos do pressuposto de que o ser humano é racional e sabe o que é melhor para si, como o *mainstream* econômico atualmente entende, não há qualquer



explicação para o fenômeno que vemos acontecendo no campo da publicidade infantil. No entanto, a partir de uma compreensão mais holística por meio da introdução de outras áreas de análise de comportamento, tais como a ciência comportamental e a psicologia, estes fenômenos podem ser mais bem compreendidos. A partir disso, podem ser elaboradas políticas econômicas e sociais mais adequadas às necessidades individuais e sociais do público infantil.

## 5 CONCLUSÃO

Atualmente é pacificado que o campo do direito não é independente de outros campos de conhecimento que envolve uma sociedade. Esta que possui uma quantidade enorme de problemas advindos desde mudanças sociais e culturais, em virtude das novas tecnologias e conexão com outras sociedades diferentes, até as mudanças de paradigmas apresentadas por novas descobertas científicas.

Uma grande influência no ordenamento jurídico surge justamente do campo das ciências econômicas, que adquiriram um protagonismo na compreensão da tomada de decisão humana no último século. Desta forma, um dos objetivos deste trabalho é apresentar o contexto e os conceitos adotados pela sociedade que, apesar de muitas vezes se mostrarem falhos, como é o caso da racionalidade do *homo economicus*, ainda são adotados indiscriminadamente, gerando uma série de impactos negativos no bem-estar da população.

Logo, apresenta-se como a visão *mainstream* do direito e suas premissas, principalmente a da racionalidade à luz de outros campos da ciência mais atuais, como a ciência comportamental, são limitados e muitas vezes incompatíveis com a realidade de tomada de decisão humana.

São inúmeros os estudos, atualmente, principalmente os advindos das ciências comportamentais, já incorporadas ao mundo jurídico pela corrente



*Behavioral Law & Economics*, que comprovam a influência daquilo que consumimos e nos submetemos nas nossas tomadas de decisão, muitas vezes de forma completamente inconsciente. Desta maneira, para exemplificar o grande impacto que a adoção de pressupostos que são descolados da realidade possui no bem-estar da sociedade realiza-se a análise do campo da publicidade, mais especificamente voltado para o público infantil.

A publicidade, como campo de estudo, há muito já compreende o que a teoria econômica se recusava a enxergar, que é o fato de que os seres humanos são amplamente influenciados por tudo aquilo que entra em contato com eles no cotidiano. Desta forma, a maneira mais rápida de vender um produto se encontra em utilizar deste artifício para prender a atenção e, sem que a pessoa tome consciência, convencê-la sobre a compra do produto em questão.

A partir deste entendimento, rapidamente o campo publicitário se dirige para um público específico, que em virtude da falta de amadurecimento e com uma racionalidade ainda mais vulnerável, se encontra ainda mais aberto para este tipo de prática, o público infantil. Desta forma, como não é função da publicidade proteger os cidadãos, as empresas se beneficiam financeiramente da ausência do Estado, que deveria o fazer, mas se mantém inerte ao se esconder por trás do argumento da racionalidade.

Este tipo de prática reverbera em diversos campos sociais, psicológicos e emocionais no desenvolvimento do público infantil, gerando inúmeros efeitos negativos como aumento da obesidade e consumo excessivo. O ordenamento brasileiro, ainda que de forma embrionária, tomou consciência deste impacto e atualmente garante uma mínima proteção ao público infantil por meio do Código do Consumidor, assim como do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente.



No entanto, apesar destes esforços mínimos, a publicidade infantil, já reconhecida internacionalmente por seus impactos negativos na sociedade, se adapta e penetra de outra maneira nos lares brasileiros, por meio da internet. Com a queda do consumo de televisão e rádio, surgiu uma nova realidade tanto para a área publicitária quanto para os consumidores.

Desta forma, surgem inúmeros conteúdos nas redes sociais, mais especificamente no Youtube, que por meio de práticas modernas como o *unboxing*, submetem as crianças à influência da prática publicitária. Naturalmente, muitas empresas, para se adaptar ao novo contexto, direcionam parte do seu orçamento publicitário exclusivamente para essa área de comunicação.

O objetivo principal deste trabalho, portanto, foi apresentar os pressupostos, ainda mais antigos que a publicidade infantil, que sustentam todo o fundamento utilizado para o direcionamento da publicidade, principalmente para um público ainda mais vulnerável.

A partir desta compreensão de base, pode-se ressignificar a influência dessas práticas em nossas vidas e em nossas visões de mundo e, desta forma, tomarmos consciência do impacto que elas possuem em seres ainda mais racionalmente fragilizados.

Desta forma, por meio da apresentação de amplas razões econômicas, históricas, comportamentais e jurídicas, busca-se demonstrar a responsabilidade que o Estado possui para o cuidado com o conteúdo dirigido ao público infantil, em virtude do grande impacto negativo que este possui nas gerações futuras.

Ao, desarmar as fundações que sustentam a publicidade infantil por argumentos científicos, será possível traçar políticas públicas, orientações jurídicas e legislativas, condizentes com o que temos de mais atual em termos de comportamento humano internacionalmente, dispensando visões de mundo baseadas em premissas que não condizem com a realidade e há muito já ultrapassadas.



## REFERÊNCIAS

BERNOULLI, Daniel. Exposition of a new theory on the measurement of risk. **Econometrica**, 22, 23-36, 1954. Disponível em [https://pdfs.semanticscholar.org/ef51/2f15aa1c294c7575aa329a7fecd80be6633b.pdf?\\_ga=2.55049007.56303601.1591278997-319729921.1591278997](https://pdfs.semanticscholar.org/ef51/2f15aa1c294c7575aa329a7fecd80be6633b.pdf?_ga=2.55049007.56303601.1591278997-319729921.1591278997). Acesso em: 4 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional da Criança e do Adolescente. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Resolução Nº 163, de 13 de março de 2014**. Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=268725>. Acesso em 16 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. 1990a. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em 16 out. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. 1990b. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm). Acesso em 16 out. 2019.

BRASIL. Ministério Público. **Nota técnica nº 02/2014**. São Paulo: Ministério Público, 20 fev. 2014. Disponível em [http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/conanda/conanda\\_nota\\_tecnica\\_propagan\\_da\\_abusiva\\_20\\_02\\_2014.pdf](http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/conanda/conanda_nota_tecnica_propagan_da_abusiva_20_02_2014.pdf). Acessado em 18 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1558086**. Processual civil. Direito do consumidor. Ação civil pública. Violação do art. 535 do CPC. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Publicidade de alimentos dirigida à criança. Abusividade. Venda casada caracterizada. Arts. 37, §2º, e 39, I, do Código de Defesa do Consumidor. Recorrente: Pandurata Alimentos LTDA. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Humberto Martins, 10 mar. 2016. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1495560&num\\_registro=201500615780&data=20160415&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1495560&num_registro=201500615780&data=20160415&formato=PDF). Acessado em 31 out. 2019.



BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 out. 2019.

COASE, R. H. The Nature of the Firm. **Economica**, Londres, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937. Disponível em [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1625/mod\\_resource/content/1/CHY%20Th\\_e\\_Nature\\_of\\_the\\_Firm\\_-\\_Coase.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1625/mod_resource/content/1/CHY%20Th_e_Nature_of_the_Firm_-_Coase.pdf). Acesso em 23 ago. 2019.

CONFORTIN, G.; MEDRONHA, J. Publicidade Infato-Juvenil e o CONAR: Análise de Casos e Procedimentos. In: CONGRESSO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO NA REGIÃO SUL, 20. Porto Alegre, 2019. **Anais [...]**. Disponível em <http://portalintercom.org.br/anais/sul2019/resumos/R65-1236-1.pdf>. Acesso em 5 nov. 2019.

CONNOR, S. M. Food-Related Advertising on Preschool Television: Building Brand Recognition in Young Viewers. **Pediatrics**, v. 118, n. 4, 1478-1485, out. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1542/peds.2005-2837>. Disponível em <https://pediatrics.aappublications.org/content/118/4/1478>. Acesso em 27 out. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Contribuição da Psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança**. 2008. Disponível em <https://criancaeconsumo.org.br/biblioteca/contribuicao-da-psicologia-para-o-fim-da-publicidade-dirigida-a-crianca/>. Acesso em 3 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Código Nacional de Autorregulamentação Publicitária**, 5 maio 1980. Disponível em <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acessado em 8 maio 2020.

CUSINATO, R. T. **A Teoria da decisão sob incerteza e a hipótese da utilidade esperada: conceitos analíticos e paradoxos**. Dissertação de Pós-Graduação em Economia - Faculdade de Ciências Econômicas da URFGS, Porto Alegre, 2003.

D'AQUINO, L. S. A publicidade abusiva dirigida ao público infantil. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 106, ago. 2016. Disponível em [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_bibliot\\_ea/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDCons\\_n.106.04.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliot_ea/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.106.04.pdf). Acesso em 18 nov 2019.

DELLAZZANA, A. L. Reflexões sobre a relação entre a publicidade e as crianças. In: ENCONTRO NACIONAL DA HISTÓRIA DA MÍDIA, 9. Ouro Preto, 2013.





**Anais [...].** Disponível em <http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/9o-encontro-2013/artigos/gt- historia-da-publicidade-e-da-comunicacao-institucional/reflexoes-sobre-a-relacao-entre-a- publicidade-e-as-criancas>. Acessado em 20 set. 2019.

DEQUECH, D. Instituições e a Relação entre Economia e Sociologia. **Revista Estudos Econômicos**, vol. 31, n. 3, 599-619, jul 2011. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/ee/article/view/36056/38775>. Acessado em 16 ago. 2019.

FONSECA, J. B. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GOOGLE. **Pesquisa Video Viewers: como os brasileiros estão consumindo vídeos em 2018**. Set. 2018. Disponível em <https://www.thinkwithgoogle.com/intl/pt-br/tendencias-de- consumo/pesquisa-video-viewers-como-os-brasileiros-estao-consumindo-videos-em-2018/>. Acessado em 15 mar. 2020.

HASTINGS, G. *et al.* **The extent, nature and effects of food promotion to children: a review of the evidence**, technical paper prepared for the World Health Organization, jul. 2006. Disponível em [https://www.who.int/dietphysicalactivity/publications/Hastings\\_paper\\_marketing.pdf](https://www.who.int/dietphysicalactivity/publications/Hastings_paper_marketing.pdf). Acessado em 31 out. 2019.

INSTITUTO ALANA. **Caderno Legislativo: publicidade infantil - análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional**. nov. 2016. Disponível em [https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/caderno\\_legislativo.pdf](https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/caderno_legislativo.pdf). Acesso em: 22 fev. 2020.

INSTITUTO ALANA. **Por que a publicidade faz mal para as crianças**. 2009. Disponível em <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/por-que-a-publicidade-faz- mal-para-as-criancas.pdf>. Acessado em 31 out. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. (2018). **Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2017**. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101631\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101631_informativo.pdf). Acesso em 5 nov. 2019.

JOLLS, C.; SUNSTEIN, C. R.; THALER, R. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, 1471-1550, 1998. Disponível em [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal_articles). Acessado em: 20 set. 2019.

KAHNEMAN, D. **Rápido e Devagar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.



KAHNEMAN, D. e TVERSKY, A. Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk. **Econometrica**, vol. 47, n. 2, p. 263-291, mar. 1979. Disponível em <https://www.uzh.ch/cmsssl/suz/dam/jcr:00000000-64a0-5b1c-0000-00003b7ec704/10.05-kahneman-tversky-79.pdf>. Acessado em 20 nov. 2019.

LEITE, R. D. (2019). Classificação indicativa na publicidade virtual e televisiva destinada ao público infantil. **Fronteiras Interdisciplinares do Direito**, v. 1, n. 1, 2019. Disponível em <http://ken.pucsp.br/fid/article/view/42007>. Acessado em 13 out. 2019.

LOPES, A. F. **Empresa e Propriedade**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

LUCAS JÚNIOR, D. L., ADATI, C. M. e LIMA, B. D. O processo de associação entre marcas e geradores de conteúdo no Youtube: casos brasileiros. **Revista de Gestão e Secretariado**, 228-248, 23 ago. 2017. Disponível em <https://www.revistagesec.org.br/secretariado/article/download/628/pdf>. Acessado em 22 fev. 2020.

MEIRA JUNIOR, J. J. **Jus.com.br**. Mar. 2018. Análise dos princípios constitucionais da ordem econômica e sua influência no Direito brasileiro. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/64812/analise-dos-principios-constitucionais-da-ordem-economica-e-sua-influencia-no-direito-brasileiro>. Acessado em 23 set. 2019.

MACIEL, D. M. **Publica Direito**. Publicidade infantil: regulamentação x liberdade de expressão. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e197f79ebb916f23>. Acessado em 16 nov. 2019.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARX, K. **Para a Crítica da Economia Política**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

NASCIMENTO, P. C. **A influência da televisão nos hábitos alimentares de crianças e adolescentes**. Tese de doutorado em psicologia - Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da USP, Ribeirão Preto, 2006. Disponível em <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/59/59137/tde-21092007-145239/publico/DoutoradoPaulaCarolina.pdf>. Acessado em 31 out. 2019.

NINO, C. S. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.



POSNER, R. A. **Economic Analysis of Law**. 1ª edição. Boston: Little Brown and Company, 1973.

POSNER, R. A. **Economic Analysis of Law**. 9ª edição. New York: Wolsters Kluwer Law & Business, 2014.

RACHLINSKI, J. J. The psychological foundations of behavioral law and economics. **Cornell Law Faculty Publications**, 1675-1696, 2011. Disponível em <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1701&context=facpub>. Acessado em 21 set. 2019.

RIBEIRO, D. C. e EWALD, A. P. Ética e publicidade infantil. **Comunicação & Inovação**, vol. 11, 68-76, 28 abr. 2010. Disponível em [http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista\\_comunicacao\\_inovacao/article/view/951/774](http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_comunicacao_inovacao/article/view/951/774). Acessado em 31 out. 2019.

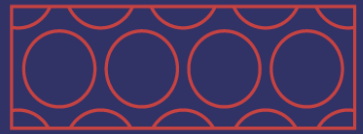
SAMPAIO, I. S. Publicidade e infância: uma relação perigosa. **Infância & Consumo: estudos no campo da comunicação**, Brasília, 9-21, 2009. Disponível em <http://www.andi.org.br/sites/default/files/Inf%C3%A2ncia%20e%20consumo.pdf>. Acesso em 31 out. 2019.

SILVA, A. K. **Mini youtubers e as estratégias de publicidade: análise das normas de proteção e da defesa do consumidor infantil na legislação brasileira**. Monografia de graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador - UCSal, Salvador, 2018. Disponível em <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/578/1/TCCANASILVA.pdf>. Acessado em 27 fev. 2020.

SILVA, J. M. **A racionalidade na teoria da ação social de Max Weber**. Monografia de graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, 2015. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/159791/TCC%20Julia%20Mons%20eff.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acessado em 18 set. 2019.

SIMON, H. A. A behavioral model of rational choice. **The Quarterly Journal of Economics**, vol. 69, n. 1, p. 99-118, 1 fev 1995. DOI: <https://doi.org/10.2307/1884852>. Disponível em <https://academic.oup.com/qje/article-abstract/69/1/99/1919737>. Acessado em 5 out. 2019.

SOUZA JÚNIOR, J., FORTALEZA, C. H. e MACIEL, J. d. Publicidade Infantil: o estímulo à cultura de consumo e outras questões. **Infância & Consumo: estudos no**



**campo da comunicação**, p. 22-34, 2009. Disponível em <http://www.andi.org.br/sites/default/files/Inf%C3%A2ncia%20e%20consumo.pdf>. Acessado em 20 nov. 2019.

SOUZA, W. P. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 6ª Edição. LTr, 2005.

TOP Websites, in Brazil. **Similar Web**, 2019. Disponível em <https://www.similarweb.com/pt/top-websites/brazil>. Acessado em 5 nov. 2019.

TREVES, R. **Sociologia do Direito**. Barueri: Manole, 2004.

TVERSKY, A. e KAHNEMAN, D. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. **Science**, vol. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 27 set. 1974. DOI: 10.1126/science.185.4157.1124. Disponível em <https://science.sciencemag.org/content/185/4157/1124>. Acessado em 10 out. 2019.

VENOSA, S. d. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2014.

WILCOX, B.; KUNKEL, D.; CANTOR, J.; PALMER, E.; LINN, S.; DOWRICK, P. **Report of the APA Task Force on Advertising and Children**. 20 fev. 2004. Disponível em <https://www.apa.org/pi/families/resources/advertising-children.pdf>. Acessado em 18 out. 2019.



# A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA E OS PARÂMETROS DO SINASE NO ÂMBITO DO DISTRITO FEDERAL

Frankcinalda Lopes de Sampaio

## RESUMO

A presente pesquisa trata da medida socioeducativa de liberdade assistida no âmbito do Distrito Federal e os parâmetros do Sistema Nacional Socioeducativo (SINASE), sedimentado no paradigma da proteção integral. O objetivo é analisar se o programa de liberdade assistida no Distrito Federal tem atendido a esses parâmetros. A liberdade assistida consiste no acompanhamento e orientação do adolescente infrator pela família, pela sociedade e pelo Estado. O Distrito Federal possui 15 unidades denominadas UAMAS (Unidades de Atendimento em Meio Aberto), que acompanham e orientam os socioeducandos, por meio de uma equipe multiprofissional, formada por psicólogos, assistentes sociais pedagogos e agentes de ressocialização. A metodologia utilizada foi a revisão da literatura, pesquisas acadêmicas, dados oficiais e análise de documentos legislativos sobre o tema. As medidas socioeducativas apresentam a finalidade de ressocializar o adolescente infrator, a partir dos parâmetros do SINASE. Observou-se que a medida socioeducativa da liberdade assistida, no plano normativo da política pública, tem se orientado pelo SINASE, especialmente quanto aos eixos educação e profissionalização.

**Palavras-chaves:** Paradigma da proteção integral. Adolescente infrator. Liberdade Assistida. SINASE.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tratará da medida socioeducativa de liberdade assistida no âmbito do Distrito Federal e os parâmetros do Sistema Nacional Socioeducativo (SINASE). Um sistema que tem por objetivo padronizar o atendimento



socioeducativo em âmbito nacional, abarcando todas as medidas socioeducativas, em meio fechado e aberto. Esse Sistema tem por base os instrumentos intranacionais cunhados pelas Nações Unidas, pela Constituição federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O problema de pesquisa está expresso na seguinte pergunta: o programa de liberdade assistida no Distrito Federal tem atendido aos parâmetros do SINASE? A hipótese guiadora é no sentido de que o programa de liberdade assistida está atendendo aos parâmetros do SINASE, em relação aos eixos escolarização e profissionalização.

Quanto ao quadro teórico será utilizado o que se convencionou chamar de doutrina ou paradigma da proteção integral, com recorte no atendimento dos adolescentes autores de atos infracionais submetidos à Liberdade Assistida.

No que toca à metodologia, será empreendida a revisão da literatura quanto à temática, pesquisas acadêmicas, dados oficiais e análise de documentos legislativos sobre o tema importante e instigante, qual seja o adolescente autor de ato infracional, eis que o adolescente como protagonismo a violência sempre esteve presente na sociedade, em diferentes classes sociais e em diferentes épocas.

A preocupação com o atendimento dos adolescentes infratores levou as Nações Unidas a aprovarem diversos instrumentos internacionais, os quais serão apresentados ao longo do texto, que traçam diretrizes pautadas nos direitos humanos ao atendimento do adolescente no contexto do ato infracional. Essas diretrizes foram abraçadas pelo Brasil nos artigos 227 e 228 da Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90. Em síntese, reconhecem que o adolescente é um sujeito de direitos, em fase especial de desenvolvimento e que, no caso da prática de atos infracionais, será submetido a uma responsabilização especial desenhada no ECA., com garantias e direitos individuais, como o contraditório e a ampla defesa.



Entretanto, embora, exista um arcabouço normativo quanto ao atendimento, pautado no chamado paradigma garantista da proteção integral, desenhado pelas Nações Unidas, o que se verifica é uma distância desse paradigma da realidade dos programas socioeducativos.

Nessa pesquisa, será utilizada a definição da categoria adolescente, aquela adotada pelo ECA, em seu art. 2º, ou seja, todo indivíduo que possua entre doze anos completos e dezoito anos incompletos, eis que somente ao adolescente será possível a incidência das medidas socioeducativas, descritas no art. 112, do ECA, enquanto que para a criança autora de ato infracional, somente será cabível a aplicação de medidas protetivas descritas no art. 101, do ECA.

O artigo se encontra estruturado nos seguintes moldes: no primeiro momento serão abordados aspectos históricos acerca do Paradigma da Situação Irregular, os quais são importantes para a compreensão das tensões e dificuldades presentes quando do desenvolvimento desse paradigma, que tiveram influência para a organização do Paradigma da Proteção Integral ou garantista. Na sequência serão abordados pontos que caracterizam o Paradigma da Proteção Integral, que se contrapõem ao Paradigma da Situação Irregular, a partir dos seus princípios que reconhecem o adolescente como sujeito de direitos em fase especial de desenvolvimento.

O segundo momento está reservado para uma breve apresentação do devido processo legal, com a descrição dos direitos e garantias e direitos individuais, presentes no procedimento de responsabilização do adolescente autor de ato infracional. Ainda, serão trazidos pontos sobre a medida socioeducativa, especialmente quanto ao conceito, finalidades e espécies.

O terceiro momento está reservado para uma descrição dos parâmetros do SINASE para a medida socioeducativa de liberdade assistida e uma contextualização



da medida socioeducativa no âmbito do Distrito Federal, de modo a aferir se esses parâmetros estão sendo observados no âmbito do DF.

Inicialmente, a autora pensou em realizar pesquisa empírica, com a aplicação de questionário junto às Unidades de Atendimento em Meio Aberto, a fim de se colher dados sobre o atendimento de fato dispensado aos adolescentes. Porém, em virtude da pandemia que assola

o planeta esta ferramenta metodológica foi afastada.

O tema aqui enfrentado é importante para o mundo acadêmico, dada a escassa produção de pesquisa nesta área, pois trata de um fenômeno social que existe há séculos, o que demanda constante reflexão.

## **1 SITUAÇÃO IRREGULAR E A PROTEÇÃO INTEGRAL**

A Lei Federal nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente revogou o antigo Código de Menores, Lei nº. 6.697 de 1979. Código que se pautava no paradigma da situação irregular, em que compreendia a criança e o adolescente como objeto de intervenção e não como sujeitos de direitos.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece que todos os indivíduos com idade inferior a 18 anos são sujeitos de direitos, orientado pelo paradigma das Nações Unidas da Proteção Integral, abraçado pela Constituição Federal. Assim, buscaremos em breve recorte histórico apontar algumas características dos dois paradigmas.

### **1.1 Paradigma da situação irregular**

O paradigma da situação irregular teve a sua fase embrionária nos Estados Unidos da América, em meados da década de 1920, ante a indignação da população





quanto aos maus tratos que crianças e adolescentes sofriam em unidades de internação. Nessa época, as crianças e adolescentes que cometiam atos infracionais ficavam nessas unidades juntamente com adultos.<sup>1</sup>

O chamado “movimento dos reformadores” ocorreu nesse período com o intuito de acabar com os maus tratos e separar crianças e adolescentes dos adultos. Diante desse contexto, em 1924, foi aprovada a Declaração de Genebra, no intuito de assegurar proteção aos “menores”, porque esse termo era usado para definir a criança e adolescente pobre, que eram vistos como perigosos e delinquentes.<sup>2</sup>

Carvalho Leite esclarece que na República Velha, período entre 1889-1930, a preocupação não era mais acolher o “menor”, mas sim, recolher. O “menor era visto como um problema social, devendo ser recolhido e internado em “casas de correção” ou “reformatórios”, instituições destinadas a “menores” delinquentes e abandonados.<sup>3</sup>

O termo “menor” passou a ser amplamente usado no meio jurídico. A República Velha foi um período muito intenso, no quesito criança e adolescente, em especial na década de 1920. Nessa época foi criado o Serviço de Assistência e Proteção à Infância Abandonada e Delinvente (1921); em 1923, surge o Juizado de Menores, que não só exercia sua função típica, como também atípica, inclusive a legislativa; e por fim, em 1927 é aprovado o primeiro Código de Menores do Brasil, conhecido também como Código de Menores Mello Mattos, em homenagem ao seu redator.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Das Necessidades aos Direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 36

<sup>2</sup> Ibidem

<sup>3</sup> CARVALHO LEITE, Carla. **A doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas**. In: Juizado da Infância e Juventude, v.3, n. 5, p. 9-23, dez/mar 2004/2005, p. 9

<sup>4</sup> Ibidem.



“Esse código inaugurou o paradigma da situação irregular, sob a representação social do “menor” norteada pela tríade pobre-perigoso-delinquente, vítima de uma patologia social.”<sup>5</sup> Para Cajueiro, o Código era omissivo quanto à atribuição de penalidades contra atos de violência contra os “menores”.<sup>6</sup> Esse código inovou ao introduzir leis no direito penal da criança e do adolescente.<sup>7</sup>

O adolescente com idade maior de 14 e menor de 18 anos que cometesse um ato ilícito era submetido a um regime tutelado. Esse código era aplicado no controle dos adolescentes abandonados e delinquentes, apesar de ser muito criticado e de suas fragilidades, foi o primeiro documento legal onde o Estado intervinha nos crimes praticados por “menores”<sup>8</sup>.

O Código de Menores de 1927 deu lugar ao Código de menores de 1979, cuja abordagem sobre a internação era uma medida excepcional para os “menores” que cometessem atos ilícitos graves ou que fossem reincidentes<sup>9</sup>. Para Azambuja, os “menores” infratores só podiam ser presos em regime fechado por três anos, no qual seu comportamento seria avaliado de seis em seis meses. Após esse período era assistido pelo Estado ou ficava no regime de semiliberdade. Quanto à liberdade, seria compulsória se atingisse a idade limite de 21 anos.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> SOUZA, Selma Leite Do Nascimento Sauerbronn De. **Paradigmas socioeducativos**: operação concomitante no campo da justiça do Distrito Federal. (Dissertação apresentada como trabalho de conclusão do Curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas). Brasília: UNICEUB, 2014, p. 87

<sup>6</sup> CAJUEIRO, Josiane Neves. **Revista de doutrina e jurisprudência** – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. In: **A evolução do ordenamento jurídico voltado para as questões da criança e do adolescente**, v.106, n. 1, 2015, p. 139-157

<sup>7</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei – da indiferença à proteção integral** 4. Ed. Porto Alegre, 2013, p.50

Porto Alegre, 2013, p.50

<sup>8</sup> AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **A criança o adolescente**: aspectos históricos. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/51043264/aspectos-historicos-da-crianca-e-adolescente>> . Acesso em maio de 2020

<sup>9</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei – da indiferença à proteção integral** 4. Ed. Porto Alegre, 2013, p. 54

<sup>10</sup> AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **A criança o adolescente**: aspectos históricos. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/51043264/aspectos-historicos-da-crianca-e-adolescente>> . Acesso em maio de 2020



Os adolescentes tinham o direito privado de liberdade, mas seu defensor necessitava pleitear as autoridades visitas semanalmente, materiais de higiene e alojamento em condições adequadas para contribuir para sua recuperação. O adolescente tinha que ser tratado com dignidade e respeito, devia estudar e se profissionalizar, isso era obrigatório. Desse modo, esse código estava bem à frente dos outros<sup>11</sup>. Ainda, segundo Carvalho Leite, ficou evidenciado o caráter assistencialista do Estado com relação à criança e o adolescente, caracterizando-se com a criação, logo no início do regime da ditadura, da Fundação Nacional de Bem-estar do Menor

## **1.2 FUNABEM, instituição que perdurou por 20 anos e dava assistência ao “menor”<sup>12</sup>.**

Assim, o Código de Menores de 1979, em seu artigo 2º, fixava como situação irregular, a falta ou omissão dos pais, ser vítima de maus tratos, o “menor” que estivesse em perigo ou sendo explorado, com desvio de conduta, em situação de abandono e prática de ato infracional<sup>13</sup>.

O que se buscava era a higienização social, cujos “menores” abandonados e infratores deveriam ser internados e tratados para serem reinseridos na sociedade<sup>14</sup>. A justiça era informal porque não respeitava as garantias processuais, se preocupando apenas com os “menores” delinquentes e as intervenções educativas e sociais<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei – da indiferença à proteção integral**. 4. Ed. Porto Alegre, 2013, p. 55

<sup>12</sup> CARVALHO LEITE, Carla. **A doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas**. In: Juizado da Infância e Juventude, v.3, n. 5, p. 9-23, dez/mar 2004/2005, p. 10

<sup>13</sup> BRASIL, **Lei n. 6.697**, de 10 de outubro de 1979. (Código de Menores de 1979). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm)> Acesso em: 16 de maio de 2020

<sup>14</sup> MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Das Necessidades aos Direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994.

<sup>15</sup> *Ibidem*. p. 18



Após o enfraquecimento do regime militar, na década de 1980, a sociedade passou a incrementar debates sobre os Direitos Humanos e sobre a participação da população na gestão da coisa pública, cuja movimentação era no sentido de estabelecer uma nova ordem jurídica capaz de atender aos novos anseios da sociedade<sup>16</sup>. Até aqui, observa-se que a legislação voltada para o público infanto-juvenil foi pautada pelo abandono, discriminação, preconceito e omissão por parte do Estado, da família e da sociedade.

Em meio ao clamor de vários segmentos da sociedade, foi instalada a Assembleia Constituinte da Comissão Nacional da Criança e do Adolescente. E foi nesse contexto que ocorreu a promulgação da Constituição de 1988<sup>17</sup>. A Constituição chamada “Constituição Cidadã”, rompeu definitivamente, no campo normativo, com o paradigma da situação irregular e deu lugar ao paradigma da proteção integral, organizado ao longo de anos pelas Nações Unidas, conforme se verá a seguir.

### 1.3 Paradigma da proteção integral

O paradigma da proteção integral é fruto de diversos instrumentos normativos internacionais. Dentre os quais se destacam, a Declaração de Genebra de 1924, que reconheceu que a criança necessitava de um atendimento especial; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que reafirmou a necessidade de se assegurar um atendimento especial para a criança, ainda que ela se encontrasse no ventre materno<sup>18</sup>; a Declaração Universal dos Direitos da Criança que reconheceu que a criança faria *jus* aos direitos fundamentais, os quais deveriam ser assegurados com prioridade absoluta; o Pacto de São José da Costa Rica de 1969, que chamou a

---

<sup>16</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 32

<sup>18</sup> SOUZA, Selma Leite Do Nascimento Sauerbronn De. **Paradigmas socioeducativos**: operação concomitante no campo da justiça do Distrito Federal. (Dissertação apresentada como trabalho de conclusão do Curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas). Brasília: UNICEUB, 2014, p. 12



atenção para a corresponsabilidade entre a família, a sociedade e o Estado quanto à efetivação dos direitos fundamentais infanto-juvenis; as “Regras Mínimas de Beijing”, que se preocupou em desenhar uma justiça especializada, direitos e garantias individuais para o adolescente autor de ato infracional e um conjunto de regras para a execução das medidas socioeducativas; e as “Regras Mínimas de Riad” que se preocupou em tecer normas quanto à prevenção à delinquência infanto-juvenil.

Em 1989, a ONU aprova a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança, tendo como base os documentos internacionais mencionados acima, estipulando princípios, diretrizes para a efetividade dos direitos humanos dessa parcela da população mundial.

Em síntese, é possível afirmar que essa Convenção foi um dos documentos mais importantes para a construção do novo direito da criança e do adolescente, dada a sua abrangência, uma vez que é um documento internacional que versa sobre os deveres e obrigações que os países signatários devem assumir em relação a esse público, com a necessária organização de políticas públicas para promovê-los. Assim, restava inaugurado o paradigma da proteção integral.

Essa Convenção foi internalizada na ordem jurídica interna por meio do Decreto Legislativo n.º 18, em 14 de setembro de 1990, e ratificada pelo Decreto Legislativo n.º 99.710, de 21.11.1990, um paradigma de proteção, cujos princípios foram abraçados pelo Texto Constitucional, nos artigos 227<sup>19</sup> e 228<sup>20</sup> e,

---

<sup>19</sup> Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm)>. Acesso em: 17 de maio de 2020



posteriormente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>21</sup>. Os princípios são os seguintes: corresponsabilidade prioridade absoluta, condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e melhor interesse.

O princípio da corresponsabilidade está previsto no art. 227 da CF, ao fixar que a responsabilidade pela efetivação dos direitos fundamentais da criança, do adolescente e do jovem compete à família, à sociedade e ao Estado. Obrigações que estão detalhadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive quando tratar-se de adolescente autor de ato infracional. Nessa seara, cabe à família acompanhar o adolescente desde o início do procedimento de apuração de ato infracional, nos termos do art. 171, do ECA, a fim de emprestar todo o apoio necessário ao adolescente infrator, apoio que deverá continuar no decorrer da execução da medida socioeducativa aplicada após o devido processo legal, como veremos mais a diante.

Quanto à sociedade, é importante ressaltar que, dentre outros espaços de atuação, ela agirá por meio dos Conselhos Tutelares, os quais tem a responsabilidade de zelar pelo efetivo respeito aos direitos das crianças e dos adolescentes, ainda que essa categoria esteja no contexto da prática de ato infracional, nos termos do art. 136, do ECA<sup>22</sup>. Para tanto, o legislador estatutário dispôs um leque de atribuições para a aplicação das medidas protetivas para crianças e adolescente sem situação de vulnerabilidade e medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis, priorizando o contexto familiar, nos termos dos artigos 136, 101 e 129, do ECA, respectivamente.

Nesse tripé de corresponsabilidade, o Estado se apresenta como o fomentador de políticas públicas direcionadas à prevenção da criminalidade juvenil, as quais se confundem com as políticas sociais básicas e as de inclusão social, bem como as

---

<sup>20</sup> Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940

<sup>21</sup> SÉDA, Edson. **Síntese do Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: CIDFP, 2013, p. 45

<sup>22</sup> DEZEM, Guilherme Madeira; AGUIRRE, João Ricardo Brandão; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 116



políticas socioeducativas, formatadas para o atendimento do adolescente autor de ato infracional, a exemplo do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

Quanto ao princípio da prioridade absoluta, ele também tem expressa previsão no art. 227, *caput* e no §1º, I da CF, reproduzido no art. 4º e único do ECA, que discorre em suas alíneas um nicho da sociedade que teve na Lei máxima, de um patamar mínimo de aplicação dos recursos públicos na execução e na formulação de políticas sociais, essas em caráter preferencial, tendo em vista a condição de pessoas em desenvolvimento. O princípio da prioridade absoluta<sup>23</sup> consiste em dar à criança e ao adolescente, preferência em relação a outros integrantes da sociedade. Atenção prioritária que se justifica, tendo em vista, a fase da vida que esses indivíduos se encontram, caracterizada pela sua celeridade, tornando-se urgente o atendimento preferencial, como garantia do seu desenvolvimento saudável. Sobre os exemplos de prioridade, Saraiva esclarece que:

O Estatuto da Criança e do Adolescente se estrutura em três sistemas de garantias, funcionando de forma harmônica. O primeiro, o Sistema Primário, está envolvido nas Políticas Públicas voltadas ao atendimento, de forma genérica, ou seja, para toda a população infanto-juvenil, sem nenhuma distinção. O segundo seria o Sistema Secundário, voltado para as medidas de proteção de crianças vítimas, em situação de risco pessoal ou social. E por fim, o Sistema Terciário, voltado aos adolescentes em conflito com a lei, tratando das medidas socioeducativas<sup>24</sup>.

Com base nos esclarecimentos de Saraiva é possível afirmar que, a partir da sua descrição dos sistemas, o presente artigo está na órbita no Sistema Terciário, considerando que ele versa sobre o SINASE e a medida socioeducativa de liberdade assistida.

---

<sup>23</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 33

<sup>24</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei** – da indiferença à proteção integral. 4. ed. Porto Alegre, 2013, p. 56



No que toca ao princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, na adolescência, a fase criança se despede com transformações; o corpo muda, os pelos começam a aparecer, a vergonha surge, etc. Todas essas mudanças ocorrem devido aos hormônios. Desse modo, a criança cresce, se desenvolve e justamente na adolescência suas experiências vividas se afloram. Nesta fase, somam-se os desafios do presente e do futuro e muitos adolescentes acabam se envolvendo em atos infracionais que os levam às medidas socioeducativas<sup>25</sup>.

Assim, esse princípio orienta que o mundo adulto deve observar essa fase especial de desenvolvimento humano, seja na fixação de medidas protetivas ou socioeducativas, o que sinaliza para uma aplicação individualizada, a partir das necessidades de cada um. E, em homenagem a esse princípio é que o ECA, em seu art. 2º, definiu as faixas etárias da criança e do adolescente, sendo necessária essa definição em respeito a esse princípio<sup>26</sup>.

Por fim, o princípio do melhor interesse teve origem no Estatuto do Direito anglo-saxônico do *parens patrie*, o Estado abrigava a responsabilidade pelas pessoas consideradas juridicamente limitadas, isto é, os loucos e os menores de idade. No século XVIII<sup>27</sup>, esse instituto foi separado, se dividindo entre a proteção infantil e a proteção do louco e assim, no ano de 1836, o princípio do melhor interesse foi oficializado pelo sistema jurídico inglês.

Em 1959, com a Declaração dos Direitos da Criança consolidou-se o princípio do melhor interesse. Deste modo, esse princípio passou a orientar o legislador e o aplicador da regra jurídica, com a determinação da primazia das necessidades

---

<sup>25</sup> ABERASTURY, A.; KNOBEL, M. **Adolescência normal**: um enfoque psicanalítico. Trad. S. M. G. Ballve. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989, p. 29

<sup>26</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei** – da indiferença à proteção integral. 4. ed. Porto Alegre, 2013, p. 51

<sup>27</sup> PEREIRA, Rosemary Ferreira de Souza. **Algumas Diferenças entre os códigos de menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. (2008). Disponível em: [http://www.fundabrinq.org.br/\\_Abrinq/documents/peac/diferen%C3%A7as](http://www.fundabrinq.org.br/_Abrinq/documents/peac/diferen%C3%A7as) Acesso em: 30 de maio de 2020





infanto-juvenis, porém sob a perspectiva do adulto nessa identificação do “melhor ou superior interesse”. Atualmente, esse princípio recebeu um outro formato, no sentido de que a aferição do melhor interesse ocorrerá na perspectiva do adulto, mas também da criança e do adolescente, por meio de oportunidades de manifestação, conforme aponta, por exemplo o art. 28 e seus parágrafos, do ECA e as diversas oportunidades de manifestação que são asseguradas para o adolescente, autor de ato infracional, no âmbito do devido processo legal, cujas garantias serão abordadas adiante.

Esses princípios além de estarem presentes na Constituição Federal, estão reafirmados no Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente no atendimento do adolescente em conflito com a lei e na Lei nº 12.594/2012 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo). Instrumentos normativos que trazem regramento específico para o devido processo legal, para a fase de conhecimento do processo e responsabilização do adolescente autor de ato infracional e para a fase de execução das medidas socioeducativas.

## **2 DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS**

Nesta seção serão abordados alguns aspectos do devido processo legal e as medidas socioeducativas. A descrição das garantias e dos direitos individuais conferidos aos adolescentes autores de infracionais é imprescindível à compreensão da responsabilização penal juvenil, por meio da incidência das medidas socioeducativas, as quais podem ser em meio aberto ou fechado.

### **2.1 Direitos e garantias individuais**

O devido processo legal é essencial para conter as violações do Estado. Consiste em uma garantia e não um direito, pois visa a proteção da criança e do



adolescente<sup>28</sup>. De uma forma geral, o devido processo legal está inscrito em quase todas as Constituições das nações do mundo.

No que toca ao devido processo legal pertinente ao adolescente infrator, observa-se que ele tem alinhavo nas “Regras Mínimas de Beijing de 1985”, diante dos dispositivos ali constantes sobre investigação, captura e de pontos necessários que devem constar de uma sentença sobre o tema. Além das “Regras Mínimas”, Ishida afirma que a Convenção da Organização das Nações Unidas dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, em seu art. 40, desenha o devido processo legal (art. 40)<sup>29</sup>.

A Convenção de 1989 não impediu que a inimputabilidade fosse produzida abaixo dos 18 (dezoito) anos. Porém, deixou a critério dos países a fixação da idade penal e o tipo de pena aplicada. Com a chegada da Carta Magna de 1988<sup>30</sup>, a inimputabilidade dos indivíduos que possuem idade inferior a 18 anos foi reconhecida como um direito fundamental, uma vez que visa à proteção aos direitos da criança e adolescente, dentre outros direitos como à vida, educação, lazer, etc., reconhecimento que decorre da compreensão de que a criança e o adolescente são sujeitos em fase especial de desenvolvimento, pelo que sinaliza a responsabilidade do Estado para a elaboração e manutenção de políticas públicas pertinentes<sup>31</sup>. Nessa linha de entendimento é possível afirmar que o devido processo legal, com as garantias e direitos individuais é efeito do reconhecimento da condição de sujeito de direitos e obrigações, atingindo, nesse ponto, a responsabilização do adolescente diante da prática de ato infracional.

---

<sup>28</sup> BASTOS, Celso. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 261

<sup>29</sup> ISHIDA, Válter Kenji, **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 44

<sup>30</sup> Art. [...] 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. [...] BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988

<sup>31</sup> *Ibidem*.



O devido processo legal descrito nos instrumentos internacionais mencionados acima está expresso na Constituição Federal de 1988, art. 227, §3º, inciso IV e reafirmado com maiores detalhes no Estatuto da Criança e do Adolescente.

De acordo com Maciel, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no Título VI trata do acesso à Justiça, observando-se, entretanto, o devido processo legal, com destaque para o segredo de justiça, a competência, as ações e procedimentos, recursos, entre outros<sup>32</sup>.

O devido processo legal, na área do adolescente em conflito com a lei, dispõe garantias para o ordenamento jurídico brasileiro e assegura aos destinatários (adolescentes) que os seus direitos sejam respeitados<sup>33</sup>, a exemplo do direito de ter a privação de liberdade somente em situação de flagrante de ato infracional ou mediante determinação judicial; o direito de não ser transportado em compartimento fechado de uma viatura ou em condições atentatórias a sua dignidade; o direito de ter o acompanhamento dos seus pais em todas as fases do processo; o direito à citação, ao contraditório, à ampla defesa, à igualdade na relação processual, à assistência judiciária, a recorrer, à presunção de inocência, etc.<sup>34</sup> Enfim, todas as garantias e direitos individuais arrolados nos artigos 106 a 111<sup>35</sup> do ECA.

---

<sup>32</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. Aspectos Teóricos e Práticos. 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 33

<sup>33</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 89

<sup>34</sup> BASTOS, Celso. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 34

<sup>35</sup> [...] Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal. Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

- pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;
  - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;
  - defesa técnica por advogado;
  - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei; V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;
  - VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.
- [...]BRASIL. **LEINº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Diário Oficial da União, 16.7.1990



O adolescente será submetido a um processo de responsabilização dividido em três momentos ou fases: policial, ministerial e judicial. Após ultimados os atos de investigação ou de apreensão em flagrante, não sendo caso de deliberação, a autoridade policial encaminhará o procedimento e o adolescente ao Ministério Público. Lá chegando, será procedida a sua oitiva informal, dos seus pais ou responsáveis e, se necessário, das vítimas e testemunhas. Na sequência, o órgão ministerial adotará uma das providências do art. 180, do ECA. Promoverá o arquivamento dos autos, concederá a Remissão, com a transação de eventual medida, protetiva ou medida socioeducativa em meio aberto, a exemplo da Liberdade Assistida. Caso a Remissão seja homologada pelo juiz, se dará o início da execução da medida pactuada com o adolescente, seus pais ou responsáveis e defensor, nos termos do art. 171 a 181, c/c ao art. 126, do ECA.

A terceira possibilidade descrita no art. 180, do ECA, é o oferecimento de uma representação contra o adolescente. Uma acusação é apresentada pelo Ministério Público, com descrição dos fatos, a adequação da conduta a um tipo penal ou contravençional, com a indicação das provas que pretende produzir. Nessa hipótese, o adolescente será citado, os pais serão notificados, serão assegurados todos os meios de defesa. Após regular instrução, com a apresentação das razões finais apresentadas pelas partes e anexado o relatório psicossocial, o juiz, reconhecendo que há prova da autoria e da materialidade, julgará procedente a acusação e aplicará as medidas adequadas, em meio fechado ou aberto, incluindo-se nesse último rol, a medida socioeducativa de liberdade assistida, conforme descrição normativa dos artigos 182 a 190, do ECA.

## **2.2 Medidas socioeducativas: conceito, finalidades e espécies**

As medidas socioeducativas são aplicáveis somente aos adolescentes que praticaram atos infracionais, após o devido processo legal, conforme abordagem na seção anterior. As medidas socioeducativas estão previstas no art. 112, do ECA, em



rol taxativo e somente podem ser aplicadas pela autoridade judiciária competente. A execução das medidas socioeducativas tem regramento na Lei nº 12.594/2012 que instituiu o SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, que tem como objetivo orientar/regularizar/padronizar o atendimento das entidades e/ou programas socioeducativos.

A medida socioeducativa é uma medida coercitiva imposta pela autoridade judicial competente, que tem por finalidade ressocializar os adolescentes através de uma proposta pedagógica, partindo da ressignificação de valores e da reflexão interna, na perspectiva de inibir o índice de reincidências. Possui natureza punitiva e pedagógica<sup>36</sup>.

Segundo Costa, “educar é criar espaços para que o educando, situado organicamente no mundo, empreenda, ele próprio, a construção de seu ser em termos individuais e sociais”<sup>37</sup>. Ou seja, criar espaços, não é só no sentido de se ter um espaço físico para desenvolver a educação, mas também criar situações para que o sujeito possa ir além, construir seu próprio conhecimento.

As medidas socioeducativas tem por finalidade a responsabilização do adolescente infrator pelos efeito danoso advindo de sua conduta infracional e também, o incentivo à reparação do dano e a integração do adolescente à sociedade, garantindo assim seus direitos individuais<sup>38</sup>, finalidade ajustada aos termos do art. 1º, §2º, da Lei do SINASE<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> COSTA, Antônio Carlos Gomes. **De menor a cidadão**: Notas para uma história do novo direito da infância e juventude no Brasil. Editora do Senado, 2009, p. 51

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 53

<sup>38</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei** – da indiferença à proteção integral. 4. Ed. – Porto Alegre, 2013, p. 60

<sup>39</sup> [...] § 2º Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:

- a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;
- a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e



O art. 112, do ECA, dispõe o seguinte rol taxativo de medidas socioeducativas: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional<sup>40</sup>. Cury esclarece que a advertência disposta no artigo 115 do ECA é uma repreensão

verbal, reduzida a termo e assinada pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude, pelo Ministério Público, pelo adolescente infrator e pelos seus pais ou responsável. Portanto, é uma admoestação que o magistrado aplica ao adolescente, desde que seja o suficiente, a depender do tipo de ato infracional. Geralmente, é utilizada em atos infracionais de menor gravidade<sup>41</sup>.

A medida de reparação de danos é destinada para adolescentes que praticaram atos infracionais contra patrimônio da vítima, nos termos do art. 116, do ECA. Implica na obrigação de reparar o dano causado à vítima, na restituição da coisa, no ressarcimento do dano, ou na compensação do prejuízo à vítima<sup>42</sup>. Ressalta-se, entretanto, que a obrigação para os pais previstas no artigo 932, inciso I, do Código Civil Brasileiro não afasta a incidência da medida socioeducativa de reparação de

---

- a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.[...] BRASIL. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm). Acesso em: 08 jun. 2020.

<sup>40</sup> ISHIDA, Válder Kenji. Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 48

<sup>41</sup> CURY, Munir. (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado Comentários jurídicos e sociais**. 12 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 28

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 29



danos, eis que esta responsabilização dos pais na esfera civil decorre da responsabilidade objetiva, porque os pais têm a obrigação de vigiar seus filhos<sup>43</sup>.

A medida de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, prevista no art. 117, do ECA, implica na atribuição de realizar tarefas gratuitas, sendo possível cumprir a medida em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos ou em programas comunitários e estatais, pelo prazo máximo de 6 meses, com carga horária de 08 horas semanais e desde que não inviabilize o exercício do direito à educação e à profissionalização<sup>44</sup>.

A medida socioeducativa de liberdade assistida, nos termos do art. 118, do ECA, implica em incluir o adolescente no qual será disponibilizado um orientador que terá como principal função promover socialmente o adolescente e sua família, por meio da escolarização e profissionalização<sup>45</sup>. Ela é considerada pelos teóricos como a medida mais importante pois busca atender ao adolescente e sua família, num viés de verdadeira promoção social. Observa-se que o legislador não fixou prazo máximo para o cumprimento da Liberdade Assistida, somente o prazo mínimo de seis meses. Isso significa um maior protagonismo do adolescente, pois a duração da medida vai depender do desempenho do adolescente no decorrer da sua vinculação ao Programa. Em seção adiante trataremos da liberdade assistida no âmbito do Distrito Federal.

A medida de semiliberdade, como o próprio termo expressa, implica em privação parcial da liberdade de ir e vir do adolescente. Ele será incluído em unidade própria de semiliberdade. Unidades com equipamentos humanos e materiais para o atendimento dos adolescentes, sendo obrigatória a escolarização e a profissionalização, com prazo máximo de três anos. É destinada aos adolescentes que

---

<sup>43</sup>

<sup>44</sup> VOLPI, Mário. **Adolescentes Privados de Liberdade: A Normativa Nacional e Internacional e Reflexões sobre a Responsabilidade Penal dos Adolescentes**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2013, p. 57

<sup>45</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei** – da indiferença à proteção integral. 4. Ed. – Porto Alegre, 2013, p. 62.



possuem um certo comprometimento com a prática de atos infracionais graves, podendo ser utilizada como um regime de transição da internação e a liberdade assistida, nos termos do art. 120, do ECA<sup>46</sup>.

A medida de internação, descrita nos artigos 121, 122 e 123 do Estatuto da Criança e do Adolescente, constitui privação de liberdade do adolescente. Está reservada para atos infracionais graves, quais sejam, com uso de violência ou grave ameaça ou diante da reiteração em atos graves, respeitando-se o comando do 227 § 5º, inciso V da Carta Magna, aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, como qualquer outra medida privativa de liberdade<sup>47</sup>. O prazo da internação não poderá ultrapassar o limite máximo de três anos, e que a medida será reavaliada a cada seis meses, no mínimo<sup>48</sup>.

Nos termos do artigo 123 e parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente, Sêda comenta que a internação somente pode ser aplicada pela autoridade judiciária competente em decisão abalizada, sendo cumprida em uma instituição exclusiva para adolescentes infratores, em local diverso daquele reservado ao abrigo, desde que se atenda à rígida separação, que leva em conta o critério por idade, aparência física e gravidade da infração, sendo imprescindível a prática de atividades pedagógicas durante o seu período<sup>49</sup>, de acordo com o art. 124, do ECA.

### **3 OS PARÂMETROS DO SINASE PARA A LIBERDADE ASSISTIDA E O CONTEXTO DO DISTRITO FEDERAL**

Conforme salientado em momento anterior, as medidas socioeducativas têm por objetivo a responsabilização do adolescente a sua inclusão social e a reparação do dano causado, por meio de ações sociopedagógicas que contribuam para o seu

---

<sup>46</sup> Ibidem, p. 63

<sup>47</sup> VOLPI, Mário. **Adolescentes Privados de Liberdade: A Normativa Nacional e Internacional e Reflexões sobre a Responsabilidade Penal dos Adolescentes**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2013 p. 59

<sup>48</sup> DEZEM, Guilherme Madeira; AGUIRRE, João Ricardo Brandão; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 92

<sup>49</sup> SÊDA, Edson. **Síntese do Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: CIDFP, 2013, p. 49.





desenvolvimento saudável, na perspectiva de uma convivência harmoniosa em sociedade, de forma autônoma, dentro de um projeto de vida que o afaste da reincidência. Dessa forma, o SINASE (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo), instituído pela Lei nº 12.594/2012, dispõe um regramento de padronização de um atendimento socioeducativo, mediante a fixação de parâmetros que tem por base o paradigma da proteção integral. Tais parâmetros orientam as entidades e/ou programas que executam as medidas a seguirem eixos como: Suporte institucional pedagógico; Diversidade ético-racial, de gênero; Cultura, esporte e lazer; Saúde; Escola; Profissionalização/trabalho/previdência; Família e comunidade; Segurança e outros.

Nesse sentido, a seguir, serão abordados alguns parâmetros que dizem respeito à medida socioeducativa de liberdade assistida e, em seguida serão apresentados alguns aspectos sobre o regramento da política socioeducativa em meio aberto, quanto à escolarização e à profissionalização, no âmbito do Distrito Federal.

### **3.1 Os Parâmetros do SINASE para a Liberdade Assistida**

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente- CONANDA, com a finalidade de clarear os princípios que embasam o Estatuto da Criança e do Adolescente, no que toca aos adolescentes infratores, editou a Resolução nº 119, de 11 de dezembro de 2006, conhecida por Parâmetros e Diretrizes do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo –SINASE. Esses parâmetros e Diretrizes se complementam com a Lei nº 12.594/2012 que criou o SINASE. Dentre os diversos parâmetros da Resolução em questão, cabe salientar aqueles aplicáveis à medida socioeducativa de liberdade assistida, considerando o recorte do presente artigo.



Em perfeita harmonia com a Resolução nº 119, do CONANDA, a lei do SINASE dispõe sobre o Plano Individual de Atendimento (PIA)<sup>50</sup>. Um instrumento que tem por objetivo traçar metas e acompanhar a evolução social e pessoal do adolescente no decorrer do cumprimento da medida socioeducativa, bem como auxilia a família a lidar com dificuldades que possam interferir na estrutura familiar. O PIA é elaborado quando o adolescente é acolhido no programa de atendimento socioeducativo de liberdade assistida, ocasião em que se realiza um diagnóstico do adolescente e de sua família nas áreas: jurídica, saúde, psicológica, social e pedagógica<sup>51</sup>.

O parâmetro da gestão pedagógica no atendimento socioeducativo, pertinentes a todas as medidas socioeducativas, com recorte na escolarização, orienta que as unidades e/ou programas socioeducativos devem seguir a consolidação de parcerias com órgãos executivos do Sistema de Ensino, conforme dispõe os artigos 53, 54, 56, e 57 do ECA, bem como a permanência nos estudos, o redirecionamento escolar, favorecendo as Diretrizes Pedagógicas da Escolarização na Socioeducação, dinamizando ações pedagógicas, além da convivência em equipe para discutir e refletir acerca do aprendizado, propiciando métodos apropriados para

---

<sup>50 52</sup> Art. 53. O PIA será elaborado sob a responsabilidade da equipe técnica do respectivo programa de atendimento, com a participação efetiva do adolescente e de sua família, representada por seus pais ou responsável.

Art. 54. Constarão do plano individual, no mínimo:

I - os resultados da avaliação interdisciplinar; II - os objetivos declarados pelo adolescente;

III - a previsão de suas atividades de integração social e/ou capacitação profissional; IV - atividades de integração e apoio à família;

V - formas de participação da família para efetivo cumprimento do plano individual; e VI - as medidas específicas de atenção à sua saúde.

Lei nº 12.594/2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm) Acesso em: 18 jun 2020

<sup>51</sup> SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO – SINASE / Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília-DF: CONANDA, 2006, p. 52



a assimilação do conhecimento por parte dos adolescentes que se encontram em cumprimento de medida socioeducativa<sup>52</sup>.

Dessa forma, os adolescentes em liberdade assistida devem ter acesso garantido à educação formal em todos os níveis, mesmo estando inserido no atendimento socioeducativo, assim como as unidades e os programas devem manter relações com as escolas para conhecer os projetos pedagógicos, de modo a empreender o acompanhamento dos adolescentes. O atendimento deve orientar-se pelos conteúdos escolares, culturais, ocupacionais e artísticos, assim como, a permissão de acesso à educação escolar, deve estar de acordo com as necessidades dos alunos em todas as áreas, como matérias didáticas e pedagógicas, transporte, currículo, capacitação de professores, entre outros<sup>53</sup>.

Observa-se que esses parâmetros da gestão pedagógica no atendimento socioeducativo, associados as ações socioeducativas dos programas, sinalizam contribuir para o redimensionamento do comportamento dos adolescentes, pautado na cidadania, autonomia e solidariedade, de modo a terem um relacionamento consigo mesmo e com os outros, de forma a não reinserção na prática de atos infracionais, pois cabe aos programas socioeducativos, também, assegurar direitos aos adolescentes vinculados e o oferecimento de oportunidades, tudo isso direcionado à ressignificação de valores, longe da criminalidade juvenil.

A escolarização, sem dúvida, necessita de um eixo de extrema importância que é o suporte institucional pedagógico, com equipes técnicas formadas por psicólogo, assistente social e pedagogos, equipe que contribuirá na abordagem de questões relacionadas à diversidade étnico-racial, de gênero e de orientação sexual;

---

<sup>52</sup> GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL. **Diretrizes Pedagógicas Escolarização na Socioeducação**, 2014, p. 11. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/395021414/SEDF-Diretrizes-escolarizac-a-o-na-socioeducac-a-o>> Acesso em: 10 jun. 2020

<sup>53</sup> GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL. **Diretrizes Pedagógicas Escolarização na Socioeducação**, 2014, p. 11. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/395021414/SEDF-Diretrizes-escolarizac-a-o-na-socioeducac-a-o>> Acesso em: 10 jun. 2020



cultura, esporte e lazer; saúde; escola; profissionalização/trabalho/previdência; família e comunidade e segurança”<sup>54</sup>.

Nesse eixo de suporte institucional e pedagógico, é necessário que o programa de liberdade assistida esteja inscrita no Conselho Distrital dos Direitos da Criança e do Adolescente; ter projeto pedagógico elaborado para contemplar os objetivos, público-alvo, capacidade de atendimento; ter espaço físico para desenvolver as atividades, realizar acompanhamento sistêmico através de encontros individuais e/ou grupos; garantir uma equipe profissional com técnicos e orientadores sociais para acompanhar o adolescente, nos quais os encontros devem ser, no mínimo, três vezes por semana e voluntários colaboradores, com frequência quinzenal. Quanto à profissionalização/trabalho e previdência, esse eixo orienta que cursos profissionalizantes de formação inicial e continuada, em técnica de nível médio, devem ser disponibilizados para o adolescente em liberdade assistida, com priorização de vagas em cursos e de trabalho. Ainda, os adolescentes devem receber orientação quanto aos seus direitos e deveres em relação à previdência social, etc.

Em relação ao eixo família e comunidade, a orientação é a de que se deve assegurar assistência para o adolescente e sua família, a fim de que, juntos possam caminhar nas metas estabelecidas no Plano Individual de Atendimento, instrumento de suma importância para a execução da Medida socioeducativa de liberdade assistida, conforme abordagem anterior.

Assim, os parâmetros destacados acima devem orientar os programas de execução da medida socioeducativa de liberdade assistida, em relação à escolarização, à profissionalização e à família, parâmetros que tem por objetivo padronizar a execução da medida, bem como assegurar a sua finalidade isto é, a responsabilização do adolescente em resposta à prática infracional e a sua inclusão social, nos termos do art. 1º, da Lei nº 12.594/2012 (Lei do SINASE).

---

<sup>54</sup> Ibidem, p. 12



### 3.2 Regramento do Programa de Liberdade assistida no âmbito do Distrito Federal e os parâmetros do SINASE

À título de contextualização, serão apresentados alguns aspectos do regramento da política pública do Distrito Federal em relação aos parâmetros do SINASE descritos anteriormente. Entretanto, cabe reconhecer, desde logo, dificuldades enfrentadas para localizar dados oficiais sobre as medidas socioeducativas, especialmente as de meio aberto, o que sinaliza, no meu entender, algumas fragilidades para levantamento e armazenamento desses dados.

No Distrito Federal, o Governo possui a Coordenação do Meio Aberto, que administra 15 Unidades de Atendimento em Meio Aberto (UAMAS), cuja função é executar tanto as medidas de liberdade assistida, quanto a de prestação de serviços à comunidade<sup>55</sup>. Essa coordenação monitora e supervisiona os programas de execução das medidas socioeducativas, cria proposta metodológica de trabalhos para as UAMAS, auxilia a construção de ferramentas para registrar e acompanhar os adolescentes assistidos, bem como garante que os socioeducandos tenham seus direitos assegurados, promove reuniões com as unidades, entre outras funções.

Cada UAMA possui uma equipe composta por psicólogo, assistente social, pedagogo e Atendente de Reintegração Socioeducativo (ATRS), que tem por função estudar os casos individuais dos adolescentes em liberdade assistida, encaminhá-los os programas oficiais, comunitários e de assistência social, encaminhar e acompanhar os adolescentes na rede (CAPS, SUS, Conselho Tutelar, entre outros), realizar visitas domiciliares, etc<sup>56</sup>. Verifica-se que a existência de uma equipe multiprofissional na UAMA indica respeito ao parâmetro suporte institucional e pedagógico do SINASE. Contudo, diante da falta de dados disponíveis sobre o número atual de

---

<sup>55</sup> GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL, **Coordema**, Disponível em: <<http://www.crianca.df.gov.br/coordema/>> Acesso em> 21 de maio de 2020

<sup>56</sup> Ibidem



adolescentes vinculados ao programa à liberdade assistida não há como avaliar se o número de profissionais das equipes é adequado/suficiente para o atendimento dos adolescentes.

Na UAMA se cria vínculo com os socioeducandos, especialmente no momento de elaboração do Plano Individual de Atendimento (PIA), construído com o adolescente, equipe técnica e a família<sup>57</sup>. Um plano em que serão ajustadas metas a serem alcançadas durante a execução da liberdade assistida. Nesse ponto, cabe registrar que a utilização do PIA na execução da liberdade assistida está ajustada aos parâmetros do SINASE, em relação à necessidade de se construir juntamente com o adolescente, equipe técnica e a família, um conjunto de metas para serem desenvolvidas ao longo da execução da medida socioeducativa, oportunidade em que o adolescente será trabalhado para assumir um papel protagonista da sua organização de vida, sem perder de vista os objetivos da medida socioeducativa.

Quanto à gestão pedagógica, no eixo escolarização, há um Termo de Cooperação Técnica nº 42/2013<sup>58</sup> entre a Secretaria de Educação do Distrito Federal - SEDF e a Secretaria da Criança, atualmente extinta, com o objetivo de garantir a política pública de escolarização para os socioeducandos, estabelecendo diretrizes e rotinas para os adolescentes submetidos à medida socioeducativa. Outro documento que merece destaque é a Portaria Conjunta SEEDF e VEMSE Criança nº 03/2014<sup>59</sup>, que trata das Diretrizes Pedagógicas da Escolarização na Socioeducação. Já a Portaria nº 71/2014<sup>60</sup>, homologa o Parecer nº 59/2014 do Conselho de Educação do

---

<sup>57</sup> GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL, **Coordema**, Disponível em: <<http://www.crianca.df.gov.br/coordema/>> Acesso em: 21 de maio de 2020

<sup>58</sup> **Termo de Cooperação Técnica nº 42/2013**. Disponível em: <[http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/73530/se\\_prt\\_42\\_2013.html](http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/73530/se_prt_42_2013.html)> Acesso em: 21 de junho de 2020.

<sup>59</sup> **Portaria Conjunta nº 03, de 21 de março de 2014**. Disponível em: <<http://sintse.tse.jus.br/documentos/2014/Mar/24/diario-oficial-do-distrito-federal/portaria-conjunta-no-3-de-21-de-marco-de-2014>> Acesso em: 14 de junho de 2020

<sup>60</sup> **Portaria nº 71, de 07 de julho de 2014**. (Revogada pela Portaria nº 406, de 23 de agosto de 2019). Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/revogadas/portarias/581-portaria-n-71-de-07-de-julho-de-2014>> Acesso em: 18 de junho de 2020.



Distrito Federal, que flexibiliza a frequência dos adolescentes que fazem parte do sistema socioeducativo, a fim de contemplar as particularidades dos adolescentes infratores<sup>61</sup>, o que conduz à necessidade de capacitação especializada dos professores que trabalharão com os adolescentes em liberdade assistida. Ainda, se observa que há um reconhecimento de que o adolescente é um sujeito de direitos fundamentais, em fase especial de desenvolvimento, apesar de estar comprometido com prática de atos infracionais, o que nos remete ao paradigma da proteção integral.

Outro instrumento importante para o eixo escolarização e profissionalização é o Projeto Político Pedagógico das Medidas Socioeducativas no Distrito Federal em meio aberto. Ele destaca que todos os adolescentes inseridos nas medidas socioeducativa devem ser sensibilizados e orientados sobre a importância da educação, de estar matriculado e de frequentar regularmente a escola, numa perspectiva de formação profissional e posterior ingresso no mercado de trabalho formal<sup>62</sup>. Esse Projeto ao referir-se ao mercado de trabalho para o adolescente o faz, de modo a superar os estigmas que gravitam em torno do adolescente em conflito com a lei, sem que haja prejuízo ao exercício do direito à educação<sup>63</sup>.

Observa-se que os instrumentos em referência asseguram, ainda que seja no campo normativo, a escolarização e a profissionalização dos adolescentes inseridos no programa de liberdade assistida, eixos importantes da socioeducativo apontados no art. 119, do ECA, na Resolução 119/2006 - CONANDA e na Lei do SINASE, na medida em que formatam diretrizes de atendimento na área educação e da profissionalização respeitando as necessidades dos adolescentes que possuem comprometimento com a criminalidade juvenil, conforme base principiológica do paradigma da proteção integral tratado no tópico 1.2.

---

<sup>61</sup> Ibidem, p.

<sup>62</sup> GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL. **Projeto Político Pedagógico das Medidas Socioeducativas no Distrito Federal - Meio Aberto**. Brasília, 2013, p. 45

<sup>63</sup> Ibidem, p. 46



Com relação ao atendimento familiar, o Projeto Político Pedagógico do Distrito Federal em meio aberto, não segue um padrão definido. Entretanto, orienta-se pelos parâmetros do SINASE, já que orienta o estreitamento de laços entre o socioeducando e o orientador, criando, assim, um vínculo forte capaz de manter o diálogo, levando o orientador da liberdade assistida a realizar uma abordagem mais profunda junto ao adolescente e sua família e, dessa forma, trabalhar para a promoção social de todos, nos termos do art. 119, do ECA.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir da literatura e documentos oficiais pesquisados foi possível perceber as diversas mudanças ocorridas no campo dos direitos da criança e do adolescente até se alcançar o paradigma das Nações Unidas da Proteção Integral. Um paradigma que parte da compreensão de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos em fase especial de desenvolvimento, direitos que devem ser assegurados pela família, pela sociedade e pelo Estado, inclusive quando eles estiverem comprometidos com a criminalidade. A fase especial de desenvolvimento implica em atendimento diferenciado e especial pelos entes corresponsáveis. A condição de sujeitos de direitos aponta para um olhar de não objetivação no mundo adulto, com a observância do melhor interesse, no intuito da proteção total, para um desenvolvimento digno.

Antes da Constituição Federal de 1988, o paradigma reinante era o da situação irregular que compreendia a criança e o adolescente como objetos e não como sujeitos de direitos, sendo que esta compreensão levou à formatação de um atendimento desumano, massificado praticado pelas FEBEM's.

A partir da Constituição Federal, por meio do art. 227, o Estado adotou o paradigma da Proteção Integral, cujo detalhamento normativo foi feito pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990. Além do reconhecimento dos direitos





fundamentais infanto-juvenis ainda contemplou a sua universalização por meio de políticas públicas.

O paradigma da Proteção Integral traz diretrizes quanto à responsabilização do adolescente autor de ato infracional, mediante as garantias e direitos individuais como por exemplo, o adolescente não pode ser processado e julgado como se fosse um adulto, mas sim, mediante regras que reconheçam a sua condição especial de desenvolvimento, tanto no decorrer do processo, quanto na execução da medida socioeducativa aplicada.

A hipótese da pesquisa foi parcialmente confirmada quanto aos parâmetros escolarização e profissionalização, ante a dificuldade em obter dados sobre a execução da medida socioeducativa de liberdade assistida no Distrito Federal. Seja pelas dificuldades da Pandemia do Covid 19, seja pela falta de dado sobre o tema nos espaços virtuais do Governo do DF, a tentativa de realização de um paralelo ficou frustrada, pois somente foi possível entre os parâmetros e alguns instrumentos de regramento da política socioeducativa local quanto à liberdade assistida. Assim, diante dos instrumentos da política pública aqui pesquisados se verificou a existência de diretrizes para o atendimento na área da educação e da profissionalização, em respeito às necessidades sociopedagógicas dos adolescentes envolvidos com a prática de atos infracionais, em alinhamento com os parâmetros do SINASE e com o paradigma da Proteção Integral.

Ainda, em relação ao atendimento com a família do adolescente, foi observado registros nos mencionados instrumentos quanto à necessidade de contatos e diálogos com a família, a fim de que o orientador da liberdade assistida, juntamente com o adolescente e sua respectiva família, possam elaborar o Plano Individual de Atendimento, com metas de promoção e inclusão social, a partir dos eixos escolarização e profissionalização. Registros que guardam ressonância com o SINASE e com o paradigma da Proteção Integral.



Acredita-se que a pesquisa alcançou a sua pretensão, qual seja contribuir para o debate sobre o tema que necessita de um olhar acadêmico e, notadamente no campo das políticas públicas. Embora a normatização brasileira sobre a execução da medida socioeducativa de liberdade assistida esteja afinada com o paradigma das Nações Unidas da Proteção Integral, se tem ainda um buraco a ser fechado quanto à realidade do atendimento dos adolescentes infratores, a começar pelo armazenamento de informações e divulgação (com as cautelas legais) junto à sociedade.

Finalmente, há que se repensar as políticas públicas praticadas no campo socioeducativo, a fim de que elas efetivamente sejam um reflexo dos instrumentos normativos que buscam assegurar responsabilização do adolescente, porém observando o respeito aos seus direitos fundamentais e a sua ressocialização, com a inclusão social. Um repensar que envolve mudanças para o aprimoramento do atendimento que envolva a família, a sociedade e o Estado.

## REFERÊNCIAS

ABERASTURY, A.; KNOBEL, M. **Adolescência normal**: um enfoque psicanalítico. Trad. S. M. G. Ballve. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **A criança o adolescente**: aspectos históricos. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/51043264/aspectos-historicos-da-crianca-e-adolescente>> . Acesso em maio de 2020.

BASTOS, Celso. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm)>. Acesso em: 17 de maio de 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em : <



[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)> Acesso em: 21 de junho de 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012.** Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm). Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Diário Oficial da União, 16.7.1990.

BRASIL, **Lei n. 6.697**, de 10 de outubro de 1979. (Código de Menores de 1979). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm)> Acesso em: 16 de maio de 2020.

CAJUEIRO, Josiane Neves. **Revista de doutrina e jurisprudência** – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. In: **A evolução do ordenamento jurídico voltado para as questões da criança e do adolescente**, v.106, n. 1, 2015, p. 139-157.

CARVALHO LEITE, Carla. **A doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas.** In: Juizado da Infância e Juventude, v.3, n. 5, p. 9-23, dez/mar 2004/2005.

COSTA, Antônio Carlos Gomes. **De menor a cidadão:** Notas para uma história do novo direito da infância e juventude no Brasil. Editora do Senado, 2009.

CURY, Munir. (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado Comentários jurídicos e sociais.** 12 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

DEZEM, Guilherme Madeira; AGUIRRE, João Ricardo Brandão; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.



GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL, **Coordema**, Disponível em: <<http://www.crianca.df.gov.br/coordema/>> Acesso em> 21 de maio de 2020.

GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL. **Diretrizes Pedagógicas Escolarização na Socioeducação**, 2014, p. 11. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/395021414/SEDF-Diretrizes-escolarizac-a-o-na-socioeducac-a-o>> Acesso em: 10 jun. 2020.

ISHIDA, Válter Kenji, **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Das Necessidades aos Direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

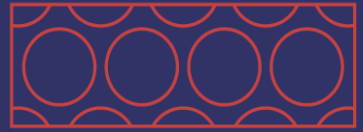
PEREIRA, Rosemary Ferreira de Souza. **Algumas Diferenças entre os códigos de menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. (2008). Disponível em: [http://www.fundabrinq.org.br/\\_Abrinq/documents/peac/diferen%C3%A7as](http://www.fundabrinq.org.br/_Abrinq/documents/peac/diferen%C3%A7as) Acesso em: 30 de maio de 2020.

**Portaria Conjunta nº 03, de 21 de março de 2014**. Disponível em: <<http://sintse.tse.jus.br/documentos/2014/Mar/24/diario-oficial-do-distrito-federal/portaria-conjunta-no-3-de-21-de-marco-de-2014>> Acesso em: 14 de junho de 2020.

**Portaria nº 71, de 07 de julho de 2014**. (Revogada pela Portaria nº 406, de 23 de agosto de 2019). Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/revogadas/portarias/581-portaria-n-71-de-07-de-julho-de-2014>> Acesso em; 18 de junho de 2020.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei – da indiferença à proteção integral**. 4. Ed. – Porto Alegre, 2013.

SÊDA, Edson. **Síntese do Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: CIDFP, 2013. SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO



– **SINASE** / Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília-DF: CONANDA, 2006

SOUZA, Selma Leite Do Nascimento Sauerbronn De. **Paradigmas socioeducativos:** operação concomitante no campo da justiça do Distrito Federal. (Dissertação apresentada como trabalho de conclusão do Curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas). Brasília: UNICEUB, 2014.

**Termo de Cooperação Técnica nº 42/2013.** Disponível em: <  
[http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/73530/se\\_prt\\_42\\_2013.html](http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/73530/se_prt_42_2013.html)> Acesso em: 21 de junho de 2020.

VOLPI, Mário. **Adolescentes Privados de Liberdade:** A Normativa Nacional e Internacional e Reflexões sobre a Responsabilidade Penal dos Adolescentes. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2013.



# O CONSENTIMENTO PRÉVIO COMO OBJETIVO DE CONSULTAR OS POVOS TRADICIONAIS

Gabriel de Oliveira Borba

## RESUMO

A partir da análise de jurisprudências brasileiras de casos referentes aos povos tradicionais. O artigo científico tem como pretensão investigar às decisões referente a consulta prévia dos povos indígenas e quilombolas, no que diz respeito à projetos de larga escala em seus territórios. Considerando, principalmente, a participação brasileira em tratados internacionais e no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O trabalho visa expandir a definição da consulta prévia ao tentar responder a seguinte indagação: “seria o consentimento prévio o propósito pelo qual se almeja consultar os povos tradicionais?”. Consequentemente, a problemática do trabalho será respondida indagando sobre os seus possíveis efeitos. Isso quer dizer, tendo em vista que o consentimento prévio ainda é considerado um direito recente, será investigado suas limitações. Se prontificando a responder, se o consentimento prévio seria uma forma pela qual os povos tradicionais possam obter o direito ao veto.

**Palavras-chave:** Povos Tradicionais. Direitos Humanos. Consentimento Prévio. Direito ao Veto. Mineração. Hidrelétrica.

## 1 INTRODUÇÃO

No começo de 2020 foi promulgado o Acordo de Salvaguardas Tecnológicas entre Brasil e Estados Unidos da América, com o intuito em expandir o Centro de Lançamento de Alcântara, no estado do Maranhão. O projeto possibilitaria novas oportunidades tecnológicas, servindo potencialmente como grande impulsionamento econômico para o país. A ampliação da base visa não somente a área aeroespacial, mas também agrega turismo, fomento de novas empresas e até mesmo construção de



redes hoteleiras na região<sup>1</sup>. Ao mesmo tempo, para que a implementação seja efetiva, pretende-se remover mais de 700 famílias quilombolas que residem na região. Até o momento os quilombolas não foram consultados, e não fizeram parte da deliberação do acordo. Acordo esse que, segundo Nota Técnica do Ministério Público Federal, prevê aos Estados Unidos “a faculdade de decidir se vai prestar, ou não, informações ao governo brasileiro acerca da presença de materiais radioativos ou outras substâncias potencialmente danosas ao meio ambiente ou à saúde humana[...]”<sup>2</sup>.

Outro caso correlatado foi a construção da terceira maior usina hidrelétrica do mundo, Belo Monte, no estado do Pará. A polêmica construção afeta diversos povos indígenas, como o povo Arara da Volta Grande do Xingu, Paquicamba, povos de Ituna/Itatá e Juruna<sup>3</sup>. Considerado um projeto de grande impacto, sua realização transformaria a produção energética do país, resultando uma imensa vantagem econômica. Novamente, temos um projeto onde os povos afetados não foram consultados acerca dos possíveis impactos que sua implementação poderia causar. Em curto prazo, os resultados de Belo Monte já se mostram devastadores, havendo inundações e diminuição dos níveis da água, impactando na subsistência dos povos indígenas que ali habitam<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> SANTOS, Fernanda Barros dos. A base de Alcântara e os direitos humanos às comunidades quilombolas no Maranhão. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 7, n. 2, p. 61-75, jul./dez. 2019

<sup>2</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Nota técnica nº03/2019-6CCR**. Impactos do Acordo de Salvaguardas Tecnológicas firmado entre o Brasil e os Estados Unidos da América e da Proposta de Expansão do Centro de Lançamento de Alcântara. Brasília, 2019. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentospublicacoes/publicacoes/notatecnica/2019/nota\\_tecnica\\_03\\_2019\\_6CCR1.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentospublicacoes/publicacoes/notatecnica/2019/nota_tecnica_03_2019_6CCR1.pdf). Acesso em: 04 abr. 2020

<sup>3</sup> GOMES, Marcel. As veias abertas da Volta Grande do Xingu: Análise dos impactos da mineradora Belo Sun sobre a região afetada por Belo Monte. **Ponto de Debate: Fundação Rosa Luxemburgo**, São Paulo, n. 16, out. 2017, n. 16. Disponível em: [https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2017/10/ponto\\_debate\\_16\\_web2.pdf](https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2017/10/ponto_debate_16_web2.pdf). Acesso em: 02 abr. 2020. P. 4

<sup>4</sup> PEZZUTI, Juarez [*et al.*]. Xingu, o rio que pulsa em nós: monitoramento independente para registro de impactos da UHE Belo Monte no território e no modo de vida do povo Juruna (Yudjá) da Volta Grande do Xingu, 1. Ed. **Instituto Socioambiental**, São Paulo, 2018. Disponível em: [https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2017/10/ponto\\_debate\\_16\\_web2.pdf](https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2017/10/ponto_debate_16_web2.pdf). Acesso em: 19 mai.



Podemos visualizar algumas similaridades entre os projetos citados acima. Visto que, ambos são projetos de larga escala, que necessitaram afetar o território de povos tradicionais para viabilizar sua implementação. Não obstante, ambos tiveram seus projetos e suas licenças devidamente assentadas sem que houvesse a consulta aos povos tradicionais. Para explicar a obrigatoriedade da consulta, é basilar definir o termo “povos tradicionais”, e a necessidade de obter suas oitivas. O decreto nº 6040, define como povos tradicionais aqueles que mantêm sua própria forma de organização social, política e cultura diferente do resto da sociedade<sup>5</sup>. As terras ocupadas por esses povos têm uma definição diferente, sendo usadas como uma forma de manutenção de sua ancestralidade como um todo. O ambiente em que habitam são sagrados, reflexos de suas religiões e cultura. O mesmo decreto reconhece os povos indígenas e quilombolas como um exemplo de comunidades tradicionais no território brasileiro. Enfatizando o respeito aos seus territórios, tendo em vista que a própria Constituição Federal determina a posse aos povos indígenas, e a propriedade aos povos quilombolas<sup>6</sup>.

O artigo “a definição jurídica da “comunidade”” publicado na Revista de Direito Internacional do UNICEUB, trouxe um ótimo discurso sobre o termo comunidade, expandindo a sua definição para abarcar vulnerabilidade. Dessarte, define que comunidades tem uma intrínseca relação com o solo e com a propriedade da terra, que advém a partir da historicidade de seus antepassados<sup>7</sup>. A comunidade

---

2020. P. 37; GOMES, Marcel. As veias abertas da Volta Grande do Xingu: Análise dos impactos da mineradora Belo Sun sobre a região afetada por Belo Monte. **Ponto de Debate: Fundação Rosa Luxemburgo**, São Paulo, n. 16, out. 2017, n. 16. Disponível em: [https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2017/10/ponto\\_debate\\_16\\_web2.pdf](https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2017/10/ponto_debate_16_web2.pdf). Acesso em: 02 abr. 2020. P. 4.

<sup>5</sup> BRASIL. **Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2017**. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm). Acesso em: 19 mai. 2020

<sup>6</sup> Artigo 231 §2º e artigo 68 da ADCT. BRASIL. **Constituição Federal do Brasil, outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 07 mar. 2020.

<sup>7</sup> MONEBHURRUN, Nitish [*et al.*]. A definição jurídica da “comunidade”. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 443-471





está inerente a aquele espaço, enfatizando os seus costumes, tradições, organização própria e o direito de se autodeterminar. Daí surge a vulnerabilidade, tendo em vista que esse grupo identitário se encontra constantemente turbado por ameaças a sua plena utilização do espaço territorial. Como foi definido pelo artigo:

“comunidade se define, portanto, como uma coletividade que tem a capacidade jurídica de se autoidentificar, por exemplo, como tribal ou indígena, mas que vive, outrossim, de forma vulnerável por ultradepender, historicamente, de um determinado território terrestre e dos seus componentes dos quais tira o seu Direito à vida”<sup>8</sup>.

Consequentemente, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho em seu sexto artigo, define o dever de consultar os povos, descritos no texto como indígenas e tribais, em caso de projetos que afetem seus territórios<sup>9</sup>. A convenção foi implementada no Brasil em 2004, refletindo a posição do país na manutenção dos direitos dos povos tradicionais. Mais recentemente, seu decreto foi revogado para que todas as disposições da Organização Internacional do Trabalho sejam posicionadas em uma única normativa, agora no Decreto 10.088<sup>10</sup>. Até o momento, nenhuma mudança no texto, ou em seus direitos, foi constatada.

Sendo assim, em virtude dos povos tradicionais terem uma estrutura diferenciada do resto da sociedade, projetos que visem afetar os seus devidos territórios, devem, previamente, passar pelo seu crivo. A inquietação do trabalho surge a partir da não observação, do Estado e empresas, em consultar previamente os povos indígenas e quilombolas em projetos que afetem o seu modo de vida. Onde é

---

<sup>8</sup> MONEBHURRUN, Nitish [*et al.*]. A definição jurídica da “comunidade”. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 443-471

<sup>9</sup> BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 08 mar. 2020

<sup>10</sup> BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do trabalho [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5). Acesso em: 20 mai. 2020



possível visualizar a partir da análise de jurisprudências brasileiras de casos como da Hidrelétrica de Belo Monte, da mineradora do Projeto Volta Grande do Xingu, do Projeto Transnordestina e do Terminal Portuário da EMBRAPs<sup>11</sup>. Tais projetos colaboram para a vulnerabilidades das comunidades afetadas, haja vista não somente a constante turbacão de conceder projetos em seus territórios, mas também a falta da consulta prévia aos seus povos. Sem que haja uma opinião daqueles que se encontram em constante turbacão, o projeto em si será construído em torpeza à vulnerabilidade das comunidades.

A partir da análise dos casos citados no parágrafo acima, o trabalho, ao referir aos povos tradicionais, irá se ater apenas aos povos indígenas e quilombolas. Atentando pelo fato de serem as comunidades mais afetadas por projetos de larga escala. Demonstrando que, os seus direitos de serem devidamente consultados não está sendo efetivo, ao verificar que as licenças dos projetos foram concedidas sem a sua anuência. Por conseguinte, os povos quilombolas e indígenas são as comunidades

---

<sup>11</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região (Sexta turma). Apelação Cível. **0002505-70.2013.4.01.3903/PA**. Processo civil e Constitucional. Ação Civil Pública. Mineração. Projeto Volta Grande do Xingu de Mineração. Impacto em Terra Indígena [...]. Apelante: Belo Sun Mineração Ltda. e Estado do Pará. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Desembargado Federal Jirair Aram Meguerian. Brasília, 06 de dezembro de 2017.; BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região (Quinta turma). Agravo em Instrumento. **0027843-13.2016.4.01.0000/PA**. Instalação de Terminal Portuário às margens do Rio Amazonas, no município de Santarém/PA [...]. Agravante: EMBRAPs- Empresa Brasileira de Portos de Santarém. Agravado: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado do Pará. Relator: Desembargador Souza Prudente. Brasília, 03 de maio de 2017. Disponível

em:<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=TRF1&proc=002784313.2016.4.01.000>

0. Acesso em: 23 de março 2020.; BRASIL. Vara única da Subseção Judiciária de São Raimundo Nonato. Ação Civil Pública. **0001635-08.2016.4.01.4004**. processual civil e ambiental. direito das minorias. comunidades quilombolas de contente e barro vermelho. convenção oit nº 169 [...]. Autor: MPF. Réu: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e Transnordestina Logística S/A. – TLSA. Juiz Federal: Pablo Baldivieso. São Raimundo Nonato, 23 de maio de 2018.; BRASIL. Tribunal Região da Primeira Região (Quinta Turma). Embargos de Declaração na Apelação Cível. **2006.39.03.000711-8/PA**. I – Deixando o acórdão embargado de se pronunciar acerca de questão relevante ao deslinde da demanda, como no caso, em que a Turma julgadora não se manifestou acerca da violação da norma [...]. Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: Centrais Elétricas Brasileiras S/A – ELETROBRAS, e outros. Brasília, 13 de agosto de 2012. Disponível: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em: 20 mar. 2020



contempladas pela Constituição Federal ao dispor sobre o direito de permanecer em seus devidos territórios<sup>12</sup>. Os casos de consulta prévia que chegam até o judiciário brasileiro transitam sobre a suspensão, ou continuação, das licenças expedidas pelo Estado. Devendo ressaltar que, o Estado é responsável por consultas aos povos tradicionais, necessitando ser obtida pelos seus agentes, em um processo de boa-fé, prévio e informado<sup>13</sup>.

Por sua vez, a consulta prévia seria o mecanismo existente para assegurar que os povos afetados tenham a prerrogativa de decidir sobre os seus respectivos futuros, de forma justa e democrática. Sendo reconhecido como princípio geral do Direito Internacional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador<sup>14</sup>.

Consequentemente, o trabalho começa analisando os seguintes casos do judiciário brasileiro: o projeto Volta Grande do Xingu e o Terminal Portuário da EMBRAPs e o projeto Transnordestina. Todos derivados de projeto de larga escala (mineração, instalação portuárias, construção ferroviária) que foram implementados em terras indígenas e quilombolas<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Artigo 231 §2º e artigo 68 da ADCT. BRASIL. **Constituição Federal do Brasil, outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 07 mar. 2020

<sup>13</sup> BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 08 de mar. 2020.

<sup>14</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador**. Sentença de 27 de junho de 2012. Para. 164

<sup>15</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região (Sexta turma). Apelação Cível. **0002505-70.2013.4.01.3903/PA**. Processo civil e Constitucional. Ação Civil Pública. Mineração. Projeto Volta Grande do Xingu de Mineração. Impacto em Terra Indígena [...]. Apelante: Belo Sun Mineração Ltda. e Estado do Pará. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. Brasília, 06 de dezembro de 2017.; BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região (Quinta turma). Agravo em Instrumento. **0027843-13.2016.4.01.0000/PA**. Instalação de Terminal Portuário às margens do Rio Amazonas, no município de Santarém/PA [...]. Agravante: EMBRAPs- Empresa Brasileira de Portos de Santarém. Agravado: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado do Pará. Relator: Desembargador Souza Prudente. Brasília, 03 de maio de 2017. Disponível



Compreende-se que, o Estado e as empresas que irão participar da implementação do projeto, se encontram omissos à primordialidade em consultar os povos afetados. Por sua vez, os magistrados/desembargadores procedem pela necessidade de consultar previamente, utilizando como base jurídica a Convenção 169 da OIT. Destarte, partindo de um pressuposto que não existe uma discrepância no judiciário brasileiro acerca da premissa de consultar previamente, o trabalho em questão irá se limitar aos casos jurisprudenciais onde a consulta prévia foi reconhecida em projetos de larga escala.

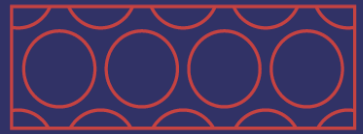
Em seguida, pretende-se partir da seguinte problemática: “Da consulta prévia, enseja o consentimento dos povos tradicionais?”. Como consentimento prévio entende-se como a indispensabilidade de auferir a aceitação dos povos que seriam afetados, requerendo chegar em um acordo. Tal problemática é crucial de ser respondida, tendo em vista que a consulta prévia, mesmo já pré-estabelecida, tanto no ramo internacional quando no nacional, aparentam não ser suficiente para assegurar os direitos dos povos tradicionais.

Respondendo à problemática, a consulta prévia enseja o consentimento dos povos tradicionais, conferindo-lhes um possível poder de veto, em outras palavras, poder de barrar o avanço do projeto. Para responder a problemática proposta, foi utilizando primariamente, tratados internacionais, leis, jurisprudências nacionais e decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para colaborar com o tema também foram utilizadas resoluções do Conselho Nacional de Direitos Humanos, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Fazendo um estudo jurisprudencial dos casos seguintes casos do

---

em:<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=TRF1&proc=002784313.2016.4.01.000>

Acesso em: 23 de março 2020.; BRASIL. Vara única da Subseção Judiciária de São Raimundo Nonato. Ação Civil Pública. **0001635-08.2016.4.01.4004**. processual civil e ambiental. direito das minorias. comunidades quilombolas de contente e barro vermelho. convenção oit nº 169 [...]. Autor: MPF. Réu: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e Transnordestina Logística S/A. – TLSA. Juiz Federal: Pablo Baldivieso. São Raimundo Nonato, 23 de maio de 2018



judiciário brasileiro: projeto Volta Grande do Xingu, Terminal Portuário da EMBRAPAS e o projeto Transnordestina.

Para vislumbrar as conclusões obtidas, o trabalho será dividido em dois capítulos, tendo em vista que o consentimento prévio nunca foi auferido pela justiça brasileira. Analisando primeiramente a posição brasileira sobre a consulta prévia, demonstrando que um consentimento prévio seria a opção correta para assegurar a participação tanto dos povos indígenas quanto quilombolas acerca de empreendimento que os afetem. Em seguida o trabalho propõe investigar ao adentrar na possível finitude do consentimento prévio em influir sobre as decisões que afetam os povos tradicionais. Constatando a possibilidade de exigir que o consentimento tenha o efeito de barrar projetos rejeitados pelas comunidades tradicionais. Em resumo, o trabalho busca contestar a posição atual acerca da consulta prévia, expondo que um consentimento prévio seria o mecanismo pelo qual povos indígenas e quilombolas pudessem influenciar na decisão de projetos que lhe afetem.

## **1.1 O reconhecimento da inerência de um consentimento prévio às consultas aos povos tradicionais**

O primeiro capítulo tem por objetivo investigar a consulta previa. Partindo das jurisprudências julgadas pela justiça brasileira se faz um recorte acerca da definição dada pelo judiciário brasileiro, com o intuito de descobrir o real significado do instituto. Consequentemente, o primeiro capítulo recai sobre a imprescindibilidade de se auferir um consentimento prévio nas consultas aos povos tradicionais. Dessarte, o instituto da consulta prévia tem como objetivo resguardar os direitos dos povos tradicionais em situações que lhe afetem, mas verificar que existe uma insuficiência no modo pela qual a consulta vem sendo ditada na justiça brasileira.

Para sustentar o primeiro capítulo do trabalho, será basilar dividir-se em dois subtópicos. O primeiro dedicado aos julgados brasileiros acerca de projetos que



acarretem grandes prejuízos para comunidades indígenas e quilombolas. Fazendo um aparato de projetos de mineração, construção portuária e entre outros. Extraindo a concepção de consulta prévia, e a falta de um mecanismo jurídico que consente sobre consentimento prévio.

O segundo subtópico surge ao expandir a conceito de consulta prévia, demonstrando um aperfeiçoamento advindo de tratados internacionais e decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Demonstrando assim, uma solução para as consultas realizadas apenas como um mero procedimento. Em outras palavras, mostra-se que as consultas prévias têm como real objetivo chegar em um consentimento entre as partes. Em resumo, o primeiro capítulo define a inerência de se reconhecer o consentimento prévio como o propósito das consultas prévias.

## **1.2 A limitação do instituto da consulta prévia perante os povos tradicionais**

O instituto da consulta prévia adentrou no Brasil a partir da Convenção 169 da OIT, promulgado pelo então Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, em 2004 pelo decreto nº 5.051. Seu texto foi revogado após a instituição de um novo decreto em 5 de novembro de 2019, que entrou em vigor no último dia 6 de maio de 2020<sup>16</sup>. Por ora, não houve alterações em sua redação, apenas sedimentando todas as convenções da Organização Internacional do Trabalho em apenas um decreto<sup>17</sup>. O texto tem como pretensão codificar os direitos dos povos tidos como indígenas e

---

<sup>16</sup> BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do trabalho [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5). Acesso em: 20 mai. 2020

<sup>17</sup> “As Convenções anexas a este Decreto serão executadas e cumpridas integralmente em seus termos.” Em: BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do trabalho [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5). Acesso em: 20 mai. 2020.



tribais, adentrando em temas como direitos humanos e preservação cultural. A consulta prévia aparece no artigo 6º com o seguinte texto: “consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente”<sup>18</sup>.

Sua confirmação aparece até mesmo na Resolução nº 5, de 12 de março de 2020 do Conselho Nacional dos Direitos Humanos, como uma das diretrizes para assegurar os direitos humanos dos povos diante de atuações empresariais<sup>19</sup>. Demonstrando assim, ser indispensável na manutenção dos direitos dos povos tradicionais. Logo, entende-se que uma consulta seria uma forma democrática de discutir acerca de uma situação que afeta os direitos dos povos tradicionais, havendo obrigatoriedade em perguntar a sua posição acerca de determinado projeto<sup>20</sup>.

Tanto a Constituição Federal de 1988, quanto a Convenção 169 da OIT, exprimem uma visão que abandona a questão integracionista<sup>21</sup>. Reconhecendo os direitos dos povos tradicionais em continuar em suas devidas terras, assegurando-lhes o direito de exigir que seu modo de vida permaneça o mesmo,

---

<sup>18</sup> BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do trabalho [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5). Acesso em: 20 mai. 2020.

<sup>19</sup> BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. **Resolução nº 5, de 12 de março de 2020**. Dispõe sobre Diretrizes Nacionais para uma Política Pública sobre Direitos Humanos e Empresas. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2020. Disponível em: <http://homacdhe.com/wpcontent/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA5-2020-CNDH.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2020.

<sup>20</sup> INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas**. San José: IIDH, 2016, p. 14; GLASS, Verena (org). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. P. 12

<sup>21</sup> Mesmo com tal evolução, infelizmente, legislações como o Estatuto do Índio de 1973 ainda pregam em seus artigos uma vertente integracionista. Isso quer dizer, não reconhece a plenitude dos direitos dos povos tradicionais, sempre mantendo uma perspectiva de integração desses povos aos demais. Abandonando a preservação étnica e cultural. SILVA, Tédney Moreira da. **No banco dos réus, um índio: criminalização de indígenas no Brasil**. 2015. 242 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito)— Universidade de Brasília, Brasília, 2015. P. 32



independentemente se for contrário aos ditames da sociedade<sup>22</sup>. Ou seja, existe uma proteção do *status quo*, almejando assegurar sua devida participação social. A consulta prévia então, foi um instituto criado para assegurar os direitos dos povos tradicionais, postulando a participação de tais indivíduos nas decisões estatais<sup>23</sup>. Por ora, para que possamos entender melhor tal instituto, e como se reverbera no mundo jurídico, é necessário adentrarmos em alguns exemplos de consulta prévia que chegaram até o judiciário brasileiro. E em seguida, discutir onde o problema jurídico recaí nessas decisões brasileiras.

O Projeto Volta Grande do Xingu feito pela Belo Sun Mineração LTDA situado no estado do Pará, tem como objetivo criar a maior mina de ouro do país, afetando as terras indígenas de Arara da Volta Grande do Xingu e de Paquiçamba<sup>24</sup>. O projeto em questão também iria atingir povos indígenas isolados, que se encontram na Terra Indígena Ituna/Itatá.

Em 2017, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região julgou a apelação cível referente ao caso que suspendeu o licenciamento ambiental do Projeto Volta Grande. Na primeira instância, o magistrado da Subseção Judiciária de Altamira

---

<sup>22</sup> GLASS, Verena (org). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. P. 21.; BRASL. **Constituição Federal do Brasil, outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 07 mar. 2020; BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do trabalho [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5). Acesso em: 20 mai. 2020.

<sup>23</sup> BIM, Eduardo Fortunato. A participação dos povos indígenas e tribais: oitivas na Convenção 169 da OIT, Constituição Federal e Instrução Normativa n. 1 da Funai. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 51, n. 204, out./dez. 2014. P. 204

<sup>24</sup> GOMES, Marcel. As veias abertas da Volta Grande do Xingu: Análise dos impactos da mineradora Belo Sun sobre a região afetada por Belo Monte. **Ponto de Debate: Fundação Rosa Luxemburgo**, São Paulo, n. 16, out. 2017, n. 16. Disponível em: [https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2017/10/ponto\\_debate\\_16\\_web2.pdf](https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2017/10/ponto_debate_16_web2.pdf).

Acesso em: 02 abr 2020. P. 4





suspendeu o licenciamento ambiental do projeto, e anulou a licença prévia<sup>25</sup>, decidindo de acordo com o que foi pedido pelo Ministério Público Federal. O MPF requeria a suspensão do licenciamento ambiental, até que fossem apresentados os estudos sobre o impacto da obra e o Estudo de Componente Indígena, ressaltando os direitos dos povos afetados no que tange à Convenção 169 da OIT. A decisão de primeira instância, julgou procedente o pedido do Ministério Público Federal, não mencionando qualquer questão sobre a consulta prévia aos povos afetados<sup>26</sup>.

A apelação julgada pelo TRF-1, por sua vez, reiterou a decisão, condicionando a validade da licença do projeto à não somente ao Estudo de Componente Indígena, mas também à consulta prévia de acordo com a Convenção 169 da OIT<sup>27</sup>. A turma que julgou o caso também afastou a anulação da licença prévia decidida em primeira instância, reformando assim a sentença. Eis um projeto que foi devidamente planejado e licenciado sem haver consultado devidamente à tribo indígena que seria afetada. Podendo identificar que o direito à consulta prévia já se encontra inobservante desde o princípio. Note que, a consulta deverá ser obtida antes de qualquer decisão, justamente para que se possa rever, por sua vez, o projeto e o

---

<sup>25</sup> O Magistrado consentiu com o Ministério Público Federal entendendo que a Licença prévia só pode ser emitida após todos os estudos sejam viabilizados, para que se possa entender o impacto da obra. Além disso, uma licença prévia emitida antes da consulta prévia iria inviabilizar qualquer participação dos povos atingidos no processo. BRASIL. Justiça Federal de Primeiro Grau, Subseção Judiciária de Altamira. Ação Civil Pública. **0002505-70.2013.4.01.3903/PA**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Estado do Pará e Belo Sun Mineração Ltda. Juiz Federal: Claudio Henrique Fonseca de Pina. Altamira/PA, 17 de junho de 2014. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=000250570.2013.4.01.3903&secao=ATM>. Acesso em: 9 mar. 2020

<sup>26</sup> BRASIL. Justiça Federal de Primeiro Grau, Subseção Judiciária de Altamira. Ação Civil Pública. **0002505-70.2013.4.01.3903/PA**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Estado do Pará e Belo Sun Mineração Ltda. Juiz Federal: Claudio Henrique Fonseca de Pina. Altamira/PA, 17 de junho de 2014. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=000250570.2013.4.01.3903&secao=ATM>. Acesso em: 9 mar. 2020.

<sup>27</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região (Sexta turma). Apelação Cível. **0002505-70.2013.4.01.3903/PA**. Processo civil e Constitucional. Ação Civil Pública. Mineração. Projeto Volta Grande do Xingu de Mineração. Impacto em Terra Indígena [...]. Apelante: Belo Sun Mineração Ltda. e Estado do Pará. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Desembargado Federal Jirair Aram Meguerian. Brasília, 06 de dezembro de 2017.



seu impacto. O judiciário ao determinar a suspensão das licenças, ao invés de uma anulação, pressupõe que poderá reverter a situação quando os povos afetados forem consultados. Todo o contexto, tanto dos fatos quanto da posição do judiciário, não recai apenas sobre essa decisão. Podendo observar a tendência em suspender licenças para obter a consulta dos povos afetados em outras jurisprudências que lidam com projetos de larga escala.

Outro caso que merece ser mencionado diz respeito à construção do Terminal Portuário da EMBRAPAS no município de Santarém/PA, que tem como ambição escoar os grãos que são produzidos na região. Permitindo, anualmente, uma movimentação de quase 5 milhões de toneladas em grãos de soja. A situação em questão chegou até o Tribunal Regional Federal da Primeira Região após a interposição de um agravo de instrumento perante uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado do Pará em primeira instância<sup>28</sup>. Ao todo, o projeto iria afetar, diretamente e indiretamente, comunidades quilombolas que habitam a região (Arapemã, Saracura, Bom Jardim, Murumurutuba, Pérola do Maicá e Maria Valentina). A quinta turma do tribunal, em 2017, auferiu a necessidade de haver consulta prévia aos povos que se encontram perto da área pretendida, para que se evite danos futuros. Sendo assim, a EBRAPS - Empresa Brasileira de Portos de Santarém teve o seu licenciamento suspenso por haver irregularidades no empreendimento.

Os projetos descritos acima, como exemplo, não são aleatórios. Denotam empreendimentos de alta escala, isso quer dizer, projetos que iriam modificar o ambiente em sua volta. Tendo grande impacto tanto no âmbito ambiental quanto

---

<sup>28</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região (Quinta turma). Agravo em Instrumento. **0027843- 13.2016.4.01.0000/PA**. Instalação de Terminal Portuário às margens do Rio Amazonas, no município de Santarém/PA [...]. Agravante: EMBRAPAS- Empresa Brasileira de Portos de Santarém. Agravado: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado do Pará. Relator: Desembargador Souza Prudente. Brasília, 03 de maio de 2017. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=TRF1&proc=0027843-13.2016.4.01.0000>. Acesso em: 23 de março 2020



socioambiental, afetando respectivamente povos indígenas e quilombolas que habitam a região. Ambos os casos mencionados acima não são uma exceção, ou um caso isolado, o judiciário brasileiro tende a decidir nos mesmos moldes, em praticamente toda problemática onde recai uma necessidade de consultar previamente aqueles indivíduos que serão atingidos por um projeto. Casos onde se discute a licença de um projeto que está tentando ser viabilizado são bastante comuns no Tribunal Regional Federal da Primeira Região, postulando sempre a indispensabilidade de consultar as comunidades afetadas para revogar ou conceder o licenciamento do projeto. A problemática dessas decisões recai justamente no fato de nenhuma delas girar em torno do mérito da consulta.

Ao não se discutir o mérito da consulta, seus resultados podem tomar formas diferentes daquelas pretendidas. A consulta prévia aparenta ser interpretada como “algo que acaba por si só”<sup>29</sup>, isso quer dizer, como um mero procedimento para que se possa progredir com o projeto. Uma espécie de condição para que o licenciamento possa ser auferido, como foi descrito na decisão do Terminal Portuário da EMBRAPAS no município de Santarém/PA. Em outras palavras, a consulta prévia, como descrita pelo Instituto Interamericano de Derechos Humanos, aparenta ser um processo por pura formalidade, isso quer dizer, uma condição, para que as empresas consigam ter a concessão necessária para explorar economicamente um determinado local<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> <sup>24</sup>“A consulta prévia não é um fim em si mesma, não se erige em mera formalidade ou etapa de licenciamento a ser vencida, mas representa verdadeiro instrumento para o processo de tomada de decisões [...]”. Em: BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. **Relatório sobre os Direitos da População Atingida pela Implementação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte e da Mineradora Belo Sun**. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acao-social/old/cndh/relatorios/RelatriodeBeloMonteBeloSunaprovadocomrevisaoDOPLENRI.pdf/view>. Acesso em: 23 mar 2020. P. 36.

<sup>30</sup> INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas**. San José: IIDH, 2016, p. 88



Por si só, a obrigação de consultar, não ensejaria a pretensão de um acordo. Podendo ser descrito apenas como um mero procedimento diante de uma pretensão maior<sup>31</sup>, tendo em vista que a obrigação de consultar almeja “perguntar, adequada e respeitosamente [...] sua posição sobre decisões administrativas e legislativas capazes de afetar suas vidas e de seus direitos”<sup>32</sup>. Influenciando assim, a partir da oitiva colhida, os tomadores de decisões acerca do projeto pretendido<sup>33</sup>.

Por sua vez, se o processo, no qual as comunidades tradicionais possam postular os seus direitos acerca de intervenções de terceiros, almeja apenas perguntar em um processo proforma, existe uma discrepância no instituto. A Rede de Cooperação Amazônica (RCA), que visa integrar as comunidades indígenas, fomenta que:

“[...] quando a consulta é realizada como mero “*check list*”, sem observar seu devido escopo de respeito à diversidade cultural por meio da proteção da autonomia dos povos indígenas ou sem garantir qualquer grau de influência na tomada de decisão governamental verifica-se que o Estado termina por apenas legitimar ações ou condutas abusivas contra os direitos de povos indígenas e tribais.”<sup>34</sup>

Uma consulta prévia sem uma certa influência no produto final, como explicado acima, não passa de uma mera formalidade, que não irá garantir os reais direitos de uma comunidade. Desta forma, o instituto da consulta prévia, por si só, demonstra uma limitação, pois uma mera oitiva não carrega o poder necessário para influenciar uma decisão. Com a consulta prévia feita de forma limitada, todo o processo se tornaria inviável, pois, mais facilmente, projetos e empreendimentos

<sup>31</sup> INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas**. San José: IIDH, 2016, p. 14

<sup>32</sup> GLASS, Verena (org). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. P.12

<sup>33</sup> BIM, Eduardo Fortunato. A participação dos povos indígenas e tribais: oitivas na Convenção 169 da OIT, Constituição Federal e Instrução Normativa n. 1 da Funai. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 51, n. 204, out./dez. 2014. P. 205

<sup>34</sup> GARZÓN, Biviany Rojas; YAMADA, Erika; OLIVEIRA, Rodrigo. **Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades Tradicionais**. São Paulo :Rede de Cooperação Amazônica – RCA;Washington, DC : Due Process of Law Foundation, 2016. P. 47



poderão tomar forma dentro das respectivas terras dos povos tradicionais, sem que esses tivessem qualquer influência nas decisões tomadas.

No livro “Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação”, o estudo dos autores pode inferir que existe uma pretensão do Estado em conduzir as consultas prévias como apenas um procedimento padrão. Não dando oportunidade para que as comunidades deliberem efetivamente e consigam formar uma opinião que vincule ao final. Enfatiza também, que, muitas das vezes, tais projetos já se encontram devidamente licenciados e acabados, diminuindo ainda mais o direito das comunidades de serem efetivamente escutadas<sup>35</sup>. Com tais complicações, o instituto se torna ineficaz, diante da sua real pretensão.

Para observarmos que a limitação da consulta prévia a apenas perguntar não se torna eficaz, devemos retomar para o projeto de Volta Grande do Xingu, onde o seu impacto resultou em diversas brechas aos direitos das comunidades que foram afetadas. A implementação do projeto Volta Grande do Xingu visa, em doze anos de operação, extrair mais de 108 toneladas de ouro, sendo instalado na margem do Rio Xingu<sup>36</sup>. Em nota técnica realizada pela empresa, ficou registrado que o projeto iria impactar tanto questões sociais, quanto questões ambientais<sup>37</sup>, provando que, mesmo

---

<sup>35</sup> GLASS, Verena (org). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. P. 79

<sup>36</sup> BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. **Relatório sobre os Direitos da População Atingida pela Implementação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte e da Mineradora Belo Sun**. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/ acesso-a%20informacao/participacao-social/old/cndh/relatorios/RelatriodeBeloMonteBeloSunaprovadocomrevisaoDOP LENRI.pdf/view>. Acesso em: 23 mar. 2020. P. 24

<sup>37</sup> “alteração dos usos do solo, a pressão sobre infraestrutura, incremento do fluxo migratório e impactos sobre patrimônio arqueológico” Em: BRASIL. Belo Sun Mineração LTDA. Projeto Volta Grande do Xingu: Nota técnica de esclarecimento das principais questões abordadas na audiência pública de Senador José Porfírio (nº 2BSML001-TR-0000057). Senador José Porfírio: Belo Sun Mineração LTDA. 2012. Disponível em: [https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/41/Nota%20Tecnica%20PVG\(1\).pdf](https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/41/Nota%20Tecnica%20PVG(1).pdf). Acesso em: 23 mar. 2020. P. 37.



estando a quilômetros do empreendimento, haverá consequências para as comunidades indígenas que habitam a região<sup>38</sup>.

Mesmo com o TRF-1 assentindo pela necessidade de consultar previamente as comunidades afetadas, a problemática está longe de ser resolvida. O Conselho Nacional de Direitos Humanos, constatou compras ilegais de terrenos na região pela Belo Sun Mining Corp., além de alguns indivíduos estarem sendo deslocadas, com o pretexto de ser um “contrato de compra e venda comum entre particulares”<sup>39</sup>. A violação aos direitos das comunidades engrandece ainda mais quando percebemos que a população da região também está sendo atingida por outra construção, a UHE Belo Monte<sup>40</sup>. Projeto que, por si só já é bastante problemático, não sendo necessário adentrar em seus méritos<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> BRASIL. Belo Sun Mineração LTDA. Projeto Volta Grande do Xingu: Nota técnica de esclarecimento das principais questões abordadas na audiência pública de Senador José Porfírio (nº 2BSML001-TR-0000057). Senador José Porfírio: Belo Sun Mineração LTDA. 2012. Disponível em: [https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/41/Nota%20Tecnica%20PVG\(1\).pdf](https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/41/Nota%20Tecnica%20PVG(1).pdf). Acesso em: 23 mar. 2020. P. 37.

<sup>39</sup> O mesmo Conselho, na resolução nº5, de 12 de março de 2020, determinou que as empresas deveriam respeitar os direitos sob a terra e o direito à autodeterminação. Mostrando a ilegalidade em comprar as terras dos povos que seriam afetados pelo empreendimento. BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. **Relatório sobre os Direitos da População Atingida pela Implementação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte e da Mineradora Belo Sun**. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/ptbr/acessoa%20informacao/participacao%20social/old/cndh/relatorios/RelatriodeBeloMonteBeloSunaprovadocomrevisaoDOPLENRI.pdf/view>. Acesso em: 23 mar 2020. P. 24; BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. **Resolução nº 5, de 12 de março de 2020**. Dispõe sobre Diretrizes Nacionais para uma Política Pública sobre Direitos Humanos e Empresas. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2020. Disponível em: <http://homacdh.com/wpcontent/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA5-2020-CNDH.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2020.

<sup>40</sup> “O licenciamento inicial do projeto, se encontra na mesma zona de impacto que a UHE Belo Monte” Em: BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. **Relatório sobre os Direitos da População Atingida pela Implementação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte e da Mineradora Belo Sun**. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/ptbr/acessoa%20informacao/participacao%20social/old/cndh/relatorios/RelatriodeBeloMonteBeloSunaprovadocomrevisaoDOPLENRI.pdf/view>. Acesso em: 23 mar 2020.

<sup>41</sup> A questão acerca de Belo Monte já foi decidida pelo judiciário, dando anuência a necessidade de consultar os povos indígenas que habitam a região. BRASIL. Tribunal Região da Primeira Região (Quinta Turma). Embargos de Declaração na Apelação Cível. **2006.39.03.000711-8/PA**. I – Deixando o acórdão embargado de se pronunciar acerca de questão relevante ao deslinde da demanda, como no caso, em que a Turma julgadora não se manifestou acerca da violação da norma [...]. Embargante:



Tanto Belo Monte quanto o empreendimento da Belo Sun, iriam causar mudanças socioambientais para os povos indígenas da região<sup>42</sup>. Logo, a identidade dessas comunidades está fadada ao desaparecimento, tendo em vista o impacto que será causado no Rio Xingu e nos biomas que lhe cercam. Afetando a subsistência das comunidades. Outro aspecto diz respeito às mudanças sociais, como “aumento nos índices de violência, violações do direito à moradia adequada e até mesmo tráfico de seres humanos”<sup>43</sup> já constatados desde a construção de Belo Monte. Os projetos também fizeram com que o grupo Conectas de Direitos Humanos, denuncia-se as hostilidades que os defensores de direitos humanos estariam sofrendo ao se oporem ao projeto<sup>44</sup>.

Com tais evidências, uma mera consulta por parte do Estado não seria suficiente para dirimir as consequências causadas por dois projetos que almejam um grande impacto na região. A consulta prévia, por sua vez, se trata de apenas uma formalidade do Estado para prosseguir com o licenciamento, acarretaria um grande prejuízo aos direitos humanos daqueles que serão afetados. Devendo

---

Ministério Público Federal. Embargado: Centrais Elétricas Brasileiras S/A – ELETROBRAS, e outros. Brasília, 13 de agosto de 2012. Disponível: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>42</sup> A dispersão de resíduos tóxicos, aumento da população local, alagamento e o escoamento das produções pelo rio Xingu, seriam apenas algumas evidências que ambos os projetos mudariam a forma socioambiental da região. Afetando tanto o meio ambiente, quanto as populações indígenas. Em: BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. **Relatório sobre os Direitos da População Atingida pela Implementação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte e da Mineradora Belo Sun**. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/ptbr/acesso%20informacao/participacao-social/old/cndh/relatorios/RelatriodeBeloMonteBeloSunaprovadocomrevisaoDOPLENRI.pdf/view>. Acesso em: 23 mar. 2020. P. 26-33

<sup>43</sup> CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Apelo Urgente: hostilidades, intimidações e ameaças de morte a defensoras e defensores de direitos humanos e ambientais na Amazônia Brasileira em retaliação por sua oposição à mineradora Belo Sun**. São Paulo, abril de 2018. Disponível em: <https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2018/05/Publico-Amea%C3%A7a-a-Defensores-e-Defensoras-Xingu-Vivo-e-Cooperativa-dos-Garimpeiros.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2020. P. 12

<sup>44</sup> CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Apelo Urgente: hostilidades, intimidações e ameaças de morte a defensoras e defensores de direitos humanos e ambientais na Amazônia Brasileira em retaliação por sua oposição à mineradora Belo Sun**. São Paulo, abril de 2018. Disponível em: <https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2018/05/Publico-Amea%C3%A7a-a-Defensores-e-Defensoras-Xingu-Vivo-e-Cooperativa-dos-Garimpeiros.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2020. P. 12



representar um instituto pelo qual se possa tomar uma decisão acerca do projeto pretendido<sup>45</sup>.

Fora constatado que os povos dessa região não foram devidamente consultados, não obtendo seus devidos consentimentos. Não podendo participar da tomada das decisões<sup>46</sup>. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas postularam que o processo de consulta não foi executado da forma adequada, devendo ser cumprida de acordo com a Convenção 169 da OIT, Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>47</sup>. O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, por sua vez, expandiu suas determinações, saindo do âmbito apenas da consulta prévia. Estabelecendo que, as consultas deveriam ter como pretensão obter o consentimento dos povos interessados, e não somente fazer uma consulta pro forma<sup>48</sup>. Determinado que uma mera consulta não seria suficiente para assegurar que a posição dos povos afetados fosse refletir na decisão sobre a procedência, ou não, de um projeto de alta magnitude. Infere-se aqui uma posição que

---

<sup>45</sup> BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. **Relatório sobre os Direitos da População Atingida pela Implementação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte e da Mineradora Belo Sun**. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2017. Disponível em:

<https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a%20informacao/participacaosocial/old/cndh/relatorios/RelatriodeBeloMonteBeloSunaprovadocomrevisaoDOPLENRI.pdf/view>. Acesso em: 23 mar 2020. P. 36

<sup>46</sup> CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da Missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas (A/HRC/33/42/Add.1)**. Genebra, agosto de 2016. Disponível em: <https://undocs.org/A/HRC/33/42/Add.1>. Acesso em: 23 de março de 2020. P.11

<sup>47</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medida Cautelar – MC 382/10 - Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil**. Washington, abril de 2011. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>. Acesso em 23 mar 2020; CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da Missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas (A/HRC/33/42/Add.1)**. Genebra, agosto de 2016. Disponível em: <https://undocs.org/A/HRC/33/42/Add.1>. Acesso em: 23 de março de 2020. P.11

<sup>48</sup> CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da Missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas (A/HRC/33/42/Add.1)**. Genebra, agosto de 2016. Disponível em: <https://undocs.org/A/HRC/33/42/Add.1>. Acesso em: 23 de março de 2020. P.11





será de suma relevância para os outros tópicos que virão abaixo, fomentando a necessidade de obter o consentimento.

Por fim, o instituto da consulta prévia diante do judiciário brasileiro, demonstra uma assimetria<sup>49</sup> por não conseguir cumprir com os direitos dos povos tradicionais em influenciar nas tomadas de decisões nas quais lhe afetam. Atestar que apenas uma mera consulta resolva problemas como a construção de um porto parece ser irreal. Existindo a iminente premissa de reformular a abordagem atual acerca do instituto.

Fora reportado pelo Conselho de Direitos Humanos que os povos no Brasil estão tendo a sua existência cada dia mais ameaçada por projetos de “grande escala ou de alto impacto”<sup>50</sup>, e que em casos como esse se deveria buscar uma consulta prévia que tivesse como finalidade o consentimento daqueles que serão afetados. Sendo assim, no próximo tópico do capítulo, será discutido não somente a iminência do consentimento prévio, mas como o seu instituto seria o propósito pelo qual se consulta os povos tradicionais.

### 1.3 O instituto do consentimento prévio como o propósito das consultas aos povos tradicionais

Após analisarmos que existe uma limitação acerca do instituto da consulta prévia, é necessário expandirmos a concepção de que auferir um consentimento

---

<sup>49</sup> INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas**. San José: IIDH, 2016, p. 88

<sup>50</sup> O Conselho definiu como de grande escala ou de grandes impactos projetos como “construção de hidrelétrica e infraestrutura, mineração e instalação de linhas de transmissão”. CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da Missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas (A/HRC/33/42/Add.1)**. Genebra, agosto de 2016. Disponível em: <https://undocs.org/A/HRC/33/42/Add.1>. Acesso em: 23 de março de 2020. P.9



prévio seria o propósito das consultas aos povos tradicionais. O judiciário brasileiro nunca auferiu o consentimento prévio em suas definições, mostrando que existe uma inobservância da instituição jurídica em reconhecer esse direito. Consequentemente, por estar distante da esfera atual do judiciário brasileiro, é necessário analisarmos alguns mecanismos que demonstram a inerência em requerer o consentimento daqueles povos que seriam afetados pela construção de projetos que afetassem seus territórios.

Primeiramente, retornando à Convenção 169 da OIT, e analisar o mesmo artigo que define a consulta prévia, sendo assim o artigo 6 (2): “as consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas”<sup>51</sup>. A própria redação da Convenção estabelece a inevitabilidade de obter o consentimento da oitiva aos povos que serão afetados pelo empreendimento. Demonstrando que, uma mera consulta, não deveria ter como escopo apenas perguntar, e sim adquirir um consenso entre as partes. Por sua vez, o intuito seria de chegar em um acordo.

Outro mecanismo que postula sobre a necessidade do consentimento prévio é a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que em seu artigo 32 determina que os Estados consultem os povos indígenas para que possa obter seu consentimento<sup>52</sup>. Reforçando ainda mais a imprescindibilidade prévia da medida ao determinar que o instituto deverá ser postulado antes de qualquer aprovação que conceda a autorização do projeto no solo da comunidade afetada.

---

<sup>51</sup> BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do trabalho [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5). Acesso em: 20 mai. 2020.

<sup>52</sup> NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao\\_das\\_Nacoes\\_Unidas\\_sobre\\_os\\_Direitos\\_dos\\_Povos\\_Indigenas.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf). Acesso em: 11 março 2020.



Citando casos como projetos de desenvolvimento e exploração mineral ou hídrica<sup>53</sup>. É perceptível que a declaração foi além do que foi proposto pela convenção 169 da OIT, aprofundando ainda mais no instituto do consentimento prévio.

As discussões acerca do consentimento prévio se acentuaram a partir de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mais precisamente no caso do Povo Saramaka v. Suriname. A Corte criada pela Convenção Americana de Direitos Humanos em seu artigo 33, é descrita por André de Carvalho Ramos, como um “mecanismo coletivo interamericano de apuração de violação de direitos humanos”<sup>54</sup>. Dando legitimidade ativa para indivíduos ajuizarem ações contra um país membro da convenção<sup>55</sup>.

Nesse caso em específico os representantes do povo Saramaka ajuizaram uma denúncia contra o Estado do Suriname em outubro de 2000, referente não somente à autorização de exploração de minério dentro do território da comunidade tribal em questão, mas também as construções da represa Afobaka na década de 1960, que causaram uma inundação. Em junho de 2006, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou a denúncia à Corte, alegando que o Estado violou a territorialidade do povo Saramaka. Arguiu-se que o Suriname “não adotou medidas efetivas para reconhecer seu direito ao uso e gozo do território que tradicionalmente usam e ocupam”<sup>56</sup>. Falhando em assegurar os seus direitos, e em seguir as recomendações determinadas pela própria Comissão Interamericana de Direitos

---

<sup>53</sup> NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao\\_das\\_Nacoes\\_Unidas\\_sobre\\_os\\_Direit\\_os\\_dos\\_Povos\\_Indigenas.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direit_os_dos_Povos_Indigenas.pdf). Acesso em: 11 março 2020

<sup>54</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 197

<sup>55</sup> “Os indivíduos dependem da Comissão ou de outro Estado para que os seus reclamos cheguem à corte IDH” em: RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 239

<sup>56</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Povo Saramaka vs. Suriname**. Sentença dia 28 de novembro de 2007. P. 2



Humanos, em março do mesmo ano. Dentro do julgado, a Corte então decidiu que, em caso de projetos em grande escala, que venham a afetar a comunidade, o Estado deve obter o consentimento livre, prévio e informado dos povos tradicionais.

O Estado do Suriname, aparentemente, compreendeu a necessidade de se assegurar uma consulta prévia de forma efetiva. Dado que, no caso dos Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname, julgado também pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2015, o Estado reconheceu a indispensabilidade em fazer um processo que almeje a obtenção de um consentimento prévio. Até a data da sentença, Suriname expôs que estava trabalhando para criar protocolos sobre consentimento prévio, livre e informado, com o intuito de prover um embasamento caso seja necessário consultar uma tribo ou comunidade de povos tradicionais<sup>57</sup>. Expressou que tal instituto é um requerimento advindo de legislações e decisões internacionais, e que se assegura os direitos dos povos afetados por um projeto.

Outras decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos reiteraram a imprescindibilidade de um consentimento prévio, solidificando assim o instituto. Um grande exemplo seria o caso Povo Indígena de Sarayaku vs. Equador, onde o Estado concedeu autorização para que a empresa CGC pudesse explorar petróleo no território da comunidade indígena<sup>58</sup>. Em 2012, a corte decidiu que o Estado, ao garantir o direito à consulta prévia, incluía o direito ao consentimento. Logo, Equador deveria obter o consentimento do povo Sarayaku acerca das medidas propostas.

Das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que foram citadas acima, pode-se inferir que existe a necessidade de fazer uma consulta que almeje chegar em um consentimento entre as partes. Indo em contramão a forma que as consultas prévias vêm sendo feitas no Brasil, principalmente quando está sendo

---

<sup>57</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso dos Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname**. Sentença 25 de novembro de 2015. Para.204-210

<sup>58</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador**. Sentença de 27 de junho de 2012. Para. 73



discutido um projeto que afete os povos tradicionais como o caso de Volta Grande do Xingu e Belo Monte. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, já informou sobre a imprescindibilidade em assegurar o consentimento, no relatório de mérito do povo indígena Xucuru<sup>59</sup>. Sendo assim, uma mera pergunta às populações afetadas não asseguraria seus direitos, principalmente o da autodeterminação, definida como o direito dos povos ditarem o seu futuro, preservando o seu modo de vida<sup>60</sup>. Como descrito no artigo 7 da Convenção 169 da OIT, os povos têm o direito de escolher suas prioridades, devendo participar de qualquer projeto que lhe afete.

O consentimento, por sua forma, seria um meio de reafirmar as prerrogativas dos povos tradicionais, tendo em vista a sua indispensabilidade em se amparar de legislações específicas que preservem a sua identidade como povo. Ao analisarmos de uma forma jurídica, isso quer dizer, utilizando tanto a convenção 169 da OIT, a declaração da ONU e as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos apontam que existe o dever dos povos tradicionais ter seu consentimento auferido, tendo em vista que lhe assegurariam os direitos humanos, materializando a participação efetiva do povo tradicional que será afetado pelo projeto<sup>61</sup>.

Diante de populações tradicionais, que sempre tiveram seus direitos como um ponto secundário do Estado, se a consulta prévia não tivesse em sua essência o consentimento, os seus direitos não estariam sendo plenamente resguardados.

---

<sup>59</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório No. 44/15, Caso 12.728. Mérito. Povo indígena Xucuru**. Brasil: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2015, para. 78

<sup>60</sup> DUPRAT, Deborah (org.). **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais**. Brasília: ESMPU, 2015. P. 101.

<sup>61</sup> COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA DIREITOS HUMANOS. **Relatório do Relator Especial sobre a situação dos direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas, Rodolfo Stavenhagen (UN Doc. E/CN.4/2003/90)**. Genebra, janeiro de 2003. Para. 66; THE COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. **Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Ecuador (CERD/C/62/CO/2)**. Genebra junho de 2003. Disponível em: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhspqM7cAoWBySteFOuKcRpLwdixAAIXe62HSyxW1uMYqfAuTu6EG5TW0wKU209vAB6qrMMIYXcX5mJDHqkIla2r1V69Qa g%2fKmkKle96I3hrfT>. Acesso em: 23 de março de 2020



Povos como estes se veem em grande vulnerabilidade ao se deparar com os planos de grandes estatais, ou multinacionais, que visam os seus territórios. Consequentemente, a consulta já estaria partindo de um ponto fadado ao fracasso, tendo em vista a grande discrepância entre ambos. Dar aos povos uma chance de perguntar acerca de algum projeto não seria suficiente, haja vista a desproporcionalidade ali estabelecida. Até mesmo o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, reconheceu que o Brasil mostrou uma postura incorreta ao não impor consultas que tenham por objetivo chegar em um consentimento<sup>62</sup>.

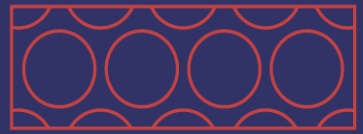
O ponto em questão recaí no fato que, reconhecer a consulta prévia não é o único ponto considerável, sendo necessário pensar em suas consequências e como ele irá proceder e afetar os povos interessados. Tem-se que entender o significado que esse instituto propõe, o processo de consulta, então, é dirigido a obter o consentimento da comunidade afetada. Uma evolução nesse sentido foi descrita acima, nos casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos referente ao Estado do Suriname. No segundo caso que foi levado até a corte, é possível visualizar um entendimento do país em se preocupar com a intenção da consulta, delineando corretamente o que o consentimento almeja<sup>63</sup>.

Por fim, partindo do ponto da interpretação da consulta prévia, o próprio texto das convenções e declarações internacionais já vislumbram um consentimento entre as partes. Almejando o consentimento a partir da consulta aos povos tradicionais, sendo a sua pretensão. Ausentando de um polo meramente formal, como uma forma de cumprir uma obrigação, como se encontra sendo feito pelo estado brasileiro, para um instrumento que visa a efetiva participação. Alcançando assim, um consenso a partir de um instituto igualitário. Pode-se entender que desde o

---

<sup>62</sup> CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da Missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas (A/HRC/33/42/Add.1)**. Genebra, agosto de 2016. Disponível em: <https://undocs.org/A/HRC/33/42/Add.1>. Acesso em: 23 de março de 2020. P.11

<sup>63</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso dos Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname**. Sentença 25 de novembro de 2015. Para. 204-210



começo, o motivo pelo qual existe a consulta é para que se possa chegar em um consentimento, sendo a finalidade do instituto. Sob este panorama, o consentimento dos povos seria a intenção final do Estado ao iniciar o processo de consulta. Por si só toda consulta deve perseguir o objetivo do consentimento.

#### **1.4 A finitude do consentimento prévio na tentativa de influir nas decisões que afetam os povos tradicionais**

Após declarar que o consentimento prévio seria o propósito pelo qual o Estado consulta seus povos, o segundo capítulo almeja discutir o consentimento prévio. Utilizando-se de mecanismos internacionais, como as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Convenção 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Levando em consideração que o judiciário brasileiro nunca explorou esse mecanismo que adveio do direito internacional, é imprescindível discutir suas limitações e as formas pela qual os povos tradicionais possam se beneficiar do direito. Por finitude, entende-se como um freio ao instituto, devendo investigar quais seriam suas possíveis barreiras ou insuficiências. Almeja responder se estamos investigando um instrumento que possui poder de veto, ou apenas um instrumento que visa agregar a posição dos povos afetados.

Novamente dividido em dois subtópicos, o primeiro se restringe a identificar possíveis limitações ao consentimento prévio. A dúvida prescinde sobre qual seria o efeito de almejar um consentimento, e qual seria o seu escopo. Levando em consideração tanto o que foi investigado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, e por tratados internacionais. Refutando principalmente a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o caso Raposa Serra do Sol que restringe a possibilidade de haver um poder de veto, em situações que afetem os povos tradicionais.



O segundo subtópico fecha o trabalho concluindo os tópicos anteriores. Agora com uma visão mais madura sobre o consentimento prévio e os seus efeitos por parte dos povos indígenas e quilombolas, é imprescindível demonstrar quais seriam os mecanismos que postulam sobre a oitiva. Sendo assim, é analisado quais recursos o judiciário brasileiro poderia fundamentar quando postular sobre um consentimento prévio, principalmente no que tange ao possível poder de veto.

## **2 A FINITUDE DO INSTITUTO DO CONSENTIMENTO PRÉVIO EM DECISÕES QUE AFETAM OS POVOS TRADICIONAIS**

Depois de algumas inferências acerca do dever da consulta prévia em perseguir um consentimento aos povos tradicionais, é necessário investigar outro aspecto desse instituto. No âmbito da aplicação do consentimento prévio, mitigaremos a sua presença, isso quer dizer, será postulado um limite. Por mais que o primeiro capítulo tenha se atrelado a explorar a necessidade de um consentimento prévio, ainda é preciso descobrir quais são os seus reais efeitos, e qual é a sua influência em consonância às escolhas do Estado.

Existe uma certa divergência sobre qual seria o limite do consentimento prévio, até que ponto o direito dos povos tradicionais pode ir e interferir nas escolhas do Estado e de suas empresas. No livro redigido pela Escola Superior do Ministério Público da União, chamado “Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais”, por exemplo, usa da autodeterminação para explicar o direito das comunidades tradicionais em ter de influenciar nas decisões que lhe dizem respeito:

“A autodeterminação – máximo controle sobre seus destinos – pressupõe possibilitar que os sujeitos consultados decidam ou influenciem na tomada de decisão. Contraria a Convenção n.





169 qualquer interpretação que restrinja a consulta prévia a um direito meramente informativo.”<sup>64</sup>

No primeiro artigo da Resolução nº 5, de 12 de março de 2020, do Conselho Nacional dos Direitos Humanos, a autodeterminação é citada como sendo de suma importância tanto para empresas quanto para o próprio Estado brasileiro seguir<sup>65</sup>. É dever tanto do Estado quanto da empresa que está implementando o projeto respeitar os povos que ali habitam, e os resultados de eventuais consultas prévias. Todavia, a obrigação de fazer a consulta sempre recai sobre o Estado, e suas instituições<sup>66</sup>, assegurando que os direitos dos povos sejam respeitados. A empresa por sua vez, também terá que seguir aquilo que foi decidido pelos povos afetados<sup>67</sup>. Sendo assim, a obrigação em assegurar que a consulta prévia seja feita recai sobre o Estado. O resultado da consulta deverá ser considerado tanto pelo Estado, que irá ou não conceder licença, quanto pela empresa, que pretende explorar aquela localidade. Sempre respeitando a posição dos povos que seriam afetados.

Evidentemente, a resposta não é tão palpável assim, precisando ser feitas algumas inferências. Voltando ao artigo 6º da Convenção 169 da OIT, o texto do tratado explica em seu primeiro parágrafo que a consulta prévia irá ser feita quando houver medidas legislativas ou administrativas que possam afetar as comunidades interessadas. O seu efeito é explicado no parágrafo seguinte do mesmo artigo, quando se deixa claro que as consultas têm como pretensão chegar em um acordo e conseguir

---

<sup>64</sup> DUPRAT, Deborah (org.). **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais**. Brasília: ESMPU, 2015. P. 101

<sup>65</sup> BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. **Resolução nº 5, de 12 de março de 2020**. Dispõe sobre Diretrizes Nacionais para uma Política Pública sobre Direitos Humanos e Empresas. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2020. Disponível em: <http://homacdhe.com/wpcontent/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA5-2020-CNDH.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2020.

<sup>66</sup> GLASS, Verena (org). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. P. 12

<sup>67</sup> BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. **Resolução nº 5, de 12 de março de 2020**. Dispõe sobre Diretrizes Nacionais para uma Política Pública sobre Direitos Humanos e Empresas. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2020. Disponível em: <http://homacdhe.com/wpcontent/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA5-2020-CNDH.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2020. Art. 6º X



o consentimento da comunidade. A dúvida posta incide justamente no valor que um consentimento tem. Isso quer dizer, o Estado tem que buscar uma concordância da comunidade acerca do projeto ou o Estado tem que buscar uma posição que condicione a sua decisão?<sup>68</sup> Note que as duas questões resultam em resultados diferentes, pois apenas uma delas diz respeito ao real valor do povo em questão.

O livro “Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y tribales: un manual”, lançado pela Organização Internacional do Trabalho em 2003, trouxe algumas respostas que foram deixadas em aberto na redação da convenção. Desta forma, interpretando a consulta prévia, a própria OIT determinou que o instituto não outorga um direito de veto<sup>69</sup>. Por esse aspecto, a posição dos povos tradicionais não teria o poder de barrar os projetos que atingiriam sua integralidade, tendo uma finitude no que tange aos seus efeitos.

Em seu artigo sobre consulta e consentimento prévio, Raquel Fajardo chega em uma conclusão, dizendo que “no entanto, se esses procedimentos forem feitos de boa-fé, mesmo se o consentimento ou acordo não forem alcançados, a consulta permanecerá válida e o Estado terá poderes para tomar uma decisão” (tradução nossa)<sup>70</sup>. Tal posicionamento não se encontra de forma isolada no mundo acadêmico, tendo outros autores que determinam a oitiva como um procedimento que apenas irá estabelecer os eventuais prejuízos para as comunidades, não tendo como efeito servir

---

<sup>68</sup> FAJARDO, Raquel Yrigoyen. De la Tutela a los Derechos de Libre Determinación del Desarrollo, Participación, consulta y Consentimiento: Fundamentos, balance y retos para su implementación. **Amazônica - Revista de Antropología, Belém**, v. 1, n. 2, nov. 2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18542/amazonica.v1i2.294>. Acesso em: 30 mar. 2020.

<sup>69</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual**. Ginebra: OIT, 2003, p. 16

<sup>70</sup> “sin embargo, si aún instaurados dichos procedimientos de buena fe, no se logra dicho consentimiento o acuerdo, la consulta sigue siendo válida y el Estado está facultado a tomar una decisión”. Em: FAJARDO, Raquel Yrigoyen. De la Tutela a los Derechos de Libre Determinación del Desarrollo, Participación, consulta y Consentimiento: Fundamentos, balance y retos para su implementación. **Amazônica - Revista de Antropología, Belém**, v. 1, n. 2, nov. 2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18542/amazonica.v1i2.294>. Acesso em: 30 mar. 2020



como obstáculo sua real implementação<sup>71</sup>. A consulta prévia, por si só, sempre deverá ter como pretensão chegar em um acordo, mas a sua impossibilidade não iria eximir o Estado de outorgar uma autorização que limite os direitos previamente estabelecidos. Como dito acima, em uma situação em que a consulta foi outorgada de boa-fé, um não acordo não condicionaria na proibição do projeto.

Tal posição estabelece uma definição limitada ao instituto, não condicionando na proibição do projeto. Por outro lado, entende-se que existiria um meio termo, uma interseção que, em tese, conseguiria assegurar os direitos dos povos tradicionais. Logo, o Estado teria que garantir que, o resultado da consulta influenciasse em algum grau sua decisão sobre o projeto<sup>72</sup>, tendo assim um caráter vinculante.

Trazendo para um campo mais prático, existem algumas discrepâncias acerca dessa limitação do efeito da consulta prévia. A empresa Belo Sun Mineração LTDA, por exemplo, teve a autorização concedida para o Projeto Volta Grande do Xingu no estado do Pará, mesmo estando confirmando que tal projeto de mineração iria afetar os povos indígenas de Arara da Volta Grande do Xingu e de Paquiçamba<sup>73</sup>. Como visto no primeiro capítulo, tal autorização foi caçada por não ter consultando os povos que seriam afetados pela implementação da mineradora. Outro caso, que também foi discutido no primeiro capítulo, diz respeito à construção do Terminal Portuário da EBRAPS no município de Santarém, no estado do Pará, que iria afetar comunidades quilombolas que habitam a região. Tal caso também teve seu

---

<sup>71</sup> BIM, Eduardo Fortunato. A participação dos povos indígenas e tribais: oitivas na Convenção 169 da OIT, Constituição Federal e Instrução Normativa n. 1 da Funai. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 51, n. 204, out./dez. 2014. P. 205

<sup>72</sup> GARZÓN, Biviany Rojas; YAMADA, Erika; OLIVEIRA, Rodrigo. **Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades Tradicionais**. São Paulo :Rede de Cooperação Amazônica – RCA;Washington, DC : Due Process of Law Foundation, 2016. P. 46

<sup>73</sup> GOMES, Marcel. As veias abertas da Volta Grande do Xingu: Análise dos impactos da mineradora Belo Sun sobre a região afetada por Belo Monte. **Ponto de Debate: Fundação Rosa Luxemburgo**, São Paulo, n. 16, out. 2017, n. 16. Disponível em: [https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2017/10/ponto\\_debate\\_16\\_web2.pdf](https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2017/10/ponto_debate_16_web2.pdf).

Acesso em: 02 abr. 2020. P. 4.



licenciamento caçado por não ter consultado as comunidades, sendo reiterado tal decisão em segunda instância.

É possível inferir, observando os casos julgados pela justiça brasileira, que o Estado concede autorização para construções de projetos que possam afetar os povos tradicionais, sem proceder com as devidas consultas. Tanto o Estado quanto as empresas, que irão implementar o projeto, não estão seguindo suas obrigações de assegurar os Direitos Humanos daqueles que serão afetados<sup>74</sup>. Ora, se o Estado tem o dever de consultar previamente aqueles que serão atingidos, e que o resultado desse instituto deverá influenciar a sua decisão, o Estado por si só já postulou de uma forma errônea. O próprio governo não tende a respeitar o instituto, tomando decisões que sequer houve a influência dos povos tradicionais. Por consequência, não teria como levar a posição dos povos afetados até a tomada de decisão, uma vez que a consulta não foi feita.

Se estamos diante de um Estado que concede autorizações sem a devida consulta prévia, nada obsta de outras projetos seguirem o mesmo caminho, impedindo os povos que serão afetados de influenciar na tomada de decisão. Um grande exemplo seria o Acordo de Salvaguardas Tecnológicas entre o Brasil e os Estados Unidos para a utilização da base espacial de Alcântara, no estado do Maranhão. Segundo nota técnica da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do

---

<sup>74</sup> BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. **Resolução nº 5, de 12 de março de 2020**. Dispõe sobre Diretrizes Nacionais para uma Política Pública sobre Direitos Humanos e Empresas. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2020. Disponível em: <http://homacdhe.com/wpcontent/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA5-2020-CNDH.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2020; BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do trabalho [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5). Acesso em: 20 mai. 2020



Ministério Público Federal, o projeto que irá expandir a base espacial prevê a remoção de mais de 700 famílias quilombolas<sup>75</sup>.

A resolução nº 11 de 26 de março de 2020 do Gabinete Institucional da Presidência da República, aponta para o Ministério da Defesa, por meio do Comando da Aeronáutica, o encargo de executar as mudanças das famílias quilombolas<sup>76</sup>. Por hora não houve nenhuma consulta prévia, reforçando assim o fato de o Estado postular medidas antes de consultar os povos que serão afetados. Nem o Estado, nem as empresas reconhecem que existe uma desigualdade entre aqueles que estão envolvidos, sendo uma das principais medidas postuladas na Resolução nº 5, de 12 de março de 2020, do Conselho Nacional dos Direitos Humanos<sup>77</sup>.

Seguindo aquilo que foi descrito pelo deputado, Bira do Pindaré (PSB-MA), ao entrar com um projeto de Decreto Legislativo contra a Resolução nº 11, retirar os povos quilombolas não apenas estaria na contramão da consulta prévia, mas também

---

<sup>75</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Nota técnica nº03/2019-6CCR**. Impactos do Acordo de Salvaguardas Tecnológicas firmado entre o Brasil e os Estados Unidos da América e da Proposta de Expansão do Centro de Lançamento de Alcântara. Brasília, 2019. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentospublicacoes/publicacoes/notatecnica/2019/nota\\_tecnica\\_03\\_2019\\_6CCR1.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentospublicacoes/publicacoes/notatecnica/2019/nota_tecnica_03_2019_6CCR1.pdf). Acesso em: 04 abr 2020.

<sup>76</sup> BRASIL. **Resolução nº 11, de 26 de março de 2020**. Publica as deliberações do Comitê de Desenvolvimento do Programa Espacial Brasileiro na Sétima Reunião Plenária. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília-DF, edição 60.p. 3, 27 mar. 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-11-de-26-de-marco-de-2020-249996300>. Acesso em: 10 abr. 2020

<sup>77</sup> BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. **Resolução nº 5, de 12 de março de 2020**. Dispõe sobre Diretrizes Nacionais para uma Política Pública sobre Direitos Humanos e Empresas. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2020. Disponível em: <http://homacdh.com/wpcontent/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA5-2020-CNDH.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2020. Art. 6º I.



ao direito à propriedade<sup>78</sup>. Interferindo assim, na sobrevivência dos povos em questão, tendo em vista a sua ligação com a sua terra<sup>79</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Civil Pública sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, decidiu em seu acórdão que:

“[...] e) o usufruto dos índios não se sobrepõe aos interesses da política de defesa nacional ; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho igualmente estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa, ouvido o Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas, assim como à Fundação Nacional do Índio (FUNAI) ; f) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito das respectivas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às respectivas comunidades indígenas, ou à FUNAI; g) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação [...]”<sup>80</sup>

Em, 2013, o STF ao rediscutir a mesma questão através de um Embargo de Declaração sobre a petição 3.388/Roraima, o então relator, o ministro Roberto Barroso, fez a seguinte declaração:

---

<sup>78</sup> Artigo 68 da ADCT estabelece que os povos quilombolas têm o direito à propriedade, devendo ser emitida a adequada titularização pelo Estado. Diferenciando da situação dos povos indígenas, que a propriedade é da união. BRASIL. **Constituição Federal do Brasil, outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 8 abr. 2020.

<sup>79</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Decreto Legislativo. PDL nº 130/2020. Susta os efeitos da Resolução nº 11, de 26 de março de 2020, do Gabinete Institucional da Presidência da República [...]. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?sessionid=871B49BC15A75634C69E7D42D42F1B7E,proposicoesWebExterno2?codteor=1871945&filename=Tramitacao-PDL+130/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?sessionid=871B49BC15A75634C69E7D42D42F1B7E,proposicoesWebExterno2?codteor=1871945&filename=Tramitacao-PDL+130/2020). Acesso em: 15 abr. 2020.

<sup>80</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Civil Pública. **Petição 3.388/RR**. Ação Popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no processo administrativo-demarcatório[...]. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 19 de março de 2009. P. 13 -14.



“Os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados. Disso não se extrai, porém, que a deliberação tomada, ao final, só possa valer se contar com a sua aquiescência. Em uma democracia, as divergências são normais e esperadas. Nenhum indivíduo ou grupo social tem o direito subjetivo de determinar sozinho a decisão do Estado. Não é esse tipo de prerrogativa que a Constituição atribuiu aos índios.”<sup>81</sup>

Tanto no embargo, quanto na Ação Civil Pública o Supremo Tribunal Federal manteve a posição acerca da participação da comunidade indígena em situações que afetem os seus direitos. É perceptível que o STF reconhece a necessidade de consultar os povos que serão afetados, além de reforçar a Convenção 169 da OIT<sup>82</sup>. Entretanto, ao mesmo tempo, estabelece que o direito dos povos não sobrepõe o interesse público da União<sup>83</sup>. Na mesma decisão, é citada a posição do ministro Gilmar Mendes que, mesmo reiterando a importância da consulta prévia, não entende que exista um “requisito de validade” por parte dos povos atingidos<sup>84</sup>. Assentindo com o que foi estabelecido acima, que existe uma limitação no instituto.

Por conseguinte, o STF não visualiza a possibilidade do direito ao veto advindo de uma comunidade indígena, sendo tal posição reiterada por autores ao

---

<sup>81</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Embargos de Declaração. **EDcl na Pet 3.388/RR**. Embargos de Declaração. Ação Popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Embargante: Augusto Affonso Botelh Neto, Lawrence Manly Harte, Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti e outros. Embargado: União. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília: 23 de outubro de 2013.

<sup>82</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Embargos de Declaração. **EDcl na Pet 3.388/RR**. Embargos de Declaração. Ação Popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Embargante: Augusto Affonso Botelh Neto, Lawrence Manly Harte, Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti e outros. Embargado: União. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília: 23 de outubro de 2013. P. 25

<sup>83</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Civil Pública. **Petição 3.388/RR**. Ação Popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no processo administrativo-demarcatório[...]. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 19 de março de 2009. P. 13 -14

<sup>84</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Embargos de Declaração. **EDcl na Pet 3.388/RR**. Embargos de Declaração. Ação Popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Embargante: Augusto Affonso Botelh Neto, Lawrence Manly Harte, Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti e outros. Embargado: União. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília: 23 de outubro de 2013



discutir sobre a limitação da consulta prévia<sup>85</sup>. A possibilidade de vetar um projeto, estaria sobrestando um interesse do Estado, que não poderia ser refutado para benefício de uma parcela menor da sociedade<sup>86</sup>. Por outro lado, o STF também determinou que em algumas questões, que fossem do interesse tanto da união ou das Forças Armadas e da Polícia Federal, o direito à consulta prévia poderia ser sobrestado. Não devendo ter qualquer tipo de consentimento para os povos afetados<sup>87</sup>. Ambas as posições do Supremo Tribunal Federal, são demasiadamente descontentes e não se sustam juridicamente.

O direito à consulta prévia foi estabelecido como um princípio geral do Direito Internacional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador<sup>88</sup>. Além disso, o próprio Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239, no voto do Ministro Celso de Mello exprime que a Convenção 169 da OIT desfruta de “uma clara posição hierárquica que lhe confere natureza constitucional, para além da própria noção de suprallegalidade”<sup>89</sup>. Percebe-se desde então que a Convenção 169

---

<sup>85</sup> DUPRAT, Deborah (org.). **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais**. Brasília: ESMPU, 2015. P. 108; BIM, Eduardo Fortunato. A participação dos povos indígenas e tribais: oitivas na Convenção 169 da OIT, Constituição Federal e Instrução Normativa n. 1 da Funai. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 51, n. 204, out./dez. 2014. P. 209.

<sup>86</sup> BIM, Eduardo Fortunato. A participação dos povos indígenas e tribais: oitivas na Convenção 169 da OIT, Constituição Federal e Instrução Normativa n. 1 da Funai. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 51, n. 204, out./dez. 2014. P. 210

<sup>87</sup> A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em seu artigo 30, proíbe que atividades militares sejam conduzidas em terras indígenas sem sua devida consulta. Demonstrando assim, que o entendimento do STF acerca do tema se encontra demasiadamente contra aquilo que o Brasil acorda internacionalmente.

<sup>88</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador**. Sentença de 27 de junho de 2012. Para. 164

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 3.239**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. decreto nº 4.887/2003. procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos[...]. Requerente: Democratas. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 8 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028916>. Acesso em: 04 abr. 2020; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Nota técnica nº03/2019-6CCR**. Impactos do Acordo de Salvaguardas Tecnológicas firmado entre o Brasil e os Estados Unidos da América e da Proposta de Expansão do Centro de Lançamento de Alcântara. Brasília, 2019. Disponível em:





da OIT, e a consulta prévia que existe dentro de seus artigos, exprimem um papel importante no direito internacional, devendo ser devidamente assegurando. Por sua vez, as matérias de direitos humanos não são dispensáveis, devendo o Estado assegurar sua implementação e sua predominância sobre acordos de “natureza econômica, de comércio, de serviços e de investimento”<sup>90</sup>.

Deve ressaltar que, a própria Carta Magna brasileira estabelece para as comunidades quilombolas a propriedade definitiva, e para as comunidades indígenas sua posse e usufruto pleno das terras<sup>91</sup>, atribuindo-lhe caráter permanente. Mesmo que a redação do texto também estabeleça que é da União todos os recursos naturais e minerais, o Estado ainda tem o dever de respeitar os interesses de tais comunidades. Em outras palavras, não se pode, abruptamente, se desvincular do direito à consulta sem que haja a anuência daqueles que serão afetados. Seus direitos não podem ser excluídos, ou mantido como algo secundário pelos tomadores de decisão.

Tal decisão mostra-se como uma espécie de aval para o Estado poder se aproveitar dos recursos do povo indígena em questão<sup>92</sup>. Decisões como essa mostram uma regressão dos próprios direitos que são assegurados pelo Estado, entrando em contradição. Ainda mais sobre a perspectiva dos povos indígenas, como

---

[http://www.mpf.mp.br/atuacaotematica/ccr6/documentospublicacoes/publicacoes/notatecnica/2019/not\\_a\\_tecnica\\_03\\_2019\\_6CCR1.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacaotematica/ccr6/documentospublicacoes/publicacoes/notatecnica/2019/not_a_tecnica_03_2019_6CCR1.pdf). Acesso em: 04 abr. 2020.

<sup>90</sup> BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. **Resolução nº 5, de 12 de março de 2020**. Dispõe sobre Diretrizes Nacionais para uma Política Pública sobre Direitos Humanos e Empresas. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2020. Disponível em:

<http://homacdhc.com/wpcontent/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA5-2020-CNDH.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2020. Art. 1º § 1º e § 2º

<sup>91</sup> Artigo 68 da ADCT e artigo 231 § 2º da Constituição Federal, respectivamente. BRASIL. **Constituição Federal do Brasil, outubro de 1988**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 07 mar. 2020.

<sup>92</sup> YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 145-157, junho 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322010000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100008&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 27 abr. 2020. P. 153.



foi o caso do STF, tendo em vista que a própria Constituição assegura que as comunidades sejam devidamente escutadas<sup>93</sup>.

Além da Convenção 169 da OIT, outros tratados internacionais como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, trazem o direito à autodeterminação dos povos, devendo o Estado assegurar que tais povos evoluam livremente<sup>94</sup>. A autodeterminação é um dos alicerces principais para se valer do direito à consulta prévia, tendo em vista que os povos afetados têm o direito de permanecer onde estão, mantendo sua forma organizacional. Cabe ao povo afetado escolher seu próprio destino, mantendo sua integridade física e cultural<sup>95</sup>. Ao possibilitar que o Estado brasileiro possa diminuir tal direito, ou a permitir a invasão em seus territórios o judiciário brasileiro estaria negando os tratados que foram veemente ratificados pelo país.

Por conseguinte, no julgado do Supremo Tribunal Federal ficou entendido que o poder de veto não existe pois o Brasil se pauta em uma sociedade democrática, logo nenhum grupo teria a possibilidade de vetar decisões do Estado. Postulando não somente uma limitação do efeito da consulta prévia, mas também a possibilidade desse direito não ser usado. É necessário inferir que a questão democrática também aparece quando se tem o direito dos povos em participar de decisões que lhes afetem<sup>96</sup>. Principalmente tendo a diferença entre os pares, isso

---

<sup>93</sup> “O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.” Em: BRASL. **Constituição Federal do Brasil, outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 07 mar. 2020

<sup>94</sup> BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 10 abr. 2020

<sup>95</sup> FAJARDO, Raquel Yrigoyen. De la Tutela a los Derechos de Libre Determinación del Desarrollo, Participación, consulta y Consentimiento: Fundamentos, balance y retos para su implementación. **Amazonica - Revista de Antropología, Belém**, v. 1, n. 2, nov. 2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18542/amazonica.v1i2.294>. Acesso em: 30 mar. 2020

<sup>96</sup> YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 145-157, junho 2010



quer dizer, o povo afetado se encontra muito mais vulnerável do que uma empresa ou o próprio Estado. Logo, um poder de veto seria a forma mais viável do Estado demonstrar que está assegurando uma democracia no país. É perceptível que projetos como a construção de uma mineradora ou de um porto, como foram citados no primeiro capítulo, são de sumo interesse para o país, acarretando diversos benefícios económicos. Porém, ao mesmo tempo, autorizar que situações como essa possam ocorrer sem uma real influência dos povos tradicionais, pode acarretar prejuízo aos direitos daqueles que serão afetados.

Mesmo após analisar fatos que mostram uma restrição ao instituto da consulta prévia, é necessário fazer uma pergunta: “essa limitação, não ensejaria um comprometimento do direito à consulta prévia?”. Para tal, é imprescindível avaliar a real intenção do instituto. O artigo 31 da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados demonstra que todo tratado ao ser interpretado deverá levar em conta a boa-fé, objetivo e finalidade, utilizando de seu preâmbulo para que se possa chegar no contexto desejado. Sendo assim, é necessário interpretar de uma forma que seja efetiva para o tratado, ou comumente falado em latim “*ut res magis valeat quam pereat*”<sup>97</sup>. Por definição, as provisões dos tratados devem ser interpretadas de forma que exprima o seu real objetivo, dando a maior efetividade possível<sup>98</sup>. O preâmbulo de um tratado é uma parte que pode ajudar na busca pelo real motivo de uma

---

.Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322010000100008&lng=en&nm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100008&lng=en&nm=iso). Acesso em: 27 abr. 2020. P. 153.

<sup>97</sup> “Another unwritten topos of interpretation that figures rather prominently in international practice is the rule of effectiveness, in view of its Latin origin also phrased as *ut res magis valeat quam pereat*” Em: DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kristen. **Vienna Convention on the Law of Treaties: A commentary**. Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012. P. 541; FITZMAURICE, Malgosia; ELIAS, Olufemi; MERKOURIS, Panos. **Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties 30 Years on (Queen Mary Studies in International Law)**. Londres: Martinus Nijhoff, 2010.

<sup>98</sup> DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kristen. **Vienna Convention on the Law of Treaties: A commentary**. Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012. P. 541



disposição, sendo tido como uma das formas de interpretação de um tratado pela Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados<sup>99</sup>.

A Convenção 169 da OIT em seu preâmbulo estabelece que o tratado seria uma evolução dos direitos dos povos indígenas e tribais, prevenindo-os contra qualquer discriminação. Dispõe sobre a autonomia dos povos, no que tange ao seu desenvolvimento, prevalecendo seu modo de vida e sua identidade cultural dentro do ambiente onde habitam. Por conseguinte, o preâmbulo reconhece que existe uma discrepância ao assegurar os direitos humanos dos povos, mostrando que a Convenção reitera a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os Pacto Internacional tanto dos Direitos Cívicos e Políticos, quanto os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. É possível inferir que a Convenção tem como principal objetivo assegurar devidamente os direitos dos povos indígenas e tribais, dando-lhes a liberdade de escolha. Assumindo a postura de que tais povos contribuem para a “diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e compreensão internacionais”<sup>100</sup>. Além disso, o próprio texto da convenção, em seu artigo 4, autoriza a postulações de mecanismos tidos como especiais, para assegurar devidamente os direitos dos povos indígenas e tribais<sup>101</sup>.

Não só em seu preâmbulo, mas por diversos de seus artigos, a Convenção 169 da OIT exprime a necessidade de assegurar que os povos tenham o seu espaço

---

<sup>99</sup> “[...] Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos[...]” Em: BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com ressalva aos artigos 25 e 66. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 16 abr.2020

<sup>100</sup> BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do trabalho [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5). Acesso em: 20 mai. 2020.

<sup>101</sup> BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do trabalho [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5). Acesso em: 20 mai. 2020.



devidamente respeitado, além de poder decidir sobre seus devidos destinos. Devendo qualquer provisão que afete o seu *status quo*, ser devidamente consultado a fim de chegar em um acordo. Pelo seu preâmbulo não é possível inferir qualquer limitação ao direito dos povos serem consultados, muito menos existe uma proibição a um possível poder de veto. É prudente afirmar que a vedação ao poder de veto existente no livro da Organização Internacional do Trabalho publicado no ano de 2003, seja apenas uma posição da organização acerca do tema, não tendo um valor vinculante ou de norma com a Convenção 169 da OIT<sup>102</sup>.

Deborah Duprat, Procuradora da República, em seu artigo sobre “A Convenção 169 da OIT e o Direito à Consulta Prévia, Livre e Informada”, conclui que:

“A consulta é prévia exatamente porque é de boa-fé e tendente a chegar a um acordo. Isso significa que, antes de iniciado o processo decisório, as partes se colocam em um diálogo que permita, por meio de revisão de suas posições iniciais, se chegar à melhor decisão. Desse modo, a consulta traz em si, ontologicamente, a possibilidade de revisão do projeto inicial ou mesmo de sua não realização.”<sup>103</sup>

Por conseqüente, não existe provisões jurídicas que eximem o poder de veto das comunidades que afetadas por projetos que atinjam suas terras. Ao não possibilitar um poder de veto, ou eximir o Estado de fazer a consulta prévia em alguns casos, os direitos dos povos estariam sendo reduzidos a apenas uma formalidade.

Outros mecanismos também colaboram com o fato consentimento prévio ensejar um poder de veto. Sendo possível visualizar na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas em 2007. Em seu preâmbulo, reconheceu não somente a Carta das Nações Unidas, mas também o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e

---

<sup>102</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: um manual**. Genebra: OIT, 2003, p. 16

<sup>103</sup> DUPRAT, Débora. **A Convenção 169 da OIT e o Direito à Consulta Prévia, Livre e Informada**. Revista Culturas Jurídicas. Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. 51-72, 2014



Culturais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Declaração e o Programa de Ação de Viena como grandes percursores do direito à autodeterminação. Garantindo aos povos autonomia para escolher sobre o seu modo de vida.

A declaração determina a necessidade de consultar os povos indígenas a fim de obter seu consentimento prévio em caso de medidas administrativas e legislativas que os afetem<sup>104</sup>. Ademais, a declaração dispõe de situações mais específicas, onde menciona que o Estado deverá obter o consentimento dos povos indígenas em caso de remoção de suas terras; em caso de armazenamento e eliminação materiais perigosos ou em casos no qual se tenha um projeto que almeja afetar o território da tribo indígena em relação ao desenvolvimento, utilização e exploração de recursos minerais e hídricos. A declaração também postula sobre o dever de restituir ou indenizar as tribos indígenas quando lhe forem privados de bens culturais, religiosos e espirituais sua sem o seu devido consentimento. Além do direito à reparação pelas terras, territórios e recursos que foram confiscados sem o consentimento do povo indígena.

É perceptível uma mudança na abordagem, pois a limitação que tínhamos no instituto do consentimento ao interpretar somente a Convenção 169 da OIT não se encontra mais visível. Estamos diante de um texto muito mais garantista, que expande o limite do consentimento prévio, para que a sua anuência seja necessária para aprovar os projetos em questão. Logo, se analisarmos o consentimento prévio tendo como base a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, veremos que o Estado está diante de uma exigência para que possa tomar uma decisão acerca do projeto. Ademais, o texto coloca o consentimento em outro patamar ao exigir do Estado devidas reparações aos direitos dos povos indígenas caso

---

<sup>104</sup> NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao\\_das\\_Nacoes\\_Unidas\\_sobre\\_os\\_Direitos\\_dos\\_Povos\\_Indigenas.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf). Acesso em: 11 março 2020.



não tenha feito o processo de consulta a fim de obter um consentimento. A questão acerca de uma possível vinculação da declaração será respondida no próximo tópico.

Outra questão que expandiu o instituto do consentimento prévio foram as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Já mencionamos aqui que tais decisões foram imprescindíveis para determinarmos que o objetivo da consulta prévia é para chegar em um consentimento com os povos que seriam afetados pelo projeto em questão. A interpretação da Corte foi estabelecida no caso *Saramaka vs. Suriname*, com a seguinte redação:

“Ademais, a Corte considera que, quando se trate de projetos de desenvolvimento ou de investimento de grande escala que teriam um impacto maior dentro do território Saramaka, o Estado tem a obrigação não apenas de consultar os Saramaka, mas também deve obter seu consentimento livre, prévio e informado, segundo seus costumes e tradições.”<sup>105</sup>

Sendo assim, a Corte entende a necessidade de auferir um consentimento daqueles que serão atingidos por projetos de desenvolvimento ou de grande escala. Postulando que isso iria garantir a efetiva participação dos povos tradicionais no que tange algo que irá afetar profundamente o direito de propriedade<sup>106</sup>. No caso *Apirana Mahuika e outros Vs. Nova Zelândia*, a Comissão de Direitos Humanos, utilizando do artigo 27 do Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos que rege sobre o direito à cultura, foi decidido que apenas à própria comunidade indígena em questão poderia restringir os seus direitos. Em outras palavras, em situações onde existam medidas que possam afetar a sua cultura, aqueles povos que serão atingidos devem

---

<sup>105</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso do Povo Saramaka vs. Suriname**. Sentença dia 28 de novembro de 2007. P. 42

<sup>106</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso do Povo Saramaka vs. Suriname**. Sentença dia 28 de novembro de 2007. P. 44.



ter o direito de decidir se aceitam ou não. Participando definitivamente na tomada de decisões<sup>107</sup>.

Colaborando com a tese de que existe um poder de veto para as comunidades tradicionais, foram realizadas entrevistas para evidenciar o problema que o artigo tende a solucionar. Dessarte, foram entrevistados os seguintes profissionais do direito: Felício Pontes Júnior (Procurador Regional da República em Brasília e membro da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão - Indígena e Quilombola do Ministério Público Federal); e Eliane Cristina Pinto Moreira, (Promotora de Justiça na Área Agrária no estado do Pará, e escritora do livro “Justiça socioambiental e direitos humanos: uma análise a partir dos direitos territoriais de povos e comunidades tradicionais”). Ao serem indagados pela possibilidade de um poder de veto<sup>108</sup>, ambos os entrevistados assentiram<sup>109</sup>. A diferença entre adquirir uma consulta, e adquirir um consentimento prévio seria exatamente o seu poder vinculante, o poder de veto<sup>110</sup>. Eliane foi mais a fundo, afirmando que “Se ele é um direito que viabiliza outros direitos (direito de autodeterminação, direito do

---

<sup>107</sup> COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Apirana Mahuika e outros v. Nova Zelândia** (CCPR/C/70/D/547/1993). Genebra, CCPR, outubro de 2000. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/897>. Acesso em: 09 abr. 2020.

<sup>108</sup> Pergunta: “O consentimento prévio daria o poder para as comunidades tradicionais vetarem algum projeto? Isso quer dizer, elas teriam o direito de veto?” Em: JÚNIOR, Felício Pontes. **Entrevista I**. [mai. 2020]. Entrevistador: Gabriel de Oliveira Borba, 2020. 1 arquivo .mp3 (38 min.); MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **Entrevista II**. [mai. 2020]. Entrevistador: Gabriel de Oliveira Borba, 2020. 1 arquivo .mp3 (09:46 min.).

<sup>109</sup> Resposta do primeiro entrevistado: “Ao dizer que o direito daquelas pessoas é o direito ao consentimento, implicitamente está dizendo que tem direito ao veto. O projeto não pode ser realizado, se a consulta disser que eles não aceitam aquele projeto.” Resposta da segunda entrevistada: “[...]A terceira corrente, pela qual eu me filio, diz que a consulta prévia e o consentimento prévio, são direitos instrumento que viabilizam outros direitos [...]Se ele é um direito que viabiliza outro direito, então sim, ele gera poder de veto. JÚNIOR, Felício Pontes. **Entrevista I**. [mai. 2020]. Entrevistador: Gabriel de Oliveira Borba, 2020. 1 arquivo .mp3 (38 min.); MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **Entrevista II**. [mai. 2020]. Entrevistador: Gabriel de Oliveira Borba, 2020. 1 arquivo .mp3 (09:46 min.).

<sup>110</sup> JÚNIOR, Felício Pontes. **Entrevista I**. [mai. 2020]. Entrevistador: Gabriel de Oliveira Borba, 2020. 1 arquivo .mp3 (38 min.); MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **Entrevista II**. [mai. 2020]. Entrevistador: Gabriel de Oliveira Borba, 2020. 1 arquivo .mp3 (09:46 min.).





território, direito de ter o seu próprio projeto de vida), então sim, ele gera poder de veto”<sup>111</sup>.

Por fim, entende-se que, por parte do Estado brasileiro existe uma limitação ao poder do consentimento prévio, tendo em vista que os povos tradicionais não teriam o poder de barrar efetivamente um projeto que venha a ocorrer em seu território. Com a seguinte premissa que nenhum povo tradicional teria o direito de barrar decisões estatais. Tal visão iria em contramão aos direitos dos povos indígenas e quilombolas, tendo em vista que, lhe confere o direito de veto ao não consentir com o projeto proposto. Quando não houver o consentimento, o Estado deverá barrar o projeto, ou fazer sua devida reformulação para que comporte os direitos dos povos afetados. Como foi afirmado pelos dois entrevistados acima.

No próximo subtópico iremos adentrar na possibilidade das comunidades tradicionais utilizarem do consentimento prévio em seu benefício, tendo em vista todos os mecanismos existentes.

## **2.1 A possibilidade do judiciário se valer do consentimento prévio em decisões que afetam os povos tradicionais**

Começamos discutindo o papel da consulta prévia, e a inerência de um consentimento prévio. Agora, partimos para um pressuposto mais prático, vamos analisar como o judiciário brasileiro pode-se valer do instituto em decisões que afetam os povos tradicionais. Como o consentimento não se mostra visível no judiciário brasileiro, a forma mais cômoda de lidar com uma brecha seria através do processo legislativo. Isso quer dizer, fomentar o objetivo da consulta prévia a partir de uma legislação. Através dos anos, projetos como o PL 10678/2018 foram apresentados no Congresso Nacional, tendo como principal tema legislar sobre a

---

<sup>111</sup> Eliane Cristina Pinto. **Entrevista II**. [mai. 2020]. Entrevistador: Gabriel de Oliveira Borba, 2020. 1 arquivo.mp3 (09:46 min.).



finalidade da consulta prévia. Nesse projeto em questão, a autora Erika Kokay, redigi em seu terceiro artigo a seguinte disposição:

“O consentimento das comunidades indígenas e quilombolas afetadas é requisito obrigatório para concessão de licença ambiental prévia para atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental em seus territórios.”<sup>112</sup>

O projeto em questão, iria beneficiar as comunidades quilombolas e indígenas, ao obter o seu consentimento para que haja licença ambiental em projetos que possam causar uma deterioração do meio ambiente do território das comunidades. O projeto de lei visa dar uma autonomia para as comunidades, podendo visualizar um poder de veto. Isso quer dizer, não haverá expedição de licença caso os povos decidirem em desfavor ao que estava proposto. Aumentando o escopo da consulta prévia ao permitir a nulidade de qualquer licença feita sem o consentimento dos povos afetados. Até o momento, o projeto continua na Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados.

Levando em consideração a complexidade que existe em qualquer processo legislativo, o direito não deveria se privar apenas dessa modalidade, podendo utilizar-se de outras fontes para fundamentar o direito ao consentimento prévio. Propiciando que as comunidades afetadas consigam chegar em um acordo com o Estado, possibilitando o seu veto ou um certo tipo de influência sobre o projeto final.

O primeiro mecanismo jurídico seria aquele já utilizado pelo direito brasileiro, a Convenção 169 da OIT. Partindo de um pressuposto alicerçado principalmente pelo parágrafo segundo do sexto artigo. Como foi esmiuçado nos tópicos acima, a convenção deixa expresso em seu texto que tal consulta deverá ter

---

<sup>112</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 10678/2018**. Dispõe sobre a consulta prévia, livre e informada às comunidades indígenas e quilombolas necessária para emissão de licença ambiental [...]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2182520>. Acesso em: 09 abr. 2020.



como pretensão chegar em um acordo ou consentimento por parte dos povos afetados. Além disso, ao analisarmos conjuntamente o texto do artigo com o seu preâmbulo, nada obsta de as comunidades valerem de um poder de vetar os projetos, caso não estejam de acordo com a medida proposta pelo Estado. Devendo evocar que o artigo 4º da própria convenção propõe a necessidade de algumas medidas tidas como especiais para que se possa preservar as instituições dos povos tradicionais<sup>113</sup>. Tornando mais sólida a primordialidade em persuadir um consentimento, não uma consulta prévia, principalmente no que tange à projetos de alta escala que afetariam as comunidades.

Por ora, deve-se aprofundar na concepção de averiguar mecanismos que possam colaborar para a fundamentação do instituto do consentimento prévio no judiciário brasileiro. Destarte, será proposto, à princípio, dois dispositivos, o Sistema interamericano de Direitos Humanos e em seguida a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Com a finalidade em complementar, serão citados dispositivos internacionais que, mesmo não tratando sobre o instituto de forma direta, corroboram para a tese: o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Começando pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no qual o Brasil aderiu, tardiamente, em 1992, ao assinar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>114</sup>. A Convenção deixou expressamente redigido que os Estados-partes têm a obrigação de respeitar os direitos ali estabelecidos, tomando toda e

---

<sup>113</sup> BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do trabalho [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5). Acesso em: 20 mai. 2020

<sup>114</sup> A tardia adesão do Brasil na Convenção se resume ao fato do país ainda estar em um regime ditatorial quando o tratado entrou em vigor, em 1978. Sendo discutido como um paradoxo pelo autor André de Carvalho Ramos, tendo em vista que a proteção de direitos humanos mais importantes do continente americano ter existido no período mais antidemocrático do Estado brasileiro. RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 213



qualquer decisão cabível para uma efetiva implementação na seara interna<sup>115</sup>. O Sistema, por sua vez, é composto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. No que tange à Corte, seu trabalho acerca da consulta prévia é extenso, se tornando altamente vantajoso e enriquecedor para os povos tradicionais. Baseando-se, principalmente no direito à propriedade estabelecida no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e o seu entendimento sobre propriedade comunal<sup>116</sup>.

A emblemática decisão sobre o Povo Saramaka Vs. Suriname, citada diversas vezes nesse trabalho, se tornaria imprescindível caso o judiciário brasileiro venha decidir sobre consentimento prévio. O veredito da corte postula sobre a garantia da participação efetiva dos povos afetados. Decidindo que: “[...] Estados devem obter o consentimento dos povos tribais e indígenas para realizar projetos de desenvolvimento ou de investimento de grande escala que tenham um impacto significativo no direito ao uso e gozo de seus territórios ancestrais”<sup>117</sup>.

Por sua vez, as ações de invasão de empresas mineradoras e de madeireiras que o povo de Saramaka estava enfrentando em seu território, não se difere do que os povos indígenas e quilombolas estão faceando no Brasil, apresentando similaridades. Projetos de larga escala como a hidrelétrica de Belo Monte e o Projeto Volta Grande do Xingu são alguns exemplos de que, diariamente, essas comunidades precisam enfrentar as ações de agentes externos que almejam adentrar em suas terras. Deste modo, utilizar-se desse precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao decidir sobre os direitos dos povos tradicionais seria de suma importância para concretizar um direito de veto daqueles que serão afetados.

---

<sup>115</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 10 abr. 2020

<sup>116</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Povo Saramaka vs. Suriname**. Sentença dia 28 de novembro de 2007. P. 23

<sup>117</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Povo Saramaka vs. Suriname**. Sentença dia 28 de novembro de 2007. P. 43



Nada obsta de valer-se da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para fundamentar decisões na justiça brasileira. Ao fazer parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, reverberar suas decisões no direito interno só mostraria uma anuência por parte dos agentes do Estado sobre as posições firmadas internacionalmente pelo país. Seguindo a premissa de transparecer as decisões da corte interamericana para o judiciário brasileiro, é basilar mostrar uma jurisprudência nacional onde o magistrado utilizou da própria decisão *Saramaka Vs Suriname* como parâmetro para decidir sobre consulta prévia.

O caso foi julgado na Primeira Vara da Subseção judiciária de São Raimundo Nonato, município do Piauí. A decisão situa-se sobre a construção da Ferrovia Transnordestina da empresa Transnordestina Logística S/A – TLSA. O projeto almeja construir ferrovias que irão passar por diversos estados brasileiros, como o Piauí, Pernambuco e Ceará. Sendo um total de 1.728 km construídos e um investimento de quase 12 bilhões de reais, beneficiando principalmente o escoamento de produções agrícolas e minerais<sup>118</sup>. Contudo, o projeto trouxe consigo diversos problemas socioambientais para a região. Rodrigo Portela Gomes, ao escrever o seu livro “Constitucionalismo e Quilombos: famílias negras no enfrentamento ao racismo de Estado”, constatou que 46 comunidades quilombolas seriam afetadas pela obra<sup>119</sup>, inobservado seus direitos primordiais como povos tradicionais.

O caso que chegou até o judiciário foi o do povo quilombola de Contente, que se queixaram sobre as perturbações que a obra estava causando na região. Tais como, a danificação das propriedades, impedimento de circulação e passagem, invasão de funcionários da obra no território quilombola. A obra em questão estaria pondo em

---

<sup>118</sup> BIACHI, Ana Paula Theodoro; MACEDO, Fernando Cezar. FERROVIA NOVA TRANSNORDESTINA E ORGANIZAÇÃO ESPACIAL. *Mercator (Fortaleza)*, Fortaleza, v.17,2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4215/rm2018.e17010>. Acesso em: 6 maio 2020. P. 2

<sup>119</sup> GOMES, Rodrigo Portela. **Constitucionalismo e Quilombos: famílias negras no enfrentamento ao racismo de Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. P. 84



risco tanto a territorialidade quando o modo de subsistência do povo quilombola de Contente. O magistrado ao analisar a Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal, determinou pela suspensão da licença de instalação no trecho de Eliseu Martins no Piauí, até Trindade em Pernambuco. Além disso, estabeleceu que o povo afetado pela obra deveria ser devidamente consultado, utilizando-se do precedente do caso *Saramaka vs. Suriname* para fundamentar a sua decisão<sup>120</sup>.

Destaca-se que, nada obstaría o magistrado ou o Ministério Público Federal terem se amparado na concepção de um possível poder de veto, tendo em vista que ficou constatado o quão invasivo o projeto Transnordestina está sendo para a comunidade quilombola de Contente<sup>121</sup>. Obviamente, como sedimentando ao longo do trabalho, o consentimento das comunidades ainda não está devidamente definindo pelo ordenamento jurídico brasileiro. Impossibilitando tal fundamentação na decisão da Vara única da Subseção Judiciária de São Raimundo Nonato.

Saindo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e indo para as Nações Unidas, o texto da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas é a segunda forma pela qual o judiciário brasileiro poderá se valer do consentimento prévio. O texto da declaração coloca a autonomia dos povos indígenas em um outro patamar. Deixando bem claro a necessidade de tribos indígenas consentirem com aquilo que está sendo proposto pelo Estado. Ao todo, dos 46

---

<sup>120</sup> BRASIL. Vara única da Subseção Judiciária de São Raimundo Nonato. Ação Civil Pública. **0001635-08.2016.4.01.4004**. processual civil e ambiental. direito das minorias. comunidades quilombolas de contente e barro vermelho. convenção oit nº 169 [...]. Autor: MPF. Réu: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e Transnordestina Logística S/A. – TLSA. Juiz Federal: Pablo Baldivieso. São Raimundo Nonato, 23 de maio de 2018

<sup>121</sup> Dentre as mais diversas constatações, consta no processo que a Fundação Cultural Palmares identificou “destruição de favelas; b) deslocamento forçado dos animais; c) restrição à movimentação dos animais; d) fechamento de passagens; e) apicultura prejudicada; f) interferência nas manifestações culturais; g) rachaduras nas casas; [...]” Em: BRASIL. Vara única da Subseção Judiciária de São Raimundo Nonato. Ação Civil Pública. **0001635-08.2016.4.01.4004**. processual civil e ambiental. direito das minorias. comunidades quilombolas de contente e barro vermelho. convenção oit nº 169 [...]. Autor: MPF. Réu: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e Transnordestina Logística S/A. – TLSA. Juiz Federal: Pablo Baldivieso. São Raimundo Nonato, 23 de maio de 2018.



artigos existentes, ao menos 6 passagens postulam, de forma direta, sobre a obtenção do consentimento<sup>122</sup>. Demonstrando a importância do tema para a manutenção dos direitos dos povos tradicionais, que nesse caso, restringe apenas aos povos indígenas.

O Brasil tomou a posição de estar de acordo com aquilo que foi declarado ao auferir o seu voto pela sua aprovação na Sessão Plenária da Assembleia Geral da ONU. Em outros termos, o Estado consentiu com a promoção dos direitos humanos dos povos indígenas, principalmente o de obter seu consentimento prévio. Tal declaração não criou garantias, mas apenas reconheceu “direitos fundamentais universais” pré-existent<sup>123</sup>. Sendo assim, reafirma discursões internacionais propostas por outros tratados e organismos internacionais. Criou-se então, diretrizes para que os Estados possam assegurar os direitos dos povos indígenas, refletindo a posição daqueles que a adotaram, como foi o caso do Brasil.

Uma declaração, não tem a mesma força normativa que um tratado, por exemplo. Sendo definido por Marcelo Varella como “um tratado que cria princípios gerais, mas não gera compromissos para os sujeitos de direito internacional”<sup>124</sup>. Tal afirmação não retira o seu valor, tendo em vista a possibilidade de se utilizar em qualquer “situação de opressão ou de violação de direitos indígenas”<sup>125</sup>. Logo, existe

---

<sup>122</sup> Artigo 10; artigo 11, parágrafo 2; artigo 19; artigo 28, primeiro parágrafo; artigo 29, segundo parágrafo e artigo 32, segundo parágrafo. Em: NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao\\_das\\_Nacoes\\_Unidas\\_sobre\\_os\\_Direitos\\_dos\\_Povos\\_Indigenas.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf). Acesso em: 11 março 2020.

<sup>123</sup> CENTRO DE INFORMAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (UNIC); ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas: perguntas e respostas**. 2.ed. Rio de Janeiro: UNIC; Brasília: UNESCO, 2009. Disponível em: [http://unicrio.org.br/docs/declaracao\\_direitos\\_povos\\_indigenas.pdf](http://unicrio.org.br/docs/declaracao_direitos_povos_indigenas.pdf). Acesso em: 20 abr. 2020. P. 50.

<sup>124</sup> VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2017

<sup>125</sup> CENTRO DE INFORMAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (UNIC); ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas: perguntas e respostas**. 2.ed. Rio de Janeiro: UNIC; Brasília: UNESCO, 2009. Disponível em: [http://unicrio.org.br/docs/declaracao\\_direitos\\_povos\\_indigenas.pdf](http://unicrio.org.br/docs/declaracao_direitos_povos_indigenas.pdf). Acesso em: 20 abr. 2020. P.74



a possibilidade de seus artigos serem utilizados para guiar decisões judiciais onde ensejam questões de consulta prévia e seus efeitos.

Após discutir os principais mecanismos pelo qual o judiciário brasileiro deve se respaldar ao ditar-se sobre consentimento prévio, é basilar fazer menção a outros tratados que, mesmo não conferindo de forma direta o consentimento prévio, dispõem sobre direitos que cercam o instituto. Por consequente, o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais mostram ser de suma importância para os povos tradicionais. Ambos os tratados tratam do mesmo tema no primeiro artigo, o direito à autodeterminação. Estabelecendo que os povos devem livremente estabelecer o seu regime político além de seu “desenvolvimento econômico, social e cultural”<sup>126</sup>. Os tratados deixam claro que não se deve privar os povos de sua terra ou de seu modo de subsistência, complementando exatamente aquilo que o consentimento prévio busca proteger.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, postula em seu artigo 27 sobre as minorias étnicas não serem privadas de terem o seu direito cultural, linguístico e religioso<sup>127</sup>, servindo também para comunidades indígenas como foi determinado pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas<sup>128</sup>. Todos esses artigos advindos de tratados de direitos humanos que foram veemente ratificados pelo Estado brasileiro, demonstram que existem diversos fundamentos para postular sobre a necessidade do consentimento prévio dos povos tradicionais. Vale

---

<sup>126</sup> BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2020; BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2020

<sup>127</sup> BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2020

<sup>128</sup> COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentário geral nº 23: Os direitos das minorias (ONU. Doc. CCPR/C/21Rev.1/Add.5)**, 4 ago. 1994. Para. 3.2





ressaltar, que não está sendo sugerido que o direito brasileiro se subalterne ao direito internacional ou aos direitos humanos, muito pelo contrário, a construção dessa tese tem como fundamento apenas utilizar daquilo que se encontra sedimentado no direito internacional para impulsionar as decisões no ramo interno. Principalmente utilizando daqueles dispositivos que foram veemente ratificados pelo Estado.

Por sua vez, a própria constituição brasileira mostra-se aberta para utilizar-se de preceitos internacionais no que tange à direitos humanos. Por exemplo ao expressar em seu artigo 5º §2º que os direitos e garantias expressas na Constituição não irão excluir aquilo que se encontra determinado em tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Outra questão ainda constitucional diz respeito ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que postula em seu artigo 7º que o Estado irá propugnar “pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos”<sup>129</sup>.

A fim de contribuir ainda mais com a questão proposta, é necessário voltar para as entrevistas destacadas no tópico anterior. Evidenciando assim, algumas afirmações feitas pelos entrevistados que asseguraram a existência do poder de veto. Ao serem perguntados sobre a possibilidade de utilizar outros mecanismos para que o judiciário brasileiro pudesse auferir o consentimento prévio<sup>130</sup>, ambos consentiram<sup>131</sup>. Mencionando que:

“O direito é um sistema, precisando dialogar com várias fontes. [...] Temos um feixe de direitos. Não é apenas é uma

---

<sup>129</sup> BRASL. **Constituição Federal do Brasil, outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 07 mar. 2020.

<sup>130</sup> Pergunta: “Para auferir o consentimento prévio, o judiciário poderá se valer de outros mecanismos como por exemplo Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos?”. Em: JÚNIOR, Felício Pontes. **Entrevista I**. [mai. 2020]. Entrevistador: Gabriel de Oliveira Borba, 2020. 1 arquivo .mp3 (38 min.); MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **Entrevista II**. [mai. 2020]. Entrevistador: Gabriel de Oliveira Borba, 2020. 1 arquivo .mp3 (09:46 min.).

<sup>131</sup> JÚNIOR, Felício Pontes. **Entrevista I**. [mai. 2020]. Entrevistador: Gabriel de Oliveira Borba, 2020. 1 arquivo .mp3 (38 min.); MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **Entrevista II**. [mai. 2020]. Entrevistador: Gabriel de Oliveira Borba, 2020. 1 arquivo .mp3 (09:46 min.).



possibilidade, mas sim uma obrigação, que todos os operadores do direito no âmbito do Estado observem a Convenção Americana, decisões da corte (Corte Interamericana de Direitos Humanos), e todas as convenções de envolva esse direito. Pois tudo isso faz parte do direito de convencionalidade”<sup>132</sup>.

O autor André de Carvalho Ramos, em seu livro *Processo Internacional de Direitos Humanos*, ao analisar os artigos da Constituição Brasileira entende que existe uma compatibilidade completa entre as normas internas e as “instâncias internacionais de proteção de direitos humanos”<sup>133</sup>. Tal posição está extremamente correta, pois a Constituição Brasileira é uma carta magna exemplar no que tange a importância do direito internacional. Expressando um tratamento especial ao tema e a seus tribunais. Isso mostra que o Estado é bastante aberto ao direito internacional, não sendo hostil as posições internacionais. Nada mais autêntico, do que ter a própria carta magna de um país assentindo com seus tratados internacionais e com a criação de um tribunal de direitos humanos.

Aquilo que foi entendido e decidido sobre consentimento prévio pelo direito internacional não estaria refletindo um direito desconhecido, mas sim utilizando preceitos já conhecidos pelo direito brasileiro. Nada exime o judiciário brasileiro em fundamentar utilizando-se de mecanismos internacionais, haja vista a lacuna existente no que tange à aferição do consentimento prévio. Já postulamos que existe uma visão de que a consulta prévia seja apenas uma pergunta, e claramente tão perspectiva não beneficia as comunidades que serão afetadas pelo projeto em questão.

A forma mais adequada para que os povos tradicionais possam se beneficiar de seus direitos pré-existentes, é utilizando das determinações internacionais sobre consentimento prévio. Dando assim, a possibilidade de vetar aquilo que está sendo proposto. Considerando que tal discursão ainda não foi aprofundada pelo judiciário

---

<sup>132</sup> MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **Entrevista II**. [mai. 2020]. Entrevistador: Gabriel de Oliveira Borba, 2020. 1 arquivo .mp3 (09:46 min.).

<sup>133</sup> Ramos, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 3ª ed São Paulo: Saraiva, 2013. p. 398.



brasileiro, ou por seu legislativo, apenas abordando a consulta prévia de modo geral. O Estado então, ao se deparar com um caso onde haja uma questão sobre as circunstâncias da consulta prévia e seus efeitos, deverá utilizar-se também de preceitos internacionais para dirimir os problemas existentes na medida de sua possibilidade.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Para concluir, é basilar voltar para o que foi proposto na introdução. Esse trabalho teve como ponto de partida uma visão que almeja dar atenção à uma situação que aparenta ser corriqueira na administração brasileira. O não respeito ao direito à consulta prévia direitos dos povos quilombolas e indígenas. Nunca foi o desígnio do trabalho tentar inviabilizar projetos que, potencialmente, poderia acarretar um ganho monetário para o Estado brasileiro. Muito pelo contrário, a intenção sempre recaiu na pretensão de mostrar que, empresas e o Estado, devem cumprir com os direitos dos povos tradicionais. Principalmente em situações onde o empreendimento seria em torpeza aos povos que ali habitam.

Demonstrar que existe uma desproporcionalidade entre os agentes é basilar para entender a virtude em perseguir pela consulta. De um lado, temos grandes corporações e um Estado que irá ganhar com seus feitos, e do outro, povos tradicionais que, mesmo em 2020, ainda lutam pelo reconhecimento de seus direitos. Sendo assim, ao recorrer para o judiciário brasileiro, foi possível perceber que existe uma unanimidade em decidir sobre a necessidade da consulta prévia. Condicionando a anuência da oitiva, para suspender, ou retomar, dependendo do caso, as licenças concedidas pelo Estado. Sempre utilizando da Convenção 169 da OIT.

Por mais que a oitiva aparenta ser solidificada, o trabalho propôs uma renovação. Partindo de um ponto já sedimentando no ordenamento jurídico



brasileiro, dando-lhe uma expansão em seus efeitos. A consulta prévia se demonstrou deficitária, a partir do momento que, por si só, não conseguiria proteger suficientemente os interesses dos povos que seriam afetados. A mudança de paradigmas procurou sair da esfera da consulta prévia, e adentrar no consentimento prévio. Instrumento ainda é excêntrico para a justiça brasileira. Para tal, o trabalho se propôs a responder a seguinte indagação: “Da consulta prévia, enseja o consentimento dos povos tradicionais?”.

Como mencionado, o instituto do consentimento não se encontra solidificado no direito brasileiro. Mas isso não foi empecilho para achar fundamentações jurídicas o que sustentem. O trabalho não inovou ao persuadir a sua pretensão, apenas utilizou de mecanismos jurídicos existentes e vigentes. Seja no âmbito nacional ou no âmbito internacional. Demonstrando que, a postura do país, ao formular normas, ou ao consentir com tratados internacionais, é diferente de suas ações como garantidor de direitos.

Desta forma, estabeleceu que o consentimento seria o motivo pelo qual se faz uma consulta prévia. Tendo em vista que daria a possibilidade dos povos indígenas e quilombolas de autorizar, ou não, a construção do projeto pretendido. Sendo a forma pela qual se materializa a posição das comunidades, tendo suas posições devidamente consideradas na tomada de decisão sobre a procedência ou não do projeto.

Ao persuadir por um consentimento prévio, o seu resultado deve, não somente dar o poder de negar, mas também, o efeito de vetar o projeto proposto. Como discutido através do segundo capítulo, a impossibilidade de uma comunidade tradicional ter poder de veto apareceu na decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o caso Raposa Serra do Sol. Por mais polêmico que seja, a posição dos ministros não se sustenta ao analisar que o direito brasileiro iria em contramão do consentimento prévio. Tendo em vista que, o próprio Estado faz parte do Sistema Interamericano de



Direitos Humanos, e consentiu com tratados de direito internacional que versam sobre a temática.

Ao estabelecer que uma comunidade tradicional tem poder de veto, o projeto em questão não deverá ser construído, ou ter sua licença consentida pelo Estado. Mostrando assim, uma autonomia dos povos tradicionais em preservar o seu modo de vida, principalmente o direito à autodeterminação. O projeto por sua vez, teria que ser revisto, para que pudesse enquadrar nas decisões dadas pelos povos tradicionais. Ou, caso não seja possível a sua viabilização, a não realização do empreendimento. Recaindo então, a inevitabilidade da medida ser aplicada nos estágios iniciais, para que se tenha a ocasião de consultar devidamente os povos a fim de obter o seu devido consentimento.

O projeto de Belo Monte, e o projeto Volta Grande do Xingu, ambos utilizados no artigo, são uma evidência do dever em auferir um poder de veto aos povos tradicionais. Visto que, os povos indígenas que habitam a região se mostram em constante turbção de seus territórios. Tendo que enfrentar dois projetos de grande escala coabitando no mesmo local. Assegurar que os povos tradicionais sejam protagonistas de seus destinos é vital para barrar qualquer empreendimento antes que seja tardio. Se um consentimento fosse auferido antes da licença dos projetos citados no texto, a narrativa seria completamente diferente.

Os dois capítulos do artigo, conseguem defender a sua proposta inicial, respondendo uma pergunta bastante pertinente sobre a necessidade de obter o consentimento prévio dos povos que seriam afetados por projetos em seus devidos territórios. Sendo uma forma democrática de proporcionalizar as partes, fazendo com que os povos tradicionais possam gozar de seus direitos.

Investigar o consentimento prévio, e os seus devidos efeitos, é ter a oportunidade de defender os povos tradicionais em virtude dos mais diversos projetos que aparecem corriqueiramente. O caso da expansão da base de Alcântara,



por exemplo, ainda não chegou ao judiciário brasileiro. Mas, definir pela obtenção do consentimento prévio das 700 famílias quilombolas que vivem na região, é imprescindível para haver uma emancipação do povo tradicional. Podendo decidir sobre o seu destino.

Para concluir, todo esse estudo foi produzido com o intuito de prover mais segurança jurídica para os povos tradicionais, quando enfrentem grandes projetos que visem afetar seus territórios. Almeja-se que o poder de veto possa surgir como um fomento aos direitos já vigentes no ordenamento brasileiro. Mas, que ainda estão em desuso. Para que assim, os povos indígenas e quilombolas tenham autonomia de gozar, efetivamente, de seus territórios e modo de vida.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIACHI, Ana Paula Theodoro; MACEDO, Fernando Cezar. FERROVIA NOVA TRANSNORDESTINA E ORGANIZAÇÃO ESPACIAL. **Mercator (Fortaleza)**, Fortaleza, v.17,2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4215/rm2018.e17010>. Acesso em: 6 maio 2020.

BIM, Eduardo Fortunato. A participação dos povos indígenas e tribais: oitivas na Convenção 169 da OIT, Constituição Federal e Instrução Normativa n. 1 da Funai. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 51, n. 204, out./dez. 2014.

BRASIL. Belo Sun Mineração LTDA. Projeto Volta Grande do Xingu: **Nota técnica de esclarecimento das principais questões abordadas na audiência pública de Senador José Porfírio (nº 2BSML001-TR-0000057)**. Senador José Porfírio: Belo Sun Mineração LTDA. 2012. Disponível em: [https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/41/Nota%20Tecnica%20PVG\(1\).pdf](https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/41/Nota%20Tecnica%20PVG(1).pdf). Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Decreto Legislativo. PDL nº 130/2020**. Susta os efeitos da Resolução nº 11, de 26 de março de 2020, do Gabinete Institucional da Presidência da República[...]. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=871B49BC15A75634C69E7D42D42F1B7E.proposicoesWebExterno2?codteor=1871945&filenome=Tra+mitacao-PDL+130/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=871B49BC15A75634C69E7D42D42F1B7E.proposicoesWebExterno2?codteor=1871945&filenome=Tra+mitacao-PDL+130/2020). Acesso em: 15 abr. 2020.



BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 10678/2018**. Dispõe sobre a consulta prévia, livre e informada às comunidades indígenas e quilombolas necessária para emissão de licença ambiental [...].Disponível em:<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao2182520>. Acesso em: 09 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. **Relatório sobre os Direitos da População Atingida pela Implementação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte e da Mineradora Belo Sun**. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/ acesso-a-20informacao/participacao-social/old/cndh/relatorios/RelatrioDeBeloMonteBeloSunaprovadocomrevisaoDOPLENRI.pdf/view> . Acesso em: 23 mar 2020.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. **Resolução nº 5, de 12 de março de 2020**. Dispõe sobre Diretrizes Nacionais para uma Política Pública sobre Direitos Humanos e Empresas. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2020. Disponível em: <http://homacdh.e.com/wpcontent/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA5-2020-CNDH.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do trabalho [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5). Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 08 de mar. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.



BRASIL. **Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2017**. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm). Acesso em: 19 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com ressalva aos artigos 25 e 66. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 16 abr.2020.

BRASIL. Justiça Federal de Primeiro Grau, Subseção Judiciária de Altamira. Ação Civil Pública. **0002505-70.2013.4.01.3903/PA**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Estado do Pará e Belo Sun Mineração Ltda. Juiz Federal: Claudio Henrique Fonseca de Pina. Altamira/PA, 17 de junho de 2014. . Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=000250570.2013.4.01.3903&secaoATM>. Acesso em: 9 mar. 2020.

BRASIL. **Resolução nº 11, de 26 de março de 2020**. Publica as deliberações do Comitê de Desenvolvimento do Programa Espacial Brasileiro na Sétima Reunião Plenária. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília-DF, edição 60,p. 3, 27 mar. 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-11-de-26-de-marco-de-2020-249996300>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Civil Pública. **Petição 3.388/RR**. Ação Popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no processo administrativo-demarcatório[...]. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 19 de março de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 3.239**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. decreto nº 4.887/2003. procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos[...]. Requerente: Democratas. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 8 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028916>. Acesso em: 04 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Embargos de Declaração. **EDcl na Pet 3.388/RR**. Embargos de Declaração. Ação Popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Embargante: Augusto Affonso Botelh Neto, Lawrence Manly





Harte, Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti e outros. Embargado: União.  
Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília: 23 de outubro de 2013

BRASIL. Tribunal Região da Primeira Região (Quinta Turma). Embargos de Declaração na Apelação Cível. **2006.39.03.000711-8/PA**. I – Deixando o acórdão embargado de se pronunciar acerca de questão relevante ao deslinde da demanda, como no caso, em que a Turma julgadora não se manifestou acerca da violação da norma [...]. Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: Centrais Elétricas Brasileiras S/A – ELETROBRAS, e outros. Brasília, 13 de agosto de 2012. Disponível: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região (Quinta turma). Agravo em Instrumento. **0027843-13.2016.4.01.0000/PA**. Instalação de Terminal Portuário às margens do Rio Amazonas, no município de Santarém/PA [...]. Agravante: EMBRAPAS- Empresa Brasileira de Portos de Santarém. Agravado: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado do Pará. Relator: Desembargador Souza Prudente. Brasília, 03 de maio de 2017. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=TRF1&proce=002784313.2016.4.01.0000>. Acesso em: 23 de março 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região (Sexta turma). Apelação Cível. **0002505-70.2013.4.01.3903/PA**. Processo civil e Constitucional. Ação Civil Pública. Mineração. Projeto Volta Grande do Xingu de Mineração. Impacto em Terra Indígena [...]. Apelante: Belo Sun Mineração Ltda. e Estado do Pará. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Desembargado Federal Jirair Aram Meguerian. Brasília, 06 de dezembro de 2017.

BRASIL. Vara única da Subseção Judiciária de São Raimundo Nonato. Ação Civil Pública. **0001635-08.2016.4.01.4004**. processual civil e ambiental. direito das minorias. comunidades quilombolas de contente e barro vermelho. convenção oit n° 169 [...]. Autor: MPF. Réu: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e Transnordestina Logística S/A. – TLSA. Juiz Federal: Pablo Baldivieso. São Raimundo Nonato, 23 de maio de 2018.

BRASL. **Constituição Federal do Brasil, outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 07 mar. 2020.

CENTRO DE INFORMAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (UNIC);  
ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E  
A CULTURA (UNESCO). **Declaração das Nações Unidas sobre os Povos**



**Indígenas: perguntas e respostas.** 2.ed. Rio de Janeiro: UNIC; Brasília: UNESCO, 2009. Disponível em:  
[http://unicrio.org.br/docs/declaracao\\_direitos\\_povos\\_indigenas.pdf](http://unicrio.org.br/docs/declaracao_direitos_povos_indigenas.pdf). Acesso em: 20 abr. 2020.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA DIREITOS HUMANOS. **Relatório do Relator Especial** sobre a situação dos direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas, Rodolfo Stavenhagen (UN Doc. E/CN.4/2003/90). **Genebra, janeiro de 2003.**

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medida Cautelar – MC 382/10 - Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil.** Washington, abril de 2011. Disponível em:  
<https://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm> . Acesso em 23 mar 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório No. 44/15, Caso 12.728. Mérito. Povo indígena Xucuru.** Brasil: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2015.

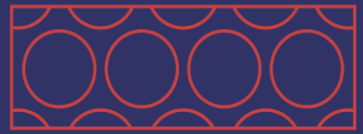
COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Apirana Mahuika e outros v. Nova Zelândia** (CCPR/C/70/D/547/1993). Genebra, CCPR, outubro de 2000. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/897>. Acesso em: 09 abr. 2020.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentário geral nº 23: Os direitos das minorias (ONU. Doc. CCPR/C/21Rev.1/Add.5).** 4 ago. 1994.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Apelo Urgente: hostilidades, intimidações e ameaças de morte a defensoras e defensores de direitos humanos e ambientais na Amazônia Brasileira em retaliação por sua oposição à mineradora Belo Sun. São Paulo, abril de 2018.** Disponível em: <https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2018/05/Publico-Amea%C3%A7a-a-Defensores-e-Defensoras-Xingu-Vivo-e-Cooperativa-dos-Garimpeiros.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2020.

CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da Missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas (A/HRC/33/42/Add.1).** Genebra, agosto de 2016. Disponível em:  
<https://undocs.org/A/HRC/33/42/Add.1>. Acesso em: 23 de março de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Povo Saramaka vs. Suriname.** Sentença dia 28 de novembro de 2007.



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso dos Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname**. Sentença 25 de novembro de 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador**. Sentença de 27 de junho de 2012.

DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kristen. **Vienna Convention on the Law of Treaties: A commentary**. Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012.

DUPRAT, Débora. **A Convenção 169 da OIT e o Direito à Consulta Prévia, Livre e Informada**. Revista Culturas Jurídicas. Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. 51-72, 2014.

DUPRAT, Deborah (org.). **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais**. Brasília: ESMPU, 2015.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. De la Tutela a los Derechos de Libre Determinación del Desarrollo, Participación, consulta y Consentimiento: Fundamentos, balance y retos para su implementación. **Amazônica - Revista de Antropologia, Belém**, v. 1, n. 2, nov. 2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18542/amazonica.v1i2.294>. Acesso em: 30 mar. 2020.

FITZMAURICE, Malgosia; ELIAS, Olufemi; MERKOURIS, Panos. **Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties 30 Years on (Queen Mary Studies in International Law)**. Londres: Martinus Nijhoff, 2010.

GARZÓN, Biviany Rojas; YAMADA, Erika; OLIVEIRA, Rodrigo. **Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades Tradicionais**. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica – RCA; Washington, DC : Due Process of Law Foundation, 2016.

GLASS, Verena (org). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019.

GOMES, Marcel. As veias abertas da Volta Grande do Xingu: Análise dos impactos da mineradora Belo Sun sobre a região afetada por Belo Monte. **Ponto de Debate: Fundação Rosa Luxemburgo**, São Paulo, n. 16, out. 2017, n. 16. Disponível em: [https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2017/10/ponto\\_debate\\_16\\_web2.pdf](https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2017/10/ponto_debate_16_web2.pdf). Acesso em: 02 abr. 2020.

GOMES, Rodrigo Portela. **Constitucionalismo e Quilombos: famílias negras no enfrentamento ao racismo de Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.



INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas**. San José: IIDH, 2016.

JÚNIOR, Felício Pontes. **Entrevista I**. [mai. 2020]. Entrevistador: Gabriel de Oliveira Borba, 2020. 1 arquivo .mp3 (38 min.);

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Nota técnica nº03/2019-6CCR**. Impactos do Acordo de Salvaguardas Tecnológicas firmado entre o Brasil e os Estados Unidos da América e da Proposta de Expansão do Centro de Lançamento de Alcântara. Brasília, 2019. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacaotematica/ccr6/documentospublicacoes/publicacoes/notatecnica/2019/nota\\_tecnica\\_03\\_2019\\_6CCR1.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacaotematica/ccr6/documentospublicacoes/publicacoes/notatecnica/2019/nota_tecnica_03_2019_6CCR1.pdf). Acesso em: 04 abr. 2020.

MONEBHURRUN, Nitish [*et al.*]. A definição jurídica da “comunidade”. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 443-471.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **Entrevista II**. [mai. 2020]. Entrevistador: Gabriel de Oliveira Borba, 2020. 1 arquivo .mp3 (09:46 min.).

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao\\_das\\_Nacoes\\_Unidas\\_sobre\\_os\\_Direitos\\_dos\\_Povos\\_Indigenas.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf). Acesso em: 11 março 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual**. Ginebra: OIT, 2003.

PEZZUTI, Juarez [*et al.*]. Xingu, o rio que pulsa em nós: monitoramento independente para registro de impactos da UHE Belo Monte no território e no modo de vida do povo Juruna (Yudjá) da Volta Grande do Xingu, 1. Ed. **Instituto Socioambiental**, São Paulo, 2018. Disponível em: [https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2017/10/ponto\\_debate\\_16\\_web2.pdf](https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2017/10/ponto_debate_16_web2.pdf). Acesso em: 19 mai. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



SANTOS, Fernanda Barros dos. A base de Alcântara e os direitos humanos às comunidades quilombolas no Maranhão. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 7, n. 2, p. 61-75, jul./dez. 2019.

SILVA, Tédney Moreira da. **No banco dos réus, um índio: criminalização de indígenas no Brasil**. 2015. 242 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito)— Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

THE COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. **Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Ecuador (CERD/C/62/CO/2)**. Genebra junho de 2003. Disponível em:  
<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhs>  
pqM7cAoWBySteFOuKcRpLwdixAAIXe62HSyxWluMYqfAuTu6EG5TW0wKU209vAB6qrMMIYXcX5mJDHqkIla2r1V69Qag%2fKMkKle96I3hrfT. Acesso em: 23 de março de 2020.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2017.

YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 145-157, junho 2010 Disponível em:  
[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322010000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100008&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 27 abr. 2020.



# REFLEXÕES SOBRE ESTADO LAICO: A INFLUÊNCIA DOS ATORES POLÍTICOS NA CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO CRISTÃO BRASILEIRO

Thiago Duarte Lima

## RESUMO

O presente trabalho aborda o projeto criado pelos atuais atores políticos para a construção de um Estado Brasileiro Cristão, em detrimento ao modelo constitucional de Estado Laico. O método utilizado foi o de pesquisa bibliográfica e documental acerca dos temas laicidade, secularização, dessecularização e política para confrontar ações dos atores políticos com os conceitos adquiridos na leitura do material bibliográfico e documental. O resultado foi no sentido de que realmente estamos passando por um momento de tensão entre secularização e dessecularização, no qual o status do Estado brasileiro atual é mais para cristão do que laico. A conclusão é que os poderes Executivo e Legislativo já possuem meios para impor um Estado Cristão com a eleição do Presidente Cristão, e a atuação forte da Frente Parlamentar Evangélica, faltando se fazer representar perante o Poder Judiciário, situação que possivelmente em breve acontecerá, pois, conforme autoriza o ordenamento jurídico pátrio, o presidente Jair Bolsonaro poderá nomear, durante seu mandato, ministros para o STF e, um ou ambos, poderão apresentar esse perfil cristão. Se essa hipótese se confirmar, o protagonismo da Suprema Corte para resolução de questões sensíveis, que envolvem valores e demandas contrárias aos valores cristãos evangélicos, como os interesses da comunidade LGBTQ+, por exemplo, corre risco de ser completamente esvaziado.

**Palavras-chave:** Estado Laico. Frente Parlamentar Evangélica. Estado Cristão. Roberto Blancarte. Liberdade Religiosa. Razão Pública. LGBTQ+

## INTRODUÇÃO



Estamos vivendo um tempo estranho, no qual os valores democráticos – tais como respeito a diversidade e a individualidade, autonomia dos sujeitos, legalidade – têm sido testados diariamente. Já virou rotina nos noticiários ações dos atores políticos brasileiros que violam todas as normas de decoro e espírito democrático. De todas as violações que vivenciamos, uma que por vezes passa despercebida, é a que envolve o Estado laico e a liberdade religiosa. Parlamentares no Congresso utilizam espaço público para a prática de cultos evangélicos. O Presidente da República não perde oportunidade de se afirmar como cristão e acenar para o eleitorado evangélico. Nesse contexto, a movimentação de alguns atores políticos parece ser no sentido de nos aproximar mais de um Estado Cristão, do que efetivar o preceito constitucional do Estado Laico.

A liberdade religiosa é uma premissa das democracias, seja pela liberdade de seguir uma religião ou até de não ter uma religião. Isso é importante porque é comum que religiões ditem condutas, valores, costumes, atitudes para seus fiéis, e, sendo o ambiente democrático um local por essência plural, é importante assegurar a autonomia e liberdade dos indivíduos para com suas vidas. A construção de Estado Cristão, por sua vez, parece levar em consideração tão somente um grupo religioso, com uma determinada orientação religiosa, o que enfraquece os valores democráticos, uma vez que nem todos se identificam com os valores e costumes cristãos.

A questão da laicidade é importante para diferentes segmentos sociais, como, a título exemplificativo, a comunidade LGBTQ+, feministas e grupos de religiões de matrizes africanas, pois, nesse contexto de edificação de um Estado Cristão, possuem em comum o não reconhecimento de suas reivindicações e interesses, o que resulta, como consequência, em ausência de políticas públicas para defesa de seus direitos, barradas porque vão de encontro aos valores cristãos.



Dentre os grupos e as reivindicações anteriormente mencionados, elegi como objeto de análise as demandas da comunidade LGBTQ+, pois verifiquei que muitas das conquistas obtidas por esse segmento social, como o casamento civil e a criminalização da homofobia, foram feitas no âmbito do Judiciário, mais especificamente, no Supremo Tribunal Federal (STF), local onde trabalho desde 2013.

Ainda que ocupe cargo operacional, de Técnico Administrativo, portanto sem poder ou influência sobre quem decide, como decide ou porque decide, consigo realizar algumas análises, uma vez que observo as movimentações dos atores sociais, políticos e jurídicos que ali transitam e atuam com olhar jornalístico, adquirido durante minha primeira graduação.

Para refletir sobre essa questão, esta monografia está organizada da seguinte forma:

O capítulo introdutório trará uma contextualização, e a definição do que é Estado Laico a ser utilizada. Dentre as várias existentes, a escolhida foi a do mexicano Roberto Blancarte, expressa em artigo intitulado “*El por qué de un Estado Laico*”. Os capítulos seguintes serão acerca dos três poderes fundantes de um Estado, Executivo, Legislativo e Judiciário, e como os atores políticos de cada esfera trabalham na construção de um Estado Cristão. No capítulo do Executivo, serão abordadas ações que o Presidente Jair Bolsonaro tem executado para impor um modelo cristão na política brasileira nas áreas da cultura, educação e direitos humanos.

O capítulo três abordará os personagens do Poder Legislativo, ou seja, a Frente Parlamentar Evangélica. Com dados colhidos de uma pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha e análise da tramitação do PLC 122/2006, que criminaliza a homofobia, veremos como os parlamentares dessa frente atuam para impedir que questões que atentem os valores cristãos avancem no Congresso Nacional.





O capítulo quatro tratará do Poder Judiciário. Inicialmente será dado um breve panorama de como é desempenhada a atividade do Supremo Tribunal Federal para demonstrar a força que apenas um Ministro tem, haja vista que a Corte trabalha cada vez mais de forma monocrática, para chegar à conclusão de que apenas um Ministro com viés ideológico evangélico tem poder suficiente para esvaziar a atuação protagonista do STF, em questões como casamento homoafetivo e a criminalização da homofobia.

A metodologia de pesquisa está baseada em pesquisa bibliográfica e documental sobre os temas laicidade, secularização, dessecularização, atuação da Frente Parlamentar Evangélica, ativismo judicial e ativismo constitucional, Direito e Religião. O intuito foi criar uma base sólida de conceitos, para que, posteriormente, esses conceitos fossem aplicados na análise da movimentação dos atores políticos atuais do Brasil, tanto a Frente Parlamentar Evangélica, quanto o Presidente Jair Messias Bolsonaro.

A coleta dos dados da atuação dos atores políticos aqui analisados, feita através dos sítios da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Presidência da República, e do Supremo Tribunal Federal, além de veículos de imprensa será confrontada com os conceitos de laicidade e secularização. Alguns acontecimentos serão atuais, e ante a grande instabilidade do governo atual, pode ser que algum ator tenha sido substituído, mas eventual substituição não prejudicará o entendimento do que abordado. Por fim, a intenção é que ao final da leitura você se questione, o que posso eu fazer por um Estado Laico?

## **1 PREMISSAS E CONCEITOS A SEREM ADOTADOS SOBRE A PROBLEMÁTICA DO ESTADO LAICO – CONTEXTUALIZAÇÃO**

### **1.1 O que é Estado Laico para este trabalho?**



“Estado laico é uma ova, Estado é cristão” (BOLSONARO, 2018). A partir dessa frase dita, à época, pelo então candidato à presidência Jair Bolsonaro um estalo surgiu na mente de que precisamos novamente debater os conceitos de secularização, dessecularização e laicidade do Estado. Não há como afirmar que esse é um debate novo, na realidade a controvérsia sobre laicidade esteve presente em todas as constituintes, especialmente a partir da primeira constituinte enquanto República, em 1891, que expressamente separou o Estado da Igreja Católica. O fato é que a constituinte de 1988, com o projeto de Constituição cidadã, expressou que o Brasil é um Estado Laico. Esse é o modelo no papel da Constituição, haja vista que seja pelos constantes ataques a templos de religião com matrizes africanas, ou a intolerância para com os ateus, o modelo ideal de Estado Laico sofre muito para ser efetivamente constituído. E os maiores responsáveis por isso são os atores políticos que se intitulam cristãos.

Após o último processo eleitoral, o Brasil elegeu diversos membros para o parlamento nacional declaradamente cristãos, especialmente evangélicos. Pode-se dizer que a Bancada Evangélica foi uma das grandes vitoriosas do último pleito eleitoral, com a manutenção de muitos membros nas casas legislativas. Para se ter uma ideia, na 54ª Legislatura (2013-2016) a Frente Parlamentar Evangélica contava com 98 membros. Na legislatura seguinte, o número mais que dobrou, com a eleição de 198 membros. Na atual legislatura, 56ª, o crescimento foi pouco, mas suficiente para manter a força da bancada dentro do Congresso Nacional, num total de 203<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Frente Parlamentar Evangélica registrada em 17.04.2019, a pedido do presidente da Frente Parlamentar o Deputado Federal Silas Câmara. Consta do requerimento: Requeiro nos termos do artigo 15, inciso I e VIII do Regimento Interno da Câmara dos Deputados c/c art. 30 do Ato da Mesa no 69, de 10 de novembro de 2005, o registro da Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional que reúne Deputados Federais e Senadores preocupados em fiscalizar os programas e as políticas governamentais, voltadas à proteção da família, da vida humana e dos excluídos e acompanhar a execução das mesmas, bem como participar do aperfeiçoamento da legislação brasileira do interesse da sociedade e ainda do debate dos grandes temas nacionais. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/internet/deputado/Frente\\_Parlamentar/54010-integra.pdf](https://www.camara.leg.br/internet/deputado/Frente_Parlamentar/54010-integra.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2020



membros, sendo 195 Deputados Federais e 8 Senadores. Além disso, está a eleição do próprio Jair Messias para o cargo de Presidente do Brasil.

Questões importantes para a sociedade como reconhecimento do casamento civil para pessoas do mesmo sexo, ou a possibilidade de mulheres abortarem com segurança, não avançam porque são debatidas com viés ideológico fundamentalista religioso, aqui entendido como movimento conservador que enfatiza a obediência dos valores religiosos, através de perspectivas de interpretações da leitura da Bíblia, ao invés da Constituição Federal.

As perspectivas, cabe explicar e refletir, são para reforçar a dominação que os líderes religiosos exercem sobre seus fiéis/eleitores, de acordo com seus interesses. Quando lhes é conveniente, vale o texto literal da Bíblia, como no trecho Levítico 18:22 que diz: “não se deite com um homem como quem se deita com uma mulher; é repugnante”, excerto amplamente utilizado para condenar as relações homoafetivas; e, quando não lhes é conveniente, esquecem trechos do tipo Marcos 10:11-12 que diz: “ele respondeu – todo aquele que se divorciar de sua mulher e se casar com outra mulher, estará cometendo adultério contra ela. E, se ela se divorciar de seu marido e se casar com outro homem, estará cometendo adultério” proibindo o divórcio. Um exemplo de político cristão notório que segue essa lógica é o Presidente Jair Messias Bolsonaro, que em diversas ocasiões declarou que as relações homoafetivas são contrárias aos seus ensinamentos cristãos, conquanto estar no terceiro casamento.

É preciso delimitar as premissas do que se entende por laicidade de Estado antes de adentrarmos na discussão. Este é um conceito bastante reivindicado, e não se desconhece os diversos pensadores que definiram o que é laicidade. O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, em seu voto na ADI 4.439 (BRASIL, 2018), que discutia a questão do ensino religioso nas escolas públicas, definiu que:



A laicidade pode ser repartida em três conteúdos diversos e importantes, dignos de nota aqui. O primeiro conteúdo do princípio da laicidade é a separação formal entre Igreja e Estado. O segundo conteúdo da ideia de laicidade é a neutralidade estatal em matéria religiosa. Em terceiro lugar, a ideia de laicidade também envolve o respeito à liberdade religiosa e o respeito ao direito de não ter qualquer religião.

Outra definição para laicidade encontrada na literatura (RANQUETAT, 2008, p. 5):

A expressão laicidade deriva do termo laico, leigo. Etimologicamente laico se origina do grego primitivo *laós*, que significa povo ou gente do povo. De *laós* deriva a palavra grega *laikós* de onde surgiu o termo latino *laicus*. Os termos laico, leigo exprimem uma oposição ao religioso, àquilo que é clerical (CATROGA, 2006). Primeiramente, é preciso enfatizar que a laicidade é sobretudo um fenômeno político e não um problema religioso, ou seja, ela deriva do Estado e não da religião. É o Estado que se afirma e, em alguns casos, impõe a laicidade (BRACHO, 2005). Para Baubérot (2005, p. 8), a iniciativa laicizadora pode ter como ponto de partida setores da sociedade civil, mas em regra geral é que ocorra uma mobilização e mediação do político para que as intenções laicizadoras se operacionalizem e se realizem empiricamente.

A laicidade é uma noção que possui caráter negativo, restritivo. Sucintamente pode ser compreendida como a exclusão ou ausência da religião da esfera pública. **A laicidade implica a neutralidade do Estado em matéria religiosa. Esta neutralidade apresenta dois sentidos diferentes, o primeiro já destacado acima: exclusão da religião do Estado e da esfera pública. Pode-se falar, então, de neutralidade-exclusão. O segundo sentido refere-se à imparcialidade do Estado com respeito às religiões, o que resulta na necessidade do Estado em tratar com igualdade as religiões. Trata-se neste caso da neutralidade-imparcialidade (BARBIER, 2005). A laicidade não se confunde com a liberdade religiosa, o pluralismo e a tolerância. Estas são consequências, resultados da laicidade.** Pode haver liberdade religiosa, pluralismo e tolerância sem que haja laicidade, como é o caso da Grã-Bretanha e dos países escandinavos (BARBIER, 2005). No Brasil, a constituição imperial de 1824 já garantia o direito à liberdade religiosa a outras religiões além do catolicismo. Apesar da união entre Estado e Igreja Católica, sendo esta a



religião oficial do império, já existia neste período um determinado grau de liberdade religiosa (MARIANO, 2002).

A ideia de que a laicidade é um problema de Estado, e não de religião, abre espaço para a liberdade de religiões, a diversidade. Por isso é importante que o Estado seja neutro, no sentido de não ter nenhuma religião (neutralidade-exclusão), para que possa, assim, respeitar todas as religiões (neutralidade-imparcialidade).

## 1.2 A ideia de laicidade de Roberto Blancarte

Para este presente trabalho, será adotado o conceito de laicidade de Roberto Blancarte, que converge com o conceito anotado pelo Ministro Luís Roberto Barroso nos pontos de neutralidade estatal e liberdade religiosa, e diverge quanto à separação Estado *versus* Igreja. Por sua vez, com o conceito de Ranquetat Junior a divergência está na formação do conceito, enquanto Blancarte entende que a liberdade religiosa é inerente a laicidade, aquele autor a entende como consequência dela.

Com efeito, laicidade é um regime social de convivência, cujas instituições políticas estão legitimadas principalmente pela soberania popular e não por elementos religiosos (BLANCARTE, 2017).

Partindo da divergência, laicidade não é a divisão entre Estado e Igreja, mas sim a busca dos fundamentos, valores e pilares de políticas públicas fora do sagrado, nas razões coletivas formadas por intermédio do povo. Dessa forma, é possível encontrarmos laicidade em Estados com religião nacional, como a Noruega, que tem uma religião oficial, com Igrejas Nacionais, mas, apesar disso, fundamentam suas políticas públicas em valores dos cidadãos. Em contrapartida, há o modelo brasileiro, um Estado formalmente laico, com previsão constitucional, mas que seus políticos conduzem seus trabalhos com fundamentos religiosos, das suas respectivas religiões,



dentre as quais, com maior destaque de representantes nesta legislatura, a cristã. Veja-se o seguinte trecho do autor:<sup>2</sup>

Definir a laicidade como um processo de transição de formas de legitimidade sagradas a formas democráticas fundamentadas na vontade da população, nos permite também compreender que esta (a laicidade) não é rigorosamente o mesmo que a separação Estado- Igreja. De fato, existem muitos Estados que não são formalmente laicos, mas estabelecem políticas públicas fora da normativa doutrinal das Igrejas e sustentam sua legitimidade mais na soberania popular do que em qualquer forma de consagração eclesiástica. Países como Dinamarca e Noruega, que tem Igrejas Nacionais, como a luterana (cujos ministros de culto são considerados funcionários do Estado), são sem dúvida laicos na medida que suas formas de legitimação de políticas públicas são essencialmente democráticas e adotam políticas públicas fora da moral da própria igreja (BLANCARTE, 2008, p. 28).

Perceber que a laicidade é a mudança de legitimidade para ações do Estado do sagrado para a vontade popular também permite concluir que ela é um processo contínuo, e não um conceito fixo, uma vez que as democracias estão sempre em evolução de costumes, modos, ideias coletivas. Por outro lado, da mesma maneira que não se pode afirmar que há uma sociedade totalmente democrática, não haverá, também, um sistema político de Estado totalmente laico. Veja, por exemplo, no caso

---

<sup>2</sup> Definir la laicidad como un proceso de transición de formas de legitimidade sagradas a formas democráticas o basadas en la voluntad popular nos permite también comprender que ésta (la laicidad) no es estrictamente lo mismo que la separación Estado-Iglesias. De hecho, existen muchos Estados que no son formalmente laicos, pero establecen políticas públicas ajenas a la normativa doctrinal de las Iglesias y sustentan su legitimidad más en la soberanía popular que en cualquier forma de consagración eclesiástica. Países como Dinamarca o Noruega, que tienen Iglesias nacionales, como la luterana (y cuyos ministros de culto son considerados funcionarios del Estado), son sin embargo laicos en la medida que sus formas de legitimación política son esencialmente democráticas y adoptan políticas públicas ajenas a la moral de la propia Iglesia oficial



brasileiro, diversos feriados nacionais com fundamento católico<sup>3</sup>, e a presença de objetos sacros em repartições públicas.<sup>4</sup>

A segunda premissa que se deve ter em conta quando se pensa em laicidade é a neutralidade estatal em matéria religiosa. Ou seja, quando o Estado promove políticas públicas, ele deve o fazer levando em consideração que existem diversas religiões, cada uma com suas peculiaridades. Com efeito, é difícil estabelecer, por exemplo, uma matéria específica do currículo escolar nacional fundamentada somente em uma religião, uma vez que dentro das turmas há alunos que podem seguir aquela fé, ou não.

Por fim, a última premissa que se deve pensar quanto a laicidade é a liberdade religiosa. A liberdade religiosa foi um dos primeiros direitos humanos reconhecidos<sup>5</sup>, e isso porque não se pode falar em Estado democrático de Direito sem falar em pluralidade religiosa.

A liberdade religiosa e a laicidade do Estado caminham lado a lado, em grande parte das constituições nacionais de países democráticos ocidentais há previsão de laicidade estatal, com dizeres que nenhuma religião se sobrepõe a outra, inclusive a Constituição Brasileira. A Declaração Universal dos Direitos Humanos é expressa

---

<sup>3</sup> Carnaval – festa popular que antecede a Quaresma católica; Sexta-feira Santa – data cristã em que a morte de Cristo é lembrada; Corpus Christi – data comemorada pela Igreja Católica para o sacramento eucarístico; Dia de Nossa Senhora Aparecida, a padroeira do Brasil; Natal – nascimento de Jesus Cristo

<sup>4</sup> A presença de símbolos religiosos em repartições públicas é amplamente debatida na literatura. Relaciono dois artigos nos links. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25405/a-laicidade-do-estado-e-a-retirada-de-simbolos-religiosos-de-reparticoes-publicas>>. E disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/16962/a-laicidade-estatal-face-a-presenca-de-simbolos-religiosos-em-orgaos-publicos/3>>. Acesso em: 10 fev. 2020

<sup>5</sup> A liberdade religiosa é uma ideia que surge no contexto das guerras de religião desencadeadas no século XVII após a Reforma Protestante que fez surgir novos grupos de fiéis que não se coadunavam com a fé católica até então hegemônica e detentora de forte poder político, o que significava uma relação de quase submissão dos reis de até então ao poder do Papa. A Reforma Protestante tem como nota central a dissolução do conceito da fé (no caso, católica) como “Verdade Única”, o que ocorre de maneira concomitante ao desenvolvimento do conceito de indivíduo como pessoa pensadora autônoma: se a fé do Vaticano não é mais universal, cada um é livre para ter como sua própria verdade aquilo em que acreditar, e cada fé terá igual valor, proteção e respeito – consenso ao qual, evidentemente, somente se chegou após muito derramamento de sangue e transformações sociais com consequências profundas



quanto a liberdade religiosa dos indivíduos<sup>6</sup>. No entanto, qual a ideia de religião protegida nessas Constituições? Seria a perspectiva teísta, não protegendo o direito de não crer em um Deus, ou não ter uma religião? Se não, o que prova que todas as visões religiosas/ateístas estão protegidas? E se o Estado é neutro, apenas garantidor que todos possam professar suas fés/não fés, então por que questões como aborto são proibidas com fundamento religioso? Só faz sentido essa proibição porque opositores ao aborto entendem que deus proíbe tal ato (DWORKIN, 2013), o que, para o autor, comprovaria que a noção de liberdade religiosa que adotamos é muito focada para a liberdade de crer em um deus, deixando a não crença de fora.

Quanto a este ponto, em pesquisas do Instituto Datafolha no Brasil (PRANDI, 2017), uma realizada em outubro de 2015, com uma amostra estatisticamente representativa de 340 parlamentares, e outra realizada em setembro de 2014, um levantamento de âmbito nacional, com uma amostra de 10.054 eleitores, foram colhidas opiniões a respeito de temas como pena de morte, pobreza, maioria penal, posse de armas, questões econômicas, benefícios de programas governamentais etc. A cada pesquisado foi apresentada uma bateria composta de pares de afirmações opostas, solicitando-se que o entrevistado escolhesse aquela com a qual concordava mais. Em cada par é possível identificar uma afirmação mais conservadora e outra mais liberal, conforme concepção usual desses termos. A crença em Deus foi apresentada da seguinte forma: acreditar em Deus torna as pessoas melhores?

A posição mais conservadora é a obrigatoriedade da crença em Deus para ser uma pessoa de bem. Não é de estranhar que, no Brasil, declarar não acreditar em Deus, ou vacilar na resposta, possa pesar negativamente em uma disputa eleitoral (PIERUCCI; PRANDI, 1996, p. 211). No Brasil é mais socialmente aceito a

---

<sup>6</sup> Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu artigo 18 dispõe que todo o homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular





peessoa não seguir uma religião do que não acreditar em Deus. A sociedade brasileira questiona muito a moral dos ateus, e por isso, é o grupo com maior rejeição dentro dos brasileiros, rejeitados mais do que usuários de drogas ou homossexuais. Outros pontos desta pesquisa serão abordados no capítulo acerca do Poder Legislativo na construção do estado teocrático brasileiro, uma vez que foi centrada na atuação dos parlamentares da Frente Parlamentar Evangélica.

Não se pode permitir, em um Estado diverso como o Brasil, que os representantes deixem de debater e deliberar determinados temas porque contrariam a doutrina supostamente professada por sua religião. Nesse ponto, cabe apontar a teoria de razão pública de Rawls<sup>7</sup>, que se aproxima ao pragmatismo, e defende que o ator político, ao desempenhar sua função política, deve se ater a fundamentos e razões para decidir ligados ao público geral. A razão pública legitima a atuação dos atores políticos, de qualquer esfera e grau de poder, porque permite que sejam tomadas doutrinas abrangentes<sup>8</sup>, decisões que são reconhecidas e respeitadas por todos, num consenso geral dos cidadãos de que o resultado da atuação daquele ator político, seja um projeto de lei, um decreto ou uma sentença, se sobrepõe aos seus interesses individuais. Veja-se, nesse sentido, o excerto de artigo escrito por Daniel Coitinho Silveira acerca da razão pública na teoria de Justiça de Rawls (SILVEIRA, 2009, p. 67):

Uma primeira característica da razão pública e seu objeto específico é a razão de cidadãos que são iguais, que formam um corpo coletivo, exercendo um poder político de uns sobre os outros. Os limites impostos à razão pública circunscrevem as questões políticas aos elementos constitucionais essenciais (RAWLS, 2005, p. 214; 2001, p. 89), quer dizer, somente os valores políticos devem resolver as questões fundamentais,

---

<sup>7</sup> John Rawls (1921-2002) foi professor de filosofia política na Universidade de Harvard, autor de “Uma Teoria da Justiça” (1971), “Liberalismo Político” (1993) e “Justiça como equidade” (2001), obras que o posicionam como precursor do liberalismo igualitário: a liberdade e a igualdade são valores a serem equalizados pela sociedade, de modo que possam coexistir

<sup>8</sup> Doutrinas abrangentes são aquelas que englobam os vários níveis da existência humana e, portanto, julgam-se aplicáveis a todos os aspectos da vida social



como, por exemplo, estabelecer quem tem direito ao voto, ou que religiões devem ser toleradas, ou, ainda, quem deve garantir a igualdade equitativa de oportunidades. Essas questões fundamentais especificam claramente o objeto próprio da razão pública. Uma outra característica fundamental da razão pública é que seus limites não se aplicam às deliberações e reflexões individuais sobre as questões políticas, isto caracterizando a cultura de fundo de uma sociedade, aplicando-se especificamente aos cidadãos, quando atuam em uma argumentação política em um fórum público (RAWLS, 2005, p. 215). É imperativo observar uma distinção apropriada da forma de aplicação do ideal da razão pública aos cidadãos e às autoridades estatais: o ideal de razão pública aplica-se aos fóruns oficiais que são o legislativo, o executivo e o judiciário. É aplicado ao legislativo e ao executivo enquanto estes estão no espaço do pronunciamento público. À esfera do judiciário, em especial, ao Supremo Tribunal, aplica-se especialmente a ideia de razão pública, porque os juízes têm de explicar e justificar suas decisões com base em seu entendimento da constituição e estatutos relevantes e precedentes (RAWLS, 2005, p. 216), caracterizando, assim, o judiciário como um caso exemplar de razão pública (RAWLS, 2005, p. 216; RAWLS, 2001, p. 91), em função de ele estar circunscrito a questões constitucionais essenciais e a questões de justiça básica (*basic justice*), levando-se em consideração os limites impostos pela constituição democrática e vontade geral (RAWLS, 2005, p. 232).

Quando a razão pessoal é utilizada em detrimento da razão pública, surge uma falha de legitimidade, uma vez que um Deputado Federal do Estado de São Paulo que seja pastor de determinada congregação, por exemplo, não está no Congresso Nacional representando apenas os membros da sua igreja, que compartilham seus valores pessoais, mas sim, todos os cidadãos do Estado de São Paulo, independente de qual religião, ou até mesmo sem nenhuma religião.

A laicidade do Estado e as liberdades sexuais estão intimamente conectadas. A essa altura não resta mais dúvida de que é obrigação do Estado proteger a liberdade de consciência de todos contra qualquer violação, materializado na proibição do Estado de impor determinada crença aos cidadãos. Nessa situação, os cidadãos com sua liberdade de crença, ou de não crença, cabe ressaltar, precisam viver em



comunidade, relativizando as suas atitudes para um patamar civilizatório no qual todas essas pessoas consigam conviver na sociedade.

Especificamente neste ponto, Dworkin (2013), que é aliado à corrente do liberalismo igualitário de Rawls, provoca lembrando que religiosos e ateus convergem em algumas coisas, como a intenção de viver a vida de uma forma boa, ou seja, com respeito aos outros, orgulho e a responsabilidade em conduzir seus atos de forma razoável, e observa que em ações concretas, por vezes os ateus realizam coisas mais “cristãs” do que os próprios cristãos, uma vez que julgam menos, e aceitam mais as diferenças entre as pessoas, já que não se submetem ao julgamento de seus “pecados” a um Deus.

Por fim, cabe ressaltar que a comunidade LGBTQ+ não é única que tem seus interesses prejudicados pela atuação de atores políticos cristãos. Muitas questões importantes para as mulheres, encampadas por movimentos feministas, como o aborto, também não avançam para regulamentação. Há também muita resistência para reconhecer a religião dos indígenas e das matrizes africanas, com tentativa de imposição do modelo cristão a essas comunidades. Em todos os casos, há amplo material doutrinário jogando luz para essa problemática. O corte teórico para esse trabalho, porém, ficou centrado nos interesses da comunidade LGBTQ+, mais precisamente a criminalização da homofobia.

### **1.3 A problemática brasileira e a relação entre secularização e dessecularização**

A sociedade brasileira é plural e urge que questões sobre direitos de minorias sejam debatidas. A falta de definição pelo Congresso Nacional acerca desses temas, faz com que os cidadãos procurem no judiciário a defesa de seus interesses. A união civil entre pessoas do mesmo sexo, bem como a equiparação do crime de homofobia ao de racismo são exemplos de demandas que não foram regulamentadas, em



diferentes legislaturas no Congresso Nacional<sup>9</sup>, especialmente pela atuação contenciosa da Frente Parlamentar Evangélica, que acabaram sendo definidas pelo Supremo Tribunal Federal, por intermédio de judicialização.

Seus membros ocupam não só o poder legislativo, mas o executivo, e recentemente o agora Presidente Jair Bolsonaro declarou que talvez seja a hora de um ministro do Supremo Tribunal Federal “terrivelmente” evangélico.

Isso é preocupante porque essas pessoas não têm intenção alguma em preservar a laicidade do Estado, pelo contrário, não fazem questão de esconder que suas motivações são exatamente criar um Estado Cristão. A número 2<sup>10</sup> do Ministério da Educação foi barrada com a pressão da opinião pública, mas entre suas intenções estava revisar o conteúdo ministrado nas escolas do país, tudo seria visto sob a perspectiva cristã: Deus foi o maior matemático, e a geografia foi criada por Deus. E a fala do Presidente Jair Bolsonaro foi dita após o Supremo Tribunal Federal formar maioria para equiparar crime de homofobia ao de racismo, como se os Ministros do STF estivessem errados em relevar seus valores religiosos para analisar uma questão tão sensível, sob a perspectiva do Estado laico.

---

<sup>9</sup> O Projeto de Lei nº 1151, de 1995 é um projeto de lei em tramitação na Câmara dos Deputados do Brasil de autoria da então deputada federal Marta Suplicy (PT-SP) que se propõe a disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo sexo; Projeto de Lei nº 122/2006 é um projeto de lei em tramitação na Câmara dos Deputados do Brasil de autoria da então Deputada Federal Iara Bernardi (PT-SP) que propõe a criminalização dos preconceitos motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero, equiparando-os aos demais preconceitos que já são objetos da Lei 7.716/89 (Lei contra crimes de raça e cor).

<sup>10</sup> Notícia amplamente divulgada pela imprensa brasileira que veiculava vídeo da recém-indicada para o cargo de secretária-executiva do Ministério da Educação (MEC), Iolene Lima, no qual defende a educação "sob a ótica de Deus", e se diz apaixonada pelo tipo de abordagem que parte "de uma inspiração divina para apresentar um conteúdo formal". No vídeo do programa "Feliz cidade", a educadora, que ocupará o segundo cargo mais importante da pasta, explica o que é uma "educação baseada em princípios": "É baseada na palavra de Deus, onde a Geografia, a História, a Matemática, vai ser vista sob a ótica de Deus". E acrescenta: "Numa cosmovisão cristã, o aluno vai aprender que o autor da História é Deus, o realizador da Geografia é Deus. Deus fez as planícies, Deus fez o relevo, Deus fez o clima". Ainda nesta entrevista, ela afirma que o maior matemático foi também Deus. 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/em-video-recem-indicada-para-ser-numero-2-do-mec-defende-educacao-sob-otica-de-deus-23530144>>. Acesso em: 15 jul. 2019.



Ocorre que o Supremo Tribunal Federal ao definir essas questões o faz sob a obrigação constitucional de inafastabilidade de jurisdição, não pode o judiciário se eximir de dirimir questões que os cidadãos trazem a ele. Suas decisões são fundamentadas em interpretação sistemática do texto constitucional, não havendo inovação legislativa. Dessa forma, o que se pode falar é de ativismo constitucional<sup>11</sup>, que é a atividade principal do órgão, a defesa da Constituição Federal. Portanto, quando o STF define que pessoas do mesmo sexo podem firmar união civil, ou que homofobia é tão crime quanto racismo, não extrapola sua competência, pelo contrário, apenas reconhece o texto constitucional que defende o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (BRASIL, 1988).

A movimentação dos parlamentares da Frente Parlamentar Evangélica, e, do agora, Presidente Jair Messias Bolsonaro, revelam o interesse em construir um novo Estado Brasileiro, um Estado Cristão. Para a construção de um Estado é preciso constituir os três poderes estatais: Legislativo, Executivo e Judiciário. O Poder Executivo tem o seu instrumento, com a eleição do Presidente Jair Messias Bolsonaro, que não perde oportunidade de dizer que “o Estado é laico, mas o presidente é cristão” (BOLSONARO, 2019)<sup>12</sup>, o Poder Legislativo também, com a consolidada Frente Parlamentar Evangélica no Congresso Nacional, e, com a nomeação de um Ministro

---

<sup>11</sup> O ativismo constitucional é toda ação que tenha como meta realizar a Constituição, ou mais especificamente, é o conjunto de ações, sempre complexo e descentralizado, de fazer valer as normas constitucionais jus fundamentais em todas as práticas de poder, seja pelo administrador público, seja pelo legislador, seja pelo juiz. Teoria fundamentada em três premissas básicas (i) da supremacia da lei para a supremacia da Constituição (ii) da separação de funções dos poderes de Estado para a interdependência dos Poderes (iii) da dogmática jurídico-subjetiva para a dogmática jurídico-objetiva dos direitos fundamentais.

<sup>12</sup> Essa declaração é corriqueira do Presidente Jair Bolsonaro, e amplamente divulgada na imprensa nas oportunidades que ocorreram



“terrivelmente evangélico”<sup>13</sup> para o Supremo Tribunal Federal, a tríade para a formação desse Estado Cristão parece estar próxima. Sendo a Suprema Corte protagonista na solução de diversas controvérsias barradas pela atuação dos políticos religiosos, a pergunta que se faz é qual o impacto da nomeação de um Ministro evangélico para a atuação da Corte na defesa das minorias?

Com efeito, urge debater a secularização do Estado, bem como os limites de atuação para cada um dos atores políticos no Brasil, de modo que a liberdade religiosa e a laicidade estatal, princípios caros para um estado democrático, possam ser respeitados. Paradoxalmente o processo de secularização e de dessecularização estão relacionados de forma dialética.

Secularização é a perda do controle de territórios por parte da Igreja Católica e a perda da propriedade e do poder eclesiástico. Berger inicialmente definiu secularização assim (EMMERICK, 2010):

Por secularização entendemos o processo pelo qual setores da sociedade e da cultura são subtraídos à dominação das instituições e símbolos religiosos. Quando falamos sobre a história ocidental moderna, a secularização manifesta-se na retirada das Igrejas cristãs de áreas que antes estavam sob seu controle e influência: separação da Igreja e do Estado, expropriação das terras da Igreja, ou emancipação da educação do poder eclesiástico. Ela afeta a totalidade da vida cultural e da ideação e pode ser observada no declínio dos conteúdos religiosos nas artes, na filosofia, na literatura e, sobretudo, na ascensão da ciência, como uma perspectiva autônoma e inteiramente secular, do mundo. Mais ainda, subentende-se aqui que a secularização também tem um lado subjetivo. Assim como há uma secularização da sociedade e da cultura, também há uma secularização da consciência (BERGER, 1985, p. 118-119).

Berger alega que a secularização é um processo que está diretamente relacionado com o surgimento da modernidade, com seus pressupostos de

---

<sup>13</sup> Declaração feita pelo Presidente Jair Bolsonaro, durante culto realizado semanalmente em um salão da Câmara dos Deputados, acerca de quem ele nomeará para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal



racionalidade, no qual houve a separação das estruturas sociais e a religião passou a ser somente uma dessas diversas estruturas. A secularização encontra-se nas próprias religiões, e no processo de institucionalização da religião, em especial, com o nascimento do protestantismo que “funcionou como o prelúdio historicamente decisivo para a secularização, qualquer que tenha sido a importância de outros fatores” (EMMERICK, 2010).

Importante observar que Berger, em trabalho mais recente, evoluiu suas posições teóricas afirmando que (EMMERICK, 2010):

Ainda que a expressão ‘teoria da secularização’ se refira a trabalhos dos anos 1950 e 60, a ideia central da teoria pode ser encontrada no Iluminismo. A ideia é simples: a modernização leva necessariamente a um declínio da religião, tanto na sociedade como na mentalidade das pessoas. E é justamente essa ideia central que se mostrou estar errada. Com certeza, a modernização teve alguns efeitos secularizantes, em alguns lugares mais do que em outros. Mas ela provocou o surgimento de poderosos movimentos de contra secularização. Além disso, secularização a nível societal não está necessariamente vinculada à secularização em nível da consciência individual (BERGER, 2001, p. 10).

Na esfera brasileira, alguns dos movimentos de contra secularização são justamente o fortalecimento da Frente Parlamentar Evangélica, bem como as políticas instituídas pelo Presidente Jair Bolsonaro. Para Berger, a relação entre secularização e dessecularização é dialética, pois são projetos antagônicos em curso na sociedade contemporânea. Já que as promessas da racionalidade e da ciência não foram realizadas, o projeto de secularização, iniciado na modernidade, colabora para o projeto de contra secularização, mas que este também contribui para o projeto de secularização (EMMERICK, 2010).

Isto porque na sociedade contemporânea o religioso tornou-se mais plural e bem mais complexo. Neste contexto, retomar uma discussão e reflexão sobre teoria da secularização parece fundamental, tendo em vista que o avanço do processo de dessecularização implica necessariamente colocar em risco direitos e princípios caros



para a sociedade contemporânea plural, tais como: princípio democrático, liberdade de consciência, de crença e de culto, a autonomia individual, e outros direitos que refletem diretamente nos direitos fundamentais e de cidadania.

## **2 A CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO CRISTÃO NA ESFERA DO PODER EXECUTIVO**

### **2.1 Presidência da República**

O cargo mais alto no Poder Executivo no Brasil é o de Presidente República, atualmente ocupado por Jair Messias Bolsonaro. A biografia extraída do site (BOLSONARO, 2019) mantido por ele, desde a campanha eleitoral de 2018, diz:

Nascido em 21 de março de 1955 na pequena Glicério no Estado de São Paulo, Jair Messias Bolsonaro formou-se na Academia Militar das Agulhas Negras em 1977, ingressou na reserva em 1988, no posto de Capitão e concorreu à Câmara Municipal do Rio de Janeiro sendo eleito vereador.

Em 1990, dois anos depois de eleito, conquistou o primeiro dos sete mandatos consecutivos no cargo de Deputado Federal, sendo em 2014, o mais votado na disputa pela Câmara Federal com 464.565 votos de acordo com os dados do Tribunal Superior Eleitoral.

Na atual sessão legislativa, Bolsonaro é titular da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, Suplente da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional e Suplente da Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime organizado, além de ter sido membro atuante, em outras sessões legislativas, da Comissão de Direitos Humanos e Minorias.

Em seus mandatos parlamentares, destacou-se pela defesa dos direitos dos militares ativos, inativos e pensionistas, lutou contra a erotização infantil nas escolas e por um maior rigor





disciplinar nas instituições de ensino, pela redução da maioria penal, pela posse de arma de fogo para o cidadão de bem e direito à legítima defesa, pela segurança jurídica na atuação policial, pelos valores cristãos e pela família tradicional.

Foi idealizador do voto impresso que, caso avance, contribuirá para a realização de eleições mais confiáveis e passíveis de auditoria, além do combate incansável sobre estruturas que promovem e facilitam a corrupção em nosso país.

Jair é pai de Flávio Bolsonaro, Carlos Bolsonaro e Eduardo Bolsonaro respectivamente Senador eleito pelo Estado do Rio de Janeiro, Vereador do Município do Rio de Janeiro e Deputado Federal eleito pelo Estado de São Paulo, este último conquistando o segundo mandato com a maior votação do país – 1,8 milhões de votos recorde para uma disputa à Câmara Federal.

A eleição de 2018 é histórica pois foi marcada por polarizações, enxurrada de mensagens nas redes sociais, fake news e principalmente pela arrematadora e jamais vista, campanha popular que culminou com a vitória do nosso 38º Presidente da República Federativa do Brasil, Jair Messias Bolsonaro.

A campanha marcada pela construção do “mito” deu certo, em contrapartida aos discursos polêmicos acerca de gênero, direitos humanos, raça, feminismo, políticas de esquerda, e sexualidade, Jair Messias Bolsonaro foi eleito presidente do Brasil. Ele se apresenta como militar da reserva, homem, cristão, branco, heterossexual e deputado federal pelo Estado do Rio de Janeiro sucessivas vezes.

O slogan de sua campanha: Brasil acima de tudo, Deus acima de todos. E é aqui o início da problemática da construção de um Estado Cristão. Em diversas oportunidades, amplamente divulgadas pela imprensa, no período pré campanha eleitoral, Jair Bolsonaro defendeu o fim do Estado Laico. “Deus acima de tudo. Não tem essa historinha de Estado laico não. O Estado é cristão e a minoria que for contra que se mude. As minorias têm que se curvar para as majorias (BOLSONARO, 2017)” disse o então pré-candidato para uma multidão na Paraíba, em 2017.



Esse discurso não é inconstitucional somente pela ótica de previsão do Estado laico no texto constitucional, mas também porque desvirtua o próprio conceito de estado de direito democrático (SILVIA, 2007)<sup>14</sup>. Democracia não é a vontade da maioria. Diferente do que entende Jair Bolsonaro, o estado democrático de direito é construído para que as minorias não sejam aniquiladas, invadidas, repelidas, modificadas, violadas pela maioria. Se assim não fosse, nem precisaríamos citar a pluralidade inerente aos estados democráticos, bastando que a maioria imponha sua vontade sobre a minoria.

Com o decorrer da campanha eleitoral o tom baixou, e, na última oportunidade para se manifestar antes do primeiro turno, em uma transmissão ao vivo pelas plataformas de redes sociais, ele disse: “nós vamos fazer um governo para todos, independente de religião. Até quem é ateu. Nós temos quase por volta de 5% de ateus no Brasil, e vocês têm as mesmas necessidades que os demais têm” (MAIA; ADORNO, 2018).

No primeiro discurso após ser eleito presidente do Brasil, no dia 28 de outubro de 2018, Bolsonaro citou Deus várias vezes e afirmou: “o nosso slogan eu fui buscar naquilo que muitos chamam de caixa de ferramenta para consertar o homem e a mulher, que é a Bíblia Sagrada. Fomos em João 8:32: e conhecereis a verdade, e a verdade vos libertará (2018)”.

Não era de se esperar menos, uma vez que o voto evangélico foi fundamental para a sua eleição, como aponta a pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha. Da análise dos dados da tabela, nota-se que a diferença dos votos dados para Jair

---

<sup>14</sup> Os elementos que julgamos essenciais no Estado Democrático de Direito, sendo o seu fundamento e principal aspecto a soberania popular: 1 - A necessidade de providenciar mecanismos de apuração e de efetivação da vontade do povo; 2 - Ser um Estado Constitucional, ou seja, dotado de uma constituição material legítima, rígida, emanada da vontade do povo; 3 - A existência de um órgão guardião da Constituição e dos valores fundamentais da sociedade, que tenha atuação livre e desimpedida, constitucionalmente garantida; **4 - A existência de um sistema de garantia dos direitos humanos, em todas as suas expressões**; 5 - Realização da democracia com a consequente promoção da justiça social; 6 - Observância do princípio da igualdade; 7 - existência de órgãos judiciais, livres e independentes, para a solução dos conflitos entre a sociedade, entre os indivíduos e destes com o Estado



Bolsonaro e o opositor Fernando Haddad entre os eleitores declarados evangélicos é de 11.951.618, número aproximado da diferença de votos totais recebidos por cada um deles, 10.758.023, que asseguraram a vitória de Jair Bolsonaro (EBC, 2018).

Figura 1: Distribuição do eleitorado por tipo de religião e porcentagem de intenção de voto.

Distribuição do eleitorado por tipo de religião e porcentagem de intenção de voto, de acordo os dados da pesquisa Datafolha (25/10/2018), aplicado ao total de votos válidos no segundo turno das eleições presidenciais brasileiras

Religião	Peso da religião amostra	Número de votos válidos por religião	Intenção voto de Bolsonaro	Intenção voto de Haddad	Estimativa de votos válidos Bolsonaro	Estimativa de votos válidos Haddad
Total	100,00	104.838.753	0,56	0,44	58.709.702	46.129.051
Católica	0,56	58.709.702	0,51	0,49	29.941.948	28.767.754
Evangélica	0,30	31.451.626	0,69	0,31	21.701.622	9.750.004
Afro-brasileiras	0,01	1.048.388	0,3	0,7	314.516	733.871
Espiritas	0,03	3.145.163	0,55	0,45	1.729.839	1.415.323
Outra religião	0,01	1.048.388	0,68	0,32	712.904	335.484
Sem religião	0,07	7.338.713	0,45	0,55	3.302.421	4.036.292
Ateu/agnóstico	0,01	1.048.388	0,36	0,64	377.420	670.968

Fonte: Pesquisa Datafolha divulgada em 25 de outubro de 2018.

Agora resta avaliar as ações realizadas pela equipe de Governo de Jair Bolsonaro para saber o quanto era discurso e o quanto pode, de fato, contribuir para a imposição de um Estado Cristão no Brasil.

## 2.2 A Equipe Jair Messias Bolsonaro



Enquanto candidato, o presidente foi muito bem assessorado no discurso que alimentou a pauta de costumes de sua campanha, com foco no eleitorado evangélico conservador, que defende a família tradicional, a heteronormatividade e o controle dos corpos das mulheres. A moral do povo evangélico ficou em alta com a ideia de um “homem simples, do povo, que fala o que pensa” ocupar o cargo de Presidente, e, de fato, isto parece ter sido um propulsor do voto que descarregaram em Jair Bolsonaro, conquanto estar no terceiro casamento, ser violento e fazer uso de linguajar de baixo calão.

Na hora de compor sua equipe ministerial precisou prestar as contas para essa fatia do seu eleitorado, e não decepcionou. As pastas que são chave para resgate dos costumes conservadores, Direitos Humanos, Mulheres, Família, Cultura, Educação, Turismo, dentre outras, foram dominadas por evangélicos, sob muita pressão dos líderes religiosos e da Bancada Evangélica do Congresso Nacional.

A pastora pentecostal Damares Alves foi nomeada para o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. O Ministério da Casa Civil é ocupado pelo luterano Onyx Lorenzoni. O Ministério do Turismo é conduzido pelo membro da Igreja Maranata Marcelo Álvaro Antônio. O ministro da Advocacia Geral da União é o pastor presbiteriano André Luiz Mendonça e o ministro-chefe da Secretaria de Governo, general Luiz Eduardo Ramos, é um batista. São cinco evangélicos no primeiro escalão do governo federal, fora o número significativo de alocados no segundo, sendo o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos o mais tomado por evangélicos.

### **2.3 Ações do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos:**

A Ministra Damares coleciona polêmicas. Na sua posse como Ministra seu discurso ficou marcado com a fala “é inaugurada agora uma nova era no país, em que



menino veste azul, e menina veste rosa (2019)<sup>15</sup>”. Este foi o primeiro aceno para o cumprimento de promessa de campanha que acabaria com a ideologia de gênero (VARELLA, 2019)<sup>16</sup>. A identidade de gênero é um tema que foi completamente esvaziado, apesar de ser um assunto caro para a comunidade LGBTQ+ porque o preconceito e a desinformação geram violência. O discurso foi acompanhado da edição, pelo Presidente Bolsonaro, da Medida Provisória 870/2019, convertida na Lei

n. 13.844/2019, que dispunha acerca da organização dos Ministérios e Secretarias do governo, e retirou a comunidade LGBTQ+ do foco de atuação do Ministério dos Direitos Humanos (art. 49). Um pouco depois, o Ministério da Relações Exteriores, ocupado pelo radical Ernesto Araújo, encaminhou orientação para seus diplomatas para reiterar “o entendimento do governo brasileiro de que a palavra gênero significa o sexo biológico: feminino ou masculino” (2019).

A partir disso, a comunidade LGBTQ+ experimentou o crescimento no número de casos de violência e intolerância, como registrado na pesquisa realizada pela Organização de Mídia Gênero e Número, financiada pela Fundação Ford, divulgada pela Folha de São Paulo (2019).<sup>17</sup>

A exclusão das políticas públicas focadas na comunidade LGBTQ+ não é exatamente um espanto, haja vista as diversas declarações homofóbicas feitas pelo Presidente Jair Bolsonaro. A motivação das declarações é que o comportamento homossexual viola o texto da Bíblia. Na Marcha para Jesus, ocorrida em Brasília, em

---

<sup>15</sup> “Meninos vestem azul e meninas vestem rosa” é apenas um trecho de um discurso marcado pela negação ao reconhecimento das identidades de gênero. Foi bastante polêmico à época, diversos veículos de imprensa divulgaram

<sup>16</sup> Ideologia de gênero é um termo inventado por preconceituosos que não aceitam a diversidade do comportamento sexual humano, segundo Dráuzio Varella

<sup>17</sup> “A violência contra pessoas LGBT no Brasil já é grande e cotidiana”, diz Bolsonaro. “Mas houve um crescimento nas denúncias de organizações LGBT a partir do período eleitoral, quando debates morais, com conteúdo de gênero e sexualidade, foram privilegiados.” Segundo Bulgarelli, boa parte das denúncias surgiram atreladas “a gestos e maneirismos identificados com a campanha do presidente Jair Bolsonaro” (PSL), como o gesto de armas com as mãos”.



agosto de 2019, o Presidente discursou que “não existe essa conversinha de ideologia de gênero. Isso é coisa do capeta (MENA, 2019). Na oportunidade, ele também atacou a família homoafetiva: se querem que eu acolha isso, apresente uma emenda à Constituição e modifique o artigo 226. Lá está escrito que família é homem e mulher. Mesmo mudando isso, como não dá para emendar a Bíblia, vou continuar acreditando na família tradicional”.

A retirada das pautas de gênero e sexualidade instituída pelo Governo, com fundamento na Bíblia, viola as três premissas de laicidade descritas por Blancarte. No primeiro ponto, a supremacia da democracia ao sagrado, essas ações desconsideram as diversas famílias constituídas por casais homoafetivos, bem como as diversas identidades de gênero<sup>18</sup> descritas atualmente, que fazem parte dos cidadãos brasileiros, e, portanto, devem ser considerados.

No segundo ponto, quanto a neutralidade do poder estatal, por constituírem minoria, a comunidade LGBTQ+ precisa que o Estado promova políticas públicas protetivas para exercício pleno de seu direito de existir. Não há espaço para barrar políticas públicas porque o objeto do estudo, ou o grupo focal da política pública é “do capeta”. Essa ideia desvirtua o conceito de democracia, que demanda ações positivas do Estado visando a garantia de direitos das minorias. Um ponto importante a ser destacado quanto a neutralidade do Estado é que ela não significa uma falta de atuação estatal, no sentido de ser neutro, inerte. Pelo contrário, a neutralidade reforça a necessidade de ações positivas do Estado para que minorias possam exercer plenamente suas liberdades individuais.

A neutralidade tem sentido de equidade entre os cidadãos, no sentido de tratar igual os iguais e diferente os diferentes. As premissas de laicidade estão na garantia

---

<sup>18</sup> Gênero com o qual uma pessoa se identifica, que pode ou não concordar com o gênero que lhe foi atribuído quando de seu nascimento. Diferente da sexualidade da pessoa. Identidade de gênero e orientação sexual são dimensões diferentes e que não se confundem. Pessoas transexuais podem ser heterossexuais, lésbicas, gays ou bissexuais, tanto quanto as pessoas cisgênero



de liberdade de pensamento, aqui vale pontuar que pode ser de crença ou não crença, e a neutralidade do Estado nos arranjos políticos, tendo em vista que uma religião não é quem determina a ordem jurídico-política do Estado (DIAS, 2017). A soma desses dois princípios assegura liberdade de consciência, liberdade de culto para qualquer congregação religiosa, e a igualdade entre todos os cidadãos, independente de crença ou não. Nesse sentido (DIAS, 2017, p. 217):

O Estado não é representante de uma parcela da sociedade civil, nem de maiorias políticas ou circunstanciais, mas sim do conjunto da sociedade. Em nosso ver, o Estado que não intervém para reequilibrar a força política de uma maioria que pode limitar os direitos de minorias, perde de certo modo sua neutralidade, já que não preza por assegurar equitativamente os interesses de todos os cidadãos e por corrigir as desigualdades concretas.

No terceiro ponto, viola a liberdade religiosa porque impõe aos membros da comunidade LGBTQ+ proibições do texto da Bíblia, desconsiderando que há pessoas que possam ter outras crenças, ou até mesmo, não crença, e guiem suas vidas por outros valores que não bíblicos.

## **2.4 Ações do Ministério da Educação.**

Para o Ministério da Educação, inicialmente foi ventilado o nome de Mozart Neves Ramos, diretor do Instituto Ayrton Senna, mas a bancada evangélica reagiu forte, porque ele era tido como sujeito moderado. De acordo com os membros da bancada evangélica “o novo governo pode errar em qualquer ministério, menos no da Educação, que é uma questão ideológica para nós”, disse, à época, o deputado federal Sóstenes Cavalcanti (DEM-RJ), membro da bancada evangélica (FARIA, 2019). Para o cargo acabou sendo nomeado Ricardo Vélez Rodrigues, que foi bastante criticado pela indicação de sua Secretária Executiva, o segundo posto mais importante na organização do Ministério, a educadora Iolene Lima.



Foram divulgados, nos órgãos de imprensa, vídeos de Iolene defendendo que o ensino deveria ser baseado “na palavra de Deus”, que o "primeiro matemático e geógrafo foi Deus" e que "as crianças começam a ter contato com essas matérias no primeiro livro da Bíblia Sagrada, o Gênesis". Ela também defendeu organizar o currículo escolar "a partir das escrituras” (HAUBERT, 2019).

Por fim, Iolene não foi nomeada para o cargo ante a pressão exercida pela população, tanto nas redes sociais quanto junto aos políticos no Congresso Nacional. Ricardo Vélez tampouco sobreviveu ao cargo, ocupado somente por três meses, e foi substituído pelo atual Ministro Abraham Weintraub.

A ideia de revisão do conteúdo programático das escolas brasileiras sob a perspectiva de Deus viola frontalmente a laicidade do Estado nas premissas de Blancarte. No primeiro ponto, retira a legitimidade de conceitos construídos e comprovados através da racionalidade e da ciência, por acadêmicos e especialistas de todas as áreas, e a devolve para o texto bíblico cristão, por sua vez, fundamentado em dogmas.

No segundo ponto, viola a neutralidade estatal porque as ações de um estado democrático de direito laico não podem, de forma alguma, impor aos alunos um modelo confessional de ensino. Repete-se, a neutralidade estatal para o conceito de laicidade estatal utilizado neste trabalho tem como premissa o respeito a pluralidade. As ações do estado devem buscar sempre que os sujeitos mantenham uma forma de tolerância, de neutralidade, ante as diversas possibilidades de cultos existentes.

No terceiro ponto, viola o conceito de liberdade religiosa porque nem todos os alunos são cristãos, e tem por premissa a teoria criacionista. A imposição de um modelo de ensino nas escolas do Estado, que tem Deus como Criador Supremo de tudo e todas as coisas pode, em determinado ponto, aumentar o índice de evasão escolar, porque muitos alunos não compartilham dessa mesma crença. Sob a falácia de que o ensino no Brasil promove “doutrinação esquerdista”, o que o governo atual





procura fazer é justamente doutrinação cristã aos alunos, o que é totalmente incabível em um estado laico. O único modelo escolar compatível com laicidade estatal é o não confessional.

Quanto a esse ponto, importante destacar trecho da ementa do voto do Ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2017), no julgamento da ADI 4.439, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, que debateu a questão do ensino religioso nas escolas brasileiras:

O ensino religioso nas escolas públicas, em tese, pode ser ministrado em três modelos: (i) confessional, que tem como objeto a promoção de uma ou mais confissões religiosas; (ii) interconfessional, que corresponde ao ensino de valores e práticas religiosas com base em elementos comuns entre os credos dominantes na sociedade; e

(iii) não confessional, que é desvinculado de religiões específicas.

Somente o modelo não confessional de ensino religioso nas escolas públicas é capaz de se compatibilizar com o princípio da laicidade estatal. Nessa modalidade, a disciplina consiste na exposição, neutra e objetiva, das doutrinas, práticas, história e dimensões sociais das diferentes religiões (incluindo posições não religiosas), e é ministrada por professores regulares da rede pública de ensino, e não por pessoas vinculadas às confissões religiosas.

Iniciar o debate acerca da pluralidade religiosa e liberdade de crença durante a fase educacional é importante para a formação de cidadãos mais conscientes a respeito desses institutos. Quanto mais contato com a diversidade de religiões, e possibilidade de não crença, mais tolerantes e racionais os alunos serão, o que, de certa forma, impede a manipulação do sujeito por maus líderes religiosos. Não à tã forte interesse da FPE nessa pasta, uma vez que a religião também opera um meio de controle social.

## **2.5 Ações na área da Cultura**



A cultura é uma área que sofreu muita influência por parte do poder executivo. De início, o Presidente Jair Bolsonaro rebaixou o Ministério da Cultura para uma secretaria, subordinada inicialmente ao Ministério da Cidadania, e não poupou esforços para estabelecer mudanças. No decreto 9.891/19 (BRASIL, 2019), de junho, o Conselho Nacional de Política Cultural (CNPC) foi alterado substancialmente.

O CNPC é um órgão colegiado responsável por criar as diretrizes da política cultural nacional. O decreto acabou com a eleição dos membros do CNPC, que passaram a serem designados, tornou o conselho um órgão de caráter consultivo, e não mais deliberativo. O decreto também excluiu representantes das expressões culturais LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais) da composição do conselho.

Outro movimento para esvaziar a criação de material cultural, foi o cancelamento de edital de chamamento de projetos para TVs públicas, que tinha entre as categorias de investimento séries com temática LGBTQ+. “Olha, a vida particular de quem quer que seja, ninguém tem nada a ver com isso, mas fazer um filme mostrando a realidade vivida por negros homossexuais no DF, não dá para entender. Mais um filme que foi para o saco” (2019).

O cancelamento do edital foi suficiente para que o secretário de cultura Henrique Pires renunciasse ao cargo (FERNANDES, 2019), além do ajuizamento de ações no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2018). Para a ANCINE, Jair Bolsonaro anunciou que o presidente “precisa saber recitar 200 versículos, ter uma Bíblia embaixo do braço e o joelho ralado de ajoelhar no milho” (2019).

Os materiais foram censurados porque tem conteúdo com temática LGBTQ+, que é um comportamento que o Presidente acha contrário aos valores cristãos, como já afirmado, o que configura mais uma violação a laicidade do Estado.

No primeiro ponto da teoria de Blancarte, o próprio processo de edital público para produção dos filmes é uma ferramenta democrática que garante acesso à cultura



desses grupos, bem como visibilidade perante a sociedade. É um instrumento idôneo, legítimo, que dá credibilidade ao processo de captação de recursos públicos para incentivo à cultura. O cancelamento do edital, então, tão somente por conta da temática contrária aos valores cristãos, significa o retorno da legitimidade para ações públicas no sagrado em despeito à pluralidade inerente à democracia, em confronto ao princípio de laicidade do Estado.

No segundo ponto, edital público tem como regra estabelecer critérios objetivos para aprovação dos projetos, o que fortalece a neutralidade estatal. O cancelamento do edital, por sua vez, esvazia propositalmente a criação de material cultural que representa esta comunidade. O Estado está agindo (ação positiva) então para barrar visibilidade da comunidade LGBTQ+, tão somente porque ela supostamente afronta os valores cristãos, em violação a laicidade do Estado.

No terceiro ponto, a liberdade religiosa e a liberdade sexual estão intimamente relacionadas porque a noção de pecado em algum ponto estará relacionada com o comportamento sexual. As religiões cristãs tendem a normatizar as condutas sexuais de seus fiéis, seja impondo sexo após casamento, a proibição de uso de métodos contraceptivos, e até mesmo o divórcio, amarras que geralmente não existem em sujeitos que estão fora dessas igrejas, como a maioria da comunidade LGBTQ+.

A estratégia feita pelo Poder Executivo parece ser esvaziar a produção cultural desses conteúdos, porque se ninguém vir, eles não existem. Dificultar dessa forma a difusão e a produção de material cultural com temática LGBTQ+ impede que as pessoas exerçam suas liberdades de crenças, e viola a laicidade do Estado. A visibilidade é importante para humanização do sujeito, que se enxerga e se reconhece nas histórias, além de sensibilizar pessoas de fora da comunidade sobre suas diferenças e semelhanças. O modo de fazer política dos evangélicos, seja enquanto legisladores, seja enquanto grupo de pressão presente na sociedade civil brasileira, tem estabelecido de forma muito precisa os inimigos que devem ser combatidos. Essa



é uma estratégia percebida não de agora. Acerca do pleito eleitoral de 2010, Tainah Bielas Dias (2017) lembrou de anotar em sua dissertação de mestrado a ideia trazida por Maria das Dores C. Machado de que “o que se percebeu nesse pleito [de 2010] foi a reconfiguração da política dos segmentos religiosos e, mais especificamente, a politização reativa à agenda dos movimentos feminista e LGBT” (DIAS, 2017).

### **3 O FILTRO QUE IMPEDE A REGULAMENTAÇÃO LEGAL DE ASSUNTOS CONTRÁRIOS AO VALORES CRISTÃOS – A ATUAÇÃO DA FRENTE PARLAMENTAR EVANGÉLICA NO CONGRESSO NACIONAL BRASILEIRO**

#### **3.1 A Frente Parlamentar Evangélica.**

A atual grande visibilidade da atual Frente Parlamentar Evangélica (FPE) no Congresso Nacional tem sido fundamental para o entendimento de como a laicidade ocorre no Brasil. A influência da religião na política brasileira não tem ocorrido mais de maneira discreta. Atualmente essa relação é escancarada, por conta da atuação da FPE, dentro do Congresso Nacional. É um grupo suprapartidário, formado por congressistas de diferentes igrejas evangélicas, pentecostais e neopentecostais, que atuam em conjunto para aprovar ou rejeitar legislações de interesses religiosos, bem como controlar a pauta de discussões no âmbito do legislativo brasileiro.

O que se percebe da atuação da Frente Parlamentar Evangélica é que há uma nítida intenção em “recuperar” valores cristãos na sociedade brasileira. Sob a falsa pretensão de defesa da família, os congressistas trabalham fortemente, de maneira organizada e coesa, para barrar qualquer discussão favoráveis ao progresso, às transformações ou reformas, especialmente relacionadas aos direitos individuais sexuais e reprodutivos das pessoas.

A também chamada bancada evangélica surgiu com a eleição da Assembleia Constituinte, em 1986, e mantém até hoje uma característica: não é homogênea, nem



politicamente nem ideologicamente, mas é, de forma unânime, conservadora. Esse ativismo conservador evangélico traz para a luta política demandas moralistas que são reivindicações reais dos setores populares, não habituados a separar as esferas da política e da moralidade privada (PRANDI; SANTOS, 2016).

Para se ter uma ideia, na 54ª Legislatura (2013-2016) a Frente Parlamentar Evangélica contava com 98 membros. Na legislatura seguinte, o número mais que dobrou, com a eleição de 198 membros. Na atual legislatura, 56ª, o crescimento foi pouco, mas suficiente para manter a força da bancada dentro do Congresso Nacional, num total de 203<sup>19</sup> membros, sendo 195 Deputados Federais e 8 Senadores (BRASIL, 2019). Reunidos na bancada evangélica, costumam votar coesos quando se trata de certas questões morais fundamentadas por interesse religioso comum. À bancada evangélica pode se juntar a escassa parcela de congressistas católicos interessados também em defender pontos de vista de sua religião, formando a chamada bancada da Bíblia, esse estranho conjunto composto por grupos historicamente em pé de guerra entre si.

O problema que por vezes passa despercebido é que a atuação desses congressistas é pura e simplesmente com fundamentalismo religioso, sem qualificação teórica alguma para debater acerca dos temas os quais são engajados, principalmente em combater.

### **3.2 O Perfil da Frente Parlamentar Evangélica**

---

<sup>19</sup> Frente Parlamentar Evangélica registrada em 17.04.2019, a pedido do presidente da Frente Parlamentar o Deputado Federal Silas Câmara. Consta do requerimento: Requeiro nos termos do artigo 15, inciso I e VIII do Regimento Interno da Câmara dos Deputados c/c art. 30 do Ato da Mesa no 69, de 10 de novembro de 2005, o registro da Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional que reúne Deputados Federais e Senadores preocupados em fiscalizar os programas e as políticas governamentais, voltadas à proteção da família, da vida humana e dos excluídos e acompanhar a execução das mesmas, bem como participar do aperfeiçoamento da legislação brasileira do interesse da sociedade e ainda do debate dos grandes temas nacionais



Para corroborar a tese de que a FPE viola as premissas de estado laico de Blancarte, serão utilizadas duas pesquisas realizadas pelo Instituto Datafolha, uma realizada em outubro de 2015, com uma amostra estatisticamente representativa de 340 parlamentares, e outra realizada em setembro de 2014, um levantamento de âmbito nacional, com uma amostra de 10.054 eleitores. Essas pesquisas também são a base do artigo escrito por Reginaldo Prandi e Renan Willian dos Santos, em 2016, para a Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo, com o provocativo título “Quem tem medo da Bancada Evangélica?”, que é bibliografia importante nesse trabalho.

Na pesquisa, foram colhidas opiniões a respeito de temas como pena de morte, pobreza, maioria penal, posse de armas, questões econômicas, benefícios de programas governamentais etc. A cada pesquisado foi apresentada uma bateria composta de pares de afirmações opostas, solicitando-se que o entrevistado escolhesse aquela com a qual concordava mais. Em cada par é possível identificar uma afirmação mais conservadora e outra mais liberal, conforme concepção usual desses termos. A partir disso, são percebidos limites de atuação da bancada evangélica, dentro do jogo político, inclusive sobre temas os quais não tem qualificação teórica para discorrer sobre. Nesse momento, será utilizado da referida pesquisa tão somente os pontos discordantes entre os parlamentares e a população em geral.

Iniciando pelo eleitorado, os temas sobre moral e bons costumes foram apontados de forma decrescente da porcentagem de casos que optaram pela frase que mais bem expressa uma posição conservadora sobre o tema perguntado.

Tabela 1: Opinião dos Eleitores Brasileiros sobre Questões Morais e de Comportamento, Segundo a Religião Declarada.



Posição do pesquisado	Total Brasil	Católicos	Evangélicos não pentecostais	Evangélicos pentecostais	De religião afro-brasileira	De outras religiões	Sem religião e ateus
Optaram pela afirmação abaixo em vez de afirmação com sentido oposto							
Acreditar em Deus torna as pessoas melhores	85,6%	88,1%	90,0%	91,5%	63,6%	65,6%	17,3%
O uso de drogas deve ser proibido porque toda a sociedade sofre com as consequências	81,9%	83,3%	83,8%	85,1%	74,3%	77,8%	51,5%
Adolescentes que cometem crimes devem ser punidos como adultos	75,8%	77,3%	76,6%	74,3%	70,8%	73,3%	53,7%
A maior causa da criminalidade é a maldade das pessoas	60,0%	60,4%	58,9%	62,8%	63,0%	63,3%	26,8%
A pena de morte é a melhor punição para indivíduos que cometem crimes graves	42,8%	46,4%	36,1%	35,3%	46,0%	44,5%	36,4%
Boa parte da pobreza está ligada à preguiça de pessoas que não querem trabalhar	37,6%	38,9%	35,9%	36,8%	37,0%	43,3%	17,9%
Possuir uma arma legalizada deveria ser um direito do cidadão para se	34,9%	38,0%	30,4%	27,7%	35,5%	27,7%	38,4%



defender							
A homossexualidade deve ser desencorajada por toda a sociedade	27,4%	21,5%	40,3%	44,9%	9,2%	8,4%	21,1%
Pessoas pobres de outros países e estados que não trabalham na sua cidade acabam criando problemas para a cidade	26,4%	26,6%	25,5%	26,4%	27,0%	28,2%	20,6%
Número de casos	10.054	5.880	2.057	610	184	143	816

Fonte: Datafolha, pesquisa nacional realizada entre os dias 1 e 3 de setembro de 2014.

De acordo com a Tabela acima, a afirmação que une tanto evangélicos pentecostais, como não pentecostais e católicos é “acreditar em Deus torna as pessoas melhores”. A posição mais conservadora é a obrigatoriedade da crença em Deus para ser uma pessoa de bem. Não é de estranhar que, no Brasil, declarar não acreditar em Deus, ou vacilar na resposta, possa pesar negativamente em uma disputa eleitoral (PRANDI; SANTOS, 2017). No Brasil é mais socialmente aceito a pessoa não seguir uma religião do que não acreditar em Deus. A sociedade brasileira questiona muito a moral dos ateus, e, por isso, é o grupo com maior rejeição dentro dos brasileiros, rejeitados mais do que usuários de drogas ou homossexuais.

O tema das drogas vem em segundo lugar no consenso nacional de rejeição. A ampla maioria da população (81,9%) acredita que o uso de drogas deve ser proibido, pois dele advêm problemas que afetam toda a sociedade, não só o usuário. Os grupos religiosos não se afastam dessa tendência. Essa moralização do problema das drogas





pode ser um dos empecilhos ao avanço de políticas que busquem enfrentá-lo como questão de saúde pública.

O terceiro tema formador de maiorias conservadoras entre o eleitorado é o da redução da maioria penal. Nas diferentes religiões (excluídos os sem religião e ateus), os índices ficam todos muito próximos da taxa geral da população: 75,8% concordam que adolescentes criminosos devem ser punidos como adultos. Esse tema está relacionado à causa da criminalidade. Para 60,0% da população que vota, e novamente os diversos grupos de religiões acompanham esse índice, as pessoas tornam-se criminosas não por causa da falta de oportunidades, mas porque são más. O foco é importante porque quando se acredita que a inclinação para o cometimento de crimes é inerente ao sujeito, e não resultado da marginalização do indivíduo dentro da sociedade, medidas importantes para inserção social do jovem, como educação, são irrelevantes (PRANDI; SANTOS, 2017). Apoiar a reeducação do menor infrator é acreditar que novas oportunidades poderão o tirar da criminalidade, o que é esvaziado quando se entende que a criminalidade advém da maldade intrínseca do indivíduo.

A partir do tópico pena de morte para crimes graves, a maioria das pessoas pesquisadas não assumem mais pensamentos conservadores, e são contrários a medida, a depender do grupo religioso que a pessoa está inserida. A pobreza não é tida mais como preguiça, e sim, falta de oportunidade. Quanto à legalização ao porte de armas, uma minoria é favorável.

O penúltimo item é relacionado a comunidade LGBTQ+. As pautas LGBTQ+ são rotineiramente atacadas pela bancada evangélica, e aqui vale destacar que enquanto o índice de rejeição total Brasil é de 27,4%, entre os evangélicos essa rejeição quase dobra, chegando a 44% nos grupos não pentecostais. A bancada evangélica atua bastante para barrar progressos nessa área, como será visto a seguir.



Após colher as informações da população brasileira a respeito de questões de moral, comportamentais, economia e atuação do governo, trata-se de descobrir como os representantes do povo no parlamento reagem às mesmas perguntas.

Os resultados estão disponíveis para três grupos: o conjunto dos congressistas, a bancada evangélica em seu conjunto (não pentecostais e pentecostais) e a parte pentecostal da bancada evangélica.

Tabela 2: Opinião dos Congressistas Brasileiros sobre as Questões Morais e de Comportamento Enumeradas Segundo a Religião Declarada

Posição do pesquisado	Congressos Nacionais	Bancada evangélica(*)	Congressistas pentecostais
Acreditar em Deus torna as pessoas melhores	67,3%	85,9%	79,3%
O uso de drogas deve ser proibido porque toda a sociedade sofre com as consequências	78,3%	95,3%	97,2%
Adolescentes que cometem crimes devem ser punidos como adultos	38,2%	38,5%	46,6%
A maior causa da criminalidade é a maldade das pessoas	16,7%	20,1%	22,5%
A pena de morte é a melhor punição para indivíduos que cometem crimes graves	8,1%	9,6%	0%
Boa parte da pobreza está ligada à preguiça de pessoas que não querem trabalhar	6,3%	9,3%	5,3%
Possuir uma arma legalizada deveria ser um direito do cidadão para se defender	42,2%	58,7%	67,6%
A homossexualidade deve ser desencorajada por toda a sociedade	14,4%	46,2%	41,9%



Pessoas pobres de outros países e estados que vão trabalhar na sua cidade acabam criando problemas para a cidade	12,2%	14,9%	19,0%
Número de casos	340	40	33

\*Inclui congressistas evangélicos pentecostais e não pentecostais

Fonte: Datafolha, pesquisa realizada entre os dias 15 de setembro e 9 de outubro de 2015 com amostra de 340 parlamentares.

O primeiro item da tabela já aponta uma diferença entre o eleitorado e o Congresso. Apenas 67,3% dos parlamentares concordam que acreditar em Deus torna as pessoas melhores. Mesmo entre os parlamentares pentecostais o índice é menor que do eleitorado: 79,3% concordam, enquanto entre os eleitores pentecostais a afirmação foi aceita por 91,5% dos entrevistados.

Sobre o tema das drogas, as coisas também se tornam um pouco mais complexas no âmbito do Congresso: enquanto a moralização do uso de drogas é semelhante comparando-se a população em geral (81,9%) com o conjunto dos parlamentares (78,3%), a comparação entre a rejeição por parte do eleitorado pentecostal (85,1%) e a dos congressistas pentecostais (97,2%) revela uma sobrevalorização parlamentar do tema, não só entre os parlamentares evangélicos, mas em toda a Casa (78,3%). Também é o que mais aproxima pentecostais de não pentecostais no interior da bancada evangélica. Essa quase unanimidade não significa, porém, que esse seja o assunto de maior empenho por parte dos congressistas evangélicos.

O contrário acontece em relação ao tema da maioria penal: só 38,2% dos parlamentares acham que a maioria penal deveria ser reduzida para crimes violentos, um número que fica próximo apenas da metade do que consta entre o eleitorado geral (75,8%). O mesmo acontece na comparação da bancada evangélica com a população evangélica: 38,5% de aceitação de redução da maioria penal na



bancada evangélica, contra 76,6% e 74,3% entre a população evangélica não pentecostal e pentecostal, respectivamente. Aqui há uma subvalorização parlamentar do tema.

É de extrema importância para a conclusão do presente trabalho que fique claro que há uma independência da Bancada Evangélica perante seu eleitorado, como afirma os dados sobre drogas, tema superestimado pelos Congressistas, e a maioria penal, tema subestimado por eles em relação a importância para o eleitorado.

De forma equilibrada com o Congresso como um todo (16,7%), apenas 20,1% da bancada evangélica é da opinião de que “a maior causa da criminalidade é a maldade das pessoas”. Ou seja, a ideia de que a maldade é intrínseca ao indivíduo e nada tem a ver com a falta de oportunidades, um pensamento bastante presente dentro do eleitorado evangélico, não é o pensamento da ampla maioria dos parlamentares evangélicos. Isso fica ainda mais evidente no item seguinte: só 9,6% da bancada evangélica é a favor da pena de morte, e, entre os congressistas pentecostais, não há sequer um que apoie a ideia. A diferença de opinião em relação aos números do eleitorado evangélico é relevante, mesmo se levando em conta que os evangélicos são relativamente a parcela da população que menos apoia a pena de morte. Sobre pobreza, também a opinião da bancada evangélica é distinta da maioria do seu eleitorado, e muito parecida com a opinião do Congresso em geral. Em relação ao porte de armas, há uma discrepância enorme, já que a maioria do eleitorado se mostra contrário, e os parlamentares em peso apoiam a ideia.

Por fim, o mais controverso dos temas: o da homossexualidade. Aqui há um descolamento da opinião da bancada evangélica com o resto do Congresso. Somente 14,4% dos congressistas têm uma visão negativa da homossexualidade, mas essa taxa sobe para 46,2% na bancada evangélica. É discrepante também em relação ao eleitorado, muito maior do que aquela que se constata entre a rejeição do eleitorado



em geral (27,4%) comparada com a dos evangélicos não pentecostais (40,3%) e a dos pentecostais (44,9%). Esse é, portanto, o tema por excelência em torno do qual se mobilizam os eleitores e mais ainda os parlamentares evangélicos. Não por acaso, entre todos os temas abordados, é o que a bancada evangélica fica mais distante da posição dos parlamentares em geral e mais próxima de seus representados. É um tema que há muita atenção da bancada evangélica, mas que Prandi e Santos defendem que não há motivo de alarde porque a atuação dela é reativa, contenciosa. Como exemplo, os autores citam que a bancada atua para barrar a criminalização da homofobia, mas não propõe um projeto que torne crime a homossexualidade, ao menos até então. Seja na sociedade, seja no parlamento, a religião, evangélica ou não, quando procura se impor, age como um freio ao avanço da modernidade, não mais como ideologia orientadora da ação, como guia para todos, como “farol da política contemporânea” e da sociedade (PRANDI; SANTOS, 2017).

Ocorre que da criação da Frente Parlamentar Evangélica em 1986 até os dias atuais é possível perceber, na atual legislatura, que há uma mudança comportamental de sua atuação. Antigamente, provavelmente por não ter membros suficientes, a FPE atuava de forma reativa, fazendo barulho quando algum tema que iria de encontro aos valores cristãos fosse aprovado, mas sem propor retrocessos aos direitos já conquistados. Atualmente, para recuperar os valores cristãos, há comportamento ativo dos membros, que já fazem propostas legislativas para derrubar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e proibir o aborto até mesmo em casos de estupro.

Outra prova de que a FPE está mudando sua atuação é que já há protocolado no Senado Federal, assinados por seus membros, pedidos de impeachment de ministros do Supremo Tribunal Federal<sup>20</sup> que votaram a favor da criminalização da homofobia,

---

<sup>20</sup> Encabeçado pela Deputada Bia Kicis (PSL/DF) o texto afirma que os ministros atuaram "em desacordo com a separação dos Poderes, na medida em que legislam no lugar dos parlamentares eleitos diretamente pelo povo para o exercício dessa função". O pedido pede a destituição dos Ministros Celso de Mello, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes e foi assinado por parlamentares de bancadas conservadoras, especialmente a Frente Parlamentar Evangélica



na prática equiparar o crime de homofobia ao de racismo, por supostamente estarem legislando, o que seria proibido e configuraria, em tese, crime de responsabilidade.

Sob esse cenário, é importante assinalar os limites de atuação que os membros da FPE devem ter, porque notoriamente o grupo parlamentar não utiliza da razão pública, e demonstra sua força para impor suas vontades e valores morais a todos os brasileiros, através de projetos de leis e ações que violam as premissas de laicidade definidas por Blancarte.

### **3.3 PLC 122/2006 – criminalização da homofobia – proposta legislativa barrada no Congresso Nacional pela atuação da Frente Parlamentar Evangélica**

Para delimitação do tema, aqui será analisada a tramitação do PLC 122/2006, acerca da criminalização da homofobia. O motivo desse corte teórico é porque a discussão foi definida posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, e os efeitos desse choque entre o Parlamento e a Suprema Corte serão fundamentais para o capítulo acerca das medidas previstas pelos atores políticos religiosos para impedir a atuação do judiciário no avanço de temas caros à bancada evangélica e ao Presidente Jair Bolsonaro. Mas, como bem assentou Tainah Bielias Dias:

Há outros projetos propostos por parlamentares da FPE que tem foco combater o reconhecimento de direitos da população LGBT+, como o DL 234/2011, que versa sobre a cura gay, permitindo procedimento banido pelo Conselho Federal de Psicologia chamado reversão do homossexualismo. A retórica dos parlamentares que compõem a FPE no que concerne às homossexualidades (e também às transexualidades) é de constantes tentativas de desqualificação das formas de expressão da sexualidade e das performances de gênero (Judith BUTLER, 2015) que fogem à heteronormatividade, e em todo momento eles tentam caracterizar como ilegítimas frente a verdade absoluta da heterossexualidade, religiosamente legitimada. É o objeto central do PL 6583/2013 – o Estatuto da Família, que desconhece a união homoafetiva como entidade familiar (DIAS, 2017).



O PLC 122/2006, também conhecido como “lei anti-homofobia”, tinha como objeto incluir a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero no Código Penal, especificamente na Lei nº 7.716, de 1989 (também conhecida como Lei do Racismo), que já prevê a punição da discriminação motivada por “raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (Lei nº 7.716/1989). Proposto em 2001 na Câmara dos Deputados, foi arquivado no Senado Federal em fevereiro de 2015. É regra do processo legislativo brasileiro o arquivamento automático de proposições que não avançam após o período de três legislaturas consecutivas. Foram, portanto, quatorze anos de tramitação do projeto de lei no poder legislativo.

O motivo principal que o projeto de lei não avançou foi a atuação da FPE, que em uma tentativa de esvaziar o PL, o nomeou de “mordaça gay”, porque supostamente os líderes religiosos que pregassem em suas congregações contra o “homossexualismo” poderiam sofrer censura e até irem presos. Outro fundamento utilizado pela bancada evangélica é que o PL seria um privilégio para a comunidade LGBTQ+, haja vista que os crimes de agressão física e verbal já tinham previsão penal. Nessa época, um dos deputados mais atuantes da FPE, o Deputado Carlos Apolinário (2010), escreveu um artigo para a Folha de São Paulo, com o título a “Lei da Mordaça”, do qual se extrai o seguinte trecho:

No Brasil, quem se manifestasse contra o regime militar era processado e preso. No Irã, discordar da religião oficial pode resultar até em morte. Na China, a crítica ao comunismo é severamente punida. Em todos esses casos, estamos falando de uma ditadura. Hoje, no Brasil, é diferente. As liberdades de consciência, crença e expressão são invioláveis. Mas, desde 2006, um projeto de lei que tramita no Congresso Nacional ameaça esse direito. Trata-se do PL 122, que, a pretexto de assegurar os direitos dos homossexuais, cria a lei da mordaça, que pune até com prisão quem não concorda com o homossexualismo ou com o comportamento dos homossexuais (APOLINARIO, 2010).

Da leitura da tramitação do projeto (BRASIL, 2006), a estratégia utilizada pelos opositores, integralmente membros da FPE, para barrar o PLC 122 foi a



burocracia. O projeto foi encaminhado para a Comissão de Constituição e Justiça, passo obrigatório para sua votação, e a movimentação da FPE foi para que a relatoria dele ficasse a cargo de seus membros. Os relatores foram os deputados federais Bispo Rodrigues (PL-RJ), de 2001 a 2003, Bonifácio Andrada (PSDB-MG), 2003 a 2004, Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP), 2004 a 2005. Durante todo esse tempo não foi apresentado qualquer relatório acerca do PL. Foram quatro anos até que o PL conseguisse sair da relatoria de um membro da FPE, o Deputado Luciano Zica (PT-SP), que finalmente apresentou parecer pela constitucionalidade do projeto.

Outros parlamentares que atuaram burocraticamente foram o Bispo Rodrigues (PFL-RJ) e do Senador Magno Malta (PR-ES) que pediram vistas dos autos diversas vezes, tempo suficiente para que a proposição ultrapassasse o limite de três legislaturas sem conclusão, que fatalmente conclui pelo seu arquivamento.

É interessante anotar o discurso falacioso utilizado pelos membros da FPE de que a criminalização da homofobia viola o texto constitucional, especificamente nos pontos de liberdade de expressão e liberdade religiosa, e que criminalizar a homofobia é um privilégio.

No último parecer, apresentado como projeto substitutivo, o relator Paulo Paim (PT-RS) citou trechos que são importantes destacar (BRASIL, 2013, p. 157):

Diante desse esforço político de buscar o acordo e a conciliação, enfrentamos reações ao projeto de quem o considera exagerado nessa proteção. Entretanto, não nos parece uma atitude razoável considerar exagerado o combate ao preconceito contra as pessoas em razão de sua cor, etnia, religião, de sua origem, de seu gênero sexual, de sua idade, de sua orientação sexual, de sua condição de pessoa com deficiência.

Estamos convictos de que ninguém perde e todos ganham com o substitutivo ora apresentado. Ele se consubstancia em modificação legislativa que não traz prejuízos de nenhuma ordem a ninguém e ainda é capaz de elevar nosso patamar civilizatório, ao incorporar o entendimento de que a vida humana com dignidade pressupõe respeito e de que o combate





à discriminação assume destaque num sistema jurídico referenciado nos Direitos Humanos e nas liberdades públicas.

Ouvimos a todos na busca de um texto que, embora saibamos que não é o ideal, fica próximo à vontade das partes envolvidas nesse debate. Com isso, fizemos **seis alterações** no relatório:

A **primeira alteração** atendeu ao pedido de setores religiosos para que não entrássemos na polémica da homofobia.

A **segunda alteração** é que colocamos no artigo 8º do substitutivo apresentado, em seu parágrafo único, parte final, "**resguardado o respeito devido aos espaços religiosos**," quanto à manifestação de afetividade de qualquer pessoa em local público ou privado aberto ao público.

Em complemento à segunda mudança, atendemos a outra sugestão, eis a **terceira alteração**: a de acrescentar ao parágrafo único do artigo 8º, do substitutivo, a palavra "eventos", sendo que a redação final ficou: "**resguardado o respeito devido aos espaços e eventos religiosos**".

A **quarta alteração** que fizemos é que colocamos numa única Lei todo o tipo de preconceito, para que ninguém dissesse que tínhamos feito uma Lei especial para a orientação sexual, ou seja, todos os discriminados estarão contemplados. Assim, agradeço quanto a isso, principalmente o movimento negro por ter aceitado o debate e entendido esse ponto de vista.

A **quinta alteração** é que nos preocupamos em elaborar uma Lei que combata aquilo que consideramos ser unanimidade: "combata o ódio, a intolerância e a violência de um ser humano contra o outro".

E, por fim, a **sexta alteração**, após diversas discussões, pediu-se que o projeto não fosse remetido ao Código Penal Brasileiro e seguisse na linha de combate ao ódio, à intolerância e ao preconceito contra todas as pessoas, em respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e da indivisibilidade dos direitos humanos. Por isso, retiramos do relatório, o artigo 3º, que alterava o artigo 140, parágrafo 3º, do Código Penal Brasileiro e que apresentava a seguinte redação.

Da leitura do parecer não é difícil concluir que o PL foi totalmente esvaziado, e, não somente, modificado a tal ponto que ao invés de criminalizar a homofobia, seria suficiente para proteger a atuação homofóbica de grupos religiosos, com as premissas de liberdade religiosa, liberdade de expressão, e que não é cabível privilégios a



comunidade LGBTQ+, nos termos dos discursos dos membros da FPE. No fim das contas, a própria comunidade não queria a aprovação deste substituto, que praticamente legalizava a homofobia.

### **3.4 Violações ao Estado Laico cometidas pela Frente Parlamentar Evangélica**

A modificação por completo do que seria um projeto de lei para criminalizar a homofobia, promovida a cargo da FPE, viola frontalmente a laicidade do Estado. A questão da violência contra a comunidade LGBTQ+ é urgente no Brasil, haja vista ser o país com maior índice de crimes contra a vida de seus membros (BORTONI, 2018). Não resta dúvida acerca do interesse e da legitimidade desta comunidade para cobrar um PL que criminalize violências com base homofóbica. Retirar a legitimidade desta comunidade, com a falsa pretensão de que caracterizaria um privilégio e ofenderia o livre exercício da fé cristão de líderes religiosos, configura violação ao primeiro ponto da teoria de laicidade de Blancarte.

No segundo ponto, a neutralidade estatal foi violada porque aqui houve uma atuação positiva, coesa e bem programada, dos membros da FPE para impedir uma ação positiva do Estado na defesa da comunidade LGBTQ+. Os fundamentos trazidos pelos parlamentares evangélicos não se sustentam. É importante frisar que conceder direitos a comunidade LGBTQ+ não significa perda de direitos da comunidade cristã, como eles defendiam. A liberdade de expressão é um direito fundamental, porém não é absoluto, assim como todos os direitos fundamentais. A limitação ao exercício dos direitos fundamentais encontra respaldo nos próprios direitos fundamentais. A liberdade de expressão de um sujeito é garantida até que não ofenda a dignidade da pessoa humana de outro sujeito, por exemplo. Com efeito, utilizar de



burocracia para que o projeto fosse definitivamente arquivado demonstra o quão forte a FPE pode vir a ser quando quer defender seus interesses. E isso cria um buraco de legitimidade, uma vez que os Deputados Federais e Senadores eleitos estão representados cidadãos de todo o Estado, não somente os membros de suas congregações religiosas.

Aqui, reitera-se o que foi trazido no capítulo inicial, não se pode permitir, em um Estado diverso como o Brasil, que os representantes deixem de debater e deliberar determinados temas porque contrariam a doutrina supostamente professada por sua religião, e que, os atores políticos, no desempenho de suas funções, devem procurar utilizar da razão pública. A razão pública permite que os atores sociais políticos, de qualquer esfera do poder, que, vale ressaltar, são tão cidadãos quanto à população geral que não exerce função política, possam tomar decisões políticas amplas, doutrinas abrangentes<sup>21</sup>, formando um consenso sobreposto reconhecido por todos, em respeito à pluralidade, que é inerente aos estados democráticos (SILVEIRA, 2009).

No terceiro ponto, quanto a liberdade religiosa, a violação é encontrada no discurso falacioso de que criminalizar a homofobia violaria a própria liberdade religiosa. Nesse ponto é importante destacar que o discurso é vazio, sem fundamentos concretos, tão somente com uso de palavras de efeito, principalmente censura e mordação. A base da homofobia é a falta de respeito ao sujeito LGBTQ+. Portanto, quando uma religião professa que homossexuais são do capeta, ou sujos, ou vão para o inferno, o que se tem, na verdade, é o aumento do estigma e do preconceito causadores de violência contra a comunidade LGBTQ+. A movimentação da FPE para alterar o PLC 122/2006 acerca dessa questão foi para “resguardar o respeito devido aos espaços e eventos religiosos”. Ocorre que a liberdade religiosa está garantida até o

---

<sup>21</sup> Doutrinas abrangentes são aquelas que englobam os vários níveis da existência humana e, portanto, julgam-se aplicáveis a todos os aspectos da vida social



ponto que não configure discurso de ódio, hostilidade ou violência contra pessoas por conta de suas orientações sexuais.

## **4 O IMPACTO DE UM MINISTRO TERRIVELMENTE EVANGÉLICO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

### **4.1 O Ativismo Constitucional do Supremo Tribunal Federal**

De início, cabe fazer um breve diagnóstico da atuação da corte constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal. Não é de hoje que se discute o protagonismo da Suprema Corte em definições de questões importantes para a sociedade, e esse fenômeno até tem nome, judicialização da política. “Judicialização da política” tem sido a expressão mais frequente, na academia nacional, para designar a crescente participação judicial, em especial do STF, na decisão de questões típica e tradicionalmente decididas na esfera de atuação dos poderes eleitos (ARGUELHES, 2014).

Acerca do tema, o Ministro Luís Roberto Barroso (2009) diz que:

Entre os fatores tipicamente utilizados na construção de explicações para a judicialização da política que vivenciamos hoje no país, é frequente encontrar: (i) a canalização, para o Judiciário, de expectativas sociais frustradas diante de um Legislativo e um Executivo insuficientemente responsivos;<sup>4</sup> (ii) o redesenho do sistema Brasileiro de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988, ampliando não apenas o poder de controle do STF, como também os canais pelos quais diferentes atores políticos e sociais poderiam provocar a atuação do Tribunal;<sup>5</sup> (iii) a “constitucionalização abrangente”, com a adoção de um texto constitucional simultaneamente amplo e detalhado, pavimentando o caminho para que diversas questões antes consideradas políticas sejam tratadas como judicializáveis;<sup>6</sup> (iv) o comportamento estratégico por parte de atores políticos que veem na intervenção judicial a chance de reverter decisões desfavoráveis em arenas decisórias majoritárias, como o Congresso Nacional;<sup>7</sup> por fim, (v) a crescente consolidação da democracia no país, que amplifica todos os fatores acima, ao mobilizar a cidadania na busca por mecanismos para fazer



valer seus direitos e fortalecer o judiciário como ator relativamente independente da atuação das forças políticas do momento.

Dentro do corte teórico estabelecido no capítulo anterior, é fácil perceber que os motivos que levaram o Supremo Tribunal Federal decidir pela criminalização da homofobia são (i) a canalização, para o Judiciário, de expectativas sociais frustradas diante de um Legislativo e um Executivo insuficientemente responsivos e (ii) a crescente consolidação da democracia no país, que amplifica todos os fatores acima, ao mobilizar a cidadania na busca por mecanismos para fazer valer seus direitos e fortalecer o judiciário como ator relativamente independente da atuação das forças políticas do momento.

Dentre os casos célebres de judicialização da política estão o reconhecimento da união homoafetiva, a permissão de aborto de fetos anencéfalos, e a criminalização da homofobia. Esse fenômeno leva a outro, chamado ativismo judicial. Quanto aeste ponto, Ministro Luís Roberto Barroso (2009) diz:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Existe quem defenda que o ativismo judicial viola a separação dos poderes, que não cabe ao STF decidir sobre questões que caberiam ao parlamento, que o ativismo judicial representa uma forma do STF legislar. Ocorre que com a evolução



da democracia, dos seus processos, das suas demandas, o que se observa é o surgimento de um fenômeno chamado ativismo constitucional.

O ativismo constitucional é toda ação que tenha como meta realizar a Constituição, ou mais especificamente, é o conjunto de ações, sempre complexo e descentralizado, de fazer valer as normas constitucionais jus fundamentais em todas as práticas de poder, seja pelo administrador público, seja pelo legislador, seja pelo juiz (PETER, 2015). Teoria fundamentada em três premissas básicas (i) da supremacia da lei para a supremacia da Constituição (ii) da separação de funções dos poderes de Estado para a interdependência dos Poderes (iii) da dogmática jurídico-subjetiva para a dogmática jurídico-objetiva dos direitos fundamentais.

Os temas judicialização da política, ativismo judicial e ativismo constitucional rendem diversos trabalhos, e o objetivo apresentado nessa monografia não é esse. O que se aproveita dessa realidade é o fato inegável de que o Supremo Tribunal Federal é protagonista na definição de demandas, especialmente da comunidade LGBTQ+, que ficaram de alguma forma barradas pelo Legislativo e Executivo. Ocorre que esse protagonismo pode estar com os dias contados, haja vista a intenção do Presidente Jair Bolsonaro em nomear para o STF um ministro “terrivelmente evangélico”.

## **4.2 ADO 26 – Criminalização da homofobia**

A ação direito de inconstitucionalidade por omissão 26 foi ajuizada pelo Partido Popular Socialista e teve como objeto o reconhecimento da omissão do Estado em tipificar o crime de homofobia.

Falaram: pelo requerente, o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União; pelo Presidente do Senado Federal, o Dr. Fernando César de Souza Cunha, Advogado-Geral do Senado Federal; pelo *amicus curiae* Grupo Gay da Bahia –



GGB, o Dr. Thiago Gomes Viana; pelo *amicus curiae* Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual – GADVS, o Dr. Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia; pelo *amicus curiae* Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE, o Dr. Luigi Mateus Braga; pelo *amicus curiae* Frente Parlamentar "Mista" da Família e Apoio à Vida, o Dr. Walter de Paula e Silva e o Dr. Cícero Gomes Lage; pelo *amicus curiae* Grupo Dignidade - pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a Dra. Ananda Hadah Rodrigues Puchta; pelo *amicus curiae* Associação Nacional de Travestis e Transsexuais – ANTRA.

O Dr. Luigi Mateus Braga, que falou em nome da Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE, em sua sustentação oral, perante os Ministros do STF disse:

Ao equiparar a homofobia ao crime de racismo teremos uma situação um tanto quanto complexa. Nós sabemos, por exemplo, o que diz a Bíblia sobre a homossexualidade, e pode ser tratado como discriminatória e a ordem seria a busca e apreensão. O texto bíblico é claro no entanto o que nós não queremos é correr o risco de sermos punidos por um fato social, nesse momento aqui representado por textos bíblicos nós gostaríamos que fosse feito a ressalva com relação ao art. 20, de assegurar o direito de liberdade religiosa, de continuar pregando os textos bíblicos.

Em suma, os mesmos fundamentos utilizados pela FPE para impedir a tramitação do projeto de lei que criminaliza a homofobia foram utilizados pelas partes que pediam a improcedência da ADO 26, especialmente assegurar a liberdade de expressão e a liberdade religiosa para continuar proferindo pregações discriminatórias. Ademais, é no mínimo estranho o fato de que o ilustre Doutor tenha trazido em sua sustentação oral, em uma corte constitucional, fundamentos firmados na Bíblia, e não na Constituição, em flagrante violação a laicidade do Estado. Quanto a este ponto, o Ministro Celso de Mello, relator da ADO 26, assentou em seu voto:



É inquestionável que a liberdade religiosa qualifica-se como pressuposto essencial e necessário à prática do regime democrático. A livre expressão de ideias, pensamentos e convicções, em sede confessional, não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público nem submetida a ilícitas interferências do Estado.

Tenho sempre enfatizado, nesta Corte, que nada se revela mais nocivo e mais perigoso do que a pretensão do Estado de reprimir, de cercear ou de embaraçar a liberdade de expressão, mesmo que se objetive – com apoio no direito fundamental à livre manifestação de opiniões – expor e transmitir ideias, oferecer propostas doutrinárias, apresentar formulações ou sustentar posições teológicas que a maioria da coletividade eventualmente repudie, pois, nesse tema, guardo a convicção de que o pensamento há de ser livre, permanentemente livre, essencialmente livre. Inquestionável, desse modo, que a livre expressão de ideias, pensamentos e convicções não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público nem submetida a ilícitas interferências do Estado.

O pluralismo (que legitima a livre circulação de ideias e que, por isso mesmo, estimula a prática da tolerância) exprime, por tal razão, um dos fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito! É o que expressamente proclama, em seu art. 1º, inciso V, a própria Constituição da República.

É que pronunciamentos de índole religiosa que extravasam os limites da livre manifestação de ideias, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público contra os integrantes da comunidade LGBT, por exemplo, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal. Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio público – veiculadas com evidente superação dos limites da propagação de ideias – transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional.

A ação foi julgada parcialmente procedente enquadrando homofobia e transfobia como racismo, mais especificamente “racismo social”, nos termos da Lei 7.716/89. Os crimes especificados na Lei de Racismo são punidos quando resultantes





de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. O sentido da expressão “raça” foi alargado, mediante interpretação conforme a Constituição, de forma a abranger atos tidos como homofóbicos ou transfóbicos.

A controvérsia que tramitou durante 15 anos no Poder Legislativo, e não avançou por conta da atuação da FPE, foi definida pelo STF em um exemplo de atuação da Corte em ativismo constitucional.

Antes mesmo do término do julgamento, quando interrompido o julgamento após o voto de quatro Ministros, os grupos políticos conservadores reagiram. Quinze deputados federais, a maioria membros da Frente Parlamentar Evangélica, em um movimento atípico para a atuação dos membros da FPE, que até então era reativa e não proativa, protocolizaram pedidos de impeachment (BOLDRINI, 2019) dos Ministros do STF que votaram a favor da criminalização da homofobia, no caso, Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso. Para os deputados, os ministros do STF cometeram crime de responsabilidade ao desobedecerem ao princípio da reserva legal.

Após o término do julgado, com a procedência do pedido, a reação do Presidente Jair Bolsonaro foi “com todo o respeito, mas (criminalizar homofobia) é uma decisão completamente equivocada. Além de (o STF) legislar, está aprofundando a luta de classes. Se tem um evangélico lá, pedia vista em cima desse processo e ‘senta lá em cima’ por anos” (COSTA,2019). Com essa fala super sincera que o Presidente da República revela sua intenção, e o meio para execução, de construção de um estado brasileiro cristão.

### 4.3 Supremos

O Supremo Tribunal Federal é um órgão colegiado, mas que tem cada vez mais crescido em atuação monocrática de seus membros. Em termos quantitativos, o Supremo funciona como um aglomerado de gabinetes que municiam decisões



monocráticas dos ministros. Decisões nas quais há múltiplos ministros envolvidos são excepcionais, e respondem por uma ínfima parte do tempo e da estrutura do tribunal (ARGUELHES; HARTMAN, 2015).

Nota-se que a monocratização das decisões do STF tem sido utilizada por vezes de maneira estratégica, para que assuntos que sejam do interesse do Ministro votar, ou deixar de votar, corram no tempo de seu interesse. Para citar um exemplo, foi a revogação, em 2018, das liminares concedidas monocraticamente pelo Ministro Luiz Fux, em 2014, para manutenção do auxílio-moradia aos magistrados<sup>22</sup>, após o Presidente Michel Temer sancionar o reajuste dessa categoria, absorvendo esses valores para sua remuneração. A movimentação ocorreu às claras, e foi amplamente divulgada na imprensa (CONJUR, 2018) à época.

Além disso, há o mecanismo individual para retirar um processo de pauta, chamado pedido de vista. Trata-se de uma ferramenta para que um Ministro estude de forma mais profunda determinada controvérsia posta em julgamento antes de proferir o voto. Está previsto no Regimento Interno do STF: “art. 134. Se algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente”.

Ocorre que esse prazo quase nunca é respeitado, e o pedido de vista tornou-se um super poder de veto, sem previsão em qualquer texto constitucional ou legal, que os Ministros do STF se deram. Dois casos notórios do uso político do pedido de vista foram o do Ministro Dias Toffoli, quando já havia maioria formada no sentido de não permitir que réus ocupassem as cadeiras de presidência da Câmara ou Senado<sup>23</sup>, por serem cargos sucessórios da Presidência, quando Renam Calheiros, então presidente do Senado, estava prestes a se tornar réu em uma ação penal; e o do Ministro Gilmar Mendes, com maioria formada para proibir financiamento

---

<sup>22</sup> AO 1.773

<sup>23</sup> ADPF 402



empresarial de campanhas eleitorais<sup>24</sup>, que só foi devolvido 17 meses depois, após o pleito eleitoral.

Na oportunidade do referido pedido de vistas do Ministro Gilmar Mendes, muitos acadêmicos bateram forte em Ricardo Lewandowski, Ministro que ocupava o cargo de Presidente da Corte à época, alegando que cabia a ele exercer o poder de contenção dos Ministros, para que sejam respeitados os prazos definidos no regimento da Corte. Acontece que é conveniente a todos eles a manutenção desse poder de super veto, porque eventualmente haverá alguma questão cara ao indivíduo Ministro que ele não quer que seja definida.

Quando houve dúvida acerca do procedimento previsto no Regimento Interno do Senado para o processamento do impeachment da Presidente Dilma Roussef, foi o STF que decidiu como deveria ser. Mas não há órgão que diga ao STF como ele deve seguir seu regimento, essa é uma atividade de autocontenção, cabe aos próprios Ministros decidirem de que forma as regras previstas ali serão aplicadas.

Essa é uma distorção do sistema, uma falha grave no sistema. O veto é ferramenta prevista para o Chefe do Executivo, que pode ser posteriormente derrubado pelo Poder Legislativo. O veto judiciário não tem previsão em lugar algum, e é, em algum ponto, uma medida autoritária, porque carece de controle posterior, de modo que basta a opinião do sujeito. Acontece que esse poder também será concedido aos Ministros nomeados pelo Presidente Jair Bolsonaro, e ele conta com isso para que seja esvaziado o protagonismo do STF, em ativismo constitucional, na definição de questões contrárias aos valores cristãos.

A fala do Presidente Jair Bolsonaro, após o término do julgamento que criminalizou a homofobia, apesar de já ter sido citada anteriormente, merece reforço porque foi explícita: com todo o respeito, mas (criminalizar homofobia) é uma decisão completamente equivocada. Além de (o STF) legislar, está aprofundando

---

<sup>24</sup> ADI 4.650



a luta de classes. Se tem um evangélico lá, pedia vista em cima desse processo e ‘senta lá em cima’ por anos (COSTA, 2019).

Nomear um Ministro para o STF para que ele utilize o equivocado veto judiciário é, para além de imoral, uma afronta ao Estado Laico de Blancarte.

No primeiro ponto, a legitimidade de atuação de um Ministro do STF está na Constituição Federal. Como membro de um órgão que tem como função primordial a defesa da Constituição, é nos ditames constitucionais, e não nos bíblicos, que um Ministro deve guiar sua atuação.

No segundo ponto, quanto a neutralidade do Estado, um juiz deve ser imparcial. Suas preferências devem ser deixadas de lado na hora da tomada de decisão. Deve se ater aos fatos e informações disponíveis e, com base nelas, e não em suas preferências, tomar a decisão (razão pública). Não há espaço para que um juiz decida a questão tão somente em sua opinião, suas crenças e seus valores. Ser imparcial significa também reconhecer o Direito até mesmo quando ele afrontar os seus valores pessoais.

No terceiro ponto, quanto a liberdade religiosa, reitera-se que não é permitida a imposição de valores e costumes de uma religião a todos os indivíduos. O juiz tem a liberdade de crença e culto, mas não pode utilizar seu poder enquanto magistrado para impor suas crenças aos jurisdicionados.

Ademais, cabe ressaltar que para além de violar o Estado Laico, o pedido de vista político também viola o princípio da inafastabilidade de jurisdição. Dessa forma, não pode(ria) um Ministro monocraticamente impedir que o Tribunal julgue um caso trazido a sua baila para definição.

Essas são questões especulativas, ainda não se sabe se o Presidente vai cumprir sua promessa de nomear um Ministro terrivelmente evangélico, nem mesmo se ele conseguirá se manter no cargo até que fiquem disponíveis as cadeiras no STF.



O que é certo é que a sociedade civil precisa ficar atenta e cobrar dos Senadores o uso da sabatina a qual um Ministro nomeado é submetido realmente como uma sabatina, e não procedimento proforma.

esse cenário, caberá também aos Ministros do STF a definição de novos parâmetros, até mesmo uma revisão das regras, para acabar com o veto judiciário. O ministro Luís Roberto Barroso já apresentou, em entrevistas, uma proposta para modificar essa regra. Ele sugere acabar com os pedidos de vista e definir a pauta de julgamento com seis meses de antecedência. "De modo que todo mundo possa chegar preparado para votar".

O fato é que é importante para a comunidade LGBTQ+ uma Corte Constitucional independente e atuante. Foi o STF que liberou o casamento homoafetivo, a criminalização da homofobia, a utilização do nome social em documentos. E é um fato, como visto acima, que um Ministro só tem o poder para acabar com tudo isso.

## CONCLUSÃO

Como visto, a problemática de efetivar um Estado Brasileiro Laico não é nova. A relação dialética entre secularização e dessecularização sempre esteve presente no Estado Brasileiro, de maneira que há espaço para dúvida razoável acerca de se realmente o Brasil é, ou já foi em algum momento, um Estado Laico. É incontroverso que o texto constitucional prevê o Estado como laico, mas é igualmente incontroverso que muitas políticas públicas são decididas com valores cristãos. Não à toa que o conceito de laicidade escolhido para esta tese foi o de Blancarte porque



nele fica claro que independe da separação Estado *versus* Igreja, a laicidade ocorre quando os atores políticos agem com razão pública.

A proximidade das instituições de Estado com influências religiosas é o principal fator que impede a efetivação de um Estado Laico no Brasil. Os dados trazidos pela pesquisa acerca da atuação da FPE em confronto com a opinião pública demonstram que há um descolamento grande entre o que a sociedade quer com o que esses políticos fazem. O Presidente da República impõe, sem a menor questão de esconder, suas crenças nos trabalhos conduzidos pelo Poder Executivo. E o pouco que foi conquistado na seara dos direitos da comunidade LGBTQ+ foi mediante judicialização no STF. Com efeito, a estratégia para construção de um Estado cristão parece ser a de preencher postos chave do Estado com pessoas referendadas por esses grupos conservadores, com o intuito de se perpetuarem os comportamentos conservadores.

Ademais, de acordo com as reflexões de Blancarte acerca de laicidade, especialmente quanto ao ponto de que a laicidade de um Estado é um movimento em constante transformação, que acompanha as alterações na sociedade, entendo que laicidade não é uma questão de ser, mas sim de estar do Estado. Com isso, pode-se afirmar que o estado brasileiro, na atual conjuntura política, não está um Estado Laico. Ou seja, o princípio constitucional da laicidade está sendo violado, já há algum tempo. Porém, a laicidade não pode ser pensada de forma isolada, ou estanque, ou absoluta. Sendo uma das premissas do conceito de laicidade de Blancarte a legitimidade para efetuar políticas públicas no povo, e não no sagrado, é fundamental que a sociedade em questão seja secularizada.

A secularização e a dessecularização, como vimos, são processos dialéticos. Quanto mais a secularização avança, mais força os movimentos de contra secularização vão ser, e vice versa. Num país plural como o Brasil, não há como afirmar que somos uma nação cristã, portanto essa tensão entre secularização e



dessecularização é uma constante, desde a Constituição da República de 1891, com a previsão de separação de Igreja e Estado. E o status laico de um Estado, por sua vez, acompanha essas variações, de modo que permito concluir também que Estado Laico não é exatamente uma norma, mas sim um princípio objetivo, um ideal a ser alcançado pelos estados democráticos que respeitam a pluralidade religiosa, a liberdade de crença ou não crença, e a autonomia dos sujeitos de guiarem suas vidas com valores religiosos que queiram, ou até mesmo sem religião alguma.

No Brasil, infelizmente, esse objetivo está longe, especialmente com o notório fortalecimento dos grupos religiosos no cenário político brasileiro, incluindo o Poder Executivo e o Legislativo, que não utilizam da razão pública para promover suas políticas públicas. As grandes conquistas da comunidade LGBTQ+, dentre elas a criminalização da homofobia e o reconhecimento do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, tem uma coisa em comum: ocorreram em razão da atuação do Poder Judiciário, em ativismo constitucional, após ser provocado. Com efeito, isso sugere que o Poder Judiciário sofre menos influência das instituições religiosas, e, por isso, resguarda mais o status de laicidade do Estado Brasileiro. Por isso, a urgência em nomear um Ministro “terrivelmente evangélico” para o STF.

A nomeação de um Ministro para o Supremo Tribunal Federal com o intuito de utilizar o veto de forma ilegal será catastrófico na atividade realizada pela Corte, seja em ativismo constitucional, no caso da criminalização da homofobia, ou em outras oportunidades de busca da laicidade estatal, como a questão de sacrifício de animais em cultos religiosos. Basta que um Ministro decida pautar suas decisões fora da razão pública para esvaziar por completo o protagonismo da Corte na definição de questões importantes para a sociedade, que não avançaram nas casas legislativas por conta da atuação de grupos religiosos, que, vale ressaltar, não são somente impedem pautas da comunidade LGBTQ+, mas também de grupos feministas, indígenas, comunidades de religiões de matrizes africanas, e outras minorias. Com efeito, é muito importante que os líderes desses grupos estejam aptos para confrontar uma eventual



nomeação de Ministro para o STF, feita pelo Presidente Jair Bolsonaro, que tenha como objetivo impor determinada fé religiosa aos trabalhos da Corte.

Entender o dinamismo do princípio da laicidade, que é um objetivo a ser alcançado em meio a sempre presente tensão entre secularização e dessecularização, também permite concluir que a sociedade precisa estar sempre atuante. O objetivo da laicidade é um processo constante, a construção do princípio não para, não chega a um final. Portanto, é dever da sociedade cobrar que os líderes pautem suas atuações pela razão pública, uma vez que não há como se falar em laicidade de Estado sem razão pública, especialmente em um país tão diverso quanto o Brasil. A sociedade precisa cobrar que as pautas das políticas públicas sejam fundamentadas em valores reconhecidos por todos, e não por aqueles que sigam determinada religião. Resgatando fundamento citado no capítulo introdutório, a iniciativa laicizadora não só pode, como deve ter ponto de partida nos setores da sociedade civil.

Algumas provas de sucesso da manifestação da sociedade civil contra a dessecularização são a queda da evangélica radical para ocupar cargo importante no Ministério da Educação, citada aqui no capítulo sobre o Poder Executivo, bem como o próprio ajuizamento da ADO 26, no Supremo Tribunal Federal, que, como visto, equiparou a homofobia ao crime de racismo.

Portanto, as três conclusões que chego ao final dessa tese, certo de que irei aprofundar ainda mais o estudo do tema para o Mestrado, são (i) o Estado Laico é um princípio dinâmico, um objetivo, um ideal a ser alcançado pelas democracias, e que, no Brasil, na atual conjuntura política, a interferência de grupos religiosos nas instituições de Estado, especialmente nos Poderes Legislativo e Executivo, tem atrapalhado o atingir da meta, uma vez que estes atores políticos pautam suas atividades fora da razão pública, dentro do sagrado, em violação ao conceito de laicidade de Blancart. (ii) Ademais, o Poder Judiciário parece sofrer menos interferências dos grupos religiosos, por isso costuma ser protagonista na manutenção





do status de laicidade, com a definição de demandas que não foram regulamentadas nas casas legislativas pela atuação contenciosa de líderes religiosos, como a criminalização da homofobia, protagonismo este que, por sua vez, está ameaçado com a eventual nomeação de um Ministro que atue fora da razão pública, com valores evangélicos. (iii) Por fim, cabe às lideranças da sociedade a cobrança de que os atores políticos atuem dentro da razão pública, de modo a respeitar a pluralidade de religiões e de crenças. Isso porque é inerente ao conceito de laicidade de Blancarte que a legitimidade para execução de políticas públicas venha dos valores sociais, e não no sagrado, portanto é importante o contato constante dos diversos grupos sociais com os atores políticos, para que estes fiquem a par dos diversos valores sociais de uma democracia plural como a brasileira.

## REFERÊNCIAS

APOLINÁRIO, Carlos. **A Lei da Mordaca**. Folha de São Paulo. São Paulo. 2010. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0412201008.htm>>. Acesso em: 2 dez. 2019.

ARGUELES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar. **A monocratização do STF**. 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-monocratizacao-do-stf-03082015>>. Acesso em: 19 out. 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck. **Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização**. São Paulo: Universitas Jus, 2014.

BARROSO. Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Atualidades Jurídicas. **Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**, n. 4, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.



BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Synthesis, 2012.

BERGER, Peter. **O Dossel Sagrado**: elementos para uma teoria sociológica a religião. São Paulo: Paulinas, 1985.

BLANCARTE, Roberto. O porquê de um Estado laico. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). Em defesa das liberdades laicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439**.

Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, de 21 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=357099>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOLDRINI, Ângela. **Deputados pedem impeachment de ministros que votaram pela criminalização da homofobia**. Folha de São Paulo. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/deputados-pedem-impeachment-de-ministros-que-votaram-por-criminalizacao-da-homofobia.shtml>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

BOLSONARO. **Biografia**. Disponível em: <<https://www.bolsonaro.com.br/>>. Acesso em: 20 out. 2019.

BORTONI, Larissa. **Brasil é o país onde mais se assassina homossexuais no mundo**. Rádio Senado. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-homossexuais-no-mundo>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 614**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Ajuizada pelo Partido Rede Sustentabilidade. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5759332>>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2020.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Originária 1773**. Relator: Ministro Luiz Fux. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4395214>>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Íntegra do relatório apresentado pelo Senador Paulo Paim**, em 10 de dezembro 2013. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3584228&ts=1571776976981&disposition=inline>>. Acesso em: 5 dez. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PLC 122/2006**. Tramitação. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. **Membros que compõem a Frente Parlamentar Evangélica**. 2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=54010>>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 9.891, de 27 de junho de 2019**. Dispõe sobre o Conselho Nacional da Política Cultural. Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9891.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9891.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439 DF**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439AM.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Notícias. Disponível em: <[www.camara.leg.br](http://www.camara.leg.br)>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. **Senado Federal**. HP Senado. Disponível em: <[www.senado.leg.br](http://www.senado.leg.br)>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Notícias. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 15 fev. 2019.

CARAM, Bernardo. **Ideologia de gênero é coisa do capeta, diz Bolsonaro na Marcha para Jesus**. Folha de São Paulo. Brasília, 2019. Disponível em:



<<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/08/ideologia-de-genero-e-coisa-do-capeta-diz-bolsonaro-na-marcha-para-jesus.shtml>>. Acesso em: 12 out. 2019.

CONJUR. **Fux revoga auxílio-moradia para juízes após sanção de reajuste para STF**. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-26/fux-revoga-auxilio-moradia-juizes-reajuste-stf>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

COSTA, Rodolfo. **Bolsonaro diz que indicará um ministro terrivelmente evangélico ao STF**. Correio Braziliense. Brasília, 2019. Disponível em: <[https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/07/10/interna\\_politica,769653/bolsonaro-diz-que-indicara-um-ministro-terivelmente-evangelico-ao.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/07/10/interna_politica,769653/bolsonaro-diz-que-indicara-um-ministro-terivelmente-evangelico-ao.shtml)>. Acesso em: 02 fev. 2020.

DIAS, Taina Bielas. **A Frente Parlamentar Evangélica e os Direitos Sexuais Reprodutivos: ameaças à laicidade no Estado Contemporâneo**. Universidade Metodista de São Paulo. 2017.

DUARTE, Tatiane dos Santos. **A casa dos ímpios se desfará, mas a tenda dos retos florescerá”: a participação da Frente Parlamentar Evangélica no legislativo brasileiro. Dissertação Mestrado Universidade de Brasília**. 2011.

DWORKIN, Ronald. **Religion without God**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

EBC. **Com 100% das urnas apuradas, Bolsonaro obteve 57,7 milhões de votos**. Brasília, 28.out.2018. **Com 100% da apuração das urnas, Jair Bolsonaro (PSL) obteve 55,13% dos votos válidos, conquistando 57.796.986 votos. Fernando Haddad (PT) teve 44,87% dos votos, o equivalente a 47.038.963 votos**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-10/com-100-das-urnas-apuradas-bolsonaro-teve-577-milhoes-de-votos>>. Acesso em: 7 out. 2019.

EMMERICK, Rulian. **Secularização e Dessecularização na Sociedade Contemporânea: Uma relação dialética**. SINAIS. **Revista Eletrônica Ciências Sociais**. Vitória: CCHN, UFES, Edição n.07, v.1, 2010.

FARIA, Flávia. **Da campanha ao Planalto, veja os acenos de Jair Bolsonaro aos evangélicos**. Folha de São Paulo. São Paulo. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/07/da-campanha-ao-planalto-veja-os-acenos-de-jair-bolsonaro-aos-evangelicos.shtml>>. Acesso em: 07 out. 2019.

FERNANDES, Talita. **Secretário Especial da Cultura deixa cargo e diz que governo tenta impor censura**. Folha de São Paulo. Brasília, 2019. Disponível em:



<<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/08/secretario-especial-de-cultura-deixa-cargo-e-diz-que-governo-tenta-impor-censura.shtml>>. Acesso em: 07 out. 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Bolsonaro diz que “garimpou” e vetou filmes com temática LGBT.** São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/08/bolsonaro-diz-que-garimpou-e-vetou-filmes-com-tematica-lgbt.shtml>>. Acesso em: 10 out. 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Itamaraty orienta diplomatas a frisar que gênero é apenas sexo biológico.** São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/06/itamaraty-orienta-diplomatas-a-frisar-que-genero-e-apenas-sexo-biologico.shtml>>. Acesso em: 07 out. 2010.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Menino veste azul e menina veste rosa, diz Damares.** São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/01/menino-veste-azul-e-menina-veste-rosa-diz-damares.shtml>>. Acesso em: 07 out. 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Leia a íntegra do discurso de Bolsonaro na cerimônia de posse no Congresso.** São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/01/leia-a-integra-do-discurso-de-bolsonaro-na-cerimonia-de-posse-no-congresso.shtml?origin=folha>>. Acesso em: 07 out. 2019.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso.** São Paulo: Loyola, 1999.

GORTÁZAR, Naiara Galarraga. **Um ministro “terrivelmente evangélico” a caminho do Supremo Tribunal Federal.** El País. Brasília, 2019. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/10/politica/1562786946\\_406680.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/10/politica/1562786946_406680.html)>. Acessado em: 07 out. 2019.

HAUBERT, Mariana. **Indicada para nº2 do MEC defende ensino baseado na palavra de Deus.** Estadão. São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/noticias/agencia-estado/2019/03/17/indicada-para-n-2-do-mec-defende-ensino-baseado-na-palavra-de-deus.htm>>. Acesso em: 07 out. 2019.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero e conceitos.** 2012. Disponível em: <<http://www.diversidadesexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2020.



MAIA, Gustavo e ADORNO, Luís. **Em última fala antes de votação, Bolsonaro faz aceno para ateus e gays**. UOL. Rio de Janeiro e São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/10/06/em-ultima-fala-antes-de-votacao-bolsonaro-faz-aceno-para-ateus-e-gays.htm>>. Acesso em: 6 out. 2019.

MAGALHÃES, Thiago. Entre a Cruz e a Espada: o espaço da religião em um Estado democrático de Direito. **Tese de Doutorado para Universidade Estadual do Rio de Janeiro**. 2017.

MARTINS, Luísa. **Estado laico vai exigir contenção de Bolsonaro**. Valor Econômico. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://valor.globo.com/politica/noticia/2018/11/13/estado-laico-vai-exigir-contencao-de-bolsonaro.ghtml>>. Acesso em: 19 set. 2019.

MENA, Fernanda. **Mais da metade dos LGBT diz ter sofrido violência desde as eleições**. Folha De São Paulo. São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/03/mais-da-metade-dos-lgbt-diz-ter-sofrido-violencia-desde-as-eleicoes.shtml>>. Acesso em: 07 out. 2019.

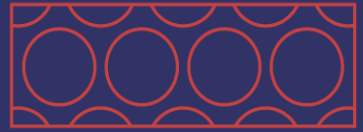
O GLOBO. **Bolsonaro quer um nome “terrivelmente evangélico” na ANCINE**. Brasília. 2019. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/cultura/filmes/bolsonaro-quer-um-nome-terri-velmente-evangelico-na-ancine-23919616>>. Acesso em: 07 out. 2019.

O ANTAGONISTA. **Bolsonaro: Brasil é laico, mas o presidente é cristão**. 2019. Disponível em: <<https://www.oantagonista.com/brasil/bolsonaro-brasil-e-laico-mas-o-presidente-e-cristao/>>. Acesso em: 07 set. 2019.

PRANDI, Reginaldo e SANTOS, Renan Willian dos. Quem tem medo da bancada evangélica? Posições sobre moralidade e política no eleitorado brasileiro, no Congresso Nacional e na Frente Parlamentar Evangélica. **Revista de Sociologia da USP**. São Paulo. 2017.

PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Uniceub. 2015.

RANQUETAT, Cesar A. **Laicidade, laicismo e secularização**: definindo e esclarecendo conceitos. Tempo da Ciência, v. 15, n. 30, p. 59-72, 2º semestre. 2008.



SILVA, Enio M. da. **O Estado Democrático de Direito. Revista de Informação Legislativa n. 167.** 2005. Disponível em:  
<[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril\\_v42\\_n167\\_p213.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril_v42_n167_p213.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2020.

SILVEIRA, Denis Coutinho. **O papel da razão pública na teoria de justiça de Rawls.** São Paulo: Filosofia Unisinos, 2009.

VARELLA, Drauzio. **Ideologia de gênero.** 2019. Disponível em:  
<<https://drauziovarella.uol.com.br/drauzio/artigos/ideologia-de-genero-artigo/>>. Acesso em: 20 abr. 2020.



# NECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DO IPI SOBRE PRODUTOS ROUBADOS TRANSPORTADOS PELO COMPRADOR

Lara Nascimento de Araújo Uchôa

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo avaliar a necessidade de recolhimento do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) incidente sobre mercadoria industrializada a ser transportada a cargo do comprador, por previsão contratual, mas que perece, por força de furto ou roubo, antes da chegada no estabelecimento de destino. Tal análise será realizada sob o ponto de vista do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) pela ilegalidade da cobrança do IPI incidente sobre produtos que saíram do estabelecimento do produtor, sendo por ele transportados, mas que não chegaram até o correspondente comprador por furto ou roubo, vez que ausente a conclusão do negócio jurídico. Para tanto apresentaremos o tratamento conferido ao IPI pela Constituição Federal e pelo Código Tributário Nacional, indicando, através do método de pesquisa da análise bibliográfica alguns conceitos indispensáveis para o estudo da situação proposta. Em seguida serão apresentados alguns julgados do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e do STJ acerca do momento no qual se encontra constituído o fato gerador do IPI, para permitir a análise de seus fundamentos. Além disso, serão apresentadas cada uma das razões da decisão da Corte Superior responsável pela pacificação da matéria e aplicadas à hipótese proposta.

**Palavras chave:** IPI. Hipótese de incidência. Fato gerador.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto o estudo das repercussões do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito da ilegalidade da cobrança do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) incidente sobre produtos





que saíam do estabelecimento do produtor, mas que não chegaram até o correspondente comprador, vez que ausente a conclusão do negócio jurídico.

Isso porque a redação do art. 46, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN), leva a crer que o fato gerador do IPI consiste na saída do produto industrializado do estabelecimento do contribuinte. Ocorre que aceitar tal premissa leva à interpretação equivocada de que resta concretizado aquele fato gerador com a simples ocorrência do aspecto temporal da hipótese de incidência do tributo. No entanto, tal interpretação gera consequências problemáticas, assim como a que se pretende analisar no presente estudo.

Nesse contexto, ao avaliar a ocorrência ou não do fato gerador do IPI em situação na qual produtos industrializados saíram do estabelecimento do produtor mas não chegaram até o comprador, por razões estranhas à vontade das partes no respectivo negócio jurídico subjacente, o STJ apresentou seu posicionamento pela não ocorrência do fato gerador, interpretando que, apesar da pretensão daquele artigo do CTN de dispor sobre o fato gerador do IPI, o seu critério material não é objeto de nenhum dos respectivos incisos, que apenas definem os critérios temporais da hipótese de incidência do tributo.

Assim, o STJ assentou que o aspecto material do IPI – que, segundo aquela Corte Superior, consiste na realização de operações que transfiram a propriedade ou posse de produtos industrializados – não teria ocorrido na situação descrita, visto que não foi concluído o respectivo negócio jurídico.

Desse modo, aquela Corte entendeu que, ao se tratar de mercadoria que sai do estabelecimento industrial produtor mas não chega ao comprador, por roubo ou por qualquer outra razão estranha à vontade das partes no respectivo negócio jurídico subjacente, não é devida a cobrança do imposto, visto que não se observa a ocorrência de seu fato gerador que, para se concretizar, depende da finalização da



operação de compra e venda do produto industrializado, que se dá com sua efetiva tradição em favor do correspondente comprador/adquirente.

Objetiva-se, com o presente estudo, analisar as consequências da aplicação das razões de decidir da referida jurisprudência em uma situação na qual o responsável pelo transporte do produto é o seu comprador, ou seja, a tradição ocorre antes da chegada ao estabelecimento do comprador. Desse modo, optamos por apresentar o problema de pesquisa da seguinte forma: “Há necessidade de recolhimento do IPI incidente sobre mercadoria industrializada a ser transportada a cargo do comprador, por previsão contratual, mas que perece, por caso fortuito ou força maior – especificamente por força de furto ou roubo –, antes da chegada no estabelecimento de destino?”.

Com o intuito de encontrar a melhor resposta para a situação problema acima proposta, através da metodologia de revisão bibliográfica, serão apresentados, no primeiro capítulo, os aspectos da hipótese de incidência do IPI: (i) aspecto pessoal; aspecto material; (iii) aspecto temporal; e (iv) aspecto espacial.

Em seguida, no mesmo capítulo, apresentaremos os princípios constitucionais específicos do IPI envolvidos na controvérsia, sendo eles: (i) o princípio do não confisco; (ii) o princípio da não-cumulatividade; (iii) e o princípio da seletividade do imposto.

No segundo capítulo apresentaremos as jurisprudências do STJ e do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), realizando, ainda, uma análise detalhada das razões de decidir de cada um dos julgados.

Por fim, após a revisão bibliográfica – realizada para a apresentação dos conceitos indicados no primeiro capítulo – e o estudo jurisprudencial acerca do tema – apresentado no segundo capítulo –, será respondido, no terceiro capítulo, o problema de pesquisa acima indicado.



## 1 IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS

Para uma melhor análise do tema que se pretende desenvolver, propomos, de início, uma apresentação acerca do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). Assim, o objetivo, em um primeiro momento, é entender o tributo de uma maneira mais detalhada, através da exposição de todos os elementos da obrigação tributária que tem por objeto seu pagamento.

### 1.1 Obrigação tributária e principais aspectos do IPI

A obrigação tributária, prevista no art. 113 do Código Tributário Nacional (CTN), em muito se diferencia das obrigações previstas no Direito Civil. No direito privado, frequentemente, são dispensadas as distinções entre obrigação e crédito, isso porque é possível assumir, de imediato, que o credor de uma obrigação tem direito a um crédito<sup>1</sup>.

De maneira diversa, no direito tributário, ramo do direito público, a obrigação tributária e o crédito tributário não se confundem e nem o segundo é uma derivação automática da primeira. Isso porque para a constituição de um crédito tributário não basta a existência de uma obrigação tributária, sendo necessário, também – a teor do art. 142 do CTN – um ato formal, denominado lançamento, que a partir daquela obrigação faça surgir, sucessivamente, um crédito.

Nesse sentido entende Hugo de Brito Machado Segundo:

Entretanto, diversamente do que se dá no Direito Privado, no âmbito do Código Tributário Nacional o vínculo jurídico obrigacional recebe dois nomes diferentes, a depender do momento em que é considerado e do grau de formalização a ele atribuído.

Diante da ocorrência, no mundo fenomênico, dos fatos descritos na norma jurídica tributária, ela *incide*, o que

---

<sup>1</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de direito tributário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. p. 127



significa que colore ou carimba esses fatos, tornando-os “geradores” de direitos e obrigações, vale dizer, de uma relação no âmbito da qual alguém pode *exigir* o cumprimento da consequência prevista na norma, e outra pessoa é obrigada ao cumprimento dessa consequência. Surge, assim, da ocorrência do fato, e da incidência da norma tributária sobre ele, a obrigação tributária.

Essa obrigação, depois de liquidada e acertada, adquire uma roupagem formal própria, que lhe atribui exigibilidade, passando a ser chamada de crédito tributário. Voltar-se ao tema quando do exame do crédito tributário e do lançamento, mas de logo se pode dizer que ele, o crédito, consiste na mesma relação jurídica antes designada pela locução “obrigação tributária”, depois de submetida ao *acertamento* que lhe confere liquidez, certeza e exigibilidade.<sup>2</sup>

Com o intuito de prevenir o distanciamento do tema do presente estudo, não nos estenderemos nos debates doutrinários acerca do conceito de obrigação tributária ou quanto às suas distinções e convergências com o conceito de obrigação no Código Civil. Ainda, não trataremos aqui de obrigações acessórias, razão pela qual não será trabalhado seu conceito.

Desse modo, optamos apenas por nos restringir ao que dispõe o CTN acerca da obrigação tributária principal. Nesse sentido, em seu art. 113 prevê que a obrigação tributária principal tem como objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e surge com a ocorrência do fato gerador.

### *1.1.1 Fato gerador e hipótese de incidência*

Disciplinado no art. 114 do CTN, o fato gerador da obrigação principal é conceituado como a situação descrita em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

---

<sup>2</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de direito tributário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. p. 127



Cabe destacar que a expressão “fato gerador”, da maneira como é apresentada pela legislação, enseja razoáveis debates na doutrina. Isso ocorre porque a maioria dos autores entende existir um certo grau de ambiguidade na escolha do termo utilizado pelo Código Tributário Nacional, visto que o chamado “fato gerador” é utilizado tanto para designar a previsão abstrata da hipótese jurídica, como sua ocorrência no mundo fático<sup>3</sup>.

Diante disso, Geraldo Ataliba propôs a utilização da expressão “hipótese de incidência” para definir o que se encontra previsto na lei, deixando para o termo “fato gerador” apenas a ocorrência, no mundo fático, da situação que dá origem à obrigação tributária<sup>4</sup>.

Paulo de Barros Carvalho apresenta, de maneira clara, a referida distinção da seguinte forma:

Dentro desse arcabouço, a hipótese trará a previsão de um fato (se alguém industrializar produtos), enquanto a consequência prescreverá a relação jurídica (obrigação tributária) que vai se instaurar, onde e quando acontecer o fato cogitado no suposto (aquele que alguém deverá pagar à Fazenda Federal 10% do valor do produto industrializado).

A hipótese alude a um fato e a consequência prescreve os efeitos jurídicos que o acontecimento irá propagar, razão pela qual se fala em *descriptor* e *prescriptor*, o primeiro para designar o antecedente normativo e o segundo para indicar seu consequente.

Os modernos cientistas do Direito Tributário têm insistido na circunstância de que, tanto no *descriptor* (hipótese) quanto no *prescriptor* (consequência) existem referências a critérios, aspectos, elementos ou dados identificativos. Na hipótese (*descriptor*), haveremos de encontrar um critério material (comportamento de uma pessoa), condicionado no tempo (critério temporal) e no espaço (critério espacial). Já na consequência (*prescriptor*), depararemos com um critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e um critério quantitativo (base de cálculo e alíquota). A conjunção desses

<sup>3</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1088

<sup>4</sup> ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 50.



dados indicativos nos oferece a possibilidade de exibir, na sua plenitude, o núcleo lógico-estrutural da norma-padrão de incidência tributária.<sup>5</sup>

Conforme exposto no trecho acima colacionado, para o autor Paulo de Barros Carvalho a hipótese de incidência contém três diferentes aspectos. São eles: (i) o aspecto material; (ii) o aspecto temporal; e (iii) o aspecto espacial<sup>6</sup>, enquanto a consequência, que ocorre no mundo dos fatos, conta apenas dois aspectos, (i) o pessoal, ou subjetivo; e (ii) o quantitativo<sup>7</sup>.

Para um estudo aprofundado de qualquer tributo, em especial para o desenvolvimento da análise do IPI que se pretende realizar no presente trabalho, é indispensável que realizemos, primeiramente, a identificação de todos os aspectos de seu enunciado hipotético. Desse modo, em seguida, serão demonstrados os diferentes aspectos da hipótese de incidência do IPI, apresentando-se, ainda, o conceito de cada um deles.

### *1.1.2 Aspectos da hipótese de incidência*

O aspecto pessoal, situado na consequência da hipótese do tributo<sup>8</sup>, é conceituado por Geraldo Ataliba da seguinte forma:

O aspecto pessoal, ou subjetivo, é a qualidade – inerente à hipótese de incidência – que determina os sujeitos da obrigação tributária, que o fato impositivo fará nascer. Consiste numa conexão (relação de fato) entre o núcleo da hipótese de

<sup>5</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 239

<sup>6</sup> Optamos por utilizar o termo “aspecto” pelos motivos expostos pelo renomado autor Geraldo Ataliba. O escritor entende que a utilização do termo “elemento” poderia gerar a ideia de algo que entra na composição de outra coisa. Ocorre que, ao concordar com Geraldo Ataliba, entendemos que a utilização do termo “aspecto” é mais adequada, visto que transmite melhor a ideia de se tratarem de qualidades ou atributos de um todo uno e indivisível. Conforme preceitua Geraldo Ataliba: “(...) os aspectos da hipótese de incidência não são suas causas, não lhe determinam o ser, mas só o modo (a maneira) de ser. Integram-na, não a originam. São pontos de vista sob os quais a inteligência considera o objeto – no caso, a hipótese de incidência – segundo suas relações (tomada essa palavra em seu sentido estativo).”

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 68

<sup>7</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 283.

<sup>8</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 283.



incidência e duas pessoas, que serão erigidas, em virtude do fato imponible e por força da lei, em sujeitos da obrigação.<sup>9</sup>

Segundo o autor, o aspecto pessoal, ou subjetivo, é composto pelos sujeitos ativo e passivo. Enquanto o sujeito ativo é a pessoa a quem a lei atribui a exigibilidade do tributo – o credor da obrigação tributária –, o sujeito passivo é o devedor – chamado de contribuinte ou responsável tributário – que se encontra condicionado ao cumprimento da obrigação.

Conforme preceitua o art. 119 do CTN, “o sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento”<sup>10</sup>.

No entanto, não obstante o conceito acima transcrito, o sujeito ativo da relação tributária não se restringe às pessoas jurídicas de direito público. Isso porque, apesar da competência tributária para instituir e legislar sobre determinado tributo ser indelegável e intransferível, os entes de direito público que detêm tal competência possuem a faculdade de delegar a capacidade de exigir o tributo para pessoa jurídica de direito público diversa, ou até mesmo para pessoa jurídica de direito privado. Assim, apesar da redação do artigo acima mencionado, o sujeito ativo da obrigação tributária também pode ser uma pessoa jurídica de direito privado<sup>11</sup>.

Conforme prevê a Constituição Federal (CF), em seu art. 153, “caput”, o ente competente para a cobrança do IPI é a União:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: (...)

---

<sup>9</sup> ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 72

<sup>10</sup> Destaca-se que o sujeito ativo não se confunde com o ente com competência tributária para legislar. Apesar da redação do art. 119 do CTN, é inequívoco no direito tributário brasileiro que o sujeito ativo da obrigação tributária pode ser tanto pessoa jurídica de direito público, quanto – nas hipóteses e nos limites assim previstos na Constituição e eventualmente no CTN – pessoa jurídica de direito privado

<sup>11</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 296



IV - produtos industrializados;<sup>12</sup> (grifos aditados)

O sujeito passivo, por sua vez, trata-se de “pessoa – sujeito de direitos – física ou jurídica, privada ou pública, de quem se exige o cumprimento da prestação: pecuniária, dos nexos obrigacionais; (...)”<sup>13</sup>.

O art. 121 do CTN define sujeito passivo como a pessoa obrigada a suportar o ônus do pagamento de tributo, podendo ser (i) contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitui o fato gerador, ou (ii) responsável tributário quando, não ostentando a condição de “contribuinte”, sua obrigação decorre de disposição expressa em lei.

Portanto, é possível resumir da seguinte forma: enquanto o contribuinte é sujeito passivo direto de um tributo, o responsável configura-se como um sujeito passivo indireto<sup>14</sup>.

Vale ressaltar que tal responsabilidade pode se dar, ainda, por substituição – conforme previsão contida no art. 128 do CTN – que ocorre quando, por determinação legal, a obrigação tributária surge desde o início contra pessoa diferente daquela que realiza o aspecto material da hipótese de incidência, de modo que a própria lei substitui o sujeito passivo direto pelo indireto<sup>15</sup>.

Nesse sentido, ao prever o sujeito passivo do IPI, o CTN estabelece:

Art. 51. Contribuinte do imposto é:

I - o importador ou quem a lei a ele equiparar; II - o industrial ou quem a lei a ele equiparar;

- o comerciante de produtos sujeitos ao imposto, que os forneça aos contribuintes definidos no inciso anterior;

<sup>12</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 dez. 2019

<sup>13</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 298.

<sup>14</sup> CASSONE, Vittorio. **Direito tributário**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 152.

<sup>15</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 153





- o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados, levados a leilão.

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se contribuinte autônomo qualquer estabelecimento de importador, industrial, comerciante ou arrematante.<sup>16</sup>

Assim, podem ser contribuintes do imposto: (i) o importador; (ii) o industrial;

o comerciante de produtos sujeitos ao imposto; e (iv) o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados, levados a leilão. Cabe destacar que, para impedir o distanciamento do objeto do presente trabalho, somente trataremos a respeito dos contribuintes previstos nos incisos I e II do referido dispositivo legal.

Verifica-se, a partir da redação do artigo colacionado, que o CTN prevê como contribuintes do imposto não só o importador ou o industrial, mas também dispõe que o sujeito passivo da obrigação de pagar o IPI pode ser pessoa, física ou jurídica, a eles equiparados por meio de lei, tratando, desse modo, dos responsáveis tributários.

Nesse contexto, cabe destacar que o sujeito passivo nos impostos deve, de todo modo, encontrar-se relacionado ao aspecto material da hipótese de incidência, de maneira que se infira ser o titular da capacidade contributiva onerada<sup>17</sup>.

Assim, não pode o legislador escolher qualquer um como responsável pelo pagamento do tributo. Isso porque, segundo ensina Geraldo Ataliba, “(...) o critério legal obedece a princípios que conduzem o legislador – ao formular a h.i.<sup>18</sup> – a sujeitar quem, de algum modo esteja em conexão com o fato imponible, de forma a ter sua riqueza por ele revelada”<sup>19</sup>.

Uma vez delineado o aspecto pessoal do IPI, composto pelos seus sujeitos ativo e passivo, passamos para a definição de seu aspecto quantitativo que,

---

<sup>16</sup> BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Institui o Código Tributário Nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.

<sup>17</sup> ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 74

<sup>18</sup> A abreviatura “h.i.”, presente na citação, correspondente à antes referida expressão “hipótese de incidência”.

<sup>19</sup> ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.79



juntamente ao subjetivo, compõem a consequência, no mundo dos fatos, da hipótese de incidência, conforme classifica Paulo de Barros Carvalho em passagem anteriormente destacada.

Assim, o aspecto quantitativo corresponde à quantificação da obrigação tributária devida pelo sujeito passivo ao sujeito ativo, composto pela base de cálculo do tributo, bem como pela sua alíquota. Desse modo, o aspecto quantitativo possibilita a identificação do valor de IPI devido.

Nesse momento, voltamos nossa atenção novamente para a hipótese de incidência e seus três aspectos: (i) aspecto material; (ii) aspecto temporal; e (iii) aspecto espacial.

Quanto ao aspecto espacial, ressalta Regina Helena Costa:

Quanto ao aspecto espacial, genericamente, é o território nacional. Especificamente, há que se atentar para as três materialidades antes apontadas e, assim, temos que as coordenadas específicas são, respectivamente: a) repartição aduaneira; b) estabelecimento industrial; e c) local da arrematação.<sup>20</sup>

Assim, o aspecto espacial corresponde ao local onde ocorre a hipótese de incidência que gera ao contribuinte a obrigação de recolhimento do referido tributo.

O aspecto material, por sua vez, consiste na descrição substancial do fato. Segundo Luis Eduardo Schoueri, “a relevância do aspecto material está em ser por ele que se identifica um tributo”. Assim, entende ele que o fato gerador descrito no Código Tributário Nacional não se confunde com o aspecto material, visto que a previsão contida na lei retrata uma situação na qual estão contemplados também o aspecto temporal – adjunto adverbial de tempo –, bem como o aspecto espacial – adjunto adverbial de lugar<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**: Constituição e Código Tributário Nacional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 385

<sup>21</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.545



Cabe ressaltar que só é possível diferenciar um tributo de outro de mesma espécie através da comparação de seus aspectos materiais. Isso ocorre porque o aspecto material, como o mais importante dos critérios, dispõe sobre a parte essencial da caracterização do tributo<sup>22</sup>.

Quanto ao aspecto temporal da hipótese de incidência, este consiste na indicação do momento exato a partir do qual está formada a obrigação tributária que vincula o credor ao devedor<sup>23</sup>. Desse modo, ele pode ou não ser encontrado de maneira expressa na descrição da hipótese de incidência do tributo. Isso porque existem tributos que prescindem de tal detalhamento, enquanto outros necessitam dele. Explica-se.

O fato gerador previsto na norma jurídica pode ocorrer instantaneamente, gerando, de maneira inequívoca e imediata, a relação jurídico-tributária ou pode ocorrer continuamente, de modo que não seja possível determinar precisamente apenas pela natureza dos eventos econômicos, o momento no qual surgiu a obrigação tributária em questão, ressalvada a hipótese de intervenção normativa que expressamente o identifique.

Com o objetivo de compreender melhor a relevância do aspecto temporal em alguns impostos, surgiu a necessidade da criação da classificação dos fatos geradores, entre instantâneos ou periódicos. Assim, Luis Eduardo Schoueri exemplifica: para a cobrança do Imposto de Renda, é necessário verificar se houve algum acréscimo patrimonial; ocorre que, para tornar possível essa avaliação, deve-se comparar o patrimônio em momentos diversos (um antecedente em confrontação com outro subsequente), assim, verifica-se que o aspecto temporal produz papel de grande relevância no fato gerador do Imposto de Renda<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.545

<sup>23</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 265

<sup>24</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 546



Nesse sentido, segundo o autor, as hipóteses de incidência consideradas periódicas necessitam de expressa referência em lei. Isso porque, ao se tratar de hipótese que se repete, não seria possível perceber o momento de nascimento da obrigação tributária sem o auxílio da disposição normativa<sup>25</sup>.

Para os casos nos quais existe a necessidade de fixação do critério temporal no texto da lei, o legislador possui plena liberdade na definição de seu momento, isso é, poderá fixá-lo em qualquer momento posterior à ocorrência de todos os atos que compõe o critério material do tributo em questão, ou, excepcionalmente, até mesmo anterior à ocorrência destes atos – nas hipóteses de “substituição tributária para frente” assim permitidas pela legislação<sup>26</sup>.

Ocorre que a fixação do critério temporal em momento anterior à ocorrência dos outros atos que compõe o critério material da hipótese de incidência pode gerar diversos problemas práticos.

Isso porque a ocorrência do critério temporal estabelecido na lei, por si só, não basta para se inferir que o fato gerador ocorreu. Somente é possível concluir que o fato imponível se concretizou de forma definitiva, na situação em questão, quando presente o aspecto material da hipótese de incidência.

Nesse contexto, ao tratar do fato gerador do IPI, o CTN, em seu art. 46, dispõe da seguinte forma:

Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira; II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51;<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Ibidem, p. 546

<sup>26</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 548

<sup>27</sup> Estabelece o citado dispositivo do Código Tributário Nacional:

“Art. 51. Contribuinte do imposto é:

I - o importador ou quem a lei a ele equiparar; II - o industrial ou quem a lei a ele equiparar;



III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.<sup>28</sup>

Observa-se, pelo teor da redação do “caput” do art. 46, que a lei se propôs a apresentar o critério material do fato gerador do IPI. No entanto, conforme se pode verificar pela efetiva redação de seus incisos, apresentou de fato seu critério temporal. Conforme exposto, tal situação gera diversos problemas práticos.

Diante disso, afirma Regina Helena Costa<sup>29</sup> que o aspecto material do IPI se encontra não nos incisos do art. 46 – conforme leva a crer a redação do “caput” – mas em seu parágrafo único que, ao conceituar produto industrializado como “o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo”, apresenta as características essenciais do imposto que o distingue dos demais.

Nesse contexto, analisaremos, de início, a hipótese na qual o produto saiu do estabelecimento industrial – cumprindo o que dispõe o critério temporal de sua hipótese de incidência fixado no inciso II do “caput” do art. 46, do CTN – mas não chegou até o comprador, restando ausente a conclusão do correspondente negócio jurídico subjacente e, conseqüentemente, algumas das indispensáveis circunstâncias que compõem seu aspecto material.

---

III - o comerciante de produtos sujeitos ao imposto, que os forneça aos contribuintes definidos no inciso anterior; IV - o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados, levados a leilão.

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se contribuinte autônomo qualquer estabelecimento de importador, industrial, comerciante ou arrematante.”

<sup>28</sup> BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Institui o Código Tributário Nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/5172.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.

<sup>29</sup> COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**: Constituição e Código Tributário Nacional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 385



Uma vez bem delineadas as principais características do imposto o qual se pretende tratar, seguimos para o estudo dos princípios constitucionais que serão abordados na pesquisa.

## 1.2 Princípios constitucionais relevantes

A Constituição Federal, em seu art. 153, § 3º, apresenta alguns dos princípios a serem observados pela União ao instituir o Imposto sobre Produtos Industrializados. Confira-se:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...]

IV - produtos industrializados; [...]

§ 3º O imposto previsto no inciso IV:

- será seletivo, em função da essencialidade do produto;
- será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores;
- não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior. IV - terá reduzido seu impacto sobre a aquisição de bens de capital pelo contribuinte do imposto, na forma da lei.<sup>30</sup>

Desse modo, observa-se que a Constituição estabelece algumas limitações ao poder de tributação específicas para esse imposto, entre elas a necessidade de observância à seletividade, em função da essencialidade do produto, bem como a não-cumulatividade do imposto. Destaca-se que as disposições contidas nos incisos III e IV do dispositivo acima transcrito não serão objeto de análise, porque não são especialmente relevantes para o objeto do presente trabalho.

Diante disso, trataremos, em seguida, dos referidos princípios, bem como da capacidade contributiva e da não confiscatoriedade que, consoante o inciso V do art. 150 da Constituição, também devem ser observados pelo legislador tributário ordinário em qualquer iniciativa referida à concreta instituição daquela exação.

---

<sup>30</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 dez. 2019.



### *1.2.1 Seletividade*

O princípio da seletividade, que deve ser observado pelo Imposto sobre Produtos Industrializados, diz respeito à variação das alíquotas conforme a essencialidade do bem.

Conforme preceitua Regina Helena Costa, a seletividade do IPI significa que a lei procederá a discriminações de tratamento de acordo com a essencialidade do produto por meio da modulação das respectivas alíquotas, de modo que “quanto mais essenciais, menor deve ser a tributação; quanto menos essenciais, o imposto deve atingi-los com maior intensidade”<sup>31</sup>.

Alguns autores classificam os produtos industrializados, para atender à seletividade das alíquotas do IPI, em: (i) produtos necessários, em relação aos quais a incidência há de se dar mediante alíquotas baixas, se não for possível conceder-se a isenção; (ii) produtos úteis, para os quais autorizada está a tributação por meio de alíquotas moderadas (medianas); e (iii) produtos supérfluos ou nocivos, cuja tributação há de ser efetuada mediante a aplicação de alíquotas elevadas<sup>32</sup>.

Portanto, o princípio da seletividade do IPI tem como objetivo favorecer o consumidor final – vez que ele é o sujeito que de fato arca com o ônus financeiro do pagamento do tributo –, de modo a facilitar seu acesso a produtos essenciais.

### *1.2.2 Não-cumulatividade*

Caracterizar um tributo como cumulativo significa dizer que este incide sobre todas as fases do processo produtivo do bem, anteriores à fase em que o bem ora se

---

<sup>31</sup> COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**: Constituição e Código Tributário Nacional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 381-382

<sup>32</sup> COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**: Constituição e Código Tributário Nacional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 382



encontra, acumulando, em sua base de cálculo, o tributo pago em cada uma dessas etapas – porque passa a integrar, como “custo”, o próprio “preço” daquele bem<sup>33</sup>.

Em sentido contrário, um tributo é considerado como não-cumulativo quando incidente somente sobre o valor que foi agregado ao bem objeto da tributação naquela fase da cadeia produtiva na qual participa o respectivo contribuinte, desconsiderando-se os valores tributários já pagos em etapas anteriores da cadeia<sup>34</sup>.

Conforme dispõe o art. 153, § 3º, inciso II, da Constituição Federal, o IPI se encaixa no segundo conceito. Trata-se de imposto não-cumulativo. Isso quer dizer que, para o cálculo do IPI, devem ser desconsiderados como base para o cálculo do tributo os valores relativos às operações havidas em fases anteriores da cadeia produtiva do bem objeto da tributação, incluindo-se o montante já pago a título do imposto.

Cabe destacar, ainda, que, neste modelo, caso o contribuinte anterior do imposto seja imune, ou simplesmente não pague o imposto, não se afasta a regra da não-cumulatividade, e não há necessidade de que o próximo contribuinte da cadeia faça o recolhimento em seu lugar.

Assim, a respeito da não-cumulatividade do Imposto sobre Produtos Industrializados, dispõe a obra de Aliomar Baleeiro:

Contudo, além disso, existem técnicas diversificadas para apuração do valor adicionado. Examinemos apenas a da subtração ou diferença que é a utilizada por nossa ordem jurídica (cf. RUBÉN OSCAR AMIGO, et alii. Impuesto al Valor Agregado. Boletín de la Dirección General Impositiva, p. 152 e segs., ago. 1974).

Subtração ou diferença, adotada pela Constituição da República e pela grande maioria das demais ordens jurídicas, inclusive pela UE, é o método em que se apura o imposto a recolher, subtraindo o imposto devido pelas aquisições (de

<sup>33</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 416

<sup>34</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 470





serviços/mercadorias para revenda ou como insumos, ativo e outros de uso e consumo) do imposto devido pelas vendas das mercadorias e prestações de serviço.

Mas contém variantes técnicas. Nos tributos que oneram a produção/produto, os créditos são chamados “físicos”, porque restritos aos insumos da produção e às mercadorias (corpóreas) que saem fisicamente do estabelecimento. Nos tributos que devem onerar apenas o consumo, os créditos são chamados “financeiros”, porque alcançam o valor dos bens/produtos e mercadorias essenciais à produção da atividade, como bens do ativo fixo e bens de uso e consumo (não importando a aderência física de tais bens-insumos às mercadorias vendidas).

Esse é o modelo adotado pela Constituição da República, nos arts. 153, § 3.º, II, e 155, § 2.º, I, que somente se referem a valor. Acresce, ainda, que a técnica constitucional expressa é a do imposto-contra- imposto (ou subtração indireta), adotada no Brasil e pelos países europeus, para se calcular o montante do tributo a recolher aos cofres públicos por cada contribuinte.

A concessão de créditos, relativos ao valor do tributo, que onerou as compras do contribuinte, compensáveis com os débitos do valor do imposto, gerado pelas saídas, passou a ser a técnica contemporânea, da neutralidade, que deve abranger, em termos ideais, os seguintes produtos/bens e mercadorias: 1.os insumos da produção; 2.os ativos permanentes, relativos até mesmo à montagem de empresas industriais, na fase pré-operacional; 3.os bens de uso e consumo do estabelecimento. As restrições, é claro, cobrem apenas os créditos derivados das aquisições de bens utilizados com desvio, em fins estranhos às atividades próprias do estabelecimento mercantil.

No método de diferença ou subtração, eleito por nossa ordem jurídica, utiliza-se a técnica da base financeira (ou indireta, não real), segundo a qual o princípio da não cumulatividade corresponderá à diferença entre o débito do valor do imposto gerado pela promoção da operação de circulação de mercadorias-vendas e o crédito fiscal oriundo do valor do imposto incidente, nas aquisições-compras no mesmo período. É a técnica do imposto-contra-imposto (ou seja, valor financeiro do imposto a pagar, deduzido do valor financeiro devido nas operações anteriores), adotada no Brasil e na maioria dos demais países, para se calcular o montante do tributo a recolher aos cofres públicos por cada contribuinte. Mesmo nas contribuições sociais não cumulativas, as leis ordinárias escolheram a técnica do imposto contra imposto,



conforme a Lei n.º 10.637/2002; Lei n.º 10.833/2003 e Lei n.º 10.865/2004.<sup>35</sup> (grifos aditados)

Assim, a técnica para o cálculo do montante de tributo a recolher, aplicada no Brasil e prevista pelo antes referido art. 153, § 3º, inciso II, da Constituição Federal corresponde à do imposto-contra-imposto (ou subtração indireta), na qual se deduz do valor financeiro do tributo apurado na presente etapa produtiva (calculado sobre o valor total de todos os “custos” inerentes à respectiva base de cálculo) o valor financeiro devido nas operações anteriores.

### *1.2.3 Capacidade contributiva e não confiscatoriedade*

Previsto no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, o princípio do não confisco constitui vedação constitucional ao poder do próprio legislador ao instituir o tributo. Desse modo, o referido princípio busca coibir a criação de leis tributárias que constituam usurpação do patrimônio do contribuinte. Confira-se:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

- utilizar tributo com efeito de confisco;<sup>36</sup>

Isso porque a tributação não pode agredir a propriedade privada a ponto de colocá-la em risco. Nesse sentido, Hugo de Brito Machado Segundo aduz que “um tributo muito pesado sobre a propriedade imobiliária urbana, por exemplo, seria uma maneira indireta de negar aos cidadãos o próprio direito de propriedade, assegurado constitucionalmente”<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 492-493

<sup>36</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 dez. 2019

<sup>37</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de direito tributário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. p. 74.



Ainda, ao dispor sobre o princípio do não confisco, Roque Antonio Carrazza afirma:

Assim, os impostos devem ser graduados de modo a não incidir sobre fontes produtoras de riqueza dos contribuintes e, portanto, a não atacar a consistência originária de sua fonte de ganho. É confiscatório o tributo que incide sobre correções monetárias, que, como se sabe, não revelam aumento de riqueza (e, nessa medida, aumento de capacidade contributiva), mas simples recomposições do valor de troca da moeda. Também padece desta inconstitucionalidade o tributo que alcança meros sinais exteriores de riqueza, ou seja, indícios, não confirmados pelos fatos, de aumento da aptidão econômica do contribuinte.<sup>38</sup>

Assim, ao criar o tributo o legislador deve prever sua incidência apenas sobre demonstrações de riqueza de fato, sendo inconstitucional o tributo que alcança meros sinais exteriores de riqueza.

Superado o tema dos princípios constitucionais específicos do IPI relacionados ao tema objeto deste trabalho, passamos, no próximo Capítulo, para a análise das jurisprudências do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a matéria, conforme anteriormente proposto.

## **2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA COBRANÇA DO IPI SOBRE PRODUTO TRANSPORTADO PELO VENDEDOR QUE PERECEU POR CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR**

### **2.1 Os contornos do debate jurisprudencial**

A Fazenda Nacional entende que a interpretação literal do artigo 46, inciso I, do CTN, corresponde ao fato gerador do IPI. Nesse sentido, tornar-se-ia necessário o recolhimento do IPI com a simples saída do produto do estabelecimento industrial,

---

<sup>38</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 115-116



independentemente de eventual posterior perecimento, por caso fortuito ou força maior, antes de sua efetiva apropriação pelo respectivo destinatário – ou seja, antes da conclusão do respectivo negócio jurídico com a tradição do bem entre as suas partes –, visto que tais situações constituiriam risco inerente à atividade empresarial praticada pelo fabricante.

Nesse contexto, os contribuintes se insurgiram diante da interpretação fazendária sob a tese de que o fato gerador do IPI não se concretizaria apenas com a saída do estabelecimento do industrial, consoante analisado no Capítulo 1 – como infere a literalidade do art. 46, inciso I, do CTN –, mas com a conclusão da operação negocial à qual se destina aquela saída – ou seja, com a efetiva entrega/apropriação do produto industrializado ao seu respectivo destinatário.

A referida tese também contaria com fundamento na disposição contida atualmente no art. 254, inciso IV, do Decreto n. 7.212/2010 (Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados – RIPI), que prevê a anulação, mediante estorno na escrita fiscal, do crédito do imposto – proveniente de etapas anteriores da respectiva cadeia econômica produtiva – relativo a quaisquer produtos que hajam sido furtados ou roubados após a sua aquisição pelo estabelecimento produtor, mas antes do seu efetivo emprego por este contribuinte na produção de qualquer produto final.

Uma vez delineados os principais fundamentos jurídicos das divergentes linhas argumentativas em torno da questão proposta no presente trabalho, passamos ao estudo da jurisprudência, bem como das razões de decidir dos julgados do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

## **2.2 O entendimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**



Em outubro de 2000, foi publicado acórdão do CARF em recurso contra auto de infração lavrado em face da empresa Souza Cruz S.A., em razão de estorno, supostamente indevido, de débitos relativos à mercadoria roubada.

Por meio do recurso administrativo, a referida empresa impugnou o lançamento de ofício de crédito tributário, referente à cobrança de IPI, por entender que a simples saída física da mercadoria do estabelecimento não configuraria, por si só, o fato gerador do mencionado imposto. Alegou, ainda, que seria possível o estorno por previsão contida no art. 100, inciso VII, do (então vigente) RIPI de 1982 (Decreto 87.981/82)<sup>39</sup>.

Diante de tais argumentos, o CARF julgou pela denegação do recurso da empresa. Assim, o Conselho sinalizou seu entendimento de que a obrigação tributária de pagar o IPI tem surgimento a partir do momento no qual se verifica a saída dos produtos do estabelecimento do industrial, sendo irrelevante se as mercadorias foram ou não entregues ao seu destinatário, nos termos da seguinte ementa:

IPI— FATO GERADOR — FURTO E ROUBO DE  
PRODUTOS OCORRIDOS FORA DO  
ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL

A obrigação de pagar o IPI nasce a partir do momento em que se verifica a saída dos produtos do estabelecimento industrial. Essa regra geral somente não se aplica se houver norma expressa — as denominadas normas de exceção - excluindo determinada hipótese da regra matriz de incidência. É irrelevante, para tanto, que as mercadorias não tenham sido entregues ao destinatário, porque furtadas ou roubadas no percurso da entrega, fora do estabelecimento industrial. Recurso negado.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Que atualmente corresponde ao art. art. 245, inciso IV, do Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (RIPI) de 2010, que prevê a anulação, mediante estorno na escrita fiscal, do crédito do imposto relativo quaisquer produtos que hajam sido furtados ou roubados.

<sup>40</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Recurso n. 114.806**. IPI. Fato gerador. Furto e roubo de produtos ocorridos fora do estabelecimento industrial. Contribuinte: Souza Cruz S/A. Relator(a): Renato Scalco Isquierdo, 17 de outubro de 2000. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 20 dez. 2019



Tal entendimento também se manteve em 2004 quando, utilizando-se de argumentos bastante semelhantes, a empresa Philip Morris Brasil S.A. levou novamente o tema para a análise do Conselho Administrativo que, mais uma vez, decidiu pela ocorrência do fato gerador do imposto no momento da saída do produto do estabelecimento do industrial.

Nesse sentido, o referido acórdão foi ementado da seguinte forma:

IPI. ESTORNO DE DÉBITOS E CRÉDITOS DO IPI EM VIRTUDE DE ROUBO DE MERCADORIAS. IMPOSSIBILIDADE.

O fato de o produto ter sido roubado posteriormente à sua saída do estabelecimento não é suficiente para a descaracterização do fato gerador do IPI. Impossibilidade de estorno de débitos do IPI gerados por saídas tributadas. Da mesma forma, não se pode admitir o estorno dos créditos desse imposto, relativos a matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem empregados em produtos roubados, depois da saída do estabelecimento industrial.

Recurso negado.<sup>41</sup>

Verifica-se da leitura dos acórdãos mencionados que ambas as empresas demonstram o interesse no estorno do crédito do imposto visto que, conforme argumentado nas respectivas peças processuais: (i) sua cobrança incorreria em ofensa aos princípios da capacidade contributiva e do não confisco; e (ii) que – conforme dispõe o Regulamento do IPI, no dispositivo acima citado – o crédito do imposto deveria ser estornado quando da ocorrência de roubo ou furto dos produtos, por decorrência lógica e, em atendimento ao princípio da não-cumulatividade, deveria ser afastada a possibilidade de as saídas de produtos roubados do estabelecimento serem gravadas pelo IPI.

---

<sup>41</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Recurso n. 132.611**. IPI. Estorno de débitos e créditos do IPI em virtude de roubo de mercadorias. Impossibilidade. Relator(a): Fabiola Cassiano Keramidas, 21 de setembro de 2006. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 20 dez. 2019



Ocorre que, na esfera administrativa, as tentativas dos contribuintes encontraram barreira na tese defendida pelo Conselho. Isso porque prevalecia no CARF o entendimento de que as empresas careciam de fundamentação legal para o estorno do crédito do imposto, visto que a disposição do Regulamento do IPI que autorizaria o estorno, pressupõe o furto, ou o roubo, ocorrido antes da saída dos produtos em que tenham sido empregados, hipótese distinta da verificada no caso, de roubo de produtos após a sua saída do estabelecimento industrial.

### 2.3 O entendimento do Superior Tribunal de Justiça

A posição inicial do Superior Tribunal de Justiça a respeito do fato gerador do IPI convergia, em alguns de seus fundamentos, com o entendimento do CARF sobre a matéria.

É o que se verifica da leitura do acórdão referente ao julgamento do Recurso Especial 734.403/RS, da Segunda Turma, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, de outubro de 2010:

PROCESSUAL CIVIL. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO NÃO- CONFISCO E DA NÃO-CUMULATIVIDADE. [...] TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. FATO GERADOR. MOMENTO DA OCORRÊNCIA. SAÍDA DO PRODUTO DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL OU EQUIPARADO. ROUBO DE CARGA APÓS O FATO GERADOR. INAPLICABILIDADE DO ART. 174, V, DO RIPI-98. EXIGÊNCIA DO TRIBUTO.

[...]

A legislação tributária define o fato gerador do IPI como sendo a saída do produto industrializado do estabelecimento industrial ou equiparado, seja qual for o título jurídico de que decorra essa saída do estabelecimento produtor (art. 46, II, do CTN; art. 2º, II e §2º, da Lei n. 4.502/64; e art. 32, II, do Decreto n. 2.637/98 - RIPI-98).

O roubo ou furto de mercadorias é risco inerente à atividade do industrial produtor. Se roubados os produtos depois da saída (implementação do fato gerador do IPI), deve haver a



tributação, não tendo aplicação o disposto no art. 174, V, do RIPI-98. O prejuízo sofrido individualmente pela atividade econômica desenvolvida não pode ser transferido para a sociedade sob a forma do não pagamento do tributo devido.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(STJ, REsp 734.403/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 06/10/2010)

É importante ressaltar que a votação no julgamento do referido recurso não foi unânime, de modo que foram vencidos no mérito os Ministros Castro Meira e Herman Benjamin<sup>42</sup>.

O voto vencedor sustentou a tese de inaplicabilidade do art. 174, inciso V, do Regulamento do IPI<sup>43</sup>, invocado pelo contribuinte, sob o argumento de que o dispositivo somente é aplicável à anulação do creditamento do IPI pago na aquisição de produtos que tenham sido roubados ou furtados antes da saída do estabelecimento, e não à anulação do crédito tributário de IPI a ser cobrado por sobre o preço dos produtos que tenham tido saída do estabelecimento produtor e posteriormente hajam sido roubados ou furtados.

Além disso, foi pontuado no voto do Ministro Mauro Campbell que o roubo e o furto constituem riscos inerentes à atividade praticada pelo industrial produtor, de modo que seria indevido o repasse do prejuízo à sociedade sob a forma do não pagamento do imposto. Assim, entendeu que adotar linha interpretativa diversa transformaria o ente tributante em segurador universal da atividade econômica desenvolvida pelos sujeitos passivos, nos seguintes termos:

Insta salientar que o roubo ou furto de mercadorias é risco inerente à atividade do industrial produtor. Tendo ocorrido o

---

<sup>42</sup> Cabe ressaltar que o ministro Herman Benjamin não juntou seu voto em razão de ausência justificada

<sup>43</sup> Que, conforme mencionado, atualmente corresponde ao art. 254, inciso IV, do Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (RIPI) de 2010, ora vigente, que prevê a anulação, mediante estorno na escrita fiscal, do crédito do imposto relativo a quaisquer produtos que hajam sido furtados ou roubados





fato gerador do IPI (saída do estabelecimento), o prejuízo sofrido individualmente pela atividade econômica desenvolvida não pode ser transferido para a sociedade sob a forma do não pagamento do tributo devido. Imaginar de forma diferente seria permitir, data máxima vênia, que a pessoa física deixasse de pagar imposto de renda sobre seus rendimentos recebidos (ocorrência do fato gerador) que foram roubados ou furtados durante o ano, ou que os impostos de transmissão deixassem de ser exigíveis se após a transmissão (ocorrência do fato gerador) o bem se perdesse ou fosse destruído.

Não se pode adotar linha interpretativa que transforme o ente público tributante em segurador universal da atividade econômica desenvolvida por todos os sujeitos passivos.

Por fim, ainda que se acolhesse a tese da recorrente no sentido de que o fato gerador do IPI somente estaria completo se a operação mercantil se realizasse, para lhe dar razão seria necessário que a instância de origem, senhora na fixação dos pressupostos fáticos da causa, tivesse se manifestado expressamente a respeito da ocorrência ou não da operação mercantil com o pagamento ou não do preço ajustado. Tal não ocorreu nos autos, pois, tanto em primeira instância quanto em sede de apelação, foi considerado irrelevante o fato de ter ocorrido ou não a operação mercantil.

Cabe destacar que, no referido julgado, não foram analisadas as consequências da ocorrência ou não da operação mercantil com o pagamento ou não do preço ajustado, sob o argumento de que a primeira instância não havia se manifestado sobre a matéria.

Ao inaugurar a divergência, o Ministro Castro Meira apresentou quatro motivos pelos quais discordou da decisão adotada pela maioria.

A primeira das razões pontuadas diz respeito ao fato gerador do IPI. Segundo o Ministro Meira, a saída do produto do estabelecimento industrial ou a ele equiparado não é o fato gerador do IPI, mas o momento temporal da hipótese de incidência, cujo aspecto material consiste na realização de operações que transfiram a propriedade ou posse de produtos industrializados.



Ele explica que foi opção do legislador antecipar o elemento temporal da hipótese de incidência do tributo em relação ao momento de conclusão do negócio jurídico, assim, antecipando o nascimento da obrigação tributária. Ocorre que a referida antecipação não torna definitiva a ocorrência do fato gerador, vez que a presunção de ocorrência da operação negocial não é absoluta, podendo ser ilidida com o desfazimento do negócio por roubo, furto, perecimento ou até pela desistência do comprador.

Vale destacar a aproximação realizada pelo Ministro Meira entre o caso analisado de perda da mercadoria por furto – ou qualquer outro fortuito a ele equiparado – da situação na qual ocorre a desistência do comprador.

Assim, segundo o Ministro, consoante dispõe o art. 163, do Regulamento do IPI<sup>44</sup>, o imposto não incide quando há o desfazimento do negócio jurídico por desistência do comprador, hipótese na qual a lei permite ao industrial produtor creditar-se de valor igual ao do imposto escriturado pela saída como forma de anular a operação na própria escrita fiscal.

Desse modo, sustenta que não há diferença entre as duas hipóteses, vez que ambas traduzem vicissitudes que podem acometer o negócio mercantil após a celebração do contrato e a saída da mercadoria do estabelecimento industrial, sendo que, na situação de roubo ou força maior, ainda mais evidente a inoccorrência do fato gerador do IPI, pois o acontecimento escapa a esfera de vontade das partes.

Em segundo lugar, afirma o Ministro Castro Meira que o negócio jurídico translativo da propriedade de produtos industrializados é uma operação complexa que somente se aperfeiçoa com a tradição, real ou ficta, da mercadoria negociada. Assim,

---

<sup>44</sup> Regulamento do IPI (Decreto n. 4.544/2002):

“Art. 163. A não-cumulatividade do imposto é efetivada pelo sistema de crédito, atribuído ao contribuinte, do imposto relativo a produtos entrados no seu estabelecimento, para ser abatido do que for devido pelos produtos dele saídos, num mesmo período, conforme estabelecido neste Capítulo.

§ 1º O direito ao crédito é também atribuído para anular o débito do imposto referente a produtos saídos do estabelecimento e a este devolvidos ou retomados.”



antes da entrega da mercadoria ao comprador a obrigação tributária não é definitiva, mas está sujeita a condição resolutiva que se trata da ocorrência do negócio jurídico subjacente.

Explica que o art. 116, inciso II, do CTN, confirma a referida tese ao tratar do momento de ocorrência do fato gerador:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.<sup>45</sup>

Assim, quando o fato gerador trata de situação jurídica, só se considera ocorrida “desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos do direito aplicável”. Nesse sentido, o fato gerador do IPI trata de situação jurídica que se constitui a partir de operações translativas de posse ou propriedade.

Ocorre que, conforme o entendimento do Ministro Meira, antes da chegada da mercadoria ao comprador, a operação que nasce com a saída do produto do estabelecimento industrial do fabricante não é definitiva, encontrando-se sujeita a condição resolutória, sendo esta a ocorrência do negócio jurídico subjacente.

Diante disso, o art. 117, do CTN, dispõe, para o referido caso, que a celebração do negócio jurídico se encontra acabada no momento da prática do ato ou celebração do negócio:

Art. 117. Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados:

- sendo suspensiva a condição, desde o momento de seu implemento;

**- sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio.**<sup>46</sup> (grifos aditados)

---

<sup>45</sup> BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Institui o Código Tributário Nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/5172.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.



Desse modo, conclui o Ministro Castro Meira em seu voto que:

Igualmente, sob o prisma do elemento temporal, também não incide o imposto. O fato gerador do IPI é uma situação jurídica – operação que transfere a propriedade ou posse de produto industrial –, que somente se aperfeiçoa com a tradição do bem negociado ao respectivo comprador. **Nesses termos, a saída do produto do estabelecimento fabricante desencadeia a incidência tributária sob condição resolutória do aperfeiçoamento do negócio jurídico subjacente, sem o que a circulação da mercadoria será apenas física, e não jurídica, como exige a legislação de regência.** (grifos adotados)

Ainda, em sentido diverso ao consignado pela maioria no julgamento do recurso, o Ministro Castro Meira entendeu que, segundo o Regulamento do IPI, o furto ou roubo de mercadoria impõe o estorno do crédito de entrada relativo aos insumos, o que leva à conclusão de que não existe o débito de saída em respeito ao princípio constitucional da não-cumulatividade. Segundo o Ministro, “do contrário, além da perda da mercadoria – e do preço ajustado para a operação mercantil –, estará o vendedor obrigado a pagar o imposto e a anular o crédito pelas entradas já lançado na escrita fiscal”.

Tal entendimento se contrapõe à tese fazendária de aplicabilidade do Regulamento do IPI somente para os casos em que o roubo ou furto da mercadoria acontece nas dependências internas do próprio estabelecimento comercial. Isso porque de acordo com o entendimento do Ministro, o dispositivo contido no regulamento não realiza a referida restrição, fato que se conforma pela própria interpretação sistemática e teleológica da norma.

Por fim, sustentou que com o furto da mercadoria antes da entrega ao comprador desaparece a grandeza econômica sobre a qual deveria incidir o tributo. Ou seja, caso não se concretize o negócio jurídico, por furto ou roubo da mercadoria

---

<sup>46</sup> BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Institui o Código Tributário Nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.



negociada, o elemento signo de capacidade contributiva deixa de existir, de modo que o ônus tributário será absorvido não pela riqueza adquirida com a própria operação tributada, mas pelo patrimônio e outras rendas do contribuinte que não necessariamente guardam relação com o negócio jurídico que deu causa à tributação, em clara violação ao princípio do não-confisco.

Posteriormente, em agosto de 2012, no julgamento do Recurso Especial n. 1.203.236/RJ, o entendimento da Segunda Turma foi alterado. Por meio de acórdão redigido pelo Ministro Relator Herman Benjamin, a Turma consignou que “Não se pode confundir o momento temporal do fato gerador com o próprio fato gerador, que consiste na realização de operações que transfiram a propriedade ou posse de produtos industrializados”, nos termos da seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. [...] IPI. FATO GERADOR. MOMENTO TEMPORAL. FURTO/ROUBO. TRADIÇÃO. CONDIÇÃO RESOLUTÓRIA. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA SUBJETIVA. EXAÇÃO INDEVIDA.

1. A empresa ajuizou Ação Ordinária com o intuito de anular lançamentos de IPI sobre mercadorias (cigarros) destinadas à exportação que foram furtadas. O Juízo de 1º grau julgou improcedente o pedido, tendo sido mantida a sentença pelo Tribunal Regional Federal

Em relação ao mérito, esta Turma se posicionara inicialmente no sentido de que "o roubo ou furto de mercadorias é risco inerente à atividade do industrial produtor. Se roubados os produtos depois da saída (implementação do fato gerador do IPI), deve haver a tributação, não tendo aplicação o disposto no art. 174, V, do RIPI-98". (REsp 734.403/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6.10.2010). Nessa oportunidade, fiquei vencido ao lado do Eminentíssimo Ministro Castro Meira, cujas considerações ali feitas motivaram aqui maior reflexão sobre a justiça de onerar o contribuinte com tributação que não corresponde ao proveito decorrente da operação. Tais observações prevalecem nos seguintes termos:

O fato gerador do IPI não é a saída do produto do estabelecimento industrial ou a ele equiparado. Esse é apenas o momento temporal da hipótese de incidência, cujo aspecto



material consiste na realização de operações que transfiram a propriedade ou posse de produtos industrializados.

Não se pode confundir o momento temporal do fato gerador com o próprio fato gerador, que consiste na realização de operações que transfiram a propriedade ou posse de produtos industrializados.

A antecipação do elemento temporal criada por ficção legal não torna definitiva a ocorrência do fato gerador, que é presumida e pode ser contraposta em caso de furto, roubo, perecimento da coisa ou desistência do comprador.

A obrigação tributária nascida com a saída do produto do estabelecimento industrial para entrega futura ao comprador, portanto, com tradição diferida no tempo, está sujeita a condição resolutória, não sendo definitiva nos termos dos arts. 116, II, e 117 do CTN. Não há razão para tratar, de forma diferenciada, a desistência do comprador e o furto ou o roubo da mercadoria, dado que em todos eles a realização do negócio jurídico base foi frustrada.

O furto ou o roubo de mercadoria, segundo o art. 174, V, do Regulamento do IPI, impõem o estorno do crédito de entrada relativo aos insumos, o que leva à conclusão de que não existe o débito de saída em respeito ao princípio constitucional da não cumulatividade. Do contrário, além da perda da mercadoria - e do preço ajustado para a operação mercantil -, estará o vendedor obrigado a pagar o imposto e a anular o crédito pelas entradas já lançado na escrita fiscal.

**Desarrazoado entender que a parte que tem a mercadoria roubada deva suportar prejuízo decorrente de deficit da segurança pública que deveria ser oferecida pelo Estado, e recolher o tributo como se obtivesse proveito econômico com a operação.** Quando há proveito econômico, não se recolhe tributo. Quando não há, o pagamento é indevido? Tratar-se-ia de afirmação kafkiana.

O furto de mercadorias antes da entrega ao comprador faz desaparecer a grandeza econômica sobre a qual deve incidir o tributo. Em outras palavras, não se concretizando o negócio jurídico, por furto ou roubo da mercadoria negociada, já não se avista o elemento signo de capacidade contributiva, de modo que o ônus tributário será absorvido não pela riqueza advinda da própria operação tributada, mas pelo patrimônio e por rendas outras do contribuinte que não se relacionam especificamente com o negócio jurídico que deu causa à



tributação, em clara ofensa ao princípio do não confisco. Recurso Especial provido.

(STJ, REsp 1203236/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 30/08/2012 – grifos aditados)

Verifica-se que, em seu voto, o Ministro Herman Benjamin recupera a maioria das razões de julgamento levantadas pelo Ministro Castro Meira no voto de divergência acima exposto. Entretanto, merece atenção o argumento em destaque da ementa acima colacionada.

Isso porque, no referido trecho, o Ministro Herman Benjamin critica a possibilidade pagamento do tributo, vez que, em tal situação, estaria o contribuinte suportando o prejuízo decorrente de *deficit* da segurança pública que deveria ser oferecida pelo Estado. Assim transcreve em seu voto:

O raciocínio propõe uma solução à situação kafkiana já mencionada, na qual a parte tem a mercadoria roubada, suporta o prejuízo decorrente de deficit da segurança pública que deveria ser oferecida pelo Estado, e recolhe o tributo como se obtivesse proveito econômico com a operação.

O recolhimento derivaria então de uma "circulação interna" provocada por ato ilícito (roubo) para o qual contribuiu indiretamente o Estado, por meio de falha de segurança pública.

Cabe ressaltar que a referida tese, mais uma vez, não contou com a unanimidade dos membros daquela Turma, sendo vencido o Ministro Mauro Campbell, que manteve o mesmo posicionamento proferido por meio do voto no antes referido Recurso Especial n. 734.403/RS de 2010.

O primeiro julgamento unânime sobre a matéria, naquela mesma Segunda Turma do STJ, ocorreu em junho de 2013, com o julgamento do Recurso Especial n. 1.184.354<sup>47</sup>, cujo acórdão foi proferido sob a relatoria da Ministra Eliana Calmon,

---

<sup>47</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial 1.184.354/RS**. Processual civil e tributário. Ipi. Fato gerador. Roubo de mercadoria. Violação ao art. 535 do cpc não caracterizada. Necessidade de efetiva operação mercantil. Recurso provido. Recorrente: Philip Morris Brasil S/A.



no qual se reafirmou o entendimento de que “a mera saída de mercadoria do estabelecimento comercial ou a ele equiparado não caracteriza, por si só, a ocorrência do fato gerador do IPI, fazendo-se necessária a efetivação de operação mercantil (...)”.

Posteriormente, em novembro de 2018, visando uniformizar a jurisprudência da Primeira Turma e da Segunda Turma do STJ, foram julgados, pela Primeira Seção, os Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 734.403/RS, o primeiro precedente sobre a matéria acima citado.

A ementa do acórdão de uniformização foi redigida nos seguintes termos:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. IPI. FATO GERADOR. ROUBO DA MERCADORIA APÓS A SAÍDA DO ESTABELECIMENTO DO FABRICANTE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA DA CONTRIBUINTE PROVIDOS.

Discute-se nos presentes autos se a saída física do produto do estabelecimento industrial ou equiparado é suficiente para a configuração do fato gerador do IPI, sendo irrelevante a ausência de concretização do negócio jurídico subjacente em razão do furto e/ou roubo das mercadorias.

A controvérsia já se encontra superada em ambas as Turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça, restando consolidado o entendimento de que a operação passível de incidência da exação é aquela decorrente da saída do produto industrializado do estabelecimento do fabricante e que se aperfeiçoa com a transferência da propriedade do bem, porquanto somente quando há a efetiva entrega do produto ao adquirente a operação é dotada de relevância econômica capaz de ser oferecida à tributação.

Na hipótese em que ocorre o roubo/furto da mercadoria após a sua saída do estabelecimento do fabricante, a operação mercantil não se concretiza, inexistindo proveito econômico para o fabricante sobre o qual deve incidir o tributo. Ou seja, não se configura o evento ensejador de incidência do IPI, não gerando, por conseguinte, a obrigação tributária respectiva.





Precedentes: AgInt no REsp. 1.552.257/RS, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe 22.11.2016; AgInt no REsp. 1.190.231/RJ, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 17.8.2016; REsp. 1.203.236/RJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 30.8.2012.

Embargos de Divergência da Contribuinte providos, para julgar procedentes os Embargos à Execução, e, por conseguinte, desconstituir o crédito tributário.

(STJ, EREsp 734.403/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/11/2018, DJe 21/11/2018)

No referido acórdão, apesar de tratarem-se de embargos de divergência, o Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho menciona que estar consolidado – em ambas as turmas de Direito Público do STJ – o entendimento de que, na hipótese de roubo ou furto da mercadoria após sua saída do estabelecimento do fabricante e anteriormente à sua entrega (tradição) em favor do respectivo adquirente, resta ausente evento ensejador de incidência do IPI, vez que ausente a relevância econômica da operação capaz de gerar a tributação.

Diante do exposto, não restam dúvidas que a controvérsia derivada da redação equivocada do art. 46 do CTN já se encontra superada pelo novo entendimento jurisprudencial do STJ. Passamos, então, à análise do tema proposto para o presente trabalho.

### **3 A INCIDÊNCIA OU NÃO DE IPI SOBRE PRODUTOS ROUBADOS TRANSPORTADOS A CARGO DO COMPRADOR**

Uma vez delimitado o fato gerador do IPI, consoante a jurisprudência, ora pacífica, do Superior Tribunal de Justiça, passamos à exposição de mais alguns conceitos fundamentais, antes de tratarmos do tema proposto para o presente estudo.

De início, devemos compreender precisamente quando que ocorre a conclusão o negócio jurídico que constitui o fato gerador do IPI – conforme exposto



no capítulo anterior. Com esse objetivo, analisaremos a tradição e as suas espécies, bem como o contrato de compra e venda realizado entre o vendedor industrial e o comprador da mercadoria a ser tributada.

Por fim, analisaremos a validade do entendimento fixado pelo STJ diante dos conceitos aqui trabalhados e, em seguida, as repercussões do entendimento firmado pela Corte na situação ora proposta.

### 3.1 A tradição

Consoante explica Pablo Stolze, a transmissão de propriedade no direito brasileiro não decorre apenas de um título – de um contrato de compra e venda, por exemplo –, exigindo, também, uma solenidade. No caso dos bens móveis, essa solenidade é a tradição, ou seja, a entrega da coisa ao adquirente<sup>48</sup>. Nesse mesmo sentido, explica Caio Mario:

(...) Desta noção fazemos ressaltar, desde logo, o ponto essencial, que marca a posição do nosso direito: **o caráter meramente obrigatório do contrato**. Seguindo, como se vê, a tradição romana, e fiel à nossa determinação histórica, a compra e venda não opera, segundo o nosso Código, a transmissão do domínio. Neste mesmo rumo, rezam os Códigos alemão, suíço, espanhol, argentino, mexicano, uruguaio, chileno, chinês. Em sentido contrário, vigora o sistema que atribuiu ao contrato o efeito translático da propriedade, adotado nos Códigos francês, português, boliviano, peruano, italiano.

**Para o direito brasileiro, portanto, o contrato por si só é inábil a gerar a translação da propriedade, embora seja dela uma causa determinante. É mister a realização de um daqueles atos a que a lei reconhece o efeito translático: a tradição da res vendita, se se tratar de coisa móvel; ou a**

---

<sup>48</sup> STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direitos reais. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 244



inscrição do título aquisitivo no registro, se for imóvel o seu objeto.<sup>49</sup> (grifos aditados)

A tradição é, portanto, essencial para a transmissão do domínio da coisa. É o que se pode concluir da leitura dos arts. 1.267 e 1.268 do Código Civil<sup>50</sup>:

Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição.

Parágrafo único. Subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório; quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro; ou quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico.

Art. 1.268. Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono.

§ 1º Se o adquirente estiver de boa-fé e o alienante adquirir depois a propriedade, considera-se realizada a transferência desde o momento em que ocorreu a tradição.

§ 2º Não transfere a propriedade a tradição, quando tiver por título um negócio jurídico nulo.

Caio Mário conceitua a tradição como “um ato de entrega da coisa ao adquirente, transformando a declaração translática de vontade em direito real”<sup>51</sup>.

Ocorre que, consoante dispões os artigos acima colacionados, para que tal ato de entrega seja válido, ele deve ser operado por agente capaz. Este deve ser o dono do bem, exceto se a coisa, oferecida ao público – em leilão ou estabelecimento comercial – for transferida em circunstâncias nas quais, diante da boa-fé do adquirente, o alienante aparenta ser dono.

---

<sup>49</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 3. p.141.

<sup>50</sup> BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 19 dez. 2019

<sup>51</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Direitos Reais**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 4. p. 144.



Ressalta-se que, para alguns autores, como Pablo Stolze e Pamplona Filho, a alienação por pessoa distinta de seu dono necessita da posterior aquisição da propriedade por quem se apresentava como dono da coisa<sup>52</sup>.

Assim, existem três modos de tradição: (i) a real, quando a coisa é de fato entregue ao adquirente; (ii) a ficta, quando a transferência não é efetiva, situação na qual o adquirente já possuía a coisa, prevista no parágrafo único do art. 1.267, do CC; e (iii) a simbólica, quando a transferência do bem ocorre simbolicamente, com a entrega das chaves de um imóvel, por exemplo<sup>53</sup>.

Ressalta-se que, no presente estudo, nos referimos às duas primeiras modalidades de tradição que, consoante previamente observado, são mencionadas repetidas vezes pelos julgados do STJ apresentados no capítulo anterior.

Assim, prosseguimos para a análise do contrato de compra e venda realizado entre o vendedor industrial e comprador da mercadoria a ser tributada, bem como da alocação dos riscos do negócio.

### **3.2 O contrato de compra e venda e a responsabilidade pelos riscos do negócio**

O Código Civil (CC), em seu art. 481, dispõe que ao realizar um contrato de compra e venda um dos contratantes (vendedor) se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro (comprador) a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

O contrato de compra e venda pode ser caracterizado como bilateral e comutativo porque cria obrigações equivalentes (ainda que distintas) para o vendedor e para o comprador; oneroso, visto que as duas partes dele extraem vantagens; consensual, na maioria dos casos, visto que somente necessita do acordo de vontades

---

<sup>52</sup> STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direitos reais. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 247

<sup>53</sup> STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direitos reais. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 245



– embora possa ser considerado solene em algumas situações; e translativo da propriedade, vez que é ato causal gerador de uma obrigação de dar coisa, e fundamento da tradição<sup>54</sup>.

Ao observarmos as obrigações básicas decorrentes do contrato de compra e venda já podemos inferir que, ao ser obrigado a entregar a coisa ao comprador, o vendedor atrai para si o dever de conservá-la até o momento da tradição<sup>55</sup>.

Tal comportamento sequer pode ser considerado uma prestação obrigacional, vez que a única obrigação do vendedor é com o resultado, sendo o de entregar a coisa nas condições previamente pactuadas<sup>56</sup>. Nesse sentido dispõe o art. 492, do CC<sup>57</sup>:

Art. 492. Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador.

§1º Todavia, os casos fortuitos, ocorrentes no ato de contar, marcar ou assinalar coisas, que comumente se recebem, contando, pesando, medindo ou assinalando, e que já tiverem sido postas à disposição do comprador, correrão por conta deste.

§ 2º Correrão também por conta do comprador os riscos das referidas coisas, se estiver em mora de as receber, quando postas à sua disposição no tempo, lugar e pelo modo ajustados.

Assim, verifica-se que, salvo em casos de disposição contratual em sentido contrário, uma vez entregue a coisa pelo vendedor no local e data ajustados para tradição, os riscos da coisa – no sentido de estar sujeita a perecimento ou deterioração por caso fortuito ou força maior, inclusive por força de furto ou roubo – correm por conta do comprador<sup>58</sup>. Isso porque conforme explica Silvio Venosa:

---

<sup>54</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 3. p. 141

<sup>55</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: Contratos. 19. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. v. 3. p. 309

<sup>56</sup> *Ibidem*

<sup>57</sup> BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 19 dez. 2019

<sup>58</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: Contratos. 19. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. v. 3. p. 309



A tradição é o marco divisor na responsabilidade pela perda ou deterioração. Como com nosso sistema o contrato não transmite a propriedade, a coisa continua a pertencer ao alienante até sua entrega, ainda que a posse esteja com terceiro.<sup>59</sup>

Destaca-se que, na hipótese em que o comprador requer que a mercadoria seja expedida para local diverso, cabe a ele arcar com os riscos a partir do momento em que a coisa for entregue para transporte, vez que, a partir desse momento, já se configura como dono da mercadoria.

Trata-se da regra do *res perit domino*, por meio da qual se entende que a coisa perece sempre para o dono. Desse modo, se a mercadoria se perdeu após a tradição, ela pereceu para o comprador.

Nesse momento vale destacar as cláusulas CIF e FOB, que modelam algumas das mencionadas formas especiais de pactuação da venda, utilizadas costumeiramente na prática comercial e que correspondem a algumas das situações analisadas no presente estudo.

A cláusula CIF (*Cost, insurance, freight*<sup>60</sup>) indica que a mercadoria será colocada em um local previamente designado, no qual ocorrerá a sua tradição. Assim, o vendedor arcará com os custos do seguro e do transporte da mercadoria até o local no qual ocorrerá a tradição, a partir da qual – como de costume – a mercadoria se transfere plenamente ao comprador<sup>61</sup>.

A cláusula FOB (*Free on board*<sup>62</sup>) indica que o vendedor se obriga somente a transferir a mercadoria até o embarque, momento a partir do qual os riscos passam a

---

<sup>59</sup> Ibidem

<sup>60</sup> Tradução livre: Custo, seguro, frete

<sup>61</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 3. p. 169

<sup>62</sup> Tradução livre: Livre a bordo, posto a bordo



correr a cargo do comprador – por ter ele próprio o transportador, ou porque o transporte se faz em seu nome, a seu encargo, por sua conta e risco<sup>63</sup>.

Tais cláusulas não somente geram uma variação na alocação de riscos dos contratos, em relação à previsão legal, como também alteram o momento no qual ocorre a tradição.

Dessa forma, na situação prevista pela cláusula CIF a tradição ocorre no local determinado pelo contrato e na data pactuada. Diante disso – conforme exposto anteriormente – caso o comprador atrase na busca da mercadoria, ele passa a arcar com os riscos derivados da permanência da mercadoria no local.

Na segunda hipótese, da cláusula *free on board* (FOB), na qual o vendedor se obriga somente até o embarque – que se relaciona com o objeto de nosso estudo a tradição ocorre a partir do momento que o vendedor embarca a mercadoria do comprador, de modo que aquele não se responsabiliza pelos riscos decorrentes do seu transporte, que corre a cargo do comprador.

Desse modo, uma vez apresentados todos os conceitos necessários para o estudo do tema específico proposto neste trabalho, passamos para a análise das repercussões do entendimento do STJ em situação na qual a mercadoria perece por caso fortuito ou força maior (inclusive, e aqui destacadamente, por força de furto ou roubo) tendo sido pactuado contratualmente o seu transporte sob a responsabilidade do comprador.

### **3.3 A incidência ou não de IPI sobre produtos roubados transportados pelo comprador**

Uma vez fixados os conceitos que serão tratados no presente trabalho, podemos nos voltar para o problema de pesquisa proposto: “Há necessidade de

---

<sup>63</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 3. p. 169



recolhimento do IPI incidente sobre mercadoria industrializada a ser transportada a cargo do comprador, por previsão contratual, mas que perece, por caso fortuito ou força maior – especificamente por força de furto ou roubo –, antes da chegada no estabelecimento de destino?”.

Conforme demonstrado no Capítulo 2, o entendimento do STJ já é pacífico no sentido de que não existe a obrigação tributária de pagamento do IPI na hipótese em que o vendedor perde a mercadoria industrializada durante o transporte por furto, roubo ou qualquer evento fortuito a eles factualmente equiparado, antes pois de sua tradição real ou ficta.

Para justificar tal entendimento a Corte apresentou, de forma resumida, os seguintes fundamentos:

para a constituição do fato gerador a própria lei exige a conclusão da operação que transfere a posse ou propriedade dos produtos;

o negócio jurídico somente se aperfeiçoa com a tradição real ou ficta do bem;

o Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados prevê a possibilidade de anulação do crédito para os casos de roubo, furto, perecimento ou até pela desistência do comprador;

com o furto ou roubo da mercadoria antes da entrega ao comprador desaparece a grandeza econômica sobre a qual deve incidir o tributo; e

aceitar a incidência do tributo nessas hipóteses importaria em permitir que o contribuinte suporte o prejuízo decorrente de *deficit* da segurança pública que deveria ser oferecida pelo Estado.

Quanto ao primeiro fundamento, nos parece adequada a conclusão do STJ. Isso porque podemos verificar da literalidade do art. 46, do CTN, que o legislador se





propôs apenas a antecipar o momento em que passa a ser devida a obrigação tributária, gerando uma presunção de ocorrência do negócio jurídico<sup>64</sup>.

Ocorre que tal presunção não é absoluta, de modo que o negócio jurídico pode, inclusive, não acontecer – como na hipótese de roubo, perecimento ou outro fortuito que pode gerar a perda da mercadoria.

Assim, a saída do produto do estabelecimento, por si só, não constitui o aspecto material do fato gerador do IPI – mas, conforme já acima indicado, apenas o seu aspecto temporal, que exige a conclusão do negócio jurídico que consiste na transmissão da propriedade ou posse do produto industrializado, com a produção de riqueza tributável dele decorrente, conforme amplamente demonstrado nos Capítulos 1 e 3 deste trabalho.

O negócio jurídico que consiste na transmissão de propriedade do produto industrializado requer, consoante estudado no tópico 3.1., tanto o acordo de vontades que pode ocorrer por meio do contrato de compra e venda – como a tradição para a sua validade.

A tradição, por sua vez, deve ser operada por agente capaz que também detém a qualidade de ser dono do bem. Caso não o seja, deve cumprir com os requisitos, já mencionados, previstos no art. 1.268 do CC<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Código Tributário Nacional:

“Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador: I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;

II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51; III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.”

<sup>65</sup> Consoante indicado no tópico 3.2. o alienante não precisa ser o dono do bem para realizar a tradição da coisa na situação em que a coisa oferecida ao público – em leilão ou estabelecimento comercial – seja transferida em circunstâncias nas quais, diante da boa-fé do adquirente, o alienante aparenta ser dono, bem como observado o requisito previsto no § 1º do art. 1.268 do Código Civil.



Desse modo, concordamos com a tese fixada pelo STJ de que o negócio jurídico que origina a obrigação tributária de pagamento do IPI somente se aperfeiçoa com a tradição real ou ficta do bem. No entanto, ressaltamos a importância do acordo de vontades, anteriormente à tradição, vez que, como exposto anteriormente, é indispensável para a sua validade.

Também achamos adequados os argumentos apresentados pelo STJ quanto à aplicabilidade, à oportunidade da saída da mercadoria do estabelecimento produtor, do disposto no Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados relativamente aos insumos adquiridos para a sua produção. Isso porque não há como se concluir da redação do dispositivo qualquer restrição que impeça sua aplicação analógica ou extensiva ao presente caso. Confira-se:

Art. 254. Será anulado, mediante estorno na escrita fiscal, o crédito do imposto.

IV - relativo a matéria-prima, produto intermediário, material de embalagem, e quaisquer outros produtos que hajam sido furtados ou roubados, inutilizados ou deteriorados ou, ainda, empregados em outros produtos que tenham tido a mesma sorte.<sup>66</sup>

Permitir a existência de um crédito de entrada quando não há seu respectivo débito de saída fere diretamente o princípio constitucional da não-cumulatividade – previsto no art. 153, §3º, inciso II, da Constituição – uma vez que, conforme demonstrado, para caracteriza-se como não-cumulativo, o tributo deve ser incidente somente sobre o valor que foi agregado ao bem objeto da tributação, na fase da cadeia produtiva na qual se encontra o contribuinte.

Ocorre que, na referida operação, não foi agregado valor algum ao bem, visto que, apesar da ocorrência da industrialização da mercadoria, não foi possível

---

<sup>66</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010**. Regulamenta a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/decreto/d7212.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7212.htm). Acesso em: 19 dez 2019



conquistar o ganho de riqueza objetivado com a atividade empresarial de industrialização, em razão de seu perecimento por furto, roubo ou outro evento fortuito externo à vontade das partes e factualmente analógica àquelas situações antes referidas. Diante disso, a incidência do tributo nessas circunstâncias feriria diretamente o princípio da não-cumulatividade.

Em conformidade com o exposto no tópico 1.2.3., do Capítulo 1, a tributação prevista pelo legislador está sujeita a algumas limitações. Desse modo, decorre do disposto no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, o entendimento de que a tributação deve ser proporcional à capacidade do contribuinte de pagar o tributo, ou seja, à sua capacidade contributiva.

Isso porque o tributo não pode ser uma forma (direta ou indireta) do Estado confiscar o patrimônio do contribuinte além daquilo que seja estritamente necessário para, concomitantemente, gerar a captação proporcional dos recursos necessários à manutenção das atividades e dos serviços estatais, por um lado, e permitir a manutenção da capacidade produtiva dos respectivos sujeitos passivos, por outro lado. Para que haja tributação é necessária a ocorrência de uma demonstração de riqueza de fato, sob pena de violação, também, ao princípio constitucional do não-confisco.

Desse modo, no cenário analisado pelo STJ, o industrial produtor, ao perder a mercadoria em decorrência do roubo ou furto, não gerou riqueza passível de tributação, de modo que, aceitar a incidência do imposto nestas circunstâncias, implicaria em agressão direta ao seu patrimônio. Situação claramente contrária às antes referidas garantias constitucionais do contribuinte.

Assim, de acordo com o nosso estudo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça está em pleno acordo com o disposto na Constituição e na legislação específica sobre a matéria.



Passamos então para a análise da situação proposta: “Há necessidade de recolhimento do IPI incidente sobre mercadoria industrializada a ser transportada a cargo do comprador, por previsão contratual, mas que perece, por caso fortuito ou força maior – especificamente por força de furto ou roubo –, antes da chegada no estabelecimento de destino?”.

Acreditamos que sim. Conforme exposto, o fato gerador do tributo ocorre com a conclusão do negócio jurídico entre o industrial produtor e o comprador da mercadoria. Assim, uma vez que, no cenário proposto, o comprador passa a ser o responsável pelo transporte da mercadoria, a tradição é antecipada para o momento de sua entrega, ainda no estabelecimento do devedor ou em local acordado entre as partes, de modo que ocorre anteriormente ao evento danoso.

Ao realizarmos uma análise sob o ponto de vista da responsabilidade civil, aplicáveis ao tema – conforme já acima indicado – precisamente conforme definido<sup>2</sup>, na hipótese proposta, em que a mercadoria industrializada pelo produtor industrial perece, por caso fortuito ou força maior – aqui, especificamente, em razão de furto ou roubo –, durante o transporte realizado pelo comprador, a seu cargo ou em seu nome (por conta e ordem), por previsão contratual, estão desde logo presentes todos os aspectos da hipótese de incidência do IPI, assim, resta concretizado o fato gerador da obrigação tributária, sendo, portanto, devido o tributo.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho nos permitiu analisar os limites e as repercussões do entendimento fixado pelo STJ acerca da ilegalidade da cobrança do IPI incidente sobre produtos que saíam do estabelecimento do produtor, sendo por ele transportados, mas que não chegaram até o correspondente comprador por furto ou roubo, ou outro caso de perda da mercadoria transportada pelo produtor industrial.



Propomos a aplicação do referido entendimento em situação na qual o comprador é responsável pelo transporte da mercadoria – seja porque ele mesmo realiza o transporte ou porque esse se faz em seu nome, a seu encargo, por sua conta e risco.

Ao realizar uma análise do fato gerador IPI, dos princípios constitucionais relevantes para o estudo do tema e dos julgados do CARF e do STJ sobre a matéria, concluímos que, apesar da interpretação literal do art. 46, inciso I, do CTN – que se propõe a positivar o fato gerador do imposto – indicar que seu fato gerador consiste na saída do produto industrializado do estabelecimento do contribuinte, não se pode admitir tal interpretação.

Isso porque aceitar apenas o que dispõe a redação do artigo importaria em entender como concretizado aquele fato gerador com a simples ocorrência do aspecto temporal da hipótese de incidência do tributo.

Desse modo, ao se aplicar tal interpretação à situação analisada pelo STJ – na qual a mercadoria sai do estabelecimento do vendedor, sendo por ele transportado e não chega ao comprador, por roubo, furto ou outro fortuito – seria devido o pagamento do tributo com a simples saída da mercadoria do estabelecimento do industrial produtor, de modo que restariam violados os princípios da não-cumulatividade e do não confisco, consoante demonstrado no presente trabalho.

Assim, concluímos que a compreensão oferecida pelo STJ, em oposição à do CARF, é a mais adequada ao interpretar que o fato gerador do IPI não concretiza-se com a simples saída do produto do estabelecimento, consoante dispõe o art. 46, inciso I, do CTN, mas sim como a ocorrência, no mundo dos fatos, do aspecto material da hipótese de incidência, que consiste na realização de operações que transfiram a posse ou propriedade de produtos industrializados.

Passamos, então, para o estudo da situação proposta no presente trabalho, na qual a mercadoria industrializada pelo produtor industrial perece, por caso fortuito



ou força maior – aqui, especificamente, em razão de furto ou roubo –, durante o transporte realizado pelo comprador, por previsão contratual, a seu cargo ou em seu nome (por conta e ordem).

Assim, realizamos uma análise sob o ponto de vista da responsabilidade civil, dos conceitos aplicáveis ao tema consoante suas definições oferecidas pelo Direito Privado por força do disposto no art. 109 do CTN. Diante disso, concluímos que após a entrega da mercadoria o industrial produtor deixa de responder pelos riscos da coisa decorrentes de caso fortuito ou força maior – passando tal responsabilidade, juntamente com a titularidade do bem, ao comprador da mercadoria.

Verificamos também que, na situação estudada, o negócio jurídico translativo da propriedade dos produtos industrializados foi concluído. Isso porque, além de ter decorrido de um acordo de vontades válido, foi concluída a tradição do bem, dessa vez no próprio estabelecimento do industrial produtor ou em local acordado pelas partes.

Por todo o exposto, concluímos com nosso estudo sobre os conceitos apresentados nos Capítulos 1 e 3 e com análise das teses constantes nos entendimentos jurisprudenciais do CARF e do STJ, demonstradas no Capítulo 2, que na hipótese proposta, em que a perda da mercadoria industrializada por roubo ou furto ocorre durante o transporte realizado pelo comprador (por sua conta e ordem), por previsão contratual, é devido o tributo, vez que presentes todos os aspectos da hipótese de incidência e, portanto, concretizado o fato gerador da obrigação tributária.

## REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BALEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.



BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Recurso n. 114.806. IPI.** Fato gerador. Furto e roubo de produtos ocorridos fora do estabelecimento industrial. Contribuinte: Souza Cruz S/A. Relator(a): Renato Scalco Isquierdo, 17 de outubro de 2000. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Recurso n. 132.611. IPI.** Estorno de débitos e créditos do IPI em virtude de roubo de mercadorias. Impossibilidade. Relator(a): Fabiola Cassiano Keramidas, 21 de setembro de 2006. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010.** Regulamenta a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/decreto/d7212.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7212.htm). Acesso em: 19 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Institui o Código Tributário Nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.798, de 10 de julho de 1989.** Altera a legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7798.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7798.htm). Acesso em: 19 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 19 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial 734.403/RS.** Tributário. Embargos de divergência em recurso especial. Ipi. Fato gerador. Roubo da mercadoria após a saída do estabelecimento do fabricante. Embargos de divergência da contribuinte providos. Recorrente: Philip Morris Brasil S/A. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 21 de



novembro de 2018. Disponível em:  
<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial 734.403/RS**. Processual civil. Princípios constitucionais do não-confisco e da não-cumulatividade. [...] Tributário. Imposto sobre produtos industrializados - IPI. Fato gerador. Momento da ocorrência. Saída do produto do estabelecimento industrial ou equiparado. Roubo de carga após o fato gerador. Inaplicabilidade do art. 174, v, do ripi-98. Exigência do tributo. Recorrente: Philip Morris Brasil S.A. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 06 de outubro de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial 1.184.354/RS**. Processual civil e tributário. IPI. Fato gerador. Roubo de mercadoria. Violação ao art. 535 do cpc não caracterizada. Necessidade de efetiva operação mercantil. Recurso provido. Recorrente: Philip Morris Brasil S/A. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Min. Eliana Calmon, 03 de junho de 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial 1.203.236/RJ**. Processual civil e tributário. [...] IPI. Fato gerador. Momento temporal. Furto/roubo.tradição. Condição resolutória. Capacidade contributiva subjetiva. Exação indevida.Recorrente: Souza Cruz Trading S/A. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Min. Herman Benjamin, 30 de agosto de 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 20 dez. 2019

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

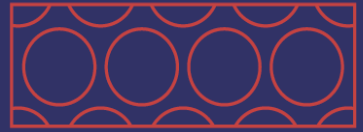
CASSONE, Vittorio. **Direito tributário**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.





MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 3.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STOLZE, Pablo, FILHO, Pamplona, R. **Novo curso de direito civil - direitos reais**. São Paulo: Saraiva, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Contratos**. 19. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. v. 3.



# O DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL DA COREIA DO SUL NOS ANOS 1960- 2000 E ABERTURA DA COOPERAÇÃO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Isabela Sousa da Luz

## RESUMO

Este trabalho analisa o desenvolvimento institucional da Coreia do Sul durante os anos 1960 a 2000 e abertura da cooperação de parceria público-privada, dando foco às políticas governamentais para o desenvolvimento com foco nos setores de telecomunicação, automobilismo e na infraestrutura. Na independência dos anos 60, a Coreia do Sul adotou planos para o desenvolvimento econômico denominado de Planos Quinquenais e o suporte do governo para empresas; atingindo alterações consonantes com as necessidades para o objetivo. Após a sustentação, o governo coreano proporcionou uma abertura para parcerias entre os poderes público e privado. Diante disso, a monografia analisa as políticas governamentais coreanas e as suas alterações conforme as necessidades e os problemas que foram surgindo, sendo cruciais para o desenvolvimento do país. Seguidamente será realizado uma análise dessas políticas governamentais coreanas sob a ótica da teoria de Robert Keohane e Joseph Nye.

**Palavras-chave:** Desenvolvimento Institucional. Parceria Público-Privada. Políticas Públicas. Políticas Governamentais.

## INTRODUÇÃO

Ao analisar o desenvolvimento institucional da Coreia do Sul, considerando as circunstâncias da mesma a partir dos anos 60, quando obteve a sua independência após um período de guerra, e a sua abertura da cooperação da parceria público-privada, abre a discussão de como a Coreia do Sul se consolidou diante de um ambiente de interdependência que afeta os comportamentos dos estados e suas



transações, estando numa vulnerabilidade e sensibilidade relativamente alta quando começaram a criar os planos de desenvolvimento para, por conseguinte, abrir para uma cooperação público-privada. Com base nisso a pesquisa vai demonstrando o desenvolvimento institucional na Coreia do Sul e a abertura das parcerias público-privada.

Nos anos 60, quando a Coreia do Sul conquistou a sua independência com a divisão da península coreana, em razão da maioria dos recursos naturais e de indústrias pesadas na península coreana ficarem na parte norte, os recursos da parte sul se encontrava destruído pela guerra, com isso, se buscou a criação de um plano para o desenvolvimento de integrarem-se as políticas comerciais e financeiras para o crescimento interno e das exportações. Todavia, as necessidades de grandes volumes de capital e de investimentos resultaram em alterações para consolidar o segundo plano quinquenal.

Nos anos 70, ocorrerem dois choques no petróleo e como a Coreia do Sul era dependente do petróleo importado, ocasionou um aumento da inflação. Mas, mesmo assim, a Coreia do Sul decidiu seguir com a política expansionista, tendo o terceiro plano com o objetivo de estabelecer a base da indústria pesada e química visando harmonizar o crescimento. Para isso, o governo começou a construir institutos de pesquisas e a criar Leis para o favorecimento desse novo foco, principalmente na área do automobilismo e da telecomunicação.

Após os resultados negativos das políticas financeiras e monetárias e, ainda, a pressão externa e interna em favor da abertura, o governo coreano começou a desregulamentação e a abertura do mercado financeiro. Tendo em vista o aumento dos movimentos democráticos, em 1981, foi estabelecida uma nova Constituição, sendo considerada mais democrática desde a independência, onde se procurou implementar medidas mais sociais, no quinto e no sexto plano, especialmente o último.



No sétimo plano, criado nos anos 90, teve como propósito o avanço da competitividade internacional da indústria, autossustentação e equidade social. As empresas estatais estavam em processo de desestatização nos anos 80 e foram concluídas nos anos 90, além de criarem medidas para as empresas, se fortaleceram para entrarem no mercado internacional.

Ademais, o governo coreano constatou a necessidade em focar nas infraestruturas. Em 1994, foi promulgada a primeira Lei de Promoção do Investimento de Capital Privado, entretanto, a crise financeira e problemas com orçamentos limitados, o governo se viu obrigado a fazer uma emenda geral, conhecida como Lei de Participação Privada em Infraestrutura.

Mas, o mercado de infraestrutura estava dominado por cinco empresas de construção e engenharia, limitando a concorrência. Destarte, o governo anunciou a privatização de 11 empresas estatais e criou a Lei de Parceria Público-Privada em Infraestrutura. A Lei contemplou outros setores e as autoridades governamentais competentes ficaram responsáveis pela elaboração do plano básico, revisar as propostas e selecionar o parceiro de negociação de preferência para execução do contrato de concessão.

Posteriormente veio a padronização dos contratos, criação de normas, criação de direitos do concessionário, fundo de garantia de crédito para infraestrutura Industrial, comitê de disputas e entre outros. Igualmente, em 2005, foram introduzidos procedimentos como o método de construção – transferência – concessão (BTL) e o método de construção – transferência – instalações (BTO). O uso do método depende de quem inicia o projeto, pois os projetos solicitados e os projetos não solicitados têm diferentes processos.

Neste sentido, o primeiro capítulo constitui o levantamento histórico sobre o desenvolvimento institucional da Coreia do Sul em conformidades com as suas



políticas de acordo com os surgimentos de problemas e seus objetivos para alcançar o crescimento econômico.

No segundo capítulo, após a estabilização e a percepção do governo coreano sobre a necessidade de infraestrutura, decorre das políticas adotadas para aumentar as infraestruturas na Coreia do Sul, as Leis, suas implementações e como são verificadas após a conclusão.

No terceiro capítulo é apresentado o desenvolvimento da parceria público-privada e o seu funcionamento nas áreas da escola e dos portos. Igualmente, por meio da teoria do livro “Poder e Independência” de Keohane e Nye, se explica como o desenvolvimento institucional e cooperação de parceria público-privada sofreu interferência da interdependência e tendo alterações de suas políticas tanto no desenvolvimento quanto na parceria para se inserir no sistema internacional.

## **1 O DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL DA COREIA DO SUL: ANOS 60 ATÉ OS DIAS ATUAIS**

Em 1945, a Coreia era como pseudo-autônomo devido a se sustentar por um acordo com os interesses geopolíticos do Japão. A independência ocorreu, formalmente, por meio do tratado de paz denominado de Tratado de *Shimonoseki* na Guerra Sino – Japonesa de 1946, com a derrota da china, o Japão expandiu o seu poder sobre o território tanto financeiro quanto produtivo (DA CUNHA; APPEL, 2014).

Em 1948, a Coreia do Sul conquistou a sua independência após disputa de interesses dos Estados Unidos e na ex-União das Repúblicas Soviéticas na península da Coreia. Contudo, devido a Guerra das Coreias, a divisão da península coreana criou duas economias distintas. A parte norte ficou com a maior parte dos recursos naturais e industriais pesadas, desenvolvida durante a colonização japonesa,



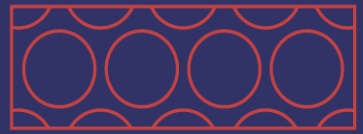
enquanto o Sul ficou com uma maior parte de recursos agrícolas e mão de obra (MASIERO, 2000).

Nas eleições da Assembleia Nacional, supervisionada pelas Nações Unidas, foi estabelecida a forma de governo presidencial com mandato de 4 anos. O primeiro presidente eleito foi *Syngman Rhee* (1948 - 1960). Nos anos 60, quando ocorreram as eleições, houve manipulação das mesmas provocando um grande protesto com a Revolução Estudantil em 19 de abril do mesmo ano. O protesto levou à renúncia de *Rhee* em abril de 1960, com a morte de 142 estudantes. Em vista da renúncia, o *Chang Myong* assumiu o governo com a proposta de uma reforma voltada para a liberalização (MASIERO, 2000).

Durante o governo, houve uma instabilidade crescente no país e agitação dos estudantes. Em 16 de maio de 1961, aconteceu um golpe de estado liderado pelo General Park que assumiu o poder e criou o primeiro plano do novo governo militar, denominada de Plano Quinquenal de Desenvolvimento Econômico. O governo buscou integrar as políticas comerciais, cambiais, fiscais e financeiras para o crescimento das exportações e deprimir fortemente a classe política (SOUZA; YOON, 2001).

### **1.1 Anos 60: o início dos planos quinquenais e busca pelo desenvolvimento econômico**

O primeiro plano quinquenal (1962-1966), elaborado pelo Comitê Econômico de Conselho de Planejamento, sendo reportado diretamente ao Presidente, que posteriormente servirá como coordenador principal de políticas, tentou a Industrialização por substituição de importação e de construção de infraestrutura, assegurar as fontes de fornecimento de energia, mobilizar recursos inativos, aumentar a base das indústrias exportadoras para romper com o ciclo vicioso da pobreza e construir a base de autossustentação da economia (CHUNG, 2001; JWA, 2001; MASIERO, 2000; SOUZA; YOON, 2001).



Para conseguir o investimento, o governo adotou medidas para fortalecer o controle estatal sobre finanças por meio de uma revisão da Lei do Banco da Coreia (1962). Com a revisão o poder do Banco Central foi subordinado ao governo sob o controle do Ministério da Fazenda e nacionalização dos principais Bancos. Para apoiar as políticas governamentais foram concedidos empréstimos para indústrias alvos, a reforma tarifária para transformar o sistema de uma taxa flutuante para o sistema de rastreamento e desvalorizou o *won* coreano com a mesma política de unidade de exportação (CHUNG, 2001; JWA, 2001; MASIERO, 2000; SOUZA; YOON, 2001).

Contudo, no meio do período do primeiro plano, foi perceptivo que a economia coreana não podia continuar crescendo por substituição por conta da pequena dimensão do mercado interno. Para continuar a Industrialização acelerada havia a necessidade de um grande volume de capital e de investimento. Em vista disso, o governo começou a incentivar o ingresso do capital externo e estimulou a exportação (CHUNG, 2001; JWA, 2001; MASIERO, 2000; SOUZA; YOON, 2001).

Tendo como experiência as dificuldades do primeiro plano, o segundo plano (1967/ 1971) alterou a estratégia da Industrialização para a exportação de bens da indústria leve para modernizar a estrutura Industrial e avançar para uma economia de autossustentação. Houve ênfase para a rápida construção de indústrias de substituição de importações, incluindo as de aço, maquinaria e químicas, autonomia na produção de alimentos, para o desenvolvimento de pesca, para a criação de emprego, para o planejamento familiar e do controle da população, para a promoção da tecnologia e para o aumento da produtividade (MASIERO, 2000; SOUZA; YOON, 2001).

Outrossim, o general *Park Chung-hee* removeu todos aqueles considerados corruptos e desqualificados para o governo, na chamada “grande revolução humana” visando eliminar todas as práticas corruptas do governo (MASIERO, 2000).



Em junho de 1961, foi criada a *Korean Central Intelligence Agency* (KCIA) para organizar as operações anti-norte e fiscalizar os dissidentes domésticos. Além do mais, foi assinado o tratado com o Japão, com o intuito de viabilizar os reparos de guerra e apoio à Industrialização do país. Ademais, recebeu apoio dos estrangeiros ao enviar tropas e trabalhadores para auxiliar os Estados Unidos durante a guerra do Vietnã (MASIERO, 2000).

Nos dois planos o governo coreano deu suporte administrativo, ajudou a diminuir a burocracia e o custo de fazer negócios, como a criação de várias organizações capazes de fornecer apoio valioso para empresas exportadoras. Tais como:

- Conselho de Planejamento Econômico e a Conferência Mensal de Promoção de Exportação, para os empresários poderem contar seus problemas diretamente ao Presidente;
- Corporação de Promoção Comercial da Coreia e, fundada em 1962 para ajudar no marketing internacional, a Associação Comercial Coreana (KTA) para a promoção de contato entre o governo e as empresas;
- Instituto Coreano de Ciência e Tecnologia criada em 1961 para liderar o impulso tecnológico do país;
- Sistema de Comércio Geral (TCG), introduzida 1975, para desempenhar um papel importante na estrutura legal.

Os exportadores obtiveram apoio com as isenções fiscais, nas alocações de créditos com taxa de juros nula ou negativa, nos pagamentos diretos em dinheiro, na permissão de reter divisas de ganho para o uso privado e no privilégio de importar *commodities* restritos e tendo alguns benefícios a critério dos funcionários. Outrossim, o governo, com o intuito de diminuir a burocracia herdada do regime





colonial japonês e os custos de fazer negócio, construiu propriedades industriais de exportação para com os serviços públicos, o transporte, a comunicação e os outros serviços a preços com descontos ou controlados, ajudando a controlar os salários dos trabalhadores das firmas exportadoras e atividades sindicais restritas (LEUNG, 2011).

Para *Leung* (2001, p. 127), as principais características da política Industrial nesta época foram:

proteção moderada dos mercados doméstico, compensada por subsídios especiais a exportação; (b) aproximação do preço do mercado mundial de insumos e produtos de exportação; (c) grande exportação do mercado interno em indústria com poucas perspectivas de exportação; e (d) grande proteção dos bens de consumo, relativos a matérias primas industriais e bens de capital (tradução nossa)<sup>1</sup>

Segundo *Cho* (apud SOUZA; YOON, 2011, p. 325), destaca seguintes fatores na década de 60:

a) o desejo da população de sair da pobreza; b) mão de obra barata e com alta escolaridade; c) investimentos orientados para exportação, com absorção de novas tecnologias; d) situação econômica internacional favorável para o crescimento econômico; ou seja, os preços das matérias-primas mostravam-se baixos e estáveis

Em consonância, segundo o *Leung* (2001), a Coreia do Sul sempre teve a ênfase na formação de capital humano, assim tendo, mesmo em 1960, um nível relativamente alto de escolaridade entre os países em desenvolvimento e um aumento significativo, ao longo dos anos, com incentivo do governo como ênfase do treinamento dos cientistas, engenheiros e técnicos, assim subsequentemente contribuindo para o desenvolvimento.

---

<sup>1</sup> “(a) moderate protection of domestic markets, offset by special subsidies for exports; (b) approximately world market pricing of inputs and outputs across different export products; (c) great protection of the domestic market in industries with poor export prospects; and (d) great protection of final consumer goods, relative to industrial raw materials and capital goods. Overall, protection did not significantly distort either the general level or the inter-industry pattern of export incentives”.



Conforme Nali de Jesus de Souza e *Taek Dong Yoon* (2001), no início do processo de crescimento econômico (1963), a poupança interna voluntária era menor do que o país necessitava. Então, o governo começou a utilizar a poupança interna forçada como um instrumento de política econômica. O aumento da arrecadação do governo contribuiu para a melhoria da eficiência do sistema tributário e do crescimento econômico. Ademais, foi uma resposta da inflação devido às políticas econômicas do governo que investiu acima da capacidade da própria poupança, da diferença das velocidades de crescimento entre setores, do aumento de salários e da pressão do consumo da população, além dos efeitos das economias externas.

Em 1966, foi criada a Receita Nacional para se encarregar do aumento da eficiência e a intensificação do crescimento econômico. Desta forma, o governo se utilizou de vários impostos para arrecadar e oferecer vários incentivos fiscais, deste modo permitindo a isenção do imposto de reavaliação dos ativos das empresas atuantes nos principais setores (1965) e introdução de impostos privilegiados sobre investimento (1967) (SOUZA; YOON, 2001).

Para orientar o setor privado na direção desejada, o governo discriminou as taxas de juros em função dos objetivos traçados, por exemplo:

o setor exportador se manteve com taxas de juro baixa, entre 1962 e 1981, não chegando, às vezes, a metade da taxa de juro dos empréstimos bancários e um decimo da taxa de juros cobrada pelos Bancos particulares” (SOUZA; YOON, 2001, p. 348)

O outro exemplo, foi o estabelecimento do financiamento ilimitado para exportação e, terceiro e o último exemplo, foi a determinação do governo em relação aos Bancos de cobrarem taxas de juros baixas nos empréstimos destinados a investimentos no mercado interno.

O governo, por meio da política financeira, orientou a economia coreana para o exterior, direcionou os setores estratégicos e controlou os salários para manter os



produtos coreanos competitivos, porém a taxa cobrada pelos Bancos mesmo sendo mais alta do que dos setores exportadores estava bem mais abaixo em comparação ao mercado. Por esta razão, as empresas não exportadoras procuravam estes empréstimos condicionados pelo governo com a finalidade de direcionar o investimento para setores estratégicos. Além do mais, o governo controlava os salários para manter os produtos coreanos competitivos no mercado (SOUZA; YOON, 2001).

Neste período, de acordo com JWA (2001), o governo revisou a Lei do Banco Central da Coreia e o Direito Bancário, assumindo as ações de Bancos comerciais de propriedade de empresas e Bancos estatais com a finalidade específica, como *Kookmin Bank* para o público em geral e o *Industrial Bank of Korea* para as pequenas e médias empresas. Ademais, o governo aplicou baixas taxas de juros sobre empréstimos a empresas nos setores selecionados, reforçando a dependência do setor privado do governo. Porém, na mesma década após o programa de reestruturação Industrial, aconteceram dificuldades financeiras que fizeram o governo abranger e uniformizar as medida aplicadas, assim a dívida de curto prazo no setor privado alterou para dívida de longo prazo, os juros foram reduzidos de 19,0% para 15,5% para taxa de desconto comercial, foram emitidos títulos especiais, elevaram a depreciação de taxas de instalações fixas de 30% para 40-80% e elevaram, também a taxa de isenção corporativa de 6% para 10%.

Em suma, no período entre 1962 a 1966, visava aumentar o crescimento independente da ajuda externa e ampliar a base da Industrialização. Em termos estruturais focava-se na segurança do fornecimento de energia incluindo a eletricidade, construção de instalações industriais, a fim de garantir a falta da infraestrutura sem atrapalhar o caminho para o crescimento (KWON, 2011).

Como símbolo de desenvolvimento, o Presidente *Park* visionou a construção de uma nova via expressa para reduzir o tempo de viagem entre cidades e áreas



rurais e se materializou na construção da via expressa *Kyungbu* de 429 km ligando o Seul a Busan, traçado pelo próprio presidente por meio de levantamentos aéreos em helicópteros. Com o passar do tempo, a oferta acabou criando a sua própria demanda e rapidamente ficando saturado (KWON, 2011).

Para solucionar isso, houve uma serie de vias expressas como via expressa *Kyungin*, via expressa de *Honam* e a via expressa de *Yungdong* para dispersar o desenvolvimento de instalações industriais. Com o aumento da demanda, foi possibilitada a criação de uma Conta Especial para Investimento em Infraestrutura junto com beneficiamento bem-sucedido. Tendo as receitas advindas dos impostos sobre o petróleo, pedágios, estradas do governo, títulos e empréstimos de organizações financeiras internacionais, como o Banco Mundial e Banco Asiático de Desenvolvimento, além dos empréstimos comerciais foram ativamente utilizados. Todavia, esses esforços não foram suficientes para não ocasionar problemas nas finanças públicas (KWON, 2011).

Por conta das infraestruturas tradicionais serem fornecidas pelos monopólios controlados pelo governo ocasionaram problemas com altos custos, de baixo desempenho de investimento, atrasos por conta das burocracias, sub-prefixação dos serviços devido a interesses políticos, estruturas jurídicas opacas e corrupção. Mesmo com problemas, foram instituições bem estabelecidas e um quadro jurídico eficaz permitiram evitar as armadilhas comuns (KWON, 2011).

Em 1962, o governo *Park Chung-hee* decretou à indústria automobilística a Lei de Proteção de Dados, que foi concedida ao Ministério do Comércio e Indústria (MTI) com o objetivo de inspecionar a qualidade das peças, regular os custos de produção e controlar a entrada e a saída dos fabricantes; a importação de carros acabados foi proibida e estabeleceram tarifas favoráveis para importação de componentes e maquinaria de montagem, demonstrando implicitamente a participação estrangeira. Em vista de o governo reconhecer o potencial de



disseminação do setor automobilístico com o seu impacto de acumulação de capital e a difusão de tecnologia, se tornou, assim, uma indústria estratégica (AYMES, 2010).

Em 1964, em busca de uma abordagem mais favorável do mercado, o novo Plano de Promoção tentou integrar a produção por meio de afiliação sistemática de uma empresa e com intenção de ajudar a seguirem com o plano, por estar evidente para o governo que o desenvolvimento da indústria só aconteceria com o número reduzido de participantes. Porém, não obteve êxito e, em 1967, permitiu a entrada de outras empresas (AYMES, 2010).

Como um dos objetivos do governo era a especialização e a transformação de montadoras em fabricantes, foi desenvolvido a especialização de um modelo de carro baseado na produção em massa para obter economias de escala (AYMES, 2010).

A educação na Coreia sempre foi um ponto relevante desde quando os universitários foram isentos de participarem da Guerra da Coreia. Em 1966, foi criada a Lei de Treinamento Profissional para complementar o sistema de educação formal (LEUNG, 2001; MASIERO, 2000).

Além de tudo, alguns estudiosos atribuem o rápido desenvolvimento econômico neste período e os que sucedem tendo como características em questões socioculturais, principalmente ao Confucionismo, pois apresenta atribuições dos cinco princípios do Confucionismo como a fidelidade e respeito paternal, ordenamento social baseado na senioridade, confiança mútua nas relações humanas e lealdade absoluta aos governantes.

## **1.2 Valores e ética e a relação com o desenvolvimento e a parceria público-privada**



O desenvolvimento da indústria envolveu a mobilização da força de trabalho por meio da ética dos trabalhadores que aceitaram as normas disciplinares das indústrias pautadas em pontualidade e gestão da autoridade. Esses fatores foram necessários para superar possíveis obstáculos que surgiram durante o processo de Industrialização, principalmente àqueles oriundos de uma percepção negativa da indústria e do capitalismo (KIM; PARK, 2003)

Neste sentido, o nacionalismo e o confucionismo contribuíram significativamente. Tendo o nacionalismo como promovedor de uma ideologia de empreendedorismo, mobilização social e legitimação, assim criando uma forte identidade nacional e lealdade, enquanto o confucionismo estava sendo atribuída a prática, a diligência, a lealdade, a educação e o respeito à autoridade. Com resultado, ambas foram usadas efetivamente pelo Estado para o desenvolvimento da ética de trabalho no processo Industrial e da modernização (KIM; PARK, 2003)

Em 1961, o general *Park Chung-hee* criou planos para impulsionar o desenvolvimento e Industrialização orientada para a exportação. Mas, ele precisava convencer as pessoas para uma ideologia de trabalho para poder estimular a participação voluntária das pessoas. Deste modo, ele utilizou um método totalmente inesperado para o trabalho Industrial e objetivos econômicos como aspiração nacional (KIM; PARK, 2003).

Neste sentido, o governo fez uma campanha nacional associada à ética de trabalho com a ética do nacionalismo (*minjokhuui*), potencializando o próprio interesse com o desenvolvimento da nação e desta forma incentivando a população para contribuir com a prosperidade para o país (KIM; PARK, 2003).

Destarte, o lema eram se tornar um *jungjŕngul* (“nação semidesenvolvida”) ou *seonjunguk* (“uma nação Industrializada”), trabalhar para *gugwiseonyang* (“aprimorar o prestígio nacional”), *soochil jeungdae* (“aumentar a exportação”) e *minjok joongheung* (“regeneração da nação”). Outros lemas: trabalhar ativamente e



sacrificar no processo *hamyon doenda* (“se você fizer, isso pode terminar”) e *gyoldan* (“determinação”). Esses tipos de slogan também foram utilizados na expressão do militarismo como a noção de *mooyeokjeonjaeng* (“guerra comercial”) e *soochool chongryeokjeon* (“exportação como guerra total”) (KIM; PARK, 2003).

A bandeira da Coreia do Sul passou a ser exposta em vários lugares de trabalho e indústrias para os funcionários olharem e assimilarem com os objetivos. Outrossim, os treinamentos de novas recrutas envolveram vários dias de treinamento de campo sendo submetido a intenso treinamento ideológico inspirado na lealdade da campana do governo e nos benefícios. Até mesmo, esses objetivos do governo foram sendo incluídos dentro da cultura coreana, como foi o caso dos três dias de folga do Ano Novo Lunar e a campanha mostrando símbolos da cultura coreana (KIM; PARK, 2003).

Foi apontado o Japão como um “inimigo”, em vista de que durante a colonização japonesa, os coreanos tiveram a sua cultura submetida à cultura japonesa e de serem obrigados a trabalharem em favor deles. Por isso, os slogans eram “Vamos alcançar o Japão”, “Vamos superar o Japão”, “Vamos bater o Japão”. No caso dos norte-coreanos a ideia era de quanto mais se trabalhassem menos chances de se preocupar com a Coreia do Norte (KIM; PARK, 2003).

Esse método do governo resultou no trabalho de modo voluntário, mesmo num tempo duradouro de rendas baixas, condições difíceis para atividades e longas horas de trabalho. Tendo a ideia de que a situação era apenas temporária e por uma boa causa pela nação (KIM; PARK, 2003).

A economia e a ética de trabalho foram desenvolvidas ao longo de duas décadas sendo estendida nas ruas da cidade, nas televisões e nas revistas com a política “economia acima de tudo”. Além do provimento de prêmios anuais e mensais nos níveis industriais da nação, como o Prêmio de Ministro de Trabalho e Prêmio Presidencial. É perceptível verificar que as indústrias contribuíram



imensamente para criar a ideia de um estado-nação, criando a ideia de que era melhor ser o empregado do que desempregado e tornando a frase “Tempo é dinheiro” popular (KIM; PARK, 2003).

### **1.3 Anos 70: crise do petróleo e as adaptações estruturais**

Nos anos 70, houve dois choques do petróleo afetando diretamente a inflação, pois a Coreia do Sul importava 100% do petróleo consumido. Além disso, em 1973, com o ajuste internacional da taxa de câmbio acarretou uma apreciação do iene japonês e da moeda alemã. Ademais, em 1975, aconteceu a queda do Vietnã do Sul fazendo aumentar as preocupações em relação a defesa nacional. Mas, em vez de tentar conter a inflação como outros países, a Coreia persistiu em manter uma política expansionista orientada para o crescimento, nos anos de 1974 a 1976, com a taxa de inflação superando 20%, mesmo com o controle dos preços (JWA, 2001; LEUNG, 2001; SOUZA; YOON, 2001).

O Segundo Plano introduziu medidas para a estabilização da inflação como reformas financeiras com estabelecimento de taxas de juros positivas, realistas e reformas fiscais para estabilizar os gastos do governo para provocar o rápido crescimento das exportações, do produto interno bruto, do aumento da produtividade e da estabilização de preços. Entretanto, em vista do aumento dos investimentos públicos e privados, provocou um excedente de reservas, havendo a necessidade de aumentar as reservas domésticas e a redução dos empréstimos estrangeiros que estavam em níveis muito altos (MASIERO, 200).

Em resposta, o terceiro plano (1972-1976) procurou estabelecer a base da indústria pesada e química com a finalidade de harmonizar o crescimento, na consolidação, na realização da economia de autossustentação, no desenvolvimento integrado com equilíbrio regional, na assistência financeira, na independência da produção de alimentos, no desenvolvimento e na eficiência da distribuição espacial





de indústrias, melhorias nas condições de bem-estar nacional, nos empréstimos a taxas de juros baixas com o objetivo de reduzir ou eliminar a dependência do capital estrangeiro. Além do Banco Central, foi ofertado crédito do Banco comercial orientado para apoiar a indústria pesada e química e as indústrias de exportação. Para obter o resultado esperado, o governo buscou a economia de escalas nas indústrias de exportação, denominado “*General Trading Companies*”, além de mais políticas comerciais e, também, apoio nas indústrias e corporações selecionadas. Se tornando quase impossível importar produtos estrangeiros se existisse bens semelhantes produzidos internamente, todavia se uma empresa exportadora precisasse importar peças para produção de bens de exportação, seria isento dessa regra. Essa prática foi inevitável para que essas indústrias aumentassem seu tamanho e preparassem o terreno para mais intervenções governamentais para o desenvolvimento econômico (JWA, 2001; SOUZA; YOON, 2001).

Porém para o desenvolvimento coreano em indústrias se precisava de pesquisadores com doutorado ou mestrado e para resolver isso o governo, em 1971, construiu KAIS (Instituto Avançado de Ciências de Coreia), uma escola de pós-graduação orientada a pesquisadores para produzir cientistas e engenheiros de alta qualidade. Ademais, o KAIS, para incentivar ainda mais, ofereceu salários quatro vezes maiores do que as outras universidades coreanas para atrair os professores de alta qualidade do exterior e para os alunos foram oferecidas generosas bolsas de estudos e isenção de obrigações militares. A instituição obteve sucesso tanto em relação aos professores quanto os alunos (LEUNG, 2001).

Em 1967, foi criada a Lei de Promoção de Máquinas Industriais, deste modo as empresas que trabalhavam com aço, petroquímico e metais não ferrosos foram selecionadas para aumentar a autossuficiência, no entanto os demais foram selecionados para serem intensivos em tecnologia. Além disso, os recursos públicos foram mobilizados para o financiamento das indústrias químicas e pesadas por meio



do Fundo Nacional de Investimento e criaram inúmeros incentivos fiscais como serviços públicos subsídios (LEUNG, 2001).

Posteriormente, estas grandes empresas receberam entrada preferencial em outros setores-alvos, em contrapartida, as principais grandes empresas foram beneficiadas com outros benefícios financeiros, de acordo com a política de segmentação Industrial do governo. Da mesma maneira, grandes grupos de negócios foram forçados pelo governo a transferir a propriedade de empresas insolventes para os *chaebols* e, também, para socorrer alguns *chaebols* inviáveis, para que os conglomerados não tivessem oportunidade de se reestruturarem de acordo com a disciplina de mercado (JWA, 2001).

Em 1973, o Plano de Promoção de Longo Prazo para a Indústria Automobilística, lançada sob o Plano de Industrialização Pesada e Química ou “*Big Push*”, se comprometia a apoiar a empresa financeiramente e fiscal, ainda com a proibição de importação de carros acabados (AYMES, 2010).

A *Hyundai*, *GM – Korea* e *Kia* foram escolhidas para projetos de desenvolvimento do “carro nacional” com peças fabricadas totalmente nacionais até 1981, para depois ter os direitos de propriedade para exportar livremente. Entretanto, não ocorreu da forma esperada, devido ao aumento das licenças e as autopeças não chegarem a ultrapassar a metade. Com isso, o governo incentivou as alianças entre os locais e as montadoras estrangeiras. A *Hyundai* foi a empresa mais ativa em aumentar seu conteúdo (AYMES, 2010).

A *Hyundai* conseguiu o direito de monopólio da produção de motores, embora o tenha concluído com um acordo provisório de meio a meio com a Ford para construção de uma produção de motores. No caso da GM, a Ford não tinha objetivo em congruência com os objetivos locais, especialmente para a melhoria da base Industrial. Diferentemente da *Hyundai* que via neste monopólio o objetivo de se tornar uma empresa produtora de automóveis de linha completa (AYMES, 2010).



A *Hyundai* negociou contratos com empresas europeias e japonesas de médio porte e independentes para a construção de automóveis, com objetivo de solucionar o problema da transferência de tecnologia sem conceder a autonomia de gestão, assim ganhando habilidade organizacional, adaptando e integrando peças e, conseqüentemente, sendo capaz de produzir um modelo sob as especificações necessárias (AYMES, 2010).

A respeito do setor automobilístico, a relação entre o governo e o *chaebol* era bem funcional com crescimento econômico, mas vale ressaltar a resistência da *Hyundai* de compartilhar o controle administrativo com a GM e a recusa da mesma em cooperar com as iniciativas do governo (LEUNG, 2001).

Os empréstimos das indústrias eram subsidiados pelo Fundo de Investimento Nacional (NIF). As Indústrias Químicas e Pesadas obtiveram taxas de juros bancárias negativas na maior parte da década de 70 e tratamentos tributários mais favoráveis, além disso, o governo interveio nos preços até mesmo dos itens de *fast food*, controle completo sobre os salários, proibiu o movimento trabalhista e foram determinadas taxas de dividendos, preocupado com os impactos tanto nas taxas de juros quanto no desenvolvimento do mercado de ações (LEUNG, 2001).

As Indústrias Químicas e Pesadas levaram mais de dez anos para que os produtos se tornassem competitivos no mercado mundial, mas não foram somente fatores internos que fizeram isso, foram, também, fatores externos como o ajuste na taxa internacional da taxa de câmbio de 1973, provocando nova apreciação do iene japonês e do marco alemão. E enquanto isso os países da OPEP no Oriente Médio esbanjavam inchaço na receita de petróleo em grandes projetos de infraestrutura (LEUNG, 2001).

A respeito do *chaebols*, o seu crescimento se tornou um fardo para a economia política, pois se tornaram uma grande parte do mercado coreano ativo, vendas e dívidas da economia, assim influenciando inevitavelmente a maioria das



medidas de política e a política Industrial. Além do mais, os *chaebols* dispunham de privilégios, surgindo o notório “*Grande demais para falhar*” no legado dos *chaebols* (JWA, 2001).

Os atos do *chaebols* dominavam o setor Industrial, havendo uma distorção da alocação de recursos. Além de ocorrer o desequilíbrio estrutural entre as grandes, médias e pequenas empresas, criou-se uma estrutura econômica monopolista. Em acréscimo disso, o controle governamental das finanças do setor com o fermentar para apoiar a política Industrial acabou prejudicando a capacidade das instituições de discriminar empresas, projetos competentes e incompetentes e de monitorar o desempenho dos empréstimos das empresas. Diante dos fatores supramencionados, a economia coreana ficou carente de flexibilidade e adaptabilidade do mercado, se tornando incapaz de suportar os choques externos repentinos (JWA, 2001).

Neste período, ficou perceptivo, em consequência do incentivo citado anteriormente, o aumento da disparidade entre os setores Industrial e o do agrícola, tendo de ser adotada uma política de apoio à agricultura por meio *Saemaul Undong*, movimento por uma nova comunidade, melhoria de renda e as condições de vida da população rural (JWA, 2001; SOUZA; YOON, 2001).

Em seguida, o governo, para fornecer grandes recursos de investimento nas indústrias pesadas e químicas, estabeleceu o Fundo de Investimento Nacional, em 1974, e os Bancos comerciais, controlados virtualmente pelo governo na época, foram instruídos a estenderem os empréstimos para projetos de investimentos direcionados. O governo, temendo, priorizou as empresas nos setores pesado, químico e industriais orientadas para exportação para introduzir empréstimos estrangeiros, denominados de “empréstimos de política” (JWA, 2001).

Em 1973, foi estabelecido, pelo Presidente, o Conselho de Planejamento da Indústria Pesada e Química para encarregar do planejamento e implementação do acúmulo da indústria pesada e química. Depois foi instituída a Lei do Fundo



Nacional de Investimento, no qual todo e qualquer tipo de economia deveria ser, obrigatoriamente, para o investimento em bens essenciais, indústrias pesadas, químicas e de exportação, em que foi obtido por meio da compra do *National Investment Bond* ou depositando o dinheiro no Fundo Nacional de Investimento (NIF), por consequência, a maioria dos investimentos importantes foram feitos por empreendedores locais, por meio de empréstimos (LEUNG, 2001).

Porém, essa política teve como resultado uma expansão excessiva na oferta da moeda e sucedendo a produção da alta inflação, além dos dois choques no preço ocorrido, em 1973 e 1979, agravou a situação inflacionária. Por essa razão, gerou preocupações de que o crescimento não poderia ocorrer sem haver medidas corretivas fortes para conter as pressões inflacionárias.

Neste mesmo foco, o quarto plano (1977-1981) continuou a construção da base da indústria pesada e química, conjuntamente, com objetivos anteriores, tendo em vista equilíbrio por meio do desenvolvimento social, inovação tecnológica e aumento da eficiência. Além de visar à redução da dependência de capital estrangeiro (LEUNG, 2001; MASIERO, 2000; YOON e SOUZA, 2001).

Entretanto, os três primeiros anos superou o planejado de todo o período para os investimentos totais em exportação e indústrias pesadas e químicas, além do fato da taxa alvo de economia não ter sido alcançada, resultando numa entrada massiva do capital estrangeiro. A alta inflação provocou especulações generalizadas sobre imóveis, terrenos e bens duráveis, a balança de pagamentos e as dívidas externas pioram e o investimento pesado na indústria química e pesada diminuíram. Assim, tendo que mudar a estratégia (LEUNG, 2001).

Em 1974, o governo tornou compulsório o treinamento dos trabalhadores nas empresas, no qual levou a constituição de vários centros de treinamento em todo país. Além da constituição de vários centros de treinamentos para esforço de



capacitação técnica do aumento da complexidade Industrial e demanda das empresas (MASIERO, 2000).

Neste mesmo período, em relação à receita fiscal, houve a redução do imposto sobre as empresas (1971), a isenção do imposto sobre setores estrategicamente selecionados (1974) e redução do imposto sobre investimentos de infraestrutura. Por outro viés, em relação às políticas financeiras, na década de 70, o governo estimulou a criação de instituições financeiras e procurou modernizar o mercado de capitais. (SOUZA; YOON, 2001)

No final da década de 70, os setores de tecnologia de informação coreana eram atrasados em geral, com algumas tecnologias entrando em acordos internacionais de licenciamento. No setor de equipamentos só eram fornecidos internamente os terminais telefônicos, computadores e produção de chips semicondutores, sendo esse último considerado insignificante (KIM, 2016).

No mesmo ano houve a necessidade, tanto no meio privado quanto comercial, de expandir rapidamente as instalações telefônicas devido às atividades econômicas estarem se tornando mais moderna e internacional. Entretanto, inicialmente não obteve sucesso e os financiamentos foram direcionados as exportações, máquinas pesadas e produtos químicos.

Em 1971, a Lei de Negócios de Construção de Informações e Telecomunicações, sobre os princípios orientadores foram estabelecidos princípios de construção de telecomunicações, classificando os tipos de empresas de construção, critérios e escopo estabelecidos de licenciamento (KIM, 2016).

As operações de telecomunicações eram gerenciadas pelo Ministério da Comunicação (MOC), assim fazendo duas funções: 1) formular políticas; e 2) supervisionar as operações comerciais, no qual foram criados o Escritório de Planejamento de Telecomunicação, Serviço de Telefonia e Telegrafo e *Bureau* de Equipamentos e Manutenção de Telecomunicação (KIM, 2016).



Em razão das duas funções operadas pelo MOC houve uma mistura entre a política e os negócios, na qual havia intenção de ser um serviço telefônico universal, mas tinha que alcançar o monopólio e fornecer bons serviços a todos. Como era vinculado ao governo, tinha que passar por uma burocracia para se expandir, um exemplo disso foi a expansão telefônica de certa região, na qual precisou recorrer a outros três ou quatro ministérios para obter a cooperação, mesmo que a telecomunicação tivesse obtido lucros suficientes para a mesma se expandir (KIM, 2016).

Em 1971, o MOC solicitou ao *Korea Institute for Science and Technology* (KIST) que desenvolvesse a tecnologia digital de comutação por divisão de tempo (TDX), mas foi barrada. Somente em 1973, a GTE, a empresa de telecomunicação americana, prestou assistência técnica e financiou a KIST para desenvolver um sistema eletrônico privado de pequena escala, a tecnologia de comutação. Assim, foi possível que a KIST adquirisse conhecimento e a subsidiária se separou, passando a ser denominada *The Korea Telecommunication Research Institute* (KTRI) (KIM, 2016).

No mesmo ano, o *Electronics and Telecommunications Research Institute* (ETRI), desenvolveu gradualmente o campo e a pesquisa com base na tecnologia licenciada pela LM Ericsson e sua tecnologia desenvolvida internamente. E obteve o suporte do governo como outros institutos de pesquisa que estavam encarregados do desenvolvimento da tecnologia. (KIM, 2016).

Com o crescimento começaram a ocorrer conflitos entre várias empresas de telecomunicação, em vista disso, houve a necessidade de um órgão regulador, no qual denominado de Comitê Coordenador de Telecomunicação. (KIM, 2016).

A dispersão de locais industriais, construção de rede de serviços públicos, incluindo o transporte de energia, conectando estradas, ferrovias, portos e aeroportos determinados ao longo prazo. No caso de estradas, a rede nacional de vias expressas



foi ampliada, além de construírem estradas nacionais para conectar locais industriais, portos e grandes cidades com o objetivo de lidar com o tráfego, em potencial aumentar. Para o financiamento, foi introduzido uma Conta Especial de Construção de Estradas e por sua receita, um imposto especial sobre o petróleo para o desenvolvimento em regiões que estavam atrasadas. Juntamente com as vias expressas foram possíveis a dispersão e conexão de locais industriais. Como consequência, essa dispersão ajudou a moderar os conflitos regionais enraizados entre sudeste e partes do sudoeste (KWON, 2011).

Em 1974, foi construído o sistema metropolitano do metro na área de Seul, bem como *Busan, Daegu, Incheon, Gwangju e Daejeon*. O desenvolvimento da indústria da construção bastante ativa no exterior foi significativa para o desenvolvimento eficiente da infraestrutura doméstica e, posteriormente, na adoção de parceria público-privada. As empresas de construção coreanas tinham uma vantagem comparativa devido à oferta abundante de trabalhadores, forte disciplina no trabalho e salários relativamente baixos. As empresas coreanas puderam aprender sobre a tecnologia avançada de construção e sobre conhecimentos financeiros para contribuir mais eficientemente com a infraestrutura doméstica (KWON, 2011).

Em 1979, depois do assassinato do Presidente *Park*, estava havendo uma forte competição pelo poder com o aumento da mobilização estudantil e o surgimento de facções militares em vista de uma nova ordem autoritária devido ao vácuo político que criou após o assassinato, a Constituição *Yusin*, em 1972, depois houve a aplicação da Lei marcial, que impedia a Assembleia Nacional de tomar o poder. *Choi Kyu-Há*, o primeiro-ministro, foi eleito como presidente em dezembro de 1979 e governou até maio de 1980, por conta de um novo golpe militar liderado pelo General *Chun Doo Hwan* (MASEIRO, 2000).

## 1.4 CHAEBOLS





Uma das estratégias do desenvolvimento econômico do governo foi o estabelecimento do terreno para o crescimento de conglomerados de negócios, denominados *chaebols*. No estágio inicial do desenvolvimento, o governo permitiu que certas empresas entrassem nos setores alvos determinados pelo governo, sendo esses setores principalmente na indústria química e pesada. Posteriormente, o governo deu para as grandes empresas uma entrada preferencial nos setores-alvo e estabeleceram barreiras para dificultar a concorrência com oferecimentos de incentivos financeiros para os países escolhidos nas empresas. Assim, fazendo com que as grandes corporações obtivessem todo o incentivo para diversificar suas operações conforme as metas industriais da política do governo, por conta disso se tornaram grandes grupos de negócios. Ademais, o governo transferiu a sua propriedade para os grandes grupos de negócios reforçando ainda mais o seu crescimento. Em suma, a formação e o crescimento dos *chaebols* foi um resultado de interação entre as políticas industriais e a resposta dos *chaebols* a eles (JWA, 2001).

Os *chaebols* eram criados intencionalmente pelo governo para organizar as economias e as tecnologias, competir nos mercados de exportação e para envolver em aprendizado tecnológico (LEUNG, 2011).

Os *chaebols* possuem um sistema de gerenciamento diferenciado por terem um controle de acionista, um presidente e um controle administrativo de todas as filiais. O presidente de um *chaebol* mantém direitos de controle sobre suas subsidiárias por meio de participação cruzada, por isso os conselheiros e auditores de todas as subsidiárias não têm a função de monitorar a gestão, mas os membros do conselho podem se opor ao presidente (JWA, 2001).

A recusa do governo em resgatar empresas falidas, foi designada aos *chaebols* mais bem gerenciados a assumir, em troca para aqueles que obtivessem bons desempenhos seriam recompensados com mais licenças para expandir ou seriam convidados a se promoverem em novas linhas de atividades. Além disso, as

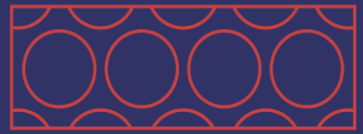


empresas que tinham uma boa relação de trabalho com o governo obtiveram uma vantagem sobre os seus rivais.

Entretanto, o crescimento dos *chaebols* tornou um fardo à política econômica, por serem responsáveis por uma grande parte do mercado coreano ativo, vendas e dívidas políticas, assim foram tomadas medidas de política Industrial considerando seus interesses, principalmente por serem empresas líderes de grandes indústrias como a petroquímica, automóveis e semicondutores com as indústrias orientadas para as exportações. Além disso, o sistema financeiro da Coreia estava fortemente inclinado para financiamento por meio do mercado de ações, com o governo tendo o controle no sistema de Bancos, alocação de recursos financeiros para apoiar grandes empresas e, algumas vezes, ressuscitá-los por meio de um sistema controlado pelo governo no sistema bancário. Teve como resultado que os *chaebols* obtiveram uma alta relação de dívida/ patrimônio (JWA, 2001).

No início dos anos 80, houve a política antimonopolista se concentrou na regulação econômica, com o Regulamento sobre a Lei do Monopólio e do Comércio Justo (“Lei do Comércio Justo”) promulgada em 1980, no qual regulamenta sobre fusões e aquisições de grandes empresas (1986) e o mercado de garantias de concentração e pagamento cruzado entre subsidiárias de um *chaebol* (1990 e 1992). A Comissão do Comércio Justo selecionou as 30 principais *chaebols*, tendo como base o tamanho de seus ativos, como principal alvo de regulamentação, mas impondo restrições aos empréstimos aos *chaebols* para impedir a concentração (JWA, 2001).

Nos anos 90, buscou-se a especialização em política de negócio para induzir os *chaebols* para limitar a diversificação a apenas duas ou três linhas de negócios especializadas, entretanto, não foram eficazes como o esperado, por conta das restrições a concorrência, incluindo barreiras à entrada e regulamentação de preço, eram eficazes, ademais, o setor financeiro era imaturo para exercer o papel de



verificação da expansão dos *chaebols*, pois os Bancos coreanos não cumpriram com rigor o seu dever de triagem de empréstimos por usarem apenas as ferramentas para apoiar a política Industrial do governo chamado “sistema financeiro gerenciado pelo governo”, que era um produto de intervenção excessiva do governo no setor, entretanto as taxas de juros dos empréstimos para *chaebols* foram inferiores às taxas de mercado devido a intervenção por conta da falta do rigor. Os *chaebols* para suprir a concessão de cada empréstimo eram exigidas garantias ou garantias para reduzir riscos, que satisfazia os Bancos com pagamentos cruzados de garantias entre suas subsidiárias, que lhe permitia obter a quantia para expansão. Mas, acabou agravando as inconsistências das políticas governamentais em relação aos *chaebols* até levar à erosão de sua competitividade (JWA, 2001).

No final dos anos 90, a relação entre o estado e *chaebol* tinha se transformado, principalmente porque os *chaebols* eram alvo fácil de sua percepção com ganhos ilícitos durante o período colonial e as primeiras fases do desenvolvimento, sendo alvos de punições por meio de impostos punitivos e investigações. Os *chaebols* que prosperaram não demonstravam ambições políticas explícitas e mantiveram boas relações com a maioria dos presidentes, mas com os ex-líderes militares com credenciais democráticas duvidosas foram tratados como inimigos públicos (HUNDT, 2014).

Um exemplo disso foi quando os *chaebols* inicialmente, durante a crise econômica asiática, apoiaram o *Kim Dae-Jung* pelo o compartilhamento de responsabilidade entre o Estado, o trabalho e o negócio. Porém, alguns *chaebols* acusaram o governo de buscar políticas ineficientes por conta de alguns problemas na implementação do *Big Deal*. O estado disciplinou o *chaebols* por meio da Comissão de Comércio Justo, sendo acusados de antitruste, propaganda enganosa, preços monopolistas e práticas de financeiros intragrupo desleal (HUNDT, 2014).



Mesmo com essa política, todos os governos coreanos tentaram mudar a atitude dos *chaebols*, no entanto eram grandes o suficiente para resistirem à reforma.

## **1.5 Anos 80: crise do petróleo e os movimentos democráticos nacionais**

No início dos anos 80, ocorreu a Segunda Crise do Petróleo havendo o enfraquecimento nas economias mundiais como aconteceu na Coreia do Sul, além disso, estava havendo uma instabilidade política. Mas, mesmo assim, a Coreia do Sul teve o crescimento monetário desacelerado e as despesas fiscais passaram a ser rigorosamente monitoradas, além de várias medidas políticas que foram tomadas para diminuir o grau de intervenção do governo para a alocação de recursos.

Além do mais, a desregulamentação e abertura do mercado foram defendidas e adotadas como parte da política econômica, com isso a gestão econômica mudou a intervenção do governo na alocação de recursos com vários regulamentos sobre preços, quantidades, entradas e outras atividades econômicas importantes para um sistema de alocação de recursos orientados para mercado. Como por exemplo, até junho de 1981, quaisquer alterações nos preços de muitos produtos manufaturados eram necessárias de aprovação previa, após as mudanças ocorridas, passou a ser para um sistema de “vigilância de preços”, em que monitorava de perto as mudanças de preço dos principais bens. (JWA, 2001; MASIERO, 2000; SOUZA; YOON, 2001).

A instabilidade política era devido à oposição contra o novo golpe militar. Em 1980, nos arredores da cidade *Kwangju*, aconteceram manifestações e em resposta a isso, houve muitas mortes e líderes de oposição foram presos (MASIERO, 2000; SOUZA; YOON, 2001).

Outrossim, as políticas financeiras e monetárias tiveram efeitos negativos, além da pressão externa em favor da abertura do mercado financeiro. Por esta razão, o governo privatizou o sistema bancário, se absteve de executar políticas de



Industrialização e se limitou a apoiar indústrias extensivas em tecnologia. Após políticas para contenção de inflação, as instituições financeiras recuperaram parcialmente o controle do setor, porém ainda se mantiveram fortemente sob o controle governamental (SOUZA; YOON, 2001).

Em 1981, uma nova constituição foi estabelecida, criando a Quinta República. Sendo considerada a mais democrática desde então, exceto no procedimento das eleições presidenciais, baseando na garantia dos direitos democráticos da população como a privacidade nas comunicações, a proibição de tortura e inadmissibilidade de confissões obtidas pela força. O governo sul-coreano reorientou o foco nas indústrias de máquinas e produtos químicos para as indústrias de alto valor agregado como eletrônicos, computadores e setores de serviços (MASIERO, 2000; SOUZA; YOON, 2001).

No mesmo ano, na década de 80, houve uma queda da inflação fazendo mudar a ênfase do crescimento econômico acelerado para estabilização econômica. Entretanto, a Coreia do Sul procurou crescer sem capital para investimento e somente foi obtido pelo ingresso de capital externo e pela poupança interna forçada – inflação (SOUZA; YOON, 2001).

Nesta perspectiva, o quinto plano (1982-86), procurou a estabilização, modernização, aumento da competitividade, criação de emprego, promoção dos produtos de exportação, diversificação de mercado, reformas no sistema de apoio as exportações, diversificação de mercado, aumento de renda e desenvolvimento com equilíbrio entre as classes e a religião com objetivo de tentar resolver os problemas gerados pelo crescimento de 1962, para ajustar o superávit da balança comercial e estabilização dos preços. Diferentemente, dos outros planos que enfatizavam das indústrias químicas e pesadas, esse plano enfatizava as indústrias de tecnologia intensiva como as de máquinas de precisão, eletrônicos (televisores, vídeo cassetes e semicondutores) e informação. (MASIERO, 2000; SOUZA; YOON, 2001).



Em 1981, houve o começo do processo de liberalização comercial tendo sua duração até 1985. Na área de finanças da indústria, o governo vendeu suas ações bancárias entre 1981 a 1983, aboliu numerosos regulamentos e controle sobre as gestões de Bancos. Além de reduzir o papel na alocação específica de crédito, as taxas de juros foram aumentadas para reduzir a diferença entre os organizadores e os não setores do mercado financeiro e novas instituições financeiras foram estabelecidas para participação de Bancos estrangeiros (LEUNG, 2001).

Em 1980, a Lei de Regulamentação do Monopólio e Comércio Justo criou a Comissão de Comércio Justo com objetivo de incentivar uma feira justa e livre de concorrência, assim estimulando as atividades comerciais criativas e proteger os consumidores, bem como o provimento do desenvolvimento equilibrado da economia nacional, tendo as pequenas e médias empresas prioridade. Em 1982, a Lei de Promoção de Indústrias de Pequeno e Médio Porte, criou o fundo para construir complexos industriais para pequenas empresas e fornecer habilidades técnicas e de gerenciamento para eles. Em 1986, a mesma lei foi introduzida para ajudar empreendedores a iniciarem a promoção de pequenas e médias empresas por meio incentivos fiscais e apoio financeiro. Embora, o governo não tivesse mais envolvido em escolher vencedores, mas bloqueou a entrada Industrial, como foi o caso da *Samsung* quando quis entrar no mercado automotivo por razões econômicas estratégicas (LEUNG, 2001)

O governo militar de *Chun Doo – Hwan* (1980 -1988), no início dos anos 80, se focou na estabilidade macroeconômico, assim o processo de evolução institucional do setor automobilismo seguiu o padrão misto com o controle do governo (AYMES, 2010).

No início de 1986, ocorreu a promulgação da Lei de Desenvolvimento Industrial, onde a indústria automobilística foi colocada no programa de reestruturação, foi concedido às empresas se adaptarem ao ambiente externo e



protegeu o mercado no tempo limitado. Nos anos de 1980 a 1981, o Ministério de Comércio e Indústria concluiu uma falha na implementação das medidas com os procedimentos para o desenho de políticas, tomadas de decisão e implementação deveria se adequar o novo equilíbrio de forças das instituições políticas e o mecanismo de mercado (AYMES, 2010).

O Ministério do Comércio e Industrialização continuou sendo o principal agente estatal para reestruturação no setor automobilismo. Em vista da política Industrial, o Ministério do Comércio e Industrialização ainda restringia a entrada nos diferentes seguimentos da indústria automobilística, mas à medida que havia a tendência da abertura a liberalização se encontrava cada vez mais racionalizada do mercado (AYMES, 2010).

Em resposta a série de manifestações e protestos, em 1987, pela democratização, pelos direitos humanos, por uma melhor distribuição de renda e por justiça social. O presidente *Chun* prometeu reformas democráticas, uma nova Constituição e uma eleição presidencial direta, no entanto, a eleição presidencial direta foi vencida pelo *Roh Tae Woo* (MASIERO, 2000).

Durante os dois anos do mandato, houve tumultos políticos e o fechamento da Assembleia Nacional – dominada por três partidos de oposição. E *Roh*, então, determinou planos para regularização da economia e provimento da justiça do país, além de ter as principais reforma políticas sendo na propriedade da terra, transações financeiras, diminuição da concentração de poder dos conglomerados empresariais e nas relações entre empregados e empresa (MASIERO, 2000).

Em meio à crise política, durante o período de 1986 a 1998, após cinco anos de tentativas para combater a inflação, a Coreia experimentou um forte *boom* econômico devido às condições externas favoráveis, denominada pelo *Jwa* (2001) de três baixas: baixo valor de troca da coroa coreana em relação ao dólar e o iene; baixas das taxas de juros internacionais; e baixos preços do petróleo. Porém, teve



como consequência o enfraquecimento dos esforços do governo para fazer a mudança no padrão político e na percepção do setor privado sobre a necessidade de ajuste estrutural, fazendo com que as empresas governamentais ou privados não fossem motivadas a fazer esforços sérios para mudança no regime político e no ajuste estrutural (JWA, 2001).

Conquanto, houve uma desaceleração em 1989 devido à deterioração do mercado externo, das condições econômicas e as flutuações econômicas, levando a volta do papel do governo de uma gestão econômica interventora, mas com propósitos diferentes dos anos 60 a

70. Outrossim, devido a visão popular sobre crise econômica e o lento desempenho das exportações ocasionada pela concentração de atividades econômicas dos *chaebols* em relação as pequenas e médias empresas, fez o governo colaborar com a promoção de pequenas e médias empresas para impedir as atividades excessivas de diversificação de negócios dos *chaebols* e receber o apoio popular. Além do mais, a estrutura industrial equilibrada passou a ser um elemento importante para a competitividade industrial (JWA, 2001).

Neste sentido, o sexto plano (1987-91) teve como objetivo o aumento a equidade, justiça social, desenvolvimento, equilíbrio, melhoria do bem-estar e abertura da economia com propósito da abertura econômica e resolver o conflito social (greves e o problema da equidade social) (SOUZA; YOON, 2011).

Por conta no final dos anos 80, as exportações da indústria química e pesada entraram com sucesso nos mercados ocidentais, assim começando a mudar os seus esforços para atualizar a tecnologia para a produção e o desenvolvimento dos produtos sofisticados de alta tecnologia. Em 1985, a Coreia se tornou o quinto maior produtor de automóveis, o segundo maior construtor de navio do mundo e o principal produtor de semicondutores (LEUNG, 2001).





Em vista disso, o Ato de Telecomunicação, criada em 1983 e revisado durante tempos, estabeleceu os princípios orientados das telecomunicações, concedendo a autoridade ministerial a respeito da promoção de tecnologia de telecomunicação e padrões técnicos, gerenciamento de redes de telecomunicações e definiu a organização e operação do ministro de telecomunicação. Na mesma época, foi criado o Ato de Negócio de Telecomunicação, estabelecendo critérios de licenciamento e procedimento de relatório para provedores de serviço de telecomunicações, estabelecer os prestadores de serviços concorrentes e estabelecer os direitos dos usuários do serviço de telecomunicação (LEUNG, 2001).

Além do mais, o governo investiu numa empresa pública denominada de Autoridade de Telecomunicação da Coreia (KTA) com objetivo de expandir de forma rápida a disponibilização da telecomunicação e, também, patrocinou vários institutos como *Eletronics and Telecommucations Research Institute* (ETRI), no qual promovia a cooperação entre as comunidades acadêmicas, empresas e governo por meio de medidas de política industrial, da separação da política e do governo, incorporação de bens públicos comuns, de liberalização e internacionalização gradual. Em 1986, foi criada uma instituição educacional denominada de Instituto de Tecnologia da Coreia, uma escola de graduação na área de ciência e tecnologia (KIM, 2016; LEUNG, 2001:).

Enquanto, o Ministério da Comunicação mantinha o papel de formulador de políticas coordenadas por meio do departamento de política de telecomunicação para regulamentação, supervisão das operações de negócios de telecomunicações, incentivo e apoio as atividades de pesquisa. Na parte da pesquisa tendo as instituições: o *Eletronics and Telecommunications Reasearch Institute* (ETRI) - para o desenvolvimento tecnológico-, *Korea Information Society Development Institute* (KISDI) - produção de pesquisa sobre políticas de teleconferência -, *The Korea Computer Institute* (KCI) - desenvolvimento e incentivo do uso do sistema do



computador - e *Information Culture Center (ICC)* - para promover a informação da sociedade (KIM, 2016).

O governo assumiu como decisão estratégica para a expansão da demanda das instalações de telecomunicação para tecnologia avançada e exigindo das empresas mais diversidades. Nesta perspectiva, a KTA gerou várias subsidiárias para essa especialização de serviços como *Data Communications Corporation of Korea (DACOM)* formada para desenvolver serviços de comunicação de dados, *Korea Mobile Telephone Corporation (KMTC)*, *Korea Port Telephone Corporation (KPTC)* e *Korea Travel Information Services Corporation (KOTIS)* gerada para o interesse de serviços especializados, incluindo serviços moveis (telefones para automóveis, portáteis e pagers), comunicação marítima e serviço de informações de viagens (KIM, 2016).

Em 1984, o governo para modernizar as comunicações e estabelecer o sistema de informações na Coreia do Sul utilizou-se do *Computer-Based Integrated National Information System (CINIS)* para estabelecer cinco sistemas de informações de *backbone*<sup>2</sup> com redes de comunicação do computador que cobrem o país, que são: 1) o sistema de informações da administração governamental, ligando vários outros mil escritórios do governo central e local; 2) um sistema de informação financeira entre cerca de Bancos, companhias de seguros e outras instituições financeiras; 3) uma educação e pesquisa de sistema de informação que conecta mais de 21 universidades e instituições de pesquisa; 4) o sistema de informação de defesa; e 5) um sistema público de informação em saúde e bem-estar social entre hospitais e instituições de assistência social (KIM, 2016).

Em virtude disso, a Coreia conseguiu automatizar a rede telefônica nacional por procedimento de sistema de discagem a distância digital (DDD) e aumentando cada vez mais o número de assinantes. Entretanto, mesmo com o investimento do

---

<sup>2</sup> *Backbone* significa “espinha dorsal”, uma rede principal que liga os clientes



Ministério da Comunicação, a KTA precisava acumular fundos em curto prazo, por conta do atraso crônico de assinaturas telefônicas e a baixa qualidade do serviço de telecomunicação. Por conta disso, o governo permitiu que a KTA aumentasse a taxa de serviço telefônico (KIM, 2016).

No mesmo ano, a *Korea Data Telecom* (KDT), entrou no mercado desenvolvendo uma rede de valor agregado (VAN), permitindo que o setor de informações crescesse na área de telecomunicação. Posteriormente, a *Korea Mobile Telecommunication Co.* (atual SK Telecom) e a LGU+, também, entraram no mercado fornecendo serviço de rede, celular e internet. (KIM, 2016).

Outrossim, o governo coreano iniciou a primeira fase do desenvolvimento de Informação Básica Nacional Estratégica (NIS), na qual criou cinco redes principais que são: Sistema Nacional de Informações Administrativas; Sistema de Informação Financeira; Sistema de Informação da Educação e Pesquisa; Sistema Nacional de Informação da Defesa; e o Sistema Nacional de Informação da Segurança (KIM, 2016).

O autor *Kim* (2016) classificou o serviço de telecomunicação em quatro formas: 1) Rede básica de comunicações; 2) Serviços básicos de comunicação; 3) Rede de comunicação aprimorada; e 3) Serviços de comunicações aprimorados.

## **1.6 Anos 90 e 2000: abertura de mercados e globalização – expansão do desenvolvimento tecnológico coreano**

O governo começou a priorizar o investimento em infraestrutura utilizando o capital privado por meio da parceria público-privada. O sétimo plano (1992-1996) buscou o avanço da competitividade internacional da indústria, o aumento da equidade social e desenvolvimento, avançar na autossustentação da economia e preparação para reunificação com a Coreia do Norte com objetivo de intensificar a abertura econômica. (SOUZA; YOON, 2011).



A respeito da infraestrutura, houve uma pressão política em focar em algumas estradas e aeroportos, assim foram levantados os atrasos na construção de outros projetos em infraestrutura. Deste modo, houve apoio do governo para as outras áreas e, também, no apoio financeiro como estruturas de compartilhamento de riscos, esquemas de garantia de crédito, incentivo, criação do Centro de Gerenciamento entre outros que será discutido no capítulo 2 (KNOW, 2011).

No início dos anos 80, a Coreia estava começando o processo de abertura de seus mercados bancários e de capitais. Em 1992, os Bancos e empresas de valores mobiliários estavam expandindo suas redes de ramificação na Coreia, com mercado de ações aberto com sua expectativa de abrir ainda mais. Em 1996, com a entrada da Coreia na Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico, foram introduzidas várias medidas de liberalização do fluxo de capital, entretanto a velocidade dos mercados financeiros de se abrirem resultou na crise cambial de 1997. Além do fato de que a remoção de regulamentos e de restrições no mercado de câmbio acarretou numa taxa de câmbio do *won* coreano flutuando livremente (JWA, 2001).

A globalização implicou em mudanças no ambiente econômico, pois, primeiramente, como membro da Organização Mundial do Comércio, a Coreia deveria cumprir as regras e normas das organizações internacionais que não permitia que algumas políticas fossem usadas, o outro fator é a autoridade econômica nacional de manter esses elementos dentro das fronteiras nacionais. Devido a isso, muitos regulamentos existentes para promover ou para o protecionismo industrial como alvo poderia ser um obstáculo para promover o desenvolvimento econômico como regulamentação da quantidade e preço, pois na perspectiva global a economia coreana implica em que os fatores econômicos para elaboração e implementação de políticas deveriam ser guiadas pelos princípios de não-discriminação e o mecanismo do mercado (JWA, 2001).

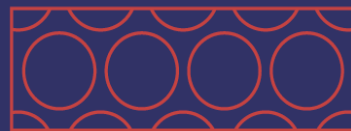


Durante o final dos anos 80, a taxa de câmbio foi enfatizada em excesso como fator crítico que afetaria o desempenho das exportações depois dos déficits ocorridos, assim a taxa de câmbio foi focado na manutenção da competitividade das exportações, um exemplo disso foi durante o período 1986-1987, quando a economia estava expandindo rapidamente por conta da depreciação real causada pelo iene forte, fazendo com que a Coreia entrasse numa inflação e perda da competitividade causada por superação da taxa de câmbio tardio no período de 1988-1989, devido à má administração, valorização do *won* coreano e rápido crescimento dos salários (JWA, 2001).

Em 1990, o sistema de taxas de câmbio da Coreia foi liberalizado quando o sistema cambial foi substituído. Segundo o Jwa (2001), o antigo câmbio indexado de sistema de taxas, o valor central da taxa de câmbio *won* coreano/ dólar foi determinado como média das taxas de câmbio individuais ponderadas conforme com respectivos volumes de câmbio de todas as transações de câmbio executada durante o dia anterior do mercado. Entretanto, devido à crise econômica monetária, o governo acabou adotando um sistema de taxa de câmbio flutuante em 16 de dezembro de 1997.

A partir de 1991, medidas para desregulação a respeito das taxas foram tomadas em quatro etapas, tendo concluído, mais ou menos, em 1997 com a desregulação sobre depósitos de curto prazo e à vista. A primeira etapa era mudar o foco da política macroeconômica para o sentido de usar instrumentos de política macro, depois os preços administrativos foram liberalizados, no qual não devia apenas limitar os preços de grandes serviços, como serviços, como também os principais preços de produtos industriais (JWA, 2001).

Em 1990, fundiram o Instituto da Coreia e o Instituto Avançado de Ciências da Coreia para formar o Instituto Avançado de Ciência e Tecnologia da Coreia. O Instituto criou o chamado “escape cerebral reverso”, para atrair cientistas e



engenheiros coreanos empregados no exterior. De acordo com o *Leung* (2001), a equipe de recrutamento, apoiado pelo Instituto Memorial *Battelle*, enviou 800 cartas de recrutamento para as instituições do mundo e recebeu cerca de 500 inscrições, sendo assim quase todos os cientistas e engenheiros coreanos no exterior foram informados e o instituto teve a capacidade de selecionar os pesquisadores mais adequados. Os membros selecionados, depois de ter experiência em pesquisa na Coreia, foram para as instituições de ensino. O programa ajudou no estabelecimento de um modelo para o setor privado, recrutando assertivamente cientistas e engenheiros muito bons nas décadas de 1980 e 1990 para o avanço de tecnologia e os melhores entre eles se juntaram os principais *chaebols* (LEUNG, 2001).

Em julho de 1995, o governo criou o Sistema de Seguro de Emprego com medidas de promoção de emprego para combater a escassez e provimento da participação feminina como incentivar os empregadores a reintegrar as mulheres em sua força de trabalho após tirar licença para cuidar de crianças, empresas mantiveram creches em suas instalações e desenvolveram cursos para mulheres em centros públicos de formação profissional. Em agosto de 1995, a Lei Igualdade do Emprego restringiu a diferença de salários entre homens e mulheres, em 1991 foi criada a Lei de Promoção do Emprego para Idosos que recomenda que os trabalhadores mais velhos sejam representados pelo menos em 3% dos funcionários de empresas com mais de 300 trabalhadores e fornecia um subsídio para empresas que tivessem funcionários com mais de 55 anos representando mais de 5% da força de trabalho (LEUNG, 2001).

No início dos anos 90, o governo permitiu o DACOM que fornecesse serviços internacionais na área de comunicação básica e, também, foi permitido às empresas estabelecerem dados de rede de comunicação enquanto as empresas estrangeiras deveriam fornecer saldos e serviços de valor agregado. Tendo o KTA que obtivera redes de comunicação de dados (JWA, 2001).



Em 11 de outubro de 1996, com a liberalização do fluxo de capital prosseguiu com a maior velocidade para atender os requisitos de elegibilidade da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, desencadeou novas entradas de capital substancial devido à alta taxa de juros doméstica, assim aumentando a pressão sobre o ganho coreano. Em vista disso, apesar dos grandes déficits em conta corrente, o peso adicional de preocupações políticas internas e vastas entradas de capital provocando a supervalorização dos ganhos que contribuiu para a crise cambial de 1997 (JWA, 2001).

Segundo Jwa (2001), nos últimos 30 anos, a Coreia conseguiu alcançar um ambiente macroeconômico relativamente estável, embora do obstáculo de impulsionar o desenvolvimento Industrial por meio da base do Banco Central com a criação de dinheiro e empréstimos de política bancária comercial. Porém, o Banco Central na Coreia ainda não tinha total independência jurídica e baixa taxa de rotatividade de governadores.

A crise econômica do Leste Asiático (1997-1998) e a crise financeira global de uma década geraram o debate sobre o estado desenvolvimentista, em vista do desenvolvimento da Coreia do Sul que estava associado com o controle do Estado. Além do mais, a Coreia do Sul se encontrava no ponto mais alto de investimentos estrangeiros, da desregulamentação do mercado de trabalho e maior independência dos Bancos (HUNDT, 2014).

Em 1998, a Coreia sofreu uma grande recessão e não possuía reservas, tendo que recorrer ao Fundo Monetário Internacional (FMI). Surpreendente, a economia coreana se recuperou e ganhou impulso ao conseguir trabalhar com a tendência mundial a respeito de tecnologia da informação e desenvolveram várias novas tecnologias, incluindo telefones celulares, indústrias relacionadas à Internet, banda larga, TV digital e Internet sem fio. Para isso ocorrer, o governo forneceu apoio político, as empresas foram conforme a política e se desenvolveram a



competitividade global através da concorrência no mercado doméstico. O autor *Gwangjae Kim* (2016, p. 5) descreve da seguinte forma:

Desde 1990, esse grupo de empresas mantém uma participação dominante no mercado na maioria dos setores da indústria de telecomunicações. Entre essas empresas, a KT mantém a maior participação nos mercados de telefonia, Internet Protocol Television (IPTV) e satélite, enquanto a SK telecommunication é o principal player no mercado de telefones móveis. A LG U + manteve a terceira posição no mercado de telefones com fio, celular, internet de alta velocidade e IPTV. No entanto, ao analisar o setor de Internet das Coisas (IoT), a LG U + lidera o mercado, permitindo manter uma vantagem competitiva desde 2015, quando lançou seu primeiro serviço de IoT na Coreia. (tradução nossa)<sup>3</sup>

Ao assumir o poder em 1998, o Presidente Kim Dae-jung declarou a disposição de corrigir os excessos do *chaebol*. Neste sentido, o governo propôs ao *chaebols* a realização de “*Big Deals* – troca de ativos – para a redução do excesso de capacidade e endividamento para que a dívida não excedesse a 200%, como foi o caso *Daewoo Group* (HUNDT, 2014).

O Grupo *Daewo*, tornou-se vítima do *Big Deals*, por tomar empréstimos pesados com o aumento de suas dívidas em 30% durante 1998. De acordo com o ex-ministro *Kang Bong-gyun*, a maioria dos “tinha rácios de dívida – capital de mais de 300%, porém a diferença dos outros grupos foi o reconhecimento das condições havia mudado, e reduziu os investimentos ruim, no entanto a *Daewoo* não vendeu uma única unidade de negócios”. Como lição aos outros, o governo permitiu o colapso da *Daewoo* no final de 1999 (HUNDT, 2014).

---

<sup>3</sup> “Since the mid of 1990s, this group of companies has maintained a dominant share of the market in the majority of sectors within the telecom industry. Among with these companies, KT maintains the largest share in telephones, Internet Protocol Television (IPTV) and satellite markets, while SK telecommunication is the primary player in the market for mobile phones. LG U+ has maintained third position in the market for wired telephones, mobile, high speed internet and IPTV. However, when looking at the Internet of Things (IoT) sector, LG U+ lead the market, allowing it to maintain a competitive advantage since 2015 when it launched its first IoT service in Korea.”





Outro exemplo do *Big Deals* foi a *Samsung Motors*, no qual propôs aquisição da *Kia Motors* por ter entrado em colapso com dívidas de U\$ 13 bilhões. Contudo, o governo preferiu esperar os interesses estrangeiros em vez de uma montadora doméstica operasse com excesso de capacidade adquirindo o *Kia*, deste modo rejeitou a proposta e propôs a *Samsung* que se fundisse a *Daewoo*. As empresas não concordaram com os termos da fusão. A *Samsung* não tinha fundos suficientes para a *Daewoo* ou sobreviver de forma independente, posteriormente, em 1999, a divisão automotiva declarou a falência, somente retomando a produção após 70% do seu patrimônio com a Renault (HUNDT, 2014).

O *Hynix* aconteceu devido a pressão por parte do Estado à fusão das operações semicondutores dos proprietários dos grupos LG e *Hyundai* denominado de *Hynix*. Todavia, essa fusão perdeu quase U\$ 6 bilhões em 2 anos, necessitando de uma série de resgates. Estes custos de reestruturação superaram os benefícios e sendo uma tentativa final de reestruturação do *Big Deals*. (HUNDT, 2014).

O governo, por conta dos ocorridos do *Big Deals*, fez uma nova forma de intervenção por meio do setor financeiro. Houve uma integração dos órgãos responsáveis pela supervisão de Bancos, títulos, seguros e fundos de gestão de crédito denominado de Comissão Supervisora Financeira para redução dos empréstimos excessivos do *chaebols*. Houve declaração de várias instituições insolventes, incluindo grandes Banco, além disso, houve uma redução média inadimplência. Com essas reformas, os *chaebols* não pediram resgates mesmo durante a crise financeira global, por outro lado as pequenas e médias empresas em acessarem o crédito em meio a condições de mercado mais restritivas (HUNDT, 2014).

O governo promoveu o uso de cartões de crédito para impulsionar o consumo e reduzir transações em dinheiro, difíceis de serem rastreadas pelas autoridades tributárias. No entanto, as dívidas das famílias aumentaram 15% entre 2006 e 2013.



Na década seguinte com a crise asiática, a dívida considerada de curto prazo aumentou acentuadamente (HUNDT, 2014).

Os investidores estrangeiros repatriaram o capital da Coreia e as reservas cambiais. Mesmo assim, houve uma reestruturação do *Chaebol* com aplicações de padrões mais rigorosos de empréstimos e estímulo fiscal com o intuito de revigorar a economia. A política industrial passou a ter foco nas pequenas e médias empresas. Os princípios de “seleção e concentração” continuavam a orientar a criação de novas indústrias como a tecnologia da informação. Os recursos financeiros do Estado - Ministério da Informação e Comunicação – mediadas pela parceria público-privada para construção da rede nacional. Além de a cooperação interministerial ter ajudado para o desenvolvimento de indústrias como a biotecnologia. No final dos anos 90, as indústrias culturais expandiram a “onda coreana” exportando cultura coreana (HUNDT, 2014).

As taxas de crescimento coreano caíram consideravelmente por conta dos altos investimentos estrangeiros nas empresas nacionais e dependência da Coreia do Sul ao Comércio exterior. Em abril de 2004, os investidores detinham 43% das ações de empresas listadas na Bolsa de Valores coreano. As empresas POSCO e *Hyundai Motor* passou a ter partes consideráveis nas mãos não – coreanas e os investidores estrangeiros detinham 55% da *Samsung Eletronic* em 2006 (HUNDT, 2014).

A Política Industrial passou a ser praticada de forma reduzida em comparação as décadas anteriores, como resultado houve uma redução do impacto da economia, positivamente, em favorecimento dos *chaebols* (HUNDT, 2014).

Em 1993, Presidente *Kim Young – sam* (1993 – 1998) demonstrou o interesse no setor da indústria de telecomunicação e criou o Sistema de Informação do Projeto da Rodovia, o que desencadeou problemas organizacionais e mudanças políticas. No entanto, o governo de Kim usou o setor de tecnologia de informação para o crescimento econômico do país por meio da ampliação de autonomia do Ministério



da Informação e Comunicação e ampliando o seu poder por meio de nova abordagem integracionista. Além de sustentar juridicamente institucional em programa de TI e financiamento independente mediante a Lei Básica para Promoção da Sociedade da Informação em 1996. Assim, o desenvolvimento de informações tecnológicas e recursos humanos, apoiaram o capital de risco e fornecendo um ambiente de negócios favoráveis (AYMES, 2010).

O estabelecimento de estrutura institucional na indústria de telecomunicação fez com que criasse um ciclo virtuoso de oferta e demanda especialmente por meio dos projetos *Brain Korea 21* e *Cyber Korea 21*, criando condições para sustentar o setor por meio de pesquisa, educação e treinamento em todos os níveis da sociedade e fornecendo materiais para alcançar o acesso nacional à informação via Internet e sistema de computador (AYMES, 2010).

Em 1999, o setor de indústria de telecomunicação cresceu com semicondutores e equipamentos de telecomunicações, beneficiando o comércio eletrônico e conteúdo, automóveis e desempenho do governo. Em 2008, o governo fundiu todas as funções ao Ministério de Economia do Conhecimento após redução da reforma do setor público (AYMES, 2010).

O desenvolvimento da indústria de comunicação por meio da convergência de tecnologia e assistência governamental às empresas como *Hyundai*, *Samsung*, *LG*, *KT* e *SK STX*, permitiu de se tornarem líderes de mercado. Com isso, o desenvolvimento destas indústrias e os benefícios que ela traz são convenientes para enfatizar o nível do bem-estar, do psicológico de desenvolvimento e a legitimação (AYMES, 2010).

Para controlar as políticas relacionadas ao ambiente de telecomunicação, o governo criou o órgão governamental responsável, no qual teve a sua reorganização quatro vezes desde 1980, haja vista mudança da estrutura a cada novo presidente que assumia. Em 2013, a *Korean Communication Commission* (KCC) tinha como



objetivo supervisionar o setor, posteriormente foi criada uma outra estrutura denominada *Ministry of Science, ICT & Future Planning* (MSIP) para melhor regular o setor que estava crescendo cada vez mais. Em 2013, a KCC alterou o seu objetivo para regular as relações do mercado e dos participantes, assim se tornando uma comissão e reguladora (KIM, 2016).

Em 2004, o governo declarou a IT839 que era uma nova estratégia para o setor de TI e concentrou-se no desenvolvimento da base da infraestrutura de telecomunicação. Assim, a Coreia se estabeleceu como um participante no mercado global e ao mesmo tempo se tornou líder na maioria dos domínios relacionados com TI. Em 2006, foi revisada a sua estratégia e passou a objetivar um ambiente de rede onipresente em todo país, denominando de u- IT839. Em 2013, foi atualizada a estratégia passando a ser denominada de ICT WAVE, lançada pelo governo *Park Geun-hye* com a meta de alcançar quatro objetivos: 1) desenvolver o ambiente líder de TIC no mundo; 2) ativar a P&D ecológico; 3) melhorar a qualidade de vida em geral utilizando a TIC (KIM, 2016).

Foram criadas duas leis principais para serviços de telecomunicações para amenizar os questionamentos da população em relação às empresas de telecomunicação foram a Lei Básica de Telecomunicações e Lei de Negócios de Telecomunicação. A primeira, a Lei Básica de Telecomunicações, foi criada para contribuir para a melhoria do bem-estar público, gerenciamento da efetividade das telecomunicações e estimular o desenvolvimento da indústria. Por exemplo, adotando cláusulas sobre “promoção de tecnologia de telecomunicações”, promoção de pesquisa, critérios técnicos (normas), assim dando ao MSIP autoridade de adotar novos modos de telecomunicação, padronização e problemas de renovação. Enquanto a Lei de Negócio de Telecomunicação (TBA) está se preocupando em definir os tipos de negócios do setor de telecomunicação, licenciamento, cancelamento de licenças, práticas comerciais, promoção da concorrência entre os



prestadores de serviços, instalações, manutenção das instalações e disposições penais (KIM, 2016).

A legislação de informação consistiu em dois atos que foram: o Ato Básico sobre a Informação e a Lei de Negócio de Construção. Para o autor Kim (2016, p. 13) a informação significaria o termo “informação” significa possibilitar atividades em cada setor da sociedade ou facilitar a eficiência de tais atividades, produzindo, distribuindo ou utilizando informações”.

A Lei de Negócios de Construção de Informações e Telecomunicações foi renomeada e revisada durante os anos. A Lei Básica de Informação Nacional, criada em 1995 e renomeada em 2009, foi estabelecido os princípios orientadores básicos para a construção da sociedade da informação, definiu o plano básico e a ação para a promoção da informação e foi operado o fundo de promoção da informação (KIM, 2016).

Para proteger os consumidores no mercado foi estabelecido os *Ombudsman* da Indústria e o Centro de Reclamações do Cliente, no qual organizar e supervisionam o setor. No mesmo sentido, a Lei de Negócio de Telecomunicações, de acordo com essa legislação, as operadoras de telecomunicações na Coreia devem estabelecer medidas para resolver reclamações de consumidores. Isso inclui proteção contra cobrança dupla, danos materiais causados por instalações de telecomunicações e pagamento maior por erros de operador. Assim, se as operadoras não chagassem um acordo com os consumidores para procurar uma compensação, os consumidores podem solicitar a intervenção do KCC, conseqüentemente, arbitraria nos termos da Lei Básica de Telecomunicações. Em 2015, a Coreia se tornou um dos primeiros países a comercializar produtos relacionados à Internet das Coisas (IoT) e Serviços. A LGU+ foi uma das primeiras empresas de telecomunicações da Coreia a lançar o primeiro serviço de IoT denominado “IoT@home”, no qual permite que os proprietários controlem os dispositivos domésticos, como interruptores, plugues e



válvulas de gás. Mais tarde, a KT e SK Telecom começaram a concorrer com LGU+ e desenvolvendo o seu próprio conjunto de tecnologias e serviços de IoT. A KT lançou serviços de IoT voltados a saúde, enquanto o LGU+ ficou voltada na tecnologia de casa. (KIM, 2016). A IoT é descrita da seguinte forma:

O conceito de IoT descreve um sistema em que objetos no mundo físico e sensores dentro ou anexados a esses objetos são conectados à Internet por meio de conexões de Internet com e sem fio. Esses sensores podem usar vários tipos de conexões locais, como RFID, NFC, *Wi-Fi*, *Bluetooth* e *Zigbee*. Os sensores também podem ter conectividade de área ampla, como GSM, GPRS, 3G e LTE (Kumar et al 2016). Em outras palavras, a IoT estabelece um ambiente em que todas as máquinas serão projetadas para se comunicarem entre si e trabalharem juntas, a fim de fornecer aos seres humanos informações úteis (KIM, 2016, p. 15, tradução nossa)<sup>4</sup>

Em 1984, o governo coreano iniciou a primeira fase de desenvolvimento da Estratégia Nacional de Informações Básicas (NIS), na qual criou cinco grandes redes. São eles: o Sistema Nacional de Informação da Administração; o Sistema de informação financeira; o Sistema de Informação sobre Educação e Pesquisa; o Sistema Nacional de Informação de Defesa; e o Sistema Nacional de Informações de Segurança (KIM, 2016).

## 2 O DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL DA COREIA DO SUL: PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

A ODCE (2010) define a parceria público-privada como um acordo entre o governo e um ou mais empresas parceiras. Os parceiros privados prestam serviços alinhados com os lucros dos parceiros privados e com os planos do governo, neste sentido os projetos são especificados a qualidade e a quantidade do serviço pelo

---

<sup>4</sup> “The concept of IoT describes a system where objects in the physical world, and sensors within or attached to these objects, are connected to the Internet via wireless and wired Internet connections. These sensors can use various types of local area connections such as RFID, NFC, Wi-Fi, Bluetooth, and Zigbee. Sensors can also have wide area connectivity such as GSM, GPRS, 3G, and LTE (Kumar et al 2016). In other words, IoT establishes an environment where all machines will be designed to communicate with one another and work together in order to provide humans with useful information”



governo, como por exemplo, a construção, financiamento, operação e gerenciamento de um ativo de capital.

Segundo Kim (2007), a parceria público-privada tem como objetivo criar projetos para construir e operar infraestrutura social como estradas, portos, ferrovias, escolas e instalações ambientais se utilizando da eficiência, da criatividade e do financiamento do setor privado. Tradicionalmente construídas por financiamento do governo.

Na metade dos anos 90 houve um aumento de iniciativas envolvendo a parceria público-privada com a intenção de remover os desafios do setor público como recursos financeiros limitados, para financiar projetos de infraestrutura como aconteceu nos países da Ásia, África, Europa, América do Norte, Central e Sul.

Desta forma, nos anos 90, após décadas de rápido crescimento, a República da Coreia observou uma deficiência nas instalações de infraestrutura – nas estradas, ferrovias, portos e aeroportos, como os gargalos de tráfegos e os altos custos nos congestionamentos nas estradas, nas ferrovias e nos portos marítimos. Desta forma, considerando os limites de capacidade de financiar a construção de infraestrutura necessária, em agosto de 1994, o governo promulgou a Lei de Promoção do Investimento de Capital Privado no Capital Social Indireto ou Promoção de Capital Privado para Despesas Social de Capital de Investimento (KIM; FELLOW; LEE, 2013; RHEE; LEE, 2007).

## **2.1 Regulamentações**

### **a) Lei de promoção do investimento de capital privado (1994)**

A Lei de Promoção do Investimento de Capital Privado no Capital Social Indireto ou Promoção de Capital Privado para Despesas Social de Capital de Investimento, promulgada em 1994, buscou promover a participação em infraestrutura, principalmente na área de transporte, lidar com as restrições



financeiras dos governos, fornecer serviços públicos melhores e mais eficiência com o aproveitamento do *know-how* e a criatividade do setor privado e criar oportunidades de investimentos estáveis de longo prazo para investidores privados (UM; DINGHEM, 2005; KIM; FELLOW; LEE, 2013; KWON, 2011).

A crise financeira (1997-1998) substituiu o investimento fiscal para a promoção de projetos de parceria Público-Privada, por conta do aumento da demanda fiscal fez que aumentasse os custos de desemprego e reestruturação financeira, resultando numa grave escassez de recursos financeiros para o investimento no capital social indireto. Então, o governo elaborou um pacote de políticas para revigorar investimento privado utilizando os projetos de parceria público-privada como forma de manter o investimento no capital social indireto na construção, ajudando avaliar as restrições sobre os recursos financeiros, permitindo garantir recursos para outros setores, além do fato que a construção do capital social indireto exige gastos do governo (KIM; *et al*, 2011).

Além do mais foi definido infraestrutura elegíveis para as parcerias a cerca dos processos de compras, os papéis das partes, apoio a políticas, procedimento de implementação, regulamentos para projetos de financiamento e refinanciamento e o mecanismo de gerenciamento de risco com base no negócio existente e com o contrato de execução do projeto *Incheon Airport Expressway* que definiu os componentes importantes aos contratos de mercado como a lucratividade (UM; DINGHEM, 2005; KIM; FELLOW; LEE, 2013; KWON, 2011).

Nesta lei, também, os projetos de infraestrutura foram divididos em duas categorias:

Categoria I são projetos de infraestrutura mais estratégicos – ferrovias, metros, portos, aeroportos, abastecimento de água e telecomunicações; b) Categoria II são projetos de infraestrutura como fornecimento de gás, terminais de ônibus, complexos esportivos e outros campos mais comerciais.





Entretanto, não obteve sucesso por conta dos riscos substanciais não foram mitigados adequadamente. Outrossim, os projetos foram promovidos sob as leis de cada setor com orçamentos limitados e a parte privada não podia entrar na parte da operação e manutenção. Como resultado, o planejamento de 40 instalações de infraestrutura do governo, somente foram desenvolvidas cinco instalações (UM; DINGHEM, 2005; KIM; FELLOW; LEE, 2013).

### **b) Lei de participação privada em infraestrutura (1998)**

Diante dos problemas ocorridos na Lei de Promoção do Investimento de Capital Privado no Capital Social Indireto ou Promoção de Capital Privado para Despesas Social de Capital de Investimento – promulgada em 1994- e a crise financeira de 97. O governo fez uma “emenda geral”, conhecida formalmente de Lei de Participação Privada em Infraestrutura, promulgada em dezembro de 1998 (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

Essa lei tem como objetivo de incentivar o setor privado no processo de desenvolvimento do país em colaboração com entidades governamentais interessadas e remover as restrições de investimentos privados, melhorando os processos de compra para projetos solicitados e não solicitados e fornecendo novos incentivos para investidores privados como o programa de garantia mínima de receita, o direito de compra, renumeração de rescisão antecipada, benefícios fiscais, uso de taxas de suporte, projetos claramente especificados e compartilhamento de risco cambial e melhorou o Sistema de Fundo de Garantia para Crédito para Infraestrutura da Coreia (ICGF) (KIM; FELLOW; LEE, 2013; KWON, 2011).

Os projetos sob a lei anterior foram revistos, os concessionários designados nos termos da primeira Lei tiveram a oportunidade de renegociar os seus contratos com condições mais favoráveis. Além de determinar que o contrato de execução devesse ser feito entre os relevantes, o ministério e o concessionário, e foram



definidos os termos e condições de investimento, operação e manutenção das instalações e medidas de apoio ao governo.

Ademais, foi criado o Centro de Investimento em Infraestrutura Privada da Coreia (PICKO) para fornecer assistência técnica ao Governo e as autoridades locais competentes por meio de estudo da viabilidade e licitação, revisão, avaliação de ofertas, negociações e conclusões do contrato de concessão, assim os contratos de parceria público-privada puderam assumir características de mercado e uma condução de concorrência mais justas (KWON, 2011).

Contudo, o mercado coreano enfrentava desafios como o mercado de infraestrutura dominado por cinco empresas de construção e engenharia - *Samsung, Daewoo, Posco, Hyundai e Kumbo* -, empresas globalmente muito competitivas em mercados internacionais e bem posicionadas no mercado doméstico. Essas empresas acabavam fornecendo investimento inicial para desenvolver o projeto de parceria privado em infraestrutura e estabeleciam consórcios com objetivo implícito de limitar a concorrência (UM; DINGHEM, 2005; KWON, 2011).

Para solucionar, no mesmo ano, o Comitê de Planejamento e Orçamento anunciou a privatização de 11 empresas estatais como a *Korea Telecom, Korea Electric Power Corporation* e *Korea Gas Corporation* e criou uma regulamentação (UM; DINGHEM, 2005).

### **c) Lei de parceria público-privada (1999)**

A Lei de Parceria Público-Privada em Infraestrutura teve como objetivo incentivar a participação do setor privado nos setores de gás, água e esgoto, incentivos fiscais, bônus de conclusão antecipada da construção, compensação pelas perdas devido às flutuações nas taxas de câmbio e opção de comprar em caso de



força maior e abolição de categorização de projetos de infraestrutura (UM; DINGHEM, 2005).

O MOSF foi responsável pela implementação da Lei de Parceria Público-Privada, o Decreto de Execução de Parceria Público-Privada e do Plano Básico de Parceria Público-Privada. Outrossim, também, é responsável por preparar o projeto de orçamento, na preparação e implementação de planos de investimentos em parceria Público-Privada e, muitas vezes, as decisões orçamentárias são tomadas por meio de negociações bilaterais entre o MOSF e os ministérios de linhas (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

As autoridades governamentais competentes são partes do setor público que preparam o plano básico do projeto de infraestrutura, revisam a proposta ou plano do projeto, revisam a proposta ou plano de projeto, seleciona o parceiro de negociação de preferência e executam o contrato de concessão. Os principais ministérios de aquisição incluem o Ministério da Cultura, Esporte e Turismo, Ministério da Educação, Ciência e Tecnologia, Ministério do Meio Ambiente, Ministério da Saúde, Bem-estar, Assuntos de Família, Ministério da Terra, Transporte e Assuntos Marítimos, Ministério da Defesa Nacional, Ministério da Estratégia e Finanças. Estes ministérios, denominados de ministérios de linha, são os contatos iniciais, por isso tem diferentes opiniões baseados nos seus setores e o mesmo acontece com o setor privado, por isso cabe ao MOSF a tarefa de reconciliar as opiniões para concordância entre as partes, assim o MOSF pode adiar ou bloquear partes das despesas do projeto de parceria público-privada, caso necessário (KIM; *et al*, 2011; KIM; FELLOW; LEE, 2013; CHUNG, SHIM; YI, 2019).

Sob a Lei de Parceria Público-Privada, organizado e gerenciado, o Comitê de Revisão de Parceria Público-Privada estabelece importantes políticas e decisões no processo de implementação parceria público-privada especializado com o conhecimento e experiência nos projetos. No Comitê preside o ministro da estratégia



e finança, no qual se reúne, quando for necessário, para decisões importantes sobre política de parceria público-privada e grandes projetos. Os ministérios procuradores são encarregados de desenvolver planos de parceria público-privada especificado de cada setor e implementar projetos (KIM; *et al*, 2011; KIM; FELLOW; LEE, 2013).

Posteriormente, houve uma expansão para infraestrutura de instalações educacionais, culturais e bem-estar conforme, em janeiro de 2005, a Lei modificada para expandir as instalações pela infraestrutura econômica como instalações de infraestrutura de transporte (estradas, ferrovias, portos-marítimos e instalações ambientais), social (escolas, residências, instalações de habitação, assistência social para idosos e instalações culturais), com objetivo de diversificar oportunidades e aumentar o escopo de participação do financiamento de parceria público-privada) (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

Há 13 diretrizes do PIMAC sobre os setores e métodos de parceria público-privada como conduzir viabilidade dos testes em projetos BTO e BTL, o refinanciamento do setor do meio ambiente e infraestrutura viária, transparência, objetividade e consistência. Essas diretrizes são importantes para o investidor privado entender de forma clara as suas responsabilidades como parceiras de projetos governamentais. Além de abranger a relação de custo-benefício, elaboração de solicitação de proposta de projetos, as especificações e a avaliação (KIM; LEE, 2019)

Em 2003, por meio de Lei, o PICKO foi expandido para se tornar o Centro de Gerenciamento de Investimento da Infraestrutura Pública e Privado (PIMAC) sob o Instituto de Desenvolvimento da Coreia, prescritos no Decreto de Execução de Parceria Público- Privada, para fornecer um amplo suporte profissional, conduzir pesquisas sob políticas de parceria público-privada, apoiar as autoridades competentes e nos processos de compras, e prestar assistência técnica ao Ministério de Estratégia e Finança (MOSF). Neste sentido, o PIMAC tem vários especialistas e



diferentes áreas como economia, finanças, contabilidade e direito, além de oferecer programa de treinamentos para funcionários e explorar oportunidades de cooperação com organizações internacionais e países estrangeiros (KIM; FELLOW; LEE, 2013; KIM; *et al*, 2011; KWON, 2011).

O contrato de concessão padronizado pelo PIMAC deve conter os principais assuntos: designação do concessionário com seus direitos e obrigações, se for o patrocinador deve ser estabelecido uma empresa do projeto antes do plano de implementação períodos assumidos da propriedade, estabelecimento de direitos de gestão e operação, custos totais devem estar claramente definidos, financiamento (capital próprio e capital emprestado) incluindo preço do mercado, método e procedimento, assuntos relacionados ao projeto e construção, manutenção e operação, taxa de retorno do projeto, taxa de uso, se for fornecia a garantia mínima de receita, o suporte financeiro se for fornecido, assuntos relacionados ao fornecimento de terrenos, suporte de procedimento administrativos, licenças, questões de riscos por atribuição o concessionário ou autoridade competente ou riscos causados por força maior, rescisão e resolução de disputas (CHUNG, SHIM; YI, 2019).

Às vezes as autoridades públicas lidam diretamente por empresas privadas quando são enviados projetos que não foram abertos aos procedimentos de seleção chamadas de propostas não solicitadas. Seu apoio na negociação na conclusão dos contratos é apreciado pelos investidores estrangeiros. Outra função é a formulação de políticas relacionadas a parceria público-privada de infraestrutura com base nas pesquisas dos projetos realizados (KIM; LEE, 2019).

O Plano Básico de Parceria Público-Privada, legislado pelo o Ministério de Estratégia e Finança, tem uma direção anual da implementação da política e plano de investimento, diretrizes gerais sobre a implementação de projetos de parceria Público-Privada e procedimento de implementação de projetos de parceria Público-



Privada. Métodos e diretrizes detalhados, legislado pelo PIMAC, tem métodos detalhados para exame de qualificação, métodos detalhados para financiamento e métodos detalhados para avaliação e negócios (CHUNG, SHIM; YI, 2019).

No Decreto de Execução de Parceria Público-Privada são determinados os papéis, no qual inclui o apoio ao MOSF na formulação do Plano Básico de Parceria Público-Privada, as autoridades competentes e ministérios no processo de compras (avaliando a viabilidade e o custo benefício para projetos potenciais), avaliação da proposta de projetos por empresas privadas, negociações com potenciais concessionárias, promover o investimento estrangeiro em projetos de parceria público-privada por meio de serviços de consultoria e outras atividades relacionadas, desenvolvimento e operação de programas de capacitação profissionais do setor público (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

A Lei de Parceria Público-Privada orienta o Ministério de Estratégia e Finança. Enquanto o Plano Básico de Parceria Público-Privada fornece o PIMAC orientações políticas, procedimentos de implementações de projetos, opções de financiamento, risco de mecanismo de alocação, esquemas de pagamento de subsídios governamentais e instruções para documentação. Por outro lado, o PIMAC desenvolve as Diretrizes de Implementação para melhorar a transparência e objetividade na implementação de parceria Público-Privada por meio da preparação de solicitação de proposta, avaliação de proposta, contrato de concessão padrão e refinamento (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

O Decreto de Execução de Parceria Público- Privado, legislado pelo presidente, foi estabelecido para definir os tipos de infraestrutura elegíveis, os tipos de compras, os processos de compras, elaboração de política de assuntos delegados estatutariamente e as funções das partes públicas e privadas e entre outros. Em vista disso, a Lei de Parceria Público-Privada e o Decreto de Execução de Parceria



Público – Privado se tornaram os principais componentes para a parceria Público-Privada (KIM; *et al*, 2011; KIM; FELLOW; LEE, 2013; CHUNG, SHIM; YI, 2019).

O Ato de Parceria Público-Privada, o legislador é a Assembleia Nacional, no qual tem normas de especificação de infraestrutura social, método de implementação, procedimento de implementação de projetos de parceria Público-Privada, direitos do concessionário, fundo de garantia de crédito de infraestrutura Industrial, esquema de investimento coletivo de investimento, empréstimos de infraestrutura social, comitê de resolução de disputas de projetos, gerência e supervisão, suporte de sistema e multas. Além de buscar facilitar as empresas a desempenhar o papel (KIM; *et al*, 2011; KIM; FELLOW; LEE, 2013; CHUNG, SHIM; YI, 2019).

Em outubro de 2005, houve uma revisão da lei que expandiu as categorias de projetos de parceria público-privado, o PICKO foi incorporado ao Instituto de Desenvolvimento da Coreia e o programa de receita de garantia mínima foi substituído pela medida de compensação do custo base (bruto) que compartilha o risco de investimento dentro do limite do custo governo, por ser considerado um projeto público. Foi criado o Instituto de Desenvolvimento da Coreia (KDI) dentro do PIMAC desempenha uma pesquisa no planejamento nacional e regional (KIM; FELLOW; LEE, 2013; KIM; LEE, 2019).

Em vista da abertura de infraestrutura de larga escala, se procurou solucionar a demora e o alto custo das autorizações e permissões das autoridades públicas as empresas, desta maneira a Lei de Parceria Público-Privada determinou quando a autoridade competente publicar no edital Plano Detalhado de Engenharia e Projeto de Implementação (DEDPI) serão concebidas as autorizações e permissões associadas ao projeto de parceria Público-Privada, por conta a autoridade competente adquire as autorizações e permissões após consultas com os órgãos administrativos relacionados a compatibilidade do projeto com outras leis. Em vista



disso, a autoridade competente indica e é concedido a aprovação ou a modificação do DEDPI apresentada pela empresa do projeto com isso facilitando os procedimentos de implementação (KIM; *et al*, 2011; KIM; FELLOW; LEE, 2013).

Em 2005, além do que foi citado, foi fornecido incentivos pra investidores privados e estrangeiros, incluindo medidas administrativas e orçamentarias para ajudar os investidores e mitigar os riscos comerciais e outros como garantia de receita mínima (condições alteradas em 2005), garantias de risco cambial como compensação de perdas devido a flutuação da taxa de câmbio, isenção do imposto de aquisição, bônus por conclusão antecipada da construção ou por baixa construção de custos, empréstimos públicos, garantias de empréstimos fornecido o concessionário pelo governo estadual ou local, fundo de garantia de crédito de infraestrutura, subsídios ou empréstimos de longo prazo e garantias soberanas com um limite máximo de receita operacional para projetos solicitados ou não solicitados (KIM; LEE, 2019).

Além do mais, a Lei de Parceria Público-Privada, permite o concessionário confiar a autoridade competente ou governo local as tarefas de compras de terras, compensação por perdas, reassentamento de residências e outras questões relativas a expropriação e o uso da terra. Tendo vista a ineficiência para o concessionário adquirir terras em seu próprio nome para depois transferir a propriedade para autoridade competente e a dificuldade do concessionário de conduzir o processo de desapropriação. Em muitos projetos de parceria público e privado, todo ou parte dos custos de aquisição de terras são compensadas pela autoridade competente, com exceção para alguns projetos alternativo, incentivos fiscais e flexibilização dos regulamentos. Os incentivos fiscais são estipulados pela Lei de Parceria Público-Privado e a tributação especial, impostos corporativo, imposto local e exceção de cobrança são incluídos no Plano Básico de Parceria Público-Privada (KIM; FELLOW; LEE, 2013).





O subsídio da construção concedido, por meio da Lei de Parceria Público – Privado, é determinado pelo contrato de concessão e dependendo do plano de investimento em ações de concessionário. Sendo distribuído anualmente ou trimestralmente, não podendo ser subsidiado o contrato determinado por um ano por refletir o nível de conclusão do projeto e o cronograma de escopo do investimento em ações sendo uma concessão individual. Quando for notificado o projeto, o governo deve divulgar a proporção aproximada do custo de construção, o custo determinado por meio de consulta e ser estipulado a Lei de Parceria Público-Privada ou pela Diretrizes de Execução de Parceria Público – Privado. Geralmente, os projetos nacionais de BTO são elegíveis com um subsídio maior em comparação aos projetos locais por terem custos dos projetos e a proporção entre subsídio mais elevados (KIM; *et al*, 2011; KIM; FELLOW; LEE, 2013).

De acordo com o artigo de Kim, Fellow e Lee (2013, p. 302), desde 1994, o Fundo de Garantia para Crédito a Infraestrutura fornece garantia de crédito as concessionárias que desejam obter empréstimos de instituições financeiras para projetos de parceria Público- Privado. Com base ao artigo 30 da Lei de Parceria Público- Privado, o Fundo de Garantia para Crédito a Infraestrutura é gerenciado pelo Fundo de Garantia de Crédito da Coreia, no qual irá, o Fundo de Garantia para Crédito a Infraestrutura, consiste em subsídios governamentais anuais, taxas de garantia e retorno de investimentos. Além de que se houver inadimplemento, o Fundo irá substabelecer em nome da empresa do projeto e, ademais, só houvera a contribuição adicional do governo só poderá ser adquirida quando os fundos forem insuficientes.

As exceções de cobranças e impostos, o governo central ou local pode isentar os impostos de um projeto total ou parcialmente em conformidade com artigos 56 e 57 a Lei de Terras Agrícolas, a Lei de Gestão de Distritos Montanhoso, a Restrição da Lei de Tributária Especial, Lei Tributária Local, Lei Tributaria Corporativa e outras Leis e estatutos subordinados. A respeito no relaxamento da regulamentação



relacionados a finanças, o governo central ou uma agência supervisora relacionada pode reconhecer exceções na aplicação de regulamentos financeiros relacionados com o Regulamento de Monopólio e Comércio Justo, Lei de Negócios de Seguros, Lei de Valores Mobiliários e Cambio, Lei de Bancos e Atos e estatutos subordinados e relevantes para companhias financeiras (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

O governo promulgou, para facilitar o financiamento da infraestrutura, o Direito de Expropriação de Terras, sob a Lei de Parceria Público-Privada, é concedido o direito de expropriação de terras ao concessionário, a autoridade competente junto com o governo local executa a compra de terras, compensação por perdas e reassentamento de moradores, entre outros. Também, foi promulgada o Processo Expropriação de Terra, de forma geral, é um processo de aquisição ou expropriação de terras para obras públicas para instalações de infraestrutura e prédios públicos, prescrito na Lei de Aquisição de Terrenos, somente em casos especiais é fornecido pela Lei Público-Privada ou lei relacionadas (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

Em caso o concessionário ou a empresa do projeto possui a experiência associada as obras públicas após ter procurado a terra para ser expropriado para o uso público quando a consulta não for viável. Conforme a Lei de Aquisição de Terras, o concessionário, após a aprovação do plano de instalações, prepara uma lista de compensação de terra ou desapropriação para definir a terra necessária para o projeto. Depois o concessionário anuncia um plano de renumeração e notifica o proprietário de terras existentes, partes interessadas e o governo local (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

Por meio da celebração do contrato de compensação é estimado o valor da compensação depois de consultar com os proprietários e partes interessadas. Essa consulta é solicitada ao Ministério de Assuntos da Marinha e de Transporte que autoriza a etapa oficial para determinar se a terra e a propriedade são apropriadas



para expropriação após consultar as autoridades públicas relevantes e coletarem opiniões do Tribunal da Terra em questão. Caso a consulta não possa ser realizada ou concluída dentro de um ano após o anúncio da Autorização do Projeto, o concessionário poderá solicitar a Decisão da Desapropriação do Tribunal de Terras em questão e, então, é emitido sob forma de documentos escritos pelo tribunal a decisão de desapropriação sendo os proprietários de terras compensado conforme com a decisão pelo concessionário (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

Caso o concessionário não puder manter a instalação por algum motivo, o próprio poderá solicitar o governo o encerramento do contrato de concessão e pagará os valores pré- definidos da rescisão. Por outro lado, o governo assumirá o direito de operar as instalações de infraestrutura. Se não houver o acordo entre as partes contratantes, o Comitê de Mediação de Litígios do Projeto de Parceria Público-Privada (“Comitê de Mediação de Disputas”) para examinar e mediar disputas relacionadas ao projeto específico, mediante ao pedido de uma das patês contratantes, depois será examinado a proposta dentro de 90 dias a partir da data da chegada da solicitação. Ao receber a proposta de mediação, cada parte notificará o Comitê se aceita a proposta dentro de 15 dias (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

Em resumo o suporte financeiro previsto na Lei de Parceria Público – Privado são de três formas: a) subsídio a construção, apoios financeiros fornecidos na fase da construção decidido no ato do contrato de concessão em consoante com o plano de investimento de capital do concessionário; b) garantias mínimas de receita, o governo ou governos autônomos locais garantem uma proporção da receita prescrita no contrato de implementação para redução do risco financeiro de parceiros privados, porem ocorrem efeitos colaterais podendo aumentar as contribuições da estimativa excessivas da demanda, além disso, a mesma disposições mínimas de garantias podem ser alteradas para esquemas de compartilhamento de risco de investimentos e tipos de compartilhamentos de lucros e perdas; c) pagamentos de rescisão, acontece quando o contrato de rescisão é rescindido por parte da autoridade



governamental, numa forma de evitar o enriquecimento injusto para o governo por terem a infraestrutura de propriedades pertencente ai governo ou governo autônomos locais (CHUNG, SHIM; YI, 2019)

Os pagamentos da rescisão são pagos em diferentes faixas de acordo com os tipos de projeto; d) prestação de garantia crédito, por meio de Fundo de Garantia de Credito de Infraestrutura, os parceiros privados obtém empréstimos com certa facilidade; e) esquema de investimento coletivo, estipulado pela Lei de Parceria Público-Privada, para promover estimulação financeira nos projetos; e) emissão de títulos de infraestrutura social, previsto na Lei de Parceria Público- Privado, para os parceiros privados possam emitir títulos de longo prazo para implementação; f) isenção de impostos (CHUNG, SHIM; YI, 2019)

Em 2005 foi introduzido o método de construção – transferência – concessão (BTL) e foi incluído o método de construção – transferência – instalações (BTO) nas instalações de infraestrutura social em áreas educacionais e culturais para proporcionar um compromisso fiscal ao orçamento do governo, além foram acionados outros métodos (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

Os métodos são: a) Método de construção – transferência – operação (BTO) tem as propriedades das instalações transferida ao governo após a conclusão da conclusão, tendo o concessionário o direito de opera-los para obter o retorno sobre o investimento por meio das taxas de uso, por isso a viabilidade comercial é um elemento chave na implementação de BTO por parte do concessionário, por ter a maioria dos projetos de BTO serem instalações de transporte como estradas, ferrovias e portos marítimos; b) Método de construção – transferência – concessão (BTL) tem a propriedade, também , transferida para o governo após a conclusão da construção e, também, o concessionário tem o direito de operá-los, mas recebe o pagamentos do governo – como pagamento da locação e mais custo operacional – com base no desempenho operacional – disponibilidade e qualidade de serviço – por



um período específico por se tratar de um método utilizado para quando o concessionário tem dificuldade de recuperar o custo de investimento por meio das taxas de utilização como acontece em infraestrutura social – escolas, instalações de assistência social, ambientais, residência militar e entre outros; c) Método de construir – operar – transferir (BOT), o concessionário assume propriedade das instalações de infraestrutura por um período específico após a conclusão da construção. Ao término da concessão, a propriedade é transferida para o governo; d) Por último, o método de construir – próprio – operar é quando o concessionário possui o direito de operar as instalações da infraestrutura após a conclusão da construção. Existe outros, porém são quatro mais utilizados e muitas vezes são combinados (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

A sua categorização depende de quem inicia o projeto. Os projetos solicitados são feitos pela autoridade competente – central ou governamental local – que identifica uma parceria público e privado potencial e solicita uma proposta de parceria Público-Privada. Em caso de projetos não solicitados, o setor privado identifica um projeto de parceria Público- Privada e solicita a designação do projeto como uma parceria público e privado da autoridade competente. O concessionário passar ser selecionado no processo de licitação competitiva, podendo ter, o proponente inicial, com pontos extras na avaliação de lances (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

O governo percebeu a necessidade de promover projetos de BTO, em vista disso, o governo forneceu subsídio durante a construção da nova fase e pelo programa de garantia mínima de receita até 2006 que foi quando o sistema terminou para projetos não solicitados. O uso da garantia mínima de receita foi para garantir aos investidores privados uma porcentagem de expectativa de receita para o projeto. Se caso a receita cair abaixo do nível garantido, o governo preenche este desfalque e, em troca, o governo poderia resgatar a receita se for acima de um determinado nível de receita com base na receita projetada. Porém, em 2006, houve



críticas em relação a garantia de receita por conta de o governo assumir a maioria dos riscos do projeto e fornecer altos retornos aos participantes privados, como resultado houve um excedente do rendimento dos títulos do Tesouro e problema com risco moral, assim surgindo um desencorajamento as empresas do projeto para tentar maximizar a receita, principalmente em projetos portuários (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

No Plano Básico, o concessionário deve notificar as autoridades sobre os planos de refinanciamento, independentemente do governo ou não ganho de refinanciamento. A Diretriz para Refinanciamento refere-se ao patrimônio líquido como patrimônio total, ao menos a autoridade competente determinar o contrário, ou se pressupões o refinanciamento será realizado com os melhores preços de mercado executáveis e condições (KIM; *et al*, 2011).

Houve a crise 2008 que atingiu o mercado financeiro global, tendo um impacto sobre o mercado de parceria Público-Privada fazendo o governo não conseguir chegar no fechamento financeiro em vários projetos e o declínio de proposta de novos projetos. Em resposta dos problemas, em agosto de 2009, houve uma revisão do Plano Básico para o melhoramento da estrutura do projeto como o desenvolvimento de nova estruturação de compartilhamento, assim o governo passou compartilhar o risco de investimento com a empresa privada, compensando o custo base (bruto) do cálculo com a soma do custo do investimento privado e a taxa de juros dos títulos do governo, o pagamento da garantia mínima de receita diminuiu na tentativa de diminuir o risco de investimento para participantes privados e aumentar a motivação para obter lucro e o governo passou assumir uma parte do risco de investimento. O pagamento do governo é feito pelo montante de déficit na receita real operacional comparada a parcela de riscos de investimentos, caso a receita operacional real exceda a parcela de riscos de investimento, os subsídios governamentais são resgatados dentro do limite do valor pago anteriormente. Porém, no caso da área privada, os subsídios são fornecidos somente quando a receita



operacional real ultrapassar 50% da parte do risco de investimento (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

Ademais, o governo implementou uma maior cobertura de compensação de rescisão, desenvolver um sistema de compartilhamento de riscos para o governo empreender mais riscos, medidas adicionais para melhorar as condições de financiamento como a revitalização de títulos de infraestrutura, expandir o escopo de instituições para emissão de títulos, garantia de apoio pelo Fundo de Garantia de Crédito de Infraestrutura da Coreia e as instituições privadas poderiam participar com maiores incentivos fiscais para investidores. Graças a esses esforços, foram importantes para a recuperação (KWON, 2011).

Estes riscos assumidos pelo governo irão depender da natureza dos projetos e do nível de risco da transferência do governo e do nível de risco da transferência do governo para a empresa privada, porém durante o projeto pode surgir vários tipos de riscos na construção, operacional (custo e receita), financeiro e risco político. Nesta perspectiva, é possível perceber a importância de medir os riscos sistemáticos dos projetos para estimar o retorno apropriado por meio dos riscos diversificáveis – a previsão da demanda- e o risco sistemático – o uso do modelo de precificação de ativos de capital usado para estimar o retorno justo, neste sentido é perceptível que quanto maior o nível de mínimo de garantia de receita, menor o retorno justo será (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

Além do mais para incentivar, as instituições financeiras emitem um título de infraestrutura que é uma taxa de imposto separada de 14% aplicada a receita de juros de títulos com prazo de 15 anos ou mais, prescrita no Artigo 29 da Restrição de Tributação – prorrogada até 31 de dezembro de 2009- com características únicas dos projetos de infraestrutura como o progresso da construção e as vendas futuras de ações por requerem o consentimento dos fornecedores de dívidas, a taxa de conclusão do projetos e os fundos para serem retirados de vários períodos. Neste



sentido, o financiamento com uma emissão de títulos resulta em várias emissões de acordo com as necessidades de financiamento ou grande emissão única com retenção de dinheiro ocioso. Entretanto só há uma alternativa quando a empresa do projeto seleciona o Banco de Desenvolvimento da Coreia como um Banco de gerenciamento por normalmente envolver o refinanciamento, assim quando a construção for concluída terá que requerer aprovação das partes interessadas (KIM; *et al*, 2011; KIM; FELLOW; LEE, 2013).

Por meio da Lei de Parceria Público – Privado, o PIMAC fornece programa de treinamentos e educação sobre o “desenvolvimento e operação de programas educacionais com relação a implementação de projetos de parceria público – privado” para grupos de trabalhos, funcionários e tomadores de decisão nos setores público e privado, previsto no Artigo 20 e Clausula 8, execução do dever do PIMAC por duas ou três vezes por ano (KIM; *et al*, 2011; KIM; FELLOW; LEE, 2013).

O sistema de gerenciamento de mão de obra do governo se baseia em tarefas rotativas, no qual os funcionários públicos cumprem um dever por um período mínimo de 6 meses ou 2 a 3 anos antes de mudar para outros postos ou agencias com intuito de prevenir corrupção e permitir que funcionários do governo executar seus trabalhos com visão ampla baseada em diversas experiencias de trabalho, porém essas mudanças não desenvolve conhecimentos especializados em especialmente nessa área de parceria Público-Privada, onde é importante para o funcionários adquira uma ampla experiencias com problemas contencioso (KIM; *et al*, 2011; KIM; FELLOW; LEE, 2013).

Ademais, o PIMAC realizada cursos básicos de BTO e BTL para funcionários recém-designados uma ou três vezes por anos e, também, para o treinamento básico de parceria público – privado para cultivar efetivamente o desempenho na capacidade de trabalho dos tomadores de decisão e funcionários de nível de trabalho nas autoridades competentes, assim ajudando na implementação e





aprimoramento dos trainees sobre o projeto. Os cursos são compostos por conteúdo básico sobre os antecedentes, propósitos, estrutura geral do projeto, técnica de financiamento, questões legais, procedimentos de projeto e exemplos concretos de projetos de BTO e BTL. Além disso, o PIMAC hospeda um Programa Anual de Treinamento em Rede para Profissionais de Parceria Público – Privado na Ásia, sendo cinco dias de curso e viagem de campo em colaboração com Banco Mundial e o Banco de Desenvolvimento da Ásia desde 2010 (KIM; *et al*, 2011; KIM; FELLOW; LEE, 2013).

E suma, segundo Kim, Kim, Lee e Shin (2011), houve a tentativa por parte do governo em alocar estrategicamente seus limitados e incentivar o papel do setor privado para a sua eficiência e criatividade podem ser efetivamente utilizadas. Assim sendo, os projetos de parceria público – privado contribuíram para o fornecimento de instalações de infraestrutura e serviços públicos onde o investimento em larga escala eram urgentemente necessários para o desenvolvimento econômico nacional e o crescimento. A promulgação da Lei de Parceria Público – Privado em 1998 serviu para regulamentar o processo de implementação de parceria público – privado e apoiar sistematicamente os projetos. Á posteriori, para acompanhar a evolução do mercado e as necessidades do governo houve duas revisões com o ato e atualização do Decreto de Execução de Parceria Público – Privado e do Plano Básico de Parceria Público – Privado, no qual foi aprimorado continuamente e desenvolvido a estrutura institucional com intuito de facilitar o processo de compras, promovendo a participação, melhoria da transparência e da relação de custo – benefício. . Uma das características do programa foi projetos do tipo concessão (construção – transparência – operação) e o tipo de compra de serviço (método construção – transferência – locação) são ativamente implementados. Em 2005, a Lei de Parceria Público – Privado introduziu o método BTL e promoveu o uso em instalações educacionais, residências militares e instalações ambientais, entre outros.



A hierarquia dos arranjos se dar na seguinte forma : 1) Lei de Parceria Público- Privada; 2) Decreto de Execução de Parceria Público – Privado; 3) Plano Básico de Parceria Público – Privado, fornecedor de orientações sobre políticas de parceria Público-Privada, financiamento e opções de refinanciamento, mecanismo de alocação de risco, esquema de pagamento para subsídios do governo e instruções de documentação; 4) Diretrizes de Implementação de Parceria Público-Privada, desenvolvida pelo PIMAC para melhorar a transparência e objetividade na implementação da parceria Público-Privada, incluído o teste do custo-benefício, solicitação de concessão padrão e refinanciamento. O Plano Básico e as Diretrizes de Implementação de Parceria Público – Privado são atualizadas anualmente para refletir em outras normas legais, relevantes mudanças regulamentares e condições de mercado para o desenvolvimento continuou por parte do governo para o fortalecimento da confiança do setor privado no programa de parceria Público-Privada (KIM; *et al*, 2011; KIM; FELLOW; LEE, 2013).

Convencionalmente, o investimento em parceria Público-Privada tem sido tratados separadamente do investimento público, por isso não estão diretamente relacionados com a regulamentação como despesa governamental, pois os compromisso de parceria Público- Privada são compromissos de longo prazo, como pagamentos do governo para projetos de BTL e pagamentos de receita mínima de garantia para projetos de BTO, é importante examinar a partir de uma perspectiva fiscal se um governo mantem a adequação e estabilidade fiscais. Quando o governo dirige um projeto de parceria Público-Privada em larga escala, o valor total do projeto deve limitar a um certo nível adequado para manter a solidez fiscal e a sustentabilidade. O Plano Nacional de Gerenciamento Fiscal Quinquenal (2007-2011) do Governo estabelece um limite para o tamanho geral do programa de parceria Público-Privada (KIM; *et al*, 2011).

Em 2001, o governo formulou o plano decenal de parceria Público-Privada com principais objetivos de fornecer claramente ao setor privado as áreas priorizadas



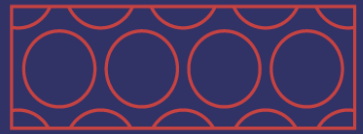
de investimento com revisão a cada três anos para se adaptar ao mercado. Em 2006, o Ministério do Planejamento e Orçamento formulou diretrizes e estratégias fiscais para o desenvolvimento sustentável até 2015. Em 2020, foram planejados a realizar setes novos corredores Norte-Sul e nove novos corredores Leste-Oeste. Em 2007, foi declarado o acordo assinado entre as Coreias sobre oito questões principais, incluindo a renovação de rodovias. Por exemplo a rodovia AH1 que liga o Japão, a Coreia do Sul, a Coreia do Norte e a China e auto estrada AH6 ligando o Japão, Coreia do Sul, Coreia do Norte e Rússia

## **2.2 Processo dos projetos solicitados e não-solicitados**

### **a) Projetos solicitados**

Quando os projetos são solicitados pela autoridade competente no método BTO, a mesma desenvolve um plano de projeto de parceria Público-Privada com a discrição das prioridades de investimento e características do projeto estabelecido pelo Plano Básico anual de parceria público – privado como: projeto candidato deve estar enquadrada em um dos 46 tipos de instalações cobertos pela Lei de Parceria Público-Privada, examinada a acessibilidade do usuário, lucratividade, o benefício para o público, o ganho de eficiência e se está alinhado com os planos nacionais de investimento em infraestrutura de médio e longo prazo (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

O PIMAC, como agência especializada do MOSF, realiza o estudo preliminar de viabilidade e apresenta suas conclusões. Se o custo total for superior a 200 bilhões de *won*, a autoridade competente é obrigada apresentar o resultado do estudo de viabilidade e documentos básicos de projeto. Após a revisão, o PIMAC solicita ao



MOSF que apresente o projeto, incluindo o estudo de viabilidade do PIMAC e do MOSF (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

Quando as partes privadas enviam proposta à autoridade competente de acordo com a solicitação de proposta, em consonância com a Lei de Parceria Público – Privado e os regulamentos relacionados com a formação, geralmente, composto por construtores, operadores de manutenção, instituição e entre outros. As partes privadas podem fazer perguntas para esclarecimento sobre a solicitação de proposta e as autoridades competentes respondem de forma compartilhada, pois é necessário disponibilizar a mesma informação a todos os licitantes (FELLOW; KIM; LEE, 2013).

Então, a autoridade competente forma uma equipe de avaliação com especialistas externos para avaliar as propostas de acordo com critérios especificados na solicitação de proposta. Primeiro, há uma avaliação de pré-qualificação sobre as capacidades básicas dos licitantes para projetar, construir, financiar e operação. Em concordância com o resultado, a autoridade governamental competente registra o pedido no Ministério de Estratégia e Finança para anunciar publicamente o projeto como parceria público – privado. Quando obtém a designação e o anúncio público, a autoridade competente publica um plano básico detalhado de infraestrutura com base no Plano Básico de Parceria Público-Privada. Assim, os concorrentes satisfizerem a pré-qualificação irão prosseguir para próxima etapa (KIM; FELLOW; LEE, 2013; CHUNG, SHIM; YI, 2019).

A avaliação técnicas e preços é a próxima etapa, onde a pontuação total da avaliação são distribuídas entre elementos técnicos e de preço. Após isso, a autoridade competente seleciona um licitante preferido com base nos resultados da avaliação e, pelo menos, mais dois concessionários em potencial para caso a negociação com o licitante preferido falhar (KIM; FELLOW; LEE, 2013).



Adiante, a autoridade competente negocia com licitante preferido sobre os detalhes dos termos do contrato com, geralmente, uma equipe de negociação, incluindo advogados externos, financeiros e especialistas em engenharia para negociar, podendo a autoridade competente solicitar o PIMAC o fornecimento do suporte como líder de equipe ou um consultor em negociação para eficiência da negociação. Poderá ser prorrogado uma vez, porém qualquer atraso entre a nomeação de um lance preferido e o contrato quase inevitavelmente, pode levar um aumento nos custos do projeto, consequentemente acarretando em uma taxa de usuário mais alta ou subsídio do governo, em vista disso, para evitar o atraso, a autoridade competente prepara adequadamente os planos do projeto e a solicitação de proposta detalhada (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

Se a negociação não for concluída dentro do prazo especificado, deve iniciar uma negociação com o próximo licitante preferencial, publicando novamente ou anulando a designação do projeto. No contrato deve conter informações básicas do projeto de parceria público – privado, incluindo a designação do concessionário, a determinação do período de operação, gestão do uso das instalações, relação dos direitos, obrigações das partes ao contrato de concessão, questões relacionadas a construção como a data de início e duração, supervisão, cobrança dos danos liquidados, ajuste do custo total do projeto, taxas de usuários, receitas e custos operacionais, garantia de operação de receita, assistência na solicitação de autorização, permissão, manutenção, reparo, gerenciamento, operação de instalações e entre outros (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

O concessionário formula o Plano Detalhado de Engenharia e Projeto para Implementação com base no contrato de parceria público – privado e aplica a autoridade competente para a aprovação do plano dentro de 1 ano a partir de sua designação com o concessionário. Quando a autoridade competente receber será enviado uma notificação ao concessionário por escrito da sua decisão sobre a aprovação do plano detalhado dentro de 3 meses a partir da data de apresentação do



pedido, exceto em circunstâncias especiais. Assim que autoridade competente aprovar, o concessionário começa a construção das instalações da parceria público-privada de acordo com o cronograma especificado no plano, tendo o concessionário responsável para adquirir todas as permissões e aprovações necessárias dos órgãos relevantes e tempo hábil, por outro lado, a autoridade competente acompanha o andamento da construção para garantir a qualidade das instalações e equipamentos fornecidos pelo concessionário. Normalmente, é nomeado, pela autoridade competente, um superintendente independente para supervisionar o andamento da construção e o concessionário envia a autoridade competente relatórios de progresso para serem revisados (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

Após a conclusão da construção, o concessionário envia a autoridade competente um relatório de conclusão da construção no prazo de 15 dias a partir da data de conclusão para obter para obter a conclusão e iniciar a operação. Depois a autoridade governamental emite a confirmação da conclusão e o projeto começa a operação comercial. Deste modo, o concessionário tem o direito de gerenciar, operar as instalações da parceria, cobrar taxas de usuário para recuperar o investimento durante o período da concessão em troca de transferência da propriedade para governo após a conclusão da construção, sendo obrigado enviar planos anuais de gestão e operação, desempenho e receita a autoridade competente (KIM; FELLOW; LEE, 2013; CHUNG, SHIM; YI, 2019).

Os direitos de gestão e operacionais considerados de propriedade são aplicáveis às disposições da Lei de Imóveis no Ato Civil relativas a imóveis. O concessionário com direitos administrativos e operacionais responsável pela manutenção e gerenciamento das instalações durante o período operacional depois de um antes da conclusão do período de concessão, o concessionário deve verificar todas as instalações e equipamentos com os representantes da autoridade competente para uma transferência para autoridade competente (KIM; FELLOW; LEE, 2013).



Em 2005, como foi citado anteriormente, o governo alterou a Lei de Parceria Público-Privada e expandiu as parcerias de infraestrutura de transporte convencional para uma ampla gama de instalações, incluindo educacionais, bem – estar e culturais, assim o método BTL passou a ser usado para projetos de infraestrutura social, no qual o setor privado constrói a infraestrutura e recebe taxas de arrendamento de uma agência governamental por um período de tempo acordado para recuperar o investimento (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

A Lei de Parceria Público-Privada exige o governo a apresentação de uma quantidade máxima agregada de projetos do tipo BTL a ser implementada no próximo ano fiscal com a proposta de orçamento para Assembleia Geral. O BTL, em princípio, tem as mesmas semelhanças aos projetos BTO, com algumas etapas adicionais no estágio inicial. As etapas iniciais do processo de planejamento do projeto BTL feita pela autoridade competente e revisado pelo MOSF corresponde o ciclo orçamentário do governo central. Nisso, cada ministério de linha coleta e revisa os planos individuais de projetos BTL enviados por autoridades competentes (governos centrais ou locais) para estabelecer planos setoriais de investimento em BTL para o próximo ano (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

Os planos de investimentos em BTL dos ministérios de linhas são submetidos ao MOSF com solicitações de orçamento que avalia os planos do projeto BTL em vários aspectos, como futuros governos com obrigação de pagamentos, acessibilidade das autoridades competentes, prioridades de investimento, adequação dos cronogramas do projeto, benefícios sociais dos projetos e entre outros. Após a revisão, o MOSF estabelece o teto agregado e setorial do BTL para o próximo ano e o envia para a Assembleia Nacional, juntamente com o plano orçamentário para aprovação (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

As demais etapas de aquisição, a avaliação de oferta à construção é semelhante aos procedimentos gerais descritos no processo anterior de aquisição do



BTO. A principal diferença são os custos médios dos projetos BTL por serem principalmente infraestruturas sociais diferentemente dos projetos BTO, mas mantendo a revisão pelo PIMAC dos documentos de solicitação para projeto e um contrato de parceria público – privado a autoridade competente são obrigatórios. Nos projetos BTL, o gerenciamento e monitoramento do setor público durante o período operacional é essencial, pois o desempenho operacional e serviço de qualidade estão diretamente ligados ao nível de pagamento do concessionário. Em vista disso, é organizado um comitê de avaliação para acompanhamento regular e mediação de desempenho selecionado entre a autoridade competente, concessionário, usuários e grupos de especialistas para garantir a avaliação (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

Segundo *Kim, Fellow e Lee* (2013), os projetos solicitados não são atrativos para as autoridades competentes, por levar um tempo e gerar considerados custos iniciais, enquanto os não solicitados tem os custos e riscos assumido pelo setor privado. Em vista disso, o governo procurou formas para facilitar os processos de aquisição de projetos solicitados, assim reduzindo a contratação oficial com processos: o estudo preliminar de viabilidade pelo teste do Centro de Gestão de Investimento da Infraestrutura Pública e Privada (PIMAC) adquirido pela autoridade com a revisão do teste de viabilidade. Posteriormente, os conduzidos pelo PIMAC na fase preliminar são conduzidos para projetos de investimentos orçamentários. Por último é adquirido um tipo de mecanismo de compartilhamento de riscos para aplicar a todos os projetos solicitados com intuito que as autoridades de compras incentivam a iniciar o projeto de desenvolvimento da Solicitação de Cotação suportado pelo PIMAC.

## **b) Projetos não solicitados**

Quando o BTO acontece por meio da proposta do consorcio do projeto de parceria público – privado à autoridade competente. A proposta do projeto não solicitado deve ser examinada minuciosamente pelo setor público se corresponde aos





planos de investimentos do governo e se oferece benefícios ao público. O PIMAC realiza uma análise pela autoridade competente para solicitações não solicitadas para viabilidade econômica, principalmente sobre o custo benefício, e política. Assim, depois da análise comparativa realizada entre um comprador do setor público e a proposta de parceria público-privada, será passado para análise financeiras adicionais realizadas para calcular um nível apropriado do custo do projeto, taxa do usuário, subsídio do governo na perspectiva do setor público, onde o PIMAC submete seu parecer sobre a proposta não solicitada à autoridade competente e o MOSF para, posteriormente, a autoridade competente notificar o proponente privado se irá prosseguir com o projeto (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

Ao realizar um projeto não solicitado, a autoridade competente deve notificar o público sobre o conteúdo descrito na proposta do projeto para permitir as outras partes enviarem propostas alternativas para lances com o prazo de 90 dias a partir da data de notificação para ter outras aceitações de propostas para garantir uma concorrência justa. O proponente inicial será concedido 10% do total de pontos de avaliação, mas terá que haver alteração da proposta original. Quando as propostas alternativas responderem a notificação, a autoridade competente por meio de uma equipe de avaliação avaliará todas as propostas, incluindo a proposta inicial, de acordo com os critérios de avaliação especificados na solicitação de proposta alternativas e seleciona um licitante preferencial. Mas, se não houver outra proposta enviada, o proponente inicial é designado como o concessionário potencial para negociação e é obrigatório que a autoridade competente compense os licitantes vencidos partes dos custos de preparação das propostas, a fim de incentivar a concorrência entre os concorrentes e maximizar a eficiência e a inovação do setor privado (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

No caso do BTL, o proponente ainda não é incorporado como uma empresa quando envia uma proposta de projeto, por isso o proponente deve incluir um quadro de pessoal corporativo na proposta do projeto, quando for designado como um



potencial concessionário como um potencial concessionário e estabelecer uma empresa que conduza as parcerias público-privada antes de solicitar a aprovação do Plano Detalhado de Engenharia e Projeto Para Implementação a autoridade competente. É proibido a empresa para fins especiais que se envolva em negócios que não seja aqueles permitidos pela autoridade competente no momento da sua designação como concessionário com exceção as empresas insignificantes aprovadas pela autoridade competente (KIM; *et al*, 2011).

O financiamento organizado pela empresa para fins especiais ou pelo concessionário devem constituir em patrimônio e dívida, para manter a estabilidade financeira do projeto de construção, tem que ter uma relação patrimonial mínimo de 25% ou mais durante a construção. Mas, se for um investimento de capital por uma instituição financeira, não deverá exceder 30% do patrimônio total. O nível mínimo requerido de índice de patrimônio pode ser reduzido 20% e durante o período operacional. Além do mais um índice de patrimônio mínimo de 10% é necessário (KIM; *et al*, 2011).

Os grandes projetos da parceria Público-Privada são classificados como projetos nacionais e administrados pelo MOSF durante o processo de aquisição-designação do projeto de parceria Público-Privada, o anúncio do Comitê de Revisão da Parceria Público-Privada e na designação de uma concessionária, durante o período operacional. Além destes projetos classificados como nacionais, a autoridade competente, na maioria dos casos, o governo local administra e designa como projeto local (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

Os ministérios de linha possuem o estudo de viabilidade para poder fornecer mais fundos de acordo com as informações, enquanto o MOSF usa as informações para o corte de orçamento do projeto. Com isso, o processo de implementação das parcerias público-privada tem uma decisão final da avaliação do projeto e alocação de orçamento, baseado nas informações mitigadas entre o MOSF e os ministérios de



linha, feito pelo MOSF, enquanto os ministérios e agências de linha são responsáveis por identificar, projetar, priorizar projetos e prever seus efeitos (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

O MOSF toma decisão final em vista de ter as suas próprias informações de forma confiável com propriedade clara conforme a Lei Coreana de Parceria Público-Privada, como resultado teve um bom desempenho desses esquemas de parceria público-privada e foi disseminado em outras áreas contribuindo para ampliar o público. Tendo como, antemão, uma triagem e guias de planejamento para parceria Público-Privada elaborado e anunciado pelo governo, além de algumas orientações estratégicas para as decisões governamentais e os tomadores de decisão em nível setorial derivado de um plano nacional ou outro meio de documento estratégico de longo prazo de prioridade de desenvolvimento para toda economia (KIM; FELLOW; LEE, 2013)

### **2.3 Após o contrato**

As autoridades competentes devem receber um relatório trimestral da empresa do projeto para verificarem os projetos de parceria público – privado trimestralmente e envia os resultados ao Ministério da Estratégia e Finança (MOSF) com documento contendo os dados de status separadamente para cada projeto no sistema de infraestrutura de informação, no qual exige a cada autoridade competente insira informações sobre os projetos de parceria público

– privado no Banco de dados. O MOSF e o Centro de Gerenciamento de Investimento em Infraestrutura Publica e Privado (PIMAC) administram o sistema (KIM; *et al*, 2011).

Quando ocorre uma questão específica, o contrato de concessão é enviado a diretriz para resolução do problema. Caso a situação não for resolvida com base no contrato de concessão ou se tiver ambiguidade na interpretação, a resolução deverá



ser buscada por meio de aconselhamento externo ou consulta com outras autoridades. O MOSF e PIMAC tem vários serviços de apoio a cada autoridade competente como telefones, perguntas e respostas por meio de cartas oficiais, vistas, reuniões e perguntas por meio da página inicial da Internet para diferenças áreas – jurídica, financeira e técnica. No entanto, o MOSF e o PIMAC não tem o sistema de gerenciamento de projeto diferentes para setores diferentes como estradas, portos, ferrovias e meio ambiente, todavia cada autoridade competente possui organizações diferentes, podendo resultar em práticas e sistema de gerenciamento de projetos diferentes para cada setor (KIM; *et al*, 2011).

O gerenciamento do desempenho para o projeto com método BTO é mais rigoroso do que o projeto BTL em consonância com a cláusula específica do contrato de concessão. Caso não tiver no contrato, o gerenciamento de desempenho fica a critério da empresa do projeto e a autoridade competente por ser difícil desenvolver padrões de manutenção universalmente aplicáveis por cada projeto supervisionado por uma autoridade competente diferente (KIM; *et al*, 2011).

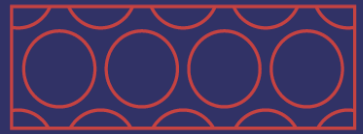
Para projeto com método BTL, os resultados de pesquisa de satisfação e da avaliação do desempenho são refletidos no pagamento do governo à empresa do projeto, podendo o pagamento variar de acordo com os resultados da avaliação de desempenho como uma penalidade aplicada aos pagamentos do governo para promover a prestação de contas do setor privado e reforma operacional. O desempenho operacional da instalação é avaliado a cada ano, se os níveis de serviços acordados não forem atingidos será aplicada diminuição aos pagamentos do governo. O pagamento do governo para projetos BTL consiste nas locações de instalações e despesas operacionais, por isso se o nível do serviço – conteúdo e qualidade – ficar aquém do estipulado no contrato de concessão, uma porcentagem será reduzida no pagamento do governo acordado. Mas se for ao contrário e o nível do serviço for recuperado, uma parte da dedução é devolvida como incentivo. Além disso, o projeto BTL utiliza uma pesquisa de satisfação e avaliação de desempenho



para controlar a qualidade realizada por cada empresa e submetido as autoridades competentes. O requisito de qualidade de desempenho padrão inclui assuntos gerais no projeto como níveis de exigência no projeto – geral, arquitetura, engenharia civil, projeto de equipamentos de máquinas, desempenho de material e técnica, escopo do projeto e outros-, na qualidade da construção – planejamento, qualidade, processo, gerenciamento de segurança, regulamentos ambientais e verificação de conclusão-, requisitos de operação e manutenção – operação, manutenção, verificações, recuperações, reparo e entre outros – e requisitos para a fase de verificação de desempenho, avaliação e utilização de resultados. Para se uma forma justa a avaliação do desempenho, a autoridade competente deve formar um comitê de avaliação composto por funcionários do governo, empresa do projeto e especialista da área relevante. Mas, primeiramente, a empresa do projeto deve enviar primeiramente um relatório de autoavaliação que irá ser revisado pela autoridade competente para depois o comitê de avaliação de desempenho pode decidir se deve realizar uma avaliação independente adicional por terceiros (KIM; *et al*, 2011).

A respeito do compartilhamento de ganhos de refinanciamento, previsto na Lei de Parceria Público – Privado, a autoridade competente deve compartilhar os ganhos de refinanciamento igualmente com a empresa do projeto, tendo a autoridade competente deve usar parte nos ganhos de refinanciamento para reduzir a taxa de usuário como prioridade, porém se autoridade competente considerar uma redução da taxa de utilização seja inadequada em conformidade das características do projeto individual, se encontrará outra maneira como diminuindo o nível de receita mínima de garantia ou redução do período de concessão (KIM; *et al*, 2011).

Em 2004, com a entrada do Plano Básico de Parceria Público – Privado, o refinanciamento foi definido o ato de maximizar o lucro esperado dos investidores por meio da mudança estrutura do patrimônio do projeto, participação no investimento e condições de financiamento da dívida. Em 2007, o PIMAC formulou a Diretriz para Refinanciamento, no qual definiu os princípios básicos para



refinanciamento e métodos de compartilhamentos de ganhos fornecidos, tendo o documento contendo explicações e exemplos para cada disposição para o esclarecimento de regras de refinanciamento. O refinanciamento, no documento PIMAC, é definido como mudanças na estrutura de capital que inclui redução de capital, aumento da dívida, troca de ação ordinário por ação preferencial e entre outros (KIM; *et al*, 2011).

Conforme o Plano Básico, se estabelece o ganho de refinanciamento a medida do aumento da taxa interna de retorno dos investidores no modelo financeiro pós- refinanciamento em relação ao modelo financeiro de caso base e, também, a autoridade e o concessionário devem compartilhar o ganho meio a meio (KIM; *et al*, 2011).

A Diretriz para Refinanciamento fornece regras mais específicas como a taxa interna de retorno esperado dos investidores mensurado ao retorno sobre o patrimônio líquido e dívida subordinada. Ao medir o retorno combinado sobre o patrimônio, os fluxos de caixa incluem investimento de capital integralizado e dívida subordinada, juros e pagamentos de principal sobre dívida subordinada e dividendo. A diretriz propõe seguir o contrato de concessão entre a autoridade competente e o concessionário. O tamanho mínimo compartilhado é de 50 bilhões de *won*, caso for menor, os projetos são isentos do princípio de compartilhamento de ganhos de refinanciamento. No Plano Básico, existem três modelos: caso base - reflete os termos do contrato de concessão, pré-refinanciamento - reflete os termos financeiros reais e o desempenho operacional como receitas e despesas reais antes do refinanciamento- e pós-refinanciamento - reflete no valor real financeiro, nas mudanças causadas pelo refinanciamento como mudanças na estrutura de capital ou condições de dívida. A estimativa do retorno apropriado para projetos de parceria público-privada é medido com os riscos sistemáticos do projeto como flutuação nos custos ou receitas de construção do ciclo de negócios e, também, com os riscos não diversificados como o risco de previsão de demanda (KIM; *et al*, 2011).



Conforme o Plano Básico de Parceria Público-Privada, o governo e os participantes privados podem solicitar a rescisão antecipada e reivindicar uma taxa de rescisão subsequente a qualquer momento durante o projeto se a contraparte puder imputada, assim o valor da rescisão antecipada possível conforme estipulado no plano (KIM; *et al*, 2011).

Em resumo, o capital social indireto e o investimento total tiveram um impacto positivo no crescimento econômico, mas a parceria Público-Privada não teve uma relação significativa com crescimento econômico. Não obstante, se não fosse pelos projetos de parceria Público-Privada, os investimentos em capital social indireto poderiam ter diminuído significante, além do mais os projetos de parceria público – privado ainda estão uma fase inicial, sendo assim a avaliação do impacto na economia coreana tem que ganhar mais experiência. Todavia, é perceptível, ao longo do tempo, a parte do investimento do setor na construção do capital social indireto cresceu mais rapidamente em comparação com o investimento fiscal do governo (KIM; *et al*, 2011).

### **3 A COOPERAÇÃO E O MÉTODO DA PARCERIA PÚBLICO – PRIVADO DA COREIA DO SUL SEGUNDO A TEORIA DO KEOHANE E NYE**

A educação é um fator de extrema importância para desenvolvimento econômico e social, por esse motivo alguns países assumem a responsabilidade de proporcionar e financiar a educação. Como é importante salientar, a Coreia do Sul, antes mesmo da independência, se preocupou com a educação. Tendo a criação da Lei de Treinamento Profissional em 1966, e instituições como Instituto Avançado de Ciências da Coreia e outras ao longo dos planos de desenvolvimento, por compreender a determinante importância dela para o processo de desenvolvimento. Em reconhecimento disso, possibilitou à Coreia do Sul se desenvolver institucionalmente e possibilitou às empresas entrarem no mercado, mas devido ao



alto custo o governo coreano viabilizou uma nova alternativa para expandir a educação de qualidade em várias regiões do país e atender em tempo hábil, que era a parceria público-privada na educação, se tornando mais eficazes quando foi adotado na Lei de Parceria Público-Privada o método de construção – transferência – concessão.

O rápido crescimento nos anos 70 e posteriormente a expansão nos anos 80, acarretou um maior volume do transporte portuário, porém o Primeiro Plano Básico não foi suficiente para sustentar o volume da carga. E para solucionar e diminuir os encargos de investimentos, o governo coreano executou o Ato de Promoção de Capital Privado em Capital Social Indireto, assim atraindo ainda mais o capital privado para parceria público-privada e facilitou a construção dos portos dentro da Lei de Porto, dessa forma possibilitando à autoridade dos portos o direito de desenvolver, manter e gerenciar portos específicos.

Mas, essas medidas só foram possíveis nessas áreas quando o governo se transformou em um administrador de políticas públicas. Quando a interdependência complexa ligada a globalização levou à necessidade de considerar os múltiplos canais que conectam à necessidade e regimes internacionais. Assim, mudando o comportamento da Coreia do Sul na tapeçaria de diversos relacionamentos na política mundial da interdependência complexa segundo o Keohane e Nye.

### **3.1 Método de construção – transferência – concessão (BTL – BUILD – TRANSFER – LEASE) para facilidade educacional**

Os projetos de instalações escolares tinham como objetivo de reduzir as escolas de grandes dimensões, escolas com muitas classes e superlotadas no médio prazo e criar um ambiente de aprendizado avançado a longo prazo. Além de visar a





lacuna no ambiente escolar entre diferentes regiões e escolas, construindo novas escolas sob o plano de desenvolvimento regional equilibrado do governo e fornecer um nível ideal para o ambiente escolar e renovar as instalações desgastadas (KIM; KIM; CHOI, 2011).

Em 20 de julho de 2001, o governo lançou um programa para melhorar as condições das escolas e preparar os alunos para a sociedade do conhecimento e da informação do século XXI para os níveis dos países da OCDE. Assim, foram feitos investimentos maciços para garantir as instalações da escola. Como resultado, o número de escolas de ensino médio começou a expandir (KIM; KIM; CHOI, 2011).

Todavia o aumento das escolas depois de mais de 40 anos passaria ter instalações desgastadas, consequentemente resultado uma demanda sobrecarregada no orçamento escolar do governo, se toda a construção fosse realizada por meio de projetos financiados pelo governo. Em resposta a esse problema, o uso de projetos BTL se tornou alternativa para ajudar reduzir a carga sobre o orçamento da escola e atender a demanda das instalações escolares em tempo hábil. A redução drástica do investimento escolar de curto prazo permitiu o governo o máximo dos recursos fiscais para outros fins educacionais como apoiar as escolas e estudantes de baixa renda, treinamento de professores e orientações em saúde escolar, ajudando a melhorar a eficiência da gestão fiscal do governo (KIM; KIM; CHOI, 2011).

O método construção – transferência – aluguel (BTL) é uma forma de investimento de parceria Público-Privada foi implementada, no qual os empreiteiros privados investem capital para construir instalações públicas, arredá-las para o governo e recuperar custos de investimento cobrando taxas de arrendamento, assim os concessionários privados transferem a propriedade das instalações para o governo após a conclusão, mantendo o direito de operar as instalações e obter lucros com elas por um período determinado (KIM; KIM; CHOI, 2011).



Nas instalações escolares, o serviço principal é fornecido por professores diretamente empregados pelo governo, um dos critérios para julgar as adequações dos projetos de parceria Público-Privada. Outro critério é a relação de propina, as instituições escolares nacionais ou públicas podem impor apenas um nível mínimo de propinas escolares em comparação as instituições privadas com intuito de cobrar taxas de uso de instalações acessórias, como instalações esportistas. Em suma, estes critérios servem para dificultar os concessionários privados de garantir receitas por meio de imposição de taxas diretamente (KIM; KIM; CHOI, 2011).

As instalações de projetos de faculdade técnica, apesar de ser escolares, são conduzidas pelo o Ministério da Educação, Ciência e Tecnologia. O Ministério da Educação, Ciência e Tecnologia planeja conduzir todos os projetos de instalações escolares usando o BTL – projetos de pequenas escalas, dormitórios de universidades nacionais e outros- exceto na compra de terreno para novas escolas, construção e ampliação em pequenas escala de escolares de ensino fundamental e médio (KIM; KIM; CHOI, 2011).

Consoante *Kim, Kim e Choi*, (2011, p. 121), os procedimentos para as instalações da escola são implementadas da seguinte maneira: se desenvolve a proposta do projeto, o Ministério da Educação, Ciência e Tecnologia prepara planos de investimentos, os escritórios provinciais de educação formulam proposta de projeto detalhados após selecionar as instalações-alvo para projetos BTL, levando em consideração o plano do ministério. Os escritórios provinciais de educação ou o Ministério da Estratégia e Planejamento para conduzir um estudo preliminar da viabilidade para projetos de BTL planejados para instalações escolares que custam 50 bilhões *wons* ou mais e os que custam menos é realizado o teste de valor por dinheiro. Depois são solicitados ao Centro de Gerenciamento de Investimento em Infraestrutura Pública e Privada (PIMAC) para examinar os resultados de seus



estudos e o PIMAC apresenta escritos sobre os resultados ao Ministério de Estratégia e Finança (MOSF).

O Ministério da Educação, Ciência e Tecnologia envia propostas de projeto ao MOSF com a proposta de todas as áreas, determina limites para projetos de BTL para o ano seguinte e os enviar à Assembleia Nacional, no prazo de 30 dias antes do início do ano fiscal. Na formulação e anúncio de planos de projetos para instalações, os escritores provinciais de educação formulam a proposta de projetos para instalações escolares depois da confirmação da Assembleia Nacional. Os projetos BTL são conduzidos como anunciados pelo governo e convidam a licitar os concessionários por meio de editais devendo contém os seguintes conteúdos: custo estimado dos projetos alvos, período de construção, questões relativas a locais presumindo o local e os seus tamanhos, taxas de usos, projetos auxiliares e outros assuntos relacionados aas receitas do concessionário, propriedades a serem devolvidas ao governo e outros assuntos relacionados aos métodos de implementação de projetos de parceria Público-Privada, escopo e métodos de apoios fiscais e outros assuntos relacionados a apoios governamentais, operação de instalações de infraestrutura social construídas por projetos de parceria Público-Privadas e outros assuntos reconhecidos pelas autoridades competentes (KIM; KIM; CHOI, 2011).

O método de avaliação tem duas etapas, consiste na avaliação da tecnologia e preços e o método de pré-qualificação com o uso ativo para economizar os custos da proposta de participantes privados e melhorar a eficiência da avaliação. A respeito do contrato de concessão e outros assuntos são realizados de forma padrão, com alguns ajustes. Os ministérios relacionados e outras partes envolvidas fazem esforços para acelerar os processos de implementação do projeto, como início de estudos sobre o impacto no transporte e no ambiente e nos projetos de execução (KIM; KIM; CHOI, 2011).



O ministério é responsável pelas políticas gerais relacionados ao projeto de parceria Público-Privada, especialmente sobre a Lei de Participação Privada em Infraestrutura. O ministério desempenha os seguintes papéis: o estabelecimento do Plano Básico de Parceria Público-Privada, plano de projetos de BTL (responsável pelo sistema geral), realização preliminar, formulação de diretrizes na determinação do teto para projetos de parceria Público-Privada do tipo arrendamento no ano seguinte e compilação de requisitos orçamentários de ministérios relacionados (KIM; KIM; CHOI, 2011).

O Ministério de Educação, Ciência e Tecnologia analisa a demanda de investimento de médio a longo prazo de instalações escolares todo e elabora planos de investimento, tanto fiscal quanto de parceria Público-Privada. Conforme esses planos, os escritórios provinciais de educação determinam instalações necessitárias e os planos de construção. Além disso, as autoridades competentes têm os principais papéis: designação dos possíveis projetos de parceria Público-Privada, estudo de viabilidade, formular solicitação de propostas para facilidade de projetos, anuncio públicos, avaliar proposta de projeto, selecionar o potencial concessionário, conduzir negociações sobre o contrato de concessão, assinar o contrato de concessão, aprovar o Plano Detalhado de Engenharia e Projeto de Implementação (DEDPI), conduzir o gerenciamento pós-construção e outras funções (KIM; KIM; CHOI, 2011).

O PIMAC tem o papel de formular e apoiar planos básicos para projetos de parceria Público-Privada, apoiar a designação do concessionário, incluindo o estudo e avaliação de proposta de projetos de parceria Público-Privada, assinatura do contrato, estudar formas de melhorar o sistema de projetos de parceria Público-Privada, anunciar as estatísticas sobre o status operacional geral dos projetos, prestação de serviços de consultoria para investidores estrangeiros, atividades de apoio para atrair o capital estrangeiro e atividades de relações públicas para projetos de parceria Público-Privada (KIM; KIM; CHOI, 2011).



A aprovação do Plano de Engenharia e Projeto Detalhado para Implementação deve conter o local onde o projeto é implementado, área, metodologia de construção e questões tecnológicas, planejamento da aquisição, uso de terra requerida, descrição do projeto, planejamento da implementação, mapa de localização, mapa do local com base no mapa cadastral, planta baixa e documentos sobre especificações de construção (KIM; KIM; CHOI, 2011).

Os projetos BTL, nos pagamentos do governo incluem taxas de arrendamentos e custos operacionais. A taxa de arrendamentos é executada após o resgate dos empréstimos (principal e juros), além de outras despesas. Os custos operacionais do governo são pagos à empresa operacional para o concessionário do projeto, serão no último dia do período de pagamento. Em suma, os custos operacionais pagos pelo governo são pagos após o setor privado fazer pagamentos antecipados por outras despesas e custos operacionais, neste sentido as empresas de pequeno ou médio porte pode enfrentar dificuldades financeiras no processo operacional. Os pagamentos são feitos semestralmente ou trimestralmente, a escolha da forma de pagamento é determinada pela autoridade competente. O Plano Básico deve ser revisado para a avaliação de desempenho das instalações seja implementada semestralmente ou trimestralmente, mas o governo poderá efetuar pagamentos mensalmente, mas só seria possível quando o plano de orçamento da autoridade permitir. Caso for considerado difícil, será considerado um cronograma mensal de pagamentos para pelo menos os custos operacionais (KIM; KIM; CHOI, 2011).

### **3.2 Método de construção – transferência – operação (bto – build – transfer – operate) para portos**

O desenvolvimento do porto da República da Coreia começou no sucesso de abertura do porto em Busan em 1876, Wonsan em 1880 e Incheon em 1883. A promoção do plano de desenvolvimento econômico centralizado desde meados de 1960 ao o Ato do Porto em 1967, resultando na intervenção do governo para



expandir a facilidades dos portos na exportação- importação dentro do objetivo político de expandir o Comércio exterior (KIM; KIM; CHOI, 2011).

Desde o rápido crescimento nos anos 70 e seguindo a firma expansão em 1980, o volume do transporte portuário forçou o governo para estabelecer planos básico para o sistema de desenvolvimento e gerenciamento dos portos, assim foi estabelecido o Primeiro Plano Básico do Porto Nacional em 1992, no qual seria uma abertura da era do desenvolvimento de planejamento dos portos em nível governamental. Até 1940, grande parte da carga de Comércio exterior eram feitos em três portos - Porto de Busan, 1876; Porto de Incheon, 1883; Porto Gunsan, 1899 (KIM; KIM; CHOI, 2011).

Mas o Primeiro Plano Básico do Porto Nacional não era o suficiente para sustentar o volume de carga, pois precisava de facilidade de expansão. Em resposta desse problema, foi executado o Ato de Promoção de Capital Privado em Capital Social Indireto no final dos anos 90, deste modo atraindo o capital privado para parceria Público-Privada (KIM; KIM; CHOI, 2011).

A Lei do Porto, no artigo 2, divide em porto designado e portos províncias. Os portos designados são aqueles relacionados com a economia nacional e interesse público, no qual o nome, localização e descritos são designados por decreto presidencial. Em contrapartida, os portos províncias são aqueles portos cujo nome e a localização são designados pelos governadores e governador das províncias. Os portos designados são divididos em portos comércio, cargas de exportação-importação, e portos costeiros, cargas domésticas (KIM; KIM; CHOI, 2011).

O Ministério da Terra, Transporte e Casos Marítimos são responsáveis de construir e operar os portos comerciais. Não operando diretamente, mas aluga-os para os operadores privados. Tradicionalmente, a administração dos portos tem dois sistemas em que é governamental e agencias quase governamentais, que são as corporações públicas e complexos industriais (KIM; KIM; CHOI, 2011).



Neste sentido, segundo *Kim, Kim e Choi* (2001, p. 21),

No desenvolvimento dos portos, o governo constrói as instalações básicas, incluindo instalações de área hídrica, instalações periféricas e instalações de tráfego portuário, posteriormente o governo e o setor privado desenvolvem conjuntamente instalações funcionais, como instalações de carga e descarga. Com relação a administração e operações de portos, o governo, as empresas públicas e os complexos industriais gerenciam e operam instalações de áreas de águas, como marcas industriais. No estágio operacional, o governo limita o seu papel em cobrar uma taxa de utilizações das instalações portuárias, reinvestir em instalações portuárias, monitorar regularmente o uso das instalações conforme exigido por lei. (tradução nossa)<sup>5</sup>

Os portos de pesca são abarcados pelo Ato de Vilas de Pescadores e Portos de Pesca. No qual são dividido em portos de pesca nacional, portos de pesca provincial e portos de pescar que servem peixes. O Ministro de Agricultura, Peixe e Comida é designado para os portos de pesca nacional, por se tratar de âmbito nacional. Enquanto os portos de pesca provincial são administrados pelos governadores e governadores provinciais, por proceder em um âmbito regional e servindo como suporte básico de pesca costeira (KIM; KIM; CHOI, 2011).

As autoridades não competentes antes investiam a construção do porto dentro da Lei do Porto, que envolvia o setor privado para o desenvolvimento até a Lei de Parceria Público- Privada que facilitou a construção dos portos pelas autoridades não competentes dentro da Lei dos Portos (KIM; KIM; CHOI, 2011).

Segundo *Kim, Kim e Choi* (2011, p. 21), o desenvolvimento dentro da Lei de Parceria Público – Privado é com base no:

---

<sup>5</sup> “In the development of ports, the government builds basic facilities, including water area facilities, peripheral facilities and port traffic facilities, later the government and the private sector jointly develop functional facilities, such as loading and unloading facilities. With respect to port administration and operations, the government, public companies and industrial complexes manage and operate water area facilities, such as industrial brands. At the operational stage, the government limits its role in charging a fee for the use of port facilities, reinvesting in port facilities, regularly monitoring the use of facilities as required by law”



artigo 4 com a implementação de projetos em seis tipos: construção – transferência – operação (BTO), construção – transferência – concessão (BTL), construção – operação – transferência (BOT) e construção – próprio

– operação (BOO, estipulado no Plano Básico da Parceria Público-Privada. (tradução nossa)<sup>6</sup>

A Lei de Locação da Indústria e Desenvolvimento contribuiu para o desenvolvimento da economia nacional para a promoção balanceada do desenvolvimento nacional e o crescimento nas indústrias, assim consequentemente ajudando na questão dos portos localizados perto do complexo Industrial ou que dão suporte no complexo Industrial (KIM; KIM; CHOI, 2011).

A Lei de Reclamação da Superfície de Bem-Estar, usam as reclamações para promoção do interesse público e contribuindo para o avanço da vida pública. As Leis Relacionadas a Agências Quase Governamentais referem-se a Lei da Autoridade Portuária até Autoridade do Terminal de Contêineres da Coreia dentro da Lei da Autoridade de Gerenciamento de Terminal de Contêineres na Coreia, tendo, assim, a autoridade dos portos o direito de desenvolver, manter e gerenciar portos específicos, embora não sendo oficialmente uma agência governamental, por a autoridade se limitar em projetos para portos específicos (KIM; KIM; CHOI, 2011).

Os projetos de Parceria Público-Privada, o governo passou a ter menos encargos de investimentos nos portos, por estarem livres de cargas fiscais, principalmente quando os projetos não têm subsídios de construção e, além que o investimento privado assume toda responsabilidade de manutenção e gerenciamento nas instalações de portos e em troca, podem desenvolver planos de projeto lucrativos com o estabelecimento de metas de receita com antecedência, levando altos retornos da área de investimentos (KIM; KIM; CHOI, 2011).

---

<sup>6</sup> “Article 4 with the implementation of projects in six types: construction - transfer - operation (BTO), construction - transfer - concession (BTL), construction - operation - transfer (BOT) and construction - own - operation (BOO, stipulated in the Basic Plan of the Public-Private Partnership.”





A Lei do Porto promulgada em 1967 foi uma implementação institucional que permitia as autoridades não competentes para projetos de construção. Entretanto, havia uma necessidade de expandir as facilidades dos protos para atrair o capital privado em meio das restrições orçamentarias e estimular o crescimento no Comércio exterior. Desta forma, os projetos de construção portuário das autoridades não competentes usam métodos que compensação dos custos de investimento dos investidores privados, isenção das taxas de investidores de utilização quando utiliza as instalações portuárias (KIM; KIM; CHOI, 2011).

Dependendo o tipo de instalações, as instalações podem retornar para o estado ou para os próprios contratantes. Antes o investimento compensado, era compensado do uso da isenção da taxa, não havendo a compensação pelo custo de investimento. Somente com a expectativa, por parte dos investidores, de contribuir para economia nacional utilizando as próprias instalações (KIM; KIM; CHOI, 2011).

Em 1967 a 1990, o governo permitia o setor privado na implementação de projeto da construção de portos somente em ocasiões especiais, tendo o governo responsável de administrar todos os aspectos importantes. Embora tenha adotado um sistema legal para incentivar o setor privado com a política de que as faculdades portuárias são públicas (KIM; KIM; CHOI, 2011).

Em 1991 a 1995, foi implementado políticas de compensação de custos de investimentos e ampliação dos direitos dos investidores com intuito de revigorar o investimento privado na construção portuária de autoridade não competente como introduzir direitos de gerenciamento de instalações portuárias e condições relaxadas para a transferência desses direitos, antes eram possíveis após a aprovação das autoridades competentes e após o progresso do projeto atingir 50% de conclusão da construção programado (KIM; KIM; CHOI, 2011).

Em 1966 a 2004, o governo aumentou os incentivos e expandiu a base de participantes para atrair os investimentos em projeto de construção portuária, além



do mais o governo diminuiu o prazo para transferir direitos a qualquer momento após o progresso do projeto atingir 30% da conclusão total da construção programa. Como resultado, foi aberto mais portas para os direitos de usuários das instalações portuárias participassem da construção dos portos de autoridade não competentes em estágio inicial (KIM; KIM; CHOI, 2011).

Em 2004 a 2008, instituiu mudanças legais e sistêmicas como a revisão do decreto de execução, permitindo a redução da compensação de custos de investimentos, deste modo a concorrência nos projetos de construção portuária das autoridades não competentes em vez de expandir o porto (KIM; KIM; CHOI, 2011).

Na formulação e anuncio da solicitação da proposta, geralmente, é anunciada pelo governo solicitando proposta do projeto de parceria Público-Privada dos investidores privados devendo incluir: valor estimado do investimento, duração, localização planejada, escala do projeto potencial, receitas potenciais para a concessionária como taxas de usuários e projetos complementares, subsidio do governo central e local como o valor e o método de implementação do projeto, na implementação do projeto deve inclui a designação ou não designação de uma instalação, critérios de elegibilidade para a concessionária por meio do projeto de parceria Público-Privada, critérios de elegibilidade para a concessionária e outros assuntos que a autoridade competente considere necessária. Enquanto os investidores privados são solicitados a enviar a visão gera do projeto, elegibilidade e método de aplicação, condições de implementação, método de designação de uma concessionária, cronograma de implementação, anexo e apêndice (uma diretriz para a elaboração de uma proposta do projeto). Por outro lado, quando é um projeto não solicitado deve incluir objetivo do anúncio, definições, conteúdo principal de uma proposta inicial, pareceres sobre a proposta e solicitações complementares da autoridade competente, proposta de terceiros e método, cronograma de implementação e compartilhamento de custos e apêndice. Em suma, o projeto solicitado e não solicitado é enviado da mesma maneira, tendo somente a diferença



de terminologia, opiniões, solicitações adicionais e adição de termos as propostas exigidas por cada autoridade competente em uma proposta de projeto (KIM; KIM; CHOI, 2011).

O relatório principal dos assuntos básicos da solicitação de proposta tem como base da avaliação os planos de financiamento, construção, gerenciamento e projetos e operação de instalações, forças econômicas e financeiras dos projetos e solicitação de apoio administrativo. Os autores *Kim, Kim e Choi* (2011), divide a proposta em dois anexos: a) Anexo I, contém detalhes, geralmente não discutidas no relatório principal, como materiais de fundos e documentos detalhados para revisão. Os membros da equipe de avaliação de proposta têm como base o anexo I e o relatório principal; b) Anexo II, usa os documentos que contém uma lista de acionista, um relatório operacional, um relatório de auditoria, um balanço e uma demonstração de resultados para avaliar elegibilidade básica do participante do setor privado e seu plano para atender aos requisitos financeiros. Essa separação é para permitir o participante do setor privado tenha mais discricão ao expressar ideias de negócios em uma proposta e ajudar os avaliadores a atender melhor o plano, evitando mal atendidos no processo de designação de uma concessionária. Anteriormente, os candidatos privados investiam muito dinheiro na criação de apresentação, adicionando decoração externa a suas propostas para impressionar os membros da equipe de avaliação, sendo eles concentravam no relatório principal e nos anexos, assim tentaram melhorias institucionais , por exemplo: 1) Primeira tentativa, limitou o número de copias e a cor usada para imprimir os relatórios; 2) Segunda tentativa, apresentou medidas para suportar alguns custos do licitante perdedor na preparação da proposta, porém não houve essa implementação porque nenhum solicitante perdedor solicitou a compensação; 3) Terceira tentativa, para reduzir os custos da preparação do plano básico na fase inicial do projeto, foi introduzido um sistema de pré-qualificação para antes de apresentar sua proposta, no qual não houve controvérsia (KIM; KIM; CHOI, 2011).



Na Etapa 1, o Ministério de Terras, Transporte e Assuntos Marítimos recebe proposta de projetos e verifica itens básicos antes de selecionar uma agência de avaliação que vai ser encaminhado as propostas para mesma. Na Etapa 2, a agencia de avaliação faz um acordo com a solicitação escrita oficial do ministério contendo uma avaliação da equipe (membros e equipe de suporte), seleção dos membros da equipe, localização e questões relacionadas a avaliação, como segurança no local e estabelecimento de critérios e métodos que, posteriormente, será devolvida ao ministério. Na Etapa 3, a organização do local e a segurança com base ao plano de avaliação são verificadas e medidas tomadas. Na etapa 4, os membros da equipe são selecionados e, caso necessário, recomendações adicionais são feitas pelas agencias relevantes. Seguidamente, critérios são estabelecidos e com base nele alguns candidatos são eliminados, por exemplo, se os candidatos foram contratados pelas empresas participantes dentro de 3 anos a partir da data da proposta ou se estão servindo ou atuando como diretores externos da empresa será eliminado. Na etapa 5, as propostas serão avaliadas em seis estágios – revisão dos critérios de avaliação, avaliação inicial, revisão do conteúdo das propostas, desenvolvimento de questionários, revisão dos pontos em discussão, avaliação e elaboração de uma declaração de opinião (KIM; KIM; CHOI, 2011).

O primeiro estágio a examinarão dos critérios setoriais para a avaliação elaborada pela equipe de suporte à avaliação pelos membros da equipe, depois haverá uma avaliação inicial da proposta pela equipe de avaliação, no qual envolve a revisão dos documentos e a triagem de elegibilidade específica do setor. Após a aprovação na fase inicial da avaliação, os membros da equipe de avaliação e da equipe de suporte irão começar a estudar o relatório principal, em que irão trabalhar questionários para a avaliação, além de poderá haver uma reunião com os investidores com o consentimento unanime dos membros para não haver controvérsia (KIM; KIM; CHOI, 2011).



Em seguida, a avaliação examina os pontos em questão e consulta um ao outro por seção para melhor trabalhar nos pontos e, se for caso, se consultarem, deste modo avaliar de forma justa a proposta, identificar as áreas de contenção no processo de implementação e elimina-las com antecedência contendo notas de opinião sobre os itens individuais no processo de avaliação para instalações portuárias com intuito de servir para auxiliar os avaliadores avaliar de forma justa e cuidadosa. Em seguida, os resultados são compilados e confirmados para as pontuações, após a avaliação final, a equipe de suporte redige o relatório de avaliação com o conteúdo principal da proposta, critérios da avaliação, resultados e opiniões de avaliação de específicos setores, com intuito de estabelecer precedentes para futuras negociações (KIM; KIM; CHOI, 2011).

As negociações de Parceria Público-Privada portuárias são, geralmente, realizados pelo PIMAC com algumas exceções, por exemplo, se a proposta for do proponente, a agencia de negociação forma um grupo de negociação governamental com funcionários do governo para iniciar negociações com licitantes, sendo dividido o grupo em uma equipe de negociação e uma equipe de negociação em nível de trabalho, cada equipe deve conter por um a dois funcionários para lidar com setores individuais – planejamento da construção do volume de carga, gerenciamento, operação do projeto e financiamento. A respeito da divisão da negociação, a negociação no nível de trabalho se preocupa com os detalhes e relata seus resultados, enquanto a equipe de negociação principal que irá ser analisado e confirmado os assuntos discutidos pela equipe de negociação (KIM; KIM; CHOI, 2011).

Segundo *Kim, Kim e Choi* (2011, p. 45),

A negociação abrange todos os assuntos propostos tendo como base a emissão e um rascunho final do acordo enviado ao patrocinador das negociações, o Ministério de Terras, Transportes e Assuntos Marítimos, que envia ao Comitê de Revisão de Parceria Público – Privado para deliberação. O



acordo finaliza após a assinatura pelas partes negociadoras.  
(tradução nossa)<sup>7</sup>

O concessionário deve solicitar a aprovação do DEDPI no prazo de um ano a partir da data de designação. A Autoridade Competente, no prazo de três meses a partir da data de recebimento do pedido, enviar uma resposta ao concessionário, com exceções os que foram adiados devido a uma razão específica (KIM; KIM; CHOI, 2011).

Conforme *Kim, Kim e Choi* (2011), há oito etapas da conclusão da construção e operação dos portos que são: a inspeção preliminar da conclusão, pedido de confirmação da conclusão do supervisor, pedido de confirmação de conclusão, execução da conclusão de inspeção, relatório de conclusão, transferência de propriedade, concessão dos direitos comerciais do transporte portuário e estabelecimento do direito de gerenciar o transporte portuário. Ante da conclusão, a uma inspeção preliminar da conclusão de 3 meses antes e uma confirmação pelo supervisor. Posteriormente, a autoridade competente entrega o certificado de confirmação de conclusão e o concessionário deve concluir o registro dos direitos de gerenciamento e operacionais das instalações do projeto. Desta maneira, a operação começa.

Os projetos fiscais financiados pelo governo são divididos em: 1) Licitação Chave na Mão, um pacote de licitação de projeto e construção sendo responsabilidade de um concessionário; 2) Licitação Alternativa, o governo confia o projeto ao concessionário (KIM; KIM; CHOI, 2011).

A maioria dos projetos de parceria Público-Privada foram implementados ao BTO, por ser mais lucrativa. No caso de projetos portuários, os cais oferecem rentabilidade, pois a lucratividade das instalações portuárias vem principalmente das

---

<sup>7</sup> “Negotiations are conducted by issue, and a final draft agreement is sent to the sponsor of the negotiations, the Ministry of Land, Transport and Maritime Affairs, which then sends it to the PPP Review Committee (PRC) for deliberation. The agreement is finalized once it is signed and sealed by the negotiating parties”



taxas de manuseio de carga e de atracação. Pode ter alguns negócios complementares nos portos, mas se permanecem em níveis insignificantes, respondendo por menos 10% da receita total e, geralmente, estão ligados ao volume de transporte de carga (KIM; KIM; CHOI, 2011).

Uma alternativa possível é o BTL para as instalações dos terminais de passageiros, pois o BTO pode enfrentar muitas restrições, mesmo que os terminais não garantem alta lucratividade. A outra opção é o método de portos de autoridade não competente por usar o custo do projeto apresentado pelo proponente no cálculo do custo total do projeto, mas deixar pouca criatividade e concorrência, por preferirem agências com mais aptidão na operação do sistema, utilizando o desenvolvimento do cais para o uso exclusivo de carga própria (KIM; KIM; CHOI, 2011).

As despesas operacionais são definidas como custos de mão-de-obra, custos operacionais gerais, custos de manutenção, custos alternativos de investimento ocorrido no período operacional. Os custos de manutenção incluem custos de energia, custo de reparo e manutenção, custos ocorridos quando os investimentos são feitos em instalações de operação alternativas dentro do ciclo de vida das instalações. Pois, estimar a taxa de transferência de pagar é um fator importante por refletir diretamente nas decisões de viabilidade financeira, cálculo da taxa do usuário, taxa de retorno e o tamanho do apoio financeiro do governo. Quando os dados são insuficientes, haverá uma análise abrangente sobre o desempenho de processamento existente, a natureza do cais, as operações atuais, o status do local Industrial associado ao porto e a intenção de uso do remetente (KIM; KIM; CHOI, 2011).

Quando o investimento é feito por uma empresa que tem capacidade de atrair cargas, as condições para a implementação do projeto podem ser aprimoradas e uma vantagem para adquirir financiamento. Esses fatores são refletidos na avaliação para



a seleção, pois é levado e, consideração o detalhe dos aspectos para determinar a demanda. A contenção em relação da taxa de transferência de carga aplicável ocorre quando te uma diferença entre a carga calculada podendo ser realmente atraída ou manuseada pelo projeto enquanto a diminuição da carga fiscal do governo. Os projetos de parceria público-privada para portos são realizados com base ao plano básico nacional de médio a longo prazo do governo para os portos, podendo ser solicitado ou não (KIM; KIM; CHOI, 2011).

O Projeto Novo Porto de *Busan* foi implementado em fases. O concessionário fez a oferta de não receber a garantia mínima de receita e o governo concordou. A fase 1 do projeto foi bem implementado porque o governo não precisa se preocupar com a garantia mínima de receita durante o período operacional, além da possibilidade de alcançar uma alta taxa de retorno de acordo com as condições do contrato de concessões e obter lucros excedentes (KIM; KIM; CHOI, 2011).

No Projeto do Porto Externo de *Mokpo*, nos estágios iniciais da operação, contêineres e a carga fracionada seriam processados em paralelo, enquanto finalmente a carga de contêiner ser processada, no qual foram conduzidas negociações. Porém, o Projeto Novo Porto Exterior de Mokpo foi realizado uma revisão no contrato de concessão em relação ao volume ideal de carga e no volume real de carga. Em outras pessoas, o plano original era processar os contêineres, no entanto ocorreu a possibilidade de solicitar outras cargas, como automóveis, então o concessionário e o governo tiveram a dificuldade em estimar o volume de processamento de carga. Mas tem o sistema para o desenvolvimento de postos em conexão com o volume de carga que é aplicada aos projetos de parceria Público-Privada dos portos, dívida em três estágios: o estágio antes do estabelecimento do contrato de concessão, o estágio de aprovação do DEDPI e o estágio de construção (KIM; KIM; CHOI, 2011).





No Porto Externo de *Mokpo*, originalmente foram acordados tanto a carga de contêineres quanto a carga a granel e às respectivas taxas de usuário foram calculadas e estipuladas no contrato de concessão. No entanto, o início da operação se demonstrou uma demanda maior de carga de automóveis (móvel) do que carga de container. O concessionário exigiu que recebesse uma garantia de receita antes de processar a carga adicional de automóvel, o remetente automobilístico reclamou que era contra o interesse público do porto recusar o processo de carga, essa situação não estava prevista por considerar os problemas seriam resolvidos a medida que surgissem (KIM; KIM; CHOI, 2011).

No estabelecimento do estágio do contrato de concessão pode ser dividido em estudo de viabilidade e no estágio do custo benefício. Na fase de aplicação do estudo preliminar a viabilidade se analisa a mudanças na taxa de transferência de carga do projeto, de acordo com as Diretrizes de Execução para o Sistema de Desenvolvimento Portuário relacionado ao volume de cargas do ano, com base dos resultados das estimativas existentes. No estágio de convite do concessionário aconteceu após a aprovação do DEDPI, onde será determinado o momento do início da construção. Na fase de construção, o cronograma deve ser flexível para permitir o concessionário ajustar o período de construção em resposta a mudanças nas condições (KIM; KIM; CHOI, 2011).

O uso livre do concessionário privado das instalações portuárias de forma independente e obter os direitos de operação da instalação portuária pode ser definido como período prescrito no contrato de concessão. Porém, para os projetos de parceria Público-Privada dos portos, pode ser um problema de contenção por conta da solicitação de proposta por não especificar o período. A realidade dos portos é semipermanente e as funções do cais são mantidas por meio de reparos contínuos e manutenções contínuas, a única especificação que o período gratuito pode ser até 50 anos que a maioria dos projetos concede. Deste modo, a opção de reduzir o período de uso livre se refletiu na avaliação da concessão, o proponente do projeto começou



a propor o período. O governo também acreditava que poderia fazer um uso mais amplo das instalações se o concessionário devolvesse as instalações ao governo mais cedo depois de atingir uma taxa ótima de retorno, porém se o custo do projeto e o custo operacional forem inferiores ao nível originalmente proposto, a redução do período de uso gratuito pode ser usada como um método de negociação (KIM; KIM; CHOI, 2011).

Há dois fatores principais para os projetos portuários de parceria Público-Privada são a taxa de transferência de carga estimada e a taxa de usuário. A primeira taxa é muito sensível às condições do mercado e de difícil previsão, por exemplo, na questão dos preços, estratégias e marketing de mercado que contém uma flutuação ampla, mas ajuda o governo nas estimativas para determinar a escala da assistência financeira e da política operacional. A segunda taxa tem uma possibilidade bastante alta, entretanto o problema é o surgimento uma faixa de mudança tão ampla para o investidor privado ou governo sendo não capaz de arcar com os riscos, contudo a receita é garantida por 14 ou 15 nos em geral, ficando difícil prever a taxa de transferência de carga para os sistemas existentes (KIM; KIM; CHOI, 2011).

Conforme os fatores apresentados e a viabilidade, de acordo com *Kim, Kim e Choi* (2011), a implementação é revisada aplicando uma regra de gatilho antes do anúncio ou notificação. Após a conclusão do contrato de concessão, o concessionário solicita a aprovação do DEDPI, devendo ter nele uma definição do cronograma para a construção, incluindo o início da construção, uma regra de acionamento precisa ser aplicada para verificar a relevância do momento. O concessionário é responsável pela conclusão do projeto. Após a aprovação do DEDPI e o início de construção, não é fácil ajustar o período de construção com a pressão para cumprir o prazo de construção. Para um projeto portuário de parceria Público- Privada portuário, é de responsabilidade do Ministro de Terras, Transporte



e Assuntos Marítimos para execução do plano de desenvolvimento de portos relacionado ao volume de carga, incluindo a formulação de uma opinião de revisão para aplicar uma regra de gatilho antes do concessionário seja designado. Após a designação, a responsabilidade passa para o concessionário tendo a permissão para controlar o período da construção, refletindo nas alterações do volume do tráfego. Na fase da construção, o processo de construção precisa ser suficiente flexível para o concessionário se adapta voluntariamente as mudanças nas condições (KIM; KIM; CHOI, 2011).

Outro pré-requisito para projetos de parceria Público-Privada dos portos é a avaliação de proposta. A imparcialidade na avaliação da proposta é importante quando a concorrência por um projeto entre candidatos é grande. Os participantes privados compreendem da importância de apresentar as melhores propostas para um projeto com excelentes perspectivas determinado pelo estudo de viabilidade. Por esse motivo, vários especialistas devem ser empregados na avaliação da proposta. Como os assuntos portuários e marítimos estão divididos em várias áreas específicas, muitas vezes é difícil para um especialista em uma linha de negócios compreenderem outras linhas de negócios. A melhoria do sistema e melhoramento de projetos foi realizar avaliações em fases dos projetos implementados (KIM; KIM; CHOI, 2011).

### **3.3 A parceria público privado da Coreia do Sul segundo a teoria do Keohane e Nye**

Segundo Keohane e Nye, a interdependência de forma simples significa mútua dependência. No caso da política mundial se refere na reciprocidade entre os países diferentes, tendo os seus efeitos resultantes de transações internacionais como fluxos de dinheiro, bens e pessoas e das restrições ou custos associados a elas. Em vista disso, os autores concluem, estamos vivendo em uma era de interdependência. Nesse sentido, a política mundial contemporânea é uma tapeçaria de diversos



relacionamentos, para entendê-la, precisaria saber a abordagem ou a combinação de abordagens a serem utilizadas para analisar a situação. Assim sendo, a interdependência afeta a política mundial, comportamentos dos estados e as ações governamentais como na criação ou na aceitação dos procedimentos, regras e interferência de instituições para certas atividades.

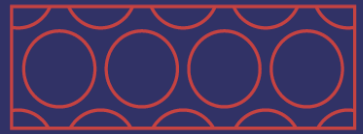
As interdependências podendo ser de forma assimétrica, no qual a fonte de poder e o controle sobre os recursos afeta potencialmente os resultados das negociações, ou simétricas, numa dependência pura – disfarçadas na situação de interdependência. Este poder na interdependência tem duas dimensões distintas, sensibilidade e vulnerabilidade (KEOHANE; NYE, 2011).

Conforme Nye e Keohane (2011), a sensibilidade envolve a capacidade de resposta dentro de uma estrutura política, levando em conta a rapidez de mudanças em um país, considerando as perdas dispendiosas medidas pelo volume de fluxo através das fronteiras e os efeitos onerosos das mudanças nas transações na sociedade, no governo ou ambos. Enquanto, a vulnerabilidade é definida como uma responsabilidade que o ator pode sofrer custos impostos por eventos aleatórios, mesmo que as suas políticas tenham sido alteradas adequadamente.

Os seus efeitos podem ser onerosos de forma direta e intencionalmente por parte de um ator, por outro lado alguns efeitos dispendiosos podem ser indiretos e não intencionalmente por parte de outros atores. Dessa maneira, estas relações sempre envolverão custos devido as restrições da autonomia (KEOHANE; NYE, 2011).

Conforme o Keohane e Nye (2011), a interdependência complexa considera os múltiplos canais que conectam a sociedades, podendo ser as relações informais entre as elites políticas ou formais com a representação das relações exteriores entre elites não governamentais. Sendo assim, os autores, arranjam da seguinte maneira:

- 1) interestatais, por todo aquela independente dos estados nacionais;
- 2)



transgovernamentais, são aquelas relações entre os estados nacionais e; 3) transnacionais, se refere aos outros atores além dos países.

No processo político no nível internacional, os regimes internacionais são importantes por serem um conjunto de arranjos governamentais formais ou informais que afetam as relações de interdependência, no qual os governos regulam e controlam as relações transnacionais e interestatais. Neste viés, os regimes poderão ter mudanças conforme os processos econômicos, a estrutura geral do poder no mundo, o poder estrutura nas áreas temáticas e capacidades de energia afetadas pelas organizações.

Dentro do tipo de interdependência tem o chamado globalismo que envolve redes de interdependência a distancias multicontinentais, ligadas por fluxos e influências de capital, bens, informações e ideias, pessoas e força, bem como ambiental e biológica.

Há cinco formas que a globalização assume a sua governança: (1) ação unilateral do Estado dentro dos limites territoriais para reduzir a vulnerabilidade ou adotar padrões externos para aumentar a competitividade; (2) ação unilateral por estados e blocos poderosos para afetar os atores dos estados, empresas e organizações não-governamentais fora dos seus territórios;

(3) cooperação regional para aumentar a eficácia das políticas; (4) cooperação multilateral em nível global, formando regimes internacionais ; e (5) cooperação transnacional e transgovernamental.

Como consequência dos fatores supramencionados, a diversidade de atores, as organizações internacionais, a variedade de temas relevantes na política internacional faz com que os interesses e objetivos dos Estados mesmo bem definido, se tornam bastante complexos.



### *3.3.1 Parceria público – privado da Coreia do Sul segundo a visão de Keohane e Nye*

Percebe-se nessa parceria público – privado, a interdependência preconizada por *Keohane* e *Nye* é bastante presente na Coreia do Sul, desde os anos 60 até os dias atuais. Tendo toda a sua política estrutural reformada, desde 1960 até os dias atuais, conforme os efeitos resultantes da reciprocidade entre os países, conseguinte, afetando o seu comportamento como na aceitação de procedimentos, regras e interferência de instituições para certas atividades.

Nos anos 60, quando foi criado o primeiro Plano Quinquenal, focado na Industrialização por substituição de importação, no meio do plano houve a percepção da sua sensibilidade, ou seja, a sua resposta dentro da estrutura política internacional, e sua vulnerabilidade. Por ser um país que tinha acabado de sair da guerra e dividido, foi preciso mudar a estratégia de Industrialização para exportação de bens de indústrias leve para obter uma economia de autossustentação e modernizar suas estruturas (SOUZA; YOON, 2001).

Do mesmo modo, o boom econômico da Coreia do Sul em 1986 a 1998 se deu pelas condições externas como o baixo valor de troca da coroa coreana em relação ao dólar e o iene, baixas taxas de juros internacionais e baixos preços do petróleo. Desta forma, é perceptível, também, a vulnerabilidade e a sensibilidade, mas desta vez tendo resultados diferentes (JWA, 2001; KEOHANE; NYE, 2011).

A sensibilidade envolvendo a capacidade de resposta dentro da estrutura política e a vulnerabilidade do ator em sofrer os custos impostos por determinados eventos, nos faz ver que a Coreia do Sul sofria essa vulnerabilidade e respondeu de acordo com a sua necessidade, assim mudando sua política.

A interdependência complexa vinculada a globalização, levou a necessidade de competir na economia mundial, tendo que adotar formas mais flexíveis de



planejamento estratégico e se adequar a variedades de assuntos internacionais. Para isso, a Coreia do Sul se tornou um membro da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico, além de tornar um sistema mais democrático.

Toda essa interdependência se estruturou quando houve uma transformação da superioridade do governo para um tipo de administrador de políticas públicas, principalmente quando, ao perceber a deficiência nas instalações de infraestrutura, tendo os recursos limitados para o financiamento, o governo promulgou a Lei de Promoção do Investimento de Capital Privado para aumentar o investimento privado nos projetos de parceria público-privada.

Conforme, os problemas foram aparecendo, procuravam possíveis alternativas para solução, como a avaliação de custos e efeitos de cada uma delas com seu marco jurídico, administrativo e financeiro. Assim como na definição de prioridade dívida em duas categorias na Lei de Promoção do Investimento de Capital Privado. Posteriormente, e posteriormente, no melhoramento nos processos de compra em projetos não solicitados e solicitados.

Fornecendo assim, novos incentivos e a criação da Infraestrutura Privada da Coreia da Lei de Parceria Público – Privado e, por fim, teve a Lei de Parceria Público – Privado responsável pela implementação do Decreto de Execução de Parceria Público – Privado e do Plano Básico - definindo o planejamento de orçamento, na preparação, implementação de planos de investimento de parceria público-privada, inclusão de principais ministérios - e um Comitê de Revisão de Parceria Público-Privada (KIM;FELLOW; LEE, 2013)

Nesta mesma Lei de Parceria Público-Privada, foram acordadas do recebimento do relatório trimestral as autoridades feitas pela empresa do projeto e depois enviarem os resultados ao Ministério da Estratégia e Finança, por meio de um relatório de cada autoridade competente sobre os projetos de parceria público-privada. Casos excepcionais quando ocorrer uma questão específica, não estando no



contrato de concessão ou se tiver ambiguidade na interpretação, haverá uma consulta com outras autoridades ou um aconselhamento externo (KIM; FELLOW; LEE, 2013).

Assim, demonstrando uma mudança do comportamento da Coreia do Sul diante da tapeçaria de diversos relacionamentos na política mundial. Devido a sua sensibilidade e vulnerabilidade ocasionada pela interdependência complexa, provocando uma mudança de um administrador para um coordenador, perceptível nas parcerias público-privada. Por objetivar as necessidades em se ajustar no cenário internacional, perante as variáveis da interdependência complexa.

## CONCLUSÃO

A Coreia do Sul, a partir da independência, teve como propósito o seu desenvolvimento econômico. Deste modo teria que integrar suas políticas como financeiras e comerciais para se estruturarem e alcançarem o seu objetivo. Assim sendo, quando o General *Park* assumiu o poder após o golpe, foi implementado um plano de desenvolvimento econômico pelo Comitê Econômico de Conselho de Planejamento.

Inicialmente, o governo procurou uma Industrialização por substituição de importação e construção de infraestrutura, não obstante para conseguir o investimento foram adotadas medidas como subordinação do poder do Banco Central ao Ministério da Fazenda para apoiar as políticas governamentais como empréstimos para indústrias-alvo por meio da revisão da Lei do Banco da Coreia. Todavia, não foi suficiente, fazendo com que o governo coreano estimulasse o ingresso do capital externo e a exportação, além de adotar uma nova estratégia para o segundo plano.





Desta maneira, o segundo plano alterou a estratégia de indústria para substituição de importação para exportação de bens da indústria leve, incentivou a promoção da tecnologia e o aumento da produtividade. Além do mais, o governo incentivou os exportadores com as isenções fiscais, construiu propriedades industriais de exportação para serviços públicos. Para orientar o setor privado na direção desejada foram discriminadas as taxas de juros em consonância com juros traçados, essa discriminação aconteceu após o governo focar em alguns setores como foi o caso do automobilismo, com a inclusão do setor na Lei de Proteção de Dados. Mas, para impulsionar as indústrias o governo contou com métodos para estimular a participação voluntária das pessoas e tomou como aspiração nacional as campanhas nacionais associadas à ética de trabalho e à ética nacionalista denominada de *minjokhuui*.

Nos anos 70, mesmo com os choques do petróleo, a Coreia continuou a manter uma política expansionista orientada para o crescimento. Tendo o terceiro plano procurando estabelecer a base da indústria pesada e química para harmonizar o crescimento, o desenvolvimento integrado com equilíbrio regional e melhorias nas condições de bem-estar nacional. As políticas comerciais tornaram quase impossível importar produtos estrangeiros se tivessem bens semelhantes produzidos internamente, com exceção das empresas exportadoras que se precisariam importar peças para produção de bens de exportação. Mas, para conseguir os desenvolvimentos das indústrias pesadas e químicas, precisava-se de pesquisadores com doutorado ou mestrado, desta forma o governo construiu o Instituto Avançado de Ciência da Coreia, uma escola de pós-graduação para formar cientistas e engenheiros de alta qualidade.

Para a resposta, às empresas falidas pelas crises, o governo designou aos *chaebols* mais gerenciamento para assumir essas empresas tendo como recompensa, para aquelas com bom desempenho, mais licenças para expandir ou se promover em novas atividades. Mas o incentivo disso e das políticas financeiras do terceiro plano,



acarretou o aumento da disparidade entre os setores industrial e agrícola, uma expansão excessiva na oferta da moeda e a alta inflação de produção, se tornando uma preocupação para o quarto plano.

Nos anos 80, começou a ter instabilidade política por conta do golpe liderado pelo General *Chun Doo Hwan* após o assassinato do Presidente *Park* e aplicações da Lei marcial, dessa forma aconteceram várias manifestações pró-democracia. Além de políticas financeiras e monetárias que tiveram efeitos negativos provocando ainda mais pressão para a abertura do mercado financeiro. Por isso, o quinto plano procurou estabilização e modernização, as mudanças das indústrias para tecnologia intensiva como as máquinas de precisão, eletrônicos e informações e a criação da Lei de Promoção de Indústrias de Pequeno e Médio Porte que construiu complexos para pequenas empresas e fornecimento de habilidades técnicas e gerenciamento.

Após cinco anos tentando combater a inflação e em meio a uma crise política com eleição direta do presidente *Roh Tae Woo*. A Coreia do Sul teve um forte *boom* econômico por condições externas favoráveis, se tornando o quinto maior produtor de automóveis. Assim, no sexto plano teve como objetivo o de aumentar a equidade, a justiça social e a abertura econômica.

O objetivo do acesso à informação contribuiu para a criação do Ato de Telecomunicação, além do investimento à Autoridade de Telecomunicação da Coreia (KTA), empresa pública, para expandir de forma rápida a telecomunicação, patrocinou o Instituto de Pesquisa de Telecomunicação e Eletrônicos (ETRI) e a criação do Instituto de Tecnologia da Coreia, uma escola de graduação em área científica e tecnológica.

No sétimo plano se buscou avançar a competitividade internacional das indústrias, avançar na autossustentação e priorizou o investimento em infraestrutura em parceria público- privada. Contudo, para se inserir no mercado global, a Coreia



do Sul teve que tomar uma postura mais democrática e privatizar as empresas públicas como aconteceu com a KTA.

O desenvolvimento da indústria de comunicação junto com a tecnologia e assistência governamental permitiu às empresas como *Hyundai*, *Samsung*, *LG* e *KT* se tornarem líderes de mercado. Como, também, juntamente com a cooperação interministerial e a cooperação público-privada obteve o desenvolvimento da biotecnologia e expandiu a sua cultura denominada “onda coreana”. Como resultado, mesmo tendo crise econômica do Leste Asiático, a economia coreana se recuperou e ganhou impulso.

Para aumentar o desenvolvimento com limitação de capacidade de financiar a construção de infraestrutura necessária, o governo percebeu a necessidade de utilizar a parceria público-privada em infraestrutura, desta forma foi criada a Lei de Promoção do Investimento de Capital Privado, e posteriormente a Lei de Participação Privada em Infraestrutura. Porém, houve problemas na promoção da parceria público-privada, deste modo para solucionar, foi criada a Lei de Parceria Público-Privada que aumentou a participação entre outros setores e maiores incentivos fiscais.

O Ministério de Estratégia e Finança como responsável pela criação da Lei, também se tornou responsável para a preparação do orçamento, da implementação e decisões orçamentarias para negociações entre o ministério de linhas. Sob a Lei foi estabelecida a organização, gerenciamento, importantes políticas e decisões no processo de implementação para parceria público-privada pelo Comitê de Revisão de Parceria Público-Privada. Tendo sido os outros ministérios encarregados para desenvolver planos de parceria especificado de cada setor e implementar os projetos estabelecidos pelo Decreto de Execução de Parceria Público-Privada. Em 2003, o Centro de Investimento em Infraestrutura Privada da Coreia (PICKO) se expandiu para se tornar o Centro de Gerenciamento de Investimento da Infraestrutura



(PIMAC) sob o Instituto de Desenvolvimento da Coreia (KDI) com objetivo de fornecer suporte profissional às autoridades competentes estabelecidas pelo Plano Básico de Parceria Público-Privada. Com isso, o PIMAC padronizou os contratos de concessão e melhorou a transparência e a objetividade da implementação.

Em 2001, o governo lançou o programa para melhorar as condições das escolas e formar alunos para a sociedade do conhecimento e da informação por meio da parceria público-privada, principalmente, após perceber que aumentando as escolas e o desgaste delas acarretariam maiores custos ao governo coreano. Após a implementação, aproveitou a redução drástica do investimento ocasionado pela parceria público-privada para utilizar os recursos fiscais para outros fins educacionais, como apoiar as escolas e estudantes de baixa renda. No caso dos portos, o Ato de Promoção de Capital Privado em Capital Social Indireto, estabelecido no final dos anos 90, atraiu o capital privado para parceria público-privada, uma resposta ao problema da insuficiência do volume de carga e aumento eficaz dos portos.

Com isso, fica perceptível, que as políticas governamentais desde os anos 60 até os dias atuais envolvendo as parcerias público-privadas mesmo sendo informais fizeram, inicialmente, os setores selecionados, como foi o caso do automobilismo e telecomunicação, se fomentaram e se tornaram grandes empresas internacionais com utilização de políticas fiscais e cooperação entre as instituições governamentais. Em seguida, quando o governo sul-coreano se tornou mais democrático, a parceria público-privada se tornou importante fator para o desenvolvimento das infraestruturas e, a posteriori, após o aprendizado com o surto de síndrome respiratório do oriente médio, a Coreia do Sul tomou medidas para fornecimento de kits médicos e máscaras utilizando parcerias público-privadas entre as farmácias com uma melhor distribuição para as regiões e as empresas de telecomunicação com dados de compartilhamento de informações entre os interessados tanto no meio privado, quanto no meio público para combater o COVID-19.



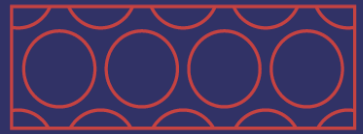
Presume-se que as medidas tomadas pelo governo continuado da Coreia do Sul foram importantes para o desenvolvimento e a inserção nas empresas no mundo global. Assim, mudando a assimetria e os efeitos ocasionados pela interdependência, tornando a sua resposta e os custos sofridos por eventos aleatórios cada vez mais eficazes. Por considerar os múltiplos canais que conecta a sociedade, principalmente, após ver a importância nas construções de portos, das comunicações e capacitação técnica, conseqüentemente lidando de melhor forma com a complexidade de interesses trazidos pela interdependência.

Observamos no presente estudo um exemplo de sucesso na aplicação de políticas governamentais coreanas nas parcerias público-privadas, sendo estabelecidas por Leis específicas que garantiam a segurança jurídica, segurança governamental e estímulos tributários. Ademais, foram definindo claros objetivos de desenvolvimento social, investimento em centro de estudo e pesquisa, infraestrutura e treinamento, no qual consolidou a cooperação de parceria público-privada.

Em vista disso, o presente estudo poderá servir posteriormente como base de estudo comparativo, tendo nas medidas adotadas na Coreia do Sul para serem servidas como exemplo de como o Brasil poderia utilizá-la para estimular políticas governamentais por meio de Leis específicas voltadas para o incentivo da cooperação de parceria público-privada. Assim, podendo fornecer parâmetros adequados para um planejamento exequível, segurança necessárias às empresas e investidores e, ainda, resolutivas para o enfrentamento necessário aos problemas brasileiros.

## REFERÊNCIAS

AYMES, Juan Felipe Lopez. **Automobile, Information and Communication Technology and Space Industries as Icon of South Korean Economic Nationalism**. Pacific, v. 35, n. 2, p. 289 – 312, 210. DOI 10.1111/j.1976.2010.01045. Disponível:



<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=poh&AN=64258542&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso: 16/04/2019

CHUNG, James Jin; SHIM, Joon Man; YI, Soong Ki. Korea. **The Public – Private Partnership Law Review**. In: MOREIRA, Thiago Fernandes; SOMBRA, Thiago Luís. Reino Unido: Law Business Research LTD, 2019. p. 100-108. Disponível em: [https://thelawreviews.co.uk/digital\\_assets/72deae7-59d7-4e42-a683650aad2f863b/The-Public-Private-Partnership-Law-Review.pdf](https://thelawreviews.co.uk/digital_assets/72deae7-59d7-4e42-a683650aad2f863b/The-Public-Private-Partnership-Law-Review.pdf). Acesso em: 24/02/2020

DA CUNHA, G.L; APPEL, T. N. **Geopolítica e trajetórias de desenvolvimento comparados: América do Sul e Leste da Ásia**. Revista Científica General José Maria Córdova, v. 12, n.13, p. 89 -105, 2014. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db&AN=99599684&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso: 16/04/2019

HUNDT, David. **Economic Crisis in Korea and the Degraded Development State**. Australian Journal of International Affairs, v. 68, n. 5, p. 499-514, 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/10357718.2014.886667>. Acesso: 16/04/2019

JWA, Sung – Hee. **A New Paradigm for Korea’s Economic Development: From Government Control to Market Economy**. Nova York: Macmillan Press Ltd, 2001. 307 p.

KEOHANE, Robert O.; NYE, J. S. **Power and Interdependence**. Quarta Edição. Estados Unidos: Longman Classics in Political Science, 2011. 265 p.

KIM, A. E.; PARK, Gil. Nationalism, Confucianism, **Work Ethic and Industrialization in South Korea**, Journal of Contemporary Asia, v. 33, n. 1, p. 37, 2003. Disponível: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=9123303&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso: 16/04/2019

KIM, Gwangjae. **The Shape and Implication of Korea’s Telecommunication Industry: Crisis, Opportunity, and Challenge**. Australian Journal of Telecommunications and the Digital Economy, volume 4, número 4, p. 20, dezembro de 2016. Disponível: <https://telsoc.org/sites/default/files/tja/pdf/75-776-1-pb.pdf>. Acesso: 22/05/2019

KIM, J. Estimation of Fiscal Commitment in Korean Public – Private Partnerships and Development of a Safeguard Guideline. IN: \_\_\_\_\_ **Performance Evaluation**



**and Best Practice of Public – Private Partnership.** International Conference of World Bank and Korea Development Institute, 31 de dezembro de 2007, p. 175 – 212. Disponível em:

[http://www.kdi.re.kr/kdi\\_eng/publications/publication\\_view.jsp?pub\\_no=10460](http://www.kdi.re.kr/kdi_eng/publications/publication_view.jsp?pub_no=10460). Acesso: 16 de abril de 2019

KIM, Jay-Hyung; KIM, Jungwook; et al. **Public- Private Partnership Infrastructure Projects: Case Studies from the Republic of Korea.** Filipinas: Asian Development Bank, 2011. 1 v. Disponível em:

<https://www.adb.org/sites/default/files/publication/29032/ppp-kor- v1.pdf>. Acesso: 29/12/2019

KIM, Jay- Hyung; FELLOW, Senior; LEE, Seung-yeon. **Public- Private Partnership: Lesson from Korea on Institutional Arrangements and Performance.** KDI School of Public Policy and Management, Knowledge Sharing Program: KSP Modularization, 2013.

Disponível:<http://www.eksp.kr/common/download.jsp?fidval=q%2BRdXzU5vdJ76SGdasIkE%3D%3D>. Acesso: 12/12/2019

KIM, Jay-Hyung; KIM, Jungwook; CHOI, Seokjoon. **Public – Private Partnership Infrastructure Projects: Case Studies from the Republic of Korea – Volume 2: Cases of Build – Transfer – Operate Projects for Ports and Build – Transfer – Lease Projects for Education Facilities.** Cidade Mandaluyong, Philippines: Asian Development Bank, 2011. Disponível em:

<https://www.adb.org/sites/default/files/publication/29032/ppp-kor-v2.pdf>. Acesso: 11/02/2020

KWON, Okyu. **The Republic of Korea’s Infrastructure Development: Experiences and Some Lessons for Africa’s Developing Economies.** Washington: The Growth Dialogue, 2011. Disponível em:

[http://growthdialogue.org/growthdialog/wp-content/uploads/2017/09/Korea-Infrastructure\\_ebook.pdf](http://growthdialogue.org/growthdialog/wp-content/uploads/2017/09/Korea-Infrastructure_ebook.pdf). Acesso: 11/02/2019

KIM, Kiwan; LEE, Hojun. Public – Private Partnership versus Traditional Procurement: A Comparison of Financing Modalities in the Republic Korea. In: DEEP. A, et al. **Realizing the Potential of Public – Private Partnerships to Advance Asia’s Infrastructure Development.** Asian Development Bank and Korea Development Institute, 2019. 215-230 p. Disponível em:

[http://www.kdi.re.kr/kdi\\_eng/publications/publication\\_view.jsp?pub\\_no=16023](http://www.kdi.re.kr/kdi_eng/publications/publication_view.jsp?pub_no=16023) Acesso: 16/04/2019



LEUNG, Chau. South Korea: Government-Led Development and The Dominance of Giant Corporations. In: LEUNG, C. et al. **Industrial Development in Singapore, Taiwan and South Korea**. Singapura World Specific, 2001. 118 – 201 p.

MASIERO, Gilmar. **A Economia Coreana: Característica Estruturais. Seminário sobre Brasil e a Coreia do Sul**, 05 e 06 de outubro de 2006, Rio de Janeiro. Disponível em:  
[http://www.kdi.re.kr/kdi\\_eng/publications/publication\\_view.jsp?pub\\_no=10460](http://www.kdi.re.kr/kdi_eng/publications/publication_view.jsp?pub_no=10460).  
Acesso: 18/12/2019

RHEE, Chang; LEE, Hangyong. Public – Private Partnerships in Infrastructure and Macroeconomy. In: KIM, Jay-Hyung. **Performance Evaluation and Best Practice of Public – Private Partnerships**. International Conference of World Bank and Korea Development Institute, 31 de dezembro de 2007, 51- 89 p. Disponível em:  
[http://www.kdi.re.kr/kdi\\_eng/publications/publication\\_view.jsp?pub\\_no=10460](http://www.kdi.re.kr/kdi_eng/publications/publication_view.jsp?pub_no=10460).  
Acesso em: 16/04/2019

SHIN, SUNG. Analysis of Concession Agreement in Korea from the Perspectives of Users, Private and Government. IN: KIM, J. **Performance Evaluation and Best Practice of Public – Private Partnership**. International Conference of World Bank and Korea Development Institute, 31 de dezembro de 2007, p. 227 – 265. Disponível em:  
[http://www.kdi.re.kr/kdi\\_eng/publications/publication\\_view.jsp?pub\\_no=10460](http://www.kdi.re.kr/kdi_eng/publications/publication_view.jsp?pub_no=10460)  
Acesso: 16/04/2019

SOUZA, Nali J.; YOON, Taek Dong. **Uma Análise Empírica sobre os Fatores do Desenvolvimento Econômico da Coreia do Sul: 1960 – 1990**. São Paulo: Est. Econ., v. 31, n. 2, abril – junho de 2001, 321-367 p. Disponível em:  
<http://www.revistas.usp.br/ee/article/view/117743/115397>. Acesso: 05/05/2019

TAFASSE, Teshome. **Public – Private Partnership in Development: Lessons in Devising Legal and Institucional from South Korea**. Public Policy and Administration Research, vol. 3, no. 4, 2014. Disponível em:  
<https://iiste.org/Journals/index.php/PPAR/article/view/11678/12023> . Acesso: 20 de abril de 2019

UM, Paul Nounba; DINGHEM, Severine. **Private Participation in Infrastructure Projects in the Republic of Korea**. World Bank Policy Working Paper 3689. Washington, setembro de 2005. Disponível em:  
<http://documents.worldbank.org/curated/pt/231451468272988144/pdf/wps3689.pdf>. Acesso: 16/04/2020.



BRASÍLIA 2020 - V.5

**COMPÊNDIO FAJS**

# **DIREITO PROCESSUAL CIVIL**



# A IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA OS IDOSOS E SEU REFLEXO NA SUCESSÃO LEGÍTIMA: UMA PROTEÇÃO AO GOLPE DO BAÚ OU APENAS UMA LIMITAÇÃO DE DIREITOS?

Kássia Samah Braga Rahman

## RESUMO

O presente estudo se propõe a analisar o artigo 1.641, inciso II do Código Civil, e demonstrar a sua inconstitucionalidade por violar os princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Isonomia e da Liberdade. O artigo do Código Civil tratado neste trabalho dispõe sobre a obrigatoriedade do regime de bens aos maiores de setenta anos, dispositivo retrógado mantido em nossa legislação mesmo após a entrada em vigor de novo Código Civil. Para corroborar com o análise aqui proposta, foi necessário explanar as mudanças sociais, em especial a expectativa de vida das pessoas na atualidade. Também mostrou-se necessário trazer questões relacionadas aos regimes de bens existentes, e o direito das sucessões, além dos princípios constitucionais e das garantias perpetradas aos idosos por meio do Estatuto do Idoso. Assim, também foi considerado de suma importância explanar a visão da doutrina e a aplicação jurisprudencial do dispositivo para possibilitar a ampliação do debate aqui proposto. A violação aos princípios e garantias do idoso são o ponto basilar deste trabalho, sendo este o principal fundamento para se considerar inconstitucional do artigo em questão, e repudiar a violação do direito dos idosos refletida na legislação.

**Palavras-chave:** Regime de bens. Separação Obrigatória de Bens. Inconstitucionalidade. Princípios Constitucionais. Idoso.



## **INTRODUÇÃO**

A visão atual direcionada à família se mostra muito diferente do que era há alguns anos. O modelo familiar atual não é rígido e imutável, como se mostrava no século passado. Muito pelo contrário, na atualidade a família é um agrupamento de pessoas que vivem em meio ao amor e cuidado próprio, independente de idade, sexo ou religião.

A Constituição Federal (CF/1988) e a codificação infraconstitucional têm zelado pelo direito das pessoas de constituir família, sem impor-lhe preconceitos. Assim, o casamento de pessoas homoafetivas foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, a união estável, considerada como concubinato por muito tempo, foi reconhecida pela legislação brasileira com o advento da CF 1988.

Apesar da grande evolução na legislação como um todo, alguns aspectos importantes foram deixados de lado. O Código Civil de 1916 previa que, no casamento de mulheres acima de 50 (cinquenta) anos e homens acima de 60 (sessenta) anos, vigeria o regime de separação obrigatória de bens. Este foi um dos pontos que não teve modificação significativa na nova legislação.

O Código Civil de 2002, por sua vez, apesar de trazer inúmeras inovações quanto a alguns aspectos cíveis, não inovou quanto ao regime de bens imposto a pessoas idosas que desejavam se casar, apenas igualou a idade dos nubentes. Sendo assim, a norma seria aplicada tanto para homens, quanto para mulheres, acima de 60 (sessenta) anos de idade. Posteriormente, por meio da Lei 12.344/10, a idade dos nubentes foi elevada para 70 (setenta) anos.

Mesmo sendo recorrente a demanda popular e jurídica para modificar o que era previsto no artigo 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916, o legislador nada mais fez além de reeditar o dispositivo trazendo-o como o artigo 1.641, inciso II, do novo Código, nem mesmo a Súmula 377, de 1964, considerada



como um marco neste tema, foi incorporada ao texto da lei. O Supremo Tribunal Federal, deu o seguinte enunciado à referida Súmula: “no regime de separação de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Apesar da legislação não ter incorporado a Súmula 377/STF, os Tribunais têm entendido no sentido de manter sua aplicação em suas decisões. Processos de divórcio e inventário têm seguido esta linha, dividindo-se os aquestos adquiridos enquanto os cônjuges mantinham-se em matrimônio.

O presente trabalho se propõe justamente a pesquisar questões relacionadas à imposição do regime de separação de bens aos maiores de 70 (setenta) anos, previsto no art. 1.641, inciso II do Código Civil. Para isso, mostrou-se de extrema necessidade elencar princípios e garantias endossados pela nossa Constituição Federal e pelo Estatuto do Idoso, sendo estes: a liberdade, a isonomia e a dignidade da pessoa humana.

Também, para melhor analisar o tema aqui exposto, mostrou-se necessário o devido exame da doutrina, majoritária e minoritária, e da jurisprudência. A doutrina possibilita vislumbrar como a comunidade jurídica trata o tema. Por outro lado, a jurisprudência nos mostra como está a prática dos Tribunais e o posicionamento dos magistrados quanto à possível inconstitucionalidade em que esbarram ao julgarem processos com esta questão como cerne.

O primeiro capítulo deste trabalho foi construído visando uma apresentação mais didática ao que será tratado em seguida. Sendo assim, inicia com um breve histórico sobre o Direito de Família no Brasil, desenvolvendo assim os seus aspectos iniciais até a legislação observada nos dias atuais.

Em seguida, trazendo a conceituação desenvolvida por doutrinadores reconhecidos no Direito Civil, foram explanados temas básicos necessários para o entendimento da pesquisa aqui apresentada. Desta forma, como pontos importantes, foram destacados como subitens a conceituação e aspectos relacionados ao regime



de separação obrigatória, ao Direito das Sucessões e ao regime de separação obrigatória direcionado especialmente aos idosos.

O capítulo dois, por sua vez, é direcionado aos aspectos constitucionais, tratando assim, dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da liberdade. A apresentação dos princípios é seguida por um estudo direcionado ao Estatuto do Idoso e às Garantias por ele asseguradas e, por fim, abriu-se um item para tratar sobre a autonomia privada e a capacidade civil.

O terceiro capítulo, tem como principal finalidade a análise da doutrina jurídica, sendo observada de forma minuciosa, tanto aqueles que se posicionam de forma contrária ao art. 1.641, inciso II do Código Civil, como os que se colocam a favor do dispositivo em questão. A tentativa aqui foi compilar os posicionamentos e observar quais os fundamentos utilizados para a defesa de suas teses.

Em sequência, o capítulo quatro analisa a jurisprudência de Tribunais em diferentes instâncias. Apresenta-se neste ponto o reflexo de toda esta discussão na vida real. O que os magistrados vêm decidindo e qual o embasamento de seus votos.

Desta forma, demonstrou-se como tem sido trabalhada a questão quando um dos cônjuges vem a óbito ou quando o casamento chega ao seu fim por meio do divórcio. De suma importância, também é trazida jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação da Súmula 377/STF, rechaçada pelo legislador do Código Civil de 2002.

As considerações finais vêm fechar este trabalho concatenando todo o exposto anteriormente. Isto posto, espera-se que a comunidade acadêmica se fortaleça no seu posicionamento quanto à imposição deste regime de bens, prezando sempre pelo zelo e dignidade da pessoa, independente de qualquer preconceito enraizado em nossa sociedade. O ponto principal e mais explorado nas páginas que se seguem é que o amor é para todos e este deve ser munido de liberdade de escolha.



## 1 REGIME DE BENS E DIREITO DAS SUCESSÕES

Este capítulo inicial traz, em síntese, um panorama histórico do direito civil no Brasil, mais especificamente o Direito de Família, buscando expor seus alicerces e como foi construído o conceito de família ao longo do tempo até chegarmos à concepção atualmente empregada no direito nacional.

Após ser explorado o aspecto histórico, introduz-se o tema principal deste trabalho, iniciando os estudos direcionados ao regime de separação de bens e à sucessão, e como o regime de separação de bens implica no casamento de pessoas idosas com idade superior à 70 anos. Desta maneira, este capítulo possibilita uma visão geral inicial ao trabalho aqui apresentado.

### 1.1 Um Breve Histórico sobre o Direito de Família no Brasil

O Brasil, País jovem, beirando os seus 520 (quinhentos e vinte) anos, teve em seu ordenamento jurídico dois Códigos Civis. O primeiro Código Civil, Lei 3.071/16<sup>1</sup>, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1927. O atual Código Civil tomou seu lugar, entrando em vigência no dia 11 de janeiro de 2003. A legislação de 1916, apesar de sua longa vigência, não condizia mais com os tempos atuais em vários aspectos de seu texto, tendo sido vislumbrada a necessidade de sua modificação.

Foram inúmeras as tentativas de reformar o Código de 1916, transformando-o em um conjunto de normas conflitantes e dispersas. Os esforços para adaptar a legislação seguiram por tempo longo, até o momento que não houve mais espaço

---

<sup>1</sup> BRASIL, **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acessado em 18 de agosto de 2019



para modificações desconexas entre si. A construção de um novo código mostrou-se de primeira necessidade, sendo este gestado por 27 (vinte e sete) anos, assumindo o posto de sucessor do antigo Código<sup>2</sup>.

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.511 traz seu próprio conceito de casamento, sendo a seguinte redação conferida ao artigo: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”<sup>3</sup>. Esta conceituação, que incorpora princípios da Constituição Federal relativos à igualdade de gênero, acaba por firmar logo de início desconstruções e inovações no Direito de Família, reflexo da evolução da sociedade<sup>4</sup>.

A nova legislação civil acabou por englobar mudanças substanciais no que se refere ao Direito de Família, como a instauração da igualdade entre os cônjuges e entre os filhos, a modificação da ideia de pátrio poder, para tornar-se o que chamamos atualmente de poder familiar. O cônjuge, tratando-se de Direito das Sucessões, passa a ser também herdeiro naqueles matrimônios em que se adota o regime geral de bens, ou seja, comunhão parcial<sup>5</sup>.

A história nos mostra que a mudança do Direito de Família é uma realidade constante e ocorre desde os primórdios da nossa sociedade. Léon Duguit<sup>6</sup> chama a atenção justamente para essas inúmeras modificações jurídicas que se inserem nessa

---

<sup>2</sup> DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família e o Novo Código Civil. 4ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

<sup>3</sup> BRASIL, **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acessado em 18 de agosto de 2019

<sup>4</sup> FERTUZHOS, Sónia. The constitutional bases for gender equality. **Sociologia, Problemas e Práticas**, Lisboa, n. esp1, p. 49-70, dez. 2016. Disponível em <[http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0873-65292016000400005&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-65292016000400005&lng=pt&nrm=iso)>. acessos em 20 mar. 2020. <http://dx.doi.org/10.7458/SPP2016NE10350>.

<sup>5</sup> REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 08 de agosto 20019

<sup>6</sup> apud CANEZIN, Claudete Carvalho. A mulher e o casamento: Da submissão à emancipação. **Revista Jurídica** Cesumar, 4, p.143-156, 2004



área do direito. Para este autor, as leis são originadas muito mais por criação dos fatos sociais do que pelo próprio legislador. Ressalta ainda que, apesar da legislação se manter intacta, não sendo modificada, pode-se perceber que a pressão dos fatos acaba por construir instituições jurídicas novas.

A mudança da instituição do casamento vem desde a antiguidade. Inicialmente, o “casar-se” tinha uma finalidade totalmente voltada a questões sociais e políticas. Casar-se com alguém significava uma soma de riquezas. As famílias juntavam-se com o intuito de formar clãs. Unir-se em matrimônio era uma questão patrimonial ou mesmo uma forma de juntar forças para derrotar um mesmo inimigo. A formação desse agrupamento eram as chamadas *civitas*, uma comunidade política, na qual quem detinha o poder, o pátrio poder, era o homem<sup>7</sup>.

Em seu texto, Hironaka<sup>8</sup> ressalta a influência da entidade familiar nos “desmoldes e reestruturações” da sociedade como um todo e, em especial, quando se reflete sobre a diversidades de sistemas. Os grupos familiares, ao longo do tempo, se diferenciaram tremendamente, considerando os valores norteadores desta relação.

A autora também destaca que a mudança é inerente ao ser humano em vários aspectos da vida, mesmo nas questões familiares. No entanto, algo que ainda não mudou foi a importância de se saber que existe um núcleo, um refúgio, o qual o indivíduo tem como seu ponto de referência. A sensação de pertencimento a um grupo é inerente ao indivíduo. Sentir-se pertencente a algo maior, integrar-se a um todo, fazer parte de uma família é necessário para a vida humana<sup>9</sup>.

O Código Civil atual acaba por integrar esse valor de pertencimento a um grupo, possibilitando novos moldes familiares menos rígidos que o Código anterior.

---

<sup>7</sup> Idem, 2004

<sup>8</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento e regime de bens. **Jus Navigandi** ano 8, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4095>>. Acesso em: 10 de agosto de 2019

<sup>9</sup> Idem, 2009





O formato de vida contemporânea não se encaixava mais no modelo, quase que antiquado, do legislador do século passado. As inovações legais, embasadas por princípios constitucionais, tornaram-se uma necessidade para que as normas se adequassem ao que se considera família no momento, com toda a sua diversidade<sup>10</sup>.

O núcleo familiar atual não se baseia mais no patrimônio, como era na antiguidade. Atualmente, o que se observa, é uma união, uma associação de pessoas visando o afeto e acolhimento. Essa vertente de pensamento se consagrou de forma tão pesada em nosso ordenamento jurídico que surgiu a previsão legal do companheiro ou companheira. Desta forma, foram contemplados os direitos e deveres que intermeiam as relações de indivíduos que não se casam legalmente, mas vivem em uma união estável, contando assim com um regime de bens legal para estas pessoas, com todos os direitos e deveres intrínsecos a este<sup>11</sup>.

As inovações do novo Direito de Família acabaram por abrir portas aos que antes estavam tolhidos de direitos, como companheiros e homossexuais que viviam em união estável. Considerações importantes foram feitas tanto no novo Código, quanto na jurisprudência de Tribunais Superiores, o que demonstra de forma ainda mais consistente a necessidade de mudanças advindas da evolução da visão e dos direitos da família.

## **1.2 A Sucessão e o Regime de Separação Obrigatória de Bens**

O presente título é dividido em dois tópicos, quais sejam: regimes de bens e, especificamente também, o regime de separação obrigatória de bens. A subdivisão foi pensada desta forma para que assim fosse possível a explanação do tema geral dos regimes de bens contidos na legislação pátria, e posteriormente aprofundar no regime específico tratado neste estudo. Desta forma, a estrutura aqui empregada

---

<sup>10</sup> Idem, 2003

<sup>11</sup> Idem, 2003



esforça-se a trabalhar o tema de forma inicialmente ampla, para que assim seja possível um aprofundamento didático do conteúdo exposto.

### *1.2.1 Regimes de bens*

Ao se celebrar um casamento civil, os bens dos cônjuges, tanto os anteriores, quanto os adquiridos na constância do casamento se submetem ao regime de bens escolhidos pelos nubentes. Estes têm ampla liberdade para definirem a disponibilidade de seus bens (art. 1.639, CC), observados os casos em que não há uma manifestação expressa, necessitando que a própria lei defina o regime ou o imponha. A comunicação entre os bens dos cônjuges acaba por se tornar um condomínio, no entanto, este é munido de regras próprias e específicas do Direito de Família<sup>12</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro são expressamente previstos quatro regimes de bens no matrimônio, sendo eles: regime de comunhão parcial de bens, regime de comunhão universal de bens, regime de participação final nos aquestos e regime de separação de bens<sup>13</sup>

O Código Civil define e esmiúça os direitos e deveres dos cônjuges e a administração dos bens em comum em seu em Subtítulo I, que traz os regimes de bens entre os nubentes, este enquadrado no Título II, que trata sobre direito patrimonial. Os arts. 1.639 a 1.691<sup>14</sup> explicitam questões gerais, o pacto antinupcial e os regimes em suas especificações.

Além dos regimes previamente previstos em lei, os nubentes têm a opção de escolher seu próprio regime, definindo quanto à forma de administração de seus bens

---

<sup>12</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: Família e Sucessões*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 152-212

<sup>13</sup> Idem, 2012.

<sup>14</sup> BRASIL, **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acessado em 18 de agosto de 2019



enquanto durar e após findo o casamento. Sendo assim, o casal tem a liberdade de escolher um regime próprio e que melhor contemple suas necessidades e expectativas com a união<sup>15</sup>.

Independente do regime escolhido, implicará a solidariedade entre os consortes em relação a dívidas contraídas por ambos, ou por apenas um deles, mesmo que não tenha havido prévio consentimento do outro cônjuge, quando a dívida for contraída com a finalidade de subsistência doméstica, como preveem os artigos 1.643 e 1.644 do Código Civil<sup>16</sup>. Também compete ao cônjuge a administração dos bens do outro caso este seja incapacitado de realizar atos da vida civil por conta de alguma incapacidade relativa<sup>17</sup>.

Na comunhão universal de bens, regime legal até 1977, prevê a comunicação de todos os bens dos cônjuges, tanto os anteriores, quanto os posteriores a união. Apesar da total comunicabilidade, a lei prevê uma preservação mínima dos bens dos indivíduos quando estes escolhem o regime de comunhão universal.

Não se comunicam na comunhão universal os proventos do trabalho pessoal, os proventos da aposentadoria, os bens de uso pessoal, livros e instrumentos de profissão, bens gravados com a cláusula de inalienabilidade ou de incomunicabilidade, bens gravados com fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, dívidas anteriores ao casamento, com suas exceções e, por fim, direitos autorais previstos no art. 5º, XXVII, da Constituição Federal<sup>18</sup>

Já na comunhão parcial, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento (art. 1.658, C.C.), estando, ou não, registrados no nome de ambos os cônjuges. Comunicam-se também bens recebidos de forma eventual, como prêmios

---

<sup>15</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: Família e Sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 152-212

<sup>16</sup> Idem, 2012

<sup>17</sup> LOBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 320-323

<sup>18</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: Família e Sucessões. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 152-212



de loteria. Não se comunicam bens constituídos previamente ao casamento, bens que não se comunicam na união universal, os bens recebidos por doação ou por sucessão, bens sub-rogados, obrigações anteriores ao casamento e obrigações provenientes de ato ilícito<sup>19</sup>

O regime de participação final nos aquestos é considerado um regime híbrido, sendo o patrimônio dividido em comum e particular. Apesar de se assemelhar bastante com o regime de comunhão parcial, difere deste quanto aos bens que se comunicam, sendo que os bens comuns são só aqueles que foram adquiridos mediante esforço comum do casal na constância do casamento. Este regime está entre a comunhão parcial e a separação absoluta, no entanto, não se pode igualá-lo a nenhum dos dois. A administração dos bens e a responsabilidade das dívidas são inerentes ao indivíduo que tem sua titularidade<sup>20</sup>.

A meação dos bens adquiridos em condomínio só ocorre no final do casamento e, neste momento, passa-se a calcular os aquestos de acordo com a participação de cada cônjuge no patrimônio. Neste regime há a necessidade de comprovação, quando a dissolução, se o bem foi adquirido de forma individual ou conjunta.

Por fim, o regime de separação absoluta de bens se configura pela incomunicabilidade dos bens no transcurso da união marital. Ou seja, o nubente pode dispor de seu bem da forma que bem entender ao decorrer do casamento, tendo este bem sido adquirido de forma anterior ou mesmo na constância da união. A comunicação dos bens de cada cônjuge é inexistente, tendo como exceção as despesas do casal. Não há, neste regime, a outorga uxória, podendo o indivíduo dispor de seu patrimônio de forma livre e depreendida.

---

<sup>19</sup> Idem, 2012

<sup>20</sup> Idem, 2012



### *1.2.2 Do regime de separação obrigatória de bens*

O Código Civil prevê em sua redação três hipóteses de adoção obrigatória do regime de separação obrigatória, sendo estes: (i) casamentos que ocorrem apesar da existência de causa suspensiva; (ii) se um dos cônjuges tem mais de 70 (setenta) anos de idade; (iii) quando há a necessidade de suprimento judicial para que ocorra o casamento, quando pelo menos um dos cônjuges não possui idade núbil ou quando os pais não concedem autorização para que ocorra a união<sup>21</sup>.

Nestes casos, a lei não possibilita que os nubentes tenham a liberdade de escolha conferida pelo código para indivíduos que não se encaixam nestas hipóteses. Segundo a doutrina, a ideia por trás desta limitação de direitos é a possibilidade deste matrimônio ensejar um possível prejuízo a terceiros, ou mesmo, que o indivíduo que ali pretende unir-se em matrimônio não tem condições suficientes para escolher seu próprio regime de bens<sup>22</sup>.

A obrigatoriedade do regime de separação de bens na hipótese em que um, ou ambos, nubentes são indivíduos com idade superior a 70 (setenta) anos é o cerne da presente pesquisa. Como será demonstrado, a doutrina já se posiciona de forma a afrontar o art. 1.641, inc. II, C.C.<sup>23</sup>, considerando-o inconstitucional. No entanto, a jurisprudência se mantém em uma posição rígida, de manutenção desta limitação aos idosos, o que será analisado mais a frente.

## **1.3 O Direito das Sucessões**

Neste Título será tratado o direito das sucessões. De extrema necessidade se demonstra a explanação deste tema jurídico para que se entenda a relação aqui

---

<sup>21</sup> DIAS, Maria Benenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4ª.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

<sup>22</sup> Idem, 2005

<sup>23</sup> BRASIL. Código Civil de 1916. **Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002



pretendida entre o regime de separação obrigatória aos idosos e as providências a serem tomadas causa mortis quanto ao patrimônio dos cônjuges.

Com este intuito, aqui são expostos aspectos relevantes relacionados à herança, como, por exemplo, quais são os herdeiros necessários e os herdeiros facultativos; a quem será a responsabilidade de administrar a herança; e por fim, a possibilidade de excluir um herdeiro da divisão dos bens.

### 1.3.1 Da sucessão e dos herdeiros

Flávio Tartuce<sup>24</sup> ressalta que a sucessão é o último livro da nossa codificação civil, sendo de certa forma a ordem mais apropriada de inclusão da matéria no ordenamento, considerando que a morte deve ser o fechamento de uma legislação que valoriza a vida civil do indivíduo.

O Direito das Sucessões tem por finalidade continuar o que é descontinuado pela morte da pessoa. Ao citar José de Oliveira de Ascensão, Tartuce<sup>25</sup> ressalta que a sucessão além de ter o dever de continuidade relacionado ao herdeiro da herança, também tem como finalidade a resolução da vida social do *de cujus*, tratando assim das obrigações firmadas em vida, dando-lhes uma resolução *post mortem*.

Antes de iniciar uma pequena explanação sobre o tema, é importante salientar que o direito à herança é previsto na Constituição Federal Brasileira como um direito fundamental, tratado no art. 5º, XXX, C.F. de 1988. Desta forma, cabe averiguar, logo de início, se a forma de tratamento empregado aos nubentes maiores de 70 (setenta) anos, em especial quanto à sucessão, fere direito fundamental previsto na Constituição Federal<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 950- 1005.

<sup>25</sup> Ascensão apud TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 950- 1005

<sup>26</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 950- 1005



Em nossa legislação existem duas modalidades de sucessão: a sucessão legítima e a sucessão testamentária. A sucessão legítima é a vocação hereditária prevista em lei, com sua ordem pré-definida em codificação. Esta sucessão é um tipo de previsão do interesse do *de cujus* pela legislação, não sendo necessária a constituição de um testamento para que ela seja posta em prática<sup>27</sup>.

A sucessão testamentária tem por pressuposto a existência de um testamento, legado ou codicilo, de acordo com os requisitos previstos em lei, sendo este um ato de última vontade do morto. Caso o *de cujus* tenha herdeiros necessários, em ato de vontade, ele só poderá dispor de 50% (cinquenta por cento) de seus bens. Em qualquer uma das formas previstas, aberta a sucessão, a herança transmite-se de imediato aos herdeiros do morto<sup>28</sup>.

Existem, no Direito Brasileiro, duas modalidades de herdeiros, sendo estes os herdeiros necessários e os herdeiros facultativos. Quando se trata dos herdeiros necessários, há a necessidade de se ter em mente que estes são protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, pelo menos 50% (cinquenta por cento) do patrimônio do morto é direcionado a estes, vide art. 1.789, C.C<sup>29</sup>.

Uma das principais novidades do Código Civil de 2002 foi a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário, sendo o companheiro equiparado a este por meio de jurisprudência do STF. Em sequência legal, são reconhecidos como herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e, por fim, o cônjuge ou companheiro. Frisa-se, ainda, que o cônjuge concorre com os descendentes e os ascendentes na sucessão<sup>30</sup>.

Os herdeiros facultativos, por sua vez, não têm proteção legal, podendo ser preteridos quando o morto deixa testamento dispondo de seus bens. Este grupo de

---

<sup>27</sup> Idem, 2017

<sup>28</sup> Idem, 2017

<sup>29</sup> Idem, 2017

<sup>30</sup> Idem, 2017



herdeiros é composto pelos parentes colaterais até o quarto grau, sendo, em ordem, irmãos, sobrinhos, tios, primos, tios-avôs e sobrinhos-netos.<sup>31</sup>

### *1.3.2 Da administração da herança*<sup>32</sup>

Após o falecimento do *de cujus* forma-se um conjunto de bens chamado “herança”. Logo após a morte ocorre a constituição do espólio, ente despersonalizado, no qual se vislumbra o montante de bens deixado pelo morto. O espólio é uma ficção legal, reconhecida sua legitimidade ativa, e é representado por um inventariante.

A herança acaba por se tornar um bem imóvel e indivisível por natureza, sendo possível a sua divisão apenas no momento da partilha entre os herdeiros. Por conta desta indivisibilidade, existem algumas restrições aos herdeiros em relação às suas quotas da herança antes de haver a partilha dos bens.

Enquanto não há a partilha dos bens, o direito dos herdeiros é indivisível e tratado como um condomínio, seguindo as regras deste instituto, como previsto no art. 1.791, C.C. Apesar disto, o coerdeiro pode ceder seu quinhão hereditário por escritura pública, seguindo as restrições previstas em lei. Para que se possa dispor de seu quinhão hereditário, deve-se ter em mente que este é considerado um bem singular. Sendo assim, não é possível a cessão de um bem específico, com pena de nulidade do negócio.

Para que se possa dispor do quinhão hereditário é prevista a necessidade de prévia autorização do juiz e, caso seja oferecido para indivíduo alheio à herança, que nenhum outro coerdeiro tenha interesse de ficar com aquele quinhão. O direito de preferência dos demais coerdeiros está previsto art. 1.795, C.C.

---

<sup>31</sup> Idem, 2017

<sup>32</sup> GONÇALVES, Paulo Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito das Sucessões. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 50-68





Dentre as obrigações dos herdeiros, estes respondem pelas dívidas do morto até os limites da herança. Como previsto no art. 1.792, C.C., o herdeiro não pode responder por encargos superiores ao valor que vai receber como herança.

Por fim, ao se tratar de inventário, sua administração cabe ao inventariante, vide art. 1.797, C.C. Enquanto ainda não há o compromisso de um inventariante, a administração da herança ficará nas mãos do cônjuge ou companheiro que convivia com o morto ao tempo da sucessão; ao herdeiro na posse e administração dos bens e, havendo mais de um, o mais velho que esteja nessas condições; ao testamentário; ou a pessoa de confiança do juiz.

Como observado, e pela ordem aqui prevista das pessoas que deverão administrar os bens do *de cujus*, o cônjuge ou companheiro é o primeiro da listagem. Sendo assim, depreende-se que além de herdeiro necessário, o cônjuge é um indivíduo de extrema importância na sucessão, imputando-se a este a confiança na administração dos bens *post mortem* de seu marido ou sua esposa.

### *1.3.3. Dos excluídos da sucessão: indignidade e deserdação*

No ordenamento jurídico brasileiro existem hipóteses nas quais é possível excluir o direito sucessório de herdeiro ou legatário. Quando se fala sobre exclusão de um indivíduo da sucessão do *de cujus*, há duas possibilidades: indignidade sucessória ou deserdação. Apesar de ambas serem tipos de exclusão, existem diferenças específicas que as distinguem entre si<sup>33</sup>.

Tanto na indignidade como na deserdação existe a necessidade de uma sentença judicial excluindo o herdeiro ou o legatário, sendo seus efeitos *ex tunc*, ou seja, retroagindo à data da abertura da sucessão. Outro ponto convergente dos dois institutos é que em ambos o efeito é parecido com o da morte antes do *de cujus*,

---

<sup>33</sup> GONÇALVES, Paulo Roberto. **Direito das Sucessões**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40-44.



equiparando-se ao instituto da preterição. Sendo assim, os descendentes do excluído poderão herdar por representação<sup>34</sup>.

A exclusão por indignidade sucessória se dá por meio de decisão judicial, podendo atingir qualquer um dos herdeiros legítimos ou testamentários. A legitimidade para ajuizar uma ação de indignidade é de qualquer um que seja interessado ou pelo Ministério Público, quando se tratar de questão de ordem pública. O prazo para que seja proposta a ação é o prazo decadencial de quatro anos após abertura da sucessão<sup>35</sup>.

Os herdeiros indignos, na forma da lei, estão previstos no art. 1.814 do Código Civil. São eles indivíduos que tiverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa, contra aquele que se sucede ou contra seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; quem houver acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou quem praticar crime contra a honra daquele ou de seu cônjuge ou companheiro; quem, por violência ou meios fraudulentos, inibir ou obstar o autor da herança de dispor de seus bens de forma livre<sup>36</sup>.

Na deserção, o *de cuius* pode, por ato livre de sua vontade, em testamento, informar a deserção de herdeiro legítimo, sendo necessário que se mostrem comprovada as razões para a exclusão e que seja uma das hipóteses previstas tanto no art. 1.814, quanto nos art. 1.962 e 1.963, do Código Civil. São estas: ofensa física; injúria grave; relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto ou, quando se tratar de ascendente, quando houver relações ilícitas entre este e a esposa, marido

---

<sup>34</sup> TORRANO, Luiz Antônio Alves. **Indignidade e deserção**. 2012. 212 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://tede.pucsp.br/handle/handle/6023>> Acesso em: 28 de agosto de 2019

<sup>35</sup> GONÇALVES, Paulo Roberto. **Direito das Sucessões**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40-44

<sup>36</sup> Idem, 2011



ou companheiro(a) do descendente; desamparo do ascendente ou descendente em alienação mental ou grave enfermidade.<sup>37</sup>

Ao cônjuge indigno ou deserddado, além do direito à herança, também não lhe caberá mais o direito real de habitação, como previsto no art. 1.831, do CC.

Por fim, é importante ressaltar que o *de cuius* pode perdoar o ofensor de diversas formas. A remissão do indigno se dá por testamento ou quando, por meio de escritura pública ou termo judicial, demonstre sua vontade de deixar no passado os acontecimentos fatídicos anteriores. Quanto ao caso da deserdação, basta que em ato posterior à exclusão do herdeiro, o *de cuius* o tenha incluído novamente na sucessão.

Como demonstrado, existem formas de retirar o direito à herança ou legado daquele herdeiro que firmou algum tipo de ato desrespeitoso e desarmônico contra o falecido. Desta maneira, sendo de interesse do testador, ou dos outros legitimados, e quando o ato for previsto na legislação brasileira, não existe óbice para que se retire pessoas mal intencionadas da sucessão hereditária.

## 1.4 O Regime de Separação Obrigatória de bens para os Idosos

Desde que o mundo é mundo, houve formas de celebrar o casamento entre dois indivíduos. Atualmente, em nosso País, não se pode negar que a forma mais comum de produzir um ritual de passagem desta fase a dois é pelo casamento, sendo este celebrado civilmente ou com efeitos civis.

Apesar desse caráter de comemoração e união entre indivíduos, o casamento, além de efeitos cívies, abarca com ele efeitos patrimoniais relativos aos bens dos nubentes, de acordo com o regime de bens escolhido pelo casal. Como explanado anteriormente no tópico de regime de bens, são oferecidas aos futuros cônjuges

---

<sup>37</sup> GONÇALVES, Paulo Roberto. **Direito das Sucessões**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40-44



quatro opções de regime, além da possibilidade de escolha de um regime específico definido em pacto nupcial entre os que ali se unem.

No entanto, apesar de toda essa liberdade, não é qualquer indivíduo que pode gozar desse direito, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro. São previstas no art. 1.641 as hipóteses em que é vedada a escolha do regime de bens da união matrimonial. Dentre elas, está a impossibilidade dos idosos, maiores de 70 (setenta) anos, escolherem, de forma livre, o regime que desejam que incida em sua união.

O regime de separação obrigatória de bens não é algo novo no sistema normativo brasileiro. O Código Civil de 1916, em seu art. 258, II, previa o regime de separação obrigatória; porém, na codificação passada havia alguns pormenores que não foram incluídos no C.C. de 2002, por se mostrarem defasados.

A legislação civil de 1916 fazia diferenciação da idade de obrigatoriedade do regime de acordo com o sexo do nubente. Sendo assim, o regime era aplicado para homens a partir dos 60 (sessenta) anos e para mulheres a partir dos seus 50 (cinquenta) anos. Este foi um mecanismo visado pelo legislador para supostamente evitar casamentos fundados em aspectos patrimoniais, ou seja, para que se fosse evitado o dito “golpe do baú”<sup>38</sup>.

Na elaboração do Código Civil de 2002, foi mantida a restrição à livre escolha do regime de bens pelos idosos; no entanto, o legislador definiu que a aplicação deste regime seria a partir dos 60 (sessenta) anos, não havendo mais distinção em relação ao sexo do indivíduo. A previsão desta hipótese encontrava-se no art. 1.641, II, CC<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> FIGUEIREDO, Ramon Gama e CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco. A (in) constitucionalidade da imposição do regime da separação de bens às pessoas com idade superior a setenta anos. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/15\\_02\\_2012%20regime%20de%20bens%20inconstitucionalidade.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/15_02_2012%20regime%20de%20bens%20inconstitucionalidade.pdf)> Acesso em 30 agosto 2019. GONÇALVES, Paulo Roberto. *Direito das Sucessões*. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40-44

<sup>39</sup> Ibidem



Em 9 de dezembro de 2010, houve a alteração do dispositivo acima aludido, trocando a idade mínima para aplicação da norma referente a separação obrigatória. A partir desta houve uma dilação de 10 (dez) anos na idade mínima, passando para 70 (setenta) anos independentemente do sexo<sup>40</sup>.

Além das implicações patrimoniais quanto aos bens do casal no momento do divórcio, o regime de separação obrigatória também afeta a concorrência do cônjuge sobrevivente quando se trata da sucessão dos descendentes. No direito das sucessões, em relação aos bens em que este não retrata como meeiro, ele concorre com os descendentes e ascendentes, configurando como terceiro na ordem de sucessão necessária.

Nos moldes gerais da sucessão, não sendo quando o regime de bens é o de separação obrigatória ou comunhão universal, o cônjuge concorre com os descendentes, recebendo a mesma quota parte destes na sucessão, dadas as especificações da lei. Quando o casal é submetido ao regime de separação obrigatória e o *de cuius* possui descendentes, o cônjuge não terá o direito de concorrência. Ou seja, em situações como esta, caso o cônjuge falecido não tenha em vida determinado em testamento alguma herança ao cônjuge sobrevivente, desta relação ele sairá sem nenhum tipo de bem<sup>41</sup>.

A limitação de escolha do regime de bens aos idosos tem sofrido duras críticas dos doutrinadores que tratam sobre Direito de Família, pautando-se em direitos fundamentais previstos em nossa Constituição Federal para demonstrar a inconstitucionalidade do dispositivo. Nos próximos capítulos serão tratados de forma mais aprofundada os princípios

---

<sup>40</sup> FIGUEIREDO, Ramon Gama e CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco. A (in) constitucionalidade da imposição do regime da separação de bens às pessoas com idade superior a setenta anos. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/15\\_02\\_2012%20regime%20de%20bens%20inconstitucionalidade.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/15_02_2012%20regime%20de%20bens%20inconstitucionalidade.pdf)> Acesso em 30 agosto 2019. GONÇALVES, Paulo Roberto. *Direito das Sucessões*. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40-44

<sup>41</sup> Idem, 2011



constitucionais que demonstram que este dispositivo fere os direitos fundamentais previstos pela Lei Maior.<sup>42</sup>

## **2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROTEÇÃO AO IDOSO**

Os princípios constitucionais são diretrizes jurídicas que possibilitam aos juristas seguirem caminhos aos quais melhor se encaixam nas necessidades da sociedade. Os princípios aqui tratados disseminam e dão base tanto ao trabalho aqui apresentado, quanto à inúmeras decisões judiciais que tratam sobre o regime obrigatório de separação de bens aos idosos.

Esses mesmos princípios também foram base para construir o Estatuto do Idoso e, assim, resguardar seus direitos. Assim sendo, neste capítulo também será tratada a proteção do idoso contida na Constituição Federal e no Estatuto anteriormente mencionado, para que se possa construir uma linha de raciocínio quanto ao assunto abordado.

### **2.1 Princípios Constitucionais**

Este trabalho tem como objetivo responder uma pergunta: a limitação imposta aos idosos acima de 70 (setenta) anos em relação ao regime de bens escolhido no matrimônio é uma proteção ou apenas uma supressão de direitos. Desta forma, serão tratados neste tópico princípios adotados pela Constituição Federal que exalam os direitos fundamentais adotados por nossa Carta Magna.

#### ***2.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III da Constituição Federal)***

A dignidade da pessoa humana é o princípio que rege a democracia delineada pela Constituição Federal de 1988. Com o advento do regime militar e as



consequências deste quanto às práticas empregadas na época, como a tortura e outras formas de desrespeito à pessoa humana, foi uma das razões pelas quais o legislador constituinte brasileiro incluiu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, previsto no inciso III do art. 1º da Constituição Federal<sup>42, 43</sup>.

José Afonso da Silva<sup>44</sup>, em seu artigo, e de forma bem didática, traz a definição de dignidade:

[...]

Correlacionados assim os conceitos, vê-se que a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser-humano.

A dignidade da pessoa humana é considerada como algo próprio e passa a existir junto com a pessoa humana, não sendo uma criação da Constituição, mas um reconhecimento desta. Assim, este princípio torna-se um direito fundamental, sendo um valor supremo da ordem jurídica brasileira.

Ainda citando José Afonso da Silva<sup>45</sup>, o autor considera ser possível enquadrar a dignidade da pessoa humana em um posto além de princípio constitucional, considerando que este tem “natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica.”.

Antes mesmo de ser inserido nas Declarações Internacionais de Direito e nas Constituições dos Países, a dignidade da pessoa humana já figurava como um valor que surgiu de forma conjunta tanto das experiências axiológicas de cada cultura,

---

<sup>42</sup> SILVA, José Afonso da. **A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia**. In: Revista de Direito Administrativo, v. 212, 1998, p. 92

<sup>43</sup> SILVA, José Afonso da. **A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia**. In: Revista de Direito Administrativo, v. 212, 1998, p. 92

<sup>44</sup> Ibidem, 91

<sup>45</sup> Ibidem, p, 92



como das evoluções do tempo e do espaço, sendo necessário que este princípio seja compreendido sob a ótica de sua dimensão histórico-cultural<sup>46</sup>.

Considerando sua construção, a conceituação deste princípio acaba sendo alvo de diversas discussões. Os primórdios da noção de dignidade da pessoa humana vêm do holocausto, momento em que não se respeitava o *humano*. Desde então, a formulação deste termo acabou por agregar vários fatores, além de ser repensada sua dimensão em diversos momentos. Então, a partir da Segunda Guerra Mundial inúmeras Constituições passaram a incluir a proteção da dignidade da pessoa humana em seus textos<sup>47</sup>.

O preconceito e a ideia de que existiam várias formas de homens e que alguns deviam ser tratados de forma diferente dos outros, com direitos e condições distintas foi a fonte fática deste princípio. Após ser observado o efeito do holocausto, não mais cabia esta concepção de humano a qual se colocava alguns em um patamar superior ao outro.

Entendida a cultura como tudo aquilo que é construído pelo homem em razão de um sistema de valores, com o escopo de atender aos seus interesses e finalidades, será possível constatar que o princípio da dignidade da pessoa humana é dotado de um sentido de conteúdo valorativo, pertencente, portanto, ao campo da cultura humana.<sup>48</sup>

A dignidade da pessoa humana tem como conteúdos mínimos o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia privada e o valor comunitário.

A *autonomia da vontade* é o elemento ético da dignidade humana, associado à capacidade de autodeterminação do indivíduo, ao seu direito de fazer escolhas existenciais

---

<sup>46</sup> SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**, 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129 Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502139459/>> Acesado em: 8 de dezembro de 2019

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br>>. Acesso em: 10 de novembro de 2019

<sup>48</sup> SOARES, Ricardo Mauricio Freire, op.Cit.





básicas. Ínsita na autonomia está a capacidade de fazer valorações morais e de cada um pautar sua conduta por normas que possam ser universalizadas. A autonomia tem uma dimensão privada, subjacente aos direitos e liberdades individuais, e uma dimensão pública, sobre a qual se apoiam os direitos políticos, isto é, o direito de participar do processo eleitoral e do debate público. Condição do exercício adequado da autonomia pública e privada é o mínimo existencial, isto é, a satisfação das necessidades vitais básicas.<sup>49</sup>

Os princípios que cerceiam a Constituição Federal, desta maneira, coadunam com a ideia que o indivíduo possui liberdade de pautar suas condutas a partir de seus valores morais. A autonomia privada permite assim que, de acordo com os princípios e valores de cada um, todos possam se colocar e fazer escolhas em meio à sociedade.

### *2.1.2 Princípio da Igualdade ou Isonomia*

A Constituição Federal de 1988, com sua enorme gama de direitos fundamentais dispostos em seu texto, traz em seu bojo dispositivos que versam sobre o princípio da igualdade, prevendo a igualdade de aptidão, conforme Moraes<sup>50</sup>. Isto posto, a Carta Magna dispõe que todos os cidadãos devem ser tratados de forma igual pela legislação. À vista disto, a Constituição se propõe a vedar qualquer tipo de discriminação arbitrária, pregando, além da igualdade formal, a igualdade material, ou seja, isonomia entre os indivíduos..

Qualquer tipo de tratamento desigual, quando não vislumbrado pela isonomia reflexa na máxima de Rui Barbosa de “tratar os iguais como iguais e os desiguais

---

<sup>49</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br>>. Acesso em: 10 de novembro de 2019

<sup>50</sup> MORAES, Alexandre de. 2016, **Direito Constitucional**. 33ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011302/epubcfi/6/10\[:vnd.vst.idref=bod\\_y005\]!/4/2/4/2/2@0:0](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011302/epubcfi/6/10[:vnd.vst.idref=bod_y005]!/4/2/4/2/2@0:0)> Acessado em: 7 de dezembro de 2019



nos limites de suas desigualdades” é amplamente vetado. Moraes<sup>51</sup>, em seu capítulo sobre o Princípio da Igualdade afirma que:

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Ora, a Constituição apelidada como cidadã, democrática e igualitária veda qualquer tipo de discriminação, tanto por motivos de gênero, quanto de idade. Os fatores sexo e idade não podem ser tidos como fatores de incapacidade civil, conforme o disposto na Carta Magna e assegurado pelo Estatuto do Idoso, o qual reafirma os direitos e garantias dos indivíduos maiores de 60 (sessenta) anos<sup>52</sup>.

### 2.1.3 Princípio da Liberdade

A ideia de liberdade remete à proteção da autonomia de cada cidadão. Neste viés, o princípio da liberdade é revertido na ideia de considerar que os indivíduos são agentes capazes e responsáveis, podendo tomar por si próprios suas decisões no tocante à vida. A autonomia de escolha é o que nos permite tomar decisões por nós

---

<sup>51</sup> Idem, 2017

<sup>52</sup> DIAS, Maria Berenice. Amor não tem idade. **Juristas.com.br**, João Pessoa, a.1, n. 31, 10/07/2005. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao6/Amor%20n%C3%A3o%20tem%20idade%20-%20berenice.pdf>> Acessado em: 2 de setembro de 2019



mesmos. Decidir o que queremos vestir, ler, acreditar, entre tantas outras opções de escolha<sup>53</sup>.

A Constituição dispõe de um catálogo variado de liberdades, garantindo-as em um leque vasto de normas. O Estado Democrático se consolida a partir da ideia de autonomia privada, dando espaço para que os cidadãos possam tomar suas próprias decisões<sup>54</sup>. São diversas as formas de liberdade garantidas pela Constituição, permitindo assim que o indivíduo possa agir de acordo com as suas vontades e consciência, dadas as possíveis consequências de seus atos.

Destarte, pergunta-se se dadas todas as formas de liberdade previstas e protegidas pela Constituição Federal, seria possível limitar a liberdade de escolha de idosos quanto ao regime de casamento por conta de sua idade. Questiona-se também se esta disposição do Código Civil colidiria com os preceitos constitucionais.

A partir desta nobre tentativa de proteger ao máximo os idosos, os dispositivos legais que elencam inúmeros direitos e precauções em favor destes, mas acabam por violar direitos fundamentais previstos pela Constituição. O art. 1.641 do Código Civil desrespeita direitos de liberdade de escolha e associação, além da dignidade da pessoa humana<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 7. ed.. São Paulo: Editora Atlas, 2018. Disponível em:

<[<sup>54</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. \*\*Curso de direito constitucional\*\*, 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216825/>> Acessado em: 5 de setembro de 2019](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597015188/epubcfi/6/2[;vnd.vst.idref=cover]!/4/2/2@0:0></a> Acesso em: 5 de setembro de 2019.</p></div><div data-bbox=)

<sup>55</sup> DINIZ, Fernanda Paula. A Interpretação Constitucional do Direito do Idoso no Código Civil. Disponível em:

<[https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/32413510/DIREITO\\_-\\_A\\_INTERPRETACAO\\_CONSTITUCIONAL\\_DO\\_DIREITO\\_DO\\_IDOSO\\_NO\\_CODIGO\\_CIVIL\\_L.pdf?response-content-disposition=inline%3B20filename%3DA\\_INTERPRETACAO\\_CONSTITUCIONAL\\_DO\\_DIREITO.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20191105%2Fus-east-](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/32413510/DIREITO_-_A_INTERPRETACAO_CONSTITUCIONAL_DO_DIREITO_DO_IDOSO_NO_CODIGO_CIVIL_L.pdf?response-content-disposition=inline%3B20filename%3DA_INTERPRETACAO_CONSTITUCIONAL_DO_DIREITO.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20191105%2Fus-east-)



## 2.2 Estatuto do Idoso e a Proteção aos seus direitos

O envelhecer faz parte da passagem dos seres vivos sobre a Terra. Os idosos são uma camada expressiva da população humana, e não é diferente no Brasil. Da mesma forma que enxergamos esse grupo como seres de grande experiência e inúmeras vivências, eles necessitam de garantias e direitos específicos, além de uma proteção diferente do Estado.

O Estatuto do Idoso foi construído justamente com o intuito de asseverar e compilar os deveres e garantias devidos à esses indivíduos. Desta forma, este subtítulo se propõe a buscar e explanar aspectos essenciais contidos na legislação que pregam os direitos aqui mencionados, delimitando-se ao tema ora tratado.

### 2.2.1 O envelhecer: características e consequências

Apesar da naturalidade do “envelhecer” somente nos últimos tempos começamos a pensar e refletir sobre este processo. Com o declínio na taxa de natalidade e com o aumento da idade média de vida, percebe-se que a cada ano a população vem envelhecendo em maior proporção<sup>56</sup>. A partir desta percepção passou a ser inevitável conferir importância para este estado social que antes era preterido pela comunidade<sup>57</sup>.

Atualmente, valores de esperança de vida acima de 80 anos são observados no Japão, Austrália, Cingapura, Suíça e

---

1%2Fs3%2Faws4\_request&X-Amz-Date=20191105T004815Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=fc7c99633960c3d79e8958d8efa11af70045314d8cf321857b0e0522d414dc40 > Acesso em 4 de novembro de 2019

<sup>56</sup> FECHINE, Basílio Rommel Almeida, TROMPIERI, Nicolino. O processo de envelhecimento: as principais alterações que acontecem com o idoso com o passar dos anos. **Interscience place** v.1. n. 20. p. 106-132.

Jan/Mar. 2012. Disponível em: <<http://www.interscienceplace.org/isp/index.php/isp/article/view/196>> Acessado em: 13 de outubro de 2019

<sup>57</sup> Idem, 2019



Suécia. Como se viu em outro capítulo deste livro, a esperança de vida ao nascer da população brasileira atingiu 71,2 anos em 2000, tendo aumentado nove anos entre 1980 e 2000. Em 2000, uma pessoa que chegava aos 60 anos poderia ainda esperar viver, em média, 21,1 anos — 3,3 anos a mais do que em 1980.<sup>5859</sup>

A vida de um indivíduo costuma ser dividida em três fases: a fase do crescimento e desenvolvimento, a fase reprodutiva e a senescência. O envelhecimento é uma degradação progressiva que afeta todos os seres vivos, de toda e qualquer espécie. No entanto, cada ser passa por essa fase de formas diferentes, sendo necessário se pensar no envelhecimento biológico, social e psicológico quando se trata de seres humanos. Apesar da velhice ser considerada iniciada entre os 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, deve-se considerar os três aspectos mencionados anteriormente para ser possível a preconização da terceira idade, sendo possível perceber, ou não, sinais da chegada do envelhecimento<sup>60</sup>.

A queda da mortalidade brasileira está em contínua evolução. Os ganhos na expectativa de vida no Brasil têm sido mais elevados do que em Países como Japão e Suécia<sup>61</sup>. O que se espera para esse grupo da população são anos vividos com qualidade, tendo suas garantias e direitos preconizados pela legislação brasileira, sendo completamente incoerente a supressão de sua capacidade civil de escolha.

### 2.2.2 *Estatuto do Idoso*

---

<sup>58</sup> CAMARANO, Ana Amelia; KANSO, Solange, MELLO, Juliana Leitão e. **Quão além dos 60 poderão viver os idosos brasileiros?** In: CAMARANO, Ana Amelia, organizadora. Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60? Rio de Janeiro (RJ): IPEA, 2004. p. 78.

<sup>59</sup> CANCELA, Diana Manuela Gomes. **O processo de envelhecimento**. Porto: Edições Lusíada, 2007.

Disponível em: <<https://www.psicologia.pt/artigos/textos/TL0097.pdf>> Acessado em 10 de novembro de 2019.

p. 1.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 3.



A Lei 10.741/03<sup>62</sup> dispõe sobre o Estatuto do Idoso e suas providências. Esta Lei vem regulamentar a forma de tratar e assistir o idoso de forma abrangente e multidisciplinar. A população de idosos tem necessidades peculiares e, a cada dia, o número de pessoas acima de 60 (sessenta) anos vem crescendo em nosso País.

A promulgação do Estatuto tornou-se um marco na história do envelhecimento no Brasil. A preocupação com o direito desta população vem crescendo em âmbito mundial, considerando que o envelhecimento populacional é uma realidade de diversos países<sup>63</sup>.

Apesar de ser muitas vezes incomum essa concepção na realidade moderna da sociedade capitalista de consumo, em algumas culturas, a passagem da vida adulta à velhice é um momento remetido à aquisição de maturidade. No entanto, no mundo ocidental capitalista, o ser idoso relaciona-se diretamente ao fim da aptidão de se integrar no mercado de trabalho<sup>64</sup>.

O envelhecer acaba sendo tido como um gasto para a comunidade. Quem envelhece deixa de produzir e passa apenas a consumir. Esta posição de desigualdade e preconceito na qual a pessoa idosa é inserida, acaba por ser transferida ao próprio âmbito jurídico. A reafirmação de direitos e cuidados com as pessoas mais velhas mostra-se necessária quando se pensa no princípio da isonomia e a reafirmação da dignidade desses indivíduos<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> BRASIL. **Lei no 10.741, de 1o de outubro de 2003**. DF: Congresso Nacional, 2003. Disponível em

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm). Acessado em 17 outubro de 2019

<sup>63</sup> MARTINS, Maristela Santini, Massarollo Maria Cristina Komatsu Braga. Mudanças na assistência ao idoso após promulgação do estatuto do idoso segundo profissionais de hospital geriátrico. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, n. 42. Vol. 1. Mar. 2008, p. 26-33.

<sup>64</sup> INDALENCIO, Maristela Nascimento. **Estatuto do Idoso e Direitos Fundamentais: fundamentos da proteção da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro**. 2007. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, Brasil

<sup>65</sup> Idem, 2007.



Ao analisar o Estatuto em seu texto “A velhice no Estatuto do Idoso”, Justo e Rosendo<sup>66</sup>, acabam por esmiuçar todo o conteúdo que este instrumento jurídico abarca, para além do âmbito legal: “Nesse sentido, a abrangência do Estatuto do Idoso, enquanto produtor de práticas e sentidos em relação à velhice ultrapassa os idosos, tomados estrito senso, e afeta tantas outras populações e demais produções sociais sobre as quais incidem os estigmas do envelhecimento”.

O aumento da expectativa de vida trouxe consigo uma nova forma de construir e lidar com o envelhecimento, sendo necessário pensar nessa população de forma mais direcionada. O Estatuto do Idoso vem justamente transcorrer sobre os direitos deste grupo de pessoas e os deveres do Estado e dos cidadãos em relação a esse grupo de indivíduos<sup>67</sup>.

O art. 2º da Lei 10.741/03, em sua redação, de uma forma repetitiva quando pensado junto à Constituição, reafirma que o idoso é detentor de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e ainda acrescenta a previsão constitucional incluindo ainda as disposições trazidas nesta Lei. A proteção da pessoa idosa é a finalidade do Estatuto.

Expressamente, em seu art. 3º, o Estatuto vem novamente reafirmar os direitos fundamentais da pessoa idosa, enumerando assim os direitos deste adquiridos em âmbito constitucional. A participação das famílias, da comunidade e de todos os meios sociais em que as pessoas idosas estão inseridas, além do Poder Público, são essenciais para a assegurar à estes indivíduos todas as garantias e direitos inerentes a pessoa humana, como a saúde, a educação, a cultura, ao lazer e a convivência familiar e comunitária.

---

<sup>66</sup> JUSTO, José Sterza, ROZENDO, Adriano da Silva. A velhice no Estatuto do Idoso. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**. n. 10. V. 02. 2010. p. 471-479

<sup>67</sup> MARTINS, Maristela Santini, Massarollo Maria Cristina Komatsu Braga. Mudanças na assistência ao idoso após promulgação do estatuto do idoso segundo profissionais de hospital geriátrico. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**. n. 42. Vol. 1. Mar. 2008. p. 26-33



Apesar da Constituição Federal tratar de forma exaustiva os Direitos Fundamentais, em relação específica ao tratamento dos direitos dos idosos, a Carta Magna se mostra um tanto quanto tímida. Ao tratar da pessoa idosa, o art. 230 atribuiu à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar os idosos, assegurando a sua participação na comunidade e defendendo sua dignidade e bem-estar, bem como garantindo-lhes o direito à vida<sup>68</sup>.

Desta forma, o Estatuto do Idoso vem complementar a legislação pátria, demonstrando que a velhice, com o advento da Constituição Cidadã, também passa a ser um objeto de preocupação da sociedade. Antes da Carta Magna de 1988 o envelhecer era um processo ignorado, relegado, não sendo tido como um objeto de importância, nem para o direito e nem para a sociedade<sup>69</sup>.

O Estatuto do Idoso vem justamente tutelar os direitos da pessoa idosa, fazendo isto de forma mais substancial do que a Constituição Federal. O Estatuto se pauta na proteção integral da pessoa, propondo-se assim a resgatar, juridicamente, as incongruências e deficiências constantes nos planos político e social<sup>70</sup>.

Inegavelmente, vê-se que a Lei 10.741/03 se propõe a concretizar e efetivar as garantias constitucionais quando se tratando da pessoa idosa, explicitando tanto ações estatais, como da sociedade em geral, voltadas sempre à integração do idoso na comunidade<sup>71</sup>.

## 2.3 Autonomia Privada e Capacidade Civil

---

<sup>68</sup> FIGUEIREDO, Ramon Gama e CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco. **A (in) constitucionalidade da imposição do regime da separação de bens às pessoas com idade superior a setenta anos.** Disponível em:

<[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/15\\_02\\_2012%20regime%20de%20bens%20inconstitucionalidade.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/15_02_2012%20regime%20de%20bens%20inconstitucionalidade.pdf)> Acesso em 30 agosto 2019

<sup>69</sup> JUSTO, José Sterza, ROZENDO, Adriano da Silva. A velhice no Estatuto do Idoso. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**. n. 10. V. 02. 2010. p. 471-479

<sup>70</sup> INDALENCIO, Maristela Nascimento. *Estatuto do Idoso e Direitos Fundamentais: fundamentos da proteção da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro*. 2007. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, Brasil

<sup>71</sup> Idem, 2007





Viver em sociedade traduz a ideia de ordem pública, juntamente com valores constitucionais, direitos e deveres. Da mesma forma, ao pensar no conceito de sociedade, além de referir-se a uma totalidade, também é de extrema importância estudar o indivíduo em si. Estes tem seus interesses e vontades, sendo manifestados pela auto regulamentação de condutas, ou seja, liberdade.

A liberdade nos permite manifestar nossa vontade privada, levam-se também em consideração os limites determinados pelo todo. Apesar disto, algumas questões são particulares de cada indivíduo, não devendo haver, em face destas, a intervenção do Estado. A autonomia privada, limitada pela capacidade civil, e pelo contrato social, nos permite que sejamos livres para tomarmos decisões, o que nos permite, por exemplo, celebrar contratos.

Não obstante, o casamento é um tipo de contrato, em que é manifestada a vontade de duas partes de, juntamente, iniciarem uma vida a partir daquele momento. Por esta razão, a autonomia privada é tratada neste trabalho, juntamente com a capacidade civil.

### *2.3.1 Autonomia Privada*

A palavra autonomia significa, de forma abrangente, independência, liberdade, auto- regulamentação de condutas, dentre outros sinônimos possíveis. Autogovernar a si mesmo remete a uma ideia de liberdade, possibilitando ao indivíduo escolher entre o agir e o não agir. Assinar um contrato remete justamente a esta ideia de autonomia privada<sup>72</sup>:

O contrato não é uma invenção ou criação da lei, sim uma expressão da natureza e razão humana, é uma convenção ou mútuo acordo, pela qual duas ou mais pessoas se obrigam para com uma outra, ou mais de uma, a prestar, fazer ou

---

<sup>72</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.163, p.113-130, jul./set. 2004



não fazer alguma coisa. É um ato natural e voluntário constituído pela inteligência e arbítrio do homem, é o exercício da faculdade que ele tem de dispor dos diversos meios que possui de desenvolver o seu ser e preencher os fins de sua natureza, de sua existência intelectual, moral e física.

O contrato não é mais do que um expediente, uma forma que o homem emprega para dispor do que é seu, dos seus direitos privados, segundo sua vontade e condições do seu gosto, segundo suas necessidades e interesses; é o meio de estipular suas relações recíprocas; é em suma a constituição espontânea, livremente modificada, que cria ou transporta seus direitos ou obrigações particulares, de que pode dispor como lhe aprouver.<sup>73</sup>

A autonomia privada é o princípio que rege as relações contratuais no nosso Código Civil, sendo que a liberdade de contratar é o que justamente possibilita o direito de celebrar contratos. O art. 421, do CC/02 limita a liberdade de contratar a apenas dois aspectos, sendo esta exercida, e tendo como razão, a função social do contrato.

Desta forma, observando os dois limiares de razão e função social dos contratos, o ato de contratar é possível dada a capacidade civil das partes que ali estão praticando atos da vida civil.

### *2.3.2 Personalidade e Capacidade Civil*

A personalidade jurídica inicia a partir do nascimento com vida do indivíduo, ressaltando-se os direitos do nascituro, conforme o art. 2º do Código Civil. O fim da personalidade ocorrerá com a morte da pessoa, considerando as devidas ressalvas à personalidade do morto.

---

<sup>73</sup> Idem, 2004



Tartuce<sup>74</sup> define capacidade como sendo “a aptidão da pessoa para exercer direitos e assumir deveres na órbita civil”, de acordo com o que está disposto no art. 1º do CC/02. Desta forma, o autor classifica a capacidade em:

*Capacidade de direito ou de gozo* – é aquela comum a toda pessoa humana, inerente à personalidade, e que só se perde com a morte prevista no texto legal, no sentido de que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil (art. 1.º do CC).

*Capacidade de fato ou de exercício* – é aquela relacionada com o exercício próprio dos atos da vida civil.<sup>75</sup>

Ainda partindo da conceituação trazida por Tartuce<sup>76</sup>, a capacidade de direito é inerente a todo ser humano, no entanto, a capacidade de fato não, sendo necessário considerar a consciência sadia para que seja possível o exercício dos atos civis de natureza privada.

A capacidade de fato se presume, desconsiderando essa possibilidade apenas quando se tratar de incapacidade advinda de questões etárias. Esta é a aptidão humana de se exercer direitos e deveres. No entanto, cabe ressaltar as incapacidades que impelem o individuo quanto a alguns atos no âmbito civil, como a administração de bens, por exemplo<sup>77</sup>.

A incapacidade é dífida em duas espécies: a absoluta e a relativa. Na incapacidade absoluta a pessoa é impedida de realizar qualquer ato da vida jurídica, quando não representada por uma pessoa capaz, sendo nulos de pleno direito os atos

---

<sup>74</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Lei de Introdução e Parte Geral. 14. Ed.. São Paulo: Forense, 2018. p. 188-

.225 Disponível em: < <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/3121-2019-Direito-Civil-1-Flavio-Tartuce-2019.pdf>> Acessado em: 10 de novembro de 2019.

<sup>75</sup> Ibidem, p. 201

<sup>76</sup> Ibidem, p. 200-203

<sup>77</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 192-196. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530969936/>> Acessado em 10 de novembro de 2019



realizados por pessoa incapaz. Já na incapacidade relativa, o relativamente incapaz participa do ato da vida jurídica, no entanto deve estar assistido por alguém<sup>78</sup>.

Ainda em relação às incapacidades, é importante destacar quem são as pessoas que se enquadram nestas hipóteses. Os absolutamente incapazes, conforme entendimento atual firmado pela Lei 13.146/15 que alterou o art. 3º do Código Civil, são apenas os indivíduos menores de 16 (dezesseis) anos. Sendo assim, os doentes mentais, antes considerados absolutamente incapazes, foram realocados no grupo de relativamente incapazes.

Desta forma, os relativamente incapazes, elencados no art. 4º do Código Civil são as pessoas que completaram 16 (dezesseis) anos e ainda não atingiram os 18 (dezoito) anos. Além disto, nestas condições encontram-se os deficientes mentais; os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; aqueles que, por causa transitória e permanente, não puderem expressar sua vontade; os pródigos; e os índios.

Considerando o que aqui foi posto sobre capacidade neste subtítulo, é possível observar que em momento algum foi citada a incapacidade do idoso em sua vida jurídica. A incapacidade relativa, caso exista, deve ser suscitada em juízo por meio de uma ação de interdição para que, desta forma, o idoso que não tem mais sua própria consciência para realizar suas próprias escolhas possa ser assistido por uma pessoa capaz.

Não ocorrendo esta hipótese, não existe a possibilidade de retirada da capacidade civil de uma pessoa sã e capaz de escolher sua própria forma de viver e lidar com outrem.

### **3 ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL**

---

<sup>78</sup> Idem, 2019.



Neste último capítulo, a proposta é analisar como a doutrina e a jurisprudência vêm tratando a discussão sobre aplicação do regime de separação obrigatória para maiores de 70 anos. Observar como os doutrinadores se comportam em relação ao tema dá um panorama quanto ao que se pode esperar das resoluções futuras. Desta forma, foram analisadas doutrinas favoráveis e desfavoráveis à aplicação do regime de separação aos maiores de 70 anos.

Fundamentalmente importante da mesma forma que a construção doutrinária, a jurisprudência também foi posta em análise neste último capítulo do trabalho. As decisões judiciais, mais do que tudo, refletem como a sociedade vem lidando com as questões no cotidiano, e não seria diferente quanto a aplicação dos regimes matrimoniais.

### **3.1 Análise Doutrinária**

A evolução da forma de viver dos indivíduos fez com que muitas atitudes e dogmas, que antes eram vistos como certos e inquestionáveis, passassem a ser repensados e reconstruídos pela sociedade. Dentre eles encontram-se temas polêmicos como casamento homoafetivo, questões raciais, dentre muitos outros temas antes vistos como tabus. Não podendo ser de outra forma, os civilistas passaram a questionar as verdades jurídicas que deixaram de refletir a realidade, dentre elas, o inciso II do art 1.641, CC.

Apesar de não ter havido uma mudança concreta no novo Código Civil nascido em 2002, a não ser o aumento da idade dos nubentes que foi modificado por



meio da Lei 12.344/10<sup>79</sup>, são inúmeros os doutrinadores que pregam a palavra do “amor não têm idade”, como diria Maria Berenice Dias<sup>80</sup>.

Tratando sobre o tema, Maria Berenice destaca<sup>81</sup>, logo no início de seu artigo “Amor não tem idade”, o princípio da igualdade tão exaltado na Constituição. A Carta Magna, que se construiu sob a égide da igualdade e democracia, reafirma que ninguém pode ser discriminado por seu sexo ou idade. A autora, ao tratar sobre esse tema, não se constringe ao falar sobre o tratamento dirigido à terceira idade quando se fala sobre casamento e a capacidade tolhida dos indivíduos nestas condições:

Tais postulados, no entanto, não foram suficientemente enfáticos para excluir da nova codificação civil uma *capitis diminutio* contra a chamada terceira idade. Quem pretender casar após os 60 anos tem subtraída de forma injustificável, aleatória e discriminatória a plenitude de sua capacidade para eleger o regime de bens que lhe aprouver. Absurdamente é imposto o regime da separação legal de bens, que gera a total incomunicabilidade para o passado e para o futuro. Sequer é tornado obrigatório o regime da comunhão parcial, que é o vigorante quando os nubentes nada manifestam e não convencenam diferentemente por meio de pacto antenupcial, o que, no mínimo, obviaria algumas injustiças.<sup>82</sup>

A autora manifesta-se também sobre a controvérsia que é observada quanto à união estável, que nada se tem dito sobre o regime de bens aos idosos maiores de 70 (setenta) anos que vivem de forma a configurar o instinto da união estável. Segundo Dias<sup>83</sup>, a forma não isonômica que é tratada a união informal em face do casamento,

---

<sup>79</sup> BRASIL. Lei Nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010. Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Brasília, 2010. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm) > Acesso em: 20 de março de 2020

<sup>80</sup> DIAS, Maria Berenice. Amor não tem idade. *Juristas.com.br*, João Pessoa, a.1, n. 31, 10/07/2005. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao6/Amor%20n%C3%A3o%20tem%20idade%20-%20berenice.pdf> > Acessado em: 2 de setembro de 2019

<sup>81</sup> Idem, 2010

<sup>82</sup> Ibid., p. 4

<sup>83</sup> Ibid., p. 11



acaba por tornar aquela mais vantajosa. Viver em união estável é uma de saída para driblar os impeditivos impostos pelo Código Civil, sendo assim, a aplicação do regime de comunhão parcial de bens e, por meio de contrato, há a possibilidade de fazer quaisquer estipulações patrimoniais.

Caio Mario<sup>84</sup>, ao tratar sobre o tema indaga se seria possível trazer, por analogia, a aplicação do art. 1.641, II, CC aos companheiros que constituíram união estável com idade superior aos 70 (setenta) anos. Para o autor, a não aplicação do dispositivo em questão seria prestigiar a união estável em detrimento ao casamento. Desta forma, o mais correto a ser feito seria, aplicar o previsto no art. 1.641, II, CC também aos companheiros idosos.

Contrariamente ao pensamento de Caio Mario, Francisco Cahali<sup>85</sup> considera que o regime patrimonial advindo do casamento entre as partes, não se confunde com a união estável. Para o autor, o silêncio do Código quanto à limitação dos companheiros idosos torna inaplicável o regime de separação obrigatória de bens, como seria feito no matrimônio.

Convergente à doutrina majoritária, Fábio Ulhoa<sup>86</sup> alega a inconstitucionalidade da Lei quando se trata do impedimento dos nubentes maiores de 70 (setenta) anos escolherem seu regime de bens. Segundo o autor<sup>87</sup>, “trata-se de uma velharia” que não cabe mais nos tempos atuais, tendo em vista que o artigo teve sua origem em tempos que não se acreditava na possibilidade do casamento por pessoas com idade avançada.

---

<sup>84</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 285-289

<sup>85</sup> CAHALI, Francisco apud PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 698

<sup>86</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família e Sucessões**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 197- 199.

<sup>87</sup> Idem, 2012.



Apesar da doutrina já se posicionar de forma maciça quanto à inconstitucionalidade do dispositivo, a jurisprudência ainda reflete o entendimento do Código Civil. Desta forma, Ulhoa<sup>88</sup> dispõe que existem apenas dois casos nos quais seria possível a obrigatoriedade de adotar o regime de separação de bens: o casamento celebrado a despeito de causa suspensiva e o casamento em que foi necessário suprimento judicial.

Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona<sup>89</sup> afirmam que o art. 1.641 é um desafio para o jurista quanto à necessidade de construir uma interpretação constitucional pautada no princípio da isonomia. Os autores, ainda afirmam que:

[...] esse dispositivo, posto informado por uma suposta boa intenção legislativa, culmina , na prática, por cancelar situações de inegável injustiça e constitucionalidade duvidosa.

[...]

A alegação de que a separação patrimonial entre pessoas que convolarem núpcias acima de determinado patamar etário teria o intuito de proteger o idoso das investidas de quem pretenda aplicar o “golpe do baú” não convence.

E, se assim o fosse, essa risível justificativa resguardaria, em uma elitista perspectiva lega, uma pequena parcela de pessoas abastadas, apenando, em contrapartida, um número muito maior de brasileiros.

Não podemos extrair dessa norma uma interpretação conforme à constituição.

Muito pelo contrário.

O que notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso.

Os autores<sup>90</sup> deixaram claro seu posicionamento totalmente contrário à redação do artigo 1.641. Para eles, caso exista algum tipo de medo em relação ao

---

<sup>88</sup> Idem, 2012

<sup>89</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil**: Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.198





idoso ou ele possa sofrer algum golpe do seu cônjuge e que este suposto golpe seja resultado de algum tipo de enfermidade mental, que seja instaurado o procedimento previsto em lei para esses casos, a interdição propriamente dita.

Além disso, também rebatem a existência desta previsão legal quando se compara a possibilidade de uma pessoa com idade avançada poder integrar a Câmara dos Deputados, o Senado Federal e até mesmo presidir a República. Considerando esta realidade, Gagliano e Filho<sup>91</sup> firmemente demonstram que não é possível encontrar nenhum tipo de razoabilidade no inciso II, do art. 1.641 do Código Civil.

Apesar da maior parte da doutrina se postar de forma contrária ao que é previsto pelo artigo aqui tratado, existem juristas que acreditam que sim, a previsão do art. 1.641, inciso II serviria para evitar qualquer tipo de possível constrangimento aos bens do idoso. Para Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares<sup>92</sup>, apesar da liberdade individual, os seus limites normativos estão inseridos em várias normas no nosso ordenamento jurídico, refletindo diretamente no direito de família.

Desta forma, os autores<sup>93</sup> se apoiam em outras limitações das liberdades individuais para firmar o seu posicionamento quanto à limitação do casamento de pessoas com idade acima dos 70 (setenta) anos. Observa-se:

[...] Portanto, os limites à liberdade individual existem em várias regras desse ordenamento, especialmente no direito de família, que vão dos impedimentos matrimoniais (art. 1.521, I e VII), que vedam o casamento de certas pessoas, até a fidelidade, que limita a liberdade sexual fora do casamento (art. 1.566, I). É de se salientar que não pode o direito de família aceitar que, se reconhecidos os maiores atrativos de quem tem fortuna, um casamento seja realizado por meros interesses financeiros, em prejuízo do cônjuge idoso e de seus familiares.

---

<sup>90</sup> Ibidem, p. 1.199

<sup>91</sup> Ibidem, p. 1.200

<sup>92</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 185

<sup>93</sup> Ibidem, p. 187.



Washington Monteiro e Regina<sup>94</sup> ainda citam o Senador Josaphat Marinho que pregou a manutenção do artigo no Código Civil de 2002. Para ele, a permanência da imposição do regime de separação obrigatória para os idosos trata-se apenas de uma prudência quanto às pessoas que se encontram em um estado de fragilidade maior.

Os autores<sup>95</sup> ainda consideram ser necessário lembrar que quanto maior a idade dos indivíduos, maior é a carência afetiva dos mesmos. A carência vivida mais intensamente pelas pessoas mais idosas, de acordo com Washington Monteiro e Regina, acaba por trazer mais riscos aos nubentes de idade avançada, que acabam se sujeitando a matrimônios nos quais o outro nubente só tem como interesse questões patrimoniais.

Para os autores<sup>96</sup>, possibilitar que indivíduos nestas condições adotem o regime da comunhão universal de bens pode ser um caminho desastroso àquele que é idoso nessa relação. As consequências seriam sentidas tanto em uma dissolução inter vivos de sua sociedade conjugal, quanto aos seus herdeiros, quando a dissolução vier em razão da morte.

Zeno Veloso<sup>97</sup>, em seu artigo “Regimes Matrimoniais de Bens”, escrito em momento de gestação do Código Civil de 2002, demonstra seu entendimento que a regra sobre o regime obrigatório de bens para os idosos previsto no então art. 258, parágrafo único, II, deveria ser mantida no novo Código.

Segundo Veloso<sup>98</sup>, o amor torna “as pessoas presas fáceis de gente esperta e velhaca, que quer enriquecer por via de um casamento de conveniência”. No entanto, acredita que seria de suma importância o acolhimento da Súmula 377/STF pelo novo

---

<sup>94</sup> Ibidem, p. 188

<sup>95</sup> Idem, 2012

<sup>96</sup> Idem, 2012.

<sup>97</sup> VELOSO, Zeno. **Regimes Matrimoniais de Bens**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família Contemporâneo*, Belo Horizonte.:Del Rey, 1997. p. 110.

<sup>98</sup> Idem, 1997



Código. Esta Súmula do STF traz o entendimento de que os bens adquiridos na constância do casamento se comunicam quando a união for regida pela separação legal de bens. Sendo assim, bens adquiridos conjuntamente pelos cônjuges devem ser partilhados no momento de um divórcio; mesmo que o casal tenha previamente escolhido ou legalmente definido, no regime de separação de bens. Para ele<sup>99</sup>, a separação nestes casamentos deveria ser conjugada com a comunhão dos aquestos.

Ainda sobre este assunto, temos emitido opinião de que, embora casados sob o regime da separação obrigatória, nada impede que os cônjuges, associando-se, juntando recursos ou economias, adquiram um bem em comum, estabelecendo-se condomínio, composesse, que, no caso, não serão regidos pelo Direito de Família, mas pelo Direito das Coisas. Nada impede, também, que os cônjuges recebam uma doação de terceiros, ou um legado, em partes iguais ou desiguais, estabelecendo-se, do mesmo modo, o condomínio sobre o bem doado ou legado. Pelas mesmas razões e iguais fundamentos, estendemos nosso parecer ao caso de pessoas casadas sob o regime convencional da separação absoluta (infra).<sup>100</sup>

Apesar de ainda existirem pessoas que acreditam na coerência do dispositivo em questão, a maioria da doutrina se posiciona no sentido da inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II, Código Civil. Da mesma forma, a jurisprudência vem tentando modificar a maneira como está sendo decidida esta questão nos Tribunais.

A Súmula 377/STF, publicada em 8 de maio de 1964, foi por muito tempo uma solução viável para algumas questões relacionadas ao regime de separação obrigatória de bens imposta aos maiores de 60 (sessenta) anos; no entanto, a sua aplicabilidade vem sofrendo diversos questionamentos, considerando que, apesar do artigo 259 do antigo Código Civil ter sido revogado, a modificação alçada pela Súmula não foi inserida expressamente pela nova Legislação.

---

<sup>99</sup> Idem, 1997

<sup>100</sup> Ibidem, p. 117.



Para que seja comparada a forma como os Tribunais vem decidindo a questão, mostrou-se necessária a abertura de um novo capítulo para assim, traçar as diretrizes que têm inspirado os magistrados em suas decisões. Da mesma forma que foi feita uma análise de precedentes a favor e contra o art. 1.641, inciso II, cabe também a análise de decisões.

### **3.2 Análise Jurisprudencial**

Analisar a jurisprudência dos Tribunais é uma forma de observar como a doutrina e a consciência coletiva estão se refletindo no judiciário. Apesar da legislação trazer uma redação que não abre margens para novas interpretações, a questão que mais marca o artigo 1.641, inciso II, CC, é justamente a sua inconstitucionalidade, considerando os princípios que norteiam a Carta Magna.

Conforme foi dito no terceiro capítulo, ainda existe discussão doutrinária atual sobre a possibilidade ou não da aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, considerando que a mesma não foi inserida no texto do novo Código Civil.

Não é de se espantar que, apesar da não previsão escrita da Súm. 377/STF no Código Civil, os magistrados permaneçam aplicando-a no âmbito jurídico por ser este um enunciado que suaviza, de certa forma, a injustiça vigente no artigo do Código Civil. Desta forma, é possível encontrar acórdãos que disseminam o entendimento da referida Súmula. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios vem decidindo de forma a aplicar a Súmula do STF.

Em acórdão publicado em 2017, observa-se:

**EMENTA: CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. PROCESSO CIVIL. DIVÓRCIO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA OU LEGAL DE BENS. CC/02, ART. 1.641, I. STF/SÚMULA 377. PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO CUMUM. CABIMENTO. POSSÍVEIS DIREITOS AQUISITOS INCIDENTES SOBRE IMÓVEL. SUB-ROGAÇÃO DE BEM PRÉ-**



EXISTENTE. VERIFICAÇÃO APENAS SOBRE PARCELA DO AQUESTO REQUISITADO. BENFEITORIAS VULTOSAS. DEMONSTRAÇÃO. RATEIO DE DÍVIDAS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS. SENTENÇA REFORMADA.

Prestigiada doutrina e considerável jurisprudência informam que o enunciado de Súmula nº 377 do STF, que ressalva a comunicabilidade dos bens sobrevividos durante o casamento realizado sob o regime de separação obrigatória legal, malgrado firmado em 3 de abril de 1964, permanece hígido no ordenamento jurídico pátrio.

**A despeito da lei obrigar a adoção do regime de separação de bens em determinadas situações, seja sob à égide do Código Civil de 1916 (art. 258) seja no de 2002 (art. 1.641), o citado entendimento sumular temperou esse regramento em repúdio da possibilidade de um dos cônjuges se enriquecer sem causa às custas do sacrifício, financeiro e/ou doméstico, do outro, evoluindo então para reconhecer que os bens adquiridos na constância do casamento - os aquestos - deveriam ser comunicados, independentemente de prova do esforço comum, salvo manifestação de vontade - pacto antenupcial ou contrato - dos nubentes noutro sentido.**

Ou seja, em regra, excluem-se da comunhão os bens que cada consorte possuía antes do casamento e os que lhe sobrevierem, na constância da sociedade conjugal, por doação ou sucessão, ou mesmo em caráter personalíssimo, e os sub-rogados em seu lugar (STF, Súmula 377 c/c CC/02, arts. 1.641 e 1.659, I e II).

[...]

(TJDFT, Apelação Civil 2013.4.1006059-7APC, 1ª Turma Cível, Relator Desembargador Alfeu Machado, publicado em 07/06/2017)<sup>101</sup>

---

<sup>101</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. (1. Turma Cível). Apelação Civil. **2013.4.1006059-7APC**. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. PROCESSO CIVIL. DIVÓRCIO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA OU LEGAL DE BENS. CC/02, ART. 1.641, I. STF/SÚMULA 377. PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO CUMUM. CABIMENTO. POSSÍVEIS DIREITOS AQUISITOS INCIDENTES SOBRE IMÓVEL. [...] Apelante: E M B e outros. Apelados: Os mesmos. Relator: Desembargador Alfeu Machado. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgibin/tjcgil?NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=2013 0410060597APC>> Acessado em: 20 de março de 2020



O Superior Tribunal de Justiça, da mesma forma decidiu, em sede de Embargos de Divergência, de forma a considerar que os bens adquiridos na constância do casamento, quando houver esforço mútuo para sua aquisição, comunicam-se. Desta forma, no julgado ERESP 1.623.858/MG, fez-se uma releitura da Súmula 377/STF:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO CONTRAÍDO SOB CAUSA SUSPENSIVA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. MODERNA COMPREENSÃO DA SÚMULA 377/STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. Nos moldes do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, ao casamento contraído sob causa suspensiva, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. 2. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição.

**Releitura da antiga Súmula 377/STF (No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento), editada com o intuito de interpretar o art. 259 do CC/1916, ainda na época em que cabia à Suprema Corte decidir em última instância acerca da interpretação da legislação federal, mister que hoje cabe ao Superior Tribunal de Justiça.**

Embargos de divergência conhecidos e providos, para dar provimento ao recurso especial.

(REsp 1.623.858/MG, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES, SEGUNDA

SEÇÃO, julgado em 23/05/2018, DJe de 30/05/2018)<sup>102</sup>

---

<sup>102</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Seção). Embargos em Recurso Especial. ERESP 1623858/MG. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO CONTRAÍDO SOB CAUSA SUSPENSIVA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. MODERNA COMPREENSÃO DA



Mais direcionado ao tema deste trabalho, é possível observar em decisão colegiada do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, decisão que valida a Súmula 377/STF em processo de inventário:

EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVENTÁRIO SOB O RITO DO ARROLAMENTO SUMÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. COMUNICAÇÃO DOS BENS HAVIDOS NA CONSTANCIA DA SOCIEDADE CONJUGAL. ENUNCIADO DE SUMULA No 377/STF. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DOS HERDEIROS. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA VIÚVA. NULIDADE.

**- Nos termos do Enunciado de Súmula no 377 do Supremo Tribunal Federal, no regime da separação legal de bens, também conhecida como regime da separação obrigatória, que é decorrente das hipóteses previstas no art. 1.641 do Código Civil, todos os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento integram o patrimônio comum do casal.**

**- Desse modo, caso um dos cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens tenha efetivamente contribuído com a aquisição do patrimônio, fazendo a prova do esforço comum, terá direito à participação sobre eles.**

- Considerando que a viúva integra a relação processual e possui interesse na resolução da demanda, é indevido o acolhimento do pedido de desistência e a extinção do processo sem sua oitiva.

- Deu-se provimento ao recurso.

(TJDFT, Apelação Civil 2008.07.1001272-5APC, 6ª Turma Cível, Relator Desembargador José Divino, Publicado em 07/08/2018)<sup>103</sup>

---

SÚMULA 377/STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.[...] Embargante: A M D RJ. Relator: Min. Lázaro Guimarães Brasília, 23 de maio de 2018. Disponível em < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8357290\\_2&num\\_registro=201602318844&data=20180530&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8357290_2&num_registro=201602318844&data=20180530&tipo=5&formato=PDF) > Acesso em: 20 de março de 2020

<sup>103</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. (6. Turma Cível). Apelação Civil. **2008.07.1001272-5APC**. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVENTÁRIO SOB O RITO DO ARROLAMENTO SUMÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. COMUNICAÇÃO DOS BENS HAVIDOS NA CONSTANCIA DA SOCIEDADE CONJUGAL.



Extrai-se do caso acima mencionado, em acórdão atual, publicado em 2018, que o Tribunal ainda mantém a aplicação da Súmula quanto à participação de cônjuge sobrevivente em relação aos bens que adquiriu juntamente com o *de cujus* na constância do casamento, mesmo sendo o seu regime de bens o regime de separação obrigatória.

Assim, o cônjuge vivo terá o direito à meação dos bens que foram adquiridos enquanto os mesmo estavam casados, quando houver clara participação de ambos na obtenção do bem ali discutido. Apesar de não ser o ideal, conforme posicionamento doutrinário já supramencionado, os Tribunais se esforçam de certa forma para minimizar as consequências que o dispositivo acomete.

Caso os cônjuges pudessem ter escolhido algum outro regime legal que não fosse o de separação total de bens, no momento da morte de um dos indivíduos unidos em matrimônio, ocorreria a meação dos bens. Claro que os bens meados dependeriam do regime, no entanto, este direito seria inquestionavelmente garantido.

Maria Berenice Dias<sup>104</sup>, defendeu de forma direta e sem ressalvas o seu posicionamento quanto à injustiça direcionada aos idosos e quanto à ideia fixada

---

ENUNCIADO DE SUMULA No 377/STF. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DOS HERDEIROS. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA VIÚVA. NULIDADE. [...] Apelante: Paula Francinete Mendes. Apelada: Angela Socorro Leadebal. Relator: Desembargador José Divino. Brasília, 7 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&numeroDoDocumento=1113834&comando=abrirDadosDoAcordao&quantidadeDeRegistros=20&numeroDaUltimaPagina=1&internet=1>> Acessado em: 20 de março de 202

<sup>104</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. (7. CÂMARA CIVIL). APELAÇÃO CIVIL. AC N. 70002243046. Ementa: Ação declaratória. De todo descabido, por meio de ação de carga eficaz meramente declaratória, buscar a decretação da nulidade do regime matrimonial constante no assento de casamento. Regime de bens. Não vigora a restrição imposta no inciso II do art. 258 do CC, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade. Apelação provida. APELANTE: ALMERINDA MEDEIROS MACHADO. APELADO: ESPÓLIO DE ARGEMIRO AFONSO MACHADO. RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA BERENICE DIAS. RIO GRANDE DO SUL, 11 DE ABRIL DE 2001. DISPONÍVEL EM: <[HTTPS://WWW.TJRS.JUS.BR/NOVO/BUSCA/?TIPOCONSULTA=POR\\_PROCESSO&RETU](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?TIPOCONSULTA=POR_PROCESSO&RETU)





no Código Civil que estes indivíduos não poderiam mais ser amados, de modo que o afeto seria apenas uma prerrogativa dos jovens.

O caso tratava sobre uma senhora de 56 (cinquenta e seis) anos que se casou com um senhor de 63 (sessenta e três) anos, na época ainda vigente o art. 258, parágrafo único, inciso II, CC. Ao falecer o *de cujus*, a cônjuge deparou-se com a situação trazida pelo regime de bens imposto ao casal pelo então dispositivo que vigorava na época e que foi quase integralmente reproduzido no novo Código Civil.

Embasando seu voto na Apelação Civil 70002243046, que tramitou no TJRS, a Desembargadora Maria Berenice apoiou-se em um voto do, na época, Desembargador Cezar Peluso, no julgamento da AC 007.512-4/2-00, pela Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apesar do voto ter sido construindo com extrema técnica e maestria, o mesmo é extremamente longo.

O voto do Ministro Cezar Peluso traz como essência a incompatibilidade de uma decisão que impossibilitava um casal composto por um sexagenário e uma quinquagenária não poderem escolher o regime de bens que vigeria em seu casamento, em face aos direitos e garantias perpetrados pela Constituição Federal, em especial a Dignidade da Pessoa Humana. Uma decisão que impossibilita um homem e uma mulher de exercerem sua liberdade de escolha, para ele, se fundamente em um pressuposto trazido por, conforme palavras do próprio Ministro,

---

RN=PROC&C  
LIENT=WP\_INDEX&COMBO\_COMARCA=700&COMARCA=&NUMERO\_PROCESSO=70  
002243046&N  
UMERO\_PROCESSO\_DESKTOP=70002243046&CNJ=N&COMARCA=&NOME\_COMARC  
A=&UF\_OAB  
=RS&OAB=&COMARCA=&NOME\_COMARCA=&NOME\_PARTE=> ACESSO EM: 21 DE  
MARÇO DE 2020.



“critério arbitrário e indução falsa” de que esses indivíduos são absolutamente incapazes para definirem os alicerces judiciais de seu matrimônio<sup>105</sup>.

Foi colocado pelo Ministro Cezar Peluso<sup>106</sup> que considerar que pessoas adultas e no ápice de suas vidas não podem fazer uma escolha quanto ao seu futuro juntos é coloca-los em um patamar de igualdade com adolescentes, que definem suas escolhas por paixões devastadoras, sem pensar nas consequências que aquilo trará. O Ministro ainda afirma que esse entendimento reduz a existência humana à uma vivência sem aprendizados, sem considerar a evolução das condições materiais e espirituais da sociedade. Pensamentos que traduzem esse tipo de transmutação retrograda do envelhecimento desconsidera o grau de expectativa e qualidade de vida, esquecendo que ao passar dos anos as virtudes das pessoas não são corrompidas, mas sim atualizadas.

---

<sup>105</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. (2. Câmara de Direito Privado). Apelação Civil. **AC 007.512-4/2-00**. Casamento. Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexagenário. Doação à consorte. Validez. Inaplicabilidade do art 258, § único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da Constituição Federal em vigor. Improcedência da ação anulatória. Improvimento aos recursos. É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (substantive due process of law), já não vige a restrição constante do art. 258, § único, II do Código Civil. Apelante: Elisabete Santaella Labatee outros. Apelado: Mara Rejane Baptista Labate. Relator: Desembargador Antonio Cezar Peluso. São Paulo, 15 de setembro de 1998. Disponível em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisa=0075124200&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_6e8eaea34aa04ce48fe769ae67c06455&grecaptcharesponse=03AHaCkAaM\\_DedsrKhoRKktfcTg81EgzBpp7mr1pRTFLBx8ZZJqdIEg1MzBDaQr wDORtnEps1-f-zVuyP2yg1MpwHTuD5NPAIQZqONoUz5c1\\_PoySmSG38d\\_6gG\\_L6fPVO-CMaANYzE27H5un5qQAARhT1-IRTaO-2vyL0EHR93P7IFbax66i0NfHZKtOfq4WmNtQtb2dap26Jzu3HscXiYgCwMrA-GwDdq444MDjIK\\_sMv757Fr\\_OVaK2q-qzzt-O0\\_r8HGe6D92XhyoorU2oQUukE8Xk8Ay\\_QPhzbqz7-46M4pknFyShCFYrXFVjqmyhi7fN-1HUuEsQlqoitYHhVI3alY3lkjAo-Kumd6Oe9clhswxnWRetuREUt5mAG14OFrvnYfB6-R1b5e4LNbyjtj5ss137i3dA](https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisa=0075124200&uuidCaptcha=sajcaptcha_6e8eaea34aa04ce48fe769ae67c06455&grecaptcharesponse=03AHaCkAaM_DedsrKhoRKktfcTg81EgzBpp7mr1pRTFLBx8ZZJqdIEg1MzBDaQr wDORtnEps1-f-zVuyP2yg1MpwHTuD5NPAIQZqONoUz5c1_PoySmSG38d_6gG_L6fPVO-CMaANYzE27H5un5qQAARhT1-IRTaO-2vyL0EHR93P7IFbax66i0NfHZKtOfq4WmNtQtb2dap26Jzu3HscXiYgCwMrA-GwDdq444MDjIK_sMv757Fr_OVaK2q-qzzt-O0_r8HGe6D92XhyoorU2oQUukE8Xk8Ay_QPhzbqz7-46M4pknFyShCFYrXFVjqmyhi7fN-1HUuEsQlqoitYHhVI3alY3lkjAo-Kumd6Oe9clhswxnWRetuREUt5mAG14OFrvnYfB6-R1b5e4LNbyjtj5ss137i3dA). Acesso em: 24 de março de 2020.

<sup>106</sup> Idem, 1998



Pela data deste julgamento, é possível perceber que esta tem sido uma matéria controversa discutida há tempos no âmbito jurídico. Apesar disto, o legislador, ao construir o Código Civil de 2002 não modificou esse dispositivo.

Por outro lado, o STJ, quanto à doação em vida de bens ao cônjuge, vem decidindo de forma a validar as doações na constância do casamento, mesmo que o regime de bens do matrimônio seja o de separação obrigatória. A Ministra Nancy Andrighi, em seu voto, vai além, informando que as vedações imputadas aos idosos em épocas passadas não se justificam mais na atualidade. Refere-se ainda à dignidade da pessoa humana como fundamento de seu entendimento<sup>107</sup>.

O entendimento reproduzido pela Ministra Nancy Andrighi e por outros magistrados tem trazido dúvidas, em especial deve-se citar o pensamento de Zeno Veloso<sup>108</sup>. Para ele, doação entre cônjuges poderia, mesmo em vida, acabar por facilitar a fraude que o dispositivo do art. 1.641, II, tenta evitar. Apesar do doutrinador se posicionar desta forma, não há norma permitindo ou proibindo a doação entre cônjuges unidos pelo regime de separação obrigatória.

---

<sup>107</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial. **RESP 471958/RS**. EMENTA: Processual civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Casamento. Regime da separação legal de bens. Cônjuge com idade superior a sessenta anos. Doações realizadas por ele ao outro cônjuge na constância do matrimônio. Validade. - São válidas as doações promovidas, na constância do casamento, por cônjuges que contraíram matrimônio pelo regime da separação legal de bens, por três motivos: (i) o CC/16 não as veda, fazendo-no apenas com relação às doações antenupciais; (ii) o fundamento que justifica a restrição aos atos praticados por homens maiores de sessenta anos ou mulheres maiores que cinqüenta, presente à época em que promulgado o CC/16, não mais se justificam nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; (iii) nenhuma restrição seria imposta pela lei às referidas doações caso o doador não tivesse se casado com a donatária, de modo que o Código Civil, sob o pretexto de proteger o patrimônio dos cônjuges, acaba fomentando a união estável em detrimento do casamento, em ofensa ao art. 226, §3o, da Constituição Federal. Recurso Especial não conhecido. Recorrente: Tânia Maria Cauduro e outros. Recorrido: Maria Bernadeti Sehnem. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 18 de dezembro de 2008. Disponível em: <  
[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=679620&num\\_regist\\_ro=200201367648&data=20090218&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=679620&num_regist_ro=200201367648&data=20090218&formato=PDF) > Acessado em: 20 de março de 2020.

<sup>108</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. As controvérsias da separação obrigatória de bens. Belo Horizonte, 2017. Disponível em:  
<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6356/As+controvérsias+da+separação+obrigatória+de+bens>>. Acesso em: 20 de março de 2020



A questão da doação passa a ser um ponto crucial nesta discussão. Caso alguém tenha interesse de aplicar o chamado “golpe do baú” em pessoa acima de 70 (setenta) anos, não há a necessidade de se preocupar com o regime de bens. Conforme os doutrinadores e operadores do direito que corroboram com o dispositivo, pessoas com idade superior a 70 (setenta) anos acabam por perder a noção ao se apaixonarem e ficam a mercê de pessoas jovens que têm interesse apenas patrimonial.

Existindo a possibilidade de doação entre cônjuges nada impediria que esse jovem “astuto” conseguisse seu enriquecimento material por meio deste instituto. Pois bem, caso exista alguém com interesses diabólicos em face do idoso maior de 70 (setenta) anos e este esteja em um momento de instabilidade emocional, o artigo 1.641, II, CC não fará diferença. Na realidade, o que seria de melhor valia nestes casos seria a propriamente dita interdição.

Desta forma, o artigo 1.641, II, CC passa a não ter mais uma razão de ser além do puro preconceito com pessoas idosas. Caso alguém queira extorquir pessoas por meio do matrimônio, isso pode ser feito de diversas maneiras, com pessoas de qualquer idade, não sendo o dispositivo um real impeditivo. No entanto, quando se trata de pessoas que casam por afeto, esses sim, sentirão o peso, tanto em momentos de separação, quanto de morte de seu cônjuge.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os idosos são um grupo que merece, com toda a certeza, uma proteção maior do Estado. Por conta disto, o Estatuto do Idoso se mostra de extrema importância para sua proteção e reforço de seus direitos. A Lei nº 10.741/10 caracteriza a pessoa idosa como toda pessoa com idade superior a 60 (sessenta) anos.



As garantias e direitos contidos no Estatuto do Idoso não são inovações, mas sim, dispositivos fundamentados na nossa Constituição Federal, em especial no art. 230, que carrega em seu bojo o dever da sociedade e do Estado de amparar as pessoas idosas, assegurando, desde sua participação na comunidade, até as suas garantias mais básicas, como dignidade, bem-estar e o direito à vida.

Cabe aos operadores do direito e membros da comunidade brasileira, exaltar e difundir as garantias que as pessoas acima de 60 (sessenta) anos têm. Lembrar que em nossa sociedade existem pessoas de idade avançada e que necessitam de auxílio, algo esperado do cidadão médio. Direcionar e ajudar esses indivíduos a buscar seus direitos faz parte do dever dos juristas.

Não obstante, projetar o futuro é necessário. Olhar pela perspectiva direcionada a entender que o que é definido e defendido nos dias atuais como direitos serão garantidos à coletividade das gerações presentes e futuras. Perseguir direitos hoje é garantir o que poderemos gozar no amanhã. Desta forma, devemos ter responsabilidade como eternos estudantes jurídicos e nos propor a cumprir o progresso da melhor forma possível.

O Código Civil, desde a sua versão de 1916, vem dirimindo o direito dessas pessoas e utilizando, para isso, conceitos e ideias pejorativas. Afirmar, conforme doutrinadores citados anteriormente, que pessoas de idade avançada não conseguem lidar com o amor ou não estão em suas completas funções ao apaixonarem-se é desrespeitar e fazer um desserviço ao idoso.

Não cabe mais afirmar que a idade é uma variável para o discernimento, quando podemos ter pessoas idosas na Presidência e em cargos de alto escalão. O inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil, ao se embasar na ideia que está protegendo os indivíduos acaba por jogar-se em um poço de completo preconceito e falta de empatia. Essa proteção só reafirma que a pessoa acima de 70 (setenta) anos não pode ser amada pelo que ela é, mas sim, pelos seus bens.



A decisão sobre o regime de bens de um matrimônio não cabe ao operador de direito quando os indivíduos são completamente capazes e não há nenhuma causa impeditiva para aquela união, além da perversidade em acreditar que o amor seria apenas para os jovens. Por isso, neste trabalho foi mencionado o posicionamento exemplar de Maria Berenice Dias, que sempre firmou seu posicionamento e no sentido da inconstitucionalidade inquestionável que este artigo do Código Civil promove.

A inconstitucionalidade do art. 1.641, inciso II é tão amplamente discutida e repudiada pela maioria da doutrina brasileira, que isto acaba se refletindo nos julgados dos Tribunais de todas as instâncias. A lei é clara, mas não faz mais sentido na realidade em que vivemos atualmente, em que as pessoas têm uma expectativa de vida alta.

A revogação do inciso II, do art. 1.641 vem sendo matéria de Projetos de Lei, como o PL 189/2015<sup>109</sup>. Este projeto não apenas pede a revogação do inciso, mas também abre a possibilidade para que pessoas casadas na vigência da lei anterior tenham a possibilidade de alterar o regime de bens.

Com base no princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana, não se mostra razoável a manutenção deste inciso no nosso ordenamento jurídico. O regime de bens é também matéria de teor privado de cada cidadão, não podendo o Estado interferir nesse tipo de escolha. O indivíduo, idoso ou não, deve ter o direito de escolher, com responsabilidade e equilíbrio, com quem e em qual regime deve se casar.

A Constituição Federal expressamente veda qualquer tipo de discriminação, sendo esta por conta de cor, credo, raça, opção sexual ou idade. Pois bem, apesar

---

<sup>109</sup> BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n°189, de 2015**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945886>> Acessado em 20 de março de 2020



disto, os legisladores que construíram o Código Civil acabaram por reproduzir a discriminação etária contra os idosos, atentando contra a liberdade individual.

Como foi possível observar a partir da leitura deste Trabalho, não é mais cabível em nossa sociedade este tipo de pensamento. É possível observar esta mudança a partir das decisões exaradas nos Tribunais e na doutrina, que majoritariamente se colocam contra a manutenção do inciso II, do artigo 1.641.

O legislador acabou pecando por manter no arcabouço do Código Civil de 2002 a previsão aqui atacada. Desta forma, cabe ao judiciário e ao legislativo correr atrás do tempo e dos prejuízos já imputados aos indivíduos alterando a realidade atual imposta pelo inciso II.

A doutrina prega uma mudança, a jurisprudência reflete a mudança, mas o preconceito e a discriminação ainda não foram sanados, sendo necessário que se retire do ordenamento jurídico brasileiro esta previsão.

Ao final desta monografia, não é possível chegar a outra conclusão que não seja a que o inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil de 2002 é inconstitucional, sendo este completamente contrário ao que está previsto na nossa Constituição Federal e aos princípios da Isonomia, da Liberdade e da Dignidade. Por fim, ressalta-se que existem estudos suficientes que têm como objeto esta violação ao direito dos idosos. O que é necessário agora é uma mudança concreta, seja por Lei, seja por decisão afirmando a inconstitucionalidade do dispositivo.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Disponível em: <<http://www.luísrobertobarroso.com.br>>. Acesso em: 10 de novembro de 2019.



BRASIL. Código Civil de 1916. **Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm)>. Acesso em: 16 de outubro de 2019

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 16 de outubro de 2019.

BRASIL. **Constituição Federal, de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acessado em 10 de agosto de 2019.

BRASIL. **Lei no 10.741, de 1o de outubro de 2003**. DF: Congresso Nacional, 2003. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>. Acessado em: 17 outubro de 2019.

BRASIL. **Lei Nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010**. Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Brasília, 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm)> Acesso em: 20 de março de 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº189, de 2015**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945886>>. Acesso em 20 de março de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Seção). Embargos em Recurso Especial. **ERESP 1623858/MG**. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO CONTRAÍDO SOB CAUSA SUSPENSIVA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. MODERNA COMPREENSÃO DA SÚMULA 377/STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.[...] Embargante: A M D RJ. Relator: Min. Lázaro Guimarães. Brasília, 23 de maio de 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&se>>





quencial=83572902&num\_registro=201602318844&data=20180530&tipo=5&formato=PDF > Acesso em: 20 de março de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial. **RESP 471958/RS**. Processual civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Casamento. Regime da separação legal de bens [...]. Recorrente: Tânia Maria Cauduro e outros. Recorrido: Maria Bernadeti Sehnem. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 18 de dezembro de 2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=679620&num\\_registro=200201367648&data=20090218&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=679620&num_registro=200201367648&data=20090218&formato=PDF)> Acessado em: 20 de março de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. (1. Turma Cível). Apelação Civil. **2013.4.1006059-7APC**. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. PROCESSO CIVIL. DIVÓRCIO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA OU LEGAL DE BENS. CC/02, ART. 1.641, STF/SÚMULA 377. PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO CUMUM. CABIMENTO. POSSÍVEIS DIREITOS AQUISITOS INCIDENTES SOBRE IMÓVEL. [...] Apelante: E M B e outros. Apelados: Os mesmos. Relator: Desembargador Alfeu Machado. Disponível em: <<http://cacheinternet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil1?NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20130410060597APC>> Acessado em: 20 de março de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. (6. Turma Cível). Apelação Civil. **2008.07.1001272-5APC**. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVENTÁRIO SOB O RITO DO ARROLAMENTO SUMÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. COMUNICAÇÃO DOS BENS HAVIDOS NA CONSTANCIA DA SOCIEDADE CONJUGAL. ENUNCIADO DE SUMULA No 377/STF. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DOS HERDEIROS. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA VIÚVA. NULIDADE. [...] Apelante: Paula Francinete Mendes. Apelada: Angela Socorro Leadebal. Relator: Desembargador José Divino. Brasília, 7 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&numeroDoDocumento=1113834&comando=abrirDadosDoAcordao&quantidadeDeRegistros=20&numeroDaUltimaPagina=1&internet=1>> Acessado em: 20 de março de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (7. Câmara Civil). Apelação Civil. **AC n. 70002243046**. De todo descabido, por meio de ação de carga eficaz meramente declaratória, buscar a decretação da nulidade do regime matrimonial



constante no assento de casamento. [...] Apelante: Almerinda Medeiros Machado. Apelado: Espólio de Argemiro Afonso Machado. Relatora: Desembargadora Maria Berenice Dias. Rio Grande do Sul, 11 de abril de 2001. Disponível em: <  
[https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?tipoConsulta=por\\_processo&return=proc&client=wp\\_index&combo\\_comarca=700&comarca=&numero\\_processo=70002243046&numero\\_processo\\_desktop=70002243046&CNJ=N&comarca=&nome\\_comarca=&uf\\_OAB=RS&OAB=&comarca=&nome\\_comarca=&nome\\_parte=>](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?tipoConsulta=por_processo&return=proc&client=wp_index&combo_comarca=700&comarca=&numero_processo=70002243046&numero_processo_desktop=70002243046&CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=RS&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=>) Acesso em: 21 de março de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. (2. Câmara de Direito Privado). Apelação Civil. **AC 007.512-4/2-00**. CASAMENTO. Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexagenário. Doação à consorte. Validez. Inaplicabilidade do art 258, § único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da Constituição Federal em vigor. Improcedência da ação anulatória. Improvimento aos recursos. É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (**substantive due process of law**), já não vige a restrição constante do art. 258, § único, II, do Código Civil. Apelante: Elisabete Santaella Labatee outros. Apelado: Mara Rejane Baptista Labate. Relator: Desembargador Antonio Cezar Peluso. São Paulo, 15 de setembro de 1998. Disponível em:  
<[CAMARANO, Ana Amelia; KANSO, Solange, MELLO, Juliana Leitão e. \*\*Quão além dos 60 poderão viver os idosos brasileiros?\*\* In: CAMARANO, Ana Amelia, organizadora. Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60? Rio de Janeiro \(RJ\): IPEA; 2004. p. 78-105](https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=0075124200&uuiidCaptcha=sajcaptcha_6e8eaea34aa04ce48fe769ae67c06455&grecaptcharesponse=03AHaCkAaM_DedsrKhoRkktfcTg81EgzBpp7mr1pRTFLBx8ZZJqdIEg1MzBDaQrwdDORtnEps1-f-zVuyP2yg1MpwHTuD5NPAIQZqONoUz5cl_PoySmSG38d_6gG_L6fPVO-CMaANYzE27H5un5qQAARhTIIRTaO2vyL0EHR93P7IFbax66I0NfHZKToFq4mNtQtb2dap26Jzu3HscXiYgCwMrA-GwDiq444MDjIK_sMv757Fr_OVAK2q-qzzt-O0_r8HGe6D92XhyoorU2oQUuke8Xk8Ay_QPhzbqz746M4pknFyShCFYrXFVjqmyhi7fN-1HUuEsQlqoitYHhVI3aIY3lkjAo-Kumd6Oe9clhswnxnWRetugREUt5mAG14OFrvnYfB6-_R1b5e4LNbytyj5ssl37i3dA>. Acesso em: 24 de março de 2020.</p></div><div data-bbox=)



CANCELA, Diana Manuela Gomes. **O processo de envelhecimento**. Porto: Edições Lusíada, 2007. Disponível em: <<https://www.psicologia.pt/artigos/textos/TL0097.pdf>> Acessado em 10 de novembro de 2019.

CANEZIN, Claudete Carvalho. A mulher e o casamento: Da submissão à emancipação. **Revista Jurídica Cesumar**, 4, p.143-156, 2004.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família e Sucessões**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Fernanda Paula. **A Interpretação Constitucional do Direito do Idoso no Código Civil**. Disponível em: <



xkATiRR

R1LsJPT79iOx0FVDIUEJRNLMpbf8%2FMFOusBEi6X9AS3gkYljGDO9YRfOt7  
DjMj3Ovl6GqABZeEGDpcfCNSrxbWTO57A18YnSZG8tOL%2F1%2Bti1ZJ4lGP  
HRKYVjt9sEISx1c  
T94ptLX0k2wlAmg2eKr42cDprRBt6zjeuZpn15lSgYAQKaYRei5iFOYB186JO2l0  
Jh3tuUTS  
1GjgqIdBJaY7mZ22eF7B5Tztu0%2FTWDzEOIkp8Yml29ejXgBe9l0fMdhXF5vd  
KWx00cs  
58LMwUOYDnV2LxkyuEiel4pW40o%2B0F17eAtT7EPwSmzVJdfIy5i44bEzZsBgs  
HUogy1 L3Du6YxWzb2xQ%3D%3D&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-  
Signature=d6419426c5a8e5a970653541e03976aabf297097e1c3f687c1bc6d743e1b0  
667> Acesso em 4 de novembro de 2019.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Amor não tem idade**. Juristas.com.br, João Pessoa, a.1, n. 31, 10/07/2005. Disponível em:  
<<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao6/Amor%20n%C3%A3o%20tem%20idade%20-%20berenice.pdf>> Acessado em: 2 de setembro de 2019.

FERTUZINHOS, Sónia. The constitutional bases for gender equality. **Sociologia, Problemas e Práticas**, Lisboa, n. esp1, p. 49-70, dez. 2016. Disponível em  
<[http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0873-65292016000400005&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-65292016000400005&lng=pt&nrm=iso)>. acessos

em 20 mar. 2020. <http://dx.doi.org/10.7458/SPP2016NE10350>.

FIGUEIREDO, Ramon Gama, CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco. **A (in) constitucionalidade da imposição do regime da separação de bens às pessoas com idade superior a setenta anos**. Disponível em:  
<[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/15\\_02\\_2012%20regime%20de%20bens%20inconstitucionalidade.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/15_02_2012%20regime%20de%20bens%20inconstitucionalidade.pdf)>. Acesso em 30 agosto 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil**: Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Paulo Roberto. **Direito das Sucessões**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40-44.

GONÇALVES, Paulo Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito das Sucessões. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 50-68.



FECHINE, Basílio Rommel Almeida, TROMPIERI, Nicolino. O processo de envelhecimento: as principais alterações que acontecem com o idoso com o passar dos anos. **Interscience place**. v.1. n. 20. p. 106-132. Jan/Mar. 2012. Disponível em: <<http://www.interscienceplace.org/isp/index.php/isp/article/view/196>> Acessado em: 13 de outubro de 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento e regime de bens. **Jus Navigandi** a. 8, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4095>>. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

INDALENCIO, Maristela Nascimento. **Estatuto do Idoso e Direitos Fundamentais: fundamentos da proteção da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro**. 2007. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, Brasil.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **As controvérsias da separação obrigatória de bens**. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6356/As+controvérsias+da+separação+obrigatória+de+bens>>. Acesso em: 20 de março de 2020.

JUSTO, José Sterza, ROZENDO, Adriano da Silva. A velhice no Estatuto do Idoso. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**. n. 10. V. 02. 2010. p. 471-479.

LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 320-323.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597015188/epubcfi/6/2\[vnd.vst.idref=cover\]!/4/2/2@0:0](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597015188/epubcfi/6/2[vnd.vst.idref=cover]!/4/2/2@0:0)> Acesso em: 5 de setembro de 2019.

MARTINS, Maristela Santini, Massarollo Maria Cristina Komatsu Braga. Mudanças na assistência ao idoso após promulgação do estatuto do idoso segundo profissionais de hospital geriátrico. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**. n. 42. Vol. 1. Mar. 2008. p. 26-33.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216825/>> Acessado em: 5 de setembro de 2019.

MONTEIRO, Washington de Barros, SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



MORAES , Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011302/epubcfi/6/10\[;vnd.vst.idref=body005\]!/4/2/4/2/2@0:0](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011302/epubcfi/6/10[;vnd.vst.idref=body005]!/4/2/4/2/2@0:0)> Acessado em: 7 de dezembro de 2019.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 192-196. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530969936/>> Acessado em 10 de novembro de 2019.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 08 de agosto 20019.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.163, p.113-130, jul./set. 2004.

SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, 1998, p. 125-145.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502139459/>> Acesado em: 8 de dezembro de 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. Edição. São Paulo: Método, 2017. p. 950- 1005.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. 14. Ed.. São Paulo: Forense, 2018. p. 188-.225 Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/3121-2019-Direito-Civil-1-Flavio-Tartuce-2019.pdf>> Acessado em: 10 de novembro de 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre o regime de bens no novo código civil. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, ano IX, n. 2 fev./mar. 2008.



TORRANO, Luiz Antônio Alves. **Indignidade e deserdação**. 2012. 212 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: < <https://tede.pucsp.br/handle/handle/6023> > Acesso em: 28 de agosto de 2019.

VELOSO, Zeno. **Regimes Matrimoniais de Bens**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família* Contemporâneo, Belo Horizonte, Del Rey, 1997. p. 79- 220.



# TÉCNICA DA AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: EXTENSÃO DA MATÉRIA OBJETO DE DELIBERAÇÃO PELO COLEGIADO COM *QUÓRUM* AMPLIADO

Leonardo Pedrosa Pereira Maggi Alves

## RESUMO

A presente monografia apresenta diferentes interpretações conferidas ao atual artigo 942 do Código de Processo Civil, que, disciplina no Ordenamento Jurídico Brasileiro a regra da ampliação do colegiado no processo civil. O trabalho procura demonstrar a existência de duas grandes teses antagônicas, tese ampliativa e tese restritiva, apresentando as suas principais diferenças e discernindo uma conclusão. O trabalho procurou demonstrar diferentes interpretações e aplicações práticas do instituto, constatando-se que a tese ampliativa do colegiado, observando-se princípios orientadores e basilares do Processo Civil, por conferir maior liberdade aos magistrados, por inexistir lavratura de acórdão antes da conclusão do julgamento com quórum estendido quando este há de interpor-se, é a tese mais capaz de garantir integridade ao ordenamento jurídico e aplicação dos princípios que regem o Direito Processual Civil contemporâneo. Os tribunais brasileiros, em sua grande maioria, interpretam o instituto com as bases hermenêuticas ampliativas. Utilizando esta interpretação, que, defende-se ser a mais correta, torna-se necessário precaução com a Segurança Jurídica, no juízo ponderativo.

**Palavras-chave:** Ampliação do Colegiado. Tese Restritiva. Tese Ampliativa. Ponderação. Código de Processo Civil de 1973. Código de Processo Civil de 2015. Hermenêutica. Direito Processual Civil.





## **INTRODUÇÃO**

O direito processual civil do Brasil fornece ferramentas e instrumentos para a concreta e correta operacionalização do direito material-substancial. Destaca-se, que, o direito processual civil não está isolado do direito material-substancial, com vistas e considerando a sua natureza e aspecto de instrumentalidade. Existe, de acordo com a doutrina processual civil, um caráter de prioridade do direito material-substancial com relação ao direito processual, de modo a ser necessário o direito material-substancial subjacente à relação jurídico-processual fazer-se presente no liame da relação processual civil, com suas regras, princípios e institutos observados.

A partir desta visão considerado, o direito processual, em um espectro de instrumentalidade processual, não separa-se do direito material-substancial. Verifica-se, que, o direito material-substancial corresponde ao objeto do processo. O escopo mais evidente do exercício jurisdicional é assegurar, por meio do processo, o resultado mais justo e efetivo no ato de dizer o direito material-substancial subjacente à relação jurídico-processual. O processo, modernamente, define-se como a soma de fatos jurídicos concatenados visando a um determinado ato-fim, com o espectro de situações jurídicas que emanam dos fatos jurídicos objeto da relação jurídico-processual, observando-se direitos, deveres e garantias constitucionais e autônomos do direito processual. O momento contemporâneo do direito brasileiro, denominado neoconstitucionalismo, pressupõe a supremacia da constituição com relação a normas infraconstitucionais. O direito processual civil é autônomo e tem princípios e regras que lhe são peculiares, mas, não está imune a supremacia constitucional.



O direito brasileiro, por mais que tenha forte influência do *Common-Law*, é de tradição com preponderância romano-germânica, tradição do *Civil-Law*, que remonta às grandes codificação justinianas, de modo que a constituição e as normas infraconstitucionais positivadas possuem forte presença, importância e força imperativa na prática forense e na teoria jurídica. No ano de 2015, parlamentares brasileiros, com o auxílio e aconselhamento de juristas e do executivo, optaram por promulgar um novo Código de Processo Civil, com o trabalho de elaboração, tecelagem e costura iniciando-se preteritamente. Por inovar em vários aspectos e institutos, divergências, dúvidas e contradições doutrinárias e na prática têm-se insurgido.

O código de Buzaid, maneira à qual ficou conhecido o Código de Processo Civil de 1973, possuía diferenças em comparação com o Código de Processo Civil vigente. Possuía, no seu sistema normativo, o recurso denominado embargos infringentes. Os embargos infringentes encontravam-se positivados no artigo 530 do Código de Processo Civil de 1973, estabelecendo a redação do código antecedente ao Código de Processo Civil de 2015, que, seriam cabíveis embargos infringentes quando o acórdão não unânime houvesse reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houvesse julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo fosse parcial, os embargos seriam restritos à matéria objeto da divergência. O recurso de embargos infringentes tinha devolução restrita da matéria quando o desacordo era parcial, assemelhando-se a tese restritiva do instituto da ampliação do colegiado positivada no Código de Processo Civil de 2015.

Na exposição de motivos do novo código, dentre os motivos ensejadores, motivadores, ao fazer de um novo Código de Processo Civil, consta a preocupação com a coerência substancial do código, em relação às suas disposições e, também, coerência no que concerne à constituição. Pugna por prestigiar a segurança jurídica, a eficiência e a simplicidade do sistema processual,



vislumbrando-se evitar formalismos que obstem ou dificultem a concreta substantivação dos direitos materiais, optando-se por aumentar o rendimento e funcionalidade do sistema processual civil, que, repercute de maneira marcante e inescusável na práxis forense e na vida das pessoas.

Dentre as contradições enxergues nos tribunais, está a interpretação conferida ao instituto da ampliação do colegiado, novel procedimento instituído pelo Código de Processo Civil de 2015 em seu art. 942, que, em tese, ocupou o espaço do antigo recurso de embargos infringentes, carregando muitos aspectos peculiares, que tem sido objeto de intensos posicionamentos antagônicos e contraditórios, na doutrina e na práxis.

A questão que tem sido objeto de várias controvérsias, com relação ao instituto da ampliação do colegiado, positivado no ordenamento por meio do artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015, é sobre a extensão da matéria objeto de deliberação pelo colegiado na sua composição ampliada. Outro tema que também tem sido objeto de enriquecedores debates, discute sobre a possibilidade de membros da composição originária mudarem seus votos e possibilidade dos julgadores convocados deliberarem sobre todo o objeto do *decisum*, não havendo de limitarem-se ao objeto da divergência, preliminar ou de mérito.

Dois grandes frentes se formaram. Os defensores da tese restritiva do instituto da ampliação do colegiado têm defendido que matérias preliminares ou de mérito julgadas de maneira unânime pelo colegiado em formação originária não podem ser objeto de nova votação por parte dos membros formadores do colegiado em sua formação ampliada. Defensores da tese ampliativa têm defendido que matérias objeto de unanimidade podem ser objeto de deliberação pelo colegiado em sua formação ampliada. Defensores da tese ampliativa defendem que os julgadores que já proferiram seus votos, se convencidos principalmente pela



contribuição ao *decisum*, dos dispositivos e argumentos dos novos julgadores, podem rever suas decisões.

Observando-se que a uniformização da jurisprudência dos tribunais se coaduna com os objetivos do novo sistema processual brasileiro, encontrando-se inclusive positivada no Código de Processo Civil de 2015, buscar-se-á a defesa da uniformização nos tribunais de tese que se fundamente mais consentânea com os princípios do sistema processual civil e constitucional. O artigo 946 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece que tribunais deverão de uniformizar a sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente. (BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, art. 946).

Neste sentido, procurar-se-á estudar e pesquisar o tema, para que possa esclarecer-se a divergência de interpretação existente, na doutrina e nos tribunais. O excelentíssimo Superior Tribunal de Justiça tem firmado fundamentados precedentes sobre a matéria, que, serão estudados no contexto deste trabalho.

A aplicação da ampliação do colegiado nas hipóteses taxativas, *numerus clausus*, de incidência do instituto é tão relevante, que, julgados dos tribunais de justiça têm anulado acórdãos que não aplicam a ampliação do colegiado, quando esta deveria incidir.

Considerando a existência deste antagonismo de interpretações sobre o instituto, o objeto do trabalho será identificar as principais divergências observadas, fazer uma comparação com o recurso embargos infringentes e apresentar uma conclusão.

## **1 PROCESSO CIVIL E RECURSO**

O processo define-se, no Estado constitucional, como o principal meio de exercício da jurisdição. É por meio da existência de um procedimento previsto na legislação, observador de preceitos constitucionais, que, o direito faz-se exercer,



na grande parte dos processos judiciais. Verifica-se, que, por meio do processo, o Estado se incide com a aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, p. 429).

Enfatizam doutrinadores, em memória histórica, que foi Oscar Büllow o responsável pela publicização do processo, com a relação jurídico-processual havendo por formada entre o Estado juiz e as partes. Em uma evolução do processo, asseguram que este não pode ser satisfeito como mera relação jurídico processual, pois, observar-se a existência de uma relação entre o Estado e as partes pode não ser suficiente para a garantia de valores, princípios, normas e regras do Estado constitucional. A Constituição da República, no neoconstitucionalismo, precisa ser respeitada e observada pelos diversos segmentos do direito, não apenas pelo direito constitucional. (ALVIM CARREIRA, 2016, p. 17).

Defende-se ser importante que o processo proporcione a unidade jurídica e não separe-se do direito material, de maneira a existir-se um direito fundamental ao processo justo. Sustenta-se, por parte da séria doutrina processual cível, existir uma prioridade do direito material em face ao direito processual. (MANINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, p. 45).

Enfatiza a doutrina, que, se se considera o processo civil instrumento de assegurar-se direitos, o olhar do correto funcionamento da Justiça Civil precisa estar na verificação das necessidades da situação jurídica de direitos materiais-substanciais que precisa ser tutelada em juízo. Assim, o processo civil torna-se meio efetivo para assegurar direitos na medida em que o processo civil não dissocia-se com a tutela dos direitos, direito substancial-material. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, p. 45).

O processo se incide como um espectro em que a jurisdição é exercida, de modo, a não se existir processo que não atente-se ao direito material-substancial. A fase mais contemporânea de desenvolvimento da ciência processual é o



neoprocessualismo, preocupado com a concretização dos direitos fundamentais, observância da ética processual e aplicação do princípio da cooperação entre os sujeitos envolvidos na relação jurídico-processual. (DIDIER, CUNHA, 2018, p. 45).

Apesar de existir uma conexão entre o direito material-substancial e o direito processual, não devendo o processo inobservar os imperativos do direito material-substancial, observam alguns doutrinadores ser o direito processual civil, autônomo. Ao passo que o Direito material preocupa-se em normatizar relações jurídicas pessoais, o direito processual procura reger uma função pública do Estado, o exercício da jurisdição. O exercício jurisdicional é uma das funções de soberania de um Estado-Nação. Desta forma, sempre há um interesse público no direito processual, que, verifica-se na função de pacificar o conflito social e manutenção da ordem pública soberana e jurídica, por meio da atuação da Lei no caso concreto. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 5).

A jurisdição, uma das funções de soberania do Estado, movimentada por meio do direito processual, é regida por certos princípios. Definem-se como princípios inerentes ao exercício da função jurisdicional o princípio da investidura, princípio da aderência ao território, princípio da indelegabilidade, princípio da indeclinabilidade, princípio do juiz natural, princípio da inércia da jurisdição e princípio do acesso à justiça. (ALVIM CARREIRA, 2016, p. 84). Importa enfatizar que muitos destes princípios encontram-se positivados no ordenamento jurídico.

A observância de princípios pelo órgão jurisdicional é salutar para que o exercício da jurisdição manifeste-se além de efetivo, da melhor maneira possível, respeitando direitos e garantias das partes que integram a relação jurídico-processual.



O princípio do devido processo legal está positivado no artigo 5º, LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabelecendo a constituição que não haverá privação da liberdade ou de bens dos indivíduos sem o devido processo legal. Este princípio é pedra basilar de vários princípios do sistema processual civil brasileiro, havendo por verificado quando garantias, regras e princípios do direito processual civil são aplicados ao caso concreto.

O princípio do contraditório estabelece que as partes precisam, substancialmente, exercer capacidade de influência no convencimento da jurisdição, com o princípio da ampla defesa somando a garantir o efetivo contraditório, contraditório exercido em sentido estrito. Sustenta-se que a influência manifestada pelas partes “se traduz nas oportunidades que elas possuem de ampla manifestação nos autos, que só se tornam reais quando o juiz demonstrar ter levado em consideração os argumentos sustentados por elas, ainda que seja para rejeitá-los, ou seja, o contraditório é a garantia de falar nos autos e também de ser ouvido pelo juiz.” (BONICIO, 2016, p. 77).

O princípio da investidura do órgão jurisdicional estabelece que o órgão julgador da ação judicial seja investido dos requisitos legais e poderes para o exercício jurisdicional, efetivação de função típica exercida pelo poder judiciário. O princípio da aderência ao território estabelece que a jurisdição, em regra, adere aos limites geográficos aos quais está inserida, funcionando como espécie de limitador ao exercício jurisdicional.

O princípio da Indelegabilidade dispõe que a jurisdição não é delegável a outros órgãos ou poderes, senão ao juízo competente do poder judiciário. O princípio da indeclinabilidade dispõe que a jurisdição, quando não suspenso ou impedido o magistrado, não se declina. O juiz natural instituído de poderes, pela distribuição da ação, não se exime de julgar o litígio. Neste sentido, estabelece o artigo 4º da *lindb*, que, mesmo se omissa for a Lei, o juiz haverá de decidir,



utilizando-se da analogia, costumes e princípios gerais de direito, positivamente da proibição do *non liquet*. O princípio do juiz natural estabelece que, para cada ação, existe um juiz natural para apreciar e julgar o processo, não se admitindo juízos ou tribunais de exceção, senão o juiz natural competente pelas regras processuais vigentes, para julgar a ação. O princípio da inércia da jurisdição estabelece que, em regra, a jurisdição não se movimenta de ofício, sendo necessária a provocação de parte interessada e legítima devidamente representada, momento a partir do qual, a jurisdição se movimenta por meio do impulso oficial. O princípio do acesso à justiça dispõe, que, quem se sentir lesado em direito pode requerer as suas demandas ao órgão jurisdicional ou administrativo competente.

O recurso, por sua vez, é um dos meios de se impugnar decisões no mesmo processo em que proferida, em extensão ao seu estado de litispendência. Não é o único meio de impugnação de decisões judiciais, considerando-se a existência de ações autônomas de impugnação de decisões. Define-se o recurso, como uma ação que visa rever uma decisão judicial, no contexto de um mesmo processo, procurando invalidar, reformar, esclarecer ou integrar a decisão anteriormente proferida. O recurso torna-se um meio de a parte não satisfeita com o provimento jurisdicional buscar uma decisão que atenda às suas pretensões. O recurso é “*meio de impugnação de decisões judiciais, voluntário, interno ao processo em que se forma o ato judicial atacado, apto a obter a sua reforma, anulação ou o seu aprimoramento*”. (DIDIER, CUNHA, 2018, p. 112-113).

Em relacionando-se aos princípios, normas gerais e abstratas, que mais se identificam com o direito processual civil e recursos, têm-se o duplo grau de jurisdição como um de seus princípios basilares. Mesmo quando se tratar de ações originárias do Supremo Tribunal Federal, tribunal que integra a mais alta hierarquia jurisdicional no ordenamento jurídico, pressupõe-se o direito a um recurso perante composição mais composta e hierarquizada do tribunal, o tribunal pleno, plenário. Em regra, parte processual não satisfeita com a primeira





decisão, pode recorrer para que sua demanda seja julgada por órgão jurisdicional distinto. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 59). Nos litígios de competência originária dos tribunais, tem o regimento interno destes imensa importância no procedimento que regerá o caso concreto.

Classificação com relação a natureza dos recursos estabelece que o recurso pode ser ordinário, extraordinário ou especial. Em relação à iniciativa recursal, pode ser voluntário ou necessário (ex officio). Em relação à extensão, pode ser total ou parcial. Em relação à autonomia, pode ser principal ou acessório. Em relação aos efeitos da retratação, pode ser retratativo ou não retratativo. Relacionando-se com o fundamento recursal, pode ser comum ou excepcional. (ALVIM CARREIRA, 2016, p. 328).

Quando um recurso é interposto, a jurisdição primeiro profere um juízo de admissibilidade para, posteriormente, adentrar ao exame do mérito recursal. A doutrina e legislação processuais cíveis estabelecem existirem determinados requisitos de admissibilidade dos recursos. Os requisitos de admissibilidade dos recursos podem ser definidos como cabimento, legitimidade, interesse, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, tempestividade, regularidade formal e preparo. (DIDIER, CUNHA, 2018, p. 133).

O requisito de admissibilidade de cabimento dispõe que o recurso necessita ser cabível na hipótese prevista na regra legal para a sua adequação. A doutrina estabelece que o cabimento haverá de ser analisado sob o prisma da possibilidade de recorribilidade do recurso e, também, sob a especificidade do recurso cabível em face da decisão à qual se quer recorrer. (DIDIER, CUNHA, 2018, p.133).

O requisito de admissibilidade legitimidade está positivado no artigo 966 do Código de Processo Civil. Estabelece o artigo do Código de Processo Civil de 2015 poder ser interposto o recurso pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo



Ministério Público, este como parte ou *custos legis*. (DIDIER, CUNHA, 2018, p. 137).

O requisito de admissibilidade interesse estabelece, que, para o recurso ser admitido, é necessário que a parte esteja interessada na lide, ou seja, o recurso necessita ser útil para a parte que quer recorrer. (DIDIER, CUNHA, 2018, p. 142).

A doutrina processual civil estabelece que o requisito de admissibilidade inexistência de fato impeditivo do poder de recorrer relaciona-se a não permitir-se o *venire contra factum proprium*. Assim, desistir ou renunciar ao direito ao qual funda-se a ação, ou, reconhecer a procedência dos pedidos formulados pelo outro polo processual, por não ser admitido no ordenamento jurídico utilizar-se da própria torpeza em detrimento de outrem, obstaculizam a interposição do recurso pretendido. (DIDIER, CUNHA, 2018, p. 147).

O requisito de admissibilidade de tempestividade estabelece que o recurso precisa ser tempestivo, interposto no prazo legal. O Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu a contagem dos prazos processuais nos dias úteis, conforme pode-se extrair da regra positivada no artigo 219 do código. (DIDIER, CUNHA, 2018, p. 148).

O requisito de admissibilidade regularidade formal estabelece que o recurso precisa ser interposto com os requisitos legais previstos pelo ordenamento jurídico, para a sua admissibilidade. Os recursos têm requisitos formais de admissibilidade, que, precisam ser preenchidos, de modo a poderem ser conhecidos. (DIDIER, CUNHA, 2018, p. 152).

O requisito de admissibilidade preparo estabelece que, para ser admitido, necessita o recurso ser interposto com o comprovante de pagamento das custas processuais. A doutrina enfatiza, que, deserção é a sanção de não interpor-se o recurso com preparo. (DIDIER, CUNHA, 2018, p. 153).



Em observação ao capítulo, o processo civil é instrumento do poder soberano do Estado de exercício jurisdicional, não havendo por inobservar os preceitos do direito substancial, tendo em vista que uma das suas principais funções é assegurar estes, no caso concreto, por meio do exercício do poder jurisdicional. Recurso, é meio de se impugnar decisões em um mesmo processo em que a decisão foi proferida. Não é o único meio de impugnação existente no direito, a observar meios autônomos de impugnação ajuizados, indistinta e autonomamente com relação ao processo em que a decisão a ser impugnada foi proferida. O processo é o principal meio de exercício da jurisdição e tem a função de, além de movimentar a jurisdição, assegurar direitos e garantias esculpidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Neste trabalho, procurar-se-á, se não sempre, nos limites do possível, estabelecer interpretação e olhar atentos ao direito material-substancial e aos direitos e garantias constitucionais. O direito processual, no sistema constitucional do século XXI, com necessária observância ao direito constitucional e suas normas, não deve olvidar-se de assegurar direitos e garantias constitucionais, estabelecendo, de maneira positivada o Código de Processo Civil de 2015, no primeiro artigo do código, que, o sistema processual civil precisa atentar-se aos direitos e garantias constitucionalmente assegurados pelo poder constituinte originário.

Ao mesmo tempo em que o legislador estabeleceu preocupação com a duração razoável do processo no novo Código de Processo Civil, as partes tem que assegurar direitos e garantias legais, não podendo significar a celeridade processual, a supressão de direitos e garantias legais. O processo que respeita garantias fundamentais é “um processo que demora algum tempo. O amplo debate que deve existir entre os sujeitos do procedimento em contraditório exige tempo. A adequada dilação probatória também exige tempo. A fixação de prazos razoáveis para a prática de atos relevantes para a defesa dos interesses em juízo,



como a contestação e os recursos, faz com que o processo demore algum tempo.” (CÂMARA, 2019, p. 06).

## 1.1 Mudança Legislativa

O Código de Processo Civil anterior positivava, no ordenamento jurídico, o recurso denominado embargos infringentes. O novo Código de Processo Civil não trouxe mais os embargos infringentes. Os embargos infringentes eram cabíveis nos casos de inexistência de unanimidade no acórdão que houvesse reformado sentença de mérito na apelação, ou houvesse julgado procedente ação rescisória, ação de competência dos tribunais, quando da ausência de unanimidade. Quando o desacordo fosse parcial, os infringentes haveriam por limitar-se ao conteúdo objeto da divergência.

O Código de Processo Civil de 1973 definia, no artigo 530, *caput*, os embargos infringentes como o recurso cabível quando o acórdão não unânime houvesse reformado, em apelação, a sentença de mérito, ou julgado procedente ação rescisória. Na hipótese de desacordo parcial, os embargos infringentes deveriam limitar-se apenas ao objeto da divergência. O artigo 533 do Código de Processo Civil de 1973 estabelecia, que, admitidos os infringentes, estes seriam processados e julgados conforme o regimento interno do tribunal. (BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 1973, art. 533).

Ao referir-se ao poder legislativo como suprema autoridade, porque o que representa de maneira mais fiel a vontade da sociedade civil, defendeu cientista racionalista que os seres humanos, em comunidade, instituem o poder legislativo com os mais competentes e confiáveis homens e mulheres. Ao instituírem a suprema autoridade, delegando parte dos seus poderes naturais à autoridade constituída, “os homens devem ser governados por meio de leis devidamente



promulgadas, ou sua paz, tranquilidade e bens ficarão tão vulneráveis quanto no estado de natureza.” (LOCKE, 1632-1704, p. 110).

O poder legislativo, que necessita estar sempre atento à realidade social, em constante movimento, ao promulgar o novo código, expôs os motivos ensejadores da mudança. Aduz a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015, a preocupação do legislador com a simplificação do sistema recursal, procurando torna-lo mais eficiente. (BRASIL, EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO CPC/2015, p.25).

O atual Código de Processo Civil de 2015 trouxe, em hipóteses que antes eram hipóteses de interposição dos embargos infringentes, o instituto da ampliação do colegiado, disciplinado no artigo 942 do código. No modelo vigente, quando não houver unanimidade na apelação, o julgamento será prosseguido com a presença de outros julgadores, em quantidade suficiente para que o resultado possa inverter-se. Também se aplica a técnica de julgamento, na ação rescisória julgada procedente e no agravo de instrumento que reforma decisão que julgou o mérito da causa, quando a unanimidade não estiver presente. (BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, art. 942).

O legislador explicitou de maneira enfática, a sua preocupação com a operacionalização, pragmatismo e efetividade de um dos principais instrumentos de efetivação do ordenamento jurídico, o Código de Processo Civil. O legislador enfatizou, na exposição de motivos do Código de Processo Civil, a sua preocupação com a uniformização da jurisprudência nos tribunais, criando institutos como o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência, vislumbrando aumentar a segurança jurídica no país e aprimorar a uniformização das decisões judiciais. (BRASIL, EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO CPC/ 2015, p. 24-30).



Há de se ressaltar, sem segurança jurídica, prejudica-se o ambiente de negócios, a confiança no cumprimento das obrigações e respeito aos contratos, um grau ético de previsibilidade esperado com precedentes e jurisprudência dos tribunais, dentre outros efeitos nefastos ao ordenamento jurídico e a toda sociedade, quando não em estado prejudicada, joga com a liberdade das pessoas, no Direito Penal. A segurança jurídica apenas deve ser afastada quando, em ponderação com outros princípios do ordenamento jurídico, aquela se comprove em flagrante dissonância com os direitos e garantias fundamentais. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, art. 5º, LIV).

O ilustre político, jurista e professor alemão Gustav Radbruch (1878-1949), professor da Universidade de Heidelberg, integrou uma corrente jusnaturalista preocupada com a segurança-jurídica. Citado por Norberto Bobbio, sua defesa estabelecia que conflito entre a segurança jurídica e a justiça “pode ser resolvido de modo que o direito positivo, assegurado através de um estatuto e do poder, tem então a precedência, mesmo quando seu conteúdo for injusto e inconveniente, a não ser que a contradição da lei positiva em relação à justiça atinja uma medida tão intolerável que a lei, enquanto ‘direito injusto’, tem que ceder à justiça” (GUSTAV RADBRUCH, 1970, p. 353). Entende-se a justiça como constitucionalismo.

Neste sentido, o árduo trabalho dos tribunais superiores, que, em soma com outras funções e competências, têm o importantíssimo dever de instâncias orientadoras, informadoras, uniformizadoras dos precedentes e jurisprudências do Poder Judiciário. Assim, a existência de institutos em todo o ordenamento jurídico, como, por exemplo, súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência, positivados, respectivamente, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e no Código de Processo Civil de 2015, institutos



que visam, precipuamente, o prestígio à segurança jurídica e a uniformização da jurisprudência nos tribunais. Para o desenrolar desta monografia e a possível apresentação de uma conclusão satisfatória, procurar-se-á utilizar de um juízo ponderativo, auxiliado dos ensinamentos de Robert Alexy e de interpretações sistemática e teleológica do *Códex* Processual Civil de 2015.

## **1.2 Ampliação do Colegiado no Código de Processo Civil de 2015**

Estabeleceu-se pelo legislador, no artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015, que, em incidindo resultado não unânime na apelação, o julgamento será prosseguido em sessão a ser designada com outros julgadores, convocados nos termos previamente estabelecidos pelo regimento interno, em número suficiente para garantir a possível inversão do resultado inicial, assegurado o direito de sustentação oral perante novos julgadores.

O artigo 942, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil de 2015, estabelece que, em sendo possível, o julgamento prosseguirá na mesma sessão, colhendo-se votos de outros julgadores. O parágrafo segundo, expressamente, prevê a possibilidade dos julgadores que já houverem votado reverem os seus respectivos votos com o prosseguimento do julgamento. O parágrafo terceiro, do mencionado artigo, prevê que a técnica de ampliação do colegiado aplica-se ao julgamento que não seja unânime proferido em ação rescisória. Quando o resultado for a rescisão da sentença, agravo de instrumento que houver reformado a decisão que parcialmente julgou o mérito da causa. O parágrafo quarto estabelece hipóteses de não incidência da técnica de ampliação do colegiado, não ampliando-se o colegiado no incidente de resolução de demandas repetitivas e na assunção de competência, em remessa necessária e em julgamento não unânime proferido pelo plenário ou corte especial dos tribunais. (BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, art. 942).



A doutrina majoritária defende não tratar-se o instituto, de recurso, pois aplica-se a regra antes do final do julgamento, *ex officio*, apenas existindo a lavratura de acórdão após a deliberação dos julgadores que passaram a compor o quórum ampliado. A regra disposta no parágrafo primeiro, do art. 941 do Código de Processo Civil de 2015, precisa ser observada no sentido da necessidade de se respeitar a deliberação dos julgadores afastados ou que venham a ser substituídos. No mandado de segurança, aplica-se a regra, em atenção ao enunciado 62 da I Jornada de Direito Processual Civil do CJP e enunciado 24 do Fórum Nacional do Poder Público. (DIDIER, CUNHA, 2018, p. 95).

Na hipótese de caso concreto que ensejaria a aplicação da regra e esta não incidiu, não ampliando-se o quórum de julgamento como dispõe o artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015, nulo será o acórdão, por existência de “vício de competência funcional”. (DIDIER, CUNHA, 2018, p. 97).

Por não ser considerado recurso, a aplicação da regra não enseja efeito devolutivo, de modo que o julgamento é interrompido e retomado com composição estendida. Os novos julgadores, que não participaram do julgamento reduzido, não possuem constrição em relação ao tema objeto de julgamento, não limitando-se ao capítulo divergente, pois, com a interrupção, não se encerrou o julgamento. Julgadores que já proferiram seus votos, com a ampliação do colegiado e posterior contribuição dos noveis convocados, podem rever os seus posicionamentos em relação ao objeto do *decisum*. (DIDIER, CUNHA, 2018, p. 98).

Alguns doutrinadores alertam, que, em se proferindo um resultado não unânime, impôs o artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015 a continuação do julgamento com o chamamento de mais dois magistrados, garantindo a parte derrotada a possibilidade de inversão do resultado vencedor com a possível posterior prevalência do entendimento firmado no voto vencido, ampliando-se o





quórum de julgamento e suprimindo do ordenamento jurídico pátrio os embargos infringentes. (WAMBIER, CONCEIÇÃO, RIBEIRO, MELLO, 2015, p. 1341).

Observa-se, que o resultado não unânime, com a ampliação do colegiado, é submetido à ampliação do debate, por meio da convocação de novos julgadores, realizado *ex officio*, não ocasionando nova espécie recursal, em que ocorreria a continuação do julgado. Além das hipóteses taxativamente dispostas no artigo 942, se defende que por analogia, é aplicável a ampliação do colegiado em “agravo de instrumento interposto contra a decisão que reforma o julgamento de improcedência liminar parcial, a liquidação de sentença e contra a decisão que reforma o não acolhimento da impugnação”. A incidência da analogia é explicada, por todas as decisões serem finais e serem impugnáveis pelo agravo de instrumento, positivado no artigo 1.015, do Código de Processo Civil de 2015. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, p. 579).

No julgamento do recurso especial nº 1.771.815, de relatoria do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, o Superior Tribunal de Justiça proferiu *decisum* que minuciou a controvérsia objeto do trabalho. Decidiu o Excelentíssimo tribunal ser cabível a modificação do voto por desembargador que optou por alterar o seu entendimento após a aplicação da regra. Enfatizou o relator, em ementa, não configurar a regra instituída pelo artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015 nova espécie recursal, mas técnica de julgamento incidente *ex officio*, não dependente de expresso requerimento das partes, que objetiva “aprofundar a discussão a respeito de controvérsia, de natureza fática ou jurídica, acerca da qual houve dissidência”. Enalteceu-se ser obrigatória a aplicação da regra quando prevista a hipótese de aplicação, inexistindo lavratura de acórdão parcial do mérito, por não encerramento do julgamento até a lavratura do acórdão proferido com o quórum de julgamento ampliado. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RESP 1.771.815).



Asseverou-se, que julgadores convocados não haverão de ficarem restritos aos capítulos, pontos, questões, objeto da divergência, inclusive por inexistir lavratura do acórdão parcial de mérito. Houve de se ressaltar, que o objetivo da ampliação do colegiado, é qualificar o debate, procurando manter a jurisprudência do tribunal uniforme, estável, íntegra e com coerência. Se enfatizou, que de acordo com disposição expressa do artigo 942, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, julgadores podem se posicionar inclusive em divergência a dispositivo anterior, por a conclusão do julgamento e consequente lavratura do acórdão apenas incidir com o término do julgamento após a aplicação da regra. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RESP 1.771.815).

Parte da doutrina defende, assim como alguns tribunais têm atuado na prática, no sentido de conferir força restritiva à técnica prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015. Desta forma, tópicos do *decisum* julgados por unanimidade não justificam a intervenção de outros julgadores. Ampliado o julgamento, “com a convocação de outros desembargadores, estes devem proferir voto apenas e tão-somente nos limites da devolutividade, ensejada pela nova técnica contemplada pelo Código de Processo Civil, que se circunscreve ao dissenso estabelecido pelos votos já proferidos”. (CRUZ E TUCCI, 2017).

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe, expressamente, previsão no sentido de dever de uniformização da jurisprudência por parte dos tribunais, havendo estes de a manter estável, íntegra e coerente. (BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, ART. 926).

A jurisprudência demonstra, habitualmente, instabilidade injustificada, em prejuízo da segurança jurídica, muito importante para o desenvolvimento de uma nação. Muitos sentem e lamentam os prejuízos práticos da insegurança jurídica. O Código de Processo Civil de 2015, desta forma, expressamente previu a



preocupação do legislador com a integridade do ordenamento jurídico, estabilidade, integridade e coerência com a jurisprudência dos tribunais. O desenvolvimento das relações públicas e privadas a médio e longo prazo, para que possam ter previsibilidade necessária para o sucesso de negócios jurídicos e contratos complexos, enaltece o caráter fulcral do respeito à segurança jurídica. (WAMBIER, CONCEIÇÃO, RIBEIRO, MELLO, 2015, p. 1314).

## **2 DIVERGÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS**

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.771.815, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, firmou importante precedente em afirmação da tese ampliativa.

Neste referido julgado, decidiu o tribunal, em síntese, que a ampliação do colegiado independe de requerimento das partes, por ser uma técnica processual e não recurso, que desembargador já prolator de voto antes da ampliação do colegiado pode alterar o voto anteriormente proferido, que inexistente lavratura de *decisum* parcial de mérito, e que os julgadores que não compunham o quórum reduzido e passaram a compor o quórum ampliado não ficam restritos ao objeto de interpretação à qual os julgadores da primeira formação se vincularam, existindo poderes, com a aplicação da técnica, de apreciação da integralidade do recurso. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RESP 1.771.815).

A parte recorrente, no referido julgado do Superior Tribunal de Justiça, requeria que a divergência apenas em relação à extensão do recurso não deveria ensejar a aplicação da técnica de ampliação do colegiado prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015, de modo que a decisão deveria conter-se aos capítulos aos quais não existiu unanimidade. Desta maneira, juízes que já proferiram votos deveriam manter as suas decisões com a ampliação da sessão. O recurso ultrapassou os requisitos de admissibilidade e teve mérito julgado



improcedente, nos termos do voto do relator. Assim, decidiu o eminente tribunal, que a técnica da ampliação do colegiado inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015 é de aplicação *ex officio*, inescusável, quando a decisão na primeira sessão do tribunal não for unânime. Os eminentes ministros decidiram que, com a prorrogação do julgado, todo o objeto do recurso pode ser apreciado pela nova sessão com quórum ampliado.

Nos Embargos de Declaração 1120924-92.2015.8.26.0100/5000, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acolheu os pedidos da embargante no sentido de conferir obrigatoriedade de aplicação da hipótese prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015, quando esta deveria ter incidido por força normativa e não incidiu *ex officio*. O eminente relator acolheu os declaratórios e determinou a inclusão do objeto da demanda em pauta, para posterior prosseguimento do *decisum* com a sessão composta.

No informativo de 2018, enfatizou-se que, a tese restritiva demonstra ser o entendimento do Tribunal de Justiça do Paraná, que no artigo 245-A, § 2º, de seu regimento interno, determina que “se a questão preliminar ou prejudicial compatível com o mérito suscitar a extensão de quórum do art. 942 do CPC e for rejeitada por maioria de votos, serão dispensados da análise do mérito os julgadores convocados especificamente para a análise da preliminar” (FUCKNER, 2018, p.3).

Afirmando jurisprudência que tem defendido a tese restritiva, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, na sessão extraordinária administrativa aos 14 de março de 2018, decidiu que os votos em sessão composta precisam ater-se aos limites dos votos proferidos durante o julgamento primário que suscitou a aplicação do instituto *ex officio*. Neste sentido, tem-se o artigo 172 do Regimento Interno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, a estabelecer que, ao



aplicar-se o instituto da ampliação do colegiado, este deve restringir-se ao objeto da decisão de que emanou a divergência. (SILVA, ARAÚJO, 2018, p. 11).

O Excelentíssimo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 5ª Turma Cível, no julgamento dos Embargos de Declaração em Apelação Cível 20130111664988APC, de relatoria do eminente Desembargador Relator Josapha Francisco dos Santos, proveu os Embargos de Declaração no sentido do reconhecimento da obrigatoriedade de aplicação da técnica de ampliação do colegiado no CPC/2015, quando presentes os requisitos para a incidência do artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015. Decidiu o Eminente Relator que “diante do julgamento não unânime, necessária a aplicação do artigo 942, do CPC, ao caso concreto, a fim de que se dê prosseguimento ao julgamento com a prolação dos votos dos demais desembargadores” (TJDFT, Embargos de Declaração na Apelação Cível 20130111664988APC).

Em julgado pela tese ampliativa, decidiu a eminente desembargadora relatora Maria Ivatônia que “nos órgãos colegiados, não existe lavratura de acórdão parcial de mérito e o julgamento só termina com a proclamação final do seu resultado”. Decidiu a Eminente Desembargadora que, até que a proclamação final do resultado da sessão composta ocorra, pode qualquer dos membros do Tribunal, a incluir o relator, “retificar o voto anteriormente proferido (art. 942, § 2º, do CPC/2015)”. A 5ª Turma do Tribunal, por unanimidade, votou com a relatora. (TJDFT, 5ª Turma - Embargos de Declaração na Apelação Cível 20130110762189APC, p. 57).

Assim, tem-se divergência nos tribunais concernente a correta hermenêutica a incidir sobre o instituto positivado no artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015, que, faz-se presente no ordenamento jurídico nas hipóteses em que antes da sua vigência admitiam-se os Embargos Infringentes. A doutrina já firmou evidente maioria pela tese ampliativa da técnica, que, é



verificada, também, nos tribunais. Não obstante, os fortes argumentos da tese restritiva não obstam a sua aplicação pela atual minoria dos tribunais e a sua defesa por eminentes doutrinadores.

## 2.1 Tese Restritiva

Insurge-se, na defesa da não intervenção no julgamento com quórum ampliado em matérias superadas por unanimidade no colegiado com três membros, a tese restritiva do instituto. Os defensores desta tese discernem, que as partes do *decisum* julgadas por unanimidade não justificam a intervenção de outros juízes. Ampliado o julgamento, “com a convocação de outros desembargadores, estes devem proferir voto apenas e tão-somente nos limites da devolutividade, ensejada pela nova técnica contemplada pelo Código de Processo Civil, que se circunscreve ao dissenso estabelecido pelos votos já proferidos”. (CRUZ E TUCCI, 2017).

A referida interpretação confere a ampliação do colegiado procedimentabilidade similar a dos embargos infringentes. As matérias que virão a ser apreciadas pelo colegiado com quórum ampliado, limitam-se aos limites da divergência. Desembargadores que já proferiram seus votos, limitam-se a posições já firmadas com o quórum reduzido. Esta interpretação do instituto, em ponderação, privilegia a segurança jurídica, procedimentabilidade do código de processo civil, e celeridade procedimental do sistema processual civil, um dos objetivos da criação do novo código de processo civil.

A Seção Especializada Cível do Tribunal de Justiça de Alagoas, em Sessão Extraordinária Administrativa aos 14 de março de 2018, firmou entendimento no sentido de que o *decisum* deve se ater aos votos apresentados durante o julgamento primário que suscitou a aplicação do procedimento. Neste



sentido, que a teleologia da técnica seria permitir que o posicionamento minoritário venha a se tornar majoritário.

Deste modo, o voto dos juízes que venham a compor a câmara composta necessita observar o posicionamento firmado pelo quórum ordinário da sessão de desembargadores. Estabelece o artigo 172 do Regimento Interno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, que, em aplicando-se a técnica da ampliação do colegiado positivada no artigo 942 do CPC/2015, deve restringir-se o julgamento ao tema que motivou a divergência, com prosseguimento na mesma sessão, se possível, ou em outra sessão a ser designada, com a presença de mais 02 (dois) outros Desembargadores, nos termos do regimento. (SILVA, ARAÚJO, 2018, p. 11).

O Egrégio Tribunal de Justiça de Alagoas, que, optou pelo entendimento restritivo do instituto da ampliação do colegiado, assim ementou *decisum*:

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. SUPOSTA NULIDADE DO JULGAMENTO POR INDEFERIMENTO DE SUSTENTAÇÃO ORAL EM SESSÃO DE TÉCNICA DE AMPLIAÇÃO DE JULGAMENTO. CUMPRIMENTO DO ART. 170, § 2º DO REGIMENTO INTERNO DO TJ/AL. NÃO CONFIGURAÇÃO DE NULIDADE. RECURSO CONHECIDO E REJEITADO.

Os recorrentes alegam não ter sido concedido o direito de apresentarem defesa oral quando da sessão em técnica de ampliação de julgamento, afirmando não constar, seja no acórdão, seja na certidão, os fundamentos legais para referido indeferimento.

Contudo, em análise aos autos, verifico a existência da certidão lavrada pela Secretária da 3ª Câmara Cível desta Corte, nos autos principais (fls. 2978/2979), a qual afirma o motivo do indeferimento do pedido. Logo, não há que se falar em omissão desta Corte acerca do pedido de sustentação oral em técnica de julgamento ampliado, apresentado através da petição de fls. 2972/2975.



A aplicação da técnica de ampliação deve ser restrita ao tema objeto de divergência, sob pena de se trazer ao julgamento matérias em que já foi alcançada a unanimidade perante os julgadores originários. Por essa razão é que se limitou, em nosso Regimento Interno, que a sustentação oral em sede de ampliação de julgamento seja restrita aos temas em que se deu a divergência (art. 170, § 2º), uma vez que onde não há divergência, não há a manifestação dos novos julgadores.”

(Tribunal de Justiça, Poder Judiciário de Alagoas, Embargos de Declaração 0014786-11.2006.8.02.0001/50000, Terceira Câmara Cível, Maceió 06.07.2017)

Deste modo, em importante acórdão afirmador da tese restritiva, é perceptível que a ampliação do colegiado, para os tribunais e doutrinadores defensores desta tese, limita-se e restringe-se ao tema objeto da divergência, procurando-se evitar levar a novo julgamento matérias que já houveram por decididas por unanimidade pelos julgadores do quórum originário da sessão de julgamento. Este entendimento prestigia o interesse de simplificação e celeridade esculpidos na exposição de motivos de elaboração do novo código processual cível.

Na jurisprudência supra ementada é possível constatar, que, o próprio regimento interno do tribunal de justiça do Estado de Alagoas estabelece a devolução limitada da matéria objeto da divergência no seu artigo 170, §2º, estando os desembargadores aplicando a regra do tribunal estabelecida no regimento interno.

## 2.2 Tese Ampliativa

Os defensores da tese ampliativa do instituto sustentam que não existe lavratura de acórdão parcial de mérito quando cabível a aplicação do artigo 942 do Código de Processo Civil. Assim, o julgamento se estende *ex officio* e, até que ocorra a finalização da sessão composta pelo Tribunal, são livres os magistrados para reverem os seus votos e alterarem os seus respectivos





julgamentos. Desta maneira, todo o objeto impugnado na demanda recursal é matéria de julgamento até o final da sessão de julgamento que lavra o acórdão definitivo do respectivo recurso objeto de aplicação da técnica processual.

Os julgadores que não compunham a sessão reduzida e passaram a compor a sessão composta do Tribunal de segundo grau, não estão constrictos ao capítulo de divergência, porque o julgamento não se encerra até o final da sessão composta. Os magistrados que já posicionaram-se sobre o litígio, se ficarem convencidos com posicionamento divergente dos seus votos na sessão composta, podem rever os seus posicionamentos. (DIDIER, CUNHA, 2018, p. 98).

Desta maneira, o prosseguimento do julgamento pode acontecer na primeira sessão de julgamento, na hipótese dos tribunais que dispõe de dois julgadores prontos para atuarem quando for o caso de incidência do instituto, ou em qualquer outra sessão em que couber a inclusão do julgamento em pauta. Assim, julgadores que já votaram podem alterar os votos, salvo a previsão do artigo 941, § 1º, do Código de Processo Civil, que estabelece a possibilidade de alteração do voto proferido até o momento da proclamação do resultado pelo presidente da sessão, salvo o voto já proferido por juiz afastado ou substituído. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, p. 579).

Ao entender-se que a técnica de ampliação do colegiado, sistematicamente e teleologicamente, foi instituída para ser interpretada de modo ampliativo, prestigia-se a colegialidade das sessões de julgamento formadas por vários magistrados, maior liberdade dos desembargadores que são órgão do poder judiciário, em detrimento da celeridade processual, simplicidade do sistema processual civil, estas mais prestigiadas pela tese restritiva.

A colegialidade dos tribunais se explica por meio do espírito cooperativo e de complementariedade entre os órgãos do tribunal. Defensores de uma colegialidade mais expressiva argumentam que, no Estado democrático de



direito, não devem ser tolerados discursos solitários de poder, “de modo que todo poder deva ser processualizado, ou seja, exercido mediante o debate em contraditório substantivo e de modo que tal diálogo genuíno seja sempre visto como um pressuposto essencial dos pronunciamentos judiciais”. Assim, tem-se o processo judicial como um direito subjetivo das partes integrantes da relação jurídico- processual de que o processo conduza-se da maneira a assegurar-se princípios, regras e direitos da maneira mais consentânea com os primados do neoconstitucionalismo. (NUNES, 2015, p. 73).

A liberdade mais acentuada dos juízes com a tese ampliativa se explica com a possibilidade de mudança de votos anteriormente proferidos e reflexões pelos magistrados que já proferiram votos na sessão ordinária, até que a sessão composta venha a ser concluída. A regra positiva presente no Código de Processo Civil de 2015 inclina-se na direção da tese ampliativa, ao estabelecer que julgadores já prolatores de votos na sessão diminuta do colegiado estão autorizados a rever votos por motivo de prosseguimento do julgamento. (BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, ART. 942, § 2º).

### **3 CONVOCAÇÃO DE NOVOS JULGADORES**

Embora a primeira sessão de julgamento compunha-se de três desembargadores, ao incidirem as hipóteses de ampliação do colegiado previstas no código de processo civil, o julgamento continua com a presença de mais dois desembargadores, quando o Tribunal tem julgadores em espera, ou, continua-se o julgamento em outra sessão com mais dois julgadores convocados, em número suficiente para a possível inversão do julgado.

Parcela dos tribunais já têm sessões cíveis compostas por desembargadores em espera. Ao incidir a ampliação do colegiado, continua-se sem interrupção a sessão, colhendo-se os votos dos convocados magistrados. Esta formação das



sessões verifica-se em harmonia com os objetivos do novo código de processo civil, porque preza pela celeridade do processo civil.

Uma parte dos tribunais, que têm sessões cíveis formadas por três desembargadores, ao incidir a regra disposta pelo artigo 942 do Código de Processo Civil, preza por suspender a sessão para que o julgamento apenas tenha prosseguimento em sessão formada por número de órgãos suficientes para que o resultado inicial possa ser revisto.

Não obstante, a convocação de novos julgadores prestigia o debate, a colegialidade do tribunal, fazendo incidir possível mudança no resultado do *decisum*. Em defesa da colegialidade, doutrinador estabelece que “deve assumir um papel diferenciado para que o tribunal julgue melhor e otimize o trabalho futuro dos próximos decisores” (NUNES, 2015, p. 81).

### **3.1 Lavratura do Acórdão**

O entendimento de parcela expressiva da doutrina e dos Tribunais, é no sentido de que não existe lavratura de acórdão parcial de mérito ao incidirem as hipóteses previstas no código de processo civil. Desta maneira, o acórdão só é lavrado ao final da sessão composta do Tribunal.

Ao entender-se que apenas existe a lavratura de acórdão ao final da sessão composta do Tribunal, incide o entendimento ampliativo do instituto, no sentido de que, como o julgamento só se encerra ao final da sessão composta, podem os magistrados realizar a mudança dos votos até o final da sessão.

Não obstante, para que a insegurança jurídica não prevaleça, é necessário observar os imperativos da boa-fé processual previstos no código de processo civil e código civil, como outros princípios informadores dos objetivos do novo sistema processual civil, para que este possível modificar de votos não signifique decisionismo surpresa.



O Código de Processo Civil de 2015 estabelece que as partes “têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, em evidente preocupação com a satisfação justa e célere dos direitos. O código de processo civil também estabelece que os sujeitos processuais têm o dever de comportar-se conforme a boa-fé. (BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, art. 4º e art. 5º).

A legislação processual civil vigente pugna que todos os sujeitos do processo “devem cooperar entre si para que se obtenha em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, em cristalina preocupação do legislador com a cooperação jurídica entre as partes e preocupação com a celeridade processual. (BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, art. 6º).

O código de processo civil vigente, não obstante, estabeleceu de maneira expressa que os tribunais têm o dever de uniformização das suas jurisprudências, havendo de as manter estáveis, íntegras e coerentes. (BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, art. 926).

Embora entenda-se que os tribunais apenas lavrem acórdão ao final da sessão composta em julgamento de segundo grau, existindo apenas um sobrestamento do julgamento até a sua continuação com composição composta do tribunal após incidir o efeito do artigo 942 do Código de Processo Civil, defende-se que esta possível modificação dos votos já proferidos pelos magistrados em sessão primária não obste os primados da boa-fé objetiva, defendendo-se que posterior mudança seja exceção, não a regra, defendendo-se a proibição de decisões surpresa nos Tribunais. (DIDIER, CUNHA, 2018, p. 70).

Ao incidir a hipótese de ampliação do colegiado, estendendo-se o colegiado *ex officio*, defende-se que os desembargadores têm liberdade para proferirem voto sobre todo o objeto do recurso que ensejou a aplicação do instituto, hipóteses de incidência disciplinadas pelo artigo 942 do Código de



Processo Civil de 2015, porque, com a incidência da técnica, existe a continuação ou sobrestamento do julgamento, a continuar na mesma sessão do Tribunal ou em outra, sem incidir qualquer efeito limitador que eventual prolação parcial de mérito poderia estabelecer. Entretanto, embora não lavrado o acórdão ao incidir a técnica, existe uma expectativa das partes, fundamentada na boa-fé objetiva, de que os votos proferidos na primeira sessão serão mantidos. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL DE 2002, ART. 422).

Enfatizando-se a importância do combate às decisões surpresas nos tribunais, enfatiza-se pela doutrina que a proibição de decisões surpresa nos tribunais trata-se de um dos princípios mais importantes do novo código de processo civil, afirmando-se ser um dos pilares e alicerces do novo código. (DIDIER, CUNHA, 2018, p. 70)

### **3.2 Tese Mais Propensa a Assegurar Princípios e Coesão ao Sistema Processual Vigente**

A tese ampliativa, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa e proibição de decisões surpresas nos tribunais, é a tese que tem sido a mais utilizada pelos tribunais e defendida pela doutrina processual civil. É a tese que mais apresentou-se propensa a assegurar princípios e coesão ao sistema processual civil vigente.

A colegialidade e ampliação do debate favorecem a qualidade dos votos, que apenas podem ser revistos, se magistrados tiverem a liberdade de apenas lavrarem os seus respectivos votos ao final da sessão composta após a aplicação dos efeitos jurídicos do artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015. O próprio Código de Processo Civil de 2015 indica a preferência do legislador à tese ampliativa, ao enfatizar, que, os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento. (BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, ART. 942, § 2º).



A celeridade, asseverada pelo legislador na exposição dos motivos de elaboração do novo códex, não deve sobressair-se em detrimento da qualidade do provimento jurisdicional exercido pela jurisdição.

Ao salientar-se a importância de assegurar-se o contraditório, o próprio código de processo civil de 2015, no artigo 9º (nono), estabelece que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. O artigo 10 (dez) do Código de Processo Civil de 2015 também assegura que o magistrado não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça acordou no sentido de fixar a tese ampliativa:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS.APELAÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JULGAMENTO NÃO UNÂNIME. TÉCNICA DE AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO. ART. 942 DO CPC/2015. NATUREZA JURÍDICA. TÉCNICA DE JULGAMENTO. CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE VOTO. POSSIBILIDADE.NULIDADE.NÃOOCORRÊNCIA.

Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

Cinge-se a controvérsia a aferir, preliminarmente, se houve negativa de prestação jurisdicional. No mérito, o propósito é definir a correta interpretação e a abrangência da técnica de ampliação de colegiado na hipótese de julgamento não unânime, nos termos do art. 942 do CPC/2015.

Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o Tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

No caso concreto, diante da ausência de unanimidade no julgamento da apelação, foi aplicado, de ofício, o art. 942



do CPC/2015 a fim de ampliar o colegiado com a convocação de outros desembargadores. Na continuidade do julgamento, um dos desembargadores alterou o voto anteriormente proferido para negar provimento à apelação e manter a sentença, resultado que prevaleceu, por maioria.

A técnica de ampliação do colegiado consiste em significativa inovação trazida pelo CPC/2015, tendo cabimento nas hipóteses de julgamento não unânime de apelação; ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença; e agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgou parcialmente o mérito.

O art. 942 do CPC/2015 não configura uma nova espécie recursal, mas, sim, uma técnica de julgamento, a ser aplicada de ofício, independentemente de requerimento das partes, com o objetivo de aprofundar a discussão a respeito de controvérsia, de natureza fática ou jurídica, acerca da qual houve dissidência.

Constatada a ausência de unanimidade no resultado da apelação, é obrigatória a aplicação do art. 942 do CPC/2015, sendo que o julgamento não se encerra até o pronunciamento pelo colegiado estendido, ou seja, inexistente a lavratura de acórdão parcial de mérito.

Os novos julgadores convocados não ficam restritos aos capítulos ou pontos sobre os quais houve inicialmente divergência, cabendo-lhes apreciação da integralidade do recurso.

O prosseguimento do julgamento com quórum ampliado em caso de divergência tem por objetivo a qualificação do debate, assegurando-se oportunidade para a análise aprofundada das teses jurídicas contrapostas e das questões fáticas controvertidas, com vistas a criar e manter uma jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente.

Conforme expressamente autorizado pelo art. 942, § 2º, do CPC/2015, os julgadores que já tenham votado podem modificar

o seu posicionamento.

Não cabe a esta Corte Superior reexaminar as premissas fáticas sobre as quais se fundamentou o Tribunal local, a fim de verificar se houve efetivamente divergência, haja vista o óbice da Súmula nº 7/STJ.

Recurso especial não provido.”



(STJ - Acórdão Resp 1771815 / Sp, Relator(a): Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, data de julgamento: 13/11/2018, data de publicação: 21/11/2018, 3ª Turma)

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece, no artigo 5º, LV, que os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, têm assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a estes inerentes. Não obstante, estabelece o Código de Processo Civil de 2015, no seu artigo 1º, que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições do código de processo civil.

Doutrina enfatiza que a parte necessita poder influenciar a decisão jurisdicional para que o seu contraditório seja, substancialmente, assegurado. (DIDIER, CUNHA, 2018, p. 106). O contraditório não é assegurado mediante mera participação no processo, mas, a parte, substancialmente, precisa ter poder de influência em equivalência com o outro polo processual para que possa ter o seu direito ao contraditório, assegurado. (DIDIER, CUNHA, 2018, p. 106). A decisão surpresa é, pois, a decisão que inobserva o contraditório efetivo das partes. (DIDIER, CUNHA, 2018, p. 110).

A ampla defesa se exerce com meios efetivos de exercício do contraditório. A doutrina assevera, que, o aspecto substancial do exercício do contraditório, é a ampla defesa. (DIDIER, CUNHA, 2018, p. 114).

Desta maneira, considerando o suscitado neste trabalho, também que o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu, no artigo 926 (novecentos e vinte e seis), o dever de uniformização de jurisprudência por parte dos tribunais, tendo os tribunais o dever de, além de uniformizar, manter as suas jurisprudências estáveis, íntegras e coerentes, defende-se que estes prezem pela tese ampliativa da





técnica de ampliação do colegiado com observância ao contraditório, ampla defesa e proibição de decisões surpresas nos tribunais.

## CONCLUSÃO

Neste trabalho, na introdução, foi enfatizada a existência de dissonância nos tribunais sobre a interpretação a ser aplicada ao instituto da ampliação do colegiado estabelecida no artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015.

Os tribunais, preocupados com a correta aplicação da técnica de ampliação do colegiado, estão anulando acórdãos que não aplicaram o instituto, quando este haveria de insurgir-se, de modo a poder verificar-se nos precedentes:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. DECISÃO DA APELAÇÃO CÍVEL PROFERIDA POR MAIORIA DE VOTOS. SESSÃO DE JULGAMENTO REALIZADA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DO CPC/2015. NÃO OBSERVÂNCIA DA TÉCNICA DE AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO ESTABELECIDO NO ART. 942 DO CPC. ACÓRDÃO ANULADO. REINCLUSÃO DO FEITO EM NOVA PAUTA DE JULGAMENTO.

Hipótese em que se verifica a existência de omissão no julgado embargado, uma vez que não foi observado o rito processual estabelecido no art. 942, “caput”, do CPC/2015. E tal deveria ter se dado, posto que o julgamento do apelo ocorreu por *maioria de votos* e em sessão de julgamento realizada após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil.

Deste modo, impõe-se declarar a nulidade do acórdão de fls. 240/244v proferido nos autos da apelação cível nº 70055207930, na sessão do dia 27 de abril de 2016, devendo o feito ser reincluído em pauta, a fim de que o novo julgamento se dê com observância da técnica de ampliação do colegiado, estabelecida no art. 942 do CPC/2015

EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITO INFRINGENTE.”



(Embargos de Declaração 70069514172, Segunda Câmara Cível, Comarca de Porto Alegre, Relatora a desembargadora Lúcia de Fátima Cerveira);

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Pleito de nulidade de julgamento de embargos anteriores, por inobservância do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil. Reconhecimento. Necessidade de ampliação do julgamento, mediante convocação de outros julgadores. Recurso provido. Embargos parcialmente acolhidos. (TJSP - Acórdão Embargos de Declaração 1005092-06.2017.8.26.0564, Relator(a): Des. Fernando Sastre Redondo, data de julgamento: 11/09/2018, data de publicação: 12/09/2018, 38ª Câmara de Direito Privado).

Suscitou-se, que, duas frentes se formaram. Uma tese restritiva do instituto e outra tese ampliativa do novo instituto no direito processual civil brasileiro. A verificar-se que o próprio *códex* civil pátrio, em seu artigo 946, estabelece o dever dos tribunais manterem as suas jurisprudências estáveis, íntegras e coerentes, procedeu-se no estudo e pesquisa, para poder-se concluir qual seria a tese mais propensa a assegurar coesão e integridade ao recente sistema processual civil, modificado com a promulgação de um novo código

Após suscitar-se a importância do tema, procedeu-se com a definição de processo civil e recurso, apresentando a mudança legislativa existente no instituto da ampliação do colegiado no Código de Processo Civil de 2015 e as suas inovações ao sistema jurídico.

Conclui-se, que, a tese ampliativa, observado o contraditório, ampla defesa e proibição de decisões surpresas nos tribunais, é a tese mais garantidora dos princípios e coesão do sistema processual civil vigente. O próprio legislador demonstrou a sua preferência por esta tese quando, no parágrafo segundo, do artigo 942, estabeleceu que os julgadores que já manifestaram seus votos, poderão revê-los por ocasião do prosseguimento do julgamento.

## REFERÊNCIAS



ARENHART, MARINONI, MITIDIERO. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, v. 2

FUCKNER, Mariana Hofmann. Julgamento com ampliação de quórum (art. 942 do cpc/15): ausência de adstrição dos julgadores convocados ao objeto da divergência. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 142, dezembro de 2018. Disponível em <<http://www.justen.com.br/wp-content/uploads/2018/12/ie-142-marianadoshin-art942limitacaoobjetodivergencia.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

BRASIL. STJ. RESP nº 1.771.815. [...]. Segunda Turma. Recorrente: BancoSantander.Recorrido:Lizidatti.STJ,21.11.2018. .... Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1772098&num\\_registro=201802328494&data=20181121&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1772098&num_registro=201802328494&data=20181121&formato=PDF)>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

DIDIER Jr., FREDIE; CUNHA, LEONARDO CARNEIRO da. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 15. ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, v.3.

BRASIL. SENADO FEDERAL. Código de Processo Civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: SENADO FEDERAL, coordenação de edições técnicas, 2015. 313 p. ISBN: 978-85-7018-611-9.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 14 de abril de 2020.

BRASIL. CÓDIGO CIVIL DE 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 14 de abril de 2020.

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 14 de abril de 2020.

BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm)>. Acesso em: 14 de abril de 2020.



PEIXOTO, BECKNER. O ARTIGO 942 DO CPC (TÉCNICA DE AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO) EM XEQUE. Disponível em <https://www.jota.info/opinião-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-artigo-942-do-cpc-tecnica-de-ampliacao-do-colegiado-em-xeque-01022018>. Acesso em: 14 de abril de 2020.

TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ. Limites da devolução da matéria objeto da divergência no julgamento estendido. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-31/paradoxo-corte-limites-devolucao-materia-divergente-julgamento-estendido>. Acesso em: 14 de abril de 2020. Código de Processo Civil comentado [livro eletrônico], 3. Ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

A AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO EM JULGAMENTOS NÃO UNÂNIMES. Revista de Processo. Vol. 282. Ano 43. P. 251-266. São Paulo: Ed. RT, agosto 2018.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I / Humberto Theodoro Júnior. 58. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN 978-85-309-7322-3.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Curso de Direito Processual Civil – vol. III / Humberto Theodoro Júnior. 51. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978-85-309-7915-7. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. ISBN: 978-85-203-6072-9.

MARINONI, LUIZ GUILHERME. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. ISBN: 978-85-203-7086-5.

MARINONI, LUIZ GUILHERME. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. ISBN: 978-85-203-7088-9.

ALVIM, JOSÉ EDUARDO CARREIRA. Teoria geral do processo / José Eduardo Carreira Alvim – 19. Ed. rev. atual. Ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN: 978-85-309-6935-6.



DIDIER JR FREDIE. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr – 20 ed. Salvador: Ed. Jus Podvm, 2018. ISBN: 978-85-442-1843-3.

LOCKE, JOHN (1632-1704) Segundo tratado sobre o governo civil / John Locke; tradução Marsely de Marco Dantas; apresentação e notas Daniel Moreira Miranda – São Paulo: EDIPRO, 2014. ISBN: 978-85-7283-841-2.

BOBBIO, NORBERTO, 1909 – O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito / Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 2006. ISBN: 85-274-0328-5.

WAMBIER, CONCEIÇÃO, RIBEIRO, MELLO. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Editora Revista dos Tribunais. ISBN-10: 8520367577. ISBN-13: 978- 8520367575.

BRASIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO 70069514172, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Comarca de Porto Alegre, Relatora a Desembargadora Lúcia de Fátima Cerqueira.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO - Acórdão Embargos de Declaração 1005092-06.2017.8.26.0564, Relator(a): Des. Fernando Sastre Redondo, data de julgamento: 11/09/2018, data de publicação: 12/09/2018, 38ª Câmara de Direito Privado.

BRASIL, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO 1120924-92.2015.8.26.0100/5000, O EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

SILVA, ARAÚJO, 2018. Aplicação da Técnica de Ampliação da Colegialidade no Âmbito do Poder Judiciário Alagoano: Controvérsia Prática Acerca do Art. 942 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Embargos de Declaração na Apelação Cível 20130111664988APC.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 5ª Turma - Embargos de Declaração na Apelação Cível 20130110762189APC.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS. SEÇÃO ESPECIALIZADA CÍVEL DO TJ/AL. Sessão Extraordinária Administrativa, aos 14 de março de 2018.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PODER JUDICIÁRIO DE ALAGOAS. Embargos de Declaração 0014786-11.2006.8.02.0001/50000, Terceira Câmara Cível, Maceió 06.07.2017.

NUNES, DIERLE. 2015. COLEGIALIDADE CORRETIVA, PRECEDENTES E VIESES COGNITIVOS: ALGUMAS QUESTÕES DO CPC-2015. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL, BELO HORIZONTE.

CÂMARA, A. F. O novo processo civil brasileiro. *[s. l.]*, 2019. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmb&AN=edsmb.000013147&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 1 mar. 2020

BONICIO, M. J. M. Os princípios do processo no novo Código de Processo Civil. *[s. l.]*, 2016. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmb&AN=edsmb.000008920&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 2 mar. 2020.

Tribunal de Justiça, Poder Judiciário de Alagoas, Embargos de Declaração 0014786- 11.2006.8.02.0001/50000, Terceira Câmara Cível, Maceió 06.07.2017.



# CONSTELAÇÃO FAMILIAR: UMA ANÁLISE DE SUA APLICAÇÃO NA JUSTIÇA BRASILEIRA

Sandra Maria Bitencourt<sup>1</sup>

## RESUMO

Diante das dificuldades do Poder Judiciário em garantir a celeridade processual na apreciação e julgamento de lides, surge a necessidade pela busca de métodos alternativos para a resolução de conflitos entre o jurisdicionado, de modo a assegurar o exercício do poder jurisdicional, a satisfação de quem o procura e a credibilidade de sua atuação. Discute-se no trabalho a viabilidade de se acrescentar a técnica da Constelação Familiar como um método alternativo, a sua aplicação e eficácia.

**Palavras-chave:** Poder Judiciário. Bert Hellinger. Psicoterapia. Resolução de Conflitos. Constelação Familiar.

## 1 INTRODUÇÃO

Desde que o ser humano deixou de viver no estado de natureza e que o Estado avocou a responsabilidade de dirimir conflitos, por meio da jurisdição, vedou-se aos indivíduos a prática de resolverem os seus conflitos com o uso da própria força. Todavia, para inibir tais práticas, a resposta estatal deve ocorrer de maneira célere, sob pena de sacrificar ainda mais aqueles que tenham os seus direitos violados.

De acordo com o estudo Justiça em Números 2019<sup>2</sup>, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com base na atuação do Poder Judiciário, no ano de

---

<sup>1</sup> Aluna do curso de Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. E-mail: [smbitencourt@gmail.com](mailto:smbitencourt@gmail.com)



2018, novos casos foram judicializados pela população brasileira, atingindo um total de 19.579.314 (dezenove milhões, quinhentos e setenta e nove mil, trezentos e quatorze) processos. Ocorre que o tempo médio de duração de um processo para uma solução definitiva é, aproximadamente, de 8 (oito) anos e 1(um) mês na Justiça Federal e 6 (seis) anos e 2 (dois) meses na Justiça Estadual, com ressalvas daqueles que estão em fase de execução penal.

O reflexo da grande demanda no Poder Judiciário e a necessidade de observância aos princípios constitucionais de eficiência e de celeridade processual levaram o sistema jurídico brasileiro a considerar além da jurisdição, outras formas pelas quais os indivíduos podem buscar soluções para os conflitos em que estão envolvidos, são os chamados de equivalentes judiciais ou formas alternativas de soluções de conflitos. De acordo com as lições de Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>3</sup>, o direito brasileiro possui quatro espécies de equivalentes judiciais, quais sejam: a autotutela, a autocomposição, a mediação e a arbitragem. Sendo todos regulados pelo Código de Processo Civil (CPC), que em seu artigo 3º prevê um sistema de multiportas, ou seja, deve-se utilizar o mecanismo mais adequado para cada situação.

Recentemente diversos tribunais brasileiros passaram a utilizar também a técnica alemã denominada Constelação Familiar, desenvolvida pelo filósofo, teólogo e pedagogo Anton Suitbert Hellinger<sup>4</sup> (conhecido no Brasil apenas por Bert Hellinger) que tem como cerne melhorar as relações humanas no âmbito familiar. Cabe ressaltar que a referida técnica foi desenvolvida e aperfeiçoada por Bert Hellinger a partir da vivência e observação de grupos terapêuticos em que ele

---

<sup>2</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/images/SCS/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/images/SCS/justica_em_numeros20190919.pdf). Acesso em: 25 set. 2019

<sup>3</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processo Civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. 61

<sup>4</sup> SILVA, Ana Paula Santana da. A percepção dos magistrados sobre a utilização da constelação familiar no poder judiciário do Distrito Federal e territórios. **Caderno Virtual**, Brasília, v. 1, n. 42, jan. /mar. 2018. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/3299>. Acesso em: 22 out. 2019





coordenava<sup>5</sup>. Portanto, o principal objetivo desta pesquisa é compreender o funcionamento deste método e verificar se esta técnica psicoterapêutica pode ser utilizada em nosso ordenamento jurídico como meio alternativo de resolução de conflitos, por ausência de regulamentação legal, para dirimir lides de forma célere, satisfatória e humanizada.

Destaca-se que o cenário desfavorável que aflige o Judiciário, principalmente o relacionado à questão da morosidade, é o que move e justifica esta pesquisa, pois é fundamental a busca de outros meios que reinventem formas de se fazer justiça, viabilizem e promovam a paz social. Além disso, é de suma relevância conhecer e compreender a técnica que vem contribuindo para a redução da excessiva judicialização de processos, tendo em vista que os meios alternativos podem corroborar para que “as próprias partes conscientes das questões de fundo que as mobilizam buscam de forma mais equilibrada uma solução para o conflito diferente da sentença<sup>6</sup>. Isto posto, para alcançar a sua finalidade, a pesquisa centrou-se no estudo bibliográfico exploratório acerca do conteúdo em diferentes recursos didáticos pedagógicos disponíveis, como livros, artigos científicos, trabalhos acadêmicos, vídeos, dentre outros.

O trabalho foi organizado em capítulos, sendo que o primeiro se debruça nos Métodos de Solução de Conflitos e a sua evolução, o segundo abordará o Conselho Nacional de Justiça na resolução de conflitos, o terceiro a Constelação familiar como uma técnica terapêutica, o quarto a Constelação Familiar e a Normativa Brasileira para a Solução Consensual de Controvérsias e o quinto a Constelação Familiar no

---

<sup>5</sup> CARVALHO, Elza Vicente. Constelações familiares sistêmicas. **Revista Saúde Quântica**, v. 1, n. 1, p. 43-45, dez. / jan. 2012. Disponível em: <https://www.uninter.com/revistasauade/index.php/saudequantica/article/view/117>. Acesso em: 13 jun. 2019

<sup>6</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Inovações na justiça: o direito sistêmico como meio de solução pacífica de conflitos**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/eventos/eventos-cej/2018/workshop-direito-sistêmico>. Acesso em: 22 de maio 2019



Judiciário Brasileiro. Por fim, apresentou-se a conclusão da pesquisa, assim como, as referências bibliográficas utilizadas para a construção da base teórica.

## 2 OS MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A SUA EVOLUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade, os conflitos existem nos mais diversificados grupos sociais. Segundo Hobbes<sup>7</sup>, o estado de natureza é o modo de ser que caracteriza o homem antes do seu ingresso no estado social, neste período não há segurança jurídica, dignidade e paz. Nesta época, os indivíduos eram movidos, único e exclusivamente, por suas próprias paixões, destruições e ambições, dos mais fortes sob os mais fracos, até a morte destes ou nascimento e predominância de seres mais fortes.

Consoante se percebe, a autotutela foi um dos primeiros instrumentos, muito utilizado nas sociedades primitivas, para solucionar conflitos. Sendo considerado um método informal e rudimentar, pois mediante o uso da força física, buscava resolver os conflitos. Segundo Freddie Didier Júnior<sup>8</sup>, a autotutela é atualmente vedada no ordenamento jurídico brasileiro, por ser a sua prática considerada crime aos particulares (exercício arbitrário das próprias razões), bem como ao Estado (exercício arbitrário ou abuso de poder), mas permitida excepcionalmente em casos de legítima defesa, em estado de necessidade e defesa da posse, nos termos dos artigos 188, I e II, e 1.210 da Lei nº 10.406/ 2002 - Código Civil e artigo 25 do Decreto Lei nº 2.848/1940 - Código Penal.

Na definição de Ricardo Soares Stersi dos Santos<sup>9</sup>, a autotutela:

---

<sup>7</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Edipro, 2015.n.p

<sup>8</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil parte geral e processo de conhecimento**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.p. 164-165

<sup>9</sup> SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 15



Conhecida como a maneira de administrar os conflitos desde os primórdios da sociedade e determina a resolução do mesmo, através do embate de forças entre as partes, não se configurando como forma autocompositiva. A resolução do conflito ocorre através de ato de força e não do consenso entre as partes. Na autotutela uma parte se impõe a outra, utilizando-se da força seja esta física, moral ou econômica.

O grande marco para o aprimoramento e modernidade dos sistemas de resolução de conflitos são as ideias teorizadas por Rousseau<sup>10</sup>, a qual o ser humano nasce livre e por sua vaidade ser colocada em jogo, chega ao estado de lide e busca ideias para a criação da paz social. Daí a coletividade percebe a necessidade da criação de um ser que tenha o poder para resolver todos os conflitos e, ao mesmo tempo, proteger os mais vulneráveis, assim nasce o contrato social e a figura do Estado.

Com a instituição do Estado, foi avocada a responsabilidade de solucionar conflitos, instituindo a jurisdição e a prerrogativa de se dizer o direito, sendo aperfeiçoada ao longo dos séculos, fulminando na teoria da Tripartição dos Poderes instituída por Montesquieu<sup>11</sup>, a qual todo Estado moderno deve possuir um Legislativo (destinado a criação de leis), um Executivo (para governar e administrar os interesses públicos) e um Judiciário (para julgar, de acordo com as regras legais criadas pelo Poder Legislativo). Tal fenômeno trouxe uma maior segurança jurídica e um aumento gradual de responsabilidades do Estado, em consequência, houve uma sobrecarga de atribuições, as quais podem ser vistas, atualmente, em diversas formas, em especial na demora em analisar processos e resolver a lide de forma satisfatória e eficaz.

Tal fato permitiu a criação de um novo modelo processual cuja celeridade e os fins sociais passaram a ser as principais preocupações, espelhando-se nos princípios constitucionais, apontando, assim, o neoprocessualismo: “A

---

<sup>10</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2003.n.p

<sup>11</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.p.167



Constitucionalização do Processo Civil”, em que ocorre uma interpretação das leis processuais atrelada aos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição com a finalidade de promover um processo justo por meio da tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada. Ademais, houve a consolidação e destaque dos principais métodos de solução de conflitos na legislação brasileira, quais sejam: a autocomposição e a heterocomposição, principalmente, após a vigência do Código de Processo Civil de 2015.

A Autocomposição surge como uma forma adequada de resolução de um conflito entre as próprias partes, ou seja, é a tomada decisão particular pelas próprias partes com o intuito de buscar a satisfação de seus interesses. Com a evolução das garantias individuais, os métodos autocompositivos foram se adequando e atualmente as suas principais formas são a negociação, a conciliação e a mediação.

A Negociação direta é a maneira mais comum e simplificada de resolver conflitos. As próprias partes, por meio do diálogo, buscam resolver os seus problemas sem nenhuma interferência de terceiros. Deve ser empregada como umas das primeiras formas de solução de conflitos devido a sua praticidade e celeridade.

A Mediação e a Conciliação são recursos de solução de conflitos, que por intermédio da participação de um terceiro imparcial e neutro, corroboram para que as partes cheguem à autocomposição. Nota-se que o terceiro tem a função apenas de auxiliar as partes, entretanto não incumbe a ele a tarefa de resolver o problema.

A Conciliação é um meio autocompositivo de solucionar um conflito, que conta com a participação de um terceiro como conciliador imparcial, com a missão de ajudar as partes a gerarem opções para chegarem a uma solução ou a um acordo. Geralmente é indicada para aquelas situações em que não há vínculo anterior entre as partes. A conciliação no judiciário, atualmente, tem como objetivo além do acordo, uma efetiva harmonização social das partes, restaurando as relações, com a utilização de técnicas persuasivas e não coercitivas, a fim de humanizar o processo



por meio de uma solução construtiva para o conflito<sup>12</sup>. O Manual de Mediação Judicial do CNJ traz um novo conceito de conciliação, consoante com a nova realidade social e jurídica do século XXI e já adotada por vários tribunais brasileiros, veja-se<sup>13</sup>:

A conciliação atualmente é (ou ao menos deveria ser) um processo consensual breve, envolvendo contextos conflituosos menos complexos, no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro à disputa, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa para ajudá-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou acordo.

Já a mediação é um mecanismo que se debruça na análise das causas do conflito, conforme se verifica no artigo 1º, parágrafo único, da Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública:

Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Na Mediação, o terceiro mediador tem um papel de facilitador, pois colabora na comunicação e no diálogo entre as partes, devendo, assim, auxiliá-las na compreensão dos problemas conflituosos, contribuindo para que elas possam identificar, por si mesmas, as soluções consensuais que tragam vantagens recíprocas. Evidencia-se que o mediador, como sujeito imparcial, não deve apontar respostas aos interessados. Sendo a mediação apontada para aquelas situações de relacionamentos entre as partes, isto é, para aqueles processos em que as partes

---

<sup>12</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. (Brasília/DF:CNJ), 2016. 6ª. ed. p.22. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em 30 Abr.2020

<sup>13</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. (Brasília/DF:CNJ), 2016. 6ª. ed. p.21-22. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em 30 Abr.2020



continuarão a ter contatos uma com a outra, como conflitos societários e familiares<sup>14</sup>.

Entende-se que o mediador não deve propor soluções para os litigantes, mas sim, possibilitar a partir do levantamento dos problemas envolvidos, que as próprias partes cheguem a um consenso<sup>15</sup>. Por outro lado, o conciliador deve buscar além do acordo, harmonia e a restauração das relações entre os envolvidos, com foco em uma solução construtiva para o problema, mas sem adentrar nas questões intersubjetivas que desencadearam o conflito.

Cabe destacar que nos processos autocompositivos, conforme o Manual de mediação Judicial<sup>16</sup>:

As partes podem continuar, suspender, abandonar e retomar as negociações. Como os interessados não são obrigados a participarem da mediação, permite-se encerrar o processo a qualquer tempo. Apesar de o mediador exercer influência sobre a maneira de se conduzirem as comunicações ou de se negociar, as partes têm a oportunidade de se comunicar diretamente, durante a mediação, da forma estimulada pelo mediador. Assim como na negociação, nenhuma questão ou solução deve ser desconsiderada. O mediador pode e deve contribuir para a criação de opções que superam a questão monetária ou discutir assuntos que não estão diretamente ligados à disputa, mas que afetam a dinâmica dos envolvidos. Por fim, tanto na mediação, quanto na conciliação, como na negociação, as partes não precisam chegar a um acordo.

A propósito, o artigo 166 do CPC /2015 traz como princípios basilares para a atuação dos mediadores e conciliadores: a independência (não podem sofrer nenhuma pressão externa ou interna); a imparcialidade (não podem agir com favoritismo, preconceitos ou de modo a favorecer uma das partes); a autonomia da

---

<sup>14</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processo Civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p.66.

<sup>15</sup> DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 125

<sup>16</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. (Brasília/DF:CNJ), 2016. 6ª. ed. p.21-22. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2ddd6fec54.pdf>. Acesso em 30 Abr.2020.



vontade (esta não pode ser viciada, deve surgir de um acordo de vontades, inclusive para a escolha do profissional ou da câmara em que o caso será submetido). Ainda rege estes institutos a confidencialidade (os profissionais envolvidos não podem divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação, não podem ser testemunhas em processos cuja resolução de forma amigável se tornou frustrada); a oralidade (assegura maior celeridade ao procedimento e prestigia a informalidade e promover a confidencialidade); a informalidade (os atos praticados são mais simples e menos formais se comparado a um processo convencional) e a decisão informada (deve o jurisdicionado ser informado sobre os direitos que possuem e o contexto fático no qual está inserido).

A heterocomposição é uma técnica que se utiliza de uma terceira pessoa, mas alheia ao conflito, para decidir a controvérsia, ou seja, é a tomada de decisão extrajudicial por um terceiro (decisão administrativa/árbitro) ou a tomada de decisão judicial por um terceiro (estado/juiz). De acordo com o método utilizado, pode ser finalizado com uma sentença ou um laudo arbitral, já que se divide em jurisdição e arbitragem. Cabe ressaltar que durante muito tempo a heterocomposição foi exercida por sacerdotes ou anciãos e com o surgimento da figura do Estado e a tripartição dos poderes coube ao Poder Judiciário o poder-dever de prestar com exclusividade a jurisdição, por meio do processo judicial, com intervenção de um juiz imparcial para resolver um litígio entre as partes, impondo-lhes uma solução com fundamento no ordenamento jurídico.

Quanto à arbitragem, além de ser considerada um meio alternativo de solução de conflitos, também é considerada um método heterocompositivo, pois a decisão é tomada por um terceiro, sem envolvimento com o litígio, chamado de árbitro. Assim como na jurisdição, a decisão é imposta às partes. Entretanto, há diferenças entre os dois institutos, pois na arbitragem a decisão compete a uma terceira pessoa escolhida pelas partes em comum acordo e na jurisdição a competência para decidir a lide cabe ao Estado juiz.



O artigo 3º, da Lei 9.307/96, Lei de Arbitragem, assim preceitua: “As partes interessadas podem submeter à solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o arbitral”.

Consoante se vislumbra na abordagem destes métodos, todos possuem uma relevância social e contribuem de forma significativa de acordo com suas particularidades na redução de conflitos.

### **3 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Indiscutivelmente a busca de maior transparência e eficiência na justiça foi um ponto crucial para a reforma do Poder Judiciário, ocorrida em 2004, por intermédio da Emenda Constitucional nº45. Uma das previsões mais relevantes da EC nº 45/2004 foi a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão responsável por controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário<sup>17</sup>. O CNJ tem por função precípua emitir normas regulamentares e apresentar sugestões para o aprimoramento da prestação jurisdicional à população brasileira<sup>18</sup> e a sua principal preocupação atualmente é o estímulo a não judicialização, o incentivo à conciliação e à mediação, assim como meios de resolução de conflitos para a pacificação social, a fim de assegurar os princípios constitucionais de acesso à justiça e da razoável duração de processos judiciais e administrativos.

Ao editar a Resolução nº 125/2010, o CNJ instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamentos de Conflitos, a qual materializa a aplicação de métodos

---

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **EC 45/2004 trouxe mais transparência e eficiência ao sistema judiciário brasileiro**. Brasília, 24 out. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393561>. Acesso em: 23 maio 2019

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **EC 45/2004 trouxe mais transparência e eficiência ao sistema judiciário brasileiro**. Brasília, 24 out. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393561>. Acesso em: 23 maio 2019





alternativos de resolução de conflitos, como a mediação, a conciliação e outros<sup>19</sup>. Os Tribunais vêm implementado ações e programas de capacitação de profissionais dos Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), visando estimular soluções alternativas e negociadas de conflitos.

#### 4 A CONSTELAÇÃO FAMILIAR, UMA TÉCNICA TERAPÊUTICA

A Constelação Familiar, denominada Constelação Sistêmica, é um método terapêutico desenvolvido pelo alemão Bert Hellinger. Segundo o autor e filósofo Ulrich E. Duprée<sup>20</sup>, a Constelação Familiar busca visualizar o sistema que prevalece dentro de uma família, por meio de uma dinâmica, a qual consiste na escolha de pessoas de um grupo para representarem membros de uma família. Sendo uma terapia fenomenológica muito utilizada para desnudar os problemas que cerceiam e dominam um ambiente familiar gerando situações conflituosas.

Ainda para Ulrich E. Duprée<sup>21</sup>, a Constelação Familiar é considerada fenomenológica, pois o “método envolve a análise de comportamentos e percepções de efeitos cujas causas não podem ser medidas fisicamente e, dificilmente podem ser quantificadas, pois cada terapia é única”. Ele entende que tal método não pode ser considerado como um procedimento científico, haja vista que “a cientificidade de uma técnica requer a sua previsão e reprodução” e nas constelações não há possibilidade de prever e reproduzir os seus efeitos e resultados.

---

<sup>19</sup> BRASIL. **Resolução nº 125, de 20 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 23 maio, 2019

<sup>20</sup> DUPRÉE, Ulrich E. **Ho’ oponopono e as constelações familiares para relacionamentos, amor e perdão**. São Paulo: Cutrix, 2019.p.18

<sup>21</sup> DUPRÉE, Ulrich E. **Ho’ oponopono e as constelações familiares para relacionamentos, amor e perdão**. São Paulo: Cutrix, 2019.p.19



Ressalta Adhara Campos Viera<sup>22</sup>, que Bert Hellinger conheceu a Constelação Sistêmica em um seminário nos Estados Unidos, realizado por Ruth Mc Clendon e Les Kadis, não devendo, assim, ser considerado o inventor da referida técnica. No entanto, foi ele quem a desenvolveu nos seus trabalhos, a partir da junção com outras técnicas, como terapia primal, análise transacional, dinâmicas de grupos, dentre outras. As práticas vivenciais e a observação dos casos reais corroboraram de forma efetiva para que Bert Hellinger desenvolvesse a terapia da Constelação Familiar, tendo em vista que atuou e coordenou, por vários anos, grupos terapêuticos.

Na realidade, a Constelação Familiar é uma técnica terapêutica que visa trazer à tona questões ocultas nas relações interpessoais que estão, direta ou indiretamente, relacionadas à família. O método busca verificar a origem dos problemas arraigados na vida de integrantes de um mesmo sistema familiar, a fim de pacificar e restaurar as relações. A terapia revela que a família é base do indivíduo e, conseqüentemente, o seu destino, pois pode influenciar de forma positiva ou negativa as atitudes de uma pessoa por toda uma vida. No entanto, cabe ao indivíduo tomar conhecimento dessa realidade, compreendendo os mecanismos desse processo e, conseqüentemente tomando posse do poder de controlar o seu comportamento, evitando, assim, sofrimentos para si e para as gerações futuras<sup>23</sup>.

De acordo com Joy Manné<sup>24</sup>, a análise sistêmica do caso depende da observância de alguns passos, quais sejam:

O método de trabalho nas constelações familiares, na maioria das vezes, é conduzido em um grupo de trabalho, mas há terapeutas que as praticam em sessões individuais. De um modo ou de outro, elas seguem um determinado número de etapas: Num primeiro momento, o terapeuta esclarece o problema ou a questão do cliente. São então escolhidos representantes entre os membros do grupo: a constelação é

---

<sup>22</sup> VIEIRA, Adhara Campos. **A Constelação sistêmica no Judiciário**. Belo Horizonte: D'Palácio, 2018. p. 62

<sup>23</sup> JOY, Manné. **As constelações familiares em sua vida diária**. São Paulo: Cultrix, 2008. p.4

<sup>24</sup> JOY, Manné. **As constelações familiares em sua vida diária**. São Paulo: Cultrix, 2008. p.5



montada e se desenrola progressivamente até a sua solução, ou até o momento em que fica evidente que sua solução é impossível que é, de certo modo, uma solução à parte. Podemos introduzir um ritual de encerramento de sessão, assim como conselhos sobre a maneira de integrar aquilo que a constelação revela.

A aplicabilidade prática da Constelação sistêmica está fundamentada em três princípios ou pilares básicos de acordo com Bert Hellinger<sup>25</sup>, tais como: o pertencimento, o equilíbrio e a hierarquia.

A Lei do Pertencimento se origina na ligação entre um ou mais membros de um determinado grupo, pois na verdade, pertencer é fazer parte de algo ou estar incluso em algum sistema. Quando uma pessoa nasce, ela pertence ao grupo chamado família, não é possível desvincular-se deste grupo enquanto sujeito, ainda que ocorra um distanciamento, esta pessoa continuará fazendo parte deste grupo por toda a sua vida.

Para Adhara Campos<sup>26</sup>, os indivíduos têm o direito de pertencer ao sistema familiar em que nasceu ou está inserido, independentemente do que ocorra durante a sua vida. Neste sentido, na Lei do Pertencimento há uma conexão entre indivíduos de um determinado grupo que ocupam determinadas posições e que uma vez pertencentes a um dado sistema, não mais poderá ser excluído deste sob o termo de influenciar o comportamento de outros pela sua exclusão.

Já a Lei da Hierarquia preconiza o respeito à ordem cronológica a qual os primeiros indivíduos de um grupo são preferíveis em relação aos últimos, os indivíduos que chegam primeiro em um determinado sistema são também responsáveis pelos que vêm depois dele. Há nas relações humanas uma ordem que deve ser obedecida para que a vida das pessoas possa fluir naturalmente, com a

---

<sup>25</sup> VIEIRA, Adhara Campos. **A Constelação sistêmica no Judiciário**. Belo Horizonte: D'Palácio, 2018.p 93

<sup>26</sup> VIEIRA, Adhara Campos. **A Constelação sistêmica no Judiciário**. Belo Horizonte: D'Palácio, 2018.p 97



finalidade de se evitar o surgimento de conflitos<sup>27</sup>, pois os indivíduos mais antigos influenciam na vida dos mais novos, seja direta ou indiretamente.

A Lei do Equilíbrio traz em seu bojo a ideia de proporção entre o que se dá e o que se recebe. As relações humanas necessitam do equilíbrio tanto em receber quanto em retribuir os bons atos. Para que haja harmonia no sistema, é de suma relevância que as trocas sejam equivalentes. Caso contrário, as relações humanas poderão ser afetadas, de modo tal, a propiciar o desequilíbrio do sistema como um todo.

Por fim, segundo Joy Manné<sup>28</sup>, as constelações familiares é uma terapia que permite ao indivíduo compreender o seu sistema familiar de forma mais profunda com possibilidades de “libertar-se dos nós que o impede de viver em paz e encontrar a felicidade”.

#### 4.1 A Constelação Familiar e a Normativa Brasileira para a Solução Consensual de Controvérsias

De acordo com o entendimento do magistrado Sami Storch<sup>29</sup>:

Hoje a legislação já admite e incentiva os chamados métodos adequados de solução de conflitos (MASCs), prevendo expressamente a mediação, a arbitragem e outros (art. 3º, §§ 2º e 3º, CPC), e o CNJ estabelece, como incumbência dos órgãos judiciários, oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, inclusive como forma de disseminar a cultura de pacificação social.

Ainda leciona Sami Storch<sup>30</sup> que apesar de todos os prejuízos advindos da crise de morosidade em que a justiça chegou há alguns anos atrás, houve um efeito

---

<sup>27</sup> VIEIRA, Adhara Campos. **A Constelação sistêmica no Judiciário**. Belo Horizonte: D’Palácio, 2018.p 97

<sup>28</sup> JOY, Manné. **As constelações familiares em sua vida diária**. São Paulo: Cultrix, 2008. p.3

<sup>29</sup> STORCH, Sami. Constelação familiares e Judiciário: reflexões positivas. **Carta Forense**. 2018. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/constelacao-familiares-e-judiciario-reflexoes-positivas/18232>. Acesso em: 03 set. 2019



positivo, vez que se percebeu a necessidade de uma maior abertura para abordagens transdisciplinares, inovadoras e sistêmicas, desapegadas do legalismo estrito e das funções tradicionalmente reservadas ao magistrado.

O artigo 1º da Resolução nº 125/2010 do CNJ “instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, a qual visa assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”. O parágrafo único do art.1º da referida resolução preceitua que incumbe aos órgãos judiciários, além da solução adjudicada mediante sentença, o dever de oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, com destaque para os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, prestando atendimento e orientação ao cidadão.

O CNJ editou também a Resolução nº 225/2016, que institui a Justiça Restaurativa, com a finalidade promover a inclusão e a responsabilidade social tanto do individuo como das comunidades para que avoquem para si a tarefa de pacificar seus próprios conflitos:

O direito de acesso à Justiça, consubstanciado no inciso XXXV, art. 5º, da Constituição Federal de 1998 além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica ainda o acesso às soluções efetivas de conflitos, por intermédio de uma ordem jurídica justa e compreende o uso de meios consensuais, voluntários e mais adequados a alcançar a pacificação de disputa<sup>31</sup>.

Os parágrafos do art. 3º, da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) preveem expressamente a arbitragem, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos. Nos termos do parágrafo 3º, art. 3º, CPC: “A

---

<sup>30</sup> STORCH, Sami. Constelação familiares e Judiciário: reflexões positivas. **Carta Forense**. 2018. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/constelacao-familiares-e-judiciario-reflexoes-positivas/18232>. Acesso em: 03 set. 2019

<sup>31</sup> BRASIL. **Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016**. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2289>. Acesso em: 04 set.2019



conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Observa-se, ainda, que na Exposição de Motivos do CPC<sup>32</sup>, a comissão de juristas considerou que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz:

Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. **Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.**

Como regra, deve realizar-se audiência em que, ainda antes de ser apresentada contestação, se tentará fazer com que autor e réu cheguem a acordo. Dessa audiência poderão participar conciliador e mediador, e o réu deve comparecer, sob pena de se qualificar sua ausência injustificada como ato atentatório à dignidade da justiça. Não se chegando a acordo, terá início o prazo para a contestação. (grifo nosso)

É, portanto, com o intuito de garantir uma participação mais efetiva das partes, que alguns tribunais brasileiros vêm acolhendo e disseminando de forma exponencial as práticas de constelações familiares e de direito sistêmico para tratar de algumas questões conflituosas. Como a Constelação Familiar pode ser aplicada em diversas áreas, não há óbice para a sua aplicação no âmbito jurídico, haja vista que o arcabouço normativo brasileiro possibilita o uso de outros métodos alheios à ciência jurídica para auxiliar na solução consensual de conflitos, como demonstrado nesse capítulo.

## 4.2 A Constelação Familiar no Judiciário Brasileiro

---

<sup>32</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 04 out. 2019



A Constelação Familiar na justiça brasileira, conforme análise do magistrado Sami Storch<sup>33</sup>, advém da necessidade da implantação de novos métodos para tratamentos dos conflitos, haja vista a dificuldade do Poder Judiciário em dar uma resposta célere e eficaz ao cidadão, principalmente, pela demanda elevada de ações e com recursos humanos e materiais insuficientes para acompanhar tal realidade. Além disso, acentua ainda o referido magistrado, que é preciso buscar outras formas para tratar os conflitos, além de uma decisão judicial<sup>34</sup>:

Já é reconhecida tranquilamente, no meio jurídico e pela sociedade em geral, a necessidade de novos métodos de tratamento dos conflitos, que permitam não apenas – e não necessariamente – uma decisão judicial que estabeleça como deve ser a solução para cada conflito, dizendo a cada parte quais os respectivos direitos e obrigações, mas que efetivamente traga paz para todos os envolvidos e lhes permita manter entre si um bom relacionamento para o futuro, inclusive para tratar de forma amigável outras questões que porventura se apresentem entre as mesmas partes.

Na visão de Adhara Campos<sup>35</sup>, a Constelação Familiar no judiciário apresenta-se como uma das alternativas de se fazer justiça sem a interferência do estado, tendo em vista que o “Judiciário tem o poder de dizer o direito por meio da jurisdição, mas não detém o monopólio da justiça”.

No cenário atual que se encontra o judiciário, os magistrados têm um papel fundamental na prestação jurisdicional, não apenas de aplicar e dizer o direito, mas também de buscar outras formas que promovam a justiça. Na realidade, o que se almeja é o afastamento de decisões judiciais que tragam sentimentos de insatisfação

---

<sup>33</sup> STORCH, Sami. **Direito sistêmico**: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares. São Paulo: Direito Sistêmico. 2017. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/>. Acesso em: 29 mai. 2019.p.305

<sup>34</sup> STORCH, Sami. **Direito sistêmico**: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares. São Paulo: Direito Sistêmico. 2017. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/>. Acesso em: 29 mai. 2019.p.305.

<sup>35</sup> VIEIRA, Adhara Campos. **A Constelação sistêmica no Judiciário**. Belo Horizonte: D’Palácio, 2018. p.32



e injustiça às partes, evitando, assim, a interposição exacerbada de recursos que trazem enormes prejuízos tanto aos litigantes quanto ao judiciário.

Verifica-se que utilização da técnica da Constelação Familiar no judiciário faz parte de um projeto diferente para tratar conflitos, pois visa aplicar o direito de forma mais humanizada, célere e com solução também mais eficaz. Destaca-se que o precursor desse relevante projeto no judiciário brasileiro foi o juiz Sami Storch. Ele vislumbrou que a técnica da Constelação Familiar poderia ser aplicada no âmbito jurídico, ao constatar a eficácia da terapia para tratamento de questões pessoais na área psicoterápica. Observa-se que desde o ano de 2004, o referido magistrado vem se dedicando ao estudo da temática. Sendo, portanto, também de sua autoria, a denominação do uso do termo “Direito Sistêmico” para designar esta metodologia na justiça brasileira.

Segundo o juiz Sami Storch<sup>36</sup>, o “Direito Sistêmico” aponta-se como outra forma de tratar os conflitos na justiça, pois se fundamenta nas “ordens superiores que regem as relações humanas”, ou seja, na “Constelação Familiar Sistêmica desenvolvida pelo terapeuta e filósofo alemão Bert Hellinger”. Sendo, portanto, o “Direito Sistêmico” uma ciência jurídica que tem como principal objetivo humanizar a justiça, a fim de obter maiores resultados na solução de conflitos por meio da pacificação entre os litigantes. Na realidade, a Constelação Sistêmica trata-se de “um novo olhar de se fazer justiça”, que veio para agregar ao arcabouço normativo brasileiro, como assevera Sami Storch<sup>37</sup>:

Trata-se de uma abordagem sistêmica e fenomenológica segundo a qual diversos tipos de problemas enfrentados por

---

<sup>36</sup> STORCH, Sami. **Direito sistêmico**: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares. São Paulo: Direito Sistêmico, 2017. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/>. Acesso em: 29 mai. 2019. p. 305

<sup>37</sup> STORCH, Sami. **Direito sistêmico**: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares. São Paulo: Direito Sistêmico, 2017. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/>. Acesso em: 29 mai. 2019.p.305





um indivíduo (como dificuldades de relacionamento, por exemplo), podem derivar de fatos graves ocorridos no passado não só do próprio indivíduo, mas também de gerações anteriores de sua família.

Nota-se que além de vários estudos acerca do assunto, o juiz Sami Storch tem uma ampla experiência com a utilização do método da Constelação Familiar no Poder Judiciário, veja-se<sup>38</sup>:

Desde o meu ingresso na magistratura, em 2006, venho utilizando a visão e a abordagem sistêmica fenomenológica para tratar as questões da Justiça, explicar sobre as ordens que regem os relacionamentos (segundo Bert Hellinger) e colocar constelações com as pessoas envolvidas, como forma de evidenciar as dinâmicas ocultas por trás das situações, trazer à tona as ordens que prejudicam e as que curam, e sensibilizar as pessoas para que se conduzam a uma solução

A prática judiciária permitiu ao mencionado juiz compreender que os meios tradicionais de tratar os conflitos, principalmente, se utilizados de forma isolada, podem trazer outros problemas aos litigantes, agravando ainda mais a situação entre os envolvidos, pois podem surgir outros problemas pessoais alheios à demanda, como afastamento entre os indivíduos, já que cada um tende a defender o seu direito e não raro, com ataques pessoais e verbais. Em face disso, o magistrado vem defendendo a aplicação da Constelação Familiar na justiça da seguinte forma<sup>39</sup>:

A instrução processual tradicional tende a provocar cada vez mais o agravamento do conflito e o distanciamento entre as partes. Mesmo depois de concluída a instrução processual, julgada a ação, esgotados os recursos efetivada a sentença, o conflito permanece. Em muitos casos, outras ações judiciais são propostas para discutir e rediscutir os mesmos assuntos e outros subjacentes à mesma relação.

---

<sup>38</sup> STORCH, Sami. **Direito sistêmico**: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares. São Paulo: Direito Sistêmico, 2017. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/>. Acesso em: 29 mai. 2019. p. 308

<sup>39</sup> STORCH, Sami. **Direito sistêmico**: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares. São Paulo: Direito Sistêmico, 2017. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/>. Acesso em: 29 mai. 2019. p. 306



Destaca Ana Paula Santana da Silva<sup>40</sup>, que a técnica da Constelação Familiar deve ser utilizada para mediar conflitos antes da conciliação, o que não tem uma decisão exclusiva do magistrado, visto que as partes acabam conciliando, e o juiz apenas homologa o que foi acordado entre elas.

Observa-se que no âmbito jurídico, o procedimento para a aplicação da Constelação Familiar pode ser adaptado e flexível. De um modo geral, as sessões de Constelação Familiar no Judiciário começam com uma palestra proferida pelo magistrado sobre os vínculos familiares, as causas das crises nos relacionamentos e a melhor forma de lidar com esses conflitos. Logo após, há um momento de meditação para que as partes reflitam e avaliem os seus próprios sentimentos e, por fim, o processo de constelação inicia-se num momento em que os cidadãos manifestam os seus sentimentos ocultos e assim chegam às origens das crises e dificuldades de relacionamento enfrentadas.

Adhara Campos reconhece que a Constelação Familiar contribui na defesa e promoção da justiça. Todavia, ela ressalta que não é indicado o uso generalizado e contínuo deste método psicoterapêutico para todos os casos que chegam ao judiciário<sup>41</sup>:

Trazendo à memória o conceito de sistemas multiportas, visualizo a constelação como um dos procedimentos que pode ser aplicado por Tribunais e Varas no sistema judicial, a fim de emprestar efetividade ao sistema, mas não pode virar, no conceito de minha querida avó Nanci, *in memoriam*, “garrafada de interior”, isto é, solução e remédio para todos os males que afligem o ser humano, ou ainda, única porta de mediar conflitos, quando, em verdade, temos outras ferramentas já institucionalizadas pelo CNJ, como, por exemplo, a mediação, a conciliação, a oficina de pais e de

---

<sup>40</sup> SILVA, Ana Paula Santana da. A percepção dos magistrados sobre a utilização da constelação familiar no poder judiciário do Distrito Federal e territórios. **Caderno Virtual**, Brasília, v. 1, n. 42, jan. /mar. 2018. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/3299>. Acesso em: 22 out. 2019

<sup>41</sup> VIEIRA, Adhara Campos. **A Constelação sistêmica no Judiciário**. Belo Horizonte: D’Palácio, 2018. p.237



parentalidade, fora o acompanhamento psicossocial que o Tribunal possui e própria decisão judicial muitas vezes única via possível.

Destaca Sami Storch<sup>42</sup> que a técnica auxilia na efetivação de conciliações verdadeiras entre as partes:

Durante e após o trabalho com constelações, os participantes têm demonstrado boa absorção dos assuntos tratados, um maior respeito e consideração em relação à outra parte envolvida, além da vontade de conciliar – o que se comprova também com os resultados das audiências realizadas semanas depois e com os relatos das partes e dos advogados da comarca.

Como menciona ainda Sami Storch<sup>43</sup>, o fato de as palestras vivenciais serem feitas de forma coletiva, com duração aproximada de 3 (três) horas, abarca simultaneamente várias pessoas em outros processos. Além disso, outros indivíduos identificam-se com as dinâmicas sistêmicas umas das outras e aprendem juntas a reconhecer o que é prejudicial e o que soluciona. Sendo assim, o sentimento de empatia entre os participantes corrobora para que nas audiências de conciliação os acordos ocorram de forma rápida e muitas vezes emocionante, pois os envolvidos na demanda tendem a desarmar seus corações e a reconhecerem que, por trás das acusações e dos rancores mútuos, existe um sentimento de amor verdadeiro, muito além da dor e da frustração.

Insta ressaltar que a técnica da constelação familiar foi implantada inicialmente no estado da Bahia, mas como a prática tem sido incentivada pelo CNJ, com fundamento no CPC/2015, o qual prioriza a solução consensual de conflitos, atualmente, vários tribunais brasileiros já utilizam o método em diversos casos, tais

---

<sup>42</sup> STORCH, Sami. **Direito sistêmico**: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares. São Paulo: Direito Sistêmico, 2017. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/>. Acesso em: 29 mai. 2019.p.310

<sup>43</sup> STORCH, Sami. **Direito sistêmico**: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares. São Paulo: Direito Sistêmico, 2017. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/>. Acesso em: 29 mai. 2019.p. 310.



como Goiás, Rondônia, Mato Grosso do Sul, Alagoas, Pernambuco, Mato Grosso, Pará, Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Maranhão, Amapá e, inclusive, o Distrito Federal.

Cabe destacar ainda que a Constelação Sistêmica pode ser aplicada na solução de diversos conflitos. Contudo, sua maior utilização ocorre em casos familiares, sendo os mais frequentes em disputas pela guarda de crianças; alienação parental; inventários; pensões alimentícias; divórcios; interdições; violência doméstica, infância e juventude e medidas socioeducativas<sup>44</sup>.

Observa-se que a avaliação da aplicação desse método na justiça brasileira se faz por meio de questionários, entrevistas, depoimentos das partes que participaram das sessões de constelação, que relatam as experiências vivenciadas e os seus benefícios, principalmente, as mudanças de comportamentos entre os envolvidos. Além disso, há pesquisas dos tribunais que praticam a constelação sistêmica em alguns casos, apontando que há um índice considerável de acordos em processos judiciais em que houve a utilização da técnica, como se constata<sup>45</sup>:

Entre os dias 26/8/2016 e 28/7/2017, a Vara Cível, Família, Órfãos e Sucessões do Núcleo Bandeirante promoveu sete sessões de constelação familiar, por meio do Projeto Constelar e Conciliar do TJDFT. Para as sessões, foram convidadas as partes e advogados, defensores públicos e promotores de justiça de 67 processos em tramitação na serventia, envolvendo ações de divórcio e união estável, guarda, busca e apreensão de menores e alimentos. Setenta e um por cento das pessoas convidadas compareceram ao evento. Após a realização de audiências dos processos, observou-se uma média de acordos de 61%. Nos casos em que ambas as partes se fizeram presentes na constelação, a média de acordos chegou a 76%.

---

<sup>44</sup> OTONI, Luciana; FARELLO, Luiza. Constelação pacifica conflitos de família no Judiciário. **Agência CNJ de Notícias**. 2018. Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/86659-constelacao-pacifica-conflitos-de-familia-no-judiciario>. Acesso em: 22 mai. 2019

<sup>45</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Constelação familiar: vara no DF alcança 61% de acordo com método**. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-vara-no-df-alcanca-61-de-acordo-com-metodo/>. Acesso em 08 Mar.2020



Pelo exposto, percebe-se que a técnica vem apresentando eficácia no poder judiciário. Um dos benefícios deste método para a justiça é o oferecimento de “outras soluções ao litígio que não somente a sentença”, tendo em vista que “a situação conflituosa pode ser devolvida aos seus donos, para que eles próprios possam entendê-la e buscar a pacificação”<sup>46</sup>. Constata-se, então, que os meios alternativos de solução dos conflitos veem contribuindo de forma significativa para que as partes possam encontrar outra via que não a interferência do Poder Judiciário, apenas com a prolação de uma decisão para tentar apaziguar o conflito intersubjetivo de direito (lide), como também para maior eficácia e celeridade processual.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se que juntamente ao exercício da jurisdição, os meios alternativos de solução de conflitos são de grande valia para o bem-estar social e individual entre o jurisdicionado brasileiro, pois auxiliam a análise de lides sob as mais diversas formas e propiciam que se humanizem relacionamentos, sentimentos e sensações dos indivíduos envolvidos em uma lide. O fenômeno da constitucionalização do Processo Civil e a previsão expressa da utilização dos métodos consensuais no CPC/2015, com destaque para o sistema multiportas, enaltecem a importância desses métodos, como também solidifica a necessidade das próprias partes resolverem suas desavenças de forma autônoma e civilizada. Algo completamente diferente da época em que se utilizava a autotutela, onde o poder do mais forte predominava.

O olhar sistêmico representa um grande avanço para o restabelecimento de laços sociais e afetivos nas relações interpessoais. Por essa razão, que a Constelação Sistêmica já é bastante utilizada em sessões de terapias individuais e coletivas, pois

---

<sup>46</sup> STORCH, Sami. **Direito sistêmico**: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares. Revista Unicorp, 2019. Disponível em: [https://unicorp.tjba.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/ARTIGO\\_16\\_DIREITO-SIST%3%8AMICO-A-RESOLU%3%87%3%83O-DE-CONFLITOS-POR-MEIO-DA.pdf](https://unicorp.tjba.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/ARTIGO_16_DIREITO-SIST%3%8AMICO-A-RESOLU%3%87%3%83O-DE-CONFLITOS-POR-MEIO-DA.pdf). Acesso em: 17 de fev. 2020



propiciam uma análise completa, integral e sincera da origem dos conflitos, trabalhando com os sentimentos mais ocultos, localizados muitas vezes no próprio inconsciente do indivíduo. Trazer esta técnica para figurar juntamente à Conciliação, Mediação e Arbitragem no judiciário é de suma relevância, pois cada um dos métodos consensuais de resolução de conflitos analisa a questão sob um viés diverso, sendo em muitos casos insuficientes para levarem as partes a refletirem sobre os seus atos de modo tão profundo, como a Constelação Familiar.

A utilização da Constelação Familiar pelo Poder Judiciário é algo que deve ser cada vez mais fomentada entre os magistrados, promotores, defensores públicos, advogados e entre as outras partes envolvidas no processo, a fim de evitar a incidência na sociedade dos padrões sistêmicos negativos. Apesar da ausência de previsão legal específica, o CPC/2015 e a Resolução 125/2010 do CNJ autorizam outras formas de solução de conflitos, como a Constelação Familiar, a qual vem trazendo resultados positivos nas ações em que são aplicadas, exaltando, assim, o papel preponderante do judiciário na construção da justiça restaurativa, isto é, mais humanizada.

Cabe destacar, que apesar de significativa, a Constelação Familiar não pode ser aplicada de forma desenfreada e generalizada para todos os casos judiciais e muito menos pode ser interpretada como um método mágico. Sendo necessário analisar a complexidade dos casos e se as partes estão disponíveis a participarem, o que deve ser analisados pelos magistrados e os outros sujeitos processuais. Todavia, em vários processos levados ao Judiciário, o que se observa é que as partes, não raro, necessitam, verdadeiramente, não de uma a intervenção estatal, por meio de uma sentença para “dizer o direito”, mas de uma compreensão do fato em um contexto familiar, em que só elas, no seu íntimo, têm condições, por si mesmas, de analisar e chegar uma conclusão para a situação conflituosa. Daí a importância da Constelação Sistêmica na resolução de conflitos na justiça, pois quebra paradigmas jurídicos e promove decisões mais justas e eficazes.



Por fim, deve-se mencionar ainda que valor de custo ao erário na aplicação da Constelação Familiar é muito baixo, principalmente, se comparado à necessidade de abrir concursos para novos juízes e analistas processuais e à recomposição das estruturas judiciais nos próximos anos. Nesse sentido, o seu fomento e aplicação deve ser ainda mais difundido e promovido pelos tribunais, devendo ser matéria de estudo nos cursos de graduação em Direito e de capacitação de magistrados, defensores, promotores e servidores para prestarem um serviço cada vez mais célere e eficaz e que atenda os anseios dos cidadãos que buscam a justiça.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania; PELAJO; Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2019.

BANDEIRA, Regina. **"Constelação Familiar" ajuda a humanizar práticas de conciliação no Judiciário**. CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2>. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. (Brasília/DF:CNJ), 2016. 6ª. ed. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em 30 Abr.2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 08 Mar 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 04 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 04 out. 2019.



BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm). Acesso em 01 out. 2019.

BRASIL. **Resolução nº 125, de 20 de novembro de 2010.** Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 23 mai. 2019.

BRASIL. **Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016.** Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2289>. Acesso em: 04 set.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **EC 45/2004 trouxe mais transparência e eficiência ao sistema judiciário brasileiro.** Brasília, 24 out. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393561>. Acesso em: 23 mai. 2019.

CARVALHO, Bianca Pizzatto. **Constelações familiares na advocacia sistêmica: uma prática humanizada.** Joinville, SC: Manuscritos Editora, 2018.

CARVALHO, Elza Vicente. Constelações familiares sistêmicas. **Revista Saúde Quântica**, v. 1, n. 1, p. 43-45, dez. / jan. 2012. Disponível em: <https://www.uninter.com/revistasauade/index.php/saudequantica/article/view/117>. Acesso em: 13 jun. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Constelação familiar: vara no DF alcança 61% de acordo com método.** 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar- vara-no-df-alcanca-61-de-acordo-com-metodo/>. Acesso em 08 Mar.2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Inovações na justiça: o direito sistêmico como meio de solução pacífica de conflitos.** Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/eventos/eventos-cej/2018/workshop-direito-sistemico>. Acesso em: 22 de maio 2019.





CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/images/SCS/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/images/SCS/justica_em_numeros20190919.pdf). Acesso em: 25 set. 2019.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil parte geral e processo de conhecimento**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DUPRÉE, Ulrich E. **Ho' oponopono e as constelações familiares para relacionamentos, amor e perdão**. São Paulo: Cutrix, 2019.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Edipro, 2015.

JOY, Manné. **As constelações familiares em sua vida diária**. São Paulo: Cultrix, 2008.

MALDONADO, Gabriela Ribeiro Mendonça; OLIVEIRA, Luiz Tadeu Martins. Aplicação da Constelação familiar no judiciário. **Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça/RJDSJ**, v. 5, n. 1, p. 274-276, nov. / dez. 2017.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processo Civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

NUNES, Paulo Henrique Nunes. **O pensamento político de Thomas Hobbes**. São Paulo: Simplíssimo, 2015. E-book. Disponível em: <https://simplissimo.com.br/onsales/pensamento-politico-thomas-hobbes/>. Acesso em: 01 dez. 2019.

OLDONI, Fabiano. **Direito sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal**. Joinville, SC: Manuscritos Editora, 2017.

OTONI, Luciana; FARIELLO, Luiza. Constelação pacífica conflitos de família no Judiciário. **Agência CNJ de Notícias**. 2018. Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/86659-constelacao-pacifica-conflitos-de-familia-no-judiciario>. Acesso em: 22 mai. 2019



ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SILVA, Ana Paula Santana da. A percepção dos magistrados sobre a utilização da constelação familiar no poder judiciário do Distrito Federal e territórios. **Caderno Virtual**, Brasília, v. 1, n. 42, jan. /mar. 2018. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/3299>. Acesso em: 22 out. 2019.

SILVA, Artenira da Silva e; BARBOSA, Gabriella Sousa da Silva. Possibilidade de aplicação da técnica de constelações familiares e da mediação nas Varas Especializadas da Mulher e da Violência Doméstica frente à Resolução CNJ nº 125/2010. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**. Maranhão, v. 3, n. 2, p. 88-105, jul. / dez. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/2503/pdf>. Acesso em: 25 out. 2019.

SILVA, Fernanda Araújo. **A constelação como instrumento de facilitação do processo judicial nos conflitos de família: meio de resolução ou prevenção de novos conflitos?**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário Unieuro, Brasília, 2018.

STORCH, Sami. **Direito sistêmico**: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares. São Paulo: Direito Sistêmico, 2017. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/>. Acesso em: 29 mai. 2019.

STORCH, Sami. **Direito sistêmico**: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares. Revista Unicorp, 2019. Disponível em: [https://unicorp.tjba.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/ARTIGO\\_16\\_DIREITO-SIST%3%8AMICO-A-RESOLU%3%87%3%830-DE-CONFLITOS-POR-MEIO-DA.pdf](https://unicorp.tjba.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/ARTIGO_16_DIREITO-SIST%3%8AMICO-A-RESOLU%3%87%3%830-DE-CONFLITOS-POR-MEIO-DA.pdf). Acesso em: 17 de fev. 2020.

STORCH, Sami. Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-e-uma-luz-solucao-conflitos#author>. Acesso em: 28 ago. 2019.



VIEIRA, Adhara Campos. **A Constelação no Judiciário**: Manual de Boas Práticas. Belo Horizonte: 2018. E-Book. Disponível em: <<http://mkt.institutoestelar.com.br/w/1e3e1usQe4P40aGqWue7-3d0fd4e!uid?egu=5fl2ey4ggtsza7gq>>. Acesso em: 21 maio. 2018.

VIEIRA, Adhara Campos. **A Constelação sistêmica no Judiciário**. Belo Horizonte: D'Palácio, 2018.



# INTOLERÂNCIA IDEOLÓGICA E DEMOCRACIA

Tereza Gabriella Pereira

## RESUMO

Os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal são altamente protegidos pelo ordenamento, entre eles está elencada liberdade de expressão como direito fundamental de primeira geração que deve ser garantido em um Estado Democrático. Com o avanço da tecnologia, globalização, a Internet tornou-se uma ferramenta pública em que nela se concretizam o exercício da opinião, nas quais surgem discursos de ódio que incitam a violência e contrariam o respeito entre os indivíduos. É comum que ocorra colisões dos direitos fundamentais, e no caso da liberdade de expressão será um desafio limitar ou relativizar esse direito que tem incidência máxima no Estado Democrático, para tanto é necessário legislações específicas para tratar o tema, e utilizar técnicas como a ponderação e proporcionalidade para neutralizar essa colisão criada.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Liberdade de expressão. Internet. Discurso de ódio. Ponderação.

## INTRODUÇÃO

Neste presente artigo, pretendemos analisar em que medida a liberdade de expressão possa ou não ser flexibilizada frente a discursos de ódio presentes na Internet.

A liberdade de expressão é direito fundamental que fora construído ao longo do tempo, conforme evolução da sociedade. No Brasil, é elencado como direito de primeira geração sendo fortemente assegurado pela historicidade ditatorial em que eram reclusas as informações e opiniões.



Os cidadãos usam fortemente do seu direito de opinar, e o Brasil recebe destaque por ter hoje esse direito amparado em sua Constituição e demais ordenamentos. Porém, atualmente ocorre uma nova forma de exercer a liberdade de expressão e a *Internet* é o principal meio que se concretiza a liberdade de pensamento, expressão e opinião – seja do modo e maneira que for, sendo abrigo de discursos odiosos e contrários aos direitos assegurados pela Democracia

É necessário compreender a *Internet* hoje como uma das principais ferramentas públicas, e que, portanto, deva haver previsões de regras e penalizações. Porém, observa-se na prática, uma crescente sensação de falta de ordenamento jurídico e fiscal nesta esfera, sendo até mesmo a *Internet* conhecida como uma “terra sem lei”.

Há dados do Ministério Público Federal em cooperação com a ONG *SaferNet* de denúncias de crimes que vai contra o que prega a liberdade de expressão e demonstram que em épocas de maiores polarizações, como eleições, sobe significativamente ataques promovidos via web com polarizações do racismo, xenofobia, citações ao neonazismo, ofensas a grupos religiosos, etc. Demonstra-se também os grupos e seguimentos que mais sofrem ofensas, como religiosos, políticos partidários, imigrantes e etc.

Com atual crescimento da vida virtual, o Judiciário lida com pedidos de retirada de conteúdo ofensor da *Internet* ou alguma medida em face daquele que fez uso de seu direito de manifestação através da sua rede social particular. Não é comum observar algum tipo de responsabilização concreta, porém cada vez mais há recorrentes polarizações virtuais e situações nas quais é necessária uma intervenção em meio ao caos cibernético.

É possível encontrar diversos tipos decisões judiciais de juízes de primeiro grau, não havendo ainda uma maior fonte de seguimento para estes seguirem. Mesmo com o surgimento de legislações, como a lei do Marco Civil da *Internet*, ainda se



suscitam falta de legislações severas que punam e fiscalizem esse novo estilo de opinar.

Quanto a posição doutrinária, observamos que há relativização de direitos fundamentais quando se colidem uns com outros, mas ainda não tão clara quanto a outros direitos básicos como a honra e imagem da pessoa. Há técnicas como ponderação e proporcionalidade para relativizar um direito fundamental frente a outro princípio ou regras, usados em casos extremos.

Pretendemos percorrer a importância da liberdade da expressão dentro da Democracia, na qual enseja na autonomia do ser humano, mas é necessário discutir em qual medida possa a liberdade de expressão ser flexibilizada em face do avanço tecnológico que reproduz discursos odiosos em maiores proporções que não estamos habituados. Ainda há pouco no âmbito de legislações específicas para tratar as relações virtuais que poderiam dirimir discursos que ferem a dignidade do outrem.

Segue, portanto, a reflexão sobre o Estado intervir nos direitos fundamentais assegurados pela Democracia, e como o Judiciário se comporta frente ao desafio de relativizar o direito fundamental da liberdade de expressão de um cidadão.

## **1 DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

No âmbito da Constituição Federal de 1988, as liberdades de expressão foram não apenas objeto de mais detalhada positivação, mas também passaram a corresponder, pelo menos de acordo com texto constitucional, ao patamar de reconhecimento e proteção compatível com um autêntico Estado Democrático de Direito<sup>1</sup>.

Liberdades em geral se torna uma cláusula genérica, nos quais diversos enunciados se relacionam ao longo do texto Magno, destacando a posição de

---

<sup>1</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 504



destaque que recebe. É amplamente reconhecido que a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de expressão, compreendidas aqui em conjunto, constituem um dos direitos fundamentais mais preciosos e correspondem a uma das mais antigas exigências humanas, de tal sorte que integram os catálogos constitucionais desde a primeira fase do constitucionalismo moderno<sup>2</sup>.

Assim, como necessidade básica intrínseca ao ser humano, tais liberdades encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana no que diz respeito à autonomia do indivíduo, e como condição garantidora da democracia, portanto se faz necessário, inclusive pela historicidade ditatorial, que sejam elencados estes róis de direitos como princípios e garantias fundamentais.

Os direitos fundamentais surgiram de restrições, e países que passaram por governos autoritários em que suprimia o direito dos cidadãos. Com o passar do tempo as Constituições acompanhavam e avançavam juntamente com a evolução histórica, e no Brasil aos poucos foi-se abrindo espaço para garantias até se tornar posição de destaque, atualmente estando presente na Constituição antes mesmo das normas de organização do Estado. Portanto, a seguir veremos o conceito, desdobramentos e regulamentação no âmbito jurídico brasileiro.

## **1.1 Conceito e histórico evolutivo**

A dignidade humana é a proteção do valor por trás dos direitos fundamentais, que desencadeia a cada indivíduo condição para exercício de sua personalidade. É esta que inspira os direitos fundamentais que são intrínsecos ao homem.

Em termos de Constituição Federal, a dignidade humana ganhou representatividade, e hoje no plano da jurisprudência observa-se uma crescente

---

<sup>2</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 506



associação entre dignidade da pessoa e direitos fundamentais. Ambos advêm da trajetória do Estado Constitucional<sup>3</sup>.

Os direitos fundamentais, podem ser vistos como direitos humanos incorporados no ordenamento de cada Estado, positivando os direitos morais. Também se vincula à imposição de limites ao poder governante, para resguardar os direitos de cada cidadão. Praticamente todos os países asseguram esses direitos, seja de forma subjetiva ou analítica como a Constituição brasileira<sup>4</sup>.

Um critério de identificação é proposto por Carlos Bernal Pulido, que direitos fundamentais têm propriedades formais e materiais. As propriedades formais estão associadas às fontes das quais emanam. As propriedades materiais dizem respeito à proteção dos indivíduos em face do poder do Estado, a participação nos procedimentos democráticos, a igualdade jurídica e a satisfação de certas necessidades básicas<sup>5</sup>.

Cabe a posição jurídica do Estado transformar esses conteúdos em posições jurídicas concretas a serem protegidas, sendo direitos subjetivos que podem ser sindicáveis judicialmente. Mas continua sendo uma linha tênue, em que normas de direito fundamental ora se apresentam com estrutura de regra, ora de princípios. Muito frequentemente, terão a natureza de princípios, o que significa que podem sofrer restrições, podem ter de ceder parcial ou inteiramente diante de certas situações fáticas ou jurídicas e estarão sujeitas à ponderação com outros direitos fundamentais ou interesses coletivos<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jurídica, 2019, p. 492

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jurídica, 2019, p. 492

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jurídica, 2019, p. 493

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jurídica, 2019, p. 493





Em termos de direitos fundamentais, esta decorre do moderno Estado Constitucional, cuja essência baseia-se na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem<sup>7</sup>. Mesmo embora tenha seu anseio no mundo moderno, houve uma fase “pré-constitucional” em que foi o berço de algumas ideias essenciais para a proteção do homem que influenciaram nos textos atuais.

Estes valores constitucionais são herdados da filosofia clássica que tem teses da unidade da humanidade e igualdade, e da tradição judaico-cristã, deste tendo como ideia de que o ser humano é fruto da criação divina. Na Idade Média, pensamento relevante foi o de Santo Tomás de Aquino, que, além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população<sup>8</sup>

Nos séculos XVI e XVII começa a avançar ideias que pregavam o reconhecimento de direitos naturais aos indivíduos. Porém, a partir do século XVIII que se destacam importante obras, como John Locke (1632-1704), primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, inclusive, aos detentores do poder, este, por sua vez, baseado no contrato social, ressaltando-se, todavia, a circunstância de que, para Locke, apenas os cidadãos (e proprietários, já que identifica ambas as situações) poderiam valer-se do direito de resistência, sendo verdadeiros sujeitos, e não meros objetos do governo<sup>9</sup>.

Houve a difusão com Rousseau (1712-1778), na França, Thomas Paine (1737-1809), na América, e Kant (1724-1804), na Alemanha (Prússia), que o processo

---

<sup>7</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 311.

<sup>8</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 313

<sup>9</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 314



de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais atingiu seu ponto culminante<sup>10</sup>. Kant destaca que todos os direitos estão abrangidos pela liberdade que cabe a todo homem em virtude da sua existência e humanidade.

No século XVIII, na Inglaterra, encontra-se o principal documento que trata destes direitos, a *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado em 1215, pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Este documento, embora elaborado para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, excluindo, em princípio, a população em geral do acesso aos “direitos” consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos<sup>11</sup>.

Assim fora diversos documentos surgidos no século XVII, como as Declarações de Direito da Inglaterra, em diversos documentos que reconhecem os direitos e liberdades aos cidadãos ingleses. Embora haja resquícios da período pré-constitucionalista, não há como comparar com os direitos fundamentais consagrados nas constituições atuais.

A despeito do dissídio doutrinário<sup>12</sup> sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa de 1789, foram os direitos consagrados nas primeiras emendas incorporadas à Constituição norte-americana (a partir de 1791) que vieram a marcar a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais.

Cada país teve um processo diferente e lento, mas dentro de uma construção dos direitos fundamentais pertinentes. É certo que houve forte influência pelo legado norte-americano, e também a Declaração de Direito dos Homens e do Cidadão, de 1789, sendo ambos preocupados com o social e com o princípio da igualdade.

---

<sup>10</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 314

<sup>11</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 315

<sup>12</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 316



As constituições brasileiras refletem bem o tempo vivido em cada época. Do mesmo modo que as Constituições europeias tende a derrubar um período autoritário, o Brasil também segue essa linha de atribuir a devida importância aos direitos fundamentais.

Assim, a partir de 1824, tem surgimento a Carta Imperial outorgada por D. Pedro I, com um resquício em seu artigo 179 de garantia “a inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade”. Assim suscitou também a Constituição de 1889 assegurando no artigo 72 a “brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes a liberdade, segurança individual e a propriedade”.

Surgiu então, na Constituição de 1934 diversos direitos sociais que foram incorporadas nas seguintes Cartas. A Carta de 1937 consagrava direitos, mas o art. 186 declarava “em todo o país o estado de emergência”, com a suspensão de diversas dessas garantias. Esse estado de emergência foi revogado apenas em novembro de 1945. A Constituição de 1946 destinou o Título IV à declaração de direitos. Esse enunciado de direitos fundamentais permaneceu nas Constituições de 1967 e 1969<sup>13</sup>.

Finalmente, a Constituição de 1988 inovou ao elencar os direitos fundamentais antes de tratar da organização do Estado em si, e em outros dispositivos dispersos, como formas de garanti-los, numa tentativa de confrontar o passado ditatorial e fazer valer os direitos individuais. Em movimento simbólico, trouxe o Título “Dos direitos e garantias fundamentais” para o início da Constituição, logo após o Título I, intitulado “Dos princípios fundamentais”<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> PINHO, Rodrigo César Rabello. **Direito constitucional**: teoria geral da constituição e direitos fundamentais. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 99.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jurídica, 2019, p. 494



Como cita Carlos Ayres Britto, em a Teoria da Constituição, cabe notadamente ao destacar a existência de um vínculo funcional entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, bem como entre estes e a democracia<sup>15</sup>.

Ao consagrar expressamente, no título dos princípios fundamentais, o artigo 1º, III, da CF<sup>16</sup> reconhece que é o Estado que existe em razão da pessoa humana, sendo o instrumento de garantia e dignidade das pessoas seja de forma individual e coletiva.

No mesmo sentido, foi objeto de reconhecimento pelo STF que a dignidade da pessoa humana é constituído um valor-fonte.

“Verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.”<sup>17</sup>

De acordo com a maior parte da doutrina, como exemplo Jorge Miranda, reconhecer a dignidade da pessoa humana implica um dever de interpretação de toda ordem jurídica em conformidade com tais fundamentos<sup>18</sup>.

Desse modo, extraímos que este tão intrínseco princípio inspira a ordem jurídica em seus outros fundamentos e normas, e serve como base interpretativa. Além do mais atua como limitação no sentido de proibição de atos que a violem ou até mesmo intervenção do Estado no seu exercício.

O princípio da dignidade da pessoa humana, como já restou evidenciado, quando da rápida apresentação de sua dupla função como limite e tarefa, assume também funções mais diretamente relacionadas com os direitos fundamentais, que

---

<sup>15</sup> Cf. BRITTO, Carlos Ayres, **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, Vol. 2, 2003, p. 187

<sup>16</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Artigo 1º. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

<sup>17</sup> Cf., em caráter meramente ilustrativo, se extrai da ementa do Acórdão proferido no HV 87.676/ES, relatado pelo Ministro Cezar Peluso, julgado em 06.05.2008

<sup>18</sup> Cf. BRITTO, Carlos Ayres, **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, Vol. 2, 2003, p. 187.



passamos a elencar sumariamente, em boa parte também à luz de decisões extraídas da jurisprudência do STF<sup>19</sup>.

Igualmente, a questão da liberdade de expressão e manifestação do pensamento encontra um dos seus principais fundamentos (e objetivos) na dignidade da pessoa humana naquilo que diz respeito à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, ela também guarda relação, numa dimensão social e política, com as condições e a garantia da democracia e do pluralismo político, assegurando uma espécie de livre mercado das ideias, assumindo, neste sentido, a qualidade de um direito político<sup>20</sup>.

## 1.2 Natureza jurídica dos direitos fundamentais

Se não há dúvida que os direitos fundamentais, de certa forma, são também direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos, como defendido por Sarlet em que “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado<sup>21</sup>.

Com o objetivo de ilustrar tal processo, passou a ser difundida – por meio da voz de Karel Vasak, a partir de conferência proferida em 1979 no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo – a ideia de que a evolução dos direitos (humanos e fundamentais) poderia ser compreendida mediante a identificação

---

<sup>19</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 273

<sup>20</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 507

<sup>21</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 309



de três “gerações” de direitos, havendo quem defenda a existência de uma quarta e até mesmo de uma quinta e sexta geração de direitos humanos e fundamentais<sup>22</sup>.

Em órbita da evolução, o termo “gerações” é exato para acompanhar momentos históricos em que há o surgimento de tutelas de novos direitos que acompanham as mudanças da sociedade. Cada geração de direitos representa a conquista pela humanidade de um desses grandes postulados<sup>23</sup>.

A primeira geração, dos direitos individuais e políticos, corresponde ao ideal da liberdade; a segunda geração, dos direitos sociais, econômicos e culturais, atende ao princípio da igualdade; e a terceira geração, dos direitos de grupos de pessoas coletivamente consideradas, corresponde ao postulado da fraternidade<sup>24</sup>.

De acordo com a Teoria das três gerações de direito, criado por Kerel Vasak em 1979, as gerações estão ligadas à evolução do Estado Moderno, que iniciou com o Estado Liberal, passou pelo Social, e hoje se encontra no Estado Democrático de Direito. A teoria está umbilicalmente conectada ao contexto histórico de cada geração de direito, sendo estes apenas as consequências das necessidades da sociedade da época<sup>25</sup>.

Os direitos fundamentais de primeira geração têm cunho na relação do indivíduo perante o Estado, demarcando limitação do Estado na autonomia individual da pessoa humana. Sendo reconhecida como uma prestação negativa neste sentido, Paulo Bonavides descreve como “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 318

<sup>23</sup> PINHO, Rodrigo. **Direito constitucional: teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 95

<sup>24</sup> PINHO, Rodrigo. **Direito constitucional: teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 97

<sup>25</sup> RAMINELI, Santos. **O direito fundamental à liberdade de expressão na internet**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ca6d44105c8d5836>, p. 5

<sup>26</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 517.



Neste contexto, assumem particular relevo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, posteriormente complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.), e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia<sup>27</sup>.

Em contraposição, o direito de segunda geração representa um fazer do Estado em prol dos menos favorecidos e um viés de ordem social e econômica com objetivo de melhorar as condições de vida e trabalho da população, e principalmente trabalhadores como forma de proteção ao surgimento do capitalismo, como exemplo cita-se o salário mínimo, aposentadoria, previdência social, décimo terceiro salário e férias remuneradas<sup>28</sup>.

A terceira geração decorre de novos direitos que advém do convívio em sociedade, como a fraternidade e solidariedade.

São novos direitos, decorrentes de uma sociedade de massas, surgida em razão dos processos de industrialização e urbanização, em que os conflitos sociais não mais eram adequadamente resolvidos dentro da antiga tutela jurídica voltada somente para a proteção de direitos individuais. De exemplo há o como a proteção ao consumidor, à infância e à juventude, ao idoso, ao deficiente físico, à saúde e à educação pública<sup>29</sup>.

Em relação ao direito de primeira geração, é neste que se encontra o rol da Constituição Federal de liberdades – em essencial a de expressão – tendo tidos como invioláveis em destaque no artigo 5º. Declara Sarlet que a Constituição Federal é, portanto, também e em primeira linha, uma constituição da liberdade<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 320.

<sup>28</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 321

<sup>29</sup> PINHO, Rodrigo. **Direito constitucional: teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 96

<sup>30</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 495.



Devido ao grande rol de possibilidade, surge o direito geral de liberdade, que atua como uma espécie de cláusula de abertura constitucional para liberdades fundamentais especiais não nominadas.

Com efeito, a liberdade, como faculdade genérica de ação ou de omissão, concede ao indivíduo um amplíssimo leque de possibilidades de manifestação de suas vontades e preferências e de expressão de sua autonomia pessoal que não pode ser apreendido por meio de liberdades específicas previstas em textos normativos.<sup>31</sup>

### 1.3 Previsão constitucional e regulamentação

É fato que na atual Constituição há espaço para liberdades de expressão, mas a mesma se faz presente na trajetória constitucional, presente na Carta Imperial de 1824, verifica-se o trecho do seu artigo 179, IV que dizia:

“Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que cometerem no exercício deste Direito, nos casos, e pela forma, que a Lei determinar.”

Como uma extração do modelo atual de 1988, como exemplo o artigo 5º, IV que versa “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”<sup>32</sup>.

Assim, fora nas outras constituições como a de 1891 e 1934 sempre destacando um espaço a garantia da liberdade. Mas no período ditatorial houve limitações, tendo como exemplo o texto constitucional de 1937 em sua antiga redação do artigo 122, alínea b “medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude”<sup>33</sup>. Demonstra-se assim a evolução registrada em textos constitucionais.

---

<sup>31</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 497

<sup>32</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 502

<sup>33</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 502





Atualmente, a Constituição de 1988 advém de influência dos tratados internacionais como sendo um dos principais a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, como exemplo em seu artigo 19 prega “toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”<sup>34</sup>.

Do mesmo modo conceitua o Pacto de São José da Costa Rica, no artigo 13.1:

Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha<sup>35</sup>.

Em relação a Constituição atual, há diversos enunciados dispersos em seu texto que abrange a liberdade de expressão direta ou indiretamente, destacando assim o alto nível de proteção que elas designam. Podemos elencar o artigo 220 como o de maior ênfase direta, “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Tão quanto é importante a liberdade de expressão que esta desencadeia uma espécie com seus designados gêneros, assim dispõe Sarlet:

À liberdade de expressão é como (gênero), e considerando as peculiaridades do direito constitucional positivo brasileiro, é possível apresentar o seguinte esquema: (a) liberdade de manifestação do pensamento (incluindo a liberdade de opinião); (b) liberdade de expressão artística; (c) liberdade de ensino e pesquisa; (d) liberdade de comunicação e de

---

<sup>34</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 503

<sup>35</sup> TRATADO INTERNACIONAL PGE. **Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Pacto De San José Da Costa Rica**. Artigo 13.1 Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>.



informação (liberdade de “imprensa”); (e) liberdade de expressão religiosa.<sup>36</sup>

Trazendo para os moldes atuais, a liberdade de expressão continua a ser visto de maneira essencial ao Estado Democrático Brasileiro, se assim este enseja ser, além de ser uma necessidade do ser humano, consistente em emitir opinião que advém da “liberdade de pensamento”.

No âmbito da CF de 1988, as liberdades de expressão (ou liberdades comunicativas) foram objeto de mais detalhada positivação, passando a corresponder, pelo menos de acordo com texto constitucional, ao patamar de reconhecimento e de proteção compatível com um autêntico Estado Democrático de Direito<sup>37</sup>.

Importa acrescentar que, além da proteção do conteúdo, ou seja, do objeto da fala, também estão protegidos os meios de expressão, cuidando-se, em qualquer caso, de uma noção aberta, portanto inclusiva de novas modalidades, como é o caso da comunicação eletrônica<sup>38</sup>.

Portanto, a nova forma mais usual de comunicação – a eletrônica – desencadeia diversos âmbitos da liberdade de expressão que possam englobar manifestações de opinião, convicções, críticas, desse modo depreende Daniel Sarmiento e Ingo Wolfgang que em princípio todas as formas de manifestação, desde que não violentas, estão protegidas pela liberdade de expressão, incluindo:

Gestos, sinais, movimentos, mensagens orais e escritas, representações teatrais, sons, imagens, bem como as manifestações veiculadas pelos modernos meios de

---

<sup>36</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 506

<sup>37</sup> ROBL FILHO, Ilton; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado democrático de direito e os limites da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. p. 118

<sup>38</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 508



comunicação, como as mensagens de páginas de relacionamento, blogs, entre outros<sup>39</sup>.

Portanto, a liberdade de expressão aplica-se também a evolução de todos meios de comunicação usados pela sociedade, que se tornou atualmente uma aplicação macro para exercer o valor de um país Democrático de Direito, sendo um dos principais fundamentos.

A relação entre democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico, porque, como regra, a democracia significa mais liberdade de expressão e vice-versa (mais liberdade de expressão indica mais democracia), não se desconsiderando, de outro lado, que certo uso da liberdade de expressão pode acarretar riscos para a democracia e que o exercício desta eventualmente produz danos à liberdade de expressão<sup>40</sup>.

Através de interpretação da Constituição Federal, Sarlet defendeu que há uma dupla dimensão subjetiva e objetiva. Subjetivamente se protege o próprio direito de externar opinião pessoal ou até mesmo de se abster de emitir qualquer opinião, sendo este também protegido. E a dimensão objetiva importa em deveres estatais, através de normas e criação e regulamentação de instituições que atuem na proteção e promoção dos direitos, como previsão expressa do artigo 224 da Constituição Federal na criação do Conselho de Comunicação Social que tem como fim cuidar de temas relacionados ao mesmo<sup>41</sup>.

Também se vincula todos os órgãos judiciais na consideração dos direitos para controlar quaisquer atos estatais que possam interferir na opinião pessoal e no

---

<sup>39</sup> Cf., por todos, KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica, p. 399

<sup>40</sup> Sob tal perspectiva, v. MICHELMAN, Frank. **Relações entre democracia e liberdade de expressão**: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 49 e ss.

<sup>41</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 510.



âmbito privado. Como exemplo, há uma iniciativa do Ministério Público Federal em cooperação com a ONG *SaferNet* que atua na promoção dos direitos humanos na internet, em que recolhe dados de denúncias de crimes que vai contra o que prega a liberdade de expressão<sup>42</sup>. Ressalta-se que o instituto não é relação exclusiva de sujeito versus Estado, protege-se principalmente as relações privadas relacionadas ao abuso da liberdade de expressão.

Uma importante ressalva constitucional, é a proibição do anonimato no artigo 5º, IV da CF pois poderia inviabilizar quaisquer responsabilização civil ou penal. Atualmente, faz-se todo sentido, pois com o crescimento do uso das redes sociais pode-se usar vários artifícios para não usar perfis pessoais. Ao lado, encontra-se o direito de resposta proporcional ao agravo no art. 5º, inciso V da CF para que haja oportunidade de defesa de modo proporcional sobre opiniões pessoais.

Com a possibilidade expressa de argumentação, pode haver discursos que não emanem apenas uma opinião particular, mas que abrangem discursos popularmente intoleráveis, como os nominados “discursos de ódio” em que se há a linha tênue do que a liberdade de expressão possa ou não proteger.

A democracia exige que os indivíduos possam falar sobre qualquer assunto que tenha relevância para a elaboração de leis, para a adoção de políticas públicas e para a forma de administração de uma nação. É a liberdade de expressão que é usado como instrumento para assuntos como raça, nacionalidade, imigrantes, indígenas, pobres, LGBTs, eis que é evidente que esses temas geram consequências para a elaboração de leis, para a adoção de políticas públicas e para a forma de administração de uma nação, demonstrando a importância da liberdade de debates para inclusão de grupos excluídos a sociedade.

---

<sup>42</sup> MESQUITA, Lígia. **Denúncias de discurso de ódio online dispararam no 2º turno das eleições, diz ONG**. Londres, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46146756>. Acesso em: 18 abr. 2019



Não há lógica que a forma do governo democrático tenha fundamentos em contraposição, portanto a democracia exige a participação de todos e a liberdade de expressão é um direito que visa assegurar esta participação. Assim, portanto, em um cenário atual de tecnologias que permite a emissão de opinião de forma mundial cada vez mais rápida, gera-se debates se o Estado Democrático pode mitigar discursos odiosos contra determinados grupos em nome da Democracia que se caracteriza pela participação igualitária de todos, ou não deva restringir seu direito fundamental a liberdade de expressão sob o risco de voltar um Estado limitador em relação a externar o pensamento e opiniões.

Adentra-se, portanto, a liberdade de expressão em um nível de regulamentação e limitações que são extraídos de Declarações Internacionais nas quais o Brasil compactua, e consensos doutrinários que discorrem sobre o assunto e caráter democrático da Constituição Federal que permite a possibilidade de argumentação em todos os níveis, objetivo este a ser discorrido no presente trabalho.

## **2 DISCURSO DE ÓDIO E SUA DISSEMINAÇÃO NAS MÍDIAS SOCIAIS**

Das principais liberdades, a de pensamento se destaca por ser inerente a qualquer comportamento do homem desde o início de sua vida, como uma necessidade intrínseca. Assim, a palavra manifestada – ou publicada – quando ensejada de elementos constitutivos de ódio e seus reflexos, incide no campo do Direito.

Na busca de um conceito operacional para o discurso do ódio (*hate speech*), observa-se que tal discurso apresenta como elemento central a expressão do pensamento que desqualifica, humilha e inferioriza indivíduos e grupos sociais.

Esse discurso tem por objetivo propagar a discriminação desrespeitosa para com todo aquele que possa ser considerado "diferente", quer em razão de sua etnia, sua opção sexual, sua



condição econômica ou seu gênero, para promover a sua exclusão social.<sup>43</sup>

Um ponto preocupante no discurso de ódio é que normalmente este implica em separação de uma posição superior e outra inferior, fato já visto ao longo da humanidade, como por exemplo na Alemanha de Hitler que pregava a soberania de uma “raça ariana” sobre outra.

Lembremos que manifestar, nos meios tecnológicos de hoje, significa propagar e fazer estas com ideias de superioridade de uma classe, etnia ou qualquer outra coisa é altamente perigoso para a segurança e tantos direitos alcançados durante uma grande evolução histórica. Isto que enseja a manifestação de ódio com elementos de humilhação, medo, desvalorização do outro como ser de Direito.

O direito à liberdade de expressão pode ser fundamentado na ideia de igualdade e no quanto esse tipo de discurso reduz e denigre um determinado grupo. Além desse primeiro impacto à ideia de igualdade, o discurso de ódio tem efeitos no próprio exercício da liberdade e da democracia<sup>44</sup>.

Seja para regulamentar ou identificar, deve haver parâmetros para identificar o que seja discurso de ódio para que opiniões “menos populares” não se rotulem como tal, sob pena de ferir o regime democrático a que pertencemos.

No livro “princípios de Camden sobre a liberdade de expressão e igualdade” formulou-se critérios para o enquadramento de uma mensagem que seja de ódio, nos quais são:

Severidade – a ofensa deve ser “a mais severa e profunda forma de opróbrio”; intenção – deve haver a intenção de incitar o ódio; conteúdo ou forma do discurso – devem ser consideradas a forma, estilo e natureza dos argumentos empregados; extensão do discurso – o discurso deve ser dirigido ao público em geral ou a um número de indivíduos em

<sup>43</sup> FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Sequência (Florianópolis)**, n. 66, p. 327-355, jul. 2013, p. 344

<sup>44</sup> FISS, Owen. **Liberdade de expressão versus dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 40.



um espaço público; probabilidade de ocorrência de dano – o crime de incitação não necessita que o dano ocorra de fato, entretanto, é necessária a averiguação de algum nível de risco de que algum dano resulte de tal incitação; iminência – o tempo entre o discurso e a ação (discriminação, hostilidade ou violência) não pode ser demasiado longo de forma que não seja razoável imputar ao emissor do discurso a responsabilidade pelo eventual resultado; contexto – o contexto em que é proferido o discurso é de suma importância para verificar se as declarações têm potencial de incitar ódio e gerar alguma ação<sup>45</sup>.

Acontece que, com o acesso à internet, principalmente as redes sociais ajudou externar nossa necessidade de emitir opiniões, onde surge uma nova maneira de exteriorizar o direito à liberdade de expressão por meio de postagens cibernéticas. As plataformas utilizadas são um ambiente macro, de difícil regulamentação frente a velocidade de opiniões e acontecimentos comentados.

Imagine-se, então, quão dificultosa se torna a moderação de conteúdo. Ora, os próprios gestores reconhecem que dentro do universo de postagens denunciadas, nem sempre é possível realizar-se o efetivo controle de contextos e intenções, conforme mencionado. Imagine-se, então, quão dificultosa se torna a moderação de conteúdo em um conjunto de 1,3 milhões de inserções por minuto diariamente<sup>46</sup>.

No processo de identificação dos discursos intimatórios digitais, há ainda a problemática ensejada pelo ciberespaço, em que há certa dificuldade em nomear aos praticantes desse tipo de discurso, em razão da possibilidade de esconder-se em

---

<sup>45</sup> PRINCÍPIOS DE CAMDEN sobre Liberdade de Expressão e Igualdade. Londres: Campanha Global pela liberdade de expressão. Artigo 19, 2009. Disponível em: [www.article19.org/data/files/medialibrary/1214/Camden-Principles-PORTUGUESE-web.pdf](http://www.article19.org/data/files/medialibrary/1214/Camden-Principles-PORTUGUESE-web.pdf). Acesso em: 18 nov. 2019

<sup>46</sup> MARINHO, Maria Edelvacy Pinto e SOUZA, Stella Regina Coeli de. Discurso de ódio pelo *Facebook*: transparência e procedimentos de contenção. **Espaço Jurídico Journal of Law – EJLL**. Joaçaba, v. 19, n. 2, 2018, p. 539



perfis anônimos ou edificadas com base em personagens adotados nesse contexto ou ainda porque estejam protegidos pelo título de determinado fórum ou site<sup>47</sup>.

Desse ponto de partida que adentramos na análise do que seja o discurso de ódio, que se caracterizam por ser ameaçadores com carga de ódio, tons de superioridade, específicos a alguém ou a algum seguimento. As falas variam de debates que ensejam a respeitosas discordâncias das partes – que é legítimo - a divergências muito além do tolerável.

É compreensível que algumas discussões, principalmente políticas, sejam um pouco mais calorosas e polêmicas que outras pautas, mas o fato de a Internet passar a sensação de distância entre o locutor e o receptor da mensagem tornam as discussões sem pudor do que possa ser falado, havendo uma espécie de “guerra cibernética” que estimulam ataques com aqueles que tenham opiniões divergentes.

A revista *BBC News* publicou em uma matéria que “o período do segundo turno das eleições deste ano [2018], entre 7 e 28 de outubro, teve um aumento significativo no número de denúncias de discurso de ódio ou intolerância na internet, segundo levantamento da *ONG SaferNet*”<sup>48</sup>.

Em números, segundo a matéria, o site *denuncie.org.br*, que recebe as queixas, registrou 8.009 denúncias de xenofobia entre 7 e 28 de outubro de 2018, contra 338 entre 16 de agosto e 7 de outubro. Anteriormente, na eleição de 2014 as denúncias de apologia e incitação a crimes contra a vida (apologia à tortura, linchamentos, violência física, assassinato etc.) passaram de 1.746 para 11.009; as de homofobia/LGBTfobia, de 422 para 1.478; as de neonazismo (intolerância com

---

<sup>47</sup> GONÇALVES, Tamiris Machado; LÓPEZ-MUNOZ, Juan Manuel. Ethos e cenografia da Voice for Men - Brasil: uma exploração do discurso intimidatório na internet. *Let. Hoje*, vol.53, n. 3, Porto Alegre, July/Sept. 2018, p. 342

<sup>48</sup> MESQUITA, Lígia. **Denúncias de discurso de ódio online dispararam no 2º turno das eleições, diz ONG.** Londres, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46146756>. Acesso em: 18 abr. 2019





base na ideologia nazista de superioridade), de 254 para 1.393; as de racismo, de 531 para 1.159, e as de intolerância religiosa, de 195, para 283<sup>49</sup>.

Os dados, apesar de serem de 2014 retrata a intolerância em meio as eleições da época e prevê os mesmos comportamentos na eleição de 2018 – assim como ocorreu. Ressalva-se que a disseminação do ódio traz desafios não apenas a aplicação da liberdade de expressão, mas ao marketing político, influência do Estado no direito pessoal do cidadão, regulamentação jurídica, entre outros.

## 2.1 Elementos identificadores

Há debates em níveis profundos com intuito de discutir os benefícios e os malefícios de um modelo de regulação mais proibitivo em matéria de discurso de ódio. E o maior desafio é delimitar o que é compatível com a liberdade de expressão e o que pode ser enquadrado como discurso de ódio. Outro ponto a ser observado, é que qualquer discurso contra grupos indenitários entre si seja visto como discriminatórios, e logo censurado.

Um modelo sustentado por Caleb Yong, propõe a possibilidade de regulação (e restrição) dos discursos, à luz do princípio da liberdade de expressão (*free speech principle* – FSP) e os discursos não cobertos (*uncovered speech*) e os discursos que, embora cobertos, não são protegidos pelo FSP (*unprotected speech*) devem ser regulados e limitados por instrumentos jurídicos de controle. Em resumo, há discursos a serem protegidos e outros não<sup>50</sup>.

Há um imenso debate nos setores especializados a discutir os benefícios e os malefícios de um modelo de regulação mais proibitivo em matéria de discurso de ódio. E o que mais chama a atenção é a dificuldade visível no ambiente teórico em demarcar

---

<sup>49</sup> MESQUITA, Lígia. **Denúncias de discurso de ódio online dispararam no 2º turno das eleições, diz ONG**. Londres, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46146756>. Acesso em: 18 abr. 2019

<sup>50</sup> PEREIRA, Rodolfo. **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio**. Belo Horizonte: IDDE, 2018, p. 233.



o território daquilo que é compatível com a liberdade de expressão, embora possa ser enquadrado no universo semântico do *hate speech*<sup>51</sup>.

Um fator importante, é que muitas vezes os usuários são usados como meio de mercadoria para repassar informações ou apoios ensejados naquilo que deseja ser destacado, isso sem mesmo as pessoas perceberem tem usado o seu direito a expressão como um marketing “barato”.

No estilo de vida atual há o fenômeno de estar em evidência nas redes, e para tanto, há uma crescente busca de opinar para se destacar. É algo tão desenfreado no comportamento humano que em pouco tempo é possível emitir diversas opiniões sobre quaisquer assuntos, sem refletir sobre o que ou quem possa ser atingido com aquela mensagem, o importante é estar sendo ‘compartilhado’ nas redes sociais.

## 2.2 Instrumentos de disseminação

A possibilidade de se expressar em uma notícia de um site ou em um blog, algumas vezes sem nenhum tipo de filtro, deu as pessoas um novo poder: o de opinar sobre qualquer coisa. Com a massiva produção de notícias na Internet para abastecer esse público sedento por novidades rápidas, estas são esvaziadas, pois precisam ser rápidas, e as pessoas as filtram ideologicamente<sup>52</sup>.

Os comentários passam a ser formas de expressão inquestionáveis. O comentário não precisa ter o conteúdo da verdade para ser feito, ele não precisa se

---

<sup>51</sup> PEREIRA, Rodolfo. **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio**. Belo Horizonte: IDDE, 2018, p. 233.

<sup>52</sup> BRUGNADO, Fabrício; CHAIA, Vera Lúcia Michalany. A nova polarização política nas eleições de 2014: radicalização ideológica da direita no mundo contemporâneo do Facebook. **Aurora: revista de arte, mídia e política**, São Paulo, v.7, n.21, p. 99-129, out.2014-jan.2015, p. 122



basear em dados, em pesquisa, ele pode ser simplesmente criado. O importante do comentário é convencer aos pares<sup>53</sup>.

Cria-se um ciclo, como expõe Brugnado e Chaia:

O que importa é a palavra de quem comentou e o apoio da rede. Se a rede apoia quem comentou, as provas e fundamentos contrários se tornam irrelevantes. Longos textos são indesejados; na rede, a informação precisa ser rápida. E se o conteúdo for contra, mais facilmente poderá ser ignorado ou refutado pelos comentários mais esvaziados e agressivos, pois a rede por trás o protegerá com seus próprios comentários.<sup>54</sup>

Um mundo de conexões passa a ser agrupados pelos interesses no mundo virtual, e a agressividade desses discursos que é oculto pessoalmente podem enfim serem expostas. Os limites da radicalização são elevados pela rede, ao permitir uma libertação da moral conhecida publicamente como agressiva<sup>55</sup>.

É comum encontrar afirmações sem compromisso com a verdade – como as *fake news*, e discursos extremistas que ferem os princípios assegurados pela Democracia. Corre o iminente risco de polarizações como essas realizar-se no mundo fático e eclodir uma violência.

Sobre admitir o discurso de ódio como manifestação legítima da liberdade de expressão, expõe Riva e Matheus que mesmo havendo previsão legal para escolha, a liberdade não poderá ser exercida de forma ilimitada. É fundamental o entendimento de que a escolha, por definição, apresenta limites quanto ao seu exercício. Qualquer

---

<sup>53</sup> BRUGNADO, Fabrício; CHAIA, Vera Lúcia Michalany. A nova polarização política nas eleições de 2014: radicalização ideológica da direita no mundo contemporâneo do Facebook. **Aurora: revista de arte, mídia e política**, São Paulo, v.7, n.21, p. 99-129, out.2014-jan.2015, p. 23

<sup>54</sup> BRUGNADO, Fabrício; CHAIA, Vera Lúcia Michalany. A nova polarização política nas eleições de 2014: radicalização ideológica da direita no mundo contemporâneo do Facebook. **Aurora: revista de arte, mídia e política**, São Paulo, v.7, n.21, p. 99-129, out.2014-jan.2015, p. 123

<sup>55</sup> BRUGNADO, Fabrício; CHAIA, Vera Lúcia Michalany. A nova polarização política nas eleições de 2014: radicalização ideológica da direita no mundo contemporâneo do Facebook. **Aurora: revista de arte, mídia e política**, São Paulo, v.7, n.21, p. 99-129, out.2014-jan.2015, p. 123



conduta que ultrapasse os limites dessa esfera de autodeterminação poderá ser objeto de repressão<sup>56</sup>.

Assim, por exemplo: a liberdade de Manifestação do Pensamento, estabelecida pelo ordenamento jurídico, não autoriza a calúnia ou a injúria, condutas estas situadas para além da possibilidade de escolha garantida pela liberdade de expressão. Nesse sentido, poder-se-ia observar ainda outro exemplo: a liberdade de Culto Religioso. Essa liberdade não é compatível com o sacrifício de crianças, ainda que isso esteja previsto em algum ritual religioso. São, pois, condutas inadmissíveis, reprovadas pela sociedade, que teriam ultrapassado os limites da liberdade de culto religioso, passível, portanto, de ação repressiva estatal.<sup>57</sup>

Deve se pensar em como por limites ao exercício desta liberdade, se pensarmos que esse preceito jurídico deve viver em harmonia com outros preceitos constitucionais, a lei teria legitimidade para lhe oferecer restrições, através da legalidade.

Porém, as restrições não podem ofender a garantia do direito a escolha de autodeterminação dos povos, a escolha da conduta mais adequada feita pessoalmente por cada indivíduo.

A liberdade, quando inserida e tutelada pelo ordenamento jurídico, faz contraponto com a legalidade, por ele mesmo estabelecida, que lhe oferece os limites de atuação e escolha. Objetiva-se que o indivíduo poderá, no exercício da liberdade, escolher livremente até encontrar uma lei que lhe imponha uma obrigação ou uma

---

<sup>56</sup> FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Sequência (Florianópolis)**, n. 66, p. 327-355, jul. 2013, p. 334

<sup>57</sup> FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Sequência (Florianópolis)**, n. 66, p. 327-355, jul. 2013, p.



proibição. Deverá então autodeterminar-se até que uma lei disponha em sentido contrário a sua escolha<sup>58</sup>.

Mas deve se ressaltar que esses limites deverão se originar de leis em sentido estrito, ou seja ato normativo originado do Congresso Nacional, pois é através do consentimento popular, pelo meio de nossos representantes que irá ser decidido qual o limite dessa liberdade, devendo ser embasada no melhor interesse da coletividade<sup>59</sup>.

Uma lei que abrange vários aspectos, mas ainda se refere um pouco a direitos e deveres no âmbito tecnológico é a Lei n. 12.965/2014 Marco Civil da Internet Brasileira que impactou as relações virtuais, tendo sido a primeira lei a tratar dos direitos dos usuários entre outras aplicações<sup>60</sup>.

Seu principal fundamento se baseia no respeito à liberdade de expressão, bem como no artigo 2º, II “os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais” devendo estes embasar os pilares e fundamentos da Internet. O legislador deixou claro que prevalecerá a liberdade de expressão, e qualquer coisa que atente sobre ela será uma violação, desde que esta liberdade não viole direito de terceiros.

Explicam os autores Damásio de Jesus e José Antônio Milagre, que através do texto avaliam a censura na rede ou remoção de conteúdos da internet com base em mero dissabor por parte daqueles que não concordam. Importante destacar que tal garantia era inexistente no Direito Brasileiro, antes do Marco Civil, diante de

---

<sup>58</sup> FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Sequência (Florianópolis)**, n. 66, p. 327-355, jul. 2013, p. 335

<sup>59</sup> FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Sequência (Florianópolis)**, n. 66, p. 327-355, jul. 2013, p. 335.

<sup>60</sup> BRASIL. **Lei n° 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm).



denúncias “online”, muitos conteúdos eram removidos extrajudicialmente, por provedores que sentiam “inseguros” em mantê-los<sup>61</sup>.

Entre outros fundamentos, Damásio de Jesus e José Antônio Milagre também ressaltam os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais: direitos humanos devem ser respeitados no ambiente cibernético e a *web* deverá proporcionar meios para exercício da cidadania.

Outro ponto é a pluralidade e a diversidade; não devendo haver discriminação no que tange à disciplina do uso da internet. A Internet deve ser livre, aberta e colaborativa desenvolvendo-se como um direito fundamental<sup>62</sup>.

Portanto, reforça-se a ideia de regulamentação e proteção da Internet, pois deixou de ser reservado a uma parte da população para alcançar maiores abrangências, sendo uma ferramenta pública. Inclusive tornou-se uma finalidade social em que se deixa a imagem de Internet como meio comercial para um direito e garantia fundamental.

Alguns dos princípios envolvendo o uso da Internet no Brasil, foram elencados no artigo 3º da Lei n. 12.965/2014:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV - preservação e garantia da neutralidade de rede; V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; VII - preservação da natureza participativa da rede; VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios

---

<sup>61</sup> JESUS, Damásio. MILAGRE, José Antônio. **Marco civil da internet comentários à Lei n. 12.965/14**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19

<sup>62</sup> JESUS, Damásio. MILAGRE, José Antônio. **Marco civil da internet comentários à Lei n. 12.965/14**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20



estabelecidos nesta Lei. Inclusive ressaltou em seu parágrafo único que “os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Novamente, percebe-se a figura da liberdade de expressão amplamente protegido, fazendo alusão a própria Constituição Federal. “Mas também traz a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, de modo que diante dos danos causados a usuários, os agentes poderão sofrer processos e ser obrigados a reparação”<sup>63</sup>.

Ou seja, a ampla e defesa liberdade de expressão não legitima discursos de ódio e violação do direito de terceiro. Mais um fator que incide na responsabilização, tanto que os primeiros esforços da vítima devem ser dirigidos contra quem disponibilizou as informações ilícitas em seu *web site* ou servidor. Quando já se conhece sua identidade, será ele compelido a tomar as providências necessárias para fazer cessar a prática do ilícito, sem prejuízo de ser responsabilizado pelos danos causados<sup>64</sup>.

Para que a tutela de direitos no âmbito da Internet tenha efetividade, o julgador deve conhecer quais medidas podem ser implementadas, bem como sua extensão, real eficácia e potenciais efeitos indesejados, principalmente possíveis danos a terceiros<sup>65</sup>.

Atualmente, além do responsável pela ofensa, pode ser requerido que o criador do *web site* ou o provedor de hospedagem sejam obrigados a tomar as providências necessárias.

---

<sup>63</sup> JESUS, Damásio. MILAGRE, José Antônio. **Marco civil da internet comentários à Lei. 12.965/14**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 22

<sup>64</sup> LEONARDI, Marcel. Controle de conteúdo na Internet: filtros, censura, bloqueio e tutela. **Âmbito Jurídico**, 2009. Disponível em: [https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-67/control-de-conteudos-na-internet-filtros-censura-bloqueio-e-tutela/#\\_ftn47](https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-67/control-de-conteudos-na-internet-filtros-censura-bloqueio-e-tutela/#_ftn47). Acesso em: 25 out. 2019.

<sup>65</sup> LEONARDI, Marcel. Controle de conteúdo na Internet: filtros, censura, bloqueio e tutela. **Âmbito Jurídico**, 2009. Disponível em: [https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-67/control-de-conteudos-na-internet-filtros-censura-bloqueio-e-tutela/#\\_ftn47](https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-67/control-de-conteudos-na-internet-filtros-censura-bloqueio-e-tutela/#_ftn47). Acesso em: 25 out. 2019.



Por outro lado, convém observar que não se faz possível, em regra, obter tutela preventiva, em face do provedor, para impedir a repetição do ato ilícito no futuro, principalmente quando o conteúdo é publicado por usuários em tempo real, sem controle editorial prévio à disponibilização, como ocorre na maior parte dos *web sites* interativos<sup>66</sup>.

Pelos recorrentes prejuízos e decisões da Justiça ordenando a exclusão de conteúdos em suas plataformas, há políticas assíduas de várias redes sociais populares em que veda violência, discurso de ódio, etc. Por vezes, estas excluem de suas plataformas qualquer menção que vai ao desrespeita sua política.

Em uma tentativa de mitigar esse fenômeno, corrosivo para a democracia, as grandes empresas de tecnologia se comprometeram em 2016 a apagar em menos de 24 horas as mensagens que incitem crime de racismo, xenofobia ou sexismo. Fora noticiado na época que empresas contrataram um exército de vigilantes que filtram uma avalanche de conteúdos que circulam pela Internet e pelas redes sociais, tendo como ordem apagar tudo que fomenta o ódio em qualquer um de seus aspectos: etnia, religião ou nacionalidade<sup>67</sup>.

Afirma Javier Lesaca, doutor em História e pesquisador visitante da *Columbia University*, que: É impossível evitar em 100% que essas mensagens estejam presentes. Mas é possível detectá-las cedo, limitar sua veracidade e dificultar muito sua busca na Internet. Ele considera que “as novas plataformas de comunicação digital deveriam se conscientizar de que já não são simples empresas de tecnologia”, porque “se transformaram em elementos estruturantes da opinião

---

<sup>66</sup> LEONARDI, Marcel. Controle de conteúdo na Internet: filtros, censura, bloqueio e tutela. **Âmbito Jurídico**, 2009. Disponível em: [https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-67/control-de-conteudos-na-internet-filtros-censura-bloqueio-e-tutela/#\\_ftn47](https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-67/control-de-conteudos-na-internet-filtros-censura-bloqueio-e-tutela/#_ftn47). Acesso em: 25 out. 2019

<sup>67</sup> GÓMEZ, Rosário G. Um exército para rastrear o ódio nas redes. **El País**, 23 mar. 2019. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/22/tecnologia/1553279547\\_294211.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/22/tecnologia/1553279547_294211.html). Acesso em: 25 out. 2019





pública da sociedade e devem assumir a responsabilidade que esse novo papel implica”<sup>68</sup>.

No mesmo sentido, Lalueza - professor do departamento de Ciências da Informação e da Comunicação da Universidade Aberta da Catalunha - sustenta que a linha vermelha não está na liberdade de expressão, mas na liberdade de agressão. “Nesse ponto, as autoridades não deveriam hesitar. O discurso de ódio não pode ser protegido pela liberdade de expressão. Não deve ter proteção porque mina o Estado de direito”<sup>69</sup>.

O professor Lalueza também salienta que “as medidas legais deveriam ser atualizadas para endurecer as penas por publicação de mensagens violentas ou de incitação ao ódio no ambiente digital e exigir das plataformas muito mais rapidez para detectar e eliminar esse conteúdo”<sup>70</sup>.

Na prática, geralmente não se busca quem efetivamente produz o conteúdo. O maior interesse de quem é atingido é que sejam os conteúdos removidos e se esqueça a questão, o que gera retrocesso no ciclo de punibilidade. Porém quando o conteúdo reflete a um grupo ou em sentido amplo, não há uma única pessoa para “incriminar”.

Por isso, apenas remoção de conteúdo não é efetivo, deve haver responsabilização direta de quem promove discursos e ofensas para que mude a sensação de impunidade e a visão de que Internet é um eixo paralelo as leis, mas sim uma integração do cotidiano que respeita a legislação.

---

<sup>68</sup> GÓMEZ, Rosário G. Um exército para rastrear o ódio nas redes. **Él País**, 23 mar. 2019. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/22/tecnologia/1553279547\\_294211.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/22/tecnologia/1553279547_294211.html). Acesso em: 25 out. 2019

<sup>69</sup> GÓMEZ, Rosário G. Um exército para rastrear o ódio nas redes. **Él País**, 23 mar. 2019. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/22/tecnologia/1553279547\\_294211.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/22/tecnologia/1553279547_294211.html). Acesso em: 25 out. 2019.

<sup>70</sup> GÓMEZ, Rosário G. Um exército para rastrear o ódio nas redes. **Él País**, 23 mar. 2019. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/22/tecnologia/1553279547\\_294211.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/22/tecnologia/1553279547_294211.html). Acesso em: 25 out. 2019



### 3 LIMITES JÚRIDICOS IMPOSTOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO FRENTE AO DISCURSO DE ÓDIO

Para entender como a liberdade de expressão possa ser limitada deve observar qual o âmbito de proteção será realmente atingido, de forma na qual possa se resguardar ao máximo o bem jurídico tutelado e não ferir o direito fundamental assegurado, pois estes são pilares da Constituição Federal e perfazem o Estado Democrático.

Limites externos podem estar previstos dentro do próprio texto constitucional, podendo prevê um direito já com uma cláusula de exceção ou até mesmo resposta. Algumas normas podem restringir posições abrangidas pelo âmbito de proteção do direito fundamental.

Assinale-se, pois, que a norma constitucional que submete determinados direitos à reserva de lei restritiva contém a um só tempo:

- (a) uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção, e (b) uma norma de autorização de restrições, que permite ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente assegurado.<sup>71</sup>

Pode haver também colisão do direito à liberdade com outros direitos, até mesmo outros princípios. Assim, utiliza-se técnicas para buscar qual a melhor forma de fazer esta ponderação entre princípios, haja visto que no mundo fático ocorra esses enfrentamentos que se indispõe com o interesse de proteção máxima aos direitos fundamentais.

Certo é que todo direito fundamental possui um âmbito de proteção (um campo de incidência normativa ou suporte fático, como preferem outros) e todo direito

---

<sup>71</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional (Série EDB). 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37



fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções neste âmbito de proteção<sup>72</sup>.

Porém, no mundo fático é possível que ocorra colisões de direitos fundamentais, e está em sentido estrito nascem sempre que o exercício ou a realização de determinado direito fundamental acarrete consequências negativas em relação a outro direito fundamental de outra pessoa. Observa-se em situações como esta que dois sujeitos são afetados em relação ao mesmo direito fundamental, porém enquanto um exerce um direito de defesa liberal, o outro tenta exercer um direito de proteção<sup>73</sup>. Como no caso presente que o direito fundamental a liberdade de expressão fere o direito de personalidade de outrem como à imagem, honra e até mesmo o principal objetivo dos direitos fundamentais que seria servir aos cidadãos de dignidade, igualdade e respeito.

Assim, quando surge conflitos entre princípios com direcionamento opostos, independente da solução a ser adotada nesses conflitos sempre existirá a restrição, por vezes total, de um ou dois valores. Posto que, todas as circunstâncias envolvendo colisão de direitos fundamentais são de complexa solução, dependendo para se determinar o rumo a ser seguido das informações do caso concreto e dos argumentos fornecidos pelas partes envolvidas. Dessa forma, evidencia-se a necessidade de se ponderar para se chegar a solução do conflito<sup>74</sup>.

Nesse sentido, preceitua Robert Alexy em sua teoria que parte da técnica do sopesamento ou do balanceamento desenvolvida pela Corte Constitucional Alemã, para defender que todos os princípios abstratamente possuem a mesma importância,

---

<sup>72</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 390

<sup>73</sup> CARDOSO, Diego Brito. Colisão de Direitos Fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, p. 137 – 155. Disponível em: <file:///C:/Users/Tereza%20Gabiella/Downloads/10327-Texto%20do%20artigo-28987-1-10-20161005.pdf>.

<sup>74</sup> MAIA, Lorena Duarte Lopes. Colisões de direito fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/colisao-de-direitos-fundamentais-visao-do-supremo-tribunal-federal/>



devendo, na hipótese de colisão entre eles, serem analisadas as condições fáticas e jurídicas do caso concreto para, ao final, decidir qual deve prevalecer<sup>75</sup>.

Alexy defende que "o procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação", sendo esta conhecida como método de solução para casos difíceis em que normas fundamentais se choquem entre si. Desta colisão, surgirá uma regra específica criada com base na questão fática do caso concreto, na qual terá incidência por ser a consequência de uma regra<sup>76</sup>.

Desse modo, sustenta Alexy que "as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência"<sup>77</sup>.

### 3.1 Estudo de Caso

Um estudo interessante a ser citado foi à decisão do juiz titular da 17.<sup>a</sup> Vara Federal do Rio de Janeiro, que negou o pedido de retirada de vídeos da plataforma *YouTube* com mensagens de intolerância contra religiões afro-brasileiras.

---

<sup>75</sup> CARDOSO, Diego Brito. Colisão de Direitos Fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, p. 137 – 155. Disponível em: <file:///C:/Users/Tereza%20Gabriella/Downloads/10327-Texto%20do%20artigo-28987-1-10-20161005.pdf>

<sup>76</sup> CARDOSO, Diego Brito. Colisão de Direitos Fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, p. 137 – 155. Disponível em: <file:///C:/Users/Tereza%20Gabriella/Downloads/10327-Texto%20do%20artigo-28987-1-10-20161005.pdf>

<sup>77</sup> CARDOSO, Diego Brito. Colisão de Direitos Fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, p. 137 – 155. Disponível em: <file:///C:/Users/Tereza%20Gabriella/Downloads/10327-Texto%20do%20artigo-28987-1-10-20161005.pdf>



Ao negar pedido do Ministério Público Federal (MPF) para que fossem excluídos vídeos que ostensivamente atacavam as religiões de matriz africana e ofendiam seus praticantes, o juiz usou como argumento o direito à liberdade de expressão: “Tendo sido afirmado que tais vídeos são de mau gosto, como ficou expressamente assentado na decisão recorrida, porém refletem exercício regular da referida liberdade [de expressão]”<sup>78</sup>.

A referida decisão provocou indignações e foi alvo de manifestações de religiosos na época. Como fundamento, diziam que a liberdade de expressão é justamente para garantir voz as minorias, e no caso em questão os religiosos do seguimento que tiveram sua liberdade oprimida.

Por outro lado, há argumentação de que aplicação de restrição à liberdade de expressão, reconhecendo que o discurso de ódio não pode ser admitido. Um dos argumentos em desfavor da aplicação do instrumento do discurso de ódio para restringir a liberdade de expressão dirá que a liberdade de expressão é central para a democracia, só podendo ser restringida se afeta direito de outros indivíduos, a ordem pública, ou se configura uma ameaça ao interesse público. Nesse sentido da decisão, continua vigorar o argumento, o mal causado pelo discurso de ódio é relativamente baixo em sua intensidade e extensão. Mesmo que seja um dano sério, sua tolerância é um pequeno preço a se pagar em troca da manutenção de uma democracia livre e vibrante<sup>79</sup>.

A democracia consiste que os cidadãos possam externar opiniões sobre quaisquer coisas, principalmente as que interessam a coletividade. Mas os indivíduos

---

<sup>78</sup> MIELKI, Ana Cláudia. **Liberdade de expressão ou discurso de ódio?** Carta Capital, 10 jun. 2014. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/liberdade-de-expressao-ou-discurso-de-odio-2280/>.

<sup>79</sup> PAMPLONA, Danielle Anne. O conteúdo do direito à liberdade de expressão, o discurso de ódio e a resposta democrática. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 297-316, abr. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1788>.



precisam da proteção da lei para reestabelecer o equilíbrio que não existe no mundo dos fatos.

Portanto, ao conceber um discurso de ódio que menospreza determinado seguimento da coletividade, além de disseminar ofensas também desqualifica um determinado grupo que torna a relação desigual, inclusive juridicamente. Em outras palavras, a democracia exige tais restrições para que a cidadania possa ser exercida em um patamar mais igualitário por todos os indivíduos, inclusive aqueles que estão em condições desiguais<sup>80</sup>.

### 3.2 Posição doutrinária e jurisprudencial

A liberdade de expressão segue como mecanismo da sociedade democrática que vivemos, e por tal irradiando efeitos por toda a legislação. O mesmo usufrui de proteção máxima na Constituição Federal mesmo em meio a nova maneira de exercê-lo por meio das inovações tecnológicas.

Contudo, em uma sociedade com diversos acontecimentos, os direitos fundamentais podem colidir-se entre si, ou com outras normas vigentes. Por vezes nos deparamos com situações que chegam ao judiciário e que se tornam delicadas, pois confrontam a magnitude da liberdade de um frente ao direito de outro, e com uma maçante rede cada vez mais opinativa, se torna comum o embate entre discursos odiosos e liberdade de expressão.

No que diz respeito às espécies de limitações, registra-se substancial consenso quanto ao fato de que os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por expressa disposição constitucional como por norma legal promulgada com

---

<sup>80</sup> PAMPLONA, Danielle Anne. O conteúdo do direito à liberdade de expressão, o discurso de ódio e a resposta democrática. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 297-316, abr. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1788>.



fundamento na Constituição<sup>81</sup>. O ordenamento jurídico faz algumas vedações afim de proibir o preconceito e a discriminação, porém não faz menção ao discurso de ódio.

Em questão da liberdade de expressão, o artigo 5º apresenta uma vedação expressa no qual é proibido o anonimato. A vedação ao anonimato é vendida como essencial para garantir a democracia e o direito de todos. Afinal, com o anonimato é impossível definir quem disse o quê e, dessa forma, impossível garantir o direito de resposta, também expresso em lei<sup>82</sup>.

O direito de resposta está ligado a inviolabilidade da imagem e honra, que objetiva garantir indenizações na esfera cível e punições na esfera penal, pois se a liberdade de expressão é direito fundamental previsto na Constituição, esses direitos também o são<sup>83</sup>. Imagem e honra se relacionam diretamente com a dignidade da pessoa humana que está intrínseco a Constituição e todos os pactos firmados pelo Brasil.

Importante destacar que em um conjunto normativo tão plural como o brasileiro, os direitos fundamentais são constitucionalizados em conjunto e não isoladamente. Nessa perspectiva, a determinação de sua esfera de incidência impõe que sejam coordenados com outros direitos e bens protegidos pela Constituição. Esses dois aspectos conjugados ligam-se à forte propensão dos direitos fundamentais a chocar-se<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 394

<sup>82</sup> BARUTTI, Nathalia Dammenhain. A liberdade de expressão e a marcha nazista: Brasil x Estados Unidos. **Âmbito Jurídico – Revista 171**. Abril de 2018.  
Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/a-liberdade-de-expressao-e-a-marcha-nazista-brasil-x-estados-unidos/>.

<sup>83</sup> BARUTTI, Nathalia Dammenhain. A liberdade de expressão e a marcha nazista: Brasil x Estados Unidos. **Âmbito Jurídico – Revista 171**. Abril de 2018.  
Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/a-liberdade-de-expressao-e-a-marcha-nazista-brasil-x-estados-unidos/>.

<sup>84</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 173



Para lidar com as colisões dos direitos fundamentais entre si, uma das técnicas utilizadas no direito é a da ponderação. A mesma segue um percurso lógico, que avalia os elementos jurídicos atribuindo pesos diferentes. O processo usado para organizar essa aplicação dos direitos fundamentais segue um caminho dividido em três fases.

Primeiramente é necessário a identificação dos fatos relevantes de maneira que possa explicitar todos os direitos que são considerados importantes na tomada de decisão com objetivo de publicitar todos os fatores incidentes. Segundo, se identifica normas que são potencialmente aplicáveis ao caso concreto, quais sejam aquelas que tenham pertinência a situação. Na terceira fase testa as normas aplicadas buscando a solução mais adequada.

A autoridade judiciária, deve fazer concessões com vistas a harmonizar os interesses em jogo, com o menor sacrifício possível dos princípios envolvidos. Em muitas situações, porém, será inevitável que ele realize escolhas fundamentadas, decidindo qual interesse prevalecerá integralmente, com sacrifício do outro<sup>85</sup>. O Direito por vezes se depara com situação que por sua complexidade podem resultar em uma subjetividade nas decisões, mas a ponderação é uma técnica bastante utilizada nas cortes constitucionais do mundo.

Outra técnica bastante utilizada é a da proporcionalidade - um instrumento que ajuda orientar a ponderação entre normas centrais, sendo uma forma de equilibrar os valores abstratos que precisam ser calculados. Sendo proporcional no sentido de equacionar restrições em direitos fundamentais para que não haja um desequilíbrio no sistema.

---

<sup>85</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jurídica, 2019, p. 511





A proporcionalidade segue três subprincípios, sendo o primeiro da adequação em que consiste em uma medida que seja apta a produzir efeito pretendido, caso não consiga, esta é uma decisão inútil.

O segundo é o princípio da necessidade que busca se há outro meio igualmente eficaz que seja menos restritivo e invasivo para os direitos fundamentais. Assim, segue uma lógica que mesmo a medida sendo adequada, se há outro meio menos restritivo esta não será possível.

O terceiro meio é a proporcionalidade em sentido estrito, que usa a lógica de comparação entre a avaliação de custo benefício que é obtida pela medida e a restrição de um direito fundamental causado pela medida. Portanto, a proporcionalidade é aplicada dentro do eixo de ponderação dos princípios.

Quando se há colisão entre regras e princípios, o sistema é preferencial a regras, pois regras é um comando claro e específico feito pelo legislador, enquanto princípio é abstrato. Não se pode deixar de atender um comando claro para adentrar na subjetividade do princípio.

Em questões jurisprudenciais já houve julgados que demonstram a supressão da liberdade de expressão quando em colisão com outros direitos fundamentais. Isso quer dizer que ela não é absoluta, e que ao mesmo tempo em que é importante resguardar a liberdade de expressão, também é necessário que se tenha uma proteção a outros direitos fundamentais igualmente resguardados constitucionalmente<sup>86</sup>.

Podemos constatar algumas falas de limitações na ADPF 130 julgada pelo Supremo Tribunal Federal que revogou a lei de imprensa em 2009, em que há presente responsabilização de pessoas que extrapolam as liberdades e ferem direitos de outrem.

---

<sup>86</sup> CUSTÓDIO, Roberto Montanari. Os limites da liberdade de expressão: uma coisa é censura, outra é responsabilização. **Justificando**. 3 maio 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/05/03/os-limites-da-liberdade-de-expressao-censura-e-responsabilizacao/>.



Nesse contexto e de acordo com a precisa e oportuna síntese de Daniel Sarmiento, muito embora a posição adotada pelo Ministro Carlos Ayres de Britto no julgamento da ADPF n. 130, quando sustentou que nenhum limite legal poderia ser instituído em relação à liberdade de expressão, pois as limitações existentes seriam apenas aquelas já contempladas no texto constitucional, cabendo tão-somente ao Poder Judiciário fazer as ponderações pertinentes em caso de tensões com outros direitos, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no voto condutor que proferiu no Recurso Extraordinário n. 511.961/SP, observou que as restrições à liberdade de expressão em sede legal são admissíveis, desde que visem a promover outros valores e interesses constitucionais também relevantes e respeitem o princípio da proporcionalidade<sup>87</sup>.

Cumprido anotar, neste contexto, que, embora não se trate propriamente de um critério interno, a aferição da proporcionalidade de uma medida restritiva há de partir do pressuposto de que a compressão de um direito encontra sua razão de ser na tutela de outro bem jurídico constitucionalmente relevante (não necessariamente outro direito fundamental), ou seja, a restrição deve ter uma finalidade constitucionalmente legítima<sup>88</sup>.

Importante destacar que decisões que possam suprimir a liberdade de expressão não soam como automáticas, a jurisprudência sempre destacou a importância deste princípio e os riscos de ferir a Democracia. Um exemplo foi a ADPF número 187 em 2011 que decidiu por unanimidade que a “marcha da maconha” poderia ocorrer, pois não visa incitar qualquer crime ou direito e sim contextualizar o direito ao debate que é intrínseco a democracia.

Ao proferir tal decisão o relator, Celso de Mello, defendeu o direito de se discutir e defender ideias, ainda que imorais ou até ilegais.

---

<sup>87</sup> CUSTÓDIO, Roberto Montanari. Os limites da liberdade de expressão: uma coisa é censura, outra é responsabilização. **Justificando**. 3 Maio 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/05/03/os-limites-da-liberdade-de-expressao-censura-e-responsabilizacao/>.

<sup>88</sup> SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 402



Tenho sempre enfatizado, nesta Corte, Senhor Presidente, que nada se revela mais nocivo e mais perigoso do que a pretensão do Estado de reprimir a liberdade de expressão, mesmo que se objetive, com apoio nesse direito fundamental, expor ideias ou formular propostas que a maioria da coletividade repudie, pois, nesse tema, guardo a convicção de que o pensamento há de ser livre, sempre livre, permanentemente livre, essencialmente livre<sup>89</sup>.

O que se extrai, é que a jurisprudência do país tem como limite a liberdade de expressão questões que ferem intimamente a dignidade da pessoa humana, e é relativo em questões que a liberdade fere quaisquer outros direitos.

Não se condena ninguém, civil ou criminalmente, por meras opiniões, visões de mundo ou por fazer humor, condena-se pelo abuso da liberdade de expressão quando fere outros direitos fundamentais de outras pessoas que merecem igual proteção. Injúria, calúnia e difamação são crimes e ilícitos civis, o que não pode se confundir com exercício de liberdade de expressão<sup>90</sup>.

Portanto, quando há responsabilização de pessoas pelos excessos na liberdade de expressão, não se trata, de forma alguma, de censura, patrulhamento ideológico [...]. Trata-se, sim, do resguardo de direitos fundamentais tão relevantes quanto a liberdade de expressão e que devem ser respeitados. É uma medida de ponderação do próprio direito, onde nenhuma regra ou princípio são absolutos<sup>91</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

<sup>89</sup> BARUTTI, Nathalia Dammenhain. A liberdade de expressão e a marcha nazista: Brasil x Estados Unidos. **Âmbito Jurídico – Revista** 171. Abril de 2018.

Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/a-liberdade-de-expressao-e-a-marcha-nazista-brasil-x-estados-unidos/>.

<sup>90</sup> CUSTÓDIO, Roberto Montanari. Os limites da liberdade de expressão: uma coisa é censura, outra é responsabilização. **Justificando**. Maio 2019. Disponível em:

<http://www.justificando.com/2019/05/03/os-limites-da-liberdade-de-expressao-censura-e-responsabilizacao/>.

<sup>91</sup> CUSTÓDIO, Roberto Montanari. Os limites da liberdade de expressão: uma coisa é censura, outra é responsabilização. **Justificando**. Maio 2019. Disponível em:

<http://www.justificando.com/2019/05/03/os-limites-da-liberdade-de-expressao-censura-e-responsabilizacao/>.



Direitos fundamentais surgiram ao longo de uma construção histórica que se formou nas Constituições brasileiras conforme cada período. Este consolida diversos direitos essenciais a autonomia do ser humano, entre eles, a liberdade de expressão.

A liberdade de expressão é protegida em âmbito internacional tendo vários documentos garantidores, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos no qual o Brasil compactua e o preceitua na sua própria Constituição em seus primeiros ordenamentos.

Segue a liberdade de expressão protegida no ordenamento brasileiro, pois deriva da autonomia do ser humano que já fora bastante limitada no Brasil em épocas ditatórias. Atualmente, o Brasil passa a ser considerado um país significativamente seguro para emitir opiniões do modo que desejar.

Com a globalização, tecnologias, mídias e sede de opinar o país vive sua era mais informativa e conseqüentemente “opinativa”. A Internet hoje é vista como instrumento público e usada como principal foco de debates calorosos, e discursos sobre posições políticas, partidárias, diversos seguimentos e entre outros.

Fora principalmente através das mídias sociais que surgiram os ameaçadores discursos de ódio que inferioriza e desqualifica quaisquer outros pensamentos e opiniões divergentes, ensejando ideia de superioridade de uns sobre outros. Fere um conjunto de garantias da Democracia como a igualdade, a dignidade humana, a liberdade do outro de se expressar e direitos da personalidade como a honra e imagem.

Reconhece-se que a *Internet* se tornou a principal maneira de se informar, opinar e debater – tudo que a Democracia legítima – porém, a sensação de distanciamento entre o interlocutor e receptor da comunicação via web, torna a falsa sensação de que no campo macro da *Internet* não há regras. Para tanto, foi sancionada leis como a do Marco Civil na Internet que rege princípios e conseqüências para quem dirimir estes, mas não sendo este o foco principal.



Com as diversas questões que chegam ao Judiciário de ofensas via Internet, se tornou comum ações que peçam a remoção de conteúdo ilícito nas redes. Suscitando o embate entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio, sendo comum encontrar diferentes decisões relacionadas ao litígio.

O que enseja a causa de tantas ações é a falta de responsabilidade do ofensor. Muitas vezes, o conteúdo é apenas retirado da Internet e não se responsabiliza quem o colocou ou reproduziu, o que gera uma cadeia de impunidade. Sendo consequência da falta legislação mais rígida e reparação de danos efetivos.

A jurisprudência por sua vez tem histórico de limitador um direito fundamental como o da liberdade de expressão frente a outros direitos fundamentais. Observa-se técnicas usadas quando princípios se chocam com outros, seja da ponderação que avalia os elementos jurídicos atribuindo pesos diferentes, ou da proporcionalidade que equaciona restrições em direitos fundamentais para que não haja um desequilíbrio no sistema. Mas ainda falta no judiciário e decisões de primeiro grau relativizações frente ao abuso do direito de opinar, e em qual medida esta pode ser feita.

Após todo o debate aqui envolvido, conclui-se que a Democracia que enseja a liberdade de expressão também deve ser usada como motivo para restringi-la em questões de discurso de ódio. O Judiciário deve se ater as questões cotidianas e comuns que violam um caos cibernético, pois quando se banaliza questões que ferem o direito do próximo retira a igualdade assegurada entre todos – ferindo outro direito fundamental – e cria chances de haver polarizações de violências reais, saindo do mundo virtual para o fático.

É necessário que haja fiscalização e responsabilização nos seio de onde acontece os discursos odiosos, sendo as redes sociais. Ora, se hoje a Internet é considerada como a maior ferramenta do mundo, esta deve obedecer a preceitos legais que temos na vida fática.



Segue um longo caminho para que se legisle e o Direito se atente com mais pudor para afastar a sensação de impunidade que paira sobre a *Internet*. A liberdade de expressão não deve ser usada para mascarar discursos odiosos que ferem a dignidade humana no meio virtual, e sim para dá voz aos cidadãos com legitimidade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Derecho e razón práctica*. México: Fon-tamara, 1993.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém**: uma reportagem sobre a banalidade do mal. Coimbra: Edições Tenacitas, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jurídica, 2019.

BARUTTI, Nathalia Dammenhain. A liberdade de expressão e a marcha nazista: Brasil x Estados Unidos. **Âmbito Jurídico – Revista 171**. Abril de 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/a-liberdade-de-expressao-e-a-marcha-nazista-brasil-x-estados-unidos/>.

BOBBIO, N. **Direita e esquerda**: razões e significados de uma distinção política. 2. ed. São Paulo: UNESP, 1995.

BOBBIO, N. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2001.

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

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm).



BRITTO, Carlos Ayres, **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, Vol. 2, 2003.

BRUGNADO, Fabrício; CHAIA, Vera Lúcia Michalany. A nova polarização política nas eleições de 2014: radicalização ideológica da direita no mundo contemporâneo do Facebook. **Aurora: revista de arte, mídia e política**, São Paulo, v.7, n.21, p. 99-129, out.2014-jan.2015.

CAMDEN. **Princípios sobre Liberdade de Expressão e Igualdade**. Londres: Artigo 19, 2009. Disponível em: [www.article19.org/data/files/medialibrary/1214/Camden-Principles-PORTUGUESE-web.pdf](http://www.article19.org/data/files/medialibrary/1214/Camden-Principles-PORTUGUESE-web.pdf)>. Acesso em: 18 de novembro de 2019

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de Direitos Fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, p. 137-155. Disponível em: <file:///C:/Users/Tereza%20Gabriella/Downloads/10327-Texto%20do%20artigo-28987-1-10-20161005.pdf>.

CARVALHO, C. A. Banalidade do mal em comentários de leitores: internet e disseminação da intolerância. **Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação E-compós**. Brasília, v. 19, n. 2, maio/ago., 2016.

CASTRO, A. S. P. S. M. S. F. **As limitações à constituição de partidos políticos – uma questão de direito constitucional**. 2012. 56f. – Escola de Direito do Porto. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2012.

CHAIA, V. **Eleições no Brasil**: O medo como estratégia política. In: RUBIN, Antonio Albino Canelas. Eleições presidenciais em 2002 no Brasil: ensaios sobre mídia, cultura e política. São Paulo: Hacker, v. 1, 2004.

CUSTÓDIO, Roberto Montanari. Os limites da liberdade de expressão: uma coisa é censura, outra é responsabilização. **Justificando**. 3 maio 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/05/03/os-limites-da-liberdade-de-expressao-censura-e-responsabilizacao/>.

DIÁRIO DO CENTRO DO MUNDO. **A receita do filósofo Marcos Nobre para uma reforma política que enterre o ‘pemedebismo’**. [S.L.], 2014. Disponível em: <https://www.diariodocentrodomundo.com.br/a-receita-do-filosofo-marcos-nobre-para-uma-reforma-politica-que-enterre-o-pemedebismo/>. Acesso em: 10 jun. 2019.

DWORKIN, R. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1978.



FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FISS, Owen. **Liberdade de expressão versus dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Sequência (Florianópolis)**, n. 66, p. 327-355, jul. 2013.

FUENTES, L. **O perfil da intolerância ideológica no Brasil**, [S.L.], 2016. Disponível em: <https://jornal.usp.br/?p=7245>. Acesso em: 18 abr. 2019.

FUKS, Betty Bernardo. O p

GALHARDO, R. PT contrata pesquisa para tentar mapear antipetismo. **Estadão**, [S.L.], 2014. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ptcontrata-pesquisa-para-tentar-mapear-antipetismo-imp-,1597126>. Acesso em: 18 abr. 2019.

GALUPPO, M. C. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 143, p. 191-209, jul./set. 1999.

GÓMEZ, Rosário G. Um exército para rastrear o ódio nas redes. **Él País**, 23 mar. 2019. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/22/tecnologia/1553279547\\_294211.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/22/tecnologia/1553279547_294211.html). Acesso em: 25 out. 2019.

GONÇALVES, Tamiris Machado; LÓPEZ-MUNOZ, Juan Manuel. Ethos e cenografia da Voice for Men - Brasil: uma exploração do discurso intimidatório na internet. **Let. Hoje**, vol.53, n. 3, Porto Alegre, July/Sept. 2018.

JESUS, Damásio. MILAGRE, José Antônio. **Marco civil da internet comentários à Lei n. 12.965/14**. São Paulo: Saraiva, 2014.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**.

LEONARDI, Marcel. Controle de conteúdo na Internet: filtros, censura, bloqueio e tutela. **Âmbito Jurídico**, 2009. Disponível em:





[https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-67/controle-de-conteudos-na-internet-filtros-censura-bloqueio-e-tutela/#\\_ftn47](https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-67/controle-de-conteudos-na-internet-filtros-censura-bloqueio-e-tutela/#_ftn47). Acesso em: 25 out. 2019.

MAIA, Lorena Duarte Lopes. Colisões de direito fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/colisao-de-direitos-fundamentais-visao-do-supremo-tribunal-federal/>.

MARINHO, Maria Edelvacy Pinto e SOUZA, Stella Regina Coeli de. Discurso de ódio pelo *Facebook*: transparência e procedimentos de contenção. **Espaço Jurídico Journal of Law – EJJL**. Joaçaba, v. 19, n. 2, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional (Série EDB). 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MESQUITA, Lígia. **Denúncias de discurso de ódio online dispararam no 2º turno das eleições, diz ONG**. Londres, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46146756>. Acesso em: 18 abr. 2019.

MICHELMAN, Frank. **Relações entre democracia e liberdade de expressão**: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MIELKI, Ana Cláudia. **Liberdade de expressão ou discurso de ódio?** Carta Capital, 10 jun. 2014. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/liberdade-de-expressao-ou-discurso-de-odio-2280/>.

MORAIS, M. C. **Faces da intolerância na contemporaneidade**. Número 4, [S.L.], Leitura Flutuante, 2012.

NAPOLITANO, C. J.; STROPPA, T; **O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais**: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 7, Número 3, 2017.

OLIVEIRA, A. M. **Preconceito, estigma e intolerância religiosa**: a prática da tolerância em sociedades plurais e em Estados multiculturais. Volume 13, [S.L.], Estudos de Sociologia, Rev. do Progr. De Pós-Graduação [...]



PAMPLONA, Danielle Anne. O conteúdo do direito à liberdade de expressão, o discurso de ódio e a resposta democrática. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 297-316, abr. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1788>.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio**. Belo Horizonte: IDDE, 2018.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Ensaio sobre o ódio e a intolerância na propaganda eleitoral**. In PEREIRA, Rodolfo Viana (org.). *Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio*. Belo Horizonte: IDDE, Volume 1, 2018.

PINHO, Rodrigo César Rabello. **Direito constitucional: teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PRINCÍPIOS DE CAMDEN sobre Liberdade de Expressão e Igualdade. Londres: Campanha Global pela liberdade de expressão. Artigo 19, 2009. Disponível em: [www.article19.org/data/files/medialibrary/1214/Camden-Principles-PORTUGUESE- web.pdf](http://www.article19.org/data/files/medialibrary/1214/Camden-Principles-PORTUGUESE-web.pdf). Acesso em: 18 nov. 2019.

RAMINELI, Santos. **O direito fundamental à liberdade de expressão na internet**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ca6d44105c8d5836>.

ROBL FILHO, Ilton; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado democrático de direito e os limites da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.- Jun.

SARLET, Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TRATADO INTERNACIONAL PGE. **Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Pacto De San José Da Costa Rica**. Artigo 13.1 Disponível em:



<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>.

VERDÉLIO, Aragão. **Em muro na Esplanada, cartazes citam crise política e pedem tolerância.** [S.L.], 2016. Disponível em:  
<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-04/muro-na-esplanada-dos-ministerios-e-pichado-antes-do-julgamento-do>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASÍLIA 2020 - V.5

**COMPÊNDIO FAJS**

# **DIREITO DO TRABALHO, PROCESSO DO TRABALHO E PREVIDENCIÁRIO**



# AS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS APÓS A REFORMA TRABALHISTA E A IMPORTÂNCIA PARA O TRABALHADOR

Bruna Calland Cerqueira Rizieri

## RESUMO

Mediante negociação coletiva, durante todos esses anos empregados e empregadores vieram dialogando por meio de seus representantes para criarem normas jurídicas coletivas que regulam os contratos individuais e suas especificidades atuais, fazendo-os acompanharem a evolução do labor. Contudo, de certo, existem vigorosos limites jurídicos a serem considerados. Diante disso, esta monografia tem como precípua analisar o instituto das negociações coletivas, demonstrando as possibilidades que ele traz e até onde pode ser usado como instrumento flexibilizador das normas trabalhistas. Trata-se de pesquisa qualitativa, dedutiva, por meio de procedimento técnico, bibliográfico e documental. Será analisada a evolução histórica das negociações coletivas sob a perspectiva brasileira, enquanto, de outro lado, analisar-se-á o conceito, distinções e efeitos jurídicos das negociações. Por fim, serão analisadas algumas das possibilidades de adoção da norma coletiva como instrumento de progresso, bem como os limites que possui para flexibilizar a norma trabalhista.

**Palavras-chave:** Negociações Coletivas. Acordo Coletivo. Convenção Coletiva. Reforma Trabalhista. Flexibilização. Ultratividade. Importância.

## 1 INTRODUÇÃO

Até o advento da Carta Magna 1988, as negociações coletivas trabalhistas eram vistas como mecanismos de precarização e rebaixamento do valor do trabalho e das condições de contratação e gestão da força de trabalho na economia e na



sociedade brasileiras<sup>1</sup>, entendimento esse que acabou sendo reforçado por muitos governos com intenções duvidosas a fim de ver a população contra os próprios empregadores.

Entretanto, com o advento da Constituinte os instrumentos coletivos começaram a conquistar grande importância no ordenamento jurídico pátrio, passando a serem reconhecidos como um direito fundamental dos trabalhadores, atuando como mecanismo de comunicação, na maioria das vezes pacífico, entre as partes, auxiliando no aumento de autocomposições e soluções menos desgastantes para os envolvidos, como conciliação, mediação e arbitragem voluntárias.

Isso se deu, como será demonstrado, pois percebeu-se que não há espaço na Constituição para que se constitua uma negociação coletiva como instrumento de precarização dos direitos trabalhistas, vez que o próprio ordenamento brasileiro já possui limites mesmo de antes da própria negociação, sendo, em verdade, na negociação coletiva que ocorre o ajuste de interesses entre empregados e empregadores, de forma que se estabeleçam regras coletivas satisfatórias para ambos os contratantes, além de manter a legislação trabalhista atualizada, no sentido de torná-la compatível com as recentes exigências do desenvolvimento nacional, favorecendo a democratização das relações de trabalho.

Já em 2017, com a Reforma Trabalhista, o ordenamento legal norteou, por assim dizer, uma discussão que a muito permeava as cortes brasileiras, que era a dúvida sobre qual fonte normativa deveria prevalecer. Por meio da inserção na Consolidada do artigo 611-A, que estabeleceu expressamente a supremacia das cláusulas de Convenção Coletiva e Acordo Coletivo de Trabalho sobre as normas legais, promoveu-se a prevalência do direito negociado em detrimento do legislado,

---

<sup>1</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. A Reforma Trabalhista no Brasil Com Os Comentários À Lei 13.467/2017. 1. Ed. São Paulo. LTr, 2017



mas ainda com certos limites jurídicos delimitados pelos princípios basilares regentes das relações coletivas.

Assim sendo, no primeiro capítulo de desenvolvimento deste estudo, será feita uma abordagem histórica do Direito do Trabalho, descrevendo sua evolução histórica sob a perspectiva do Brasil. Ademais, serão estudados os princípios que regem tais relações, que funcionam como limites para a negociação de normas coletivas e disposição de direitos pelos trabalhadores.

Já no segundo capítulo, analisar-se-á o Direito Coletivo do Trabalho, demonstrando a importância dos institutos para a viabilização da negociação coletiva trabalhista. Além disso, serão descritos os conceitos e distinções da negociação coletiva, bem como da ultratividade e seu percurso no direito do trabalho.

Por fim, serão abordadas as principais mudanças trazidas pela reforma trabalhista e os impactos causados nas negociações coletivas de trabalho pela expressa prevalência do negociado sobre o legislado, bem como a abertura de portas para facilitar a flexibilização de direitos trabalhistas desnecessariamente engessados via negociação coletiva.

## **2 O DIREITO TRABALHISTA BRASILEIRO**

### **2.1 O surgimento do Direito Trabalhista**

Para podermos vergastar de forma minuciosa o Direito Coletivo do Trabalho e as mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista de 2017, se faz necessário examinar a história do trabalho, o labor propriamente dito, e do direito do trabalho, para que só então se consiga traçar o caminho necessário para a percepção da importância do próprio direito do trabalho e, sucessivamente, das negociações coletivas.



A palavra trabalho, que deu origem a tal, proveniente do latim *tripalium*, surgiu como forma do ser humano de buscar meios de subsistência, ou seja, foram desenvolvidas atividades que sanassem suas necessidades fundamentais, precipuamente alimentação. Isto posto, não se mostra possível precisar o surgimento efetivo do trabalho humano, mas, pelo seu caráter basilar para a subsistência do indivíduo, indubitavelmente alude ao início da civilização.

As concepções do que é o trabalho resultam de um processo de criação histórica, ou seja, vão surgindo novos conceitos à medida que novas relações de produção com características não antes vistas surjam. Ademais, seu desenvolvimento é concomitante com a organização da sociedade como um todo, e das formas de conhecimento humano, principalmente tecnológico.

A primeira espécie de trabalho que podemos citar, ainda que de forma sombria e precária, é a escravidão, surgida com a utilização de homens como instrumentos de carga e mão de obra rural nos primórdios das civilizações. Evidentemente nesta modalidade de trabalho não havia nenhum tipo de remuneração, nem sequer haviam direitos garantidos, pois o ser humano escravo era tratado como sendo um bem, uma propriedade de seu “senhor”, sendo vendido, trocado, negociado ou sacrificado, e dessa forma não há que se falar em direito do trabalho neste período.

Posteriormente, no período feudal pouco mudou, tendo em vista que os senhores feudais fizeram com que permanecesse a condição de escravidão, porém havia uma espécie de contraprestação, pois os senhores feudais ofereciam aos seus escravos proteção política e militar em troca de seu trabalho.

No final da Idade Média Europeia, apareceram os artesãos. Eram trabalhadores que realizavam seu trabalho de forma autônoma e vendiam suas próprias mercadorias. A partir da necessidade de regular esse trabalho surgiram as





corporações de arte e ofício, com a ideia de dar uma situação mais digna ao trabalhador, sem a ideia de escravo, mas ainda não possuía direitos estabelecidos.

Com o surgimento das corporações de arte e ofício, acabaram por vir jornadas extensivas e degradantes, quase que todas as vezes extrapolando

18 horas diárias, ainda sem qualquer proteção ou limitação no que se referia à trabalhos perigosos ou insalubres, e mediante baixas remunerações. Em razão dessa pouca contrapartida, mulheres e crianças também tinham que se dispor à tal exploração para suprir as necessidades familiares.

Contudo, nessa época, os trabalhadores e aprendizes, já indignados com as condições de emprego e dificuldades para promoção em suas categorias, passaram a ter maior proximidade e comunicação em razão da convivência nas corporações, o que fez com que determinados grupos, geralmente as classes mais prejudicadas, como os artesãos, se juntassem quando diante de dificuldades que atingissem a maioria, surgindo as chamadas “compagnonnagem”, tidas como o primeiro vislumbre da ideia de movimento sindical.

Nesse cenário industrial onde não havia mais escravos, mas sim homens livres que se dedicavam ao trabalho em prol de seu sustento e de sua família, a necessidade de regulamentação de seus direitos se mostrou premente. Justamente nesse momento é que começasse a idealizar o Direito do Trabalho, de uma forma que atendesse ao clamor social de um povo que, após a Revolução Francesa e com a Revolução Industrial, necessitavam de segurança quanto à garantia de suas necessidades básicas.

Nesse diapasão, leciona Amaury Mascaro<sup>2</sup>:

“O direito do trabalho surgiu como consequência da questão social que foi precedida pela Revolução Industrial do século XVIII e da reação humanista que se propôs a garantir ou

---

<sup>2</sup> NASCIMENTO, Amaury Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. Editora LTR - 30 Edição - 2004



preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias, que, com o desenvolvimento da ciência, deram nova fisionomia ao processo de produção de bens na Europa e em outros continentes.”

A fase de formação do Direito do Trabalho, compreendida no período de 1802 a 1848, tem seu momento inicial com a edição da Lei de Peel, na Inglaterra, onde focaram basicamente na adoção de normas protetivas voltadas aos menores, não sendo permitida, por exemplo, a admissão de menores de 10 anos. As Leis editadas durante este período visavam basicamente reduzir a violência brutal da superexploração empresarial sobre mulheres e menores, concedendo um maior caráter humanitário as relações de trabalho.

Neste período destaca-se a figura do Robert Owen, um reformista social nascido no país de Gales em 1771, que, no ano de 1800, assumiu a fábrica de tecidos de New Lamark, na Escócia, onde empreendeu inúmeras mudanças na qualidade de vida de seus operários bem como de suas famílias, com a construção de casas para seus empregados, caixa de previdência para amparo na velhice e assistência médica, e também, o primeiro jardim de infância, a primeira cooperativa e a criação do Trade Union, que pode ser comparado a um sindicato dos dias atuais.

Mais a frente, surge a Conferência de Berlim no ano de 1890 e a *Encíclica Católica Rerum Novarum 1891*, publicada pelo Papa Leão XIII, que, sensibilizado pela intensa exploração que vinha ocorrendo da força do homem, que agora havia se tornado “escravo” da em constante expansão máquina de produção, tentara estabelecer regras mínimas para o trabalho.

Finalmente, em 1948 veio a Declaração Universal dos Direitos Humanos, prevendo inúmeras garantias trabalhistas, como férias remuneradas, limitações de jornada, dentre outros, elevando, de uma vez por todas, os direitos trabalhistas ao status de direito humano.



Já à época do Império de 1824 no Brasil, mirando seguir os fundamentos da Revolução Francesa, promoveu-se a extinção das corporações de ofício, libertando os trabalhadores das regras desumanas e assegurando ampla liberdade ao trabalho.

Até este momento, observava-se ainda a presença do trabalho escravo, que foi de forma vagarosa sendo substituída pela mão de obra proletária. Tudo começou de fato em 1871, com a Lei do Ventre Livre, que decretou que os nascidos do ventre de mulheres escravas não seriam mais escravos.

Na mesma direção, em 1885 foi criada a Lei Saraiva Cotegibe, que libertou os escravos com mais de 60 anos de idade, desde que estes cumprissem mais três anos de trabalho espontâneo. A partir daí começa-se a ver o surgimento do Direito Trabalhista.

Essa situação perdurou até que, em 13 de maio de 1888, veio a tão meritória Lei Áurea, considerada como a mais importante lei do império, libertando os escravos e abolindo o trabalho escravo do cenário brasileiro.

No entanto, ainda que a salvação para a população brasileira, como todo fenômeno em grande escala, a abolição da escravatura trouxe consequências e um novo cenário para sociedade brasileira, uma vez que acabou por ocorrer aumento de demanda no mercado de mão de obra não especializada, não havendo trabalho para todos.

Frente esse temeroso cenário, foi promulgada a Constituição Federal 1891, onde pela primeira vez foi garantida a liberdade no exercício da qualquer profissão, assegurando ainda a livre associação. No mesmo ano, foi editado o Decreto 1.313/91, onde foram instauradas regras de proteção ao trabalho infantil, como a proibição do menor de 12 anos trabalhar em fábricas, fixação da duração da jornada de trabalho em 7 horas para menores entre 12 e 15 anos do sexo feminino e entre 12 e 14 anos do sexo masculino.



Cumpra ainda ressaltar, por oportuno, que no ano de 1903, foi editado o Decreto nº 979/03, que tratou sobre a sindicalização e organização sindical rural, sendo essa a primeira norma brasileira sobre o tema.

A partir daí, ocorreram incontáveis avanços na seara do Direito Trabalhista, como a criação do instituto de acidente do trabalho em 1919 e do Conselho Nacional do Trabalho em 1923 – que pode ser visto como o gérmen da positividade da Justiça Laboral no Brasil – e em 1925 quando foi estendido o direito de férias de 15 dias úteis para os trabalhadores de estabelecimentos comerciais, industriais e aos bancários.

Com a subida à presidência de Getúlio Vargas em 1930, foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, com o intuito de coordenar as ações institucionais no âmbito trabalhista, resultando em um aumento significativo nas legislações sobre o tema, gerando normas inclusive em relação à previdência social.

Com o Golpe de 1937 e a implantação do regime ditatorial, chamado de período do Estado Novo, foi outorgada a Constituição de 1937, inspirada na Carta Del Lavoro e na Constituição Polonesa, delegando competência normativa aos tribunais trabalhistas diante do fechamento do Congresso Nacional, caracteriza-se pela expressa intervenção estatal, instituindo o modelo de sindicato único vinculado ao Estado e considerando a greve e o *lockout*<sup>3</sup> como recursos antissociais e nocivos a economia.

Nesse cenário, em 1º de maio de 1943, surge a Consolidação das Leis do Trabalho, por meio do Decreto-lei nº 5.452/43, unificando toda a legislação trabalhista então existente no Brasil, sendo o marco da concretização dos direitos

---

<sup>3</sup> Quando o empregador impede que os seus empregados, total ou parcialmente, adentrem nos recintos do estabelecimento empresarial para laborar, com o objetivo de desestabilizá-los emocionalmente para que desistam de pleitear melhores direitos. Continua proibido no Brasil



trabalhistas no ordenamento pátrio brasileiro, dando origem, em razão disso, ao Dia do Trabalhador.

Após, ainda vieram as Constituições de 1946 e 1967, que ainda trouxeram maiores avanços no que se refere aos direitos trabalhistas. A Constituição de 1946, por exemplo, restaurou o direito de greve, chegando a ser considerada como democrática, ao passo que dispôs sobre a participação dos empregados nos lucros da empresa, sobre o descanso semanal, que agora passava a ser remunerado, dentre outras mudanças.

Finalmente, em 05 de outubro de 1988, durante o governo de José Sarney, foi aprovada a nossa Carta Magna atual, na qual o homem tornou-se o objeto principal, com fundamentos de conceder maiores liberdades e direitos aos cidadãos, à época traumatizados pelo Regime Militar. Em razão dessa visão antropocêntrica, notou-se uma mudança de paradigmas, substituindo a visão individualista que permeava os textos constitucionais, pela valorização do coletivo e social, resgatando-se intensamente a dignidade da pessoa humana.

O artigo 7º do texto constitucional vigente, destacou uma série de direitos aos trabalhadores de forma a contribuir com o que eles pusessem atingir uma melhoria social, assegurando direitos como proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa, remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias, licença-paternidade, nos termos fixados em lei, dentre outros.

Destacou-se também uma nova relação entre o sindicato e o Estado, baseada na organização sindical e na autonomia de administração do sindicato, passando principalmente a se permitir a livre criação dos sindicatos, sem a necessidade de prévia autorização, o que posteriormente acarretou consequências variadas.

Nascido como ramo jurídico especial, o Direito do Trabalho Brasileiro dividiu-se em duas ramificações, a individual e a coletiva. Tais segmentos são



fundados em relações sociojurídicas distintas, onde, o direito trabalhista individual se refere à relação de emprego propriamente dita, envolvendo empregador e empregado, enquanto as coletivas em si são atinentes às relações laborais vistas de uma ótica coletiva, envolvendo sempre as entidades coletivas trabalhistas.

A última mudança significativa ocorrida no cenário trabalhista brasileiro é a recente Reforma Trabalhista, objeto de estudo do presente trabalho, instituída por meio da Lei nº 13.467/2017, que veio com o intuito de flexibilizar e adaptar a legislação trabalhista às atualizações trazidas pelas novas profissões, e impulsionar a economia, à época extremamente prejudicada em braço de sucessivas ações de corrupção perpetradas pelos governos brasileiros.

## **2.2 Os princípios basilares do Direito Trabalhista**

Conforme dito, como ramo especial, por sua vez, o Direito do Trabalho apresenta o seu próprio elenco de princípios clássicos, considerados como universais.

Sem dúvida a história indica a grande necessidade da intervenção do Estado nas relações de trabalho buscando assegurar ao menos dignidade ao obreiro, pois, como é sabido, ao longo dos séculos sempre houve a dominação do mais forte sobre o mais fraco, o que obrigava o trabalhador a se submeter à condições quase desumanas em face das vontades do detentor do poderio monetário.

Segundo Renato Saraiva (2018), os princípios são proposições genéricas que servem de fundamento e inspiração para o legislador na elaboração da norma positivada, atuando também como meio de integração das normas, suprimindo as lacunas e omissões da lei, exercendo, ainda, importante função, enquanto baliza orientadora na interpretação dos dispositivos pelo operador de Direito<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> SARAIVA, Renato. SOUTO, Rafael Tonassi. Direito do trabalho. 20ª ed. JusPodivm: LTr, 2018



Apesar da diversidade encontrada nas relações apresentadas pelos autores na literatura pátria e estrangeira, uma lista de princípios assume a posição de destaque em face da sua ampla aceitação por parte dos estudiosos da matéria trabalhista. É a classificação elaborada por Américo Plá Rodriguez<sup>5</sup>.

O aclamado doutrinador trabalhista apresentou, nos primórdios dos estudos sobre a matéria, os seguintes postulados clássicos:

- Princípio da proteção;
- Princípio da irrenunciabilidade dos direitos;
- Princípio da primazia da realidade;
- Princípio da razoabilidade;
- Princípio da boa-fé e;
- Princípio da continuidade da relação de emprego.

Américo Pla Rodriguez<sup>6</sup> retrata-se de forma coesa e precisa quanto à desigualdade existente entre as partes da relação trabalhista:

“Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração”.

A seguir trataremos um por um.

### **a) Princípio da proteção**

O chamado Princípio da Proteção do Trabalho resulta do conjunto de normas imperativas de ordem pública, revisadas e interpretadas cotidianamente pelas Cortes, que concretizam a intervenção Estatal nas relações de Trabalho a fim de obstaculizar os abusos de autonomia da vontade nos contratos de trabalho firmados entre empregado e empregador.

---

<sup>5</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. Tradução de Wagner D. Giglio. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 1993, p. 24

<sup>6</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. *op. cit.* São Paulo: Editora LTr, 1993, p. 30



Com isso têm-se a base do contrato de trabalho, qual seja a vontade dos pactuantes, tendo o Obreiro ao seu lado um limitador da vontade do empregador: a vontade do Estado manifestada pelos poderes competentes que garantem ao trabalhador brasileiro o básico de proteção legal.

A prevalência decorrente do monopólio estatal, contudo, não significa exclusividade. Ao lado da legislação laboral, compõe o complexo de institutos do Direito Trabalhista um elenco de princípios peculiares à seara das relações jurídicas trabalhistas, com atenção especial ao princípio da proteção, que acaba por reger os demais.

Pode-se afirmar com veemência que o princípio da proteção ocupa a posição de fundamento do direito do trabalho, pois se funda na ideia protetivo-retificadora, visando sempre proteger a parte hipossuficiente da lide, conferindo ao polo mais fraco da relação - o obreiro - uma superioridade jurídica capaz de lhe garantir mecanismos destinados a assegurar suas garantias.

O referido princípio se divide em três outros: princípio do *in dubio pro operario*, princípio da utilização da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica.

O princípio do *in dubio pro operario* funda-se na ideia de que quando durante a análise de uma norma trabalhista se tiver dúvida de qual das interpretações dentre diversas utilizar, deve-se adotar a que mais beneficie o empregado.

Já o princípio da utilização da norma mais favorável é o que dispõe sobre a necessidade de sempre se aplicar a norma mais favorável ao trabalhador, independentemente de sua posição na escala hierárquica da empregadora. Ou seja, havendo conflito entre duas ou mais disposições vigentes, deve-se optar pela que privilegia o trabalhador.





Tal princípio pode ser eventualmente mitigado pela sobreposição do negociado ao legislado, nos termos do art. 611-A da CLT, o negociado sobrepõe o legislado e de que, como prevê o art. 620 do mesmo diploma legal, acordo coletivo prevalece sobre negociação coletiva<sup>7</sup>. Desse modo, eventualmente não será possível adotar a norma mais favorável em razão da peculiaridade trazida pela negociação coletiva, consentida pelos obreiros.

Noutro lado, o princípio da aplicação da condição mais benéfica preceitua que não será reduzida circunstância mais vantajosa em que o empregado se encontrar, seja oriundo da lei, do contrato, regimento interno ou norma coletiva. Tal princípio se encontra positivado do artigo 468 da Consolidada, *verbis*:

Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. (sem grifos no original)

Dessa forma, o princípio da proteção mostra-se, em verdade, como instrumento de combate à exploração do capital sobre o labor, possibilitando melhores condições de vida aos trabalhadores e aprimorando o bem-estar social.

## **b) Princípio da irrenunciabilidade de direitos**

O princípio da irrenunciabilidade de direitos, também conhecido como princípio da indisponibilidade de direitos ou da inderrogabilidade, foi convalidado pelo art. 9º da CLT, que dispõe, *litteris*:

"Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação".

Em outras palavras, corresponde ao entendimento segundo o qual o empregado não pode dispor livremente, como bem entender, dos direitos trabalhistas

---

<sup>7</sup> SARAIVA, Renato. SOUTO, Rafael Tonassi. Direito do trabalho. 20ª ed. JusPodivm: LTr, 2018. Pg. 30



previstos no sistema normativo, por serem indisponíveis e assegurados em normas de ordem pública, imperativas e inderrogáveis, sendo inadmissível a renúncia do empregado a tais direitos .

No entendimento de Américo Plá Rodriguez, o princípio da irrenunciabilidade não se limita a obstar a privação voluntária de direitos em caráter amplo e abstrato, mas também, a privação voluntária de direitos em caráter restrito e concreto, prevenindo, assim, tanto a renúncia por antecipação como a que se efetue posteriormente<sup>8</sup>.

Já Sérgio Pinto Martins, entende que o trabalhador poderá realizar certas concessões recíprocas em juízo. O que não pode fazer é transigir ou renunciar a direitos quando da constância da relação de emprego, pois poderá ser induzido a erro pelo empregador<sup>9</sup>.

Noutras palavras, esse princípio tem fundamento na indisponibilidade de certos bens e direitos, no cunho imperativo de certas normas trabalhistas e na própria necessidade de limitar a autonomia da vontade das a fim de manter a igualdade das partes no decorrer do contrato de trabalho.

### **c) Princípio da primazia da realidade**

O princípio da primazia da realidade, por sua vez, tem o pressuposto de que, na hipótese de confronto entre a realidade fática e o que surge de documentos ou acordos, prevalece aquela, ou seja, predomina a realidade fática. Ou seja, o que vale é o que acontece realmente e não o que está escrito.

---

<sup>8</sup> VAZ, Lorena Carneiro. O princípio da irrenunciabilidade de direitos insculpido no artigo 9º da CLT e seus desdobramentos. Publicado em 08/2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2mp6LAp>>

<sup>9</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Curso de Direito do Trabalho. 2ª edição. Editora Dialética. Pág. 44



Trata-se de um dos princípios de maior importância no âmbito laboral, visto que auxilia a impedir a prática de atos fraudatórios pelo empregador com intuito de tentar mascarar o vínculo de emprego existente, adulterando as reais condições do labor, e, na maioria das vezes, conferir menores direitos dos que os devidos.

No nosso ordenamento, essa doutrina se concretiza no artigo 442, da CLT, que dispõe: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Vale salientar que o art. 9º da referida CLT traz a seguinte determinação: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

Portanto, em suma, quanto ao princípio em estudo, este decorre de uma situação de conflito envolvendo uma relação de trabalho, devendo o juiz do trabalho sempre buscar a verdade real, dando preferência aos fatos em detrimento de documentos e provas produzidas posteriormente.

#### **d) Princípio da razoabilidade**

Ainda que pareça um dilema de difícil solução, por final, em uma negociação, a mitigação de um direito visando a garantia do contrato laboral é aceitável, a partir do momento que um direito do trabalhador é flexibilizado por um bem maior, ainda que esse seja a garantia da própria relação, vez que a negociação depende do contexto financeiro e social a que está inserida. Trata-se de uma aplicação concreta do princípio da razoabilidade.

Dessa maneira, denota-se ainda mais a importância da flexibilização das normas como instrumento de diminuição dos índices de desemprego e como forma de contribuição ao crescimento econômico.

À guisa do princípio em tela, ainda, a fim de exemplificação, não seria razoável presumir verdadeira a alegação infundada de um empregador no sentido de



que o empregado teria abandonado o emprego ou solicitado a sua demissão, em função do que cabe ao empregador o ônus de provar tais fatos.

Também não seria plausível admitir que uma única ocorrência de atraso ao local de trabalho seja motivo de aplicação pelo empregador de justa causa. Nesse caso, o juiz não pode dosar a pena, apenas podendo revogá-la e/ou alterá-la para uma advertência ou até mesmo, dependendo da gravidade, uma suspensão. Ou seja, ou declara a sua nulidade, ou não.

### **e) Princípio da continuidade da relação de emprego**

O princípio da continuidade da relação de emprego preceitua que o contrato de trabalho, em regra, deve ter a maior duração possível, sendo, presumidamente, sempre contratos por prazo indeterminado, passando o obreiro a integrar permanentemente a estrutura da empresa, salvo nos casos de contrato por prazo determinado ou a termo.

O art. 7º, I, da CF, prevê expressamente o princípio da continuidade de emprego, ao dispor que as relações de emprego são protegidas contra despedida arbitrária ou sem justa causa. Serviu ainda de base para a concepção do tradicional instituto da estabilidade, na medida em que, a partir de certo ponto, tornava-se direito adquirido. Contudo, tal entendimento hoje se encontra superado, existindo estabilidade apenas para situações específicas.

Existem diversas ocasiões onde o princípio *in questio* pode ser aplicado, como na hipótese de dúvida acerca da manifestação das partes quanto à duração do contrato<sup>10</sup>. Aplicando-se o princípio em questão, há de se presumir e interpretar que o contrato fora firmado por tempo indeterminado. Já no caso de o empregador alegar

---

<sup>10</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra Curso de direito do trabalho. 11. ed. – São Paulo. Saraiva Educação, 2019. P. 151.



abandono do emprego, cabe ao próprio o ônus de provar o *animus abandonandi* do empregado.

À guisa de curiosidade, internacionalmente o princípio da proteção da relação empregatícia contra as despedidas arbitrárias ou injustas está consagrado na Convenção 158 da OIT<sup>11</sup>. O Direito Coletivo do Trabalho

O Direito Coletivo do Trabalho nasceu com a aceitação do direito de associação dos trabalhadores, que se deu após a Revolução Industrial, em meados do século XVIII. É um ramo jurídico construído a partir de uma relação entre seres teoricamente equivalentes: o empregador de um lado e, de outro, o obreiro, que se comunicam por meio das organizações sindicais.

Sua ideia cardeal é a manutenção de uma equivalência na relação jurídica entre as partes, atuando de maneira intensa sobre o Direito Individual do Trabalho, uma vez que é nesse cenário de debate e negociações igualitário que surge um universo de regras jurídicas.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 590.415/SC, em acórdão da lavra do Ministro Luís Roberto Barroso, entendeu que a condição de inferioridade do empregado – a qual se mostra sempre presumida nas relações individuais – não se faz presente no âmbito das relações coletivas, pelo que as negociações coletivas, com base no princípio da equivalência dos contratantes coletivos, pressupõem tratamento equiparado a ambas partes.

O direito coletivo tem ainda como competência regular os instrumentos que possam surtir efeito em uma grande porção de sua categoria, quais sejam: as entidades sindicais, os ajustes coletivos bem como os instrumentos normativos relacionados, mormente a convenção coletiva, o acordo coletivo de trabalho, a

---

<sup>11</sup> Leite, Carlos Henrique Bezerra op. cit. – São Paulo. Saraiva Educação, 2019. P. 151



sentença normativa – aquela dada nos autos de um dissídio coletivo – e a arbitragem, nos quais a atuação do sindicato se mostrou essencial.

Este ramo do direito trabalhista é dividido em cinco princípios que são: Princípio da liberdade associativa e sindical, princípio da autonomia sindical, princípio da adequação setorial negociada, princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva e princípio da lealdade e transparência na negociação coletiva.

Pelo primeiro princípio supracitado, previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XX, entende-se como o direito que o trabalhador tem de se associar e de se sindicalizar, abrangendo o direito de liberdade para qualquer reunião estável e pacífica, além do direito de criação e extinção de sindicato.

Já o princípio da adequação setorial negociada impõe limites às negociações coletivas, buscando encontrar sincronia entre a norma coletiva e a norma estatal, e estipulando os limites que as normas provenientes de negociação coletiva devem se atentar.

O penúltimo princípio, da criatividade jurídica, traduz a noção de que os processos negociais coletivos e seus instrumentos (contrato coletivo, acordo coletivo e convenção coletiva do trabalho) têm real poder de criar norma jurídica. Diante disso, ele visa impedir a criação de normas jurídicas ilegais por meio de negociações coletivas.

Por fim, por princípio da lealdade e transparência na negociação coletiva, entende-se ser a exigência de que as partes sejam leais, de forma recíproca, nas negociações realizadas, e de que o acesso às informações atinentes seja público.

Sendo assim, o Direito do Trabalho visa a proteção do trabalhador e a melhoria de sua condição social, nos termos do art. 7º, *caput*, da CF, defendendo os valores e princípios trabalhistas, não podendo nunca restringir o acesso do trabalhador a justiça.



### **3 A REFORMA TRABALHISTA E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA**

Na disputa sobre a regulação do trabalho, a negociação coletiva surge como um dos espaços para que seja feito os ajustes das condições. A realização de negociações coletivas é um dos principais, senão o principal, meios de manutenção da paz industrial e social. Isso porque, para a sua realização, não é necessária a existência de um conflito anterior; ela existe para resolver questões de interesse e não problemas jurídicos.

Por meio da constante evolução das negociações coletivas ao longo dos anos, os trabalhadores alcançaram – e continuam a alcançar – conquistam antes inimagináveis, ampliando cada vez mais os direitos previstos na CLT e na Constituição, com o objetivo precípua de regulamentar questões específicas da realidade de determinadas categorias de trabalhadores que surgem incessantemente no cotidiano, mas mantendo sempre a lei como parâmetro.

Uma das alterações que merece destaque trazidas pela Reforma Trabalhista, é o disposto no artigo 8º, parágrafo 3º da Lei 13.467/2017, onde percebe-se claramente a tendência do legislador reformista em enaltecer a negociação direta entre empregados e empregadores, estimulando os acordos coletivos, ou seja, as negociações individuais e fragmentadas por empresa, limitando a avaliação do juízo trabalhista quanto ao conteúdo do instrumento normativo, devendo considerar apenas a legitimidade de parte, o objeto e a forma adotada, nos estritos termos do artigo 10461 do Código Civil, como determina a nova lei.

Neste diapasão, A prevalência do negociado sobre o legislado observará, dentre outros pressupostos, a necessidade de avaliar a legalidade desses acordos, ou seja, se está de acordo com os pressupostos de um negócio jurídico válido.

Nesse momento, a Justiça do Trabalho poderá desempenhar papel em averiguar exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio



jurídico, respeitando o Código Civil, sempre pautando sua interpretação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, princípio previsto no já mencionado art. 8º da CLT.

A postura da Lei 13.467/2017 de condicionar a atuação dos sindicatos nas ações trabalhistas, foi vista por muitos como uma forma de restrição do contato entre trabalhador e poder judiciário. Contudo, ao contrário do alegado, tal facilitação torna a negociação deveras menos onerosa, em especial para o empregado, que, uma vez Reclamante, pode vir a ser condenado em honorários sucumbenciais ou outros gastos necessários, como perícias, o que não ocorre nas negociações entre entidades da classe, uma vez que busca-se sempre uma via de mão dupla, por assim dizer, haja vista que não pode haver negociação de direitos sem uma contrapartida proporcional do empregador.

Entretanto, há outros vícios que podem tornar nulo o negócio jurídico, como aqueles previstos nos artigos 613 e 614 da CLT, bem como quando contrário ao artigo 611-B, além de ser nulo caso se oponha às normas constitucionais ou não trazer de forma expressa as contrapartidas da empresa.

Denota-se que a autonomia coletiva da vontade restou devidamente privilegiada na nova redação, concedendo mais segurança às partes do resultado do que foi definido entre obreiros e empregadores, possibilitando que as partes negociem de forma cada vez mais eficiente, encontrando sempre a melhor solução para as necessidades de todos, adequando as situações a fim de sempre evitar um conflito.

Nesse diapasão, verifica-se que a aprovação desta lei impôs um cenário completamente inovador às relações de trabalho, buscando introduzir em nosso ordenamento o princípio da intervenção mínima do Estado na autonomia da vontade coletiva, passando a prevalecer, na maioria dos casos, o acordado sobre o legislado.





Essa prevalência se conceitua pela maior validade do estabelecido em acordos (individuais e/ou coletivos) e convenções coletivas sobre aquilo instituído na legislação, desde que respeitados os direitos intangíveis, previstos em nossa Constituição.

### **3.1 Alteração de maior impacto: o art. 611-A e a prevalência do negociado sobre o legislado**

Como já extensivamente vergastado, das alterações introduzidas em nosso ordenamento pela Lei 13.467/17, a de maior impacto – e mais polêmica – delas, sem dúvidas, é a expressa prevalência do negociado sobre o legislado.

Essa prevalência do negociado sobre o legislado se configura, basicamente, com a predominância do que restar pactuado em ajustes individuais ou coletivos, inclusive nas denominadas convenções coletivas, quando versar sobre alguns pontos instituídos anteriormente na legislação.

Inicialmente, deve-se ressaltar que se entende por legislado, todos os direitos trabalhistas previstos nos art. 7º ao 11 da Constituição Federal de 1988 e na Consolidação das Leis do Trabalho. Ou seja, os dispositivos que auxiliam na manutenção justa e democrática das relações de trabalho existentes em nossa sociedade.

Já o negociado se configura precipuamente nos acordos, sejam ele individuais ou coletivos, bem como através das Convenções Coletivas de Trabalho, comumente firmadas pelos órgãos classistas com as empresas ou com os sindicatos patronais

Assim, a principal modificação trazida pela Reforma Trabalhista foi a introdução da flexibilidade na legislação trabalhista, permitindo que as convenções coletivas se sobreponham sobre a lei em questões expressamente previstas, conforme redação do Art. 611-A, *verbis*:



Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

- pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

- banco de horas anual; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

- adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

- plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

- regulamento empresarial; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

- representante dos trabalhadores no local de trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

- teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

- remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

- modalidade de registro de jornada de trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) XI - troca do dia de feriado; .....(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

~~XII ————— enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017)~~

*(Vigência encerrada)* XII - enquadramento do grau de insalubridade; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

~~XIII ————— prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;~~(Incluído pela Lei nº 13.467, de



*2017) (Revogado Medida Provisória nº 808, de 2017)  
(Vigência encerrada)*

- prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

- prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

- participação nos lucros ou resultados da empresa.

A nova redação trouxe novidade no que tange à acordos que versem sobre redução de salário ou jornada: o instrumento coletivo sempre deverá prever a proteção dos empregados contra a dispensa pelo empregador imotivada. Isso claro durante o prazo de vigência, uma vez que a ultratividade restou vedada, outra novidade que será abordada à frente.

A Lei 13.467/2017 inovou ainda ao dispor que caso uma cláusula do instrumento coletivo seja anulada e a ela estejam relacionadas outras sobre o mesmo tema, e que possuam a mesma natureza compensatória, esta deverá ser igualmente anulada.

Na mesma área, a nova redação da lei trouxe ainda um novo tipo de litisconsórcio necessário por meio do parágrafo 5º do art. 611-A, onde obrigou o sindicato a figurar no polo passivo de ação coletiva que persiga a declaração de nulidade de uma cláusula de instrumento coletivo. Tal obrigatoriedade também se aplica para a ação civil pública.

O próximo ponto a ser discutido no presente capítulo que foi incluído pela reforma, conforme dito anteriormente, trata-se da ultratividade das cláusulas normativas. Agora, o ordenamento veta a ultratividade de forma expressa, pelo §3º do artigo 614 da Consolidação das Leis do Trabalho, como será vergastado logo a seguir, por ser tema de extrema relevância para as negociações coletivas e necessária para total percepção e entendimento das demais alterações.



### 3.2 A ultratividade das normas coletivas de trabalho

Outra importante novidade no âmbito das negociações coletivas, que dará nova realidade aos pactos realizados, é o advento do novo art. 614, § 3º, da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, que dispõe, nas palavras do ilustre doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite, *litteris*:

Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade<sup>12</sup>.

A ultratividade tornava possível que cláusulas normativas ajustadas persistissem no tempo, ou seja, continuassem em vigor mesmo decorrido o prazo de vigência do instrumento coletivo que lhes deu origem, continuando a produzir efeitos nos contratos individuais de trabalho.

Já havia na doutrina ampla divergência a respeito da possibilidade de determinadas cláusulas se integrarem aos contratos de trabalho individuais, e passou-se a discutir no âmbito das relações coletivas a amplitude da ultra eficácia das cláusulas normativas após findado o prazo do instrumento que as criou.

A respeito do tema, buscando-se uma solução para tal divergência, passaram a se aplicar quatro entendimentos:

- o da incorporação;
- o da vantagem individual adquirida ou da incorporação mitigada;
- o da ultratividade relativa ou sem incorporação definitiva
- o da não incorporação.<sup>13</sup>

A primeira, chamada tese da incorporação buscava a formação de padrões mínimos para aplicar às negociações coletivas futuras, incorporando suas cláusulas

<sup>12</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Op cit. 11. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019. P. 199

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado. DORNELES, Leandro do Amaral. Direito do trabalho.2. ed. Porto Alegre. Verbo Jurídico, 2013. p 466



aos contratos individuais, não podendo ser revogadas por instrumento coletivo futuro<sup>14</sup>.

Já a teoria da vantagem real adquirida ou da incorporação mitigada, admitia a ultratividade, mediante análise caso a caso de cada contrato individual, consoante a natureza do direito almejado<sup>15</sup>.

A terceira corrente da ultratividade relativa ou sem incorporação definitiva sustenta que a norma ficaria em vigor mesmo após seu prazo estabelecido até que outra norma fosse negociada entre as partes. Mas não há incorporação definitiva: assim que o novo instrumento for firmado, passará a reger integralmente os contratos individuais de trabalho.<sup>68</sup>

Já no que tange ao entendimento da não incorporação, preceitua-se como aquele que apoia o englobamento das cláusulas coletivas somente no período de vigência do instrumento normativo, perdendo as cláusulas eficácia juntamente com o término da vigência, negando completamente a ultratividade normativa.

Esta corrente era adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho até meados de 2012, quando alterou a redação da Súmula n. 277. A redação passada dispunha que *“as condições de trabalho alcançadas por força de convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho”*.

A partir do citado ano, a ultratividade foi aprovada como norma pelo TST, sendo adotada inclusive como princípio basilar para as negociações coletivas trabalhistas. Desse modo, enquanto não houvesse novo acordo, o anterior permaneceria em vigor.

---

<sup>14</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. Direito Coletivo do Trabalho. 5. ed. São Paulo. LTr, 2014

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Cinthia Machado. DORNELES, Leandro do Amaral. op. cit. p 468



Porém, tal súmula foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, assim como os efeitos das decisões da Justiça do Trabalho relacionadas à ultratividade de acordos coletivos, a qual teve sua vedação consolidada de uma vez por todas com o advento da Reforma Trabalhista, no § 3º do artigo 614 da CLT, encerrando o debate.

### **3.3 Alterações Trazidas Pela Lei 13.467/2017**

A aprovação da Lei 13.467/2017 impôs um cenário completamente inovador às relações laborais, introduzindo no nosso ordenamento – inclusive de forma expressa, no artigo 8º, parágrafo 3º - o princípio da intervenção mínima do Estado na autonomia da vontade coletiva, passando a prevalecer, sempre que garantidos os direitos fundamentais, o acordado sobre o legislado.

Assim, as hipóteses passíveis de negociações coletivas inseridas no artigo 611-A da Lei 13.467/2017 abriram diversas novas possibilidades de acordos e convenções quanto a um rol de direitos antes engessados, buscando solucionar o intenso conflito entre a legislação rígida, que visa a proteção exacerbada do trabalhador sem ponderar o contexto socioeconômico, e as normas que buscam a manutenção de uma economia minimamente positiva.

O presente trabalho irá discurrir a seguir sobre as algumas das principais mudanças trazidas pela Lei, analisando em cada caso a relação com as negociações coletivas e sua importância para o trabalhador ou para os operadores do direito.

#### ***3.3.1 Salário e gorjeta***

Entende-se como remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, o salário devido e pago diretamente pelo empregador, bem como as gorjetas que receber, nos termos do art. 457 da CLT.



Já a gorjeta em si se trata tanto da importância dada de forma espontânea pelo cliente ao trabalhador, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados.

Com a nova redação, A gorjeta a que se refere o § 3º do art. 457 da CLT, aquela cobrada pelo próprio restaurante, não constitui receita dos empregadores, uma vez que é destinada aos trabalhadores pelo serviço diferenciado que prestaram, e deve ser distribuída segundo os critérios de custeio e de rateio definidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, conforme o § 12 do art. 457 da CLT

Se a cobrança da gorjeta de que trata o § 3º do art. 457 da CLT é cessada pela empresa e foi cobrada por mais de 12 meses, se incorporará ao salário do empregado, a qual terá como base a média dos últimos 12 meses, sem prejuízo do estabelecido em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, nos termos do art. 457, § 17, da CLT

Restado demonstrado pelo Obreiro o descumprimento pelo empregador das regras dispostas nos parágrafos 12, 14, 15 e 17 do art. 457 da CLT, esse deverá pagar àquele uma multa no valor correspondente a 1/30 da média da gorjeta por dia de atraso, limitada ao piso da categoria.

Já quanto ao salário, o art. 457, § 1º, da CLT, passou a prever a integração ao salário da importância fixa estipulada, bem como das gratificações legais e de função e as comissões pagas pelo empregador.

Quanto à gratificação legal, essa trata-se da gratificação natalina ou décimo terceiro salário, previsto no art. 7º, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988, Lei 4.090/1962 e Lei 4.749/1965. Já a gratificação de função é prevista nos arts. 62, parágrafo único, 224, § 2º, e 468, § 2º, da CLT, que foi acrescentado pela Lei 13.457/2017.



Ainda assim, quanto às gratificações previstas em norma coletiva negociada (art. 7º, inciso XXVI, da Constituição da República), e mesmo em regulamento de empresa e contrato individual de trabalho, se estabelecida a sua natureza salarial nos referidos instrumentos, entende-se que essa previsão específica deve ser observada, inclusive por ser mais favorável ao empregado (art. 7º, caput, da Constituição Federal de 1988).

### *3.3.2 Jornada de trabalho 12x36*

O art. 59-A da Consolidação das Leis do Trabalho passou a prever que é facultado às partes, por meio de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de 12 horas seguidas por 36 horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no art. 59-A da CLT abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 da CLT.

O art. 59-A, § 2º, incluído pela Medida Provisória 808/2017, facultou às entidades sindicais atuantes especificamente no setor da saúde, pactuar por meio de acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, jornada de 12 horas seguidas por 36 horas ininterruptas de descanso, com possibilidade de indenizados os intervalos para repouso e alimentação. Contudo, foi revogado com a perda de eficácia da Medida Provisória.

Tal possibilidade traz muito avanço para o Direito do Trabalho, pois cada vez mais as relações trabalhistas demandam jornadas de trabalho em horários especiais, ainda mais ao se tratar de serviços essenciais, os quais geralmente não podem parar,





fazendo com que haja possibilidade de contrapartidas muito mais vantajosas para o trabalhador.

### **3.4 A jurisprudência**

Mesmo antes da elaboração do projeto de Lei nº 6.787/2016, que deu origem à denominada Reforma Trabalhista, já havia o debate a respeito da prevalência do negociado sobre o legislado na seara trabalhista.

Sabe-se que o entendimento tradicional da doutrina é no sentido de que deve prevalecer a norma mais favorável ao trabalhador, conforme já explanado, em virtude do princípio da proteção, inerente ao Direito do Trabalho, em acordo com o previsto no artigo nº 7, caput da Constituição Federal.

De acordo com o disposto na CF, admite-se a flexibilização de direitos trabalhista, por meio de negociação coletiva nas seguintes hipóteses: redução de salário, compensação, redução de jornada de trabalho e turnos ininterruptos de revezamento.

Entretanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já vem decidindo no sentido de reconhecer e dar preferência às normas coletivas negociadas em face da legislação, principalmente na esfera das matérias relacionadas a salário e jornada de trabalho.

Em 2015, o STF julgou o RE 590.415, onde o Banco do Estado de Santa Catarina, antes de ser privatizado, firmou um acordo coletivo com o sindicato dos empregados em que constava uma cláusula de quitação geral das verbas. Ou seja, o empregado que aderisse ao plano recebia indenização e estaria impedido de obter qualquer diferença em processo judicial trabalhista.

O caso chegou ao Tribunal Superior do Trabalho e, por maioria, os Ministros entenderam que a cláusula em debate era nula pois fora formulada de forma



genérica. Foi autorizado aos empregados discutir judicialmente os valores das parcelas pagas.

Atualmente, existe em sede de Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal sob o tema de nº 1046, o ARE nº 1.121.633, sobrestado pelo Ministro Gilmar Mendes, onde se discute a validade de um acordo trabalhista celebrado antes da entrada em vigor da Lei 13.467/2017. No caso *in questio* o instrumento realizou a supressão do pagamento das ditas horas *in itinere*, abolidas pela nova redação da CLT.

Sobre o caso, a Procuradoria Geral da República, pelas palavras do procurador-geral Augusto Aras, manifestou-se em sentido favorável ao negociado, enfatizando ainda que a legitimidade das entidades sindicais é advinda da própria Carta Magna.

O procurador-geral rechaçou ainda o argumento segundo o qual os instrumentos coletivos que restringiriam as horas *in itinere* seriam uma ofensa aos direitos sociais trabalhistas de caráter indisponível, uma vez que não é possível equiparar horas de percurso e horas de efetivo trabalho como parâmetros, tanto sob o aspecto da fadiga decorrente do labor realizado, quanto da subordinação.

Sobre o tema de horas *in itinere*, antes mesmo da Reforma, já haviam julgados no sentido da prevalência do pactuado pelas partes, conforme o Tema 152, julgado no Recurso Extraordinário 590.415, o qual foi interposto contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho que negou a validade de acordo coletivo que deu ampla quitação do contrato de trabalho de um grande grupo, fruto de plano de demissão incentivada, por considerá-la contrária ao art. 477, § 2º, da CLT.

Ao analisar o paradigma, o Supremo assentou o entendimento de que a transação extrajudicial que resultar em rescisão do contrato de trabalho por motivo de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, vai ensejar quitação ampla e irrestrita de todas as matérias objeto do contrato de emprego, desde



que constante expressamente no instrumento coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado.

Ante o exposto, denota-se que a jurisprudência já se mostrava tendente à valorização do negociado em detrimento do legislado, por já ter entendido que este seria o único meio possível de tornar a atuação jurídica justa e atualizada para com a heterogeneidade profissional dos últimos anos.

#### **4 CONCLUSÃO**

Dessa maneira, buscou-se demonstrar de forma cristalina no presente estudo a importância que as alterações trazidas pela lei possuem no cotidiano brasileiro, demonstrando como a flexibilização das normas em verdade se trata de uma forma de adaptação do ordenamento jurídico à realidade e à evolução da sociedade, não devendo ter sua funcionalidade atrelada ao protecionismo exacerbado e nem à desregulamentação das garantias existentes, mas sim ser visto como uma maneira de ajudar a quebrar a rigidez da legislação e estar sempre em adequação aos diferentes contextos sociais.

Em razão disso, num primeiro momento, a Lei 13.467/2017 foi deveras criticada, pois achavam que essa possuía o propósito exclusivo de subjugar os direitos sociais conquistados pelos trabalhadores ao longo das décadas. Contudo, rapidamente percebeu-se que, de fato, a legislação encontrava-se totalmente inapta a responder aos anseios advindos com a crescente e irrefreável heterogeneidade do mercado de trabalho.

Entretanto, se comprovou ao longo dos anos como uma ferramenta cada vez mais eficaz na mencionada adequação, resolvendo cada vez mais situações específicas à realidade socioeconômica do país, sem subjugar os direitos e garantias constitucionalmente previstos, como muitos temiam.



Foi esposado ainda como as alterações oriundas da Lei em questão trouxeram maior autonomia às partes, que estão aptas a negociar situações que anteriormente eram vedadas pelo Direito do Trabalho, com a diminuição considerável do protecionismo e legalismo exacerbado, o que refletirá de modo positivo, atingindo assim o tão almejado equilíbrio socioeconômico.

A partir da análise da nova redação introduzida pela denominada Reforma Trabalhista, denotou-se que a permissão de supremacia da norma coletiva em face à previsão legal não afetou negativamente como imaginado, vez que os instrumentos firmados continuam a visar a melhoria da condição de ambos os grupos, tanto social como econômica, sempre observada a hierarquia das normas.

A flexibilização deve ser entendida pela sociedade como uma ferramenta de uso dos sujeitos coletivos para superar crises internas de cada setor, sendo a negociação coletiva a melhor forma de conciliação de interesses e manutenção de direitos, sendo mais democrática por sempre abarcar as situações peculiares de cada empresa e/ou categoria.

Ante todo o exposto, resta hialino que a legislação trabalhista brasileira de fato precisa de reformas, a fim de alcançar as evoluções sociais, sem precarizar – muito menos demonizar – a econômica, e vice-versa. A proteção excessiva acaba, ao revés, por deixar o trabalhador desprotegido contra os avanços da sociedade em que está inserido, e engessando o Direito do Trabalho, o qual deve estar sempre à par das novas realidades impostas.

## **REFERÊNCIAS**

MARTINS, Sérgio Pinto. Curso de Direito do Trabalho. 2ª edição. Editora Dialética.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direito Coletivo do Trabalho. 5. ed. São Paulo. LTr, 2014.



LEITE, Carlos Henrique Bezerra Curso de direito do trabalho. 11. ed. – São Paulo. Saraiva Educação, 2019

SARAIVA, Renato. SOUTO, Rafael Tonassi. Direito do trabalho. 20ª ed. JusPodivm: LTR, 2018.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Tradução de Wagner D. Giglio. Princípios de Direito do Trabalho. São Paulo: Editora LTr, 1993.

MANCUSO, Gisele Cristina; SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A ultratividade da norma coletiva: histórico brasileiro e a vedação ao instituto pela lei n.13.467/2017. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Análise Crítica da Lei 13.467/2017. Editora Juspodivm. 2017.

DELGADO, Gabriela Neves. A CLT aos 70 anos: rumo a um Direito do Trabalho constitucionalizado. Rev. TST, Brasília, vol. 79, nº. 2, abr/jun 2013.

CAPELARI, Luciana Santos Trindade. Constitucionalização dos Direitos Trabalhistas: O Princípio da Proteção ao Trabalhador. 2009. Disponível em: <[encurtador.com.br/druIX](http://encurtador.com.br/druIX) />

OLIVEIRA, Cíntia Machado. DORNELES, Leandro do Amaral. Direito do trabalho. 2. ed. Porto Alegre. Verbo Jurídico, 2013.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. 4º ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2010.



# O ANTAGONISMO DA PRERROGATIVA DA FAZENDA PÚBLICA DE NÃO SUJEIÇÃO AO ÔNUS DA IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA APLICADA AO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO

Julianna da Cunha Carvalho

## RESUMO

Este trabalho possui por escopo demonstrar a necessidade de uma normatividade própria ao processo previdenciário a partir da problemática inerente à prerrogativa de não sujeição ao ônus da impugnação específica dos fatos de que dispõe o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, na qualidade de Fazenda Pública, inserto no polo passivo de uma lide de natureza previdenciária. Para tanto, com alicerce no ordenamento jurídico, jurisprudência e doutrina, são explanados alguns conceitos considerados necessários à compreensão do que é a prerrogativa apontada, as justificativas para sua existência e seus efeitos no processo previdenciário em relação ao cidadão com quem litiga, em busca de concluir pela sua legitimidade ou não. Os resultados obtidos remetem à conclusão de que o tratamento desigual dispensado ao INSS através da prerrogativa em comento é anacrônico e atrai a violação à princípios intrínsecos ao devido processo legal, tais como a isonomia, cooperação e boa-fé processual, bem como à tutela jurisdicional adequada, pelo que urge a necessidade de normatividade própria ao processo previdenciário em função das peculiaridades da lide previdenciária. Os avanços obtidos nessa área ainda são pequenos se comparados à sua importância para a seara previdenciária, razão pela qual emerge a utilidade prática deste ensaio.

**Palavras-Chave:** Processo Previdenciário. Fazenda Pública. Prerrogativas. Impugnação específica. Revelia. Efeito material. Isonomia. Cooperação processual.

## INTRODUÇÃO



O INSS, na condição peculiar de Fazenda Pública, dispõe de uma série de benefícios processuais denominados prerrogativas. Essas prerrogativas constituem tratamento diferenciado no processo, mais brando, e tem por objetivo, em última análise, proteger os interesses da coletividade.

Sem deter-se na análise pormenorizada de cada uma das prerrogativas conferidas à Fazenda Pública, por não constituir o objeto desse ensaio, debruçar-se-á na prerrogativa de não sujeição ao ônus de impugnação específica, prevista no art. 341, I do Código Processual Civil vigente, com o fito de examinar se tal vantagem, aplicada ao processo previdenciário, constitui de fato uma prerrogativa ou um privilégio processual desarrazoado.

Nesse norte, a partir da exposição de conceitos de diferentes correntes doutrinárias e jurisprudenciais, procurar-se-á saber se as razões que outrora serviram de base racional para a desequiparação da Fazenda Pública face ao particular ainda encontram justificativa diante do nosso ordenamento constitucional, no qual sobreleva-se a isonomia como princípio cardeal.

Para tanto, serão explicados no primeiro capítulo conceitos essenciais inerentes à relação previdenciária, tais como quem são os sujeitos desse vínculo, o objeto do Direito e Processo Previdenciário, bem como a sua relação com o Direito do Trabalho, a fim de contextualizar a própria relação previdenciária.

No segundo capítulo serão tecidas, ainda, algumas considerações acerca do Processo Previdenciário, salientando a sua importância na concretude do direito material, e evidenciando a posição processual do INSS na condição peculiar de Fazenda Pública.

O terceiro capítulo abordará as prerrogativas da Fazenda Pública de forma genérica, além de conceituar o termo prerrogativa e diferenciá-la de um privilégio. Outrossim, será explanado o contexto histórico dessas prerrogativas da Fazenda



Pública, expondo suas finalidades e razões apontadas pela doutrina como legitimadoras.

Por fim, no quarto capítulo será explicado no que consiste o ônus da impugnação especificada dos fatos na contestação, a fim de que seja possível compreender a prerrogativa *in genere* de não sujeição a esse ônus, as razões que a legitimaram e, por conseguinte, verificar a sua compatibilidade com o processo previdenciário à luz do princípio da isonomia.

## 1 A SEGURIDADE E A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

O Estado protege seus cidadãos de eventos que tenham a disposição para comprometer sua capacidade de assegurarem, por si próprios, sua independência social, de forma a providenciar recursos para manter o seu mínimo existencial e, por conseguinte, sua dignidade humana. Jaz um sistema, assim, de proteção social<sup>1</sup>.

A Seguridade Social no Brasil, prevista no art. 194, caput, da Constituição Federal, constitui o conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinado a assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social<sup>2</sup>. O Estado, pelo conceito, é responsável pela criação e manutenção de uma rede protetiva, capaz de atender aos anseios e necessidades básicas de sobrevivência e proteção da qualidade de vida dos cidadãos<sup>3</sup>. É dizer que eventos como o desemprego, a velhice, a morte, a prisão, a infância, a

doença, a maternidade e a invalidez, assim entendidos como riscos sociais, podem impedir temporária ou definitivamente que as pessoas laborem para angariar recursos financeiros para atender às suas necessidades básicas e de seus

---

<sup>1</sup> SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 6. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2016. p. 44

<sup>2</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 21 de mai. 2020.

<sup>3</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 5





dependentes, sendo dever do Estado Social de Direito intervir quando se fizer necessário, a fim de promover a ordem social<sup>4</sup>.

Nesse ínterim, o objetivo é estabelecer a justiça social mediante a assistência e redistribuição de renda aos menos favorecidos, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna quando do advento de um desses eventos inerentes à inexistência de condições de subsistência por conta própria, como quando ocorre a perda da capacidade laborativa<sup>5</sup>.

O Brasil, nos termos dos arts. 1º, IV e 193 da Constituição Federal de 1988, é uma nação que tem o trabalho como valor social<sup>6</sup>, já que a contraprestação pelo labor é o que garante tanto ao indivíduo quanto aos seus dependentes as condições de sobrevivência. Quando a sua força de trabalho e manutenção da capacidade laborativa são ameaçadas pelo advento de um dos riscos sociais, o indivíduo tende à miséria, sendo esta a razão de existir, portanto, da Previdência Social.<sup>7</sup>

A Previdência Social, enquanto inserida na Seguridade Social, é, por excelência, o fundo de proteção responsável pelo fornecimento de amparo aos trabalhadores a despeito dos riscos e necessidades sociais a que estão sujeitos<sup>8</sup>. O sistema resulta em uma ampla cobertura de proteção que se realiza através do ingresso compulsório e por meio da diferenciação de regras de acesso, as quais permitem alargar a cobertura beneficiária.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 10 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 25

<sup>5</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 13

<sup>6</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 29 de mai. 2020.

<sup>7</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 13

<sup>8</sup> BALERA, Wagner. **Direito Previdenciário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p.

<sup>9</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 27/28



## 1.1 Breve histórico

Aponta-se como o marco inicial mundial da Previdência Social a edição da Lei dos Seguros Sociais, na Alemanha, em 1883, perpetrada pelo chanceler Otto Von Bismarck, que criou o seguro-doença, seguido de outras normas que instituíram o seguro acidente de trabalho (1884), o de invalidez (1889) e o de velhice (1889), em decorrência de grandes pressões sociais da época<sup>10</sup>.

No Brasil, por sua vez, prevalece doutrinária e majoritariamente o entendimento de que a previdência social nasceu com o advento da Lei Eloy Chaves, em 1923 (Decreto-lei 4.682), responsável pela criação das “Caixas de Aposentadoria e Pensões para os ferroviários”, a serem mantidas pelas empresas, pois à época os ferroviários eram numerosos e formavam uma forte categoria profissional<sup>11</sup>. Assim, diante das manifestações desses trabalhadores, a medida foi tomada a fim de atenuar esse setor, tido por importante e estratégico à época<sup>12</sup>.

Há quem diga, contudo, que a Previdência pública brasileira apenas iniciou-se em 1933, através do Decreto 22.872, que criou o Instituto de Previdência dos Marítimos – IAPM, uma vez que era gerida pela Administração Pública. Posteriormente, foram surgindo os Institutos dos comerciários e bancários (1934); dos industriários (1936); dos servidores do estado e dos empregados de transportes e cargas (1938).<sup>13</sup>

A Constituição de 1934 deu a sua contribuição ao prever o tríplice custeio da previdência social, mediante recursos oriundos do Poder Público, dos trabalhadores

---

<sup>10</sup> AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 10. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 166

<sup>11</sup> AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 10. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 168

<sup>12</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 38. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 46

<sup>13</sup> AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 10. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 169



e das empresas, “passando, em termos constitucionais, do plano apenas da assistência social para o seguro social, lançando mão da expressão Previdência”<sup>14</sup>.

Ainda na vigência da Constituição brasileira de 1946 - a primeira delas a empregar expressamente o termo “previdência social” em seu texto -, foi criado o Ministério do Trabalho e Previdência Social, bem como promulgada a Lei 3.807/60, conhecida por Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), diploma responsável pela unificação dos planos de benefícios, dando azo ao início do processo de universalização da Previdência Social no Brasil<sup>15</sup>.

A propósito, em seu art. 157, XVI já fora consagrada a forma tríplice de custeio da previdência “mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte”, assaz repetida nas constituições subsequentes<sup>16</sup>.

Em 1977 foi promulgada a Lei 6.439/77, que criou o SINPAS – Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social -, que alterou a organização estrutural da previdência social brasileira, de modo a racionalizar e simplificar o funcionamento dos órgãos<sup>17</sup>.

Dentre outros marcos históricos, finalmente, em 1988, a Constituição Federal evoluiu o que se tinha para a Seguridade Social, sistema nacional que engloba a Assistência, a Previdência Social e a Saúde Pública, contemplando as regras e princípios basilares que regulam a previdência brasileira<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 10. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 169

<sup>15</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 102

<sup>16</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 38. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 41

<sup>17</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 102

<sup>18</sup> AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 10. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 171



Em 1990 foi criado o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autarquia federal que passou a ser responsável pela arrecadação, pagamento de benefícios e prestação de serviços aos segurados e dependentes no Regime Geral de Previdência Social – RGPS<sup>19</sup>.

Em 1991 foram publicadas as Leis 8.213/91 e 8.212/91, seguidas pelo Decreto 3.048/99, cujos conteúdos tratam, respectivamente, dos benefícios e serviços da Previdência, do custeio da Seguridade Social, e sua regulamentação, consubstanciando diplomas que até hoje vigoram, inobstante as diversas alterações<sup>20</sup>.

## 1.2 Sujeitos da relação previdenciária

Os sujeitos que dão azo à relação previdenciária do Regime Geral de Previdência Social são o INSS, que figura como a entidade responsável por gerenciar as prestações da Previdência Social; o segurado da Previdência Social, que pode ser filiado ao sistema compulsória ou facultativamente, bem como os eventuais dependentes desses segurados.

### 1.2.1 O INSS

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, como visto, possui natureza jurídica de autarquia federal, com a função precípua - mas não exclusiva - de gerenciar o Plano de Benefícios do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Compete ao INSS, assim, a operacionalização do reconhecimento dos direitos dos

---

<sup>19</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 104

<sup>20</sup> BALERA, Wagner. **Direito Previdenciário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 27



segurados do RGPS, cuja organização encontra-se no artigo 201 da Constituição Federal<sup>21</sup>.

O INSS obteve autorização de criação dada pela Lei 8.029/90, sendo vinculado inicialmente ao Ministério da Previdência Social, a partir da fusão do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social – IAPAS com o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS.

No entanto, com o advento da Lei 13.341/16, o INSS restou transferido para o Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, sendo o então Ministério do Trabalho e Previdência Social reduzido para tão somente Ministério do Trabalho.

Atualmente, o INSS é autarquia vinculada ao Ministério da Economia através da Secretaria da Previdência, com as funções precípua de arrecadação, pagamento e prestação de serviços aos segurados e demais interessados no que diz respeito ao RGPS.

O INSS caracteriza-se, portanto, como uma organização pública prestadora de serviços previdenciários para a sociedade brasileira. Dessa forma, em regra, em eventual pretensão resistida do cidadão pelo INSS, este será o legitimado passivo para ações judiciais que, por sua vez, são de competência da Justiça Federal, por força do art. 109, I, da Constituição Federal<sup>22</sup>.

### *1.2.2 O segurado*

---

<sup>21</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 21 mai. 2020. AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 10. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 255

<sup>22</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 21 mai. 2020. AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 10. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 1269



A ideia de segurado é proveniente do contrato de seguro do Direito Civil, através do qual, mediante o pagamento do prêmio, o contratante estará coberto contra determinados riscos<sup>23</sup>. No âmbito do RGPS há dois grandes grupos de segurados: os obrigatórios e os facultativos.

Como observam Castro e Lazzari, são segurados obrigatórios e facultativos do Regime Geral de Previdência Social, respectivamente:

[...] a pessoa física que exerce atividade remunerada, efetiva ou eventual, de natureza urbana ou rural, com ou sem vínculo de emprego, a título precário ou não, bem como aquele que a lei define como tal, observadas, quando for o caso, as exceções previstas no texto legal, ou que exerceu alguma atividade das mencionadas acima, no período imediatamente anterior ao chamado “período de graça”. Também é segurado aquele que, sem exercer atividade remunerada, se filia facultativamente e espontaneamente à Previdência Social, contribuindo para o custeio das prestações sem estar vinculado obrigatoriamente Regime Geral de Previdência Social – RGPS ou a outro regime previdenciário qualquer (art. 14 da Lei de Custeio e art. 13 da Lei de Benefícios).<sup>24</sup>

Constituem pressupostos básicos para a configuração da condição de segurado obrigatório, assim, ser pessoa física, no exercício de atividade laboral remunerada e lícita. Se encaixilham neste grupo as pessoas de quem a lei exige a participação no custeio, nos termos do art. 195, II da Constituição Federal e de 1988<sup>25</sup>, exceto servidores públicos efetivos e militares, cuja cobertura se dá por regimes próprios de Previdência Social, institutos diversos do abordado no presente estudo.

Esse grupo de filiação obrigatória ao sistema, nos termos do artigo 12 da Lei 8.212/91 e artigo 11 da Lei 8.213/91, engloba os indivíduos enquadrados nos

---

<sup>23</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 38. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 142

<sup>24</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 245

<sup>25</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 21 mai. 2020



conceitos de empregado, empregado doméstico, trabalhador avulso, segurado especial e contribuinte individual<sup>26</sup>.

Assim, o exercício de atividade laborativa remunerada, em regra, filia compulsoriamente ao RGPS a pessoa física, que passa a verter contribuições ao sistema, o que se justifica na ideia de solidariedade social<sup>27</sup>.

Segurados facultativos, por sua vez, são aqueles que não se emolduram na categoria de segurados obrigatórios e que, “sem exercer atividade remunerada, se filia facultativamente e espontaneamente à Previdência Social, contribuindo para o custeio das prestações”<sup>28</sup>. Em outras palavras, são os que mesmo não se enquadrando em nenhum regime previdenciário, desejam usufruir da proteção previdenciária. Entre outros, é admitida a filiação como segurado facultativo de donas de casa, estudantes e síndico não remunerado de condomínio.

Portanto, como decorrência do princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, qualquer pessoa que possua mais de 16 anos que não exerça atividade que o vincule ao RGPS ou a regime próprio, pode volitivamente verter contribuições à Previdência como segurado facultativo e desfrutar dos benefícios dessa natureza<sup>29</sup>.

### *1.2.3 Os dependentes*

---

<sup>26</sup> BRASIL. **Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2020.

BRASIL. **Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2020.

<sup>27</sup> AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 10. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 247

<sup>28</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 245

<sup>29</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 283



Os dependentes são possíveis beneficiários das prestações do RGPS em razão do vínculo familiar que mantêm com os segurados do regime<sup>30</sup>. Objetivamente, nos termos do art. 16 da Lei 8.213/91, os dependentes são divididos em três classes, que possuem essa categorização pela prioridade que lhes compreende, no sentido de que a existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes<sup>31</sup>.

A primeira classe engloba o cônjuge, companheiro/companheira, filho não emancipado de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave. A segunda classe pertence aos pais e a terceira envolve o irmão não emancipado de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

Referidos indivíduos podem ser beneficiários de pensão por morte, auxílio-reclusão, serviço social e reabilitação profissional.

### 1.3 Benefícios previdenciários

O reconhecimento do indivíduo como segurado do Regime Geral de Previdência Social é condição fundamental para a obtenção das prestações previstas no Plano de Benefícios da Previdência Social (Lei n. 8.213/91), e essas prestações são expressas em benefícios e serviços<sup>32</sup>.

Os benefícios previdenciários são, nesse norte, espécies de prestações da Previdência Social que possuem caráter essencialmente substitutivo e alimentar, cujo

---

<sup>30</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 311

<sup>31</sup> BRASIL. **Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2020

<sup>32</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 721





papel é propiciar os meios de subsistência dos indivíduos que deles necessitem<sup>33</sup>, sejam dependentes ou segurados. São valores pagos em dinheiro e constituem, por conseguinte, o objeto do direito e processo previdenciário.

É possível classificar os referidos benefícios em programados e não programados, sendo estes últimos aqueles destinados a cobrir eventos não planejados ou riscos sociais decorrentes das mais diversas causas. Dentre eles encontram-se a pensão por morte, salário- maternidade, auxílio-reclusão, auxílio-doença, auxílio-acidente e a aposentadoria por incapacidade permanente para o trabalho.

Por outro lado, constituem os benefícios programados a aposentadoria voluntária única, a aposentadoria por idade (urbana, rural e híbrida), a aposentadoria especial e aposentadoria destinada aos segurados com deficiência.

Na medida em que segurados e dependentes figurem como titulares de benefícios previdenciários, ao nascer uma pretensão será necessário postular este possível direito, inicialmente, e via de regra, na via administrativa, isto é, no âmbito do próprio INSS, oportunidade em que exercerão os direitos subjetivos normativamente estabelecidos.

Diz-se “inicialmente, e via de regra” pois há situação excepcionais definidas na jurisprudência em que a pretensão pode ser formulada diretamente em juízo, dispensando prévio requerimento administrativo, como é o caso em que o entendimento do INSS na matéria é notória e reiteradamente contrário à postulação<sup>34</sup>.

## 1.4 A relação com direito do trabalho

Como predito, o exercício de atividade laborativa, exceto em regras específicas, vincula o trabalhador ao RGPS, ocasião em que passará a verter

---

<sup>33</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. Tomo 1 – Noções de direito previdenciário. São Paulo: LTr, 1997. p. 208

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 631.240. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 03 de setembro de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 10 nov. 2014



contribuições de forma compulsória ao sistema previdenciário. Daí se extrai uma grande relação do Direito do Trabalho com o Previdenciário, já que a relação previdenciária, no sistema brasileiro, muitas vezes nasce de um contrato de trabalho<sup>35</sup>, embora não de forma exclusiva.

Por outro lado, como visto o INSS é a entidade responsável por gerenciar as contribuições sociais que, no caso do regime celetista (CLT), são descontadas diretamente pelo empregador e repassadas à autarquia. Além disso, a Justiça do Trabalho é competente para executar as contribuições sociais não recolhidas pelo empregador por ocasião do contrato de trabalho<sup>36</sup>.

Além dessas interações, tem-se a mais importante delas para o presente ensaio: o objeto de ambas trata de verbas de natureza alimentar. Nesse sentido as lições de Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante:

Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença, transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no §2º, art. 100 (art. 100, §1º, CF)<sup>37</sup>.

A compreensão acerca disso para o estudo será pertinente posteriormente, na medida em que, como se verá, é dispensado ao particular na Justiça do Trabalho tratamento processual diferenciado, consubstanciado justamente na natureza alimentar do crédito trabalhista e na ideia de hipossuficiência do trabalhador frente ao seu empregador, o que não ocorre, todavia, no litígio de natureza previdenciária.

---

<sup>35</sup> AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 10. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 200

<sup>36</sup> NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 99

<sup>37</sup> NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 607



Importa notar, nesse rumo, que justamente em função dos aspectos apontados, o Processo do Trabalho é envolto num ideal de celeridade, onde se busca, principiológicamente, a máxima efetividade da jurisdição.

À título de exemplo, segundo Amauri Mascaro Nascimento, historicamente o ônus da prova é invertido em favor do reclamante, “cabendo, nem sempre, a quem alega, mas ao economicamente forte e em [melhores] condições de preparar a prova, o empregador”:

Trata-se de um direito processual social, destinado tanto à tutela jurisdicional de grupos ou coletividades, como de trabalhadores. Como conseqüências, seguem-se as necessidades de um mínimo de formalismos, a maior liberdade interpretativa e criativa do juiz, a maior celeridade, o menor custo, a maior distributividade e menos comutatividade nos seus atos.<sup>38</sup>

Nesse sentido, o princípio da celeridade ganha especial relevo, uma vez que o processo trabalhista deve ser mais rápido para cumprir os seus fins sociais. Destaca-se, ainda, o princípio protecionista, inerente ao Direito do Trabalho, que deve prevalecer, também, no campo do direito processual, pois o “direito processual do trabalho é elaborado totalmente com o propósito de evitar que o litigante mais poderoso possa desviar e entorpecer os fins da Justiça”<sup>39</sup>. Wagner D. Giglio, sobre o princípio protecionista, fazendo menção à Coqueijo Costa, assevera que “o processo não é um fim em si mesmo, mas o instrumento de composição de lides, que garante a efetividade do direito material. E como este pode ter natureza diversa, o direito processual, por seu caráter instrumental, deve saber adaptar-se a essa natureza diversa”<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 42

<sup>39</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 43-44

<sup>40</sup> GIGLIO, Wagner Drdla. **Direito processual do trabalho**. 6.ed. São Paulo: LTr, 1986. p. 76



O processo do trabalho, segundo o mesmo autor, pressupõe a desigualdade das partes e, na busca por equipará-las, confere “superioridade jurídica ao trabalhador, para compensar sua inferioridade econômica e social diante do empregador”. Para corroborar esse entendimento, afigura que a superioridade patronal em juízo se dá, entre outras razões, pelo melhor assessoramento jurídico que pode obter e pela facilidade na produção da prova<sup>41</sup>.

Com efeito, essas características do direito material do trabalho, segundo a doutrina clássica, devem estampar as mesmas marcas no direito instrumental, sobretudo quanto à proteção do mais fraco, “cuja inferioridade não desaparece, mas persiste no processo”<sup>42</sup>.

Será visto oportunamente que esse mesmo argumento é também imprimido no processo previdenciário, contudo essa “inferioridade” é apontada pela doutrina no Estado, e não no particular.

## 2 O PROCESSO PREVIDENCIÁRIO JUDICIAL

Aquele que se achar em condições de gozo de um benefício previdenciário, seja em razão do advento de algumas das situações impeditivas ao labor, seja pela impossibilidade de manutenção de um padrão mínimo de dignidade, deverá promover um requerimento administrativo junto ao INSS, dando início a um processo administrativo previdenciário.

O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (Tema 350), firmou entendimento no sentido da indispensabilidade do prévio requerimento

---

<sup>41</sup> GIGLIO, Wagner Drdla. **Direito processual do trabalho**. 6.ed. São Paulo: LTr, 1986. p. 76-77

<sup>42</sup> GIGLIO, Wagner Drdla. **Direito processual do trabalho**. 6.ed. São Paulo: LTr, 1986. p. 76-77



administrativo de benefício previdenciário como pressuposto para que se possa acionar legitimamente o Poder Judiciário<sup>43</sup>.

Para a configuração do interesse de agir em ações previdenciárias, portanto, é necessário primeiramente levar a matéria ao conhecimento do INSS, o que não significa, porém, a necessidade de esgotar as vias recursais administrativas.

Com o indeferimento administrativo do benefício, ou com a demora demasiada para a sua resposta, emergem duas diferentes possibilidades a fim de alcançar o pretense benefício: a interposição de recurso administrativo ou a invocação da tutela jurisdicional. Assim, o Processo Judicial Previdenciário é o segmento do Direito Previdenciário que se presta ao estudo e exame das denominadas ações previdenciárias<sup>44</sup>.

Tais contendas existem pela suposta violação de um direito material do beneficiário pela Administração Previdenciária na via administrativa, indeferindo o benefício para o qual cumpriu todos os requisitos, concedendo aquém do devido<sup>45</sup>, ou pela demora excessiva no processamento dos pedidos, o que se entende quando excedido o prazo de 45 dias previsto no art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991. Logo, sempre que for possível interpretar a demora como pretensão resistida, “poder-se-á lançar mão da intervenção judicial”<sup>46</sup>.

Note-se que há exceções, como antedito, à necessidade de prévio indeferimento administrativo, o que conduz à possibilidade de levar a matéria ao Poder Judiciário diretamente, como quando a pretensão é notória e reiteradamente contrária ao entendimento da autarquia.

---

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 631.240**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 03 de setembro de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 10 nov. 2014.

<sup>44</sup> SERAU, Marco Aurélio Junior. **Curso de processo judicial previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 43

<sup>45</sup> SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 6. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2016, p. 59.

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 631.240**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 03 de setembro de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 10 nov. 2014



## 2.1 Estrutura do processo

Os detentores da legitimidade ativa para propor ações previdenciárias são aqueles cuja pretensão de concessão, revisão ou prestação de um serviço previdenciário restou frustrada, sendo eles o segurado ou seu dependente que, acaso for incapaz, deverá ser representado pelos pais, tutores ou curadores<sup>47</sup>.

O INSS é, por excelência, a entidade legitimada a figurar no polo passivo destas demandas, justamente por ser o órgão estatal que, hoje, administra a concessão, manutenção e revisão dos benefícios previdenciários em território brasileiro<sup>48</sup>.

Mesmo em ações em que se pretende o recebimento de benefício assistencial (Benefício de Prestação Continuada da Lei Orgânica da Assistência Social), a entidade previdenciária detém legitimidade passiva *ad causam*, pois é responsável pela operacionalização deste benefício<sup>49</sup>.

Não obstante, é importante notar que o simples fato de o INSS figurar no polo passivo da demanda não significa necessariamente a formação de uma lide previdenciária, já que a autarquia pode também ser demandada em ações de natureza cível, trabalhista, entre outras. Assim, é a natureza do objeto a que se dedica o litígio quem divisa a lide previdenciária, que fica restrita à concessão e revisão dos benefícios previdenciários em sentido amplo<sup>50</sup>.

O INSS tem natureza jurídica de autarquia federal, portanto, em regra, as ações propostas contra o instituto serão de competência da Justiça Federal, por força do

---

<sup>47</sup> AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 10. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 1281

<sup>48</sup> SERAU, Marco Aurélio Junior. **Curso de processo judicial previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 140

<sup>49</sup> SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 6. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2016. p. 59

<sup>50</sup> SERAU, Marco Aurélio Junior. **Curso de processo judicial previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 44.



art. 109, inciso I, da Constituição Federal. A teor da Súmula 689 do Supremo Tribunal Federal, a ação poderá ser proposta na Vara Federal da Subseção Judiciária onde o beneficiário foi domiciliado, ou na Vara da Capital do Estado (Seção Judiciária), cabendo ao segurado sua escolha<sup>51</sup>.

## 2.2 Autonomia e regramento

O Processo Previdenciário judicial é ramo autônomo do Direito Previdenciário, dotado de um conjunto de normas e princípios próprios, com o escopo de obtenção ou revisão de algum dos benefícios concedidos pela Previdência e Assistência Social.

Não obstante a reconhecida importância do Direito Previdenciário, não há no ordenamento jurídico brasileiro uma tipologia processual própria ao processo previdenciário, como ocorre, por exemplo, com o Direito Penal e Trabalhista, razão pela qual é disciplinado pelas regras do Código de Processo Civil (CPC/15), não de forma subsidiária, mas de forma precípua.

Segundo Savaris, o que se tem até o momento é um regramento jurídico esparso dispondo sobre temas de processo previdenciário, que não tem o condão de se adequar às nuances da lide previdenciária, fato que tem levado a jurisprudência a definir alguns padrões para o seu desenvolvimento. Contudo, muitos temas de relevância para o direito processual previdenciário “ainda não tiveram o condão de mover a jurisprudência”<sup>52</sup>.

## 2.3 O processo judicial como instrumento de concretude do direito material previdenciário

---

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SÚMULA 689**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_601\\_700](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700)> Acesso em 21 mai. 2020

<sup>52</sup> SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 6. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2016. p. 61



Segundo Ada Pellegrini, o acesso à justiça “concretiza-se pela jurisdição e o elemento essencial da jurisdição é o acesso à justiça. Fecha-se o círculo entre acesso à justiça e jurisdição, tendo ambos como objetivo a pacificação com justiça.”<sup>53</sup>

Napoleão Nunes, à sua maneira, assinala que a proposta da ideia de Direito é proporcionar o acesso de todos à justiça nas suas relações sociais e com as autoridades estatais<sup>54</sup>. Lazzari entende que o Estado, no exercício de sua função basilar de promoção do bem-estar social (art. 3º, IV da Constituição Federal), sobretudo do âmbito previdenciário, deve velar pela segurança dos previdentes, a qual compreende, dentre outras vertentes, “a segurança jurídica, gerada pelo Estado de Direito, com seus princípios de legalidade e igualdade perante a lei, e da inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito”<sup>55</sup>.

Savaris assevera, porém, que há uma postura administrativa frequentemente desrespeitosa aos direitos fundamentais de proteção ao trabalhador inculpidos na magna carta, “negando benefícios a quem cumpre inteiramente com os requisitos”, fato que “tem atraído uma busca incessante da justiça pela via do processo judicial”.

No que se refere às prestações da Previdência e Assistência Social, frente às negativas do Estado no âmbito administrativo, nota-se que os indivíduos têm, de fato, cada vez mais buscado a judicialização dessas prestações concedidas pelo INSS. A esse respeito, segundo dados do Tribunal de Contas da União – TCU, entre 2014 e 2017 houve 51% de provimento judicial em primeira instância, sendo que

---

<sup>53</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a Processualidade**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018. p. 75 e 84

<sup>54</sup> FILHO, Napoleão Nunes Maia. **Primazia dos direitos humanos na jurisdição previdenciária: teoria da decisão judicial no garantismo previdenciário**. 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019. p. 117-118

<sup>55</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 84





9,3% dos benefícios implementados foram concedidos judicialmente, o que constituiu o montante de 1,8 milhão de benefícios<sup>5657</sup>.

O mesmo relatório assentou, ainda, que dentre as seis espécies mais concedidas pelo INSS, as que apresentaram maior percentual de concessões judiciais foram a aposentadoria por invalidez, com 37%, a aposentadoria por idade rural e o benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência, ambas com 25%<sup>58</sup>.

Na análise administrativa de um benefício previdenciário, com a sujeição de seus colaboradores à procedimentos administrativos disciplinares para o caso de concessão indevida, “o INSS se põe em situação de excesso de zelo, levanta exigências desproporcionais, ignora as demais fontes de direito [...], e se apresenta com exacerbado rigor na análise dos fatos constitutivos de um direito previdenciário”, não raro “desvalorando a única prova que o segurado conseguiu obter”<sup>59</sup>.

Ainda, em tempos de insegurança econômica, anúncios de crise orçamentária e sucessivas reformas previdenciárias, “tem emergido um falso dilema: analisa-se a pretensão do autor, que se reportaria a um interesse individualista, em face do interesse público na preservação do sistema previdenciário”<sup>60</sup>, o que tem acarretado sucessivos indeferimentos de benefícios administrativamente.

---

<sup>56</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2894/2018**. Relator: min. André de Carvalho. Brasília, DF, 05 de dezembro de 2018

<sup>57</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2894/2018**. Relator: min. André de Carvalho. Brasília, DF, 05 de dezembro de 2018

<sup>58</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2894/2018**. Relator: min. André de Carvalho. Brasília, DF, 05 de dezembro de 2018

<sup>59</sup> MACEDO, A. da C. **Aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no âmbito do processo previdenciário**. [s. l.], 2014. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.A6ADFC6&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 21 mai. 2020

<sup>60</sup> SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 6. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2016. p. 60.



O INSS figura como o maior litigante nacional<sup>61</sup>. Theodoro Agostinho afirma que "Houve um crescimento de 30% a 40% no número de ações por danos morais contra a autarquia. Há dez anos o INSS é o maior litigante do país, e não é de hoje que se sabe que existe um déficit no funcionalismo do instituto. O fim do processo é sempre a judicialização, que vai trazer ainda mais penalidades financeiras à União."<sup>62</sup>.

Esses fatores, somados, revelam o caráter essencial do Poder Judiciário no objetivo de conferir concretude ao direito material previdenciário, sobretudo por se tratarem de benefícios de caráter fundamentalmente substitutivo e alimentar.

Assim, a despeito da inexistência de regramento jurídico próprio ao processo previdenciário, e pela eficácia normativa do devido processo legal (art. 5º, LIV da Constituição Federal) do direito fundamental a uma ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV da Constituição Federal), “exige-se que a jurisdição de proteção social, tanto quanto seja necessário à satisfação do direito material, se opere sem a adoção absolutamente vinculante dos institutos do processo civil clássico”<sup>63</sup>.

A esse propósito, já dizia Bobbio que é necessário que o próprio Estado faça discriminações, de forma a privilegiar os menos favorecidos, com o que, “desse modo, uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades”<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> BARROS, M. V. O dano moral em decorrência de erro médico nas perícias do INSS. **Revista Brasileira De Direito Social**, Minas Gerais, v. 2, n. 2, p. 2, nov. 2019. Disponível em: <<http://rbds.ieprev.com.br/rbds/article/view/105>>. Acesso em 2 jun. 2020>.

<sup>62</sup> **Demora na concessão de benefícios pode gerar prejuízo de R\$ 14 milhões ao INSS**. Agência O Globo, 20 jan. 2020. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2020/01/demora-na-concessao-pode-gerar-prejuizo-de-r-14-milhoes-ao-inss.html>>. Acesso em: 21 mai. 2020

<sup>63</sup> SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 6. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2016, p. 45

<sup>64</sup> BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p. 32.



## 2.4 O INSS como fazenda pública

O termo Fazenda Pública possui diferentes sentidos no ordenamento e na doutrina. Para De Plácido e Silva, a denominação refere-se a qualquer espécie de Fazenda, desde que atribuída às pessoas de Direito Público<sup>65</sup>.

Segundo Savaris, a expressão identifica-se tradicionalmente como a área da Administração Pública que trata da gestão das finanças, “mas a tradição portuguesa associa o termo à ideia de Tesouro Público”<sup>66</sup>.

Por outro lado, de acordo com os ensinamentos do acatado administrativista Hely Lopes Meirelles, tão frequentemente citados pela doutrina:

A Administração Pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de Fazenda Pública, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda<sup>67</sup>.

A doutrina previdenciarista majoritária, seguindo essa mesma linha de raciocínio do administrativista supra, assevera que a expressão Fazenda Pública indica a presença de uma pessoa jurídica de direito público em juízo, podendo ser, na estrutura administrativa, integrante da Administração direta ou indireta, “ainda que a demanda não seja relativa à matéria estritamente fiscal ou financeira”<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1988. p. 351

<sup>66</sup> SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 6. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2016. p. 427

<sup>67</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. Atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 590

<sup>68</sup> SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 6. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2016. p. 427.



Nesse contexto, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, embora integrantes da Administração Pública Indireta, não se inserem no conceito de Fazenda Pública por possuírem natureza jurídica de direito privado.

Cumpra ressaltar a inadequação do termo “representar” quando referente à Fazenda Pública que, segundo Pontes de Miranda, é apresentada em juízo pela Advocacia Pública<sup>69</sup> - instituição prevista nos arts. 131 e 132 da Constituição Federal, a quem incumbe defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, suas entidades e órgãos em todos os âmbitos federativos.

Nestes termos, via de regra, a apresentação da Fazenda Pública em juízo se dá: (i) no âmbito Federal pela Advocacia-Geral da União; (ii) na órbita dos Estados pela Procuradoria Geral de cada Estado; (iii) no âmbito dos municípios pela Procuradoria do Município e, por fim, pela Procuradoria Geral do Distrito Federal na esfera distrital.

Voltando ao ponto central, de agora em diante utilizar-se-á o termo Fazenda Pública em sua acepção mais usual, que designa o próprio Estado em juízo ou, em outras palavras, a Administração Pública, por qualquer de seus entes ou órgãos, dotados de personalidade jurídica de Direito Público, atuando em juízo, porquanto o erário poderá ser afetado pelos efeitos patrimoniais dessa demanda<sup>70</sup>.

Nesse ínterim, fundando-se na dita supremacia do interesse público, as ações judiciais relativas às prestações do Regime Geral da Previdência Social, ao contarem com a presença no polo passivo do INSS, ente cuja dotação é de natureza de autarquia federal, submetem-se ao regime jurídico processual das causas da Fazenda Pública, disciplina especial imbuída de um conjunto de regras que lhe conferem

---

<sup>69</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 1. São Paulo: Editora RT, 2000. p. 96

<sup>70</sup> GREGO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v.1. 11. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1995. p. 64



tratamento diferenciado, a partir do que se tem por suas denominadas prerrogativas processuais<sup>71</sup>.

### 3 AS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA

As prerrogativas processuais da Fazenda Pública constituem um regramento jurídico próprio de direito processual público e perfazem peculiaridades principiológicas e tratamento diferenciado na legislação.

Para a doutrina majoritária, a Fazenda Pública faz jus a tratamento diferenciado pelo fato de representar interesses da coletividade, sendo, portanto, de grande relevância social. Assim, “eventuais obstáculos que fossem criados à sua adequada participação no processo seriam prejudiciais a toda a coletividade”<sup>72</sup>.

As particularidades das ações no âmbito de atuação da Fazenda Pública com regras processuais próprias foi o caminho encontrado pelo legislador para instrumentalizar o princípio da supremacia do interesse público, que se faz presente tanto no momento de elaboração da lei como no de sua execução, vinculando a Administração em toda a sua atuação<sup>73</sup>. Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua interesse público nos seguintes termos:

Ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como se acerta também em sublinhar que não se

---

<sup>71</sup> SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 6. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2016. p. 428

<sup>72</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. vol. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 38

<sup>73</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 64-65



confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual<sup>74</sup>.

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, entende que o princípio da supremacia do interesse público ou da finalidade pública, reporta-se como “um dos princípios de observância obrigatória pela Administração Pública, correspondendo ao ‘atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competência, salvo autorização em lei’.”<sup>75</sup>

No dizer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a Administração Pública não é titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção. Daí a indisponibilidade do interesse público”<sup>76</sup>. Nesse sentido, o interesse é considerado público quando se refere aos beneficiários da atividade administrativa, e não aos entes que a exercem.

Trata-se da primordial ideia de Aristóteles de que o todo vem antes das partes, remontando ao primado do público em detrimento do privado, bem como na contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e na necessária subordinação deste àquele, a partir da irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais<sup>77</sup>.

Modernamente, a doutrina e a jurisprudência classificam o interesse público em primário e secundário. O interesse público primário consubstancia o interesse da coletividade como um todo, podendo ser entendido como a própria razão de ser do Estado. O secundário trata do aspecto patrimonial da própria Administração

---

<sup>74</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 99

<sup>75</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 113

<sup>76</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 163

<sup>77</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. 3. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 24-25.



enquanto pessoa jurídica, isto é, despido da função de representante dos interesses da sociedade<sup>78</sup>.

O Estado, quando inserto num contexto de direito privado, defendendo, portanto, interesse público secundário, “ocupa o mesmo degrau do outro contratante”, razão pela qual não gozará das prerrogativas conferidas à Fazenda Pública. Por outro lado, figurando em relações de direito público, sob o traje de contratos genuinamente administrativos (interesse primário), fará jus às prerrogativas<sup>79</sup>.

Em resumo, tem-se que o fato de ser pessoa jurídica de Direito Público não significa que gozará das prerrogativas da Fazenda Pública, necessitando, para tanto, que esteja tutelando interesses públicos primários.

Inobstante os diversos conceitos doutrinários a respeito do interesse público, importa para o presente ensaio que dada sua importância constitucional, a atuação da Administração Pública em busca de efetivar o interesse público dispõe de diversas e esparsas prerrogativas no ordenamento jurídico frente ao particular, podendo serem notadas em várias situações.

### 3.1 Fundamentos das prerrogativas

Como visto, o fundamento das prerrogativas repousa na ideia de proteção ao interesse público, fato que justificaria o tratamento diferenciado dispensado ao Estado através das prerrogativas.

Nesse contexto de proteção ao interesse público envolvido na demanda, que se mostra como o principal argumento apontado pela doutrina, muitos outros ainda

---

<sup>78</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.084.745/MG**, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 06/11/2012, publicado em DJe 30/11/2012

<sup>79</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.084.745/MG**, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 06/11/2012, publicado em DJe 30/11/2012



se colocam para justificar a disparidade de tratamento, variando conforme a prerrogativa em espécie a ser considerada:

À título de exemplo, desculpa-se o desnivelamento com: a grande massa de ações que o Poder Público tem contra si proposta, levando em consideração que não é raro acontecer que dezenas e centenas de autores se consorciem para litigar contra o Estado; o empecilho dos procuradores obterem com rapidez as informações necessárias à defesa, em face da burocracia existente nas repartições públicas; a impossibilidade de os procuradores da Fazenda delimitarem, ao contrário dos advogados, o número de causas em que atuam por período. Esses fatos, dentre outros, seriam prejudiciais à defesa do Estado<sup>80</sup>.

Para Alexandre Câmara<sup>81</sup>, a Administração Pública, bem como o Ministério Público "devem cumprir uma série de burocracias e formalidades para que se torne possível sua manifestação no processo". Além disso, sustenta a doutrina dependerem de informações "dos mais variados departamentos, divisões, seções, de pareceres de seus técnicos, de autorizações de seus dirigentes"<sup>82</sup>.

Outra justificativa que pode ser extraída da doutrina se relaciona à impossibilidade de os procuradores selecionarem ou delimitarem a quantidade de processos nos quais irão atuar, como ocorre com o advogado particular, o que dificultaria o desempenho de suas atribuições<sup>83</sup>. Por fim e não menos importante, considera a mesma doutrina que as prerrogativas

residem na máxima da indisponibilidade do interesse público, onde não é dado ao procurador encarregado de defender os interesses públicos dispor sobre tal,

---

<sup>80</sup> LEITE, Ezequias da Silva. **O cidadão e a Fazenda Pública**. Revista Themis, vs. 3, n.2, Fortaleza, 2003. p. 174. Disponível em <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/download/328/307>>. Acesso em: 14 mai. 2020

<sup>81</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. vol. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 38

<sup>82</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linha de Direito Processual Civil**. vol. 1. 21. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999. p. 298

<sup>83</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 116-117





de modo que as prerrogativas visariam “garantir o patrimônio de todos contra a irresponsabilidade de alguns”<sup>84</sup>.

Dessa maneira, na linha dos doutrinadores excogitados, invoca-se, em última análise, o princípio da isonomia para justificar o tratamento diferenciado dispensado à Fazenda Pública, já que o interesse público envolvido exigiria garantia superior e díspar à do interesse particular tendo em vista as desvantagens inerentes ao exercício de sua defesa.

Considerando essa necessidade de proteção ao interesse público implexo na demanda em que figure no polo passivo a Fazenda Pública, zelando pela isonomia processual, as prerrogativas lhe foram prestadas com a finalidade de equiparar as partes no processo, conferindo-lhes “paridade de armas” ou igualdade formal<sup>85</sup>.

No processo civil, o princípio da isonomia contém previsão no art. 7º do Código de Processo Civil de 2015, seguido do art. 139, I, do mesmo diploma, que preconizam caber ao juiz assegurar às partes igualdade de tratamento. A norma revela a preocupação de fazer com que seja respeitado o preceito inserto no caput do art. 5º da Constituição Federal, declaratório da igualdade de todos perante a lei<sup>86</sup>.

A isonomia (ou igualdade) desdobra-se na igualdade formal e na igualdade material. A primeira concentra a chamada “paridade de tratamento”, que significa a garantia de um tratamento equânime às partes em todos os atos e fases do processo, objetivando sufocar possíveis injustiças a serem cometidas pela prática imparcial de um magistrado. Por sua vez, a igualdade material é atrelada à ideia de equilíbrio

---

<sup>84</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 230

<sup>85</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p 23

<sup>86</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015. p. 30



processual e jaz nas lições equidade de Aristóteles, para quem a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Esse dever de garantia de igualdade no processo se impõe do juiz, a quem incumbe conferir às partes igualdade de oportunidades, a fim de que possam ter, igualmente, a oportunidade de participar do seu convencimento, com os elementos necessários à demonstração do acerto de seu ponto de vista<sup>87</sup>.

Há quem diga, contudo, que as prerrogativas conferidas à Fazenda Pública são, em princípio, ilegítimas, pois desequilibram posições processuais se não forem necessárias para a efetivação do contraditório no caso concreto<sup>88</sup>.

Sustenta a doutrina, nesse sentido, que supremacia do interesse público não significa sua prevalência sobre o particular em toda e qualquer situação, mas que deve prevalecer a partir de um juízo de ponderação, em certa atividade concreta sobre interesses isolados, sejam eles particulares, sejam estatais. Assim, sugere falar não em supremacia do interesse público sobre o privado, mas simplesmente em supremacia do interesse público, já que este pode representar a proteção a um interesse de um ou alguns administrados apenas<sup>89</sup>.

### 3.2 Prerrogativa x privilégio

A razoabilidade foi o critério encontrado pela doutrina para diferenciar prerrogativa de privilégio, com o objetivo de “identificar se a sua inserção no mundo jurídico viola ou não o princípio da isonomia”<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 24

<sup>88</sup> ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito**. São Paulo: RT, 2015. p. 197

<sup>89</sup> RODRIGUES, Marco Antônio. **A Fazenda Pública no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 10-11

<sup>90</sup> MORAES, José Roberto. **Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública**, In *Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo*, coordenado por Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 67-68



No dicionário, não raro prerrogativas e privilégios são tidos por sinônimos, no sentido de conferir vantagem ou favorecimento a alguém. Decerto, ambas as expressões consubstanciam tratamento diferenciado dispensado a alguém numa determinada circunstância. Contudo, há no mundo jurídico uma sutil, mas relevante diferença.

Juridicamente, encara-se o privilégio como uma vantagem infundada no ordenamento jurídico, trazendo consigo uma carga implícita de ilegalidade. A ideia de privilégio, por conseguinte, é contraposta à de isonomia, pois atribui tratamento mais vantajoso a alguém sem qualquer justificativa válida capaz de assegurar a constitucionalidade sob a ótica do princípio da isonomia<sup>91</sup>.

A prerrogativa, por outro lado, mantém íntima relação com a isonomia, pois define uma situação de superioridade necessária ao exercício de um mister público. Trata-se, desse modo, de uma situação de vantagem justificada decorrente de lei<sup>92</sup>, buscando eliminar dificuldades de sua atuação em juízo.

Nesse norte, enquanto uma parte da doutrina entende que as prerrogativas são necessárias para garantir a isonomia na lide em função do interesse público<sup>93</sup>, uma outra parcela crê que essas prerrogativas conferidas à Fazenda Pública são, em verdade, verdadeiros privilégios<sup>94</sup>. Defendem, assim, a mitigação dessas prerrogativas (ou pelo menos de algumas delas) sob o viés do antagonismo.

Portanto, a distinção dos termos é importante porque o tratamento díspar, usualmente travestido de prerrogativa, pode, na realidade, decorrer de um privilégio, ocasião em que estar-se-á transgredindo o princípio constitucional da isonomia.

---

<sup>91</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. IV, Coimbra, 1998. p. 240

<sup>92</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 4. ed. 2004

<sup>93</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, **Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**, 1. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1975. p. 30-31

<sup>94</sup> ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo**: posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: RT, 2015. p. 197



### 3.3 Principais prerrogativas da fazenda pública

O tratamento diferenciado à Fazenda Pública, por meio de suas prerrogativas instituídas, pode ser percebido, dentre outras, na sistemática de pagamento de custas processuais, de prazos dilatados para manifestação, na remessa necessária, nos limites às tutelas provisórias, no regime de execução que lhe é conferida (precatórios), bem como na ausência de necessidade de impugnação específica<sup>95</sup>.

Destaca-se, entre elas, a de prazo em dobro para manifestar-se nos autos, prevista nos arts. 180 e 183 do Código de Processo Civil de 2015<sup>96</sup>. Referida benesse provoca amplas discussões doutrinárias, dividindo opiniões no que tange à sua razão de existir, sobretudo quando se tem notícia do contexto em que a prerrogativa foi criada e a conjuntura atual.

Nesse sentido, uma corrente sustenta a razoabilidade dos prazos dilatados em razão do interesse público e a burocracia interna da Administração Pública<sup>97</sup>, e outra defende a sua falta de justificativa por se tratar de uma prerrogativa conservadora instituída no Estado totalitário que imperava em 1939, e mantida hodiernamente sob o manto da tradição<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 6. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2016. p. 428

<sup>96</sup> BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2020

<sup>97</sup> ANDRADE, Odilon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1946, p. 128; MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo III, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p.147-148

<sup>98</sup> LEITE, Ezequias da Silva. **O cidadão e a Fazenda Pública**. Revista Themis, vs. 3, n.2. Fortaleza, 2003. p. 165-168. Disponível em <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/download/328/307>>. Acesso em: 14 mai. 2020



Segundo essa mesma doutrina, ainda, tal vantagem traz acentuado prejuízo ao particular, maculando a lide com injustificado “retardamento da tutela jurisdicional”, tornando o processo ainda mais oneroso<sup>99</sup>.

Sem a pretensão de exaurir todas as nuances teóricas que envolvem cada uma das prerrogativas instituídas em favor da Fazenda Pública, exaustivamente exploradas pela doutrina, importa para a ocasião que boa parte delas é inerente à indisponibilidade do interesse público.

Nesse sentido, por muito tempo, defendeu-se a existência de uma supremacia do interesse público sem quaisquer digressões. Porém, cada vez se consolida o entendimento segundo o qual a supremacia do interesse público sobre o particular não deve ser considerado aprioristicamente, cabendo analisá-lo em cada caso concreto. Em outras palavras, é possível que o interesse público esteja presente, exatamente, na prevalência do interesse particular<sup>100</sup>.

### 3.4 Prerrogativas conferidas ao jurisdicionado

O ordenamento jurídico brasileiro confere, como visto, diversas prerrogativas à Fazenda Pública, notadamente na pretensão de defesa dos interesses da coletividade, com vias a igualar as partes no processo atribuindo-lhes paridade de armas, sempre no ideal de isonomia. Não obstante, também na persecução do equilíbrio processual, em determinadas circunstâncias, vantagens semelhantes às instituídas em favor da Fazenda Pública são também outorgadas ao cidadão

---

<sup>99</sup> COMUNALE, Bernardo. **As prerrogativas processuais da fazenda pública à luz dos princípios da isonomia e da supremacia do interesse público**. 2008. 78 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. p. 31.

<sup>100</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005



jurisdicionado que, guardadas as devidas proporções, é tido por vulnerável em alguma medida<sup>101</sup>.

À exemplo do previsto nos termos dos arts. 70, II e 341, par. único, ambos da Lei Adjetiva Civil vigente, o réu preso e o réu citado por edital ou hora certa são protegidos pela desnecessidade da impugnação específica, afastando, por conseguinte, os eventuais efeitos materiais negativos que adviriam da inércia do patrono no processo, tal como ocorre com a Fazenda Pública<sup>102</sup>.

Jaz, nessa circunstância, a imperiosa necessidade de balancear possíveis dificuldades que o curador especial terá para o adequado exercício da defesa, ante a falta de acesso imediato ao indivíduo que defenderá, de quem poderia extrair informações indispensáveis à elaboração de uma defesa robusta<sup>103</sup>.

Outro exemplo se dá em lides consumeristas, onde há a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor<sup>104</sup>, considerado a parte mais vulnerável na relação de consumo. Nesse ponto, a vulnerabilidade - que não se confunde com hipossuficiência -, pode ser fática, jurídica, técnica, informacional<sup>105</sup>, e até mesmo caracterizar uma hipervulnerabilidade<sup>106</sup>, que é um conceito cada vez mais presente na doutrina.

---

<sup>101</sup> SANTOS, J. P. M. dos; BRASIL, J. C. M. **Fazenda Pública e a revelia**: uma relação de incompatibilidade mitigada. [s. l.], 2018. Disponível em:

<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.4F4A032C&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 22 mai. 2020

<sup>102</sup> BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2020

<sup>103</sup> DIDIER JR., Fredie. **Editorial 89**. Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-89/>>. Acesso em: 15 mai. 2020

<sup>104</sup> SANTOS, J. P. M. dos; BRASIL, J. C. M. **Fazenda Pública e a revelia**: uma relação de incompatibilidade mitigada. [s. l.], 2018. p. 5. Disponível em:

<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.4F4A032C&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 22 mai. 2020

<sup>105</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 99-105

<sup>106</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 217



Importa notar, sobre o aspecto, que a vulnerabilidade é um conceito de direito material despido de contornos engessados. Isso significa que a análise deve ser feita no caso concreto, pois quanto mais vulnerável o indivíduo, maior será a ingerência do juiz no processo a fim de conferir tratamento isonômico às partes.

De forma semelhante ocorre em demandas judiciais de natureza trabalhista. Nesses casos, a disparidade positiva de tratamento que lhe é dispensada guarda relação com a sua hipossuficiência obreira, que justifica o tratamento processual díspar<sup>107</sup>.

Resta presente, nessas hipóteses, a correlação lógica entre o elemento tomado como fator de discriminação e a desigualdade de tratamento, tendo em vista a situação de vulnerabilidade de uma das partes no plano das relações de direito material, na qual se erige como fator de discrimen e justifica o tratamento processual diferenciado<sup>108</sup>.

Quando se refere ao Estado - envolto no traje de Fazenda Pública -, no entanto, denota-se que o conceito de vulnerabilidade é invertido, senão dizer subvertido. Nesse sentido, o Estado é o destinatário dos benefícios, uma vez ser ele, como visto, quem supostamente necessita de proteção na forma de prerrogativas, com o fim de igualá-lo ao cidadão comum em juízo.

Urge, nesse passo, cada vez mais se indaga se as prerrogativas condizem ou não com o princípio da isonomia, se incorrem ou não em transgressão da norma constitucional.

---

<sup>107</sup> LEITE, Ezequias da Silva. **O cidadão e a Fazenda Pública**. Revista Themis, vs. 3, n.2. Fortaleza, 2003. p. 177-178. Disponível em <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/download/328/307>>. Acesso em: 14 mai. 2020

<sup>108</sup> LEITE, Ezequias da Silva. **O cidadão e a Fazenda Pública**. Revista Themis, vs. 3, n.2. Fortaleza, 2003. p. 177-178. Disponível em <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/download/328/307>>. Acesso em: 14 mai. 2020



Faz-se importante salientar que a Fazenda Pública, quando integra o polo passivo de uma demanda trabalhista, por exemplo, não se submete, em regra, à não incidência dos efeitos materiais da revelia e à ausência de impugnação específica de que faz jus fora desta seara, prerrogativa que constitui o objeto do presente ensaio e que passará a ser melhor explorada adiante.

#### **4 A PRERROGATIVA DE NÃO SUJEIÇÃO AO ÔNUS DA IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA APLICADA AO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO**

Registrou-se alhures que o Estado, enquanto Fazenda Pública, goza de uma série de prerrogativas pautadas, entre outros, na burocracia inerente à sua atuação e na supremacia do interesse público, o que demanda tratamento processual a fim de conferir equilíbrio à lide.

Nesta senda, a corrente defensora da manutenção dessas prerrogativas assevera que tal tratamento diferenciado dispensado à Fazenda Pública não teria o condão de violar o princípio da isonomia, porquanto se justifica nela própria e na supremacia do interesse público.

Tem-se, contudo, que esse fundamento isolado, despido de aprofundamento, revela-se antiquado, já que muitas das razões que ensejaram a criação das prerrogativas deixaram de existir com o passar dos anos, o que as torna infundadas:

Diante destas “clássicas” prerrogativas mencionadas, a indagação que se faz é a seguinte: tal disparidade de tratamento, tal como está posta hoje, é justificável ante a realidade atual? Logo de início salientou-se que nas relações de Direito Público existe um desequilíbrio entre as partes e que ele é perfeitamente justificável pela presença do interesse público e do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Resta, contudo, saber se este regime processual (com prerrogativas especialíssimas) realmente se justifica no presente contexto normativo e social. Em outras





palavras, essas prerrogativas não estariam representando, às vezes, autênticos privilégios?<sup>109</sup>

Entende-se, diante do que fora exposto, que as prerrogativas devem ser avaliadas uma a uma para que se possa responder ao questionamento posto pela autora supra, sob pena de configurar um privilégio. Para tanto, urge a necessidade de cotejar a razoabilidade da prerrogativa *in genere* para que seja possível concluir se a sua manutenção viola ou não o princípio da isonomia<sup>110</sup>.

Superadas essas premissas, passar-se-á a explorar a prerrogativa da Fazenda Pública de não sujeição ao ônus de impugnação especificada dos fatos, da qual decorre a ausência dos efeitos materiais da revelia, aplicada à demanda previdenciária judicial. Buscar-se-á, nesta trilha, responder se o benefício, tal como posto hoje, reveste o caráter de prerrogativa ou de privilégio.

#### 4.1 O ônus da impugnação específica e o efeito material da revelia

A contestação, que é uma modalidade de resposta do réu, submete-se a três importantes regras processuais previstas nos arts. 336 e 341 do Código de Processo Civil de 2015, quais sejam, concentração, eventualidade e impugnação especificada dos fatos apontados pelo autor na exordial<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> COSTA, Regina Helena. **As prerrogativas e o interesse da Justiça**, In **Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo**, coordenado por Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 83

<sup>110</sup> MORAES, José Roberto. **Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública**, In **Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo**, coordenado por Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 67-68

<sup>111</sup> BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2020



No que tange à concentração, cumpre ao réu reunir, na peça contestatória, toda matéria de defesa, o que significa que aquilo que não for alegado estará precluso, não podendo mais ser invocado no processo em seu favor<sup>112</sup>.

A regra da eventualidade, por sua vez, decorre da regra da concentração, posto que, na medida em que deve concentrar toda a matéria de defesa, deverá expor todos os argumentos que tiver ou puder alegar em seu favor, ainda que contraditórios entre si. Nesse norte, se diz eventual porque no acaso de um não ser aceito, haverá outro a ser apreciado. As matérias que não forem alegadas na contestação não poderão mais ser invocadas pelo réu, salvo nas exceções previstas no art. 342 do Código de Processo Civil de 2015<sup>113</sup>.

Outrossim, segundo o art. 341 do Diploma Processual Civil vigente, cabe ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, de modo a torná-los controversos nos autos. A ausência de impugnação especificada, por derradeiro, fará com que se repute verdadeiros os argumentos não refutados pelo réu, que consiste em nada mais que o denominado efeito material da revelia. Trata-se de um ônus processual intimamente relacionado aos princípios da boa-fé e cooperação processual<sup>114</sup>.

Importa notar que a revelia<sup>115</sup> é muitas vezes confundida com o efeito material desta. A revelia é a ausência de contestação, da qual decorrem dois importantes efeitos: o formal e o material. O primeiro significa que o réu revel não mais será intimado dos atos processuais subsequentes, e o segundo verifica-se

---

<sup>112</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 96

<sup>113</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 96.

<sup>114</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 672

<sup>115</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1042



justamente na presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, já que não foram impugnados.

Essa presunção de veracidade dos fatos não impugnados, no entanto, conforme expressa previsão legal, não se opera se não for admissível a confissão a seu respeito<sup>116</sup>.

A Fazenda Pública sujeita-se tanto à regra da concentração como à da eventualidade, devendo concentrar, em sua contestação, toda matéria de defesa, sob pena de preclusão, salvo exceções que incidem independentemente de quem seja o réu<sup>117</sup>.

O tratamento diferenciado conferido à Fazenda Pública como ré reside, portanto, na sua não sujeição ao ônus da impugnação especificada dos fatos<sup>118</sup>, em função dos direitos indisponíveis que representa, aos quais é defeso confessar. Explica-se.

Direitos indisponíveis, como demonstrado anteriormente, são aqueles que à parte é defeso dispor, dada a sua natureza. No caso da Fazenda Pública, na medida em que representa o interesse público, que é um direito indisponível, não se admite a confissão sobre os fatos que lhe dizem respeito.

Nesta lógica, se não é dado à Fazenda Pública confessar, por conseguinte não se prejudica por não ter se manifestado de maneira específica acerca desses fatos, o que atrai invariavelmente a inaplicabilidade da presunção de veracidade dos fatos não impugnados.

---

<sup>116</sup> BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2020

<sup>117</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 96

<sup>118</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 96



É dizer, deste modo, que mesmo que não impugnando especificamente determinado fato pela Fazenda Pública, essa inércia não fará com que se opere o efeito material da revelia - a presunção de veracidade prevista no caput do art. 341 do Código de Processo Civil vigente.

A não sujeição ao ônus da impugnação específica, contudo, nada obstante o seu belo propósito, convalidou algo que até então era considerado altamente reprovável pela doutrina e a jurisprudência: a denominada contestação por fundamento em negativa geral ou, como alguns preferem, contestação genérica – “instituto que permite ao réu uma impugnação genérica de todos os fatos narrados pelo autor, sendo tal forma de reação o suficiente para tornar todos esses fatos controvertidos”<sup>119</sup>.

## 4.2 O antagonismo da prerrogativa

A doutrina majoritária utiliza como justificativa para a existência dessa prerrogativa, em geral, além da indisponibilidade do direito e inadmissibilidade da confissão, as supostas dificuldades burocráticas de ordem interna e a presunção de legitimidade dos atos administrativos<sup>120</sup>, motivo pelo qual caberia ao autor, numa demanda proposta em face da Fazenda Pública, elidir tal presunção.

Logo, a não sujeição à impugnação específica e aos efeitos materiais da revelia assumiria dupla finalidade: impedir que a inércia do procurador acarretasse prejuízos ao bem da coletividade (indisponibilidade), e atenuar as dificuldades em sua atuação. Essa indisponibilidade significa, em outras palavras, que não é dado ao

---

<sup>119</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Vol. único. 9. Ed. – Salvador: Ed JusPodivm, 2017. p. 672

<sup>120</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.29



agente incumbido da defesa do interesse público dispor dos bens abrangidos pelo interesse público<sup>121</sup>.

Por outro lado, há uma forte e crescente tendência de crítica e mitigação dessa prerrogativa, defendendo, entre outros fundamentos, que a Fazenda Pública hoje desfruta de ótimos meios para realizar sua defesa em juízo, sujeitos a mecanismos internos de fiscalização e controle ao agente público, à quem se impõe o respeito à legalidade e moralidade administrativa, e à quem cabe a persecução do interesse público, procurando mitigar os prejuízos à Administração<sup>122</sup>.

Nesse sentido, defendem que o ônus da impugnação especificada dos fatos segue o critério de que não só deve o réu expor as razões de fato e de direito que visam impugnar a pretensão do autor, como, ainda, manifestar sobre todos os fatos narrados na petição inicial. Assim, não se entende condizente com a boa-fé e cooperação processuais que o réu simplesmente faça uma contestação rasa por negativa geral<sup>123</sup>, ainda que se trate da Fazenda Pública.

Embora se justifique o tratamento diferenciado dispensado à Fazenda Pública pela indisponibilidade do interesse público e pela presunção de legitimidade dos atos administrativos, é importante sempre ter-se em vista os direitos fundamentais processuais que poderão ser alvo desse tratamento diferenciado.

Na hipótese de conflito entre os direitos envolvidos, a razoabilidade é o fator guia à atuação do legislador e do órgão do Poder Judiciário, para garantir que o direito do cidadão em juízo não seja sacrificado, mas nem sempre isso ocorre:

Embora se possa pensar em situações em que é possível justificar legitimamente a discriminação entre o Estado e o particular no processo, como, por exemplo, na previsão de

---

<sup>121</sup> TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público**: Consequências processuais. [S.l.], 2005. p. 8

<sup>122</sup> TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público**: Consequências processuais. [S.l.], 2005. p. 9

<sup>123</sup> ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 494.



prazos processuais diferenciados ( art. 188 do CPC), dado o elevado volume de trabalho forense acometido à advocacia pública, a diferenciação normalmente realizada o é sem qualquer critério legítimo, sendo inconstitucional por ofensa à igualdade e à paridade de armas<sup>124</sup>.

No que toca à prerrogativa em comento, acredita-se que a benesse se faz anacrônica, pois quando aplicada em favor da Fazenda Pública são desrespeitados ao menos três princípios inerentes ao devido processo legal: o da isonomia, o da boa-fé e cooperação processual, bem como o da tutela jurisdicional adequada, como se procurará demonstrar.

#### *4.2.1 A incompatibilidade com o princípio da isonomia*

A Constituição Federal prevê em seu texto diversos direitos e garantias individuais, carreando, no caput de seu art. 5º, o medular e indeclinável princípio da igualdade. Trata-se de um dispositivo de caráter supraconstitucional<sup>125</sup>, vinculante a toda a atuação infraconstitucional.

Contudo, em que pese a noção aparentemente simples da norma no sentido de que “todos são iguais perante a lei”, tal não deve ser levado a efeito em sua literalidade, pois o comando exprime diferentes sentidos, já que “legislar nada mais é do que classificar e distinguir pessoas e fatos, com base nos mais variados critérios”<sup>126</sup>.

Nesse sentido, a própria Constituição Federal estabelece distinções com base, dentro outros em critérios, em sexo, renda, situação funcional e nacionalidade, como

---

<sup>124</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013. p. 725

<sup>125</sup> SILVA, Marcelo Amaral da. **O princípio constitucional da igualdade**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 3, nº 74, 10 de maio de 2003. Disponível em <<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/125-artigos-mai-2003/4836-o-principio-constitucional-da-igualdade>>. Acesso em: 19 mai. 2020

<sup>126</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 12



as instituídas em favor das pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII da Constituição Federal)<sup>127</sup>. O que o princípio da isonomia impõe, em verdade, não é o tratamento absolutamente idêntico, mas que “o fundamento da desigualdade, bem como os fins por ela visados sejam constitucionalmente legítimos.”<sup>128</sup> Como assevera Barroso:

A igualdade constitui um direito fundamental e integra o conteúdo essencial da ideia de democracia. Da dignidade humana resulta que todas as pessoas são fins em si mesmas, possuem o mesmo valor e merecem, por essa razão, igual respeito e consideração. A igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desigualdades infundadas, mas impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença.<sup>129</sup>

José Afonso da Silva leciona, em sua obra que:

No Direito estrangeiro, faz-se a distinção entre o princípio de igualdade perante a lei e o da igualdade na lei. Aquele corresponde à obrigatoriedade de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na conformidade com o que elas estabelecem, mesmo se delas resultar uma discriminação, o que caracteriza a isonomia puramente formal, enquanto a igualdade na lei exige que, nas normas jurídicas, não haja distinções que não sejam autorizadas pela própria constituição. Enfim, segundo esta doutrina, a igualdade perante a lei seria uma exigência feita a todos aqueles que aplicam as normas jurídicas gerais aos casos concretos, ao passo que a igualdade na lei seria uma exigência dirigida tanto àqueles que criam as normas jurídicas gerais como àqueles que as aplicam aos casos concretos<sup>130,0</sup>

Contemporaneamente, a ideia de igualdade é compreendida em três dimensões: a formal, a material, e a igualdade como reconhecimento, as quais serão rapidamente explanadas apenas para conferir maior clareza à exposição.

---

<sup>127</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2020

<sup>128</sup> BARROSO. Luís Roberto. **Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro**. In: Temas de direito constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 161

<sup>129</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 41**. Relator: min. Roberto Barroso, julgado em 08/06/2017, publicado em DJe-220 17/08/2017

<sup>130</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 41**. Relator: min. Roberto Barroso, julgado em 08/06/2017, publicado em DJe-220 17/08/2017



A igualdade formal “impede que a lei estabeleça privilégios e diferenciações arbitrárias entre as pessoas”, portanto, é um mandamento dirigido ao legislador, no sentido de que a desequiparação tenha fundamento na Constituição e que seja razoável<sup>131</sup>.

A igualdade por reconhecimento tem identidade no “respeito às minorias e ao tratamento da diferença de uma maneira geral. Assim, igualdade como reconhecimento significa respeitar as pessoas nas suas diferenças, mas procurar aproximá-las, igualando as oportunidades.”<sup>132</sup>

Já igualdade material decorre dos objetivos fundamentais da República, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação<sup>133</sup>. Diz respeito, assim, às demandas de redistribuição de poder, riqueza e bem-estar social. Como ressalta Dworkin, igualdade material é a própria isonomia - a igualdade que permite a desigualação na medida em que há determinados aspectos que tornam as pessoas efetivamente desiguais<sup>134</sup>.

Na ocasião do julgamento da ADPF 186, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, restou clara a noção de igualdade material contida na ementa:

- Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número

---

<sup>131</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 41**. Relator: min. Roberto Barroso, julgado em 08/06/2017, publicado em DJe-220 17/08/2017

<sup>132</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 41**. Relator: min. Roberto Barroso, julgado em 08/06/2017, publicado em DJe-220 17/08/2017

<sup>133</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2020.

<sup>134</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 41**. Relator: min. Roberto Barroso, julgado em 08/06/2017, publicado em DJe-220 17/08/2017





indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a **permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares**.

– O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para **corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade**. [...] <sup>135</sup>

O princípio da isonomia assume caráter de dupla aplicação, sendo uma teórica e uma prática. Aquela tem escopo em reprimir privilégios injustificados, enquanto esta se destina a atenuar os efeitos decorrentes das desigualdades que se colocam no caso concreto.

Na seara do processo civil, o princípio da isonomia restou consagrado no art. 139, I do Código de Processo Civil de 2015, dispositivo cogente que atribui ao juiz o dever de assegurar às partes igualdade de tratamento. Nesse espeque, a participação das partes no contraditório deve ocorrer, dentro do devido processo legal, em igualdade de condições ou, em outras palavras, com paridade de armas.

Seguindo a lógica de igualdade antedita, o preceito não implica necessariamente em dispensar tratamento rigorosa e absolutamente idêntico às partes. Contudo, eventual discrepância, em respeito à isonomia, deve ser justificada e ter supedâneo na razoabilidade <sup>136</sup>, posto que tal disparidade a ser dispensada precisa ser empregada com o fito de restabelecer o equilíbrio rompido por algum fator ou peculiaridade discriminatória existente entre as partes <sup>137</sup>. Nesse norte, o

---

<sup>135</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 186**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, publicado em DJe-205 20/10/2014

<sup>136</sup> LEITE, Ezequias da Silva. **O cidadão e a Fazenda Pública**. Revista Themis, vs. 3, n.2. Fortaleza, 2003. p. 165-168. Disponível em <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/download/328/307>>.

Acesso em: 14 mai. 2020

<sup>137</sup> COMUNALE, Bernardo. **As prerrogativas processuais da fazenda pública à luz dos princípios da isonomia e da supremacia do interesse público**. 2008. 78 f. Trabalho de Conclusão de Curso



desafio lançado ao jurista é encontrar o ponto de equilíbrio entre a posição do cidadão e o interesse público tutelado pela Fazenda, podendo, assim, distinguir as prerrogativas necessárias de privilégios abjetos.

Embora se justifique a disparidade de tratamento conferida à Fazenda Pública por meio de suas prerrogativas, arrisca-se dizer que, no tocante à prerrogativa de não sujeição ao ônus da impugnação especificada dos fatos, inexistente razoabilidade na espécie, como será visto adiante.

Pautado na suposta ideia de isonomia, o primeiro grande fundamento constituído para tal prerrogativa diz respeito à alegada burocracia interna inerente à atuação da Administração Pública e o seu mau aparelhamento, que ensejava, por exemplo, a dificuldade de obter informações suficientes à uma defesa robusta pelos procuradores. Pois bem, tais razões que outrora legitimaram essa prerrogativa, segundo parcela da doutrina, não mais se sustentam.

Primeiramente, a Constituição Federal de 1988 desfez o bifrontismo que existiu no Ministério Público Federal, cujos membros exerciam cumulativamente as funções de Ministério Público e de defesa judicial da União, outorgando à Advocacia Geral da União<sup>138</sup> este último mister. Outrossim, as procuradorias passaram com o tempo a ser divididas em razão da matéria para a defesa de seus interesses<sup>139</sup>.

Por outro lado, os computadores, invulgares na década de 70, quando da concepção da Lei Adjetiva Civil revogada, atualmente são mais que comuns, louve-se os sistemas internos que permitem a permuta de informações entre o INSS e as

---

(Bacharelado em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008

<sup>138</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2020; MENDONÇA, Grace Maria Fernandes. **A missão institucional da Secretaria-Geral de contencioso e seus reflexos na defesa das políticas e dos interesses públicos**. In: Revista da AGU, n. 21, p. 12

<sup>139</sup> LEITE, Ezequias da Silva. **O cidadão e a Fazenda Pública**. Revista Themis, vs. 3, n.2, Fortaleza, 2003. p. 165-168. Disponível em

<<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/download/328/307>>. Acesso em: 14 mai. 2020



procuradorias. Ademais, o processo judicial eletrônico permite a prática de atos processuais eletronicamente por todos os participantes da relação processual de qualquer lugar a qualquer tempo, trazendo muito mais celeridade e eficiência.

Outrossim, costuma-se aduzir que a garantia tem como escopo proteger o patrimônio público da irresponsabilidade daqueles incumbidos de administrá-la ou defendê-la em juízo:

[...] garantia que o legislador em boa hora conferiu à coisa pública, que **não pertence ao servidor eventualmente encarregado de administrá-la ou defendê-la**, mas a toda a sociedade. Em suma, o legislador, com essas medidas, tem procurado **garantir o patrimônio de todos contra a irresponsabilidade de alguns**. [...] a história recente deste país tem mostrado quão letal ao patrimônio público pode constituir-se a ação de grupos especialmente organizados com o fito de dilapidá-lo. Por essas e por outras é que os denominados “privilégios” precisam ser encarados sem paixões, sem partidarismo, mas com a razão voltada para a realidade de que eles intentam proteger o patrimônio de toda a sociedade.

[...] Não é por demais lembrar o episódio – dentre tantos outros – do INSS do Rio de Janeiro. Nesse Estado, inobstante os “privilégios” processuais da Fazenda, **alguns procuradores do INSS se juntaram a advogados e juízes para promover fraudes que superam a cifra de algumas centenas de milhões de dólares americanos**. Ora, imaginem se não houvesse o duplo grau, o prazo mais elástico, a inexistência dos efeitos da revelia. **Um servidor venal pode causar, de forma irreversível, prejuízos enormes ao Estado**. Dentre inúmeros exemplos imaginem as ações envolvendo construção de hidrelétricas, rodovias, onde as construtoras reivindicam valores estratosféricos. **Uma ação não contestada importaria em prejuízos de algumas centenas de milhões de dólares**. Por essas e por outras razões é que, reitera-se, não há privilégios à Fazenda Pública, mas garantias contra a dilapidação do seu patrimônio.<sup>140</sup> (grifos nossos)

É de se ver, pelas palavras do renomado doutrinador, que o regime dessa prerrogativa perdura como um voto de desconfiança do próprio Poder Público na

---

<sup>140</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 230.



pessoa de seus agentes. Contudo, tal fundamento não poderia ser pior. Se o agente público age em prejuízo do ente que representa, há de ser responsabilizado pela conduta em sede própria, não devendo esse ônus recair sobre o cidadão jurisdicionado.

A Emenda Constitucional n. 19/98, inclusive, consagrou o Princípio da Eficiência, que impõe à atuação do agente público o melhor desempenho possível de suas atribuições, bem como que organize, estruture e discipline a Administração Pública, com vistas à obtenção dos melhores resultados na prestação do serviço público<sup>141</sup>.

A Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS, na condição de órgão da AGU responsável pela representação judicial e extrajudicial da autarquia previdenciária, como não poderia deixar de ser, dispõe de recursos rápidos e eficientes que permitem a troca de informação de qualquer lugar, não mais se sustentando a ausência de mecanismos adequados à formulação de uma defesa especificada como justificativa para a prerrogativa em comento<sup>142</sup>.

Para além, os procuradores incumbidos de representar a Fazenda Pública, dotados de potencialidades próprias do cargo que ocupam e pela autoridade que lhes é inerente, possuem qualificação ímpar, a começar pela exigência constitucional de aprovação em certame público, notoriamente conhecido por sua extrema complexidade.

Ainda, no que diz respeito à argumentação no sentido de que o procurador atua em inúmeras demandas, não lhe sendo possível escolher, como é dado ao advogado particular, tem-se que não raro as demandas em que figura como ré a

---

<sup>141</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 83

<sup>142</sup> LEITE, Ezequias da Silva. **O cidadão e a Fazenda Pública**. Revista Themis, vs. 3, n.2., Fortaleza, 2003. p. 165-168. Disponível em <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/download/328/307>>.

Acesso em: 14 mai. 2020



Fazenda Pública se repetem com o mesmo fundamento jurídico. Há cerca de 10 anos o INSS é o maior litigante judicial em nível nacional<sup>143</sup>, enquanto o cidadão eventualmente comparece ao Poder Judiciário. Segundo Marinoni:

foi Galanter quem desenvolveu a idéia relacionada com o que chamou de litigantes habituais e litigantes eventuais. As vantagens dos “habituais”, de acordo com Galanter, são inúmeras: 1) a maior experiência com o direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais causas; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da administração da Justiça; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros<sup>144</sup>.

E enfim chega-se ao principal fundamento da prerrogativa em epíteto: a natureza dos interesses defendidos pela Fazenda. No ponto, embora se afirme que o direito representado pela Fazenda Pública é indisponível, não sendo dado ao procurador dispor sobre tal, esse argumento isolado, sem maiores digressões, não tem o condão de justificar o tratamento desigual<sup>145</sup>, sobretudo quando se observa o perfil do cidadão que irá compor o polo ativo.

A fim de identificar a razoabilidade da prerrogativa, faz-se imperioso cotejar ou aliar o interesse público a outros fatores para que as discriminações apontadas pela lei não incorram em violação ao princípio da isonomia<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> **Demora na concessão de benefícios pode gerar prejuízo de R\$ 14 milhões ao INSS.** Agência O Globo, 20 jan. 2020. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2020/01/demora-na-concessao-de-beneficios-pode-gerar-prejuizo-de-r-14-milhoes-ao-inss.html>>. Acesso em: 21 mai. 2020

<sup>144</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 35

<sup>145</sup> COSTA, Regina Helena. **As prerrogativas e o interesse da Justiça**, In **Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo**, coordenado por Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 83

<sup>146</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 10-11



Assim, diante da insubsistência de todas as outras justificativas apontadas pela doutrina para a prerrogativa, foge à razoabilidade entender que o simples fato de o direito ser público e, por consequência, indisponível, teoria o condão de, por si só, autorizar a não sujeição ao ônus da impugnação especificada dos fatos narrados na inicial, e a proposição “parte da premissa de que o princípio da isonomia não pode ser analisado, tão-somente, sob o aspecto formal, mas de maneira real, o que determina a sua procedência sob o *prima* da razoabilidade”<sup>147</sup>. Nessa esteira de raciocínio afiança Celso Antônio Bandeira de Mello:

para desate do problema é insuficiente recorrer à notória afirmação de Aristóteles, assaz de vezes repetida, segundo cujos termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Sem contestar a inteira procedência do que nela se contém e reconhecendo, muito ao de ministro, sua validade como ponto de partida, deve-se negar-lhe o caráter de termo de chegada, pois, entre um e outro extremo, serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: Quem são os iguais e quem são os desiguais?<sup>148</sup> (grifos nossos)

Aponta o mesmo doutrinador que para que as discriminações apontadas pela lei não incorram em violação ao princípio da isonomia, faz-se necessário existir uma correlação (lógica e consentânea com os ditames constitucionais) entre o assentado como critério de *discrimen* e a diferenciação do tratamento jurídico levada a efeito pela norma<sup>149</sup>. Tal correlação, contudo, nem sempre é absoluta, isto é,

[...] isenta da penetração de ingredientes próprios das concepções da época, absorvidos na intelecção das coisas. Basta considerar que, **em determinado momento histórico, parecerá perfeitamente lógico vedar às mulheres o acesso a certas funções públicas, e, em outras épocas, pelo contrário, entender-se-á inexistir motivo racionalmente**

---

<sup>147</sup> MORAES, José. **Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública., In Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo**, coordenado por Carlos Ari Sunfeld e Cássio Scarpinella Bueno. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 67-68

<sup>148</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 10

<sup>149</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 10



**subsistente que convalide a vedação.** Em um caso terá prevalecido a tese de que a proibição, isto é, a desigualdade no tratamento jurídico se correlaciona juridicamente com as condições do sexo feminino, tidas como inconvenientes com certa atividade ou profissão pública, ao passo que, em outra época, a propósito de igual mister, a resposta será inversa. **Por consequência, a mesma lei, ora surgirá como ofensiva da isonomia, ora como compatível como princípio da igualdade**<sup>150</sup>

É de se ver, desse modo, que a aplicação desse princípio pode variar no tempo, espaço, histórica e cultura, acompanhando sempre a evolução da sociedade, sendo necessário que o hermenauta penetre no íntimo da norma visando a sua exata compreensão, para dela extrair todas suas virtualidades<sup>151</sup>.

Cabe ressaltar que essa flexibilidade de interpretações pode ser vista no próprio Supremo Tribunal Federal – STF, cujo efeito vinculante de suas decisões, ainda que em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ocorre apenas em relação ao Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário. Considerando que a interpretação deve se adequar à realidade do momento, referido efeito não atinge o Supremo, que poderá atualizar suas decisões<sup>152</sup>.

E nesse ponto específico reside o presente estudo, no sentido de que a necessária correlação lógica e concreta entre a prerrogativa em epígrafe e os motivos por vezes elencados como fundamentos à sua manutenção deixou de existir, o que atrai invariavelmente afronta ao princípio da isonomia, em latente prejuízo ao cidadão particular.

#### *4.2.2 A violação à boa-fé, cooperação e tutela jurisdicional adequada e efetiva*

---

<sup>150</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 11

<sup>151</sup> SCHNAID, David. **A Interpretação Jurídica Constitucional (e Legal)**. In: Revista dos Tribunais, nº. 733, p. 24-52

<sup>152</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2777/SP**. Relator: min. Cezar Peluso, julgado em 19/10/2016, publicado em DJe-143 30/06/2017



Muito embora se tenha que o ônus da impugnação especificada dos fatos não recaia sobre quem defende direitos indisponíveis, tal prerrogativa dá azo, como antedito, à formulação da reprimida contestação genérica. Porém, não se entende condizente com a boa-fé e cooperação processuais que o réu simplesmente faça uma contestação rasa por negativa geral<sup>153</sup>. Dito isto, a praxis de diversos desembargadores e ministros revela que não raro a Fazenda Pública incorre em abuso dessa prerrogativa, de modo a realizar contestação genérica mesmo tendo acesso e conhecimento de todos os fatos, sendo que essa violação só passa a ser percebida em segunda instância, quando vencida na origem, resolve trazer à luz fatos novos que poderia ter alegado em sede de contestação, em nítida violação aos princípios da cooperação e boa-fé processual. Os posicionamentos abaixo, retirados da jurisprudência do Superior Tribunal

de Justiça, demonstram essa praxe.

A norma determina a impugnação específica, sendo a prerrogativa apenas uma exceção que deve ser satisfatoriamente justificada. Nesse sentido o ilustre Castro Meira, para quem “A não-aplicação dos efeitos da revelia à Fazenda Pública não pode servir como um escudo para que os entes públicos deixem de impugnar os argumentos da parte contrária, não produzam as provas necessárias na fase de instrução do feito e, apesar disso, busquem reverter as decisões em sede recursal [...]”<sup>154</sup> Ainda, o ministro Luiz Fux posicionou-se sobre o assunto, asseverando que:

A inatividade processual da Fazenda Pública, muito embora não descomprometa o juiz da investigação dos fatos e do direito, interditando o julgamento por presunção de veracidade, tal como ocorre, em regra, nas causas que gravitam em torno dos direitos patrimoniais disponíveis, na forma do caput do artigo 319 do CPC, **também não alforria a entidade pública contumaz a criar no juízo do apelo questões novas** porquanto a instância recursal é de controle e não de criação,

<sup>153</sup> ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 494

<sup>154</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 635.996/SP**. Relator: Min. Castro Meira. Julgado em 06/12/2007 e publicado em DJ 17/12/2007





consoante resta claro da doutrina insuperável de Barbosa  
Moreira.<sup>155</sup> (grifos nossos)

Sobre o ponto, Fredie Didier Jr. leciona sobre a insubsistência dessa prerrogativa, traçando um importante paralelo com o curador especial e o advogado dativo:

Ao autor cabe formular sua demanda de modo claro e determinado (demanda obscura é inepta e o pedido genérico é apenas excepcionalmente admitido); **idêntica razão impõe a regra que veda a contestação genérica. Prestígiem-se, assim, o princípio da cooperação e, conseqüentemente, o princípio da boa-fé processual.** [...]

O curador especial e o advogado dativo (art. 5º, §§ 3º e 4º, Lei n. 1060/1950) estão dispensados de observar esse ônus ao elaborarem a defesa dos seus representados. Isso porque são representantes que assumem suas funções em situação que não lhes permite, no mais das vezes, ter acesso imediato ao réu, de quem poderia extrair as informações indispensáveis para a elaboração de uma defesa específica. Ambos aterrissam no processo de paraquedas. **Nestas circunstâncias, justifica-se plenamente a não-incidência da regra de não impugnação especificada: para que não tenham de mentir ou esforçar-se na criação de uma estória do réu, autoriza-se que esses representantes apresentem uma defesa genérica.** [...]

A Fazenda Pública submete-se ao ônus da impugnação especificada (neste sentido, STJ, 2ª T., REsp n. 635.996/SP, rel. Min. Castro Meira, j. em 06.12.2007, publicado no DJ de 17.12.2007). **Não há razão para dispensas os advogados públicos deste ônus, até mesmo por uma questão ética: ao advogado particular cabe a tarefa de manifestar-se precisamente sobre o que afirma a parte adversária; o advogado público, qualificado após a aprovação em concursos públicos concorridíssimos, poderia, simplesmente, não manifestar-se sobre as afirmações da parte adversária, sem qualquer conseqüência...** O papel do advogado na construção da decisão judicial justa não pode ser desprezado; **a incidência da regra aos advogados dos entes**

---

<sup>155</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 541.239/DF**, Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 09/11/2005 e publicado em DJ 05/06/2006



**públicos seria verdadeira *capitis deminutio* desses profissionais. [...]**<sup>156</sup>

É de se ver, nesse norte, que quando destinada ao curador especial, a prerrogativa prestigia a cooperação e isonomia, eis que mantém intrínseca relação com o fim proposto, tendo em vista a presumível dificuldade do patrono em realizar uma defesa robusta. Não se pode dizer o mesmo da Fazenda Pública. Dinamarco assevera que:

A manutenção de dispositivos anti-isonômicos no vigente Código de Processo Civil explica-se pelo fato de ele ser mera continuação do estatuto de 1939, em relação ao qual muito pouco inovou substancialmente. **Apoiados no falso dogma da indisponibilidade dos bens do Estado, os privilégios concedidos pela lei e pelos tribunais aos entes estatais alimentam a litigiosidade irresponsável que estes vêm praticando, mediante a propositura de demandas temerárias, oposição de resistências que da parte de um litigante comum seriam sancionadas como litigância de má-fé (CPC, arts. 16-18), excessiva interposição de recursos – etc tudo concorrendo ainda para o congestionamento dos órgãos judiciários e retardamento da tutela jurisdicional aos membros da população**<sup>157</sup>.

É possível notar, dos posicionamentos supra, todos anteriores ao Código de Processo Civil vigente, que os fins antagônicos da Fazenda Pública dificultam a cooperação, de modo que a prerrogativa não pode ser conferida imoderadamente. Ainda, as decisões demonstram ser possível o equilíbrio da demanda, ainda que com a previsão dessa prerrogativa à Fazenda Pública arraigada na ordem jurídica brasileira, prestigiando a isonomia e colaboração processual também por parte do magistrado para com as partes<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> DIDIER JR., Fredie. **Editorial 89**. Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-89/>>. Acesso em: 15 mai. 2020

<sup>157</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 211-214.

<sup>158</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**.

2. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013. p. 710



A colaboração estrutura-se a partir da previsão de regras que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo. Nesse norte, cumpre também ao magistrado, enquanto órgão do Poder Judiciário envolvido na lide, fazer do processo um terreno afeito à concretização da isonomia processual<sup>159</sup>. Contudo, nem sempre isso ocorre:

Uma realidade preocupante, no direito infraconstitucional brasileiro e em várias linhas de orientação constante dos tribunais são os privilégios de que gozam os entes estatais e seus agentes quando partes no processo civil. Às **disposições legais que instituem situações de desequilibrada vantagem ao Estado e ao Ministério Público acrescem-se certas tendências dos juízes a privilegiá-los ainda mais**, o que fazem ao conferir a essas entidades tratamentos incompatíveis com a garantia constitucional da isonomia processual. (...) **Disposições infraconstitucionais como essas não trariam máculas ao sistema se houvesse da parte dos juízes e tribunais a disposição a confrontá-las severamente com a garantia constitucional da igualdade, impedindo que se impusessem ou confinando-as no menor espaço possível**. Mas a realidade é oposta. Não apenas vem sendo quase invariavelmente afirmada a constitucionalidade de disposições dessa ordem, como também juízes existem que vão além e concedem à Fazenda Pública e ao Ministério Público outros privilégios que sequer na lei estão propostos. [...] Essa é uma postura de defesa do Estado, inerente à filosofia política de Estado totalitário, que a Constituição Federal de 1988 quis extirpar ao dar grande realce aos valores do ser humano, do trabalho, da cidadania e da liberdade.<sup>160</sup> (grifos nossos)

Corroborando este posicionamento, Rocha Sobrinho afirma que “essas prerrogativas, apesar de terem como escopo a proteção dos interesses da Administração Pública que, em última análise, é o interesse da coletividade, não

---

<sup>159</sup> BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2020

<sup>160</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 4. ed. 2004. p. 199



raro, na prática, trazem efeitos colaterais indesejados, estimulando, inclusive, a litigiosidade.”<sup>161</sup> Lucon endossa o entendimento, considerando que:

Como se não bastasse, esses privilégios travam o prosseguimento do processo e contribuem substancialmente para a descrença da população no Poder Judiciário e nas nossas instituições. Além disso, contribui ainda mais para essa descrença o posicionamento pouco realista de alguns juízes no sentido de considerar como regra que a Fazenda Pública (e o Ministério Público) está sempre defendendo legítimos e reconhecidos direitos públicos, **sem nem mesmo fazer menção à real situação substancial apresentada no caso concreto**<sup>162</sup> (grifos nossos)

Embora o princípio da cooperação processual também mantenha o juiz como alvo, a aplicação dos efeitos revelia em face da Fazenda ainda é muito tímida e restrita, “existindo, ainda, muita contenção por parte do Judiciário na sua aplicação, engessando a evolução da temática”<sup>163</sup>, e o cidadão, na busca por uma prestação de natureza alimentar, como ocorre com as demandas em face do INSS, não pode ficar à mercê da boa vontade da Fazenda Pública em cumprir com seu mister em realizar uma defesa especificada, ou do juízo, em promover a isonomia no processo.

Noutro aspecto, tem-se ainda a violação ao direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva. É que, uma vez violada a isonomia, a boa-fé e a cooperação processuais, invariavelmente transgrede-se o princípio da tutela jurisdicional efetiva. A violação da tutela jurisdicional efetiva é, dessa maneira, corolário lógico das demais violações apontadas.

O sentido mais adequado que pode ser conferido à expressão devido processo legal é o de processo justo, a partir da razoabilidade e concordância prática dos

---

<sup>161</sup> ROCHA SOBRINHO, Délio José. **Prerrogativas da Fazenda Pública em juízo**, 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999. p.131

<sup>162</sup> LUCON, Paulo. **Eficácia das decisões e execuções provisórias**. 1. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 265.

<sup>163</sup> SANTOS, J. P. M. dos; BRASIL, J. C. M. **Fazenda Pública e a revelia: uma relação de incompatibilidade mitigada**. [s. l.], 2018. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.4F4A032C&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 22 mai. 2020



direitos fundamentais das partes no caso concreto. Assim, o devido processo legal abrange uma gama de direitos que devem ser observados, dentre os quais é possível citar a segurança jurídica, a igualdade, e a tutela jurisdicional adequada e efetiva<sup>164</sup>.

A tutela jurisdicional adequada é, portanto, um dos elementos que integram o processo considerado justo, razão pela qual o processo deve adequar-se às peculiaridades do direito material cuja tutela se requer em juízo.

O processo, enquanto instrumento do direito material *sub judice*, deve ser reflexo fiel aos seus desígnios, não lhe cabendo criar nem mitigar direitos. Desse modo, é defeso utilizar regras e princípios processuais a fim de distorcer os resultados que adviriam se não estivesse sendo necessária a tramitação daquela lide. Essa ideia foi sintetizada na formulação de Chiovenda, para quem “o processo deve dar a quem tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo a que ele tem direito”<sup>165</sup>.

Segundo Marinoni, “a prestação da tutela jurisdicional deve ser pensada na perspectiva do consumidor dos serviços jurisdicionais”<sup>166</sup>, num processo civil de resultados<sup>167</sup>, fornecendo- lhe exatamente aquilo que tem direito de receber, no menor tempo possível. Nesse rumo, a par da necessidade de se conferir uma nova feição ao processo, para que se garanta um processo social, Guerra Filho assevera que:

Mais recentemente K. A. BETTERMANN, em artigo semanal, aponta para a nova dimensão que assume o princípio da igualdade das partes, no contexto do processo social, o qual

---

<sup>164</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**.

2. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013. p. 712

<sup>165</sup> “Dell’azione nascente dal contratto preliminare”, em **Saggi di diritto processuale civile**, I. Milão: Giuffrè, 1993, reimp. da 3ª ed., p. 110

<sup>166</sup> LEITE, Ezequias da Silva. **O cidadão e a Fazenda Pública**. Revista Themis, vs. 3, n.2. Fortaleza, 2003. p.

Disponível em <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/download/328/307>>. Acesso em: 14 mai. 2020

<sup>167</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.32



passa da igualdade formal de todos perante a lei para a igualdade material, com a **busca de se estabelecer uma equiparação das possibilidades de atuação em juízo daqueles menos favorecidos de meios econômicos ou outros meios, minorando os efeitos danosos dessa disparidade sobre o conteúdo da justiça do resultado dos processos.**<sup>168</sup>

Contudo, na demanda do cidadão contra a Fazenda Pública, os diversos benefícios que a legislação concede a esta, como o prazo em dobro, já tornam o processo excessivamente demorado e ainda mais penoso do que já seria<sup>169</sup>, sobretudo numa demanda que trata de verba alimentar.

Outrossim, a Fazenda tem por praxe, em qualquer hipótese, recorrer das decisões judiciais que lhe são desfavoráveis, “ainda que estejam de acordo com as súmulas e decisões remansosas dos tribunais superiores”<sup>170</sup>, tudo favorecendo o atraso da tutela jurisdicional.

#### 4.2.3 A vulnerabilidade na relação processual previdenciária

Para fazer efeito ao princípio da isonomia, busca-se atenuar as desigualdades processuais por meio de critérios como a vulnerabilidade, presunções, inversão do ônus da prova. Como fora demonstrado anteriormente, tal como ocorre em demandas trabalhistas, consumeristas e ao curador especial, é atribuído ao particular

---

<sup>168</sup> GUERRA FILHO, Willis S. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos ed., 1999. p. 131-132

<sup>169</sup> LEITE, Ezequias da Silva. **O cidadão e a Fazenda Pública**. Revista Themis, vs. 3, n.2. Fortaleza, 2003. p.

Disponível em <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/download/328/307>>. Acesso em: 14 mai. 2020

<sup>170</sup> LEITE, Ezequias da Silva. **O cidadão e a Fazenda Pública**. Revista Themis, vs. 3, n.2. Fortaleza, 2003. p.

184. Disponível em <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/download/328/307>>. Acesso em: 14 mai. 2020



o tratamento desigual tendo em vista a notória desvantagem de que conta frente ao empregador e a empresa.

Especificamente no processo previdenciário, o desequilíbrio perpetrado pela prerrogativa se acentua ainda mais, sobretudo quando se tem no polo ativo cidadão buscando benefício assistencial ou segurado da Previdência buscando prestação inerente ao Regime Geral de Previdência Social.

Como consubstanciado no primeiro capítulo deste estudo, os benefícios da Previdência, em sua maioria, giram em torno dos riscos sociais a que estão sujeitos os segurados trabalhadores e seus dependentes, e são, por este motivo, destinados a cobrir esses eventos não planejados. Nesse norte, tais benefícios possuem caráter essencialmente substitutivo e alimentar, cujo papel é propiciar os meios de subsistência dos que deles necessitarem<sup>171</sup>.

Benefícios como auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria por incapacidade permanente para o trabalho, pensão por morte, salário-maternidade e auxílio-reclusão significam, em outras palavras, a subsistência daquela família que, muitas vezes, só conta com um provedor. Portanto, a carga emocional de um processo previdenciário se faz bastante evidente:

o caráter alimentar dos benefícios, a necessidade de um mínimo social, a manutenção da dignidade da pessoa humana, a proteção ao idoso e ao deficiente miseráveis, as condições especiais dos trabalhadores rurais, a existência de viúvas e menores desprotegidos e de mulheres e homens sem acesso às mínimas condições de bem-estar social, são fatores e apreensões que rondam diuturnamente o processo previdenciário e reclamam efetividade dos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. Tomo 1 – Noções de direito previdenciário. São Paulo: LTr, 1997. p. 208

<sup>172</sup> MACEDO, A. da C. **Aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no âmbito do processo previdenciário**. [s. l.], 2014. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.A6ADFC6&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 21 mai. 2020



Nesta senda, este cidadão, quando ingressa em juízo na busca de um benefício previdenciário, não raro já se encontra numa situação de hipossuficiência econômica. Como consequência disso, “terá mais dificuldades para contratação de advogado realmente especializado, menos recursos para se lançar à busca de elementos de prova que sustentem suas alegações, desconhecimento de relevantes informações que poderiam lhe credenciar ao recebimento de determinada prestação previdenciária”<sup>173</sup>.

Há quem diga, ainda, que o cidadão comumente é representado por profissionais menos qualificados do mercado, os quais, muitas vezes, não conseguem garantir a concretude do direito por falhas no encaminhamento ou acompanhamento da pretensão em juízo<sup>174</sup>.

Faz-se necessário, especialmente em demandas cujo objeto é de natureza alimentar, a garantia de um processo equo, com o predomínio das garantias constitucionais, visto que, sem isso, o processo dificilmente produzirá resultados substancialmente justos<sup>175</sup>.

Essa generosa ideia de processo equo, a propósito, pode ser vista e guarda perfeita compatibilidade com o tratamento conferido ao trabalhador em litígios de natureza trabalhista que, tal como na relação previdenciária, ventila parcelas de natureza indiscutivelmente alimentar.

Fora anteriormente dito que se costuma recorrer justamente à ideia de isonomia como supedâneo para o favorecimento do Estado na relação processual.

---

<sup>173</sup> SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 6. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2016. p. 58

<sup>174</sup> LEITE, Ezequias da Silva. **O cidadão e a Fazenda Pública**. Revista Themis, vs. 3, n.2, Fortaleza, 2003. p. 165-168. Disponível em <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/download/328/307>>. Acesso em: 14 mai. 2020

<sup>175</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **O modelo processual civil brasileiro**. Texto fornecido nas aulas de Pós- Graduação USP, 1999. p.14 *apud* VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 47





Contudo, também se faz indiscutível a superioridade deste frente ao particular, notadamente no domínio do direito administrativo e nos inúmeros recursos de que fazem jus os procuradores responsáveis pela defesa judicial da Fazenda Pública.

Diante disso, estar-se-á restaurando a equilíbrio processual ou conferindo paridade de armas com a prerrogativa? Entende-se que não, visto que não há desequilíbrio da Fazenda para com o particular, mas do particular em relação à Fazenda.

A insubsistência da prerrogativa de não sujeição ao ônus da impugnação especificada dos fatos há muito fora percebida pelo legislador infraconstitucional em matéria trabalhista. Sobre esse ponto, dispõe Manoel Antônio Teixeira Filho:

[...] considerando que o ônus da impugnação específica dos fatos está jungido ao réu, e que este, no processo do trabalho, em regra é o empregador, fica algo difícil beneficiar-se da exceção contida no inciso I, do art. 341, do CPC. Uma exceção a essa exceção, contudo, quase chegou a existir em nosso sistema, porquanto a Medida Provisória n. 417, de 28.1.1994, dispunha, no parágrafo único do art. 5º, não serem aplicáveis à União as cominações de revelia e de confissão, contidas no art. 844, da CLT. Se a União não pudesse confessar, é lógico que não se prejudicaria por eventual silêncio diante de fatos alegados pelo autor ou por não haver se manifestado, de maneira precisa (específica), acerca desses fatos. **Isso equivaleria a afirmar que à União seria lícito elaborar contestação genérica, numa injustificável e iníqua involução aos tempos do CPC de 1939.** Talvez por esse motivo, a Lei n. 9.028, de 12.4.1995, não reproduziu a exceção contida no parágrafo único do art. 52, da precitada Medida Provisória, de tal modo que a União pode ser confessa.<sup>176</sup> (grifos nossos)

No mesmo sentido entendem Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, para quem o entendimento no sentido da inaplicabilidade dos efeitos materiais da revelia ao Poder Público, sob o fundamento de o litígio versar sobre direitos indisponíveis, além de violar a lei, transgrede a

---

<sup>176</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 413



natureza jurídica alimentar do crédito trabalhista, o qual é privilegiado (art. 186 do Código Tributário Nacional)<sup>177</sup>.

Entende-se, assim, que tal como ocorre na relação trabalhista, a superioridade do Estado - *in casu*, do INSS - já existente frente ao segurado é ainda mais agravada com a instituição dessas prerrogativas no âmbito do direito instrumental, especialmente a de não sujeição ao ônus da impugnação específica.

É preciso separar a atuação do Poder Público quando exercida em seu mandatório *jus imperii* da sua posição como sujeito parcial do devido processo legal, visto que as circunstâncias que outrora legitimaram a criação desta prerrogativa, agora seguramente alcunhada privilégio, se perderam no tempo.<sup>178</sup>

Assim, depreende-se que a argumentação veiculada no sentido de que ao agente público é vedado o direito de reconhecer, confessar e transigir em relação a direitos que não lhes pertencem, mas sim à coletividade, não conduz ao acolhimento hodierno da prerrogativa, visto que não pode ser o cidadão particular o prejudicado pela inércia injustificada no procurador.

A vulnerabilidade aqui, gize-se, se mostra não no Estado, mas no cidadão, mas como será visto, em função da falta de normatividade própria, acaba por incidir a norma geral às demandas de natureza previdenciária, escasseada de qualquer especificidade relativa às peculiaridades desta seara processual.

### **4.3 A necessidade de uma normatividade própria ao processo judicial previdenciário**

---

<sup>177</sup> JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito processual do trabalho**. 8. ed. São Paul: Atlas, 2019. p. 563.

<sup>178</sup> MACHADO, Agapito. **O princípio da isonomia e os privilégios processuais** In Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, vol. n. 109. p. 72



Del Vecchio, em 1960, já afirmara que “a justiça exige igualmente que todos o meios de que o Estado pode legitimamente dispor sejam por este devolvidos, mais do que a qualquer outro escopo, à tutela a vida e da integridade física e moral de seus componentes, e principalmente daqueles que não dispõem de meios para os obter ou de outras pessoas a isso particularmente obrigadas (justiça providencial ou assistencial, também denominada social)”<sup>179</sup>.

O desenvolvimento da atuação do Estado no âmbito da proteção social culmina – ou deveria culminar – na obtenção da Justiça Social, já que “a redução das desigualdades sociais

– tarefa que exige esforço colossal da comunidade – prepara o terreno onde se assenta uma sociedade mais justa”<sup>180</sup>.

O processo, como se sabe, é instrumental. É apenas um instrumento através do qual se concretiza direitos e, portanto, deve adequar-se às especificidades do direito material objeto daquele processo, mediante regras processuais adequadas. Daí a ideia de mecanismos diferenciados.

As particularidades da lide previdenciária, segundo Savaris, percebidas fundamentalmente nos sujeitos da relação processual e na natureza alimentar do objeto do litígio, “evidenciam a inadequação de certas disposições do processo civil clássico para regramento da relação jurídica previdenciária em juízo”<sup>181</sup>:

Nesse norte, pela eficácia normativa do devido processo legal (CF/88, art. 5º, LIV) e, mais especificamente, do direito fundamental a uma ordem jurídica justa (CF/88, art. 5º, XXXV), exige-se que a jurisdição de proteção social, tanto quanto seja necessário à satisfação do direito material, se

---

<sup>179</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. **A justiça**. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1960. p. 109.

<sup>180</sup> BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p.23.

<sup>181</sup> SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 6. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2016. p. 52-53



**opere sem a adoção absolutamente vinculante dos institutos do processo civil clássico.**<sup>182</sup> (grifos nossos)

Fundada a Ordem Social constitucional no primado do trabalho<sup>183</sup>, as políticas de proteção previdenciária se revelam “importantes instrumentos de pacificação social e crescimento econômico, os quais, infelizmente, tem sido relegados pelo Estado num afã economicista irresponsável, o qual tem por mote a inversão de valores, publicização da divisão de classes sociais e a busca desarrazoada por privilegiados [...]”<sup>184</sup>

Esse contexto tem levado a uma demasiada judicialização de prestações previdenciárias, tornando o INSS o maior litigante nacional. Por isso, a atuação jurisdicional é, não raro, onde mais significativamente repercute a força especial dos direitos fundamentais, de forma a conferir concretude aos direitos fundamentais renegados no âmbito administrativo.

Vimos neste estudo que quando não há razoabilidade e justificativa no tratamento díspar, esse tratamento passa a ser anti-isonômico, vindo a tomar forma de privilégio em vez de prerrogativa. É de se concluir, desse modo, que não há mais a dita cuja dificuldade da Fazenda Pública em promover sua defesa em juízo de forma robusta e satisfatória, o que revela o caráter antagônico da prerrogativa em comento.

Entende-se, dessa maneira que a Fazenda Pública está em posição assaz vantajosa em relação ao cidadão comum, dispondo de melhores condições de vencer qualquer batalha judicial. Essa posição ainda se agrava com a prerrogativa em comento, a qual vislumbra-se contrária ao princípio constitucional da isonomia, pela

---

<sup>182</sup> SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 6. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2016. p. 45.

<sup>183</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2020

<sup>184</sup> LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; CHERULLI, Diego Monteiro; LEMES, Emerson Costa. **O princípio da (des)confiança legítima**. Como o processo legislativo pode abusar da paciência de uma sociedade. Curitiba: Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP, 2019. p. 11



inexistência de correlação lógica entre os fatores de desigualdade expostos e a bem-estar.

Em sendo o alcance da justiça social uma das finalidades do Direito Previdenciário e calcado na ideia de que o processo judicial hodiernamente traduz-se num instrumento fundamental de concretude dessa mesma justiça social, como atingir tal importante finalidade sem que se assegure tratamento processual isonômico às partes? Savaris, nesse aspecto, assevera de forma irretocável:

Numa demanda em que há fracos e fortes, impõe-se uma atuação jurisdicional tendente a equilibrar as desigualdades, mas isso não parece tão óbvio quando se está diante de uma entidade pública responsável pela gestão dos recursos da previdência social, em tempos de insegurança econômica, anúncios de crise orçamentária e sucessivas reformas previdenciárias. Nessa atmosfera, emerge um falso dilema: analisa-se a pretensão do autor, que se reportaria a um interesse individualista, em face do interesse público na preservação do sistema previdenciário. Mas não há interesse social somente na economia de recursos previdenciários, mas fundamentalmente na sua devida aplicação.<sup>185</sup>

Nada obstante, como dito, a aplicação dos efeitos revela em face da Fazenda ainda é muito tímida e contida pelo Judiciário, o que atrai a manutenção arraigada da prerrogativa no ordenamento.

O cidadão, por sua vez, sobretudo na busca por uma prestação de natureza alimentar, como ocorre com as demandas em face do INSS, não pode ficar à mercê da boa vontade de outrem, pelo que urge a necessidade de uma normatividade própria ao processo previdenciário, adequada às suas especificidades:

[...] a lide previdenciária apresenta singular configuração e, por isso, deve orientar-se pela eficácia normativa do devido processo legal, o qual, mercê de sua dignidade constitucional, prevalece sobre as disposições processuais civis que ofereçam resposta inadequada ao processo previdenciário, tanto quanto

---

<sup>185</sup> SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 6. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2016. p. 60.



pode suprir eventual ausência ou insuficiência de disciplina legal.

O que se pretende com o reconhecimento de uma normatividade específica para o direito processual previdenciário é a realização prático-jurisprudencial do ideal constitucional de um processo justo, isto é, um processo orientado por atuação jurisdicional que leve em conta as particularidades da lide que se apresenta à solução judicial.<sup>186</sup>

A realidade é mutável e os regramentos e interpretações seguem a mesma sorte. O que foi um dia pode não ser mais amanhã. Assim, acredita-se que os fundamentos determinantes da prerrogativa de não sujeição ao ônus da impugnação específica se perderam no tempo, não sendo razoável manter algo que não guarde compatibilidade com o interesse público, em nome apenas da tradição, até porque essa mesma tradição, como antedito, em algumas prerrogativas, remonta ao Estado totalitário, que a Constituição tentou de todas as formas extirpar da realidade brasileira.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Previdência Social, enquanto inserida na Seguridade Social, é, por excelência, o fundo de proteção responsável pelo fornecimento de amparo aos trabalhadores a despeito dos riscos e necessidades sociais a que estão sujeitos.

Os benefícios previdenciários do Regime Geral de Previdência Social são, nesse norte, espécies de prestações da Previdência Social que possuem caráter essencialmente substitutivo e alimentar, cujo papel é propiciar os meios de subsistência dos indivíduos que deles necessitem.

Compete ao INSS a operacionalização e reconhecimento desses benefícios, razão pela qual será o legitimado passivo para ações judiciais cujo objeto seja um

---

<sup>186</sup> SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 6. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2016. p. 52-53



benefício previdenciário frustrado administrativamente. Nesse norte, quem demanda contra o INSS não raro está em condição de vulnerabilidade. O processo previdenciário judicial, no entanto, não conta com normatividade própria, pelo que submete-se de forma precípua às regras do processo civil clássico.

Porém, fundando-se na dita supremacia do interesse público, as ações judiciais relativas às prestações do Regime Geral da Previdência Social, ao contarem com a presença no polo passivo do INSS, ente cuja dotação é de natureza de autarquia federal, submetem-se ao regime jurídico processual das causas da Fazenda Pública, disciplina especial imbuída de um conjunto de regras que lhe conferem tratamento diferenciado, a partir do que se tem por suas denominadas prerrogativas processuais.

O sistema processual civil vigente confere à Fazenda Pública diversas prerrogativas, doutrinariamente justificadas, dentre outros aspectos, pela burocracia interna da Administração Pública, pelo excesso de processos, falta de pessoal qualificado e, sobretudo, pela natureza jurídica inerente aos interesses tutelados pela Fazenda Pública, que se afiguram indisponíveis. Dessa maneira, na linha da doutrina majoritária, invoca-se, em última análise, o princípio da isonomia para justificar o tratamento diferenciado dispensado à Fazenda Pública, já que o interesse público envolvido exigiria garantia superior e díspar à do interesse particular ante as desvantagens inerentes ao exercício de sua defesa.

Considerando essa necessidade de proteção ao interesse público implexo na demanda em que figure no polo passivo a Fazenda Pública, zelando pela isonomia processual, as prerrogativas lhe foram prestadas com a finalidade de equiparar as partes no processo, conferindo-lhes “paridade de armas”.

Dentre essas prerrogativas se encontra a de não sujeição ao ônus da impugnação especificada dos fatos na contestação, objeto do presente ensaio. A não



aplicabilidade desse ônus à Fazenda Pública faz com que eventuais pontos que deixem de ser impugnados não sejam reputados verdadeiros.

Contudo, foi possível observar que os motivos expendidos pela doutrina para justificar essa prerrogativa foram superados, restando mantido como fundamento legitimador à sua manutenção tão somente o alegado interesse público, que se afigura indisponível.

Nesse sentido, por muito tempo defendeu-se a existência de uma supremacia do interesse público sem quaisquer digressões. Porém, cada vez se consolida o entendimento segundo o qual a supremacia do interesse público sobre o particular não deve ser considerado aprioristicamente, cabendo analisá-lo em cada caso concreto, pois a simples alegação de interesse público configura um mero rótulo.

Nesse norte, foge à razoabilidade entender que o simples fato de o direito ser público e, por consequência, indisponível, teoria o condão de, *per si*, autorizar a não sujeição ao ônus da impugnação especificada dos fatos narrados na inicial, eis que o princípio da isonomia não pode ser analisado, tão-somente, sob o aspecto formal, mas de maneira real, determinando a sua procedência sob o prisma da razoabilidade.

Assim, diante da insubsistência de todas as outras justificativas apontadas pela doutrina para a prerrogativa, entende-se que o instituto merece revisão a partir dos novos contornos dados à clássica ideia de supremacia do interesse público, em especial quando se tratar de direitos fundamentais e de lide cujo objeto seja de natureza alimentar, pois a prerrogativa, tal como posta hodiernamente, incorre em latente violação ao princípio da isonomia.

No processo previdenciário, esse tratamento anti-isonômico tende a se agravar, em função das peculiaridades da relação previdenciária percebidas fundamentalmente nos sujeitos da relação processual e na natureza alimentar do objeto do litígio.





Embora existam decisões judiciais em contrário, a aplicação dos efeitos da revelia ainda é muito tímida e restrita pelo Judiciário, e o segurado da Previdência, na busca por uma prestação de natureza alimentar, não pode ficar à mercê da boa vontade da Fazenda Pública em cumprir com seu mister em realizar uma defesa especificada, ou do juízo em promover a isonomia no processo. Por isso, chegou-se à superveniente conclusão de que urge a necessidade de conferir normatividade própria ao Processo Previdenciário, adequada às singularidades da relação previdenciária.

A relevância acadêmica e científica do presente estudo, portanto, encontra abrigo nessa falta de normatividade jurídica específica ao Processo Previdenciário, já que a utilização do Processo Civil clássico como regramento muitas vezes é insuficiente para suprir a complexidade da relação previdenciária.

Ainda que não se possa afirmar que a existência futura desse regramento jurídico específico vá atrair a superação dessa prerrogativa, acredita-se que o instituto merece releitura a partir dos contornos da relação previdenciária. Jaz aqui, logo, uma simbólica colaboração.

## REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo**: posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: RT, 2015.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 10 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.



ANDRADE, Odilon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1946; MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo III,

3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BALERA, Wagner. **Direito Previdenciário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BARROS, M. V. O dano moral em decorrência de erro médico nas perícias do INSS. **Revista Brasileira De Direito Social**, Minas Gerais, v. 2, n. 2, p. 2, nov. 2019. Disponível em: <http://rbds.ieprev.com.br/rbds/article/view/105>. Acesso em 2 jun. 2020.

BARROSO. Luís Roberto. **Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro**. In: **Temas de direito constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe.

**Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. 3. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2020.

BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2020.



BRASIL. **Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2020.

BRASIL. **Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.084.745/MG**, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 06/11/2012, publicado no DJe.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.084.745/MG**, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 06/11/2012, publicado no DJe.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 541.239/DF**, Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 09/11/2005, publicado em DJ 05/06/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 635.996/SP**. Relator: Min. Castro Meira. Julgado em 06/12/2007, publicado em DJ 17/12/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 41**. Relator: min. Roberto Barroso, julgado em 08/06/2017, publicado em DJe-220 17/08/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2777/SP**. Relator: min. Cezar Peluso, julgado em 19/10/2016, publicado em DJe-143 30/06/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 186**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, publicado em DJe-205 20/10/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 631.240**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 03 de setembro de 2014. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 10 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SÚMULA 689**. Disponível em:



<[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_601\\_700](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700)> Acesso em: 21 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2894/2018**. Relator: min. André de Carvalho. Brasília, DF, 05 de dezembro de 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. vol. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020,

COMUNALE, Bernardo. **As prerrogativas processuais da fazenda pública à luz dos princípios da isonomia e da supremacia do interesse público**. 2008. 78 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

COSTA, Regina Helena. **As prerrogativas e o interesse da Justiça**, In **Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo**, coordenado por Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo** - 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DEL VECCHIO, Giorgio. **A justiça**. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1960.

**Demora na concessão de benefícios pode gerar prejuízo de R\$ 14 milhões ao INSS**. Agência O Globo, 20 jan. 2020. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2020/01/demora-na-concessao-de-beneficios-pode-gerar-prejuizo-de-r-14-milhoes-ao-inss.html>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DIDIER JR., Fredie. **Editorial 89**. Disponível em

<<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-89/>>. Acesso em: 15 mai. 2020



DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **O modelo processual civil brasileiro**. Texto fornecido nas aulas de Pós-Graduação USP, 1999. p.14 *apud* VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003.

FILHO, Napoleão Nunes Maia. **Primazia dos direitos humanos na jurisdição previdenciária: teoria da decisão judicial no garantismo previdenciarista**. 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

GIGLIO, Wagner Drdla. **Direito processual do trabalho**. 6.ed. São Paulo: LTr, 1986.

GREGO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v.1. 11. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini, **Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**,

1. ed., São Paulo: José Bushatsky, 1975.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a Processualidade**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

GUERRA FILHO, Willis S. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos ed., 1999.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; CHERULLI, Diego Monteiro; LEMES, Emerson Costa. **O princípio da (des)confiança legítima**. Como o processo legislativo pode abusar da paciência de uma sociedade. Curitiba: Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário

- IBDP, 2019.



LEITE, Ezequias da Silva. **O cidadão e a Fazenda Pública**. Revista Themis, vs. 3, n.2, Fortaleza, 2003, p. 174. Disponível em

<<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/download/328/307>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

LUCON, Paulo. **Eficácia das decisões e execuções provisórias**. 1. ed. São Paulo: RT, 2000.

MACEDO, A. da C. **Aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no âmbito do processo previdenciário**. [s. l.], 2014. Disponível em:

<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.A6ADF66&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

MACHADO, Agapito. **O princípio da isonomia e os privilégios processuais** In Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, vol. n. 109.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela na reforma do Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário. Tomo 1 – Noções de direito previdenciário**. São Paulo: LTr, 1997.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 38. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. Atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.



MENDONÇA, Grace Maria Fernandes. **A missão institucional da Secretaria-Geral de contencioso e seus reflexos na defesa das políticas e dos interesses públicos.** In: Revista da AGU, n. 21.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** t. IV, Coimbra, 1998.  
MORAES, José Roberto. **Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública,** In **Direito**

**Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo,** coordenado por Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho.** 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil –** Volume único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ROCHA SOBRINHO, Délio José. **Prerrogativas da Fazenda Pública em juízo,** 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999.

RODRIGUES, Marco Antônio. **A Fazenda Pública no processo civil.** São Paulo: Atlas, 2016.

SANTOS, J. P. M. dos; BRASIL, J. C. M. **Fazenda Pública e a revelia: uma relação de incompatibilidade mitigada.** [s. l.], 2018. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.4F4A032C&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linha de Direito Processual Civil.** vol. 1. 21. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.



SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 6. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2016.

SCHNAID, David. **A Interpretação Jurídica Constitucional (e Legal)**. In: Revista dos Tribunais, n°.733.

SERAU, Marco Aurélio Junior. **Curso de processo judicial previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1988.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: RT, 1993.

SILVA, Marcelo Amaral da. **O princípio constitucional da igualdade**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 3, n° 74, 10 de maio de 2003. Disponível em <<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/125-artigos-mai-2003/4836-o-principio-constitucional-da-igualdade>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 1. São Paulo: Editora RT, 2000.

TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público: Consequências processuais**. [S.l.], 2005.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.





# A RELAÇÃO ENTRE MOTORISTAS PARCEIROS E A EMPRESA UBER SOB A PERSPECTIVA TRABALHISTA

Luísa Motta Matos

## RESUMO

A economia do compartilhamento é um fenômeno recente, com rápida expansão e enorme potencial de desenvolvimento econômico, sendo uma grande influenciadora dos novos tipos de trabalho verificados na atualidade e cada vez mais comuns no Brasil, a exemplo dos motoristas de aplicativo. A partir disso, verifica-se a discussão, no âmbito do Direito do Trabalho, se tais trabalhadores seriam autônomos ou empregados. O objetivo do presente artigo se traduz na análise de como essa questão está sendo tratada na Justiça do Trabalho e quais soluções são propostas na tentativa de enquadrar esses trabalhadores em determinada classificação laboral. A princípio, realizou-se um exame conceitual a respeito das características da economia do compartilhamento e do funcionamento da empresa Uber. Em seguida, verificou-se quais elementos caracterizam um trabalho como vínculo de emprego ou como prestação de serviço autônomo, para então se analisar julgados com diferentes posicionamentos sobre o tema. Ao final, apresentou-se uma terceira proposta, na qual os motoristas de aplicativo não estariam inseridos nem na classificação de empregados, nem na classificação de trabalhadores autônomos, sendo necessária a criação de um novo instituto trabalhista que observe as peculiaridades desse tipo de trabalho. Apurou-se que os institutos trabalhistas já existentes não se mostram suficientes para fornecer a segurança jurídica necessária aos trabalhadores inseridos na economia do compartilhamento, devendo ser considerada e estudada a criação de uma nova categoria que mantenha a viabilidade das atividades econômicas desse meio, mas que ao mesmo tempo forneça garantias e proteção aos trabalhadores.

**Palavras-chave:** Economia do compartilhamento. Uber. Motoristas de Aplicativo. Relação de emprego. Trabalho autônomo.

## INTRODUÇÃO



O presente trabalho se refere à chamada *gig economy* ou economia do compartilhamento e sua incidência no Direito Trabalhista, e tem como delimitação temática a relação que se dá entre motoristas de aplicativo e a empresa Uber do Brasil Tecnologia Ltda. (“Uber”), especialmente quanto à caracterização ou não de relação de emprego.

As normas e conceitos envolvidos nessa delimitação são ambíguos, uma vez que se trata de um tipo recente de prestação de serviços, na qual motoristas se vinculam à empresa Uber para oferecer o serviço de transporte de passageiros através de aplicativo, não havendo consenso na comunidade jurídica sobre a incidência ou não do artigo 3º, *caput* da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)<sup>1</sup> (BRASIL, 1943) na relação entre os chamados motoristas parceiros e a empresa, configurando uma relação empregatícia, ou se os motoristas seriam trabalhadores autônomos.

O Direito a respeito da delimitação é, portanto, incompleto, tendo em vista ser essa uma discussão recente, dado que a empresa Uber começou a oferecer seus serviços no Brasil apenas em 2014 (NEWSROOM, 2020).

A produção acadêmica sobre o tema no Brasil ainda é escassa, não havendo na doutrina a discussão sobre a economia do compartilhamento no Direito do Trabalho. A jurisprudência, por sua vez, é inconsistente, havendo Reclamações Trabalhistas de motoristas contra a empresa Uber nas quais não foi reconhecido o vínculo empregatício, e outras que apresentam decisões em sentido diametralmente oposto.

Não há consenso sobre a polêmica envolvida na delimitação. Há autores que defendem que a relação entre a empresa Uber e os motoristas tem caráter empregatício e há autores que entendem que os motoristas parceiros são

---

<sup>1</sup> Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário



trabalhadores autônomos e o aplicativo é apenas um intermediário na prestação de serviços.

Existe ainda um entendimento de que a relação entre os motoristas e a empresa não se enquadra nem em vínculo empregatício e nem em prestação de serviços por trabalhadores autônomos, devendo ser desenvolvido um novo instituto jurídico que abranja esse tipo de labor.

Assim, o problema em comento exige o sopesamento de disposições jurídicas em conflito, mediante argumentos dedutivos, pois há que se discutir qual instituto do Direito do Trabalho é mais adequado para a relação entre motoristas parceiros e a empresa Uber, e, ainda, se existe um instituto trabalhista capaz de regular essa nova forma de prestação de serviços, sendo impossível a simples aplicação mecânica da lei para o desenvolvimento da referida questão.

Em suma, o tema é fundamental para o Direito do Trabalho, uma vez que se trata de uma área na economia na qual cada vez mais trabalhadores estão inseridos, sobre a qual não há consenso doutrinário e jurisprudencial.

A relevância social e econômica é inegável no atual contexto brasileiro, uma vez que há mais de um milhão de motoristas e entregadores parceiros e mais de 22 milhões de usuários do aplicativo no Brasil, de acordo com o site da própria empresa, atualizado em 18 de fevereiro de 2020 (NEWSROOM, 2020).

A partir disso, passaram a surgir conflitos com a empresa no âmbito trabalhista, que vem sendo levados à apreciação do Poder Judiciário, especialmente no que tange à busca pelo reconhecimento de relação de emprego.

Enquanto a empresa se posiciona no sentido de que os motoristas são trabalhadores independentes (SACHS apud KALIL, 2017), o ajuizamento de reclamações trabalhistas buscando a declaração de existência de vínculo



empregatício, com todos os reflexos consequentes desse vínculo, se tornam cada vez mais comuns.

Não havendo consenso sobre a polêmica envolvida na delimitação, os motoristas de aplicativos ficam em um limbo jurídico, podendo sofrer prejuízos pela ausência de tutela jurisdicional e proteção estatal específica, sendo fundamental buscar o enquadramento desses trabalhadores em relação de emprego, trabalho autônomo ou, ainda, em um novo instituto que seria criado para regularizar essas relações.

Inicialmente, será abordado o funcionamento da empresa Uber no contexto da economia do compartilhamento. Em seguida, será tratada a diferença entre relação de emprego e trabalho autônomo. Após, serão apresentados alguns casos paradigmáticos que exemplificam a divergência jurisprudencial na abordagem desse tema. Por fim, será apresentada uma proposta de criação de uma nova categoria que busca abarcar as particularidades desse tipo de labor.

Para isso, foi realizada pesquisa dogmático-instrumental, na qual a metodologia de pesquisa utilizada foi a pesquisa bibliográfica não exaustiva, com aplicação de método dedutivo de abordagem. A pesquisa abrange doutrina, pesquisa acadêmica, legislação e jurisprudência, bem como análise documental e de notícias sobre a economia de compartilhamento e informações adicionais sobre a empresa Uber, por ser ela o centro da delimitação.

## **1 A ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO E A UBER**

A economia de compartilhamento, ou *gig economy*, é um fenômeno recente que tem apresentado rápida expansão, havendo potencial bilionário para aumentar o faturamento global através de empresas de diversos portes, sendo a Uber a principal empresa no Brasil (KALIL, 2017).



A fim de exemplificar o potencial econômico do fenômeno, cabe apontar que a multinacional Uber Technologies Inc. chegou à bolsa de valores em maio de 2019 com um valor de mercado inicial de 82,4 bilhões de dólares (EL PAÍS, 2019).

No que tange à prestação de serviços na economia de compartilhamento, existem duas principais classificações: o *crowdwork* e o trabalho *on-demand* (KALIL, 2017).

Em linhas gerais, o *crowdwork*, que tem como empresa mais conhecida a *Amazon Mechanical Turk* (Mturk) (KALIL, 2017), se refere a plataformas *online* que conectam potenciais clientes e trabalhadores (DE STEFANO, 2016).

As tarefas oferecidas são das mais diversas, sendo comuns as chamadas tarefas de inteligência humana ou *HITs* (“*Human Intelligence Tasks*”) (ALOISI, 2015), ou seja, tarefas simples e muitas vezes monótonas, mas que requerem decisões além das quais inteligências artificiais podem tomar. Os serviços oferecidos vão desde transcrição de áudios e revisão textual a trabalhos de *marketing* e *design* (DE STEFANO, 2016).

A supracitada plataforma funciona da seguinte forma: os chamados solicitantes apresentam as condições de contratação (tarefa e valor), e ao final, avaliam a tarefa realizada, atribuindo uma nota ao fornecedor, ou “*turkers*”, que são contratados independentes, conforme os termos de uso da empresa (ALOISI, 2015).

Já o trabalho *on-demand*, enfoque do presente trabalho, por ter como principal empresa a Uber, ocorre por meio de aplicativos, e oferece serviços mais tradicionais, como transporte, limpeza e tarefas administrativas (DE STEFANO, 2016).

A Uber consiste em aplicativo através do qual “um cliente solicita um carro para fazer uma viagem e o motorista, que estiver próximo ao local e disponível, aceita o trabalho” (KALIL, 2017, p. 241).



Semelhante à Mturk, na Uber também é possível atribuir notas aos prestadores de serviços. Nesse caso, a nota varia de 1 a 5, podendo ser feitos comentários à empresa (ROSENBLAT e STARK, 2015). Caso a média das avaliações de um motorista fique abaixo de determinado valor, considerado a nota mínima referente à cidade de atuação, ele poderá ser descredenciado do aplicativo (BLOG, 2018).

Apesar de apresentarem diferenças, alguns elementos do *crowdwork* e do trabalho *on-demand* são comuns na economia do compartilhamento, a exemplo da impossibilidade de o trabalhador estabelecer o preço do serviço a ser prestado. Tais elementos serão essenciais para o desenvolvimento do presente trabalho.

A partir da contextualização dos tipos de trabalho na *gig economy*, passa-se ao exame da empresa Uber especificamente.

## **2 O FUNCIONAMENTO DA EMPRESA UBER**

A Uber foi fundada em 2010 (NEWSROOM, 2020), e tem uma forma de organização denominada *e-hailing*, que se trata de solicitação de transporte privado feita através de aparelho tecnológico (KERR, 2015).

A empresa atua através de três elementos essenciais: o aplicativo, os motoristas e os passageiros (ALMEIDA, MARTINS, 2017).

No que concerne aos motoristas, cabe analisar os requisitos para se habilitar como tal na empresa e os componentes da remuneração.

Primeiramente, para ser um motorista parceiro da Uber é necessário o cumprimento de, basicamente, três requisitos. O primeiro deles é possuir Carteira Nacional de Habilitação (CNH) com a observação “exerce atividade remunerada” (EAR) (UBER, 2018).



A partir do envio da CNH, a empresa realiza uma checagem de antecedentes criminais. Se ocorrer aprovação nessa verificação, tem-se cumprido o segundo requisito. O último é dispor de veículo que esteja de acordo com as exigências da cidade em que se pretende prestar o serviço, devendo ser apresentado o certificado de registro e licenciamento de veículo (CRLV) (UBER, 2018).

Caso o motorista não possua veículo, há também a possibilidade de alugar um com empresas parceiras da Uber. Os requisitos para alugar variam de acordo com cada empresa, mas, essencialmente, é necessário ter sido aprovado como motorista parceiro da Uber e prestar uma garantia, que pode ser cadastrar cartão de crédito e realizar depósito de segurança ou realizar bloqueio de caução através de cartão de crédito (UBER, 2018).

Há a possibilidade, inclusive, de o motorista dar início ao pagamento do aluguel do veículo apenas após começar a trabalhar e realizar o pagamento diretamente com os ganhos com as corridas da Uber (UBER, 2018).

Em relação ao pagamento dos motoristas, esse diz respeito a “um preço base por viagem, somado a um valor por tempo e distância da viagem, além de outros valores como pedágios, preço dinâmico e promoções” (UBER, 2018).

Dentre os três principais pilares da remuneração do motorista, quais sejam, preço base, tempo e distância, o segundo se refere ao tempo em viagem, multiplicado pelo valor por minuto, e o terceiro, a distância percorrida multiplicada pelo valor por quilômetro, sendo que todos variam de acordo com a cidade em que o serviço é prestado (UBER, 2018).

Além disso, dos valores que são disponibilizados no aplicativo para os motoristas já está descontada a taxa da Uber, sendo a remuneração líquida que o trabalhador receberá por viagem (UBER, 2018).



Conforme Almeida e Martins (2017), na análise da relação juslaboral entre motoristas e a Uber, existem duas políticas relevantes adotadas pela empresa: o sistema de taxas de cancelamento e o sistema de avaliações.

A primeira diz respeito ao número de vezes que o motorista cancela uma viagem aceita. Se essa taxa for alta, ele poderá ser desligado da empresa (ALMEIDA; MARTINS, 2017), uma vez que o sistema estimula os motoristas a aceitarem todas as corridas (ROSENBLAT e STARK, 2015).

A segunda consiste em notas de 1 a 5 dadas pelos passageiros aos motoristas e vice-versa. Para se manter no aplicativo, o motorista precisa manter uma nota mínima, geralmente de 4,6, mas que pode variar de acordo com a localidade (BLOG, 2018).

Ademais, cumpre ressaltar a assimetria de informações entre os motoristas e a empresa e os riscos que os trabalhadores absorvem, uma vez que o trajeto e o preço podem sofrer alterações após a aceitação da corrida (KALIL, 2017).

A assimetria de informação se dá, especialmente, no tocante à precificação, uma vez que ao motorista pode ser solicitada corrida em local em que a tarifa está menor, a qual é estabelecida unilateralmente pela empresa, sem qualquer consulta aos motoristas (ROSENBLAT e STARK, 2015).

Apesar de terem ocorrido algumas modificações, tal como a possibilidade de prestar serviços de motorista através de carro alugado, a atuação da empresa ocorre fundamentalmente da seguinte forma:

compete-lhe escolher e selecionar os motoristas que podem aceder à aplicação informática, sem a qual não pode ser prestado o serviço;

cabe-lhe obter e indicar os clientes disponíveis ao motorista, através de uma aplicação informática;

o motorista deve fornecer os seus dados e disponibilizar uma viatura que não pode ter mais de 10 anos, podendo a empresa





controlar a qualidade do serviço através da avaliação dos clientes (uma avaliação inferior a 4,6 estrelas pode levar ao cancelamento do acesso à plataforma informática);

o preço da viagem é fixado pela empresa, a qual paga aos motoristas um valor previamente determinado;

os motoristas não devem receber gorjetas;

a empresa pode fornecer o smartphone necessário para aceder à aplicação, salvo se o motorista tiver algum equipamento compatível; e

o motorista não tem qualquer função de gestão que possa afetar a rentabilidade do negócio (MARTINS, 2015).

No que tange à atividade desenvolvida pela empresa, a própria Uber se considera uma empresa de tecnologia que apenas disponibiliza o aplicativo para os motoristas e passageiros utilizarem (NEWSROOM, 2020).

Assim, seria uma empresa de tecnologia, que fornece um aplicativo para que o serviço de transporte de passageiros possa acontecer. Ou seja, a plataforma tecnológica seria a atividade fim da empresa, e não o serviço de transporte de passageiros, apesar de ser essencial para o desenvolvimento empresarial.

Essa questão é um dos pontos fundamentais para verificar a possibilidade ou não de reconhecimento de vínculo de emprego entre os motoristas e a Uber, uma vez que, se tratando de empresa de tecnologia e não de empresa de transporte de passageiros, os motoristas não estariam inseridos na atividade fim da empresa, ponto que será melhor desenvolvido em tópico posterior.

Entretanto, muitos motoristas parceiros vêm buscando uma declaração de reconhecimento de vínculo empregatício através de ações trabalhistas em diversos países (ALMEIDA; MARTINS, 2017).

Dessa forma, necessário averiguar as diferenças entre relação de trabalho, relação de emprego, e trabalho autônomo, a fim de se verificar em quais características melhor se encaixa o serviço prestado pelos motoristas parceiros.



## 3 RELAÇÃO DE TRABALHO, RELAÇÃO DE EMPREGO E TRABALHO AUTÔNOMO

Inicialmente, importante apontar a diferenciação entre relação de trabalho e relação de emprego. Nas palavras de Maurício Godinho Delgado:

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em *labor humano*. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual. A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes. Não obstante esse caráter de mera espécie do gênero a que se filia, a relação de emprego tem a particularidade de também se constituir, do ponto de vista econômico-social, na modalidade mais relevante de pactuação de prestação de trabalho existente nos últimos duzentos anos, desde a instauração do sistema econômico contemporâneo, o capitalismo (DELGADO, 2017, p. 309).

Portanto, sendo a relação de trabalho gênero que engloba as espécies de relação de emprego e relação de trabalho autônomo (DELGADO, 2017), para a análise proposta são imprescindíveis os conceitos de relação de emprego e trabalho autônomo, desenvolvidos a seguir.

### 3.1 Relação de emprego

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe nos artigos 2º e 3º da Consolidação de Leis do Trabalho a conceituação de empregador e empregado, trazendo os elementos caracterizadores de uma relação empregatícia, nos seguintes termos:



Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes (BRASIL, 1943).

Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único. Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual (BRASIL, 1943).

Assim, os elementos de uma relação de emprego são: o trabalho por pessoa física, a pessoalidade, a não eventualidade, a onerosidade e a subordinação.

Tais elementos se dão no mundo dos fatos, sendo captados pelo Direito devido à sua relevância sócio-jurídica. “Conjugados esses elementos fático-jurídicos (ou pressupostos) em uma determinada relação socioeconômica, surge a relação de emprego, juridicamente caracterizada” (DELGADO, 2017, p. 314).

Cada um dos elementos será desenvolvido em tópico próprio, com posterior enfoque no trabalho prestado por motoristas à empresa Uber.

### *3.1.1 Trabalho por Pessoa Física*



O Direito do Trabalho tutela os bens jurídicos da pessoa física ou natural, tais como saúde e lazer. Dessa forma, o trabalhador tutelado sempre será uma pessoa física, restando afastada a tutela trabalhista em prestações de serviços por pessoas jurídicas (DELGADO, 2017).

Relevante a seguinte distinção entre trabalho e serviço:

Na verdade, a própria palavra *trabalho* já denota, necessariamente, atividade realizada por pessoa natural, ao passo que o verbete *serviços* abrange obrigação de fazer realizada quer por pessoa física, quer pela jurídica (DELGADO, 2017, p. 315).

Assim, ainda que se utilize uma pessoa jurídica para simular uma mera prestação de serviços, restando demonstrado que o serviço diz respeito a uma única pessoa física, se tem o primeiro elemento da relação trabalhista (DELGADO, 2017).

Esse elemento, portanto, fica evidente no trabalho prestado por motoristas à empresa Uber na prestação de serviços de transporte, considerando os requisitos já explicitados para se tornar um motorista parceiro.

Entretanto, tal elemento não é suficiente, por si só, para caracterizar uma relação de emprego, visto que também pode estar presente em relações de trabalho autônomo, de trabalho eventual, entre outros.

A partir do exposto, se passa a indispensável análise dos demais elementos caracterizadores de uma relação de emprego.

### 3.1.2 *Pessoalidade*

A relação jurídica deve ser *intuitu personae* no que tange ao trabalhador, ou seja, o trabalhador não pode ser intermitentemente substituído por outro ao longo da concretização dos serviços, exceto em casos como uma eventual substituição consentida pelo tomador de serviços, férias, licença-maternidade, entre outros,



situações nas quais o empregador pode substituir o trabalhador afastado pelo período, sem que isso descaracterize a personalidade (DELGADO, 2017).

No Direito do Trabalho, aplica-se a diretriz da despersonalização do empregador, que é mais benéfica ao empregado, uma vez que seu contrato de trabalho é preservado quando ocorre o fenômeno denominado sucessão de empregadores, disposto nos artigos 10<sup>2</sup> e 448<sup>3</sup> da CLT (BRASIL, 1943). Assim, a personalidade diz respeito apenas ao empregado (DELGADO, 2017).

O contrato de trabalho é personalíssimo em relação ao empregado porque se envolve no ato de trabalhar, e não no resultado do trabalho (CAMINO apud ALT, 2017).

Além disso, a personalidade se manifesta em diversos momentos, começando pela seleção do empregado.

As empresas, muitas vezes, fazem grandes investimentos no processo de seleção para escolher os trabalhadores mais adequados para determinado serviço (ARAÚJO; COIMBRA apud ALT, 2017).

Assim, há personalidade na prestação de serviços de transporte por meio do aplicativo Uber, uma vez que a empresa seleciona os motoristas a partir de determinados requisitos (MARTINS, 2015).

Apesar de presentes os elementos do trabalho por pessoa física e da personalidade, não se pode, ainda, considerar que os motoristas por aplicativo seriam empregados da empresa, sendo imprescindível verificar a incidência dos demais elementos no contexto fático de tais trabalhadores.

---

<sup>2</sup> Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados

<sup>3</sup> Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados



### *3.1.3 Onerosidade*

A onerosidade consiste na contrapartida econômica, consubstanciada no conjunto salarial, à força de trabalho colocada à disposição do empregador pelo empregado (DELGADO, 2017).

Pode, ainda, ser analisada através de uma dimensão objetiva e de uma dimensão subjetiva, sendo a primeira o ato de remunerar em função de contrato de emprego e a segunda a intenção das partes de que ocorra contraprestação pelo trabalho desempenhado (DELGADO, 2017).

Nesse sentido, também há a presença da onerosidade na relação discutida, uma vez que os motoristas recebem como pagamento uma porcentagem do valor pago pela corrida pelo passageiro (ALMEIDA; MARTINS, 2017), calculada através da soma de valores referentes a um preço base, à distância percorrida e ao tempo do transporte, já retiradas as taxas da empresa (UBER, 2018).

Entretanto, “a simples contraprestação pecuniária por serviços não é suficiente para a configuração da relação empregatícia” (ARAÚJO apud ALT, 2017, p. 17), uma vez que existem contratos onerosos nos quais está ausente essa configuração, como a empreitada de labor e a corretagem (VILHELA apud ALT, 2017).

Dessa forma, estão presentes os três primeiros elementos de uma relação de emprego no trabalho prestado pelos motoristas à Uber.

No entanto, a problemática se dá no tocante os elementos da não eventualidade e da subordinação.

#### 3.1.3.1 Não Eventualidade



Regido pelo princípio da continuidade, esse elemento dispõe que o trabalho prestado deve ter caráter de permanência, de continuidade da prestação, ainda que por período determinado, não sendo um trabalho esporádico. Por isso, o trabalhador eventual não é qualificado como empregado, uma vez que presta trabalhos esporádicos e vinculados a distintos tomadores de serviços (DELGADO, 2017).

Entretanto, há uma dificuldade de definição do elemento da não eventualidade (ARAÚJO e COIMBRA apud ALT, 2017), uma vez que existem controvérsias na legislação, doutrina e jurisprudência (DELGADO, 2017).

A questão do número de horas trabalhadas, por exemplo, não é elemento caracterizador, por si só, de relação de emprego, não sendo suficiente que o trabalho ocorra por tempo curto para afastar a não eventualidade (CAMINO apud ALT, 2017).

Além disso, importante ressaltar que há distinção entre continuidade e ininterrupção, sendo a primeira uma sucessão que ocorre ao longo do tempo, necessária para a não eventualidade (GOMES apud ALT, 2017), diferindo assim da segunda, uma vez que o contrato de trabalho de emprego subsiste em casos como interrupção e suspensão (ARAÚJO apud ALT, 2017).

A seguir serão analisadas as principais teorias informadoras da noção de não eventualidade.

### 3.1.3.2 Teoria da Descontinuidade

Segundo essa teoria, o trabalho será eventual quando não possuir o caráter de fluidez temporal sistemática (DELGADO, 2017).

A CLT rejeita esse entendimento, visto que utiliza a expressão “serviços de natureza não eventual” ao invés de “serviços de natureza contínua”, ampliando “o espectro fático que possibilita a classificação de uma relação como de emprego”, uma



vez que a expressão “não eventual” é mais ampla e engloba “contínua” (ALT, 2017, p.15).

Assim, a teoria da descontinuidade não será utilizada para fins de análise da relação entre motoristas e a Uber.

### 3.1.3.3 Teoria do Evento

Em uma segunda perspectiva, tem-se que trabalhador eventual seria aquele admitido em razão de evento específico que enseje certa obra ou serviço, geralmente com caráter emergencial e fora do contexto da atividade econômica da empresa (CAMINO apud ALT, 2017).

Portanto, tal teoria também não será utilizada para fins de análise do tema proposto, uma vez que, por ela, sobre todo trabalhador não admitido em razão de evento específico da empresa já incidiria o elemento da não eventualidade de forma automática, o que inviabilizaria o exame dos casos concretos.

### 3.1.3.4 Teoria dos Fins do Empreendimento

Também chamada de não eventualidade objetiva, é a teoria adotada pela doutrina e aplicada pela jurisprudência no Brasil (ARAÚJO apud ALT, 2017), segundo a qual trabalhador eventual é o que realiza tarefas não inseridas nos fins da empresa, e que por isso teria curta duração (DELGADO, 2017).

Nesse sentido, motoristas que utilizam o aplicativo Uber poderiam ou não ser trabalhadores eventuais de acordo com a classificação da atividade fim da empresa.





Sendo a Uber uma empresa de tecnologia e não de transporte de passageiros, já estaria afastada a não eventualidade.

Entretanto, essa teoria considera que as tarefas não inseridas nos fins da empresa teriam curta duração, o que não se verifica em todos os casos concretos, ainda que a Uber seja uma empresa de tecnologia, muitos motoristas trabalham através do aplicativo por consideráveis períodos de tempo.

### 3.1.3.5 Teoria da Fixação Jurídica

Por fim, tal teoria dispõe que trabalhador eventual seria aquele que não se fixa a uma fonte de trabalho, havendo vários destinatários do trabalho (DELGADO, 2017).

Nesse sentido, os motoristas parceiros poderiam ou não ser trabalhadores eventuais, sendo fato notório que alguns deles tem como única fonte de renda o trabalho realizado através do aplicativo e outros o utilizam apenas como complementação de renda.

A partir das teorias supracitadas, pode-se caracterizar o trabalho eventual nos seguintes termos:

descontinuidade da prestação do trabalho, entendida como a não permanência em uma organização com ânimo definitivo;

não fixação jurídica a uma única fonte de trabalho, com pluralidade variável de tomadores de serviços;

curta duração do trabalho prestado;

natureza do trabalho tende a ser concernente a evento certo, determinado e episódico no tocante à regular dinâmica do empreendimento tomador dos serviços;

em consequência, a natureza do trabalho prestado tenderá a não corresponder, também, ao padrão dos fins normais do empreendimento (DELGADO, 2017, p. 320).



Isso posto, tal como afirmam Almeida e Martins (2017), o requisito da não eventualidade deve ser analisado no caso concreto, uma vez que o motorista da Uber não possui exclusividade com a empresa, além de poder fixar sua própria jornada de trabalho.

Além disso, inviável a aplicação mecânica de alguma das teorias da não eventualidade, uma vez que não é homogêneo o trabalho prestado pelos motoristas do aplicativo, podendo ou não estar presente esse elemento.

Analisadas as teorias da não eventualidade, passa-se ao exame do elemento mais controvertido no que se refere à relação entre motoristas e a Uber, qual seja, a subordinação.

### *3.1.4 Subordinação*

Dentre todos os elementos, a subordinação é o que tem maior influência na caracterização de uma relação de emprego, a diferenciando da prestação de um trabalho autônomo (DELGADO, 2017).

A subordinação consiste “na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços” (DELGADO, 2017, p. 325).

Assim, a subordinação ocorre em um prisma objetivo, e não subjetivo, uma vez que incide sobre a forma de realizar o trabalho, e não sobre a pessoa do trabalhador (DELGADO, 2017).

Existem três dimensões da subordinação, que se complementam para explicar esse elemento, quais sejam: a clássica, que consiste na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, na qual o trabalhador segue o poder de direção empresarial para realizar sua prestação laborativa; a objetiva, “que se manifesta pela integração do



trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços” (DELGADO, 2017, p. 328); e a estrutural, que ocorre com a inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços, independentemente de ordens diretas (DELGADO, 2017)

Há também autores que entendem que a subordinação se traduz na vulnerabilidade do empregado em uma relação de emprego (CAMINO apud ALT, 2017) e há os que sistematizam a natureza da subordinação em quatro tipos de dependência: social, técnica, econômica e hierárquica (ARAÚJO; COIMBRA apud ALT, 2017).

Entretanto, a dependência hierárquica, também chamada de subordinação jurídica, que se manifesta no poder de direção do empregador, é o critério mais adequado na visão de doutrinadores como Orlando Gomes, Araújo e Coimbra, Maurício Godinho Delgado e Edson Gottschalk (ALT, 2017).

A subordinação é o elemento mais controvertido na relação entre os motoristas e a Uber. A classificação clássica não seria suficiente para abarcar o modelo da *sharing economy*, uma vez que a Uber “não determina horas de trabalho, mas possui um código de conduta para seus motoristas e exerce controle de qualidade por meio de uma política de avaliações por estrelas e taxa de cancelamentos” (ALMEIDA; MARTINS, 2017, p. 60).

Ademais, conforme Maurício Godinho Delgado (2017, p. 373), “autonomia é conceito antitético ao de subordinação”. Assim, a presença da autonomia, como na definição da própria jornada de trabalho, afastaria a subordinação.

Entretanto, há o entendimento de que a autonomia não é plena, uma vez que a Uber define unilateralmente determinadas questões de sua atuação (ALMEIDA; MARTINS, 2017).



A subordinação estrutural, por sua vez, concerne à “inserção do obreiro na organização e no *modus operandi* de seu tomador de serviços, incorporando sua cultura e diretrizes, independentemente das funções específicas que exerça” (DELGADO, 2017, p. 373). Nesse sentido, estaria configurada a subordinação entre os motoristas parceiros a e Uber (ALMEIDA; MARTINS, 2017).

Dessa forma, a subordinação poderia ou não estar presente na relação entre os motoristas e a Uber, a depender de qual dimensão ou natureza desse elemento é a perspectiva de análise.

Considerando a complexidade do contexto de trabalho inserido na economia do compartilhamento, ainda que se restrinja à análise das relações e do funcionamento de uma única empresa, devido à contemporaneidade da dinâmica de trabalho estudada, é necessário o sopesamento de entendimentos em relação à subordinação, uma vez que essa foi desenvolvida em uma realidade trabalhista na qual a economia do compartilhamento não havia ainda se configurado.

Diretamente relacionado com o elemento da subordinação, essencial também analisar o entendimento de que os motoristas de aplicativo seriam trabalhadores autônomos.

### **3.2 Trabalho autônomo**

O trabalho autônomo, por sua vez, se afasta da figura da relação de emprego especialmente pela ausência do elemento da subordinação, mas podendo se diferenciar ainda pela ausência da pessoalidade em alguns casos (DELGADO, 2017).

O trabalhador autônomo não está subordinado ao tomador de serviços, tendo autonomia para estabelecer a forma de realizar seu trabalho. Nas palavras de Maurício Godinho Delgado (2017, p. 373):

Na subordinação, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços transfere-se ao tomador; na autonomia, a



direção central do modo cotidiano de prestação de serviços preserva-se com o prestador de trabalho.

A subordinação que incide na forma de prestação do trabalho consiste na sua representação clássica. Entretanto, devem ser consideradas as outras dimensões da subordinação, a objetiva e a estrutural, não se restringindo nas manifestações tradicionais desse elemento, conforme aponta o Maurício Godinho Delgado:

A subordinação objetiva ocorre pela harmonização entre a atividade do trabalhador e os fins do empreendimento a que se vincula; a subordinação estrutural desponta da inserção do obreiro na organização e no *modus operandi* de seu tomador de serviços, incorporando sua cultura e diretrizes, independentemente das funções específicas que exerça (DELGADO, 2017, p. 373).

Ausente a subordinação, entra a figura do trabalho autônomo, sobre o qual não há incidência das regras celetistas (DELGADO, 2017)

Como exemplo de trabalho autônomo sem pessoalidade (e, portanto, sem subordinação) pode-se falar da prestação de serviços como consultoria e contabilidade, desde que não seja necessário um profissional específico para o trabalho, uma vez que várias pessoas podem realizar o serviço, permitindo até mesmo a contratação de uma pessoa jurídica (DELGADO, 2017).

Outro exemplo é a contratação de serviço cotidiano de transporte escolar, dado que, ainda que se contrate com o motorista, há a possibilidade de substituição por outros motoristas, desde que sejam cumpridos os horários e roteiros pré-fixados. Nesses casos, soma-se à autonomia a ausência de pessoalidade, distanciando ainda mais a incidência da figura da relação de emprego (DELGADO, 2017).

Entretanto, o trabalho autônomo também pode ocorrer com cláusula de pessoalidade, desde que esteja ausente a subordinação, como ocorre costumeiramente na contratação de serviços de profissionais altamente qualificados, como médicos e advogados (DELGADO, 2017).



Questiona-se a possibilidade de a relação entre os motoristas e a Uber se tratar de trabalho autônomo.

A relação entre os motoristas e a empresa poderia ser caracterizada como autônoma pelo fato de a empresa não exercer controle de jornada, que fica a cargo do motorista. Ademais, a questão do risco da atividade afastaria a possibilidade de caracterização de relação de emprego, uma vez que essa não resta configurada quando o próprio trabalhador que corre o risco do negócio (CASSAR apud ALMEIDA; MARTINS, 2017).

Dessa forma, os motoristas de aplicativo estão situados na “zona *grise*”, área cinzenta de identificação jurídica, uma vez que a relação deles com a empresa tem elementos, ao mesmo tempo, de relação de emprego e de trabalho autônomo (CASSAR apud ALMEIDA; MARTINS, 2017).

A partir do exposto, verificar-se-á como foram julgados casos concretos ajuizados na Justiça do Trabalho, no qual motoristas buscavam o reconhecimento de vínculo de emprego com a empresa Uber, a partir da perspectiva de inserção de tal relação em vínculo de emprego ou trabalho autônomo.

#### **4 CASOS PARADIGMÁTICOS**

Primeiramente, cabe ressaltar que existe uma dificuldade em encontrar julgados sobre o tema analisado, em suma, pelos seguintes motivos: a Uber chegou ao Brasil apenas em 2014 (NEWSROOM, 2020), a empresa geralmente solicita a tramitação dos feitos sob sigilo de justiça e “os mecanismos de pesquisa da Justiça do Trabalho são mais restritos se comparados aos mecanismos da Justiça Civil” (ALT, 2017, p. 39).

Entretanto, há a possibilidade de se analisar casos paradigmáticos sobre o tema, a fim de se verificar como estão sendo decididos litígios referentes à natureza da relação entre motoristas e a Uber. Para isso, serão averiguados os principais



fundamentos de dois acórdãos provenientes de diferentes Tribunais Regionais do Trabalho, que apresentaram entendimentos contrários, bem como de decisão da 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho.

A análise consistirá especialmente na verificação de quais dos elementos que configuram uma relação de emprego, anteriormente explicados, foram considerados como presentes em cada caso concreto, não sendo consideradas demais matérias preliminares e de mérito julgadas.

O primeiro acórdão, referente ao processo nº 0010806-62.2017.5.03.0011, é proveniente da Décima Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

- Minas Gerais, que julgou o Recurso Ordinário interposto pelo Reclamante e reformou a sentença de origem, reconhecendo a existência de relação de emprego entre o motorista e a empresa Uber (BRASIL, 2019).

A decisão, publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 09 de agosto de 2019, de relatoria da Juíza Convocada Ana Maria Espi Cavalcanti, apresentou, em suma, os seguintes argumentos para reconhecer o vínculo de emprego pleiteado pelo motorista reclamante: presença da pessoalidade, uma vez que o autor de inscreveu de forma individualizada para atuar como motorista e situação de trabalho remunerado, pois o motorista recebia semanalmente, com valores já descontados pela empresa, que define o montante a ser repassado e gerencia o pagamento (BRASIL, 2019). No que tange à subordinação, assim restou consignado:

No entendimento desta Relatora não há dúvidas de que a reclamada controla e desenvolve o negócio, estabelecendo os critérios de remuneração de seus motoristas. Em contraposição, está o motorista, que se sujeita às regras estabelecidas pela UBER e ao seu poder disciplinário, como por exemplo, a desativação do trabalhador, com baixa/má reputação. A própria reclamada admite em sua defesa que, caso seja reconhecido o vínculo, deverá ser considerado que a dispensa



do obreiro se deu por mau procedimento, em virtude de seguidos cancelamentos de viagens (BRASIL, 2019, p. 8).

Além disso, destaco outro aspecto importante a denotar a subordinação: o motorista somente toma ciência do destino escolhido pelo usuário, quando o recebe em seu veículo e dá o comando de início da corrida. Logo, repito, não há elementos para se considerar que o autor seja parceiro da UBER. Verifica-se, pois, na relação havida entre as partes, o poder de direção da reclamada, conduzindo o *modus faciendi* da prestação de trabalho. Configurada, pois, a subordinação jurídica (BRASIL, 2019, p. 10).

No caso, não há dúvida também quanto ao trabalho exercido por pessoa física. Entretanto, no que tange à questão da habitualidade ou não do serviço prestado, não há elementos no acórdão que identifiquem a comprovação da não eventualidade, sendo apenas citado que “Recentes notícias veiculadas sobre a UBER deixam claro que se trata de uma empresa que explora serviço de transporte, que domina e comanda todo o sistema produtivo” (BRASIL, 2019, p. 8). Assim, a habitualidade poderia ser verificada pela teoria dos fins do empreendimento, uma vez que o reclamante estaria exercendo a atividade fim da empresa.

O segundo caso a ser analisado é a reclamação trabalhista número 0010947-93.2017.5.15.0093, na qual se manteve afastado o vínculo empregatício no acórdão da 10ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de relatoria do Desembargador Edison dos Santos Pelegrini.

Cumpra transcrever a ementa da decisão, publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho no dia 30 de novembro de 2018:

UBER - MOTORISTA - INEXISTE VÍNCULO EMPREGATÍCIO - Não

é empregado motorista que presta serviços de transporte de passageiros por intermédio do aplicativo UBER, porquanto não há subordinação na relação de trabalho, a principal característica do vínculo de emprego. Na medida em que a pessoa tem plena liberdade de definir o seu horário de trabalho, os dias de trabalho, podendo prestar serviços a outrem, inclusive aplicativo concorrente, com autonomia, sem





nenhuma ingerência da reclamada. Recurso do reclamante desprovido (BRASIL, 2018, p. 1).

No referido acórdão, discutiu-se especialmente a existência ou não da subordinação, tendo em vista ser o elemento mais controvertido quando se trata de se verificar qual espécie de vínculo jurídico é o mais adequado para classificar a relação entre motoristas e a empresa Uber.

Analisou-se a possibilidade de existência de duas dimensões da subordinação: a jurídica e a estrutural.

Inicialmente, a subordinação jurídica foi afastada pelos elementos fático-probatórios do caso, especialmente o depoimento pessoal do autor, no qual restou consignado que o motorista não teve contato com nenhum representante da empresa e que não recebeu orientações quanto ao modo de trabalho, tendo apenas assistido vídeos disponíveis na internet, por vontade própria (BRASIL, 2018).

Além disso, o reclamante asseverou que poderia recusar viagens, fixar sua jornada de trabalho e suspender a prestação de serviços, sem necessidade de comunicar à empresa (BRASIL, 2018).

Nesse aspecto, entenderam os desembargadores que:

Por óbvio que uma das expressões do poder diretivo e de comando da empregadora se encontra na delimitação - ainda que aproximada - do tempo necessário de dedicação do empregado em sua rotina de trabalho, ou então da produção esperada, uma vez que somente assim pode fazer programações de faturamento, lucro, crescimento empresarial, etc. A escolha e definição desta rotina ficava a total talante do autor (BRASIL, 2018, p. 6).

Outros fundamentos apontados para afastar a subordinação jurídica no caso foram a ausência de avaliação do motorista pela empresa, que é avaliado apenas pelos usuários do serviço de transporte, e a possibilidade que o motorista tem de trabalhar concomitantemente em outros ramos, e até mesmo com concorrentes da reclamada (BRASIL, 2018).



No que tange aos termos e condições gerais da empresa que o motorista deve aceitar para atuar com a plataforma, os magistrados entenderam que se trata apenas de aperfeiçoamento do sistema, não configurando exercício de poder disciplinar. Ademais, concluíram que o eventual descredenciamento de motoristas por avaliações realizadas pelos usuários consiste somente em gestão de qualidade (BRASIL, 2018).

Por fim, inferiram que a Uber seria, assim como a mesma se apresenta, uma empresa de tecnologia, e não de transporte de passageiros, não havendo que se falar em subordinação estrutural (BRASIL, 2018).

Assim, foi negado provimento ao Recurso Ordinário interposto pelo Reclamante, sendo mantida a sentença que não reconheceu a relação de emprego pleiteada (BRASIL, 2018).

O último acórdão a ser analisado é proveniente da 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, sendo o primeiro do referido tribunal que analisou a questão de espécie de vínculo jurídico entre motoristas e Uber.

Publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 07 de fevereiro de 2020, a decisão, referente ao processo número 1000123-89.2017.5.02.0038, reconheceu a transcendência jurídica apontada no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista da empresa, “em razão de ainda não ter sido suficientemente enfrentada nesta Corte a hipótese específica dos autos” (BRASIL, 2020), dando provimento ao Agravo de Instrumento para conhecer o Recurso de Revista interposto.

Na análise do mérito do Recurso de Revista, foi considerado o depoimento pessoal do reclamante, transcrito no acórdão, para afastar o vínculo de emprego no caso (BRASIL, 2020).

Reputou-se que houve confissão do motorista em relação à autonomia na prestação de serviços, uma vez que afirmou ser possível ficar *off-line* sem



determinação de tempo pela empresa (BRASIL, 2020). A partir disso, a Turma apresentou o seguinte entendimento:

Tal fato traduz, na prática, a ampla flexibilidade do autor em determinar sua rotina, seus horários de trabalho, locais que deseja atuar e quantidade de clientes que pretende atender por dia. Tal auto-determinação é incompatível com o reconhecimento da relação de emprego, que tem como pressuposto básico a subordinação, elemento no qual se funda a distinção com o trabalho autônomo (BRASIL, 2020, p. 20).

Ademais, foi utilizado como fundamento decisório o fato de que o motorista recebe entre 75% (setenta e cinco por cento) e 80% (oitenta por cento) do valor pago pelos passageiros usuários da plataforma, percentuais superiores aos que o Tribunal Superior do Trabalho vem admitindo como condizentes com uma relação de emprego (BRASIL, 2020).

Estabeleceu-se ainda que a avaliação realizada entre usuários e motoristas se traduz em uma “ferramenta de *feedback* para os usuários finais quanto à qualidade da prestação de serviços do condutor, de interesse de todos os envolvidos” (BRASIL, 2020, p. 23). Dessa forma, não se caracterizaria como instrumento de subordinação (BRASIL, 2020).

Por fim, assevera a Turma que há uma necessidade de que a Justiça Trabalhista busque a preservação dos princípios referentes ao liame empregatício ante a revolução tecnológica, quando presentes todos os seus elementos. Ainda, afirmou que a proteção ao trabalhador não deve inviabilizar novas formas de trabalho, tal como a que ocorre no caso (BRASIL, 2020).

A partir do exposto, verifica-se que não há resposta única acerca da existência ou não de vínculo de emprego entre motoristas e a empresa Uber, uma vez que, por exemplo, as horas a serem laboradas ficam à critério dos motoristas (ALT, 2017). Ademais, é fundamental a análise do caso concreto, dado que o trabalho de motoristas de aplicativo pode apresentar diversas divergências fáticas.



Assim, havendo elementos de relação de emprego e elementos de trabalho autônomo nos serviços prestados pelos motoristas de aplicativo, oportuno abordar um terceiro entendimento, de que nenhum desses institutos seria capaz de abarcar o tipo de trabalho desenvolvido na economia de compartilhamento, sendo necessário a criação de um novo.

## 5 A PROPOSTA DE CRIAÇÃO DE UMA NOVA CATEGORIA

Há autores que entendem que os institutos trabalhistas existentes ainda não são capazes de compreender as relações de trabalho na economia do compartilhamento, sendo, portanto, necessária a criação de uma nova figura para tentar responder os questionamentos decorrentes do trabalho na *gig economy* (KALIL, 2017).

Segundo Alice Monteiro de Barros (2001):

A contraposição trabalho subordinado e trabalho autônomo exauriu sua função histórica e os atuais fenômenos de transformação dos processos produtivos e das modalidades de atividade humana reclamam também do direito do trabalho uma resposta à evolução desta nova realidade. A doutrina mais atenta já sugere uma nova tipologia (trabalho coordenado ou trabalho parassubordinado) com tutela adequada, mas inferior àquela instituída para o trabalho subordinado e superior àquela prevista para o trabalho autônomo. Enquanto continuam as discussões sobre esse terceiro gênero, a dicotomia codicista trabalho subordinado e trabalho autônomo ainda persiste no nosso ordenamento jurídico, levando a jurisprudência a se apegar a critérios práticos para definir a relação concreta. (BARROS, 2001, p. 158).

Apesar da afirmação supra se referir à análise do trabalho do vendedor-viajante e do pracista, é pertinente à presente discussão sobre o trabalho na economia do compartilhamento, uma vez que inexistente lei no Direito brasileiro que diferencie vendedor-empregado do representante comercial, sendo também necessária a verificação do caso concreto para melhor classificar a relação como vínculo de emprego ou trabalho autônomo.



Nesse ponto, existe uma forma de trabalho, não regulada no ordenamento jurídico brasileiro, denominada parassubordinação, desenvolvida pela doutrina italiana (SILVA, 2002).

Amauri Mascaro Nascimento (2008) assim define o trabalho parassubordinado:

Categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situam, como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível, do trabalho autônomo com características assemelháveis ao trabalho subordinado (NASCIMENTO, 2008, p. 460).

O trabalho parassubordinado é caracterizado por quatro elementos. O primeiro dele é a continuidade da prestação de serviços, que deve “se destinar a atender uma necessidade do tomador que tenha um determinado prolongamento no tempo, tendo em vista os interesses de ambas as partes”, sendo possíveis interrupções periódicas (SILVA, 2002, p. 3).

O segundo elemento é a pessoalidade na prestação de serviços, se diferenciando do trabalho subordinado pois o trabalhador parassubordinado pode ser auxiliado por outras pessoas, organizando as atividades para suprir as necessidades do tomador (SILVA, 2002).

Além dos elementos supracitados, há também a coordenação entre o trabalhador e o tomador de serviços e a coordenação, de forma que “o trabalho continua a ser prestado com autonomia, mas a sua organização é vinculada à atribuição de algum tipo de poder de controle e de coordenação a cargo do tomador dos serviços”, sendo a atividade laboral realizada com base em um programa consensualmente definido entre as partes, com o objetivo de atingir resultados pré-determinados (SILVA, 2002, p. 4).



Apesar de o trabalho parassubordinado ser um intermédio entre vínculo de emprego e trabalho autônomo, há autores que defendem a criação de mais uma categoria, que melhor se adaptaria à economia do compartilhamento: o trabalhador independente (KALIL, 2017).

Além da dificuldade de enquadrar as relações entre prestadores de serviços e plataformas/aplicativos, como motoristas e a empresa Uber, nas categorias já existentes, são pertinentes os seguintes argumentos a favor da criação de uma mais uma categoria, quais sejam:

“a caracterização da relação de trabalho como relação de emprego inviabilizaria determinados modelos de negócios na economia de compartilhamento, com consequências negativas para trabalhadores, consumidores, negócios e economia” (HARRIS e KRUEGER apud KALIL, 2017, p. 248).

“as dificuldades atualmente identificadas para classificar os trabalhadores levariam a uma excessiva judicialização das discussões a respeito da natureza da relação de trabalho na economia compartilhada e, uma nova figura, traria maior segurança jurídica para o tema” (DE STEFANO apud KALIL, 2017, p. 248).

O novo instituto, denominado “trabalhador independente”, estaria situado em um intermédio entre o empregado e o autônomo (KALIL, 2017), mas com características próprias, que o diferenciariam também do trabalhador parassubordinado. Tal categoria apresentaria os seguintes elementos:

Não haveria dependência econômica de um único empregador; não existiria uma relação indeterminada com somente uma empresa; e não renunciariam controle sobre as horas de trabalho ou a oportunidade de lucros ou perdas (HARRIS e KRUEGER apud KALIL, 2017, p. 249).

O modelo a que se propõe a elaboração deve, ao mesmo tempo, trazer segurança para o trabalhador e estimular a inovação, tendo como princípios a flexibilidade e liberdade do trabalhador na fixação da jornada, a responsabilidade por eventuais danos causados ao consumidor, salário mínimo pelo tempo de serviço e reembolso de gastos (TODOLÍ-SIGNES apud KALIL, 2017).



Além disso, se propõe também “a desvinculação do recebimento de benefícios sociais da condição de empregado, permitindo que os trabalhadores os usufruam independentemente da forma pela qual se ligam a uma empresa” (AUGUSTE apud KALIL, 2017), de forma que os trabalhadores da economia do compartilhamento tenham acesso aos benefícios sociais.

Entretanto, há argumentos contrários à criação de um novo instituto trabalhista que se adeque à *gig economy*, sendo o principal que poderia tornar ainda mais difícil a análise da situação do trabalhador. Assim, ao contrário do que se pretende com a criação da categoria do “trabalhador independente”, a discussão continuaria sendo judicializada (DE STEFANO apud KALIL, 2017).

Dessa forma, considerando a importância social do tema e as principais teses apontadas, é necessário buscar garantir direitos mínimos aos motoristas que trabalham através do aplicativo Uber e afastar a precariedade a que alguns deles estão submetidos, de modo que não leve à extinção desse setor da economia, através de um equilíbrio entre desenvolvimento econômico, benefícios ao consumidor e proteção ao trabalhador.

Os institutos trabalhistas já existentes não vêm se mostrando suficientes para garantir a devida prestação jurisdicional, com a observância de incentivo à economia e proteção ao trabalhador em relação à chamada *gig economy*, devendo ser considerada a hipótese de criação de uma nova categoria de trabalho, ou ainda, de adequação das formas já existentes, uma vez que essas foram desenvolvidas antes da emergência do ramo econômico aqui tratado, não abarcando, por isso, suas peculiaridades.

Por fim, alguns autores defendem, independentemente da criação de uma nova categoria, que o conceito de emprego seja redefinido, a fim de se evitar a exploração dos trabalhadores inseridos na economia do compartilhamento, tendo em vista que o instrumental de classificação trabalhista disponível se mostra



desatualizado no que tange as formas de trabalho que vêm surgindo na atualidade (SPRAGUE apud KALIL, 2017).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os novos modelos de labor que se originaram com a economia do compartilhamento, a exemplo do serviço prestado por motoristas de aplicativo, englobam um número cada vez maior de trabalhadores, e, conseqüentemente, geram significativas discussões no âmbito jurídico.

A partir disso, verifica-se um número crescente de reclamações trabalhistas nas quais motoristas de aplicativos buscam o reconhecimento de vínculo empregatício com as empresas responsáveis pelas plataformas tecnológicas, sendo que a Uber frequentemente se encontra no polo passivo de tais ações, uma vez que é a principal empresa do ramo de trabalho *on-demand* no Brasil.

Entretanto, essa questão vem sendo tratada com diferentes abordagens na Justiça do Trabalho, havendo casos nos quais o vínculo de emprego entre o motorista e a Uber foi reconhecido, e casos nos quais foi afastado.

Para fins de análise da existência ou não do vínculo de emprego, é necessário verificar se estão presentes os elementos caracterizadores de uma relação empregatícia. Nesse sentido, geralmente se constata a presença dos elementos de trabalho por pessoa física, pessoalidade e onerosidade. Todavia, a problemática reside nos elementos da não-eventualidade e da subordinação.

A não-eventualidade, podendo ser verificada, resumidamente, em uma prestação de trabalho continuada e de longa duração, se mostra um elemento caracterizador de vínculo de emprego inviável de ser generalizada no que tange aos motoristas de aplicativo. Isso ocorre porque a jornada laboral é determinada por cada





trabalhador, sendo essencial a análise do caso concreto a fim de se averiguar sua presença na situação fática específica.

No que se refere a subordinação, configurada, essencialmente, pelo poder diretivo da empresa e pela integração do trabalhador na dinâmica e nos fins empresariais, há divergências jurisprudenciais entre diferentes Tribunais Regionais do Trabalho e também em relação ao Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista que ainda não foi realizada a uniformização da questão aqui tratada.

Em alguns casos, entende-se que há subordinação, tendo em vista que a empresa controla o negócio e define parâmetros da prestação de serviço de transporte de pessoas. Em outros, a subordinação é afastada, devido à possibilidade de o motorista definir dias, horários e rotas de trabalho com autonomia, podendo prestar serviços também para outras empresas, inclusive concorrentes da Uber.

Diante da dificuldade de enquadrar os motoristas de aplicativo nas classificações de empregado ou trabalhador autônomo, iniciou-se uma proposta de criação de uma terceira categoria, denominada “trabalhador independente”, com o intuito de se observar as peculiaridades desse tipo de labor, permitindo o desenvolvimento da economia do compartilhamento e, ao mesmo tempo, oferecendo maior segurança aos trabalhadores.

Apesar de haver argumentos contrários à criação de um novo instituto trabalhista, sendo o principal que a análise da situação do trabalhador poderia se tornar ainda mais complexa, e, conseqüentemente, continuaria sendo judicializada, o que se vê atualmente é exatamente a dificuldade de classificação de tais trabalhadores nos conceitos já existentes.

Isso ocorre porque as classificações de empregado e trabalhador autônomo foram desenvolvidas anteriormente à ascensão da economia do compartilhamento, não abarcando, portanto, especificidades desse tipo de trabalho, que é cada vez mais comum.



Assim, tendo em vista a relevância social do tema, é necessário buscar garantir direitos mínimos aos motoristas que trabalham através do aplicativo Uber, e, concomitantemente, permitir a continuidade desse setor da economia, por meio de um equilíbrio entre desenvolvimento econômico e proteção ao trabalhador.

Diante da ineficácia dos institutos já existentes na garantia de tal equilíbrio, as hipóteses de criação de uma nova categoria ou de adequação de modelos já existentes devem ser consideradas e devidamente estudadas, a fim de se buscar uma maior segurança jurídica, com garantias aos trabalhadores e incentivos ao desenvolvimento econômico.

## REFERÊNCIAS

ALOISI, A. **Commoditized crowdworkers:** Labour issues arising from a case study research on a set of *on-line* plataformas in the “on-demand/gigeconomy”. jul. 2015.

Disponível em:

<<http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=391084087124086000077099107124077119041027020035083029074065029002112113093005007101106062010057062109039083001005013108084081025060001076032089086119064084011028031042053083121112068013001080111025124009010072119009030088125006003086105031071121123082&EXT=pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

ALT, Verônica Rossa. **Análise jurídica da prestação de trabalho do motorista por aplicativos de transporte urbano:** o caso Uber. 2017. 63 f. Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017.

BARROS, Alice Monteiro de. Considerações gerais sobre o trabalho do vendedor-viajante e praticista. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Porto Alegre, v. 67, n. 4, p. 158-170, 2001.

BLOG, Uber. Novo Processo de Nota Mínima: ficou mais fácil entender quando a sua nota não está legal e o que fazer para melhorar. 2018. Disponível em:

<<https://www.uber.com/pt-BR/blog/avaliacoes-novo-processo-nota-minima>>. Acesso em: 20 abr. 2020.



BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova as Consolidações das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto- lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 06 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. 10ª Câmara. Processo nº 0010947-93.2017.5.15.0093 (RO). Recorrente/Recorrido: João Fernando da Silva. Recorrente/Recorrida: Uber Do Brasil Tecnologia Ltda. Relator: Desembargador Edison dos Santos Pelegrini. Campinas, 27 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00109479320175150093>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 11ª Turma. **Processo nº 0010806-62.2017.5.03.0011 (RO)**. Recorrente: Eustaquio da Paixão Dias. Recorrida: Uber Do Brasil Tecnologia Ltda. Relatora: Juíza Convocada Ana Maria Espi Cavalcanti. Belo Horizonte, 17 de julho de 2019. Disponível em: <<https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00108066220175030011>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. **Processo nº 1000123-89.2017.5.02.0038 (AIRR)**. Agravante: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Agravado: Marcio Vieira Jacob. Relator: Ministro Breno Medeiros. Brasília, 05 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

DE STEFANO, V. **The rise of the “just-in-time workforce”**: On-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”. jan. 2016. Disponível em: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_443267.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf)>. Acesso em: 23 mar. 2019

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTr, 2017.

EL PAÍS. **Uber estreia na Bolsa com valor de mercado de 82,4 bilhões de dólares**: Aplicativo de transporte opta por oferta conservadora com ações a 45 dólares. 2019. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/09/economia/1557399108\\_045920.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/09/economia/1557399108_045920.html)>. Acesso em: 07 out. 2019.

KALIL, Renan Bernardi. **Direito do Trabalho e Economia de Compartilhamento**: Apontamentos Iniciais. In: ZANATTA, Rafael A. F. et al. (Org.). Economias do Compartilhamento e o Direito. Curitiba: Juruá, p. 238-258, 2017.



KERR, Vera. **Uber X Táxi** - A nova velha economia. Sumário de Pesquisa, v. 1, n. 1, out. 2015. Disponível em: <[http://www.cest.poli.usp.br/wp-content/uploads/sites/26/2016/03/V1N1pt\\_uber.pdf](http://www.cest.poli.usp.br/wp-content/uploads/sites/26/2016/03/V1N1pt_uber.pdf)>. Acesso em: 13 abr. 2019.

MARTINS, D. C. A **“Uber” e o contrato de trabalho**. jun. 2015. Disponível em: <<https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/a-uber-e-o-contrato-de-trabalho-26929>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

MARTINS, Murilo, ALMEIDA, Victor Hugo de. Análise Juslaboral da Relação de Trabalho entre Motoristas por Aplicativo e a Empresa Uber: Aspectos E Consequências Sociojurídicos. **Revista de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**. Brasília, v. 3, n. 1, p. 55 - 75, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEWSROOM, Uber. **Fatos e Dados sobre a Uber**. 2020. Escrito por Equipe Uber. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ROSENBLAT, A.; STARK, L. **Uber’s drivers: Information asymmetries and control in dynamics work**, 2015. Disponível em: <<http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=247104118003072118123085022113065111102048023015008020118087066112087005027098103088036101006014057116105117118113030064012004118044033055000113028097002077117100073024007094081007079070097027091081004066095099080109113085104120001078023099025083125024&EXT=pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

SILVA, O. P. E. O trabalho parassubordinado. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 97, p. 195-203, 2002.

UBER. **Ganhos dos motoristas parceiros**. 2018. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/drive/resources/ganhos/>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

UBER. **Não tem carro? Temos soluções**. 2018. Disponível em: <<https://www.uber.com/br/pt-br/drive/vehicle-solutions/>>. Acesso em: 07 out. 2019.

UBER. **O que é preciso para se cadastrar**. 2018. Disponível em: <<https://www.uber.com/br/pt-br/drive/>>. Acesso em: 07 out. 2019.



# ESPORTES ELETRÔNICOS (*E-SPORTS*): APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO ATUAL AOS ATLETAS DE ESPORTES ELETRÔNICOS (*CYBERATLETAS*)

Natália Pimenta Silva

## RESUMO

A monografia abordará os esportes eletrônicos. Conhecidos como *e-Sports*, referem-se a uma prática desportiva organizada e competitiva, realizada por meio de videogame. Mediante revisão bibliográfica e jurisprudencial, o presente trabalho buscará apresentar essa nova atividade, bem como a realidade fática vivida por seus praticantes, os *cyberatletas*, analisando como as normas e os projetos de leis existentes podem diminuir lacunas e ambiguidades que afetam a modalidade. Inicialmente, serão abordados os ramos do direito que afetam diretamente a atividade, quais sejam, o Direito do Trabalho e o Direito Desportivo. Na sequência, será apresentado o conceito dos esportes eletrônicos, sua história e relevância no contexto social e econômico. Também será descrito o panorama atual vivido pelos *cyberatletas*, detalhando o dia a dia e as especificidades de seus contratos. Em seguida, será exposta a discussão acerca do reconhecimento dessa nova modalidade como esporte para, enfim, debater sobre a necessidade de se criar uma legislação específica para o *e-Sports*, questionando se as leis existentes não seriam suficientes para resguardar a proteção de seus praticantes. Os esportes eletrônicos têm grande similaridade com a prática do esporte profissional, principalmente, com o futebol. Logo, pretende-se demonstrar que o Direito do Trabalho e o Direito Desportivo, através da legislação atualmente em vigor, seriam suficientes para garantir a proteção desses *cyberatletas*, sendo suficiente a inserção de um dispositivo legal que reconhecesse o desporto virtual como manifestação da prática esportiva, permitindo que a legislação brasileira amparasse os *cyberatletas*, por meio da Lei Pelé e, subsidiariamente, da CLT.

**Palavras-chave:** *E-Sports*. Esporte(s) eletrônico(s). Jogo(s) eletrônico(s). Atleta profissional.



## INTRODUÇÃO

A sociedade vive um momento em que diversas atividades, que antes eram praticadas como hobby (esportes, jogos, decoração, artesanato, cozinha, etc.), passam a ser uma opção de atividade profissional. Dentre elas, destacam-se os jogos de videogame que, em decorrência dessa simbiose entre trabalho e lazer, acabaram contribuindo para o surgimento dos esportes eletrônicos (*e-Sports*).

Esse novo fenômeno tem repercutido em diferentes áreas, principalmente, no que se refere à profissionalização de seus participantes, os *cyberatletas*, à mediação de sua prática e à mercantilização dos seus produtos. Ou seja, não se trata apenas de uma atividade lúdica, passa a estabelecer uma atividade laboral, econômica e rentável.

No Brasil, a expansão do *e-Sports* ocorreu a partir do ano de 2010, incentivado pela popularização do jogo *League of Legends* e das *Streaming*<sup>1</sup>. As competições desse jogo eletrônico passaram a oferecer calendários regulares de campeonatos e a aumentar as premiações, contribuindo para o reconhecimento da prática dos jogadores e das organizações dos times como trabalho, carreira ou negócio. Dessa forma, representam eventos que se traduzem em espetáculos, transmitidos para milhões de pessoas, que passaram a induzir toda uma sociedade de consumo, transformando hábitos e mercados, influenciando comportamentos sociais, políticos e econômicos.

Grandes empresas como Visa, Red Bull, McDonalds e Intel patrocinam as equipes de *e-Sports*, as quais também contam com o investimento de diversos times

---

<sup>1</sup> *Streaming* é a tecnologia voltada para o envio de informações multimídia, transferindo dados por meio da internet, tendo sido criada para facilitar as conexões mais velozes



profissionais de futebol, como Flamengo, Santos, Corinthians e Goiás, e de atletas famosos, como os jogadores de futebol Ronaldo Fenômeno e Mesut Özil, o astro norte-americano de basquete Shaquille O'Neal, o bicampeão de Fórmula 1 Fernando Alonso, dentre outros.

Com efeito, essas competições de jogos de videogame, protagonizadas por verdadeiros atletas, passam a dominar o cenário desportivo, de modo que nasce o impasse acerca do enquadramento da prática competitiva do videogame como esporte. Ademais, esses esportes eletrônicos, que até poucos anos atrás eram vistos como uma atividade de entretenimento, começam a ser visto como uma possibilidade de profissão e, como consequência, reforçam a necessidade de se estudar esse recente fenômeno, que é cheio de ambiguidades, merecendo destaque a resistência de se classificar a atividade como modalidade esportiva, bem como de definir o enquadramento jurídico de seus jogadores.

Sendo assim, por meio de revisão bibliográfica e jurisprudencial, o presente trabalho tem como objetivo apresentar essa nova atividade e a realidade fática vivida por seus praticantes, os *cyberatletas*, analisando como as normas e projetos de leis existentes podem diminuir as lacunas e ambiguidades que afetam a modalidade.

Inicialmente, serão analisados os ramos do direito que afetam diretamente a atividade, quais sejam, o Direito do Trabalho e o Direito Desportivo. No que se refere ao Direito do Trabalho, descreve-se brevemente sua evolução histórica, em seguida, apresenta-se as características das relações jurídicas de trabalho. Relativamente ao Direito Desportivo, limita-se a compreender seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as classificações de desporto. Na sequência, são apresentadas as características atribuídas ao desporto de rendimento, com ênfase nos atletas profissionais, por meio da análise da Lei Geral de Desporto, conhecida como Lei Pelé.



Posteriormente, passa-se ao estudo dos esportes eletrônicos, expondo o conceito da modalidade e sua relevância no contexto econômico. Nesse capítulo, discute-se a possibilidade de a modalidade ser conhecida como esporte e apresenta-se o panorama atual dos *cyberatletas*, descrevendo a realidade vivida por eles em seu dia a dia e os modelos de contratos que se submetem.

Por fim, discute-se a necessidade da criação de uma legislação específica para a nova modalidade descrita, questionando se as leis existentes não seriam suficientes para resguardar a proteção dos *cyberatletas*.

Ao final, espera-se concluir que a prática do *e-Sports* tem grande similaridade com a prática do esporte profissional, principalmente, com o futebol. Logo, pretende-se demonstrar que o Direito do Trabalho e o Direito Desportivo, através da legislação atualmente em vigor, seriam suficientes para garantir a proteção desses *cyberatletas*, sendo suficiente que os esportes eletrônicos sejam recepcionados pela Lei Pelé, sendo reconhecidos como modalidade desportiva.

## **1 O DIREITO DO TRABALHO E AS RELAÇÕES JURÍDICAS TRABALHISTAS**

As mudanças tecnológicas e organizacionais alteram constantemente a sociedade, fazendo surgir novas profissões e ao mesmo tempo levando ao desaparecimento de outras, devendo o ramo jurídico se adequar reiteradamente para manter o equilíbrio da relação jurídica existente nos diversos tipos de emprego, que aos poucos deixa de ser hegemônica (SILVA, 2005).

No Brasil, o Direito do Trabalho, um dos mais importantes direitos sociais, é reflexo da luta dos trabalhadores pelo reconhecimento da dignidade do trabalho. Apesar de os movimentos pela proteção dos direitos trabalhistas serem antigos, sua normatização é bastante recente.





Somente em 1930, mudou-se a forma de encarar a questão social trabalhista e deu-se início a fase de consolidação de suas leis. Em 1934, sob forte influência europeia, os direitos sociais trabalhistas foram previstos pela primeira vez em uma constituição (MENDES; BRANCO, 2018). Contudo, apenas em 1943, foi aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), estatuto básico legal do trabalhador brasileiro, revelando-se, no entanto, verdadeira codificação do direito do trabalho, por conter diversos dispositivos originais, e não uma simples compilação do direito preexistente (MARTINS FILHO, 2018).

Por sua vez, a Constituição Federal, promulgada em 1988 e atualmente em vigor, consagrou os direitos trabalhistas como direitos fundamentais e como direito humano, rompendo a tradição de se destinar um título específico à ordem econômica e social. Assim, adotou o rol mais amplo de direitos sociais visto na história brasileira, incluindo os direitos trabalhistas em capítulo próprio, o dos “Direitos Sociais”. Ademais, regula-se as bases da relação contratual e fixa-se o estatuto básico do vínculo empregatício (MENDES; BRANCO, 2018).

Com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, amplia-se a competência da Justiça do Trabalho, anteriormente restrita às controvérsias decorrentes da relação empregatícia, em que se destaca a figura do sujeito ativo próprio (empregado), e lhe atribui a competência material para julgar as controvérsias oriundas do trabalho. Esta justiça especializada passa, dessa forma, a ser responsável pelos conflitos decorrentes das relações de trabalho, ou seja, “todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano” (DELGADO, 2019, p. 333).

Assim, surge e se consolida o Direito do Trabalho no Brasil, com funções política, conservadora, civilizatória e democrática, bem como com a função de proporcionar, do ponto de vista socioeconômico, a melhoria das condições de



pactuação da força de trabalho e a manutenção de seu caráter modernizante e progressista (DELGADO, 2019).

Diferentemente do Direito Civil, que tem como paradigma o equilíbrio contratual na maioria de suas relações, este ramo especializado parte do pressuposto de que há uma desigualdade entre as partes envolvidas em uma relação laboral. Desse modo, estende uma rede de proteção aos empregados, assegurando a dignidade do trabalhador, através de direitos mínimos indisponíveis (CARVALHO, 2019), os quais os trabalhadores não alcançariam por sua própria força e/ou habilidades isoladas (DELGADO, 2019).

Percebe-se, portanto, que este ramo do direito tem profunda relevância para o presente estudo, justamente por ser o responsável em atenuar as distorções sociais inerentes às sociedades capitalistas. Assim, garante ao trabalhador a fruição de seus direitos legalmente previstos (LOBO, 2013), inclusive no tocante às diversas atividades laborais que têm surgido com a evolução tecnológica, tais como os motoristas e entregadores de aplicativos, os *cyberatletas*, entre outros.

Destarte, o Direito do Trabalho pode ser definido como:

[...] complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas. (DELGADO, 2019, p. 49)

Com efeito, há uma distinção entre relação de trabalho e relação de emprego. A relação de trabalho, ao envolver toda modalidade de contratação de trabalho humano, seria o gênero, compreendendo todas as formas de labor existentes no mundo jurídico atual, entre elas a relação de emprego, a relação de trabalho eventual, a relação de trabalho autônomo, o trabalho avulso, etc. (DELGADO, 2019; MARTINS, 2017).



Para que se configure uma relação de emprego, faz-se necessária a presença de elementos fático-jurídicos (subordinação, não eventualidade, onerosidade, personalidade e pessoa física). Portanto, as demais relações trabalhistas se diferenciam da relação empregatícia, justamente, em vista da falta de um ou alguns desses elementos.

Para Delgado (2019), cabe ao intérprete e aplicador do Direito reconhecer os elementos e situar o trabalhador ao seu gênero conceitual. Embora tangenciem a figura jurídica do empregado, todos os demais trabalhadores, inquestionavelmente, se distinguem por terem regras, institutos e princípios jurídicos diferenciados regendo sua situação concreta.

É o que acontece, por exemplo, com o trabalhador autônomo, que exerce, por conta própria, sua atividade econômica, com ou sem fins lucrativos, ou seja, ausente a subordinação jurídica.

Por outro lado, na relação de emprego estão dispostos todos os elementos fático- jurídicos, previstos nos arts. 2º e 3º da CLT<sup>2</sup>: a prestação do trabalho por pessoa física e com personalidade, de forma não eventual, realizada sob subordinação e com onerosidade ao tomador de serviços (DELGADO, 2019).

O primeiro requisito evidencia a necessidade de a figura do trabalhador ser uma pessoa natural, objeção esta que não se aplica à figurado empregador (CAIRO JUNIOR, 2019). Nesse sentido, não há se falar em contrato de trabalho com pessoa jurídica, até mesmo porque os bens jurídicos tutelados pelo direito trabalhista importam à pessoa física (MARTINS, 2017; DELGADO, 2019).

---

<sup>2</sup> Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

[...]

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. (BRASIL, 1943)



Cumprido ressaltar, que em decorrência do princípio da primazia da realidade, poderá ser reconhecido o vínculo empregatício com pessoa jurídica, se restar demonstrado que a forma jurídica adotada tinha como finalidade dissimular a prestação pessoal do trabalhador (GAIA, 2019).

Em relação ao requisito da pessoalidade, este é vinculado à pessoa física. Nele ressalta a característica do *intuitu personae* em relação ao trabalhador. O empregado não pode se fazer substituir por outra pessoa ao longo da concretização dos serviços pactuados, sob pena de se formar o vínculo com a substituta (MARTINS, 2017; DELGADO, 2019).

No que se refere a não-eventualidade ou continuidade, este requisito traduz a ideia de permanência indefinida do vínculo de emprego. No contrato de trabalho, há “um trato sucessivo na relação entre as partes, que perdura no tempo” (MARTINS, 2017, p. 175). Sendo assim, a eventualidade será descaracterizada quando, ainda que descontínua, for realizada de modo permanente. Este quadro fica bem claro com o contrato de trabalho intermitente, instituído através da Lei nº 13.467/2017, que, sem dúvida, trata-se de um labor não eventual.

Quanto à onerosidade, pode-se dizer que o contrato de trabalho envolve um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações, economicamente mensuráveis. Assim, a onerosidade consubstancia-se no pagamento, realizado pelo empregador ao empregado, de parcelas decorrentes do contrato empregatício (DELGADO, 2019). Se não há remuneração, como nos casos do trabalho voluntário, inexistente o vínculo empregatício (MARTINS, 2017).

Gaia (2019) defende, ainda, ser preciso a negociação do *quantum* remuneratório pelos sujeitos da relação de trabalho, podendo essa tratativa ser prévia ou concomitante à realização do trabalho, mas deve haver uma promessa de pagamento, um *animus contrahendi* (intenção de contratar).



Por fim, tem-se a subordinação, elemento principal de diferenciação da relação de emprego com as demais relações de trabalho. Para Delgado (2019, p. 349), a subordinação consiste na “situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços”.

Observa-se, então, que não será a pessoa do empregado que se subordinará ao empregador e, sim, a forma pelo qual o trabalho será realizado. Conseqüentemente, o empregado priva-se de sua liberdade de execução dos serviços e transfere ao empregador a propriedade do seu resultado (CAIRO JUNIOR, 2019).

Tratam-se, dessa forma, de elementos essenciais e concorrentes para a configuração do vínculo empregatício. Sendo assim, “a ausência de qualquer deles basta para a desfiguração do empregado” (PINTO, 2000, p. 129).

Constata-se, em vista disso, a importância da identificação e da compreensão dos elementos fático-jurídicos que compõe a relação de emprego, pois são essenciais para que o Direito autorize a produção de plenos efeitos e regule sua aplicação às diversas categorias profissionais no ordenamento jurídico brasileiro.

Cumprido destacar que é cada vez mais comum o surgimento de categorias profissionais diferenciadas, com maneiras, local e características próprias de trabalho, que não se encontram totalmente amparadas pela CLT, demandando a criação de regulamentos próprios, conforme previsto no § 3º do artigo 511 da CLT (BRASIL, 1943).

Pode-se concluir, assim, que o Direito do Trabalho assume o papel primordial na promoção da justiça social. E, como em todos os outros ramos do direito, tem tido que se adaptar aos novos meios tecnológicos e econômicos, os quais criam a cada dia novos tipos de serviços, novas inovações, e, também, novas reestruturações nas relações de trabalho (RAMOS, 2019).



Dentre essas categorias, encontram-se os atletas profissionais, categoria que demandou, não apenas a criação de uma legislação própria, como também, contribuiu para o surgimento de um novo ramo jurídico, o Direito Desportivo, o qual será estudado no tópico seguinte.

## **2 O DIREITO DESPORTIVO E SUA CLASSIFICAÇÃO**

Quando se fala em desporto, associa-se erroneamente este conceito à prática de atividade física e, na maioria dos casos, especificamente ao futebol. No entanto, o desporto sempre esteve presente no cotidiano dos brasileiros, não só pelo futebol, como também, pelo voleibol, atletismo, desporto educacional ou desporto de participação, podendo ser definido como “prática organizada do esporte, o esporte federado, o esporte regulamentado e organizado por federações, geralmente visando a competição” (BELMONTE, 2013, p. 33).

Apesar da popularidade e do alcance socioeconômico-cultural do desporto, que é objeto do Direito Desportivo, este conceituado como “conjunto de normas e princípios reguladores da organização e prática do desporto” (BELMONTE, 2013, p. 34), as discussões acerca da Justiça Desportiva tiveram início apenas em 1941, mesmo período da criação da Justiça do Trabalho.

Sua institucionalização no Brasil foi marcada por um forte intervencionismo estatal, conforme se verifica no Decreto nº 3.199/1941, primeira lei orgânica do desporto nacional. Por meio desse ato, estabeleceram-se as bases organizacionais do desporto, criaram-se os Conselhos Nacional e Regionais de Desporto e atribuiu-se a competência privativa à União para legislar sobre o tema, dentre outras medidas que apenas evidenciaram o objetivo político do Estado de vigiar as associações e garantir a segurança nacional (VEIGA, 2016).

Cumprе ressaltar que o intervencionismo do Estado não atingiu a todo o desporto que, via de regra, esteve associado ao desporto de rendimento, o qual é



regido pela *lex sportiva* e pelo princípio da autonomia das entidades e liberdade de associação (GARCIA, 2017).

Em que pese a discussão acerca da intervenção do Estado, certo é que em 1975, durante o segundo período da história da legislação desportiva, que vai de 1946 a 1988, criou-se a Lei nº 6.251/1975, que marcou os primeiros traços de autonomia desportiva. Mas, somente no terceiro período, o direito desportivo passa a prevalecer na iniciativa privada (BASTOS, 2018).

Esse terceiro momento da história do Direito Desportivo tem início com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual confere maior liberdade de atuação a este ramo jurídico e eleva o desporto ao patamar constitucional ao reconhecê-lo como direito fundamental de terceira geração, conforme se verifica abaixo.

### Seção III

#### DO DESPORTO

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

- a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;
- a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;
- o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional; IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social. (BRASIL, 1988)



Nesse momento, publica-se, também, a Lei nº 8.672/1993, conhecida como Lei Zico, que extingue o Tribunal Superior de Justiça Desportiva e atribui aos clubes a faculdade de se tornarem empresas (BASTOS, 2018).

Em 24 de março de 1998, surge a Lei Geral do Desporto (Lei nº 9.615), popularmente conhecida como Lei Pelé, atualmente em vigor e mais importante marco regulatório da prática do desporto, responsável por marcantes mudanças no cenário desportivo como: a obrigatoriedade dos clubes serem clubes-empresas, o enquadramento do torcedor como consumidor e a criação de ligas pelas entidades de prática do desporto sem intervenção da administração estatal (BELMONTE, 2013).

Com o passar dos anos, essa norma sofreu diversas alterações, sendo a última realizada em 2018. Dentre elas, destaca-se as significativas modificações realizadas em 2011, as quais atribuiu ao Ministério do Esporte a aplicação dos recursos, conforme disposto no Plano Nacional do Desporto; instituiu a responsabilidade solidária e ilimitada dos administrados de entidades desportivas profissionais; limitou as normas contratuais com o intuito de proteger cláusulas abusivas e garantir a proteção do atleta. (BELMONTE, 2013).

Logo, a Lei Pelé é a responsável por legislar a *lex sportiva* naquilo que for incompatível com a CLT. Ela também é responsável por definir melhor os conceitos, princípios e delimitações do desporto, além de regulamentar as normas do atleta profissional.

Quanto a sua classificação, o desporto pode ser assim reconhecido, conforme se verifica no Capítulo III da Lei nº 9.615/1998:

### CAPÍTULO III

#### DA NATUREZA E DAS FINALIDADES DO DESPORTO

Art. 3º O desporto pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações:

- desporto educacional, praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade,





a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer;

- desporto de participação, de modo voluntário, compreendendo as modalidades desportivas praticadas com a finalidade de contribuir para a integração dos praticantes na plenitude da vida social, na promoção da saúde e educação e na preservação do meio ambiente;

- desporto de rendimento, praticado segundo normas gerais desta Lei e regras de prática desportiva, nacionais e internacionais, com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades do País e estas com as de outras nações.

- desporto de formação, caracterizado pelo fomento e aquisição inicial dos conhecimentos desportivos que garantam competência técnica na intervenção desportiva, com o objetivo de promover o aperfeiçoamento qualitativo e quantitativo da prática desportiva em termos recreativos, competitivos ou de alta competição.

§ 1º O desporto de rendimento pode ser organizado e praticado:

- de modo profissional, caracterizado pela remuneração pactuada em contrato formal de trabalho entre o atleta e a entidade de prática desportiva;

- de modo não-profissional, identificado pela liberdade de prática e pela inexistência de contrato de trabalho, sendo permitido o recebimento de incentivos materiais e de patrocínio. (BRASIL, 1998)

Para Belmonte (2013), essa classificação reflete os princípios que norteiam o desporto, sendo assim: a) no desporto educacional, evidencia-se a formação e desenvolvimento integral do indivíduo como ser autônomo, para o exercício da cidadania e do lazer; b) quanto ao desporto de participação, destaca-se o desenvolvimento físico e moral dos participantes, como forma de estimular a vida social, o exercício da cidadania e o incremento da qualidade de vida, além de integrar o homem ao meio ambiente; c) no desporto de rendimento, por sua vez, ressalta-se o papel do desporto como meio privilegiado de aproximação, de conhecimento mútuo, de fomento de amizade e criação de laços entre os participantes e as nações.



Para Miziara (2018), a subdivisão do desporto de rendimento pode ser caracterizada pelo fato de o desporto de rendimento profissional, ser praticado de modo organizado, e o não profissional, por haver liberdade de prática, inexistência de contrato de trabalho, recebimento de incentivos materiais e patrocínio.

Ou seja, o desporto não profissional se caracteriza pela inexistência de vínculo empregatício, portanto, pela “liberdade de prática e inexistência de contrato de trabalho com permissão de recebimento de incentivos materiais e patrocínio” (BRASIL, 1998). Por sua vez, o desporto profissional é definido como a “prática do desporto mediante contraprestação e contrato formal de trabalho entre o atleta e a entidade desportiva” (BELMONTE, 2013, p. 38).

Bastos (2018) aduz que se o desporto profissional fosse conceituado com base apenas no senso comum, seria definido como uma atividade recreativa praticada por determinados indivíduos em troca de remuneração. Observa-se, contudo, que esta prática desportiva, quando profissional, deixa de ser uma atividade de deleite e passa a ter uma natureza trabalhista. Destarte, o trabalho desportivo profissional pode, então, ser definido como “uma

espécie de trabalho com suporte constitucional, uma autêntica modalidade de trabalho” (RAMOS, 2013, p. 105).

Outro elemento que reforça a natureza trabalhista dessa modalidade, consiste no fato de a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) do antigo Ministério do Trabalho e Emprego, reconhecer o jogador de futsal, típico exemplo de desporto de rendimento profissional, como atleta profissional (MIZIARA, 2018).

Desse modo, tendo em vista que nem todas as categorias de desporto são de interesse trabalhista e considerando o objetivo do presente trabalho, será analisado apenas o desporto de rendimento.



### 3 O DESPORTO DE RENDIMENTO E SUA REGULAMENTAÇÃO

Apesar da popularização do desporto de rendimento no âmbito nacional, ainda hoje se verifica a valorização do futebol e a desconsideração das demais modalidades. É que se pode observar na obra de Bastos (2018), o qual dispõe que a legislação pátria, de modo geral, determina que o desporto de rendimento como um todo seja não profissional, pois o desporto profissional seria uma ressalva alusiva apenas ao futebol.

No entanto, quando se analisa a legislação, de modo especial o art. 3º da Lei 9.615/1998, constata-se que não há restrição a uma modalidade para a prática profissional.

Pelo contrário, o art. 26 da Lei Pelé prevê que qualquer modalidade esportiva poderá ser profissional, desde que observados os requisitos legais de ser disputada por atletas profissionais e ter propósito financeiro:

Art. 26. Atletas e entidades de prática desportiva são livres para organizar a atividade profissional, qualquer que seja sua modalidade, respeitados os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se competição profissional para os efeitos desta Lei aquela promovida para obter renda e disputada por atletas profissionais cuja remuneração decorra de contrato de trabalho desportivo. (BRASIL, 1998)

À vista disso, pode-se conceituar o atleta profissional como “pessoa física que pratica modalidade de desporto profissional por meio de entidade de prática desportiva, a quem fica subordinado e por quem é remunerado mediante contrato formal de trabalho” (BELMONTE, 2013, p. 39).

Nos demais casos de prática de desporto de rendimento, ou seja, desporto não profissional, haveria apenas um termo de ajuste com previsão de incentivos materiais, de patrocínio ou alguma outra obrigação recíproca, diversa da trabalhista, portanto, um contrato com natureza cível. Trata-se, pois, de uma relação identificada



pela ausência de vínculo empregatício, mas que permite uma maior liberdade de prática e um menor compromisso com o clube (DALLEGRAVE NETO, 2013).

A formalização da relação jurídica do atleta profissional, por meio de um contrato de trabalho é fundamental para a caracterização de uma efetiva relação de emprego, sendo imprescindível a pactuação de uma determinada remuneração (BASTOS, 2018). Conclui-se, portanto, que apenas o atleta profissional pode ser considerado empregado (MIGUEL, 2013), em razão da imprescindibilidade da celebração do contrato de trabalho remunerado, independente da modalidade esportiva.

É o que se observa no art. 94 da Lei Pelé:

Art. 94: No Brasil, a exigência de contrato especial de trabalho desportivo é condição intransponível, exclusivamente, para os atletas e entidades da modalidade futebol, as demais são facultativas. (BRASIL, 1998)

Em que pese a diferenciação existente entre o desporto de rendimento profissional e não profissional, cabe aqui enfatizar que compete à Justiça do Trabalho julgar os conflitos decorrentes da natureza material e moral do contrato de trabalho do atleta, que tem a Lei Pelé como paradigma e a legislação trabalhista como norma subsidiária. Por conseguinte, as demandas dos atletas não profissionais em formação e dos atletas autônomos, ainda que não se configure uma relação empregatícia, igualmente serão julgados pela Justiça do Trabalho (BELMONTE, 2013).

Depreende-se, portanto, que no desporto de rendimento, em especial aos atletas profissionais, há uma junção do direito desportivo e do direito do trabalho e, por ter essa natureza especial, aplica-se as normas do Direito do Trabalho, naquilo que não colida com as normas especiais dispostas na Lei Pelé. É o que estabelece o parágrafo 4º do art. 28 da Lei 9.615/1998 (destacou-se):



Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente:

[...]

§ 4º **Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da Seguridade Social**, ressalvadas as peculiaridades constantes desta Lei, especialmente as seguintes:

[...] (BRASIL, 1998)

No entanto, a Lei nº 9.615/1998 apresenta exigências que diferencia os contratos de trabalho desportivos dos demais contratos empregatícios.

O contrato de trabalho desportivo pode ser caracterizado como pacto especial, formal, solene e por prazo determinado, firmado entre o atleta, ora empregado, e a entidade de prática desportiva, ora empregador, com claro caráter de subordinação, mediante remuneração e de maneira não eventual (BELMONTE, 2013; ZAINAGHI, 2004).

Com efeito, esses contratos têm natureza formal, por, necessariamente, observarem a forma escrita, devendo especificar os nomes das partes contratantes, bem como o modo e a forma de remuneração. É preciso, também, ser considerada a exigência de registrar o contrato na entidade de administração do desporto, que tem natureza acessória ao respectivo vínculo empregatício (BRASIL, 1998).

Há, ainda, a obrigatoriedade de constar cláusula indenizatória e cláusula compensatória, bem como estabelecer prazo determinado, nunca inferior a três meses e nem superior a cinco anos (BRASIL, 1998).

Gehling (2016) ressalta a obrigatoriedade de o empregador ser pessoa jurídica e justifica a sujeição a um termo estabilizador (cláusulas indenizatória e compensatória), como uma forma de o vínculo de emprego ser considerado, enquanto vigente, como um ativo patrimonial da entidade empregadora.



Percebe-se, desta forma, que a relação jurídica do atleta profissional possui especificidades que certamente alargam a distância entre a relação de trabalho desportivo e a relação de emprego comum. Isso em razão de desporto profissional ter a peculiaridade da competitividade desportiva, a qual substitui a concorrência econômica entre as empresas e dá lugar a incerteza de resultados; da alteridade não voltada ao lucro; da simbiose de interesse entre atleta-clubes (GEHLING, 2016).

Em contrapartida, ainda que se tratando de regras diferenciadas do grupo de desportistas profissionais, verifica-se a preocupação da Lei Pelé em proteger os atletas, parte mais fraca da relação, assemelhando-se ao Direito do Trabalho quando tutela os direitos dos trabalhadores.

A Lei Pelé prevê praticamente os mesmos elementos fáticos-jurídicos previstos no art. 3º da CLT (pessoalidade, onerosidade, não eventualidade, subordinação), além de deixar claro que se trata de um contrato de trabalho, especificamente de uma relação de emprego (ALMEIDA, 2018).

Ademais, nos contratos desportivos profissionais, a subordinação é mais marcante ainda do que em outras relações empregatícias. Isso porque recai sobre o objeto do contrato questões subjetivas, com o fim de incrementar ou manter o rendimento para a equipe, havendo, inclusive, uma gerência do empregador sobre a pessoa do atleta, ao controlar a alimentação, o consumo de bebidas alcoólicas, a imagem do empregado, sua vida sexual, entre outros exemplos (MIGUEL, 2013).

É o que se observa da análise dos deveres previstos ao atleta profissional no art. 35 da Lei Pelé<sup>3</sup>. O empregado deve dedicar-se integralmente a jogos, treinos,

---

<sup>3</sup> Art. 35. São deveres do atleta profissional, em especial:

- participar dos jogos, treinos, estágios e outras sessões preparatórias de competições com a aplicação e dedicação correspondentes às suas condições psicofísicas e técnicas
- preservar as condições físicas que lhes permitam participar das competições desportivas, submetendo-se aos exames médicos e tratamentos clínicos necessários à prática desportiva;
- exercer a atividade desportiva profissional de acordo com as regras da respectiva modalidade desportiva e as normas que regem a disciplina e a ética desportivas. (BRASIL, 1998)



estágios e outras sessões preparatórias, se submetendo às diretrizes do clube, dentro e fora dos campos (DALLEGRAVE NETO, 2013).

O art. 28 da Lei Pelé dispõe ainda sobre direitos relativos a jornada de trabalho e férias, quais sejam: o prazo máximo de concentração, até três dias consecutivos por semana; direito a repouso semanal remunerado de 24 horas ininterruptas, referente ao dia subsequente à participação do atleta em competições ou equivalente, quando realizada no final de semana; 30 dias de férias anuais remuneradas, acrescidas do abono de férias, coincidentes com o recesso das atividades desportivas; jornada de trabalho desportiva normal de 44 horas semanais.

Além dos requisitos acima expostos, os contratos desportivos possuem elementos extrínsecos - a capacidade, a legitimidade e idoneidade do objeto - e elementos intrínsecos - o consentimento e causa -, comuns a todos os negócios jurídicos (GEHLING, 2016).

Pode-se inferir, portanto, que na teoria há uma rígida definição legal da prática desportiva. Entretanto, não é o que se verifica na realidade, o que acaba por gerar um quadro caótico na jurisprudência e absoluta insegurança jurídica.

O que se observa é o recorrente desrespeito dos elementos constitutivos essenciais que caracterizam o contrato do tipo formal e solene, previstos no art. 28 da Lei Pelé (BRASIL, 1998), e um crescente número de decisões que reconhecem contrato de trabalho desportivo, configurados pela presença dos requisitos genéricos dos arts. 2º e 3º da CLT (GEHLING, 2016).

Ramos (2013) aduz que o Brasil vive uma confusa regulação legislativa da relação laboral desportiva, na medida em que falta um enquadramento legal específico, uma vez que o trabalho desportivo é regido por uma lei (Lei Pelé), que conviveu durante treze anos com uma legislação atualmente revogada (Lei nº 6.354/1976 - Lei do Passe), e ao mesmo tempo é retalhada pelas constantes modificações.



Já Bastos (2018) evidencia a necessidade de se promover a adequação da lei às especificidades desta categoria diferenciada, com o fim de eliminar os entraves e fomentar o desenvolvimento das atividades relacionadas.

Não bastassem os impasses vividos por essa categoria profissional, insere-se na discussão o surgimento dos esportes eletrônicos, que luta por seu reconhecimento como uma modalidade esportiva. Essa nova modalidade, indiscutivelmente presente no cotidiano, inserindo-se nas programações esportivas de televisão e conquistando cada vez mais adeptos, apresenta grande similaridade com os atletas profissionais, conforme será demonstrado a seguir.

#### **4 OS ESPORTES ELETRÔNICOS (*E-SPORTS*)**

Em torno dessa estreita relação entre o Direito do Trabalho e do Direito Desportivo, encontra-se o *e-Sports*, considerado nova modalidade esportiva em muitos países (ALVES, 2018; GOIS, 2017).

Ainda não há um consenso quanto ao conceito desta nova atividade. Para alguns, é conceituado como uma prática competitiva, por meio de videogames, disputado tipicamente por profissionais (COUTINHO FILHO; JUANG, 2018; SANTANA, 2017), de forma organizada e com premiação aos vencedores (MIGUEL, 2018).

Ferreira e Costa (2019, p. 260), por sua vez, chegaram à conclusão de que seria a prática de “atividade física e intelectual, de forma organizada e competitiva, que segue normas internas e externas, que objetiva a integração de relações sociais, e tem como característica principal o ambiente virtual como plataforma da prática desportiva”.

Já Alves (2018, p. 21) define a modalidade como “disputa ou competição de um jogo de videogame que pode ser realizado individualmente ou em equipes, no ambiente online e/ou presencialmente, de acordo com as normas da competição”.





Certo é que o *e-Sports* não se refere apenas ao *cyberatleta* e sua equipe, mas também aos organizadores, aos desenvolvedores e aos editores (*publishers*) que compõem a estrutura desta atividade, cada um com o seu respectivo papel.

Veja-se. Os *cyberatletas* são jogadores contratados por clubes ou equipes para jogarem profissionalmente em troca de uma remuneração (GOIS, 2017).

Os desenvolvedores e editores são os proprietários dos jogos, detentores da propriedade intelectual e industrial, ou seja, são aqueles que possuem o direito de explorar economicamente as obras autorais. Sendo assim, incumbe a eles a criação e desenvolvimento dos jogos (criação de personagens, contexto, regras e estratégias de jogo), podendo, inclusive, organizar competições e eventos ou autorizar sua realização.

Os organizadores, por sua vez, têm papel fundamental neste cenário, pois são os responsáveis por organizarem e promoverem os campeonatos, imprimindo o contorno desportivo à atividade.

Pois bem, essas competições tiveram início na Universidade de Stanford, em 1972, com um torneio de videogame que contou com vinte e quatro participantes e o vencedor foi premiado com uma assinatura da revista *Rolling Stone* (COUTINHO FILHO; JUANG, 2018).

Esse pequeno e simples evento, marcou o início de um segmento extremamente rentável, que teve a previsão de movimentar cerca de 1 bilhão de dólares em 2018 (COUTINHO FILHO; JUANG, 2018). No que se refere à geração de receitas no *e-Sports*, teve um aumento de 81,5% de 2017/2018 na comercialização dos direitos de transmissão e de 57,7% no aumento de patrocínios, devendo as receitas totais atingirem um total de US\$ 1,5 bilhões de dólares até 2020 (ALVES, 2018).



As premiações têm acompanhado esta evolução, atingido o montante total de US\$ 95 milhões de dólares em 2016. No ano seguinte, em 2017, o campeonato de um dos jogos, o “Dota 2”, distribuiu prêmios no montante de US\$ 25 milhões de dólares, sendo de US\$ 10 milhões de dólares a gratificação para o primeiro colocado (ALVES, 2018).

Apenas à título de comparação com o esporte mais popular brasileiro, o campeão da Taça Libertadores da América, principal competição de futebol da América do Sul, recebeu cerca de R\$ 25 milhões de reais em 2017 (HERNAN; CASSUCCI; ZARKO, 2017), o que demonstra a importância e relevância que o mercado dos esportes eletrônicos tem nos dias atuais.

Esse alto rendimento financeiro é justificado pelo elevado número de espectadores. Em termos de audiência, Foggiatto (2017) cita uma pesquisa realizada pela Newzoo, consultora de mercado de games, em que concluiu que havia, em 2015, 148 milhões de espectadores de esportes eletrônicos no mundo, estando o Brasil em terceiro lugar, com 11,5 milhões, atrás apenas dos Estados Unidos e da China. Em recente notícia divulgada pela aludida consultora, a expectativa é de que os espectadores dos *e-Sports* totalizem 453,8 milhões em 2019 e atinja 645 milhões em 2022 (PANNEKEET, 2019).

Percebe-se, assim, a crescente popularização e relevância desta atividade no cenário econômico, pois tem movimentado quantias cada vez maiores, despertando o interesse de diversas pessoas e setores econômicos, reflexo da globalização e da evolução tecnológica, que tem como base a informação e a comunicação (WAGNER, 2006).

Assim como em outras relações jurídicas que surgiram em consequência da informatização, como o teletrabalho, os motoristas por aplicativos e os co-workings, o *e-Sports* cria novo formato de trabalho. Essas relações entre os *cyberatletas* e suas equipes, patrocinadores, organizadores de competições têm se adaptado ao



cenário legal existente, contudo, surge a necessidade de se estudar este fenômeno, conhecer a realidade vivida pelos atores da modalidade, bem como as características da atividade.

#### 4.1 O panorama atual do *e-Sports*

Para caracterizar a relação existente entre os *cyberatletas* e suas equipes, é imprescindível conhecer o panorama em que se encontram, atendo-se às peculiaridades da atividade. Por esta razão, faz-se necessário trazer à baila a diferença existente entre as modalidades do esporte eletrônico, individual e coletiva, as quais podem resultar em distintos enquadramentos jurídicos.

Na modalidade individual, constata-se, em geral, a liberdade na prática de determinado jogo. Não há vínculo com uma equipe, não há subordinação do atleta e tampouco há celebração de contrato especial de trabalho. Nesses casos, o *cyberatleta* é caracterizado como um atleta autônomo ou atleta de rendimento não profissional (MIGUEL, 2018; FERREIRA; COSTA, 2019).

Esses atletas de esportes eletrônicos formalizam suas relações jurídicas, por meio de contratos de patrocínio ou de prestação de serviço, portanto, contratos de natureza cível (FOGGIATTO, 2017).

No jogo em equipe, por sua vez, caracteriza-se por haver um conjunto ordenado de jogadores, exercendo diferentes funções no jogo. Na modalidade coletiva, é imperativo o entrosamento entre os atletas e, por essa razão, é comum que vivam em um centro de treinamento, conhecidos como *gaming houses*, mantido pela entidade administradora da equipe (FERREIRA; COSTA, 2019).

Teixeira (2016) define as *gaming houses* como:

As *gaming houses* são basicamente casas - ou complexo de apartamentos - que se transformam em aparelhos com agenda de treinos profissionais combinada com moradia. Elas chegam a comportar fixamente até oito atletas profissionais - em



absoluta maioria jogadores de *League of Legends*, atualmente o game mais popular no país e com calendário robusto de competições.

Esses centros de treinamento possibilitam a maximização do tempo e o maior controle da equipe, pois há uma espécie de concentração ininterrupta, onde os *cyberatletas* são acompanhados de treinadores, analistas, psicólogos, cozinheiros e toda a infraestrutura necessária para o time. Aos jogadores são estabelecidos horários para acordar, para ter refeições, treinar, estudarem o jogo e realizar outras atividades (GOIS, 2017; FOGGIATO, 2017; MIGUEL, 2018).

Para obter um alto rendimento nas competições, adotam rotinas tão árduas quanto à de um jogador de futebol profissional, sendo submetidos, em média, a 10 horas diárias de treino, além de períodos de concentrações para os campeonatos (SCHIAVETTO; BRITO, 2018; SANTANA, 2017).

Assim, a existência das *gaming houses* pode ser vista como um problema de grande relevância pela comunidade jurídica. Isso porque a legislação brasileira é vaga quanto ao assunto, não estabelecendo os limites do que pode ser considerado como jornada de trabalho, tempo à disposição. Afinal, os atletas vivem 24 horas por dia, sob constante vigilância, monitoramento e submissão às regras, não há previsão de pagamento adicional, não há regra para os jogadores menores de idade e estrangeiros, ainda não há delimitação de período máximo para essa concentração.

Coelho (2016, p. 5) reforça esse entendimento ao apresentar situações vividas pelas equipes de *e-Sports*:

Permanecer diariamente (segunda a sexta-feira) na infraestrutura fornecida pela organizadora para os treinos e competições, sob pena de descumprimento do contrato e até mesmo da aplicação de punições ou outra sorte de penalidades; b) presença física, pessoal e artística do atleta em eventos e campeonatos; c) cumprimento fiscalizado de horário de almoço e início e término do treino; d) dedicação mínima de 8 (oito) horas por dia; e) presença virtual em outras atividades que determinar a contratante; f) exclusividade; g) cessão de uso



de direito e imagem; h) participação da organização ou do patrocinador nos prêmios obtidos pelo time nos campeonatos que vencerem.

Com efeito, da análise do contexto fático vivido pelos jogadores que vivem em *gaming houses*, constatam-se os cinco requisitos caracterizadores da relação de emprego: pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação.

Os contratos são firmados em nome próprio, não sendo admitida a representação por pessoa jurídica. As habilidades técnicas dos atletas são fatores determinantes da contratação, logo, configura-se a pessoalidade. Os *cyberatletas* permanecem nas *gaming houses* diariamente e têm seus horários rigorosamente controlados, portanto, é uma atividade não eventual. A onerosidade é constatada, por meio da contrapartida contratual de forma mensal e fixa, ou seja, há previsão de pagamento aos jogadores em dinheiro, de valores das premiações e dos patrocínios. Por fim, toda a rotina e modo de trabalhar é definido pela administradora da equipe, cria-se meios de controle e gestão, sendo indiscutível a presença da subordinação (GOIS, 2017; FERREIRA; COSTA, 2019).

No entanto, cumpre destacar que os contratos celebrados nessa modalidade, igualmente aos pactuados pelos atletas individuais, são de natureza eminentemente cível, na modalidade de patrocínio ou prestação de serviço, embora apresentem incontestáveis características de contrato de trabalho.

Além da caracterização da relação de emprego, a pesquisadora Gois (2017), ao analisar os termos do contrato de um *cyberatleta*, afirma que se pode observar a similaridade existente entre os atletas de esportes eletrônicos e atletas profissionais, principalmente, quando se traça um paralelo entre as concentrações dos atletas de futebol e as *gaming houses* (FOGGIATO, 2017).

Nos contratos celebrados, há a presença de cláusulas de rescisão, cláusula penal do contrato profissional, bem como a vinculação do jogador ao time, por meio



de uso de sua imagem, realização de *stream* e propagandas na página pessoal. Quando da análise das obrigações do *cyberatleta* previstas no contrato, identificou-se deveres previstos no artigo 35 da Lei Pelé, como a obrigação de participar de jogos, treinos e outras sessões com aplicação e dedicação, de preservar as condições físicas que lhe permita participar das competições desportivas, submetendo-se a exames médicos e tratamentos necessários; de exercitar a atividade desportiva profissional, conforme as regras e normas que regem a modalidade.

Outras características das atividades dos *cyberatletas* semelhantes a de atletas profissionais são: o prazo determinado dos contratos, os períodos de concentração anteriormente às partidas profissionais, a possibilidade de ter patrocínio pessoal com a contrapartida de cessão de imagem para criação e comercialização de produtos; os direitos econômicos federativos adquiridos por outros times; a eleição do melhor jogador do ano; o desgaste físico e o exaurimento psicológico, havendo relatos de lesões que levaram o atleta a uma aposentadora prematura (GRECO, 2017; LEITE; MESQUITA, 2018).

Sendo assim, no presente cenário, há clara desvirtuação da relação avençada pelos praticantes do *e-Sports*, podendo ser cogitado a declaração da nulidade dessas relações pactuadas, para, enfim, ser reconhecida a natureza jurídica de contratos celetistas. Essa distorção se dá, em regra, como consequência das próprias cláusulas contratuais que preveem obrigações e metas que caracterizam típica relação empregatícia (FERREIRA; COSTA, 2019).

Nesse sentido, é o que dispõe Coelho (2016, p. 3):

Os cyber-atletas têm sido contratados por organizações esportivas ou patrocinadores, na prática, para participarem de times ou equipes competitivas, e a contratação é feita sob a rubrica de “contrato de adesão e outras avenças”, sugerindo, num primeiro momento, a existência de uma singela relação civil de patrocínio. No entanto, também é verdade que o próprio instrumento estipula um rol importante de condições



de trabalho que, por si só, não se traduz na simples nomenclatura do contrato.

Diante de todo o exposto, em que pese a lacuna legislativa acerca do *e-Sports*, pode se concluir que os esportes eletrônicos, na modalidade coletiva, à luz do princípio da primazia da realidade, devem ser reconhecidos como desporto de rendimento profissional, reconhecendo o vínculo de emprego dos atletas profissionais dos esportes eletrônicos, com fulcro nos artigos 2º e 3º da CLT (FOGGIATTO, 2017; GOIS, 2017; SANTANA, 2017; MIGUEL, 2018; FERREIRA; COSTA, 2019).

Ramos (2019), por sua vez, ao analisar os contratos de trabalho desportivo eletrônico, reconhece a necessidade de se reconhecer os contratos firmados como contratos desportivos. Para o autor, devido às características destes contratos, não seria adequado a regência da relação entre os *cyberatletas* e as entidades contratantes pelos dispositivos que regulam os contratos de prestação de serviços (artigos 593 a 609 do Código Civil), por exemplo. O pesquisador defende que, aos acordos firmados pelos *cyberatletas*, incidam as diretrizes legais previstas nos artigos 28 e 28-A da Lei nº 9.615/1998, as quais abrangem tanto a categoria de competição individual ou em equipe, permitindo, também, a contratação de atletas autônomos. Por outro lado, ausentes as solenidades exigidas na Lei Pelé, passariam, então, a configurar típica relação de emprego, sendo regidos pelos artigos 2º e 3º da CLT.

A *Riot Games*, desenvolvedora do jogo *League of Legends*, que, em acordo realizado com a Associação Brasileira de Clubes de E-Sports (ABCDE), já adotou essa medida, ao exigir como requisito de participação no Campeonato Brasileiro de *League of Legends* a formalização dos vínculos empregatícios entre os *cyberatletas* e treinadores com suas equipes, nas bases celetistas e, no que couber, na Lei Pelé (COUTINHO FILHO; JUANG, 2018; LEITE; MESQUITA, 2018).

Embora essa exigência da *Riot Games* não tenha contribuído para que a profissão de atleta de *e-Sports* fosse reconhecida pelo Código Brasileiro de



Ocupações como profissão (LEITE; MESQUITA, 2018), possibilitou a demonstração da possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício entre os atletas e sua equipe, nos moldes da CLT (FERREIRA; COSTA, 2019).

No âmbito judiciário, o cenário não é diferente, na medida em que não se vislumbra um entendimento pacífico quanto ao tema em análise. Pelo contrário, infere-se que o tema não foi enfrentado adequadamente pelo Poder Judiciário, trata-se de matéria nova, que a pouco passou a ser debatida.

Em pesquisa realizada nos Tribunais de Justiça e Tribunais do Trabalho, utilizando-se de palavras-chave como “esporte eletrônico”, “*e-Sports*”, “*games*”, “atletas eletrônicos”, foram encontrados apenas três julgados sobre os cyberatletas, envolvendo demandas de indenização por danos materiais, cobrança por inadimplemento contratual e reconhecimento de vínculo de emprego.

Assim, no processo nº 1004462-71.2015.8.26.0320, referente a pioneira e emblemática lide envolvendo duas tradicionais equipes brasileiras do jogo *League of Legends*, a *Keyd Stars* e a *Kabum E-Sports*, trata-se da indenização por danos materiais em razão de inadimplemento contratual, consubstanciado pela saída do jogador da equipe *Kabum*. O juízo da 1ª Vara Cível de Limeira, em decisão proferida em 11/09/2015, entendeu por bem declarar a incompetência absoluta da justiça comum, determinando que os autos fossem remetidos à Justiça do Trabalho. Na ocasião, registrou que a situação descrita nos autos em análise se assemelhava aos contratos de jogadores de futebol, sendo assim, caberia aquela especializada o julgamento da ação (SÃO PAULO, 2015).

Na esfera trabalhista, por seu turno, através do processo nº ATOrd-0012032-31.2015.5.15.0014, distribuído para a 1ª Vara do Trabalho de Limeira, as partes firmaram acordo durante a audiência de instrução, não sendo analisado o mérito da questão (BRASIL, 2016).





O segundo caso encontrado refere-se à reclamação trabalhista, por meio do processo nº ATSum-1001606-59.2018.5.02.0705 ajuizado em 2018 pelo *cyberatleta* William de Medeiros Anastácio em face da *Pain Gaming* Esportes Eletrônicos Eireli, primeira organização dos esportes eletrônicos a aderir ao formato da *gaming house* (BRASIL, 2019a). Da análise dos autos, constata-se que o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região negou provimento ao recurso ordinário interposto pela *Pain Gaming* para manter a sentença que afastou a validade do contrato de trabalho por prazo determinado, reputando-o como prazo indeterminado, além de reconhecer judicialmente a rescisão indireta da relação laboral, em razão falta grave praticada pela empresa ao reter o pagamento das premiação devidas ao jogador (BRASIL, 2019b).

O terceiro e último caso, teve ampla repercussão na mídia, por se tratar de um famoso *cyberatleta*, conhecido como Carlos “Nappon” Rucker. Trata-se de reclamação trabalhista, também, em face da empresa *Pain Gaming* Esportes Eletrônicos Eireli. Nos autos do processo nº ATOrd-1000904-02.2019.5.02.0084, o reclamante requereu o reconhecimento do vínculo empregatício com a equipe. No caso em apreço, o magistrado da 84ª Vara de Trabalho de São Paulo – SP não teve a oportunidade de analisar o mérito da questão, tendo em vista que as partes firmaram acordo, em audiência realizada em 06/08/2019 (BRASIL, 2019c).

No entanto, cumpre destacar a importância da lide para o presente estudo, pois na avença noticiada determinou que fosse anotado na carteira de trabalho do reclamante o período de trabalho, tendo como função “jogador de esporte eletrônico”.

Apesar disso, diversos são os obstáculos encontrados para se reconhecer o contrato dos *cyberatletas* como um contrato de trabalho, além da ausência de previsão legal, entre eles, cita-se a incidência de um custo maior na manutenção deste profissional, tendo em vista que passariam a ter direitos como: férias, 13º



salário, fundo de garantia, multas, anotação na carteira de trabalho, recolhimentos previdenciários, etc. (GOIS, 2017).

Entretanto, os argumentos apresentados sobre a ausência de norma regulamentadora, aumento dos gastos, ou, ainda, sobre se tratar de atividade lúdica, não são suficientes para afastar a aplicação das leis trabalhistas nos contratos de esportes eletrônicos (FERREIRA; COSTA, 2019).

Torna-se incontroversa a presença dos requisitos necessários para a configuração do vínculo empregatício e das semelhanças com os demais atletas profissionais, o que foi corroborado, até o momento, pelas decisões judiciais apresentadas. Ante o princípio da primazia da realidade e da igualdade, deveriam os *cyberatletas* serem tratados como atletas, pois, apesar de praticantes de modalidade desportiva com características peculiares, possuem rotina de treinos e competições semelhantes.

#### **4.2 O reconhecimento do *e-Sports* como modalidade esportiva**

A descrição do cenário atual possibilita concluir que o enquadramento jurídico da figura do *cyberatleta* permanecerá no campo da incerteza, enquanto não se formalizar sua condição como modalidade esportiva.

Contudo, o enquadramento dos jogos digitais como esporte é, ainda, uma discussão controversa, principalmente, em razão de a referida atividade ser tida pelo senso comum como fruto de desvios sociais (BESOMBES, 2016; HEMPHILL, 2005; JONASSON; THIBORG, 2010 *apud* MACEDO; FALCÃO, 2019).

Certo é que o reconhecimento dos esportes eletrônicos como esporte vem sendo abordado internacionalmente (WAGNER, 2006; PARSHAKOV, ZAVERTIAEVA, 2015; COATES, PARSHAKOV, 2016 *apud* JENSEN, 2017). Em alguns países, como Estados Unidos, Coreia do Sul, Itália e Rússia, o debate está



mais avançado e já se reconhece o *e-Sports* como modalidade esportiva (ALVES, 2018).

No Reino Unido, por exemplo, em 1999, buscou-se o reconhecimento do esporte pelo Conselho Desportivo Inglês (AMÉRICO, 2014). Nos Estados Unidos, o governo americano emite visto de trabalho aos atletas profissionais para participarem de campeonatos ou treinarem no país desde 2013. Na Ásia, o esporte foi incluído como modalidade nos Jogos Asiáticos de 2022, competição equivalente aos Jogos Pan-Americanos (FOGGIATTO, 2017).

Na França, com o intuito de regular os aspectos relativos a organização de competições e, principalmente, os direitos trabalhistas desses atletas, incluiu em seu *Code du Travail*<sup>4</sup> a expressão de *joueur professionnel*<sup>5</sup> (FERREIRA; COSTA, 2019).

No Brasil, ao se analisar o artigo 3º da Lei nº 9.615/1998, que conceitua o desporto de forma genérica e estabelece normas gerais, poderia facilmente identificar os elementos característicos do *e-Sports* e enquadrando-o como prática esportiva. Todavia, até o momento, os esportes eletrônicos não foram formalizados perante o ordenamento jurídico, permanecendo a discussão sobre sua classificação enquanto modalidade esportiva.

Um dos maiores desafios encontrados nesse impasse, refere-se à interferência que a atividade recebe de diversos setores. O próprio conceito de esporte tem forte influência do contexto histórico em que se enquadra. Na sociedade ocidental, por exemplo, é fruto de uma construção social, vigorosamente relacionada ao mercado e aos processos de comercialização e globalização. Por conseguinte, “a legitimidade do *e-Sport* depende do contexto e dos valores culturais e negociações pelas quais se constituem as ações humana e social em dado espaço- tempo” (TAYLOR, 2012 *apud* MACEDO; FALCÃO, 2019, p. 19).

---

<sup>4</sup> Código do Trabalho (tradução livre).

<sup>5</sup> Jogador profissional (tradução livre).



Em meio a essa discussão, o pesquisador Bernardo (2016, p. 43), estabelece que não se pode concluir ser o esporte eletrônico jogo ou esporte, mas sim, uma terceira atividade:

O *e-Sport* pertence também ao universo do jogo. E embora seja construído como videogame, em uma mídia digital com alto poder de imersão, não é apenas isso. O *e-Sport* é carregado pelo universo simbólico e narrativo do esporte, com rituais, profissionalização e a corrupção do universo lúdico. No entanto, também não é apenas esporte. É uma simbiose entre o esporte e o videogame, que cria uma terceira atividade, também com raízes lúdicas, mas que conta com uma série de peculiaridades.

Macedo e Falcão (2019, p. 20) também se mostram imparciais ao defenderem que os esportes eletrônicos se caracterizam “como uma atualização e manifestação da prática esportiva para o contexto e como produto de uma determinada cultura contemporânea midiática e digital”.

Entretanto, para alguns autores é incontestável o reconhecimento do *e-Sports* como esporte (GOIS, 2017; LEITE; MESQUITA, 2018; COUTINHO FILHO; JUANG, 2018; ALVES, 2018; SCHIAVETTO; BRITO, 2018).

Silva e Bastos Segundo (2018), por exemplo, reconhecem os esportes eletrônicos como nova modalidade esportiva por ser evidente a manifestação dos princípios basilares do esporte nos jogos eletrônicos, quais sejam, o princípio da soberania, da autonomia, da democracia, do direito social, da diferenciação e da educação.

Greco (2017) corrobora com o debate ao registrar a presença nos esportes eletrônicos dos pilares caracterizados do esporte, quais sejam: a) atividade física; b) competição; c) regras padronizadas e predefinidas; d) caráter supérfluo.

O próprio Comitê Olímpico Internacional (COI) considera a prática como uma atividade desportiva, tendo em vista o desgaste físico dos atletas em treinos e



campeonatos, sendo comparados, inclusive, com os atletas de modalidades esportivas tradicionais (FERREIRA; COSTA, 2019).

Outros pesquisadores, contudo, alegam que, embora a modalidade contenha elementos do esporte, não compreende sua definição por completo, principalmente, no que se refere ao aspecto físico, em detrimento do mental, o que acaba gerando muita discussão e resistência em se classificar o *e-Sports* como esporte (MEDEIROS, 2018; JENSEN, 2017).

A despeito da prática ser constantemente associada à atividade sedentária, limitada ao exercício cognitivo, Macedo e Falcão (2019) consignam que, não obstante os esportes eletrônicos exijam menos fisicamente dos seus atletas, trata-se de uma prática que privilegia a habilidade motora, principalmente a coordenação de dedos e mão, logo, de igual modo dependem de habilidades físicas.

Albuquerque (2018) é um desses autores que não considera os jogos eletrônicos como esporte e ressalta a discordância de atores do esporte tradicional, que não consideram os esportes eletrônicos como modalidade, mas defende que o *e-Sports* tem ganhado cada vez mais força com crescimento das competições e das premiações e com a entrada de clubes, de celebridades do esporte tradicional e de instituições como a Fórmula 1, a Confederação Brasileira de Futebol, a Associação de Basquetebol, entre outras.

Bezerra (2017), por outro lado, ao fazer uma análise minuciosa da modalidade, conclui que há diversos aspectos que se assemelham às modalidades esportivas, como a competição, o profissionalismo, o treinamento, a possibilidade de carreira, o patrocínio, o espetáculo e a emergência cultural.

Trata-se de uma nova fase do desporto. Após percorrermos os caminhos do esporte antigo, moderno e contemporâneo e passarmos por transformações de conceitos sociais, chegamos à fase do esporte em rede, interligado e de manifestação cibercultural, do esporte tecnológico e não apenas da tecnologia aplicável ao esporte.



Matsumoto, Moon e Rossi (2018) e Foggiatto (2017) afirmam que o *e-Sports* não é considerado legalmente como um esporte no Brasil, mas defendem que há muitas chances disso se concretizar, em razão do aumento de fãs e praticantes dos jogos eletrônicos.

Dessa maneira, explorada a realidade vivida pelos praticantes dos esportes eletrônicos, bem como seu enquadramento enquanto modalidade esportiva, passa-se a análise mais aprofundada da regulação dessas atividades, questionando se realmente há a necessidade de se criar novo regramento ou se a legislação vigente já não seria suficiente para amparar os profissionais envolvidos no *e-Sports*.

## 5 A REGULAMENTAÇÃO DOS *E-SPORTS*

Embora as legislações já existentes sejam aplicáveis à modalidade, para Leite e Mesquita (2018, p. 7), “o atleta dos *e-Sports*, atualmente, encontra-se num vácuo legislativo, onde seus direitos e suas responsabilidades não são atribuídos de forma clara e negligenciam as peculiaridades da sua modalidade”.

Essa ausência de regularização gera muita insegurança jurídica, pois, além de envolver vultuosas quantias de dinheiro, a atividade mantém o estigma de jogo de computador, como atividade de lazer, sem ser tratado com a seriedade devida, o que nos leva à segunda controvérsia, qual seja, a proteção aos atletas eletrônicos.

É fato que os *cyberatletas* encontram-se vulneráveis ante às peculiaridades da atividade que desenvolvem, principalmente, no que se referem à alta carga treinamentos, prejudiciais ao corpo humano, e às excessivas regras a que são subordinados, quando estão nas *gaming houses*. Além disso, deixam de usufruir direitos de desportistas, por exemplo, passaportes e enquadramento em bolsas atleta e demais adicionais (LEITE; MESQUITA, 2018; COSSI, 2018).

Da análise do capítulo anterior, o que se observa é que os esportes eletrônicos, independente de sua modalidade, são regidos por contratos de patrocínio



ou de prestação de serviços, ainda que se trate de uma realidade fática de relação trabalhista desportiva. Por essa e outras razões que a comunidade jurídica tem defendido a necessidade de se regular a modalidade (SILVA; BASTOS SEGUNDO, 2018).

Em consulta aos Projetos de Lei no Congresso Nacional, constatou-se a existência de três propostas, ainda em andamento: o Projeto de Lei nº 383/2017, no Senado Federal, que visa incentivar e estimular a prática do *e-Sports* no Brasil (BRASIL, 2017b); os Projetos de Lei nº 7.747/2017 e nº 3.450/2015, na Câmara dos Deputados, que tem o objetivo de reconhecer os esportes eletrônicos do Brasil e o desporto virtual como manifestação da prática esportiva, respectivamente.

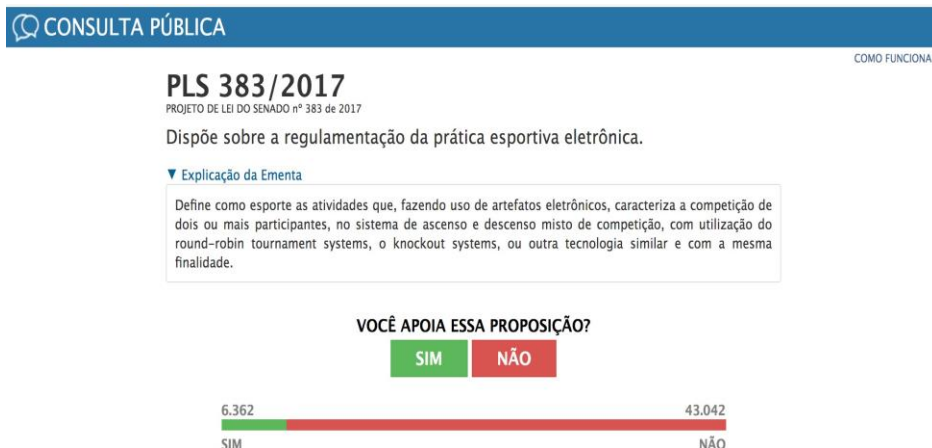
Apesar desses três projetos, em primeiro momento, parecerem um avanço para o setor, a análise de seus textos tem sido objeto de diversas críticas pelos desenvolvedores de jogos, associações e especialistas do direito desportivo (OLIVEIRA, 2019), sendo, inclusive, rejeitado pela população, consoante se observa nas consultas públicas realizadas pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados.

O Projeto de Lei 383/2017, criado pelo Senador Roberto Rocha (PSDB), é o mais completo deles, ao abordar cinco pontos principais: I) definição de esporte como sendo a atividade que caracteriza a competição de dois ou mais participantes, com o uso de artefatos eletrônicos; II) atribuição da nomenclatura de atleta ao praticante de esportes eletrônicos; III) liberdade da atividade esportiva eletrônica; IV) reconhecimento da Confederação, Federação, Liga e entidades associativas como fomentadora da atividade esportiva; V) instituição do “Dia do Esporte Eletrônico”, a ser comemorado no dia 27 de junho (BRASIL, 2017b).

Em visita realizada à consulta pública do referido projeto de lei, no site do Senado Federal, constatou-se o seguinte cenário:



Figura 1 - Consulta Pública do Projeto de Lei nº 383/2017.



Fonte: <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=131177>.

Este alto índice de rejeição vai ao encontro das argumentações de Carbone (2019) e de Camara, Lazzarini e Gherini (2018), segundo os quais o referente projeto apresentaria alguns pontos negativos, entre eles, o fato de que as organizações, confederações e ligas não são responsáveis pelo jogo, sendo assim, em nada resolveria seu reconhecimento se não houver o consenso das desenvolvedoras dos games, verdadeira responsável pelas competições, já que são as detentoras do direito de exploração econômica da atividade.

Para Oliveira (2019), a maior limitação da proposta seria o não reconhecimento como esporte eletrônico dos jogos com conteúdo violento, como o *Counter-Strike Global Offensive* e *Rainbow Six Siege*, o que afetaria diretamente às competições existentes no país.

Do ponto de vista de Miguel (2018), o Projeto de Lei nº 383/2017 acaba prejudicando a modalidade, pois busca definir todas as possibilidades da prática desportiva eletrônica, contudo o excesso de inclusão equivaleria à exclusão, tendo em vista que contempla princípios já previstos no ordenamento desportivo brasileiro, mostrando-se desnecessário sua reprodução.



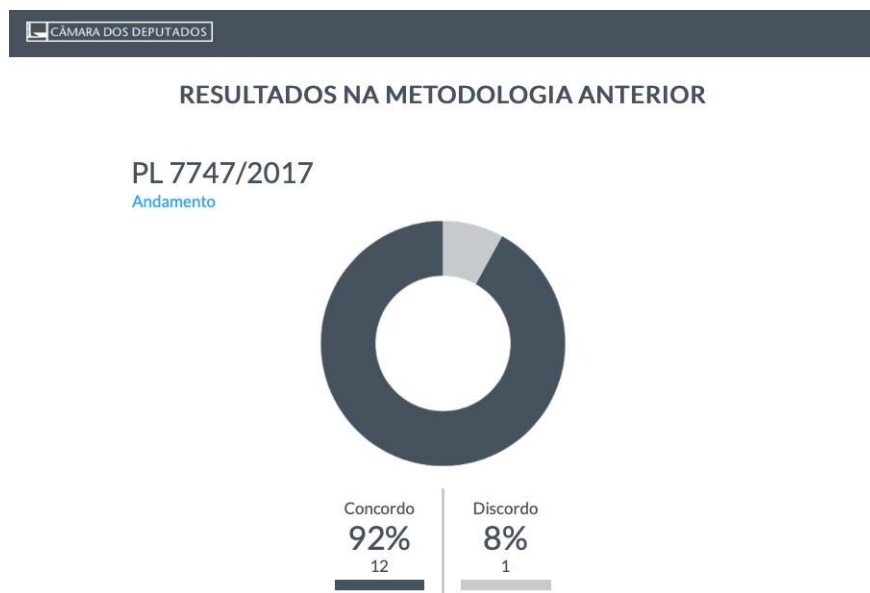


Já o Projeto de Lei nº 7.747/2017, proposto pela Deputada Mariana Carvalho do PSDB/RO, propõe a inserção do terceiro parágrafo<sup>6</sup> ao artigo 3º da Lei nº 9.615/1998, com o fim de proporcionar maior segurança aos profissionais e atletas do esporte eletrônico, coibir a precarização dos torneios e condições de trabalho (BRASIL, 2017c).

Para Foggiatto (2017), esta proposta representaria um avanço aos praticantes da modalidade esportiva eletrônica, pois a existência de legislação específica atrairia maior segurança jurídica e, como conseqüência, maiores investimentos ao setor.

Apesar de inexpressiva participação da população, os resultados da consulta pública mostram-se positivos:

**Figura 2** - Consulta Pública do Projeto de Lei nº 7747/2017.



Fonte: <https://forms.camara.leg.br/ex/enquetes/2139618/historico>.

<sup>6</sup> [...] § 3º – Aplicam-se, também, a este artigo, o desporto virtual, assim entendido como jogos eletrônicos transcorridos individual ou coletivamente, contra a máquina ou em rede, bem como a competição entre profissionais e amadores do gênero.” (BRASIL, 1998)



Em pese sua relevância, em consulta ao andamento do referido projeto, verifica-se que foi apensado ao Projeto de Lei nº 3.450/2015, em 14/06/2017 (BRASIL, 2015).

Por fim, o Projeto de Lei nº 3.450/2015, proposto pelo Deputado João Henrique Holanda Caldas do PSB/AL, não tem se destacado, quando considerada a consulta pública, tendo recebido apenas um voto, o qual manifesta sua concordância com a proposta (BRASIL, 2015).

O texto desse projeto foi analisado pela Comissão do Esporte da Câmara dos Deputados, pelo Relator Deputado Federal Roberto Alves (PRB/SP), em 2016, o qual, reconheceu o *e-Sports* como prática desportiva, todavia, defendeu não haver necessidade de se incluir um inciso ao artigo 3º da Lei Pelé, sob os seguintes fundamentos:

Percebemos, portanto, que os jogos eletrônicos estão mais próximos das modalidades esportivas do que das manifestações esportivas definidas na lei geral do desporto. Não se trata, porém, de entrar no mérito de analisar se determinada prática (jogos virtuais, futebol, xadrez, capoeira, skate, damas, entre outras) é ou não esporte, pois inexistente, na legislação federal, qualquer dispositivo que defina quais são as modalidades esportivas “reconhecidas” pelo Estado brasileiro. (BRASIL, 2015)

Leite e Mesquita (2018, p. 7), com intuito exemplificativo, estabelecem um paralelo entre alguns aspectos similares da atividade dos atletas convencionais, amparados pela Lei Pelé, que pode corroborar com o posicionamento do deputado, principalmente, no que se refere à jornada desses profissionais, quais sejam:

[...] os períodos de concentração anteriormente às partidas profissionais (art. 28, §4º, I), existência de cláusula compensatória no contrato laboral (art. 28, II), contrato por prazo determinado como regra (art. 30), fornecimento de treinamentos e equipamentos necessários à prática do esporte (art. 34, II), necessidade de integração ao contrato das condições de transferência do atleta (art. 40, §1º).



Por outro lado, cita diversas questões fáticas que não estão amparadas pela Lei nº 9.615/1998 e que são essenciais ao exercício da profissão dos *cyberatletas*, como: a necessidade de acompanhamento psicológico, tanto no que se refere às demandas comuns ao esporte de grande competitividade, quanto em resposta à recente classificação de vícios em jogos de videogame como um distúrbio mental pela Organização Mundial da Saúde (OMS); prevenção de doenças ocupacionais, ressaltando a importância da ergonomia e de EPIs, a instituição de jornada de trabalho própria da categoria; a arrecadação e repasse ao desporto em virtude da divulgação da imagem dos atletas; entre outras (LEITE; MESQUITA, 2018).

Em dezembro de 2019, fora proferido novo parecer pelo Deputado Relator Fernando Monteiro (PP/PE), em que novamente reconhece a aplicação da Lei Pelé ao *e-Sports*, contudo, afasta o reconhecimento da modalidade como esporte, ante a ausência de esforço físico:

[...]

As entidades de administração do desporto, exercendo sua autonomia constitucional, previsto no art. 217, inciso I de nossa Carta Magna, são os órgãos responsáveis pela organização e regulamentos de suas modalidades, não cabendo, assim, ao Poder Legislativo referida normatização. Não se trata, portanto, de entrar no polêmico mérito de reconhecer se determinada prática (jogos virtuais, futebol, xadrez, capoeira, skate, damas, entre outras) é ou não esporte, pois a própria concepção da legislação esportiva brasileira não compreende tal definição.

Por fim, a Lei Pelé define apenas as quatro manifestações desportivas: desporto educacional; desporto de participação; desporto de rendimento; e desporto de formação, conforme seu art. 3º. O desporto virtual poderia estar inserido em cada uma dessas manifestações, dependendo das características e do contexto em que é praticado. Não se refere, dessa forma, à nova manifestação desportiva, pois poderia ser desenvolvido de maneira lúdica (desporto de participação); com finalidade pedagógica (desporto educacional); ou privilegiando a participação (desporto de rendimento).



Cumpre-nos, também, destacar o que estabelece a Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) sobre a prática desportiva no importante documento “Carta Internacional da Educação Física e Desportos”, de 1978. Para esse organismo internacional, o esporte constitui um direito fundamental de todos e tem-se a compreensão de que a atividade esportiva demanda algum tipo de esforço físico, com vistas ao desenvolvimento integral do ser humano. Nesse caso, os jogos eletrônicos não estariam contemplados nessa definição.

[...] (BRASIL, 2015)

Pois bem, em que pese as críticas desfavoráveis aos projetos de lei expostos, é incontestável a necessidade de se regular o *e-Sports* no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso porque a formalização do jogador eletrônico como atleta, corrobora para a segurança jurídica, ao definir que legislação regerá as relações jurídicas advindas das relações comerciais havidas no espetáculo dos esportes eletrônicos (MIGUEL, 2018), além de garantir uma série de benefícios que propiciariam a proteção das normas trabalhistas.

Além disso, a regularização da atividade seria essencial para promover transparência e credibilidade ao setor e contribuir para o aumento de investimentos e, conseqüentemente, de praticantes da modalidade esportiva (FOGGIATTO, 2017). Como também, possibilitaria a geração de receitas, fomento de práticas sociais benéficas e prevenção da utilização excessiva e perniciosa desse tipo de tecnologia (CALDAS, 2015).

Contudo, não se cogita a elaboração de uma regulamentação analítica dos esportes eletrônicos, pois não cabe ao legislador ou aplicador da norma, criar distinções em uma modalidade que muito se assemelha a modalidades já existentes, como o futebol e outras modalidades regidas pela Lei Geral do Desporto (MIGUEL, 2018).



Bastaria apenas a inserção de um dispositivo legal que reconhecesse o desporto virtual como manifestação da prática esportiva, permitindo que a legislação brasileira amparasse os *cyberatletas*, por meio da Lei Pelé e, subsidiariamente, da CLT, conforme exaustivamente demonstrado.

Certo é que não se trata de aplicação mecânica da lei, tampouco de mera dedução interpretativa. Trata-se de verdadeira urgência de se regular o mercado, seja reconhecendo o vínculo trabalhista e regulamentando a profissão, seja reconhecendo a natureza desportiva da atividade, tratando os *cyberatletas* à luz da Lei Pelé, a fim de manter os interesses e direitos das partes envolvidas, promovendo transparência, credibilidade e segurança jurídica ao setor.

## CONCLUSÃO

O advento da internet e a popularização dos computadores implicaram em mudanças em todo nosso cotidiano, inclusive no esporte. Hoje, o *e-Sports* pode ser compreendido como a evolução do jogo e do esporte tradicional, como a fase do esporte em rede.

Pode-se dizer que ao mesmo tempo em que essa facilidade tecnológica permitiu o surgimento de diversos fenômenos e inovações, contribuiu para emergência de diversos impasses, como é o caso do *e-Sports*. Em breve exploração da história dos esportes eletrônicos, foi possível identificar sua relevância socioeconômica no contexto brasileiro, originando um mercado de grande porte, ao mesmo tempo em que se evidenciou que a atividade carece de regulação, pois seus praticantes encontram-se desamparadas, submetidos a excessivas jornadas de trabalho e abusivas cláusulas contratuais.

Apesar do expressivo crescimento do *e-Sports*, persiste a resistência do reconhecimento da atividade como modalidade esportiva, sendo vista, ainda, como



atividade lúdica e pedagógica, principalmente, por se considerar que a prática dos jogos eletrônicos não demanda esforço físico.

Em que pese a discussão de ser ou não esporte, certo é que a realidade fática dos *cyberatletas* demonstra a similaridade com a rotina dos atletas de futebol e a presença dos requisitos caracterizadores da relação de emprego. Contudo, há grande resistência em se oficializar a relação de trabalho entre *cyberatletas* e suas equipes, em definir a natureza jurídica da relação entre os atletas e seus patrocinadores, o direito de uso de imagem e de arena dos atletas, entre outros problemas, seja por questões econômicas ou por interesses políticos.

Da análise do Direito do Trabalho e do Direito Desportivo, ramos intimamente ligados ao tema, constata-se que ainda há pouco debate sobre o tema na doutrina. Quanto a jurisprudência, os poucos julgados encontrados têm se inclinado para o reconhecimento de uma relação empregatícia, declarando a competência da justiça do trabalho para analisar a matéria.

Dessa forma, incontrovertida a necessidade de se regular o *e-Sports*, promovendo, assim, o amparo legal dos *cyberatletas*, a segurança jurídica para a modalidade, corroborando para transparência, credibilidade e segurança jurídica do setor.

Após análise da legislação brasileira em vigor e dos projetos de lei em andamento no Congresso Nacional, concluiu-se que bastaria a inserção de um dispositivo legal na Lei Geral do Deporto, reconhecendo o *e-Sports* como modalidade, possibilitando que seus praticantes tivessem acesso às garantias previstas na referida lei.

Cumpra esclarecer, contudo, que a recepção da modalidade pela Lei Pelé seria uma solução momentânea, ineficaz na resolução de todos os problemas apresentados no presente estudo. Isso porque, a Lei Pelé e a CLT, aplicada subsidiariamente, encontram diversas limitações, sendo necessário que os atletas profissionais



demandem o Poder Judiciário em busca do exercício dos direitos previstos na *lex desportiva*.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que as relações jurídicas existentes estão em constante transmutação. O Direito é uma ciência dotada de sensibilidade aos fatos da vida real, por essa razão a norma é construída pela sociedade, como também a sociedade é construída pela norma, assim a interpretação das leis deve-se voltar para o contexto e realidades sociais vigentes a fim de que seja possível extrair o seu máximo de efetividade. Não há uma solução única, não se trata de uma ciência exata.

Dessa forma, o surgimento de novas realidades, como a dos esportes eletrônicos, demanda do Direito a criação de novos paradigmas (leis e jurisprudências), que devem ser moldados reiteradamente. No momento, o remédio encontrado foi o reconhecimento da prática dos jogos eletrônicos como desporto, entretanto, nada impede que novas soluções sejam criadas.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ellber Rodrigo Santos. **Entre o virtual e o real**: a legitimação e a expansão do esporte eletrônico. 2018. 65 f. Monografia (Graduação) - Curso de Educação Física, Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2018.

ALMEIDA, André Luiz Paes. **Direito do trabalho**: material, processual e legislação especial.

18. ed. São Paulo: Riddel, 2018.

ALVES, Tarsila Machado. Considerações sobre os modelos de exploração dos esportes profissionais aplicados ao e-Sports. **Revista Síntese**, São Paulo, n. 41, p. 19-28, abr./jun. 2018.

AMÉRICO, Marcos. O jornalismo esportivo transmídia no ecossistema dos esportes eletrônicos (e-Sports). **Estudos em Jornalismo e Mídia**, v. 11, p. 316-327, jul./dez. 2014.



BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. **Direito desportivo**. 2. ed. Belo Horizonte: Casa da Educação Física, 2018.

BELMONTE, Alexandre Agra. Organização do desporto, da justiça desportiva e principais aspectos jurídico-trabalhistas das relações de trabalho do atleta profissional nos planos individual e coletivo. *In*: BELMONTE, Alexandre Agra; MELLO, Luiz Philippe Vieira; BASTOS, Guilherme Augusto Caputo (Orgs.).

**Direito do trabalho desportivo**: os aspectos jurídicos da Lei Pelé frente às alterações da lei n. 12.395/2011. São Paulo: LTr, 2013. p. 33- 66.

BERNARDO, Kaluan Boarini. **E-Sports**: um estudo de caso sobre como a relação entre esporte e videogame se dá na sociedade capitalista a contemporânea. 107 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação Strico Sensu em Comunicação, Faculdade Cásper Líbero, São Paulo, 2016.

BEZERRA, Thiago Machado. **Esporte**: do Olimpo até as telas. 2017. 45 f. Monografia (Graduação) – Curso de Educação Física, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 abr. 2019.

BRASIL. . **Decreto-Lei nº 3.199, de 14 de abril de 1941**. Estabelece as bases de organização dos desportos em todo o país. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del3199.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del3199.htm). Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. . **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 24 abr. 2019.

BRASIL. . **Lei nº 6.251, de 8 de outubro de 1975**. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1970-1979/L6251.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L6251.htm). Acesso em: 3 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.354, de 2 de setembro de 1976**. Dispõe sobre as relações de trabalho do atleta profissional de futebol e dá outras providências. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6354.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6354.htm). Acesso em: 22 out. 2019.





BRASIL. **Lei nº 8.672, de 6 de julho de 1993**. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8672.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8672.htm). Acesso em: 23 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998**. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19615consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm). Acesso em: 24 abr. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 3.450, de 2015**. Acrescenta o inciso V ao artigo 3º da Lei 9.615/1998, que “Institui normas gerais sobre desporto”, para reconhecer o desporto virtual como prática esportiva. Disponível em:  
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2025514>. Acesso em: 24 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (1. Vara do Trabalho de Limeira). Sentença. **Processo n. 0012032-31.2015.5.15.0014**. 1. Vara do Trabalho de Limeira. Juíza: Karine Vaz de Melo Mattos Abreu, 01 de julho de 2016. Disponível em Sistema PJe (acesso restrito). Acesso em: 16 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017a**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm). Acesso em: 24 abr. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 383, de 2017b**. Dispõe sobre a regulamentação da prática esportiva eletrônica. Disponível em:  
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131177>. Acesso em: 24 abr. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 7.747, de 2017c**. Institui o esporte virtual. Disponível em:  
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139618>. Acesso em: 24 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (18. Vara do Trabalho de São Paulo). Sentença. **Processo n. ATSum-1001606-59.2018.5.02.0705**. 18. Vara do Trabalho de São Paulo. Juiz: João Forte Júnior, 11 de junho de 2019a. Disponível em Sistema PJe (acesso restrito). Acesso em: 16 maio 2020.



BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (10. Turma). Acórdão. **Processo n. RORSum-1001606-59.2018.5.02.0705**. 18. Vara do Trabalho de São Paulo. Juiz: João Forte Júnior, 11 de junho de 2019b. Disponível em Sistema PJe (acesso restrito). Acesso em: 16 maio 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (84. Vara do Trabalho de São Paulo). Ata de Audiência. **Processo n. ATOrd-1000904-02.2019.5.02.0084**. 84. Vara do Trabalho de São Paulo. Juíza: Luciana Maria Bueno Camargo de Magalhães, 06 de agosto de 2019c. Disponível em Sistema PJe (acesso restrito). Acesso em: 16 maio 2020.

CAIRO JUNIOR, José. **Curso de direito do trabalho**: direito individual e coletivo do trabalho. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

CAMARA, Dennys Eduardo Gonsales; LAZZARINI, Giuseppe Mateus Boselli; GHERINI, Pamela Michelena De Marchi. **E-Sports**: visão geral e desafios jurídicos. 2018. Disponível em: <https://baptistaluz.com.br/institucional/esportes-eletronicos-visao-geral-e-desafios-juridicos/>. Acesso em: 27 abr. 2020.

CARBONE, Filipe. “Um grande fiasco”, diz especialista sobre regulamentação do eSport no Brasil. **Torcedores.com**, 2019. Disponível em: <https://www.torcedores.com/noticias/2019/02/um-grande-fiasco-diz-especialista-sobre-regulamentacao-do-e-sport-no-brasil>. Acesso em: 27 abr. 2020.

CARVALHO, Augusto César Leite. **Direito do trabalho**: curso e discurso. 3. ed. São Paulo: LTr, 2019.

COELHO, Helio Tadeu Brogna. **E-Sport**: os riscos nos contratos de cyber-atletas. 2016. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/moacyrajunior/e-sport-os-riscos-nos-contratos-de-cyberatletas>. Acesso em: 20 out. 2019.

COSSI, Daniel. Atleta de e-Sports e relação de trabalho. **Confederação Brasileira de Desporto Eletrônico**, 2018. Disponível em: <https://cbdel.com.br/portal/artigos-2/321-atleta-de-esports-relacao-de-trabalho-servicos-e-times>. Acesso em: 28 abr. 2020.

COUTINHO FILHO, José Eduardo; JUANG, Felipe Mota. A evolução dos e-Sports e a vinculação legal do ciberatleta. **Revista Síntese**, São Paulo, n. 41, p. 9-18, abr./jun. 2018.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Dano praticado por atleta profissional. *In*: BELMONTE, Alexandre Agra; MELLO, Luiz Philippe Vieira; BASTOS,



Guilherme Augusto Caputo (Orgs.). **Direito do trabalho desportivo: os aspectos jurídicos da Lei Pelé frente às alterações da lei n. 12.395/2011.** São Paulo: LTr, 2013. p. 175-186.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FERREIRA, Vanessa Rocha; COSTA, Pietro Lazaro. Os contratos de trabalho dos esportistas eletrônicos no Brasil e a necessidade de sua regulamentação. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 14, n. 1, p. 256-279, jan./jun. 2019.

FOGGIATTO, Rodrigo Eduardo. **A aplicabilidade do direito desportivo e do direito do trabalho aos contratos dos atletas de esportes eletrônicos.** 2017. 65 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

GAIA, Fausto Siqueira. **Uberização do trabalho: aspectos da subordinação jurídica disruptiva.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GARCIA, Celso Moredo. Intervenção legislativa: malefício ou benefício para o desporto? Novas reflexões. **Revista Academia Nacional de Direito Desportivo (ANDD).** Ano 2, n. 3, p. 26-43, jan./jun. 2017.

GEHLING, Ricardo Tavares. Prática desportiva profissional: incertezas e proposições. **Revista Academia Nacional de Direito Desportivo (ANDD).** Ano 1, n. 1, p. 80-103, jan./jun. 2016.

GOIS, Jéssica Caramuru. **O regime jurídico trabalhista dos cyber-atletas brasileiros.** 2017. 69 f. Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

GRECO, Pedro Teixeira Pinos. Esportes eletrônicos: ser ou não ser (e)sport[e]? Eis a questão. **Revista Síntese**, São Paulo, n. 34, p. 99-113, dez./jan. 2017.

HERNAN, André; CASSUCCI, Bruno; ZARKO, Raphael. Conmebol dobra prêmio da Libertadores para campeão e vice; veja valores. **Globo.** 2017. Disponível em: <https://globoesporte.globo.com/futebol/libertadores/noticia/conmebol-dobra-premio-da-libertadores-para-campeao-e-vice-veja-valores.ghtml>. Acesso em: 28 abr. 2019.

JENSEN, Larissa. **E-Sports: profissionalização e espetacularização em competições eletrônicas.** 2017. 114 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Educação Física, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.



LEITE, Diogo Almeida Ferreira; MESQUITA, Marcelo Magalhães. A proteção do cyber atleta através da regulamentação trabalhista dos e-Sports. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região**, Goiânia, v. 21, 2018.

LOBO, Valéria Marques. A Justiça do Trabalho como vetor da justiça social. *In*: REIS, Daniela Muradas (Coord.). **Trabalho e justiça social**: um tributo a Maurício Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013, p. 437-450.

MACEDO, Tarcízio; FALCÃO, Thiago. E-Sports, herdeiros de uma tradição. **Intexto**, Porto Alegre, UFRGS, n. 45, p. 246-267, maio/ago. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.19132/1807-858320190.246-267>.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MATSUMOTO, Marcos; MOON, Rodrigo; ROSSI, Dorival. Transmissão de campeonatos competitivos do jogo eletrônico CS:GO. *In*: **Jornada Internacional GEMInIS**, III, 2018, São Carlos. Apresentação de Trabalho em Congresso.

MEDEIROS, João Paulo Alves. **Esportivização dos jogos eletrônicos**: os e-Sports são esportes? 2018. 24 f. Monografia (Graduação) – Curso de Educação Física, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

MIGUEL, Ricardo Georges Affonso. **O enquadramento jurídico do esporte eletrônico**. 2018. 118 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2018.

MIGUEL, Ricardo Georges Affonso. Atleta: definição, classificação e deveres. *In*: BELMONTE, Alexandre Agra, MELLO, Luiz Philippe Vieira, BASTOS, Guilherme Augusto Caputo (Orgs.). **Direito do trabalho desportivo**: os aspectos jurídicos da Lei Pelé frente às alterações da lei n. 12.395/2011. São Paulo: LTr, 2013. p. 33-66.

MIZIARA, Raphael. Atleta profissional. *In*: NAHAS, Thereza, MIZIARA Raphael, PEREIRA, Leone, MARTINEZ, Luciano. **Leis trabalhistas comentadas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 31-60.



OLIVEIRA, Gabriel. Projetos de lei sobre eSports no Brasil ainda geram divergências. **Start**, 2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/start/ultimas-noticias/2019/07/26/projetos-de-lei-esports-regulamentacao-no-brasil.htm>. Acesso em: 27 abr. 2020.

PANNEKEET, Jurre. **Newzoo**: global esports economy will top \$1 billion for the first time in 2019. Disponível em: <https://newzoo.com/insights/articles/newzoo-global-esports-economy-will-top-1-billion-for-the-first-time-in-2019/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho**: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.

RAMOS, Rafael Teixeira. Direito do trabalho desportivo: profissionalismo, contrato laboral desportivo, as partes da relação empregatícia desportiva e a intervenção de terceiros. *In*: BELMONTE, Alexandre Agra, MELLO, Luiz Philippe Vieira, BASTOS, Guilherme Augusto Caputo (Orgs.). **Direito do trabalho desportivo**: os aspectos jurídicos da Lei Pelé frente às alterações da lei n. 12.395/2011. São Paulo: LTr, 2013. p. 105-117.

RAMOS, Rafael Teixeira. Contrato de trabalho desportivo eletrônico (e-Sports). **Coluna Jus Desportiva do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo (IBDD)**. 2019. Disponível em: <http://ibdd.com.br/contrato-de-trabalho-desportivo-eletronico-e-sports/>. Acesso em: 29 fev. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. (1. Vara Cível de Limeira). Sentença. **Processo n. 1004462-71.2015.8.26.0320**. 1. Vara Cível de Limeira. Juiz: Guilherme Lopes Alves Lamas. Limeira, 03 de setembro de 2015. Disponível em Sistema PJe (acesso restrito). Acesso em: 16 maio 2020.

SANTANA, Marcos Correa. **Aplicabilidade das leis trabalhistas nos contratos de esportes eletrônicos**. 26 f. Artigo de conclusão de curso (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal da Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2017.

SCHIAVETTO, Kiara; BRITO, Sherley. E-Sports: da tela do computador para a realidade diária. **Revista Síntese**, São Paulo, n. 41, p. 29-36, abr./jun. 2018.

SILVA, Otávio Pinto. A nova face do direito do trabalho: tecnologia, desemprego, trabalho autônomo e trabalho informal. **Revista do advogado**, v. 25, n. 82, p. 95-103, jun. 2005.



SILVA, Samyr Augusto Estumano; BASTOS SEGUNDO, Paulo de Sousa. Jogos eletrônicos: uma nova modalidade desportiva. **Revista de Direito FIBRA Lex**, n. 4, p. 1-13, 2018.

TEIXEIRA, Chandy. Nutricionistas, psicólogos e até arena: conheça as milionárias gaming houses. **Sportv**, 2016. Disponível em: <http://sportv.globo.com/site/games/noticia/2016/07/nutricionistas-psicologos-e-ate-arena-conheca-milionarias-gaming-houses.html>. Acesso em: 12 maio 2020.

VEIGA, Mauricio Figueiredo Correa. **Manual de direito do trabalho desportivo**. São Paulo: LTr, 2016.

WAGNER, Michael G. On the scientific relevance of eSports. *In: Proceedings of the 2006 International Conference on Internet Computing & Conference on Computer Games Development*, ICOMP 2006, 2006, Las Vegas, p. 437-442, jun. 2006. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/220968200\\_On\\_the\\_Scientific\\_Relevance\\_of\\_eSports](https://www.researchgate.net/publication/220968200_On_the_Scientific_Relevance_of_eSports). Acesso em: 20 abr. 2019.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Nova legislação desportiva: aspectos trabalhistas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

BRASÍLIA 2020 - V.5

**COMPÊNDIO FAJS**

# **OUTROS DIREITOS**



# CESÁREA A PEDIDO: DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO DA GESTANTE E VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA.

Ana Carolina Silveira Vasconcelos Sadeck

## RESUMO

Este artigo objetiva analisar a opção pela cesariana fundada no medo de sofrer violência durante o parto normal, enquanto exercício do direito à autodeterminação da gestante. A Lei nº 17.137/2019, do Estado de São Paulo, autorizou a realização da cesariana a pedido na rede pública de saúde, sob as alegações de respeito ao princípio da autonomia da mulher e de combate à violência obstétrica sofrida pelas gestantes quando são obrigadas a esperar pelo parto normal. A partir do referencial teórico dos Direitos Humanos dos Pacientes, realizou-se pesquisa teórica e documental, com o intuito de demonstrar a importância de as gestantes disporem de informações completas e de qualidade para sentirem-se seguras para exercer o protagonismo dos seus partos e para tomarem decisões conscientes, independente da via de parto escolhida. O elevado número de cesarianas realizadas no Brasil não significa um atendimento obstétrico de qualidade, pois, além de contrariar as orientações da OMS, não contribui para a redução da taxa de mortalidade materna. Ademais, os dados mostram que muitas mulheres, rotineiramente, são vítimas de violência obstétrica durante o atendimento pré-natal, trabalho de parto, parto e em situações de abortamento. A solução para esse grave problema é complexa e requer mudanças na gestão dos sistemas de saúde, na formação dos profissionais e na legislação. Concluiu-se que a opção pela cesariana por medo de sofrer violência durante o parto normal não pode ser considerada uma escolha verdadeiramente livre e, portanto, não há respeito ao direito à autodeterminação da gestante.

**Palavras-chave:** Autodeterminação. Informação. Violência obstétrica. Cesariana. Parto normal.

## 1. INTRODUÇÃO





Em 23/08/2019, foi promulgada, pela Assembleia Legislativa de São Paulo, a Lei nº 17.137, que “Garante à parturiente a possibilidade de optar pela cesariana, a partir de 39 (trinta e nove) semanas de gestação, bem como a analgesia, mesmo quando escolhido o parto normal”. Sua aprovação teve como principais justificativas: o respeito ao princípio da autonomia da gestante; o combate ao sofrimento da gestante e à violência obstétrica decorrentes da imposição da espera pelo parto normal às parturientes atendidas na rede pública de saúde; o respeito ao princípio da não maleficência; e a isonomia entre pacientes das redes pública e privada (SÃO PAULO, 2019).

Movimentos de mulheres, pesquisadores da área de saúde da mulher e entidades médicas manifestaram-se, à época, contra o Projeto de Lei nº 435/2019, tanto pelos argumentos apresentados como justificativas para a sua proposição, por não serem condizentes com as evidências científicas, como pela forma como se deu sua tramitação, em regime de urgência, sem uma ampla discussão sobre o tema, com a participação dos diversos atores interessados.

Este artigo tem como objetivo analisar a opção pela cesariana fundada no medo de sofrer violência durante o parto normal, enquanto exercício do direito à autodeterminação da gestante.

Para tanto, procede-se a uma pesquisa teórica e documental, tomando como base a exposição de motivos da Lei nº 17.137/2019, como apresentada no Projeto de Lei nº 435/2019. Como metodologia, emprega-se a análise argumentativa, que segundo Liakopoulos (2008, p. 219), tem como objetivo “*documentar a maneira como afirmações são estruturadas dentro de um texto discursivo, e avaliar sua solidez.*” Para construir a interação com os argumentos apresentados no Projeto, foi realizada investigação bibliográfica, com base em livros, artigos científicos e periódicos,



Apesar de reconhecer a relevância de outros aspectos relacionados à Lei sob análise, como as especificidades e as diferenças entre os sistemas público e privado de saúde e os impactos financeiros na rede pública decorrentes da possibilidade de escolha pela cesárea, diante da necessidade de delimitação do tema, eles não serão discutidos no presente trabalho.

Tomando como referencial teórico os Direitos Humanos dos Pacientes, o presente artigo pretende contribuir para a discussão sobre o direito à autodeterminação da gestante e sobre a violência obstétrica, diante da importância de uma maior conscientização sobre o modelo de assistência obstétrica vigente e da urgente necessidade de mudanças. No que tange ao respeito à autonomia pessoal, visa, ainda, demonstrar a importância da informação para a tomada de decisão. Em relação à violência obstétrica, busca apresentar o conceito e as formas como ela ocorre, avaliar os desafios e as formas de combater o problema.

Os Direitos Humanos dos Pacientes são um ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos aplicados aos cuidados em saúde. Decorrentes do princípio da dignidade humana, buscam, em contraponto ao modelo paternalista, materializar o modelo de cuidado centrado no paciente. Nessa perspectiva, os direitos dos pacientes à autodeterminação; à privacidade; à informação; à integridade corporal; à não ser submetido à tratamento cruel, desumano ou degradante; à não ser discriminado, entre outros, devem ser respeitados (ALBUQUERQUE, 2016).

A pesquisa *Nascer no Brasil: inquérito nacional sobre parto e nascimento*, mostra que apesar das altas taxa de cesariana realizadas, no início da gestação, apenas 27% das gestantes preferiam o parto cirúrgico, ressaltando a influência exercida pelos médicos sobre as gestantes como fator importante para a desproporção entre a preferência inicial pelo parto normal e o resultado final de prevalência das cesarianas. Tal fato evidencia a persistência do modelo paternalista na assistência obstétrica. Sobre os motivos que levam as mulheres a decidir pela cesariana, o medo



do parto vaginal foi o principal deles, enquanto a informação sobre os tipos de parto não foi considerada relevante para a decisão (DOMINGUES *et alli*, 2014).

Em relação à violência obstétrica, essa é aquela praticada por profissional de saúde sobre o corpo e os processos reprodutivos da mulher, por meio de tratamento degradante, do abuso de medicalização e da patologização dos processos naturais, que reduzem a sua autonomia e a sua capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sua sexualidade (VENEZUELA, 2007). Ressalta-se que, muitas vezes, a violência obstétrica está relacionada ao desconhecimento das gestantes sobre seus direitos e à falta de informação sobre procedimentos realizados sem necessidade durante o trabalho de parto e o parto e, até mesmo, desaconselhados por entidades de saúde internacionais (JARDIM; MODENA, 2018; SENS; STAMM, 2019).

De acordo com a pesquisa *“Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado”*, 1 em cada 4 mulheres relatou ter sofrido algum tipo de violência durante o atendimento ao parto. Entre as entrevistadas que já tiveram aborto provocado e passaram por consulta médica em seguida, 53% relataram ter sofrido algum tipo de violência durante o atendimento (FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO, 2010).

A escolha do tema se justifica pois, apesar da gravidade e da recorrência da violência obstétrica no atendimento a mulheres durante o pré-natal, parto, pós-parto e em situações de abortamento, o problema é negado e banalizado pela classe médica hegemônica. Ainda, constata-se a dificuldade de se estabelecer uma discussão franca sobre o tema e o seu enfrentamento, uma vez que a solução depende essencialmente de mudanças no modelo de assistência obstétrica vigente, que perpassa pela gestão dos hospitais e maternidades, o comportamento dos médicos e a formação dos novos profissionais de saúde nas instituições de ensino.

Este artigo se estrutura em quatro partes. A primeira se destina a apresentar a Lei nº 17.137/2019 e, mais especificamente, os argumentos apresentados na sua



exposição de motivos. Em seguida, na segunda, é feita uma breve análise sobre riscos e benefícios associados a cada via de parto, apenas no intuito de contrapor o argumento de que a cesárea seria mais segura do que o parto normal. A terceira parte discorre sobre o direito à escolha da via de parto como respeito ao direito à autodeterminação, ressaltando-se a importância de a gestante dispor de informação completa e confiável e de estar livre de qualquer tipo de coação para tomar sua decisão. A quarta parte trata da violência obstétrica, o que é, suas dimensões, a realidade brasileira, as orientações da Organização Mundial da Saúde - OMS, o posicionamento do Ministério da Saúde - MS e das entidades representativas da classe médica sobre o tema e, por fim, sobre formas de combater o problema.

## **2 ANÁLISE DA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI Nº 17.137/2019 – PL Nº 435/2019**

Em 23/08/2019, foi promulgada, pela Assembleia Legislativa de São Paulo, a Lei nº 17.137, que *“Garante à parturiente a possibilidade de optar pela cesariana, a partir de 39 (trinta e nove) semanas de gestação, bem como a analgesia, mesmo quando escolhido o parto normal”* (SÃO PAULO, 2019).

A Lei prevê, ainda, a necessidade de a gestante ser informada sobre os benefícios do parto normal e os riscos de sucessivas cesarianas, bem como do registro da decisão da parturiente por meio do termo de consentimento livre e esclarecido. Determina que sejam afixadas placas informando sobre o direito de escolha da gestante nas maternidades e instituições afins e que o médico que não concordar com a opção da mulher, deve encaminhá-la para outro profissional (SÃO PAULO, 2019).

O Projeto de Lei nº 435/2019, que a originou, é de autoria da Deputada Janaína Paschoal e apresenta como principais argumentos que o justificam: o



respeito ao princípio da autonomia da gestante; o combate ao sofrimento da gestante e à violência obstétrica decorrentes da imposição da espera pelo parto normal às parturientes atendidas na rede pública de saúde; o respeito ao princípio da não maleficência; e a isonomia entre pacientes das redes pública e privada (SÃO PAULO, 2019).

No que se refere ao princípio da autonomia, a justificativa cita o desenvolvimento da bioética e a conseqüente mudança na relação entre médico e paciente, que deixa de ser vertical, tendendo à horizontalidade, com maior destaque para o direito do paciente de participar das tomadas de decisões referentes à sua saúde e à sua própria vida, sem desrespeitar os saberes médicos (SÃO PAULO, 2019).

A autora alega que, nos últimos tempos, ganhou força um movimento liderado por formadores de opinião que defende a supremacia do parto normal sobre a cesárea, que só respeita o direito da gestante sobre o próprio corpo, bem como o de ser ouvida e acolhida acerca de suas decisões, quando a escolha da gestante é pela via de parto normal, pois quando a escolha é pela cesárea presumem que a mulher não foi devidamente informada. Por isso, entende ser um movimento que pretende impor suas convicções a todas as mulheres, e não dar voz a elas, violando, portanto, o princípio da autonomia da gestante (SÃO PAULO, 2019).

A Deputada denuncia como violência obstétrica o fato de mulheres, na rede pública de saúde, mesmo pedindo pela cesárea, serem obrigadas a sofrer por longas horas à espera do parto normal e, na maioria das vezes, sequer receberem analgesia durante o trabalho de parto (SÃO PAULO, 2019).

Segundo a autora, a imposição do parto normal viola também o princípio da não maleficência, *“haja vista os riscos que circundam o parto normal”*. Entre esses riscos a Deputada cita a anóxia (falta de oxigênio) decorrente da espera pelo parto normal, que pode causar sequelas para o resto da vida, em virtude de paralisia



cerebral, ou, até mesmo, a morte da criança, ainda na barriga da mãe, ou alguns dias após o nascimento (SÃO PAULO, 2019).

No citado Projeto de Lei, a Deputada Estadual informa ter presenciado audiências em que médicos *“explicavam que tentar o parto normal é protocolo e que eles não estavam autorizados a, desde logo, realizar a cesariana”*. Afirma, ainda, que muitas mortes da mãe ou do neonato, atribuídas à cesariana, ocorrem porque quando a realização da cirurgia é determinada, após longas horas de espera pelo parto normal, a situação já se tornou emergencial (SÃO PAULO, 2019).

Nesse sentido, a autora contesta os dados da OMS de que o parto normal é mais seguro para a mãe e para a criança, ressaltando que o desenvolvimento da cesárea nas últimas três décadas foi acompanhado de significativa redução das taxas de mortalidade materna. Pois, *“quando as taxas de cesáreas de uma população são menores do que 10%, a mortalidade materna e neonatal diminui conforme a taxa de cesárea aumenta”* (SÃO PAULO, 2019).

Na sequência, apresenta uma tabela com dados relativos à mortalidade materna (para cada cem mil nascidos vivos) no Brasil e no Estado de São Paulo entre os anos 2000 e 2017. Acerca dos elevados números, sem apresentar dados sobre as causas dessas mortes ou da via de parto, a Deputada Estadual conclui que *“o Brasil ruma na contramão daquele que seria o caminho para alterar (ou melhorar) este estado de coisas, impondo às parturientes o parto normal.”* E prossegue, *“De fato, nos casos concretos em que houve morte e ou graves sequelas ao bebê, fica bastante evidente que se a cesárea tivesse sido determinada antes, os sinistros não teriam se verificado. Em outras palavras, a cesárea diminui os riscos para as mães e para os filhos”* (SÃO PAULO, 2019). Ressalta-se que não foram apresentados dados científicos que permitam se chegar a tais conclusões.

Em relação à busca pela isonomia entre pacientes da rede pública e privada, a autora do PL cita a Resolução nº 2.144/2016, do Conselho Federal de Medicina, que



expressamente prevê a possibilidade de a gestante optar pela realização da cesariana, a partir da 39ª semana de gestação, desde que devidamente informada sobre o parto vaginal e a cesariana, seus respectivos riscos e benefícios. Argumenta, contudo que, na rede pública, essa Resolução não é observada (SÃO PAULO, 2019).

Segundo a parlamentar, o problema que a Lei pretende resolver sempre existiu, mas a situação piorou com a crescente defesa do parto normal como via de parto melhor do que a cesariana e o que ela chama de “*obstinação pelo parto normal*”. Alega, todavia, que a realidade nos hospitais públicos é muito diferente da idealizada pelos entusiastas do parto normal/natural e, diante da impossibilidade de se oferecer às usuárias da rede pública todos os procedimentos e a estrutura disponíveis na rede privada, a melhor solução seria autorizar a realização da cesariana por escolha da gestante, mesmo sem indicação médica, pois, os seus possíveis malefícios seriam menores do que aqueles causados pela espera pelo parto normal (SÃO PAULO, 2019).

Por fim, a Deputada argumenta que a aprovação da Lei não implicará elevação das despesas do Estado e, mesmo que implicasse, tal aumento compensaria os gastos decorrentes das mortes e sequelas provocadas pelo parto normal (SÃO PAULO, 2019).

### **3 DADOS SOBRE BENEFÍCIOS E RISCOS ASSOCIADOS A CADA VIA DE PARTO**

Não há dúvidas de que a cesariana é um importante procedimento para salvar vidas e o seu desenvolvimento foi fundamental para diminuir os índices de morte materna e neonatal em todo o mundo. Entretanto, a OMS (2015) afirma não haver evidência de que a realização de cesáreas quando não há indicação real para a sua prática traga qualquer benefício para mães ou neonatos



Nesse sentido, a OMS informa que “*ao nível populacional, taxas de cesárea maiores que 10% não estão associadas com redução de mortalidade materna e neonatal*” (OMS, 2015). Quando consideradas as características da população e dos serviços de saúde brasileiros, a indicação é de que os partos cirúrgicos não superem 25 a 30% dos nascimentos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016).

Estudos apontam que, inicialmente, o aumento das taxas de cesáreas de fato reduz a mortalidade materna, mas, quando o índice de cesáreas aumenta devido à realização indiscriminada dos partos cirúrgicos, a tendência é o crescimento, em até 3 vezes, da mortalidade materna (MASCARELLO *et alli*, 2017). Além de não trazer qualquer benefício quando não indicada, a cesárea é uma cirurgia complexa e, como tal, acarreta riscos imediatos e de longo prazo, podendo inclusive comprometer futuras gestações (OMS, 2015).

De acordo com a pesquisa “*Cesariana versus Parto Vaginal: como nascer?*”, conduzida por Oliva (2010), estão associados ao parto cirúrgico: maior risco de hemorragia, de infecções, de lacerações e lesões em órgãos internos da gestante, de complicações em gravidezes posteriores, de histerectomia, além de complicações decorrentes da anestesia, maior chance de internação em UTI logo após e nos primeiros 30 dias após o parto e de morte materna. Para o neonato, a pesquisa associa ao parto cesáreo maior incidência de problemas respiratórios, prematuridade, hipoglicemia, necessidade de internação, complicações no estabelecimento da amamentação e adaptação neurológica mais lenta. Por outro lado, os benefícios da cesariana, sem indicação médica, são a conveniência para a família e para o médico e a ausência de dor (que pode surgir no pós-parto). Nesses casos, não há qualquer benefício para o neonato (OLIVA, 2010).





Em contrapartida, durante o parto vaginal, a mãe produz a ocitocina, hormônio capaz de proteger a criança de danos no cérebro e ajudar no amadurecimento cerebral, e a prolactina, que favorece a amamentação, fundamental para o desenvolvimento do sistema imunológico do recém-nascido. Permite, ainda, o contato pele a pele logo após o parto, que, além de proporcionar maior vínculo entre mãe e filho e maior sucesso na amamentação, acarreta benefícios às capacidades psicológicas, neurológicas e comportamentais do neonato (OLIVA, 2010).

Dessa forma, as conclusões apresentadas na exposição de motivos do PL nº 435/2019 sobre os números de mortalidade materna no Brasil e no Estado de São Paulo entre os anos 2000 e 2017, além de contrariarem a grande maioria das pesquisas científicas sobre o tema, bem como os dados da OMS, vão de encontro à realidade do Brasil.

Apesar de apresentar a segunda maior taxa de cesarianas do planeta (55% dos partos realizados), dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2019) mostram que, em 2017, a mortalidade materna no Brasil foi de 64,5 óbitos por cem mil nascidos vivos, mais que o dobro da meta de 30 por cem mil, estabelecida pelo Ministério da Saúde para 2030 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018). Desde 2012, quando o Brasil registrou a menor taxa de mortalidade materna da história – de 59,3 óbitos por cem mil nascidos vivos – esse número vem aumentando gradativamente (IPEA, 2019). Tais dados comprovam que altos índices de cesáreas não estão associados à redução da mortalidade materna

#### **4 A ESCOLHA DA VIA DE PARTO: RESPEITO AO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO DA GESTANTE**

Os Direitos Humanos dos Pacientes são um ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos aplicados aos cuidados em saúde. Decorrentes do princípio da dignidade humana, são, portanto, universais e buscam materializar o modelo de cuidado centrado no paciente, por meio de normas jurídicas às quais se subordinam a



gestão das instituições e a conduta dos profissionais de saúde (ALBUQUERQUE, 2016).

Historicamente, verifica-se a submissão do paciente ao profissional de saúde. Nessa relação, pressupunha-se a obediência do paciente às determinações médicas. A partir da década de 1970, nos Estados Unidos, os pacientes, com importante participação do movimento feminista, se mobilizaram para questionar a autoridade e o paternalismo médico, em defesa do direito de poderem expressar suas necessidades e preferências. Mas, somente na década de noventa, os países passaram a regular a atuação dos profissionais de saúde por meio de leis que reconheciam os direitos dos pacientes (ALBUQUERQUE, 2016).

No Brasil, os Direitos Humanos dos Pacientes foram previstos pela primeira vez no Código de Ética Médica de 1988. Contudo, elaborado a partir da ótica dos médicos, não teve como fundamento o referencial dos direitos humanos, mas a incorporação do princípio da autonomia na prática clínica (ALBUQUERQUE, 2016).

Atualmente, apesar de haver muitas variações na forma como os países abordam o tema, decorrentes de questões culturais, sociais e da forma como o processo de incorporação dos direitos dos pacientes se deu em cada caso, são previstos em documentos internacionais como Direitos Humanos dos Pacientes, entre outros, os direitos: à vida; à privacidade; à autodeterminação; à integridade corporal; à não ser submetido à tratamento cruel, desumano ou degradante; de ser plenamente informado sobre sua condição de saúde; à não ser discriminado; à recusa a tratamentos e procedimentos em saúde. São direitos *“que reforçam uma relação médico-paciente mais colaborativa e menos assimétrica”* (ALBUQUERQUE, 2016, p. 61).

O modelo do cuidado centrado no paciente concebe o paciente como elemento principal do processo terapêutico, que deve atender às suas necessidades



física, emocional e social. Baseia-se na dignidade; na colaboração entre profissionais, pacientes e suas famílias; no compartilhamento de informações; no respeito aos desejos e necessidades dos pacientes e *“materializa-se, essencialmente, pelo consentimento informado, do qual constam informações centrais para que o paciente decida sobre o seu tratamento”* (ALBUQUERQUE, 2016, p. 79)

Com fundamento no direito à autodeterminação, derivado do princípio da autonomia, qualquer pessoa deve poder decidir o que pode ou não ser feito com o seu corpo e ter suas escolhas respeitadas, mesmo quando elas podem causar danos à sua saúde, pois considera-se que cada pessoa sabe o que é melhor para si. Importante se ter em conta que essas decisões são influenciadas pelas histórias de vida e pelas relações pessoais do indivíduo. Nesse sentido, verifica-se que quando o paciente recebe suporte emocional, tem suas opiniões acolhidas e é bem orientado para fazer suas escolhas, mais seguro fica para exercer sua autonomia (ALBUQUERQUE, 2016).

Segundo Andorno (2009, p. 74):

a liberdade pressupõe que o ser humano não está condicionado de modo absoluto nem por seus genes, nem por seu instinto, nem pela educação que recebeu, a atuar de um modo particular, mas que, em última análise, é ele mesmo a causa de seu agir (causa sui), é ele quem decide, desde seu interior, de que modo agir. Essa capacidade de autodeterminação é, juntamente com a inteligência, a mais nobre das faculdades humanas, a tal ponto que desde a antiguidade tem sido vista como um dom divino ou, mais ainda, como uma espécie de reflexo da Divindade no ser humano.

O autor ressalta, contudo, que, apesar de o contrário ser possível, a liberdade em sentido pleno é aquela exercida de modo racional, com o objetivo de se alcançar o que é bom, para si e para o outro, mesmo que a percepção sobre o que é o bem varie a depender do sujeito e do contexto (ANDORNO, 2009).



Há dois níveis de liberdade: interno (liberdade como querer) e externo (liberdade como poder). A primeira, também conhecida como livre arbítrio, *“significa que a causa do agir está no sujeito mesmo”* (ANDORNO, 2009, p. 75). A segunda, com maior relevância no plano jurídico-político, significa a falta de impedimentos (ou a disponibilidade dos meios) à prática de determinada ação. É por esse motivo que, segundo o autor (ANDORNO, 2009, p. 75), *“em termos gerais, o respeito da liberdade implica que se garantam conjuntamente estas duas exigências: que seja o sujeito mesmo, sem coação de terceiros, quem determina seu agir e que não se coloquem obstáculos injustificados a realização de seu querer”*.

Nesse sentido, a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, prevê em seu artigo 5º:

Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos.

A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente seu consentimento.

Segundo Veatch (2014, p. 82), verificou-se, no início da década de 1970, a *“mudança de um consentimento com base hipocrática mais paternalista para um consentimento baseado diretamente no respeito pela autonomia do paciente”*. De acordo com esse novo padrão, o paciente precisa ter todas as informações significativas necessárias para tomar uma decisão verdadeiramente livre e consciente, e não apenas aquelas que o médico acha conveniente repassar (VEATCH, 2014).



Essa nova perspectiva de direitos, bem como o aperfeiçoamento da técnica da cirurgia cesariana e das anestésias utilizadas nesses casos, contribuíram para que a discussão sobre a escolha da via de parto nos dias atuais extrapole os critérios médicos, levando em consideração outros fatores que influenciam a decisão da gestante e dos médicos (SCHLEMPER; BONAMIGO, 2014).

A pesquisa Nascer no Brasil: inquérito nacional sobre parto e nascimento, desenvolvida pela Fiocruz entre 2011 e 2012, em todos os Estados e no Distrito Federal, em estabelecimentos de saúde públicos e privados, buscou entender, entre outras coisas, os motivos que levam as mulheres a decidir por uma ou outra via de parto. Os resultados mostraram que: 52% dos partos foram via cesariana, sendo que na rede pública a taxa de cesarianas foi de 46% e no setor privado de 88%, apesar de, no início da gestação, apenas 27% das gestantes preferiam o parto cirúrgico. Os maiores índices de cesariana foram verificados em mulheres brancas, múltíparas, com cesariana anterior, com maior idade, maior escolaridade e nos serviços de saúde privados, demonstrando grande influência dos fatores socioeconômicos na decisão (DOMINGUES et alli, 2014).

Entre as usuárias da rede pública, cerca de 66% consideravam o parto vaginal mais seguro. Na rede privada, apenas 38% consideravam essa via de parto mais segura e 45% consideravam ambos os partos seguros. No final da gestação, verificou-se que a decisão sobre a via de parto coube à mulher em cerca de 30% dos casos, à mulher e ao médico em cerca de 20% e ao médico em 20% dos casos. Mulheres “*sem decisão*” (cerca de 30%) tiveram majoritariamente o parto cesáreo, principalmente na rede privada (DOMINGUES et alli, 2014).

Nesse sentido, a pesquisa mostrou ainda que “*a preferência das mulheres pelo parto vaginal não foi apoiada ou incentivada pelos profissionais*” (p. S112), ocorrendo o oposto quando verificada a preferência pelo parto cesáreo. Tendo em vista a influência que os médicos exercem sobre as gestantes (seja porque detentores



do conhecimento científico, seja pela insegurança da mulher em relação a sua capacidade de parir), a preferência desses pelo parto cirúrgico (pela conveniência, ou por sentirem-se mais seguros na posição de protagonistas do procedimento) ajuda a entender a desproporção entre a preferência inicial pelo parto normal e o resultado final de prevalência das cesarianas (DOMINGUES *et alli*, 2014).

No que se refere ao motivo da preferência por determinada via de parto, os principais motivos para a escolha da cesariana foram o medo do parto vaginal, muitas vezes relacionado a experiências anteriores negativas, a intenção de realizar a laqueadura tubária e cesariana prévia. A comodidade de planejar o parto, poder ter a presença do médico que realizou o pré-natal, problemas de saúde preexistentes, preferência do marido, manter a integridade das funções sexuais e relatos de amigas e familiares sobre experiência negativa com o parto normal também foram motivos citados (DOMINGUES *et alli*, 2014).

Entre as mulheres que preferiram o parto vaginal, o principal motivo citado foi a recuperação mais rápida, além de ser considerado mais natural, mais fisiológico e mais seguro para a mãe e o bebê. O medo da cesariana e experiência anterior (pessoal ou de amigas e familiares) positiva com o parto normal também foram citados (DOMINGUES *et alli*, 2014).

Chama a atenção o dado de que *“a informação sobre tipos de parto, recebida em diversos meios, inclusive nos serviços de saúde, foi referida por menos de 3% das mulheres”* (DOMINGUES *et alli*, 2014, p. S109) como motivação para a escolha da via de parto, sendo citada com maior frequência por múltiparas atendidas no setor privado,

evidenciando a pouca importância da informação para o processo de decisão das mulheres brasileiras, diferentemente de estudos internacionais que mostram a informação como fator de grande relevância para a participação das gestantes



nos processos decisórios e na satisfação com o parto (DOMINGUES *et alli*, 2014, p. S112).

De acordo com pesquisa desenvolvida por Pereira *et alli* (2011), a participação em cursos preparatórios para gestantes foi avaliada como positiva, importante para o aprendizado e para a troca de experiências, embora o costume da leitura como meio de informação tenha sido pouco referenciado. Mas, aquelas “*gestantes que buscam orientações por meio da leitura consideram que a informação reduz o medo, porém transmitem a impressão de que as leituras não as esclarecem totalmente nas questões mais objetivas e específicas sobre a etapa da parturição*” (Pereira *et alli*, 2011, p. 584).

A pesquisa também identificou que os médicos pouco conversam com as gestantes sobre o momento do parto, tanto pela falta de questionamento por parte delas, como pela percepção dos médicos de que tais informações não são importantes, evidenciando uma relação assimétrica de poder (PEREIRA *et alli*, 2011) e a persistência do modelo paternalista segundo o qual o médico decide o que é bom ou não para a paciente, e quais informações devem ou não ser compartilhadas com ela (VEATCH, 2014).

Fica evidente que algumas mulheres ainda não entendem claramente que podem (e devem) participar da escolha sobre a via de parto e, diante do desconhecimento dos critérios médicos, da ansiedade e do medo do parto normal, hesitam em decidir e acabam transferindo a responsabilidade para o médico, deixando de exercer a sua autodeterminação e o seu protagonismo no processo de parturição (PEREIRA *et alli*, 2011).

Nos Estados Unidos, país caracterizado pelo liberalismo nos mais diversos setores e pela pouca interferência do Estado na vida privada, a gestante tem liberdade para escolher a via de parto. Lá, onde as taxas de cesárea, em 2015, eram de 32%, estima-se que os partos cirúrgicos realizados por desejo da gestante, sem indicações médicas, representavam 2,5% de todos os nascimentos (ACOG, 2018).



Sobre o tema, o Colégio Americano de Obstetras e Ginecologistas (ACOG, 2018) entende que, na falta de indicações médicas, o parto normal é seguro e apropriado e deve ser recomendado. Se o motivo da opção pela cesariana é o medo da dor do parto normal, a orientação e o apoio durante o pré-natal são muito importantes. Os profissionais de saúde que atendem a gestante devem esclarecer sobre os métodos de analgesia que podem ser utilizados, além de oferecer apoio psicológico durante o trabalho de parto e o parto (ACOG, 2018).

Se depois de conhecidas as razões e esclarecidos os riscos e benefícios, a gestante decide pelo parto cirúrgico, o ACOG faz as seguintes recomendações: não havendo indicações médicas, o parto cesáreo não deve ser realizado antes de 39 semanas de gestação; as gestantes devem ser informadas que os riscos de placenta prévia, placenta acreta, hemorragia pós-parto e histerectomia gravídica aumentam a cada parto cesáreo subsequente (ACOG, 2018). No Reino Unido, onde há um sistema de saúde público, mais próximo, portanto,

da realidade brasileira, houve amplo debate sobre o tema e, desde 2011, as gestantes podem escolher a via de parto, inclusive pelo parto cesáreo sem indicação médica. O principal motivo apontado para a escolha pela cesariana é o medo do parto normal, devido a insegurança pelo desconhecido ou por experiências traumáticas anteriores (BIRTHRIGHTS, 2017).

O National Institute for Health and Care Excellence (NICE) recomenda que os profissionais de saúde devem conversar para entender as verdadeiras razões que levam a mulher a querer a cesariana, esclarecer sobre os riscos e benefícios associados a cada via de parto, sanando todas as dúvidas da gestante. Se o motivo da escolha for medo ou ansiedade acerca do parto normal, a gestante deve receber um acompanhamento por profissional capacitado para trabalhar especificamente esses fatores. Se depois de tudo isso, a mulher continuar preferindo uma cesariana, a sua





decisão deve ser respeitada. Caso o obstetra prefira não realizar a cesárea, a gestante deve ser encaminhada para outro profissional que a faça (NICE, 2011).

O atual entendimento, que permite a cesárea sem indicação médica no Reino Unido, teve como importante fundamento o caso *Ternovsky x Hungary* (2010) julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (Birthrights, 2017). Uma gestante procurava garantir o seu direito a um parto domiciliar pois, diante da falta de regulamentação clara sobre o assunto, na prática, ela estava impedida de ter o seu filho da forma como gostaria, uma vez que os profissionais de saúde não estavam dispostos a assumir os riscos e a responsabilidade pelo atendimento. A gestante alegou violação ao seu direito à vida privada, previsto no art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (ECHR, 2010).

A Corte decidiu, por 6 votos a 1, que, de fato, havia violação ao direito à privacidade, atingindo também a integridade física e psicológica. Firmou-se o entendimento que, no caso em análise, o exercício da liberdade necessitava de um ambiente regulatório positivo para que houvesse segurança jurídica e fosse possível a efetivação do direito de escolha da gestante. A incerteza jurídica gerava medo e clandestinidade, podendo resultar em consequências fatais para a mãe e para o recém-nascido. Portanto, o Estado devia garantir o exercício do direito à vida privada com segurança (ECHR, 2010).

Considerando que os dados analisados mostram o medo e a ansiedade como fatores extremamente relevantes quando se trata da opção por uma ou outra via de parto, importante abordar a vulnerabilidade. Em sentido amplo, todo ser humano é vulnerável, como possibilidade, e algumas situações o fazem estar vulnerável, como probabilidade (HOSSNE, 2009). Trata-se, portanto, de condição intrínseca ao ser humano, que resulta em fragilidade e suscetibilidade a sofrer dano, físico ou psíquico, e que ressalta a dependência de cada indivíduo em relação ao outro. Todavia, de acordo com o referencial dos Direitos Humanos dos Pacientes, a



vulnerabilidade não pode ser usada como justificativa para cercear a autonomia do paciente e torna-lo sujeito passivo do processo terapêutico (ALBUQUERQUE; PARANHOS, 2017). Pereira Filho (2017) alerta que, diante de uma situação em que se identifica a vulnerabilidade, o mais relevante é o modo como o paciente deve ser tratado, com cuidado, atenção e disponibilidade.

Além de todas as mudanças físicas e fisiológicas decorrentes da gestação, os medos e as expectativas em relação à gravidez, ao parto, à sua saúde e à do seu filho e, ainda, as inseguranças acerca de como será o seu desempenho no papel de mãe e a falta de controle sobre tudo isso, deixam a mulher mais sensível e frágil, isto é, mais vulnerável.

É fundamental que o médico reconheça essa vulnerabilidade, busque compreender todas as questões que podem desencadear angústias (que podem ser médicas, mas também culturais, éticas, religiosas...), informe a paciente, a conforte e apoie, com vistas a reduzir sua vulnerabilidade e afirmar sua autodeterminação (PEREIRA FILHO, 2017).

O autor acrescenta que:

a vulnerabilidade jamais deve ser motivo para não praticar a beneficência, ou seja, para deixar de agir. Por mais incômoda que seja para o médico a vulnerabilidade de seu paciente ela não pode ensejar a negligência e sim estimular a diligência, aumentar o cuidado, da mesma forma como quando se tem na mão uma caixa com carimbo 'frágil' (PEREIRA FILHO, 2017, p. 9).

## **5 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA**

A violência obstétrica caracteriza-se pela apropriação do corpo e dos processos reprodutivos da mulher, praticada por profissionais de saúde, que se manifesta no tratamento degradante, no abuso de medicalização e na patologização dos processos naturais, reduzindo a autonomia da mulher e a sua capacidade de decidir livremente



sobre seu corpo e sua sexualidade, impactando negativamente a sua qualidade de vida (VENEZUELA, 2007). Essa forma de violência ainda não é prevista em legislação nacional no Brasil, embora, há mais de uma década, países como a Argentina, por meio da Lei de Proteção Integral às Mulheres, e a Venezuela, na Lei Orgânica sobre o Direito das Mulheres a uma Vida Livre de Violência, a reconheçam como crime contra as mulheres (ARGENTINA, 2009; VENEZUELA, 2007).

Segundo Albuquerque (2016, p. 117),

o tratamento do paciente pode ser considerado desumano se causar intenso sofrimento físico ou psíquico, e pode ser degradante quando provocar na vítima sentimentos de medo, angústia, humilhação ou retirar-lhe a possibilidade de resistir moral, psíquica ou fisicamente a uma situação adversa.

Sens e Stamm (2019) abordam a violência obstétrica a partir de três dimensões, distinguindo-as em institucional, individual e da relação humana. A primeira relaciona-se às condições de trabalho dos profissionais de saúde, bem como pela definição de normas e rotinas nos hospitais. Sobre essa dimensão, as autoras ressaltam que, na perspectiva de humanização do parto, a ambiência tem grande importância, não se tratando apenas da estrutura, mas também de uma atenção acolhedora e respeitosa à parturiente. E acrescentam que as condições precárias e a sobrecarga de trabalho muitas vezes são apontadas como justificativas para as violências individual e da relação humana, praticadas pelos profissionais.

A dimensão individual se expressa na ação do profissional de saúde, em especial do médico, que é quem, em regra, conduz o trabalho nas instituições de saúde, sendo, muitas vezes, o resultado positivo ou negativo mais dependente da sua conduta do que da questão estrutural. Configura-se, principalmente, na forma de violência física. Nesse contexto, as autoras entendem que *“a formação dos profissionais de saúde, em especial dos médicos, tem papel estruturante no desenho atual da assistência e na resistência à mudança e, por isso, a prática médica pode ser descolada do balizamento ético,*



*priorizando competências em detrimento de valores como o cuidado” (SENS; STAMM, 2019, p. 8).*

Ainda segundo Sens e Stamm (2019, p. 10-11), “A relação humana envolve os aspectos da interação que se estabelece entre o médico e a paciente, permeando a comunicação; a decisão compartilhada; o respeito à autonomia e ao protagonismo da mulher; e a empatia entre as partes envolvidas no contato estabelecido”. Portanto, a dimensão da relação humana da violência obstétrica apresenta-se como violência psicológica e verbal. É a mais difícil de ser percebida, pois muitas vezes é tratada como cuidado necessário e encoberta pela social e culturalmente reconhecida e aceita autoridade do médico, o detentor do conhecimento técnico-científico. Nesse sentido, as autoras ressaltam que “em vários estudos sobre a assistência nas maternidades, é demonstrado que a obediência é uma qualidade esperada da paciente, sendo que a não obediência é percebida pelos profissionais como desrespeito, ignorância ou agressividade” (p.12).

A violência obstétrica pode ocorrer na gestação, no parto, no puerpério e no atendimento em situações de abortamento. São exemplos de condutas e procedimentos que a caracterizam: a negativa de direitos, como à analgesia durante o trabalho de parto e à presença de um acompanhante escolhido pela mulher; o desrespeito ao plano de parto; a realização de vários exames de toque por diferentes profissionais, com objetivos acadêmicos; o uso abusivo de ocitocina para acelerar o trabalho de parto; a episiotomia como procedimento de rotina; a manobra de Kristeller, técnica banida pelo Ministério da Saúde e pela OMS; a proibição de que a gestante se movimente, beba água ou ingira alimentos leves durante o trabalho de parto; a sutura do períneo sem anestesia; a cesárea desnecessária e sem consentimento; a falta de informação adequada sobre o andamento do parto e os procedimentos realizados; o menosprezo aos sentimentos e aos desejos da mulher; o tratamento infantilizado da mulher, referindo-se a ela por diminutivos; comentários irônicos, grosseiros e preconceituosos; a realização de procedimentos no bebê logo após o nascimento sem o consentimento dos pais; a demora injustificada em permitir



o contato da mãe com o recém-nascido (JARDIM; MODENA, 2018; SENS; STAMM, 2019).

De acordo com a pesquisa “Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado”, realizada pela Fundação Perseu Abramo (2010), em 176 municípios, distribuídos em 24 Estados e no DF, 1 em cada 4 mulheres relatou ter sofrido algum tipo de violência durante o atendimento ao parto. Entre as entrevistadas que já tiveram aborto provocado e passaram por consulta médica em seguida, 53% relataram ter sofrido algum tipo de violência durante o atendimento. Esses dados podem ser ainda mais graves, considerando que muitas vezes a mulher não identifica que foi vítima de violência.

Outro dado relevante é o reconhecimento da violência obstétrica como violência de gênero. De acordo com Jardim e Modena (2018, p. 8) “a VO é uma questão feminista, fruto de uma opressão patriarcal que leva à redução, à repressão e à objetificação dos corpos femininos, limitando seu poder e suas maneiras de expressão”, gerando ainda mais perplexidade o fato de, muitas vezes, a violência obstétrica ser praticada por profissionais mulheres.

A OMS (2014, p. 1) reconhece que “No mundo inteiro, muitas mulheres experimentam abusos, desrespeito, maus-tratos e negligência durante a assistência ao parto nas instituições de saúde” e que, considerando o estado de intensa vulnerabilidade das mulheres durante o parto, “Tais práticas podem ter consequências adversas diretas para a mãe e a criança”. Afirma também que “Todas as mulheres têm direito ao mais alto padrão de saúde atingível, incluindo o direito a uma assistência digna e respeitosa durante toda a gravidez e o parto, assim como o direito de estar livre da violência e discriminação” e trata esse tipo de violência como “violação dos direitos humanos fundamentais das mulheres, como descrevem as normas e princípios de direitos humanos adotados internacionalmente” (OMS, 2014, p. 2).



Nesse sentido, alerta a OMS (2014, p. 2) que “Para obter um alto nível de respeito na assistência ao parto, os sistemas de saúde devem ser organizados e administrados de forma a garantir o respeito à saúde sexual e reprodutiva e os direitos humanos das mulheres” e sugere ações que devem ser tomadas para combater o problema: 1) Maior envolvimento dos governos e de parceiros do desenvolvimento social para uma melhor avaliação do problema, dos seus impactos e para a implementação de possíveis soluções; 2) Instituição e manutenção de programas com vistas a melhorar a qualidade dos cuidados de saúde materna, ressaltando a importância da assistência respeitosa, competente e atenciosa; 3) Reconhecimento da assistência obstétrica digna e respeitosa como direito das mulheres e dever dos profissionais de saúde; 4) Produção e difusão de dados sobre boas práticas na assistência à saúde, capacitação dos profissionais e responsabilização daqueles que violam direitos e normas éticas; e 5) Envolvimento de todos os interessados na busca de soluções para combater a violência obstétrica.

Entretanto, apesar de todas essas orientações e da realidade verificada nos hospitais e maternidades brasileiros, em 03/05/2019, o MS emitiu um Despacho orientando que o termo violência obstétrica não seja utilizado em documentos oficiais e políticas públicas, alegando que o termo “tem conotação inadequada, não agrega valor e prejudica a busca do cuidado humanizado no continuum gestação-parto-puerpério”. Ressalta que o termo violência traz a ideia de intencionalidade na realização do ato e que os profissionais que atendem as gestantes não têm a intenção de prejudicar ou causar dano (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019).

O Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), por sua vez, reagiu à manifestação do Ministério da Saúde, afirmando que “negar a violação de direitos da mulher na gravidez, parto e puerpério representa um retrocesso nas políticas públicas de saúde da mulher e de saúde materna” (CNDH, 2019).



O posicionamento do MS, contudo, reforça o que dizem as entidades médicas sobre o assunto, que mostram desconforto com o uso do termo violência obstétrica. Pesquisa desenvolvida por Palharini (2017), que analisou o discurso sobre o tema da violência obstétrica em publicações veiculadas por órgãos representativos da classe médica, verificou que, quando reconhecem que há um problema, ele é apontado como responsabilidade do Estado, na sua incapacidade em garantir boas condições de trabalho, e decorrente de comportamentos pontuais de um ou outro médico, tratados como exceções. Pois, segundo essas entidades, em regra, o comportamento médico é pautado na dedicação, no cuidado, na capacidade técnica, na ética e sempre voltado ao bem-estar dos pacientes, como se o diploma de Medicina automaticamente os tornassem incapazes de praticar qualquer violência.

A preocupação em ressaltar a boa reputação dos médicos chega a colocá-los como vítimas da situação, sendo recorrente o uso da expressão “*violência contra o obstetra*”, pois trabalham com excesso de demanda, em instituições que não fornecem condições para um atendimento adequado e ainda são, injustamente, tratados pela mídia e pelos movimentos de mulheres como hostis, agressivos e mal-intencionados. Sobre esse aspecto, a autora pontua que todo esse empenho em defender a classe está também relacionado à maior conscientização das mulheres sobre seus direitos e sobre a violência obstétrica, que tem levado ao aumento das ações judiciais que buscam responsabilizar os médicos pelos abusos cometidos (PALHARINI, 2017).

O discurso médico ressalta a importância do respeito à autonomia da paciente, mas, em diversos momentos, o que se percebe é que o desejo da mulher é respeitado desde que não divirja da posição do médico, do que ele considera como boa prática. Por exemplo: a opção da mulher em realizar uma cesariana sem nenhuma indicação, costuma ser atendida (na rede privada), mas a mulher que apresenta um plano de parto listando os procedimentos que ela não quer que sejam



realizados, muitas vezes não tem suas escolhas respeitadas ou é orientada a procurar outro profissional (PALHARINI, 2017). Ocorre que

os preceitos da cultura médica hegemônica, perpetuada por meio de suas práticas e da garantia de sua continuidade pela formação dos futuros médicos, funcionam como um dispositivo de verdade que ultrapassa evidências científicas, normas e recomendações de órgãos da saúde (PALHARINI, 2017, p. 25).

Segundo Palharini (2017), diversas publicações analisadas ressaltam a necessidade de a mulher ser acompanhada no parto pelo mesmo médico que a acompanhou no pré-natal, como forma de prevenir a violência. Esse entendimento, de que é o médico quem faz o parto, nega o protagonismo da mulher, gera insegurança e, muitas vezes, é a causa para a cesariana eletiva. Além disso, negligencia o fato de que a maioria das mulheres não podem fazer essa escolha, tendo em vista os altos custos que ela envolve. Dessa forma, *“os riscos de violência no parto, bem como a impossibilidade de escolha pela cesariana nos atendimentos públicos, são colocados como a verdadeira face da violência e decorrente dos atrasos que caracterizariam a assistência oferecida na rede pública”* (p. 21).

É exatamente esse o principal argumento utilizado como justificativa da Lei nº 17.137/2019 para autorizar a cesariana a pedido na rede pública de São Paulo, sob a alegação de respeito à autonomia da gestante. Isto é, a solução encontrada transfere o ônus de um problema estrutural (de saúde pública) e da incapacidade do Estado de resolvê-lo, para a gestante que, diante de uma situação em que precisa escolher entre um parto normal sujeito à violência ou uma cesárea, tenderá, é claro, a optar pela cirurgia.

O combate à violência obstétrica é uma tarefa bastante complexa. Pesquisa desenvolvida por Oliveira e Penna (2017), a partir de entrevistas realizadas com parturientes, enfermeiras e médicos obstetras, verificou que, em muitos casos, tamanha é a sua naturalização que a mulher não consegue identificar a violência





sofrida no momento em que ela ocorre, em tantos outros, se cala diante da autoridade do médico e muitas mulheres chegam até mesmo a se sentirem culpadas ou consentirem com o tratamento recebido. Por outro lado, aquelas mulheres que mostram conhecer seus direitos e se posicionam contra as decisões do médico, são rotuladas e tratadas com hostilidade.

As orientações da OMS (2014) ressaltam a importância da atuação do Estado no enfrentamento do problema, por meio da gestão do sistema público de saúde e da regulação do setor privado. A solução para o problema passa necessariamente por mudanças no modelo de assistência obstétrica vigente, normas e rotinas precisam ser revistas. Para Oliveira e Penna (2017) isso depende da mudança da

lógica de entendimento do parto, quando ele parar de ser visto somente como um evento médico e hospitalar e puder ser entendido como um evento humano, porque, só a partir deste reconhecimento, haverá a possibilidade de se fazer ouvir a voz das mulheres, resgatando a autonomia e a capacidade de deliberar sobre questões relacionadas ao seu processo de parto e nascimento. (p. 9)

Nesse sentido, faz-se necessária a atualização do processo de formação dos profissionais de saúde. O respeito aos direitos humanos na assistência obstétrica e a prática baseada em evidências precisam fazer parte da rotina e serem exaustivamente discutidas nos cursos de graduação, pós-graduação e, especialmente, nos hospitais escolas. Para isso, é fundamental que a classe médica reconheça o problema da violência obstétrica, que ele é grave e recorrente, não se tratando de casos isolados, e comece a enfrentá-lo, ao invés de banalizá-lo (PALHARINI, 2017; JARDIM; MODENA, 2018).

Toda a sociedade precisa ser conscientizada sobre o problema e saber que o atendimento obstétrico digno e respeitoso é um direito de todas as mulheres e dever dos profissionais de saúde (OMS, 2014). As mulheres e os acompanhantes precisam de informação confiável e de qualidade. O conhecimento sobre a fisiologia e as fases do trabalho de parto, sobre os métodos de alívio da dor, sobre os procedimentos que



podem ser recomendados, em quais situações e com quais objetivos reduzem o medo e a ansiedade e preparam a mulher para exercer sua autodeterminação e tomar as decisões de forma verdadeiramente livre e consciente (PALHARINI, 2017). Durante o pré-natal todos esses assuntos devem ser abordados, ressaltando-se, ainda, a importância da presença de um acompanhante de confiança da gestante, como fator relevante para o aumento da satisfação da mulher e para inibir as situações de abuso (SILVA *et alli*, 2017).

A experiência relatada por Silva *et alli* (2017) acerca de projeto de extensão vinculado ao curso de graduação em Enfermagem da Universidade Estadual de Feira de Santana, com práticas de educação em saúde para a prevenção da violência obstétrica, buscou orientar as gestantes e seus acompanhantes sobre seus direitos e práticas capazes de aumentar a autonomia da gestante e tornar a experiência do parto mais agradável. Agentes comunitários de saúde também participaram do projeto, tornando-se multiplicadores de conhecimento e passando a atuar na defesa do parto humanizado e no combate à violência obstétrica.

Por meio de capacitação, distribuição de material educativo e rodas de conversas, as gestantes tiveram oportunidade de trocar experiências, sanar suas dúvidas, falar sobre seus medos e apresentar suas demandas. O resultado foi considerado muito positivo, uma vez que as mulheres ficaram satisfeitas com o atendimento clínico, pois sentiram-se acolhidas e respeitadas e, também, mais seguras e preparadas para serem as protagonistas dos seus partos (SILVA *et alli*, 2017).

Por fim, além do reconhecimento do direito a uma assistência obstétrica livre de violência, são necessárias leis que garantam esse direito, por meio da tipificação das condutas violentas e da responsabilização dos profissionais e gestores que as desrespeitarem e, ainda, a disponibilização de canais de atendimento acessíveis que facilitem a denúncia (JARDIM; MODENA, 2018).



## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exercício do direito à autodeterminação requer que a gestante disponha de informação completa, clara e confiável para fazer suas escolhas, não só sobre a via de parto, mas sobre todos os procedimentos e intervenções que aceita ou não que sejam realizados e em quais casos.

Entretanto, as pesquisas demonstram que as mulheres, em regra, não são devidamente informadas e são fortemente influenciadas pela autoridade dos médicos. Dessa forma, a orientação durante o pré-natal sobre os direitos da gestante, a fisiologia e as fases do trabalho de parto, sobre os métodos de alívio da dor, sobre os procedimentos que podem ser recomendados, em quais situações e com quais objetivos são fundamentais para a tomada de decisão.

Outro fator relevante no exercício da autodeterminação é que a gestante não esteja sujeita a nenhum tipo de coação. Isto é, não se sinta constrangida a fazer determinada escolha sob o fundado temor de dano à sua pessoa ou ao seu filho ou filha. Todavia, os dados apresentados mostram que a violência obstétrica é um grave problema de saúde pública, praticada rotineiramente nos hospitais e maternidades brasileiras e que o medo de sofrer maus tratos durante o parto normal é um motivo relevante na opção pela cesariana.

Tendo como fundamento os Direitos Humanos dos Pacientes, a violência obstétrica trata-se de violação aos direitos humanos, pois atenta contra o seu princípio matriz, o da dignidade humana. Pode se configurar, ainda, como ofensa aos direitos à autodeterminação, à informação, à privacidade, a não ser submetido a tratamento desumano ou degradante, à integridade corporal, à não discriminação, entre outros.

Reconhece-se que o combate à violência obstétrica é uma questão bastante complexa, pois depende de uma mudança significativa no modelo de assistência



obstétrica vigente no Brasil. O respeito aos direitos humanos e a prática baseada em evidências precisam ser fomentados no processo de formação dos profissionais de saúde. Verifica-se, contudo, enorme dificuldade no enfrentamento do problema, uma vez que as entidades representativas da classe médica não reconhecem a sua gravidade.

Assim, conclui-se que a suposta solução para a violência obstétrica dada pela Lei nº 17.137, sob a alegação de proteção ao direito de autonomia da gestante, trata-se, na verdade, da banalização do problema pelo Estado, pois o reduz à discussão cesárea *versus* parto normal, e da sua omissão ao não enfrentar as suas verdadeiras causas e causadores. E, pior, em um momento de grande vulnerabilidade física e emocional, impor à mulher uma decisão que, segundo dados científicos, não é a melhor para a sua saúde e a do seu filho, frente ao medo de sofrer maus tratos, desrespeito e violência, por profissionais que têm o dever de cuidado, significa punir a vítima.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline. *Direitos Humanos dos Pacientes*. Curitiba: Juruá, 2016.

ALBUQUERQUE, Aline; PARANHOS, Denise G. A. M. Direitos Humanos dos Pacientes e Vulnerabilidade: o paciente idoso à luz da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 2844-2862. 2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/27401>> Acesso em: 29/05/2020.

ANDORNO, Roberto. Liberdade e Dignidade da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (organizadoras). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 73-93.



ARGENTINA. *Lei nº 26.485, de 01/04/2009*. Disponível em:  
<<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26485-152155/actualizacion>>  
Acesso em: 10/05/2020.

BIRTHRIGHTS. Do I have a right to choose a caesarean section? 2017. Disponível em: <<https://www.birthrights.org.uk/2017/05/24/do-i-have-a-right-to-choose-a-caesarean-section/>> Acesso em: 12/02/2020.

COLÉGIO AMERICANO DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA (ACOG). *Cesarean Delivery on Maternal Request*. 2018. Disponível em:  
<<https://www.acog.org/clinical/clinical-guidance/committee-opinion/articles/2019/01/cesarean-delivery-on-maternal-request>> Acesso em: 24/05/2020.

CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS (CNDH). *CNDH aprova por unanimidade Recomendação sobre violência obstétrica*. 2019. Disponível em:  
<<https://www.gov.br/mdh/pt-br/acao-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/2019.05.09CNDHaprovaRecomendaosobreviolenciaobsttrica.pdf>> Acesso em: 14/05/2020

CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DA DIGNIDADE DO SER HUMANO FACE ÀS APLICAÇÕES DA BIOLOGIA E DA MEDICINA. Disponível em:  
<<http://dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>> Acesso em: 06/03/2020.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (ECHR). Case of Ternovsky v. Hungary. App. No. 67545/09. Seond Section. Data do julgamento: 14/12/2010. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-102254%22%5D%7D>> Acesso em: 07/03/2020.

DALL'AGNOL, Darlei. *Bioética: Filosofia passo-a-passo* 55. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

DOMINGUES, Rosa Maria Soares Madeira *et alli*. Processo de decisão pelo tipo de parto no Brasil: da preferência inicial das mulheres à via de parto final. *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, vol. 30 Supl. 1, 2014. p. S101-S116. Disponível em:  
<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2014001300017](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2014001300017)> Acesso em: 07/03/2020.



FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO e SESC. *Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado*. 2010. Disponível em: <[https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa\\_org\\_br\\_sites\\_default\\_files\\_pesquisaintegra.pdf](https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa_org_br_sites_default_files_pesquisaintegra.pdf)> Acesso em: 01/10/2019.

HOSSNE, William Saas. Dos referenciais da Bioética – a Vulnerabilidade. *Bioethikos*. Centro Universitário São Camilo. 2009; 3(1). p. 41-51. Disponível em <<http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/68/41a51.pdf>> Acesso em: 02/03/2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Cadernos ODS. ODS 3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todas e todos, em todas as idades. O que mostra o retrato do Brasil? 2019. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/190829\\_cadernos\\_ODS\\_objetivo\\_3.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/190829_cadernos_ODS_objetivo_3.pdf)> Acesso em: 04/03/2020.

JARDIM, Danúbia Mariane Barbosa; MODENA, Celina Maria. A violência obstétrica no cotidiano assistencial e suas características. *Rev. Latino-Am. Enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 26, nov. 2018. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-11692018000100613&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-11692018000100613&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)> Acesso em: 27/04/2020.

LIAKOPOULOS, M. Análise Argumentativa. In: BAUER, M. W.; GASKELL, G. (Ed.) *Pesquisa Qualitativa com Texto, Imagem e Som*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 218-243.

MASCARELLO, Keila Cristina; HORTA, Bernardo Lessa; SILVEIRA, Mariângela Freitas. Complicações maternas e cesárea sem indicação: revisão sistemática e meta-análise. *Revista de Saúde Pública*. São Paulo. p. 51-105, 2017. Disponível em: <[http://www.scielo.br/pdf/rsp/v51/pt\\_0034-8910-rsp-S1518-87872017051000389.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rsp/v51/pt_0034-8910-rsp-S1518-87872017051000389.pdf)> Acesso em: 21/11/1019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Despacho*. 2019. Disponível em: <[https://sei.saude.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&codigo\\_verificador=9087621&codigo\\_crc=1A6F34C4&hash\\_download=c4c55cd95ede706d0b729845a5d6481d07e735f33d87d40984dd1b39a32d870fe89dcf1014bc76a32d2a28d8f0a2c5ab928ff165c67d8219e35beb1a0adb3258&visualizacao=1&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.saude.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=9087621&codigo_crc=1A6F34C4&hash_download=c4c55cd95ede706d0b729845a5d6481d07e735f33d87d40984dd1b39a32d870fe89dcf1014bc76a32d2a28d8f0a2c5ab928ff165c67d8219e35beb1a0adb3258&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0)> Acesso em: 11/05/2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Ministério da Saúde investe na redução da mortalidade materna*. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/43325->



ministerio-da-saude-investe-na-reducao-da-mortalidade-materna> Acesso em: 30/03/2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria nº 306, de 28/03/2016. Aprova as Diretrizes de Atenção à Gestante: a operação cesariana.* Disponível em: <<https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2016/marco/31/MINUTA-de-Portaria-SAS-Cesariana-03-03-2016.pdf>> Acesso em 01/10/2019.

NATIONAL INSTITUTE FOR HEALTH AND CARE EXCELENCE (NICE) Caesarean Section. Clinical Guideline [CG 132]. 2011. Disponível em: <<https://www.nice.org.uk/guidance/cg132/chapter/1-Guidance#planned-cs>> Acesso em: 23/02/2020.

OLIVA, Célia Maria Pinto Saraiva. *Cesariana versus Parto Vaginal: como nascer?* 2010. 31f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado Integrado em Medicina. Instituto de Ciências Biomédicas de Abel Salazar. Universidade do Porto. Porto, Portugal. 2010. Disponível em: <<https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/52793/2/Tese%20de%20mestrado.pdf>> Acesso em: 01/10/2019.

OLIVEIRA, Virgínia Junqueira; PENNA, Cláudia Maria de Mattos. O discurso da violência obstétrica na voz das mulheres e dos profissionais de saúde. Texto contexto – enferm. (online), v. 26, n. 2, jul. 2017. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0104-07072017000200331&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0104-07072017000200331&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)> Acesso em: 11/05/2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). *Declaração da OMS sobre Taxas de Cesáreas.* 2015. Disponível em: <[https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/161442/WHO\\_RHR\\_15.02\\_por.pdf;jsessionid=E357C89E9CF386EAF2700015F446BD85?sequence=3](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/161442/WHO_RHR_15.02_por.pdf;jsessionid=E357C89E9CF386EAF2700015F446BD85?sequence=3)> Acesso em: 01/10/2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). *Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde.* 2014. Disponível em: <[https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO\\_RHR\\_14.23\\_por.pdf;jsessionid=723DDB00C3F8F89F00D0A3A19C426CE8?sequence=3](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;jsessionid=723DDB00C3F8F89F00D0A3A19C426CE8?sequence=3)> Acesso em: 26/10/2019.

PALHARINI, Luciana Aparecida. Autonomia para quem? O discurso médico hegemônico sobre a violência obstétrica no Brasil. *Cadernus Pagu* (online), n. 49,



dez. 2017. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332017000100307&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332017000100307&script=sci_abstract&tlng=pt)> Acesso em: 08/04/2020.

PEREIRA FILHO, Antônio. Dos princípios aos referenciais – Reflexões. In: JORGE FILHO, Isac (autor/organizador). *Bioética: Fundamentos e reflexões*. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017. p. 7-14.

PEREIRA, Raquel da Rocha; FRANCO, Selma Cristina; BALDIN, Nelma. Representações Sociais e Decisões das Gestantes sobre a Parturição: protagonismo das mulheres. *Saúde Soc.* São Paulo, v. 20, n. 3. p. 579-589, 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12902011000300005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902011000300005)> Acesso em: 10/03/2020.

SÃO PAULO. *Lei nº 17.137, de 23/08/2019*. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/norma/191323>> Acesso em 12/09/2019.

SCHLEMPER JÚNIOR, Bruno Rodolfo; BONAMIGO, Élcio Luiz. Uma discussão bioética da escolha da via de parto. In: SANCHES, Mário Antônio (organizador). *Bioética e planejamento familiar: Perspectivas e escolhas*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2014. p. 173-204.

SENS, Maristela Muller; STAMM, Ana Maria Nunes de Faria. A percepção dos médicos sobre as dimensões da violência obstétrica e/ou institucional. *Interface*, Botucatu, v. 23, ago. 2019. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-32832019000100277&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832019000100277&tlng=pt)> Acesso em: 13/05/2020.

SILVA, Thamiles Sena da *et alli*. A extensão universitária e a prevenção da violência obstétrica. *Revista Ciência em Extensão*, v. 13, n. 1, p. 176-189. 2017. Disponível em: <[https://ojs.unesp.br/index.php/revista\\_proex/article/view/1589](https://ojs.unesp.br/index.php/revista_proex/article/view/1589)> Acesso em: 17/05/2020.

VEATCH, Robert M. *Bioética*. Tradução Daniel Vieira; revisão técnica Gisele Joana Gobbeti. 3ª ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2014.

VENEZUELA. *Lei nº 38.668, de 23/04/2017*. Disponível em: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6604.pdf>> Acesso em: 10/05/2020.





# A TOMADA DE DECISÃO APOIADA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DO PACIENTE COM TRANSTORNOS MENTAIS

Andréia Katiane Lima Linhares da Silva

## RESUMO

Por intermédio desta pesquisa busca-se demonstrar que a Tomada de Decisão Apoiada atua como um instrumento para a efetivação dos Direitos Humanos das pessoas com transtornos mentais. Inicialmente, foram analisadas legislações nacionais e convenções internacionais acerca da temática de proteção e promoção dos direitos das pessoas com deficiência, com destaque para a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e outros normativos internacionais acerca do direito à saúde e à saúde mental. Após, a Tomada de Decisão apoiada foi analisada no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, considerando o Estatuto da Pessoa com Deficiência que alterou o Código Civil de 2002, inserindo o instituto citado como um mecanismo de apoio às pessoas com deficiência. Por fim, uma sentença prolatada no âmbito do sistema de justiça foi analisada, visando demonstrar que a adoção da Tomada de Decisão Apoiada é um caminho importante para a promoção e o respeito a autonomia e as vontades da pessoa com transtornos mentais. Por intermédio da pesquisa realizada, foi possível chegar à conclusão de que a Tomada de Decisão Apoiada é um avanço na legislação pátria e funciona como instrumento para efetivação de tais direitos, no entanto, não se busca esgotar o tema, uma vez que a reflexão é necessária para que cada vez mais as pessoas com deficiência sejam integradas na sociedade brasileira.

**Palavras-chave:** Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Tomada de Decisão Apoiada. Direitos Humanos dos Pacientes. Saúde. Saúde Mental.



## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se propõe a analisar a efetivação dos direitos dos pacientes com transtornos mentais mediante o uso da Tomada de Decisão Apoiada, doravante TDA, introduzida pela Lei Brasileira de Inclusão no Código Civil. Atualmente, a TDA é um mecanismo utilizado como alternativa para a Curatela no sistema jurídico brasileiro, sendo empregado de forma escassa por desconhecimento tanto dos cidadãos quanto dos operadores de direito. Inserida no ordenamento em 2015, ela pode ser utilizada para fomentar a capacidade civil das pessoas com deficiência, mas isso não tem ocorrido. Por promover a capacidade civil, a TDA é relevante no âmbito das pessoas com transtornos mentais para garantir que elas tenham um instrumento que lhes garanta o pleno exercício de seus direitos e sua autonomia, para que possam decidir suas vidas e agir conforme suas vontades. Enquanto pacientes, as pessoas com transtornos mentais se encontram ainda mais vulneráveis, e é necessário que o Estado atue de forma positiva, fomentando políticas públicas e meios de inclusão social. Nesse sentido, a TDA surgiu como alternativa para os pacientes com transtornos mentais, de modo que estes possam então, contando com o apoio daqueles que escolheram, tomar as decisões pertinentes a sua saúde.

A metodologia utilizada nessa pesquisa seguiu a linha dogmática, buscando encontrar a melhor instrumentalização das práticas jurídicas referente a TDA, analisando de forma instrumental tanto no âmbito doutrinário quanto no âmbito legal. Utilizou-se a pesquisa bibliográfica, por intermédio de livros doutrinários e artigos pertinentes ao tema, bem com um estudo de caso desenvolvido no último capítulo. Inicialmente são apresentados os conceitos bases utilizados para o entendimento da TDA como instrumento de efetivação dos direitos humanos dos pacientes com transtornos mentais. Após a delimitação acerca dos Direitos



Humanos, considerando sua formação histórica e configuração atual, passa-se à análise do direito humano à saúde, delimitando o direito à saúde mental e alinhando-o com o referencial dos Direitos Humanos dos Pacientes, sendo necessário destacar a importância da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD.

Em seguida, parte-se para a análise da TDA, mecanismo previsto na legislação brasileira, resultado da internalização da CDPD, do qual resultou o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015 – que altera o Código Civil de 2002 em vários níveis, incluindo a TDA no artigo 1.783-A, como um instrumento de suporte para a tomada de decisão baseado no referencial dos Direitos Humanos. Assim, com base na TDA, a pessoa com transtornos mentais poderá, conforme sua vontade e, respeitada sua autonomia, eleger duas pessoas para atuarem como apoiadores nas suas decisões, observados os trâmites legais. Busca-se entender a funcionalidade e a aplicação da TDA no âmbito do sistema jurídico brasileiro, de forma a delimitar se essa se encontra de acordo com os parâmetros internacionais definidos na CDPD.

Por fim, faz-se a análise de uma decisão prolatada no âmbito do sistema jurídico brasileiro, na qual restou decidido que a curatela – o mecanismo que a TDA visa extinguir, ou no mínimo, diminuir a aplicação – não era necessária, restando delimitado que as partes deveriam optar pela TDA. Por meio dessa decisão, busca-se demonstrar a necessidade desse mecanismo no ordenamento jurídico, para que não ocorram mais violações sistemáticas as pessoas com transtornos mentais. Em suma, o que se pretende com a presente pesquisa é demonstrar que a TDA é um instrumento válido e necessário para a proteção e a efetivação dos direitos das pessoas com transtornos mentais, principalmente quando se encontram na posição de pacientes, momento em que se tornam ainda mais vulneráveis.

## **1 DIREITOS HUMANOS, DIREITO HUMANO À SAÚDE E A SAÚDE MENTAL**



Este capítulo tem por objetivo apresentar os conceitos bases utilizados como parâmetros para o entendimento da TDA enquanto instrumento para efetivação dos Direitos Humanos do Paciente com transtornos mentais. Inicialmente, delimita-se o conceito de Direitos Humanos, o contexto histórico e as principais nuances aplicáveis a essa pesquisa, direcionando posteriormente para o Direito Humano à Saúde e à Saúde Mental, assim como aos marcos teóricos pertinentes.

## 1.1 Dos Direitos Humanos

Conforme Albuquerque e Barroso, os direitos humanos são historicamente reconhecidos e progressivamente formalizados em normas internacionais. Inicialmente, surgiram em contextos nacionais, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776. Após a Segunda Guerra Mundial, a proteção aos Direitos Humanos se expandiu para todos os Estados, relativizando-se a soberania destes em face dessa proteção<sup>1</sup>. Na formação história dos direitos humanos, é possível identificar três aspectos basilares, que permearam as lutas e movimentos formadores dos conceitos e entendimentos desses direitos, quais sejam: a autonomia da pessoa, legitimidade do poder político e condições dignas de vida<sup>2</sup>. De alguma forma, essas variáveis sempre estiveram presentes nos pensamentos e objetivos dos movimentos que buscavam a aplicação dos Direitos Humanos. Buscando uma conceituação dos Direitos Humanos, apresenta-se a definição de Carvalho Ramos:

Na necessidade de se adotar uma definição concisa, entendo por direitos humanos um “conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade e na dignidade”<sup>3</sup>. [...] os direitos humanos asseguram uma vida digna, na qual o indivíduo possui

---

<sup>1</sup> ALBUQUERQUE, Aline. BARROSO, Aléssia. **Curso de Direitos Humanos**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

<sup>2</sup> *Idem*

<sup>3</sup> HESSE, Konrad *apud* RAMOS, André Carvalho. **Teoria dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**, 6ª edição. Saraiva, 2/2016



condições adequadas de existência, participando ativamente da vida de sua comunidade.<sup>4</sup>

Assim, tem-se que os Direitos Humanos encontram respaldo na liberdade, na igualdade e na dignidade. Nesse sentido, há também o entendimento de que os Direitos Humanos se colocam de forma a efetivar códigos morais bases da sociedade, proporcionando um meio para que as pessoas possam conviver igualmente, em condições adequadas, inseridos e atendidos pela comunidade em que esses direitos são respeitados e efetivados<sup>5</sup>. Os Direitos Humanos estão intrincados com a natureza das pessoas enquanto seres que pertencem à espécie humana<sup>6</sup>, com a sua dignidade e com a qualidade de vida, mas não só isso, também estão relacionados com todo o contexto no qual a vida humana está inserida, estabelecendo um padrão mínimo de existência a ser considerado quando dos assuntos referentes aos seres humanos como um todo.

Em adendo, considerando o conceito previamente delineado, é pacífico o entendimento de que os direitos humanos são aqueles inerentes ao ser humano, sem qualquer tipo de discriminação. Esses direitos são garantidos legalmente, por meio de tratados e outros normativos internacionais. Nesse sentido, é importante frisar que todas as pessoas, em qualquer circunstância, devem ter seus Direitos Humanos respeitados e efetivados, e que estes são indivisíveis, interligados e interdependentes<sup>7</sup>, devendo ser aplicados e respeitados em todas as suas características e dimensões. São, portanto, direitos que concretizam a dignidade da pessoa humana e o exercício pleno da cidadania<sup>8</sup>. Os Direitos Humanos dizem respeito a obrigações dos Estados, que estão invariavelmente previstas em normas

---

<sup>4</sup> RAMOS, André Carvalho. **Teoria dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**, 6ª edição. Saraiva, 2/2016

<sup>5</sup> ALBUQUERQUE, Aline. BARROSO, Aléssia. **Curso de Direitos Humanos**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

<sup>6</sup> DONELLY, J. **Universal human rights in theory and practice**. Ithaca: Cornell; 2003

<sup>7</sup> UNITED NATIONS. **What are Humans Rights?** Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>. Acesso em: 27 nov. 2018

<sup>8</sup> ALBUQUERQUE, Aline. BARROSO, Aléssia. **Curso de Direitos Humanos**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018



internacionais às quais os Estados se vinculam, sendo que os titulares desses direitos são indivíduos ou grupos de indivíduos, independentemente de qualquer fator pessoal<sup>9</sup>.

Considerando um viés pedagógico, os Direitos Humanos se dividem em três dimensões<sup>10</sup>. A primeira dimensão diz respeito aos direitos civis e políticos, ou direitos humanos clássicos, cuja origem remonta às burguesias europeias e às lutas contra os regimes absolutistas vigentes a época. Tem sua aplicação imediata, o que significa que devem ser efetivados assim que o Estado ratificar a norma que os delimita. O direito à vida, a liberdade e a segurança pessoal são direitos civis, e o direito de participar ativamente da formação do governo do Estado é um direito político, por exemplo. Ambos estão previstos no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos<sup>11</sup> e estão inseridos no contexto da primeira dimensão<sup>12</sup>.

Os direitos de segunda dimensão são os direitos econômicos, sociais e culturais,

e estes, diferentemente dos direitos civis e políticos, não têm aplicação imediata, pois demandam uma atuação ativa do Estado, com gastos públicos e planejamento. São, portanto, direitos que tem a realização de forma progressiva, considerando o nível de desenvolvimento do Estado e a própria legislação interna<sup>13</sup>. A igualdade de direitos entre homens e mulheres, o direito ao trabalho, a previdência social, o direito de toda pessoa de desfrutar do mais elevado nível possível de saúde física e mental, direito a educação e o direito a participação cultural, todos

---

<sup>9</sup> *Idem*

<sup>10</sup> *Idem*

<sup>11</sup> BRASIL. **Decreto n° 592 de 06 de julho de 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso: 01 mar. 2020

<sup>12</sup> BRASIL. **Decreto n° 591 de 06 de julho de 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso: 01 jan. 2019.

<sup>13</sup> ALBUQUERQUE, Aline. BARROSO, Aléssia. **Curso de Direitos Humanos**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018



garantidos no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>14</sup>, são exemplos de Direitos Humanos de segunda dimensão.

Por fim, os direitos referentes a terceira geração ainda não possuem, de fato, normativos que gerem obrigações aos Estados, o que os torna de difícil efetivação e monitoramento nos sistemas internacionais de proteção aos Direitos Humanos, diferentemente dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais. Os direitos de terceira dimensão raramente são objetos de peticionamento ou monitoramento nos sistemas de defesa dos Direitos Humanos, o que demonstra a pouca relevância que possuem atualmente. Dentre esses direitos, podemos citar o direito à autodeterminação dos povos e o direito ao desenvolvimento, que se fizeram importantes em determinado momento cultural, mas que são pouco pleiteados atualmente<sup>15</sup>.

É importante frisar que uma grande parte da essência dos Direitos Humanos está no fato de que existem obrigações decorrentes desses direitos, que vinculam os Estados, o que lastreia o respeito e a efetividade do que é disposto nos normativos que os definem. As dimensões aqui citadas têm viés acadêmico, pois os Direitos Humanos são indivisíveis e interligados, possuindo força jurídica que obriga os Estados a atuação e a postura de não violação<sup>16</sup>. Essas características são de extrema importância pois garantem uma estabilidade no âmbito dos Direitos Humanos. É a partir dessas definições que se faz possível o peticionamento e monitoramento nos sistemas de proteção, e é disso que se tem a força obrigacional que os direitos

---

<sup>14</sup> BRASIL. Decreto nº 591 de 06 de julho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso: 01 jan. 2019

<sup>15</sup> ALBUQUERQUE, Aline. BARROSO, Aléssia. **Curso de Direitos Humanos**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018

<sup>16</sup> *Idem*.



humanos geram aos Estados que internalizam os normativos que possuem em sua natureza as particularidades citadas<sup>17</sup>.

Assim, os Direitos Humanos são aqueles inerentes a pessoa humana, pelo simples fato de serem humanas, por sua natureza e nada além, sem considerar quaisquer tipos de discriminação, independentemente de qualquer fator de diferenciação. São direitos que devem ser respeitados e que podem ser cada vez mais efetivados, elevando a dignidade da pessoa humana e aquilo que se considera o mínimo possível para se viver de uma forma mais digna<sup>18</sup>. Como marco teórico, busca-se no tópico seguinte os elementos e desdobramentos do Direito Humano à Saúde e a Saúde Mental, para aplicá-los as pessoas com transtornos mentais, foco dessa pesquisa.

## 1.2 Do Direito Humano à Saúde e a Saúde Mental

O Direito Humano à Saúde se encontra no âmbito dos Direitos Humanos de segunda geração, assim, sua efetivação não é imediata. Quando se fala desse direito, é necessário observar a progressão do Estado. Dessa forma, o direito à saúde deverá crescer exponencialmente de acordo com o desenvolvimento estatal. Em atenção a este direito, o Estado deverá fazer uso de todos os meios apropriados para que sua eficácia seja a maior possível<sup>19</sup>. É por meio do Artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>20</sup> que temos as principais disposições sobre esse direito:

### ARTIGO 12

---

<sup>17</sup> ALBUQUERQUE, Aline. BARROSO, Aléssia. **Curso de Direitos Humanos**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

<sup>18</sup> RAMOS, André Carvalho. **Teoria dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**, 6ª edição. Saraiva, 2/2016

<sup>19</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da. **Comentário Geral n.º 14: o direito ao mais alto padrão de saúde**. Genebra: ONU, 200. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/425041>. Acesso em: 27 nov. 2018

<sup>20</sup> BRASIL. **Decreto n.º 591 de 06 de julho de 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso: 27 nov. 2018





Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento é das crianças;

A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;

A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;

A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Importante se faz a definição do que é saúde, o que pode se dar de várias formas, considerando vários aspectos. No entanto, a principal referência a ser usada quanto ao conceito de saúde é o que dispõe a Organização Mundial da Saúde – OMS, fundada em 7 de abril de 1948 no pilar de que saúde é um Direito Humano e todas as pessoas deveriam desfrutar do mais alto padrão de saúde<sup>21</sup>. O conceito de saúde proposto pela OMS é de extrema importância, pois traz aspectos desconhecidos pela sociedade. A saúde é, primeiramente, indispensável ao exercício de outros direitos, ou seja, sem a saúde é muito difícil que se exerça com efetividade e qualidade quaisquer outros direitos que são inerentes à pessoa humana. Portanto, a saúde é muito mais do que aquilo que é posto no senso comum, é muito mais abrangente do que a ausência de doenças e o espaço no qual esse direito se reflete é muito maior do que normalmente se pensa<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Milestones for health over 70 years**. Disponível em: <http://www.euro.who.int/en/aboutus/organization/who-at-70/milestones-for-health-over-70-years>. Acesso em: 09 jul. 2019

<sup>22</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da. **Comentário Geral n.º 14: o direito ao mais alto padrão de saúde**. Genebra: ONU, 200. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/425041>. Acesso em: 27 nov. 2018



Nesse sentido, a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças<sup>23</sup>. Todo ser humano tem o direito de usufruir do mais elevado nível de saúde de forma a viver uma vida digna, conforme dispõe o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em seu artigo 12.1, quando determina que *“todas as pessoas têm o direito de desfrutar do mais elevado nível possível de saúde física e mental”*<sup>24</sup>. Assim, é possível perceber que a saúde é algo enorme e significativo, pois está em todos os lugares e todos as coisas que as pessoas fazem. É um direito necessário ao ser humano, principalmente quando se fala do exercício de outros direitos. A saúde está muito além do aspecto da ausência de doenças, e nesse sentido, o Direito Humano à Saúde abrange uma noção muito maior do que essa mera ausência da dor ou da doença em si, vai muito além do direito a estar saudável. A realização do Direito Humano à Saúde é mitigada de acordo com a evolução da sociedade em que se insere, porém, por ser um direito essencial ao exercício dos outros direitos, é necessário que se atente a disposição de que deve sempre estar no mais alto padrão possível, de forma que as pessoas possam usufruir deste e, conseqüentemente, de outros direitos.

Nesse sentido, fazendo o recorte necessário ao tema apresentado, é importante falar sobre o direito à saúde mental. Existe, atualmente, um intenso movimento quanto a prevenção e cuidados acerca da saúde mental, porém muito do que é debatido está num contexto mais social, de convivência, e o direito à saúde mental também vai além daquilo que é falado no senso comum. Vai muito além do direito a estar mentalmente saudável, seguindo a mesma lógica do Direito Humano a Saúde. De acordo com a Organização Mundial da Saúde, a saúde mental é um estado de bem-estar no qual o indivíduo é capaz de usar suas próprias habilidades,

---

<sup>23</sup> *Idem*

<sup>24</sup> BRASIL. Decreto nº 591 de 06 de julho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso: 27 nov. 2018



recuperar-se do estresse rotineiro, ser produtivo e contribuir com a sua comunidade<sup>25</sup>. A saúde mental se relaciona muito com a forma como as pessoas compreendem e vivenciam emoções intrínsecas a natureza humana e a convivência em sociedade.

O direito à saúde mental se coloca no sentido de que as pessoas, principalmente aquelas que se encontram em situação vulnerável, têm direito a um tratamento adequado, a não serem discriminadas, a terem sua privacidade e sua autonomia preservadas, a não serem submetidas a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, dentre outros. Assim, o direito à saúde mental se relaciona com a autonomia e a dignidade da pessoa humana<sup>26</sup>. Novamente, importante dizer que a saúde mental vai muito além da ausência de doenças mentais. O direito à saúde mental impõe o respeito à pessoa com transtornos mentais, porém também garante às pessoas mentalmente saudáveis que busquem auxílio quando pensarem ser necessário, usando dos sistemas de atendimento de forma preventiva e que tenham acesso a acompanhamento e tratamento da mesma forma, assim, mesmo com as suas peculiaridades, todos são tratados iguais na medida de sua desigualdade.

Ainda atualmente, quando se fala em saúde mental, a existência de um preconceito resiste, um paradigma que foi construído ao longo de muitos séculos. Decorre desse preconceito todo um movimento de exclusão da pessoa portadora de transtornos mentais. Pensa-se em hospitais psiquiátricos, manicômios, casas terapêuticas fora do convívio social e vários outros meios de exclusão dessas pessoas. Esse é um modelo que apesar de ultrapassado, ainda encontra exemplos na sociedade atual. Visando o combate a essa construção histórica, iniciou-se um movimento chamado de Reforma Psiquiátrica. No Brasil, esse movimento buscou

---

<sup>25</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Mental health action plan 2013-2020**. Disponível em: [https://www.who.int/mental\\_health/publications/action\\_plan/en/](https://www.who.int/mental_health/publications/action_plan/en/). Acesso em: 09 fev. 2019

<sup>26</sup> MENDONÇA, Suzana Maria. **Dignidade e autonomia do paciente com transtornos mentais**. Rev. Bioét., Brasília, v. 27, n. 1, p. 46-52, Mar. 2019. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S198380422019000100046&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198380422019000100046&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 05 dez. 2019



mudar o paradigma quanto ao tratamento das pessoas com transtorno mental, trazendo o enfoque para o paciente e na inclusão dele, dos familiares e da sociedade nesse processo<sup>27</sup>, resultando na publicação da Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001, a qual dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental<sup>28</sup>. Nesse sentido, a Reforma Psiquiátrica muda a direção da assistência que é prestada ao paciente.

O Direito Humano à Saúde Mental é importante pois necessário e inerente ao ser humano e ao exercício pleno de outros direitos. Por não se caracterizar como a simples ausência de doenças, a saúde mental se faz presente em absolutamente todos os momentos das pessoas e de suas vidas, e em conjunto com outros fatores, é de intensa importância no âmbito dos direitos humanos e da condição humana como um todo. Assim, é possível a conclusão que os direitos humanos previstos em normativos acerca do tema desenvolvido direcionam atenção à saúde mental, ou pelo menos, aos cuidados em saúde, o que se estreita para a saúde mental num aspecto mais abrangente. Tal direcionamento se faz necessário principalmente por causa da contínua estigmatização e perseguição dessas pessoas, assim como da submissão histórica – e ainda presente – a condições desumanas e degradantes<sup>29</sup>. Nesse sentido, considerando a necessidade de acompanhamento da pessoa em sofrimento psíquico, é possível concluir que esta pessoa não raro se encontra também na condição de paciente, assim trazendo para si mais uma situação de vulnerabilidade inerente à pessoa humana. Dessa forma, se faz necessária discorrer sobre a aplicação dos

---

<sup>27</sup> BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de atenção à saúde. Departamento de ações programáticas estratégicas. Coordenação geral de saúde mental. (2005). **Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil**. Documento apresentado à Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. Brasília: OPAS

<sup>28</sup> BRASIL. **Lei n. 10.2016, de 6 de abril de 2001**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm). Acesso em: 10 jul. 2019

<sup>29</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Internação compulsória à luz dos Direitos Humanos dos Pacientes**. I Webcongresso Internacional de Direito Sanitário, 2017.



Direitos Humanos do Paciente à pessoa com transtornos mentais, análise presente no próximo capítulo.

## 2 DIREITOS HUMANOS DO PACIENTE COM TRANSTORNOS MENTAIS

Busca-se por intermédio deste capítulo a apresentação dos Direitos Humanos do Paciente enquanto referencial teórico-normativo para a análise do uso da TDA para pessoas com transtornos mentais que se encontram na situação de pacientes, momento de vulnerabilidade singular. Considerando que os Direitos Humanos dos Pacientes são essencialmente internacionais, a análise se dá por meio dos normativos internacionais, dos relatórios emitidos no âmbito da Organização das Nações Unidas e dos princípios norteadores desses direitos. Em seguida, com as bases teóricas apresentadas, busca-se demonstrar a aplicação do Direito Humano à saúde e dos Direitos Humanos dos Pacientes as pessoas com transtornos mentais.

### 2.1 Dos Direitos Humanos do Paciente

O Direito Humano à Saúde, como um direito social, se realiza à medida que a sociedade se desenvolve. Nesse âmbito, quando se fala do paciente, entende-se que este tem, em suma, duas condições, uma enquanto pessoa vulnerável numa relação e outra enquanto ator principal no processo terapêutico<sup>30</sup>. Neste contexto, os Direitos Humanos dos Pacientes englobam princípios, normativos e jurisprudências que se referem aos pacientes, num sentido mais amplo e genérico. São um referencial teórico-normativo e bioético-jurídico, desenvolvidos a partir do ano de 2013, e tem fundamentos no trabalho de Albuquerque<sup>31</sup>, Cohen e Ezer<sup>32</sup>. A aplicação dos Direitos

---

<sup>30</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016.

<sup>31</sup> *Idem*.

<sup>32</sup> COHEN J, EZER T. **Human rights in patient care: A theoretical and practical framework**. Vol. 15, Health and Human Rights. 2013. p. 7–19. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/aedc/67f12f7cd4eae164f82eedb53b311ee71a2.pdf> Acesso em: 15 mai. 2020



Humanos dos Pacientes em cuidados na saúde é uma inovação necessária no mundo e no Brasil<sup>33</sup>. Inicialmente se faz necessária a definição do que é ser paciente. Nesse sentido, ser paciente é uma situação a qual todos os seres humanos estão sujeitos, uma vez que a adoecer faz parte do ciclo da vida. Isto é algo natural do ser humano, estar doente e necessitar de cuidados faz parte da natureza e da convivência humana como um todo. A busca pelo cuidado e prevenção também é natural a qualquer ser humano, razão pela qual a inerência da condição de paciente se faz presente na vida das pessoas<sup>34</sup>.

Nessa perspectiva, é importante esclarecer a distinção entre paciente, consumidor e usuário. Os Direitos dos pacientes são fundamentados nos Direitos Humanos, e são titulares quaisquer pessoas na condição de paciente, independente da relação com os serviços ou profissionais da saúde. Os direitos dos pacientes são aqueles direitos que as pessoas têm quando se encontram sob cuidados em saúde. Assim, a saúde não é considerada um bem de consumo, mas sim um direito. Os direitos dos pacientes são, portanto, permeados pela lógica do cuidado<sup>35</sup>. Os direitos do consumidor são fundamentados no Código de Defesa Do Consumidor, e pressupõem a caracterização da relação com o profissional de saúde ou serviço como de consumo. A saúde, nesse momento, é vista como bem de consumo e é permeada pela lógica do mercado<sup>36</sup>. O direito do usuário é fundamentado no Direito Constitucional, no Direito Administrativo e no Direito Sanitário. Regula a relação daquele que faz uso de um serviço com o provedor de tal serviço. O direito do usuário envolve principalmente questões referentes ao acesso a bens e serviços de saúde<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> MARQUES, Thatiana Ayres. **Nise da Silveira: aproximações entre direitos humanos e saúde mental dos pacientes**. 2019. 120 f., il. Dissertação (Mestrado em Bioética) — Universidade de Brasília, Brasília, 2019

<sup>34</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016

<sup>35</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016.

<sup>36</sup> *Idem*

<sup>37</sup> *Idem*



Assim, paciente é a pessoa que se encontra em contato com os serviços de cuidado de saúde, podendo estar doente ou sã, em busca de atenção a sua condição de saúde<sup>38</sup>. Aqui, o paciente é aquele que já se encontra em proximidade com os serviços básicos de saúde, e que nesse contexto, tem atenção especial quanto aos seus direitos e deveres para com a sociedade. Embora essa condição de paciente tenha caráter universal, os cuidados direcionados a essas pessoas devem ser especializados, de acordo com suas características e necessidades. Assim, a condição de paciente delega a pessoa a titularidade de determinados direitos específicos, relacionados a situação na qual as pessoas se encontram quando pacientes e, portanto, objetos de atenção especial<sup>39</sup>.

Seguindo este raciocínio, se entende por Direitos Humanos dos Pacientes o ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos que abarca o conjunto de convenções, pactos, declarações internacionais e outros em matéria de direitos humanos aplicados aos cuidados em saúde e a jurisprudência internacional de Direitos Humanos construída pelos órgãos de monitoramento dos sistemas de proteção aos Direitos Humanos<sup>40</sup>, sendo portanto essencialmente internacionais. Os Direitos Humanos dos Pacientes buscam a mudança no paradigma do tratamento do paciente, retirando o foco do tratamento que era na doença e redirecionando para a pessoa que se encontra naquela situação naquele determinado momento, de forma que, em primeiro lugar, se considere essa pessoa e os direitos que ela tem enquanto ser humano e enquanto paciente e não a doença ou o tratamento que está sendo feito. Essa mudança do paradigma para que se tenham um modelo de cuidado centrado no paciente tem no âmbito jurídico extrema importância, pois nesse aspecto há o trabalho com a capacidade do paciente de autodeterminação, de escolher a quais

---

<sup>38</sup> FXB Center for Health and Human Rights and Open Society Foundations *apud* ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016. PG 41

<sup>39</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016

<sup>40</sup> *Idem*



tratamentos quer se submeter, a confidencialidade de informações na relação médico paciente, e a outras dimensões importantes a serem consideradas<sup>41</sup>.

Assim, os Direitos Humanos dos Pacientes são importantes pois definem a proteção e promoção dos direitos humanos de pessoas que se encontram naturalmente em situação de vulnerabilidade, tanto na doença ou na busca do cuidado, quanto na relação médico e paciente, onde a relação é intrinsecamente desequilibrada, tendo uma parte mais poder que a outra, motivo pela qual o paciente precisa de direitos específicos, assim como o profissional de saúde, que, nesse sentido, possui normativos que os resguardam no exercício de sua profissão<sup>42</sup>. Os Direitos Humanos dos Pacientes são interdependentes entre si, e se entrelaçam no momento de sua promoção, proteção e garantia, conforme dispõe excerto da obra “*Direitos Humanos dos Pacientes*” abaixo exposto:

Dessa forma, nota-se que os Direitos Humanos dos Pacientes, enquanto ramo de uma disciplina específica, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, é essencialmente interacional, na medida em que os Direitos Humanos dos Pacientes são aqueles previstos em documentos internacionais adotados no âmbito dos organismos internacionais. Nessa direção, os Direitos Humanos dos Pacientes compartilham com o Direito Internacional dos Direitos Humanos o princípio da dignidade humana, consensualmente conhecido como seu princípio matriz<sup>43</sup>. Ademais do Princípio da Dignidade Humana, os Direitos Humanos dos Pacientes detêm arcabouço principiológico próprio que contempla suas especificidades, composto pelos seguintes princípios: Princípio do Cuidado Centrado no Paciente; Princípio da Autonomia Relacional; e Princípio da Responsabilidade dos Pacientes [...]<sup>43</sup>.

Assim, os Direitos Humanos dos Pacientes são direitos dispostos em normativos internacionais, que possuem suas próprias peculiaridades, e, portanto, seus próprios princípios, recortes e limitações. Quanto a essas especificidades, importante se faz ressaltar brevemente cada um dos princípios que norteiam os

---

<sup>41</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016

<sup>42</sup> *Idem*

<sup>43</sup> *Idem*





Direitos Humanos dos Paciente, quais sejam: o Princípio da Dignidade Humana, Princípio do Cuidado Centrado no Paciente, Princípio da Autonomia Relacional e o Princípio da Responsabilidade dos Pacientes<sup>44</sup>. Inicialmente, quanto ao Princípio da Dignidade Humana, cabe ressaltar que atualmente é um princípio muito abordado, sempre apreciado em qualquer debate que envolva padrões mínimos de existência digna para o ser humano e outros aspectos relativos ao Direito Constitucional, que não serão discutidos neste trabalho acadêmico. Apesar do amplo conhecimento, é um princípio de baixa concretude, cuja eficácia social é de difícil alcance. No âmbito dos Direitos Humanos dos Pacientes, o Princípio da Dignidade Humana tem uma abrangência significativa, principalmente quando traduz o entendimento de que o ser humano é um fim em si mesmo, que não pode ser mero objeto da vontade de outras pessoas ou do próprio Estado, que em verdade passa a servir como instrumento para a promoção desse direito<sup>45</sup>. Portanto, a pessoa deve viver da forma mais digna possível, assim:

a dignidade humana é um princípio sobre o qual se edificam os direitos humanos, cujo comando nodal é o incondicional respeito a todos os seres humanos, dele decorre a vedação de todas as formas de discriminação, escravidão, tortura e qualquer outro tratamento cruel, desumano ou degradante<sup>238</sup>. Desse modo, um conteúdo mínimo basilar pode ser discernido da dignidade humana, qual seja: o de que cada ser humano possui um valor intrínseco que deve ser respeitado; consequentemente, algumas formas de conduta são incompatíveis com o respeito a esse valor intrínseco, e o preceito de que o Estado existe para o indivíduo e não vice-versa é derivado da dignidade humana<sup>23946</sup>

Considerando a perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos adotada neste trabalho, o Princípio da Dignidade Humana está presente nos principais normativos desse âmbito, sendo a Declaração Universal de Direitos

---

<sup>44</sup> *Idem*

<sup>45</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**, 8ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

<sup>46</sup> MANN, Jonathan *Apud* ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016



Humanos, de 1948, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>47</sup>. Na esfera dos Direitos Humanos dos Pacientes e dos cuidados em saúde, esse princípio se expressa de forma mais forte no âmbito da racionalidade e do afeto<sup>48</sup>, ou seja, a violação ao Princípio da Dignidade Humana se manifesta quando, por exemplo, o paciente deixa de ser visto, tem seu espaço pessoal invadido ou é submetido a humilhação<sup>49</sup>. Assim, o Princípio da Dignidade Humana e os Direitos Humanos dos Pacientes estão intrinsecamente ligados. A partir dessa concepção, é possível concluir que o paciente deve ser visto além da doença, que, conforme exposto acima, a pessoa em qualquer situação é um fim em si mesmo e deve ser tratada dessa forma, confirmando e respeitando seu valor<sup>50</sup>. Quanto ao Princípio do Cuidado Centrado no Paciente, importa dizer que este coloca a vontade do paciente no centro do cuidado, determinando que sua opinião e seus desejos sejam respeitados pelos profissionais de saúde que o acompanham. A partir deste princípio, tem-se que a relação entre paciente e profissionais de saúde deve se firmar em bases que deixem o paciente ainda mais confiante e confortável<sup>51</sup>. Dessa forma, tira-se o foco do tratamento da doença e se direciona para o paciente, que é então visto como agente fundamental de cuidados e o principal beneficiário dos serviços de saúde<sup>52</sup>. Há então na relação de cuidado com o paciente a necessidade de ouvir, dialogar, compreender e respeitar, que derivam deste princípio<sup>53</sup>. O paciente passa a ter assegurada a sua

---

<sup>47</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016

<sup>48</sup> *Idem*

<sup>49</sup> *Idem*

<sup>50</sup> UNESCO. **Casebook of Human Dignity and Human Rights**. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000192371>. Acesso em: 16 jul. 2019

<sup>51</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016

<sup>52</sup> *Idem*

<sup>53</sup> MARQUES, Thatiana Ayres. **Nise da Silveira: aproximações entre direitos humanos e saúde mental dos pacientes**. 2019. 120 f., il. Dissertação (Mestrado em Bioética) — Universidade de Brasília, Brasília, 2019



vontade durante o tratamento e os cuidados que lhe são direcionados e isto é, em suma, uma forma de efetivação do princípio da dignidade humana<sup>54</sup>:

Assim, o cuidado centrado no paciente envolve um ambiente no qual o indivíduo tem a liberdade de deliberar sobre as opções de tratamento, quando existentes, contemplando suas necessidades físicas e emocionais<sup>225</sup>. O cuidado centrado no paciente materializa-se nos serviços de saúde, essencialmente por meio da implementação de consentimento informado, do qual constam informações centrais para que o paciente decida sobre seu tratamento<sup>226</sup>.

Nessa direção, o Princípio da Autonomia Relacional é de complexa aplicação, pois se faz necessária a diferenciação desta autonomia quando inserida nos Direitos Humanos dos Pacientes. Assim, a autonomia é a capacidade do paciente de exercer o autogoverno sobre a própria vida, ou seja, o paciente tem o direito de escolher a quais tratamentos deseja se submeter, quem fará parte do processo ou não, isso considerando o âmbito familiar ou relacional<sup>55</sup>. O Princípio da Autonomia se relaciona diretamente com outros direitos, dos quais também depende, pois que, para tomar as decisões relativas à própria vida e ao próprio corpo, os pacientes dependem de informação qualificada, de atenção dos profissionais de saúde, da assistência do próprio médico para que sua decisão seja devidamente assistida dentre outros aspectos<sup>56</sup>. A autonomia se coloca, por conseguinte, tanto no âmbito externo quanto no interno do paciente, no sentido de ser determinante tanto para este último quanto para aqueles que trabalham ao seu redor. No entanto, importante ressaltar que essa autonomia não busca delegar exclusivamente as decisões aos pacientes, mas sim aumentar o direcionamento de atenção aos indivíduos.<sup>57</sup>

Por fim, o Princípio da Responsabilidade dos Pacientes é intimamente interligado

---

<sup>54</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016

<sup>55</sup> *Idem*

<sup>56</sup> *Idem*

<sup>57</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016



ao Princípio da Autonomia pois determina que o paciente deve também ser responsável pelo seu tratamento. Tal princípio não atribui obrigações jurídicas aos pacientes<sup>58</sup>, porém caracteriza a responsabilidade do paciente perante sua saúde e seu tratamento. O paciente, ao exercer sua autonomia e se colocar em posições nas quais influencia positivamente em seu tratamento, deverá também se responsabilizar pelo tratamento escolhido, se encarregando de proceder de forma a buscar o melhor resultado do tratamento, da forma mais rápida possível. Assim, conforme exposto<sup>59</sup>:

O Princípio da Responsabilidade do Paciente assenta que os pacientes devem compartilhar informações determinadas com os profissionais de saúde, visando auxiliá-lo na condução de seus cuidados. Assim, se apresenta uma lista de informações importantes que são de posse do paciente ou de seus familiares:

a) sua experiência de vida e de adoecimento b) circunstâncias sociais e econômicas c) hábitos passados e presentes d) comportamento e atitudes de risco e) valores, preferências, incluindo as culturais e religiosas. Ao partilhar informações e construir ou concorrer para a construção de seu plano terapêutico, o paciente reparte a responsabilidade pelo tratamento escolhido.

Pois que se caracteriza o princípio da responsabilidade a partir das decisões e comprometimento dos próprios pacientes com seus tratamentos. No entanto, existem aspectos que devem ser observados nesse âmbito, aspectos que influenciam as decisões dos pacientes e conseqüentemente sua responsabilidade pelos procedimentos e que, em sua maioria, fogem da capacidade de autogoverno dos pacientes<sup>60</sup>. É certo que tal princípio é deveras importante, pois em conjunto com os dois princípios anteriormente explanados, reitera a importância dos Direitos Humanos dos Pacientes e ressalta a necessidade de atenção da sociedade para este tópico. Estes princípios abrem caminho para o entendimento de que os pacientes possuem muitos outros direitos, e que, enquanto pessoas em situação de

---

<sup>58</sup> *Idem.*

<sup>59</sup> *Idem.*

<sup>60</sup> *Idem.*



vulnerabilidade e ainda assim atores principais no processo terapêutico, tem direito a sua privacidade, a sua autodeterminação<sup>61</sup> e ainda outros direitos relevantes ao tema.

Assim, considerando estes princípios norteadores dos Direitos Humanos dos Pacientes, observando sua origem de atos normativos resultantes do âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, se faz também importante citar os direitos específicos dentro dos Direitos Humanos dos Pacientes. Esses direitos específicos se caracterizam por carregar em sua essência o cuidado ao paciente no plano dos Direitos Humanos dos Pacientes e o respeito aos princípios que os norteiam, sendo importantes para o assunto ora analisando, porquanto são os direitos específicos estes que seguem: o direito à vida, o direito a não ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, direito ao respeito pela vida privada, direito à liberdade e a segurança pessoal, direito à informação, direito a não ser discriminado, o direito à saúde e ainda outros.<sup>62</sup>

Assim, esses direitos em suas peculiaridades e especificidades, em sua gama praticamente infinita de aplicações e adaptações, são aspectos importantes dos Direitos Humanos dos Pacientes enquanto um todo, e são ainda mais importantes quando se foca em uma população vulnerável, como a dos portadores de transtornos mentais, que por questões históricas e ainda atuais necessitam de atenção específica no âmbito das positivações desses direitos, seja estes decorrentes de normativos internacionais ou nacionais. Os direitos acima citados se aplicam a todas as pessoas, pois que a condição de paciente é completamente inerente a natureza humana, e, portanto, todos um dia irão se encontrar nessa posição, como já apresentado anteriormente. Assim, é importante ressaltar novamente que esses direitos se intensificam quando direcionados a uma população vulnerável em específico, e nessa sequência, é importante discorrer sobre a aplicação do Direito Humano à Saúde e

---

<sup>61</sup> *Idem.*

<sup>62</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Junúá, 2016



dos Direitos Humanos do Pacientes aos pacientes com de transtornos mentais e as suas particularidades e vulnerabilidades.

## 2.2 Aplicação do Direito Humano à saúde e dos Direitos Humanos dos Pacientes as pessoas com transtornos mentais

Todas as pessoas com transtornos mentais devem ser tratadas com humanidade e respeito e sua condição de vulnerabilidade deve ser considerada. A elas se aplicam todos os direitos, sem qualquer tipo de discriminação<sup>63</sup>. Segundo a Organização Mundial da Saúde, o termo “pessoa com transtorno mental” compreende:

Uma ampla gama de problemas, com sintomas diferentes, caracterizados por combinação de pensamentos incomuns, emoções, comportamento e relacionamentos com os outros<sup>64</sup>.

Necessário elucidar que a doença mental sempre esteve presente na sociedade, qualquer que seja o tempo. Nesse aspecto, recorda a todos acerca da fragilidade da mente humana e da existência de um universo desconhecido dentro dos seres humanos<sup>65</sup>. Assim, os direitos humanos enquanto meio de efetivar os princípios bases da sociedade, são aplicáveis tanto as pessoas com transtornos mentais como a quaisquer outras. Conforme os Princípios para a Proteção das Pessoas com Transtornos Mentais e Melhoria da Atenção à Saúde Mental<sup>66</sup>, a determinação de que uma pessoa é portadora de um transtorno mental deverá ser feita de acordo com os padrões médicos aceitos internacionalmente. Essa

<sup>63</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/principiosproteccionmental.htm>. Acesso em: 06 set. 2019

<sup>64</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Mental disorders** [Internet]. 2018. Disponível em: [https://www.who.int/mental\\_health/management/en/](https://www.who.int/mental_health/management/en/) Acesso em: 15 mai. 2020

<sup>65</sup> REVISTA DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. **Saúde mental e internações compulsórias na perspectiva da bioética e dos direitos humanos e fundamentais: uma investigação crítica do caso da “Cracolândia” na cidade de São Paulo**. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 18, n. 3, p. 31-64, set./dez. 2017

<sup>66</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/principiosproteccionmental.htm>. Acesso em: 06 set. 2019



determinação jamais deverá ser feita com base no status econômico, político ou social, ou na pertinência a um grupo cultural, racial ou religioso, ou em qualquer outra razão que não seja relevante para o estado de saúde mental da pessoa<sup>67</sup>. A pessoa com transtorno mental se torna cognitiva e emocionalmente vulnerável, assim como física e patrimonialmente, pois luta com a mudança de percepção da realidade ao seu redor<sup>68</sup>, muitas vezes essa mudança nem é percebida pelo sujeito, mas pelas pessoas ao seu redor<sup>69</sup>, o que demanda uma rede de apoio e proteção que deve ser construída buscando respeitar o máximo possível a autonomia dessa pessoa. Assim, as pessoas com transtornos mentais têm os mesmos Direitos Humanos que qualquer outro membro da sociedade, mas apresenta singularidades em relação às necessidades inerentes à vulnerabilidade e fragilidade associadas à sua condição<sup>70</sup>.

Consta no Relatório sobre Deficiência Mental e Direito à Saúde, de fevereiro de 2005 (E/CN.4 /2005/51)<sup>71</sup>, do então Relator Especial sobre o Direito à Saúde da ONU, Paul Hunt, a utilização do termo “deficiência mental” para tratar também de pessoas com transtornos mentais. Por intermédio deste documento, o Relator recomenda aos Estados a adoção de políticas públicas e ações legais voltadas ao desenvolvimento da saúde mental com o objetivo de garantir o Direito à Saúde e outros Direitos Humanos as pessoas com deficiência e transtornos mentais<sup>72</sup>, reiterando ainda a necessidade do Estado de desenvolver programas e iniciativas

---

<sup>67</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016

<sup>68</sup> MENDONÇA, Suzana Maria. **Dignidade e autonomia do paciente com transtornos mentais**. Rev. Bioét., Brasília, v. 27, n. 1, p. 46-52, Mar. 2019. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422019000100046&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422019000100046&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 12 set. 2019

<sup>69</sup> *Idem*

<sup>70</sup> MIRANDA, António José de Almeida. **Bioética e saúde mental: no limiar dos limites: o que o doente mental mantém de homem ético?** Dissertação (mestrado em bioética). Porto: Universidade do Porto; 2008. Disponível em: <https://bit.ly/2tkT71c>. Acesso em: 01 mai. 2020

<sup>71</sup> UNITED NATIONS. **Report To the Commission on Human Rights (main focus: Mental disability and the right to health)**. Available from: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/108/93/PDF/G0510893.pdf?OpenElement>. Acesso em: 22 mai. 2020

<sup>72</sup> MARQUES, Thatiana Ayres. **Nise da Silveira: aproximações entre direitos humanos e saúde mental dos pacientes**. 2019. 120 f., il. Dissertação (Mestrado em Bioética) — Universidade de Brasília, Brasília, 2019.



capazes de integrar completamente essas pessoas na comunidade, sem deixar de considerar a autonomia, participação e inclusão do paciente com transtornos mentais<sup>73</sup>. No mesmo sentido, de forma mais enérgica, o atual relator da ONU sobre Direito à Saúde Mental, Dainius Pūras, recomendou em seu relatório a necessidade de ação radical dos Estados e dos profissionais envolvidos nos cuidados em saúde das pessoas com transtornos mentais para a completa superação dos paradigmas a muito ultrapassados<sup>74</sup>. O relator também afirma que os Estados e profissionais devem trabalhar de forma a eliminar a exclusão social, a discriminação e maus-tratos, promovendo, dessa forma, os Direitos Humanos e a participação dos pacientes na sociedade<sup>75</sup>. Ademais, reitera que o Estado deve garantir aos profissionais o ambiente adequado de trabalho e que essa atuação deve ser realizada de forma integrada com outros setores, a fim de garantir o mais alto padrão de saúde mental aos pacientes com transtornos mentais<sup>76</sup>.

Nesse sentido, toda pessoa com transtorno mental terá o direito de exercer todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela Convenção Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e por outros instrumentos relevantes, como a Declaração de Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, e pelo Corpo de Princípios para a Proteção de Todas as

---

<sup>73</sup> UNITED NATIONS. **Report to the Commission on Human Rights (main focus: Mental disability and the right to health)**. Available from: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/108/93/PDF/G0510893.pdf?OpenElement>. Acesso em: 22 mai 2020

<sup>74</sup> UNITED NATIONS. **Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health**. A/HRC/35/21, 2017. Available from: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/076/04/PDF/G1707604.pdf?OpenElement>. Acesso em: 20 mai. 2020

<sup>75</sup> MARQUES, Thatiana Ayres. **Nise da Silveira: aproximações entre direitos humanos e saúde mental dos pacientes**. 2019. 120 f., il. Dissertação (Mestrado em Bioética) — Universidade de Brasília, Brasília, 2019

<sup>76</sup> UNITED NATIONS. **Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health**. A/HRC/35/21, 2017. Available from: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/076/04/PDF/G1707604.pdf?OpenElement>. Acesso em: 20 mai 2020





Pessoas sob Qualquer Forma de Detenção ao Aprisionamento<sup>77</sup>, por exemplo. Conforme visto, a determinação do Artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos<sup>78</sup>, Sociais e Culturais abrange as pessoas com transtornos mentais, conforme elucidada que todas as pessoas têm direito ao nível mais elevado possível de saúde física e mental, sem qualquer distinção. Assim, o direito a saúde mental é de extrema importância no contexto desta população vulnerável em específico.

Por conseguinte, a pessoa com transtornos mentais que se encontra na condição de paciente, tem para si a titularidade de determinados direitos específicos<sup>79</sup> conforme todas as pessoas que se encontram na mesma situação, como o direito à vida, o direito a não ser submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, o direito ao respeito pela vida privada, direito à liberdade e à segurança pessoal, direito à informação, direito a não ser discriminado e o direito a saúde<sup>80</sup>. Esses direitos encontram-se previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em tratados de direitos humanos adotados no âmbito da Organização das Nações Unidas – ONU, Organização Mundial da Saúde – OMS e da Organização dos Estados Americanos – OEA, ratificados pelo Estado brasileiro<sup>81</sup>.

O direito à vida é previsto artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos – 1948<sup>82</sup>, no artigo 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos – 1969, no artigo 6º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – 1966 e no artigo 10º do Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – 2006,

---

<sup>77</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/principiosproteccionmental.htm>. Acesso em: 06 set. 2019

<sup>78</sup> BRASIL. **Decreto nº 591 de 06 de julho de 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso: 01 jan. 2019

<sup>79</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016

<sup>80</sup> *Idem*

<sup>81</sup> MARQUES, Thatiana Ayres. **Nise da Silveira: aproximações entre direitos humanos e saúde mental dos pacientes**. 2019. 120 f., il. Dissertação (Mestrado em Bioética) — Universidade de Brasília, Brasília, 2019

<sup>82</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> Acesso em: 01 jan. 2019



onde resta asseverado que os Estados devem adotar as medidas necessárias para assegurar o efetivo exercício desse direito pelas pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidade com as demais pessoas. Assim, no âmbito dos Direitos Humanos dos pacientes com transtornos mentais, cabe ao Estado, por exemplo, impedir qualquer ameaça ao direito à vida e à integridade física dessa pessoa<sup>83</sup>. Quanto ao direito à liberdade, há que se dizer que é um direito limitado, com previsão dessa restrição em documentos nacionais e internacionais, porém apenas de forma extremamente excepcional<sup>84</sup>. No âmbito da pessoa com transtornos mentais, refere-se ao seu direito de ir e vir, e se relaciona com as formas de privação de liberdade como a hospitalização involuntária<sup>85</sup>, por exemplo.

Direito a informação refere-se ao direito de ser informado sobre seu estado de saúde, sobre a medicação a ser utilizada, qual o tratamento e da mesma forma, é o direito a não ser informado, se for essa a decisão do paciente com transtornos mentais<sup>86</sup>. Essa informação deve ser clara, de forma acessível e de acordo com os parâmetros do paciente, para que possa ser compreendida. De acordo com o relatório temático sobre o direito à saúde mental a resolução A/HRC/35/21, resultado das observações feitas nas visitas realizadas por Dainius Pūras, relator da ONU para o direito de todos aos mais altos padrões de saúde física e mental, existe uma preocupação diante da falta de tomada de decisão dos pacientes no tratamento psiquiátrico mediante a falta de informação. Segundo o Relator, esse quadro se repete em várias partes do mundo, onde o paciente não é informado sobre a

---

<sup>83</sup> MARQUES, Thatiana Ayres. **Nise da Silveira: aproximações entre direitos humanos e saúde mental dos pacientes**. 2019. 120 f., il. Dissertação (Mestrado em Bioética) — Universidade de Brasília, Brasília, 2019

<sup>84</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016

<sup>85</sup> MARQUES, Thatiana Ayres. **Nise da Silveira: aproximações entre direitos humanos e saúde mental dos pacientes**. 2019. 120 f., il. Dissertação (Mestrado em Bioética) — Universidade de Brasília, Brasília, 2019

<sup>86</sup> *Idem*



medicação, nem seus efeitos colaterais, não participando da decisão quando a aplicação ou não<sup>87</sup>.

Direito a não ser discriminado determina que a pessoa com transtornos mentais não pode ser discriminada por consequência de sua condição, de forma alguma e em nenhuma área da vida dessa pessoa. De acordo com a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, a discriminação é definida como sendo qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos<sup>88</sup>. Essa discriminação é recorrente e foi reconhecida pela resolução 36/13 da ONU, onde resta afirmado que as pessoas com transtorno e deficiência mentais e os pacientes em cuidado de serviço de saúde enfrentam discriminação de todas as formas, bem como o preconceito, estigma, abuso, exclusão social e tratamentos que desrespeitam a autonomia do sujeito<sup>89</sup>. Para combater essa prática e eliminar essas violações, a ONU aponta por intermédio do Relatório A/HRC/35/21 estratégias de direito humanos em saúde mental que podem ser adotados pelos Estados<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> UNITED NATIONS. **Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health.** A/HRC/35/21, 2017. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/076/04/PDF/G1707604.pdf?OpenElement>. Available from: 20 mai. 2020.

<sup>88</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Livro de recursos da OMS sobre saúde mental, direitos humanos e legislação.** WHO; 2005. Disponível em: [http://www.who.int/mental\\_health/policy/Livroderecursosrevisao\\_FINAL.pdf](http://www.who.int/mental_health/policy/Livroderecursosrevisao_FINAL.pdf) Acesso em: 21 mai. 2020

<sup>89</sup> MARQUES, Thatiana Ayres. **Nise da Silveira: aproximações entre direitos humanos e saúde mental dos pacientes.** 2019. 120 f., il. Dissertação (Mestrado em Bioética) — Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

<sup>90</sup> UNITED NATIONS. **Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health.** A/HRC/35/21, 2017. Available from: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/076/04/PDF/G1707604.pdf?OpenElement> Acesso em: 20 mai. 2020



O direito a não ser submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes está previsto no artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e aos pacientes com transtornos mentais, delimita que estes não podem ser submetidos a tratamentos que provoquem dor; à falta de tratamento medicamentoso que os levem a sofrimento; ao uso indiscriminado de medicação sem o consentimento, o uso de força excessiva para submetê-los a algo que eles não desejam abuso físico ou mental e outros fatores que causem o agravamento da saúde mental<sup>91</sup>. Para que se configure a tortura, devem ser observados os parâmetros da ONU previstos na Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes<sup>92</sup>, e segundo o relator Juan Méndez, a aplicação do conceito de abusos no contexto de saúde é recente<sup>93</sup>. Esse direito também é previsto no artigo 15º da CDPD, determinando que cabe os Estados adotarem todas as medidas necessárias para evitar essas violações. No mesmo sentido, a CDPD determina no artigo 16º a proibição da violência, do abuso e da exploração e o artigo 17º reconhece o direito ao respeito a integridade física e mental, todas relativos as pessoas com deficiência.

Como marco teórico, é necessário discorrer mais profundamente sobre autonomia e direito ao respeito pela vida privada. Este último estabelece que o paciente tem o direito de determinar sua própria vida, sem interferência em seu corpo e em suas escolhas pessoais, havendo possibilidade de restrições legais<sup>94</sup>. Esse direito engloba a privacidade corporal, de informação de dados, de comunicação e

---

<sup>91</sup> THE BRITISH INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS. **Mental health, mental capacity: my human rights**. 2018. Available from: <http://www.awp.nhs.uk/media/852440/my-human-rights-easy-read-version.pdf> Acesso em: 22 mai. 2020

<sup>92</sup> UNITED NATIONS. **Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment**. Available from: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx> Acesso em: 22 mai. 2020

<sup>93</sup> NACIONES UNIDAS. **La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes**. A/63/175. 2008. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/UNStudiesAndReports.aspx> Acesso em: 22 mai. 2020

<sup>94</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016



territorial<sup>95</sup>. Nesse sentido, a pessoa com transtornos mentais tem o direito de decidir sobre si mesma, de fazer isso de forma apoiada e mais, cabe ao Estado – o que decorre deste direito – a promoção de mecanismos que promovam essa forma de exercício da autonomia. Desse direito também deriva o direito à autodeterminação, que engloba o direito ao consentimento informado.

Quanto a autonomia, é preciso diferenciar entre o modelo da autonomia tradicional, o modelo da autonomia relacional e o modelo da autonomia como promoção, visando a delimitação acerca de qual é mais adequado quando se discute TDA no âmbito das pessoas com transtornos mentais. Assim, o modelo de autonomia tradicional tem seus fundamentos nas preferências, desejos e escolhas dos indivíduos, bem como na sua concepção de vida boa e nos modos de materializá-la, sem a ingerência de outros<sup>96</sup>. Esse modelo, influenciado pelo utilitarismo de John Stuart Mill, preza pelo bem-estar do indivíduo e de toda a sociedade, porém é insuficiente para considerar todos os aspectos intrínsecos da natureza humana, de forma que foi duramente criticado, dando ensejo a outros modelos<sup>97</sup>, conforme abaixo demonstrado.

A autonomia relacional considera que as pessoas estão envolvidas em um contexto social e relacional, e que as decisões não são tomadas sem a observação dessas influências. Assim, as relações com a família, com a comunidade e com os meios sociais são pontos determinantes, de modo que a tomada de decisão desses indivíduos está ligada a realidades, obrigações e relações nas quais está inserido<sup>98</sup>. No entanto, esse modelo de autonomia, embora tenha conjugado conceitos importantes quanto a individualidade e a inserção do indivíduo na sociedade, tem

---

<sup>95</sup> MARQUES, Thatiana Ayres. **Nise da Silveira: aproximações entre direitos humanos e saúde mental dos pacientes**. 2019. 120 f., il. Dissertação (Mestrado em Bioética) — Universidade de Brasília, Brasília, 2019

<sup>96</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Capacidade Jurídica e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018

<sup>97</sup> *Idem*

<sup>98</sup> *Idem*



como aspecto frágil o risco de se mitigar a autonomia pessoal com base no entendimento de que determinados indivíduos que se encontram em contextos abusivos e opressivos não tem direito de escolha e de condução da própria vida<sup>99</sup>. Nesse sentido, o modelo de autonomia como promoção, desenvolvido por Mary Donnelly<sup>100</sup>, considerando a fragilidade apresentada na autonomia relacional, pressupõe que a tomada de decisão do indivíduo deve ser considerada como uma oportunidade de incrementar a autonomia e as habilidades que a pessoa tem para esse fim<sup>101</sup>. Não é suficiente a simples não interferência nas decisões, mas é necessário que se fomente os meios e instrumentos capazes de possibilitar que as pessoas exerçam sua autonomia.

Assim, o modelo de autonomia como promoção engloba os modelos anteriores e busca solver suas críticas, de forma que fomenta um ambiente onde as pessoas vulneráveis a situações de abuso e opressão, historicamente consideradas incapazes de conduzir suas vidas, possam ter meios e instrumentos para tomar suas decisões de forma adequada. Esse entendimento é o mais adequado ao referencial de Direitos Humanos adotado nesse trabalho, visando a ampliação do entendimento de autonomia de forma a disponibilizar todos os meios de apoio necessários para que as pessoas possam conduzir suas próprias vidas<sup>102</sup>. É nesse sentido que a TDA apresentada no próximo capítulo é vista como instrumento para concretização dos Direitos Humanos das Pessoas com transtornos mentais, à medida que efetiva o exercício da autonomia dessas pessoas e concretiza os direitos que foram previamente apresentados.

### 3 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA

---

<sup>99</sup> *Idem*

<sup>100</sup> DONNELLY, Mary *apud* ALBUQUERQUE, Aline. **Capacidade Jurídica e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018

<sup>101</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Capacidade Jurídica e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018

<sup>102</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Capacidade Jurídica e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.



Este capítulo tem por objetivo apresentar a TDA prevista na legislação brasileira, considerando-a como instrumento para efetivação dos direitos humanos do paciente com transtornos mentais. Inicialmente, delimita-se o histórico internacional do instituto, interligando com a internalização na legislação pátria para ao fim delimitar seus conceitos e aplicações.

A CDPD<sup>103</sup> é construção de um caminho percorrido por vários atores para efetivação dos Direitos Humanos das pessoas com deficiência. É necessário atentar que esse caminho para o reconhecimento de algumas pessoas enquanto sujeitos de direito e atores sociais é permeado por lutas turbulentas e isso se intensifica ainda mais quando se trata de pessoas com deficiência, pessoas idosas e pessoas com transtornos mentais<sup>104</sup>. Por mais de 2.000 anos, essas pessoas foram afastadas de seus direitos e tratadas apenas como objetos de proteção e não como sujeitos e atores de suas próprias vidas<sup>105</sup>. Foram, portanto, consideradas inaptas na sociedade, incapazes de tomar conta de si mesmas e de decidir de acordo com seus desejos e vontades, sendo colocadas sob proteção dos “lúcidos” que estariam aptos a decidir. Quanto as pessoas com transtornos mentais, foram histórica e sistematicamente afastadas da convivência social, enclausuradas em hospitais que se transformavam em depósitos e manicômios onde o tratamento era centrado apenas na doença, desconsiderando a pessoa, de forma que seus direitos eram completamente suprimidos, e eram tratados com violência e autoritarismo<sup>106</sup>.

Esse discurso de proteção eivado de preconceito, estigma e paternalismo mudou seu sentido com a CDPD adotada pela ONU, em 2006. É a partir desse

---

<sup>103</sup> UNITED NATIONS. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities** (CRPD). Available form: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-personswithdisabilities.html>. Acesso em: 10 set. 2019.

<sup>104</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Capacidade Jurídica e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018

<sup>105</sup> *Idem*

<sup>106</sup> MARQUES, Thatiana Ayres. **Nise da Silveira: aproximações entre direitos humanos e saúde mental dos pacientes**. 2019. 120 f., il. Dissertação (Mestrado em Bioética) — Universidade de Brasília, Brasília, 2019.



momento que a discussão em torno da capacidade jurídica e da autonomia pessoal tem a atenção necessária, de forma que houve uma movimentação pelo mundo para se repensar acerca da forma como se tratava da proteção dessas pessoas vulneráveis<sup>107</sup>. Por meio da CDPD e das atividades desenvolvidas pelo Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, as pessoas e sua autonomia foram colocadas no centro da discussão, se tornando, então, protagonistas das próprias vidas<sup>108</sup>. Assim, começaram as buscas por meios e instrumentos que fossem capazes de efetivar essa atenção e o exercício desses direitos. A *guardianship*/Curatela se tornou um instrumento relegado ao uso apenas em último caso ou sua abolição foi ponderada, considerando que ao retirar dessas pessoas sua voz e comando sobre a própria vida, elas acabavam se tornando ainda mais vulneráveis<sup>109</sup>.

Assim, a Abordagem da TDA surge como um meio para a efetivação dos direitos dessas pessoas vulneráveis, constituída por um conjunto de mecanismos que visam possibilitar a tomada de decisão de pessoas cuja capacidade de decisão se encontra de alguma forma debilitada<sup>110</sup>. A Abordagem da TDA delimita que o apoio a ser prestado não deve se pautar em decidir pela pessoa, mas sim em apoiá-la considerando suas vontades e preferências<sup>111</sup>. Desse modo, a Abordagem da TDA se concretiza com os Mecanismos de Suporte para a Tomada de Decisão, que tem diversas qualidades e formas, mas que devem, invariavelmente, seguir os referenciais de Direitos Humanos, respeitando a autonomia pessoal e a capacidade

---

<sup>107</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Capacidade Jurídica e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018

<sup>108</sup> GABURRI, F. (2017). **Capacidade e Tomada de Decisão Apoiada: Implicações do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Direito Civil**. *Direito e Desenvolvimento*, 7(13), 118 - 135. Recuperado de: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/30>. Acesso em: 3 mar. 2020

<sup>109</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Capacidade Jurídica e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018

<sup>110</sup> *Idem*

<sup>111</sup> COMMITTEE ON THE RIGHT OF PEOPLE WITH DISABILITIES. **Article 12: Equal recognition before the law (Adopted 11 April 2014)**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>. Acesso em: 10 fev. 2020





jurídica das pessoas que farão seu uso. Nesse sentido, a CDPD enuncia, em seu Artigo 12, que:

Artigo 12 Reconhecimento igual perante a lei

Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.

Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

O Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU especifica que, apesar desses mecanismos terem diversas formas e aplicações, todos devem seguir determinadas diretrizes para estarem em conformidade com o Artigo 12 da CDPD, quais sejam: a) Todas as pessoas devem ter acesso aos Mecanismos de Suporte para a Tomada de Decisão. Ainda, o nível de suporte, especialmente o alto,



não deve ser barreira para a concretização do mecanismo; b) Todos os Mecanismos devem se basear na vontade e preferência da pessoa, não naquilo que seria considerado o seu melhor interesse; c) A forma de comunicação da pessoa não pode ser uma barreira para a utilização desses mecanismos; d) O reconhecimento do Mecanismo escolhido pela pessoa deve estar disponível e acessível, cabendo ao Estado fornecer diversas modalidades de mecanismos de suporte, principalmente para pessoas isoladas e que não tenham acesso a algum suporte comunitário. Ainda, devem ser fornecidas formas para que terceiros possam reconhecer esse Mecanismo, assim como formas de questioná-lo nos casos em que o apoio prestado não está de acordo com o referencial em Direitos Humanos; e) O Estado deve garantir o acesso a esses Mecanismos, sendo que os recursos financeiros não podem ser um empecilho para seu alcance. Assim, o Estado deve garantir que os Mecanismos estejam disponíveis a baixo custo ou nenhum custo; f) Os Mecanismos não podem ser usados para suprimir direitos fundamentais das pessoas; g) O Mecanismo de Suporte pode ser negado, modificado ou finalizado conforme a vontade e preferência da pessoa que o utiliza; h) Garantias devem ser disponibilizadas durante todo o processo referente a capacidade legal e a escolha do Mecanismo de Apoio, de forma a asseverar as vontades e preferências das pessoas; i) A provisão do Mecanismo de Suporte não pode estar condicionada a avaliação da capacidade mental; novas formas, não discriminatórias, devem ser providenciadas nesse sentido<sup>112</sup>.

Ainda, estes Mecanismos de Suporte para a Tomada de Decisão podem ser

formais ou informais, sendo que os informais devem ser incentivados para promover a não intervenção formal na escolha das pessoas, e os Mecanismos formais devem ser utilizados quando as decisões se caracterizarem como mais

---

<sup>112</sup> COMMITTEE ON THE RIGHT OF PEOPLE WITH DISABILITIES. **Article 12: Equal recognition before the law (Adopted 11 April 2014)**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>. Acesso em: 10 fev. 2020



complexas ou importantes<sup>113</sup>, sempre respeitando a vontade e preferência das pessoas que irão utiliza-los. Isto posto, é necessário esclarecer que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi promulgada, no Brasil, pelo Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009<sup>114</sup>, com *status* de emenda constitucional, resultando posteriormente na Lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015<sup>115</sup>, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência. O Estatuto alterou o artigo 3º do Código Civil Brasileiro, que passou a vigorar com a seguinte redação: “Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”<sup>116</sup> Assim, apenas os menores de 16 anos são absolutamente incapazes, e as disposições quanto aos antigos incisos II e III foram retirados desse artigo. Quanto a incapacidade relativa, o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou o Código Civil para dar a seguinte redação ao Artigo 4º:

“Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

- os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

- aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV- os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.”

Assim, o Estatuto promoveu a mudança daqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade para o rol de relativamente

---

<sup>113</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Capacidade Jurídica e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018

<sup>114</sup> BRASIL. **Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20072010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 10 set. 2019

<sup>115</sup> BRASIL. **Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20152018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em: 10 set. 2019

<sup>116</sup> BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 22 dez. 2019



incapazes, independentemente do grau desse comprometimento intelectual<sup>117</sup>, buscando viabilizar para essas pessoas o exercício dos próprios direitos. Nessa toada, em continuidade a promoção da autonomia da pessoa com deficiência e a promoção dos Direitos Humanos, o Estatuto da Pessoa com Deficiência altera o Título IV do Livro IV da Parte Especial do Código Civil, que agora se denomina Da Tutela, da Curatela e Da Tomada de Decisão Apoiada, acrescentando, ainda, o Capítulo III – Da Tomada de Decisão Apoiada, composto pelo novo art. 1.783-A<sup>118</sup>. Assim, a TDA surge como um instrumento processual eficaz para garantir que a pessoa com deficiência exerça os atos da vida civil<sup>119</sup>.

É nesse sentido que a TDA adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro no artigo 1.783-A do Código Civil se coloca como instrumento para efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, de forma que é um instrumento longinquamente baseado nos Mecanismo de Suporte para a Tomada de Decisão firmados no referencial em Direitos Humanos. A sua aplicação deve se pautar no respeito as vontades e preferencias da pessoa a ser apoiada. É preciso esclarecer que a TDA prevista no Código Civil Brasileiro foi inspirada no *amministrazione di sostegno*, presente nos artigos 404 a 413 do *Codice Civile* italiano<sup>120</sup>, instrumento

---

<sup>117</sup> GABURRI, F. (2017). **Capacidade e Tomada de Decisão Apoiada: Implicações do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Direito Civil**. Direito e Desenvolvimento, 7(13), 118 - 135. Recuperado de: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/30>. Acesso em: 3 mar. 2020

<sup>118</sup> *Idem*

<sup>119</sup> BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. **Tomada de decisão apoiada e curatela: medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência**. Brasília: CNMP, 2016. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/curatela.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2019

<sup>120</sup> GABURRI, F. (2017). **Capacidade e Tomada de Decisão Apoiada: Implicações do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Direito Civil**. Direito e Desenvolvimento, 7(13), 118 - 135. Recuperado de: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/30>. Acesso em: 3 mar. 2020



que foi criticado pelo Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, por não estar adequado aos requisitos previstos na CDPD<sup>121</sup>.

No âmbito brasileiro, a TDA é vista como instrumento de proteção e não como um mecanismo para suporte de decisão que promova a autonomia das pessoas que optam pela sua utilização, o que não está de acordo com as diretrizes do Comitê. No entanto, é necessário reconhecer o avanço da legislação, e, apesar de previsto inicialmente para as pessoas com deficiência, pode ser usado, em analogia, como suporte para as pessoas que necessitem, havendo, no entanto, necessidade de revisão de algumas falhas, como a necessidade de movimento do Poder Judiciário e a ampla burocratização do que deveria ser um instrumento mais acessível da apoio<sup>122</sup>. Nesse tipo de mecanismo, as pessoas que atuam como apoiadores são escolhidas diretamente pela pessoa a ser apoiada, e caberá a essas pessoas indicadas apoiar quem os indicou e entender seus deveres e responsabilidades como apoiador, assim como as consequências de suas atuações, de forma que não decida pela pessoa, mas que a proporcione uma base informacional segura para que ela decida por si mesma<sup>123</sup>. Assim, no Brasil optou-se pela TDA mecanismo que tem por objetivo garantir que essas pessoas tenham voz e autonomia, para que elas possam decidir por si mesmas e para que o uso da curatela no ordenamento jurídico seja consideravelmente reduzido, de forma a reduzir também a grave violação aos Direitos Humanos que seu uso desmedido perpetua.

Conforme conceitua o artigo 1.783-A do Código Civil, a Tomada de Decisão Apoiada é o processo pelo qual uma pessoa elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre os atos da vida civil, fornecendo-lhes

---

<sup>121</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Capacidade Jurídica e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

<sup>122</sup> *Idem*

<sup>123</sup> *Idem*



os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade<sup>124</sup>. Ademais, o Conselho Nacional do Ministério Público define a TDA como um processo judicial criado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência para garantir que essa pessoa tenha o apoio necessário em suas decisões, exercendo plenamente seus direitos. As pessoas que prestarão esse apoio são determinadas pela pessoa que busca essa medida judicial, sendo então nomeadas pelo juiz<sup>125</sup>. Esse pedido deverá ser formulado pela própria pessoa a ser apoiada, ou seja, é um ato personalíssimo dessa pessoa, que deverá providenciar o termo, em conjunto com os apoiadores escolhidos, onde delimitará os limites do apoio que será oferecido, assim como o termo de vigência do acordo e o compromisso dos apoiadores, tudo em conformidade com os direitos e o interesse da pessoa que será apoiada.

Deve constar claramente no termo TDA quais são os limites e prerrogativas, quem o fará e como o fará, assim como o prazo e todas as delimitações pertinentes, a serem delineadas pela pessoa que irá firma-lo, dessa forma, por meio desse processo, a pessoa vulnerável se vê no centro de suas decisões, quebrando o paradigma ao qual estavam relegadas, tomando para si o protagonismo do processo. Caberá ao juiz, antes de homologar o termo apresentado, auxiliado por uma equipe multidisciplinar, ouvir pessoalmente a pessoa que formulou o pedido e os apoiadores que ela elegeu para lhe prestar apoio. Após homologação judicial do Acordo de TDA, a decisão feita pela pessoa terá efeito e validade sobre terceiros, sem restrições, desde que ela tenha sido tomada dentro dos limites e condições do acordo celebrado.

É importante esclarecer que os apoiadores unicamente prestam apoio referente às decisões, não podendo extrapolar o limite determinado no termo, ocupando o local de fala da pessoa com quem acordou perante o juiz o termo da TDA,

---

<sup>124</sup> BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 22 dez. 2019

<sup>125</sup> BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. **Tomada de decisão apoiada e curatela: medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência**. Brasília: CNMP, 2016. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/curatela.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2019



reiterando que cabe a pessoa apoiada a última palavra, ou seja, é sempre ela quem tomará a decisão. Em caso de negligência com o Acordo, qualquer pessoa, inclusive o apoiado, poderá apresentar denúncia ante o Ministério Público ou o Juiz<sup>126</sup>, nessa disposição, é possível identificar uma das garantias necessárias para respeitar as vontades e preferências da pessoa apoiada, assim como a efetivação de seus Direitos Humanos. Fica também a critério da pessoa apoiada alterar ou solicitar o término do Acordo anteriormente firmado<sup>127</sup>. Ao ser introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da CDPD, que resultou no Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual altera o Código Civil – o acordo de TDA pode ser requerido por qualquer pessoa que se encaixe nos termos do que dispõe o Estatuto. Assim, quaisquer pessoas com comprometimento de sua habilidade decisional que precisem de suporte podem optar, conforme sua vontade, pela TDA, para que então prevaleça sua autonomia e sua capacidade jurídica. Por meio desse instrumento, as pessoas poderão construir ao seu redor uma rede segura de apoio, constituída conforme a sua escolha, fortalecendo seu senso de pertencimento e segurança.

Nesse sentido, principalmente considerando que a CDPD inovou no âmbito da pessoa com deficiência<sup>102</sup>, o acordo de TDA previsto na legislação pátria é um instrumento que pode ser usado por quaisquer pessoas que tenham, de alguma forma, comprometimento em sua capacidade decisional, sendo um ato de respeito à autonomia pessoal e não uma medida de proteção<sup>128</sup>. Nesse sentido, Nelson Rosendal dispõe que<sup>129</sup>:

---

<sup>126</sup> BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 22 dez. 2019

<sup>127</sup> BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 22 dez. 2019

<sup>128</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Capacidade Jurídica e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018

<sup>129</sup> ROSENVALD, Nelson. **A tomada de decisão apoiada – primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência**. Revista IBDFAM: Família e Sucessões, Belo Horizonte, v. 10, jul./ago. 2015



[...] Quando a deficiência se restringe ao aspecto físico ou sensorial, sem impactos no funcionamento da psique, a instituição de um termo de apoio equivale à designação de um procurador para cuidados com a saúde, potencializando-se a autonomia do sujeito, agora coadjuvado pelos apoiadores. Aliás, a tomada de decisão apoiada ultrapassa amplamente o âmbito do revogado art. 1.780 do Código Civil, pois atrai para o seu centro gravitacional não apenas as pessoas com deficiência física ou sensorial, porém, preferencialmente aquelas com deficiência psíquica ou intelectual que tenham limitações na sua aptidão de se expressar e fazer-se compreender. Ao contrário das pessoas objetivamente impossibilitadas de se autogovernar – que serão interditas e se converterão em relativamente incapazes –, os sujeitos que sofram restrições no autogoverno preservarão a capacidade plena e terão nos apoiadores a garantia da promoção de sua autonomia.

É nesse ponto que a TDA se entrelaça com os direitos humanos do paciente com transtornos mentais, na medida em que deve atuar como um mecanismo de apoio às decisões do paciente, para que este não seja desconsiderado quando das decisões que envolvem a sua saúde e dos procedimentos que isto compreende, como ocorreria no paradigma paternalista de proteção a pessoas em situação de vulnerabilidade. O paciente com transtornos mentais poderá se utilizar da TDA para garantir que seus direitos sejam respeitados e que sua voz seja ouvida, para que se sinta mais confortável na relação com o profissional de saúde, na qual há um desequilíbrio de poder<sup>130</sup> – ao saber que poderá contar com duas pessoas de sua confiança para lhe apoiar em suas decisões.

Dessa forma, a TDA, no âmbito que se refere ao paciente com transtornos mentais pode ser usada como um meio para efetivação da autonomia como promoção<sup>131</sup>, e assim, proporcionar a oportunidade de ampliar a autonomia e a habilidade dessas pessoas, fomentando, portanto, o protagonismo do paciente nas decisões que o envolvem. Assim, a TDA, além de promover a autonomia pessoal

---

<sup>130</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016

<sup>131</sup> DONELLY, Mary apud ALBUQUERQUE, Aline. **Capacidade Jurídica e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018





dessas pessoas garantindo que elas possam definir as próprias vidas, também estimula o desenvolvimento das aptidões e identidade pessoal<sup>132</sup>, acarretando o empoderamento de pessoas que antes tinham suas vozes reprimidas pela aplicação de medidas que não condizem com os Direitos Humanos, como a curatela, por exemplo.

Ao ser utilizado da forma correta, baseando-se no referencial de Direitos Humanos, atuando por natureza como um mecanismo para a tomada de decisão, esse instrumento introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser um instrumento de efetivação e promoção dos Direitos Humanos do Paciente com transtornos mentais e de todos os outros que necessitem de um mecanismo de apoio, que promova, sua autonomia e sua capacidade. Aos poucos a TDA vem sendo aplicada pelo Poder Judiciário, substituindo a curatela, permitindo, então, que as pessoas que dele necessitam possam exercer seus direitos. Apesar de estar no ordenamento jurídico desde 2015, a TDA tem sido mais debatida e finalmente utilizada nos tempos atuais, motivo pela qual uma decisão que determina a utilização da TDA será analisada no próximo capítulo.

#### **4 APLICAÇÃO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA EM UMA DECISÃO JUDICIAL**

Nesse capítulo será feita a análise da aplicação da TDA em uma decisão prolatada no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Essa decisão foi escolhida por ter inserido em seu escopo os principais temas abordados nesta pesquisa, tratando do pedido de Curatela de uma pessoa com transtornos mentais e o posterior direcionamento para a TDA, considerando sua autonomia e capacidade civil. Com base nas mudanças estruturadas pela CDPD, a decisão a ser analisada é pertinente

---

<sup>132</sup> ALBUQUERQUE, Aline. **Capacidade Jurídica e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018



por tratar de uma pessoa vulnerável, que possivelmente terá na TDA o mecanismo necessário para o pleno exercício dos seus direitos, respeitadas as suas vontades.

Inicialmente, o processo foi caracterizado como ação de interdição com pedido de tutela de urgência. A autora é irmã da requerida e declarou que fornece todo o apoio financeiro e psicológico necessário à irmã após o falecimento dos genitores, bem como também providencia tudo o que é necessário para os cuidados e a proteção da irmã. Assim, ela é atualmente o único familiar que presta apoio à requerida, motivo pelo qual buscou a via judiciária para oficializar a sua interdição, de forma que, segundo afirma a autora, poderia facilitar a própria vida e a da irmã.

Infere-se do processo que a requerida tem esquizofrenia simples, estando, de acordo com o laudo do médico psiquiatra responsável, desabilitada para o trabalho, que fala sozinha e tem dificuldade de aprendizado. Resta entendido que a condição da requerida é crônica e incurável, devendo, portanto, ser acompanhada em todos os momentos e medicada para o manejo dos transtornos que apresenta. A autora afirma que é a única pessoa que presta auxílio à requerida, atuando de forma a prover todas as necessidades básicas para a sua sobrevivência. Afirma ainda que a requerida não comparece às consultas sozinhas, precisando sempre do auxílio da irmã nestes e em outros momentos.

Nesse sentido, a autora afirma na petição inicial que a requerida não é capaz de exercer os atos da vida civil, e que se faz necessário o uso da interdição por conta dos transtornos mentais e de outros sintomas que apresentou ao longo da vida. Assim, a parte autora pleiteia a interdição da irmã e, como consequência, a sua nomeação como curadora, já que é, atualmente, a pessoa responsável por todos os cuidados referentes a requerida, conclui pedindo a interdição total da irmã, por entender que ela é pessoa com graves problemas mentais e que não possui as condições necessárias para exercer os atos da vida civil, não podendo, portanto, reger a própria pessoa e tomar as próprias decisões. Por fim, afirma que a curatela é



necessária para conduzir melhor as condições de proteção da irmã, o que não está sendo possível sem essa providência judicial.

A juíza determinou em uma primeira decisão a instrução da petição inicial para que fossem juntados documentos pertinentes à propositura da ação, quais sejam listas de bens da parte autora, dados bancários, planilha com os valores que comprovem os gastos fixos e eventuais da requerida, assim como planilha passível de demonstrar todas as despesas necessárias para garantir o interesse da requerida, como medicamentos, valores de consultas, transporte e outros. Por meio dessa primeira decisão, a juíza requereu os documentos hábeis a demonstrar quais são as condições de vida da irmã da autora, de forma a avaliar se a interdição seria, de fato, o melhor caminho para organização e gestão dos seus bens e da sua vida. A juíza também ordenou que informassem se existem outros membros na família que estivessem aptos a exercer a curatela, assim como ordenou que fossem anexados aos autos as receitas mais recentes com a descrição dos medicamentos que são ministrados a requerida. Ademais, a juíza questionou se a requerida recebe algum benefício social e determinou que esclarecessem se ela se classifica como pessoa com deficiência, já que essa classificação não ficou clara conforme o restou estabelecido no Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 2º:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas<sup>133</sup>.

Busca-se analisar e demonstrar que a divulgação e a aplicação desse mecanismo é necessária para a garantia dos direitos humanos das pessoas com transtornos mentais e que, quando feita e reconhecida pelo Poder Judiciário, é um

---

<sup>133</sup> BRASIL. Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20152018/2015/lei/13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/13146.htm). Acesso em: 18 mai 2020



instrumento de efetivação e de ampliação da autonomia dessas pessoas, pois o fato de a pessoa ter transtorno mental não implica que há ausência de capacidade de tomar decisões sobre a própria vida, portanto, não se pode retirar dessa pessoa o poder decisional sobre o próprio corpo e a vida<sup>134</sup>.

A decisão judicial ora analisada é oriunda de um processo em trâmite no juízo de Brasília, por intermédio do qual a autora, patrocinada pela Defensoria Pública do Distrito Federal, pleiteou pela interdição da irmã, a qual a parte autora alega não ter condições de praticar os atos da vida civil, “*necessitando ser interditada para que o percurso de suas vidas se tornem mais fáceis e pacíficos*”. A juíza que proferiu a decisão aponta os avanços que foram inseridos no ordenamento por intermédio do Estatuto da Pessoa com Deficiência e cita ser este o momento do empoderamento da pessoa com deficiência. Nesse sentido, a juíza determina que seja encaminhada uma nova petição inicial, na qual o pedido de homologação de TDA seja feito pela pessoa a ser apoiada, com todas as limitações e requisitos pertinentes, de forma que essa pessoa tenha seus direitos e vontades preservados.

Por intermédio da análise da sentença em voga, é viável demonstrar como é possível mudar o quadro de interdição no ordenamento jurídico brasileiro, visando à interrupção da violação de direitos humanos que ocorre com a interdição das pessoas com transtornos mentais, que raramente são ouvidas durante o processo. Sustenta-se ser possível aplicar a TDA em quase todos os casos em que se pede a interdição. O caso ora analisado ilustra bem o tema abordado neste trabalho. Nele, é possível observar a atuação do sistema de justiça para que a aplicação da TDA se torne rotineira, dessa forma, que não incorra o sistema na reiterada desconsideração das pessoas com transtornos mentais, enquanto sujeitos de direito que, ao serem interditadas, perdem o domínio e a voz sobre suas vidas e as decisões pertinentes.

---

<sup>134</sup> MARQUES, Thatiana Ayres. **Nise da Silveira: aproximações entre direitos humanos e saúde mental dos pacientes**. 2019. 120 f., il. Dissertação (Mestrado em Bioética) — Universidade de Brasília, Brasília, 2019



Assim, a decisão demonstra como a TDA é um instrumento eficaz para a proteção dos direitos humanos das pessoas com transtornos mentais.

Verifica-se que a busca da requerida era pela interdição da irmã, porém, após a análise da juíza sincronizada com as tendências do mundo em relação a proteção dos direitos humanos das pessoas com deficiência, essa determina a utilização da TDA. A decisão da juíza se mostra adequada para se resguardar as vontades e os direitos da pessoa que seria submetida a Curatela. A atuação da juíza no caso foi importante para revelar os benefícios e a necessidade da aplicação da TDA nesses casos, para que os direitos dessas pessoas historicamente estigmatizadas possam ser concretizados e respeitados.

O caso selecionado ainda é raro no ordenamento jurídico brasileiro, porém, expande a possibilidade de conhecimento da TDA. A demanda jurídica em análise é reveladora dos estágios em que se encontra a sociedade brasileira e o ordenamento jurídico ao qual está submetida. Ainda atualmente, a interdição é requerida e efetivamente usada no Brasil, em desacordo com a evolução verificada em sociedades mais avançadas. A interdição é um instrumento extremamente violador de direitos humanos, devendo ser usada apenas em casos extremos, quando os mecanismos de apoio adotados não forem eficientes no caso em concreto. Assim, no Brasil, é preciso construir a cultura de proteção aos direitos humanos das pessoas com transtornos mentais por meio da utilização da TDA como um mecanismo de apoio para decisões que não apaguem nem tornem essas pessoas ainda mais vulneráveis.

Após as diligências processuais pertinentes ao que foi determinado na primeira decisão citada acima, nova decisão foi proferida, considerando os documentos apresentados. Nessa decisão, a juíza faz referência ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, que trouxe diversas modificações no que se refere à proteção das pessoas com deficiência intelectuais, mentais e sensoriais. A juíza utiliza o Estatuto



da Pessoa com Deficiência para fundamentar sua decisão, recolhendo seus principais argumentos desse normativo para determinar que o pleito seja alterado, de forma a aplicar o instituto da TDA garantindo que a pessoa que anteriormente seria interdita tenha domínio de sua vida e suas decisões, exercendo plenamente sua capacidade. A juíza reitera em sua decisão que, de acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, à pessoa com deficiência é assegurado o direito de participar dos atos da vida civil, expressando a sua vontade, dentro do princípio da razoabilidade, de modo a assegurar-lhe a proteção necessária, para que possa gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais<sup>135</sup>.

Assim, a juíza aborda a mudança no paradigma da capacidade da pessoa com deficiência, as quais foram retiradas da condição de absoluta ou relativa incapacidade, exercendo, portanto, a plena capacidade jurídica. Essa mudança veio por meio do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que previu expressamente que a deficiência não afetará a capacidade jurídica de uma pessoa. A juíza fala sobre o “empoderamento” da pessoa com deficiência, já que com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência essas pessoas passam a ter o poder de tomar as próprias decisões, com o apoio necessário, e não mais precisam se submeter a decisões de terceiros, tendo portanto, o controle da própria vida e do rumo que seguirá. Assim, a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício da sua capacidade em igualdade com os demais, portanto, deficiência e incapacidade foram desvinculadas. Por fim, reitera que as pessoas com deficiência são dotadas de direito, não podendo o Poder Judiciário suprimi-los com a interdição, já que, após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, esse instituto não é mais aplicável a essas pessoas. Assim, as práticas de todos os atos da vida civil não lhes podem ser negadas, e as pessoas com deficiência não tem mais que se sujeitar as decisões de terceiros. Dessa

---

<sup>135</sup> MARQUES, Thatiana Ayres. **Nise da Silveira: aproximações entre direitos humanos e saúde mental dos pacientes**. 2019. 120 f., il. Dissertação (Mestrado em Bioética) — Universidade de Brasília, Brasília, 2019



forma, constrói uma argumentação em que resta claro que a interdição deve cair em desuso, e que a TDA é um instrumento que promove mais eficiência e proteção aos direitos das pessoas com deficiência.

Nestes termos, a juíza determina que a requerida seja parte no processo, pois já é parte legítima para figurar no polo ativo nos processos que versem sobre seus interesses, visto que é pessoa humana dotada de direitos. Em seguida, ordena que se promovam os tramites necessários para que ocorra a homologação da TDA, sendo este o caso, para que a requerida seja então apoiada por duas pessoas idôneas e de sua confiança para que estes a apoiem ou não nas decisões e celebrações de atos negociais de natureza patrimonial. É preciso destacar que essa determinação ocorreu sem que a pessoa com transtornos mentais fosse ouvida em juízo, ou seja, apesar do aparente avanço ora demonstrado, ainda assim a voz dessa pessoa não se fez presente, uma vez que foi decisão da juíza a utilização da TDA, sem ouvir primeiro quais as vontades da então requerida, que já deveria comparecer em juízo, durante uma próxima audiência, diretamente para a homologação do acordo. A juíza esclarece que a requerida deve agora figurar na lide como polo ativo, já que é a única legitimada para a propositura da ação de homologação da TDA, e que essa pessoa esclarecerá em audiência em quais termos e situações necessitará de auxílio para tomar as decisões pertinentes a sua vida e ao seu patrimônio. Por fim, determina que seja apresentada nova petição inicial nos termos acima esclarecidos, na qual deverá constar quem serão os apoiadores e em quais termos e condições farão esse apoio, reiterando mais uma vez que é a pessoa com deficiência quem deverá constar no polo ativo.

É nesse sentido, portanto, que a decisão proferida se coloca no ordenamento jurídico, afirmando que a curatela é um instituto ultrapassado, devendo cair em total desuso por não mais se aplicar a pessoa com deficiência por ser um instrumento que viola direitos humanos e garantias fundamentais quando tolhe a autonomia dessas pessoas e as deixam a sorte das decisões de terceiros. É preciso destacar que a



determinação da juíza ocorreu sem primeiro ou vir a pessoa com transtornos mentais e que isso, por si só, é uma violação, já que mais uma vez essa pessoa não teve oportunidade de decidir por si mesma, no entanto, com o uso da TDA, essa pessoa verá seus direitos e vontades garantidos, com o pleno respeito de sua autonomia. Com a homologação do termo, essa pessoa poderá tomar as próprias decisões e contará com o apoio das pessoas que escolheu para tanto. A decisão é, nesse aspecto, um avanço significativo no sistema jurídico brasileiro, pois mesmo anos após o Estatuto da Pessoa com Deficiência ter entrado em vigor, a TDA ainda é um instrumento desconhecido por grande parte da população e dos operadores do Direito que atuam no Poder Judiciário.

Uma decisão como essa presente no ordenamento jurídico, pode auxiliar na mudança de paradigma não só quanto a pessoa com transtornos mentais, mas com todos aqueles que foram historicamente estigmatizados por sua condição. Assim, a aplicação da TDA no ordenamento jurídico se coloca como um agente efetivo dos Direitos Humanos dos Pacientes, para que as situações de maus tratos e violações que ainda se perpetuam com os pacientes nos cuidados em saúde mental possam ser combatidos e devidamente eliminados<sup>136</sup>. São decisões como esta que evitam a repetição contínua dessas violações as quais as pessoas com transtornos mentais são submetidas. Essa decisão é, portanto, um avanço importante, resultado de esforços provenientes dos primórdios da luta antimanicomial e das lutas que resultaram na CDPD e no Estatuto da Pessoa com Deficiência, ainda que existam no Brasil inúmeros problemas como os elencados nos relatórios sobre saúde mental da OMS.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A TDA foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Estatuto da Pessoa com Deficiência, e é um instrumento para que se efetivem os direitos dispostos na CDPD, de forma que essas pessoas tenham garantido seus





direitos, exercendo sua capacidade plena, tomando suas decisões de forma consciente e apoiada, conforme sua própria vontade. Assim, com o uso da TDA, a autonomia da pessoa com deficiência toma forma mais concreta no ordenamento jurídico pátrio e elas finalmente poderão pleitear, enquanto parte ativa na lide, o seu direito de definir e escolher a direção de suas próprias vidas. A mudança introduzida nos artigos 3º e 4º do Código Civil, que altera o regime jurídico das incapacidades e retira a pessoa com deficiência mental do rol da incapacidade absoluta encontra na TDA mais um instrumento válido e necessário para a efetivação da integração das pessoas com deficiência na comunidade.

Nesse sentido, com base no ordenamento jurídico nacional e nos tratados internacionais acerca dos Direitos Humanos dos Pacientes com transtornos mentais é possível concluir que a TDA é um instrumento de suporte para a tomada de decisão baseado no referencial em Direitos Humanos, sendo um avanço no sentido de assegurar a capacidade jurídica e autonomia as pessoas que necessitem. Traz em seu cerne diferenças importantes quando comparada à curatela – que silencia completamente a pessoa – pois é um procedimento voluntário de apoio as pessoas com transtornos mentais, sem a imposição ou a limitação dos desejos e vontades dessas pessoas a terceiros. Por intermédio da análise da decisão judicial tratada neste estudo, verificou-se que a TDA é um instrumento válido e necessário para a proteção e efetivação dos direitos dos pacientes com transtornos mentais. Através da TDA, as vozes dessas pessoas que passam por sofrimento psíquico poderão ser ouvidas em meio as violações que ainda ocorrem.

Ainda há um longo caminho a ser percorrido no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro e as instituições que compõem o Estado, conforme ficou demonstrado nos relatórios acerca do direito humano à saúde e à saúde mental da OMS e na análise da decisão judicial prolatada no ordenamento jurídico brasileiro, mas o fato é que a TDA já é uma grande realização na promoção dos Direitos Humanos do Paciente com transtornos mentais no Brasil, e a sua utilização na



decisão analisada demonstra como as mudanças vão chegar ao Poder Judiciário e ao Poder Legislativo nacional.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline. BARROSO, Aléssia. **Curso de Direitos Humanos**. 1ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016.

ALBUQUERQUE, Aline. **Internação compulsória à luz dos Direitos Humanos dos Pacientes**. I Webcongresso Internacional de Direito Sanitário, 2017.

ALBUQUERQUE, Aline. **Capacidade Jurídica e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BACK, A. P. **Estatuto da pessoa com deficiência e a tomada de decisão apoiada: constituição e efeitos jurídicos**. [s. l.], 2018. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.C31F2552&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 3 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso: 01 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso: 01 jan. 2019.

BRASIL. **Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20072010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Disponível: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm). Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 3.956, de 08 de outubro de 2001**. Disponível: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/d3956.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm). Acesso em: 30 mar. 2020.



BRASIL. **Lei n. 10.2016, de 6 de abril de 2001**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm). Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20152018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/113146.htm). Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 22 dez. 2019

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. DAPE. Coordenação Geral de Saúde Mental. **Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil**. Documento apresentado à Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. OPAS. Brasília, novembro de 2005. Disponível em:  
[https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Relatorio15\\_anos\\_Caracas.pdf](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Relatorio15_anos_Caracas.pdf). Acesso em: 05 dez. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Tomada de decisão apoiada e curatela: medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência**. Brasília: CNMP, 2016. Disponível em:  
<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/curatela.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2019

COHEN J., EZER T. **Human rights in patient care: A theoretical and practical framework**. Vol. 15, Health and Human Rights. 2013. p. 7–19. Disponível em:  
<https://pdfs.semanticscholar.org/aedc/67f12f7cd4eae164f82eedb53b311ee71a2.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2020.

COMITTEE ON THE RIGHT OF PEOPLE WITH DISABILITIES. **Article 12: Equal recognition before the law (Adopted 11 April 2014)**. Disponível em:  
<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>. Access on: 10 fev. 2020.

DONELLY, J. **Universal human rights in theory and practice**. Ithaca: Cornell, 2003.

FXB Center for Health and Human Rights and Open Society Foundations apud ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016. PG 41



FUZETTO, M. M. **A Tomada De Decisão Apoiada**. [s. l.], 2018. Disponível em: [http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.A59B5697&lan\\_g=pt-br&site=eds-live](http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.A59B5697&lan_g=pt-br&site=eds-live). Acesso em: 3 mar. 2020.

GABURRI, F. (2017). **Capacidade e Tomada de Decisão Apoiada: Implicações do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Direito Civil. Direito e Desenvolvimento**, 7(13), 118 - 135. Recuperado de <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/30>. Acesso em: 3 mar. 2020.

HESSE, Konrad apud RAMOS, André Carvalho. **Teoria dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**, 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

MANN, Jonathan Apud ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016.

MARQUES, Thatiana Ayres. **Nise da Silveira: aproximações entre direitos humanos e saúde mental dos pacientes**. 2019. 120 f., il. Dissertação (Mestrado em Bioética) — Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

MENDONCA, Suzana Maria. **Dignidade e autonomia do paciente com transtornos mentais**. Rev. Bioét., Brasília, v. 27, n. 1, p. 46-52, Mar. 2019. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S198380422019000100046&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198380422019000100046&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 05 dez. 2019.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Tomada de Decisão Apoiada: O Instrumento Jurídico de Apoio à Pessoa com Deficiência Inaugurado pela Lei nº. 13.146/2015**. Novos Estudos Jurídicos, [S.l.], v. 23, n. 3, p. 1191-1215, dez. 2018. ISSN 2175-0491. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13771>. Acesso em: 03 mar. 2020.

MIRANDA, António José de Almeida. **Bioética e saúde mental: no limiar dos limites: o que o doente mental mantém de homem ético?** Dissertação (mestrado em bioética). Porto: Universidade do Porto; 2008. Disponível em: <https://bit.ly/2tkT71c>. Acesso em: 01 mai. 2020

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Livro de recursos da OMS sobre saúde mental, direitos humanos e legislação**. WHO; 2005. Disponível em: [http://www.who.int/mental\\_health/policy/Livroderecursosrevisao\\_FINAL.pdf](http://www.who.int/mental_health/policy/Livroderecursosrevisao_FINAL.pdf) Acesso em: 21 mai. 2020



ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da. **Comentário Geral n.º 14: o direito ao mais alto padrão de saúde.** Genebra: ONU, 2000. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/425041>. Acesso em: 27 nov. 2018

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2019

NACIONES UNIDAS. **La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.** A/63/175. 2008. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/UNStudiesAndReports.aspx>. Acesso em: 22 mai. 2020

RAMOS, André Carvalho. **Teoria dos Direitos Humanos na Ordem Internacional,** 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

REVISTA DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. **Saúde mental e internações compulsórias na perspectiva da bioética e dos direitos humanos e fundamentais: uma investigação crítica do caso da “Cracolândia” na cidade de São Paulo.** R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 18, n. 3, p. 31-64, set./dez. 2017.

ROSENVALD, Nelson. **A tomada de decisão apoiada – primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência.** Revista IBDFAM: Família e Sucessões, Belo Horizonte, v. 10, jul./ago. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional,** 8ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

THE BRITISH INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS. **Mental health, mental capacity: my human rights.** 2018. Available from: <http://www.awp.nhs.uk/media/852440/my-human-rights-easy-read-version.pdf>. Access on: 22 mai. 2020

UNESCO. **Casebook of Human Dignity and Human Rights.** Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000192371>. Acesso em: 16 jul. 2019

UNITED NATIONS. **What are Humans Rights?** Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>. Acesso em: 27 nov. 2018.



UNITED NATIONS. **Report to the Commission on Human Rights (main focus: Mental disability and the right to health)**. Available from: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/108/93/PDF/G0510893.pdf?OpenElement>. Acesso em: 22 mai. 2020.

UNITED NATIONS. Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. A/HRC/35/21, 2017. Available from: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/076/04/PDF/G1707604.pdf?OpenElement> Acesso em: 20 mai. 2020.

UNITED NATIONS. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)**. <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>. Acesso em: 10 set. 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Milestones for health over 70 years**. Disponível em: <http://www.euro.who.int/en/aboutus/organization/who-at-70/milestones-for-health-over-70-years>. Acesso em: 09 jul. 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Mental health action plan 2013-2020**. Disponível em: [https://www.who.int/mental\\_health/publications/action\\_plan/en/](https://www.who.int/mental_health/publications/action_plan/en/). Acesso em: 09 fev. 2019

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Mental disorders**. 2018. Disponível em: [https://www.who.int/mental\\_health/management/en/](https://www.who.int/mental_health/management/en/) Acesso em: 15 mai. 2020.



# DIREITO ESPACIAL NO BRASIL: A IMPORTÂNCIA DA CRIAÇÃO DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PARA O DESENVOLVIMENTO DO SETOR ESPACIAL BRASILEIRO

Cecília de Paula Torres Parente

## RESUMO

A presente monografia investiga a situação do Direito Espacial no Brasil, em específico no que tange aos requisitos legislativos para o desenvolvimento do setor espacial, particularmente no contexto do Centro de Lançamento de Alcântara. Para tanto, formulam-se questionamentos propulsores, em forma de objetivos específicos, que resultaram na estrutura de três parágrafos assim desenvolvidos para respondê-los: 1) O Programa Espacial Brasileiro - PEB; 2) Os mecanismos para o fortalecimento do PEB; 3) A necessidade de lei específica para o Programa Espacial Brasileiro. Quanto à metodologia, utiliza-se uma abordagem objetiva, baseada em documentos legais, que possibilitem a consistência da análise. Ademais, busca-se o conteúdo de diferentes autores para uma reflexão exploratória e descritiva. Durante o desenvolvimento da pesquisa, vislumbra-se a necessidade de elaborar uma lei federal para regulamentar o setor espacial de forma a proporcionar segurança jurídica. Por fim, como sugestão de futuras pesquisas, propõem-se novos temas correlatos. Entre eles, cita-se possível pesquisa sobre qual seria um plano de negócios adequado ao caso do Centro de Lançamento de Alcântara e quais mecanismos jurídicos poderiam auxiliar na sua implementação.

**Palavras-chave:** Direito Espacial. Engenharia Aeroespacial. Programa Espacial Brasileiro. Missão Espacial Completa Brasileira. Centro de Lançamento de Alcântara.

## INTRODUÇÃO



O espaço sempre despertou a curiosidade e a investigação humana. A “Era Espacial” teve seu início em 1957, quando a extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas - URSS lançou, de sua base no Cazaquistão, o satélite artificial Sputnik I, que descrevia a órbita elíptica ao redor do planeta a cada noventa minutos. O momento histórico era o da Guerra Fria. Estados Unidos e URSS travavam disputas estratégicas e conflitos indiretos, de cunho essencialmente ideológico. Essas nações não conflitaram diretamente, mas iniciaram uma corrida armamentista com vistas a desenvolver um arsenal de armas nucleares.

Nesse contexto, dominar as tecnologias espaciais significava estar um passo à frente na liderança mundial. A temática se tornou tão central que passou a ser tratada no âmbito da Organização das Nações Unidas – ONU, com surpreendente apoio de diplomatas americanos e soviéticos. O assunto, então, cresceu como alvo de interesse entre potências concorrentes. Sendo assim, era preciso regulamentar minimamente o uso do espaço exterior.

Dessa forma, os esforços para regulamentação do Direito Espacial constituíram importante contraponto durante a Guerra Fria, uma vez que os países centrais desse contexto decidiram convergir e dialogar sobre as regras para a exploração pacífica do espaço, sob a mediação da ONU.

Em 1959 criou-se o Comitê das Nações Unidas para o Uso Pacífico do Espaço (*Committee on the Peaceful Uses of Space – COPUOS*), que só veio de fato a funcionar em 1961. O COPUOS foi dotado de dois subcomitês: um técnico-científico e outro jurídico, cuja competência seria a de servir de painel para a discussão de projetos de acordos internacionais sobre Direito Espacial.

O subcomitê jurídico foi encarregado de propor normas sobre a exploração do espaço sideral. Como resultado teve-se o “Tratado sobre Exploração e Uso do Espaço Cósmico”, conhecido como “Tratado do Espaço”, datado de 19 de dezembro de 1966 e adotado unanimemente pelos Estados-parte. Ele foi ratificado pelo Brasil por meio





do Decreto nº 64.362, de 17 de abril de 1969. É relevante citar que esse tratado é o norteador dos demais acordos multilaterais que ocorreram nos anos seguintes.

Anualmente, até os dias atuais, o COPUOS promove uma série de rodadas de negociação em benefício do avanço atinente às diretrizes do Direito Espacial, assim, tem-se como o principal ator internacional da temática “uso do espaço”. Observa-se que muito já se avançou no que concerne aos princípios gerais, os quais são responsáveis por nortear as ações dos Estados relacionadas à exploração espacial. Porém, pouco se progrediu em definições específicas e em leis nacionais que regulem as atividades espaciais dos países.

Nesse prisma, o cenário não é diferente para o caso brasileiro e seu programa espacial. Consta-se que o País ainda não editou uma lei nacional que regulamente o setor espacial. E, embora já exista um centro de lançamento em posição geográfica privilegiada (Centro de Lançamento de Alcântara) com grande potencial, o Brasil ainda não conseguiu desenvolver o setor de forma relevante. Como consequência, corre o risco de tardar em se inserir no cenário internacional como um *player* relevante e perder as oportunidades de explorar um mercado pujante, que só no ano de 2018 movimentou U\$ 360 bilhões, de acordo com o relatório de maio de 2019 da *Satellite Industry Association (SIA)*<sup>1</sup>.

Além disso, é válido mencionar que, com vistas à sua inserção no panorama mundial espacial, no ano de 2019, o País assinou um Acordo de Salvaguardas Tecnológicas - AST com os Estados Unidos. Esse acordo foi ratificado pelo Congresso Nacional ainda no mesmo ano. Foi um importante passo para se avançar nesse tema, uma vez que o país norte-americano produz cerca de 80% (oitenta por cento) de tudo que se utiliza no mercado espacial, e para se usar algum componente ou lançar ao espaço qualquer objeto que contenha peças de origem norte-americana é necessário

---

<sup>1</sup> Portal The Voice of Satellite Industry. Disponível em: <https://sia.org/news-resources/state-of-the-satellite-industry-report/> Acesso em 20 fev. 2020



que se tenha um documento dessa natureza. Todavia, somente a assinatura do aludido acordo demonstra não ser suficiente para o Brasil conseguir usufruir de seus benefícios e, assim, poder incentivar e fomentar o crescimento do setor no país.

Ao perceber esse cenário, sucintamente explicado aqui, da demora do Brasil em avançar no desenvolvimento do setor espacial apesar de já possuir infraestrutura em local privilegiado – Centro de Lançamento de Alcântara – que já poderia ser explorada em nível de política de Estado para ampliar o retorno político e econômico para o País, a pesquisadora foi motivada a realizar uma análise no campo do Direito Espacial, para verificar qual seria a resposta à seguinte questão de pesquisa: “o que poderia ser feito no campo jurídico para incentivar e fomentar o desenvolvimento do setor espacial brasileiro, sobretudo na capacidade de atração de investimentos para o Centro de Lançamento de Alcântara?”.

Assim, a análise sobre o Direito Espacial no Brasil desenvolvida por esse estudo possuiu como indagações propulsoras os seguintes questionamentos:

- a) que já foi feito no Brasil em busca do desenvolvimento do setor espacial?
- b) Como está a situação do País diante do cenário mundial em relação aos avanços nesse campo?
- c) Brasil possui potencial de desenvolvimento no setor?
- d) Caso positivo, o que pode estar impedindo avanços na área em questão?
- e) Quais instrumentos jurídicos já existem no âmbito do Direito Espacial brasileiro?
- f) Há alguma lacuna ou defasagem jurídica que esteja impedindo o desenvolvimento do setor?



g) Se sim, qual instrumento jurídico poderia contribuir para a sua solução?

Com a finalidade de abordar a problematização exposta acima, esta monografia apresenta-se dividida em 3 capítulos, a saber: 1) O Programa Espacial Brasileiro - PEB; 2) Os mecanismos para o fortalecimento do PEB; 3) A necessidade de lei específica para o Programa Espacial Brasileiro.

Dessa maneira, como objetivo geral, analisou-se a situação do Direito Espacial no Brasil, em específico no que tange aos pré-requisitos legislativos para o desenvolvimento do setor, particularmente no contexto do Centro de Lançamento de Alcântara. Para que esse objetivo fosse alcançado, descreveu-se, no primeiro capítulo, o Programa Espacial Brasileiro - PEB e apresentou-se sua estrutura, com a finalidade de situar o estado da arte do Brasil no tema, de modo a responder à pergunta “a” apresentada anteriormente. Em seguida, no segundo capítulo, discorreu sobre o momento atual do País em relação ao setor espacial e o que se pode fazer para avançar nesse sentido, bem como falou-se dos mecanismos possivelmente capazes de fomentar o PEB, buscando respostas aos questionamentos “b”, “c” e “d”. Por fim, no último capítulo, agora se aproximando mais do objetivo geral e respondendo às perguntas “e” “f” e “g”, analisaram-se os princípios jurídicos que desaguam na necessidade de criação de leis como meio de fortalecer o regramento de determinado setor, tendo a área espacial como foco. Dessa forma buscaram-se respostas ao questionamento sobre qual seria o principal impedimento legislativo atual para o desenvolvimento do setor espacial no Brasil com enfoque no Centro de Lançamento de Alcântara, de forma a conduzir o País como potência emergente no âmbito espacial internacional.

No que tange à metodologia, utilizou-se uma abordagem objetiva, baseada em documentos legais, que possibilitem a consistência da análise. Ademais, buscou-se o conteúdo de diferentes autores para uma reflexão exploratória e descritiva, além de



usar como referência um modelo do setor espacial já em operação nos Estados Unidos, uma vez que esse país é importante ator no cenário espacial. Sem a intenção de esgotar as possibilidades de pesquisa, este estudo pretende contribuir no campo jurídico do Direito Espacial do País e subsidiar tomadores de decisão do governo que tenham a intenção de colaborar para o incremento do PEB.

Por fim, fica evidente que a relevância do presente trabalho encontra-se tanto no âmbito acadêmico, quanto no profissional, visto que se busca contribuir para a clareza conceitual do setor espacial e do Direito Espacial, bem como para a potencialização da capacidade analítica em torno do tema, além de aprimorar o nível de informação sobre o assunto no Brasil. Ademais, a análise e a identificação do que poderia ser desenvolvido na área legislativa inerente ao campo de estudos do Direito Espacial procuram contribuir para uma pesquisa inovadora no seio jurídico do País.

## **1 O PROGRAMA ESPACIAL BRASILEIRO - PEB**

O presente capítulo discorre sobre a história do Programa Espacial Brasileiro - PEB. Nesse sentido, busca-se, de forma cronológica, facilitar a compreensão do leitor no que tange à origem do PEB, ao seu desenvolvimento e à sua evolução até chegar aos dias atuais. Por fim, as próximas páginas dedicam-se a inserir o leitor no contexto do setor espacial brasileiro e sua importância para o país.

### **1.1 A origem e a evolução do peb**

A relação brasileira com o espaço exterior inicia-se com a criação do Ministério da Aeronáutica, pelo Decreto nº 2.691, de 20 de janeiro de 1941 (BRASIL,1941). Embora se tratasse de uma nova e pouco experimentada área de conhecimento, esse órgão era o responsável pelos estudos com vistas a dotar o país com a estrutura, a tecnologia e o conhecimento necessários para atuar no setor espacial.



Concomitante ao fim da 2ª Guerra Mundial, criou-se, em 20 de janeiro de 1946, a Comissão de Organização do Centro Técnico de Aeronáutica – COCTA, que assumiu a responsabilidade do tema espacial. A COCTA teve sua autonomia administrativa confirmada em 1947. Já seu Decreto de criação, publicado somente em 1949, tinha por objetivo executar o Plano de Criação do Centro Técnico de Aeronáutica, formulado pelo professor Richard Herbert Smith (WINTER e PRADO, 2007).

Em 1º de janeiro de 1954, a tarefa do COCTA consolida-se e tem-se a criação do Centro Técnico de Aeronáutica - CTA, por meio do Decreto nº 34.701 de 26 de novembro de 1953 (BRASIL, 1953). Embora não trate especificamente do setor espacial, tem por uma de suas finalidades “colaborar com as organizações científicas, técnicas e de ensino do país e de outras nações, para o progresso da ciência e da técnica”. Neste mesmo momento nasceu o Instituto Tecnológico da Aeronáutica – ITA e o Instituto de Pesquisas e Desenvolvimento - IPD.

Observa-se, sob um prisma internacional, que foi após o fim da Segunda Grande Guerra que as potências da época começaram a investir maior atenção no desenvolvimento espacial. Os Estados Unidos estruturaram, no estado da Flórida, especificamente na região do Cabo Canaveral, uma base para futuros lançamentos de engenhos espaciais e necessitaria fazer o acompanhamento desses objetos.

Assim, como resultado e frente a um histórico de tratativas entre Brasil e Estados Unidos, instaurou-se, a partir de 1956, em Fernando de Noronha - PE, uma base de rastreamento, especialmente de natureza eletrônica, relacionada com o acompanhamento de projetis teleguiados. Tal base respaldaria tanto a defesa brasileira como a defesa do Continente Americano, haja vista a posição geográfica estratégica da ilha (WINTER e PRADO, 2007). Este foi o primeiro passo notório do Brasil na corrida espacial.



Nesse instante histórico, a atividade espacial tem íntima relação com a atividade estatal, especialmente em âmbito militar. Embora a conquista do espaço fosse o tema mais tecnológico daquele tempo, pouco se reconhecia sobre as atividades desenvolvidas na esfera civil. Dava-se ênfase mais àquilo que se referia ao setor aeronáutico e aos temas que circundavam as tratativas militares.

Depois que a antiga URSS lançou o Sputnik I, o espaço tornou-se prioridade para os países que figuravam como protagonistas, uma vez que representava expressão de poder e de domínio de tecnologias e informações do cenário geopolítico. No Brasil havia um esforço para que a parcela civil tivesse participação na corrida espacial. Dessa forma, a sociedade civil, em especial pesquisadores e cientistas, atentos à essa tendência, organizou-se para propor a instituição de um grupo de trabalho. Esse conjunto de pessoas teria a missão de preparar um programa científico e tecnológico, com vistas ao desenvolvimento de atividades espaciais no âmbito do então Conselho Nacional de Pesquisas – CNPq, (hoje Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico). Era a primeira vez que o tema ganhava relevância fora do escopo militar (ALAMINO, 2014).

Como desdobramento, tem-se o Decreto nº 51.122, de 3 de agosto de 1961 (BRASIL, 1961), que criou o Grupo de Organização da Comissão Nacional de Atividades Espaciais – GOCNAE. A este grupo cabia sugerir a política, o programa e a implementação da pesquisa espacial no Brasil. Um de seus maiores representantes foi o Professor Luiz Gonzaga de Bevilacqua. Mais tarde, em 1963, o GOCNAE foi transformado em Comissão Nacional de Atividades Espaciais – CNAE.

Conforme se avançavam os trabalhos do CNAE na esfera civil, bem como os resultados do CTA, no âmbito militar, houve a necessidade de se ter um centro de lançamento de objetos espaciais. O objetivo era preparar equipes especializadas em lançamentos de artefatos espaciais, estabelecer programas de sondagens meteorológicas e ionosféricas, em cooperação com entidades estrangeiras e



incentivar a indústria privada brasileira a galgar os degraus da tecnologia espacial. (ROLIM, 2015)

Para atender tais necessidades, em 1964 criou-se o Grupo Executivo de Trabalhos e Estudos de Projetos Espaciais – GETEPE. Esse grupo estabeleceu convênio entre o Ministério da Aeronáutica e o Conselho Nacional de Pesquisa, com o objetivo de viabilizar o programa espacial brasileiro. Desse trabalho resultou o primeiro centro de lançamento de objetos espaciais, o Centro de Lançamento de Foguetes da Barreira do Inferno – CLFBI, mais tarde consolidado somente como Centro de Lançamento da Barreira do Inferno - CLBI (ALAMINO, 2014), que será o tópico a seguir.

### *1.1.1 O Centro de Lançamento da Barreira do Inferno - CLBI*

O GETEPE tinha como meta escolher um local no Brasil e construir um campo de lançamento de foguetes. O local tinha de ter baixo índice demográfico e pluviométrico; área de impacto, inclusive para o primeiro estágio, em mar aberto; fácil acesso; proximidade de suporte logístico e de um campo de pouso de grande porte; estar dentro de uma faixa de, no máximo, 5° (cinco graus) do equador magnético; possibilidade de alcançar a Anomalia Magnética do Atlântico Sul; e um terreno com uma topografia de fácil ocupação (ROLIM, 2015).

Conforme citado anteriormente, o Brasil e os Estados Unidos vinham estabelecendo tratativas de cooperação em âmbito espacial. Ainda em 1964, o país norte-americano estava disposto a cooperar, agora financeiramente, na implantação desse centro de lançamento de foguetes. Para tanto, exigiu que a área escolhida estivesse em condições de operação (em termos de infraestrutura básica) até o ano seguinte à sua fundação.



Os possíveis locais em estudo de viabilidade eram Aracati, no Ceará, ou Fernando de Noronha, em Pernambuco, este por sua experiência bem-sucedida anteriormente. Todavia, fatores políticos e econômicos, dentre eles, a falta de recursos para viabilizar a infraestrutura mínima dos locais, foram impeditivos suficientes para que não se concretizassem as obras nessas localidades (ROLIM, 2015).

O Estado do Rio Grande do Norte tornou-se, então, uma possibilidade e uma realidade frente ao empenho destacado para a realização da empreitada. O governo estadual disponibilizou uma área adequada, localizada a 15 km da capital Natal, no município de Parnamirim, e as obras iniciaram-se em 5 de outubro de 1964.

Enquanto as obras avançavam em Parnamirim, já no início de 1965, oficiais do GETEPE e pesquisadores da CNAE realizaram treinamento na *National Aeronautics and Space Administration* - NASA, onde foram capacitados para o lançar o foguete Nike-Apache, que seria o primeiro lançamento realizado no então CLFBI (ALAMINO, 2014).

Em 12 de outubro de 1965, o CLFBI foi oficialmente criado. Sua inauguração deu-se em 15 de dezembro do mesmo ano, com o lançamento do foguete Nike-Apache, de fabricação norte-americana, que foi rastreado e teve seus registros coletados com sucesso. Um segundo foguete da mesma categoria foi lançado com sucesso três dias mais tarde, em 18 de dezembro. Este fora lançado no período noturno. Tais lançamentos fizeram parte da operação SAFO-IONO, um convênio técnico entre a CNAE e a NASA, como explicado no texto a seguir:

O Brasil lançou com sucesso o primeiro foguete de sondagem Nike-Apache de sua base de lançamento em Natal por meio de um programa em conjunto com a NASA para investigar as regiões mais baixas da ionosfera, com ênfase nos efeitos dos raios cósmicos. O lançamento foi realizado pela Comissão Brasileira de Atividades Espaciais (CNAE). A instrumentação para a carga útil do foguete e o equipamento de suporte de telemetria foi construído por técnicos brasileiros no Centro de





Vôo Espacial Goddard da NASA (ASTRONAUTICS AND AERONAUTICS, 1966, P.154)<sup>2</sup>.

Como esclarece Rolim (2015), após essa experiência, o CTA iniciou estudos para desenvolver foguetes nacionais de sondagem. Conseqüentemente, a indústria nacional começou a se desenvolver, inclusive com o suporte técnico do Estado. Os foguetes nacionais objetivavam lançar cargas úteis ao espaço para que fossem desenvolvidos experimentos. Nesse sentido, implementava-se o Programa Espacial Brasileiro.

Em 1967 lançou-se do hoje CLBI o primeiro protótipo do foguete desenvolvido por essa recente indústria nacional: o SONDA I. Ele tinha a finalidade de substituir os foguetes americanos de sondagens meteorológicas. O Brasil desenvolveu a família de foguetes SONDA e chegou até o SONDA IV (ALAMINO, 2014).

O CLBI participou de um largo número de projetos com entes como a NASA, a *European Space Agency* e o *Max Planck Institute* (Alemanha). Além disso, promoveu o avanço de pesquisa e desenvolvimento para o setor espacial do país e foi fundamental para que o Brasil se solidificasse naquele momento da corrida espacial. Em 1975, o CLBI, agora já subordinado ao Centro Técnico Aeroespacial - CTA, ampliou seu tamanho. De 6 km<sup>2</sup> iniciais, passou para 18 km<sup>2</sup>. Porém, a capital Natal e o município de Parnamirim também cresceram em população e arranjo urbano. Por conseguinte, o CLBI encontrou obstáculos para fomentar a operação de veículos lançadores de satélites, uma vez que estes além de precisarem de área maior para o desenvolvimento adequado da operação de lançamento, deveriam operar em

---

<sup>2</sup> Texto original: Brazil successfully launched the first Nike-Apache sounding rocket from its Natal Range in a joint program with NASA to investigate the lower regions of the ionosphere with emphasis on the effects of cosmic rays. Launching was conducted by the Brazilian Space Activities Commission (CNAE). Instrumentation for the rocket payload and the telemetry ground support equipment was constructed by Brazilian technicians at NASA Goddard Space Flight Center. (ASTRONAUTICS AND AERONAUTICS, 1966, p.154).



uma localidade de pouca densidade demográfica, conforme recomendação técnica (ROLIM, 2015).

Assim sendo, a partir dessa limitação geográfica do CLBI, buscou-se alternativa para desenvolver um centro de lançamento para satélites, que mais tarde viria a ser conhecido como o Centro de Lançamento de Alcântara - CLA.

Insta dizer que o CLBI continua em operação e é fundamental para o Brasil. Segundo o sítio oficial<sup>3</sup> do Centro, ele tem por finalidade executar e prestar apoio às atividades de lançamento e rastreamento de engenhos aeroespaciais e de coleta e processamento de dados de suas cargas úteis. Além disso, possui a incumbência de executar testes, experimentos, pesquisa básica ou aplicada e outras atividades de desenvolvimento tecnológico de interesse da Aeronáutica, relacionados com a Política da Aeronáutica para Pesquisa e Desenvolvimento e com a Política Nacional de Desenvolvimento das Atividades Espaciais.

### *1.1.2 A Missão Espacial Completa Brasileira - MECB*

A Reforma Administrativa de 1967 que se materializou pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 (BRASIL, 1967) ecoou no Programa Espacial Brasileiro. A partir dela, o GETEPE e do Departamento de Assuntos Especiais do IPD transformaram-se no Instituto de Atividades Espaciais - IAE, o qual, juntamente com o ITA, foram vinculados ao CTA, todos localizados em São José dos Campos - SP.

Embora o IAE já exercesse sua atividade fim, foi somente em 1971 que seu núcleo foi ativado. Para tanto, absorveram-se os servidores e a estrutura do GTEPE e do IPD, os quais foram extintos (ALAMINO, 2014).

---

<sup>3</sup> Disponível em <http://www.clbi.cta.br/internet/index.php/missao-visao-e-valores>. Acesso em 22/01/2020



Nesse esteio evolutivo, no mesmo ano, criou-se a Comissão Brasileira de Atividades Espaciais - COBAE, vinculada ao Estado-Maior das Forças Armadas - EMFA, por meio do Decreto nº 68.099 de 20 de janeiro de 1971 (BRASIL, 1971). A COBAE foi fruto do crescente interesse governamental em desenvolver o setor espacial nacional.

Ainda na seara da reorganização administrativa, a CNAE passou a se chamar Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais - INPE, vinculado ao CNPq, por meio do Decreto nº 68.532 de 22 de abril de 1971 (BRASIL, 1971).

É importante traçar um paralelo aos acontecimentos internacionais e lembrar que dois anos antes, em 1969, a Missão Apollo 11 levava astronautas à Lua pela primeira vez. Naquele momento, o setor espacial estava em voga, como assunto de interesse estratégico para os países dominantes bem como aos países emergentes da época, como explica Aparecido Alamino (2014):

Com a rápida evolução dos projetos espaciais internacionais, notadamente nos Estados Unidos (NASA), que chegou a colocar um homem na Lua em 1969, da então União Soviética e até da França, que já adquiria alta tecnologia no setor, o Brasil, já em meados dos anos 1970, começou a visualizar a necessidade de evoluir, possuindo a capacidade de lançar foguetes de maior porte, para adequar-se à nova realidade (ALAMINO, 2014 p.23).

Então, em 1979, durante o desenvolvimento das atividades do COBAE, idealizou-se a Missão Espacial Completa Brasileira - MECB. Por ela, o Brasil pretendia lançar um satélite artificial de fabricação nacional, utilizando-se de seu próprio veículo lançador, a partir de seu centro de lançamento (BITTENCOURT NETO, 2011).

A produção do satélite artificial ficou a cargo do INPE, que representava a parte civil do programa espacial e, a essa altura, passou a ser vinculado ao então Ministério de Ciência e Tecnologia. Já o desenvolvimento do veículo lançador ficou sob a responsabilidade do então Ministério da Aeronáutica, por meio do CTA, no



âmbito do IAE - parte militar do programa espacial. A este Ministério coube, também, a missão de construir um novo centro de lançamento de foguetes, haja vista a identificada limitação do CLBI (BITTENCOURT NETO, 2011).

Em 1980, a MECB foi aprovada e iniciou-se a busca por um novo centro de lançamento que cumprisse requisitos especiais, tais como ser o mais próximo possível da linha do Equador, com vistas a economizar energia para o lançamento; estar próximo de um grande centro, no caso, uma capital de estado; ter a capacidade de ser ampliado; ter localização próxima ao mar para propiciar a devida segurança para a área de escape no momento do lançamento; e possuir clima favorável, com estação chuvosa bem definida, ventos favoráveis e temperaturas pouco variáveis (ALAMINO, 2014).

Ao buscar os critérios estabelecidos acima para o desenvolvimento do novo sítio espacial, chega-se ao Centro de Lançamento de Alcântara, no estado do Maranhão, a 22 km da capital São Luís, próximo à cidade histórica de Alcântara - MA.

### *1.1.3 O Centro de Lançamento de Alcântara - CLA*

Após um processo de estudos e análises por parte do Ministério da Aeronáutica, iniciaram-se, em 1980, os procedimentos administrativos necessários para a instalação do Centro de Lançamento de Alcântara - CLA.

Tanto a União, quanto o Estado do Maranhão e o Município de Alcântara envolveram-se para que o CLA se tornasse uma realidade, uma vez que o benefício resultante dele alcançaria todo o país. Houve esforço convergente por parte desses entes para que se conservasse a integridade cultural da região envolvida.



Inicialmente, o Governo do Estado do Maranhão declarou uma área de extensão de 520 km<sup>2</sup> como de utilidade pública, para fins de desapropriação, por meio do Decreto nº 7.820, de 12 de setembro de 1980 (MARANHÃO, 1980).

Ademais, para que se pudesse proceder à ocupação do território com vistas a dar início ao Plano Diretor do novo centro de lançamento, instituiu-se um Grupo para a Implantação do Centro Espacial de Alcântara - GICEA, por meio da Portaria nº C- 012/GM3, de 1 de abril de 1982 (BRASIL, 1982). Foi também naquele ano que se firmou o Protocolo de Cooperação entre o Estado do Maranhão, o Ministério da Aeronáutica e o Município de Alcântara tendo em vista a implantação do Centro Espacial de Alcântara.

Então, criou-se, oficialmente, o Centro de Lançamento de Alcântara por meio do Decreto nº 88.136, de 1 de março de 1983 (BRASIL, 1983). O GICEA passou a chamar-se Grupo para a Implantação do Centro de Lançamento de Alcântara - GICLA. Na oportunidade, instituiu-se, também, o Núcleo do Centro de Lançamento de Alcântara - NuCLA, por meio da Portaria nº R-095/GM3, de 7 de março de 1983 (BRASIL, 1983), com a finalidade de proporcionar o apoio logístico e de infraestrutura local, assim como garantir segurança à realização dos trabalhos a serem desenvolvidos na área do futuro centro espacial. Os soldados que compunham o NuCLA foram recrutados entre as famílias locais de Alcântara e, depois, formados em São José dos Campos, sede do CTA (ALAMINO, 2014).

Cumprе esclarecer que a área do CLA era cheia de mangues, riachos e igarapés. Em muitos trechos, o acesso era difícil e nem mesmo carros feitos para estradas instáveis conseguiam transitar. Utilizou-se, inclusive, da ajuda de cavalos para que o CLA fosse implementado. Em 1986 já se via considerável melhoria dos arredores. O impacto da chegada do CLA passava por áreas paralelas como saúde e infraestrutura. Para exemplificar, construiu-se um hospital com centro cirúrgico na



região, além da Rodovia MA-106 que liga Alcântara a Itaúna, que foi efetivamente asfaltada (ALAMINO, 2014).

Ainda durante a fase de implantação, foi necessário realocar cerca de trezentas e doze famílias que residiam dentro da área destinada ao CLA. Essas famílias se organizavam em povoados, de acordo com seus respectivos parentescos e traziam consigo tradições e costumes. O principal entrave nessa fase da implementação era a pífia disponibilidade de informações, em termos de cadastramento, nas mãos dos órgãos públicos. Como consequência, houve considerável atraso na execução da desapropriação, agravado pela falta de documentação das pessoas e do histórico fundiário e inventarial das famílias. (ALMEIDA, 2006).

Alamino (2014) explica que as famílias foram transferidas para locais chamados de Agrovilas. O agrupamento familiar obedeceu a ordem outrora existente e foi definido por seus próprios habitantes. Ademais, fez-se uma réplica geográfica do arranjo das casas na região em que viviam anteriormente. Nessa nova localização, as famílias receberam uma casa de alvenaria com 72m<sup>2</sup>, em um lote urbano de 1.000m<sup>2</sup> e uma gleba rural de 15 ha. Além disso, dotou-se as Agrovilas de escola, posto de saúde, área de lazer, poços profundo e lavanderia e lugares para as práticas tradicionais da população local, como a casa de farinha e a tribuna (casa de festa).

A primeira etapa de transferência dessas populações aconteceu em 28 de julho de 1986. Esse processo durou até 24 de abril de 1987, quando as obras destinadas especificamente ao CLA foram iniciadas. Construiu-se, para fins operacionais, o Setor de Comando e Controle, o Setor de Preparação e Lançamento, o Setor de Controle de Satélites, todos com metodologia própria de segurança e regras de execução no que tange à engenharia. Já em São Luís, construiu-se o complexo Sítio da Raposa, onde instalaram-se o radar de precisão (Atlas) e uma estação de telecomunicações. Para apoio em Alcântara, foram ainda construídos o aeródromo e a Vila Residencial de Tapireí (ALAMINO, 2014).



No segundo semestre de 1989, as principais instalações do CLA estavam prontas. Iniciou-se o treinamento do pessoal para a primeira operação batizada de Operação Pioneira. Ela aconteceu no período de 11 a 15 de dezembro de 1989. Houve dezessete lançamentos de foguetes SBAT, que contribuíram para qualificar o pessoal envolvido e aferir a qualidade dos aparelhos e as instalações. Nesse processo, desde 1986, contou-se com a experiência e apoio do CLBI.

Em 21 de fevereiro de 1990 aconteceu a inauguração oficial da fase operacional do CLA. Para a oportunidade, executou-se a Operação Alcântara, com o lançamento de um foguete da família SONDA II. Dessa forma, o CLA tornou-se apto para efetuar lançamentos de artefatos espaciais sob sua responsabilidade. Em outras palavras, dentro do plano da MECB, a parte que corresponde ao Brasil ter seu próprio centro de lançamento estava encaminhada (ALAMINO, 2014).

Deu-se um passo a mais em 1994, com a criação da Agência Espacial Brasileira - AEB, por meio da Lei nº 8.854 de 10 de fevereiro de 1994 (BRASIL, 1994). Esta trata-se de autarquia vinculada ao atual Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações - MCTIC, responsável por formular, coordenar e executar a Política Espacial Brasileira. Nesse esteio, a AEB nasceu para ser a entidade central do PEB, uma espécie de interlocutora entre a parte militar, a parte civil, a academia e a indústria nacional (BITTENCOURT NETO, 2011).

Ao se dar continuidade aos demais segmentos da MECB, agora com uma entidade central para coordenar as ações, tinha-se de prosseguir com o desenvolvimento do veículo lançador nacional, sob responsabilidade do IAE e do satélite artificial nacional, a cargo do INPE. Dado o atraso no desenvolvimento do lançador, o primeiro Satélite de Coleta de Dados – SCD1 acabou sendo lançado dos EUA, em 1993.

Ao longo dos anos, diversas operações aconteceram no CLA tendo em vista a preparação para o lançamento do primeiro Veículo Lançador de Satélites - VLS-1



(V01). Este veio a acontecer em 2 de novembro de 1997. Devido a uma falha no acendimento de um dos motores do primeiro estágio, o veículo desintegrou-se aos 29 de voo e a Operação Brasil restou frustrada (ALAMINO, 2014).

Muito se investiu para produzir um segundo protótipo do VLS-1 (V02). Então, em 11 de dezembro de 1999, aconteceu a Operação Almenara, que utilizou um VLS- 1 (V02), com o objetivo de colocar em órbita baixa um satélite científico, também desenvolvido pelo INPE, chamado SACI2. Novamente, e apesar de se ter avanços nesse lançamento em termos de alcance de fases, a operação não teve sucesso e o VLS-1(V02) não cumpriu seu mister.

Os anos de 2000 até 2003 foram intensos no CLA, com muitas operações e avanços. Entretanto, o acidente do dia 22 de agosto de 2003 marcaria a história do Programa Espacial Brasileiro de forma indelével. Nesse dia, o terceiro protótipo do VLS-1 (V03) sofreu um acendimento extemporâneo no solo, dois dias do seu lançamento. Lamentavelmente, morreram 21 pessoas: 11 engenheiros e 10 técnicos, todos do CTA e do IAE (ALAMINO, 2014).

A missão de desenvolver um veículo lançador não é fácil para nenhuma nação. Atualmente, poucos países dominam um programa espacial completo, entre eles estão China, Estados Unidos, França (União Europeia) Índia e Rússia. Assim como no Brasil, muitos acidentes custaram a vida de muitos profissionais no desenvolvimento desses veículos. Para exemplificar, citam-se os acidentes ocorridos nos primeiros testes da Missão Apollo, antes de levar o homem à Lua, em 1967; a explosão da *Soyuz 1*, dos Soviéticos, também em 1967; e, a trágica explosão do ônibus espacial *Challenger*, que matou a tripulação de seis astronautas e a professora *Christa McAuliffe*, primeira civil a participar de um voo espacial (ARRUDA, 2012).

Em razão do acidente ocorrido em Alcântara, os anos seguintes readequação em prol da segurança. Em 2004 aconteceram somente duas operações no CLA. Muitas mudanças estavam se moldando, especialmente no que se refere aos





procedimentos de lançamento. Portanto, o CLA estava em processo de adequação aos novos ritos de segurança. Nos anos de 2005 e 2006 não houve lançamentos no Centro.

A partir de 2007 os lançamentos voltaram a acontecer. Entre 10 de abril e 29 de junho, lançaram-se vinte e seis foguetes SBAT-70, com o objetivo de treinar o pessoal do centro em missões de lançamento de foguetes bem como situações de simulação de lançamentos. Lançou-se, também, o foguete VSB-30, dentro do Programa de Estudos da Microgravidade (ALAMINO, 2014).

O Centro de Lançamento de Alcântara foi reconhecido como Instituição Científica e Tecnológica - ICT, em 9 de janeiro de 2008, por meio da Portaria CTA149/SDE de 17 de dezembro de 2007 (BRASIL, 2008).

Até os dias atuais, o CLA continuou operacional e participou de diferentes missões. Todavia, não houve o avanço esperado quando da proposição da MECB. Fatores como orçamento, ausência de transversalidade entre as agendas de políticas públicas do país e pouco investimento no desenvolvimento tecnológico foram alguns dos principais motivos que impediram o desenvolvimento do setor aeroespacial brasileiro.

Destarte, com verbas anualmente decrescentes, o PEB enfrentou dificuldades para avançar. Somado a isso, não é comum a transferência de tecnologia entre países no que se refere ao desenvolvimento de veículos lançadores. Em linhas gerais, faz-se esse tipo de veículo por meio de tentativa e erro, até que se tenha um protótipo em condições de uso (BITTENCOURT NETO, 2011). Porém, isso também se traduz em custos e orçamento, algo que não se podia contar no cenário brasileiro.

Ademais, até 2019, o país não tinha um acordo de salvaguardas tecnológicas com os Estados Unidos. Dessa forma, corria-se sempre o risco de embargo para lançamentos que contivessem componentes norte-americanos. Sendo os EUA o



maior produtor de componentes do segmento espacial, o Brasil via-se fortemente limitado em suas tratativas de exploração comerciais do CLA.

Há, atualmente, novo fôlego para as tratativas do setor espacial brasileiro. O motivo central para isso foi a assinatura do Acordo de Salvaguarda Tecnológica - AST com os Estados Unidos e sua ratificação pelo Congresso Nacional. Esse documento está formalizado por meio do Decreto nº 10.220, de 5 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020). Dessa forma, mais que avançar, deve-se, agora, desenvolver um arcabouço jurídico estável para que o Brasil seja atrativo ao pujante mercado espacial.

## **2 OS MECANISMOS DE FORTALECIMENTO PARA O PEB**

Este capítulo pretende mostrar a situação do setor espacial no Brasil em tempos atuais. Para tanto, discorre-se sobre o AST e seus possíveis reflexos para o País. Em seguida, trata das potencialidades que o país já possui para desenvolver a temática, usando-se como principal exemplo os parques tecnológicos em funcionamento no país. Por fim, no âmbito da educação, evidenciam-se os cursos disponíveis, em nível de graduação, que auxiliam no fomento ao setor espacial. Portanto, busca-se evidenciar o que já está disponível em âmbito nacional e que se pode recorrer em benefício do setor espacial e os possíveis próximos passos.

### **2.1 O acordo de salvaguardas tecnológicas - ast entre Brasil e Estados Unidos**

Em 2019 assinou-se o Acordo de Salvaguardas Tecnológicas - AST. Esse acordo tem como partes o Brasil e os Estados Unidos – EUA. A assinatura deu-se quando da primeira visita de Jair Bolsonaro como Presidente àquele país, em 19 de março de 2019. Já a ratificação desse documento deu-se, conforme supracitado, em fevereiro de 2020 (BRASIL, 2019). Esse tipo de acordo é comum entre atores internacionais que têm necessidade em proteger suas tecnologias.



Apenas para recordar o contexto histórico, no início da corrida espacial, os EUA tiveram papel secundário e perderam protagonismo para a extinta União Soviética – URSS. Todavia, ao longo da história, o país norte-americano se recuperou da posição inferior e tomou amplo cenário no setor espacial (WINTER e PRADO, 2007). Atualmente, os Estados Unidos produzem cerca de 80% de tudo aquilo que se utiliza no mercado espacial, desde um simples parafuso até sistemas complexos. Desta forma, consolidou-se como um ator fundamental no cenário internacional, o que justifica o interesse brasileiro no incremento de sua relação com este país (MCTIC, 2019).

Com efeito, conforme prevê a Constituição em seu Art. 84, VIII (BRASIL, 1988), o AST foi assinado entre os dois países e, posteriormente, ratificado pelo Congresso Nacional. Por esse documento, que estabelece uma proteção de dados tecnológicos (salvaguardas tecnológicas), os Estados Unidos autorizam o Brasil a realizar lançamentos de foguetes e espaçonaves, de quaisquer nacionalidades, para fins pacíficos, que contenham componentes norte-americanos. Em contrapartida, o Brasil garante a proteção da tecnologia norte-americana contida nesses artefatos. Não há qualquer outra contrapartida além desta.

Conforme se elucidou anteriormente, os Estados Unidos são os principais produtores desse mercado. Não estabelecer um acordo dessa natureza poderia significar um retrocesso no incremento do setor espacial brasileiro.

Constata-se que o Brasil tem especial interesse em fomentar este tipo de atividade comercial, uma vez que possui uma das melhores localizações geográficas para lançamento de objetos espaciais, especificamente em Alcântara, no Maranhão, onde fica o Centro de Lançamento de Alcântara – CLA. Conforme se observa, o setor espacial brasileiro tem potencial para gerar recursos substanciais para o desenvolvimento local, regional e para o país e, assim, voltar a figurar entre os principais no cenário espacial (MCTIC, 2019).



Trata-se, portanto, de importante oportunidade de comercialização, em nível internacional, do CLA, de viabilizar a implantação da Política Espacial Brasileira, e de gerar desenvolvimento tecnológico, social e econômico. Em outras palavras, o AST constitui passo fundamental para o desenvolvimento da região de Alcântara, para o Programa Espacial Brasileiro e para o Brasil. Esse documento facilita a atração de investimentos, o desenvolvimento de uma cadeia produtiva de alto valor agregado, a indução de atividades econômicas em apoio aos serviços de lançamento, a alavancagem do setor de serviços, incluindo o turismo e o incremento da arrecadação de impostos naquela região do país (MCTIC, 2019).

Já para os EUA, como acontece com outros países, o AST trata-se apenas de proteção tecnológica. O Brasil tem acordo dessa natureza com a Ucrânia, por meio do Decreto nº 5.266, de 8 de novembro de 2004 (BRASIL, 2004). De outro lado, os EUA já estabeleceram esse tipo de acordo com países como Rússia, China, Índia, Ucrânia e Nova Zelândia.

Nota-se que, a relevância da normatização do setor aeroespacial mostra-se essencial para que se possa viabilizar a efetividade do AST firmado entre as duas nações. Ao refletir a realidade brasileira e ao considerar o essencial Estado Democrático de Direito já consolidado, observa-se que, possivelmente, sem a promulgação legislativa, os avanços terão dificuldade em acontecer.

O panorama exurgido com a assinatura do AST sugere a formatação de uma legislação adequada e capaz de dar a certeza do direito e da proteção contra mudanças retroativas. Portanto, para que se promova o potencial comercial desse setor, dentro de um escopo operacional, é necessária uma normatização específica, *in casu*, na regulamentação do uso do espaço exterior, de forma a possibilitar que o aludido acordo internacional produza os seus efeitos almejados.

Neste particular, a título comparativo, os Estados Unidos sancionaram uma lei pelo então presidente Barack Obama, em novembro de 2015, a Lei do Espaço (*Space*



*Act of 2015*). Essa lei permitiu a exploração privada do espaço exterior. Tal título legal, ao sentir do governo estrangeiro, possibilitou às empresas interessadas em atuar nesse ramo de negócio um norte sólido para sua instalação e respectivo desenvolvimento da atividade espacial propriamente dita (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015).

Novamente, no que concerne à segurança jurídica, uma lei representa proteção contra os arbítrios desmedidos que se podem cometer sem qualquer justificação em desfavor de outrem. É um princípio apto a submeter o ordenamento jurídico à lógica de mercado, a fim de se mostrar adequado ao projeto social esculpido pela atual Constituição Federal. Por fim, uma necessidade do país para se firmar em âmbito interno e externo.

Conforme preconiza o professor Olavo Bittencourt Neto (2011), ainda nesse contexto, é importante que o governo tenha uma política bem definida sobre utilização do espaço sideral, e considera que:

[...] o incentivo à produção acadêmica permitiria problematizar o regramento jurídico existente, inclusive quanto à incipiente legislação brasileira, de modo a amparar o interesse de vítimas, sejam nacionais ou estrangeiras, por danos causados por atividades espaciais, além de alertar as autoridades sobre as consequências internacionais de tais empreitadas (BITTENCOURT NETO, 2011, p. 157).

Por fim, conforme se demonstrou amplamente, o país beira a necessidade de definir seu *modus operandi* para dispor amplamente do uso, de permissões, de procedimentos, do processo de habilitação e da responsabilização para todo aquele que deseja explorar a área espaçoportuária do CLA. Sendo assim, faltam instrumentos jurídicos para torná-lo atrativo aos investidores dos diversos segmentos espaciais. Nessa seara, a academia tem um papel relevante junto aos operadores do direito do Governo Federal, no sentido de auxiliar a desenvolver a legislação brasileira. De outra sorte, corre-se o risco de perder nova janela de oportunidade no segmento espacial.



## 2.2 Os parques científicos e tecnológicos brasileiros

Os Parques Científicos e Tecnológicos - PCTs têm sua origem no Brasil a partir de 1980. Eles vêm evoluindo consideravelmente, tanto em termos quantitativos quanto em termos de maturidade. As iniciativas de parques multiplicaram-se ao longo do tempo no país, apresentando um crescimento considerável, passando de 10 em 2000, para 103 em 2017, sendo 37 em fase de projeto, 23 em fase de implantação e

43 em fase de operação. Tratam-se de importantes ambientes de inovação que exploram, dentro do conceito de tripla hélice, sinergias entre institutos de pesquisa, governo e iniciativa privada (MCTIC, 2019).

A mais recente lei que trata sobre o tema é a Lei 13.243, de 11 de janeiro de 2016 (BRASIL, 2016), a qual define os PCTs como um complexo planejado de desenvolvimento empresarial e tecnológico, promotor da cultura de inovação, da competitividade industrial, da capacitação empresarial e da promoção de sinergias em atividades de pesquisa científica, de desenvolvimento tecnológico e de inovação, entre empresas e uma ou mais Instituições de Ciência e Tecnologia (ICTs), com ou sem vínculo entre si.

Apenas para traçar um contexto do setor espacial com os PCTs, vale dizer que, na origem dos programas espaciais, esses, por serem essencialmente militares, tinham seus valores custeados pelos governos que os desenvolviam. Ao longo do tempo, e com a evolução científica e tecnológica, esse modelo vem se modificando, e os programas espaciais, agora atuantes em âmbito civil, passam a contar com investimento e participação privada. Aliás, o investimento privado vem conquistando grande parcela dos investimentos nas prestações de serviço que se utilizam do espaço (ANTUNES, 2017).



Desse modo, os polos tecnológicos são fundamentais para o desenvolvimento do setor espacial brasileiro. Como reflexo, esse setor tem a capacidade de beneficiar diversos outros setores correlatos, como a produção industrial de componentes utilizados pela área espacial. Portanto, nesse cenário de interconectividade, o espaço é importante propulsor econômico.

No que tange aos setores abarcados pelas PCTs, os mais explorados, com atuação preponderante, são Tecnologia de Informação, Energia e Biotecnologia. Outras áreas relevantes são Saúde e Petróleo e Gás Natural, além de Telecomunicações - aqui se encontra amplo mercado para o setor espacial (MCTIC, 2019).

Os benefícios que esses parques geram são diversos. A relação de empresas e empregos são as mais tangíveis e visíveis para a sociedade, a despeito de vários outros impactos que os parques podem trazer como, por exemplo, interação entre indústria e universidade, competitividade regional, arrecadação de impostos, atração e retenção de pessoal qualificado entre outros (MCTIC, 2019).

Ainda que se tenha uma concentração de PCTs nas regiões Sul e Sudeste, atualmente existem parques em todas as regiões brasileiras. Para citar os principais, tem-se Recife, Porto Alegre, Belo Horizonte, São José dos Campos - sede do DCTA, e Florianópolis. (MCTIC, 2019). Sendo assim, o País é atrativo o suficiente em seu escopo de parques tecnológicos e de parques industriais já consolidados. Uma vez que o espaço se torne prioridade do Estado e que se determinem investimentos para esse setor, já se têm polos capazes de implementar e desenvolver esse novo segmento, o que, por conseguinte, aquecerá a economia.

### **2.3 Os cursos de engenharia espacial e o direito espacial no Brasil**

Conforme citou-se anteriormente, entre as décadas de 50 e 60, os Estados Unidos e a extinta União Soviética disputavam o palco científico e tecnológico de



uma maneira nunca outrora observado. Nesse contexto deu-se a Corrida Espacial, que foi o marco da exploração do espaço pelo homem. Também a partir desse marco observa-se a criação dos primeiros cursos de engenharia aeroespacial (WINTER e PRADO, 2007).

No Brasil, o primeiro contato com engenheiros espaciais foi em 1956, na base de Fernando de Noronha, já mencionada no primeiro capítulo deste trabalho. A partir daquele momento, o interesse pela engenharia espacial aumentou. Anos mais tarde, em 1964, alguns técnicos do GETEPE, estiveram em treinamento no campo de lançamentos da Força Aérea Argentina, em *Chamical*, onde tiveram contato com o disparo de foguetes *Belier Centaure* franceses e *Nike Cajun* norte-americanos (MIRANDA, 2005).

Em 1965, por meio de um convênio entre o GETEPE e a CNAE, enviou-se uma equipe de técnicos das duas instituições para participar, a título de treinamento, de capacitação para o lançamento de um foguete *Nike Apache*, nos Estados Unidos, sob supervisão da NASA. O foguete seria o primeiro lançamento realizado do CLBI (ALAMINO, 2014).

Desse período para os dias atuais, houve inúmeras capacitações de profissionais brasileiros em centros espaciais espalhados pelo mundo. Porém, o curso de engenharia aeroespacial tardou a chegar no Brasil. De acordo com o Ministério da Educação - MEC, por engenharia aeroespacial entende-se o ramo que lida com projeto, construção e manutenção de aeronaves, veículos espaciais, foguetes e satélites (MEC, 2020).

Em 16 de dezembro de 2009, por meio de um convênio entre a Universidade de Brasília - UNB e a *Dnipropetrovsk National University - DNU*, da Ucrânia, possibilitou-se a formação de alunos brasileiros, em nível de mestrado, no âmbito da engenharia espacial. O principal objetivo foi formação em conjunto de profissionais





nas diversas áreas do conhecimento, e mais especificamente no campo de ciências e tecnologias aeroespaciais (UNB, 2016).

De acordo com o sítio eletrônico do MEC<sup>4</sup>, no Brasil existem sete cursos de engenharia aeroespacial, em nível de bacharelado a saber: 1) Fundação Universidade Federal do ABC - UFABC, desde 11 de setembro de 2006; 2) Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, desde 02 de março de 2009; 3) Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, desde 03 de agosto de 2009; 4) Instituto Tecnológico de Aeronáutica - ITA, desde 01 de março de 2010; 5) Universidade de Brasília - UNB, desde 01 de janeiro de 2012; 6) Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, desde 02 de março de 2015; e, 7) Centro Universitário União das Américas - UNIAMÉRICA. Essa universidade, que fica em Foz do Iguaçu, ainda não iniciou o curso, mas já está autorizada desde 22 de dezembro de 2017). Existe, também, similar iniciativa na Universidade Federal do Maranhão – UFMA (MEC, 2020).

Cabe observar que existem, também, três cursos de pós-graduação no setor espacial: dois em S. José dos Campos (INPE e ITA), e o recém-criado curso em rede, envolvendo três Universidades Federais (Rio Grande do Norte, Pernambuco e Maranhão) e a Universidade Estadual do Maranhão (MEC, 2020).

Sem excluir, evidentemente, a importância de se incentivar o ensino fundamental e médio para as futuras áreas que terão o espaço como foco, a formação desses profissionais proporciona ao Brasil um caminho de maturidade no âmbito do setor espacial. Isso porque os profissionais formados pelo país terão a oportunidade de atuar em âmbito nacional, no incremento da base de Alcântara e áreas correlatas. Como resultado vislumbra-se, em médio prazo, uma melhor colocação enquanto Estado, no cenário internacional. Dessa forma, evidencia-se que o Brasil tem uma formação profissional amplamente capaz de atuar no ambiente espacial.

---

<sup>4</sup> Disponível em <http://emec.mec.gov.br/> Acesso em 18/02/2020



Outra área correlata ao espaço, pouco difundida, mas muito importante é o Direito Espacial. Conforme ensina José Monserrat Filho (1998):

O Direito Espacial como sendo um Ramo do Direito Internacional Público, responsável por regulamentar as atividades dos Estados, das Empresas Públicas e privadas, além das Organizações Internacionais Intergovernamentais, no que tange a exploração e uso do espaço exterior, além de estabelecer um Regime Jurídico do Espaço Exterior e dos Corpos Celestes (MONSERRAT FILHO, 1998, p. 2)

Ainda nos dizeres do professor Monserrat (2009);

O Direito Espacial é um direito que nasce com a era espacial, ou seja, quando o homem começa a conquista o espaço fora da Terra. Isso começou em 1957 quando foi lançado o primeiro satélite artificial da Terra pela então União Soviética que era o satélite Sputnik 1. A primeira questão jurídica surge nesse dia, porque quando esse satélite foi lançado, ele tinha um som: "bip, bip, bip...". O advogado da época, o jurista, se perguntava: Ele (Sputnik1) está passando dentro ou fora dos limites da jurisdição dos Estados? Ele está entrando, invadindo a jurisdição dos Estados ou está em um espaço onde não é mais a jurisdição dos países subjacentes? Como ninguém protestou, ficou-se admitido tacitamente que aquilo era outro território, que era o espaço cósmico. (MONSERRAT FILHO, 2009, on-line)

Embora o Direito Espacial tenha surgido nos idos de 1957, conforme apontou Monserrat (2009), essa área do Direito é pouco explorada pelo Brasil. Segundo o MEC, ainda não existe a matéria "Direito Espacial" nas composições curriculares dos cursos de graduação nas universidades brasileiras (MEC, 2020). O que se observa são teses de mestrado e/ou doutorado sobre esse ramo do direito, no âmbito do Direito Internacional Público e/ou Relações Internacionais.

Nesse contexto, ressalta ainda o professor Monserrat (2009), que seguir ignorando, no governo, nas escolas, universidades e centros de pesquisa, e na mídia em geral, o debate estratégico sobre Política e Direito Espacial no século XXI é um atentado contra o futuro do país, de seu povo e, especialmente, das novas gerações. Ao se perceber que o espaço é parte de diversas áreas transversais, faz-se relevante



um estudo aprofundado dos direitos recorrentes dessas relações. Embora se tenham cinco tratados internacionais sobre o espaço, os quais detalharemos mais adiante, eles versam sobre relações entre Estados e Organismos Internacionais. Então, baseando-se no fato de o Brasil ser um Estado soberano, a regulação do Direito Espacial parece um resultado natural do ordenamento, especialmente tendo em vista o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica (REZEK, 2018).

Para o professor Olavo Bittencourt Neto (2011), o Brasil é detentor de um programa espacial de longa data, e nas últimas décadas, contratou serviços de lançamento de diversos satélites e mesmo de um astronauta, além de haver desenvolvido centros de lançamentos de objetos espaciais, de tal sorte que responderá internacionalmente por eventuais danos a terceiros decorrentes de tais atividades. No entanto, o País possui incipiente legislação interna sobre a matéria. Trata-se de uma realidade que merece atenção.

Então, observa-se que o desenvolvimento hermenêutico no que tange o Direito Espacial interno apresenta-se como um ponto sensível do Brasil e, portanto, passível de implementação. Diante desse cenário, faz sentido afirmar, de fato, que há uma lacuna legislativa no escopo nacional, importante de se eliminar para que se possam de nortear as ações que viabilizem o desenvolvimento do CLA, seu entorno e áreas afins. Cabe, portanto, uma reflexão no sentido de como se podem implementar as atividades em torno do Direito Espacial no Brasil.

### **3 A NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA PARA O SETOR ESPACIAL**

O último capítulo trata do escopo jurídico que existe no país atualmente. Busca-se analisar se os instrumentos jurídicos disponíveis são suficientes para o desenvolvimento do setor espacial brasileiro e para atender as suas necessidades peculiares. Por fim, pretende-se apresentar possível implementação de lei federal com vistas a contribuir com a inovação jurídica brasileira.



### 3.1 Instrumentos jurídicos relacionados ao setor espacial brasileiro

Como se pôde observar no capítulo anterior, a atividade espacial vai além do lançamento de foguetes. Entre as amplas oportunidades nesse mercado, citam-se a produção de componentes, o transporte e o armazenamento de equipamento, além da produção de satélites. Esta última utiliza-se de tecnologia indispensável para ampliar a comunicação, a difusão de informações, o sensoriamento remoto, o georreferenciamento da terra, entre outras utilidades estratégicas. Todo esse esboço está adstrito a um ramo do direito - Direito Espacial - que teve seu marco jurídico por meio do “*Outer Space Treaty*”<sup>5</sup>, em 1967, poucos anos depois que o primeiro satélite foi lançado, ainda na década de 50 (BITTENCOURT NETO, 2011).

Estabelecer normas jurídicas a uma determinada atividade significa, em outras palavras, ordená-la, não por intermédio da aplicação de conceitos éticos, dos conselhos ou de recomendações para cumprimento espontâneo, mas por meio de regras obrigatórias, que podem impor punições (sanções) a quem desrespeitá-las.

O Embaixador da Itália na ONU, Ambrosini, disse, em seu discurso perante a Comissão Política da ONU, em 12 de novembro de 1958, que toda nova atividade humana – que cria interesses e que, por conseguinte, gera controvérsias – deve ter sua regulamentação jurídica equitativa e racional, sob pena de confusão e anarquia (AMBROSINI, 1958).

---

<sup>5</sup> Tratado do Espaço. Disponível em <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/outerspacetreaty.html> acesso em 18/02/2020



Nesse sentido, Monteiro (2016) explica que a expressão “Lei” vem do verbo em Latim “ligare”, que significa ligação, ou aquilo que liga. Também se pode dizer que lei é um preceito ou conjunto de cláusulas jurídicas criadas por meio de processos, próprios do enlaço normativo, e constituídas pelas autoridades competentes para surtir seus efeitos. No que tange aos tais efeitos, estes são a tradução mais pura e rígida, chegando a ser ortodoxa de resultado, implicação, consequência, destino e finalidade.

No mesmo sentido ensina Silva (2002), a palavra “*lex*”, tem sua origem no verbo “*legere*”, ler, uma vez que o magistrado romano lia o texto escrito da lei ao povo, durante os comícios, para sua aprovação. É, portanto, norma jurídica escrita, permanente, emanada do Poder Público competente, com caráter de generalidade, porque se aplica a todos, e de obrigatoriedade, porque a todos obriga. Diz-se escrita, porque é apresentada em projeto, debatida, emendada, sancionada, promulgada e publicada. Somente após a sua publicação no órgão oficial é que se torna obrigatória. No Brasil, a função típica para editar leis é do Poder Legislativo. Todavia, há normas que emanam do Poder Executivo de forma atípica. A lei vigora até que outra a modifique ou a revogue. Para que se torne lei, deve-se apresentar sua proposta via projeto, e após percorrer um rito formal, tem de ser publicada em órgão oficial e, só então, é que se torna obrigatória a todos.

Rizzatto Nunes (2018) reforça essa ideia e, para concluí-la, diz que:

A lei jurídica propriamente, de sua parte, aponta também para alguns sentidos, que são análogos. A lei é tanto a norma constitucional quanto uma lei ordinária, por exemplo, o Código Civil, ou até uma cláusula contratual, que se diz ser “lei entre as partes”. (NUNES, 2018, p.73)

Além disso, umas das consequências naturais da concepção de uma nova legislação é a pacificação das relações humanas por meio da segurança jurídica. Por sua vez, pode-se afirmar que segurança jurídica é um princípio constitucional, embora não possua uma precisa e completa definição legal. Tem-se, contudo, um



direcionamento para que se norteie o sentido segurança jurídica: o caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em especial no seu inciso XXXVI, assegura que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, 1988, p.11).

Segundo doutrina contemporânea de J.J Canotilho (1993):

O conceito de segurança jurídica, relacionado à criação de uma nova legislação, surgiu da necessidade humana de alguma certeza, sem variações ou mudanças no decorrer do tempo, de forma a coordenar e organizar a vida em sociedade. (CANOTILHO, 1993, p.257).

Já Norberto Bobbio afirma que:

A nossa vida se desenvolve em um mundo de normas. Acreditamos ser livres, mas na realidade, estamos envolvidos em uma rede muito espessa de regras de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção as nossas ações. (BOBBIO, 2001, p.24)

Visto isso, é válido também explicar que o Direito Espacial, de natureza jurídica internacional pública, é regido pelos tratados celebrados no âmbito de organismos internacionais e países pertencentes à estrutura da Organização das Nações Unidas - ONU. No entanto, nas palavras do professor Monserrat Filho (2009), esses acordos jurídicos internacionais de vontade não possuem a extensão, tampouco cuidam com a profundidade devida dos temas necessários para a implementar a adequada exploração da atividade espacial em âmbito interno. Sendo assim, a criação de uma lei específica pode ser percebida como uma necessidade premente, tendo em vista a importância de se estabelecer a segurança jurídica nacional sobre o tema.

Ainda nesse sentido, os tratados têm por escopo criar a relação jurídica por meio da qual os sujeitos de direito internacional – principalmente os Estados e os Organismos Internacionais – estipulam direitos e obrigações entre si. Por conseguinte, conforme apontou Monserrat (2010), toda peculiaridade relacionada à legislação



particular do sujeito de direito signatário do tratado não está devidamente definida ou contemplada. Fica, portanto, uma lacuna legal ante a existência de princípios gerais definidos entre as partes e o vácuo procedimental a ser adotado.

Verifica-se, portanto, a intensificação das relações entre as nações e o incremento da sociedade internacional por meio de acordos bilaterais entre atores internacionais. Contudo, conforme positivado anteriormente, os tratados, os costumes e os princípios, embora reconhecidos como fontes de direito internacional existente, não produzem os efeitos internos pretendidos, justamente por falta de normas procedimentais que os complementem (BITTENCOURT NETO, 2011).

Nesse esteio, apesar de assumirem função semelhante às exercidas pelas leis e contratos no direito interno dos Estados, isso porque, são responsáveis por regulamentarem as mais variadas relações jurídicas entre países e organizações internacionais, os tratados, por si só, não são capazes de definir procedimentos específicos e necessários para o desenvolvimento da atividade aeroespacial.

Sendo assim, entende-se que as relações mais específicas e adstritas às peculiaridades de cada Estado sobre a utilização do espaço exterior não podem se resolver por intermédio apenas de princípios gerais de Direito, como aqueles preconizados nos tratados. Evidentemente, para uma correta e eficiente aplicação da norma ao caso concreto, depender-se-á de legislação específica e adequada às condições de desenvolvimento de cada país. Além disso, é preciso desenvolver a definição de procedimentos acentuados, editados dentro do processo legislativo apropriado e em consonância com a norma constitucional vigente.

Ademais, os tratados assentam-se sobre princípios costumeiros, com destaque para o princípio lógico-jurídico *pacta sunt servanda* (em latim, literalmente, “os acordos devem ser cumpridos”) e para o princípio do cumprimento de boa-fé. Ambos estão previstos no artigo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados



- CVDT, de 1969. Há também uma outra Convenção de Viena, de 1986, que regula o direito dos tratados celebrados entre Estados e Organizações Internacionais, e entre estas.

Ato contínuo, o Brasil promulgou o CVDT, por intermédio do Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009 (BRASIL, 2009) e depositou o instrumento de ratificação junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas (ONU), com reserva em apenas dois artigos (artigos 25 e 66). Entre os princípios de Direito Internacional, incorporados na Carta das Nações Unidas, está preconizado o da não-intervenção nos assuntos internos dos Estados, o que possibilita a criação de normas específicas e peculiares aos interesses individuais do Estado Brasileiro.

No que tange ao setor espacial, o Brasil tem como parâmetro legislativo, no campo dos tratados sobre Direito Espacial Internacional, cinco pactos resultantes da convergência de vontades entre nações. Ainda assim, mesmo estes se revelando norteadores da conduta internacional, são insuficientes no sentido de regular a atividade de exploração do espaço exterior em âmbito nacional. Isso porque é necessário regramento quanto à definição de direito e deveres, inerentes às práticas advindas da atividade aeroespacial e seus riscos potenciais, bem como procedimentos de fiscalização, licenciamento, garantias, responsabilidades, entre outros pontos.

Para elucidarmos o tema, faz-se fundamental citar os acordos internacionais relacionados ao setor espacial. Vale mencionar que o Brasil ratificou os quatro primeiros desses tratados. Esses documentos têm como objetivo produzir efeitos jurídicos no plano internacional e nacional. Eles são entendidos como normas gerais de princípios regulatórios, embora insuficientes do ponto de vista prático para o País. São eles:

a) Tratado sobre os Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Exterior, inclusive a Lua e demais Corpos Celestes,





aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 19 de dezembro de 1966, aberto à assinatura em 27 de janeiro de 1967, em vigor desde 10 de outubro de 1967 (UNOOSA, 2020). O Brasil ratificou o tratado por meio do Decreto nº 64.392, de 17 de abril de 1969 (BRASIL, 1969);

b) Acordo sobre Salvamento de Astronautas e Restituição de Astronautas e Objetos lançados ao Espaço Cósmico, aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 19 de dezembro de 1967, aberto à assinatura em 22 de abril de 1968, em vigor desde 3 de dezembro de 1968 (UNOOSA, 2020). O Brasil ratificou o tratado por meio do Decreto nº 71.989, de 26 de março de 1973 (BRASIL, 1973);

c) Convenção sobre Responsabilidade Internacional por Danos Causados por Objetos Espaciais, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 29 de novembro de 1971, aberta à assinatura em 29 de março de 1972, em vigor desde 1º de setembro de 1972 (UNOOSA, 2020). O Brasil ratificou o tratado por meio do Decreto nº 71.981, de 22 de março de 1973 (BRASIL, 1973);

d) Convenção sobre Registro de Objetos lançados ao Espaço Cósmico, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 12 de novembro de 1974, aberta à assinatura em 14 de janeiro de 1975, em vigor desde 15 de setembro de 1976 (UNOOSA, 2020). O Brasil ratificou o tratado por meio do Decreto nº 5.806, de 19 de junho de 2006 (BRASIL, 2006); e

e) Acordo sobre as Atividades dos Estados na Lua e nos Corpos Celestes, aprovado pela Assembleia geral da ONU em 05 de dezembro de 1979, aberto à assinatura em 18 de dezembro de 1979, em vigor desde 11 de julho de 1984 (UNOOSA, 2020). Esse tratado o Brasil não ratificou.

No âmbito interno, embora ainda não se tenha legislação federal específica para o espaço, tem-se um instrumento normativo vigente. Trata-se da Portaria nº 5, de 21 de fevereiro de 2002, a qual regulamenta os procedimentos de autorização para a operação de lançamento espacial no território brasileiro (BRASIL, 2002). Ainda



assim, resta a necessidade de se ter um rito próprio para os negócios realizados em âmbito privado, uma vez que, à época dos tratados internacionais, os entes privados ainda não figuravam como atores relevantes (BITTENCOURT NETO, 2011).

Com efeito, percebe-se que a ausência de normatização específica sobre o uso do espaço exterior provoca as mais diversas indagações concernentes ao Direito Espacial Internacional. Questiona-se, por exemplo, a obediência aos tratados por parte de indivíduos ou de empresas privadas, ao se considerar que estes acordos fazem lei apenas entre os Estados-parte e Organismos Internacionais. Sem deixar de mencionar que os acordos internacionais não informam procedimentos e, por assim dizer, não regulamentam as atividades necessárias para a implementação do uso permitido do espaço exterior, de modo a contemplar, necessariamente, as peculiaridades de cada nação.

Por outras palavras, atestar oficialmente a existência de uma norma aeroespacial específica tem por objetivo descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano. Resguardam-se os direitos do próprio Estado ao se definirem responsabilidades e limites na atuação do particular e, por conseguinte, fomenta-se a economia da maneira mais objetiva.

Assim sendo, a promulgação de uma legislação espacial, capaz de fornecer critérios para garantir não só a eficácia da ordem jurídica, mas ainda a certeza, a segurança e a estabilidade do ordenamento e das relações comerciais internas, criará situações consolidadas em que o interesse individual prevalece, necessariamente, dentro de uma normatização. Então, especialmente no momento atual, em que o Brasil conseguiu positivar um acordo de salvaguardas tecnológicas com os Estados Unidos, estabelecer um rito normativo que seja um meio facilitador para a operacionalização do CLA pode despertar o interesse de diversos investidores.

É certo que a produção literária acerca do uso e da exploração do espaço exterior são incipientes no Brasil. Portanto, a proposta de um modelo para o setor



espacial ainda se verifica em fase de construção no âmbito do governo brasileiro. Em 1959, o professor da Faculdade de Direito (Universidade do Brasil) e precursor do Direito Espacial no país, Haroldo Valladão (1959), escreveu:

A verdade é que as grandes invenções, dando ao homem um excessivo poder material, mas expondo seus semelhantes, também, aos maiores perigos, exigem logo uma nova disciplina jurídica a impedir que o abuso do poder técnico ofenda os direitos da pessoa humana e leve a atentados contra a justiça. (VALLADÃO, 1959, p.400).

E mais:

Nenhum novo poder ao homem sem um imediato controle jurídico. Cabe ao Direito proteger o homem contra os desmandos do próprio homem. A cada novo progresso social, econômico ou técnico, outra cobertura jurídica à pessoa humana. No limiar duma nova era, o alvorecer dum novo direito (VALLADÃO, 1959, p.400).

Por fim, conforme preconiza a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), em seu artigo 22, inciso X, cabe à União, de forma exclusiva, legislar sobre o setor aeroespacial. O momento político internacional e nacional para a execução de seu papel é demasiadamente oportuno, haja vista a aprovação do Acordo de Salvaguardas Tecnológicas - AST com os Estados Unidos. Portanto, frente à velocidade que se observa no cenário mundial e local, faz-se mister a produção de uma Lei que proporcione segurança jurídica ao setor espacial brasileiro e viabilize os meios e procedimentos necessários à atividade aeroespacial como um todo.

### **3.2 O papel constitucional na edição de lei específica para o setor espacial**

A Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto conhecida como lei suprema do país, estabelece a estrutura e organização do Estado. É nela que estão as normas basilares que são superiores às outras normas jurídicas do ordenamento pátrio. Neste contexto, vê-se que o art. 1º, inciso I, assenta como um dos fundamentos do Estado brasileiro a sua soberania, que traduz o poder político supremo dentro de



seu território e em suas relações com outros Estados soberanos. Nos termos do art. 4º, inciso I, deste documento, a República Federativa do Brasil posta-se independente em suas relações internacionais e pode se fazer representar por meio de tratados internacionais (BRASIL, 1988).

Inicialmente, é importante o reconhecimento de que a Constituição Federal é o conjunto de leis fundamentais que arranja e administra o funcionamento do país. Tem alcance obrigatório entre todos os seus nacionais e serve de garantia dos direitos e deveres a todos imposta. E mais, o processo legislativo previsto na Constituição Federal – artigos 59 a 69 –, busca a realização plena do princípio da legalidade e aplica-se, em rigor técnico, à lei formal, isto é, ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular (BRASIL, 1988).

De efeito, conclui-se que a atividade legislativa não se confunde com a mera atividade de execução da Constituição. Ao legislador, que deve atuar com livre-arbítrio, é dada a liberdade para criação da norma, seguindo-se as raias dos princípios materiais constantes dos mandamentos constitucionais. Por conseguinte, exerce uma atividade de criação, característica essencial de um parlamento (MAXIMILIANO, 2017).

Advém observar a margem de liberdade de escolha política que a Constituição oferece ao legislador. Tendo em vista a ponderação quanto à conveniência e à oportunidade do conteúdo prescritivo da norma legislativa, tem-se a possibilidade de eleição de fins, e estes serão trabalhados por meio da criação. Logo, o respeito à regra da supremacia da Constituição, bem como ao princípio da reserva legal é imperiosos para a regularidade da novel edição legislativa (CLÈVE, 2014).

Os tratados que rezam sobre a utilização do espaço exterior já firmados pelo Brasil, além de outras legislações alienígenas em vigor, quadram e podem servir como ponto de partida para a criação de uma norma que trate sobre o uso do espaço exterior pelo Brasil. Busca-se, desta forma, a eficiência necessária para proporcionar



segurança jurídica e despertar o interesse privado no intuito de investir no país. Todavia, para atingir esse objetivo e ao se ter por base as legislações estrangeiras, não se deve afastar da peculiar realidade brasileira.

Assim, a competência nacional para formular normas sobre o Direito Espacial, de acordo com o artigo 22, da Constituição Federal de 1988, cabe apenas à União. Legislar sobre questões aeroespaciais, precipuamente porque esse ramo do Direito é público, por força dos interesses e bens por ele protegidos, é de competência exclusiva. Desta forma, as relações jurídicas por ela disciplinadas são relações de subordinação, regidas pela ideia da justiça distributiva, a saber:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)

X – regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;” (BRASIL, 1988, p.18).

Portanto, a disciplina jurídica do processo de elaboração das leis tem matriz essencialmente constitucional. É no texto da Constituição – e nele somente –, que residem os princípios regimentares do procedimento de formação legislativa, inclusive aqueles que concernem ao exercício do poder de iniciativa das leis. Observa-se, então, que a criação de uma norma sobre Direito Espacial, ao se cumprir a teoria geral do processo legislativo, só se legitima se houver, no texto da própria Constituição, dispositivo que, de modo expresso, a preveja (MELLO, 2006).

Em consequência desse modelo, nenhuma lei, no sistema de direito positivo vigente no Brasil, dispõe de autoridade suficiente para ignorar os ditames e os preceitos constitucionais sobre a competência e o modelo legislativo a ser utilizado pelo legislador. Do mesmo modo, o âmbito material de uma lei ordinária é claro na Constituição. À primeira vista, poderia se tratar de qualquer matéria, mas há as limitações decorrentes das competências privativas, por exemplo.

Na lição de Caio Mário (2017), estabelece-se que:



Leis materiais ou teóricas são as que definem direitos e deveres, estabelecem as condições existenciais de uns e de outros, os requisitos de constituição e gozo das situações jurídicas, os elementos dos status pessoais etc. Leis formais ou processuais destinam-se a regular os meios de realização dos direitos predefinidos ou de efetivação dos deveres impostos. Como, pela sua natureza mesma, têm a finalidade de permitir ao indivíduo ou ao órgão estatal a técnica de tomar em realidade o conteúdo das leis materiais, subordinam-se a estas, pois do contrário ter-se-ia a inversão da causalidade, antecipando-se o efeito à causa que o gerou. No nosso sistema, a definição do direito preexiste à norma reguladora de seu exercício (PEREIRA, 2017, p.146).

Nos dizeres de Celso Bastos (1988):

Em outras palavras, é um rol de direitos que consagra a limitação da atuação estatal em face de todos aqueles que entrem em contato com essa mesma ordem jurídica. Já se foi o tempo em que o direito para os nacionais era um e para os estrangeiros outro, mesmo em matéria civil. Portanto, a proteção que é dada à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade é extensiva a todos aqueles que estejam sujeitos à ordem jurídica brasileira. É impensável que uma pessoa qualquer possa ser ferida em um desses bens jurídicos tutelados sem que as leis brasileiras lhe deem a devida proteção. Aliás, curiosamente, a cláusula sob comento vem embutida no próprio artigo que assegura a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BASTOS, 1988, p.4).

Sendo assim, apesar da relevância da temática até o momento discutida, ela é apenas o início para uma questão de maior interesse. O que se quer demonstrar é a necessidade de criação de uma Lei do Espaço, com vistas a fomentar o setor aeroespacial. Por consequência, atrair-se-ão investidores e criar-se-ão oportunidades de desenvolvimento tecnológico para o país, por meio da indicação de procedimentos para o uso do espaço exterior que transcende aquele englobado pela atmosfera terrestre.

Apesar do ambicioso Programa Especial Brasileiro, notadamente pela recente assinatura do AST com os Estados Unidos e do mais bem posicionado centro de lançamento de foguetes do globo, o Centro de Lançamento de Alcântara,



aparentemente o país está em posição sensível quanto às possíveis consequências jurídicas. E isso, por si só, prejudica o desenvolvimento do setor, especialmente a industrial espacial. É sabido que investidores só se sentem confiantes quando as regras a seguir são claras e são guiadas por um arcabouço jurídico lógico e desembaraçado.

Ainda nesse contexto, a falta de definição de responsabilidade civil para exploração do espaço sideral capaz de dispor sobre o planejamento, a coordenação e o controle das atividades comerciais neste ramo, bem como a carência de normas procedimentais para acolhimento de propensos investidores, representam entraves de difícil transposição.

Dito isso, percebe-se ser imprescindível a normatização das atividades espaciais para desenvolver de maneira contundente o Programa Espacial Brasileiro. Assim, será viável proporcionar avanços tecnológicos, fomentar a exploração do comércio e do uso do espaço exterior e facilitar a criação e o incentivo necessários para uma indústria aeroespacial competitiva (nacional ou não), geradora de divisas.

Conclui-se que, sem a adoção de uma legislação complementar, há um risco de o AST tornar-se um acordo inóxico e sem aplicação prática para o Brasil. Como consequência, abdicar-se-á, novamente, de uma colocação no cenário mundial espacial, a despeito de o país ter, em seu território, a melhor posição geográfica para lançamentos equatoriais a partir do Centro de Lançamento de Alcântara.

### **3.3 A relevância da lei ordinária para regulamentação espacial**

Conforme observado, a promulgação de uma legislação específica é capaz de subsidiar o fiel regramento às atividades espaciais. Ademais, proporciona critérios para garantir não só a eficácia global da ordem jurídica, mas ainda, a certeza, proveniente da segurança jurídica, e a estabilidade do ordenamento nas relações comerciais, dentro de uma normatização. Portanto, ao se estabelecerem e definirem



procedimentos com a edição de nova lei ordinária, que é o tipo de norma mais comum (considerada ato legislativo típico), certamente tem-se o condão de veicular regramentos atinentes ao uso correto do espaço exterior em âmbito nacional.

Aliás, cabe transcrever o que a própria Constituição Brasileira disciplina, em seu artigo 5º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei” (BRASIL, 1988, p.11). Outrossim, importante destacar a hierarquia a que as leis devem se submeter, sob pena de provocar verdadeiros conflitos no momento da aplicação da lei no caso concreto. Demais disso, as leis ordinárias são fruto da atividade típica e regular do Poder Legislativo, e de competência residual, isto porque pode abordar todos os assuntos que não sejam tratados por lei complementar, desde que não necessitem de outro ato normativo, insere-se aqui, oportunamente, o Direito Espacial (FERREIRA FILHO, 2012).

Com efeito, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012):

Lei ordinária é o ato legislativo típico; é um ato normativo primário, e via de regra, edita normas gerais e abstratas, motivo porque, na lição usual é conceituada em função da generalidade e abstração. Não raro, porém, edita normas particulares caso em que a doutrina tradicional a designa por lei formal, para sublinhar que lei propriamente dita só é aquela a que tem matéria de lei, por isso chamada 'Lei Material' (FERREIRA FILHO, 2012 p.204).

Já Celso Bastos e Ives Gandra Martins (1988) estabelecem que:

As leis ordinárias se constituem no veículo legislativo corrente de conformação jurídica do País. Exteriorizam os princípios constitucionais e as normas gerais da lei complementar, nos campos de sua particular atuação. De rigor, é o principal veículo legislativo de execução da ordem jurídica, é o típico de instrumento de direito positivo, que todavia, pode vincular normas de direito natural, como por exemplo, o direito à vida (BASTOS e MARTINS, 1988, p.299).

E no dizer de Orlando Soares (2006), as leis ordinárias são aquelas de natureza comum, que regulam as relações jurídicas, de ordem privada ou interna, que envolvem a comunidade social, de maneira abrangente. Ou seja, são leis capazes de





ordenar os princípios insculpidos pelos tratados já existentes, dando uma formatação apta a motivar a atividade aeroespacial no País (SOARES, 2006).

Deste modo, a concepção de uma “Lei do Espaço”, por meio do procedimento legislativo adequado, servirá para amparar juridicamente os interesses humanos e consistirá em definir direitos e deveres daqueles que pretendam fazer uso do espaço exterior. Assim, cuidaria de se estabelecer o objeto, o modo e os meios para amparar juridicamente uma vontade de exploração do espaço, capaz de criar nichos econômicos, inclusive trazendo divisas para o país.

Contudo, como foi exposto anteriormente, o atual arcabouço legislativo do Brasil na área de Direito Espacial é sensível e limitado. Basicamente, cinge-se aos tratados internacionais relacionados ao setor espacial. Estes firmaram-se com ausência de procedimentos e regulamentação específica. Consabido que esse tipo de legislação assemelha-se a um acordo resultante da convergência das vontades de dois ou mais sujeitos de direito internacional, formalizado num texto escrito, com o objetivo de produzir efeitos jurídicos no plano internacional, muitas vezes adotado com força de lei ordinária (REZEK, 2018).

De outro giro, a promulgação de uma lei ordinária sobre a matéria fixará a garantia de direitos, afiançando a possibilidade do surgimento de uma economia de mercado robusta, mediante a adoção da lógica de previsibilidade de riscos de investimentos. E mais, o livre mercado aeroespacial (e os derivados desse setor) poderá proporcionar lucros relevantes para aqueles que investirem neste ramo, porém, percebe-se que esse cenário somente pode ser imaginável após a produção legislativa aqui mencionada.

De efeito, foi principalmente por intermédio das leis ordinárias que se instituíram os códigos e os estatutos. Tratam-se de normativos publicados ao longo do tempo que versam sobre temas específicos, e para os quais se tenha interesse em sua edição de forma consolidada. Neste contexto, a adoção de uma lei ordinária



sobre o uso do espaço exterior ou, de outro lado, de um Código Espacial Brasileiro – este a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil, do Código Nacional de Trânsito, do Estatuto do Idoso e tantos outros – parecem ser os instrumentos legislativos hábeis a tratar com propriedade o tema espaço exterior.

Para além do que se propõe, conforme o avançar da tecnologia em tempos atuais, as lides no que tange ao espaço serão uma realidade muito próxima. Ao considerar que pesquisadores, engenheiros e cientistas da aérea espacial trabalham intensamente para ampliar as fronteiras da humanidade para além de nosso planeta, as dúvidas jurídicas virão acompanhadas de seus avanços. Ainda nesse contexto, tem-se também o fato de que os países que não têm legislação nacional espacial especializada começam a considerar que os países que têm legislação exercem muita influência nos e sobre os diferentes mercados (LYALL e LARSEN, 2017)

Vale dizer que esses desenvolvimentos nas atividades humanas, especialmente com implicações econômicas e/ou militares, podem gerar conflitos. Daí, uma vez mais, a importância da normatização aqui apontada, especialmente para alavancar, com segurança, a economia do país no setor aeroespacial.

Consabido que, em algum momento, os problemas no espaço sideral terão de ser enfrentados, sejam eles: disputas comerciais, contendas por riquezas, competição por direitos de uso ou exploração de corpos celestes, entre outros. Ademais, não se podem evitar os possíveis, porém não desejados, conflitos militares. Desta feita, seja qual for o cenário em que se terá de atuar, é imprescindível uma legislação própria para criar possibilidades de resolução de eventuais conflitos e, também, para alavancar os investimentos no setor espacial.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**



Esta monografia surgiu da necessidade de se construir conhecimento científico com vistas a subsidiar o que poderia ser feito, no campo jurídico, para incentivar e fomentar o desenvolvimento do setor espacial brasileiro. Somado à relevância da pesquisa científica, a pesquisadora atua profissionalmente na Agência Espacial Brasileira - AEB. Como resultado, tem-se a experiência e a observação de quem auxilia, profissionalmente, o Governo Federal Brasileiro.

Portanto, para a sua finalização, será constatado o cumprimento das razões de tê-la realizado. Para tanto, far-se-á, primeiramente, um resgate dos objetivos deste estudo, das indagações propulsoras e da questão de pesquisa, de forma a possibilitar a corroboração ou o refutamento com o que se apresentou. Posteriormente, é importante expor as limitações desta pesquisa, as facilidades que contribuíram para um melhor desempenho da pesquisadora, bem como as dificuldades encontradas. Por fim, apresentar-se-ão algumas considerações sobre o tema estudado, de forma a contribuir para o ambiente jurídico no âmbito do direito espacial.

### **a) Razões da pesquisa e seu cumprimento**

O objetivo geral desta pesquisa foi a análise da situação do Direito Espacial no Brasil, em específico no que tange aos pré-requisitos legislativos para o desenvolvimento do setor espacial, particularmente no contexto do Centro de Lançamento de Alcântara.

Para o alcance desse objetivo geral, delinearam-se os objetivos específicos em forma de indagações propulsoras, a saber: a) O que já foi feito no Brasil em busca do desenvolvimento do setor espacial? b) Como está a situação do País diante do cenário mundial em relação aos avanços nesse campo? c) O Brasil possui potencial de desenvolvimento no setor? d) Caso positivo, o que pode estar impedindo avanços na área em questão? e) Quais instrumentos jurídicos já existem no âmbito do Direito Espacial brasileiro? f) Há alguma lacuna ou defasagem jurídica que esteja impedindo



o desenvolvimento do setor? g) Se sim, qual instrumento jurídico poderia contribuir para a sua solução?

Tendo em vista os questionamentos acima e com a finalidade de elucidá-los, a pesquisa apresentou-se dividida em 3 capítulos: 1) O Programa Espacial Brasileiro - PEB; 2) Os mecanismos para o fortalecimento do PEB; 3) A necessidade de lei específica para o Programa Espacial Brasileiro.

No primeiro capítulo, apresentou-se a estrutura do PEB e seu contexto histórico, com a finalidade de situar o estado da arte do Brasil no tema, de modo a responder à pergunta “a” apresentada anteriormente. Em seguida, no segundo capítulo, discorreu-se acerca do momento atual do País em relação ao setor espacial e sugeriram-se avanços nesse sentido. Também se falou dos mecanismos possivelmente capazes de fomentar o PEB. Sendo assim, buscaram-se respostas aos questionamentos “b”, “c” e “d”. Então, no terceiro capítulo, analisaram-se os princípios jurídicos que desaguam na necessidade de criação de leis como meio de fortalecer o regramento de determinado setor, tendo a área espacial como foco. Nesse sentido, buscou-se responder aos questionamentos “e”, “f” e “g”.

Em vista da estrutura supramencionada, conseguiu-se ter subsídios para afirmar a hipótese de pesquisa, a qual sugere que a elaboração de lei específica para o setor espacial é fator importante no desenvolvimento desse setor, especialmente para atrair investidores e estimular a economia. Isso porque, ao se estabelecer o regramento jurídico federal, busca-se proporcionar segurança jurídica para aquele que tem interesse em investir no PEB.

## **b) Limitações, facilidades e dificuldades**

Ressalta-se que toda essa monografia foi realizada dentro das limitações impostas pelo escopo desse tipo de trabalho. Sendo assim, a análise desenvolvida limitou-se aos dados extraídos da metodologia, que focou na abordagem objetiva,



baseada em documentos legais que possibilitassem a consistência da análise. Também se buscou o conteúdo de diferentes autores para uma reflexão exploratória e descritiva.

Por outro lado, destaca-se que, a pesquisadora é servidora da AEB. Comisso, alguns aspectos facilitadores devem ser enfatizados, pois estes foram decisivos na consecução desse estudo. O primeiro deles refere-se ao amplo acesso aos documentos internos da autarquia – o que envolve acesso a resumos, apresentações de coordenadores e outros documentos internos que ajudaram na solidificação da pesquisa –; contato com o corpo diretivo da instituição e com os gestores públicos da Agência; e, ainda, a possibilidade de uma visão mais próxima da realidade do governo brasileiro, no que se refere ao setor espacial, com grande entendimento de sua estrutura e funcionamento, bem como conhecimento prévio sobre seus programas e suas iniciativas – o que contribuiu substancialmente para uma melhor percepção de seus resultados.

No que se refere às dificuldades, ressalta-se que o setor espacial, especialmente o Direito Espacial, não conta com ampla bibliografia, especialmente as nacionais. Embora desperte a curiosidade desde longa data e que o PEB já tenha, pelo menos, quase setenta anos de história, são poucos os pesquisadores brasileiros do Direito Espacial. Ademais, muito daquilo se acessa de documentos públicos, em razão do cargo que se ocupa, não se pode utilizar em respeito ao compromisso de sigilo funcional: ou por ainda estarem em fase de implementação, ou por trazerem dados sensíveis em seu conteúdo. Como resultado, limita-se, ainda mais, a pesquisa.

No entanto, é válido evidenciar que apesar das limitações e das dificuldades que surgiram, a pesquisa realizou-se com sucesso, pois atingiu todos os seus objetivos e respondeu a todos os seus questionamentos, além de ter proporcionado a possibilidade de inovação junto ao contexto jurídico espacial.



### **c) Considerações**

Em decorrência daquilo que se desenvolveu na presente monografia e da perspectiva traçada com os resultados desta pesquisa, somos levados a acreditar que a Administração Pública Federal demonstra intenções de desenvolver o setor espacial com responsabilidade e de forma sólida. Por conseguinte, a sociedade será principal beneficiária desse intento.

É válido reforçar que o papel do Governo Federal, para além da promulgação de lei federal no contexto espacial, está no desenvolvimento do espaço em si, o que envolve o desenho de diretrizes e metas para nortearem o restante do país. Também se inclui a implantação de ações para promover o setor em comento e, ainda, a sensibilização da cadeia produtiva do setor espacial, além do estímulo a projetos que tenham essa temática como foco principal.

Ao abarcar o Programa Espacial Brasileiro como uma prioridade de Estado, é possível que o país aproveite a janela de oportunidade que se abriu ao ratificarmos o AST com os Estados Unidos. Já no escopo nacional, há polos tecnológicos e industriais disponíveis para abarcar esse setor. Ademais, tem-se um cenário de formação profissional atrativo no que se refere à engenharia espacial. Resta implementar a discussão no âmbito jurídico, de forma que se possa desenvolver com mais celeridade o CLA, seu entorno e as áreas correlatas. Por fim, o cenário global no que se refere ao expressivo setor espacial, é deveras atrativo, e necessita apenas de uma oportunidade para figurar na agenda de prioridades do governo federal.

### **d) Sugestões para pesquisas futuras**

- Estudar os assuntos que devem ser, necessariamente, abordados por uma possível lei federal para o setor espacial como desdobramento deste trabalho de monografia;



- Pesquisar qual seria um plano de negócios adequado ao caso do Centro de Lançamento de Alcântara e quais mecanismos jurídicos poderiam auxiliar em sua implementação; e
- Examinar as políticas públicas do governo federal no tocante ao setor espacial e propor implementações, tendo em vista o Acordo de Salvaguarda Tecnológica com os Estados Unidos.

## REFERÊNCIAS

ALAMINO, Aparecido Camazano. **Centro de Lançamento de Alcântara: Uma Janela Brasileira para o Futuro**. Rio de Janeiro - RJ: Editora Adler, 2014.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno. **Os quilombolas e a base de lançamento de foguetes de Alcântara**: laudo antropológico. Brasília - DF: Edições Ibama, v. 1, 2006. 212 p.

AMBROSINO, E. Disponível em: <http://www.unece.org/?id=25980>. Acesso em: 22 jan. 2020.

ANTUNES, Júlio César Guedes. **O impacto social do Programa Espacial Brasileiro**. Paco Editorial, 2017.

ARRUDA, Felipe. **As 6 maiores tragédias espaciais de todos os tempos. Tecmundo**. 2012. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/astronomia/20393-as-6-maiores-tragedias-espaciais-de-todos-os-tempos.htm>. Acesso em: 18 Fev. 2020.

ASTRONAUTICS and Aeronautics, 1965: Chronology on Science, Technology, and Policy. Washington D.C.: National Aeronautics and Space Administration, 1966. 553 p. 154.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5/10/1988. São Paulo - SP: Saraiva, v. 2, 1988.

BITTENCOURT NETO, Olavo de Oliveira. **Direito Espacial Contemporâneo: Responsabilidade Internacional**. Curitiba - PR: Juruá, 2011.



BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. Edipro, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 22 Jan. 2020.

BRASIL. CTA. Portaria n. 149/SDE, de 17 de dezembro de 2007. **Diário Oficial da União**. Brasília - DF, 09 de janeiro de 2008.

BRASIL. MCTIC. Portaria n. 5, de 21 de fevereiro de 2002. **Diário Oficial da União**. Brasília - DF, 25 de fevereiro de 2002. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=25/02/2002&jornal=1&pagina=11&totalArquivos=56>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Ministério da Aeronáutica. Portaria n. C-012/GM3, de 01 de abril de 1982. **Diário Oficial da União**. Brasília - DF, 01 de abril de 1982.

BRASIL. Ministério da Aeronáutica. Portaria n. R-095/GM3, de 07 de março de 1983. **Diário Oficial da União**. Brasília - DF, 07 de março de 1983.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 10.220, de 05 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial da União**. Brasília - DF, 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10220.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10220.htm). Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 26.508, de 25 de março de 1949. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro - RJ. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26508-25-marco-1949-452872-republicacao-61516-pe.html>. Acesso em: 26 jan. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 34.701, de 26 de novembro de 1953. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro - RJ. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-34701-26-novembro-1953-328685-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 26 jan. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 5.086, de 19 de junho de 2006. **Diário Oficial da União**. Brasília - DF, 20 de junho de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5806.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5806.htm).

Acesso em: 23 jan. 2020.





BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 5.266, de 08 de novembro de 2004. **Diário Oficial da União**. Brasília - DF, 09 de novembro de 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5266.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5266.htm). Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 51.133, de 03 de agosto de 1961. **Diário Oficial da União**. Brasília - DF, 03 de agosto de 1961. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-51133-3-agosto-1961-390741-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 26 jan. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 64.362, de 17 de abril de 1969. **Diário Oficial da União**. Brasília - DF, 22 de abril de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D64362.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D64362.html). Acesso em: 22 jan. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 68.532, de 22 de abril de 1971. **Diário Oficial da União**. Brasília - DF, 23 de abril de 1971. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-68532-22-abril-1971-410268-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 jan. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Diário Oficial da União**. Brasília - DF, 15 de dezembro de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 22 jan. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 71.981, de 22 de março de 1973. **Diário Oficial da União**. Brasília - DF, 23 de março de 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1970-1979/D71981.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D71981.html). Acesso em: 23 jan. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 71.989, de 26 de março de 1973. **Diário Oficial da União**. Brasília - DF, 27 de março de 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1970-1979/D71989.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D71989.html). Acesso em: 23 jan. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 88.136, de 01 de março de 1983. **Diário Oficial da União**. Brasília - DF, 02 de março de 1983. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-88136-1-marco-1983-438606-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 jan. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei n. 2.691, de 20 de janeiro de 1941. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro - RJ, 20 de janeiro de 1941. Disponível em:



<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2961-20-janeiro-1941-412859-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 26 jan. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. **Diário Oficial da União**. Brasília - DF, 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm). Acesso em: 22 jan. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 13243, de 11 de janeiro de 2016. **Diário Oficial da União**. Brasília - DF, 12 de janeiro de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13243.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13243.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.854, de 10 de fevereiro de 1994. **Diário Oficial da União**. Brasília - DF, 11 de fevereiro de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8854.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8854.htm). Acesso em: 22 jan. 2020.

BRASIL. STF. Mandado de Segurança n. 22690. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 07 dez. 2006. Corte ou Tribunal. Brasília.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra - Portugal: Livraria Almedina, 1993.

CARREIRAS: Especialista em Direito Espacial (1/3). Brasília: STF, 2009. Vídeo (8:33). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=eXFJRsnXUZQ>. Acesso em: 20 fev. 2020.

CENTRO DE LANÇAMENTO BARREIRA DO INFERNO. Disponível em: <http://www.clbi.cta.br>. Acesso em: 26 jan. 2020.

CENTRO DE LANÇAMENTO BARREIRA DO INFERNO. **Missão, Visão e Valores**. CLBI. Força Aérea Brasileira, 2020. Disponível em: <http://www.clbi.cta.br/internet/index.php/missao-visao-e-valores>. Acesso em: 22 jan. 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte - MG: Forum, 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, de 14 de maio de 2015. *Jornal. Space Act*, 14 de maio de 2015. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-114HPRT94571/pdf/CPRT-114HPRT94571.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.



FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 7. ed. São Paulo - SP: Saraiva, 2012.

LYALL, Francis; LARSEN, Paul B. **Space Law: a treatise**. 2. ed. Londres - Inglaterra: Routledge, 2017.

MARANHÃO. Governo do Estado do Maranhão. Decreto n. 7.820, de 12 de setembro de 1980. **Diário Oficial**, 12 de setembro de 1980.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro – RJ Forense, 2017.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO – MEC. **Cadastro Nacional de Cursos e Instituições de Ensino Superior: cadastro e-mec**. E-mec. Brasília - DF, 2020. Disponível em: <http://emec.mec.gov.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

MINISTÉRIO DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INFORMAÇÕES E COMUNICAÇÕES - MCTIC. **Conhecendo o Acordo de Salvaguardas Tecnológicas: Brasil e Estados Unidos**. 1. ed. Brasília - DF, 2019. Disponível em: <https://www.mctic.gov.br/mctic/export/sites/institucional/publicacao/arquivos/Entenda-o-AST.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.

MIRANDA, Ivan Janvrot. **Os primórdios da atividade espacial na Aeronáutica**. 1. ed. Rio de Janeiro - RJ: Incaer, 2005.

MONSERRAT FILHO, José **Introdução ao Direito Espacial**. 1. ed. Rio de Janeiro - RJ: Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial, 1998.

MONSERRAT FILHO, José. **Direito e Política na Era Espacial: podemos ser mais justos no espaço do que na Terra?** 1. ed. Rio de Janeiro - RJ: Vieira e Lentz, 2009.

MONSERRAT FILHO, José; JAKHU, Ram S. (Org.). **Regulation of Space Activities: Brazilian Launch Licensing and Authorizing Regimes**. Springer Science & Business Media, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 43. ed. São Paulo - SP: Saraiva, 2016.

NUNES, Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito: com exercícios para sala de aula e lições de casa**. 15. ed. São Paulo - SP: Saraiva Educação, 2018.



WINTER, Othon Cabo (Org.); PRADO, Antônio Fernando Bertachini De Almeida (Org.). **A conquista do Espaço**: do Sputnik à Missão Centenário. 1. ed. São Paulo - SP: Livraria da Física, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Teoria Geral do Direito Civil. 30. ed. Rio de Janeiro – RJ: Forense, 2017.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 17. ed. São Paulo – SP: Saraivajur, 2018.

ROLIM, Klebe. **Trampolim para o espaço**: meio século de contribuições da Barreira do Inferno para o Programa Espacial Brasileiro. 1. ed. Revolução eBook, f. 55, 2015.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 20. ed. Rio de Janeiro - RJ: Forense, 2002.

SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da república Federativa do Brasil**: Promulgada em 05/10/1988. Rio de Janeiro: Forense, f. 398, 2006.

UNB GAMA, Faculdade. **Projeto Pedagógico**: curso de graduação em engenharia aeroespacial. **Brasília - DF**. 2016. Disponível em: [http://fga.unb.br/articles/0001/6595/PPC\\_Engenharia\\_Aeroespacial\\_2016\\_Aprovado\\_CEG\\_CEPE.pdf](http://fga.unb.br/articles/0001/6595/PPC_Engenharia_Aeroespacial_2016_Aprovado_CEG_CEPE.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

UNITED NATIONS OFFICE FOR OUTER SPACE AFFAIRS - UNOOSA. **Space Law**: Treaties and Principles. Viena - Áustria, 2020. Disponível em: <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties.html>. Acesso em: 23 jan. 2020.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Interplanetário e Direito Inter Gentes Planetárias**: in Paz, Direito e Técnica. Rio de Janeiro - RJ: José Olympio, 1959.



# O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS: CENÁRIO JURÍDICO FACE AS LAWTECHS E LEGALTECHS

Letícia de Oliveira Castro

## RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar a importância da tecnologia na esfera jurídica, em especial na advocacia, de forma que a inovação precisa acompanhar o operador do direito, uma vez que é seu papel realizar a adequação normativa e proteção jurídica pelos novos fatos sociais, que muda de maneira atrelada a evolução disruptiva. Além disso, foi realizado um breve estudo sobre a ordem econômica, prevista na Constituição Federal, de forma que as *startups* tenham os mesmos direitos e proteções jurídicas que as demais empresas já reguladas no ordenamento, como a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a regulação de mercado e que o estado possa intervir como agente normativo e regulador. Nesse sentido, será demonstrada a necessidade de regulação das inovações tecnológicas a fim de evitar a limitação dos projetos e ideias dos empreendedores pela ausência de normatização a fim de evitar normas “não democráticas”. Por fim, serão expostas as principais legislações que tratam sobre tecnologia e inovação no Brasil, além de suas perspectivas de regulamentação.

**Palavras-chave:** Inovação. *Lawtech* e *Legaltech*. Regulamentação.

## 1 INTRODUÇÃO

Com o advento da tecnologia, principalmente no ano de 2000 no Brasil, muitas empresas identificaram a necessidade, tanto do Poder Judiciário quanto das advocacias, em ter serviços que proporcionavam uma otimização do tempo em suas atividades diárias e em ter um procedimento mais célere quanto às demandas judiciais.



Tais empresas, denominadas *Law Technology* (*lawtech*) ou *Legal Technology* (*legaltech*), ainda vêm sendo difundidas para aqueles que se encontram no âmbito jurídico, mas já têm proporcionado necessárias soluções para suprir a deficiência nas atividades dos operadores do direito.

Não há dúvidas que o universo jurídico ainda é bastante conservador, seja em suas legislações ou na forma como o profissional e o Poder Judiciário atuam. Porém, com a Disrupção Digital (*Digital Disruption*), a tecnologia rompe com esse modelo tradicional fazendo com que, principalmente, o advogado tenha que se adaptar às novas necessidades da sociedade.

Ocorre que o setor econômico do País sofre interferência direta com tais inovações disruptivas, uma vez que a forma de empreender se torna diferente e o consumo se torna muito mais sustentável e acessível. Ou seja, os empreendedores passam a visar negócios inovadores transformando o modelo tradicional de negócios e buscam por uma economia compartilhada (ou consumo colaborativo), geralmente através de uma plataforma digital, que seja acessível para um maior número de pessoas, tornando o mercado muito mais competitivo.

Os exemplos mais conhecidos de inovações disruptivas são: Netflix, Uber, Airbnb, dentre outros. Já na esfera jurídica, também existem inovações disruptivas em diversas áreas de atuação, como por exemplo, a Jus Brasil que conecta os indivíduos aos advogados, além de disponibilizar informações jurídicas de forma acessível; e a Sem Processo que auxilia na resolução de conflitos online de modo mais célere e de forma extrajudicial.

Assim sendo, o presente trabalho visa estudar a importância da regulamentação das criações disruptivas, principalmente quanto às *lawtechs*, de forma que garanta a liberdade de iniciativa e a livre concorrência, previsto na Constituição Federal e, para isso, será necessário abordar a ordem econômica, prevista nos artigos 170 e seguintes da Constituição Federal, as formas de



intervenção do Estado na economia e, principalmente, sobre as perspectivas normativas de regulação.

No segundo capítulo será realizado um breve estudo sobre a origem das empresas de tecnologia, com foco nas *startups*. Busca-se nesse capítulo expor conceitos importantes, como *law technology* e *legal technology*, inovações disruptivas, economia compartilhada e plataformas digitais demonstrando seu impacto, principalmente, na esfera jurídica.

Já no terceiro capítulo, será analisado como a tecnologia influenciou a Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988, de forma que fosse garantida às *startups* a liberdade de iniciativa, livre concorrência e regulação de mercado, além de ter o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica.

Por fim, no quarto capítulo, foram demonstradas as principais legislações que tratam de tecnologia no Brasil, em especial as Leis 10.973 de 2004 (Lei de Inovação Tecnológica); 12.965 de 2014 (Marco Civil da Internet); 13.243 de 2016 (Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação) e 13.709 de 2018 (Lei de proteção de dados pessoais) e as perspectivas normativas que abordam o assunto.

## **2 A TECNOLOGIA COMO FATOR DE DISRUPÇÃO DO DIREITO**

Neste capítulo será realizada uma breve contextualização sobre o surgimento de empresas denominadas de *startup*, a forma como a política e a economia se estabeleceram diante das inovações disruptivas e como a tecnologia está reescrevendo o plano jurídico atual em face das *lawtechs* e *legaltechs*, ressaltando as consequências tanto na atuação quanto na otimização das tarefas diárias dos escritórios e das empresas dos operadores do direito.



## 2.1 Perspectiva do direito e tecnologia

Em termos históricos, a criação de empresas de tecnologia se deu em meados de 1990 nos Estados Unidos, no período da bolha da internet com as empresas pontocom, a fim de sobreviver ao colapso que o mundo se encontrava, como por exemplo, a queda do Muro de Berlim em novembro de 1989; a recessão nos Estados Unidos<sup>1</sup>; e a globalização, que redefiniu toda a esfera política, econômica, cultural e tecnológica mundial.

Segundo Peter Thiel, “as crenças convencionais só passam a parecer arbitrárias e erradas em retrospecto. Sempre que uma delas desaba, chamamos a crença antiga de bolha”<sup>2</sup>. Ocorre que tais crenças antigas nunca desaparecem e a bolha da internet da década de 1990 foi fator relevante que contribuiu, definiu e “distorceu” todo o pensamento sobre a tecnologia que temos hoje.

A bolha da internet, portanto, foi o período no final de 1990 até 2000 em que as empresas pontocom (empresas de tecnologia com foco na Internet) “explodiram” no mercado, ou seja, são empresas que não tinham recursos físicos e financeiros em seu início e, na medida em que a internet se expandia, começaram a crescer e ter sucesso, como exemplo, Bill Gates e Paul Allen quando criaram a Microsoft.

Ocorre que, com “a valorização excessiva das empresas pontocom no mercado norte americano e, por consequência, nos demais mercados mundiais, mostrou-se insustentável e a bolha estourou”<sup>3</sup>. Muitas empresas, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, fecharam suas portas mostrando que todas elas, por mais inovadoras que pareçam ser, devem ter planejamento e, principalmente,

---

<sup>1</sup> THIEL, Peter. *De zero a um: o que aprender sobre empreendedorismo com o Vale do Silício*. Rio de janeiro: Objetiva, 2014. p. 19 - 20

<sup>2</sup> THIEL, Peter. *De zero a um: o que aprender sobre empreendedorismo com o Vale do Silício*. Rio de janeiro: Objetiva, 2014. p. 19

<sup>3</sup> DORNELAS, José Carlos de Assis. *Empreendedorismo: transformando ideias em negócios*. 5 ed. Rio de Janeiro: Empreender, 2014. p. 70





empreendedores que não visam apenas a recompensa financeira, mas a criação de algo novo para a sociedade, promovendo o crescimento no país<sup>4</sup>.

Sendo assim, os países ocidentais preocuparam em se adaptar à tecnologia que surgia, tornando o mercado muito mais competitivo. Porém, o Brasil não acompanhou tal mudança, uma vez que a política e a economia no País não eram propícias para empreender e a informação ainda não era tão rápida e acessível e, portanto, apenas alguns brasileiros se preocuparam com a inovação, que foi o caso do Sebrae e da Sociedade Brasileira para Exportação de *software* – Softex<sup>5</sup>.

O Sebrae, também chamado de Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas empresas é uma instituição sem fins lucrativos que auxilia pequenas empresas a melhorar, ampliar e desenvolver habilidades para sua gerência. Já a Softex, é uma entidade que surgiu com a finalidade de possibilitar que as empresas de *software* tivessem contato com o mercado externo, através de ações que capacitavam os empresários em gestão e tecnologia<sup>6</sup>.

Importante ressaltar que tais empresas estimulou o movimento do empreendedorismo e criação de pequenas empresas no Brasil, em razão do seu auxílio prestado aos empreendedores e, portanto, o acesso a informação para abertura de empresas passou a ser mais viável. Dessa forma, com as ações destas empresas junto às Universidades e a outras empresas, o termo “empreendedorismo” e “*startup*” começaram a tomar força no Brasil<sup>7</sup>.

Para Steve Blank e Bob Dorf, o empreendedorismo e as *startups* podem ser definidas como:

---

<sup>4</sup> DORNELAS, José Carlos de Assis. *Empreendedorismo: transformando ideias em negócios*. 5 ed. Rio de Janeiro: Empreender, 2014. p. 70 - 71

<sup>5</sup> DORNELAS, José Carlos de Assis. *Empreendedorismo: transformando ideias em negócios*. 5 ed. Rio de Janeiro: Empreender, 2014. p 14

<sup>6</sup> DORNELAS, José Carlos de Assis. *Empreendedorismo: transformando ideias em negócios*. 5 ed. Rio de Janeiro: Empreender, 2014. p. 14 - 15

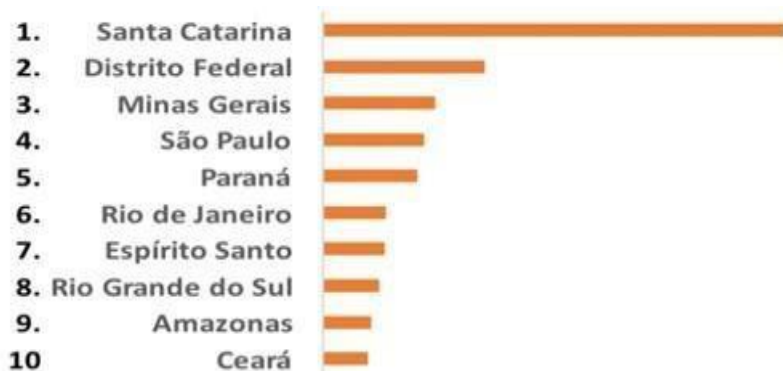
<sup>7</sup> DORNELAS, José Carlos de Assis. *Empreendedorismo: transformando ideias em negócios*. 5 ed. Rio de Janeiro: Empreender, 2014. p. 15



Uma *startup* não é uma versão menor de uma grande companhia. Uma *startup* é uma organização temporária em busca de um modelo de negócio escalável, recorrente e lucrativa. No início, o modelo de negócio de uma *startup* caracteriza-se pela flexibilidade de ideias e suposições, mas não tem clientes e nada sabe sobre eles<sup>8</sup>.

Uma pesquisa realizada pelo Felipe Matos mostra que o Distrito Federal ocupa o segundo lugar na quantidade de *startups* instituídas em relação ao número de habitantes, conforme o gráfico 1:

**Gráfico 1 – Top 10 estados em densidade de startups no Brasil (nº de startups/habitante)**



Dados da pesquisa ABStartups e Accenture (2017), cruzados com a população dos estados segundo o IBGE (2014), análise do blog Felipe Matos no Link/Estadão

**Fonte:** MATOS, Felipe. Qual a região campeã em densidade de startups no Brasil? Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/blogs/felipe-matos/qual-a-regiao-campea-em-densidade-de-startups-no-brasil-voce-vai-se-surpreender/>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

Dessa forma, o Distrito Federal é um dos grandes promissores do crescimento dos ecossistemas das *startups*, cenário também denominado de “Cerrado Valley”, em que as Universidade como Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), Universidade de Brasília (UnB) e Centro Universitário - IESB vêm contribuindo para esse crescimento. Inclusive, a Associação Brasileira de *Startups* – ABS –

---

<sup>8</sup> BLANK, Steve; DORF, Bob. *Startup: manual do empreendedor o guia passo a passo para construir uma grande companhia*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2014. p. 17



promoveu o evento “*Startup Awards 2017*”, em que o UniCEUB esteve entre os 10 indicados para receber o prêmio de “melhor universidade”.

A educação é um dos principais fatores para o crescimento dos ecossistemas dessas empresas, porém, “o ensino precisa ser mais baseado em projetos, em soluções de problemas reais da sociedade”<sup>9</sup>, como afirma Felipe Matos, fundador da *Startup Farm* e ex-COO do *Startup Brasil*, programa do Governo Federal para o fomento de *startups*.

Nesse contexto, com o advento dessas evoluções tecnológicas, novas circunstâncias de fato surgiram interferindo diretamente na esfera jurídica, uma vez que ainda não havia normatização específica para os acontecimentos que iam surgindo na nossa sociedade. Como amostra, é possível citar as compras realizadas por meio da internet, em que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) precisou determinar normas que protegem o consumidor diante dessas práticas que ainda eram inovadoras.

O lapso temporal entre o surgimento de um fato e a discussão e aprovação para sua normatização é muito lenta, burocrática e demanda tempo, o que acaba tornando um obstáculo para aqueles que desejam criar novos negócios, além de tornar a legislação obsoleta.

Dessarte, a legislação brasileira está em constantes mudanças, uma vez que é necessário se adequar aos novos eventos que vêm surgindo na sociedade. Todavia, mesmo que a lei seja ainda muito conservadora e atrasada em diversos aspectos, os indivíduos, principalmente os da geração Y (daqueles que nasceram no final dos anos de 1980), estão conseguindo criar negócios inovadores jamais explorados no

---

<sup>9</sup> DINIZ, Leticia. *Felipe Matos deixa o programa Startup Brasil e conta o que aprendeu em dois anos trabalhando no governo*. Disponível em: <<https://projetoDraft.com/felipe-matos-um-protagonista-no-ecossistema-do-empendedorismo-no-brasil/>>. Acesso em: 28 maio 2018



mercado, não obstante, devem seguir as regras tradicionais, tornando um desafio para aqueles que querem empreender<sup>10</sup>.

## 2.2 Direito e empreendedorismo

O sistema jurídico brasileiro vem sofrendo evoluções disruptivas significativas que buscam a entrega do serviço e do produto com muito mais eficiência, acessibilidade e de custo efetivo, além de buscar por um novo produto ainda não vendido causando grande competitividade entre as empresas e, conseqüentemente, forçando a inovação no mercado.

A disrupção, segundo Clayton Christensen, pode ser caracterizada como um processo na qual pequenas empresas oferecem produtos inovadores e com menos recursos desestabilizando as grandes empresas do mesmo setor. As inovações disruptivas podem ocorrer em dois tipos de mercado: (i) os de venda com baixo custo, em que os prestadores de serviço fornecem aos seus “maiores” clientes produtos e serviços cada vez melhores abrindo oportunidade para as empresas disruptivas passarem a fornecer produtos de qualidade e com custo ideal para os menores clientes que não estão recebendo atenção no mercado; e (ii) o caso de novos mercados, em que os empreendedores criam um mercado ainda não existente, como foi o caso das empresas de clipping jurídico, em que passaram a fornecer aos operadores de direito as publicações dos andamentos de seus processos<sup>11</sup>.

Para os juristas mais tradicionais, o desenvolvimento tecnológico tem se mostrado um desafio, uma vez que se depararam com novas demandas processuais que não estavam preparados, como a responsabilidade civil de um acidente ocorrido

---

<sup>10</sup> DORNELAS, José Carlos de Assis. *Empreendedorismo: transformando ideias em negócios*. 5 ed. Rio de Janeiro: Empreender, 2014. p. 78 - 79

<sup>11</sup> CHRISTENSEN, Clayton M. *What is disruptive innovation*. 2015. Disponível em <https://hbr.org/2015/12/what-is-disruptive-innovation>. Acesso em: 12 jul. 2018.



entre um carro autônomo e um pedestre; a situação da tributação de serviços que são prestados por robôs, dentre outros.

Além disso, as atividades diárias dos operadores do direito estão sendo otimizadas fazendo com que seu tempo seja concentrado em atividades mais intelectuais e menos “automáticas” e em serviços que realmente sejam relevantes para seus clientes, funcionários e sua própria empresa, ou seja, atualmente não é necessário o deslocamento das partes para a realização de reuniões, já que é possível serem feitas através de vídeo conferência; a conciliação se torna mais provável, uma vez que os advogados podem se conectar por intermédio de plataformas digitais a fim de buscar o acordo extrajudicial e, conseqüentemente, faz com que as demandas sejam reduzidas no Poder Judiciário; as demandas processuais estão deixando de ser físicas para tramitar apenas via eletrônica e o acompanhamento dessas diligências já possui sistema específico. Observa-se, assim, que são serviços prestados por meio da tecnologia que estão otimizando o tempo dos profissionais com atividades realmente significativas.

Segundo a Associação Internacional de Advogados do Reino Unido (*International Bar Association*), os principais motivos da evolução do mercado jurídico foram a necessidade da população em ter acesso a serviços jurídicos com mais eficiência e mais baratos; a evolução da tecnologia, principalmente da inteligência artificial, que traz eficiência significativa para a profissão; além da saturação do mercado jurídico<sup>12</sup>.

Nesse caso, segundo Clayton Christensen, professor de Harvard e autor da teoria da inovação disruptiva, as empresas que não tiveram sucesso são aquelas que ainda não compreendem a inovação disruptiva ou que ignora os princípios básicos que toda organização deveria colocar em prática, como: “escutar seus clientes,

---

<sup>12</sup> INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Times are changing: disruptive innovation and legal profession*. IBA Legal Policy and Research Unit (LPRU). May, 2016. p. 4



investir no desenvolvimento de produtos de baixo desempenho que prometem margens menores e buscar por mercados menores, em vez de substanciais”<sup>13</sup>.

Em outros termos, a inovação disruptiva ocorre quando o produto e o serviço prestado já estão defasados e o empreendedor/empresário percebe a necessidade de criar um novo mercado para atender os seus clientes e a sociedade em geral. Ou seja, não são os empresários e gerentes que são os responsáveis pela “organização” de sua entidade, mas os seus consumidores que controlam o que se deve ou não ser feito, dado que não faria sentido ter produtos inovadores se os seus clientes não precisassem<sup>14</sup>.

O conceito de empreendedor, como algo inovador, só foi estabelecido no século XX e tem como finalidade, segundo Robert D. Hisrich:

A função do empreendedor é reformar ou revolucionar o padrão de produção explorando uma invenção ou, de modo mais geral, um método tecnológico não experimentado, para produzir um novo bem ou bem antigo de uma matéria nova, abrindo uma nova fonte de suprimento de materiais, ou uma nova comercialização para produtos, e organizando um novo setor<sup>15</sup>.

Entretanto, invenção não deve ser confundida com inovação. Invenção é a criação de algo novo. Já a inovação é a execução de um produto ou serviço novo ou melhorado aplicado na gestão dos negócios de uma empresa, na forma como é organizado o local de trabalho ou nas relações externas<sup>16</sup> e pode se dar de duas formas: incremental, definida pela evolução de uma tecnologia já existente; e radial,

---

<sup>13</sup> CHRISTENSEN, Clayton M. *The Innovator's Dilema: when new Technologies cause great firms to fail*. 1997. p. 9. Tradução nossa

<sup>14</sup> CHRISTENSEN, Clayton M. *The Innovator's Dilema: when new Technologies cause great firms to fail*. 1997. p. 9 - 10

<sup>15</sup> HISRICH, Robert D. *Empreendedorismo*. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2004. Pag.28

<sup>16</sup> FINEP. *Manual de Oslo: Diretrizes para a coleta e interpretação de dados sobre inovação*. 3 ed. DCOM/FINEP, 1997. p. 70



que são as inovações disruptivas que “causam um impacto significativo em um mercado e na atividade econômica das empresas nesse mercado”<sup>17</sup>.

O principal exemplo de uma inovação radial são as *legaltechs* e as *lawtechs*, que podem ser definidas como *startups*: empresas que representam um modelo de organização fundada na inovação, e possuem como principal produto os serviços voltados para o mercado jurídico.

### 2.2.1 *Legal technology e Law technology*

*Law Technology (Lawtech)* ou *Legal Technology (Legaltech)* são sinônimos e significam, no sentido literal das palavras, “tecnologia da lei” ou “tecnologia legal”. Tratam-se de empresas desenvolvidas, na maioria das vezes, como *startups* oferecendo serviço de tecnologia aos operadores do direito.

Tais companhias surgiram em um cenário tradicional do mercado jurídico visando sanar as novas necessidades desse mercado através de serviços e produtos inovadores, tais como “automação de peças processuais, plataformas de conexão entre clientes e advogados, gestão de departamentos jurídicos, ferramentas para sanar dúvidas sem a necessidade de um profissional”<sup>18</sup>.

Ocorre que a tecnologia ainda está sendo difundida para os estudantes do curso de Direito e para alguns juristas mais tradicionais, entretanto, a necessidade de mudança é clara para todos os profissionais, principalmente para aqueles que atuam na advocacia, uma vez que suas atividades estão se tornando menos “automáticas” e mais intelectuais, eficientes, produtivas e simples.

---

<sup>17</sup> FINEP. *Manual de Oslo: diretrizes para a coleta e interpretação de dados sobre inovação*. 3 ed. DCOM/FINEP, 1997. p. 70

<sup>18</sup> INHANDS. LegalTech: afinal, o que são e o que fazem? Disponível em: <<https://inhands.jusbrasil.com.br/artigos/478221697/legaltech-afinal-o-que-sao-e-o-que-fazem>>. Acesso em: 24 maio 2018



A Universidade de Stanford, localizada no Vale do Silício na Califórnia, reuniu o curso de Direito e Ciência da Computação criando um projeto denominado por *Codex*, no qual anualmente é organizado o evento *Future Law* (o futuro das leis), que tem como principal pauta o debate sobre direito e tecnologia<sup>19</sup>.

No Brasil, tem-se a Associação Brasileira de *Startups* (ABS *startups*), criada em 2011, e posteriormente teve-se a criação Associação Brasileira de *Lawtechs* e *Legaltechs* (AB2L), criada em junho de 2017 com o objetivo de ter um espaço de comunicação entre os profissionais do Direito, as empresas de tecnologia e os demais setores do mercado jurídico, além de “incentivar as boas práticas e contribuir com esse momento de grandes transformações tecnológicas: a quarta revolução industrial”<sup>20</sup>.

O mercado jurídico brasileiro cresceu exponencialmente e, desde a criação da AB2L, é realizado um levantamento da criação dessas empresas. A primeira versão realizada em 10 de outubro de 2017 durante o evento da *Lawtech Conference* foi observado 51 empresas associadas. Atualmente, conta-se com mais de 90 empresas, conforme as figuras 1 e 2, sendo a primeira referente ao levantamento realizado em 2017 e a segunda realizado em 6 de setembro de 2018:

Figura 1 – Levantamento das empresas associadas à AB2L em 2017

---

<sup>19</sup> INHANDS. LegalTech: afinal, o que são e o que fazem?. Disponível em: <<https://inhands.jusbrasil.com.br/artigos/478221697/legaltech-afinal-o-que-sao-e-o-que-fazem>>. Acesso em: 24 maio 2018

<sup>20</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS E LEGALTECHS. Manifesto. Disponível em: <<https://www.ab2l.org.br/manifesto/>>. Acesso em: 26 maio 2018





Fonte: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS E LEGALTECHS. Radar de Lawtechs e Legaltechs. Disponível em: <<https://www.ab2l.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Radar-AB2L-v1-Outubro-2017.png>>. Acesso em: 19 set. 2018.

Figura 2 – Levantamento das empresas associadas à AB2L em 2018



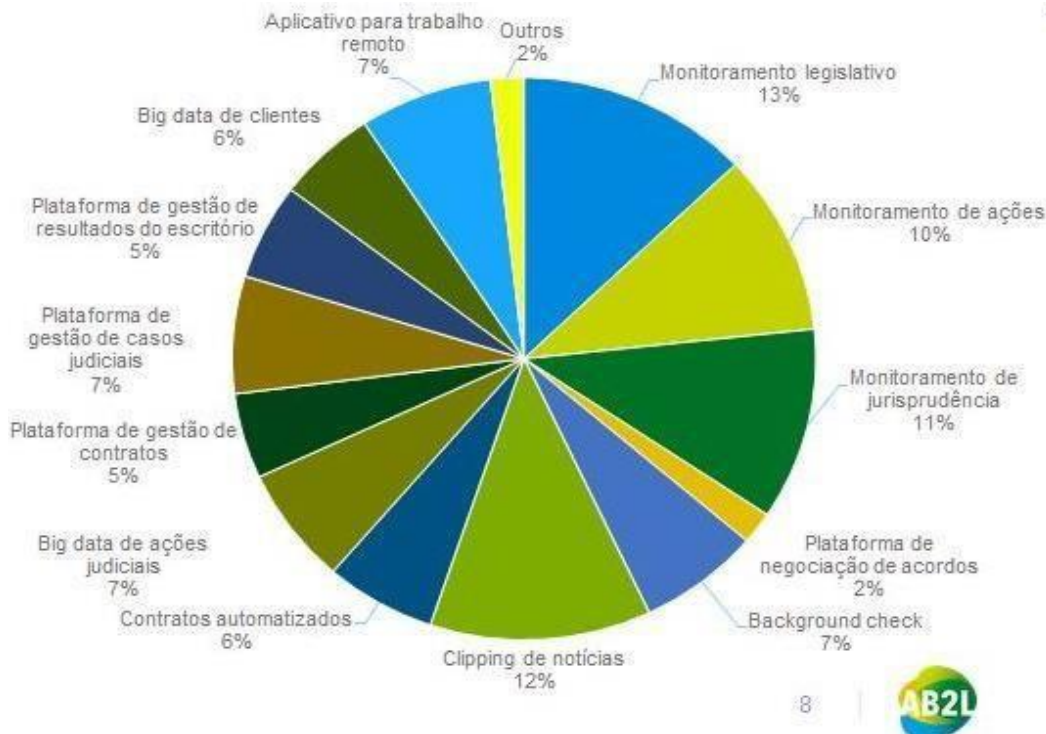
Fonte: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS E LEGALTECHS. Radar de Lawtechs e Legaltechs. Disponível em: <<https://www.ab2l.org.br/radar-lawtechs/>>. Acesso em: 19 set. 2018.



No levantamento acima, foi observada uma considerável quantidade de *legaltechs* que surgiram em menos de 1 (um) ano de associação. No entanto, não são as empresas que ditam as necessidades da sociedade e sim, os seus clientes. Dessa forma, a pesquisa realizada pela AB2L demonstrou que o mercado jurídico demanda, principalmente, de monitoramento jurisprudencial, legislativo e clipping de notícias, como mostra o gráfico 2:



Gráfico 2 – Levantamento das demandas no mercado jurídico



Fonte: STARTUPI. AB2L apresenta primeira pesquisa nacional sobre o cenário de lawtechs e legaltechs. Disponível em: <<https://startupi.com.br/2017/07/ab2l-apresenta-primeira-pesquisa-nacional-sobre-o-cenario-de-lawtechs-e-legaltechs/>>. Acesso em: 19 set. 2018.

Nesse contexto, a tecnologia não possui o propósito de substituir a figura do advogado, assunto que vem sendo discutido pelos operadores do direito, mas de valorizar suas atividades e expandir as áreas de atuação do profissional fazendo com que atividades repetitivas e “automáticas” sejam realizadas por sistemas e não por pessoas que estudaram para defender o interesse e garantir o direito de outrem.

A tecnologia, portanto, deve ser utilizada como um meio a auxiliar o advogado nas suas atividades repetitivas e que demandariam mais tempo através dos *softwares* jurídicos e plataformas digitais, que serão apontados no próximo tópico,



de forma que o exercício advocacia se torne mais humano e empático, de forma que o advogado terá que saber ouvir e se comunicar com o seu cliente.

Assim, quando falamos do fim da figura do advogado, na verdade, teremos uma seletividade do profissional, visto que o mercado não vai precisar mais do bacharel para fazer petições, mas do profissional que é criativo, interdisciplinar e que sabe ouvir e se comunicar com os seus clientes<sup>21</sup>.

### 2.3 Economia compartilhada x Plataformas digitais

O mercado de trabalho vem sofrendo diversas mudanças em decorrência do avanço da tecnologia e despertando o interesse dos profissionais mais atualizados a inovarem na sua forma de atuação a fim de se adequar às necessidades da sociedade atual. Segundo Bruno Feigelson, Presidente da Associação Brasileira de *Lawtechs* e *Legaltechs*, “o advogado é, e sempre será indispensável. Porém, ele precisa estar inserido nesse novo mundo, do contrário, ficará obsoleto. Estamos caminhando exponencialmente para algo novo e completamente imprevisível”<sup>22</sup>.

Sendo assim, os *softwares* e as plataformas digitais devem ser utilizados como um meio a auxiliar os advogados nas suas atividades repetitivas e que demandariam seu tempo, auxiliar na gestão do escritório, na elaboração de contratos e no armazenamento de informações.

Atualmente, o mercado jurídico já possui algumas ferramentas para auxiliar os advogados em seus escritórios, como a (i) Jurimetria, um *software* jurídico que prevê probabilidade de ganha ou perda de alguma tese acordo com os tribunais, varas e juízes que nelas prescindem; (ii) a *Big Data*, sistema que armazena todas as informações processuais, de arquivos internos, documentação de cliente e todas as

---

<sup>21</sup> AURUM. *5 dicas eficientes de gestão de escritórios de advocacia*. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/gestao-de-escritorio-de-advocacia/#5>>. Acesso em: 14 jul. 2018

<sup>22</sup> PINZON, Aline. *Lawtechs – Inteligência Artificial e novas tecnologias revolucionando o Direito no Brasil*. Disponível em: <<https://www.lexmachinae.com/2017/11/22/lawtechs-inteligencia-artificial-e-novas-tecnologias-revolucionando-o-direito-no-brasil/>>. Acesso em: 14 jul. 2018



informações relacionadas ao escritório; (iii) a Inteligência Artificial, que é “uma série de algoritmos matemáticos ou estatísticos que permitem que máquinas desenvolvam raciocínios aproximados ao raciocínio humano para determinadas atividades”<sup>23</sup>; (iv) o *Blockchain*, que, numa visão bem resumida, consiste em uma base de dados capaz de armazenar informações de transações sobre serviços e moedas digitais impedindo violação, ou seja, será a forma mais segura de fazer transações<sup>24</sup>; e (v) os Contratos Inteligentes (*smart contracts*), que são contratos auto executáveis, isto é, as regras já são pré-estabelecidas dependendo do tipo de contrato, que pode ser realizado online facilitando a realização da transação<sup>25</sup>.

Assim, são várias as formas de se empreender que estão mudando o setor econômico no Brasil, de modo que a atual forma de criar negócios está sendo, principalmente, através de uma economia compartilhada (ou consumo colaborativo), geralmente através de uma plataforma digital, que seja acessível para um maior número de pessoas, tornando o mercado muito mais competitivo.

A economia compartilhada, também chamada de economia do compartilhamento (*sharing economy*), trata-se de um consumo colaborativo em que os consumidores, por meio de uma plataforma digital, geralmente aplicativos, fazem o empréstimo de seus bens e compartilham serviços, como é o caso do Uber, do Airbnb, DogHero, dentre outros<sup>26</sup>.

Tal produção colaborativa também é entendida como um modelo *peer to peer* (P2P), em que a pessoa que consome pode ser a mesma que fornece, ou seja, é o

---

<sup>23</sup> PROJURIS. *Inteligência artificial no direito: o que o advogado precisa saber?* Disponível em: <<https://www.projuris.com.br/inteligencia-artificial-direito-advogado-precisa-saber/>>. Acesso em: 15 jul. 2018

<sup>24</sup> ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014. p. 18 - 21

<sup>25</sup> MARQUES, Rodrigo. *O robô vai me substituir e acabar com o meu trabalho?* Disponível em: <<https://www.lexmachinae.com/2017/11/04/o-robo-vai-me-substituir-e-acabar-com-o-meu-trabalho/>>. Acesso em: 15 jul. 2018

<sup>26</sup> GARCIA, Andressa. *Economía compartida, una reflexión jurídica desde Brasil*. Disponível em: <<http://idealex.press/opinion/columnas/reflexion-juridica-economia-compartida-brasil/>>. Acesso em: 16 jul. 2018



caso do Airbnb, em que é possível que um usuário alugue sua casa para outra pessoa e vice versa. Porém, é importante deixar claro que a intermediação do fornecedor do serviço com o usuário não pode ter fins lucrativos, uma vez que deixaria de ser o modelo *peer to beer* e passaria a ser *peer to business*:

A partir do momento em que a intermediação existe pura e simplesmente para lucrar através do trabalho de quem presta o serviço, tal característica torna-se inconciliável com a ideia de compartilhamento ou colaboração ou de negócio de pessoa para pessoa, tornando-se um modelo de *peer to business* – de pessoa com o negócio, como exemplo da Amazon, Ebay, etc.<sup>27</sup>.

Vale acrescentar que tal economia compartilhada trouxe muitas questões jurídicas, especialmente quanto aos direitos do consumidor, à privacidade dos dados fornecidos às plataformas que fornecem o serviço, à responsabilidade dos usuários e dos fornecedores e quanto às regras submetidas às empresas que já estavam no ramo e que seguem a ideia tradicional de mercado, que foi o caso do Uber e do Táxi, em que os taxistas alegaram que os prestadores de serviço das plataformas digitais deveriam seguir as mesmas regras, sob pena de se configurar concorrência desleal, assim como preceitua o Projeto de Lei Complementar nº 28/2017 que foi aprovado e determina a restrição do transporte remunerado privado<sup>28</sup>.

Diante disso, é possível observar que as leis ainda encontram dificuldades para acompanhar essas evoluções, precipuamente no que tange a economia compartilhada através de aplicativos, que tornam o mercado muito mais competitivo e, conseqüentemente, tornam os empreendedores desmotivados, já que não possuem segurança jurídica e, na maioria das vezes, precisam se adequar a legislação obsoleta.

---

<sup>27</sup> TEODORO, Maria Cecília; D'Afonseca, Thaís Cláudia; Antonieta, Maria. *Disrupção, economia compartilhada e o fenômeno Uber*. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Minas Gerais, 2017. p. 8

<sup>28</sup> GARCIA, Andressa. *Economía compartida, una reflexión jurídica desde Brasil*. Disponível em: <<http://idealex.press/opinion/columnas/reflexion-juridica-economia-compartida-brasil/>>. Acesso em: 16 jul. 2018



Portanto, quanto à normatização das empresas de tecnologia e plataformas digitais, a legislação brasileira ainda se encontra em adaptação, mostrando-se muitas vezes tardia e burocrática em relação à rapidez que a evolução da tecnologia vai se propagando. Porém, é importante ressaltar, que se tem observado uma boa receptividade quanto à chegada da tecnologia no Direito, como a OAB que já possui comissões que tratam da tecnologia em suas Seccionais, a Lei nº 12.965/2014, o Decreto Federal nº 9283/2018, a Lei Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação de 2018 e os demais projetos de lei que serão tratados no próximo capítulo.

### **3 DIREITO, REGULAÇÃO E TECNOLOGIA**

Neste capítulo será realizado um estudo sobre a ordem econômica na Constituição Federal de 1988, seus princípios, as formas de intervenção do Estado na economia e os instrumentos de regulação econômica de forma que garantam a todos os empreendedores a liberdade de iniciativa e a livre concorrência. Por fim, será apresentada a influência desses aspectos para a regulação das inovações tecnológicas.

#### **3.1 Ordem econômica na Constituição de 1988**

Inicialmente é necessário ressaltar que, segundo Marcos Villela<sup>29</sup>, as Constituições de 1934 e 1937 no Brasil foram as primeiras a determinar a Ordem Econômica e Social nos arts. 115 e 135, respectivamente, que determinavam uma vida digna a todos, a liberdade econômica e a possibilidade do Estado intervir na iniciativa privada, conforme os artigos abaixo:

Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. Parágrafo único -

---

<sup>29</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 12



Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do País<sup>30</sup>.

Art 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta<sup>31</sup>.

Posteriormente, a Constituição de 1946 determinou que a ordem econômica deve observar o princípio da justiça social, a liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano<sup>32</sup>. A Constituição de 1967 manteve tais princípios e incluiu (i) a valorização do trabalho humano como condição da dignidade humana, (ii) função social da propriedade; (iii) harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; (iv) desenvolvimento econômico; (v) repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros<sup>33</sup>.

A Emenda Constitucional de 1969 inseriu o princípio da “expansão das oportunidades de emprego produtivo” e, assim, a Constituição Federal de 1988 foi promulgada dedicando o título VII à Ordem Econômica e Financeira que determinou os seguintes princípios, nos termos do art. 170:

---

<sup>30</sup> BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018. Art. 115

<sup>31</sup> BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018. Art. 135.

<sup>32</sup> BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018. Art. 145

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição (1967). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018. Art. 157





Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei<sup>34</sup>.

Por fim, a Emenda Constitucional nº 85 de 2015 inseriu, no art. 23, V da CF de 1988, a competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de assegurar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação, além de poderem legislar concorrentemente sobre essas atividades, nos termos do art. 24, IX da CF<sup>35</sup>.

Além disso, a referida Emenda incluiu o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) e permitiu o apoio financeiro e cooperação entre os órgãos e entes da Administração Pública a fim de compartilhar recursos para execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico, conforme os dispositivos da Constituição abaixo:

Art. 213, § 2º: As atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades

---

<sup>34</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018. Art. 170

<sup>35</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018. Arts. 23, V e 24, IX



e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica poderão receber apoio financeiro do Poder Público.

Art. 218, caput: O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

Art. 219, parágrafo único: O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

Art. 219-B. O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015). §2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios legislarão concorrentemente sobre suas peculiaridades. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)<sup>36</sup>.

Diante disso, é possível observar a mudança nos princípios de acordo com o momento que a sociedade estava, observando sempre a livre competição, evitando o monopólio e “reconhecendo que cabe à livre iniciativa o papel propulsor da

---

<sup>36</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018.



economia, e ao Estado o acompanhamento e estímulo do mercado, reprimindo as situações de anormalidade”<sup>37</sup>.

E por outro lado, observando a atual necessidade da sociedade, o Estado regulou e priorizou a forma de incentivo e apoio financeiro às pesquisas, à capacitação científica e tecnológica e à inovação dentro das empresas e dos entes públicos, nos termos do art. 218, §1º da CF<sup>38</sup>. Ocorre que tal incentivo altera diretamente na ordem econômica do nosso País, uma vez que a forma de se empreender e constituir empresas se torna menos onerosa e mais inovadora.

O conceito da ordem econômica gera várias interpretações e, assim, o professor Vital Moreira, em seu livro *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, descreve a ordem econômica em três sentidos diferentes, quais sejam: (i) a ordem econômica como “um modo de ser empírico de uma determinada economia concreta, ou seja, o que o caracteriza é uma relação entre fenômenos econômicos concretos”; (ii) a ordem econômica como o sistema regulatório dos sujeitos econômicos, ou seja, “que designa o conjunto de todas as normas, qualquer que seja sua natureza (jurídica, religiosa, moral), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos”; e (iii) a ordem econômica como “ordem jurídica da economia”<sup>39</sup>, como um conjunto de normas que regulam a economia.

Já para Eros Roberto Grau, a ordem econômica está inserida no mundo do dever ser, uma vez que o caput do art. 170 da Constituição de 1988 conota um sentido normativo indicando o “modo de ser da economia brasileira, a articulação do

---

<sup>37</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 15

<sup>38</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018.

<sup>39</sup> MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra, Editora Centelha, 1973. p. 67 - 71.



econômico como fato, isto é, a “ordem econômica” como conjunto de relações econômicas<sup>40</sup>.

A Constituição Federal de 1988 determinou os seguintes princípios da ordem econômica no Brasil: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte e o livre exercício de qualquer atividade econômica. Contudo, além desses princípios, há ainda aqueles que não estão explícitos no art. 170 da Constituição, como o princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV da CF), do desenvolvimento social (art. 3º, II da CF) e da erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, III da CF)<sup>41</sup>.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro é composto de princípios explícitos (aqueles expressos na lei), princípios implícitos e princípios gerais do direito (são aqueles decorrentes da análise das leis ou de doutrinas). Segundo Dworkin, “a observância dos princípios corresponde a um imperativo de justiça, de honestidade ou de outra dimensão moral”<sup>42</sup> e, portanto, todos devem buscar observar tais princípios.

### 3.2 Formas de intervenção do Estado na economia

Como expõe Marcos Souto, segundo Santo Tomás de Aquino, seguidor de Aristóteles, “o homem é, por sua natureza, animal social e político”, ou seja, o indivíduo precisa viver em sociedade para o seu bem-estar, seja em busca de coisas

---

<sup>40</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros editores LTDA, 2010. p. 66

<sup>41</sup> CERVO, Fernando Antonio Sacchetim. *Ordem econômica na Constituição Federal – análise dos fundamentos, fins e princípios*. Disponível em: <[http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,ordem-economica-na-constituicao-federal-analise-dos-fundamentos-fins-e-principios,46924.html#\\_ftn7](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,ordem-economica-na-constituicao-federal-analise-dos-fundamentos-fins-e-principios,46924.html#_ftn7)>. Acesso em: 11 ago. 2018.

<sup>42</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros editores LTDA, 2010. p. 156



materiais ou para se relacionar com outros indivíduos surgindo, assim, a ideia do “contrato social”, sustentada por Rousseau, onde haveria uma “mútua transferência de direitos em prol do bem-estar geral”<sup>43</sup>.

Inclusive, a atividade econômica ocorreu no momento em que o indivíduo abandonou a produção para própria subsistência e começou a compartilhar suas riquezas instigando a ideia de que a satisfação do indivíduo estava no consumo de bens e serviços. Daí surge os agentes econômicos, que eram o consumidor (quem consome), o empresário (executa os fatores de produção) e o fornecedor (quem vende o produto)<sup>44</sup>.

Assim, o Estado surge em razão da necessidade do indivíduo em ter um ente representante agindo em nome e no interesse de todos garantindo o bom funcionamento da sociedade podendo, inclusive, afetar a atividade econômica, uma vez que o Estado pôde decidir sobre a produção e distribuição.

Nada obstante, para que o Estado agisse dentro dos seus limites, Montesquieu elaborou a Teoria da Tripartição das Funções do Estado, em que cada órgão teria sua função específica, seja de administrar, legislar ou julgar.

Posteriormente, a Constituição de 1988 determinou a divisão espacial do poder entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, onde todos possuem autonomia política, administrativa e legislativa. Ou seja, tem-se o Estado representando uma sociedade, assentado em um território, atribuindo a um governo legitimidade para limitar a liberdade individual para o bem estar social e harmonia da coletividade podendo, inclusive, intervir na economia<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 1

<sup>44</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 4

<sup>45</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 2 - 6



Apesar disso, é importante destacar que o Intervencionismo Estatal na economia elaborado pelo Estado Social se deu, de fato, com o constitucionalismo, onde foram definidos os limites e a finalidade do seu exercício, seja com o Poder de Polícia (fiscalização), serviços públicos (atender às necessidades da sociedade, como saúde, segurança e educação), ordenamento econômico (regulamenta as atividades de produção, circulação e consumo das riquezas), ordenamento social (regulamenta o desenvolvimento social a fim de dar assistência aos indivíduos, como as fundações de amparo a menores e idosos) ou fomento público (incentivos fiscais, subsídios, financiamentos)<sup>46</sup>.

A Constituição Federal de 1988 definiu as formas de intervenção do Estado na economia, que são: o planejamento do desenvolvimento econômico, o incentivo, a repressão ao abuso de poder econômico e a exploração direta da atividade econômica<sup>47</sup>, conforme os parágrafos do art. 174 abaixo:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra

---

<sup>46</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 3

<sup>47</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 16



dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei<sup>48</sup>.

Portanto, a intervenção é uma função da Administração que deve obedecer ao princípio da legalidade previsto no art. 37, caput da Constituição, no sentido de que o planejamento deve respeitar a lei e o interesse da sociedade, ou seja, o planejamento pretende estruturar a intervenção e como consequência tem-se o fomento público, que não é imposto aos indivíduos, porém, é uma atividade vinculada a Administração e, portanto, é uma relação jurídico-administrativa em que o administrado exerce uma atividade de interesse público em troca de um “incentivo”, sem discutir benefícios, prioridades, favores e proteções e que seja voltado, também, para o interesse da coletividade<sup>49</sup>.

Assim, o papel do Estado Moderno é “estimular o desenvolvimento da sociedade, observado o princípio da livre iniciativa, cabendo ao Estado zelar para que esse desenvolvimento ocorra, ainda que ele tenha que exercer as ações indispensáveis para tal fim”<sup>50</sup>.

### 3.3 Instrumentos de regulação econômica

A Constituição Federal de 1988 determina que o Estado é um “agente normativo e regulador da atividade econômica” a fim de controlar os abusos das pessoas jurídicas de direito privado, evitar que fuja das suas finalidades e garantir o desenvolvimento nacional equilibrado através da fiscalização, incentivo e planejamento, nos termos do art. 174 da Constituição abaixo:

---

<sup>48</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018.

<sup>49</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 39

<sup>50</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 16



Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado<sup>51</sup>.

Com o objetivo de auxiliar o Estado no dever de fiscalização, foram criadas agências reguladoras, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que possui a finalidade de “fiscalizar, prevenir, verificar e orientar quaisquer práticas relacionadas às atividades econômicas, por exemplo, os abusos dos preços ou controle de mercado”<sup>52</sup>. O incentivo pode se dar com as ações oferecidas pelo Estado a fim de incentivar e dar suporte às pessoas jurídicas de direito privado. E, por fim, o planejamento que é definido por Hely Lopes Meirelles como:

O planejamento é o estudo e estabelecimento das diretrizes e metas que deverão orientar a ação governamental, através de um plano geral de governo, de programas globais, setoriais e regionais de duração plurianual, do orçamento-programa anual e da programação financeira de desembolso, que são seus instrumentos básicos<sup>53</sup>.

Ocorre que a intervenção do Estado na economia pode se dar de forma direta ou indireta, como expõe Pedro Lenza<sup>54</sup>. A forma direta se dá quando o próprio Estado atua diretamente na economia e, de acordo com o art. 173, caput da Constituição, “salvo os casos previstos na CF, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018

<sup>52</sup> THOMAS, José. *Teoria da regulação econômica*. Disponível em: <<https://josematereid.jusbrasil.com.br/artigos/332954631/teoria-da-regulacao-economica>>. Acesso em: 27 ago 2018

<sup>53</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35 ed. São Paulo: PC Editorial Ltda, 2009. p. 750

<sup>54</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.1457.

<sup>55</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018.





Já a forma indireta se dá quando o Estado tem o objetivo de aplicar o princípio da livre concorrência evitando que ocorra algum abuso de poder previsto no art. 173, §4º da Constituição Federal, que é o “abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”<sup>56</sup>, ou seja, visa evitar os cartéis, por exemplo.

Dessa forma, é possível concluir que o Estado atuará de forma direta nas empresas públicas que prestam serviços públicos a fim de garantir que seu exercício cumprirá com “o interesse coletivo e a segurança nacional”. Já em relação às empresas privadas, o Estado apenas vai atuar na forma de incentivo e de fiscalização, porém, tais empresas não estarão vinculadas ao Poder Público<sup>57</sup>, como é o caso, por exemplo, da *Start-up* Brasil, do programa InovAtiva e do programa InovApps.

A *Start-up* Brasil é um programa de aceleração de startup que foi criado em 2012 pelo Governo Federal através do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) a fim de qualificar aceleradoras e apoiar o desenvolvimento de *startups* que tenham um produto e serviço inovador em *software*, *hardware* e serviços de tecnologia da informação - TI ou que utilizem essas tecnologias como elementos do seu produto. O referido programa oferece um processo de aceleração com duração de 12 (doze) meses, apoio financeiro através de bolsas de pesquisa, capacitação dos profissionais, além de consultoria com diversas áreas, inclusive, orientação jurídica<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018. Art. 173, §4º

<sup>57</sup> SILVEIRA, Júlia. *A intervenção do Estado na economia*. Disponível em: <<https://juliassilveira.jusbrasil.com.br/artigos/343650099/a-intervencao-do-estado-na-economia>>. Acesso em: 17 ago 2018

<sup>58</sup> *STARTUP BRASIL. Programa Brasileiro de aceleração de startups*. Disponível em: <<https://www.softex.br/inovacao/startupbrasil/>>. Acesso em: 17 dez 2018



Já o programa da InovAtiva, criado em 2013 pelo Governo Federal através do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC) e pelo Serviço Brasileiro de apoio às micro e pequenas empresas (SEBRAE), também é uma aceleradora que oferece mentoria, cursos e *workshops* para a capacitação e desenvolvimento de *startups*, além de oferecer contato direto com aceleradoras, fundos de investimento, investidores anjos e outras empresas<sup>59</sup>.

Já o programa da InoVapps, criado em 2014 pelo Governo Federal através do Ministérios das Comunicações com o objetivo de apoiar, não só financeiramente por meio de bolsas, o desenvolvimento de *startups* que desenvolvam aplicativos e jogos para dispositivos móveis<sup>60</sup>.

Sendo assim, é possível observar a importância do Governo Federal para o ecossistema das *startups*, uma vez que há o incentivo do desenvolvimento tecnológico e do empreendedorismo, além de fortalecer a economia e gerar novos empregos.

### 3.4 Liberdade de iniciativa, livre concorrência e regulação de mercado

Dentre os princípios da ordem econômica, destaca-se a liberdade de iniciativa, a livre concorrência e a regulação de mercado, previstos no art. 170 da Constituição Federal.

A liberdade de iniciativa tem por finalidade “assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”<sup>61</sup>, conforme o art. 170, parágrafo

---

<sup>59</sup> INOVATIVA BRASIL. *Programa de aceleração InovAtiva Brasil*. Disponível em: <<https://www.inovativabrasil.com.br/>>. Acesso em: 17 dez 2018

<sup>60</sup> MINISTÉRIOS DAS COMUNICAÇÕES. *Comunicações disponibiliza aplicativos do INOVApps*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/educacao-e-ciencia/2015/05/comunicacoes-disponibiliza-aplicativos-vencedores-do-inovapps>>. Acesso em 17 dez 2018

<sup>61</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:



único da Constituição, ou seja, é vedado que o Estado imponha quais atividades serão exercidas no mercado fixando a quantidade de produção ou de comercialização, como expõe Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

O Estado não pode decidir quais e quantos agentes privados atuarão em cada setor da economia, ou quanto produzirão ou venderão; isso seria planificação, típica dos regimes socialistas, incompatível com a livre- concorrência e seu corolário, a liberdade de empresa<sup>62</sup>.

Ocorre que o Estado tem a responsabilidade e competência para fiscalizar de forma preventiva e repressiva a fim de atender os interesses da sociedade. Assim, “o Poder Público, desde que haja previsão legal, pode exigir de todos os agentes econômicos atuantes em uma área, o cumprimento de determinadas exigências, a fim de obterem autorização para funcionar”<sup>63</sup>.

Dessa forma, o Estado é agente normativo e regulador da atividade econômica, nos termos do art. 174 da Constituição Federal e, portanto, deve atuar seguindo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento a fim de obter o desenvolvimento econômico<sup>64</sup>.

Por fim, a livre concorrência tem previsão no art. 170, IV da Constituição e está ligado ao princípio da igualdade vedando “o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”<sup>65</sup>, nos termos do art. 173, §4º da Constituição, sendo o Estado, na sua função de agente normativo e regulador de atividade econômica, o responsável a evitar que tal prática ocorra.

---

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018. Art. 170, parágrafo único

<sup>62</sup> VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. *Resumo de direito constitucional descomplicado*. 7 ed. São Paulo: Método, 2013. p. 401

<sup>63</sup> VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. *Resumo de direito constitucional descomplicado*. 7 ed. São Paulo: Método, 2013. p. 401

<sup>64</sup> 2018. Art. 174

<sup>65</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018. Art. 173, §4º



Assim, em razão das *startups* já ter sido recepcionada na esfera jurídica, é imprescindível que os princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência e da regulação de mercado sejam observados nesse novo modelo de negócios, em razão de tais princípios auxiliarem no incentivo do empreendedorismo e, conseqüentemente, trazer benefícios tanto para a sociedade quanto para o Estado.

### 3.5 Regulação e inovação tecnológica

Como se depreende do primeiro capítulo deste trabalho, as empresas de tecnologia surgiram em meados de 1990 e o advento da internet se espalhou rapidamente pelo mundo. Porém, conforme será demonstrado no próximo capítulo, poucas leis surgiram no Brasil a fim de regulamentar o tema e criar regras e limites para essas empresas e seus usuários.

Em 2004 teve-se a primeira legislação brasileira tratando sobre o tema, ou seja, 14 (quatorze) anos depois. Essa ausência e demora na regulamentação é preocupante trazendo, pelo menos, duas conseqüências.

A primeira conseqüência é que os empreendedores ficam limitados na criação de suas empresas, uma vez que como não há regulação, não há certeza do que pode ou não fazer, ou seja, prejudica seus projetos e ideias, como expõe Ronaldo Lemos:

A regulamentação da internet brasileira é feita primordialmente por “regras gerais” que têm como conseqüência transferir a decisão do equilíbrio de interesse para o Poder Judiciário, mas sem dotá-lo de regras claras para tanto, o que aumenta ainda mais a incerteza<sup>66</sup>.

A segunda conseqüência é que “a ausência de regulamentação formal da internet abre espaço para que outras formas de regulamentação tenham lugar, formas estas que acontecem fora dos canais democráticos”<sup>67</sup>, ou seja, se não há regras

---

<sup>66</sup> LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005. p.93

<sup>67</sup> LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005. p.93



estabelecidas de forma democrática, como deveria ser feito, outras regras vão surgir, como por exemplo:

A estrutura de regulamentação dos nomes de domínio na internet no Brasil; (ii) a regulamentação privada da atividade de spam no Brasil; e (iii) a regulamentação surgida da prática dos advogados e grupos específicos no envio de notificações para intermediários, como os provedores de acesso e serviços<sup>68</sup>.

Dessa forma, em razão do atraso da regulamentação dos aspectos da tecnologia no Brasil, muitos conteúdos e serviços que teve sua criação antes de 2004 não tinham uma proteção jurídica e com isso, as “regras criadas” geralmente vinham de indivíduos que visavam apenas seu interesse econômico e a partir disso, o Brasil iniciou sua regulamentação em torno da tecnologia no Brasil, que será exposto no próximo capítulo.

## 4 A REGULAMENTAÇÃO DA TECNOLOGIA NO BRASIL

A evolução da tecnologia e inovação sempre será mais rápida que a sua regulamentação e, portanto, a alteração das leis e a criação de projetos que versem sobre as novas necessidades da sociedade precisam sempre estar presentes. Sendo assim, será demonstrado as legislações mais importantes que tratam da tecnologia, inovação e *startup* e os principais projetos de lei.

### 4.1 Lei nº 10.973 de 2004 - Lei de inovação tecnológica

A Lei de inovação tecnológica foi publicada no dia 02 de dezembro de 2004 e trata sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica<sup>69</sup> a fim de estimular à construção de ambientes especializados e cooperativos de inovação com

---

<sup>68</sup> LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005. p.101

<sup>69</sup> BRASIL. *Lei nº 10.973 de 2004*. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências.  
Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm#view](https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm#view)>. Acesso em: 30 ago 2018



o apoio da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das suas respectivas agências de fomento através de projetos internacionais de pesquisa tecnológica, criação de ambientes de inovação, como incubadoras e parques tecnológicos, capacitação de profissionais e incentivos financeiros não reembolsáveis<sup>70</sup>.

Em 11 de janeiro de 2016 foi instituída a Lei de nº 13.243 denominada Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação que modificou diversos dispositivos da Lei de inovação tecnológica, como o art. 3º, que permite a realização de convênios com empresas nacionais e de outros países a fim de produzir novos produtos e serviços.

Outra mudança significativa foi a possibilidade dos entes federativos da União poderem participar minoritariamente do capital social das empresas com o objetivo de “desenvolver produtos ou processos inovadores que estejam de acordo com as diretrizes e prioridades definidas nas políticas de ciência, tecnologia, inovação e de desenvolvimento industrial de cada esfera de governo”<sup>71</sup> e, nesse caso, a alienação dos ativos da participação societária dispensaria licitação e os recursos advindos da referida alienação deve ser investido em pesquisa e desenvolvimento ou em novas participações societárias.

No entanto, caso haja essa participação dos entes federativos, a propriedade intelectual sobre os resultados obtidos serão da empresa, porém, o poder público

---

<sup>70</sup> BRASIL. *Lei nº 10.973 de 2004*. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm#view](https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm#view)>. Acesso em: 30 ago 2018. Art. 3º

<sup>71</sup> BRASIL. *Lei nº 10.973 de 2004*. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm#view](https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm#view)>. Acesso em: 30 ago 2018. Art. 5º



poderá “condicionar a participação societária via aporte de capital à previsão de licenciamento da propriedade intelectual para atender ao interesse público”<sup>72</sup>.

O art. 4º da Lei possibilitou as Instituições Científicas e Tecnológicas (ICT) partilharem seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com outras ICT’s, empresas de inovação, pessoas físicas ou jurídicas que exercem atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação e que podem utilizar seu capital intelectual para exercer tais atividades<sup>73</sup>, ou seja, o compartilhamento poderá ser feito com qualquer pessoa e sem necessidade de retribuição financeira.

Por fim, a Lei especificou as diretrizes para a participação das ICT’s no processo de inovação, como o tipo de celebração do contrato, os serviços que podem ser desenvolvidos, os investimentos, dentre outros. Além disso, determinou os instrumentos de estímulo à inovação nas empresas, que podem ser feitas através do financiamento, participação societária, incentivos fiscais, concessão de bolsas, fundos de investimento, fundos de participação a fim de atingir os objetivos previstos no art. 19, §6º da Lei de Inovação.

## 4.2 Lei nº 12.965 de 2014 – Marco civil da internet

O marco civil da internet, publicado no dia 23 de abril de 2014,

“estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da

---

<sup>72</sup> BRASIL. *Lei nº 10.973 de 2004*. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências.  
Disponível em:

em:  
<[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm#view](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm#view)>. Acesso em: 30 ago. 2018. Art. 5º, §2º da Lei.

<sup>73</sup> BRASIL. *Lei nº 10.973 de 2004*. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências.  
Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm#view](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm#view)>. Acesso em: 30 ago. 2018. Art. 4º da Lei



União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria”<sup>74</sup>.

Em meados de 2009 foi desenvolvido o projeto da Lei 12.965, onde ficou em discussão por vários meses. Ocorre que, em 2013, Edward Snowden, que era analista de sistemas da Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos, publicou diversas informações sobre o sistema de controle em massa realizado pela Agência e, em razão disso, o referido Projeto de Lei se tornou prioridade no Brasil, uma vez que havia indícios que a Presidente Dilma estaria sendo alvo de espionagem pelo Governo dos Estados Unidos<sup>75</sup>.

A partir daí o processo para aprovação da Lei do Marco Civil se tornou célere e Dilma, enquanto Presidente, sancionou a lei e sua publicação ocorreu em abril de 2014. Porém, em razão da precipitação em sancionar a referida lei, alguns pontos importantes não ficaram detalhados, como a questão da proteção de dados, *ciber crimes*, comércio eletrônico e direito autoral, que acabaram sendo tratados em leis específicas.

Importante ressaltar os princípios mais importantes trazidos no rol do art. 2º da Lei, que é o respeito à liberdade de expressão, de comunicação, de pensamento, diversidade, proteção à privacidade e dados pessoais, livre-iniciativa, livre-concorrência e proteção aos consumidores a fim de promover a todos o acesso à internet<sup>76</sup>.

Além disso, destaca-se a regulamentação quanto a responsabilização dos usuários pelo conteúdo publicado indevidamente, ficando vedado os provedores de

---

<sup>74</sup> BRASIL. *Lei 12.965 de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 11 set. 2018. Art. 1º

<sup>75</sup> CAMARGO, Coriolano Aurélio de Almeida; CRESPO, Marcelo. *Direito digital*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/DireitoDigital/105,MI257992,71043-O+marco+civil+da+internet+apos+3+anos+desafios+e+oportunidades>>. Acesso em: 11 set. 2018

<sup>76</sup> BRASIL. *Lei nº 12.965 de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 20 set. 2018. Art. 2





acesso responderem pelos danos decorrentes desse conteúdo gerado, salvo quando não retirarem o referido conteúdo no prazo determinado pelo Judiciário, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei<sup>77</sup>.

Por fim, o art. 7º, X da Lei nº 12.965/2014 trouxe a possibilidade do direito ao esquecimento, ou seja, qualquer pessoa que tenha seu direito violado, seja quanto à personalidade ou não, e seja publicado de forma lícita ou não pode requerer a retirada desse conteúdo, conforme a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia:

Em 13 de maio de 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) reconheceu o direito dos cidadãos de serem esquecidos na Internet e solicitar ao Google e a outros buscadores que retirem os *links*. O Tribunal europeu decidiu que todo indivíduo tem direito ao esquecimento e pode pedir a remoção da Internet de *links* que considere negativos para sua imagem, mesmo que o original corresponda à verdade e tenha sido postado legalmente<sup>78</sup>.

Dessa forma, fica claro que o Direito não pode ser omissivo quanto à evolução da Internet, uma vez que é necessário uma regulação e controle sob a vasta informação que fica a nossa disposição e se espalha pelo mundo em segundos, preservando, assim, os direitos fundamentais dos indivíduos, como a privacidade, os direitos autorais e, principalmente, a proteção das nossas informações pessoais.

### **4.3 Lei nº 13.243 de 2016 - Marco legal de ciência, tecnologia e inovação**

O Marco Legal de Ciência e Tecnologia, publicada no dia 11 de janeiro de 2016 e sancionada por Dilma Rousseff, enquanto Presidente, “dispõe sobre

---

<sup>77</sup> BRASIL. *Lei nº 12.965 de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 20 set. 2018. Arts. 18 e 19.

<sup>78</sup> PAESANI, Líliliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 7 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014



estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação”<sup>79</sup>. Como se depreende do tópico acima, a referida legislação trouxe importantes alterações na Lei nº 10.973 de 2004, porém, houve mudanças em dispositivos de outras normas que tratam do assunto, como:

Dispensa da obrigatoriedade de licitação para compra ou contratação de produtos para fins de pesquisa e desenvolvimento (alteração na Lei 8.666/93);

Regras simplificadas e redução de impostos para importação de material de pesquisa (alteração na Lei das Importações de Ciência Tecnologia e Inovação – Lei 8.010/90 e na Lei 8.010/90);

Permite que professores das universidades públicas em regime de dedicação exclusiva exerçam atividade de pesquisa também no setor privado, com remuneração (alteração na Lei 12.772/12);

Aumenta o número de horas que o professor em dedicação exclusiva pode dedicar a atividades fora da universidade, de 120 horas para 416 horas anuais (8 horas/semana) – alteração na Lei 12.772/12;

Permite que universidades e institutos de pesquisa compartilhem o uso de seus laboratórios e equipes com empresas, para fins de pesquisa (desde que isso não interfira ou conflite com as atividades de pesquisa e ensino da própria instituição) – alteração na Lei 10.973/04;

Permite que a União financie, faça encomendas diretas e até participe de forma minoritária do capital social de empresas com o objetivo de fomentar inovações e resolver demandas tecnológicas específicas do país (alteração na Lei 10.973/04); e permite que as empresas envolvidas nesses projetos mantenham a propriedade intelectual sobre os resultados (produtos) das pesquisas (alteração na Lei 10.973/04)<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> BRASIL. *Lei nº 13.243 de 2016*. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13243.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13243.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2018

<sup>80</sup> ESCOBAR, Herton. *Marco legal de ciência e tecnologia: o que muda na vida dos pesquisadores*. Disponível em: <<https://ciencia.estadao.com.br/blogs/herton-escobar/marco-legal-de-ciencia-e-tecnologia-o-que-muda-na-vida-dos-pesquisadores/>>. Acesso em: 30 ago 2018



Tal legislação possuía diversas críticas, uma vez que era considerada uma lei “genérica”, o que se tornava um empecilho para eventuais realizações de contratos e gestão de projetos. Assim, foi elaborado o Decreto Federal nº 9283/2018 para suprir essas omissões. Tal decreto possui a seguinte finalidade:

Estabelecer medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional<sup>81</sup>.

As principais mudanças desse decreto, além de definir os conceitos de ecossistema de inovação, risco tecnológico, Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação pública e privada, nos termos do art. 2º, foi regulado as formas de estímulo à construção de ambientes especializados e cooperativos de inovação (capítulo II), à participação da instituição científica, tecnológica e de inovação no processo de inovação (capítulo III), à inovação nas empresas (capítulo IV), regulou os instrumentos jurídicos de parceria (capítulo V), as alterações orçamentárias (capítulo VI), a prestação de contas (capítulo VII), e principalmente, regulou as formas e procedimentos de contratação de produtos para pesquisa e desenvolvimento (capítulo VIII) e definiu as regras tributárias sobre a importação de bens para pesquisa, desenvolvimento e inovação.

Dessa forma, é claro observar que o Decreto foi muito bem vindo para a regulamentação desse novo tema que ainda gera muitas incertezas, além de ter trazido conceitos importantes, regulando procedimentos e, conseqüentemente, incentivando os novos empreendedores a fornecer serviços e produtos inovadores.

#### **4.4 Lei nº 13.709 de 2018 – Lei da proteção de dados pessoais**

---

<sup>81</sup> BRASIL. *Decreto nº 9.283/2018*. Estabelecer medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9283.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9283.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2018.



A Lei de proteção de dados regulamenta a forma como empresas ou pessoas físicas podem armazenar os dados pessoais de outros indivíduos a fim de garantir que os direitos fundamentais não sejam violados, nos termos do art. 1º:

Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural<sup>82</sup>.

Atualmente, as empresas que trabalham com tecnologia, principalmente as redes sociais, possuem como característica o armazenamento de dados pessoais de seus usuários. “Tais dados são muito valiosos economicamente porque eles definem tendências de consumo, política, religião e comportamental, podendo servir para que as empresas e políticos direcionem suas estratégias de acordo com essas informações”<sup>83</sup>.

Conforme demonstrado anteriormente, já se discutia sobre a violação e proteção de dados pessoais na Internet, porém, a matéria não saía da zona de discussão até março de 2018, em que foi divulgado que os dados pessoais de 87 milhões de usuários do *Facebook* estavam sendo utilizado pela *Cambridge Analytica* na campanha do Presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, a fim de promover sua candidatura. No Brasil, foram 443 mil pessoas com os seus dados violados, o que impulsionou a edição da Lei da proteção de dados no Brasil<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> BRASIL. *Lei 13.709 de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm)>. Acesso em: 11 set. 2018.

<sup>83</sup> DIZER O DIREITO. *Lei 13.709/2018*: lei geral de proteção de dados pessoais. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/08/lei-137092018-lei-geral-de-protecao-de.html>>. Acesso em: 21 set. 2018

<sup>84</sup> DIZER O DIREITO. *Lei 13.709/2018*: lei geral de proteção de dados pessoais. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/08/lei-137092018-lei-geral-de-protecao-de.html>>. Acesso em: 21 set. 2018



No entanto, não é a primeira vez que o *Facebook* vem sendo alvo dessas violações. Segundo uma pesquisa realizada pelo Estadão, em 2017, a rede social já recebeu diversas sanções em razão da violação dos dados pessoais de seus usuários, o que muitas vezes até os brasileiros acabam não percebendo essas violações, o que não deveria ocorrer<sup>85</sup>.

Assim, é possível observar que a lei de proteção de dados é de extrema relevância não só para o Brasil, mas sim, é uma pauta mundial a fim de impedir a violação da intimidade e privacidade dos usuários na Internet. No Brasil, temos outras legislações que não tratam especificamente dos dados *online* dos usuários, porém, tratam, por exemplo, da proteção dos dados em uma relação de consumo, como o CDC que possui uma seção específica para tratar dos bancos de dados e cadastros dos consumidores, prevista nos arts 44 e 45 do CDC.

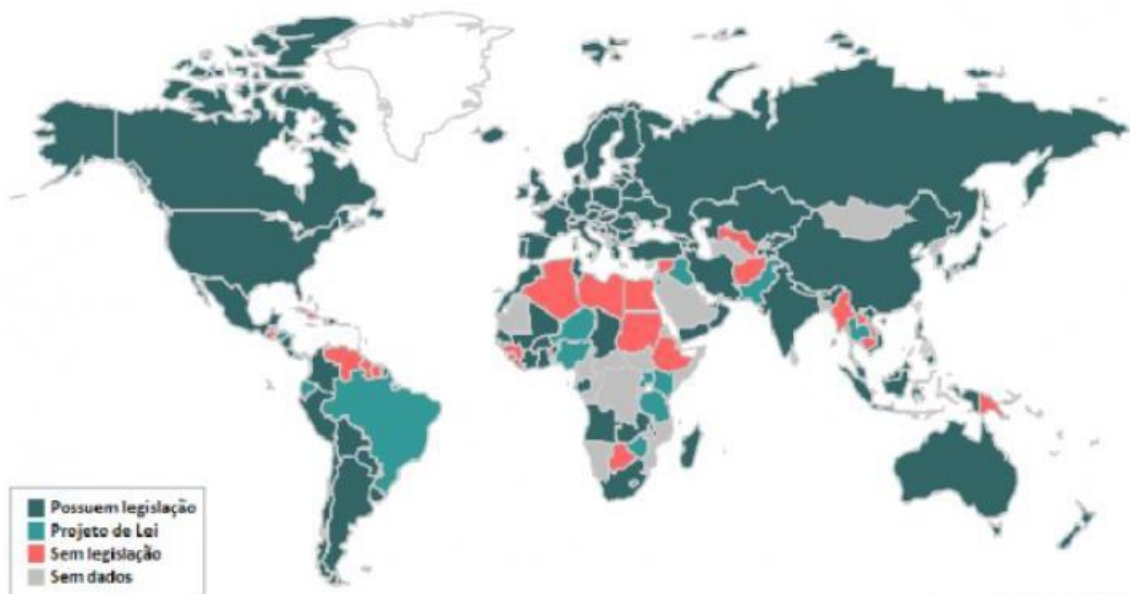
Entretanto, é importante ressaltar que mesmo com o advento da tecnologia e com toda discussão em torno da proteção dos direitos fundamentais, como liberdade de expressão, privacidade, honra, imagem e intimidade na Internet, alguns países ainda estão em fase de projeto de lei e outros sequer possuem legislação de proteção de dados, de acordo com a pesquisa realizada pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento – UNCTAD em 2017, conforme a Figura 3:

---

<sup>85</sup> STEGUN, Erick Pereira. *Precisamos falar sobre dados pessoais*. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/precisamos-falar-sobre-dados-pessoais/>>. Acesso em: 21 set. 2018



Figura 3 – Levantamento dos países que possuem legislação sobre dados pessoais



Fonte: UNCTAD, 01/06/2017

Fonte: STEGUN, Erick Pereira. Precisamos falar sobre dados pessoais. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/precisamos-falar-sobre-dados-pessoais/>>. Acesso em: 21 set. 2018.

Dessa forma, o art. 5º da Lei nº 13.709 traz diversos conceitos importantes sobre o tema, em especial o de dado pessoal e banco de dados, que podem ser definidos, respectivamente, como “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável e conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico”<sup>86</sup>.

Ademais, a Lei veda a aplicação ao tratamento de dados pessoais aos seguintes sujeitos, nos termos do art 4º:

<sup>86</sup> BRASIL. *Lei nº 13.709 de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm)>. Acesso em: 21 set. 2018



Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

- realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;

- realizado para fins exclusivamente:

jornalístico e artísticos; ou

acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei; III - realizado para fins exclusivos de:

segurança pública;

defesa nacional;

segurança do Estado; ou atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou

IV - provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei<sup>87</sup>.

Assim, para o tratamento de dados pessoais é necessário seguir os requisitos previstos no capítulo II da Lei. O requisito que merece destaque é o consentimento, ou seja, se alguma empresa ou pessoa física quiser utilizar algum dado pessoal do usuário do serviço ou produto será necessário seu consentimento expresso e sem qualquer vício de consentimento<sup>88</sup>.

É necessário ressaltar que a referida Lei criou a figura do Agente de Tratamento dos Dados Pessoais, que pode ser o controlador e/ou o operador. Segundo o art. 5º, VI e II da LGPD, o controlador pode ser uma “pessoa natural ou

---

<sup>87</sup> BRASIL. *Lei nº 13.709 de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm)>. Acesso em: 21 set. 2018. Art. 4º

<sup>88</sup> BRASIL. *Lei nº 13.709 de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm)>. Acesso em: 21 set 2018



jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais” e o operador pode ser uma “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador”.

Ocorre que caso o controlador ou o operador, no exercício da sua atividade, causar dano a outrem, seja patrimonial ou moral, deve reparar de forma solidária pelos danos causados, salvo os casos previstos no art. 43 da LGPD:

O agente provar que não realizou o tratamento de dados pessoais que lhe foi atribuído;

Que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou

Que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro<sup>89</sup>.

O juiz da causa poderá determinar a inversão do ônus da prova quando “for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa”. Além disso, é possível o direito de regresso em face do demais causadores do dano, de acordo com a sua participação para a ocorrência do dano<sup>90</sup>.

Dessa forma, a fim de evitar a ocorrência de danos por parte dos agentes de tratamento, a LGPD estabeleceu a adoção de medidas de segurança a fim de “proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou

---

<sup>89</sup> BRASIL. *Lei nº 13.709 de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm)>. Acesso em: 21 set. 2018. Art. 43

<sup>90</sup> BRASIL. *Lei nº 13.709 de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm)>. Acesso em: 21 set. 2018. Art. 42, §2º e §4º





ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito”<sup>91</sup>.

Portanto, a Lei de proteção de dados foi de extrema relevância para a esfera digital, uma vez que regulamentou matérias que estavam omissas na Lei do Marco Civil, por exemplo, além de garantir uma segurança tanto jurídica quanto pessoal para os usuários da Internet.

As matérias regulamentadas pela Lei que merecem ressalva são os princípios que as atividades de tratamento de dados deverão observar (art. 6º), os requisitos demonstrados acima previsto no Capítulo II (arts. 7º ao 10º), o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes (art. 14), dos direitos dos titulares dos dados, do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público (arts. 23 a 30), da fiscalização (art. 52), as sanções caso haja descumprimento da Lei (arts. 52 e seguintes), dentre outros<sup>92</sup>.

Enfim, é possível observar que as empresas de tecnologia precisam seguir a risca diversas normas a fim de garantir que seu serviço oferece segurança ao seu cliente, além da proteção do seu banco de dados a fim que não haja possíveis violações aos direitos fundamentais dos seus usuários. E caso ocorra o descumprimento da Lei, será aplicado às sanções previstas nos arts. 52 e seguintes da LGPD podendo, inclusive, inviabilizar o negócio, em razão da rigidez das referidas sanções.

## 4.5 Perspectiva normativa de regulação

---

<sup>91</sup> BRASIL. *Lei nº 13.709 de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm)>. Acesso em: 21 set. 2018. Art. 46

<sup>92</sup> BRASIL. *Lei nº 13.709 de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm)>. Acesso em: 21 set 2018



No tocante a perspectiva normativa, será exposto os principais Projetos de Lei apresentados pelos nossos representantes no Congresso Nacional a fim de regulamentar pontos omissos nas legislações acima mencionadas e buscar incentivar a criação e desenvolvimento das *startups* no nosso País, como nas questões tributárias e nos meios de investimentos.

#### 4.5.1. Projeto de Lei nº 1369/2011

Tem autoria de Antônio Carlos Mendes Thame, do partido PSDB/SP, em que altera a medida provisória nº 2.158-35 e prevê a concessão de isenção da contribuição para o financiamento da seguridade social - COFINS às empresas junior, enquanto associações civis sem fins lucrativos, constituídas por universitários<sup>93</sup>. O projeto de Lei ainda será analisado pelas Comissões de Finanças e Tributação e de Constituição e Justiça e de Cidadania.

#### 4.5.2 Projeto de Lei nº 6625/2013

Tem autoria de José Agripino do DEM/RN, em que “dispõe sobre o Sistema de Tratamento Especial a Novas Empresas de Tecnologia (SisTENET) e seu regime tributário diferenciado e dá outras providências”<sup>94</sup>.

Tal projeto possui grande relevância para as *startups*, uma vez que prevê em seu art.3º a isenção de impostos federais para tais empresas que são inscritas no SisTENET por 2 (dois) anos, prorrogáveis por mais 2 (dois).

---

<sup>93</sup> BRASIL, Congresso Nacional. *Projeto de Lei nº 1369/2011*. Concede isenção da COFINS às empresas juniores, na condição de associações civis sem fins lucrativos, constituídas por universitários.

<sup>94</sup> BRASIL, Congresso Nacional. *Inteiro teor do Projeto de Lei nº 6625/2013*. Dispõe sobre o Sistema de Tratamento Especial a Novas Empresas de Tecnologia (SisTENET) e seu regime tributário diferenciado e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=598004>>. Acesso em: 30 ago. 2018



O projeto já sofreu algumas alterações, como a receita bruta trimestral das empresas que seriam beneficiadas que deixou de ser R\$30 mil reais e passou a ser de R\$60 mil reais, uma vez que, segundo o relator, o montante previsto no projeto original é muito baixo, inclusive para uma startup<sup>95</sup>. Assim, o Projeto ainda deve sofrer algumas alterações pelo relator, que ainda vai proferir seu parecer na Comissão de Finanças e Tributação (CFT).

#### 4.5.3 Projeto de Lei nº 446/2014

Tem autoria de José Humberto do PSD/MG, Inocêncio Oliveira do PR/PE e Paulo César do PR/RJ. Tal projeto foi embasado em um estudo denominado por “Capital Empreendedor” produzido pelo Cedes (Centro de Estudos e Debates Estratégicas da Câmara dos Deputados)<sup>96</sup>.

Os autores dessa proposta possuem o objetivo de “estabelecer incentivos, inclusive por meio do aprimoramento do ambiente de negócios no País, aos investimentos efetuados em participações empresariais por meio de capital empreendedor”<sup>97</sup>. O PL se encontra sujeito à apreciação do Plenário.

#### 4.5.4 Projeto de Lei nº 246/2016

---

<sup>95</sup> NOBRE, Noéli. *Comissão aprova incentivo para empresas startups de tecnologia*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CIENCIA-E-TECNOLOGIA/489304-COMISSAO-APROVA-INCENTIVO-PARA-EMPRESAS-START-UPS-DE-TECNOLOGIA.html>>. Acesso em: 30 ago 2018.

<sup>96</sup> BRASIL, Congresso Nacional. *Inteiro teor do Projeto de Lei nº 446/2014*. Dispõe sobre o aprimoramento do ambiente de negócios no País, aos investimentos efetuados em participações empresariais por meio de capital empreendedor. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858513&ord=1>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

<sup>97</sup> BRASIL, Congresso Nacional. *Projeto de Lei nº 446/2014*. Dispõe sobre o aprimoramento do ambiente de negócios no País, aos investimentos efetuados em participações empresariais por meio de capital empreendedor. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858513&ord=1>>. Acesso em: 30 ago. 2018.



Tem autoria de Otavio Leite do PSDB/RJ em que prevê a participação do investidor anjo no aporte de capital na micro e pequena empresa<sup>98</sup>. Tal Projeto foi apensado ao PL nº 246/2016 acima descrito.

Importante ressaltar que a Lei complementar nº 123, publicada no dia 14 de dezembro de 2006, conceitua a figura do investidor anjo no art. 61-A, §2º como uma pessoa física ou jurídica que oferece suporte financeiro às microempresas e empresas de pequeno porte - *startups*, sendo que esse investimento não vai integrar o capital social da empresa (art. 61-A, caput) e o investidor anjo não será considerado sócio e, portanto, não responderá pelas dívidas da empresa que foi aplicado seu investimento (art. 61-A, §4º, I e II)<sup>99</sup>.

#### 4.5.5 Projeto de Lei nº 5432/2016

Tem autoria de Félix Mendonça Júnior do PDT/BA que altera o art. 3º, §1º da Lei 13.267 e autoriza pessoas físicas ou pessoas jurídicas apoiarem na forma de colaboração ou patrocínio às empresas júnior. Atualmente, tal artigo se encontra vetado, sob a seguinte justificativa:

O dispositivo poderia desvirtuar o objetivo educacional da empresa júnior ao permitir a admissão de pessoas jurídicas em associação que deve ser constituída por estudantes matriculados em instituição de ensino superior. Além disso, poderia gerar incertezas quanto às relações financeiras do regime de colaboração aventado, podendo ocorrer eventual prestação de serviço por pessoa jurídica mascarada como ‘colaboração’, fomentando ilegalidades e burlando direitos

---

<sup>98</sup> BRASIL, Congresso Nacional. *Projeto de Lei nº 246/2016*. Dispõe sobre a participação do investidor anjo no aporte de capital na micro e pequena empresa e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079334>>. Acesso em: 30 ago. 2018

<sup>99</sup> BRASIL. *Lei complementar nº 123* de 2006. Estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2018



trabalhistas e deveres tributários.” (razões do veto nº 11/2016. Presidência da República)<sup>100</sup>.

A proposta se encontra pronta para pauta na comissão de educação (CE) e sujeita à apreciação conclusiva pelas comissões.

## 5 CONCLUSÃO

O conceito de *startup* pode ser definido como a fase inicial de uma empresa inovadora que atua em um cenário de extrema incerteza e, atualmente, vêm se destacando como um dos melhores modelos de negócios, em razão da sua flexibilidade de ideias, de incentivos pelo Governo Federal e pela ausência de burocracia.

Uma das principais diferenças da *startup* para uma empresa tradicional são as etapas que cada uma percorre em seu início, ou seja, enquanto uma empresa tradicional investe todos os seus recursos em seu início e “torce para dar certo”, a *startup* possui vários ciclos de vida, em que poderá investir o mínimo possível para o desenvolvimento da sua ideia; passará por fases de testes a fim de identificar se há demanda na sociedade para o seu produto; antes de oficializar a empresa, os empreendedores já saberão o seu público-alvo; além de ter contratos sem burocracia, mas que vão resguarda-la judicialmente e não vão ter custos desnecessários que podem inviabilizar o seu negócio.

Dentre os vários tipos de *startups*, têm-se as *legal technology* e *law technology*, que são startups voltadas a fornecer serviços e produtos para o mercado

---

<sup>100</sup> BRASIL, Congresso Nacional. *Inteiro Teor do Projeto de Lei nº 5432/2016*. Disciplina a criação e a organização das associações denominadas empresas juniores, com funcionamento perante instituições de ensino superior, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2086175>> Acesso em: 30 ago. 2018



jurídico. Tais empresas surgiram em um cenário tradicional, o que vem preocupando os operadores do direito, principalmente os mais tradicionais, uma vez que novas demandas processuais estão surgindo e suas atividades diárias estão sendo automatizadas e otimizadas.

Assim, as inovações disruptivas, que pode ser caracterizada pela criação de serviços e produtos inovadores, e a nova forma de empreender estão alterando diretamente na ordem econômica do país, uma vez que os produtos e serviços estão atingindo um maior número de pessoas, de forma menos onerosa e com maior eficiência e qualidade.

Tais produtos e serviços geralmente são oferecidos através de uma plataforma digital que, conseqüentemente, acaba desestabilizando as empresas tradicionais do mesmo setor forçando, naturalmente, uma inovação no mercado.

Sendo assim, os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa, da livre concorrência e da regulação de mercado, inclusive da intervenção do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, conforme o art. 174 da Constituição Federal, devem ser aplicadas às *startups*, uma vez que é um modelo de negócios já reconhecido na esfera judicial e, portanto, deve ter os seus direitos resguardados, assim como as demais empresas tradicionais.

Dentre as diversas leis que tratam de tecnologia e inovação que foram abordadas no último capítulo deste trabalho, destacam-se, a Lei do Marco Civil (Lei nº 12.965/2014) e a Lei de Proteção de Dados (Lei nº 13.709 de 2018), que foram leis significantes para o cenário da tecnologia e do empreendedorismo, uma vez que trouxeram regramentos para as empresas, sob pena de sanções rígidas que podem inviabilizar o seu negócio e proteção jurídica aos usuários de forma que não haja violação dos direitos fundamentais.

Conclui-se, portanto, que a regulamentação quanto ao tema de tecnologia e inovação foi tardia, porém, necessária e muito importante para a regulação das



atividades das empresas de tecnologia, além de demonstrar a importância do Estado no incentivo tanto no acesso à cultura, educação, ciência, tecnologia, pesquisa e inovação, quanto financeiramente para o desenvolvimento de tais empresas. No entanto, existem temas carentes de regulamentação, especialmente, as questões fiscais que precisam ser discutidas nesse ambiente de inovação e de mudança de perspectiva.

Importante mencionar que, a presente monografia não pretende analisar os resultados ou impactos das leis e das perspectivas normativas, porém, possui o objetivo de mostrar a importância da tecnologia no direito, em especial na advocacia, de forma que a tecnologia vai trazer novos problemas e novas profissões, porém, acredito que a profissão do advogado é algo necessário e que não vai ocorrer sua extinção, no entanto, vai transformar a sua forma de atuação e, conseqüentemente, vai ocorrer uma seletividade dos profissionais.

Assim, o objeto desta monografia foi atingido, pois foi possível demonstrar a importância do advogado que vai deixar de se preocupar em apenas seguir modelos para execução de petições e passar a se importar com temas referentes à tecnologia e em suas conseqüências que vão afetar diretamente sua profissão fazendo com que o bacharel se torne muito mais valioso, interdisciplinar e consiga atender da melhor forma as demandas de seus clientes.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Fábila Santos. *Um estudo sobre as startups no Brasil*. 2013. 76 fls. Monografia (Graduação) – Faculdade de Economia da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2013.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS E LEGALTECHS. *Radar de Lawtechs e Legaltechs*. Disponível em: <<https://www.ab2l.org.br/radar-lawtechs/>>. Acesso em: 19 set. 2018.



ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS E LEGALTECHS. *Radar de Lawtechs e Legaltechs*. Disponível em: <<https://www.ab2l.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Radar-AB2L-v1-Outubro-2017.png>>. Acesso em: 19 set. 2018.

AURUM. *5 dicas eficientes de gestão de escritórios de advocacia*. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/gestao-de-escritorio-de-advocacia/#5>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

BLANK, Steve; DORF, Bob. *Startup: manual do empreendedor o guia passo a passo para construir uma grande companhia*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2014.

BRASIL. Inteiro teor do Projeto de Lei nº 6625/2013. Dispõe sobre o Sistema de Tratamento Especial a Novas Empresas de Tecnologia (SisTENET) e seu regime tributário diferenciado e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=598004>>. Acesso em 30 ago 2018.

BRASIL. *Inteiro teor do Projeto de Lei nº 446/2014*. Dispõe sobre o aprimoramento do ambiente de negócios no País, aos investimentos efetuados em participações empresariais por meio de capital empreendedor. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858513&ord=1>>. Acesso em: 30 ago. 2018

BRASIL. *Inteiro Teor do Projeto de Lei nº 5432/2016*. Disciplina a criação e a organização das associações denominadas empresas juniores, com funcionamento perante instituições de ensino superior, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2086175>> Acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em:





<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 9.283/2018*. Estabelecer medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9283.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9283.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2018.

BRASIL. *Lei nº 10.973 de 2004*. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm#view](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm#view)>. Acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL. *Lei 12.965 de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em:

<[planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.243 de 2016*. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113243.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113243.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2018.

BRASIL. *Lei 13.709 de 2014*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm)>. Acesso em: 11 set. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.709 de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em:



<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm)>.  
Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. *Lei complementar nº 123 de 2016*. Estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm)>. Acesso em 31 ago. 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 1369/2011*. Concede isenção da COFINS às empresas juniores, na condição de associações civis sem fins lucrativos, constituídas por universitários. Disponível em:  
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=502578>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 246/2016*. Dispõe sobre a participação do investidor anjo no aporte de capital na micro e pequena empresa e dá outras providências. Disponível em:  
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079334>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

CAMARGO, Coriolano Aurélio de Almeida; CRESPO, Marcelo. *Direito digital*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/DireitoDigital/105,MI257992,71043-O+marco+civil+da+internet+apos+3+anos+desafios+e+oportunidades>>. Acesso em: 11 set. 2018.

CERVO, Fernando Antonio Sacchetim. *Ordem econômica na Constituição Federal – análise dos fundamentos, fins e princípios*. Disponível em:  
<[http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,ordem-economica-na-constituicao-federal-analise-dos-fundamentos-fins-e-principios,46924.html#\\_ftn7](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,ordem-economica-na-constituicao-federal-analise-dos-fundamentos-fins-e-principios,46924.html#_ftn7)>. Acesso em: 11 ago. 2018.

CHRISTENSEN, Clayton M. *The innovator's dilemma: when new technologies cause great firms to fail*. 1997.

DIZER O DIREITO. *Lei 13.709/2018: lei geral de proteção de dados pessoais*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/08/lei-137092018-lei-geral-de-protecao-de.html>>. Acesso em: 21 set. 2018.

DORNELAS, José Carlos de Assis. *Empreendedorismo: transformando ideias em negócios*. 5 ed. Rio de Janeiro: Empreender, 2014.



ESCOBAR, Herton. *Marco Legal de Ciência e Tecnologia: o que muda na vida dos pesquisadores*. Disponível em: <<https://ciencia.estadao.com.br/blogs/herton-escobar/marco-legal-de-ciencia-e-tecnologia-o-que-muda-na-vida-dos-pesquisadores/>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

FINEP. *Manual de Oslo: diretrizes para a coleta e interpretação de dados sobre inovação*. 3 ed. DCOM/FINEP, 1997

GARCIA, Andressa. *Economía compartida, una reflexión jurídica desde Brasil*. Disponível em: <<http://idealex.press/opinion/columnas/reflexion-juridica-economia-compartida-brasil/>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros editores LTDA, 2010.

HISRICH, Robert D. *Empreendedorismo*. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2004.

INHANDS. *LegalTech: afinal, o que são e o que fazem?*. Disponível em: <<https://inhands.jusbrasil.com.br/artigos/478221697/legaltech-afinal-o-que-sao-e-o-que-fazem>>. Acesso em: 24 maio 2018.

INOVATIVA BRASIL. *Programa de aceleração InovAtiva Brasil*. Disponível em: <<https://www.inovativabrasil.com.br/>>. Acesso em: 17 dez 2018.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Times are changing: disruptive innovation and the legal profession*. May, 2016.

LEMONS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARQUES, Rodrigo. *O robô vai me substituir e acabar com o meu trabalho?* Disponível em: <https://www.lexmachinae.com/2017/11/04/o-robo-vai-me-substituir-e-acabar-com-o-meu-trabalho/>. Acesso em: 15 jul. 2018.

MATOS, Felipe. *Qual a região campeã em densidade de startups no Brasil?* Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/blogs/felipe-matos/qual-a-regiao-campea-em-densidade-de-startups-no-brasil-voce-vai-se-surpreender/>>. Acesso em: 28 maio 2018.



MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35 ed. São Paulo: PC Editorial Ltda, 2009.

MINISTÉRIOS DAS COMUNICAÇÕES. Comunicações disponibiliza aplicativos do INOVApps. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/educacao-e-ciencia/2015/05/comunicacoes-disponibiliza-aplicativos-vencedores-do-inovapps>>. Acesso em 17 dez 2018.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do Capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973.

NOBRE, Noéli. *Comissão aprova incentivo para empresas startups de tecnologia*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CIENCIA-E-TECNOLOGIA/489304-COMISSAO-APROVA-INCENTIVO-PARA-EMPRESAS-START-UPS-DE-TECNOLOGIA.html>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 7 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014.

PINZON, Aline. *Lawtechs – inteligência artificial e novas tecnologias revolucionando o Direito no Brasil*. Disponível em: <<https://www.lexmachinae.com/2017/11/22/lawtechs-inteligencia-artificial-e-novas-tecnologias-revolucionando-o-direito-no-brasil/>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

PROJURIS. *Inteligência artificial no Direito: o que o advogado precisa saber?* Disponível em: <<https://www.projuris.com.br/inteligencia-artificial-direito-advogado-precisa-saber/>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

SILVEIRA, Júlia. *A intervenção do Estado na economia*. Disponível em: <<https://juliassilveira.jusbrasil.com.br/artigos/343650099/a-intervencao-do-estado-na-economia>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

STARTUP. *AB2L apresenta primeira pesquisa nacional sobre o cenário de lawtechs e legaltechs*. Disponível em: <<https://startupi.com.br/2017/07/ab2l-apresenta-primeira-pesquisa-nacional-sobre-o-cenario-de-lawtechs-e-legaltechs/>>. Acesso em: 19 set. 2018.

STARTUP BRASIL. *Programa Brasileiro de aceleração de startups*. Disponível em: <<https://www.softex.br/inovacao/startupbrasil/>>. Acesso em: 17 dez 2018.

STEGUN, Erick Pereira. *Precisamos falar sobre dados pessoais*. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/precisamos-falar-sobre-dados-pessoais/>>. Acesso em: 21 set. 2018.



SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TEODORO, Maria Cecília; D'AFONSECA, Thaís Cláudia; ANTONIETA, Maria. *Disrupção, economia compartilhada e o fenômeno Uber*. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Minas Gerais, 2017.

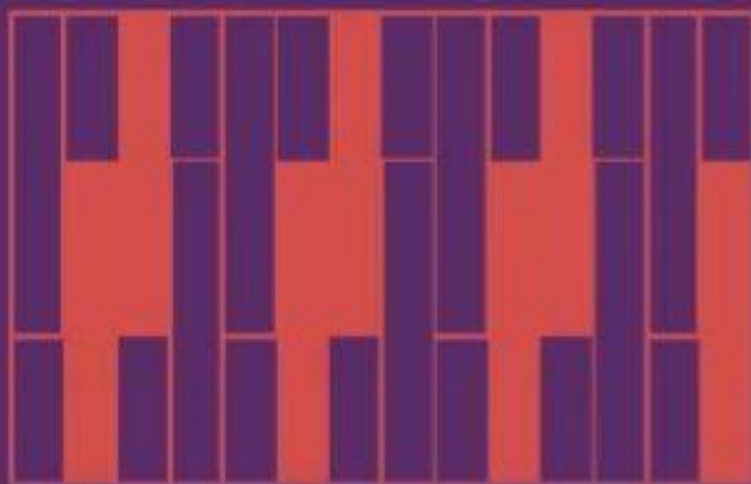
THIEL, Peter. *De zero a um: o que aprender sobre empreendedorismo com o Vale do Silício*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

THOMAS, José. *Teoria da regulação econômica*. Disponível em: <<https://josematereid.jusbrasil.com.br/artigos/332954631/teoria-da-regulacao-economica>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.

VICENTE Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. *Resumo de direito constitucional descomplicado*. 7 ed. São Paulo: Método, 2013.

## Relações Internacionais



## Relações Internacionais





# POLÍTICA DE PODER E DIREITOS HUMANOS NO PROCESSO DECISÓRIO DO BOICOTE OLÍMPICO DE 1980

Arthur Lima Lourenço

## RESUMO

Este trabalho investiga a relação entre a política e o esporte, em específico o episódio do boicote liderado pelos Estados Unidos às Olimpíadas de 1980 em Moscou. Para isso, busca, primeiramente, demonstrar a ingerência da política no esporte e como essa relação se desenvolveu ao longo da história, além de demonstrar alguns exemplos nos quais a política interferiu no Jogos Olímpicos desde sua concepção. Em seguida leva a análise para o campo das Relações Internacionais, onde as teorias de nosso campo são utilizadas para entender a utilização política dos Jogos Olímpicos em vários momentos de sua era moderna. Por fim, trata, especificamente, do caso do boicote olímpico de 1980. Liderados pelos Estados Unidos, durante a Guerra Fria, diversas nações decidiram não participar dos Jogos Olímpicos em Moscou em resposta à invasão soviética do Afeganistão. O trabalho procura entender a constituição da decisão pelo boicote e como ela foi influenciada por aspectos de política de poder e direitos humanos.

**Palavras-chave:** Política. Esporte. Boicote. Processo Decisório.

## INTRODUÇÃO

O esporte é um fenômeno global muitas vezes ignorado no campo das Relações Internacionais. Sua presença consistente no cenário mundial é inegável e facilmente visualizada a partir da fundação dos Jogos Olímpicos modernos em 1896, pelo Barão de Coubertin. A influência política no âmbito dos Jogos olímpicos foi rechaçada desde sua fundação, cujo objetivo, entre outras coisas, era o de que a competição esportiva internacional levasse os indivíduos e as nações a se verem



como amigos pacíficos. De acordo com o espírito olímpico, o esporte deveria ser uma área onde um entendimento comum poderia ser alcançado e a política não deveria se fazer presente.

No entanto, diversos exemplos demonstram a falha na tentativa de separar os Jogos Olímpicos da política, como as olimpíadas nazistas de 1936, na qual o evento foi utilizado como ferramenta de propaganda da então alegada “superioridade ariana” ou os protestos contrários aos Jogos Olímpicos de Pequim em 2008, em face ao desrespeito chinês aos direitos humanos. Porém, provavelmente, nenhum outro momento histórico reflete tão bem a junção de esportes e política como as Olimpíadas de 1980, sediada em Moscou durante a Guerra Fria.

Especificamente nos Jogos de 1980, ocorre o maior boicote olímpico já registrado, liderado pelos Estados Unidos. Esse acontecimento é o objeto do estudo aqui proposto que, em especial, busca entender como, durante o processo por sua decisão, argumentos de política de poder e de direitos humanos foram alegados e como se deu (se constatada) sua influência na decisão final.

Para tanto, o trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro trata da definição de jogo e competição bem como as diferenças entre eles. Em seguida aborda a construção de nossa atual concepção de esporte. Por fim, adentra no tema do surgimento dos Jogos Olímpicos modernos e os seus ideais fundacionais.

O segundo capítulo busca trazer a análise para o Campo das Relações Internacionais, para entender, através de suas teorias, os mais diversos aspectos dos Jogos Olímpicos modernos no cenário internacional.

Finalmente, o terceiro capítulo, foca no caso do boicote às Olimpíadas de 1980. Busca-se entender como se deu o processo por sua decisão e posterior consolidação, com foco nos argumentos de política de poder e direitos humanos usados à época. Para tanto o estudo de análise de processo decisório proposto por Alisson (1969) é utilizado como modelo analítico, uma vez que seu estudo “*Conceptual*





*models and the Cuban missile crisis*” fornece três abordagens metodológicas distintas que buscam explicar as tomadas de decisões políticas, o que certamente é fundamental para o estudo do caso proposto, já que fornece uma gama de dimensões e perspectivas essenciais para a análise de um processo decisório.

## **1 JOGO, ESPORTE E POLÍTICA**

O presente capítulo foi dividido em três tópicos para melhor esclarecimento de características fundamentais ao estudo proposto, especialmente, a inserção do esporte como um objeto da política. O primeiro tópico “A Evolução do Conceito de Jogo” busca, a partir do conceito *Homo Ludens* de Huizinga (2000), detalhar como o jogo é uma característica inerente ao ser humano, para depois, aplicar tal pensamento à sociedade grega clássica. Nele, destaca-se a introdução do valor político ao jogo.

O segundo tópico “A Gênese do Esporte Moderno” tem o intuito de detalhar as diferenças entre as práticas físicas, descritas no tópico anterior, e o esporte tal como conhecemos na atualidade. Aqui fica nítida a ingerência da sociedade moderna no campo das atividades físicas.

Por fim, o terceiro tópico “O Estabelecimento dos Jogos Olímpicos Modernos”, busca unificar o exposto nos tópicos anteriores na intenção de entender como ocorre a instituição dos Jogos Olímpicos modernos. É relevante o papel de Pierre de Coubertin, suas ideias na concepção dos jogos modernos e a discussão sobre a presença ou não de ideais políticos em sua idealização e posterior efetivação. Por fim, se faz um apanhado de algumas manifestações notórias no âmbito dos Jogos modernos.

### **1.1 A evolução do conceito de jogo**

Alguns antropólogos alegam que o jogo é anterior à cultura, uma vez que a atividade lúdica pode ser visualizada em locais onde não se percebe a presença de



uma sociedade, como entre os animais. (VASCONCELLOS, 2008) Buscando uma definição do ser humano, Huizinga (2000), cunha a expressão *Homo ludens* para definir o ser humano a partir da prática de jogos. Julgando a função social do jogo tão importante como nossas habilidades de fabricar objetos (*Homo faber*) e de raciocinar (*Homo sapiens*), o autor define que

[...] mesmo em suas formas mais simples, ao nível animal, o jogo é mais do que um fenômeno fisiológico ou um reflexo psicológico. Ultrapassa os limites da atividade puramente física ou biológica. É uma função significante, isto é, encerra um determinado sentido. No jogo existe alguma coisa "em jogo" que transcende as necessidades imediatas da vida e confere um sentido à ação. Todo jogo significa alguma coisa. Não se explica nada chamando "instinto" ao princípio ativo que constitui a essência do jogo; chamar-lhe "espírito" ou "vontade" seria dizer demasiado. Seja qual for a maneira como o considerem, o simples fato de o jogo encerrar um sentido implica a presença de um elemento não material em sua própria essência. (HUIZINGA, 2000, p. 5)

Nessa definição, o jogo é apolítico em sua essência, uma vez que, independe da sociedade ou sequer do ser humano para existir. Assim, o jogo puramente lúdico é função em si mesmo, ou seja, vencer um jogo lúdico diz respeito apenas ao próprio jogo, nada mais do que isso. Huizinga (2000) demonstra, como aspectos culturais, tais como os cultos, detêm elementos dos jogos lúdicos e os utilizam em função de algumas características sociais específicas. Nesse escopo, as sociedades são permeadas de diversas características e condutas também observadas no mundo dos jogos lúdicos.

Se, finalmente, observarmos o fenômeno do culto, verificaremos que as sociedades primitivas celebram seus ritos sagrados, seus sacrifícios, consagrações e mistérios, destinados a assegurar a tranquilidade do mundo, dentro de um espírito de puro jogo, tomando-se aqui o verdadeiro sentido da palavra. Ora, é no mito e no culto que têm origem as grandes forças instintivas da vida civilizada: o direito e a ordem, o comércio e o lucro, a indústria e a arte, a poesia, a sabedoria e a ciência. Todas elas têm suas raízes no solo primeiro do jogo. (HUIZINGA, 2000, p. 8)



Entretanto, é evidente que, atualmente, imaginar a prática de um jogo de maneira dissociada da cultura é difícil. A partir dessa afirmação, percebemos que o ludismo é alcançado pela esfera social e passa a ser por ela utilizado. “O jogo” teria, a partir daí, o papel de sustentar condutas que digam respeito, não somente “aos jogadores”, mas que digam respeito à comunidade, mesmo que ela não tenha ciência disso.

Na Grécia antiga, uma sociedade notoriamente politeísta e agonística, o elemento lúdico é incorporado “na simbologia e no sustento dos cultos e ritos sagrados, nas provas de sacrifício e nas honras aos deuses, no respeito às consagrações e na reverência aos mistérios” (Vasconcelos, 2008, p.37). O templo, o teatro e o estádio seriam manifestações de tal regramento, a partir do qual, condutas específicas devem ser seguidas.

Os gregos fizeram questão, até mesmo, de distinguir linguisticamente o jogo (praticado em sua maior parte pelas crianças), da competição. O primeiro seria aquele no qual o resultado é inerente à sociedade, se joga simplesmente por jogar. Já o segundo, é de interesse público, afeta a própria conduta social. A competição, era parte tão fundamental da sociedade grega que permeava diversas de suas práticas sociais:

Even the art of drama in Athens took the form of civic contests, in which tragedians like Aeschylus and Sophocles competed against each other for prizes. It comes as no surprise, then, to learn that the ancient Greeks invented athletic competition as we know it, and indeed we take our words athlete and athletics from ancient Greek. One of the many ways in which we moderns are the heirs of the ancient Greeks is our revival and recreation of the supreme athletic competition they first staged, the Olympic Games. As Nietzsche realized, no subject takes us closer to the heart of the ancient Greek world than the competitive spirit of the Olympics. (CANTOR, HUFNAGEL, 2012, p. 49)

A partir dessa perspectiva e da noção de que a religião era parte inquestionável da Grécia antiga, podemos perceber como eles a utilizavam para



nortear algumas de suas celebrações. Assim, os Jogos Olímpicos clássicos unem, através da competição física, características da cultura grega no âmbito da celebração de um evento competitivo. Primeiramente, eles são constituídos para venerar o deus grego Zeus (atributo religioso). Em segundo lugar, eles têm o papel de preparar os gregos para possíveis conflitos com outras sociedades, mesmo que os praticantes não se dessem conta (atributo agonístico).

A partir daí, pode-se fazer outra diferenciação entre o jogo puramente lúdico e o jogo competitivo. O primeiro, como vimos anteriormente, é essencialmente apolítico. O segundo, mais especificamente os jogos olímpicos clássicos, se beneficia de características lúdicas para promover, através da competição esportiva, algum ideal político. No caso de Grécia antiga, o papel político é o manter o povo preparado para a guerra e cultuar aos deuses ao mesmo tempo em que atendia aos ideais de beleza desenvolvidos pela sociedade grega.

## **1.2 A gênese do esporte moderno**

A presença da prática de esportes, em nossa sociedade atual, é notória. A diferenciação entre jogo e competição, feita no tópico anterior, serve para explicar o surgimento dos jogos olímpicos clássicos e sua ligação com aspectos da sociedade grega. No entanto, em nenhum momento, tais práticas recebem a denominação de esporte. A explicação para tal é a mais simples possível. Não existia ali o esporte da maneira que entendemos contemporaneamente. Assim, o presente tópico pretende explicar em que consiste o esporte atual e o diferenciar daquilo que era praticado na Grécia Antiga.

Como vimos, a atividade física na antiguidade grega servia, em resumo, como forma de culto aos deuses ao mesmo tempo em que preparava os gregos para possíveis conflitos. O esporte, como conhecemos hoje, surge na Europa por volta do século XVIII e a partir dali se difunde pelo mundo. Sua formação pode ser entendida



como uma mesclagem de características de jogos culturais, às características da vida moderna. Bratch (2003) resume bem como os jogos adquirem a característica esportiva.

O declínio das formas de jogos populares inicia-se em torno de 1800. Eles parecem ficar paulatinamente fora de uso, porque os processos de industrialização e urbanização levaram a novos padrões e novas condições de vida, com as quais aqueles jogos não eram mais compatíveis. Com isso, os jogos tradicionais foram esvaziados de suas funções iniciais, que estavam ligadas às festas (da colheita, religiosas, etc.) [...] Este fenômeno esportivo tomou como de assalto o mundo da cultura corporal de movimento, tornando-se sua expressão hegemônica, ou seja, a cultura corporal de movimento esportivou-se. (BRATCH, p. 14, 2003)

Duas teorias abrangentes foram desenvolvidas respectivamente por Guttmann e Szymanski para explicar o desenvolvimento do esporte moderno. Guttmann (1978) postulou a própria versão da modernização do esporte, na qual argumentou que o esporte moderno possui sete características estruturais:

- Em primeiro lugar, era secular sem razões religiosas para participação;
- Segundo, deve demonstrar igualdade. Em teoria, todos devem ter a oportunidade de competir e suas condições devem ser as mesmas para todos os participantes;
- Em terceiro lugar, está a ideia de especialização: todos que desejassem poderiam participar do futebol folclórico, esporte em que não havia papéis definidos, mas a ênfase na conquista no esporte moderno trouxe especialização tanto dentro de um esporte quanto entre esportes;
- Quarto, a racionalização em particular o desenvolvimento de regras que nas sociedades primitivas eram frequentemente consideradas rituais dados por Deus. Já nos esportes modernos, não-seculares, foram inventadas e



escritas suas regras. O desenvolvimentos da ciência do esporte trouxe ainda mais racionalização;

- Sua quinta característica foi a burocratização. Quase todo grande esporte moderno tem suas organizações nacionais e internacionais, que desenvolveram extensas burocracias para estabelecer regras universais para o esporte e supervisionar sua implementação. Isso não era necessário quando não havia regras escritas;
- Sexto, aconteceu a quantificação pelo qual os esportes modernos transformam todos os feitos atléticos em estatísticas;
- Por fim, a partir da quantificação, há seu sétimo ponto, a ênfase moderna em registros.

Por outro lado, Szymanski argumenta que o esporte moderno emergiu de novas formas de associação, que se desenvolveram autonomamente na Grã-Bretanha após a retirada do Estado do controle das atividades associativas. Ele contrasta com a situação em alguns países como França e Alemanha, onde a formação de clubes continua exigindo a aprovação explícita ou implícita do Estado. Nesses dois países, os esportes modernos se desenvolveram de maneira consistente com, ou mesmo a serviço dos objetivos do Estado, principalmente a necessidade de manter a preparação militar. (SZYMANSKI, 2008)

É interessante notar que, em ambas as concepções, a gênese do esporte é cultural e está intimamente ligada à sociedade civil. Apesar da noção de Skymansky (2008) de que o esporte se desenvolve a partir da ausência da ingerência estatal, é patente que tal ingerência acaba por ocorrer na modernidade. Ou seja, o esporte (ainda apenas como jogo) surge na sociedade como uma prática cultural e é regulado pelo Estado o que confere a ele o *status* de esporte. Tal ingerência também é observada na forma negativa, como observa Bratch (2003)



é importante observar também, que os jogos populares foram muitas vezes reprimidos pelo poder público, como aliás, também foi o caso de uma prática corporal das classes populares brasileiras, a capoeira, que sofreu perseguição violenta por parte das autoridades brasileiras nas décadas de 1910 a 1930. No caso da Inglaterra, foi principalmente nas escolas públicas que estes jogos vão sobreviver, pois lá eles não eram percebidos como ameaça à propriedade e à ordem pública. Vai ser nas escolas públicas que aqueles jogos (o caso clássico é o futebol) vão ser regulamentados e aos poucos assumir as características (formas) do esporte moderno. (BRATCH, p. 14, 2003)

Assim, em resumo, podemos perceber como a esportização do jogo cultural está intrinsecamente ligada ao surgimento da sociedade capitalista moderna e, em especial, ao advento da revolução industrial na Inglaterra que mudou por completo o hábito de vida dos ingleses. Características desse modelo de organização social são refletidos na própria concepção do esporte moderno. Os pontos definidos por Guttmann são correlacionáveis com a sociedade capitalista como, por exemplo a quantificação, presente tanto no esporte (placar) quanto na economia (PIB).

A presença política, como uma forma de controlar as mais diversas atividades, na sociedade é evidenciada por Foucault no conceito denominado biopolítica.

A biopolítica lida com a população, e a população como problema político, como problema a um só tempo científico e político, como problema biológico e como problema de poder. (FOUCAULT, 1999, p. 292-293).

A influência da política no controle da população é facilmente transportada para a temática dessa pesquisa, como, no anteriormente elucidado, desenvolvimento do esporte moderno na Inglaterra, no qual o Estado inglês passa a regular a atividade, antes considerada uma prática cultural.

He (Foucault) labeled this version of state power “biopower” or “biopolitics,” a politics concerned with governing populations, which operates by controlling bodies through regulatory and disciplinary systems and by increasing its capacities for surveillance in areas such as family, health,



sexuality, birth, and death.(BESNIER; BROWNELL; CARTER, 2017, p. 201)

O foco de Foucault no corpo abre uma nova maneira de entender a relação entre esporte e Estado. Não é por acaso que os estudos de educação física se desenvolveram em paralelo com o fortalecimento do Estado soberano. Uma análise do movimento olímpico, através do conceito de biopolítica demonstra como a filosofia do olimpismo disciplina os atletas, molda pensamentos e conceitos e utiliza a plataforma olímpica para exibir o resultado desse processo como um exemplo para o público. (BESNIER. BROWNLL; CARTER, 2017)

### **1.3 O estabelecimento dos jogos olímpicos modernos**

A reinstuição dos Jogos Olímpicos em 1896 é contada oficialmente como uma tentativa de promoção da paz entre Estados. A escolha semântica do Barão de Coubertin ao buscar recriar as antigas práticas físicas dos gregos é extremamente interessante do ponto de vista político de construção de um discurso. A opção pela expressão “Jogos Olímpicos” em oposição a alguma outra, como, “Esportes Olímpicos” merece ser analisada mais a fundo, afinal de contas, sua escolha é fundamentalmente ligada à sua intenção de atuação.

Recriados pelo aristocrata francês Pierre de Coubertin em 1896, os Jogos Olímpicos da Era Moderna são pautados pelo princípio filosófico do “olimpismo” que busca, entre outras coisas, desvincular o evento de qualquer tipo de política. Os jogos modernos teriam, em suma, o papel de gerar harmonia, bem-estar e paz entre os povos a partir da competição esportiva. Coubertin se inspira nos jogos clássicos e deles retira ideias que seriam reproduzidos em sua versão moderna.

I was right to create from the outset, around the renewed Olympism, a religious sentiment (transformed and widened by Internationalism, Democracy and Science) [...] This is the origin of all the rites which go to make the ceremonies of the modern Games. (COUBERTIN, 1935, p. 131)





É importante ressaltar que Coubertin fundou o movimento olímpico com uma doutrina de universalismo, que, como aparece na Carta Olímpica mais recente, busca afastar-se de qualquer ligação com o campo político. Como reporta Boykoff (2016) os idealizadores declaram que *“We actively combat the introduction of politics into the Olympic movement and are adamant against the use of the Olympic Games as a tool or as a weapon by any organization”*. (BOYKOFF, 2016, p. 60)

O terceiro item de sua regra de número cinquenta da Carta Olímpica define que “não é permitida em qualquer instalação Olímpica qualquer forma de manifestação ou de propaganda política, religiosa ou racial” (Carta Olímpica, 2011, p.101). A manifestação política, no âmbito da prática esportiva, é vista, pela doutrina do olimpismo, como uma forma de criar inimizades e, conseqüentemente, minar o objetivo da doutrina que consiste em

O objetivo do Olimpismo é o de colocar o desporto ao serviço do desenvolvimento harmonioso da pessoa humana em vista de promover uma sociedade pacífica preocupada com a preservação da dignidade humana. (Carta Olímpica, 2011, p.25)

Assim, mais do que apenas um festival esportivo, os jogos são imbuídos de uma visão filosófica complexa que implica em princípios éticos, como Lapchick bem explicita.

The aims of the Olympic Movement are to promote the development of those fine physical and moral qualities which are the basis of amateur sport and to bring together the athletes of the world in a great quadrennial festival of sports thereby creating international respect and goodwill and thus helping to construct a better and more peaceful world.(LAPCHICK, 1978, p. 1)

Pierre de Coubertin, conseguiu, com aquilo que denominou “olimpismo”, não apenas influenciar o crescimento dos Jogos, mas também delimitou aspectos éticos e sociais fundamentais do movimento olímpico. Quando os Jogos Olímpicos são abordados como meros campeonatos esportivos, no entanto, o significado das



Olimpíadas o movimento e seus ideais inspiradores não são totalmente compreendidos nem apreciados. Da mesma forma, muitas vezes é difícil determinar como o olimpismo esclarece questões éticas e conflitos que surgem dentro e através de competições esportivas, uma vez que, como demonstrado acima, ele nem mesmo prevê a ocorrência de tais entraves.

### *1.3.1 A política na concepção dos jogos olímpicos modernos*

Como os dois primeiros tópicos do presente capítulo demonstraram, o esporte reflete as sociedades das quais emerge. É impossível para o esporte se distanciar dos problemas que afetam o mundo em geral. Embora os administradores esportivos, como Coubertin, insistam no discurso de que esporte e política não se misturam, ambos se baseiam em princípios semelhantes a primazia do mais forte em detrimento do mais fraco. A tentativa de isolar os jogos da presença política é o discurso adotado por Coubertin. No entanto, alguns acadêmicos não concordam com tal pressuposto.

Quando o barão Pierre de Coubertin criou o conceito das Olimpíadas modernas para destacar tudo de positivo sobre a humanidade através das virtudes do fair play, competição e disciplina, ele constrói o discurso dos Jogos como um palco para melhorar as relações internacionais, reconciliar as nações e promover a paz mundial. No entanto, diversos são os autores que indicam, em contradição ao exposto no tópico anterior, a presença de ideais políticos nos jogos modernos. O presente tópico se dedica a demonstrar, de forma extensiva, tais argumentos.

O rechaçamento do caráter político da instituição do jogos modernos é feito de forma consistente por Coubertin. Embora ele tenha rejeitado publicamente injetar política nas Olimpíadas, nos bastidores, ele mobilizou agentes do poder político para ajudar a estabelecer e nutrir os jogos.



As Olimpíadas representam uma das mais disputadas formas de competição internacional e são ao mesmo tempo utilizadas para promover a paz. O esporte olímpico tenta se manter longe da política, mas é constantemente politizado. Da mesma forma que é politizado o jogo lúdico para servir à ideais da sociedade (COTTRELL; NELSON, 2011)

A intenção do Barão de Coubertin, de que a prática esportiva poderia superar a política, criando um ambiente de boa vontade, que tinha como um de seus objetivos construir um ambiente internacional mais respeitoso é, em uma análise superficial, nobre. Porém, o mesmo Barão agiu politicamente, ao trabalhar para impedir a participação alemã na primeira edição dos jogos por conta da recente Guerra Franco-Prussiana. (LAPCHICK, 1978)

Política, no mais amplo sentido do termo, sempre foi uma parte das Olimpíadas. Os jogos modernos foram revividos para propagar uma mensagem política. Em outras palavras, a visão política institucionalizada nas Olimpíadas sempre foi inconsistente e contraditória. Por um lado, propaga o bem comum e a paz e por outro abre brechas para manifestações de cunho nacionalistas. (GUTTMANN,1992)

In reality the Olympics are political through and through. The marching, the flags, the national anthems, the alliances with corporate sponsors, the labor exploitation behind the athletic-apparel labels, the treatment of indigenous peoples, the marginalization of the poor and working class, the selection of Olympic host cities—all political. To say the Olympics transcend politics is to conjure fantasy. (BOYKOFF, 2016, p. 13)

O olimpismo e sua doutrina da universalidade não são muito mais do que uma filosofia de conveniência segundo Berg, que pontua algumas de suas contradições, entende que o plano filosófico do olimpismo não se efetiva da maneira esperada na, uma vez que, na realidade, a política domina os Jogos

For the cities and corporate sponsors of the games, Olympism and its doctrine of universality are not much more than a philosophy of convenience; a pre-packaged ideology ready to



be adopted when the Olympics come to town. Few outside the IOC share Coubertin's views on the moral neutrality of political systems, or, indeed, the IOC's view that politics has nothing to do with the Olympic ceremony. Instead, for the host nations, the games represent an easy opportunity to conduct domestic and international politics without the distraction of being accused of doing so. Even the athletes, standing on the winners podium, draped in their national flag and singing their national anthem, must realise that politics, not sport, is the dominant Olympic event. [...] At their best, the Olympics are a government supported circus provided by politicians from democratic countries who want the world's media to flock to their most attractive city. But at their worst, the Olympics have provided totalitarian regimes with pre-packaged marketing programs, allowing them to paper-over serious human rights issues while they pretend to be enlightened members of the international community. The moral authority that the International Olympics Committee continues to claim has been repeatedly shattered by the experience of 100 years of the Olympic Games. (BERG, 2008, p.16-18)

O entendimento de todos os autores citados vai na direção oposta daquilo pregado por Coubertin. Como demonstram, é ponto pacífico na literatura atual que a política, seja na sua própria constituição ou na utilização estatal do evento, é parte integrante dos Jogos modernos.

#### **1.4 Manifestações políticas nos jogos olímpicos modernos**

Seguindo o entendimento de que os Jogos modernos estão imbuídos de caráter político, o presente tópico busca exemplificar algumas de suas manifestações, que ocorre muitas vezes na forma de boicote. O boicote aos Jogos Olímpicos tem sido utilizado durante a sua era moderna de forma sistemática por ser uma das formas mais evidentes de protesto. O boicote, talvez, represente melhor a ideia de Estados usando o esporte como um mecanismo para alcançar objetivos de política externa. (BEACOM, 2012 p.113) Apesar disso, não é a única forma de manifestação política visualizada nesse evento.

At the Olympics and beyond, the most basic form of political contention is protest. Protest is a broad concept that refers to a



set of actions aimed to demonstrate disapproval and/or to convince or coerce others to change their behavior. There are a number of actions that can be considered forms of protests, from peaceful demonstrations and hunger strikes to boycotts and political violence. (COTTRELL; NELSON, 2010, pag.14)

Os primeiros Jogos Olímpicos modernos estiveram, relativamente, livres de demonstrações políticas. Esse cenário muda a partir das duas guerras mundiais que começam uma série de banimentos e boicotes. (COTTRELL; NELSON, 2011) O primeiro grande exemplo é a Olimpíada de 1936 em Berlim, que serviu de propaganda para o crescente movimento nazista e, conseqüentemente, foi boicotada por algumas nações. Trinta e duas nações boicotaram os Jogos Olímpicos de 1976 em Montreal porque a Nova Zelândia manteve relações esportivas com a África do Sul segregacionista. A invasão soviética ao Afeganistão é um dos principais motivos que leva aos boicotes de 1980 e 1984. (LAPCHICK, 1978)

Em 1972, terroristas árabes sequestraram e mataram atletas israelenses em Munique. O governo mexicano matou estudantes que protestavam protestando contra os Jogos Olímpicos de 1968 na Cidade do México. Os Estados Unidos se recusaram por duas décadas a emitir vistos para atletas da Alemanha Oriental competirem em seu país.

Mais recentemente, as Olimpíadas de Pequim em 2008 foram tidas como uma oportunidade para protestar contra a aspiração da China de ser vista como uma grande potência moderna. Apesar de todos os esforços grandiosos da China como sede olímpica, os Jogos ocorreram sob uma sombra de contestação política sobre questões como direitos humanos, autonomia para o Tibete, segurança de produtos e o fracasso de Pequim em pressionar o governo sudanês em Darfur. (COTTRELL; NELSON, 2010)

Esses são alguns exemplos emblemáticos de manifestações políticas em Jogos Olímpicos. A partir deles podemos perceber a influência dos esportes servem como uma ferramenta política ou como um meio de reconhecimento diplomático ou



isolamento, como veículo de protesto e propaganda, como catalisador de conflito, como forma de ganhar prestígio através da cooperação internacional, como veículo de controle social interno, como estímulo à modernização e unificação, dentre outros. (STRENK, 1979)

### **1.5 Conclusões**

Fazendo um apanhado geral do capítulo, percorremos o conceito de Huizinga, que define o jogo como uma constante humana, podendo ocorrer até mesmo antes da manifestação da sociedade e de sua cultura e, podendo por isso, ter caráter apolítico. Em seguida, aborda-se a utilização de tal preponderância humana em práticas sociais e culturais, exemplificado na utilização social dos jogos olímpicos clássicos com o intuito de promover a religiosidade e a preparação para o conflito.

Dando seguimento, o surgimento do esporte como conhecemos atualmente é o tema do tópico seguinte. Faz-se a diferenciação entre as práticas esportivas clássicas e o esporte moderno. Entende-se que as mudanças advindas com a modernidade são essenciais para a transformação do jogo cultural em esporte. Características da sociedade capitalista industrial emergente contribuem e são incorporadas em aspectos do esporte incipiente. Destaca-se também o papel da sociedade civil e do Estado, o primeiro como fonte da cultura de movimento que é depois regulada pelo segundo, assim transformando-a em esporte.

Os tópicos seguintes se convergem para explicar diversos aspectos dos Jogos Olímpicos da modernidade. A proposta de desligamento dos Jogos da política feita por Coubertin, através do ideal filosófico do olimpismo é rebatida por diversos acadêmicos. Por fim, alguns dos exemplos mais notórios de manifestação política no seio dos Jogos Olímpicos são elencados.

## **2 AS TEORIAS DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS E OS JOGOS OLÍMPICOS MODERNOS**



As Relações Internacionais começaram a ser estudadas de forma institucionalizada e acadêmica ao final da primeira Guerra Mundial, em 1919. Nessa época, as Olimpíadas já eram praticadas há 23 anos, com seis edições realizadas até então. É importante notar que, mesmo com as divergências entre acadêmicos e teóricos da área, as Relações Internacionais podem ser definidas, genericamente, como o estudo de relações ou efeitos políticos que têm ou podem vir a ter impacto ou relevância no âmbito internacional.

É justamente esse fato que demonstra a importância da abordagem feita no capítulo anterior, na qual fica clara a ingerência política no seio dos Jogos Olímpicos modernos. Ora, não houvesse a presença da política nesse tema o presente trabalho não seria possível. Assim, será explorada a visão do campo de estudo das Relações Internacionais, através de suas diferentes teorias e perspectivas, no entendimento do fenômeno dos Jogos Olímpicos.

Although sport does not represent the most frequent research interest among IR scholars, with its global outreach and the impact on international relations and a state's soft power, there has been an increase in the number of works focusing on the relationship between sports and politics. (LUSA, 2017 p.74)

Alguns eventos mundiais são tão intocáveis que às vezes os tomamos como necessários e atemporais e não refletimos o suficiente sobre o que há por trás de sua instituição. As Olimpíadas estão nessa categoria de eventos. Com mais de 110 anos de evolução, a competição teve 250 atletas de 14 países em sua primeira edição moderna. 112 anos depois, em Pequim, participaram mais de 11.000 atletas de 204 comitês internacionais diferentes. (COTTRELL; NELSON, 2011) O seu crescimento é evidente também na transmissão mundial para mais 4.5 bilhões de pessoas em 2008. (TORRES, 2011) Pode-se argumentar que, por exemplo, Lothar Matthäus e Michael Schumacher tiveram uma influência formativa maior na imagem que os jovens têm da Alemanha do que Hegel ou Bismarck.(ALLISON; MONNINGTON, 2003)



Estudiosos de Relações Internacionais ainda demonstram poucos sinais de consideração da presença dos esportes na política internacional. Apesar da existência de trabalhos que analisam o impacto do esporte na sociedade mundial, estes foram escritos, em sua maioria, por especialistas da História, do Direito e da Sociologia. Poucos buscam analisar tal fenômeno a partir da perspectiva das Relações Internacionais. (LEVERMORE; BUDD, 2004) Por conta disso, a presente pesquisa busca, ao menos em parte, preencher a lacuna supracitada.

Da mesma forma que o anterior, este capítulo foi dividido em três tópicos distintos. Explorando a relativa coincidência temporal entre a instituição dos Jogos modernos, há 123 anos, e o estudo acadêmico das relações internacionais, iniciado 100 anos atrás, o presente capítulo busca intercalar diferentes teorias de Relações Internacionais e suas respectivas percepções com o intuito de demonstrar, a partir do que foi exposto no primeiro capítulo, a possibilidade da análise política dos Jogos Olímpicos Modernos.

Diversas teorias são passíveis de aplicação em pesquisas científicas no campo das Ciências Sociais, no qual as Relações Internacionais está inserida. Tendo em vista que um dos pontos mais importantes da pesquisa é o papel dos Jogos Olímpicos como instrumento da política internacional, as diferentes teorias de Relações Internacionais podem ser utilizadas para entender distintos aspectos de tal fenômeno. Cada uma das teorias ajuda a dar uma melhor explicação a diferentes tipos de questionamentos, tendo, cada qual, suas vantagens e desvantagens. Com isso em mente, a depender do aspecto analisado as diferentes abordagens têm melhor eficácia em explicar diferentes aspectos do caso analisado. (SYNDER, 2004).

As abordagens institucionalistas liberais poderiam ser utilizado para entender o funcionamento do Comitê Olímpico Internacional, seu papel internacional e impacto no cenário internacional. O construtivismo focaria nos valores morais coletivos advindos da prática do olimpismo e na promoção de novas ideias e valores.





Seria útil, também, no entendimento da construção política feita para justificar uma decisão externa no âmbito interno e individual. No entanto, cada uma dessas abordagens tem melhor eficácia em explicar diferentes aspectos, sendo assim, as teorias são, de certa maneira, complementares, ao passo que, aonde uma tem dificuldades, outra pode fornecer melhores explicações. (SYNDER, 2004)

## 2.1 A perspectiva realista

Neste tópico serão modelos de análise do Jogos Olímpicos a partir do ponto de vista da perspectiva realista das Relações Internacionais. Discute-se a aplicabilidade de suas abordagens e respectivas visões dos Jogos Olímpicos no cenário externo.

A teoria realista das Relações Internacionais é notabilizada por ser uma das mais utilizadas no campo. Apesar das variações decorrentes de sua evolução histórica/epistemológica, seus fundamentos são de uma presumida natureza má do ser humano que é elevada ao comportamento estatal. A política no âmbito internacional seria fruto da objetividade de tal natureza. Assim, seria possível distinguir, de maneira objetiva, a “realidade” da “opinião”. Essa objetividade é uma das causas primordiais do primeiro debate entre realistas e aqueles que eles chamam de idealistas.

Essa preocupação teórica com a natureza humana tal como ela se apresenta, e com os processos históricos, à medida que eles ocorrem, fez com que a teoria aqui caracterizada ganhasse o nome de realista. (MORGENTHAU, 2003, p.4)

Assume-se, em uma primeira abordagem, que os Estados são os únicos atores no sistema internacional que, nessa perspectiva, é anárquico. As ações dos Estados seriam sempre o resultado de uma escolha racional que busca o acúmulo de poder. Hans Morgenthau (2003), o principal teórico do realismo clássico nas Relações Internacionais descreve que, "a política internacional, como toda a política, é uma luta pelo poder. Quaisquer que sejam os objetivos finais política internacional, o poder é



sempre o objetivo imediato”. Essa pré-disposição à busca pelo poder e a anarquia do cenário internacional levam, para o realista clássico, à uma luta incessante na qual cálculos políticos que levam em conta os interesses estatais são sempre moldados em torno de aspectos ligados ao próprio poder.

O conceito de interesse definido como poder impõe ao observador uma disciplina intelectual e introduz uma ordem racional no campo da política, tornando possível, desse modo, o entendimento teórico da política. (MORGENTHAU, 2003, p.7)

O teórico Edward Hallett Carr descreve de maneira sucinta algumas das falhas do realismo clássico e demonstra como essa abordagem falha em explicar alguns eventos que, notavelmente, ocorrem no âmbito da política exterior. Fica evidente que a não aceitação de atores internacionais distintos dos Estados mina a capacidade do realismo clássico de entender ou até mesmo estudar tais fenômenos, os reduzindo à anomalias.

O realismo, embora preponderante em termos lógicos, não nos dá as fontes de ação que são necessárias até mesmo para o prosseguimento do pensamento. Com efeito, o próprio realismo, se o atacarmos com suas próprias armas, frequentemente se revela, na prática, como tão condicionado quanto qualquer outra forma de pensamento. [...] o puro realismo não pode oferecer nada além de uma luta nua pelo poder, que torna qualquer tipo de sociedade internacional impossível (CARR, 2001, p. 117/122)

Carr expõe também outro aspecto, extremamente importante para os Jogos Olímpicos modernos, no qual o realismo clássico não oferece ferramentas teóricas de explicação ou análise fora de seu contexto político. Esse aspecto se refere à falta de possibilidade de se analisar objetivos e significados fora de seu contexto político. Como seria possível então, a partir dessa teoria, se estudar um evento internacional que é carregado de significados, como o olimpismo, e busca promover a paz, sem o reduzir às supracitadas anomalias?

Acima de tudo, o realismo consistentemente falha porque deixa de oferecer qualquer campo para a ação voltada para



objetivos e significados. Se a sequência de causa e efeito for suficientemente rígida para permitir a "previsão científica" dos acontecimentos, se o nosso pensamento for irrevogavelmente condicionado por nosso status e nossos interesses, então tanto a ação quanto o pensamento se tornam desprovidos de objetivo. (CARR, 2011, p 121)

Por ser uma abordagem pragmática, racional, procurando na sobrevivência e no interesse próprio como os principais objetivos dos estados, onde a guerra é estado de natureza o papel das competições esportivas internacionais e de um Comitê Olímpico Internacional regulador torna-se marginal em comparação com a segurança nacional e política externa.

No entanto podemos utilizar a perspectiva realista em desde o começo dos Jogos Olímpicos modernos, mas especialmente durante o período político entre Berlim 1936 e Los Angeles 1984. Os realistas argumentariam que os cancelamentos dos Jogos Olímpicos de 1916 durante a Primeira Guerra Mundial e Jogos Olímpicos de 1940 e 1944 durante a Segunda Guerra Mundial, mostram que a importância dos Jogos Olímpicos é bem menor se comparada com a segurança nacional dos estados. Nesta visão de mundo, os eventos que vemos no jornal são amplamente gerados por governos competindo entre si com base no uso soberano de recursos nacionais militares e recursos econômicos. O esporte a esse respeito é apenas outro campo de. O esporte internacional é organizado em torno de atletas e equipes que representam seus respectivos países. "Team USA" não é apenas um conjunto de atletas, mas uma personificação da soberania americana. Além disso, nessa perspectiva de "poder", resultados em competições esportivas refletem a força relativa e a riqueza das nações. Não é acidente que os americanos e os soviéticos competiram tão ferozmente através do esporte durante a Guerra Fria como uma extensão de sua rivalidade geopolítica. (CHA, 2009)

O primeiro líder a entender o potencial significado político dos Jogos Olímpicos foi Adolf Hitler, nas Olimpíadas de 1936 em Berlim. A Alemanha usou



os jogos para mostrar-se fortalecida, utilizando-se de uma cerimônia de abertura chamativa, da atmosfera nacionalista nos estádios, e de desfiles militares nas ruas e um nível de organização sem precedentes.

O regime nazista usava o caos político e financeiro da Alemanha em busca de promover sua ideologia nacionalista e racista através da propaganda e do terror para melhorar sua estatura política nacional e internacionalmente. Um realista certamente enquadraria tal atitude na política de prestígio descrita por Morgenthau que pode ser utilizada perfeitamente para entender a escolha dos Jogos Olímpicos para tal demonstração.

[...] na luta pela existência e pelo poder - que de certo modo constitui a matéria-prima do mundo social -, o que os outros pensam sobre nós se torna tão importante quanto o que somos na realidade. O que somos como membros de uma sociedade acaba sendo determinado muito mais pela imagem refletida no espelho das mentes de nossos companheiros (isto é, nosso prestígio), do que pelo próprio original, do qual a referida figura no espelho pode ser apenas um reflexo distorcido. Por isso, constitui uma tarefa necessária e importante fazer com que a imagem mental que as demais pessoas formam da posição de alguém na sociedade represente pelo menos a situação verdadeira, caso não lhe seja superior. É nisso que consiste a política de prestígio. Seu propósito é convencer outras nações do poder que seu país realmente possui - ou que ele acredita (ou deseja) que as demais nações suponham que ele detém. São dois os instrumentos específicos que servem a esse propósito: o cerimonial diplomático, na mais ampla acepção do termo, e a exibição de força militar (MORGENTHAU, 2003, p. 148)

Por outro lado, olhando o Estado como ator unitário e dando pouca importância às instituições internacionais, o realismo falha em explicar alguns incidentes significativos que ocorreram nos Jogos Olímpicos de 1968 na Cidade do México, quando Atletas afro-americanos Tommie Smith e John Carlos, abaixaram as cabeças e ergueram os punhos durante o hino nacional quando receberam suas medalhas, protestando contra a discriminação racial nos Estados Unidos ou, como o capítulo anterior descreveu, as manifestações de terrorismo como a que aconteceu



durante o 1972 Jogos Olímpicos de Munique em 1972, na Alemanha Ocidental, quando terroristas da organização terrorista palestina "Setembro Negro" entraram furtivamente na Vila Olímpica assassinaram onze.

Além da dificuldade em explicar comportamentos violentos de atores não estatais, como o terrorismo, os realistas clássicos encontram dificuldades, por exemplo, ao explicar como o Comitê Olímpico Internacional emergiu como um poderoso ator capaz de restringir o comportamento do Estado, por que os estados gostariam de sediar as Olimpíadas, mesmo quando isso não traga ganho material, ou como os grupos ativistas são capazes de usar as Olimpíadas para pressionar os Estados a mudar seu comportamento. Para questões como essas, outras orientações teóricas, como o construtivismo são mais adequadas para esclarecer o significado mais amplo das Olimpíadas na política internacional. (COTTRELL; NELSON, 2011)

No entanto, uma evolução da teoria, o neo realismo, apresenta condições de fornecer uma análise mais adequada de tal fenômeno. Kenneth Waltz, em sua atualização da teoria realista, entende que o objetivo principal dos Estados no sistema internacional é a sobrevivência.

This institutional perspective is ontologically distinct from realist and neo-realist arguments, because, while it emphasizes the importance of power, it takes institutional structures rather than actors as the units of analysis (KRASNER, 1995, p. 258)

A anarquia, nessa visão atualizada, é inerente aos Estados e dá forma ao sistema internacional conflituoso. Assim, os Estados devem se adaptar à tal situação e, acabam se voltando à temas de segurança e defesa por conta da impossibilidade de se alterar tal natureza anárquica. Os interesses aqui não seriam frutos de uma natureza humana má, como no realismo clássico, e sim um reflexo dessa estrutura internacional.

Although many academics (and more than a few policymakers) are loath to admit it, realism remains the most



compelling general framework for understanding international relations. States continue to pay close attention to the balance of power and to worry about the possibilities of major conflict. (WALT, 1998, p. 43)

O ponto principal torna uma análise neo realista dos Jogos Olímpicos relevante é a possibilidade de análise de como os Estados se comportam em meio ao sistema internacional. Waltz (1979) ainda dá destaque ao papel estatal, mas entende que eles, ao definirem a estrutura do sistema, acabando criando atores. Aqui abre-se a possibilidade de se analisar como os Estados nacionais lidam com esses novos atores.

States are not and never have been the only international actors. But then structures are defined not by all of the actors that flourish within them but by the major ones. In defining a system's structure one chooses one or some of the infinitely many objects comprising the system and defines its structure in terms of them. For international- political systems, as for any system, one must first decide which units to take as being the parts of the system. (WALTZ, 1979, p. 93)

A partir disso e de outras modificações em relação ao realismo clássico, a abordagem neo realista possibilita melhores explicações no que diz respeito à temática da balança de poder e no cenário internacional ao passo em que encontra dificuldades ou fornece explicações reducionistas à outras questões, como as questões associadas ao terrorismo ou manifestações individuais mencionadas anteriormente.

The only analysis that neorealism can offer for the foreign policy of a specific state is based on the power capabilities of that state and the overall distribution of power in the system. Neorealism has little to say about transnational relations. For that matter it has little to say about domestic politics either. (KRASNER, 1995, p 257)

Em resumo, uma análise neo realista abordaria as Olimpíadas como grandes eventos esportivos internacionais como locais para competições internacionais, onde grandes políticas de poder se desenrolam (WALT, 2008). Um exame das Olimpíadas a partir dessa perspectiva pode também ressaltar a duradoura participação dos atores



estatais em um sistema internacional cada vez mais globalizado. No entanto, também sugere que os Jogos não têm efeito independente sobre os resultados internacionais porque eles são simplesmente usados por estados poderosos para aumentar a sua vantagem relativa no sistema internacional. Outras perspectivas neo realistas podem ajudar a dar entendimento ao boicote, como, por exemplo, a de "passar a bola" para outro indivíduo realizar ou ajudar a realizar o trabalho sujo, descrita por Mearsheimer (1995).

O realismo clássico se ateria, em sua maior parte, aos interesses egoístas dos Estados, com ênfase em aspectos de poder e segurança. Alguns fatores característicos dos Jogos Olímpicos, como a sua utilização como o local de batalhas simbólicas entre nações, favorecem, em certa medida, uma análise de viés realista, uma vez que a ação dos Estados, a partir de discursos de suas autoridades, documentos oficiais é de fácil identificação no caso em tela. (BERG; KESSLER, 2012) Indiscutivelmente, a cultura do olimpismo pode ser vista como uma tecnologia disciplinar governante de poder e dominação. Além disso, usando o Olimpismo e suas conexões a respeito do comportamento moral, como tecnologias contemporâneas de poder, existe um enorme potencial para gerar indivíduos auto-reguladores, auto-realizáveis e auto-maximizantes que podem reforçar e perpetuar poderosas redes políticas de progresso. Os realistas argumentariam que essas regulações surgem e são do interesse do estado nacional para, por exemplo, criar produtividade econômica e a manutenção da ordem social. (GIRGINOV; HILLS, 2009)

Diante do exposto, entendo que uma abordagem estritamente realista encontra limitação em esclarecer alguns aspectos importantes dos Jogos Olímpicos. Mesmo assim existem momentos em que sua análise fornece dimensões que outras perspectivas contemplam de forma diferente, como nos casos em que os formuladores de políticas tomam medidas mínimas. Tanto a ação quanto a não ação em relação a boicote, na decisão de política externa, ocorrem em consequência de cálculos de interesse nacional. A partir do entendimento de que os principais eventos



esportivos são concedidos às cidades-sede com vários anos de antecedência, as partes interessadas poderiam informar seu planejamento com avaliações realistas dos futuros impactos políticos globais.

Além disso, por se concentrar nos interesses e poder nacionais, o realismo pode ajudar a entender a relação entre os Estados e o sistema desportivo internacional. Por isso, a teoria realista, merece um lugar na análise da questão esportiva. Ela ajuda a esclarecer a relativa atratividade do boicote em comparação com outras abordagens diplomáticas e outras perspectivas teóricas.

## **2.2 A perspectiva institucionalista liberal**

A análise da utilização política dos Jogos Olímpicos pela perspectiva liberal das Relações Internacionais se assemelha à visão de Pierre de Coubertin, discutida no capítulo 1. A óbvia diferença é que Coubertin não queria dar margem à utilização ou à percepção da política nos Jogos enquanto essa perspectiva estuda, justamente, esses aspectos. Assim, como o realismo, essa visão teórica, passa por diversas modificações epistemológicas com o decorrer do tempo. Aqui, não abordarei nenhuma corrente específica do liberalismo/idealismo, no entanto, farei a análise através de seus preceitos fundamentais.

Esta visão entende que laços de dependência que crescem da interação econômica e política e das regras estabelecidas por instituições internacionais como críticas à política mundial. O esporte não é meramente uma extensão de políticas governamentais nacionais, mas opera em um campo de atuação totalmente separado que reflete a rica interconexão do mundo. Federações esportivas como a Comitê Olímpico Internacional (COI) e Federação Internacional de Futebol (FIFA) constituem atores reais nas relações internacionais que não são afiliados a um estado.

Um dos motivos que tornam essa perspectiva extremamente relevante para o estudo em tela é exatamente essa a sua previsão de que Instituições Internacionais





seriam capazes de atuar de forma a propagar valores e ideias no cenário internacional. Assim, essa abordagem reconhece que os Estados são interdependentes e que atores não estatais e subestatais influenciam o seu comportamento. A abordagem institucionalista liberal mantém as suposições de que os estados são racionais e de interesse próprio, mas também expande esse significado bem como o conjunto de fontes das quais derivam os interesses. (JEDLICKA, 2017)

Conforme discutido no primeiro capítulo, desde a sua fundação, o movimento olímpico moderno como expressão do esporte organizado insistiu na necessidade do esporte ser visto como uma atividade capaz de promover valores éticos e democráticos em todo o mundo. (LENSKYJ, 2017) O liberalismo sugere que há pelo menos uma dimensão das relações internacionais, que consiste em tentativas genuínas de criar ou manter um pedido internacional com base em valores compartilhados. Esses fatores levam essa análise a ter uma dimensão de explicação da própria concepção dos Jogos, abordada no capítulo 1, que não pode ser observada ou entendida por outras perspectivas.

Ao longo do século XX e do século XXI, a indústria olímpica invocou um conjunto de ideais e valores fundamentais para apoiar o conceito de esporte olímpico como um esforço moral com o potencial de elevar participantes e espectadores. Os princípios do olimpismo em seus documentos fundamentais, como a Carta Olímpica, tratam de “liberdade” e “igualdade” entre as nações como seus principais valores. Além disso, a Carta Olímpica descreve, em seu terceiro ponto de fundamentos do olimpismo, que:

O Movimento Olímpico é a ação, concertada, organizada, universal e permanente, de todos os indivíduos e entidades que são inspirados pelos valores do Olimpismo, sob a autoridade suprema do COI. Estende-se aos cinco continentes. Atinge o seu auge com a reunião de atletas de todo o mundo no grande festival desportivo que são os Jogos Olímpicos. (Comitê Olímpico Internacional, 2019)



O argumento de que organizações esportivas internacionais compreendem uma instituição política internacional, atuando como uma interface através da qual outros atores internacionais se envolvem com o esporte implica que essas organizações podem ser reduzidas a uma única unidade analítica e que existe algo como um "Sistema internacional de governança esportiva". Definido as instituições Keohane (1988), diz que “uma instituição internacional é um padrão geral ou categorização de atividade ou para um arranjo construído pelo homem, formal ou informalmente organizado”. Nesse escopo, o trecho a seguir destaca a ligação entre o Olimpismo e o liberalismo.

The link between Olympism and liberalism is therefore inescapable. This ideational aspect of sport is more powerful than people realize. A government that hosts the Olympics is expected to embrace the ideals and values consistent with the Olympic social movement, explicitly in the competitions themselves, and implicitly in their overall role as hosts. This naturally puts pressure on a host government to address practices that are inconsistent with the ideals. (CHA, 2009, p. 1598)

Os efeitos do esporte nas relações internacionais, a partir dessa visão, não seriam o produto apenas de esportistas ou de cálculos estatais, mas de grupos maiores. São necessárias organizações, como os Comitês Olímpicos de cada nação e o Comitê Olímpico Internacional, para que eventos esportivos internacionais possam ser realizados. Nesse passo, as possibilidades comerciais do esporte envolvem não somente os Estados mas também parceiros comerciais e outras entidades não estatais.

A visão de Wight sobre a formação de alianças fornece outra perspectiva, menos otimista, sobre a formação de alianças que pode ser utilizada para explicar a adesão ao boicote a partir do entendimento de que

As alianças não são as amigas da política internacional – a menos que, como observou Aristóteles, utilizemos a palavra amizade para designar relações baseadas na utilidade. Alianças



não podem ser desinteressadas. [...] o objetivo é proteger os interesses de seus povos. (WIGHT, 2002, p.117)

O liberalismo também é significativamente importante para explicar outros aspectos dos Jogos Olímpicos que o realismo falha quando se trata do papel de instituições internacionais, como o COI e a Agência Mundial Antidoping. Embora o realismo e o liberalismo institucional sejam as teorias mais significativas para explicar o movimento, outras teorias e abordagens também continuam ser relevante e entender como os Jogos Olímpicos continuam a crescer como um evento global, influenciando a política global e as relações internacionais.

Por fim, o poder de "moldar as preferências dos demais" formulado por Nye (2004) pode fornecer outra explicação alternativa que ajude a entender a adesão de países à boicotes ou à própria participação nos Jogos como uma forma de exercer, internacionalmente, os desejos políticos de um Estado.

Sport can translate into 'soft power' for some countries. Sport is not just a tool to express national identity or to convey an image of modernity, but in some cases, a positive reputation in sport can augment a country's global status and position on the world stage. In this sense, strong performance in sport becomes a power asset – albeit soft power – *that redounds to the country's benefit*. (CHA, 2009, p. 1590)

A partir do exposto, torna-se evidente a possibilidade de se utilizar o Liberalismo para entender aspectos essenciais dos Jogos Olímpicos. Tal fato ocorre, como exposto anteriormente, por conta de sua acepção de entes não estatais, de valores e ideias, como parte integrante do sistema internacional. Assim, tal perspectiva é útil no entendimento do papel que a filosofia do olimpismo pode exercer no plano internacional, através de organismos internacionais como o Comitê Olímpico Internacional. Assim, Jedlicka (2017), resume de maneira coesa, alguns dos pontos mais plausíveis da análise feita a partir dessa visão teórica:

Characterizing international sport governance as an outcome of state preferences and rational action generates an array of testable propositions about the underlying processes that



produce and sustain the international sport governance regime (e.g. as a response to market failure, as a product of some distribution of state preferences), as well as the factors that influence these processes (e.g. attributes of sport organizations, political and economic characteristics of individual states, relationships among states). These perspectives also illuminate new pathways for investigating sport's relationship to international politics. (JEDLICKA, 2017, p. 12-13)

Dessa forma, as teorias liberais seriam extremamente eficazes em explicar, principalmente, aspectos institucionais do movimento olímpico. A maneira como o Comitê Olímpico Internacional se relaciona com os Estados e patrocinadores, por exemplo, seria bem explorada e explicada por essa vertente. O lado comercial de todo o movimento e os possíveis interesses econômicos daqueles que se candidatam a serem sedes das Olimpíadas também seria de boa apreciação a partir de tal perspectiva teórica. Por outro lado, decisões que prezem as considerações estatais em detrimento de uma abordagem coletiva pode encontrar dificuldades de explicação através dessa abordagem.

### **2.3 A perspectiva construtivista**

As perspectivas construtivistas explicam o surgimento e a estabilidade de regimes internacionais e instituições da mesma maneira que explicam outros fenômenos internacionais, ou seja, como o produto da interação social e processos de criação de significado entre um conjunto de atores. (FINNEMORE, 1996) Diferentemente das perspectivas expostas anteriormente, o construtivismo concorda regula um grau muito maior de autonomia e influência sobre o comportamento de outros atores o sistema internacional e, de fato, o próprio sistema.

Para essa visão teórica, embora o cálculo racional possa desempenhar um papel importante, as instituições internacionais também são o produto de como os atores se envolvem e desenvolvem o significado de ideias, crenças, normas, valores e outros fatores. Além disso, sua legitimidade não se baseia unicamente no apoio



contínuo de uma hegemonia, mas também de sua capacidade de incorporar ou significados particularmente poderosos (BARNETT; FINNEMORE, 2004).

O regime internacional de governança esportiva, como um conjunto de organismos não governamentais que fazem reivindicações e alteram o sistema, é altamente adequada para a investigação construtivista. Isto ocorre porque o construtivismo pode explicar a autoridade e legitimidade das organizações esportivas internacionais sem reduzir a análise a um conjunto de interesses estatais definido de maneira estreita e uniforme, como algumas das perspectivas anteriores. Do ponto de vista sociológico, o papel do esporte internacional na formação da hegemonia cultural ocidental pode também ser uma avenida para uma investigação construtivista frutífera.

Essa escola enfatiza o papel que fatores não materiais como valores, ideias e identidade nacional impactam o mundo. O esporte não é apenas um jogo, mas um modo de interação social entre cidadãos de todo o mundo que transcende as fronteiras do estado. Como o desempenho esportivo é uma fonte de orgulho, não poderíamos subestimar até que ponto o esporte se entrelaça com a nação visão de si mesmo. Não se pode entender por que países pequenos como Cuba ou Alemanha Oriental dedicam uma porcentagem significativa de seus recursos nacionais ao esporte ou porque governos assumem o risco econômico de sediar megaeventos esportivos como o Olimpíadas sem entender a importância de reputação, patriotismo e jogo de prestígio na política mundial. (CHA, 2009)

O construtivismo vê a política internacional como um campo em que diferentes atores operam e em que todos esses atores são capazes de influenciar uns aos outros (FINNEMORE, 1996). A teoria construtivista tem foco no impacto que ideias e normas têm nos atores das relações internacionais. Através da interação entre esses atores, eventualmente, identidades, interesses e comportamentos são formados. Um



papel importante na construção de interesses é atribuído às normas. Tanto Estados como atores não estatais são capazes de construir normas.

A teoria construtivista, parece mais eficaz em esclarecer o papel do COI na política internacional, uma vez que ela abrange a possibilidade de se estudar a formação de conceitos e ideias no âmbito internacional. O maior desafio, como aponta o trecho seguinte, é justamente o de identificar tais conceitos e ideias.

The task lying ahead is to identify other behaviors in the international arena where identity, ideas, and culture can be studied independent of interests in order further to explore the explanatory power of the constructivist approach. Even more imaginative routes must be pursued to discover territory hospitable to a critical test between constructivist and other approaches in political science. (SALA; SCOTT; SPRIGGS, 2007 p. 27)

Assim, identidades podem ser definidas como entendimentos e expectativas relativas a papéis específicos. Entende-se, nessa perspectiva, que as identidades e interesses não são a variável independente, como é reivindicado por estudiosos neo-realistas, mas a variável dependente. Assim, a anarquia não seria um pressuposto do sistema internacional, mas uma consequência. Por interação, os estados formariam ideias, com base em como eles perceber um ao outro em meio à estrutura. (WENDT, 1992)

De acordo com esta abordagem, o ideal olímpico enfatiza a promoção de ações internacionais de entendimento que ocorrem através do esporte e ideias de paz, igualdade e amistosidade. Assim, os Jogos Olímpicos são descritos como um grande promotor de entendimento internacional. É, no entanto, necessário explorar quando e com quais fundamentos os esportes internacionais podem promover a compreensão e fechar lacunas entre nações e quão dependentes eles são das relações políticas entre Estados. Justamente por isso, a ressalva feita por Angell, é extremamente prudente ao demonstrar como os interesses forjados no seio do Estado devem ser, por ele, mantidos.



Na política internacional, nada é mais fácil do que fazer declarações acadêmicas em favor da paz. Mas os governos, que são guardiães e depositários, tem o dever primordial de zelar pelos interesses que lhes são confiados, tais como os compreendem, fazendo caso omissis das idéias e tendências que consideramos ter fundamento em motivos de abnegação e altruísmo. A abnegação e o sacrifício são os últimos fatores que um governo pode considerar. Os governos foram criados para proteger os interesses colocados sob a sua custódia, não para sacrificá-los. (ANGELL, 2002, p. 292)

O Construtivismo vê o sistema internacional como uma construção social, uma vez que consiste em uma combinação de pensamentos e ideias. À medida que esses elementos mudam, o sistema mudará também. Uma compreensão intersubjetiva entre os atores e a estrutura não significa que os estados instantaneamente se tornem aliados ou amigos.

Diante do exposto, podemos concluir que essa perspectiva teórica obtém sucesso, especialmente, no que se refere a demonstrar como o contexto político internacional pode levar a utilização dos Jogos Olímpicos de modo a moldar o sistema e os entendimentos que os Estados co-constroem. Assim, possibilita o entendimento de que tal utilização pode vir a partir do engajamento internacional na promoção dos princípios de paz e bem estar do olimpismo ou mesmo

Estabelece-se que que tal visão teórica é extremamente útil em descrever como as ações dos Estados repercutem no cenário internacional e redefinem o próprio cenário. Assim, é eficaz em analisar casos como o boicote olímpico de 1980, uma vez que, como demonstrará o capítulo seguinte, passa por um processo de construção social e internacional.

## 2.4 Conclusões

Após o exposto, fica clara a possibilidade de se analisar diversos aspectos do esporte, em especial do movimento olímpico, pelo campo de estudo das Relações Internacionais. Cada uma das três vertentes exploradas se mostra mais eficaz em



explicar diferentes aspectos da relação do esporte com a política internacional, reforçando o entendimento do primeiro capítulo de que a política se faz presente no âmbito esportivo. Assim, as teorias realistas se destacam na explicação de aspectos ligados ao prestígio resultante da participação olímpica. As teorias liberais apresentam eficácia em demonstrar o papel de instituições ligadas ao movimento olímpico, como o Comitê Olímpico Internacional, e no caráter comercial dos jogos. Por fim, as teorias construtivistas se destacam na explicação dos valores atribuídos aos Jogos Olímpicos, desde o próprio princípio filosófico do olimpismo até a relação criada entre as Olimpíadas e aspectos relacionados à paz e à saúde.

### **3 O PROCESSO DECISÓRIO PELO BOICOTE**

Após os capítulos anteriores demonstrarem, respectivamente, a ingerência da política no esporte e algumas perspectivas do Jogos Olímpicos através de diferentes correntes teóricas das Relações Internacionais, o capítulo atual se debruçará sobre o processo decisório que culminou com a decisão dos Estados Unidos boicotarem os Jogos de 1980.

Para buscar entender os motivos que levaram à efetivação do boicote, será utilizada, em conjunto com teorias de Relações Internacionais, a metodologia aplicada por Graham Alisson em seu estudo “*Conceptual Models and the Cuban Missile Crisis*”, no qual a decisão pelo cercamento da ilha de Cuba é analisada por meio de três modelos diferentes: o da política racional, o do processo organizacional e o da burocracia política.

Apesar de não serem modelos específicos das Relações Internacionais, sendo mais voltados à análise de processos decisórios, podemos perceber traços de análise semelhantes entre os três modelos propostos por Alisson (1969) e as perspectivas teóricas abordadas no capítulo 2. O modelo da política racional se utiliza de uma metodologia de analítica que foca em um ator unitário, da mesma forma que o





realismo faz com os Estados. O modelo do processo organizacional entende uma decisão como o resultado da deliberação de várias organizações ou instituições, de maneira que se assemelha, em certa medida, à perspectiva liberal das Relações Internacionais que também leva em conta o papel das instituições. Já o modelo da burocracia política se assemelha à vertente construtivista uma vez que ambos podem ser utilizados para entender o papel da troca de ideias e perspectivas diferentes no resultado de uma decisão.

Dessa forma, assim como as teorias de Relações Internacionais, cada um desses modelos pode ser utilizado para entender a tomada por uma decisão a partir de abordagens analíticas distintas.

### **3.1 Contextualização do momento histórico do boicote de 1980**

Os Estados Unidos e a União Soviética foram as duas grandes superpotências da Guerra Fria. O período entre os anos de 1969 e 1979 é denominado *détente*. Esse representa um momento no qual as relações entre EUA e União Soviética se tornam mais flexíveis. Tal flexibilização é consequência de todas as tensões vivenciadas na década anterior, como a crise dos mísseis em 1962 e a possível destruição nuclear que assombrou o mundo no período da coexistência pacífica. Por conta disso, as potências alteram seu posicionamento internacional e passam a agir de forma mais maleável, como podemos visualizar no seguinte trecho proferido pelo presidente Nixon à revista *Time* em 1971:

Devemos lembrar que, na história mundial, só desfrutamos de um período prolongado de paz quando existe um equilíbrio de poder. É quando uma nação se torna infinitamente mais poderosa em sua relação com o potencial competidor que surge o perigo da guerra. De modo que acredito num mundo em que os Estados Unidos sejam poderosos. Acredito que teremos um mundo mais seguro e melhor se tivermos Estados Unidos, Europa, União Soviética, China e Japão, cada um contrabalançando o outro, e não jogando um contra o outro, num equilíbrio constante. (KISSINGER, 2015, p. 208)



É possível visualizar a política da détente no cenário internacional em alguns momentos da sétima década do século passado. O fato de Nixon ter sido o primeiro presidente americano a visitar Moscou, em 1972, já sinalizava mudanças. O acordo Salt, assinado em Moscou, por Nixon e Brejnev, em maio de 1972, previa o congelamento, por cinco anos, do desenvolvimento e da produção de armas estratégicas, bem como o controle sobre os mísseis intercontinentais e lançadores balísticos submarinos. Esse acordo representava “a segunda vez que os dois países realmente assumiam a responsabilidade internacional pelo controle dos armamentos nucleares”. (SARAIVA, 2008, p. 235) A primeira vez se referia ao Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares (TNP), concluído em 1968. Tais exemplos confirmam a mudança de comportamento no cenário internacional por parte dos EUA e da União Soviética se comparados com a década anterior.

Em meio a esse cenário de gradual apaziguamento das tensões entre as duas potências é que se desenvolve a invasão da União Soviética no Afeganistão, em dezembro de 1979. A intervenção militar foi considerada pelos oficiais da URSS como uma resposta relativamente menor à crescente instabilidade política no Afeganistão. Não obstante, o presidente dos EUA, Jimmy Carter, e outros membros de seu governo perceberam a ação soviética como um ato público de agressão, especialmente depois dos dez anos de détente.

The Soviet invasion of Afghanistan was one of the three most significant conflicts of the Cold War era, the others being the Korean War in the 1950s and the wars in Indochina and Vietnam from 1945 to 1975... It was also the only Cold War conflict in which the Soviet forces were directly engaged in full-scale combat outside – or at best on the periphery of – what was generally acknowledged to be the Soviet sphere of interest. The impact of Afghanistan upon the Soviet Union, its armed forces – the army in particular – and the outcome of the Cold War was significant. (STONE, 2004, p. 250)

No entanto, em termos de grandes narrativas da Guerra Fria, pouco se escreveu sobre a própria invasão. Em vez disso, são mais frequentes análises de



como isso afetou a Guerra Fria, com as conclusões mais comuns sendo as de que a invasão mudou a perspectiva do Presidente Carter, chegando a afirmar que era um símbolo do fim da détente. A campanha pelo boicote olímpico destacou a dinâmica das relações políticas internacionais de uma maneira que poucas outras crises durante os anos da Guerra Fria conseguiram, mas ganha ainda menos menção do que o Afeganistão, sugerindo que, para muitos pesquisadores, em termos de implicações para a Guerra Fria, teve apenas um efeito mínimo, apesar das afirmações do Presidente Carter. (STONE, 2004)

Uma das importantes questões frequentemente examinadas em torno do estudo do boicote é até que ponto ele ajudou os EUA a alcançar seus objetivos políticos em relação à inicial ocupação do Afeganistão. Este capítulo se concentrará em como a decisão pelo boicote foi formulada.

### **3.2 O modelo da política racional**

O modelo da política racional utiliza como paradigma o entendimento da política como uma escolha nacional. Este modelo se assemelha bastante à perspectiva realista das Relações Internacionais, uma vez que foca a análise nas decisões do “ator nacional”, tido nesse modelo como o único agente tomador de decisões, a partir de seus objetivo e percepções.

Governments select the action that will maximize strategic goals and objectives. These "solutions" to strategic problems are the fundamental categories in terms of which the analyst perceives what is to be explained. (ALISSON, 1969, p. 694)

Nesse escopo, as ações são tomadas a partir de problemas estratégicos que uma nação enfrenta. Oportunidades e ameaças no sistema internacional fazem com que a nação tome uma decisão.

Para entender o boicote olímpico de 1980 por meio do modelo da política racional, é necessário estudar as perspectivas dos países participantes e dos



envolvidos na elaboração do boicote, em especial os Estados Unidos, o maior organizador e promotor. Para isso, os discursos de seu presidente serão analisados no intuito de se entender os objetivos e motivos que levaram ao boicote.

Em 27 de dezembro de 1979, quando o presidente Hafizullah Amin, do Afeganistão, foi deposto do poder, executado e substituído pelo exilado ex-vice-primeiro-ministro Babrak Karmal, após a invasão soviética. Os americanos reagiram condenando internacionalmente o ato. A primeira menção de Carter ao boicote veio semanas depois em um discurso televisionado em 4 de janeiro de 1980, no qual o presidente dos EUA denunciou a intervenção soviética como uma ameaça extremamente séria à paz e afirmou que os Estados Unidos considerariam boicotar os Jogos Olímpicos de Verão de 1980 em Moscou. O primeiro discurso do presidente dos EUA sobre a invasão soviética do Afeganistão instigou as sanções comerciais como a principal punição, com a ameaça de não comparecer às Olimpíadas como um acréscimo menor. A seguinte parte do discurso demonstra como a menção ao boicote está intimamente ligada à invasão Soviética:

I come to you this evening to discuss the extremely important and rapidly changing circumstances in Southwest Asia. [...] Recently, there has been another very serious development which threatens the maintenance of the peace in Southwest Asia. Massive Soviet military forces have invaded the small, nonaligned, sovereign nation of Afghanistan., which had hitherto not been an occupied satellite of the Soviet Union. Fifty thousand heavily armed Soviet troops have crossed the border and are now dispersed throughout Afghanistan, attempting to conquer the fiercely independent Muslim people of that country. [...] Although the United States would prefer not to withdraw from the Olympic games scheduled in Moscow this summer, the Soviet Union must realize that its continued aggressive actions will endanger both the participation of athletes and the travel to Moscow by spectators who would normally wish to attend the Olympic games. (ESTADOS UNIDOS, JAMES EARL CARTER JR, 1980)



A partir do estipulado pelo modelo da política racional, a visão de Carter delinea a posição dos Estados Unidos depois de visualizarem a ameaça surgida por consequência da invasão soviética. Uma das primeiras formas de reação ao boicote foi a imposição de sanções econômicas e a denúncia pública da invasão. Nesse modelo, o ator nacional ameaçar o boicote como medida de retaliação à invasão é certamente um produto de sua deliberação sobre perdas e ganhos relativos. É importante notar que o presidente não declara que os Estados Unidos boicotarão o evento, apenas afirma em seu discurso que, caso a situação não se altere, essa possibilidade está em pauta. (WALTZ, 1979)

Durante duas semanas, o presidente se conteve esperando em vão por algum sinal que a União Soviética acataria o aviso que havia disso transmitido. Com tropas soviéticas ainda no Afeganistão, o presidente decidiu que era hora de um ultimato. Em outro discurso, declarou que, se essas forças não se retirassem do território do Afeganistão até o dia 20 de fevereiro de 1980, os EUA não competiriam em Moscou. Carter destacou sua posição no programa "*Meet the Press*" da rede de televisão NBC, onde transmitiu suas convicções de que, a menos que o Kremlin cumprisse seu prazo, os Jogos Olímpicos de Verão deveriam ser movidos para outro local, adiados ou cancelados.

Neither I nor the American people would support the sending of an American team to Moscow with Soviet invasion troops in Afghanistan. I've sent a message today to the United States Olympic Committee spelling out my own position that unless the Soviets withdraw their troops within a month from Afghanistan that the Olympic Games be moved from Moscow to alternate site or multiple sites or postponed or canceled. If the Soviets do not withdraw their troops immediately from Afghanistan — within a month — I would not support the sending of an American team to the Olympics. It's very important for the world to realize how serious a threat the Soviets' invasion of Afghanistan is. I do not want to inject politics into the Olympics, and I would personally favor the establishment of a permanent Olympic site for both the Summer and the Winter Games. In my opinion, the most appropriate permanent site for the Summer Games would be



Greece. This will be my own position, and I have asked the U.S. Olympic Committee to take this position to the International Olympic Committee, and I would hope that as many nations as possible would support this basic position. One hundred and four nations voted against the Soviet invasion and called for their immediate withdrawal from Afghanistan in the United Nations, and I would hope as many of those as possible would support the position I've just outlined to you. Regardless of what other nations might do, I would not favor the sending of an American Olympic team to Moscow while the Soviet invasion troops are in Afghanistan. (ESTADOS UNIDOS, JAMES EARL CARTER JR, 1980)

Essa atualização no discurso do presidente demonstra um reforço na possibilidade pelo boicote, ao passo em que tenta coagir uma mudança de comportamento dos soviéticos a partir do estabelecimento de uma data limite. O presidente demonstra outras possibilidades de ação com relação à realização dos Jogos Olímpicos, como a utilização de uma sede permanente na Grécia. Outro ponto notável é a introdução e o pedido de que outros países, especialmente os 104 que votaram contra a invasão na Organização das Nações Unidas, também boicotassem os jogos caso as tropas não fossem retiradas.

A simpatia com a proposta dos EUA não demorou a chegar. O apoio veio de líderes como a primeira-ministra britânica Margaret Thatcher e o primeiro-ministro canadense Joe Clark. Embora a participação em um boicote real seja determinada pelo Comitê Olímpico Nacional de cada país, a posição dos EUA encontrou apoio crescente. Os Comitês Olímpicos Nacionais de vários países europeus sugeriram que os jogos fossem realizados em Moscou, mas sem os adornos políticos habituais. As delegações desfilariam sob a bandeira olímpica, todos os atletas usariam o mesmo uniforme, nenhum hino nacional seria tocado e nenhuma bandeira seria hasteada nas cerimônias de medalhas. O COI decidiu permitir às equipes a opção de não usar as bandeiras ou hinos nacionais nas cerimônias olímpicas, mas não decidiu outros méritos. Mesmo com todas as propostas sendo debatidas e descartadas, a campanha pelo boicote estava se movendo em alta velocidade. (MORRISON, 1982)



Enquanto o prazo de um mês diminuía, Carter se esforçou em convencer o comitê olímpico de seu país a aderir ao boicote. Em carta enviada ao presidente do Comitê, destaca, novamente, como as medidas de boicote seriam uma retaliação à invasão soviética. Destaca ainda como preferia manter a política fora do meio olímpico, assunto debatido extensivamente no primeiro capítulo. O ponto mais importante de tal carta é a percepção do significado político que os soviéticos haviam atrelado às Olimpíadas e como o boicote poderia servir para deter agressões futuras a partir do constrangimento.

The Soviet Government attaches enormous political importance to the holding of the 1980 Olympic Games in Moscow, and if the Olympics are not held in Moscow because of Soviet military aggression in Afghanistan, this powerful signal of world outrage cannot be hidden from the Soviet people, and will reverberate around the globe. Perhaps it will deter future aggression. (ESTADOS UNIDOS, JAMES EARL CARTER JR, 1980)

Passado o prazo de um mês e sem nenhuma mudança no posicionamento soviético, o boicote já não podia ser enquadrado como sugestão ou ameaça que poderia ser descartada, já que não seria ideal que uma potência como os Estados Unidos fizesse uma ameaça pública e não cumprisse. Assim, a ameaça de boicote passou de palavras para ações. Os Estados Unidos afirmavam a certeza de que não estariam em Moscou. No dia 21 de março de 1980, Jimmy Carter entrou em uma sala cheia de atletas, que haviam treinado e sonhado com um lugar na equipe olímpica estadunidense de 1980, e fez o seguinte pronunciamento. (SARANTAKES, 2010)

The Olympics are important to the Soviet Union. They have made massive investments in buildings, equipment, propaganda. As has probably already been pointed out to you, they have passed out hundreds of thousands of copies of an official Soviet document saying that the decision of the world community to hold the Olympics in Moscow is an acknowledgement of approval of the foreign policy of the Soviet Union, and proof to the world that the Soviets' policy results in international peace. [...] Nations who believe in freedom and human rights and peace [should] not add the



imprimatur of approval to the Soviet Union and its government while they have 105,000 heavily armed invading forces in the freedom-loving and innocent and deeply religious country of Afghanistan. I can't say at this moment what other nations will not go to the Summer Olympics in Moscow. Ours will not go. I say that not with any equivocation; the decision has been made. (ESTADOS UNIDOS, JAMES EARL CARTER JR, 1980)

O pronunciamento proferido em frente a dezenas de atletas que iriam aos Jogos é a expressão máxima de que a decisão pelo boicote estava tomada e era definitiva, além de clamar pela mesma posição internacional de outros países. Anunciar tal decisão, em frente aos atletas que clamavam pela mudança na postura, não seria viável se a decisão pudesse ser alterada. Com o boicote agora oficial, tudo o que restava era, primeiro, quais nações seguiriam a liderança dos americanos e, segundo, como o boicote afetaria os Jogos. A essa altura, o boicote não passava de uma medida simbólica, a crença inicial do governo de que poderia forçar os soviéticos a deixar o Afeganistão tinha perdido força rapidamente desde fevereiro. (SARANTEKES, 2010) No final das contas, a pressão exercida internacionalmente pelos Estados Unidos resultou na adesão de mais de 60 países ao boicote, apesar de alguns alegarem não terem enviado as delegações por motivos distintos, como a segurança de seus atletas.

### **3.3 O modelo do processo organizacional e o modelo da burocracia política**

Para os propósitos deste estudo, os modelos II e III proposto por Alisson (1969) serão apresentados de maneira conjunta em um único tópico. Tal decisão se dá em parte pela falta de disponibilidade de material suficiente para separá-los em tópicos distintos. Apesar disso, essa escolha torna a análise do caso em tela um pouco mais dinâmica e orgânica.

O modelo II ou modelo do processo organizacional proposto por Alisson (1969) entende a decisão como produto da deliberação de uma organização ou





governo com uma estrutura complexa no interior processo organizacional foca a organização existente e seus denominados procedimentos operacionais padrão para obter informações, definir possíveis opções e implementar a decisão. Cada organização tem sua própria missão e função e uma série de programas é desenvolvida para realizar essas missões. Ao definir a opção viável, o modelo do processo organizacional é restrito com base nos procedimentos que as organizações acreditam ter o melhor desempenho e eficiência na implementação da decisão, além de satisfazer seus próprios objetivos institucionais.

Já o modelo III, denominado modelo da burocracia política argumenta que os resultados das políticas resultam de um jogo de barganha entre um grupo de atores governamentais. Esses atores possuem preferências, habilidades e posições de poder variadas, escolhem estratégias e objetivos políticos com base em diferentes ideias de quais resultados servirão melhor aos seus interesses organizacionais e pessoais. A negociação então prossegue através de um processo pluralista de troca de ideias que reflete as regras predominantes do jogo, bem como as relações de poder entre os participantes. Como esse processo não é dominado por um indivíduo nem provavelmente privilegia decisões racionais ou de especialistas, pode resultar em resultados abaixo do ideal que não cumprem os objetivos de qualquer um dos participantes individuais. (ALLISON, 1969)

O entendimento de que os resultados da política externa são derivados de programas burocráticos, rotinas e procedimentos operacionais padrão, produz algumas diferenças na análise. Ele enfatiza a importância das influências políticas domésticas no processo de tomada de decisões sobre política externa que às vezes eram ignoradas no modelo de política racional. Portanto, este modelo fornece um entendimento de que a política foi formada não apenas por um tomador de decisão de alto nível, mas ocasionalmente é formada pela organização.

Each organization attends to a special set of problems and acts in quasi-independence on these problems. But few important



problems fall exclusively within the domain of a single organization. Thus, government behavior relevant to any important problem reflects the independent output of several organizations, partially coordinated by government leaders. Government leaders can substantially disturb, but not substantially control, the behavior of these organizations. (ALLISON, 1969, p. 698)

Como o tópico anterior demonstrou, a partir de um olhar unitário, era de clara intenção do presidente Carter que os Jogos de Moscou fossem boicotados após as medidas de sanção econômica e avisos anteriores não terem surtido nenhuma mudança no status da ocupação do Afeganistão. Dessa forma, o modelo atual centra suas atenções em como essas decisões foram construídas a partir da interação entre agentes políticos importantes do governo à época.

Alguns estudos sobre o boicote sugerem que fatores políticos domésticos estavam sempre em jogo durante esse período e foram as principais influências na tomada de decisão, em vez de considerações internacionais que moldaram a decisão pelo boicote. (SARANTAKES, 2010)

Nenhuma agência governamental participou mais do boicote olímpico do que o Congresso dos EUA. Por meio de alguns registros do congresso, é possível ter uma ideia de como os legisladores se sentiram sobre esse polêmico evento esportivo. De 17 de janeiro de 1980 a 28 de janeiro de 1980, houve mais de uma dúzia de resoluções condenatórias que instaram os EUA a boicotar os Jogos Olímpicos. Uma audiência da Comissão de Assuntos Externos da Câmara, em 23 de janeiro de 1980, produziu um documento intitulado "Participação dos EUA nos Jogos Olímpicos de Verão de 1980" e incluiu uma variedade de testemunhas e outros materiais relacionados. (MORRISON, 1982)

Nesse documento, o presidente do Comitê Olímpico Norte Americano, Robert Kane, deixou claro como o anúncio da possibilidade de boicote pegou o Comitê de surpresa. Os atletas, de um lado desejavam, em sua maioria, participar das Olimpíadas e o governo, por outro lado, queria boicotá-los. O outro orador foi o



subsecretário de Estado, Warren Christopher, que falou sobre um possível local alternativo e declarou que, em sua opinião, qualquer atitude, exceto a conversa, deveriam ter sido cortados com a União Soviética, porque se manter os atletas sem competir é a ação mais forte possível a ser tomada, então a credibilidade e eficácia norte americanas foram ineficientes. No lado oposto estava o congressista William Gooding, que entendeu outra forma de ação como a melhor alternativa: usar com êxito e esportivamente as Olimpíadas como uma ferramenta para fazer constranger politicamente a União Soviética. Entretanto, declarou que isso só poderia acontecer se duas coisas ocorressem: as Olimpíadas deveriam ter um local diferente e não deveriam ser boicotadas. (SENADO NORTE AMERICANO, 1980)

Carter e o Departamento de Estado entendiam que uma interrupção dos Jogos de Moscou teria um efeito político e social devastador sobre União Soviética e talvez fosse a arma mais letal no arsenal diplomático. As razões morais para ficar longe de Moscou foram resumidas por Nelson Ledsky, chefe da Força-Tarefa Olímpica do Departamento de Estado dos EUA: "Há algo repelente, sobre as tropas soviéticas no Afeganistão ao mesmo tempo em que pombas estão sendo soltas em Moscou". Em uma entrevista recente, Ledsky foi perguntado se a invasão ao Afeganistão foi o único motivo para o boicote e respondeu da seguinte maneira:

It was the primary reason. The United States in 1980 lacked means of properly responding or responding in any meaningful way to the Soviet invasion of Afghanistan. And one of the instruments that the White House chose was to join with other interested countries who opposed the Afghan invasion by boycotting the Olympics, which had been awarded to Moscow well in advance of 1980. The Olympics, though, were to take place in 1980, and this was deemed a useful response, an embarrassment to the Russians, and a useful response to the Soviet invasion of Afghanistan. (ALIYEV, 2008)

As autoridades tinham ciência de que, para que o boicote ocorresse, entraves domésticos deveriam ser superados. A *National Broadcasting Company* (NBC), que deveria ter televisionado os Jogos nos EUA, teria de sacrificar US\$ 22 milhões em



despesas não cobertas pelo seguro, além de outros milhões de suas receitas de publicidade. A Coca-Cola, refrigerante oficial nas Olimpíadas de Moscou, não estaria lá e todos os fornecedores americanos de uniformes, equipamentos e tecnologia teriam que cancelar negócios importantes. Além disso, é claro, havia os atletas. Se eles concordaram ou não com o boicote, ficaram compreensivelmente desapontados. Para muitos, foi a perda de uma oportunidade única na vida. Anos de dedicação e entusiasmo voltados para o futuro estavam sendo em vão. Todas essas esferas pressionavam os agentes políticos internos no intuito de que o boicote fosse, de fato, a última opção. (BURG; WOODGER, 2006)

O modelo III pode ser utilizado para entender como uma declaração emitida à imprensa em nome de Lord Killanin, presidente do Comitê Olímpico Internacional à época, em 12 de fevereiro confirmou o compromisso do COI com Moscou, definindo a responsabilidade do COI de que os Jogos Olímpicos fossem realizados a cada quatro anos, de acordo com os princípios e dentro das regras, e reconheceu que o Comitê Olímpico Internacional não pode resolver os problemas políticos do mundo. Embora, no contexto, esse comentário tivesse a intenção de estabelecer uma linha clara entre o COI e o alvoroço político em que se encontrava envolvido, revela, pelo menos parcialmente, até que ponto simplesmente garantir que o evento aconteça foi um fator motivador significativo para a organização. Por extensão, isso também mostra quão pouca autoridade o COI realmente exercia quando confrontado por atores políticos mais poderosos. Tal fato é corroborado por sua declaração de que apenas os líderes dos EUA e da União Soviética poderiam resolver o problema, encerrando efetivamente a disputa antes do começo dos Jogos. (SARANTAKES, 2010)

Dentro dos Estados Unidos, houve apoio público ao boicote. A Câmara dos Deputados dos EUA aprovou uma resolução não vinculativa que aprovava a decisão de ficar longe de Moscou com uma votação de 386 a favor e 12 contra; o Senado dos EUA aprovou uma medida semelhante com um resultado de 88 a 4. Porém,



tecnicamente, a decisão de enviar ou não atletas para os Jogos Olímpicos não é da responsabilidade do Presidente ou do Congresso; é o Comitê Olímpico dos Estados Unidos que faz a determinação final em tal situação. (DEPARTAMENTO DE ESTADO DOS ESTADOS UNIDOS, 2001)

Diante desse amplo apoio, no entanto, o Comitê Olímpico norte americano expressou sua disposição de respeitar a decisão do governo dos EUA em relação aos jogos. O então secretário de Estado dos EUA, Cyrus Vance, reiterou ao Comitê Olímpico Internacional que seu governo se opunha ao envio de uma equipe para os Jogos Olímpicos. Dias depois, o presidente do Comitê Olímpico dos Estados Unidos, Robert Kane, anunciou que sua organização "aceitaria qualquer decisão referente à participação dos EUA nos Jogos que o presidente tomasse". (MORRISON, 1982)

Enquanto algumas nações optaram por expressar seu descontentamento com as ações militares soviéticas, não enviando equipes formais para competir, mas também não impedindo que atletas individuais participassem e competissem sob a bandeira olímpica, os atletas dos Estados Unidos foram avisados de que viajar para Moscou para os Jogos teria como resultado a retirada de seus passaportes. Em protesto, um grupo de 25 atletas americanos processou o governo dos EUA pedindo permissão para competir, mas eles perderam o caso. (TULLI, 2016)

Assim, a partir desses dois modelos, podemos visualizar o entendimento de diversos segmentos políticos importantes no âmbito doméstico dos Estados Unidos e como cada um deles se inter-relacionou com os demais nesse caso específico e a relação entre suas lideranças. Fica evidenciado como o boicote teve respaldo popular que se refletiu em votações na Câmara e do Senado norte-americanos, ao mesmo tempo em que sofreu resistência do Comitê Olímpico Internacional, do Comitê Olímpico Norte Americano, de atletas e de empresas. Esses últimos, porém, foram



superados pelo desejo político de instituições governamentais alinhadas e guiadas pelo plano de Carter.

### 3.4 Conclusões

A partir dos modelos propostos por Alisson (1969) podemos visualizar diferentes dimensões envolvidas na tomada da decisão pelo boicote. Fica clara a participação essencial de diversos atores na decisão elaborada, em especial os seguintes: O presidente Carter; a câmara e o senado norte-americanos; o Comitê Olímpico Norte Americano, o Departamento de Estado norte-americano, atletas que competiriam nos Jogos e o Comitê Olímpico Internacional.

A interação entre todos esses atores, é, certamente, mais bem visualizada através dos modelos propostos por Alisson, uma vez que, sua metodologia permite explorar e entender a interação os atores e como suas intenções se chocam e resultam em uma decisão final. A importância de tal metodologia no presente trabalho se dá pela relação diretamente proporcional entre a amplitude da investigação pelo processo decisório pelo boicote olímpico de 1980 e a qualidade da explicação da decisão final, ou seja, pelo fato de se explorar a decisão por diferentes ângulos e perspectivas, mais completa é a explicação da decisão escolhida.

## CONCLUSÃO

A decisão de boicotar foi, portanto, uma decisão política em meio à Guerra Fria, especificamente em retaliação à invasão soviética ao Afeganistão. Entender esse caso sem observar tal aspecto da disputa de poder entre as duas potências é tarefa impraticável. A utilização política de um evento esportivo se mostrou, novamente, uma ferramenta diplomática. Questões relativas aos direitos humanos foram



invocadas para justificar e respaldar a decisão de Carter, pelo boicote que se deu, principalmente, por conta de preocupações de segurança e disputas de hegemonia. No final das contas, o boicote teve um impacto significativo sobre o movimento olímpico internacional, mas muito pouco sobre a situação no Afeganistão.

Entender se o boicote foi “bem sucedido” é difícil de responder. Se o único objetivo dos EUA era demonstrar forte oposição à incursão da URSS no Oriente Médio, a mensagem certamente foi dada. Se, como parecia inicialmente, o objetivo principal era coagir os soviéticos a se retirarem do Afeganistão e impedir a realização dos Jogos Olímpicos em sua capital, o boicote foi um fracasso total.

A administração Carter conseguiu realizar com sucesso seu boicote, apesar da protestos do Comitê Olímpico Internacional e do Comitê Olímpico Norte Americano. De fato, quando a pressão chegou, o governo conseguiu dominar os líderes olímpicos (pelo menos internamente), primeiramente, solicitando e, finalmente, obrigando-os a apoiar sua política. No entanto, em termos de envergonhar os soviéticos, montando uma coalizão de Estados poderosos comprometidos com o boicote, como Carter originalmente esperava, o esforço foi muito menos eficaz.

Dos sessenta e cinco Estados que não participaram de Moscou, apenas alguns (principalmente Canadá, China, Japão, Noruega, Alemanha Ocidental) considerados significativos o suficiente para a política internacional ou para o esporte internacional da época se ausentaram. Isso não apenas mostrou a divisão da campanha de boicote nos Estados, mas também destacou a dificuldade dos governos supostamente livres e liberais em condenar a União Soviética por violações dos direitos humanos.

Entender se os Estados Unidos alcançaram seus objetivos e se o preço pago pelos atletas compensou qualquer ganho político está além dos fins deste estudo. O que o presente estudo deixa bem claro é o fato de que a escolha pelo boicote foi o resultado de uma reação política à empreitada soviética no Afeganistão. As alegações americanas acerca das violações de direitos humanos pelos soviéticos foram



utilizadas como justificativas para mobilizar a campanha internacional pelo boicote. Em todo o processo decisório, é notório que o principal objetivo americano era o de ferir politicamente a União Soviética através da plataforma olímpica, buscando causar constrangimento a partir do não comparecimento de várias nações ao evento.

Por fim, o caso aqui analisado se enquadra naquilo que os dois primeiros capítulos de concentraram em explicar: a união, teoricamente indesejável, do esporte com a política, na qual, a segunda utiliza o primeiro como forma de atingir objetivos que, formalmente, são alheios ao escopo esportivo.

## REFERÊNCIAS

ALIYEV, Kenan. *World: U.S. Organizer Of 1980 Boycott Talks About Politics And The Olympics*. [S. I.] **Radio Free Europe Radio Liberty**. 28 mar. 2008. Disponível em: <https://www.rferl.org/a/1079699.html>. Acesso em: 13 abr. 2020.

ALLISON, Graham. *Conceptual models and the Cuban missile crisis*. **The American Political Science Review**, Vol/ 63, No. 3, 1969.

ALLISON, Lincoln; MONNINGTON, Terry. Sport, Prestige and International Relations. **Government And Opposition**, [s.l.], v. 37, n. 1, p. 106-134, jan. 2002. Cambridge University Press (CUP). <http://dx.doi.org/10.1111/1477-7053.00089>.

ANGELL, Norman. **A Grande Ilusão**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

BARNETT, M; FINNEMORE, Martha, **Rules for the world: international organizations in global politics**. Cornell University Press. New York: 2004.

BEACOM, Aaron. *Sport in International Relations: a case for cross-disciplinary investigation*. **The Sports Historian**, [S. I.], 14 nov. 2009.

BERG, Brennan K.; KESSLER, Seth A.; HUNT, Thomas M.. A realist perspective of Sport Management Program and the H.J. Lucher Stark governmental perceptions of Olympic boycott movements, 1936–2008. **International Journal Of Sport Policy And Politics**, [s.l.], v. 4, n. 3, p. 307-320, nov. 2012. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/19406940.2012.694113>.





BERG, Chris. *Politics, Not Sport, Is the Purpose of the Olympic Games*. *Institute of Public Affairs Review: A Quarterly Review of Politics and Public Affairs*. Volume 60 Issue 3 Jul. 2008.

BESNIER, Nikor; BROWNELL, Susan; CARTER, Thomas. *The Anthropology of Sport. Bodies, Borders, Biopolitics*, University of California Press, 2017.

BOYKOFF, Jules. *Power Games – A Political History of the Olympics*. Verso. Londres, 2016.

BRATCH, Valter. **Sociologia Crítica do Esporte – Uma Introdução**. Editora Unijuí da Universidade Regional do Noroeste. Ijuí, 2003.

BURG, David; WOODGER, Elin. **The 1980's**. Facts on File. New York, 2006.

CANTOR, Paul; HUFNAGEL, Peter. *The Olympics of the Mind. Philosophy and Athletics in the Ancient Greek World*. In: *The Olympics and Philosophy*. REID, Heather; AUSTIN, Michael. The University Press of Kentucky. Lexington, 2012.

CARR, Edward H. **Vinte Anos de Crise 1919 – 1939**. Brasília: Editora UnB, 2001.

CHA, Victor D.. A Theory of Sport and Politics. **The International Journal Of The History Of Sport**, [s.l.], v. 26, n. 11, p. 1581-1610, set. 2009. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/09523360903132972>.

COMITÊ OLÍMPICO INTERNACIONAL. **Carta Olímpica**. Disponível em: <[http://www.fadu.pt/files/protocolos-contratos/PNED\\_publica\\_CartaOlimpica.pdf](http://www.fadu.pt/files/protocolos-contratos/PNED_publica_CartaOlimpica.pdf)>. Acesso em: 28 set. 2019.

COTTRELL, M. Patrick; NELSON, Travis. Not just the Games? Power, protest and politics at the Olympics. **European Journal Of International Relations**, [s.l.], v. 17, n. 4, p. 729-753, 7 dez. 2010. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/1354066110380965>.

COUBERTIN, Pierre. *The philosophic foundations of modern Olympism, in The Olympic Idea: Pierre de Coubertin—Discourses and Essays*, Carl-Diem-Institut (1966) *Olympischer Sportverlag, Stuttgart*, 130–134.

DEPARTAMENTO DE ESTADO DOS ESTADOS UNIDOS. **Archive: The Olympic Boycott, 1980**. [S. I.] 20 jan. 2001. Disponível em: <https://2001-2009.state.gov/r/pa/ho/time/qfp/104481.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.



ESTADOS UNIDOS. Presidente (1977-1981: James Earl Carter Jr.). **Discurso sobre o Afeganistão**. Washington, 4 jan. 1980. Disponível em: <https://millercenter.org/the-presidency/presidential-speeches/january-4-1980-speech-afghanistan>. Acesso em: 27 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Presidente (1977-1981: James Earl Carter Jr.). **Jimmy Carter lays plan for Olympic boycott**. Washington, 20 jan. 1980. Disponível em: <https://olympics.nbcsports.com/2020/01/20/jimmy-carter-olympic-boycott/>. Acesso em: 28 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Presidente (1977-1981: James Earl Carter Jr.). **Letter by President Jimmy Carter to the President of the United States Olympic Committee Robert Kane**. Washington, 20 jan. 1980. Disponível em: <https://digitalarchive.wilsoncenter.org/document/134719.pdf?v=d41d8cd98f00b204e9800998ecf8427e>. Acesso em: 28 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Presidente (1977-1981: James Earl Carter Jr.). **Letter by President Jimmy Carter to the President of the United States Olympic Committee Robert Kane**. Washington, 21 mar. 1980. Disponível em: <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/remarks-representatives-us-teams-the-1980-summer-olympics>. Acesso em: 28 abr. 2020.

FILHO, João Lyra. **Introdução à Sociologia dos Desportos**. Bloch Editores S. A. Rio de Janeiro, 1973.

FINNEMORE, Martha. **National Interests in International Society**. Cornell University Press. Nova York: 1996.

FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GIRGINOV, Vassil; HILLS, Laura. The political process of constructing a sustainable London Olympics sports development legacy. **International Journal Of Sport Pol- icy And Politics**, [s.l.], v. 1, n. 2, p. 161-181, 13 jul. 2009. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/19406940902950713>.

GUTMANN, Allen. **From Ritual to Record – The Nature of Modern Sports**. USA: University of Illinois Press, 1992.

GUTTMANN, Allen. **The Oympics – A History of the Modern Games**. USA: University of Illinois Press, 1978.

HUIZINGA, Johan. **Homo Ludens**. Editora Perspectiva S.A. São Paulo, 2000.



JEDLICKA, Scott R.. Sport governance as global governance: theoretical perspectives on sport in the international system. **International Journal Of Sport Policy And Politics**, [s.l.], v. 10, n. 2, p. 287-304, 28 nov. 2017. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/19406940.2017.1406974>.

KEOHANE, R.O. International institutions: two approaches. **International studies quarterly**. v. 32, n. 4 p. 379-396, dez. 1988.

KISSINGER, H. A. **Ordem Mundial**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

KRASNER, Stephen D. **Power politics, institutions, and transnational relations**. In: *Bringing Transnational Relations Back In*: Ed: KAPPEN, Thomas. *Non-State Actors, Domestic Structures and International Institutions*. Cambridge University Press. Cambridge: 1995.

LAPCHICK, Richard E.. A Political History of the Modern Olympic Games. **Journal Of Sport And Social Issues**, [s.l.], v. 2, n. 1, p. 1-12, mar. 1978. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/019372357800200102>.

LENSKYJ, Helen Jefferson. Olympic Ideals and the Limitations of Liberal Protest. **The International Journal Of The History Of Sport**, [s.l.], v. 34, n. 3-4, p. 184-200, 4 mar. 2017. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/09523367.2017.1359548>.

LEVERMORE, Roger; BUDD, Adrian. **Sport and international relations: Continued neglect?** In: LEVERMORE, Roger; BUDD, Adrian. *SPORT AND INTERNATIONAL RELATIONS*. USA: Routledge, 2004.

LUSA, Dana. Olympic Diplomacy and the Emerging States: striving for influence in the multipolar world. **Croatian International Relations Review**, [s.l.], v. 23, n. 79, p. 73-102, 26 set. 2017. Walter de Gruyter GmbH. <http://dx.doi.org/10.1515/cirr-2017-0015>.

MORGENTHAU, Hans. **A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz**; Editora Universidade de Brasília. Brasília 2003.

MORRISON, Ray. **Government Documents Relating to the 1980 Olympic Games Boycott**. Graduate School of Library and Information Science, University of Illinois. 24 jul. 1982.

NYE, Joseph. **Soft power: the means to success in world politics**. Nova York:



*Public Affairs*, 2004

PECEQUILO, Cristina. **Teoria das Relações Internacionais**: O mapa do caminho: estudo e prática. Alta Books. Rio de Janeiro: 2016.

SALA, Brian R.; SCOTT, John T.; SPRIGGS, James F.. The Cold War on Ice: constructivism and the politics of olympic figure skating judging. **Perspectives On Politics**, [s.l.], v. 5, n. 01, p. 17-29, 27 fev. 2007. Cambridge University Press (CUP). <http://dx.doi.org/10.1017/s153759270707003x>.

SARAIVA, José. **História das Relações Internacionais Contemporâneas**: da sociedade internacional do século XIX à era da globalização. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARANTAKES, Nicholas. **Dropping the Torch. Jimmy Carter, The Olympic Boycott, and the Cold War**. Cambridge University Press. [S. l.] 2010.

SENADO NORTE AMERICANO. **H.Res.534 - A resolution providing for the consideration of H. Con Res. 249 urging the United States Olympic Committee, the International Olympic Committee, and the Olympic committees of other countries to Olympic take certain actions with respect to the 1980 summer Olympic games in accordance with the request of the President**. Washington, 24 jan. 1980. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/96th-congress/house-resolution/534?q=%7B%22search%22%3A%22249%22%7D&s=3&r=7>. Acesso em: 29 abr. 2020.

SNYDER, Jack. *One World, rival theories*. **Foreign Policy**, [S. l.], n. 145, p. 52-62 nov. 2004.

STONE, David. **Wars of the Cold War**: campaigns and conflicts 1945-1990. [S. l.]: Brassey's, 2004.

STRENK, Andrew. What Price Victory? The World of International Sports and Politics. **The Annals Of The American Academy Of Political And Social Science**, [s.l.], v. 445, n. 1, p. 128-140, set. 1979. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/000271627944500114>.

SZYMANSKI, Stefan. *A theory of the evolution of modern sport*. **Journal of Sport History**, v. 35, n. 1, p. 1-32, 2008.

TORRES, Cesar R.. Morally Incompatible?: an analysis of the relationship between competitive sport and international relations at the olympic games. **Sais Review Of**



**International Affairs**, [s.l.], v. 31, n. 1, p. 3-16, 2011. Project Muse.  
<http://dx.doi.org/10.1353/sais.2011.0016>.

TULLI, Umberto. Bringing Human Rights In: the campaign against the 1980 moscow olympic games and the origins of the nexus between human rights and the olympic games. **The International Journal Of The History Of Sport**, [s.l.], v. 33, n. 16, p. 2026-2045, nov. 2016. Informa UK Limited.  
<http://dx.doi.org/10.1080/09523367.2017.1315104>.

VASCONCELLOS, Douglas Wanderley de. **Esporte, Poder e Relações Internacionais**. Fundação Alexandre de Gusmão. Brasília, 2008.

WALT, S.M. *International relations: one world, many theories*. **Foreign Policy**, [S. l.] n. 110, p. 29–46, 1998.

WALTZ, Kenneth. *Theory of International Politics*. Reading, Massachusetts: Addison-Wesley, 1979.

WENDT. Alexander. *Anarchy is what States Make of it: The Social Construction of Power Politics*. **International Organization**, Vol 46, No 2. 1992.

WIGHT, Martin. **A política do poder**. Fundação Alexandre Gusmão. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.



# ANÁLISE DA EFETIVIDADE DOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA: O CASO DA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO

Bruna Siqueira

## RESUMO

O presente artigo pretende analisar a efetividade dos documentos internacionais de proteção à criança, através dos acontecimentos ocorridos na República Democrática do Congo. Desde 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui o uso de crianças em conflitos como crime de guerra e desde 1996 a República Democrática do Congo faz uso do recrutamento infantil. Através da exposição de inúmeros fatos, podemos observar ações de agentes governamentais, ONG's e Organizações Internacionais, como a Organização Internacional das Nações Unidas e o Tribunal Penal Internacional. Diante disso, o trabalho tem o objetivo de esclarecer as questões inerentes a problemática e entender as limitações da efetividade desses agentes, num cenário caótico como o atualmente encontrado no caso prático em questão.

**Palavras-chave:** Criança-soldado. ONU. República Democrática do Congo. MONUSCO. Missão de paz. Tribunal Penal Internacional. Direitos Humanos. Missões de Paz. Criança. Recrutamento infantil.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo de pesquisa a utilização de crianças-soldado em conflitos internos aos Estados. Para uma melhor análise, o estudo se atentará ao caso da República Democrática do Congo, trazendo reflexões para analisar a eficácia dos documentos internacionais de proteção à criança. Para tanto, se fez uso da teoria construtivista através do teórico John Rawls, aplicando a teoria da



justiça do autor. Ademais, vale ressaltar que a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental.

Na primeira sessão a pesquisa se deteve a entender a criação e a introdução dos direitos das crianças no sistema internacional através de organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas. Entender o processo histórico do reconhecimento da criança, como ser legal e detentor de direitos e deveres se torna fundamental para a compreensão da gravidade do problema a ser estudado.

A sessão segunda mostra a história desse problema na República Democrática do Congo e como isso tem efeito negativo no tratamento dessas crianças. O país, que desde 1996 faz uso do recrutamento de crianças-soldado, ainda nos dias atuais possui um cenário hostil para o enfrentamento desta prática. Entender a raiz do problema será de grande relevância para análise atual. Nessa sessão, também exploraremos como os organismos internacionais jurídicos, a exemplo do Tribunal Penal Internacional, administra o assunto.

Logo após, na terceira sessão compreenderemos quais as ações efetivas realizadas pelo Estado da República Democrática do Congo e pelos agentes do cenário internacional para o enfrentamento do problema. Instalações de grupos de trabalho e missão de paz chefiadas pela Organização das Nações Unidas são realidade e, por isso, uma análise do contexto atual através de relatórios sobre o tratamento a crianças e conflitos armados na região, produzidos pelo Secretário-Geral da ONU e pelo conselho de segurança da ONU, se torna possível.

Vale ressaltar que, desde 1948, o artigo III da Declaração Universal dos Direitos Humanos, constitui o uso de crianças em conflitos como crime de guerra. “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (UNICEF), sendo assim, e entendendo que o atual cenário da República Democrática do Congo apresenta acontecimentos que vão contra o que o cenário internacional acredita



como correto, o tema, pouco abordado na academia de Relações Internacionais, se torna de extrema relevância para as gerações futuras.

## **2 CRIAÇÃO E INTRODUÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS NO SISTEMA INTERNACIONAL ATRAVÉS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS**

Os processos históricos de criação das instituições sociais, jurídicas e acadêmicas de reconhecimento à criança, o status de sujeito e a dignidade de pessoa humana, foram extremamente extensos. Tem-se dois marcos fundamentais desse reconhecimento, a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) promulgada pela Organização das Nações Unidas e o livro de Philippe Ariès, *L'enfant et l'aveugle familiale sous l'ancien régime*, publicado em 1961, os quais “vão inaugurar uma visão da infância como construção social, dependente ao mesmo tempo do contexto social e do discurso intelectual” (SIROTA, 2001, P. 2010).

Nos estudos da infância e suas delimitações há dois grupos bem antagônicos. O primeiro é formado por autores como Richard Farson, John Holt e Howard Cohen, considerados autores liberacionistas que desejam,

“a liberação das crianças até mesmo da autoridade bem intencionada dos adultos e a sua exposição aos mesmo direitos e privilégios dos adultos, com base em que a proteção que lhes proporcionam, na verdade lhes extorquem muitos direitos como cidadãos” (BERGER, 1984, p. 224).

Em oposição a esses autores a corrente protecionista, motivada por questões filosóficas e políticas, formada por filósofas como Hanna Arendt e Onora O’Neill, e usando três argumentos principais se contrapõe à premissa de que as crianças possam ser consideradas sujeitos dos mesmos direitos contemplados os adultos.

“As crianças não dispõem das mesmas capacidades que qualificam os adultos para usufruto de direitos; a retórica do direito não captura a verdade sobre a vida das crianças e de suas famílias e encoraja uma permissividade destrutiva que tem consequências nefastas para adultos, crianças e sociedade;





a negação desses direitos não tem impacto negativo na vida das crianças” (ROSEMBERG E MARIANO, 2010.).

Ademais, segundo O’NEILL,

“As crianças não são um grupo a ser emancipado como outras minorias porque esta condição não constitui um status na vida das pessoas permanentemente associado “a opressão e discriminação” (ROSEMBERG E MARIANO, 2010.).

Por esse motivo, a segundo grupo defende que os direitos fundamentais das crianças devem refletir na sua educação e proteção e os estudos da infância deveriam refletir no princípio de obrigações dos adultos perante as mesmas e não na retórica de direitos.

Apenas em 1989, com a promulgação da Convenção Internacional sobre o Direitos das Crianças, aprovada na Comissão de Direitos Humanos, no Conselho Econômico e Social – Ecosoc – e na Assembleia Geral da ONU, é que se tem uma tentativa de conciliar as duas correntes de estudo da infância, uma liberacionista e outra protecionista.

O projeto da Convenção foi apresentado pelo governo polonês a Comissão de Direitos Humanos da ONU, no começo de 1978 e ao longo de 11 anos foi ponderada, por diversos países do mundo, em um grupo de trabalho criado pela organização. Na tabela abaixo tem- se o número de países participantes desse grupo durante os 11 anos.



**NÚMERO DE ESTADOS PARTICIPANTES EN LAS SESIONES DEL GRUPO DE TRABAJO  
ENCARGADO DE LA REDACCIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS  
DERECHOS DEL NIÑO, ORDENADOS POR REGIÓN, 1981 - 1988**

Región/Año	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	SL/88
Occidente*	14	13	15	14	18	16	17	18	22
Asia/M.Oriente	3	4	6	4	7	6	9	10	16
A.Latina	3	4	7	5	9	6	6	7	10
E. Oriental	5	6	4	4	6	5	5	6	8
África	2	1	3	1	7	4	3	7	9
<b>Total</b>	<b>27</b>	<b>28</b>	<b>35</b>	<b>28</b>	<b>47</b>	<b>37</b>	<b>40</b>	<b>48</b>	<b>65</b>

**Tabela 1 - FONTE: PILOTTI (2000)**

É fundamental ressaltar que essas discussões ocorreram durante a Guerra fria e devido a isso, embates políticos refletiram massivamente nas negociações e a defesa da criança se transformou em um instrumento de disputa, principalmente porque os direitos humanos faziam parte dos atritos entre os países do Leste e Oeste.

“los países pertenecientes al bloque soviético defendían la primacía de los derechos económicos y sociales, mientras que ciertos países occidentales, particularmente los Estados Unidos, sólo reconocían como derechos humanos legítimos a los de carácter civil y político” (PILOTTI, 2000, p. 51).<sup>1</sup>

Nesse contexto, se entende a importância da universalização dos Direitos Humanos, sendo eles econômicos, sociais, civis ou políticos. E nesse momento podemos analisar obras como *The Law of peoples, Political Liberalism, e Theory of Justice* do filósofo americano, John Rawls, que apresenta um projeto realista dos direitos humanos, contudo também utópico, onde no futuro as diferenças entre os Estado seriam resolvidas em um sistema de cooperação mútua.

<sup>1</sup> Países pertencentes ao bloco soviético defendiam a primazia dos direitos econômicos e sociais, enquanto certos países ocidentais, particularmente os Estados Unidos, reconheciam apenas como direitos humanos legítimos os de natureza civil e política



“Pretende que a organização justa da sociedade internacional seja um bem para as pessoas individualmente, possibilitando o pleno exercício das duas faculdades morais, e que garanta o bem da justiça e as bases sociais do respeito mútuo, assegurando o reconhecimento público da sua condição de livre e igual” (FELDENS E KRETSCHMANN, 2017).

Nesse sentido, segundo Rawls:

“No processo político internacional, os representantes dos povos devem manter a independência e a igualdade de sua sociedade em relação aos outros povos, por meio do estabelecimento de organizações cooperativas e de padrões de equidade no comércio e nas relações de assistência. ” (FELDENS E KRETSCHMANN, 2017).

Contudo, no cenário internacional, Rawls preza por um tipo de “altruísmo” entre os Estados, mesmo sem, de fato, construir uma verdadeira relação de moral e ajuda humanitária. Propõe então a criação de instituições que proporcionem um ambiente onde os povos possam discutir e ponderar assuntos em comum.

“Com a criação de centros de discussão nesses moldes, os povos bem-ordenados podem definir programas que visem a pressionar os regimes fora da lei a rever sua conduta, discutindo, por meio de um julgamento político, a possibilidade de impor recusa de assistência e de práticas cooperativas mutuamente benéficas a esses regimes” (FELDENS E KRETSCHMANN, 2017).

Como exemplos desses centros de discussão e instituições temos, atualmente, a Organização das Nações Unidas, O Tribunal Penal Internacional, a Organização Mundial do Comércio, entre outras. Ademais, essa forma social entre os Estados possibilita uma construção de Direitos Humanos singular.

Proclamada em 20 de novembro de 1989, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças é um marco no processo de reconhecimento da infância e seus direitos. A convenção dispõe de um órgão de vigilância, o Comitê de Direitos da Criança das Nações Unidas.

“Artigo 43



A fim de examinar os progressos realizados no cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados partes na presente Convenção, deverá ser constituído um Comitê para os Direitos da Criança, que desempenhará as funções a seguir determinadas.

O Comitê estará integrado por dez especialistas de reconhecida integridade moral e competência nas áreas cobertas pela presente Convenção. Os membros do Comitê serão eleitos pelos Estados-partes dentre seus nacionais e exercerão suas funções a título pessoal, tomando-se em devida conta a distribuição geográfica equitativa, bem como os principais sistemas jurídicos.

1. Os membros do Comitê serão escolhidos, em votação secreta, de uma lista de pessoas indicadas pelos Estados-partes. Cada Estado-parte poderá indicar uma pessoa dentre os cidadãos de seu país... “(Convenção, 1989)

A maior particularidade da convenção, como citado anteriormente, é o fato de ter tentado conciliar as duas correntes, prezando assim pelos direitos de liberdade e proteção. Enquanto os direitos de liberdade são dados em razão da sua humanidade, os de proteção são devido a especificidade de ser criança. Na tabela a seguir essa definição fica mais clara.



Direitos civis e políticos	Direitos econômicos, sociais e culturais	Direitos especiais (proteção)
Registro, nome, nacionalidade, conhecer os pais. Expressão e acesso à informação. Liberdade de pensamento, consciência e crença. Liberdade de associação. Proteção da privacidade.	Vida, sobrevivência e desenvolvimento. Saúde. Previdência social. Educação fundamental (ensino primário obrigatório e gratuito). Nível de vida adequado ao desenvolvimento integral. Lazer, recreação e atividades culturais. Crianças de comunidades minoritárias: direito de viver conforme a própria cultura.	Proteção contra abuso e negligência. Proteção especial e assistência para a criança refugiada. Educação e treinamento especiais para crianças portadoras de deficiência. Proteção contra utilização pelo tráfico de drogas, exploração sexual, venda, tráfico e sequestro. Proteção em situação de conflito armado e reabilitação de vítimas desses conflitos. Proteção contra trabalho prejudicial à saúde e ao desenvolvimento integral. Proteção contra uso de drogas. Garantias ao direito ao devido processo legal, no caso de cometimento de ato infracional.

Tabela 2 - Direitos Estabelecido na Convenção. FONTE: FROTA (2004, P. 71)

Ademais, a tensão abordada na adesão dos países para sobre a força de lei que a convenção passa a ter nos países que optem por ratificá-la. Ao decorrer do trabalho entenderemos melhor como esses Estados praticam com as obrigações que lhe são impostas no cenário internacional acerca da proteção à criança.

### 3 ANÁLISE DO CASO PRÁTICO - A REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO

Por questões que ficarão claras ao decorrer desta sessão, o país escolhido para ser utilizado como exemplo para análise, é a República Democrática do Congo. De



acordo com Medeiros, foi colonizada pela Bélgica em 1942 e está localizada no continente africano, tendo como capital a cidade de Kinshasa e possuindo 9 fronteiras, fazendo divisa com Angola do Sul, Burundi, Tanzânia, República Centro-Africana, Ruanda e Uganda. Com um território que mede cerca de 2.344.858 km<sup>2</sup> e uma história marcada por dois principais conflitos. (MEDEIROS, 2012)

“Esse país passou por duas guerras: uma em 1996-1997 e a outra 1998-2003 e estima-se que a maior parte das vítimas foram crianças com menos de 5 anos de idade. Mais de 5,4 milhões de pessoas morreram na década passada diretamente ou indiretamente resultante do conflito. Embora tenha sido uma tragédia, tal fato passou despercebido pela mídia no mundo, sustenta que foi relatado na Anistia Internacional que todos os soldados das forças armadas que estavam na República Democrática do Congo cometeram estupro e violência sexual, inclusive as forças armadas da RDC, Burundi e Uganda.” (Medeiros, 2012).

Ademais, Portella, define a história da República Democrática do Congo a partir de algumas palavras como colonização europeia, independência, busca de identidade nacional, pobreza, corrupção e guerras civis (PORTELLA, 2005). Ainda, segundo Medeiros, a tão sonhada independência do Congo, vindo então a se chamar República do Congo, ocorreu em 1960. Contudo, apesar de uma euforia inicial e um desapontamento com a situação pós independência, os conflitos começaram a se formar internamente, se instalando, por fim, um sentimento separatista, o qual alimenta os conflitos internos até hoje. (MEDEIROS, 2012)

A República Democrática do Congo, desde a sua independência, teve apenas quatro presidentes. Mobutu Sese Seko (1965 - 1997), que ascendeu ao poder com um golpe militar, estabeleceu uma ditadura militar e corrupta, e foi deposto e morto após a Primeira Guerra do Congo. Quem assumiu a presidência, através de um golpe de Estado, foi Laurent-Désiré Kabila (1997 – 2001), conhecido por reestabelecer a democracia, e iniciara Segunda Guerra do Congo.



Apesar de líder da *Alliance des Forces Democratiques pour la Libération du Congo- Zaire (AFDL)*, e de acordo com o nome, supostamente ter o objetivo de libertar o país da ditadura, ainda que numa democracia, coordenou o país sob condições repressivas. Apesar de uma maior flexibilidade aparente, Kabila governou por “decretos presidenciais, banindo os partidos políticos, fechando jornais, perseguindo e encarcerando opositores, jornalistas e ativistas dos direitos humanos” (DOPCKE, 2002).

Após ruptura a de cooperação militar, em 1998, deu-se início a uma revolta “anti- Kabila”, por parte de seus ex-aliados, e iniciou-se a Segunda Guerra do Congo, marcada com altos custos financeiros, militares e sobretudo, de vidas. Para um cessar fogo, foi realizado um acordo – o Acordo de Lusaka -, em julho de 1999. (ACCORD, 1999).

No fim de janeiro de 2000, Laurent Kabila realiza, talvez, uma de suas ações mais relevantes. O então Chefe de Estado pede autorização para instaurar uma missão de paz das Nações Unidas na RDC. Na época, o Secretário-Geral, Kofi Annan, propôs o envio de 500 observadores e 5 mil militares. E em fevereiro do mesmo ano, instaurou-se a MONUC (Missão das Nações Unidas na República Democrática do Congo), conhecida atualmente como MONUSCO (Missão de Estabilização das Nações Unidas na República Democrática do Congo).

Segundo Kisangani, o mandato de Kabila não durou muito, foi assassinado em 2001. Suspeita-se que por uma criança-soldado que atuava como um de seus guarda-costas. (KISANGANI, 2003)

Como sucessor ao cargo, foi escolhido Joseph Kabila, filho do ex-presidente assassinado. Joseph segue até 2006, sem observância às leis, assim como seu pai. E só após 5 anos de presidência e depois de fortes apelos da população, foi realizada a primeira eleição democrática, em 60 anos de história da RDC. Joseph Kabila, continuou no poder após ser eleito com 49% dos votos, baseado num discurso com



cinco pilares: infraestrutura, saúde e educação, água, eletricidade, moradia e emprego. (BBC, 2011).

Joseph Kabila ficou no poder até 2019, quando foi eleito o até então atual presidente da RDC, Félix Tshisekedi. Eleito democraticamente, com 38,6% dos votos (DW - Ineke Mules, António Cascais, Fréjus Quénum, rl, Agência Lusa - 2019), tem sido criticado pela mídia internacional por ser considerado pouco preparado politicamente.

### **3.1 A República Democrática do Congo e a Utilização de Crianças-Soldado**

Em meio a tantos conflitos e disputas de poder, desde 1996, a prática de recrutamento e uso de crianças como soldados na RDC tornou-se um fato. A AFDL (Aliança das Forças Democráticas para a Libertação do Congo), liderada, a época por Laurent Kabila, começou a realizar treinamentos militares com milhares de crianças, exemplo esse, seguido pelos demais grupos armados do país. De acordo com Reyntjens, as crianças, em sua maioria, eram voluntárias em seu recrutamento, enganadas por propagandas de um suposto pagamento por integrarem o grupo armado, além de procurarem um sentimento de proteção. Entretanto, também ocorreram recrutamentos através da força. Crianças foram retiradas de seus lares, escolas, ruas, contra a sua vontade. (REYNTJENS, 2001)

Em junho de 2000, com grandes pressões no cenário internacional, para encerrar atividades de recrutamento infantil, Laurent Kabila, emitiu um decreto presidencial anunciando o objetivo do governo de desmobilizar grupos infantis do exército congolês. Concomitante a sua chegada ao poder, Joseph Kabila, continuou, assim como seu pai, apoiando, apenas no discurso, a proibição da prática de utilização de crianças-soldado.





Utilizou de um discurso de proteção, “You are my children and I have a duty to do everything that’s necessary for you.”<sup>2</sup> (AMNESTY INTERNACIONAL, 2003).

Ainda de acordo com estudo realizado pela Amnesty Internacional em 2003, as crianças eram ensinadas a marchar, obedecer a ordens e a utilizar armas como forma de treinamento militar. Devido ao tratamento brutal dispensado a essas crianças, muitas não aguentavam o treinamento até o final. A falta de alimentação apropriada, tortura, estupro, falta de cuidados médicos e privação de sono eram algumas das causas. E aos sobreviventes eram atribuídas diversas funções, como atuar como escudo humano, guarda-costas, carregar os suprimentos e munição, e participar ativamente de conflitos.

Conforme expõe Frisso, as crianças são escolhidas devido a sua obediência, vulnerabilidade e maleabilidade, não possuem códigos morais formados com firmeza e são de fácil manipulação. O que torna mais fácil para que os grupos armados violem os direitos humanos e o Direito Internacional Humanitário. (FRISSO, 2012)

Mesmo com o discurso de proteção às crianças e com as pressões internacionais, principalmente pela missão da ONU/MONUSCO, tentando acabar com os conflitos internos e libertar as crianças-soldados, apenas em 2010, a RDC finalmente criou uma lei que prevê 20 anos de prisão, para quem alicie menores de 18 anos a participar de grupos armados. (UNRIC, 2010).

Todavia, hodiernamente, ainda temos registros de alistamento infantil em território congolês, e é por isso que este trabalho se torna tão atual. As medidas de proteção à criança no cenário internacional trazem consequências a pessoas que as desrespeitem, entretanto, é necessário saber se há ou não efetividade nas punições.

---

<sup>2</sup> Vocês são meus filhos e eu tenho o dever de fazer tudo o que for necessário por vocês



### 3.1.1 O Caso Thomas Lubanga Dyilo

É importante ressaltar que ao longo de sua história a República Democrática do Congo nem sempre encarou o recrutamento infantil como um problema, em muitos acontecimentos e conflitos internos essa era uma prática bem comum. E nesse sentido, as pressões do sistema internacional foram fundamentais para criar casos como o de Thomas Lubanga Dyilo, o primeiro réu do Tribunal Penal Internacional a ser julgado e condenado pelo crime de recrutamento infantil.

Thomas Lubanga Dyilo, também chamado de “Senhor da Guerra”, se tornou conhecido após a liderança do grupo miliciano nomeado de *Union des Patriotes Congolais (UPC)*, e do seu braço armado, as Forças Patrióticas para a Libertação do Congo (FPLC). Responsável por um dos conflitos étnicos mais intensos do século, pela dominação de uma região chamada Ituri, no nordeste da RDC e conhecida pela diversidade de minerais presentes, o seu principal objetivo era a separação e independência desse território, possuindo o controle das ricas reservas minerais, diz o site da BBC Brasil (BBC, 2006).

O site RFI Vozes do Mundo (RFI, 2012), destaca que Dyilo ia pessoalmente as aldeias para recrutar crianças para o conflito. Crianças essas que eram drogadas e submetidas ao treinamento militar. Eram impostas a executar trabalhos domésticos, fazer segurança miliciana, lutar e matar pela causa. “Ele cometeu alguns dos crimes mais sérios, da comunidade internacional, contra crianças”, afirmou Luís Moreno-Ocampo, o procurador. Site da Euronews (ICC, 2014).

Thomas Lubanga Dyilo foi o primeiro réu a ser condenado pelo Tribunal Penal Internacional.

“O Tribunal Penal Internacional (TPI), pela primeira vez em sua história de dez anos, condenou nesta quarta-feira (14), em Haia, na Holanda, um acusado de crimes de guerra. O réu em questão é o ex-líder rebelde congolês Thomas Lubanga, de 51 anos, que pode cumprir prisão perpétua por recrutar crianças e



transformá-las em soldados de sua milícia entre 2002 e 2003 na República Democrática do Congo. Após a sentença desta quarta, os magistrados anunciarão a condenação em uma audiência posterior, cuja data ainda não foi fixada. A pena máxima que Lubanga pode pegar é de prisão perpétua, uma vez que o TPI não pode condenar alguém à morte. (Época (LUBANGA, 2012))”

As investigações, a pedido da própria RDC, em alta instância tiveram início em junho de 2004, resultando na prisão de Lubanga, inicialmente em Makala e posteriormente transferido para a sede do TPI, Haia, ressalta (EURONEWS, 2014).

“Promotoria dirigida pelo argentino Luis Moreno Ocampo acusou Lubanga de recrutar menores de 15 anos da etnia hema na região de Ituri (sudeste) para lutar no conflito armado local entre esta etnia e a lendu, que disputavam o controle das minas de ouro na região. A sentença criticou o trabalho da Promotoria, que na opinião dos juízes "não tinha de ter delegado seus trabalhos de investigação a intermediários" na zona. Para os magistrados, que rejeitaram os depoimentos de três testemunhas por falta de credibilidade, o fato de terem usado intermediários aumentou o "risco" para as testemunhas, especialmente as crianças que foram arregimentadas como soldados. “(ÉPOCA, 2012)

A condenação de Dyilo deveria servir e ser difundida como um grande marco e um exemplo claro de que o sistema internacional não aceitaria grupos milicianos, que utilizassem tais meios para buscar seus objetivos. Alguns posicionamentos ficaram famosos na época:

“Durante muitos anos, diariamente, documentámos graves violações de Direitos humanos cometidos por Lubanga contra o povo da República Democrática do Congo,” disse Pillay. “A condenação de Lubanga envia um sinal importante contra a impunidade para tais graves violações do Direito Internacional que vai ter eco muito para além da RDC”. Site UNRIC (PILLAY, 2012).

“Fundo das Nações Unidas para as Crianças (Unicef), “a decisão deve ser comemorada. O Unicef celebrou a decisão lembrando que milhares de crianças foram recrutadas pelo grupo de Lubanga. "Esta é uma vitória essencial para a proteção das crianças em conflitos", disse Anthony Lake, diretor-executivo do Unicef a revista Época” (ÉPOCA, 2012).



"Isso é muito importante para a justiça internacional e para a justiça do povo congolês", afirmou Anneke Van Woudenberg, pesquisadora do grupo ativista, para BBC Brasil (BBC, 2006).

Nesta seção conseguimos compreender a história da República Democrática do Congo, e como ela foi marcada por disputas internas. Um cenário triste, que desde 1999 é assistido pela Organização das Nações Unidas e que desde 2004 se tornou pauta para o Tribunal Penal Internacional.

Para a próxima seção precisamos ter em mente, que não é de hoje, que o sistema internacional busca uma solução para o problema de recrutamento de crianças-soldado e, por isso, analisar as medidas de proteção e seus efeitos, será nosso objetivo.

#### **4 ANÁLISE DA EFETIVIDADE DAS MEDIDAS TOMADAS, CONTRA O RECRUTAMENTO DE CRIANÇAS-SOLDADO, NA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO**

O contexto lastimável da República Democrática do Congo, infelizmente, não é uma novidade no cenário internacional. Diversos países, como Nigéria, Somália, República Centro-Africana, Síria, Iraque, Afeganistão, passam por situações semelhantes, tanto de conflitos internos como os crimes de recrutamento infantil. E procurando curar essas mazelas, o Sistema Internacional, estabeleceu um regime internacional de proteção às crianças em caso de conflitos armados.

Vale ressaltar que, desde 1948, o artigo III da Declaração Universal dos Direitos Humanos, constitui o uso de crianças em conflitos como crime de guerra, "todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal" (UNICEF). Dentre as medidas adotadas pelos Estados, o mecanismo mais importante e que dá voz a essa luta, é a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança (1989), ratificada por 193 países, e que define criança como "todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes" (DUDH).



Além disso a criação da Convenção sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação, em 1999 e a produção do Protocolo Facultativo para a Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, em 2000, foram importantes para criar centros de discussão do assunto e mostrar que o cenário internacional está disposto a tentar minimizar os efeitos dessa situação para as crianças. E segundo o site das Nações Unidas, a República Democrática do Congo, além de assinar a Convenção, em 2001, ratifica também o protocolo facultativo.

#### **4.1 Instalação do grupo de trabalho das Nações Unidas na RDC**

Desde 1999, com a resolução 1261 (1999), a questão de recrutamento infantil para uso em conflitos armados, tem sido um objeto de estudo no Conselho de Segurança das Nações Unidas. A partir desse ano tem-se pelo menos uma resolução por ano que trate do assunto e como de praxe, o assunto é a condenação à prática do recrutamento e o aconselhamento ao respeito dos instrumentos de proteção à criança, podendo incluir alguma nova medida, entendida como necessária. Por questões de organização e extensão, o presente trabalho trará as resoluções que buscaram medidas com maior relevância para estudar o nosso cenário base.

Nos anos iniciais das discussões, a resolução 1379 (Conselho de Segurança, 2001), insere a ideia de um programa de Desarmamento, Desmobilização e Reintegração (DDR). Contudo é só em 2005, com a resolução 1612 (2005), é que o Conselho de Segurança decide instalar um Grupo de Trabalho na RDC, com o intuito de analisar o progresso do plano de ação criado na resolução 1539 (Conselho de Segurança, 2004), o qual pretendia monitorar e reportar informações precisas,



objetivas e confiáveis sobre o recrutamento infantil, e o descumprimento às Leis do Direito internacional.

Desde a sua instalação, o Grupo de Trabalho tem datas definidas para seu encerramento, contudo, as resoluções 2225 (Conselho de Segurança, 2015), 2360 (Conselho de Segurança, 2017) e por fim 2424 (Conselho de Segurança, 2018), prorrogaram a atuação do grupo entendendo que:

“la situación em la República Democrática del Congo sigue constituyendo una amenaza a la paz y la seguridad internacional em la región” (resolução 2360 (Conselho de Segurança, 2017)).<sup>3</sup>

A última data estipulada até o momento, encerra as atividades do grupo no final agosto de 2020.

Através das diversas resoluções acerca deste assunto, inegável é a preocupação e os esforços empreendidos pelas Nações Unidas, procurando atuar conjuntamente aos Estados, Organizações Internacionais, Organizações Não Governamentais e Sociedade Civil, na procura por uma solução.

## **4.2 A MONUSCO na República Democrática do Congo**

Como citado anteriormente, a primeira missão de paz instalada na República Democrática do Congo, foi no ano de 1999, a pedido do presidente à época, Laurent Kabila. Instaurada pela resolução 1279 (Conselho de Segurança, 1999), tinha como objetivo observar o cessar-fogo, do Acordo de Lusaka. Com o passar do tempo e com novas discussões a até então, conhecida como MONUC, começou a implementar tarefas militares, políticas e de cumprimento as leis, tudo baseado em resoluções das Nações Unidas.

---

<sup>3</sup> A situação na República Democrática do Congo continua constituindo uma ameaça à paz e à segurança internacional na região



Somente na resolução 1925 (Conselho de Segurança, 2010), o Conselho vê a necessidade de renomear a MONUC para MONUSCO (Missão de Estabilização das Nações Unidas na República Democrática do Congo), entendendo a necessidade de dar continuidade a essa missão, devido a realidade encontrada no país. Essa resolução autoriza a MONUSCO a utilizar de todos os meios necessários para assegurar a integridade dos civis e defensores dos direitos humanos, além de prestar apoio ao governo na estabilização da paz no território congolês.

Assim como o Grupo de Trabalho, a MONUSCO também teve datas agendadas para encerrar suas atividades em campo, entretanto as resoluções 2211 (Conselho de Segurança, 2015), 2463 (Conselho de Segurança, 2019) e por fim, a 2502 (Conselho de Segurança, 2019), prorrogaram o mandato atual até 20 de dezembro de 2020, desprendendo o uso de:

“14,000 military personnel, 660 military observers and staff officers, 591 police personnel, and 1,050 personnel of formed police units, further agrees to a temporary deployment of an additional 360 personnel of formed police units provided they are deployed in replacement of military personnel, as proposed by the Secretary-General in his report S/2019/905.” (Resolução 2502 (2019).)<sup>4</sup>

Sendo importante ressaltar, que esses contribuintes são oferecidos pelos 193 Estados- Membros da ONU, sendo a RDC considerada um Estado Membro desde 20 de setembro de 1960.

Dentro da MONUSCO, além da área militar, existe uma sessão intitulada “Child Protection Section”, que de acordo com o site oficial da MONUSCO, atua diretamente com a sociedade civil, buscando auxiliar tanto as crianças que vivem com suas famílias, quanto as precocemente recrutadas. Exemplificando algumas de suas funções, temos o apoio as ONG’s e as instituições internacionais que recebem as

---

<sup>4</sup> 14.000 militares, 660 observadores militares e oficiais de equipe, 591 policiais e 1.050 funcionários de unidades policiais formadas, concordam ainda com o destacamento temporário de 360 funcionários adicionais de unidades policiais formadas, desde que sejam destacados em substituição a militares, como proposto pelo Secretário-Geral em seu relatório S / 2019/905



crianças para participar do programa de Desarmamento, Desmobilização E Reintegração, a documentação de graves abusos deferido as crianças por todas as partes do conflito, documentar informações quantitativas da presença dos menores em grupos armados, visitar as prisões regularmente em busca de menores, monitorar como as leis estão sendo respeitadas para garantir mais proteção, facilitar a repatriação dos menores e buscar a conscientizar todas as partes dos riscos da exploração dessas criança-soldados, procurando sensibilizar esse problema.

Ademais, nesse contexto de combate ao recrutamento das crianças, a MONUSCO tem um importante aliado, a *Bureau pour le Volontariat au Service de l'Enfance et de la Santé*, que é um dos centros de transição para onde as crianças são levadas, com o objetivo de protegê-las e lhes oferecer um tratamento psicossocial. Desde que foi criada, em 1992, 484.523 crianças já receberam algum tipo de ajuda.

A partir disso, podemos afirmar com exatidão que a MONUSCO possui grande influência no papel efetivo de proteção à criança.

### **4.3 Cenário Atual**

É importante ressaltar que ao longo do desenvolvimento deste trabalho, obtivemos informações em tempo real. Relatórios publicados pelo Secretário-Geral das Nações Unidas nos dão informações de como a República Democrática do Congo se encontra, hoje.

A resolução 2502 (Conselho de Segurança, 2019), citada anteriormente, nos deu informações sobre os progressos da MONUSCO na RDC, entre 26 de novembro de 2019 a 16 de março de 2020 e, segundo o relatório apresentado no dia 18 de março de 2020, pelo Secretário-Geral das Nações Unidas, a partir da visão geral dos acontecimentos políticos, incluindo o fortalecimento das instituições do Estado, e com a descrição do progresso e ajustes nas prioridades da Missão e na busca por uma





abordagem abrangente para a proteção de civis, a ONU entende a importância de esforços, agora, para realizar a transferência progressiva das tarefas hoje executadas pela organização para o Governo da República Democrática do Congo.

Ainda sobre a situação das crianças o relatório S/2020/214, consta:

“Through the monitoring and reporting mechanism on grave violations against children in situations of armed conflict, MONUSCO verified 122 grave violations against children from December 2019 to January 2020. During that period, at least 82 children (12 girls and 70 boys) escaped or were separated from armed groups, while 3 children (1 girl and 2 boys) were reportedly killed and 7 children (2 girls and 5 boys) were reportedly maimed in crossfire during military operations.” (Conselho de Segurança, 2014)<sup>5</sup>

O relatório mais recente, enviado pelo Secretário Geral da ONU, é o S/2020/272, do dia 3 de abril de 2020, onde é relatado que a situação não apresenta grandes mudanças e não traz nenhuma informação sobre as crianças-soldado e o combate a esse problema.

Entretanto, no dia 6 de maio do ano corrente, segundo reportagem do jornal DW (Agência Lusa, 2020), o Gabinete Conjunto das Nações Unidas para os Direitos Humanos "documentou 681 violações dos direitos humanos em toda a RDC, um aumento de 6% em relação a fevereiro (642 violações)". Ainda, segundo o relatório, 42% das violações foram realizadas por agentes do Estado e 58% pelos grupos armados, ainda presentes em grande parte do país. Além disso, a Organização das Nações Unidas relata a morte de mais de 700 civis em território nacional, podendo ser considerado, no cenário internacional, um crime contra a humanidade.

---

<sup>5</sup> Através do mecanismo de monitoramento e denúncia de violações graves contra crianças em situações de conflito armado, a MONUSCO verificou 122 violações graves contra crianças de dezembro de 2019 a janeiro de 2020. Durante esse período, pelo menos 82 crianças (12 meninas e 70 meninos) escaparam ou foram separadas de grupos armados, enquanto 3 crianças (1 menina e 2 meninos) teriam sido mortas e 7 crianças (2 meninas e 5 meninos) teriam sido mutiladas em fogo cruzado durante operações militares.” (Conselho de Segurança, 2014)



Após tantas violações por parte do governo e dos grupos armados ilegais, a população tem se revoltado contra o exército da República Democrática do Congo e a missão das Nações Unidas.

### *4.3.1 A População*

Em meio a tantos conflitos na RDC, a população vem acusando a Missão de paz da ONU de não estar realizando a proteção dos civis. Após uma série de massacres rebeldes a população tem realizado manifestações contra o governo e a MONUSCO. Em Beni, uma das cidades que mais sofre ataques de grupos armados, manifestantes incendiaram a prefeitura da cidade e atacaram campos das Nações Unidas, pedindo mais ação e proteção desses agentes.

"Todo a gente sabe que a MONUSCO não está a fazer o seu trabalho. Não somos totalmente contra a MONUSCO, mas, se pelo menos estivesse a fazer o seu trabalho, as coisas seriam diferentes. A Monusco não nos está a ajudar", afirma um dos manifestantes. (DW (John Kanyuny), 2019)

A população pede a saída da ONU do território congolês, alegando a inação para conter o grupo terrorista denominado Forças Aliadas Democráticas (ADF). Em resposta, o governo anunciou, uma "operação conjunta" entre o exército nacional e a missão de paz da ONU. Buscando "assegurar a paz e a segurança da população civil". Além disso, o presidente anunciou a "instalação de um quartel-general avançado das forças armadas em Beni", ainda sem data prevista para início das operações. (DW, (John Kanyunu, 2019).

Em defesa das manifestações e declarando compreender a população, o presidente do Parlamento da RDC, Jeanine Mabunda, em matéria para (DW, (John Kanyunu, 2019), declara "Há um mal-estar entre a presença, o custo da MONUSCO



na República Democrática do Congo, e os resultados obtidos”, devido a isso "é legítimo que as populações questionem porque é que esta força persiste na RDC".

Se torna fundamental ter em mente que a MONUSCO atua em território congolês a mais de 20 anos, gastando quase mil milhões de dólares por ano, e mesmo assim não tem o resultado esperado.

Em resposta, a MONUSCO, “tem indicado que as suas tropas não podem entrar em combate sem a aprovação do país anfitrião e sem uma coordenação com as forças nacionais.” (DW (AP, AFP, cvt), 2019). O cenário atual não é nada positivo e mesmo trabalhando em conjunto com o governo nacional, a missão de paz ainda possui limitações de atuação. E enquanto isso os ataques cometidos pela ADF contra civis, só aumentam.

Segundo matéria publicada pela ONU News, em fevereiro de 2020, o general brasileiro Ricardo Augusto Costa Neves, nomeado no fim de 2019 e atual chefe da MONUSCO, “acredita que operações de inteligência da maior missão de paz do mundo podem ter mais apoio dos civis.”. A partir disso, podemos notar uma maior tentativa de aproximação com a população para reconquistar apoio.

#### **4.4 Contradições**

A partir do cenário exposto ao longo do trabalho e de todas as ações tomadas por todos os agentes envolvidos, a contradição entre os gastos e tempo tomado pela missão e os resultados obtidos, se torna clara.

Ao mesmo tempo que temos, ações como o DDR, campanhas de sensibilização realizadas pela ONU, ONG's com a Bureau pour le Volontariat au service de l'Enfance et de la Santé, trabalhando em conjunto com a ONU um representante especial enviado para trabalhar no local, dois julgamentos no Tribunal



Penal Internacional, do Thomas Lubanga e do Bosco Ntaganda e, mais 50 mil crianças resgatadas durante a instalação desta missão de paz. A Congo Research Group (CRG) denuncia em relatórios anuais, a morte de centenas de civis através de ataques rebeldes e de ações da MONUSCO, a própria MONUSCO alegando uma impossibilidade de ação mais efetiva, gastos estrondosos de quase um bilhão por ano, um governo que parece passar panos quentes juntamente com a missão e, uma das missões mais longas e dolorosas para a população, que a Organização das Nações Unidas já implantou.

Em meio a tantas dificuldades e problemas adversos, não temos como ignorar os avanços na luta contra o recrutamento de crianças-soldado em território congolês, entretanto, é papel do sistema internacional como um todo cobrar, através da ONU, e demais agentes, como o TPI, a efetividade dessa missão de paz e o seu término o mais rápido possível. Conclui-se, portanto, que algo passageiro e de emergência, não deveria durar 20 anos.

## **5 CONCLUSÃO**

Na primeira sessão do trabalho, foi possível observar a importância do reconhecimento à criança do status de sujeito e a dignidade de pessoa humana. Além disso, elencar a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) como marco inicial da luta pelos direitos dos menores, nos proporcionou uma base para o estudo dos acontecimentos ao longo da história. Ademais, instrumentos como a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e os mecanismos adicionais, identificam as obrigações impostas aos Estados acerca da proteção à criança, e centros de discussão nesses moldes, possibilitam que povos bem-ordenados definam programas que visem pressionar os regimes fora da lei a rever a sua conduta (RAWLS, 1999). O que coube a ser analisado nas sessões seguintes.



Levando em consideração toda a análise empreendida na descrição do caso prático, a República Democrática do Congo, mostrou-se um país definido por colonização europeia, independência, busca de identidade nacional, pobreza, corrupção e guerras civis (PORTELLA, 2005). Com governos autoritários e apoiadores de ações hostis, como o recrutamento de crianças para participação em conflitos, a ação do cenário internacional se torna, sem dúvidas, fundamental. Outro fato importante a se atentar é a forma como o governo, através de ações disfarçadas de justiça e amor pelas crianças, continuou, mesmo depois da instauração de missão de paz, dando aval para essa prática.

Ademais, através das informações expostas, podemos compreender a importância de Estados sólidos que utilizarem a ajuda internacional no enfrentamento a mazelas como essa. O julgamento do Thomas Lubanga pelo Tribunal Penal Internacional, demonstra como uma ação penal internacional, que deveria se tornar um marco no enfrentamento desse problema, por não ser legitimada da forma correta dentro do Estado, não passa hoje de estatística internacional e de um exemplo de como os órgãos internacionais, sozinhos, não conseguem resolver problemas internos dos países.

Por fim, encontramos um cenário extremamente positivo quando analisado apenas na lente dos relatórios das Organizações Unidas e, um cenário demasiadamente negativo, se analisado através de reportagens de meios de comunicação considerados imparciais, onde uma parte da população pede o fim da mais longa missão de paz instalada pela ONU. A contradição é clara, e só reforça a necessidade de continuação e melhoramento das formas e das políticas implantadas em território congolês para acabar com a prática de recrutamento infantil e decretar o fim dessa Missão de paz.

## **REFERÊNCIAS**



AP; AFP; CVT. **Violência intensifica-se na República Democrática do Congo.** 2019. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/viol%C3%Aancia-intensifica-se-na-rep%C3%BAblica-democr%C3%A1tica-do-congo/a-51446473>. Acesso em: 28/02/2020.

BBC BRASIL. **A História turbulenta do Congo.** 2001. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2001/010117\\_kabila.shtml](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2001/010117_kabila.shtml). Acesso em: 11/03/2020.

BBC BRASIL. **Tribunal Penal Internacional realiza 1º audiência.** 2006. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/story/2006/11/061109\\_corteinternacionallu\\_banga\\_tp.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/story/2006/11/061109_corteinternacionallu_banga_tp.shtml). Acesso em: 25/05/2020.

BBC News. **Joseph Kabila: DR Congo's president in profile.** 2011. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-africa-16120557>. Acesso em: 27/01/2020.

BERGER, B. M. **Liberação da sexualidade infantil: experiência comunitária.** In: CONSTANTINE, L.; MARTINSON, F. M. (Org.). *Sexualidade infantil: novos conceitos, novas perspectivas.* São Paulo: Roca, 1984.

BVES. **Bureau pour le Volontariat au Service de l'Enfance et de la Santé.** Disponível em: <http://www.bves-rdc.org/MissionEn.htm>. Acesso em: 17/02/2020.

BVES. **BVES.** Disponível em: <http://www.bves-rdc.org/DefaultEn.htm>. Acesso em: 18/02/2020.

BYARUHANGA, Godfrey. **Democratic Republic of the Congo (DRC).** 1999. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/402d01524.html>. Acesso em: 18/01/2020.

CRG. **Posts in Category – Rapports.** Disponível em: <http://congoresearchgroup.org/category/rapports/?lang=fr>. Acesso em: 29/02/2020.

DA REDAÇÃO. **TPI condena chefe de milícia do Congo a 14 anos de prisão.** 2012. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/tpi-condena-chefe-de-milicia-do-congo-a-14-anos-de-prisao/>. Acesso em: 21/04/2020.

Doc. ONU: S/RES/1261 (1999). 30 ago. 1999. Working Group on Children and Armed Conflict.



Doc. ONU: S/RES/1379 (2001). 20 nov. 2001. Working Group on Children and Armed Conflict.

Doc. ONU: S/RES/1539 (2004). 22 abr. 2004. Working Group on Children and Armed Conflict.

Doc. ONU: S/RES/1612 (2005). 26 jul. 2005. Working Group on Children and Armed Conflict.

Doc. ONU: S/RES/2225 (2015). 18 jun. 2015. Working Group on Children and Armed Conflict.

Doc. ONU: S/RES/1279 (1999). 30 nov. 1999. Working Group on Children and Armed Conflict.

Doc. ONU: S/RES/1925 (2010). 28 maio 2010. Working Group on Children and Armed Conflict.

Doc. ONU: S/RES/2211 (2015). 26 mar. 2015. Working Group on Children and Armed Conflict.

**ÉPOCA. Troca de Ministros Atrasou Operação de Novas UTIS Pelo Brasil.**

Disponível em:

<https://epoca.globo.com/?status=404&url=http://revistaepoca.globo.com/Mundo/noticia/2012/03/lubanga-e-condenado-prisao-perpetua-por-transformar-criancas-em-soldados.html>. Acesso em: 30/03/2020.

**EURONEWS. LUBANGA o homem que fez das crianças soldados.** 2014.

Disponível em: <http://pt.euronews.com/2014/12/01/lubanga-o-homem-que-fez-das-criancas-soldados>. Acesso em: 04/04/2020.

**FELDENS, Guilherme de Oliveira; KRETSCHMANN, Ângela. A Concepção de Direitos Humanos e Fundamentais na Teoria da Justiça como Equidade.** 2016.

Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-31732017000400187](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732017000400187). Acesso em: 27/05/2020.

**FONDS AU PROFIT DES VICTIMES.** Disponível em:

<https://www.trustfundforvictims.org/>. acesso em: 13/04/2020.

**FROTA, M. G. da C. Associativismo civil e participação social: desafios de âmbito local e global na implementação dos direitos da criança.** 2004. Tese (Doutorado em Sociologia) – Iuperj, Rio de Janeiro.



ICC. International Criminal Court. **Lubanga Case**. 2012. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/drc/lubanga#>. Acesso em: 17/03/2020.

ICC. International Criminal Court. **How the court Works**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works/Pages/default.aspx#legalProcess>. Acesso em: 24/03/2020.

KANYUNYU, John. DW. RDC: **Manifestantes invadem campos da missão de paz da ONU**. 2019. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/rdc-manifestantes-invadem-campos-da-miss%C3%A3o-de-paz-da-onu/a-51415174>. Acesso em: 24/03/2020.

KISANGANI, Emizet F. International Journal on World Peace. **Conflict in the Democratic Republic of Congo: A Mosaic of Insurgent Groups**. 2003. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20753410?seq=1>. Acesso em: 20/01/2020.

LIRA, Fernanda Matos. **O Desafio à Proteção das Crianças-Soldado na República Democrática do Congo**. (Dissertação de Graduação) 2016. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8959/1/21219621.pdf>. Acesso em: 24/04/2020.

LUSA, Agência. DW. RDC: **Mais de 600 violações dos direitos humanos em um mês, diz ONU**. 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/rdc-mais-de-600-viola%C3%A7%C3%B5es-dos-direitos-humanos-em-um-m%C3%AAs-diz-onu/a-53356613>. Acesso em: 23/02/2020.

LUSA, Agência. DW. **Quem é Félix Tshisekedi, o Presidente eleito na RDC?**. 2019. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/quem-%C3%A9-f%C3%A9lix-tshisekedi-o-presidente-eleito-na-rdc/a-47042797>. Acesso em: 24/05/2020.

MARIANO, Carmen Lúcia Sussel.; ROSEMBERG, Fúlvia. **A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: Debates e Tensões**. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cp/v40n141/v40n141a03.pdf>. Acesso em 07/03/2020.

MEDEIROS, Nara Cavalcante de. **Tribunal penal internacional a atuação do TPI nos crimes de guerra: caso da república democrática do congo**. 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/123456789/327>. Acesso em: 27/03/2020.

MONUSCO. **United Nations Organization Stabilization Mission in the DR Congo**. Disponível em: <https://monusco.unmissions.org/en/child-protection>. Acesso em: 19/04/2020.





MUNANGA, Kabengele. **A república Democrática do Congo**. Disponível em: <http://beta.casadasafricas.org.br/img/upload/327492.pdf>. Acesso em: 28/03/2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 05/02/2020.

O'NEILL, O. **Children's rights and children's lives**. *Ethics*, Berkeley, v.98, n.3, p.445- 463, abr.1988.

ONU. **Monusco Mission de L'organisation des Nations Unies pour la stabilization en RD Congo**. Disponível em: <https://monusco.unmissions.org/>. Acesso em: 13/02/2020.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. **Sobre Fins e Começos**. 2002. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/1281/1116>. Acesso em: 15/01/2020.

PILOTTI, Francisco. **Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto**. 2001. Disponível em: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5998/S01040321\\_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5998/S01040321_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 02/03/2020.

PORTELLA Júnior, José Carlos. **O caso “República Democrática do Congo” no Tribunal Penal Internacional**. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v. 1, n.1, jan./jun. 2005. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/rbdi.v1i1.4613>. Acesso em: 19/04/2020.

RAWLS. J. *A theory of justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999.  
RAWLS. J. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.

RAWLS. John. **O Liberalismo Político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Rev. Álvaro de Vita. 2ª Edição. São Paulo. Editora Ática. 2000.

RAWLS. John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo. Martins Fontes. 2000.

REFWORLD. **Democratic Republic of Congo, Children at War**. 2003. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/45b99fb12.html>. Acesso em: 22/01/2020.



REYNTJENS, Filip. African Affairs. **Briefing: The Democratic Republic of Congo, from Kabila to Kabila.** 2001. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3518770?seq=1>. Acesso em: 28/01/2020.

RFI. **TPI condena Lubanga por recrutar crianças para guerra do congo.** 2012. Disponível em: <http://www.rfi.fr/br/geral/20120314-tpi-condena-thomas-lubanga-por-recrutar-criancas-na-guerra-civil-do-congo>. Acesso em: 23/04/2020.

SIROTA, R. **Emergência de uma Sociologia da Infância: evolução do objeto e do olhar.** *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n.112, p.7-31, mar. 2001.

UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 30/01/2020.

UNICEF. **Global Action on the 30<sup>th</sup> Anniversary of the Convention on the Rights of the Child.** Disponível em: <https://www.unicef.org/child-rights-convention/global-action>. Acesso em: 23/04/2020.

UNRIC. **PILLAY: condenação de Lubanga pelo TPI é um grande marco na luta contra a impunidade.** Disponível em: <http://www.unric.org/pt/actualidade/30808-pillay-condenacao-de-lubanga-pelo-tpi-e-um-grande-marco-na-luta-contr-a-impunidade>. Acesso em: 16/04/2020.

United Nations Treaty collection. **Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict.** 2000. Disponível em: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg\\_no=IV-11-b&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-11-b&chapter=4&lang=en). Acesso em: 10/02/2020.



# ANEXAÇÃO DA CRIMEIA: AUMENTO DA POPULARIDADE NACIONAL DE VLADIMIR PUTIN

Danilo Henrique Costa Borborema

## RESUMO

Em um novo modelo geográfico que a Rússia se instaurou após a queda da URSS, o presidente Vladimir Putin tem apresentado um enorme sucesso em seu governo no país, atingindo índices de aprovação invejáveis nos períodos em que se manteve na presidência. Em especial no momento de anexação da Crimeia, os mecanismos utilizados pelo líder russo neste período o fizeram extremamente popular. O fenômeno da manipulação popular serviu para que os objetivos de Putin fossem atingidos, entretanto, mentiras contadas a população podem custar todo um regime.

**Palavras-chave:** Vladimir Putin. Popularidade. Manipulação. Realismo. Mídia. Eleição.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo contextualizar o as adequações de Putin e suas ações frente ao cenário de pós queda da União Soviética, da qual a Rússia se insere em uma nova configuração geográfica e precisa se ajustar ao novo modo de vida globalizado e com crescentes avanços democráticos. Dada esta situação, Putin assume o mandato na presidência em dois períodos, que vão de 2000 a 2008 e depois novamente em 2012 até os dias atuais, o trabalho em questão irá analisar estes períodos da gestão Putin dentro da Rússia, dentro deste intervalo há um marco muito expressivo em seu governo que diz respeito à Crise da Crimeia, que



traz justamente uma nova abordagem em seu governo e uma nova configuração geográfica para a Rússia que resulta em uma maior popularidade e aprovação interna pela população russa. Entretanto, essa popularidade não foi simplesmente atribuída a anexação da península por si só, Putin utilizou-se de mecanismos internamente para converter situações adversas de seu governo em uma crescente e estável aprovação durante anos de administração, serão estes mecanismos que o presente trabalho irá analisar.

Dessa forma, em uma primeira parte o trabalho tratará das questões na gestão Putin, contextualizando historicamente suas atitudes neste período de 2000 a 2008 e posteriormente de 2012 até os dias atuais. Em um segundo momento, irá abordar a crise da Crimeia e como se deu a atuação do presidente Vladimir Putin no cenário internacional, bem como essas ações trouxeram um aumento em sua popularidade. No terceiro capítulo se discutirá as ações de Vladimir Putin na crise da Crimeia sob um olhar da teoria realista das relações internacionais e por fim propõe trazer possíveis consequências dessas atuações sob uma visão atual, baseado em todo o estudo agregado neste trabalho.

## **1 GESTÃO DE VLADIMIR PUTIN (2000-2008 E 2012 AOS DIAS ATUAIS) AVALIAÇÃO DE SUA POPULARIDADE.**

Com o fim da Guerra Fria em 1991 e a queda da então URSS a Rússia passou por um período de grande transformação e adaptação em um cenário recém democrático e capitalista, este período foi liderado por Boris Yeltsin, o primeiro presidente eleito democraticamente. Entretanto, em meio a esta adaptação ao novo sistema e a população ainda acostumada com a antiga estrutura da união soviética, Yeltsin precisava dar uma maior liberdade aos governadores locais em troca de apoio em seu governo presidencial, outra medida que tomou foi a privatização de vários setores, acarretando na criação de poderosas oligarquias em detrimento da população russa. Questões como essas trouxeram desordem e convergiu na criação



do movimento separatista na Chechênia. Em Outubro de 1994, Yeltsin em um ato equivocado, enviou tropas a Grozny, capital da Chechênia. O resultado foi um absoluto fracasso e o bombardeamento pelo governo matou milhares de civis de grande parte russa que morava na cidade. (BUSHKOVITCH, 2011). Questões como essa deixaram o mandato de Yeltsin ainda mais repudiado pela população que, em outro momento, Bushkovitch retrata que

enquanto o mandato de Yeltsin para o ocidente parecia uma era de “democratização” e uma transição para uma economia de mercado, para a maioria dos russos parecia mais uma escuridão anárquica de pobreza e total imprevisibilidade. (BUSHKOVITCH, 2011. TRADUÇÃO LIVRE).

Já em 1999, Vladimir Putin se encontrava no cargo de Primeiro Ministro do Presidente Yeltsin que, de forma inesperada, renunciou antes do fim de seu mandato passando a liderança para Putin que logo seguinte concorreu oficialmente a presidência em 2000, sendo eleito no primeiro turno com 52.57% dos votos<sup>1</sup>. A Rússia que ele encontrou naquele momento era a de um Estado com pouquíssima legitimidade frente à população, entretanto Putin obteve sucesso em criar um partido de suporte ao seu governo com fortes aliados no congresso e começou a ganhar respeito da população pelo notável patriotismo e principalmente pelas ações tomadas no conflito da Chechênia, que apaziguaram os movimentos separatistas na região, apesar dos ataques terroristas terem continuado esporadicamente. Com essa entrada de Putin ao poder, notou-se um retorno crescente do autoritarismo no país, bastaram nove anos para que a população voltasse a se interessar por ações autoritárias, porém isso se dá pelo fato da experiência que essas pessoas tiveram dentro deste período de nove anos, todos estavam acostumados com a vivência geográfica da União Soviética e tinham contato entre os territórios, outro fator foi a impressão que a democratização repentina após a ruptura da URSS deixou. Questões como essas levaram a sociedade a pensar de forma mais positiva sobre a era soviética, então

---

<sup>1</sup> <https://www.nytimes.com/2000/03/27/world/election-russia-overview-putin-wins-russia-vote-first-round-but-his-majority.html>. Acesso em: 23/05/2020.



Putin em resposta a esse sentimento nostálgico, lembrou heróis de guerra e da corrida espacial (BUSHKOVITCH, 2011), ganhando mais apreço da população.

A ideia de Vladimir Putin nesse período inicial era de projetar novamente a Rússia ao patamar de potência internacional de forma competitiva, após, claro, garantir sua legitimidade internamente, e a fez de forma assertiva começando por estipular o fim das eleições diretas para os governadores regionais dentro do país, questão que trouxe enorme problema para Yeltsin em seu governo<sup>2</sup>. Outra questão foi o embate de Putin contra os oligarcas que estabeleceram domínios durante a era Yeltsin, embates estes que foram bem sucedidos pelo presidente e resultou na reestatização de grandes empresas, como cita Maria Eduarda em sua publicação pela Faculdade Damas,

Donos de grandes empresas da área de comunicação e de produção de petróleo foram acusados de fraude fiscais e outros crimes. Boris Gusinsk foi o primeiro oligarca a sofrer com essas acusações, ele chegou a ser preso temporariamente, e logo depois assinou a venda da maior parte das suas empresas para pagar as multas. Esse processo de “caça aos oligarcas desobedientes” terminou alavancando um processo de reestatização de alguns setores de produção considerados estratégicos, como empresas de petróleo e canais de TV de alcance federal na Rússia. (DOURADO, M. E. 2017. p. 12)

Essa conquista para o governo significou além da aprovação da população pelo nacionalismo de Putin, significou também uma enorme concentração de poder em suas mãos. E como esperado levou a eleição de seu segundo mandato em 2004 com 71% dos votos de acordo com o relatório feito pelo *Office for Democratic Institutions and Human Rights* (OSCE/ODIHR), a devastadora maioria dos votos enfatizou a quase nula disputa pela presidência e levou pesquisas feitas pela *Freedom House* entre 2004 e 2005 a mudarem o status do país sobre liberdade de expressão de “parcialmente livre”, em 2004, para “não livre”, em 2005.

---

<sup>2</sup> Yeltsin trocava a demasiada liberdade dos governadores por apoio em seu governo



Resultado final das eleições de 2004:

	Number of Votes Cast	Percentage
<b>Sergey GLAZEV</b>	<b>2,850,063</b>	<b>4.10</b>
<b>Oleg MALYSHKIN</b>	<b>1,405,315</b>	<b>2.02</b>
<b>Sergey MIRONOV</b>	<b>524,324</b>	<b>0.75</b>
<b>Vladimir PUTIN</b>	<b>49,565,238</b>	<b>71.31</b>
<b>Irina HAKAMADA</b>	<b>2,671,313</b>	<b>3.84</b>
<b>Nikolay KHARITONOV</b>	<b>9,513,313</b>	<b>13.69</b>
<b>Against All</b>	<b>2,396,219</b>	<b>3.45</b>

Fonte: OSCE/ODIHR Election Observation Mission Report.  
<https://www.osce.org/gsearch?qr=%20PRESIDENTIAL%20ELECTION%2014%20March%202004>. Acesso em: 24/05/2020

Liberdade de expressão na Rússia:

Country Reports 463

## ↓ Russia

**Population:** 145,500,000    **Political Rights:** 5  
**GNI/capita:** \$1,750    **Civil Liberties:** 5  
**Life Expectancy:** 65    **Status:** Partly Free  
**Religious Groups:** Russian Orthodox, Muslim, other  
**Ethnic Groups:** Russian (82 percent), Tatar (4 percent),  
 Ukrainian (3 percent), other (11 percent)  
**Capital:** Moscow



**Trend Arrow:** Russia received a downward trend arrow due to increased state pressures on the media, opposition political parties, and independent business leaders.

### Ten-Year Ratings Timeline (Political Rights, Civil Liberties, Status)

1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
3,4PF	3,4PF	3,4PF	3,4PF	4,4PF	4,5PF	5,5PF	5,5PF	5,5PF	5,5PF



Fonte: *Freedom in the World 2004 Complete Book*. <https://freedomhouse.org/report/freedom-world>  
Acesso em: 24/05/2020

Country Reports 519

## Russia

**Population:** 144,100,000    **Political Rights:** 6\*  
**GNI/capita:** \$2,130    **Civil Liberties:** 5  
**Life Expectancy:** 65    **Status:** Not Free  
**Religious Groups:** Russian Orthodox, Muslim, other  
**Ethnic Groups:** Russian (82 percent), Tatar (4 percent),  
 Ukrainian (3 percent), other (11 percent)  
**Capital:** Moscow



**Ratings Change:** Russia's political rights rating declined from 5 to 6, and its status from Partly Free to Not Free, due to the virtual elimination of influential political opposition parties within the country and the further concentration of executive power.

### Ten-Year Ratings Timeline (Political Rights, Civil Liberties, Status)

1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
3,4PF	3,4PF	3,4PF	4,4PF	4,5PF	5,5PF	5,5PF	5,5PF	5,5PF	6,5NF

Fonte: *Freedom in the World 2005 Complete Book*. <https://freedomhouse.org/report/freedom-world>  
Acesso em: 24/05/2020

No período do segundo mandato, ainda em 2004, Putin teve de lidar com uma situação delicada que ficou conhecida como “O massacre de Beslan”, um ataque realizado em uma escola por um grupo terrorista checheno, onde centenas foram mortos, o que levou a popularidade de Putin naquele momento a ser reduzida pela postura tomada frente ao ataque e fez com que tomasse a decisão já citada anteriormente de suspender as eleições diretas para governadores nas regiões,

após Beslan em 2004, as propostas de Putin se sustentaram em centralizar poder político. Suas iniciativas legislativas, em sua maioria, foram direcionadas em acabar com a independência dos governadores regionais, da mídia de massa, dos partidos de oposição e organizações, e reduzindo a prestação de contas do parlamento ao eleitorado local. (Remington, 2008).





Este segundo mandato foi marcado por revoluções que ameaçavam o status quo da Rússia, que ficaram conhecidas como “revoluções coloridas” e também pelo afastamento russo do ocidente principalmente pelas suspeitas de que os EUA e União Europeia estavam articulando interesses próprios na região. As revoluções coloridas possuíam um cunho democrático e todas reivindicavam eleições justas pois viam ilegitimidade nos governos autoritários locais.

Uma onda de ‘revoluções coloridas’ na Geórgia (2003), Ucrânia (2004), and Quirguistão (2005) viram líderes autoritários serem derrubados por protestos populares que demandavam por eleições justas. Putin viu isso como uma campanha orquestrada pelo ocidente para espalhar a democracia – e governos pró ocidente – dentro da configuração pós soviética, e ele tomou atos decisivos para prevenir esse fenômeno de chegar até Moscou, aplicando restrições mais severas a oposição enquanto criava movimentos populares pró Kremlin. (RUTLAND, P. 2015. TRADUÇÃO LIVRE).

A revolução que interessa para este presente estudo é a revolução laranja na Ucrânia, conhecida assim pela cor usada na campanha de Viktor Yushchenko, candidato com interesses de aproximação com a UE e EUA. A causa dos protestos foi por conta de acusações de fraude nas eleições, “o confronto era entre um candidato presidencial abertamente pró-russo, Yanukovich, que estaria sendo favorecido por esta fraude, e Yushchenko, que adotava uma postura ostensivamente nacionalista.” (LAZZARI, T. C. 2011.). A revolução foi considerada um sucesso com a eleição de Yushchenko para a presidência da Ucrânia em 2005, desagradando o governo russo e intensificando a inimizade entre as regiões. Em 2008, no fim do mandato do presidente Vladimir Putin, todos no cenário internacional acreditavam que ele iria realizar modificações na constituição para poder se reeleger em um terceiro mandato consecutivo, uma vez que Putin possuía maioria de apoiadores no congresso para realizar este feito, porém não foi o que aconteceu, Putin escolheu Dmitri Medvedev para apoiar como seu sucessor na campanha à presidência. Na



vitória de Medvedev, Putin seguiu na política mais uma vez como Primeiro Ministro, cuidando de assuntos internos.

### MEDVEDEV'S APPROVAL RATING



Fonte: Levada Center - <https://www.levada.ru/en/ratings/> acessado em 28/05/2020.

Para fins de entendimento dos gráficos subsequentes e ao que se refere a popularidade de Putin e suas ações, a análise da aprovação de Medvedev é importante. Nota-se que a aprovação pelo governo de Dmitri Medvedev, no seu início em 2009, sofre algumas instabilidades e começa a declinar mesmo depois que volta ao cargo de primeiro ministro, voltando a aumentar somente em 2014 com o mesmo fenômeno que foi responsável pelo aumento da aprovação de Putin, que será tratado mais a frente. Esse declínio é principalmente atribuído aos reflexos da crise



econômica mundial de 2008, que manteve a Rússia no negativo por alguns anos, porém este é o pensamento da população sobre o governo de Medvedev.

Ao fim do governo Medvedev em 2011, Putin anunciou que iria concorrer novamente para a presidência, rumo ao seu terceiro e definitivo mandato, e como cita Jim Nichol, especialista em assuntos na Rússia,

O Primeiro Ministro Putin e o Presidente Medvedev anunciaram que iriam trocar os cargos para que então Putin pudesse reassumir a presidência. Os dois líderes afirmaram que haviam concordado em considerarem essa troca antes mesmo que Medvedev fosse eleito em 2008. (NICHOL, J. 2012. TRADUÇÃO LIVRE).

Durante sua campanha, ao mesmo tempo que se recusava a participar de debates com os demais candidatos, Putin continuava mantendo sua grande visibilidade na mídia como um Primeiro Ministro competente, além disso, próximo das votações, enfatizou que iria aumentar o pagamento aos militares e pessoas do governo, bem como aumentar o salário dos estudantes, promessa que conquistou muitos votos, além de colocar a culpa nos Estados Unidos pelos males que ocorriam no país e ostentar seu repúdio ao ocidente, tornando o voto do povo em praticamente um ato de patriotismo. (NICHOL, J. 2012). Putin foi declarado vitorioso nas eleições no primeiro turno com 63.6% dos votos como pode ser observado na tabela,

**Table I. Presidential Election Results**

Candidate	Nominated by:	Percent of Vote
Vladimir Putin	United Russia Party	63.6
Gennadiy Zyuganov	Communist Party of the Russian Federation	17.18
Mikhail Prokhorov	Self-Nominated	7.98
Vladimir Zhirinovskiy	Liberal Democratic Party of Russia	6.22
Sergey Mironov	A Just Russia Party	3.85

**Source:** Russian Central Electoral Commission, March 7, 2012.



Fonte: <https://fas.org/> - Russia's March 2012 Presidential Election: Outcome and Implications. Acessado em: 24/05/2020

Esta eleição em especial, gerou muita controvérsia tanto internacionalmente quanto internamente por conta de acusações de fraudes eleitorais e pessoas dizendo que foram pagas para votarem repetidamente. A oposição organizou protestos que foram recebidos com policiais fortemente armados para conter os tumultos, e por mais que tenham continuado por alguns meses, rapidamente se dissipou. “Como consequência dos protestos do dia 6 de maio, Putin alterou a lei em uma reunião para incluir multas caríssimas para quem participasse de comícios não sancionados.” (SATTER, D. 2016).

Enquanto isso em 2010, o mesmo candidato que havia sido alvo da revolução laranja, Viktor Yanukovich, é eleito para a presidência. Durante este período de Yanukovich na presidência houveram alguns casos de corrupção e nepotismo, no intuito de concentrar o poder em suas mãos, entretanto os cidadãos ucranianos ainda tinham esperança de que o processo de associação da Ucrânia com a União Europeia, que fora iniciado no antigo governo, fosse dado continuidade pelo atual presidente da época, mas o contrário aconteceu e por decisão de Yanukovich, a Ucrânia teria se recusado a assinar os acordos que dariam continuidade a este processo de cooperação. Não há dúvidas de que essa atitude do governo causou enormes revoltas na população e retirou completamente a legitimidade de Yanukovich para a maioria dos nacionais. A opressão policial que já existia durante este governo ficou ainda maior com o aumento dos protestos contra o presidente e resultaram em embates violentos entre a polícia e a população gerando inúmeros feridos e centenas de mortos.



No fim de 2013 e início de 2014, no ápice do conflito, a Ucrânia se encontrava em uma completa instabilidade política e Yanukovich havia sido deposto de seu cargo, foi então que Putin, em uma reunião de emergência, disse aos seus colegas que precisavam trazer a Crimeia de volta à Rússia (SATTER, D. 2016), território que foi dado para a Ucrânia em 1954 por Nikita Khrushchev, primeiro secretário do partido comunista da União Soviética e sucessor de Stalin a época. A Crimeia se trata de uma península ao sul da Ucrânia onde a maioria de sua população é considerada russófona e possuem fortes ligamentos com a Rússia, além de ser o ponto mais próximo de acesso ao Mar Negro, que permite passagem marítima até o Atlântico. Com ameaças de avanços da OTAN na região Oeste da Europa, viu-se a necessidade de uma tomada rápida deste território que, estrategicamente, é muito importante para a Rússia, a operação foi colocada em prática quase imediatamente como expõe David Satter que no dia 22 de fevereiro de 2014,

[...]Putin afirmou que teria feito a decisão as 7 da manhã após uma reunião de emergência que durou a noite toda com seus chefes de segurança sobre a crise na Ucrânia. Ele também disse que falou aos seus colegas para começarem a trabalhar em “trazer a Crimeia de volta à Rússia”.[...] Na noite do dia 26 de fevereiro, 120 homens armados e bem treinados sem nenhuma insígnias de identificação apoderaram-se do prédio do parlamento regional crimeio em Simferopol e hastearam a bandeira russa sobre o prédio. (SATTER, D. 2016. TRADUÇÃO LIVRE).

Esses homens sem identificação ficaram conhecidos na mídia como “homenzinhos verdes”, a operação continuou até que vários pontos estratégicos fossem dominados, então com o parlamento também apropriado, os deputados votaram em um novo primeiro ministro, Sergey Aksyonov, conhecido pela população como um criminoso e que agora estava no poder para poder realizar a votação que dava forma ao referendo de anexação ao território russo, que foi rapidamente aceito e votado pela população, sendo aprovado com mais de 95% das



pessoas dizendo “sim” a anexação<sup>3</sup>. Toda a operação foi feita sem grandes esforços por parte do exército russo e não houve necessidade do uso das armas de fogo para o sucesso do plano.

=  
**PUTIN'S APPROVAL RATING**



Fonte: Levada Center - <https://www.levada.ru/en/ratings/> acessado em 28/05/2020.

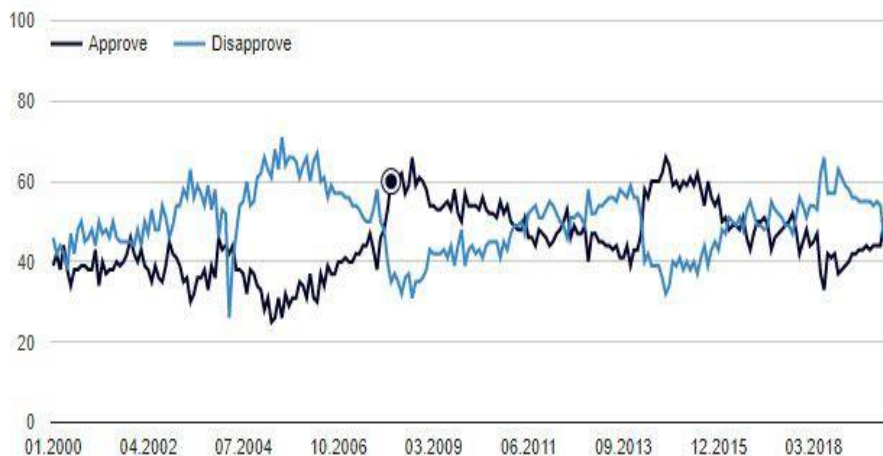
Desde a eleição em 2010, Putin estava sofrendo uma queda de popularidade e aprovação em seu governo ainda enquanto primeiro ministro, apesar de não ser porcentagens muito alarmantes, significava bastante para seu governo que sempre manteve uma aprovação alta, acima dos 60%, e no final de 2013 estava sendo ameaçada de cair para abaixo deste valor. Após a anexação em março de 2014, a aprovação de Putin pela população aumentou para os 80% e se manteve assim até meados de 2018 como pode ser observado na imagem anterior.

<sup>3</sup> <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/03/entenda-o-que-muda-na-crimeia-apos-referendo-aprovar-adesao-russia.html>



Por outro lado, em uma visão que se questiona as ações do governo russo como um todo, a história muda. A desaprovação pelo governo russo é predominante na maioria dos anos, tendo picos de aprovação no governo de Medvedev e na anexação da Crimeia.

## APPROVAL OF THE GOVERNMENT



Fonte: Levada Center - <https://www.levada.ru/en/ratings/> acessado em 28/05/2020.

Observando o gráfico anterior é possível compreender que a admiração popular era por Putin e não pelo governo que o compunha, porém mesmo assim há o aumento de aprovação no período de troca de governos, que levanta o questionamento do por que Putin consegue se reeleger em 2012 com tanta convicção apesar dos dados dizerem o contrário sobre seu governo anteriormente.



Para responder essa pergunta devemos olhar para o período de transição do governo socialista para uma democracia capitalista com Boris Yeltsin. O caos social e econômico vivenciado pela população russa neste momento marcaria a mentalidade desse povo. O fato é: a população russa tem medo de grandes mudanças de governo, preferem continuar da maneira que estão para não ter que enfrentar uma transição para o inseguro, ou seja, para um governo que eles não conhecem. (DOURADO, M. E. 2017. p. 17).

A atitude de Putin, entretanto, sobre o planejamento e anexação da Crimeia foi benéfica não só para sua própria imagem mas também para o governo russo em geral bem como para o primeiro ministro Medvedev. Sendo este um marco para o governo russo sob a liderança de Vladimir Putin, a postura adotada frente aos países ocidentais durante esse período de aprovação no pós anexação condiz com essa memória da população russa na influência ocidental da década de 90, que na visão dos russos, prejudicou o país na época.

## **2 CRISE DA CRIMEIA E ATUAÇÃO DE VLADIMIR PUTIN.**

A anexação pareceu algo simples para a Rússia devido a competência dos agentes que participaram na missão, entretanto houve grande resistência no cenário internacional contra a ação de Putin antes e depois do ocorrido. A ostensividade russa frente às decisões da Crimeia causava um desconforto ainda maior na Europa do que nos EUA por conta da proximidade geográfica, como cita Alasdair Birchfield 2018, “A agressão da Rússia, entretanto, também apresenta um desafio para as aspirações da UE em se tornar um ator global nas RI”, porém havia uma grande interdependência econômica e energética entre as duas regiões, a Rússia se caracterizava como um dos maiores exportadores de gás natural e petróleo para a UE. Essa interdependência não evitou de que os EUA e a UE concordassem entre si para aplicarem sanções econômicas na Rússia com o intuito de reprimir o ato de anexação e talvez fazer Putin voltar atrás em sua decisão. As sanções impediam que a Rússia exportasse e importasse de diversos países e também causava a retirada de





investimentos da região por conta do enfraquecimento econômico e a instabilidade gerada pelas punições, e por essa questão o país sofreu grandes recessões, mas ainda sim a popularidade e aceitação do governo de Putin permaneceu alta devido às atitudes que foram tomadas nesse período.

Ao invés de aumentar a pressão sob Putin para mudar suas políticas externas, As sanções do Ocidente aparentam reforçar o regime de Putin. É muito conhecido na literatura sobre sanções que elas normalmente falham (Drury 1998; Hufbauer et al. 1990). Entretanto existe uma discordância sobre qual proporção de sanções são ineficazes, estudiosos concordam que a maioria das sanções falham em assegurar seus objetivos. Existem também pesquisas que mostram que sanções podem surtir o efeito contrário na busca de resultados. O que não tem sido muito mostrado é como um líder, assim como Putin, é capaz de não apenas driblar os efeitos negativos das sanções, mas também usá-las para elevar sua posição, e porque o líder adota diferentes aproximações frente aos aplicadores das sanções. (PATANE, C; DRURY, C. 2018. TRADUÇÃO LIVRE).

Olhando novamente para o gráfico anterior, a pesquisa indicou um aumento evidente e diretamente relacionado a anexação da península da Crimeia, as porcentagens subiram de 69% de aprovação em fevereiro de 2014, momento em que ainda não se sabia sobre o referendo, para 80% e aumentando em março de 2014, momento em que se houve a anexação. Nota-se, entretanto, que a aprovação continua subindo e se mantém em porcentagens altas mesmo com sanções sendo aplicadas ao país após a anexação. Quais seriam as ações de Putin para estes resultados?

Depois que as sanções foram implementadas, a Rússia se deparou com sérios problemas econômicos, incluindo um declínio no comércio exterior e no PIB per capita. As sanções contribuíram para outros problemas econômicos na Rússia, incluindo a queda de preço do petróleo, desvalorização do cascalho e déficit nos orçamentos. Entretanto, inesperadamente, as sanções econômicas não foram reconhecidas pela população como um problema (KAZUN, A., 2016. TRADUÇÃO LIVRE).



Com essa afirmação, Anastasia relaciona a percepção da população com o controle que o governo tem sobre a mídia local; “Assume-se que essa percepção é devida a construção proposital que a imagem das sanções econômicas tem na mídia” (KAZUN, A. 2016), o governo, pelos meios de comunicação conseguiu reverter o cenário de crise econômica para uma situação de fortalecimento do país como um todo, a economia se enfraquece para retornar maior ainda, como se fosse um teste. O exemplo claro é o das sanções sob importação de produtos, “O embargo de alimentos promoveu as autoridades uma oportunidade favorável para demonstrar a necessidade de produtores domésticos” (KAZUN, A. 2016). Entretanto, há outra possibilidade para os altos números de aprovação, que seria o medo do regime autoritário que se é instaurado no país, que quando se faz uma pesquisa de aprovação sobre o governo não se sabe ao certo se a pessoa questionada de fato apoia ou apenas tem receio de dizer o que pensa, apesar de que essa visão é um tanto enviesada nos padrões democráticos visto que a Rússia não é conhecida por pressão e terror social em seus governos atuais.

A verdade é que a mídia e o que se é falado para a população tem um grande efeito na formação da opinião pública, principalmente quando se trata de questões econômicas como as citadas ou questões distantes da realidade dos residentes russos, como no caso da Crimeia após sua adesão ao território russo. Uma notícia do jornal *Argumenty i Fakty*, de controle do governo, representa muito bem essa questão:

“Nossa vida não ficou pior, mas muito mais complicada”, diz Svetlana, moradora de Sevastopol para a pergunta: “Como está a vida?” Ela me garante que, apesar das dificuldades (ênfata que é “temporário”), a euforia da percepção de que a Crimeia é hoje a Rússia, muitos não passaram. Svetlana, sem esconder seu entusiasmo, fala sobre como, em uma única explosão, os “Sevastopolitas” (como os habitantes da cidade se autodenominam, enfatizando seu status especial, quase alienígena) votaram para ingressar na Federação Russa. “De fato”, continua Svetlana, “tudo mudou em nossas vidas: dinheiro novo, documentos, legislação, até o ponto em que produtos e cigarros familiares desapareceram. Hoje, porém,



podemos comprar um conjunto de produtos qualitativamente melhores do que na Ucrânia. Os preços de produtos e coisas, é claro, aumentam a cada mês. E você já deixa de orientar: ficou mais caro ou mais barato. (AiF, 03, Dezembro 2014)<sup>4</sup>

Entretanto, na realidade a vida dos moradores da península não se tornou empolgante e promissora como diz o depoimento da moradora na notícia, o fato é que a vida dessas pessoas mudou completamente de uma hora para outra, de acordo com Greta Uehling,

Imagine por um momento que tanques de guerra entram em seu estado. Homens armados e mascarados sem insígnia militar ocupam as ruas de sua cidade. O aeroporto é fechado. Então, depois de uma rápida votação, um novo líder, alguém que você entendia que fazia parte do mundo do crime, é promovido ao maior cargo executivo. De repente, você precisa voltar duas horas inteiras no relógio para corresponder ao da nova capital, alguns a 1,400 quilômetros de distância. Seu cartão para de funcionar, e então o seu banco fecha. Alimentos com que era acostumado, comidas que você tem comido por sua vida toda, são banidas e desaparecem das prateleiras do mercado para serem trocadas por outras estrangeiras. Seu medicamento se torna seis vezes mais caro. Então seu celular para de funcionar, e você precisa encontrar uma nova operadora para recuperar o sinal. O canal que você contava para receber suas notícias toda noite se fecha. Te dizem que voce tem tres meses para trocar seu passaporte por um novo, ou que você pode não ser capacitado para renovar sua carteira de habilitação ou retornar para sua casa depois de uma viagem. Essa situação caótica e liminal não é, obviamente, hipotética. É o que aconteceu com os moradores da Crimeia após a anexação pela Federação Russa. (UEHLING, G. 2015, TRADUÇÃO LIVRE).

Apesar da situação, não há formas da população local de reivindicar alguma melhoria, apenas ter o otimismo de Svetlana, a moradora da reportagem feita pelo jornal russo. Problemas como este, da informação ser passada por jornais de controle do governo russo, deixam a população sem saber o que realmente acontece, fazendo-os pensar que as ações do presidente são as melhores independentemente da

---

<sup>4</sup> <https://aif.ru/society/people/1396583> - acessado em 17/05/2020



situação, começando pelo próprio discurso de Vladimir Putin na celebração de anexação e dando continuidade com notícias e informações enviesadas.

Em outra pesquisa realizada pelo Levada Center, para os resultados em 2020 foram questionadas 1624 pessoas acima de 18 anos e de 137 locais diferentes em 50 regiões dentro da Federação Russa, e a pergunta feita a essas pessoas era: “em sua opinião, por que tanta gente confia em Vladimir Putin?” A pesquisa se estende desde 2001.



IN YOUR OPINION, WHY DO MANY PEOPLE TRUST VLADIMIR PUTIN? (*respondents were presented with a card and could give only one answer*)

	People are convinced that Putin successfully and competently manages to solve the country's problems	People hope that Putin will be able to solve the country's problems going forward	People don't see who else they can rely on	Difficult to say
<b>Mar. 20</b>	<b>23</b>	<b>26</b>	<b>43</b>	<b>8</b>
Jul. 19	27	24	43	7
Nov. 16	28	39	29	4
Oct. 15	36	36	26	3
Sep. 14	38	36	23	3
abr.13	14	36	42	8
Aug. 12	15	41	35	9
Sep. 11	23	36	34	8
Jul. 10	26	33	34	6
Jul. 09	28	35	31	6
Apr. 07	31	30	35	4
Jul. 06	25	32	38	5
Jul. 05	16	36	42	6
Jul. 04	16	40	41	3
Aug. 03	15	46	34	5
Oct. 02	21	44	31	4
Jul. 01	14	43	34	9



Fonte: Levada Center -<https://www.levada.ru/en/2020/05/14/vladimir-putin-9/> acessado em 29/05/2020.

A tabela apresenta resultados mais objetivos que servem de complemento para o gráfico sobre a popularidade de Putin no primeiro capítulo, nota-se que as duas primeiras colunas caracterizam bons resultados sobre o governo, e as duas últimas colunas apresentam um certo descontentamento ou frustração da população. A terceira coluna (*People don't see who else they can rely on*) em comparação com as duas anteriores, é o foco para que se entenda a reação da população russa durante a anexação da Crimeia e suas consequências. Entre 2013 e 2014 houve uma inversão nos resultados correspondente ao domínio russo sob a península e que permaneceu até 2016 com a maioria das pessoas confiantes ou esperançosas de que Putin traria prosperidade ao país, em 2019 a confiança torna a cair novamente e a falta de opção passa a compreender quase metade dos participantes na pesquisa. De acordo com dados levantados pelo Banco Mundial<sup>5</sup>, o PIB da Rússia começou a sofrer uma queda a partir de 2010 onde o crescimento era de 4.5% ao ano e em 2015 chegou a ficar negativo em -2.3%, em 2016 o país voltou a se recuperar em taxas crescentes de 1% a cada ano porém não retornou ao que era antes das sanções. As promessas de que a crise interna no país por conta das sanções eram temporárias se estenderam por tempo demais para que a população continuasse comprando esse discurso do governo russo.

Entretanto, não foi falta de tentativa para que o declínio na economia fosse de fato temporário, segundo Patane e Drury (2018), Putin procurou fazer parcerias com outros países no Oriente além de tentar induzir a quebra das sanções aplicadas por alguns países da União Europeia oferecendo acordos lucrativos que atingissem este fim, surtindo efeito em 2015 com a Grécia se opondo a estender as sanções e em 2016 com a Itália e Hungria também se recusando a serem renovadas as sanções automaticamente, a preocupação que a UE tinha sobre as sanções era em relação a

---

<sup>5</sup> [https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?end=2018&locations=RU&name\\_desc=false&start=2000](https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?end=2018&locations=RU&name_desc=false&start=2000) - acessado em 29/05/2020



possibilidade de perder espaço de mercado com a Ásia e Oriente Médio por conta da Rússia estar se expandindo economicamente para este mesmo lado pela limitação de opções, essa premissa abria oportunidade ao governo russo em dizer que as sanções, na realidade, estavam afetando mais quem estava as aplicando do que a própria Rússia.

Atitudes como a de política externa pouco importam para a população russa, que espera de seu líder uma melhoria na economia do país como prometido, a perspectiva de estagnação baseada nos dados do PIB russo demonstram que as políticas de manipulação por meio da mídia estão perdendo a eficácia e estão causando a queda já apresentada de aprovação do governo. Baseando em Mearsheimer, 2011, e no primeiro capítulo Putin não age para ganhos próprios apesar da grande popularidade que é resultada de suas ações, de fato entende-se que Putin acredita que as atitudes tomadas são as melhores para a população, entretanto o mandato que tem se estendido por quase vinte anos está previsto para terminar em 2024 caso não haja alterações constitucionais, e é possível que a estagnação mostrada permaneça a ponto de não ser possível essa alteração por conta da perda de apoio no governo.

### **3 ANÁLISE DA ATUAÇÃO DE VLADIMIR PUTIN NA CRISE DA CRIMEIA SEGUNDO O OLHAR REALISTA DAS RI.**

As ações do presidente Vladimir Putin, tratadas anteriormente, é um ótimo exemplo para colocar em prática a teoria realista de Mearsheimer na obra “*Why Leaders Lie: The Truth About Lying in International Politics*”, além disso, a construção do discurso de Putin desde sua organização até sua contextualização, representa muito bem o termo *Spinning* colocado por Mearsheimer em seu livro. A fala do presidente é dirigida aos representantes da Crimeia e a capital Sevastopol, aos cidadãos russos e aos residentes da península, entretanto, em nenhum momento é citada as questões de invasão que antecederam a anexação como de fato aconteceu,



pelo contrário, Putin inicia sua fala dando um panorama histórico entre os dois países e demonstra, de forma sutil, a dificuldade que a Rússia tem em reconhecer a soberania da Ucrânia de forma legítima, “tudo teve as mesmas conotações: escassez no reconhecimento da soberania ucraniana por parte da Rússia, e ao invés disso, proferiu referências a Ucrânia como destinada a atender aos interesses da grande Rússia” (P, Malmö. 2014). É possível fazer essa afirmação quando, por meio da história, Putin coloca a Ucrânia em uma posição de não conseguir falar por si mesma, como se fosse quase indefesa e que a Rússia tivesse a obrigação de retratar a história e salvar a região da “terrível” separação que havia acontecido;

[...]Agora, muitos anos depois, ouvi moradores da Crimeia dizerem que em 1991 eles foram entregados como um saco de batatas. Isso é difícil de negar. E como fica a situação russa? Como fica a Rússia? Apenas aceitou humildemente a situação. Esse país estava passando por tantos momentos difíceis que era literalmente incapaz de proteger os próprios interesses. Entretanto, a população não conseguiu se conformar com essa imensa injustiça histórica. todos esses anos, cidadãos e várias figuras públicas retomaram esse assunto, dizendo que a Crimeia é historicamente território russo e Sevastopol é uma cidade russa.<sup>6</sup> (Address by President of the Russian Federation, Mar. 18. 2014. Tradução Livre).

Putin não só coloca a Crimeia nesta posição, como também, ao mesmo tempo, contextualiza a Rússia como algo próximo de Cristo, que apesar de sua grandeza, sofreu imensamente mas no final irá salvar aqueles que o pertencem. Essa comparação é devida a maioria da população russa ser de religião cristã, e Putin usa mais essa situação colocando a Ucrânia como o verdadeiro vilão contra os russos na região, que sempre foram impedidos de praticar suas culturas dentro do país de acordo com as leis internas, essas pessoas que desde então sofrem por não poderem se expressar, finalmente podem se sentir livres agora que fazem parte do território russo novamente.

---

<sup>6</sup> <http://en.kremlin.ru/events/president/news/20603> Acessado em 16/05/2020





[...]Primeiramente, nós tivemos que ajudar a criar condições para que os residentes da Crimeia, pela primeira vez na história, fossem possibilitados de expressar de forma pacífica suas vontades livremente ao que diz respeito ao seus próprios futuros. Todavia, o que escutamos dos nossos colegas da Europa Ocidental e América do Norte? Eles dizem que estamos violando as normas do direito internacional<sup>7</sup>. (Address by President of the Russian Federation, Mar.

18. 2014. Tradução Livre).

Estes são exemplos de situações condizentes com a teoria realista e os conceitos de Mearsheimer, quando o presidente coloca o próprio país na situação em que foi colocado em seu pronunciamento, ele cria para os ouvintes uma ótica em que a Rússia jamais teria invadido a península e destituído o então governo para que fosse legitimado um referendo de anexação, o que ele fez teria sido um ato de salvação para o povo da região. É notável que de fato, Putin não está falando mentiras sobre o ocorrido e está apenas omitindo alguns fatos, dando ênfase apenas para o que lhe convém, com o intuito de melhorar a sua imagem em detrimento, ou não, de outros. Essa capacidade em distorcer a verdade para benefício próprio foi responsável para que no fim de sua fala todos o aplaudissem de pé.

É importante retratar também não só o interesse na popularidade, mas bem como nos interesses geográficos que a região traria para a Rússia e as perdas e ameaças que se tornariam reais caso não ocorresse a integração territorial, questões essas que se remetem ao realismo existente na bipolaridade em que a divisão de poder mundial se encontra, onde o ganho de um significa a perda do outro.

O presidente Putin inclusive alerta os russos e ucranianos dessa possibilidade de forma a entender que a integração foi melhor para ambos os países.

[...] deixe-me dizer também que nós já escutamos declarações de Kiev sobre a Ucrânia se integrando a OTAN brevemente. O que isso teria significado para a Crimeia e Sevastopol no futuro? Teria significado que a marinha da OTAN estaria bem

---

<sup>7</sup> <http://en.kremlin.ru/events/president/news/20603> Acessado em 16/05/2020



ali na cidade do glorioso exército russo, e isso iria criar não uma ilusória, mas uma perfeita e real ameaça a todo o sul da Rússia. Essas são coisas que poderiam ter se tornado realidade se não fosse pela escolha dos cidadãos da Crimeia, e eu quero dizer obrigado a eles por isso<sup>8</sup>. (Address by President of the Russian Federation, Mar. 18. 2014. Tradução Livre).

É possível que por essa linha de pensamento seja explicada as sanções impostas sobre o governo russo, como forma de tentar induzir a Rússia em voltar atrás na decisão do referendo de anexação e possibilitar uma maior influência estadunidense e europeia na região. E o governo russo usou de artimanhas para reverter a imagem das sanções dentro do país, a construção da demonização ocidental que teria o intuito de reprimir a Rússia de todas as formas desde o início Guerra Fria, é a perfeita justificativa para tornar as sanções algo a ser vencido com o patriotismo e união.

No cruel mundo das relações políticas, não existe um 911<sup>9</sup> para ligar caso o Estado acabe em problemas, e mesmo se existisse, não há ninguém do outro lado para atender o telefone. Portanto, líderes e suas pessoas de confiança entendem que estados operam em um mundo de auto-ajuda onde eles têm de fazer o que for necessário para promover a própria segurança. Se isso significa mentir ou trapacear, que seja. (MEARSHEIMER, J. 2011. TRADUÇÃO LIVRE).

Afirmações como essa dão embasamento para Mearsheimer dizer que os Estados estão mais inclinados a mentir para seus próprios nacionais do que para outros Estados, uma vez que mentiras entre países tem pouca duração e são facilmente desmascaradas, levando conseqüentemente em baixa credibilidade futuramente, já com os próprios nacionais não é bem assim, principalmente no caso da Rússia onde a liberdade de imprensa é baixa e a chance a população se informar de forma crítica é baixa. Mas qual seria o benefício de mentir para os cidadãos? Não seria necessariamente benefício, mas algo como resguardo, “líderes às vezes pensam que tem o dever moral de mentir para proteger o seu país” (J. MEARSHEIMER.

---

<sup>8</sup> <http://en.kremlin.ru/events/president/news/20603> Acessado em 16/05/2020

<sup>9</sup> Número de emergência estadunidense



2011). Como é o caso de Putin, que acredita no fato da anexação ser algo bem maior do que é de conhecimento da população, pois ele possui mais informações e, portanto, sabe a melhor forma de agir para o bem do Estado, a vida para os novos russos da Crimeia pode não ter ficado das mais fáceis, mas foi feito para um bem maior. Como o presidente não pode dizer a verdade pois provavelmente haveria quebras de confiança, é mais fácil enganar a população, que, além de manter os segredos, ainda se beneficia com o aumento de sua popularidade baseado na forma em que é contada a história para os cidadãos.

A forma como Putin colocou a situação para seus nacionais mesmo que depois do ocorrido, pode ser classificado de certa forma, como Mearsheimer coloca, de *Fearmongering*, que se traduziria como política do medo, que neste caso foi quando ele apresentou os perigos que a Rússia e a Crimeia sofreriam caso não ocorresse a anexação, e também pelo fato de Putin ter omitido os planos de invasão da península até o último momento a fim de evitar não só apelo internacional, mas também qualquer tipo de tumulto dentro do próprio país por não terem as mesmas informações que ele possuía. Quando Putin discursa sobre as intenções que a OTAN tinha na região, ele sugere que as ações que foram tomadas pelo governo russo foram as melhores para proteger toda essa região e enquadra os países do Ocidente como vilões neste ponto de vista, criando na população russa um sentimento de nacionalismo e de necessidade de proteção do próprio território, gerando consequentemente apoio ao regime de Putin e suas ações invasivas na Crimeia.

Leaders engage in fearmongering when they think they recognize a serious threat to national security that the public does not see, and that the public cannot be made to appreciate with straightforward and honest discourse. They reason that the only way to mobilize their citizens to do the right thing is to deceive them for their own good. (MEARSHEIMER, J. 2011. TRADUÇÃO LIVRE).

Se caso Putin viesse a discorrer apenas sobre a importância estratégica que a península tem para a Rússia, poderia causar muita discordância pelos seus nacionais,



o mais sensato foi simplesmente, com embasamento histórico, sensibilizar a população e trazer esse sentimento de proximidade com o povo russo, que de certa forma é verídico porém não em sua totalidade, esses momentos são observados quando em seu discurso ele diz que ouviu moradores da Crimeia dizerem que foram entregados a Ucrânia como “sacos de batata” bem como quando cita a repressão que os crimeios sentiam ao tentar expressar a cultura russa enquanto ainda faziam parte do território ucraniano.

A forma como Putin aborda o conceito de Mearsheimer sobre *fearmongering* é criativa na questão de pensar sua abordagem, o governo utiliza essa estratégia para ao invés de criar um senso de urgência ou medo na população, se cria conformação e esperança, desviando assim qualquer atenção ao real problema que o país enfrenta. Ao fazer propagandas e programas que prometem uma melhoria futura, dá a população uma comodidade oportuna para que Putin possa agir da forma como entende ser a melhor e justificá-la com o mesmo discurso nacionalista que reforça o desgosto pelos países que aplicam sanções dentro da Rússia.

Para quais sejam os fins, o risco em se utilizar desses meios de manipulação da própria população podem resultar em consequências irreversíveis para o líder que as utiliza, complementa Mearsheimer ao abordar esses riscos em sua obra,

além do mais, se os líderes mentem no intuito de promover uma política falha, eles possuem uma chance maior de perderem suporte popular quando o público descobre que estão sendo enganados, ao ser relacionada aos problemas do país. (MEARSHEIMER, J. 2011. TRADUÇÃO LIVRE).

Essa citação é de certa forma, exatamente o que vem ocorrendo desde 2019 na Rússia e que já foi abordado na segunda parte deste trabalho e é capaz de explicar a queda na popularidade de Putin do último ano até os dias atuais. A ilusão de que as sanções são apenas passageiras e estão servindo apenas para que o país se torne mais forte futuramente por produzirem seus próprios alimentos e buscarem novos parceiros comerciais, funciona por alguns anos se atrelada a uma campanha



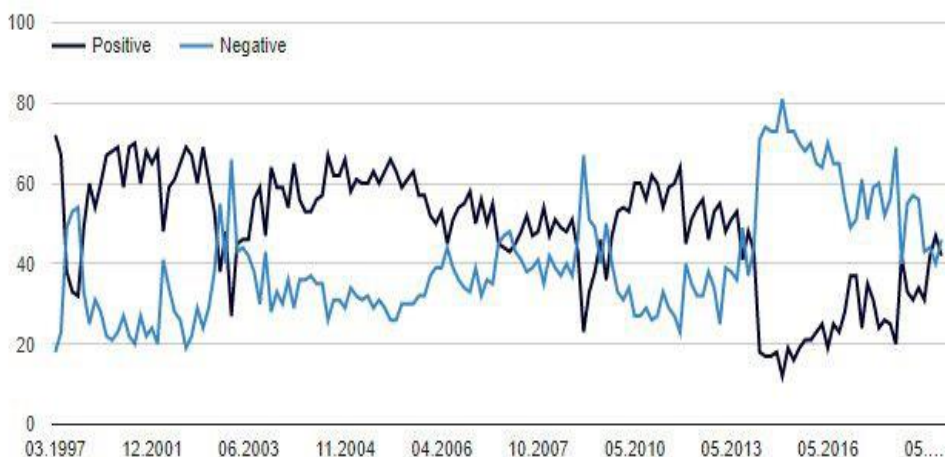
realizada pela mídia nacional, como é o caso na Rússia, entretanto as propagandas e discursos não escondem a vivência da população, que aguarda a melhoria de vida que nunca chega neste médio prazo em que se vinha prometendo.

Então sobre a questão de auto-ajuda em que se encontram os Estados, neste sistema realista das RI, a constante queda de popularidade e aprovação no governo de Putin pode custar-lo a própria manutenção no poder, e entendendo como se deu a democracia no país, é possível que haja incentivos externos para que Putin seja deposto, cabendo somente ao governo russo em planejar novas formas de manipulação popular enquanto o país ainda se recupera da crise que as sanções vem causando. Mearsheimer diz que as mentiras contadas a população de pouco importarão no longo prazo, caso o líder exponha a ameaça e consiga lidar efetivamente com este problema, que neste caso, uma vez já exposto não aparenta estar sendo lidado de forma eficaz pela visão popular.

Outra percepção da atuação de Putin neste período de ganho de popularidade pode ser notado na abordagem de seu discurso em detrimento dos Estados Unidos e Europa. O aumento da visão negativa para com essas regiões, por meio de campanhas, é condizente com o aumento da aprovação geral pela população russa. Um dos fatos a serem pensados como causa direta é a memória do povo russo diante da influência que esses países europeus e os Estados Unidos tiveram na inserção da democracia e do capitalismo na Rússia.



## ATTITUDE TO THE US



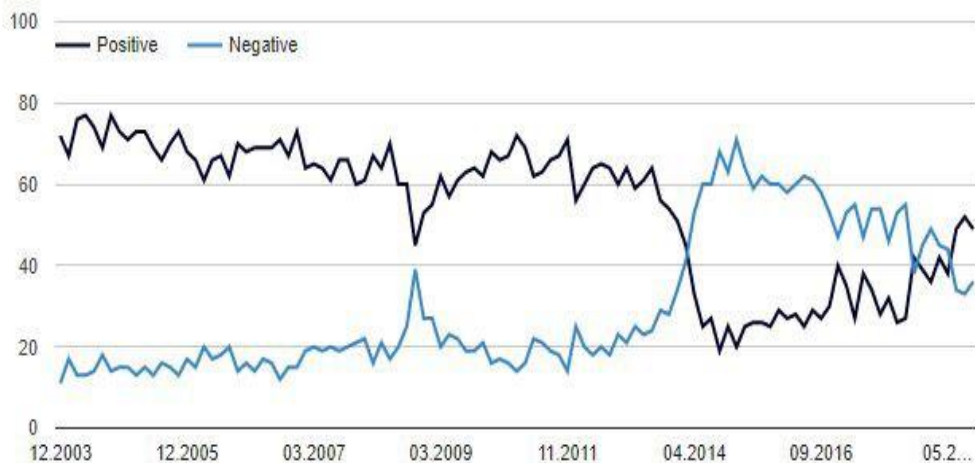
Fonte: Levada Center - <https://www.levada.ru/en/ratings/> acessado em 28/05/2020.

Essas atitudes resultam na promoção de uma maior autonomia da política externa russa para realizarem novos acordos comerciais em outras regiões, que apesar de não serem as melhores opções, fortalecem a diplomacia ao longo prazo para que posicionamentos imperialistas como aconteceu na Crimeia, sejam reconhecidos e legitimados por esses Estados que estão fortalecendo laços com a Rússia. Enquanto isso continua sendo pregada internamente a ideia de que quem perde com as sanções são os próprios países que as aplicam, e na medida em que essas sanções são diminuídas, percebe-se a redução na atitude negativa frente a estes



Estados.

## ATTITUDE TO THE EU



Fonte: Levada Center - <https://www.levada.ru/en/ratings/> acessado em 28/05/2020.

Entre os gráficos que mostram a atitude russa frente aos países, é notável a queda na atitude negativa em relação aos países europeus, por conta da proximidade regional e também pela estratégia do governo de Putin em induzir alguns países da região em abolirem as sanções por acordos promissores economicamente com a Rússia.

Estados europeus, por outro lado, foram geralmente enquadrados por estarem se desviando de seus melhores interesses por conta da maligna influência norte americana. O ministro das relações exteriores Sergey Lavrov aclamou que as tentativas internacionais de 'restringir as possibilidades russas' foram primeiramente lideradas pelos EUA, e não pelo poderio europeu; ele argumentou que os norte americanos estavam 'tentando prevenir a Rússia e a UE de unir seus potenciais' por



conta de seus objetivos em ‘conservar a liderança global’. (HUTCHINGS, S. & SZOSTEK, J. 2015. TRADUÇÃO LIVRE).

A ideia de não culpar os países europeus por inteiro amenizava a hostilidade que se era criada internamente na Rússia contra estes países, na tentativa de que justamente abrissem mão das sanções e se juntassem a Rússia para crescerem em conjunto, unindo seus potenciais.

Este enredo é usado para sugerir que a Rússia e a Europa apreciariam uma relação próxima e sem conflitos se não fosse pela interferência norte americana. Tensões com a UE podem, entretanto, serem interpretadas sem que se acuse quaisquer diferenças fundamentais que possam ameaçar a identidade europeia da Rússia. (HUTCHINGS, S. & SZOSTEK, J. 2015. TRADUÇÃO LIVRE).

Seguindo este raciocínio, a impressão que a campanha interna russa sobre essa situação deixa é a de que a Rússia é uma grande potência que está sofrendo ataques por medo de que o país se torne hegemônico. Partindo deste princípio as pessoas tendem a achar que os problemas da sociedade não são culpa das ações do seu próprio governo, mas sim dos outros que repreenderam estas ações, transformando a indignação em apoio popular e aprovação.

## CONCLUSÃO

Diante dos estudos apresentados neste trabalho, foi possível perceber o equívoco que os países ocidentais cometeram ao tentarem incentivar democracias de forma repentina no novo cenário de pós queda da URSS, a drástica mudança de vida da população acostumada com o antigo modelo geográfico acarretou em políticas falhas que posteriormente tiveram que ser corrigidas por meio de utilização da força. A ostensividade de Putin em lidar com os problemas que permeavam a sociedade neste momento inicial fez com que a população lembrasse da época de União Soviética com um leve saudosismo, como se sentissem falta da época autoritária de





alguns anos atrás, garantindo desta forma, grande popularidade nas ações de Putin. Porém diferentemente da democracia recém chegada, Putin retornava aos padrões ditatoriais de forma lenta e gradativa, sendo a Rússia classificada como um país não livre apenas em 2005, cinco anos depois de sua primeira eleição como presidente, posteriormente obedecendo ainda a constituição que o limitava de continuar no poder após oito anos de mandato, apenas para se eleger novamente de forma definitiva em 2012.

A partir dessa análise presume-se que o marco para que Putin garantisse sua longevidade na presidência foi no momento em que houve a “caça” aos oligarcas, ao qual possibilitou a estatização de vários canais de comunicação bem como a posse da grande Gazprom, que não só, respectivamente, possibilitou absoluta positividade na mídia, mas também garantiu um enorme crescimento de mercado internacional russo possibilitando a competitividade do país. Ao que diz respeito a crise da Crimeia e sua respectiva anexação, foi um ato extremamente estratégico do qual foi revertido em porcentagens elevadas de aprovação do governo russo por parte da população, principalmente pelo papel que a mídia teve em transmitir apenas uma única visão da história, mesmo que a vida dessas pessoas tenha piorado de forma considerável por conta das sanções, principalmente na região da Crimeia em que tudo mudou.

Por fim, o que se pode concluir deste trabalho é que, é inegável que a mídia e o discurso propagado possuem uma forte capacidade de manipulação social, entretanto, em um Estado como a Rússia, onde apesar de autoritário não se conhece casos de repressão em massa contra os cidadãos, torna-se um trabalho quase que impossível ao tentar manter a população manipulada sem que esse discurso enviesado esteja atrelado a uma notável melhoria do país ao longo prazo. O que não está acontecendo na Rússia, apesar do leve crescimento e recuperação que a região teve a partir de 2015 após algumas sanções serem interrompidas, não é o suficiente para que a população continue acreditando na promessa de crescimento em meio às



adversidades, principalmente ao notar que as perspectivas de crescimento na Rússia estão estagnadas e nada aparenta mudar. E de fato, no cenário atual de pandemia global que o planeta enfrenta em 2020, indica que essas perspectivas tendem a piorar, e visto que Putin já teria ficado tempo demais no poder, e desde a anexação da Crimeia nada significativo aconteceu, a popularidade e aprovação deste regime pode cair ao ponto de pela primeira vez serem observados índices abaixo de 60%, aumentando o risco enormemente de crescimento dos movimentos contra o governo caso Putin venha a alterar a constituição a fim de se manter no poder por ainda mais tempo.

## REFERÊNCIAS

BUSHKOVITCH, P. *A Concise History of Russia*. Yale University, Cambridge University Press, 2012.

BIRCHFIELD, V. L. & YOUNG A. R. *Triangular Diplomacy among the United States, the European Union, and the Russian Federation: Responses to the Crisis in Ukraine*. Palgrave Macmillan. 2018.

DOURADO, M. E. B. F. **Como o Histórico Autoritário Contribuiu Para o Enfraquecimento da Democracia Na Rússia Após a Chegada de Vladimir Putin ao Poder**. NEARI EM REVISTA v.3, n.3, 2017.1 ISSN: 2447-2646, 2017.

FREEDOM HOUSE. *Freedom in the World 2004 Complete Book*.  
<https://freedomhouse.org/report/freedom-world> Acesso em: 24/05/2020

FRYE, T; GEHLBACH, S; MARQUARDT, K. L; REUTER, J. O. Forthcoming. *“Is Putin’s Popularity Real?” Post-Soviet Affairs*. *POST SOVIET AFFAIRS*, VOL. 33, NO. 1. 2017.

HUTCHINGS, S. & SZOSTEK, J. *Dominant Narratives in Russian Political and Media Discourse during the Ukraine Crisis*. E-international Relations. Bristol, UK. 2015.

KAZUN, A. *Framing Sanctions in the Russian Media: The Rally Effect and Putin’s Enduring Popularity*. Higher School of Economics, 2016.



LAZZARI, T. C. **A POLÍTICA EXTERNA RUSSA DO INÍCIO DO SÉCULO XXI:**

TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS. Revista Conjuntura Austral ISSN: 2178-8839  
Vol. 2, nº. 3-4 Dez.2010 – Mar.2011

LEVADA CENTER. *Indicator*: <https://www.levada.ru/en/ratings/> Acesso em: 28/05/2020

MALMÖ, P. *Taking the Shortcut to Popularity: How Putin's Power is Sustained through Ukraine*. *Russian Analytical Digest* No. 148, 2 May 2014.

MEARSHEIMER, J. *Why Leaders Lie: Truth about lying in international relations*. Oxford University Press. 2011.

NICHOL, J. *Russia's March 2012 Presidential Election: Outcome and Implications*. Congressional Research Service, 2012.

OSCE. *Election Observation Mission Report: PRESIDENTIAL ELECTION 14 March 2004*. <https://www.osce.org/odihr/elections/russia/33101> Acesso em: 24/05/2020.

PIKULICKA-WILCZEWSKA A. & SAKWA R. *Ukraine and Russia: People, Politics, Propaganda and Perspectives*. E-international Relations. Bristol, UK. 2015.

POLUPANOV, V. **A península deles. Moradores da Crimeia sofrem dificuldades, mas não se arrependem de nada.**  
<https://aif.ru/society/people/1396583> Acesso em: 17/05/2020

REMINGTON, T. *Patronage and the Party of Power: President–Parliament Relations Under Vladimir Putin*. EUROPE-ASIA STUDIES Vol. 60, No. 6, August 2008, 965–993.

SATTER, D. *The Less You Know, The Better You Sleep: Russia's Road to Terror and Dictatorship Under Yeltsin and Putin*. Yale University Press, 2016.

THE KREMLIN. *Address by President of the Russian Federation*.  
<http://en.kremlin.ru/events/president/news/20603> Acesso em: 16/05/2020.



UEHLING, G. *Everyday Life After Annexation: The Autonomous Republic of Crimea*. University of Michigan. 2015.



# DESAFIOS DA FORMAÇÃO DE UM REGIME INTERNACIONAL DE GOVERNANÇA DA INTERNET: MULTIPLICIDADE DE ATORES E VISÕES DIVERGENTES

Fernanda Salomão Favato<sup>1</sup>

## RESUMO

Trata o presente artigo da questão envolvendo a governança da internet. Em termos mais específicos, constitui objetivo deste estudo o exame relativo à dificuldade da criação de um “regime internacional de governança” da *internet*. O artigo examinou diversos assuntos associados à questão, dentre os quais temas como a institucionalização da internet, a fragmentação da normatização da internet e a cibersegurança. Do ponto de vista metodológico, o artigo valeu-se de técnicas descritivas ao amparo do chamado neorealismo. No tocante aos resultados e no que respeita às conclusões, o artigo demonstrou ser improvável a constituição de uma governança internacional da internet tendo em vista, especialmente, a multiplicidade de atores e seus interesses divergentes.

**Palavras-chave:** Internet. Governança. Fragmentação. Multilateralismo. Normatização. Cooperação. Cibersegurança. Neorealismo. Regimes internacionais.

## INTRODUÇÃO

Através dos anos a *internet* se tornou o principal disseminador de informações, impulsionando a globalização e reestruturando as formas de comunicação por meio das novas fronteiras digitais. A constante evolução da

---

<sup>1</sup> Graduanda do curso de Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).



tecnologia tornou nítida a dimensão do meio digital, surgindo de tal modo o aparecimento da discussão sobre a necessidade de uma legislação que delimite os campos de atuação do Estado e do setor privado e, também, a determinação dos direitos e obrigações dos cidadãos no âmbito digital.

A multiplicidade de atores e interesses no que tange à governança da *internet* cria impasses na normatização do meio e tende a afastar a possibilidade de uma governança global da *internet*. A influência americana na criação da ONG<sup>2</sup> que regula grande parte técnica dos fatores que envolvem a *internet* gera incômodo em diversos países que buscam mecanismos alternativos de fiscalização e regulação dos temas cibernéticos.

Com o questionamento das normas aplicáveis ao ambiente online foi se tornando claro que o a governança da *internet* não seria atribuída apenas ao aparato estatal devido à existência de instituições bem estabelecidas dentro do setor privado e na esfera da sociedade civil. Deve-se salientar que por mais que existam interesses individuais e, portanto, unilaterais, no âmbito das entidades privadas, tais como associações, empresas e ONGs de todo tipo, estas operam — todas elas — sob as leis nacionais de seus países e, em diversos casos, igualmente sob as leis de países estrangeiros (EPSTEIN, 2013). Ressalte-se, contudo, que mesmo diante do enquadramento privado de tais entidades, muitas delas têm suas atuações facilitadas pelos Estados (incentivos monetários, tarifários, subsídios, entre outros), fenômeno que exemplifica a relação de dependência entre estas instituições e seus correspondentes estados nacionais.

A evolução de tecnologias deve ser acompanhada da evolução do debate e da legitimação de suas normas. O ambiente virtual, na sua atual conjuntura, é relativamente novo e permanece em condição de permanente mudança. Do ponto de

---

<sup>2</sup> *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN). Mais detalhes em [www.ican.org](http://www.ican.org) (acesso em 26/10/2019).



vista acadêmico, deve-se questionar como os Estados e os indivíduos podem se proteger nesse meio levando-se em consideração o aspecto transnacional da *internet*. A multiplicidade de fatores que impedem a implementação de uma legislação internacional comum deve ser estudada, de tal maneira, à luz da finalidade de progressão no que diz respeito ao entendimento do próprio estabelecimento de direitos e deveres em um ambiente sem fronteiras.

Deve-se, porém, para prosseguir com a análise pertinente a este artigo, estabelecer que a noção de *internet* analisada engloba não só o meio digital como as entidades que permitem e permitiram que ela exista. Saliento, porém, que o objetivo deste artigo não é fazer análise extensa de como funciona o meio técnico e operacional da *internet*, e sim fazer uma análise básica desses aspectos que permitam a discussão sobre a fragmentação existente no cenário internacional no que diz respeito a normatização da governança da *internet* e, dessa forma, criar um ambiente online nacionalista no tocante à normatização, onde se tornará cada vez mais comum o fracionamento, de uma perspectiva global, nas normas do âmbito cibernético.

## **1 GOVERNANÇA: BREVES CONSIDERAÇÕES**

Antes de definirmos o conceito de governança da *internet* deve-se estabelecer, primeiramente, o conceito de governança. Rosenau (1995, p.13) define governança como "*systems of rule at all levels of human activity - from the family to the international organization - in which the pursuit of goals through the exercise of control has transnational repercussion*". Em trabalho publicado por Rosenau em 1992, *Governance in the Twenty-first Century*, o autor destaca que a governança somente existirá se for extremamente eficiente, pois diferentemente do governo que pode existir mesmo sendo fraco, a governança não existirá se não funcionar efetivamente, pois criaria um espaço de caos e anarquia o que anularia a governança. Assim, governança pode ser entendido como sistema de regras que apenas será funcional se for aceito pela maioria, ou pela maioria de pessoas poderosas dentro do



grupo afetado onde governança deve ser entendida como mais ampla que governo, podendo englobar tanto organizações governamentais como não-governamentais, instituições informais e a sociedade civil.

Finkelstein (1995) destaca que governança não deve ser entendida como uma instituição e sim como uma atividade; dessa forma, se a governança é exercida através de uma instituição, quer dizer apenas que a organização é a ferramenta utilizada para exercer o poder e deveres gerados pela governança. Com essa noção estabelecida deve-se seguir para identificar os atores e poderes relevantes que podem tanto formar ou influenciar as atividades de governança, como Estados, instituições, grupos de pressão, empresas, indivíduos etc. A governança da *internet*, ademais, compreende questão vinculada ao próprio funcionamento da *internet*, incluída uma multiplicidade de variantes associadas ao desenvolvimento tecnológico, como questões políticas, econômicas, sociais e geopolíticas.

Não existe consenso no que diz respeito à definição do termo governança da *internet*, tendo em vista principalmente que: (i) o impasse existente entre o alcance das instituições e seu papel nos setores da governança; (ii) dúvida quanto à abrangência de atuação do Estado, da sociedade civil e do setor privado e seus limites nos assuntos cibernéticos; e (iii) inexistência de padronização normativa (direitos e obrigações) apta a regular tal governança. A governança da *internet* deve ser encarada como um processo coletivo contínuo com o fim de preencher a lacuna regulatória gerada pela falta de um consenso conceitual e institucional.

O termo governança da *internet*, porém, necessariamente incluiu temas de gerenciamento de assuntos relacionados à privacidade, *cybersecurity*, funcionamento de nomes de domínio, endereços IP, protocolos da internet, sistema dos servidores raiz, acesso à informação, *net neutrality*, liberdade de expressão, direitos e deveres digitais e, ainda, participação de *multistakeholders* e da sociedade civil no processo decisório e no funcionamento do sistema (SILVA, 2008; KLEINWACHTER, 2004).





Denardis (2010) afirma que o estudo de governança da *internet* deve focar nas questões que expliquem o que é permitido e existente dentro do meio digital. Neste sentido, deve-se estudar a arquitetura técnica sem ignorar as questões geopolíticas pertinentes, que expliquem a forma atual de como se utiliza a *internet*:

Governance is usually understood as the efforts of nation states and traditional political structures to govern. Sovereign governments do perform certain Internet governance functions such as regulating computer fraud and abuse, performing antitrust oversight, and responding to Internet security threats. Sovereign governments also unfortunately use content filtering and blocking techniques for surveillance and censorship of citizens. Many other areas of Internet governance, such as Internet protocol design and coordination of critical Internet resources, have historically not been the exclusive purview of governments but of new transnational institutional forms and of private ordering. Without this qualification, the Internet governance nomenclature might incorrectly convey that this type of scholarship somehow advocates for greater government control of the Internet (DENARDIS, 2010, p. 1).

A criação de um “constitucionalismo digital” engloba iniciativas que buscam o estabelecimento de direitos políticos, normas sobre a governança digital e limitações do exercício de poder na *internet*. Tem como objetivo identificar o poder de ação e das autoridades públicas e privadas através do reconhecimento de direitos de cada um (REDEKER; GILL; GASSER, 2018). A questão da governança da *internet* é extremamente importante pois o meio digital é instrumento transnacional e essencial da vida dos indivíduos. O intercâmbio de informações se tornou algo cotidiano. A soberania estatal, por seu turno, pode afetar diretamente o fluxo de informações.

O estudo da governança da *internet* somente por meio da análise de órgãos institucionais e suas funções no cenário internacional é limitada na medida em que desmerece o papel exercido pelo setor privado e, ainda, o poder de autorregulação do Estado. Deve-se analisar a governança da *internet* como um ambiente amplo e crescente onde as políticas que influenciam o meio ocorrem fora do discurso



institucional. Deste modo, temas como a análise do controle de recursos críticos da *internet*, o design de protocolo de *internet*, os direitos de propriedade intelectual relacionados à governança da *internet*, o gerenciamento de infraestrutura e segurança do meio digital e o papel e a influência do setor privado são tópicos determinantes para a compreensão de quão amplo e quão fragmentado revela-se o âmbito da governança da *internet*.

A fim de permitir o estudo do aparato digital, cientistas da computação tendem a separar em camadas as categorias diferentes de análise da *internet*. Hill (2012, p. 13) adota o sistema de quatro camadas projetado por David Clark para explicar o funcionamento da *internet*:

The four-layer model, like the other layering models, is generally represented as a vertical stack. At the bottom of the stack lies the “physical layer,” which includes all the Ethernet wires, fiberoptic cables, DSL lines, and other hardware through which the electronic data “packets” travel. Immediately above the physical layer is the “logical layer,” which encompasses the core Internet Protocols (TCP/IP), the Internet services, such as the Domain Name System (DNS), and all the applications such as the World Wide Web and email. Next, situated on top of the logical layer, is the “information layer,” which is comprised of all of the online content, including blogs, news, video and music that is communicated between and among users. And at the very top of the stack is the “people layer,” the individuals, companies, and governments that actually participate in the Internet’s growth and use.

A camada intitulada *people layer* será o foco do estudo deste artigo, pois nela se engloba a análise das políticas e agentes influentes no que tangem à governança da *internet*. Será através da análise dos diversos atores e instituições relevantes no meio da operacionalização e normatização do meio digital que será possível entender o atual cenário fragmentado.

## **2 INSTITUCIONALIZAÇÃO DA INTERNET**



A projeção da *internet* tem a característica única de ter sido feita de forma que possibilitasse a expansão do meio, onde sua infraestrutura permitia o desenvolvimento de diversos tipos de formas de uso e aplicativos. A *internet* pode ser compreendida como um conglomerado de redes, protocolos, cabos de fibra, sistema de operacionalização e armazenamento que em sua essência tem como característica a existência de uma multiplicidade de atores relevantes.

O equilíbrio entre a soberania nacional e a transnacionalidade gerada pela *internet* surge como tema de debate principalmente no início dos anos 90, quando se observa o início da utilização do meio digital pelo meio comercial. Observam-se, porém, desde pelo menos 1990, políticas vinculadas ao fluxo de informações e aos meios de comunicação conflitantes entre os Estados do sistema internacional. A discussão sobre a necessidade de um órgão intergovernamental e novas políticas sobre o meio eram debatidas no contexto do esforço dos países em promover controle soberano no que diz respeito ao fluxo de informações. A visão liberal, por exemplo, ao englobar o meio digital, e à luz da tese que defende a menor intervenção estatal nos assuntos econômicos, acaba, por conseguinte, direcionando a *mão invisível à internet*.

Um dos pontos defendidos era que o crescimento do meio só foi possível devido ao aspecto fragmentado da *internet*; assim, o pouco controle que os Estados possuíam no meio foi precisamente motivo determinante de seu crescimento (KLEINWACHTER, 2004). De tal modo, a falta de uma regulamentação específica do governo, e o papel determinante do setor privado na criação e desenvolvimento da *internet*, levaram a propostas de uma governança multissetorial. Para entender o grande papel que a sociedade civil exerce no meio digital deve-se analisar o processo de criação e institucionalização da *internet*.

Observa-se que a institucionalização da *internet* tem como característica distinta o seu gerenciamento - desde a sua comercialização - ocorrendo de baixo para



cima; ou seja, por indivíduos da sociedade civil. A ARPANET foi uma rede criada pela ARPA (*Advanced Research Projects Agency*) – agência criada pelo Departamento de Defesa dos EUA – na década de 60, com o intuito de idealizar um fluxo de comunicação entre computadores priorizando a comunicação com universidades e centros de pesquisas que tivessem relação direta com o Departamento de Defesa norte-americano. Em 81, a *National Science Foundation* (NSF) cria projeto intitulado CSNET com o intuito de expandir os benefícios do programa às instituições acadêmicas e de pesquisa que não tivessem acesso via ARPANET. O sucesso foi tanto que em 84 lança-se o projeto NSFNET que permitira acesso a toda a comunidade acadêmica. Em 83 a ARPANET é dividida em duas: MILNET (com laços militares) e uma nova ARPANET (com foco para pesquisa e desenvolvimento). Observam-se, a partir daí, múltiplos projetos independentes a fim de desenvolver rede capaz de conectar computadores por todo o globo no seio das universidades (GATTO; MOREIRAS; GETSCHKO, 2009)

Jon Postel, pesquisador do *Information Science Institute* (ISI)<sup>3</sup>, foi designado para gerenciar e criar os endereços eletrônicos de IP<sup>4</sup> e gerenciar o *Domain Name System* (DNS)<sup>5</sup> dentro do sistema da ARPANET. Depois do estabelecimento do sistema DNS, parte da operacionalização do registro de domínios foi delegada ao *Stanford Research Institute* (SRI), por meio de contrato com o Departamento de Defesa norte-americano. Com o crescimento do meio digital, a *National Science Foundation* assumiu o papel de financiadora de parte da infraestrutura do ambiente cibernético. Em 1992 subsidiou o gerenciamento de banco de dados, registros de

---

<sup>3</sup> Instituto pertencente à University of Southern California (USC), estabelecido em 72, para desenvolver pesquisas em assuntos relacionados a tecnologias de processamento de informações, computação e comunicação. Para mais informações acessar: <https://www.isi.edu/news/story/187>

<sup>4</sup> Cada computador funcional era atribuído à um endereço de protocolo de *Internet* (IP), que consistia em um número único de 32 bits.

<sup>5</sup> O *Information Science Institute* (ISI) foi responsável por desenvolver e implementar os servidores DNS que é capaz de mapear cada endereço de IP e traduzi-lo para endereços eletrônicos mais user-friendly como mail.google.com, etc. O nome de domínio é dividido em 3 níveis, o subdomínio (parte da frente do endereço eletrônico, exemplo, no endereço anteriormente utilizado, seria: mail), nome de domínio (do meio, no exemplo: google) e o top-level domain (na parte final, seria no exemplo o: com).



nomes e operacionalização de diretórios. A AT&T ficaria responsável pela supervisão dos bancos de dados e a *Network Solutions, Inc.* (NSI) gerenciaria a operação de registro dos nomes de domínio (operação realizada anteriormente pelo SRI)<sup>6</sup> (WEINBERG, 2000). Com a expansão e a dimensão geradas pelo crescimento dessa rede de fluxo de informação, em 88 foi criada a *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA) – através de financiamento conjunto da ISI e da DARPA – que tinha como responsabilidade principal a coordenação operacional, onde deveria atribuir os endereços de IP. Segundo Weinberg (2000 p.13):

Under arrangements made by various players in the domain name space through the late 1990s, NSI administered the key root server, known as the “A” root server, but policy authority over the contents of the “A” root rested with Jon Postel and IANA. It was Postel who was responsible for deciding whether a new country code domain should be added to the root zone and which entity should be responsible for administering that domain. It was Postel and IANA who were in the end responsible for resolving disputes over the allocation of IP addresses.

Porém, a IANA era administrada de forma ambígua, onde não restavam claros os “*checks and balances*” devido ao fato de que não foi estabelecida formalmente como uma organização do Estado americano, e o papel do governo parecia se restringir ao financiamento (PARÉ, 2003). O início dos anos 90 foi marcado por período transitório onde observou-se o caráter comercial da *internet*, surgindo novos questionamentos e demandas dos atores do sistema internacional. Observou-se o crescimento contínuo, impulsionado pela plataforma comercial no meio digital, da *World Wide Web*<sup>7</sup> elaborada por Tim Berners-Lee, chegando-se a mais de um milhão de nomes de domínio na *internet*.

---

<sup>6</sup> Atualmente, a AT&T, a Network Solutions e as agências da National Science Foundation formam a InterNIC.

<sup>7</sup> Foi desenhada por Tim Berners-Lee, membro da Organização Europeia para a Investigação Nuclear (CERN), para ser rede onde informações circulam na forma de URLs. Construiu-se sistema denominado ENQUIRE, desenvolvido para armazenar e reconhecer associações de informações.



Surge assim o primeiro movimento no sentido de assegurar nomes de domínio, juntamente com o início dos questionamentos quanto à aplicação e quanto à proteção de direitos de marcas e de direitos de autor no ambiente online. O rápido crescimento do número de adeptos com a internacionalização deixou clara a necessidade de institucionalizar os novos aspectos legais e operacionais da *internet*, principalmente no que diz respeito ao crescente número de registros de nomes de domínio. Começa assim a pró-atividade (no âmbito estatal e na esfera privada) em criarem-se forças-tarefas a fim de se debaterem assuntos relacionados à governança da *internet* (ex.: IETF - *Internet Engineering Task Force*).

Tendo em vista a crescente quantidade de registros de endereços eletrônicos e nomes de domínio, a *National Science Foundation* negocia com a NSI emenda ao acordo de contrato original, onde permitira que a NSI cobrasse anualmente taxa de US\$ 50,00 de cada registro de nome de domínio ao invés de a NSF arcar com os custos (o que era o padrão).<sup>8</sup> Nota-se um crescente desconforto pelos usuários da *internet* não só pela taxa imposta pela NSI, mas pelo monopólio e monetização que a NSI estava exercendo no ambiente digital. Outra crítica foi a política utilizada para resolver conflitos relacionados às disputas de nomes de domínio, onde a NSI suspendia qualquer nome de domínio que recebesse uma reclamação formal de outra marca comercial, sem investigação e sem análise jurídica adequada (WEINBERG, 2000; KLEINWACHTER, 2004).

A autoridade que o governo americano exercia na operacionalização da *internet* gera questionamentos não só de outros governos soberanos como de instituições privadas e públicas. Assim, o poder americano no estabelecimento das

---

Possuía extenso banco de dados e vários links que conectavam os conteúdos entre si, permitindo o fluxo de informação.

<sup>8</sup> *NSI-NSF Cooperative Agreement No. NCR- 9218742, Amendment 4, at* <http://www.networksolutions.com/legal/internic/cooperative-agreement/amendment4.html> (Sept. 13, 1995)



políticas técnicas começa a gerar tensão nas relações intergovernamentais. De acordo com Epstein (2003 p. 2):

When the question of Internet governance bubbled up as a contested issue in the late 1980s and the early 1990, neither the diverse Internet community nor the nation-states, or intergovernmental apparatus could lead Internet- policy-setting unilaterally. On the one hand, when national states started showing interest in the Internet policy debate, there were already well-established governance institutions based in the private sector, the civil society, and to a degree academia.

Postel propõe em 95 atribuir a IANA a supervisão da *Internet Society* (ISOC)<sup>9</sup>, garantindo-se sistema de operação e gerenciamento mais abrangente e sólido. Porém, tanto o governo americano como o setor privado se oporiam a atribuir essa responsabilidade àquela organização sem fins lucrativos que, desde sua criação em 1992, atuara no sentido de facilitar o desenvolvimento operacional, de alcance, promovendo fóruns que permitiriam a multiplicidade de participantes para discutir políticas e debater a evolução do meio e dos tópicos relacionados à governança da *internet*. Fica claro que o status quo não poderia ser mantido, e os primeiros passos da normatização do meio digital tornam-se prioridade. Por iniciativa do governo americano, surge em 1997, *Working Group* a fim de discutir esses assuntos relevantes do ambiente cibernético.

The U.S. government convened a working group, which included representatives from the White House Office of Science and Technology Policy, the National Telecommunications and Information Administration, the Patent and Trademark Office, the National Science Foundation, the Department of Defense, the Department of Justice, the Department of State, the Federal Communications Commission, and other agencies, to figure out what should be done. In July 1997, the National Telecommunications and Information Administration (NTIA) released a public request for comments regarding desirable characteristics of Internet

---

<sup>9</sup> A ISOC é dividida em diversos “working groups” que lidam com tópicos específico relacionados ao meio digital como a Força-Tarefa de Engenharia da *Internet* (IETF), que discute e estabelece os principais protocolos da *internet* e a Diretoria de Arquitetura da *Internet* (IAB, sigla em inglês), que oferece orientação técnica com o intuito de catalisar a evolução do meio digital.



governance and the domain name space. (WEINBERG, 2000, p. 18)

No primeiro mês de 98, o governo americano apresenta nova proposta para tornar mais eficiente o gerenciamento e operacionalização dos nomes e endereços eletrônicos: o *Green Paper*<sup>10</sup> é intitulado “*A Proposal to Improve Technical Management of Internet Names and Addresses*”. O *Green Paper* propôs que a delegação de todo o gerenciamento relevante à operacionalização da *internet*, tais como nomes de domínio, endereços de IP e rede de servidores, fosse atribuída a uma nova organização sem fins lucrativos. A equipe que estivesse trabalhando na IANA seria transferida para a nova organização e o governo norte-americano transferiria todos as funções exercidas por qualquer vertente do governo relacionadas ao funcionamento e ao gerenciamento da *internet* e bancos de dados à nova ONG. O projeto ainda destaca a importância da legitimação da corporação e para isso sugere que seria necessário a representação, dentro da organização, dos diversos setores que possuem interesse no meio digital (WEINBERG, 2000; CANABARRO, 2014).

O *Green Paper* não agradou aos diversos setores interessados na normatização da *internet* e, por isso, quatro meses depois o governo americano lançou o *White Paper* com mudanças significativas, onde as propostas de normas apresentadas no *Green Paper* pelo governo norte-americano foram retiradas e a responsabilidade da criação de políticas relacionadas ao gerenciamento operacional do meio caberia somente à nova organização. A recepção do *White Paper* foi boa devido ao fato de que as decisões de políticas relacionadas ao meio foram deixadas para a nova corporação resolver (WEINBERG, 2000):

The White Paper did not speak precisely to how the new corporation it described would be formed. It suggested that if

---

<sup>10</sup> Green Paper é termo comumente utilizado na Grã-Bretanha e Estados Unidos para se referir a documento elaborado pelo governo sobre algum assunto politicamente relevante para que as pessoas tenham acesso a esse documento e possam discutir sobre, antes de se tomar decisões legais e políticas relacionadas ao tema. O White Paper pode ser feito após o Green Paper levando em consideração a opinião gerada, onde a proposta governamental se adapta a reação pública.





the new entity were formed by “private sector Internet stakeholders,” the U.S. government was prepared to recognize it by entering into agreements with it, seeking international support for it, and ensuring that it had appropriate access to databases and software controlled by NSI. In October 1998, after a series of negotiations between IANA and NSI—and more wide-ranging consultations on the interim board’s composition with the U.S. government, a variety of foreign governments, Jon Postel’s lawyer (a Jones, Day partner named Joe Sims), IBM, and others—Dr. Postel transmitted to the Department of Commerce documents reflecting what he described as “the consensus judgment of the global Internet community as to how to form a corporation that will include the IANA function.” (WEINBERG, 2000. p. 23)

Dessa forma, em 98 ocorre de fato o início da institucionalização normativa da *internet*. Como resultado das diversas negociações entre as partes técnicas, comerciais e estatais influentes no sistema digital, cria-se a “*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*” – ICANN (MULLER, 2002). A organização privada nasce da iniciativa do governo norte-americano, em resposta às pressões internas e externas para a normatização do sistema operacional da *internet*. A organização pode não ser vista como primeiro movimento de iniciativa global comum tendo em vista a manifesta influência norte-americana, mas inegavelmente é o primeiro mecanismo regulador de normas da *internet* no âmbito internacional.

### **3 TEMÁTICAS CIBERNÉTICAS QUE INFLUENCIAM DIRETAMENTE A FRAGMENTAÇÃO DA NORMATIZAÇÃO DE UMA GOVERNANÇA GLOBAL**

#### **3.1 Recursos críticos à *internet***

Recursos críticos da *internet* (CIRs) se referem não à infraestrutura física subjacente que permite o funcionamento da *internet* como cabos de fibra ótica, energia elétrica etc, e sim à infraestrutura exclusiva da *internet*, gerada pela normatização e gerenciamento histórico do ambiente cibernético, como o sistema de nomes de domínio e endereços de IP. Segundo Denardis (2011, p.4), os endereços de



IP têm importância primordial e estrutural no funcionamento da *internet*, e o números únicos de 32 bits<sup>11</sup> atribuídos a cada dispositivo conectado à rede permite a identificação do dispositivo utilizado:

In 1990, the Internet standards community identified the potential depletion of addresses as a crucial design concern and the IETF recommended a new protocol, Internet Protocol version 6 (IPv6) to expand the number of available addresses. IPv6 extends the length of each address from 32 to 128 bits, supplying 2<sup>128</sup>, or 340 undecillion addresses. Despite the longstanding availability of IPv6 and for a variety of political and technical reasons, the upgrade to IPv6 has barely begun on any global scale.

Uma das questões fundamentais debatidas atualmente é referente à política relacionada a endereços de IP e, conseqüentemente, de governança da *internet* no tocante à criação do protocolo IPv6 e do gerenciamento do restante da reserva do protocolo IPv4 (DENARDIS, 2011). O crescimento exponencial da *internet* leva a um quadro tendendo a um próximo esgotamento no que diz respeito aos endereços do protocolo IPv4. Assim, coloca-se em pauta como devem ser os posicionamentos estatais e privados no que diz respeito à regulamentação do protocolo IPv4 nas suas reservas restantes e o posicionamento em relação à projeção do espaço IPv6.

O esgotamento iminente do espaço IPv4 não surtiu o efeito esperado na comunidade dos provedores dos serviços relacionados à *internet* e a transição para o protocolo IPv6 ainda permanece na sua infância. Os motivos que podem explicar a lentidão no que diz respeito a essa transição incluem: (i) a atual fragmentação do cenário da governança da *internet*; (ii) a inexistência de um órgão central que busque ativamente a implementação do IPV6; (iii) falta de qualquer tipo de ação estatal que busque a transição para o sistema IPv6 em âmbito nacional; (iv) abandono (por parte da grande maioria dos governos) da hipótese de concessão aos provedores da tarefa da transição; (v) constatação de que os sistemas IPv4 e IPv6 são interoperáveis a menos que o servidor que opera no IPv4 seja programado para se comunicar com

---

<sup>11</sup> Protocolo da *Internet* versão 4 (IPv4).



servidores operando no IPv6 (o que é raro); e (vi) o fato de que a programação para possibilitar essa comunicação entre os servidores tende a ser cara, o que desestimula a implementação dessa transição (HILL, 2012)

Essa falta de ação e desequilíbrio na adoção e transição para a operacionalização do IPv6 entre os países gera questões importantes no que diz respeito a possível criação de dois sistemas distintos operando mutualmente com interoperação mínima. Observa-se que a Ásia (destacando o governo chinês, japonês e indiano), devido a escassez de espaço restante do sistema IPv4, a busca de um sistema apropriado que acomodasse a dimensão necessária para o uso efetivo de suas populações e se aproveitando da lacuna de gerencial existente na liderança do sistema IPv6 e seu potencial econômico, tomou a dianteira na utilização do sistema IPv6. A China priorizou a implementação do sistema IPv6 como uma das principais políticas relacionadas ao futuro da *internet*. (HILL, 2012) O domínio americano no sistema IPv4 foi um catalisador para a efetivação desse posicionamento político chinês, onde mais de US \$ 200 milhões foram investidos em programas para a implementação do sistema IPv6, tem-se como grande exemplo o programa *China Next Generation Internet* (CNGI). Porém a política adotada pelos países asiáticos em tonar a frente na adoção do IPv6 pode gerar certa fragmentação no sistema digital. Se os usuários do sistema IPv4 resistirem na transição ao novo sistema poderá ocorrer bifurcação extensa no fluxo de informação leste/oeste, além disso, se tornaria uma séria ameaça aos interesses comerciais americanos e, a fragmentação do sistema digital se tornará um perigo eminente. (HILL, 2012; CANABARRO, 2014)

Com o estabelecimento da ICANN, foram atribuídas à organização as funções de gerenciar o sistema de domínio da *internet* (DNS), regulando-se as políticas relacionadas ao sistema, endereços de IP, sistema de nomes de domínio de



primeiro nível genéricos (gTLDs<sup>12</sup>) e, ainda, a coordenação do sistema de servidores-raiz.

In addition to technical policy coordination that prevents multiple registries from attempting to deploy colliding top-level-domains (TLDs), ICANN also engages in policies that strongly resemble traditional regulation of market structure. It decides what TLDs will be made available to users, and which registrars will be permitted to offer those TLDs for sale. And it makes those decisions atleast in part based on the potential registrars' willingness to offer a package of services that includes mandatory trademark arbitration. (FROOMKIN; LEMLEY, 2003, p. 1)

Deve-se destacar também, no tocante ao debate de instituições determinantes ao funcionamento da *internet* e que fazem parte da questão central da governança da *internet*, o papel fundamental da IETF (*Internet Engineering Task Force*). A IETF é responsável pela organização e gerenciamento de protocolos técnicos que permitem o fluxo de informação e a funcionalidade da arquitetura do meio digital.

But the standards developed by the IETF are only part of a vast protocol ecosystem required to provide end-to-end interoperability for voice, video, data, and images over the Internet. For example, the World Wide Web Consortium (W3C) sets application-layer standards for the web. The International Telecommunication Union (ITU) sets Internet related standards in areas such as security and voice over the Internet. The Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE) develops vital specifications such as the Ethernet LAN standards and the Wi-Fi family of standards. Countless other entities develop specifications for the technologies that collectively enable the transmission of information over the Internet: including national standards bodies such as the Standardization Administration of China (SAC); the Motion Picture Experts Group (MPEG); the Joint Photographic

---

<sup>12</sup> Para entender como funciona o gTLD (generic top-level domain) deve-se explicar primeiramente os TLDs (top level-domains). Um domínio de um endereço eletrônico é formado pelo nome de domínio e o TLD, onde o nome de domínio pode ser qualquer nome livre para registro e o TLD deve ser selecionado de uma lista de TLD existentes. Os TLDs são o nome de domínio mais alto na hierárquica do sistema DNS, assim, tende a ser o que aparece por último, por exemplo no endereço eletrônico [www.google.com](http://www.google.com), o TLD é o .com. O gTLD é uma das categorias de TLDs e se refere a qualquer TLD que não está diretamente ligada a nenhum país específico, o mais comum gTLD existente é o .com.



Experts Group (JPEG); and the International Organization for Standardization (ISO). (DENARDIS, 2011, p. 7)

O crescimento exponencial notado, principalmente na última década, de políticas distintas que favorecem a fragmentação do meio digital é preocupante. Notam-se políticas públicas, ação de agentes privados e interesses econômicos como contribuintes para frear a globalização e a expansão de uma rede global. A proposta da alocação das funções hoje exercidas pelo ICANN para as Nações Unidas é criticada pelos agentes defensores da *net neutrality*, pois acreditam que levaria à politização do ambiente digital de forma que prejudicaria diretamente a noção de uma *internet* livre e aberta. Porém, não levam em consideração as possíveis consequências que a manutenção do status quo podem gerar, podendo gerar atrito substancial que leve à ramificação da operacionalização do funcionamento da *internet*.

O DNS é primordial para o funcionamento mais amigável da *internet*. Opera de forma a traduzir a ordem numérica que forma o endereço de IP de cada computador em nomes de domínios mais simples como google.com. A operação de tradução necessária para esse processo tende a ocorrer sob supervisão da ICANN, onde cada nome de domínio se torna único no ambiente digital. Entretanto, é possível que um endereço de IP seja traduzido de forma que seja redirecionado a um servidor que não faça parte dos servidores sob supervisão da ICANN, fazendo com que os usuários que adentrarem aquele endereço eletrônico sejam redirecionados a outro local do que aquele esperado, podendo os deixar vulneráveis a golpes e vírus cibernéticos (DRAKE; CERF; KLEINWÄCHTER, 2016). Esse tipo de redirecionamento alternativo (também conhecido como *alt roots*) é permitido pela ICANN, tendo em vista a necessidade de todo endereço de IP passar pelos servidores da ICANN não é juridicamente vinculativo.

Além disso, os *alt roots* são muitas vezes utilizados para criar redes privadas que buscam mais segurança. O problema em voga é que se pode, futuramente,



expandir entre governos a ideia de se criar um sistema de *alt roots* nacional separado dos servidores da ICANN, tornando possível, deste modo, a nacionalização do sistema digital onde o contato com os servidores DNS não exista.

Hill (2012) destaca que uma das reclamações persistente de diversos países era a demora e a falta de dinamicidade do estabelecimento de ccTLDs<sup>13</sup> e gTLDs de alfanuméricos não romanos pela ICANN, mesmo tendo esta a tecnologia necessária para tal feito desde 96 (desenvolvida pela IETF). Devido à lentidão da organização se observou, em meados de 2005-2006, a tomada de ação unilateral da China em estabelecer gTLDs em caracteres chineses; porém, para isso ser feito, os servidores desses domínios tiveram que ser configurados a servidores diferentes daqueles gerenciados pela ICANN, o que cria não só uma fragmentação do meio digital, como também sistemas que não operam entre si, criando-se de tal maneira um ambiente cibernético chinês de traço separatista.

A ação chinesa preocupou a ICANN e em 2009, em resposta, aprovou medida denominada “*IDN ccTLD Fast Track Process*”:

In response to China’s experimental alternative root work, as well as to continuing pressure from other countries demanding the implementation of Internationalized Domain Names (IDNs), the ICANN Board, meeting in South Korea in October 2009, approved the “IDN ccTLD Fast Track Process” to allow countries and territories to submit requests to ICANN for ccTLDs in scripts other than those with ASCII characters, including Chinese, Arabic and Cyrillic. Subsequently, at a Singapore conference in 2011, ICANN further approved a gTLD Program to allow for the addition of IDN gTLDs into the root zone. (HILL, 2012, p. 18)

### **3.2 Posicionamentos polares dos atores estatais quanto à normatização do meio**

---

<sup>13</sup> O ccTLD (country code top-level domain) é uma das categorias de TLD (top-level domain) e existe apenas quando um país ou região o registram, assim, se cria um TLD de um país específico, exemplo: ao se entrar na zara.com se entra no endereço eletrônico americano da marca, porém, se entrar na zara.com.br o usuário será direcionado a versão brasileira do site.



Desde a implementação global da *internet* e a disseminação de seu uso, as iniciativas governamentais de regular ou estruturar aspectos da *internet* e seu conteúdo foram mínimas. Porém, com o crescimento da *internet*, começou a ficar clara a dimensão do meio e as ameaças potenciais ao Estado, tais como crimes cibernéticos, spam, golpes e a própria segurança nacional. Dessa forma, evidenciou-se que a *internet* deveria fazer parte do âmbito das políticas estatais.

A extensão do poder estatal no âmbito digital ainda não é claro. Contudo, uma das vertentes aceitas na comunidade internacional como legítima é a soberania do Estado em relação àqueles casos que envolvem proteção infantil online, crimes cibernéticos e proteção de dados. Algumas polêmicas abarcam alguns tipos de censura governamentais, incluindo censuras políticas, ataques à liberdade de expressão e restrições de conteúdo. De acordo com estudo produzido pela *OpenNet Initiative* (ONI) em 2007 (ZITTRAIN; PALFREY, 2007), já se sabia que dos quarenta países analisados, vinte e seis praticavam algum tipo de censura no nível nacional, se destacando a China.

Temas como segurança nacional, privacidade, monitoramento do fluxo de informação e impulso econômico simultâneo à proteção dos interesses nacionais (e seus usuários) criam barreiras delimitando o espaço cibernético. Os Estados começaram a priorizar a manutenção de dados dentro das fronteiras nacionais e esse movimento é impulsionado pela descoberta da extensão da vigilância cibernética empregada pelos Estados Unidos e o alcance da espionagem do governo norte-americano (CHANDER; LE, 2015). A proteção da infraestrutura nacional crítica para o funcionamento da *internet* nos parâmetros estabelecidos pelos Estados nacionais tornou-se primordial na agenda política e a potencial vulnerabilidade existente no meio afetou os ambientes jurídicos nacionais e internacionais.

Governos notoriamente censuradores alegam que a noção construída pelo Ocidente de uma *internet* aberta e sem filtro deveria ser encarada como algo relativo



e que a soberania estatal prevalece no ambiente digital, e o Estado tem direito de restringir ou modificar o fluxo de informação dentro do seu espaço nacional (MUELLER, 2011). A restrição de informação exercida pelo governo chinês inclui filtros em diversos tópicos, tais como direitos humanos, vertentes políticas oposicionistas, pornografia, minorias e, claro, movimentos pró-democracia.

Um dos principais exemplos de nacionalização da *internet* que se pode mencionar é a abordagem do governo chinês no sentido de se criar um espaço compacto sujeito às políticas nacionais. O sistema de monitoramento chinês, coloquialmente chamado de o Grande Firewall da China (GFW), é reflexo do eficiente método implementado pelo governo no âmbito digital. O sistema inclui filtragem de informações requisitos de licenciamento, controle do Estado do que pode ser compartilhado na *internet*, vigilância arbitrária e autoridade para punir ações contrária à vertente política chinesa. (MUELLER, 2011)

China e Rússia se destacam, a partir do início do século XXI, como atores ativos na busca do controle de políticas acerca da governança da *internet*, desafiando-se a hegemonia norte-americana na tomada de decisões e no controle dos aparatos digitais. A fim de se posicionarem na fronteira da inovação tecnológica e de lançarem a sua marca nacional, os dois países se utilizaram de empresas nacionais com grande alcance na *internet* para difundir suas respectivas políticas dentro e fora de seus territórios (BUDNITSKY; JIA, 2018). China e Rússia, respectivamente, têm como “estrelas” nacionais as empresas Baidu e Yandex. Deve-se, porém, ressaltar não só o papel governamental ativo dentro dessas empresas, mas também a influência do setor privado nas mesmas.

As políticas nacionais russas e chinesas tendem a seguir o estatismo econômico com o envolvimento ativo do Estado na economia, onde o autoritarismo mescla-se à experiência das economias capitalistas. No início dos anos 2000, China e Rússia buscam alterar o cenário internacional hegemônico e utilizam-se de seus





recursos – incluindo os meios digitais – para fortalecer suas marcas e imagens internacionalmente. O engajamento da Rússia na liderança da governança da *internet* começa em 1998, quando o país propôs resolução sobre o desenvolvimento do debate sobre a segurança internacional no campo dos meios de comunicação onde já se notava a preocupação do Estado no papel de normatização do meio digital (NOCETTI, 2015). Nos anos seguintes nota-se a união sino-russa em diversas conferências e órgãos relevantes para a discussão da governança digital, tais como a Netmundial, Fórum de Governança da *Internet* e Congresso Mundial de Tecnologia e Informação.

O interesse chinês nas políticas de governança da *internet* global começa de forma crescente a partir de 2002 onde notou-se ação unilateral de empresas privadas como a ZTE e Huawei e, a partir de 2010, observa-se ação governamental ativa na normatização do meio digital no nível internacional. A partir de 2012, percebe-se a adoção de políticas autoritárias em relação ao controle da *internet* e começa a se construir um dos maiores controles de ciberespaços e, em 2014, o Estado chinês atua ativamente para incluir a diplomacia da *internet* na agenda do país, utilizando suas empresas nacionais a implementar sua visão e valendo-se de atores empresariais locais no cenário de governança da *internet* (BUDNITSKY; JIA, 2018).

A Rússia, desde 2000, adotou políticas restritivas onde prioriza-se a segurança nacional cibernética. Porém, até início do século XXI, notou-se pouco engajamento da sociedade civil na *internet* e, conseqüentemente, da ação governamental. A partir de 2008, com a eleição de Dmitry Medvedev, observou-se modernização e inovação no meio digital com a criação do Centro de Inovação Skolkovo, com o objetivo de incentivar o desenvolvimento tecnológico. Porém, com a volta ao poder de Putin, em 2012, o governo efetivou dezenas de políticas restritivas que acabaram por estatizar o espaço da *internet*. Com a crise ucraniana de 2014, a deterioração das relações com o Ocidente se aprofundaram, de modo que a



busca pela soberania digital tornou-se cada vez mais expressa (BUDNITSKY; JIA, 2018).

Os Estados Unidos começaram a formular políticas de segurança cibernética em 1988, com a criação da *Cyber Emergency Response Team* (CERT), equipe criada pela Universidade Carnegie Mellon e posteriormente absorvida pela *Homeland Security* devido ao alto número de invasões nos servidores existentes. Observa-se que principalmente o que diz respeito à regulamentação de políticas com o foco da segurança no meio digital tende a vir por parte do executivo norte-americano. Através dos anos, diversas diretrizes que buscavam a proteção acerca ao meio digital foram emitidas pelos presidentes Clinton, Bush e Obama. Observava-se até meados de 2009 a política americana de tentar frear o controle internacional de armas cibernéticas, pois acreditavam que poderia gerar a necessidade de criação de uma regulamentação restrita do meio digital e consequentemente reduzir o domínio tecnológico norte-americano, freando-se de tal maneira a abordagem liberal e expansionista adotada pelo governo. Porém, a partir do mandato do Obama, se nota a mudança de postura do governo americano, pois a noção da dependência estatal do governo ao âmbito digital cria receio a possível vulnerabilidade norte-americana. (SHACKELFORD; CRAIG, 2014). O *Cyber Command* (CYBERCOM) foi criado em 2009 com o objetivo de centralizar as operações cibernéticas nos EUA. Contudo, muito pouco se sabe de fato sobre as capacidades e atuação do mesmo. Deve-se ressaltar, no entanto, que uma política integral ainda não foi estabelecida pelo governo norte-americano. Até hoje se debate se a *Homeland Security* seria o órgão adequado para lidar com a temática cibernética.

### 3.3 Cibersegurança

Um dos grandes desafios enfrentados pela criação de políticas comuns de governança é a desconfiança gerada pelos ataques cibernéticos a mando do Estado. Um dos marcos na história para a discussão da autoridade do Estado e os direitos



relacionados ao direito de privacidade e a segurança da informação, no âmbito digital, foi a revelação por Edward Snowden, em 2013, da vigilância maciça de dados pessoais pela Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos (NSA).

Snowden forneceu detalhes de como o governo norte-americano conseguia maximizar sua vigilância através de grandes empresas tecnológicas – *Apple, Google, Microsoft* – que permitiam o acesso de informações de milhões de cidadãos à NSA. Apresentou documentos que comprovavam que a vigilância não se restringia nacionalmente e direcionava-se a atores políticos importantes e suas comunicações privadas. A escala dos dados obtidos pela entidade norte-americana em nome do contraterrorismo não só repercutiu mundo afora como desencadeou debates específicos relacionados aos limites existentes entre proteção de possíveis atos que venham ameaçar a segurança nacional e o direito de privacidade dos indivíduos.

Atores que antes não pressionavam para esse novo formato de legislação que potencializa a soberania estatal em relação aos assuntos associados ao meio digital, como é o caso da União Europeia, se convertem buscando proteção contra ataques cibernéticos americanos. Nações como Rússia, Iraque e Alemanha começaram processo de pesquisa para se criar domínio virtual estritamente nacional (EICHENSEHR, 2014). Um dos fatores que freou, de certa forma, a evolução do ambiente da *internet* se tornando estritamente nacional é o resultado do processo de globalização e de seus interesses econômicos.

O Marco Civil da *internet* brasileiro foi aprovado na Câmara dos Deputados em 25 de março de 2014 em resposta aos debates levantados após a descoberta pelo mundo da extensão de vigilância por parte americana. A lei aborda questões relacionadas à privacidade, neutralidade da rede e aplicação de imposição de obrigações civis aos usuários e provedores (DATYSGELD, 2017). Conforme avaliação de Hill (2015, p. 3), não podemos deixar de destacar outros atores que inflamaram a questão da guerra cibernética:



Various states have been accused of practicing cyber espionage or even of conducting cyber attacks. Not surprisingly, the USA accuses China (Sanger, 2013) and Russia (AP, 2011) of actively engaging in cyber attacks or at least in commercial cyber espionage. However, it is generally accepted that the USA and Israel conducted an apparently successful secret cyber attack on Iranian nuclear facilities, through the Stuxnet virus (Sanger, 2012), and that the US has invested significantly in cyber espionage (Gellman and Miller, 2013; Poulsen, 2015) and in offensive and defensive cyber capabilities (Harris, 2015).

A temática da cibersegurança é um dos principais assuntos debatidos em diversos fóruns internacionais dedicados a examinar assuntos relacionados à governança da internet, como por exemplo os eventos organizados pela *International Telecommunication Union* (ITU) (em 2007 lançou-se Agenda Global de Cibersegurança), *Internet Governance Forum* (IGF), *African Union* (em 2012 elaborou proposta de tratado em relação a crimes cibernéticos), OTAN (anualmente promove exercícios sobre a defesa do ambiente digital), *International Multilateral Partnership Against Cyber Threats* (IMPACT) e a *Shanghai Cooperation Organization* (sabe-se que pelo menos desde 2011 discute propostas sobre a normatização cibernética) (SHACKELFORD; CRAIG, 2014).

Em 2012, na realização da WCIT-12 (*World Congress on Information Technology*), a preocupação com a proteção do espaço nacional cibernético foi destaque até mesmo antes da realização da conferência. Em documentos divulgados anteriormente ao evento, Rússia, China e Irã propuseram que a alocação de todo tipo de política acerca da internet ficasse à definição do Estado nacional. A WCIT-12 foi organizada a fim de atualizar o Regulamento Internacional de Telecomunicações (ITRs), mas acabou sendo ofuscada pela assertividade dos Estados em buscar papel ativo na normatização do meio digital. A resolução acordada entre 89 países participantes da conferência admitiu que a governança da *internet* deveria ser entendida como um processo multissetorial, mas, que o papel dos governos



nacionais são importantes na construção de uma governança estável, segura e justa (SHACKELFORD; CRAIG, 2014).

A interferência russa nas eleições presidenciais americanas de 2016 exemplifica a vulnerabilidade do espaço cibernético americano e o alcance das ferramentas digitais. Em janeiro de 2017 a *Central Intelligence Agency* (CIA), a *Federal Bureau of Investigation* (FBI) e a *National Security Agency* (NSA) divulgaram que a Rússia utilizou as redes sociais para influenciar o resultado das eleições presidenciais nos EUA (MASTERS, 2018). Nota-se, porém, que atualmente as questões relacionadas à segurança no ambiente digital ofuscam qualquer tipo de discussão sobre a governança da *internet*. A cibersegurança tornou-se uma das pedras basilares na discussão sobre uma governança da *internet* global e tende a gerar mais divergências do que qualquer vertente discutida do tema. A segurança digital é difícil de seccionar-se, pois a *internet* foi criada com o intuito de transnacionalizar o espaço de forma que não só pessoas de diferentes lugares do globo possam interagir, mas que pessoas diferentes e temas distintos consigam se interligar. Um dos cenários importantes de trazer à tona na discussão sobre ciberespionagem é como a espionagem industrial pode adentrar o âmbito das relações governamentais entre nações. A prisão da diretora financeira de uma das maiores empresas de tecnologia de origem chinesa, a Huawei, por espionagem comercial, afetou diretamente as relações entre os dois países e foi fator determinante que contribuiu para o início de uma guerra comercial entre China e os EUA no ano de 2018.<sup>14</sup> As questões de segurança da *internet* foram levantadas e o lado americano alegou espionagem comercial exercida pelo lado chinês.

Entretanto, não foi a primeira vez que as preocupações sobre a segurança digital adentrou os discursos nacionais do Estado norte-americano. Em 2012 o

---

<sup>14</sup> USTR. 2018. Office of the United States Trade Representative. Available online: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/june/ustr-issues-tariffs-chinese-products> (accessed on 30 June 2018).



parlamento dos EUA publicou relatório onde acusava duas grandes empresas chinesas, ZTE e Huawei, de serem ameaças diretas à segurança nacional americana, pois a investigação interna gerou dados que sugeriam que as empresas privadas operavam juntamente com o governo chinês para atuar não no campo comercial, mas no sentido de fornecer dados necessários para colocar o governo chinês em vantagem. Em 2014, o Departamento de Justiça dos EUA indiciou soldados chineses por espionagem comercial, que segundo o governo americano invadiram as redes de diversas empresas nacionais de forma a obterem informações confidenciais, tudo a mando governo chinês. A questão da cibersegurança nacional é única no sentido que engloba não só os interesses da nação para seus cidadãos como também pode atuar de forma ofensiva contra seus próprios cidadãos em nome da segurança nacional. Não resta claro, ademais, quais os limites justificáveis de atuação do Estado no que diz respeito à defesa nacional.

#### **4 DISCUSSÃO SOBRE GOVERNANÇA DA *INTERNET* NO NÍVEL INTERNACIONAL**

Deve-se destacar o papel da *International Telecommunication Union* (ITU), fundada em 1865 com o intuito de mediar e auxiliar a conectividade dos existentes meios de comunicação, como rádio e órbitas de satélites. Produziu a citada entidade relatório em 1983 relacionando a acessibilidade à redes de informação com o crescimento econômico. A primeira *World Telecommunication Development Conference* surge sob supervisão do ITU em 1995, estabelecendo o *Centre for Telecommunication development*, que mais tarde foi incorporado à estrutura institucional do ITU (CHRISTOU; SIMPSON, 2012)

Um marco importante para o início de regras comuns a nível global para o funcionamento eficaz frente às novas tecnologias foi o tratado "Os Regulamentos Internacionais de Telecomunicações (ITR)" assinado em 1988, administrado pela ITU, que coordena com os países todos os tipos de redes de informação e



comunicação, desde fios de cobre até tecnologias de dado sem fio. Uma de suas principais funções, cumpre sublinhar, foi a estruturação de sistemas que suportassem chamadas internacionais (MULLER, 2002). Devido às novas inovações e tecnologias, em 1999 foi levantada a necessidade de uma atualização no referido tratado. Dessa forma, o pacto foi atualizado na *World Congress on Information Technology* (WCIT)<sup>15</sup> em 2012, a saber:

[...] considerado um tratado global vinculante destinado a facilitar a interconexão internacional e a interoperabilidade dos serviços de informação e comunicação, bem como assegurar sua eficiência e ampla utilidade e disponibilidade pública. O tratado estabelece princípios gerais para assegurar o livre fluxo de informações em todo o mundo, promovendo acesso acessível e equitativo para todos e lançando as bases para inovação contínua e crescimento do mercado.<sup>16</sup>

A ITU tem papel relevante em levantar questionamentos acerca ao mundo digital. É responsável por diversos seminários, tais como o *Global Symposium for Regulators* e o *World Telecommunication/ICT Policy Forum* (WTPF), os quais fornecem plataformas para reguladores e formuladores de políticas discutirem as principais questões que envolvem a constante mudança do ambiente digital (HILL, 2015; CHRISTOU E SIMPSON, 2012). O 11 de Setembro contribuiu para a adoção da Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime, elaborada pela Conselho Europeu em outubro de 2001. O tratado vinculativo com alcance internacional entrou em vigor em 2004 e seu texto promove a cooperação e assistência jurídica entre Estados, além de introduzir definições de termos relevantes para a normatização de leis criminais sobre delitos cometidos na *internet*. (DRAKE; CERF; KLEINWÄCHTER, 2016)

O ICANN sempre foi questionado devido ao seu controle unilateral e tendo em vista sua relação com o governo norte-americano, resultado de uma relação

---

<sup>15</sup> *World Conference on International Telecommunications (WCIT-12)*, ITU, <http://www.itu.int/en/wcit-12/Pages/default.aspx>

<sup>16</sup> <https://www.itu.int/pub/S-CONF-WCIT-2012/en>



contratual da organização com o Departamento de Comércio dos EUA. Além disso, com perpassar do tempo as tensões cresceram e culminaram numa série de debates a nível global sobre as políticas da *internet*, que levaram à realização da Cúpula Mundial da Sociedade da Informação (WSIS, sigla em inglês) em 2003 e 2005, patrocinada pela ONU (EPSTEIN, 2013). A *World Summit on the Information Society* (WSIS) é importante em definir e reconhecer o papel de atores não estatais na elaboração de políticas referentes à *internet*. O ICANN, mesmo com suas ligações governamentais, sempre foi uma organização privada, e em 2000 já era claro o forte papel das instituições privadas nos assuntos relacionadas à *internet*, tendo em vista principalmente a própria arquitetura do sistema operacional da *internet* que atuava multilateralmente por meio das múltiplas fronteiras.

Um importante ponto levantado pela China e pela Rússia na cúpula citada dizia respeito à definição mais abrangente de governança da *internet*, a qual deveria compreender não só nomes de domínio e questões técnicas, incluindo as temáticas de spam e de conteúdo ilegal. Além disso, a China propôs uma nova instituição intergovernamental de supervisão que abrangeria todos os assuntos relacionados ao âmbito digital, prezando pela soberania estatal, de responsabilidade da ONU, mais especificamente a União Internacional de Telecomunicação (UIT) (DATYSGELD, 2017).

Os defensores do ICANN, liderados pelos EUA, argumentavam que o sistema digital deveria ser analisado apenas levando-se em consideração as questões técnicas e por isso seria melhor administrada por uma corporação privada. Já em contraponto, outros países como a China argumentam que a *internet* deveria ser administrada sob o âmbito político e mais especificamente deveria ser administrada através de instrumentos das Nações Unidas (EPSTEIN, 2013)

A cúpula não foi capaz de resolver as divergências entre a concepção de governança da *internet*, devido à complexidade do assunto. A questão envolve





fatores políticos, econômicos e técnicos em razão da dependência do sistema ao aparato técnico que é de responsabilidade do ICANN. KLEINWATCHTER, 2004; KURBALIJA, 2016). Diversos setores foram inovados e outros criados com a introdução da *internet*, sendo manifesta sua importância para todos os aspectos sociais, comerciais e políticos.

Devem ser destacados, todavia, os fatores positivos da realização da WSIS, que formalizou a chamada prática do "multistakeholderism", em que "representantes de grupos de defesa do interesse público, associações empresariais e outras partes interessadas participam de deliberações políticas intergovernamentais juntamente com governos" (WSIS, 2005). Outro importante resultado da referida cúpula foi a criação de fórum multilateral global com presença do *multistakeholderism* no debate sobre assuntos referentes à governança da *internet*, o *Internet Governance Forum* (IGF), e o Grupo de Trabalho sobre Governança da *Internet* (GTGI).

Enquanto o GTGI foi fundamental em aprofundar o debate sobre *multistakeholderism*, o IGF foi formalizado para atuar na mediação de conflitos relacionados a decisões que influenciam diretamente o funcionamento da *internet*, assim como tornou-se palco para apresentar diversos esquemas normativos. (EPSTEIN, 2013). De uma perspectiva histórica o IGF é importante no que tange à demonstração de como os princípios de governança de um sistema de informação complexo são resolvidos.

Em 2004 as Nações Unidas criaram o *United Nations Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security* (UN GGE), o qual foca o contexto de segurança internacional com o intuito de fortalecer a segurança dos meios de informação e de telecomunicação (SILVA, 2008). Deve-se destacar seu papel em delimitar a agenda da segurança cibernética e introduzir o princípio de leis internacionais para o âmbito do mundo digital.



Inicialmente o GGE atuou como mediador das visões diferentes dos Estados, conseguindo avanços nas discussões sobre os temas propostos. Em 2011 a Índia depositou proposta para a criação de Comitê sobre Protocolo de *Internet* (CIRP) e Rússia e China depositaram proposta de Acordo de Cooperação de Xangai, o qual abordava normas para as questões debatidas referente aos direitos dos Estados no ambiente cibernético (BAJAJ, 2014). Com a elaboração do manual de Tallin<sup>17</sup> em 2013, se colocou em evidência a aplicabilidade da *internet* como ferramenta militar e sua importância fundamental em qualquer tipo de operação militar. Pode-se observar o seu reflexo no estabelecimento de comitê nas Nações Unidas para analisar a segurança cibernética e seu papel no campo militar.

A partir de 2014 - 2015 foi notado um claro entrave entre as partes sobre o direito inerente dos Estados, à autodefesa e à aplicabilidade do direito internacional humanitário aos conflitos cibernéticos. Esse debate se estendeu para o GGE mais atual (2016 - 2017), não sendo alcançado consenso relacionado ao tema (DATYSGELD, 2017). Em setembro de 2011 projeto conjunto para a criação de um Código Internacional de Conduta Internacional de Segurança da Informação foi apresentado na Assembleia Geral da ONU pela China, Rússia, Tajiquistão e Uzbequistão. O texto aborda a necessidade de cooperação entre Estados para impedir o alastramento de informações que incitem de qualquer forma a instabilidade política, econômica ou social. Não se obteve, contudo, a aceitação necessária, mesmo com a revisão do texto em 2015 (DRAKE; CERF; KLEINWÄCHTER, 2016).

O papel do setor privado na possível governança da *internet* deve ser destacado, pois a origem do ambiente digital e a forma como se utiliza a *internet* hoje em dia é resultado de um dos diversos modelos testados que com o auxílio de decisões técnicas e políticas resultaram na ascensão do setor privado. A questão do

---

<sup>17</sup> Documento acadêmico elaborado a pedido da OTAN por estudiosos e especialistas da área de crimes cibernéticos que aborda a aplicabilidade do direito internacional na internet.



modelo *multistakeholderism* é uma das questões discutidas em relação a governança da *internet* devido ao papel de organizações privadas desde a criação da própria *internet*. A definição da mesma pode ser encontrada no Parágrafo 34 da Agenda de Túnis de 2005 da WSIS:

Uma definição funcional da governança da Internet é o desenvolvimento e a aplicação por parte dos governos, do setor privado e da sociedade civil, em seus respectivos papéis, de princípios, normas, regras, procedimentos decisórios e programas compartilhados que moldam a evolução e uso da Internet.

O modelo propõe um sistema descentralizado aonde atores privados e da sociedade civil teriam papel no processo decisório de políticas relacionadas ao ambiente da *internet*. Como já abordado, a questão formal do *multistakeholderism* na governança da *internet* teve sua origem no primeiro WSIS, porém a questão na Cúpula não surgiu de um processo multissetorial devido a configuração da primeira WSIS onde a sociedade civil era permitida apenas no início dos debates.

A clara conexão de múltiplos setores com a concepção e funcionamento do ambiente digital, a crescente transnacionalidade existente devido a globalização, o papel exercido pela comunidade técnica e acadêmica reforçam a necessidade de inserir esse setor nas discussões relacionadas a formalização de uma legislação referente a *internet*.

Podemos ver como exemplo do modelo *multistakeholder* de governança da *internet* a *Internet Society* (ISOC), organização sem fins lucrativos que desde sua criação em 1992, procura atuar no sentido de facilitar o desenvolvimento operacional, de alcance, promovendo fóruns que permitam a multiplicidade de participantes para discutir políticas, a evolução do meio e tópicos relacionados a governança da *internet*. A ISOC é dividida em diversos *working groups* que lidam com tópicos específico relacionados ao meio digital como a Força-Tarefa de Engenharia da *Internet* (IETF), que discute e estabelece os principais protocolos da



*internet* e a Diretoria de Arquitetura da *Internet* (IAB, sigla em inglês), que oferece orientação técnica com o intuito de catalisar a evolução do meio digital.

A *Internet Society* desenvolveu quatro pilares para o funcionamento da evolução do modelo multistakeholder: “inclusão e transparência; responsabilidade coletiva; tomada de decisão e implementação eficazes; colaboração através de uma governança distribuída e Inter operável”.<sup>18</sup>

## **5 GOVERNANÇA DA INTERNET NA PERSPECTIVA DO NEORREALISMO**

Dada a fragmentação política atual no que diz respeito ao sistema liberal democrático, a análise neorrealista se encaixa de forma mais correta na análise de uma possível governança internacional da *internet*. O neorrealismo surge no contexto político do fim da Guerra Fria, da crise do petróleo, do crescimento das organizações internacionais, onde observa-se que a teoria realista não conseguia explicar satisfatoriamente o cenário internacional. Kenneth Waltz reformula a teoria realista, com o lançamento de seu livro *Theory of International Politics*, em 1979, reestruturando a vertente teórica original de forma a acomodar os desafios enfrentados no cenário político da época. Waltz afirma que o sistema internacional deve ser analisado de forma estrutural, sendo a anarquia a condição que orienta as relações internacionais, inexistindo poder central que consiga regular as ações estatais. Os estados interagem buscando a sua sobrevivência e a estrutura que rege o sistema internacional apenas se alterará se as grandes potências alterarem o status quo. Diz Waltz (1979, p. 145): “A distinção entre os domínios da política nacional e internacional não se encontra no uso ou não uso da força, mas nas suas diferentes estruturas.”

---

<sup>18</sup> Os objetivos ficam mais aclarados no site oficial da Internet Society. Saiba mais em: <https://www.internetsociety.org/resources/doc/2016/internet-governance-why-the-multistakeholder-approach-works/>



O neorealismo tem como principal pilar a centralidade do Estado na estrutura anárquica da política internacional e destaca como as relações de poder atuam como variável determinante para a definição dos tipos de relações existentes entre os Estados (WALTZ, 1979). A visão neorrealista sobre as organizações e regimes internacionais é determinante para entender como a teoria entende a cooperação entre Estados. As organizações internacionais não são encaradas como atores independentes e sim como mecanismos pelo qual os Estados podem-se utilizar, onde seu papel é reduzido a ferramenta estatal. As instituições são apenas reflexo das relações de poder existentes no cenário internacional que tendem a manter balança de poder existente. O neorealismo entende o cenário internacional como anárquico onde os Estados vão agir de forma a maximizarem seus interesses nacionais o que, leva a poucas ocasiões de cooperação internacional a longo prazo e, quando enfrentam a possibilidade de cooperação se encontram em condição incerta e insegura tendendo a, operar sob o dilema do prisioneiro, dificultando ainda mais a cooperação entre os agentes. Importante observar que a cooperação, qualquer que seja o arranjo dado, possui limitações, inclusive estruturais e relativas à capacidade dos agentes. Neste sentido, valiosa, mais uma vez, a preleção de Waltz:

Num sistema de auto-ajuda cada uma das unidades gasta porção de seu esforço, não a perseguir seu próprio bem, mas a arranjar os meios de se proteger dos outros. A especialização num sistema de divisão de trabalho funciona com vantagem para todos, apesar de não ser equitativa. A desigualdade na distribuição esperada do produto acrescido opera fortemente contra a extensão da divisão do trabalho a nível internacional. Quando confrontados com a possibilidade de cooperarem para ganho mútuo, os estados que se sentem inseguros devem querer saber como o ganho mútuo será dividido. São impelidos a perguntar não “Iremos ambos ganhar?”, mas “Quem ganhará mais?”. Se um ganho esperado é pra ser dividido, digamos, na razão de dois pra um, um estado pode usar o seu ganho desproporcional para implementar uma política virada para prejudicar ou destruir o outro. Mesmo a perspectiva de grandes ganhos absolutos para ambas as partes não invalida a sua cooperação desde que cada um tema a forma como o outro irá usar as suas crescentes capacidades.



Notem que os impedimentos à colaboração podem não residir no caráter e na intenção imediata de qualquer uma das partes. Em vez disso, a condição de insegurança – no mínimo, a incerteza de um em relação às futuras intenções e ações do outro – trabalha contra a sua cooperação. (WALTZ, 1979, p. 147)

Percebe-se, assim, que a visão da teoria realista sobre acordos internacionais aproximar-se da busca pela maximização dos interesses nacionais, de forma que a cooperação ocorrerá apenas quando os interesses individuais estatais sejam atendidos. A posição estatal como entidade soberana, como o único agente político legítimo internacional, coloca em segundo plano, por conseguintes, os regimes internacionais que são, em grande medida, reflexo da manutenção de poder existente. Além do mais, a lógica da maximização dos interesses nacionais é um paradigma que não deve ser desprezado em nenhuma hipótese. Em seu emblemático modelo teórico denominado “Mapa Estrutural das Sociedades Capitalistas”, Boaventura de Sousa Santos refere-se à maximização em questão como maximização da eficácia das nações no denominado espaço mundial (SANTOS, 1996).

Para que se possa compreender a fragmentação atual observada no cenário político mundial, a crise de legitimidade dos regimes internacionais e, ainda, a razão pela qual a criação de uma governança da *internet* é improvável, deve-se entender os problemas crescentes observados desde o pós-Guerra Fria. O mundo liberal que foi desenhado desde o fim da Segunda Guerra Mundial foi construído baseado nas organizações internacionais e na busca pela institucionalização da governança internacional de forma a alterar o sistema de equilíbrio de poder que atuava como mediador das relações estatais. Com o fim da Guerra Fria, observou-se uma segunda onda de reformulação do sistema internacional, marcada pelo fim da bipolarização do cenário internacional e pela intensificação da interdependência global. Buscou-se, deste modo, a utilização das organizações internacionais como ferramentas para facilitar o intercâmbio internacional e a migração (HOOGHE; LENZ; MARKS,



2019). Porém, com a legitimação cada vez maior dos arranjos institucionais globais (ex.: normativas da OMC), observou-se que as políticas que estabeleciam as relações internacionais foram adentrando o cenário nacional de forma a afetar diretamente as políticas nacionais, o que gerou reação tardia de modo a contribuir para o crescimento do protecionismo e no atual quadro enfraquecido dos regimes internacionais.

Mearsheimer (2019) destaca que a globalização atuou de forma a erodir a ordem internacional liberal, pois contribuiu para a ascensão de outras economias, o que cria um mundo multipolar onde, de acordo com o próprio autor, um mundo multipolar não suporta um regime ideológico como o liberal. A ascensão da China e da Rússia põe fim à ordem unipolar americana, emergindo por conseguinte uma nova ordem internacional baseada nos princípios realistas onde o balanço de poder atuará de forma a mediar as relações econômicas e políticas e, ademais, a apontar possíveis soluções de problemas comuns ao globo. A nova ordem liberal observada no período posterior à Guerra Fria foi fundada através da expansão de instituições internacionais de modo a criar ambiente que pudesse influenciar a maioria dos Estados e suas políticas, fator fundamental para a abertura comercial desejada de forma a maximizar o livre comércio. A crise financeira de 2008, a crise do euro, o *Brexit* e a crise de refugiados são exemplos de fatores que contribuíram para a descrença do liberalismo e a ascensão de políticas nacionalistas e protecionistas, por exemplo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Debater a fragmentação do ambiente digital é, em grande medida, um contrassenso, se pensarmos nos princípios de universalidade que foram utilizados na idealização da *internet*. Contudo, ao se analisar o ambiente digital, é necessário adicionar as vertentes políticas observadas no cenário internacional atual. A retirada



do Reino Unido da União Europeia, a crise dos refugiados, a sistemática saída dos EUA de diversos tratados internacionais (tais como o Acordo Transpacífico de Cooperação Econômica, o Acordo de Paris, o Acordo de Forças Nucleares de Alcance Intermediário, dentre outros), assim como a instabilidade das relações americanas junto à Organização Mundial do Comércio, as crescentes políticas protecionistas, tudo isto elucida a instabilidade atual de arranjos institucionais internacionais.

A atual fragmentação política internacional constitui derivação, segundo Mearsheimer (2019): (i) do favorecimento às organizações internacionais ao invés das políticas nacionais; (ii) da “hyperglobalization” que ocorreu pós-Guerra Fria, quando os esforços para diminuir as barreiras do comércio internacional intensificaram a interdependência global, tornando o cenário internacional mais instável e levando a crises financeiras mais recorrentemente; (iii) da limitação dos princípios basilares da ordem liberal, como a livre circulação de pessoas e a delegação de poderes a instituições internacionais, fatores que causaram fricção interna nos Estados, pois tendiam a se chocar com as crenças de soberania internacional de parte da população; e (iv) do fato de que a intensa globalização beneficiou em parte alguns Estados, causando, contudo, ao longo do tempo, problemas econômicos e políticos que provocaram o declínio da opinião favorável à ordem internacional liberal.

É precisamente neste contexto de fragmentação que deve ser situada a governança da *internet*, a qual compreenderá no futuro acordos bilaterais e, mesmo assim, de maneira muito esparsa. Entendo, por isso, que uma governança da *internet* no plano multilateral beira a impossibilidade. Há, atualmente, uma descrença em relação à capacidade de governança global das organizações internacionais, tendo em vista o atual cenário político. O extenso espectro do meio digital e os diversos atores relevantes a sua discussão criam barreiras ainda maiores no que diz respeito a uma normatização do meio. O ciberespaço foi construído de forma fragmentada





onde diversos atores distintos são importantes no seu funcionamento e na sua operacionalização, de maneira que construir acordos de governança para esta área é algo ao mesmo tempo complexo e improvável.

Nota-se que a proposta inicial idealizada de se criar um espaço transfronteiriço se transformou de forma que a busca pela universalização foi substituída pela fragmentação do ambiente digital, onde se constata a existência de políticas unilaterais a fim de filtrar o conteúdo disponível, mediante a aprovação de leis nacionais que imponham restrições em relação à privacidade, criando, assim, novas barreiras geopolíticas dentro do espaço cibernético.

Deve-se visualizar o ambiente digital além do âmbito político: o complexo ecossistema do espaço digital exige, por isso mesmo, um tipo de análise singular e específico em relação a sua regulamentação. A *internet* tem característica ímpar de estar em constante evolução, com alcance global; permite, além disso, modificações regulares promovidas por todos os seus usuários, indivíduos que a utilizam em seu potencial complexo, interligando diversos aspectos relevantes da política, economia e sociedade, criando, ao final, dificuldade no que diz respeito a sua regulamentação.

O que tem se observado é um movimento para a expansão do alcance nacional e comercial no ambiente digital de modo a proteger sua segurança e seus interesses individuais de maneira tal que a interconectividade e direitos humanos sejam deixados em segundo plano. A normatização que se observa no momento se concentra nas questões comerciais (como direitos autorais e intelectuais), na censura de conteúdos (por parte estatal e privada) e nos interesses geopolíticos. O potencial universal da *internet* tem sido constantemente freado por força de diversos fatores, em especial: (i) divergências em relação aos recursos críticos estruturais da *internet*; (ii) grande quantidade de instituições diferentes que exercem papel no funcionamento da *internet* (tais como ICANN, IETF, ITU, dentre diversos outros órgãos nacionais); (iii) posicionamentos distintos dos grandes atores estatais como



China (*internet* altamente filtrada), EUA (*internet* livre) e Rússia <sup>(19)</sup>; e (iv) priorização e preocupação com a cibersegurança nacional.

A descoberta da vigilância maciça exercida pela NSA atuou de forma a legitimar as políticas de proteção nacional no ambiente digital e incentivou a fragmentação desse local. A temática de cibersegurança é um dos maiores empecilhos na discussão de uma governança internacional da *internet* e tende a polarizar opiniões de modo que qualquer tipo de normatização no nível global seja extremamente improvável. A realidade é que para a formação de qualquer tipo de governança internacional seria necessário o apoio estatal incondicional. Devido ao atual cenário político e tendo em vista a multipolaridade observada, essa possibilidade de cooperação se afasta cada vez mais do campo das possibilidades.

Este artigo buscou analisar a diversidade de fatores que contribuem para o atual quadro fragmentado de regulamentação do meio digital. A multiplicidade de atores e interesses divergentes cria impasse no estabelecimento de uma governança da *internet* em nível global. O enfraquecimento dos organismos internacionais no cenário político internacional, os posicionamentos estatais divergentes, a quantidade de atores envolvidos na estrutura crítica da *internet* e, finalmente, as preocupações quanto à cibersegurança, evidenciam quadro fragmentado das políticas de normatização do ambiente digital.

## REFERÊNCIAS

BAJAJ, K. Cyberspace: post Snowden. *Strategic Analysis*, v. 38, n. 4, p. 582-587, 2014. DOI:10.1080/09700161.2014.918448. Acesso em: 1 maio 2020.

BUDNITSKY, S.; JIA, L. Branding Internet sovereignty: digital media and the Chinese–Russian cyberalliance. *European Journal of Cultural Studies*, v. 21, n. 5, p.

---

<sup>19</sup> A internet na Rússia é uma incógnita: não se sabe ao certo o nível de censura vigente no país no tocante ao uso da internet. Além disso, nos debates internacionais, a Rússia mostra-se contrária à governança compartilhada da internet.



594–613, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1177/1367549417751151>. Acesso em: 10 fev. 2020

CANABARRO, D. *Governança global da internet: tecnologia, poder e desenvolvimento*. 2014. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/114399>. Acesso em: 20 set. 2019

CHRISTOU, G.; SIMPSON, S. The influence of global internet governance institutions on the EU. In: COSTA, O.; JØRGENSEN, K. E. (eds.). *The influence of international institutions on the EU*: Palgrave studies in European Union politics. London: Palgrave Macmillan, 2012. p. 96-110. Disponível em: [https://link.springer.com/chapter/10.1057/9780230369894\\_6](https://link.springer.com/chapter/10.1057/9780230369894_6). Acesso em: 5 mar. 2019

CHANDER, A.; LE, U. P. Data nationalism. *Emory Law Journal*, v. 64, n. 3, p. 678-739, 2015.

DATYSGELD, M. W. *O papel da governança da internet dentro da governança global: um estudo de caso da ICANN*. Repositório Institucional UNESP, 2017. Disponível em: [https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/151066/datysgeld\\_mw\\_me\\_mar.pdf](https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/151066/datysgeld_mw_me_mar.pdf). Acesso em: 5 mar. 2019.

DENARDIS, L. *The emerging field of internet governance*. Yale Information Society Project Working Paper Series. 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1678343>. Acesso em: 12 fev. 2020

DRAKE, W.; CERF, V.; KLEINWÄCHTER, W. *Internet fragmentation: an overview*. World Economic Forum, Future of the Internet Initiative Whitepaper. 2016. Disponível em: [www3.weforum.org/docs/WEF\\_FII\\_Internet\\_Fragmentation\\_An\\_Overview\\_2016.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_FII_Internet_Fragmentation_An_Overview_2016.pdf). Acesso em: 22 dez. 2019

EPSTEIN, D. The making of institutions of information governance: the case of the Internet Governance Forum. *Journal of Information Technology*, v. 28, n. 2, p. 137–149, 2013. DOI: [doi:10.1057/jit.2013.8](https://doi.org/10.1057/jit.2013.8). Acesso em: 19 nov. 2019

EICHENSEHR, K. The cyber-law of nations. *The Georgetown Law Journal*, v. 103, p. 317, 8 Jan. 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2447683>. Acesso em: 11 jun. 2019



FINKELSTEIN, L. S. What is global governance? *Global Governance*, v. 1, n. 3, p. 367-372, 1995. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/27800120>. Acesso em: 20 out. 2019

FROOMKIN, M.; LEMLEY, M. *ICANN and Antitrust*. 2003 U. ILL. L. REV. 1. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/unilllr2003&div=9&id=&page=>. Acesso em: 1 fev. 2020

GATTO, R.; MOREIRAS, A.; GETSCHKO, D. Governança da internet: conceitos, evolução e abrangência. In: ZIVIANI, Artur; GONÇALVES, Paulo A. S.; FERRAZ, Carlos A. G. (org.). *Livro texto dos minicursos: XXVII Simpósio Brasileiro de Redes de Computadores e Sistemas Distribuídos*. Recife: Sociedade Brasileira de Computação, 2009.

HILL, J. *Internet fragmentation: highlighting the major technical, governance and diplomatic challenges for U.S. policy makers*. Berkman Center Research Paper; Harvard Belfer Center for Science and International Affairs Working Paper. 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2439486>. Acesso em: 2 Fev. 2020

HILL, R. Dealing with cyber security threats: international cooperation, ITU, and

WCIT. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON CYBER CONFLICT: ARCHITECTURES IN CYBERSPACE, 7. *Annals...* Tallinn, 2015. p. 119-134. DOI: 10.1109/CYCON.2015.7158473. Acesso em: 8 dez. 2019

HOOGHE, L.; LENZ, T.; MARKS, G. Contested world order: the delegitimation of international governance. *Rev. Int Organ*, n. 14, p. 731-743, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11558-018-9334-3>. Acesso em: 20 nov. 2019

INT'L TELCOMM. Union, Final Acts of the World Conference on International Telecommunications. 2012. [hereinafter ITU Resolutions]. Disponível em: <http://www.itu.int/en/wcit-12/Documents/final-acts-wcit-12.pdf>. Acesso em: 19 set. 2019

KLEINWATCHTER, W. Beyond ICANN vs ITU: how WSIS tries to enter the new territory of Internet governance. *Gazette: The International Journal for Communication Studies*, v. 66, n. 3-4, p. 233-251, 2004.

KURBALIJA, J. *An introduction to internet governance*. 7. ed. Mídia: DiploFoundation, 2016.



MASTERS, J. Russia, Trump, and the 2016 U.S. Election. *Council on Foreign Relations*, Nova York, fev. 2018. Disponível em: <https://www.cfr.org/backgrounder/russia-trump-and-2016-us-election>. Acesso em: 10 jan. 2020

MCCULLAGH, D. Should the UN administer the internet?. *CNET News.com*, 30 mar. 2005. Disponível em: <http://news.zdnet.co.uk/internet/0,1000000097,39193156,00.htm?r=1>. Acesso em: 19 mar. 2019.

MEARSHEIMER, J. Bound to Fail: The Rise and Fall of the Liberal International Order. *International Security*, n. 43, p. 7–50, 2019. Disponível em: [https://www.mitpressjournals.org/doi/full/10.1162/isec\\_a\\_00342](https://www.mitpressjournals.org/doi/full/10.1162/isec_a_00342). Acesso em: 12 jul. 2019

MUELLER, M. China and global internet governance: a tiger by the tail. In: DEIBERT, R.; PALFREY, J.; ROHOZINSKI, R.; ZITTRAIN, J. (eds.). *Access contested: security, identity, and resistance in Asian cyberspace*. Cambridge, MA: MIT Press, 2011. p. 177–194.

NOCETTI, J. Contest and conquest: Russia and global internet governance. *International Affairs*, v. 91, n. 1, p. 111–130, 2015. Disponível em: <https://academic.oup.com/ia/article-abstract/91/1/111/2326827>. Acesso em: 03 jan. 2020

PARE, D. J. *Internet governance in transition*. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 2003.

REDEKER, D.; GILL, L.; GASSER, U. Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights. *International Communication Gazette*, n. 80, p. 302–319, 2018. DOI: [doi:10.1177/1748048518757121](https://doi.org/10.1177/1748048518757121). Acesso em:

12 nov. 2019

ROSENAU, J. N. Governance in the Twenty-first Century. *Global Governance*, v. 1, n. 1, p. 13–43, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1996.



SILVA, M. *A geopolítica da rede e a governança global de internet a partir da cúpula mundial sobre a sociedade da informação*. 2008. Tese (Doutorado em Geografia Humana) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. DOI: doi:10.11606/T.8.2008.tde-18032009-112622. Acesso em: 03 mar. 2020

SHACKELFORD, S. J.; CRAIG, A. N. *Beyond the new 'digital divide': analyzing the evolving role of governments in internet governance and enhancing cybersecurity*, 50 STAN. J. INT'L L. 119, 2014.

USTR. *Office of the United States Trade Representative*. 2018. Available online: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/june/ustr-issues-tariffs-chinese-products>. Acesso em: 10 mar. 2020

WALTZ, Kenneth N. *Theory of international politics*. New York: McGraw-Hill, 1979.

WEINBERG, J. ICANN and the problem of legitimacy. *Duke Law Journal*, v. 50, n. 187, p. 187-260, 2000.

WSIS. World Summit on the Information Society. 2005. *Tunis Agenda for the Information Society WSIS-05/TUNIS/DOC/6* (Rev.1). Disponível em: <http://www.itu.int/wsis/doc2/tunis/off/6rev1.html>. Acesso em: 1 set. 2019

ZITTRAIN, J.; PALFREY, J. *Access denied: the practice and policy of global internet filtering*. Oxford Internet Institute, Research Report No. 14, Jun. 2007. Disponível em: <http://www.oii.ox.ac.uk/research/publications/RR14.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019



# O MUNDO CIBERNÉTICO: A GOVERNANÇA NA WORLD WIDE WEB E O IMPACTO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Georgia Maria Vasconcelos Pfeilsticker Ribas

## RESUMO

Essa monografia tem como objetivo maior defender o porquê estudar as Relações Internacionais no Meio Cibernético (CiberRI), um campo internacionalista, cujo o objeto de estudo é o impacto no mundo cibernético e nas relações internacionais, tendo como marco histórico a criação da ARPANET no final dos anos 60. Assim, a literatura envolve, os autores clássicos das Relações Internacionais, passando brevemente pela Ciência da Computação e Tecnologia da informação. O presente trabalho divide-se em três partes. A primeira parte faz um aparato histórico da criação da internet em si, fazendo uma análise relacionando as teorias de RI, com uma possível teoria cibernética. A segunda parte é discutida de forma a apresentar a problemática da securitização do espaço cibernético, e a apresentação do regime internacional e governança no mesmo âmbito. Por fim, o último capítulo apresenta dois casos práticos o caso Facebook + Cambridge Analytica e o caso Edward Snowden + Wikileaks, ajudando dessa forma a contextualizar alguns acontecimentos ciber internacionais. Esse estudo segue tanto o uso de métodos qualitativos quanto quantitativos, tais como pesquisa bibliográfica e documental e análise de reportagens, entre outros.

**Palavras-chave:** Ciberespaço. Relações Internacionais Cibernéticas. Securitização. Governança.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho de pesquisa exibirá o fenômeno tecnológico da Internet, a forma com que a tecnologia evoluiu nas últimas décadas, o procedimento histórico que deu



origem ao regime global para a sua governança e respectiva pauta temática que atrai o interesse para as relações internacionais. A criação da World Wide Web em 1989 e o avanço das tecnologias da informação no final do século XX, criaram o espaço cibernético como o conhecemos hoje. Essa evolução não foi só dentro do espaço virtual, mas também, na forma em como os Estados interagem no meio internacional.

Os mesmos estão intervindo mais nas dinâmicas do ciberespaço com a elaboração de estratégias de defesa, segurança e inteligência cibernética devido ao surgimento de novas tecnologias. A presente monografia argumenta as novas possibilidades de ameaças à segurança nas relações internacionais que vem se espalhando no ciberespaço pela ação de indivíduos, organizações e Estados Nações. Nesse aspecto, a justificativa científica para a realização desse trabalho é que o tema possui grande relevância para o campo de estudo das Relações Internacionais e possui pouca bibliografia no Brasil. O objetivo geral é fazer uma análise sobre a política de cooperação entre estados e o regime internacional bem como mostrar a importância que a governança na internet tem dentro do sistema internacional e assim, compreender a importância da cibersegurança, e ciberdefesa (Estados, Organizações Internacionais e indivíduos).

Não se pode isolar o meio cibernético ou a internet dos seus efeitos sobre a forma com que as nações interagem e definem regras de coexistência no meio internacional. As variáveis que permitiram o aparecimento da Internet e suas consequências políticas, jurídicas, econômicas e socioculturais não foram totalmente exploradas dentro do ponto de vista das relações internacionais. As ordenações institucionais que possuem o propósito de administrar o funcionamento das redes em escala global direcionam para a existência de mecanismos de governança que não se encaixam em moldes tradicionais do regime que coordena as relações entre os Atores no Sistema Internacional.





A presente pesquisa pode ser caracterizada enquanto seu recorte metodológico com natureza descritiva, explicativa e exploratória quanto aos fins e um estudo qualitativo quanto aos meios. Foi utilizado o método dedutivo, isto é, partindo do geral para o

particular, primeiro foi feito uma análise da história e criação do meio cibernético e depois estudou-se os casos práticos do Facebook + Cambridge Analytica e o caso Snowden + Wikileaks.

Com base nestas discussões teóricas e subsidiadas por esses procedimentos metodológicos, a presente monografia está estruturada por meio de uma lógica dedutiva em três capítulos, partindo de marcos históricos-teóricos, até se chegar a uma análise empírica de um estudo de caso. A base da monografia conta fontes primárias (reportagens em jornais e revistas, documentação governamental sobre o assunto e dados quantitativos) e fonte secundária (artigos e livros científicos e gráficos disponíveis sobre o assunto).

No primeiro capítulo, é apresentado o delinear histórico da criação da Internet, e sua delimitação de espaço, sendo diferenciado do espaço geográfico. Suas características também são apontadas, como temporalidade, fisicalidade, permeação, fluidez, participação, atribuição e responsabilidade. Ainda no primeiro capítulo é apresentado a instauração da internet no Brasil, e sua instauração em 1975, durante o governo de Ernesto Geisel; a importância de estudar o espaço cibernético nas Relações Internacionais, observando o movimento de institucionalização sobre a temática; e finalmente ao final do capítulo são apresentados os aparatos teóricos de Relações Internacionais, como o Neorrealismo e o Construtivismo, e suas relações com o ciberespaço.

O segundo capítulo é apresentado, a securitização no espaço cibernético, com o aumento em ataques e sequestros cibernéticos observou-se uma tendência do tema no mundo. A problemática da segurança multidimensional e a definição do mesmo



são apresentadas neste capítulo juntamente ao regime da governança no meio cibernético e nas relações internacionais, a reestruturação do setor de defesa e o estabelecimento da política de segurança da informação no Brasil.

No último capítulo são apresentados os recursos de poder no século XXI, onde no mundo atual encontramos grandes transnacionais das Tecnologias da Informação e Comunicação, que possuem uma maior parte dos recursos tecnológicos. Obtendo um grande poder sobre os padrões de comportamento e de consumo. Além disso, são apresentados neste capítulo o caso de vazamento de dados da empresa Facebook junto a Cambridge Analytica, que gerou uma grande repercussão e preocupação sobre a utilização indevida de dados dos usuários tanto na plataforma como fora dela. Não poderia ficar de fora dessa abordagem o famoso caso do Edward Snowden e do site Wikileaks, que publicou em seu site uma enorme quantidade de arquivos e informações secretas do governo dos Estados Unidos

## **1 ASPECTOS TEÓRICOS E HISTÓRICO DO ESPAÇO CIBERNÉTICO**

O Espaço Cibernético é criado através do espaço-tempo onde há oscilações com movimentos digitais; com inúmeros comandos, linhas de códigos, que representam fatos relacionados à comunicação, informação e tecnologia. Esse enorme “mundo” é formado por uma espécie de teia de informações que se vincula ao tempo, pois existe um período em relação ao envio e a chegada das informações.

A concepção newtoniana sobre o tempo é considerada uma unidade linear independente do espaço. Já a teoria da relatividade de Albert Einstein afirma que as grandezas de tempo e espaço formam juntos uma unidade cósmica indissociável. Em 1915, a teoria da relatividade geral mudou a concepção geométrica de espaço, deixando de ser tridimensional para ser quadridimensional.



Assim o espaço e o tempo deixam de ser concepções independentes para formarem “um objeto quadridimensional chamado Espaço-Tempo” (Hawking, 1995, p.40). A característica abstrata e a enorme dimensão do espaço cibernético dificultam a compreensão de seu tamanho. Por ser algo intangível, a mensuração desse ambiente se torna mais complexa do que aquela realizada nos demais espaços geográficos.

O espaço cibernético é extremamente amplo onde não há delimitações. Seu limite é o próprio imaginário humano e capacidade de projetá-la em inovação tecnológica. A constituição, o tratamento, transmissão e a acumulação desse enorme volume de dados acontecem sem delimitação de fronteiras e a informação hoje está disponível literalmente em qualquer lugar, basta com que o indivíduo tenha acesso a uma rede e um aparelho celular.

O espaço cibernético apresenta alguns aspectos bem diferentes do demais espaço geográfico, seja terrestre marítimo ou aéreo, que são considerados como concretos. Já o espaço cibernético é considerado por muitos estudiosos como um ambiente abstrato sendo um produto do imaginário humano.

Quadro 1.1 - Características do espaço cibernético

<b>Características</b>	<b>Significância</b>
Temporalidade	Modifica a nossa noção de tempo, a torna mais instantânea, devido a velocidade da troca de informação;
Fisicalidade	Através do espaço cibernético é possível ultrapassar as barreiras geográficas sem sair do seu local;
Permeação	É possível se infiltrar em fronteiras e jurisdições;
Fluidez	Está em constante alteração;
Participação	Devido ao fato de aumentar a possibilidade de ativismos políticos;
Atribuição	Em alguns casos, como a Dark Web, é difícil identificar os atores responsáveis;



Responsabilidade	Conectada, especialmente, com a sexta característica, devido à dificuldade, em alguns casos, de conectar o crime com o responsável, possibilita evitar mecanismos de responsabilidade.
------------------	--

Fonte: Arthur C. Maziero e Danielle J. Ayres Pinto, 2018.

Desde seus primórdios, os seres humanos modificam o espaço geográficos conforme a necessidades e interesses que vão surgindo, em um processo chamado de “territorialização” (RAFFESTIN, 1993). Dessa forma, os espaços são moldados em territórios conforme o contexto histórico e social de cada povo, mesmo que em um ambiente virtual como no caso do espaço cibernético. Assim, por ser uma criação humana, o espaço cibernético foi explorado como uma ferramenta de grande importância desde sua constituição, controlado satélites, radares marinhos até mesmo trilhos do metrô.

O processo de territorialização, conforme Raffestin (1993) também pode ser utilizado como um instrumento político, de controle e de poder. Nessa perspectiva, o espaço cibernético foi ampliado dentro de sua territorialização sendo atualmente distinto do próprio conceito de Internet, pois inclui não somente a rede conectada de computadores, mas qualquer grupo de equipamento que armazenam e trocam informações (CLARKE, 2010). Assim, pode-se inferir que o espaço cibernético é mais amplo do que a própria Internet, pois engloba também as intranets<sup>1</sup> e qualquer sistema que guardar informações, que são os principais recursos de poder desse espaço geográfico.

## 1.1 Histórico do Espaço cibernético

As primeiras fases da criação do que hoje chamamos de internet começou em 1960 no Estados Unidos da América, especificamente no Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT) (KNIGHT, 2014). Os pesquisadores do MIT procuraram

---

<sup>1</sup> Redes privadas de computadores



desenvolver uma espécie de comunicação através de “pacotes”<sup>2</sup> entre alguns computadores. O conceito de computadores em redes conectados por roteamento de pacotes em vez de comutação por circuitos foi desenvolvido por Joseph Carl Robnett Licklider, do MIT, em agosto de 1962 (KNIGHT, 2014).

A ideia de pacotes de dados foi desenvolvida por Licklider. Por meio dessa criação, seria possível identificar a origem do dado até o ponto de chegada, permitindo o envio da informação de um local a outro. Naquela época, Licklider era o primeiro gerente do programa de pesquisa de computação da Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA), conhecido atualmente como ARPA (KNIGHT, 2014).

Um segundo pioneiro, mas não menos importante para o desenvolvimento da internet, foi Paul Baran, que trabalhou como pesquisador financiado pela Força Aérea Americana na RAND Corporation na Califórnia (KNIGHT, 2014). Seu trabalho consistia em desenvolver um sistema que garantisse a resiliência da Força Aérea Americana após um ataque nuclear. A pesquisa de Baran consistia em criar uma comunicação descentralizado que em tese permitiria os militares de manter o comando e controles de aeronaves junto a mísseis nucleares mesmo depois de um ataque nuclear. Também considerado como um dos pais da internet, Vincent Cerf que hoje é Vice- Presidente da Google explica o papel de Baran:

Baran articulou a utilidade de empacotamento, embora tenha chamado as unidades como “Blocos de mensagem”, Seu sistema nunca foi construído. No entanto seu trabalho foi notado pelos especialistas de desenharam a ARPANET depois da conclusão do seu desenho básico. Enquanto eu estava dirigindo o programa da Internet tive como objetivo torná-la resistente a um ataque nuclear e, além disso, demonstrou sua capacidade de autorecuperação em cooperação com o Comando Aéreo Estratégico, utilizando rádios aéreos de comunicação por pacotes. Então, as ideias de Baran

---

<sup>2</sup> Conjunto de dados ou sequência de dados estruturados em uma unidade digital chamada pacote



encontraram terra fértil na Internet, ainda que não na ARPANET. (KNIGHT, 2014, p. 18).

A comunicação por pacotes possibilitou a criação da ARPANET, através de pesquisas do Departamento de Defesa dos EUA. Tornando-se operacional em 1969, quando quatro computadores foram conectados. Esse projeto não foi projetado para uso militar, mas sim para compartilhar recursos de comunicação entre universidades com o apoio de pesquisas do Pentágono. Eram elas a Universidade da Califórnia em Los Angeles, através de seu centro do desenvolvimento do “software”; o Stanford Research Institute; a Universidade da Califórnia em Santa Bárbara e a Universidade de Utah, todos beneficiários de contratos com a ARPA (KNIGHT, 2014).

Em seguida houve a criação do TPC/IP<sup>3</sup> que viabilizou a arquitetura aberta de comunicações em rede, permitindo assim a interconexão entre rede de computadores onde quer que estejam localizados. Novas pesquisas para o pentágono conseguiram estender o conceito de pacotes de redes para rádio terrestre e satélite, que acabaram sendo interconectadas a ARPANET (KNIGHT, 2014).

Depois de 1980, a Internet começou a se disseminar em um ritmo muito alto; conectando redes locais, microcomputadores e estações de trabalho. Em 1986, a ARPANET foi conectada a uma nova rede acadêmica a National Science Foundation Network - NSFNET, assim desativando a ARPANET em 1990.

Já na Europa, outro grande avanço aconteceu, na Organização Europeia para Pesquisas Nucleares (CERN). Em 1989, Tim Berners-Lee, físico e cientista da computação, propôs o uso de hipertextos de uma forma distribuída, que basicamente seria um conjunto de documentos armazenados em locais distintos interligados entre si por meio de pontos não hierárquicos que estão vinculados uns aos outros (KNIGHT, 2014). Esses então documentos poderiam ser resgatados usando uma plataforma de navegação; o que possibilitaria o uso em massa da internet. Dessa

---

<sup>3</sup> Transmission Control Protocol/Internet Protocol



forma Berners-Lee inventou e implementou a internet com o conceito de hipertexto, que hoje conhecemos com *World Wide Web*.

Outra criação que contribuiu para o que conhecemos como espaço cibernético hoje foi o sistema binário. A codificação das letras do alfabeto em uma sequência de dígitos binários foi devidamente aperfeiçoada pelo filósofo inglês Francis Bacon, em 1605.

Segundo Bacon, qualquer “objeto” poderia ser codificado. Após meio século, o filósofo alemão Gottfried Leibniz criou o sistema binário a partir de numerais<sup>4</sup>, como conhecemos hoje.

A partir de códigos criados através do sistema binário, os computadores realizam o processamento de dados, sendo que cada numeral, representa um *bit*<sup>5</sup>. Sem eles não seria possível fazer a leitura das informações enviadas.

Após o surgimento das diferentes redes, surgiu um novo tipo de conflito, a “Guerra de Protocolos” (KNIGHT, 2014). Essa disputa surgiu entre o desenvolvimento da comunicação baseada no TCP/IP. Com parcerias internacionais cada vez mais frequentes e com o surgimento de novas políticas industriais e tecnológicas houve a necessidade da criação de uma única linguagem para que todos os envolvidos pudessem interpretar e entender as informações utilizadas.

Assim foi criado o chamado *Hypertext Markup Language* (HTML), um tipo de código básico utilizado para a viabilização da comunicação na Internet. Em 1993, houve um grande avanço tecnológico com a introdução de um dos primeiros navegadores gráficos que possuía uma ampla divulgação chamado de “Mosaic”, que foi desenvolvido pelo National Center for supercomputing Applications (NCSA) da Universidade de Illinois nos Estados Unidos. Aquele momento abria a Internet ao público em geral.

---

<sup>4</sup> Sistema que usa como padrão de comunicação sequências formadas pelos numerais 0 e 1

<sup>5</sup> Bit é um dado, que pode ser utilizado em conjunto para formar informações



Existiu também a formação do *Hypertext Transfer Protocol* (HTTP), o protocolo primordial que estabelece conexões de internet em todo o mundo. Esse aperfeiçoamento também permitiu a origem do primeiro navegador de internet, o *WorldWideWeb* (WWW), em 1990. Embora as grandes inovações tenham acontecido principalmente nos Estados Unidos, cada região do globo apresenta sua própria história de integração e territorialização do espaço cibernético, inclusive no Brasil.

## 1.2 A Internet no Brasil

A Internet foi instalada no Brasil em 1975, durante o Governo de Ernesto Geisel. O então Ministério de Comunicações determinou que a Embratel seria responsável pela implementação e expansão da Rede Nacional de Transmissão de Dados. No início da década de 80, houve um grande interesse no país pela temática telecomunicação e computação. Esse enorme interesse refletiu-se em muitas conferências e programas de pesquisa.

Em 1979, a Agência de Telecomunicações Brasileiras anunciou um projeto para criar a Rede Latina Americana de Computadores (REDLAC). O objetivo era desenvolver pesquisas em comunicação de pacotes, redes locais e interligação de redes (KNIGHT, 2014, p.21). Naquela época, a criação de políticas públicas e incentivo a pesquisa durante o governo militar de Geisel (1975 a 1979) inicialmente foi elaborado pelo II Plano Nacional de Desenvolvimento

Essas políticas industriais procuraram desenvolver a indústria nacional de insumos e componentes eletrônicos. Isso geraria uma autonomia tecnológica assim como uma indústria de equipamentos eletrônicos. No mesmo período, em 1978, com o apoio e condecoração da UNESCO, o *Intergovernmental Bureau for Informatics dos EUA* foi criado por 35 países, incluindo o Brasil. Esse *Bureau* promoveu a





Informática nos países em desenvolvimento, incluindo também a criação de uma legislação de fluxos dos dados transfronteiriços (KNIGHT, 2014).

A posição Brasileira foi defendida pelo Tenente Coronel Joubert Brizida, Secretário Executivo da Secretaria Especial de Informática, durante a primeira Conferência Internacional sobre Fluxos de Dados Transfronteiriços que foi realizada em Roma, em junho de 1980. Durante seu discurso o Tenente Coronel falou que “O país que não se preocupa com o controle das informações estratégicas que utiliza corre risco de se tornar intoleravelmente dependente, através das telecomunicações, dos interesses de derivados grupos políticos e econômicos fora de suas fronteiras” (COMSCORE, 2013).

### **1.3 Uma Teoria sobre o Espaço Cibernético?**

A chamada “Teoria Cibernética” foi criada por um matemático estadunidense chamado Norbert Wiener, entre 1943 e 1949. Durante alguns anos Wiener trabalhou no MIT, onde estudou física probabilística e focou no estudo do movimento das partículas elementares em líquido, fenômeno conhecido como movimento browniano. Na segunda guerra, Wiener trabalhou para o governo norte americano com problemas matemáticos para desenvolver uma arma que seria capaz de atingir alvos móveis, que contribuiria com o desenvolvimento dos sistemas de uma mira automática, que ajudou a criar a Teoria Cibernética<sup>6</sup>.

A contribuição de Wiener não foi a constituição de hardware, mas sim a criação de um “recinto” onde computadores e autômatos fossem desenvolvidos. A

---

<sup>6</sup> A Cibernética é o estudo de autocontrole encontrado em sistemas estáveis, sejam eles biológicos, elétricos ou mecânicos. No início a Cibernética focava apenas na criação de máquinas auto reguláveis semelhantes ou comportamento do ser humano



epistemologia da palavra cibernética que provém do grego significa Timoneiro ou piloto. Em seu estudo Wiener percebeu que para que um computador o funcionasse deveria controlar suas próprias atividades. Um exemplo de sistema de autocontrole utilizado por Wiener é o termostato, que através da temperatura de um lugar específico onde se encontra regula sozinho a temperatura para mais quente ou frio.

A teoria cibernética pode ser vista por muitos como uma “super ciência” ou a ciência das ciências. Ela estimulou o estudo e pesquisas em áreas dos sistemas de controle e sistemas que trabalham com a informação. Um dos pontos de partida gerados pela Teoria da Cibernética nas mais diversas perspectivas do conhecimento é a possibilidade de reduzir todo fenômeno ou processo estudado à noção e ou a sua transmissão. A cibernética levou a alteração do homem em um conjunto crescente de atividades, gerando a autonomia de serviços que antes eram exercidos particularmente pelo homem.

É perceptível que as premissas do estudo da Cibernética possam ser aplicadas em vários campos da vida humana, principalmente quando se trata de comunicação e troca de informações. No que tange às relações internacionais, desde o final do século XX a temática do ciberespaço já se incorporou a agenda de muitos Estados e Organizações Internacionais. Especialmente no que tange à temática da segurança internacional, mediante do que se convencionou chamar de “segurança cibernética”.

Parte dessa temática emergente já se refere a alguns Estados, como os Estados Unidos, China e Rússia, sendo verdadeiras potências cibernéticas. Eles se destacam por serem capazes de produzir armas cibernéticas em um contexto de uma guerra cibernética e de defesa cibernética. Isso evidencia o que Nye Jr chama de poder cibernético.

Pelo o fato do campo do ciberespaço ser multidisciplinar, o mesmo reivindica espaço nas demais ciências sociais, como por meio das Relações Internacionais. Na Era da Informação, a informação é poder, o ciberespaço como um novo espaço de



interação social é a manifestação para as diversas formas de dominação, tornando-se uma fonte de exercício e difusão de poder. Por este viés, afirma-se que o objeto das Relações Internacionais no espaço cibernético são as próprias relações de poder através da detenção de informações neste ambiente.

A criação da tecnologia digital, da internet e de recursos como a realidade virtual passou a interferir na cognição humana. Da mesma forma, conflitos de interesses seguem também a evolução tecnológica, havendo a necessidade de se criar regulamentos para gerir as relações sociais e políticas no espaço cibernético. Assim, pode-se inferir que a informação que circula são recursos desse território, sendo o usuário o operador deste recurso, não sendo parte constitutiva desse território.

Atualmente, muito se tem falado sobre a equiparação do espaço cibernético a um espaço geográfico, delimitação de fronteira, soberania de Estado, controle governamental e disputa de poderes (PORTELA, 2016). Em meio a tantas colocações, a resposta do que é o espaço cibernético pode ser apontada pela Geografia, mais especificamente pela Geopolítica, conforme Gonzales e Portela (2017).

A relevância do espaço cibernético para o Estado tem uma relação direta com seu poder e soberania, concepções que estão relacionados ao espaço. Sendo o espaço cibernético um tabuleiro de xadrez onde há uma vasta disputa de poderes, que avidamente tem crescido e impactado na geopolítica do mundo, seu domínio é uma ferramenta desejada. Tornando assim, o estudo do espaço cibernético algo extremamente necessário para que se possa entender as relações de poder entre os Estados dentro desse meio, pois o ciberespaço é uma extensão do sistema social e político.

Com o crescimento da importância da questão cibernética para a disciplina das Relações Internacionais, é necessário discutir conceitos essenciais para melhor compreender os problemas atuais. Nesse campo científico observa-se um movimento



de institucionalização sobre tal temática nas principais universidades do mundo, sem se esquecer da crescente quantidade de publicações científicas nesta área (PORTELA, 2016).

Isso deve-se, em grande parte, ao aspecto securitário que envolve este ambiente, a Segurança Cibernética, a ponto da comunidade gnosiológica de RI falar, até mesmo, em termos como, arma cibernética, defesa cibernética, guerra cibernética, Guerra Fria cibernética, poder cibernético e potências cibernéticas. O descobrimento mais importante, à luz do valorativo de pesquisa, diz respeito à criação e ao reconhecimento do subcampo de Relações Internacionais Cibernéticas (CiberRI) em RI.

Ausência de uma teoria das Relações Internacionais para o espaço cibernético se dá por ser um objeto de estudo relativamente novo em comparação com o estudo das relações internacionais que por exemplo no ano de 2019 completou 100 anos. Além de ser uma disciplina nova, por ser uma temática intensamente técnica para desenvolver-se uma teoria cibernética nas reações internacionais deve-se haver pelo menos um conhecimento básico sobre tecnologia da informação, informática e comunicação digital.

## **1.4 Espaço cibernético a luz das teorias de Relações Internacionais**

O subcampo internacionalista de Relações Internacionais Cibernéticas (CiberRI), que aqui se defende, não paira apenas no mundo das ideias; este subcampo também ganha vida mediante sua aplicação no meio empírico. Em outras palavras, teoria e prática se juntam, à luz de elementos teóricos de Relações Internacionais, conforme explicado por Gills Vilar-Lopes (2017).

Interpretar o poder neste novo domínio, com novas características, à luz das teorias das Relações Internacionais torna-se imprescindível. Dentre as diversas tentativas de entender as dinâmicas das relações internacionais existem três teorias



que podem ser aplicadas ao ciberespaço na tentativa de entendê-lo: Neorealismo, ou Realismo Estrutural; Neo-institucionalismo; e, Construtivismo.

O Realismo Estrutural é uma das teorias mais estudadas e utilizadas na área das Relações Internacionais. Também uma das mais coesas, pois os seus representantes utilizam das mesmas premissas em seus estudos, resguardado algumas variações. Nesta corrente teórica, o Estado é entendido como o único e/ou principal ator das relações internacionais. Essa teoria foi a primeira a interpretar as relações internacionais como um sistema, considerado pelos teóricos como o terceiro nível de análise.

Segundo Waltz (1979) este sistema internacional é baseado em três pilares: a autoajuda, a anarquia e o dilema de segurança. Com o objetivo de melhor entender e prever os acontecimentos, a teoria em si faz algumas generalizações. A principal delas explica que dentro do ambiente anárquico, onde não há a possibilidade de confiança entre atores, o objetivo máximo dos Estados é sobreviver neste meio e acumular o maior poder possível, resguardando cada vez mais sua sobrevivência, em uma relação correlata.

Ainda sobre essa corrente teórica, seus dois principais autores são Kenneth Waltz, como explanado acima, e John Mearsheimer. Através dos dois é possível perceber dois entendimentos sobre poder que se complementam, sendo que os poderes são as capacidades dos atores dentro do sistema, as quais são atribuídos aos mesmos (WALTZ, 1979). Além disso, o poder pode ser medido através da comparação entres os atores.

De maneira a complementar o pensando de Waltz (1979), Mearsheimer dispõem a ideia de que o poder possui duas dimensões: o poder potencial e o poder real. O poder potencial é baseado na população e o nível de riqueza que o Estado possui. Por sua vez, o poder real baseia-se na capacidade militar, podendo dessa forma ser medido de uma forma mais concreta do que o poder potencial.



A corrente teórica neoliberal, tal qual a Neorrealista compreende o Estado como um ator racional e o principal, mas não o único, nas relações internacionais. Além disso, também compreende o sistema como anárquico. Porém, diferentemente da corrente anterior, foca seus estudos no papel exercido pelas instituições, oficiais e oficiosas, em um sistema internacional, no qual os atores, a partir do século XX, são cada vez mais interdependentes. (STERLING-FOLKER, 2013).

A interdependência entre atores ou Estados no cenário internacional ocorre quando há efeitos de custo recíproco, pois, ela diminui a autonomia de cada ator. Dessa forma, independentemente da decisão, sempre haverá custos e não há garantias de que os benefícios superam os malefícios. Nesse sentido a realidade é percebida através da ideia da interdependência complexa.

Esta teoria possui três características: os canais múltiplos que conectam a sociedade, incluído os atores não estatais; a multiplicidade dos problemas tratados nas agendas das relações interestatais e a não existência de uma hierarquia consistente e clara entre os assuntos; por último, a força militar não é empregada entre estados dentro da interdependência complexa (KEOHANE; NYE JR, 2011). O poder é aqui pensado através da relação com o outro, com a capacidade do ator “A” em fazer com que o ator “B” faça algo que do contrário ele não faria:



Quadro 1.2 – Faces do poder relacional segundo Nye

PRIMEIRA FACE: A usa ameaças ou recompensas para alterar o comportamento de B em relação às preferências iniciais e estratégias. B sabe disso e sente o efeito do poder de A.

SEGUNDA FACE: A controla a agenda de ações de maneira a limitar as escolhas de estratégia de

Fonte: NYE JR (2012, p.36)

Além disso, nessa teoria de Nye Jr (2012), o poder é dividido entre *hard power* e *soft power*. O primeiro refere-se à capacidade de impor suas exigências através de meios coercitivos, militares ou econômicos. O segundo refere-se à capacidade de “A” conseguir o que deseja através da atração e não coerção, ou seja, moldar a visão de “B”, para que ele também compartilhe do mesmo desejo.

A partir deste conceito e para melhor entender seu papel na interdependência, é necessário dividir as relações de poder em duas dimensões: sensibilidade e vulnerabilidade. Isto é, em um mundo da interdependência complexa todos são sensíveis às escolhas do outro. Entretanto, uns são mais vulneráveis devido à falta de alternativa para mudar aquele cenário político.

Por sua vez, a teoria construtivista dentro do campo das Relações Internacionais possui alguns pontos que convergem com outras vertentes dentro do construtivismo. Essas vertentes estudam como os objetos e práticas, especialmente os entendidos como naturais, foram construídos numa interação agente e estrutura (FEARON; WENDT, 2002) sendo dessa forma que todos retratam o mundo como



*“intersubjectively and collectively meaningful structures and processes”*<sup>7</sup>(ADLER, 2013, p. 121).

Assim, as relações internacionais são concebidas como socialmente construídas, permeadas de valores sociais e normas que regulamentam essa relação. Dessa forma, não são apenas resultados da ação de um indivíduo, mas do conjunto de atores que compõe o sistema internacional.

Algumas características do Construtivismo são de importante destaque. A primeira é a atenção especial dada ao papel das ideias na construção da vida social, estas para obterem alguma relevância social necessitam ser transformadas em práticas. A segunda característica é que o construtivismo não toma os agentes ou sujeitos como dados e, portanto, é de seu interesse demonstrar como eles foram construídos (FEARON; WENDT, 2002).

Por entender que o mundo social é construído pelos indivíduos, a concepção de poder para os construtivistas não pode estar focada apenas nas capacidades materiais, pois estas apenas só ganham sentido a partir da socialização dos atores (GUZZINI, 2013).

Percebendo a complexidade que as relações internacionais ganham dentro do cibernético bastante complexos, as teorias abordadas podem ser aplicadas para compreender os “problemas” e efeitos desse ambiente no cenário internacional. De acordo com a teoria neorrealista a concepção de poder é pensada e medida através das capacidades de cada Estado, ou seja, a de exercer o poder através da coação do outro ator.

A dificuldade de se entender o poder cibernético é que ter poder nesse ambiente não necessariamente indica a existência de mais recursos, como por exemplo armas cibernéticas. A teoria apenas considera como principais atores as

---

<sup>7</sup> Estruturas e processos intersubjetivamente e coletivamente significativos [tradução nossa]





grandes potências. Havendo, portanto, uma dificuldade dos Neorealistas em compreenderem o movimento de transferência de poder dentro do meio cibernético, pois se comparado com o mundo físico, o surgimento e a capacidade de ação dos atores estatais ou não-estatais no mundo cibernético é muito maior.

Já na teoria neoliberal entende-se o conceito de poder de uma maneira mais ampla, dividindo o poder em *hard power* e *soft power*, não apenas considerando seus aspectos material, mas trazendo para análise as instituições e atores não estatais diferente da teoria realista. Assim, essas características possibilitam entender melhor os efeitos do poder cibernético nas relações internacionais. Por exemplo, através dos conceitos de *hard power* e *soft power* é possível compreender as ações de grupos terroristas, que não ou quase não utilizam o espaço cibernético para ataques diretos, mas sim de maneira efetiva e constante para exercer o *soft power*, principalmente nos processos de convencimento de novos membros para compor o grupo (NYE JR, 2012).

Através da ideia de interdependência complexa, que o espaço cibernético expandiu o grau de interações entre os atores, em suas duas abstrações, sensibilidade e vulnerabilidade. É possível pensar como o poder cibernético aumenta o que é sensível entre os Estados e ao mesmo tempo auxilia a diminuir os aspectos vulneráveis de cada um dos Estados menores perante os maiores. Isso se dá devido ao desenvolvimento de tecnologias próprias e não permanecer refém das mudanças tecnológicas nas grandes potências (MAZIERO, 2018, p. 09).

Por fim, mas não menos importante, a concepção que possui uma maior amplitude pertence a teoria construtivista. A teoria não apenas pensa que a relação de poder entre os agentes é algo relacional, mas algo que decorre da socialização dos atores e de suas identidades. Através dessa teoria é possível entender a questão cibernética nas relações entre os agentes estatais, na criação de instituições e nas



organizações que se responsabilizam por esta questão. O Construtivismo também demonstra que o meio cibernético e sua segurança são assuntos de caráter nacional.

Logo, os assuntos cibernéticos podem dentro do construtivismo serem considerados dinâmicos, de ações ofensivas ou defensivas. Se transformando em um novo espaço de poder para o ator estatal, com influência também de atores não estatais. Consta-se dessa forma que a teoria construtivista seja talvez a melhor para analisar esse novo espaço, onde há a interação das dinâmicas de poder no sistema internacional e a influência de atores não-estatais, desde setor privado até a figura do próprio indivíduo.

## **2 SECURITIZAÇÃO DO ESPAÇO CIBERNÉTICO**

Com o enorme aumento em ataques e sequestros cibernéticos no mundo, observou-se um movimento de securitização do tema no mundo, promovendo diversos debates que envolveram países e organizações internacionais. Dentre as diversas, podemos citar Organizações como a Aliança para a Segurança das Nações Unidas e a Prosperidade da América do Norte (ASPAN), a Aliança do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), a Organização para Cooperação de Xangai (OCX) e a própria Organização das Nações Unidas.

Essa preocupação veio crescendo de uma forma exponencial principalmente depois dos muitos acontecimentos como a ciberguerra entre a Rússia e a Estônia, em 2007 e o conflito cibernético entre a Rússia e a Geórgia, em 2008. Esses dois casos são uns dos mais conhecidos mundialmente, pois geraram uma grande repercussão mundialmente abrindo uma nova série de debates que até então pouco se falava.

Os ataques cibernéticos da Rússia à Estônia, em 2007, e à Geórgia, em 2008, contribuíram para a inserção do tema de segurança cibernética na agenda internacional (LOBATO & KENKEL, 2015). Ainda, em 2010, outro ataque mobilizou os países, um vírus chamado Stuxnet foi instalado nas instalações



nucleares iranianas, tendo como objetivo danificar as centrífugas do programa nuclear iraniano (LOBATO & KENKEL, 2015).

A partir desses eventos muitos países começaram a debater sobre segurança cibernética e a grande necessidade de se desenvolver as estruturas e instituições defesa cibernética.

A fim de evitar futuros ataques muitos países iniciaram abordagens para encontrar soluções sejam elas multilaterais em cooperação, formulando políticas e legislações que protejam as nações e seus indivíduos de ataques cibernéticos.

Joseph Nye Jr (2010) divide os atores do espaço cibernético em três categorias: governos, organizações com redes altamente estruturadas e indivíduos. Destaca também que o baixo custo de se cometer um ataque cibernético é um fator permissivo para que pequenos Estados e atores não estatais tenham um papel significativo nesse ambiente.

Nye Jr (2010) também comenta sobre a dificuldade de afirmar que determinado Estado é dominante no espaço cibernético, como alguns o são no mar ou no ar, pois mesmo aqueles Estados que tenham consideráveis recursos de *soft* e *hard power*, estão lidando com novos atores e com novos desafios inerentes ao espaço cibernético.

Ademais, mesmo que alguns países possuem leis nacionais que tipificam o crime, ainda não há um tratado internacional abrangente que lide com os crimes e criminosos atuantes no espaço cibernético. Trata-se de um entrave a este tipo de punição, pois, na maioria das vezes, os ataques cibernéticos são provenientes de outros Estados, e a inexistência de um tratado desse tipo dificulta a punição aos respectivos criminosos (KRAMER, 2009).

O maior tratado internacional feito acerca do tema foi a Convenção de Budapeste, que foi elaborada em 2001, no âmbito do Conselho da Europa. Dos



países da América do Sul, somente a Argentina e o Chile ratificarem este tratado, porém, apesar de não ser tão abrangente, ele reconhece a importância da cooperação internacional na luta contra os crimes cibernéticos (CONVENÇÃO DE BUDAPESTE, 2001).

A importância da segurança do espaço cibernético é embasado na proteção das infraestruturas críticas nacionais, pois um ataque de grandes proporções poderia fazer com que informações detalhadas sobre planos militares acabasse em posse de grupos ou Estados inimigos, debilitando as estratégias do Exército, além de poder causar o bloqueio de dados bancários e interferir na bolsa de valores. Sistemas de transporte e de saúde também poderiam entrar em colapso ao serem violados em um ataque (MIRANDA, 2009).

Cabe ressaltar ainda, que de acordo com Meyer (2016), a maior parte das infraestruturas do espaço cibernético pertencem ao setor privado, fato esse que reitera a importância da cooperação entre esses dois setores.

A segurança cibernética tem como fundamento geral garantir a segurança pública no espaço cibernético, tentando proteger o espaço cibernético contra os ilícitos nacionais e internacionais e evitando que os atores que utilizam este espaço tenham seus dados violados ou disseminados por criminosos que neste espaço atuam. Carvalho (2011) define a segurança cibernética como

A proteção e garantia de utilização de ativos de informação estratégicos, principalmente os ligados às infraestruturas críticas da informação (redes de comunicações e de computadores e seus sistemas informatizados) que controlam as infraestruturas críticas nacionais. Também abrange a interação com órgãos públicos e privados envolvidos no funcionamento das infraestruturas críticas nacionais, especialmente os órgãos da Administração Pública Federal (APF) (CARVALHO, 2011, p. 10).



Já a defesa cibernética está no âmbito das relações entre os Estados, envolvendo o poder cibernético e a guerra cibernética. O Ministério da Defesa do Brasil a define como:

Conjunto de ações defensivas, exploratórias e ofensivas, no contexto de um planejamento militar, realizadas no espaço cibernético, com as finalidades de proteger os nossos sistemas de informação, obter dados para a produção de conhecimento de inteligência e causar prejuízos aos sistemas de informação do oponente. No contexto do preparo e emprego operacional, tais ações caracterizam a Guerra Cibernética (BRASIL, 2010 apud CARVALHO, 2011, p. 18).

Devido às vulnerabilidades inerentes ao espaço cibernético – facilidade e baixo custo de se realizar um ataque cibernético a qualquer um de seus atores; dificuldade de imputar um ataque cibernético; facilidade de realizar um ataque sob garantia de anonimato; falta de regulamentação deste bem comum – e por se tratar de uma ameaça existencial, alguns Estados têm optado pela securitização desse espaço.

Assim sendo, alguns Estados têm buscado lidar com ataques cibernéticos de diversas maneiras, a partir da cooperação internacional, instituições, estabelecimento de políticas, para que, dessa forma, possa ser assegurado o bem-estar dos usuários, a segurança nacional.

## **2.1 A problemática da segurança multidimensional**

O conceito de Segurança Multidimensional foi definitivamente estabelecido na Conferência Especial sobre Segurança realizada na Cidade do México em 2003. Durante a conferência, o conceito de Segurança Multidimensional ajudou a entender como essa nova modalidade de guerra, como a ciberguerra, tem ganhado projeção entre os Estados.

O espaço cibernético é um teatro de guerra caracterizado pela (in)segurança multidimensional, uma vez que a mesma possui tanto um caráter de ameaça



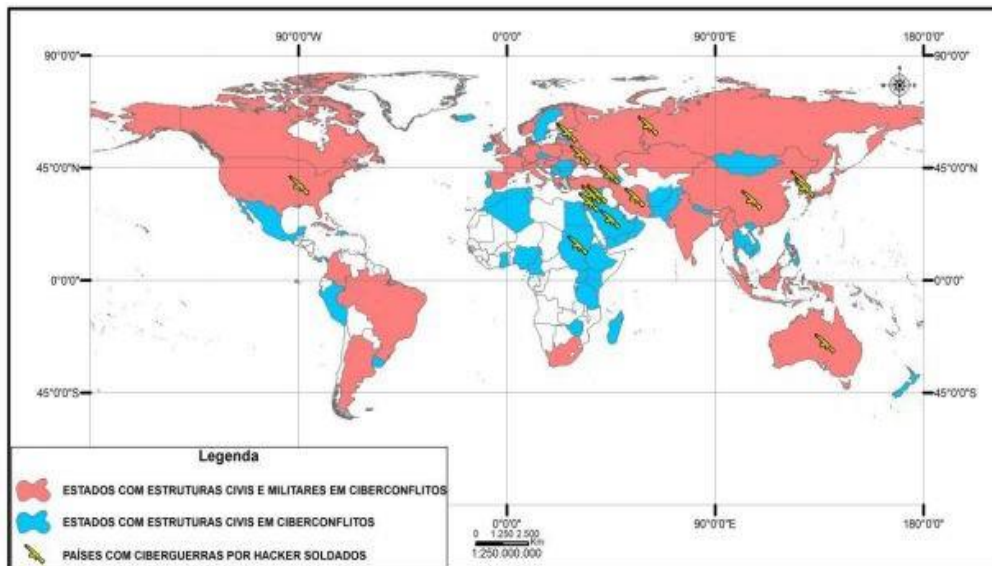
tradicional interestatal quanto de nova ameaça. (RAMOS ,2015). Tendo em vista, que com a intensificação da globalização, não só os Estados e Organizações Internacionais tornam-se alvos, mas os próprios indivíduos e empresas, a ciberguerra trata-se de uma questão de insegurança do sistema mundial como um todo.

A perspectiva de segurança multidimensional obtém relevância à medida que elucida porque a segurança cibernética antes de ser puramente e exclusivamente de uma ótica internacionalista, passa a ser então visualizada dentro de uma agenda multidimensional, com reverberação em agendas securitárias tênues de natureza civil e militar. (DAVID, 2001).

O grande dilema da segurança é que o mesmo possui multidimensional, trazendo junto a ele uma diversidade de arenas e atores com fronteiras nem sempre convergentes. Percebe-se esse dilema em dois pontos, o primeiro sendo a indefinição de fronteiras dentro do espaço cibernético, separando o nacional do internacional, e o segundo sendo a indefinição de quais estruturas estatais atuariam no espaço cibernético, se seria m as estruturas civis, de segurança pública, ou as estruturas militares, de defesa.

Com base na análise de cyber conflitos, na identificação e categorização de sua natureza e *stakeholders* envolvidos, mostra-se a possibilidade de uma apreensão da espacialização dos campos de poder dos ciber conflitos, de uma forma, a mostrar, tanto as forças descentralizadas dos ataques cibernéticos, quanto as forças centralizadas, dos meios civis e militares, conforme podemos vislumbrar:

Figura 2.1 - Estruturas Civis e Militares da ciberguerra



Fonte: SENHORAS,2014.

A existência de estruturas civis e militares com ações realizadas principalmente por hackers soldados como observado nos Estados Unidos, Rússia, China, Coréia do Sul, Coréia do Norte, Austrália, Estônia, Geórgia, Ucrânia, entre outros países gera ainda mais instabilidade no sistema internacional, pois dessa forma torna-se mais difícil o Estado ter controle sobre os ataques cibernéticos.

## 2.2 A Governança nas Relações Internacionais

Há um regime de governança da Internet no plano internacional que vem sendo moldado nas quatro últimas décadas. Esse evolui conforme interesses de atores que, em contexto de competição tecnológica global, apresentam um diferencial de poder oriundo do conhecimento de que dispõem sobre novos padrões tecnológicos e de sua capacidade relativa de acompanhar e influir na própria evolução de tais padrões.



Por exemplo, o uso da língua inglesa como o padrão adotado para endereçamento dos sítios eletrônicos em escala global constituiria fator a preservar as vantagens iniciais dos Estados Unidos como “*first movers*” (CRUZ, 2006, p. 21). Esse tipo de diferencial habilitaria alguns atores a compreender melhor que outros as implicações políticas e econômicas resultantes do regime em formação e, conseqüentemente, influir na definição das regras e na escolha dos padrões globalmente aplicáveis.

No intuito de delimitar a governança da Internet, faz-se necessário dar atenção ao significado e à extensão do termo governança e aos motivos do seu uso para designar o conjunto de mecanismos relacionados à gestão da Internet no plano global.

James Rosenau (2000) faz distinção entre governança e governo. Afirma que governo sugere um conjunto de atividades sustentadas por autoridade formal e poder de implementar decisões tomadas em determinado contexto político-institucional. Governança, por sua vez, estaria relacionada a atividades apoiadas em objetivos comuns, que podem ou não derivar de responsabilidades formais, porém não dependem do exercício de poder coercitivo para serem aceitas. Nessa perspectiva, o conceito de governança englobaria o de governo, mas a ele não se limitaria, abrangendo também um conjunto de decisões tomadas por atores não governamentais, aceitas e tacitamente seguidas pela maioria.

No contexto da difusão de poder numa economia globalizada, a emergência de novos atores internacionais, tais como empresas transnacionais e entidades não governamentais de atuação global, tenderia a limitar o exercício da soberania estatal. Essa diluição de poder não daria vazão, pelo menos em horizonte previsível, ao surgimento de governo global (STRANGE, 1996, p. 184), tendo em conta a resistência dos Estados nacionais em abrir mão do controle sobre três processos





essenciais: o monopólio do uso da força, o poder de coletar tributos e a exclusividade em determinar o que é lícito e o que é criminoso.

A teoria dos regimes oferece instrumental que auxilia a compreender o modo pelo qual a Internet é gerida em escala global. Trata-se de averiguar se os mecanismos existentes para a governança da Internet constituem ou não um regime internacional próprio, tal como entendido pela doutrina. Para responder a essa questão, cabe, inicialmente, delimitar os conceitos de governança da Internet e de regime internacional, para então qualificar o tipo de relação existente entre ambos e os efeitos dela decorrentes.

O Grupo de Trabalho sobre Governança da Internet (GTGI), criado pelo Secretário-Geral das Nações Unidas em cumprimento a mandato a ele atribuído na primeira fase da Cúpula Mundial sobre Sociedade da Informação (CMSI), realizada em Genebra, de 10 a 12 de dezembro de 2003, produziu a seguinte definição para governança da Internet:

Governança da Internet é o desenvolvimento e aplicação por governos, setor privado e sociedade civil, em seus respectivos papéis, de princípios comuns, normas, regras, processos decisórios e programas que moldam a evolução e o uso da Internet. (CMSI, 2003, p. 79).

A Teoria dos Regimes apresenta diversas acepções para o significado da expressão regime internacional. Robert Keohane (1989, p. 4), expoente da corrente neoliberal das relações internacionais, propõe que “regimes são instituições com regras explícitas, acordadas por governos, relacionadas a um conjunto particular de temas em relações internacionais.” (KEOHANE, 1989). Nessa acepção, os Estados seriam o centro de qualquer regime internacional, na medida em que regimes somente poderiam derivar de acordo intergovernamental que os constituísse. A definição exclui a possibilidade de regimes formados espontaneamente, fora dos cânones das relações intergovernamentais, por atores outros que não os Estados.



Tendo em conta a ausência de uma instituição fundada em tratado e constituída com mandato para atuar no conjunto de temas afetos à Internet, não se poderia falar, segundo essa vertente teórica, em regime internacional para a sua governança (LUCERO, 2011)

Ao cotejar essa formulação com a definição de governança da Internet elaborada pelo GTGI e endossada pela CMSI, torna-se aparente que Krasner (1983) ofereceu inspiração para a linguagem empregada naquela construção (LUCERO, 2011, p. 79). Vale notar que na definição desse autor não há qualquer limitação seja ela categórica ou não, quanto à participação de atores não estatais na construção do regime.

A definição de governança da Internet explicita quais seriam os atores do regime, ao mencionar governos, setor privado e sociedade civil, em seus respectivos papéis. A história da internet, o modo em que funciona e a maneira de como seus protocolos evoluíram, revela ter existido participação de vários segmentos da sociedade, sendo eles indivíduos e grupos de pesquisa, organizações militares, empresas privadas, associações civis, agências estatais reguladoras, entre muitos outros. O fato de que a internet funciona em uma escala global é a confirmação empírica da existência de um mecanismo implícito de coordenação, em torno do qual convergiriam as expectativas desses diferentes autores. (LUCERO, 2011).

Krasner (1983) não condiciona a existência de regime à presença de organizações formais. Na sua concepção regimes seriam um conjunto de princípios, normas e regras juntamente a processos decisórios, todos eles são expressões usadas na concepção e definição de governança na internet. Ele apresenta as seguintes definições para princípios, normas, regras e processos decisórios:

Princípios são valores de fato, causalção e integridade. Normas são padrões de comportamento definidos em termos de direitos e obrigações. Regras são prescrições ou prescrições específicas para ação. Processos decisórios são práticas



vigentes para formular e implementar escolhas coletivas. (KRASNER, 1983, p.02).

A característica da internet de operar em escala global, de modo contínuo e ininterrupto, demonstra que, a despeito das críticas e dificuldades oriundas da interação dos participantes do regime, estes têm acatados suas normas e regras, fazendo com que o regime cumpra com o propósito de manter e operar uma rede interligada em escala global (LUCERO, 2011). Dessa forma pode-se concluir que a governança na internet é operada com base em regimes internacionais efetivo e robusto, no qual estão presentes todos os elementos da definição proposta por Krasner (1983). Tal regime possui um alto grau de complexidade, tamanha é sua efetividade e robustez que nem mesmo uma cúpula mundial foi capaz de alterar substancialmente as bases e pressupostos de seu funcionamento.

### **2.3 Defesa e estabelecimento da política de segurança da informação no Brasil**

No caso do Brasil, com o início da Internet comercial em 1993 (World Wide Web), a interconectividade deixou de ser restrita às redes acadêmicas, ganhando escala e propulsão. Neste contexto, a criação do Comitê Gestor da Internet (CGI.br), em 1995, ofereceu um espaço favorável não só para o desenvolvimento de políticas e de um diálogo multissetorial referente aos desdobramentos da Internet no país, mas também para a elaboração de novas estruturas pertencentes a essa governança.

As preocupações com os riscos de segurança que emergiram com a rápida expansão da internet comercial e com a necessidade de manter uma infraestrutura resiliente e operacional levaram à criação de dois órgãos dedicados ao assunto: o Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil (CERT.br) e o Núcleo de Coordenação do Ponto BR (NIC.Br).



O CERT.br foi criado em 1997 a partir de um estudo encomendado pelo CGI.br para o estabelecimento de uma “coordenadoria de segurança de redes”. Já o NIC.br foi criado, em 2003, para implementar as decisões do CGI.br e, em 2005, passou a administrar o registro de nomes sob o domínio “.br”. (LOBATO, 2018)

Após a criação do Comitê Gestor da Segurança da Informação, em 2000 foi estabelecido um sistema hierárquico de tomada de decisões federais, partindo da Presidência da República, no nível estratégico, e se ramificando até o nível operacional, a exemplo de forças-tarefa dentro da Polícia Federal e do Centro de Defesa Institucional da Presidência da República (GSI-PR) que presta assistência à presidência em temas de defesa e segurança, além de coordenar as atividades de inteligência federal e segurança da informação, por meio da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) (LOBATO, 2018).

No âmbito do Ministério da Defesa (MD), a Estratégia Nacional de Defesa (END), lançada em 2008 e atualizada em 2012, reconhece o espaço cibernético, ao lado dos setores nuclear e espacial, como um dos três principais setores estratégicos para a defesa e segurança nacionais. A END se destaca como parte de um processo político-estratégico de estruturação e desenvolvimento tecnológico no setor militar com o intuito de promover maior cooperação entre as Forças Armadas, e responsabiliza o Exército pela coordenação e integração de programas relativos ao setor cibernético.

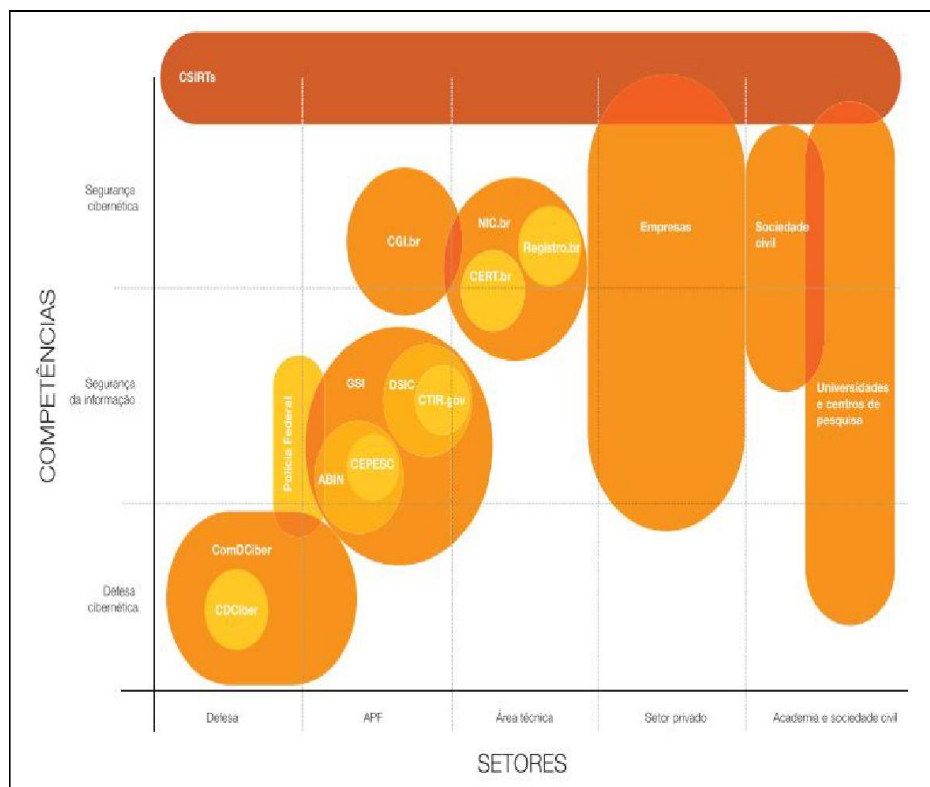
Em 2016, estabeleceu-se o Comando de Defesa Cibernética (ComDCiber), composto por representantes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica. O órgão foi encarregado de “planejar, orientar, coordenar e controlar as atividades operativas, doutrinárias, de desenvolvimento e de capacitação no âmbito do Sistema Militar de Defesa Cibernética”. Trata-se de um comando operacional conjunto que se insere na estrutura regimental do Exército Brasileiro, junto ao Estado-Maior Conjunto,



chefiado pela Marinha, e o Departamento de Gestão e Estratégia, chefiado pela Aeronáutica.

Nesse sentido, a criação do ComDCiber marca uma maior integração entre as Forças Armadas, além de colocar em evidência um processo de fortalecimento das capacidades do Centro de Defesa Cibernética (CDCiber), conforme previsto na revisão da END, em 2012 e sintetizada a seguir:

Figura 2.2 Estrutura da Governança da Segurança Cibernética no Brasil



Fonte: LOBATO, 2018, p. 09.



Conforme detalhado, a institucionalização da segurança cibernética no país engloba órgãos técnicos, de natureza governamental, que contribuem para o desenvolvimento de políticas, normas e práticas diferentes, porém intrinsecamente relacionadas. A figura 2 retrata o panorama mais geral da estrutura da governança da segurança cibernética no Brasil, tendo em vista a participação desses diferentes setores. Ela nos permite identificar os principais grupos e temas pertencentes a essa estrutura, mostrando também que a segurança cibernética é preocupação compartilhada por uma vasta gama de atores, e que sua governança deve incluir a ampliação da colaboração entre eles no que tange à formulação de políticas integradas.

## **2.4 Desafios para a Defesa e Segurança Cibernética**

Tanto no mundo, quanto no Brasil, há muitas instituições que lidam com a segurança e defesa cibernética, por esse motivo, a abordagem utilizada por elas, muitas vezes, transpassa a característica técnico-operacional, o que acaba refletindo no nível político e jurídico dos Estados. Essa diversificação criou uma série de desafios e oportunidades para cooperação e coordenação no meio cibernético.

Cabe ressaltar que a segurança cibernético se distingue do conceito de defesa cibernética em alguns países, como o próprio Brasil. O primeiro conceito está associado às mesmas fronteiras da segurança pública tradicional (MEDEIROS FILHO, 2014). Enquanto o segundo termo, conforme Oscar Medeiros Filho (2014) está vinculada às questões de guerra. Assim, conforme esse autor, as delimitações da segurança e defesa cibernética está vinculado com a ameaça que se debate.

Ainda sobre esses dois conceitos, há pelo menos quatro desafios que merecem destaque (LOBATO, 2018): (i) o risco de excessiva securitização e de uma acentuada militarização da segurança cibernética; (ii) o risco de exclusão de atores não-estatais da governança da segurança cibernética, desde a definição de



prioridades até a elaboração e implementação de políticas; (iii) a preferência, cada vez maior, por soluções que buscam o bloqueio de aplicações, remoção de conteúdo e criminalização de comportamentos na Internet; e (iv) problemas de coordenação e a transferência de tecnologia.

Os riscos da securitização e militarização é fruto de “megaeventos” no Brasil, a criação de órgãos especializados vinculados às forças armadas evidencia o esforço para lidar questões de segurança cibernética a partir da aplicação das competências de órgãos de aparato militar e de Inteligência do Estado. Esses esforços resultaram em uma maior alocação de recursos para combater ameaças, Terrorismo, Guerra cibernética e a Sabotagem industrial.

A ausência de canais para inclusão de atores não-estatais no processo de elaboração de políticas também resulta de processos de securitização e militarização, que acabam retirando da esfera do debate público determinados assuntos avaliados como estratégicos para o país.

Com isso, o processo de elaboração de políticas sobre o tema se torna mais restrito aos órgãos de segurança e inteligência. O tratamento e resposta a ameaças por meio de uma lógica de securitização, reacende o trade-off normativo entre a segurança e o respeito a liberdades e direitos fundamentais, colocando-os em polos opostos, ao invés de encará-los como princípios que devem caminhar conjuntamente no processo de elaboração de políticas para a segurança cibernética.

Diante desse contexto, representantes da academia e a sociedade civil chamaram a atenção para a importância da inclusão do multissetorial às diretrizes, a estruturação de órgãos pertencentes ao regime nacional de segurança cibernética, e para o processo de elaboração de políticas para o setor. (LOBATO, 2018).

Notou-se, também, uma tendência a responder aos desafios de segurança pelas vias do bloqueio, remoção de conteúdo e criminalização. A aprovação de leis que autoriza o bloqueio de aplicativos e websites, além da tentativa de criminalizar



uma série de condutas, crimes autorais e o acesso indevido a computadores e sistemas, foram motivadas pela dificuldade e/ou imparcialidade de acessar dados criptografados de redes sociais e aplicativos de mensagens. Essas categorias de episódios contribuíram para elevar a tensão entre, de um lado, a abordagem com foco na criminalização de condutas e, do outro, aquelas com foco na proteção de direitos e garantias legais na internet.

Os desafios da coordenação são evidentes no âmbito da administração pública brasileira, em virtude da escassez de mecanismos que são efetivos de governança da segurança da informação e comunicação, somando a isso, encontra-se a dificuldade dos atores no meio internacional de “transferir conhecimento e tecnologia” uns para os outros, onde no cenário em que vivemos é algo improvável de se acontecer, pelo simples fato de que esse ato de transferência possa abalar a estratégia e defesa de um país em relação a uma nação “amiga” ou não.

### **3 INFORMAÇÃO, RECURSO DO PODER DO SÉCULO XXI**

No mundo atual existem grandes empresas transnacionais das Tecnologias da Informação e Comunicação que aglomeram grande parte dos recursos do poder cibernético, como dados computacional, inovação. Também administram algoritmos que permitem expandir e manter grandes bases de usuários, que por si só geram continuamente uma imensa quantidade de informações.

Essas informações permitem que se tenha um conhecimento sobre padrões de comportamento e de consumo, essenciais não apenas para o comércio, mas também para o Estado, que buscam obter algum tipo de controle sobre determinada população. Como reiteram os estudiosos Ávila e Pinheiro (2014, p. 85) “O domínio da informação é elemento base da construção de poder na contemporaneidade”. Essa gigantesca quantidade de dados é coletada e armazenada a partir de vários dispositivos a que a sociedade está submetida na maior parte do tempo, através de





seus dispositivos móveis, TV a cabo e satélite, computadores, consoles de videogame entre muitos outros.

O constante uso dessas ferramentas tecnológicas que estão dispostas no dia-a-dia da maior parte da população gera uma quantidade muito maior de dados, sejam elas fotos, mensagens instantâneas, e-mails, vídeos, serviços de localização, transações financeiras, notícias entre incontáveis outros atos, que facilmente influenciam os mercados de consumo, esse fato influenciou esses mercados desde os primórdios da web.

Deste modo, os dados coletados revelam o conhecimento da conduta de indivíduos e torna-se um ativo de poder das companhias que obtêm e centralizam todas essas informações. Ao mesmo tempo em que os usuários desfrutam de uma “certa liberdade” online, com uma considerável capacidade de expressão, criação e autonomia, por consequência inevitavelmente acabam entregando toda essa gama de informações às poucas empresas que exercem o domínio sobre esse fluxo de dados. Podemos equivaler esse processo ao que Castells (2011) identificou, como a forma pela qual a liberdade se converteu em *commodity* mediante os serviços de computação em nuvem.

Na contemporaneidade, há um cenário coordenado por grandes corporações que operam globalmente na internet, como a Apple, Amazon, Google, Facebook e Microsoft que se tornaram responsáveis pelo enorme acúmulo dos dados e informações de grande parte da população mundial. Não se desconsidera nesse caso a situação específica da China na qual sofre enorme censura do governo e o mesmo impõe inúmeras normas para que empresas ocidentais como a Facebook opere no país.

Essas organizações são centrais no ciberespaço e apresentam forte aglomeração dos recursos de poder. A concentração desses recursos, faz com que a capacidade de atrair fundos financeiros aumente exponencialmente gerando novas



tecnologias agregando ainda mais dados e ampliando sua base de usuários. São exemplos a compra do Youtube pela Google e a compra do Instagram pelo Facebook.

### **3.1 Facebook e o caso Cambridge Analytica.**

Em 2018, o escândalo de vazamento de dados começou com uma reportagem do jornal americano *The New York Times* e *The Guardian*, que expuseram o compartilhamento indevido de dados de usuários do Facebook com a empresa de consultoria Cambridge Analytica. Inicialmente, o número era de 50 milhões de usuários. Agora, no ano de 2020 novos dados do próprio Facebook indicam que a quantidade de pessoas afetadas foi ainda maior, até 87 milhões de informações pessoais dos usuários foram parar nas mãos da empresa, indevidamente.

A empresa obteve acesso a essas informações através do lançamento de um aplicativo de teste psicológico. Aqueles usuários do Facebook que participaram do programa acabaram, sem necessariamente saber que estavam entregando informações, à Cambridge Analytica. Não apenas suas informações, mas os dados referentes a todos os amigos do perfil.

As informações foram obtidas a partir do teste de personalidade aparentemente inofensivo, disponibilizado gratuitamente aos usuários da rede social em 2014. Segundo o criador, o pesquisador Aleksandr Kogan, o método de análise aplicado ao teste era capaz de traçar o perfil de qualquer pessoa rapidamente a partir de informações como páginas curtidas e postagens realizadas na plataforma. O escândalo gerou uma onda negativa contra o Facebook sob questionamento pela proliferação de notícias falsas nas eleições americanas de 2016. A empresa entrou na mira de autoridades nos Estados Unidos e no Reino Unido.



O deputado britânico Damian Collins convocou o CEO do Facebook, Mark Zuckerberg, para depor diante de um comitê legislativo. As autoridades trabalharam para conseguir um mandado de busca e apreensão para entrar na sede da Cambridge Analytica e recolher material que ajudassem a elucidar o caso.

A Cambridge Analytica é uma empresa de análise de dados que trabalhou com o time responsável para campanha do republicano Donald Trump nas eleições de 2016, nos Estados Unidos. Na Europa a empresa foi contratada pelo grupo que promovia o Brexit, fenômeno da saída do Reino Unido da União Europeia. A empresa é propriedade do bilionário do mercado financeiro Robert Mercer e era presidida, à época, por Steve Bannon, então principal assessor de Trump.

A empresa teria comprado acesso a informações pessoais de usuários do Facebook e usado esses dados para criar um sistema que permitiu prever e influenciar as escolhas dos eleitores nas urnas, criando uma campanha digital hiper segmentada para clientes como Trump, segundo a investigação dos jornais. *The Guardian e The New York Times*. (Revista BBC, 2018, on-line)

A mesma assumiu a culpa perante a corte em 2019, de ter adquirido dados sem a permissão dos usuários, porém alegou que não houve uso indevido dos mesmos. O vazamento de perfis no Facebook teria ocorrido por conta de uma política flexível do Facebook com relação à entrega de informações de perfis a aplicativos de terceiros na rede social. Entre 2007 e 2014, a empresa de Mark Zuckerberg ofereceu livremente dados de usuários a desenvolvedores de apps.

Já no Brasil, a empresa Cambridge Analytica já estaria em negociações com candidatos a governos estaduais e ao senado para as eleições de 2018. A empresa iria operar no país em parceria com a agência brasileira Ponte Estratégia, mas o acordo foi suspenso logo após os artigos publicados no New York Times e no Observer of London.



A suspensão da parceria da Cambridge Analytica no Brasil acontece também em meio a um inquérito instaurado pelo Ministério Público do Distrito Federal para apurar se o Facebook compartilhou dados de usuários brasileiros com a consultoria britânica. Ainda não se sabe se a Cambridge Analytica tem presença no Brasil com outros parceiros além da agência Ponte Estratégia.

Segundo o especialista Renato Opice Blum:

O Brasil é muito atraente para uso de dados visando marketing, seja pela característica interativa do Brasileiro, ou mesmo porque é um bom mercado. Fake news e dados funcionam muito aqui, pois circula com intensidade e as pessoas acreditam muito. Aqui já tem fake news há duas eleições. No mercado de comunicação, já houve caso envolvendo agências sem tanta preocupação com sigilo, e tivemos de rever como é um assunto que traz responsabilidades para agências e seus funcionários. Os executivos e analistas recebem, afinal, não só bancos de dados, mas também informações sensíveis, contratos específicos, materiais que demandam criptografia. Nos casos de marketing, portanto, a responsabilidade é agravada, pois comunicação lida com estratégias mais arrojadas. (BLUM, 2018, online)

Importante notar aqui, o interesse do setor privado em matéria de governança na Internet, não é uniforme tendo em conta as variedades de modelos de negócios possíveis no meio cibernético e a diversidade dos setores produtivos que dele participam (KURBALIJA,2008). As empresas de gestão de conteúdo como a Google, Yahoo, Facebook, eBay entre outras possuem crescente presença no processo de governança, são empresas cujo o modelo de negócios surgiu e depende exclusivamente da internet, para a qual desenvolvem aplicações de gestão de conteúdos com alto grau de inovação e agregação de valor.

Joseph Nye Jr (2011) chega a afirmar que a Internet está proporcionando a todo tempo consequências nas esferas pública, privada e até mesmo individual, argumentando que os Estados poderão se tornar menos fundamentais na vida das pessoas por causa da Internet e dos novos padrões de comunidade e governança.



Acontecimentos como a manipulação de dados do Facebook feito pela empresa de consultoria Cambridge Analytica, em 2016, para beneficiar a campanha de Donald Trump colocam em dúvida a ideia de Nye (2011), pois as dificuldades de regulação, seja estatal ou via algum organismo internacional, facilitou que tal prática ocorresse. Neste sentido, Rafael Ávila e Marta Pinheiro (2014) indicam que há uma relação de interdependência entre as entidades estatais e não-estatais para com o uso da rede mundial de telecomunicações, estando o Estado em uma posição de constante pressão destas tecnologias de informação e comunicação.

### **3.2 Caso Snowden + Wikileaks**

Uma característica importante do espaço cibernético é a maior introdução e a maior delegação de poder de novos atores, devido ao progressivo barateamento dos meios de acesso ao ciberespaço, especialmente nos Estados Unidos e na Europa (CHOUCRI, 2014). Tais atores, que podem ser naturalmente identificados na Internet ou operar de forma anônima, podem influenciar nos níveis de assimetria de poder existentes. É o caso de atores de inferior poder relativo, como cibercriminosos que adentram sistemas computacionais de indivíduos, empresas e órgãos estatais, ou como o surgimento do Wikileaks, organização responsável por uma plataforma de publicação na Internet de documentos sigilosos de grandes empresas e Estados, na tentativa de trazer maior transparência de informações ao público. (MARIANO, 2018).

O caso Snowden ajuda a compreender as relações entre Estado, sociedade e poder cibernético. Em 2013, Edward Snowden, então analista da Agência de Segurança Nacional dos Estados Unidos (NSA), revelou como seu país espionava seus cidadãos e os de outros países, entre eles o Brasil, incluindo chefes de Estado,



através da Internet e de escutas telefônicas. Naquele instante o indivíduo anônimo se modifica aceleradamente em um ator internacional em condição do seu entendimento sobre a execução das tecnologias digitais que operava e de sua situação privilegiada em relação ao acesso aos dados e informações sigilosas.

O WikiLeaks é uma organização transnacional sem fins lucrativos, localizada na Suécia, que posta, em sua página on-line, publicações de fontes anônimas, documentos, fotos, informações confidenciais, vazadas de governos ou empresas, sobre assuntos sensíveis ou até confidenciais. A página foi arquitetada com base em vários pacotes de programas (*software*), *Freenet*, *Tor* e *PGP (Pretty Good Privacy)* incluindo a *MediaWiki*.

A página anunciada em dezembro de 2006, governada pelo The Sunshine Press, em meados de novembro de 2007, 1,2 milhão de documentos estavam disponíveis. Seu principal porta-voz e editor é o australiano Julian Assange, ciberativista e jornalista. Em 2010, entretanto, essa organização começou a postar uma série de telegramas sensíveis de natureza secreta na rede.

Parte dessas publicações exaltaram alguns atores, como os Estados Unidos, contra as ações do Wikileaks, pois comprometem as atividades desses países (CASTELLS, 2010). Naquele ano, o Wikileaks passou a ter como objetivo o “combate, pela publicidade, de más condutas governamentais e não governamentais, de variável gravidade, da hipocrisia a crimes de guerra” (LAFER, 2011).

A publicação de uma enorme quantidade de documentos secretos, revelou a dimensão da negociação entre Estados. Ao demonstrar como os países agiam e pensavam em suas negociações, o Wikileaks utilizou de documentos oficiais. Dessa forma, ele evidenciou atividades legais dos Estados, mas que estavam sendo realizadas sem pudor e respeito aos demais atores.

No caso de Edward Snowden, por outro lado, as suas revelações demonstraram o lado obscuro das coletas de informações por parte dos Estados



centrais. De acordo com Luke Harding (2014), Snowden revelou os acessos clandestinos às informações eletrônicas de outros Estados. As principais revelações dadas por Snowden diz respeito, principalmente, aos países do “Five Eyes Group” e o sistema de vigilância mantido por eles, o ECHELON (HARDIND, 2014).

Além dos acessos a informações não autorizadas, outras características que chamaram a atenção do mundo sobre a espionagem estadunidense e de aliados sobre o mundo era a quantidade de informação monitorada, incluindo de pessoas “inocentes”. Gerando, uma forma de protestos ao redor do mundo, pedindo uma maior privacidade na internet, onde os dados e informações ali dispostos, não poderiam ser usados ou vendidos de formas indevidas, seja por empresas e ou estados. Foram apresentadas por mais de 80 instituições e ONGs americanas campanhas para protestar contra o programa de vigilância online.

As organizações, American Civil Liberties Union (ACLU), a fundação World Wide Web, Mozilla, e o Greenpeace colocaram no ar o site *Stopwatching.us* (“Parem de nos vigiar”, em tradução livre) e pediram ao Congresso que divulgassem mais elementos sobre o vasto programa de vigilância.

Após o vazamento, o general Keith Alexander, chefe da Agência de Segurança Nacional, apontou que a revelação dos programas de vigilância da inteligência dos EUA causou “dano irreversível” à segurança nacional e ajudou os “inimigos da América”. Assim, a implementação de novas medidas de segurança foram anunciadas de segurança para impedir o vazamento de informações.

O Estado norte-americano, detendo recursos como conhecimento, algoritmos, poder computacional e infraestrutura informacional, lançou-se sobre dois deles que estavam fortemente concentrados nas duas transnacionais de tecnologia, os dados e as bases de usuários. Não ficou claro se essas empresas cooperaram com o Estado ou também foram vítimas dessa interceptação de dados, mas o fato é que esse tipo de coleta realizada por algoritmos também pode favorecer governos, a fim de conhecer melhor seus cidadãos, controlar e



influenciar comportamentos, independente do nível de abertura política dos países. (MARIANO, 2018, p. 222).

A noção que se tem de algoritmos é de fácil percepção hoje devido às várias plataformas que podemos acessar diariamente. Basta ver que a Netflix possui um catálogo exposto diferente para cada assinante, pois seu algoritmo de recomendação é personalizado. Esse fenômeno é chamado por alguns autores de “cultura algorítmica”: o uso de processos computacionais para classificar, hierarquizar pessoas, objetos, idéias e lugares, além de hábitos de conduta, expressões e pensamentos que aparecem durante o processo (STRIPHAS, 2012).

Toda essa coleta de informações se torna cada vez mais útil e precisa graças aos algoritmos presentes nas plataformas digitais que utilizamos, como o Facebook ou o Instagram. Eles selecionam e organizam as informações, no caso das redes sociais, para criar, por exemplo, a *timeline* (feed de postagens) e todo o conteúdo que cada usuário verá. O ambiente virtual é, portanto, personalizado exclusivamente para cada usuário, com base nos seus gostos, nos seus *likes* (curtidas), nas suas atividades registradas, ver um filme, participar de um evento, etc. Diante dessa tendência, parece normal que se questione quem tem controle sobre esses processos e como esses algoritmos são construídos e para qual finalidade. Questionar e conhecer o funcionamento dos algoritmos, assim como eles se disseminam, é muito importante nos dias atuais, embora alguns setores sejam contrários a divulgar esse tipo de informação, pois os algoritmos em si seriam um tipo de segredo industrial.

### **3.3 Panorama Internacional da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD**

Um dos motivos que inspiraram o surgimento e criação de regulamentações sobre a proteção de dados e informações pessoais, foi o grande fluxo de dados digitais internacionais, viabilizado pelo avanço tecnológico e a globalização. Na Europa, após escândalos de espionagem e divulgação de dados de clientes





envolvendo Cambridge Analytica e Facebook gerou uma grande discussão que culminou na *General Data Protection Regulation* (GDPR) que regulamenta no âmbito da União Europeia a segurança de dados. Dessa maneira, surgiu uma necessidade de reforçar e resgatar o compromisso das instituições para com os indivíduos, na qual a sociedade digital, na qual a proteção de dados e a garantia de um direito fundamental, como o da privacidade é necessária.

Dessa forma, desde os anos 90, vem sendo debatido em diversos lugares do mundo para uma melhor governança dos dados pessoais. A liderança sobre a temática surgiu na União Europeia, sobre a chefia de um partido intitulado *The Greens*, que consolidou-se na promulgação do Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR), número 679, aprovado em 27 de abril de 2016, tendo como principal objetivo abordar a proteção da pessoa física no que tange o tratamento de dados pessoais e a livre circulação desses dados (*Free data flow*), o regulamento trouxe um prazo de dois anos para a implementação de penalidades.

Assim, por sua vez, causando uma espécie de “efeito dominó”, visando que os demais países e empresas que buscassem manter alguma relação comercial com a UE deveriam também ter uma legislação de igual ou superior nível que a GDPR. Segundo o preâmbulo 2 e 13 do GDPR, os objetivos são: 1) Contribuir para a realização de um espaço de liberdade, segurança, justiça de uma união econômica. 2) Assegurar um nível base de proteção da pessoa física no âmbito da União e evitar que divergências criem obstáculos à livre circulação de dados pessoais no mercado interno. 3) Garantir a segurança jurídica e transparente aos envolvidos no tratamento de dados pessoais. 4) Impor obrigações e iguais responsabilidades aos controladores e processadores que possuem essas informações e assegurem um controle coerente de tratamento de dados. 5) Possibilitar uma cooperação entre as autoridades de controle de diferentes Estados-Membros.



Coloca-se aqui em evidência que a proteção da pessoa física no que tange ao tratamento de dados pessoais é um Direito Fundamental, atestado por inúmeras legislações em diversos países. Na Europa, já se encontrava previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e no Tratado que organiza o funcionamento do mesmo; os efeitos da GDPR são principalmente, mas não exclusivamente, políticos, econômicos e sociais. Apenas trata-se de mais uma regulamentação que surgiu dentro dessa linha de pensamento, em que se busca trazer mecanismos de controle para equilibrar as relações em um cenário digital sem fronteiras. No Brasil, havia uma previsão no Marco Civil da Internet e na Lei do Cadastro Positivo, porém a temática ainda era difusa e sem objetividade. Foi nessa linha, que uma nova legislação foi criada, ou seja, padronizou e normalizou o que seriam os atributos qualitativos de proteção de dados; essa padronização sendo a Lei Nº 13.709/2018, conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGDP.

A LGDP está dividida em 10 capítulos, com 65 artigos, bem menor do que a sua referência europeia, que possui 11 capítulos, com 99 artigos; Em análise, a especialista Patricia Peck Pinheiro, doutora em Direito Internacional, relata que: “ A versão nacional é mais enxuta e em alguns aspectos deixou margem para a interpretação mais ampla, trazendo alguns pontos de insegurança jurídica por permitir espaço a subjetividade onde deveria ser mais assertiva”. Inicialmente, na criação da lei, houve um veto presidencial em relação à criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD), que logo foi alterada pela MP Nº 869/2018 e pela lei aprovada um ano depois a Lei Nº 13.853/2019; Na época em que estava sendo elaborada, o veto a criação da ANPD, foi bastante discutida pois sem o órgão haveria uma lacuna inicial na estrutura do projeto de implementação da nova regulamentação, além de não permitir que o Brasil fosse reconhecido pela União Europeia, pois um dos requisitos para reconhecimento era a existência de uma autoridade nacional de fiscalização independente, que não apenas prejudicaria a



aplicação e fiscalização das medidas propostas, mas criaria um entrave nas relações comerciais entre Brasil e União Europeia.

Por fim, a LGPD regulamenta a forma como serão tratados os dados pessoais no Brasil. As empresas dos setores público e privado deverão alinhar as práticas de coleta, utilização, tratamento e armazenamento dos dados pessoais, evitando que empresas e até o estado fiquem cada vez mais vulneráveis à espionagem ou de ataques de Hackers como evidenciado as divulgações de áudios de empresas e dos principais poderes do Brasil. A lei está prevista a entrar em vigor no próximo ano de 2021, e é notório que se deve discutir sobre a adaptabilidade da tecnologia da informação a LGPD o que acaba trazendo como consequência uma insegurança jurídica de como se dará a aplicabilidade da lei e que atitudes devem ser tomadas visando o cumprimento da lei.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A internet e o espaço cibernético podem ser apresentado como um fenômeno tecnológico, que embora seja constituída como uma ferramenta pode apresentar atualmente um processo de construção de um regime global da governança da Internet. Essa surgiu nos Estados Unidos, no final dos anos 60, mas atualmente apresenta uma estrutura mais ampla e complexa, que abarca toda a dinâmica social do mundo, e conseqüentemente também das relações internacionais. A existência de acordos, tratados e estruturas internacionais comprova a existência desse regime global.

A criação dessa ferramenta acompanhou também a evolução política e os movimentos do poder nas relações internacionais. Isso impactou também na forma que a internet passou a ser usada no mundo. Sendo criada dentro de instituições civis de caráter científico, suas engrenagens também foram aplicadas no contexto da segurança internacional, não no sentido estrito, mas na amplitude do que é a disputa



de poder no mundo. Assim, ficou patente depois dessa pesquisa, que o espaço cibernético floresceu no contexto das estruturas hegemônicas de poder ao final do século XX.

Apesar disso, o fato de ter nascido em território estadunidense, permite que esse país ainda exerce muita influência sobre a governança global da Internet. Os padrões técnicos e protocolos foram desenvolvidos nos Estados Unidos, o centro do sistema econômico e político do pós-guerra fria. Impuseram-se sobre os demais atores estatais os protocolos e regras para o uso do espaço cibernético no século XX.

Isso foi resultado do processo bem-sucedido de alianças entre as instituições de pesquisas e a área estratégica do Estado norte-americano, que acabou assimilando a importância do desenvolvimento tecnológico como elemento de poder no cenário internacional. Tais alianças encontrariam apoio no interesse comercial de empresas tecnológicas, que eventualmente beneficiaram-se do ambiente inovador para criação e expansão de mercado.

Embora tenha sido notado um movimento em prol do que se chamou de governança global da Internet, não há tratado nem Organizações Internacionais que forneça uma base ou referência institucional definida para o regime de gestão da Internet. Logo, esse regime resulta da ação de governos, do setor privado, da sociedade civil e de organizações internacionais, de comunidades técnicas e principalmente dos usuários, sempre em um processo de interação ininterrupta que delinea a evolução e o uso da internet em todo o mundo, e que podemos melhor caracterizá-lo usando o termo “governança”.

A soma das interações dos mais diversos entes que contribuíram para o nascimento da internet tem contribuído para mantê-la em contínuo funcionamento. A pauta da Governança da Internet, contempla recorte histórico de surgimento e evolução da tecnologia e confirma a existência do mesmo, que tende a afastar-se da concepção clássica multilateral com base em Organizações internacionais integradas



por governos/Estados. Afinal, a concentração de poder nesse ambiente, somado com a difusão de poder para atores não estatais, demanda uma configuração distinta de governança, que nesse caso, surgiu de forma natural.

Por mais que não possa ser compreendido como uma estrutura clássica, a governança da Internet pode ser enquadrada dentro de um espectro teórico. Por exemplo, no que se refere a autoridade formal, embora essa seja ausente ou inexistência, há princípios, normas, regras e processos decisórios específicos de um regime clássico, que nesse aspecto se mostra efetivo e vigoroso. Ainda assim, tentativas de criação de instâncias decisórias intergovernamental para o regime no meio cibernético chegaram a ser suscitadas em maior nível político. Entretanto, não houveram alterações substanciais ao modelo vigente nos dias atuais.

Assim, apesar de já considerarmos a existência de uma governança global, o regime internacional para a Internet continua em plena construção. Essa realidade impõe a diplomacia um desafio de adaptação em torno do regime vigente, tanto para identificar, sugerir e avançar pautas e temas de interesse nacional, quanto para influir na evolução institucional desse regime.

A atual fase das relações internacionais é singular não somente por causa das mudanças sistêmicas, provocadas pelo processo de transformação na distribuição do poder mundial, mas principalmente pela aceleração e ampliação da interconectividade das sociedades e entre diferentes sociedades. São estabelecidas um conjunto de novas tecnologias digitais que pendem à universalização o que simultaneamente intensificam, importantes mudanças no padrão de interação social e, portanto, alterando a forma como as relações de poder são estabelecidas.

Diante disso e do seu caráter tecnológico, que sempre tende a evoluir, espera-se uma constante mudança do espaço cibernético para satisfazer as necessidades das relações internacional. Essas estão sendo marcadas, nos últimos anos, tanto pelo aumento do número de atores com capacidade real de influência a política



internacional, inclusive atores não-estatais, quanto pelo aumento de acontecimentos que revelam crises e instabilidades política nos Estados, na diplomacia e nas instituições Internacionais. Fatos como a revelação das informações sigilosas pelo Wikileaks, a vitória de Donald Trump no processo eleitoral norte-americano e o plebiscito britânico que decidiu o Brexit, são exemplos importantes de como a política nacional e internacional tem se modificado, com grau maior ou menor de influência de atores por meio do espaço cibernético.

Ademais, é natural que os países procurem utilizar a tecnologia da internet em favor dos objetivos de desenvolvimento de sua sociedade. O regime brasileiro para a governança da internet, por exemplo, foi construído a partir de experiências com a gestão de recursos com a colaboração dos setores acadêmicos, não governamental e governamental. O Brasil desenvolveu um modelo de gestão aberto com a participação equilibrada de diversos setores, coordenados pelo Comitê-Gestor da Internet. Essa estrutura permitiu que ao Brasil propor legitimidade e substância à sua participação internacional.

Por fim, ao tratar do meio cibernético nas relações internacionais, entende-se que o sistema internacional é instigado pelas transformações provenientes das capacidades cibernéticas dos atores internacionais, sendo uma ameaça potencial à segurança nacional e a ordem internacional tal como a conhecemos.

## REFERÊNCIAS

ADLER, Emanuel. **Constructivism in International Relations**: Sources, Contributions, and Debates. In: CARLSNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth A.. *Handbook of International Relations*. 2. ed. London: Sage Publications Ltd, 2013



AGOSTINELLI, Joice. **A importância da lei geral de proteção de dados pessoais no ambiente online.** Ética Encontro de iniciação científica. ISSN 21. 768498, v. 14, n. 14, 2018

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016] BRASIL.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, **dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera** a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).

BOFF, S. O; BORGES, V. F **A privacidade e a proteção dos dados pessoais no ciberespaço como um direito fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil.** Revista Sequência, [s. l.], v. 35, n. 68, p. 109-127, 2014.

BUZAN, Barry; HANSEN, Lene. **A evolução dos Estudos de Segurança Internacional.** Tradução: Flávio Lira. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.

BUZAN, Barry; WÆVER, Ole. **Regions and powers: the structure of international security.** Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

CASTRO, Thales. **Elementos de política internacional: redefinições e perspectivas.** Curitiba: Juruá Editora, 2005.

COELHO, Amanda Carmen Bezerra Coêlho. **A lei geral de proteção de dados pessoais brasileira como meio de efetivação dos direitos da personalidade.** 2019.

CLARKE, Richard A. **Cyber War: the next threat to national security and what to do about it.** New York: HarperCollins Publishers, 2012

COMSCORE. **2013 Brazil Digital Future in Focus.** Relatório Anual. Comscore, inc. 2013.

DE CARVALHO, P.S.M. **O Setor Cibernético nas Forças Armadas Brasileiras.** In: Desafios Estratégicos para a Segurança e Defesa Cibernética. 1a. Ed. Brasília: Presidência da República, 2011, pp. 13-34.

FEARON; WENDT, Alexander. **Rationalism v. constructivism: a skeptical view.** In: CARLNAES, W.; RISSE, T. SIMMONS, B. A Handbook of International Relations. London: SAGE Publications, 2002.



GONZALES, Selma Lúcia de M; PORTELA, Lucas Soares. **A Geopolítica do Espaço Cibernético Sul-Americano:** (In) Conformação de Políticas de Segurança e Defesa Cibernética? Revista Austral, v.7, n.14. Rio Grande do Sul: UFRGS, 2018.

GUZZINI, Stefano. **The Concept of Power:** a Constructivist Analysis. Millennium: Journal of International Studies, [s.l.], v. 33, n. 3, p.495-521, jun. 2005.

GUZZINI, Stefano. **Power, Realism and Constructivism.** Abingdon: Routledge, 2013.

HARE, Forrest. **Borders in Cyberspace:** Can Sovereignty Adapt to the Challenges of Cyber Security? In CZOSSECK, Christian; GEERS, Kenneth. The Virtual Battlefield: Perspectives on Cyber Warfare. Cryptology and Information Security Series, Vol. 3. Estonia: CCDCOE, 2009.

HAWKING, Stephen. **Buracos Negros, Universos-bebês e Outros Ensaios.** Rio de Janeiro. 1995.

KEOHANE; NYE JR, 2011. **O futuro do poder.** Trad. LOPES, Magda. São Paulo: Benvirá 2012.

KEOHANE, Robert. **International Institutions and State Power:** Essays in International Relations Theory. Boulder: Westview Press, 1989

KNIGHT, Peter T. **A Internet no Brasil:** Origens, Estratégia, Desenvolvimento e Governança. Indiana: AuthorHouse, 2014.

LOBATO, Cruz Luiza. **Uma Estratégia para a Governança da Segurança Cibernética no Brasil.** Série: Segurança Cibernética e Liberdades digitais. Instituto Igarapé. Setembro 2018.

LOPES, Gills Vilar. **Relações Internacionais Cibernéticas (CiberRI):** O Impacto dos Estudos Estratégicos sobre o Ciberespaço nas Relações Internacionais. Congresso Latino Americano de Ciência Política. Montevídeu: Alacip, 2017.

LUCERO, Everton. **Governança da Internet:** aspectos da formação de um regime global. Brasília: FUNAG, 2011.

MAZIERO, Arthur C; PINTO, Danielle J. Ayres. **Poder Cibernético e o espaço Internacional:** uma Perspectiva a partir das Teorias das Relações Internacionais. Segurança Internacional, Estudos Estratégicos e Política de Defesa. (2018)





MEARSHEIMER, John J.. **The Tragedy of Great Power Politics**. New York: W. W, Norton & Company, 2001.

MEDEIROS FILHO, Oscar. “**Em busca de ordem cibernética internacional**”. In Segurança e Defesa Cibernética: da fronteira física aos muros virtuais, organized by Oscar Medeiros Filho, Walfredo B. Ferreira Neto and Selma Lúcia de Moura Gonzalez. Coleção I - Defesa e Fronteiras Cibernéticas Pernambuco: Editora UFPE, 2014.

NYE JR, Joseph S. **O futuro do poder**. São Paulo: Benvirá, 2012.

PINHEIRO. Patricia Peck. **Proteção dos Dados Pessoais: Comentários à Lei Nº 13.709/2018 (LGPD)**. ed. 2. São Paulo. Saraiva educação. 2020.

PORTELA, Lucas Soares. **Agenda de Pesquisa sobre o Espaço Cibernético nas Relações Internacionais**. Revista Brasileira de Estudos de Defesa, v. 3, nº 1. Santa Catarina: ABED, 2016

RAFFESTIN, Claude. **Por uma Geografia do Poder**. Paris: Ed. Ática, 1993.

SENHORAS, E. M. **Mapas de ciber conflitos no mundo**: relatório de pesquisa organizado para Congresso Acadêmico de Defesa Nacional. Boa Vista: UFRR, 2014.

STERLING-FOLKER, **Making Sense of International Relations Theory**, Second edition. 2013.

UNODC. **The use of the Internet for terrorist purposes**. New York: United Nations, 2012.

WALTZ, Kenneth N. **Foreword: thoughts about assaying theories**. In: ELMAN, Colin; ELMAN, Miriam F. (Ed.). Progress in International Relations Theory: appraising the field. Cambridge, MA: MIT Press, 2003.

WALTZ, Kenneth N. **Teoria das Relações Internacionais**. Tradução de: Maria Luísa F. Gayo. Lisboa: Gradiva, 2002.

WALTZ, Kenneth N.. **Theory of International Politics**. Reading: Addison-wesley Publishing Company, 1979.

ZANATTA, R. **A Proteção de Dados entre Leis, Códigos e Programação: os limites do Marco Civil da Internet**. Em: De Lucca, N., Simão Filho, A., Lima, C.



Direito e Internet III: Marco Civil da Internet. São Paulo: Quartier Latin, p. 447-470, 2015.



# RESSOCIALIZAÇÃO DE CONDENADOS: UMA CRÍTICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DE FOUCAULT

Jussara da Rocha Dias Alencar<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo objetiva analisar o sistema prisional brasileiro e a ausência de políticas públicas de ressocialização, a partir da base filosófica do pensamento de Michel Foucault à sapiência de juristas da atualidade, tendo em vista que a sociedade exige do judiciário, e também do Direito Penal um protagonismo excessivo para resolução de litígios que poderiam ser solucionados com a participação de entidades sociais diversas. Inicialmente será apresentada uma breve explanação acerca da prisão sob a ótica de Foucault e a análise dos dados de superlotação dos presídios brasileiros. Posteriormente, o exame das penas e a atuação do Estado quanto à efetividade dos métodos aplicados para suposta ressocialização. Por fim, o apontamento de Políticas Públicas no âmbito da educação, esporte, religião e o acesso ao lazer que garantem proteção aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, para evitar o encarceramento em massa.

**Palavras-chave:** Prisão. Ressocialização. Políticas Públicas. Encarceramento. Religião.

## 1 INTRODUÇÃO

O principal elo da criminologia crítica com o Direito Penal está no feito do seu campo de estudo, posto que a ciência criminológica estuda o crime, o criminoso, a vítima e a sociedade. Busca-se analisar a atividade desviante e os meios de controle social das condutas, concentrando-se na atuação do sistema prisional.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB



Batista<sup>2</sup>, afirma que o Direito Penal não se constrói ou é construído ao acaso, vem do mundo, ou seja, é legislado para cumprir funções concretas dentro e para uma determinada sociedade, que se organizou de determinada maneira.

Indaga-se uma discussão em torno da política criminal como meio de transformação social e institucional, para que haja uma construção da igualdade, da democracia e de modos da vida comunitária e civil mais humana, sem a necessidade de ampliar de forma exacerbada as leis punitivas e o encarceramento, requer a integração de outros seguimentos como a educação, saúde, trabalho, desenvolvimento social, entre outros.

A intervenção do Direito Penal deve ocorrer apenas enquanto os outros institutos sociais não forem capazes de solucionar. Defende-se a concepção de *ultima ratio*, e a desaprovação de um sistema prisional constituído por políticas que estão a serviço da parcela social detentora de poder político-econômico, sendo uma justiça penal administradora da criminalidade, de forma seletiva, destacando a falibilidade do aparato repressor formal.

O presente artigo tem como objetivo analisar o sistema prisional brasileiro, sob o enfoque da criminologia crítica em contraponto com as consequências da utilização do Direito Penal, para resolução dos conflitos sociais, desarticulado de outros institutos.

Averiguar o sistema jurídico e prisional brasileiro no plano da capital da república, com intuito de verificar suas peculiaridades e respeito aos preceitos legais na proporcionalidade das aplicações da pena e sua execução.

Objetiva-se a construção de um novo entendimento quanto a ineficácia do Direito Penal para extinguir a criminalidade, sem a participação de outros entes sociais.

---

<sup>2</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011



Conjectura-se que a solução para o problema apresentado será a reconstrução de valores sociais a partir da educação, tendo em vista que leis mais severas não produzirá obrigatoriamente resultados satisfatórios na esfera penal, devemos fugir do senso comum em que se entende que a publicação da lei resulta em mais punição e menos criminalidade.

A pertinência deste trabalho científico, coaduna com o fato de que o tema é relacionado com a preservação dos direitos humanos, refletindo acerca da seletividade das políticas criminais, em defesa da ampliação dos estudos das causas da criminalidade, entendendo que a pena deve ser justa e proporcional.

Por essas razões, a pesquisa desenvolvida a partir deste projeto é de

Salutar importância, pois os direitos humanos amplamente conhecidos derivam de uma longa evolução da sociedade e da concepção de Estado, conquistada na reação contra abusos que a classe dominante impõe sobre a classe dominada.

Foucault<sup>3</sup> entendia que a prisão, mesmo efetivada pelo Estado, seria uma forma de controle de uma classe dominante (burguesia) com o intuito de fragilizar os meios de sobrevivência da classe dominada (proletariado), criticando tais instrumentos de controle e dominação ideológica.

Nesse contexto, afirmam Melossi e Pavarini que:

O cárcere surge assim como o modelo da “sociedade ideal”. E mais: a pena carcerária – como sistema dominante do controle social – surge cada vez mais como o parâmetro de uma mudança radical no exercício do poder. De fato, a eliminação do “outro”, a eliminação física do transgressor (que, enquanto “fora do jogo”, se torna destrutível), a política do controle através do terror se transforma – e o cárcere é o centro desta mutação – em política preventiva, em contenção, portanto, da destrutividade. Passa-se, assim, da eliminação à integração do criminoso ao tecido social. Os tempos, os modos e as formas

---

<sup>3</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 27ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2003



desta “transformação” do criminoso na imagem burguesa de como “deve ser” o “não-proprietário”, isto é, o “proletário”, são complexos e se calcam numa outra identidade: exatamente aquela entre não-proprietário e criminoso<sup>4</sup>.

Desse modo, dispondo o cárcere como referência central do controle social, entendemos que este instrumento de coerção conserva uma técnica de reafirmação de uma estrutura de ordem social burguesa, porém não é o centro da violência da estrutura penal.

Afirma Baratta, que a seleção dos encarcerados é anterior ao sistema penal burguês que o qualifica como modelo de controle social, por conseguinte:

O cárcere representa, em suma, a ponta do iceberg que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa<sup>5</sup>.

Compreende-se que a expansão do encarceramento, não possui um elo com o progresso da prática de delitos. A alteração ocorre na postura política de reação ao cometimento de crimes, que na atualidade tem sofrido interferências desarrazoadas de uma mídia deformadora de opiniões. Bauman anuncia que “as raízes de nossa vulnerabilidade são de natureza política e ética”<sup>6</sup>.

Nesse sentido, o excesso de normas não construirá uma sociedade justa, mas sim culminará no embargo da funcionalidade do aparato estatal. A responsabilidade para sanar os problemas da criminalidade no país tem sido atribuída de forma irracional ao Judiciário, especificamente no ramo do Direito Penal, por vezes, tal instituto deixa de ocupar a posição de *ultima ratio*, de forma subsidiária e

---

<sup>4</sup> MELOSSI, Dario - PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006, p.216

<sup>5</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2002, p. 167

<sup>6</sup> BAUMAN, Zygmunt. Medo líquido. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 130



fragmentária, para proteger bens jurídicos que poderiam ser abrigados pelos demais organismos sociais.

Nessa esteira, Paulo Queiroz, sintetiza o entendimento do Direito Penal Mínimo:

“Por que defendo um Direito Penal Mínimo? Porque uma das coisas que mais fiz, faço e farei (possivelmente) é arguir prescrição, em crime de homicídio inclusive; e a prescrição – expressão máxima da falência do sistema penal - é sempre uma frustração e uma injustiça; exatamente por isso, um direito penal mínimo não significa enfraquecer o sistema penal, mas fortalecê-lo; Porque, apesar de se ocupar de um sem número de ações e omissões, a efetiva intervenção do sistema penal (ações penais, condenações, prisões etc.) é estatisticamente desprezível; Porque mais leis, mais policiais, mais juízes, mais prisões significa mais presos, mas não necessariamente menos delitos (Jeffery); Porque multiplicar leis penais significa apenas multiplicar violações à lei; não significa evitar crimes, mas criar outros novos (Beccaria); Porque o direito penal intervém sempre tardiamente, nas consequências, não nas causas dos problemas; intervém sintomatologicamente, não etiologicamente; Porque problemas estruturais demandam intervenções também estruturais e não simplesmente individuais; Porque o direito penal deve ser minimamente célere, minimamente eficaz, minimamente confiável, minimamente justo; Porque, se o direito penal é a forma mais violenta de intervenção do Estado na liberdade dos cidadãos, segue-se que, como ultima ratio do controle social formal, somente deve intervir quando for absolutamente necessário; Porque a intervenção penal, por mais pronta, necessária e justa, é sempre tardia e incapaz de restaurar a autoestima ou atenuar o sofrimento das vítimas; é uma intervenção traumática, cirúrgica e negativa (García-Pablos); e prevenir é sempre melhor que remediar; Porque, por vezes, a pretexto de combater a criminalidade, o direito penal acaba estimulando a própria criminalidade, atuando de modo contraproducente, especialmente nos chamados crimes sem vítima (contravenção do jogo do bicho, exploração da prostituição de adultos, tráfico de droga etc.); Porque não existe prova alguma de que o direito penal evite novos crimes, seja em caráter geral, seja em caráter individual (ressocialização), de sorte que prevenção geral e especial têm mais a ver com crenças, mitos e fantasias do que com ciência; Porque, a pretexto de combater violência, o direito penal, que



também é violência, acaba gerando mais violência, nem sempre legítima; não raro é um só pretexto para a violação sistemática de direitos humanos; Porque o direito penal, assentado que está sobre uma estrutura social profundamente desigual, seleciona sua clientela, inevitavelmente, entre os setores mais pobres e vulneráveis da população; punir os chamados criminosos do colarinho branco, além de ser exceção a confirmar a regra, é só uma tentativa (quixotesca) de atenuar o nosso mal-estar, como se fosse possível, por meio da intervenção penal, inverter a lógica funcional do modelo capitalista de produção; Porque uma boa política social ainda é a melhor política criminal (Franz von Liszt)<sup>7</sup>.

Portanto, é imperativo encontrar uma forma de se acatar aos anseios da sociedade sem, entretanto, aumentar as funções do Direito Penal.

## 2 PRISÃO

De acordo com a legislação brasileira a prisão temporária é uma modalidade de prisão utilizada durante a fase administrativa, fase de investigação. Normalmente é decretada para garantir o bom andamento de determinadas diligências. A Lei 7.960/89, que normatiza a prisão temporária afirma que ela será cabível: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes de homicídio, sequestro, roubo, estupro, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro, entre outros. O prazo de duração da prisão temporária, em regra, é de 5 dias. Entretanto, existem procedimentos específicos que estipulam prazos maiores para que o investigado possa permanecer preso temporariamente.

---

<sup>7</sup> RASSI, Patricia Veloso de Gusmao Santana. **Direito Penal Mínimo**. 2017. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4498&revista\\_cademo=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4498&revista_cademo=3)>. Acesso em: 22 nov. 2017.





A Prisão Preventiva atualmente é a modalidade mais discutida no âmbito jurídico. Podendo ser decretada durante o curso das investigações, quanto no decorrer da ação penal, porém os requisitos legais para sua decretação devem ser preenchidos. O artigo 312 do Código de Processo Penal estabelece tais critérios, sendo eles: a) garantia da ordem pública e da ordem econômica (impedir que o réu continue praticando crimes); b) conveniência da instrução criminal (evitar que o réu atrapalhe o andamento do processo, ameaçando testemunhas ou destruindo provas); c) assegurar a aplicação da lei penal (impossibilitar a fuga do réu, garantindo que a pena imposta pela sentença seja cumprida).

A prisão em flagrante possui particularidades pouco conhecidas pelos cidadãos, que é a possibilidade de poder ser decretada por qualquer do povo que presenciar o cometimento de um ato criminoso. As autoridades policiais têm o dever de prender quem esteja em flagrante delito.

### 3 PENAS

Rogério Greco conceitua a pena da seguinte maneira: “A pena é consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*”<sup>8</sup>. Portanto, a pena é a consequência da ação realizada pelo sujeito, em que o Estado irá realizar a punição.

A legislação penal considera como crime toda a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, isoladamente ou em conjunto com a pena de multa. Do mesmo modo, conceitua como contravenção a infração penal a qual a lei comina pena de prisão simples ou multa, seja em conjunto ou alternativamente.

O artigo 32, do Código Penal, elenca três modalidades de pena: privativa de liberdade; restritiva de direitos; multa. As penas privativas de liberdade, são a

---

<sup>8</sup> GRECO, Rogério, Curso de Direito Penal, parte geral, V.I, quinta edição, p. 542, 556 e 571. 2005



detenção e a reclusão relativas a crimes, bem como, segundo a Lei de Contravenções Penais a prisão simples pertinentes à estas.

Identificada como pena de prisão, as penas privativas de liberdade são aquelas que têm como objetivo privar o condenado do seu direito de locomoção recolhendo-o à prisão por tempo determinado.

A pena de reclusão é uma das penas mais rígidas devendo ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A pena de detenção é aquela prevista para ser cumprida inicialmente em regime semiaberto ou aberto. Não admitindo o início de seu cumprimento no regime fechado, porém é permitida a regressão a esse regime.

Quatro são as diferenças principais que podem ser extraídas entre a reclusão e a detenção, vejamos: a reclusão pode ser feita em regime fechado; no caso de aplicação cumulativa da pena de reclusão e detenção, aplica-se a reclusão primeiro; a reclusão pode ter como efeito de sua condenação a incapacidade do exercício do poder familiar, tutela ou curatela, nos crimes dolosos contra filho, tutelado ou curatelado; a reclusão pode acarretar internação no caso de imposição de medida de segurança, enquanto na detenção o Juiz pode aplicar um tratamento ambulatorial<sup>9</sup>.

As penas privativas de liberdade são adequadas aos sujeitos que cometeram efetivamente crimes mais graves, aqueles indivíduos perigosos considerados como de difícil recuperação, neste caso a ressocialização deve acontecer dentro do complexo penitenciário. Logo, punem-se com reclusão os crimes mais graves, reservando-se os de menor gravidade para a detenção.

A respeito das penas, a Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, prevê as seguintes:

Art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos e III - de multa.

---

<sup>9</sup> MASSON, Cleber. **Direito Penal- Parte Geral- Vol 1**. São Paulo: Método, 2010



Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As Penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste código.

Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.”

Pode-se dizer que este regime é a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou em estabelecimento similar. O referido regime deve ser cumprido em



estabelecimentos de segurança média, nos quais os presos podem ser colocados em alojamentos coletivos, como está previsto no artigo 91, da Lei de Execução Penal.

Na visão de Rogério Greco o cumprimento em regime semiaberto, pela Súmula nº 269, trata-se de uma admissão deste regime aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis às circunstâncias judiciais.

Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

Rogério Greco (2010, p. 571) disserta sobre o regime aberto, esclarecendo o seguinte:

“O regime aberto é uma ponte para a completa reinserção do condenado na sociedade. O seu cumprimento é realizado em estabelecimento conhecido como Casa do Albergado. Esse regime, baseado na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado, permite que este, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhe, frequente curso ou exerça outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.”

Concluindo, entende-se que o regime aberto é a execução da pena em casa de albergado ou em outro estabelecimento de segurança mínima. Outrossim, um local que não exista obstáculos para fuga. É notório salientar que, não havendo estabelecimentos adequados à execução de pena em regime semiaberto ou aberto, o condenado pode cumprir a pena em prisão domiciliar.

Art. 36 do Código Penal. O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra



atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

2º- O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

Serão apresentadas, agora, as espécies de pena, suas variedades e características individuais.

A espécie privativa de liberdade, que está prevista no Código Penal para os crimes ou delitos, são as de reclusão ou detenção. Assim, trata-se de prisão simples.

Para Rogério Greco (2005, p.600), a pena privativa de liberdade é:

“A pena privativa de liberdade vem prevista no preceito secundário de cada tipo penal incriminador, servindo á sua individualização, que permitirá a aferição da proporcionalidade entre a sanção que é cominada em comparação com o bem jurídico por ele protegido”.

O art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal confirma o exposto acima, apontando o seguinte:

Art. 1º. Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Neste momento, optou-se por trazer algumas informações importantes do Código Penal Brasileiro a respeito das penas de reclusão e de detenção, que são nada menos do que a própria espécie de penas privativas de liberdade conforme descritas abaixo:

Art. 33, caput, do CP (2013, p. 526), que relata que a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. Já a detenção deve ser em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado

Art. 92, II, do CP (2013, p. 532), do efeito da condenação, a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou



curatela, somente ocorrerá com a prática de crime doloso, punido com reclusão, cometido contra filho, tutelado, curatelado;

Art. 97 do CP (2013, p. 533), se a pessoa que praticou o fato for imputável, o juiz determinará sua internação, se toda via o fato previsto como crime for punível com detenção, é cabível o magistrado submetê-lo a tratamento ambulatorial;

Art. 414 do CPP (2013, p. 642), fala sobre a intimação da sentença de pronúncia nos crimes dolosos contra a vida apenados com reclusão, portanto inafiançáveis, será sempre feita ao réu, pessoalmente.

Os autores Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2006, p. 251) dissertam sobre as penas privativas de liberdade com o propósito de alegar que, apesar de ter contribuído decisivamente para eliminar as penas aflitivas, os castigos corporais, as mutilações etc., não tem a pena correspondida às esperanças de cumprimento com as finalidades de recuperação de delinquente.

As penas restritivas de direito encontram-se estipuladas e autoexplicativas no art. 43, do Código Penal, do decreto Lei nº 2848/40, conforme exposto abaixo:

Art. 43 (2013, p. 527) - As penas restritivas de direitos são:

I – prestação pecuniária;

– perda de bens e valores;

– limitação de fim de semana;

IV- prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos;

VI - limitação de fim de semana.

Os seguintes artigos do Código Penal, da Lei nº Decreto Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940, discorrem também a respeito das espécies de penas acima explicadas, podendo ser observadas e comparadas a seguir:

Art. 44. (2013, p. 527) As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

- aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça



á pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

- o réu não for reincidente em crime doloso;

– a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitando o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Sobre isso, Vera Regina de Almeida Braga, se manifesta em seu livro seguinte forma: A pena de multa constitui uma modalidade de pena pecuniária, impostas pelo Estado às pessoas condenadas pela prática de infrações penais. Trata-se de uma retribuição não correspondente ao valor do dano causado, considerada como sanção de natureza patrimonial, por representar pagamento em dinheiro por determinação judicial, em virtude de sentença condenatória.

Assim, tendo em vista o exposto, entende-se que a pena de multa é o mínimo de 10 e de, no máximo, 360 dias-multa. O valor do dia-multa é fixado pelo



magistrado e não poderá ser inferior a um trigésimo do valor do maior salário mínimo mensal vigente á época do fato e nem superior a cinco vezes esse mesmo salário.

O juiz<sup>10</sup>, ao aplicar a pena de multa, deve levar em consideração a situação econômica do réu. Porém, ressalta-se que o juiz pode aumentar o valor da pena de multa até o triplo do valor antes estipulado, se o mesmo considerar que o valor é ineficaz. Ademais, o valor da multa sempre será atualizado de acordo com a correção monetária quando da execução.

#### **4 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EVITAR O ENCARCERAMENTO**

Conquistar alternativas para os problemas que atormentam e prejudicam a sociedade é um dever de todos, ou seja, não é restrito aos poderes públicos. Entretanto, os órgãos governamentais devem primordialmente adotar políticas públicas de inclusão, que favoreçam o desenvolvimento humano com dignidade, para a participação da vida em sociedade por todos os indivíduos.

Ressalta-se que o sistema carcerário brasileiro tem executado apenas a função punitiva da pena, esquecendo-se das funções ressocializadora e preventiva. Logo, os detentos são isolados em estabelecimentos penais, sem nenhuma orientação no âmbito da ressocialização ou de prevenção de novos delitos, contribuindo para a elevação dos índices de reincidência.

Como fator preponderante para a ressocialização, podemos considerar a religião, tendo em vista que a Constituição brasileira, em seu artigo 5º, inciso VII, prevê a assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva. O sistema prisional oferta a assistência, pois os presídios são enquadrados no rol de internação coletiva. No entanto, a Lei de Execução Penal, em seu artigo 11 que trata

---

<sup>10</sup> [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17164](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17164)





de todas as assistências e, reserva o artigo 24 para tratar especificamente da assistência religiosa.

A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa. Parágrafo 1º No estabelecimento haverá local apropriado para cultos religiosos. Parágrafo 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

Normalmente os detentos são originários de famílias desestruturadas, ou seja, não receberam assistência adequada durante sua criação. Portanto, a assistência religiosa deve ser disponibilizada, mas nunca obrigatória e tem se mostrado bastante eficaz, influenciando positivamente na vida de cada um dos apenados.

O trabalho religioso proporciona novas oportunidades aos apenados, sobretudo, àqueles que eram viciados em tóxicos e álcool, que podem vislumbrar novo sentido para suas vidas. Além dos benefícios que propicia aos internos, também os prepara de forma positiva para quando sair do cárcere poder conquistar seu espaço e ser reinseridos na sociedade de forma natural. Se aproveitar o período ocioso da prisão e transformá-lo em uma espécie de “retiro” espiritual, moral e educacional, passando confiança e conscientizando os presos de sua importância para o bem-estar da sociedade quando estiverem inseridos nela, a assistência religiosa pode despontar como uma das políticas ressocializadoras mais significativas e eficazes.

Entendemos que o Brasil necessita reduzir o quantitativo de presos e evitar que os condenados de baixa periculosidade se associem a facções criminosas<sup>11</sup>. O ano de 2017 foi marcado pela crise no sistema carcerário, tendo em vista que em apenas 15 dias, em diferentes estados, houve mais de 130 mortos (Alagoas, Amazonas, Paraíba, Paraná, Santa Catarina, São Paulo, Rio Grande do Norte e Roraima). Casos

---

<sup>11</sup> <https://www.cartacapital.com.br/politica/seis-medidas-para-solucionar-o-caos-carcerario>



como estes refletem os danos causados pelo encarceramento em massa, sendo o Brasil o segundo país que mais efetuou prisões em 15 anos, além de possuir a quarta maior população carcerária do Mundo.

Jean-Philip Struck, da agência de notícias Deutsche Welle, sugere seis medidas indispensáveis para reverter esse cenário, sob a avaliação de diferentes especialistas: Redução do número de presos provisórios; aplicação de penas alternativas; revisão da Lei de Drogas; fomentar as opções de trabalho e estudo dentro dos presídios; reformar a estrutura física dos presídios e promover a separação de presos.

Os números de presos provisórios no Brasil são alarmantes, são aproximadamente 40% de toda população carcerária. De acordo com dados apresentados pela ONG Conectadas, muitos desses presidiários têm acesso restrito à Justiça e por vezes cometeram crimes de baixa gravidade e poderiam aguardar o julgamento em liberdade. Milhares são as situações em que ao final do julgamento a pena seria inferior ao tempo de espera pelo julgamento, em outros casos são absolvidos. Portanto, a saída de presos provisórios diminuiria a superlotação nos presídios, fator que favorece conflitos. Nos últimos anos a Justiça promove mutirões, realizando audiências de custódia para tentar minimizar tal situação, porém de forma inconstante.

Especialistas, tais como o presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB em São Paulo, Martim Sampaio, afirmam que apesar de útil, os mutirões teriam apenas um efeito paliativo, contribuindo para o fracasso do Sistema Penal, pois não seriam necessários se não ocorressem tantas distorções. Afirmam que o combate da morosidade será efetivo, apenas com a reforma do sistema de Justiça, permitindo que os presidiários tenham acesso a formas apropriadas de defesa, como a defensoria pública, visto que nem todos os estados possuem esta estrutura. De acordo com um



levantamento da ANADEP (Associação Nacional de Defensores Públicos), faltam defensores públicos em 72% das comarcas do país.

A aplicação de penas alternativas ao encarceramento contribuiria para minorar a superlotação, pois atualmente são previstas para penas de até quatro anos e esporadicamente são aplicadas para casos envolvendo tráfico de drogas. Jörg Stippel, especialista alemão em assuntos carcerários, declara que a aplicação evitaria que criminosos de baixa periculosidade mantivessem contato com facções criminosas nos presídios, na Alemanha 80% das sentenças não implicam em perda de liberdade.

O advogado Daniel Bialski afirma que, uma parte dos juízes entende que a prisão é como se fosse uma obrigação, quando na verdade deveria ser a última alternativa (*ultima ratio*). Dados fornecidos pela ONG Conectas, atestam que se as penas alternativas fossem aplicadas em substituição das penas de prisão, em até 8 (oito) anos seria possível a redução da população carcerária brasileira em até 53 %.

A Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) possui um papel de destaque pela superlotação dos presídios no país. Desde o início de sua aplicação o número de presos por tráfico de drogas cresceu 348%. Logo, a lei enrijece as penas para pequenos traficantes (que na maioria das vezes são apenas dependentes químicos que comercializam drogas) que nem sempre representam periculosidade para a sociedade. Para que essas distorções sejam resolvidas, especialistas pedem ajustes na lei. Paulo Cesar Malvezzi Filho defende a descriminalização das drogas como uma solução para frear a avalanche de prisões que provoca a superlotação do sistema, “pois assim você tira 30% das pessoas das cadeias do país”.

Políticas Públicas eficientes para acesso ao trabalho e educação nos presídios são uma forma eficaz de combate a reincidência criminal, porém faltam investimentos nessa área. A Associação de Proteção e Amparo aos Condenados, que



funciona em trinta unidades prisionais de Minas Gerais e no Espírito Santo é um dos modelos elogiados, pois proporcionam aos presos o contato constante com suas famílias e comunidade, além do favorecimento ao aprendizado de novas profissões.

A divisão dos presos provisórios dos condenados, e dentre os condenados a divisão de acordo com a periculosidade ou gravidade do crime cometido está prevista na legislação penal. No entanto, na prática a realidade é outra devido ao sucateamento dos presídios e a superlotação, tais procedimentos evitariam que réus primários convivessem com criminosos veteranos.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Observa-se o interesse ardente da judicialização da vida e a aplicação do direito penal fora do contexto de intervenção mínima ou último instrumento utilizado pelo Estado em situações de punição por condutas ilegais. A caracterização dos atores principais se repete: jovens, pobres, negros, sem a educação básica; presos com quantidades insignificantes de entorpecentes, não ligados a facções criminosas, sem armas; porém sentenciados como traficantes.

De acordo com entendimento do Defensor Público Bruno Shimizu: Os dados da Secretaria de Segurança Pública apontam que a polícia nunca matou tanto. A Polícia Militar mata mais do que os civis. Isso nos faz refletir que a recomendação da ONU para que o Brasil extinguisse a Polícia Militar é bem razoável.

A mídia influencia a população de massa a pensar de forma fantasiosa que a criminalidade será combatida e até mesmo extinta se o Estado punir o maior número de condutas com elevados anos em regime fechado; desconsiderando que é pouco provável um criminoso deixar de praticar um ato, tendo por base o tempo que poderá ter sua liberdade privada.

As prisões em sua grande maioria ocorrem motivadas pelas drogas, que é vista erroneamente como um problema criminal e não como um fator vinculado a



saúde pública. Usuários são detidos com pequenas porções de entorpecentes e são denominados e punidos como grandes traficantes. Indivíduos que são punidos sem uma justa causa, além da ausência da defesa plena, permanecendo, por vezes, presos por um longo período.

Podemos afirmar que os direitos humanos amplamente conhecidos na atualidade derivam de uma longa e contínua evolução da sociedade e da concepção de Estado, conquistada na reação contra abusos que a classe dominante impõe sobre a classe dominada.

Porém, os novos contornos elitizados estão corrompendo a harmonia entre tais conceitos e promovendo um novo tipo de Estado autoritário e opressor, que viabiliza a dominação da massa trabalhadora, a marginalização dos pobres e o fortalecimento da segregação étnico-racial com o uso de medidas punitivas extremas.

Por fim, é lamentável observar o apelo de juízes e MP pelo encarceramento e a sociedade entendendo que a solução para o sistema penal é de responsabilidade apenas do Direito Penal; acredito que a reconstrução precisa ocorrer na base, ninguém nasce criminoso, mas o meio em que vive o faz; a falta de oportunidade, o preconceito sofrido, dentre outros fatores subjetivos, contribui para a transformação do ser humano em um descumpridor das determinações postuladas pelo Estado.

Portanto, o desenvolvimento de uma política criminal minimalista, deve ser construída teoricamente e empiricamente a partir da realidade local do Brasil, incluindo a participação ativa de grupos organizados da sociedade civil.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2002, p. 167.



BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 136 p. Elaborado pelo Professor Titular de Direito Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Candido Mendes. Presidente do Instituto Carioca de Criminologia e advogado.

BAUMAN, Zygmunt. Medo líquido. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 130.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016. **Altera o art. 7º da Lei no 8.906, de 4 de Julho de 1994 (estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm). Acesso em: 18 out. 2019.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. São Paulo: Saraiva, 2013. p.227.

CARVALHO, Salo. O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

D'URSO, Luíz Flávio Borges - Coord. - **Advocacia e Justiça Criminal** – Editoras O.M. e Del Rey - 1º edição – 1997.

ELÓI, André Luís Vieira; TEIXEIRA, Paulo Enderson de Oliveira. **Judicialização da Política**: o aumento das estruturas judicantes nas democracias contemporâneas e no Brasil. 2014. Artigo elaborado por professores da Pontífica Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), Campus Serro, sendo ambos Mestres em Teoria do Direito no Programa de Pós Graduação em Direito da PUC Minas. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/8549>. Acesso em: 21 nov. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Trad. Lúcia M. Ponde Vassalo. Petrópoli: Vozes, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Niterói: Impetus, 2010.



GRINOVER, Ada Pellegrine. Teoria Geral do Processo. 14ª ed. São Paulo : Malheiros, 1998.

LOPES, Aury Jr. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.

MASSON, Cleber. **Direito Penal- Parte Geral- Vol 1**. São Paulo: Método, 2010.

NALINI, José Renato. Muito direito, pouca justiça. 2014. José Renato Nalini é um jurista, professor, escritor, magistrado e político brasileiro. Foi desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde exerceu a presidência, é o atual Secretário de Educação de São Paulo. Disponível em: <http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,muito-direito-pouca-justica-imp-,1553961>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Um Estado para a sociedade civil: temas éticos e políticos da gestão democrática. 3°.ed. São Paulo: Cortez, 2011.

ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano. **Escola da Prisão: Espaço de Construção da Identidade do Hoem Aprisionado?** 2017. Disponível em: <http://www.anped.org.br/sites/default/files/gt06-1943.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2020.

RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica**. 3ª ed. rev. amp. e atual. de acordo com as reformas processuais penais e a Lei 11.900/09: Videoconferência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RASSI, Patricia Veloso de Gusmao Santana. **Direito Penal Mínimo**. 2017. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4498&revista\\_cader n\\_o=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4498&revista_cader n_o=3)>. Acesso em: 22 nov. 2019.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais. 2004.

SANTOS, Wanderley Elenilton Gonçalves. **Lei 13.245/16 e a importância do advogado no inquérito policial**. 2016. Disponível em: <https://www.megajuridico.com/inovacoes-trazidas-pela-lei-13245-16-e-a-importancia-do-advogado-no-inquerito-policial/>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.



TOURINHO Filho, Fernando da Costa, 1928 – Processo penal, volume 1 / Fernando da Costa Tourinho Filho.– 28. ed. ver. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.





# A FUNÇÃO DOS PONTOS DE CONTATO NACIONAIS DA OCDE NA RESOLUÇÃO DOS CASOS ANÁLOGOS À ESCRAVIDÃO MODERNA PRATICADA PELAS EMPRESAS MULTINACIONAIS

Maria Teresa Goulart Portella

## RESUMO

O presente artigo analisa casos relacionados à escravidão moderna que violam as diretrizes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Retrata as fases processuais e materiais dos Pontos de Contato Nacionais (PCNs), bem assim sua importância como um organismo quase jurisdicional no combate as relações de trabalho equiparadas à escravidão. É objeto de estudo também a verificação de casos práticos que têm como semelhanças certas inobservâncias nas diretrizes da OCDE. Analisa, ainda, o acesso à informação pelos PCNs relativo às denúncias, obtido com uma certa transparência limitada devido às constantes mudanças neste sistema.

**Palavras Chave:** Trabalho análogo à escravidão moderna. Estudo de casos práticos. Caso do café nas fazendas de Minas Gerais. OCDE. Pontos de Contato Nacionais. Empresas Multinacionais.

## INTRODUÇÃO

A escravidão sempre foi um problema existente desde o início da história humana, caracterizando-se por ser uma condição imposta e não natural. Pelo fato de abranger diferentes culturas, nacionalidades e até religiões, a escravidão na antiguidade era exercida em meio a guerras, conquistas, rebeliões servis.



Sendo assim, “uma sociedade é genuinamente escravista quando a escravidão se torna uma instituição essencial para a sua economia e seu modo de vida, no sentido de que os rendimentos que mantém a elite dominante provêm substancialmente do trabalho escravo”<sup>1</sup>

Atualmente, esta ideia continua parecida, contudo, a denominação de escravidão mudou, caracterizando-se agora pela escravidão moderna. Trata-se de um instrumento utilizado por empreendimentos para potencializar seus processos de produção e expansão:

Todo ano, milhares de pessoas são traficadas e submetidas a condições desumanas de serviço e impedidas de romper a relação com o empregador. Não raro, são impedidas de se desligar do trabalho até concluírem tarefa para a qual foram aliciadas, sob ameaças que vão de torturas psicológicas a espancamentos e assassinatos. No Brasil, essa forma de exploração é chamada de trabalho escravo contemporâneo<sup>2</sup>.

Um dos casos práticos estudados no presente artigo - que ainda se encontra em análise e será melhor abordado posteriormente – retrata exatamente este cenário. Consiste na exploração de trabalhadores que sobreviviam em condições análogas à escravidão nas fazendas de café no Sul de Minas Gerais<sup>3</sup>.

É um dos casos mais recentes iniciado em 21 de agosto de 2018, e complexos do Brasil, por envolver seis grandes empresas multinacionais - Nestlé, Jacobs Douwe Egberts, McDonald's, Dunkin Donuts, Starbucks e Illy. Ele ainda se encontra em análise pelo Ponto de Contato Nacional da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico no Brasil.

---

<sup>1</sup> JOLY, Fábio Duarte. **A escravidão na Roma antiga**: política, economia e cultura. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2005. p. 114

<sup>2</sup> SAKAMOTO, Leonardo. **Escravidão Contemporânea**. São Paulo: Contexto, 2020. p. 07

<sup>3</sup> CONECTAS, Human Rights; ADERE, MG. **PCN Brasil** (caso pendente iniciado em 21/08/2018). Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 16 jun. 2019



A denúncia fora apresentada pelo sindicato ADERE MG e pela ONG Conectas Direitos Humanos e circundou em queixas como violações à dignidade humana; o não pagamento de um salário mínimo adequado; a exploração no trabalho e em sua jornada; bem como a instalação de locais insalubres para moradia e a retenção da carteira de trabalho dos empregados<sup>4</sup>.

Outro exemplo de escravidão moderna – a ser explanada subsequente - é a denúncia realizada pela ONG India Committe of the Netherlands (ICN), em junho de 2000, em desfavor da multinacional Adidas Beneluz Bv, localizada na Índia<sup>5</sup>. Fora alegado violações com relação a utilização de mão-de-obra infantil na indústria do futebol. O caso ficou conhecido como: “lado sombrio do futebol – trabalho infantil e adulto na indústria do futebol da Índia e o papel da FIFA”<sup>6</sup>.

Em brevíssima análise, a cultura escravista de outrora era realizada através do trabalho compulsório para a produção de subsistência da comunidade – no período nômade da história grega – posteriormente, no século v a.C com o luxo e o aumento do nível de vida surgiu a forma clássica da escravidão<sup>7</sup>, e assim desenvolveu-se os vários tipos de escravidão, até chegar a escravidão moderna, que está presente na sociedade contemporânea.

Esta exploração, agora não mais acontece em regiões de fronteira agropecuária, como também se expandiu para os grandes centros urbanos, “a super exploração do trabalho, da qual o trabalho escravo contemporâneo é a forma mais

---

<sup>4</sup> CONECTAS, Human Rights; ADERE, MG. **PCN Brasil** (caso pendente iniciado em 21/08/2018). Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 16 jun. 2019.

<sup>5</sup> PCN, Holanda. **ICN vs. Adidas Netherlands**. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_8](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_8). Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>6</sup> Idem

<sup>7</sup> JOLY, Fábio Duarte. **A escravidão na Roma antiga**: política, economia e cultura. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2005. p. 175



cruel, é deliberadamente utilizada em determinadas regiões e circunstâncias como ferramenta.”<sup>8</sup>

Em face da escravidão vivenciada também ser em âmbito internacional, a busca por melhores condições de sobrevivência, de dignidade, de trabalho, foram surgindo, como o aditamento dos Direitos Humanos. Conforme bem destaca o ministro do TST, Cláudio Brandão:

Com o desenvolvimento dos Direitos Humanos, teve a necessidade de criar tratados internacionais, para que esses direitos sejam iguais e preservados em qualquer lugar do mundo. A população e os seus governantes sentiram a necessidade de um relacionamento mais estável e exigível entre ambos, contudo, pode-se falar que a criação desses tratados foi recente, uma vez que eles foram criados em meados da pós-Segunda Guerra Mundial. Com o sistema das Nações Unidas, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, feita no ano de 1948, ajudou para a criação dos tratados internacionais.<sup>9</sup>

Consoante luta e busca para facilitar as relações entre empregados e empregadores, aumentar a fiscalização e melhorias na condição do trabalho, principalmente no âmbito internacional, assim como para solucionar denúncias de explorações que são feitas, como também na saúde, no meio ambiente, na economia, dentre outros - foram criados alguns organismos jurídicos.

No Brasil, é o caso da Política Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo (PNETE). Tem como objetivo amenizar e acabar com a escravidão, como é o exemplo da Convenção sobre a Escravidão que o Brasil fez parte, em 1926, adotada pela Sociedade das Nações Unidas, “na qual se proibiu a prática a escravidão, assim como o tráfico de escravos”<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> SAKAMOTO, Leonardo. **Escravidão Contemporânea**. São Paulo: Contexto, 2020. p. 08

<sup>9</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Direitos Humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas S.A. 2014. p. 132

<sup>10</sup> BRASIL. Senado Federal. **Planos brasileiros de erradicação**. História dos planos brasileiros de erradicação do trabalho escravo. Disponível em:



Há também o Ministério Público do Trabalho (MPT), sendo um órgão criado para cuidar das questões trabalhistas, estando à frente dos empregados e lutando por interesses coletivos, para que eles sejam respeitados pelas empresas<sup>11</sup>.

Em caráter internacional, houve a criação, em 24 de outubro de 1945, de um organismo advindo de conferências de paz, realizadas no final da segunda guerra mundial, caracterizando-se como a Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>12</sup>.

Mesmo tendo como objetivo a organização para com os povos e governos, ela acolheu a situação vivenciada de escravidão e instituiu, sob o âmbito da Convenção nº 29, uma de suas primeiras normas internacionais, editada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) - uma de suas agências especializadas. Em destaque, o “âmbito da Convenção nº 29, os países membros assumiram o compromisso de ‘abolir a utilização do trabalho forçado ou obrigatório, em todas as suas formas, no mais breve espaço de tempo possível’”<sup>13</sup>.

Há de se abordar também sobre a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que tem como um de seus objetivos garantir a paz universal permanente, “em 1946, a OIT se transformou num organismo especializado da ONU, mantém uma estrutura diferente das organizações internacionais intergovernamentais, posto que admite a presença da classe trabalhadora através das suas instituições representativas, como sindicatos”<sup>14</sup>.

---

<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/trabalho-escravo/combate-ao-trabalho-escravo/planos-brasileiros-de-erradicacao.aspx>. Acesso em: 04 mar. 2020

<sup>11</sup> BRASIL. **Ministério Público do Trabalho**. Disponível em: <https://mpt.mp.br/>. Acesso em: 04 jun. 2020

<sup>12</sup> ONUBR. Nações Unidas Brasil. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>. Acesso em: 04 jun. 2020

<sup>13</sup> Idem

<sup>14</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Direitos Humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas S.A. 2014. p.132



No que tange as relações trabalhistas, em analogia, a OIT se encontra em âmbito internacional, relacionando-se com os Estados, e em âmbito local, essas relações são mais desenvolvidas pelas empresas multinacionais.

Por estarem situadas em diversos locais exercendo atividades diferentes, essas empresas acabam por terceirizar suas tarefas e estabelecem filiais em outras localidades, que na maioria das vezes, têm como objetivo a obtenção de uma maior lucratividade, a isenção de impostos, a baixa mão-de-obra, o amplo mercado consumidor, dentre outros

Nessa linha, “as empresas transacionais, também conhecidas como empresas multinacionais, ou até campanhas multinacionais, são marcadas pela finalidade lucrativa, o que as diferencia, inclusive, das organizações não governamentais”<sup>15</sup>.

Mesmo com sua relevância, as multinacionais são também alvo de acusações por praticarem e facilitarem o abuso perante os seus trabalhadores que se encontram, na maioria das vezes, em situações análogas a de escravos, principalmente nos países com um menor recurso<sup>16</sup>.

A título de exemplo mencionado anteriormente, o caso que envolvia seis multinacionais em trabalhos análogos à escravidão moderna, vivenciados pelos trabalhadores nas fazendas de café no Sul de Minas Gerais.

Em face a tantas denúncias e abusos nas relações trabalhistas, houve uma certa dificuldade no controle das empresas multinacionais na verificação, com relação a origem dessas violações, advindas por meio de uma empresa sede ou filial. Sendo assim, proceder-se à fiscalização e respectiva responsabilização das empresas multinacionais pela prática de trabalho forçado, não se afigura como tarefa de simples envergadura em razão da atuação extraterritorial.

---

<sup>15</sup> SALIBA, Graciane Rafisa. **Convenções da OIT e empresas transacionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 77

<sup>16</sup> BUSINESS, Human. **Rights Resource Centre**. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/pt/principais-temas>. Acesso em: 26 maio 2020



Portanto, a empresa matriz poderá deduzir em sua defesa que os atos omissivos da empresa filial ou eventualmente coligada, até mesmo por consórcio, bem como aquelas terceirizadas, não ensejam o vínculo de sua responsabilidade, em razão de se posicionarem em território estrangeiro, alheias a sua esfera de influência e respectiva diligência.

Em outras palavras, pelas razões mencionadas, tal empresa matriz encontra significativas limitações para exercer o controle total, permanente e sistêmico sobre todas as ramificações de sua malha empresarial. Assim, exsurgem mecanismos pelos quais é possível, ainda que sem a responsabilização, desenvolver a fiscalização da prática de trabalho análogo à escravidão pelas empresas multinacionais, como é o caso do organismo dos Pontos de Contato Nacionais (PCNs) da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Mesmo que o foco central dos PCNs não seja a escravidão moderna, como será demonstrado sucessivamente, eles possuem de tal competência para adentrar neste âmbito, utilizando como base as diretrizes instituídas pela OCDE.

A OCDE é uma organização internacional e intergovernamental, na qual apresenta sede em Paris, na França. Atualmente, é composta por 35 países mais desenvolvidos e industrializados da economia de mercado, no qual têm por objetivo analisar os problemas que são comuns e solucioná-los, além de coordenar políticas domésticas e internacionais<sup>17</sup>.

Permeia também assuntos relacionados aos sistemas financeiro, comercial, social e ambiental. Ela busca “coordenar definições, medidas e conceitos, o que contribuiria para a comparação entre países que enfrentam problemas similares”<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **O Brasil e a OCDE.** Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde>. Acesso em: 18 fev. 2020

<sup>18</sup> Idem



Os países que fazem parte da OCDE, assim como os que ainda estão sob análise para egresso, devem aderir as suas diretrizes para empresas multinacionais<sup>19</sup> - que estão divididas em duas partes e dispostas em seu manual. São direcionamentos que retratam desde princípios, como políticas gerais, direitos humanos, sociedade e tecnologia, relações industriais, como também sobre o Comitê de Investimentos e os Pontos de Contato Nacional (PCNs)<sup>20</sup>.

Os PCNs são um mecanismo composto por escritórios governamentais distribuídos pelos países, gerando uma representação institucional, e têm como objetivo analisarem se as empresas estão cumprindo com as diretrizes, tal como, ao receberem denúncias de violação das empresas multinacionais, solucionarem seus problemas com base nas diretrizes internacionais que foram importadas<sup>21</sup>.

Uma de suas funções é a verificação das inobservâncias das diretrizes da OCDE sobre denúncias que foram realizadas, quando são alertados por ONGs, queixas anônimas ou de terceiros com relação a determinadas violações, buscando a resolução dos casos informados. Constituindo assim, como um dos mecanismos de reclamação não judicial, no qual, qualquer pessoa ou entidade pode acionar o serviço, sendo que:

O pré-requisito é que o caso envolva empresas multinacionais e diga respeito a um dos temas abordados pelas Diretrizes: políticas gerais; transparência; direitos humanos; emprego e relações laborais; meio ambiente; combate à corrupção, à solicitação de suborno e à extorsão; interesses do consumidor; ciência e tecnologia; concorrência e tributação<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> OCDE. **Guidelines for Multinational Enterprises**. Paris: OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020.

<sup>20</sup> Idem

<sup>21</sup> BRASIL. Ministério da Economia. **Ponto de Contato Nacional**. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional>. Acesso em: 11 maio 2020

<sup>22</sup> BRASIL. Ministério da Economia. **Ambiente em Migração**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional>. Acesso em: 06 mar. 2020





O PCN tornou-se importante por ser constituído como um dos instrumentos jurídicos utilizados para o combate da escravidão nas empresas multinacionais, uma vez que além de coordenar a atuação nacional em temas que são relacionados à cooperação jurídica internacional, também devem intermediar o processo de cooperação.

Sendo relevantes para reverterem as infrações cometidas pelas empresas multinacionais junto as diretrizes da OCDE, mediando a situação e propondo soluções para o cerceamento de práticas trabalhistas abusivas.

Cabe sublinhar que mesmo o PCN podendo aplicar algumas normas para cumprimento de inobservâncias causadas pelas multinacionais, ele não pode exercer poderes coercitivos para com as empresas que não obedecem com o que fora proposto ao longo do processo, assim como há a sua subordinação a algum outro organismo no país em que estiver instalado, no caso do Brasil é ao Ministério da Economia – sendo assim, caracteriza-se como um organismo quase jurisdicional.

Nesse sentido, esse estudo é norteado por uma problemática: a atuação dos Pontos de Contato Nacionais como um organismo quase jurisdicional é eficiente no combate à escravidão moderna?

A pesquisa demonstrou que os PCNs são organismos quase jurisdicionais mobilizáveis para solucionarem os casos equiparados à escravidão moderna sobre inobservâncias às diretrizes da OCDE (primeiro capítulo), a sua atuação revela que se trata de um mecanismo ainda em construção (segundo capítulo). O presente trabalho pretende discutir os potenciais e os limites dos PCNs nesse quesito.

## **1 O PONTO DE CONTATO NACIONAL (PCN) COMO MECANISMO QUASE JURISDICIONAL MOBILIZADO PARA SOLUCIONAR OS CASOS DE ESCRAVIDÃO MODERNA**



## 1.1 O mecanismo processual perante os PCNs nos casos de combate à escravidão moderna

### 1.1.1 A verificação processual das denúncias recebidas pelos PCNs antes de aceitarem os casos

Todos os países que fazem parte da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) ou os países que estão sob a análise para o ingresso, ambos têm que aderirem às Diretrizes da OCDE, sendo obrigados a estabelecerem um Ponto de Contato Nacional (PCN).

Os PCNs dão suporte para as empresas e partes interessadas para tomarem medidas apropriadas com as Diretrizes da OCDE, sendo assim “eles fornecem uma plataforma de mediação e conciliação para resolver problemas práticos que podem surgir com a implementação das Diretrizes.”<sup>23</sup> Para todas as denúncias expostas há de se fazer uma análise processual, momento em que o PCN pode aceitar ou declinar do caso.

Primeiramente, o PCN recebe a denúncia feita, seja por meio de uma ONG (é o mais comum); por uma pessoa física; por uma pessoa jurídica ou por qualquer meio de comunicação. Posteriormente, é feita a análise para averiguar se o PCN que fora comunicado tem competência para aceitar o caso - sendo que algumas vezes se chega à conclusão de que ele não tem legitimidade para aceitar a ação, podendo assim declinar<sup>24</sup>.

Uma vez que existam todas as reclamações apresentadas pelos PCNs ou toda a fiscalização feita pelas empresas, há de se levar em consideração se as diretrizes

---

<sup>23</sup> OECD. **National Contact Points for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises**. 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/corporate/mne/ncps.htm>. Acesso em: 06 mar. 2020

<sup>24</sup> BRASIL. Ponto de Contato Nacional do Brasil. **Manual de Procedimentos para Instâncias Específicas**. 2019. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/produtos/formularios/pcn-manual-de-procedimentos-para-instancias-especificas.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2020



internacionais estão sendo cumpridas, “o acompanhamento e implementação das Diretrizes são realizados pelo Comitê de Investimentos da OCDE e pelos Pontos de Contato Nacional (PCNs)”<sup>25</sup>.

Nessa linha, tem-se como exemplo o caso equiparado à escravidão moderna - que atualmente se encontra rejeitado - de uma denúncia realizada pela *Clean Close Campaign* (CCC) em desfavor da empresa multinacional Nike, em virtude de violações como humilhações, prisões arbitrárias e ameaças de saúde e morte, que foram cometidas na cadeia de suprimentos da Indonésia<sup>26</sup>. Estas reclamações foram direcionadas às representações da Nike na Áustria e na sede dos Estados Unidos.

Em setembro de 2002 o caso foi apresentado e aceito pelo PCN austríaco, contudo, em novembro do mesmo ano o PCN alega que não mais irá aceitar o caso pois não existia vínculo com a Áustria. Em virtude da multinacional também ter sede nos EUA, a denúncia foi repassada para o PCN deste país, todavia, também o rejeitou.

De acordo com o PCN dos EUA foi afirmado que:

A conduta da Nike está sendo efetivamente tratada por outros meios apropriados e que a empresa demonstrou seu compromisso com um processo contínuo e colaborativo para melhorar as condições de trabalho, por exemplo, por meio de sua participação na Fair Labor Association<sup>27</sup>.

Estas inobservâncias ferem algumas diretrizes da OCDE, a exemplo do tópico IV que aborda sobre os direitos humanos, em seu primeiro item está claro que “respeitar os direitos humanos significa que deve evitar de violar os direitos

---

<sup>25</sup> FGV. São Paulo of School of Economic. **A OCD como fórum de governança das empresas multinacionais**. 2019. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24817/TD%20488%20-%20CCGI\\_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24817/TD%20488%20-%20CCGI_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 12 jun. 2019

<sup>26</sup> OECD. **CCC vs. Nike, PCNs da Áustria e dos Estados Unidos**. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_26](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_26). Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>27</sup> Idem



humanos de terceiros e deve abordar impactos adversos aos direitos humanos com os quais eles estão envolvidos”<sup>28</sup>

Assim como, também reporta-se a violação da diretriz que está presente em seu capítulo V, número 4, letra “c”, no qual, diz respeito sobre “tomar as medidas adequadas para garantir a saúde e a segurança ocupacional em suas operações.”<sup>29</sup>

No caso tomado em relevo, ambos os PCNs, da Áustria e Estados Unidos, rejeitaram as denúncias de inobservâncias às diretrizes da OCDE. O PCN austríaco em sua análise exordial aceitou o caso, ou seja, chegou-se à conclusão que estavam presentes todos os requisitos de admissibilidade.

Em analogia com as regras do PCN Brasil, como consta em seu manual de procedimentos, no item 4.2 “o Alegante poderá ser qualquer pessoa física ou jurídica

– como organizações empresariais, trabalhistas, sindicais, ou não governamentais. Posto que em qualquer caso, o Alegante deve demonstrar a conexão ou pertinência com o fato objeto da reclamação”<sup>30</sup>.

Em seu tópico 4.8:

A apresentação da Instância Específica deve demonstrar a relação entre a questão levantada, as ações ou responsabilidades da(s) empresa(s) e as Diretrizes da OCDE relacionadas, assim como o envolvimento direto do Alegado com a violação específica das Diretrizes, que digam respeito a direitos disponíveis<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> OCDE. **Guidelines for Multinational Enterprises**. Paris: OCDE Publishing. 2011. “IV. Human Rights 1. Respect human rights, which means they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved.” Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>29</sup> Idem

<sup>30</sup> BRASIL. Ponto de Contato Nacional do Brasil. **Manual de Procedimentos para Instâncias Específicas**. 2019. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/produtos/formularios/pcn-manual-de-procedimentos-para-instancias-especificas.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2020

<sup>31</sup> Idem



Dentre outros exemplos que constituem os requisitos de admissibilidade. Contudo, em uma pesquisa mais profunda fora rejeitado o caso, pelo motivo de que a própria empresa multinacional Nike estava compromissada em melhorar as condições trabalhistas e não precisaria mais de uma intervenção do respectivo PCN<sup>32</sup>. Esta ação foi repassada ao PCN dos Estados Unidos, no qual obteve o mesmo entendimento do PCN austríaco e optou por recusá-la.

No que tange as formas praticadas pelos PCNs, para solucionarem os casos análogos à escravidão moderna, a apenas apreciação da empresa Nike na participação com a *Fair Labor Association*<sup>33</sup> ser a base de rejeição de ambos os PCNs - por motivos de que a empresa está comprometida com reais mudanças para o cerceamento de atitudes realizadas que configuram o trabalho equiparado à escravidão<sup>34</sup> – possa ser um pouco precipitada.

Uma vez que são o tempo e as soluções concretas da multinacional os alinhadores para uma melhor aferição de responsabilidade e comprometimento com as alegações de inobservâncias apresentadas, e, não apenas uma participação na *Fair Labor Association* sem maiores fiscalizações.

De acordo com as regras do PCN Brasil, em seu manual de procedimentos, o item 5.1 aborda que “cumpridos os requisitos da admissibilidade, conforme item 4.12, o objetivo da avaliação inicial é verificar se as questões levantadas na alegação atendem ao disposto no item 5.7 e determinar se a mesma deve ser aceita, rejeitada ou transferida para outro PCN”<sup>35</sup>.

Nesse diapasão, o requisito citado acima constitui-se como uma das fases processuais antes da aceitação das denúncias levadas aos PCNs. Conforme disposto

---

<sup>32</sup> Idem

<sup>33</sup> Idem

<sup>34</sup> OECD. **CCC vs. Nike, PCNs da Áustria e dos Estados Unidos**. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_26](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_26). Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>35</sup> OECD. **CCC vs. Nike, PCNs da Áustria e dos Estados Unidos**. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_26](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_26). Acesso em: 21 jan. 2020



no mesmo manual, em seu item 5.15 “a não aceitação da Instância Específica não impede que nova alegação seja apresentada pelo mesmo Alegante em relação à mesma empresa multinacional, com novos dados ou conteúdo diverso da petição anteriormente formulada”<sup>36</sup>.

A exemplo da denúncia realizada que também foi pela *Clean Close Campaign* (CCC) só que em desfavor da empresa multinacional Adidas<sup>37</sup>. Como as alegações feitas sobre as relações de trabalho são as mesmas – “foram submetidos a intimidações que variam de humilhação, prisões arbitrárias e ameaças à sua saúde e segurança”<sup>38</sup> - a empresa Adidas também cometeu as mesmas violações às diretrizes da OCDE que a empresa Nike.

Todavia, ao contrário do primeiro caso em tela, este encontra-se concluído desde o dia 15 de fevereiro de 2015 – como será melhor detalhado posteriormente ao longo do presente artigo. A “CCC emitiu uma declaração em que a empresa Adidas irá incluir propostas de ação futura para com os seus trabalhadores”<sup>39</sup>.

Diante do exposto, o PCN correspondente com determinada denúncia de infrações às diretrizes da OCDE, deve realizar duas etapas processuais antes da real aceitação dos casos - que são as etapas de admissibilidade e avaliação inicial, nas quais estão presentes requisitos a serem analisados. Após feita toda essa aferição e o PCN concordar em aceitar a ação, ele deve obedecer a outros requisitos, que serão expostos em seguinte.

### *1.1.2 As etapas para a investigação dos PCNs perante os casos aceitos de escravidão moderna*

---

<sup>36</sup> Idem

<sup>37</sup> OECD. CCC vs. Adidas, PCNs da Áustria e Alemanha. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_27](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_27). Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>38</sup> Idem

<sup>39</sup> Idem



Em sede preliminar de análise, tomou-se por referência a fase processual dos PCNs antes de aceitarem os casos de violação às diretrizes das empresas multinacionais. Sucessivamente, há de se abordar também sobre a outra parte da verificação, que consiste no trâmite da fase processual em que as denúncias trazidas já foram aceitas pelos PCNs.

Nesse sentido, após o acolhimento dos PCNs com os casos trazidos à tona, é feita uma análise das diretrizes atuais da OCDE, em seu capítulo I, para uma melhor verificação se as informações trazidas sobre a inobservância das atitudes das empresas para com os seus trabalhadores realmente se encaixam nas supostas violações às diretrizes.

Posteriormente, após feita a análise processual das etapas de admissibilidade e avaliação inicial para aceitação, é realizada outra arguição processual, que constitui no oferecimento de bons ofícios, com o objetivo de permitir que a empresa reconsidere situações e comportamentos que estão destoando e infringindo com os direitos humanos e a dignidade dos trabalhadores. É estipulado um prazo para essa conduta e ele pode ser estendido caso a empresa não se manifeste.

A exemplo do caso que ocorreu na mina polimetálica no vale do Gyama da Região autônoma da China no Tibete, no qual o Reclamante foi o Comitê do Tibete do Canadá que apresentou denúncias de inobservâncias as diretrizes da OCDE em desfavor da multinacional China Gold International Resources Corp. Ltd.<sup>40</sup>

No caso tomado em relevo, a denúncia circundou a violação aos direitos humanos nas relações de trabalho que a empresa chinesa cometera, assim como consta no documento utilizado para análise e considerações para instância específica:

---

<sup>40</sup> SUMMARY, Executive. **Final Statement on the Request for Review regarding the Operations of China Gold International Resources Corp. Ltd., at the Copper Polymetallic Mine at the Gyama Valley, Tibet Autonomous Region.** 2019. Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/statement-gyama-valley.aspx?lang=eng#fs3>. Acesso em: 16 jun. 2019



Com relação aos direitos humanos, a Solicitação de Revisão alegou que a Empresa: 1) envolveu-se em práticas discriminatórias de contratação; 2) despejos forçados e reassentamento de terras; 3) violou a liberdade de questões religiosas através da negação de acesso a sites religiosos; 4) violou a liberdade de expressão e a divulgação de informações relacionadas ao projeto; e 5) contribuindo para fatores ambientais negativos, violou os direitos das comunidades locais à água e à saúde<sup>41</sup>.

A questão jurídica levada ao PCN canadense diz respeito às violações correspondentes às políticas gerais, a divulgação, aos direitos humanos, aos empregos, bem como as relações industriais e o meio ambiente. Os empregados trabalhavam em condições insalubres, com restrição até a água potável, o que refletia em problemas com a sua saúde.

Essas infrações, de acordo com o anexo II do caso em tela, encontram-se no capítulo II das diretrizes na parte que aborda sobre Políticas Gerais, nos tópicos A1, A2 “as empresas devem: Respeitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos das pessoas afetadas por suas atividades”<sup>42</sup>, A11, A14 e B1<sup>43</sup>; bem como em seu capítulo III que aborda sobre Divulgação, nos itens 1, 2F “as políticas de divulgação de empresas devem incluir, mas não se limitar a ... fatores de risco previsíveis”<sup>44</sup>, 2G, 3B e 3C<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> SUMMARY, Executive. **Final Statement on the Request for Review regarding the Operations of China Gold International Recourses Corp. Ltd., at the Copper Polymetallic Mine at the Gyama Valley, Tibet Autonomous Region.** 2019. Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/statement-gyama-valley.aspx?lang=eng#fs3>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>42</sup> Idem.

<sup>43</sup> OCDE. **Guidelines for Multinational Enterprises.** Paris: OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>44</sup> SUMMARY, Executive. **Final Statement on the Request for Review regarding the Operations of China Gold International Recourses Corp. Ltd., at the Copper Polymetallic Mine at the Gyama Valley, Tibet Autonomous Region.** 2019. Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/statement-gyama-valley.aspx?lang=eng#fs3>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>45</sup> Idem





No capítulo IV sobre Direitos Humanos nos tópicos 1, 2, 3, 5 e 6<sup>46</sup>; no capítulo V sobre Emprego e Relações Industriais nos itens 1E e 5<sup>47</sup>; por fim, no capítulo VI sobre Meio Ambiente nas partes do parágrafo do preâmbulo, 1A, 2A e 4<sup>48</sup> - também encontradas no anexo II do presente caso.

Em sua declaração final sobre o caso, o PCN emitiu uma avaliação inicial às partes oferecendo seus bons ofícios, contudo a empresa não respondeu até o prazo solicitado. Logo, “o PCN estendeu o prazo para aceitar seus bons ofícios para permitir que a empresa reconsiderasse”.<sup>49</sup>

Em analogia com as regras do PCN Brasil, isso pode ocorrer, quando o próprio PCN ou alguma das partes entendem que é mais favorável interromper, estender o prazo de mediação, como está disposto no item 6.10 do Manual de Procedimentos adotado pelo PCN brasileiro, “o trabalho de mediação poderá ser interrompido a qualquer momento, a pedido de qualquer uma das Partes e/ou do PCN Brasil”<sup>50</sup>.

Por outro giro, independente da empresa manifestar-se ou não, outra fase processual - que consiste quando as ações já foram aceitas - é a etapa da declaração final. O PCN tem que emitir uma declaração final sobre o caso, o concluindo ou o arquivando, além de impor recomendações que promovam diálogos e ações para implementar as diretrizes da OCDE e acabar com as violações cometidas.

No que tange ainda sobre o Manual de Procedimentos, esta parte encontra-se no item 7.1 “ao encerrar uma Instância Específica, o PCN Brasil emite a Declaração

---

<sup>46</sup> SUMMARY, Executive. **Final Statement on the Request for Review regarding the Operations of China Gold International Recourses Corp. Ltd., at the Copper Polymetallic Mine at the Gyama Valley, Tibet Autonomous Region.** 2019. Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/statement-gyama-valley.aspx?lang=eng#fs3>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>47</sup> Idem

<sup>48</sup> Idem

<sup>49</sup> Idem

<sup>50</sup> BRASIL. Ponto de Contato Nacional do Brasil. **Manual de Procedimentos para Instâncias Específicas.** 2019. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/produtos/formularios/pcn-manual-de-procedimentos-para-instancias-especificas.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2020



Final previamente aprovada pelo GTI-PCN levando em conta a necessidade de proteger informações sensíveis ou consideradas confidenciais, se assim informadas pelas Partes”<sup>51</sup>.

Dessa forma, no item 7.5 deste manual, encontram-se três exemplos, que mesmo ocorrendo, têm que ser emitida a declaração final, como:

Quando o caso tenha sido rejeitado, a Declaração Final também incluirá informação de como a Instância Específica foi avaliada, sem juízo de valor e apreciação de mérito, conforme o item 5.17. b) Quando o caso for aceito, mas na oferta dos bons ofícios não houver acordo ou uma parte não estiver disposta a participar dos procedimentos, a Declaração Final descreverá as questões levantadas, os procedimentos do PCN na assistência às partes, as posições das partes, quando manifestadas e, se for o caso, as razões pelas quais não foi possível chegar a um acordo. c) Quando as partes chegarem a um acordo, a Declaração Final descreverá os procedimentos adotados na assistência às partes, quando foi alcançado o acordo e, conforme a Seção 8, informações sobre o acompanhamento dos compromissos acordados entre as Partes e/ou das recomendações do PCN. O conteúdo do acordo será incluído apenas na medida em que ambas as partes concordem com sua divulgação pública<sup>52</sup>.

Nesse espeque, outra hipótese processual que pode ocorrer com o PCN após aceitar o caso é adiar a oferta de mediação – que necessariamente tem que ser feita nessa fase – após aceitar a denúncia, caso tenha outro resultado para sair de outro processo de mediação anteriormente realizado.

A exemplo da denúncia feita pelos Reclamantes, ONGs (União Internacional dos Trabalhadores Alimentares e Comerciais, CLC; Aliança dos Los Angeles para uma nova economia e Projeto de Organização, Desenvolvimento, Educação e

---

<sup>51</sup> BRASIL. Ponto de Contato Nacional do Brasil. **Manual de Procedimentos para Instâncias Específicas**. 2019. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/produtos/formularios/pcn-manual-de-procedimentos-para-instancias-especificas.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2020

<sup>52</sup> Idem



Pesquisa) e o Sindicato Frente Auténtico del Trabajo, em desfavor da multinacional Chedraui localizada na fronteira México com os Estados Unidos<sup>53</sup>.

No caso em tela, a denúncia foi exposta pelas ONGs e por um sindicato para o PCN americano sobre violação por parte da empresa mexicana Chedraui. Foi alegado que os trabalhadores se encontravam totalmente em situações precárias, pois não obtinham salários dignos que atendam às suas necessidades básicas, não possuem mais dias de descanso, seguro de saúde acessível, além disso estão sem contato sindical há mais de dois anos.

Contudo, “O PCN dos EUA emitiu uma declaração final, afirmando que aceitou a denúncia, mas decidiu adiar a oferta de mediação até o resultado de um procedimento de mediação separado, mas relacionado, que está atualmente em andamento.”<sup>54</sup> Os méritos do caso serão melhor expostos posteriormente no presente artigo<sup>55</sup>.

Sucessivamente, durante essa fase processual o PCN deve buscar mediações para que as partes possam entrar em acordos, melhorando assim as condições de trabalho. Porém, em alguns casos o PCN não consegue acordo nenhum com as empresas, sendo obrigado a emitir declarações com propostas de melhoria para ações futuras em seu relatório final

Dessa forma é perceptível uma certa imparcialidade dos PCNs para com as denúncias de observâncias das situações narradas, uma vez que esses organismos jurídicos no momento que não conseguirem arranjar uma solução para as empresas violadoras, nada podem fazer, apenas emitir declarações com propostas futuras caso as empresas queiram mudar de postura.

---

<sup>53</sup> OECD. CCC vs. Nike, PCNs da Áustria e dos Estados Unidos. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_26](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_26). Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>54</sup> OECD. CCC vs. Nike, PCNs da Áustria e dos Estados Unidos. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_26](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_26). Acesso em: 21 jan. 2020.

<sup>55</sup> Vide tópico 1.2.1 do referido trabalho



Portanto, era necessário e mais eficaz que os PCNs fossem detentores de um poder para adotar medidas coercitivas, caso estabelecessem que a suposta empresa violadora realmente estivesse infringindo as leis da OCDE, assim como, exercendo a prática do trabalho escravo ou equiparado, para, dessa forma, conseguirem contribuir melhor com a erradicação da escravidão moderna nas empresas multinacionais.

Uma vez analisadas todas as etapas de atuação processual dos PCNs, serão expostas suas etapas de atuação material para com os casos de inobservância.

## **1.2 A atuação material dos PCNs em casos de combate à escravidão moderna**

### *1.2.1 Os critérios utilizados pelos PCNs para verificação dos possíveis casos análogos à escravidão que ferem as diretrizes da OCDE*

Em relação à fase processual na pré-análise realizada pelos PCNs antes da admissibilidade das denúncias sobre escravidão moderna e após a aceitação dessas, impende em considerar, quais são os critérios materiais utilizados para a investigação dos possíveis casos análogos à escravidão.

No momento em que são realizadas as denúncias de violações as diretrizes da OCDE – no objeto de estudo, sobre a escravidão moderna - o PCN responsável em recebe-las deve analisar se realmente são casos de relações trabalhistas abusivas, que se caracterizam como escravidão moderna, constituindo assim como o primeiro critério.

Nessa linha, depois de comprovada que a queixa corresponde a um trabalho equiparado à escravidão, o segundo critério é averiguar qual ou quais são as diretrizes infringidas. Neste item serão analisados quatro casos de escravidão moderna, bem como as violações às diretrizes em comum.



Posteriormente, após comprovação de trabalho escravo em conjunto com as devidas diretrizes violadas, o terceiro critério corresponde na comparação, feita pelos PCNs sobre quais foram as inobservâncias expostas em relação ao que a OCDE impôs aos países membros.

Como, por exemplo, averiguar no capítulo I, tópico II sobre políticas gerais<sup>56</sup> das empresas multinacionais, qual deve ser a política em vigor nos países onde desenvolvem as respectivas atividades, assim como levar em consideração também os pontos de vista de outros agentes envolvidos, como consta no manual das diretrizes da OCDE.

Após feito esse exame preliminar, a análise correspondente a quase todos os itens do capítulo I, o PCN pode adotar algumas medidas, apenas solicitar informações adicionais aos outros reclamantes, uma vez que de acordo com o seu exame inicial não ficou tão claro quais foram as violações expostas; ou após aceitar fazer a análise inicial, solicitar um tempo maior de resposta para fazer uma arguição mais profunda e criteriosa; ou também além de aceitar a denúncia, pode requerer o adiamento da mediação em virtude de resultados que o PCN julga importante.

O primeiro caso em análise diz respeito a uma denúncia realizada pela Organização Humanitária para a Economia da Migração em desfavor da multinacional Panasonic Ásia pacífico Pte Ltd, localizada em Singapura, tendo como responsável o PCN do Japão<sup>57</sup>.

Foi alegado que a empresa não fazia o devido pagamento aos empregados, eles percebiam remunerações ínfimas, que eram insuficientes para as condições mínimas de existência, sem atender as suas necessidades básicas. Além disso, eram

---

<sup>56</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises. Paris:** OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>57</sup> OECD. **Panasonic vs. Panasonic Corporation, PCN Japão.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_281](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_281). Acesso em: 16 jun. 2019



obrigados a aceitarem horas extras excessivas de até 150 horas por mês, em virtude das altas dívidas de recrutamento.

Como parte de sua avaliação inicial, “o PCN japonês solicitou informações adicionais dos reclamantes, que eles forneceram.”<sup>58</sup> Contudo, no ano de 2013, em setembro, o PCN rejeitou o caso, sendo que, como não emitiu nenhuma declaração final pública ou ao menos informou aos reclamantes diretamente, os reclamantes foram informados dessa decisão através da embaixada do Japão.

Fato esse inapropriado adotado pelo PCN Japonês, pois, uma das diretrizes da OCDE é que o PCN ao final do caso analisado deva emitir uma declaração final contendo todo o acontecimento, além de expor propostas para melhorar a situação da erradicação do trabalho escravo na empresa multinacional denunciada - como consta no manual das diretrizes da OCDE.

O segundo caso, que ainda se encontra em processo, ocorreu em 24 de maio de 2018. A denúncia circundou na ONG Tcheca em desfavor a empresa multinacional Tcheca, em virtude desta ter adquirido produtos têxteis advindo de uma fábrica que opera na indústria têxtil em Mianmar - sendo suspeita por violar os direitos trabalhistas de seus empregados<sup>59</sup>.

As horas trabalhadas, o salário e as condições mínimas para a subsistência, não foram respeitados. A ONG entrou em contato com a empresa e afirma que esta não fez de forma correta a diligencia para evitar os impactos causados pela fábrica em Mianmar. A multinacional, contudo, se opôs às alegações aduzindo que foi feita a correta diligência.

Portanto, após uma inspeção inicial, o PCN tcheco “decidiu que o caso específico merece uma análise mais aprofundada e ofereceu os bons ofícios do PCN.

---

<sup>58</sup> Idem

<sup>59</sup> OECD. **ONG Tcheca vs. Indústria têxtil em Mianmar, PCN Tcheco**. Disponível em: <http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/cz0006.htm>. Acesso: em 14 jan. 2020



Ambas as partes aceitaram a oferta.”<sup>60</sup> Fato esse condizente com o que é permitido aos PCNs na fase material.

O terceiro caso, ainda se encontra em andamento, corresponde a uma denúncia interposta pelo sindicato ADERE MG e pela ONG Conectas Direitos Humanos, em desfavor das empresas multinacionais Nestlé, Jacobs Douwe Egberts, McDonald's, Dunkin Donuts, Starbucks e Illy.<sup>61</sup>

Foi alegado que questões como violações à dignidade humana; o não pagamento de um salário mínimo adequado; a exploração no trabalho e sua jornada; locais insalubres para moradia; retenção da carteira de trabalho; necessitam ter em cumprimento com as diretrizes internas expostas e os mecanismos constantes de verificação que não foram feitos.

A ONG Conectas entrou em contato com as empresas em busca de mais informações e afirma que “embora algumas empresas tenham respondido, nenhuma divulgou sua lista de fornecedores, nem indicou medidas adotadas para garantir a reparação das vítimas e corrigir normas e políticas diante de falhas do passado.”<sup>62</sup> O caso ainda está em andamento e será melhor detalhado ao longo do presente artigo.

Por fim, o último caso enquadra-se na situação de o PCN aceitar a denúncia, porém, requerer o adiamento da mediação, que necessariamente deve ser realizada, em virtude de resultados que julga como importante. O caso é em relação as duas ONGs, Aliança de Los Angeles para uma nova economia e Projeto de Organização, Desenvolvimento e Pesquisa e por um sindicato, Frente Auténtico del Trabajo em desfavor da multinacional Chedraui<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Idem

<sup>61</sup> OECD. **Conectas Human Rights & ADERE MG v. coffee sellers, PCN Brasil** (caso pendente iniciado em 21/08/2018). Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>62</sup> Idem

<sup>63</sup> OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano**. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019



O PCN responsável é dos Estados Unidos, este caso foi concluído em 12 de novembro de 2015. Os trabalhadores do varejo mexicano encontram-se totalmente em situações precárias, pois não conseguem ter salários dignos que atendam às suas necessidades básicas, não possuem mais dias de descanso, seguro de saúde acessível, além disso estão sem contato sindical há mais de dois anos.

Contudo, mesmo o PCN dos EUA tendo aceitado o presente caso, ele emitiu uma declaração final, no qual afirma que “decidiu adiar a oferta de mediação até o resultado de um procedimento de mediação separado, mas relacionado, que está atualmente em andamento. Eles considerarão a reabertura se as partes não chegarem a um acordo na mediação atual.”<sup>64</sup>

Da análise exordial, os quatro casos estudados têm como semelhanças as altas horas de jornadas de trabalho, os salários pagos insuficientes para o mínimo da existência, assim como direitos humanos violados. A verificação de quais diretrizes são violadas nas denúncias passados, diz respeito a um dos critérios utilizados pelos PCNs nos casos análogos à escravidão.

Com relação a desproporção dos salários pagos, a diretriz da OCDE violada corresponde ao no tópico V, número 4, letra “b”:

Quando empresas multinacionais operam em países em desenvolvimento, onde não existem empregadores comparáveis, fornecer os melhores salários possíveis, benefícios e condições de trabalho, dentro da estrutura de políticas governamentais. Estes devem estar relacionados a posição econômica da empresa, mas deve ser pelo menos adequada a satisfazer as necessidades básicas dos trabalhadores e de suas famílias.<sup>65</sup>

Em se tratando das elevadas jornadas de trabalho, a diretriz infringida está no capítulo V, número 1 letra “d”, “contribuir para a eliminação de todas as formas de

---

<sup>64</sup> Idem

<sup>65</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises**. Paris: OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020





mão-de-obra forçada ou compulsória e tomar as medidas adequadas para garantir que esse trabalho forçado ou compulsório não exista em suas operações”<sup>66</sup>.

Com relação aos direitos humanos infringidos que também se encontram nas diretrizes, mais especificamente no capítulo IV. Neste tópico estão dispostos alguns direitos humanos que devem ser obedecidos pelas multinacionais, em especial, em seu número 4, que está disposto sobre um compromisso político das empresas para com os direitos humanos nas relações trabalhistas<sup>67</sup>.

Cumprido sublinhar que, os PCNs, ao aceirem os possíveis casos explanados sobre as inobservâncias das diretrizes da OCDE, devem fazer a análise material, como fora detalhada anteriormente, bem como detêm de outras possibilidades para dar continuação com as verificações.

Nesse contexto, após cumpridos os critérios para análise dos casos que violam as diretrizes, o PCN pode buscar opções de entendimento quando a verificação da denúncia se não tenha ficado tão clara; como também tendo o condão para solicitar informações adicionais; bem como solicitar um tempo maior de resposta para uma análise mais profunda; finalizando com a competência de requerer o adiamento da fase da mediação.

Posteriormente, passa-se a análise para a solução de conflitos das empresas multinacionais que descumprem as medidas impostas pelos PCNs. Momento esse que o presente organismo jurídico tem a legitimidade de adotar as medidas coercitivas cabíveis para as infrações que foram desobedecidas.

### *1.2.2 A escassa adoção de medidas coercitivas por parte dos PCNs na solução dos conflitos dos casos estudados que descumprem as diretrizes da OCDE*

---

<sup>66</sup> Idem

<sup>67</sup> Idem



Em vista do que já foi expendido, sobre toda a análise processual e material feita pelos PCNs ao receberem denúncias sob supostas violações de inobservâncias às diretrizes da OCDE, é necessário que seja apresentado um relatório final.

Este relatório, que já fora mencionado, expõe como que ocorreram todas as etapas da ação, assim como deveria ser sempre proposta medidas coercitivas para a solução dos conflitos dos casos de violação a essas diretrizes por empresas multinacionais que equiparam seus trabalhadores às condições análogas à escravidão.

Poucas são as situações em que o PCN realmente relata medidas coercitivas para com as empresas multinacionais. A respeito do caso prático abaixo que possui essas mesmas características e será detalhado no mérito posteriormente. A denúncia foi apresentada por cinco ONGs - Associação de proprietários de terras SML de Porgera; Associação Akali Tange; Eartghts International; Mining Watch Canada; Direitos e responsabilidade no desenvolvimento – ao PCN do Canadá<sup>68</sup>.

Foi alegado que a empresa multinacional de mineração canadense mantinha os trabalhadores em condições precárias, houve também “violações dos direitos humanos cometidas pelo pessoal de segurança da PJV dentro e ao redor do local da mina, incluindo assassinatos e espancamentos de homens Ipili locais e espancamentos e estupros, incluindo estupro coletivo, de mulheres Ipili.”<sup>69</sup>

Ao final do processo, “algumas das Partes consideraram que havia questões pendentes que não foram tratadas pelo processo de mediação, apesar das tentativas do mediador, pois nem todas as Partes estavam dispostas a discutir todas as questões durante o diálogo.”<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> OECD. **Mining Watch Canada e outros vs. Barrick Gold Corporation, PCN do Canadá.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_210](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_210). Acesso em: 15 jan. 2020

<sup>69</sup> Idem

<sup>70</sup> Idem



Mesmo com esse detalhe, o mediador forneceu ao PCN canadense o seu relatório final, no dia 16 de janeiro de 2014, contendo também medidas coercitivas e sugeridas as empresas para que as diretrizes impostas pela OCDE não mais sejam descumpridas<sup>71</sup>.

Dessa forma, como fora exposto no tópico sobre a atuação processual dos PCNs, no qual eles não detêm de um poder coercitivo, na imensa maioria das situações apresentadas, deixam a desejar na emissão de seu relatório final, uma vez que não podem impor medidas para as empresas multinacionais que descumprem com o acordo realizado entre as partes (os PCNs e Reclamantes). Como ocorreu com a denúncia realizada em outubro de 2012 ao PCN dos Estados Unidos.

Os reclamantes são o Centro Comunitário de Educação Legal das ONGs do Camboja (CLEC) e a Earth Rights International (ERI) e relatam que houve o desrespeito em relação aos direitos humanos perante os trabalhadores que prestavam serviços para a empresa Americana Refining Inc. que operava no setor agropecuário, em Koh Kong no Camboja.

O PCN americano aceitou o caso e propôs a mediação para as partes com o intuito de chegarem a um acordo e solução para a diretriz violada - correspondente ao capítulo I das diretrizes da OCDE na seção de direitos humanos<sup>72</sup>. Contudo, a mediação não ocorreu pois a “ASR informou assim o PCN de que não participaria do diálogo mediado, a menos que a CLEC retirasse sua ação civil no Reino Unido”<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Final Statement of the Canadian National Contact Point on the Notification dated March 1, 2011, concerning the Porgera Joint Venture Mine in Papua New Guinea, pursuant to the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Páginas 02-10. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_210](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_210). Acesso em: 15 jan. 2020

<sup>72</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises. Paris**: OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>73</sup> OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano**. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019



No dia 4 de junho de 2013 o PCN Americano decidiu concluir o caso, emitindo uma declaração final, constatando que as partes não estavam conseguindo chegar a um acordo para prosseguir com o presente caso.

Sendo assim, seria mais eficiente se os PCNs adotassem medidas coercitivas para com as empresas multinacionais que violam as diretrizes da OCDE, em virtude do não cumprimento de acordos já estabelecidos ao longo dos processos de mediação que foram relatados na declaração final.

Por outro giro, fora utilizado como critério para a elaboração do presente artigo, a análise de quatorze casos práticos, que relatam diversas formas e motivos de inobservâncias trabalhistas das diretrizes para com as empresas multinacionais. Com base neste levantamento de dados, conseguiu-se identificar quais são as semelhanças entre os casos e as diretrizes violadas.

Constatou-se que, todos os casos estudados possuíam pelo menos uma das violações a seguir: (i) a utilização ilegal de mão-de-obra infantil; (ii) a desproporção no pagamento, quando este acontecia, dos salários dos empregados; (iii) a utilização de jornadas de trabalho excessivas para com seus trabalhadores, e (iv) o trabalho exercido em condições totalmente insalubres, prejudiciais à saúde – que serão abordados no tópico 1.3.

### **1.3 A natureza jurídica das semelhanças encontradas nos casos práticos estudados que infringem as diretrizes da OCDE**

#### *1.3.1 A utilização ilegal de mão-de-obra infantil*

Em se tratando da utilização ilegal de mão-de-obra infantil comum aos casos, encontra-se a presente denúncia – já mencionada no artigo – realizada por meio de ONGs (Anti-slavery International, Cotton Campaign e Korean Trans National Corporation Watch) ao PCN Coreano em desfavor da empresa multinacional Daewoo,



localizada no Uzbequistão. Ela é conhecida como a maior processadora de algodão e consta com o apoio do governo para preços descontados no algodão, incentivos fiscais e empréstimos preferenciais<sup>74</sup>.

A empresa conseguiu descontos na produção de algodão pois faz a utilização de mão-de-obra infantil, obtendo baixíssimo custo em sua produção, podendo então fazer negociações mais baratas. Ademais, a denúncia consta que a empresa sujeita os cidadãos à trabalhos forçados, principalmente por meio de crianças, que também são submetidas às condições análogas à de escravidão. Esses empregados trabalhavam longas horas e não eram pagos devidamente, sujeitando-se a condições precárias.

Em julho de 2015 o PCN coreano rejeitou o caso alegando que de acordo com as diretrizes de internas de conduta ética nos negócios esses acontecimentos não contribuíram para o trabalho infantil e forçado. Já o PCN norueguês aduz que, em sua avaliação inicial, que uma nova análise das diretrizes do setor financeiro não vai ajudar com as inobservâncias das diretrizes da OCDE.

A utilização de mão-de-obra infantil não é um problema jurídico isolado, encontra-se presentes em outros casos. Como é o exemplo da Reclamante ONG India Committe of the Netherlands (ICN) que apresentou uma queixa, em junho de 2000, em desfavor da multinacional Adidas Beneluz Bv, localizada na Índia<sup>75</sup>.

A denúncia circundou em violações com relação a utilização de mão-de-obra infantil na indústria do futebol, essa queixa foi baseada no “lado sombrio do futebol – trabalho infantil e adulto na indústria do futebol da Índia e o papel da FIFA”<sup>76</sup>.

Este caso foi repassado ao PCN holandês que o aceitou, contudo, em dezembro de 2002, em sua declaração final, o PCN alega que não havia encontrado

---

<sup>74</sup> OECD. **KTNCW et all. Vs. Daewoo, PCNs Coreano e Norueguês.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_351](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_351). Acesso em: 17 jun. 2019

<sup>75</sup> OECD. **ICN vs. Adidas Netherlands, PCN da Holanda.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_8](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_8). Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>76</sup> Idem



evidências da utilização de trabalho infantil, mas ressalta a necessidade do acordo realizado para melhorar e monitorar os códigos de conduta.

O terceiro caso, também corresponde à utilização de mão-de-obra infantil ilegal. A denúncia foi apresentada pelas Ali Ent. Factory Fire Affectees Assoc; Campagna Abiti Puliti; MOVimenti Consumatori; National Trade Union Federation (NTUF) e Pakistan Institute of Labour Education and Research (PILER), e pelas ONGs European Center for Constitutional and Human Rights e Schone Kleren Campagne, para o PCN italiano em desfavor da multinacional RINA S.p.A.<sup>77</sup>

As alegações correspondem a uma certificação concedida indevidamente pela multinacional RINA, denominada AS 8000, para a fábrica Ali Enterprises, antes de ser queimada. Além disso, a jornada de trabalho na fábrica é exercida através de explorações as mãos-de-obra infantil.

O processo encontra-se atualmente arquivado, uma vez que o PCN italiano propôs medidas para que a multinacional não mais utilize a mão-de-obra infantil. Segundo documento em anexo, ressalta que “caso um acordo negociado se mostre impossível de alcançar, os queixosos deverão solicitar que o PCN faça uma determinação e emita uma declaração final apropriada esclarecendo se as diretrizes foram ou não violadas neste caso”<sup>78</sup>.

Dessa forma, tomando como base os três casos expostos acima, que são semelhantes em suas violações, a diretriz da OCDE infringida por essas empresas multinacionais está disposta no capítulo I, tópico V, número 1 letra “c”, a diretriz é categórica: “contribuir para a abolição efetiva do trabalho infantil e adotar medidas

---

<sup>77</sup> OECD. ICN vs. Adidas Netherlands, PCN da Holanda. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_8](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_8). Acesso em: 21 jan. 2020.

<sup>78</sup> Idem



imediatas e eficazes para garantir a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil com urgência”<sup>79</sup>.

A utilização de mão-de-obra infantil ainda é uma realidade presente, como pode ser constatada a exemplo dos casos semelhantes acima. Várias empresas multinacionais adotam essa postura, até por acreditarem que irão obter um maior lucro com menos despesas, tornando-se incoerentes com o respeito à dignidade humana e com o papel de atuação nos países que são membros e devem cumprir com as diretrizes da OCDE.

### *1.3.2 A desproporção dos salários quando são efetivamente pagos*

Nesta mesma linha de raciocínio, há de se falar também de uma das semelhanças encontradas nos casos estudados, que remete à desproporção dos salários dos trabalhadores quando estes foram efetivamente pagos.

O primeiro caso a ser abordado trata-se de uma denúncia realizada, em 21 de novembro de 2013, por dois indivíduos (não identificados no processo) que foram apoiados por uma ONG, em desfavor de uma multinacional australiana<sup>80</sup>. Foi informada na alegação que essa empresa submetia seus empregados em condições precárias pois atrasava por longos períodos os seus salários.

O processo foi direcionado ao PCN da Nova Zelândia, que em julho de 2014 após aceitar o caso, ofereceu os bons ofícios para que as partes pudessem chegar a um acordo e ser devidamente pago os salários que faltavam aos trabalhadores.

---

<sup>79</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises. Paris:** OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>80</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises. Paris:** OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020



Contudo, após dois anos, em julho de 2016 as partes informaram ao PCN que “seria improvável que tivessem êxito em qualquer outra reivindicação, solicitando que a instância específica fosse encerrada”<sup>81</sup>, sendo assim, a declaração final foi emitida encerrando o caso.

No que tange ainda sobre a desproporção dos salários, este problema jurídico também se encontra em outros casos, a exemplo da denúncia realizada pelo sindicato Frente Autêntica do Trabalho (FAT) instalado no México; pelo Unitet Food and Commercial Workers (UFCW) Local 700 situado nos Estados Unidos; juntamente com a Aliança de Los Angeles para uma nova Economia (LAANE), por fim, com o Projeto sobre Organização, Desenvolvimento, Educação e Pesquisa (PODER), em desfavor da multinacional Chedrauis, localizada no México<sup>82</sup>.

O caso foi repassado ao PCN americano. Nas alegações contava que os trabalhadores se encontram totalmente em situações precárias, pois não conseguem ter salários dignos que atendam às suas necessidades básicas, não possuem mais dias de descanso, seguro de saúde acessível, além disso estão sem contato sindical há mais de dois anos.

Em novembro de 2015 foi emitida a declaração final por parte do PCN americano o concluindo, alegando que a mediação precisará ser adiada em virtude de uma outra mediação já feita e que se encontra em andamento. O caso será novamente aberto apenas se as partes não chegarem a um acordo na mediação atual.

Outro exemplo de exploração com relação a desproporção dos salários, é o caso da Fazenda Brasil verde. Os trabalhadores eram recrutados para trabalharem

---

<sup>81</sup> Idem

<sup>82</sup> OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019





nas fazendas de criação de gado, agricultura, desmatamento e exploração de carvão, localizadas principalmente no Pará, Mato Grosso, Maranhão e Tocantins<sup>83</sup>.

A proposta era de prestar essa mão-obra, em troca usufruíam de salários atrativos, contudo, ao chegarem nas fazendas os salários são reduzidos. Dessa forma as dívidas aumentam, pois se veem obrigados a trabalharem para pagá-las, vivendo assim em condições análogas à escravidão.

Em 1995 houve a intervenção do Estado brasileiro adotando medidas coercitivas devido a existência de trabalho escravo. Foi promulgado o Decreto nº 1.538, criou-se também o Grupo Interministerial para Erradicar o Trabalho forçado (GERTRAF), coordenado pelo Ministério do Trabalho, bem como a houve até a participação da OIT.<sup>84</sup>

Apenas em março de 2000 os trabalhadores foram resgatados das fazendas. Este caso submeteu-se à Corte Interamericana de Direitos Humanos e foi julgado, considerou-se que o Brasil violou

O direito a não ser submetido à escravidão e ao tráfico de pessoas, em violação do artigo 6.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1, 3, 5, 7, 11 e 22 do mesmo instrumento... essa violação ocorreu também em relação ao artigo 19 da Convenção Americana, por ser criança ao momento dos fatos. Finalmente, o Brasil é responsável pela violação do artigo 6.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, produzida no marco de uma situação de discriminação estrutural histórica em razão da posição econômica dos 85 trabalhadores identificados no parágrafo 206 da presente Sentença.<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019

<sup>84</sup> OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019

<sup>85</sup> OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019.



Nesse sentido, os três casos relatados acima possuem, como principal violação, a desproporção dos salários dos empregadores. Essa diretriz da OCDE foi infringida e encontra-se no tópico V, número 4, letra “b” do manual a ser seguido por todos os países membros da OCDE:

Quando empresas multinacionais operam em países em desenvolvimento, onde não existem empregadores comparáveis, fornecer os melhores salários possíveis, benefícios e condições de trabalho, dentro da estrutura de políticas governamentais. Estes devem estar relacionados a posição econômica da empresa, mas deve ser pelo menos adequada a satisfazer as necessidades básicas dos trabalhadores e de suas famílias.<sup>86</sup>

É necessário fomentar outras diretrizes que também foram violadas nos casos narrados, como a de “Respeitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos pelas pessoas afetadas em suas atividades”, situado no capítulo II letra “A” número 5.<sup>87</sup>

Não houve respeito aos direitos humanos em todas as denúncias, uma vez que as empresas multinacionais preteriam os salários e até a saúde de seus empregados em prol possíveis lucros na venda e exportação de seus produtos, caracterizando assim a escravidão moderna.

No que se refere aos direitos humanos, nas diretrizes da OCDE, em seu capítulo IV, número 1, a diretriz é clara: “Respeitar os direitos humanos, o que significa que eles devem evitar violar a declaração dos direitos humanos e de terceiros, deve abordar impactos adversos nos direitos humanos com os quais eles estão envolvidos”<sup>88</sup>.

Em relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos que também deve ser analisada, em seu art. 4º, no qual aborda sobre a proibição de manter relações de

---

<sup>86</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises**. Paris: OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>87</sup> Idem

<sup>88</sup> Idem



emprego em condições equiparadas a de escravos - atualmente remetida seus conceitos à escravidão moderna - “Ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos.”<sup>89</sup>

Cabe destacar também seu artigo 23, números (2) “Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.”<sup>90</sup> E (3) “Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social”.<sup>91</sup>

Neste sentido, diante das denúncias explanadas, a desproporção nos salários - quando são efetivamente pagos aos trabalhadores – dá sequência ao estudo de casos com violações semelhantes, correspondendo à segunda constatação encontrada nas queixas oferecidas a tantas inobservâncias pelas empresas multinacionais.

### *1.3.3 As jornadas de trabalho excessivas*

No tocante as semelhanças estudadas nos casos práticos, há de se falar também sobre a frequência nas denúncias relatadas aos Pontos de Contato Nacionais em relação as jornadas de trabalho dos empregados que extrapolam os limites estabelecidos da OCDE, que é de no máximo 54 horas por semana<sup>92</sup>.

O presente caso, que já fora mencionado neste artigo, ocorreu em novembro de 2012. Trata-se de uma denúncia realizada pela Organização Humanitária para a

---

<sup>89</sup> OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019

<sup>90</sup> Idem

<sup>91</sup> Idem

<sup>92</sup> Idem



Economia Migratória ao PCN japonês, em virtude do abuso de trabalhadores chineses na fábrica da Panasonic Ásia Pacífico Pte Ltd, localizada em Singapura<sup>93</sup>.

A acusação feita diz respeito aos baixos salários pagos aos trabalhadores, que são insuficientes para as mínimas condições de existência, que nem sequer atendiam suas necessidades básicas, como o mínimo para uma alimentação, condições de higiene, dentre outros.

Além da empresa multinacional ter cometido esta infração da diretriz da OCDE, como já fora abordada – que se encontra no tópico V, número 4, letra “b”<sup>94</sup> – a violação em questão corresponde ao abuso na jornada de trabalho dos empregados, correspondendo a até 150 horas extras por mês, em virtude de dívidas altas resultantes do recrutando.

De acordo com a denúncia, “as altas taxas de recrutamento que vinculam trabalhadores a enormes dívidas por longos períodos de tempo são uma violação da Lei das Agências de Emprego de Singapura e da Convenção das Agências de Emprego Privadas da OIT, que o Japão ratificou.”<sup>95</sup>

Nesta mesma linha, o limite de horas extras trabalhadas na multinacional é muito superior à base de horas trabalhadas que a OCDE leva em consideração – como será melhor explanado posteriormente. As dívidas contraídas pelo recrutamento obrigam os trabalhadores a aceitarem situações de trabalho forçado e excessivo, uma vez que temem perda do único o emprego.

Em setembro de 2013 o PCN do Japão rejeitou o caso sem emitir uma declaração pública ou mesmo informar diretamente as partes. Os envolvidos apenas

---

<sup>93</sup> OECD. **Panasonic vs. Panasonic Corporation, PCN Japão.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_281](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_281). Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>94</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises, Paris:** OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>95</sup> OECD. **Panasonic vs. Panasonic Corporation, PCN Japão.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_281](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_281). Acesso em: 16 jun. 2019



tiveram conhecimento da situação pois foram comunicados do ocorrido pela embaixada japonesa em Singapura.

Nesse contexto, o problema jurídico correspondente às jornadas de trabalho excessivas, que violam as diretrizes da OCDE, repete-se em outro caso estudado, mencionado anteriormente no presente artigo, como consta a denúncia que fora relatada pelas ONGs Ali Ent. Factory Fire Affectees Assoc; Campagna Abiti Puliti; Movimenti Consumatori; National Trade Union Federation (NTUF); Pakistan institute of Labour Education and Research (PILER); European Center of Constitutional and Human Rights e Schone Kleren Campagne, remetida ao PCN da Itália, em desfavor da empresa Rina Services SpA<sup>96</sup>.

Essa multinacional é responsável por realizar a certificação AS 8000 pelos serviços de credenciamento de responsabilidade social da fábrica de roupas do Paquistão – Ali Enterprises. A denúncia circundou no fato de que a empresa concedeu indevidamente essa certificação para a fábrica - antes de sofrer a queimada.

Os Reclamantes alegam também que, além da empresa RINA utilizar a mão-de-obra infantil – outra infração já mencionada no presente artigo, e que se encontra no tópico V, número 1, letra “c” das Diretrizes da OCDE<sup>97</sup> - ela utilizou da jornada excessiva para com os seus trabalhadores, como horas extras involuntárias e muito acima do limite máximo que a OCDE propõe, de 54 horas por semana, como consta o depoimento extraído da queixa apresentada no cronograma de desenvolvimentos:

O relatório de auditoria afirmou que as mudanças na fábrica teriam sido das 9h às 18h. Como o incêndio começou por volta das 18h30 (FIA 2012: 8, anexo 7), com a fábrica no modo de trabalho completo, fica claro que o horário efetivo de trabalho foi mais longo do que o relatado. De acordo com os depoimentos de trabalhadores, o horário trabalhado era de 12h

---

<sup>96</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises, Paris:** OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>97</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises, Paris:** OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020



por dia, seis dias por semana (Khan 2015: 5, anexo 19, Affidavit Zahid, anexo 5). Os auditores do RINA descobriram que não havia trabalho forçado na Ali Enterprises. Contudo, vários trabalhadores testemunharam que eram obrigados a cumprirem certas cotas e, caso não o fizessem, não poderiam sair (Khan 2015: 4 f., Anexo 19: Affidavit Zahid, Jamil, Anexos 5,6). Esses testemunhos são uma indicação de horas extras involuntárias que constituíram trabalho forçado<sup>98</sup>.

Os Reclamantes aduzem que essas ações da multinacional são ofensas as Diretrizes da OCDE e buscam uma solução para com o PCN italiano. A queixa foi devidamente apresentada ao respectivo PCN, contudo, atualmente o processo encontra-se arquivado.

De acordo com um estudo realizado pela OCDE, levando como base a média do tempo de trabalho de seus profissionais, chegou-se à conclusão de que cada um que trabalha em tempo integral para a OCDE tem direito a aproximadamente 15 horas para descanso e lazer. Sendo assim, estima-se que este trabalhe 9 horas ao dia, obtendo como resultado de horas trabalhadas por semana 54 horas, no máximo.<sup>99</sup>

Cabe destacar que esse estudo é apenas um parâmetro e que pode variar de país para país. No primeiro caso tomado em relevo, fora relatado na denúncia que os trabalhadores prestavam serviços de até 150 horas extras por mês para a fábrica da Panasonic Ásia Pacífico Pte Ltd. Ou seja, do cálculo que se tem como base pela OCDE de que o estimado de horas trabalhadas por dia por um profissional em tempo integral corresponde a 9 horas, esses empregados da empresa multinacional

---

<sup>98</sup> SPECIFIC INSTANCE COMMUNICATION. 2 b) Excessive Overtime and Forced Labor: “The Audit Report claims shifts in the factory would have been from 9:00 am to 6:00 pm. Since the fire broke out around 6:30 pm (FIA 2012:8, Annex 7) with the factory in full working mode, it is clear that the effective working hours were longer than reported. According to worker testimonies, the working hours amounted up to 12 hours per day, six days per week (Khan 2015: 5 Annex 19; Affidavit Zahid, Annex 5). RINA’s auditors found that there was no forced labor at Ali Enterprises. However, several workers testified that they were obligated to fulfill certain quotas and in case they did not do so they were not allowed to leave (Khan 2015: 4 f., Anexo 19; Affidavit Zahid, Jamil Annexes 5, 6). These testimonies are an indication for involuntary overtime which would constitute forced labour.” Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_514](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_514). Acesso em: 01 abr. 2020

<sup>99</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises, Paris**: OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020



trabalhavam as nove horas além de, em média, mais 6 horas extras todos os dias durante o mês.

A jornada de trabalho de forma excessiva e abusiva corresponde a uma das violações as Diretrizes da OCDE, como consta em seu capítulo V, número 1 letra “d”, a diretriz é clara: contribuir para a eliminação de todas as formas de mão-de-obra forçada ou compulsória e tomar as medidas adequadas para garantir que esse trabalho forçado ou compulsório não exista em suas operações”<sup>100</sup>.

Dessa forma, essa inobservância à diretriz da OCDE é remetida também ao segundo caso, que, em depoimento relatado pelos trabalhadores da empresa multinacional RINA, fora alegado que eles eram obrigados a cumprirem certas cotas e, caso não o fizessem, não poderiam sair da empresa. Caracterizando dessa forma, trabalho forçado e horas extras involuntárias que não foram computadas.

É necessário fomentar que a multinacional também infringiu o capítulo IV que aborda os Direitos Humanos. Em seu número 4, a diretriz aborda sobre um compromisso político que deve respeitar os direitos humanos<sup>101</sup>. Como neste item os direitos humanos estão dispostos de uma forma mais abrangente, faz-se um adendo ao art. 24 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “Toda apessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas.”<sup>102</sup>

Ante todo o exposto, as denúncias relacionadas as jornadas de trabalho excessivas corroboram com a terceira semelhança encontrada aos casos de inobservância às diretrizes da OCDE.

### *1.3.4 As condições insalubres no trabalho*

---

<sup>100</sup> Idem

<sup>101</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises**. Paris: OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>102</sup> Idem



As condições insalubres no trabalho correspondem à última das semelhanças estudadas nas inobservâncias às diretrizes da OCDE pelas empresas multinacionais para com os seus trabalhadores. No presente caso, houve uma denúncia proposta pela Articulação de Empregados Rurais do Estado de Minas Gerais (ADERE-MG), que corresponde à uma associação de vários sindicatos, em desfavor das empresas Nestlé; Jacobs Douwe Egberts; Mc Donald's; Dukin Donuts; Starbucks e Illy<sup>103</sup>.

As violações trabalhistas e humanas aconteceram nas fazendas do Sul de Minas Gerais, sendo responsável pela análise do presente caso, o PCN brasileiro. Fora relatado por 37 trabalhadores resgatados, que eles viviam em situações análogas à escravidão, pois não tinham as condições mínimas para sobreviverem, como água potável, salário digno – o salário não foi pago durante meses - além disso, os trabalhadores sofriam de maus tratos, tinham jornadas excessivas e trabalhavam em condições completamente insalubres.

De acordo com os depoimentos dos empregados, “os trabalhadores descrevem a situação como se estivessem ‘morando em um curral’, sem qualquer condição de higiene, em estruturas precárias que não dão conta de atender necessidades básicas de sobrevivência digna.”<sup>104</sup> Em setembro de 2018 o PCN do Brasil aceitou o caso.

Contudo, no final de 2019, mesmo o caso encontrando-se em análise, o PCN brasileiro comunica, durante uma reunião, os Reclamantes, que na verdade não tinha aceito o caso oficialmente, necessitando assim analisar novamente a denúncia proposta<sup>105</sup>. Portanto, atualmente, o caso encontra-se arquivado.

---

<sup>103</sup> OECD. **Nestlé, Jacobs Douwe Egberts, Mc Donald's, Dukin Donuts, Starbucks and Illy, and Articulation of Rural Employees of the State of Minas Gerais (ADERE-MG), PCN do Brasil.** Disponível em: <http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/br0026.htm>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>104</sup> OECD. **Trabalho escravo em fazendas de café em MG é denunciado na OCDE.** Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/trabalho-escravo-cafe-minas-gerais-ocde>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>105</sup> OECD. **Conectas Human Rights & ADERE MG v. coffee sellers, PCN do Brasil.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 15 abr. 2020.





Proporcionar aos trabalhadores ambientes totalmente insalubres e precárias para sua jornada de trabalho, ferem as diretrizes da OCDE e a dignidade do ser humano. Esse problema jurídico é encontrando em outros casos, a exemplo da denúncia que fora realizada, no ano de 2014, pelo comitê Tibete do Canadá em desfavor da empresa multinacional de mineração, China Gold International Resources Corp. Ltda, localizada no Vale do Gyama da Região Autônoma da China no Tibete – o caso foi direcionado ao PCN do Canadá<sup>106</sup>.

De acordo com o documento que fora utilizado para a análise e considerações para instância específica, foi alegado que a empresa:

1) envolveu-se em práticas discriminatórias de contratação; 2) despejos forçados e reassentamento de terras; 3) violou a liberdade de questões religiosas através da negação de acesso a sites religiosos; 4) violou a liberdade de expressão e a divulgação de informações relacionadas ao projeto; e 5) contribuindo para fatores ambientais negativos, violou os direitos das comunidades locais à água e à saúde.<sup>107</sup>

Fora relatado também que os trabalhadores não tinham acesso a água potável e nem a remédios quando se encontravam doentes; também não tinham muito acesso a liberdade de expressão e informações, dentre outras violações trabalhistas.

O PCN canadense aceitou o caso e, ao final do processo, emitiu uma declaração final, em abril de 2015, concluindo a presente demanda. Nela, constou que a multinacional não mostrou alinhamento para com as diretrizes de inobservância, além de que, comunicou apoio a empresa caso desejasse ter isso na esfera de defesa comercial do Governo do Canadá.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> SUMMARY, Executive. **Final Statement on the Request for Review regarding the Operations of China Gold International Recourses Corp. Ltd., at the Copper Polymetallic Mine at the Gyama Valley, Tibet Autonomous Region.** 2019. Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/statement-gyama-valley.aspx?lang=eng#fs3>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>107</sup> Idem

<sup>108</sup> SUMMARY, Executive. **Final Statement on the Request for Review regarding the Operations of China Gold International Recourses Corp. Ltd., at the Copper Polymetallic Mine at the Gyama**



Nesse diapasão, ambos os casos relatados se reportam à inobservância das diretrizes da OCDE, presente em seu capítulo V, número 4, letra “c”, no qual, diz respeito sobre “tomar as medidas adequadas para garantir a saúde e a segurança ocupacional em suas operações.”<sup>109</sup>

Esta semelhança na violação às diretrizes também está presente em outras denúncias, como fora relatada a denúncia feita pelas ONGs Porgera SML Landowners Association; Akali Tange Association; Earthrights International; Mining Watch Canada e Rights and Accountability in Development em face da empresa multinacional – de mineração – Barrick Gold Corporation no qual, o PCN do Canadá foi responsável pelo caso<sup>110</sup>.

As Reclamantes alegam que a empresa cometera violação das diretrizes, que correspondeu ao meio ambiente e desenvolvimento sustentável, bem como aos direitos humanos dos trabalhadores e da comunidade local.

Aduzem ainda que as condições de trabalho nas minas são totalmente incompatíveis com os padrões de saúde e segurança humana. Em 2012 fora relatado nas reuniões realizadas entre o PCN do Canadá e as partes, uma denúncia de estupro por parte dos seguranças:

Com base nas informações obtidas fora da mediação, os reclamantes estavam profundamente preocupados com o possível dano causado pelo procedimento de queixa, principalmente porque Barrick solicitou que as vítimas de estupro assinassem isenções legais se aceitassem um pacote de remédio individual.<sup>111</sup>

---

**Valley, Tibet Autonomous Region.** 2019. Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/statement-gyama-valley.aspx?lang=eng#fs3>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>109</sup> OCDE. **Guidelines for Multinational Enterprises.** Paris: OCDE Publishing, 2011. “Take adequate steps to ensure occupational health and safety in their operations.” Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2020

<sup>110</sup> OECD. **Mining Watch Canada e outros vs. Barrick Gold Corporation, PCN do Canadá.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_210](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_210). Acesso em: 15 jan. 2020

<sup>111</sup> OECD. **Mining Watch Canada e outros vs. Barrick Gold Corporation, PCN do Canadá.**



Diante desse cenário, as ONGs emitem um comunicado de imprensa sobre a proposta da empresa para com as vítimas de estupro, no qual:

As mulheres que sofreram estupros pelos guardas de segurança de Berrick elas sofreram uma violação grave de direitos humanos e isso é um crime. O que Berrick está oferecendo através do seu procedimento de reclamação em nível de projeto não pode ser comparado a um ‘acordo extrajudicial’. Essas mulheres não se beneficiaram de nenhuma das proteções ou salvaguardas fornecidas por um procedimento legal ou por um tribunal e, se aceitarem o que a Berrick está oferecendo, nunca o receberão, pois devem assinar seu direito de tomar medidas legais em relação ao dano que sofreram. Os direitos das mulheres que foram prejudicadas não devem ser violados novamente, mesmo que recebam remédio pela primeira violação<sup>112</sup>.

A mediação entre o PCN e as partes terminou em abril de 2013, e no ano seguinte, em janeiro, o PCN o Canadá emitiu a declaração final concluindo o caso. Nessa linha, a outra denúncia apresentada corresponde à alegação apresentada pelo Centro Comunitário de Educação Legal das ONGs do Camboja (CLEC) e pela Earth Rights International (ERI) em desfavor da empresa multinacional America Refining Inc. (ASR), referente aos direitos humanos dos trabalhadores na plantação de açúcar e refinaria de Koh Kong, no Camboja – o PCN responsável foi o dos Estados Unidos<sup>113</sup>.

Na alegação consta que os moradores foram despejados e não foi ofertado lugares alternativos para poderem residir, sendo obrigados a aceitarem qualquer condição no local de trabalho e também em locais para habitar. Em 4 de junho de 2013, após a declaração final emitida, o PCN informou que havia concluído o caso uma vez que as partes não tinham chegado em nenhum consenso<sup>114</sup>.

---

Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_210](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_210). Acesso em: 15 jan. 2020

<sup>112</sup> Idem.

<sup>113</sup> Idem

<sup>114</sup> Idem



Ante todo o exposto, os quatro casos reais analisados submetem-se à exploração dos trabalhadores, seja em locais de trabalho como até mesmo em locais para residirem, resultando em completa exposição a insalubridade, fato esse bastante prejudicial à saúde. Além de existir violação aos direitos humanos, sendo na própria forma que são submetidos ao trabalho, com falta de condições básicas, assim como abusos, corresponde à denúncia de um dos casos, que houve abuso sexual.

Proporcionar locais insalubres para o trabalho pode parecer, no primeiro momento, até mais acessível economicamente para o empregador, pois ele não terá que arcar com os custos para fornecer um ambiente melhor de trabalho. Contudo, com o passar do tempo, os agentes nocivos à saúde vão se manifestar e gerarão sequelas nos trabalhadores, impossibilitando em alguns casos a volta das atividades normais do trabalho, tendo o empregador até mais custos com a mão-de-obra.

No que concerne ainda sobre condições insalubres no ambiente de trabalho, em novembro de 2017 o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou inconstitucional o art. 2º da Lei Federal 9.055/1995, no qual permitia a extração, industrialização, comercialização e a distribuição da extração e uso do amianto crisotila<sup>115</sup>. É sabido que durante a manipulação do amianto e o uso, ele libera fragmentos que contaminam o meio ambiente, além de ser prejudicial à saúde, provocando doenças graves como câncer de pulmão, asbestose e mesotelioma.

O início da década de 2020 está sendo marcada por uma pandemia causada pelo surto do novo vírus, covid-19 (*coronavirus disease* 2019). O primeiro relato ocorreu com um paciente em 12 de dezembro de 2019 em Wuhan na China. Em virtude do vírus ter alto contágio, sendo pelo ar e contato, disseminou-se muito rápido,

---

<sup>115</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF reafirma inconstitucionalidade de dispositivo que permitia extração de amianto crisotila**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=363263>. Acesso em: 28 maio 2020



atingindo diversos países em uma proporção muito grande, foram confirmados no mundo mais de 5.488.825 casos e 349.095 mortes<sup>116</sup>.

Na busca por soluções para a redução do número de contágio e mortes, medidas emergenciais extremamente importantes, como o isolamento social, denominado de quarentena, foram implantadas em quase todos os países do mundo. A utilização de máscaras, lavar bem as mãos, passar álcool em gel, dentre outros, são indicações que devem ser obedecidas para uma melhora na higiene, protegendo o próprio cidadão de uma maior propagação do vírus.

Mesmo com toda a divulgação de informações que devem ser obedecidas, em virtude de um momento tão sério e delicado que o mundo está passando, alguns locais no Brasil demoraram para adquirirem esses novos hábitos, como em Goiás e São Paulo<sup>117</sup>, retardando o processo de melhora, e proporcionando aos empregados ambientes de trabalho insalubres, uma vez que sem esses cuidados facilita ainda mais a propagação do vírus, prejudicando a saúde de todos.

Por outro giro, cabe destacar o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos em analogia as condições insalubres no trabalho, uma vez que a ONU abrangeu neste pacto direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Sendo assim, em seu artigo 10 item 3, está disposto que “...O emprego de crianças e adolescentes, em trabalho que lhes seja nocivo à moral e à saúde, ou que lhes faça

---

<sup>116</sup> BRASIL. Organização Pan Americana da Saúde. **OPAS Brasil**. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:COVID19&Itemid=87](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:COVID19&Itemid=87)

5. Acesso em: 28 maio 2020

<sup>117</sup> BRASIL. BBC News Brasil. **Coronavírus**: os setes erros que põem Brasil na rota do ‘lockdown’, segundo especialistas. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52551974>. Acesso em: 28 maio 2020



correr perigo de vida, ou ainda que lhes venha prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei.”<sup>118</sup>

Em seu art. 12, §1º consta que “Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”<sup>119</sup>. Levando como base também o art. 189 da CLT, que corrobora um padrão mínimo de proteção aos trabalhadores, o artigo expõe que existe uma regra para ser considerado insalubre os agentes nocivos à saúde, e eles estão exemplificados na Norma Regulamentadora 15 do Ministério do Trabalho.

Esta norma também faz analogia com as condições insalubres no trabalho, uma vez que relata exatamente a preocupação com agentes nocivos à saúde e ao bem-estar dos empregados.

São alguns os casos de insalubridade, (i) o limite de tolerância para ruído contínuo ou intermitente é de no máximo 115 dB em até 7 minutos<sup>120</sup>, após esse valor o ruído causa impacto e prejudica o trabalhador; (ii) outra forma é o limite informado inferior a um segundo, a intervalos superiores a um segundo de ruído de impacto que apresenta picos de energia acústica<sup>121</sup>;

O outro fator de insalubridade (iii) corresponde à exposição ao calor, definida pelo Índice de Bulbo Úmido do Termômetro de Globo (IBUTG), na Norma Regulamentadora 15 há várias tabelas para o tipo de atividade no sol, seja em ambientes internos ou externo sem carga solar ou com ambientes externos com carga

---

<sup>118</sup> BRASIL. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, 16 de dezembro de 1966

<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Economicos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020

<sup>119</sup> Idem

<sup>120</sup> BRASIL. NR 15. **Atividades e Operações insalubres**. Limites de tolerância para ruído contínuo ou intermitente. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR15-ANEXO1.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020

<sup>121</sup> Idem



solar<sup>122</sup>; o penúltimo exemplo (iv) consiste no limite de tolerância para poeiras mineiras, no qual, a Norma Regulamentadora 15 expõe várias possibilidades de tolerância<sup>123</sup>. Por fim, (v) o último parâmetro para regular a insalubridade é em relação aos agentes químicos no local de trabalho, a Norma Regulamentadora 15 apresenta algumas tabelas explicativas por limite de tolerância e inspeção no local<sup>124</sup>.

Portanto, o doesto a trabalhos insalubres, além de violar uma das diretrizes da OCDE para empresas multinacionais, prevista em seu capítulo V - como já fora citada anteriormente - infringe também estes dispositivos. Sendo inaceitável que, no contexto internacional, exerçam estas atividades as quais afrontam a saúde de seus trabalhadores, desrespeitando tantas normas básicas de saúde e sobrevivência, colocando vidas em risco.

Com essa abordagem – como são realizadas toda as etapas de atuações processuais e materiais dos PCNs, da mesma forma que a natureza jurídica das semelhanças encontradas nos casos práticos estudados que infringem as diretrizes da OCDE – tem-se uma melhor compreensão de todo o funcionamento dos Pontos de Contato Nacionais e como são feitas suas abordagens para as soluções das denúncias realizadas.

Dessa forma, no próximo capítulo será exposto sobre os PCNs no constante processo de mudanças como um mecanismo quase jurisdicional para solucionar os casos análogos à escravidão moderna.

## **2 O PCN COMO MECANISMO QUASE JURISDIONAL AINDA EM CONSTRUÇÃO PARA SOLUCIONAR OS CASOS ANÁLOGOS À ESCRAVIDÃO MODERNA OCASIONADOS PELAS EMPRESAS MULTINACIONAIS**

---

<sup>122</sup> Idem

<sup>123</sup> Idem

<sup>124</sup> Idem



## 2.1 O constante processo de mudanças dos PCNs para otimizar as soluções às denúncias realizadas

Frente à incidência de constantes relatos de práticas análogas à escravidão pelas empresas multinacionais, a existência de um PCN como órgão quase jurisdicional que atua e se dedica às questões de justiça social, combatendo ativamente essa prática, dentro de um cenário capitalista, é primordial.

Por ser um órgão que trata de demandas sobre a efetividade das diretrizes da OCDE para com as empresas multinacionais, requerer que exista relações maiores de diálogos com as partes envolvidas, com os sindicatos, com as associações empresariais, dentre outros - isso facilita e otimiza as soluções às denúncias de inobservâncias realizadas. Uma vez que, é por meio dessa mediação que se chega a um acordo<sup>125</sup>.

Como é o caso do PCN Brasil, dispõe o art. 2º, IV, “b”, do decreto nº 9.874, o PCN é um:

Órgão de assessoramento destinado a: acompanhar as discussões da OCDE sobre a implementação das diretrizes e eventuais negociações complementares e adotar, no que couber, os instrumentos que a República Federativa do Brasil aceitar. b) oferecer instância de mediação para encontrar uma solução não judicial entre as partes, quando houver alegações contra as operações de uma multinacional.<sup>126</sup>

Outro ponto positivo dos PCNs, que se caracteriza pela sua constante evolução e melhora, são os relatórios anuais. Todo o ano, são realizados esses relatórios para promover e averiguar a eficácia das diretrizes para com as empresas multinacionais<sup>127</sup>. São discutidos e repassados todos os casos analisados ao longo do

---

<sup>125</sup> OECD. **Direct Investments Ombudsman**. National Contact Point (NCP) for OECD. Disponível em: <http://oid.economia.gov.br/en/menus/13>. Acesso em: 16 maio 2020

<sup>126</sup> BRASIL. **Decreto nº 9.874, de 27 de junho de 2019**. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-9.874-de-27-de-junho-de-2019-179414815>. Acesso em: 16 maio. 2020

<sup>127</sup> BRASIL. Ministério da Economia. **Ambiente em Migração**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional>. Acesso em: 06 mar. 2020





ano, as soluções encontradas, o que deu certo, o que precisa ser melhorado e, ao final, é feita sua publicação.

Além disso, os PCNs buscam sempre se aperfeiçoarem em reuniões que ocorrem duas vezes a cada semestre, no qual são levantados os casos, as possíveis soluções e a averiguação da implementação das diretrizes para com as empresas multinacionais, como está disposto no art. 5º deste mesmo decreto.

Art. 5º O Ponto de Contato Nacional para a Implementação das Diretrizes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico para as Empresas Multinacionais se reunirá em caráter ordinário duas vezes a cada semestre e em caráter extraordinário sempre que um de seus membros solicitar<sup>128</sup>.

Após toda a análise processual e material realizada pelos PCNs com relação as denúncias aceitas – como já fora exposto neste artigo – tem que ser feita uma publicação com o relatório final, informando como foi o trâmite do processo, quais foram os acordos feitos, se a mediação foi sucedida, informações sobre a natureza e os resultados das atividades, como consta o art. 10 deste decreto,

Art. 10. O Ponto de Contato Nacional para a Implementação das Diretrizes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico para as Empresas Multinacionais divulgará os relatórios finais sobre o tratamento das questões de que trata o inciso IV do **caput** do art. 2º, ressalvados os aspectos de sigilo ou confidencialidade indicados pelas partes.<sup>129</sup>

A exemplo dos processos concluídos no Brasil, que se encontram no sítio do Ministério da Economia<sup>130</sup> - o PCN publica a análise final de todas as alegações de inobservância das denúncias apresentadas, informando se já foram concluídas, estão

---

<sup>128</sup> Idem

<sup>129</sup> Idem

<sup>130</sup> BRASIL. Ministério da Economia. **Ambiente em Migração**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional>. Acesso em: 06 mar. 2020



em curso ou se não foram aceitas, além de conter determinados documentos para que terceiros entendam os respectivos casos e suas conclusões.

Esta forma de relatório, além de trazer publicidade ao caso, pode auxiliar os outros PCNs na busca por soluções para casos semelhantes de inobservâncias às diretrizes da OCDE, uma vez que os casos já concluídos, muitos obtiveram mediações com sucesso e estas podem servir de base para novas soluções de casos parecidos.

Em se tratando ainda do constante processo de evolução dos PCNs, a OCDE disponibiliza, como o próprio nome fala, as melhores práticas/diretrizes em seu site<sup>131</sup>. A título de exemplo, a matéria publicada, em 20 de abril de 2020, na qual aborda o surto da nova pandemia - o covid-19 – como aplicar boas práticas regulatórias em meio à crise, uma vez que esse vírus teve um impacto muito grande em toda a sociedade, refletindo em diversas mudanças, até nas relações trabalhistas.<sup>132</sup>

Auxiliando, além das empresas, também os próprios PCNs, na utilização de novas tecnologias para uma melhor regulamentação, a eficácia das medidas adotadas, dentre outros.

Citando caso parecido, nova matéria sobre a parceria de organizações internacionais para o estabelecimento de regras internacionais eficazes com a OCDE, no qual as Organizações Internacionais (OIs) “facilitam a cooperação e coordenação entre seus membros e desempenham um papel fundamental dos desafios transfronteiriços”<sup>133</sup>. Além de “trocar boas práticas e promover maior qualidade, eficácia e impacto na regulamentação internacional”<sup>134</sup>, servindo como auxílio aos PCNs sobre implementação, monitoramento de processos internacionais, dentre outros.

---

<sup>131</sup> Idem

<sup>132</sup> Idem

<sup>133</sup> OECD. **The Partnership of international organisation for effective international rulemaking.** Disponível em: <https://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/a-partnership-for-effective-international-rule-making.htm>. Acesso em: 01 jun. 2020

<sup>134</sup> Idem



Em suma, o PCN como um organismo quase jurisdicional é uma outra alternativa efetiva para o combate à escravidão moderna. Tem como objetivo nortear as diretrizes da OCDE, que são de aceitação universal, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social de forma sustentável<sup>135</sup>, além de promover um diálogo próximo e constante com a sociedade civil, com o governo e outros PCNs.

Cobra em relevo destacar que, como recente órgão jurídico, ele encontra-se em constante mudança para otimizar as soluções às denúncias realizadas. Fato esse, que pode ocasionar em uma certa transparência limitada ao acesso à informação para com as empresas multinacionais que apresentam inobservâncias às diretrizes da OCDE.

## **2.2 A transparência limitada dos PCNs sobre o acesso à informação para com as empresas multinacionais que violam as diretrizes da OCDE**

Da análise exordial, tendo como base o órgão jurídico PCN como um mecanismo em constante processo de mudanças e evolução para a erradicação da escravidão moderna, bem como para otimizar as soluções às denúncias de inobservâncias das diretrizes da OCDE, impende em considerar o acesso à informação - como é feita a publicidade dos casos analisados e a sua transparência.

Como já fora explanado neste artigo, há algumas etapas para que sejam feitas as análises processuais para aceitação ou não das denúncias realizadas aos PCNs. No momento de aceitação dos casos até a tão esperada conclusão – que na maioria das vezes obtêm êxito – os PCNs buscam trabalhar com transparência.

---

<sup>135</sup> BRASIL. Ponto de Contato Nacional do Brasil. **Manual de Procedimentos para Instâncias Específicas**. 2019. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/produtos/formularios/pcn-manual-de-procedimentos-para-instancias-especificas.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2020



Contudo, consta no livro das diretrizes que este organismo jurídico fica limitado ao acesso à informação, haja vista a publicidade dos casos ser restrita. Como está disposto na segunda parte, no item sobre as Orientações Processuais:

4. Enquanto os procedimentos previstos no nº 2 estão em curso, a confidencialidade dos procedimentos será mantida. Na conclusão dos procedimentos, se as partes envolvidas não concordaram com a resolução das questões levantadas, eles são livres para se comunicar e discutir essas questões. Contudo, informações e opiniões fornecidas durante o processo por outra parte envolvida permanecerão confidenciais, a menos que outra parte concorde com a sua divulgação, ou isso seria contrária às disposições da lei nacional<sup>136</sup>.

A publicidade restrita, também demonstrada na segunda parte das diretrizes, mas no tópico de Comentário sobre Procedimentos de Implementação, há um item que aborda sobre transparência:

Transparência. Assim, como princípio geral, as atividades dos PCNs serão transparentes. No entanto, quando o PCN oferece os seus “bons ofícios” na implementação das Diretrizes em instâncias superiores, será do interesse de sua eficácia adotar medidas apropriadas para estabelecer a confidencialidade dos procedimentos<sup>137</sup>.

Nesta mesma parte, só que no tópico sobre Transparência e Confidencialidade, há mais uma reiteração sobre transparência ao acesso à informação. O tópico 38 descreve que:

O parágrafo C-4 do Procedimento Guiado, reconhece que existem circunstâncias específicas em que a confidencialidade é importante. O PCN tomará as medidas apropriadas para proteger informações confidenciais comerciais. Igualmente, outras informações, como a identidade das pessoas envolvidas nos procedimentos, devem ser mantidas confidenciais, no interesse da implementação efetiva das Diretrizes. Assim, enquanto o parágrafo C-4 amplamente sublinha que os procedimentos associados à implementação serão

---

<sup>136</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises**. Paris: OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>137</sup> Idem



confidenciais, os resultados normalmente serão transparentes<sup>138</sup>.

Em suma, a publicidade dos casos aceitos pelos PCNs está relacionada com uma certa restrição em sua transparência. Uma vez que, existem exigências na forma de como são repassadas, ao público, todas as informações obtidas e coletadas ao longo do processo de análise para com as denúncias de inobservâncias das diretrizes da OCDE.

Nesse sentido, por mais que a OCDE determine que os PCNs busquem uma linha tênue entre todas as informações obtidas ao longo dos casos e a publicidade que se dará quando eles forem concluídos, não há necessidade de limitar tanto o acesso à informação.

No Brasil, os processos dos órgãos de controle externo, como o Tribunal de Contas da União (TCU), o Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF), assim como outros tribunais, a exemplo do Tribunal Regional Federal (TRF1), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Supremo Tribunal Federal (STF), dentre outros – cabe destacar também a arbitragem de investimentos<sup>139</sup> - são todos públicos, ressalvadas as hipóteses em que proteger um bem jurídico seja maior do que o direito da sociedade de ter acesso à informação.

Em analogia com a lei 12.527/2011 que retrata sobre o acesso à informação (LAI), está disposto em seu art. 6º que “cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a: I - gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação;”<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> Idem

<sup>139</sup> ITALAW. **A título de exemplo, quase todos os laudos arbitrais encontram-se em:** Italaw.

Disponível em: <https://www.italaw.com/>. Acesso em: 01 jun. 2020

<sup>140</sup> BRASIL. **Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 21 maio 2020



Da mesma maneira que, em seu art. 10 “qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.”<sup>141</sup>

O Senado Federal disponibilizou em seu site explicações sobre a LAI, na parte em que aborda o acesso à informação pública, ressalta que:

Todos têm direito de receber dos órgãos e entidades públicas informações de interesse particular ou público. Não basta que a Administração divulgue suas ações. É necessário também que responda a pedidos de acesso a informações específicas. Para que isso aconteça, o pedido precisa ser processado e o requerente deve receber as informações requeridas, conforme os prazos e procedimentos estabelecidos na lei.<sup>142</sup>

Nessa linha, até pelo fato do PCN Brasil estar subordinado ao Ministério da Economia, a publicidade deveria ser maior. Muitas denúncias de violações às diretrizes da OCDE já foram publicadas em outros sites expondo os casos e empresas multinacionais que agiram com inobservância. Como são os casos das violações das empresas Adidas<sup>143</sup> e Nike<sup>144</sup> que obtiveram essa matéria exposta em diversos sítios, contudo, no site da OCDE as informações foram mínimas.

Cumpre sublinhar, a denúncia que circundou o PCN brasileiro sobre as explorações de mão de obra escrava nas fazendas de café no Sul de Minas Gerais. Este caso já foi exposto no artigo, contudo, mesmo com a publicidade de outros sites

---

<sup>141</sup> Idem

<sup>142</sup> BRASIL. Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 21 maio 2020

<sup>143</sup> OECD. CCC vs. Adidas, PCNs da Áustria e Alemanha. Disponível em:

[https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_27](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_27). Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>144</sup> OECD. Chedraui vs. FAT, PCN Americano. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019



sobre o ocorrido, como a exemplo da própria Conectas<sup>145</sup> e do site *The Washington Post*<sup>146</sup>, bem como, fora exposto acima sobre a importância da LAI; no site da OCDE<sup>147</sup> apenas encontra-se informações ínfimas de um caso tão importante - que retrata as condições análogas à escravidão sofridas pelos trabalhadores, além de conter a participação de seis empresas multinacionais.

Durante esta pesquisa, tentou-se entrar em contato, diversas vezes, com algum dos representantes do PCN Brasil, com o objetivo de extrair informações sobre a denúncia em tela. Fora elaborado um questionário que continha algumas indagações<sup>148</sup>.

Por exemplo: quais foram as medidas utilizadas para obter os dados de outras denúncias feitas por explorações semelhantes?; quais as soluções para que a empresa Nestlé seja mais transparente? Haja vista que houve controvérsia no discurso dessa multinacional; qual foi a medida adotada pelo PCN brasileiro? quais foram as medidas adotadas pela Conectas?

Nesse esboço, diante da transparência limitada dos PCNs, não foi possível a obtenção de nenhuma dessas indagações. O motivo alegado fora de que o caso é sigiloso e ainda não pode ser levado ao público, apenas quando o PCN do Brasil emitir sua declaração final.

---

<sup>145</sup> OECD. Conectas Direitos Humanos. Trabalho escravo em fazendas de café em MG é denunciado na OCDE. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/trabalho-escravo-cafe-minas-gerais-ocde>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>146</sup> Idem.

<sup>147</sup> OECD. Nestlé, Jacobs Douwe Egberts, Mc Donald's, Dukin Donuts, Starbucks and Illy, and Articulation of Rural Employees of the State of Minas Gerais (ADERE-MG), PCN do Brasil. Disponível em: <http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/br0026.htm>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>148</sup> Questionário completo nas páginas 55 a 57 da presente pesquisa



Em busca de esclarecimentos sobre esta denúncia, que retrata a escravidão moderna, entrou-se em contato com o sistema eletrônico do serviço de informação ao cidadão (e-SIC)<sup>149</sup> com o objetivo da obtenção de respostas.

Após um mês, o e-SIC manifestou-se a respeito das perguntas formuladas. Recapitulou a criação do PCN, como é a sua forma de resolver as denúncias repassadas, como um órgão jurídico, bem como descreveu o caso das fazendas de café, “no que diz respeito à **Alegação nº 02/2018**, trata-se de um dos casos mais complexos do PCN Brasil, por envolver várias empresas de diferentes nacionalidades e em uma longa e complexa cadeia de suprimento global.”<sup>150</sup>

Finaliza a resposta informando que

No dia 11 de março de 2020, o Relator apresentou o caso na reunião do colegiado, oportunidade em que os membros do GTI-PCN acompanharam a sugestão do Relator de solicitar documentos adicionais às empresas. A Alegação segue em análise e tão logo o caso seja concluído o Ponto de Contato Nacional (PCN) se manifestará por meio da sua Declaração Final.<sup>151</sup>

Além de recomendar alguns links que poderiam ser úteis para um melhor entendimento sobre o trabalho do PCN do Brasil, tal como outros sítios que relataram esta denúncia.

Por outro giro, a transparência para com o acesso à informação deveria ser completa - salvo em casos que fossem comprovados a necessidade do sigilo. Para não haver tanta exposição, antes da decisão final, poderia ter o corte determinados nomes, números, que são mais sensíveis às denúncias, porém, a publicidade dos casos não deveria ser resguardada.

---

<sup>149</sup> BRASIL. ESIC, CGU. **E-SIC, Sistema eletrônico do serviço de informação ao cidadão**. Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/site/index.aspx>. Acesso em: 23 mar. 2020

<sup>150</sup> BRASIL. ESIC, CGU. E-SIC, Consulta do pedido. **Número de protocolo 03006004886202051**. Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/Pedido/ConsultaPedido.aspx>. Acesso em: 23 abr. 2020

<sup>151</sup> BRASIL. ESIC, CGU. E-SIC, Consulta do pedido. **Número de protocolo 03006004886202051**. Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/Pedido/ConsultaPedido.aspx>. Acesso em: 23 abr. 2020





Uma vez que, além de ser provável que a denúncia circunde em outras plataformas, a transparência ajudará na imagem das empresas multinacionais, haja vista que assim, podem comprovar publicamente que não estão envolvidas dessa forma com práticas trabalhistas abusivas, de escravidão moderna, e podem comprovar também que, caso isso ocorra, há esforços e buscas por melhorias para reverter a situação e cercear as práticas análogas à escravidão.

Em vista do que já foi expendido, os PCNs detêm de uma transparência limitada para com o acesso à informação sobre as denúncias de violações às diretrizes da OCDE. Fato esse que não deveria ocorrer, em virtude da importância que existe a publicidade dos casos, o conhecimento por parte da sociedade sobre o que está acontecendo com as empresas estrangeiras instaladas em seus respectivos países – assim como, também não há de prejudicar as partes com dados mais vulneráveis nas denúncias.

Por conseguinte, buscou-se neste capítulo abordar diversas maneiras de como os Pontos de Contato Nacionais estão em constante processo de mudanças na busca em solucionar as denúncias de violações às diretrizes da OCDE.

Assim como, ressalta-se que, por conta destas mudanças, o PCN ainda passa por um processo de amadurecimento em relação a divulgação limitada de informações dos casos aceitos - a título de exemplo, a pesquisa de campo que fora realizada com relação a denúncia feita em desfavor das empresas multinacionais que adquiriram o café advindo de fazendas no Sul de Minas Gerais que praticavam trabalhos análogos à escravidão moderna.

## CONCLUSÃO



A erradicação da escravidão moderna é uma constante luta na sociedade, desde muito tempo. Por mais que, atualmente, tenha-se uma maior consciência por parte das empresas multinacionais em respeitarem os direitos humanos e as relações trabalhistas existentes, ainda são praticados diversos abusos nestas áreas. Dessa forma, a plena efetividade de órgãos mobilizados para aferição e cerceamento da escravidão, no contexto internacional, é de extrema relevância

O presente artigo se propôs a analisar os Pontos de Contato Nacionais como um organismo quase jurisdicional, ainda em construção, que busca solucionar as denúncias de violações às diretrizes da OCDE - em especial, referentes aos casos de escravidão moderna.

O estudo mostrou como são feitas todas as etapas materiais – os critérios utilizados para investigação de casos análogos à escravidão; as medidas utilizadas pelos PCNs para as soluções de conflitos; os questionamentos sobre possíveis medidas coercitivas para multinacionais que não seguem as indicações estabelecidas – e processuais – como as etapas de investigação; e a verificação processual das denúncias recebidas.

Verificou-se, ainda, semelhanças encontradas com base em quatorze casos práticos que infringem as diretrizes da OCDE, assim como a constatação do PCN como um órgão em construção que otimiza as soluções para com as denúncias oferecidas, mas que ainda se encontra com divulgação limitada do acesso à informação sobre os casos em análise.

Por ainda ser um sistema “recente”, encontra-se em constante mudança sua eficácia no combate à escravidão moderna. Dessa maneira, estando continuamente em evolução, a transparência na publicidade dos casos aceitos e ainda não concluídos, deveria melhorar.

Nessa linha, salvo em hipóteses constitucionais ou comprovadas de que deve haver sigilo, o acesso a informação é primordial, tanto para a sociedade ter



conhecimento quanto para as empresas que estão sendo acusadas, uma vez que estas podem utilizar-se dessa divulgação para realizarem uma melhor defesa ou poderem explicar-se sobre as denúncias feitas

Em última análise, questiona-se uma mudança de melhor transparência do acesso a informação das denúncias recebidas pelos Pontos de Contato Nacionais. Reitera-se a importância e a contribuição destes na otimização de soluções das violações às diretrizes da OCDE, em destaque para as práticas trabalhistas abusivas, que se caracterizam, atualmente, como escravidão moderna.

**Questionário realizado, em 21 de novembro de 2019, a ONG Conectas Direitos Humanos para obtenção de respostas com relação à denúncia recebida pelo PCN Brasil, que circundou o caso de trabalho análogo à escravidão ocorrido nas fazendas de café no Sul de Minas Gerais, tendo como participação as empresas multinacionais: Nestlé, Jacobs Douwe Egberts, McDonald's, Dunkin Donuts, Starbucks e Illy.**

1. Como que é feito o trabalho do PCN Brasil quando recebe alguma queixa? Como que ocorre a verificação?

2. Diante do presente caso, quais foram as propostas de soluções desenvolvidas pela Conectas? Como o caso foi recebido por vocês?

3. De acordo com a matéria publicada no site de vocês “As empresas multinacionais envolvidas são: a Nestlé; a Jacobs Douwe Egberts; o McDonald’s; a Dunkin’ Donuts; o Starbucks e a Illy. Essas empresas não são transparentes na implementação de mecanismo periódicos de verificação. Elas foram procuradas



pela Conectas mas não responderam aos questionamentos da organização sobre a transparência de suas relações com empresas violadoras de direitos e sobre a permanência de fazendas citadas nas denúncias em seu rol de fornecedores.”<sup>152</sup> Como que vocês lidaram com o silêncio dessas empresas? Quais foram as medidas utilizadas para obter os dados de outras denúncias feitas por explorações semelhantes?

4. “Em 2016, a organização holandesa Danwatch identificou que a Nestlé comprou café de fazendas nas quais o grão era colhido sob condições análogas à escravidão. Procurada pela Conectas, a Nestlé informou que ‘não tolera violações dos direitos trabalhistas, o que inclui o trabalho forçado e/ou análogo ao escravo’, mas não respondeu aos questionamentos específicos sobre a transparência de sua cadeia de produção e sobre a relação com fazendas violadoras.”<sup>153</sup>

5. O caso se repetiu 3 anos depois, novamente com a compra de café nas fazendas sob condições análogas à escravidão, no atual caso, no sul de Minas Gerais, gerando controvérsia no discurso feito pela Nestlé. Qual a solução para que a empresa seja mais transparente?

6. “A Starbucks, por sua vez, também admitiu ter adquirido café da cooperativa Cooxupé, mas demonstrou que o café não havia sido colhido em fazendas

---

<sup>152</sup> OECD. **Conectas Human Rights & ADERE MG v. coffee sellers, PCN Brasil** (caso pendente iniciado em 21/08/2018). Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>153</sup> Idem



violadoras. Neste ano, porém, 18 trabalhadores foram resgatados de uma das fazendas certificadas pela Starbucks, onde eram expostos a condições degradantes de trabalho.”<sup>154</sup> O PCN brasileiro adotou alguma medida?

7. “Os queixosos buscam mediação do PCN brasileiro para obter algum tipo de remédio para as vítimas.” Além de que “A ADERE e a Conectas pedem que as seis marcas forneçam reparação às vítimas e trabalhem em colaboração com os reclamantes e outras partes interessadas para desenvolver um plano de ação conjunto para evitar futuros casos de escravidão moderna nas fazendas de café em Minas Gerais.”<sup>155</sup> O que já foi feito? E o que ainda falta ser feito?

8. “Os queixosos afirmam que, embora algumas empresas tenham respondido, nenhuma divulgou sua lista de fornecedores, nem indicou medidas adotadas para garantir a reparação das vítimas e corrigir normas e políticas diante de falhas do passado.”<sup>156</sup> Como que ficou essa situação? A Conectas adotou alguma medida?

9. Você acredita que há casos de omissão, pelo PCN brasileiro em relação a

---

<sup>154</sup> THE WASHINGTON POST. **The hidden suffering behind he Brazilian coffe that jump-starts American mornings.** Disponível em: [https://www.washingtonpost.com/world/the\\_americas/the-hidden-suffering-behind-the-brazilian-coffee-that-jump-starts-american-mornings/2018/08/30/e5e5a59a-8ad4-11e8-9d59-dccc2c0cabcf\\_story.html?noredirect=on](https://www.washingtonpost.com/world/the_americas/the-hidden-suffering-behind-the-brazilian-coffee-that-jump-starts-american-mornings/2018/08/30/e5e5a59a-8ad4-11e8-9d59-dccc2c0cabcf_story.html?noredirect=on). Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>155</sup> OECD. **Conectas Human Rights & ADERE MG v. coffee sellers, PCN Brasil** (caso pendente iniciado em 21/08/2018). Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>156</sup> THE WASHINGTON POST. **The hidden suffering behind he Brazilian coffe that jump-starts American mornings.** Disponível em: [https://www.washingtonpost.com/world/the\\_americas/the-hidden-suffering-behind-the-brazilian-coffee-that-jump-starts-american-mornings/2018/08/30/e5e5a59a-8ad4-11e8-9d59-dccc2c0cabcf\\_story.html?noredirect=on](https://www.washingtonpost.com/world/the_americas/the-hidden-suffering-behind-the-brazilian-coffee-that-jump-starts-american-mornings/2018/08/30/e5e5a59a-8ad4-11e8-9d59-dccc2c0cabcf_story.html?noredirect=on). Acesso em: 16 jun. 2019



exploração de trabalhadores em condições análogas à escravidão por empresas multinacionais? Pois não há muitos relatos no site da OCDE, ou não são todos os casos que podem ser públicos?

## REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Cláudio. **Direitos Humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas S.A. 2014.

BRASIL. Senado Federal. **Planos brasileiros de erradicação**. História dos planos brasileiros de erradicação do trabalho escravo. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/trabalho-escravo/combate-ao-trabalho-escravo/planos-brasileiros-de-erradicacao.aspx>. Acesso em: 04 mar. 2020.

BRASIL. **Ministério Público do Trabalho**. Disponível em: <https://mpt.mp.br/>. Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.874, de 27 de junho de 2019**. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-9.874-de-27-de-junho-de-2019-179414815>. Acesso em: 16 maio. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. **Ponto de Contato Nacional**. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional>. Acesso em: 11 maio 2020.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **O Brasil e a OCDE**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. **Ambiente em Migração**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional>. Acesso em: 06 mar. 2020.

BRASIL. Ponto de Contato Nacional do Brasil. **Manual de Procedimentos para Instâncias Específicas**. 2019. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/produtos/formularios/pcn-manual-de-procedimentos-para-instancias-especificas.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2020.



BRASIL. BBC News Brasil. **Coronavírus: os setes erros que põem Brasil na rota do ‘lockdown’, segundo especialistas.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52551974>. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF reafirma inconstitucionalidade de dispositivo que permitia extração de amianto crisotila.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=363263>. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. NR 15. **Atividades e Operações insalubres.** Limites de tolerância para ruído contínuo ou intermitente. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR15-ANEXO1.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Economicos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. Organização Pan Americana da Saúde. **OPAS Brasil.** Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:conv-di-19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:conv-di-19&Itemid=875). Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 21 maio 2020.

BRASIL. ESIC, CGU. **E-SIC, Sistema eletrônico do serviço de informação ao cidadão.** Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/site/index.aspx>. Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. ESIC, CGU. E-SIC, Consulta do pedido. **Número de protocolo 03006004886202051.** Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/Pedido/ConsultaPedido.aspx>. Acesso em: 23 abr. 2020.



BUSINESS, Human. **Rights Resource Centre**. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/pt/principais-temas>. Acesso em: 26 maio 2020.

FGV. São Paulo of School of Economic. **A OCD como fórum de governança das empresas multinacionais**. 2019. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24817/TD%20488%20-%20CCGI\\_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24817/TD%20488%20-%20CCGI_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y)). Acesso em: 12 jun. 2019.

ITALAW. **A título de exemplo, quase todos os laudos arbitrais encontram-se em**: Itlaw. Disponível em: <https://www.italaw.com/>. Acesso em: 01 jun. 2020.

JOLY, Fábio Duarte. **A escravidão na Roma antiga**: política, economia e cultura. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2005.

ONUBR. **Nações Unidas Brasil**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>. Acesso em: 04 jun. 2020.

OECD. **Direct Investments Ombudsman**. National Contact Point (NCP) for OECD. Disponível em: <http://oid.economia.gov.br/en/menus/13>. Acesso em: 16 maio 2020.

OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises**. Paris: OCDE Publishing, 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020.

OECD. **National Contact Points for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises**. 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/corporate/mne/ncps.htm>. Acesso em: 06 mar. 2020.

OECD. **ICN vs. Adidas Netherlands, PCN da Holanda**. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_8](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_8). Acesso em: 21 jan. 2020.

OECD. **CCC vs. Nike, PCNs da Áustria e dos Estados Unidos**. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_26](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_26). Acesso em: 21 jan. 2020.

OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises. Paris**: OCDE Publishing, 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020.





OECD. **Conectas Human Rights & ADERE MG v. coffee sellers, PCN Brasil** (caso pendente iniciado em 21/08/2018). Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 16 jun. 2019.

OECD. **Mining Watch Canada e outros vs. Barrick Gold Corporation, PCN do Canadá.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_210](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_210). Acesso em: 15 jan. 2020.

OECD. **Nestlé, Jacobs Douwe Egberts, Mc Donald's, Dukin Donuts, Starbucks and Illy, and Articulation of Rural Employees of the State of Minas Gerais (ADERE-MG), PCN do Brasil.** Disponível em: <http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/br0026.htm>. Acesso em: 16 jun. 2019.

OECD. **Panasonic vs. Panasonic Corporation, PCN Japão.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_281](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_281). Acesso em: 16 jun. 2019.

OECD. **Conectas Human Rights & ADERE MG v. coffee sellers, PCN do Brasil.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 15 abr. 2020.

OECD. **Trabalho escravo em fazendas de café em MG é denunciado na OCDE.** Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/trabalho-escravo-cafe-minas-gerais-ocde>. Acesso em: 16 jun. 2019.

OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019.

OECD. **KTNCW et all. Vs. Daewoo, PCNs Coreano e Norueguês.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_351](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_351). Acesso em: 17 jun. 2019.

OECD. **CCC vs. Adidas, PCNs da Áustria e Alemanha.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_27](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_27). Acesso em: 21 jan. 2020.

PCN, Holanda. **ICN vs. Adidas Netherlands.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_8](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_8). Acesso em: 21 jan. 2020.

SALIBA, Graciane Rafisa. **Convenções da OIT e empresas transacionais.** Rio de Janeiro: Lumen Jurídica, 2014.

**SUMMARY, Executive.** Final Statement on the Request for Review regarding the Operations of China Gold International Recourses Corp. Ltd., at the Copper



Polymetallic Mine at the Gyama Valley, Tibet Autonomous Region. **2019**. Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/statement-gyama-valley.aspx?lang=eng#fs3>. Acesso em: 16 jun. 2019.

SAKAMOTO, Leonardo. **Escravidão Contemporânea**. São Paulo: Contexto, 2020.



# O PROBLEMA SOBRE O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS NO ISLÃ: A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS PRINCÍPIOS CORÂNICOS

Orlando Oliveira de Souza Júnior

## RESUMO

O artigo versa desenvolver a análise sobre um conflito baseado na diferença entre Ocidente e Islã, mostra a imposição implícita de uma cultura em detrimento a outra, a adaptar princípios da influência existente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos representada pela atuação pretensiosa de universalização do direito cosmopolita ocidental através da ação da Organização das Nações Unidas de forma a contrastar com os princípios presentes na Declaração Islâmica Universal de Direitos Humanos, na Declaração dos Direitos do Homem no Islã e na Carta Árabe dos Direitos do Homem, valendo-se do método de diálogo multicultural da hermenêutica diatópica e execução do estudo do *topoi* dos direitos humanos individuais a partir da incompletude e impossibilidade desses direitos em definir a comunidade enquanto arena de solidariedades completas, tendo a complexidade societal reduzida à dicotomia entre Estado e sociedade civil; em contraponto, a demasiada eminência de deveres em detrimento de direitos na coletividade do senso comum de uma comunidade islâmica, discriminado nos direitos fundamentais da Sharia.

**Palavras-chave:** Direito Cosmopolita. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Declaração Universal de Direitos Humanos. ONU. Islã. Hermenêutica Diatópica. Ummah. Sharia.

## 1 INTRODUÇÃO



Construções teórico-práticas cortejam a universalização do direito cosmopolita com a Declaração da ONU de 1948, projetam direitos fundamentais e humanos em âmbitos nacionais após jurisdições internas os adotarem, mas apesar da não aceitação pela totalidade de Estados tangidos pela mesma, o diálogo multicultural é promovido pela hermenêutica diatópica de Santos (2004).

Realizados os aludidos contrastes, passa-se a análise comparada entre Estados numa visão globalmente subalterna *versus* uma visão globalmente hegemônica ou dominante<sup>1</sup> e, na primeira, o Islã se comporta como campo onde o modelo político-administrativo do Estado-nacional secular foi imposto.

Contrastes traçados, são apresentados os fundamentos do Islã clássico, uma perspectiva tradicional, uma modernista e outra *jihadista*<sup>2</sup>, na qual a última, por ser associada ao terrorismo exercido pelo Estado Islâmico torna possível adentrar aos conceitos da Nação Islâmica, a *Ummah*, e as fontes do direito islâmico, dissociando a imagem construída pelo Ocidente do Oriente islâmico hostil.

Em detrimento aos documentos de direitos humanos no mundo muçulmano, além de fazer uma comparação e análise com o contexto histórico, cultural, social, como também as fontes a qual ambos foram desenvolvidos, são explanados a argumentação de um *topoi* da *Ummah*<sup>3</sup>, os direitos fundamentais do homem no Islã e o esforço para assimilar o paradigma dos direitos humanos na Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, na Declaração dos Direitos do Homem no Islã e na Carta Árabe dos Direitos do Homem.

---

<sup>1</sup> AYOUB, Mohammed. Making Sense of Global Tensions: Dominant and Subaltern Conceptions of Order and Justice in the International System. **International Studies**, [s.l.], v. 47, n. 2-4, 2010, p. 130

<sup>2</sup> NURUZZAMAN, Mohammed. Western and Islamic International Theories. **International Studies**, [s.l.], v. 55, n. 2, 2018, p. 115-124

<sup>3</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 118



## 2 DIREITO COSMOPOLITA E O CARÁTER UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS

As relações internacionais são marcadas pela ação ocidental em prol do desenvolvimento, modernizando o mundo de forma universalizadora, levando a nível global a ruptura de barreiras, o aumento do fluxo comercial. O capitalismo ocidental é, por ora, resultante da pretensão de universalização do direito cosmopolita, estudado por Immanuel Kant, que aqui se equivale a uma fonte para cosmopolitismo político, que se caracteriza pela terra como pertence comum e universalização do comércio, pois assim prevaleceria a paz<sup>4</sup>, e também de

Recursos histórico-culturais, entre eles a primazia da individualidade, da liberdade, da isonomia, do acesso e da manutenção da propriedade privada e da racionalidade de fundo epistêmico, como fontes de ruptura com as tradições pré-modernas, sendo tratados como universais. (VIEIRA, 2019)<sup>5</sup>

Por ideais iluministas, e acontecimentos históricos como os da Era das Revoluções e a Reforma Protestante, estabeleceu-se a Modernidade ocidental com grande potencial de ruptura, de caráter emancipatório, democrático e secular. Aqui neste período, foram postos a novas compreensões os conceitos tidos até então sobre religião, relações econômicas ou políticas que sejam.

A ilustração é a saída do homem de sua menoridade, da qual ele é o próprio responsável. A menoridade é a incapacidade de fazer uso do entendimento sem a condução de um outro. O homem é o próprio culpado dessa menoridade quando sua causa reside não na falta de entendimento, mas na falta de resolução e coragem para usá-lo sem a condução de um outro. Sapere aude! 'Tenha coragem de usar seu próprio entendimento' – esse é o lema da ilustração. (VIEIRA, 2019)<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004

<sup>5</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. *Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo*. Curitiba: Appris, 2019, p. 17-18

<sup>6</sup> KANT, Immanuel. O que é a ilustração. In: WEFFORT, Francisco (Org.). *Os Clássicos da Política*. Vol. 2, São Paulo: Ática, 1993, p. 83-84.



O caráter emancipatório da modernidade reside onde ações individuais da autodeterminação do homem são a construção do coletivo, ou seja, o todo é apenas uma formação da particularidade e, como no âmbito religioso o homem, indivíduo, se prestava ao coletivo, foi sobre a liberdade de crença, de culto e/ou de expressão em específico que num primeiro momento a modernidade se voltou. Já por democrático, Vieira (2019, p. 23) cita um bom exemplo estadunidense, da Constituição na qual os *Founding Fathers* a priori não se preocupavam exatamente com a construção de um regime democrático, mas que houvesse um regime republicano em que a cidadania fosse “plural e racional” garantida pelo Direito e o Estado Constitucional, que mais tarde deu abertura ao “sentido de nacionalidade”, que “atendeu ao universalismo, mas restritamente, dentro dos limites territoriais sujeitas à autoridade do Estado”<sup>7</sup>.

A primeira vez que a palavra secularização foi enunciada fora dos muros e dos textos da igreja católica [...], foi para nomear o *processo jurídico-político* de desapropriação dos bens eclesiásticos em favor dos poderes seculares (PIERUCCI, 1998)<sup>8</sup>

De modo geral, a secularização ocorre quando instituições, crenças e práticas religiosas, por exemplo, são sistematicamente submetidas e substituídas pela razão e pela ciência; está associada a todo o arcabouço de liberdade, individualidade e racionalidade, baseados mais uma vez nos ditos kantianos sobre o direito cosmopolita.

O direito internacional de cunho cosmopolita se dá na construção de algo como uma associação, uma ordem, tendo sido exacerbado após a Segunda Guerra Mundial com o fortalecimento de órgãos internacionais e principalmente, para compreensão deste escrito, o imperativo das normas dos direitos humanos com a

---

<sup>7</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019, p. 24 apud HOBBSAWM, Erich J. **A era das revoluções**. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 194

<sup>8</sup> PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: Da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido. **Rev. bras. Ci. Soc.**, São Paulo, v. 13, n. 37, 1998, p. 66



criação da Organização das Nações Unidas, advinda da lapsa Liga das Nações, e a difusão da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Passa-se que o projeto de universalidade do direito é questionado porque assume uma “dimensão cultural civilizacionalmente constituída no esforço de dar possibilidade e sentido, num certo e bem diferenciado sentido, ao encontro humano num determinado espaço cultural civilizacionalmente demarcado, e que apenas aí tem e pode ser assumido com esse sentido”<sup>9</sup>

Para mais sobre a constituição do Direito Cosmopolita, a nível de complexidade, é necessário regressar aos ditos de Immanuel Kant sobre a *Paz Perpétua* e a expressão de uma federação para uma ordem universal. A interesse não é exatamente com a interação entre os Estados, mas como os indivíduos se relacionam com os Estados aos quais não são cidadãos. Na teoria política de Kant, o direito cosmopolita, em adição ao direito político e o direito das gentes, faz parte das três relações do direito público<sup>10</sup>. De acordo com a *Crítica da Razão Pura*, a unidade corresponde a um único estado, a pluralidade aos vários estados e a totalidade a todos os seres humanos e estados, sendo assim, são ordenadamente, os direitos do Estado, Internacional e Cosmopolita.

Já na segunda metade do século XX, os conceitos de direito cosmopolita e paz perpétua herdados dos ditos de Kant tomam novamente lugares notórios. A globalização, fator marcante do século passado, havia enfraquecido direitos de cunho básico desde o início das revoluções liberais. Os direitos políticos, por exemplo, foram enfraquecidos, a soberania foi posta em jogo e as pessoas tinham que se sujeitar a instituições que pareciam estar acima do Estado. O cosmopolitismo teve que se adaptar e aderir a responsabilidade fundada na humanidade.

---

<sup>9</sup> NEVES, A. Castanheira. **O problema da universalidade do direito**. In: . Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. 3. p. 102.

<sup>10</sup> KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**: um projecto filosófico. Covilhã, 2008. Disponível em: [http://www.lusosofia.net/textos/kant\\_immanuel\\_paz\\_perpetua.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf). Acesso em: 05 maio 2020



emergiram modelos de cosmopolitismo, tendo como bandeira a responsabilidade compartilhada entre povos, fundada na Humanidade, apresentando como exigências morais: o combate integrado contra a pobreza, redistribuição além fronteiras; interesse comum global acima dos interesses nacionais; defesa dos direitos humanos a criação de mecanismo eficazes de coibição contra violações. (VIEIRA, 2019)<sup>11</sup>

Para além da perspectiva cosmopolita de Immanuel Kant, na obra *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*, Habermas (2012) valida “o objetivo ideal de uma sociedade justa nas instituições do próprio Estado constitucional”<sup>12</sup>, e os Direitos Humanos deixam de prometer a felicidade coletiva, tratando-se de um imperativo categórico, inviolável. No entanto, o papel da Organização das Nações Unidas, como organização supranacional, seria indispensável para a constituição da democracia cosmopolita<sup>13</sup>, transcendendo os governos nacionais, se responsabilizaria pela efetivação dos direitos humanos no âmbito internacional, incitando a nova percepção de soberania nacional.

Os dispositivos da Declaração Universal dos Direitos Humanos reproduzem a construções jurídico-conceituais de dignidade, personalidade, liberdade individuais, igualdade isonômica e espaço público próprias do Iluminismo, além das garantias sociais desenvolvidas em espaço europeu no século XIX. (VIEIRA, 2019)<sup>14</sup>

Críticas são feitas, assim como para o cosmopolitismo kantiano, ao habermasiano e Vieira (2019) explicita que o tratado pressupondo a universalidade dos Direitos Humanos, a exemplo do artigo primeiro da Declaração e Programa de Ação de Viena da Conferência Mundial de Direitos Humanos<sup>15</sup> “nada mais é que

---

<sup>11</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019. p. 35

<sup>12</sup> HABERMAS, Jürgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Lisboa: 70, 2012. p. 52

<sup>13</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019. p. 52

<sup>14</sup> Ibidem. p. 56

<sup>15</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e Programa de Ação de Viena**, 1993. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declarações-e-Tratados-Internacionais-de-Proteção/declaracao-e-programa-de-acao-de-viena.html>>. Acesso em 06





uma resposta possível, histórico-culturalmente condicionada, diga-se ocidental, especificamente europeu”<sup>16</sup>

De suma importância, é essencial para o desenvolvimento desta exposição fazer apontamentos sobre o que pressupõe, a historicidade dos direitos humanos e da Declaração Universal dos mesmos. Piovesan (2013, p. 204-210) cita o chamado Direito Internacional de Direitos Humanos, que por ele a dignidade humana como fundamento desses direitos passa a ser incorporada em todos os tratados e declarações, então para além do objetivo de delinear uma ordem pública mundial caracterizando a universalidade, agora é evidente a indivisibilidade desses direitos ao, ineditamente, conjugar o catálogo dos direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais. A autora, em outra obra parafraseia Hannah Arendt e o prisma histórico da Declaração Universal de 48, dizendo que inova bastante a gramática dos direitos humanos, no trecho que sintetiza muito sobre as características dessa concepção contemporânea

Quais direitos? A Declaração afirma a indivisibilidade dos direitos humanos. Nos seus 30 artigos, parte deles traduzem direitos civis e políticos, parte deles traduzem direitos econômicos, sociais e culturais. E o que vem a declaração a impactar na linguagem dos direitos humanos? Vem a dizer: tão importantes quanto os *blue rights* – os direitos civis e políticos – são os *red rights*. Os direitos econômicos, sociais e culturais estão em paridade, em grau de importância. Tão importante quanto a liberdade de expressão é o acesso à saúde, à educação e ao trabalho. Tão grave quanto morrer sob tortura é morrer de fome. Há uma paridade com relação ao eixo liberdade e ao

---

maio de 2020: “A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o empenho solene de todos os Estados em cumprirem as suas obrigações no tocante à promoção do respeito universal, da observância e da proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, com outros instrumentos relativos a direitos humanos e com o direito internacional. A natureza universal destes direitos e liberdades é inquestionável. Neste âmbito, o reforço da cooperação internacional no domínio dos direitos humanos é essencial para a plena realização dos objetivos das Nações Unidas. Os direitos humanos e as liberdades fundamentais são inerentes a todos os seres humanos; a sua proteção e promoção constituem a responsabilidade primeira dos governos.”

<sup>16</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019. p. 56



eixo igualdade. Não bastando isso, a visão integral dos direitos humanos, ou seja, a declaração compõe o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais, firmando, assim, uma relação de interdependência, inter-relação e indivisibilidade. Não só estão em pé de igualdade, mas um depende do outro. Não há verdadeira liberdade sem igualdade ao passo que há verdadeira igualdade sem liberdade. (PIOVESAN, 2009)<sup>17</sup>

Em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A da Assembleia Geral das Nações Unidas, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos que deixa como patrimônio para a Constituição Federal Brasileira de 1988<sup>18</sup>, por exemplo, Direitos e Garantias Fundamentais presentes no Título II, que em breve serão neste trabalho equiparados aos direitos fundamentais do homem no Islã.

No capítulo I, a partir do Artigo 5º estão pressupostos os Direitos Individuais e Coletivos, como direito à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. No artigo 6º, os Direitos Sociais, à saúde, educação, previdência social, segurança assistência aos desamparados e ao trabalho, lazer, visando a igualdade social. Já no capítulo III, Direito à Nacionalidade, sendo brasileiros os natos ou naturalizados, aos quais o Estado cumpre deveres em relação, devido ao vínculo jurídico político entre ele e o indivíduo. No Capítulo IV, Artigo 14, Direitos Políticos, permitindo ao indivíduo participar de forma ativa dos negócios políticos do Estado e exercer sua cidadania. Por fim, Capítulo V, dos Partidos Políticos, sendo livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana, respeitando alguns preceitos.

---

<sup>17</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: Desafios e Perspectivas Contemporâneas. TST, Brasília, v. 75, n. 1, jan/mar. 2009, p. 108

<sup>18</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.



Esses direitos fundamentais têm inúmeras características<sup>19</sup> importantes para demonstrar aqui neste trabalho que são construções sociais fruto de um processo etnocêntrico, ou seja, a visão de mundo Ocidental e sua construção como supostamente superior ao Oriente islâmico, e são elas: Historicidade, Imprescritibilidade, Irrenunciabilidade, Inviolabilidade, Universalidade, Concorrência, Efetividade, Interdependência e Complementaridade.

A Constituição, como expressão ratificadora dos direitos fundamentais, seria, portanto, o resultado de um processo cultural, um constructo fundado numa certa tradição, visando compensar as arbitrariedades, os abusos e as tensões ao longo da história de uma coletividade, em especial a civilização ocidental. Inspirado em CANOTILHO, os direitos fundamentais são os direitos do ser humano institucionalmente protegidos dentro de um *continuum* (determinados espaço e tempo). (FROTA e VIEIRA, 2016)<sup>20</sup>

Após explanar o que são e quais são os direitos humanos e fundamentais, atestando a propensão dessa ordem cosmopolita que, de cunho ocidental, europeu e hegemônico, acaba por reificar a diferença na multiculturalidade de cada local. É imprescindível explicitar aqui a concepção de outro autor muito importante para a construção do entendimento acerca de uma forma de ver além de todos os ditos de Kant e Habermas demonstrados anteriormente.

---

<sup>19</sup> SILVA, Flavia Martins André da. **Direitos Fundamentais**. DireitoNet, maio de 2006. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>>. Acesso em: 26 de maio de 2020: “Historicidade – os direitos são criados em um contexto histórico, e quando colocados na Constituição se tornam Direitos Fundamentais; Imprescritibilidade – não prescrevem, ou seja, não se perdem com o decurso do tempo, são permanentes; Irrenunciabilidade – não podem ser renunciados de maneira alguma; Inviolabilidade – os direitos de outrem não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa; Universalidade – são dirigidos a todo ser humano em geral sem restrições, independente de sua raça, credo, nacionalidade ou convicção política; Concorrência – podem ser exercidos vários ao mesmo tempo; Efetividade – o Poder Público deve atuar para garantir a efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, usando quando necessário meios coercitivos; Interdependência – não pode se chocar com os Direitos Fundamentais, as previsões constitucionais e infraconstitucionais, devendo se relacionarem para atingir seus objetivos; e Complementaridade – devem ser interpretados de forma conjunta, com o objetivo de sua realização absoluta.”

<sup>20</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; VIEIRA, Porfírio de Castro. Direitos fundamentais e tradição: uma análise sobre a igualdade no direito islâmico e prospectando possíveis diálogos com o direito ocidental. **Revista de Direito Uninovafapi**, v. 1, n. 2, jul/dez. 2016, p. 3 apud CANOTILHO, J.J. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 359



Não uso cosmopolitismo no sentido moderno convencional. Na modernidade ocidental, cosmopolitismo está associado com as ideias de universalismo desenraizado, individualismo, cidadania mundial e negação de fronteiras territoriais ou culturais. [...] Para mim, cosmopolitismo é a solidariedade transnacional entre grupos explorados, oprimidos ou excluídos pela globalização hegemônica. [...] O cosmopolitismo que defendo é o cosmopolitismo do subalterno em luta contra a subalternização. (SANTOS, 2004)<sup>21</sup>

“Tendo como objetivo facilitar o diálogo entre nações multiculturais – desde que os países envolvidos tenham ciência de sua incompletude cultural e que estejam abertos a esse diálogo” (CORRALO; GIRELLI, 2015). Sintetizando em um termo, mas que muito que dizer sobre os direitos humanos universais, Boaventura de Sousa Santos utiliza em sua obra *Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos* o termo ‘hermenêutica diatópica’, um diálogo intercultural objetivando analisar diferentes *topoi/topos* – senso comum de cada comunidade – que só possível levando em consideração cinco premissas:

De forma sucinta, são elas: a) a superação do debate sobre universalismo e relativismo cultural; b) a transformação cosmopolita dos direitos humanos; c) o reconhecimento de que todas as culturas são incompletas e problemáticas; d) o reconhecimento de que cada cultura tem uma concepção diferente de direitos humanos, razão pela qual é necessária a busca por preocupações isomórficas entre as sociedades; e) todas as culturas tendem a distribuir as pessoas e os grupos sociais entre dois princípios: o da igualdade e o da diferença. (CORRALO, 2015)<sup>22</sup>

Antes de propor uma análise do *topoi* da Umma na cultura islâmica, que será objeto de estudo mais à frente neste trabalho, Santos (2004) intenta que é na

---

<sup>21</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 249

<sup>22</sup> CORRALO, Giovani da Silva; GIRELLI, Camile Serraggio. A hermenêutica diatópica como forma de diálogo entre nações multiculturais na aplicação dos direitos femininos na pós-modernidade. **Revista Justiça do Direito**, [s.l.], v. 29, n. 3, p. 375, 10 dez. 2015. UPF Editora. <http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v29i3.5597>.



interpretação dessas máximas, sentidos comuns de cada comunidade, que atua a hermenêutica diatópica

A luta pelos direitos humanos e, em geral, pela defesa e promoção da dignidade humana não é um mero exercício intelectual, é uma prática que resulta de uma entrega moral, afetiva e emocional ancorada na incondicionalidade do inconformismo e da exigência de ação. Tal entrega só é possível a partir de uma identificação profunda com postulados culturais inscritos na personalidade e nas formas básicas de socialização. Por esta razão, a luta pelos direitos humanos ou pela dignidade humana nunca será eficaz se assentar em canibalização ou mimetismo cultural, daí a necessidade do diálogo intercultural e da hermenêutica diatópica. A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os *topoi* de uma dada cultura, por mais fortes que sejam são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível a partir do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objeto inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura, outro noutra. Nisto reside o seu caráter diatópico. (SANTOS, 2004)<sup>23</sup>

### 3 A FORMAÇÃO DOS ESTADOS SUBALTERNOS E OS FUNDAMENTOS DO ISLÃ CLÁSSICO

Os direitos humanos universais merecem ressalvas, por essa dicotomia, deveria ser passível de aplicação em qualquer lugar, sem respeitar fronteiras porosas, relações econômicas, religiosas ou culturais que sejam. Para Santos (2004; 2013) esses direitos universais, como tem sucedido, tenderão sempre a ser um instrumento de ‘choque de civilizações’, e para compreendê-los é preciso se atentar à alguns termos utilizados pelo autor como a globalização hegemônica e a globalização contra-hegemônica, a primeira, tida por ele como a nova fase do capitalismo global,

---

<sup>23</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 256-257



A globalização hegemônica é a nova fase do capitalismo global, constituída pela primazia do princípio do mercado, liberalização do comércio, privatização da economia, desregulação do capital financeiro, precariedade das relações de trabalho, degradação da proteção social, exploração irresponsável dos recursos naturais, especulação com produtos alimentares, mercantilização global da vida social e política (SANTOS, 2004)<sup>24</sup> e a segunda, a globalização contra-hegemônica,

ou globalização a partir de baixo, é constituída pelos movimentos e organizações sociais que, mediante articulações locais, nacionais e globais, lutam contra a opressão capitalista e colonialista, a desigualdade e a discriminação racial e sexual, a destruição dos modos de vida de populações empobrecidas, a catástrofe ecológica, a expulsão de camponeses e povos indígenas dos seus territórios ancestrais por exigência dos megaprojetos mineiros ou hidroelétricos, a violência urbana e rural, a imposição de normas culturais ocidentais e a destruição das não ocidentais, o endividamento das famílias, dos pequenos empresários e dos Estados como forma de controle social e político, a criminalização do protesto social. (SANTOS, 2004)<sup>25</sup>

Reiterando Santos (2004) e o cosmopolitismo do subalterno que o mesmo defende, é sabido que se há no Sistema Internacional divisões explícitas entre países em, por exemplo, Norte e Sul, ricos e subdesenvolvidos, ocidente e oriente. Para continuação da lógica deste artigo, que dialoga com a visão islâmica como contra-hegemonia e o caráter ocidental dos princípios de direitos humanos, será explanada uma nova divisão: visão globalmente subalterna *versus* visão globalmente hegemônica ou dominante.

---

<sup>24</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**. São Paulo: Cortez, 2013. p. 30

<sup>25</sup> *Ibidem*



A grande maioria dos Estados no Sistema Internacional podem ser considerados subalternos. São vulneráveis devido à experiência colonial e pelo funcionamento do Sistema que detêm grande poderio na mão de poucos Estados, são espaços pós-coloniais epicentros de confrontos violentos, ou seja, boa parte dos conflitos acontecem entre eles e, além do que, a ordem internacional é sustentada pela noção normativa de legitimidade.

Uma grande tensão entre as perspectivas hegemônica e subalterna da ordem internacional pode ser resumida nas seguintes palavras: Enquanto a primeira enfatiza a ordem entre os Estados e a justiça dentro deles, a segunda enfatiza a ordem nos Estados e a justiça entre eles. Essa tensão está diretamente relacionada à diferença no estágio de elaboração do Estado em que esses dois conjuntos de Estados se encontram (AYOOB, 2010)<sup>26</sup>

Ayoob (2010) explica, sucedendo o trecho anterior, que os Estados da Europa ocidental e da América do Norte concluíram com êxito o processo semelhante de formação e construção de Estados. As ameaças internas à segurança desapareceram, a ordem doméstica sendo um dado adquirido, é eliminada a necessidade de coerção interna, e as principais preocupações são de segurança e de caráter externo (terrorismo transnacional e imigração); Já nos Estados subalternos/coloniais mal se adentrou ao caminho da formação do Estado, as estruturas estatais e as instituições políticas são frágeis, os regimes inseguros, há desafios internos à legitimidade das fronteiras e à autoridade de regimes são generalizados, muitos sofrem ameaças secessionistas e irredentista (reflexo da natureza arbitrária em que suas fronteiras foram traçadas por seus antigos senhores coloniais), em caso de regime repressivo de base restrita, agrava-se problemas de segurança doméstica, clandestinidade entre

---

<sup>26</sup> AYOOB, Mohammed. Making Sense of Global Tensions: Dominant and Subaltern Conceptions of Order and Justice in the International System. **International Studies**, [s.l.], v. 47, n. 2-4, abr. 2010, p. 130, tradução nossa: "A major tension between the hegemonic and subaltern perspectives of international order can be summarized in the following words: While the former emphasizes order among states and justice within them, the later stresses order within states and justice among them. This tension is related directly to the difference in the stage of state-making that these two sets of states find themselves in".



opponente, obrigação de pegar em armas, esforço para derrubar ordens e fronteiras políticas herdadas de regimes coloniais.

O processo de formação dos Estados que encaixam no grupo subalterno muito conversa com a dificuldade de consolidação estatal ainda no século XX no qual os países do eixo hegemônico já estavam no processo de criação e consolidação de entidades como Organizações Internacionais e neste caso, mais especificamente a Organização das Nações Unidas. Com o caráter normativo do Sistema internacional, logo, a imposição de normas internacionais, os Estados subalternos não tiveram a oportunidade, como os hegemônicos, de expandirem porque precisavam fazê-lo de forma humana e civilizada. A codificação dos Direitos Humanos posto no preâmbulo e no artigo 1º da Carta da ONU, e na Declaração Universal de Direitos Humanos, fez com que ações dos Estados pós-coloniais pudessem resultar na violação de direito civis e políticos. Ayoob (2010) diz que essa intromissão nos assuntos do Estados passou a ser chamada de ‘intervenção humanitária’.

O modelo político-administrativo adotado pelo Estado Nacional secular foi imposto desconsiderando a identidade coletiva do muçulmano ressaltando comportamentos da construção de uma imagem do Orientalismo<sup>27</sup>, vários exemplos no mundo islâmico são citados por Vieira (2019, p. 98-99) dentre eles: a derrubada do primeiro ministro iraniano e sua substituição por Pahlevi em 1953, implementando uma política de “modernização do Irã”, a criação do Iraque como um Estado artificial pelos ingleses, a criação do Estado artificial do Líbano, a ocupação da Argélia pela França (1830) e a desastrosa ação de divisão do território Palestino entre judeus e árabes.

---

<sup>27</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019. p. 97: “Pelo Orientalismo, o Islã é o que o Ocidente vê e acredita. A visão orientalista nada mais é que a expressão de sucessivas invenções cognitivas, de ilusões transformadas, pela crença, em realidade: ora um mundo exótico, místico, idílico, extraordinário e sensual, tratado no século XVIII e início do século XIX, ora um mundo atrasado, radicalmente tradicional e religioso, permeado pela pobreza e ignorância, como ocorreu no final do século XIX e nos séculos XX e XXI”.





Reiterando o conceito de contra-hegemonia tanto de Sousa (2004) quanto de Ayoob (2010) dá-se a importância para a narrativa do Islã como não pertencente ao fenômeno da globalização ocidental hegemônica corroborada como uma nova fase do capitalismo. Para isso, entrará em pauta os fundamentos do islã clássico, desde a difusão da crença, até o movimento não necessariamente religioso que se entende por ele hoje, expondo a pretensão de formar ordem moral universal como ideologia.

No século VII, Mohammad tem uma visão através de um sonho que o arcanjo lhe informou que deveria defender e difundir a crença em um único deus, Alá, sendo Mohammad o principal e verdadeiro profeta. Então, a partir desse dito o Islã começa a se propagar inicialmente pela Península Arábica com a reivindicação de uma religião universal e o impulsionamento de uma ordem moral islâmica.

O Alcorão (verso 30:30) instrui todos os humanos a se conectarem e se envolverem em uma moral universal. Mais especificamente, os versículos (91: 8-10) afirmam: 'Ele (Deus) inspirou [nos seres humanos] o bem ou o mal (natureza) de um ato; quem a purificou (a alma) conseguiu; quem a corrompe certamente falhou'. Deus, assim, enfatiza a consciência humana para seguir o caminho moral. (NURUZZAMAN, 2018)<sup>28</sup>

Em uma visão vasta do mundo, o Islã tem a pretensão de um comando de Deus, a qual introduz um denso contraste com visões seculares do contexto internacional visto do mundo ocidental. A política externa do ponto de vista islâmico é guiada pelo Alcorão e pelas *Hadiths*, conduzida na vida de Maomé e suas ordens em Medina. O Islã não reconhece os Estados como unidades independentes, devido a única ordem que se almeja, logo, a divisão é feita por visões interna e externa do mundo. Respectivamente, a primeira se chama *Dar al-Islam* e a segunda *Dar al-*

---

<sup>28</sup> NURUZZAMAN, Mohammed. Western and Islamic International Theories. **International Studies**, [s.l.], v. 55, n. 2, abr. 2018, p. 114, tradução nossa: "The Qur'an (verse 30:30) instructs all humans to connect to and engage in a universal morality. More specifically, verses (91: 8–10) state: 'He (God) has inspired in [human beings] the good or evil (nature) of an act; whoever has purified it (the soul) has succeeded; one who corrupts it has surely failed'. God thus emphasizes human conscience to follow the moral path."



*Harb*, como ‘morada da paz’ e ‘morada do conflito’. As formas de relacionamento entre esses opostos são sintetizadas pelo que trata Nuruzzaman (2018) em seu artigo, as perspectivas tradicional, modernista e *jihadista*.

A abordagem tradicional foi dominante para definir as relações estrangeiras islâmicas no período de formação do Islã até o século XVIII. A *jihad* – luta contra o território que não segue o Islã, reiterando, o *Dar al-Harb* – é o principal ponto desta abordagem e, segundo o jurista muçulmano Abu Hanifah seria possível converter este território sobre o controle de não-crentes no Islã se o mesmo passasse a ter fronteiras comuns com o tradicional *Dar al-Islam*, se os muçulmanos pudessem viver em paz e segurança, e por uma responsabilidade concedida ao *Dar al-Islam* de pregar a mensagem de Deus conforme o Alcorão, seja pacificamente ou pelo uso da força. Estes artifícios de diminuição do território de não-crentes e aumento de um território islâmico seria necessário para se estabelecer uma *Pax Islamica*. Em suma, esta abordagem depende de interpretações do Alcorão e de *Hadiths*<sup>29</sup>, os muçulmanos não devem ser governados por não-muçulmanos, devem viver sob um califado, numa visão binária de mundo dividida em *Dar al-Harb* e *Dar al-Islam*.

A abordagem modernista surge como reação à tradicional, rejeitando a rigidez entre as dualidades para favorecer um diálogo entre Estado Islâmico e não Estado Islâmico, por verem essa divisão como uma questão temporária e não como um decreto religioso do Alcorão. A base que sustenta provém de que, no século XX, os muçulmanos mantêm relações diplomáticas, políticas, militares e comerciais com países não muçulmanos, como exemplo claro a criação da Organização de Cooperação Islâmica que se dedica a salvaguardar os interesses do mundo muçulmano assim como também promover paz e harmonia internacional, a qual será melhor elucidada em breve neste artigo. As inspirações desta abordagem provêm de

---

<sup>29</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019. p. 103: “São as compilações de ditos e feitos do Profeta, que se tomaram fontes jurídicas à comunidade. Não são meros exemplos de vida (*sira* - *السيرة*), mas tradições com conteúdo profético, ou seja, revelações, reconhecidas pela comunidade de juristas”



dois pensadores, Jamal al-Din al-Afghani e Muhammad ‘Abduh que tem suas posições religiosas conhecida como *ijtihad* – uso da razão para reinterpretar textos e fontes religiosas que tem implicação no mundo real – corroboram com o que o autor do artigo *Western and Islamic International Theories: A Comparative Analysis* fala sobre um ponto importante para esta exposição, a globalização:

É exatamente isso que acontece na era da globalização. Sob a globalização, barreiras culturais e civilizacionais estão perdendo sua relevância, diversas éticas e religiões estão entrando em contato, povos étnicos e raciais diferentes estão coexistindo e interagindo na mesma estrutura sociopolítica e jurídica de um Estado. Aproveitando-se de uma estrutura global livre, de migrações e movimentos humanos ou das políticas deliberadas de alguns governos para incentivar migrações de países pobres para países ricos, muitos muçulmanos agora vivem no Ocidente, o chamado *Dar al-Harb* dos tradicionalistas, com completa segurança para suas vidas e propriedades e garantias para práticas religiosas. (NURUZZAMAN, 2018)<sup>30</sup>

Apesar de sustentarem argumentos consistentes, os pensadores do ramo moderno do Islã não foram capazes de conter a visão de tradicionalistas sunitas e xiitas que renunciaram e prejudicaram a abordagem flexível em voga. A epistemologia de cunho racionalista desgasta a autoridade divina, fomenta o poder ocidental e inibe o estabelecimento de um sistema social islâmico legítimo. Nuruzzaman (2018) cita Khomeini que visa uma nova dualidade descartando *Dar al-Islam* e *Dar al-Harb*, e atacando a povos oprimidos, que seria o Estado Islâmico baseado nas leis do Alcorão contra os opressores que são os Estados ocidentais construídos por uma autoridade não-divina.

---

<sup>30</sup> NURUZZAMAN, Mohammed. Western and Islamic International Theories. **International Studies**, [s.l.], v. 55, n. 2, abr. 2018, p. 120, tradução nossa: “This is what is exactly happening in the age of globalization. Under globalization, cultural and civilizational barriers are losing their relevance, diverse ethics and religions are getting in touch with each other, ethnically and racially different peoples are coexisting and interacting in the same socio-political and legal framework of a state. Taking advantages of a loose global framework of human migrations and movements or the deliberate policies of some governments to encourage migrations from poor to rich countries, many Muslims are now living in the West, the traditionalists’ so-called Dar al-Harb, with complete security for their lives and properties, and guarantees for religious practices.”



A terceira e mais atual perspectiva do Islã é a *jihadista* representada principalmente pela *Al-Qaeda*, baseada no conflito do Ocidente *versus* Islã após os ataques de 11 de setembro nos Estados Unidos. Os *jihadistas* esperam provocar uma mudança global a favor do Islã por meio de um confronto com o Ocidente com hostilidade aberta, especificamente, para os Estados Unidos. Esse pensamento *jihadi* compactua nesta abordagem com o salafismo – movimento comprometido com o renascimento de um Islã autêntico –, o que rebusca a alguns objetivos pretendidos, como uma sociedade islâmica equivalente à época de Maomé, a eliminação de influências estrangeiras que aconteceram durante séculos, e o restabelecimento de califados para promover a paz global, fato este que, para a *Al-Qaeda*, não é possível sem uma ordem islâmica global.

Por uma visão em ascensão, uma imagem de terrorismo exercido pelo Estado Islâmico, é pertinente o conhecimento acerca do islamismo apesar da violência e do terror. A hostilidade, a dualidade, entre as civilizações do Ocidente Moderno e o Oriente Islâmico desembocam em algumas constatações priorizadas na narrativa Vieira (2019, p. 96-97) na qual o Islã enxerga o Ocidente como corrompido, imoral, promíscuo, soberbo, unilateralista, uma ameaça permanente, atribuindo a ele as causas de seus problemas econômicos. Em contrapartida, foi construído um imaginário antagonista, inicialmente rival do cristianismo em relação ao Islã, e atualmente como oposto à razão secular, atrasados, fundamentalistas, violentos, opressores de mulheres e minorias, avessos ao Iluminismo, entre outros, e todas essas atribuições põem em risco a própria noção de civilização – exercício do reconhecimento em face do “outro, seja ele individual ou coletivo.

Como importante fundamento do Islã clássico e também para introduzir o que será abordado no tópico seguinte desta pesquisa, é imprescindível o trabalho do termo *Ummah*, ou seja, a Comunidade ou Nação Islâmica. E para complexidade da explanação, trago aqui os escritos e apontamentos de Vieira (2019, p. 113-116) da *Ummah* que é o espaço de acolhimento dos *baleghs* – mulçumanos titulares de



direitos – e dos *dhimmis* – não muçulmanos titulares de direitos –, o espaço de ação de Deus, tem por princípio agregador a cooperação e solidariedade entre seus integrantes, tendo seu alicerce no núcleo familiar tradicional em que todos possuem direitos e deveres. O direito islâmico, o *Fiqh*, a Justiça Divina e Judicativa, tem em Alá seu alicerce, mas é por meio da relação entre o homem a comunidade, entre os direitos individuais e gerais, que se efetiva a incidência da Justiça Sagrada.

Na concepção muçulmana, o homem é um animal político estando fadado, pela sua própria natureza, a viver em coletividade (fator irrenunciável), tendo como fim natural a sobrevivência e a felicidade. Portanto, a busca pela segurança e sustento são os fatores de cooperação e do espírito de corpo (solidariedade/ *'asabiyya* - ع ص ب ة), que incitam a organização social. A felicidade não é algo intangível, mas palpável, mundano, representado na realização individual e na harmonia coletiva, dentro do espaço sacro-comunitário. (VIEIRA, 2019)<sup>31</sup>

Na *Ummah*, cada cidadão assume dever, a responsabilidade de gerir e reformar a sociedade, sempre preocupado com o fator coletivo – ensinamento *riadhussaálihim*<sup>32</sup> do Profeta –, mas são desconsiderados por eles toda a concepção do Estado soberano ocidental de nacionalidade e patriotismo, etnias, Estados-nação, limites territoriais ou regionais. Para a Unidade da Nação Islâmica são condições como essas que separam os homens, incitam a agressividade, o ódio e o medo. Dos vários deveres que o direito e o convívio exigem ao muçulmano, a responsabilidade sobre o “outro” individual ou da coletividade através de *hadiths*, são garantidos aos muçulmanos – *baleghs* – os direitos individuais de aquisição e manutenção de propriedade, ou seja, o direito à riqueza, a qual deverá ser usada para combater a miséria através de tributações. Essas garantias, seja aos muçulmanos ou não muçulmanos, que têm direitos aferidos desemboca na discussão a seguir, sobre os direitos fundamentais do homem.

---

<sup>31</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019, p. 113-114 apud CAMPANINI, Massimo. **Introdução à filosofia islâmica**. São Paulo: Estação Liberdade, 2010, p. 193-194

<sup>32</sup> “Quem não se preocupar com os assuntos dos muçulmanos, não é muçulmano”.



Ao citar as *hadiths* que são um dos fatores garantidores de direitos individuais aos muçulmanos, uma das fontes de direito, é importante suscitar aqui os apontamentos de Vieira (2019), para o qual

as principais fontes do Direito Islâmico são o Quran, o Livro Revelado a Mohammad pelo anjo Gabriel (Gibrin), as Hadiths, que são ditos e feitos do profeta, não podendo ser confundidas com costumes, e as Ijmas, os consensos dos sábios e anciões. Essas fontes, conjuntamente, são denominadas de Sharia, estando vinculadas a uma racionalidade mítica, a uma incontestável sacralidade como fundamentação, dando aparente imutabilidade ao Sistema Jurídico. (VIEIRA, 2019)<sup>33</sup>

Os direitos fundamentais do homem no islã indiciados serão escopo na continuidade da exploração desta pesquisa, junto às características dos direitos humanos universais das Nações Unidas e a interpretação dos documentos de direitos humanos no mundo muçulmano a seguir.

#### **4 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE 1948 E OS DOCUMENTOS DE DIREITOS HUMANOS NO MUNDO MUÇULMANO**

Seja no conflito étnico na ex-Iugoslávia, seja no conflito étnico entre os tutsis e hutus em Ruanda, seja a tragédia do povo maubere após o Timor Leste ter sido destruído, seja o movimento das mães e avós na Praça de Maio, na Argentina, seja na Antiguidade, as justificativas variam, mas se assemelham no fato de que todas muito querem dizer sobre a violação de direitos básicos – mais tarde denominados Direitos Humanos –, que a Organização das Nações Unidas, em 1948, vinculou ao

---

<sup>33</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019, p. 179



documento que fomenta os mesmo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, caráter universal, inquestionável, eterno e irrevogável<sup>34</sup>.

A Carta das Nações Unidas criou a Comissão de Direitos Humanos responsável por esse projeto de universalização quando, em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos foi aprovada com ausência de votos contra, porém com abstenções, dentre elas a Arábia Saudita que não concordou com o Artigo 18 da Declaração pois a liberdade de mudar de religião era incompatível com o que declara a fé islâmica. Os Direitos Humanos no Islã são de dicotomia comparável em relação ao caráter universalista da Declaração da ONU de 1948. Houve precedentes da não aceitação dos princípios desses direitos humanos no Oriente, especificamente tratando aqui dos países de maioria Islã. A Declaração de Cairo sobre os Direitos Humanos no Islã – primeiro documento sobre direitos humanos no mundo islâmico –, datada de 1990, veio precedida da desilusão de setores da comunidade muçulmana com o Ocidente e o surgimento de grupos islâmicos conservadores que queria preservar a identidade islamita<sup>35</sup>.

Uma preocupação iminente com os direitos humanos se dava, principalmente, no século XX e eles precisavam ser inseridos no direito internacional, que ocorreu com os fatos explicados anteriormente da Declaração Universal dos Direitos Humanos em voga. Apesar do caráter que precisava ser universal para alcançar todos que fossem carentes de direitos fundamentais básicos, executar um regime advindo das Nações Unidas em países de terceiro mundo, e de maioria Islã, não é de fácil aceitação, conforme visto anteriormente dos fundamentos do islã. De um lado, se tem a efetividade dessas normas em Estados industrializados, representativos e responsivos como na Europa ocidental e na América do Norte, e de outro lado,

---

<sup>34</sup> BENVENUTO, Jayme. Universalismo, relativismo e direitos humanos: uma revisita contingente. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, [s.l.], n. 94, abr. 2015, p. 121

<sup>35</sup> FROTA, Hídemberg Alves da. **Reflexões sobre os Direitos Humanos no Mundo Muçulmano**, 2005, p. 659



Estados em que o conceito de direitos humanos pode significar apenas uma abstração.

Pode-se argumentar em nome dos estados pós-coloniais, ainda lutando para traduzir seu estado jurídico em estado empírico, de que a defesa dos direitos humanos (sejam indivíduos ou grupos) contra o uso de meios violentos pelo Estado para impor ordem não é tão moralmente inatacável, como pode parecer à primeira vista. Esse ponto pode ser apresentado de maneira mais eficaz no contexto do fenômeno de estados com falha, onde as estruturas de estado entraram em colapso completamente (Zartman, 1995). Nesses casos, pode-se demonstrar facilmente que, na ausência de estados fundamentalmente eficazes para fornecer um grau mínimo de ordem política, o conceito de direitos humanos permanece apenas uma pura abstração. (AYOOB, 2010)<sup>36</sup>

O respeito a esses princípios de direitos humanos, então, não apenas depende da ONU, mas também das jurisdições internas dos Estados que divergem, muitas vezes com o princípio da soberania de cada um deles. A maioria dos instrumentos de direitos humanos contem limitações e cláusulas restritivas. Inúmeras objeções foram levantadas incessantemente para tornar inaplicáveis e não vinculativas as disposições sobre a Carta sobre Direitos Humanos, especialmente pelos Estados como os de maioria islâmica que os princípios não conversam com sua jurisdição da Sharia.

Relembrado a trajetória do termo hermenêutica diatópica de Santos (2004) já citada anteriormente, em que, basicamente o objetivo não é encontrar uma resposta única e um modelo universal, mas através de um diálogo intercultural – partindo da

---

<sup>36</sup> AYOOB, Mohammed. Making Sense of Global Tensions: Dominant and Subaltern Conceptions of Order and Justice in the International System. *International Studies*, [s.l.], v. 47, n. 2-4, abr. 2010, p. 133, tradução nossa: “One can make the argument on behalf of post-colonial states, still struggling to translate their juridical statehood into empirical statehood, that the case for human rights (whether of individuals or groups) against the state’s use of violent means to impose order is not as morally unassailable as it may appear at first sight. This point can be made most effectively in the context of the failed states phenomenon, where state structures have completely collapsed (Zartman, 1995). In these cases, it can be demonstrated easily that in the absence of even rudimentarily effective states to provide a minimum degree of political order, the concept of human rights remains nothing more than a pure abstraction.”





premissa de que cada cultura tem uma concepção falha e incompleta de Direitos Humanos – encontrando uma pauta mínima realizável em cada país, se atentando aos âmbitos do multiculturalismo e do relativismo cultural. Complementando An- Na'im (2011, 66-69, 78), os direitos humanos não são restritos a uma única cultura, possuindo legitimidade cultural em diversas comunidades, formam-se conceitualmente de forma correspondente ao perfil cultural, no reconhecimento consensual de seus integrantes.

Os Direitos Humanos são possuidores de diversidade cultural em diversas comunidades, sejam elas com caráter mais individualista, sejam elas as que valorizam a coletividade, como no Islã, onde é indispensável a dignificação do Homem – dignidade no Direito muçulmano – alicerçada nas ideias de humanidade e fé –, que mesmo não professando o islamismo, tenham compromissos com a *Fiqh* e com a *Ummah*. São quatro os princípios aos quais os direitos fundamentais do Corão são expressos, sendo eles *Al hayaa* – vida –, *Al mosawaa* – igualdade –, *Al hurria* – liberdade – e *Al milk* – propriedade.

O Direito à Vida, em Vieira (2019, 123-126): No Corão, esse direito diz sobre a vida existencial expressa pela integridade física e moral do homem, que é tutelada sobre a honra e reputação de cada, expresso no *Sūratu Al-Hujurat* e a violação desta honra e reputação também estão explicitadas no Corão. A vida é posta no patamar de importância da interação do “eu” com o “outro” e isso não significa uma negação da individualidade, pois há uma perspectiva subjetiva da vida que virtual com a própria *Ummah*. Por afirmar sua existência individual dentro da coletividade, é feita a corroboração do exercício de estar participando, dentro da *Ummah*, logo, a vida é um bem sagrado ao Islã e digna de um dos princípios de direito fundamental. O Autor encerra o ponto demonstrando como é feita uma leitura e uma demonstração equivocada de certos trechos do Corão, os quais fomentam o fundamentalismo que incitam ódio.



Observa-se, portanto, que os movimentos ditos fundamentalistas, que incitam o ódio e o ranger dos dentes, fazem uma leitura equivocada, fragmentada e truncada do Corão. Alguns versículos são lidos de forma solta. Exemplo desse tipo de conduta (seja ele fruto da ignorância ou da má fé) encontrasse na sura 2 do Corão (A Sura da Vaca). Movimentos terroristas como *Al Qaeda* citam o versículo 191 da sura 2, como forma de incitar e legitimar a violência [...] Porém a leitura integral (2:190-194) trata sobre o direito de defesa a ataques estrangeiros, o sentido da *Jihad* menor. (VIEIRA, 2019)<sup>37</sup>

O Direito à Igualdade, em Vieira (2019, 126-128): A tolerância com povos não muçulmanos faz parte do entendimento de igualdade, da universalidade da honradez e da unidade da criação, presente no Corão, surata 49, versículo 13. Se a pessoa não muçulmana age leal e honradamente com os ditames da *Ummah*, terá garantia de liberdade religiosa e segurança jurídica. Dentro da *Ummah* existem os *balegh* – muçulmanos, titularidade de direito dada aos próprios – e *Ahlul Dhemmah* ou *dhimmis* – povos do contrato ou protegidos, não muçulmanos, mas que vivem dentro da Comunidade e aceitam os ditames –, os *harbi* – visitantes temporários – e os *musta'min* – portadores de salvo conduto, os refugiados e asilados. Se o não-muçulmano age honrada e lealmente, terá garantia de liberdade religiosa e segurança, assim como qualquer *balegh*, isso porque faz parte do entendimento de igualdade na humanidade, na universalidade da honradez humana e na unidade da criação (*tawhid*), conforme expresso do Corão<sup>38</sup>.

Os *dhimmis*, na condição de não muçulmanos estão isentos de alguns deveres como o da obrigação no alistamento à Jihad, e também do pagamento do *Zakat* – tributo incidente sobre 2,5% de todos os ganhos e transações anuais de casa cidadão, destinado a formação de m fundo distribuído às famílias desprivilegiadas da

---

<sup>37</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019, p. 125

<sup>38</sup> ALCORÃO. Disponível em: <[http://www.ligaislamica.org.br/alcorao\\_sagrado.pdf](http://www.ligaislamica.org.br/alcorao_sagrado.pdf)>. Acesso em: 23 maio 2020: Surata 49, versículo 13: “Ó seres humanos: seu Senhor é único, o pai de vocês é único, não há preferência do árabe sobre o não árabe, nem do não árabe sobre o árabe do vermelho sobre o negro, nem do negro sobre o vermelho, a não ser temência. Por acaso não divulguei isso a vocês?”



Comunidade –, mas ainda assim devera contribuir à comunidade com um tributo de valor menor, chamado *Jizia*, assim como poderão utilizar da Caixa de Beneficência da *Ummah*, segundo o Corão (9:60)<sup>39</sup>. Sobre a participação política, os cargos de liderança da *Ummah*, independente da forma de governo, se califa, imã ou sultão, são exclusivos do *balegh*, com exceção da Síria, do governo de Al-Assad, que é alauíta. No que tange a autonomia cultural, as comunidades minoritárias tem direito ao consumo de bebida alcoólica, consumo de carne suína; têm autonomia jurídica no que diz à celebração do casamento, divórcio, havendo uma jurisdição específica a cada minoria; nas relações internacionais, a regra é de tolerância, respeito recíproco, sem menosprezo a fé ou cultura estrangeira.

O Direito à Liberdade, em Vieira (2019, 137-138): Liberdade como um direito natural ao homem dentro do Islã, um dom dado por Deus, a qual diferencia o homem das outras criaturas, é inerente ao estado de natureza do homem – *fitrat* –, forma de emancipação, bem absoluto e individual, mas seu exercício não é pleno – respeito aos ditames da *Ummah* –, fundamentam-se na condição de dever, alteridade e responsabilidade individual do cidadão com o cumprimento das Leis de Deus. No *Fiqh* são identificadas algumas modalidades de liberdade que basicamente dizem sobre a expressão da liberdade ligada a tolerância, na qual a escolha da fé é do princípio de cada um, contanto que estejam de acordo com a *Ummah*, exemplificado na existência de minorias judias e cristãs que bem convivem com *dhimmis*. Outra modalidade de liberdade no *Fiqh* é a de pensamento e expressão, aos *baleghs*, *dhimmis* e estrangeiros, que deve estar baseado na boa fé, evitando a injúria, difamação ou calúnia.

O Direito à Propriedade, em Vieira (2019, 138-140): Assim com os outros direitos, *Al milk* também se submete ao bem-estar da *Ummah*, é um princípio

---

<sup>39</sup> Ibidem: “Os tributos são tão-somente para os pobres, para os necessitados, para os funcionários, empregados em sua administração, para aqueles cujos corações têm de ser conquistados, para a redenção dos escravos, para os endividados, para a causa de Deus e para o viajante; isso é um preceito emanado de Deus, porque é Sapiente, Prudentíssimo.”



jurídico fundamental do Islã, uma extensão concreta da liberdade, abrange o direito a aquisição de bens e o direito de manutenção e disposição de bens, ou seja, direito de propriedade e direito à propriedade. Todo homem ou mulher tem direito a obter bens moveis e imóveis, seja por meio de ocupação, acessão, venda – onerosamente– ou sucessão – enfoque sagrado na continuidade da chefia da família. Nas relações de adquirir um bem de forma onerosa, há relações contratuais com validade na *tabadalyah*, *Al sadaq* e *ualaa*, que significam, respectivamente, comutatividade, honestidade e fidelidade, os dois últimos relacionados ao princípio da boa fé.

O exercício do direito de propriedade submete-se ao princípio da “dualidade da propriedade” (*al-milkiah al-muzdawayah*/المزدوج الملكية), não se restringindo, portanto, à satisfação, ao sustento e prosperidade pessoal, mas visando privilegiar a função social. Logo, inicialmente, o proprietário deve dispor de seus bens, dando a eles fim econômico que gere progresso à *Ummah* (princípio da solidariedade). (VIEIRA, 2019)<sup>40</sup>

Apresentadas as características da Declaração Universal de Direitos Humanos como universal, inquestionável, eterna e irrevogável, e esses direitos por possuírem diversidade cultural, a priori, e repassando aqui a hermenêutica diatópica e, conseqüentemente, o renome do *topos* logo após a descrição dos direitos fundamentais na *Fiqh*, Santos (2004) ensaia essa hermenêutica entre o *topos* dos direitos humanos e o *topos* da cultura islâmica sendo aqui de fundamental importância para descrever o dialogo entre culturas.

Visto a partir do *topos* da *Ummah*, a incompletude dos direitos humanos individuais reside no fato de, com base neles, diz Boaventura, ser impossível fundar os laços e as solidariedades coletivas sem as quais nenhuma sociedade pode sobreviver e prosperar, por exemplo, a dificuldade da concepção ocidental de direitos humanos em aceitar direitos coletivos de grupos sociais ou povos, ou seja, a dificuldade em definir a comunidade enquanto arena de solidariedades concretas,

---

<sup>40</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019, p. 140



“esta ideia de comunidade, central para Rousseau, foi varrida do pensamento liberal, que reduziu toda a complexidade societal à dicotomia Estado/sociedade civil”<sup>41</sup>.

Por outro lado, a partir do *topoi* dos direitos humanos individuais em relação à *Ummah*, pela demasiada eminência de deveres em detrimento aos direitos, como já citado, por exemplo, a questão da coletividade nessa comunidade dos povos islâmicos, e por isso tende a perdoar desigualdades que seriam de outro modo inadmissíveis. Nesse diálogo, a hermenêutica diatópica nos mostra que a fraqueza fundamental da cultura ocidental consiste em estabelecer dicotomias de forma rígida entre o indivíduo e a sociedade tornando-se “vulnerável ao individualismo possessivo, ao narcisismo, à alienação e à anomia”<sup>42</sup>, “de igual modo, a fraqueza fundamental das culturas hindu e islâmica deve-se ao fato de nenhuma delas reconhecer que o sofrimentos humano tem uma dimensão individual irredutível”<sup>43</sup>

O reconhecimento de que todas as culturas são incompletas e problemáticas, ou seja, das incompletudes mútuas – em âmbito local ou translocal –, para estudo do *topos* é essencial para o diálogo intercultural. Abrangendo um largo espectro de posições, o debate acerca da possibilidade de uma noção islâmica de direitos humanos tem duas posições extremas, uma absolutista ou fundamentalista

é sustentada por aqueles para quem o sistema jurídico religioso do Islão, a Shari'a, deve ser integralmente aplicado como o direito do Estado islâmico. Segundo esta posição, há inconsistências irreconciliáveis entre a Shari'a e a concepção ocidental dos direitos humanos, e sempre que tal ocorra a Shari'a deve prevalecer. Por exemplo, relativamente ao estatuto dos não- muçulmanos, a Shari'a determina a criação de um Estado para muçulmanos que apenas reconhece estes como cidadãos, negando aos não-muçulmanos quaisquer direitos políticos. Ainda segundo a Shari'a, a paz entre

---

<sup>41</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 117

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 118

<sup>43</sup> *Ibidem*



muçulmanos e não-muçulmanos é sempre problemática e os confrontos podem ser inevitáveis.(SANTOS, 2004)<sup>44</sup>

e, no outro extremo, uma posição secularista ou modernista

entendem deverem os muçulmanos organizar-se em Estados seculares. O Islão é um movimento religioso e espiritual e não político e, como tal, as sociedades muçulmanas modernas são livres de organizar o seu governo do modo que julgarem conveniente e apropriado às circunstâncias. A aceitação de direitos humanos internacionais é uma questão de decisão política independente de considerações religiosas. (SANTOS, 2004)<sup>45</sup>

Santos (2004, p. 119) já começando a demonstrar um caráter conclusivo, diz que não cabe a ele avaliar uma validade específica para a proposta da cultura islâmica, mas que é difícil, a priori, ajuizar qual das abordagens terá mais probabilidade de prevalecer num diálogo intercultural sobre direitos humanos a partir do islã.

Porém, tendo em mente que os direitos humanos ocidentais são a expressão de um profundo, se bem que incompleto, processo de secularização, sem paralelo na cultura islâmica, estaria inclinado a sugerir que, no contexto muçulmano, a energia mobilizadora necessária para um projeto cosmopolita de direitos humanos poderá gerar-se mais facilmente num quadro religioso esclarecido. (SANTOS, 2004)<sup>46</sup>

Do que defende a Declaração de 1948 da Organização das Nações Unidas, os documentos de direitos humanos do mundo muçulmano se destacam para análise porque da cultura de onde provém, os valores e normas divergem, em aspectos significantes, da cultura ocidental. De forma a relembrar o que dizem os Artigos 18º e 19º<sup>47</sup> da Declaração, sobre a liberdade de religião e de expressão, analisar-se-á a

---

<sup>44</sup> Ibidem

<sup>45</sup> Ibidem

<sup>46</sup> Ibidem, p. 119

<sup>47</sup> “Artigo 18º: Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.”; “Artigo 19º: Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui



constituição e construção, explicitando a falta de caráter legítimo em artigos da DUDH – não – relacionados à conjuntura islâmica.

São três os documentos de direitos humanos no mundo muçulmanos. Desenvolvidos por organismos governamentais e interestatais, a Declaração dos Direitos do Homem no Islã (1990), também conhecida como Declaração de Cairo, e a Carta Árabe dos Direitos do Homem de 1994. Desenvolvida por organismos não-governamentais, a Declaração do Conselho islâmico da Europa (1981), é nomeada como a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos. Para melhor explanação, os artigos das Declarações e Carta, além das obras de Chaves (2014) e Pace (2005).

Pela distinção entre em que âmbito os documentos foram desenvolvidos, dá-se o fato de que a produção no ambiente intergovernamental, no caso os dois primeiros citados, revela preocupações dos governos de países de tradição muçulmana em se inserirem na discussão dos direitos humanos e, pela datação de pós Revolução Iraniana de 1979 e todo o arcabouço da limitação de liberdades fundamentais, a Constituição da República Islâmica do Irã foi responsável por propagar em todo o mundo muçulmano perspectivas islâmicas, tido como uma nova liderança, fortalecendo a religião pela transição de uma monarquia autocrática pró-Ocidente de Pahlevi para uma República Islâmica fundada nos preceitos do Alcorão.

Em ordem cronológica, o primeiro documento, Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos – Declaração do Conselho Islâmico da Europa – de 1981, foi aprovado pelo Conselho Islâmico da Europa, e por isso o nome alternativo dado que, preparado por uma organização não governamental – Direitos Humanos Islâmicos – não tem validade legal para os Estados

---

a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 28 maio 2020



Há quatorze séculos atrás, o Islã concedeu à humanidade um código ideal de direitos humanos. Esses direitos têm por objetivo conferir honra e dignidade à humanidade, eliminando a exploração, a opressão e a injustiça. Os direitos humanos no Islã estão firmemente enraizados na crença de que Deus, e somente Ele é o Legislador e a Fonte de todos os direitos humanos. Em razão de sua origem divina, nenhum governante, governo, assembleia ou autoridade pode reduzir ou violar, sob qualquer hipótese, os direitos humanos conferidos por Deus, assim como não podem ser cedidos. (CHAVES, 2014)<sup>48</sup>

É perceptível o trabalho conjunto de estudiosos, juristas e representantes muçulmanos num esforço em direção ao direitos, constatações importantes que se baseiam do Alcorão e na *Sunna*, deleitando-se na crença em Deus como guia da humanidade, mas que, como já dito, não tem validade legal, e se distingue da *Sharia* em relação ao Direito à Liberdade de Religião e o Direito de Liberdade de Crença, Pensamento e Expressão<sup>49</sup>, segundo os artigos XIII e XII, respectivamente, da Declaração, tendo bastante influência da Declaração da ONU de 1948, o que não acontece no segundo documento.

Datada de 5 de agosto de 1990, a Declaração de Cairo sobre Direitos Humanos no Islã, que tem sua Carta de Constituição datada de 1969 assinada pela Organização da Conferência Islâmica (OCI), que objetivava garantir os interesses em comum sobre a cena internacional dos Estados membros e tem como objetivos: a) propagar, promover e preservar os ensinamentos e valores islâmicos; b) promover e salvar a herança da cultura islâmica; c) proteger e defender a verdadeira imagem do Islã diante da difamação; d) promover e

---

<sup>48</sup> CHAVES, Luana Hordones. Os Documentos de Direitos Humanos do Mundo Muçulmano em Perspectiva Comparada. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**, [s.l.], v. 19, n. 2, 2014, p. 250 apud DECLARAÇÃO ISLÂMICA UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. Traduzido por Mônica Muniz e Maria Moreira. 1981. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>>. Acesso em: 28 maio 2020

<sup>49</sup> DECLARAÇÃO ISLÂMICA UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. Traduzido por Mônica Muniz e Maria Moreira. 1981. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>>. Acesso em: 28 maio 2020: “Toda a pessoa tem o direito à liberdade de consciência e de culto, de acordo com suas crenças religiosas.”; “Toda a pessoa tem o direito de expressar seus pensamentos e crenças desde que permaneça dentro dos limites estabelecidos pela Lei. Ninguém, no entanto, terá autorização para disseminar a discórdia ou circular notícias que afrontem a decência pública ou entregar-se à calúnia ou lançar a difamação sobre outras pessoas. [...] Ninguém será desprezado ou ridicularizado em razão de suas crenças religiosas ou sofrerá qualquer hostilidade pública; todos os muçulmanos são obrigados a respeitar os sentimentos religiosos das pessoas”.





proteger os direitos humanos e liberdades fundamentais; e)  
incentivar o dialogo entre as civilizações e religiões.  
(CHAVES, 2014)<sup>50</sup>

No ano de 1990, no Egito, na XIX Conferência Islâmica dos Ministros dos Negócios Estrangeiros que a Declaração de Cairo foi de fato prepara e formalmente adotada. Nessa reunião em que estavam presentes a maioria dos Estados de tradição muçulmana, foram dadas diretrizes em que cada um deles se compromete a seguir o documento, sem comprometer a soberania nacional de cada um. A OCI atendeu a solicitação da criação de uma Comissão Independente Permanente para promover os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, publicando o Regulamento Interno da Comissão Permanente de Direitos Humanos da OCI e, resultando, em 2010, no Estatuto da Comissão Permanente de Direitos Humanos.

A iniciativa da Organização de Cooperação Islâmica em criar uma Comissão de Direitos Humanos, reafirmando a Declaração do Cairo de 1990 e ao mesmo tempo assegurando a cooperação com organizações internacionais como a Organização das Nações Unidas, faz crer que, assim como assinalou Pace (2005), apesar de não se caracterizar como um tratado internacional que vincule os países signatários, a Declaração do Cairo continua sendo até hoje a mais articulada carta de direitos humanos assumidos do ponto de vista dos Estados de tradição muçulmana. (CHAVES, 2014)<sup>51</sup>

Diferente do primeiro documento, marcado pelos interesses em comum da Organização da Conferência Islâmica, a Declaração de Cairo deixa explicito nos 25 artigos que os direitos humanos devem conservar as escrituras e tradição do Profeta, subordinados a Deus e a superioridade da Sharia. Dos direitos de liberdade expressão<sup>52</sup>, todos podem gozar dos mesmos assim como podem se expressar

---

<sup>50</sup> CHAVES, Luana Hordones. Os Documentos de Direitos Humanos do Mundo Muçulmano em Perspectiva Comparada. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**, [s.l.], v. 19, n. 2, 2014, p. 252

<sup>51</sup> Ibidem

<sup>52</sup> NINETEENTH ISLAMIC CONFERENCE OF FOREIGN MINISTERS. **Cairo Declaration on Human Rights in Islam**. 1990. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/cairodeclaration.html>>. Acesso em: 28 maio 2020: “Artigo 16º: Todos têm o direito de gozar os frutos do seu domínio científico, de trabalho, literária, artística ou técnica da qual ele é o autor, e ele terá o direito à proteção dos seus interesses morais e materiais que



livremente, desde que não seja contrário a Sharia. Quanto a liberdade de religião, no artigo 10<sup>53</sup> sobre a mudança de credo, o Islã é uma religião de natureza intocada, já no artigo 18<sup>54</sup> é claro o respeito as minorias religiosas. Direito à educação, também com bases na formação da fé islâmica e na supremacia da Sharia no artigo 9<sup>55</sup>.

O terceiro e último documento, a Carta Árabe dos Direitos Humanos, de 15 de setembro de 1994, foi elaborada pela Liga dos Estados Árabes, o que a distingue dos outros documentos porque se baseia na tradição árabe para dialogar com os direitos humanos. Chaves (2004) declara como “um projeto complicado, visto que a Declaração do Cairo e a Declaração de Direitos Humanos da ONU tem divergências”.

Reafirmando os princípios da Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como as disposições das Nações Unidas Pactos Internacionais sobre Direitos Cívicos e Políticos e Econômicos, Sociais e Culturais e a Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã [...]. (ARAB CHARTER ON HUMAN RIGHTS, 1994)<sup>56</sup>

Composta por 43 artigos, esse documento de cunho intergovernamental se assemelha bastante, diferente dos outros documentos, aos direitos declarados pela ONU e, apesar de ser o mais recente, não encerra as discussões importantes da liberdade religiosa e de expressão, por exemplo. Chaves (2004, p. 256) conclui “Uma vez que a lei corânica é tida como a primeira lei do Islã, a supremacia da xaria torna-se um ponto chave nesses debates.”

---

daí decorrem, desde que não seja contrária aos princípios da Sharia; Artigo 22º: (A) Toda pessoa terá o direito de expressar sua opinião livremente da forma que não seria contrário aos princípios da Sharia”.

<sup>53</sup> Ibidem: “O Islã é a religião da natureza intocada. É proibido exercer qualquer forma de coerção sobre o homem ou explorar a sua pobreza ou ignorância, a fim de convertê-lo para outra religião ou ao ateísmo”.

<sup>54</sup> Ibidem: “(A) Todos terão o direito de viver em segurança para si, sua religião, seus dependentes, sua honra e sua propriedade”.

<sup>55</sup> Ibidem: “O Estado deve assegurar a disponibilidade de meios e formas de aquisição da educação e garantir a diversidade educativa, no interesse da sociedade, de modo a permitir que os homens se familiarizarem com a religião do Islã e os fatos do Universo, em benefício da humanidade”.

<sup>56</sup> ARAB CHARTER ON HUMAN RIGHTS, 15 set. 1994. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b38540.html>. Acesso em: 28 maio 2020



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo não tem pretensões de firmar respostas, mas analisar antíteses que puseram de cada lado, a pretensão de um Estado Islâmico e os consolidados Estados ocidentais vinculantes, em teoria, dos tratados de direitos humanos da Organização das Nações Unidas. Antíteses como secularismo e integração de fé, Estado-nação e ordem universal islâmica, soberania de Deus e autoridade humana sintetizam pensamentos sobre a dicotomia ocidental e islâmica.

Os direitos humanos, de pilares básicos, a natureza humana e a cultura, são postos como normas pelo direito internacional no século XX para que pudessem ser universalmente impostos e, conseqüentemente aceitos, mas quando se trata da religião muçulmana, a natureza humana é substituída pelo o que o Profeta queria que o indivíduo fizesse e pregasse, e a cultura é construída sobre pilares de mandamentos que data de quatorze séculos atrás.

Para quaisquer efeitos, o direito desempenha papel fundamental na formação de sistemas e que, em seu âmbito internacional, é importante a preocupação com o caráter cosmopolita que afeta culturas, valores, que não é de total compreensão e abordagem do discurso universalista – iluminista, cristão e individualista. O constructo histórico-social que são os direitos fundamentais do homem no Islã demonstram que os direitos humanos são viáveis nessa ordem e que, sob qualquer hipótese, será levado em consideração o princípio da igualdade, do “outro” além do “eu”.

Por fim, atuando como facilitadora do diálogo entre culturas e estabelecendo regras de interlocução entre as nações, facilitada por caráter marcante que a compõe de ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo



que desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura, outro noutra<sup>57</sup>, nessa peculiaridade é que reside a hermenêutica diatópica.

## REFERÊNCIAS

ALCORÃO. Disponível em: <[http://www.ligaislamica.org.br/alcorao\\_sagrado.pdf](http://www.ligaislamica.org.br/alcorao_sagrado.pdf)>. Acesso em: 23 maio 2020.

ARAB CHARTER ON HUMAN RIGHTS, 15 set. 1994. Disponível em: <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b38540.html>>. Acesso em: 28 maio 2020.

AYOOB, Mohammed. Making Sense of Global Tensions: Dominant and Subaltern Conceptions of Order and Justice in the International System. **International Studies**, [s.l.], v. 47, n. 2-4, p.129-141, abr. 2010. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/002088171104700405>.

BENVENUTO, Jayme. Universalismo, relativismo e direitos humanos: uma revisita contingente. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, [s.l.], n. 94, p.117-142, abr. 2015. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/0102-64452015009400005>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CAMPANINI, Massimo. **Introdução à filosofia islâmica**. São Paulo: Estação Liberdade, 2010.

CANOTILHO, J.J. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CHAVES, Luana Hordones. Os Documentos de Direitos Humanos do Mundo Muçulmano em Perspectiva Comparada. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**,

---

<sup>57</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 257.



[s.l.], v. 19, n. 2, p. 245-262, 30 dez. 2014. Universidade Estadual de Londrina.  
<http://dx.doi.org/10.5433/2176-6665.2014v19n2p245>.

CORRALO, Giovani da Silva; GIRELLI, Camile Serraggio. A hermenêutica diatópica como forma de diálogo entre nações multiculturais na aplicação dos direitos femininos na pós-modernidade. **Revista Justiça do Direito**, [s.l.], v. 29, n. 3, p. 372- 388, 10 dez. 2015. UPF Editora. Disponível em:  
<<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v29i3.5597>>. Acesso em: 23 maio 2020.

DECLARAÇÃO ISLÂMICA UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS.  
Traduzido por Mônica Muniz e Maria Moreira. 1981. Disponível em:  
<<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>>. Acesso em: 28 maio 2020.

FROTA, Hidemberg Alves da. **Reflexões sobre os Direitos Humanos no Mundo Muçulmano**, 2005. Disponível em:  
<[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/ligaarabe/frota\\_reflexoes\\_dh\\_mundo\\_muçulmano.o.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/ligaarabe/frota_reflexoes_dh_mundo_muçulmano.o.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2020.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; VIEIRA, Porfírio de Castro. Direitos fundamentais e tradição: uma análise sobre a igualdade no direito islâmico e prospectando possíveis diálogos com o direito ocidental. **Revista de Direito UNINOVAFAPI**, v. 1, n. 2, p. 1-22, jul/dez. 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Lisboa: 70, 2012.

HOBSBAWM, Erich J. **A era das revoluções**. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

KANT, I. **Crítica da razão pura**. Trad. Valério Rohden e Udo B. Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2004.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**: um projecto filosófico. Covilhã, 2008.  
Disponível em: [http://www.lusosofia.net/textos/kant\\_immanuel\\_paz\\_perpetua.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf).  
Acesso em: 05 maio 2020.

KANT, Immanuel. O que é a ilustração. In: WEFFORT, Francisco (Org.). **Os Clássicos da Política**. Vol. 2, São Paulo: Ática, 1993



NEVES. A. Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do Pensamento jurídico, da sua Metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. V. 3.

NINETEENTH ISLAMIC CONFERENCE OF FOREIGN MINISTERS. **Cairo Declaration on Human Rights in Islam**. 1990. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/cairodeclaration.html>>. Acesso em: 28 maio 2020.

NURUZZAMAN, Mohammed. Western and Islamic International Theories. **International Studies**, [s.l.], v. 55, n. 2, p.106-129, abr. 2018. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/0020881718790687>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e Programa de Ação de Viena (1993)**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declarações-e-Tratados-Internacionais-de-Proteção/declaracao-e-programa-de-acao-de-viena.html>>. Acesso em 06 maio de 2020

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 28 maio 2020.

PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: Da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido. **Rev. bras. Ci. Soc.**, São Paulo, v. 13, n. 37, p. 43-73, jun. 1998. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69091998000200003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091998000200003&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 04 maio 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: Desafios e Perspectivas Contemporâneas**. TST, Brasília, v. 75, n. 1, p. 107-113, jan/mar. 2009.

SAID, Edward W. **Orientalismo**: o Oriente como invenção do Ocidente. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**. São Paulo: Cortez, 2013.



SCKELL, Soraya Nour. O cosmopolitismo de Kant: direito, política e natureza. **Estudos Kantianos**: Marília, v. 5, n. 1, p. 199-214, jan. 2017. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/ek/issue/view/423>. Acesso em: 05 maio 2020.

SILVA, Flavia Martins André da. **Direitos Fundamentais**. DireitoNet, maio de 2006. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>>. Acesso em: 26 de maio de 2020.

VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019.

# UMA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA CHAMADA VENEZUELA: APLICAÇÃO DE CRITÉRIOS AVALIATIVOS DE DAHL

Sabrina Alves Rezende Rego

## RESUMO

Com a ascensão de Hugo Chávez ao poder na Venezuela em 1999, muitas críticas foram feitas, interna e externamente, ao nível da democracia no país. Existem até analistas que acreditam que a Venezuela se tornou semidemocrática, mas não usam indicadores para apoiá-la. O artigo tem como objetivo avaliar a situação da democracia na Venezuela a partir da era chavista, com base nos critérios estabelecidos por Dahl (2005) e nos parâmetros utilizados por O'Donnell (1997; 2000) pois são métodos menos subjetivos para auxiliar a entender o quanto um estado é ou não democrático. Portanto, é uma avaliação mais objetiva, com base nos critérios dos dois autores e variáveis. A conclusão é que, apesar dos problemas, há elementos suficientes para confirmar que o regime venezuelano é democrático. Portanto, aqueles que defendem o oposto geralmente têm uma posição cujo apoio é ideológico e não empírico.

**Palavras-chave:** democracia, Venezuela, Chávez.

## INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é avaliar a situação da democracia na Venezuela, sobretudo após a era chavista, usando principalmente os critérios estabelecidos por Dahl (2005). Para esse fim, parâmetros definidos por O'Donnell também são utilizados em artigos após a publicação original do trabalho de Dahl.

Essa avaliação é importante porque, com a ascensão de Hugo Chávez ao poder em 1999, interna e externamente, houve muitas críticas ao nível da democracia no





país. Existem até analistas que acreditam que a Venezuela se tornou semi-democrática, mas não usam indicadores para apoiá-la.

Então, aqui, faz-se uma avaliação mais objetiva, com base nos critérios de Dahl e O'Donnell e variáveis, e assim determinar se ainda pode-se dizer que existe democracia na Venezuela. A definição de democracia usada é a minimalista. No entanto, isso não significa concordar expressamente com essa visão, mas a compreensão de que a definição minimalista deve ser usada para avaliar, se a ciência política sobre o regime de um país em particular, é democrática ou não.

A avaliação da qualidade da democracia na Venezuela, que também é relevante, não está no escopo deste trabalho, nem se concentra em determinar o impacto do estilo de liderança populista de Chávez. A única tentativa é responder à questão de se o regime do país após a era chavista permanece democrático ou não.

A hipótese de trabalho é que, apesar dos problemas, há elementos suficientes para confirmar que o regime venezuelano é democrático. Aqueles que defendem o oposto geralmente têm uma posição cujo apoio é ideológico e não empírico.

## **1 FORMAÇÃO DE UMA SOCIEDADE E DIFERENTES FORMAS DE GOVERNO**

Toda formação de uma sociedade passa pela lógica de pensamento do que é chamado pelos teóricos da ciência política de “contrato social”. Embora haja diferentes formas de pensar a formação da sociedade e o resultado do regime nacional adotado, sabe-se que a Democracia também surge de um “contrato social”.

Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, chamados de contratualistas, concordam que existia um estado de natureza, um estado de guerra e a constituição do que seria um pacto que dá origem à sociedade civil. Resguardada as particularidades de cada autor, havia um consenso em relação a eles no que diz respeito à questão da legitimidade, compreendida como aceitação ou consentimento.



Contudo esses autores divergem nos conceitos de representação e participação, tendo cada um contribuído para a formação do conceito moderno do que seria o regime de uma sociedade, e conseqüentemente a democracia.

Considerando que o surgimento do Estado Nacional se dá em um período turbulento e marcado pelo conflito, há um entendimento do Estado como entidade que busca manter a ordem e trazer resoluções de conflitos. O advento do Estado representa uma concentração de poder em prol da preservação da paz (BOBBIO, 1995).

Para Thomas Hobbes (2003), a transferência de poder ocorre por meio de uma total delegação, onde os súditos abdicam do poder e de sua liberdade em troca de uma preservação promovida pelo Estado. Segundo ele, o estado de natureza é, necessariamente, um estado de guerra devido à disputa de força e recursos por parte dos indivíduos e à sujeição dos indivíduos às suas paixões e medos. Neste cenário, o soberano entra para garantir a paz, sendo este considerado “mais capaz” que os demais.

Ao passo que não há obrigação de o soberano ser responsivo aos seus súditos, aparece aqui novamente o princípio da distinção: o “Leviatã”, caricatura desenhada por Hobbes para representar o Estado, é considerado como o único capaz de manter a ordem e a paz e, por isso, a ele é conferido todo o poder. A legitimidade desse ente todo poderoso encontra-se unicamente no momento da autorização, em que os cidadãos concedem essa concentração de poder na figura do Leviatã ao passo que abdicam da posse das suas ações. O problema da representação é, portanto, reduzido ao momento da concessão de soberania por parte do cidadão (AVRITZER, 2007).

Para Locke (2006), o estado de natureza não se constitui necessariamente em um estado de guerra, pois se trata de um estado de cooperação em contraposição à inimizade que caracterizaria o estado de guerra. Entretanto, há um risco inerente de se tornar um estado de guerra devido ao fato de todos serem igualmente reis



(LOCKE, 2006). Neste caso, o pacto civil serve para evitar que o estado de natureza venha a se tornar um estado de guerra.

A propriedade privada ocupa um papel central na obra de Locke (2006), visto que se configura no motivo principal pelo qual os homens se associam em uma organização política, a qual apenas pode ser constituída com consentimento individual. O poder político reside em representantes escolhidos pela população, fundando os pressupostos da democracia representativa. A legitimidade do poder político se encontra na aquiescência individual dos governados uma vez da autoridade paterna como desempenhado pelo monarca absolutista (ALVERGA, 2003). Não se trata de um Leviatã que governa, mas um corpo de representantes eleitos pela população.

O Poder Legislativo, por outro lado, ganha um enfoque central, pois se constitui no corpo político que deve tomar as decisões. Não há uma delegação total de poder, como no pensamento de Hobbes (2003). Mesmo o poder de tributação, na obra de Locke (2006), deve ser pautado pela anuência dos cidadãos governados, mesmo que esse consentimento seja expresso de forma indireta por meio dos representantes. Nesse contexto, as decisões políticas são tomadas pela regra da maioria, à qual os indivíduos devem se submeter. Em outras palavras, todo indivíduo deve acatar a decisão majoritária (ALVERGA, 2003).

Para Rousseau (1996), o estágio inicial do estado de natureza seria caracterizado pelo primeiro sentimento do ser humano, a existência, e a primeira necessidade, que é a conservação de si mesmo. As relações sociais são percebidas a partir do momento em que surge obstáculos, os quais levem à necessidade de adequação dos seres a si mesmos e de uns com os outros. (NAYARA FÁTIMA, p. 264)

Em sua visão, a dependência se intercala com a desigualdade quando uns passam a viver à custa de outros. Surgem então as primeiras regras de partilha, sendo



o sistema político criado para manter a ordem. Nesse contexto, o estabelecimento político refere-se ao “falso” contrato social, que se constitui uma legitimação de uma relação de dominação do pobre pelo rico, que pretende perpetuar a propriedade privada. Os ricos teriam garantido suas próprias posições por meio do convencimento dos pobres em relação à necessidade das instituições políticas para garantir a paz e a justiça (MACFARLANE, 1970).

Assim, Rousseau (1996) propõe a construção de uma sociedade que permita o desenvolvimento da personalidade de cada um dos seus membros em harmonia com os interesses da comunidade. Neste caso, as decisões públicas não são tomadas por um conjunto de representantes eleitos, mas por todos os membros da comunidade política em assembleia. Defende-se uma democracia em que as decisões são alcançadas por meio da “vontade geral”, a qual não se trata da agregação das preferências políticas individuais, mas do bem comum (HELD, 2007).

Rousseau se distancia tanto de Hobbes quanto de Locke, pois seu modelo propõe um retorno à democracia direta, em que cidadãos tomariam as decisões eles mesmos, sem recorrer a um soberano absoluto. Por fim, é importante compreender que nem todo contratualismo é democrático, assim como nem todo democratismo é contratualista (BOBBIO, 1995)

## **1.1 Teoria Democrática**

John Stuart Mill (1981), um dos patronos do liberalismo, tinha como ponto central a preocupação em limitar a esfera de atuação de quem detém o poder político, buscando garantir a preservação da liberdade de indivíduos. Ele entendia a liberdade como a disposição e capacidade de perseguir a própria concepção de bem, contanto que os outros não sejam prejudicados nem impedidos de buscar o próprio bem. Para ele, o único objetivo pelo qual o poder pode ser exercido é prevenir o prejuízo a outros.



Mill (1981) argumenta que a democracia baseada exclusivamente na identidade entre eleitores e eleitos não precisaria de controle. Esse tipo de democracia não se efetivaria na prática tendo em vista a inexistência dessa identidade entre quem governa e quem é governado. Nesse caso, a vontade do povo corresponde a vontade da maioria (MILL, 1981).

A “tirania da maioria”, por sua vez, é uma preocupação constante nas obras dos federalistas, que viam a democracia como um risco devido ao poder das facções – grupos de indivíduos unidos em determinada causa ou interesse (MADISON, 1787). Por mais que esse “novo” princípio deixasse de lado a questão distributiva, ainda se mostrava mais igualitário do que a fórmula precedente, quando o poder era repassado exclusivamente com base na hereditariedade (MANIN, 1997).

Teorias minimalistas nada mais são que um conjunto de abordagens que analisam os regimes democráticos contemporâneos, trazendo uma formulação do conceito de democracia que restringe a certas condições institucionais, deixando de fora da análise uma série de fatores relevantes no conceito original da democracia.

O projeto democrático passa a estar associado a uma série de elementos institucionais, como a existência de conjunto de liberdades cidadãs, a competição eleitoral e a multiplicidade de grupos de pressão (MIGUEL, 2005). A discussão está centrada em aspectos procedimentais, ou seja, quais regras e instituições devem se inserir em um governo para que ele possa ser chamado de democrático.

A proposta de Schumpeter (1961) é um sistema em que o povo irracional não tome as decisões diretamente, mas delegue as decisões a um corpo de indivíduos que competiriam pelo poder. O conceito de democracia é reformulado de forma a designar “um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor” (SCHUMPETER, 1961, p. 328).



Enquanto isso, Dahl (2004) formula a tese de que os partidos formulariam políticas para ganhar as eleições e não o inverso. Novamente a competição é destacada como relevante para a democracia por incentivar os candidatos a formularem políticas de acordo com os interesses dos eleitores a fim de alcançarem o objetivo de se elegerem. Por outro lado, no pensamento de Dahl (2004), a competição está presente de forma a promover a fragmentação do poder, a qual impediria a formação de uma elite.

A estabilidade da democracia estaria garantida, nessas circunstâncias, pela divisão do poder em grupos com interesses distintos (MARQUES, 2007). As abordagens minimalistas não reinventaram o conceito de democracia sem que houvesse algum processo prévio de transformação. Na realidade, elas escreveram apenas o resultado de um processo anterior de construção de instituições que passaram a ser vistas como democráticas.

## 1.2 Tradições Democráticas

Na teoria contemporânea de Democracia confluem três grandes tradições do pensamento político:

- A Teoria Clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de Governo, segundo a qual a Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, se distingue da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos.
- A Teoria Medieval, de origem romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior.



- A Teoria Moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas: monarquia e república, e a antiga Democracia nada mais é que uma forma de república (a outra é a aristocracia), onde se origina o intercambio característico do período pré-revolucionário entre ideais democráticos e ideia republicanos e o Governo genuinamente popular é chamado, em vez de Democracia, de República (BOBBIO, 1995)

De acordo com Bobbio (1995), na teoria política contemporânea as definições de Democracia tendem a resolver-se e a esgotar-se no que se diz de "procedimentos universais". São eles:

- Órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, deve ser composto de membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo, em eleições de primeiro ou de segundo grau;
- Junto do supremo órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe de Estado (tal como acontece nas repúblicas);
- Todos os cidadãos que tenham atingido a maioridade, sem distinção de raça, de religião, de censo e possivelmente de sexo, devem ser eleitores;
- Todos os eleitores devem ter voto igual;
- Todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a própria opinião formada o mais livremente possível, isto é, numa disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional;



- Devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condição de ter reais alternativas (o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada);
- Tanto para as eleições dos representantes como para as decisões do órgão político supremo vale o princípio da maioria numérica, se bem que podem ser estabelecidas várias formas de maioria segundo critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre;
- Nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições;
- O órgão do Governo deve gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo.

Como se vê, todas estas regras estabelecem como se deve chegar à decisão política e não o que decidir. Do ponto de vista do que decidir, o conjunto de regras do jogo democrático não estabelece nada, salvo a exclusão das decisões que de qualquer modo contribuiriam para tornar vãs uma ou mais regras do jogo. Além disso, como para todas as regras, também para as regras do jogo democrático se deve ter em conta a possível diferença entre a enunciação do conteúdo e o modo como são aplicadas.

Certamente nenhum regime histórico jamais observou inteiramente o ditado de todas estas regras; e por isso é lícito falar de regimes mais ou menos democráticos. Não é possível estabelecer quantas regras devem ser observadas para que um regime possa dizer-se democrático. Pode afirmar-se somente que um regime que não observa nenhuma não é certamente um regime democrático, pelo menos até que se tenha definido o significado comportamental de Democracia (BOBBIO, 1995).





### 1.3 Democracia sob a ótica de Dahl e O'Donnell

Como visto pelos conceitos e procedimento apresentados sobre democracia, sua definição está longe de um julgamento universal de sim ou não, mas é composta por uma avaliação gradual, de uma democracia embrionária para uma democracia perfeita, dentro do estado da arte. Na tentativa de estratificar uma democracia, Dahl (2005) afirma que a chamada “Poliarquia plena”, que no seu estudo nada mais é do que uma democracia plena, deverá permitir aos nacionais a formulação de preferências, exprimir essas preferências e ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo.

Parte das críticas sobre a democracia na Venezuela estão vinculadas principalmente a terceira colocação de Dahl (2005), ou seja, sobre o grau de liberdade gerada pela conduta do governo. Sobre a relação das preferências com a conduta do governo, Dahl (2005) estabelece oito características que devem ser avaliadas:

1. liberdade de formar e participar de organizações;
2. liberdade de expressão;
3. direito de voto;
4. elegibilidade para cargos públicos;
5. direito de que líderes políticos disputem apoio;
6. fontes alternativas de informação;
7. eleições livres e idôneas; e
8. instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e outras expressões de preferência.



De acordo com ele, essas oferecem para o tomador de decisão a possibilidade de compreender a preferência da população de um país, pois é por meio dela que o interesse da população é expressado. A compreensão deles é estratégica para nortear a atuação de um governo. Dados os requisitos insuficientes de Dahl (2005), O'Donnell (1997) acrescentou outros aspectos nos trabalhos após a publicação de seu colega, mas sem defini-los como requisitos para a democracia, mas como condições para sua eficácia e bom funcionamento. O'Donnell (1997) lida com direitos civis, como tratamento igual das leis, tratamento igual por autoridades públicas e direitos humanos, bem como um conceito que ele desenvolveu, a responsabilidade horizontal, que se relaciona à existência e ao grau de controle das instituições estatais. No entanto, o autor supracitado tem uma definição bem clara sobre o que seja democracia, inclusive cita uma forma democrática, a delegativa, que se encaixa muito no modo como o panorama político da Venezuela se desenvolveu:

As democracias delegativas baseiam-se na premissa de que a pessoa que ganhar a eleição presidencial está autorizada a governar da maneira que achar conveniente, apenas restringida pela crua realidade das relações de poder existentes e pela limitação constitucional do fim do seu mandato. O presidente é considerado a encarnação da nação e o principal definidor e guardião dos seus interesses. As medidas de governo não precisam manter nenhuma semelhança com as promessas da campanha. Por acaso, o presidente não foi autorizado a governar como melhor achasse? Considerando que se supõe que esta figura paternal vai cuidar do conjunto da nação, sua base política deve ser um movimento, a superação vibrante do faccionalismo e dos conflitos associados aos partidos. Em geral, nas democracias delegativas, os candidatos presidenciais vitoriosos veem a si mesmo como figuras que estão acima dos partidos políticos e dos interesses organizados. (...) A partir dessa perspectiva, outras instituições

- os tribunais e as legislaturas, entre outras - são apenas estorvos que, infelizmente, acompanham as vantagens domésticas e internacionais resultantes de ser um presidente democraticamente eleito. A accountability (responsabilidade) dessas instituições é vista como um mero impedimento da plena autoridade que foi delegada ao presidente (O'DONNELL, 1997).



No apêndice de seu livro, Dahl exhibe variáveis para sete dos oito requisitos listados acima, com privilégios de autoridade pública e categoria sendo descartados para cada variável. Essas categorias são baseadas em conceitos e não em indicadores. No caso de O'Donnell, não existe essa abordagem. Ainda sobre as diferenças de ambos os autores, Robert Dahl (2005) contribui ao classificar algumas nações como democracias ou quase-democracias:]



Tabela 1.1. Classificação de Dahl, baseada no ano de 1969

<p><i>Democracia plenamente inclusiva</i></p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. Austrália</li><li>2. Áustria</li><li>3. Bélgica</li><li>4. Canadá</li><li>5. Costa Rica</li><li>6. Dinamarca</li><li>7. Filipinas</li><li>8. Finlândia</li><li>9. França</li><li>10. Holanda</li><li>11. Índia</li><li>12. Irlanda</li><li>13. Islândia</li><li>14. Israel</li><li>15. Itália</li><li>16. Jamaica</li><li>17. Japão</li></ol>
<ol style="list-style-type: none"><li>18. Líbano</li><li>19. Luxemburgo</li><li>20. Noruega</li><li>21. Nova Zelândia</li><li>22. Reino Unido</li><li>23. República Federal da Alemanha</li><li>24. Suécia</li><li>25. Trindade e Tobago</li><li>26. Uruguai</li></ol>
<p><i>Casos especiais</i></p> <ol style="list-style-type: none"><li>27. Chile</li><li>28. Estados Unidos</li><li>29. Suíça</li></ol>



*Quase-Democracia*

1. Chipre
2. Colômbia
3. Malásia
4. República Dominicana
5. Turquia
6. Venezuela

Fonte: Elaboração própria baseada em Dahl (2005)

No caso específico da Venezuela, o autor a classifica como uma quase-democracia, tendo como referência dados coletados no ano de 1969. Por mais que não seja uma democracia plena, o fato de Dahl ter a colocado como uma quase-democracia significa que já havia uma percepção de indicadores de uma evolução democrática. Assim, coube a verificação da evolução histórica da Venezuela a fim de constatar se atualmente esse país alcançou um padrão esperado de democracia.

## **2 HISTÓRICO DA VENEZUELA**

O precursor da independência hispano-americana foi Francisco de Miranda, um oficial de Caracas. Sob a forte influência de ideais liberais, serviu no Exército Real Espanhol e participou da Guerra da Independência dos EUA. Após a guerra, viveu por vários anos nos Estados Unidos. Ele era amigo de Thomas Jefferson e, segundo algumas fontes, teria sido iniciado na Maçonaria por George Washington. No final do século XVIII, Miranda passou por vários tribunais europeus, buscando apoio para a independência americana.

Miranda ainda participou das batalhas da Revolução Francesa entre 1791 e 1792 e conheceu pessoalmente Napoleão Bonaparte, que diria dele: "Este homem carrega a chama sagrada em sua alma". Em 1797, fundou em Londres, com escritórios em Madri, Cádiz e Paris, um grupo chamado Logia Gran Reunión Americana, seguindo o modelo maçônico, a fim de preparar a luta pela independência da América espanhola.



Simon Bolívar, Bernardo O'Higgins e Jose de San Martin participaram desta loja, que se tornará a líder dos movimentos de independência americanos. Grande Colômbia Francisco de Miranda concebeu a criação de um grande império latino-americano, que consistirá no sul dos Estados Unidos na Argentina e terá o nome de Columbia em homenagem a Cristóvão Colombo. Finalmente, em 1806, deixando os Estados Unidos e contando com o apoio britânico, ele desembarcou em Corot, o porto da Venezuela, pronto para colocar seus planos em prática.

Nesse episódio, vale lembrar que a bandeira da Venezuela moderna era o padrão dos revolucionários. No entanto, naquele momento, a elite crioula da Venezuela não queria independência e não recebeu apoio estrangeiro para o caso Miranda, porque temia uma simples mudança de metrópole, da Espanha para a Inglaterra.

Assim, o líder revolucionário não conseguiu apoio e foi forçado a fugir dez dias após o desembarque. Em 1808, quando Napoleão Bonaparte aprisionou o rei espanhol Fernando VII e nomeou seu irmão José Bonaparte o rei da Espanha, a elite crioula venezuelana previu a possibilidade de formar um cabildo aberto em Caracas, ou seja, um cabildo de corrida livre de criollos.

## **2.1 Bolivarianismo**

A revolução bolivariana pode ser definida como o processo político iniciado após Hugo Chávez assumir a presidência da República em fevereiro de 1999. Foi um período crítico para entender a direção adotada pela Venezuela no início do século XXI, quando se tornou possível construir um novo projeto estatal nacional com base em dois pontos: uma nova abordagem à figura de Simon Bolívar; e o papel de Chávez em orientar as mudanças estruturais pelas quais o país passou, que atingiram sua estrutura social e lançaram as bases para um novo conceito de representatividade e participação política.



Na era de Chávez (1999-2013), a Venezuela teve um papel decisivo na distribuição de poder nos níveis regional e internacional, vivendo com um sistema político polarizado. Nos quatorze anos de sua presidência, Chávez se tornou o representante físico do regime, já que sua liderança era necessária em momentos cruciais, especialmente quando sua constância no cargo era questionada. Não se pode negligenciar o fato de que sua imagem foi distribuída como a única capaz de apoiar o processo revolucionário, o que, em termos concretos, significou a continuação do trabalho iniciado por Simon Bolívar no século XIX.

Assim, a sociedade venezuelana foi transformada em várias esferas durante a Revolução Bolivariana, o que foi demonstrado pela reforma do sistema político na Constituição de 1999. Em termos econômicos, o estado retomou a produção de petróleo, a principal fonte de recursos, que possibilitou investir no setor manufatureiro e na política social. Além disso, novas relações entre o Estado e a sociedade foram construídas com a expansão dos canais de participação na vida política por meio de vários mecanismos de consulta pública. Tais mudanças foram possíveis graças à liderança de Chávez (político carismático), somada ao momento econômico do aumento dos preços do petróleo no mercado internacional. Por outro lado, a estratégia de confronto com a antiga oligarquia tornou a Venezuela uma nação polarizada política e socialmente, o que a torna propensa a confrontos, que se manifesta nas tentativas da oposição de remover Chávez.

## **2.2 Chávez e Maduro**

Hugo Chávez atuou como Presidente da Venezuela por 14 anos, foi eleito por três mandatos consecutivos e governou o país com base em vários ideais de governos anteriores, mas o petróleo ainda era o principal produto de exportação venezuelano. É importante notar que Chávez tem um perfil presidencial diferente dos seus antecessores, já que era soldado bolivariano, socialista e anti-imperialista.



Durante os anos em que Chávez foi presidente, ele compartilhou opiniões veementemente, já que suas decisões políticas eram frequentemente consideradas autoritárias, extremistas, nacionalistas e populistas. Apesar de Chávez ser o presidente, havia grupos de oposição na própria população venezuelana. Isso pode ser visto na tentativa de golpe que ele sobreviveu em 2002, quando a crise na Venezuela era política. Ele tentou neutralizar as ações dessa oposição, silenciando parte da imprensa e perseguindo pessoas em desafio ao seu governo.

O ex-presidente venezuelano apoiou a economia do país e as exportações de petróleo sem diversificar setores de exportação significativos. E, portanto, enquanto os preços do barril de petróleo estavam subindo, a Venezuela conseguiu obter grandes lucros com a exportação deste produto.

Mas o que o governo chavista se tornou tão popular e impopular ao mesmo tempo? A resposta a essa pergunta está nas medidas importantes que Chávez tomou em seu governo. Durante sua presidência, ele nacionalizou setores estratégicos (reservas de petróleo, telecomunicações, eletricidade etc.), o que é muito importante para a Venezuela. No entanto, ele se opôs e baniou o investimento internacional no país. Além disso, sua posição de aproximação com Cuba com Fidel Castro e sua saída dos Estados Unidos não foram bem recebidas por uma parte significativa da comunidade internacional.

Por outro lado, Chávez era popular principalmente em projetos desenvolvidos no campo da saúde e educação. E sua imagem para os venezuelanos que o defendiam estava fora do presidente, muitos o consideravam um membro da família ou um ícone.

Em meados de 2011, Chávez anunciou na televisão que estava com câncer, que precisava passar por várias operações e, portanto, precisava estar ausente do governo. Nicholas Maduro, o então ministro das Relações Exteriores, que se tornará





seu vice de Chávez no próximo ano, começou a ganhar popularidade, sendo repetidamente o representante oficial do governo.

Em 2012, foram realizadas novas eleições para selecionar o futuro presidente do país. O principal oponente de Chávez seria o então governador de Miranda Enrique Capriles. Essas foram as eleições mais controversas da era Chávez, em conexão com o início da crise econômica que surgiu no país. Apesar disso, os venezuelanos escolheram Hugo Chávez para continuar seus poderes por mais 6 anos.

No entanto, dois meses após seu quarto mandato consecutivo, Chávez morre, portanto, novas eleições devem ser realizadas. Maduro é selecionado como candidato a seguir o legado chavista, enquanto Capriles é novamente um candidato da oposição. As eleições são novamente muito controversas, mas o Maduro é escolhido por uma pequena margem.

### **3 AVALIAÇÃO SOBRE DEMOCRACIA NA VENEZUELA**

O objetivo deste trabalho é avaliar a situação da democracia na Venezuela, e para isso os critérios estabelecidos por Dahl (2005) são de muita relevância. Para esse fim, parâmetros definidos por O'Donnell após a publicação original do trabalho de Dahl também serão utilizados.

Essa avaliação é importante porque, com a ascensão de Hugo Chávez ao poder em 1999, interna e externamente, houve muitas críticas ao nível da democracia no país. Em uma perspectiva minimalista sobre o conceito de Democracia, pode-se dizer que existe democracia na Venezuela. No entanto, isso não significa concordar expressamente com essa visão, mas reconhecer que a definição minimalista deve ser usada para avaliar a ciência política sobre se o regime de um país em particular é democrático ou não.

A avaliação da qualidade da democracia na Venezuela, que também é relevante, não está no escopo deste trabalho, nem se concentra em determinar o



impacto do estilo de liderança populista de Chávez ou Maduro. A definição, em que a avaliação de que Chávez, teve um estilo de liderança populista se baseia no populismo latino-americano clássico de Ianni (1991). Os pontos em comum entre essa definição e o caso Chavista são o personalismo, a postura anti- sistema e de desenvolvimento do país, o nacionalismo e a base do apoio nas camadas mais baixas. Uma característica ausente é a busca de reconciliação entre classes (Botelho, 2006). A única tentativa é responder à questão de se o regime do país na era chavista permanece democrático ou não.

A hipótese de trabalho é que, apesar dos problemas, não há elementos suficientes para confirmar que o regime venezuelano não é mais democrático. Portanto, aqueles que defendem o oposto geralmente têm uma posição cujo apoio é ideológico e não empírico.

### **3.1 História recente**

Entre 1959, quando o primeiro governo em seu atual período democrático tomou posse, e 1993, a Venezuela foi administrada por dois partidos: AD (Ação Democrática), social- democrata e COPEI (Comitê de Organização Política Eleitoral Independente), social-cristão. O sistema partidário do país foi bipartidário desde o início dos anos 1970, situação apenas atenuada pela existência de uma terceira força, o MAS (Movimento ao Socialismo), que conseguiu manter a representação parlamentar ao longo do período dominado por AD e COPEI.

No início dos anos 80, no entanto, a Venezuela enfrentou sérias dificuldades econômicas devido à queda dos preços do petróleo, que vinha crescendo na última década e à dívida externa que declinara durante a euforia. Caballero (2003) vê o episódio de desvalorização de 1983, conhecido como Sexta-Feira Negra, como um sinal do esgotamento do modelo econômico baseado apenas na renda do



petróleo. Sob a influência da situação econômica, o sistema bipartidário já mostrava os primeiros sinais de crise nos anos 80.

Em 1989, o aumento da tarifa de transporte público, causado pelo aumento do preço da gasolina, como parte de um pacote de reformas neoliberais, anunciado pelo então presidente Carlos Andrés Pérez (AD), levou à explosão de uma revolta popular conhecida como Caracaço, deixando um equilíbrio de 270 mortos, segundo a contagem oficial. Em 1992, houve duas tentativas de golpe contra o mesmo Carlos Andrés Pérez, um dos quais liderado pelo tenente- coronel Hugo Chávez. No ano seguinte, o presidente foi demitido por corrupção.

Na literatura, como por exemplo Hellinger (2003) e Caballero (2003), há uma coincidência de que o governo Carlos Andrés Pérez marcou o fim de um modelo político definido por Rey (1972) como um sistema de reconciliação populista baseado na distribuição dos benefícios da renda do petróleo com base no patrocínio.

Para Maingon (2004), o processo que levou ao fim do bipartidarismo pode ser dividido em três crises ao mesmo tempo: o da representação baseada em partidos tradicionais; a do Estado diante das dificuldades econômicas e do declínio da renda do petróleo, o que dificultava a capacidade das forças dominantes de manter suas redes de distribuição de energia orientadas para o cliente; e a legitimidade do regime democrático que prevaleceu no país como resultado dos outros dois. Também existem fatores externos que influenciaram as partes em todo o mundo.

### **3.2 As Eleições desde 1993**

Uma combinação de crise econômica e política, portanto, contribuiu para a insatisfação do domínio exercido por AD e COPEI e o resultante fim do bipartidarismo na Venezuela. Em 1993, pela primeira vez desde 1958, o presidente eleito não era nenhum dos dois lados. O então vencedor, Rafael Caldera, no entanto, foi um líder histórico da COPEI e presidente do partido de 1969 a 1973. Ele foi



eleito pela recém-criada Convergência para um segundo mandato. No parlamento, AD e COPEI ainda tinham 46% dos votos para a Câmara Baixa e permaneciam com 108 dos 203 assentos, enquanto a legenda de Caldera conquistou 26 assentos e precisava de alianças para o governo.

Com o referido fim do ciclo de bipartidarismo na Venezuela, os representantes de cada um dos dois partidos tiveram que dar cada vez mais espaço ao parlamento. Nas eleições de 1998, o AD ainda era o partido com mais votos (24,1%) e cadeiras (61). De fato, ganhou seis posições a mais do que na disputa anterior. O COPEI, por outro lado, caiu de 53 para 26 assentos, diminuindo o número total de votos das duas forças tradicionais (36,1%) em relação a 1993. O que também beneficiou AD e COPEI foi a mudança na data das eleições gerais, adiantadas para que não coincidisse com a eleição presidencial em que Chávez já era o favorito.

Chávez confirmou a previsão e foi eleito presidente em 1998. Pouco antes da disputa, ele também fundou seu partido, o MVR (Movimento Quinta República). A legenda de Chávez se saiu melhor do que a Convergência em 1993, conquistando 19,9% dos votos e 35 cadeiras, mas ele não conquistou a maioria nem mesmo em alianças.

No entanto, essa situação de falta de maioria para o governo durou pouco, pois a assembleia constituinte presidencial, aprovada em referendo, conquistou 94% das cadeiras para o chavismo, vencendo as eleições parlamentares de 2000 por seis anos. Seu partido conquistou 44,38% dos votos e 95 dos 165 assentos na Assembleia Nacional, que se tornou a única Câmara do Parlamento. AD e COPEI, por outro lado, diminuíram sua participação para 21,21%, com 33 cadeiras do primeiro (pouco mais da metade) e seis no segundo (menos de um quarto dos 26 assentos da legislatura anterior).



Desde então, houve outra disputa pela Assembleia Nacional, mas as forças da oposição contra Chávez se retiraram alegando falta de isenção do CNE (Conselho Nacional Eleitoral). O chavismo assumiu um total de 167 cadeiras, 114 para o MVR.

### **3.3 Critérios de Democracia Venezuelana**

A classificação realizada nesse trabalho segue a ordem dos critérios e variáveis de Dahl (2005) até atingir O'Donnell, sendo que os itens um, dois e oito foram avaliados em separado, enquanto os demais itens foram avaliados conjuntamente.

#### **I. liberdade de formar e participar de organizações**

A descrição de cada uma delas mostra que, a que melhor se adequa à Venezuela é a número um, segundo o qual grupos autônomos podem entrar livremente na política e resistir ao governo. No entanto, grupos autônomos podem se organizar livremente na política, mas só são capazes de resistir ao governo de forma limitada.

A votação na Venezuela foi seguida por observadores internacionais e declarada oportuna. No referendo de 2007 sobre reforma constitucional, a posição chavista foi realmente derrotada. Na disputa legislativa de 2005, a avaliação dos observadores foi mais difícil, mas não indicou fraude, e enfatizou a necessidade da CNE recuperar a confiança da população e dos atores políticos (BOTELHO, 2008).

A capacidade de articulação da oposição seria prejudicada se a proposta de reforma constitucional, que permitiria a reeleição ilimitada como presidente, tivesse sido aprovada em um referendo, o que em tese permitiria que Chávez ficasse indefinidamente no poder. Na Venezuela os grupos de interesse são claramente articulados como grupos associativos. Não há elementos que possam confirmar que as associações de cada país não articulem ou articulem só um pouco seus interesses. De fato, dois grupos associativos, CTV (Confederação dos Trabalhadores



Venezuelanos) e Fedecámaras, de empresários, se manifestaram por meses antes do golpe de 2002 contra Chávez e a subsequente greve geral de cerca de dois meses para pedir a saída do presidente (BOTELHO, 2008).

Algo a ser criticado foi a política do governo de operar no setor empresarial e promover a formação de entidades legais para criar concorrência com aqueles que se opõem a ele. No entanto, isso não significa que os grupos associativos não possam articular seus interesses (BOTELHO, 2008).

## **II. liberdade de expressão**

Os itens 2 e 6 podem ser agrupados numa mesma análise. Nesses itens também estão inseridos a liberdade de imprensa, um ponto que casou muitas críticas ao regime chavista. No entanto, a medida tomada em 2007 para não renovar a licença de televisão RCTV, mesmo que apoiasse o golpe de 2002, fornece um argumento factual para as críticas e configura a perda da liberdade de imprensa (BOTELHO, 2008).

Até esse momento, podia-se dizer que a Venezuela tinha plena liberdade de imprensa, o que, por exemplo, permitiu que Chávez fosse chamado de macaco, e que as estações de televisão foram capazes de estimular e até articular um golpe contra ele (BOTELHO, 2008). A categoria que talvez melhor se ajuste à situação do país poderia ser a de uma “liberdade intermitente”, quando a imprensa nacional sofre censuras ocasionais ou seletivamente (BOTELHO, 2008).

Depois de apoiar o golpe na mídia televisiva, o presidente já havia mudado a lei que rege o desempenho da imprensa e impunha penalidades mais estritas a ações como as que contribuíam para sua derrubada temporária. Fundamentalmente, temia-se que Chávez punisse qualquer forma de trabalho jornalístico, mas isso não aconteceu. A mídia o ajudou a não dar esse passo, porque desistiu da linha mais radical (BOTELHO, 2008).



Algumas pessoas, como o proprietário da rede Venevisión, Gustavo Cisneros, preferiram não ser tão críticos e tentaram tirar vantagem do governo chavista. Outro problema para a imprensa foi a agressão e ameaças de partidários do presidente contra veículos que atuavam como oposição ativa. No entanto, essa é uma consequência difícil de evitar, se optar por deixar o jornalismo e se tornar politicamente militante em um ambiente de confronto (BOTELHO, 2008).

1. direito de voto
2. elegibilidade para cargos públicos
3. direito de que líderes políticos disputem apoio
4. fontes alternativas de informação
5. eleições livres e idôneas

Esses 5 itens podem ser avaliados dentro de uma mesma visão. Segundo Botelho (2008) a democracia na era chavista poderia se encaixar no sistema competitivo único, segundo o qual não há proibição partidária ou proibição apenas por partidos extremistas ou não constitucionais. De fato, não há limites para a competição partidária, mas a ocupação da Assembleia Nacional por uma única força ultrapassou 85% com a criação do PSUV (Partido Socialista Unificado da Venezuela). Nas eleições gerais de 2005, nas quais a oposição não participou porque alegou que a CNE não era imparcial, o MVR conquistou 114 dos 167 assentos na Assembleia Nacional, representando 68,3% do total. Após a criação do PSUV para criar a base de apoio ao chavismo, a concentração de cadeiras atingiu 89,2%. A Venezuela deve, portanto, ser classificada como um sistema parcialmente competitivo (BOTELHO, 2008).

Existe o direito dos líderes políticos de disputar apoio e também não há razão para acreditar que os partidos na Venezuela não possam articular seus interesses. Se algumas forças políticas, como em 2005, não participam mais das eleições, a



articulação de seus interesses esteve obviamente prejudicada, mas essa postura foi uma opção dos próprios partidos da oposição e não foi apoiada por outro fator externo comprovado (BOTELHO, 2008).

No entanto, é difícil integrar perfeitamente a democracia da era chavista dentro de certas descrições, pois possui muitas características próprias. Além das características baseadas políticas baseadas no nome de cada indivíduo, o sistema também é pluripartidário, onde existe um governo de coalizão (BOTELHO, 2008).

No entanto, algumas nuances são necessárias. A melhor definição para o que se tornou o sistema partidário da Venezuela é o pluralismo polarizado, uma vez que existiam vários partidos divididos em dois polos devido ao grau de polarização, os chavistas e os antichavistas. Outro problema é que o governo de coalizão de Chávez foi fraco porque ele atribuiu pouco valor às partes envolvidas e tentou reuni-las no PSUV (BOTELHO, 2008).

A categoria conhecida como “um partido e meio” também se aproxima do panorama venezuelano, pois é definida pela existência de uma oposição significativa, mas incapaz de conquistar a maioria. Por exemplo, na última eleição presidencial vencida por Chávez, o principal candidato da oposição obteve 36,9% dos votos, mas perdeu novamente (BOTELHO, 2008).

Percebe-se que pontuação da Venezuela é boa em quase todos os parâmetros democráticos. As exceções são os 2 primeiros itens avaliados.

### **III. instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e outras expressões de preferência**

Finalmente, o oitavo e último requisito. A situação venezuelana é constitucional, ou seja, o governo é dirigido com referência às normas constitucionais reconhecidas. Alguns argumentam que o regime chavista é autoritário ou mesmo totalitário, mas para isso seria necessário que houvesse





restrição constitucional efetiva ou que poderes não constitucionais fossem usados com absoluta regularidade, descrições que não se aplicam ao caso da Venezuela (BOTELHO, 2008).

Já sobre a retirada da oposição da realização das últimas eleições parlamentares de Chávez e a resultante falta de forças de oposição na Assembleia Nacional, podem ser atribuídas às características do regime e também a uma parte substancial da sociedade venezuelana, não representada no parlamento. Por esse motivo, a classificação mais apropriada seria a de aglutinação limitada de interesses (BOTELHO, 2008).

Um item a ser avaliado é a distribuição horizontal de poder. Aqui há problemas para a Venezuela. A definição mais apropriada para sua situação é uma distribuição limitada, segundo a qual dois braços do governo não possuem autonomia funcional real, uma espécie de autonomia funcional limitada (BOTELHO, 2008). Essa é a última parte que corresponde ao caso venezuelano, uma vez que os poderes legislativo e judicial têm autonomia funcional limitada em relação ao executivo.

No Judiciário, 33,3% dos juízes ainda estavam sem estabilidade nos últimos meses de 2006, tinham dificuldade em tomar decisões autônomas diante da pressão do executivo ou por meio de manifestações populares. Outro problema para a independência do judiciário foi o aumento do número de juízes no tribunal principal do país, o TSJ (Supremo Tribunal de Justiça), de 20 para 32. Os 12 novos membros foram nomeados por maioria que o governo Chávez no Assembleia Nacional da legislatura anterior (BOTELHO, 2008).

E, para terminar com os requisitos de Dahl (2005), falta abordar o estado atual do Legislativo. A classificação adequada é que esse poder é parcialmente eficaz e tende a ser dominado pelo executivo, sendo parcialmente restrito em sua função, uma vez que Legislativo, sem oposição, ainda que dentro das regras



democráticas, é dominada pelo executivo, que tende a restringir a ação parlamentar. O saldo do oitavo requisito é o pior de todos os sete.

A partir de agora, a avaliação será menos objetiva se forem utilizados os parâmetros estabelecidos por O'Donnell (1997), uma vez que este autor utiliza uma metodologia diferente da de Dahl e não define variáveis para todos os aspectos. Um ponto que ele destaca é a *accountability* horizontal. Isso é inicialmente problemático na Venezuela porque o Legislativo e o Judiciário têm autonomia limitada em relação ao Executivo. Assim, a capacidade de inspeção dos dois primeiros poderes contra o último fica comprometida. Por outro lado, desde a constituição de 1999, foram criadas instituições que estão unidas no Poder Cidadão para aumentar a capacidade do Estado e se fiscalizar. De qualquer forma, a falta de autonomia frente ao Executivo prevalece. Isso se reflete na voz e responsabilidade dos indicadores de governança do Banco Mundial, nos quais a Venezuela caiu de 53,4% em 1998, no último ano do presidente anterior, para 29,3% em 2006 (BOTELHO, 2008).

O'Donnell (1997) também enfatiza a necessidade de usar efetivamente a democracia para aplicar leis, direitos e obrigações igualmente. Este é um ponto mais subjetivo e, portanto, difícil de avaliar, mas é possível fazer algumas considerações.

Os programas sociais projetados para fornecer serviços básicos, como saúde e educação, para os necessitados, foram uma característica do governo Chávez e promovem a conscientização nesta classe de que receberam mais atenção. Também se pode argumentar que grupos privilegiados, ao longo do bipartidarismo, perderam suas vantagens desde a ascensão chavista. No entanto, alguns deles recuperaram suas forças depois de se convencerem de que seria melhor aliar-se ao presidente e tentar tirar vantagem disso. Outro problema é que a persistência na área de oposição pode levar a retaliação, por exemplo, contra funcionários e empresários que fazem negócios com o Estado (BOTELHO, 2008).



Com tudo isso em mente, permanece a impressão de que a desigualdade é hoje geralmente menor por lei, principalmente devido a medidas do governo para expandir direitos. Ao mesmo tempo, no entanto, a Venezuela passou de 29% em 1998 para 5,7% em 2006 no item império da lei dos indicadores de governança do Banco Mundial (BOTELHO, 2008). Esse aspecto não é exatamente o mesmo que a mesma validade das leis, mas se a lei geralmente tem menos valor, tende a ser ainda menor para os mais pobres. Como as duas avaliações se contradizem, a possível conclusão é que a situação vista no governo Chávez foi a mesma herdada em relação ao critério de igual validade da lei (BOTELHO, 2008).

Outro problema que O'Donnell (1997) aborda é o tratamento nos órgãos públicos. Para ele, o tratamento baseado na condição socioeconômica da pessoa cuidada é um sutil indicador de problemas com o bom funcionamento do Estado de Direito e, como resultado, da democracia. Novamente, é difícil avaliar esse ponto, mas isso pode ser discutido na linha acima. Uma política de extensão de direitos tende a reduzir a desigualdade à medida que mais pessoas têm acesso a serviços básicos.

O'Donnell (1997) ainda está preocupado com os direitos humanos. Segundo Provea (Programa Venezuelano de Educação-Ação em Direitos Humanos), a situação em relação às violações da integridade pessoal piorou, mas melhorou em relação às violações da liberdade pessoal em comparação entre o ano anterior do governo anterior e o último período do governo Chávez para os números estão disponíveis (BOTELHO, 2008). Quanto ao primeiro ponto, o relatório, de outubro de 1997 a setembro de 1998, continha 229 reclamações, em comparação com 201, no relatório de outubro de 2005 a setembro de 2006, mas o número de vítimas aumentou de 442 para 1.478. As denúncias em ambos os períodos incluem casos de tortura e tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes por parte das agências de segurança do estado. Em caso de violação da liberdade pessoal 12.594 detenções arbitrárias no relatório 1997/1998, em comparação com 1.928 no relatório mais recente de seu governo. Existem três tipos de prisões arbitrárias que Provea



considerou: manifestações pacíficas, prisões em massa por policiais ou revistas e ações pontuais (BOTELHO, 2008).

Uma acusação levantada, principalmente pela oposição, foi que o regime chavista patrocinou prisões políticas. Nesse caso, é difícil fazer um julgamento preciso porque, quando é identificado um possível exagero, as pessoas que a oposição afirma serem prisioneiras políticas, acabam por ter pelo menos alguma conexão com criminosos ou fatos suspeitos, como no golpe de 2002, a destruição precoce da embaixada cubana e o financiamento do governo de George W. Bush para atividades políticas (BOTELHO, 2008). Portanto, para uma avaliação mais confiável, é mais apropriado considerar apenas os dados das violações usados anteriormente e levar em conta que as perspectivas democráticas venezuelanas se deterioraram em alguns indicadores e melhoraram em outros, em perspectivas não muito distantes do governo anterior (BOTELHO, 2008).

## CONCLUSÃO

Este trabalho tentou sistematizar a avaliação de se a Venezuela ainda possui um regime democrático, um debate que se tornou comum na ciência, na política, na mídia e nas ruas desde a ascensão de Chávez e a posse de Maduro, mas geralmente com argumentos mais ideológicos. Para tanto, foram utilizados critérios e variáveis, definidos por dois autores, cujos trabalhos se tornaram famosos ao analisar as condições para a democracia de maneira objetiva.

No entanto, os esforços realizados aqui não são definitivos ou isentos de subjetividade, pois baseiam-se em variáveis definidas por categorias qualitativas ou mesmo sem categorias precisas, como no caso de O'Donnell (1997). Apesar disso, é



uma avaliação mais objetiva do que subjetiva. Isso ocorre porque se baseia em critérios claros que foram adotados por outros autores. Trata-se de um desenvolvimento qualitativo em termos de análises puramente impressionistas ou ideológicas.

Dos oito critérios apresentados por Dahl (2005), o regime chavista tem o melhor desempenho em **1) liberdade para formar e participar de organizações**. Por outro lado, tem os piores desempenhos em: **2) liberdade de expressão, 3) direito de voto, 5) direito de que líderes políticos disputem apoio e 6) fontes alternativas de informação**. Em **7) eleições livres e idôneas**, o país tem desempenho positivo e há problemas em **8) instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e outras expressões de preferência**. Apesar das críticas populares sobre sua forma de governo que a Venezuela apresenta,

o próprio Robert Dahl (2005), ao classificar as nações em democracias plenas, não exclui esse país de um formato democrática, apenas o posicionando como uma quase democracia. Apesar dessa nação ser posicionada dessa forma, percebeu-se pelos critérios acima descritos que a Venezuela não pode ser desconsiderada uma democracia atualmente, mesmo com a atual situação de crise econômica, os pilares da classificação de Dahl permanecem e apresentaram desenvolvimento de 1969 até os dias atuais.

Os problemas ainda identificados com os critérios de Dahl se concentram mais na liberdade de imprensa, embora a restrição até agora tenha sido apenas temporária, na concentração de quase 90% das cadeiras no PSUV e na separação de poderes.

Os parâmetros de O'Donnell têm problemas de *accountability* horizontal. No que diz respeito à igualdade perante a lei e ao respeito pelos direitos humanos, os possíveis esboços que precisam ser traçados em relação ao governo anterior são de



continuidade. Foi encontrada uma melhora na igualdade de tratamento nas instituições públicas. Portanto, os problemas identificados continuam a se relacionar com a separação de poderes.

Em conjunto, embora a situação da democracia na Venezuela na era chavista apresenta problemas para Dahl e O'Donnell, em 5 dos 8 critérios do primeiro autor, nenhum deles alcança nota máxima, ou seja, não suscitam problemas suficiente para configurar um tipo de mudança de regime ou o fim da democracia. Conclui-se que a Venezuela continua sendo um país democrático, nem semidemocrático, nem autoritário.

## REFERÊNCIA

AVRITZER, L. **A participação social no Nordeste**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2007.

ÁLVAREZ, A. E. (2003), **La reforma del Estado antes y después de Chávez**. In Ellner, Steve y Hellinger, Daniel (orgs.). La política venezolana en la época de Chávez. Clases, polarización y conflicto. Ca racas, Nueva Sociedad.

ALVAREZ, I.; ROSANGEL, M. **¿La Fuerza Armada Nacional de Venezuela: de actor social a actor político?**. XXV International Congress of the Latin American Studies Association, CD ROM, 2004.

BOBBIO, N. **Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra**. Tradução e notas Márcio Puglesi, Esdon Bini, Carlos E. Rodrigues – São Paulo: Ícone, 1995.

BOTELHO, J. C. A. **A instabilidade democrática na América Latina do século XXI: os casos da Argentina e da Venezuela**. Projeto História, 2006.

BOTELHO, J. C. A. **A democracia na Venezuela da era chavista**. Unesp Marília: Aurora, ano II, Nº 2, junho de 2008.

CABALLERO, M.. **Las crisis de la Venezuela contemporánea (1903-1992)**. Caracas, Alfadil Ediciones, 2003.



CARMONA, P. E. *Mi testimonio ante la historia*. Caracas, Actum.

DAHL, R. A. **Polyarchy: participation and opposition**. New Haven: Yale University Press, 2004.

DAHL, R. A. **Poliarquia**. São Paulo: Edusp, 2005.

ELLNER, S.; HELLINGER, D. **La política venezolana en la época de Chávez. Clases, polarización y conflicto**. Caracas: Nueva Sociedad, 2003.

IANNI, O. **A formação do estado populista na América Latina**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

LA FUENTE, S.; MEZA, A. **El acertijo de abril. Relato periodístico de la breve caída de Hugo Chávez**. Caracas: Debat, 2004.

LANDER, E. **Neoliberalismo, sociedad civil y democracia**. Ensayos sobre América Latina y Venezuela. Caracas: Universidad Central de Venezuela y Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 2000.

LANDER, L. E. **Poder y petróleo en Venezuela**. Caracas: Universidad Central de Venezuela y PDVSA, 2003.

MADISON, J. *The Writings of James Madison*. The Journal of the Constitutional Convention vol. 3, 1787. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/madison-the-writings-vol-3-1787>. Acesso em 20/03/2020.

MANIN, Bernard. **The Principles of Representative Government**. Cambridge University Press, 28 de fev. de 1997.

MAYA, M. L.; LANDER, L. E. **Novedades y continuidades de la protesta popular en Venezuela**. XXV International Congress of the Latin American Studies Association, CD ROM, 2004.

MAINGON, Thais. **Síntomas de la crisis y de la deslegitimación del sistema de partidos en Venezuela**. XXV International Congress of the Latin American Studies Association, CD ROM, 2004.

MARINGONI, G. **A Venezuela que se inventa. Poder, petróleo e intriga nos tempos de Chávez**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.



MARQUES, D. **Democracia e ciências sociais no Brasil (1985-2005)**. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília, 2007.

MCCOY, J. L.; MYERS, D. J. **The unraveling of representative democracy in Venezuela**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2004.

MÉNDEZ, J. E., O'DONNELL, G.; PINHEIRO, P. S. **Democracia, violência e injustiça. O Não-Estado de Direito na América Latina**. São Paulo, Paz e Terra, 2000.

MIGUEL, L. F. **A Democracia domesticada: as bases antidemocráticas do pensamento de- mocrático contemporâneo**. Rio de Janeiro: DADOS – Revista de Ciência Sociais, Vol 45, nº 3, 2002.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Brasília: Editora Univer- sidade de Brasília, 1981.

MOLINA, V.; JOSÉ, E. **The presidential and parliamentary elections of the bolivarian re- volution in Venezuela: change and continuity (1998-2000)**. Bulletin of Latin American Re- search, vol. 21, nº 2, 2002.

MOMMER, Bernard. **Petróleo subversivo**. apud ELLNER, S.; HELLINGER, D. La política venezolana en la época de Chávez. Clases, polarización y conflicto. Caracas, Nueva Sociedad, 2003.

O'DONNELL, Guillermo. **Contrapuntos**. Buenos Aires: Paidós, 1997.

O'DONNELL, Guillermo. **Poliarquias e a (in) efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial**. apud MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, G.; Pinheiro, P. S. **Democracia, violência e injustiça. O Não-Estado de Direito na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

REY, J. C. El sistema de partidos venezolano. Politeia, nº 1, 1972.

ROBERTS, K. Polarización social y resurgimiento del populismo en Venezuela. ELLNER, S.; HELLINGER, D. La política venezolana en la época de Chávez. Clases, polarización y con- flicto. Caracas, Nueva Sociedad, 2003.

SCHUMPETER, J. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

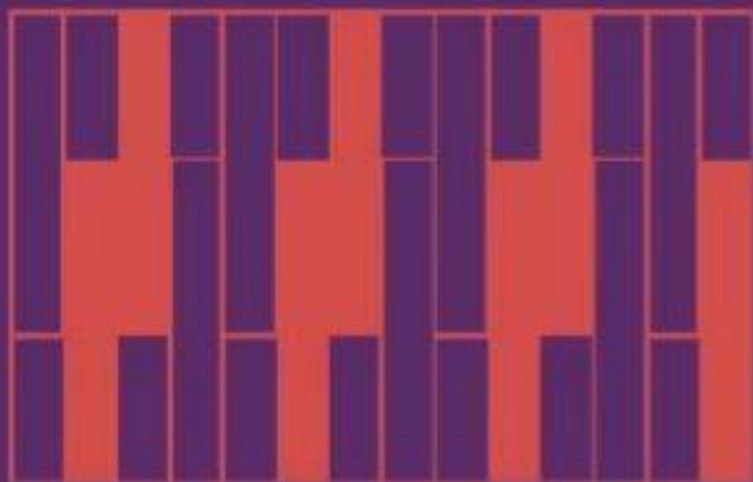




UCHOA, Pablo. Venezuela: a encruzilhada de Hugo Chávez. São Paulo: Globo, 2003.

VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, Imprenta Nacional, 2000.

YOUNGERS, C. The US and Latin American after 9-11 and Iraq. Foreign Policy in Focus, junho, 2003.



## **Relações Internacionais**





# POLÍTICA DE PODER E DIREITOS HUMANOS NO PROCESSO DECISÓRIO DO BOICOTE OLÍMPICO DE 1980

Arthur Lima Lourenço

## RESUMO

Este trabalho investiga a relação entre a política e o esporte, em específico o episódio do boicote liderado pelos Estados Unidos às Olimpíadas de 1980 em Moscou. Para isso, busca, primeiramente, demonstrar a ingerência da política no esporte e como essa relação se desenvolveu ao longo da história, além de demonstrar alguns exemplos nos quais a política interferiu no Jogos Olímpicos desde sua concepção. Em seguida leva a análise para o campo das Relações Internacionais, onde as teorias de nosso campo são utilizadas para entender a utilização política dos Jogos Olímpicos em vários momentos de sua era moderna. Por fim, trata, especificamente, do caso do boicote olímpico de 1980. Liderados pelos Estados Unidos, durante a Guerra Fria, diversas nações decidiram não participar dos Jogos Olímpicos em Moscou em resposta à invasão soviética do Afeganistão. O trabalho procura entender a constituição da decisão pelo boicote e como ela foi influenciada por aspectos de política de poder e direitos humanos.

**Palavras-chave:** Política. Esporte. Boicote. Processo Decisório.

## INTRODUÇÃO

O esporte é um fenômeno global muitas vezes ignorado no campo das Relações Internacionais. Sua presença consistente no cenário mundial é inegável e facilmente visualizada a partir da fundação dos Jogos Olímpicos modernos em 1896, pelo Barão de Coubertin. A influência política no âmbito dos Jogos olímpicos foi rechaçada desde sua fundação, cujo objetivo, entre outras coisas, era o de que a competição esportiva internacional levasse os indivíduos e as nações a se verem



como amigos pacíficos. De acordo com o espírito olímpico, o esporte deveria ser uma área onde um entendimento comum poderia ser alcançado e a política não deveria se fazer presente.

No entanto, diversos exemplos demonstram a falha na tentativa de separar os Jogos Olímpicos da política, como as olimpíadas nazistas de 1936, na qual o evento foi utilizado como ferramenta de propaganda da então alegada “superioridade ariana” ou os protestos contrários aos Jogos Olímpicos de Pequim em 2008, em face ao desrespeito chinês aos direitos humanos. Porém, provavelmente, nenhum outro momento histórico reflete tão bem a junção de esportes e política como as Olimpíadas de 1980, sediada em Moscou durante a Guerra Fria.

Especificamente nos Jogos de 1980, ocorre o maior boicote olímpico já registrado, liderado pelos Estados Unidos. Esse acontecimento é o objeto do estudo aqui proposto que, em especial, busca entender como, durante o processo por sua decisão, argumentos de política de poder e de direitos humanos foram alegados e como se deu (se constatada) sua influência na decisão final.

Para tanto, o trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro trata da definição de jogo e competição bem como as diferenças entre eles. Em seguida aborda a construção de nossa atual concepção de esporte. Por fim, adentra no tema do surgimento dos Jogos Olímpicos modernos e os seus ideais fundacionais.

O segundo capítulo busca trazer a análise para o Campo das Relações Internacionais, para entender, através de suas teorias, os mais diversos aspectos dos Jogos Olímpicos modernos no cenário internacional.

Finalmente, o terceiro capítulo, foca no caso do boicote às Olimpíadas de 1980. Busca-se entender como se deu o processo por sua decisão e posterior consolidação, com foco nos argumentos de política de poder e direitos humanos usados à época. Para tanto o estudo de análise de processo decisório proposto por Alisson (1969) é utilizado como modelo analítico, uma vez que seu estudo “*Conceptual*



*models and the Cuban missile crisis*” fornece três abordagens metodológicas distintas que buscam explicar as tomadas de decisões políticas, o que certamente é fundamental para o estudo do caso proposto, já que fornece uma gama de dimensões e perspectivas essenciais para a análise de um processo decisório.

## **1 JOGO, ESPORTE E POLÍTICA**

O presente capítulo foi dividido em três tópicos para melhor esclarecimento de características fundamentais ao estudo proposto, especialmente, a inserção do esporte como um objeto da política. O primeiro tópico “A Evolução do Conceito de Jogo” busca, a partir do conceito *Homo Ludens* de Huizinga (2000), detalhar como o jogo é uma característica inerente ao ser humano, para depois, aplicar tal pensamento à sociedade grega clássica. Nele, destaca-se a introdução do valor político ao jogo.

O segundo tópico “A Gênese do Esporte Moderno” tem o intuito de detalhar as diferenças entre as práticas físicas, descritas no tópico anterior, e o esporte tal como conhecemos na atualidade. Aqui fica nítida a ingerência da sociedade moderna no campo das atividades físicas.

Por fim, o terceiro tópico “O Estabelecimento dos Jogos Olímpicos Modernos”, busca unificar o exposto nos tópicos anteriores na intenção de entender como ocorre a instituição dos Jogos Olímpicos modernos. É relevante o papel de Pierre de Coubertin, suas ideias na concepção dos jogos modernos e a discussão sobre a presença ou não de ideais políticos em sua idealização e posterior efetivação. Por fim, se faz um apanhado de algumas manifestações notórias no âmbito dos Jogos modernos.

### **1.1 A evolução do conceito de jogo**

Alguns antropólogos alegam que o jogo é anterior à cultura, uma vez que a atividade lúdica pode ser visualizada em locais onde não se percebe a presença de



uma sociedade, como entre os animais. (VASCONCELLOS, 2008) Buscando uma definição do ser humano, Huizinga (2000), cunha a expressão *Homo ludens* para definir o ser humano a partir da prática de jogos. Julgando a função social do jogo tão importante como nossas habilidades de fabricar objetos (*Homo faber*) e de raciocinar (*Homo sapiens*), o autor define que

[...] mesmo em suas formas mais simples, ao nível animal, o jogo é mais do que um fenômeno fisiológico ou um reflexo psicológico. Ultrapassa os limites da atividade puramente física ou biológica. É uma função significante, isto é, encerra um determinado sentido. No jogo existe alguma coisa "em jogo" que transcende as necessidades imediatas da vida e confere um sentido à ação. Todo jogo significa alguma coisa. Não se explica nada chamando "instinto" ao princípio ativo que constitui a essência do jogo; chamar-lhe "espírito" ou "vontade" seria dizer demasiado. Seja qual for a maneira como o considerem, o simples fato de o jogo encerrar um sentido implica a presença de um elemento não material em sua própria essência. (HUIZINGA, 2000, p. 5)

Nessa definição, o jogo é apolítico em sua essência, uma vez que, independe da sociedade ou sequer do ser humano para existir. Assim, o jogo puramente lúdico é função em si mesmo, ou seja, vencer um jogo lúdico diz respeito apenas ao próprio jogo, nada mais do que isso. Huizinga (2000) demonstra, como aspectos culturais, tais como os cultos, detêm elementos dos jogos lúdicos e os utilizam em função de algumas características sociais específicas. Nesse escopo, as sociedades são permeadas de diversas características e condutas também observadas no mundo dos jogos lúdicos.

Se, finalmente, observarmos o fenômeno do culto, verificaremos que as sociedades primitivas celebram seus ritos sagrados, seus sacrifícios, consagrações e mistérios, destinados a assegurar a tranquilidade do mundo, dentro de um espírito de puro jogo, tomando-se aqui o verdadeiro sentido da palavra. Ora, é no mito e no culto que têm origem as grandes forças instintivas da vida civilizada: o direito e a ordem, o comércio e o lucro, a indústria e a arte, a poesia, a sabedoria e a ciência. Todas elas têm suas raízes no solo primeiro do jogo. (HUIZINGA, 2000, p. 8)



Entretanto, é evidente que, atualmente, imaginar a prática de um jogo de maneira dissociada da cultura é difícil. A partir dessa afirmação, percebemos que o ludismo é alcançado pela esfera social e passa a ser por ela utilizado. “O jogo” teria, a partir daí, o papel de sustentar condutas que digam respeito, não somente “aos jogadores”, mas que digam respeito à comunidade, mesmo que ela não tenha ciência disso.

Na Grécia antiga, uma sociedade notoriamente politeísta e agonística, o elemento lúdico é incorporado “na simbologia e no sustento dos cultos e ritos sagrados, nas provas de sacrifício e nas honras aos deuses, no respeito às consagrações e na reverência aos mistérios” (Vasconcelos, 2008, p.37). O templo, o teatro e o estádio seriam manifestações de tal regramento, a partir do qual, condutas específicas devem ser seguidas.

Os gregos fizeram questão, até mesmo, de distinguir linguisticamente o jogo (praticado em sua maior parte pelas crianças), da competição. O primeiro seria aquele no qual o resultado é inerente à sociedade, se joga simplesmente por jogar. Já o segundo, é de interesse público, afeta a própria conduta social. A competição, era parte tão fundamental da sociedade grega que permeava diversas de suas práticas sociais:

Even the art of drama in Athens took the form of civic contests, in which tragedians like Aeschylus and Sophocles competed against each other for prizes. It comes as no surprise, then, to learn that the ancient Greeks invented athletic competition as we know it, and indeed we take our words athlete and athletics from ancient Greek. One of the many ways in which we moderns are the heirs of the ancient Greeks is our revival and recreation of the supreme athletic competition they first staged, the Olympic Games. As Nietzsche realized, no subject takes us closer to the heart of the ancient Greek world than the competitive spirit of the Olympics. (CANTOR, HUFNAGEL, 2012, p. 49)

A partir dessa perspectiva e da noção de que a religião era parte inquestionável da Grécia antiga, podemos perceber como eles a utilizavam para



nortear algumas de suas celebrações. Assim, os Jogos Olímpicos clássicos unem, através da competição física, características da cultura grega no âmbito da celebração de um evento competitivo. Primeiramente, eles são constituídos para venerar o deus grego Zeus (atributo religioso). Em segundo lugar, eles têm o papel de preparar os gregos para possíveis conflitos com outras sociedades, mesmo que os praticantes não se dessem conta (atributo agonístico).

A partir daí, pode-se fazer outra diferenciação entre o jogo puramente lúdico e o jogo competitivo. O primeiro, como vimos anteriormente, é essencialmente apolítico. O segundo, mais especificamente os jogos olímpicos clássicos, se beneficia de características lúdicas para promover, através da competição esportiva, algum ideal político. No caso da Grécia antiga, o papel político é o de manter o povo preparado para a guerra e cultuar aos deuses ao mesmo tempo em que atendia aos ideais de beleza desenvolvidos pela sociedade grega.

## **1.2 A gênese do esporte moderno**

A presença da prática de esportes, em nossa sociedade atual, é notória. A diferenciação entre jogo e competição, feita no tópico anterior, serve para explicar o surgimento dos jogos olímpicos clássicos e sua ligação com aspectos da sociedade grega. No entanto, em nenhum momento, tais práticas recebem a denominação de esporte. A explicação para tal é a mais simples possível. Não existia ali o esporte da maneira que entendemos contemporaneamente. Assim, o presente tópico pretende explicar em que consiste o esporte atual e o diferenciar daquilo que era praticado na Grécia Antiga.

Como vimos, a atividade física na antiguidade grega servia, em resumo, como forma de culto aos deuses ao mesmo tempo em que preparava os gregos para possíveis conflitos. O esporte, como conhecemos hoje, surge na Europa por volta do século XVIII e a partir dali se difunde pelo mundo. Sua formação pode ser entendida





como uma mesclagem de características de jogos culturais, às características da vida moderna. Bratch (2003) resume bem como os jogos adquirem a característica esportiva.

O declínio das formas de jogos populares inicia-se em torno de 1800. Eles parecem ficar paulatinamente fora de uso, porque os processos de industrialização e urbanização levaram a novos padrões e novas condições de vida, com as quais aqueles jogos não eram mais compatíveis. Com isso, os jogos tradicionais foram esvaziados de suas funções iniciais, que estavam ligadas às festas (da colheita, religiosas, etc.) [...] Este fenômeno esportivo tomou como de assalto o mundo da cultura corporal de movimento, tornando-se sua expressão hegemônica, ou seja, a cultura corporal de movimento esportivou-se. (BRATCH, p. 14, 2003)

Duas teorias abrangentes foram desenvolvidas respectivamente por Guttmann e Szymanski para explicar o desenvolvimento do esporte moderno. Guttmann (1978) postulou a própria versão da modernização do esporte, na qual argumentou que o esporte moderno possui sete características estruturais:

- Em primeiro lugar, era secular sem razões religiosas para participação;
- Segundo, deve demonstrar igualdade. Em teoria, todos devem ter a oportunidade de competir e suas condições devem ser as mesmas para todos os participantes;
- Em terceiro lugar, está a ideia de especialização: todos que desejassem poderiam participar do futebol folclórico, esporte em que não havia papéis definidos, mas a ênfase na conquista no esporte moderno trouxe especialização tanto dentro de um esporte quanto entre esportes;
- Quarto, a racionalização em particular o desenvolvimento de regras que nas sociedades primitivas eram frequentemente consideradas rituais dados por Deus. Já nos esportes modernos, não-seculares, foram inventadas e



escritas suas regras. O desenvolvimentos da ciência do esporte trouxe ainda mais racionalização;

- Sua quinta característica foi a burocratização. Quase todo grande esporte moderno tem suas organizações nacionais e internacionais, que desenvolveram extensas burocracias para estabelecer regras universais para o esporte e supervisionar sua implementação. Isso não era necessário quando não havia regras escritas;
- Sexto, aconteceu a quantificação pelo qual os esportes modernos transformam todos os feitos atléticos em estatísticas;
- Por fim, a partir da quantificação, há seu sétimo ponto, a ênfase moderna em registros.

Por outro lado, Szymanski argumenta que o esporte moderno emergiu de novas formas de associação, que se desenvolveram autonomamente na Grã-Bretanha após a retirada do Estado do controle das atividades associativas. Ele contrasta com a situação em alguns países como França e Alemanha, onde a formação de clubes continua exigindo a aprovação explícita ou implícita do Estado. Nesses dois países, os esportes modernos se desenvolveram de maneira consistente com, ou mesmo a serviço dos objetivos do Estado, principalmente a necessidade de manter a preparação militar. (SZYMANSKI, 2008)

É interessante notar que, em ambas as concepções, a gênese do esporte é cultural e está intimamente ligada à sociedade civil. Apesar da noção de Skymansky (2008) de que o esporte se desenvolve a partir da ausência da ingerência estatal, é patente que tal ingerência acaba por ocorrer na modernidade. Ou seja, o esporte (ainda apenas como jogo) surge na sociedade como uma prática cultural e é regulado pelo Estado o que confere a ele o *status* de esporte. Tal ingerência também é observada na forma negativa, como observa Bratch (2003)



é importante observar também, que os jogos populares foram muitas vezes reprimidos pelo poder público, como aliás, também foi o caso de uma prática corporal das classes populares brasileiras, a capoeira, que sofreu perseguição violenta por parte das autoridades brasileiras nas décadas de 1910 a 1930. No caso da Inglaterra, foi principalmente nas escolas públicas que estes jogos vão sobreviver, pois lá eles não eram percebidos como ameaça à propriedade e à ordem pública. Vai ser nas escolas públicas que aqueles jogos (o caso clássico é o futebol) vão ser regulamentados e aos poucos assumir as características (formas) do esporte moderno. (BRATCH, p. 14, 2003)

Assim, em resumo, podemos perceber como a esportização do jogo cultural está intrinsecamente ligada ao surgimento da sociedade capitalista moderna e, em especial, ao advento da revolução industrial na Inglaterra que mudou por completo o hábito de vida dos ingleses. Características desse modelo de organização social são refletidos na própria concepção do esporte moderno. Os pontos definidos por Guttmann são correlacionáveis com a sociedade capitalista como, por exemplo a quantificação, presente tanto no esporte (placar) quanto na economia (PIB).

A presença política, como uma forma de controlar as mais diversas atividades, na sociedade é evidenciada por Foucault no conceito denominado biopolítica.

A biopolítica lida com a população, e a população como problema político, como problema a um só tempo científico e político, como problema biológico e como problema de poder. (FOUCAULT, 1999, p. 292-293).

A influência da política no controle da população é facilmente transportada para a temática dessa pesquisa, como, no anteriormente elucidado, desenvolvimento do esporte moderno na Inglaterra, no qual o Estado inglês passa a regular a atividade, antes considerada uma prática cultural.

He (Foucault) labeled this version of state power “biopower” or “biopolitics,” a politics concerned with governing populations, which operates by controlling bodies through regulatory and disciplinary systems and by increasing its capacities for surveillance in areas such as family, health,



sexuality, birth, and death.(BESNIER; BROWNELL; CARTER, 2017, p. 201)

O foco de Foucault no corpo abre uma nova maneira de entender a relação entre esporte e Estado. Não é por acaso que os estudos de educação física se desenvolveram em paralelo com o fortalecimento do Estado soberano. Uma análise do movimento olímpico, através do conceito de biopolítica demonstra como a filosofia do olimpismo disciplina os atletas, molda pensamentos e conceitos e utiliza a plataforma olímpica para exibir o resultado desse processo como um exemplo para o público. (BESNIER. BROWNLL; CARTER, 2017)

### **1.3 O estabelecimento dos jogos olímpicos modernos**

A reinstuição dos Jogos Olímpicos em 1896 é contada oficialmente como uma tentativa de promoção da paz entre Estados. A escolha semântica do Barão de Coubertin ao buscar recriar as antigas práticas físicas dos gregos é extremamente interessante do ponto de vista político de construção de um discurso. A opção pela expressão “Jogos Olímpicos” em oposição a alguma outra, como, “Esportes Olímpicos” merece ser analisada mais a fundo, afinal de contas, sua escolha é fundamentalmente ligada à sua intenção de atuação.

Recriados pelo aristocrata francês Pierre de Coubertin em 1896, os Jogos Olímpicos da Era Moderna são pautados pelo princípio filosófico do “olimpismo” que busca, entre outras coisas, desvincular o evento de qualquer tipo de política. Os jogos modernos teriam, em suma, o papel de gerar harmonia, bem-estar e paz entre os povos a partir da competição esportiva. Coubertin se inspira nos jogos clássicos e deles retira ideias que seriam reproduzidos em sua versão moderna.

I was right to create from the outset, around the renewed Olympism, a religious sentiment (transformed and widened by Internationalism, Democracy and Science) [...] This is the origin of all the rites which go to make the ceremonies of the modern Games. (COUBERTIN, 1935, p. 131)



É importante ressaltar que Coubertin fundou o movimento olímpico com uma doutrina de universalismo, que, como aparece na Carta Olímpica mais recente, busca afastar-se de qualquer ligação com o campo político. Como reporta Boykoff (2016) os idealizadores declaram que *“We actively combat the introduction of politics into the Olympic movement and are adamant against the use of the Olympic Games as a tool or as a weapon by any organization”*. (BOYKOFF, 2016, p. 60)

O terceiro item de sua regra de número cinquenta da Carta Olímpica define que “não é permitida em qualquer instalação Olímpica qualquer forma de manifestação ou de propaganda política, religiosa ou racial” (Carta Olímpica, 2011, p.101). A manifestação política, no âmbito da prática esportiva, é vista, pela doutrina do olimpismo, como uma forma de criar inimizades e, conseqüentemente, minar o objetivo da doutrina que consiste em

O objetivo do Olimpismo é o de colocar o desporto ao serviço do desenvolvimento harmonioso da pessoa humana em vista de promover uma sociedade pacífica preocupada com a preservação da dignidade humana. (Carta Olímpica, 2011, p.25)

Assim, mais do que apenas um festival esportivo, os jogos são imbuídos de uma visão filosófica complexa que implica em princípios éticos, como Lapchick bem explicita.

The aims of the Olympic Movement are to promote the development of those fine physical and moral qualities which are the basis of amateur sport and to bring together the athletes of the world in a great quadrennial festival of sports thereby creating international respect and goodwill and thus helping to construct a better and more peaceful world.(LAPCHICK, 1978, p. 1)

Pierre de Coubertin, conseguiu, com aquilo que denominou “olimpismo”, não apenas influenciar o crescimento dos Jogos, mas também delimitou aspectos éticos e sociais fundamentais do movimento olímpico. Quando os Jogos Olímpicos são abordados como meros campeonatos esportivos, no entanto, o significado das



Olimpíadas o movimento e seus ideais inspiradores não são totalmente compreendidos nem apreciados. Da mesma forma, muitas vezes é difícil determinar como o olimpismo esclarece questões éticas e conflitos que surgem dentro e através de competições esportivas, uma vez que, como demonstrado acima, ele nem mesmo prevê a ocorrência de tais entraves.

### *1.3.1 A política na concepção dos jogos olímpicos modernos*

Como os dois primeiros tópicos do presente capítulo demonstraram, o esporte reflete as sociedades das quais emerge. É impossível para o esporte se distanciar dos problemas que afetam o mundo em geral. Embora os administradores esportivos, como Coubertin, insistam no discurso de que esporte e política não se misturam, ambos se baseiam em princípios semelhantes a primazia do mais forte em detrimento do mais fraco. A tentativa de isolar os jogos da presença política é o discurso adotado por Coubertin. No entanto, alguns acadêmicos não concordam com tal pressuposto.

Quando o barão Pierre de Coubertin criou o conceito das Olimpíadas modernas para destacar tudo de positivo sobre a humanidade através das virtudes do fair play, competição e disciplina, ele constrói o discurso dos Jogos como um palco para melhorar as relações internacionais, reconciliar as nações e promover a paz mundial. No entanto, diversos são os autores que indicam, em contradição ao exposto no tópico anterior, a presença de ideais políticos nos jogos modernos. O presente tópico se dedica a demonstrar, de forma extensiva, tais argumentos.

O rechaçamento do caráter político da instituição do jogos modernos é feito de forma consistente por Coubertin. Embora ele tenha rejeitado publicamente injetar política nas Olimpíadas, nos bastidores, ele mobilizou agentes do poder político para ajudar a estabelecer e nutrir os jogos.



As Olimpíadas representam uma das mais disputadas formas de competição internacional e são ao mesmo tempo utilizadas para promover a paz. O esporte olímpico tenta se manter longe da política, mas é constantemente politizado. Da mesma forma que é politizado o jogo lúdico para servir à ideais da sociedade (COTTRELL; NELSON, 2011)

A intenção do Barão de Coubertin, de que a prática esportiva poderia superar a política, criando um ambiente de boa vontade, que tinha como um de seus objetivos construir um ambiente internacional mais respeitoso é, em uma análise superficial, nobre. Porém, o mesmo Barão agiu politicamente, ao trabalhar para impedir a participação alemã na primeira edição dos jogos por conta da recente Guerra Franco-Prussiana. (LAPCHICK, 1978)

Política, no mais amplo sentido do termo, sempre foi uma parte das Olimpíadas. Os jogos modernos foram revividos para propagar uma mensagem política. Em outras palavras, a visão política institucionalizada nas Olimpíadas sempre foi inconsistente e contraditória. Por um lado, propaga o bem comum e a paz e por outro abre brechas para manifestações de cunho nacionalistas. (GUTTMANN,1992)

In reality the Olympics are political through and through. The marching, the flags, the national anthems, the alliances with corporate sponsors, the labor exploitation behind the athletic-apparel labels, the treatment of indigenous peoples, the marginalization of the poor and working class, the selection of Olympic host cities—all political. To say the Olympics transcend politics is to conjure fantasy. (BOYKOFF, 2016, p. 13)

O olimpismo e sua doutrina da universalidade não são muito mais do que uma filosofia de conveniência segundo Berg, que pontua algumas de suas contradições, entende que o plano filosófico do olimpismo não se efetiva da maneira esperada na, uma vez que, na realidade, a política domina os Jogos

For the cities and corporate sponsors of the games, Olympism and its doctrine of universality are not much more than a philosophy of convenience; a pre-packaged ideology ready to



be adopted when the Olympics come to town. Few outside the IOC share Coubertin's views on the moral neutrality of political systems, or, indeed, the IOC's view that politics has nothing to do with the Olympic ceremony. Instead, for the host nations, the games represent an easy opportunity to conduct domestic and international politics without the distraction of being accused of doing so. Even the athletes, standing on the winners podium, draped in their national flag and singing their national anthem, must realise that politics, not sport, is the dominant Olympic event. [...] At their best, the Olympics are a government supported circus provided by politicians from democratic countries who want the world's media to flock to their most attractive city. But at their worst, the Olympics have provided totalitarian regimes with pre-packaged marketing programs, allowing them to paper-over serious human rights issues while they pretend to be enlightened members of the international community. The moral authority that the International Olympics Committee continues to claim has been repeatedly shattered by the experience of 100 years of the Olympic Games. (BERG, 2008, p.16-18)

O entendimento de todos os autores citados vai na direção oposta daquilo pregado por Coubertin. Como demonstram, é ponto pacífico na literatura atual que a política, seja na sua própria constituição ou na utilização estatal do evento, é parte integrante dos Jogos modernos.

## **1.4 Manifestações políticas nos jogos olímpicos modernos**

Seguindo o entendimento de que os Jogos modernos estão imbuídos de caráter político, o presente tópico busca exemplificar algumas de suas manifestações, que ocorre muitas vezes na forma de boicote. O boicote aos Jogos Olímpicos tem sido utilizado durante a sua era moderna de forma sistemática por ser uma das formas mais evidentes de protesto. O boicote, talvez, represente melhor a ideia de Estados usando o esporte como um mecanismo para alcançar objetivos de política externa. (BEACOM, 2012 p.113) Apesar disso, não é a única forma de manifestação política visualizada nesse evento.

At the Olympics and beyond, the most basic form of political contention is protest. Protest is a broad concept that refers to a





set of actions aimed to demonstrate disapproval and/or to convince or coerce others to change their behavior. There are a number of actions that can be considered forms of protests, from peaceful demonstrations and hunger strikes to boycotts and political violence. (COTTRELL; NELSON, 2010, pag.14)

Os primeiros Jogos Olímpicos modernos estiveram, relativamente, livres de demonstrações políticas. Esse cenário muda a partir das duas guerras mundiais que começam uma série de banimentos e boicotes. (COTTRELL; NELSON, 2011) O primeiro grande exemplo é a Olimpíada de 1936 em Berlim, que serviu de propaganda para o crescente movimento nazista e, conseqüentemente, foi boicotada por algumas nações. Trinta e duas nações boicotaram os Jogos Olímpicos de 1976 em Montreal porque a Nova Zelândia manteve relações esportivas com a África do Sul segregacionista. A invasão soviética ao Afeganistão é um dos principais motivos que leva aos boicotes de 1980 e 1984. (LAPCHICK, 1978)

Em 1972, terroristas árabes sequestraram e mataram atletas israelenses em Munique. O governo mexicano matou estudantes que protestavam protestando contra os Jogos Olímpicos de 1968 na Cidade do México. Os Estados Unidos se recusaram por duas décadas a emitir vistos para atletas da Alemanha Oriental competirem em seu país.

Mais recentemente, as Olimpíadas de Pequim em 2008 foram tidas como uma oportunidade para protestar contra a aspiração da China de ser vista como uma grande potência moderna. Apesar de todos os esforços grandiosos da China como sede olímpica, os Jogos ocorreram sob uma sombra de contestação política sobre questões como direitos humanos, autonomia para o Tibete, segurança de produtos e o fracasso de Pequim em pressionar o governo sudanês em Darfur. (COTTRELL; NELSON, 2010)

Esses são alguns exemplos emblemáticos de manifestações políticas em Jogos Olímpicos. A partir deles podemos perceber a influência dos esportes servem como uma ferramenta política ou como um meio de reconhecimento diplomático ou



isolamento, como veículo de protesto e propaganda, como catalisador de conflito, como forma de ganhar prestígio através da cooperação internacional, como veículo de controle social interno, como estímulo à modernização e unificação, dentre outros. (STRENK, 1979)

### **1.5 Conclusões**

Fazendo um apanhado geral do capítulo, percorremos o conceito de Huizinga, que define o jogo como uma constante humana, podendo ocorrer até mesmo antes da manifestação da sociedade e de sua cultura e, podendo por isso, ter caráter apolítico. Em seguida, aborda-se a utilização de tal preponderância humana em práticas sociais e culturais, exemplificado na utilização social dos jogos olímpicos clássicos com o intuito de promover a religiosidade e a preparação para o conflito.

Dando seguimento, o surgimento do esporte como conhecemos atualmente é o tema do tópico seguinte. Faz-se a diferenciação entre as práticas esportivas clássicas e o esporte moderno. Entende-se que as mudanças advindas com a modernidade são essenciais para a transformação do jogo cultural em esporte. Características da sociedade capitalista industrial emergente contribuem e são incorporadas em aspectos do esporte incipiente. Destaca-se também o papel da sociedade civil e do Estado, o primeiro como fonte da cultura de movimento que é depois regulada pelo segundo, assim transformando-a em esporte.

Os tópicos seguintes se convergem para explicar diversos aspectos dos Jogos Olímpicos da modernidade. A proposta de desligamento dos Jogos da política feita por Coubertin, através do ideal filosófico do olimpismo é rebatida por diversos acadêmicos. Por fim, alguns dos exemplos mais notórios de manifestação política no seio dos Jogos Olímpicos são elencados.

## **2 AS TEORIAS DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS E OS JOGOS OLÍMPICOS MODERNOS**



As Relações Internacionais começaram a ser estudadas de forma institucionalizada e acadêmica ao final da primeira Guerra Mundial, em 1919. Nessa época, as Olimpíadas já eram praticadas há 23 anos, com seis edições realizadas até então. É importante notar que, mesmo com as divergências entre acadêmicos e teóricos da área, as Relações Internacionais podem ser definidas, genericamente, como o estudo de relações ou efeitos políticos que têm ou podem vir a ter impacto ou relevância no âmbito internacional.

É justamente esse fato que demonstra a importância da abordagem feita no capítulo anterior, na qual fica clara a ingerência política no seio dos Jogos Olímpicos modernos. Ora, não houvesse a presença da política nesse tema o presente trabalho não seria possível. Assim, será explorada a visão do campo de estudo das Relações Internacionais, através de suas diferentes teorias e perspectivas, no entendimento do fenômeno dos Jogos Olímpicos.

Although sport does not represent the most frequent research interest among IR scholars, with its global outreach and the impact on international relations and a state's soft power, there has been an increase in the number of works focusing on the relationship between sports and politics. (LUSA, 2017 p.74)

Alguns eventos mundiais são tão intocáveis que às vezes os tomamos como necessários e atemporais e não refletimos o suficiente sobre o que há por trás de sua instituição. As Olimpíadas estão nessa categoria de eventos. Com mais de 110 anos de evolução, a competição teve 250 atletas de 14 países em sua primeira edição moderna. 112 anos depois, em Pequim, participaram mais de 11.000 atletas de 204 comitês internacionais diferentes. (COTTRELL; NELSON, 2011) O seu crescimento é evidente também na transmissão mundial para mais 4.5 bilhões de pessoas em 2008. (TORRES, 2011) Pode-se argumentar que, por exemplo, Lothar Matthäus e Michael Schumacher tiveram uma influência formativa maior na imagem que os jovens têm da Alemanha do que Hegel ou Bismarck.(ALLISON; MONNINGTON, 2003)



Estudiosos de Relações Internacionais ainda demonstram poucos sinais de consideração da presença dos esportes na política internacional. Apesar da existência de trabalhos que analisam o impacto do esporte na sociedade mundial, estes foram escritos, em sua maioria, por especialistas da História, do Direito e da Sociologia. Poucos buscam analisar tal fenômeno a partir da perspectiva das Relações Internacionais. (LEVERMORE; BUDD, 2004) Por conta disso, a presente pesquisa busca, ao menos em parte, preencher a lacuna supracitada.

Da mesma forma que o anterior, este capítulo foi dividido em três tópicos distintos. Explorando a relativa coincidência temporal entre a instituição dos Jogos modernos, há 123 anos, e o estudo acadêmico das relações internacionais, iniciado 100 anos atrás, o presente capítulo busca intercalar diferentes teorias de Relações Internacionais e suas respectivas percepções com o intuito de demonstrar, a partir do que foi exposto no primeiro capítulo, a possibilidade da análise política dos Jogos Olímpicos Modernos.

Diversas teorias são passíveis de aplicação em pesquisas científicas no campo das Ciências Sociais, no qual as Relações Internacionais está inserida. Tendo em vista que um dos pontos mais importantes da pesquisa é o papel dos Jogos Olímpicos como instrumento da política internacional, as diferentes teorias de Relações Internacionais podem ser utilizadas para entender distintos aspectos de tal fenômeno. Cada uma das teorias ajuda a dar uma melhor explicação a diferentes tipos de questionamentos, tendo, cada qual, suas vantagens e desvantagens. Com isso em mente, a depender do aspecto analisado as diferentes abordagens têm melhor eficácia em explicar diferentes aspectos do caso analisado. (SYNDER, 2004).

As abordagens institucionalistas liberais poderiam ser utilizado para entender o funcionamento do Comitê Olímpico Internacional, seu papel internacional e impacto no cenário internacional. O construtivismo focaria nos valores morais coletivos advindos da prática do olimpismo e na promoção de novas ideias e valores.



Seria útil, também, no entendimento da construção política feita para justificar uma decisão externa no âmbito interno e individual. No entanto, cada uma dessas abordagens tem melhor eficácia em explicar diferentes aspectos, sendo assim, as teorias são, de certa maneira, complementares, ao passo que, aonde uma tem dificuldades, outra pode fornecer melhores explicações. (SYNDER, 2004)

## 2.1 A perspectiva realista

Neste tópico serão modelos de análise do Jogos Olímpicos a partir do ponto de vista da perspectiva realista das Relações Internacionais. Discute-se a aplicabilidade de suas abordagens e respectivas visões dos Jogos Olímpicos no cenário externo.

A teoria realista das Relações Internacionais é notabilizada por ser uma das mais utilizadas no campo. Apesar das variações decorrentes de sua evolução histórica/epistemológica, seus fundamentos são de uma presumida natureza má do ser humano que é elevada ao comportamento estatal. A política no âmbito internacional seria fruto da objetividade de tal natureza. Assim, seria possível distinguir, de maneira objetiva, a “realidade” da “opinião”. Essa objetividade é uma das causas primordiais do primeiro debate entre realistas e aqueles que eles chamam de idealistas.

Essa preocupação teórica com a natureza humana tal como ela se apresenta, e com os processos históricos, à medida que eles ocorrem, fez com que a teoria aqui caracterizada ganhasse o nome de realista. (MORGENTHAU, 2003, p.4)

Assume-se, em uma primeira abordagem, que os Estados são os únicos atores no sistema internacional que, nessa perspectiva, é anárquico. As ações dos Estados seriam sempre o resultado de uma escolha racional que busca o acúmulo de poder. Hans Morgenthau (2003), o principal teórico do realismo clássico nas Relações Internacionais descreve que, "a política internacional, como toda a política, é uma luta pelo poder. Quaisquer que sejam os objetivos finais política internacional, o poder é



sempre o objetivo imediato”. Essa pré-disposição à busca pelo poder e a anarquia do cenário internacional levam, para o realista clássico, à uma luta incessante na qual cálculos políticos que levam em conta os interesses estatais são sempre moldados em torno de aspectos ligados ao próprio poder.

O conceito de interesse definido como poder impõe ao observador uma disciplina intelectual e introduz uma ordem racional no campo da política, tornando possível, desse modo, o entendimento teórico da política. (MORGENTHAU, 2003, p.7)

O teórico Edward Hallett Carr descreve de maneira sucinta algumas das falhas do realismo clássico e demonstra como essa abordagem falha em explicar alguns eventos que, notavelmente, ocorrem no âmbito da política exterior. Fica evidente que a não aceção de atores internacionais distintos dos Estados mina a capacidade do realismo clássico de entender ou até mesmo estudar tais fenômenos, os reduzindo à anomalias.

O realismo, embora preponderante em termos lógicos, não nos dá as fontes de ação que são necessárias até mesmo para o prosseguimento do pensamento. Com efeito, o próprio realismo, se o atacarmos com suas próprias armas, frequentemente se revela, na prática, como tão condicionado quanto qualquer outra forma de pensamento. [...] o puro realismo não pode oferecer nada além de uma luta nua pelo poder, que torna qualquer tipo de sociedade internacional impossível (CARR, 2001, p. 117/122)

Carr expõe também outro aspecto, extremamente importante para os Jogos Olímpicos modernos, no qual o realismo clássico não oferece ferramentas teóricas de explicação ou análise fora de seu contexto político. Esse aspecto se refere à falta de possibilidade de se analisar objetivos e significados fora de seu contexto político. Como seria possível então, a partir dessa teoria, se estudar um evento internacional que é carregado de significados, como o olimpismo, e busca promover a paz, sem o reduzir às supracitadas anomalias?

Acima de tudo, o realismo consistentemente falha porque deixa de oferecer qualquer campo para a ação voltada para



objetivos e significados. Se a sequência de causa e efeito for suficientemente rígida para permitir a "previsão científica" dos acontecimentos, se o nosso pensamento for irrevogavelmente condicionado por nosso status e nossos interesses, então tanto a ação quanto o pensamento se tornam desprovidos de objetivo. (CARR, 2011, p 121)

Por ser uma abordagem pragmática, racional, procurando na sobrevivência e no interesse próprio como os principais objetivos dos estados, onde a guerra é estado de natureza o papel das competições esportivas internacionais e de um Comitê Olímpico Internacional regulador torna-se marginal em comparação com a segurança nacional e política externa.

No entanto podemos utilizar a perspectiva realista em desde o começo dos Jogos Olímpicos modernos, mas especialmente durante o período político entre Berlim 1936 e Los Angeles 1984. Os realistas argumentariam que os cancelamentos dos Jogos Olímpicos de 1916 durante a Primeira Guerra Mundial e Jogos Olímpicos de 1940 e 1944 durante a Segunda Guerra Mundial, mostram que a importância dos Jogos Olímpicos é bem menor se comparada com a segurança nacional dos estados. Nesta visão de mundo, os eventos que vemos no jornal são amplamente gerados por governos competindo entre si com base no uso soberano de recursos nacionais militares e recursos econômicos. O esporte a esse respeito é apenas outro campo de. O esporte internacional é organizado em torno de atletas e equipes que representam seus respectivos países. "Team USA" não é apenas um conjunto de atletas, mas uma personificação da soberania americana. Além disso, nessa perspectiva de "poder", resultados em competições esportivas refletem a força relativa e a riqueza das nações. Não é acidente que os americanos e os soviéticos competiram tão ferozmente através do esporte durante a Guerra Fria como uma extensão de sua rivalidade geopolítica. (CHA, 2009)

O primeiro líder a entender o potencial significado político dos Jogos Olímpicos foi Adolf Hitler, nas Olimpíadas de 1936 em Berlim. A Alemanha usou



os jogos para mostrar-se fortalecida, utilizando-se de uma cerimônia de abertura chamativa, da atmosfera nacionalista nos estádios, e de desfiles militares nas ruas e um nível de organização sem precedentes.

O regime nazista usava o caos político e financeiro da Alemanha em busca de promover sua ideologia nacionalista e racista através da propaganda e do terror para melhorar sua estatura política nacional e internacionalmente. Um realista certamente enquadraria tal atitude na política de prestígio descrita por Morgenthau que pode ser utilizada perfeitamente para entender a escolha dos Jogos Olímpicos para tal demonstração.

[...] na luta pela existência e pelo poder - que de certo modo constitui a matéria-prima do mundo social -, o que os outros pensam sobre nós se torna tão importante quanto o que somos na realidade. O que somos como membros de uma sociedade acaba sendo determinado muito mais pela imagem refletida no espelho das mentes de nossos companheiros (isto é, nosso prestígio), do que pelo próprio original, do qual a referida figura no espelho pode ser apenas um reflexo distorcido. Por isso, constitui uma tarefa necessária e importante fazer com que a imagem mental que as demais pessoas formam da posição de alguém na sociedade represente pelo menos a situação verdadeira, caso não lhe seja superior. É nisso que consiste a política de prestígio. Seu propósito é convencer outras nações do poder que seu país realmente possui - ou que ele acredita (ou deseja) que as demais nações suponham que ele detém. São dois os instrumentos específicos que servem a esse propósito: o cerimonial diplomático, na mais ampla acepção do termo, e a exibição de força militar (MORGENTHAU, 2003, p. 148)

Por outro lado, olhando o Estado como ator unitário e dando pouca importância às instituições internacionais, o realismo falha em explicar alguns incidentes significativos que ocorreram nos Jogos Olímpicos de 1968 na Cidade do México, quando Atletas afro-americanos Tommie Smith e John Carlos, abaixaram as cabeças e ergueram os punhos durante o hino nacional quando receberam suas medalhas, protestando contra a discriminação racial nos Estados Unidos ou, como o capítulo anterior descreveu, as manifestações de terrorismo como a que aconteceu





durante o 1972 Jogos Olímpicos de Munique em 1972, na Alemanha Ocidental, quando terroristas da organização terrorista palestina "Setembro Negro" entraram furtivamente na Vila Olímpica assassinaram onze.

Além da dificuldade em explicar comportamentos violentos de atores não estatais, como o terrorismo, os realistas clássicos encontram dificuldades, por exemplo, ao explicar como o Comitê Olímpico Internacional emergiu como um poderoso ator capaz de restringir o comportamento do Estado, por que os estados gostariam de sediar as Olimpíadas, mesmo quando isso não traga ganho material, ou como os grupos ativistas são capazes de usar as Olimpíadas para pressionar os Estados a mudar seu comportamento. Para questões como essas, outras orientações teóricas, como o construtivismo são mais adequadas para esclarecer o significado mais amplo das Olimpíadas na política internacional. (COTTRELL; NELSON, 2011)

No entanto, uma evolução da teoria, o neo realismo, apresenta condições de fornecer uma análise mais adequada de tal fenômeno. Kenneth Waltz, em sua atualização da teoria realista, entende que o objetivo principal dos Estados no sistema internacional é a sobrevivência.

This institutional perspective is ontologically distinct from realist and neo-realist arguments, because, while it emphasizes the importance of power, it takes institutional structures rather than actors as the units of analysis (KRASNER, 1995, p. 258)

A anarquia, nessa visão atualizada, é inerente aos Estados e dá forma ao sistema internacional conflituoso. Assim, os Estados devem se adaptar à tal situação e, acabam se voltando à temas de segurança e defesa por conta da impossibilidade de se alterar tal natureza anárquica. Os interesses aqui não seriam frutos de uma natureza humana má, como no realismo clássico, e sim um reflexo dessa estrutura internacional.

Although many academics (and more than a few policymakers) are loath to admit it, realism remains the most



compelling general framework for understanding international relations. States continue to pay close attention to the balance of power and to worry about the possibilities of major conflict. (WALT, 1998, p. 43)

O ponto principal torna uma análise neo realista dos Jogos Olímpicos relevante é a possibilidade de análise de como os Estados se comportam em meio ao sistema internacional. Waltz (1979) ainda dá destaque ao papel estatal, mas entende que eles, ao definirem a estrutura do sistema, acabando criando atores. Aqui abre-se a possibilidade de se analisar como os Estados nacionais lidam com esses novos atores.

States are not and never have been the only international actors. But then structures are defined not by all of the actors that flourish within them but by the major ones. In defining a system's structure one chooses one or some of the infinitely many objects comprising the system and defines its structure in terms of them. For international- political systems, as for any system, one must first decide which units to take as being the parts of the system. (WALTZ, 1979, p. 93)

A partir disso e de outras modificações em relação ao realismo clássico, a abordagem neo realista possibilita melhores explicações no que diz respeito à temática da balança de poder e no cenário internacional ao passo em que encontra dificuldades ou fornece explicações reducionistas à outras questões, como as questões associadas ao terrorismo ou manifestações individuais mencionadas anteriormente.

The only analysis that neorealism can offer for the foreign policy of a specific state is based on the power capabilities of that state and the overall distribution of power in the system. Neorealism has little to say about transnational relations. For that matter it has little to say about domestic politics either. (KRASNER, 1995, p 257)

Em resumo, uma análise neo realista abordaria as Olimpíadas como grandes eventos esportivos internacionais como locais para competições internacionais, onde grandes políticas de poder se desenrolam (WALT, 2008). Um exame das Olimpíadas a partir dessa perspectiva pode também ressaltar a duradoura participação dos atores



estatais em um sistema internacional cada vez mais globalizado. No entanto, também sugere que os Jogos não têm efeito independente sobre os resultados internacionais porque eles são simplesmente usados por estados poderosos para aumentar a sua vantagem relativa no sistema internacional. Outras perspectivas neo realistas podem ajudar a dar entendimento ao boicote, como, por exemplo, a de "passar a bola" para outro indivíduo realizar ou ajudar a realizar o trabalho sujo, descrita por Mearsheimer (1995).

O realismo clássico se ateria, em sua maior parte, aos interesses egoístas dos Estados, com ênfase em aspectos de poder e segurança. Alguns fatores característicos dos Jogos Olímpicos, como a sua utilização como o local de batalhas simbólicas entre nações, favorecem, em certa medida, uma análise de viés realista, uma vez que a ação dos Estados, a partir de discursos de suas autoridades, documentos oficiais é de fácil identificação no caso em tela. (BERG; KESSLER, 2012) Indiscutivelmente, a cultura do olimpismo pode ser vista como uma tecnologia disciplinar governante de poder e dominação. Além disso, usando o Olimpismo e suas conexões a respeito do comportamento moral, como tecnologias contemporâneas de poder, existe um enorme potencial para gerar indivíduos auto-reguladores, auto-realizáveis e auto-maximizantes que podem reforçar e perpetuar poderosas redes políticas de progresso. Os realistas argumentariam que essas regulações surgem e são do interesse do estado nacional para, por exemplo, criar produtividade econômica e a manutenção da ordem social. (GIRGINOV; HILLS, 2009)

Diante do exposto, entendo que uma abordagem estritamente realista encontra limitação em esclarecer alguns aspectos importantes dos Jogos Olímpicos. Mesmo assim existem momentos em que sua análise fornece dimensões que outras perspectivas contemplam de forma diferente, como nos casos em que os formuladores de políticas tomam medidas mínimas. Tanto a ação quanto a não ação em relação a boicote, na decisão de política externa, ocorrem em consequência de cálculos de interesse nacional. A partir do entendimento de que os principais eventos



esportivos são concedidos às cidades-sede com vários anos de antecedência, as partes interessadas poderiam informar seu planejamento com avaliações realistas dos futuros impactos políticos globais.

Além disso, por se concentrar nos interesses e poder nacionais, o realismo pode ajudar a entender a relação entre os Estados e o sistema desportivo internacional. Por isso, a teoria realista, merece um lugar na análise da questão esportiva. Ela ajuda a esclarecer a relativa atratividade do boicote em comparação com outras abordagens diplomáticas e outras perspectivas teóricas.

## **2.2 A perspectiva institucionalista liberal**

A análise da utilização política dos Jogos Olímpicos pela perspectiva liberal das Relações Internacionais se assemelha à visão de Pierre de Coubertin, discutida no capítulo 1. A óbvia diferença é que Coubertin não queria dar margem à utilização ou à percepção da política nos Jogos enquanto essa perspectiva estuda, justamente, esses aspectos. Assim, como o realismo, essa visão teórica, passa por diversas modificações epistemológicas com o decorrer do tempo. Aqui, não abordarei nenhuma corrente específica do liberalismo/idealismo, no entanto, farei a análise através de seus preceitos fundamentais.

Esta visão entende que laços de dependência que crescem da interação econômica e política e das regras estabelecidas por instituições internacionais como críticas à política mundial. O esporte não é meramente uma extensão de políticas governamentais nacionais, mas opera em um campo de atuação totalmente separado que reflete a rica interconexão do mundo. Federações esportivas como a Comitê Olímpico Internacional (COI) e Federação Internacional de Futebol (FIFA) constituem atores reais nas relações internacionais que não são afiliados a um estado.

Um dos motivos que tornam essa perspectiva extremamente relevante para o estudo em tela é exatamente essa a sua previsão de que Instituições Internacionais



seriam capazes de atuar de forma a propagar valores e ideias no cenário internacional. Assim, essa abordagem reconhece que os Estados são interdependentes e que atores não estatais e subestatais influenciam o seu comportamento. A abordagem institucionalista liberal mantém as suposições de que os estados são racionais e de interesse próprio, mas também expande esse significado bem como o conjunto de fontes das quais derivam os interesses. (JEDLICKA, 2017)

Conforme discutido no primeiro capítulo, desde a sua fundação, o movimento olímpico moderno como expressão do esporte organizado insistiu na necessidade do esporte ser visto como uma atividade capaz de promover valores éticos e democráticos em todo o mundo. (LENSKYJ, 2017) O liberalismo sugere que há pelo menos uma dimensão das relações internacionais, que consiste em tentativas genuínas de criar ou manter um pedido internacional com base em valores compartilhados. Esses fatores levam essa análise a ter uma dimensão de explicação da própria concepção dos Jogos, abordada no capítulo 1, que não pode ser observada ou entendida por outras perspectivas.

Ao longo do século XX e do século XXI, a indústria olímpica invocou um conjunto de ideais e valores fundamentais para apoiar o conceito de esporte olímpico como um esforço moral com o potencial de elevar participantes e espectadores. Os princípios do olimpismo em seus documentos fundamentais, como a Carta Olímpica, tratam de “liberdade” e “igualdade” entre as nações como seus principais valores. Além disso, a Carta Olímpica descreve, em seu terceiro ponto de fundamentos do olimpismo, que:

O Movimento Olímpico é a ação, concertada, organizada, universal e permanente, de todos os indivíduos e entidades que são inspirados pelos valores do Olimpismo, sob a autoridade suprema do COI. Estende-se aos cinco continentes. Atinge o seu auge com a reunião de atletas de todo o mundo no grande festival desportivo que são os Jogos Olímpicos. (Comitê Olímpico Internacional, 2019)



O argumento de que organizações esportivas internacionais compreendem uma instituição política internacional, atuando como uma interface através da qual outros atores internacionais se envolvem com o esporte implica que essas organizações podem ser reduzidas a uma única unidade analítica e que existe algo como um "Sistema internacional de governança esportiva". Definido as instituições Keohane (1988), diz que “uma instituição internacional é um padrão geral ou categorização de atividade ou para um arranjo construído pelo homem, formal ou informalmente organizado”. Nesse escopo, o trecho a seguir destaca a ligação entre o Olimpismo e o liberalismo.

The link between Olympism and liberalism is therefore inescapable. This ideational aspect of sport is more powerful than people realize. A government that hosts the Olympics is expected to embrace the ideals and values consistent with the Olympic social movement, explicitly in the competitions themselves, and implicitly in their overall role as hosts. This naturally puts pressure on a host government to address practices that are inconsistent with the ideals. (CHA, 2009, p. 1598)

Os efeitos do esporte nas relações internacionais, a partir dessa visão, não seriam o produto apenas de esportistas ou de cálculos estatais, mas de grupos maiores. São necessárias organizações, como os Comitês Olímpicos de cada nação e o Comitê Olímpico Internacional, para que eventos esportivos internacionais possam ser realizados. Nesse passo, as possibilidades comerciais do esporte envolvem não somente os Estados mas também parceiros comerciais e outras entidades não estatais.

A visão de Wight sobre a formação de alianças fornece outra perspectiva, menos otimista, sobre a formação de alianças que pode ser utilizada para explicar a adesão ao boicote a partir do entendimento de que

As alianças não são as amigas da política internacional – a menos que, como observou Aristóteles, utilizemos a palavra amizade para designar relações baseadas na utilidade. Alianças



não podem ser desinteressadas. [...] o objetivo é proteger os interesses de seus povos. (WIGHT, 2002, p.117)

O liberalismo também é significativamente importante para explicar outros aspectos dos Jogos Olímpicos que o realismo falha quando se trata do papel de instituições internacionais, como o COI e a Agência Mundial Antidoping. Embora o realismo e o liberalismo institucional sejam as teorias mais significativas para explicar o movimento, outras teorias e abordagens também continuam ser relevante e entender como os Jogos Olímpicos continuam a crescer como um evento global, influenciando a política global e as relações internacionais.

Por fim, o poder de "moldar as preferências dos demais" formulado por Nye (2004) pode fornecer outra explicação alternativa que ajude a entender a adesão de países à boicotes ou à própria participação nos Jogos como uma forma de exercer, internacionalmente, os desejos políticos de um Estado.

Sport can translate into 'soft power' for some countries. Sport is not just a tool to express national identity or to convey an image of modernity, but in some cases, a positive reputation in sport can augment a country's global status and position on the world stage. In this sense, strong performance in sport becomes a power asset – albeit soft power – *that redounds to the country's benefit*. (CHA, 2009, p. 1590)

A partir do exposto, torna-se evidente a possibilidade de se utilizar o Liberalismo para entender aspectos essenciais dos Jogos Olímpicos. Tal fato ocorre, como exposto anteriormente, por conta de sua acepção de entes não estatais, de valores e ideias, como parte integrante do sistema internacional. Assim, tal perspectiva é útil no entendimento do papel que a filosofia do olimpismo pode exercer no plano internacional, através de organismos internacionais como o Comitê Olímpico Internacional. Assim, Jedlicka (2017), resume de maneira coesa, alguns dos pontos mais plausíveis da análise feita a partir dessa visão teórica:

Characterizing international sport governance as an outcome of state preferences and rational action generates an array of testable propositions about the underlying processes that



produce and sustain the international sport governance regime (e.g. as a response to market failure, as a product of some distribution of state preferences), as well as the factors that influence these processes (e.g. attributes of sport organizations, political and economic characteristics of individual states, relationships among states). These perspectives also illuminate new pathways for investigating sport's relationship to international politics. (JEDLICKA, 2017, p. 12-13)

Dessa forma, as teorias liberais seriam extremamente eficazes em explicar, principalmente, aspectos institucionais do movimento olímpico. A maneira como o Comitê Olímpico Internacional se relaciona com os Estados e patrocinadores, por exemplo, seria bem explorada e explicada por essa vertente. O lado comercial de todo o movimento e os possíveis interesses econômicos daqueles que se candidatam a serem sedes das Olimpíadas também seria de boa apreciação a partir de tal perspectiva teórica. Por outro lado, decisões que prezem as considerações estatais em detrimento de uma abordagem coletiva pode encontrar dificuldades de explicação através dessa abordagem.

### **2.3 A perspectiva construtivista**

As perspectivas construtivistas explicam o surgimento e a estabilidade de regimes internacionais e instituições da mesma maneira que explicam outros fenômenos internacionais, ou seja, como o produto da interação social e processos de criação de significado entre um conjunto de atores. (FINNEMORE, 1996) Diferentemente das perspectivas expostas anteriormente, o construtivismo concorda regula um grau muito maior de autonomia e influência sobre o comportamento de outros atores o sistema internacional e, de fato, o próprio sistema.

Para essa visão teórica, embora o cálculo racional possa desempenhar um papel importante, as instituições internacionais também são o produto de como os atores se envolvem e desenvolvem o significado de ideias, crenças, normas, valores e outros fatores. Além disso, sua legitimidade não se baseia unicamente no apoio





contínuo de uma hegemonia, mas também de sua capacidade de incorporar ou significados particularmente poderosos (BARNETT; FINNEMORE, 2004).

O regime internacional de governança esportiva, como um conjunto de organismos não governamentais que fazem reivindicações e alteram o sistema, é altamente adequada para a investigação construtivista. Isto ocorre porque o construtivismo pode explicar a autoridade e legitimidade das organizações esportivas internacionais sem reduzir a análise a um conjunto de interesses estatais definido de maneira estreita e uniforme, como algumas das perspectivas anteriores. Do ponto de vista sociológico, o papel do esporte internacional na formação da hegemonia cultural ocidental pode também ser uma avenida para uma investigação construtivista frutífera.

Essa escola enfatiza o papel que fatores não materiais como valores, ideias e identidade nacional impactam o mundo. O esporte não é apenas um jogo, mas um modo de interação social entre cidadãos de todo o mundo que transcende as fronteiras do estado. Como o desempenho esportivo é uma fonte de orgulho, não poderíamos subestimar até que ponto o esporte se entrelaça com a nação visão de si mesmo. Não se pode entender por que países pequenos como Cuba ou Alemanha Oriental dedicam uma porcentagem significativa de seus recursos nacionais ao esporte ou porque governos assumem o risco econômico de sediar megaeventos esportivos como o Olimpíadas sem entender a importância de reputação, patriotismo e jogo de prestígio na política mundial. (CHA, 2009)

O construtivismo vê a política internacional como um campo em que diferentes atores operam e em que todos esses atores são capazes de influenciar uns aos outros (FINNEMORE, 1996). A teoria construtivista tem foco no impacto que ideias e normas têm nos atores das relações internacionais. Através da interação entre esses atores, eventualmente, identidades, interesses e comportamentos são formados. Um



papel importante na construção de interesses é atribuído às normas. Tanto Estados como atores não estatais são capazes de construir normas.

A teoria construtivista, parece mais eficaz em esclarecer o papel do COI na política internacional, uma vez que ela abrange a possibilidade de se estudar a formação de conceitos e ideias no âmbito internacional. O maior desafio, como aponta o trecho seguinte, é justamente o de identificar tais conceitos e ideias.

The task lying ahead is to identify other behaviors in the international arena where identity, ideas, and culture can be studied independent of interests in order further to explore the explanatory power of the constructivist approach. Even more imaginative routes must be pursued to discover territory hospitable to a critical test between constructivist and other approaches in political science. (SALA; SCOTT; SPRIGGS, 2007 p. 27)

Assim, identidades podem ser definidas como entendimentos e expectativas relativas a papéis específicos. Entende-se, nessa perspectiva, que as identidades e interesses não são a variável independente, como é reivindicado por estudiosos neo-realistas, mas a variável dependente. Assim, a anarquia não seria um pressuposto do sistema internacional, mas uma consequência. Por interação, os estados formariam ideias, com base em como eles perceber um ao outro em meio à estrutura. (WENDT, 1992)

De acordo com esta abordagem, o ideal olímpico enfatiza a promoção de ações internacionais de entendimento que ocorrem através do esporte e ideias de paz, igualdade e amistosidade. Assim, os Jogos Olímpicos são descritos como um grande promotor de entendimento internacional. É, no entanto, necessário explorar quando e com quais fundamentos os esportes internacionais podem promover a compreensão e fechar lacunas entre nações e quão dependentes eles são das relações políticas entre Estados. Justamente por isso, a ressalva feita por Angell, é extremamente prudente ao demonstrar como os interesses forjados no seio do Estado devem ser, por ele, mantidos.



Na política internacional, nada é mais fácil do que fazer declarações acadêmicas em favor da paz. Mas os governos, que são guardiães e depositários, tem o dever primordial de zelar pelos interesses que lhes são confiados, tais como os compreendem, fazendo caso omissis das idéias e tendências que consideramos ter fundamento em motivos de abnegação e altruísmo. A abnegação e o sacrifício são os últimos fatores que um governo pode considerar. Os governos foram criados para proteger os interesses colocados sob a sua custódia, não para sacrificá-los. (ANGELL, 2002, p. 292)

O Construtivismo vê o sistema internacional como uma construção social, uma vez que consiste em uma combinação de pensamentos e ideias. À medida que esses elementos mudam, o sistema mudará também. Uma compreensão intersubjetiva entre os atores e a estrutura não significa que os estados instantaneamente se tornem aliados ou amigos.

Diante do exposto, podemos concluir que essa perspectiva teórica obtém sucesso, especialmente, no que se refere a demonstrar como o contexto político internacional pode levar a utilização dos Jogos Olímpicos de modo a moldar o sistema e os entendimentos que os Estados co-constroem. Assim, possibilita o entendimento de que tal utilização pode vir a partir do engajamento internacional na promoção dos princípios de paz e bem estar do olimpismo ou mesmo

Estabelece-se que que tal visão teórica é extremamente útil em descrever como as ações dos Estados repercutem no cenário internacional e redefinem o próprio cenário. Assim, é eficaz em analisar casos como o boicote olímpico de 1980, uma vez que, como demonstrará o capítulo seguinte, passa por um processo de construção social e internacional.

## 2.4 Conclusões

Após o exposto, fica clara a possibilidade de se analisar diversos aspectos do esporte, em especial do movimento olímpico, pelo campo de estudo das Relações Internacionais. Cada uma das três vertentes exploradas se mostra mais eficaz em



explicar diferentes aspectos da relação do esporte com a política internacional, reforçando o entendimento do primeiro capítulo de que a política se faz presente no âmbito esportivo. Assim, as teorias realistas se destacam na explicação de aspectos ligados ao prestígio resultante da participação olímpica. As teorias liberais apresentam eficácia em demonstrar o papel de instituições ligadas ao movimento olímpico, como o Comitê Olímpico Internacional, e no caráter comercial dos jogos. Por fim, as teorias construtivistas se destacam na explicação dos valores atribuídos aos Jogos Olímpicos, desde o próprio princípio filosófico do olimpismo até a relação criada entre as Olimpíadas e aspectos relacionados à paz e à saúde.

### **3 O PROCESSO DECISÓRIO PELO BOICOTE**

Após os capítulos anteriores demonstrarem, respectivamente, a ingerência da política no esporte e algumas perspectivas do Jogos Olímpicos através de diferentes correntes teóricas das Relações Internacionais, o capítulo atual se debruçará sobre o processo decisório que culminou com a decisão dos Estados Unidos boicotarem os Jogos de 1980.

Para buscar entender os motivos que levaram à efetivação do boicote, será utilizada, em conjunto com teorias de Relações Internacionais, a metodologia aplicada por Graham Alisson em seu estudo “*Conceptual Models and the Cuban Missile Crisis*”, no qual a decisão pelo cercamento da ilha de Cuba é analisada por meio de três modelos diferentes: o da política racional, o do processo organizacional e o da burocracia política.

Apesar de não serem modelos específicos das Relações Internacionais, sendo mais voltados à análise de processos decisórios, podemos perceber traços de análise semelhantes entre os três modelos propostos por Alisson (1969) e as perspectivas teóricas abordadas no capítulo 2. O modelo da política racional se utiliza de uma metodologia de analítica que foca em um ator unitário, da mesma forma que o



realismo faz com os Estados. O modelo do processo organizacional entende uma decisão como o resultado da deliberação de várias organizações ou instituições, de maneira que se assemelha, em certa medida, à perspectiva liberal das Relações Internacionais que também leva em conta o papel das instituições. Já o modelo da burocracia política se assemelha à vertente construtivista uma vez que ambos podem ser utilizados para entender o papel da troca de ideias e perspectivas diferentes no resultado de uma decisão.

Dessa forma, assim como as teorias de Relações Internacionais, cada um desses modelos pode ser utilizado para entender a tomada por uma decisão a partir de abordagens analíticas distintas.

### **3.1 Contextualização do momento histórico do boicote de 1980**

Os Estados Unidos e a União Soviética foram as duas grandes superpotências da Guerra Fria. O período entre os anos de 1969 e 1979 é denominado *détente*. Esse representa um momento no qual as relações entre EUA e União Soviética se tornam mais flexíveis. Tal flexibilização é consequência de todas as tensões vivenciadas na década anterior, como a crise dos mísseis em 1962 e a possível destruição nuclear que assombrou o mundo no período da coexistência pacífica. Por conta disso, as potências alteram seu posicionamento internacional e passam a agir de forma mais maleável, como podemos visualizar no seguinte trecho proferido pelo presidente Nixon à revista *Time* em 1971:

Devemos lembrar que, na história mundial, só desfrutamos de um período prolongado de paz quando existe um equilíbrio de poder. É quando uma nação se torna infinitamente mais poderosa em sua relação com o potencial competidor que surge o perigo da guerra. De modo que acredito num mundo em que os Estados Unidos sejam poderosos. Acredito que teremos um mundo mais seguro e melhor se tivermos Estados Unidos, Europa, União Soviética, China e Japão, cada um contrabalançando o outro, e não jogando um contra o outro, num equilíbrio constante. (KISSINGER, 2015, p. 208)



É possível visualizar a política da détente no cenário internacional em alguns momentos da sétima década do século passado. O fato de Nixon ter sido o primeiro presidente americano a visitar Moscou, em 1972, já sinalizava mudanças. O acordo Salt, assinado em Moscou, por Nixon e Brejnev, em maio de 1972, previa o congelamento, por cinco anos, do desenvolvimento e da produção de armas estratégicas, bem como o controle sobre os mísseis intercontinentais e lançadores balísticos submarinos. Esse acordo representava “a segunda vez que os dois países realmente assumiam a responsabilidade internacional pelo controle dos armamentos nucleares”. (SARAIVA, 2008, p. 235) A primeira vez se referia ao Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares (TNP), concluído em 1968. Tais exemplos confirmam a mudança de comportamento no cenário internacional por parte dos EUA e da União Soviética se comparados com a década anterior.

Em meio a esse cenário de gradual apaziguamento das tensões entre as duas potências é que se desenvolve a invasão da União Soviética no Afeganistão, em dezembro de 1979. A intervenção militar foi considerada pelos oficiais da URSS como uma resposta relativamente menor à crescente instabilidade política no Afeganistão. Não obstante, o presidente dos EUA, Jimmy Carter, e outros membros de seu governo perceberam a ação soviética como um ato público de agressão, especialmente depois dos dez anos de détente.

The Soviet invasion of Afghanistan was one of the three most significant conflicts of the Cold War era, the others being the Korean War in the 1950s and the wars in Indochina and Vietnam from 1945 to 1975... It was also the only Cold War conflict in which the Soviet forces were directly engaged in full-scale combat outside – or at best on the periphery of – what was generally acknowledged to be the Soviet sphere of interest. The impact of Afghanistan upon the Soviet Union, its armed forces – the army in particular – and the outcome of the Cold War was significant. (STONE, 2004, p. 250)

No entanto, em termos de grandes narrativas da Guerra Fria, pouco se escreveu sobre a própria invasão. Em vez disso, são mais frequentes análises de



como isso afetou a Guerra Fria, com as conclusões mais comuns sendo as de que a invasão mudou a perspectiva do Presidente Carter, chegando a afirmar que era um símbolo do fim da détente. A campanha pelo boicote olímpico destacou a dinâmica das relações políticas internacionais de uma maneira que poucas outras crises durante os anos da Guerra Fria conseguiram, mas ganha ainda menos menção do que o Afeganistão, sugerindo que, para muitos pesquisadores, em termos de implicações para a Guerra Fria, teve apenas um efeito mínimo, apesar das afirmações do Presidente Carter. (STONE, 2004)

Uma das importantes questões frequentemente examinadas em torno do estudo do boicote é até que ponto ele ajudou os EUA a alcançar seus objetivos políticos em relação à inicial ocupação do Afeganistão. Este capítulo se concentrará em como a decisão pelo boicote foi formulada.

### **3.2 O modelo da política racional**

O modelo da política racional utiliza como paradigma o entendimento da política como uma escolha nacional. Este modelo se assemelha bastante à perspectiva realista das Relações Internacionais, uma vez que foca a análise nas decisões do “ator nacional”, tido nesse modelo como o único agente tomador de decisões, a partir de seus objetivo e percepções.

Governments select the action that will maximize strategic goals and objectives. These "solutions" to strategic problems are the fundamental categories in terms of which the analyst perceives what is to be explained. (ALISSON, 1969, p. 694)

Nesse escopo, as ações são tomadas a partir de problemas estratégicos que uma nação enfrenta. Oportunidades e ameaças no sistema internacional fazem com que a nação tome uma decisão.

Para entender o boicote olímpico de 1980 por meio do modelo da política racional, é necessário estudar as perspectivas dos países participantes e dos



envolvidos na elaboração do boicote, em especial os Estados Unidos, o maior organizador e promotor. Para isso, os discursos de seu presidente serão analisados no intuito de se entender os objetivos e motivos que levaram ao boicote.

Em 27 de dezembro de 1979, quando o presidente Hafizullah Amin, do Afeganistão, foi deposto do poder, executado e substituído pelo exilado ex-vice-primeiro-ministro Babrak Karmal, após a invasão soviética. Os americanos reagiram condenando internacionalmente o ato. A primeira menção de Carter ao boicote veio semanas depois em um discurso televisionado em 4 de janeiro de 1980, no qual o presidente dos EUA denunciou a intervenção soviética como uma ameaça extremamente séria à paz e afirmou que os Estados Unidos considerariam boicotar os Jogos Olímpicos de Verão de 1980 em Moscou. O primeiro discurso do presidente dos EUA sobre a invasão soviética do Afeganistão instigou as sanções comerciais como a principal punição, com a ameaça de não comparecer às Olimpíadas como um acréscimo menor. A seguinte parte do discurso demonstra como a menção ao boicote está intimamente ligada à invasão Soviética:

I come to you this evening to discuss the extremely important and rapidly changing circumstances in Southwest Asia. [...] Recently, there has been another very serious development which threatens the maintenance of the peace in Southwest Asia. Massive Soviet military forces have invaded the small, nonaligned, sovereign nation of Afghanistan., which had hitherto not been an occupied satellite of the Soviet Union. Fifty thousand heavily armed Soviet troops have crossed the border and are now dispersed throughout Afghanistan, attempting to conquer the fiercely independent Muslim people of that country. [...] Although the United States would prefer not to withdraw from the Olympic games scheduled in Moscow this summer, the Soviet Union must realize that its continued aggressive actions will endanger both the participation of athletes and the travel to Moscow by spectators who would normally wish to attend the Olympic games. (ESTADOS UNIDOS, JAMES EARL CARTER JR, 1980)





A partir do estipulado pelo modelo da política racional, a visão de Carter delinea a posição dos Estados Unidos depois de visualizarem a ameaça surgida por consequência da invasão soviética. Uma das primeiras formas de reação ao boicote foi a imposição de sanções econômicas e a denúncia pública da invasão. Nesse modelo, o ator nacional ameaçar o boicote como medida de retaliação à invasão é certamente um produto de sua deliberação sobre perdas e ganhos relativos. É importante notar que o presidente não declara que os Estados Unidos boicotarão o evento, apenas afirma em seu discurso que, caso a situação não se altere, essa possibilidade está em pauta. (WALTZ, 1979)

Durante duas semanas, o presidente se conteve esperando em vão por algum sinal que a União Soviética acataria o aviso que havia disso transmitido. Com tropas soviéticas ainda no Afeganistão, o presidente decidiu que era hora de um ultimato. Em outro discurso, declarou que, se essas forças não se retirassem do território do Afeganistão até o dia 20 de fevereiro de 1980, os EUA não competiriam em Moscou. Carter destacou sua posição no programa "*Meet the Press*" da rede de televisão NBC, onde transmitiu suas convicções de que, a menos que o Kremlin cumprisse seu prazo, os Jogos Olímpicos de Verão deveriam ser movidos para outro local, adiados ou cancelados.

Neither I nor the American people would support the sending of an American team to Moscow with Soviet invasion troops in Afghanistan. I've sent a message today to the United States Olympic Committee spelling out my own position that unless the Soviets withdraw their troops within a month from Afghanistan that the Olympic Games be moved from Moscow to alternate site or multiple sites or postponed or canceled. If the Soviets do not withdraw their troops immediately from Afghanistan — within a month — I would not support the sending of an American team to the Olympics. It's very important for the world to realize how serious a threat the Soviets' invasion of Afghanistan is. I do not want to inject politics into the Olympics, and I would personally favor the establishment of a permanent Olympic site for both the Summer and the Winter Games. In my opinion, the most appropriate permanent site for the Summer Games would be



Greece. This will be my own position, and I have asked the U.S. Olympic Committee to take this position to the International Olympic Committee, and I would hope that as many nations as possible would support this basic position. One hundred and four nations voted against the Soviet invasion and called for their immediate withdrawal from Afghanistan in the United Nations, and I would hope as many of those as possible would support the position I've just outlined to you. Regardless of what other nations might do, I would not favor the sending of an American Olympic team to Moscow while the Soviet invasion troops are in Afghanistan. (ESTADOS UNIDOS, JAMES EARL CARTER JR, 1980)

Essa atualização no discurso do presidente demonstra um reforço na possibilidade pelo boicote, ao passo em que tenta coagir uma mudança de comportamento dos soviéticos a partir do estabelecimento de uma data limite. O presidente demonstra outras possibilidades de ação com relação à realização dos Jogos Olímpicos, como a utilização de uma sede permanente na Grécia. Outro ponto notável é a introdução e o pedido de que outros países, especialmente os 104 que votaram contra a invasão na Organização das Nações Unidas, também boicotassem os jogos caso as tropas não fossem retiradas.

A simpatia com a proposta dos EUA não demorou a chegar. O apoio veio de líderes como a primeira-ministra britânica Margaret Thatcher e o primeiro-ministro canadense Joe Clark. Embora a participação em um boicote real seja determinada pelo Comitê Olímpico Nacional de cada país, a posição dos EUA encontrou apoio crescente. Os Comitês Olímpicos Nacionais de vários países europeus sugeriram que os jogos fossem realizados em Moscou, mas sem os adornos políticos habituais. As delegações desfilariam sob a bandeira olímpica, todos os atletas usariam o mesmo uniforme, nenhum hino nacional seria tocado e nenhuma bandeira seria hasteada nas cerimônias de medalhas. O COI decidiu permitir às equipes a opção de não usar as bandeiras ou hinos nacionais nas cerimônias olímpicas, mas não decidiu outros méritos. Mesmo com todas as propostas sendo debatidas e descartadas, a campanha pelo boicote estava se movendo em alta velocidade. (MORRISON, 1982)



Enquanto o prazo de um mês diminuía, Carter se esforçou em convencer o comitê olímpico de seu país a aderir ao boicote. Em carta enviada ao presidente do Comitê, destaca, novamente, como as medidas de boicote seriam uma retaliação à invasão soviética. Destaca ainda como preferia manter a política fora do meio olímpico, assunto debatido extensivamente no primeiro capítulo. O ponto mais importante de tal carta é a percepção do significado político que os soviéticos haviam atrelado às Olimpíadas e como o boicote poderia servir para deter agressões futuras a partir do constrangimento.

The Soviet Government attaches enormous political importance to the holding of the 1980 Olympic Games in Moscow, and if the Olympics are not held in Moscow because of Soviet military aggression in Afghanistan, this powerful signal of world outrage cannot be hidden from the Soviet people, and will reverberate around the globe. Perhaps it will deter future aggression. (ESTADOS UNIDOS, JAMES EARL CARTER JR, 1980)

Passado o prazo de um mês e sem nenhuma mudança no posicionamento soviético, o boicote já não podia ser enquadrado como sugestão ou ameaça que poderia ser descartada, já que não seria ideal que uma potência como os Estados Unidos fizesse uma ameaça pública e não cumprisse. Assim, a ameaça de boicote passou de palavras para ações. Os Estados Unidos afirmavam a certeza de que não estariam em Moscou. No dia 21 de março de 1980, Jimmy Carter entrou em uma sala cheia de atletas, que haviam treinado e sonhado com um lugar na equipe olímpica estadunidense de 1980, e fez o seguinte pronunciamento. (SARANTAKES, 2010)

The Olympics are important to the Soviet Union. They have made massive investments in buildings, equipment, propaganda. As has probably already been pointed out to you, they have passed out hundreds of thousands of copies of an official Soviet document saying that the decision of the world community to hold the Olympics in Moscow is an acknowledgement of approval of the foreign policy of the Soviet Union, and proof to the world that the Soviets' policy results in international peace. [...] Nations who believe in freedom and human rights and peace [should] not add the



imprimatur of approval to the Soviet Union and its government while they have 105,000 heavily armed invading forces in the freedom-loving and innocent and deeply religious country of Afghanistan. I can't say at this moment what other nations will not go to the Summer Olympics in Moscow. Ours will not go. I say that not with any equivocation; the decision has been made. (ESTADOS UNIDOS, JAMES EARL CARTER JR, 1980)

O pronunciamento proferido em frente a dezenas de atletas que iriam aos Jogos é a expressão máxima de que a decisão pelo boicote estava tomada e era definitiva, além de clamar pela mesma posição internacional de outros países. Anunciar tal decisão, em frente aos atletas que clamavam pela mudança na postura, não seria viável se a decisão pudesse ser alterada. Com o boicote agora oficial, tudo o que restava era, primeiro, quais nações seguiriam a liderança dos americanos e, segundo, como o boicote afetaria os Jogos. A essa altura, o boicote não passava de uma medida simbólica, a crença inicial do governo de que poderia forçar os soviéticos a deixar o Afeganistão tinha perdido força rapidamente desde fevereiro. (SARANTEKES, 2010) No final das contas, a pressão exercida internacionalmente pelos Estados Unidos resultou na adesão de mais de 60 países ao boicote, apesar de alguns alegarem não terem enviado as delegações por motivos distintos, como a segurança de seus atletas.

### **3.3 O modelo do processo organizacional e o modelo da burocracia política**

Para os propósitos deste estudo, os modelos II e III proposto por Alisson (1969) serão apresentados de maneira conjunta em um único tópico. Tal decisão se dá em parte pela falta de disponibilidade de material suficiente para separá-los em tópicos distintos. Apesar disso, essa escolha torna a análise do caso em tela um pouco mais dinâmica e orgânica.

O modelo II ou modelo do processo organizacional proposto por Alisson (1969) entende a decisão como produto da deliberação de uma organização ou



governo com uma estrutura complexa no interior processo organizacional foca a organização existente e seus denominados procedimentos operacionais padrão para obter informações, definir possíveis opções e implementar a decisão. Cada organização tem sua própria missão e função e uma série de programas é desenvolvida para realizar essas missões. Ao definir a opção viável, o modelo do processo organizacional é restrito com base nos procedimentos que as organizações acreditam ter o melhor desempenho e eficiência na implementação da decisão, além de satisfazer seus próprios objetivos institucionais.

Já o modelo III, denominado modelo da burocracia política argumenta que os resultados das políticas resultam de um jogo de barganha entre um grupo de atores governamentais. Esses atores possuem preferências, habilidades e posições de poder variadas, escolhem estratégias e objetivos políticos com base em diferentes ideias de quais resultados servirão melhor aos seus interesses organizacionais e pessoais. A negociação então prossegue através de um processo pluralista de troca de ideias que reflete as regras predominantes do jogo, bem como as relações de poder entre os participantes. Como esse processo não é dominado por um indivíduo nem provavelmente privilegia decisões racionais ou de especialistas, pode resultar em resultados abaixo do ideal que não cumprem os objetivos de qualquer um dos participantes individuais. (ALLISON, 1969)

O entendimento de que os resultados da política externa são derivados de programas burocráticos, rotinas e procedimentos operacionais padrão, produz algumas diferenças na análise. Ele enfatiza a importância das influências políticas domésticas no processo de tomada de decisões sobre política externa que às vezes eram ignoradas no modelo de política racional. Portanto, este modelo fornece um entendimento de que a política foi formada não apenas por um tomador de decisão de alto nível, mas ocasionalmente é formada pela organização.

Each organization attends to a special set of problems and acts in quasi-independence on these problems. But few important



problems fall exclusively within the domain of a single organization. Thus, government behavior relevant to any important problem reflects the independent output of several organizations, partially coordinated by government leaders. Government leaders can substantially disturb, but not substantially control, the behavior of these organizations. (ALLISON, 1969, p. 698)

Como o tópico anterior demonstrou, a partir de um olhar unitário, era de clara intenção do presidente Carter que os Jogos de Moscou fossem boicotados após as medidas de sanção econômica e avisos anteriores não terem surtido nenhuma mudança no status da ocupação do Afeganistão. Dessa forma, o modelo atual centra suas atenções em como essas decisões foram construídas a partir da interação entre agentes políticos importantes do governo à época.

Alguns estudos sobre o boicote sugerem que fatores políticos domésticos estavam sempre em jogo durante esse período e foram as principais influências na tomada de decisão, em vez de considerações internacionais que moldaram a decisão pelo boicote. (SARANTAKES, 2010)

Nenhuma agência governamental participou mais do boicote olímpico do que o Congresso dos EUA. Por meio de alguns registros do congresso, é possível ter uma ideia de como os legisladores se sentiram sobre esse polêmico evento esportivo. De 17 de janeiro de 1980 a 28 de janeiro de 1980, houve mais de uma dúzia de resoluções condenatórias que instaram os EUA a boicotar os Jogos Olímpicos. Uma audiência da Comissão de Assuntos Externos da Câmara, em 23 de janeiro de 1980, produziu um documento intitulado "Participação dos EUA nos Jogos Olímpicos de Verão de 1980" e incluiu uma variedade de testemunhas e outros materiais relacionados. (MORRISON, 1982)

Nesse documento, o presidente do Comitê Olímpico Norte Americano, Robert Kane, deixou claro como o anúncio da possibilidade de boicote pegou o Comitê de surpresa. Os atletas, de um lado desejavam, em sua maioria, participar das Olimpíadas e o governo, por outro lado, queria boicotá-los. O outro orador foi o



subsecretário de Estado, Warren Christopher, que falou sobre um possível local alternativo e declarou que, em sua opinião, qualquer atitude, exceto a conversa, deveriam ter sido cortados com a União Soviética, porque se manter os atletas sem competir é a ação mais forte possível a ser tomada, então a credibilidade e eficácia norte americanas foram ineficientes. No lado oposto estava o congressista William Gooding, que entendeu outra forma de ação como a melhor alternativa: usar com êxito e esportivamente as Olimpíadas como uma ferramenta para fazer constranger politicamente a União Soviética. Entretanto, declarou que isso só poderia acontecer se duas coisas ocorressem: as Olimpíadas deveriam ter um local diferente e não deveriam ser boicotadas. (SENADO NORTE AMERICANO, 1980)

Carter e o Departamento de Estado entendiam que uma interrupção dos Jogos de Moscou teria um efeito político e social devastador sobre União Soviética e talvez fosse a arma mais letal no arsenal diplomático. As razões morais para ficar longe de Moscou foram resumidas por Nelson Ledsky, chefe da Força-Tarefa Olímpica do Departamento de Estado dos EUA: "Há algo repelente, sobre as tropas soviéticas no Afeganistão ao mesmo tempo em que pombas estão sendo soltas em Moscou". Em uma entrevista recente, Ledsky foi perguntado se a invasão ao Afeganistão foi o único motivo para o boicote e respondeu da seguinte maneira:

It was the primary reason. The United States in 1980 lacked means of properly responding or responding in any meaningful way to the Soviet invasion of Afghanistan. And one of the instruments that the White House chose was to join with other interested countries who opposed the Afghan invasion by boycotting the Olympics, which had been awarded to Moscow well in advance of 1980. The Olympics, though, were to take place in 1980, and this was deemed a useful response, an embarrassment to the Russians, and a useful response to the Soviet invasion of Afghanistan. (ALIYEV, 2008)

As autoridades tinham ciência de que, para que o boicote ocorresse, entraves domésticos deveriam ser superados. A *National Broadcasting Company* (NBC), que deveria ter televisionado os Jogos nos EUA, teria de sacrificar US\$ 22 milhões em



despesas não cobertas pelo seguro, além de outros milhões de suas receitas de publicidade. A Coca-Cola, refrigerante oficial nas Olimpíadas de Moscou, não estaria lá e todos os fornecedores americanos de uniformes, equipamentos e tecnologia teriam que cancelar negócios importantes. Além disso, é claro, havia os atletas. Se eles concordaram ou não com o boicote, ficaram compreensivelmente desapontados. Para muitos, foi a perda de uma oportunidade única na vida. Anos de dedicação e entusiasmo voltados para o futuro estavam sendo em vão. Todas essas esferas pressionavam os agentes políticos internos no intuito de que o boicote fosse, de fato, a última opção. (BURG; WOODGER, 2006)

O modelo III pode ser utilizado para entender como uma declaração emitida à imprensa em nome de Lord Killanin, presidente do Comitê Olímpico Internacional à época, em 12 de fevereiro confirmou o compromisso do COI com Moscou, definindo a responsabilidade do COI de que os Jogos Olímpicos fossem realizados a cada quatro anos, de acordo com os princípios e dentro das regras, e reconheceu que o Comitê Olímpico Internacional não pode resolver os problemas políticos do mundo. Embora, no contexto, esse comentário tivesse a intenção de estabelecer uma linha clara entre o COI e o alvoroço político em que se encontrava envolvido, revela, pelo menos parcialmente, até que ponto simplesmente garantir que o evento aconteça foi um fator motivador significativo para a organização. Por extensão, isso também mostra quão pouca autoridade o COI realmente exercia quando confrontado por atores políticos mais poderosos. Tal fato é corroborado por sua declaração de que apenas os líderes dos EUA e da União Soviética poderiam resolver o problema, encerrando efetivamente a disputa antes do começo dos Jogos. (SARANTAKES, 2010)

Dentro dos Estados Unidos, houve apoio público ao boicote. A Câmara dos Deputados dos EUA aprovou uma resolução não vinculativa que aprovava a decisão de ficar longe de Moscou com uma votação de 386 a favor e 12 contra; o Senado dos EUA aprovou uma medida semelhante com um resultado de 88 a 4. Porém,





tecnicamente, a decisão de enviar ou não atletas para os Jogos Olímpicos não é da responsabilidade do Presidente ou do Congresso; é o Comitê Olímpico dos Estados Unidos que faz a determinação final em tal situação. (DEPARTAMENTO DE ESTADO DOS ESTADOS UNIDOS, 2001)

Diante desse amplo apoio, no entanto, o Comitê Olímpico norte americano expressou sua disposição de respeitar a decisão do governo dos EUA em relação aos jogos. O então secretário de Estado dos EUA, Cyrus Vance, reiterou ao Comitê Olímpico Internacional que seu governo se opunha ao envio de uma equipe para os Jogos Olímpicos. Dias depois, o presidente do Comitê Olímpico dos Estados Unidos, Robert Kane, anunciou que sua organização "aceitaria qualquer decisão referente à participação dos EUA nos Jogos que o presidente tomasse". (MORRISON, 1982)

Enquanto algumas nações optaram por expressar seu descontentamento com as ações militares soviéticas, não enviando equipes formais para competir, mas também não impedindo que atletas individuais participassem e competissem sob a bandeira olímpica, os atletas dos Estados Unidos foram avisados de que viajar para Moscou para os Jogos teria como resultado a retirada de seus passaportes. Em protesto, um grupo de 25 atletas americanos processou o governo dos EUA pedindo permissão para competir, mas eles perderam o caso. (TULLI, 2016)

Assim, a partir desses dois modelos, podemos visualizar o entendimento de diversos segmentos políticos importantes no âmbito doméstico dos Estados Unidos e como cada um deles se inter-relacionou com os demais nesse caso específico e a relação entre suas lideranças. Fica evidenciado como o boicote teve respaldo popular que se refletiu em votações na Câmara e do Senado norte-americanos, ao mesmo tempo em que sofreu resistência do Comitê Olímpico Internacional, do Comitê Olímpico Norte Americano, de atletas e de empresas. Esses últimos, porém, foram



superados pelo desejo político de instituições governamentais alinhadas e guiadas pelo plano de Carter.

### 3.4 Conclusões

A partir dos modelos propostos por Alisson (1969) podemos visualizar diferentes dimensões envolvidas na tomada da decisão pelo boicote. Fica clara a participação essencial de diversos atores na decisão elaborada, em especial os seguintes: O presidente Carter; a câmara e o senado norte-americanos; o Comitê Olímpico Norte Americano, o Departamento de Estado norte-americano, atletas que competiriam nos Jogos e o Comitê Olímpico Internacional.

A interação entre todos esses atores, é, certamente, mais bem visualizada através dos modelos propostos por Alisson, uma vez que, sua metodologia permite explorar e entender a interação os atores e como suas intenções se chocam e resultam em uma decisão final. A importância de tal metodologia no presente trabalho se dá pela relação diretamente proporcional entre a amplitude da investigação pelo processo decisório pelo boicote olímpico de 1980 e a qualidade da explicação da decisão final, ou seja, pelo fato de se explorar a decisão por diferentes ângulos e perspectivas, mais completa é a explicação da decisão escolhida.

## CONCLUSÃO

A decisão de boicotar foi, portanto, uma decisão política em meio à Guerra Fria, especificamente em retaliação à invasão soviética ao Afeganistão. Entender esse caso sem observar tal aspecto da disputa de poder entre as duas potências é tarefa impraticável. A utilização política de um evento esportivo se mostrou, novamente, uma ferramenta diplomática. Questões relativas aos direitos humanos foram



invocadas para justificar e respaldar a decisão de Carter, pelo boicote que se deu, principalmente, por conta de preocupações de segurança e disputas de hegemonia. No final das contas, o boicote teve um impacto significativo sobre o movimento olímpico internacional, mas muito pouco sobre a situação no Afeganistão.

Entender se o boicote foi “bem sucedido” é difícil de responder. Se o único objetivo dos EUA era demonstrar forte oposição à incursão da URSS no Oriente Médio, a mensagem certamente foi dada. Se, como parecia inicialmente, o objetivo principal era coagir os soviéticos a se retirarem do Afeganistão e impedir a realização dos Jogos Olímpicos em sua capital, o boicote foi um fracasso total.

A administração Carter conseguiu realizar com sucesso seu boicote, apesar da protestos do Comitê Olímpico Internacional e do Comitê Olímpico Norte Americano. De fato, quando a pressão chegou, o governo conseguiu dominar os líderes olímpicos (pelo menos internamente), primeiramente, solicitando e, finalmente, obrigando-os a apoiar sua política. No entanto, em termos de envergonhar os soviéticos, montando uma coalizão de Estados poderosos comprometidos com o boicote, como Carter originalmente esperava, o esforço foi muito menos eficaz.

Dos sessenta e cinco Estados que não participaram de Moscou, apenas alguns (principalmente Canadá, China, Japão, Noruega, Alemanha Ocidental) considerados significativos o suficiente para a política internacional ou para o esporte internacional da época se ausentaram. Isso não apenas mostrou a divisão da campanha de boicote nos Estados, mas também destacou a dificuldade dos governos supostamente livres e liberais em condenar a União Soviética por violações dos direitos humanos.

Entender se os Estados Unidos alcançaram seus objetivos e se o preço pago pelos atletas compensou qualquer ganho político está além dos fins deste estudo. O que o presente estudo deixa bem claro é o fato de que a escolha pelo boicote foi o resultado de uma reação política à empreitada soviética no Afeganistão. As alegações americanas acerca das violações de direitos humanos pelos soviéticos foram



utilizadas como justificativas para mobilizar a campanha internacional pelo boicote. Em todo o processo decisório, é notório que o principal objetivo americano era o de ferir politicamente a União Soviética através da plataforma olímpica, buscando causar constrangimento a partir do não comparecimento de várias nações ao evento.

Por fim, o caso aqui analisado se enquadra naquilo que os dois primeiros capítulos de concentraram em explicar: a união, teoricamente indesejável, do esporte com a política, na qual, a segunda utiliza o primeiro como forma de atingir objetivos que, formalmente, são alheios ao escopo esportivo.

## REFERÊNCIAS

ALIYEV, Kenan. *World: U.S. Organizer Of 1980 Boycott Talks About Politics And The Olympics*. [S. I.] **Radio Free Europe Radio Liberty**. 28 mar. 2008. Disponível em: <https://www.rferl.org/a/1079699.html>. Acesso em: 13 abr. 2020.

ALLISON, Graham. *Conceptual models and the Cuban missile crisis*. **The American Political Science Review**, Vol/ 63, No. 3, 1969.

ALLISON, Lincoln; MONNINGTON, Terry. Sport, Prestige and International Relations. **Government And Opposition**, [s.l.], v. 37, n. 1, p. 106-134, jan. 2002. Cambridge University Press (CUP). <http://dx.doi.org/10.1111/1477-7053.00089>.

ANGELL, Norman. **A Grande Ilusão**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

BARNETT, M; FINNEMORE, Martha, **Rules for the world: international organizations in global politics**. Cornell University Press. New York: 2004.

BEACOM, Aaron. *Sport in International Relations: a case for cross-disciplinary investigation*. **The Sports Historian**, [S. I.], 14 nov. 2009.

BERG, Brennan K.; KESSLER, Seth A.; HUNT, Thomas M.. A realist perspective of Sport Management Program and the H.J. Lucher Stark governmental perceptions of Olympic boycott movements, 1936–2008. **International Journal Of Sport Policy And Politics**, [s.l.], v. 4, n. 3, p. 307-320, nov. 2012. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/19406940.2012.694113>.



BERG, Chris. *Politics, Not Sport, Is the Purpose of the Olympic Games*. *Institute of Public Affairs Review: A Quarterly Review of Politics and Public Affairs*. Volume 60 Issue 3 Jul. 2008.

BESNIER, Nikor; BROWNELL, Susan; CARTER, Thomas. *The Anthropology of Sport. Bodies, Borders, Biopolitics*, University of California Press, 2017.

BOYKOFF, Jules. *Power Games – A Political History of the Olympics*. Verso. Londres, 2016.

BRATCH, Valter. **Sociologia Crítica do Esporte – Uma Introdução**. Editora Unijuí da Universidade Regional do Noroeste. Ijuí, 2003.

BURG, David; WOODGER, Elin. **The 1980's**. Facts on File. New York, 2006.

CANTOR, Paul; HUFNAGEL, Peter. *The Olympics of the Mind. Philosophy and Athletics in the Ancient Greek World*. In: *The Olympics and Philosophy*. REID, Heather; AUSTIN, Michael. The University Press of Kentucky. Lexington, 2012.

CARR, Edward H. **Vinte Anos de Crise 1919 – 1939**. Brasília: Editora UnB, 2001.

CHA, Victor D.. A Theory of Sport and Politics. **The International Journal Of The History Of Sport**, [s.l.], v. 26, n. 11, p. 1581-1610, set. 2009. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/09523360903132972>.

COMITÊ OLÍMPICO INTERNACIONAL. **Carta Olímpica**. Disponível em: <[http://www.fadu.pt/files/protocolos-contratos/PNED\\_publica\\_CartaOlimpica.pdf](http://www.fadu.pt/files/protocolos-contratos/PNED_publica_CartaOlimpica.pdf)>. Acesso em: 28 set. 2019.

COTTRELL, M. Patrick; NELSON, Travis. Not just the Games? Power, protest and politics at the Olympics. **European Journal Of International Relations**, [s.l.], v. 17, n. 4, p. 729-753, 7 dez. 2010. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/1354066110380965>.

COUBERTIN, Pierre. *The philosophic foundations of modern Olympism, in The Olympic Idea: Pierre de Coubertin—Discourses and Essays*, Carl-Diem-Institut (1966) *Olympischer Sportverlag, Stuttgart*, 130–134.

DEPARTAMENTO DE ESTADO DOS ESTADOS UNIDOS. **Archive: The Olympic Boycott, 1980**. [S. I.] 20 jan. 2001. Disponível em: <https://2001-2009.state.gov/r/pa/ho/time/qfp/104481.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.



ESTADOS UNIDOS. Presidente (1977-1981: James Earl Carter Jr.). **Discurso sobre o Afeganistão**. Washington, 4 jan. 1980. Disponível em: <https://millercenter.org/the-presidency/presidential-speeches/january-4-1980-speech-afghanistan>. Acesso em: 27 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Presidente (1977-1981: James Earl Carter Jr.). **Jimmy Carter lays plan for Olympic boycott**. Washington, 20 jan. 1980. Disponível em: <https://olympics.nbcsports.com/2020/01/20/jimmy-carter-olympic-boycott/>. Acesso em: 28 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Presidente (1977-1981: James Earl Carter Jr.). **Letter by President Jimmy Carter to the President of the United States Olympic Committee Robert Kane**. Washington, 20 jan. 1980. Disponível em: <https://digitalarchive.wilsoncenter.org/document/134719.pdf?v=d41d8cd98f00b204e9800998ecf8427e>. Acesso em: 28 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Presidente (1977-1981: James Earl Carter Jr.). **Letter by President Jimmy Carter to the President of the United States Olympic Committee Robert Kane**. Washington, 21 mar. 1980. Disponível em: <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/remarks-representatives-us-teams-the-1980-summer-olympics>. Acesso em: 28 abr. 2020.

FILHO, João Lyra. **Introdução à Sociologia dos Desportos**. Bloch Editores S. A. Rio de Janeiro, 1973.

FINNEMORE, Martha. **National Interests in International Society**. Cornell University Press. Nova York: 1996.

FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GIRGINOV, Vassil; HILLS, Laura. The political process of constructing a sustainable London Olympics sports development legacy. **International Journal Of Sport Pol- icy And Politics**, [s.l.], v. 1, n. 2, p. 161-181, 13 jul. 2009. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/19406940902950713>.

GUTMANN, Allen. **From Ritual to Record – The Nature of Modern Sports**. USA: University of Illinois Press, 1992.

GUTTMANN, Allen. **The Oympics – A History of the Modern Games**. USA: University of Illinois Press, 1978.

HUIZINGA, Johan. **Homo Ludens**. Editora Perspectiva S.A. São Paulo, 2000.



JEDLICKA, Scott R.. Sport governance as global governance: theoretical perspectives on sport in the international system. **International Journal Of Sport Policy And Politics**, [s.l.], v. 10, n. 2, p. 287-304, 28 nov. 2017. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/19406940.2017.1406974>.

KEOHANE, R.O. International institutions: two approaches. **International studies quarterly**. v. 32, n. 4 p. 379-396, dez. 1988.

KISSINGER, H. A. **Ordem Mundial**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

KRASNER, Stephen D. **Power politics, institutions, and transnational relations**. In: *Bringing Transnational Relations Back In*: Ed: KAPPEN, Thomas. *Non-State Actors, Domestic Structures and International Institutions*. Cambridge University Press. Cambridge: 1995.

LAPCHICK, Richard E.. A Political History of the Modern Olympic Games. **Journal Of Sport And Social Issues**, [s.l.], v. 2, n. 1, p. 1-12, mar. 1978. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/019372357800200102>.

LENSKYJ, Helen Jefferson. Olympic Ideals and the Limitations of Liberal Protest. **The International Journal Of The History Of Sport**, [s.l.], v. 34, n. 3-4, p. 184-200, 4 mar. 2017. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/09523367.2017.1359548>.

LEVERMORE, Roger; BUDD, Adrian. **Sport and international relations: Continued neglect?** In: LEVERMORE, Roger; BUDD, Adrian. *SPORT AND INTERNATIONAL RELATIONS*. USA: Routledge, 2004.

LUSA, Dana. Olympic Diplomacy and the Emerging States: striving for influence in the multipolar world. **Croatian International Relations Review**, [s.l.], v. 23, n. 79, p. 73-102, 26 set. 2017. Walter de Gruyter GmbH. <http://dx.doi.org/10.1515/cirr-2017-0015>.

MORGENTHAU, Hans. **A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz**; Editora Universidade de Brasília. Brasília 2003.

MORRISON, Ray. **Government Documents Relating to the 1980 Olympic Games Boycott**. Graduate School of Library and Information Science, University of Illinois. 24 jul. 1982.

NYE, Joseph. **Soft power: the means to success in world politics**. Nova York:



*Public Affairs*, 2004

PECEQUILO, Cristina. **Teoria das Relações Internacionais**: O mapa do caminho: estudo e prática. Alta Books. Rio de Janeiro: 2016.

SALA, Brian R.; SCOTT, John T.; SPRIGGS, James F.. The Cold War on Ice: constructivism and the politics of olympic figure skating judging. **Perspectives On Politics**, [s.l.], v. 5, n. 01, p. 17-29, 27 fev. 2007. Cambridge University Press (CUP). <http://dx.doi.org/10.1017/s153759270707003x>.

SARAIVA, José. **História das Relações Internacionais Contemporâneas**: da sociedade internacional do século XIX à era da globalização. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARANTAKES, Nicholas. **Dropping the Torch. Jimmy Carter, The Olympic Boycott, and the Cold War**. Cambridge University Press. [S. I.] 2010.

SENADO NORTE AMERICANO. **H.Res.534 - A resolution providing for the consideration of H. Con Res. 249 urging the United States Olympic Committee, the International Olympic Committee, and the Olympic committees of other countries to Olympic take certain actions with respect to the 1980 summer Olympic games in accordance with the request of the President**. Washington, 24 jan. 1980. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/96th-congress/house-resolution/534?q=%7B%22search%22%3A%22249%22%7D&s=3&r=7>. Acesso em: 29 abr. 2020.

SNYDER, Jack. *One World, rival theories*. **Foreign Policy**, [S. I.], n. 145, p. 52-62 nov. 2004.

STONE, David. **Wars of the Cold War**: campaigns and conflicts 1945-1990. [S. I.]: Brassey's, 2004.

STRENK, Andrew. What Price Victory? The World of International Sports and Politics. **The Annals Of The American Academy Of Political And Social Science**, [s.l.], v. 445, n. 1, p. 128-140, set. 1979. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/000271627944500114>.

SZYMANSKI, Stefan. *A theory of the evolution of modern sport*. **Journal of Sport History**, v. 35, n. 1, p. 1-32, 2008.

TORRES, Cesar R.. Morally Incompatible?: an analysis of the relationship between competitive sport and international relations at the olympic games. **Sais Review Of**





**International Affairs**, [s.l.], v. 31, n. 1, p. 3-16, 2011. Project Muse.  
<http://dx.doi.org/10.1353/sais.2011.0016>.

TULLI, Umberto. Bringing Human Rights In: the campaign against the 1980 moscow olympic games and the origins of the nexus between human rights and the olympic games. **The International Journal Of The History Of Sport**, [s.l.], v. 33, n. 16, p. 2026-2045, nov. 2016. Informa UK Limited.  
<http://dx.doi.org/10.1080/09523367.2017.1315104>.

VASCONCELLOS, Douglas Wanderley de. **Esporte, Poder e Relações Internacionais**. Fundação Alexandre de Gusmão. Brasília, 2008.

WALT, S.M. *International relations: one world, many theories*. **Foreign Policy**, [S. l.] n. 110, p. 29–46, 1998.

WALTZ, Kenneth. *Theory of International Politics*. Reading, Massachusetts: Addison-Wesley, 1979.

WENDT. Alexander. *Anarchy is what States Make of it: The Social Construction of Power Politics*. **International Organization**, Vol 46, No 2. 1992.

WIGHT, Martin. **A política do poder**. Fundação Alexandre Gusmão. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.



# ANÁLISE DA EFETIVIDADE DOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA: O CASO DA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO

Bruna Siqueira

## RESUMO

O presente artigo pretende analisar a efetividade dos documentos internacionais de proteção à criança, através dos acontecimentos ocorridos na República Democrática do Congo. Desde 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui o uso de crianças em conflitos como crime de guerra e desde 1996 a República Democrática do Congo faz uso do recrutamento infantil. Através da exposição de inúmeros fatos, podemos observar ações de agentes governamentais, ONG's e Organizações Internacionais, como a Organização Internacional das Nações Unidas e o Tribunal Penal Internacional. Diante disso, o trabalho tem o objetivo de esclarecer as questões inerentes a problemática e entender as limitações da efetividade desses agentes, num cenário caótico como o atualmente encontrado no caso prático em questão.

**Palavras-chave:** Criança-soldado. ONU. República Democrática do Congo. MONUSCO. Missão de paz. Tribunal Penal Internacional. Direitos Humanos. Missões de Paz. Criança. Recrutamento infantil.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo de pesquisa a utilização de crianças-soldado em conflitos internos aos Estados. Para uma melhor análise, o estudo se atentará ao caso da República Democrática do Congo, trazendo reflexões para analisar a eficácia dos documentos internacionais de proteção à criança. Para tanto, se fez uso da teoria construtivista através do teórico John Rawls, aplicando a teoria da



justiça do autor. Ademais, vale ressaltar que a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental.

Na primeira sessão a pesquisa se deteve a entender a criação e a introdução dos direitos das crianças no sistema internacional através de organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas. Entender o processo histórico do reconhecimento da criança, como ser legal e detentor de direitos e deveres se torna fundamental para a compreensão da gravidade do problema a ser estudado.

A sessão segunda mostra a história desse problema na República Democrática do Congo e como isso tem efeito negativo no tratamento dessas crianças. O país, que desde 1996 faz uso do recrutamento de crianças-soldado, ainda nos dias atuais possui um cenário hostil para o enfrentamento desta prática. Entender a raiz do problema será de grande relevância para análise atual. Nessa sessão, também exploraremos como os organismos internacionais jurídicos, a exemplo do Tribunal Penal Internacional, administra o assunto.

Logo após, na terceira sessão compreenderemos quais as ações efetivas realizadas pelo Estado da República Democrática do Congo e pelos agentes do cenário internacional para o enfrentamento do problema. Instalações de grupos de trabalho e missão de paz chefiadas pela Organização das Nações Unidas são realidade e, por isso, uma análise do contexto atual através de relatórios sobre o tratamento a crianças e conflitos armados na região, produzidos pelo Secretário-Geral da ONU e pelo conselho de segurança da ONU, se torna possível.

Vale ressaltar que, desde 1948, o artigo III da Declaração Universal dos Direitos Humanos, constitui o uso de crianças em conflitos como crime de guerra. “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (UNICEF), sendo assim, e entendendo que o atual cenário da República Democrática do Congo apresenta acontecimentos que vão contra o que o cenário internacional acredita



como correto, o tema, pouco abordado na academia de Relações Internacionais, se torna de extrema relevância para as gerações futuras.

## **2 CRIAÇÃO E INTRODUÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS NO SISTEMA INTERNACIONAL ATRAVÉS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS**

Os processos históricos de criação das instituições sociais, jurídicas e acadêmicas de reconhecimento à criança, o status de sujeito e a dignidade de pessoa humana, foram extremamente extensos. Tem-se dois marcos fundamentais desse reconhecimento, a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) promulgada pela Organização das Nações Unidas e o livro de Philippe Ariès, *L'enfant et l'aveugle familiale sous l'ancien régime*, publicado em 1961, os quais “vão inaugurar uma visão da infância como construção social, dependente ao mesmo tempo do contexto social e do discurso intelectual” (SIROTA, 2001, P. 2010).

Nos estudos da infância e suas delimitações há dois grupos bem antagônicos. O primeiro é formado por autores como Richard Farson, John Holt e Howard Cohen, considerados autores liberacionistas que desejam,

“a liberação das crianças até mesmo da autoridade bem intencionada dos adultos e a sua exposição aos mesmo direitos e privilégios dos adultos, com base em que a proteção que lhes proporcionam, na verdade lhes extorquem muitos direitos como cidadãos” (BERGER, 1984, p. 224).

Em oposição a esses autores a corrente protecionista, motivada por questões filosóficas e políticas, formada por filósofas como Hanna Arendt e Onora O’Neill, e usando três argumentos principais se contrapõe à premissa de que as crianças possam ser consideradas sujeitos dos mesmos direitos contemplados os adultos.

“As crianças não dispõem das mesmas capacidades que qualificam os adultos para usufruto de direitos; a retórica do direito não captura a verdade sobre a vida das crianças e de suas famílias e encoraja uma permissividade destrutiva que tem consequências nefastas para adultos, crianças e sociedade;



a negação desses direitos não tem impacto negativo na vida das crianças” (ROSEMBERG E MARIANO, 2010.).

Ademais, segundo O’NEILL,

“As crianças não são um grupo a ser emancipado como outras minorias porque esta condição não constitui um status na vida das pessoas permanentemente associado “a opressão e discriminação” (ROSEMBERG E MARIANO, 2010.).

Por esse motivo, a segundo grupo defende que os direitos fundamentais das crianças devem refletir na sua educação e proteção e os estudos da infância deveriam refletir no princípio de obrigações dos adultos perante as mesmas e não na retórica de direitos.

Apenas em 1989, com a promulgação da Convenção Internacional sobre o Direitos das Crianças, aprovada na Comissão de Direitos Humanos, no Conselho Econômico e Social – Ecosoc – e na Assembleia Geral da ONU, é que se tem uma tentativa de conciliar as duas correntes de estudo da infância, uma liberacionista e outra protecionista.

O projeto da Convenção foi apresentado pelo governo polonês a Comissão de Direitos Humanos da ONU, no começo de 1978 e ao longo de 11 anos foi ponderada, por diversos países do mundo, em um grupo de trabalho criado pela organização. Na tabela abaixo tem- se o número de países participantes desse grupo durante os 11 anos.



**NÚMERO DE ESTADOS PARTICIPANTES EN LAS SESIONES DEL GRUPO DE TRABAJO  
ENCARGADO DE LA REDACCIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS  
DERECHOS DEL NIÑO, ORDENADOS POR REGIÓN, 1981 - 1988**

Región/Año	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	SL/88
Occidente*	14	13	15	14	18	16	17	18	22
Asia/M.Oriente	3	4	6	4	7	6	9	10	16
A.Latina	3	4	7	5	9	6	6	7	10
E. Oriental	5	6	4	4	6	5	5	6	8
África	2	1	3	1	7	4	3	7	9
<b>Total</b>	<b>27</b>	<b>28</b>	<b>35</b>	<b>28</b>	<b>47</b>	<b>37</b>	<b>40</b>	<b>48</b>	<b>65</b>

**Tabela 1 - FONTE: PILOTTI (2000)**

É fundamental ressaltar que essas discussões ocorreram durante a Guerra fria e devido a isso, embates políticos refletiram massivamente nas negociações e a defesa da criança se transformou em um instrumento de disputa, principalmente porque os direitos humanos faziam parte dos atritos entre os países do Leste e Oeste.

“los países pertenecientes al bloque soviético defendían la primacía de los derechos económicos y sociales, mientras que ciertos países occidentales, particularmente los Estados Unidos, sólo reconocían como derechos humanos legítimos a los de carácter civil y político” (PILOTTI, 2000, p. 51).<sup>1</sup>

Nesse contexto, se entende a importância da universalização dos Direitos Humanos, sendo eles econômicos, sociais, civis ou políticos. E nesse momento podemos analisar obras como *The Law of peoples, Political Liberalism, e Theory of Justice* do filósofo americano, John Rawls, que apresenta um projeto realista dos direitos humanos, contudo também utópico, onde no futuro as diferenças entre os Estado seriam resolvidas em um sistema de cooperação mútua.

<sup>1</sup> Países pertencentes ao bloco soviético defendiam a primazia dos direitos econômicos e sociais, enquanto certos países ocidentais, particularmente os Estados Unidos, reconheciam apenas como direitos humanos legítimos os de natureza civil e política



“Pretende que a organização justa da sociedade internacional seja um bem para as pessoas individualmente, possibilitando o pleno exercício das duas faculdades morais, e que garanta o bem da justiça e as bases sociais do respeito mútuo, assegurando o reconhecimento público da sua condição de livre e igual” (FELDENS E KRETSCHMANN, 2017).

Nesse sentido, segundo Rawls:

“No processo político internacional, os representantes dos povos devem manter a independência e a igualdade de sua sociedade em relação aos outros povos, por meio do estabelecimento de organizações cooperativas e de padrões de equidade no comércio e nas relações de assistência. ” (FELDENS E KRETSCHMANN, 2017).

Contudo, no cenário internacional, Rawls preza por um tipo de “altruísmo” entre os Estados, mesmo sem, de fato, construir uma verdadeira relação de moral e ajuda humanitária. Propõe então a criação de instituições que proporcionem um ambiente onde os povos possam discutir e ponderar assuntos em comum.

“Com a criação de centros de discussão nesses moldes, os povos bem-ordenados podem definir programas que visem a pressionar os regimes fora da lei a rever sua conduta, discutindo, por meio de um julgamento político, a possibilidade de impor recusa de assistência e de práticas cooperativas mutuamente benéficas a esses regimes” (FELDENS E KRETSCHMANN, 2017).

Como exemplos desses centros de discussão e instituições temos, atualmente, a Organização das Nações Unidas, O Tribunal Penal Internacional, a Organização Mundial do Comércio, entre outras. Ademais, essa forma social entre os Estados possibilita uma construção de Direitos Humanos singular.

Proclamada em 20 de novembro de 1989, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças é um marco no processo de reconhecimento da infância e seus direitos. A convenção dispõe de um órgão de vigilância, o Comitê de Direitos da Criança das Nações Unidas.

“Artigo 43



A fim de examinar os progressos realizados no cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados partes na presente Convenção, deverá ser constituído um Comitê para os Direitos da Criança, que desempenhará as funções a seguir determinadas.

O Comitê estará integrado por dez especialistas de reconhecida integridade moral e competência nas áreas cobertas pela presente Convenção. Os membros do Comitê serão eleitos pelos Estados-partes dentre seus nacionais e exercerão suas funções a título pessoal, tomando-se em devida conta a distribuição geográfica equitativa, bem como os principais sistemas jurídicos.

2. Os membros do Comitê serão escolhidos, em votação secreta, de uma lista de pessoas indicadas pelos Estados-partes. Cada Estado-parte poderá indicar uma pessoa dentre os cidadãos de seu país... “(Convenção, 1989)

A maior particularidade da convenção, como citado anteriormente, é o fato de ter tentado conciliar as duas correntes, prezando assim pelos direitos de liberdade e proteção. Enquanto os direitos de liberdade são dados em razão da sua humanidade, os de proteção são devido a especificidade de ser criança. Na tabela a seguir essa definição fica mais clara.





Direitos civis e políticos	Direitos econômicos, sociais e culturais	Direitos especiais (proteção)
Registro, nome, nacionalidade, conhecer os pais. Expressão e acesso à informação. Liberdade de pensamento, consciência e crença. Liberdade de associação. Proteção da privacidade.	Vida, sobrevivência e desenvolvimento. Saúde. Previdência social. Educação fundamental (ensino primário obrigatório e gratuito). Nível de vida adequado ao desenvolvimento integral. Lazer, recreação e atividades culturais. Crianças de comunidades minoritárias: direito de viver conforme a própria cultura.	Proteção contra abuso e negligência. Proteção especial e assistência para a criança refugiada. Educação e treinamento especiais para crianças portadoras de deficiência. Proteção contra utilização pelo tráfico de drogas, exploração sexual, venda, tráfico e sequestro. Proteção em situação de conflito armado e reabilitação de vítimas desses conflitos. Proteção contra trabalho prejudicial à saúde e ao desenvolvimento integral. Proteção contra uso de drogas. Garantias ao direito ao devido processo legal, no caso de cometimento de ato infracional.

Tabela 2 - Direitos Estabelecido na Convenção. FONTE: FROTA (2004, P. 71)

Ademais, a tensão abordada na adesão dos países para sobre a força de lei que a convenção passa a ter nos países que optem por ratificá-la. Ao decorrer do trabalho entenderemos melhor como esses Estados praticam com as obrigações que lhe são impostas no cenário internacional acerca da proteção à criança.

### 3 ANÁLISE DO CASO PRÁTICO - A REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO

Por questões que ficarão claras ao decorrer desta sessão, o país escolhido para ser utilizado como exemplo para análise, é a República Democrática do Congo. De



acordo com Medeiros, foi colonizada pela Bélgica em 1942 e está localizada no continente africano, tendo como capital a cidade de Kinshasa e possuindo 9 fronteiras, fazendo divisa com Angola do Sul, Burundi, Tanzânia, República Centro-Africana, Ruanda e Uganda. Com um território que mede cerca de 2.344.858 km<sup>2</sup> e uma história marcada por dois principais conflitos. (MEDEIROS, 2012)

“Esse país passou por duas guerras: uma em 1996-1997 e a outra 1998-2003 e estima-se que a maior parte das vítimas foram crianças com menos de 5 anos de idade. Mais de 5,4 milhões de pessoas morreram na década passada diretamente ou indiretamente resultante do conflito. Embora tenha sido uma tragédia, tal fato passou despercebido pela mídia no mundo, sustenta que foi relatado na Anistia Internacional que todos os soldados das forças armadas que estavam na República Democrática do Congo cometeram estupro e violência sexual, inclusive as forças armadas da RDC, Burundi e Uganda.” (Medeiros, 2012).

Ademais, Portella, define a história da República Democrática do Congo a partir de algumas palavras como colonização europeia, independência, busca de identidade nacional, pobreza, corrupção e guerras civis (PORTELLA, 2005). Ainda, segundo Medeiros, a tão sonhada independência do Congo, vindo então a se chamar República do Congo, ocorreu em 1960. Contudo, apesar de uma euforia inicial e um desapontamento com a situação pós independência, os conflitos começaram a se formar internamente, se instalando, por fim, um sentimento separatista, o qual alimenta os conflitos internos até hoje. (MEDEIROS, 2012)

A República Democrática do Congo, desde a sua independência, teve apenas quatro presidentes. Mobutu Sese Seko (1965 - 1997), que ascendeu ao poder com um golpe militar, estabeleceu uma ditadura militar e corrupta, e foi deposto e morto após a Primeira Guerra do Congo. Quem assumiu a presidência, através de um golpe de Estado, foi Laurent-Désiré Kabila (1997 – 2001), conhecido por reestabelecer a democracia, e iniciara Segunda Guerra do Congo.



Apesar de líder da *Alliance des Forces Democratiques pour la Liberation du Congo- Zaire (AFDL)*, e de acordo com o nome, supostamente ter o objetivo de libertar o país da ditadura, ainda que numa democracia, coordenou o país sob condições repressivas. Apesar de uma maior flexibilidade aparente, Kabila governou por “decretos presidenciais, banindo os partidos políticos, fechando jornais, perseguindo e encarcerando opositores, jornalistas e ativistas dos direitos humanos” (DOPCKE, 2002).

Após ruptura a de cooperação militar, em 1998, deu-se início a uma revolta “anti- Kabila”, por parte de seus ex-aliados, e iniciou-se a Segunda Guerra do Congo, marcada com altos custos financeiros, militares e sobretudo, de vidas. Para um cessar fogo, foi realizado um acordo – o Acordo de Lusaka -, em julho de 1999. (ACCORD, 1999).

No fim de janeiro de 2000, Laurent Kabila realiza, talvez, uma de suas ações mais relevantes. O então Chefe de Estado pede autorização para instaurar uma missão de paz das Nações Unidas na RDC. Na época, o Secretário-Geral, Kofi Annan, propôs o envio de 500 observadores e 5 mil militares. E em fevereiro do mesmo ano, instaurou-se a MONUC (Missão das Nações Unidas na República Democrática do Congo), conhecida atualmente como MONUSCO (Missão de Estabilização das Nações Unidas na República Democrática do Congo).

Segundo Kisangani, o mandato de Kabila não durou muito, foi assassinado em 2001. Suspeita-se que por uma criança-soldado que atuava como um de seus guarda-costas. (KISANGANI, 2003)

Como sucessor ao cargo, foi escolhido Joseph Kabila, filho do ex-presidente assassinado. Joseph segue até 2006, sem observância às leis, assim como seu pai. E só após 5 anos de presidência e depois de fortes apelos da população, foi realizada a primeira eleição democrática, em 60 anos de história da RDC. Joseph Kabila, continuou no poder após ser eleito com 49% dos votos, baseado num discurso com



cinco pilares: infraestrutura, saúde e educação, água, eletricidade, moradia e emprego. (BBC, 2011).

Joseph Kabila ficou no poder até 2019, quando foi eleito o até então atual presidente da RDC, Félix Tshisekedi. Eleito democraticamente, com 38,6% dos votos (DW - Ineke Mules, António Cascais, Fréjus Quénum, rl, Agência Lusa - 2019), tem sido criticado pela mídia internacional por ser considerado pouco preparado politicamente.

### **3.1 A República Democrática do Congo e a Utilização de Crianças-Soldado**

Em meio a tantos conflitos e disputas de poder, desde 1996, a prática de recrutamento e uso de crianças como soldados na RDC tornou-se um fato. A AFDL (Aliança das Forças Democráticas para a Libertação do Congo), liderada, a época por Laurent Kabila, começou a realizar treinamentos militares com milhares de crianças, exemplo esse, seguido pelos demais grupos armados do país. De acordo com Reyntjens, as crianças, em sua maioria, eram voluntárias em seu recrutamento, enganadas por propagandas de um suposto pagamento por integrarem o grupo armado, além de procurarem um sentimento de proteção. Entretanto, também ocorreram recrutamentos através da força. Crianças foram retiradas de seus lares, escolas, ruas, contra a sua vontade. (REYNTJENS, 2001)

Em junho de 2000, com grandes pressões no cenário internacional, para encerrar atividades de recrutamento infantil, Laurent Kabila, emitiu um decreto presidencial anunciando o objetivo do governo de desmobilizar grupos infantis do exército congolês. Concomitante a sua chegada ao poder, Joseph Kabila, continuou, assim como seu pai, apoiando, apenas no discurso, a proibição da prática de utilização de crianças-soldado.



Utilizou de um discurso de proteção, “You are my children and I have a duty to do everything that’s necessary for you.”<sup>2</sup> (AMNESTY INTERNACIONAL, 2003).

Ainda de acordo com estudo realizado pela Amnesty Internacional em 2003, as crianças eram ensinadas a marchar, obedecer a ordens e a utilizar armas como forma de treinamento militar. Devido ao tratamento brutal dispensado a essas crianças, muitas não aguentavam o treinamento até o final. A falta de alimentação apropriada, tortura, estupro, falta de cuidados médicos e privação de sono eram algumas das causas. E aos sobreviventes eram atribuídas diversas funções, como atuar como escudo humano, guarda-costas, carregar os suprimentos e munição, e participar ativamente de conflitos.

Conforme expõe Frisso, as crianças são escolhidas devido a sua obediência, vulnerabilidade e maleabilidade, não possuem códigos morais formados com firmeza e são de fácil manipulação. O que torna mais fácil para que os grupos armados violem os direitos humanos e o Direito Internacional Humanitário. (FRISSE, 2012)

Mesmo com o discurso de proteção às crianças e com as pressões internacionais, principalmente pela missão da ONU/MONUSCO, tentando acabar com os conflitos internos e libertar as crianças-soldados, apenas em 2010, a RDC finalmente criou uma lei que prevê 20 anos de prisão, para quem alicie menores de 18 anos a participar de grupos armados. (UNRIC, 2010).

Todavia, hodiernamente, ainda temos registros de alistamento infantil em território congolês, e é por isso que este trabalho se torna tão atual. As medidas de proteção à criança no cenário internacional trazem consequências a pessoas que as desrespeitem, entretanto, é necessário saber se há ou não efetividade nas punições.

---

<sup>2</sup> Vocês são meus filhos e eu tenho o dever de fazer tudo o que for necessário por vocês



### 3.1.1 O Caso Thomas Lubanga Dyilo

É importante ressaltar que ao longo de sua história a República Democrática do Congo nem sempre encarou o recrutamento infantil como um problema, em muitos acontecimentos e conflitos internos essa era uma prática bem comum. E nesse sentido, as pressões do sistema internacional foram fundamentais para criar casos como o de Thomas Lubanga Dyilo, o primeiro réu do Tribunal Penal Internacional a ser julgado e condenado pelo crime de recrutamento infantil.

Thomas Lubanga Dyilo, também chamado de “Senhor da Guerra”, se tornou conhecido após a liderança do grupo miliciano nomeado de *Union des Patriotes Congolais (UPC)*, e do seu braço armado, as Forças Patrióticas para a Libertação do Congo (FPLC). Responsável por um dos conflitos étnicos mais intensos do século, pela dominação de uma região chamada Ituri, no nordeste da RDC e conhecida pela diversidade de minerais presentes, o seu principal objetivo era a separação e independência desse território, possuindo o controle das ricas reservas minerais, diz o site da BBC Brasil (BBC, 2006).

O site RFI Vozes do Mundo (RFI, 2012), destaca que Dyilo ia pessoalmente as aldeias para recrutar crianças para o conflito. Crianças essas que eram drogadas e submetidas ao treinamento militar. Eram impostas a executar trabalhos domésticos, fazer segurança miliciana, lutar e matar pela causa. “Ele cometeu alguns dos crimes mais sérios, da comunidade internacional, contra crianças”, afirmou Luís Moreno-Ocampo, o procurador. Site da Euronews (ICC, 2014).

Thomas Lubanga Dyilo foi o primeiro réu a ser condenado pelo Tribunal Penal Internacional.

“O Tribunal Penal Internacional (TPI), pela primeira vez em sua história de dez anos, condenou nesta quarta-feira (14), em Haia, na Holanda, um acusado de crimes de guerra. O réu em questão é o ex-líder rebelde congolês Thomas Lubanga, de 51 anos, que pode cumprir prisão perpétua por recrutar crianças e



transformá-las em soldados de sua milícia entre 2002 e 2003 na República Democrática do Congo. Após a sentença desta quarta, os magistrados anunciarão a condenação em uma audiência posterior, cuja data ainda não foi fixada. A pena máxima que Lubanga pode pegar é de prisão perpétua, uma vez que o TPI não pode condenar alguém à morte. (Época (LUBANGA, 2012))”

As investigações, a pedido da própria RDC, em alta instância tiveram início em junho de 2004, resultando na prisão de Lubanga, inicialmente em Makala e posteriormente transferido para a sede do TPI, Haia, ressalta (EURONEWS, 2014).

“Promotoria dirigida pelo argentino Luis Moreno Ocampo acusou Lubanga de recrutar menores de 15 anos da etnia hema na região de Ituri (sudeste) para lutar no conflito armado local entre esta etnia e a lendu, que disputavam o controle das minas de ouro na região. A sentença criticou o trabalho da Promotoria, que na opinião dos juízes "não tinha de ter delegado seus trabalhos de investigação a intermediários" na zona. Para os magistrados, que rejeitaram os depoimentos de três testemunhas por falta de credibilidade, o fato de terem usado intermediários aumentou o "risco" para as testemunhas, especialmente as crianças que foram arregimentadas como soldados. “(ÉPOCA, 2012)

A condenação de Dyilo deveria servir e ser difundida como um grande marco e um exemplo claro de que o sistema internacional não aceitaria grupos milicianos, que utilizassem tais meios para buscar seus objetivos. Alguns posicionamentos ficaram famosos na época:

“Durante muitos anos, diariamente, documentamos graves violações de Direitos humanos cometidos por Lubanga contra o povo da República Democrática do Congo,” disse Pillay. “A condenação de Lubanga envia um sinal importante contra a impunidade para tais graves violações do Direito Internacional que vai ter eco muito para além da RDC”. Site UNRIC (PILLAY, 2012).

“Fundo das Nações Unidas para as Crianças (Unicef), “a decisão deve ser comemorada. O Unicef celebrou a decisão lembrando que milhares de crianças foram recrutadas pelo grupo de Lubanga. "Esta é uma vitória essencial para a proteção das crianças em conflitos", disse Anthony Lake, diretor-executivo do Unicef a revista Época” (ÉPOCA, 2012).



"Isso é muito importante para a justiça internacional e para a justiça do povo congolês", afirmou Anneke Van Woudenberg, pesquisadora do grupo ativista, para BBC Brasil (BBC, 2006).

Nesta seção conseguimos compreender a história da República Democrática do Congo, e como ela foi marcada por disputas internas. Um cenário triste, que desde 1999 é assistido pela Organização das Nações Unidas e que desde 2004 se tornou pauta para o Tribunal Penal Internacional.

Para a próxima seção precisamos ter em mente, que não é de hoje, que o sistema internacional busca uma solução para o problema de recrutamento de crianças-soldado e, por isso, analisar as medidas de proteção e seus efeitos, será nosso objetivo.

#### **4 ANÁLISE DA EFETIVIDADE DAS MEDIDAS TOMADAS, CONTRA O RECRUTAMENTO DE CRIANÇAS-SOLDADO, NA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO**

O contexto lastimável da República Democrática do Congo, infelizmente, não é uma novidade no cenário internacional. Diversos países, como Nigéria, Somália, República Centro-Africana, Síria, Iraque, Afeganistão, passam por situações semelhantes, tanto de conflitos internos como os crimes de recrutamento infantil. E procurando curar essas mazelas, o Sistema Internacional, estabeleceu um regime internacional de proteção às crianças em caso de conflitos armados.

Vale ressaltar que, desde 1948, o artigo III da Declaração Universal dos Direitos Humanos, constitui o uso de crianças em conflitos como crime de guerra, “todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (UNICEF). Dentre as medidas adotadas pelos Estados, o mecanismo mais importante e que dá voz a essa luta, é a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança (1989), ratificada por 193 países, e que define criança como “todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes” (DUDH).





Além disso a criação da Convenção sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação, em 1999 e a produção do Protocolo Facultativo para a Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, em 2000, foram importantes para criar centros de discussão do assunto e mostrar que o cenário internacional está disposto a tentar minimizar os efeitos dessa situação para as crianças. E segundo o site das Nações Unidas, a República Democrática do Congo, além de assinar a Convenção, em 2001, ratifica também o protocolo facultativo.

#### **4.1 Instalação do grupo de trabalho das Nações Unidas na RDC**

Desde 1999, com a resolução 1261 (1999), a questão de recrutamento infantil para uso em conflitos armados, tem sido um objeto de estudo no Conselho de Segurança das Nações Unidas. A partir desse ano tem-se pelo menos uma resolução por ano que trate do assunto e como de praxe, o assunto é a condenação à prática do recrutamento e o aconselhamento ao respeito dos instrumentos de proteção à criança, podendo incluir alguma nova medida, entendida como necessária. Por questões de organização e extensão, o presente trabalho trará as resoluções que buscaram medidas com maior relevância para estudar o nosso cenário base.

Nos anos iniciais das discussões, a resolução 1379 (Conselho de Segurança, 2001), insere a ideia de um programa de Desarmamento, Desmobilização e Reintegração (DDR). Contudo é só em 2005, com a resolução 1612 (2005), é que o Conselho de Segurança decide instalar um Grupo de Trabalho na RDC, com o intuito de analisar o progresso do plano de ação criado na resolução 1539 (Conselho de Segurança, 2004), o qual pretendia monitorar e reportar informações precisas,



objetivas e confiáveis sobre o recrutamento infantil, e o descumprimento às Leis do Direito internacional.

Desde a sua instalação, o Grupo de Trabalho tem datas definidas para seu encerramento, contudo, as resoluções 2225 (Conselho de Segurança, 2015), 2360 (Conselho de Segurança, 2017) e por fim 2424 (Conselho de Segurança, 2018), prorrogaram a atuação do grupo entendendo que:

“la situación em la República Democrática del Congo sigue constituyendo una amenaza a la paz y la seguridad internacional em la región” (resolução 2360 (Conselho de Segurança, 2017)).<sup>3</sup>

A última data estipulada até o momento, encerra as atividades do grupo no final agosto de 2020.

Através das diversas resoluções acerca deste assunto, inegável é a preocupação e os esforços empreendidos pelas Nações Unidas, procurando atuar conjuntamente aos Estados, Organizações Internacionais, Organizações Não Governamentais e Sociedade Civil, na procura por uma solução.

## **4.2 A MONUSCO na República Democrática do Congo**

Como citado anteriormente, a primeira missão de paz instalada na República Democrática do Congo, foi no ano de 1999, a pedido do presidente à época, Laurent Kabila. Instaurada pela resolução 1279 (Conselho de Segurança, 1999), tinha como objetivo observar o cessar-fogo, do Acordo de Lusaka. Com o passar do tempo e com novas discussões a até então, conhecida como MONUC, começou a implementar tarefas militares, políticas e de cumprimento as leis, tudo baseado em resoluções das Nações Unidas.

---

<sup>3</sup> A situação na República Democrática do Congo continua constituindo uma ameaça à paz e à segurança internacional na região



Somente na resolução 1925 (Conselho de Segurança, 2010), o Conselho vê a necessidade de renomear a MONUC para MONUSCO (Missão de Estabilização das Nações Unidas na República Democrática do Congo), entendendo a necessidade de dar continuidade a essa missão, devido a realidade encontrada no país. Essa resolução autoriza a MONUSCO a utilizar de todos os meios necessários para assegurar a integridade dos civis e defensores dos direitos humanos, além de prestar apoio ao governo na estabilização da paz no território congolês.

Assim como o Grupo de Trabalho, a MONUSCO também teve datas agendadas para encerrar suas atividades em campo, entretanto as resoluções 2211 (Conselho de Segurança, 2015), 2463 (Conselho de Segurança, 2019) e por fim, a 2502 (Conselho de Segurança, 2019), prorrogaram o mandato atual até 20 de dezembro de 2020, desprendendo o uso de:

“14,000 military personnel, 660 military observers and staff officers, 591 police personnel, and 1,050 personnel of formed police units, further agrees to a temporary deployment of an additional 360 personnel of formed police units provided they are deployed in replacement of military personnel, as proposed by the Secretary-General in his report S/2019/905.” (Resolução 2502 (2019).)<sup>4</sup>

Sendo importante ressaltar, que esses contribuintes são oferecidos pelos 193 Estados- Membros da ONU, sendo a RDC considerada um Estado Membro desde 20 de setembro de 1960.

Dentro da MONUSCO, além da área militar, existe uma sessão intitulada “Child Protection Section”, que de acordo com o site oficial da MONUSCO, atua diretamente com a sociedade civil, buscando auxiliar tanto as crianças que vivem com suas famílias, quanto as precocemente recrutadas. Exemplificando algumas de suas funções, temos o apoio as ONG’s e as instituições internacionais que recebem as

---

<sup>4</sup> 14.000 militares, 660 observadores militares e oficiais de equipe, 591 policiais e 1.050 funcionários de unidades policiais formadas, concordam ainda com o destacamento temporário de 360 funcionários adicionais de unidades policiais formadas, desde que sejam destacados em substituição a militares, como proposto pelo Secretário-Geral em seu relatório S / 2019/905



crianças para participar do programa de Desarmamento, Desmobilização E Reintegração, a documentação de graves abusos deferido as crianças por todas as partes do conflito, documentar informações quantitativas da presença dos menores em grupos armados, visitar as prisões regularmente em busca de menores, monitorar como as leis estão sendo respeitadas para garantir mais proteção, facilitar a repatriação dos menores e buscar a conscientizar todas as partes dos riscos da exploração dessas criança-soldados, procurando sensibilizar esse problema.

Ademais, nesse contexto de combate ao recrutamento das crianças, a MONUSCO tem um importante aliado, a *Bureau pour le Volontariat au Service de l'Enfance et de la Santé*, que é um dos centros de transição para onde as crianças são levadas, com o objetivo de protegê-las e lhes oferecer um tratamento psicossocial. Desde que foi criada, em 1992, 484.523 crianças já receberam algum tipo de ajuda.

A partir disso, podemos afirmar com exatidão que a MONUSCO possui grande influência no papel efetivo de proteção à criança.

### **4.3 Cenário Atual**

É importante ressaltar que ao longo do desenvolvimento deste trabalho, obtivemos informações em tempo real. Relatórios publicados pelo Secretário-Geral das Nações Unidas nos dão informações de como a República Democrática do Congo se encontra, hoje.

A resolução 2502 (Conselho de Segurança, 2019), citada anteriormente, nos deu informações sobre os progressos da MONUSCO na RDC, entre 26 de novembro de 2019 a 16 de março de 2020 e, segundo o relatório apresentado no dia 18 de março de 2020, pelo Secretário-Geral das Nações Unidas, a partir da visão geral dos acontecimentos políticos, incluindo o fortalecimento das instituições do Estado, e com a descrição do progresso e ajustes nas prioridades da Missão e na busca por uma



abordagem abrangente para a proteção de civis, a ONU entende a importância de esforços, agora, para realizar a transferência progressiva das tarefas hoje executadas pela organização para o Governo da República Democrática do Congo.

Ainda sobre a situação das crianças o relatório S/2020/214, consta:

“Through the monitoring and reporting mechanism on grave violations against children in situations of armed conflict, MONUSCO verified 122 grave violations against children from December 2019 to January 2020. During that period, at least 82 children (12 girls and 70 boys) escaped or were separated from armed groups, while 3 children (1 girl and 2 boys) were reportedly killed and 7 children (2 girls and 5 boys) were reportedly maimed in crossfire during military operations.” (Conselho de Segurança, 2014)<sup>5</sup>

O relatório mais recente, enviado pelo Secretário Geral da ONU, é o S/2020/272, do dia 3 de abril de 2020, onde é relatado que a situação não apresenta grandes mudanças e não traz nenhuma informação sobre as crianças-soldado e o combate a esse problema.

Entretanto, no dia 6 de maio do ano corrente, segundo reportagem do jornal DW (Agência Lusa, 2020), o Gabinete Conjunto das Nações Unidas para os Direitos Humanos "documentou 681 violações dos direitos humanos em toda a RDC, um aumento de 6% em relação a fevereiro (642 violações)". Ainda, segundo o relatório, 42% das violações foram realizadas por agentes do Estado e 58% pelos grupos armados, ainda presentes em grande parte do país. Além disso, a Organização das Nações Unidas relata a morte de mais de 700 civis em território nacional, podendo ser considerado, no cenário internacional, um crime contra a humanidade.

---

<sup>5</sup> Através do mecanismo de monitoramento e denúncia de violações graves contra crianças em situações de conflito armado, a MONUSCO verificou 122 violações graves contra crianças de dezembro de 2019 a janeiro de 2020. Durante esse período, pelo menos 82 crianças (12 meninas e 70 meninos) escaparam ou foram separadas de grupos armados, enquanto 3 crianças (1 menina e 2 meninos) teriam sido mortas e 7 crianças (2 meninas e 5 meninos) teriam sido mutiladas em fogo cruzado durante operações militares.” (Conselho de Segurança, 2014)



Após tantas violações por parte do governo e dos grupos armados ilegais, a população tem se revoltado contra o exército da República Democrática do Congo e a missão das Nações Unidas.

#### *4.3.1 A População*

Em meio a tantos conflitos na RDC, a população vem acusando a Missão de paz da ONU de não estar realizando a proteção dos civis. Após uma série de massacres rebeldes a população tem realizado manifestações contra o governo e a MONUSCO. Em Beni, uma das cidades que mais sofre ataques de grupos armados, manifestantes incendiaram a prefeitura da cidade e atacaram campos das Nações Unidas, pedindo mais ação e proteção desses agentes.

"Todo a gente sabe que a MONUSCO não está a fazer o seu trabalho. Não somos totalmente contra a MONUSCO, mas, se pelo menos estivesse a fazer o seu trabalho, as coisas seriam diferentes. A Monusco não nos está a ajudar", afirma um dos manifestantes. (DW (John Kanyuny), 2019)

A população pede a saída da ONU do território congolês, alegando a inação para conter o grupo terrorista denominado Forças Aliadas Democráticas (ADF). Em resposta, o governo anunciou, uma "operação conjunta" entre o exército nacional e a missão de paz da ONU. Buscando "assegurar a paz e a segurança da população civil". Além disso, o presidente anunciou a "instalação de um quartel-general avançado das forças armadas em Beni", ainda sem data prevista para início das operações. (DW, (John Kanyunu, 2019).

Em defesa das manifestações e declarando compreender a população, o presidente do Parlamento da RDC, Jeanine Mabunda, em matéria para (DW, (John Kanyunu, 2019), declara "Há um mal-estar entre a presença, o custo da MONUSCO



na República Democrática do Congo, e os resultados obtidos”, devido a isso "é legítimo que as populações questionem porque é que esta força persiste na RDC".

Se torna fundamental ter em mente que a MONUSCO atua em território congolês a mais de 20 anos, gastando quase mil milhões de dólares por ano, e mesmo assim não tem o resultado esperado.

Em resposta, a MONUSCO, “tem indicado que as suas tropas não podem entrar em combate sem a aprovação do país anfitrião e sem uma coordenação com as forças nacionais.” (DW (AP, AFP, cvt), 2019). O cenário atual não é nada positivo e mesmo trabalhando em conjunto com o governo nacional, a missão de paz ainda possui limitações de atuação. E enquanto isso os ataques cometidos pela ADF contra civis, só aumentam.

Segundo matéria publicada pela ONU News, em fevereiro de 2020, o general brasileiro Ricardo Augusto Costa Neves, nomeado no fim de 2019 e atual chefe da MONUSCO, “acredita que operações de inteligência da maior missão de paz do mundo podem ter mais apoio dos civis.”. A partir disso, podemos notar uma maior tentativa de aproximação com a população para reconquistar apoio.

#### **4.4 Contradições**

A partir do cenário exposto ao longo do trabalho e de todas as ações tomadas por todos os agentes envolvidos, a contradição entre os gastos e tempo tomado pela missão e os resultados obtidos, se torna clara.

Ao mesmo tempo que temos, ações como o DDR, campanhas de sensibilização realizadas pela ONU, ONG's com a Bureau pour le Volontariat au service de l'Enfance et de la Santé, trabalhando em conjunto com a ONU um representante especial enviado para trabalhar no local, dois julgamentos no Tribunal



Penal Internacional, do Thomas Lubanga e do Bosco Ntaganda e, mais 50 mil crianças resgatadas durante a instalação desta missão de paz. A Congo Research Group (CRG) denuncia em relatórios anuais, a morte de centenas de civis através de ataques rebeldes e de ações da MONUSCO, a própria MONUSCO alegando uma impossibilidade de ação mais efetiva, gastos estrondosos de quase um bilhão por ano, um governo que parece passar panos quentes juntamente com a missão e, uma das missões mais longas e dolorosas para a população, que a Organização das Nações Unidas já implantou.

Em meio a tantas dificuldades e problemas adversos, não temos como ignorar os avanços na luta contra o recrutamento de crianças-soldado em território congolês, entretanto, é papel do sistema internacional como um todo cobrar, através da ONU, e demais agentes, como o TPI, a efetividade dessa missão de paz e o seu término o mais rápido possível. Conclui-se, portanto, que algo passageiro e de emergência, não deveria durar 20 anos.

## 5 CONCLUSÃO

Na primeira sessão do trabalho, foi possível observar a importância do reconhecimento à criança do status de sujeito e a dignidade de pessoa humana. Além disso, elencar a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) como marco inicial da luta pelos direitos dos menores, nos proporcionou uma base para o estudo dos acontecimentos ao longo da história. Ademais, instrumentos como a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e os mecanismos adicionais, identificam as obrigações impostas aos Estados acerca da proteção à criança, e centros de discussão nesses moldes, possibilitam que povos bem-ordenados definam programas que visem pressionar os regimes fora da lei a rever a sua conduta (RAWLS, 1999). O que coube a ser analisado nas sessões seguintes.





Levando em consideração toda a análise empreendida na descrição do caso prático, a República Democrática do Congo, mostrou-se um país definido por colonização europeia, independência, busca de identidade nacional, pobreza, corrupção e guerras civis (PORTELLA, 2005). Com governos autoritários e apoiadores de ações hostis, como o recrutamento de crianças para participação em conflitos, a ação do cenário internacional se torna, sem dúvidas, fundamental. Outro fato importante a se atentar é a forma como o governo, através de ações disfarçadas de justiça e amor pelas crianças, continuou, mesmo depois da instauração de missão de paz, dando aval para essa prática.

Ademais, através das informações expostas, podemos compreender a importância de Estados sólidos que utilizarem a ajuda internacional no enfrentamento a mazelas como essa. O julgamento do Thomas Lubanga pelo Tribunal Penal Internacional, demonstra como uma ação penal internacional, que deveria se tornar um marco no enfrentamento desse problema, por não ser legitimada da forma correta dentro do Estado, não passa hoje de estatística internacional e de um exemplo de como os órgãos internacionais, sozinhos, não conseguem resolver problemas internos dos países.

Por fim, encontramos um cenário extremamente positivo quando analisado apenas na lente dos relatórios das Organizações Unidas e, um cenário demasiadamente negativo, se analisado através de reportagens de meios de comunicação considerados imparciais, onde uma parte da população pede o fim da mais longa missão de paz instalada pela ONU. A contradição é clara, e só reforça a necessidade de continuação e melhoramento das formas e das políticas implantadas em território congolês para acabar com a prática de recrutamento infantil e decretar o fim dessa Missão de paz.

## **REFERÊNCIAS**



AP; AFP; CVT. **Violência intensifica-se na República Democrática do Congo.** 2019. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/viol%C3%A2ncia-intensifica-se-na-rep%C3%BAblica-democr%C3%A1tica-do-congo/a-51446473>. Acesso em: 28/02/2020.

BBC BRASIL. **A História turbulenta do Congo.** 2001. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2001/010117\\_kabila.shtml](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2001/010117_kabila.shtml). Acesso em: 11/03/2020.

BBC BRASIL. **Tribunal Penal Internacional realiza 1º audiência.** 2006. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/story/2006/11/061109\\_corteinternacionallu\\_banga\\_tp.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/story/2006/11/061109_corteinternacionallu_banga_tp.shtml). Acesso em: 25/05/2020.

BBC News. **Joseph Kabila: DR Congo's president in profile.** 2011. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-africa-16120557>. Acesso em: 27/01/2020.

BERGER, B. M. **Liberação da sexualidade infantil: experiência comunitária.** In: CONSTANTINE, L.; MARTINSON, F. M. (Org.). *Sexualidade infantil: novos conceitos, novas perspectivas.* São Paulo: Roca, 1984.

BVES. **Bureau pour le Volontariat au Service de l'Enfance et de la Santé.** Disponível em: <http://www.bves-rdc.org/MissionEn.htm>. Acesso em: 17/02/2020.

BVES. **BVES.** Disponível em: <http://www.bves-rdc.org/DefaultEn.htm>. Acesso em: 18/02/2020.

BYARUHANGA, Godfrey. **Democratic Republic of the Congo (DRC).** 1999. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/402d01524.html>. Acesso em: 18/01/2020.

CRG. **Posts in Category – Rapports.** Disponível em: <http://congoresearchgroup.org/category/rapports/?lang=fr>. Acesso em: 29/02/2020.

DA REDAÇÃO. **TPI condena chefe de milícia do Congo a 14 anos de prisão.** 2012. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/tpi-condena-chefe-de-milicia-do-congo-a-14-anos-de-prisao/>. Acesso em: 21/04/2020.

Doc. ONU: S/RES/1261 (1999). 30 ago. 1999. Working Group on Children and Armed Conflict.



Doc. ONU: S/RES/1379 (2001). 20 nov. 2001. Working Group on Children and Armed Conflict.

Doc. ONU: S/RES/1539 (2004). 22 abr. 2004. Working Group on Children and Armed Conflict.

Doc. ONU: S/RES/1612 (2005). 26 jul. 2005. Working Group on Children and Armed Conflict.

Doc. ONU: S/RES/2225 (2015). 18 jun. 2015. Working Group on Children and Armed Conflict.

Doc. ONU: S/RES/1279 (1999). 30 nov. 1999. Working Group on Children and Armed Conflict.

Doc. ONU: S/RES/1925 (2010). 28 maio 2010. Working Group on Children and Armed Conflict.

Doc. ONU: S/RES/2211 (2015). 26 mar. 2015. Working Group on Children and Armed Conflict.

**ÉPOCA. Troca de Ministros Atrasou Operação de Novas UTIS Pelo Brasil.**

Disponível em:

<https://epoca.globo.com/?status=404&url=http://revistaepoca.globo.com/Mundo/noticia/2012/03/lubanga-e-condenado-prisao-perpetua-por-transformar-criancas-em-soldados.html>. Acesso em: 30/03/2020.

**EURONEWS. LUBANGA o homem que fez das crianças soldados.** 2014.

Disponível em: <http://pt.euronews.com/2014/12/01/lubanga-o-homem-que-fez-das-criancas-soldados>. Acesso em: 04/04/2020.

**FELDENS, Guilherme de Oliveira; KRETSCHMANN, Ângela. A Concepção de Direitos Humanos e Fundamentais na Teoria da Justiça como Equidade.** 2016.

Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-31732017000400187](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732017000400187). Acesso em: 27/05/2020.

**FONDS AU PROFIT DES VICTIMES.** Disponível em:

<https://www.trustfundforvictims.org/>. acesso em: 13/04/2020.

**FROTA, M. G. da C. Associativismo civil e participação social: desafios de âmbito local e global na implementação dos direitos da criança.** 2004. Tese (Doutorado em Sociologia) – Iuperj, Rio de Janeiro.



ICC. International Criminal Court. **Lubanga Case**. 2012. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/drc/lubanga#>. Acesso em: 17/03/2020.

ICC. International Criminal Court. **How the court Works**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works/Pages/default.aspx#legalProcess>. Acesso em: 24/03/2020.

KANYUNYU, John. DW. RDC: **Manifestantes invadem campos da missão de paz da ONU**. 2019. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/rdc-manifestantes-invadem-campos-da-miss%C3%A3o-de-paz-da-onu/a-51415174>. Acesso em: 24/03/2020.

KISANGANI, Emizet F. International Journal on World Peace. **Conflict in the Democratic Republic of Congo: A Mosaic of Insurgent Groups**. 2003. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20753410?seq=1>. Acesso em: 20/01/2020.

LIRA, Fernanda Matos. **O Desafio à Proteção das Crianças-Soldado na República Democrática do Congo**. (Dissertação de Graduação) 2016. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8959/1/21219621.pdf>. Acesso em: 24/04/2020.

LUSA, Agência. DW. RDC: **Mais de 600 violações dos direitos humanos em um mês, diz ONU**. 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/rdc-mais-de-600-viola%C3%A7%C3%B5es-dos-direitos-humanos-em-um-m%C3%AAs-diz-onu/a-53356613>. Acesso em: 23/02/2020.

LUSA, Agência. DW. **Quem é Félix Tshisekedi, o Presidente eleito na RDC?**. 2019. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/quem-%C3%A9-f%C3%A9lix-tshisekedi-o-presidente-eleito-na-rdc/a-47042797>. Acesso em: 24/05/2020.

MARIANO, Carmen Lúcia Sussel.; ROSEMBERG, Fúlvia. **A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: Debates e Tensões**. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cp/v40n141/v40n141a03.pdf>. Acesso em 07/03/2020.

MEDEIROS, Nara Cavalcante de. **Tribunal penal internacional a atuação do TPI nos crimes de guerra: caso da república democrática do congo**. 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/123456789/327>. Acesso em: 27/03/2020.

MONUSCO. **United Nations Organization Stabilization Mission in the DR Congo**. Disponível em: <https://monusco.unmissions.org/en/child-protection>. Acesso em: 19/04/2020.



MUNANGA, Kabengele. **A república Democrática do Congo**. Disponível em: <http://beta.casadasafricas.org.br/img/upload/327492.pdf>. Acesso em: 28/03/2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 05/02/2020.

O'NEILL, O. **Children's rights and children's lives**. *Ethics*, Berkeley, v.98, n.3, p.445- 463, abr.1988.

ONU. **Monusco Mission de L'organisation des Nations Unies pour la stabilization en RD Congo**. Disponível em: <https://monusco.unmissions.org/>. Acesso em: 13/02/2020.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. **Sobre Fins e Começos**. 2002. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/1281/1116>. Acesso em: 15/01/2020.

PILOTTI, Francisco. **Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto**. 2001. Disponível em: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5998/S01040321\\_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5998/S01040321_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 02/03/2020.

PORTELLA Júnior, José Carlos. **O caso “República Democrática do Congo” no Tribunal Penal Internacional**. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v. 1, n.1, jan./jun. 2005. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/rbdi.v1i1.4613>. Acesso em: 19/04/2020.

RAWLS. J. *A theory of justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999.  
RAWLS. J. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.

RAWLS. John. **O Liberalismo Político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Rev. Álvaro de Vita. 2ª Edição. São Paulo. Editora Ática. 2000.

RAWLS. John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo. Martins Fontes. 2000.

REFWORLD. **Democratic Republic of Congo, Children at War**. 2003. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/45b99fb12.html>. Acesso em: 22/01/2020.



REYNTJENS, Filip. African Affairs. **Briefing: The Democratic Republic of Congo, from Kabila to Kabila.** 2001. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3518770?seq=1>. Acesso em: 28/01/2020.

RFI. **TPI condena Lubanga por recrutar crianças para guerra do congo.** 2012. Disponível em: <http://www.rfi.fr/br/geral/20120314-tpi-condena-thomas-lubanga-por-recrutar-criancas-na-guerra-civil-do-congo>. Acesso em: 23/04/2020.

SIROTA, R. **Emergência de uma Sociologia da Infância: evolução do objeto e do olhar.** *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n.112, p.7-31, mar. 2001.

UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 30/01/2020.

UNICEF. **Global Action on the 30<sup>th</sup> Anniversary of the Convention on the Rights of the Child.** Disponível em: <https://www.unicef.org/child-rights-convention/global-action>. Acesso em: 23/04/2020.

UNRIC. **PILLAY: condenação de Lubanga pelo TPI é um grande marco na luta contra a impunidade.** Disponível em: <http://www.unric.org/pt/actualidade/30808-pillay-condenacao-de-lubanga-pelo-tpi-e-um-grande-marco-na-luta-contr-a-impunidade>. Acesso em: 16/04/2020.

United Nations Treaty collection. **Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict.** 2000. Disponível em: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11-b&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-b&chapter=4&lang=en). Acesso em: 10/02/2020.



# ANEXAÇÃO DA CRIMEIA: AUMENTO DA POPULARIDADE NACIONAL DE VLADIMIR PUTIN

Danilo Henrique Costa Borborema

## RESUMO

Em um novo modelo geográfico que a Rússia se instaurou após a queda da URSS, o presidente Vladimir Putin tem apresentado um enorme sucesso em seu governo no país, atingindo índices de aprovação invejáveis nos períodos em que se manteve na presidência. Em especial no momento de anexação da Crimeia, os mecanismos utilizados pelo líder russo neste período o fizeram extremamente popular. O fenômeno da manipulação popular serviu para que os objetivos de Putin fossem atingidos, entretanto, mentiras contadas a população podem custar todo um regime.

**Palavras-chave:** Vladimir Putin. Popularidade. Manipulação. Realismo. Mídia. Eleição.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo contextualizar o as adequações de Putin e suas ações frente ao cenário de pós queda da União Soviética, da qual a Rússia se insere em uma nova configuração geográfica e precisa se ajustar ao novo modo de vida globalizado e com crescentes avanços democráticos. Dada esta situação, Putin assume o mandato na presidência em dois períodos, que vão de 2000 a 2008 e depois novamente em 2012 até os dias atuais, o trabalho em questão irá analisar estes períodos da gestão Putin dentro da Rússia, dentro deste intervalo há um marco muito expressivo em seu governo que diz respeito à Crise da Crimeia, que



traz justamente uma nova abordagem em seu governo e uma nova configuração geográfica para a Rússia que resulta em uma maior popularidade e aprovação interna pela população russa. Entretanto, essa popularidade não foi simplesmente atribuída a anexação da península por si só, Putin utilizou-se de mecanismos internamente para converter situações adversas de seu governo em uma crescente e estável aprovação durante anos de administração, serão estes mecanismos que o presente trabalho irá analisar.

Dessa forma, em uma primeira parte o trabalho tratará das questões na gestão Putin, contextualizando historicamente suas atitudes neste período de 2000 a 2008 e posteriormente de 2012 até os dias atuais. Em um segundo momento, irá abordar a crise da Crimeia e como se deu a atuação do presidente Vladimir Putin no cenário internacional, bem como essas ações trouxeram um aumento em sua popularidade. No terceiro capítulo se discutirá as ações de Vladimir Putin na crise da Crimeia sob um olhar da teoria realista das relações internacionais e por fim propõe trazer possíveis consequências dessas atuações sob uma visão atual, baseado em todo o estudo agregado neste trabalho.

## **1 GESTÃO DE VLADIMIR PUTIN (2000-2008 E 2012 AOS DIAS ATUAIS) AVALIAÇÃO DE SUA POPULARIDADE.**

Com o fim da Guerra Fria em 1991 e a queda da então URSS a Rússia passou por um período de grande transformação e adaptação em um cenário recém democrático e capitalista, este período foi liderado por Boris Yeltsin, o primeiro presidente eleito democraticamente. Entretanto, em meio a esta adaptação ao novo sistema e a população ainda acostumada com a antiga estrutura da união soviética, Yeltsin precisava dar uma maior liberdade aos governadores locais em troca de apoio em seu governo presidencial, outra medida que tomou foi a privatização de vários setores, acarretando na criação de poderosas oligarquias em detrimento da população russa. Questões como essas trouxeram desordem e convergiu na criação





do movimento separatista na Chechênia. Em Outubro de 1994, Yeltsin em um ato equivocado, enviou tropas a Grozny, capital da Chechênia. O resultado foi um absoluto fracasso e o bombardeamento pelo governo matou milhares de civis de grande parte russa que morava na cidade. (BUSHKOVITCH, 2011). Questões como essa deixaram o mandato de Yeltsin ainda mais repudiado pela população que, em outro momento, Bushkovitch retrata que

enquanto o mandato de Yeltsin para o ocidente parecia uma era de “democratização” e uma transição para uma economia de mercado, para a maioria dos russos parecia mais uma escuridão anárquica de pobreza e total imprevisibilidade. (BUSHKOVITCH, 2011. TRADUÇÃO LIVRE).

Já em 1999, Vladimir Putin se encontrava no cargo de Primeiro Ministro do Presidente Yeltsin que, de forma inesperada, renunciou antes do fim de seu mandato passando a liderança para Putin que logo seguinte concorreu oficialmente a presidência em 2000, sendo eleito no primeiro turno com 52.57% dos votos<sup>1</sup>. A Rússia que ele encontrou naquele momento era a de um Estado com pouquíssima legitimidade frente à população, entretanto Putin obteve sucesso em criar um partido de suporte ao seu governo com fortes aliados no congresso e começou a ganhar respeito da população pelo notável patriotismo e principalmente pelas ações tomadas no conflito da Chechênia, que apaziguaram os movimentos separatistas na região, apesar dos ataques terroristas terem continuado esporadicamente. Com essa entrada de Putin ao poder, notou-se um retorno crescente do autoritarismo no país, bastaram nove anos para que a população voltasse a se interessar por ações autoritárias, porém isso se dá pelo fato da experiência que essas pessoas tiveram dentro deste período de nove anos, todos estavam acostumados com a vivência geográfica da União Soviética e tinham contato entre os territórios, outro fator foi a impressão que a democratização repentina após a ruptura da URSS deixou. Questões como essas levaram a sociedade a pensar de forma mais positiva sobre a era soviética, então

---

<sup>1</sup> <https://www.nytimes.com/2000/03/27/world/election-russia-overview-putin-wins-russia-vote-first-round-but-his-majority.html>. Acesso em: 23/05/2020.



Putin em resposta a esse sentimento nostálgico, lembrou heróis de guerra e da corrida espacial (BUSHKOVITCH, 2011), ganhando mais apreço da população.

A ideia de Vladimir Putin nesse período inicial era de projetar novamente a Rússia ao patamar de potência internacional de forma competitiva, após, claro, garantir sua legitimidade internamente, e a fez de forma assertiva começando por estipular o fim das eleições diretas para os governadores regionais dentro do país, questão que trouxe enorme problema para Yeltsin em seu governo<sup>2</sup>. Outra questão foi o embate de Putin contra os oligarcas que estabeleceram domínios durante a era Yeltsin, embates estes que foram bem sucedidos pelo presidente e resultou na reestatização de grandes empresas, como cita Maria Eduarda em sua publicação pela Faculdade Damas,

Donos de grandes empresas da área de comunicação e de produção de petróleo foram acusados de fraude fiscais e outros crimes. Boris Gusinsk foi o primeiro oligarca a sofrer com essas acusações, ele chegou a ser preso temporariamente, e logo depois assinou a venda da maior parte das suas empresas para pagar as multas. Esse processo de “caça aos oligarcas desobedientes” terminou alavancando um processo de reestatização de alguns setores de produção considerados estratégicos, como empresas de petróleo e canais de TV de alcance federal na Rússia. (DOURADO, M. E. 2017. p. 12)

Essa conquista para o governo significou além da aprovação da população pelo nacionalismo de Putin, significou também uma enorme concentração de poder em suas mãos. E como esperado levou a eleição de seu segundo mandato em 2004 com 71% dos votos de acordo com o relatório feito pelo *Office for Democratic Institutions and Human Rights* (OSCE/ODIHR), a devastadora maioria dos votos enfatizou a quase nula disputa pela presidência e levou pesquisas feitas pela *Freedom House* entre 2004 e 2005 a mudarem o status do país sobre liberdade de expressão de “parcialmente livre”, em 2004, para “não livre”, em 2005.

---

<sup>2</sup> Yeltsin trocava a demasiada liberdade dos governadores por apoio em seu governo



Resultado final das eleições de 2004:

	Number of Votes Cast	Percentage
<b>Sergey GLAZEV</b>	<b>2,850,063</b>	<b>4.10</b>
<b>Oleg MALYSHKIN</b>	<b>1,405,315</b>	<b>2.02</b>
<b>Sergey MIRONOV</b>	<b>524,324</b>	<b>0.75</b>
<b>Vladimir PUTIN</b>	<b>49,565,238</b>	<b>71.31</b>
<b>Irina HAKAMADA</b>	<b>2,671,313</b>	<b>3.84</b>
<b>Nikolay KHARITONOV</b>	<b>9,513,313</b>	<b>13.69</b>
<b>Against All</b>	<b>2,396,219</b>	<b>3.45</b>

Fonte: OSCE/ODIHR Election Observation Mission Report.  
<https://www.osce.org/gsearch?qr=%20PRESIDENTIAL%20ELECTION%2014%20March%202004>. Acesso em: 24/05/2020

Liberdade de expressão na Rússia:

Country Reports 463

## ↓ Russia

**Population:** 145,500,000    **Political Rights:** 5  
**GNI/capita:** \$1,750    **Civil Liberties:** 5  
**Life Expectancy:** 65    **Status:** Partly Free  
**Religious Groups:** Russian Orthodox, Muslim, other  
**Ethnic Groups:** Russian (82 percent), Tatar (4 percent),  
 Ukrainian (3 percent), other (11 percent)  
**Capital:** Moscow



**Trend Arrow:** Russia received a downward trend arrow due to increased state pressures on the media, opposition political parties, and independent business leaders.

### Ten-Year Ratings Timeline (Political Rights, Civil Liberties, Status)

1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
3,4PF	3,4PF	3,4PF	3,4PF	4,4PF	4,5PF	5,5PF	5,5PF	5,5PF	5,5PF



Fonte: *Freedom in the World 2004 Complete Book*. <https://freedomhouse.org/report/freedom-world>  
Acesso em: 24/05/2020

Country Reports 519

## Russia

**Population:** 144,100,000    **Political Rights:** 6\*  
**GNI/capita:** \$2,130    **Civil Liberties:** 5  
**Life Expectancy:** 65    **Status:** Not Free  
**Religious Groups:** Russian Orthodox, Muslim, other  
**Ethnic Groups:** Russian (82 percent), Tatar (4 percent),  
 Ukrainian (3 percent), other (11 percent)  
**Capital:** Moscow



**Ratings Change:** Russia's political rights rating declined from 5 to 6, and its status from Partly Free to Not Free, due to the virtual elimination of influential political opposition parties within the country and the further concentration of executive power.

### Ten-Year Ratings Timeline (Political Rights, Civil Liberties, Status)

1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
3,4PF	3,4PF	3,4PF	4,4PF	4,5PF	5,5PF	5,5PF	5,5PF	5,5PF	6,5NF

Fonte: *Freedom in the World 2005 Complete Book*. <https://freedomhouse.org/report/freedom-world>  
Acesso em: 24/05/2020

No período do segundo mandato, ainda em 2004, Putin teve de lidar com uma situação delicada que ficou conhecida como “O massacre de Beslan”, um ataque realizado em uma escola por um grupo terrorista checheno, onde centenas foram mortos, o que levou a popularidade de Putin naquele momento a ser reduzida pela postura tomada frente ao ataque e fez com que tomasse a decisão já citada anteriormente de suspender as eleições diretas para governadores nas regiões,

após Beslan em 2004, as propostas de Putin se sustentaram em centralizar poder político. Suas iniciativas legislativas, em sua maioria, foram direcionadas em acabar com a independência dos governadores regionais, da mídia de massa, dos partidos de oposição e organizações, e reduzindo a prestação de contas do parlamento ao eleitorado local. (Remington, 2008).



Este segundo mandato foi marcado por revoluções que ameaçavam o status quo da Rússia, que ficaram conhecidas como “revoluções coloridas” e também pelo afastamento russo do ocidente principalmente pelas suspeitas de que os EUA e União Europeia estavam articulando interesses próprios na região. As revoluções coloridas possuíam um cunho democrático e todas reivindicavam eleições justas pois viam ilegitimidade nos governos autoritários locais.

Uma onda de ‘revoluções coloridas’ na Geórgia (2003), Ucrânia (2004), and Quirguistão (2005) viram líderes autoritários serem derrubados por protestos populares que demandavam por eleições justas. Putin viu isso como uma campanha orquestrada pelo ocidente para espalhar a democracia – e governos pró ocidente – dentro da configuração pós soviética, e ele tomou atos decisivos para prevenir esse fenômeno de chegar até Moscou, aplicando restrições mais severas a oposição enquanto criava movimentos populares pró Kremlin. (RUTLAND, P. 2015. TRADUÇÃO LIVRE).

A revolução que interessa para este presente estudo é a revolução laranja na Ucrânia, conhecida assim pela cor usada na campanha de Viktor Yushchenko, candidato com interesses de aproximação com a UE e EUA. A causa dos protestos foi por conta de acusações de fraude nas eleições, “o confronto era entre um candidato presidencial abertamente pró-russo, Yanukovich, que estaria sendo favorecido por esta fraude, e Yushchenko, que adotava uma postura ostensivamente nacionalista.” (LAZZARI, T. C. 2011.). A revolução foi considerada um sucesso com a eleição de Yushchenko para a presidência da Ucrânia em 2005, desagradando o governo russo e intensificando a inimizade entre as regiões. Em 2008, no fim do mandato do presidente Vladimir Putin, todos no cenário internacional acreditavam que ele iria realizar modificações na constituição para poder se reeleger em um terceiro mandato consecutivo, uma vez que Putin possuía maioria de apoiadores no congresso para realizar este feito, porém não foi o que aconteceu, Putin escolheu Dmitri Medvedev para apoiar como seu sucessor na campanha à presidência. Na



vitória de Medvedev, Putin seguiu na política mais uma vez como Primeiro Ministro, cuidando de assuntos internos.

### MEDVEDEV'S APPROVAL RATING



Fonte: Levada Center - <https://www.levada.ru/en/ratings/> acessado em 28/05/2020.

Para fins de entendimento dos gráficos subsequentes e ao que se refere a popularidade de Putin e suas ações, a análise da aprovação de Medvedev é importante. Nota-se que a aprovação pelo governo de Dmitri Medvedev, no seu início em 2009, sofre algumas instabilidades e começa a declinar mesmo depois que volta ao cargo de primeiro ministro, voltando a aumentar somente em 2014 com o mesmo fenômeno que foi responsável pelo aumento da aprovação de Putin, que será tratado mais a frente. Esse declínio é principalmente atribuído aos reflexos da crise



econômica mundial de 2008, que manteve a Rússia no negativo por alguns anos, porém este é o pensamento da população sobre o governo de Medvedev.

Ao fim do governo Medvedev em 2011, Putin anunciou que iria concorrer novamente para a presidência, rumo ao seu terceiro e definitivo mandato, e como cita Jim Nichol, especialista em assuntos na Rússia,

O Primeiro Ministro Putin e o Presidente Medvedev anunciaram que iriam trocar os cargos para que então Putin pudesse reassumir a presidência. Os dois líderes afirmaram que haviam concordado em considerarem essa troca antes mesmo que Medvedev fosse eleito em 2008. (NICHOL, J. 2012. TRADUÇÃO LIVRE).

Durante sua campanha, ao mesmo tempo que se recusava a participar de debates com os demais candidatos, Putin continuava mantendo sua grande visibilidade na mídia como um Primeiro Ministro competente, além disso, próximo das votações, enfatizou que iria aumentar o pagamento aos militares e pessoas do governo, bem como aumentar o salário dos estudantes, promessa que conquistou muitos votos, além de colocar a culpa nos Estados Unidos pelos males que ocorriam no país e ostentar seu repúdio ao ocidente, tornando o voto do povo em praticamente um ato de patriotismo. (NICHOL, J. 2012). Putin foi declarado vitorioso nas eleições no primeiro turno com 63.6% dos votos como pode ser observado na tabela,

**Table I. Presidential Election Results**

Candidate	Nominated by:	Percent of Vote
Vladimir Putin	United Russia Party	63.6
Gennadiy Zyuganov	Communist Party of the Russian Federation	17.18
Mikhail Prokhorov	Self-Nominated	7.98
Vladimir Zhirinovskiy	Liberal Democratic Party of Russia	6.22
Sergey Mironov	A Just Russia Party	3.85

**Source:** Russian Central Electoral Commission, March 7, 2012.



Fonte: <https://fas.org/> - Russia's March 2012 Presidential Election: Outcome and Implications. Acessado em: 24/05/2020

Esta eleição em especial, gerou muita controvérsia tanto internacionalmente quanto internamente por conta de acusações de fraudes eleitorais e pessoas dizendo que foram pagas para votarem repetidamente. A oposição organizou protestos que foram recebidos com policiais fortemente armados para conter os tumultos, e por mais que tenham continuado por alguns meses, rapidamente se dissipou. “Como consequência dos protestos do dia 6 de maio, Putin alterou a lei em uma reunião para incluir multas caríssimas para quem participasse de comícios não sancionados.” (SATTER, D. 2016).

Enquanto isso em 2010, o mesmo candidato que havia sido alvo da revolução laranja, Viktor Yanukovich, é eleito para a presidência. Durante este período de Yanukovich na presidência houveram alguns casos de corrupção e nepotismo, no intuito de concentrar o poder em suas mãos, entretanto os cidadãos ucranianos ainda tinham esperança de que o processo de associação da Ucrânia com a União Europeia, que fora iniciado no antigo governo, fosse dado continuidade pelo atual presidente da época, mas o contrário aconteceu e por decisão de Yanukovich, a Ucrânia teria se recusado a assinar os acordos que dariam continuidade a este processo de cooperação. Não há dúvidas de que essa atitude do governo causou enormes revoltas na população e retirou completamente a legitimidade de Yanukovich para a maioria dos nacionais. A opressão policial que já existia durante este governo ficou ainda maior com o aumento dos protestos contra o presidente e resultaram em embates violentos entre a polícia e a população gerando inúmeros feridos e centenas de mortos.





No fim de 2013 e início de 2014, no ápice do conflito, a Ucrânia se encontrava em uma completa instabilidade política e Yanukovich havia sido deposto de seu cargo, foi então que Putin, em uma reunião de emergência, disse aos seus colegas que precisavam trazer a Crimeia de volta à Rússia (SATTER, D. 2016), território que foi dado para a Ucrânia em 1954 por Nikita Khrushchev, primeiro secretário do partido comunista da União Soviética e sucessor de Stalin a época. A Crimeia se trata de uma península ao sul da Ucrânia onde a maioria de sua população é considerada russófona e possuem fortes ligamentos com a Rússia, além de ser o ponto mais próximo de acesso ao Mar Negro, que permite passagem marítima até o Atlântico. Com ameaças de avanços da OTAN na região Oeste da Europa, viu-se a necessidade de uma tomada rápida deste território que, estrategicamente, é muito importante para a Rússia, a operação foi colocada em prática quase imediatamente como expõe David Satter que no dia 22 de fevereiro de 2014,

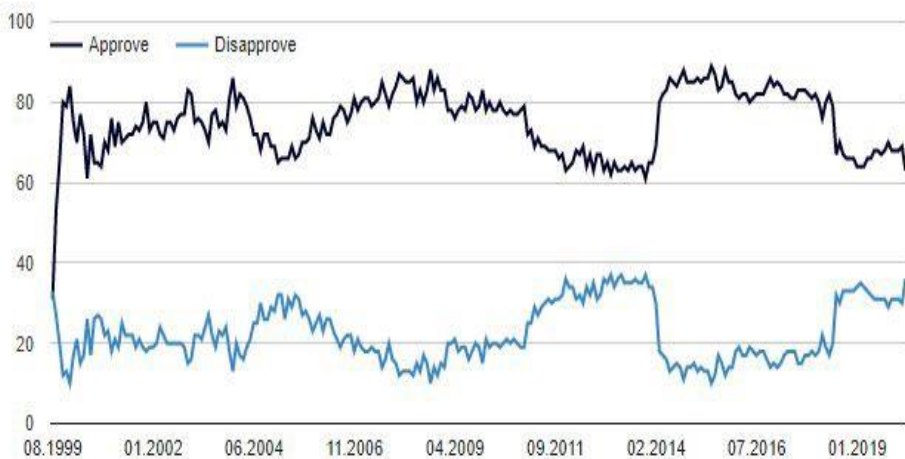
[...]Putin afirmou que teria feito a decisão as 7 da manhã após uma reunião de emergência que durou a noite toda com seus chefes de segurança sobre a crise na Ucrânia. Ele também disse que falou aos seus colegas para começarem a trabalhar em “trazer a Crimeia de volta à Rússia”.[...] Na noite do dia 26 de fevereiro, 120 homens armados e bem treinados sem nenhuma insígnias de identificação apoderaram-se do prédio do parlamento regional crimeio em Simferopol e hastearam a bandeira russa sobre o prédio. (SATTER, D. 2016. TRADUÇÃO LIVRE).

Esses homens sem identificação ficaram conhecidos na mídia como “homenzinhos verdes”, a operação continuou até que vários pontos estratégicos fossem dominados, então com o parlamento também apropriado, os deputados votaram em um novo primeiro ministro, Sergey Aksyonov, conhecido pela população como um criminoso e que agora estava no poder para poder realizar a votação que dava forma ao referendo de anexação ao território russo, que foi rapidamente aceito e votado pela população, sendo aprovado com mais de 95% das



pessoas dizendo “sim” a anexação<sup>3</sup>. Toda a operação foi feita sem grandes esforços por parte do exército russo e não houve necessidade do uso das armas de fogo para o sucesso do plano.

=  
**PUTIN'S APPROVAL RATING**



Fonte: Levada Center - <https://www.levada.ru/en/ratings/> acessado em 28/05/2020.

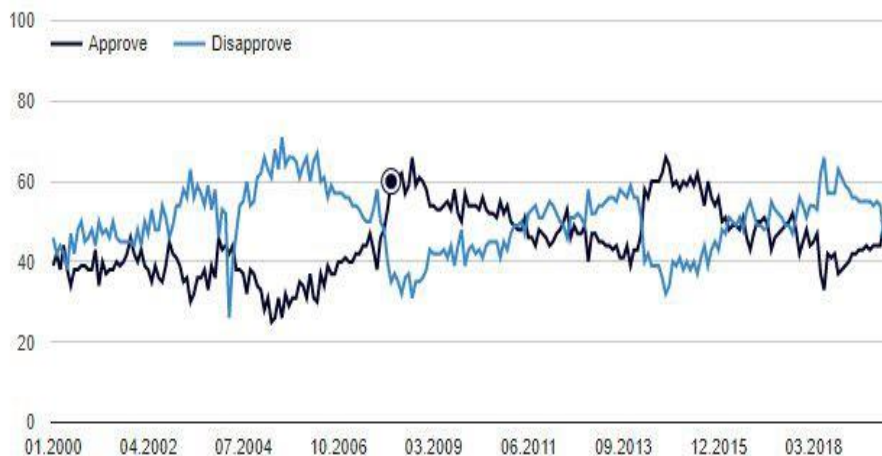
Desde a eleição em 2010, Putin estava sofrendo uma queda de popularidade e aprovação em seu governo ainda enquanto primeiro ministro, apesar de não ser porcentagens muito alarmantes, significava bastante para seu governo que sempre manteve uma aprovação alta, acima dos 60%, e no final de 2013 estava sendo ameaçada de cair para abaixo deste valor. Após a anexação em março de 2014, a aprovação de Putin pela população aumentou para os 80% e se manteve assim até meados de 2018 como pode ser observado na imagem anterior.

<sup>3</sup> <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/03/entenda-o-que-muda-na-crimeia-apos-referendo-aprovar-adesao-russia.html>



Por outro lado, em uma visão que se questiona as ações do governo russo como um todo, a história muda. A desaprovação pelo governo russo é predominante na maioria dos anos, tendo picos de aprovação no governo de Medvedev e na anexação da Crimeia.

## APPROVAL OF THE GOVERNMENT



Fonte: Levada Center - <https://www.levada.ru/en/ratings/> acessado em 28/05/2020.

Observando o gráfico anterior é possível compreender que a admiração popular era por Putin e não pelo governo que o compunha, porém mesmo assim há o aumento de aprovação no período de troca de governos, que levanta o questionamento do por que Putin consegue se reeleger em 2012 com tanta convicção apesar dos dados dizerem o contrário sobre seu governo anteriormente.



Para responder essa pergunta devemos olhar para o período de transição do governo socialista para uma democracia capitalista com Boris Yeltsin. O caos social e econômico vivenciado pela população russa neste momento marcaria a mentalidade desse povo. O fato é: a população russa tem medo de grandes mudanças de governo, preferem continuar da maneira que estão para não ter que enfrentar uma transição para o inseguro, ou seja, para um governo que eles não conhecem. (DOURADO, M. E. 2017. p. 17).

A atitude de Putin, entretanto, sobre o planejamento e anexação da Crimeia foi benéfica não só para sua própria imagem mas também para o governo russo em geral bem como para o primeiro ministro Medvedev. Sendo este um marco para o governo russo sob a liderança de Vladimir Putin, a postura adotada frente aos países ocidentais durante esse período de aprovação no pós anexação condiz com essa memória da população russa na influência ocidental da década de 90, que na visão dos russos, prejudicou o país na época.

## **2 CRISE DA CRIMEIA E ATUAÇÃO DE VLADIMIR PUTIN.**

A anexação pareceu algo simples para a Rússia devido a competência dos agentes que participaram na missão, entretanto houve grande resistência no cenário internacional contra a ação de Putin antes e depois do ocorrido. A ostensividade russa frente às decisões da Crimeia causava um desconforto ainda maior na Europa do que nos EUA por conta da proximidade geográfica, como cita Alasdair Birchfield 2018, “A agressão da Rússia, entretanto, também apresenta um desafio para as aspirações da UE em se tornar um ator global nas RI”, porém havia uma grande interdependência econômica e energética entre as duas regiões, a Rússia se caracterizava como um dos maiores exportadores de gás natural e petróleo para a UE. Essa interdependência não evitou de que os EUA e a UE concordassem entre si para aplicarem sanções econômicas na Rússia com o intuito de reprimir o ato de anexação e talvez fazer Putin voltar atrás em sua decisão. As sanções impediam que a Rússia exportasse e importasse de diversos países e também causava a retirada de



investimentos da região por conta do enfraquecimento econômico e a instabilidade gerada pelas punições, e por essa questão o país sofreu grandes recessões, mas ainda sim a popularidade e aceitação do governo de Putin permaneceu alta devido às atitudes que foram tomadas nesse período.

Ao invés de aumentar a pressão sob Putin para mudar suas políticas externas, As sanções do Ocidente aparentam reforçar o regime de Putin. É muito conhecido na literatura sobre sanções que elas normalmente falham (Drury 1998; Hufbauer et al. 1990). Entretanto existe uma discordância sobre qual proporção de sanções são ineficazes, estudiosos concordam que a maioria das sanções falham em assegurar seus objetivos. Existem também pesquisas que mostram que sanções podem surtir o efeito contrário na busca de resultados. O que não tem sido muito mostrado é como um líder, assim como Putin, é capaz de não apenas driblar os efeitos negativos das sanções, mas também usá-las para elevar sua posição, e porque o líder adota diferentes aproximações frente aos aplicadores das sanções. (PATANE, C; DRURY, C. 2018. TRADUÇÃO LIVRE).

Olhando novamente para o gráfico anterior, a pesquisa indicou um aumento evidente e diretamente relacionado a anexação da península da Crimeia, as porcentagens subiram de 69% de aprovação em fevereiro de 2014, momento em que ainda não se sabia sobre o referendo, para 80% e aumentando em março de 2014, momento em que se houve a anexação. Nota-se, entretanto, que a aprovação continua subindo e se mantém em porcentagens altas mesmo com sanções sendo aplicadas ao país após a anexação. Quais seriam as ações de Putin para estes resultados?

Depois que as sanções foram implementadas, a Rússia se deparou com sérios problemas econômicos, incluindo um declínio no comércio exterior e no PIB per capita. As sanções contribuíram para outros problemas econômicos na Rússia, incluindo a queda de preço do petróleo, desvalorização do cascalho e déficit nos orçamentos. Entretanto, inesperadamente, as sanções econômicas não foram reconhecidas pela população como um problema (KAZUN, A., 2016. TRADUÇÃO LIVRE).



Com essa afirmação, Anastasia relaciona a percepção da população com o controle que o governo tem sobre a mídia local; “Assume-se que essa percepção é devida a construção proposital que a imagem das sanções econômicas tem na mídia” (KAZUN, A. 2016), o governo, pelos meios de comunicação conseguiu reverter o cenário de crise econômica para uma situação de fortalecimento do país como um todo, a economia se enfraquece para retornar maior ainda, como se fosse um teste. O exemplo claro é o das sanções sob importação de produtos, “O embargo de alimentos promoveu as autoridades uma oportunidade favorável para demonstrar a necessidade de produtores domésticos” (KAZUN, A. 2016). Entretanto, há outra possibilidade para os altos números de aprovação, que seria o medo do regime autoritário que se é instaurado no país, que quando se faz uma pesquisa de aprovação sobre o governo não se sabe ao certo se a pessoa questionada de fato apoia ou apenas tem receio de dizer o que pensa, apesar de que essa visão é um tanto enviesada nos padrões democráticos visto que a Rússia não é conhecida por pressão e terror social em seus governos atuais.

A verdade é que a mídia e o que se é falado para a população tem um grande efeito na formação da opinião pública, principalmente quando se trata de questões econômicas como as citadas ou questões distantes da realidade dos residentes russos, como no caso da Crimeia após sua adesão ao território russo. Uma notícia do jornal *Argumenty i Fakty*, de controle do governo, representa muito bem essa questão:

“Nossa vida não ficou pior, mas muito mais complicada”, diz Svetlana, moradora de Sevastopol para a pergunta: “Como está a vida?” Ela me garante que, apesar das dificuldades (ênfata que é “temporário”), a euforia da percepção de que a Crimeia é hoje a Rússia, muitos não passaram. Svetlana, sem esconder seu entusiasmo, fala sobre como, em uma única explosão, os “Sevastopolitas” (como os habitantes da cidade se autodenominam, enfatizando seu status especial, quase alienígena) votaram para ingressar na Federação Russa. “De fato”, continua Svetlana, “tudo mudou em nossas vidas: dinheiro novo, documentos, legislação, até o ponto em que produtos e cigarros familiares desapareceram. Hoje, porém,



podemos comprar um conjunto de produtos qualitativamente melhores do que na Ucrânia. Os preços de produtos e coisas, é claro, aumentam a cada mês. E você já deixa de orientar: ficou mais caro ou mais barato. (AiF, 03, Dezembro 2014)<sup>4</sup>

Entretanto, na realidade a vida dos moradores da península não se tornou empolgante e promissora como diz o depoimento da moradora na notícia, o fato é que a vida dessas pessoas mudou completamente de uma hora para outra, de acordo com Greta Uehling,

Imagine por um momento que tanques de guerra entram em seu estado. Homens armados e mascarados sem insígnia militar ocupam as ruas de sua cidade. O aeroporto é fechado. Então, depois de uma rápida votação, um novo líder, alguém que você entendia que fazia parte do mundo do crime, é promovido ao maior cargo executivo. De repente, você precisa voltar duas horas inteiras no relógio para corresponder ao da nova capital, alguns a 1,400 quilômetros de distância. Seu cartão para de funcionar, e então o seu banco fecha. Alimentos com que era acostumado, comidas que você tem comido por sua vida toda, são banidas e desaparecem das prateleiras do mercado para serem trocadas por outras estrangeiras. Seu medicamento se torna seis vezes mais caro. Então seu celular para de funcionar, e você precisa encontrar uma nova operadora para recuperar o sinal. O canal que você contava para receber suas notícias toda noite se fecha. Te dizem que voce tem tres meses para trocar seu passaporte por um novo, ou que você pode não ser capacitado para renovar sua carteira de habilitação ou retornar para sua casa depois de uma viagem. Essa situação caótica e liminal não é, obviamente, hipotética. É o que aconteceu com os moradores da Crimeia após a anexação pela Federação Russa. (UEHLING, G. 2015, TRADUÇÃO LIVRE).

Apesar da situação, não há formas da população local de reivindicar alguma melhoria, apenas ter o otimismo de Svetlana, a moradora da reportagem feita pelo jornal russo. Problemas como este, da informação ser passada por jornais de controle do governo russo, deixam a população sem saber o que realmente acontece, fazendo-os pensar que as ações do presidente são as melhores independentemente da

---

<sup>4</sup> <https://aif.ru/society/people/1396583> - acessado em 17/05/2020



situação, começando pelo próprio discurso de Vladimir Putin na celebração de anexação e dando continuidade com notícias e informações enviesadas.

Em outra pesquisa realizada pelo Levada Center, para os resultados em 2020 foram questionadas 1624 pessoas acima de 18 anos e de 137 locais diferentes em 50 regiões dentro da Federação Russa, e a pergunta feita a essas pessoas era: “em sua opinião, por que tanta gente confia em Vladimir Putin?” A pesquisa se estende desde 2001.





IN YOUR OPINION, WHY DO MANY PEOPLE TRUST VLADIMIR PUTIN? (*respondents were presented with a card and could give only one answer*)

	People are convinced that Putin successfully and competently manages to solve the country's problems	People hope that Putin will be able to solve the country's problems going forward	People don't see who else they can rely on	Difficult to say
<b>Mar. 20</b>	<b>23</b>	<b>26</b>	<b>43</b>	<b>8</b>
Jul. 19	27	24	43	7
Nov. 16	28	39	29	4
Oct. 15	36	36	26	3
Sep. 14	38	36	23	3
abr.13	14	36	42	8
Aug. 12	15	41	35	9
Sep. 11	23	36	34	8
Jul. 10	26	33	34	6
Jul. 09	28	35	31	6
Apr. 07	31	30	35	4
Jul. 06	25	32	38	5
Jul. 05	16	36	42	6
Jul. 04	16	40	41	3
Aug. 03	15	46	34	5
Oct. 02	21	44	31	4
Jul. 01	14	43	34	9



Fonte: Levada Center -<https://www.levada.ru/en/2020/05/14/vladimir-putin-9/> acessado em 29/05/2020.

A tabela apresenta resultados mais objetivos que servem de complemento para o gráfico sobre a popularidade de Putin no primeiro capítulo, nota-se que as duas primeiras colunas caracterizam bons resultados sobre o governo, e as duas últimas colunas apresentam um certo descontentamento ou frustração da população. A terceira coluna (*People don't see who else they can rely on*) em comparação com as duas anteriores, é o foco para que se entenda a reação da população russa durante a anexação da Crimeia e suas consequências. Entre 2013 e 2014 houve uma inversão nos resultados correspondente ao domínio russo sob a península e que permaneceu até 2016 com a maioria das pessoas confiantes ou esperançosas de que Putin traria prosperidade ao país, em 2019 a confiança torna a cair novamente e a falta de opção passa a compreender quase metade dos participantes na pesquisa. De acordo com dados levantados pelo Banco Mundial<sup>5</sup>, o PIB da Rússia começou a sofrer uma queda a partir de 2010 onde o crescimento era de 4.5% ao ano e em 2015 chegou a ficar negativo em -2.3%, em 2016 o país voltou a se recuperar em taxas crescentes de 1% a cada ano porém não retornou ao que era antes das sanções. As promessas de que a crise interna no país por conta das sanções eram temporárias se estenderam por tempo demais para que a população continuasse comprando esse discurso do governo russo.

Entretanto, não foi falta de tentativa para que o declínio na economia fosse de fato temporário, segundo Patane e Drury (2018), Putin procurou fazer parcerias com outros países no Oriente além de tentar induzir a quebra das sanções aplicadas por alguns países da União Europeia oferecendo acordos lucrativos que atingissem este fim, surtindo efeito em 2015 com a Grécia se opondo a estender as sanções e em 2016 com a Itália e Hungria também se recusando a serem renovadas as sanções automaticamente, a preocupação que a UE tinha sobre as sanções era em relação a

---

<sup>5</sup> [https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?end=2018&locations=RU&name\\_desc=false&start=2000](https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?end=2018&locations=RU&name_desc=false&start=2000) - acessado em 29/05/2020



possibilidade de perder espaço de mercado com a Ásia e Oriente Médio por conta da Rússia estar se expandindo economicamente para este mesmo lado pela limitação de opções, essa premissa abria oportunidade ao governo russo em dizer que as sanções, na realidade, estavam afetando mais quem estava as aplicando do que a própria Rússia.

Atitudes como a de política externa pouco importam para a população russa, que espera de seu líder uma melhoria na economia do país como prometido, a perspectiva de estagnação baseada nos dados do PIB russo demonstram que as políticas de manipulação por meio da mídia estão perdendo a eficácia e estão causando a queda já apresentada de aprovação do governo. Baseando em Mearsheimer, 2011, e no primeiro capítulo Putin não age para ganhos próprios apesar da grande popularidade que é resultada de suas ações, de fato entende-se que Putin acredita que as atitudes tomadas são as melhores para a população, entretanto o mandato que tem se estendido por quase vinte anos está previsto para terminar em 2024 caso não haja alterações constitucionais, e é possível que a estagnação mostrada permaneça a ponto de não ser possível essa alteração por conta da perda de apoio no governo.

### **3 ANÁLISE DA ATUAÇÃO DE VLADIMIR PUTIN NA CRISE DA CRIMEIA SEGUNDO O OLHAR REALISTA DAS RI.**

As ações do presidente Vladimir Putin, tratadas anteriormente, é um ótimo exemplo para colocar em prática a teoria realista de Mearsheimer na obra “*Why Leaders Lie: The Truth About Lying in International Politics*”, além disso, a construção do discurso de Putin desde sua organização até sua contextualização, representa muito bem o termo *Spinning* colocado por Mearsheimer em seu livro. A fala do presidente é dirigida aos representantes da Crimeia e a capital Sevastopol, aos cidadãos russos e aos residentes da península, entretanto, em nenhum momento é citada as questões de invasão que antecederam a anexação como de fato aconteceu,



pelo contrário, Putin inicia sua fala dando um panorama histórico entre os dois países e demonstra, de forma sutil, a dificuldade que a Rússia tem em reconhecer a soberania da Ucrânia de forma legítima, “tudo teve as mesmas conotações: escassez no reconhecimento da soberania ucraniana por parte da Rússia, e ao invés disso, proferiu referências a Ucrânia como destinada a atender aos interesses da grande Rússia” (P, Malmö. 2014). É possível fazer essa afirmação quando, por meio da história, Putin coloca a Ucrânia em uma posição de não conseguir falar por si mesma, como se fosse quase indefesa e que a Rússia tivesse a obrigação de retratar a história e salvar a região da “terrível” separação que havia acontecido;

[...]Agora, muitos anos depois, ouvi moradores da Crimeia dizerem que em 1991 eles foram entregados como um saco de batatas. Isso é difícil de negar. E como fica a situação russa? Como fica a Rússia? Apenas aceitou humildemente a situação. Esse país estava passando por tantos momentos difíceis que era literalmente incapaz de proteger os próprios interesses. Entretanto, a população não conseguiu se conformar com essa imensa injustiça histórica. todos esses anos, cidadãos e várias figuras públicas retomaram esse assunto, dizendo que a Crimeia é historicamente território russo e Sevastopol é uma cidade russa.<sup>6</sup> (Address by President of the Russian Federation, Mar. 18. 2014. Tradução Livre).

Putin não só coloca a Crimeia nesta posição, como também, ao mesmo tempo, contextualiza a Rússia como algo próximo de Cristo, que apesar de sua grandeza, sofreu imensamente mas no final irá salvar aqueles que o pertencem. Essa comparação é devida a maioria da população russa ser de religião cristã, e Putin usa mais essa situação colocando a Ucrânia como o verdadeiro vilão contra os russos na região, que sempre foram impedidos de praticar suas culturas dentro do país de acordo com as leis internas, essas pessoas que desde então sofrem por não poderem se expressar, finalmente podem se sentir livres agora que fazem parte do território russo novamente.

---

<sup>6</sup> <http://en.kremlin.ru/events/president/news/20603> Acessado em 16/05/2020



[...]Primeiramente, nós tivemos que ajudar a criar condições para que os residentes da Crimeia, pela primeira vez na história, fossem possibilitados de expressar de forma pacífica suas vontades livremente ao que diz respeito ao seus próprios futuros. Todavia, o que escutamos dos nossos colegas da Europa Ocidental e América do Norte? Eles dizem que estamos violando as normas do direito internacional<sup>7</sup>. (Address by President of the Russian Federation, Mar.

18. 2014. Tradução Livre).

Estes são exemplos de situações condizentes com a teoria realista e os conceitos de Mearsheimer, quando o presidente coloca o próprio país na situação em que foi colocado em seu pronunciamento, ele cria para os ouvintes uma ótica em que a Rússia jamais teria invadido a península e destituído o então governo para que fosse legitimado um referendo de anexação, o que ele fez teria sido um ato de salvação para o povo da região. É notável que de fato, Putin não está falando mentiras sobre o ocorrido e está apenas omitindo alguns fatos, dando ênfase apenas para o que lhe convém, com o intuito de melhorar a sua imagem em detrimento, ou não, de outros. Essa capacidade em distorcer a verdade para benefício próprio foi responsável para que no fim de sua fala todos o aplaudissem de pé.

É importante retratar também não só o interesse na popularidade, mas bem como nos interesses geográficos que a região traria para a Rússia e as perdas e ameaças que se tornariam reais caso não ocorresse a integração territorial, questões essas que se remetem ao realismo existente na bipolaridade em que a divisão de poder mundial se encontra, onde o ganho de um significa a perda do outro.

O presidente Putin inclusive alerta os russos e ucranianos dessa possibilidade de forma a entender que a integração foi melhor para ambos os países.

[...] deixe-me dizer também que nós já escutamos declarações de Kiev sobre a Ucrânia se integrando a OTAN brevemente. O que isso teria significado para a Crimeia e Sevastopol no futuro? Teria significado que a marinha da OTAN estaria bem

---

<sup>7</sup> <http://en.kremlin.ru/events/president/news/20603> Acessado em 16/05/2020



ali na cidade do glorioso exército russo, e isso iria criar não uma ilusória, mas uma perfeita e real ameaça a todo o sul da Rússia. Essas são coisas que poderiam ter se tornado realidade se não fosse pela escolha dos cidadãos da Crimeia, e eu quero dizer obrigado a eles por isso<sup>8</sup>. (Address by President of the Russian Federation, Mar. 18. 2014. Tradução Livre).

É possível que por essa linha de pensamento seja explicada as sanções impostas sobre o governo russo, como forma de tentar induzir a Rússia em voltar atrás na decisão do referendo de anexação e possibilitar uma maior influência estadunidense e europeia na região. E o governo russo usou de artimanhas para reverter a imagem das sanções dentro do país, a construção da demonização ocidental que teria o intuito de reprimir a Rússia de todas as formas desde o início Guerra Fria, é a perfeita justificativa para tornar as sanções algo a ser vencido com o patriotismo e união.

No cruel mundo das relações políticas, não existe um 911<sup>9</sup> para ligar caso o Estado acabe em problemas, e mesmo se existisse, não há ninguém do outro lado para atender o telefone. Portanto, líderes e suas pessoas de confiança entendem que estados operam em um mundo de auto-ajuda onde eles têm de fazer o que for necessário para promover a própria segurança. Se isso significa mentir ou trapacear, que seja. (MEARSHEIMER, J. 2011. TRADUÇÃO LIVRE).

Afirmações como essa dão embasamento para Mearsheimer dizer que os Estados estão mais inclinados a mentir para seus próprios nacionais do que para outros Estados, uma vez que mentiras entre países tem pouca duração e são facilmente desmascaradas, levando conseqüentemente em baixa credibilidade futuramente, já com os próprios nacionais não é bem assim, principalmente no caso da Rússia onde a liberdade de imprensa é baixa e a chance a população se informar de forma crítica é baixa. Mas qual seria o benefício de mentir para os cidadãos? Não seria necessariamente benefício, mas algo como resguardo, “líderes às vezes pensam que tem o dever moral de mentir para proteger o seu país” (J. MEARSHEIMER.

---

<sup>8</sup> <http://en.kremlin.ru/events/president/news/20603> Acessado em 16/05/2020

<sup>9</sup> Número de emergência estadunidense



2011). Como é o caso de Putin, que acredita no fato da anexação ser algo bem maior do que é de conhecimento da população, pois ele possui mais informações e, portanto, sabe a melhor forma de agir para o bem do Estado, a vida para os novos russos da Crimeia pode não ter ficado das mais fáceis, mas foi feito para um bem maior. Como o presidente não pode dizer a verdade pois provavelmente haveria quebras de confiança, é mais fácil enganar a população, que, além de manter os segredos, ainda se beneficia com o aumento de sua popularidade baseado na forma em que é contada a história para os cidadãos.

A forma como Putin colocou a situação para seus nacionais mesmo que depois do ocorrido, pode ser classificado de certa forma, como Mearsheimer coloca, de *Fearmongering*, que se traduziria como política do medo, que neste caso foi quando ele apresentou os perigos que a Rússia e a Crimeia sofreriam caso não ocorresse a anexação, e também pelo fato de Putin ter omitido os planos de invasão da península até o último momento a fim de evitar não só apelo internacional, mas também qualquer tipo de tumulto dentro do próprio país por não terem as mesmas informações que ele possuía. Quando Putin discursa sobre as intenções que a OTAN tinha na região, ele sugere que as ações que foram tomadas pelo governo russo foram as melhores para proteger toda essa região e enquadra os países do Ocidente como vilões neste ponto de vista, criando na população russa um sentimento de nacionalismo e de necessidade de proteção do próprio território, gerando consequentemente apoio ao regime de Putin e suas ações invasivas na Crimeia.

Leaders engage in fearmongering when they think they recognize a serious threat to national security that the public does not see, and that the public cannot be made to appreciate with straightforward and honest discourse. They reason that the only way to mobilize their citizens to do the right thing is to deceive them for their own good. (MEARSHEIMER, J. 2011. TRADUÇÃO LIVRE).

Se caso Putin viesse a discorrer apenas sobre a importância estratégica que a península tem para a Rússia, poderia causar muita discordância pelos seus nacionais,



o mais sensato foi simplesmente, com embasamento histórico, sensibilizar a população e trazer esse sentimento de proximidade com o povo russo, que de certa forma é verídico porém não em sua totalidade, esses momentos são observados quando em seu discurso ele diz que ouviu moradores da Crimeia dizerem que foram entregados a Ucrânia como “sacos de batata” bem como quando cita a repressão que os crimeios sentiam ao tentar expressar a cultura russa enquanto ainda faziam parte do território ucraniano.

A forma como Putin aborda o conceito de Mearsheimer sobre *fearmongering* é criativa na questão de pensar sua abordagem, o governo utiliza essa estratégia para ao invés de criar um senso de urgência ou medo na população, se cria conformação e esperança, desviando assim qualquer atenção ao real problema que o país enfrenta. Ao fazer propagandas e programas que prometem uma melhoria futura, dá a população uma comodidade oportuna para que Putin possa agir da forma como entende ser a melhor e justificá-la com o mesmo discurso nacionalista que reforça o desgosto pelos países que aplicam sanções dentro da Rússia.

Para quais sejam os fins, o risco em se utilizar desses meios de manipulação da própria população podem resultar em consequências irreversíveis para o líder que as utiliza, complementa Mearsheimer ao abordar esses riscos em sua obra,

além do mais, se os líderes mentem no intuito de promover uma política falha, eles possuem uma chance maior de perderem suporte popular quando o público descobre que estão sendo enganados, ao ser relacionada aos problemas do país. (MEARSHEIMER, J. 2011. TRADUÇÃO LIVRE).

Essa citação é de certa forma, exatamente o que vem ocorrendo desde 2019 na Rússia e que já foi abordado na segunda parte deste trabalho e é capaz de explicar a queda na popularidade de Putin do último ano até os dias atuais. A ilusão de que as sanções são apenas passageiras e estão servindo apenas para que o país se torne mais forte futuramente por produzirem seus próprios alimentos e buscarem novos parceiros comerciais, funciona por alguns anos se atrelada a uma campanha





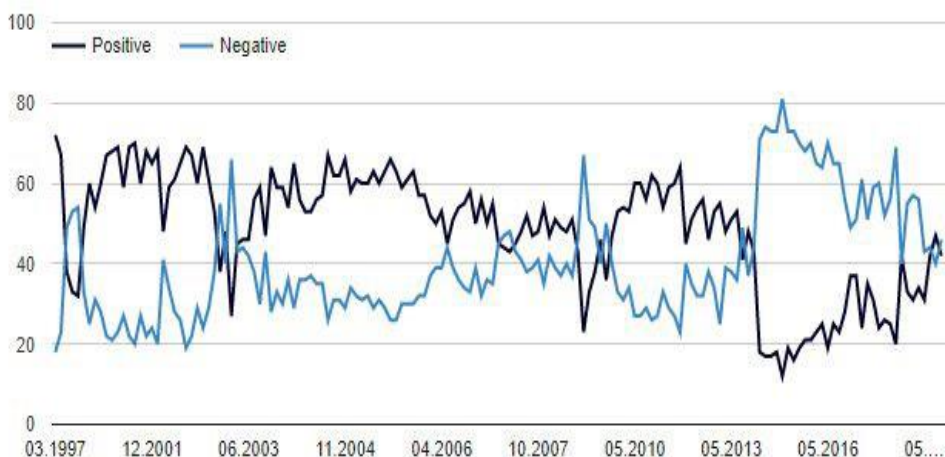
realizada pela mídia nacional, como é o caso na Rússia, entretanto as propagandas e discursos não escondem a vivência da população, que aguarda a melhoria de vida que nunca chega neste médio prazo em que se vinha prometendo.

Então sobre a questão de auto-ajuda em que se encontram os Estados, neste sistema realista das RI, a constante queda de popularidade e aprovação no governo de Putin pode custar-lo a própria manutenção no poder, e entendendo como se deu a democracia no país, é possível que haja incentivos externos para que Putin seja deposto, cabendo somente ao governo russo em planejar novas formas de manipulação popular enquanto o país ainda se recupera da crise que as sanções vem causando. Mearsheimer diz que as mentiras contadas a população de pouco importarão no longo prazo, caso o líder exponha a ameaça e consiga lidar efetivamente com este problema, que neste caso, uma vez já exposto não aparenta estar sendo lidado de forma eficaz pela visão popular.

Outra percepção da atuação de Putin neste período de ganho de popularidade pode ser notado na abordagem de seu discurso em detrimento dos Estados Unidos e Europa. O aumento da visão negativa para com essas regiões, por meio de campanhas, é condizente com o aumento da aprovação geral pela população russa. Um dos fatos a serem pensados como causa direta é a memória do povo russo diante da influência que esses países europeus e os Estados Unidos tiveram na inserção da democracia e do capitalismo na Rússia.



## ATTITUDE TO THE US



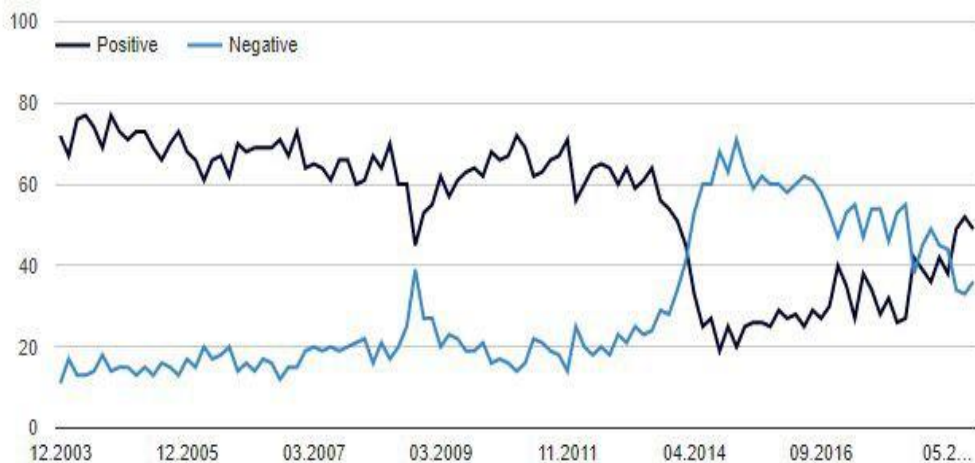
Fonte: Levada Center - <https://www.levada.ru/en/ratings/> acessado em 28/05/2020.

Essas atitudes resultam na promoção de uma maior autonomia da política externa russa para realizarem novos acordos comerciais em outras regiões, que apesar de não serem as melhores opções, fortalecem a diplomacia ao longo prazo para que posicionamentos imperialistas como aconteceu na Crimeia, sejam reconhecidos e legitimados por esses Estados que estão fortalecendo laços com a Rússia. Enquanto isso continua sendo pregada internamente a ideia de que quem perde com as sanções são os próprios países que as aplicam, e na medida em que essas sanções são diminuídas, percebe-se a redução na atitude negativa frente a estes



Estados.

## ATTITUDE TO THE EU



Fonte: Levada Center - <https://www.levada.ru/en/ratings/> acessado em 28/05/2020.

Entre os gráficos que mostram a atitude russa frente aos países, é notável a queda na atitude negativa em relação aos países europeus, por conta da proximidade regional e também pela estratégia do governo de Putin em induzir alguns países da região em abolirem as sanções por acordos promissores economicamente com a Rússia.

Estados europeus, por outro lado, foram geralmente enquadrados por estarem se desviando de seus melhores interesses por conta da maligna influência norte americana. O ministro das relações exteriores Sergey Lavrov aclamou que as tentativas internacionais de 'restringir as possibilidades russas' foram primeiramente lideradas pelos EUA, e não pelo poderio europeu; ele argumentou que os norte americanos estavam 'tentando prevenir a Rússia e a UE de unir seus potenciais' por



conta de seus objetivos em ‘conservar a liderança global’. (HUTCHINGS, S. & SZOSTEK, J. 2015. TRADUÇÃO LIVRE).

A ideia de não culpar os países europeus por inteiro amenizava a hostilidade que se era criada internamente na Rússia contra estes países, na tentativa de que justamente abrissem mão das sanções e se juntassem a Rússia para crescerem em conjunto, unindo seus potenciais.

Este enredo é usado para sugerir que a Rússia e a Europa apreciariam uma relação próxima e sem conflitos se não fosse pela interferência norte americana. Tensões com a UE podem, entretanto, serem interpretadas sem que se acuse quaisquer diferenças fundamentais que possam ameaçar a identidade europeia da Rússia. (HUTCHINGS, S. & SZOSTEK, J. 2015. TRADUÇÃO LIVRE).

Seguindo este raciocínio, a impressão que a campanha interna russa sobre essa situação deixa é a de que a Rússia é uma grande potência que está sofrendo ataques por medo de que o país se torne hegemônico. Partindo deste princípio as pessoas tendem a achar que os problemas da sociedade não são culpa das ações do seu próprio governo, mas sim dos outros que repreenderam estas ações, transformando a indignação em apoio popular e aprovação.

## CONCLUSÃO

Diante dos estudos apresentados neste trabalho, foi possível perceber o equívoco que os países ocidentais cometeram ao tentarem incentivar democracias de forma repentina no novo cenário de pós queda da URSS, a drástica mudança de vida da população acostumada com o antigo modelo geográfico acarretou em políticas falhas que posteriormente tiveram que ser corrigidas por meio de utilização da força. A ostensividade de Putin em lidar com os problemas que permeavam a sociedade neste momento inicial fez com que a população lembrasse da época de União Soviética com um leve saudosismo, como se sentissem falta da época autoritária de



alguns anos atrás, garantindo desta forma, grande popularidade nas ações de Putin. Porém diferentemente da democracia recém chegada, Putin retornava aos padrões ditatoriais de forma lenta e gradativa, sendo a Rússia classificada como um país não livre apenas em 2005, cinco anos depois de sua primeira eleição como presidente, posteriormente obedecendo ainda a constituição que o limitava de continuar no poder após oito anos de mandato, apenas para se eleger novamente de forma definitiva em 2012.

A partir dessa análise presume-se que o marco para que Putin garantisse sua longevidade na presidência foi no momento em que houve a “caça” aos oligarcas, ao qual possibilitou a estatização de vários canais de comunicação bem como a posse da grande Gazprom, que não só, respectivamente, possibilitou absoluta positividade na mídia, mas também garantiu um enorme crescimento de mercado internacional russo possibilitando a competitividade do país. Ao que diz respeito a crise da Crimeia e sua respectiva anexação, foi um ato extremamente estratégico do qual foi revertido em porcentagens elevadas de aprovação do governo russo por parte da população, principalmente pelo papel que a mídia teve em transmitir apenas uma única visão da história, mesmo que a vida dessas pessoas tenha piorado de forma considerável por conta das sanções, principalmente na região da Crimeia em que tudo mudou.

Por fim, o que se pode concluir deste trabalho é que, é inegável que a mídia e o discurso propagado possuem uma forte capacidade de manipulação social, entretanto, em um Estado como a Rússia, onde apesar de autoritário não se conhece casos de repressão em massa contra os cidadãos, torna-se um trabalho quase que impossível ao tentar manter a população manipulada sem que esse discurso enviesado esteja atrelado a uma notável melhoria do país ao longo prazo. O que não está acontecendo na Rússia, apesar do leve crescimento e recuperação que a região teve a partir de 2015 após algumas sanções serem interrompidas, não é o suficiente para que a população continue acreditando na promessa de crescimento em meio às



adversidades, principalmente ao notar que as perspectivas de crescimento na Rússia estão estagnadas e nada aparenta mudar. E de fato, no cenário atual de pandemia global que o planeta enfrenta em 2020, indica que essas perspectivas tendem a piorar, e visto que Putin já teria ficado tempo demais no poder, e desde a anexação da Crimeia nada significativo aconteceu, a popularidade e aprovação deste regime pode cair ao ponto de pela primeira vez serem observados índices abaixo de 60%, aumentando o risco enormemente de crescimento dos movimentos contra o governo caso Putin venha a alterar a constituição a fim de se manter no poder por ainda mais tempo.

## REFERÊNCIAS

BUSHKOVITCH, P. *A Concise History of Russia*. Yale University, Cambridge University Press, 2012.

BIRCHFIELD, V. L. & YOUNG A. R. *Triangular Diplomacy among the United States, the European Union, and the Russian Federation: Responses to the Crisis in Ukraine*. Palgrave Macmillan. 2018.

DOURADO, M. E. B. F. **Como o Histórico Autoritário Contribuiu Para o Enfraquecimento da Democracia Na Rússia Após a Chegada de Vladimir Putin ao Poder**. NEARI EM REVISTA v.3, n.3, 2017.1 ISSN: 2447-2646, 2017.

FREEDOM HOUSE. *Freedom in the World 2004 Complete Book*.  
<https://freedomhouse.org/report/freedom-world> Acesso em: 24/05/2020

FRYE, T; GEHLBACH, S; MARQUARDT, K. L; REUTER, J. O. Forthcoming. *“Is Putin’s Popularity Real?” Post-Soviet Affairs*. *POST SOVIET AFFAIRS*, VOL. 33, NO. 1. 2017.

HUTCHINGS, S. & SZOSTEK, J. *Dominant Narratives in Russian Political and Media Discourse during the Ukraine Crisis*. E-international Relations. Bristol, UK. 2015.

KAZUN, A. *Framing Sanctions in the Russian Media: The Rally Effect and Putin’s Enduring Popularity*. Higher School of Economics, 2016.



LAZZARI, T. C. **A POLÍTICA EXTERNA RUSSA DO INÍCIO DO SÉCULO XXI:**

TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS. Revista Conjuntura Austral ISSN: 2178-8839  
Vol. 2, nº. 3-4 Dez.2010 – Mar.2011

LEVADA CENTER. *Indicator*: <https://www.levada.ru/en/ratings/> Acesso em:  
28/05/2020

MALMÖ, P. *Taking the Shortcut to Popularity: How Putin's Power is Sustained through Ukraine*. *Russian Analytical Digest* No. 148, 2 May 2014.

MEARSHEIMER, J. *Why Leaders Lie: Truth about lying in international relations*. Oxford University Press. 2011.

NICHOL, J. *Russia's March 2012 Presidential Election: Outcome and Implications*. Congressional Research Service, 2012.

OSCE. *Election Observation Mission Report: PRESIDENTIAL ELECTION 14 March 2004*. <https://www.osce.org/odihr/elections/russia/33101> Acesso em:  
24/05/2020.

PIKULICKA-WILCZEWSKA A. & SAKWA R. *Ukraine and Russia: People, Politics, Propaganda and Perspectives*. E-international Relations. Bristol, UK. 2015.

POLUPANOV, V. **A península deles. Moradores da Crimeia sofrem dificuldades, mas não se arrependem de nada.**  
<https://aif.ru/society/people/1396583> Acesso em: 17/05/2020

REMYNGTON, T. *Patronage and the Party of Power: President–Parliament Relations Under Vladimir Putin*. EUROPE-ASIA STUDIES Vol. 60, No. 6, August 2008, 965–993.

SATTER, D. *The Less You Know, The Better You Sleep: Russia's Road to Terror and Dictatorship Under Yeltsin and Putin*. Yale University Press, 2016.

THE KREMLIN. *Address by President of the Russian Federation*.  
<http://en.kremlin.ru/events/president/news/20603> Acesso em: 16/05/2020.



UEHLING, G. *Everyday Life After Annexation: The Autonomous Republic of Crimea*. University of Michigan. 2015.





# DESAFIOS DA FORMAÇÃO DE UM REGIME INTERNACIONAL DE GOVERNANÇA DA INTERNET: MULTIPLICIDADE DE ATORES E VISÕES DIVERGENTES

Fernanda Salomão Favato<sup>1</sup>

## RESUMO

Trata o presente artigo da questão envolvendo a governança da internet. Em termos mais específicos, constitui objetivo deste estudo o exame relativo à dificuldade da criação de um “regime internacional de governança” da *internet*. O artigo examinou diversos assuntos associados à questão, dentre os quais temas como a institucionalização da internet, a fragmentação da normatização da internet e a cibersegurança. Do ponto de vista metodológico, o artigo valeu-se de técnicas descritivas ao amparo do chamado neorealismo. No tocante aos resultados e no que respeita às conclusões, o artigo demonstrou ser improvável a constituição de uma governança internacional da internet tendo em vista, especialmente, a multiplicidade de atores e seus interesses divergentes.

**Palavras-chave:** Internet. Governança. Fragmentação. Multilateralismo. Normatização. Cooperação. Cibersegurança. Neorealismo. Regimes internacionais.

## INTRODUÇÃO

Através dos anos a *internet* se tornou o principal disseminador de informações, impulsionando a globalização e reestruturando as formas de comunicação por meio das novas fronteiras digitais. A constante evolução da

---

<sup>1</sup> Graduanda do curso de Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).



tecnologia tornou nítida a dimensão do meio digital, surgindo de tal modo o aparecimento da discussão sobre a necessidade de uma legislação que delimite os campos de atuação do Estado e do setor privado e, também, a determinação dos direitos e obrigações dos cidadãos no âmbito digital.

A multiplicidade de atores e interesses no que tange à governança da *internet* cria impasses na normatização do meio e tende a afastar a possibilidade de uma governança global da *internet*. A influência americana na criação da ONG<sup>2</sup> que regula grande parte técnica dos fatores que envolvem a *internet* gera incômodo em diversos países que buscam mecanismos alternativos de fiscalização e regulação dos temas cibernéticos.

Com o questionamento das normas aplicáveis ao ambiente online foi se tornando claro que o a governança da *internet* não seria atribuída apenas ao aparato estatal devido à existência de instituições bem estabelecidas dentro do setor privado e na esfera da sociedade civil. Deve-se salientar que por mais que existam interesses individuais e, portanto, unilaterais, no âmbito das entidades privadas, tais como associações, empresas e ONGs de todo tipo, estas operam — todas elas — sob as leis nacionais de seus países e, em diversos casos, igualmente sob as leis de países estrangeiros (EPSTEIN, 2013). Ressalte-se, contudo, que mesmo diante do enquadramento privado de tais entidades, muitas delas têm suas atuações facilitadas pelos Estados (incentivos monetários, tarifários, subsídios, entre outros), fenômeno que exemplifica a relação de dependência entre estas instituições e seus correspondentes estados nacionais.

A evolução de tecnologias deve ser acompanhada da evolução do debate e da legitimação de suas normas. O ambiente virtual, na sua atual conjuntura, é relativamente novo e permanece em condição de permanente mudança. Do ponto de

---

<sup>2</sup> *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN). Mais detalhes em [www.ican.org](http://www.ican.org) (acesso em 26/10/2019).



vista acadêmico, deve-se questionar como os Estados e os indivíduos podem se proteger nesse meio levando-se em consideração o aspecto transnacional da *internet*. A multiplicidade de fatores que impedem a implementação de uma legislação internacional comum deve ser estudada, de tal maneira, à luz da finalidade de progressão no que diz respeito ao entendimento do próprio estabelecimento de direitos e deveres em um ambiente sem fronteiras.

Deve-se, porém, para prosseguir com a análise pertinente a este artigo, estabelecer que a noção de *internet* analisada engloba não só o meio digital como as entidades que permitem e permitiram que ela exista. Saliento, porém, que o objetivo deste artigo não é fazer análise extensa de como funciona o meio técnico e operacional da *internet*, e sim fazer uma análise básica desses aspectos que permitam a discussão sobre a fragmentação existente no cenário internacional no que diz respeito a normatização da governança da *internet* e, dessa forma, criar um ambiente online nacionalista no tocante à normatização, onde se tornará cada vez mais comum o fracionamento, de uma perspectiva global, nas normas do âmbito cibernético.

## **1 GOVERNANÇA: BREVES CONSIDERAÇÕES**

Antes de definirmos o conceito de governança da *internet* deve-se estabelecer, primeiramente, o conceito de governança. Rosenau (1995, p.13) define governança como "*systems of rule at all levels of human activity - from the family to the international organization - in which the pursuit of goals through the exercise of control has transnational repercussion*". Em trabalho publicado por Rosenau em 1992, *Governance in the Twenty-first Century*, o autor destaca que a governança somente existirá se for extremamente eficiente, pois diferentemente do governo que pode existir mesmo sendo fraco, a governança não existirá se não funcionar efetivamente, pois criaria um espaço de caos e anarquia o que anularia a governança. Assim, governança pode ser entendido como sistema de regras que apenas será funcional se for aceito pela maioria, ou pela maioria de pessoas poderosas dentro do



grupo afetado onde governança deve ser entendida como mais ampla que governo, podendo englobar tanto organizações governamentais como não-governamentais, instituições informais e a sociedade civil.

Finkelstein (1995) destaca que governança não deve ser entendida como uma instituição e sim como uma atividade; dessa forma, se a governança é exercida através de uma instituição, quer dizer apenas que a organização é a ferramenta utilizada para exercer o poder e deveres gerados pela governança. Com essa noção estabelecida deve-se seguir para identificar os atores e poderes relevantes que podem tanto formar ou influenciar as atividades de governança, como Estados, instituições, grupos de pressão, empresas, indivíduos etc. A governança da *internet*, ademais, compreende questão vinculada ao próprio funcionamento da *internet*, incluída uma multiplicidade de variantes associadas ao desenvolvimento tecnológico, como questões políticas, econômicas, sociais e geopolíticas.

Não existe consenso no que diz respeito à definição do termo governança da *internet*, tendo em vista principalmente que: (i) o impasse existente entre o alcance das instituições e seu papel nos setores da governança; (ii) dúvida quanto à abrangência de atuação do Estado, da sociedade civil e do setor privado e seus limites nos assuntos cibernéticos; e (iii) inexistência de padronização normativa (direitos e obrigações) apta a regular tal governança. A governança da *internet* deve ser encarada como um processo coletivo contínuo com o fim de preencher a lacuna regulatória gerada pela falta de um consenso conceitual e institucional.

O termo governança da *internet*, porém, necessariamente incluiu temas de gerenciamento de assuntos relacionados à privacidade, *cybersecurity*, funcionamento de nomes de domínio, endereços IP, protocolos da internet, sistema dos servidores raiz, acesso à informação, *net neutrality*, liberdade de expressão, direitos e deveres digitais e, ainda, participação de *multistakeholders* e da sociedade civil no processo decisório e no funcionamento do sistema (SILVA, 2008; KLEINWACHTER, 2004).



Denardis (2010) afirma que o estudo de governança da *internet* deve focar nas questões que expliquem o que é permitido e existente dentro do meio digital. Neste sentido, deve-se estudar a arquitetura técnica sem ignorar as questões geopolíticas pertinentes, que expliquem a forma atual de como se utiliza a *internet*:

Governance is usually understood as the efforts of nation states and traditional political structures to govern. Sovereign governments do perform certain Internet governance functions such as regulating computer fraud and abuse, performing antitrust oversight, and responding to Internet security threats. Sovereign governments also unfortunately use content filtering and blocking techniques for surveillance and censorship of citizens. Many other areas of Internet governance, such as Internet protocol design and coordination of critical Internet resources, have historically not been the exclusive purview of governments but of new transnational institutional forms and of private ordering. Without this qualification, the Internet governance nomenclature might incorrectly convey that this type of scholarship somehow advocates for greater government control of the Internet (DENARDIS, 2010, p. 1).

A criação de um “constitucionalismo digital” engloba iniciativas que buscam o estabelecimento de direitos políticos, normas sobre a governança digital e limitações do exercício de poder na *internet*. Tem como objetivo identificar o poder de ação e das autoridades públicas e privadas através do reconhecimento de direitos de cada um (REDEKER; GILL; GASSER, 2018). A questão da governança da *internet* é extremamente importante pois o meio digital é instrumento transnacional e essencial da vida dos indivíduos. O intercâmbio de informações se tornou algo cotidiano. A soberania estatal, por seu turno, pode afetar diretamente o fluxo de informações.

O estudo da governança da *internet* somente por meio da análise de órgãos institucionais e suas funções no cenário internacional é limitada na medida em que desmerece o papel exercido pelo setor privado e, ainda, o poder de autorregulação do Estado. Deve-se analisar a governança da *internet* como um ambiente amplo e crescente onde as políticas que influenciam o meio ocorrem fora do discurso



institucional. Deste modo, temas como a análise do controle de recursos críticos da *internet*, o design de protocolo de *internet*, os direitos de propriedade intelectual relacionados à governança da *internet*, o gerenciamento de infraestrutura e segurança do meio digital e o papel e a influência do setor privado são tópicos determinantes para a compreensão de quão amplo e quão fragmentado revela-se o âmbito da governança da *internet*.

A fim de permitir o estudo do aparato digital, cientistas da computação tendem a separar em camadas as categorias diferentes de análise da *internet*. Hill (2012, p. 13) adota o sistema de quatro camadas projetado por David Clark para explicar o funcionamento da *internet*:

The four-layer model, like the other layering models, is generally represented as a vertical stack. At the bottom of the stack lies the “physical layer,” which includes all the Ethernet wires, fiberoptic cables, DSL lines, and other hardware through which the electronic data “packets” travel. Immediately above the physical layer is the “logical layer,” which encompasses the core Internet Protocols (TCP/IP), the Internet services, such as the Domain Name System (DNS), and all the applications such as the World Wide Web and email. Next, situated on top of the logical layer, is the “information layer,” which is comprised of all of the online content, including blogs, news, video and music that is communicated between and among users. And at the very top of the stack is the “people layer,” the individuals, companies, and governments that actually participate in the Internet’s growth and use.

A camada intitulada *people layer* será o foco do estudo deste artigo, pois nela se engloba a análise das políticas e agentes influentes no que tangem à governança da *internet*. Será através da análise dos diversos atores e instituições relevantes no meio da operacionalização e normatização do meio digital que será possível entender o atual cenário fragmentado.

## **2 INSTITUCIONALIZAÇÃO DA INTERNET**



A projeção da *internet* tem a característica única de ter sido feita de forma que possibilitasse a expansão do meio, onde sua infraestrutura permitia o desenvolvimento de diversos tipos de formas de uso e aplicativos. A *internet* pode ser compreendida como um conglomerado de redes, protocolos, cabos de fibra, sistema de operacionalização e armazenamento que em sua essência tem como característica a existência de uma multiplicidade de atores relevantes.

O equilíbrio entre a soberania nacional e a transnacionalidade gerada pela *internet* surge como tema de debate principalmente no início dos anos 90, quando se observa o início da utilização do meio digital pelo meio comercial. Observam-se, porém, desde pelo menos 1990, políticas vinculadas ao fluxo de informações e aos meios de comunicação conflitantes entre os Estados do sistema internacional. A discussão sobre a necessidade de um órgão intergovernamental e novas políticas sobre o meio eram debatidas no contexto do esforço dos países em promover controle soberano no que diz respeito ao fluxo de informações. A visão liberal, por exemplo, ao englobar o meio digital, e à luz da tese que defende a menor intervenção estatal nos assuntos econômicos, acaba, por conseguinte, direcionando a *mão invisível à internet*.

Um dos pontos defendidos era que o crescimento do meio só foi possível devido ao aspecto fragmentado da *internet*; assim, o pouco controle que os Estados possuíam no meio foi precisamente motivo determinante de seu crescimento (KLEINWACHTER, 2004). De tal modo, a falta de uma regulamentação específica do governo, e o papel determinante do setor privado na criação e desenvolvimento da *internet*, levaram a propostas de uma governança multissetorial. Para entender o grande papel que a sociedade civil exerce no meio digital deve-se analisar o processo de criação e institucionalização da *internet*.

Observa-se que a institucionalização da *internet* tem como característica distinta o seu gerenciamento - desde a sua comercialização - ocorrendo de baixo para



cima; ou seja, por indivíduos da sociedade civil. A ARPANET foi uma rede criada pela ARPA (*Advanced Research Projects Agency*) – agência criada pelo Departamento de Defesa dos EUA – na década de 60, com o intuito de idealizar um fluxo de comunicação entre computadores priorizando a comunicação com universidades e centros de pesquisas que tivessem relação direta com o Departamento de Defesa norte-americano. Em 81, a *National Science Foundation* (NSF) cria projeto intitulado CSNET com o intuito de expandir os benefícios do programa às instituições acadêmicas e de pesquisa que não tivessem acesso via ARPANET. O sucesso foi tanto que em 84 lança-se o projeto NSFNET que permitira acesso a toda a comunidade acadêmica. Em 83 a ARPANET é dividida em duas: MILNET (com laços militares) e uma nova ARPANET (com foco para pesquisa e desenvolvimento). Observam-se, a partir daí, múltiplos projetos independentes a fim de desenvolver rede capaz de conectar computadores por todo o globo no seio das universidades (GATTO; MOREIRAS; GETSCHKO, 2009)

Jon Postel, pesquisador do *Information Science Institute* (ISI)<sup>3</sup>, foi designado para gerenciar e criar os endereços eletrônicos de IP<sup>4</sup> e gerenciar o *Domain Name System* (DNS)<sup>5</sup> dentro do sistema da ARPANET. Depois do estabelecimento do sistema DNS, parte da operacionalização do registro de domínios foi delegada ao *Stanford Research Institute* (SRI), por meio de contrato com o Departamento de Defesa norte-americano. Com o crescimento do meio digital, a *National Science Foundation* assumiu o papel de financiadora de parte da infraestrutura do ambiente cibernético. Em 1992 subsidiou o gerenciamento de banco de dados, registros de

---

<sup>3</sup> Instituto pertencente à University of Southern California (USC), estabelecido em 72, para desenvolver pesquisas em assuntos relacionados a tecnologias de processamento de informações, computação e comunicação. Para mais informações acessar: <https://www.isi.edu/news/story/187>

<sup>4</sup> Cada computador funcional era atribuído à um endereço de protocolo de *Internet* (IP), que consistia em um número único de 32 bits.

<sup>5</sup> O *Information Science Institute* (ISI) foi responsável por desenvolver e implementar os servidores DNS que é capaz de mapear cada endereço de IP e traduzi-lo para endereços eletrônicos mais user-friendly como mail.google.com, etc. O nome de domínio é dividido em 3 níveis, o subdomínio (parte da frente do endereço eletrônico, exemplo, no endereço anteriormente utilizado, seria: mail), nome de domínio (do meio, no exemplo: google) e o top-level domain (na parte final, seria no exemplo o: com).





nomes e operacionalização de diretórios. A AT&T ficaria responsável pela supervisão dos bancos de dados e a *Network Solutions, Inc.* (NSI) gerenciaria a operação de registro dos nomes de domínio (operação realizada anteriormente pelo SRI)<sup>6</sup> (WEINBERG, 2000). Com a expansão e a dimensão geradas pelo crescimento dessa rede de fluxo de informação, em 88 foi criada a *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA) – através de financiamento conjunto da ISI e da DARPA – que tinha como responsabilidade principal a coordenação operacional, onde deveria atribuir os endereços de IP. Segundo Weinberg (2000 p.13):

Under arrangements made by various players in the domain name space through the late 1990s, NSI administered the key root server, known as the “A” root server, but policy authority over the contents of the “A” root rested with Jon Postel and IANA. It was Postel who was responsible for deciding whether a new country code domain should be added to the root zone and which entity should be responsible for administering that domain. It was Postel and IANA who were in the end responsible for resolving disputes over the allocation of IP addresses.

Porém, a IANA era administrada de forma ambígua, onde não restavam claros os “*checks and balances*” devido ao fato de que não foi estabelecida formalmente como uma organização do Estado americano, e o papel do governo parecia se restringir ao financiamento (PARÉ, 2003). O início dos anos 90 foi marcado por período transitório onde observou-se o caráter comercial da *internet*, surgindo novos questionamentos e demandas dos atores do sistema internacional. Observou-se o crescimento contínuo, impulsionado pela plataforma comercial no meio digital, da *World Wide Web*<sup>7</sup> elaborada por Tim Berners-Lee, chegando-se a mais de um milhão de nomes de domínio na *internet*.

---

<sup>6</sup> Atualmente, a AT&T, a Network Solutions e as agências da National Science Foundation formam a InterNIC.

<sup>7</sup> Foi desenhada por Tim Berners-Lee, membro da Organização Europeia para a Investigação Nuclear (CERN), para ser rede onde informações circulam na forma de URLs. Construiu-se sistema denominado ENQUIRE, desenvolvido para armazenar e reconhecer associações de informações.



Surge assim o primeiro movimento no sentido de assegurar nomes de domínio, juntamente com o início dos questionamentos quanto à aplicação e quanto à proteção de direitos de marcas e de direitos de autor no ambiente online. O rápido crescimento do número de adeptos com a internacionalização deixou clara a necessidade de institucionalizar os novos aspectos legais e operacionais da *internet*, principalmente no que diz respeito ao crescente número de registros de nomes de domínio. Começa assim a pró-atividade (no âmbito estatal e na esfera privada) em criarem-se forças-tarefas a fim de se debaterem assuntos relacionados à governança da *internet* (ex.: IETF - *Internet Engineering Task Force*).

Tendo em vista a crescente quantidade de registros de endereços eletrônicos e nomes de domínio, a *National Science Foundation* negocia com a NSI emenda ao acordo de contrato original, onde permitira que a NSI cobrasse anualmente taxa de US\$ 50,00 de cada registro de nome de domínio ao invés de a NSF arcar com os custos (o que era o padrão).<sup>8</sup> Nota-se um crescente desconforto pelos usuários da *internet* não só pela taxa imposta pela NSI, mas pelo monopólio e monetização que a NSI estava exercendo no ambiente digital. Outra crítica foi a política utilizada para resolver conflitos relacionados às disputas de nomes de domínio, onde a NSI suspendia qualquer nome de domínio que recebesse uma reclamação formal de outra marca comercial, sem investigação e sem análise jurídica adequada (WEINBERG, 2000; KLEINWACHTER, 2004).

A autoridade que o governo americano exercia na operacionalização da *internet* gera questionamentos não só de outros governos soberanos como de instituições privadas e públicas. Assim, o poder americano no estabelecimento das

---

Possua extenso banco de dados e vários links que conectavam os conteúdos entre si, permitindo o fluxo de informação.

<sup>8</sup> *NSI-NSF Cooperative Agreement No. NCR- 9218742, Amendment 4, at* <http://www.networksolutions.com/legal/internic/cooperative-agreement/amendment4.html> (Sept. 13, 1995)



políticas técnicas começa a gerar tensão nas relações intergovernamentais. De acordo com Epstein (2003 p. 2):

When the question of Internet governance bubbled up as a contested issue in the late 1980s and the early 1990, neither the diverse Internet community nor the nation-states, or intergovernmental apparatus could lead Internet- policy-setting unilaterally. On the one hand, when national states started showing interest in the Internet policy debate, there were already well-established governance institutions based in the private sector, the civil society, and to a degree academia.

Postel propõe em 95 atribuir a IANA a supervisão da *Internet Society* (ISOC)<sup>9</sup>, garantindo-se sistema de operação e gerenciamento mais abrangente e sólido. Porém, tanto o governo americano como o setor privado se oporiam a atribuir essa responsabilidade àquela organização sem fins lucrativos que, desde sua criação em 1992, atuara no sentido de facilitar o desenvolvimento operacional, de alcance, promovendo fóruns que permitiriam a multiplicidade de participantes para discutir políticas e debater a evolução do meio e dos tópicos relacionados à governança da *internet*. Fica claro que o status quo não poderia ser mantido, e os primeiros passos da normatização do meio digital tornam-se prioridade. Por iniciativa do governo americano, surge em 1997, *Working Group* a fim de discutir esses assuntos relevantes do ambiente cibernético.

The U.S. government convened a working group, which included representatives from the White House Office of Science and Technology Policy, the National Telecommunications and Information Administration, the Patent and Trademark Office, the National Science Foundation, the Department of Defense, the Department of Justice, the Department of State, the Federal Communications Commission, and other agencies, to figure out what should be done. In July 1997, the National Telecommunications and Information Administration (NTIA) released a public request for comments regarding desirable characteristics of Internet

---

<sup>9</sup> A ISOC é dividida em diversos “working groups” que lidam com tópicos específico relacionados ao meio digital como a Força-Tarefa de Engenharia da *Internet* (IETF), que discute e estabelece os principais protocolos da *internet* e a Diretoria de Arquitetura da *Internet* (IAB, sigla em inglês), que oferece orientação técnica com o intuito de catalisar a evolução do meio digital.



governance and the domain name space. (WEINBERG, 2000, p. 18)

No primeiro mês de 98, o governo americano apresenta nova proposta para tornar mais eficiente o gerenciamento e operacionalização dos nomes e endereços eletrônicos: o *Green Paper*<sup>10</sup> é intitulado “*A Proposal to Improve Technical Management of Internet Names and Addresses*”. O *Green Paper* propôs que a delegação de todo o gerenciamento relevante à operacionalização da *internet*, tais como nomes de domínio, endereços de IP e rede de servidores, fosse atribuída a uma nova organização sem fins lucrativos. A equipe que estivesse trabalhando na IANA seria transferida para a nova organização e o governo norte-americano transferiria todos as funções exercidas por qualquer vertente do governo relacionadas ao funcionamento e ao gerenciamento da *internet* e bancos de dados à nova ONG. O projeto ainda destaca a importância da legitimação da corporação e para isso sugere que seria necessário a representação, dentro da organização, dos diversos setores que possuem interesse no meio digital (WEINBERG, 2000; CANABARRO, 2014).

O *Green Paper* não agradou aos diversos setores interessados na normatização da *internet* e, por isso, quatro meses depois o governo americano lançou o *White Paper* com mudanças significativas, onde as propostas de normas apresentadas no *Green Paper* pelo governo norte-americano foram retiradas e a responsabilidade da criação de políticas relacionadas ao gerenciamento operacional do meio caberia somente à nova organização. A recepção do *White Paper* foi boa devido ao fato de que as decisões de políticas relacionadas ao meio foram deixadas para a nova corporação resolver (WEINBERG, 2000):

The White Paper did not speak precisely to how the new corporation it described would be formed. It suggested that if

---

<sup>10</sup> Green Paper é termo comumente utilizado na Grã-Bretanha e Estados Unidos para se referir a documento elaborado pelo governo sobre algum assunto politicamente relevante para que as pessoas tenham acesso a esse documento e possam discutir sobre, antes de se tomar decisões legais e políticas relacionadas ao tema. O White Paper pode ser feito após o Green Paper levando em consideração a opinião gerada, onde a proposta governamental se adapta a reação pública.



the new entity were formed by “private sector Internet stakeholders,” the U.S. government was prepared to recognize it by entering into agreements with it, seeking international support for it, and ensuring that it had appropriate access to databases and software controlled by NSI. In October 1998, after a series of negotiations between IANA and NSI—and more wide-ranging consultations on the interim board’s composition with the U.S. government, a variety of foreign governments, Jon Postel’s lawyer (a Jones, Day partner named Joe Sims), IBM, and others—Dr. Postel transmitted to the Department of Commerce documents reflecting what he described as “the consensus judgment of the global Internet community as to how to form a corporation that will include the IANA function.” (WEINBERG, 2000. p. 23)

Dessa forma, em 98 ocorre de fato o início da institucionalização normativa da *internet*. Como resultado das diversas negociações entre as partes técnicas, comerciais e estatais influentes no sistema digital, cria-se a “*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*” – ICANN (MULLER, 2002). A organização privada nasce da iniciativa do governo norte-americano, em resposta às pressões internas e externas para a normatização do sistema operacional da *internet*. A organização pode não ser vista como primeiro movimento de iniciativa global comum tendo em vista a manifesta influência norte-americana, mas inegavelmente é o primeiro mecanismo regulador de normas da *internet* no âmbito internacional.

### **3 TEMÁTICAS CIBERNÉTICAS QUE INFLUENCIAM DIRETAMENTE A FRAGMENTAÇÃO DA NORMATIZAÇÃO DE UMA GOVERNANÇA GLOBAL**

#### **3.1 Recursos críticos à *internet***

Recursos críticos da *internet* (CIRs) se referem não à infraestrutura física subjacente que permite o funcionamento da *internet* como cabos de fibra ótica, energia elétrica etc, e sim à infraestrutura exclusiva da *internet*, gerada pela normatização e gerenciamento histórico do ambiente cibernético, como o sistema de nomes de domínio e endereços de IP. Segundo Denardis (2011, p.4), os endereços de



IP têm importância primordial e estrutural no funcionamento da *internet*, e o número único de 32 bits<sup>11</sup> atribuídos a cada dispositivo conectado à rede permite a identificação do dispositivo utilizado:

In 1990, the Internet standards community identified the potential depletion of addresses as a crucial design concern and the IETF recommended a new protocol, Internet Protocol version 6 (IPv6) to expand the number of available addresses. IPv6 extends the length of each address from 32 to 128 bits, supplying 2<sup>128</sup>, or 340 undecillion addresses. Despite the longstanding availability of IPv6 and for a variety of political and technical reasons, the upgrade to IPv6 has barely begun on any global scale.

Uma das questões fundamentais debatidas atualmente é referente à política relacionada a endereços de IP e, conseqüentemente, de governança da *internet* no tocante à criação do protocolo IPv6 e do gerenciamento do restante da reserva do protocolo IPv4 (DENARDIS, 2011). O crescimento exponencial da *internet* leva a um quadro tendendo a um próximo esgotamento no que diz respeito aos endereços do protocolo IPv4. Assim, coloca-se em pauta como devem ser os posicionamentos estatais e privados no que diz respeito à regulamentação do protocolo IPv4 nas suas reservas restantes e o posicionamento em relação à projeção do espaço IPv6.

O esgotamento iminente do espaço IPv4 não surtiu o efeito esperado na comunidade dos provedores dos serviços relacionados à *internet* e a transição para o protocolo IPv6 ainda permanece na sua infância. Os motivos que podem explicar a lentidão no que diz respeito a essa transição incluem: (i) a atual fragmentação do cenário da governança da *internet*; (ii) a inexistência de um órgão central que busque ativamente a implementação do IPV6; (iii) falta de qualquer tipo de ação estatal que busque a transição para o sistema IPv6 em âmbito nacional; (iv) abandono (por parte da grande maioria dos governos) da hipótese de concessão aos provedores da tarefa da transição; (v) constatação de que os sistemas IPv4 e IPv6 são interoperáveis a menos que o servidor que opera no IPv4 seja programado para se comunicar com

---

<sup>11</sup> Protocolo da *Internet* versão 4 (IPv4).



servidores operando no IPv6 (o que é raro); e (vi) o fato de que a programação para possibilitar essa comunicação entre os servidores tende a ser cara, o que desestimula a implementação dessa transição (HILL, 2012)

Essa falta de ação e desequilíbrio na adoção e transição para a operacionalização do IPv6 entre os países gera questões importantes no que diz respeito a possível criação de dois sistemas distintos operando mutuamente com interoperação mínima. Observa-se que a Ásia (destacando o governo chinês, japonês e indiano), devido a escassez de espaço restante do sistema IPv4, a busca de um sistema apropriado que acomodasse a dimensão necessária para o uso efetivo de suas populações e se aproveitando da lacuna de gerencial existente na liderança do sistema IPv6 e seu potencial econômico, tomou a dianteira na utilização do sistema IPv6. A China priorizou a implementação do sistema IPv6 como uma das principais políticas relacionadas ao futuro da *internet*. (HILL, 2012) O domínio americano no sistema IPv4 foi um catalisador para a efetivação desse posicionamento político chinês, onde mais de US \$ 200 milhões foram investidos em programas para a implementação do sistema IPv6, tem-se como grande exemplo o programa *China Next Generation Internet* (CNGI). Porém a política adotada pelos países asiáticos em tonar a frente na adoção do IPv6 pode gerar certa fragmentação no sistema digital. Se os usuários do sistema IPv4 resistirem na transição ao novo sistema poderá ocorrer bifurcação extensa no fluxo de informação leste/oeste, além disso, se tornaria uma séria ameaça aos interesses comerciais americanos e, a fragmentação do sistema digital se tornará um perigo eminente. (HILL, 2012; CANABARRO, 2014)

Com o estabelecimento da ICANN, foram atribuídas à organização as funções de gerenciar o sistema de domínio da *internet* (DNS), regulando-se as políticas relacionadas ao sistema, endereços de IP, sistema de nomes de domínio de



primeiro nível genéricos (gTLDs<sup>12</sup>) e, ainda, a coordenação do sistema de servidores-raiz.

In addition to technical policy coordination that prevents multiple registries from attempting to deploy colliding top-level-domains (TLDs), ICANN also engages in policies that strongly resemble traditional regulation of market structure. It decides what TLDs will be made available to users, and which registrars will be permitted to offer those TLDs for sale. And it makes those decisions atleast in part based on the potential registrars' willingness to offer a package of services that includes mandatory trademark arbitration. (FROOMKIN; LEMLEY, 2003, p. 1)

Deve-se destacar também, no tocante ao debate de instituições determinantes ao funcionamento da *internet* e que fazem parte da questão central da governança da *internet*, o papel fundamental da IETF (*Internet Engineering Task Force*). A IETF é responsável pela organização e gerenciamento de protocolos técnicos que permitem o fluxo de informação e a funcionalidade da arquitetura do meio digital.

But the standards developed by the IETF are only part of a vast protocol ecosystem required to provide end-to-end interoperability for voice, video, data, and images over the Internet. For example, the World Wide Web Consortium (W3C) sets application-layer standards for the web. The International Telecommunication Union (ITU) sets Internet related standards in areas such as security and voice over the Internet. The Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE) develops vital specifications such as the Ethernet LAN standards and the Wi-Fi family of standards. Countless other entities develop specifications for the technologies that collectively enable the transmission of information over the Internet: including national standards bodies such as the Standardization Administration of China (SAC); the Motion Picture Experts Group (MPEG); the Joint Photographic

---

<sup>12</sup> Para entender como funciona o gTLD (generic top-level domain) deve-se explicar primeiramente os TLDs (top level-domains). Um domínio de um endereço eletrônico é formado pelo nome de domínio e o TLD, onde o nome de domínio pode ser qualquer nome livre para registro e o TLD deve ser selecionado de uma lista de TLD existentes. Os TLDs são o nome de domínio mais alto na hierárquica do sistema DNS, assim, tende a ser o que aparece por último, por exemplo no endereço eletrônico [www.google.com](http://www.google.com), o TLD é o .com. O gTLD é uma das categorias de TLDs e se refere a qualquer TLD que não está diretamente ligada a nenhum país específico, o mais comum gTLD existente é o .com.





Experts Group (JPEG); and the International Organization for Standardization (ISO). (DENARDIS, 2011, p. 7)

O crescimento exponencial notado, principalmente na última década, de políticas distintas que favorecem a fragmentação do meio digital é preocupante. Notam-se políticas públicas, ação de agentes privados e interesses econômicos como contribuintes para frear a globalização e a expansão de uma rede global. A proposta da alocação das funções hoje exercidas pelo ICANN para as Nações Unidas é criticada pelos agentes defensores da *net neutrality*, pois acreditam que levaria à politização do ambiente digital de forma que prejudicaria diretamente a noção de uma *internet* livre e aberta. Porém, não levam em consideração as possíveis consequências que a manutenção do status quo podem gerar, podendo gerar atrito substancial que leve à ramificação da operacionalização do funcionamento da *internet*.

O DNS é primordial para o funcionamento mais amigável da *internet*. Opera de forma a traduzir a ordem numérica que forma o endereço de IP de cada computador em nomes de domínios mais simples como google.com. A operação de tradução necessária para esse processo tende a ocorrer sob supervisão da ICANN, onde cada nome de domínio se torna único no ambiente digital. Entretanto, é possível que um endereço de IP seja traduzido de forma que seja redirecionado a um servidor que não faça parte dos servidores sob supervisão da ICANN, fazendo com que os usuários que adentrarem aquele endereço eletrônico sejam redirecionados a outro local do que aquele esperado, podendo os deixar vulneráveis a golpes e vírus cibernéticos (DRAKE; CERF; KLEINWÄCHTER, 2016). Esse tipo de redirecionamento alternativo (também conhecido como *alt roots*) é permitido pela ICANN, tendo em vista a necessidade de todo endereço de IP passar pelos servidores da ICANN não é juridicamente vinculativo.

Além disso, os *alt roots* são muitas vezes utilizados para criar redes privadas que buscam mais segurança. O problema em voga é que se pode, futuramente,



expandir entre governos a ideia de se criar um sistema de *alt roots* nacional separado dos servidores da ICANN, tornando possível, deste modo, a nacionalização do sistema digital onde o contato com os servidores DNS não exista.

Hill (2012) destaca que uma das reclamações persistente de diversos países era a demora e a falta de dinamicidade do estabelecimento de ccTLDs<sup>13</sup> e gTLDs de alfanuméricos não romanos pela ICANN, mesmo tendo esta a tecnologia necessária para tal feito desde 96 (desenvolvida pela IETF). Devido à lentidão da organização se observou, em meados de 2005-2006, a tomada de ação unilateral da China em estabelecer gTLDs em caracteres chineses; porém, para isso ser feito, os servidores desses domínios tiveram que ser configurados a servidores diferentes daqueles gerenciados pela ICANN, o que cria não só uma fragmentação do meio digital, como também sistemas que não operam entre si, criando-se de tal maneira um ambiente cibernético chinês de traço separatista.

A ação chinesa preocupou a ICANN e em 2009, em resposta, aprovou medida denominada “*IDN ccTLD Fast Track Process*”:

In response to China’s experimental alternative root work, as well as to continuing pressure from other countries demanding the implementation of Internationalized Domain Names (IDNs), the ICANN Board, meeting in South Korea in October 2009, approved the “IDN ccTLD Fast Track Process” to allow countries and territories to submit requests to ICANN for ccTLDs in scripts other than those with ASCII characters, including Chinese, Arabic and Cyrillic. Subsequently, at a Singapore conference in 2011, ICANN further approved a gTLD Program to allow for the addition of IDN gTLDs into the root zone. (HILL, 2012, p. 18)

### **3.2 Posicionamentos polares dos atores estatais quanto à normatização do meio**

---

<sup>13</sup> O ccTLD (country code top-level domain) é uma das categorias de TLD (top-level domain) e existe apenas quando um país ou região o registram, assim, se cria um TLD de um país específico, exemplo: ao se entrar na *zara.com* se entra no endereço eletrônico americano da marca, porém, se entrar na *zara.com.br* o usuário será direcionado a versão brasileira do site.



Desde a implementação global da *internet* e a disseminação de seu uso, as iniciativas governamentais de regular ou estruturar aspectos da *internet* e seu conteúdo foram mínimas. Porém, com o crescimento da *internet*, começou a ficar clara a dimensão do meio e as ameaças potenciais ao Estado, tais como crimes cibernéticos, spam, golpes e a própria segurança nacional. Dessa forma, evidenciou-se que a *internet* deveria fazer parte do âmbito das políticas estatais.

A extensão do poder estatal no âmbito digital ainda não é claro. Contudo, uma das vertentes aceitas na comunidade internacional como legítima é a soberania do Estado em relação àqueles casos que envolvem proteção infantil online, crimes cibernéticos e proteção de dados. Algumas polêmicas abarcam alguns tipos de censura governamentais, incluindo censuras políticas, ataques à liberdade de expressão e restrições de conteúdo. De acordo com estudo produzido pela *OpenNet Initiative* (ONI) em 2007 (ZITTRAIN; PALFREY, 2007), já se sabia que dos quarenta países analisados, vinte e seis praticavam algum tipo de censura no nível nacional, se destacando a China.

Temas como segurança nacional, privacidade, monitoramento do fluxo de informação e impulso econômico simultâneo à proteção dos interesses nacionais (e seus usuários) criam barreiras delimitando o espaço cibernético. Os Estados começaram a priorizar a manutenção de dados dentro das fronteiras nacionais e esse movimento é impulsionado pela descoberta da extensão da vigilância cibernética empregada pelos Estados Unidos e o alcance da espionagem do governo norte-americano (CHANDER; LE, 2015). A proteção da infraestrutura nacional crítica para o funcionamento da *internet* nos parâmetros estabelecidos pelos Estados nacionais tornou-se primordial na agenda política e a potencial vulnerabilidade existente no meio afetou os ambientes jurídicos nacionais e internacionais.

Governos notoriamente censuradores alegam que a noção construída pelo Ocidente de uma *internet* aberta e sem filtro deveria ser encarada como algo relativo



e que a soberania estatal prevalece no ambiente digital, e o Estado tem direito de restringir ou modificar o fluxo de informação dentro do seu espaço nacional (MUELLER, 2011). A restrição de informação exercida pelo governo chinês inclui filtros em diversos tópicos, tais como direitos humanos, vertentes políticas oposicionistas, pornografia, minorias e, claro, movimentos pró-democracia.

Um dos principais exemplos de nacionalização da *internet* que se pode mencionar é a abordagem do governo chinês no sentido de se criar um espaço compacto sujeito às políticas nacionais. O sistema de monitoramento chinês, coloquialmente chamado de o Grande Firewall da China (GFW), é reflexo do eficiente método implementado pelo governo no âmbito digital. O sistema inclui filtragem de informações requisitos de licenciamento, controle do Estado do que pode ser compartilhado na *internet*, vigilância arbitrária e autoridade para punir ações contrária à vertente política chinesa. (MUELLER, 2011)

China e Rússia se destacam, a partir do início do século XXI, como atores ativos na busca do controle de políticas acerca da governança da *internet*, desafiando-se a hegemonia norte-americana na tomada de decisões e no controle dos aparatos digitais. A fim de se posicionarem na fronteira da inovação tecnológica e de lançarem a sua marca nacional, os dois países se utilizaram de empresas nacionais com grande alcance na *internet* para difundir suas respectivas políticas dentro e fora de seus territórios (BUDNITSKY; JIA, 2018). China e Rússia, respectivamente, têm como “estrelas” nacionais as empresas Baidu e Yandex. Deve-se, porém, ressaltar não só o papel governamental ativo dentro dessas empresas, mas também a influência do setor privado nas mesmas.

As políticas nacionais russas e chinesas tendem a seguir o estatismo econômico com o envolvimento ativo do Estado na economia, onde o autoritarismo mescla-se à experiência das economias capitalistas. No início dos anos 2000, China e Rússia buscaram alterar o cenário internacional hegemônico e utilizam-se de seus



recursos – incluindo os meios digitais – para fortalecer suas marcas e imagens internacionalmente. O engajamento da Rússia na liderança da governança da *internet* começa em 1998, quando o país propôs resolução sobre o desenvolvimento do debate sobre a segurança internacional no campo dos meios de comunicação onde já se notava a preocupação do Estado no papel de normatização do meio digital (NOCETTI, 2015). Nos anos seguintes nota-se a união sino-russa em diversas conferências e órgãos relevantes para a discussão da governança digital, tais como a Netmundial, Fórum de Governança da *Internet* e Congresso Mundial de Tecnologia e Informação.

O interesse chinês nas políticas de governança da *internet* global começa de forma crescente a partir de 2002 onde notou-se ação unilateral de empresas privadas como a ZTE e Huawei e, a partir de 2010, observa-se ação governamental ativa na normatização do meio digital no nível internacional. A partir de 2012, percebe-se a adoção de políticas autoritárias em relação ao controle da *internet* e começa a se construir um dos maiores controles de ciberespaços e, em 2014, o Estado chinês atua ativamente para incluir a diplomacia da *internet* na agenda do país, utilizando suas empresas nacionais a implementar sua visão e valendo-se de atores empresariais locais no cenário de governança da *internet* (BUDNITSKY; JIA, 2018).

A Rússia, desde 2000, adotou políticas restritivas onde prioriza-se a segurança nacional cibernética. Porém, até início do século XXI, notou-se pouco engajamento da sociedade civil na *internet* e, consequentemente, da ação governamental. A partir de 2008, com a eleição de Dmitry Medvedev, observou-se modernização e inovação no meio digital com a criação do Centro de Inovação Skolkovo, com o objetivo de incentivar o desenvolvimento tecnológico. Porém, com a volta ao poder de Putin, em 2012, o governo efetivou dezenas de políticas restritivas que acabaram por estatizar o espaço da *internet*. Com a crise ucraniana de 2014, a deterioração das relações com o Ocidente se aprofundaram, de modo que a



busca pela soberania digital tornou-se cada vez mais expressa (BUDNITSKY; JIA, 2018).

Os Estados Unidos começaram a formular políticas de segurança cibernética em 1988, com a criação da *Cyber Emergency Response Team* (CERT), equipe criada pela Universidade Carnegie Mellon e posteriormente absorvida pela *Homeland Security* devido ao alto número de invasões nos servidores existentes. Observa-se que principalmente o que diz respeito à regulamentação de políticas com o foco da segurança no meio digital tende a vir por parte do executivo norte-americano. Através dos anos, diversas diretrizes que buscavam a proteção acerca ao meio digital foram emitidas pelos presidentes Clinton, Bush e Obama. Observava-se até meados de 2009 a política americana de tentar frear o controle internacional de armas cibernéticas, pois acreditavam que poderia gerar a necessidade de criação de uma regulamentação restrita do meio digital e consequentemente reduzir o domínio tecnológico norte-americano, freando-se de tal maneira a abordagem liberal e expansionista adotada pelo governo. Porém, a partir do mandato do Obama, se nota a mudança de postura do governo americano, pois a noção da dependência estatal do governo ao âmbito digital cria receio a possível vulnerabilidade norte-americana. (SHACKELFORD; CRAIG, 2014). O *Cyber Command* (CYBERCOM) foi criado em 2009 com o objetivo de centralizar as operações cibernéticas nos EUA. Contudo, muito pouco se sabe de fato sobre as capacidades e atuação do mesmo. Deve-se ressaltar, no entanto, que uma política integral ainda não foi estabelecida pelo governo norte-americano. Até hoje se debate se a *Homeland Security* seria o órgão adequado para lidar com a temática cibernética.

### 3.3 Cibersegurança

Um dos grandes desafios enfrentados pela criação de políticas comuns de governança é a desconfiança gerada pelos ataques cibernéticos a mando do Estado. Um dos marcos na história para a discussão da autoridade do Estado e os direitos



relacionados ao direito de privacidade e a segurança da informação, no âmbito digital, foi a revelação por Edward Snowden, em 2013, da vigilância maciça de dados pessoais pela Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos (NSA).

Snowden forneceu detalhes de como o governo norte-americano conseguia maximizar sua vigilância através de grandes empresas tecnológicas – *Apple, Google, Microsoft* – que permitiam o acesso de informações de milhões de cidadãos à NSA. Apresentou documentos que comprovavam que a vigilância não se restringia nacionalmente e direcionava-se a atores políticos importantes e suas comunicações privadas. A escala dos dados obtidos pela entidade norte-americana em nome do contraterrorismo não só repercutiu mundo afora como desencadeou debates específicos relacionados aos limites existentes entre proteção de possíveis atos que venham ameaçar a segurança nacional e o direito de privacidade dos indivíduos.

Atores que antes não pressionavam para esse novo formato de legislação que potencializa a soberania estatal em relação aos assuntos associados ao meio digital, como é o caso da União Europeia, se convertem buscando proteção contra ataques cibernéticos americanos. Nações como Rússia, Iraque e Alemanha começaram processo de pesquisa para se criar domínio virtual estritamente nacional (EICHENSEHR, 2014). Um dos fatores que freou, de certa forma, a evolução do ambiente da *internet* se tornando estritamente nacional é o resultado do processo de globalização e de seus interesses econômicos.

O Marco Civil da *internet* brasileiro foi aprovado na Câmara dos Deputados em 25 de março de 2014 em resposta aos debates levantados após a descoberta pelo mundo da extensão de vigilância por parte americana. A lei aborda questões relacionadas à privacidade, neutralidade da rede e aplicação de imposição de obrigações civis aos usuários e provedores (DATYSGELD, 2017). Conforme avaliação de Hill (2015, p. 3), não podemos deixar de destacar outros atores que inflamaram a questão da guerra cibernética:



Various states have been accused of practicing cyber espionage or even of conducting cyber attacks. Not surprisingly, the USA accuses China (Sanger, 2013) and Russia (AP, 2011) of actively engaging in cyber attacks or at least in commercial cyber espionage. However, it is generally accepted that the USA and Israel conducted an apparently successful secret cyber attack on Iranian nuclear facilities, through the Stuxnet virus (Sanger, 2012), and that the US has invested significantly in cyber espionage (Gellman and Miller, 2013; Poulsen, 2015) and in offensive and defensive cyber capabilities (Harris, 2015).

A temática da cibersegurança é um dos principais assuntos debatidos em diversos fóruns internacionais dedicados a examinar assuntos relacionados à governança da internet, como por exemplo os eventos organizados pela *International Telecommunication Union* (ITU) (em 2007 lançou-se Agenda Global de Cibersegurança), *Internet Governance Forum* (IGF), *African Union* (em 2012 elaborou proposta de tratado em relação a crimes cibernéticos), OTAN (anualmente promove exercícios sobre a defesa do ambiente digital), *International Multilateral Partnership Against Cyber Threats* (IMPACT) e a *Shanghai Cooperation Organization* (sabe-se que pelo menos desde 2011 discute propostas sobre a normatização cibernética) (SHACKELFORD; CRAIG, 2014).

Em 2012, na realização da WCIT-12 (*World Congress on Information Technology*), a preocupação com a proteção do espaço nacional cibernético foi destaque até mesmo antes da realização da conferência. Em documentos divulgados anteriormente ao evento, Rússia, China e Irã propuseram que a alocação de todo tipo de política acerca da internet ficasse à definição do Estado nacional. A WCIT-12 foi organizada a fim de atualizar o Regulamento Internacional de Telecomunicações (ITRs), mas acabou sendo ofuscada pela assertividade dos Estados em buscar papel ativo na normatização do meio digital. A resolução acordada entre 89 países participantes da conferência admitiu que a governança da *internet* deveria ser entendida como um processo multissetorial, mas, que o papel dos governos





nacionais são importantes na construção de uma governança estável, segura e justa (SHACKELFORD; CRAIG, 2014).

A interferência russa nas eleições presidenciais americanas de 2016 exemplifica a vulnerabilidade do espaço cibernético americano e o alcance das ferramentas digitais. Em janeiro de 2017 a *Central Intelligence Agency* (CIA), a *Federal Bureau of Investigation* (FBI) e a *National Security Agency* (NSA) divulgaram que a Rússia utilizou as redes sociais para influenciar o resultado das eleições presidenciais nos EUA (MASTERS, 2018). Nota-se, porém, que atualmente as questões relacionadas à segurança no ambiente digital ofuscam qualquer tipo de discussão sobre a governança da *internet*. A cibersegurança tornou-se uma das pedras basilares na discussão sobre uma governança da *internet* global e tende a gerar mais divergências do que qualquer vertente discutida do tema. A segurança digital é difícil de seccionar-se, pois a *internet* foi criada com o intuito de transnacionalizar o espaço de forma que não só pessoas de diferentes lugares do globo possam interagir, mas que pessoas diferentes e temas distintos consigam se interligar. Um dos cenários importantes de trazer à tona na discussão sobre ciberespionagem é como a espionagem industrial pode adentrar o âmbito das relações governamentais entre nações. A prisão da diretora financeira de uma das maiores empresas de tecnologia de origem chinesa, a Huawei, por espionagem comercial, afetou diretamente as relações entre os dois países e foi fator determinante que contribuiu para o início de uma guerra comercial entre China e os EUA no ano de 2018.<sup>14</sup> As questões de segurança da *internet* foram levantadas e o lado americano alegou espionagem comercial exercida pelo lado chinês.

Entretanto, não foi a primeira vez que as preocupações sobre a segurança digital adentrou os discursos nacionais do Estado norte-americano. Em 2012 o

---

<sup>14</sup> USTR. 2018. Office of the United States Trade Representative. Available online: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/june/ustr-issues-tariffs-chinese-products> (accessed on 30 June 2018).



parlamento dos EUA publicou relatório onde acusava duas grandes empresas chinesas, ZTE e Huawei, de serem ameaças diretas à segurança nacional americana, pois a investigação interna gerou dados que sugeriam que as empresas privadas operavam juntamente com o governo chinês para atuar não no campo comercial, mas no sentido de fornecer dados necessários para colocar o governo chinês em vantagem. Em 2014, o Departamento de Justiça dos EUA indiciou soldados chineses por espionagem comercial, que segundo o governo americano invadiram as redes de diversas empresas nacionais de forma a obterem informações confidenciais, tudo a mando governo chinês. A questão da cibersegurança nacional é única no sentido que engloba não só os interesses da nação para seus cidadãos como também pode atuar de forma ofensiva contra seus próprios cidadãos em nome da segurança nacional. Não resta claro, ademais, quais os limites justificáveis de atuação do Estado no que diz respeito à defesa nacional.

#### **4 DISCUSSÃO SOBRE GOVERNANÇA DA *INTERNET* NO NÍVEL INTERNACIONAL**

Deve-se destacar o papel da *International Telecommunication Union* (ITU), fundada em 1865 com o intuito de mediar e auxiliar a conectividade dos existentes meios de comunicação, como rádio e órbitas de satélites. Produziu a citada entidade relatório em 1983 relacionando a acessibilidade à redes de informação com o crescimento econômico. A primeira *World Telecommunication Development Conference* surge sob supervisão do ITU em 1995, estabelecendo o *Centre for Telecommunication development*, que mais tarde foi incorporado à estrutura institucional do ITU (CHRISTOU; SIMPSON, 2012)

Um marco importante para o início de regras comuns a nível global para o funcionamento eficaz frente às novas tecnologias foi o tratado "Os Regulamentos Internacionais de Telecomunicações (ITR)" assinado em 1988, administrado pela ITU, que coordena com os países todos os tipos de redes de informação e



comunicação, desde fios de cobre até tecnologias de dado sem fio. Uma de suas principais funções, cumpre sublinhar, foi a estruturação de sistemas que suportassem chamadas internacionais (MULLER, 2002). Devido às novas inovações e tecnologias, em 1999 foi levantada a necessidade de uma atualização no referido tratado. Dessa forma, o pacto foi atualizado na *World Congress on Information Technology* (WCIT)<sup>15</sup> em 2012, a saber:

[...] considerado um tratado global vinculante destinado a facilitar a interconexão internacional e a interoperabilidade dos serviços de informação e comunicação, bem como assegurar sua eficiência e ampla utilidade e disponibilidade pública. O tratado estabelece princípios gerais para assegurar o livre fluxo de informações em todo o mundo, promovendo acesso acessível e equitativo para todos e lançando as bases para inovação contínua e crescimento do mercado.<sup>16</sup>

A ITU tem papel relevante em levantar questionamentos acerca ao mundo digital. É responsável por diversos seminários, tais como o *Global Symposium for Regulators* e o *World Telecommunication/ICT Policy Forum* (WTPF), os quais fornecem plataformas para reguladores e formuladores de políticas discutirem as principais questões que envolvem a constante mudança do ambiente digital (HILL, 2015; CHRISTOU E SIMPSON, 2012). O 11 de Setembro contribuiu para a adoção da Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime, elaborada pela Conselho Europeu em outubro de 2001. O tratado vinculativo com alcance internacional entrou em vigor em 2004 e seu texto promove a cooperação e assistência jurídica entre Estados, além de introduzir definições de termos relevantes para a normatização de leis criminais sobre delitos cometidos na *internet*. (DRAKE; CERF; KLEINWÄCHTER, 2016)

O ICANN sempre foi questionado devido ao seu controle unilateral e tendo em vista sua relação com o governo norte-americano, resultado de uma relação

---

<sup>15</sup> *World Conference on International Telecommunications (WCIT-12)*, ITU, <http://www.itu.int/en/wcit-12/Pages/default.aspx>

<sup>16</sup> <https://www.itu.int/pub/S-CONF-WCIT-2012/en>



contratual da organização com o Departamento de Comércio dos EUA. Além disso, com perpassar do tempo as tensões cresceram e culminaram numa série de debates a nível global sobre as políticas da *internet*, que levaram à realização da Cúpula Mundial da Sociedade da Informação (WSIS, sigla em inglês) em 2003 e 2005, patrocinada pela ONU (EPSTEIN, 2013). A *World Summit on the Information Society* (WSIS) é importante em definir e reconhecer o papel de atores não estatais na elaboração de políticas referentes à *internet*. O ICANN, mesmo com suas ligações governamentais, sempre foi uma organização privada, e em 2000 já era claro o forte papel das instituições privadas nos assuntos relacionadas à *internet*, tendo em vista principalmente a própria arquitetura do sistema operacional da *internet* que atuava multilateralmente por meio das múltiplas fronteiras.

Um importante ponto levantado pela China e pela Rússia na cúpula citada dizia respeito à definição mais abrangente de governança da *internet*, a qual deveria compreender não só nomes de domínio e questões técnicas, incluindo as temáticas de spam e de conteúdo ilegal. Além disso, a China propôs uma nova instituição intergovernamental de supervisão que abrangeria todos os assuntos relacionados ao âmbito digital, prezando pela soberania estatal, de responsabilidade da ONU, mais especificamente a União Internacional de Telecomunicação (UIT) (DATYSGELD, 2017).

Os defensores do ICANN, liderados pelos EUA, argumentavam que o sistema digital deveria ser analisado apenas levando-se em consideração as questões técnicas e por isso seria melhor administrada por uma corporação privada. Já em contraponto, outros países como a China argumentam que a *internet* deveria ser administrada sob o âmbito político e mais especificamente deveria ser administrada através de instrumentos das Nações Unidas (EPSTEIN, 2013)

A cúpula não foi capaz de resolver as divergências entre a concepção de governança da *internet*, devido à complexidade do assunto. A questão envolve



fatores políticos, econômicos e técnicos em razão da dependência do sistema ao aparato técnico que é de responsabilidade do ICANN. KLEINWATCHTER, 2004; KURBALIJA, 2016). Diversos setores foram inovados e outros criados com a introdução da *internet*, sendo manifesta sua importância para todos os aspectos sociais, comerciais e políticos.

Devem ser destacados, todavia, os fatores positivos da realização da WSIS, que formalizou a chamada prática do "multistakeholderism", em que "representantes de grupos de defesa do interesse público, associações empresariais e outras partes interessadas participam de deliberações políticas intergovernamentais juntamente com governos" (WSIS, 2005). Outro importante resultado da referida cúpula foi a criação de fórum multilateral global com presença do *multistakeholderism* no debate sobre assuntos referentes à governança da *internet*, o *Internet Governance Forum* (IGF), e o Grupo de Trabalho sobre Governança da *Internet* (GTGI).

Enquanto o GTGI foi fundamental em aprofundar o debate sobre *multistakeholderism*, o IGF foi formalizado para atuar na mediação de conflitos relacionados a decisões que influenciam diretamente o funcionamento da *internet*, assim como tornou-se palco para apresentar diversos esquemas normativos. (EPSTEIN, 2013). De uma perspectiva histórica o IGF é importante no que tange à demonstração de como os princípios de governança de um sistema de informação complexo são resolvidos.

Em 2004 as Nações Unidas criaram o *United Nations Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security* (UN GGE), o qual foca o contexto de segurança internacional com o intuito de fortalecer a segurança dos meios de informação e de telecomunicação (SILVA, 2008). Deve-se destacar seu papel em delimitar a agenda da segurança cibernética e introduzir o princípio de leis internacionais para o âmbito do mundo digital.



Inicialmente o GGE atuou como mediador das visões diferentes dos Estados, conseguindo avanços nas discussões sobre os temas propostos. Em 2011 a Índia depositou proposta para a criação de Comitê sobre Protocolo de *Internet* (CIRP) e Rússia e China depositaram proposta de Acordo de Cooperação de Xangai, o qual abordava normas para as questões debatidas referente aos direitos dos Estados no ambiente cibernético (BAJAJ, 2014). Com a elaboração do manual de Tallin<sup>17</sup> em 2013, se colocou em evidência a aplicabilidade da *internet* como ferramenta militar e sua importância fundamental em qualquer tipo de operação militar. Pode-se observar o seu reflexo no estabelecimento de comitê nas Nações Unidas para analisar a segurança cibernética e seu papel no campo militar.

A partir de 2014 - 2015 foi notado um claro entrave entre as partes sobre o direito inerente dos Estados, à autodefesa e à aplicabilidade do direito internacional humanitário aos conflitos cibernéticos. Esse debate se estendeu para o GGE mais atual (2016 - 2017), não sendo alcançado consenso relacionado ao tema (DATYSGELD, 2017). Em setembro de 2011 projeto conjunto para a criação de um Código Internacional de Conduta Internacional de Segurança da Informação foi apresentado na Assembleia Geral da ONU pela China, Rússia, Tajiquistão e Uzbequistão. O texto aborda a necessidade de cooperação entre Estados para impedir o alastramento de informações que incitem de qualquer forma a instabilidade política, econômica ou social. Não se obteve, contudo, a aceitação necessária, mesmo com a revisão do texto em 2015 (DRAKE; CERF; KLEINWÄCHTER, 2016).

O papel do setor privado na possível governança da *internet* deve ser destacado, pois a origem do ambiente digital e a forma como se utiliza a *internet* hoje em dia é resultado de um dos diversos modelos testados que com o auxílio de decisões técnicas e políticas resultaram na ascensão do setor privado. A questão do

---

<sup>17</sup> Documento acadêmico elaborado a pedido da OTAN por estudiosos e especialistas da área de crimes cibernéticos que aborda a aplicabilidade do direito internacional na internet.



modelo *multistakeholderism* é uma das questões discutidas em relação a governança da *internet* devido ao papel de organizações privadas desde a criação da própria *internet*. A definição da mesma pode ser encontrada no Parágrafo 34 da Agenda de Túnis de 2005 da WSIS:

Uma definição funcional da governança da Internet é o desenvolvimento e a aplicação por parte dos governos, do setor privado e da sociedade civil, em seus respectivos papéis, de princípios, normas, regras, procedimentos decisórios e programas compartilhados que moldam a evolução e uso da Internet.

O modelo propõe um sistema descentralizado aonde atores privados e da sociedade civil teriam papel no processo decisório de políticas relacionadas ao ambiente da *internet*. Como já abordado, a questão formal do *multistakeholderism* na governança da *internet* teve sua origem no primeiro WSIS, porém a questão na Cúpula não surgiu de um processo multissetorial devido a configuração da primeira WSIS onde a sociedade civil era permitida apenas no início dos debates.

A clara conexão de múltiplos setores com a concepção e funcionamento do ambiente digital, a crescente transnacionalidade existente devido a globalização, o papel exercido pela comunidade técnica e acadêmica reforçam a necessidade de inserir esse setor nas discussões relacionadas a formalização de uma legislação referente a *internet*.

Podemos ver como exemplo do modelo *multistakeholder* de governança da *internet* a *Internet Society* (ISOC), organização sem fins lucrativos que desde sua criação em 1992, procura atuar no sentido de facilitar o desenvolvimento operacional, de alcance, promovendo fóruns que permitam a multiplicidade de participantes para discutir políticas, a evolução do meio e tópicos relacionados a governança da *internet*. A ISOC é dividida em diversos *working groups* que lidam com tópicos específico relacionados ao meio digital como a Força-Tarefa de Engenharia da *Internet* (IETF), que discute e estabelece os principais protocolos da



*internet* e a Diretoria de Arquitetura da *Internet* (IAB, sigla em inglês), que oferece orientação técnica com o intuito de catalisar a evolução do meio digital.

A *Internet Society* desenvolveu quatro pilares para o funcionamento da evolução do modelo multistakeholder: “inclusão e transparência; responsabilidade coletiva; tomada de decisão e implementação eficazes; colaboração através de uma governança distribuída e Inter operável”.<sup>18</sup>

## **5 GOVERNANÇA DA INTERNET NA PERSPECTIVA DO NEORREALISMO**

Dada a fragmentação política atual no que diz respeito ao sistema liberal democrático, a análise neorrealista se encaixa de forma mais correta na análise de uma possível governança internacional da *internet*. O neorrealismo surge no contexto político do fim da Guerra Fria, da crise do petróleo, do crescimento das organizações internacionais, onde observa-se que a teoria realista não conseguia explicar satisfatoriamente o cenário internacional. Kenneth Waltz reformula a teoria realista, com o lançamento de seu livro *Theory of International Politics*, em 1979, reestruturando a vertente teórica original de forma a acomodar os desafios enfrentados no cenário político da época. Waltz afirma que o sistema internacional deve ser analisado de forma estrutural, sendo a anarquia a condição que orienta as relações internacionais, inexistindo poder central que consiga regular as ações estatais. Os estados interagem buscando a sua sobrevivência e a estrutura que rege o sistema internacional apenas se alterará se as grandes potências alterarem o status quo. Diz Waltz (1979, p. 145): “A distinção entre os domínios da política nacional e internacional não se encontra no uso ou não uso da força, mas nas suas diferentes estruturas.”

---

<sup>18</sup> Os objetivos ficam mais aclarados no site oficial da Internet Society. Saiba mais em: <https://www.internetsociety.org/resources/doc/2016/internet-governance-why-the-multistakeholder-approach-works/>





O neorealismo tem como principal pilar a centralidade do Estado na estrutura anárquica da política internacional e destaca como as relações de poder atuam como variável determinante para a definição dos tipos de relações existentes entre os Estados (WALTZ, 1979). A visão neorrealista sobre as organizações e regimes internacionais é determinante para entender como a teoria entende a cooperação entre Estados. As organizações internacionais não são encaradas como atores independentes e sim como mecanismos pelo qual os Estados podem-se utilizar, onde seu papel é reduzido a ferramenta estatal. As instituições são apenas reflexo das relações de poder existentes no cenário internacional que tendem a manter balança de poder existente. O neorealismo entende o cenário internacional como anárquico onde os Estados vão agir de forma a maximizarem seus interesses nacionais o que, leva a poucas ocasiões de cooperação internacional a longo prazo e, quando enfrentam a possibilidade de cooperação se encontram em condição incerta e insegura tendendo a, operar sob o dilema do prisioneiro, dificultando ainda mais a cooperação entre os agentes. Importante observar que a cooperação, qualquer que seja o arranjo dado, possui limitações, inclusive estruturais e relativas à capacidade dos agentes. Neste sentido, valiosa, mais uma vez, a preleção de Waltz:

Num sistema de auto-ajuda cada uma das unidades gasta porção de seu esforço, não a perseguir seu próprio bem, mas a arranjar os meios de se proteger dos outros. A especialização num sistema de divisão de trabalho funciona com vantagem para todos, apesar de não ser equitativa. A desigualdade na distribuição esperada do produto acrescido opera fortemente contra a extensão da divisão do trabalho a nível internacional. Quando confrontados com a possibilidade de cooperarem para ganho mútuo, os estados que se sentem inseguros devem querer saber como o ganho mútuo será dividido. São impelidos a perguntar não “Iremos ambos ganhar?”, mas “Quem ganhará mais?”. Se um ganho esperado é pra ser dividido, digamos, na razão de dois pra um, um estado pode usar o seu ganho desproporcional para implementar uma política virada para prejudicar ou destruir o outro. Mesmo a perspectiva de grandes ganhos absolutos para ambas as partes não invalida a sua cooperação desde que cada um tema a forma como o outro irá usar as suas crescentes capacidades.



Notem que os impedimentos à colaboração podem não residir no caráter e na intenção imediata de qualquer uma das partes. Em vez disso, a condição de insegurança – no mínimo, a incerteza de um em relação às futuras intenções e ações do outro – trabalha contra a sua cooperação. (WALTZ, 1979, p. 147)

Percebe-se, assim, que a visão da teoria realista sobre acordos internacionais aproximar-se da busca pela maximização dos interesses nacionais, de forma que a cooperação ocorrerá apenas quando os interesses individuais estatais sejam atendidos. A posição estatal como entidade soberana, como o único agente político legítimo internacional, coloca em segundo plano, por conseguintes, os regimes internacionais que são, em grande medida, reflexo da manutenção de poder existente. Além do mais, a lógica da maximização dos interesses nacionais é um paradigma que não deve ser desprezado em nenhuma hipótese. Em seu emblemático modelo teórico denominado “Mapa Estrutural das Sociedades Capitalistas”, Boaventura de Sousa Santos refere-se à maximização em questão como maximização da eficácia das nações no denominado espaço mundial (SANTOS, 1996).

Para que se possa compreender a fragmentação atual observada no cenário político mundial, a crise de legitimidade dos regimes internacionais e, ainda, a razão pela qual a criação de uma governança da *internet* é improvável, deve-se entender os problemas crescentes observados desde o pós-Guerra Fria. O mundo liberal que foi desenhado desde o fim da Segunda Guerra Mundial foi construído baseado nas organizações internacionais e na busca pela institucionalização da governança internacional de forma a alterar o sistema de equilíbrio de poder que atuava como mediador das relações estatais. Com o fim da Guerra Fria, observou-se uma segunda onda de reformulação do sistema internacional, marcada pelo fim da bipolarização do cenário internacional e pela intensificação da interdependência global. Buscou-se, deste modo, a utilização das organizações internacionais como ferramentas para facilitar o intercâmbio internacional e a migração (HOOGHE; LENZ; MARKS,



2019). Porém, com a legitimação cada vez maior dos arranjos institucionais globais (ex.: normativas da OMC), observou-se que as políticas que estabeleciam as relações internacionais foram adentrando o cenário nacional de forma a afetar diretamente as políticas nacionais, o que gerou reação tardia de modo a contribuir para o crescimento do protecionismo e no atual quadro enfraquecido dos regimes internacionais.

Mearsheimer (2019) destaca que a globalização atuou de forma a erodir a ordem internacional liberal, pois contribuiu para a ascensão de outras economias, o que cria um mundo multipolar onde, de acordo com o próprio autor, um mundo multipolar não suporta um regime ideológico como o liberal. A ascensão da China e da Rússia põe fim à ordem unipolar americana, emergindo por conseguinte uma nova ordem internacional baseada nos princípios realistas onde o balanço de poder atuará de forma a mediar as relações econômicas e políticas e, ademais, a apontar possíveis soluções de problemas comuns ao globo. A nova ordem liberal observada no período posterior à Guerra Fria foi fundada através da expansão de instituições internacionais de modo a criar ambiente que pudesse influenciar a maioria dos Estados e suas políticas, fator fundamental para a abertura comercial desejada de forma a maximizar o livre comércio. A crise financeira de 2008, a crise do euro, o *Brexit* e a crise de refugiados são exemplos de fatores que contribuíram para a descrença do liberalismo e a ascensão de políticas nacionalistas e protecionistas, por exemplo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Debater a fragmentação do ambiente digital é, em grande medida, um contrassenso, se pensarmos nos princípios de universalidade que foram utilizados na idealização da *internet*. Contudo, ao se analisar o ambiente digital, é necessário adicionar as vertentes políticas observadas no cenário internacional atual. A retirada



do Reino Unido da União Europeia, a crise dos refugiados, a sistemática saída dos EUA de diversos tratados internacionais (tais como o Acordo Transpacífico de Cooperação Econômica, o Acordo de Paris, o Acordo de Forças Nucleares de Alcance Intermediário, dentre outros), assim como a instabilidade das relações americanas junto à Organização Mundial do Comércio, as crescentes políticas protecionistas, tudo isto elucida a instabilidade atual de arranjos institucionais internacionais.

A atual fragmentação política internacional constitui derivação, segundo Mearsheimer (2019): (i) do favorecimento às organizações internacionais ao invés das políticas nacionais; (ii) da “hyperglobalization” que ocorreu pós-Guerra Fria, quando os esforços para diminuir as barreiras do comércio internacional intensificaram a interdependência global, tornando o cenário internacional mais instável e levando a crises financeiras mais recorrentemente; (iii) da limitação dos princípios basilares da ordem liberal, como a livre circulação de pessoas e a delegação de poderes a instituições internacionais, fatores que causaram fricção interna nos Estados, pois tendiam a se chocar com as crenças de soberania internacional de parte da população; e (iv) do fato de que a intensa globalização beneficiou em parte alguns Estados, causando, contudo, ao longo do tempo, problemas econômicos e políticos que provocaram o declínio da opinião favorável à ordem internacional liberal.

É precisamente neste contexto de fragmentação que deve ser situada a governança da *internet*, a qual compreenderá no futuro acordos bilaterais e, mesmo assim, de maneira muito esparsa. Entendo, por isso, que uma governança da *internet* no plano multilateral beira a impossibilidade. Há, atualmente, uma descrença em relação à capacidade de governança global das organizações internacionais, tendo em vista o atual cenário político. O extenso espectro do meio digital e os diversos atores relevantes a sua discussão criam barreiras ainda maiores no que diz respeito a uma normatização do meio. O ciberespaço foi construído de forma fragmentada



onde diversos atores distintos são importantes no seu funcionamento e na sua operacionalização, de maneira que construir acordos de governança para esta área é algo ao mesmo tempo complexo e improvável.

Nota-se que a proposta inicial idealizada de se criar um espaço transfronteiriço se transformou de forma que a busca pela universalização foi substituída pela fragmentação do ambiente digital, onde se constata a existência de políticas unilaterais a fim de filtrar o conteúdo disponível, mediante a aprovação de leis nacionais que imponham restrições em relação à privacidade, criando, assim, novas barreiras geopolíticas dentro do espaço cibernético.

Deve-se visualizar o ambiente digital além do âmbito político: o complexo ecossistema do espaço digital exige, por isso mesmo, um tipo de análise singular e específico em relação a sua regulamentação. A *internet* tem característica ímpar de estar em constante evolução, com alcance global; permite, além disso, modificações regulares promovidas por todos os seus usuários, indivíduos que a utilizam em seu potencial complexo, interligando diversos aspectos relevantes da política, economia e sociedade, criando, ao final, dificuldade no que diz respeito a sua regulamentação.

O que tem se observado é um movimento para a expansão do alcance nacional e comercial no ambiente digital de modo a proteger sua segurança e seus interesses individuais de maneira tal que a interconectividade e direitos humanos sejam deixados em segundo plano. A normatização que se observa no momento se concentra nas questões comerciais (como direitos autorais e intelectuais), na censura de conteúdos (por parte estatal e privada) e nos interesses geopolíticos. O potencial universal da *internet* tem sido constantemente freado por força de diversos fatores, em especial: (i) divergências em relação aos recursos críticos estruturais da *internet*; (ii) grande quantidade de instituições diferentes que exercem papel no funcionamento da *internet* (tais como ICANN, IETF, ITU, dentre diversos outros órgãos nacionais); (iii) posicionamentos distintos dos grandes atores estatais como



China (*internet* altamente filtrada), EUA (*internet* livre) e Rússia <sup>(19)</sup>; e (iv) priorização e preocupação com a cibersegurança nacional.

A descoberta da vigilância maciça exercida pela NSA atuou de forma a legitimar as políticas de proteção nacional no ambiente digital e incentivou a fragmentação desse local. A temática de cibersegurança é um dos maiores empecilhos na discussão de uma governança internacional da *internet* e tende a polarizar opiniões de modo que qualquer tipo de normatização no nível global seja extremamente improvável. A realidade é que para a formação de qualquer tipo de governança internacional seria necessário o apoio estatal incondicional. Devido ao atual cenário político e tendo em vista a multipolaridade observada, essa possibilidade de cooperação se afasta cada vez mais do campo das possibilidades.

Este artigo buscou analisar a diversidade de fatores que contribuem para o atual quadro fragmentado de regulamentação do meio digital. A multiplicidade de atores e interesses divergentes cria impasse no estabelecimento de uma governança da *internet* em nível global. O enfraquecimento dos organismos internacionais no cenário político internacional, os posicionamentos estatais divergentes, a quantidade de atores envolvidos na estrutura crítica da *internet* e, finalmente, as preocupações quanto à cibersegurança, evidenciam quadro fragmentado das políticas de normatização do ambiente digital.

## REFERÊNCIAS

BAJAJ, K. Cyberspace: post Snowden. *Strategic Analysis*, v. 38, n. 4, p. 582-587, 2014. DOI:10.1080/09700161.2014.918448. Acesso em: 1 maio 2020.

BUDNITSKY, S.; JIA, L. Branding Internet sovereignty: digital media and the Chinese–Russian cyberalliance. *European Journal of Cultural Studies*, v. 21, n. 5, p.

---

<sup>19</sup> A internet na Rússia é uma incógnita: não se sabe ao certo o nível de censura vigente no país no tocante ao uso da internet. Além disso, nos debates internacionais, a Rússia mostra-se contrária à governança compartilhada da internet.



594–613, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1177/1367549417751151>. Acesso em: 10 fev. 2020

CANABARRO, D. *Governança global da internet: tecnologia, poder e desenvolvimento*. 2014. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/114399>. Acesso em: 20 set. 2019

CHRISTOU, G.; SIMPSON, S. The influence of global internet governance institutions on the EU. In: COSTA, O.; JØRGENSEN, K. E. (eds.). *The influence of international institutions on the EU*: Palgrave studies in European Union politics. London: Palgrave Macmillan, 2012. p. 96-110. Disponível em: [https://link.springer.com/chapter/10.1057/9780230369894\\_6](https://link.springer.com/chapter/10.1057/9780230369894_6). Acesso em: 5 mar. 2019

CHANDER, A.; LE, U. P. Data nationalism. *Emory Law Journal*, v. 64, n. 3, p. 678-739, 2015.

DATYSGELD, M. W. *O papel da governança da internet dentro da governança global: um estudo de caso da ICANN*. Repositório Institucional UNESP, 2017. Disponível em: [https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/151066/datysgeld\\_mw\\_me\\_mar.pdf](https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/151066/datysgeld_mw_me_mar.pdf). Acesso em: 5 mar. 2019.

DENARDIS, L. *The emerging field of internet governance*. Yale Information Society Project Working Paper Series. 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1678343>. Acesso em: 12 fev. 2020

DRAKE, W.; CERF, V.; KLEINWÄCHTER, W. *Internet fragmentation: an overview*. World Economic Forum, Future of the Internet Initiative Whitepaper. 2016. Disponível em: [www3.weforum.org/docs/WEF\\_FII\\_Internet\\_Fragmentation\\_An\\_Overview\\_2016.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_FII_Internet_Fragmentation_An_Overview_2016.pdf). Acesso em: 22 dez. 2019

EPSTEIN, D. The making of institutions of information governance: the case of the Internet Governance Forum. *Journal of Information Technology*, v. 28, n. 2, p. 137–149, 2013. DOI: [doi:10.1057/jit.2013.8](https://doi.org/10.1057/jit.2013.8). Acesso em: 19 nov. 2019

EICHENSEHR, K. The cyber-law of nations. *The Georgetown Law Journal*, v. 103, p. 317, 8 Jan. 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2447683>. Acesso em: 11 jun. 2019



FINKELSTEIN, L. S. What is global governance? *Global Governance*, v. 1, n. 3, p. 367-372, 1995. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/27800120>. Acesso em: 20 out. 2019

FROOMKIN, M.; LEMLEY, M. *ICANN and Antitrust*. 2003 U. ILL. L. REV. 1. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/unilllr2003&div=9&id=&page=>. Acesso em: 1 fev. 2020

GATTO, R.; MOREIRAS, A.; GETSCHKO, D. Governança da internet: conceitos, evolução e abrangência. In: ZIVIANI, Artur; GONÇALVES, Paulo A. S.; FERRAZ, Carlos A. G. (org.). *Livro texto dos minicursos: XXVII Simpósio Brasileiro de Redes de Computadores e Sistemas Distribuídos*. Recife: Sociedade Brasileira de Computação, 2009.

HILL, J. *Internet fragmentation: highlighting the major technical, governance and diplomatic challenges for U.S. policy makers*. Berkman Center Research Paper; Harvard Belfer Center for Science and International Affairs Working Paper. 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2439486>. Acesso em: 2 Fev. 2020

HILL, R. Dealing with cyber security threats: international cooperation, ITU, and

WCIT. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON CYBER CONFLICT: ARCHITECTURES IN CYBERSPACE, 7. *Annals...* Tallinn, 2015. p. 119-134. DOI: 10.1109/CYCON.2015.7158473. Acesso em: 8 dez. 2019

HOOGHE, L.; LENZ, T.; MARKS, G. Contested world order: the delegitimation of international governance. *Rev. Int Organ*, n. 14, p. 731-743, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11558-018-9334-3>. Acesso em: 20 nov. 2019

INT'L TELCOMM. Union, Final Acts of the World Conference on International Telecommunications. 2012. [hereinafter ITU Resolutions]. Disponível em: <http://www.itu.int/en/wcit-12/Documents/final-acts-wcit-12.pdf>. Acesso em: 19 set. 2019

KLEINWATCHTER, W. Beyond ICANN vs ITU: how WSIS tries to enter the new territory of Internet governance. *Gazette: The International Journal for Communication Studies*, v. 66, n. 3-4, p. 233-251, 2004.

KURBALIJA, J. *An introduction to internet governance*. 7. ed. Mídia: DiploFoundation, 2016.





MASTERS, J. Russia, Trump, and the 2016 U.S. Election. *Council on Foreign Relations*, Nova York, fev. 2018. Disponível em: <https://www.cfr.org/backgrounder/russia-trump-and-2016-us-election>. Acesso em: 10 jan. 2020

MCCULLAGH, D. Should the UN administer the internet?. *CNET News.com*, 30 mar. 2005. Disponível em: <http://news.zdnet.co.uk/internet/0,1000000097,39193156,00.htm?r=1>. Acesso em: 19 mar. 2019.

MEARSHEIMER, J. Bound to Fail: The Rise and Fall of the Liberal International Order. *International Security*, n. 43, p. 7–50, 2019. Disponível em: [https://www.mitpressjournals.org/doi/full/10.1162/isec\\_a\\_00342](https://www.mitpressjournals.org/doi/full/10.1162/isec_a_00342). Acesso em: 12 jul. 2019

MUELLER, M. China and global internet governance: a tiger by the tail. In: DEIBERT, R.; PALFREY, J.; ROHOZINSKI, R.; ZITTRAIN, J. (eds.). *Access contested: security, identity, and resistance in Asian cyberspace*. Cambridge, MA: MIT Press, 2011. p. 177–194.

NOCETTI, J. Contest and conquest: Russia and global internet governance. *International Affairs*, v. 91, n. 1, p. 111–130, 2015. Disponível em: <https://academic.oup.com/ia/article-abstract/91/1/111/2326827>. Acesso em: 03 jan. 2020

PARE, D. J. *Internet governance in transition*. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 2003.

REDEKER, D.; GILL, L.; GASSER, U. Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights. *International Communication Gazette*, n. 80, p. 302–319, 2018. DOI: [doi:10.1177/1748048518757121](https://doi.org/10.1177/1748048518757121). Acesso em:

12 nov. 2019

ROSENAU, J. N. Governance in the Twenty-first Century. *Global Governance*, v. 1, n. 1, p. 13–43, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1996.



SILVA, M. *A geopolítica da rede e a governança global de internet a partir da cúpula mundial sobre a sociedade da informação*. 2008. Tese (Doutorado em Geografia Humana) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. DOI: doi:10.11606/T.8.2008.tde-18032009-112622. Acesso em: 03 mar. 2020

SHACKELFORD, S. J.; CRAIG, A. N. *Beyond the new 'digital divide': analyzing the evolving role of governments in internet governance and enhancing cybersecurity*, 50 STAN. J. INT'L L. 119, 2014.

USTR. *Office of the United States Trade Representative*. 2018. Available online: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/june/ustr-issues-tariffs-chinese-products>. Acesso em: 10 mar. 2020

WALTZ, Kenneth N. *Theory of international politics*. New York: McGraw-Hill, 1979.

WEINBERG, J. ICANN and the problem of legitimacy. *Duke Law Journal*, v. 50, n. 187, p. 187-260, 2000.

WSIS. World Summit on the Information Society. 2005. *Tunis Agenda for the Information Society WSIS-05/TUNIS/DOC/6* (Rev.1). Disponível em: <http://www.itu.int/wsis/doc2/tunis/off/6rev1.html>. Acesso em: 1 set. 2019

ZITTRAIN, J.; PALFREY, J. *Access denied: the practice and policy of global internet filtering*. Oxford Internet Institute, Research Report No. 14, Jun. 2007. Disponível em: <http://www.oii.ox.ac.uk/research/publications/RR14.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019



# O MUNDO CIBERNÉTICO: A GOVERNANÇA NA WORLD WIDE WEB E O IMPACTO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Georgia Maria Vasconcelos Pfeilsticker Ribas

## RESUMO

Essa monografia tem como objetivo maior defender o porquê estudar as Relações Internacionais no Meio Cibernético (CiberRI), um campo internacionalista, cujo o objeto de estudo é o impacto no mundo cibernético e nas relações internacionais, tendo como marco histórico a criação da ARPANET no final dos anos 60. Assim, a literatura envolve, os autores clássicos das Relações Internacionais, passando brevemente pela Ciência da Computação e Tecnologia da informação. O presente trabalho divide-se em três partes. A primeira parte faz um aparato histórico da criação da internet em si, fazendo uma análise relacionando as teorias de RI, com uma possível teoria cibernética. A segunda parte é discutida de forma a apresentar a problemática da securitização do espaço cibernético, e a apresentação do regime internacional e governança no mesmo âmbito. Por fim, o último capítulo apresenta dois casos práticos o caso Facebook + Cambridge Analytica e o caso Edward Snowden + Wikileaks, ajudando dessa forma a contextualizar alguns acontecimentos ciber internacionais. Esse estudo segue tanto o uso de métodos qualitativos quanto quantitativos, tais como pesquisa bibliográfica e documental e análise de reportagens, entre outros.

**Palavras-chave:** Ciberespaço. Relações Internacionais Cibernéticas. Securitização. Governança.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho de pesquisa exibirá o fenômeno tecnológico da Internet, a forma com que a tecnologia evoluiu nas últimas décadas, o procedimento histórico que deu



origem ao regime global para a sua governança e respectiva pauta temática que atrai o interesse para as relações internacionais. A criação da World Wide Web em 1989 e o avanço das tecnologias da informação no final do século XX, criaram o espaço cibernético como o conhecemos hoje. Essa evolução não foi só dentro do espaço virtual, mas também, na forma em como os Estados interagem no meio internacional.

Os mesmos estão intervindo mais nas dinâmicas do ciberespaço com a elaboração de estratégias de defesa, segurança e inteligência cibernética devido ao surgimento de novas tecnologias. A presente monografia argumenta as novas possibilidades de ameaças à segurança nas relações internacionais que vem se espalhando no ciberespaço pela ação de indivíduos, organizações e Estados Nações. Nesse aspecto, a justificativa científica para a realização desse trabalho é que o tema possui grande relevância para o campo de estudo das Relações Internacionais e possui pouca bibliografia no Brasil. O objetivo geral é fazer uma análise sobre a política de cooperação entre estados e o regime internacional bem como mostrar a importância que a governança na internet tem dentro do sistema internacional e assim, compreender a importância da cibersegurança, e ciberdefesa (Estados, Organizações Internacionais e indivíduos).

Não se pode isolar o meio cibernético ou a internet dos seus efeitos sobre a forma com que as nações interagem e definem regras de coexistência no meio internacional. As variáveis que permitiram o aparecimento da Internet e suas consequências políticas, jurídicas, econômicas e socioculturais não foram totalmente exploradas dentro do ponto de vista das relações internacionais. As ordenações institucionais que possuem o propósito de administrar o funcionamento das redes em escala global direcionam para a existência de mecanismos de governança que não se encaixam em moldes tradicionais do regime que coordena as relações entre os Atores no Sistema Internacional.



A presente pesquisa pode ser caracterizada enquanto seu recorte metodológico com natureza descritiva, explicativa e exploratória quanto aos fins e um estudo qualitativo quanto aos meios. Foi utilizado o método dedutivo, isto é, partindo do geral para o

particular, primeiro foi feito uma análise da história e criação do meio cibernético e depois estudou-se os casos práticos do Facebook + Cambridge Analytica e o caso Snowden + Wikileaks.

Com base nestas discussões teóricas e subsidiadas por esses procedimentos metodológicos, a presente monografia está estruturada por meio de uma lógica dedutiva em três capítulos, partindo de marcos históricos-teóricos, até se chegar a uma análise empírica de um estudo de caso. A base da monografia conta fontes primárias (reportagens em jornais e revistas, documentação governamental sobre o assunto e dados quantitativos) e fonte secundária (artigos e livros científicos e gráficos disponíveis sobre o assunto).

No primeiro capítulo, é apresentado o delinear histórico da criação da Internet, e sua delimitação de espaço, sendo diferenciado do espaço geográfico. Suas características também são apontadas, como temporalidade, fisicalidade, permeação, fluidez, participação, atribuição e responsabilidade. Ainda no primeiro capítulo é apresentado a instauração da internet no Brasil, e sua instauração em 1975, durante o governo de Ernesto Geisel; a importância de estudar o espaço cibernético nas Relações Internacionais, observando o movimento de institucionalização sobre a temática; e finalmente ao final do capítulo são apresentados os aparatos teóricos de Relações Internacionais, como o Neorrealismo e o Construtivismo, e suas relações com o ciberespaço.

O segundo capítulo é apresentado, a securitização no espaço cibernético, com o aumento em ataques e sequestros cibernéticos observou-se uma tendência do tema no mundo. A problemática da segurança multidimensional e a definição do mesmo



são apresentadas neste capítulo juntamente ao regime da governança no meio cibernético e nas relações internacionais, a reestruturação do setor de defesa e o estabelecimento da política de segurança da informação no Brasil.

No último capítulo são apresentados os recursos de poder no século XXI, onde no mundo atual encontramos grandes transnacionais das Tecnologias da Informação e Comunicação, que possuem uma maior parte dos recursos tecnológicos. Obtendo um grande poder sobre os padrões de comportamento e de consumo. Além disso, são apresentados neste capítulo o caso de vazamento de dados da empresa Facebook junto a Cambridge Analytica, que gerou uma grande repercussão e preocupação sobre a utilização indevida de dados dos usuários tanto na plataforma como fora dela. Não poderia ficar de fora dessa abordagem o famoso caso do Edward Snowden e do site Wikileaks, que publicou em seu site uma enorme quantidade de arquivos e informações secretas do governo dos Estados Unidos

## **1 ASPECTOS TEÓRICOS E HISTÓRICO DO ESPAÇO CIBERNÉTICO**

O Espaço Cibernético é criado através do espaço-tempo onde há oscilações com movimentos digitais; com inúmeros comandos, linhas de códigos, que representam fatos relacionados à comunicação, informação e tecnologia. Esse enorme “mundo” é formado por uma espécie de teia de informações que se vincula ao tempo, pois existe um período em relação ao envio e a chegada das informações.

A concepção newtoniana sobre o tempo é considerada uma unidade linear independente do espaço. Já a teoria da relatividade de Albert Einstein afirma que as grandezas de tempo e espaço formam juntos uma unidade cósmica indissociável. Em 1915, a teoria da relatividade geral mudou a concepção geométrica de espaço, deixando de ser tridimensional para ser quadridimensional.



Assim o espaço e o tempo deixam de ser concepções independentes para formarem “um objeto quadridimensional chamado Espaço-Tempo” (Hawking, 1995, p.40). A característica abstrata e a enorme dimensão do espaço cibernético dificultam a compreensão de seu tamanho. Por ser algo intangível, a mensuração desse ambiente se torna mais complexa do que aquela realizada nos demais espaços geográficos.

O espaço cibernético é extremamente amplo onde não há delimitações. Seu limite é o próprio imaginário humano e capacidade de projetá-la em inovação tecnológica. A constituição, o tratamento, transmissão e a acumulação desse enorme volume de dados acontecem sem delimitação de fronteiras e a informação hoje está disponível literalmente em qualquer lugar, basta com que o indivíduo tenha acesso a uma rede e um aparelho celular.

O espaço cibernético apresenta alguns aspectos bem diferentes do demais espaço geográfico, seja terrestre marítimo ou aéreo, que são considerados como concretos. Já o espaço cibernético é considerado por muitos estudiosos como um ambiente abstrato sendo um produto do imaginário humano.

Quadro 1.1 - Características do espaço cibernético

<b>Características</b>	<b>Significância</b>
Temporalidade	Modifica a nossa noção de tempo, a torna mais instantânea, devido a velocidade da troca de informação;
Fisicalidade	Através do espaço cibernético é possível ultrapassar as barreiras geográficas sem sair do seu local;
Permeação	É possível se infiltrar em fronteiras e jurisdições;
Fluidez	Está em constante alteração;
Participação	Devido ao fato de aumentar a possibilidade de ativismos políticos;
Atribuição	Em alguns casos, como a Dark Web, é difícil identificar os atores responsáveis;



Responsabilidade	Conectada, especialmente, com a sexta característica, devido à dificuldade, em alguns casos, de conectar o crime com o responsável, possibilita evitar mecanismos de responsabilidade.
------------------	--

Fonte: Arthur C. Maziero e Danielle J. Ayres Pinto, 2018.

Desde seus primórdios, os seres humanos modificam o espaço geográficos conforme a necessidades e interesses que vão surgindo, em um processo chamado de “territorialização” (RAFFESTIN, 1993). Dessa forma, os espaços são moldados em territórios conforme o contexto histórico e social de cada povo, mesmo que em um ambiente virtual como no caso do espaço cibernético. Assim, por ser uma criação humana, o espaço cibernético foi explorado como uma ferramenta de grande importância desde sua constituição, controlado satélites, radares marinhos até mesmo trilhos do metrô.

O processo de territorialização, conforme Raffestin (1993) também pode ser utilizado como um instrumento político, de controle e de poder. Nessa perspectiva, o espaço cibernético foi ampliado dentro de sua territorialização sendo atualmente distinto do próprio conceito de Internet, pois inclui não somente a rede conectada de computadores, mas qualquer grupo de equipamento que armazenam e trocam informações (CLARKE, 2010). Assim, pode-se inferir que o espaço cibernético é mais amplo do que a própria Internet, pois engloba também as intranets<sup>1</sup> e qualquer sistema que guardar informações, que são os principais recursos de poder desse espaço geográfico.

## 1.1 Histórico do Espaço cibernético

As primeiras fases da criação do que hoje chamamos de internet começou em 1960 no Estados Unidos da América, especificamente no Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT) (KNIGHT, 2014). Os pesquisadores do MIT procuraram

---

<sup>1</sup> Redes privadas de computadores





desenvolver uma espécie de comunicação através de “pacotes”<sup>2</sup> entre alguns computadores. O conceito de computadores em redes conectados por roteamento de pacotes em vez de comutação por circuitos foi desenvolvido por Joseph Carl Robnett Licklider, do MIT, em agosto de 1962 (KNIGHT, 2014).

A ideia de pacotes de dados foi desenvolvida por Licklider. Por meio dessa criação, seria possível identificar a origem do dado até o ponto de chegada, permitindo o envio da informação de um local a outro. Naquela época, Licklider era o primeiro gerente do programa de pesquisa de computação da Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA), conhecido atualmente como ARPA (KNIGHT, 2014).

Um segundo pioneiro, mas não menos importante para o desenvolvimento da internet, foi Paul Baran, que trabalhou como pesquisador financiado pela Força Aérea Americana na RAND Corporation na Califórnia (KNIGHT, 2014). Seu trabalho consistia em desenvolver um sistema que garantisse a resiliência da Força Aérea Americana após um ataque nuclear. A pesquisa de Baran consistia em criar uma comunicação descentralizado que em tese permitiria os militares de manter o comando e controles de aeronaves junto a mísseis nucleares mesmo depois de um ataque nuclear. Também considerado como um dos pais da internet, Vincent Cerf que hoje é Vice- Presidente da Google explica o papel de Baran:

Baran articulou a utilidade de empacotamento, embora tenha chamado as unidades como “Blocos de mensagem”, Seu sistema nunca foi construído. No entanto seu trabalho foi notado pelos especialistas de desenharam a ARPANET depois da conclusão do seu desenho básico. Enquanto eu estava dirigindo o programa da Internet tive como objetivo torná-la resistente a um ataque nuclear e, além disso, demonstrou sua capacidade de autorecuperação em cooperação com o Comando Aéreo Estratégico, utilizando rádios aéreos de comunicação por pacotes. Então, as ideias de Baran

---

<sup>2</sup> Conjunto de dados ou sequência de dados estruturados em uma unidade digital chamada pacote



encontraram terra fértil na Internet, ainda que não na ARPANET. (KNIGHT, 2014, p. 18).

A comunicação por pacotes possibilitou a criação da ARPANET, através de pesquisas do Departamento de Defesa dos EUA. Tornando-se operacional em 1969, quando quatro computadores foram conectados. Esse projeto não foi projetado para uso militar, mas sim para compartilhar recursos de comunicação entre universidades com o apoio de pesquisas do Pentágono. Eram elas a Universidade da Califórnia em Los Angeles, através de seu centro do desenvolvimento do “software”; o Stanford Research Institute; a Universidade da Califórnia em Santa Bárbara e a Universidade de Utah, todos beneficiários de contratos com a ARPA (KNIGHT, 2014).

Em seguida houve a criação do TPC/IP<sup>3</sup> que viabilizou a arquitetura aberta de comunicações em rede, permitindo assim a interconexão entre rede de computadores onde quer que estejam localizados. Novas pesquisas para o pentágono conseguiram estender o conceito de pacotes de redes para rádio terrestre e satélite, que acabaram sendo interconectadas a ARPANET (KNIGHT, 2014).

Depois de 1980, a Internet começou a se disseminar em um ritmo muito alto; conectando redes locais, microcomputadores e estações de trabalho. Em 1986, a ARPANET foi conectada a uma nova rede acadêmica a National Science Foundation Network - NSFNET, assim desativando a ARPANET em 1990.

Já na Europa, outro grande avanço aconteceu, na Organização Europeia para Pesquisas Nucleares (CERN). Em 1989, Tim Berners-Lee, físico e cientista da computação, propôs o uso de hipertextos de uma forma distribuída, que basicamente seria um conjunto de documentos armazenados em locais distintos interligados entre si por meio de pontos não hierárquicos que estão vinculados uns aos outros (KNIGHT, 2014). Esses então documentos poderiam ser resgatados usando uma plataforma de navegação; o que possibilitaria o uso em massa da internet. Dessa

---

<sup>3</sup> Transmission Control Protocol/Internet Protocol



forma Berners-Lee inventou e implementou a internet com o conceito de hipertexto, que hoje conhecemos com *World Wide Web*.

Outra criação que contribuiu para o que conhecemos como espaço cibernético hoje foi o sistema binário. A codificação das letras do alfabeto em uma sequência de dígitos binários foi devidamente aperfeiçoada pelo filósofo inglês Francis Bacon, em 1605.

Segundo Bacon, qualquer “objeto” poderia ser codificado. Após meio século, o filósofo alemão Gottfried Leibniz criou o sistema binário a partir de numerais<sup>4</sup>, como conhecemos hoje.

A partir de códigos criados através do sistema binário, os computadores realizam o processamento de dados, sendo que cada numeral, representa um *bit*<sup>5</sup>. Sem eles não seria possível fazer a leitura das informações enviadas.

Após o surgimento das diferentes redes, surgiu um novo tipo de conflito, a “Guerra de Protocolos” (KNIGHT, 2014). Essa disputa surgiu entre o desenvolvimento da comunicação baseada no TCP/IP. Com parcerias internacionais cada vez mais frequentes e com o surgimento de novas políticas industriais e tecnológicas houve a necessidade da criação de uma única linguagem para que todos os envolvidos pudessem interpretar e entender as informações utilizadas.

Assim foi criado o chamado *Hypertext Markup Language* (HTML), um tipo de código básico utilizado para a viabilização da comunicação na Internet. Em 1993, houve um grande avanço tecnológico com a introdução de um dos primeiros navegadores gráficos que possuía uma ampla divulgação chamado de “Mosaic”, que foi desenvolvido pelo National Center for supercomputing Applications (NCSA) da Universidade de Illinois nos Estados Unidos. Aquele momento abria a Internet ao público em geral.

---

<sup>4</sup> Sistema que usa como padrão de comunicação sequências formadas pelos numerais 0 e 1

<sup>5</sup> Bit é um dado, que pode ser utilizado em conjunto para formar informações



Existiu também a formação do *Hypertext Transfer Protocol* (HTTP), o protocolo primordial que estabelece conexões de internet em todo o mundo. Esse aperfeiçoamento também permitiu a origem do primeiro navegador de internet, o *WorldWideWeb* (WWW), em 1990. Embora as grandes inovações tenham acontecido principalmente nos Estados Unidos, cada região do globo apresenta sua própria história de integração e territorialização do espaço cibernético, inclusive no Brasil.

## 1.2 A Internet no Brasil

A Internet foi instalada no Brasil em 1975, durante o Governo de Ernesto Geisel. O então Ministério de Comunicações determinou que a Embratel seria responsável pela implementação e expansão da Rede Nacional de Transmissão de Dados. No início da década de 80, houve um grande interesse no país pela temática telecomunicação e computação. Esse enorme interesse refletiu-se em muitas conferências e programas de pesquisa.

Em 1979, a Agência de Telecomunicações Brasileiras anunciou um projeto para criar a Rede Latina Americana de Computadores (REDLAC). O objetivo era desenvolver pesquisas em comunicação de pacotes, redes locais e interligação de redes (KNIGHT, 2014, p.21). Naquela época, a criação de políticas públicas e incentivo a pesquisa durante o governo militar de Geisel (1975 a 1979) inicialmente foi elaborado pelo II Plano Nacional de Desenvolvimento

Essas políticas industriais procuraram desenvolver a indústria nacional de insumos e componentes eletrônicos. Isso geraria uma autonomia tecnológica assim como uma indústria de equipamentos eletrônicos. No mesmo período, em 1978, com o apoio e condecoração da UNESCO, o *Intergovernmental Bureau for Informatics dos EUA* foi criado por 35 países, incluindo o Brasil. Esse *Bureau* promoveu a



Informática nos países em desenvolvimento, incluindo também a criação de uma legislação de fluxos dos dados transfronteiriços (KNIGHT, 2014).

A posição Brasileira foi defendida pelo Tenente Coronel Joubert Brizida, Secretário Executivo da Secretaria Especial de Informática, durante a primeira Conferência Internacional sobre Fluxos de Dados Transfronteiriços que foi realizada em Roma, em junho de 1980. Durante seu discurso o Tenente Coronel falou que “O país que não se preocupa com o controle das informações estratégicas que utiliza corre risco de se tornar intoleravelmente dependente, através das telecomunicações, dos interesses de derivados grupos políticos e econômicos fora de suas fronteiras” (COMSCORE, 2013).

### **1.3 Uma Teoria sobre o Espaço Cibernético?**

A chamada “Teoria Cibernética” foi criada por um matemático estadunidense chamado Norbert Wiener, entre 1943 e 1949. Durante alguns anos Wiener trabalhou no MIT, onde estudou física probabilística e focou no estudo do movimento das partículas elementares em líquido, fenômeno conhecido como movimento browniano. Na segunda guerra, Wiener trabalhou para o governo norte americano com problemas matemáticos para desenvolver uma arma que seria capaz de atingir alvos móveis, que contribuiria com o desenvolvimento dos sistemas de uma mira automática, que ajudou a criar a Teoria Cibernética<sup>6</sup>.

A contribuição de Wiener não foi a constituição de hardware, mas sim a criação de um “recinto” onde computadores e autômatos fossem desenvolvidos. A

---

<sup>6</sup> A Cibernética é o estudo de autocontrole encontrado em sistemas estáveis, sejam eles biológicos, elétricos ou mecânicos. No início a Cibernética focava apenas na criação de máquinas auto reguláveis semelhantes ou comportamento do ser humano



epistemologia da palavra cibernética que provém do grego significa Timoneiro ou piloto. Em seu estudo Wiener percebeu que para que um computador o funcionasse deveria controlar suas próprias atividades. Um exemplo de sistema de autocontrole utilizado por Wiener é o termostato, que através da temperatura de um lugar específico onde se encontra regula sozinho a temperatura para mais quente ou frio.

A teoria cibernética pode ser vista por muitos como uma “super ciência” ou a ciência das ciências. Ela estimulou o estudo e pesquisas em áreas dos sistemas de controle e sistemas que trabalham com a informação. Um dos pontos de partida gerados pela Teoria da Cibernética nas mais diversas perspectivas do conhecimento é a possibilidade de reduzir todo fenômeno ou processo estudado à noção e ou a sua transmissão. A cibernética levou a alteração do homem em um conjunto crescente de atividades, gerando a autonomia de serviços que antes eram exercidos particularmente pelo homem.

É perceptível que as premissas do estudo da Cibernética possam ser aplicadas em vários campos da vida humana, principalmente quando se trata de comunicação e troca de informações. No que tange às relações internacionais, desde o final do século XX a temática do ciberespaço já se incorporou a agenda de muitos Estados e Organizações Internacionais. Especialmente no que tange à temática da segurança internacional, mediante do que se convencionou chamar de “segurança cibernética”.

Parte dessa temática emergente já se refere a alguns Estados, como os Estados Unidos, China e Rússia, sendo verdadeiras potências cibernéticas. Eles se destacam por serem capazes de produzir armas cibernéticas em um contexto de uma guerra cibernética e de defesa cibernética. Isso evidencia o que Nye Jr chama de poder cibernético.

Pelo o fato do campo do ciberespaço ser multidisciplinar, o mesmo reivindica espaço nas demais ciências sociais, como por meio das Relações Internacionais. Na Era da Informação, a informação é poder, o ciberespaço como um novo espaço de



interação social é a manifestação para as diversas formas de dominação, tornando-se uma fonte de exercício e difusão de poder. Por este viés, afirma-se que o objeto das Relações Internacionais no espaço cibernético são as próprias relações de poder através da detenção de informações neste ambiente.

A criação da tecnologia digital, da internet e de recursos como a realidade virtual passou a interferir na cognição humana. Da mesma forma, conflitos de interesses seguem também a evolução tecnológica, havendo a necessidade de se criar regulamentos para gerir as relações sociais e políticas no espaço cibernético. Assim, pode-se inferir que a informação que circula são recursos desse território, sendo o usuário o operador deste recurso, não sendo parte constitutiva desse território.

Atualmente, muito se tem falado sobre a equiparação do espaço cibernético a um espaço geográfico, delimitação de fronteira, soberania de Estado, controle governamental e disputa de poderes (PORTELA, 2016). Em meio a tantas colocações, a resposta do que é o espaço cibernético pode ser apontada pela Geografia, mais especificamente pela Geopolítica, conforme Gonzales e Portela (2017).

A relevância do espaço cibernético para o Estado tem uma relação direta com seu poder e soberania, concepções que estão relacionados ao espaço. Sendo o espaço cibernético um tabuleiro de xadrez onde há uma vasta disputa de poderes, que avidamente tem crescido e impactado na geopolítica do mundo, seu domínio é uma ferramenta desejada. Tornando assim, o estudo do espaço cibernético algo extremamente necessário para que se possa entender as relações de poder entre os Estados dentro desse meio, pois o ciberespaço é uma extensão do sistema social e político.

Com o crescimento da importância da questão cibernética para a disciplina das Relações Internacionais, é necessário discutir conceitos essenciais para melhor compreender os problemas atuais. Nesse campo científico observa-se um movimento



de institucionalização sobre tal temática nas principais universidades do mundo, sem se esquecer da crescente quantidade de publicações científicas nesta área (PORTELA, 2016).

Isso deve-se, em grande parte, ao aspecto securitário que envolve este ambiente, a Segurança Cibernética, a ponto da comunidade gnosiológica de RI falar, até mesmo, em termos como, arma cibernética, defesa cibernética, guerra cibernética, Guerra Fria cibernética, poder cibernético e potências cibernéticas. O descobrimento mais importante, à luz do valorativo de pesquisa, diz respeito à criação e ao reconhecimento do subcampo de Relações Internacionais Cibernéticas (CiberRI) em RI.

Ausência de uma teoria das Relações Internacionais para o espaço cibernético se dá por ser um objeto de estudo relativamente novo em comparação com o estudo das relações internacionais que por exemplo no ano de 2019 completou 100 anos. Além de ser uma disciplina nova, por ser uma temática intensamente técnica para desenvolver-se uma teoria cibernética nas reações internacionais deve-se haver pelo menos um conhecimento básico sobre tecnologia da informação, informática e comunicação digital.

## **1.4 Espaço cibernético a luz das teorias de Relações Internacionais**

O subcampo internacionalista de Relações Internacionais Cibernéticas (CiberRI), que aqui se defende, não paira apenas no mundo das ideias; este subcampo também ganha vida mediante sua aplicação no meio empírico. Em outras palavras, teoria e prática se juntam, à luz de elementos teóricos de Relações Internacionais, conforme explicado por Gills Vilar-Lopes (2017).

Interpretar o poder neste novo domínio, com novas características, à luz das teorias das Relações Internacionais torna-se imprescindível. Dentre as diversas tentativas de entender as dinâmicas das relações internacionais existem três teorias





que podem ser aplicadas ao ciberespaço na tentativa de entendê-lo: Neorealismo, ou Realismo Estrutural; Neo-institucionalismo; e, Construtivismo.

O Realismo Estrutural é uma das teorias mais estudadas e utilizadas na área das Relações Internacionais. Também uma das mais coesas, pois os seus representantes utilizam das mesmas premissas em seus estudos, resguardado algumas variações. Nesta corrente teórica, o Estado é entendido como o único e/ou principal ator das relações internacionais. Essa teoria foi a primeira a interpretar as relações internacionais como um sistema, considerado pelos teóricos como o terceiro nível de análise.

Segundo Waltz (1979) este sistema internacional é baseado em três pilares: a autoajuda, a anarquia e o dilema de segurança. Com o objetivo de melhor entender e prever os acontecimentos, a teoria em si faz algumas generalizações. A principal delas explica que dentro do ambiente anárquico, onde não há a possibilidade de confiança entre atores, o objetivo máximo dos Estados é sobreviver neste meio e acumular o maior poder possível, resguardando cada vez mais sua sobrevivência, em uma relação correlata.

Ainda sobre essa corrente teórica, seus dois principais autores são Kenneth Waltz, como explanado acima, e John Mearsheimer. Através dos dois é possível perceber dois entendimentos sobre poder que se complementam, sendo que os poderes são as capacidades dos atores dentro do sistema, as quais são atribuídos aos mesmos (WALTZ, 1979). Além disso, o poder pode ser medido através da comparação entres os atores.

De maneira a complementar o pensando de Waltz (1979), Mearsheimer dispõem a ideia de que o poder possui duas dimensões: o poder potencial e o poder real. O poder potencial é baseado na população e o nível de riqueza que o Estado possui. Por sua vez, o poder real baseia-se na capacidade militar, podendo dessa forma ser medido de uma forma mais concreta do que o poder potencial.



A corrente teórica neoliberal, tal qual a Neorrealista compreende o Estado como um ator racional e o principal, mas não o único, nas relações internacionais. Além disso, também compreende o sistema como anárquico. Porém, diferentemente da corrente anterior, foca seus estudos no papel exercido pelas instituições, oficiais e oficiosas, em um sistema internacional, no qual os atores, a partir do século XX, são cada vez mais interdependentes. (STERLING-FOLKER, 2013).

A interdependência entre atores ou Estados no cenário internacional ocorre quando há efeitos de custo recíproco, pois, ela diminui a autonomia de cada ator. Dessa forma, independentemente da decisão, sempre haverá custos e não há garantias de que os benefícios superam os malefícios. Nesse sentido a realidade é percebida através da ideia da interdependência complexa.

Esta teoria possui três características: os canais múltiplos que conectam a sociedade, incluído os atores não estatais; a multiplicidade dos problemas tratados nas agendas das relações interestatais e a não existência de uma hierarquia consistente e clara entre os assuntos; por último, a força militar não é empregada entre estados dentro da interdependência complexa (KEOHANE; NYE JR, 2011). O poder é aqui pensado através da relação com o outro, com a capacidade do ator “A” em fazer com que o ator “B” faça algo que do contrário ele não faria:



Quadro 1.2 – Faces do poder relacional segundo Nye

PRIMEIRA FACE: A usa ameaças ou recompensas para alterar o comportamento de B em relação às preferências iniciais e estratégias. B sabe disso e sente o efeito do poder de A.

SEGUNDA FACE: A controla a agenda de ações de maneira a limitar as escolhas de estratégia de

Fonte: NYE JR (2012, p.36)

Além disso, nessa teoria de Nye Jr (2012), o poder é dividido entre *hard power* e *soft power*. O primeiro refere-se à capacidade de impor suas exigências através de meios coercitivos, militares ou econômicos. O segundo refere-se à capacidade de “A” conseguir o que deseja através da atração e não coerção, ou seja, moldar a visão de “B”, para que ele também compartilhe do mesmo desejo.

A partir deste conceito e para melhor entender seu papel na interdependência, é necessário dividir as relações de poder em duas dimensões: sensibilidade e vulnerabilidade. Isto é, em um mundo da interdependência complexa todos são sensíveis às escolhas do outro. Entretanto, uns são mais vulneráveis devido à falta de alternativa para mudar aquele cenário político.

Por sua vez, a teoria construtivista dentro do campo das Relações Internacionais possui alguns pontos que convergem com outras vertentes dentro do construtivismo. Essas vertentes estudam como os objetos e práticas, especialmente os entendidos como naturais, foram construídos numa interação agente e estrutura (FEARON; WENDT, 2002) sendo dessa forma que todos retratam o mundo como



*“intersubjectively and collectively meaningful structures and processes”*<sup>7</sup>(ADLER, 2013, p. 121).

Assim, as relações internacionais são concebidas como socialmente construídas, permeadas de valores sociais e normas que regulamentam essa relação. Dessa forma, não são apenas resultados da ação de um indivíduo, mas do conjunto de atores que compõe o sistema internacional.

Algumas características do Construtivismo são de importante destaque. A primeira é a atenção especial dada ao papel das ideias na construção da vida social, estas para obterem alguma relevância social necessitam ser transformadas em práticas. A segunda característica é que o construtivismo não toma os agentes ou sujeitos como dados e, portanto, é de seu interesse demonstrar como eles foram construídos (FEARON; WENDT, 2002).

Por entender que o mundo social é construído pelos indivíduos, a concepção de poder para os construtivistas não pode estar focada apenas nas capacidades materiais, pois estas apenas só ganham sentido a partir da socialização dos atores (GUZZINI, 2013).

Percebendo a complexidade que as relações internacionais ganham dentro do cibernético bastante complexos, as teorias abordadas podem ser aplicadas para compreender os “problemas” e efeitos desse ambiente no cenário internacional. De acordo com a teoria neorrealista a concepção de poder é pensada e medida através das capacidades de cada Estado, ou seja, a de exercer o poder através da coação do outro ator.

A dificuldade de se entender o poder cibernético é que ter poder nesse ambiente não necessariamente indica a existência de mais recursos, como por exemplo armas cibernéticas. A teoria apenas considera como principais atores as

---

<sup>7</sup> Estruturas e processos intersubjetivamente e coletivamente significativos [tradução nossa]



grandes potências. Havendo, portanto, uma dificuldade dos Neorealistas em compreenderem o movimento de transferência de poder dentro do meio cibernético, pois se comparado com o mundo físico, o surgimento e a capacidade de ação dos atores estatais ou não-estatais no mundo cibernético é muito maior.

Já na teoria neoliberal entende-se o conceito de poder de uma maneira mais ampla, dividindo o poder em *hard power* e *soft power*, não apenas considerando seus aspectos material, mas trazendo para análise as instituições e atores não estatais diferente da teoria realista. Assim, essas características possibilitam entender melhor os efeitos do poder cibernético nas relações internacionais. Por exemplo, através dos conceitos de *hard power* e *soft power* é possível compreender as ações de grupos terroristas, que não ou quase não utilizam o espaço cibernético para ataques diretos, mas sim de maneira efetiva e constante para exercer o *soft power*, principalmente nos processos de convencimento de novos membros para compor o grupo (NYE JR, 2012).

Através da ideia de interdependência complexa, que o espaço cibernético expandiu o grau de interações entre os atores, em suas duas abstrações, sensibilidade e vulnerabilidade. É possível pensar como o poder cibernético aumenta o que é sensível entre os Estados e ao mesmo tempo auxilia a diminuir os aspectos vulneráveis de cada um dos Estados menores perante os maiores. Isso se dá devido ao desenvolvimento de tecnologias próprias e não permanecer refém das mudanças tecnológicas nas grandes potências (MAZIERO, 2018, p. 09).

Por fim, mas não menos importante, a concepção que possui uma maior amplitude pertence a teoria construtivista. A teoria não apenas pensa que a relação de poder entre os agentes é algo relacional, mas algo que decorre da socialização dos atores e de suas identidades. Através dessa teoria é possível entender a questão cibernética nas relações entre os agentes estatais, na criação de instituições e nas



organizações que se responsabilizam por esta questão. O Construtivismo também demonstra que o meio cibernético e sua segurança são assuntos de caráter nacional.

Logo, os assuntos cibernéticos podem dentro do construtivismo serem considerados dinâmicos, de ações ofensivas ou defensivas. Se transformando em um novo espaço de poder para o ator estatal, com influência também de atores não estatais. Consta-se dessa forma que a teoria construtivista seja talvez a melhor para analisar esse novo espaço, onde há a interação das dinâmicas de poder no sistema internacional e a influência de atores não-estatais, desde setor privado até a figura do próprio indivíduo.

## **2 SECURITIZAÇÃO DO ESPAÇO CIBERNÉTICO**

Com o enorme aumento em ataques e sequestros cibernéticos no mundo, observou-se um movimento de securitização do tema no mundo, promovendo diversos debates que envolveram países e organizações internacionais. Dentre as diversas, podemos citar Organizações como a Aliança para a Segurança das Nações Unidas e a Prosperidade da América do Norte (ASPAN), a Aliança do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), a Organização para Cooperação de Xangai (OCX) e a própria Organização das Nações Unidas.

Essa preocupação veio crescendo de uma forma exponencial principalmente depois dos muitos acontecimentos como a ciberguerra entre a Rússia e a Estônia, em 2007 e o conflito cibernético entre a Rússia e a Geórgia, em 2008. Esses dois casos são uns dos mais conhecidos mundialmente, pois geraram uma grande repercussão mundialmente abrindo uma nova série de debates que até então pouco se falava.

Os ataques cibernéticos da Rússia à Estônia, em 2007, e à Geórgia, em 2008, contribuíram para a inserção do tema de segurança cibernética na agenda internacional (LOBATO & KENKEL, 2015). Ainda, em 2010, outro ataque mobilizou os países, um vírus chamado Stuxnet foi instalado nas instalações



nucleares iranianas, tendo como objetivo danificar as centrífugas do programa nuclear iraniano (LOBATO & KENKEL, 2015).

A partir desses eventos muitos países começaram a debater sobre segurança cibernética e a grande necessidade de se desenvolver as estruturas e instituições defesa cibernética.

A fim de evitar futuros ataques muitos países iniciaram abordagens para encontrar soluções sejam elas multilaterais em cooperação, formulando políticas e legislações que protejam as nações e seus indivíduos de ataques cibernéticos.

Joseph Nye Jr (2010) divide os atores do espaço cibernético em três categorias: governos, organizações com redes altamente estruturadas e indivíduos. Destaca também que o baixo custo de se cometer um ataque cibernético é um fator permissivo para que pequenos Estados e atores não estatais tenham um papel significativo nesse ambiente.

Nye Jr (2010) também comenta sobre a dificuldade de afirmar que determinado Estado é dominante no espaço cibernético, como alguns o são no mar ou no ar, pois mesmo aqueles Estados que tenham consideráveis recursos de *soft* e *hard power*, estão lidando com novos atores e com novos desafios inerentes ao espaço cibernético.

Ademais, mesmo que alguns países possuem leis nacionais que tipificam o crime, ainda não há um tratado internacional abrangente que lide com os crimes e criminosos atuantes no espaço cibernético. Trata-se de um entrave a este tipo de punição, pois, na maioria das vezes, os ataques cibernéticos são provenientes de outros Estados, e a inexistência de um tratado desse tipo dificulta a punição aos respectivos criminosos (KRAMER, 2009).

O maior tratado internacional feito acerca do tema foi a Convenção de Budapeste, que foi elaborada em 2001, no âmbito do Conselho da Europa. Dos



países da América do Sul, somente a Argentina e o Chile ratificarem este tratado, porém, apesar de não ser tão abrangente, ele reconhece a importância da cooperação internacional na luta contra os crimes cibernéticos (CONVENÇÃO DE BUDAPESTE, 2001).

A importância da segurança do espaço cibernético é embasado na proteção das infraestruturas críticas nacionais, pois um ataque de grandes proporções poderia fazer com que informações detalhadas sobre planos militares acabasse em posse de grupos ou Estados inimigos, debilitando as estratégias do Exército, além de poder causar o bloqueio de dados bancários e interferir na bolsa de valores. Sistemas de transporte e de saúde também poderiam entrar em colapso ao serem violados em um ataque (MIRANDA, 2009).

Cabe ressaltar ainda, que de acordo com Meyer (2016), a maior parte das infraestruturas do espaço cibernético pertencem ao setor privado, fato esse que reitera a importância da cooperação entre esses dois setores.

A segurança cibernética tem como fundamento geral garantir a segurança pública no espaço cibernético, tentando proteger o espaço cibernético contra os ilícitos nacionais e internacionais e evitando que os atores que utilizam este espaço tenham seus dados violados ou disseminados por criminosos que neste espaço atuam. Carvalho (2011) define a segurança cibernética como

A proteção e garantia de utilização de ativos de informação estratégicos, principalmente os ligados às infraestruturas críticas da informação (redes de comunicações e de computadores e seus sistemas informatizados) que controlam as infraestruturas críticas nacionais. Também abrange a interação com órgãos públicos e privados envolvidos no funcionamento das infraestruturas críticas nacionais, especialmente os órgãos da Administração Pública Federal (APF) (CARVALHO, 2011, p. 10).





Já a defesa cibernética está no âmbito das relações entre os Estados, envolvendo o poder cibernético e a guerra cibernética. O Ministério da Defesa do Brasil a define como:

Conjunto de ações defensivas, exploratórias e ofensivas, no contexto de um planejamento militar, realizadas no espaço cibernético, com as finalidades de proteger os nossos sistemas de informação, obter dados para a produção de conhecimento de inteligência e causar prejuízos aos sistemas de informação do oponente. No contexto do preparo e emprego operacional, tais ações caracterizam a Guerra Cibernética (BRASIL, 2010 apud CARVALHO, 2011, p. 18).

Devido às vulnerabilidades inerentes ao espaço cibernético – facilidade e baixo custo de se realizar um ataque cibernético a qualquer um de seus atores; dificuldade de imputar um ataque cibernético; facilidade de realizar um ataque sob garantia de anonimato; falta de regulamentação deste bem comum – e por se tratar de uma ameaça existencial, alguns Estados têm optado pela securitização desse espaço.

Assim sendo, alguns Estados têm buscado lidar com ataques cibernéticos de diversas maneiras, a partir da cooperação internacional, instituições, estabelecimento de políticas, para que, dessa forma, possa ser assegurado o bem-estar dos usuários, a segurança nacional.

## **2.1 A problemática da segurança multidimensional**

O conceito de Segurança Multidimensional foi definitivamente estabelecido na Conferência Especial sobre Segurança realizada na Cidade do México em 2003. Durante a conferência, o conceito de Segurança Multidimensional ajudou a entender como essa nova modalidade de guerra, como a ciberguerra, tem ganhado projeção entre os Estados.

O espaço cibernético é um teatro de guerra caracterizado pela (in)segurança multidimensional, uma vez que a mesma possui tanto um caráter de ameaça



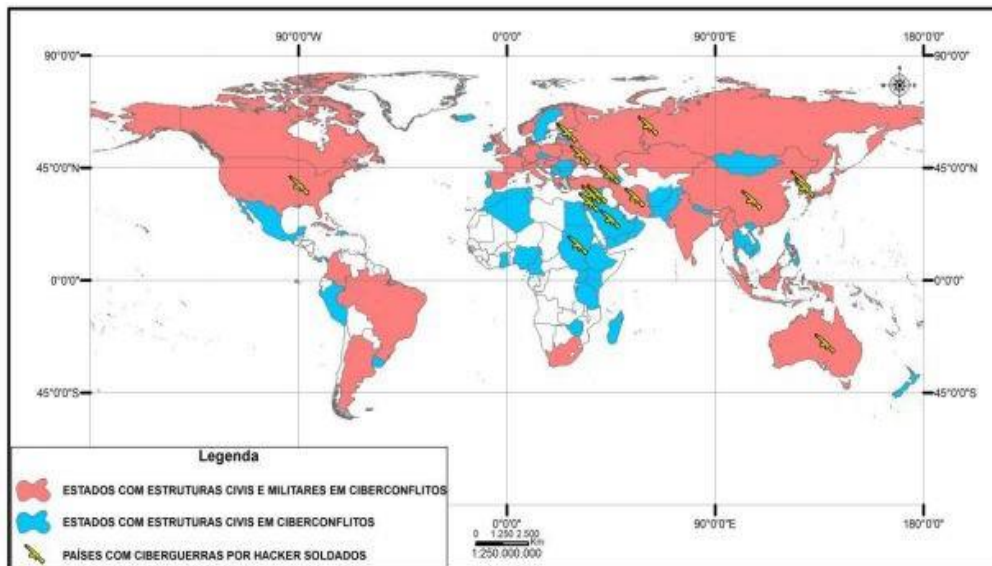
tradicional interestatal quanto de nova ameaça. (RAMOS ,2015). Tendo em vista, que com a intensificação da globalização, não só os Estados e Organizações Internacionais tornam-se alvos, mas os próprios indivíduos e empresas, a ciberguerra trata-se de uma questão de insegurança do sistema mundial como um todo.

A perspectiva de segurança multidimensional obtém relevância à medida que elucida porque a segurança cibernética antes de ser puramente e exclusivamente de uma ótica internacionalista, passa a ser então visualizada dentro de uma agenda multidimensional, com reverberação em agendas securitárias tênues de natureza civil e militar. (DAVID, 2001).

O grande dilema da segurança é que o mesmo possui multidimensional, trazendo junto a ele uma diversidade de arenas e atores com fronteiras nem sempre convergentes. Percebe-se esse dilema em dois pontos, o primeiro sendo a indefinição de fronteiras dentro do espaço cibernético, separando o nacional do internacional, e o segundo sendo a indefinição de quais estruturas estatais atuariam no espaço cibernético, se seria m as estruturas civis, de segurança pública, ou as estruturas militares, de defesa.

Com base na análise de cyber conflitos, na identificação e categorização de sua natureza e *stakeholders* envolvidos, mostra-se a possibilidade de uma apreensão da espacialização dos campos de poder dos ciber conflitos, de uma forma, a mostrar, tanto as forças descentralizadas dos ataques cibernéticos, quanto as forças centralizadas, dos meios civis e militares, conforme podemos vislumbrar:

Figura 2.1 - Estruturas Civis e Militares da ciberguerra



Fonte: SENHORAS,2014.

A existência de estruturas civis e militares com ações realizadas principalmente por hackers soldados como observado nos Estados Unidos, Rússia, China, Coréia do Sul, Coréia do Norte, Austrália, Estônia, Geórgia, Ucrânia, entre outros países gera ainda mais instabilidade no sistema internacional, pois dessa forma torna-se mais difícil o Estado ter controle sobre os ataques cibernéticos.

## 2.2 A Governança nas Relações Internacionais

Há um regime de governança da Internet no plano internacional que vem sendo moldado nas quatro últimas décadas. Esse evolui conforme interesses de atores que, em contexto de competição tecnológica global, apresentam um diferencial de poder oriundo do conhecimento de que dispõem sobre novos padrões tecnológicos e de sua capacidade relativa de acompanhar e influir na própria evolução de tais padrões.



Por exemplo, o uso da língua inglesa como o padrão adotado para endereçamento dos sítios eletrônicos em escala global constituiria fator a preservar as vantagens iniciais dos Estados Unidos como “*first movers*” (CRUZ, 2006, p. 21). Esse tipo de diferencial habilitaria alguns atores a compreender melhor que outros as implicações políticas e econômicas resultantes do regime em formação e, conseqüentemente, influir na definição das regras e na escolha dos padrões globalmente aplicáveis.

No intuito de delimitar a governança da Internet, faz-se necessário dar atenção ao significado e à extensão do termo governança e aos motivos do seu uso para designar o conjunto de mecanismos relacionados à gestão da Internet no plano global.

James Rosenau (2000) faz distinção entre governança e governo. Afirma que governo sugere um conjunto de atividades sustentadas por autoridade formal e poder de implementar decisões tomadas em determinado contexto político-institucional. Governança, por sua vez, estaria relacionada a atividades apoiadas em objetivos comuns, que podem ou não derivar de responsabilidades formais, porém não dependem do exercício de poder coercitivo para serem aceitas. Nessa perspectiva, o conceito de governança englobaria o de governo, mas a ele não se limitaria, abrangendo também um conjunto de decisões tomadas por atores não governamentais, aceitas e tacitamente seguidas pela maioria.

No contexto da difusão de poder numa economia globalizada, a emergência de novos atores internacionais, tais como empresas transnacionais e entidades não governamentais de atuação global, tenderia a limitar o exercício da soberania estatal. Essa diluição de poder não daria vazão, pelo menos em horizonte previsível, ao surgimento de governo global (STRANGE, 1996, p. 184), tendo em conta a resistência dos Estados nacionais em abrir mão do controle sobre três processos



essenciais: o monopólio do uso da força, o poder de coletar tributos e a exclusividade em determinar o que é lícito e o que é criminoso.

A teoria dos regimes oferece instrumental que auxilia a compreender o modo pelo qual a Internet é gerida em escala global. Trata-se de averiguar se os mecanismos existentes para a governança da Internet constituem ou não um regime internacional próprio, tal como entendido pela doutrina. Para responder a essa questão, cabe, inicialmente, delimitar os conceitos de governança da Internet e de regime internacional, para então qualificar o tipo de relação existente entre ambos e os efeitos dela decorrentes.

O Grupo de Trabalho sobre Governança da Internet (GTGI), criado pelo Secretário-Geral das Nações Unidas em cumprimento a mandato a ele atribuído na primeira fase da Cúpula Mundial sobre Sociedade da Informação (CMSI), realizada em Genebra, de 10 a 12 de dezembro de 2003, produziu a seguinte definição para governança da Internet:

Governança da Internet é o desenvolvimento e aplicação por governos, setor privado e sociedade civil, em seus respectivos papéis, de princípios comuns, normas, regras, processos decisórios e programas que moldam a evolução e o uso da Internet. (CMSI, 2003, p. 79).

A Teoria dos Regimes apresenta diversas acepções para o significado da expressão regime internacional. Robert Keohane (1989, p. 4), expoente da corrente neoliberal das relações internacionais, propõe que “regimes são instituições com regras explícitas, acordadas por governos, relacionadas a um conjunto particular de temas em relações internacionais.” (KEOHANE, 1989). Nessa acepção, os Estados seriam o centro de qualquer regime internacional, na medida em que regimes somente poderiam derivar de acordo intergovernamental que os constituísse. A definição exclui a possibilidade de regimes formados espontaneamente, fora dos cânones das relações intergovernamentais, por atores outros que não os Estados.



Tendo em conta a ausência de uma instituição fundada em tratado e constituída com mandato para atuar no conjunto de temas afetos à Internet, não se poderia falar, segundo essa vertente teórica, em regime internacional para a sua governança (LUCERO, 2011)

Ao cotejar essa formulação com a definição de governança da Internet elaborada pelo GTGI e endossada pela CMSI, torna-se aparente que Krasner (1983) ofereceu inspiração para a linguagem empregada naquela construção (LUCERO, 2011, p. 79). Vale notar que na definição desse autor não há qualquer limitação seja ela categórica ou não, quanto à participação de atores não estatais na construção do regime.

A definição de governança da Internet explicita quais seriam os atores do regime, ao mencionar governos, setor privado e sociedade civil, em seus respectivos papéis. A história da internet, o modo em que funciona e a maneira de como seus protocolos evoluíram, revela ter existido participação de vários segmentos da sociedade, sendo eles indivíduos e grupos de pesquisa, organizações militares, empresas privadas, associações civis, agências estatais reguladoras, entre muitos outros. O fato de que a internet funciona em uma escala global é a confirmação empírica da existência de um mecanismo implícito de coordenação, em torno do qual convergiriam as expectativas desses diferentes autores. (LUCERO, 2011).

Krasner (1983) não condiciona a existência de regime à presença de organizações formais. Na sua concepção regimes seriam um conjunto de princípios, normas e regras juntamente a processos decisórios, todos eles são expressões usadas na concepção e definição de governança na internet. Ele apresenta as seguintes definições para princípios, normas, regras e processos decisórios:

Princípios são valores de fato, causalção e integridade. Normas são padrões de comportamento definidos em termos de direitos e obrigações. Regras são prescrições ou proibições específicas para ação. Processos decisórios são práticas



vigentes para formular e implementar escolhas coletivas. (KRASNER, 1983, p.02).

A característica da internet de operar em escala global, de modo contínuo e ininterrupto, demonstra que, a despeito das críticas e dificuldades oriundas da interação dos participantes do regime, estes têm acatados suas normas e regras, fazendo com que o regime cumpra com o propósito de manter e operar uma rede interligada em escala global (LUCERO, 2011). Dessa forma pode-se concluir que a governança na internet é operada com base em regimes internacionais efetivo e robusto, no qual estão presentes todos os elementos da definição proposta por Krasner (1983). Tal regime possui um alto grau de complexidade, tamanha é sua efetividade e robustez que nem mesmo uma cúpula mundial foi capaz de alterar substancialmente as bases e pressupostos de seu funcionamento.

### **2.3 Defesa e estabelecimento da política de segurança da informação no Brasil**

No caso do Brasil, com o início da Internet comercial em 1993 (World Wide Web), a interconectividade deixou de ser restrita às redes acadêmicas, ganhando escala e propulsão. Neste contexto, a criação do Comitê Gestor da Internet (CGL.br), em 1995, ofereceu um espaço favorável não só para o desenvolvimento de políticas e de um diálogo multissetorial referente aos desdobramentos da Internet no país, mas também para a elaboração de novas estruturas pertencentes a essa governança.

As preocupações com os riscos de segurança que emergiram com a rápida expansão da internet comercial e com a necessidade de manter uma infraestrutura resiliente e operacional levaram à criação de dois órgãos dedicados ao assunto: o Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil (CERT.br) e o Núcleo de Coordenação do Ponto BR (NIC.Br).



O CERT.br foi criado em 1997 a partir de um estudo encomendado pelo CGI.br para o estabelecimento de uma “coordenadoria de segurança de redes”. Já o NIC.br foi criado, em 2003, para implementar as decisões do CGI.br e, em 2005, passou a administrar o registro de nomes sob o domínio “.br”. (LOBATO, 2018)

Após a criação do Comitê Gestor da Segurança da Informação, em 2000 foi estabelecido um sistema hierárquico de tomada de decisões federais, partindo da Presidência da República, no nível estratégico, e se ramificando até o nível operacional, a exemplo de forças-tarefa dentro da Polícia Federal e do Centro de Defesa Institucional da Presidência da República (GSI-PR) que presta assistência à presidência em temas de defesa e segurança, além de coordenar as atividades de inteligência federal e segurança da informação, por meio da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) (LOBATO, 2018).

No âmbito do Ministério da Defesa (MD), a Estratégia Nacional de Defesa (END), lançada em 2008 e atualizada em 2012, reconhece o espaço cibernético, ao lado dos setores nuclear e espacial, como um dos três principais setores estratégicos para a defesa e segurança nacionais. A END se destaca como parte de um processo político-estratégico de estruturação e desenvolvimento tecnológico no setor militar com o intuito de promover maior cooperação entre as Forças Armadas, e responsabiliza o Exército pela coordenação e integração de programas relativos ao setor cibernético.

Em 2016, estabeleceu-se o Comando de Defesa Cibernética (ComDCiber), composto por representantes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica. O órgão foi encarregado de “planejar, orientar, coordenar e controlar as atividades operativas, doutrinárias, de desenvolvimento e de capacitação no âmbito do Sistema Militar de Defesa Cibernética”. Trata-se de um comando operacional conjunto que se insere na estrutura regimental do Exército Brasileiro, junto ao Estado-Maior Conjunto,

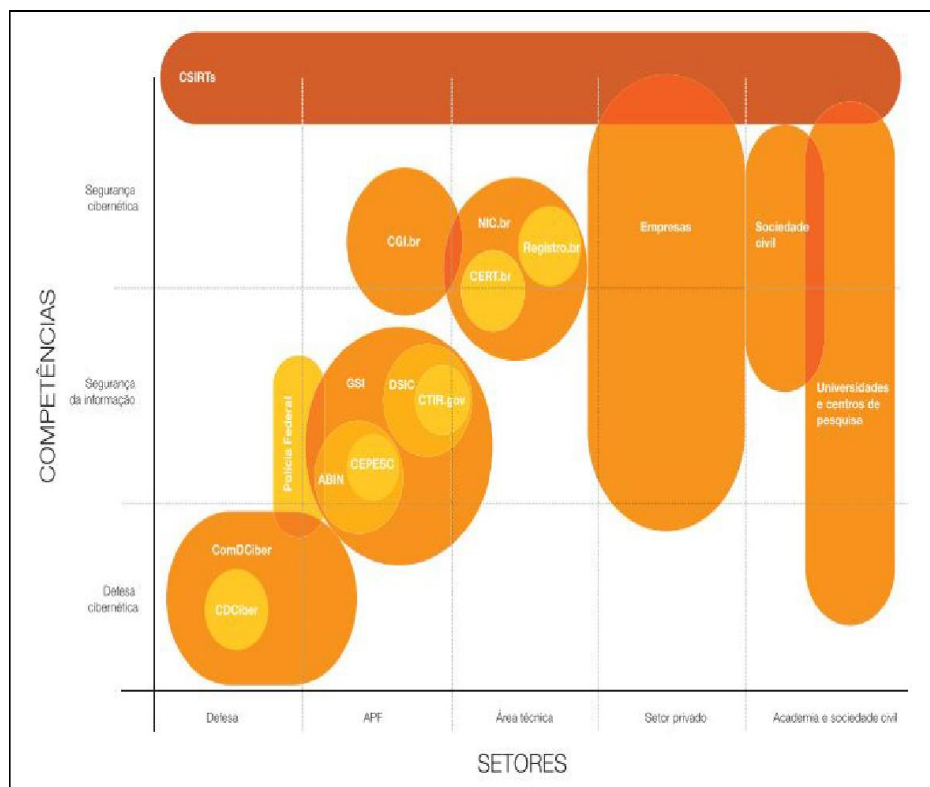




chefiado pela Marinha, e o Departamento de Gestão e Estratégia, chefiado pela Aeronáutica.

Nesse sentido, a criação do ComDCiber marca uma maior integração entre as Forças Armadas, além de colocar em evidência um processo de fortalecimento das capacidades do Centro de Defesa Cibernética (CDCiber), conforme previsto na revisão da END, em 2012 e sintetizada a seguir:

Figura 2.2 Estrutura da Governança da Segurança Cibernética no Brasil



Fonte: LOBATO, 2018, p. 09.



Conforme detalhado, a institucionalização da segurança cibernética no país engloba órgãos técnicos, de natureza governamental, que contribuem para o desenvolvimento de políticas, normas e práticas diferentes, porém intrinsecamente relacionadas. A figura 2 retrata o panorama mais geral da estrutura da governança da segurança cibernética no Brasil, tendo em vista a participação desses diferentes setores. Ela nos permite identificar os principais grupos e temas pertencentes a essa estrutura, mostrando também que a segurança cibernética é preocupação compartilhada por uma vasta gama de atores, e que sua governança deve incluir a ampliação da colaboração entre eles no que tange à formulação de políticas integradas.

## **2.4 Desafios para a Defesa e Segurança Cibernética**

Tanto no mundo, quanto no Brasil, há muitas instituições que lidam com a segurança e defesa cibernética, por esse motivo, a abordagem utilizada por elas, muitas vezes, transpassa a característica técnico-operacional, o que acaba refletindo no nível político e jurídico dos Estados. Essa diversificação criou uma série de desafios e oportunidades para cooperação e coordenação no meio cibernético.

Cabe ressaltar que a segurança cibernético se distingue do conceito de defesa cibernética em alguns países, como o próprio Brasil. O primeiro conceito está associado às mesmas fronteiras da segurança pública tradicional (MEDEIROS FILHO, 2014). Enquanto o segundo termo, conforme Oscar Medeiros Filho (2014) está vinculada às questões de guerra. Assim, conforme esse autor, as delimitações da segurança e defesa cibernética está vinculado com a ameaça que se debate.

Ainda sobre esses dois conceitos, há pelo menos quatro desafios que merecem destaque (LOBATO, 2018): (i) o risco de excessiva securitização e de uma acentuada militarização da segurança cibernética; (ii) o risco de exclusão de atores não-estatais da governança da segurança cibernética, desde a definição de



prioridades até a elaboração e implementação de políticas; (iii) a preferência, cada vez maior, por soluções que buscam o bloqueio de aplicações, remoção de conteúdo e criminalização de comportamentos na Internet; e (iv) problemas de coordenação e a transferência de tecnologia.

Os riscos da securitização e militarização é fruto de “megaeventos” no Brasil, a criação de órgãos especializados vinculados às forças armadas evidencia o esforço para lidar questões de segurança cibernética a partir da aplicação das competências de órgãos de aparato militar e de Inteligência do Estado. Esses esforços resultaram em uma maior alocação de recursos para combater ameaças, Terrorismo, Guerra cibernética e a Sabotagem industrial.

A ausência de canais para inclusão de atores não-estatais no processo de elaboração de políticas também resulta de processos de securitização e militarização, que acabam retirando da esfera do debate público determinados assuntos avaliados como estratégicos para o país.

Com isso, o processo de elaboração de políticas sobre o tema se torna mais restrito aos órgãos de segurança e inteligência. O tratamento e resposta a ameaças por meio de uma lógica de securitização, reacende o trade-off normativo entre a segurança e o respeito a liberdades e direitos fundamentais, colocando-os em polos opostos, ao invés de encará-los como princípios que devem caminhar conjuntamente no processo de elaboração de políticas para a segurança cibernética.

Diante desse contexto, representantes da academia e a sociedade civil chamaram a atenção para a importância da inclusão do multissetorial às diretrizes, a estruturação de órgãos pertencentes ao regime nacional de segurança cibernética, e para o processo de elaboração de políticas para o setor. (LOBATO, 2018).

Notou-se, também, uma tendência a responder aos desafios de segurança pelas vias do bloqueio, remoção de conteúdo e criminalização. A aprovação de leis que autoriza o bloqueio de aplicativos e websites, além da tentativa de criminalizar



uma série de condutas, crimes autorais e o acesso indevido a computadores e sistemas, foram motivadas pela dificuldade e/ou imparcialidade de acessar dados criptografados de redes sociais e aplicativos de mensagens. Essas categorias de episódios contribuíram para elevar a tensão entre, de um lado, a abordagem com foco na criminalização de condutas e, do outro, aquelas com foco na proteção de direitos e garantias legais na internet.

Os desafios da coordenação são evidentes no âmbito da administração pública brasileira, em virtude da escassez de mecanismos que são efetivos de governança da segurança da informação e comunicação, somando a isso, encontra-se a dificuldade dos atores no meio internacional de “transferir conhecimento e tecnologia” uns para os outros, onde no cenário em que vivemos é algo improvável de se acontecer, pelo simples fato de que esse ato de transferência possa abalar a estratégia e defesa de um país em relação a uma nação “amiga” ou não.

### **3 INFORMAÇÃO, RECURSO DO PODER DO SÉCULO XXI**

No mundo atual existem grandes empresas transnacionais das Tecnologias da Informação e Comunicação que aglomeram grande parte dos recursos do poder cibernético, como dados computacional, inovação. Também administram algoritmos que permitem expandir e manter grandes bases de usuários, que por si só geram continuamente uma imensa quantidade de informações.

Essas informações permitem que se tenha um conhecimento sobre padrões de comportamento e de consumo, essenciais não apenas para o comércio, mas também para o Estado, que buscam obter algum tipo de controle sobre determinada população. Como reiteram os estudiosos Ávila e Pinheiro (2014, p. 85) “O domínio da informação é elemento base da construção de poder na contemporaneidade”. Essa gigantesca quantidade de dados é coletada e armazenada a partir de vários dispositivos a que a sociedade está submetida na maior parte do tempo, através de



seus dispositivos móveis, TV a cabo e satélite, computadores, consoles de videogame entre muitos outros.

O constante uso dessas ferramentas tecnológicas que estão dispostas no dia-a-dia da maior parte da população gera uma quantidade muito maior de dados, sejam elas fotos, mensagens instantâneas, e-mails, vídeos, serviços de localização, transações financeiras, notícias entre incontáveis outros atos, que facilmente influenciam os mercados de consumo, esse fato influenciou esses mercados desde os primórdios da web.

Deste modo, os dados coletados revelam o conhecimento da conduta de indivíduos e torna-se um ativo de poder das companhias que obtêm e centralizam todas essas informações. Ao mesmo tempo em que os usuários desfrutam de uma “certa liberdade” online, com uma considerável capacidade de expressão, criação e autonomia, por consequência inevitavelmente acabam entregando toda essa gama de informações às poucas empresas que exercem o domínio sobre esse fluxo de dados. Podemos equivaler esse processo ao que Castells (2011) identificou, como a forma pela qual a liberdade se converteu em *commodity* mediante os serviços de computação em nuvem.

Na contemporaneidade, há um cenário coordenado por grandes corporações que operam globalmente na internet, como a Apple, Amazon, Google, Facebook e Microsoft que se tornaram responsáveis pelo enorme acúmulo dos dados e informações de grande parte da população mundial. Não se desconsidera nesse caso a situação específica da China na qual sofre enorme censura do governo e o mesmo impõe inúmeras normas para que empresas ocidentais como a Facebook opere no país.

Essas organizações são centrais no ciberespaço e apresentam forte aglomeração dos recursos de poder. A concentração desses recursos, faz com que a capacidade de atrair fundos financeiros aumente exponencialmente gerando novas



tecnologias agregando ainda mais dados e ampliando sua base de usuários. São exemplos a compra do Youtube pela Google e a compra do Instagram pelo Facebook.

### **3.1 Facebook e o caso Cambridge Analytica.**

Em 2018, o escândalo de vazamento de dados começou com uma reportagem do jornal americano *The New York Times* e *The Guardian*, que expuseram o compartilhamento indevido de dados de usuários do Facebook com a empresa de consultoria Cambridge Analytica. Inicialmente, o número era de 50 milhões de usuários. Agora, no ano de 2020 novos dados do próprio Facebook indicam que a quantidade de pessoas afetadas foi ainda maior, até 87 milhões de informações pessoais dos usuários foram parar nas mãos da empresa, indevidamente.

A empresa obteve acesso a essas informações através do lançamento de um aplicativo de teste psicológico. Aqueles usuários do Facebook que participaram do programa acabaram, sem necessariamente saber que estavam entregando informações, à Cambridge Analytica. Não apenas suas informações, mas os dados referentes a todos os amigos do perfil.

As informações foram obtidas a partir do teste de personalidade aparentemente inofensivo, disponibilizado gratuitamente aos usuários da rede social em 2014. Segundo o criador, o pesquisador Aleksandr Kogan, o método de análise aplicado ao teste era capaz de traçar o perfil de qualquer pessoa rapidamente a partir de informações como páginas curtidas e postagens realizadas na plataforma. O escândalo gerou uma onda negativa contra o Facebook sob questionamento pela proliferação de notícias falsas nas eleições americanas de 2016. A empresa entrou na mira de autoridades nos Estados Unidos e no Reino Unido.



O deputado britânico Damian Collins convocou o CEO do Facebook, Mark Zuckerberg, para depor diante de um comitê legislativo. As autoridades trabalharam para conseguir um mandado de busca e apreensão para entrar na sede da Cambridge Analytica e recolher material que ajudassem a elucidar o caso.

A Cambridge Analytica é uma empresa de análise de dados que trabalhou com o time responsável para campanha do republicano Donald Trump nas eleições de 2016, nos Estados Unidos. Na Europa a empresa foi contratada pelo grupo que promovia o Brexit, fenômeno da saída do Reino Unido da União Europeia. A empresa é propriedade do bilionário do mercado financeiro Robert Mercer e era presidida, à época, por Steve Bannon, então principal assessor de Trump.

A empresa teria comprado acesso a informações pessoais de usuários do Facebook e usado esses dados para criar um sistema que permitiu prever e influenciar as escolhas dos eleitores nas urnas, criando uma campanha digital hiper segmentada para clientes como Trump, segundo a investigação dos jornais. *The Guardian e The New York Times*. (Revista BBC, 2018, on-line)

A mesma assumiu a culpa perante a corte em 2019, de ter adquirido dados sem a permissão dos usuários, porém alegou que não houve uso indevido dos mesmos. O vazamento de perfis no Facebook teria ocorrido por conta de uma política flexível do Facebook com relação à entrega de informações de perfis a aplicativos de terceiros na rede social. Entre 2007 e 2014, a empresa de Mark Zuckerberg ofereceu livremente dados de usuários a desenvolvedores de apps.

Já no Brasil, a empresa Cambridge Analytica já estaria em negociações com candidatos a governos estaduais e ao senado para as eleições de 2018. A empresa iria operar no país em parceria com a agência brasileira Ponte Estratégia, mas o acordo foi suspenso logo após os artigos publicados no New York Times e no Observer of London.



A suspensão da parceria da Cambridge Analytica no Brasil acontece também em meio a um inquérito instaurado pelo Ministério Público do Distrito Federal para apurar se o Facebook compartilhou dados de usuários brasileiros com a consultoria britânica. Ainda não se sabe se a Cambridge Analytica tem presença no Brasil com outros parceiros além da agência Ponte Estratégia.

Segundo o especialista Renato Opice Blum:

O Brasil é muito atraente para uso de dados visando marketing, seja pela característica interativa do Brasileiro, ou mesmo porque é um bom mercado. Fake news e dados funcionam muito aqui, pois circula com intensidade e as pessoas acreditam muito. Aqui já tem fake news há duas eleições. No mercado de comunicação, já houve caso envolvendo agências sem tanta preocupação com sigilo, e tivemos de rever como é um assunto que traz responsabilidades para agências e seus funcionários. Os executivos e analistas recebem, afinal, não só bancos de dados, mas também informações sensíveis, contratos específicos, materiais que demandam criptografia. Nos casos de marketing, portanto, a responsabilidade é agravada, pois comunicação lida com estratégias mais arrojadas. (BLUM, 2018, online)

Importante notar aqui, o interesse do setor privado em matéria de governança na Internet, não é uniforme tendo em conta as variedades de modelos de negócios possíveis no meio cibernético e a diversidade dos setores produtivos que dele participam (KURBALIJA,2008). As empresas de gestão de conteúdo como a Google, Yahoo, Facebook, eBay entre outras possuem crescente presença no processo de governança, são empresas cujo o modelo de negócios surgiu e depende exclusivamente da internet, para a qual desenvolvem aplicações de gestão de conteúdos com alto grau de inovação e agregação de valor.

Joseph Nye Jr (2011) chega a afirmar que a Internet está proporcionando a todo tempo consequências nas esferas pública, privada e até mesmo individual, argumentando que os Estados poderão se tornar menos fundamentais na vida das pessoas por causa da Internet e dos novos padrões de comunidade e governança.





Acontecimentos como a manipulação de dados do Facebook feito pela empresa de consultoria Cambridge Analytica, em 2016, para beneficiar a campanha de Donald Trump colocam em dúvida a ideia de Nye (2011), pois as dificuldades de regulação, seja estatal ou via algum organismo internacional, facilitou que tal prática ocorresse. Neste sentido, Rafael Ávila e Marta Pinheiro (2014) indicam que há uma relação de interdependência entre as entidades estatais e não-estatais para com o uso da rede mundial de telecomunicações, estando o Estado em uma posição de constante pressão destas tecnologias de informação e comunicação.

### **3.2 Caso Snowden + Wikileaks**

Uma característica importante do espaço cibernético é a maior introdução e a maior delegação de poder de novos atores, devido ao progressivo barateamento dos meios de acesso ao ciberespaço, especialmente nos Estados Unidos e na Europa (CHOUCRI, 2014). Tais atores, que podem ser naturalmente identificados na Internet ou operar de forma anônima, podem influenciar nos níveis de assimetria de poder existentes. É o caso de atores de inferior poder relativo, como cibercriminosos que adentram sistemas computacionais de indivíduos, empresas e órgãos estatais, ou como o surgimento do Wikileaks, organização responsável por uma plataforma de publicação na Internet de documentos sigilosos de grandes empresas e Estados, na tentativa de trazer maior transparência de informações ao público.( MARIANO, 2018).

O caso Snowden ajuda a compreender as relações entre Estado, sociedade e poder cibernético. Em 2013, Edward Snowden, então analista da Agência de Segurança Nacional dos Estados Unidos (NSA), revelou como seu país espionava seus cidadãos e os de outros países, entre eles o Brasil, incluindo chefes de Estado,



através da Internet e de escutas telefônicas. Naquele instante o indivíduo anônimo se modifica aceleradamente em um ator internacional em condição do seu entendimento sobre a execução das tecnologias digitais que operava e de sua situação privilegiada em relação ao acesso aos dados e informações sigilosas.

O WikiLeaks é uma organização transnacional sem fins lucrativos, localizada na Suécia, que posta, em sua página on-line, publicações de fontes anônimas, documentos, fotos, informações confidenciais, vazadas de governos ou empresas, sobre assuntos sensíveis ou até confidenciais. A página foi arquitetada com base em vários pacotes de programas (*software*), *Freenet*, *Tor* e *PGP (Pretty Good Privacy)* incluindo a *MediaWiki*.

A página anunciada em dezembro de 2006, governada pelo The Sunshine Press, em meados de novembro de 2007, 1,2 milhão de documentos estavam disponíveis. Seu principal porta-voz e editor é o australiano Julian Assange, ciberativista e jornalista. Em 2010, entretanto, essa organização começou a postar uma série de telegramas sensíveis de natureza secreta na rede.

Parte dessas publicações exaltaram alguns atores, como os Estados Unidos, contra as ações do Wikileaks, pois comprometem as atividades desses países (CASTELLS, 2010). Naquele ano, o Wikileaks passou a ter como objetivo o “combate, pela publicidade, de más condutas governamentais e não governamentais, de variável gravidade, da hipocrisia a crimes de guerra” (LAFER, 2011).

A publicação de uma enorme quantidade de documentos secretos, revelou a dimensão da negociação entre Estados. Ao demonstrar como os países agiam e pensavam em suas negociações, o Wikileaks utilizou de documentos oficiais. Dessa forma, ele evidenciou atividades legais dos Estados, mas que estavam sendo realizadas sem pudor e respeito aos demais atores.

No caso de Edward Snowden, por outro lado, as suas revelações demonstraram o lado obscuro das coletas de informações por parte dos Estados



centrais. De acordo com Luke Harding (2014), Snowden revelou os acessos clandestinos às informações eletrônicas de outros Estados. As principais revelações dadas por Snowden diz respeito, principalmente, aos países do “Five Eyes Group” e o sistema de vigilância mantido por eles, o ECHELON (HARDIND, 2014).

Além dos acessos a informações não autorizadas, outras características que chamaram a atenção do mundo sobre a espionagem estadunidense e de aliados sobre o mundo era a quantidade de informação monitorada, incluindo de pessoas “inocentes”. Gerando, uma forma de protestos ao redor do mundo, pedindo uma maior privacidade na internet, onde os dados e informações ali dispostos, não poderiam ser usados ou vendidos de formas indevidas, seja por empresas e ou estados. Foram apresentadas por mais de 80 instituições e ONGs americanas campanhas para protestar contra o programa de vigilância online.

As organizações, American Civil Liberties Union (ACLU), a fundação World Wide Web, Mozilla, e o Greenpeace colocaram no ar o site *Stopwatching.us* (“Parem de nos vigiar”, em tradução livre) e pediram ao Congresso que divulgassem mais elementos sobre o vasto programa de vigilância.

Após o vazamento, o general Keith Alexander, chefe da Agência de Segurança Nacional, apontou que a revelação dos programas de vigilância da inteligência dos EUA causou “dano irreversível” à segurança nacional e ajudou os “inimigos da América”. Assim, a implementação de novas medidas de segurança foram anunciadas de segurança para impedir o vazamento de informações.

O Estado norte-americano, detendo recursos como conhecimento, algoritmos, poder computacional e infraestrutura informacional, lançou-se sobre dois deles que estavam fortemente concentrados nas duas transnacionais de tecnologia, os dados e as bases de usuários. Não ficou claro se essas empresas cooperaram com o Estado ou também foram vítimas dessa interceptação de dados, mas o fato é que esse tipo de coleta realizada por algoritmos também pode favorecer governos, a fim de conhecer melhor seus cidadãos, controlar e



influenciar comportamentos, independente do nível de abertura política dos países. (MARIANO, 2018, p. 222).

A noção que se tem de algoritmos é de fácil percepção hoje devido às várias plataformas que podemos acessar diariamente. Basta ver que a Netflix possui um catálogo exposto diferente para cada assinante, pois seu algoritmo de recomendação é personalizado. Esse fenômeno é chamado por alguns autores de “cultura algorítmica”: o uso de processos computacionais para classificar, hierarquizar pessoas, objetos, idéias e lugares, além de hábitos de conduta, expressões e pensamentos que aparecem durante o processo (STRIPHAS, 2012).

Toda essa coleta de informações se torna cada vez mais útil e precisa graças aos algoritmos presentes nas plataformas digitais que utilizamos, como o Facebook ou o Instagram. Eles selecionam e organizam as informações, no caso das redes sociais, para criar, por exemplo, a *timeline* (feed de postagens) e todo o conteúdo que cada usuário verá. O ambiente virtual é, portanto, personalizado exclusivamente para cada usuário, com base nos seus gostos, nos seus *likes* (curtidas), nas suas atividades registradas, ver um filme, participar de um evento, etc. Diante dessa tendência, parece normal que se questione quem tem controle sobre esses processos e como esses algoritmos são construídos e para qual finalidade. Questionar e conhecer o funcionamento dos algoritmos, assim como eles se disseminam, é muito importante nos dias atuais, embora alguns setores sejam contrários a divulgar esse tipo de informação, pois os algoritmos em si seriam um tipo de segredo industrial.

### **3.3 Panorama Internacional da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD**

Um dos motivos que inspiraram o surgimento e criação de regulamentações sobre a proteção de dados e informações pessoais, foi o grande fluxo de dados digitais internacionais, viabilizado pelo avanço tecnológico e a globalização. Na Europa, após escândalos de espionagem e divulgação de dados de clientes



envolvendo Cambridge Analytica e Facebook gerou uma grande discussão que culminou na *General Data Protection Regulation* (GDPR) que regulamenta no âmbito da União Europeia a segurança de dados. Dessa maneira, surgiu uma necessidade de reforçar e resgatar o compromisso das instituições para com os indivíduos, na qual a sociedade digital, na qual a proteção de dados e a garantia de um direito fundamental, como o da privacidade é necessária.

Dessa forma, desde os anos 90, vem sendo debatido em diversos lugares do mundo para uma melhor governança dos dados pessoais. A liderança sobre a temática surgiu na União Europeia, sobre a chefia de um partido intitulado *The Greens*, que consolidou-se na promulgação do Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR), número 679, aprovado em 27 de abril de 2016, tendo como principal objetivo abordar a proteção da pessoa física no que tange o tratamento de dados pessoais e a livre circulação desses dados (*Free data flow*), o regulamento trouxe um prazo de dois anos para a implementação de penalidades.

Assim, por sua vez, causando uma espécie de “efeito dominó”, visando que os demais países e empresas que buscassem manter alguma relação comercial com a UE deveriam também ter uma legislação de igual ou superior nível que a GDPR. Segundo o preâmbulo 2 e 13 do GDPR, os objetivos são: 1) Contribuir para a realização de um espaço de liberdade, segurança, justiça de uma união econômica. 2) Assegurar um nível base de proteção da pessoa física no âmbito da União e evitar que divergências criem obstáculos à livre circulação de dados pessoais no mercado interno. 3) Garantir a segurança jurídica e transparente aos envolvidos no tratamento de dados pessoais. 4) Impor obrigações e iguais responsabilidades aos controladores e processadores que possuem essas informações e assegurem um controle coerente de tratamento de dados. 5) Possibilitar uma cooperação entre as autoridades de controle de diferentes Estados-Membros.



Coloca-se aqui em evidência que a proteção da pessoa física no que tange ao tratamento de dados pessoais é um Direito Fundamental, atestado por inúmeras legislações em diversos países. Na Europa, já se encontrava previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e no Tratado que organiza o funcionamento do mesmo; os efeitos da GDPR são principalmente, mas não exclusivamente, políticos, econômicos e sociais. Apenas trata-se de mais uma regulamentação que surgiu dentro dessa linha de pensamento, em que se busca trazer mecanismos de controle para equilibrar as relações em um cenário digital sem fronteiras. No Brasil, havia uma previsão no Marco Civil da Internet e na Lei do Cadastro Positivo, porém a temática ainda era difusa e sem objetividade. Foi nessa linha, que uma nova legislação foi criada, ou seja, padronizou e normalizou o que seriam os atributos qualitativos de proteção de dados; essa padronização sendo a Lei Nº 13.709/2018, conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGDP.

A LGDP está dividida em 10 capítulos, com 65 artigos, bem menor do que a sua referência europeia, que possui 11 capítulos, com 99 artigos; Em análise, a especialista Patricia Peck Pinheiro, doutora em Direito Internacional, relata que: “ A versão nacional é mais enxuta e em alguns aspectos deixou margem para a interpretação mais ampla, trazendo alguns pontos de insegurança jurídica por permitir espaço a subjetividade onde deveria ser mais assertiva”. Inicialmente, na criação da lei, houve um veto presidencial em relação à criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD), que logo foi alterada pela MP Nº 869/2018 e pela lei aprovada um ano depois a Lei Nº 13.853/2019; Na época em que estava sendo elaborada, o veto a criação da ANPD, foi bastante discutida pois sem o órgão haveria uma lacuna inicial na estrutura do projeto de implementação da nova regulamentação, além de não permitir que o Brasil fosse reconhecido pela União Europeia, pois um dos requisitos para reconhecimento era a existência de uma autoridade nacional de fiscalização independente, que não apenas prejudicaria a



aplicação e fiscalização das medidas propostas, mas criaria um entrave nas relações comerciais entre Brasil e União Europeia.

Por fim, a LGPD regulamenta a forma como serão tratados os dados pessoais no Brasil. As empresas dos setores público e privado deverão alinhar as práticas de coleta, utilização, tratamento e armazenamento dos dados pessoais, evitando que empresas e até o estado fiquem cada vez mais vulneráveis à espionagem ou de ataques de Hackers como evidenciado as divulgações de áudios de empresas e dos principais poderes do Brasil. A lei está prevista a entrar em vigor no próximo ano de 2021, e é notório que se deve discutir sobre a adaptabilidade da tecnologia da informação a LGPD o que acaba trazendo como consequência uma insegurança jurídica de como se dará a aplicabilidade da lei e que atitudes devem ser tomadas visando o cumprimento da lei.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A internet e o espaço cibernético podem ser apresentado como um fenômeno tecnológico, que embora seja constituída como uma ferramenta pode apresentar atualmente um processo de construção de um regime global da governança da Internet. Essa surgiu nos Estados Unidos, no final dos anos 60, mas atualmente apresenta uma estrutura mais ampla e complexa, que abarca toda a dinâmica social do mundo, e conseqüentemente também das relações internacionais. A existência de acordos, tratados e estruturas internacionais comprova a existência desse regime global.

A criação dessa ferramenta acompanhou também a evolução política e os movimentos do poder nas relações internacionais. Isso impactou também na forma que a internet passou a ser usada no mundo. Sendo criada dentro de instituições civis de caráter científico, suas engrenagens também foram aplicadas no contexto da segurança internacional, não no sentido estrito, mas na amplitude do que é a disputa



de poder no mundo. Assim, ficou patente depois dessa pesquisa, que o espaço cibernético floresceu no contexto das estruturas hegemônicas de poder ao final do século XX.

Apesar disso, o fato de ter nascido em território estadunidense, permite que esse país ainda exerce muita influência sobre a governança global da Internet. Os padrões técnicos e protocolos foram desenvolvidos nos Estados Unidos, o centro do sistema econômico e político do pós-guerra fria. Impuseram-se sobre os demais atores estatais os protocolos e regras para o uso do espaço cibernético no século XX.

Isso foi resultado do processo bem-sucedido de alianças entre as instituições de pesquisas e a área estratégica do Estado norte-americano, que acabou assimilando a importância do desenvolvimento tecnológico como elemento de poder no cenário internacional. Tais alianças encontrariam apoio no interesse comercial de empresas tecnológicas, que eventualmente beneficiaram-se do ambiente inovador para criação e expansão de mercado.

Embora tenha sido notado um movimento em prol do que se chamou de governança global da Internet, não há tratado nem Organizações Internacionais que forneça uma base ou referência institucional definida para o regime de gestão da Internet. Logo, esse regime resulta da ação de governos, do setor privado, da sociedade civil e de organizações internacionais, de comunidades técnicas e principalmente dos usuários, sempre em um processo de interação ininterrupta que delinea a evolução e o uso da internet em todo o mundo, e que podemos melhor caracterizá-lo usando o termo “governança”.

A soma das interações dos mais diversos entes que contribuíram para o nascimento da internet tem contribuído para mantê-la em contínuo funcionamento. A pauta da Governança da Internet, contempla recorte histórico de surgimento e evolução da tecnologia e confirma a existência do mesmo, que tende a afastar-se da concepção clássica multilateral com base em Organizações internacionais integradas





por governos/Estados. Afinal, a concentração de poder nesse ambiente, somado com a difusão de poder para atores não estatais, demanda uma configuração distinta de governança, que nesse caso, surgiu de forma natural.

Por mais que não possa ser compreendido como uma estrutura clássica, a governança da Internet pode ser enquadrada dentro de um espectro teórico. Por exemplo, no que se refere a autoridade formal, embora essa seja ausente ou inexistência, há princípios, normas, regras e processos decisórios específicos de um regime clássico, que nesse aspecto se mostra efetivo e vigoroso. Ainda assim, tentativas de criação de instâncias decisórias intergovernamental para o regime no meio cibernético chegaram a ser suscitadas em maior nível político. Entretanto, não houveram alterações substanciais ao modelo vigente nos dias atuais.

Assim, apesar de já considerarmos a existência de uma governança global, o regime internacional para a Internet continua em plena construção. Essa realidade impõe a diplomacia um desafio de adaptação em torno do regime vigente, tanto para identificar, sugerir e avançar pautas e temas de interesse nacional, quanto para influir na evolução institucional desse regime.

A atual fase das relações internacionais é singular não somente por causa das mudanças sistêmicas, provocadas pelo processo de transformação na distribuição do poder mundial, mas principalmente pela aceleração e ampliação da interconectividade das sociedades e entre diferentes sociedades. São estabelecidas um conjunto de novas tecnologias digitais que pendem à universalização o que simultaneamente intensificam, importantes mudanças no padrão de interação social e, portanto, alterando a forma como as relações de poder são estabelecidas.

Diante disso e do seu caráter tecnológico, que sempre tende a evoluir, espera-se uma constante mudança do espaço cibernético para satisfazer as necessidades das relações internacional. Essas estão sendo marcadas, nos últimos anos, tanto pelo aumento do número de atores com capacidade real de influência a política



internacional, inclusive atores não-estatais, quanto pelo aumento de acontecimentos que revelam crises e instabilidades política nos Estados, na diplomacia e nas instituições Internacionais. Fatos como a revelação das informações sigilosas pelo Wikileaks, a vitória de Donald Trump no processo eleitoral norte-americano e o plebiscito britânico que decidiu o Brexit, são exemplos importantes de como a política nacional e internacional tem se modificado, com grau maior ou menor de influência de atores por meio do espaço cibernético.

Ademais, é natural que os países procurem utilizar a tecnologia da internet em favor dos objetivos de desenvolvimento de sua sociedade. O regime brasileiro para a governança da internet, por exemplo, foi construído a partir de experiências com a gestão de recursos com a colaboração dos setores acadêmicos, não governamental e governamental. O Brasil desenvolveu um modelo de gestão aberto com a participação equilibrada de diversos setores, coordenados pelo Comitê-Gestor da Internet. Essa estrutura permitiu que ao Brasil propor legitimidade e substância à sua participação internacional.

Por fim, ao tratar do meio cibernético nas relações internacionais, entende-se que o sistema internacional é instigado pelas transformações provenientes das capacidades cibernéticas dos atores internacionais, sendo uma ameaça potencial à segurança nacional e a ordem internacional tal como a conhecemos.

## REFERÊNCIAS

ADLER, Emanuel. **Constructivism in International Relations**: Sources, Contributions, and Debates. In: CARLSNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth A.. *Handbook of International Relations*. 2. ed. London: Sage Publications Ltd, 2013



AGOSTINELLI, Joice. **A importância da lei geral de proteção de dados pessoais no ambiente online.** Ética Encontro de iniciação científica. ISSN 21. 768498, v. 14, n. 14, 2018

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016] BRASIL.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, **dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera** a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).

BOFF, S. O; BORGES, V. F **A privacidade e a proteção dos dados pessoais no ciberespaço como um direito fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil.** Revista Sequência, [s. l.], v. 35, n. 68, p. 109-127, 2014.

BUZAN, Barry; HANSEN, Lene. **A evolução dos Estudos de Segurança Internacional.** Tradução: Flávio Lira. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.

BUZAN, Barry; WÆVER, Ole. **Regions and powers: the structure of international security.** Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

CASTRO, Thales. **Elementos de política internacional: redefinições e perspectivas.** Curitiba: Juruá Editora, 2005.

COELHO, Amanda Carmen Bezerra Coêlho. **A lei geral de proteção de dados pessoais brasileira como meio de efetivação dos direitos da personalidade.** 2019.

CLARKE, Richard A. **Cyber War: the next threat to national security and what to do about it.** New York: HarperCollins Publishers, 2012

COMSCORE. **2013 Brazil Digital Future in Focus.** Relatório Anual. Comscore, inc. 2013.

DE CARVALHO, P.S.M. **O Setor Cibernético nas Forças Armadas Brasileiras.** In: Desafios Estratégicos para a Segurança e Defesa Cibernética. 1a. Ed. Brasília: Presidência da República, 2011, pp. 13-34.

FEARON; WENDT, Alexander. **Rationalism v. constructivism: a skeptical view.** In: CARLNAES, W.; RISSE, T. SIMMONS, B. A Handbook of International Relations. London: SAGE Publications, 2002.



GONZALES, Selma Lúcia de M; PORTELA, Lucas Soares. **A Geopolítica do Espaço Cibernético Sul-Americano:** (In) Conformação de Políticas de Segurança e Defesa Cibernética? Revista Austral, v.7, n.14. Rio Grande do Sul: UFRGS, 2018.

GUZZINI, Stefano. **The Concept of Power:** a Constructivist Analysis. Millennium: Journal of International Studies, [s.l.], v. 33, n. 3, p.495-521, jun. 2005.

GUZZINI, Stefano. **Power, Realism and Constructivism.** Abingdon: Routledge, 2013.

HARE, Forrest. **Borders in Cyberspace:** Can Sovereignty Adapt to the Challenges of Cyber Security? In CZOSSECK, Christian; GEERS, Kenneth. The Virtual Battlefield: Perspectives on Cyber Warfare. Cryptology and Information Security Series, Vol. 3. Estonia: CCDCOE, 2009.

HAWKING, Stephen. **Buracos Negros, Universos-bebês e Outros Ensaios.** Rio de Janeiro. 1995.

KEOHANE; NYE JR, 2011. **O futuro do poder.** Trad. LOPES, Magda. São Paulo: Benvirá 2012.

KEOHANE, Robert. **International Institutions and State Power:** Essays in International Relations Theory. Boulder: Westview Press, 1989

KNIGHT, Peter T. **A Internet no Brasil:** Origens, Estratégia, Desenvolvimento e Governança. Indiana: AuthorHouse, 2014.

LOBATO, Cruz Luiza. **Uma Estratégia para a Governança da Segurança Cibernética no Brasil.** Série: Segurança Cibernética e Liberdades digitais. Instituto Igarapé. Setembro 2018.

LOPES, Gills Vilar. **Relações Internacionais Cibernéticas (CiberRI):** O Impacto dos Estudos Estratégicos sobre o Ciberespaço nas Relações Internacionais. Congresso Latino Americano de Ciência Política. Montevídeu: Alacip, 2017.

LUCERO, Everton. **Governança da Internet:** aspectos da formação de um regime global. Brasília: FUNAG, 2011.

MAZIERO, Arthur C; PINTO, Danielle J. Ayres. **Poder Cibernético e o espaço Internacional:** uma Perspectiva a partir das Teorias das Relações Internacionais. Segurança Internacional, Estudos Estratégicos e Política de Defesa. (2018)



MEARSHEIMER, John J.. **The Tragedy of Great Power Politics**. New York: W. W, Norton & Company, 2001.

MEDEIROS FILHO, Oscar. “**Em busca de ordem cibernética internacional**”. In Segurança e Defesa Cibernética: da fronteira física aos muros virtuais, organized by Oscar Medeiros Filho, Walfredo B. Ferreira Neto and Selma Lúcia de Moura Gonzalez. Coleção I - Defesa e Fronteiras Cibernéticas Pernambuco: Editora UFPE, 2014.

NYE JR, Joseph S. **O futuro do poder**. São Paulo: Benvirá, 2012.

PINHEIRO. Patricia Peck. **Proteção dos Dados Pessoais: Comentários à Lei N° 13.709/2018 (LGPD)**. ed. 2. São Paulo. Saraiva educação. 2020.

PORTELA, Lucas Soares. **Agenda de Pesquisa sobre o Espaço Cibernético nas Relações Internacionais**. Revista Brasileira de Estudos de Defesa, v. 3, nº 1. Santa Catarina: ABED, 2016

RAFFESTIN, Claude. **Por uma Geografia do Poder**. Paris: Ed. Ática, 1993.

SENHORAS, E. M. **Mapas de ciber conflitos no mundo**: relatório de pesquisa organizado para Congresso Acadêmico de Defesa Nacional. Boa Vista: UFRR, 2014.

STERLING-FOLKER, **Making Sense of International Relations Theory**, Second edition. 2013.

UNODC. **The use of the Internet for terrorist purposes**. New York: United Nations, 2012.

WALTZ, Kenneth N. **Foreword: thoughts about assaying theories**. In: ELMAN, Colin; ELMAN, Miriam F. (Ed.). Progress in International Relations Theory: appraising the field. Cambridge, MA: MIT Press, 2003.

WALTZ, Kenneth N. **Teoria das Relações Internacionais**. Tradução de: Maria Luísa F. Gayo. Lisboa: Gradiva, 2002.

WALTZ, Kenneth N.. **Theory of International Politics**. Reading: Addison-wesley Publishing Company, 1979.

ZANATTA, R. **A Proteção de Dados entre Leis, Códigos e Programação: os limites do Marco Civil da Internet**. Em: De Lucca, N., Simão Filho, A., Lima, C.



Direito e Internet III: Marco Civil da Internet. São Paulo: Quartier Latin, p. 447-470, 2015.



# RESSOCIALIZAÇÃO DE CONDENADOS: UMA CRÍTICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DE FOUCAULT

Jussara da Rocha Dias Alencar<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo objetiva analisar o sistema prisional brasileiro e a ausência de políticas públicas de ressocialização, a partir da base filosófica do pensamento de Michel Foucault à ~~sapiência~~ <sup>sapiência</sup> de juristas da atualidade, tendo em vista que a sociedade exige do judiciário, e também do Direito Penal um protagonismo excessivo para resolução de litígios que poderiam ser solucionados com a participação de entidades sociais diversas. Inicialmente será apresentada uma breve explanação acerca da prisão sob a ótica de Foucault e a análise dos dados de superlotação dos presídios brasileiros. Posteriormente, o exame das penas e a atuação do Estado quanto à efetividade dos métodos aplicados para suposta ressocialização. Por fim, o apontamento de Políticas Públicas no âmbito da educação, esporte, religião e o acesso ao lazer que garantem proteção aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, para evitar o encarceramento em massa.

**Palavras-chave:** Prisão. Ressocialização. Políticas Públicas. Encarceramento. Religião.

## 1 INTRODUÇÃO

O principal elo da criminologia crítica com o Direito Penal está no feito do seu campo de estudo, posto que a ciência criminológica estuda o crime, o criminoso, a vítima e a sociedade. Busca-se analisar a atividade desviante e os meios de controle social das condutas, concentrando-se na atuação do sistema prisional.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB



Batista<sup>2</sup>, afirma que o Direito Penal não se constrói ou é construído ao acaso, vem do mundo, ou seja, é legislado para cumprir funções concretas dentro e para uma determinada sociedade, que se organizou de determinada maneira.

Indaga-se uma discussão em torno da política criminal como meio de transformação social e institucional, para que haja uma construção da igualdade, da democracia e de modos da vida comunitária e civil mais humana, sem a necessidade de ampliar de forma exacerbada as leis punitivas e o encarceramento, requer a integração de outros seguimentos como a educação, saúde, trabalho, desenvolvimento social, entre outros.

A intervenção do Direito Penal deve ocorrer apenas enquanto os outros institutos sociais não forem capazes de solucionar. Defende-se a concepção de *ultima ratio*, e a desaprovação de um sistema prisional constituído por políticas que estão a serviço da parcela social detentora de poder político-econômico, sendo uma justiça penal administradora da criminalidade, de forma seletiva, destacando a falibilidade do aparato repressor formal.

O presente artigo tem como objetivo analisar o sistema prisional brasileiro, sob o enfoque da criminologia crítica em contraponto com as consequências da utilização do Direito Penal, para resolução dos conflitos sociais, desarticulado de outros institutos.

Averiguar o sistema jurídico e prisional brasileiro no plano da capital da república, com intuito de verificar suas peculiaridades e respeito aos preceitos legais na proporcionalidade das aplicações da pena e sua execução.

Objetiva-se a construção de um novo entendimento quanto a ineficácia do Direito Penal para extinguir a criminalidade, sem a participação de outros entes sociais.

---

<sup>2</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011





Conjectura-se que a solução para o problema apresentado será a reconstrução de valores sociais a partir da educação, tendo em vista que leis mais severas não produzirá obrigatoriamente resultados satisfatórios na esfera penal, devemos fugir do senso comum em que se entende que a publicação da lei resulta em mais punição e menos criminalidade.

A pertinência deste trabalho científico, coaduna com o fato de que o tema é relacionado com a preservação dos direitos humanos, refletindo acerca da seletividade das políticas criminais, em defesa da ampliação dos estudos das causas da criminalidade, entendendo que a pena deve ser justa e proporcional.

Por essas razões, a pesquisa desenvolvida a partir deste projeto é de

Salutar importância, pois os direitos humanos amplamente conhecidos derivam de uma longa evolução da sociedade e da concepção de Estado, conquistada na reação contra abusos que a classe dominante impõe sobre a classe dominada.

Foucault<sup>3</sup> entendia que a prisão, mesmo efetivada pelo Estado, seria uma forma de controle de uma classe dominante (burguesia) com o intuito de fragilizar os meios de sobrevivência da classe dominada (proletariado), criticando tais instrumentos de controle e dominação ideológica.

Nesse contexto, afirmam Melossi e Pavarini que:

O cárcere surge assim como o modelo da “sociedade ideal”. E mais: a pena carcerária – como sistema dominante do controle social – surge cada vez mais como o parâmetro de uma mudança radical no exercício do poder. De fato, a eliminação do “outro”, a eliminação física do transgressor (que, enquanto “fora do jogo”, se torna destrutível), a política do controle através do terror se transforma – e o cárcere é o centro desta mutação – em política preventiva, em contenção, portanto, da destrutividade. Passa-se, assim, da eliminação à integração do criminoso ao tecido social. Os tempos, os modos e as formas

---

<sup>3</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 27ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2003



desta “transformação” do criminoso na imagem burguesa de como “deve ser” o “não-proprietário”, isto é, o “proletário”, são complexos e se calcam numa outra identidade: exatamente aquela entre não-proprietário e criminoso<sup>4</sup>.

Desse modo, dispondo o cárcere como referência central do controle social, entendemos que este instrumento de coerção conserva uma técnica de reafirmação de uma estrutura de ordem social burguesa, porém não é o centro da violência da estrutura penal.

Afirma Baratta, que a seleção dos encarcerados é anterior ao sistema penal burguês que o qualifica como modelo de controle social, por conseguinte:

O cárcere representa, em suma, a ponta do iceberg que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa<sup>5</sup>.

Compreende-se que a expansão do encarceramento, não possui um elo com o progresso da prática de delitos. A alteração ocorre na postura política de reação ao cometimento de crimes, que na atualidade tem sofrido interferências desarrazoadas de uma mídia deformadora de opiniões. Bauman anuncia que “as raízes de nossa vulnerabilidade são de natureza política e ética”<sup>6</sup>.

Nesse sentido, o excesso de normas não construirá uma sociedade justa, mas sim culminará no embargo da funcionalidade do aparato estatal. A responsabilidade para sanar os problemas da criminalidade no país tem sido atribuída de forma irracional ao Judiciário, especificamente no ramo do Direito Penal, por vezes, tal instituto deixa de ocupar a posição de *ultima ratio*, de forma subsidiária e

---

<sup>4</sup> MELOSSI, Dario - PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006, p.216

<sup>5</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2002, p. 167

<sup>6</sup> BAUMAN, Zygmunt. Medo líquido. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 130



fragmentária, para proteger bens jurídicos que poderiam ser abrigados pelos demais organismos sociais.

Nessa esteira, Paulo Queiroz, sintetiza o entendimento do Direito Penal Mínimo:

“Por que defendo um Direito Penal Mínimo? Porque uma das coisas que mais fiz, faço e farei (possivelmente) é arguir prescrição, em crime de homicídio inclusive; e a prescrição – expressão máxima da falência do sistema penal - é sempre uma frustração e uma injustiça; exatamente por isso, um direito penal mínimo não significa enfraquecer o sistema penal, mas fortalecê-lo; Porque, apesar de se ocupar de um sem número de ações e omissões, a efetiva intervenção do sistema penal (ações penais, condenações, prisões etc.) é estatisticamente desprezível; Porque mais leis, mais policiais, mais juízes, mais prisões significa mais presos, mas não necessariamente menos delitos (Jeffery); Porque multiplicar leis penais significa apenas multiplicar violações à lei; não significa evitar crimes, mas criar outros novos (Beccaria); Porque o direito penal intervém sempre tardiamente, nas consequências, não nas causas dos problemas; intervém sintomatologicamente, não etiologicamente; Porque problemas estruturais demandam intervenções também estruturais e não simplesmente individuais; Porque o direito penal deve ser minimamente célere, minimamente eficaz, minimamente confiável, minimamente justo; Porque, se o direito penal é a forma mais violenta de intervenção do Estado na liberdade dos cidadãos, segue-se que, como ultima ratio do controle social formal, somente deve intervir quando for absolutamente necessário; Porque a intervenção penal, por mais pronta, necessária e justa, é sempre tardia e incapaz de restaurar a autoestima ou atenuar o sofrimento das vítimas; é uma intervenção traumática, cirúrgica e negativa (García-Pablos); e prevenir é sempre melhor que remediar; Porque, por vezes, a pretexto de combater a criminalidade, o direito penal acaba estimulando a própria criminalidade, atuando de modo contraproducente, especialmente nos chamados crimes sem vítima (contravenção do jogo do bicho, exploração da prostituição de adultos, tráfico de droga etc.); Porque não existe prova alguma de que o direito penal evite novos crimes, seja em caráter geral, seja em caráter individual (ressocialização), de sorte que prevenção geral e especial têm mais a ver com crenças, mitos e fantasias do que com ciência; Porque, a pretexto de combater violência, o direito penal, que



também é violência, acaba gerando mais violência, nem sempre legítima; não raro é um só pretexto para a violação sistemática de direitos humanos; Porque o direito penal, assentado que está sobre uma estrutura social profundamente desigual, seleciona sua clientela, inevitavelmente, entre os setores mais pobres e vulneráveis da população; punir os chamados criminosos do colarinho branco, além de ser exceção a confirmar a regra, é só uma tentativa (quixotesca) de atenuar o nosso mal-estar, como se fosse possível, por meio da intervenção penal, inverter a lógica funcional do modelo capitalista de produção; Porque uma boa política social ainda é a melhor política criminal (Franz von Liszt)<sup>7</sup>.

Portanto, é imperativo encontrar uma forma de se acatar aos anseios da sociedade sem, entretanto, aumentar as funções do Direito Penal.

## 2 PRISÃO

De acordo com a legislação brasileira a prisão temporária é uma modalidade de prisão utilizada durante a fase administrativa, fase de investigação. Normalmente é decretada para garantir o bom andamento de determinadas diligências. A Lei 7.960/89, que normatiza a prisão temporária afirma que ela será cabível: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes de homicídio, sequestro, roubo, estupro, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro, entre outros. O prazo de duração da prisão temporária, em regra, é de 5 dias. Entretanto, existem procedimentos específicos que estipulam prazos maiores para que o investigado possa permanecer preso temporariamente.

---

<sup>7</sup> RASSI, Patricia Veloso de Gusmao Santana. **Direito Penal Mínimo**. 2017. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4498&revista\\_cademo=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4498&revista_cademo=3)>. Acesso em: 22 nov. 2017.



A Prisão Preventiva atualmente é a modalidade mais discutida no âmbito jurídico. Podendo ser decretada durante o curso das investigações, quanto no decorrer da ação penal, porém os requisitos legais para sua decretação devem ser preenchidos. O artigo 312 do Código de Processo Penal estabelece tais critérios, sendo eles: a) garantia da ordem pública e da ordem econômica (impedir que o réu continue praticando crimes); b) conveniência da instrução criminal (evitar que o réu atrapalhe o andamento do processo, ameaçando testemunhas ou destruindo provas); c) assegurar a aplicação da lei penal (impossibilitar a fuga do réu, garantindo que a pena imposta pela sentença seja cumprida).

A prisão em flagrante possui particularidades pouco conhecidas pelos cidadãos, que é a possibilidade de poder ser decretada por qualquer do povo que presenciar o cometimento de um ato criminoso. As autoridades policiais têm o dever de prender quem esteja em flagrante delito.

### 3 PENAS

Rogério Greco conceitua a pena da seguinte maneira: “A pena é consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*”<sup>8</sup>. Portanto, a pena é a consequência da ação realizada pelo sujeito, em que o Estado irá realizar a punição.

A legislação penal considera como crime toda a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, isoladamente ou em conjunto com a pena de multa. Do mesmo modo, conceitua como contravenção a infração penal a qual a lei comina pena de prisão simples ou multa, seja em conjunto ou alternativamente.

O artigo 32, do Código Penal, elenca três modalidades de pena: privativa de liberdade; restritiva de direitos; multa. As penas privativas de liberdade, são a

---

<sup>8</sup> GRECO, Rogério, Curso de Direito Penal, parte geral, V.I, quinta edição, p. 542, 556 e 571. 2005



detenção e a reclusão relativas a crimes, bem como, segundo a Lei de Contravenções Penais a prisão simples pertinentes à estas.

Identificada como pena de prisão, as penas privativas de liberdade são aquelas que têm como objetivo privar o condenado do seu direito de locomoção recolhendo-o à prisão por tempo determinado.

A pena de reclusão é uma das penas mais rígidas devendo ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A pena de detenção é aquela prevista para ser cumprida inicialmente em regime semiaberto ou aberto. Não admitindo o início de seu cumprimento no regime fechado, porém é permitida a regressão a esse regime.

Quatro são as diferenças principais que podem ser extraídas entre a reclusão e a detenção, vejamos: a reclusão pode ser feita em regime fechado; no caso de aplicação cumulativa da pena de reclusão e detenção, aplica-se a reclusão primeiro; a reclusão pode ter como efeito de sua condenação a incapacidade do exercício do poder familiar, tutela ou curatela, nos crimes dolosos contra filho, tutelado ou curatelado; a reclusão pode acarretar internação no caso de imposição de medida de segurança, enquanto na detenção o Juiz pode aplicar um tratamento ambulatorial<sup>9</sup>.

As penas privativas de liberdade são adequadas aos sujeitos que cometeram efetivamente crimes mais graves, aqueles indivíduos perigosos considerados como de difícil recuperação, neste caso a ressocialização deve acontecer dentro do complexo penitenciário. Logo, punem-se com reclusão os crimes mais graves, reservando-se os de menor gravidade para a detenção.

A respeito das penas, a Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, prevê as seguintes:

Art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos e III - de multa.

---

<sup>9</sup> MASSON, Cleber. **Direito Penal- Parte Geral- Vol 1**. São Paulo: Método, 2010



Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As Penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste código.

Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.”

Pode-se dizer que este regime é a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou em estabelecimento similar. O referido regime deve ser cumprido em



estabelecimentos de segurança média, nos quais os presos podem ser colocados em alojamentos coletivos, como está previsto no artigo 91, da Lei de Execução Penal.

Na visão de Rogério Greco o cumprimento em regime semiaberto, pela Súmula nº 269, trata-se de uma admissão deste regime aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis às circunstâncias judiciais.

Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

§ 2º - O trabalho externo e admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

Rogério Greco (2010, p. 571) disserta sobre o regime aberto, esclarecendo o seguinte:

“O regime aberto é uma ponte para a completa reinserção do condenado na sociedade. O seu cumprimento é realizado em estabelecimento conhecido como Casa do Albergado. Esse regime, baseado na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado, permite que este, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhe, frequente curso ou exerça outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.”

Concluindo, entende-se que o regime aberto é a execução da pena em casa de albergado ou em outro estabelecimento de segurança mínima. Outrossim, um local que não exista obstáculos para fuga. É notório salientar que, não havendo estabelecimentos adequados à execução de pena em regime semiaberto ou aberto, o condenado pode cumprir a pena em prisão domiciliar.

Art. 36 do Código Penal. O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra





atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

2º- O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

Serão apresentadas, agora, as espécies de pena, suas variedades e características individuais.

A espécie privativa de liberdade, que está prevista no Código Penal para os crimes ou delitos, são as de reclusão ou detenção. Assim, trata-se de prisão simples.

Para Rogério Greco (2005, p.600), a pena privativa de liberdade é:

“A pena privativa de liberdade vem prevista no preceito secundário de cada tipo penal incriminador, servindo á sua individualização, que permitirá a aferição da proporcionalidade entre a sanção que é cominada em comparação com o bem jurídico por ele protegido”.

O art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal confirma o exposto acima, apontando o seguinte:

Art. 1º. Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Neste momento, optou-se por trazer algumas informações importantes do Código Penal Brasileiro a respeito das penas de reclusão e de detenção, que são nada menos do que a própria espécie de penas privativas de liberdade conforme descritas abaixo:

Art. 33, caput, do CP (2013, p. 526), que relata que a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. Já a detenção deve ser em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado

Art. 92, II, do CP (2013, p. 532), do efeito da condenação, a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou



curatela, somente ocorrerá com a prática de crime doloso, punido com reclusão, cometido contra filho, tutelado, curatelado;

Art. 97 do CP (2013, p. 533), se a pessoa que praticou o fato for imputável, o juiz determinará sua internação, se toda via o fato previsto como crime for punível com detenção, é cabível o magistrado submetê-lo a tratamento ambulatorial;

Art. 414 do CPP (2013, p. 642), fala sobre a intimação da sentença de pronúncia nos crimes dolosos contra a vida apenados com reclusão, portanto inafiançáveis, será sempre feita ao réu, pessoalmente.

Os autores Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2006, p. 251) dissertam sobre as penas privativas de liberdade com o propósito de alegar que, apesar de ter contribuído decisivamente para eliminar as penas aflitivas, os castigos corporais, as mutilações etc., não tem a pena correspondida às esperanças de cumprimento com as finalidades de recuperação de delinquente.

As penas restritivas de direito encontram-se estipuladas e autoexplicativas no art. 43, do Código Penal, do decreto Lei nº 2848/40, conforme exposto abaixo:

Art. 43 (2013, p. 527) - As penas restritivas de direitos são:

I – prestação pecuniária;

– perda de bens e valores;

– limitação de fim de semana;

IV- prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos;

VI - limitação de fim de semana.

Os seguintes artigos do Código Penal, da Lei nº Decreto Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940, discorrem também a respeito das espécies de penas acima explicadas, podendo ser observadas e comparadas a seguir:

Art. 44. (2013, p. 527) As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

- aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça



á pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

- o réu não for reincidente em crime doloso;

– a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitando o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Sobre isso, Vera Regina de Almeida Braga, se manifesta em seu livro seguinte forma: A pena de multa constitui uma modalidade de pena pecuniária, impostas pelo Estado às pessoas condenadas pela prática de infrações penais. Trata-se de uma retribuição não correspondente ao valor do dano causado, considerada como sanção de natureza patrimonial, por representar pagamento em dinheiro por determinação judicial, em virtude de sentença condenatória.

Assim, tendo em vista o exposto, entende-se que a pena de multa é o mínimo de 10 e de, no máximo, 360 dias-multa. O valor do dia-multa é fixado pelo



magistrado e não poderá ser inferior a um trigésimo do valor do maior salário mínimo mensal vigente á época do fato e nem superior a cinco vezes esse mesmo salário.

O juiz<sup>10</sup>, ao aplicar a pena de multa, deve levar em consideração a situação econômica do réu. Porém, ressalta-se que o juiz pode aumentar o valor da pena de multa até o triplo do valor antes estipulado, se o mesmo considerar que o valor é ineficaz. Ademais, o valor da multa sempre será atualizado de acordo com a correção monetária quando da execução.

#### **4 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EVITAR O ENCARCERAMENTO**

Conquistar alternativas para os problemas que atormentam e prejudicam a sociedade é um dever de todos, ou seja, não é restrito aos poderes públicos. Entretanto, os órgãos governamentais devem primordialmente adotar políticas públicas de inclusão, que favoreçam o desenvolvimento humano com dignidade, para a participação da vida em sociedade por todos os indivíduos.

Ressalta-se que o sistema carcerário brasileiro tem executado apenas a função punitiva da pena, esquecendo-se das funções ressocializadora e preventiva. Logo, os detentos são isolados em estabelecimentos penais, sem nenhuma orientação no âmbito da ressocialização ou de prevenção de novos delitos, contribuindo para a elevação dos índices de reincidência.

Como fator preponderante para a ressocialização, podemos considerar a religião, tendo em vista que a Constituição brasileira, em seu artigo 5º, inciso VII, prevê a assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva. O sistema prisional oferta a assistência, pois os presídios são enquadrados no rol de internação coletiva. No entanto, a Lei de Execução Penal, em seu artigo 11 que trata

---

<sup>10</sup> [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17164](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17164)



de todas as assistências e, reserva o artigo 24 para tratar especificamente da assistência religiosa.

A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa. Parágrafo 1º No estabelecimento haverá local apropriado para cultos religiosos. Parágrafo 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

Normalmente os detentos são originários de famílias desestruturadas, ou seja, não receberam assistência adequada durante sua criação. Portanto, a assistência religiosa deve ser disponibilizada, mas nunca obrigatória e tem se mostrado bastante eficaz, influenciando positivamente na vida de cada um dos apenados.

O trabalho religioso proporciona novas oportunidades aos apenados, sobretudo, àqueles que eram viciados em tóxicos e álcool, que podem vislumbrar novo sentido para suas vidas. Além dos benefícios que propicia aos internos, também os prepara de forma positiva para quando sair do cárcere poder conquistar seu espaço e ser reinseridos na sociedade de forma natural. Se aproveitar o período ócio da prisão e transformá-lo em uma espécie de “retiro” espiritual, moral e educacional, passando confiança e conscientizando os presos de sua importância para o bem-estar da sociedade quando estiverem inseridos nela, a assistência religiosa pode despontar como uma das políticas ressocializadoras mais significativas e eficazes.

Entendemos que o Brasil necessita reduzir o quantitativo de presos e evitar que os condenados de baixa periculosidade se associem a facções criminosas<sup>11</sup>. O ano de 2017 foi marcado pela crise no sistema carcerário, tendo em vista que em apenas 15 dias, em diferentes estados, houve mais de 130 mortos (Alagoas, Amazonas, Paraíba, Paraná, Santa Catarina, São Paulo, Rio Grande do Norte e Roraima). Casos

---

<sup>11</sup> <https://www.cartacapital.com.br/politica/seis-medidas-para-solucionar-o-caos-carcerario>



como estes refletem os danos causados pelo encarceramento em massa, sendo o Brasil o segundo país que mais efetuou prisões em 15 anos, além de possuir a quarta maior população carcerária do Mundo.

Jean-Philip Struck, da agência de notícias Deutsche Welle, sugere seis medidas indispensáveis para reverter esse cenário, sob a avaliação de diferentes especialistas: Redução do número de presos provisórios; aplicação de penas alternativas; revisão da Lei de Drogas; fomentar as opções de trabalho e estudo dentro dos presídios; reformar a estrutura física dos presídios e promover a separação de presos.

Os números de presos provisórios no Brasil são alarmantes, são aproximadamente 40% de toda população carcerária. De acordo com dados apresentados pela ONG Conectadas, muitos desses presidiários têm acesso restrito à Justiça e por vezes cometeram crimes de baixa gravidade e poderiam aguardar o julgamento em liberdade. Milhares são as situações em que ao final do julgamento a pena seria inferior ao tempo de espera pelo julgamento, em outros casos são absolvidos. Portanto, a saída de presos provisórios diminuiria a superlotação nos presídios, fator que favorece conflitos. Nos últimos anos a Justiça promove mutirões, realizando audiências de custódia para tentar minimizar tal situação, porém de forma inconstante.

Especialistas, tais como o presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB em São Paulo, Martim Sampaio, afirmam que apesar de útil, os mutirões teriam apenas um efeito paliativo, contribuindo para o fracasso do Sistema Penal, pois não seriam necessários se não ocorressem tantas distorções. Afirmam que o combate da morosidade será efetivo, apenas com a reforma do sistema de Justiça, permitindo que os presidiários tenham acesso a formas apropriadas de defesa, como a defensoria pública, visto que nem todos os estados possuem esta estrutura. De acordo com um



levantamento da ANADEP (Associação Nacional de Defensores Públicos), faltam defensores públicos em 72% das comarcas do país.

A aplicação de penas alternativas ao encarceramento contribuiria para minorar a superlotação, pois atualmente são previstas para penas de até quatro anos e esporadicamente são aplicadas para casos envolvendo tráfico de drogas. Jörg Stippel, especialista alemão em assuntos carcerários, declara que a aplicação evitaria que criminosos de baixa periculosidade mantivessem contato com facções criminosas nos presídios, na Alemanha 80% das sentenças não implicam em perda de liberdade.

O advogado Daniel Bialski afirma que, uma parte dos juízes entende que a prisão é como se fosse uma obrigação, quando na verdade deveria ser a última alternativa (*ultima ratio*). Dados fornecidos pela ONG Conectas, atestam que se as penas alternativas fossem aplicadas em substituição das penas de prisão, em até 8 (oito) anos seria possível a redução da população carcerária brasileira em até 53 %.

A Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) possui um papel de destaque pela superlotação dos presídios no país. Desde o início de sua aplicação o número de presos por tráfico de drogas cresceu 348%. Logo, a lei enrijece as penas para pequenos traficantes (que na maioria das vezes são apenas dependentes químicos que comercializam drogas) que nem sempre representam periculosidade para a sociedade. Para que essas distorções sejam resolvidas, especialistas pedem ajustes na lei. Paulo Cesar Malvezzi Filho defende a descriminalização das drogas como uma solução para frear a avalanche de prisões que provoca a superlotação do sistema, “pois assim você tira 30% das pessoas das cadeias do país”.

Políticas Públicas eficientes para acesso ao trabalho e educação nos presídios são uma forma eficaz de combate a reincidência criminal, porém faltam investimentos nessa área. A Associação de Proteção e Amparo aos Condenados, que



funciona em trinta unidades prisionais de Minas Gerais e no Espírito Santo é um dos modelos elogiados, pois proporcionam aos presos o contato constante com suas famílias e comunidade, além do favorecimento ao aprendizado de novas profissões.

A divisão dos presos provisórios dos condenados, e dentre os condenados a divisão de acordo com a periculosidade ou gravidade do crime cometido está prevista na legislação penal. No entanto, na prática a realidade é outra devido ao sucateamento dos presídios e a superlotação, tais procedimentos evitariam que réus primários convivessem com criminosos veteranos.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Observa-se o interesse ardente da judicialização da vida e a aplicação do direito penal fora do contexto de intervenção mínima ou último instrumento utilizado pelo Estado em situações de punição por condutas ilegais. A caracterização dos atores principais se repete: jovens, pobres, negros, sem a educação básica; presos com quantidades insignificantes de entorpecentes, não ligados a facções criminosas, sem armas; porém sentenciados como traficantes.

De acordo com entendimento do Defensor Público Bruno Shimizu: Os dados da Secretaria de Segurança Pública apontam que a polícia nunca matou tanto. A Polícia Militar mata mais do que os civis. Isso nos faz refletir que a recomendação da ONU para que o Brasil extinguisse a Polícia Militar é bem razoável.

A mídia influencia a população de massa a pensar de forma fantasiosa que a criminalidade será combatida e até mesmo extinta se o Estado punir o maior número de condutas com elevados anos em regime fechado; desconsiderando que é pouco provável um criminoso deixar de praticar um ato, tendo por base o tempo que poderá ter sua liberdade privada.

As prisões em sua grande maioria ocorrem motivadas pelas drogas, que é vista erroneamente como um problema criminal e não como um fator vinculado a





saúde pública. Usuários são detidos com pequenas porções de entorpecentes e são denominados e punidos como grandes traficantes. Indivíduos que são punidos sem uma justa causa, além da ausência da defesa plena, permanecendo, por vezes, presos por um longo período.

Podemos afirmar que os direitos humanos amplamente conhecidos na atualidade derivam de uma longa e contínua evolução da sociedade e da concepção de Estado, conquistada na reação contra abusos que a classe dominante impõe sobre a classe dominada.

Porém, os novos contornos elitizados estão corrompendo a harmonia entre tais conceitos e promovendo um novo tipo de Estado autoritário e opressor, que viabiliza a dominação da massa trabalhadora, a marginalização dos pobres e o fortalecimento da segregação étnico-racial com o uso de medidas punitivas extremas.

Por fim, é lamentável observar o apelo de juízes e MP pelo encarceramento e a sociedade entendendo que a solução para o sistema penal é de responsabilidade apenas do Direito Penal; acredito que a reconstrução precisa ocorrer na base, ninguém nasce criminoso, mas o meio em que vive o faz; a falta de oportunidade, o preconceito sofrido, dentre outros fatores subjetivos, contribui para a transformação do ser humano em um descumpridor das determinações postuladas pelo Estado.

Portanto, o desenvolvimento de uma política criminal minimalista, deve ser construída teoricamente e empiricamente a partir da realidade local do Brasil, incluindo a participação ativa de grupos organizados da sociedade civil.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2002, p. 167.



BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 136 p. Elaborado pelo Professor Titular de Direito Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Candido Mendes. Presidente do Instituto Carioca de Criminologia e advogado.

BAUMAN, Zygmunt. Medo líquido. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 130.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016. **Altera o art. 7º da Lei no 8.906, de 4 de Julho de 1994 (estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm). Acesso em: 18 out. 2019.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. São Paulo: Saraiva, 2013. p.227.

CARVALHO, Salo. O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

D'URSO, Luíz Flávio Borges - Coord. - **Advocacia e Justiça Criminal** – Editoras O.M. e Del Rey - 1º edição – 1997.

ELÓI, André Luís Vieira; TEIXEIRA, Paulo Enderson de Oliveira. **Judicialização da Política**: o aumento das estruturas judicantes nas democracias contemporâneas e no Brasil. 2014. Artigo elaborado por professores da Pontífca Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), Campus Serro, sendo ambos Mestres em Teoria do Direito no Programa de Pós Graduação em Direito da PUC Minas. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/8549>. Acesso em: 21 nov. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Trad. Lúcia M. Ponde Vassalo. Petrópoli: Vozes, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Niterói: Impetus, 2010.



GRINOVER, Ada Pellegrine. Teoria Geral do Processo. 14ª ed. São Paulo : Malheiros, 1998.

LOPES, Aury Jr. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.

MASSON, Cleber. **Direito Penal- Parte Geral- Vol 1.** São Paulo: Método, 2010.

NALINI, José Renato. Muito direito, pouca justiça. 2014. José Renato Nalini é um jurista, professor, escritor, magistrado e político brasileiro. Foi desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde exerceu a presidência, é o atual Secretário de Educação de São Paulo. Disponível em: <http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,muito-direito-pouca-justica-imp-,1553961>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Um Estado para a sociedade civil: temas éticos e políticos da gestão democrática. 3°.ed. São Paulo: Cortez, 2011.

**ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano. Escola da Prisão: Espaço de Construção da Identidade do Hoem Aprisionado?** 2017. Disponível em: <http://www.anped.org.br/sites/default/files/gt06-1943.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2020.

RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica.** 3ª ed. rev. amp. e atual. de acordo com as reformas processuais penais e a Lei 11.900/09: Videoconferência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RASSI, Patricia Veloso de Gusmao Santana. **Direito Penal Mínimo.** 2017. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4498&revista\\_cader n\\_o=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4498&revista_cader n_o=3)>. Acesso em: 22 nov. 2019.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial.** São Paulo Ed. Revista dos Tribunais. 2004.

SANTOS, Wanderley Elenilton Gonçalves. **Lei 13.245/16 e a importância do advogado no inquérito policial.** 2016. Disponível em: <https://www.megajuridico.com/inovacoes-trazidas-pela-lei-13245-16-e-a-importancia-do-advogado-no-inquerito-policial/>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R. **Curso de Direito Processual Penal.** 11 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.



TOURINHO Filho, Fernando da Costa, 1928 – Processo penal, volume 1 / Fernando da Costa Tourinho Filho.– 28. ed. ver. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.



# A FUNÇÃO DOS PONTOS DE CONTATO NACIONAIS DA OCDE NA RESOLUÇÃO DOS CASOS ANÁLOGOS À ESCRAVIDÃO MODERNA PRATICADA PELAS EMPRESAS MULTINACIONAIS

Maria Teresa Goulart Portella

## RESUMO

O presente artigo analisa casos relacionados à escravidão moderna que violam as diretrizes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Retrata as fases processuais e materiais dos Pontos de Contato Nacionais (PCNs), bem assim sua importância como um organismo quase jurisdicional no combate as relações de trabalho equiparadas à escravidão. É objeto de estudo também a verificação de casos práticos que têm como semelhanças certas inobservâncias nas diretrizes da OCDE. Analisa, ainda, o acesso à informação pelos PCNs relativo às denúncias, obtido com uma certa transparência limitada devido às constantes mudanças neste sistema.

**Palavras Chave:** Trabalho análogo à escravidão moderna. Estudo de casos práticos. Caso do café nas fazendas de Minas Gerais. OCDE. Pontos de Contato Nacionais. Empresas Multinacionais.

## INTRODUÇÃO

A escravidão sempre foi um problema existente desde o início da história humana, caracterizando-se por ser uma condição imposta e não natural. Pelo fato de abranger diferentes culturas, nacionalidades e até religiões, a escravidão na antiguidade era exercida em meio a guerras, conquistas, rebeliões servis.



Sendo assim, “uma sociedade é genuinamente escravista quando a escravidão se torna uma instituição essencial para a sua economia e seu modo de vida, no sentido de que os rendimentos que mantém a elite dominante provêm substancialmente do trabalho escravo”<sup>1</sup>

Atualmente, esta ideia continua parecida, contudo, a denominação de escravidão mudou, caracterizando-se agora pela escravidão moderna. Trata-se de um instrumento utilizado por empreendimentos para potencializar seus processos de produção e expansão:

Todo ano, milhares de pessoas são traficadas e submetidas a condições desumanas de serviço e impedidas de romper a relação com o empregador. Não raro, são impedidas de se desligar do trabalho até concluírem tarefa para a qual foram aliciadas, sob ameaças que vão de torturas psicológicas a espancamentos e assassinatos. No Brasil, essa forma de exploração é chamada de trabalho escravo contemporâneo<sup>2</sup>.

Um dos casos práticos estudados no presente artigo - que ainda se encontra em análise e será melhor abordado posteriormente – retrata exatamente este cenário. Consiste na exploração de trabalhadores que sobreviviam em condições análogas à escravidão nas fazendas de café no Sul de Minas Gerais<sup>3</sup>.

É um dos casos mais recentes iniciado em 21 de agosto de 2018, e complexos do Brasil, por envolver seis grandes empresas multinacionais - Nestlé, Jacobs Douwe Egberts, McDonald's, Dunkin Donuts, Starbucks e Illy. Ele ainda se encontra em análise pelo Ponto de Contato Nacional da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico no Brasil.

---

<sup>1</sup> JOLY, Fábio Duarte. **A escravidão na Roma antiga**: política, economia e cultura. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2005. p. 114

<sup>2</sup> SAKAMOTO, Leonardo. **Escravidão Contemporânea**. São Paulo: Contexto, 2020. p. 07

<sup>3</sup> CONECTAS, Human Rights; ADERE, MG. **PCN Brasil** (caso pendente iniciado em 21/08/2018). Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 16 jun. 2019



A denúncia fora apresentada pelo sindicato ADERE MG e pela ONG Conectas Direitos Humanos e circundou em queixas como violações à dignidade humana; o não pagamento de um salário mínimo adequado; a exploração no trabalho e em sua jornada; bem como a instalação de locais insalubres para moradia e a retenção da carteira de trabalho dos empregados<sup>4</sup>.

Outro exemplo de escravidão moderna – a ser explanada subsequente - é a denúncia realizada pela ONG India Committe of the Netherlands (ICN), em junho de 2000, em desfavor da multinacional Adidas Beneluz Bv, localizada na Índia<sup>5</sup>. Fora alegado violações com relação a utilização de mão-de-obra infantil na indústria do futebol. O caso ficou conhecido como: “lado sombrio do futebol – trabalho infantil e adulto na indústria do futebol da Índia e o papel da FIFA”<sup>6</sup>.

Em brevíssima análise, a cultura escravista de outrora era realizada através do trabalho compulsório para a produção de subsistência da comunidade – no período nômade da história grega – posteriormente, no século v a.C com o luxo e o aumento do nível de vida surgiu a forma clássica da escravidão<sup>7</sup>, e assim desenvolveu-se os vários tipos de escravidão, até chegar a escravidão moderna, que está presente na sociedade contemporânea.

Esta exploração, agora não mais acontece em regiões de fronteira agropecuária, como também se expandiu para os grandes centros urbanos, “a super exploração do trabalho, da qual o trabalho escravo contemporâneo é a forma mais

---

<sup>4</sup> CONECTAS, Human Rights; ADERE, MG. **PCN Brasil** (caso pendente iniciado em 21/08/2018). Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 16 jun. 2019.

<sup>5</sup> PCN, Holanda. **ICN vs. Adidas Netherlands**. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_8](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_8). Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>6</sup> Idem

<sup>7</sup> JOLY, Fábio Duarte. **A escravidão na Roma antiga**: política, economia e cultura. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2005. p. 175



cruel, é deliberadamente utilizada em determinadas regiões e circunstâncias como ferramenta.”<sup>8</sup>

Em face da escravidão vivenciada também ser em âmbito internacional, a busca por melhores condições de sobrevivência, de dignidade, de trabalho, foram surgindo, como o aditamento dos Direitos Humanos. Conforme bem destaca o ministro do TST, Cláudio Brandão:

Com o desenvolvimento dos Direitos Humanos, teve a necessidade de criar tratados internacionais, para que esses direitos sejam iguais e preservados em qualquer lugar do mundo. A população e os seus governantes sentiram a necessidade de um relacionamento mais estável e exigível entre ambos, contudo, pode-se falar que a criação desses tratados foi recente, uma vez que eles foram criados em meados da pós-Segunda Guerra Mundial. Com o sistema das Nações Unidas, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, feita no ano de 1948, ajudou para a criação dos tratados internacionais.<sup>9</sup>

Consoante luta e busca para facilitar as relações entre empregados e empregadores, aumentar a fiscalização e melhorias na condição do trabalho, principalmente no âmbito internacional, assim como para solucionar denúncias de explorações que são feitas, como também na saúde, no meio ambiente, na economia, dentre outros - foram criados alguns organismos jurídicos.

No Brasil, é o caso da Política Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo (PNETE). Tem como objetivo amenizar e acabar com a escravidão, como é o exemplo da Convenção sobre a Escravidão que o Brasil fez parte, em 1926, adotada pela Sociedade das Nações Unidas, “na qual se proibiu a prática a escravidão, assim como o tráfico de escravos”<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> SAKAMOTO, Leonardo. **Escravidão Contemporânea**. São Paulo: Contexto, 2020. p. 08

<sup>9</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Direitos Humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas S.A. 2014. p. 132

<sup>10</sup> BRASIL. Senado Federal. **Planos brasileiros de erradicação**. História dos planos brasileiros de erradicação do trabalho escravo. Disponível em:





Há também o Ministério Público do Trabalho (MPT), sendo um órgão criado para cuidar das questões trabalhistas, estando à frente dos empregados e lutando por interesses coletivos, para que eles sejam respeitados pelas empresas<sup>11</sup>.

Em caráter internacional, houve a criação, em 24 de outubro de 1945, de um organismo advindo de conferências de paz, realizadas no final da segunda guerra mundial, caracterizando-se como a Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>12</sup>.

Mesmo tendo como objetivo a organização para com os povos e governos, ela acolheu a situação vivenciada de escravidão e instituiu, sob o âmbito da Convenção nº 29, uma de suas primeiras normas internacionais, editada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) - uma de suas agências especializadas. Em destaque, o “âmbito da Convenção nº 29, os países membros assumiram o compromisso de ‘abolir a utilização do trabalho forçado ou obrigatório, em todas as suas formas, no mais breve espaço de tempo possível’”<sup>13</sup>.

Há de se abordar também sobre a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que tem como um de seus objetivos garantir a paz universal permanente, “em 1946, a OIT se transformou num organismo especializado da ONU, mantém uma estrutura diferente das organizações internacionais intergovernamentais, posto que admite a presença da classe trabalhadora através das suas instituições representativas, como sindicatos”<sup>14</sup>.

---

<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/trabalho-escravo/combate-ao-trabalho-escravo/planos-brasileiros-de-erradicacao.aspx>. Acesso em: 04 mar. 2020

<sup>11</sup> BRASIL. **Ministério Público do Trabalho**. Disponível em: <https://mpt.mp.br/>. Acesso em: 04 jun. 2020

<sup>12</sup> ONUBR. Nações Unidas Brasil. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>. Acesso em: 04 jun. 2020

<sup>13</sup> Idem

<sup>14</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Direitos Humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas S.A. 2014. p.132



No que tange as relações trabalhistas, em analogia, a OIT se encontra em âmbito internacional, relacionando-se com os Estados, e em âmbito local, essas relações são mais desenvolvidas pelas empresas multinacionais.

Por estarem situadas em diversos locais exercendo atividades diferentes, essas empresas acabam por terceirizar suas tarefas e estabelecem filiais em outras localidades, que na maioria das vezes, têm como objetivo a obtenção de uma maior lucratividade, a isenção de impostos, a baixa mão-de-obra, o amplo mercado consumidor, dentre outros

Nessa linha, “as empresas transacionais, também conhecidas como empresas multinacionais, ou até campanhas multinacionais, são marcadas pela finalidade lucrativa, o que as diferencia, inclusive, das organizações não governamentais”<sup>15</sup>.

Mesmo com sua relevância, as multinacionais são também alvo de acusações por praticarem e facilitarem o abuso perante os seus trabalhadores que se encontram, na maioria das vezes, em situações análogas a de escravos, principalmente nos países com um menor recurso<sup>16</sup>.

A título de exemplo mencionado anteriormente, o caso que envolvia seis multinacionais em trabalhos análogos à escravidão moderna, vivenciados pelos trabalhadores nas fazendas de café no Sul de Minas Gerais.

Em face a tantas denúncias e abusos nas relações trabalhistas, houve uma certa dificuldade no controle das empresas multinacionais na verificação, com relação a origem dessas violações, advindas por meio de uma empresa sede ou filial. Sendo assim, proceder-se à fiscalização e respectiva responsabilização das empresas multinacionais pela prática de trabalho forçado, não se afigura como tarefa de simples envergadura em razão da atuação extraterritorial.

---

<sup>15</sup> SALIBA, Graciane Rafisa. **Convenções da OIT e empresas transacionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 77

<sup>16</sup> BUSINESS, Human. **Rights Resource Centre**. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/pt/principais-temas>. Acesso em: 26 maio 2020



Portanto, a empresa matriz poderá deduzir em sua defesa que os atos omissivos da empresa filial ou eventualmente coligada, até mesmo por consórcio, bem como aquelas terceirizadas, não ensejam o vínculo de sua responsabilidade, em razão de se posicionarem em território estrangeiro, alheias a sua esfera de influência e respectiva diligência.

Em outras palavras, pelas razões mencionadas, tal empresa matriz encontra significativas limitações para exercer o controle total, permanente e sistêmico sobre todas as ramificações de sua malha empresarial. Assim, exsurtem mecanismos pelos quais é possível, ainda que sem a responsabilização, desenvolver a fiscalização da prática de trabalho análogo à escravidão pelas empresas multinacionais, como é o caso do organismo dos Pontos de Contato Nacionais (PCNs) da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Mesmo que o foco central dos PCNs não seja a escravidão moderna, como será demonstrado sucessivamente, eles possuem de tal competência para adentrar neste âmbito, utilizando como base as diretrizes instituídas pela OCDE.

A OCDE é uma organização internacional e intergovernamental, na qual apresenta sede em Paris, na França. Atualmente, é composta por 35 países mais desenvolvidos e industrializados da economia de mercado, no qual têm por objetivo analisar os problemas que são comuns e solucioná-los, além de coordenar políticas domésticas e internacionais<sup>17</sup>.

Permeia também assuntos relacionados aos sistemas financeiro, comercial, social e ambiental. Ela busca “coordenar definições, medidas e conceitos, o que contribuiria para a comparação entre países que enfrentam problemas similares”<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **O Brasil e a OCDE.** Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde>. Acesso em: 18 fev. 2020

<sup>18</sup> Idem



Os países que fazem parte da OCDE, assim como os que ainda estão sob análise para egresso, devem aderir as suas diretrizes para empresas multinacionais<sup>19</sup> - que estão divididas em duas partes e dispostas em seu manual. São direcionamentos que retratam desde princípios, como políticas gerais, direitos humanos, sociedade e tecnologia, relações industriais, como também sobre o Comitê de Investimentos e os Pontos de Contato Nacional (PCNs)<sup>20</sup>.

Os PCNs são um mecanismo composto por escritórios governamentais distribuídos pelos países, gerando uma representação institucional, e têm como objetivo analisarem se as empresas estão cumprindo com as diretrizes, tal como, ao receberem denúncias de violação das empresas multinacionais, solucionarem seus problemas com base nas diretrizes internacionais que foram importadas<sup>21</sup>.

Uma de suas funções é a verificação das inobservâncias das diretrizes da OCDE sobre denúncias que foram realizadas, quando são alertados por ONGs, queixas anônimas ou de terceiros com relação a determinadas violações, buscando a resolução dos casos informados. Constituindo assim, como um dos mecanismos de reclamação não judicial, no qual, qualquer pessoa ou entidade pode acionar o serviço, sendo que:

O pré-requisito é que o caso envolva empresas multinacionais e diga respeito a um dos temas abordados pelas Diretrizes: políticas gerais; transparência; direitos humanos; emprego e relações laborais; meio ambiente; combate à corrupção, à solicitação de suborno e à extorsão; interesses do consumidor; ciência e tecnologia; concorrência e tributação<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> OCDE. **Guidelines for Multinational Enterprises**. Paris: OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020.

<sup>20</sup> Idem

<sup>21</sup> BRASIL. Ministério da Economia. **Ponto de Contato Nacional**. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional>. Acesso em: 11 maio 2020

<sup>22</sup> BRASIL. Ministério da Economia. **Ambiente em Migração**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional>. Acesso em: 06 mar. 2020



O PCN tornou-se importante por ser constituído como um dos instrumentos jurídicos utilizados para o combate da escravidão nas empresas multinacionais, uma vez que além de coordenar a atuação nacional em temas que são relacionados à cooperação jurídica internacional, também devem intermediar o processo de cooperação.

Sendo relevantes para reverterem as infrações cometidas pelas empresas multinacionais junto as diretrizes da OCDE, mediando a situação e propondo soluções para o cerceamento de práticas trabalhistas abusivas.

Cabe sublinhar que mesmo o PCN podendo aplicar algumas normas para cumprimento de inobservâncias causadas pelas multinacionais, ele não pode exercer poderes coercitivos para com as empresas que não obedecem com o que fora proposto ao longo do processo, assim como há a sua subordinação a algum outro organismo no país em que estiver instalado, no caso do Brasil é ao Ministério da Economia – sendo assim, caracteriza-se como um organismo quase jurisdicional.

Nesse sentido, esse estudo é norteado por uma problemática: a atuação dos Pontos de Contato Nacionais como um organismo quase jurisdicional é eficiente no combate à escravidão moderna?

A pesquisa demonstrou que os PCNs são organismos quase jurisdicionais mobilizáveis para solucionarem os casos equiparados à escravidão moderna sobre inobservâncias às diretrizes da OCDE (primeiro capítulo), a sua atuação revela que se trata de um mecanismo ainda em construção (segundo capítulo). O presente trabalho pretende discutir os potenciais e os limites dos PCNs nesse quesito.

## **1 O PONTO DE CONTATO NACIONAL (PCN) COMO MECANISMO QUASE JURISDICIONAL MOBILIZADO PARA SOLUCIONAR OS CASOS DE ESCRAVIDÃO MODERNA**



## 1.1 O mecanismo processual perante os PCNs nos casos de combate à escravidão moderna

### 1.1.1 A verificação processual das denúncias recebidas pelos PCNs antes de aceitarem os casos

Todos os países que fazem parte da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) ou os países que estão sob a análise para o ingresso, ambos têm que aderirem às Diretrizes da OCDE, sendo obrigados a estabelecerem um Ponto de Contato Nacional (PCN).

Os PCNs dão suporte para as empresas e partes interessadas para tomarem medidas apropriadas com as Diretrizes da OCDE, sendo assim “eles fornecem uma plataforma de mediação e conciliação para resolver problemas práticos que podem surgir com a implementação das Diretrizes.”<sup>23</sup> Para todas as denúncias expostas há de se fazer uma análise processual, momento em que o PCN pode aceitar ou declinar do caso.

Primeiramente, o PCN recebe a denúncia feita, seja por meio de uma ONG (é o mais comum); por uma pessoa física; por uma pessoa jurídica ou por qualquer meio de comunicação. Posteriormente, é feita a análise para averiguar se o PCN que fora comunicado tem competência para aceitar o caso - sendo que algumas vezes se chega à conclusão de que ele não tem legitimidade para aceitar a ação, podendo assim declinar<sup>24</sup>.

Uma vez que existam todas as reclamações apresentadas pelos PCNs ou toda a fiscalização feita pelas empresas, há de se levar em consideração se as diretrizes

---

<sup>23</sup> OECD. **National Contact Points for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises**. 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/corporate/mne/ncps.htm>. Acesso em: 06 mar. 2020

<sup>24</sup> BRASIL. Ponto de Contato Nacional do Brasil. **Manual de Procedimentos para Instâncias Específicas**. 2019. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/produtos/formularios/pcn-manual-de-procedimentos-para-instancias-especificas.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2020



internacionais estão sendo cumpridas, “o acompanhamento e implementação das Diretrizes são realizados pelo Comitê de Investimentos da OCDE e pelos Pontos de Contato Nacional (PCNs)”<sup>25</sup>.

Nessa linha, tem-se como exemplo o caso equiparado à escravidão moderna - que atualmente se encontra rejeitado - de uma denúncia realizada pela *Clean Close Campaign* (CCC) em desfavor da empresa multinacional Nike, em virtude de violações como humilhações, prisões arbitrárias e ameaças de saúde e morte, que foram cometidas na cadeia de suprimentos da Indonésia<sup>26</sup>. Estas reclamações foram direcionadas às representações da Nike na Áustria e na sede dos Estados Unidos.

Em setembro de 2002 o caso foi apresentado e aceito pelo PCN austríaco, contudo, em novembro do mesmo ano o PCN alega que não mais irá aceitar o caso pois não existia vínculo com a Áustria. Em virtude da multinacional também ter sede nos EUA, a denúncia foi repassada para o PCN deste país, todavia, também o rejeitou.

De acordo com o PCN dos EUA foi afirmado que:

A conduta da Nike está sendo efetivamente tratada por outros meios apropriados e que a empresa demonstrou seu compromisso com um processo contínuo e colaborativo para melhorar as condições de trabalho, por exemplo, por meio de sua participação na Fair Labor Association<sup>27</sup>.

Estas inobservâncias ferem algumas diretrizes da OCDE, a exemplo do tópico IV que aborda sobre os direitos humanos, em seu primeiro item está claro que “respeitar os direitos humanos significa que deve evitar de violar os direitos

---

<sup>25</sup> FGV. São Paulo of School of Economic. **A OCD como fórum de governança das empresas multinacionais**. 2019. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24817/TD%20488%20-%20CCGI\\_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24817/TD%20488%20-%20CCGI_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 12 jun. 2019

<sup>26</sup> OECD. **CCC vs. Nike, PCNs da Áustria e dos Estados Unidos**. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_26](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_26). Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>27</sup> Idem



humanos de terceiros e deve abordar impactos adversos aos direitos humanos com os quais eles estão envolvidos”<sup>28</sup>

Assim como, também reporta-se a violação da diretriz que está presente em seu capítulo V, número 4, letra “c”, no qual, diz respeito sobre “tomar as medidas adequadas para garantir a saúde e a segurança ocupacional em suas operações.”<sup>29</sup>

No caso tomado em relevo, ambos os PCNs, da Áustria e Estados Unidos, rejeitaram as denúncias de inobservâncias às diretrizes da OCDE. O PCN austríaco em sua análise exordial aceitou o caso, ou seja, chegou-se à conclusão que estavam presentes todos os requisitos de admissibilidade.

Em analogia com as regras do PCN Brasil, como consta em seu manual de procedimentos, no item 4.2 “o Alegante poderá ser qualquer pessoa física ou jurídica

– como organizações empresariais, trabalhistas, sindicais, ou não governamentais. Posto que em qualquer caso, o Alegante deve demonstrar a conexão ou pertinência com o fato objeto da reclamação”<sup>30</sup>.

Em seu tópico 4.8:

A apresentação da Instância Específica deve demonstrar a relação entre a questão levantada, as ações ou responsabilidades da(s) empresa(s) e as Diretrizes da OCDE relacionadas, assim como o envolvimento direto do Alegado com a violação específica das Diretrizes, que digam respeito a direitos disponíveis<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> OCDE. **Guidelines for Multinational Enterprises**. Paris: OCDE Publishing. 2011. “IV. Human Rights 1. Respect human rights, which means they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved.” Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>29</sup> Idem

<sup>30</sup> BRASIL. Ponto de Contato Nacional do Brasil. **Manual de Procedimentos para Instâncias Específicas**. 2019. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/produtos/formularios/pcn-manual-de-procedimentos-para-instancias-especificas.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2020

<sup>31</sup> Idem





Dentre outros exemplos que constituem os requisitos de admissibilidade. Contudo, em uma pesquisa mais profunda fora rejeitado o caso, pelo motivo de que a própria empresa multinacional Nike estava compromissada em melhorar as condições trabalhistas e não precisaria mais de uma intervenção do respectivo PCN<sup>32</sup>. Esta ação foi repassada ao PCN dos Estados Unidos, no qual obteve o mesmo entendimento do PCN austríaco e optou por recusá-la.

No que tange as formas praticadas pelos PCNs, para solucionarem os casos análogos à escravidão moderna, a apenas apreciação da empresa Nike na participação com a *Fair Labor Association*<sup>33</sup> ser a base de rejeição de ambos os PCNs - por motivos de que a empresa está comprometida com reais mudanças para o cerceamento de atitudes realizadas que configuram o trabalho equiparado à escravidão<sup>34</sup> – possa ser um pouco precipitada.

Uma vez que são o tempo e as soluções concretas da multinacional os alinhadores para uma melhor aferição de responsabilidade e comprometimento com as alegações de inobservâncias apresentadas, e, não apenas uma participação na *Fair Labor Association* sem maiores fiscalizações.

De acordo com as regras do PCN Brasil, em seu manual de procedimentos, o item 5.1 aborda que “cumpridos os requisitos da admissibilidade, conforme item 4.12, o objetivo da avaliação inicial é verificar se as questões levantadas na alegação atendem ao disposto no item 5.7 e determinar se a mesma deve ser aceita, rejeitada ou transferida para outro PCN”<sup>35</sup>.

Nesse diapasão, o requisito citado acima constitui-se como uma das fases processuais antes da aceitação das denúncias levadas aos PCNs. Conforme disposto

---

<sup>32</sup> Idem

<sup>33</sup> Idem

<sup>34</sup> OECD. **CCC vs. Nike, PCNs da Áustria e dos Estados Unidos**. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_26](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_26). Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>35</sup> OECD. **CCC vs. Nike, PCNs da Áustria e dos Estados Unidos**. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_26](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_26). Acesso em: 21 jan. 2020



no mesmo manual, em seu item 5.15 “a não aceitação da Instância Específica não impede que nova alegação seja apresentada pelo mesmo Alegante em relação à mesma empresa multinacional, com novos dados ou conteúdo diverso da petição anteriormente formulada”<sup>36</sup>.

A exemplo da denúncia realizada que também foi pela *Clean Close Campaign* (CCC) só que em desfavor da empresa multinacional Adidas<sup>37</sup>. Como as alegações feitas sobre as relações de trabalho são as mesmas – “foram submetidos a intimidações que variam de humilhação, prisões arbitrárias e ameaças à sua saúde e segurança”<sup>38</sup> - a empresa Adidas também cometeu as mesmas violações às diretrizes da OCDE que a empresa Nike.

Todavia, ao contrário do primeiro caso em tela, este encontra-se concluído desde o dia 15 de fevereiro de 2015 – como será melhor detalhado posteriormente ao longo do presente artigo. A “CCC emitiu uma declaração em que a empresa Adidas irá incluir propostas de ação futura para com os seus trabalhadores”<sup>39</sup>.

Diante do exposto, o PCN correspondente com determinada denúncia de infrações às diretrizes da OCDE, deve realizar duas etapas processuais antes da real aceitação dos casos - que são as etapas de admissibilidade e avaliação inicial, nas quais estão presentes requisitos a serem analisados. Após feita toda essa aferição e o PCN concordar em aceitar a ação, ele deve obedecer a outros requisitos, que serão expostos em seguinte.

### *1.1.2 As etapas para a investigação dos PCNs perante os casos aceitos de escravidão moderna*

---

<sup>36</sup> Idem

<sup>37</sup> OECD. CCC vs. Adidas, PCNs da Áustria e Alemanha. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_27](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_27). Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>38</sup> Idem

<sup>39</sup> Idem



Em sede preliminar de análise, tomou-se por referência a fase processual dos PCNs antes de aceitarem os casos de violação às diretrizes das empresas multinacionais. Sucessivamente, há de se abordar também sobre a outra parte da verificação, que consiste no trâmite da fase processual em que as denúncias trazidas já foram aceitas pelos PCNs.

Nesse sentido, após o acolhimento dos PCNs com os casos trazidos à tona, é feita uma análise das diretrizes atuais da OCDE, em seu capítulo I, para uma melhor verificação se as informações trazidas sobre a inobservância das atitudes das empresas para com os seus trabalhadores realmente se encaixam nas supostas violações às diretrizes.

Posteriormente, após feita a análise processual das etapas de admissibilidade e avaliação inicial para aceitação, é realizada outra arguição processual, que constitui no oferecimento de bons ofícios, com o objetivo de permitir que a empresa reconsidere situações e comportamentos que estão destoando e infringindo com os direitos humanos e a dignidade dos trabalhadores. É estipulado um prazo para essa conduta e ele pode ser estendido caso a empresa não se manifeste.

A exemplo do caso que ocorreu na mina polimetálica no vale do Gyama da Região autônoma da China no Tibete, no qual o Reclamante foi o Comitê do Tibete do Canadá que apresentou denúncias de inobservâncias as diretrizes da OCDE em desfavor da multinacional China Gold International Resources Corp. Ltd.<sup>40</sup>

No caso tomado em relevo, a denúncia circundou a violação aos direitos humanos nas relações de trabalho que a empresa chinesa cometera, assim como consta no documento utilizado para análise e considerações para instância específica:

---

<sup>40</sup> SUMMARY, Executive. **Final Statement on the Request for Review regarding the Operations of China Gold International Resources Corp. Ltd., at the Copper Polymetallic Mine at the Gyama Valley, Tibet Autonomous Region.** 2019. Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/statement-gyama-valley.aspx?lang=eng#fs3>. Acesso em: 16 jun. 2019



Com relação aos direitos humanos, a Solicitação de Revisão alegou que a Empresa: 1) envolveu-se em práticas discriminatórias de contratação; 2) despejos forçados e reassentamento de terras; 3) violou a liberdade de questões religiosas através da negação de acesso a sites religiosos; 4) violou a liberdade de expressão e a divulgação de informações relacionadas ao projeto; e 5) contribuindo para fatores ambientais negativos, violou os direitos das comunidades locais à água e à saúde<sup>41</sup>.

A questão jurídica levada ao PCN canadense diz respeito às violações correspondentes às políticas gerais, a divulgação, aos direitos humanos, aos empregos, bem como as relações industriais e o meio ambiente. Os empregados trabalhavam em condições insalubres, com restrição até a água potável, o que refletia em problemas com a sua saúde.

Essas infrações, de acordo com o anexo II do caso em tela, encontram-se no capítulo II das diretrizes na parte que aborda sobre Políticas Gerais, nos tópicos A1, A2 “as empresas devem: Respeitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos das pessoas afetadas por suas atividades”<sup>42</sup>, A11, A14 e B1<sup>43</sup>; bem como em seu capítulo III que aborda sobre Divulgação, nos itens 1, 2F “as políticas de divulgação de empresas devem incluir, mas não se limitar a ... fatores de risco previsíveis”<sup>44</sup>, 2G, 3B e 3C<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> SUMMARY, Executive. **Final Statement on the Request for Review regarding the Operations of China Gold International Recourses Corp. Ltd., at the Copper Polymetallic Mine at the Gyama Valley, Tibet Autonomous Region.** 2019. Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/statement-gyama-valley.aspx?lang=eng#fs3>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>42</sup> Idem.

<sup>43</sup> OCDE. **Guidelines for Multinational Enterprises.** Paris: OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>44</sup> SUMMARY, Executive. **Final Statement on the Request for Review regarding the Operations of China Gold International Recourses Corp. Ltd., at the Copper Polymetallic Mine at the Gyama Valley, Tibet Autonomous Region.** 2019. Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/statement-gyama-valley.aspx?lang=eng#fs3>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>45</sup> Idem



No capítulo IV sobre Direitos Humanos nos tópicos 1, 2, 3, 5 e 6<sup>46</sup>; no capítulo V sobre Emprego e Relações Industriais nos itens 1E e 5<sup>47</sup>; por fim, no capítulo VI sobre Meio Ambiente nas partes do parágrafo do preâmbulo, 1A, 2A e 4<sup>48</sup> - também encontradas no anexo II do presente caso.

Em sua declaração final sobre o caso, o PCN emitiu uma avaliação inicial às partes oferecendo seus bons ofícios, contudo a empresa não respondeu até o prazo solicitado. Logo, “o PCN estendeu o prazo para aceitar seus bons ofícios para permitir que a empresa reconsiderasse”.<sup>49</sup>

Em analogia com as regras do PCN Brasil, isso pode ocorrer, quando o próprio PCN ou alguma das partes entendem que é mais favorável interromper, estender o prazo de mediação, como está disposto no item 6.10 do Manual de Procedimentos adotado pelo PCN brasileiro, “o trabalho de mediação poderá ser interrompido a qualquer momento, a pedido de qualquer uma das Partes e/ou do PCN Brasil”<sup>50</sup>.

Por outro giro, independente da empresa manifestar-se ou não, outra fase processual - que consiste quando as ações já foram aceitas - é a etapa da declaração final. O PCN tem que emitir uma declaração final sobre o caso, o concluindo ou o arquivando, além de impor recomendações que promovam diálogos e ações para implementar as diretrizes da OCDE e acabar com as violações cometidas.

No que tange ainda sobre o Manual de Procedimentos, esta parte encontra-se no item 7.1 “ao encerrar uma Instância Específica, o PCN Brasil emite a Declaração

---

<sup>46</sup> SUMMARY, Executive. **Final Statement on the Request for Review regarding the Operations of China Gold International Recourses Corp. Ltd., at the Copper Polymetallic Mine at the Gyama Valley, Tibet Autonomous Region.** 2019. Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/statement-gyama-valley.aspx?lang=eng#fs3>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>47</sup> Idem

<sup>48</sup> Idem

<sup>49</sup> Idem

<sup>50</sup> BRASIL. Ponto de Contato Nacional do Brasil. **Manual de Procedimentos para Instâncias Específicas.** 2019. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/produtos/formularios/pcn-manual-de-procedimentos-para-instancias-especificas.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2020



Final previamente aprovada pelo GTI-PCN levando em conta a necessidade de proteger informações sensíveis ou consideradas confidenciais, se assim informadas pelas Partes”<sup>51</sup>.

Dessa forma, no item 7.5 deste manual, encontram-se três exemplos, que mesmo ocorrendo, têm que ser emitida a declaração final, como:

Quando o caso tenha sido rejeitado, a Declaração Final também incluirá informação de como a Instância Específica foi avaliada, sem juízo de valor e apreciação de mérito, conforme o item 5.17. b) Quando o caso for aceito, mas na oferta dos bons ofícios não houver acordo ou uma parte não estiver disposta a participar dos procedimentos, a Declaração Final descreverá as questões levantadas, os procedimentos do PCN na assistência às partes, as posições das partes, quando manifestadas e, se for o caso, as razões pelas quais não foi possível chegar a um acordo. c) Quando as partes chegarem a um acordo, a Declaração Final descreverá os procedimentos adotados na assistência às partes, quando foi alcançado o acordo e, conforme a Seção 8, informações sobre o acompanhamento dos compromissos acordados entre as Partes e/ou das recomendações do PCN. O conteúdo do acordo será incluído apenas na medida em que ambas as partes concordem com sua divulgação pública<sup>52</sup>.

Nesse espeque, outra hipótese processual que pode ocorrer com o PCN após aceitar o caso é adiar a oferta de mediação – que necessariamente tem que ser feita nessa fase – após aceitar a denúncia, caso tenha outro resultado para sair de outro processo de mediação anteriormente realizado.

A exemplo da denúncia feita pelos Reclamantes, ONGs (União Internacional dos Trabalhadores Alimentares e Comerciais, CLC; Aliança dos Los Angeles para uma nova economia e Projeto de Organização, Desenvolvimento, Educação e

---

<sup>51</sup> BRASIL. Ponto de Contato Nacional do Brasil. **Manual de Procedimentos para Instâncias Específicas**. 2019. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/produtos/formularios/pcn-manual-de-procedimentos-para-instancias-especificas.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2020

<sup>52</sup> Idem



Pesquisa) e o Sindicato Frente Auténtico del Trabajo, em desfavor da multinacional Chedraui localizada na fronteira México com os Estados Unidos<sup>53</sup>.

No caso em tela, a denúncia foi exposta pelas ONGs e por um sindicato para o PCN americano sobre violação por parte da empresa mexicana Chedraui. Foi alegado que os trabalhadores se encontravam totalmente em situações precárias, pois não obtinham salários dignos que atendam às suas necessidades básicas, não possuem mais dias de descanso, seguro de saúde acessível, além disso estão sem contato sindical há mais de dois anos.

Contudo, “O PCN dos EUA emitiu uma declaração final, afirmando que aceitou a denúncia, mas decidiu adiar a oferta de mediação até o resultado de um procedimento de mediação separado, mas relacionado, que está atualmente em andamento.”<sup>54</sup> Os méritos do caso serão melhor expostos posteriormente no presente artigo<sup>55</sup>.

Sucessivamente, durante essa fase processual o PCN deve buscar mediações para que as partes possam entrar em acordos, melhorando assim as condições de trabalho. Porém, em alguns casos o PCN não consegue acordo nenhum com as empresas, sendo obrigado a emitir declarações com propostas de melhoria para ações futuras em seu relatório final

Dessa forma é perceptível uma certa imparcialidade dos PCNs para com as denúncias de observâncias das situações narradas, uma vez que esses organismos jurídicos no momento que não conseguirem arranjar uma solução para as empresas violadoras, nada podem fazer, apenas emitir declarações com propostas futuras caso as empresas queiram mudar de postura.

---

<sup>53</sup> OECD. CCC vs. Nike, PCNs da Áustria e dos Estados Unidos. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_26](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_26). Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>54</sup> OECD. CCC vs. Nike, PCNs da Áustria e dos Estados Unidos. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_26](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_26). Acesso em: 21 jan. 2020.

<sup>55</sup> Vide tópico 1.2.1 do referido trabalho



Portanto, era necessário e mais eficaz que os PCNs fossem detentores de um poder para adotar medidas coercitivas, caso estabelecessem que a suposta empresa violadora realmente estivesse infringindo as leis da OCDE, assim como, exercendo a prática do trabalho escravo ou equiparado, para, dessa forma, conseguirem contribuir melhor com a erradicação da escravidão moderna nas empresas multinacionais.

Uma vez analisadas todas as etapas de atuação processual dos PCNs, serão expostas suas etapas de atuação material para com os casos de inobservância.

## **1.2 A atuação material dos PCNs em casos de combate à escravidão moderna**

### *1.2.1 Os critérios utilizados pelos PCNs para verificação dos possíveis casos análogos à escravidão que ferem as diretrizes da OCDE*

Em relação à fase processual na pré-análise realizada pelos PCNs antes da admissibilidade das denúncias sobre escravidão moderna e após a aceitação dessas, impende em considerar, quais são os critérios materiais utilizados para a investigação dos possíveis casos análogos à escravidão.

No momento em que são realizadas as denúncias de violações as diretrizes da OCDE – no objeto de estudo, sobre a escravidão moderna - o PCN responsável em recebe-las deve analisar se realmente são casos de relações trabalhistas abusivas, que se caracterizam como escravidão moderna, constituindo assim como o primeiro critério.

Nessa linha, depois de comprovada que a queixa corresponde a um trabalho equiparado à escravidão, o segundo critério é averiguar qual ou quais são as diretrizes infringidas. Neste item serão analisados quatro casos de escravidão moderna, bem como as violações às diretrizes em comum.





Posteriormente, após comprovação de trabalho escravo em conjunto com as devidas diretrizes violadas, o terceiro critério corresponde na comparação, feita pelos PCNs sobre quais foram as inobservâncias expostas em relação ao que a OCDE impôs aos países membros.

Como, por exemplo, averiguar no capítulo I, tópico II sobre políticas gerais<sup>56</sup> das empresas multinacionais, qual deve ser a política em vigor nos países onde desenvolvem as respectivas atividades, assim como levar em consideração também os pontos de vista de outros agentes envolvidos, como consta no manual das diretrizes da OCDE.

Após feito esse exame preliminar, a análise correspondente a quase todos os itens do capítulo I, o PCN pode adotar algumas medidas, apenas solicitar informações adicionais aos outros reclamantes, uma vez que de acordo com o seu exame inicial não ficou tão claro quais foram as violações expostas; ou após aceitar fazer a análise inicial, solicitar um tempo maior de resposta para fazer uma arguição mais profunda e criteriosa; ou também além de aceitar a denúncia, pode requerer o adiamento da mediação em virtude de resultados que o PCN julga importante.

O primeiro caso em análise diz respeito a uma denúncia realizada pela Organização Humanitária para a Economia da Migração em desfavor da multinacional Panasonic Ásia pacífico Pte Ltd, localizada em Singapura, tendo como responsável o PCN do Japão<sup>57</sup>.

Foi alegado que a empresa não fazia o devido pagamento aos empregados, eles percebiam remunerações ínfimas, que eram insuficientes para as condições mínimas de existência, sem atender as suas necessidades básicas. Além disso, eram

---

<sup>56</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises. Paris:** OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>57</sup> OECD. **Panasonic vs. Panasonic Corporation, PCN Japão.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_281](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_281). Acesso em: 16 jun. 2019



obrigados a aceitarem horas extras excessivas de até 150 horas por mês, em virtude das altas dívidas de recrutamento.

Como parte de sua avaliação inicial, “o PCN japonês solicitou informações adicionais dos reclamantes, que eles forneceram.”<sup>58</sup> Contudo, no ano de 2013, em setembro, o PCN rejeitou o caso, sendo que, como não emitiu nenhuma declaração final pública ou ao menos informou aos reclamantes diretamente, os reclamantes foram informados dessa decisão através da embaixada do Japão.

Fato esse inapropriado adotado pelo PCN Japonês, pois, uma das diretrizes da OCDE é que o PCN ao final do caso analisado deva emitir uma declaração final contendo todo o acontecimento, além de expor propostas para melhorar a situação da erradicação do trabalho escravo na empresa multinacional denunciada - como consta no manual das diretrizes da OCDE.

O segundo caso, que ainda se encontra em processo, ocorreu em 24 de maio de 2018. A denúncia circundou na ONG Tcheca em desfavor a empresa multinacional Tcheca, em virtude desta ter adquirido produtos têxteis advindo de uma fábrica que opera na indústria têxtil em Mianmar - sendo suspeita por violar os direitos trabalhistas de seus empregados<sup>59</sup>.

As horas trabalhadas, o salário e as condições mínimas para a subsistência, não foram respeitados. A ONG entrou em contato com a empresa e afirma que esta não fez de forma correta a diligencia para evitar os impactos causados pela fábrica em Mianmar. A multinacional, contudo, se opôs às alegações aduzindo que foi feita a correta diligência.

Portanto, após uma inspeção inicial, o PCN tcheco “decidiu que o caso específico merece uma análise mais aprofundada e ofereceu os bons ofícios do PCN.

---

<sup>58</sup> Idem

<sup>59</sup> OECD. **ONG Tcheca vs. Indústria têxtil em Mianmar, PCN Tcheco**. Disponível em: <http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/cz0006.htm>. Acesso: em 14 jan. 2020



Ambas as partes aceitaram a oferta.”<sup>60</sup> Fato esse condizente com o que é permitido aos PCNs na fase material.

O terceiro caso, ainda se encontra em andamento, corresponde a uma denúncia interposta pelo sindicato ADERE MG e pela ONG Conectas Direitos Humanos, em desfavor das empresas multinacionais Nestlé, Jacobs Douwe Egberts, McDonald's, Dunkin Donuts, Starbucks e Illy.<sup>61</sup>

Foi alegado que questões como violações à dignidade humana; o não pagamento de um salário mínimo adequado; a exploração no trabalho e sua jornada; locais insalubres para moradia; retenção da carteira de trabalho; necessitam ter em cumprimento com as diretrizes internas expostas e os mecanismos constantes de verificação que não foram feitos.

A ONG Conectas entrou em contato com as empresas em busca de mais informações e afirma que “embora algumas empresas tenham respondido, nenhuma divulgou sua lista de fornecedores, nem indicou medidas adotadas para garantir a reparação das vítimas e corrigir normas e políticas diante de falhas do passado.”<sup>62</sup> O caso ainda está em andamento e será melhor detalhado ao longo do presente artigo.

Por fim, o último caso enquadra-se na situação de o PCN aceitar a denúncia, porém, requerer o adiamento da mediação, que necessariamente deve ser realizada, em virtude de resultados que julga como importante. O caso é em relação as duas ONGs, Aliança de Los Angeles para uma nova economia e Projeto de Organização, Desenvolvimento e Pesquisa e por um sindicato, Frente Auténtico del Trabajo em desfavor da multinacional Chedraui<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Idem

<sup>61</sup> OECD. **Conectas Human Rights & ADERE MG v. coffee sellers, PCN Brasil** (caso pendente iniciado em 21/08/2018). Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>62</sup> Idem

<sup>63</sup> OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano**. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019



O PCN responsável é dos Estados Unidos, este caso foi concluído em 12 de novembro de 2015. Os trabalhadores do varejo mexicano encontram-se totalmente em situações precárias, pois não conseguem ter salários dignos que atendam às suas necessidades básicas, não possuem mais dias de descanso, seguro de saúde acessível, além disso estão sem contato sindical há mais de dois anos.

Contudo, mesmo o PCN dos EUA tendo aceitado o presente caso, ele emitiu uma declaração final, no qual afirma que “decidiu adiar a oferta de mediação até o resultado de um procedimento de mediação separado, mas relacionado, que está atualmente em andamento. Eles considerarão a reabertura se as partes não chegarem a um acordo na mediação atual.”<sup>64</sup>

Da análise exordial, os quatro casos estudados têm como semelhanças as altas horas de jornadas de trabalho, os salários pagos insuficientes para o mínimo da existência, assim como direitos humanos violados. A verificação de quais diretrizes são violadas nas denúncias passados, diz respeito a um dos critérios utilizados pelos PCNs nos casos análogos à escravidão.

Com relação a desproporção dos salários pagos, a diretriz da OCDE violada corresponde ao no tópico V, número 4, letra “b”:

Quando empresas multinacionais operam em países em desenvolvimento, onde não existem empregadores comparáveis, fornecer os melhores salários possíveis, benefícios e condições de trabalho, dentro da estrutura de políticas governamentais. Estes devem estar relacionados a posição econômica da empresa, mas deve ser pelo menos adequada a satisfazer as necessidades básicas dos trabalhadores e de suas famílias.<sup>65</sup>

Em se tratando das elevadas jornadas de trabalho, a diretriz infringida está no capítulo V, número 1 letra “d”, “contribuir para a eliminação de todas as formas de

---

<sup>64</sup> Idem

<sup>65</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises**. Paris: OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020



mão-de-obra forçada ou compulsória e tomar as medidas adequadas para garantir que esse trabalho forçado ou compulsório não exista em suas operações”<sup>66</sup>.

Com relação aos direitos humanos infringidos que também se encontram nas diretrizes, mais especificamente no capítulo IV. Neste tópico estão dispostos alguns direitos humanos que devem ser obedecidos pelas multinacionais, em especial, em seu número 4, que está disposto sobre um compromisso político das empresas para com os direitos humanos nas relações trabalhistas<sup>67</sup>.

Cumprido sublinhar que, os PCNs, ao aceirem os possíveis casos explanados sobre as inobservâncias das diretrizes da OCDE, devem fazer a análise material, como fora detalhada anteriormente, bem como detêm de outras possibilidades para dar continuação com as verificações.

Nesse contexto, após cumpridos os critérios para análise dos casos que violam as diretrizes, o PCN pode buscar opções de entendimento quando a verificação da denúncia se não tenha ficado tão clara; como também tendo o condão para solicitar informações adicionais; bem como solicitar um tempo maior de resposta para uma análise mais profunda; finalizando com a competência de requerer o adiamento da fase da mediação.

Posteriormente, passa-se a análise para a solução de conflitos das empresas multinacionais que descumprem as medidas impostas pelos PCNs. Momento esse que o presente organismo jurídico tem a legitimidade de adotar as medidas coercitivas cabíveis para as infrações que foram desobedecidas.

### *1.2.2 A escassa adoção de medidas coercitivas por parte dos PCNs na solução dos conflitos dos casos estudados que descumprem as diretrizes da OCDE*

---

<sup>66</sup> Idem

<sup>67</sup> Idem



Em vista do que já foi expendido, sobre toda a análise processual e material feita pelos PCNs ao receberem denúncias sob supostas violações de inobservâncias às diretrizes da OCDE, é necessário que seja apresentado um relatório final.

Este relatório, que já fora mencionado, expõe como que ocorreram todas as etapas da ação, assim como deveria ser sempre proposta medidas coercitivas para a solução dos conflitos dos casos de violação a essas diretrizes por empresas multinacionais que equiparam seus trabalhadores às condições análogas à escravidão.

Poucas são as situações em que o PCN realmente relata medidas coercitivas para com as empresas multinacionais. A respeito do caso prático abaixo que possui essas mesmas características e será detalhado no mérito posteriormente. A denúncia foi apresentada por cinco ONGs - Associação de proprietários de terras SML de Porgera; Associação Akali Tange; Eartghts International; Mining Watch Canada; Direitos e responsabilidade no desenvolvimento – ao PCN do Canadá<sup>68</sup>.

Foi alegado que a empresa multinacional de mineração canadense mantinha os trabalhadores em condições precárias, houve também “violações dos direitos humanos cometidas pelo pessoal de segurança da PJV dentro e ao redor do local da mina, incluindo assassinatos e espancamentos de homens Ipili locais e espancamentos e estupros, incluindo estupro coletivo, de mulheres Ipili.”<sup>69</sup>

Ao final do processo, “algumas das Partes consideraram que havia questões pendentes que não foram tratadas pelo processo de mediação, apesar das tentativas do mediador, pois nem todas as Partes estavam dispostas a discutir todas as questões durante o diálogo.”<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> OECD. **Mining Watch Canada e outros vs. Barrick Gold Corporation, PCN do Canadá.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_210](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_210). Acesso em: 15 jan. 2020

<sup>69</sup> Idem

<sup>70</sup> Idem



Mesmo com esse detalhe, o mediador forneceu ao PCN canadense o seu relatório final, no dia 16 de janeiro de 2014, contendo também medidas coercitivas e sugeridas as empresas para que as diretrizes impostas pela OCDE não mais sejam descumpridas<sup>71</sup>.

Dessa forma, como fora exposto no tópico sobre a atuação processual dos PCNs, no qual eles não detêm de um poder coercitivo, na imensa maioria das situações apresentadas, deixam a desejar na emissão de seu relatório final, uma vez que não podem impor medidas para as empresas multinacionais que descumprem com o acordo realizado entre as partes (os PCNs e Reclamantes). Como ocorreu com a denúncia realizada em outubro de 2012 ao PCN dos Estados Unidos.

Os reclamantes são o Centro Comunitário de Educação Legal das ONGs do Camboja (CLEC) e a Earth Rights International (ERI) e relatam que houve o desrespeito em relação aos direitos humanos perante os trabalhadores que prestavam serviços para a empresa Americana Refining Inc. que operava no setor agropecuário, em Koh Kong no Camboja.

O PCN americano aceitou o caso e propôs a mediação para as partes com o intuito de chegarem a um acordo e solução para a diretriz violada - correspondente ao capítulo I das diretrizes da OCDE na seção de direitos humanos<sup>72</sup>. Contudo, a mediação não ocorreu pois a “ASR informou assim o PCN de que não participaria do diálogo mediado, a menos que a CLEC retirasse sua ação civil no Reino Unido”<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Final Statement of the Canadian National Contact Point on the Notification datet March 1. 2011, concerning the Porgera Joint Venture Mine in Popua New Guinea, pursuant to the OECD Guidelines for Multination Enterprises. Páginas 02-10. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_210](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_210). Acesso em: 15 jan. 2020

<sup>72</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises. Paris:** OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>73</sup> OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019



No dia 4 de junho de 2013 o PCN Americano decidiu concluir o caso, emitindo uma declaração final, constatando que as partes não estavam conseguindo chegar a um acordo para prosseguir com o presente caso.

Sendo assim, seria mais eficiente se os PCNs adotassem medidas coercitivas para com as empresas multinacionais que violam as diretrizes da OCDE, em virtude do não cumprimento de acordos já estabelecidos ao longo dos processos de mediação que foram relatados na declaração final.

Por outro giro, fora utilizado como critério para a elaboração do presente artigo, a análise de quatorze casos práticos, que relatam diversas formas e motivos de inobservâncias trabalhistas das diretrizes para com as empresas multinacionais. Com base neste levantamento de dados, conseguiu-se identificar quais são as semelhanças entre os casos e as diretrizes violadas.

Constatou-se que, todos os casos estudados possuíam pelo menos uma das violações a seguir: (i) a utilização ilegal de mão-de-obra infantil; (ii) a desproporção no pagamento, quando este acontecia, dos salários dos empregados; (iii) a utilização de jornadas de trabalho excessivas para com seus trabalhadores, e (iv) o trabalho exercido em condições totalmente insalubres, prejudiciais à saúde – que serão abordados no tópico 1.3.

## **1.3 A natureza jurídica das semelhanças encontradas nos casos práticos estudados que infringem as diretrizes da OCDE**

### *1.3.1 A utilização ilegal de mão-de-obra infantil*

Em se tratando da utilização ilegal de mão-de-obra infantil comum aos casos, encontra-se a presente denúncia – já mencionada no artigo – realizada por meio de ONGs (Anti-slavery International, Cotton Campaign e Korean Trans National Corporation Watch) ao PCN Coreano em desfavor da empresa multinacional Daewoo,





localizada no Uzbequistão. Ela é conhecida como a maior processadora de algodão e consta com o apoio do governo para preços descontados no algodão, incentivos fiscais e empréstimos preferenciais<sup>74</sup>.

A empresa conseguiu descontos na produção de algodão pois faz a utilização de mão-de-obra infantil, obtendo baixíssimo custo em sua produção, podendo então fazer negociações mais baratas. Ademais, a denúncia consta que a empresa sujeita os cidadãos à trabalhos forçados, principalmente por meio de crianças, que também são submetidas às condições análogas à de escravidão. Esses empregados trabalhavam longas horas e não eram pagos devidamente, sujeitando-se a condições precárias.

Em julho de 2015 o PCN coreano rejeitou o caso alegando que de acordo com as diretrizes de internas de conduta ética nos negócios esses acontecimentos não contribuíram para o trabalho infantil e forçado. Já o PCN norueguês aduz que, em sua avaliação inicial, que uma nova análise das diretrizes do setor financeiro não vai ajudar com as inobservâncias das diretrizes da OCDE.

A utilização de mão-de-obra infantil não é um problema jurídico isolado, encontra-se presentes em outros casos. Como é o exemplo da Reclamante ONG India Committe of the Netherlands (ICN) que apresentou uma queixa, em junho de 2000, em desfavor da multinacional Adidas Beneluz Bv, localizada na Índia<sup>75</sup>.

A denúncia circundou em violações com relação a utilização de mão-de-obra infantil na indústria do futebol, essa queixa foi baseada no “lado sombrio do futebol – trabalho infantil e adulto na indústria do futebol da Índia e o papel da FIFA”<sup>76</sup>.

Este caso foi repassado ao PCN holandês que o aceitou, contudo, em dezembro de 2002, em sua declaração final, o PCN alega que não havia encontrado

---

<sup>74</sup> OECD. **KTNCW et all. Vs. Daewoo, PCNs Coreano e Norueguês.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_351](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_351). Acesso em: 17 jun. 2019

<sup>75</sup> OECD. **ICN vs. Adidas Netherlands, PCN da Holanda.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_8](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_8). Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>76</sup> Idem



evidências da utilização de trabalho infantil, mas ressalta a necessidade do acordo realizado para melhorar e monitorar os códigos de conduta.

O terceiro caso, também corresponde à utilização de mão-de-obra infantil ilegal. A denúncia foi apresentada pelas Ali Ent. Factory Fire Affectees Assoc; Campagna Abiti Puliti; MOVimenti Consumatori; National Trade Union Federation (NTUF) e Pakistan Institute of Labour Education and Research (PILER), e pelas ONGs European Center for Constitutional and Human Rights e Schone Kleren Campagne, para o PCN italiano em desfavor da multinacional RINA S.p.A.<sup>77</sup>

As alegações correspondem a uma certificação concedida indevidamente pela multinacional RINA, denominada AS 8000, para a fábrica Ali Enterprises, antes de ser queimada. Além disso, a jornada de trabalho na fábrica é exercida através de explorações as mãos-de-obra infantil.

O processo encontra-se atualmente arquivado, uma vez que o PCN italiano propôs medidas para que a multinacional não mais utilize a mão-de-obra infantil. Segundo documento em anexo, ressalta que “caso um acordo negociado se mostre impossível de alcançar, os queixosos deverão solicitar que o PCN faça uma determinação e emita uma declaração final apropriada esclarecendo se as diretrizes foram ou não violadas neste caso”<sup>78</sup>.

Dessa forma, tomando como base os três casos expostos acima, que são semelhantes em suas violações, a diretriz da OCDE infringida por essas empresas multinacionais está disposta no capítulo I, tópico V, número 1 letra “c”, a diretriz é categórica: “contribuir para a abolição efetiva do trabalho infantil e adotar medidas

---

<sup>77</sup> OECD. ICN vs. Adidas Netherlands, PCN da Holanda. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_8](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_8). Acesso em: 21 jan. 2020.

<sup>78</sup> Idem



imediatas e eficazes para garantir a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil com urgência”<sup>79</sup>.

A utilização de mão-de-obra infantil ainda é uma realidade presente, como pode ser constatada a exemplo dos casos semelhantes acima. Várias empresas multinacionais adotam essa postura, até por acreditarem que irão obter um maior lucro com menos despesas, tornando-se incoerentes com o respeito à dignidade humana e com o papel de atuação nos países que são membros e devem cumprir com as diretrizes da OCDE.

### *1.3.2 A desproporção dos salários quando são efetivamente pagos*

Nesta mesma linha de raciocínio, há de se falar também de uma das semelhanças encontradas nos casos estudados, que remete à desproporção dos salários dos trabalhadores quando estes foram efetivamente pagos.

O primeiro caso a ser abordado trata-se de uma denúncia realizada, em 21 de novembro de 2013, por dois indivíduos (não identificados no processo) que foram apoiados por uma ONG, em desfavor de uma multinacional australiana<sup>80</sup>. Foi informada na alegação que essa empresa submetia seus empregados em condições precárias pois atrasava por longos períodos os seus salários.

O processo foi direcionado ao PCN da Nova Zelândia, que em julho de 2014 após aceitar o caso, ofereceu os bons ofícios para que as partes pudessem chegar a um acordo e ser devidamente pago os salários que faltavam aos trabalhadores.

---

<sup>79</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises**. Paris: OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>80</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises**. Paris: OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020



Contudo, após dois anos, em julho de 2016 as partes informaram ao PCN que “seria improvável que tivessem êxito em qualquer outra reivindicação, solicitando que a instância específica fosse encerrada”<sup>81</sup>, sendo assim, a declaração final foi emitida encerrando o caso.

No que tange ainda sobre a desproporção dos salários, este problema jurídico também se encontra em outros casos, a exemplo da denúncia realizada pelo sindicato Frente Autêntica do Trabalho (FAT) instalado no México; pelo Unitet Food and Commercial Workers (UFCW) Local 700 situado nos Estados Unidos; juntamente com a Aliança de Los Angeles para uma nova Economia (LAANE), por fim, com o Projeto sobre Organização, Desenvolvimento, Educação e Pesquisa (PODER), em desfavor da multinacional Chedrauis, localizada no México<sup>82</sup>.

O caso foi repassado ao PCN americano. Nas alegações contava que os trabalhadores se encontram totalmente em situações precárias, pois não conseguem ter salários dignos que atendam às suas necessidades básicas, não possuem mais dias de descanso, seguro de saúde acessível, além disso estão sem contato sindical há mais de dois anos.

Em novembro de 2015 foi emitida a declaração final por parte do PCN americano o concluindo, alegando que a mediação precisará ser adiada em virtude de uma outra mediação já feita e que se encontra em andamento. O caso será novamente aberto apenas se as partes não chegarem a um acordo na mediação atual.

Outro exemplo de exploração com relação a desproporção dos salários, é o caso da Fazenda Brasil verde. Os trabalhadores eram recrutados para trabalharem

---

<sup>81</sup> Idem

<sup>82</sup> OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019



nas fazendas de criação de gado, agricultura, desmatamento e exploração de carvão, localizadas principalmente no Pará, Mato Grosso, Maranhão e Tocantins<sup>83</sup>.

A proposta era de prestar essa mão-obra, em troca usufruíam de salários atrativos, contudo, ao chegarem nas fazendas os salários são reduzidos. Dessa forma as dívidas aumentam, pois se veem obrigados a trabalharem para pagá-las, vivendo assim em condições análogas à escravidão.

Em 1995 houve a intervenção do Estado brasileiro adotando medidas coercitivas devido a existência de trabalho escravo. Foi promulgado o Decreto nº 1.538, criou-se também o Grupo Interministerial para Erradicar o Trabalho forçado (GERTRAF), coordenado pelo Ministério do Trabalho, bem como a houve até a participação da OIT.<sup>84</sup>

Apenas em março de 2000 os trabalhadores foram resgatados das fazendas. Este caso submeteu-se à Corte Interamericana de Direitos Humanos e foi julgado, considerou-se que o Brasil violou

O direito a não ser submetido à escravidão e ao tráfico de pessoas, em violação do artigo 6.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1, 3, 5, 7, 11 e 22 do mesmo instrumento... essa violação ocorreu também em relação ao artigo 19 da Convenção Americana, por ser criança ao momento dos fatos. Finalmente, o Brasil é responsável pela violação do artigo 6.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, produzida no marco de uma situação de discriminação estrutural histórica em razão da posição econômica dos 85 trabalhadores identificados no parágrafo 206 da presente Sentença.<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019

<sup>84</sup> OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019

<sup>85</sup> OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019.



Nesse sentido, os três casos relatados acima possuem, como principal violação, a desproporção dos salários dos empregadores. Essa diretriz da OCDE foi infringida e encontra-se no tópico V, número 4, letra “b” do manual a ser seguido por todos os países membros da OCDE:

Quando empresas multinacionais operam em países em desenvolvimento, onde não existem empregadores comparáveis, fornecer os melhores salários possíveis, benefícios e condições de trabalho, dentro da estrutura de políticas governamentais. Estes devem estar relacionados a posição econômica da empresa, mas deve ser pelo menos adequada a satisfazer as necessidades básicas dos trabalhadores e de suas famílias.<sup>86</sup>

É necessário fomentar outras diretrizes que também foram violadas nos casos narrados, como a de “Respeitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos pelas pessoas afetadas em suas atividades”, situado no capítulo II letra “A” número 5.<sup>87</sup>

Não houve respeito aos direitos humanos em todas as denúncias, uma vez que as empresas multinacionais preteriam os salários e até a saúde de seus empregados em prol possíveis lucros na venda e exportação de seus produtos, caracterizando assim a escravidão moderna.

No que se refere aos direitos humanos, nas diretrizes da OCDE, em seu capítulo IV, número 1, a diretriz é clara: “Respeitar os direitos humanos, o que significa que eles devem evitar violar a declaração dos direitos humanos e de terceiros, deve abordar impactos adversos nos direitos humanos com os quais eles estão envolvidos”<sup>88</sup>.

Em relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos que também deve ser analisada, em seu art. 4º, no qual aborda sobre a proibição de manter relações de

---

<sup>86</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises**. Paris: OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>87</sup> Idem

<sup>88</sup> Idem



emprego em condições equiparadas a de escravos - atualmente remetida seus conceitos à escravidão moderna - “Ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos.”<sup>89</sup>

Cabe destacar também seu artigo 23, números (2) “Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.”<sup>90</sup> E (3) “Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social”.<sup>91</sup>

Neste sentido, diante das denúncias explanadas, a desproporção nos salários - quando são efetivamente pagos aos trabalhadores – dá sequência ao estudo de casos com violações semelhantes, correspondendo à segunda constatação encontrada nas queixas oferecidas a tantas inobservâncias pelas empresas multinacionais.

### *1.3.3 As jornadas de trabalho excessivas*

No tocante as semelhanças estudadas nos casos práticos, há de se falar também sobre a frequência nas denúncias relatadas aos Pontos de Contato Nacionais em relação as jornadas de trabalho dos empregados que extrapolam os limites estabelecidos da OCDE, que é de no máximo 54 horas por semana<sup>92</sup>.

O presente caso, que já fora mencionado neste artigo, ocorreu em novembro de 2012. Trata-se de uma denúncia realizada pela Organização Humanitária para a

---

<sup>89</sup> OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019

<sup>90</sup> Idem

<sup>91</sup> Idem

<sup>92</sup> Idem



Economia Migratória ao PCN japonês, em virtude do abuso de trabalhadores chineses na fábrica da Panasonic Ásia Pacífico Pte Ltd, localizada em Singapura<sup>93</sup>.

A acusação feita diz respeito aos baixos salários pagos aos trabalhadores, que são insuficientes para as mínimas condições de existência, que nem sequer atendiam suas necessidades básicas, como o mínimo para uma alimentação, condições de higiene, dentre outros.

Além da empresa multinacional ter cometido esta infração da diretriz da OCDE, como já fora abordada – que se encontra no tópico V, número 4, letra “b”<sup>94</sup> – a violação em questão corresponde ao abuso na jornada de trabalho dos empregados, correspondendo a até 150 horas extras por mês, em virtude de dívidas altas resultantes do recrutando.

De acordo com a denúncia, “as altas taxas de recrutamento que vinculam trabalhadores a enormes dívidas por longos períodos de tempo são uma violação da Lei das Agências de Emprego de Singapura e da Convenção das Agências de Emprego Privadas da OIT, que o Japão ratificou.”<sup>95</sup>

Nesta mesma linha, o limite de horas extras trabalhadas na multinacional é muito superior à base de horas trabalhadas que a OCDE leva em consideração – como será melhor explanado posteriormente. As dívidas contraídas pelo recrutamento obrigam os trabalhadores a aceitarem situações de trabalho forçado e excessivo, uma vez que temem perda do único o emprego.

Em setembro de 2013 o PCN do Japão rejeitou o caso sem emitir uma declaração pública ou mesmo informar diretamente as partes. Os envolvidos apenas

---

<sup>93</sup> OECD. **Panasonic vs. Panasonic Corporation, PCN Japão.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_281](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_281). Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>94</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises. Paris:** OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>95</sup> OECD. **Panasonic vs. Panasonic Corporation, PCN Japão.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_281](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_281). Acesso em: 16 jun. 2019





tiveram conhecimento da situação pois foram comunicados do ocorrido pela embaixada japonesa em Singapura.

Nesse contexto, o problema jurídico correspondente às jornadas de trabalho excessivas, que violam as diretrizes da OCDE, repete-se em outro caso estudado, mencionado anteriormente no presente artigo, como consta a denúncia que fora relatada pelas ONGs Ali Ent. Factory Fire Affectees Assoc; Campagna Abiti Puliti; Movimenti Consumatori; National Trade Union Federation (NTUF); Pakistan institute of Labour Education and Research (PILER); European Center of Constitutional and Human Rights e Schone Kleren Campagne, remetida ao PCN da Itália, em desfavor da empresa Rina Services SpA<sup>96</sup>.

Essa multinacional é responsável por realizar a certificação AS 8000 pelos serviços de credenciamento de responsabilidade social da fábrica de roupas do Paquistão – Ali Enterprises. A denúncia circundou no fato de que a empresa concedeu indevidamente essa certificação para a fábrica - antes de sofrer a queimada.

Os Reclamantes alegam também que, além da empresa RINA utilizar a mão-de-obra infantil – outra infração já mencionada no presente artigo, e que se encontra no tópico V, número 1, letra “c” das Diretrizes da OCDE<sup>97</sup> - ela utilizou da jornada excessiva para com os seus trabalhadores, como horas extras involuntárias e muito acima do limite máximo que a OCDE propõe, de 54 horas por semana, como consta o depoimento extraído da queixa apresentada no cronograma de desenvolvimentos:

O relatório de auditoria afirmou que as mudanças na fábrica teriam sido das 9h às 18h. Como o incêndio começou por volta das 18h30 (FIA 2012: 8, anexo 7), com a fábrica no modo de trabalho completo, fica claro que o horário efetivo de trabalho foi mais longo do que o relatado. De acordo com os depoimentos de trabalhadores, o horário trabalhado era de 12h

---

<sup>96</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises, Paris:** OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>97</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises, Paris:** OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020



por dia, seis dias por semana (Khan 2015: 5, anexo 19, Affidavit Zahid, anexo 5). Os auditores do RINA descobriram que não havia trabalho forçado na Ali Enterprises. Contudo, vários trabalhadores testemunharam que eram obrigados a cumprirem certas cotas e, caso não o fizessem, não poderiam sair (Khan 2015: 4 f., Anexo 19: Affidavit Zahid, Jamil, Anexos 5,6). Esses testemunhos são uma indicação de horas extras involuntárias que constituíram trabalho forçado<sup>98</sup>.

Os Reclamantes aduzem que essas ações da multinacional são ofensas as Diretrizes da OCDE e buscam uma solução para com o PCN italiano. A queixa foi devidamente apresentada ao respectivo PCN, contudo, atualmente o processo encontra-se arquivado.

De acordo com um estudo realizado pela OCDE, levando como base a média do tempo de trabalho de seus profissionais, chegou-se à conclusão de que cada um que trabalha em tempo integral para a OCDE tem direito a aproximadamente 15 horas para descanso e lazer. Sendo assim, estima-se que este trabalhe 9 horas ao dia, obtendo como resultado de horas trabalhadas por semana 54 horas, no máximo.<sup>99</sup>

Cabe destacar que esse estudo é apenas um parâmetro e que pode variar de país para país. No primeiro caso tomado em relevo, fora relatado na denúncia que os trabalhadores prestavam serviços de até 150 horas extras por mês para a fábrica da Panasonic Ásia Pacífico Pte Ltd. Ou seja, do cálculo que se tem como base pela OCDE de que o estimado de horas trabalhadas por dia por um profissional em tempo integral corresponde a 9 horas, esses empregados da empresa multinacional

---

<sup>98</sup> SPECIFIC INSTANCE COMMUNICATION. 2 b) Excessive Overtime and Forced Labor: “The Audit Report claims shifts in the factory would have been from 9:00 am to 6:00 pm. Since the fire broke out around 6:30 pm (FIA 2012:8, Annex 7) with the factory in full working mode, it is clear that the effective working hours were longer than reported. According to worker testimonies, the working hours amounted up to 12 hours per day, six days per week (Khan 2015: 5 Annex 19; Affidavit Zahid, Annex 5). RINA’s auditors found that there was no forced labor at Ali Enterprises. However, several workers testified that they were obligated to fulfill certain quotas and in case they did not do so they were not allowed to leave (Khan 2015: 4 f., Anexo 19; Affidavit Zahid, Jamil Annexes 5, 6). These testimonies are an indication for involuntary overtime which would constitute forced labour.” Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_514](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_514). Acesso em: 01 abr. 2020

<sup>99</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises, Paris**: OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020



trabalhavam as nove horas além de, em média, mais 6 horas extras todos os dias durante o mês.

A jornada de trabalho de forma excessiva e abusiva corresponde a uma das violações as Diretrizes da OCDE, como consta em seu capítulo V, número 1 letra “d”, a diretriz é clara: contribuir para a eliminação de todas as formas de mão-de-obra forçada ou compulsória e tomar as medidas adequadas para garantir que esse trabalho forçado ou compulsório não exista em suas operações”<sup>100</sup>.

Dessa forma, essa inobservância à diretriz da OCDE é remetida também ao segundo caso, que, em depoimento relatado pelos trabalhadores da empresa multinacional RINA, fora alegado que eles eram obrigados a cumprirem certas cotas e, caso não o fizessem, não poderiam sair da empresa. Caracterizando dessa forma, trabalho forçado e horas extras involuntárias que não foram computadas.

É necessário fomentar que a multinacional também infringiu o capítulo IV que aborda os Direitos Humanos. Em seu número 4, a diretriz aborda sobre um compromisso político que deve respeitar os direitos humanos<sup>101</sup>. Como neste item os direitos humanos estão dispostos de uma forma mais abrangente, faz-se um adendo ao art. 24 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “Toda apessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas.”<sup>102</sup>

Ante todo o exposto, as denúncias relacionadas as jornadas de trabalho excessivas corroboram com a terceira semelhança encontrada aos casos de inobservância às diretrizes da OCDE.

### *1.3.4 As condições insalubres no trabalho*

---

<sup>100</sup> Idem

<sup>101</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises**. Paris: OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>102</sup> Idem



As condições insalubres no trabalho correspondem à última das semelhanças estudadas nas inobservâncias às diretrizes da OCDE pelas empresas multinacionais para com os seus trabalhadores. No presente caso, houve uma denúncia proposta pela Articulação de Empregados Rurais do Estado de Minas Gerais (ADERE-MG), que corresponde à uma associação de vários sindicatos, em desfavor das empresas Nestlé; Jacobs Douwe Egberts; Mc Donald's; Dukin Donuts; Starbucks e Illy<sup>103</sup>.

As violações trabalhistas e humanas aconteceram nas fazendas do Sul de Minas Gerais, sendo responsável pela análise do presente caso, o PCN brasileiro. Fora relatado por 37 trabalhadores resgatados, que eles viviam em situações análogas à escravidão, pois não tinham as condições mínimas para sobreviverem, como água potável, salário digno – o salário não foi pago durante meses - além disso, os trabalhadores sofriam de maus tratos, tinham jornadas excessivas e trabalhavam em condições completamente insalubres.

De acordo com os depoimentos dos empregados, “os trabalhadores descrevem a situação como se estivessem ‘morando em um curral’, sem qualquer condição de higiene, em estruturas precárias que não dão conta de atender necessidades básicas de sobrevivência digna.”<sup>104</sup> Em setembro de 2018 o PCN do Brasil aceitou o caso.

Contudo, no final de 2019, mesmo o caso encontrando-se em análise, o PCN brasileiro comunica, durante uma reunião, os Reclamantes, que na verdade não tinha aceito o caso oficialmente, necessitando assim analisar novamente a denúncia proposta<sup>105</sup>. Portanto, atualmente, o caso encontra-se arquivado.

---

<sup>103</sup> OECD. **Nestlé, Jacobs Douwe Egberts, Mc Donald's, Dukin Donuts, Starbucks and Illy, and Articulation of Rural Employees of the State of Minas Gerais (ADERE-MG), PCN do Brasil.** Disponível em: <http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/br0026.htm>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>104</sup> OECD. **Trabalho escravo em fazendas de café em MG é denunciado na OCDE.** Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/trabalho-escravo-cafe-minas-gerais-ocde>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>105</sup> OECD. **Conectas Human Rights & ADERE MG v. coffee sellers, PCN do Brasil.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 15 abr. 2020.



Proporcionar aos trabalhadores ambientes totalmente insalubres e precárias para sua jornada de trabalho, ferem as diretrizes da OCDE e a dignidade do ser humano. Esse problema jurídico é encontrando em outros casos, a exemplo da denúncia que fora realizada, no ano de 2014, pelo comitê Tibete do Canadá em desfavor da empresa multinacional de mineração, China Gold International Resources Corp. Ltda, localizada no Vale do Gyama da Região Autônoma da China no Tibete – o caso foi direcionado ao PCN do Canadá<sup>106</sup>.

De acordo com o documento que fora utilizado para a análise e considerações para instância específica, foi alegado que a empresa:

1) envolveu-se em práticas discriminatórias de contratação; 2) despejos forçados e reassentamento de terras; 3) violou a liberdade de questões religiosas através da negação de acesso a sites religiosos; 4) violou a liberdade de expressão e a divulgação de informações relacionadas ao projeto; e 5) contribuindo para fatores ambientais negativos, violou os direitos das comunidades locais à água e à saúde.<sup>107</sup>

Fora relatado também que os trabalhadores não tinham acesso a água potável e nem a remédios quando se encontravam doentes; também não tinham muito acesso a liberdade de expressão e informações, dentre outras violações trabalhistas.

O PCN canadense aceitou o caso e, ao final do processo, emitiu uma declaração final, em abril de 2015, concluindo a presente demanda. Nela, constou que a multinacional não mostrou alinhamento para com as diretrizes de inobservância, além de que, comunicou apoio a empresa caso desejasse ter isso na esfera de defesa comercial do Governo do Canadá.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> SUMMARY, Executive. **Final Statement on the Request for Review regarding the Operations of China Gold International Recourses Corp. Ltd., at the Copper Polymetallic Mine at the Gyama Valley, Tibet Autonomous Region.** 2019. Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/statement-gyama-valley.aspx?lang=eng#fs3>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>107</sup> Idem

<sup>108</sup> SUMMARY, Executive. **Final Statement on the Request for Review regarding the Operations of China Gold International Recourses Corp. Ltd., at the Copper Polymetallic Mine at the Gyama**



Nesse diapasão, ambos os casos relatados se reportam à inobservância das diretrizes da OCDE, presente em seu capítulo V, número 4, letra “c”, no qual, diz respeito sobre “tomar as medidas adequadas para garantir a saúde e a segurança ocupacional em suas operações.”<sup>109</sup>

Esta semelhança na violação às diretrizes também está presente em outras denúncias, como fora relatada a denúncia feita pelas ONGs Porgera SML Landowners Association; Akali Tange Association; Earthrights International; Mining Watch Canada e Rights and Accountability in Development em face da empresa multinacional – de mineração – Barrick Gold Corporation no qual, o PCN do Canadá foi responsável pelo caso<sup>110</sup>.

As Reclamantes alegam que a empresa cometera violação das diretrizes, que correspondeu ao meio ambiente e desenvolvimento sustentável, bem como aos direitos humanos dos trabalhadores e da comunidade local.

Aduzem ainda que as condições de trabalho nas minas são totalmente incompatíveis com os padrões de saúde e segurança humana. Em 2012 fora relatado nas reuniões realizadas entre o PCN do Canadá e as partes, uma denúncia de estupro por parte dos seguranças:

Com base nas informações obtidas fora da mediação, os reclamantes estavam profundamente preocupados com o possível dano causado pelo procedimento de queixa, principalmente porque Barrick solicitou que as vítimas de estupro assinassem isenções legais se aceitassem um pacote de remédio individual.<sup>111</sup>

---

**Valley, Tibet Autonomous Region.** 2019. Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/statement-gyama-valley.aspx?lang=eng#fs3>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>109</sup> OCDE. **Guidelines for Multinational Enterprises.** Paris: OCDE Publishing, 2011. “Take adequate steps to ensure occupational health and safety in their operations.” Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2020

<sup>110</sup> OECD. **Mining Watch Canada e outros vs. Barrick Gold Corporation, PCN do Canadá.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_210](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_210). Acesso em: 15 jan. 2020

<sup>111</sup> OECD. **Mining Watch Canada e outros vs. Barrick Gold Corporation, PCN do Canadá.**



Diante desse cenário, as ONGs emitem um comunicado de imprensa sobre a proposta da empresa para com as vítimas de estupro, no qual:

As mulheres que sofreram estupros pelos guardas de segurança de Berrick elas sofreram uma violação grave de direitos humanos e isso é um crime. O que Berrick está oferecendo através do seu procedimento de reclamação em nível de projeto não pode ser comparado a um ‘acordo extrajudicial’. Essas mulheres não se beneficiaram de nenhuma das proteções ou salvaguardas fornecidas por um procedimento legal ou por um tribunal e, se aceitarem o que a Berrick está oferecendo, nunca o receberão, pois devem assinar seu direito de tomar medidas legais em relação ao dano que sofreram. Os direitos das mulheres que foram prejudicadas não devem ser violados novamente, mesmo que recebam remédio pela primeira violação<sup>112</sup>.

A mediação entre o PCN e as partes terminou em abril de 2013, e no ano seguinte, em janeiro, o PCN o Canadá emitiu a declaração final concluindo o caso. Nessa linha, a outra denúncia apresentada corresponde à alegação apresentada pelo Centro Comunitário de Educação Legal das ONGs do Camboja (CLEC) e pela Earth Rights International (ERI) em desfavor da empresa multinacional America Refining Inc. (ASR), referente aos direitos humanos dos trabalhadores na plantação de açúcar e refinaria de Koh Kong, no Camboja – o PCN responsável foi o dos Estados Unidos<sup>113</sup>.

Na alegação consta que os moradores foram despejados e não foi ofertado lugares alternativos para poderem residir, sendo obrigados a aceitarem qualquer condição no local de trabalho e também em locais para habitar. Em 4 de junho de 2013, após a declaração final emitida, o PCN informou que havia concluído o caso uma vez que as partes não tinham chegado em nenhum consenso<sup>114</sup>.

---

Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_210](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_210). Acesso em: 15 jan. 2020

<sup>112</sup> Idem.

<sup>113</sup> Idem

<sup>114</sup> Idem



Ante todo o exposto, os quatro casos reais analisados submetem-se à exploração dos trabalhadores, seja em locais de trabalho como até mesmo em locais para residirem, resultando em completa exposição a insalubridade, fato esse bastante prejudicial à saúde. Além de existir violação aos direitos humanos, sendo na própria forma que são submetidos ao trabalho, com falta de condições básicas, assim como abusos, corresponde à denúncia de um dos casos, que houve abuso sexual.

Proporcionar locais insalubres para o trabalho pode parecer, no primeiro momento, até mais acessível economicamente para o empregador, pois ele não terá que arcar com os custos para fornecer um ambiente melhor de trabalho. Contudo, com o passar do tempo, os agentes nocivos à saúde vão se manifestar e gerarão sequelas nos trabalhadores, impossibilitando em alguns casos a volta das atividades normais do trabalho, tendo o empregador até mais custos com a mão-de-obra.

No que concerne ainda sobre condições insalubres no ambiente de trabalho, em novembro de 2017 o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou inconstitucional o art. 2º da Lei Federal 9.055/1995, no qual permitia a extração, industrialização, comercialização e a distribuição da extração e uso do amianto crisotila<sup>115</sup>. É sabido que durante a manipulação do amianto e o uso, ele libera fragmentos que contaminam o meio ambiente, além de ser prejudicial à saúde, provocando doenças graves como câncer de pulmão, asbestose e mesotelioma.

O início da década de 2020 está sendo marcada por uma pandemia causada pelo surto do novo vírus, covid-19 (*coronavirus disease* 2019). O primeiro relato ocorreu com um paciente em 12 de dezembro de 2019 em Wuhan na China. Em virtude do vírus ter alto contágio, sendo pelo ar e contato, disseminou-se muito rápido,

---

<sup>115</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF reafirma inconstitucionalidade de dispositivo que permitia extração de amianto crisotila**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=363263>. Acesso em: 28 maio 2020





atingindo diversos países em uma proporção muito grande, foram confirmados no mundo mais de 5.488.825 casos e 349.095 mortes<sup>116</sup>.

Na busca por soluções para a redução do número de contágio e mortes, medidas emergenciais extremamente importantes, como o isolamento social, denominado de quarentena, foram implantadas em quase todos os países do mundo. A utilização de máscaras, lavar bem as mãos, passar álcool em gel, dentre outros, são indicações que devem ser obedecidas para uma melhora na higiene, protegendo o próprio cidadão de uma maior propagação do vírus.

Mesmo com toda a divulgação de informações que devem ser obedecidas, em virtude de um momento tão sério e delicado que o mundo está passando, alguns locais no Brasil demoraram para adquirirem esses novos hábitos, como em Goiás e São Paulo<sup>117</sup>, retardando o processo de melhora, e proporcionando aos empregados ambientes de trabalho insalubres, uma vez que sem esses cuidados facilita ainda mais a propagação do vírus, prejudicando a saúde de todos.

Por outro giro, cabe destacar o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos em analogia as condições insalubres no trabalho, uma vez que a ONU abrangeu neste pacto direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Sendo assim, em seu artigo 10 item 3, está disposto que “...O emprego de crianças e adolescentes, em trabalho que lhes seja nocivo à moral e à saúde, ou que lhes faça

---

<sup>116</sup> BRASIL. Organização Pan Americana da Saúde. **OPAS Brasil**. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:COVID19&Itemid=87](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:COVID19&Itemid=87)

5. Acesso em: 28 maio 2020

<sup>117</sup> BRASIL. BBC News Brasil. **Coronavírus**: os setes erros que põem Brasil na rota do ‘lockdown’, segundo especialistas. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52551974>. Acesso em: 28 maio 2020



correr perigo de vida, ou ainda que lhes venha prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei.”<sup>118</sup>

Em seu art. 12, §1º consta que “Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”<sup>119</sup>. Levando como base também o art. 189 da CLT, que corrobora um padrão mínimo de proteção aos trabalhadores, o artigo expõe que existe uma regra para ser considerado insalubre os agentes nocivos à saúde, e eles estão exemplificados na Norma Regulamentadora 15 do Ministério do Trabalho.

Esta norma também faz analogia com as condições insalubres no trabalho, uma vez que relata exatamente a preocupação com agentes nocivos à saúde e ao bem-estar dos empregados.

São alguns os casos de insalubridade, (i) o limite de tolerância para ruído contínuo ou intermitente é de no máximo 115 dB em até 7 minutos<sup>120</sup>, após esse valor o ruído causa impacto e prejudica o trabalhador; (ii) outra forma é o limite informado inferior a um segundo, a intervalos superiores a um segundo de ruído de impacto que apresenta picos de energia acústica<sup>121</sup>;

O outro fator de insalubridade (iii) corresponde à exposição ao calor, definida pelo Índice de Bulbo Úmido do Termômetro de Globo (IBUTG), na Norma Regulamentadora 15 há várias tabelas para o tipo de atividade no sol, seja em ambientes internos ou externo sem carga solar ou com ambientes externos com carga

---

<sup>118</sup> BRASIL. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, 16 de dezembro de 1966

<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Economicos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020

<sup>119</sup> Idem

<sup>120</sup> BRASIL. NR 15. **Atividades e Operações insalubres**. Limites de tolerância para ruído contínuo ou intermitente. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR15-ANEXO1.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020

<sup>121</sup> Idem



solar<sup>122</sup>; o penúltimo exemplo (iv) consiste no limite de tolerância para poeiras mineiras, no qual, a Norma Regulamentadora 15 expõe várias possibilidades de tolerância<sup>123</sup>. Por fim, (v) o último parâmetro para regular a insalubridade é em relação aos agentes químicos no local de trabalho, a Norma Regulamentadora 15 apresenta algumas tabelas explicativas por limite de tolerância e inspeção no local<sup>124</sup>.

Portanto, o doesto a trabalhos insalubres, além de violar uma das diretrizes da OCDE para empresas multinacionais, prevista em seu capítulo V - como já fora citada anteriormente - infringe também estes dispositivos. Sendo inaceitável que, no contexto internacional, exerçam estas atividades as quais afrontam a saúde de seus trabalhadores, desrespeitando tantas normas básicas de saúde e sobrevivência, colocando vidas em risco.

Com essa abordagem – como são realizadas toda as etapas de atuações processuais e materiais dos PCNs, da mesma forma que a natureza jurídica das semelhanças encontradas nos casos práticos estudados que infringem as diretrizes da OCDE – tem-se uma melhor compreensão de todo o funcionamento dos Pontos de Contato Nacionais e como são feitas suas abordagens para as soluções das denúncias realizadas.

Dessa forma, no próximo capítulo será exposto sobre os PCNs no constante processo de mudanças como um mecanismo quase jurisdicional para solucionar os casos análogos à escravidão moderna.

## **2 O PCN COMO MECANISMO QUASE JURISDIONAL AINDA EM CONSTRUÇÃO PARA SOLUCIONAR OS CASOS ANÁLOGOS À ESCRAVIDÃO MODERNA OCASIONADOS PELAS EMPRESAS MULTINACIONAIS**

---

<sup>122</sup> Idem

<sup>123</sup> Idem

<sup>124</sup> Idem



## 2.1 O constante processo de mudanças dos PCNs para otimizar as soluções às denúncias realizadas

Frente à incidência de constantes relatos de práticas análogas à escravidão pelas empresas multinacionais, a existência de um PCN como órgão quase jurisdicional que atua e se dedica às questões de justiça social, combatendo ativamente essa prática, dentro de um cenário capitalista, é primordial.

Por ser um órgão que trata de demandas sobre a efetividade das diretrizes da OCDE para com as empresas multinacionais, requerer que exista relações maiores de diálogos com as partes envolvidas, com os sindicatos, com as associações empresariais, dentre outros - isso facilita e otimiza as soluções às denúncias de inobservâncias realizadas. Uma vez que, é por meio dessa mediação que se chega a um acordo<sup>125</sup>.

Como é o caso do PCN Brasil, dispõe o art. 2º, IV, “b”, do decreto nº 9.874, o PCN é um:

Órgão de assessoramento destinado a: acompanhar as discussões da OCDE sobre a implementação das diretrizes e eventuais negociações complementares e adotar, no que couber, os instrumentos que a República Federativa do Brasil aceitar. b) oferecer instância de mediação para encontrar uma solução não judicial entre as partes, quando houver alegações contra as operações de uma multinacional.<sup>126</sup>

Outro ponto positivo dos PCNs, que se caracteriza pela sua constante evolução e melhora, são os relatórios anuais. Todo o ano, são realizados esses relatórios para promover e averiguar a eficácia das diretrizes para com as empresas multinacionais<sup>127</sup>. São discutidos e repassados todos os casos analisados ao longo do

---

<sup>125</sup> OECD. **Direct Investments Ombudsman**. National Contact Point (NCP) for OECD. Disponível em: <http://oid.economia.gov.br/en/menus/13>. Acesso em: 16 maio 2020

<sup>126</sup> BRASIL. **Decreto nº 9.874, de 27 de junho de 2019**. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-9.874-de-27-de-junho-de-2019-179414815>. Acesso em: 16 maio. 2020

<sup>127</sup> BRASIL. Ministério da Economia. **Ambiente em Migração**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional>. Acesso em: 06 mar. 2020



ano, as soluções encontradas, o que deu certo, o que precisa ser melhorado e, ao final, é feita sua publicação.

Além disso, os PCNs buscam sempre se aperfeiçoarem em reuniões que ocorrem duas vezes a cada semestre, no qual são levantados os casos, as possíveis soluções e a averiguação da implementação das diretrizes para com as empresas multinacionais, como está disposto no art. 5º deste mesmo decreto.

Art. 5º O Ponto de Contato Nacional para a Implementação das Diretrizes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico para as Empresas Multinacionais se reunirá em caráter ordinário duas vezes a cada semestre e em caráter extraordinário sempre que um de seus membros solicitar<sup>128</sup>.

Após toda a análise processual e material realizada pelos PCNs com relação as denúncias aceitas – como já fora exposto neste artigo – tem que ser feita uma publicação com o relatório final, informando como foi o trâmite do processo, quais foram os acordos feitos, se a mediação foi sucedida, informações sobre a natureza e os resultados das atividades, como consta o art. 10 deste decreto,

Art. 10. O Ponto de Contato Nacional para a Implementação das Diretrizes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico para as Empresas Multinacionais divulgará os relatórios finais sobre o tratamento das questões de que trata o inciso IV do **caput** do art. 2º, ressalvados os aspectos de sigilo ou confidencialidade indicados pelas partes.<sup>129</sup>

A exemplo dos processos concluídos no Brasil, que se encontram no sítio do Ministério da Economia<sup>130</sup> - o PCN publica a análise final de todas as alegações de inobservância das denúncias apresentadas, informando se já foram concluídas, estão

---

<sup>128</sup> Idem

<sup>129</sup> Idem

<sup>130</sup> BRASIL. Ministério da Economia. **Ambiente em Migração**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional>. Acesso em: 06 mar. 2020



em curso ou se não foram aceitas, além de conter determinados documentos para que terceiros entendam os respectivos casos e suas conclusões.

Esta forma de relatório, além de trazer publicidade ao caso, pode auxiliar os outros PCNs na busca por soluções para casos semelhantes de inobservâncias às diretrizes da OCDE, uma vez que os casos já concluídos, muitos obtiveram mediações com sucesso e estas podem servir de base para novas soluções de casos parecidos.

Em se tratando ainda do constante processo de evolução dos PCNs, a OCDE disponibiliza, como o próprio nome fala, as melhores práticas/diretrizes em seu site<sup>131</sup>. A título de exemplo, a matéria publicada, em 20 de abril de 2020, na qual aborda o surto da nova pandemia - o covid-19 – como aplicar boas práticas regulatórias em meio à crise, uma vez que esse vírus teve um impacto muito grande em toda a sociedade, refletindo em diversas mudanças, até nas relações trabalhistas.<sup>132</sup>

Auxiliando, além das empresas, também os próprios PCNs, na utilização de novas tecnologias para uma melhor regulamentação, a eficácia das medidas adotadas, dentre outros.

Citando caso parecido, nova matéria sobre a parceria de organizações internacionais para o estabelecimento de regras internacionais eficazes com a OCDE, no qual as Organizações Internacionais (OIs) “facilitam a cooperação e coordenação entre seus membros e desempenham um papel fundamental dos desafios transfronteiriços”<sup>133</sup>. Além de “trocar boas práticas e promover maior qualidade, eficácia e impacto na regulamentação internacional”<sup>134</sup>, servindo como auxílio aos PCNs sobre implementação, monitoramento de processos internacionais, dentre outros.

---

<sup>131</sup> Idem

<sup>132</sup> Idem

<sup>133</sup> OECD. **The Partnership of international organisation for effective international rulemaking.** Disponível em: <https://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/a-partnership-for-effective-international-rule-making.htm>. Acesso em: 01 jun. 2020

<sup>134</sup> Idem



Em suma, o PCN como um organismo quase jurisdicional é uma outra alternativa efetiva para o combate à escravidão moderna. Tem como objetivo nortear as diretrizes da OCDE, que são de aceitação universal, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social de forma sustentável<sup>135</sup>, além de promover um diálogo próximo e constante com a sociedade civil, com o governo e outros PCNs.

Cobra em relevo destacar que, como recente órgão jurídico, ele encontra-se em constante mudança para otimizar as soluções às denúncias realizadas. Fato esse, que pode ocasionar em uma certa transparência limitada ao acesso à informação para com as empresas multinacionais que apresentam inobservâncias às diretrizes da OCDE.

## **2.2 A transparência limitada dos PCNs sobre o acesso à informação para com as empresas multinacionais que violam as diretrizes da OCDE**

Da análise exordial, tendo como base o órgão jurídico PCN como um mecanismo em constante processo de mudanças e evolução para a erradicação da escravidão moderna, bem como para otimizar as soluções às denúncias de inobservâncias das diretrizes da OCDE, impende em considerar o acesso à informação - como é feita a publicidade dos casos analisados e a sua transparência.

Como já fora explanado neste artigo, há algumas etapas para que sejam feitas as análises processuais para aceitação ou não das denúncias realizadas aos PCNs. No momento de aceitação dos casos até a tão esperada conclusão – que na maioria das vezes obtêm êxito – os PCNs buscam trabalhar com transparência.

---

<sup>135</sup> BRASIL. Ponto de Contato Nacional do Brasil. **Manual de Procedimentos para Instâncias Específicas**. 2019. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/produtos/formularios/pcn-manual-de-procedimentos-para-instancias-especificas.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2020



Contudo, consta no livro das diretrizes que este organismo jurídico fica limitado ao acesso à informação, haja vista a publicidade dos casos ser restrita. Como está disposto na segunda parte, no item sobre as Orientações Processuais:

4. Enquanto os procedimentos previstos no nº 2 estão em curso, a confidencialidade dos procedimentos será mantida. Na conclusão dos procedimentos, se as partes envolvidas não concordaram com a resolução das questões levantadas, eles são livres para se comunicar e discutir essas questões. Contudo, informações e opiniões fornecidas durante o processo por outra parte envolvida permanecerão confidenciais, a menos que outra parte concorde com a sua divulgação, ou isso seria contrária às disposições da lei nacional<sup>136</sup>.

A publicidade restrita, também demonstrada na segunda parte das diretrizes, mas no tópico de Comentário sobre Procedimentos de Implementação, há um item que aborda sobre transparência:

Transparência. Assim, como princípio geral, as atividades dos PCNs serão transparentes. No entanto, quando o PCN oferece os seus “bons ofícios” na implementação das Diretrizes em instâncias superiores, será do interesse de sua eficácia adotar medidas apropriadas para estabelecer a confidencialidade dos procedimentos<sup>137</sup>.

Nesta mesma parte, só que no tópico sobre Transparência e Confidencialidade, há mais uma reiteração sobre transparência ao acesso à informação. O tópico 38 descreve que:

O parágrafo C-4 do Procedimento Guiado, reconhece que existem circunstâncias específicas em que a confidencialidade é importante. O PCN tomará as medidas apropriadas para proteger informações confidenciais comerciais. Igualmente, outras informações, como a identidade das pessoas envolvidas nos procedimentos, devem ser mantidas confidenciais, no interesse da implementação efetiva das Diretrizes. Assim, enquanto o parágrafo C-4 amplamente sublinha que os procedimentos associados à implementação serão

---

<sup>136</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises**. Paris: OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>137</sup> Idem





confidenciais, os resultados normalmente serão transparentes<sup>138</sup>.

Em suma, a publicidade dos casos aceitos pelos PCNs está relacionada com uma certa restrição em sua transparência. Uma vez que, existem exigências na forma de como são repassadas, ao público, todas as informações obtidas e coletadas ao longo do processo de análise para com as denúncias de inobservâncias das diretrizes da OCDE.

Nesse sentido, por mais que a OCDE determine que os PCNs busquem uma linha tênue entre todas as informações obtidas ao longo dos casos e a publicidade que se dará quando eles forem concluídos, não há necessidade de limitar tanto o acesso à informação.

No Brasil, os processos dos órgãos de controle externo, como o Tribunal de Contas da União (TCU), o Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF), assim como outros tribunais, a exemplo do Tribunal Regional Federal (TRF1), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Supremo Tribunal Federal (STF), dentre outros – cabe destacar também a arbitragem de investimentos<sup>139</sup> - são todos públicos, ressalvadas as hipóteses em que proteger um bem jurídico seja maior do que o direito da sociedade de ter acesso à informação.

Em analogia com a lei 12.527/2011 que retrata sobre o acesso à informação (LAI), está disposto em seu art. 6º que “cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a: I - gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação;”<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> Idem

<sup>139</sup> ITALAW. **A título de exemplo, quase todos os laudos arbitrais encontram-se em:** Italaw.

Disponível em: <https://www.italaw.com/>. Acesso em: 01 jun. 2020

<sup>140</sup> BRASIL. **Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 21 maio 2020



Da mesma maneira que, em seu art. 10 “qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.”<sup>141</sup>

O Senado Federal disponibilizou em seu site explicações sobre a LAI, na parte em que aborda o acesso à informação pública, ressalta que:

Todos têm direito de receber dos órgãos e entidades públicas informações de interesse particular ou público. Não basta que a Administração divulgue suas ações. É necessário também que responda a pedidos de acesso a informações específicas. Para que isso aconteça, o pedido precisa ser processado e o requerente deve receber as informações requeridas, conforme os prazos e procedimentos estabelecidos na lei.<sup>142</sup>

Nessa linha, até pelo fato do PCN Brasil estar subordinado ao Ministério da Economia, a publicidade deveria ser maior. Muitas denúncias de violações às diretrizes da OCDE já foram publicadas em outros sites expondo os casos e empresas multinacionais que agiram com inobservância. Como são os casos das violações das empresas Adidas<sup>143</sup> e Nike<sup>144</sup> que obtiveram essa matéria exposta em diversos sítios, contudo, no site da OCDE as informações foram mínimas.

Cumpre sublinhar, a denúncia que circundou o PCN brasileiro sobre as explorações de mão de obra escrava nas fazendas de café no Sul de Minas Gerais. Este caso já foi exposto no artigo, contudo, mesmo com a publicidade de outros sites

---

<sup>141</sup> Idem

<sup>142</sup> BRASIL. Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 21 maio 2020

<sup>143</sup> OECD. CCC vs. Adidas, PCNs da Áustria e Alemanha. Disponível em:

[https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_27](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_27). Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>144</sup> OECD. Chedraui vs. FAT, PCN Americano. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019



sobre o ocorrido, como a exemplo da própria Conectas<sup>145</sup> e do site *The Washington Post*<sup>146</sup>, bem como, fora exposto acima sobre a importância da LAI; no site da OCDE<sup>147</sup> apenas encontra-se informações ínfimas de um caso tão importante - que retrata as condições análogas à escravidão sofridas pelos trabalhadores, além de conter a participação de seis empresas multinacionais.

Durante esta pesquisa, tentou-se entrar em contato, diversas vezes, com algum dos representantes do PCN Brasil, com o objetivo de extrair informações sobre a denúncia em tela. Fora elaborado um questionário que continha algumas indagações<sup>148</sup>.

Por exemplo: quais foram as medidas utilizadas para obter os dados de outras denúncias feitas por explorações semelhantes?; quais as soluções para que a empresa Nestlé seja mais transparente? Haja vista que houve controvérsia no discurso dessa multinacional; qual foi a medida adotada pelo PCN brasileiro? quais foram as medidas adotadas pela Conectas?

Nesse esboço, diante da transparência limitada dos PCNs, não foi possível a obtenção de nenhuma dessas indagações. O motivo alegado fora de que o caso é sigiloso e ainda não pode ser levado ao público, apenas quando o PCN do Brasil emitir sua declaração final.

---

<sup>145</sup> OECD. Conectas Direitos Humanos. Trabalho escravo em fazendas de café em MG é denunciado na OCDE. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/trabalho-escravo-cafe-minas-gerais-ocde>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>146</sup> Idem.

<sup>147</sup> OECD. Nestlé, Jacobs Douwe Egberts, Mc Donald's, Dukin Donuts, Starbucks and Illy, and Articulation of Rural Employees of the State of Minas Gerais (ADERE-MG), PCN do Brasil. Disponível em: <http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/br0026.htm>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>148</sup> Questionário completo nas páginas 55 a 57 da presente pesquisa



Em busca de esclarecimentos sobre esta denúncia, que retrata a escravidão moderna, entrou-se em contato com o sistema eletrônico do serviço de informação ao cidadão (e-SIC)<sup>149</sup> com o objetivo da obtenção de respostas.

Após um mês, o e-SIC manifestou-se a respeito das perguntas formuladas. Recapitulou a criação do PCN, como é a sua forma de resolver as denúncias repassadas, como um órgão jurídico, bem como descreveu o caso das fazendas de café, “no que diz respeito à **Alegação nº 02/2018**, trata-se de um dos casos mais complexos do PCN Brasil, por envolver várias empresas de diferentes nacionalidades e em uma longa e complexa cadeia de suprimento global.”<sup>150</sup>

Finaliza a resposta informando que

No dia 11 de março de 2020, o Relator apresentou o caso na reunião do colegiado, oportunidade em que os membros do GTI-PCN acompanharam a sugestão do Relator de solicitar documentos adicionais às empresas. A Alegação segue em análise e tão logo o caso seja concluído o Ponto de Contato Nacional (PCN) se manifestará por meio da sua Declaração Final.<sup>151</sup>

Além de recomendar alguns links que poderiam ser úteis para um melhor entendimento sobre o trabalho do PCN do Brasil, tal como outros sítios que relataram esta denúncia.

Por outro giro, a transparência para com o acesso à informação deveria ser completa - salvo em casos que fossem comprovados a necessidade do sigilo. Para não haver tanta exposição, antes da decisão final, poderia ter o corte determinados nomes, números, que são mais sensíveis às denúncias, porém, a publicidade dos casos não deveria ser resguardada.

---

<sup>149</sup> BRASIL. ESIC, CGU. **E-SIC, Sistema eletrônico do serviço de informação ao cidadão**. Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/site/index.aspx>. Acesso em: 23 mar. 2020

<sup>150</sup> BRASIL. ESIC, CGU. E-SIC, Consulta do pedido. **Número de protocolo 03006004886202051**. Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/Pedido/ConsultaPedido.aspx>. Acesso em: 23 abr. 2020

<sup>151</sup> BRASIL. ESIC, CGU. E-SIC, Consulta do pedido. **Número de protocolo 03006004886202051**. Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/Pedido/ConsultaPedido.aspx>. Acesso em: 23 abr. 2020



Uma vez que, além de ser provável que a denúncia circunde em outras plataformas, a transparência ajudará na imagem das empresas multinacionais, haja vista que assim, podem comprovar publicamente que não estão envolvidas dessa forma com práticas trabalhistas abusivas, de escravidão moderna, e podem comprovar também que, caso isso ocorra, há esforços e buscas por melhorias para reverter a situação e cercear as práticas análogas à escravidão.

Em vista do que já foi expendido, os PCNs detêm de uma transparência limitada para com o acesso à informação sobre as denúncias de violações às diretrizes da OCDE. Fato esse que não deveria ocorrer, em virtude da importância que existe a publicidade dos casos, o conhecimento por parte da sociedade sobre o que está acontecendo com as empresas estrangeiras instaladas em seus respectivos países – assim como, também não há de prejudicar as partes com dados mais vulneráveis nas denúncias.

Por conseguinte, buscou-se neste capítulo abordar diversas maneiras de como os Pontos de Contato Nacionais estão em constante processo de mudanças na busca em solucionar as denúncias de violações às diretrizes da OCDE.

Assim como, ressalta-se que, por conta destas mudanças, o PCN ainda passa por um processo de amadurecimento em relação a divulgação limitada de informações dos casos aceitos - a título de exemplo, a pesquisa de campo que fora realizada com relação a denúncia feita em desfavor das empresas multinacionais que adquiriram o café advindo de fazendas no Sul de Minas Gerais que praticavam trabalhos análogos à escravidão moderna.

## CONCLUSÃO



A erradicação da escravidão moderna é uma constante luta na sociedade, desde muito tempo. Por mais que, atualmente, tenha-se uma maior consciência por parte das empresas multinacionais em respeitarem os direitos humanos e as relações trabalhistas existentes, ainda são praticados diversos abusos nestas áreas. Dessa forma, a plena efetividade de órgãos mobilizados para aferição e cerceamento da escravidão, no contexto internacional, é de extrema relevância

O presente artigo se propôs a analisar os Pontos de Contato Nacionais como um organismo quase jurisdicional, ainda em construção, que busca solucionar as denúncias de violações às diretrizes da OCDE - em especial, referentes aos casos de escravidão moderna.

O estudo mostrou como são feitas todas as etapas materiais – os critérios utilizados para investigação de casos análogos à escravidão; as medidas utilizadas pelos PCNs para as soluções de conflitos; os questionamentos sobre possíveis medidas coercitivas para multinacionais que não seguem as indicações estabelecidas – e processuais – como as etapas de investigação; e a verificação processual das denúncias recebidas.

Verificou-se, ainda, semelhanças encontradas com base em quatorze casos práticos que infringem as diretrizes da OCDE, assim como a constatação do PCN como um órgão em construção que otimiza as soluções para com as denúncias oferecidas, mas que ainda se encontra com divulgação limitada do acesso à informação sobre os casos em análise.

Por ainda ser um sistema “recente”, encontra-se em constante mudança sua eficácia no combate à escravidão moderna. Dessa maneira, estando continuamente em evolução, a transparência na publicidade dos casos aceitos e ainda não concluídos, deveria melhorar.

Nessa linha, salvo em hipóteses constitucionais ou comprovadas de que deve haver sigilo, o acesso a informação é primordial, tanto para a sociedade ter



conhecimento quanto para as empresas que estão sendo acusadas, uma vez que estas podem utilizar-se dessa divulgação para realizarem uma melhor defesa ou poderem explicar-se sobre as denúncias feitas

Em última análise, questiona-se uma mudança de melhor transparência do acesso a informação das denúncias recebidas pelos Pontos de Contato Nacionais. Reitera-se a importância e a contribuição destes na otimização de soluções das violações às diretrizes da OCDE, em destaque para as práticas trabalhistas abusivas, que se caracterizam, atualmente, como escravidão moderna.

**Questionário realizado, em 21 de novembro de 2019, a ONG Conectas Direitos Humanos para obtenção de respostas com relação à denúncia recebida pelo PCN Brasil, que circundou o caso de trabalho análogo à escravidão ocorrido nas fazendas de café no Sul de Minas Gerais, tendo como participação as empresas multinacionais: Nestlé, Jacobs Douwe Egberts, McDonald's, Dunkin Donuts, Starbucks e Illy.**

10. Como que é feito o trabalho do PCN Brasil quando recebe alguma queixa? Como que ocorre a verificação?

11. Diante do presente caso, quais foram as propostas de soluções desenvolvidas pela Conectas? Como o caso foi recebido por vocês?

12. De acordo com a matéria publicada no site de vocês “As empresas multinacionais envolvidas são: a Nestlé; a Jacobs Douwe Egberts; o McDonald’s; a Dunkin’ Donuts; o Starbucks e a Illy. Essas empresas não são transparentes na implementação de mecanismo periódicos de verificação. Elas foram procuradas



pela Conectas mas não responderam aos questionamentos da organização sobre a transparência de suas relações com empresas violadoras de direitos e sobre a permanência de fazendas citadas nas denúncias em seu rol de fornecedores.”<sup>152</sup> Como que vocês lidaram com o silêncio dessas empresas? Quais foram as medidas utilizadas para obter os dados de outras denúncias feitas por explorações semelhantes?

13. “Em 2016, a organização holandesa Danwatch identificou que a Nestlé comprou café de fazendas nas quais o grão era colhido sob condições análogas à escravidão. Procurada pela Conectas, a Nestlé informou que ‘não tolera violações dos direitos trabalhistas, o que inclui o trabalho forçado e/ou análogo ao escravo’, mas não respondeu aos questionamentos específicos sobre a transparência de sua cadeia de produção e sobre a relação com fazendas violadoras.”<sup>153</sup>

14. O caso se repetiu 3 anos depois, novamente com a compra de café nas fazendas sob condições análogas à escravidão, no atual caso, no sul de Minas Gerais, gerando controvérsia no discurso feito pela Nestlé. Qual a solução para que a empresa seja mais transparente?

15. “A Starbucks, por sua vez, também admitiu ter adquirido café da cooperativa Cooxupé, mas demonstrou que o café não havia sido colhido em

---

<sup>152</sup> OECD. **Conectas Human Rights & ADERE MG v. coffee sellers, PCN Brasil** (caso pendente iniciado em 21/08/2018). Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>153</sup> Idem





fazendas violadoras. Neste ano, porém, 18 trabalhadores foram resgatados de uma das fazendas certificadas pela Starbucks, onde eram expostos a condições degradantes de trabalho.”<sup>154</sup> O PCN brasileiro adotou alguma medida?

16. “Os queixosos buscam mediação do PCN brasileiro para obter algum tipo de remédio para as vítimas.” Além de que “A ADERE e a Conectas pedem que as seis marcas forneçam reparação às vítimas e trabalhem em colaboração com os reclamantes e outras partes interessadas para desenvolver um plano de ação conjunto para evitar futuros casos de escravidão moderna nas fazendas de café em Minas Gerais.”<sup>155</sup> O que já foi feito? E o que ainda falta ser feito?

17. “Os queixosos afirmam que, embora algumas empresas tenham respondido, nenhuma divulgou sua lista de fornecedores, nem indicou medidas adotadas para garantir a reparação das vítimas e corrigir normas e políticas diante de falhas do passado.”<sup>156</sup> Como que ficou essa situação? A Conectas adotou alguma medida?

18. Você acredita que há casos de omissão, pelo PCN brasileiro em relação a

---

<sup>154</sup> THE WASHINGTON POST. **The hidden suffering behind he Brazilian coffe that jump-starts American mornings.** Disponível em: [https://www.washingtonpost.com/world/the\\_americas/the-hidden-suffering-behind-the-brazilian-coffee-that-jump-starts-american-mornings/2018/08/30/e5e5a59a-8ad4-11e8-9d59-dccc2c0cabcf\\_story.html?noredirect=on](https://www.washingtonpost.com/world/the_americas/the-hidden-suffering-behind-the-brazilian-coffee-that-jump-starts-american-mornings/2018/08/30/e5e5a59a-8ad4-11e8-9d59-dccc2c0cabcf_story.html?noredirect=on). Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>155</sup> OECD. **Conectas Human Rights & ADERE MG v. coffee sellers, PCN Brasil** (caso pendente iniciado em 21/08/2018). Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>156</sup> THE WASHINGTON POST. **The hidden suffering behind he Brazilian coffe that jump-starts American mornings.** Disponível em: [https://www.washingtonpost.com/world/the\\_americas/the-hidden-suffering-behind-the-brazilian-coffee-that-jump-starts-american-mornings/2018/08/30/e5e5a59a-8ad4-11e8-9d59-dccc2c0cabcf\\_story.html?noredirect=on](https://www.washingtonpost.com/world/the_americas/the-hidden-suffering-behind-the-brazilian-coffee-that-jump-starts-american-mornings/2018/08/30/e5e5a59a-8ad4-11e8-9d59-dccc2c0cabcf_story.html?noredirect=on). Acesso em: 16 jun. 2019



exploração de trabalhadores em condições análogas à escravidão por empresas multinacionais? Pois não há muitos relatos no site da OCDE, ou não são todos os casos que podem ser públicos?

## REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Cláudio. **Direitos Humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas S.A. 2014.

BRASIL. Senado Federal. **Planos brasileiros de erradicação**. História dos planos brasileiros de erradicação do trabalho escravo. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/trabalho-escravo/combate-ao-trabalho-escravo/planos-brasileiros-de-erradicacao.aspx>. Acesso em: 04 mar. 2020.

BRASIL. **Ministério Público do Trabalho**. Disponível em: <https://mpt.mp.br/>. Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.874, de 27 de junho de 2019**. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-9.874-de-27-de-junho-de-2019-179414815>. Acesso em: 16 maio. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. **Ponto de Contato Nacional**. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional>. Acesso em: 11 maio 2020.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **O Brasil e a OCDE**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. **Ambiente em Migração**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional>. Acesso em: 06 mar. 2020.

BRASIL. Ponto de Contato Nacional do Brasil. **Manual de Procedimentos para Instâncias Específicas**. 2019. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/produtos/formularios/pcn-manual-de-procedimentos-para-instancias-especificas.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2020.



BRASIL. BBC News Brasil. **Coronavírus: os setes erros que põem Brasil na rota do ‘lockdown’, segundo especialistas.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52551974>. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF reafirma inconstitucionalidade de dispositivo que permitia extração de amianto crisotila.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=363263>. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. NR 15. **Atividades e Operações insalubres.** Limites de tolerância para ruído contínuo ou intermitente. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR15-ANEXO1.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Economicos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. Organização Pan Americana da Saúde. **OPAS Brasil.** Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:conv-di19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:conv-di19&Itemid=875). Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 21 maio 2020.

BRASIL. ESIC, CGU. **E-SIC, Sistema eletrônico do serviço de informação ao cidadão.** Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/site/index.aspx>. Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. ESIC, CGU. E-SIC, Consulta do pedido. **Número de protocolo 03006004886202051.** Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/Pedido/ConsultaPedido.aspx>. Acesso em: 23 abr. 2020.



**BUSINESS, Human. Rights Resource Centre.** Disponível em:  
<https://www.business-humanrights.org/pt/principais-temas>. Acesso em: 26 maio 2020.

FGV. São Paulo of School of Economic. **A OCD como fórum de governança das empresas multinacionais.** 2019. Disponível em:  
[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24817/TD%20488%20-%20CCGI\\_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24817/TD%20488%20-%20CCGI_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y)). Acesso em: 12 jun. 2019.

**ITALAW. A título de exemplo, quase todos os laudos arbitrais encontram-se em:** Itlaw. Disponível em: <https://www.italaw.com/>. Acesso em: 01 jun. 2020.

JOLY, Fábio Duarte. **A escravidão na Roma antiga:** política, economia e cultura. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2005.

**ONUBR. Nações Unidas Brasil.** Disponível em:  
<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>. Acesso em: 04 jun. 2020.

**OECD. Direct Investments Ombudsman.** National Contact Point (NCP) for OECD. Disponível em: <http://oid.economia.gov.br/en/menus/13>. Acesso em: 16 maio 2020.

**OECD. Guidelines for Multinational Enterprises.** Paris: OCDE Publishing, 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020.

**OECD. National Contact Points for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises.** 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/corporate/mne/ncps.htm>. Acesso em: 06 mar. 2020.

**OECD. ICN vs. Adidas Netherlands, PCN da Holanda.** Disponível em:  
[https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_8](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_8). Acesso em: 21 jan. 2020.

**OECD. CCC vs. Nike, PCNs da Áustria e dos Estados Unidos.** Disponível em:  
[https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_26](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_26). Acesso em: 21 jan. 2020.

**OECD. Guidelines for Multinational Enterprises. Paris:** OCDE Publishing, 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020.



OECD. **Conectas Human Rights & ADERE MG v. coffee sellers, PCN Brasil** (caso pendente iniciado em 21/08/2018). Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 16 jun. 2019.

OECD. **Mining Watch Canada e outros vs. Barrick Gold Corporation, PCN do Canadá.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_210](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_210). Acesso em: 15 jan. 2020.

OECD. **Nestlé, Jacobs Douwe Egberts, Mc Donald's, Dukin Donuts, Starbucks and Illy, and Articulation of Rural Employees of the State of Minas Gerais (ADERE-MG), PCN do Brasil.** Disponível em: <http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/br0026.htm>. Acesso em: 16 jun. 2019.

OECD. **Panasonic vs. Panasonic Corporation, PCN Japão.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_281](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_281). Acesso em: 16 jun. 2019.

OECD. **Conectas Human Rights & ADERE MG v. coffee sellers, PCN do Brasil.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 15 abr. 2020.

OECD. **Trabalho escravo em fazendas de café em MG é denunciado na OCDE.** Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/trabalho-escravo-cafe-minas-gerais-ocde>. Acesso em: 16 jun. 2019.

OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019.

OECD. **KTNCW et al. Vs. Daewoo, PCNs Coreano e Norueguês.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_351](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_351). Acesso em: 17 jun. 2019.

OECD. **CCC vs. Adidas, PCNs da Áustria e Alemanha.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_27](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_27). Acesso em: 21 jan. 2020.

PCN, Holanda. **ICN vs. Adidas Netherlands.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_8](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_8). Acesso em: 21 jan. 2020.

SALIBA, Graciane Rafisa. **Convenções da OIT e empresas transacionais.** Rio de Janeiro: Lumen Jurídica, 2014.

**SUMMARY, Executive.** Final Statement on the Request for Review regarding the Operations of China Gold International Recourses Corp. Ltd., at the Copper



Polymetallic Mine at the Gyama Valley, Tibet Autonomous Region. **2019**. Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/statement-gyama-valley.aspx?lang=eng#fs3>. Acesso em: 16 jun. 2019.

SAKAMOTO, Leonardo. **Escravidão Contemporânea**. São Paulo: Contexto, 2020.



# O PROBLEMA SOBRE O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS NO ISLÃ: A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS PRINCÍPIOS CORÂNICOS

Orlando Oliveira de Souza Júnior

## RESUMO

O artigo versa desenvolver a análise sobre um conflito baseado na diferença entre Ocidente e Islã, mostra a imposição implícita de uma cultura em detrimento a outra, a adaptar princípios da influência existente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos representada pela atuação pretensiosa de universalização do direito cosmopolita ocidental através da ação da Organização das Nações Unidas de forma a contrastar com os princípios presentes na Declaração Islâmica Universal de Direitos Humanos, na Declaração dos Direitos do Homem no Islã e na Carta Árabe dos Direitos do Homem, valendo-se do método de diálogo multicultural da hermenêutica diatópica e execução do estudo do *topoi* dos direitos humanos individuais a partir da incompletude e impossibilidade desses direitos em definir a comunidade enquanto arena de solidariedades completas, tendo a complexidade societal reduzida à dicotomia entre Estado e sociedade civil; em contraponto, a demasiada eminência de deveres em detrimento de direitos na coletividade do senso comum de uma comunidade islâmica, discriminado nos direitos fundamentais da Sharia.

**Palavras-chave:** Direito Cosmopolita. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Declaração Universal de Direitos Humanos. ONU. Islã. Hermenêutica Diatópica. Ummah. Sharia.

## 1 INTRODUÇÃO



Construções teórico-práticas cortejam a universalização do direito cosmopolita com a Declaração da ONU de 1948, projetam direitos fundamentais e humanos em âmbitos nacionais após jurisdições internas os adotarem, mas apesar da não aceitação pela totalidade de Estados tangidos pela mesma, o diálogo multicultural é promovido pela hermenêutica diatópica de Santos (2004).

Realizados os aludidos contrastes, passa-se a análise comparada entre Estados numa visão globalmente subalterna *versus* uma visão globalmente hegemônica ou dominante<sup>1</sup> e, na primeira, o Islã se comporta como campo onde o modelo político-administrativo do Estado-nacional secular foi imposto.

Contrastes traçados, são apresentados os fundamentos do Islã clássico, uma perspectiva tradicional, uma modernista e outra *jihadista*<sup>2</sup>, na qual a última, por ser associada ao terrorismo exercido pelo Estado Islâmico torna possível adentrar aos conceitos da Nação Islâmica, a *Ummah*, e as fontes do direito islâmico, dissociando a imagem construída pelo Ocidente do Oriente islâmico hostil.

Em detrimento aos documentos de direitos humanos no mundo muçulmano, além de fazer uma comparação e análise com o contexto histórico, cultural, social, como também as fontes a qual ambos foram desenvolvidos, são explanados a argumentação de um *topoi* da *Ummah*<sup>3</sup>, os direitos fundamentais do homem no Islã e o esforço para assimilar o paradigma dos direitos humanos na Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, na Declaração dos Direitos do Homem no Islã e na Carta Árabe dos Direitos do Homem.

---

<sup>1</sup> AYOUB, Mohammed. Making Sense of Global Tensions: Dominant and Subaltern Conceptions of Order and Justice in the International System. *International Studies*, [s.l.], v. 47, n. 2-4, 2010, p. 130

<sup>2</sup> NURUZZAMAN, Mohammed. Western and Islamic International Theories. *International Studies*, [s.l.], v. 55, n. 2, 2018, p. 115-124

<sup>3</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 118





## 2 DIREITO COSMOPOLITA E O CARÁTER UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS

As relações internacionais são marcadas pela ação ocidental em prol do desenvolvimento, modernizando o mundo de forma universalizadora, levando a nível global a ruptura de barreiras, o aumento do fluxo comercial. O capitalismo ocidental é, por ora, resultante da pretensão de universalização do direito cosmopolita, estudado por Immanuel Kant, que aqui se equivale a uma fonte para cosmopolitismo político, que se caracteriza pela terra como pertence comum e universalização do comércio, pois assim prevaleceria a paz<sup>4</sup>, e também de

Recursos histórico-culturais, entre eles a primazia da individualidade, da liberdade, da isonomia, do acesso e da manutenção da propriedade privada e da racionalidade de fundo epistêmico, como fontes de ruptura com as tradições pré-modernas, sendo tratados como universais. (VIEIRA, 2019)<sup>5</sup>

Por ideais iluministas, e acontecimentos históricos como os da Era das Revoluções e a Reforma Protestante, estabeleceu-se a Modernidade ocidental com grande potencial de ruptura, de caráter emancipatório, democrático e secular. Aqui neste período, foram postos a novas compreensões os conceitos tidos até então sobre religião, relações econômicas ou políticas que sejam.

A ilustração é a saída do homem de sua menoridade, da qual ele é o próprio responsável. A menoridade é a incapacidade de fazer uso do entendimento sem a condução de um outro. O homem é o próprio culpado dessa menoridade quando sua causa reside não na falta de entendimento, mas na falta de resolução e coragem para usá-lo sem a condução de um outro. Sapere aude! 'Tenha coragem de usar seu próprio entendimento' – esse é o lema da ilustração. (VIEIRA, 2019)<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004

<sup>5</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. *Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo*. Curitiba: Appris, 2019, p. 17-18

<sup>6</sup> KANT, Immanuel. O que é a ilustração. In: WEFFORT, Francisco (Org.). *Os Clássicos da Política*. Vol. 2, São Paulo: Ática, 1993, p. 83-84.



O caráter emancipatório da modernidade reside onde ações individuais da autodeterminação do homem são a construção do coletivo, ou seja, o todo é apenas uma formação da particularidade e, como no âmbito religioso o homem, indivíduo, se prestava ao coletivo, foi sobre a liberdade de crença, de culto e/ou de expressão em específico que num primeiro momento a modernidade se voltou. Já por democrático, Vieira (2019, p. 23) cita um bom exemplo estadunidense, da Constituição na qual os *Founding Fathers* a priori não se preocupavam exatamente com a construção de um regime democrático, mas que houvesse um regime republicano em que a cidadania fosse “plural e racional” garantida pelo Direito e o Estado Constitucional, que mais tarde deu abertura ao “sentido de nacionalidade”, que “atendeu ao universalismo, mas restritamente, dentro dos limites territoriais sujeitas à autoridade do Estado”<sup>7</sup>.

A primeira vez que a palavra secularização foi enunciada fora dos muros e dos textos da igreja católica [...], foi para nomear o *processo jurídico-político* de desapropriação dos bens eclesiásticos em favor dos poderes seculares (PIERUCCI, 1998)<sup>8</sup>

De modo geral, a secularização ocorre quando instituições, crenças e práticas religiosas, por exemplo, são sistematicamente submetidas e substituídas pela razão e pela ciência; está associada a todo o arcabouço de liberdade, individualidade e racionalidade, baseados mais uma vez nos ditos kantianos sobre o direito cosmopolita.

O direito internacional de cunho cosmopolita se dá na construção de algo como uma associação, uma ordem, tendo sido exacerbado após a Segunda Guerra Mundial com o fortalecimento de órgãos internacionais e principalmente, para compreensão deste escrito, o imperativo das normas dos direitos humanos com a

---

<sup>7</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019, p. 24 apud HOBBSAWM, Erich J. **A era das revoluções**. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 194

<sup>8</sup> PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: Da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido. **Rev. bras. Ci. Soc.**, São Paulo, v. 13, n. 37, 1998, p. 66



criação da Organização das Nações Unidas, advinda da lapsa Liga das Nações, e a difusão da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Passa-se que o projeto de universalidade do direito é questionado porque assume uma “dimensão cultural civilizacionalmente constituída no esforço de dar possibilidade e sentido, num certo e bem diferenciado sentido, ao encontro humano num determinado espaço cultural civilizacionalmente demarcado, e que apenas aí tem e pode ser assumido com esse sentido”<sup>9</sup>

Para mais sobre a constituição do Direito Cosmopolita, a nível de complexidade, é necessário regressar aos ditos de Immanuel Kant sobre a *Paz Perpétua* e a expressão de uma federação para uma ordem universal. A interesse não é exatamente com a interação entre os Estados, mas como os indivíduos se relacionam com os Estados aos quais não são cidadãos. Na teoria política de Kant, o direito cosmopolita, em adição ao direito político e o direito das gentes, faz parte das três relações do direito público<sup>10</sup>. De acordo com a *Crítica da Razão Pura*, a unidade corresponde a um único estado, a pluralidade aos vários estados e a totalidade a todos os seres humanos e estados, sendo assim, são ordenadamente, os direitos do Estado, Internacional e Cosmopolita.

Já na segunda metade do século XX, os conceitos de direito cosmopolita e paz perpétua herdados dos ditos de Kant tomam novamente lugares notórios. A globalização, fator marcante do século passado, havia enfraquecido direitos de cunho básico desde o início das revoluções liberais. Os direitos políticos, por exemplo, foram enfraquecidos, a soberania foi posta em jogo e as pessoas tinham que se sujeitar a instituições que pareciam estar acima do Estado. O cosmopolitismo teve que se adaptar e aderir a responsabilidade fundada na humanidade.

---

<sup>9</sup> NEVES, A. Castanheira. **O problema da universalidade do direito**. In: . Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. 3. p. 102.

<sup>10</sup> KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**: um projecto filosófico. Covilhã, 2008. Disponível em: [http://www.lusosofia.net/textos/kant\\_immanuel\\_paz\\_perpetua.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf). Acesso em: 05 maio 2020



emergiram modelos de cosmopolitismo, tendo como bandeira a responsabilidade compartilhada entre povos, fundada na Humanidade, apresentando como exigências morais: o combate integrado contra a pobreza, redistribuição além fronteiras; interesse comum global acima dos interesses nacionais; defesa dos direitos humanos a criação de mecanismo eficazes de coibição contra violações. (VIEIRA, 2019)<sup>11</sup>

Para além da perspectiva cosmopolita de Immanuel Kant, na obra *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*, Habermas (2012) valida “o objetivo ideal de uma sociedade justa nas instituições do próprio Estado constitucional”<sup>12</sup>, e os Direitos Humanos deixam de prometer a felicidade coletiva, tratando-se de um imperativo categórico, inviolável. No entanto, o papel da Organização das Nações Unidas, como organização supranacional, seria indispensável para a constituição da democracia cosmopolita<sup>13</sup>, transcendendo os governos nacionais, se responsabilizaria pela efetivação dos direitos humanos no âmbito internacional, incitando a nova percepção de soberania nacional.

Os dispositivos da Declaração Universal dos Direitos Humanos reproduzem a construções jurídico-conceituais de dignidade, personalidade, liberdade individuais, igualdade isonômica e espaço público próprias do Iluminismo, além das garantias sociais desenvolvidas em espaço europeu no século XIX. (VIEIRA, 2019)<sup>14</sup>

Críticas são feitas, assim como para o cosmopolitismo kantiano, ao habermasiano e Vieira (2019) explicita que o tratado pressupondo a universalidade dos Direitos Humanos, a exemplo do artigo primeiro da Declaração e Programa de Ação de Viena da Conferência Mundial de Direitos Humanos<sup>15</sup> “nada mais é que

---

<sup>11</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019. p. 35

<sup>12</sup> HABERMAS, Jürgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Lisboa: 70, 2012. p. 52

<sup>13</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019. p. 52

<sup>14</sup> Ibidem. p. 56

<sup>15</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e Programa de Ação de Viena**, 1993. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declarações-e-Tratados-Internacionais-de-Proteção/declaracao-e-programa-de-acao-de-viena.html>>. Acesso em 06



uma resposta possível, histórico-culturalmente condicionada, diga-se ocidental, especificamente europeu”<sup>16</sup>

De suma importância, é essencial para o desenvolvimento desta exposição fazer apontamentos sobre o que pressupõe, a historicidade dos direitos humanos e da Declaração Universal dos mesmos. Piovesan (2013, p. 204-210) cita o chamado Direito Internacional de Direitos Humanos, que por ele a dignidade humana como fundamento desses direitos passa a ser incorporada em todos os tratados e declarações, então para além do objetivo de delinear uma ordem pública mundial caracterizando a universalidade, agora é evidente a indivisibilidade desses direitos ao, ineditamente, conjugar o catálogo dos direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais. A autora, em outra obra parafraseia Hannah Arendt e o prisma histórico da Declaração Universal de 48, dizendo que inova bastante a gramática dos direitos humanos, no trecho que sintetiza muito sobre as características dessa concepção contemporânea

Quais direitos? A Declaração afirma a indivisibilidade dos direitos humanos. Nos seus 30 artigos, parte deles traduzem direitos civis e políticos, parte deles traduzem direitos econômicos, sociais e culturais. E o que vem a declaração a impactar na linguagem dos direitos humanos? Vem a dizer: tão importantes quanto os *blue rights* – os direitos civis e políticos – são os *red rights*. Os direitos econômicos, sociais e culturais estão em paridade, em grau de importância. Tão importante quanto a liberdade de expressão é o acesso à saúde, à educação e ao trabalho. Tão grave quanto morrer sob tortura é morrer de fome. Há uma paridade com relação ao eixo liberdade e ao

---

maio de 2020: “A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o empenho solene de todos os Estados em cumprirem as suas obrigações no tocante à promoção do respeito universal, da observância e da proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, com outros instrumentos relativos a direitos humanos e com o direito internacional. A natureza universal destes direitos e liberdades é inquestionável. Neste âmbito, o reforço da cooperação internacional no domínio dos direitos humanos é essencial para a plena realização dos objetivos das Nações Unidas. Os direitos humanos e as liberdades fundamentais são inerentes a todos os seres humanos; a sua proteção e promoção constituem a responsabilidade primeira dos governos.”

<sup>16</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019. p. 56



eixo igualdade. Não bastando isso, a visão integral dos direitos humanos, ou seja, a declaração compõe o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais, firmando, assim, uma relação de interdependência, inter-relação e indivisibilidade. Não só estão em pé de igualdade, mas um depende do outro. Não há verdadeira liberdade sem igualdade ao passo que há verdadeira igualdade sem liberdade. (PIOVESAN, 2009)<sup>17</sup>

Em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A da Assembleia Geral das Nações Unidas, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos que deixa como patrimônio para a Constituição Federal Brasileira de 1988<sup>18</sup>, por exemplo, Direitos e Garantias Fundamentais presentes no Título II, que em breve serão neste trabalho equiparados aos direitos fundamentais do homem no Islã.

No capítulo I, a partir do Artigo 5º estão pressupostos os Direitos Individuais e Coletivos, como direito à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. No artigo 6º, os Direitos Sociais, à saúde, educação, previdência social, segurança assistência aos desamparados e ao trabalho, lazer, visando a igualdade social. Já no capítulo III, Direito à Nacionalidade, sendo brasileiros os natos ou naturalizados, aos quais o Estado cumpre deveres em relação, devido ao vínculo jurídico político entre ele e o indivíduo. No Capítulo IV, Artigo 14, Direitos Políticos, permitindo ao indivíduo participar de forma ativa dos negócios políticos do Estado e exercer sua cidadania. Por fim, Capítulo V, dos Partidos Políticos, sendo livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana, respeitando alguns preceitos.

---

<sup>17</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: Desafios e Perspectivas Contemporâneas. TST, Brasília, v. 75, n. 1, jan/mar. 2009, p. 108

<sup>18</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.



Esses direitos fundamentais têm inúmeras características<sup>19</sup> importantes para demonstrar aqui neste trabalho que são construções sociais fruto de um processo etnocêntrico, ou seja, a visão de mundo Ocidental e sua construção como suspostamente superior ao Oriente islâmico, e são elas: Historicidade, Imprescritibilidade, Irrenunciabilidade, Inviolabilidade, Universalidade, Concorrência, Efetividade, Interdependência e Complementaridade.

A Constituição, como expressão ratificadora dos direitos fundamentais, seria, portanto, o resultado de um processo cultural, um constructo fundado numa certa tradição, visando compensar as arbitrariedades, os abusos e as tensões ao longo da história de uma coletividade, em especial a civilização ocidental. Inspirado em CANOTILHO, os direitos fundamentais são os direitos do ser humano institucionalmente protegidos dentro de um *continuum* (determinados espaço e tempo). (FROTA e VIEIRA, 2016)<sup>20</sup>

Após explanar o que são e quais são os direitos humanos e fundamentais, atestando a propensão dessa ordem cosmopolita que, de cunho ocidental, europeu e hegemônico, acaba por reificar a diferença na multiculturalidade de cada local. É imprescindível explicitar aqui a concepção de outro autor muito importante para a construção do entendimento acerca de uma forma de ver além de todos os ditos de Kant e Habermas demonstrados anteriormente.

---

<sup>19</sup> SILVA, Flavia Martins André da. **Direitos Fundamentais**. DireitoNet, maio de 2006. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>>. Acesso em: 26 de maio de 2020: “Historicidade – os direitos são criados em um contexto histórico, e quando colocados na Constituição se tornam Direitos Fundamentais; Imprescritibilidade – não prescrevem, ou seja, não se perdem com o decurso do tempo, são permanentes; Irrenunciabilidade – não podem ser renunciados de maneira alguma; Inviolabilidade – os direitos de outrem não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa; Universalidade – são dirigidos a todo ser humano em geral sem restrições, independente de sua raça, credo, nacionalidade ou convicção política; Concorrência – podem ser exercidos vários ao mesmo tempo; Efetividade – o Poder Público deve atuar para garantir a efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, usando quando necessário meios coercitivos; Interdependência – não pode se chocar com os Direitos Fundamentais, as previsões constitucionais e infraconstitucionais, devendo se relacionarem para atingir seus objetivos; e Complementaridade – devem ser interpretados de forma conjunta, com o objetivo de sua realização absoluta.”

<sup>20</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; VIEIRA, Porfírio de Castro. Direitos fundamentais e tradição: uma análise sobre a igualdade no direito islâmico e prospectando possíveis diálogos com o direito ocidental. **Revista de Direito Uninovafapi**, v. 1, n. 2, jul/dez. 2016, p. 3 apud CANOTILHO, J.J. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 359



Não uso cosmopolitismo no sentido moderno convencional. Na modernidade ocidental, cosmopolitismo está associado com as ideias de universalismo desenraizado, individualismo, cidadania mundial e negação de fronteiras territoriais ou culturais. [...] Para mim, cosmopolitismo é a solidariedade transnacional entre grupos explorados, oprimidos ou excluídos pela globalização hegemônica. [...] O cosmopolitismo que defendo é o cosmopolitismo do subalterno em luta contra a subalternização. (SANTOS, 2004)<sup>21</sup>

“Tendo como objetivo facilitar o diálogo entre nações multiculturais – desde que os países envolvidos tenham ciência de sua incompletude cultural e que estejam abertos a esse diálogo” (CORRALO; GIRELLI, 2015). Sintetizando em um termo, mas que muito que dizer sobre os direitos humanos universais, Boaventura de Sousa Santos utiliza em sua obra *Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos* o termo ‘hermenêutica diatópica’, um diálogo intercultural objetivando analisar diferentes *topoi/topos* – senso comum de cada comunidade – que só possível levando em consideração cinco premissas:

De forma sucinta, são elas: a) a superação do debate sobre universalismo e relativismo cultural; b) a transformação cosmopolita dos direitos humanos; c) o reconhecimento de que todas as culturas são incompletas e problemáticas; d) o reconhecimento de que cada cultura tem uma concepção diferente de direitos humanos, razão pela qual é necessária a busca por preocupações isomórficas entre as sociedades; e) todas as culturas tendem a distribuir as pessoas e os grupos sociais entre dois princípios: o da igualdade e o da diferença. (CORRALO, 2015)<sup>22</sup>

Antes de propor uma análise do *topoi* da Umma na cultura islâmica, que será objeto de estudo mais à frente neste trabalho, Santos (2004) intenta que é na

---

<sup>21</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 249

<sup>22</sup> CORRALO, Giovani da Silva; GIRELLI, Camile Serraggio. A hermenêutica diatópica como forma de diálogo entre nações multiculturais na aplicação dos direitos femininos na pós-modernidade. **Revista Justiça do Direito**, [s.l.], v. 29, n. 3, p. 375, 10 dez. 2015. UPF Editora. <http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v29i3.5597>.





interpretação dessas máximas, sentidos comuns de cada comunidade, que atua a hermenêutica diatópica

A luta pelos direitos humanos e, em geral, pela defesa e promoção da dignidade humana não é um mero exercício intelectual, é uma prática que resulta de uma entrega moral, afetiva e emocional ancorada na incondicionalidade do inconformismo e da exigência de ação. Tal entrega só é possível a partir de uma identificação profunda com postulados culturais inscritos na personalidade e nas formas básicas de socialização. Por esta razão, a luta pelos direitos humanos ou pela dignidade humana nunca será eficaz se assentar em canibalização ou mimetismo cultural, daí a necessidade do diálogo intercultural e da hermenêutica diatópica. A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os *topoi* de uma dada cultura, por mais fortes que sejam são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível a partir do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objeto inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura, outro noutra. Nisto reside o seu caráter diatópico. (SANTOS, 2004)<sup>23</sup>

### 3 A FORMAÇÃO DOS ESTADOS SUBALTERNOS E OS FUNDAMENTOS DO ISLÃ CLÁSSICO

Os direitos humanos universais merecem ressalvas, por essa dicotomia, deveria ser passível de aplicação em qualquer lugar, sem respeitar fronteiras porosas, relações econômicas, religiosas ou culturais que sejam. Para Santos (2004; 2013) esses direitos universais, como tem sucedido, tenderão sempre a ser um instrumento de ‘choque de civilizações’, e para compreendê-los é preciso se atentar à alguns termos utilizados pelo autor como a globalização hegemônica e a globalização contra-hegemônica, a primeira, tida por ele como a nova fase do capitalismo global,

---

<sup>23</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 256-257



A globalização hegemônica é a nova fase do capitalismo global, constituída pela primazia do princípio do mercado, liberalização do comércio, privatização da economia, desregulação do capital financeiro, precariedade das relações de trabalho, degradação da proteção social, exploração irresponsável dos recursos naturais, especulação com produtos alimentares, mercantilização global da vida social e política (SANTOS, 2004)<sup>24</sup> e a segunda, a globalização contra-hegemônica,

ou globalização a partir de baixo, é constituída pelos movimentos e organizações sociais que, mediante articulações locais, nacionais e globais, lutam contra a opressão capitalista e colonialista, a desigualdade e a discriminação racial e sexual, a destruição dos modos de vida de populações empobrecidas, a catástrofe ecológica, a expulsão de camponeses e povos indígenas dos seus territórios ancestrais por exigência dos megaprojetos mineiros ou hidroelétricos, a violência urbana e rural, a imposição de normas culturais ocidentais e a destruição das não ocidentais, o endividamento das famílias, dos pequenos empresários e dos Estados como forma de controle social e político, a criminalização do protesto social. (SANTOS, 2004)<sup>25</sup>

Reiterando Santos (2004) e o cosmopolitismo do subalterno que o mesmo defende, é sabido que se há no Sistema Internacional divisões explícitas entre países em, por exemplo, Norte e Sul, ricos e subdesenvolvidos, ocidente e oriente. Para continuação da lógica deste artigo, que dialoga com a visão islâmica como contra-hegemonia e o caráter ocidental dos princípios de direitos humanos, será explanada uma nova divisão: visão globalmente subalterna *versus* visão globalmente hegemônica ou dominante.

---

<sup>24</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**. São Paulo: Cortez, 2013. p. 30

<sup>25</sup> *Ibidem*



A grande maioria dos Estados no Sistema Internacional podem ser considerados subalternos. São vulneráveis devido à experiência colonial e pelo funcionamento do Sistema que detêm grande poderio na mão de poucos Estados, são espaços pós-coloniais epicentros de confrontos violentos, ou seja, boa parte dos conflitos acontecem entre eles e, além do que, a ordem internacional é sustentada pela noção normativa de legitimidade.

Uma grande tensão entre as perspectivas hegemônica e subalterna da ordem internacional pode ser resumida nas seguintes palavras: Enquanto a primeira enfatiza a ordem entre os Estados e a justiça dentro deles, a segunda enfatiza a ordem nos Estados e a justiça entre eles. Essa tensão está diretamente relacionada à diferença no estágio de elaboração do Estado em que esses dois conjuntos de Estados se encontram (AYOOB, 2010)<sup>26</sup>

Ayoob (2010) explica, sucedendo o trecho anterior, que os Estados da Europa ocidental e da América do Norte concluíram com êxito o processo semelhante de formação e construção de Estados. As ameaças internas à segurança desapareceram, a ordem doméstica sendo um dado adquirido, é eliminada a necessidade de coerção interna, e as principais preocupações são de segurança e de caráter externo (terrorismo transnacional e imigração); Já nos Estados subalternos/coloniais mal se adentrou ao caminho da formação do Estado, as estruturas estatais e as instituições políticas são frágeis, os regimes inseguros, há desafios internos à legitimidade das fronteiras e à autoridade de regimes são generalizados, muitos sofrem ameaças secessionistas e irredentista (reflexo da natureza arbitrária em que suas fronteiras foram traçadas por seus antigos senhores coloniais), em caso de regime repressivo de base restrita, agrava-se problemas de segurança doméstica, clandestinidade entre

---

<sup>26</sup> AYOOB, Mohammed. Making Sense of Global Tensions: Dominant and Subaltern Conceptions of Order and Justice in the International System. **International Studies**, [s.l.], v. 47, n. 2-4, abr. 2010, p. 130, tradução nossa: "A major tension between the hegemonic and subaltern perspectives of international order can be summarized in the following words: While the former emphasizes order among states and justice within them, the later stresses order within states and justice among them. This tension is related directly to the difference in the stage of state-making that these two sets of states find themselves in".



opponente, obrigação de pegar em armas, esforço para derrubar ordens e fronteiras políticas herdadas de regimes coloniais.

O processo de formação dos Estados que encaixam no grupo subalterno muito conversa com a dificuldade de consolidação estatal ainda no século XX no qual os países do eixo hegemônico já estavam no processo de criação e consolidação de entidades como Organizações Internacionais e neste caso, mais especificamente a Organização das Nações Unidas. Com o caráter normativo do Sistema internacional, logo, a imposição de normas internacionais, os Estados subalternos não tiveram a oportunidade, como os hegemônicos, de expandirem porque precisavam fazê-lo de forma humana e civilizada. A codificação dos Direitos Humanos posto no preâmbulo e no artigo 1º da Carta da ONU, e na Declaração Universal de Direitos Humanos, fez com que ações dos Estados pós-coloniais pudessem resultar na violação de direito civis e políticos. Ayoob (2010) diz que essa intromissão nos assuntos do Estados passou a ser chamada de ‘intervenção humanitária’.

O modelo político-administrativo adotado pelo Estado Nacional secular foi imposto desconsiderando a identidade coletiva do muçulmano ressaltando comportamentos da construção de uma imagem do Orientalismo<sup>27</sup>, vários exemplos no mundo islâmico são citados por Vieira (2019, p. 98-99) dentre eles: a derrubada do primeiro ministro iraniano e sua substituição por Pahlevi em 1953, implementando uma política de “modernização do Irã”, a criação do Iraque como um Estado artificial pelos ingleses, a criação do Estado artificial do Líbano, a ocupação da Argélia pela França (1830) e a desastrosa ação de divisão do território Palestino entre judeus e árabes.

---

<sup>27</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019. p. 97: “Pelo Orientalismo, o Islã é o que o Ocidente vê e acredita. A visão orientalista nada mais é que a expressão de sucessivas invenções cognitivas, de ilusões transformadas, pela crença, em realidade: ora um mundo exótico, místico, idílico, extraordinário e sensual, tratado no século XVIII e início do século XIX, ora um mundo atrasado, radicalmente tradicional e religioso, permeado pela pobreza e ignorância, como ocorreu no final do século XIX e nos séculos XX e XXI”.



Reiterando o conceito de contra-hegemonia tanto de Sousa (2004) quanto de Ayoob (2010) dá-se a importância para a narrativa do Islã como não pertencente ao fenômeno da globalização ocidental hegemônica corroborada como uma nova fase do capitalismo. Para isso, entrará em pauta os fundamentos do islã clássico, desde a difusão da crença, até o movimento não necessariamente religioso que se entende por ele hoje, expondo a pretensão de formar ordem moral universal como ideologia.

No século VII, Mohammad tem uma visão através de um sonho que o arcanjo lhe informou que deveria defender e difundir a crença em um único deus, Alá, sendo Mohammad o principal e verdadeiro profeta. Então, a partir desse dito o Islã começa a se propagar inicialmente pela Península Arábica com a reivindicação de uma religião universal e o impulsionamento de uma ordem moral islâmica.

O Alcorão (verso 30:30) instrui todos os humanos a se conectarem e se envolverem em uma moral universal. Mais especificamente, os versículos (91: 8-10) afirmam: 'Ele (Deus) inspirou [nos seres humanos] o bem ou o mal (natureza) de um ato; quem a purificou (a alma) conseguiu; quem a corrompe certamente falhou'. Deus, assim, enfatiza a consciência humana para seguir o caminho moral. (NURUZZAMAN, 2018)<sup>28</sup>

Em uma visão vasta do mundo, o Islã tem a pretensão de um comando de Deus, a qual introduz um denso contraste com visões seculares do contexto internacional visto do mundo ocidental. A política externa do ponto de vista islâmico é guiada pelo Alcorão e pelas *Hadiths*, conduzida na vida de Maomé e suas ordens em Medina. O Islã não reconhece os Estados como unidades independentes, devido a única ordem que se almeja, logo, a divisão é feita por visões interna e externa do mundo. Respectivamente, a primeira se chama *Dar al-Islam* e a segunda *Dar al-*

---

<sup>28</sup> NURUZZAMAN, Mohammed. Western and Islamic International Theories. **International Studies**, [s.l.], v. 55, n. 2, abr. 2018, p. 114, tradução nossa: "The Qur'an (verse 30:30) instructs all humans to connect to and engage in a universal morality. More specifically, verses (91: 8–10) state: 'He (God) has inspired in [human beings] the good or evil (nature) of an act; whoever has purified it (the soul) has succeeded; one who corrupts it has surely failed'. God thus emphasizes human conscience to follow the moral path."



*Harb*, como ‘morada da paz’ e ‘morada do conflito’. As formas de relacionamento entre esses opostos são sintetizadas pelo que trata Nuruzzaman (2018) em seu artigo, as perspectivas tradicional, modernista e *jihadista*.

A abordagem tradicional foi dominante para definir as relações estrangeiras islâmicas no período de formação do Islã até o século XVIII. A *jihad* – luta contra o território que não segue o Islã, reiterando, o *Dar al-Harb* – é o principal ponto desta abordagem e, segundo o jurista muçulmano Abu Hanifah seria possível converter este território sobre o controle de não-crentes no Islã se o mesmo passasse a ter fronteiras comuns com o tradicional *Dar al-Islam*, se os muçulmanos pudessem viver em paz e segurança, e por uma responsabilidade concedida ao *Dar al-Islam* de pregar a mensagem de Deus conforme o Alcorão, seja pacificamente ou pelo uso da força. Estes artifícios de diminuição do território de não-crentes e aumento de um território islâmico seria necessário para se estabelecer uma *Pax Islamica*. Em suma, esta abordagem depende de interpretações do Alcorão e de *Hadiths*<sup>29</sup>, os muçulmanos não devem ser governados por não-muçulmanos, devem viver sob um califado, numa visão binária de mundo dividida em *Dar al-Harb* e *Dar al-Islam*.

A abordagem modernista surge como reação à tradicional, rejeitando a rigidez entre as dualidades para favorecer um diálogo entre Estado Islâmico e não Estado Islâmico, por verem essa divisão como uma questão temporária e não como um decreto religioso do Alcorão. A base que sustenta provém de que, no século XX, os muçulmanos mantêm relações diplomáticas, políticas, militares e comerciais com países não muçulmanos, como exemplo claro a criação da Organização de Cooperação Islâmica que se dedica a salvaguardar os interesses do mundo muçulmano assim como também promover paz e harmonia internacional, a qual será melhor elucidada em breve neste artigo. As inspirações desta abordagem provêm de

---

<sup>29</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019. p. 103: “São as compilações de ditos e feitos do Profeta, que se tomaram fontes jurídicas à comunidade. Não são meros exemplos de vida (sira - السيرة), mas tradições com conteúdo profético, ou seja, revelações, reconhecidas pela comunidade de juristas”



dois pensadores, Jamal al-Din al-Afghani e Muhammad ‘Abduh que tem suas posições religiosas conhecida como *ijtihad* – uso da razão para reinterpretar textos e fontes religiosas que tem implicação no mundo real – corroboram com o que o autor do artigo *Western and Islamic International Theories: A Comparative Analysis* fala sobre um ponto importante para esta exposição, a globalização:

É exatamente isso que acontece na era da globalização. Sob a globalização, barreiras culturais e civilizacionais estão perdendo sua relevância, diversas éticas e religiões estão entrando em contato, povos étnicos e raciais diferentes estão coexistindo e interagindo na mesma estrutura sociopolítica e jurídica de um Estado. Aproveitando-se de uma estrutura global livre, de migrações e movimentos humanos ou das políticas deliberadas de alguns governos para incentivar migrações de países pobres para países ricos, muitos muçulmanos agora vivem no Ocidente, o chamado *Dar al-Harb* dos tradicionalistas, com completa segurança para suas vidas e propriedades e garantias para práticas religiosas. (NURUZZAMAN, 2018)<sup>30</sup>

Apesar de sustentarem argumentos consistentes, os pensadores do ramo moderno do Islã não foram capazes de conter a visão de tradicionalistas sunitas e xiitas que renunciaram e prejudicaram a abordagem flexível em voga. A epistemologia de cunho racionalista desgasta a autoridade divina, fomenta o poder ocidental e inibe o estabelecimento de um sistema social islâmico legítimo. Nuruzzaman (2018) cita Khomeini que visa uma nova dualidade descartando *Dar al-Islam* e *Dar al-Harb*, e atacando a povos oprimidos, que seria o Estado Islâmico baseado nas leis do Alcorão contra os opressores que são os Estados ocidentais construídos por uma autoridade não-divina.

---

<sup>30</sup> NURUZZAMAN, Mohammed. Western and Islamic International Theories. **International Studies**, [s.l.], v. 55, n. 2, abr. 2018, p. 120, tradução nossa: “This is what is exactly happening in the age of globalization. Under globalization, cultural and civilizational barriers are losing their relevance, diverse ethics and religions are getting in touch with each other, ethnically and racially different peoples are coexisting and interacting in the same socio-political and legal framework of a state. Taking advantages of a loose global framework of human migrations and movements or the deliberate policies of some governments to encourage migrations from poor to rich countries, many Muslims are now living in the West, the traditionalists’ so-called Dar al-Harb, with complete security for their lives and properties, and guarantees for religious practices.”



A terceira e mais atual perspectiva do Islã é a *jihadista* representada principalmente pela *Al-Qaeda*, baseada no conflito do Ocidente *versus* Islã após os ataques de 11 de setembro nos Estados Unidos. Os *jihadistas* esperam provocar uma mudança global a favor do Islã por meio de um confronto com o Ocidente com hostilidade aberta, especificamente, para os Estados Unidos. Esse pensamento *jihadi* compactua nesta abordagem com o salafismo – movimento comprometido com o renascimento de um Islã autêntico –, o que rebusca a alguns objetivos pretendidos, como uma sociedade islâmica equivalente à época de Maomé, a eliminação de influências estrangeiras que aconteceram durante séculos, e o restabelecimento de califados para promover a paz global, fato este que, para a *Al-Qaeda*, não é possível sem uma ordem islâmica global.

Por uma visão em ascensão, uma imagem de terrorismo exercido pelo Estado Islâmico, é pertinente o conhecimento acerca do islamismo apesar da violência e do terror. A hostilidade, a dualidade, entre as civilizações do Ocidente Moderno e o Oriente Islâmico desembocam em algumas constatações priorizadas na narrativa Vieira (2019, p. 96-97) na qual o Islã enxerga o Ocidente como corrompido, imoral, promíscuo, soberbo, unilateralista, uma ameaça permanente, atribuindo a ele as causas de seus problemas econômicos. Em contrapartida, foi construído um imaginário antagonista, inicialmente rival do cristianismo em relação ao Islã, e atualmente como oposto à razão secular, atrasados, fundamentalistas, violentos, opressores de mulheres e minorias, avessos ao Iluminismo, entre outros, e todas essas atribuições põem em risco a própria noção de civilização – exercício do reconhecimento em face do “outro, seja ele individual ou coletivo.

Como importante fundamento do Islã clássico e também para introduzir o que será abordado no tópico seguinte desta pesquisa, é imprescindível o trabalho do termo *Ummah*, ou seja, a Comunidade ou Nação Islâmica. E para complexidade da explanação, trago aqui os escritos e apontamentos de Vieira (2019, p. 113-116) da *Ummah* que é o espaço de acolhimento dos *baleghs* – mulçumanos titulares de





direitos – e dos *dhimmis* – não muçulmanos titulares de direitos –, o espaço de ação de Deus, tem por princípio agregador a cooperação e solidariedade entre seus integrantes, tendo seu alicerce no núcleo familiar tradicional em que todos possuem direitos e deveres. O direito islâmico, o *Fiqh*, a Justiça Divina e Judicativa, tem em Alá seu alicerce, mas é por meio da relação entre o homem a comunidade, entre os direitos individuais e gerais, que se efetiva a incidência da Justiça Sagrada.

Na concepção muçulmana, o homem é um animal político estando fadado, pela sua própria natureza, a viver em coletividade (fator irrenunciável), tendo como fim natural a sobrevivência e a felicidade. Portanto, a busca pela segurança e sustento são os fatores de cooperação e do espírito de corpo (solidariedade/ *'asabiyya* - ع ص ب ة), que incitam a organização social. A felicidade não é algo intangível, mas palpável, mundano, representado na realização individual e na harmonia coletiva, dentro do espaço sacro-comunitário. (VIEIRA, 2019)<sup>31</sup>

Na *Ummah*, cada cidadão assume dever, a responsabilidade de gerir e reformar a sociedade, sempre preocupado com o fator coletivo – ensinamento *riadhussaálih*<sup>32</sup> do Profeta –, mas são desconsiderados por eles toda a concepção do Estado soberano ocidental de nacionalidade e patriotismo, etnias, Estados-nação, limites territoriais ou regionais. Para a Unidade da Nação Islâmica são condições como essas que separam os homens, incitam a agressividade, o ódio e o medo. Dos vários deveres que o direito e o convívio exigem ao muçulmano, a responsabilidade sobre o “outro” individual ou da coletividade através de *hadiths*, são garantidos aos muçulmanos – *baleghs* – os direitos individuais de aquisição e manutenção de propriedade, ou seja, o direito à riqueza, a qual deverá ser usada para combater a miséria através de tributações. Essas garantias, seja aos muçulmanos ou não muçulmanos, que têm direitos aferidos desemboca na discussão a seguir, sobre os direitos fundamentais do homem.

---

<sup>31</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019, p. 113-114 apud CAMPANINI, Massimo. **Introdução à filosofia islâmica**. São Paulo: Estação Liberdade, 2010, p. 193-194

<sup>32</sup> “Quem não se preocupar com os assuntos dos muçulmanos, não é muçulmano”.



Ao citar as *hadiths* que são um dos fatores garantidores de direitos individuais aos muçulmanos, uma das fontes de direito, é importante suscitar aqui os apontamentos de Vieira (2019), para o qual

as principais fontes do Direito Islâmico são o Quran, o Livro Revelado a Mohammad pelo anjo Gabriel (Gibrin), as Hadiths, que são ditos e feitos do profeta, não podendo ser confundidas com costumes, e as Ijmas, os consensos dos sábios e anciões. Essas fontes, conjuntamente, são denominadas de Sharia, estando vinculadas a uma racionalidade mítica, a uma incontestável sacralidade como fundamentação, dando aparente imutabilidade ao Sistema Jurídico. (VIEIRA, 2019)<sup>33</sup>

Os direitos fundamentais do homem no islã indiciados serão escopo na continuidade da exploração desta pesquisa, junto às características dos direitos humanos universais das Nações Unidas e a interpretação dos documentos de direitos humanos no mundo muçulmano a seguir.

#### **4 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE 1948 E OS DOCUMENTOS DE DIREITOS HUMANOS NO MUNDO MUÇULMANO**

Seja no conflito étnico na ex-Iugoslávia, seja no conflito étnico entre os tutsis e hutus em Ruanda, seja a tragédia do povo maubere após o Timor Leste ter sido destruído, seja o movimento das mães e avós na Praça de Maio, na Argentina, seja na Antiguidade, as justificativas variam, mas se assemelham no fato de que todas muito querem dizer sobre a violação de direitos básicos – mais tarde denominados Direitos Humanos –, que a Organização das Nações Unidas, em 1948, vinculou ao

---

<sup>33</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019, p. 179



documento que fomenta os mesmo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, caráter universal, inquestionável, eterno e irrevogável<sup>34</sup>.

A Carta das Nações Unidas criou a Comissão de Direitos Humanos responsável por esse projeto de universalização quando, em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos foi aprovada com ausência de votos contra, porém com abstenções, dentre elas a Arábia Saudita que não concordou com o Artigo 18 da Declaração pois a liberdade de mudar de religião era incompatível com o que declara a fé islâmica. Os Direitos Humanos no Islã são de dicotomia comparável em relação ao caráter universalista da Declaração da ONU de 1948. Houve precedentes da não aceitação dos princípios desses direitos humanos no Oriente, especificamente tratando aqui dos países de maioria Islã. A Declaração de Cairo sobre os Direitos Humanos no Islã – primeiro documento sobre direitos humanos no mundo islâmico –, datada de 1990, veio precedida da desilusão de setores da comunidade muçulmana com o Ocidente e o surgimento de grupos islâmicos conservadores que queria preservar a identidade islamita<sup>35</sup>.

Uma preocupação iminente com os direitos humanos se dava, principalmente, no século XX e eles precisavam ser inseridos no direito internacional, que ocorreu com os fatos explicados anteriormente da Declaração Universal dos Direitos Humanos em voga. Apesar do caráter que precisava ser universal para alcançar todos que fossem carentes de direitos fundamentais básicos, executar um regime advindo das Nações Unidas em países de terceiro mundo, e de maioria Islã, não é de fácil aceitação, conforme visto anteriormente dos fundamentos do islã. De um lado, se tem a efetividade dessas normas em Estados industrializados, representativos e responsivos como na Europa ocidental e na América do Norte, e de outro lado,

---

<sup>34</sup> BENVENUTO, Jayme. Universalismo, relativismo e direitos humanos: uma revisita contingente. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, [s.l.], n. 94, abr. 2015, p. 121

<sup>35</sup> FROTA, Hídemberg Alves da. **Reflexões sobre os Direitos Humanos no Mundo Muçulmano**, 2005, p. 659



Estados em que o conceito de direitos humanos pode significar apenas uma abstração.

Pode-se argumentar em nome dos estados pós-coloniais, ainda lutando para traduzir seu estado jurídico em estado empírico, de que a defesa dos direitos humanos (sejam indivíduos ou grupos) contra o uso de meios violentos pelo Estado para impor ordem não é tão moralmente inatacável, como pode parecer à primeira vista. Esse ponto pode ser apresentado de maneira mais eficaz no contexto do fenômeno de estados com falha, onde as estruturas de estado entraram em colapso completamente (Zartman, 1995). Nesses casos, pode-se demonstrar facilmente que, na ausência de estados fundamentalmente eficazes para fornecer um grau mínimo de ordem política, o conceito de direitos humanos permanece apenas uma pura abstração. (AYOOB, 2010)<sup>36</sup>

O respeito a esses princípios de direitos humanos, então, não apenas depende da ONU, mas também das jurisdições internas dos Estados que divergem, muitas vezes com o princípio da soberania de cada um deles. A maioria dos instrumentos de direitos humanos contem limitações e cláusulas restritivas. Inúmeras objeções foram levantadas incessantemente para tornar inaplicáveis e não vinculativas as disposições sobre a Carta sobre Direitos Humanos, especialmente pelos Estados como os de maioria islâmica que os princípios não conversam com sua jurisdição da Sharia.

Relembrado a trajetória do termo hermenêutica diatópica de Santos (2004) já citada anteriormente, em que, basicamente o objetivo não é encontrar uma resposta única e um modelo universal, mas através de um diálogo intercultural – partindo da

---

<sup>36</sup> AYOOB, Mohammed. Making Sense of Global Tensions: Dominant and Subaltern Conceptions of Order and Justice in the International System. *International Studies*, [s.l.], v. 47, n. 2-4, abr. 2010, p. 133, tradução nossa: “One can make the argument on behalf of post-colonial states, still struggling to translate their juridical statehood into empirical statehood, that the case for human rights (whether of individuals or groups) against the state’s use of violent means to impose order is not as morally unassailable as it may appear at first sight. This point can be made most effectively in the context of the failed states phenomenon, where state structures have completely collapsed (Zartman, 1995). In these cases, it can be demonstrated easily that in the absence of even rudimentarily effective states to provide a minimum degree of political order, the concept of human rights remains nothing more than a pure abstraction.”



premissa de que cada cultura tem uma concepção falha e incompleta de Direitos Humanos – encontrando uma pauta mínima realizável em cada país, se atentando aos âmbitos do multiculturalismo e do relativismo cultural. Complementando An- Na'im (2011, 66-69, 78), os direitos humanos não são restritos a uma única cultura, possuindo legitimidade cultural em diversas comunidades, formam-se conceitualmente de forma correspondente ao perfil cultural, no reconhecimento consensual de seus integrantes.

Os Direitos Humanos são possuidores de diversidade cultural em diversas comunidades, sejam elas com caráter mais individualista, sejam elas as que valorizam a coletividade, como no Islã, onde é indispensável a dignificação do Homem – dignidade no Direito muçulmano – alicerçada nas ideias de humanidade e fé –, que mesmo não professando o islamismo, tenham compromissos com a *Fiqh* e com a *Ummah*. São quatro os princípios aos quais os direitos fundamentais do Corão são expressos, sendo eles *Al hayaa* – vida –, *Al mosawaa* – igualdade –, *Al hurria* – liberdade – e *Al milk* – propriedade.

O Direito à Vida, em Vieira (2019, 123-126): No Corão, esse direito diz sobre a vida existencial expressa pela integridade física e moral do homem, que é tutelada sobre a honra e reputação de cada, expresso no *Sūratu Al-Hujurat* e a violação desta honra e reputação também estão explicitadas no Corão. A vida é posta no patamar de importância da interação do “eu” com o “outro” e isso não significa uma negação da individualidade, pois há uma perspectiva subjetiva da vida que virtual com a própria *Ummah*. Por afirmar sua existência individual dentro da coletividade, é feita a corroboração do exercício de estar participando, dentro da *Ummah*, logo, a vida é um bem sagrado ao Islã e digna de um dos princípios de direito fundamental. O Autor encerra o ponto demonstrando como é feita uma leitura e uma demonstração equivocada de certos trechos do Corão, os quais fomentam o fundamentalismo que incitam ódio.



Observa-se, portanto, que os movimentos ditos fundamentalistas, que incitam o ódio e o ranger dos dentes, fazem uma leitura equivocada, fragmentada e truncada do Corão. Alguns versículos são lidos de forma solta. Exemplo desse tipo de conduta (seja ele fruto da ignorância ou da má fé) encontrasse na sura 2 do Corão (A Sura da Vaca). Movimentos terroristas como *Al Qaeda* citam o versículo 191 da sura 2, como forma de incitar e legitimar a violência [...] Porém a leitura integral (2:190-194) trata sobre o direito de defesa a ataques estrangeiros, o sentido da *Jihad* menor. (VIEIRA, 2019)<sup>37</sup>

O Direito à Igualdade, em Vieira (2019, 126-128): A tolerância com povos não muçulmanos faz parte do entendimento de igualdade, da universalidade da honradez e da unidade da criação, presente no Corão, surata 49, versículo 13. Se a pessoa não muçulmana age leal e honradamente com os ditames da *Ummah*, terá garantia de liberdade religiosa e segurança jurídica. Dentro da *Ummah* existem os *balegh* – muçulmanos, titularidade de direito dada aos próprios – e *Ahlul Dhemmah* ou *dhimmis* – povos do contrato ou protegidos, não muçulmanos, mas que vivem dentro da Comunidade e aceitam os ditames –, os *harbi* – visitantes temporários – e os *musta'min* – portadores de salvo conduto, os refugiados e asilados. Se o não-muçulmano age honrada e lealmente, terá garantia de liberdade religiosa e segurança, assim como qualquer *balegh*, isso porque faz parte do entendimento de igualdade na humanidade, na universalidade da honradez humana e na unidade da criação (*tawhid*), conforme expresso do Corão<sup>38</sup>.

Os *dhimmis*, na condição de não muçulmanos estão isentos de alguns deveres como o da obrigação no alistamento à Jihad, e também do pagamento do *Zakat* – tributo incidente sobre 2,5% de todos os ganhos e transações anuais de casa cidadão, destinado a formação de m fundo distribuído às famílias desprivilegiadas da

---

<sup>37</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019, p. 125

<sup>38</sup> ALCORÃO. Disponível em: <[http://www.ligaislamica.org.br/alcorao\\_sagrado.pdf](http://www.ligaislamica.org.br/alcorao_sagrado.pdf)>. Acesso em: 23 maio 2020: Surata 49, versículo 13: “Ó seres humanos: seu Senhor é único, o pai de vocês é único, não há preferência do árabe sobre o não árabe, nem do não árabe sobre o árabe do vermelho sobre o negro, nem do negro sobre o vermelho, a não ser temência. Por acaso não divulguei isso a vocês?”



Comunidade –, mas ainda assim devera contribuir à comunidade com um tributo de valor menor, chamado *Jizia*, assim como poderão utilizar da Caixa de Beneficência da *Ummah*, segundo o Corão (9:60)<sup>39</sup>. Sobre a participação política, os cargos de liderança da *Ummah*, independente da forma de governo, se califa, imã ou sultão, são exclusivos do *balegh*, com exceção da Síria, do governo de Al-Assad, que é alauíta. No que tange a autonomia cultural, as comunidades minoritárias tem direito ao consumo de bebida alcoólica, consumo de carne suína; têm autonomia jurídica no que diz à celebração do casamento, divórcio, havendo uma jurisdição específica a cada minoria; nas relações internacionais, a regra é de tolerância, respeito recíproco, sem menosprezo a fé ou cultura estrangeira.

O Direito à Liberdade, em Vieira (2019, 137-138): Liberdade como um direito natural ao homem dentro do Islã, um dom dado por Deus, a qual diferencia o homem das outras criaturas, é inerente ao estado de natureza do homem – *fitrat* –, forma de emancipação, bem absoluto e individual, mas seu exercício não é pleno – respeito aos ditames da *Ummah* –, fundamentam-se na condição de dever, alteridade e responsabilidade individual do cidadão com o cumprimento das Leis de Deus. No *Fiqh* são identificadas algumas modalidades de liberdade que basicamente dizem sobre a expressão da liberdade ligada a tolerância, na qual a escolha da fé é do princípio de cada um, contanto que estejam de acordo com a *Ummah*, exemplificado na existência de minorias judias e cristãs que bem convivem com *dhimmis*. Outra modalidade de liberdade no *Fiqh* é a de pensamento e expressão, aos *baleghs*, *dhimmis* e estrangeiros, que deve estar baseado na boa fé, evitando a injúria, difamação ou calúnia.

O Direito à Propriedade, em Vieira (2019, 138-140): Assim com os outros direitos, *Al milk* também se submete ao bem-estar da *Ummah*, é um princípio

---

<sup>39</sup> Ibidem: “Os tributos são tão-somente para os pobres, para os necessitados, para os funcionários, empregados em sua administração, para aqueles cujos corações têm de ser conquistados, para a redenção dos escravos, para os endividados, para a causa de Deus e para o viajante; isso é um preceito emanado de Deus, porque é Sapiente, Prudentíssimo.”



jurídico fundamental do Islã, uma extensão concreta da liberdade, abrange o direito a aquisição de bens e o direito de manutenção e disposição de bens, ou seja, direito de propriedade e direito à propriedade. Todo homem ou mulher tem direito a obter bens moveis e imóveis, seja por meio de ocupação, acessão, venda – onerosamente – ou sucessão – enfoque sagrado na continuidade da chefia da família. Nas relações de adquirir um bem de forma onerosa, há relações contratuais com validade na *tabadalyah*, *Al sadaq* e *ualaa*, que significam, respectivamente, comutatividade, honestidade e fidelidade, os dois últimos relacionados ao princípio da boa fé.

O exercício do direito de propriedade submete-se ao princípio da “dualidade da propriedade” (*al-milkiah al-muzdawayah*/المزدوج الملكية), não se restringindo, portanto, à satisfação, ao sustento e prosperidade pessoal, mas visando privilegiar a função social. Logo, inicialmente, o proprietário deve dispor de seus bens, dando a eles fim econômico que gere progresso à *Ummah* (princípio da solidariedade). (VIEIRA, 2019)<sup>40</sup>

Apresentadas as características da Declaração Universal de Direitos Humanos como universal, inquestionável, eterna e irrevogável, e esses direitos por possuírem diversidade cultural, a priori, e repassando aqui a hermenêutica diatópica e, conseqüentemente, o renome do *topos* logo após a descrição dos direitos fundamentais na *Fiqh*, Santos (2004) ensaia essa hermenêutica entre o *topos* dos direitos humanos e o *topos* da cultura islâmica sendo aqui de fundamental importância para descrever o dialogo entre culturas.

Visto a partir do *topos* da *Ummah*, a incompletude dos direitos humanos individuais reside no fato de, com base neles, diz Boaventura, ser impossível fundar os laços e as solidariedades coletivas sem as quais nenhuma sociedade pode sobreviver e prosperar, por exemplo, a dificuldade da concepção ocidental de direitos humanos em aceitar direitos coletivos de grupos sociais ou povos, ou seja, a dificuldade em definir a comunidade enquanto arena de solidariedades concretas,

---

<sup>40</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019, p. 140





“esta ideia de comunidade, central para Rousseau, foi varrida do pensamento liberal, que reduziu toda a complexidade societal à dicotomia Estado/sociedade civil”<sup>41</sup>.

Por outro lado, a partir do *topoi* dos direitos humanos individuais em relação à *Ummah*, pela demasiada eminência de deveres em detrimento aos direitos, como já citado, por exemplo, a questão da coletividade nessa comunidade dos povos islâmicos, e por isso tende a perdoar desigualdades que seriam de outro modo inadmissíveis. Nesse diálogo, a hermenêutica diatópica nos mostra que a fraqueza fundamental da cultura ocidental consiste em estabelecer dicotomias de forma rígida entre o indivíduo e a sociedade tornando-se “vulnerável ao individualismo possessivo, ao narcisismo, à alienação e à anomia”<sup>42</sup>, “de igual modo, a fraqueza fundamental das culturas hindu e islâmica deve-se ao fato de nenhuma delas reconhecer que o sofrimentos humano tem uma dimensão individual irredutível”<sup>43</sup>

O reconhecimento de que todas as culturas são incompletas e problemáticas, ou seja, das incompletudes mútuas – em âmbito local ou translocal –, para estudo do *topos* é essencial para o diálogo intercultural. Abrangendo um largo espectro de posições, o debate acerca da possibilidade de uma noção islâmica de direitos humanos tem duas posições extremas, uma absolutista ou fundamentalista

é sustentada por aqueles para quem o sistema jurídico religioso do Islão, a Shari'a, deve ser integralmente aplicado como o direito do Estado islâmico. Segundo esta posição, há inconsistências irreconciliáveis entre a Shari'a e a concepção ocidental dos direitos humanos, e sempre que tal ocorra a Shari'a deve prevalecer. Por exemplo, relativamente ao estatuto dos não- muçulmanos, a Shari'a determina a criação de um Estado para muçulmanos que apenas reconhece estes como cidadãos, negando aos não-muçulmanos quaisquer direitos políticos. Ainda segundo a Shari'a, a paz entre

---

<sup>41</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 117

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 118

<sup>43</sup> *Ibidem*



muçulmanos e não-muçulmanos é sempre problemática e os confrontos podem ser inevitáveis.(SANTOS, 2004)<sup>44</sup>

e, no outro extremo, uma posição secularista ou modernista

entendem deverem os muçulmanos organizar-se em Estados seculares. O Islão é um movimento religioso e espiritual e não político e, como tal, as sociedades muçulmanas modernas são livres de organizar o seu governo do modo que julgarem conveniente e apropriado às circunstâncias. A aceitação de direitos humanos internacionais é uma questão de decisão política independente de considerações religiosas. (SANTOS, 2004)<sup>45</sup>

Santos (2004, p. 119) já começando a demonstrar um caráter conclusivo, diz que não cabe a ele avaliar uma validade específica para a proposta da cultura islâmica, mas que é difícil, a priori, ajuizar qual das abordagens terá mais probabilidade de prevalecer num diálogo intercultural sobre direitos humanos a partir do islã.

Porém, tendo em mente que os direitos humanos ocidentais são a expressão de um profundo, se bem que incompleto, processo de secularização, sem paralelo na cultura islâmica, estaria inclinado a sugerir que, no contexto muçulmano, a energia mobilizadora necessária para um projeto cosmopolita de direitos humanos poderá gerar-se mais facilmente num quadro religioso esclarecido. (SANTOS, 2004)<sup>46</sup>

Do que defende a Declaração de 1948 da Organização das Nações Unidas, os documentos de direitos humanos do mundo muçulmano se destacam para análise porque da cultura de onde provém, os valores e normas divergem, em aspectos significantes, da cultura ocidental. De forma a relembrar o que dizem os Artigos 18º e 19º<sup>47</sup> da Declaração, sobre a liberdade de religião e de expressão, analisar-se-á a

---

<sup>44</sup> Ibidem

<sup>45</sup> Ibidem

<sup>46</sup> Ibidem, p. 119

<sup>47</sup> “Artigo 18º: Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.”; “Artigo 19º: Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui



constituição e construção, explicitando a falta de caráter legítimo em artigos da DUDH – não – relacionados à conjuntura islâmica.

São três os documentos de direitos humanos no mundo muçulmanos. Desenvolvidos por organismos governamentais e interestatais, a Declaração dos Direitos do Homem no Islã (1990), também conhecida como Declaração de Cairo, e a Carta Árabe dos Direitos do Homem de 1994. Desenvolvida por organismos não-governamentais, a Declaração do Conselho islâmico da Europa (1981), é nomeada como a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos. Para melhor explanação, os artigos das Declarações e Carta, além das obras de Chaves (2014) e Pace (2005).

Pela distinção entre em que âmbito os documentos foram desenvolvidos, dá-se o fato de que a produção no ambiente intergovernamental, no caso os dois primeiros citados, revela preocupações dos governos de países de tradição muçulmana em se inserirem na discussão dos direitos humanos e, pela datação de pós Revolução Iraniana de 1979 e todo o arcabouço da limitação de liberdades fundamentais, a Constituição da República Islâmica do Irã foi responsável por propagar em todo o mundo muçulmano perspectivas islâmicas, tido como uma nova liderança, fortalecendo a religião pela transição de uma monarquia autocrática pró-Ocidente de Pahlevi para uma República Islâmica fundada nos preceitos do Alcorão.

Em ordem cronológica, o primeiro documento, Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos – Declaração do Conselho Islâmico da Europa – de 1981, foi aprovado pelo Conselho Islâmico da Europa, e por isso o nome alternativo dado que, preparado por uma organização não governamental – Direitos Humanos Islâmicos – não tem validade legal para os Estados

---

a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 28 maio 2020



Há quatorze séculos atrás, o Islã concedeu à humanidade um código ideal de direitos humanos. Esses direitos têm por objetivo conferir honra e dignidade à humanidade, eliminando a exploração, a opressão e a injustiça. Os direitos humanos no Islã estão firmemente enraizados na crença de que Deus, e somente Ele é o Legislador e a Fonte de todos os direitos humanos. Em razão de sua origem divina, nenhum governante, governo, assembleia ou autoridade pode reduzir ou violar, sob qualquer hipótese, os direitos humanos conferidos por Deus, assim como não podem ser cedidos. (CHAVES, 2014)<sup>48</sup>

É perceptível o trabalho conjunto de estudiosos, juristas e representantes muçulmanos num esforço em direção ao direitos, constatações importantes que se baseiam do Alcorão e na *Sunna*, deleitando-se na crença em Deus como guia da humanidade, mas que, como já dito, não tem validade legal, e se distingue da *Sharia* em relação ao Direito à Liberdade de Religião e o Direito de Liberdade de Crença, Pensamento e Expressão<sup>49</sup>, segundo os artigos XIII e XII, respectivamente, da Declaração, tendo bastante influência da Declaração da ONU de 1948, o que não acontece no segundo documento.

Datada de 5 de agosto de 1990, a Declaração de Cairo sobre Direitos Humanos no Islã, que tem sua Carta de Constituição datada de 1969 assinada pela Organização da Conferência Islâmica (OCI), que objetivava garantir os interesses em comum sobre a cena internacional dos Estados membros e tem como objetivos: a) propagar, promover e preservar os ensinamentos e valores islâmicos; b) promover e salvar a herança da cultura islâmica; c) proteger e defender a verdadeira imagem do Islã diante da difamação; d) promover e

---

<sup>48</sup> CHAVES, Luana Hordones. Os Documentos de Direitos Humanos do Mundo Muçulmano em Perspectiva Comparada. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**, [s.l.], v. 19, n. 2, 2014, p. 250 apud DECLARAÇÃO ISLÂMICA UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. Traduzido por Mônica Muniz e Maria Moreira. 1981. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>>. Acesso em: 28 maio 2020

<sup>49</sup> DECLARAÇÃO ISLÂMICA UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. Traduzido por Mônica Muniz e Maria Moreira. 1981. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>>. Acesso em: 28 maio 2020: “Toda a pessoa tem o direito à liberdade de consciência e de culto, de acordo com suas crenças religiosas.”; “Toda a pessoa tem o direito de expressar seus pensamentos e crenças desde que permaneça dentro dos limites estabelecidos pela Lei. Ninguém, no entanto, terá autorização para disseminar a discórdia ou circular notícias que afrontem a decência pública ou entregar-se à calúnia ou lançar a difamação sobre outras pessoas. [...] Ninguém será desprezado ou ridicularizado em razão de suas crenças religiosas ou sofrerá qualquer hostilidade pública; todos os muçulmanos são obrigados a respeitar os sentimentos religiosos das pessoas”.



proteger os direitos humanos e liberdades fundamentais; e)  
incentivar o dialogo entre as civilizações e religiões.  
(CHAVES, 2014)<sup>50</sup>

No ano de 1990, no Egito, na XIX Conferência Islâmica dos Ministros dos Negócios Estrangeiros que a Declaração de Cairo foi de fato prepara e formalmente adotada. Nessa reunião em que estavam presentes a maioria dos Estados de tradição muçulmana, foram dadas diretrizes em que cada um deles se compromete a seguir o documento, sem comprometer a soberania nacional de cada um. A OCI atendeu a solicitação da criação de uma Comissão Independente Permanente para promover os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, publicando o Regulamento Interno da Comissão Permanente de Direitos Humanos da OCI e, resultando, em 2010, no Estatuto da Comissão Permanente de Direitos Humanos.

A iniciativa da Organização de Cooperação Islâmica em criar uma Comissão de Direitos Humanos, reafirmando a Declaração do Cairo de 1990 e ao mesmo tempo assegurando a cooperação com organizações internacionais como a Organização das Nações Unidas, faz crer que, assim como assinalou Pace (2005), apesar de não se caracterizar como um tratado internacional que vincule os países signatários, a Declaração do Cairo continua sendo até hoje a mais articulada carta de direitos humanos assumidos do ponto de vista dos Estados de tradição muçulmana. (CHAVES, 2014)<sup>51</sup>

Diferente do primeiro documento, marcado pelos interesses em comum da Organização da Conferência Islâmica, a Declaração de Cairo deixa explicito nos 25 artigos que os direitos humanos devem conservar as escrituras e tradição do Profeta, subordinados a Deus e a superioridade da Sharia. Dos direitos de liberdade expressão<sup>52</sup>, todos podem gozar dos mesmos assim como podem se expressar

---

<sup>50</sup> CHAVES, Luana Hordones. Os Documentos de Direitos Humanos do Mundo Muçulmano em Perspectiva Comparada. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**, [s.l.], v. 19, n. 2, 2014, p. 252

<sup>51</sup> Ibidem

<sup>52</sup> NINETEENTH ISLAMIC CONFERENCE OF FOREIGN MINISTERS. **Cairo Declaration on Human Rights in Islam**. 1990. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/cairodeclaration.html>>. Acesso em: 28 maio 2020: “Artigo 16º: Todos têm o direito de gozar os frutos do seu domínio científico, de trabalho, literária, artística ou técnica da qual ele é o autor, e ele terá o direito à proteção dos seus interesses morais e materiais que



livremente, desde que não seja contrário a Sharia. Quanto a liberdade de religião, no artigo 10<sup>53</sup> sobre a mudança de credo, o Islã é uma religião de natureza intocada, já no artigo 18<sup>54</sup> é claro o respeito as minorias religiosas. Direito à educação, também com bases na formação da fé islâmica e na supremacia da Sharia no artigo 9<sup>55</sup>.

O terceiro e último documento, a Carta Árabe dos Direitos Humanos, de 15 de setembro de 1994, foi elaborada pela Liga dos Estados Árabes, o que a distingue dos outros documentos porque se baseia na tradição árabe para dialogar com os direitos humanos. Chaves (2004) declara como “um projeto complicado, visto que a Declaração do Cairo e a Declaração de Direitos Humanos da ONU tem divergências”.

Reafirmando os princípios da Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como as disposições das Nações Unidas Pactos Internacionais sobre Direitos Cívicos e Políticos e Econômicos, Sociais e Culturais e a Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã [...]. (ARAB CHARTER ON HUMAN RIGHTS, 1994)<sup>56</sup>

Composta por 43 artigos, esse documento de cunho intergovernamental se assemelha bastante, diferente dos outros documentos, aos direitos declarados pela ONU e, apesar de ser o mais recente, não encerra as discussões importantes da liberdade religiosa e de expressão, por exemplo. Chaves (2004, p. 256) conclui “Uma vez que a lei corânica é tida como a primeira lei do Islã, a supremacia da xaria torna-se um ponto chave nesses debates.”

---

daí decorrem, desde que não seja contrária aos princípios da Sharia; Artigo 22º: (A) Toda pessoa terá o direito de expressar sua opinião livremente da forma que não seria contrário aos princípios da Sharia”.

<sup>53</sup> Ibidem: “O Islã é a religião da natureza intocada. É proibido exercer qualquer forma de coerção sobre o homem ou explorar a sua pobreza ou ignorância, a fim de convertê-lo para outra religião ou ao ateísmo”.

<sup>54</sup> Ibidem: “(A) Todos terão o direito de viver em segurança para si, sua religião, seus dependentes, sua honra e sua propriedade”.

<sup>55</sup> Ibidem: “O Estado deve assegurar a disponibilidade de meios e formas de aquisição da educação e garantir a diversidade educativa, no interesse da sociedade, de modo a permitir que os homens se familiarizem com a religião do Islã e os fatos do Universo, em benefício da humanidade”.

<sup>56</sup> ARAB CHARTER ON HUMAN RIGHTS, 15 set. 1994. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b38540.html>. Acesso em: 28 maio 2020



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo não tem pretensões de firmar respostas, mas analisar antíteses que puseram de cada lado, a pretensão de um Estado Islâmico e os consolidados Estados ocidentais vinculantes, em teoria, dos tratados de direitos humanos da Organização das Nações Unidas. Antíteses como secularismo e integração de fé, Estado-nação e ordem universal islâmica, soberania de Deus e autoridade humana sintetizam pensamentos sobre a dicotomia ocidental e islâmica.

Os direitos humanos, de pilares básicos, a natureza humana e a cultura, são postos como normas pelo direito internacional no século XX para que pudessem ser universalmente impostos e, conseqüentemente aceitos, mas quando se trata da religião muçulmana, a natureza humana é substituída pelo o que o Profeta queria que o indivíduo fizesse e pregasse, e a cultura é construída sobre pilares de mandamentos que data de quatorze séculos atrás.

Para quaisquer efeitos, o direito desempenha papel fundamental na formação de sistemas e que, em seu âmbito internacional, é importante a preocupação com o caráter cosmopolita que afeta culturas, valores, que não é de total compreensão e abordagem do discurso universalista – iluminista, cristão e individualista. O constructo histórico-social que são os direitos fundamentais do homem no Islã demonstram que os direitos humanos são viáveis nessa ordem e que, sob qualquer hipótese, será levado em consideração o princípio da igualdade, do “outro” além do “eu”.

Por fim, atuando como facilitadora do diálogo entre culturas e estabelecendo regras de interlocução entre as nações, facilitada por caráter marcante que a compõe de ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo



que desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura, outro noutra<sup>57</sup>, nessa peculiaridade é que reside a hermenêutica diatópica.

## REFERÊNCIAS

ALCORÃO. Disponível em: <[http://www.ligaislamica.org.br/alcorao\\_sagrado.pdf](http://www.ligaislamica.org.br/alcorao_sagrado.pdf)>. Acesso em: 23 maio 2020.

ARAB CHARTER ON HUMAN RIGHTS, 15 set. 1994. Disponível em: <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b38540.html>>. Acesso em: 28 maio 2020.

AYOOB, Mohammed. Making Sense of Global Tensions: Dominant and Subaltern Conceptions of Order and Justice in the International System. **International Studies**, [s.l.], v. 47, n. 2-4, p.129-141, abr. 2010. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/002088171104700405>.

BENVENUTO, Jayme. Universalismo, relativismo e direitos humanos: uma revisita contingente. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, [s.l.], n. 94, p.117-142, abr. 2015. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/0102-64452015009400005>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CAMPANINI, Massimo. **Introdução à filosofia islâmica**. São Paulo: Estação Liberdade, 2010.

CANOTILHO, J.J. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CHAVES, Luana Hordones. Os Documentos de Direitos Humanos do Mundo Muçulmano em Perspectiva Comparada. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**,

---

<sup>57</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 257.





[s.l.], v. 19, n. 2, p. 245-262, 30 dez. 2014. Universidade Estadual de Londrina.  
<http://dx.doi.org/10.5433/2176-6665.2014v19n2p245>.

CORRALO, Giovani da Silva; GIRELLI, Camile Serraggio. A hermenêutica diatópica como forma de diálogo entre nações multiculturais na aplicação dos direitos femininos na pós-modernidade. **Revista Justiça do Direito**, [s.l.], v. 29, n. 3, p. 372- 388, 10 dez. 2015. UPF Editora. Disponível em:  
<<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v29i3.5597>>. Acesso em: 23 maio 2020.

DECLARAÇÃO ISLÂMICA UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS.  
Traduzido por Mônica Muniz e Maria Moreira. 1981. Disponível em:  
<<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>>. Acesso em: 28 maio 2020.

FROTA, Hidemberg Alves da. **Reflexões sobre os Direitos Humanos no Mundo Muçulmano**, 2005. Disponível em:  
<[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/ligaarabe/frota\\_reflexoes\\_dh\\_mundo\\_muçulmano.o.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/ligaarabe/frota_reflexoes_dh_mundo_muçulmano.o.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2020.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; VIEIRA, Porfírio de Castro. Direitos fundamentais e tradição: uma análise sobre a igualdade no direito islâmico e prospectando possíveis diálogos com o direito ocidental. **Revista de Direito UNINOVAFAPI**, v. 1, n. 2, p. 1-22, jul/dez. 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Lisboa: 70, 2012.

HOBSBAWM, Erich J. **A era das revoluções**. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

KANT, I. **Crítica da razão pura**. Trad. Valério Rohden e Udo B. Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2004.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**: um projecto filosófico. Covilhã, 2008.  
Disponível em: [http://www.lusosofia.net/textos/kant\\_immanuel\\_paz\\_perpetua.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf).  
Acesso em: 05 maio 2020.

KANT, Immanuel. O que é a ilustração. In: WEFFORT, Francisco (Org.). **Os Clássicos da Política**. Vol. 2, São Paulo: Ática, 1993



NEVES. A. Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do Pensamento jurídico, da sua Metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. V. 3.

NINETEENTH ISLAMIC CONFERENCE OF FOREIGN MINISTERS. **Cairo Declaration on Human Rights in Islam**. 1990. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/cairodeclaration.html>>. Acesso em: 28 maio 2020.

NURUZZAMAN, Mohammed. Western and Islamic International Theories. **International Studies**, [s.l.], v. 55, n. 2, p.106-129, abr. 2018. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/0020881718790687>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e Programa de Ação de Viena (1993)**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declarações-e-Tratados-Internacionais-de-Proteção/declaracao-e-programa-de-acao-de-viena.html>>. Acesso em 06 maio de 2020

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 28 maio 2020.

PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: Da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido. **Rev. bras. Ci. Soc.**, São Paulo, v. 13, n. 37, p. 43-73, jun. 1998. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69091998000200003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091998000200003&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 04 maio 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: Desafios e Perspectivas Contemporâneas**. TST, Brasília, v. 75, n. 1, p. 107-113, jan/mar. 2009.

SAID, Edward W. **Orientalismo**: o Oriente como invenção do Ocidente. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**. São Paulo: Cortez, 2013.



SCKELL, Soraya Nour. O cosmopolitismo de Kant: direito, política e natureza. **Estudos Kantianos**: Marília, v. 5, n. 1, p. 199-214, jan. 2017. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/ek/issue/view/423>. Acesso em: 05 maio 2020.

SILVA, Flavia Martins André da. **Direitos Fundamentais**. DireitoNet, maio de 2006. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>>. Acesso em: 26 de maio de 2020.

VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019.

# UMA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA CHAMADA VENEZUELA: APLICAÇÃO DE CRITÉRIOS AVALIATIVOS DE DAHL

Sabrina Alves Rezende Rego

## RESUMO

Com a ascensão de Hugo Chávez ao poder na Venezuela em 1999, muitas críticas foram feitas, interna e externamente, ao nível da democracia no país. Existem até analistas que acreditam que a Venezuela se tornou semidemocrática, mas não usam indicadores para apoiá-la. O artigo tem como objetivo avaliar a situação da democracia na Venezuela a partir da era chavista, com base nos critérios estabelecidos por Dahl (2005) e nos parâmetros utilizados por O'Donnell (1997; 2000) pois são métodos menos subjetivos para auxiliar a entender o quanto um estado é ou não democrático. Portanto, é uma avaliação mais objetiva, com base nos critérios dos dois autores e variáveis. A conclusão é que, apesar dos problemas, há elementos suficientes para confirmar que o regime venezuelano é democrático. Portanto, aqueles que defendem o oposto geralmente têm uma posição cujo apoio é ideológico e não empírico.

**Palavras-chave:** democracia, Venezuela, Chávez.

## INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é avaliar a situação da democracia na Venezuela, sobretudo após a era chavista, usando principalmente os critérios estabelecidos por Dahl (2005). Para esse fim, parâmetros definidos por O'Donnell também são utilizados em artigos após a publicação original do trabalho de Dahl.

Essa avaliação é importante porque, com a ascensão de Hugo Chávez ao poder em 1999, interna e externamente, houve muitas críticas ao nível da democracia no



país. Existem até analistas que acreditam que a Venezuela se tornou semi-democrática, mas não usam indicadores para apoiá-la.

Então, aqui, faz-se uma avaliação mais objetiva, com base nos critérios de Dahl e O'Donnell e variáveis, e assim determinar se ainda pode-se dizer que existe democracia na Venezuela. A definição de democracia usada é a minimalista. No entanto, isso não significa concordar expressamente com essa visão, mas a compreensão de que a definição minimalista deve ser usada para avaliar, se a ciência política sobre o regime de um país em particular, é democrática ou não.

A avaliação da qualidade da democracia na Venezuela, que também é relevante, não está no escopo deste trabalho, nem se concentra em determinar o impacto do estilo de liderança populista de Chávez. A única tentativa é responder à questão de se o regime do país após a era chavista permanece democrático ou não.

A hipótese de trabalho é que, apesar dos problemas, há elementos suficientes para confirmar que o regime venezuelano é democrático. Aqueles que defendem o oposto geralmente têm uma posição cujo apoio é ideológico e não empírico.

## **1 FORMAÇÃO DE UMA SOCIEDADE E DIFERENTES FORMAS DE GOVERNO**

Toda formação de uma sociedade passa pela lógica de pensamento do que é chamado pelos teóricos da ciência política de “contrato social”. Embora haja diferentes formas de pensar a formação da sociedade e o resultado do regime nacional adotado, sabe-se que a Democracia também surge de um “contrato social”.

Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, chamados de contratualistas, concordam que existia um estado de natureza, um estado de guerra e a constituição do que seria um pacto que dá origem à sociedade civil. Resguardada as particularidades de cada autor, havia um consenso em relação a eles no que diz respeito à questão da legitimidade, compreendida como aceitação ou consentimento.



Contudo esses autores divergem nos conceitos de representação e participação, tendo cada um contribuído para a formação do conceito moderno do que seria o regime de uma sociedade, e conseqüentemente a democracia.

Considerando que o surgimento do Estado Nacional se dá em um período turbulento e marcado pelo conflito, há um entendimento do Estado como entidade que busca manter a ordem e trazer resoluções de conflitos. O advento do Estado representa uma concentração de poder em prol da preservação da paz (BOBBIO, 1995).

Para Thomas Hobbes (2003), a transferência de poder ocorre por meio de uma total delegação, onde os súditos abdicam do poder e de sua liberdade em troca de uma preservação promovida pelo Estado. Segundo ele, o estado de natureza é, necessariamente, um estado de guerra devido à disputa de força e recursos por parte dos indivíduos e à sujeição dos indivíduos às suas paixões e medos. Neste cenário, o soberano entra para garantir a paz, sendo este considerado “mais capaz” que os demais.

Ao passo que não há obrigação de o soberano ser responsivo aos seus súditos, aparece aqui novamente o princípio da distinção: o “Leviatã”, caricatura desenhada por Hobbes para representar o Estado, é considerado como o único capaz de manter a ordem e a paz e, por isso, a ele é conferido todo o poder. A legitimidade desse ente todo poderoso encontra-se unicamente no momento da autorização, em que os cidadãos concedem essa concentração de poder na figura do Leviatã ao passo que abdicam da posse das suas ações. O problema da representação é, portanto, reduzido ao momento da concessão de soberania por parte do cidadão (AVRITZER, 2007).

Para Locke (2006), o estado de natureza não se constitui necessariamente em um estado de guerra, pois se trata de um estado de cooperação em contraposição à inimizade que caracterizaria o estado de guerra. Entretanto, há um risco inerente de se tornar um estado de guerra devido ao fato de todos serem igualmente reis



(LOCKE, 2006). Neste caso, o pacto civil serve para evitar que o estado de natureza venha a se tornar um estado de guerra.

A propriedade privada ocupa um papel central na obra de Locke (2006), visto que se configura no motivo principal pelo qual os homens se associam em uma organização política, a qual apenas pode ser constituída com consentimento individual. O poder político reside em representantes escolhidos pela população, fundando os pressupostos da democracia representativa. A legitimidade do poder político se encontra na aquiescência individual dos governados uma vez da autoridade paterna como desempenhado pelo monarca absolutista (ALVERGA, 2003). Não se trata de um Leviatã que governa, mas um corpo de representantes eleitos pela população.

O Poder Legislativo, por outro lado, ganha um enfoque central, pois se constitui no corpo político que deve tomar as decisões. Não há uma delegação total de poder, como no pensamento de Hobbes (2003). Mesmo o poder de tributação, na obra de Locke (2006), deve ser pautado pela anuência dos cidadãos governados, mesmo que esse consentimento seja expresso de forma indireta por meio dos representantes. Nesse contexto, as decisões políticas são tomadas pela regra da maioria, à qual os indivíduos devem se submeter. Em outras palavras, todo indivíduo deve acatar a decisão majoritária (ALVERGA, 2003).

Para Rousseau (1996), o estágio inicial do estado de natureza seria caracterizado pelo primeiro sentimento do ser humano, a existência, e a primeira necessidade, que é a conservação de si mesmo. As relações sociais são percebidas a partir do momento em que surge obstáculos, os quais levem à necessidade de adequação dos seres a si mesmos e de uns com os outros. (NAYARA FÁTIMA, p. 264)

Em sua visão, a dependência se intercala com a desigualdade quando uns passam a viver à custa de outros. Surgem então as primeiras regras de partilha, sendo



o sistema político criado para manter a ordem. Nesse contexto, o estabelecimento político refere-se ao “falso” contrato social, que se constitui uma legitimação de uma relação de dominação do pobre pelo rico, que pretende perpetuar a propriedade privada. Os ricos teriam garantido suas próprias posições por meio do convencimento dos pobres em relação à necessidade das instituições políticas para garantir a paz e a justiça (MACFARLANE, 1970).

Assim, Rousseau (1996) propõe a construção de uma sociedade que permita o desenvolvimento da personalidade de cada um dos seus membros em harmonia com os interesses da comunidade. Neste caso, as decisões públicas não são tomadas por um conjunto de representantes eleitos, mas por todos os membros da comunidade política em assembleia. Defende-se uma democracia em que as decisões são alcançadas por meio da “vontade geral”, a qual não se trata da agregação das preferências políticas individuais, mas do bem comum (HELD, 2007).

Rousseau se distancia tanto de Hobbes quanto de Locke, pois seu modelo propõe um retorno à democracia direta, em que cidadãos tomariam as decisões eles mesmos, sem recorrer a um soberano absoluto. Por fim, é importante compreender que nem todo contratualismo é democrático, assim como nem todo democratismo é contratualista (BOBBIO, 1995)

## **1.1 Teoria Democrática**

John Stuart Mill (1981), um dos patronos do liberalismo, tinha como ponto central a preocupação em limitar a esfera de atuação de quem detém o poder político, buscando garantir a preservação da liberdade de indivíduos. Ele entendia a liberdade como a disposição e capacidade de perseguir a própria concepção de bem, contanto que os outros não sejam prejudicados nem impedidos de buscar o próprio bem. Para ele, o único objetivo pelo qual o poder pode ser exercido é prevenir o prejuízo a outros.





Mill (1981) argumenta que a democracia baseada exclusivamente na identidade entre eleitores e eleitos não precisaria de controle. Esse tipo de democracia não se efetivaria na prática tendo em vista a inexistência dessa identidade entre quem governa e quem é governado. Nesse caso, a vontade do povo corresponde a vontade da maioria (MILL, 1981).

A “tirania da maioria”, por sua vez, é uma preocupação constante nas obras dos federalistas, que viam a democracia como um risco devido ao poder das facções – grupos de indivíduos unidos em determinada causa ou interesse (MADISON, 1787). Por mais que esse “novo” princípio deixasse de lado a questão distributiva, ainda se mostrava mais igualitário do que a fórmula precedente, quando o poder era repassado exclusivamente com base na hereditariedade (MANIN, 1997).

Teorias minimalistas nada mais são que um conjunto de abordagens que analisam os regimes democráticos contemporâneos, trazendo uma formulação do conceito de democracia que restringe a certas condições institucionais, deixando de fora da análise uma série de fatores relevantes no conceito original da democracia.

O projeto democrático passa a estar associado a uma série de elementos institucionais, como a existência de conjunto de liberdades cidadãs, a competição eleitoral e a multiplicidade de grupos de pressão (MIGUEL, 2005). A discussão está centrada em aspectos procedimentais, ou seja, quais regras e instituições devem se inserir em um governo para que ele possa ser chamado de democrático.

A proposta de Schumpeter (1961) é um sistema em que o povo irracional não tome as decisões diretamente, mas delegue as decisões a um corpo de indivíduos que competiriam pelo poder. O conceito de democracia é reformulado de forma a designar “um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor” (SCHUMPETER, 1961, p. 328).



Enquanto isso, Dahl (2004) formula a tese de que os partidos formulariam políticas para ganhar as eleições e não o inverso. Novamente a competição é destacada como relevante para a democracia por incentivar os candidatos a formularem políticas de acordo com os interesses dos eleitores a fim de alcançarem o objetivo de se elegerem. Por outro lado, no pensamento de Dahl (2004), a competição está presente de forma a promover a fragmentação do poder, a qual impediria a formação de uma elite.

A estabilidade da democracia estaria garantida, nessas circunstâncias, pela divisão do poder em grupos com interesses distintos (MARQUES, 2007). As abordagens minimalistas não reinventaram o conceito de democracia sem que houvesse algum processo prévio de transformação. Na realidade, elas escreveram apenas o resultado de um processo anterior de construção de instituições que passaram a ser vistas como democráticas.

## 1.2 Tradições Democráticas

Na teoria contemporânea de Democracia confluem três grandes tradições do pensamento político:

- A Teoria Clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de Governo, segundo a qual a Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, se distingue da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos.
- A Teoria Medieval, de origem romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior.



- A Teoria Moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas: monarquia e república, e a antiga Democracia nada mais é que uma forma de república (a outra é a aristocracia), onde se origina o intercambio característico do período pré-revolucionário entre ideais democráticos e ideia republicanos e o Governo genuinamente popular é chamado, em vez de Democracia, de República (BOBBIO, 1995)

De acordo com Bobbio (1995), na teoria política contemporânea as definições de Democracia tendem a resolver-se e a esgotar-se no que se diz de "procedimentos universais". São eles:

- Órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, deve ser composto de membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo, em eleições de primeiro ou de segundo grau;
- Junto do supremo órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe de Estado (tal como acontece nas repúblicas);
- Todos os cidadãos que tenham atingido a maioridade, sem distinção de raça, de religião, de censo e possivelmente de sexo, devem ser eleitores;
- Todos os eleitores devem ter voto igual;
- Todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a própria opinião formada o mais livremente possível, isto é, numa disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional;



- Devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condição de ter reais alternativas (o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada);
- Tanto para as eleições dos representantes como para as decisões do órgão político supremo vale o princípio da maioria numérica, se bem que podem ser estabelecidas várias formas de maioria segundo critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre;
- Nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições;
- O órgão do Governo deve gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo.

Como se vê, todas estas regras estabelecem como se deve chegar à decisão política e não o que decidir. Do ponto de vista do que decidir, o conjunto de regras do jogo democrático não estabelece nada, salvo a exclusão das decisões que de qualquer modo contribuiriam para tornar vãs uma ou mais regras do jogo. Além disso, como para todas as regras, também para as regras do jogo democrático se deve ter em conta a possível diferença entre a enunciação do conteúdo e o modo como são aplicadas.

Certamente nenhum regime histórico jamais observou inteiramente o ditado de todas estas regras; e por isso é lícito falar de regimes mais ou menos democráticos. Não é possível estabelecer quantas regras devem ser observadas para que um regime possa dizer-se democrático. Pode afirmar-se somente que um regime que não observa nenhuma não é certamente um regime democrático, pelo menos até que se tenha definido o significado comportamental de Democracia (BOBBIO, 1995).



### 1.3 Democracia sob a ótica de Dahl e O'Donnell

Como visto pelos conceitos e procedimento apresentados sobre democracia, sua definição está longe de um julgamento universal de sim ou não, mas é composta por uma avaliação gradual, de uma democracia embrionária para uma democracia perfeita, dentro do estado da arte. Na tentativa de estratificar uma democracia, Dahl (2005) afirma que a chamada “Poliarquia plena”, que no seu estudo nada mais é do que uma democracia plena, deverá permitir aos nacionais a formulação de preferências, exprimir essas preferências e ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo.

Parte das críticas sobre a democracia na Venezuela estão vinculadas principalmente a terceira colocação de Dahl (2005), ou seja, sobre o grau de liberdade gerada pela conduta do governo. Sobre a relação das preferências com a conduta do governo, Dahl (2005) estabelece oito características que devem ser avaliadas:

9. liberdade de formar e participar de organizações;
10. liberdade de expressão;
11. direito de voto;
12. elegibilidade para cargos públicos;
13. direito de que líderes políticos disputem apoio;
14. fontes alternativas de informação;
15. eleições livres e idôneas; e
16. instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e outras expressões de preferência.



De acordo com ele, essas oferecem para o tomador de decisão a possibilidade de compreender a preferência da população de um país, pois é por meio dela que o interesse da população é expressado. A compreensão deles é estratégica para nortear a atuação de um governo. Dados os requisitos insuficientes de Dahl (2005), O'Donnell (1997) acrescentou outros aspectos nos trabalhos após a publicação de seu colega, mas sem defini-los como requisitos para a democracia, mas como condições para sua eficácia e bom funcionamento. O'Donnell (1997) lida com direitos civis, como tratamento igual das leis, tratamento igual por autoridades públicas e direitos humanos, bem como um conceito que ele desenvolveu, a responsabilidade horizontal, que se relaciona à existência e ao grau de controle das instituições estatais. No entanto, o autor supracitado tem uma definição bem clara sobre o que seja democracia, inclusive cita uma forma democrática, a delegativa, que se encaixa muito no modo como o panorama político da Venezuela se desenvolveu:

As democracias delegativas baseiam-se na premissa de que a pessoa que ganhar a eleição presidencial está autorizada a governar da maneira que achar conveniente, apenas restringida pela crua realidade das relações de poder existentes e pela limitação constitucional do fim do seu mandato. O presidente é considerado a encarnação da nação e o principal definidor e guardião dos seus interesses. As medidas de governo não precisam manter nenhuma semelhança com as promessas da campanha. Por acaso, o presidente não foi autorizado a governar como melhor achasse? Considerando que se supõe que esta figura paternal vai cuidar do conjunto da nação, sua base política deve ser um movimento, a superação vibrante do faccionalismo e dos conflitos associados aos partidos. Em geral, nas democracias delegativas, os candidatos presidenciais vitoriosos veem a si mesmo como figuras que estão acima dos partidos políticos e dos interesses organizados. (...) A partir dessa perspectiva, outras instituições

- os tribunais e as legislaturas, entre outras - são apenas estorvos que, infelizmente, acompanham as vantagens domésticas e internacionais resultantes de ser um presidente democraticamente eleito. A accountability (responsabilidade) dessas instituições é vista como um mero impedimento da plena autoridade que foi delegada ao presidente (O'DONNELL, 1997).



No apêndice de seu livro, Dahl exhibe variáveis para sete dos oito requisitos listados acima, com privilégios de autoridade pública e categoria sendo descartados para cada variável. Essas categorias são baseadas em conceitos e não em indicadores. No caso de O'Donnell, não existe essa abordagem. Ainda sobre as diferenças de ambos os autores, Robert Dahl (2005) contribui ao classificar algumas nações como democracias ou quase-democracias:]



Tabela 1.1. Classificação de Dahl, baseada no ano de 1969

<p><i>Democracia plenamente inclusiva</i></p> <ol style="list-style-type: none"><li>18. Austrália</li><li>19. Áustria</li><li>20. Bélgica</li><li>21. Canadá</li><li>22. Costa Rica</li><li>23. Dinamarca</li><li>24. Filipinas</li><li>25. Finlândia</li><li>26. França</li><li>27. Holanda</li><li>28. Índia</li><li>29. Irlanda</li><li>30. Islândia</li><li>31. Israel</li><li>32. Itália</li><li>33. Jamaica</li><li>34. Japão</li></ol>
<ol style="list-style-type: none"><li>27. Líbano</li><li>28. Luxemburgo</li><li>29. Noruega</li><li>30. Nova Zelândia</li><li>31. Reino Unido</li><li>32. República Federal da Alemanha</li><li>33. Suécia</li><li>34. Trindade e Tobago</li><li>35. Uruguai</li></ol>
<p><i>Casos especiais</i></p> <ol style="list-style-type: none"><li>30. Chile</li><li>31. Estados Unidos</li><li>32. Suíça</li></ol>





*Quase-Democracia*

7. Chipre
8. Colômbia
9. Malásia
10. República Dominicana
11. Turquia
12. Venezuela

Fonte: Elaboração própria baseada em Dahl (2005)

No caso específico da Venezuela, o autor a classifica como uma quase-democracia, tendo como referência dados coletados no ano de 1969. Por mais que não seja uma democracia plena, o fato de Dahl ter a colocado como uma quase-democracia significa que já havia uma percepção de indicadores de uma evolução democrática. Assim, coube a verificação da evolução histórica da Venezuela a fim de constatar se atualmente esse país alcançou um padrão esperado de democracia.

## **2 HISTÓRICO DA VENEZUELA**

O precursor da independência hispano-americana foi Francisco de Miranda, um oficial de Caracas. Sob a forte influência de ideais liberais, serviu no Exército Real Espanhol e participou da Guerra da Independência dos EUA. Após a guerra, viveu por vários anos nos Estados Unidos. Ele era amigo de Thomas Jefferson e, segundo algumas fontes, teria sido iniciado na Maçonaria por George Washington. No final do século XVIII, Miranda passou por vários tribunais europeus, buscando apoio para a independência americana.

Miranda ainda participou das batalhas da Revolução Francesa entre 1791 e 1792 e conheceu pessoalmente Napoleão Bonaparte, que diria dele: "Este homem carrega a chama sagrada em sua alma". Em 1797, fundou em Londres, com escritórios em Madri, Cádiz e Paris, um grupo chamado Logia Gran Reunión Americana, seguindo o modelo maçônico, a fim de preparar a luta pela independência da América espanhola.



Simon Bolívar, Bernardo O'Higgins e Jose de San Martin participaram desta loja, que se tornará a líder dos movimentos de independência americanos. Grande Colômbia Francisco de Miranda concebeu a criação de um grande império latino-americano, que consistirá no sul dos Estados Unidos na Argentina e terá o nome de Columbia em homenagem a Cristóvão Colombo. Finalmente, em 1806, deixando os Estados Unidos e contando com o apoio britânico, ele desembarcou em Corot, o porto da Venezuela, pronto para colocar seus planos em prática.

Nesse episódio, vale lembrar que a bandeira da Venezuela moderna era o padrão dos revolucionários. No entanto, naquele momento, a elite crioula da Venezuela não queria independência e não recebeu apoio estrangeiro para o caso Miranda, porque temia uma simples mudança de metrópole, da Espanha para a Inglaterra.

Assim, o líder revolucionário não conseguiu apoio e foi forçado a fugir dez dias após o desembarque. Em 1808, quando Napoleão Bonaparte aprisionou o rei espanhol Fernando VII e nomeou seu irmão José Bonaparte o rei da Espanha, a elite crioula venezuelana previu a possibilidade de formar um cabildo aberto em Caracas, ou seja, um cabildo de corrida livre de criollos.

## **2.1 Bolivarianismo**

A revolução bolivariana pode ser definida como o processo político iniciado após Hugo Chávez assumir a presidência da República em fevereiro de 1999. Foi um período crítico para entender a direção adotada pela Venezuela no início do século XXI, quando se tornou possível construir um novo projeto estatal nacional com base em dois pontos: uma nova abordagem à figura de Simon Bolívar; e o papel de Chávez em orientar as mudanças estruturais pelas quais o país passou, que atingiram sua estrutura social e lançaram as bases para um novo conceito de representatividade e participação política.



Na era de Chávez (1999-2013), a Venezuela teve um papel decisivo na distribuição de poder nos níveis regional e internacional, vivendo com um sistema político polarizado. Nos quatorze anos de sua presidência, Chávez se tornou o representante físico do regime, já que sua liderança era necessária em momentos cruciais, especialmente quando sua constância no cargo era questionada. Não se pode negligenciar o fato de que sua imagem foi distribuída como a única capaz de apoiar o processo revolucionário, o que, em termos concretos, significou a continuação do trabalho iniciado por Simon Bolívar no século XIX.

Assim, a sociedade venezuelana foi transformada em várias esferas durante a Revolução Bolivariana, o que foi demonstrado pela reforma do sistema político na Constituição de 1999. Em termos econômicos, o estado retomou a produção de petróleo, a principal fonte de recursos, que possibilitou investir no setor manufatureiro e na política social. Além disso, novas relações entre o Estado e a sociedade foram construídas com a expansão dos canais de participação na vida política por meio de vários mecanismos de consulta pública. Tais mudanças foram possíveis graças à liderança de Chávez (político carismático), somada ao momento econômico do aumento dos preços do petróleo no mercado internacional. Por outro lado, a estratégia de confronto com a antiga oligarquia tornou a Venezuela uma nação polarizada política e socialmente, o que a torna propensa a confrontos, que se manifesta nas tentativas da oposição de remover Chávez.

## **2.2 Chávez e Maduro**

Hugo Chávez atuou como Presidente da Venezuela por 14 anos, foi eleito por três mandatos consecutivos e governou o país com base em vários ideais de governos anteriores, mas o petróleo ainda era o principal produto de exportação venezuelano. É importante notar que Chávez tem um perfil presidencial diferente dos seus antecessores, já que era soldado bolivariano, socialista e anti-imperialista.



Durante os anos em que Chávez foi presidente, ele compartilhou opiniões veementemente, já que suas decisões políticas eram frequentemente consideradas autoritárias, extremistas, nacionalistas e populistas. Apesar de Chávez ser o presidente, havia grupos de oposição na própria população venezuelana. Isso pode ser visto na tentativa de golpe que ele sobreviveu em 2002, quando a crise na Venezuela era política. Ele tentou neutralizar as ações dessa oposição, silenciando parte da imprensa e perseguindo pessoas em desafio ao seu governo.

O ex-presidente venezuelano apoiou a economia do país e as exportações de petróleo sem diversificar setores de exportação significativos. E, portanto, enquanto os preços do barril de petróleo estavam subindo, a Venezuela conseguiu obter grandes lucros com a exportação deste produto.

Mas o que o governo chavista se tornou tão popular e impopular ao mesmo tempo? A resposta a essa pergunta está nas medidas importantes que Chávez tomou em seu governo. Durante sua presidência, ele nacionalizou setores estratégicos (reservas de petróleo, telecomunicações, eletricidade etc.), o que é muito importante para a Venezuela. No entanto, ele se opôs e baniou o investimento internacional no país. Além disso, sua posição de aproximação com Cuba com Fidel Castro e sua saída dos Estados Unidos não foram bem recebidas por uma parte significativa da comunidade internacional.

Por outro lado, Chávez era popular principalmente em projetos desenvolvidos no campo da saúde e educação. E sua imagem para os venezuelanos que o defendiam estava fora do presidente, muitos o consideravam um membro da família ou um ícone.

Em meados de 2011, Chávez anunciou na televisão que estava com câncer, que precisava passar por várias operações e, portanto, precisava estar ausente do governo. Nicholas Maduro, o então ministro das Relações Exteriores, que se tornará



seu vice de Chávez no próximo ano, começou a ganhar popularidade, sendo repetidamente o representante oficial do governo.

Em 2012, foram realizadas novas eleições para selecionar o futuro presidente do país. O principal oponente de Chávez seria o então governador de Miranda Enrique Capriles. Essas foram as eleições mais controversas da era Chávez, em conexão com o início da crise econômica que surgiu no país. Apesar disso, os venezuelanos escolheram Hugo Chávez para continuar seus poderes por mais 6 anos.

No entanto, dois meses após seu quarto mandato consecutivo, Chávez morre, portanto, novas eleições devem ser realizadas. Maduro é selecionado como candidato a seguir o legado chavista, enquanto Capriles é novamente um candidato da oposição. As eleições são novamente muito controversas, mas o Maduro é escolhido por uma pequena margem.

### **3 AVALIAÇÃO SOBRE DEMOCRACIA NA VENEZUELA**

O objetivo deste trabalho é avaliar a situação da democracia na Venezuela, e para isso os critérios estabelecidos por Dahl (2005) são de muita relevância. Para esse fim, parâmetros definidos por O'Donnell após a publicação original do trabalho de Dahl também serão utilizados.

Essa avaliação é importante porque, com a ascensão de Hugo Chávez ao poder em 1999, interna e externamente, houve muitas críticas ao nível da democracia no país. Em uma perspectiva minimalista sobre o conceito de Democracia, pode-se dizer que existe democracia na Venezuela. No entanto, isso não significa concordar expressamente com essa visão, mas reconhecer que a definição minimalista deve ser usada para avaliar a ciência política sobre se o regime de um país em particular é democrático ou não.

A avaliação da qualidade da democracia na Venezuela, que também é relevante, não está no escopo deste trabalho, nem se concentra em determinar o



impacto do estilo de liderança populista de Chávez ou Maduro. A definição, em que a avaliação de que Chávez, teve um estilo de liderança populista se baseia no populismo latino-americano clássico de Ianni (1991). Os pontos em comum entre essa definição e o caso Chavista são o personalismo, a postura anti- sistema e de desenvolvimento do país, o nacionalismo e a base do apoio nas camadas mais baixas. Uma característica ausente é a busca de reconciliação entre classes (Botelho, 2006). A única tentativa é responder à questão de se o regime do país na era chavista permanece democrático ou não.

A hipótese de trabalho é que, apesar dos problemas, não há elementos suficientes para confirmar que o regime venezuelano não é mais democrático. Portanto, aqueles que defendem o oposto geralmente têm uma posição cujo apoio é ideológico e não empírico.

### **3.1 História recente**

Entre 1959, quando o primeiro governo em seu atual período democrático tomou posse, e 1993, a Venezuela foi administrada por dois partidos: AD (Ação Democrática), social- democrata e COPEI (Comitê de Organização Política Eleitoral Independente), social-cristão. O sistema partidário do país foi bipartidário desde o início dos anos 1970, situação apenas atenuada pela existência de uma terceira força, o MAS (Movimento ao Socialismo), que conseguiu manter a representação parlamentar ao longo do período dominado por AD e COPEI.

No início dos anos 80, no entanto, a Venezuela enfrentou sérias dificuldades econômicas devido à queda dos preços do petróleo, que vinha crescendo na última década e à dívida externa que declinara durante a euforia. Caballero (2003) vê o episódio de desvalorização de 1983, conhecido como Sexta-Feira Negra, como um sinal do esgotamento do modelo econômico baseado apenas na renda do



petróleo. Sob a influência da situação econômica, o sistema bipartidário já mostrava os primeiros sinais de crise nos anos 80.

Em 1989, o aumento da tarifa de transporte público, causado pelo aumento do preço da gasolina, como parte de um pacote de reformas neoliberais, anunciado pelo então presidente Carlos Andrés Pérez (AD), levou à explosão de uma revolta popular conhecida como Caracaço, deixando um equilíbrio de 270 mortos, segundo a contagem oficial. Em 1992, houve duas tentativas de golpe contra o mesmo Carlos Andrés Pérez, um dos quais liderado pelo tenente- coronel Hugo Chávez. No ano seguinte, o presidente foi demitido por corrupção.

Na literatura, como por exemplo Hellinger (2003) e Caballero (2003), há uma coincidência de que o governo Carlos Andrés Pérez marcou o fim de um modelo político definido por Rey (1972) como um sistema de reconciliação populista baseado na distribuição dos benefícios da renda do petróleo com base no patrocínio.

Para Maingon (2004), o processo que levou ao fim do bipartidarismo pode ser dividido em três crises ao mesmo tempo: o da representação baseada em partidos tradicionais; a do Estado diante das dificuldades econômicas e do declínio da renda do petróleo, o que dificultava a capacidade das forças dominantes de manter suas redes de distribuição de energia orientadas para o cliente; e a legitimidade do regime democrático que prevaleceu no país como resultado dos outros dois. Também existem fatores externos que influenciaram as partes em todo o mundo.

### **3.2 As Eleições desde 1993**

Uma combinação de crise econômica e política, portanto, contribuiu para a insatisfação do domínio exercido por AD e COPEI e o resultante fim do bipartidarismo na Venezuela. Em 1993, pela primeira vez desde 1958, o presidente eleito não era nenhum dos dois lados. O então vencedor, Rafael Caldera, no entanto, foi um líder histórico da COPEI e presidente do partido de 1969 a 1973. Ele foi



eleito pela recém-criada Convergência para um segundo mandato. No parlamento, AD e COPEI ainda tinham 46% dos votos para a Câmara Baixa e permaneciam com 108 dos 203 assentos, enquanto a legenda de Caldera conquistou 26 assentos e precisava de alianças para o governo.

Com o referido fim do ciclo de bipartidarismo na Venezuela, os representantes de cada um dos dois partidos tiveram que dar cada vez mais espaço ao parlamento. Nas eleições de 1998, o AD ainda era o partido com mais votos (24,1%) e cadeiras (61). De fato, ganhou seis posições a mais do que na disputa anterior. O COPEI, por outro lado, caiu de 53 para 26 assentos, diminuindo o número total de votos das duas forças tradicionais (36,1%) em relação a 1993. O que também beneficiou AD e COPEI foi a mudança na data das eleições gerais, adiantadas para que não coincidisse com a eleição presidencial em que Chávez já era o favorito.

Chávez confirmou a previsão e foi eleito presidente em 1998. Pouco antes da disputa, ele também fundou seu partido, o MVR (Movimento Quinta República). A legenda de Chávez se saiu melhor do que a Convergência em 1993, conquistando 19,9% dos votos e 35 cadeiras, mas ele não conquistou a maioria nem mesmo em alianças.

No entanto, essa situação de falta de maioria para o governo durou pouco, pois a assembleia constituinte presidencial, aprovada em referendo, conquistou 94% das cadeiras para o chavismo, vencendo as eleições parlamentares de 2000 por seis anos. Seu partido conquistou 44,38% dos votos e 95 dos 165 assentos na Assembleia Nacional, que se tornou a única Câmara do Parlamento. AD e COPEI, por outro lado, diminuíram sua participação para 21,21%, com 33 cadeiras do primeiro (pouco mais da metade) e seis no segundo (menos de um quarto dos 26 assentos da legislatura anterior).





Desde então, houve outra disputa pela Assembleia Nacional, mas as forças da oposição contra Chávez se retiraram alegando falta de isenção do CNE (Conselho Nacional Eleitoral). O chavismo assumiu um total de 167 cadeiras, 114 para o MVR.

### **3.3 Critérios de Democracia Venezuelana**

A classificação realizada nesse trabalho segue a ordem dos critérios e variáveis de Dahl (2005) até atingir O'Donnell, sendo que os itens um, dois e oito foram avaliados em separado, enquanto os demais itens foram avaliados conjuntamente.

#### **III. liberdade de formar e participar de organizações**

A descrição de cada uma delas mostra que, a que melhor se adequa à Venezuela é a número um, segundo o qual grupos autônomos podem entrar livremente na política e resistir ao governo. No entanto, grupos autônomos podem se organizar livremente na política, mas só são capazes de resistir ao governo de forma limitada.

A votação na Venezuela foi seguida por observadores internacionais e declarada oportuna. No referendo de 2007 sobre reforma constitucional, a posição chavista foi realmente derrotada. Na disputa legislativa de 2005, a avaliação dos observadores foi mais difícil, mas não indicou fraude, e enfatizou a necessidade da CNE recuperar a confiança da população e dos atores políticos (BOTELHO, 2008).

A capacidade de articulação da oposição seria prejudicada se a proposta de reforma constitucional, que permitiria a reeleição ilimitada como presidente, tivesse sido aprovada em um referendo, o que em tese permitiria que Chávez ficasse indefinidamente no poder. Na Venezuela os grupos de interesse são claramente articulados como grupos associativos. Não há elementos que possam confirmar que as associações de cada país não articulem ou articulem só um pouco seus interesses. De fato, dois grupos associativos, CTV (Confederação dos Trabalhadores



Venezuelanos) e Fedecámaras, de empresários, se manifestaram por meses antes do golpe de 2002 contra Chávez e a subsequente greve geral de cerca de dois meses para pedir a saída do presidente (BOTELHO, 2008).

Algo a ser criticado foi a política do governo de operar no setor empresarial e promover a formação de entidades legais para criar concorrência com aqueles que se opõem a ele. No entanto, isso não significa que os grupos associativos não possam articular seus interesses (BOTELHO, 2008).

#### **IV. liberdade de expressão**

Os itens 2 e 6 podem ser agrupados numa mesma análise. Nesses itens também estão inseridos a liberdade de imprensa, um ponto que casou muitas críticas ao regime chavista. No entanto, a medida tomada em 2007 para não renovar a licença de televisão RCTV, mesmo que apoiasse o golpe de 2002, fornece um argumento factual para as críticas e configura a perda da liberdade de imprensa (BOTELHO, 2008).

Até esse momento, podia-se dizer que a Venezuela tinha plena liberdade de imprensa, o que, por exemplo, permitiu que Chávez fosse chamado de macaco, e que as estações de televisão foram capazes de estimular e até articular um golpe contra ele (BOTELHO, 2008). A categoria que talvez melhor se ajuste à situação do país poderia ser a de uma “liberdade intermitente”, quando a imprensa nacional sofre censuras ocasionais ou seletivamente (BOTELHO, 2008).

Depois de apoiar o golpe na mídia televisiva, o presidente já havia mudado a lei que rege o desempenho da imprensa e impunha penalidades mais estritas a ações como as que contribuíam para sua derrubada temporária. Fundamentalmente, temia-se que Chávez punisse qualquer forma de trabalho jornalístico, mas isso não aconteceu. A mídia o ajudou a não dar esse passo, porque desistiu da linha mais radical (BOTELHO, 2008).



Algumas pessoas, como o proprietário da rede Venevisión, Gustavo Cisneros, preferiram não ser tão críticos e tentaram tirar vantagem do governo chavista. Outro problema para a imprensa foi a agressão e ameaças de partidários do presidente contra veículos que atuavam como oposição ativa. No entanto, essa é uma consequência difícil de evitar, se optar por deixar o jornalismo e se tornar politicamente militante em um ambiente de confronto (BOTELHO, 2008).

6. direito de voto
7. elegibilidade para cargos públicos
8. direito de que líderes políticos disputem apoio
9. fontes alternativas de informação
10. eleições livres e idôneas

Esses 5 itens podem ser avaliados dentro de uma mesma visão. Segundo Botelho (2008) a democracia na era chavista poderia se encaixar no sistema competitivo único, segundo o qual não há proibição partidária ou proibição apenas por partidos extremistas ou não constitucionais. De fato, não há limites para a competição partidária, mas a ocupação da Assembleia Nacional por uma única força ultrapassou 85% com a criação do PSUV (Partido Socialista Unificado da Venezuela). Nas eleições gerais de 2005, nas quais a oposição não participou porque alegou que a CNE não era imparcial, o MVR conquistou 114 dos 167 assentos na Assembleia Nacional, representando 68,3% do total. Após a criação do PSUV para criar a base de apoio ao chavismo, a concentração de cadeiras atingiu 89,2%. A Venezuela deve, portanto, ser classificada como um sistema parcialmente competitivo (BOTELHO, 2008).

Existe o direito dos líderes políticos de disputar apoio e também não há razão para acreditar que os partidos na Venezuela não possam articular seus interesses. Se algumas forças políticas, como em 2005, não participam mais das eleições, a



articulação de seus interesses esteve obviamente prejudicada, mas essa postura foi uma opção dos próprios partidos da oposição e não foi apoiada por outro fator externo comprovado (BOTELHO, 2008).

No entanto, é difícil integrar perfeitamente a democracia da era chavista dentro de certas descrições, pois possui muitas características próprias. Além das características baseadas políticas baseadas no nome de cada indivíduo, o sistema também é pluripartidário, onde existe um governo de coalizão (BOTELHO, 2008).

No entanto, algumas nuances são necessárias. A melhor definição para o que se tornou o sistema partidário da Venezuela é o pluralismo polarizado, uma vez que existiam vários partidos divididos em dois polos devido ao grau de polarização, os chavistas e os antichavistas. Outro problema é que o governo de coalizão de Chávez foi fraco porque ele atribuiu pouco valor às partes envolvidas e tentou reuni-las no PSUV (BOTELHO, 2008).

A categoria conhecida como “um partido e meio” também se aproxima do panorama venezuelano, pois é definida pela existência de uma oposição significativa, mas incapaz de conquistar a maioria. Por exemplo, na última eleição presidencial vencida por Chávez, o principal candidato da oposição obteve 36,9% dos votos, mas perdeu novamente (BOTELHO, 2008).

Percebe-se que pontuação da Venezuela é boa em quase todos os parâmetros democráticos. As exceções são os 2 primeiros itens avaliados.

### **III. instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e outras expressões de preferência**

Finalmente, o oitavo e último requisito. A situação venezuelana é constitucional, ou seja, o governo é dirigido com referência às normas constitucionais reconhecidas. Alguns argumentam que o regime chavista é autoritário ou mesmo totalitário, mas para isso seria necessário que houvesse



restrição constitucional efetiva ou que poderes não constitucionais fossem usados com absoluta regularidade, descrições que não se aplicam ao caso da Venezuela (BOTELHO, 2008).

Já sobre a retirada da oposição da realização das últimas eleições parlamentares de Chávez e a resultante falta de forças de oposição na Assembleia Nacional, podem ser atribuídas às características do regime e também a uma parte substancial da sociedade venezuelana, não representada no parlamento. Por esse motivo, a classificação mais apropriada seria a de aglutinação limitada de interesses (BOTELHO, 2008).

Um item a ser avaliado é a distribuição horizontal de poder. Aqui há problemas para a Venezuela. A definição mais apropriada para sua situação é uma distribuição limitada, segundo a qual dois braços do governo não possuem autonomia funcional real, uma espécie de autonomia funcional limitada (BOTELHO, 2008). Essa é a última parte que corresponde ao caso venezuelano, uma vez que os poderes legislativo e judicial têm autonomia funcional limitada em relação ao executivo.

No Judiciário, 33,3% dos juízes ainda estavam sem estabilidade nos últimos meses de 2006, tinham dificuldade em tomar decisões autônomas diante da pressão do executivo ou por meio de manifestações populares. Outro problema para a independência do judiciário foi o aumento do número de juízes no tribunal principal do país, o TSJ (Supremo Tribunal de Justiça), de 20 para 32. Os 12 novos membros foram nomeados por maioria que o governo Chávez no Assembleia Nacional da legislatura anterior (BOTELHO, 2008).

E, para terminar com os requisitos de Dahl (2005), falta abordar o estado atual do Legislativo. A classificação adequada é que esse poder é parcialmente eficaz e tende a ser dominado pelo executivo, sendo parcialmente restrito em sua função, uma vez que Legislativo, sem oposição, ainda que dentro das regras



democráticas, é dominada pelo executivo, que tende a restringir a ação parlamentar. O saldo do oitavo requisito é o pior de todos os sete.

A partir de agora, a avaliação será menos objetiva se forem utilizados os parâmetros estabelecidos por O'Donnell (1997), uma vez que este autor utiliza uma metodologia diferente da de Dahl e não define variáveis para todos os aspectos. Um ponto que ele destaca é a *accountability* horizontal. Isso é inicialmente problemático na Venezuela porque o Legislativo e o Judiciário têm autonomia limitada em relação ao Executivo. Assim, a capacidade de inspeção dos dois primeiros poderes contra o último fica comprometida. Por outro lado, desde a constituição de 1999, foram criadas instituições que estão unidas no Poder Cidadão para aumentar a capacidade do Estado e se fiscalizar. De qualquer forma, a falta de autonomia frente ao Executivo prevalece. Isso se reflete na voz e responsabilidade dos indicadores de governança do Banco Mundial, nos quais a Venezuela caiu de 53,4% em 1998, no último ano do presidente anterior, para 29,3% em 2006 (BOTELHO, 2008).

O'Donnell (1997) também enfatiza a necessidade de usar efetivamente a democracia para aplicar leis, direitos e obrigações igualmente. Este é um ponto mais subjetivo e, portanto, difícil de avaliar, mas é possível fazer algumas considerações.

Os programas sociais projetados para fornecer serviços básicos, como saúde e educação, para os necessitados, foram uma característica do governo Chávez e promovem a conscientização nesta classe de que receberam mais atenção. Também se pode argumentar que grupos privilegiados, ao longo do bipartidarismo, perderam suas vantagens desde a ascensão chavista. No entanto, alguns deles recuperaram suas forças depois de se convencerem de que seria melhor aliar-se ao presidente e tentar tirar vantagem disso. Outro problema é que a persistência na área de oposição pode levar a retaliação, por exemplo, contra funcionários e empresários que fazem negócios com o Estado (BOTELHO, 2008).



Com tudo isso em mente, permanece a impressão de que a desigualdade é hoje geralmente menor por lei, principalmente devido a medidas do governo para expandir direitos. Ao mesmo tempo, no entanto, a Venezuela passou de 29% em 1998 para 5,7% em 2006 no item império da lei dos indicadores de governança do Banco Mundial (BOTELHO, 2008). Esse aspecto não é exatamente o mesmo que a mesma validade das leis, mas se a lei geralmente tem menos valor, tende a ser ainda menor para os mais pobres. Como as duas avaliações se contradizem, a possível conclusão é que a situação vista no governo Chávez foi a mesma herdada em relação ao critério de igual validade da lei (BOTELHO, 2008).

Outro problema que O'Donnell (1997) aborda é o tratamento nos órgãos públicos. Para ele, o tratamento baseado na condição socioeconômica da pessoa cuidada é um sutil indicador de problemas com o bom funcionamento do Estado de Direito e, como resultado, da democracia. Novamente, é difícil avaliar esse ponto, mas isso pode ser discutido na linha acima. Uma política de extensão de direitos tende a reduzir a desigualdade à medida que mais pessoas têm acesso a serviços básicos.

O'Donnell (1997) ainda está preocupado com os direitos humanos. Segundo Provea (Programa Venezuelano de Educação-Ação em Direitos Humanos), a situação em relação às violações da integridade pessoal piorou, mas melhorou em relação às violações da liberdade pessoal em comparação entre o ano anterior do governo anterior e o último período do governo Chávez para os números estão disponíveis (BOTELHO, 2008). Quanto ao primeiro ponto, o relatório, de outubro de 1997 a setembro de 1998, continha 229 reclamações, em comparação com 201, no relatório de outubro de 2005 a setembro de 2006, mas o número de vítimas aumentou de 442 para 1.478. As denúncias em ambos os períodos incluem casos de tortura e tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes por parte das agências de segurança do estado. Em caso de violação da liberdade pessoal 12.594 detenções arbitrárias no relatório 1997/1998, em comparação com 1.928 no relatório mais recente de seu governo. Existem três tipos de prisões arbitrárias que Provea



considerou: manifestações pacíficas, prisões em massa por policiais ou revistas e ações pontuais (BOTELHO, 2008).

Uma acusação levantada, principalmente pela oposição, foi que o regime chavista patrocinou prisões políticas. Nesse caso, é difícil fazer um julgamento preciso porque, quando é identificado um possível exagero, as pessoas que a oposição afirma serem prisioneiras políticas, acabam por ter pelo menos alguma conexão com criminosos ou fatos suspeitos, como no golpe de 2002, a destruição precoce da embaixada cubana e o financiamento do governo de George W. Bush para atividades políticas (BOTELHO, 2008). Portanto, para uma avaliação mais confiável, é mais apropriado considerar apenas os dados das violações usados anteriormente e levar em conta que as perspectivas democráticas venezuelanas se deterioraram em alguns indicadores e melhoraram em outros, em perspectivas não muito distantes do governo anterior (BOTELHO, 2008).

## CONCLUSÃO

Este trabalho tentou sistematizar a avaliação de se a Venezuela ainda possui um regime democrático, um debate que se tornou comum na ciência, na política, na mídia e nas ruas desde a ascensão de Chávez e a posse de Maduro, mas geralmente com argumentos mais ideológicos. Para tanto, foram utilizados critérios e variáveis, definidos por dois autores, cujos trabalhos se tornaram famosos ao analisar as condições para a democracia de maneira objetiva.

No entanto, os esforços realizados aqui não são definitivos ou isentos de subjetividade, pois baseiam-se em variáveis definidas por categorias qualitativas ou mesmo sem categorias precisas, como no caso de O'Donnell (1997). Apesar disso, é





uma avaliação mais objetiva do que subjetiva. Isso ocorre porque se baseia em critérios claros que foram adotados por outros autores. Trata-se de um desenvolvimento qualitativo em termos de análises puramente impressionistas ou ideológicas.

Dos oito critérios apresentados por Dahl (2005), o regime chavista tem o melhor desempenho em **1) liberdade para formar e participar de organizações**. Por outro lado, tem os piores desempenhos em: **2) liberdade de expressão, 3) direito de voto, 5) direito de que líderes políticos disputem apoio e 6) fontes alternativas de informação**. Em **7) eleições livres e idôneas**, o país tem desempenho positivo e há problemas em **8) instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e outras expressões de preferência**. Apesar das críticas populares sobre sua forma de governo que a Venezuela apresenta,

o próprio Robert Dahl (2005), ao classificar as nações em democracias plenas, não exclui esse país de um formato democrática, apenas o posicionando como uma quase democracia. Apesar dessa nação ser posicionada dessa forma, percebeu-se pelos critérios acima descritos que a Venezuela não pode ser desconsiderada uma democracia atualmente, mesmo com a atual situação de crise econômica, os pilares da classificação de Dahl permanecem e apresentaram desenvolvimento de 1969 até os dias atuais.

Os problemas ainda identificados com os critérios de Dahl se concentram mais na liberdade de imprensa, embora a restrição até agora tenha sido apenas temporária, na concentração de quase 90% das cadeiras no PSUV e na separação de poderes.

Os parâmetros de O'Donnell têm problemas de *accountability* horizontal. No que diz respeito à igualdade perante a lei e ao respeito pelos direitos humanos, os possíveis esboços que precisam ser traçados em relação ao governo anterior são de



continuidade. Foi encontrada uma melhora na igualdade de tratamento nas instituições públicas. Portanto, os problemas identificados continuam a se relacionar com a separação de poderes.

Em conjunto, embora a situação da democracia na Venezuela na era chavista apresenta problemas para Dahl e O'Donnell, em 5 dos 8 critérios do primeiro autor, nenhum deles alcança nota máxima, ou seja, não suscitam problemas suficiente para configurar um tipo de mudança de regime ou o fim da democracia. Conclui-se que a Venezuela continua sendo um país democrático, nem semidemocrático, nem autoritário.

## REFERÊNCIA

AVRITZER, L. **A participação social no Nordeste**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2007.

ÁLVAREZ, A. E. (2003), **La reforma del Estado antes y después de Chávez**. In Ellner, Steve y Hellinger, Daniel (orgs.). La política venezolana en la época de Chávez. Clases, polarización y conflicto. Ca racas, Nueva Sociedad.

ALVAREZ, I.; ROSANGEL, M. **¿La Fuerza Armada Nacional de Venezuela: de actor social a actor político?**. XXV International Congress of the Latin American Studies Association, CD ROM, 2004.

BOBBIO, N. **Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra**. Tradução e notas Márcio Puglesi, Esdon Bini, Carlos E. Rodrigues – São Paulo: Ícone, 1995.

BOTELHO, J. C. A. **A instabilidade democrática na América Latina do século XXI: os casos da Argentina e da Venezuela**. Projeto História, 2006.

BOTELHO, J. C. A. **A democracia na Venezuela da era chavista**. Unesp Marília: Aurora, ano II, Nº 2, junho de 2008.

CABALLERO, M.. **Las crisis de la Venezuela contemporánea (1903-1992)**. Caracas, Alfadil Ediciones, 2003.



CARMONA, P. E. *Mi testimonio ante la historia*. Caracas, Actum.

DAHL, R. A. **Polyarchy: participation and opposition**. New Haven: Yale University Press, 2004.

DAHL, R. A. **Poliarquia**. São Paulo: Edusp, 2005.

ELLNER, S.; HELLINGER, D. **La política venezolana en la época de Chávez. Clases, polarización y conflicto**. Caracas: Nueva Sociedad, 2003.

IANNI, O. **A formação do estado populista na América Latina**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

LA FUENTE, S.; MEZA, A. **El acertijo de abril. Relato periodístico de la breve caída de Hugo Chávez**. Caracas: Debat, 2004.

LANDER, E. **Neoliberalismo, sociedad civil y democracia**. Ensayos sobre América Latina y Venezuela. Caracas: Universidad Central de Venezuela y Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 2000.

LANDER, L. E. **Poder y petróleo en Venezuela**. Caracas: Universidad Central de Venezuela y PDVSA, 2003.

MADISON, J. *The Writings of James Madison*. The Journal of the Constitutional Convention vol. 3, 1787. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/madison-the-writings-vol-3-1787>. Acesso em 20/03/2020.

MANIN, Bernard. **The Principles of Representative Government**. Cambridge University Press, 28 de fev. de 1997.

MAYA, M. L.; LANDER, L. E. **Novedades y continuidades de la protesta popular en Venezuela**. XXV International Congress of the Latin American Studies Association, CD ROM, 2004.

MAINGON, Thais. **Síntomas de la crisis y de la deslegitimación del sistema de partidos en Venezuela**. XXV International Congress of the Latin American Studies Association, CD ROM, 2004.

MARINGONI, G. **A Venezuela que se inventa. Poder, petróleo e intriga nos tempos de Chávez**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.



MARQUES, D. **Democracia e ciências sociais no Brasil (1985-2005)**. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília, 2007.

MCCOY, J. L.; MYERS, D. J. **The unraveling of representative democracy in Venezuela**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2004.

MÉNDEZ, J. E., O'DONNELL, G.; PINHEIRO, P. S. **Democracia, violência e injustiça. O Não-Estado de Direito na América Latina**. São Paulo, Paz e Terra, 2000.

MIGUEL, L. F. **A Democracia domesticada: as bases antidemocráticas do pensamento de- mocrático contemporâneo**. Rio de Janeiro: DADOS – Revista de Ciência Sociais, Vol 45, nº 3, 2002.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Brasília: Editora Univer- sidade de Brasília, 1981.

MOLINA, V.; JOSÉ, E. **The presidential and parliamentary elections of the bolivarian re- volution in Venezuela: change and continuity (1998-2000)**. Bulletin of Latin American Re- search, vol. 21, nº 2, 2002.

MOMMER, Bernard. **Petróleo subversivo**. apud ELLNER, S.; HELLINGER, D. La política venezolana en la época de Chávez. Clases, polarización y conflicto. Caracas, Nueva Sociedad, 2003.

O'DONNELL, Guillermo. **Contrapuntos**. Buenos Aires: Paidós, 1997.

O'DONNELL, Guillermo. **Poliarquias e a (in) efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial**. apud MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, G.; Pinheiro, P. S. **Democracia, violência e injustiça. O Não-Estado de Direito na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

REY, J. C. El sistema de partidos venezolano. Politeia, nº 1, 1972.

ROBERTS, K. Polarización social y resurgimiento del populismo en Venezuela. ELLNER, S.; HELLINGER, D. La política venezolana en la época de Chávez. Clases, polarización y con- flicto. Caracas, Nueva Sociedad, 2003.

SCHUMPETER, J. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.



UCHOA, Pablo. Venezuela: a encruzilhada de Hugo Chávez. São Paulo: Globo, 2003.

VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, Imprenta Nacional, 2000.

YOUNGERS, C. The US and Latin American after 9-11 and Iraq. Foreign Policy in Focus, junho, 2003.

BRASÍLIA 2020 - V.5

**COMPÊNDIO FAJS**

# **RELAÇÕES INTERNACIONAIS**



# POLÍTICA DE PODER E DIREITOS HUMANOS NO PROCESSO DECISÓRIO DO BOICOTE OLÍMPICO DE 1980

Arthur Lima Lourenço

## RESUMO

Este trabalho investiga a relação entre a política e o esporte, em específico o episódio do boicote liderado pelos Estados Unidos às Olimpíadas de 1980 em Moscou. Para isso, busca, primeiramente, demonstrar a ingerência da política no esporte e como essa relação se desenvolveu ao longo da história, além de demonstrar alguns exemplos nos quais a política interferiu no Jogos Olímpicos desde sua concepção. Em seguida leva a análise para o campo das Relações Internacionais, onde as teorias de nosso campo são utilizadas para entender a utilização política dos Jogos Olímpicos em vários momentos de sua era moderna. Por fim, trata, especificamente, do caso do boicote olímpico de 1980. Liderados pelos Estados Unidos, durante a Guerra Fria, diversas nações decidiram não participar dos Jogos Olímpicos em Moscou em resposta à invasão soviética do Afeganistão. O trabalho procura entender a constituição da decisão pelo boicote e como ela foi influenciada por aspectos de política de poder e direitos humanos.

**Palavras-chave:** Política. Esporte. Boicote. Processo Decisório.

## INTRODUÇÃO

O esporte é um fenômeno global muitas vezes ignorado no campo das Relações Internacionais. Sua presença consistente no cenário mundial é inegável e facilmente visualizada a partir da fundação dos Jogos Olímpicos modernos em 1896, pelo Barão de Coubertin. A influência política no âmbito dos Jogos olímpicos foi rechaçada desde sua fundação, cujo objetivo, entre outras coisas, era o de que a competição esportiva internacional levasse os indivíduos e as nações a se verem



como amigos pacíficos. De acordo com o espírito olímpico, o esporte deveria ser uma área onde um entendimento comum poderia ser alcançado e a política não deveria se fazer presente.

No entanto, diversos exemplos demonstram a falha na tentativa de separar os Jogos Olímpicos da política, como as olimpíadas nazistas de 1936, na qual o evento foi utilizado como ferramenta de propaganda da então alegada “superioridade ariana” ou os protestos contrários aos Jogos Olímpicos de Pequim em 2008, em face ao desrespeito chinês aos direitos humanos. Porém, provavelmente, nenhum outro momento histórico reflete tão bem a junção de esportes e política como as Olimpíadas de 1980, sediada em Moscou durante a Guerra Fria.

Especificamente nos Jogos de 1980, ocorre o maior boicote olímpico já registrado, liderado pelos Estados Unidos. Esse acontecimento é o objeto do estudo aqui proposto que, em especial, busca entender como, durante o processo por sua decisão, argumentos de política de poder e de direitos humanos foram alegados e como se deu (se constatada) sua influência na decisão final.

Para tanto, o trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro trata da definição de jogo e competição bem como as diferenças entre eles. Em seguida aborda a construção de nossa atual concepção de esporte. Por fim, adentra no tema do surgimento dos Jogos Olímpicos modernos e os seus ideais fundacionais.

O segundo capítulo busca trazer a análise para o Campo das Relações Internacionais, para entender, através de suas teorias, os mais diversos aspectos dos Jogos Olímpicos modernos no cenário internacional.

Finalmente, o terceiro capítulo, foca no caso do boicote às Olimpíadas de 1980. Busca-se entender como se deu o processo por sua decisão e posterior consolidação, com foco nos argumentos de política de poder e direitos humanos usados à época. Para tanto o estudo de análise de processo decisório proposto por Alisson (1969) é utilizado como modelo analítico, uma vez que seu estudo “*Conceptual*





*models and the Cuban missile crisis*” fornece três abordagens metodológicas distintas que buscam explicar as tomadas de decisões políticas, o que certamente é fundamental para o estudo do caso proposto, já que fornece uma gama de dimensões e perspectivas essenciais para a análise de um processo decisório.

## **1 JOGO, ESPORTE E POLÍTICA**

O presente capítulo foi dividido em três tópicos para melhor esclarecimento de características fundamentais ao estudo proposto, especialmente, a inserção do esporte como um objeto da política. O primeiro tópico “A Evolução do Conceito de Jogo” busca, a partir do conceito *Homo Ludens* de Huizinga (2000), detalhar como o jogo é uma característica inerente ao ser humano, para depois, aplicar tal pensamento à sociedade grega clássica. Nele, destaca-se a introdução do valor político ao jogo.

O segundo tópico “A Gênese do Esporte Moderno” tem o intuito de detalhar as diferenças entre as práticas físicas, descritas no tópico anterior, e o esporte tal como conhecemos na atualidade. Aqui fica nítida a ingerência da sociedade moderna no campo das atividades físicas.

Por fim, o terceiro tópico “O Estabelecimento dos Jogos Olímpicos Modernos”, busca unificar o exposto nos tópicos anteriores na intenção de entender como ocorre a instituição dos Jogos Olímpicos modernos. É relevante o papel de Pierre de Coubertin, suas ideias na concepção dos jogos modernos e a discussão sobre a presença ou não de ideais políticos em sua idealização e posterior efetivação. Por fim, se faz um apanhado de algumas manifestações notórias no âmbito dos Jogos modernos.

### **1.1 A evolução do conceito de jogo**

Alguns antropólogos alegam que o jogo é anterior à cultura, uma vez que a atividade lúdica pode ser visualizada em locais onde não se percebe a presença de



uma sociedade, como entre os animais. (VASCONCELLOS, 2008) Buscando uma definição do ser humano, Huizinga (2000), cunha a expressão *Homo ludens* para definir o ser humano a partir da prática de jogos. Julgando a função social do jogo tão importante como nossas habilidades de fabricar objetos (*Homo faber*) e de raciocinar (*Homo sapiens*), o autor define que

[...] mesmo em suas formas mais simples, ao nível animal, o jogo é mais do que um fenômeno fisiológico ou um reflexo psicológico. Ultrapassa os limites da atividade puramente física ou biológica. É uma função significante, isto é, encerra um determinado sentido. No jogo existe alguma coisa "em jogo" que transcende as necessidades imediatas da vida e confere um sentido à ação. Todo jogo significa alguma coisa. Não se explica nada chamando "instinto" ao princípio ativo que constitui a essência do jogo; chamar-lhe "espírito" ou "vontade" seria dizer demasiado. Seja qual for a maneira como o considerem, o simples fato de o jogo encerrar um sentido implica a presença de um elemento não material em sua própria essência. (HUIZINGA, 2000, p. 5)

Nessa definição, o jogo é apolítico em sua essência, uma vez que, independe da sociedade ou sequer do ser humano para existir. Assim, o jogo puramente lúdico é função em si mesmo, ou seja, vencer um jogo lúdico diz respeito apenas ao próprio jogo, nada mais do que isso. Huizinga (2000) demonstra, como aspectos culturais, tais como os cultos, detêm elementos dos jogos lúdicos e os utilizam em função de algumas características sociais específicas. Nesse escopo, as sociedades são permeadas de diversas características e condutas também observadas no mundo dos jogos lúdicos.

Se, finalmente, observarmos o fenômeno do culto, verificaremos que as sociedades primitivas celebram seus ritos sagrados, seus sacrifícios, consagrações e mistérios, destinados a assegurar a tranquilidade do mundo, dentro de um espírito de puro jogo, tomando-se aqui o verdadeiro sentido da palavra. Ora, é no mito e no culto que têm origem as grandes forças instintivas da vida civilizada: o direito e a ordem, o comércio e o lucro, a indústria e a arte, a poesia, a sabedoria e a ciência. Todas elas têm suas raízes no solo primeiro do jogo. (HUIZINGA, 2000, p. 8)



Entretanto, é evidente que, atualmente, imaginar a prática de um jogo de maneira dissociada da cultura é difícil. A partir dessa afirmação, percebemos que o ludismo é alcançado pela esfera social e passa a ser por ela utilizado. “O jogo” teria, a partir daí, o papel de sustentar condutas que digam respeito, não somente “aos jogadores”, mas que digam respeito à comunidade, mesmo que ela não tenha ciência disso.

Na Grécia antiga, uma sociedade notoriamente politeísta e agonística, o elemento lúdico é incorporado “na simbologia e no sustento dos cultos e ritos sagrados, nas provas de sacrifício e nas honras aos deuses, no respeito às consagrações e na reverência aos mistérios” (Vasconcelos, 2008, p.37). O templo, o teatro e o estádio seriam manifestações de tal regramento, a partir do qual, condutas específicas devem ser seguidas.

Os gregos fizeram questão, até mesmo, de distinguir linguisticamente o jogo (praticado em sua maior parte pelas crianças), da competição. O primeiro seria aquele no qual o resultado é inerente à sociedade, se joga simplesmente por jogar. Já o segundo, é de interesse público, afeta a própria conduta social. A competição, era parte tão fundamental da sociedade grega que permeava diversas de suas práticas sociais:

Even the art of drama in Athens took the form of civic contests, in which tragedians like Aeschylus and Sophocles competed against each other for prizes. It comes as no surprise, then, to learn that the ancient Greeks invented athletic competition as we know it, and indeed we take our words athlete and athletics from ancient Greek. One of the many ways in which we moderns are the heirs of the ancient Greeks is our revival and recreation of the supreme athletic competition they first staged, the Olympic Games. As Nietzsche realized, no subject takes us closer to the heart of the ancient Greek world than the competitive spirit of the Olympics. (CANTOR, HUFNAGEL, 2012, p. 49)

A partir dessa perspectiva e da noção de que a religião era parte inquestionável da Grécia antiga, podemos perceber como eles a utilizavam para



nortear algumas de suas celebrações. Assim, os Jogos Olímpicos clássicos unem, através da competição física, características da cultura grega no âmbito da celebração de um evento competitivo. Primeiramente, eles são constituídos para venerar o deus grego Zeus (atributo religioso). Em segundo lugar, eles têm o papel de preparar os gregos para possíveis conflitos com outras sociedades, mesmo que os praticantes não se dessem conta (atributo agonístico).

A partir daí, pode-se fazer outra diferenciação entre o jogo puramente lúdico e o jogo competitivo. O primeiro, como vimos anteriormente, é essencialmente apolítico. O segundo, mais especificamente os jogos olímpicos clássicos, se beneficia de características lúdicas para promover, através da competição esportiva, algum ideal político. No caso da Grécia antiga, o papel político é o de manter o povo preparado para a guerra e cultuar aos deuses ao mesmo tempo em que atendia aos ideais de beleza desenvolvidos pela sociedade grega.

## **1.2 A gênese do esporte moderno**

A presença da prática de esportes, em nossa sociedade atual, é notória. A diferenciação entre jogo e competição, feita no tópico anterior, serve para explicar o surgimento dos jogos olímpicos clássicos e sua ligação com aspectos da sociedade grega. No entanto, em nenhum momento, tais práticas recebem a denominação de esporte. A explicação para tal é a mais simples possível. Não existia ali o esporte da maneira que entendemos contemporaneamente. Assim, o presente tópico pretende explicar em que consiste o esporte atual e o diferenciar daquilo que era praticado na Grécia Antiga.

Como vimos, a atividade física na antiguidade grega servia, em resumo, como forma de culto aos deuses ao mesmo tempo em que preparava os gregos para possíveis conflitos. O esporte, como conhecemos hoje, surge na Europa por volta do século XVIII e a partir dali se difunde pelo mundo. Sua formação pode ser entendida



como uma mesclagem de características de jogos culturais, às características da vida moderna. Bratch (2003) resume bem como os jogos adquirem a característica esportiva.

O declínio das formas de jogos populares inicia-se em torno de 1800. Eles parecem ficar paulatinamente fora de uso, porque os processos de industrialização e urbanização levaram a novos padrões e novas condições de vida, com as quais aqueles jogos não eram mais compatíveis. Com isso, os jogos tradicionais foram esvaziados de suas funções iniciais, que estavam ligadas às festas (da colheita, religiosas, etc.) [...] Este fenômeno esportivo tomou como de assalto o mundo da cultura corporal de movimento, tornando-se sua expressão hegemônica, ou seja, a cultura corporal de movimento esportivou-se. (BRATCH, p. 14, 2003)

Duas teorias abrangentes foram desenvolvidas respectivamente por Guttmann e Szymanski para explicar o desenvolvimento do esporte moderno. Guttmann (1978) postulou a própria versão da modernização do esporte, na qual argumentou que o esporte moderno possui sete características estruturais:

- Em primeiro lugar, era secular sem razões religiosas para participação;
- Segundo, deve demonstrar igualdade. Em teoria, todos devem ter a oportunidade de competir e suas condições devem ser as mesmas para todos os participantes;
- Em terceiro lugar, está a ideia de especialização: todos que desejassem poderiam participar do futebol folclórico, esporte em que não havia papéis definidos, mas a ênfase na conquista no esporte moderno trouxe especialização tanto dentro de um esporte quanto entre esportes;
- Quarto, a racionalização em particular o desenvolvimento de regras que nas sociedades primitivas eram frequentemente consideradas rituais dados por Deus. Já nos esportes modernos, não-seculares, foram inventadas e



escritas suas regras. O desenvolvimentos da ciência do esporte trouxe ainda mais racionalização;

- Sua quinta característica foi a burocratização. Quase todo grande esporte moderno tem suas organizações nacionais e internacionais, que desenvolveram extensas burocracias para estabelecer regras universais para o esporte e supervisionar sua implementação. Isso não era necessário quando não havia regras escritas;
- Sexto, aconteceu a quantificação pelo qual os esportes modernos transformam todos os feitos atléticos em estatísticas;
- Por fim, a partir da quantificação, há seu sétimo ponto, a ênfase moderna em registros.

Por outro lado, Szymanski argumenta que o esporte moderno emergiu de novas formas de associação, que se desenvolveram autonomamente na Grã-Bretanha após a retirada do Estado do controle das atividades associativas. Ele contrasta com a situação em alguns países como França e Alemanha, onde a formação de clubes continua exigindo a aprovação explícita ou implícita do Estado. Nesses dois países, os esportes modernos se desenvolveram de maneira consistente com, ou mesmo a serviço dos objetivos do Estado, principalmente a necessidade de manter a preparação militar. (SZYMANSKI, 2008)

É interessante notar que, em ambas as concepções, a gênese do esporte é cultural e está intimamente ligada à sociedade civil. Apesar da noção de Skymansky (2008) de que o esporte se desenvolve a partir da ausência da ingerência estatal, é patente que tal ingerência acaba por ocorrer na modernidade. Ou seja, o esporte (ainda apenas como jogo) surge na sociedade como uma prática cultural e é regulado pelo Estado o que confere a ele o *status* de esporte. Tal ingerência também é observada na forma negativa, como observa Bratch (2003)



é importante observar também, que os jogos populares foram muitas vezes reprimidos pelo poder público, como aliás, também foi o caso de uma prática corporal das classes populares brasileiras, a capoeira, que sofreu perseguição violenta por parte das autoridades brasileiras nas décadas de 1910 a 1930. No caso da Inglaterra, foi principalmente nas escolas públicas que estes jogos vão sobreviver, pois lá eles não eram percebidos como ameaça à propriedade e à ordem pública. Vai ser nas escolas públicas que aqueles jogos (o caso clássico é o futebol) vão ser regulamentados e aos poucos assumir as características (formas) do esporte moderno. (BRATCH, p. 14, 2003)

Assim, em resumo, podemos perceber como a esportização do jogo cultural está intrinsecamente ligada ao surgimento da sociedade capitalista moderna e, em especial, ao advento da revolução industrial na Inglaterra que mudou por completo o hábito de vida dos ingleses. Características desse modelo de organização social são refletidos na própria concepção do esporte moderno. Os pontos definidos por Guttmann são correlacionáveis com a sociedade capitalista como, por exemplo a quantificação, presente tanto no esporte (placar) quanto na economia (PIB).

A presença política, como uma forma de controlar as mais diversas atividades, na sociedade é evidenciada por Foucault no conceito denominado biopolítica.

A biopolítica lida com a população, e a população como problema político, como problema a um só tempo científico e político, como problema biológico e como problema de poder. (FOUCAULT, 1999, p. 292-293).

A influência da política no controle da população é facilmente transportada para a temática dessa pesquisa, como, no anteriormente elucidado, desenvolvimento do esporte moderno na Inglaterra, no qual o Estado inglês passa a regular a atividade, antes considerada uma prática cultural.

He (Foucault) labeled this version of state power “biopower” or “biopolitics,” a politics concerned with governing populations, which operates by controlling bodies through regulatory and disciplinary systems and by increasing its capacities for surveillance in areas such as family, health,



sexuality, birth, and death.(BESNIER; BROWNELL; CARTER, 2017, p. 201)

O foco de Foucault no corpo abre uma nova maneira de entender a relação entre esporte e Estado. Não é por acaso que os estudos de educação física se desenvolveram em paralelo com o fortalecimento do Estado soberano. Uma análise do movimento olímpico, através do conceito de biopolítica demonstra como a filosofia do olimpismo disciplina os atletas, molda pensamentos e conceitos e utiliza a plataforma olímpica para exibir o resultado desse processo como um exemplo para o público. (BESNIER. BROWNLL; CARTER, 2017)

### **1.3 O estabelecimento dos jogos olímpicos modernos**

A reinstuição dos Jogos Olímpicos em 1896 é contada oficialmente como uma tentativa de promoção da paz entre Estados. A escolha semântica do Barão de Coubertin ao buscar recriar as antigas práticas físicas dos gregos é extremamente interessante do ponto de vista político de construção de um discurso. A opção pela expressão “Jogos Olímpicos” em oposição a alguma outra, como, “Esportes Olímpicos” merece ser analisada mais a fundo, afinal de contas, sua escolha é fundamentalmente ligada à sua intenção de atuação.

Recriados pelo aristocrata francês Pierre de Coubertin em 1896, os Jogos Olímpicos da Era Moderna são pautados pelo princípio filosófico do “olimpismo” que busca, entre outras coisas, desvincular o evento de qualquer tipo de política. Os jogos modernos teriam, em suma, o papel de gerar harmonia, bem-estar e paz entre os povos a partir da competição esportiva. Coubertin se inspira nos jogos clássicos e deles retira ideias que seriam reproduzidos em sua versão moderna.

I was right to create from the outset, around the renewed Olympism, a religious sentiment (transformed and widened by Internationalism, Democracy and Science) [...] This is the origin of all the rites which go to make the ceremonies of the modern Games. (COUBERTIN, 1935, p. 131)





É importante ressaltar que Coubertin fundou o movimento olímpico com uma doutrina de universalismo, que, como aparece na Carta Olímpica mais recente, busca afastar-se de qualquer ligação com o campo político. Como reporta Boykoff (2016) os idealizadores declaram que *“We actively combat the introduction of politics into the Olympic movement and are adamant against the use of the Olympic Games as a tool or as a weapon by any organization”*. (BOYKOFF, 2016, p. 60)

O terceiro item de sua regra de número cinquenta da Carta Olímpica define que “não é permitida em qualquer instalação Olímpica qualquer forma de manifestação ou de propaganda política, religiosa ou racial” (Carta Olímpica, 2011, p.101). A manifestação política, no âmbito da prática esportiva, é vista, pela doutrina do olimpismo, como uma forma de criar inimizades e, conseqüentemente, minar o objetivo da doutrina que consiste em

O objetivo do Olimpismo é o de colocar o desporto ao serviço do desenvolvimento harmonioso da pessoa humana em vista de promover uma sociedade pacífica preocupada com a preservação da dignidade humana. (Carta Olímpica, 2011, p.25)

Assim, mais do que apenas um festival esportivo, os jogos são imbuídos de uma visão filosófica complexa que implica em princípios éticos, como Lapchick bem explicita.

The aims of the Olympic Movement are to promote the development of those fine physical and moral qualities which are the basis of amateur sport and to bring together the athletes of the world in a great quadrennial festival of sports thereby creating international respect and goodwill and thus helping to construct a better and more peaceful world.(LAPCHICK, 1978, p. 1)

Pierre de Coubertin, conseguiu, com aquilo que denominou “olimpismo”, não apenas influenciar o crescimento dos Jogos, mas também delimitou aspectos éticos e sociais fundamentais do movimento olímpico. Quando os Jogos Olímpicos são abordados como meros campeonatos esportivos, no entanto, o significado das



Olimpíadas o movimento e seus ideais inspiradores não são totalmente compreendidos nem apreciados. Da mesma forma, muitas vezes é difícil determinar como o olimpismo esclarece questões éticas e conflitos que surgem dentro e através de competições esportivas, uma vez que, como demonstrado acima, ele nem mesmo prevê a ocorrência de tais entraves.

### *1.3.1 A política na concepção dos jogos olímpicos modernos*

Como os dois primeiros tópicos do presente capítulo demonstraram, o esporte reflete as sociedades das quais emerge. É impossível para o esporte se distanciar dos problemas que afetam o mundo em geral. Embora os administradores esportivos, como Coubertin, insistam no discurso de que esporte e política não se misturam, ambos se baseiam em princípios semelhantes a primazia do mais forte em detrimento do mais fraco. A tentativa de isolar os jogos da presença política é o discurso adotado por Coubertin. No entanto, alguns acadêmicos não concordam com tal pressuposto.

Quando o barão Pierre de Coubertin criou o conceito das Olimpíadas modernas para destacar tudo de positivo sobre a humanidade através das virtudes do fair play, competição e disciplina, ele constrói o discurso dos Jogos como um palco para melhorar as relações internacionais, reconciliar as nações e promover a paz mundial. No entanto, diversos são os autores que indicam, em contradição ao exposto no tópico anterior, a presença de ideais políticos nos jogos modernos. O presente tópico se dedica a demonstrar, de forma extensiva, tais argumentos.

O rechaçamento do caráter político da instituição do jogos modernos é feito de forma consistente por Coubertin. Embora ele tenha rejeitado publicamente injetar política nas Olimpíadas, nos bastidores, ele mobilizou agentes do poder político para ajudar a estabelecer e nutrir os jogos.



As Olimpíadas representam uma das mais disputadas formas de competição internacional e são ao mesmo tempo utilizadas para promover a paz. O esporte olímpico tenta se manter longe da política, mas é constantemente politizado. Da mesma forma que é politizado o jogo lúdico para servir à ideais da sociedade (COTTRELL; NELSON, 2011)

A intenção do Barão de Coubertin, de que a prática esportiva poderia superar a política, criando um ambiente de boa vontade, que tinha como um de seus objetivos construir um ambiente internacional mais respeitoso é, em uma análise superficial, nobre. Porém, o mesmo Barão agiu politicamente, ao trabalhar para impedir a participação alemã na primeira edição dos jogos por conta da recente Guerra Franco-Prussiana. (LAPCHICK, 1978)

Política, no mais amplo sentido do termo, sempre foi uma parte das Olimpíadas. Os jogos modernos foram revividos para propagar uma mensagem política. Em outras palavras, a visão política institucionalizada nas Olimpíadas sempre foi inconsistente e contraditória. Por um lado, propaga o bem comum e a paz e por outro abre brechas para manifestações de cunho nacionalistas. (GUTTMANN,1992)

In reality the Olympics are political through and through. The marching, the flags, the national anthems, the alliances with corporate sponsors, the labor exploitation behind the athletic-apparel labels, the treatment of indigenous peoples, the marginalization of the poor and working class, the selection of Olympic host cities—all political. To say the Olympics transcend politics is to conjure fantasy. (BOYKOFF, 2016, p. 13)

O olimpismo e sua doutrina da universalidade não são muito mais do que uma filosofia de conveniência segundo Berg, que pontua algumas de suas contradições, entende que o plano filosófico do olimpismo não se efetiva da maneira esperada na, uma vez que, na realidade, a política domina os Jogos

For the cities and corporate sponsors of the games, Olympism and its doctrine of universality are not much more than a philosophy of convenience; a pre-packaged ideology ready to



be adopted when the Olympics come to town. Few outside the IOC share Coubertin's views on the moral neutrality of political systems, or, indeed, the IOC's view that politics has nothing to do with the Olympic ceremony. Instead, for the host nations, the games represent an easy opportunity to conduct domestic and international politics without the distraction of being accused of doing so. Even the athletes, standing on the winners podium, draped in their national flag and singing their national anthem, must realise that politics, not sport, is the dominant Olympic event. [...] At their best, the Olympics are a government supported circus provided by politicians from democratic countries who want the world's media to flock to their most attractive city. But at their worst, the Olympics have provided totalitarian regimes with pre-packaged marketing programs, allowing them to paper-over serious human rights issues while they pretend to be enlightened members of the international community. The moral authority that the International Olympics Committee continues to claim has been repeatedly shattered by the experience of 100 years of the Olympic Games. (BERG, 2008, p.16-18)

O entendimento de todos os autores citados vai na direção oposta daquilo pregado por Coubertin. Como demonstram, é ponto pacífico na literatura atual que a política, seja na sua própria constituição ou na utilização estatal do evento, é parte integrante dos Jogos modernos.

## **1.4 Manifestações políticas nos jogos olímpicos modernos**

Seguindo o entendimento de que os Jogos modernos estão imbuídos de caráter político, o presente tópico busca exemplificar algumas de suas manifestações, que ocorre muitas vezes na forma de boicote. O boicote aos Jogos Olímpicos tem sido utilizado durante a sua era moderna de forma sistemática por ser uma das formas mais evidentes de protesto. O boicote, talvez, represente melhor a ideia de Estados usando o esporte como um mecanismo para alcançar objetivos de política externa. (BEACOM, 2012 p.113) Apesar disso, não é a única forma de manifestação política visualizada nesse evento.

At the Olympics and beyond, the most basic form of political contention is protest. Protest is a broad concept that refers to a



set of actions aimed to demonstrate disapproval and/or to convince or coerce others to change their behavior. There are a number of actions that can be considered forms of protests, from peaceful demonstrations and hunger strikes to boycotts and political violence. (COTTRELL; NELSON, 2010, pag.14)

Os primeiros Jogos Olímpicos modernos estiveram, relativamente, livres de demonstrações políticas. Esse cenário muda a partir das duas guerras mundiais que começam uma série de banimentos e boicotes. (COTTRELL; NELSON, 2011) O primeiro grande exemplo é a Olimpíada de 1936 em Berlim, que serviu de propaganda para o crescente movimento nazista e, conseqüentemente, foi boicotada por algumas nações. Trinta e duas nações boicotaram os Jogos Olímpicos de 1976 em Montreal porque a Nova Zelândia manteve relações esportivas com a África do Sul segregacionista. A invasão soviética ao Afeganistão é um dos principais motivos que leva aos boicotes de 1980 e 1984. (LAPCHICK, 1978)

Em 1972, terroristas árabes sequestraram e mataram atletas israelenses em Munique. O governo mexicano matou estudantes que protestavam protestando contra os Jogos Olímpicos de 1968 na Cidade do México. Os Estados Unidos se recusaram por duas décadas a emitir vistos para atletas da Alemanha Oriental competirem em seu país.

Mais recentemente, as Olimpíadas de Pequim em 2008 foram tidas como uma oportunidade para protestar contra a aspiração da China de ser vista como uma grande potência moderna. Apesar de todos os esforços grandiosos da China como sede olímpica, os Jogos ocorreram sob uma sombra de contestação política sobre questões como direitos humanos, autonomia para o Tibete, segurança de produtos e o fracasso de Pequim em pressionar o governo sudanês em Darfur. (COTTRELL; NELSON, 2010)

Esses são alguns exemplos emblemáticos de manifestações políticas em Jogos Olímpicos. A partir deles podemos perceber a influência dos esportes servem como uma ferramenta política ou como um meio de reconhecimento diplomático ou



isolamento, como veículo de protesto e propaganda, como catalisador de conflito, como forma de ganhar prestígio através da cooperação internacional, como veículo de controle social interno, como estímulo à modernização e unificação, dentre outros. (STRENK, 1979)

## 1.5 Conclusões

Fazendo um apanhado geral do capítulo, percorremos o conceito de Huizinga, que define o jogo como uma constante humana, podendo ocorrer até mesmo antes da manifestação da sociedade e de sua cultura e, podendo por isso, ter caráter apolítico. Em seguida, aborda-se a utilização de tal preponderância humana em práticas sociais e culturais, exemplificado na utilização social dos jogos olímpicos clássicos com o intuito de promover a religiosidade e a preparação para o conflito.

Dando seguimento, o surgimento do esporte como conhecemos atualmente é o tema do tópico seguinte. Faz-se a diferenciação entre as práticas esportivas clássicas e o esporte moderno. Entende-se que as mudanças advindas com a modernidade são essenciais para a transformação do jogo cultural em esporte. Características da sociedade capitalista industrial emergente contribuem e são incorporadas em aspectos do esporte incipiente. Destaca-se também o papel da sociedade civil e do Estado, o primeiro como fonte da cultura de movimento que é depois regulada pelo segundo, assim transformando-a em esporte.

Os tópicos seguintes se convergem para explicar diversos aspectos dos Jogos Olímpicos da modernidade. A proposta de desligamento dos Jogos da política feita por Coubertin, através do ideal filosófico do olimpismo é rebatida por diversos acadêmicos. Por fim, alguns dos exemplos mais notórios de manifestação política no seio dos Jogos Olímpicos são elencados.

## 2 AS TEORIAS DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS E OS JOGOS OLÍMPICOS MODERNOS



As Relações Internacionais começaram a ser estudadas de forma institucionalizada e acadêmica ao final da primeira Guerra Mundial, em 1919. Nessa época, as Olimpíadas já eram praticadas há 23 anos, com seis edições realizadas até então. É importante notar que, mesmo com as divergências entre acadêmicos e teóricos da área, as Relações Internacionais podem ser definidas, genericamente, como o estudo de relações ou efeitos políticos que têm ou podem vir a ter impacto ou relevância no âmbito internacional.

É justamente esse fato que demonstra a importância da abordagem feita no capítulo anterior, na qual fica clara a ingerência política no seio dos Jogos Olímpicos modernos. Ora, não houvesse a presença da política nesse tema o presente trabalho não seria possível. Assim, será explorada a visão do campo de estudo das Relações Internacionais, através de suas diferentes teorias e perspectivas, no entendimento do fenômeno dos Jogos Olímpicos.

Although sport does not represent the most frequent research interest among IR scholars, with its global outreach and the impact on international relations and a state's soft power, there has been an increase in the number of works focusing on the relationship between sports and politics. (LUSA, 2017 p.74)

Alguns eventos mundiais são tão intocáveis que às vezes os tomamos como necessários e atemporais e não refletimos o suficiente sobre o que há por trás de sua instituição. As Olimpíadas estão nessa categoria de eventos. Com mais de 110 anos de evolução, a competição teve 250 atletas de 14 países em sua primeira edição moderna. 112 anos depois, em Pequim, participaram mais de 11.000 atletas de 204 comitês internacionais diferentes. (COTTRELL; NELSON, 2011) O seu crescimento é evidente também na transmissão mundial para mais 4.5 bilhões de pessoas em 2008. (TORRES, 2011) Pode-se argumentar que, por exemplo, Lothar Matthäus e Michael Schumacher tiveram uma influência formativa maior na imagem que os jovens têm da Alemanha do que Hegel ou Bismarck.(ALLISON; MONNINGTON, 2003)



Estudiosos de Relações Internacionais ainda demonstram poucos sinais de consideração da presença dos esportes na política internacional. Apesar da existência de trabalhos que analisam o impacto do esporte na sociedade mundial, estes foram escritos, em sua maioria, por especialistas da História, do Direito e da Sociologia. Poucos buscam analisar tal fenômeno a partir da perspectiva das Relações Internacionais. (LEVERMORE; BUDD, 2004) Por conta disso, a presente pesquisa busca, ao menos em parte, preencher a lacuna supracitada.

Da mesma forma que o anterior, este capítulo foi dividido em três tópicos distintos. Explorando a relativa coincidência temporal entre a instituição dos Jogos modernos, há 123 anos, e o estudo acadêmico das relações internacionais, iniciado 100 anos atrás, o presente capítulo busca intercalar diferentes teorias de Relações Internacionais e suas respectivas percepções com o intuito de demonstrar, a partir do que foi exposto no primeiro capítulo, a possibilidade da análise política dos Jogos Olímpicos Modernos.

Diversas teorias são passíveis de aplicação em pesquisas científicas no campo das Ciências Sociais, no qual as Relações Internacionais está inserida. Tendo em vista que um dos pontos mais importantes da pesquisa é o papel dos Jogos Olímpicos como instrumento da política internacional, as diferentes teorias de Relações Internacionais podem ser utilizadas para entender distintos aspectos de tal fenômeno. Cada uma das teorias ajuda a dar uma melhor explicação a diferentes tipos de questionamentos, tendo, cada qual, suas vantagens e desvantagens. Com isso em mente, a depender do aspecto analisado as diferentes abordagens têm melhor eficácia em explicar diferentes aspectos do caso analisado. (SYNDER, 2004).

As abordagens institucionalistas liberais poderiam ser utilizado para entender o funcionamento do Comitê Olímpico Internacional, seu papel internacional e impacto no cenário internacional. O construtivismo focaria nos valores morais coletivos advindos da prática do olimpismo e na promoção de novas ideias e valores.





Seria útil, também, no entendimento da construção política feita para justificar uma decisão externa no âmbito interno e individual. No entanto, cada uma dessas abordagens tem melhor eficácia em explicar diferentes aspectos, sendo assim, as teorias são, de certa maneira, complementares, ao passo que, aonde uma tem dificuldades, outra pode fornecer melhores explicações. (SYNDER, 2004)

## 2.1 A perspectiva realista

Neste tópico serão modelos de análise do Jogos Olímpicos a partir do ponto de vista da perspectiva realista das Relações Internacionais. Discute-se a aplicabilidade de suas abordagens e respectivas visões dos Jogos Olímpicos no cenário externo.

A teoria realista das Relações Internacionais é notabilizada por ser uma das mais utilizadas no campo. Apesar das variações decorrentes de sua evolução histórica/epistemológica, seus fundamentos são de uma presumida natureza má do ser humano que é elevada ao comportamento estatal. A política no âmbito internacional seria fruto da objetividade de tal natureza. Assim, seria possível distinguir, de maneira objetiva, a “realidade” da “opinião”. Essa objetividade é uma das causas primordiais do primeiro debate entre realistas e aqueles que eles chamam de idealistas.

Essa preocupação teórica com a natureza humana tal como ela se apresenta, e com os processos históricos, à medida que eles ocorrem, fez com que a teoria aqui caracterizada ganhasse o nome de realista. (MORGENTHAU, 2003, p.4)

Assume-se, em uma primeira abordagem, que os Estados são os únicos atores no sistema internacional que, nessa perspectiva, é anárquico. As ações dos Estados seriam sempre o resultado de uma escolha racional que busca o acúmulo de poder. Hans Morgenthau (2003), o principal teórico do realismo clássico nas Relações Internacionais descreve que, "a política internacional, como toda a política, é uma luta pelo poder. Quaisquer que sejam os objetivos finais política internacional, o poder é



sempre o objetivo imediato”. Essa pré-disposição à busca pelo poder e a anarquia do cenário internacional levam, para o realista clássico, à uma luta incessante na qual cálculos políticos que levam em conta os interesses estatais são sempre moldados em torno de aspectos ligados ao próprio poder.

O conceito de interesse definido como poder impõe ao observador uma disciplina intelectual e introduz uma ordem racional no campo da política, tornando possível, desse modo, o entendimento teórico da política. (MORGENTHAU, 2003, p.7)

O teórico Edward Hallett Carr descreve de maneira sucinta algumas das falhas do realismo clássico e demonstra como essa abordagem falha em explicar alguns eventos que, notavelmente, ocorrem no âmbito da política exterior. Fica evidente que a não aceção de atores internacionais distintos dos Estados mina a capacidade do realismo clássico de entender ou até mesmo estudar tais fenômenos, os reduzindo à anomalias.

O realismo, embora preponderante em termos lógicos, não nos dá as fontes de ação que são necessárias até mesmo para o prosseguimento do pensamento. Com efeito, o próprio realismo, se o atacarmos com suas próprias armas, frequentemente se revela, na prática, como tão condicionado quanto qualquer outra forma de pensamento. [...] o puro realismo não pode oferecer nada além de uma luta nua pelo poder, que torna qualquer tipo de sociedade internacional impossível (CARR, 2001, p. 117/122)

Carr expõe também outro aspecto, extremamente importante para os Jogos Olímpicos modernos, no qual o realismo clássico não oferece ferramentas teóricas de explicação ou análise fora de seu contexto político. Esse aspecto se refere à falta de possibilidade de se analisar objetivos e significados fora de seu contexto político. Como seria possível então, a partir dessa teoria, se estudar um evento internacional que é carregado de significados, como o olimpismo, e busca promover a paz, sem o reduzir às supracitadas anomalias?

Acima de tudo, o realismo consistentemente falha porque deixa de oferecer qualquer campo para a ação voltada para



objetivos e significados. Se a sequência de causa e efeito for suficientemente rígida para permitir a "previsão científica" dos acontecimentos, se o nosso pensamento for irrevogavelmente condicionado por nosso status e nossos interesses, então tanto a ação quanto o pensamento se tornam desprovidos de objetivo. (CARR, 2011, p 121)

Por ser uma abordagem pragmática, racional, procurando na sobrevivência e no interesse próprio como os principais objetivos dos estados, onde a guerra é estado de natureza o papel das competições esportivas internacionais e de um Comitê Olímpico Internacional regulador torna-se marginal em comparação com a segurança nacional e política externa.

No entanto podemos utilizar a perspectiva realista em desde o começo dos Jogos Olímpicos modernos, mas especialmente durante o período político entre Berlim 1936 e Los Angeles 1984. Os realistas argumentariam que os cancelamentos dos Jogos Olímpicos de 1916 durante a Primeira Guerra Mundial e Jogos Olímpicos de 1940 e 1944 durante a Segunda Guerra Mundial, mostram que a importância dos Jogos Olímpicos é bem menor se comparada com a segurança nacional dos estados. Nesta visão de mundo, os eventos que vemos no jornal são amplamente gerados por governos competindo entre si com base no uso soberano de recursos nacionais militares e recursos econômicos. O esporte a esse respeito é apenas outro campo de. O esporte internacional é organizado em torno de atletas e equipes que representam seus respectivos países. "Team USA" não é apenas um conjunto de atletas, mas uma personificação da soberania americana. Além disso, nessa perspectiva de "poder", resultados em competições esportivas refletem a força relativa e a riqueza das nações. Não é acidente que os americanos e os soviéticos competiram tão ferozmente através do esporte durante a Guerra Fria como uma extensão de sua rivalidade geopolítica. (CHA, 2009)

O primeiro líder a entender o potencial significado político dos Jogos Olímpicos foi Adolf Hitler, nas Olimpíadas de 1936 em Berlim. A Alemanha usou



os jogos para mostrar-se fortalecida, utilizando-se de uma cerimônia de abertura chamativa, da atmosfera nacionalista nos estádios, e de desfiles militares nas ruas e um nível de organização sem precedentes.

O regime nazista usava o caos político e financeiro da Alemanha em busca de promover sua ideologia nacionalista e racista através da propaganda e do terror para melhorar sua estatura política nacional e internacionalmente. Um realista certamente enquadraria tal atitude na política de prestígio descrita por Morgenthau que pode ser utilizada perfeitamente para entender a escolha dos Jogos Olímpicos para tal demonstração.

[...] na luta pela existência e pelo poder - que de certo modo constitui a matéria-prima do mundo social -, o que os outros pensam sobre nós se torna tão importante quanto o que somos na realidade. O que somos como membros de uma sociedade acaba sendo determinado muito mais pela imagem refletida no espelho das mentes de nossos companheiros (isto é, nosso prestígio), do que pelo próprio original, do qual a referida figura no espelho pode ser apenas um reflexo distorcido. Por isso, constitui uma tarefa necessária e importante fazer com que a imagem mental que as demais pessoas formam da posição de alguém na sociedade represente pelo menos a situação verdadeira, caso não lhe seja superior. É nisso que consiste a política de prestígio. Seu propósito é convencer outras nações do poder que seu país realmente possui - ou que ele acredita (ou deseja) que as demais nações suponham que ele detém. São dois os instrumentos específicos que servem a esse propósito: o cerimonial diplomático, na mais ampla acepção do termo, e a exibição de força militar (MORGENTHAU, 2003, p. 148)

Por outro lado, olhando o Estado como ator unitário e dando pouca importância às instituições internacionais, o realismo falha em explicar alguns incidentes significativos que ocorreram nos Jogos Olímpicos de 1968 na Cidade do México, quando Atletas afro-americanos Tommie Smith e John Carlos, abaixaram as cabeças e ergueram os punhos durante o hino nacional quando receberam suas medalhas, protestando contra a discriminação racial nos Estados Unidos ou, como o capítulo anterior descreveu, as manifestações de terrorismo como a que aconteceu



durante o 1972 Jogos Olímpicos de Munique em 1972, na Alemanha Ocidental, quando terroristas da organização terrorista palestina "Setembro Negro" entraram furtivamente na Vila Olímpica assassinaram onze.

Além da dificuldade em explicar comportamentos violentos de atores não estatais, como o terrorismo, os realistas clássicos encontram dificuldades, por exemplo, ao explicar como o Comitê Olímpico Internacional emergiu como um poderoso ator capaz de restringir o comportamento do Estado, por que os estados gostariam de sediar as Olimpíadas, mesmo quando isso não traga ganho material, ou como os grupos ativistas são capazes de usar as Olimpíadas para pressionar os Estados a mudar seu comportamento. Para questões como essas, outras orientações teóricas, como o construtivismo são mais adequadas para esclarecer o significado mais amplo das Olimpíadas na política internacional. (COTTRELL; NELSON, 2011)

No entanto, uma evolução da teoria, o neo realismo, apresenta condições de fornecer uma análise mais adequada de tal fenômeno. Kenneth Waltz, em sua atualização da teoria realista, entende que o objetivo principal dos Estados no sistema internacional é a sobrevivência.

This institutional perspective is ontologically distinct from realist and neo-realist arguments, because, while it emphasizes the importance of power, it takes institutional structures rather than actors as the units of analysis (KRASNER, 1995, p. 258)

A anarquia, nessa visão atualizada, é inerente aos Estados e dá forma ao sistema internacional conflituoso. Assim, os Estados devem se adaptar à tal situação e, acabam se voltando à temas de segurança e defesa por conta da impossibilidade de se alterar tal natureza anárquica. Os interesses aqui não seriam frutos de uma natureza humana má, como no realismo clássico, e sim um reflexo dessa estrutura internacional.

Although many academics (and more than a few policymakers) are loath to admit it, realism remains the most



compelling general framework for understanding international relations. States continue to pay close attention to the balance of power and to worry about the possibilities of major conflict. (WALT, 1998, p. 43)

O ponto principal torna uma análise neo realista dos Jogos Olímpicos relevante é a possibilidade de análise de como os Estados se comportam em meio ao sistema internacional. Waltz (1979) ainda dá destaque ao papel estatal, mas entende que eles, ao definirem a estrutura do sistema, acabando criando atores. Aqui abre-se a possibilidade de se analisar como os Estados nacionais lidam com esses novos atores.

States are not and never have been the only international actors. But then structures are defined not by all of the actors that flourish within them but by the major ones. In defining a system's structure one chooses one or some of the infinitely many objects comprising the system and defines its structure in terms of them. For international- political systems, as for any system, one must first decide which units to take as being the parts of the system. (WALTZ, 1979, p. 93)

A partir disso e de outras modificações em relação ao realismo clássico, a abordagem neo realista possibilita melhores explicações no que diz respeito à temática da balança de poder e no cenário internacional ao passo em que encontra dificuldades ou fornece explicações reducionistas à outras questões, como as questões associadas ao terrorismo ou manifestações individuais mencionadas anteriormente.

The only analysis that neorealism can offer for the foreign policy of a specific state is based on the power capabilities of that state and the overall distribution of power in the system. Neorealism has little to say about transnational relations. For that matter it has little to say about domestic politics either. (KRASNER, 1995, p 257)

Em resumo, uma análise neo realista abordaria as Olimpíadas como grandes eventos esportivos internacionais como locais para competições internacionais, onde grandes políticas de poder se desenrolam (WALT, 2008). Um exame das Olimpíadas a partir dessa perspectiva pode também ressaltar a duradoura participação dos atores



estatais em um sistema internacional cada vez mais globalizado. No entanto, também sugere que os Jogos não têm efeito independente sobre os resultados internacionais porque eles são simplesmente usados por estados poderosos para aumentar a sua vantagem relativa no sistema internacional. Outras perspectivas neo realistas podem ajudar a dar entendimento ao boicote, como, por exemplo, a de "passar a bola" para outro indivíduo realizar ou ajudar a realizar o trabalho sujo, descrita por Mearsheimer (1995).

O realismo clássico se ateria, em sua maior parte, aos interesses egoístas dos Estados, com ênfase em aspectos de poder e segurança. Alguns fatores característicos dos Jogos Olímpicos, como a sua utilização como o local de batalhas simbólicas entre nações, favorecem, em certa medida, uma análise de viés realista, uma vez que a ação dos Estados, a partir de discursos de suas autoridades, documentos oficiais é de fácil identificação no caso em tela. (BERG; KESSLER, 2012) Indiscutivelmente, a cultura do olimpismo pode ser vista como uma tecnologia disciplinar governante de poder e dominação. Além disso, usando o Olimpismo e suas conexões a respeito do comportamento moral, como tecnologias contemporâneas de poder, existe um enorme potencial para gerar indivíduos auto-reguladores, auto-realizáveis e auto-maximizantes que podem reforçar e perpetuar poderosas redes políticas de progresso. Os realistas argumentariam que essas regulações surgem e são do interesse do estado nacional para, por exemplo, criar produtividade econômica e a manutenção da ordem social. (GIRGINOV; HILLS, 2009)

Diante do exposto, entendo que uma abordagem estritamente realista encontra limitação em esclarecer alguns aspectos importantes dos Jogos Olímpicos. Mesmo assim existem momentos em que sua análise fornece dimensões que outras perspectivas contemplam de forma diferente, como nos casos em que os formuladores de políticas tomam medidas mínimas. Tanto a ação quanto a não ação em relação a boicote, na decisão de política externa, ocorrem em consequência de cálculos de interesse nacional. A partir do entendimento de que os principais eventos



esportivos são concedidos às cidades-sede com vários anos de antecedência, as partes interessadas poderiam informar seu planejamento com avaliações realistas dos futuros impactos políticos globais.

Além disso, por se concentrar nos interesses e poder nacionais, o realismo pode ajudar a entender a relação entre os Estados e o sistema desportivo internacional. Por isso, a teoria realista, merece um lugar na análise da questão esportiva. Ela ajuda a esclarecer a relativa atratividade do boicote em comparação com outras abordagens diplomáticas e outras perspectivas teóricas.

## **2.2 A perspectiva institucionalista liberal**

A análise da utilização política dos Jogos Olímpicos pela perspectiva liberal das Relações Internacionais se assemelha à visão de Pierre de Coubertin, discutida no capítulo 1. A óbvia diferença é que Coubertin não queria dar margem à utilização ou à percepção da política nos Jogos enquanto essa perspectiva estuda, justamente, esses aspectos. Assim, como o realismo, essa visão teórica, passa por diversas modificações epistemológicas com o decorrer do tempo. Aqui, não abordarei nenhuma corrente específica do liberalismo/idealismo, no entanto, farei a análise através de seus preceitos fundamentais.

Esta visão entende que laços de dependência que crescem da interação econômica e política e das regras estabelecidas por instituições internacionais como críticas à política mundial. O esporte não é meramente uma extensão de políticas governamentais nacionais, mas opera em um campo de atuação totalmente separado que reflete a rica interconexão do mundo. Federações esportivas como a Comitê Olímpico Internacional (COI) e Federação Internacional de Futebol (FIFA) constituem atores reais nas relações internacionais que não são afiliados a um estado.

Um dos motivos que tornam essa perspectiva extremamente relevante para o estudo em tela é exatamente essa a sua previsão de que Instituições Internacionais





seriam capazes de atuar de forma a propagar valores e ideias no cenário internacional. Assim, essa abordagem reconhece que os Estados são interdependentes e que atores não estatais e subestatais influenciam o seu comportamento. A abordagem institucionalista liberal mantém as suposições de que os estados são racionais e de interesse próprio, mas também expande esse significado bem como o conjunto de fontes das quais derivam os interesses. (JEDLICKA, 2017)

Conforme discutido no primeiro capítulo, desde a sua fundação, o movimento olímpico moderno como expressão do esporte organizado insistiu na necessidade do esporte ser visto como uma atividade capaz de promover valores éticos e democráticos em todo o mundo. (LENSKYJ, 2017) O liberalismo sugere que há pelo menos uma dimensão das relações internacionais, que consiste em tentativas genuínas de criar ou manter um pedido internacional com base em valores compartilhados. Esses fatores levam essa análise a ter uma dimensão de explicação da própria concepção dos Jogos, abordada no capítulo 1, que não pode ser observada ou entendida por outras perspectivas.

Ao longo do século XX e do século XXI, a indústria olímpica invocou um conjunto de ideais e valores fundamentais para apoiar o conceito de esporte olímpico como um esforço moral com o potencial de elevar participantes e espectadores. Os princípios do olimpismo em seus documentos fundamentais, como a Carta Olímpica, tratam de “liberdade” e “igualdade” entre as nações como seus principais valores. Além disso, a Carta Olímpica descreve, em seu terceiro ponto de fundamentos do olimpismo, que:

O Movimento Olímpico é a ação, concertada, organizada, universal e permanente, de todos os indivíduos e entidades que são inspirados pelos valores do Olimpismo, sob a autoridade suprema do COI. Estende-se aos cinco continentes. Atinge o seu auge com a reunião de atletas de todo o mundo no grande festival desportivo que são os Jogos Olímpicos. (Comitê Olímpico Internacional, 2019)



O argumento de que organizações esportivas internacionais compreendem uma instituição política internacional, atuando como uma interface através da qual outros atores internacionais se envolvem com o esporte implica que essas organizações podem ser reduzidas a uma única unidade analítica e que existe algo como um "Sistema internacional de governança esportiva". Definido as instituições Keohane (1988), diz que “uma instituição internacional é um padrão geral ou categorização de atividade ou para um arranjo construído pelo homem, formal ou informalmente organizado”. Nesse escopo, o trecho a seguir destaca a ligação entre o Olimpismo e o liberalismo.

The link between Olympism and liberalism is therefore inescapable. This ideational aspect of sport is more powerful than people realize. A government that hosts the Olympics is expected to embrace the ideals and values consistent with the Olympic social movement, explicitly in the competitions themselves, and implicitly in their overall role as hosts. This naturally puts pressure on a host government to address practices that are inconsistent with the ideals. (CHA, 2009, p. 1598)

Os efeitos do esporte nas relações internacionais, a partir dessa visão, não seriam o produto apenas de esportistas ou de cálculos estatais, mas de grupos maiores. São necessárias organizações, como os Comitês Olímpicos de cada nação e o Comitê Olímpico Internacional, para que eventos esportivos internacionais possam ser realizados. Nesse passo, as possibilidades comerciais do esporte envolvem não somente os Estados mas também parceiros comerciais e outras entidades não estatais.

A visão de Wight sobre a formação de alianças fornece outra perspectiva, menos otimista, sobre a formação de alianças que pode ser utilizada para explicar a adesão ao boicote a partir do entendimento de que

As alianças não são as amigas da política internacional – a menos que, como observou Aristóteles, utilizemos a palavra amizade para designar relações baseadas na utilidade. Alianças



não podem ser desinteressadas. [...] o objetivo é proteger os interesses de seus povos. (WIGHT, 2002, p.117)

O liberalismo também é significativamente importante para explicar outros aspectos dos Jogos Olímpicos que o realismo falha quando se trata do papel de instituições internacionais, como o COI e a Agência Mundial Antidoping. Embora o realismo e o liberalismo institucional sejam as teorias mais significativas para explicar o movimento, outras teorias e abordagens também continuam ser relevante e entender como os Jogos Olímpicos continuam a crescer como um evento global, influenciando a política global e as relações internacionais.

Por fim, o poder de "moldar as preferências dos demais" formulado por Nye (2004) pode fornecer outra explicação alternativa que ajude a entender a adesão de países à boicotes ou à própria participação nos Jogos como uma forma de exercer, internacionalmente, os desejos políticos de um Estado.

Sport can translate into 'soft power' for some countries. Sport is not just a tool to express national identity or to convey an image of modernity, but in some cases, a positive reputation in sport can augment a country's global status and position on the world stage. In this sense, strong performance in sport becomes a power asset – albeit soft power – *that redounds to the country's benefit*. (CHA, 2009, p. 1590)

A partir do exposto, torna-se evidente a possibilidade de se utilizar o Liberalismo para entender aspectos essenciais dos Jogos Olímpicos. Tal fato ocorre, como exposto anteriormente, por conta de sua acepção de entes não estatais, de valores e ideias, como parte integrante do sistema internacional. Assim, tal perspectiva é útil no entendimento do papel que a filosofia do olimpismo pode exercer no plano internacional, através de organismos internacionais como o Comitê Olímpico Internacional. Assim, Jedlicka (2017), resume de maneira coesa, alguns dos pontos mais plausíveis da análise feita a partir dessa visão teórica:

Characterizing international sport governance as an outcome of state preferences and rational action generates an array of testable propositions about the underlying processes that



produce and sustain the international sport governance regime (e.g. as a response to market failure, as a product of some distribution of state preferences), as well as the factors that influence these processes (e.g. attributes of sport organizations, political and economic characteristics of individual states, relationships among states). These perspectives also illuminate new pathways for investigating sport's relationship to international politics. (JEDLICKA, 2017, p. 12-13)

Dessa forma, as teorias liberais seriam extremamente eficazes em explicar, principalmente, aspectos institucionais do movimento olímpico. A maneira como o Comitê Olímpico Internacional se relaciona com os Estados e patrocinadores, por exemplo, seria bem explorada e explicada por essa vertente. O lado comercial de todo o movimento e os possíveis interesses econômicos daqueles que se candidatam a serem sedes das Olimpíadas também seria de boa apreciação a partir de tal perspectiva teórica. Por outro lado, decisões que prezem as considerações estatais em detrimento de uma abordagem coletiva pode encontrar dificuldades de explicação através dessa abordagem.

## **2.3 A perspectiva construtivista**

As perspectivas construtivistas explicam o surgimento e a estabilidade de regimes internacionais e instituições da mesma maneira que explicam outros fenômenos internacionais, ou seja, como o produto da interação social e processos de criação de significado entre um conjunto de atores. (FINNEMORE, 1996) Diferentemente das perspectivas expostas anteriormente, o construtivismo concorda regula um grau muito maior de autonomia e influência sobre o comportamento de outros atores o sistema internacional e, de fato, o próprio sistema.

Para essa visão teórica, embora o cálculo racional possa desempenhar um papel importante, as instituições internacionais também são o produto de como os atores se envolvem e desenvolvem o significado de ideias, crenças, normas, valores e outros fatores. Além disso, sua legitimidade não se baseia unicamente no apoio



contínuo de uma hegemonia, mas também de sua capacidade de incorporar ou significados particularmente poderosos (BARNETT; FINNEMORE, 2004).

O regime internacional de governança esportiva, como um conjunto de organismos não governamentais que fazem reivindicações e alteram o sistema, é altamente adequada para a investigação construtivista. Isto ocorre porque o construtivismo pode explicar a autoridade e legitimidade das organizações esportivas internacionais sem reduzir a análise a um conjunto de interesses estatais definido de maneira estreita e uniforme, como algumas das perspectivas anteriores. Do ponto de vista sociológico, o papel do esporte internacional na formação da hegemonia cultural ocidental pode também ser uma avenida para uma investigação construtivista frutífera.

Essa escola enfatiza o papel que fatores não materiais como valores, ideias e identidade nacional impactam o mundo. O esporte não é apenas um jogo, mas um modo de interação social entre cidadãos de todo o mundo que transcende as fronteiras do estado. Como o desempenho esportivo é uma fonte de orgulho, não poderíamos subestimar até que ponto o esporte se entrelaça com a nação visão de si mesmo. Não se pode entender por que países pequenos como Cuba ou Alemanha Oriental dedicam uma porcentagem significativa de seus recursos nacionais ao esporte ou porque governos assumem o risco econômico de sediar megaeventos esportivos como o Olimpíadas sem entender a importância de reputação, patriotismo e jogo de prestígio na política mundial. (CHA, 2009)

O construtivismo vê a política internacional como um campo em que diferentes atores operam e em que todos esses atores são capazes de influenciar uns aos outros (FINNEMORE, 1996). A teoria construtivista tem foco no impacto que ideias e normas têm nos atores das relações internacionais. Através da interação entre esses atores, eventualmente, identidades, interesses e comportamentos são formados. Um



papel importante na construção de interesses é atribuído às normas. Tanto Estados como atores não estatais são capazes de construir normas.

A teoria construtivista, parece mais eficaz em esclarecer o papel do COI na política internacional, uma vez que ela abrange a possibilidade de se estudar a formação de conceitos e ideias no âmbito internacional. O maior desafio, como aponta o trecho seguinte, é justamente o de identificar tais conceitos e ideias.

The task lying ahead is to identify other behaviors in the international arena where identity, ideas, and culture can be studied independent of interests in order further to explore the explanatory power of the constructivist approach. Even more imaginative routes must be pursued to discover territory hospitable to a critical test between constructivist and other approaches in political science. (SALA; SCOTT; SPRIGGS, 2007 p. 27)

Assim, identidades podem ser definidas como entendimentos e expectativas relativas a papéis específicos. Entende-se, nessa perspectiva, que as identidades e interesses não são a variável independente, como é reivindicado por estudiosos neo-realistas, mas a variável dependente. Assim, a anarquia não seria um pressuposto do sistema internacional, mas uma consequência. Por interação, os estados formariam ideias, com base em como eles perceber um ao outro em meio à estrutura. (WENDT, 1992)

De acordo com esta abordagem, o ideal olímpico enfatiza a promoção de ações internacionais de entendimento que ocorrem através do esporte e ideias de paz, igualdade e amistosidade. Assim, os Jogos Olímpicos são descritos como um grande promotor de entendimento internacional. É, no entanto, necessário explorar quando e com quais fundamentos os esportes internacionais podem promover a compreensão e fechar lacunas entre nações e quão dependentes eles são das relações políticas entre Estados. Justamente por isso, a ressalva feita por Angell, é extremamente prudente ao demonstrar como os interesses forjados no seio do Estado devem ser, por ele, mantidos.



Na política internacional, nada é mais fácil do que fazer declarações acadêmicas em favor da paz. Mas os governos, que são guardiães e depositários, tem o dever primordial de zelar pelos interesses que lhes são confiados, tais como os compreendem, fazendo caso omissos das idéias e tendências que consideramos ter fundamento em motivos de abnegação e altruísmo. A abnegação e o sacrifício são os últimos fatores que um governo pode considerar. Os governos foram criados para proteger os interesses colocados sob a sua custódia, não para sacrificá-los. (ANGELL, 2002, p. 292)

O Construtivismo vê o sistema internacional como uma construção social, uma vez que consiste em uma combinação de pensamentos e ideias. À medida que esses elementos mudam, o sistema mudará também. Uma compreensão intersubjetiva entre os atores e a estrutura não significa que os estados instantaneamente se tornem aliados ou amigos.

Diante do exposto, podemos concluir que essa perspectiva teórica obtém sucesso, especialmente, no que se refere a demonstrar como o contexto político internacional pode levar a utilização dos Jogos Olímpicos de modo a moldar o sistema e os entendimentos que os Estados co-constroem. Assim, possibilita o entendimento de que tal utilização pode vir a partir do engajamento internacional na promoção dos princípios de paz e bem estar do olimpismo ou mesmo

Estabelece-se que que tal visão teórica é extremamente útil em descrever como as ações dos Estados repercutem no cenário internacional e redefinem o próprio cenário. Assim, é eficaz em analisar casos como o boicote olímpico de 1980, uma vez que, como demonstrará o capítulo seguinte, passa por um processo de construção social e internacional.

## 2.4 Conclusões

Após o exposto, fica clara a possibilidade de se analisar diversos aspectos do esporte, em especial do movimento olímpico, pelo campo de estudo das Relações Internacionais. Cada uma das três vertentes exploradas se mostra mais eficaz em



explicar diferentes aspectos da relação do esporte com a política internacional, reforçando o entendimento do primeiro capítulo de que a política se faz presente no âmbito esportivo. Assim, as teorias realistas se destacam na explicação de aspectos ligados ao prestígio resultante da participação olímpica. As teorias liberais apresentam eficácia em demonstrar o papel de instituições ligadas ao movimento olímpico, como o Comitê Olímpico Internacional, e no caráter comercial dos jogos. Por fim, as teorias construtivistas se destacam na explicação dos valores atribuídos aos Jogos Olímpicos, desde o próprio princípio filosófico do olimpismo até a relação criada entre as Olimpíadas e aspectos relacionados à paz e à saúde.

### **3 O PROCESSO DECISÓRIO PELO BOICOTE**

Após os capítulos anteriores demonstrarem, respectivamente, a ingerência da política no esporte e algumas perspectivas do Jogos Olímpicos através de diferentes correntes teóricas das Relações Internacionais, o capítulo atual se debruçará sobre o processo decisório que culminou com a decisão dos Estados Unidos boicotarem os Jogos de 1980.

Para buscar entender os motivos que levaram à efetivação do boicote, será utilizada, em conjunto com teorias de Relações Internacionais, a metodologia aplicada por Graham Alisson em seu estudo “*Conceptual Models and the Cuban Missile Crisis*”, no qual a decisão pelo cercamento da ilha de Cuba é analisada por meio de três modelos diferentes: o da política racional, o do processo organizacional e o da burocracia política.

Apesar de não serem modelos específicos das Relações Internacionais, sendo mais voltados à análise de processos decisórios, podemos perceber traços de análise semelhantes entre os três modelos propostos por Alisson (1969) e as perspectivas teóricas abordadas no capítulo 2. O modelo da política racional se utiliza de uma metodologia de analítica que foca em um ator unitário, da mesma forma que o





realismo faz com os Estados. O modelo do processo organizacional entende uma decisão como o resultado da deliberação de várias organizações ou instituições, de maneira que se assemelha, em certa medida, à perspectiva liberal das Relações Internacionais que também leva em conta o papel das instituições. Já o modelo da burocracia política se assemelha à vertente construtivista uma vez que ambos podem ser utilizados para entender o papel da troca de ideias e perspectivas diferentes no resultado de uma decisão.

Dessa forma, assim como as teorias de Relações Internacionais, cada um desses modelos pode ser utilizado para entender a tomada por uma decisão a partir de abordagens analíticas distintas.

### **3.1 Contextualização do momento histórico do boicote de 1980**

Os Estados Unidos e a União Soviética foram as duas grandes superpotências da Guerra Fria. O período entre os anos de 1969 e 1979 é denominado *détente*. Esse representa um momento no qual as relações entre EUA e União Soviética se tornam mais flexíveis. Tal flexibilização é consequência de todas as tensões vivenciadas na década anterior, como a crise dos mísseis em 1962 e a possível destruição nuclear que assombrou o mundo no período da coexistência pacífica. Por conta disso, as potências alteram seu posicionamento internacional e passam a agir de forma mais maleável, como podemos visualizar no seguinte trecho proferido pelo presidente Nixon à revista *Time* em 1971:

Devemos lembrar que, na história mundial, só desfrutamos de um período prolongado de paz quando existe um equilíbrio de poder. É quando uma nação se torna infinitamente mais poderosa em sua relação com o potencial competidor que surge o perigo da guerra. De modo que acredito num mundo em que os Estados Unidos sejam poderosos. Acredito que teremos um mundo mais seguro e melhor se tivermos Estados Unidos, Europa, União Soviética, China e Japão, cada um contrabalançando o outro, e não jogando um contra o outro, num equilíbrio constante. (KISSINGER, 2015, p. 208)



É possível visualizar a política da détente no cenário internacional em alguns momentos da sétima década do século passado. O fato de Nixon ter sido o primeiro presidente americano a visitar Moscou, em 1972, já sinalizava mudanças. O acordo Salt, assinado em Moscou, por Nixon e Brejnev, em maio de 1972, previa o congelamento, por cinco anos, do desenvolvimento e da produção de armas estratégicas, bem como o controle sobre os mísseis intercontinentais e lançadores balísticos submarinos. Esse acordo representava “a segunda vez que os dois países realmente assumiam a responsabilidade internacional pelo controle dos armamentos nucleares”. (SARAIVA, 2008, p. 235) A primeira vez se referia ao Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares (TNP), concluído em 1968. Tais exemplos confirmam a mudança de comportamento no cenário internacional por parte dos EUA e da União Soviética se comparados com a década anterior.

Em meio a esse cenário de gradual apaziguamento das tensões entre as duas potências é que se desenvolve a invasão da União Soviética no Afeganistão, em dezembro de 1979. A intervenção militar foi considerada pelos oficiais da URSS como uma resposta relativamente menor à crescente instabilidade política no Afeganistão. Não obstante, o presidente dos EUA, Jimmy Carter, e outros membros de seu governo perceberam a ação soviética como um ato público de agressão, especialmente depois dos dez anos de détente.

The Soviet invasion of Afghanistan was one of the three most significant conflicts of the Cold War era, the others being the Korean War in the 1950s and the wars in Indochina and Vietnam from 1945 to 1975... It was also the only Cold War conflict in which the Soviet forces were directly engaged in full-scale combat outside – or at best on the periphery of – what was generally acknowledged to be the Soviet sphere of interest. The impact of Afghanistan upon the Soviet Union, its armed forces – the army in particular – and the outcome of the Cold War was significant. (STONE, 2004, p. 250)

No entanto, em termos de grandes narrativas da Guerra Fria, pouco se escreveu sobre a própria invasão. Em vez disso, são mais frequentes análises de



como isso afetou a Guerra Fria, com as conclusões mais comuns sendo as de que a invasão mudou a perspectiva do Presidente Carter, chegando a afirmar que era um símbolo do fim da détente. A campanha pelo boicote olímpico destacou a dinâmica das relações políticas internacionais de uma maneira que poucas outras crises durante os anos da Guerra Fria conseguiram, mas ganha ainda menos menção do que o Afeganistão, sugerindo que, para muitos pesquisadores, em termos de implicações para a Guerra Fria, teve apenas um efeito mínimo, apesar das afirmações do Presidente Carter. (STONE, 2004)

Uma das importantes questões frequentemente examinadas em torno do estudo do boicote é até que ponto ele ajudou os EUA a alcançar seus objetivos políticos em relação à inicial ocupação do Afeganistão. Este capítulo se concentrará em como a decisão pelo boicote foi formulada.

### **3.2 O modelo da política racional**

O modelo da política racional utiliza como paradigma o entendimento da política como uma escolha nacional. Este modelo se assemelha bastante à perspectiva realista das Relações Internacionais, uma vez que foca a análise nas decisões do “ator nacional”, tido nesse modelo como o único agente tomador de decisões, a partir de seus objetivos e percepções.

Governments select the action that will maximize strategic goals and objectives. These "solutions" to strategic problems are the fundamental categories in terms of which the analyst perceives what is to be explained. (ALISSON, 1969, p. 694)

Nesse escopo, as ações são tomadas a partir de problemas estratégicos que uma nação enfrenta. Oportunidades e ameaças no sistema internacional fazem com que a nação tome uma decisão.

Para entender o boicote olímpico de 1980 por meio do modelo da política racional, é necessário estudar as perspectivas dos países participantes e dos



envolvidos na elaboração do boicote, em especial os Estados Unidos, o maior organizador e promotor. Para isso, os discursos de seu presidente serão analisados no intuito de se entender os objetivos e motivos que levaram ao boicote.

Em 27 de dezembro de 1979, quando o presidente Hafizullah Amin, do Afeganistão, foi deposto do poder, executado e substituído pelo exilado ex-vice-primeiro-ministro Babrak Karmal, após a invasão soviética. Os americanos reagiram condenando internacionalmente o ato. A primeira menção de Carter ao boicote veio semanas depois em um discurso televisionado em 4 de janeiro de 1980, no qual o presidente dos EUA denunciou a intervenção soviética como uma ameaça extremamente séria à paz e afirmou que os Estados Unidos considerariam boicotar os Jogos Olímpicos de Verão de 1980 em Moscou. O primeiro discurso do presidente dos EUA sobre a invasão soviética do Afeganistão instigou as sanções comerciais como a principal punição, com a ameaça de não comparecer às Olimpíadas como um acréscimo menor. A seguinte parte do discurso demonstra como a menção ao boicote está intimamente ligada à invasão Soviética:

I come to you this evening to discuss the extremely important and rapidly changing circumstances in Southwest Asia. [...] Recently, there has been another very serious development which threatens the maintenance of the peace in Southwest Asia. Massive Soviet military forces have invaded the small, nonaligned, sovereign nation of Afghanistan., which had hitherto not been an occupied satellite of the Soviet Union. Fifty thousand heavily armed Soviet troops have crossed the border and are now dispersed throughout Afghanistan, attempting to conquer the fiercely independent Muslim people of that country. [...] Although the United States would prefer not to withdraw from the Olympic games scheduled in Moscow this summer, the Soviet Union must realize that its continued aggressive actions will endanger both the participation of athletes and the travel to Moscow by spectators who would normally wish to attend the Olympic games. (ESTADOS UNIDOS, JAMES EARL CARTER JR, 1980)



A partir do estipulado pelo modelo da política racional, a visão de Carter delinea a posição dos Estados Unidos depois de visualizarem a ameaça surgida por consequência da invasão soviética. Uma das primeiras formas de reação ao boicote foi a imposição de sanções econômicas e a denúncia pública da invasão. Nesse modelo, o ator nacional ameaçar o boicote como medida de retaliação à invasão é certamente um produto de sua deliberação sobre perdas e ganhos relativos. É importante notar que o presidente não declara que os Estados Unidos boicotarão o evento, apenas afirma em seu discurso que, caso a situação não se altere, essa possibilidade está em pauta. (WALTZ, 1979)

Durante duas semanas, o presidente se conteve esperando em vão por algum sinal que a União Soviética acataria o aviso que havia disso transmitido. Com tropas soviéticas ainda no Afeganistão, o presidente decidiu que era hora de um ultimato. Em outro discurso, declarou que, se essas forças não se retirassem do território do Afeganistão até o dia 20 de fevereiro de 1980, os EUA não competiriam em Moscou. Carter destacou sua posição no programa "*Meet the Press*" da rede de televisão NBC, onde transmitiu suas convicções de que, a menos que o Kremlin cumprisse seu prazo, os Jogos Olímpicos de Verão deveriam ser movidos para outro local, adiados ou cancelados.

Neither I nor the American people would support the sending of an American team to Moscow with Soviet invasion troops in Afghanistan. I've sent a message today to the United States Olympic Committee spelling out my own position that unless the Soviets withdraw their troops within a month from Afghanistan that the Olympic Games be moved from Moscow to alternate site or multiple sites or postponed or canceled. If the Soviets do not withdraw their troops immediately from Afghanistan — within a month — I would not support the sending of an American team to the Olympics. It's very important for the world to realize how serious a threat the Soviets' invasion of Afghanistan is. I do not want to inject politics into the Olympics, and I would personally favor the establishment of a permanent Olympic site for both the Summer and the Winter Games. In my opinion, the most appropriate permanent site for the Summer Games would be



Greece. This will be my own position, and I have asked the U.S. Olympic Committee to take this position to the International Olympic Committee, and I would hope that as many nations as possible would support this basic position. One hundred and four nations voted against the Soviet invasion and called for their immediate withdrawal from Afghanistan in the United Nations, and I would hope as many of those as possible would support the position I've just outlined to you. Regardless of what other nations might do, I would not favor the sending of an American Olympic team to Moscow while the Soviet invasion troops are in Afghanistan. (ESTADOS UNIDOS, JAMES EARL CARTER JR, 1980)

Essa atualização no discurso do presidente demonstra um reforço na possibilidade pelo boicote, ao passo em que tenta coagir uma mudança de comportamento dos soviéticos a partir do estabelecimento de uma data limite. O presidente demonstra outras possibilidades de ação com relação à realização dos Jogos Olímpicos, como a utilização de uma sede permanente na Grécia. Outro ponto notável é a introdução e o pedido de que outros países, especialmente os 104 que votaram contra a invasão na Organização das Nações Unidas, também boicotassem os jogos caso as tropas não fossem retiradas.

A simpatia com a proposta dos EUA não demorou a chegar. O apoio veio de líderes como a primeira-ministra britânica Margaret Thatcher e o primeiro-ministro canadense Joe Clark. Embora a participação em um boicote real seja determinada pelo Comitê Olímpico Nacional de cada país, a posição dos EUA encontrou apoio crescente. Os Comitês Olímpicos Nacionais de vários países europeus sugeriram que os jogos fossem realizados em Moscou, mas sem os adornos políticos habituais. As delegações desfilariam sob a bandeira olímpica, todos os atletas usariam o mesmo uniforme, nenhum hino nacional seria tocado e nenhuma bandeira seria hasteada nas cerimônias de medalhas. O COI decidiu permitir às equipes a opção de não usar as bandeiras ou hinos nacionais nas cerimônias olímpicas, mas não decidiu outros méritos. Mesmo com todas as propostas sendo debatidas e descartadas, a campanha pelo boicote estava se movendo em alta velocidade. (MORRISON, 1982)



Enquanto o prazo de um mês diminuía, Carter se esforçou em convencer o comitê olímpico de seu país a aderir ao boicote. Em carta enviada ao presidente do Comitê, destaca, novamente, como as medidas de boicote seriam uma retaliação à invasão soviética. Destaca ainda como preferia manter a política fora do meio olímpico, assunto debatido extensivamente no primeiro capítulo. O ponto mais importante de tal carta é a percepção do significado político que os soviéticos haviam atrelado às Olimpíadas e como o boicote poderia servir para deter agressões futuras a partir do constrangimento.

The Soviet Government attaches enormous political importance to the holding of the 1980 Olympic Games in Moscow, and if the Olympics are not held in Moscow because of Soviet military aggression in Afghanistan, this powerful signal of world outrage cannot be hidden from the Soviet people, and will reverberate around the globe. Perhaps it will deter future aggression. (ESTADOS UNIDOS, JAMES EARL CARTER JR, 1980)

Passado o prazo de um mês e sem nenhuma mudança no posicionamento soviético, o boicote já não podia ser enquadrado como sugestão ou ameaça que poderia ser descartada, já que não seria ideal que uma potência como os Estados Unidos fizesse uma ameaça pública e não cumprisse. Assim, a ameaça de boicote passou de palavras para ações. Os Estados Unidos afirmavam a certeza de que não estariam em Moscou. No dia 21 de março de 1980, Jimmy Carter entrou em uma sala cheia de atletas, que haviam treinado e sonhado com um lugar na equipe olímpica estadunidense de 1980, e fez o seguinte pronunciamento. (SARANTAKES, 2010)

The Olympics are important to the Soviet Union. They have made massive investments in buildings, equipment, propaganda. As has probably already been pointed out to you, they have passed out hundreds of thousands of copies of an official Soviet document saying that the decision of the world community to hold the Olympics in Moscow is an acknowledgement of approval of the foreign policy of the Soviet Union, and proof to the world that the Soviets' policy results in international peace. [...] Nations who believe in freedom and human rights and peace [should] not add the



imprimatur of approval to the Soviet Union and its government while they have 105,000 heavily armed invading forces in the freedom-loving and innocent and deeply religious country of Afghanistan. I can't say at this moment what other nations will not go to the Summer Olympics in Moscow. Ours will not go. I say that not with any equivocation; the decision has been made. (ESTADOS UNIDOS, JAMES EARL CARTER JR, 1980)

O pronunciamento proferido em frente a dezenas de atletas que iriam aos Jogos é a expressão máxima de que a decisão pelo boicote estava tomada e era definitiva, além de clamar pela mesma posição internacional de outros países. Anunciar tal decisão, em frente aos atletas que clamavam pela mudança na postura, não seria viável se a decisão pudesse ser alterada. Com o boicote agora oficial, tudo o que restava era, primeiro, quais nações seguiriam a liderança dos americanos e, segundo, como o boicote afetaria os Jogos. A essa altura, o boicote não passava de uma medida simbólica, a crença inicial do governo de que poderia forçar os soviéticos a deixar o Afeganistão tinha perdido força rapidamente desde fevereiro. (SARANTEKES, 2010) No final das contas, a pressão exercida internacionalmente pelos Estados Unidos resultou na adesão de mais de 60 países ao boicote, apesar de alguns alegarem não terem enviado as delegações por motivos distintos, como a segurança de seus atletas.

### **3.3 O modelo do processo organizacional e o modelo da burocracia política**

Para os propósitos deste estudo, os modelos II e III proposto por Alisson (1969) serão apresentados de maneira conjunta em um único tópico. Tal decisão se dá em parte pela falta de disponibilidade de material suficiente para separá-los em tópicos distintos. Apesar disso, essa escolha torna a análise do caso em tela um pouco mais dinâmica e orgânica.

O modelo II ou modelo do processo organizacional proposto por Alisson (1969) entende a decisão como produto da deliberação de uma organização ou





governo com uma estrutura complexa no interior processo organizacional foca a organização existente e seus denominados procedimentos operacionais padrão para obter informações, definir possíveis opções e implementar a decisão. Cada organização tem sua própria missão e função e uma série de programas é desenvolvida para realizar essas missões. Ao definir a opção viável, o modelo do processo organizacional é restrito com base nos procedimentos que as organizações acreditam ter o melhor desempenho e eficiência na implementação da decisão, além de satisfazer seus próprios objetivos institucionais.

Já o modelo III, denominado modelo da burocracia política argumenta que os resultados das políticas resultam de um jogo de barganha entre um grupo de atores governamentais. Esses atores possuem preferências, habilidades e posições de poder variadas, escolhem estratégias e objetivos políticos com base em diferentes ideias de quais resultados servirão melhor aos seus interesses organizacionais e pessoais. A negociação então prossegue através de um processo pluralista de troca de ideias que reflete as regras predominantes do jogo, bem como as relações de poder entre os participantes. Como esse processo não é dominado por um indivíduo nem provavelmente privilegia decisões racionais ou de especialistas, pode resultar em resultados abaixo do ideal que não cumprem os objetivos de qualquer um dos participantes individuais. (ALLISON, 1969)

O entendimento de que os resultados da política externa são derivados de programas burocráticos, rotinas e procedimentos operacionais padrão, produz algumas diferenças na análise. Ele enfatiza a importância das influências políticas domésticas no processo de tomada de decisões sobre política externa que às vezes eram ignoradas no modelo de política racional. Portanto, este modelo fornece um entendimento de que a política foi formada não apenas por um tomador de decisão de alto nível, mas ocasionalmente é formada pela organização.

Each organization attends to a special set of problems and acts in quasi-independence on these problems. But few important



problems fall exclusively within the domain of a single organization. Thus, government behavior relevant to any important problem reflects the independent output of several organizations, partially coordinated by government leaders. Government leaders can substantially disturb, but not substantially control, the behavior of these organizations. (ALLISON, 1969, p. 698)

Como o tópico anterior demonstrou, a partir de um olhar unitário, era de clara intenção do presidente Carter que os Jogos de Moscou fossem boicotados após as medidas de sanção econômica e avisos anteriores não terem surtido nenhuma mudança no status da ocupação do Afeganistão. Dessa forma, o modelo atual centra suas atenções em como essas decisões foram construídas a partir da interação entre agentes políticos importantes do governo à época.

Alguns estudos sobre o boicote sugerem que fatores políticos domésticos estavam sempre em jogo durante esse período e foram as principais influências na tomada de decisão, em vez de considerações internacionais que moldaram a decisão pelo boicote. (SARANTAKES, 2010)

Nenhuma agência governamental participou mais do boicote olímpico do que o Congresso dos EUA. Por meio de alguns registros do congresso, é possível ter uma ideia de como os legisladores se sentiram sobre esse polêmico evento esportivo. De 17 de janeiro de 1980 a 28 de janeiro de 1980, houve mais de uma dúzia de resoluções condenatórias que instaram os EUA a boicotar os Jogos Olímpicos. Uma audiência da Comissão de Assuntos Externos da Câmara, em 23 de janeiro de 1980, produziu um documento intitulado "Participação dos EUA nos Jogos Olímpicos de Verão de 1980" e incluiu uma variedade de testemunhas e outros materiais relacionados. (MORRISON, 1982)

Nesse documento, o presidente do Comitê Olímpico Norte Americano, Robert Kane, deixou claro como o anúncio da possibilidade de boicote pegou o Comitê de surpresa. Os atletas, de um lado desejavam, em sua maioria, participar das Olimpíadas e o governo, por outro lado, queria boicotá-los. O outro orador foi o



subsecretário de Estado, Warren Christopher, que falou sobre um possível local alternativo e declarou que, em sua opinião, qualquer atitude, exceto a conversa, deveriam ter sido cortados com a União Soviética, porque se manter os atletas sem competir é a ação mais forte possível a ser tomada, então a credibilidade e eficácia norte americanas foram ineficientes. No lado oposto estava o congressista William Gooding, que entendeu outra forma de ação como a melhor alternativa: usar com êxito e esportivamente as Olimpíadas como uma ferramenta para fazer constranger politicamente a União Soviética. Entretanto, declarou que isso só poderia acontecer se duas coisas ocorressem: as Olimpíadas deveriam ter um local diferente e não deveriam ser boicotadas. (SENADO NORTE AMERICANO, 1980)

Carter e o Departamento de Estado entendiam que uma interrupção dos Jogos de Moscou teria um efeito político e social devastador sobre União Soviética e talvez fosse a arma mais letal no arsenal diplomático. As razões morais para ficar longe de Moscou foram resumidas por Nelson Ledsky, chefe da Força-Tarefa Olímpica do Departamento de Estado dos EUA: "Há algo repelente, sobre as tropas soviéticas no Afeganistão ao mesmo tempo em que pombas estão sendo soltas em Moscou". Em uma entrevista recente, Ledsky foi perguntado se a invasão ao Afeganistão foi o único motivo para o boicote e respondeu da seguinte maneira:

It was the primary reason. The United States in 1980 lacked means of properly responding or responding in any meaningful way to the Soviet invasion of Afghanistan. And one of the instruments that the White House chose was to join with other interested countries who opposed the Afghan invasion by boycotting the Olympics, which had been awarded to Moscow well in advance of 1980. The Olympics, though, were to take place in 1980, and this was deemed a useful response, an embarrassment to the Russians, and a useful response to the Soviet invasion of Afghanistan. (ALIYEV, 2008)

As autoridades tinham ciência de que, para que o boicote ocorresse, entraves domésticos deveriam ser superados. A *National Broadcasting Company* (NBC), que deveria ter televisionado os Jogos nos EUA, teria de sacrificar US\$ 22 milhões em



despesas não cobertas pelo seguro, além de outros milhões de suas receitas de publicidade. A Coca-Cola, refrigerante oficial nas Olimpíadas de Moscou, não estaria lá e todos os fornecedores americanos de uniformes, equipamentos e tecnologia teriam que cancelar negócios importantes. Além disso, é claro, havia os atletas. Se eles concordaram ou não com o boicote, ficaram compreensivelmente desapontados. Para muitos, foi a perda de uma oportunidade única na vida. Anos de dedicação e entusiasmo voltados para o futuro estavam sendo em vão. Todas essas esferas pressionavam os agentes políticos internos no intuito de que o boicote fosse, de fato, a última opção. (BURG; WOODGER, 2006)

O modelo III pode ser utilizado para entender como uma declaração emitida à imprensa em nome de Lord Killanin, presidente do Comitê Olímpico Internacional à época, em 12 de fevereiro confirmou o compromisso do COI com Moscou, definindo a responsabilidade do COI de que os Jogos Olímpicos fossem realizados a cada quatro anos, de acordo com os princípios e dentro das regras, e reconheceu que o Comitê Olímpico Internacional não pode resolver os problemas políticos do mundo. Embora, no contexto, esse comentário tivesse a intenção de estabelecer uma linha clara entre o COI e o alvoroço político em que se encontrava envolvido, revela, pelo menos parcialmente, até que ponto simplesmente garantir que o evento aconteça foi um fator motivador significativo para a organização. Por extensão, isso também mostra quão pouca autoridade o COI realmente exercia quando confrontado por atores políticos mais poderosos. Tal fato é corroborado por sua declaração de que apenas os líderes dos EUA e da União Soviética poderiam resolver o problema, encerrando efetivamente a disputa antes do começo dos Jogos. (SARANTAKES, 2010)

Dentro dos Estados Unidos, houve apoio público ao boicote. A Câmara dos Deputados dos EUA aprovou uma resolução não vinculativa que aprovava a decisão de ficar longe de Moscou com uma votação de 386 a favor e 12 contra; o Senado dos EUA aprovou uma medida semelhante com um resultado de 88 a 4. Porém,



tecnicamente, a decisão de enviar ou não atletas para os Jogos Olímpicos não é da responsabilidade do Presidente ou do Congresso; é o Comitê Olímpico dos Estados Unidos que faz a determinação final em tal situação. (DEPARTAMENTO DE ESTADO DOS ESTADOS UNIDOS, 2001)

Diante desse amplo apoio, no entanto, o Comitê Olímpico norte americano expressou sua disposição de respeitar a decisão do governo dos EUA em relação aos jogos. O então secretário de Estado dos EUA, Cyrus Vance, reiterou ao Comitê Olímpico Internacional que seu governo se opunha ao envio de uma equipe para os Jogos Olímpicos. Dias depois, o presidente do Comitê Olímpico dos Estados Unidos, Robert Kane, anunciou que sua organização "aceitaria qualquer decisão referente à participação dos EUA nos Jogos que o presidente tomasse". (MORRISON, 1982)

Enquanto algumas nações optaram por expressar seu descontentamento com as ações militares soviéticas, não enviando equipes formais para competir, mas também não impedindo que atletas individuais participassem e competissem sob a bandeira olímpica, os atletas dos Estados Unidos foram avisados de que viajar para Moscou para os Jogos teria como resultado a retirada de seus passaportes. Em protesto, um grupo de 25 atletas americanos processou o governo dos EUA pedindo permissão para competir, mas eles perderam o caso. (TULLI, 2016)

Assim, a partir desses dois modelos, podemos visualizar o entendimento de diversos segmentos políticos importantes no âmbito doméstico dos Estados Unidos e como cada um deles se inter-relacionou com os demais nesse caso específico e a relação entre suas lideranças. Fica evidenciado como o boicote teve respaldo popular que se refletiu em votações na Câmara e do Senado norte-americanos, ao mesmo tempo em que sofreu resistência do Comitê Olímpico Internacional, do Comitê Olímpico Norte Americano, de atletas e de empresas. Esses últimos, porém, foram



superados pelo desejo político de instituições governamentais alinhadas e guiadas pelo plano de Carter.

### 3.4 Conclusões

A partir dos modelos propostos por Alisson (1969) podemos visualizar diferentes dimensões envolvidas na tomada da decisão pelo boicote. Fica clara a participação essencial de diversos atores na decisão elaborada, em especial os seguintes: O presidente Carter; a câmara e o senado norte-americanos; o Comitê Olímpico Norte Americano, o Departamento de Estado norte-americano, atletas que competiriam nos Jogos e o Comitê Olímpico Internacional.

A interação entre todos esses atores, é, certamente, mais bem visualizada através dos modelos propostos por Alisson, uma vez que, sua metodologia permite explorar e entender a interação os atores e como suas intenções se chocam e resultam em uma decisão final. A importância de tal metodologia no presente trabalho se dá pela relação diretamente proporcional entre a amplitude da investigação pelo processo decisório pelo boicote olímpico de 1980 e a qualidade da explicação da decisão final, ou seja, pelo fato de se explorar a decisão por diferentes ângulos e perspectivas, mais completa é a explicação da decisão escolhida.

## CONCLUSÃO

A decisão de boicotar foi, portanto, uma decisão política em meio à Guerra Fria, especificamente em retaliação à invasão soviética ao Afeganistão. Entender esse caso sem observar tal aspecto da disputa de poder entre as duas potências é tarefa impraticável. A utilização política de um evento esportivo se mostrou, novamente, uma ferramenta diplomática. Questões relativas aos direitos humanos foram



invocadas para justificar e respaldar a decisão de Carter, pelo boicote que se deu, principalmente, por conta de preocupações de segurança e disputas de hegemonia. No final das contas, o boicote teve um impacto significativo sobre o movimento olímpico internacional, mas muito pouco sobre a situação no Afeganistão.

Entender se o boicote foi “bem sucedido” é difícil de responder. Se o único objetivo dos EUA era demonstrar forte oposição à incursão da URSS no Oriente Médio, a mensagem certamente foi dada. Se, como parecia inicialmente, o objetivo principal era coagir os soviéticos a se retirarem do Afeganistão e impedir a realização dos Jogos Olímpicos em sua capital, o boicote foi um fracasso total.

A administração Carter conseguiu realizar com sucesso seu boicote, apesar da protestos do Comitê Olímpico Internacional e do Comitê Olímpico Norte Americano. De fato, quando a pressão chegou, o governo conseguiu dominar os líderes olímpicos (pelo menos internamente), primeiramente, solicitando e, finalmente, obrigando-os a apoiar sua política. No entanto, em termos de envergonhar os soviéticos, montando uma coalizão de Estados poderosos comprometidos com o boicote, como Carter originalmente esperava, o esforço foi muito menos eficaz.

Dos sessenta e cinco Estados que não participaram de Moscou, apenas alguns (principalmente Canadá, China, Japão, Noruega, Alemanha Ocidental) considerados significativos o suficiente para a política internacional ou para o esporte internacional da época se ausentaram. Isso não apenas mostrou a divisão da campanha de boicote nos Estados, mas também destacou a dificuldade dos governos supostamente livres e liberais em condenar a União Soviética por violações dos direitos humanos.

Entender se os Estados Unidos alcançaram seus objetivos e se o preço pago pelos atletas compensou qualquer ganho político está além dos fins deste estudo. O que o presente estudo deixa bem claro é o fato de que a escolha pelo boicote foi o resultado de uma reação política à empreitada soviética no Afeganistão. As alegações americanas acerca das violações de direitos humanos pelos soviéticos foram



utilizadas como justificativas para mobilizar a campanha internacional pelo boicote. Em todo o processo decisório, é notório que o principal objetivo americano era o de ferir politicamente a União Soviética através da plataforma olímpica, buscando causar constrangimento a partir do não comparecimento de várias nações ao evento.

Por fim, o caso aqui analisado se enquadra naquilo que os dois primeiros capítulos de concentraram em explicar: a união, teoricamente indesejável, do esporte com a política, na qual, a segunda utiliza o primeiro como forma de atingir objetivos que, formalmente, são alheios ao escopo esportivo.

## REFERÊNCIAS

ALIYEV, Kenan. *World: U.S. Organizer Of 1980 Boycott Talks About Politics And The Olympics*. [S. I.] **Radio Free Europe Radio Liberty**. 28 mar. 2008. Disponível em: <https://www.rferl.org/a/1079699.html>. Acesso em: 13 abr. 2020.

ALLISON, Graham. *Conceptual models and the Cuban missile crisis*. **The American Political Science Review**, Vol/ 63, No. 3, 1969.

ALLISON, Lincoln; MONNINGTON, Terry. Sport, Prestige and International Relations. **Government And Opposition**, [s.l.], v. 37, n. 1, p. 106-134, jan. 2002. Cambridge University Press (CUP). <http://dx.doi.org/10.1111/1477-7053.00089>.

ANGELL, Norman. **A Grande Ilusão**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

BARNETT, M; FINNEMORE, Martha, **Rules for the world: international organizations in global politics**. Cornell University Press. New York: 2004.

BEACOM, Aaron. *Sport in International Relations: a case for cross-disciplinary investigation*. **The Sports Historian**, [S. I.], 14 nov. 2009.

BERG, Brennan K.; KESSLER, Seth A.; HUNT, Thomas M.. A realist perspective of Sport Management Program and the H.J. Lucher Stark governmental perceptions of Olympic boycott movements, 1936–2008. **International Journal Of Sport Policy And Politics**, [s.l.], v. 4, n. 3, p. 307-320, nov. 2012. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/19406940.2012.694113>.





BERG, Chris. *Politics, Not Sport, Is the Purpose of the Olympic Games*. *Institute of Public Affairs Review: A Quarterly Review of Politics and Public Affairs*. Volume 60 Issue 3 Jul. 2008.

BESNIER, Nikor; BROWNELL, Susan; CARTER, Thomas. *The Anthropology of Sport. Bodies, Borders, Biopolitics*, University of California Press, 2017.

BOYKOFF, Jules. *Power Games – A Political History of the Olympics*. Verso. Londres, 2016.

BRATCH, Valter. **Sociologia Crítica do Esporte – Uma Introdução**. Editora Unijuí da Universidade Regional do Noroeste. Ijuí, 2003.

BURG, David; WOODGER, Elin. **The 1980's**. Facts on File. New York, 2006.

CANTOR, Paul; HUFNAGEL, Peter. *The Olympics of the Mind. Philosophy and Athletics in the Ancient Greek World*. In: *The Olympics and Philosophy*. REID, Heather; AUSTIN, Michael. The University Press of Kentucky. Lexington, 2012.

CARR, Edward H. **Vinte Anos de Crise 1919 – 1939**. Brasília: Editora UnB, 2001.

CHA, Victor D.. A Theory of Sport and Politics. **The International Journal Of The History Of Sport**, [s.l.], v. 26, n. 11, p. 1581-1610, set. 2009. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/09523360903132972>.

COMITÊ OLÍMPICO INTERNACIONAL. **Carta Olímpica**. Disponível em: <[http://www.fadu.pt/files/protocolos-contratos/PNED\\_publica\\_CartaOlimpica.pdf](http://www.fadu.pt/files/protocolos-contratos/PNED_publica_CartaOlimpica.pdf)>. Acesso em: 28 set. 2019.

COTTRELL, M. Patrick; NELSON, Travis. Not just the Games? Power, protest and politics at the Olympics. **European Journal Of International Relations**, [s.l.], v. 17, n. 4, p. 729-753, 7 dez. 2010. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/1354066110380965>.

COUBERTIN, Pierre. *The philosophic foundations of modern Olympism, in The Olympic Idea: Pierre de Coubertin—Discourses and Essays*, Carl-Diem-Institut (1966) *Olympischer Sportverlag, Stuttgart*, 130–134.

DEPARTAMENTO DE ESTADO DOS ESTADOS UNIDOS. **Archive: The Olympic Boycott, 1980**. [S. I.] 20 jan. 2001. Disponível em: <https://2001-2009.state.gov/r/pa/ho/time/qfp/104481.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.



ESTADOS UNIDOS. Presidente (1977-1981: James Earl Carter Jr.). **Discurso sobre o Afeganistão**. Washington, 4 jan. 1980. Disponível em: <https://millercenter.org/the-presidency/presidential-speeches/january-4-1980-speech-afghanistan>. Acesso em: 27 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Presidente (1977-1981: James Earl Carter Jr.). **Jimmy Carter lays plan for Olympic boycott**. Washington, 20 jan. 1980. Disponível em: <https://olympics.nbcsports.com/2020/01/20/jimmy-carter-olympic-boycott/>. Acesso em: 28 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Presidente (1977-1981: James Earl Carter Jr.). **Letter by President Jimmy Carter to the President of the United States Olympic Committee Robert Kane**. Washington, 20 jan. 1980. Disponível em: <https://digitalarchive.wilsoncenter.org/document/134719.pdf?v=d41d8cd98f00b204e9800998ecf8427e>. Acesso em: 28 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Presidente (1977-1981: James Earl Carter Jr.). **Letter by President Jimmy Carter to the President of the United States Olympic Committee Robert Kane**. Washington, 21 mar. 1980. Disponível em: <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/remarks-representatives-us-teams-the-1980-summer-olympics>. Acesso em: 28 abr. 2020.

FILHO, João Lyra. **Introdução à Sociologia dos Desportos**. Bloch Editores S. A. Rio de Janeiro, 1973.

FINNEMORE, Martha. **National Interests in International Society**. Cornell University Press. Nova York: 1996.

FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GIRGINOV, Vassil; HILLS, Laura. The political process of constructing a sustainable London Olympics sports development legacy. **International Journal Of Sport Pol- icy And Politics**, [s.l.], v. 1, n. 2, p. 161-181, 13 jul. 2009. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/19406940902950713>.

GUTMANN, Allen. **From Ritual to Record – The Nature of Modern Sports**. USA: University of Illinois Press, 1992.

GUTTMANN, Allen. **The Oympics – A History of the Modern Games**. USA: University of Illinois Press, 1978.

HUIZINGA, Johan. **Homo Ludens**. Editora Perspectiva S.A. São Paulo, 2000.



JEDLICKA, Scott R.. Sport governance as global governance: theoretical perspectives on sport in the international system. **International Journal Of Sport Policy And Politics**, [s.l.], v. 10, n. 2, p. 287-304, 28 nov. 2017. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/19406940.2017.1406974>.

KEOHANE, R.O. International institutions: two approaches. **International studies quarterly**. v. 32, n. 4 p. 379-396, dez. 1988.

KISSINGER, H. A. **Ordem Mundial**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

KRASNER, Stephen D. **Power politics, institutions, and transnational relations**. In: *Bringing Transnational Relations Back In*: Ed: KAPPEN, Thomas. *Non-State Actors, Domestic Structures and International Institutions*. Cambridge University Press. Cambridge: 1995.

LAPCHICK, Richard E.. A Political History of the Modern Olympic Games. **Journal Of Sport And Social Issues**, [s.l.], v. 2, n. 1, p. 1-12, mar. 1978. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/019372357800200102>.

LENSKYJ, Helen Jefferson. Olympic Ideals and the Limitations of Liberal Protest. **The International Journal Of The History Of Sport**, [s.l.], v. 34, n. 3-4, p. 184-200, 4 mar. 2017. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/09523367.2017.1359548>.

LEVERMORE, Roger; BUDD, Adrian. **Sport and international relations: Continued neglect?** In: LEVERMORE, Roger; BUDD, Adrian. *SPORT AND INTERNATIONAL RELATIONS*. USA: Routledge, 2004.

LUSA, Dana. Olympic Diplomacy and the Emerging States: striving for influence in the multipolar world. **Croatian International Relations Review**, [s.l.], v. 23, n. 79, p. 73-102, 26 set. 2017. Walter de Gruyter GmbH. <http://dx.doi.org/10.1515/cirr-2017-0015>.

MORGENTHAU, Hans. **A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz**; Editora Universidade de Brasília. Brasília 2003.

MORRISON, Ray. **Government Documents Relating to the 1980 Olympic Games Boycott**. Graduate School of Library and Information Science, University of Illinois. 24 jul. 1982.

NYE, Joseph. **Soft power: the means to success in world politics**. Nova York:



*Public Affairs*, 2004

PECEQUILO, Cristina. **Teoria das Relações Internacionais**: O mapa do caminho: estudo e prática. Alta Books. Rio de Janeiro: 2016.

SALA, Brian R.; SCOTT, John T.; SPRIGGS, James F.. The Cold War on Ice: constructivism and the politics of olympic figure skating judging. **Perspectives On Politics**, [s.l.], v. 5, n. 01, p. 17-29, 27 fev. 2007. Cambridge University Press (CUP). <http://dx.doi.org/10.1017/s153759270707003x>.

SARAIVA, José. **História das Relações Internacionais Contemporâneas**: da sociedade internacional do século XIX à era da globalização. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARANTAKES, Nicholas. **Dropping the Torch. Jimmy Carter, The Olympic Boycott, and the Cold War**. Cambridge University Press. [S. l.] 2010.

SENADO NORTE AMERICANO. **H.Res.534 - A resolution providing for the consideration of H. Con Res. 249 urging the United States Olympic Committee, the International Olympic Committee, and the Olympic committees of other countries to Olympic take certain actions with respect to the 1980 summer Olympic games in accordance with the request of the President**. Washington, 24 jan. 1980. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/96th-congress/house-resolution/534?q=%7B%22search%22%3A%22249%22%7D&s=3&r=7>. Acesso em: 29 abr. 2020.

SNYDER, Jack. *One World, rival theories*. **Foreign Policy**, [S. l.], n. 145, p. 52-62 nov. 2004.

STONE, David. **Wars of the Cold War**: campaigns and conflicts 1945-1990. [S. l.]: Brassey's, 2004.

STRENK, Andrew. What Price Victory? The World of International Sports and Politics. **The Annals Of The American Academy Of Political And Social Science**, [s.l.], v. 445, n. 1, p. 128-140, set. 1979. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/000271627944500114>.

SZYMANSKI, Stefan. *A theory of the evolution of modern sport*. **Journal of Sport History**, v. 35, n. 1, p. 1-32, 2008.

TORRES, Cesar R.. Morally Incompatible?: an analysis of the relationship between competitive sport and international relations at the olympic games. **Sais Review Of**



**International Affairs**, [s.l.], v. 31, n. 1, p. 3-16, 2011. Project Muse.  
<http://dx.doi.org/10.1353/sais.2011.0016>.

TULLI, Umberto. Bringing Human Rights In: the campaign against the 1980 moscow olympic games and the origins of the nexus between human rights and the olympic games. **The International Journal Of The History Of Sport**, [s.l.], v. 33, n. 16, p. 2026-2045, nov. 2016. Informa UK Limited.  
<http://dx.doi.org/10.1080/09523367.2017.1315104>.

VASCONCELLOS, Douglas Wanderley de. **Esporte, Poder e Relações Internacionais**. Fundação Alexandre de Gusmão. Brasília, 2008.

WALT, S.M. *International relations: one world, many theories*. **Foreign Policy**, [S. l.] n. 110, p. 29–46, 1998.

WALTZ, Kenneth. *Theory of International Politics*. Reading, Massachusetts: Addison-Wesley, 1979.

WENDT. Alexander. *Anarchy is what States Make of it: The Social Construction of Power Politics*. **International Organization**, Vol 46, No 2. 1992.

WIGHT, Martin. **A política do poder**. Fundação Alexandre Gusmão. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.



# ANÁLISE DA EFETIVIDADE DOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA: O CASO DA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO

Bruna Siqueira

## RESUMO

O presente artigo pretende analisar a efetividade dos documentos internacionais de proteção à criança, através dos acontecimentos ocorridos na República Democrática do Congo. Desde 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui o uso de crianças em conflitos como crime de guerra e desde 1996 a República Democrática do Congo faz uso do recrutamento infantil. Através da exposição de inúmeros fatos, podemos observar ações de agentes governamentais, ONG's e Organizações Internacionais, como a Organização Internacional das Nações Unidas e o Tribunal Penal Internacional. Diante disso, o trabalho tem o objetivo de esclarecer as questões inerentes a problemática e entender as limitações da efetividade desses agentes, num cenário caótico como o atualmente encontrado no caso prático em questão.

**Palavras-chave:** Criança-soldado. ONU. República Democrática do Congo. MONUSCO. Missão de paz. Tribunal Penal Internacional. Direitos Humanos. Missões de Paz. Criança. Recrutamento infantil.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo de pesquisa a utilização de crianças-soldado em conflitos internos aos Estados. Para uma melhor análise, o estudo se atentará ao caso da República Democrática do Congo, trazendo reflexões para analisar a eficácia dos documentos internacionais de proteção à criança. Para tanto, se fez uso da teoria construtivista através do teórico John Rawls, aplicando a teoria da



justiça do autor. Ademais, vale ressaltar que a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental.

Na primeira sessão a pesquisa se deteve a entender a criação e a introdução dos direitos das crianças no sistema internacional através de organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas. Entender o processo histórico do reconhecimento da criança, como ser legal e detentor de direitos e deveres se torna fundamental para a compreensão da gravidade do problema a ser estudado.

A sessão segunda mostra a história desse problema na República Democrática do Congo e como isso tem efeito negativo no tratamento dessas crianças. O país, que desde 1996 faz uso do recrutamento de crianças-soldado, ainda nos dias atuais possui um cenário hostil para o enfrentamento desta prática. Entender a raiz do problema será de grande relevância para análise atual. Nessa sessão, também exploraremos como os organismos internacionais jurídicos, a exemplo do Tribunal Penal Internacional, administra o assunto.

Logo após, na terceira sessão compreenderemos quais as ações efetivas realizadas pelo Estado da República Democrática do Congo e pelos agentes do cenário internacional para o enfrentamento do problema. Instalações de grupos de trabalho e missão de paz chefiadas pela Organização das Nações Unidas são realidade e, por isso, uma análise do contexto atual através de relatórios sobre o tratamento a crianças e conflitos armados na região, produzidos pelo Secretário-Geral da ONU e pelo conselho de segurança da ONU, se torna possível.

Vale ressaltar que, desde 1948, o artigo III da Declaração Universal dos Direitos Humanos, constitui o uso de crianças em conflitos como crime de guerra. “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (UNICEF), sendo assim, e entendendo que o atual cenário da República Democrática do Congo apresenta acontecimentos que vão contra o que o cenário internacional acredita



como correto, o tema, pouco abordado na academia de Relações Internacionais, se torna de extrema relevância para as gerações futuras.

## **2 CRIAÇÃO E INTRODUÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS NO SISTEMA INTERNACIONAL ATRAVÉS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS**

Os processos históricos de criação das instituições sociais, jurídicas e acadêmicas de reconhecimento à criança, o status de sujeito e a dignidade de pessoa humana, foram extremamente extensos. Tem-se dois marcos fundamentais desse reconhecimento, a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) promulgada pela Organização das Nações Unidas e o livro de Philippe Ariès, *L'enfant et l'aveugle familiale sous l'ancien régime*, publicado em 1961, os quais “vão inaugurar uma visão da infância como construção social, dependente ao mesmo tempo do contexto social e do discurso intelectual” (SIROTA, 2001, P. 2010).

Nos estudos da infância e suas delimitações há dois grupos bem antagônicos. O primeiro é formado por autores como Richard Farson, John Holt e Howard Cohen, considerados autores liberacionistas que desejam,

“a liberação das crianças até mesmo da autoridade bem intencionada dos adultos e a sua exposição aos mesmo direitos e privilégios dos adultos, com base em que a proteção que lhes proporcionam, na verdade lhes extorquem muitos direitos como cidadãos” (BERGER, 1984, p. 224).

Em oposição a esses autores a corrente protecionista, motivada por questões filosóficas e políticas, formada por filósofas como Hanna Arendt e Onora O’Neill, e usando três argumentos principais se contrapõe à premissa de que as crianças possam ser consideradas sujeitos dos mesmos direitos contemplados os adultos.

“As crianças não dispõem das mesmas capacidades que qualificam os adultos para usufruto de direitos; a retórica do direito não captura a verdade sobre a vida das crianças e de suas famílias e encoraja uma permissividade destrutiva que tem consequências nefastas para adultos, crianças e sociedade;





a negação desses direitos não tem impacto negativo na vida das crianças” (ROSEMBERG E MARIANO, 2010.).

Ademais, segundo O’NEILL,

“As crianças não são um grupo a ser emancipado como outras minorias porque esta condição não constitui um status na vida das pessoas permanentemente associado “a opressão e discriminação” (ROSEMBERG E MARIANO, 2010.).

Por esse motivo, a segundo grupo defende que os direitos fundamentais das crianças devem refletir na sua educação e proteção e os estudos da infância deveriam refletir no princípio de obrigações dos adultos perante as mesmas e não na retórica de direitos.

Apenas em 1989, com a promulgação da Convenção Internacional sobre o Direitos das Crianças, aprovada na Comissão de Direitos Humanos, no Conselho Econômico e Social – Ecosoc – e na Assembleia Geral da ONU, é que se tem uma tentativa de conciliar as duas correntes de estudo da infância, uma liberacionista e outra protecionista.

O projeto da Convenção foi apresentado pelo governo polonês a Comissão de Direitos Humanos da ONU, no começo de 1978 e ao longo de 11 anos foi ponderada, por diversos países do mundo, em um grupo de trabalho criado pela organização. Na tabela abaixo tem-se o número de países participantes desse grupo durante os 11 anos.



**NÚMERO DE ESTADOS PARTICIPANTES EN LAS SESIONES DEL GRUPO DE TRABAJO  
ENCARGADO DE LA REDACCIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS  
DERECHOS DEL NIÑO, ORDENADOS POR REGIÓN, 1981 - 1988**

Región/Año	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	SL/88
Occidente*	14	13	15	14	18	16	17	18	22
Asia/M.Oriente	3	4	6	4	7	6	9	10	16
A.Latina	3	4	7	5	9	6	6	7	10
E. Oriental	5	6	4	4	6	5	5	6	8
África	2	1	3	1	7	4	3	7	9
<b>Total</b>	<b>27</b>	<b>28</b>	<b>35</b>	<b>28</b>	<b>47</b>	<b>37</b>	<b>40</b>	<b>48</b>	<b>65</b>

**Tabela 1 - FONTE: PILOTTI (2000)**

É fundamental ressaltar que essas discussões ocorreram durante a Guerra fria e devido a isso, embates políticos refletiram massivamente nas negociações e a defesa da criança se transformou em um instrumento de disputa, principalmente porque os direitos humanos faziam parte dos atritos entre os países do Leste e Oeste.

“los países pertenecientes al bloque soviético defendían la primacía de los derechos económicos y sociales, mientras que ciertos países occidentales, particularmente los Estados Unidos, sólo reconocían como derechos humanos legítimos a los de carácter civil y político” (PILOTTI, 2000, p. 51).<sup>1</sup>

Nesse contexto, se entende a importância da universalização dos Direitos Humanos, sendo eles econômicos, sociais, civis ou políticos. E nesse momento podemos analisar obras como *The Law of peoples, Political Liberalism, e Theory of Justice* do filósofo americano, John Rawls, que apresenta um projeto realista dos direitos humanos, contudo também utópico, onde no futuro as diferenças entre os Estados seriam resolvidas em um sistema de cooperação mútua.

“Pretende que a organização justa da sociedade internacional seja um bem para as pessoas individualmente, possibilitando o

<sup>1</sup> Países pertencentes ao bloco soviético defendiam a primazia dos direitos econômicos e sociais, enquanto certos países ocidentais, particularmente os Estados Unidos, reconheciam apenas como direitos humanos legítimos os de natureza civil e política



pleno exercício das duas faculdades morais, e que garanta o bem da justiça e as bases sociais do respeito mútuo, assegurando o reconhecimento público da sua condição de livre e igual” (FELDENS E KRETSCHMANN, 2017).

Nesse sentido, segundo Rawls:

“No processo político internacional, os representantes dos povos devem manter a independência e a igualdade de sua sociedade em relação aos outros povos, por meio do estabelecimento de organizações cooperativas e de padrões de equidade no comércio e nas relações de assistência. ” (FELDENS E KRETSCHMANN, 2017).

Contudo, no cenário internacional, Rawls preza por um tipo de “altruísmo” entre os Estados, mesmo sem, de fato, construir uma verdadeira relação de moral e ajuda humanitária. Propõe então a criação de instituições que proporcionem um ambiente onde os povos possam discutir e ponderar assuntos em comum.

“Com a criação de centros de discussão nesses moldes, os povos bem-ordenados podem definir programas que visem a pressionar os regimes fora da lei a rever sua conduta, discutindo, por meio de um julgamento político, a possibilidade de impor recusa de assistência e de práticas cooperativas mutuamente benéficas a esses regimes” (FELDENS E KRETSCHMANN, 2017).

Como exemplos desses centros de discussão e instituições temos, atualmente, a Organização das Nações Unidas, O Tribunal Penal Internacional, a Organização Mundial do Comércio, entre outras. Ademais, essa forma social entre os Estados possibilita uma construção de Direitos Humanos singular.

Proclamada em 20 de novembro de 1989, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças é um marco no processo de reconhecimento da infância e seus direitos. A convenção dispõe de um órgão de vigilância, o Comitê de Direitos da Criança das Nações Unidas.

“Artigo 43

A fim de examinar os progressos realizados no cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados partes na presente Convenção, deverá ser constituído um Comitê para os Direitos



da Criança, que desempenhará as funções a seguir determinadas.

O Comitê estará integrado por dez especialistas de reconhecida integridade moral e competência nas áreas cobertas pela presente Convenção. Os membros do Comitê serão eleitos pelos Estados-partes dentre seus nacionais e exercerão suas funções a título pessoal, tomando-se em devida conta a distribuição geográfica equitativa, bem como os principais sistemas jurídicos.

3. Os membros do Comitê serão escolhidos, em votação secreta, de uma lista de pessoas indicadas pelos Estados-partes. Cada Estado-parte poderá indicar uma pessoa dentre os cidadãos de seu país...“(Convenção, 1989)

A maior particularidade da convenção, como citado anteriormente, é o fato de ter tentado conciliar as duas correntes, prezando assim pelos direitos de liberdade e proteção. Enquanto os direitos de liberdade são dados em razão da sua humanidade, os de proteção são devido a especificidade de ser criança. Na tabela a seguir essa definição fica mais clara.



Direitos civis e políticos	Direitos econômicos, sociais e culturais	Direitos especiais (proteção)
<p>Registro, nome, nacionalidade, conhecer os pais.</p> <p>Expressão e acesso à informação.</p> <p>Liberdade de pensamento, consciência e crença.</p> <p>Liberdade de associação.</p> <p>Proteção da privacidade.</p>	<p>Vida, sobrevivência e desenvolvimento.</p> <p>Saúde.</p> <p>Previdência social.</p> <p>Educação fundamental (ensino primário obrigatório e gratuito).</p> <p>Nível de vida adequado ao desenvolvimento integral.</p> <p>Lazer, recreação e atividades culturais.</p> <p>Crianças de comunidades minoritárias: direito de viver conforme a própria cultura.</p>	<p>Proteção contra abuso e negligência.</p> <p>Proteção especial e assistência para a criança refugiada.</p> <p>Educação e treinamento especiais para crianças portadoras de deficiência.</p> <p>Proteção contra utilização pelo tráfico de drogas, exploração sexual, venda, tráfico e sequestro.</p> <p>Proteção em situação de conflito armado e reabilitação de vítimas desses conflitos.</p> <p>Proteção contra trabalho prejudicial à saúde e ao desenvolvimento integral.</p> <p>Proteção contra uso de drogas.</p> <p>Garantias ao direito ao devido processo legal, no caso de cometimento de ato infracional.</p>

Tabela 2 - Direitos Estabelecido na Convenção. FONTE: FROTA (2004, P. 71)

Ademais, a tensão abordada na adesão dos países paira sobre a força de lei que a convenção passa a ter nos países que optem por ratificá-la. Ao decorrer do trabalho entenderemos melhor como esses Estados praticam com as obrigações que lhe são impostas no cenário internacional acerca da proteção à criança.

### 3 ANÁLISE DO CASO PRÁTICO - A REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO

Por questões que ficarão claras ao decorrer desta sessão, o país escolhido para ser utilizado como exemplo para análise, é a República Democrática do Congo. De acordo com Medeiros, foi colonizada pela Bélgica em 1942 e está localizada no



continente africano, tendo como capital a cidade de Kinshasa e possuindo 9 fronteiras, fazendo divisa com Angola do Sul, Burundi, Tanzânia, República Centro-Africana, Ruanda e Uganda. Com um território que mede cerca de 2.344.858 km<sup>2</sup> e uma história marcada por dois principais conflitos. (MEDEIROS, 2012)

“Esse país passou por duas guerras: uma em 1996-1997 e a outra 1998-2003 e estima-se que a maior parte das vítimas foram crianças com menos de 5 anos de idade. Mais de 5,4 milhões de pessoas morreram na década passada diretamente ou indiretamente resultante do conflito. Embora tenha sido uma tragédia, tal fato passou despercebido pela mídia no mundo, sustenta que foi relatado na Anistia Internacional que todos os soldados das forças armadas que estavam na República Democrática do Congo cometeram estupro e violência sexual, inclusive as forças armadas da RDC, Burundi e Uganda.” (Medeiros, 2012).

Ademais, Portella, define a história da República Democrática do Congo a partir de algumas palavras como colonização europeia, independência, busca de identidade nacional, pobreza, corrupção e guerras civis (PORTELLA, 2005). Ainda, segundo Medeiros, a tão sonhada independência do Congo, vindo então a se chamar República do Congo, ocorreu em 1960. Contudo, apesar de uma euforia inicial e um desapontamento com a situação pós independência, os conflitos começaram a se formar internamente, se instalando, por fim, um sentimento separatista, o qual alimenta os conflitos internos até hoje. (MEDEIROS, 2012)

A República Democrática do Congo, desde a sua independência, teve apenas quatro presidentes. Mobutu Sese Seko (1965 - 1997), que ascendeu ao poder com um golpe militar, estabeleceu uma ditadura militar e corrupta, e foi deposto e morto após a Primeira Guerra do Congo. Quem assumiu a presidência, através de um golpe de Estado, foi Laurent-Désiré Kabila (1997 – 2001), conhecido por reestabelecer a democracia, e iniciara Segunda Guerra do Congo.

Apesar de líder da *Alliance des Forces Democratiques pour la Libération du Congo- Zaire (AFDL)*, e de acordo com o nome, supostamente ter o objetivo de



libertar o país da ditadura, ainda que numa democracia, coordenou o país sob condições repressivas. Apesar de uma maior flexibilidade aparente, Kabila governou por “decretos presidenciais, banindo os partidos políticos, fechando jornais, perseguindo e encarcerando opositores, jornalistas e ativistas dos direitos humanos” (DOPCKE, 2002).

Após ruptura a de cooperação militar, em 1998, deu-se início a uma revolta “anti- Kabila”, por parte de seus ex-aliados, e iniciou-se a Segunda Guerra do Congo, marcada com altos custos financeiros, militares e sobretudo, de vidas. Para um cessar fogo, foi realizado um acordo – o Acordo de Lusaka -, em julho de 1999. (ACCORD, 1999).

No fim de janeiro de 2000, Laurent Kabila realiza, talvez, uma de suas ações mais relevantes. O então Chefe de Estado pede autorização para instaurar uma missão de paz das Nações Unidas na RDC. Na época, o Secretário-Geral, Kofi Annan, propôs o envio de 500 observadores e 5 mil militares. E em fevereiro do mesmo ano, instaurou-se a MONUC (Missão das Nações Unidas na República Democrática do Congo), conhecida atualmente como MONUSCO (Missão de Estabilização das Nações Unidas na República Democrática do Congo).

Segundo Kisangani, o mandato de Kabila não durou muito, foi assassinado em 2001. Suspeita-se que por uma criança-soldado que atuava como um de seus guarda-costas. (KISANGANI, 2003)

Como sucessor ao cargo, foi escolhido Joseph Kabila, filho do ex-presidente assassinado. Joseph segue até 2006, sem observância às leis, assim como seu pai. E só após 5 anos de presidência e depois de fortes apelos da população, foi realizada a primeira eleição democrática, em 60 anos de história da RDC. Joseph Kabila, continuou no poder após ser eleito com 49% dos votos, baseado num discurso com cinco pilares: infraestrutura, saúde e educação, água, eletricidade, moradia e emprego. (BBC, 2011).



Joseph Kabila ficou no poder até 2019, quando foi eleito o até então atual presidente da RDC, Félix Tshisekedi. Eleito democraticamente, com 38,6% dos votos (DW - Ineke Mules, António Cascais, Fréjus Quénum, rl, Agência Lusa - 2019), tem sido criticado pela mídia internacional por ser considerado pouco preparado politicamente.

### **3.1 A República Democrática do Congo e a Utilização de Crianças-Soldado**

Em meio a tantos conflitos e disputas de poder, desde 1996, a prática de recrutamento e uso de crianças como soldados na RDC tornou-se um fato. A AFDL (Aliança das Forças Democráticas para a Libertação do Congo), liderada, a época por Laurent Kabila, começou a realizar treinamentos militares com milhares de crianças, exemplo esse, seguido pelos demais grupos armados do país. De acordo com Reyntjens, as crianças, em sua maioria, eram voluntárias em seu recrutamento, enganadas por propagandas de um suposto pagamento por integrarem o grupo armado, além de procurarem um sentimento de proteção. Entretanto, também ocorreram recrutamentos através da força. Crianças foram retiradas de seus lares, escolas, ruas, contra a sua vontade. (REYNTJENS, 2001)

Em junho de 2000, com grandes pressões no cenário internacional, para encerrar atividades de recrutamento infantil, Laurent Kabila, emitiu um decreto presidencial anunciando o objetivo do governo de desmobilizar grupos infantis do exército congolês. Concomitante a sua chegada ao poder, Joseph Kabila, continuou, assim como seu pai, apoiando, apenas no discurso, a proibição da prática de utilização de crianças-soldado.

Utilizou de um discurso de proteção, “You are my children and I have a duty to do everything that’s necessary for you.”<sup>2</sup> (AMNESTY INTERNACIONAL, 2003).

---

<sup>2</sup> Vocês são meus filhos e eu tenho o dever de fazer tudo o que for necessário por vocês





Ainda de acordo com estudo realizado pela Amnesty Internacional em 2003, as crianças eram ensinadas a marchar, obedecer a ordens e a utilizar armas como forma de treinamento militar. Devido ao tratamento brutal dispensado a essas crianças, muitas não aguentavam o treinamento até o final. A falta de alimentação apropriada, tortura, estupro, falta de cuidados médicos e privação de sono eram algumas das causas. E aos sobreviventes eram atribuídas diversas funções, como atuar como escudo humano, guarda-costas, carregar os suprimentos e munição, e participar ativamente de conflitos.

Conforme expõe Frisso, as crianças são escolhidas devido a sua obediência, vulnerabilidade e maleabilidade, não possuem códigos morais formados com firmeza e são de fácil manipulação. O que torna mais fácil para que os grupos armados violem os direitos humanos e o Direito Internacional Humanitário. (FRISSO, 2012)

Mesmo com o discurso de proteção às crianças e com as pressões internacionais, principalmente pela missão da ONU/MONUSCO, tentando acabar com os conflitos internos e libertar as crianças-soldados, apenas em 2010, a RDC finalmente criou uma lei que prevê 20 anos de prisão, para quem alicie menores de 18 anos a participar de grupos armados. (UNRIC, 2010).

Todavia, hodiernamente, ainda temos registros de alistamento infantil em território congolês, e é por isso que este trabalho se torna tão atual. As medidas de proteção à criança no cenário internacional trazem consequências a pessoas que as desrespeitem, entretanto, é necessário saber se há ou não efetividade nas punições.

### *3.1.1 O Caso Thomas Lubanga Dyilo*

É importante ressaltar que ao longo de sua história a República Democrática do Congo nem sempre encarou o recrutamento infantil como um problema, em



muitos acontecimentos e conflitos internos essa era uma prática bem comum. E nesse sentido, as pressões do sistema internacional foram fundamentais para criar casos como o de Thomas Lubanga Dyilo, o primeiro réu do Tribunal Penal Internacional a ser julgado e condenado pelo crime de recrutamento infantil.

Thomas Lubanga Dyilo, também chamado de “Senhor da Guerra”, se tornou conhecido após a liderança do grupo miliciano nomeado de *Union des Patriotes Congolais (UPC)*, e do seu braço armado, as Forças Patrióticas para a Libertação do Congo (FPLC). Responsável por um dos conflitos étnicos mais intensos do século, pela dominação de uma região chamada Ituri, no nordeste da RDC e conhecida pela diversidade de minerais presentes, o seu principal objetivo era a separação e independência desse território, possuindo o controle das ricas reservas minerais, diz o site da BBC Brasil (BBC, 2006).

O site RFI Vozes do Mundo (RFI, 2012), destaca que Dyilo ia pessoalmente as aldeias para recrutar crianças para o conflito. Crianças essas que eram drogadas e submetidas ao treinamento militar. Eram impostas a executar trabalhos domésticos, fazer segurança miliciana, lutar e matar pela causa. “Ele cometeu alguns dos crimes mais sérios, da comunidade internacional, contra crianças”, afirmou Luís Moreno-Ocampo, o procurador. Site da Euronews (ICC, 2014).

Thomas Lubanga Dyilo foi o primeiro réu a ser condenado pelo Tribunal Penal Internacional.

“O Tribunal Penal Internacional (TPI), pela primeira vez em sua história de dez anos, condenou nesta quarta-feira (14), em Haia, na Holanda, um acusado de crimes de guerra. O réu em questão é o ex-líder rebelde congolês Thomas Lubanga, de 51 anos, que pode cumprir prisão perpétua por recrutar crianças e transformá-las em soldados de sua milícia entre 2002 e 2003 na República Democrática do Congo. Após a sentença desta quarta, os magistrados anunciarão a condenação em uma audiência posterior, cuja data ainda não foi fixada. A pena máxima que Lubanga pode pegar é de prisão perpétua, uma



vez que o TPI não pode condenar alguém à morte. (Época (LUBANGA, 2012))”

As investigações, a pedido da própria RDC, em alta instância tiveram início em junho de 2004, resultando na prisão de Lubanga, inicialmente em Makala e posteriormente transferido para a sede do TPI, Haia, ressalta (EURONEWS, 2014).

“Promotoria dirigida pelo argentino Luis Moreno Ocampo acusou Lubanga de recrutar menores de 15 anos da etnia hema na região de Ituri (sudeste) para lutar no conflito armado local entre esta etnia e a lendu, que disputavam o controle das minas de ouro na região. A sentença criticou o trabalho da Promotoria, que na opinião dos juízes "não tinha de ter delegado seus trabalhos de investigação a intermediários" na zona. Para os magistrados, que rejeitaram os depoimentos de três testemunhas por falta de credibilidade, o fato de terem usado intermediários aumentou o "risco" para as testemunhas, especialmente as crianças que foram arregimentadas como soldados. (ÉPOCA, 2012)

A condenação de Dyilo deveria servir e ser difundida como um grande marco e um exemplo claro de que o sistema internacional não aceitaria grupos milicianos, que utilizassem tais meios para buscar seus objetivos. Alguns posicionamentos ficaram famosos na época:

“Durante muitos anos, diariamente, documentámos graves violações de Direitos humanos cometidos por Lubanga contra o povo da República Democrática do Congo,” disse Pillay. “A condenação de Lubanga envia um sinal importante contra a impunidade para tais graves violações do Direito Internacional que vai ter eco muito para além da RDC”. Site UNRIC (PILLAY, 2012).

“Fundo das Nações Unidas para as Crianças (Unicef), “a decisão deve ser comemorada. O Unicef celebrou a decisão lembrando que milhares de crianças foram recrutadas pelo grupo de Lubanga. “Esta é uma vitória essencial para a proteção das crianças em conflitos”, disse Anthony Lake, diretor-executivo do Unicef a revista Época” (ÉPOCA, 2012).

“Isso é muito importante para a justiça internacional e para a justiça do povo congolês”, afirmou Anneke Van Woudenberg, pesquisadora do grupo ativista, para BBC Brasil (BBC, 2006).



Nesta seção conseguimos compreender a história da República Democrática do Congo, e como ela foi marcada por disputas internas. Um cenário triste, que desde 1999 é assistido pela Organização das Nações Unidas e que desde 2004 se tornou pauta para o Tribunal Penal Internacional.

Para a próxima seção precisamos ter em mente, que não é de hoje, que o sistema internacional busca uma solução para o problema de recrutamento de crianças-soldado e, por isso, analisar as medidas de proteção e seus efeitos, será nosso objetivo.

#### **4 ANÁLISE DA EFETIVIDADE DAS MEDIDAS TOMADAS, CONTRA O RECRUTAMENTO DE CRIANÇAS-SOLDADO, NA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO**

O contexto lastimável da República Democrática do Congo, infelizmente, não é uma novidade no cenário internacional. Diversos países, como Nigéria, Somália, República Centro-Africana, Síria, Iraque, Afeganistão, passam por situações semelhantes, tanto de conflitos internos como os crimes de recrutamento infantil. E procurando curar essas mazelas, o Sistema Internacional, estabeleceu um regime internacional de proteção às crianças em caso de conflitos armados.

Vale ressaltar que, desde 1948, o artigo III da Declaração Universal dos Direitos Humanos, constitui o uso de crianças em conflitos como crime de guerra, “todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (UNICEF). Dentre as medidas adotadas pelos Estados, o mecanismo mais importante e que dá voz a essa luta, é a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança (1989), ratificada por 193 países, e que define criança como “todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes” (DUDH).



Além disso a criação da Convenção sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação, em 1999 e a produção do Protocolo Facultativo para a Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, em 2000, foram importantes para criar centros de discussão do assunto e mostrar que o cenário internacional está disposto a tentar minimizar os efeitos dessa situação para as crianças. E segundo o site das Nações Unidas, a República Democrática do Congo, além de assinar a Convenção, em 2001, ratifica também o protocolo facultativo.

#### **4.1 Instalação do grupo de trabalho das Nações Unidas na RDC**

Desde 1999, com a resolução 1261 (1999), a questão de recrutamento infantil para uso em conflitos armados, tem sido um objeto de estudo no Conselho de Segurança das Nações Unidas. A partir desse ano tem-se pelo menos uma resolução por ano que trate do assunto e como de praxe, o assunto é a condenação à prática do recrutamento e o aconselhamento ao respeito dos instrumentos de proteção à criança, podendo incluir alguma nova medida, entendida como necessária. Por questões de organização e extensão, o presente trabalho trará as resoluções que buscaram medidas com maior relevância para estudar o nosso cenário base.

Nos anos iniciais das discussões, a resolução 1379 (Conselho de Segurança, 2001), insere a ideia de um programa de Desarmamento, Desmobilização e Reintegração (DDR). Contudo é só em 2005, com a resolução 1612 (2005), é que o Conselho de Segurança decide instalar um Grupo de Trabalho na RDC, com o intuito de analisar o progresso do plano de ação criado na resolução 1539 (Conselho de Segurança, 2004), o qual pretendia monitorar e reportar informações precisas,



objetivas e confiáveis sobre o recrutamento infantil, e o descumprimento às Leis do Direito internacional.

Desde a sua instalação, o Grupo de Trabalho tem datas definidas para seu encerramento, contudo, as resoluções 2225 (Conselho de Segurança, 2015), 2360 (Conselho de Segurança, 2017) e por fim 2424 (Conselho de Segurança, 2018), prorrogaram a atuação do grupo entendendo que:

“la situación em la República Democrática del Congo sigue constituyendo una amenaza a la paz y la seguridad internacional em la región” (resolução 2360 (Conselho de Segurança, 2017)).<sup>3</sup>

A última data estipulada até o momento, encerra as atividades do grupo no final agosto de 2020.

Através das diversas resoluções acerca deste assunto, inegável é a preocupação e os esforços empreendidos pelas Nações Unidas, procurando atuar conjuntamente aos Estados, Organizações Internacionais, Organizações Não Governamentais e Sociedade Civil, na procura por uma solução.

## **4.2 A MONUSCO na República Democrática do Congo**

Como citado anteriormente, a primeira missão de paz instalada na República Democrática do Congo, foi no ano de 1999, a pedido do presidente à época, Laurent Kabila. Instaurada pela resolução 1279 (Conselho de Segurança, 1999), tinha como objetivo observar o cessar-fogo, do Acordo de Lusaka. Com o passar do tempo e com novas discussões a até então, conhecida como MONUC, começou a implementar tarefas militares, políticas e de cumprimento as leis, tudo baseado em resoluções das Nações Unidas.

---

<sup>3</sup> A situação na República Democrática do Congo continua constituindo uma ameaça à paz e à segurança internacional na região



Somente na resolução 1925 (Conselho de Segurança, 2010), o Conselho vê a necessidade de renomear a MONUC para MONUSCO (Missão de Estabilização das Nações Unidas na República Democrática do Congo), entendendo a necessidade de dar continuidade a essa missão, devido a realidade encontrada no país. Essa resolução autoriza a MONUSCO a utilizar de todos os meios necessários para assegurar a integridade dos civis e defensores dos direitos humanos, além de prestar apoio ao governo na estabilização da paz no território congolês.

Assim como o Grupo de Trabalho, a MONUSCO também teve datas agendadas para encerrar suas atividades em campo, entretanto as resoluções 2211 (Conselho de Segurança, 2015), 2463 (Conselho de Segurança, 2019) e por fim, a 2502 (Conselho de Segurança, 2019), prorrogaram o mandato atual até 20 de dezembro de 2020, desprendendo o uso de:

“14,000 military personnel, 660 military observers and staff officers, 591 police personnel, and 1,050 personnel of formed police units, further agrees to a temporary deployment of an additional 360 personnel of formed police units provided they are deployed in replacement of military personnel, as proposed by the Secretary-General in his report S/2019/905.” (Resolução 2502 (2019).)<sup>4</sup>

Sendo importante ressaltar, que esses contribuintes são oferecidos pelos 193 Estados- Membros da ONU, sendo a RDC considerada um Estado Membro desde 20 de setembro de 1960.

Dentro da MONUSCO, além da área militar, existe uma sessão intitulada “Child Protection Section”, que de acordo com o site oficial da MONUSCO, atua diretamente com a sociedade civil, buscando auxiliar tanto as crianças que vivem com suas famílias, quanto as precocemente recrutadas. Exemplificando algumas de suas funções, temos o apoio as ONG’s e as instituições internacionais que recebem as

---

<sup>4</sup> 14.000 militares, 660 observadores militares e oficiais de equipe, 591 policiais e 1.050 funcionários de unidades policiais formadas, concordam ainda com o destacamento temporário de 360 funcionários adicionais de unidades policiais formadas, desde que sejam destacados em substituição a militares, como proposto pelo Secretário-Geral em seu relatório S / 2019/905



crianças para participar do programa de Desarmamento, Desmobilização E Reintegração, a documentação de graves abusos deferido as crianças por todas as partes do conflito, documentar informações quantitativas da presença dos menores em grupos armados, visitar as prisões regularmente em busca de menores, monitorar como as leis estão sendo respeitadas para garantir mais proteção, facilitar a repatriação dos menores e buscar a conscientizar todas as partes dos riscos da exploração dessas criança-soldados, procurando sensibilizar esse problema.

Ademais, nesse contexto de combate ao recrutamento das crianças, a MONUSCO tem um importante aliado, a *Bureau pour le Volontariat au Service de l'Enfance et de la Santé*, que é um dos centros de transição para onde as crianças são levadas, com o objetivo de protegê-las e lhes oferecer um tratamento psicossocial. Desde que foi criada, em 1992, 484.523 crianças já receberam algum tipo de ajuda.

A partir disso, podemos afirmar com exatidão que a MONUSCO possui grande influência no papel efetivo de proteção à criança.

## 4.3 Cenário Atual

É importante ressaltar que ao longo do desenvolvimento deste trabalho, obtivemos informações em tempo real. Relatórios publicados pelo Secretário-Geral das Nações Unidas nos dão informações de como a República Democrática do Congo se encontra, hoje.

A resolução 2502 (Conselho de Segurança, 2019), citada anteriormente, nos deu informações sobre os progressos da MONUSCO na RDC, entre 26 de novembro de 2019 a 16 de março de 2020 e, segundo o relatório apresentado no dia 18 de março de 2020, pelo Secretário-Geral das Nações Unidas, a partir da visão geral dos acontecimentos políticos, incluindo o fortalecimento das instituições do Estado, e com a descrição do progresso e ajustes nas prioridades da Missão e na busca por uma





abordagem abrangente para a proteção de civis, a ONU entende a importância de esforços, agora, para realizar a transferência progressiva das tarefas hoje executadas pela organização para o Governo da República Democrática do Congo.

Ainda sobre a situação das crianças o relatório S/2020/214, consta:

“Through the monitoring and reporting mechanism on grave violations against children in situations of armed conflict, MONUSCO verified 122 grave violations against children from December 2019 to January 2020. During that period, at least 82 children (12 girls and 70 boys) escaped or were separated from armed groups, while 3 children (1 girl and 2 boys) were reportedly killed and 7 children (2 girls and 5 boys) were reportedly maimed in crossfire during military operations.” (Conselho de Segurança, 2014)<sup>5</sup>

O relatório mais recente, enviado pelo Secretário Geral da ONU, é o S/2020/272, do dia 3 de abril de 2020, onde é relatado que a situação não apresenta grandes mudanças e não traz nenhuma informação sobre as crianças-soldado e o combate a esse problema.

Entretanto, no dia 6 de maio do ano corrente, segundo reportagem do jornal DW (Agência Lusa, 2020), o Gabinete Conjunto das Nações Unidas para os Direitos Humanos "documentou 681 violações dos direitos humanos em toda a RDC, um aumento de 6% em relação a fevereiro (642 violações)". Ainda, segundo o relatório, 42% das violações foram realizadas por agentes do Estado e 58% pelos grupos armados, ainda presentes em grande parte do país. Além disso, a Organização das Nações Unidas relata a morte de mais de 700 civis em território nacional, podendo ser considerado, no cenário internacional, um crime contra a humanidade.

---

<sup>5</sup> Através do mecanismo de monitoramento e denúncia de violações graves contra crianças em situações de conflito armado, a MONUSCO verificou 122 violações graves contra crianças de dezembro de 2019 a janeiro de 2020. Durante esse período, pelo menos 82 crianças (12 meninas e 70 meninos) escaparam ou foram separadas de grupos armados, enquanto 3 crianças (1 menina e 2 meninos) teriam sido mortas e 7 crianças (2 meninas e 5 meninos) teriam sido mutiladas em fogo cruzado durante operações militares.” (Conselho de Segurança, 2014)



Após tantas violações por parte do governo e dos grupos armados ilegais, a população tem se revoltado contra o exército da República Democrática do Congo e a missão das Nações Unidas.

### *4.3.1 A População*

Em meio a tantos conflitos na RDC, a população vem acusando a Missão de paz da ONU de não estar realizando a proteção dos civis. Após uma série de massacres rebeldes a população tem realizado manifestações contra o governo e a MONUSCO. Em Beni, uma das cidades que mais sofre ataques de grupos armados, manifestantes incendiaram a prefeitura da cidade e atacaram campos das Nações Unidas, pedindo mais ação e proteção desses agentes.

"Todo a gente sabe que a MONUSCO não está a fazer o seu trabalho. Não somos totalmente contra a MONUSCO, mas, se pelo menos estivesse a fazer o seu trabalho, as coisas seriam diferentes. A Monusco não nos está a ajudar", afirma um dos manifestantes. (DW (John Kanyuny), 2019)

A população pede a saída da ONU do território congolês, alegando a inação para conter o grupo terrorista denominado Forças Aliadas Democráticas (ADF). Em resposta, o governo anunciou, uma "operação conjunta" entre o exército nacional e a missão de paz da ONU. Buscando "assegurar a paz e a segurança da população civil". Além disso, o presidente anunciou a "instalação de um quartel-general avançado das forças armadas em Beni", ainda sem data prevista para início das operações. (DW, (John Kanyunu, 2019).

Em defesa das manifestações e declarando compreender a população, o presidente do Parlamento da RDC, Jeanine Mabunda, em matéria para (DW, (John Kanyunu, 2019), declara "Há um mal-estar entre a presença, o custo da MONUSCO



na República Democrática do Congo, e os resultados obtidos”, devido a isso "é legítimo que as populações questionem porque é que esta força persiste na RDC".

Se torna fundamental ter em mente que a MONUSCO atua em território congolês a mais de 20 anos, gastando quase mil milhões de dólares por ano, e mesmo assim não tem o resultado esperado.

Em resposta, a MONUSCO, “tem indicado que as suas tropas não podem entrar em combate sem a aprovação do país anfitrião e sem uma coordenação com as forças nacionais.” (DW (AP, AFP, cvt), 2019). O cenário atual não é nada positivo e mesmo trabalhando em conjunto com o governo nacional, a missão de paz ainda possui limitações de atuação. E enquanto isso os ataques cometidos pela ADF contra civis, só aumentam.

Segundo matéria publicada pela ONU News, em fevereiro de 2020, o general brasileiro Ricardo Augusto Costa Neves, nomeado no fim de 2019 e atual chefe da MONUSCO, “acredita que operações de inteligência da maior missão de paz do mundo podem ter mais apoio dos civis.”. A partir disso, podemos notar uma maior tentativa de aproximação com a população para reconquistar apoio.

## **4.4 Contradições**

A partir do cenário exposto ao longo do trabalho e de todas as ações tomadas por todos os agentes envolvidos, a contradição entre os gastos e tempo tomado pela missão e os resultados obtidos, se torna clara.

Ao mesmo tempo que temos, ações como o DDR, campanhas de sensibilização realizadas pela ONU, ONG's com a Bureau pour le Volontariat au service de l'Enfance et de la Santé, trabalhando em conjunto com a ONU um representante especial enviado para trabalhar no local, dois julgamentos no Tribunal



Penal Internacional, do Thomas Lubanga e do Bosco Ntaganda e, mais 50 mil crianças resgatadas durante a instalação desta missão de paz. A Congo Research Group (CRG) denuncia em relatórios anuais, a morte de centenas de civis através de ataques rebeldes e de ações da MONUSCO, a própria MONUSCO alegando uma impossibilidade de ação mais efetiva, gastos estrondosos de quase um bilhão por ano, um governo que parece passar panos quentes juntamente com a missão e, uma das missões mais longas e dolorosas para a população, que a Organização das Nações Unidas já implantou.

Em meio a tantas dificuldades e problemas adversos, não temos como ignorar os avanços na luta contra o recrutamento de crianças-soldado em território congolês, entretanto, é papel do sistema internacional como um todo cobrar, através da ONU, e demais agentes, como o TPI, a efetividade dessa missão de paz e o seu término o mais rápido possível. Conclui-se, portanto, que algo passageiro e de emergência, não deveria durar 20 anos.

## **5 CONCLUSÃO**

Na primeira sessão do trabalho, foi possível observar a importância do reconhecimento à criança do status de sujeito e a dignidade de pessoa humana. Além disso, elencar a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) como marco inicial da luta pelos direitos dos menores, nos proporcionou uma base para o estudo dos acontecimentos ao longo da história. Ademais, instrumentos como a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e os mecanismos adicionais, identificam as obrigações impostas aos Estados acerca da proteção à criança, e centros de discussão nesses moldes, possibilitam que povos bem-ordenados definam programas que visem pressionar os regimes fora da lei a rever a sua conduta (RAWLS, 1999). O que coube a ser analisado nas sessões seguintes.



Levando em consideração toda a análise empreendida na descrição do caso prático, a República Democrática do Congo, mostrou-se um país definido por colonização europeia, independência, busca de identidade nacional, pobreza, corrupção e guerras civis (PORTELLA, 2005). Com governos autoritários e apoiadores de ações hostis, como o recrutamento de crianças para participação em conflitos, a ação do cenário internacional se torna, sem dúvidas, fundamental. Outro fato importante a se atentar é a forma como o governo, através de ações disfarçadas de justiça e amor pelas crianças, continuou, mesmo depois da instauração de missão de paz, dando aval para essa prática.

Ademais, através das informações expostas, podemos compreender a importância de Estados sólidos que utilizarem a ajuda internacional no enfrentamento a mazelas como essa. O julgamento do Thomas Lubanga pelo Tribunal Penal Internacional, demonstra como uma ação penal internacional, que deveria se tornar um marco no enfrentamento desse problema, por não ser legitimada da forma correta dentro do Estado, não passa hoje de estatística internacional e de um exemplo de como os órgãos internacionais, sozinhos, não conseguem resolver problemas internos dos países.

Por fim, encontramos um cenário extremamente positivo quando analisado apenas na lente dos relatórios das Organizações Unidas e, um cenário demasiadamente negativo, se analisado através de reportagens de meios de comunicação considerados imparciais, onde uma parte da população pede o fim da mais longa missão de paz instalada pela ONU. A contradição é clara, e só reforça a necessidade de continuação e melhoramento das formas e das políticas implantadas em território congolês para acabar com a prática de recrutamento infantil e decretar o fim dessa Missão de paz.

## **REFERÊNCIAS**



AP; AFP; CVT. **Violência intensifica-se na República Democrática do Congo.** 2019. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/viol%C3%Aancia-intensifica-se-na-rep%C3%BAblica-democr%C3%A1tica-do-congo/a-51446473>. Acesso em: 28/02/2020.

BBC BRASIL. **A História turbulenta do Congo.** 2001. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2001/010117\\_kabila.shtml](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2001/010117_kabila.shtml). Acesso em: 11/03/2020.

BBC BRASIL. **Tribunal Penal Internacional realiza 1º audiência.** 2006. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/story/2006/11/061109\\_corteinternacionallu banga\\_tp.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/story/2006/11/061109_corteinternacionallu banga_tp.shtml). Acesso em: 25/05/2020.

BBC News. **Joseph Kabila: DR Congo's president in profile.** 2011. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-africa-16120557>. Acesso em: 27/01/2020.

BERGER, B. M. **Liberação da sexualidade infantil: experiência comunitária.** In: CONSTANTINE, L.; MARTINSON, F. M. (Org.). *Sexualidade infantil: novos conceitos, novas perspectivas.* São Paulo: Roca, 1984.

BVES. **Bureau pour le Volontariat au Service de l'Enfance et de la Santé.** Disponível em: <http://www.bves-rdc.org/MissionEn.htm>. Acesso em: 17/02/2020.

BVES. **BVES.** Disponível em: <http://www.bves-rdc.org/DefaultEn.htm>. Acesso em: 18/02/2020.

BYARUHANGA, Godfrey. **Democratic Republic of the Congo (DRC).** 1999. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/402d01524.html>. Acesso em: 18/01/2020.

CRG. **Posts in Category – Rapports.** Disponível em: <http://congoresearchgroup.org/category/rapports/?lang=fr>. Acesso em: 29/02/2020.

DA REDAÇÃO. **TPI condena chefe de milícia do Congo a 14 anos de prisão.** 2012. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/tpi-condena-chefe-de-milicia-do-congo-a-14-anos-de-prisao/>. Acesso em: 21/04/2020.

Doc. ONU: S/RES/1261 (1999). 30 ago. 1999. Working Group on Children and Armed Conflict.



Doc. ONU: S/RES/1379 (2001). 20 nov. 2001. Working Group on Children and Armed Conflict.

Doc. ONU: S/RES/1539 (2004). 22 abr. 2004. Working Group on Children and Armed Conflict.

Doc. ONU: S/RES/1612 (2005). 26 jul. 2005. Working Group on Children and Armed Conflict.

Doc. ONU: S/RES/2225 (2015). 18 jun. 2015. Working Group on Children and Armed Conflict.

Doc. ONU: S/RES/1279 (1999). 30 nov. 1999. Working Group on Children and Armed Conflict.

Doc. ONU: S/RES/1925 (2010). 28 maio 2010. Working Group on Children and Armed Conflict.

Doc. ONU: S/RES/2211 (2015). 26 mar. 2015. Working Group on Children and Armed Conflict.

**ÉPOCA. Troca de Ministros Atrasou Operação de Novas UTIS Pelo Brasil.**

Disponível em:

<https://epoca.globo.com/?status=404&url=http://revistaepoca.globo.com/Mundo/noticia/2012/03/lubanga-e-condenado-prisao-perpetua-por-transformar-criancas-em-soldados.html>. Acesso em: 30/03/2020.

**EURONEWS. LUBANGA o homem que fez das crianças soldados.** 2014.

Disponível em: <http://pt.euronews.com/2014/12/01/lubanga-o-homem-que-fez-das-criancas-soldados>. Acesso em: 04/04/2020.

FELDENS, Guilherme de Oliveira; KRETSCHMANN, Ângela. **A Concepção de Direitos Humanos e Fundamentais na Teoria da Justiça como Equidade.** 2016.

Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-31732017000400187](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732017000400187). Acesso em: 27/05/2020.

FONDS AU PROFIT DES VICTIMES. Disponível em:

<https://www.trustfundforvictims.org/>. acesso em: 13/04/2020.

FROTA, M. G. da C. **Associativismo civil e participação social: desafios de âmbito local e global na implementação dos direitos da criança.** 2004. Tese (Doutorado em Sociologia) – Iuperj, Rio de Janeiro.



ICC. International Criminal Court. **Lubanga Case**. 2012. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/drc/lubanga#>. Acesso em: 17/03/2020.

ICC. International Criminal Court. **How the court Works**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works/Pages/default.aspx#legalProcess>. Acesso em: 24/03/2020.

KANYUNYU, John. DW. RDC: **Manifestantes invadem campos da missão de paz da ONU**. 2019. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/rdc-manifestantes-invadem-campos-da-miss%C3%A3o-de-paz-da-onu/a-51415174>. Acesso em: 24/03/2020.

KISANGANI, Emizet F. International Journal on World Peace. **Conflict in the Democratic Republic of Congo: A Mosaic of Insurgent Groups**. 2003. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20753410?seq=1>. Acesso em: 20/01/2020.

LIRA, Fernanda Matos. **O Desafio à Proteção das Crianças-Soldado na República Democrática do Congo**. (Dissertação de Graduação) 2016. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8959/1/21219621.pdf>. Acesso em: 24/04/2020.

LUSA, Agência. DW. RDC: **Mais de 600 violações dos direitos humanos em um mês, diz ONU**. 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/rdc-mais-de-600-viola%C3%A7%C3%B5es-dos-direitos-humanos-em-um-m%C3%AAs-diz-onu/a-53356613>. Acesso em: 23/02/2020.

LUSA, Agência. DW. **Quem é Félix Tshisekedi, o Presidente eleito na RDC?**. 2019. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/quem-%C3%A9-f%C3%A9lix-tshisekedi-o-presidente-eleito-na-rdc/a-47042797>. Acesso em: 24/05/2020.

MARIANO, Carmen Lúcia Sussel.; ROSEMBERG, Fúlvia. **A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: Debates e Tensões**. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cp/v40n141/v40n141a03.pdf>. Acesso em 07/03/2020.

MEDEIROS, Nara Cavalcante de. **Tribunal penal internacional a atuação do TPI nos crimes de guerra: caso da república democrática do congo**. 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/123456789/327>. Acesso em: 27/03/2020.

MONUSCO. **United Nations Organization Stabilization Mission in the DR Congo**. Disponível em: <https://monusco.unmissions.org/en/child-protection>. Acesso em: 19/04/2020.





MUNANGA, Kabengele. **A república Democrática do Congo**. Disponível em: <http://beta.casadasafricanas.org.br/img/upload/327492.pdf>. Acesso em: 28/03/2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 05/02/2020.

O'NEILL, O. **Children's rights and children's lives**. *Ethics*, Berkeley, v.98, n.3, p.445- 463, abr.1988.

ONU. **Monusco Mission de L'organisation des Nations Unies pour la stabilization en RD Congo**. Disponível em: <https://monusco.unmissions.org/>. Acesso em: 13/02/2020.

PECEQUILLO, Cristina Soreanu. **Sobre Fins e Começos**. 2002. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/1281/1116>. Acesso em: 15/01/2020.

PILOTTI, Francisco. **Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto**. 2001. Disponível em: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5998/S01040321\\_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5998/S01040321_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 02/03/2020.

PORTELLA Júnior, José Carlos. **O caso “República Democrática do Congo” no Tribunal Penal Internacional**. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 1, n.1, jan./jun. 2005. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/rbdi.v1i1.4613>. Acesso em: 19/04/2020.

RAWLS. J. *A theory of justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999.  
RAWLS. J. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.

RAWLS. John. **O Liberalismo Político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Rev. Álvaro de Vita. 2ª Edição. São Paulo. Editora Ática. 2000.

RAWLS. John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo. Martins Fontes. 2000.

REFWORLD. **Democratic Republic of Congo, Children at War**. 2003. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/45b99fb12.html>. Acesso em: 22/01/2020.



REYNTJENS, Filip. African Affairs. **Briefing: The Democratic Republic of Congo, from Kabila to Kabila.** 2001. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3518770?seq=1>. Acesso em: 28/01/2020.

RFI. **TPI condena Lubanga por recrutar crianças para guerra do congo.** 2012. Disponível em: <http://www.rfi.fr/br/geral/20120314-tpi-condena-thomas-lubanga-por-recrutar-criancas-na-guerra-civil-do-congo>. Acesso em: 23/04/2020.

SIROTA, R. **Emergência de uma Sociologia da Infância: evolução do objeto e do olhar.** *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n.112, p.7-31, mar. 2001.

UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 30/01/2020.

UNICEF. **Global Action on the 30<sup>th</sup> Anniversary of the Convention on the Rights of the Child.** Disponível em: <https://www.unicef.org/child-rights-convention/global-action>. Acesso em: 23/04/2020.

UNRIC. **PILLAY: condenação de Lubanga pelo TPI é um grande marco na luta contra a impunidade.** Disponível em: <http://www.unric.org/pt/actualidade/30808-pillay-condenacao-de-lubanga-pelo-tpi-e-um-grande-marco-na-luta-contr-a-impunidade>. Acesso em: 16/04/2020.

United Nations Treaty collection. **Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict.** 2000. Disponível em: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11-b&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-b&chapter=4&lang=en). Acesso em: 10/02/2020.



# ANEXAÇÃO DA CRIMEIA: AUMENTO DA POPULARIDADE NACIONAL DE VLADIMIR PUTIN

Danilo Henrique Costa Borborema

## RESUMO

Em um novo modelo geográfico que a Rússia se instaurou após a queda da URSS, o presidente Vladimir Putin tem apresentado um enorme sucesso em seu governo no país, atingindo índices de aprovação invejáveis nos períodos em que se manteve na presidência. Em especial no momento de anexação da Crimeia, os mecanismos utilizados pelo líder russo neste período o fizeram extremamente popular. O fenômeno da manipulação popular serviu para que os objetivos de Putin fossem atingidos, entretanto, mentiras contadas a população podem custar todo um regime.

**Palavras-chave:** Vladimir Putin. Popularidade. Manipulação. Realismo. Mídia. Eleição.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo contextualizar o as adequações de Putin e suas ações frente ao cenário de pós queda da União Soviética, da qual a Rússia se insere em uma nova configuração geográfica e precisa se ajustar ao novo modo de vida globalizado e com crescentes avanços democráticos. Dada esta situação, Putin assume o mandato na presidência em dois períodos, que vão de 2000 a 2008 e depois novamente em 2012 até os dias atuais, o trabalho em questão irá analisar estes períodos da gestão Putin dentro da Rússia, dentro deste intervalo há um marco muito expressivo em seu governo que diz respeito à Crise da Crimeia, que traz justamente uma nova abordagem em seu governo e uma nova configuração



geográfica para a Rússia que resulta em uma maior popularidade e aprovação interna pela população russa. Entretanto, essa popularidade não foi simplesmente atribuída a anexação da península por si só, Putin utilizou-se de mecanismos internamente para converter situações adversas de seu governo em uma crescente e estável aprovação durante anos de administração, serão estes mecanismos que o presente trabalho irá analisar.

Dessa forma, em uma primeira parte o trabalho tratará das questões na gestão Putin, contextualizando historicamente suas atitudes neste período de 2000 a 2008 e posteriormente de 2012 até os dias atuais. Em um segundo momento, irá abordar a crise da Crimeia e como se deu a atuação do presidente Vladimir Putin no cenário internacional, bem como essas ações trouxeram um aumento em sua popularidade. No terceiro capítulo se discutirá as ações de Vladimir Putin na crise da Crimeia sob um olhar da teoria realista das relações internacionais e por fim propõe trazer possíveis consequências dessas atuações sob uma visão atual, baseado em todo o estudo agregado neste trabalho.

## **1 GESTÃO DE VLADIMIR PUTIN (2000-2008 E 2012 AOS DIAS ATUAIS) AVALIAÇÃO DE SUA POPULARIDADE.**

Com o fim da Guerra Fria em 1991 e a queda da então URSS a Rússia passou por um período de grande transformação e adaptação em um cenário recém democrático e capitalista, este período foi liderado por Boris Yeltsin, o primeiro presidente eleito democraticamente. Entretanto, em meio a esta adaptação ao novo sistema e a população ainda acostumada com a antiga estrutura da união soviética, Yeltsin precisava dar uma maior liberdade aos governadores locais em troca de apoio em seu governo presidencial, outra medida que tomou foi a privatização de vários setores, acarretando na criação de poderosas oligarquias em detrimento da população russa. Questões como essas trouxeram desordem e convergiu na criação do movimento separatista na Chechênia. Em Outubro de 1994, Yeltsin em um ato



equivocado, enviou tropas a Grozny, capital da Chechênia. O resultado foi um absoluto fracasso e o bombardeamento pelo governo matou milhares de civis de grande parte russa que morava na cidade. (BUSHKOVITCH, 2011). Questões como essa deixaram o mandato de Yeltsin ainda mais repudiado pela população que, em outro momento, Bushkovitch retrata que

enquanto o mandato de Yeltsin para o ocidente parecia uma era de “democratização” e uma transição para uma economia de mercado, para a maioria dos russos parecia mais uma escuridão anárquica de pobreza e total imprevisibilidade. (BUSHKOVITCH, 2011. TRADUÇÃO LIVRE).

Já em 1999, Vladimir Putin se encontrava no cargo de Primeiro Ministro do Presidente Yeltsin que, de forma inesperada, renunciou antes do fim de seu mandato passando a liderança para Putin que logo seguinte concorreu oficialmente a presidência em 2000, sendo eleito no primeiro turno com 52.57% dos votos<sup>1</sup>. A Rússia que ele encontrou naquele momento era a de um Estado com pouquíssima legitimidade frente à população, entretanto Putin obteve sucesso em criar um partido de suporte ao seu governo com fortes aliados no congresso e começou a ganhar respeito da população pelo notável patriotismo e principalmente pelas ações tomadas no conflito da Chechênia, que apaziguaram os movimentos separatistas na região, apesar dos ataques terroristas terem continuado esporadicamente. Com essa entrada de Putin ao poder, notou-se um retorno crescente do autoritarismo no país, bastaram nove anos para que a população voltasse a se interessar por ações autoritárias, porém isso se dá pelo fato da experiência que essas pessoas tiveram dentro deste período de nove anos, todos estavam acostumados com a vivência geográfica da União Soviética e tinham contato entre os territórios, outro fator foi a impressão que a democratização repentina após a ruptura da URSS deixou. Questões como essas levaram a sociedade a pensar de forma mais positiva sobre a era soviética, então

---

<sup>1</sup> <https://www.nytimes.com/2000/03/27/world/election-russia-overview-putin-wins-russia-vote-first-round-but-his-majority.html>. Acesso em: 23/05/2020.



Putin em resposta a esse sentimento nostálgico, lembrou heróis de guerra e da corrida espacial (BUSHKOVITCH, 2011), ganhando mais apreço da população.

A ideia de Vladimir Putin nesse período inicial era de projetar novamente a Rússia ao patamar de potência internacional de forma competitiva, após, claro, garantir sua legitimidade internamente, e a fez de forma assertiva começando por estipular o fim das eleições diretas para os governadores regionais dentro do país, questão que trouxe enorme problema para Yeltsin em seu governo<sup>2</sup>. Outra questão foi o embate de Putin contra os oligarcas que estabeleceram domínios durante a era Yeltsin, embates estes que foram bem sucedidos pelo presidente e resultou na reestatização de grandes empresas, como cita Maria Eduarda em sua publicação pela Faculdade Damas,

Donos de grandes empresas da área de comunicação e de produção de petróleo foram acusados de fraude fiscais e outros crimes. Boris Gusinsk foi o primeiro oligarca a sofrer com essas acusações, ele chegou a ser preso temporariamente, e logo depois assinou a venda da maior parte das suas empresas para pagar as multas. Esse processo de “caça aos oligarcas desobedientes” terminou alavancando um processo de reestatização de alguns setores de produção considerados estratégicos, como empresas de petróleo e canais de TV de alcance federal na Rússia. (DOURADO, M. E. 2017. p. 12)

Essa conquista para o governo significou além da aprovação da população pelo nacionalismo de Putin, significou também uma enorme concentração de poder em suas mãos. E como esperado levou a eleição de seu segundo mandato em 2004 com 71% dos votos de acordo com o relatório feito pelo *Office for Democratic Institutions and Human Rights* (OSCE/ODIHR), a devastadora maioria dos votos enfatizou a quase nula disputa pela presidência e levou pesquisas feitas pela *Freedom House* entre 2004 e 2005 a mudarem o status do país sobre liberdade de expressão de “parcialmente livre”, em 2004, para “não livre”, em 2005.

---

<sup>2</sup> Yeltsin trocava a demasiada liberdade dos governadores por apoio em seu governo



Resultado final das eleições de 2004:

	Number of Votes Cast	Percentage
Sergey GLAZEV	2,850,063	4.10
Oleg MALYSHKIN	1,405,315	2.02
Sergey MIRONOV	524,324	0.75
Vladimir PUTIN	49,565,238	71.31
Irina HAKAMADA	2,671,313	3.84
Nikolay KHARITONOV	9,513,313	13.69
Against All	2,396,219	3.45

Fonte: OSCE/ODIHR Election Observation Mission Report.  
<https://www.osce.org/gsearch?qr=%20PRESIDENTIAL%20ELECTION%2014%20March%202004>. Acesso em: 24/05/2020

Liberdade de expressão na Rússia:

Country Reports 463

## ↓ Russia

**Population:** 145,500,000    **Political Rights:** 5  
**GNI/capita:** \$1,750    **Civil Liberties:** 5  
**Life Expectancy:** 65    **Status:** Partly Free  
**Religious Groups:** Russian Orthodox, Muslim, other  
**Ethnic Groups:** Russian (82 percent), Tatar (4 percent),  
 Ukrainian (3 percent), other (11 percent)  
**Capital:** Moscow



**Trend Arrow:** Russia received a downward trend arrow due to increased state pressures on the media, opposition political parties, and independent business leaders.

### Ten-Year Ratings Timeline (Political Rights, Civil Liberties, Status)

1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
3,4PF	3,4PF	3,4PF	3,4PF	4,4PF	4,5PF	5,5PF	5,5PF	5,5PF	5,5PF

Fonte: *Freedom in the World 2004 Complete Book*. <https://freedomhouse.org/report/freedom-world>  
 Acesso em: 24/05/2020

## Russia

**Population:** 144,100,000    **Political Rights:** 6\*  
**GNI/capita:** \$2,130    **Civil Liberties:** 5  
**Life Expectancy:** 65    **Status:** Not Free  
**Religious Groups:** Russian Orthodox, Muslim, other  
**Ethnic Groups:** Russian (82 percent), Tatar (4 percent),  
 Ukrainian (3 percent), other (11 percent)  
**Capital:** Moscow



**Ratings Change:** Russia's political rights rating declined from 5 to 6, and its status from Partly Free to Not Free, due to the virtual elimination of influential political opposition parties within the country and the further concentration of executive power.

### Ten-Year Ratings Timeline (Political Rights, Civil Liberties, Status)

1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
3,4PF	3,4PF	3,4PF	4,4PF	4,5PF	5,5PF	5,5PF	5,5PF	5,5PF	6,5NF

Fonte: *Freedom in the World 2005 Complete Book*. <https://freedomhouse.org/report/freedom-world>  
 Acesso em: 24/05/2020

No período do segundo mandato, ainda em 2004, Putin teve de lidar com uma situação delicada que ficou conhecida como “O massacre de Beslan”, um ataque realizado em uma escola por um grupo terrorista checheno, onde centenas foram mortos, o que levou a popularidade de Putin naquele momento a ser reduzida pela postura tomada frente ao ataque e fez com que tomasse a decisão já citada anteriormente de suspender as eleições diretas para governadores nas regiões,

após Beslan em 2004, as propostas de Putin se sustentaram em centralizar poder político. Suas iniciativas legislativas, em sua maioria, foram direcionadas em acabar com a independência dos governadores regionais, da mídia de massa, dos partidos de oposição e organizações, e reduzindo a prestação de contas do parlamento ao eleitorado local. (Remington, 2008).

Este segundo mandato foi marcado por revoluções que ameaçavam o status quo da Rússia, que ficaram conhecidas como “revoluções coloridas” e também pelo afastamento russo do ocidente principalmente pelas suspeitas de que os EUA e União Europeia estavam articulando interesses próprios na região. As revoluções





coloridas possuíam um cunho democrático e todas reivindicavam eleições justas pois viam ilegitimidade nos governos autoritários locais.

Uma onda de ‘revoluções coloridas’ na Geórgia (2003), Ucrânia (2004), and Quirguistão (2005) viram líderes autoritários serem derrubados por protestos populares que demandavam por eleições justas. Putin viu isso como uma campanha orquestrada pelo ocidente para espalhar a democracia – e governos pró ocidente – dentro da configuração pós soviética, e ele tomou atos decisivos para prevenir esse fenômeno de chegar até Moscou, aplicando restrições mais severas a oposição enquanto criava movimentos populares pró Kremlin. (RUTLAND, P. 2015. TRADUÇÃO LIVRE).

A revolução que interessa para este presente estudo é a revolução laranja na Ucrânia, conhecida assim pela cor usada na campanha de Viktor Yushchenko, candidato com interesses de aproximação com a UE e EUA. A causa dos protestos foi por conta de acusações de fraude nas eleições, “o confronto era entre um candidato presidencial abertamente pró-russo, Yanukovich, que estaria sendo favorecido por esta fraude, e Yushchenko, que adotava uma postura ostensivamente nacionalista.” (LAZZARI, T. C. 2011.). A revolução foi considerada um sucesso com a eleição de Yushchenko para a presidência da Ucrânia em 2005, desagradando o governo russo e intensificando a inimizade entre as regiões. Em 2008, no fim do mandato do presidente Vladimir Putin, todos no cenário internacional acreditavam que ele iria realizar modificações na constituição para poder se reeleger em um terceiro mandato consecutivo, uma vez que Putin possuía maioria de apoiadores no congresso para realizar este feito, porém não foi o que aconteceu, Putin escolheu Dmitri Medvedev para apoiar como seu sucessor na campanha à presidência. Na vitória de Medvedev, Putin seguiu na política mais uma vez como Primeiro Ministro, cuidando de assuntos internos.



## MEDVEDEV'S APPROVAL RATING



Fonte: Levada Center - <https://www.levada.ru/en/ratings/> acessado em 28/05/2020.

Para fins de entendimento dos gráficos subsequentes e ao que se refere a popularidade de Putin e suas ações, a análise da aprovação de Medvedev é importante. Nota-se que a aprovação pelo governo de Dmitri Medvedev, no seu início em 2009, sofre algumas instabilidades e começa a declinar mesmo depois que volta ao cargo de primeiro ministro, voltando a aumentar somente em 2014 com o mesmo fenômeno que foi responsável pelo aumento da aprovação de Putin, que será tratado mais a frente. Esse declínio é principalmente atribuído aos reflexos da crise econômica mundial de 2008, que manteve a Rússia no negativo por alguns anos, porém este é o pensamento da população sobre o governo de Medvedev.



Ao fim do governo Medvedev em 2011, Putin anunciou que iria concorrer novamente para a presidência, rumo ao seu terceiro e definitivo mandato, e como cita Jim Nichol, especialista em assuntos na Rússia,

O Primeiro Ministro Putin e o Presidente Medvedev anunciaram que iriam trocar os cargos para que então Putin pudesse reassumir a presidência. Os dois líderes afirmaram que haviam concordado em considerarem essa troca antes mesmo que Medvedev fosse eleito em 2008. (NICHOL, J. 2012. TRADUÇÃO LIVRE).

Durante sua campanha, ao mesmo tempo que se recusava a participar de debates com os demais candidatos, Putin continuava mantendo sua grande visibilidade na mídia como um Primeiro Ministro competente, além disso, próximo das votações, enfatizou que iria aumentar o pagamento aos militares e pessoas do governo, bem como aumentar o salário dos estudantes, promessa que conquistou muitos votos, além de colocar a culpa nos Estados Unidos pelos males que ocorriam no país e ostentar seu repúdio ao ocidente, tornando o voto do povo em praticamente um ato de patriotismo. (NICHOL, J. 2012). Putin foi declarado vitorioso nas eleições no primeiro turno com 63.6% dos votos como pode ser observado na tabela,

**Table I. Presidential Election Results**

Candidate	Nominated by:	Percent of Vote
Vladimir Putin	United Russia Party	63.6
Gennadiy Zyuganov	Communist Party of the Russian Federation	17.18
Mikhail Prokhorov	Self-Nominated	7.98
Vladimir Zhirinovskiy	Liberal Democratic Party of Russia	6.22
Sergey Mironov	A Just Russia Party	3.85

**Source:** Russian Central Electoral Commission, March 7, 2012.



Esta eleição em especial, gerou muita controvérsia tanto internacionalmente quanto internamente por conta de acusações de fraudes eleitorais e pessoas dizendo que foram pagas para votarem repetidamente. A oposição organizou protestos que foram recebidos com policiais fortemente armados para conter os tumultos, e por mais que tenham continuado por alguns meses, rapidamente se dissipou. “Como consequência dos protestos do dia 6 de maio, Putin alterou a lei em uma reunião para incluir multas caríssimas para quem participasse de comícios não sancionados.” (SATTER, D. 2016).

Enquanto isso em 2010, o mesmo candidato que havia sido alvo da revolução laranja, Viktor Yanukovich, é eleito para a presidência. Durante este período de Yanukovich na presidência houveram alguns casos de corrupção e nepotismo, no intuito de concentrar o poder em suas mãos, entretanto os cidadãos ucranianos ainda tinham esperança de que o processo de associação da Ucrânia com a União Europeia, que fora iniciado no antigo governo, fosse dado continuidade pelo atual presidente da época, mas o contrário aconteceu e por decisão de Yanukovich, a Ucrânia teria se recusado a assinar os acordos que dariam continuidade a este processo de cooperação. Não há dúvidas de que essa atitude do governo causou enormes revoltas na população e retirou completamente a legitimidade de Yanukovich para a maioria dos nacionais. A opressão policial que já existia durante este governo ficou ainda maior com o aumento dos protestos contra o presidente e resultaram em embates violentos entre a polícia e a população gerando inúmeros feridos e centenas de mortos.

No fim de 2013 e início de 2014, no ápice do conflito, a Ucrânia se encontrava em uma completa instabilidade política e Yanukovich havia sido deposto de seu cargo, foi então que Putin, em uma reunião de emergência, disse aos seus colegas que precisavam trazer a Crimeia de volta à Rússia (SATTER, D. 2016),



território que foi dado para a Ucrânia em 1954 por Nikita Khrushchev, primeiro secretário do partido comunista da União Soviética e sucessor de Stalin a época. A Crimeia se trata de uma península ao sul da Ucrânia onde a maioria de sua população é considerada russófona e possuem fortes ligamentos com a Rússia, além de ser o ponto mais próximo de acesso ao Mar Negro, que permite passagem marítima até o Atlântico. Com ameaças de avanços da OTAN na região Oeste da Europa, viu-se a necessidade de uma tomada rápida deste território que, estrategicamente, é muito importante para a Rússia, a operação foi colocada em prática quase imediatamente como expõe David Satter que no dia 22 de fevereiro de 2014,

[...]Putin afirmou que teria feito a decisão as 7 da manhã após uma reunião de emergência que durou a noite toda com seus chefes de segurança sobre a crise na Ucrânia. Ele também disse que falou aos seus colegas para começarem a trabalhar em “trazer a Crimeia de volta à Rússia”.[...] Na noite do dia 26 de fevereiro, 120 homens armados e bem treinados sem nenhuma insígnias de identificação apoderaram-se do prédio do parlamento regional crimeio em Simferopol e hastearam a bandeira russa sobre o prédio. (SATTER, D. 2016. TRADUÇÃO LIVRE).

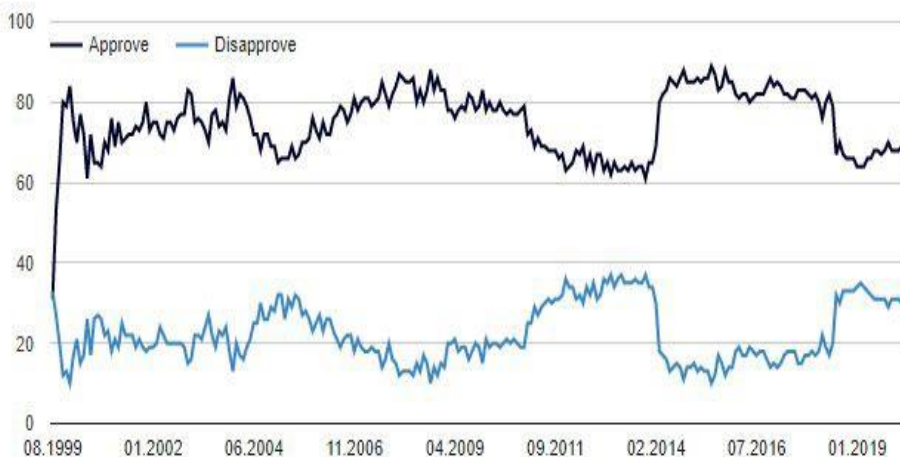
Esses homens sem identificação ficaram conhecidos na mídia como “homenzinhos verdes”, a operação continuou até que vários pontos estratégicos fossem dominados, então com o parlamento também apropriado, os deputados votaram em um novo primeiro ministro, Sergey Aksyonov, conhecido pela população como um criminoso e que agora estava no poder para poder realizar a votação que dava forma ao referendo de anexação ao território russo, que foi rapidamente aceito e votado pela população, sendo aprovado com mais de 95% das pessoas dizendo “sim” a anexação<sup>3</sup>. Toda a operação foi feita sem grandes esforços por parte do exército russo e não houve necessidade do uso das armas de fogo para o sucesso do plano.

---

<sup>3</sup> <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/03/entenda-o-que-muda-na-crimea-apos-referendo-aprovar-adesao-russia.html>



## PUTIN'S APPROVAL RATING



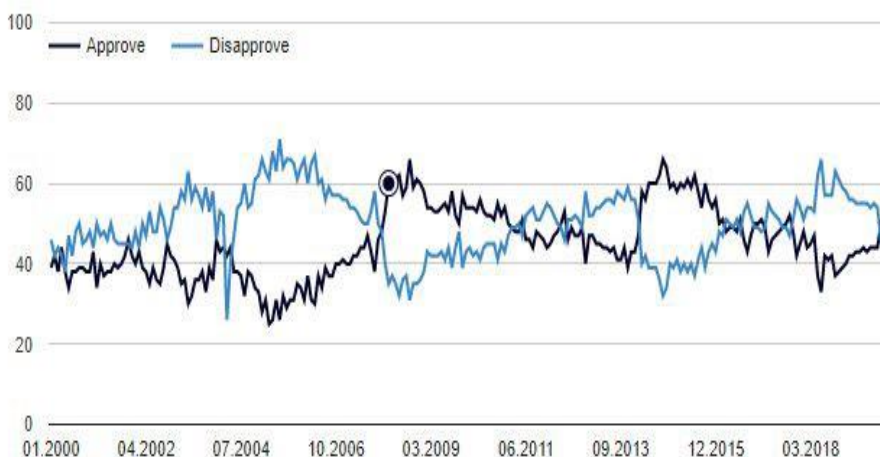
Fonte: Levada Center - <https://www.levada.ru/en/ratings/> acessado em 28/05/2020.

Desde a eleição em 2010, Putin estava sofrendo uma queda de popularidade e aprovação em seu governo ainda enquanto primeiro ministro, apesar de não ser porcentagens muito alarmantes, significava bastante para seu governo que sempre manteve uma aprovação alta, acima dos 60%, e no final de 2013 estava sendo ameaçada de cair para abaixo deste valor. Após a anexação em março de 2014, a aprovação de Putin pela população aumentou para os 80% e se manteve assim até meados de 2018 como pode ser observado na imagem anterior.

Por outro lado, em uma visão que se questiona as ações do governo russo como um todo, a história muda. A desaprovação pelo governo russo é predominante na maioria dos anos, tendo picos de aprovação no governo de Medvedev e na anexação da Crimeia.



## APPROVAL OF THE GOVERNMENT



Fonte: Levada Center - <https://www.levada.ru/en/ratings/> acessado em 28/05/2020.

Observando o gráfico anterior é possível compreender que a admiração popular era por Putin e não pelo governo que o compunha, porém mesmo assim há o aumento de aprovação no período de troca de governos, que levanta o questionamento do por que Putin consegue se reeleger em 2012 com tanta convicção apesar dos dados dizerem o contrário sobre seu governo anteriormente.

Para responder essa pergunta devemos olhar para o período de transição do governo socialista para uma democracia capitalista com Boris Yeltsin. O caos social e econômico vivenciado pela população russa neste momento marcaria a mentalidade desse povo. O fato é: a população russa tem medo de grandes mudanças de governo, preferem continuar da maneira que estão para não ter que enfrentar uma transição para o inseguro, ou seja, para um governo que eles não conhecem. (DOURADO, M. E. 2017. p. 17).



A atitude de Putin, entretanto, sobre o planejamento e anexação da Crimeia foi benéfica não só para sua própria imagem mas também para o governo russo em geral bem como para o primeiro ministro Medvedev. Sendo este um marco para o governo russo sob a liderança de Vladimir Putin, a postura adotada frente aos países ocidentais durante esse período de aprovação no pós anexação condiz com essa memória da população russa na influência ocidental da década de 90, que na visão dos russos, prejudicou o país na época.

## **2 CRISE DA CRIMEIA E ATUAÇÃO DE VLADIMIR PUTIN.**

A anexação pareceu algo simples para a Rússia devido a competência dos agentes que participaram na missão, entretanto houve grande resistência no cenário internacional contra a ação de Putin antes e depois do ocorrido. A ostensividade russa frente às decisões da Crimeia causava um desconforto ainda maior na Europa do que nos EUA por conta da proximidade geográfica, como cita Alasdair Birchfield 2018, “A agressão da Rússia, entretanto, também apresenta um desafio para as aspirações da UE em se tornar um ator global nas RP”, porém havia uma grande interdependência econômica e energética entre as duas regiões, a Rússia se caracterizava como um dos maiores exportadores de gás natural e petróleo para a UE. Essa interdependência não evitou de que os EUA e a UE concordassem entre si para aplicarem sanções econômicas na Rússia com o intuito de reprimir o ato de anexação e talvez fazer Putin voltar atrás em sua decisão. As sanções impediam que a Rússia exportasse e importasse de diversos países e também causava a retirada de investimentos da região por conta do enfraquecimento econômico e a instabilidade gerada pelas punições, e por essa questão o país sofreu grandes recessões, mas ainda sim a popularidade e aceitação do governo de Putin permaneceu alta devido às atitudes que foram tomadas nesse período.

Ao invés de aumentar a pressão sob Putin para mudar suas políticas externas, As sanções do Ocidente aparentam reforçar o regime de Putin. É muito conhecido na literatura sobre





sanções que elas normalmente falham (Drury 1998; Hufbauer et al. 1990). Entretanto existe uma discordância sobre qual proporção de sanções são ineficazes, estudiosos concordam que a maioria das sanções falham em assegurar seus objetivos. Existem também pesquisas que mostram que sanções podem surtir o efeito contrário na busca de resultados. O que não tem sido muito mostrado é como um líder, assim como Putin, é capaz de não apenas driblar os efeitos negativos das sanções, mas também usá-las para elevar sua posição, e porque o líder adota diferentes aproximações frente aos aplicadores das sanções. (PATANE, C; DRURY, C. 2018. TRADUÇÃO LIVRE).

Olhando novamente para o gráfico anterior, a pesquisa indicou um aumento evidente e diretamente relacionado a anexação da península da Crimeia, as porcentagens subiram de 69% de aprovação em fevereiro de 2014, momento em que ainda não se sabia sobre o referendo, para 80% e aumentando em março de 2014, momento em que se houve a anexação. Nota-se, entretanto, que a aprovação continua subindo e se mantém em porcentagens altas mesmo com sanções sendo aplicadas ao país após a anexação. Quais seriam as ações de Putin para estes resultados?

Depois que as sanções foram implementadas, a Rússia se deparou com sérios problemas econômicos, incluindo um declínio no comércio exterior e no PIB per capita. As sanções contribuíram para outros problemas econômicos na Rússia, incluindo a queda de preço do petróleo, desvalorização do cascalho e déficit nos orçamentos. Entretanto, inesperadamente, as sanções econômicas não foram reconhecidas pela população como um problema (KAZUN, A., 2016. TRADUÇÃO LIVRE).

Com essa afirmação, Anastasia relaciona a percepção da população com o controle que o governo tem sobre a mídia local; “Assume-se que essa percepção é devida a construção proposital que a imagem das sanções econômicas tem na mídia” (KAZUN, A. 2016), o governo, pelos meios de comunicação conseguiu reverter o cenário de crise econômica para uma situação de fortalecimento do país como um todo, a economia se enfraquece para retornar maior ainda, como se fosse um teste. O exemplo claro é o das sanções sob importação de produtos, “O embargo de



alimentos promoveu as autoridades uma oportunidade favorável para demonstrar a necessidade de produtores domésticos” (KAZUN, A. 2016). Entretanto, há outra possibilidade para os altos números de aprovação, que seria o medo do regime autoritário que se é instaurado no país, que quando se faz uma pesquisa de aprovação sobre o governo não se sabe ao certo se a pessoa questionada de fato apoia ou apenas tem receio de dizer o que pensa, apesar de que essa visão é um tanto enviesada nos padrões democráticos visto que a Rússia não é conhecida por pressão e terror social em seus governos atuais.

A verdade é que a mídia e o que se é falado para a população tem um grande efeito na formação da opinião pública, principalmente quando se trata de questões econômicas como as citadas ou questões distantes da realidade dos residentes russos, como no caso da Crimeia após sua adesão ao território russo. Uma notícia do jornal *Argumenty i Fakty*, de controle do governo, representa muito bem essa questão:

“Nossa vida não ficou pior, mas muito mais complicada”, diz Svetlana, moradora de Sevastopol para a pergunta: “Como está a vida?” Ela me garante que, apesar das dificuldades (ênfatisa que é “temporário”), a euforia da percepção de que a Crimeia é hoje a Rússia, muitos não passaram. Svetlana, sem esconder seu entusiasmo, fala sobre como, em uma única explosão, os “Sevastopolitas” (como os habitantes da cidade se autodenominam, enfatizando seu status especial, quase alienígena) votaram para ingressar na Federação Russa. “De fato”, continua Svetlana, “tudo mudou em nossas vidas: dinheiro novo, documentos, legislação, até o ponto em que produtos e cigarros familiares desapareceram. Hoje, porém, podemos comprar um conjunto de produtos qualitativamente melhores do que na Ucrânia. Os preços de produtos e coisas, é claro, aumentam a cada mês. E você já deixa de orientar: ficou mais caro ou mais barato. (AiF, 03, Dezembro 2014)<sup>4</sup>

Entretanto, na realidade a vida dos moradores da península não se tornou empolgante e promissora como diz o depoimento da moradora na notícia, o fato é

---

<sup>4</sup> <https://aif.ru/society/people/1396583> - acessado em 17/05/2020



que a vida dessas pessoas mudou completamente de uma hora para outra, de acordo com Greta Uehling,

Imagine por um momento que tanques de guerra entram em seu estado. Homens armados e mascarados sem insígnia militar ocupam as ruas de sua cidade. O aeroporto é fechado. Então, depois de uma rápida votação, um novo líder, alguém que você entendia que fazia parte do mundo do crime, é promovido ao maior cargo executivo. De repente, você precisa voltar duas horas inteiras no relógio para corresponder ao da nova capital, alguns a 1,400 quilômetros de distância. Seu cartão para de funcionar, e então o seu banco fecha. Alimentos com que era acostumado, comidas que você tem comido por sua vida toda, são banidas e desaparecem das prateleiras do mercado para serem trocadas por outras estrangeiras. Seu medicamento se torna seis vezes mais caro. Então seu celular para de funcionar, e você precisa encontrar uma nova operadora para recuperar o sinal. O canal que você contava para receber suas notícias toda noite se fecha. Te dizem que voce tem tres meses para trocar seu passaporte por um novo, ou que você pode não ser capacitado para renovar sua carteira de habilitação ou retornar para sua casa depois de uma viagem. Essa situação caótica e liminal não é, obviamente, hipotética. É o que aconteceu com os moradores da Crimeia após a anexação pela Federação Russa. (UEHLING, G. 2015, TRADUÇÃO LIVRE).

Apesar da situação, não há formas da população local de reivindicar alguma melhoria, apenas ter o otimismo de Svetlana, a moradora da reportagem feita pelo jornal russo. Problemas como este, da informação ser passada por jornais de controle do governo russo, deixam a população sem saber o que realmente acontece, fazendo-os pensar que as ações do presidente são as melhores independentemente da situação, começando pelo próprio discurso de Vladimir Putin na celebração de anexação e dando continuidade com notícias e informações enviesadas.

Em outra pesquisa realizada pelo Levada Center, para os resultados em 2020 foram questionadas 1624 pessoas acima de 18 anos e de 137 locais diferentes em 50 regiões dentro da Federação Russa, e a pergunta feita a essas pessoas era: “em sua



opinião, por que tanta gente confia em Vladimir Putin?” A pesquisa se estende desde 2001.



IN YOUR OPINION, WHY DO MANY PEOPLE TRUST VLADIMIR PUTIN? (*respondents were presented with a card and could give only one answer*)

	People are convinced that Putin successfully and competently manages to solve the country's problems	People hope that Putin will be able to solve the country's problems going forward	People don't see who else they can rely on	Difficult to say
<b>Mar. 20</b>	<b>23</b>	<b>26</b>	<b>43</b>	<b>8</b>
Jul. 19	27	24	43	7
Nov. 16	28	39	29	4
Oct. 15	36	36	26	3
Sep. 14	38	36	23	3
abr.13	14	36	42	8
Aug. 12	15	41	35	9
Sep. 11	23	36	34	8
Jul. 10	26	33	34	6
Jul. 09	28	35	31	6
Apr. 07	31	30	35	4
Jul. 06	25	32	38	5
Jul. 05	16	36	42	6
Jul. 04	16	40	41	3
Aug. 03	15	46	34	5
Oct. 02	21	44	31	4
Jul. 01	14	43	34	9



Fonte: Levada Center -<https://www.levada.ru/en/2020/05/14/vladimir-putin-9/> acessado em 29/05/2020.

A tabela apresenta resultados mais objetivos que servem de complemento para o gráfico sobre a popularidade de Putin no primeiro capítulo, nota-se que as duas primeiras colunas caracterizam bons resultados sobre o governo, e as duas últimas colunas apresentam um certo descontentamento ou frustração da população. A terceira coluna (*People don't see who else they can rely on*) em comparação com as duas anteriores, é o foco para que se entenda a reação da população russa durante a anexação da Crimeia e suas consequências. Entre 2013 e 2014 houve uma inversão nos resultados correspondente ao domínio russo sob a península e que permaneceu até 2016 com a maioria das pessoas confiantes ou esperançosas de que Putin traria prosperidade ao país, em 2019 a confiança torna a cair novamente e a falta de opção passa a compreender quase metade dos participantes na pesquisa. De acordo com dados levantados pelo Banco Mundial<sup>5</sup>, o PIB da Rússia começou a sofrer uma queda a partir de 2010 onde o crescimento era de 4.5% ao ano e em 2015 chegou a ficar negativo em -2.3%, em 2016 o país voltou a se recuperar em taxas crescentes de 1% a cada ano porém não retornou ao que era antes das sanções. As promessas de que a crise interna no país por conta das sanções eram temporárias se estenderam por tempo demais para que a população continuasse comprando esse discurso do governo russo.

Entretanto, não foi falta de tentativa para que o declínio na economia fosse de fato temporário, segundo Patane e Drury (2018), Putin procurou fazer parcerias com outros países no Oriente além de tentar induzir a quebra das sanções aplicadas por alguns países da União Europeia oferecendo acordos lucrativos que atingissem este fim, surtindo efeito em 2015 com a Grécia se opondo a estender as sanções e em 2016 com a Itália e Hungria também se recusando a serem renovadas as sanções automaticamente, a preocupação que a UE tinha sobre as sanções era em relação a

---

<sup>5</sup> [https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?end=2018&locations=RU&name\\_desc=false&start=2000](https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?end=2018&locations=RU&name_desc=false&start=2000) - acessado em 29/05/2020



possibilidade de perder espaço de mercado com a Ásia e Oriente Médio por conta da Rússia estar se expandindo economicamente para este mesmo lado pela limitação de opções, essa premissa abria oportunidade ao governo russo em dizer que as sanções, na realidade, estavam afetando mais quem estava as aplicando do que a própria Rússia.

Atitudes como a de política externa pouco importam para a população russa, que espera de seu líder uma melhoria na economia do país como prometido, a perspectiva de estagnação baseada nos dados do PIB russo demonstram que as políticas de manipulação por meio da mídia estão perdendo a eficácia e estão causando a queda já apresentada de aprovação do governo. Baseando em Mearsheimer, 2011, e no primeiro capítulo Putin não age para ganhos próprios apesar da grande popularidade que é resultada de suas ações, de fato entende-se que Putin acredita que as atitudes tomadas são as melhores para a população, entretanto o mandato que tem se estendido por quase vinte anos está previsto para terminar em 2024 caso não haja alterações constitucionais, e é possível que a estagnação mostrada permaneça a ponto de não ser possível essa alteração por conta da perda de apoio no governo.

### **3 ANÁLISE DA ATUAÇÃO DE VLADIMIR PUTIN NA CRISE DA CRIMEIA SEGUNDO O OLHAR REALISTA DAS RI.**

As ações do presidente Vladimir Putin, tratadas anteriormente, é um ótimo exemplo para colocar em prática a teoria realista de Mearsheimer na obra “*Why Leaders Lie: The Truth About Lying in International Politics*”, além disso, a construção do discurso de Putin desde sua organização até sua contextualização, representa muito bem o termo *Spinning* colocado por Mearsheimer em seu livro. A fala do presidente é dirigida aos representantes da Crimeia e a capital Sevastopol, aos cidadãos russos e aos residentes da península, entretanto, em nenhum momento é citada as questões de invasão que antecederam a anexação como de fato aconteceu,



pelo contrário, Putin inicia sua fala dando um panorama histórico entre os dois países e demonstra, de forma sutil, a dificuldade que a Rússia tem em reconhecer a soberania da Ucrânia de forma legítima, “tudo teve as mesmas conotações: escassez no reconhecimento da soberania ucraniana por parte da Rússia, e ao invés disso, proferiu referências a Ucrânia como destinada a atender aos interesses da grande Rússia” (P, Malmö. 2014). É possível fazer essa afirmação quando, por meio da história, Putin coloca a Ucrânia em uma posição de não conseguir falar por si mesma, como se fosse quase indefesa e que a Rússia tivesse a obrigação de retratar a história e salvar a região da “terrível” separação que havia acontecido;

[...]Agora, muitos anos depois, ouvi moradores da Crimeia dizerem que em 1991 eles foram entregados como um saco de batatas. Isso é difícil de negar. E como fica a situação russa? Como fica a Rússia? Apenas aceitou humildemente a situação. Esse país estava passando por tantos momentos difíceis que era literalmente incapaz de proteger os próprios interesses. Entretanto, a população não conseguiu se conformar com essa imensa injustiça histórica. todos esses anos, cidadãos e várias figuras públicas retomaram esse assunto, dizendo que a Crimeia é historicamente território russo e Sevastopol é uma cidade russa.<sup>6</sup> (Address by President of the Russian Federation, Mar. 18. 2014. Tradução Livre).

Putin não só coloca a Crimeia nesta posição, como também, ao mesmo tempo, contextualiza a Rússia como algo próximo de Cristo, que apesar de sua grandeza, sofreu imensamente mas no final irá salvar aqueles que o pertencem. Essa comparação é devida a maioria da população russa ser de religião cristã, e Putin usa mais essa situação colocando a Ucrânia como o verdadeiro vilão contra os russos na região, que sempre foram impedidos de praticar suas culturas dentro do país de acordo com as leis internas, essas pessoas que desde então sofrem por não poderem se expressar, finalmente podem se sentir livres agora que fazem parte do território russo novamente.

---

<sup>6</sup> <http://en.kremlin.ru/events/president/news/20603> Acessado em 16/05/2020





[...]Primeiramente, nós tivemos que ajudar a criar condições para que os residentes da Crimeia, pela primeira vez na história, fossem possibilitados de expressar de forma pacífica suas vontades livremente ao que diz respeito ao seus próprios futuros. Todavia, o que escutamos dos nossos colegas da Europa Ocidental e América do Norte? Eles dizem que estamos violando as normas do direito internacional<sup>7</sup>. (Address by President of the Russian Federation, Mar.

## 18. 2014. Tradução Livre).

Estes são exemplos de situações condizentes com a teoria realista e os conceitos de Mearsheimer, quando o presidente coloca o próprio país na situação em que foi colocado em seu pronunciamento, ele cria para os ouvintes uma ótica em que a Rússia jamais teria invadido a península e destituído o então governo para que fosse legitimado um referendo de anexação, o que ele fez teria sido um ato de salvação para o povo da região. É notável que de fato, Putin não está falando mentiras sobre o ocorrido e está apenas omitindo alguns fatos, dando ênfase apenas para o que lhe convém, com o intuito de melhorar a sua imagem em detrimento, ou não, de outros. Essa capacidade em distorcer a verdade para benefício próprio foi responsável para que no fim de sua fala todos o aplaudissem de pé.

É importante retratar também não só o interesse na popularidade, mas bem como nos interesses geográficos que a região traria para a Rússia e as perdas e ameaças que se tornariam reais caso não ocorresse a integração territorial, questões essas que se remetem ao realismo existente na bipolaridade em que a divisão de poder mundial se encontra, onde o ganho de um significa a perda do outro.

O presidente Putin inclusive alerta os russos e ucranianos dessa possibilidade de forma a entender que a integração foi melhor para ambos os países.

[...] deixe-me dizer também que nós já escutamos declarações de Kiev sobre a Ucrânia se integrando a OTAN brevemente. O que isso teria significado para a Crimeia e Sevastopol no futuro? Teria significado que a marinha da OTAN estaria bem

---

<sup>7</sup> <http://en.kremlin.ru/events/president/news/20603> Acessado em 16/05/2020



ali na cidade do glorioso exército russo, e isso iria criar não uma ilusória, mas uma perfeita e real ameaça a todo o sul da Rússia. Essas são coisas que poderiam ter se tornado realidade se não fosse pela escolha dos cidadãos da Crimeia, e eu quero dizer obrigado a eles por isso<sup>8</sup>. (Address by President of the Russian Federation, Mar. 18. 2014. Tradução Livre).

É possível que por essa linha de pensamento seja explicada as sanções impostas sobre o governo russo, como forma de tentar induzir a Rússia em voltar atrás na decisão do referendo de anexação e possibilitar uma maior influência estadunidense e europeia na região. E o governo russo usou de artimanhas para reverter a imagem das sanções dentro do país, a construção da demonização ocidental que teria o intuito de reprimir a Rússia de todas as formas desde o início Guerra Fria, é a perfeita justificativa para tornar as sanções algo a ser vencido com o patriotismo e união.

No cruel mundo das relações políticas, não existe um 911<sup>9</sup> para ligar caso o Estado acabe em problemas, e mesmo se existisse, não há ninguém do outro lado para atender o telefone. Portanto, líderes e suas pessoas de confiança entendem que estados operam em um mundo de auto-ajuda onde eles têm de fazer o que for necessário para promover a própria segurança. Se isso significa mentir ou trapacear, que seja. (MEARSHEIMER, J. 2011. TRADUÇÃO LIVRE).

Afirmações como essa dão embasamento para Mearsheimer dizer que os Estados estão mais inclinados a mentir para seus próprios nacionais do que para outros Estados, uma vez que mentiras entre países tem pouca duração e são facilmente desmascaradas, levando conseqüentemente em baixa credibilidade futuramente, já com os próprios nacionais não é bem assim, principalmente no caso da Rússia onde a liberdade de imprensa é baixa e a chance a população se informar de forma crítica é baixa. Mas qual seria o benefício de mentir para os cidadãos? Não seria necessariamente benefício, mas algo como resguardo, “líderes às vezes pensam que tem o dever moral de mentir para proteger o seu país” (J. MEARSHEIMER.

---

<sup>8</sup> <http://en.kremlin.ru/events/president/news/20603> Acessado em 16/05/2020

<sup>9</sup> Número de emergência estadunidense



2011). Como é o caso de Putin, que acredita no fato da anexação ser algo bem maior do que é de conhecimento da população, pois ele possui mais informações e, portanto, sabe a melhor forma de agir para o bem do Estado, a vida para os novos russos da Crimeia pode não ter ficado das mais fáceis, mas foi feito para um bem maior. Como o presidente não pode dizer a verdade pois provavelmente haveria quebras de confiança, é mais fácil enganar a população, que, além de manter os segredos, ainda se beneficia com o aumento de sua popularidade baseado na forma em que é contada a história para os cidadãos.

A forma como Putin colocou a situação para seus nacionais mesmo que depois do ocorrido, pode ser classificado de certa forma, como Mearsheimer coloca, de *Fearmongering*, que se traduziria como política do medo, que neste caso foi quando ele apresentou os perigos que a Rússia e a Crimeia sofreriam caso não ocorresse a anexação, e também pelo fato de Putin ter omitido os planos de invasão da península até o último momento a fim de evitar não só apelo internacional, mas também qualquer tipo de tumulto dentro do próprio país por não terem as mesmas informações que ele possuía. Quando Putin discursa sobre as intenções que a OTAN tinha na região, ele sugere que as ações que foram tomadas pelo governo russo foram as melhores para proteger toda essa região e enquadra os países do Ocidente como vilões neste ponto de vista, criando na população russa um sentimento de nacionalismo e de necessidade de proteção do próprio território, gerando consequentemente apoio ao regime de Putin e suas ações invasivas na Crimeia.

Leaders engage in fearmongering when they think they recognize a serious threat to national security that the public does not see, and that the public cannot be made to appreciate with straightforward and honest discourse. They reason that the only way to mobilize their citizens to do the right thing is to deceive them for their own good. (MEARSHEIMER, J. 2011. TRADUÇÃO LIVRE).

Se caso Putin viesse a discorrer apenas sobre a importância estratégica que a península tem para a Rússia, poderia causar muita discordância pelos seus nacionais,



o mais sensato foi simplesmente, com embasamento histórico, sensibilizar a população e trazer esse sentimento de proximidade com o povo russo, que de certa forma é verídico porém não em sua totalidade, esses momentos são observados quando em seu discurso ele diz que ouviu moradores da Crimeia dizerem que foram entregados a Ucrânia como “sacos de batata” bem como quando cita a repressão que os crimeios sentiam ao tentar expressar a cultura russa enquanto ainda faziam parte do território ucraniano.

A forma como Putin aborda o conceito de Mearsheimer sobre *fearmongering* é criativa na questão de pensar sua abordagem, o governo utiliza essa estratégia para ao invés de criar um senso de urgência ou medo na população, se cria conformação e esperança, desviando assim qualquer atenção ao real problema que o país enfrenta. Ao fazer propagandas e programas que prometem uma melhoria futura, dá a população uma comodidade oportuna para que Putin possa agir da forma como entende ser a melhor e justificá-la com o mesmo discurso nacionalista que reforça o desgosto pelos países que aplicam sanções dentro da Rússia.

Para quais sejam os fins, o risco em se utilizar desses meios de manipulação da própria população podem resultar em consequências irreversíveis para o líder que as utiliza, complementa Mearsheimer ao abordar esses riscos em sua obra,

além do mais, se os líderes mentem no intuito de promover uma política falha, eles possuem uma chance maior de perderem suporte popular quando o público descobre que estão sendo enganados, ao ser relacionada aos problemas do país. (MEARSHEIMER, J. 2011. TRADUÇÃO LIVRE).

Essa citação é de certa forma, exatamente o que vem ocorrendo desde 2019 na Rússia e que já foi abordado na segunda parte deste trabalho e é capaz de explicar a queda na popularidade de Putin do último ano até os dias atuais. A ilusão de que as sanções são apenas passageiras e estão servindo apenas para que o país se torne mais forte futuramente por produzirem seus próprios alimentos e buscarem novos parceiros comerciais, funciona por alguns anos se atrelada a uma campanha



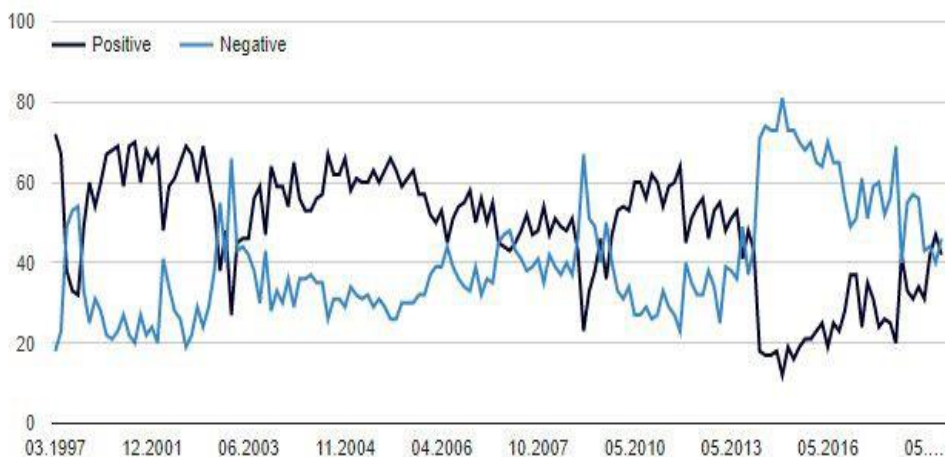
realizada pela mídia nacional, como é o caso na Rússia, entretanto as propagandas e discursos não escondem a vivência da população, que aguarda a melhoria de vida que nunca chega neste médio prazo em que se vinha prometendo.

Então sobre a questão de auto-ajuda em que se encontram os Estados, neste sistema realista das RI, a constante queda de popularidade e aprovação no governo de Putin pode custar-lo a própria manutenção no poder, e entendendo como se deu a democracia no país, é possível que haja incentivos externos para que Putin seja deposto, cabendo somente ao governo russo em planejar novas formas de manipulação popular enquanto o país ainda se recupera da crise que as sanções vem causando. Mearsheimer diz que as mentiras contadas a população de pouco importarão no longo prazo, caso o líder exponha a ameaça e consiga lidar efetivamente com este problema, que neste caso, uma vez já exposto não aparenta estar sendo lidado de forma eficaz pela visão popular.

Outra percepção da atuação de Putin neste período de ganho de popularidade pode ser notado na abordagem de seu discurso em detrimento dos Estados Unidos e Europa. O aumento da visão negativa para com essas regiões, por meio de campanhas, é condizente com o aumento da aprovação geral pela população russa. Um dos fatos a serem pensados como causa direta é a memória do povo russo diante da influência que esses países europeus e os Estados Unidos tiveram na inserção da democracia e do capitalismo na Rússia.



## ATTITUDE TO THE US



Fonte: Levada Center - <https://www.levada.ru/en/ratings/> acessado em 28/05/2020.

Essas atitudes resultam na promoção de uma maior autonomia da política externa russa para realizarem novos acordos comerciais em outras regiões, que apesar de não serem as melhores opções, fortalecem a diplomacia ao longo prazo para que posicionamentos imperialistas como aconteceu na Crimeia, sejam reconhecidos e legitimados por esses Estados que estão fortalecendo laços com a Rússia. Enquanto isso continua sendo pregada internamente a ideia de que quem perde com as sanções são os próprios países que as aplicam, e na medida em que essas sanções são diminuídas, percebe-se a redução na atitude negativa frente a estes



Estados.

## ATTITUDE TO THE EU



Fonte: Levada Center - <https://www.levada.ru/en/ratings/> acessado em 28/05/2020.

Entre os gráficos que mostram a atitude russa frente aos países, é notável a queda na atitude negativa em relação aos países europeus, por conta da proximidade regional e também pela estratégia do governo de Putin em induzir alguns países da região a abolirem as sanções por acordos promissores economicamente com a Rússia.

Estados europeus, por outro lado, foram geralmente enquadrados por estarem se desviando de seus melhores interesses por conta da maligna influência norte americana. O ministro das relações exteriores Sergey Lavrov aclamou que as tentativas internacionais de 'restringir as possibilidades russas' foram primeiramente lideradas pelos EUA, e não pelo poderio europeu; ele argumentou que os norte americanos estavam 'tentando prevenir a Rússia e a UE de unir seus potenciais' por conta de seus objetivos em 'conservar a liderança global'.



(HUTCHINGS, S. & SZOSTEK, J. 2015. TRADUÇÃO LIVRE).

A ideia de não culpar os países europeus por inteiro amenizava a hostilidade que se era criada internamente na Rússia contra estes países, na tentativa de que justamente abrissem mão das sanções e se juntassem a Rússia para crescerem em conjunto, unindo seus potenciais.

Este enredo é usado para sugerir que a Rússia e a Europa apreciariam uma relação próxima e sem conflitos se não fosse pela interferência norte americana. Tensões com a UE podem, entretanto, serem interpretadas sem que se acuse quaisquer diferenças fundamentais que possam ameaçar a identidade europeia da Rússia. (HUTCHINGS, S. & SZOSTEK, J. 2015. TRADUÇÃO LIVRE).

Seguindo este raciocínio, a impressão que a campanha interna russa sobre essa situação deixa é a de que a Rússia é uma grande potência que está sofrendo ataques por medo de que o país se torne hegemônico. Partindo deste princípio as pessoas tendem a achar que os problemas da sociedade não são culpa das ações do seu próprio governo, mas sim dos outros que repreenderam estas ações, transformando a indignação em apoio popular e aprovação.

## CONCLUSÃO

Diante dos estudos apresentados neste trabalho, foi possível perceber o equívoco que os países ocidentais cometeram ao tentarem incentivar democracias de forma repentina no novo cenário de pós queda da URSS, a drástica mudança de vida da população acostumada com o antigo modelo geográfico acarretou em políticas falhas que posteriormente tiveram que ser corrigidas por meio de utilização da força. A ostensividade de Putin em lidar com os problemas que permeavam a sociedade neste momento inicial fez com que a população lembrasse da época de União Soviética com um leve saudosismo, como se sentissem falta da época autoritária de alguns anos atrás, garantindo desta forma, grande popularidade nas ações de Putin.





Porém diferentemente da democracia recém chegada, Putin retornava aos padrões ditatoriais de forma lenta e gradativa, sendo a Rússia classificada como um país não livre apenas em 2005, cinco anos depois de sua primeira eleição como presidente, posteriormente obedecendo ainda a constituição que o limitava de continuar no poder após oito anos de mandato, apenas para se eleger novamente de forma definitiva em 2012.

A partir dessa análise presume-se que o marco para que Putin garantisse sua longevidade na presidência foi no momento em que houve a “caça” aos oligarcas, ao qual possibilitou a estatização de vários canais de comunicação bem como a posse da grande Gazprom, que não só, respectivamente, possibilitou absoluta positividade na mídia, mas também garantiu um enorme crescimento de mercado internacional russo possibilitando a competitividade do país. Ao que diz respeito a crise da Crimeia e sua respectiva anexação, foi um ato extremamente estratégico do qual foi revertido em porcentagens elevadas de aprovação do governo russo por parte da população, principalmente pelo papel que a mídia teve em transmitir apenas uma única visão da história, mesmo que a vida dessas pessoas tenha piorado de forma considerável por conta das sanções, principalmente na região da Crimeia em que tudo mudou.

Por fim, o que se pode concluir deste trabalho é que, é inegável que a mídia e o discurso propagado possuem uma forte capacidade de manipulação social, entretanto, em um Estado como a Rússia, onde apesar de autoritário não se conhece casos de repressão em massa contra os cidadãos, torna-se um trabalho quase que impossível ao tentar manter a população manipulada sem que esse discurso enviesado esteja atrelado a uma notável melhoria do país ao longo prazo. O que não está acontecendo na Rússia, apesar do leve crescimento e recuperação que a região teve a partir de 2015 após algumas sanções serem interrompidas, não é o suficiente para que a população continue acreditando na promessa de crescimento em meio às adversidades, principalmente ao notar que as perspectivas de crescimento na Rússia



estão estagnadas e nada aparenta mudar. E de fato, no cenário atual de pandemia global que o planeta enfrenta em 2020, indica que essas perspectivas tendem a piorar, e visto que Putin já teria ficado tempo demais no poder, e desde a anexação da Crimeia nada significativo aconteceu, a popularidade e aprovação deste regime pode cair ao ponto de pela primeira vez serem observados índices abaixo de 60%, aumentando o risco enormemente de crescimento dos movimentos contra o governo caso Putin venha a alterar a constituição a fim de se manter no poder por ainda mais tempo.

## REFERÊNCIAS

BUSHKOVITCH, P. A *Concise History of Russia*. Yale University, Cambridge University Press, 2012.

BIRCHFIELD, V. L. & YOUNG A. R. *Triangular Diplomacy among the United States, the European Union, and the Russian Federation: Responses to the Crisis in Ukraine*. Palgrave Macmillan. 2018.

DOURADO, M. E. B. F. **Como o Histórico Autoritário Contribuiu Para o Enfraquecimento da Democracia Na Rússia Após a Chegada de Vladimir Putin ao Poder**. NEARI EM REVISTA v.3, n.3, 2017.1 ISSN: 2447-2646, 2017.

FREEDOM HOUSE. *Freedom in the World 2004 Complete Book*.  
<https://freedomhouse.org/report/freedom-world> Acesso em: 24/05/2020

FRYE, T; GEHLBACH, S; MARQUARDT, K. L; REUTER, J. O. Forthcoming. *“Is Putin’s Popularity Real?” Post-Soviet Affairs*. *POST SOVIET AFFAIRS*, VOL. 33, NO. 1. 2017.

HUTCHINGS, S. & SZOSTEK, J. *Dominant Narratives in Russian Political and Media Discourse during the Ukraine Crisis*. E-international Relations. Bristol, UK. 2015.

KAZUN, A. *Framing Sanctions in the Russian Media: The Rally Effect and Putin’s Enduring Popularity*. Higher School of Economics, 2016.



LAZZARI, T. C. **A POLÍTICA EXTERNA RUSSA DO INÍCIO DO SÉCULO XXI:**

TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS. Revista Conjuntura Austral ISSN: 2178-8839  
Vol. 2, nº. 3-4 Dez.2010 – Mar.2011

LEVADA CENTER. *Indicator*: <https://www.levada.ru/en/ratings/> Acesso em: 28/05/2020

MALMÖ, P. *Taking the Shortcut to Popularity: How Putin's Power is Sustained through Ukraine*. *Russian Analytical Digest* No. 148, 2 May 2014.

MEARSHEIMER, J. *Why Leaders Lie: Truth about lying in international relations*. Oxford University Press. 2011.

NICHOL, J. *Russia's March 2012 Presidential Election: Outcome and Implications*. Congressional Research Service, 2012.

OSCE. *Election Observation Mission Report: PRESIDENTIAL ELECTION 14 March 2004*. <https://www.osce.org/odihr/elections/russia/33101> Acesso em: 24/05/2020.

PIKULICKA-WILCZEWSKA A. & SAKWA R. *Ukraine and Russia: People, Politics, Propaganda and Perspectives*. E-international Relations. Bristol, UK. 2015.

POLUPANOV, V. **A península deles. Moradores da Crimeia sofrem dificuldades, mas não se arrependem de nada.**  
<https://aif.ru/society/people/1396583> Acesso em: 17/05/2020

REMYNGTON, T. *Patronage and the Party of Power: President–Parliament Relations Under Vladimir Putin*. EUROPE-ASIA STUDIES Vol. 60, No. 6, August 2008, 965–993.

SATTER, D. *The Less You Know, The Better You Sleep: Russia's Road to Terror and Dictatorship Under Yeltsin and Putin*. Yale University Press, 2016.

THE KREMLIN. *Address by President of the Russian Federation*.  
<http://en.kremlin.ru/events/president/news/20603> Acesso em: 16/05/2020.



UEHLING, G. *Everyday Life After Annexation: The Autonomous Republic of Crimea*. University of Michigan. 2015.



# DESAFIOS DA FORMAÇÃO DE UM REGIME INTERNACIONAL DE GOVERNANÇA DA INTERNET: MULTIPLICIDADE DE ATORES E VISÕES DIVERGENTES

Fernanda Salomão Favato<sup>1</sup>

## RESUMO

Trata o presente artigo da questão envolvendo a governança da internet. Em termos mais específicos, constitui objetivo deste estudo o exame relativo à dificuldade da criação de um “regime internacional de governança” da *internet*. O artigo examinou diversos assuntos associados à questão, dentre os quais temas como a institucionalização da internet, a fragmentação da normatização da internet e a cibersegurança. Do ponto de vista metodológico, o artigo valeu-se de técnicas descritivas ao amparo do chamado neorealismo. No tocante aos resultados e no que respeita às conclusões, o artigo demonstrou ser improvável a constituição de uma governança internacional da internet tendo em vista, especialmente, a multiplicidade de atores e seus interesses divergentes.

**Palavras-chave:** Internet. Governança. Fragmentação. Multilateralismo. Normatização. Cooperação. Cibersegurança. Neorealismo. Regimes internacionais.

## INTRODUÇÃO

Através dos anos a *internet* se tornou o principal disseminador de informações, impulsionando a globalização e reestruturando as formas de comunicação por meio das novas fronteiras digitais. A constante evolução da tecnologia tornou nítida a dimensão do meio digital, surgindo de tal modo o

---

<sup>1</sup> Graduanda do curso de Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).



aparecimento da discussão sobre a necessidade de uma legislação que delimite os campos de atuação do Estado e do setor privado e, também, a determinação dos direitos e obrigações dos cidadãos no âmbito digital.

A multiplicidade de atores e interesses no que tange à governança da *internet* cria impasses na normatização do meio e tende a afastar a possibilidade de uma governança global da *internet*. A influência americana na criação da ONG<sup>2</sup> que regula grande parte técnica dos fatores que envolvem a *internet* gera incômodo em diversos países que buscam mecanismos alternativos de fiscalização e regulação dos temas cibernéticos.

Com o questionamento das normas aplicáveis ao ambiente online foi se tornando claro que o a governança da *internet* não seria atribuída apenas ao aparato estatal devido à existência de instituições bem estabelecidas dentro do setor privado e na esfera da sociedade civil. Deve-se salientar que por mais que existam interesses individuais e, portanto, unilaterais, no âmbito das entidades privadas, tais como associações, empresas e ONGs de todo tipo, estas operam — todas elas — sob as leis nacionais de seus países e, em diversos casos, igualmente sob as leis de países estrangeiros (EPSTEIN, 2013). Ressalte-se, contudo, que mesmo diante do enquadramento privado de tais entidades, muitas delas têm suas atuações facilitadas pelos Estados (incentivos monetários, tarifários, subsídios, entre outros), fenômeno que exemplifica a relação de dependência entre estas instituições e seus correspondentes estados nacionais.

A evolução de tecnologias deve ser acompanhada da evolução do debate e da legitimação de suas normas. O ambiente virtual, na sua atual conjuntura, é relativamente novo e permanece em condição de permanente mudança. Do ponto de vista acadêmico, deve-se questionar como os Estados e os indivíduos podem se

---

<sup>2</sup> *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN). Mais detalhes em [www.icann.org](http://www.icann.org) (acesso em 26/10/2019).



proteger nesse meio levando-se em consideração o aspecto transnacional da *internet*. A multiplicidade de fatores que impedem a implementação de uma legislação internacional comum deve ser estudada, de tal maneira, à luz da finalidade de progressão no que diz respeito ao entendimento do próprio estabelecimento de direitos e deveres em um ambiente sem fronteiras.

Deve-se, porém, para prosseguir com a análise pertinente a este artigo, estabelecer que a noção de *internet* analisada engloba não só o meio digital como as entidades que permitem e permitiram que ela exista. Saliento, porém, que o objetivo deste artigo não é fazer análise extensa de como funciona o meio técnico e operacional da *internet*, e sim fazer uma análise básica desses aspectos que permitam a discussão sobre a fragmentação existente no cenário internacional no que diz respeito a normatização da governança da *internet* e, dessa forma, criar um ambiente online nacionalista no tocante à normatização, onde se tornará cada vez mais comum o fracionamento, de uma perspectiva global, nas normas do âmbito cibernético.

## **1 GOVERNANÇA: BREVES CONSIDERAÇÕES**

Antes de definirmos o conceito de governança da *internet* deve-se estabelecer, primeiramente, o conceito de governança. Rosenau (1995, p.13) define governança como "*systems of rule at all levels of human activity - from the family to the international organization - in which the pursuit of goals through the exercise of control has transnational repercussion*". Em trabalho publicado por Rosenau em 1992, *Governance in the Twenty-first Century*, o autor destaca que a governança somente existirá se for extremamente eficiente, pois diferentemente do governo que pode existir mesmo sendo fraco, a governança não existirá se não funcionar efetivamente, pois criaria um espaço de caos e anarquia o que anularia a governança. Assim, governança pode ser entendido como sistema de regras que apenas será funcional se for aceito pela maioria, ou pela maioria de pessoas poderosas dentro do grupo afetado onde governança deve ser entendida como mais ampla que governo,



podendo englobar tanto organizações governamentais como não-governamentais, instituições informais e a sociedade civil.

Finkelstein (1995) destaca que governança não deve ser entendida como uma instituição e sim como uma atividade; dessa forma, se a governança é exercida através de uma instituição, quer dizer apenas que a organização é a ferramenta utilizada para exercer o poder e deveres gerados pela governança. Com essa noção estabelecida deve-se seguir para identificar os atores e poderes relevantes que podem tanto formar ou influenciar as atividades de governança, como Estados, instituições, grupos de pressão, empresas, indivíduos etc. A governança da *internet*, ademais, compreende questão vinculada ao próprio funcionamento da *internet*, incluída uma multiplicidade de variantes associadas ao desenvolvimento tecnológico, como questões políticas, econômicas, sociais e geopolíticas.

Não existe consenso no que diz respeito à definição do termo governança da *internet*, tendo em vista principalmente que: (i) o impasse existente entre o alcance das instituições e seu papel nos setores da governança; (ii) dúvida quanto à abrangência de atuação do Estado, da sociedade civil e do setor privado e seus limites nos assuntos cibernéticos; e (iii) inexistência de padronização normativa (direitos e obrigações) apta a regular tal governança. A governança da *internet* deve ser encarada como um processo coletivo contínuo com o fim de preencher a lacuna regulatória gerada pela falta de um consenso conceitual e institucional.

O termo governança da *internet*, porém, necessariamente incluiu temas de gerenciamento de assuntos relacionados à privacidade, *cybersecurity*, funcionamento de nomes de domínio, endereços IP, protocolos da internet, sistema dos servidores raiz, acesso à informação, *net neutrality*, liberdade de expressão, direitos e deveres digitais e, ainda, participação de *multistakeholders* e da sociedade civil no processo decisório e no funcionamento do sistema (SILVA, 2008; KLEINWACHTER, 2004).





Denardis (2010) afirma que o estudo de governança da *internet* deve focar nas questões que expliquem o que é permitido e existente dentro do meio digital. Neste sentido, deve-se estudar a arquitetura técnica sem ignorar as questões geopolíticas pertinentes, que expliquem a forma atual de como se utiliza a *internet*:

Governance is usually understood as the efforts of nation states and traditional political structures to govern. Sovereign governments do perform certain Internet governance functions such as regulating computer fraud and abuse, performing antitrust oversight, and responding to Internet security threats. Sovereign governments also unfortunately use content filtering and blocking techniques for surveillance and censorship of citizens. Many other areas of Internet governance, such as Internet protocol design and coordination of critical Internet resources, have historically not been the exclusive purview of governments but of new transnational institutional forms and of private ordering. Without this qualification, the Internet governance nomenclature might incorrectly convey that this type of scholarship somehow advocates for greater government control of the Internet (DENARDIS, 2010, p. 1).

A criação de um “constitucionalismo digital” engloba iniciativas que buscam o estabelecimento de direitos políticos, normas sobre a governança digital e limitações do exercício de poder na *internet*. Tem como objetivo identificar o poder de ação e das autoridades públicas e privadas através do reconhecimento de direitos de cada um (REDEKER; GILL; GASSER, 2018). A questão da governança da *internet* é extremamente importante pois o meio digital é instrumento transnacional e essencial da vida dos indivíduos. O intercâmbio de informações se tornou algo cotidiano. A soberania estatal, por seu turno, pode afetar diretamente o fluxo de informações.

O estudo da governança da *internet* somente por meio da análise de órgãos institucionais e suas funções no cenário internacional é limitada na medida em que desmerece o papel exercido pelo setor privado e, ainda, o poder de autorregulação do Estado. Deve-se analisar a governança da *internet* como um ambiente amplo e crescente onde as políticas que influenciam o meio ocorrem fora do discurso



institucional. Deste modo, temas como a análise do controle de recursos críticos da *internet*, o design de protocolo de *internet*, os direitos de propriedade intelectual relacionados à governança da *internet*, o gerenciamento de infraestrutura e segurança do meio digital e o papel e a influência do setor privado são tópicos determinantes para a compreensão de quão amplo e quão fragmentado revela-se o âmbito da governança da *internet*.

A fim de permitir o estudo do aparato digital, cientistas da computação tendem a separar em camadas as categorias diferentes de análise da *internet*. Hill (2012, p. 13) adota o sistema de quatro camadas projetado por David Clark para explicar o funcionamento da *internet*:

The four-layer model, like the other layering models, is generally represented as a vertical stack. At the bottom of the stack lies the “physical layer,” which includes all the Ethernet wires, fiberoptic cables, DSL lines, and other hardware through which the electronic data “packets” travel. Immediately above the physical layer is the “logical layer,” which encompasses the core Internet Protocols (TCP/IP), the Internet services, such as the Domain Name System (DNS), and all the applications such as the World Wide Web and email. Next, situated on top of the logical layer, is the “information layer,” which is comprised of all of the online content, including blogs, news, video and music that is communicated between and among users. And at the very top of the stack is the “people layer,” the individuals, companies, and governments that actually participate in the Internet’s growth and use.

A camada intitulada *people layer* será o foco do estudo deste artigo, pois nela se engloba a análise das políticas e agentes influentes no que tangem à governança da *internet*. Será através da análise dos diversos atores e instituições relevantes no meio da operacionalização e normatização do meio digital que será possível entender o atual cenário fragmentado.

## **2 INSTITUCIONALIZAÇÃO DA INTERNET**



A projeção da *internet* tem a característica única de ter sido feita de forma que possibilitasse a expansão do meio, onde sua infraestrutura permitia o desenvolvimento de diversos tipos de formas de uso e aplicativos. A *internet* pode ser compreendida como um conglomerado de redes, protocolos, cabos de fibra, sistema de operacionalização e armazenamento que em sua essência tem como característica a existência de uma multiplicidade de atores relevantes.

O equilíbrio entre a soberania nacional e a transnacionalidade gerada pela *internet* surge como tema de debate principalmente no início dos anos 90, quando se observa o início da utilização do meio digital pelo meio comercial. Observam-se, porém, desde pelo menos 1990, políticas vinculadas ao fluxo de informações e aos meios de comunicação conflitantes entre os Estados do sistema internacional. A discussão sobre a necessidade de um órgão intergovernamental e novas políticas sobre o meio eram debatidas no contexto do esforço dos países em promover controle soberano no que diz respeito ao fluxo de informações. A visão liberal, por exemplo, ao englobar o meio digital, e à luz da tese que defende a menor intervenção estatal nos assuntos econômicos, acaba, por conseguinte, direcionando a *mão invisível à internet*.

Um dos pontos defendidos era que o crescimento do meio só foi possível devido ao aspecto fragmentado da *internet*; assim, o pouco controle que os Estados possuíam no meio foi precisamente motivo determinante de seu crescimento (KLEINWACHTER, 2004). De tal modo, a falta de uma regulamentação específica do governo, e o papel determinante do setor privado na criação e desenvolvimento da *internet*, levaram a propostas de uma governança multissetorial. Para entender o grande papel que a sociedade civil exerce no meio digital deve-se analisar o processo de criação e institucionalização da *internet*.

Observa-se que a institucionalização da *internet* tem como característica distinta o seu gerenciamento - desde a sua comercialização - ocorrendo de baixo para



cima; ou seja, por indivíduos da sociedade civil. A ARPANET foi uma rede criada pela ARPA (*Advanced Research Projects Agency*) – agência criada pelo Departamento de Defesa dos EUA – na década de 60, com o intuito de idealizar um fluxo de comunicação entre computadores priorizando a comunicação com universidades e centros de pesquisas que tivessem relação direta com o Departamento de Defesa norte-americano. Em 81, a *National Science Foundation* (NSF) cria projeto intitulado CSNET com o intuito de expandir os benefícios do programa às instituições acadêmicas e de pesquisa que não tivessem acesso via ARPANET. O sucesso foi tanto que em 84 lança-se o projeto NSFNET que permitira acesso a toda a comunidade acadêmica. Em 83 a ARPANET é dividida em duas: MILNET (com laços militares) e uma nova ARPANET (com foco para pesquisa e desenvolvimento). Observam-se, a partir daí, múltiplos projetos independentes a fim de desenvolver rede capaz de conectar computadores por todo o globo no seio das universidades (GATTO; MOREIRAS; GETSCHKO, 2009)

Jon Postel, pesquisador do *Information Science Institute* (ISI)<sup>3</sup>, foi designado para gerenciar e criar os endereços eletrônicos de IP<sup>4</sup> e gerenciar o *Domain Name System* (DNS)<sup>5</sup> dentro do sistema da ARPANET. Depois do estabelecimento do sistema DNS, parte da operacionalização do registro de domínios foi delegada ao *Stanford Research Institute* (SRI), por meio de contrato com o Departamento de Defesa norte-americano. Com o crescimento do meio digital, a *National Science Foundation* assumiu o papel de financiadora de parte da infraestrutura do ambiente cibernético. Em 1992 subsidiou o gerenciamento de banco de dados, registros de

---

<sup>3</sup> Instituto pertencente à University of Southern California (USC), estabelecido em 72, para desenvolver pesquisas em assuntos relacionados a tecnologias de processamento de informações, computação e comunicação. Para mais informações acessar: <https://www.isi.edu/news/story/187>

<sup>4</sup> Cada computador funcional era atribuído à um endereço de protocolo de *Internet* (IP), que consistia em um número único de 32 bits.

<sup>5</sup> O *Information Science Institute* (ISI) foi responsável por desenvolver e implementar os servidores DNS que é capaz de mapear cada endereço de IP e traduzi-lo para endereços eletrônicos mais user-friendly como mail.google.com, etc. O nome de domínio é dividido em 3 níveis, o subdomínio (parte da frente do endereço eletrônico, exemplo, no endereço anteriormente utilizado, seria: mail), nome de domínio (do meio, no exemplo: google) e o top-level domain (na parte final, seria no exemplo o: com).



nomes e operacionalização de diretórios. A AT&T ficaria responsável pela supervisão dos bancos de dados e a *Network Solutions, Inc.* (NSI) gerenciaria a operação de registro dos nomes de domínio (operação realizada anteriormente pelo SRI)<sup>6</sup> (WEINBERG, 2000). Com a expansão e a dimensão geradas pelo crescimento dessa rede de fluxo de informação, em 88 foi criada a *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA) – através de financiamento conjunto da ISI e da DARPA – que tinha como responsabilidade principal a coordenação operacional, onde deveria atribuir os endereços de IP. Segundo Weinberg (2000 p.13):

Under arrangements made by various players in the domain name space through the late 1990s, NSI administered the key root server, known as the “A” root server, but policy authority over the contents of the “A” root rested with Jon Postel and IANA. It was Postel who was responsible for deciding whether a new country code domain should be added to the root zone and which entity should be responsible for administering that domain. It was Postel and IANA who were in the end responsible for resolving disputes over the allocation of IP addresses.

Porém, a IANA era administrada de forma ambígua, onde não restavam claros os “*checks and balances*” devido ao fato de que não foi estabelecida formalmente como uma organização do Estado americano, e o papel do governo parecia se restringir ao financiamento (PARÉ, 2003). O início dos anos 90 foi marcado por período transitório onde observou-se o caráter comercial da *internet*, surgindo novos questionamentos e demandas dos atores do sistema internacional. Observou-se o crescimento contínuo, impulsionado pela plataforma comercial no meio digital, da *World Wide Web*<sup>7</sup> elaborada por Tim Berners-Lee, chegando-se a mais de um milhão de nomes de domínio na *internet*.

---

<sup>6</sup> Atualmente, a AT&T, a Network Solutions e as agências da National Science Foundation formam a InterNIC.

<sup>7</sup> Foi desenhada por Tim Berners-Lee, membro da Organização Europeia para a Investigação Nuclear (CERN), para ser rede onde informações circulam na forma de URLs. Construiu-se sistema denominado ENQUIRE, desenvolvido para armazenar e reconhecer associações de informações.



Surge assim o primeiro movimento no sentido de assegurar nomes de domínio, juntamente com o início dos questionamentos quanto à aplicação e quanto à proteção de direitos de marcas e de direitos de autor no ambiente online. O rápido crescimento do número de adeptos com a internacionalização deixou clara a necessidade de institucionalizar os novos aspectos legais e operacionais da *internet*, principalmente no que diz respeito ao crescente número de registros de nomes de domínio. Começa assim a pró-atividade (no âmbito estatal e na esfera privada) em criarem-se forças-tarefas a fim de se debaterem assuntos relacionados à governança da *internet* (ex.: IETF - *Internet Engineering Task Force*).

Tendo em vista a crescente quantidade de registros de endereços eletrônicos e nomes de domínio, a *National Science Foundation* negocia com a NSI emenda ao acordo de contrato original, onde permitira que a NSI cobrasse anualmente taxa de US\$ 50,00 de cada registro de nome de domínio ao invés de a NSF arcar com os custos (o que era o padrão).<sup>8</sup> Nota-se um crescente desconforto pelos usuários da *internet* não só pela taxa imposta pela NSI, mas pelo monopólio e monetização que a NSI estava exercendo no ambiente digital. Outra crítica foi a política utilizada para resolver conflitos relacionados às disputas de nomes de domínio, onde a NSI suspendia qualquer nome de domínio que recebesse uma reclamação formal de outra marca comercial, sem investigação e sem análise jurídica adequada (WEINBERG, 2000; KLEINWACHTER, 2004).

A autoridade que o governo americano exercia na operacionalização da *internet* gera questionamentos não só de outros governos soberanos como de instituições privadas e públicas. Assim, o poder americano no estabelecimento das

---

Possuía extenso banco de dados e vários links que conectavam os conteúdos entre si, permitindo o fluxo de informação.

<sup>8</sup> *NSI-NSF Cooperative Agreement No. NCR- 9218742, Amendment 4, at* <http://www.networksolutions.com/legal/internic/cooperative-agreement/amendment4.html> (Sept. 13, 1995)



políticas técnicas começa a gerar tensão nas relações intergovernamentais. De acordo com Epstein (2003 p. 2):

When the question of Internet governance bubbled up as a contested issue in the late 1980s and the early 1990, neither the diverse Internet community nor the nation-states, or intergovernmental apparatus could lead Internet- policy-setting unilaterally. On the one hand, when national states started showing interest in the Internet policy debate, there were already well-established governance institutions based in the private sector, the civil society, and to a degree academia.

Postel propõe em 95 atribuir a IANA a supervisão da *Internet Society* (ISOC)<sup>9</sup>, garantindo-se sistema de operação e gerenciamento mais abrangente e sólido. Porém, tanto o governo americano como o setor privado se oporiam a atribuir essa responsabilidade àquela organização sem fins lucrativos que, desde sua criação em 1992, atuara no sentido de facilitar o desenvolvimento operacional, de alcance, promovendo fóruns que permitiriam a multiplicidade de participantes para discutir políticas e debater a evolução do meio e dos tópicos relacionados à governança da *internet*. Fica claro que o status quo não poderia ser mantido, e os primeiros passos da normatização do meio digital tornam-se prioridade. Por iniciativa do governo americano, surge em 1997, *Working Group* a fim de discutir esses assuntos relevantes do ambiente cibernético.

The U.S. government convened a working group, which included representatives from the White House Office of Science and Technology Policy, the National Telecommunications and Information Administration, the Patent and Trademark Office, the National Science Foundation, the Department of Defense, the Department of Justice, the Department of State, the Federal Communications Commission, and other agencies, to figure out what should be done. In July 1997, the National Telecommunications and Information Administration (NTIA) released a public request for comments regarding desirable characteristics of Internet

---

<sup>9</sup> A ISOC é dividida em diversos “working groups” que lidam com tópicos específico relacionados ao meio digital como a Força-Tarefa de Engenharia da *Internet* (IETF), que discute e estabelece os principais protocolos da *internet* e a Diretoria de Arquitetura da *Internet* (IAB, sigla em inglês), que oferece orientação técnica com o intuito de catalisar a evolução do meio digital.



governance and the domain name space. (WEINBERG, 2000, p. 18)

No primeiro mês de 98, o governo americano apresenta nova proposta para tornar mais eficiente o gerenciamento e operacionalização dos nomes e endereços eletrônicos: o *Green Paper*<sup>10</sup> é intitulado “*A Proposal to Improve Technical Management of Internet Names and Addresses*”. O *Green Paper* propôs que a delegação de todo o gerenciamento relevante à operacionalização da *internet*, tais como nomes de domínio, endereços de IP e rede de servidores, fosse atribuída a uma nova organização sem fins lucrativos. A equipe que estivesse trabalhando na IANA seria transferida para a nova organização e o governo norte-americano transferiria todos as funções exercidas por qualquer vertente do governo relacionadas ao funcionamento e ao gerenciamento da *internet* e bancos de dados à nova ONG. O projeto ainda destaca a importância da legitimação da corporação e para isso sugere que seria necessário a representação, dentro da organização, dos diversos setores que possuem interesse no meio digital (WEINBERG, 2000; CANABARRO, 2014).

O *Green Paper* não agradou aos diversos setores interessados na normatização da *internet* e, por isso, quatro meses depois o governo americano lançou o *White Paper* com mudanças significativas, onde as propostas de normas apresentadas no *Green Paper* pelo governo norte-americano foram retiradas e a responsabilidade da criação de políticas relacionadas ao gerenciamento operacional do meio caberia somente à nova organização. A recepção do *White Paper* foi boa devido ao fato de que as decisões de políticas relacionadas ao meio foram deixadas para a nova corporação resolver (WEINBERG, 2000):

The White Paper did not speak precisely to how the new corporation it described would be formed. It suggested that if

---

<sup>10</sup> Green Paper é termo comumente utilizado na Grã-Bretanha e Estados Unidos para se referir a documento elaborado pelo governo sobre algum assunto politicamente relevante para que as pessoas tenham acesso a esse documento e possam discutir sobre, antes de se tomar decisões legais e políticas relacionadas ao tema. O White Paper pode ser feito após o Green Paper levando em consideração a opinião gerada, onde a proposta governamental se adapta a reação pública.





the new entity were formed by “private sector Internet stakeholders,” the U.S. government was prepared to recognize it by entering into agreements with it, seeking international support for it, and ensuring that it had appropriate access to databases and software controlled by NSI. In October 1998, after a series of negotiations between IANA and NSI—and more wide-ranging consultations on the interim board’s composition with the U.S. government, a variety of foreign governments, Jon Postel’s lawyer (a Jones, Day partner named Joe Sims), IBM, and others—Dr. Postel transmitted to the Department of Commerce documents reflecting what he described as “the consensus judgment of the global Internet community as to how to form a corporation that will include the IANA function.” (WEINBERG, 2000. p. 23)

Dessa forma, em 98 ocorre de fato o início da institucionalização normativa da *internet*. Como resultado das diversas negociações entre as partes técnicas, comerciais e estatais influentes no sistema digital, cria-se a “*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*” – ICANN (MULLER, 2002). A organização privada nasce da iniciativa do governo norte-americano, em resposta às pressões internas e externas para a normatização do sistema operacional da *internet*. A organização pode não ser vista como primeiro movimento de iniciativa global comum tendo em vista a manifesta influência norte-americana, mas inegavelmente é o primeiro mecanismo regulador de normas da *internet* no âmbito internacional.

## **3 TEMÁTICAS CIBERNÉTICAS QUE INFLUENCIAM DIRETAMENTE A FRAGMENTAÇÃO DA NORMATIZAÇÃO DE UMA GOVERNANÇA GLOBAL**

### **3.1 Recursos críticos à *internet***

Recursos críticos da *internet* (CIRs) se referem não à infraestrutura física subjacente que permite o funcionamento da *internet* como cabos de fibra ótica, energia elétrica etc, e sim à infraestrutura exclusiva da *internet*, gerada pela normatização e gerenciamento histórico do ambiente cibernético, como o sistema de nomes de domínio e endereços de IP. Segundo Denardis (2011, p.4), os endereços de



IP têm importância primordial e estrutural no funcionamento da *internet*, e o números únicos de 32 bits<sup>11</sup> atribuídos a cada dispositivo conectado à rede permite a identificação do dispositivo utilizado:

In 1990, the Internet standards community identified the potential depletion of addresses as a crucial design concern and the IETF recommended a new protocol, Internet Protocol version 6 (IPv6) to expand the number of available addresses. IPv6 extends the length of each address from 32 to 128 bits, supplying 2<sup>128</sup>, or 340 undecillion addresses. Despite the longstanding availability of IPv6 and for a variety of political and technical reasons, the upgrade to IPv6 has barely begun on any global scale.

Uma das questões fundamentais debatidas atualmente é referente à política relacionada a endereços de IP e, conseqüentemente, de governança da *internet* no tocante à criação do protocolo IPv6 e do gerenciamento do restante da reserva do protocolo IPv4 (DENARDIS, 2011). O crescimento exponencial da *internet* leva a um quadro tendendo a um próximo esgotamento no que diz respeito aos endereços do protocolo IPv4. Assim, coloca-se em pauta como devem ser os posicionamentos estatais e privados no que diz respeito à regulamentação do protocolo IPv4 nas suas reservas restantes e o posicionamento em relação à projeção do espaço IPv6.

O esgotamento iminente do espaço IPv4 não surtiu o efeito esperado na comunidade dos provedores dos serviços relacionados à *internet* e a transição para o protocolo IPv6 ainda permanece na sua infância. Os motivos que podem explicar a lentidão no que diz respeito a essa transição incluem: (i) a atual fragmentação do cenário da governança da *internet*; (ii) a inexistência de um órgão central que busque ativamente a implementação do IPV6; (iii) falta de qualquer tipo de ação estatal que busque a transição para o sistema IPv6 em âmbito nacional; (iv) abandono (por parte da grande maioria dos governos) da hipótese de concessão aos provedores da tarefa da transição; (v) constatação de que os sistemas IPv4 e IPv6 são interoperáveis a menos que o servidor que opera no IPv4 seja programado para se comunicar com

---

<sup>11</sup> Protocolo da *Internet* versão 4 (IPv4).



servidores operando no IPv6 (o que é raro); e (vi) o fato de que a programação para possibilitar essa comunicação entre os servidores tende a ser cara, o que desestimula a implementação dessa transição (HILL, 2012)

Essa falta de ação e desequilíbrio na adoção e transição para a operacionalização do IPv6 entre os países gera questões importantes no que diz respeito a possível criação de dois sistemas distintos operando mutuamente com interoperação mínima. Observa-se que a Ásia (destacando o governo chinês, japonês e indiano), devido a escassez de espaço restante do sistema IPv4, a busca de um sistema apropriado que acomodasse a dimensão necessária para o uso efetivo de suas populações e se aproveitando da lacuna de gerencial existente na liderança do sistema IPv6 e seu potencial econômico, tomou a dianteira na utilização do sistema IPv6. A China priorizou a implementação do sistema IPv6 como uma das principais políticas relacionadas ao futuro da *internet*. (HILL, 2012) O domínio americano no sistema IPv4 foi um catalisador para a efetivação desse posicionamento político chinês, onde mais de US \$ 200 milhões foram investidos em programas para a implementação do sistema IPv6, tem-se como grande exemplo o programa *China Next Generation Internet* (CNGI). Porém a política adotada pelos países asiáticos em tonar a frente na adoção do IPv6 pode gerar certa fragmentação no sistema digital. Se os usuários do sistema IPv4 resistirem na transição ao novo sistema poderá ocorrer bifurcação extensa no fluxo de informação leste/oeste, além disso, se tornaria uma séria ameaça aos interesses comerciais americanos e, a fragmentação do sistema digital se tornará um perigo eminente. (HILL, 2012; CANABARRO, 2014)

Com o estabelecimento da ICANN, foram atribuídas à organização as funções de gerenciar o sistema de domínio da *internet* (DNS), regulando-se as políticas relacionadas ao sistema, endereços de IP, sistema de nomes de domínio de



primeiro nível genéricos (gTLDs<sup>12</sup>) e, ainda, a coordenação do sistema de servidores-raiz.

In addition to technical policy coordination that prevents multiple registries from attempting to deploy colliding top-level-domains (TLDs), ICANN also engages in policies that strongly resemble traditional regulation of market structure. It decides what TLDs will be made available to users, and which registrars will be permitted to offer those TLDs for sale. And it makes those decisions atleast in part based on the potential registrars' willingness to offer a package of services that includes mandatory trademark arbitration. (FROOMKIN; LEMLEY, 2003, p. 1)

Deve-se destacar também, no tocante ao debate de instituições determinantes ao funcionamento da *internet* e que fazem parte da questão central da governança da *internet*, o papel fundamental da IETF (*Internet Engineering Task Force*). A IETF é responsável pela organização e gerenciamento de protocolos técnicos que permitem o fluxo de informação e a funcionalidade da arquitetura do meio digital.

But the standards developed by the IETF are only part of a vast protocol ecosystem required to provide end-to-end interoperability for voice, video, data, and images over the Internet. For example, the World Wide Web Consortium (W3C) sets application-layer standards for the web. The International Telecommunication Union (ITU) sets Internet related standards in areas such as security and voice over the Internet. The Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE) develops vital specifications such as the Ethernet LAN standards and the Wi-Fi family of standards. Countless other entities develop specifications for the technologies that collectively enable the transmission of information over the Internet: including national standards bodies such as the Standardization Administration of China (SAC); the Motion Picture Experts Group (MPEG); the Joint Photographic

---

<sup>12</sup> Para entender como funciona o gTLD (generic top-level domain) deve-se explicar primeiramente os TLDs (top level-domains). Um domínio de um endereço eletrônico é formado pelo nome de domínio e o TLD, onde o nome de domínio pode ser qualquer nome livre para registro e o TLD deve ser selecionado de uma lista de TLD existentes. Os TLDs são o nome de domínio mais alto na hierárquica do sistema DNS, assim, tende a ser o que aparece por último, por exemplo no endereço eletrônico [www.google.com](http://www.google.com), o TLD é o .com. O gTLD é uma das categorias de TLDs e se refere a qualquer TLD que não está diretamente ligada a nenhum país específico, o mais comum gTLD existente é o .com.



Experts Group (JPEG); and the International Organization for Standardization (ISO). (DENARDIS, 2011, p. 7)

O crescimento exponencial notado, principalmente na última década, de políticas distintas que favorecem a fragmentação do meio digital é preocupante. Notam-se políticas públicas, ação de agentes privados e interesses econômicos como contribuintes para frear a globalização e a expansão de uma rede global. A proposta da alocação das funções hoje exercidas pelo ICANN para as Nações Unidas é criticada pelos agentes defensores da *net neutrality*, pois acreditam que levaria à politização do ambiente digital de forma que prejudicaria diretamente a noção de uma *internet* livre e aberta. Porém, não levam em consideração as possíveis consequências que a manutenção do status quo podem gerar, podendo gerar atrito substancial que leve à ramificação da operacionalização do funcionamento da *internet*.

O DNS é primordial para o funcionamento mais amigável da *internet*. Opera de forma a traduzir a ordem numérica que forma o endereço de IP de cada computador em nomes de domínios mais simples como google.com. A operação de tradução necessária para esse processo tende a ocorrer sob supervisão da ICANN, onde cada nome de domínio se torna único no ambiente digital. Entretanto, é possível que um endereço de IP seja traduzido de forma que seja redirecionado a um servidor que não faça parte dos servidores sob supervisão da ICANN, fazendo com que os usuários que adentrarem aquele endereço eletrônico sejam redirecionados a outro local do que aquele esperado, podendo os deixar vulneráveis a golpes e vírus cibernéticos (DRAKE; CERF; KLEINWÄCHTER, 2016). Esse tipo de redirecionamento alternativo (também conhecido como *alt roots*) é permitido pela ICANN, tendo em vista a necessidade de todo endereço de IP passar pelos servidores da ICANN não é juridicamente vinculativo.

Além disso, os *alt roots* são muitas vezes utilizados para criar redes privadas que buscam mais segurança. O problema em voga é que se pode, futuramente,



expandir entre governos a ideia de se criar um sistema de *alt roots* nacional separado dos servidores da ICANN, tornando possível, deste modo, a nacionalização do sistema digital onde o contato com os servidores DNS não exista.

Hill (2012) destaca que uma das reclamações persistente de diversos países era a demora e a falta de dinamicidade do estabelecimento de ccTLDs<sup>13</sup> e gTLDs de alfanuméricos não romanos pela ICANN, mesmo tendo esta a tecnologia necessária para tal feito desde 96 (desenvolvida pela IETF). Devido à lentidão da organização se observou, em meados de 2005-2006, a tomada de ação unilateral da China em estabelecer gTLDs em caracteres chineses; porém, para isso ser feito, os servidores desses domínios tiveram que ser configurados a servidores diferentes daqueles gerenciados pela ICANN, o que cria não só uma fragmentação do meio digital, como também sistemas que não operam entre si, criando-se de tal maneira um ambiente cibernético chinês de traço separatista.

A ação chinesa preocupou a ICANN e em 2009, em resposta, aprovou medida denominada “*IDN ccTLD Fast Track Process*”:

In response to China’s experimental alternative root work, as well as to continuing pressure from other countries demanding the implementation of Internationalized Domain Names (IDNs), the ICANN Board, meeting in South Korea in October 2009, approved the “IDN ccTLD Fast Track Process” to allow countries and territories to submit requests to ICANN for ccTLDs in scripts other than those with ASCII characters, including Chinese, Arabic and Cyrillic. Subsequently, at a Singapore conference in 2011, ICANN further approved a gTLD Program to allow for the addition of IDN gTLDs into the root zone. (HILL, 2012, p. 18)

### **3.2 Posicionamentos polares dos atores estatais quanto à normatização do meio**

---

<sup>13</sup> O ccTLD (country code top-level domain) é uma das categorias de TLD (top-level domain) e existe apenas quando um país ou região o registram, assim, se cria um TLD de um país específico, exemplo: ao se entrar na zara.com se entra no endereço eletrônico americano da marca, porém, se entrar na zara.com.br o usuário será direcionado a versão brasileira do site.



Desde a implementação global da *internet* e a disseminação de seu uso, as iniciativas governamentais de regular ou estruturar aspectos da *internet* e seu conteúdo foram mínimas. Porém, com o crescimento da *internet*, começou a ficar clara a dimensão do meio e as ameaças potenciais ao Estado, tais como crimes cibernéticos, spam, golpes e a própria segurança nacional. Dessa forma, evidenciou-se que a *internet* deveria fazer parte do âmbito das políticas estatais.

A extensão do poder estatal no âmbito digital ainda não é claro. Contudo, uma das vertentes aceitas na comunidade internacional como legítima é a soberania do Estado em relação àqueles casos que envolvem proteção infantil online, crimes cibernéticos e proteção de dados. Algumas polêmicas abarcam alguns tipos de censura governamentais, incluindo censuras políticas, ataques à liberdade de expressão e restrições de conteúdo. De acordo com estudo produzido pela *OpenNet Initiative* (ONI) em 2007 (ZITTRAIN; PALFREY, 2007), já se sabia que dos quarenta países analisados, vinte e seis praticavam algum tipo de censura no nível nacional, se destacando a China.

Temas como segurança nacional, privacidade, monitoramento do fluxo de informação e impulso econômico simultâneo à proteção dos interesses nacionais (e seus usuários) criam barreiras delimitando o espaço cibernético. Os Estados começaram a priorizar a manutenção de dados dentro das fronteiras nacionais e esse movimento é impulsionado pela descoberta da extensão da vigilância cibernética empregada pelos Estados Unidos e o alcance da espionagem do governo norte-americano (CHANDER; LE, 2015). A proteção da infraestrutura nacional crítica para o funcionamento da *internet* nos parâmetros estabelecidos pelos Estados nacionais tornou-se primordial na agenda política e a potencial vulnerabilidade existente no meio afetou os ambientes jurídicos nacionais e internacionais.

Governos notoriamente censuradores alegam que a noção construída pelo Ocidente de uma *internet* aberta e sem filtro deveria ser encarada como algo relativo



e que a soberania estatal prevalece no ambiente digital, e o Estado tem direito de restringir ou modificar o fluxo de informação dentro do seu espaço nacional (MUELLER, 2011). A restrição de informação exercida pelo governo chinês inclui filtros em diversos tópicos, tais como direitos humanos, vertentes políticas oposicionistas, pornografia, minorias e, claro, movimentos pró-democracia.

Um dos principais exemplos de nacionalização da *internet* que se pode mencionar é a abordagem do governo chinês no sentido de se criar um espaço compacto sujeito às políticas nacionais. O sistema de monitoramento chinês, coloquialmente chamado de o Grande Firewall da China (GFW), é reflexo do eficiente método implementado pelo governo no âmbito digital. O sistema inclui filtragem de informações requisitos de licenciamento, controle do Estado do que pode ser compartilhado na *internet*, vigilância arbitrária e autoridade para punir ações contrária à vertente política chinesa. (MUELLER, 2011)

China e Rússia se destacam, a partir do início do século XXI, como atores ativos na busca do controle de políticas acerca da governança da *internet*, desafiando-se a hegemonia norte-americana na tomada de decisões e no controle dos aparatos digitais. A fim de se posicionarem na fronteira da inovação tecnológica e de lançarem a sua marca nacional, os dois países se utilizaram de empresas nacionais com grande alcance na *internet* para difundir suas respectivas políticas dentro e fora de seus territórios (BUDNITSKY; JIA, 2018). China e Rússia, respectivamente, têm como “estrelas” nacionais as empresas Baidu e Yandex. Deve-se, porém, ressaltar não só o papel governamental ativo dentro dessas empresas, mas também a influência do setor privado nas mesmas.

As políticas nacionais russas e chinesas tendem a seguir o estatismo econômico com o envolvimento ativo do Estado na economia, onde o autoritarismo mescla-se à experiência das economias capitalistas. No início dos anos 2000, China e Rússia buscam alterar o cenário internacional hegemônico e utilizam-se de seus





recursos – incluindo os meios digitais – para fortalecer suas marcas e imagens internacionalmente. O engajamento da Rússia na liderança da governança da *internet* começa em 1998, quando o país propôs resolução sobre o desenvolvimento do debate sobre a segurança internacional no campo dos meios de comunicação onde já se notava a preocupação do Estado no papel de normatização do meio digital (NOCETTI, 2015). Nos anos seguintes nota-se a união sino-russa em diversas conferências e órgãos relevantes para a discussão da governança digital, tais como a Netmundial, Fórum de Governança da *Internet* e Congresso Mundial de Tecnologia e Informação.

O interesse chinês nas políticas de governança da *internet* global começa de forma crescente a partir de 2002 onde notou-se ação unilateral de empresas privadas como a ZTE e Huawei e, a partir de 2010, observa-se ação governamental ativa na normatização do meio digital no nível internacional. A partir de 2012, percebe-se a adoção de políticas autoritárias em relação ao controle da *internet* e começa a se construir um dos maiores controles de ciberespaços e, em 2014, o Estado chinês atua ativamente para incluir a diplomacia da *internet* na agenda do país, utilizando suas empresas nacionais a implementar sua visão e valendo-se de atores empresariais locais no cenário de governança da *internet* (BUDNITSKY; JIA, 2018).

A Rússia, desde 2000, adotou políticas restritivas onde prioriza-se a segurança nacional cibernética. Porém, até início do século XXI, notou-se pouco engajamento da sociedade civil na *internet* e, consequentemente, da ação governamental. A partir de 2008, com a eleição de Dmitry Medvedev, observou-se modernização e inovação no meio digital com a criação do Centro de Inovação Skolkovo, com o objetivo de incentivar o desenvolvimento tecnológico. Porém, com a volta ao poder de Putin, em 2012, o governo efetivou dezenas de políticas restritivas que acabaram por estatizar o espaço da *internet*. Com a crise ucraniana de 2014, a deterioração das relações com o Ocidente se aprofundaram, de modo que a



busca pela soberania digital tornou-se cada vez mais expressa (BUDNITSKY; JIA, 2018).

Os Estados Unidos começaram a formular políticas de segurança cibernética em 1988, com a criação da *Cyber Emergency Response Team* (CERT), equipe criada pela Universidade Carnegie Mellon e posteriormente absorvida pela *Homeland Security* devido ao alto número de invasões nos servidores existentes. Observa-se que principalmente o que diz respeito à regulamentação de políticas com o foco da segurança no meio digital tende a vir por parte do executivo norte-americano. Através dos anos, diversas diretrizes que buscavam a proteção acerca ao meio digital foram emitidas pelos presidentes Clinton, Bush e Obama. Observava-se até meados de 2009 a política americana de tentar frear o controle internacional de armas cibernéticas, pois acreditavam que poderia gerar a necessidade de criação de uma regulamentação restrita do meio digital e conseqüentemente reduzir o domínio tecnológico norte-americano, freando-se de tal maneira a abordagem liberal e expansionista adotada pelo governo. Porém, a partir do mandato do Obama, se nota a mudança de postura do governo americano, pois a noção da dependência estatal do governo ao âmbito digital cria receio a possível vulnerabilidade norte-americana. (SHACKELFORD; CRAIG, 2014). O *Cyber Command* (CYBERCOM) foi criado em 2009 com o objetivo de centralizar as operações cibernéticas nos EUA. Contudo, muito pouco se sabe de fato sobre as capacidades e atuação do mesmo. Deve-se ressaltar, no entanto, que uma política integral ainda não foi estabelecida pelo governo norte-americano. Até hoje se debate se a *Homeland Security* seria o órgão adequado para lidar com a temática cibernética.

### 3.3 Cibersegurança

Um dos grandes desafios enfrentados pela criação de políticas comuns de governança é a desconfiança gerada pelos ataques cibernéticos a mando do Estado. Um dos marcos na história para a discussão da autoridade do Estado e os direitos



relacionados ao direito de privacidade e a segurança da informação, no âmbito digital, foi a revelação por Edward Snowden, em 2013, da vigilância maciça de dados pessoais pela Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos (NSA).

Snowden forneceu detalhes de como o governo norte-americano conseguia maximizar sua vigilância através de grandes empresas tecnológicas – *Apple, Google, Microsoft* – que permitiam o acesso de informações de milhões de cidadãos à NSA. Apresentou documentos que comprovavam que a vigilância não se restringia nacionalmente e direcionava-se a atores políticos importantes e suas comunicações privadas. A escala dos dados obtidos pela entidade norte-americana em nome do contraterrorismo não só repercutiu mundo afora como desencadeou debates específicos relacionados aos limites existentes entre proteção de possíveis atos que venham ameaçar a segurança nacional e o direito de privacidade dos indivíduos.

Atores que antes não pressionavam para esse novo formato de legislação que potencializa a soberania estatal em relação aos assuntos associados ao meio digital, como é o caso da União Europeia, se convertem buscando proteção contra ataques cibernéticos americanos. Nações como Rússia, Iraque e Alemanha começaram processo de pesquisa para se criar domínio virtual estritamente nacional (EICHENSEHR, 2014). Um dos fatores que freou, de certa forma, a evolução do ambiente da *internet* se tornando estritamente nacional é o resultado do processo de globalização e de seus interesses econômicos.

O Marco Civil da *internet* brasileiro foi aprovado na Câmara dos Deputados em 25 de março de 2014 em resposta aos debates levantados após a descoberta pelo mundo da extensão de vigilância por parte americana. A lei aborda questões relacionadas à privacidade, neutralidade da rede e aplicação de imposição de obrigações civis aos usuários e provedores (DATYSGELD, 2017). Conforme avaliação de Hill (2015, p. 3), não podemos deixar de destacar outros atores que inflamaram a questão da guerra cibernética:



Various states have been accused of practicing cyber espionage or even of conducting cyber attacks. Not surprisingly, the USA accuses China (Sanger, 2013) and Russia (AP, 2011) of actively engaging in cyber attacks or at least in commercial cyber espionage. However, it is generally accepted that the USA and Israel conducted an apparently successful secret cyber attack on Iranian nuclear facilities, through the Stuxnet virus (Sanger, 2012), and that the US has invested significantly in cyber espionage (Gellman and Miller, 2013; Poulsen, 2015) and in offensive and defensive cyber capabilities (Harris, 2015).

A temática da cibersegurança é um dos principais assuntos debatidos em diversos fóruns internacionais dedicados a examinar assuntos relacionados à governança da internet, como por exemplo os eventos organizados pela *International Telecommunication Union* (ITU) (em 2007 lançou-se Agenda Global de Cibersegurança), *Internet Governance Forum* (IGF), *African Union* (em 2012 elaborou proposta de tratado em relação a crimes cibernéticos), OTAN (anualmente promove exercícios sobre a defesa do ambiente digital), *International Multilateral Partnership Against Cyber Threats* (IMPACT) e a *Shanghai Cooperation Organization* (sabe-se que pelo menos desde 2011 discute propostas sobre a normatização cibernética) (SHACKELFORD; CRAIG, 2014).

Em 2012, na realização da WCIT-12 (*World Congress on Information Technology*), a preocupação com a proteção do espaço nacional cibernético foi destaque até mesmo antes da realização da conferência. Em documentos divulgados anteriormente ao evento, Rússia, China e Irã propuseram que a alocação de todo tipo de política acerca da internet ficasse à definição do Estado nacional. A WCIT-12 foi organizada a fim de atualizar o Regulamento Internacional de Telecomunicações (ITRs), mas acabou sendo ofuscada pela assertividade dos Estados em buscar papel ativo na normatização do meio digital. A resolução acordada entre 89 países participantes da conferência admitiu que a governança da *internet* deveria ser entendida como um processo multissetorial, mas, que o papel dos governos



nacionais são importantes na construção de uma governança estável, segura e justa (SHACKELFORD; CRAIG, 2014).

A interferência russa nas eleições presidenciais americanas de 2016 exemplifica a vulnerabilidade do espaço cibernético americano e o alcance das ferramentas digitais. Em janeiro de 2017 a *Central Intelligence Agency* (CIA), a *Federal Bureau of Investigation* (FBI) e a *National Security Agency* (NSA) divulgaram que a Rússia utilizou as redes sociais para influenciar o resultado das eleições presidenciais nos EUA (MASTERS, 2018). Nota-se, porém, que atualmente as questões relacionadas à segurança no ambiente digital ofuscam qualquer tipo de discussão sobre a governança da *internet*. A cibersegurança tornou-se uma das pedras basilares na discussão sobre uma governança da *internet* global e tende a gerar mais divergências do que qualquer vertente discutida do tema. A segurança digital é difícil de seccionar-se, pois a *internet* foi criada com o intuito de transnacionalizar o espaço de forma que não só pessoas de diferentes lugares do globo possam interagir, mas que pessoas diferentes e temas distintos consigam se interligar. Um dos cenários importantes de trazer à tona na discussão sobre ciberespionagem é como a espionagem industrial pode adentrar o âmbito das relações governamentais entre nações. A prisão da diretora financeira de uma das maiores empresas de tecnologia de origem chinesa, a Huawei, por espionagem comercial, afetou diretamente as relações entre os dois países e foi fator determinante que contribuiu para o início de uma guerra comercial entre China e os EUA no ano de 2018.<sup>14</sup> As questões de segurança da *internet* foram levantadas e o lado americano alegou espionagem comercial exercida pelo lado chinês.

Entretanto, não foi a primeira vez que as preocupações sobre a segurança digital adentrou os discursos nacionais do Estado norte-americano. Em 2012 o

---

<sup>14</sup> USTR. 2018. Office of the United States Trade Representative. Available online: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/june/ustr-issues-tariffs-chinese-products> (accessed on 30 June 2018).



parlamento dos EUA publicou relatório onde acusava duas grandes empresas chinesas, ZTE e Huawei, de serem ameaças diretas à segurança nacional americana, pois a investigação interna gerou dados que sugeriam que as empresas privadas operavam juntamente com o governo chinês para atuar não no campo comercial, mas no sentido de fornecer dados necessários para colocar o governo chinês em vantagem. Em 2014, o Departamento de Justiça dos EUA indiciou soldados chineses por espionagem comercial, que segundo o governo americano invadiram as redes de diversas empresas nacionais de forma a obterem informações confidenciais, tudo a mando governo chinês. A questão da cibersegurança nacional é única no sentido que engloba não só os interesses da nação para seus cidadãos como também pode atuar de forma ofensiva contra seus próprios cidadãos em nome da segurança nacional. Não resta claro, ademais, quais os limites justificáveis de atuação do Estado no que diz respeito à defesa nacional.

#### **4 DISCUSSÃO SOBRE GOVERNANÇA DA *INTERNET* NO NÍVEL INTERNACIONAL**

Deve-se destacar o papel da *International Telecommunication Union* (ITU), fundada em 1865 com o intuito de mediar e auxiliar a conectividade dos existentes meios de comunicação, como rádio e órbitas de satélites. Produziu a citada entidade relatório em 1983 relacionando a acessibilidade à redes de informação com o crescimento econômico. A primeira *World Telecommunication Development Conference* surge sob supervisão do ITU em 1995, estabelecendo o *Centre for Telecommunication development*, que mais tarde foi incorporado à estrutura institucional do ITU (CHRISTOU; SIMPSON, 2012)

Um marco importante para o início de regras comuns a nível global para o funcionamento eficaz frente às novas tecnologias foi o tratado "Os Regulamentos Internacionais de Telecomunicações (ITR)" assinado em 1988, administrado pela ITU, que coordena com os países todos os tipos de redes de informação e



comunicação, desde fios de cobre até tecnologias de dado sem fio. Uma de suas principais funções, cumpre sublinhar, foi a estruturação de sistemas que suportassem chamadas internacionais (MULLER, 2002). Devido às novas inovações e tecnologias, em 1999 foi levantada a necessidade de uma atualização no referido tratado. Dessa forma, o pacto foi atualizado na *World Congress on Information Technology* (WCIT)<sup>15</sup> em 2012, a saber:

[...] considerado um tratado global vinculante destinado a facilitar a interconexão internacional e a interoperabilidade dos serviços de informação e comunicação, bem como assegurar sua eficiência e ampla utilidade e disponibilidade pública. O tratado estabelece princípios gerais para assegurar o livre fluxo de informações em todo o mundo, promovendo acesso acessível e equitativo para todos e lançando as bases para inovação contínua e crescimento do mercado.<sup>16</sup>

A ITU tem papel relevante em levantar questionamentos acerca ao mundo digital. É responsável por diversos seminários, tais como o *Global Symposium for Regulators* e o *World Telecommunication/ICT Policy Forum* (WTPF), os quais fornecem plataformas para reguladores e formuladores de políticas discutirem as principais questões que envolvem a constante mudança do ambiente digital (HILL, 2015; CHRISTOU E SIMPSON, 2012). O 11 de Setembro contribuiu para a adoção da Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime, elaborada pela Conselho Europeu em outubro de 2001. O tratado vinculativo com alcance internacional entrou em vigor em 2004 e seu texto promove a cooperação e assistência jurídica entre Estados, além de introduzir definições de termos relevantes para a normatização de leis criminais sobre delitos cometidos na *internet*. (DRAKE; CERF; KLEINWÄCHTER, 2016)

O ICANN sempre foi questionado devido ao seu controle unilateral e tendo em vista sua relação com o governo norte-americano, resultado de uma relação

---

<sup>15</sup> *World Conference on International Telecommunications (WCIT-12)*, ITU, <http://www.itu.int/en/wcit-12/Pages/default.aspx>

<sup>16</sup> <https://www.itu.int/pub/S-CONF-WCIT-2012/en>



contratual da organização com o Departamento de Comércio dos EUA. Além disso, com o passar do tempo as tensões cresceram e culminaram numa série de debates a nível global sobre as políticas da *internet*, que levaram à realização da Cúpula Mundial da Sociedade da Informação (WSIS, sigla em inglês) em 2003 e 2005, patrocinada pela ONU (EPSTEIN, 2013). A *World Summit on the Information Society* (WSIS) é importante em definir e reconhecer o papel de atores não estatais na elaboração de políticas referentes à *internet*. O ICANN, mesmo com suas ligações governamentais, sempre foi uma organização privada, e em 2000 já era claro o forte papel das instituições privadas nos assuntos relacionados à *internet*, tendo em vista principalmente a própria arquitetura do sistema operacional da *internet* que atuava multilateralmente por meio das múltiplas fronteiras.

Um importante ponto levantado pela China e pela Rússia na cúpula citada dizia respeito à definição mais abrangente de governança da *internet*, a qual deveria compreender não só nomes de domínio e questões técnicas, incluindo as temáticas de spam e de conteúdo ilegal. Além disso, a China propôs uma nova instituição intergovernamental de supervisão que abrangeria todos os assuntos relacionados ao âmbito digital, prezando pela soberania estatal, de responsabilidade da ONU, mais especificamente a União Internacional de Telecomunicação (UIT) (DATYSGELD, 2017).

Os defensores do ICANN, liderados pelos EUA, argumentavam que o sistema digital deveria ser analisado apenas levando-se em consideração as questões técnicas e por isso seria melhor administrada por uma corporação privada. Já em contraponto, outros países como a China argumentam que a *internet* deveria ser administrada sob o âmbito político e mais especificamente deveria ser administrada através de instrumentos das Nações Unidas (EPSTEIN, 2013)

A cúpula não foi capaz de resolver as divergências entre a concepção de governança da *internet*, devido à complexidade do assunto. A questão envolve





fatores políticos, econômicos e técnicos em razão da dependência do sistema ao aparato técnico que é de responsabilidade do ICANN. KLEINWATCHTER, 2004; KURBALIJA, 2016). Diversos setores foram inovados e outros criados com a introdução da *internet*, sendo manifesta sua importância para todos os aspectos sociais, comerciais e políticos.

Devem ser destacados, todavia, os fatores positivos da realização da WSIS, que formalizou a chamada prática do "multistakeholderism", em que "representantes de grupos de defesa do interesse público, associações empresariais e outras partes interessadas participam de deliberações políticas intergovernamentais juntamente com governos" (WSIS, 2005). Outro importante resultado da referida cúpula foi a criação de fórum multilateral global com presença do *multistakeholderism* no debate sobre assuntos referentes à governança da *internet*, o *Internet Governance Forum* (IGF), e o Grupo de Trabalho sobre Governança da *Internet* (GTGI).

Enquanto o GTGI foi fundamental em aprofundar o debate sobre *multistakeholderism*, o IGF foi formalizado para atuar na mediação de conflitos relacionados a decisões que influenciam diretamente o funcionamento da *internet*, assim como tornou-se palco para apresentar diversos esquemas normativos. (EPSTEIN, 2013). De uma perspectiva histórica o IGF é importante no que tange à demonstração de como os princípios de governança de um sistema de informação complexo são resolvidos.

Em 2004 as Nações Unidas criaram o *United Nations Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security* (UN GGE), o qual foca o contexto de segurança internacional com o intuito de fortalecer a segurança dos meios de informação e de telecomunicação (SILVA, 2008). Deve-se destacar seu papel em delimitar a agenda da segurança cibernética e introduzir o princípio de leis internacionais para o âmbito do mundo digital.



Inicialmente o GGE atuou como mediador das visões diferentes dos Estados, conseguindo avanços nas discussões sobre os temas propostos. Em 2011 a Índia depositou proposta para a criação de Comitê sobre Protocolo de *Internet* (CIRP) e Rússia e China depositaram proposta de Acordo de Cooperação de Xangai, o qual abordava normas para as questões debatidas referente aos direitos dos Estados no ambiente cibernético (BAJAJ, 2014). Com a elaboração do manual de Tallin<sup>17</sup> em 2013, se colocou em evidência a aplicabilidade da *internet* como ferramenta militar e sua importância fundamental em qualquer tipo de operação militar. Pode-se observar o seu reflexo no estabelecimento de comitê nas Nações Unidas para analisar a segurança cibernética e seu papel no campo militar.

A partir de 2014 - 2015 foi notado um claro entrave entre as partes sobre o direito inerente dos Estados, à autodefesa e à aplicabilidade do direito internacional humanitário aos conflitos cibernéticos. Esse debate se estendeu para o GGE mais atual (2016 - 2017), não sendo alcançado consenso relacionado ao tema (DATYSGELD, 2017). Em setembro de 2011 projeto conjunto para a criação de um Código Internacional de Conduta Internacional de Segurança da Informação foi apresentado na Assembleia Geral da ONU pela China, Rússia, Tajiquistão e Uzbequistão. O texto aborda a necessidade de cooperação entre Estados para impedir o alastramento de informações que incitem de qualquer forma a instabilidade política, econômica ou social. Não se obteve, contudo, a aceitação necessária, mesmo com a revisão do texto em 2015 (DRAKE; CERF; KLEINWÄCHTER, 2016).

O papel do setor privado na possível governança da *internet* deve ser destacado, pois a origem do ambiente digital e a forma como se utiliza a *internet* hoje em dia é resultado de um dos diversos modelos testados que com o auxílio de decisões técnicas e políticas resultaram na ascensão do setor privado. A questão do

---

<sup>17</sup> Documento acadêmico elaborado a pedido da OTAN por estudiosos e especialistas da área de crimes cibernéticos que aborda a aplicabilidade do direito internacional na internet.



modelo *multistakeholderism* é uma das questões discutidas em relação a governança da *internet* devido ao papel de organizações privadas desde a criação da própria *internet*. A definição da mesma pode ser encontrada no Parágrafo 34 da Agenda de Túnis de 2005 da WSIS:

Uma definição funcional da governança da Internet é o desenvolvimento e a aplicação por parte dos governos, do setor privado e da sociedade civil, em seus respectivos papéis, de princípios, normas, regras, procedimentos decisórios e programas compartilhados que moldam a evolução e uso da Internet.

O modelo propõe um sistema descentralizado aonde atores privados e da sociedade civil teriam papel no processo decisório de políticas relacionadas ao ambiente da *internet*. Como já abordado, a questão formal do *multistakeholderism* na governança da *internet* teve sua origem no primeiro WSIS, porém a questão na Cúpula não surgiu de um processo multissetorial devido a configuração da primeira WSIS onde a sociedade civil era permitida apenas no início dos debates.

A clara conexão de múltiplos setores com a concepção e funcionamento do ambiente digital, a crescente transnacionalidade existente devido a globalização, o papel exercido pela comunidade técnica e acadêmica reforçam a necessidade de inserir esse setor nas discussões relacionadas a formalização de uma legislação referente a *internet*.

Podemos ver como exemplo do modelo *multistakeholder* de governança da *internet* a *Internet Society* (ISOC), organização sem fins lucrativos que desde sua criação em 1992, procura atuar no sentido de facilitar o desenvolvimento operacional, de alcance, promovendo fóruns que permitam a multiplicidade de participantes para discutir políticas, a evolução do meio e tópicos relacionados a governança da *internet*. A ISOC é dividida em diversos *working groups* que lidam com tópicos específico relacionados ao meio digital como a Força-Tarefa de Engenharia da *Internet* (IETF), que discute e estabelece os principais protocolos da



*internet* e a Diretoria de Arquitetura da *Internet* (IAB, sigla em inglês), que oferece orientação técnica com o intuito de catalisar a evolução do meio digital.

A *Internet Society* desenvolveu quatro pilares para o funcionamento da evolução do modelo multistakeholder: “inclusão e transparência; responsabilidade coletiva; tomada de decisão e implementação eficazes; colaboração através de uma governança distribuída e Inter operável”.<sup>18</sup>

## **5 GOVERNANÇA DA INTERNET NA PERSPECTIVA DO NEORREALISMO**

Dada a fragmentação política atual no que diz respeito ao sistema liberal democrático, a análise neorrealista se encaixa de forma mais correta na análise de uma possível governança internacional da *internet*. O neorrealismo surge no contexto político do fim da Guerra Fria, da crise do petróleo, do crescimento das organizações internacionais, onde observa-se que a teoria realista não conseguia explicar satisfatoriamente o cenário internacional. Kenneth Waltz reformula a teoria realista, com o lançamento de seu livro *Theory of International Politics*, em 1979, reestruturando a vertente teórica original de forma a acomodar os desafios enfrentados no cenário político da época. Waltz afirma que o sistema internacional deve ser analisado de forma estrutural, sendo a anarquia a condição que orienta as relações internacionais, inexistindo poder central que consiga regular as ações estatais. Os estados interagem buscando a sua sobrevivência e a estrutura que rege o sistema internacional apenas se alterará se as grandes potências alterarem o status quo. Diz Waltz (1979, p. 145): “A distinção entre os domínios da política nacional e internacional não se encontra no uso ou não uso da força, mas nas suas diferentes estruturas.”

---

<sup>18</sup> Os objetivos ficam mais aclarados no site oficial da Internet Society. Saiba mais em: <https://www.internetsociety.org/resources/doc/2016/internet-governance-why-the-multistakeholder-approach-works/>



O neorrealismo tem como principal pilar a centralidade do Estado na estrutura anárquica da política internacional e destaca como as relações de poder atuam como variável determinante para a definição dos tipos de relações existentes entre os Estados (WALTZ, 1979). A visão neorrealista sobre as organizações e regimes internacionais é determinante para entender como a teoria entende a cooperação entre Estados. As organizações internacionais não são encaradas como atores independentes e sim como mecanismos pelo qual os Estados podem-se utilizar, onde seu papel é reduzido a ferramenta estatal. As instituições são apenas reflexo das relações de poder existentes no cenário internacional que tendem a manter balança de poder existente. O neorrealismo entende o cenário internacional como anárquico onde os Estados vão agir de forma a maximizarem seus interesses nacionais o que, leva a poucas ocasiões de cooperação internacional a longo prazo e, quando enfrentam a possibilidade de cooperação se encontram em condição incerta e insegura tendendo a, operar sob o dilema do prisioneiro, dificultando ainda mais a cooperação entre os agentes. Importante observar que a cooperação, qualquer que seja o arranjo dado, possui limitações, inclusive estruturais e relativas à capacidade dos agentes. Neste sentido, valiosa, mais uma vez, a preleção de Waltz:

Num sistema de auto-ajuda cada uma das unidades gasta porção de seu esforço, não a perseguir seu próprio bem, mas a arranjar os meios de se proteger dos outros. A especialização num sistema de divisão de trabalho funciona com vantagem para todos, apesar de não ser equitativa. A desigualdade na distribuição esperada do produto acrescido opera fortemente contra a extensão da divisão do trabalho a nível internacional. Quando confrontados com a possibilidade de cooperarem para ganho mútuo, os estados que se sentem inseguros devem querer saber como o ganho mútuo será dividido. São impelidos a perguntar não “Iremos ambos ganhar?”, mas “Quem ganhará mais?”. Se um ganho esperado é pra ser dividido, digamos, na razão de dois pra um, um estado pode usar o seu ganho desproporcional para implementar uma política virada para prejudicar ou destruir o outro. Mesmo a perspectiva de grandes ganhos absolutos para ambas as partes não invalida a sua cooperação desde que cada um tema a forma como o outro irá usar as suas crescentes capacidades.



Notem que os impedimentos à colaboração podem não residir no caráter e na intenção imediata de qualquer uma das partes. Em vez disso, a condição de insegurança – no mínimo, a incerteza de um em relação às futuras intenções e ações do outro – trabalha contra a sua cooperação. (WALTZ, 1979, p. 147)

Percebe-se, assim, que a visão da teoria realista sobre acordos internacionais aproximar-se da busca pela maximização dos interesses nacionais, de forma que a cooperação ocorrerá apenas quando os interesses individuais estatais sejam atendidos. A posição estatal como entidade soberana, como o único agente político legítimo internacional, coloca em segundo plano, por conseguintes, os regimes internacionais que são, em grande medida, reflexo da manutenção de poder existente. Além do mais, a lógica da maximização dos interesses nacionais é um paradigma que não deve ser desprezado em nenhuma hipótese. Em seu emblemático modelo teórico denominado “Mapa Estrutural das Sociedades Capitalistas”, Boaventura de Sousa Santos refere-se à maximização em questão como maximização da eficácia das nações no denominado espaço mundial (SANTOS, 1996).

Para que se possa compreender a fragmentação atual observada no cenário político mundial, a crise de legitimidade dos regimes internacionais e, ainda, a razão pela qual a criação de uma governança da *internet* é improvável, deve-se entender os problemas crescentes observados desde o pós-Guerra Fria. O mundo liberal que foi desenhado desde o fim da Segunda Guerra Mundial foi construído baseado nas organizações internacionais e na busca pela institucionalização da governança internacional de forma a alterar o sistema de equilíbrio de poder que atuava como mediador das relações estatais. Com o fim da Guerra Fria, observou-se uma segunda onda de reformulação do sistema internacional, marcada pelo fim da bipolarização do cenário internacional e pela intensificação da interdependência global. Buscou-se, deste modo, a utilização das organizações internacionais como ferramentas para facilitar o intercâmbio internacional e a migração (HOOGHE; LENZ; MARKS,



2019). Porém, com a legitimação cada vez maior dos arranjos institucionais globais (ex.: normativas da OMC), observou-se que as políticas que estabeleciam as relações internacionais foram adentrando o cenário nacional de forma a afetar diretamente as políticas nacionais, o que gerou reação tardia de modo a contribuir para o crescimento do protecionismo e no atual quadro enfraquecido dos regimes internacionais.

Mearsheimer (2019) destaca que a globalização atuou de forma a erodir a ordem internacional liberal, pois contribuiu para a ascensão de outras economias, o que cria um mundo multipolar onde, de acordo com o próprio autor, um mundo multipolar não suporta um regime ideológico como o liberal. A ascensão da China e da Rússia põe fim à ordem unipolar americana, emergindo por conseguinte uma nova ordem internacional baseada nos princípios realistas onde o balanço de poder atuará de forma a mediar as relações econômicas e políticas e, ademais, a apontar possíveis soluções de problemas comuns ao globo. A nova ordem liberal observada no período posterior à Guerra Fria foi fundada através da expansão de instituições internacionais de modo a criar ambiente que pudesse influenciar a maioria dos Estados e suas políticas, fator fundamental para a abertura comercial desejada de forma a maximizar o livre comércio. A crise financeira de 2008, a crise do euro, o *Brexit* e a crise de refugiados são exemplos de fatores que contribuíram para a descrença do liberalismo e a ascensão de políticas nacionalistas e protecionistas, por exemplo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Debater a fragmentação do ambiente digital é, em grande medida, um contrassenso, se pensarmos nos princípios de universalidade que foram utilizados na idealização da *internet*. Contudo, ao se analisar o ambiente digital, é necessário adicionar as vertentes políticas observadas no cenário internacional atual. A retirada



do Reino Unido da União Europeia, a crise dos refugiados, a sistemática saída dos EUA de diversos tratados internacionais (tais como o Acordo Transpacífico de Cooperação Econômica, o Acordo de Paris, o Acordo de Forças Nucleares de Alcance Intermediário, dentre outros), assim como a instabilidade das relações americanas junto à Organização Mundial do Comércio, as crescentes políticas protecionistas, tudo isto elucida a instabilidade atual de arranjos institucionais internacionais.

A atual fragmentação política internacional constitui derivação, segundo Mearsheimer (2019): (i) do favorecimento às organizações internacionais ao invés das políticas nacionais; (ii) da “hyperglobalization” que ocorreu pós-Guerra Fria, quando os esforços para diminuir as barreiras do comércio internacional intensificaram a interdependência global, tornando o cenário internacional mais instável e levando a crises financeiras mais recorrentemente; (iii) da limitação dos princípios basilares da ordem liberal, como a livre circulação de pessoas e a delegação de poderes a instituições internacionais, fatores que causaram fricção interna nos Estados, pois tendiam a se chocar com as crenças de soberania internacional de parte da população; e (iv) do fato de que a intensa globalização beneficiou em parte alguns Estados, causando, contudo, ao longo do tempo, problemas econômicos e políticos que provocaram o declínio da opinião favorável à ordem internacional liberal.

É precisamente neste contexto de fragmentação que deve ser situada a governança da *internet*, a qual compreenderá no futuro acordos bilaterais e, mesmo assim, de maneira muito esparsa. Entendo, por isso, que uma governança da *internet* no plano multilateral beira a impossibilidade. Há, atualmente, uma descrença em relação à capacidade de governança global das organizações internacionais, tendo em vista o atual cenário político. O extenso espectro do meio digital e os diversos atores relevantes a sua discussão criam barreiras ainda maiores no que diz respeito a uma normatização do meio. O ciberespaço foi construído de forma fragmentada





onde diversos atores distintos são importantes no seu funcionamento e na sua operacionalização, de maneira que construir acordos de governança para esta área é algo ao mesmo tempo complexo e improvável.

Nota-se que a proposta inicial idealizada de se criar um espaço transfronteiriço se transformou de forma que a busca pela universalização foi substituída pela fragmentação do ambiente digital, onde se constata a existência de políticas unilaterais a fim de filtrar o conteúdo disponível, mediante a aprovação de leis nacionais que imponham restrições em relação à privacidade, criando, assim, novas barreiras geopolíticas dentro do espaço cibernético.

Deve-se visualizar o ambiente digital além do âmbito político: o complexo ecossistema do espaço digital exige, por isso mesmo, um tipo de análise singular e específico em relação a sua regulamentação. A *internet* tem característica ímpar de estar em constante evolução, com alcance global; permite, além disso, modificações regulares promovidas por todos os seus usuários, indivíduos que a utilizam em seu potencial complexo, interligando diversos aspectos relevantes da política, economia e sociedade, criando, ao final, dificuldade no que diz respeito a sua regulamentação.

O que tem se observado é um movimento para a expansão do alcance nacional e comercial no ambiente digital de modo a proteger sua segurança e seus interesses individuais de maneira tal que a interconectividade e direitos humanos sejam deixados em segundo plano. A normatização que se observa no momento se concentra nas questões comerciais (como direitos autorais e intelectuais), na censura de conteúdos (por parte estatal e privada) e nos interesses geopolíticos. O potencial universal da *internet* tem sido constantemente freado por força de diversos fatores, em especial: (i) divergências em relação aos recursos críticos estruturais da *internet*; (ii) grande quantidade de instituições diferentes que exercem papel no funcionamento da *internet* (tais como ICANN, IETF, ITU, dentre diversos outros órgãos nacionais); (iii) posicionamentos distintos dos grandes atores estatais como



China (*internet* altamente filtrada), EUA (*internet* livre) e Rússia (<sup>19</sup>); e (iv) priorização e preocupação com a cibersegurança nacional.

A descoberta da vigilância maciça exercida pela NSA atuou de forma a legitimar as políticas de proteção nacional no ambiente digital e incentivou a fragmentação desse local. A temática de cibersegurança é um dos maiores empecilhos na discussão de uma governança internacional da *internet* e tende a polarizar opiniões de modo que qualquer tipo de normatização no nível global seja extremamente improvável. A realidade é que para a formação de qualquer tipo de governança internacional seria necessário o apoio estatal incondicional. Devido ao atual cenário político e tendo em vista a multipolaridade observada, essa possibilidade de cooperação se afasta cada vez mais do campo das possibilidades.

Este artigo buscou analisar a diversidade de fatores que contribuem para o atual quadro fragmentado de regulamentação do meio digital. A multiplicidade de atores e interesses divergentes cria impasse no estabelecimento de uma governança da *internet* em nível global. O enfraquecimento dos organismos internacionais no cenário político internacional, os posicionamentos estatais divergentes, a quantidade de atores envolvidos na estrutura crítica da *internet* e, finalmente, as preocupações quanto à cibersegurança, evidenciam quadro fragmentado das políticas de normatização do ambiente digital.

## REFERÊNCIAS

BAJAJ, K. Cyberspace: post Snowden. *Strategic Analysis*, v. 38, n. 4, p. 582-587, 2014. DOI:10.1080/09700161.2014.918448. Acesso em: 1 maio 2020.

BUDNITSKY, S.; JIA, L. Branding Internet sovereignty: digital media and the Chinese–Russian cyberalliance. *European Journal of Cultural Studies*, v. 21, n. 5, p.

---

<sup>19</sup> A internet na Rússia é uma incógnita: não se sabe ao certo o nível de censura vigente no país no tocante ao uso da internet. Além disso, nos debates internacionais, a Rússia mostra-se contrária à governança compartilhada da internet.



594–613, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1177/1367549417751151>. Acesso em: 10 fev. 2020

CANABARRO, D. *Governança global da internet: tecnologia, poder e desenvolvimento*. 2014. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/114399>. Acesso em: 20 set. 2019

CHRISTOU, G.; SIMPSON, S. The influence of global internet governance institutions on the EU. In: COSTA, O.; JØRGENSEN, K. E. (eds.). *The influence of international institutions on the EU*: Palgrave studies in European Union politics. London: Palgrave Macmillan, 2012. p. 96-110. Disponível em: [https://link.springer.com/chapter/10.1057/9780230369894\\_6](https://link.springer.com/chapter/10.1057/9780230369894_6). Acesso em: 5 mar. 2019

CHANDER, A.; LE, U. P. Data nationalism. *Emory Law Journal*, v. 64, n. 3, p. 678-739, 2015.

DATYSGELD, M. W. *O papel da governança da internet dentro da governança global: um estudo de caso da ICANN*. Repositório Institucional UNESP, 2017. Disponível em: [https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/151066/datysgeld\\_mw\\_me\\_mar.pdf](https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/151066/datysgeld_mw_me_mar.pdf). Acesso em: 5 mar. 2019.

DENARDIS, L. *The emerging field of internet governance*. Yale Information Society Project Working Paper Series. 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1678343>. Acesso em: 12 fev. 2020

DRAKE, W.; CERF, V.; KLEINWÄCHTER, W. *Internet fragmentation: an overview*. World Economic Forum, Future of the Internet Initiative Whitepaper. 2016. Disponível em: [www3.weforum.org/docs/WEF\\_FII\\_Internet\\_Fragmentation\\_An\\_Overview\\_2016.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_FII_Internet_Fragmentation_An_Overview_2016.pdf). Acesso em: 22 dez. 2019

EPSTEIN, D. The making of institutions of information governance: the case of the Internet Governance Forum. *Journal of Information Technology*, v. 28, n. 2, p. 137–149, 2013. DOI: [doi:10.1057/jit.2013.8](https://doi.org/10.1057/jit.2013.8). Acesso em: 19 nov. 2019

EICHENSEHR, K. The cyber-law of nations. *The Georgetown Law Journal*, v. 103, p. 317, 8 Jan. 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2447683>. Acesso em: 11 jun. 2019



FINKELSTEIN, L. S. What is global governance? *Global Governance*, v. 1, n. 3, p. 367-372, 1995. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/27800120>. Acesso em: 20 out. 2019

FROOMKIN, M.; LEMLEY, M. *ICANN and Antitrust*. 2003 U. ILL. L. REV. 1. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/unilllr2003&div=9&id=&page=>. Acesso em: 1 fev. 2020

GATTO, R.; MOREIRAS, A.; GETSCHKO, D. Governança da internet: conceitos, evolução e abrangência. In: ZIVIANI, Artur; GONÇALVES, Paulo A. S.; FERRAZ, Carlos A. G. (org.). *Livro texto dos minicursos: XXVII Simpósio Brasileiro de Redes de Computadores e Sistemas Distribuídos*. Recife: Sociedade Brasileira de Computação, 2009.

HILL, J. *Internet fragmentation: highlighting the major technical, governance and diplomatic challenges for U.S. policy makers*. Berkman Center Research Paper; Harvard Belfer Center for Science and International Affairs Working Paper. 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2439486>. Acesso em: 2 Fev. 2020

HILL, R. Dealing with cyber security threats: international cooperation, ITU, and

WCIT. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON CYBER CONFLICT: ARCHITECTURES IN CYBERSPACE, 7. *Annals...* Tallinn, 2015. p. 119-134. DOI: 10.1109/CYCON.2015.7158473. Acesso em: 8 dez. 2019

HOOGHE, L.; LENZ, T.; MARKS, G. Contested world order: the delegitimation of international governance. *Rev. Int Organ*, n. 14, p. 731-743, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11558-018-9334-3>. Acesso em: 20 nov. 2019

INT'L TELCOMM. Union, Final Acts of the World Conference on International Telecommunications. 2012. [hereinafter ITU Resolutions]. Disponível em: <http://www.itu.int/en/wcit-12/Documents/final-acts-wcit-12.pdf>. Acesso em: 19 set. 2019

KLEINWATCHTER, W. Beyond ICANN vs ITU: how WSIS tries to enter the new territory of Internet governance. *Gazette: The International Journal for Communication Studies*, v. 66, n. 3-4, p. 233-251, 2004.

KURBALIJA, J. *An introduction to internet governance*. 7. ed. Mídia: DiploFoundation, 2016.



MASTERS, J. Russia, Trump, and the 2016 U.S. Election. *Council on Foreign Relations*, Nova York, fev. 2018. Disponível em: <https://www.cfr.org/backgrounder/russia-trump-and-2016-us-election>. Acesso em: 10 jan. 2020

MCCULLAGH, D. Should the UN administer the internet?. *CNET News.com*, 30 mar. 2005. Disponível em: <http://news.zdnet.co.uk/internet/0,1000000097,39193156,00.htm?r=1>. Acesso em: 19 mar. 2019.

MEARSHEIMER, J. Bound to Fail: The Rise and Fall of the Liberal International Order. *International Security*, n. 43, p. 7–50, 2019. Disponível em: [https://www.mitpressjournals.org/doi/full/10.1162/isec\\_a\\_00342](https://www.mitpressjournals.org/doi/full/10.1162/isec_a_00342). Acesso em: 12 jul. 2019

MUELLER, M. China and global internet governance: a tiger by the tail. In: DEIBERT, R.; PALFREY, J.; ROHOZINSKI, R.; ZITTRAIN, J. (eds.). *Access contested: security, identity, and resistance in Asian cyberspace*. Cambridge, MA: MIT Press, 2011. p. 177–194.

NOCETTI, J. Contest and conquest: Russia and global internet governance. *International Affairs*, v. 91, n. 1, p. 111–130, 2015. Disponível em: <https://academic.oup.com/ia/article-abstract/91/1/111/2326827>. Acesso em: 03 jan. 2020

PARE, D. J. *Internet governance in transition*. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 2003.

REDEKER, D.; GILL, L.; GASSER, U. Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights. *International Communication Gazette*, n. 80, p. 302–319, 2018. DOI: doi:10.1177/1748048518757121. Acesso em:

12 nov. 2019

ROSENAU, J. N. Governance in the Twenty-first Century. *Global Governance*, v. 1, n. 1, p. 13–43, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1996.



SILVA, M. *A geopolítica da rede e a governança global de internet a partir da cúpula mundial sobre a sociedade da informação*. 2008. Tese (Doutorado em Geografia Humana) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. DOI: doi:10.11606/T.8.2008.tde-18032009-112622. Acesso em: 03 mar. 2020

SHACKELFORD, S. J.; CRAIG, A. N. *Beyond the new 'digital divide': analyzing the evolving role of governments in internet governance and enhancing cybersecurity*, 50 STAN. J. INT'L L. 119, 2014.

USTR. *Office of the United States Trade Representative*. 2018. Available online: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/june/ustr-issues-tariffs-chinese-products>. Acesso em: 10 mar. 2020

WALTZ, Kenneth N. *Theory of international politics*. New York: McGraw-Hill, 1979.

WEINBERG, J. ICANN and the problem of legitimacy. *Duke Law Journal*, v. 50, n. 187, p. 187-260, 2000.

WSIS. World Summit on the Information Society. 2005. *Tunis Agenda for the Information Society WSIS-05/TUNIS/DOC/6 (Rev.1)*. Disponível em: <http://www.itu.int/wsis/doc2/tunis/off/6rev1.html>. Acesso em: 1 set. 2019

ZITTRAIN, J.; PALFREY, J. *Access denied: the practice and policy of global internet filtering*. Oxford Internet Institute, Research Report No. 14, Jun. 2007. Disponível em: <http://www.oii.ox.ac.uk/research/publications/RR14.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019



# O MUNDO CIBERNÉTICO: A GOVERNANÇA NA WORLD WIDE WEB E O IMPACTO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Georgia Maria Vasconcelos Pfeilsticker Ribas

## RESUMO

Essa monografia tem como objetivo maior defender o porquê estudar as Relações Internacionais no Meio Cibernético (CiberRI), um campo internacionalista, cujo o objeto de estudo é o impacto no mundo cibernético e nas relações internacionais, tendo como marco histórico a criação da ARPANET no final dos anos 60. Assim, a literatura envolve, os autores clássicos das Relações Internacionais, passando brevemente pela Ciência da Computação e Tecnologia da informação. O presente trabalho divide-se em três partes. A primeira parte faz um aparato histórico da criação da internet em si, fazendo uma análise relacionando as teorias de RI, com uma possível teoria cibernética. A segunda parte é discutida de forma a apresentar a problemática da securitização do espaço cibernético, e a apresentação do regime internacional e governança no mesmo âmbito. Por fim, o último capítulo apresenta dois casos práticos o caso Facebook + Cambridge Analytica e o caso Edward Snowden + Wikileaks, ajudando dessa forma a contextualizar alguns acontecimentos ciber internacionais. Esse estudo segue tanto o uso de métodos qualitativos quanto quantitativos, tais como pesquisa bibliográfica e documental e análise de reportagens, entre outros.

**Palavras-chave:** Ciberespaço. Relações Internacionais Cibernéticas. Securitização. Governança.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho de pesquisa exibirá o fenômeno tecnológico da Internet, a forma com que a tecnologia evoluiu nas últimas décadas, o procedimento histórico que deu origem ao regime global para a sua governança e respectiva pauta temática que atrai



o interesse para as relações internacionais. A criação da World Wide Web em 1989 e o avanço das tecnologias da informação no final do século XX, criaram o espaço cibernético como o conhecemos hoje. Essa evolução não foi só dentro do espaço virtual, mas também, na forma em como os Estados interagem no meio internacional.

Os mesmos estão intervindo mais nas dinâmicas do ciberespaço com a elaboração de estratégias de defesa, segurança e inteligência cibernética devido ao surgimento de novas tecnologias. A presente monografia argumenta as novas possibilidades de ameaças à segurança nas relações internacionais que vem se espalhando no ciberespaço pela ação de indivíduos, organizações e Estados Nações. Nesse aspecto, a justificativa científica para a realização desse trabalho é que o tema possui grande relevância para o campo de estudo das Relações Internacionais e possui pouca bibliografia no Brasil. O objetivo geral é fazer uma análise sobre a política de cooperação entre estados e o regime internacional bem como mostrar a importância que a governança na internet tem dentro do sistema internacional e assim, compreender a importância da cibersegurança, e ciberdefesa (Estados, Organizações Internacionais e indivíduos).

Não se pode isolar o meio cibernético ou a internet dos seus efeitos sobre a forma com que as nações interagem e definem regras de coexistência no meio internacional. As variáveis que permitiram o aparecimento da Internet e suas consequências políticas, jurídicas, econômicas e socioculturais não foram totalmente exploradas dentro do ponto de vista das relações internacionais. As ordenações institucionais que possuem o propósito de administrar o funcionamento das redes em escala global direcionam para a existência de mecanismos de governança que não se encaixam em moldes tradicionais do regime que coordena as relações entre os Atores no Sistema Internacional.

A presente pesquisa pode ser caracterizada enquanto seu recorte metodológico com natureza descritiva, explicativa e exploratória quanto aos fins e





um estudo qualitativo quanto aos meios. Foi utilizado o método dedutivo, isto é, partindo do geral para o

particular, primeiro foi feito uma análise da história e criação do meio cibernético e depois estudou-se os casos práticos do Facebook + Cambridge Analytica e o caso Snowden + Wikileaks.

Com base nestas discussões teóricas e subsidiadas por esses procedimentos metodológicos, a presente monografia está estruturada por meio de uma lógica dedutiva em três capítulos, partindo de marcos históricos-teóricos, até se chegar a uma análise empírica de um estudo de caso. A base da monografia conta fontes primárias (reportagens em jornais e revistas, documentação governamental sobre o assunto e dados quantitativos) e fonte secundária (artigos e livros científicos e gráficos disponíveis sobre o assunto).

No primeiro capítulo, é apresentado o delinear histórico da criação da Internet, e sua delimitação de espaço, sendo diferenciado do espaço geográfico. Suas características também são apontadas, como temporalidade, fisicalidade, permeação, fluidez, participação, atribuição e responsabilidade. Ainda no primeiro capítulo é apresentado a instauração da internet no Brasil, e sua instauração em 1975, durante o governo de Ernesto Geisel; a importância de estudar o espaço cibernético nas Relações Internacionais, observando o movimento de institucionalização sobre a temática; e finalmente ao final do capítulo são apresentados os aparatos teóricos de Relações Internacionais, como o Neorealismo e o Construtivismo, e suas relações com o ciberespaço.

O segundo capítulo é apresentado, a securitização no espaço cibernético, com o aumento em ataques e sequestros cibernéticos observou-se uma tendência do tema no mundo. A problemática da segurança multidimensional e a definição do mesmo são apresentadas neste capítulo juntamente ao regime da governança no meio



cibernético e nas relações internacionais, a reestruturação do setor de defesa e o estabelecimento da política de segurança da informação no Brasil.

No último capítulo são apresentados os recursos de poder no século XXI, onde no mundo atual encontramos grandes transnacionais das Tecnologias da Informação e Comunicação, que possuem uma maior parte dos recursos tecnológicos. Obtendo um grande poder sobre os padrões de comportamento e de consumo. Além disso, são apresentados neste capítulo o caso de vazamento de dados da empresa Facebook junto a Cambridge Analytica, que gerou uma grande repercussão e preocupação sobre a utilização indevida de dados dos usuários tanto na plataforma como fora dela. Não poderia ficar de fora dessa abordagem o famoso caso do Edward Snowden e do site Wikileaks, que publicou em seu site uma enorme quantidade de arquivos e informações secretas do governo dos Estados Unidos.

## **1 ASPECTOS TEÓRICOS E HISTÓRICO DO ESPAÇO CIBERNÉTICO**

O Espaço Cibernético é criado através do espaço-tempo onde há oscilações com movimentos digitais; com inúmeros comandos, linhas de códigos, que representam fatos relacionados à comunicação, informação e tecnologia. Esse enorme “mundo” é formado por uma espécie de teia de informações que se vincula ao tempo, pois existe um período em relação ao envio e a chegada das informações.

A concepção newtoniana sobre o tempo é considerada uma unidade linear independente do espaço. Já a teoria da relatividade de Albert Einstein afirma que as grandezas de tempo e espaço formam juntos uma unidade cósmica indissociável. Em 1915, a teoria da relatividade geral mudou a concepção geométrica de espaço, deixando de ser tridimensional para ser quadridimensional.

Assim o espaço e o tempo deixam de ser concepções independentes para formarem “um objeto quadridimensional chamado Espaço-Tempo” (Hawking, 1995,



p.40). A característica abstrata e a enorme dimensão do espaço cibernético dificultam a compreensão de seu tamanho. Por ser algo intangível, a mensuração desse ambiente se torna mais complexa do que aquela realizada nos demais espaços geográficos.

O espaço cibernético é extremamente amplo onde não há delimitações. Seu limite é o próprio imaginário humano e capacidade de projetá-la em inovação tecnológica. A constituição, o tratamento, transmissão e a acumulação desse enorme volume de dados acontecem sem delimitação de fronteiras e a informação hoje está disponível literalmente em qualquer lugar, basta com que o indivíduo tenha acesso a uma rede e um aparelho celular.

O espaço cibernético apresenta alguns aspectos bem diferentes do demais espaço geográfico, seja terrestre marítimo ou aéreo, que são considerados como concretos. Já o espaço cibernético é considerado por muitos estudiosos como um ambiente abstrato sendo um produto do imaginário humano.

Quadro 1.1 - Características do espaço cibernético

<b>Características</b>	<b>Significância</b>
Temporalidade	Modifica a nossa noção de tempo, a torna mais instantânea, devido a velocidade da troca de informação;
Fisicalidade	Através do espaço cibernético é possível ultrapassar as barreiras geográficas sem sair do seu local;
Permeação	É possível se infiltrar em fronteiras e jurisdições;
Fluidez	Está em constante alteração;
Participação	Devido ao fato de aumentar a possibilidade de ativismos políticos;
Atribuição	Em alguns casos, como a Dark Web, é difícil identificar os atores responsáveis;



Responsabilidade	Conectada, especialmente, com a sexta característica, devido à dificuldade, em alguns casos, de conectar o crime com o responsável, possibilita evitar mecanismos de responsabilidade.
------------------	--

Fonte: Arthur C. Maziero e Danielle J. Ayres Pinto, 2018.

Desde seus primórdios, os seres humanos modificam o espaço geográficos conforme a necessidades e interesses que vão surgindo, em um processo chamado de “territorialização” (RAFFESTIN, 1993). Dessa forma, os espaços são moldados em territórios conforme o contexto histórico e social de cada povo, mesmo que em um ambiente virtual como no caso do espaço cibernético. Assim, por ser uma criação humana, o espaço cibernético foi explorado como uma ferramenta de grande importância desde sua constituição, controlado satélites, radares marinhos até mesmo trilhos do metrô.

O processo de territorialização, conforme Raffestin (1993) também pode ser utilizado como um instrumento político, de controle e de poder. Nessa perspectiva, o espaço cibernético foi ampliado dentro de sua territorialização sendo atualmente distinto do próprio conceito de Internet, pois inclui não somente a rede conectada de computadores, mas qualquer grupo de equipamento que armazenam e trocam informações (CLARKE, 2010). Assim, pode-se inferir que o espaço cibernético é mais amplo do que a própria Internet, pois engloba também as intranets<sup>1</sup> e qualquer sistema que guardar informações, que são os principais recursos de poder desse espaço geográfico.

## 1.1 Histórico do Espaço cibernético

As primeiras fases da criação do que hoje chamamos de internet começou em 1960 no Estados Unidos da América, especificamente no Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT) (KNIGHT, 2014). Os pesquisadores do MIT procuraram

---

<sup>1</sup> Redes privadas de computadores



desenvolver uma espécie de comunicação através de “pacotes”<sup>2</sup> entre alguns computadores. O conceito de computadores em redes conectados por roteamento de pacotes em vez de comutação por circuitos foi desenvolvido por Joseph Carl Robnett Licklider, do MIT, em agosto de 1962 (KNIGHT, 2014).

A ideia de pacotes de dados foi desenvolvida por Licklider. Por meio dessa criação, seria possível identificar a origem do dado até o ponto de chegada, permitindo o envio da informação de um local a outro. Naquela época, Licklider era o primeiro gerente do programa de pesquisa de computação da Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA), conhecido atualmente como ARPA (KNIGHT, 2014).

Um segundo pioneiro, mas não menos importante para o desenvolvimento da internet, foi Paul Baran, que trabalhou como pesquisador financiado pela Força Aérea Americana na RAND Corporation na Califórnia (KNIGHT, 2014). Seu trabalho consistia em desenvolver um sistema que garantisse a resiliência da Força Aérea Americana após um ataque nuclear. A pesquisa de Baran consistia em criar uma comunicação descentralizado que em tese permitiria os militares de manter o comando e controles de aeronaves junto a mísseis nucleares mesmo depois de um ataque nuclear. Também considerado como um dos pais da internet, Vincent Cerf que hoje é Vice- Presidente da Google explica o papel de Baran:

Baran articulou a utilidade de empacotamento, embora tenha chamado as unidades como “Blocos de mensagem”, Seu sistema nunca foi construído. No entanto seu trabalho foi notado pelos especialistas de desenharam a ARPANET depois da conclusão do seu desenho básico. Enquanto eu estava dirigindo o programa da Internet tive como objetivo torná-la resistente a um ataque nuclear e, além disso, demonstrou sua capacidade de autorecuperação em cooperação com o Comando Aéreo Estratégico, utilizando rádios aéreos de comunicação por pacotes. Então, as ideias de Baran

---

<sup>2</sup> Conjunto de dados ou sequência de dados estruturados em uma unidade digital chamada pacote



encontraram terra fértil na Internet, ainda que não na ARPANET. (KNIGHT, 2014, p. 18).

A comunicação por pacotes possibilitou a criação da ARPANET, através de pesquisas do Departamento de Defesa dos EUA. Tornando-se operacional em 1969, quando quatro computadores foram conectados. Esse projeto não foi projetado para uso militar, mas sim para compartilhar recursos de comunicação entre universidades com o apoio de pesquisas do Pentágono. Eram elas a Universidade da Califórnia em Los Angeles, através de seu centro do desenvolvimento do “software”; o Stanford Research Institute; a Universidade da Califórnia em Santa Bárbara e a Universidade de Utah, todos beneficiários de contratos com a ARPA (KNIGHT, 2014).

Em seguida houve a criação do TPC/IP<sup>3</sup> que viabilizou a arquitetura aberta de comunicações em rede, permitindo assim a interconexão entre rede de computadores onde quer que estejam localizados. Novas pesquisas para o pentágono conseguiram estender o conceito de pacotes de redes para rádio terrestre e satélite, que acabaram sendo interconectadas a ARPANET (KNIGHT, 2014).

Depois de 1980, a Internet começou a se disseminar em um ritmo muito alto; conectando redes locais, microcomputadores e estações de trabalho. Em 1986, a ARPANET foi conectada a uma nova rede acadêmica a National Science Foundation Network - NSFNET, assim desativando a ARPANET em 1990.

Já na Europa, outro grande avanço aconteceu, na Organização Europeia para Pesquisas Nucleares (CERN). Em 1989, Tim Berners-Lee, físico e cientista da computação, propôs o uso de hipertextos de uma forma distribuída, que basicamente seria um conjunto de documentos armazenados em locais distintos interligados entre si por meio de pontos não hierárquicos que estão vinculados uns aos outros (KNIGHT, 2014). Esses então documentos poderiam ser resgatados usando uma plataforma de navegação; o que possibilitaria o uso em massa da internet. Dessa

---

<sup>3</sup> Transmission Control Protocol/Internet Protocol



forma Berners-Lee inventou e implementou a internet com o conceito de hipertexto, que hoje conhecemos com *World Wide Web*.

Outra criação que contribuiu para o que conhecemos como espaço cibernético hoje foi o sistema binário. A codificação das letras do alfabeto em uma sequência de dígitos binários foi devidamente aperfeiçoada pelo filósofo inglês Francis Bacon, em 1605.

Segundo Bacon, qualquer “objeto” poderia ser codificado. Após meio século, o filósofo alemão Gottfried Leibniz criou o sistema binário a partir de numerais<sup>4</sup>, como conhecemos hoje.

A partir de códigos criados através do sistema binário, os computadores realizam o processamento de dados, sendo que cada numeral, representa um *bit*<sup>5</sup>. Sem eles não seria possível fazer a leitura das informações enviadas.

Após o surgimento das diferentes redes, surgiu um novo tipo de conflito, a “Guerra de Protocolos” (KNIGHT, 2014). Essa disputa surgiu entre o desenvolvimento da comunicação baseada no TCP/IP. Com parcerias internacionais cada vez mais frequentes e com o surgimento de novas políticas industriais e tecnológicas houve a necessidade da criação de uma única linguagem para que todos os envolvidos pudessem interpretar e entender as informações utilizadas.

Assim foi criado o chamado *Hypertext Markup Language* (HTML), um tipo de código básico utilizado para a viabilização da comunicação na Internet. Em 1993, houve um grande avanço tecnológico com a introdução de um dos primeiros navegadores gráficos que possuía uma ampla divulgação chamado de “Mosaic”, que foi desenvolvido pelo National Center for supercomputing Applications (NCSA) da Universidade de Illinois nos Estados Unidos. Aquele momento abria a Internet ao público em geral.

---

<sup>4</sup> Sistema que usa como padrão de comunicação sequências formadas pelos numerais 0 e 1

<sup>5</sup> Bit é um dado, que pode ser utilizado em conjunto para formar informações



Existiu também a formação do *Hypertext Transfer Protocol* (HTTP), o protocolo primordial que estabelece conexões de internet em todo o mundo. Esse aperfeiçoamento também permitiu a origem do primeiro navegador de internet, o *WorldWideWeb* (WWW), em 1990. Embora as grandes inovações tenham acontecido principalmente nos Estados Unidos, cada região do globo apresenta sua própria história de integração e territorialização do espaço cibernético, inclusive no Brasil.

## **1.2 A Internet no Brasil**

A Internet foi instalada no Brasil em 1975, durante o Governo de Ernesto Geisel. O então Ministério de Comunicações determinou que a Embratel seria responsável pela implementação e expansão da Rede Nacional de Transmissão de Dados. No início da década de 80, houve um grande interesse no país pela temática telecomunicação e computação. Esse enorme interesse refletiu-se em muitas conferências e programas de pesquisa.

Em 1979, a Agência de Telecomunicações Brasileiras anunciou um projeto para criar a Rede Latina Americana de Computadores (REDLAC). O objetivo era desenvolver pesquisas em comunicação de pacotes, redes locais e interligação de redes (KNIGHT, 2014, p.21). Naquela época, a criação de políticas públicas e incentivo a pesquisa durante o governo militar de Geisel (1975 a 1979) inicialmente foi elaborado pelo II Plano Nacional de Desenvolvimento

Essas políticas industriais procuraram desenvolver a indústria nacional de insumos e componentes eletrônicos. Isso geraria uma autonomia tecnológica assim como uma indústria de equipamentos eletrônicos. No mesmo período, em 1978, com o apoio e condecoração da UNESCO, o *Intergovernmental Bureau for Informatics dos EUA* foi criado por 35 países, incluindo o Brasil. Esse *Bureau* promoveu a





Informática nos países em desenvolvimento, incluindo também a criação de uma legislação de fluxos dos dados transfronteiriços (KNIGHT, 2014).

A posição Brasileira foi defendida pelo Tenente Coronel Joubert Brizida, Secretário Executivo da Secretaria Especial de Informática, durante a primeira Conferência Internacional sobre Fluxos de Dados Transfronteiriços que foi realizada em Roma, em junho de 1980. Durante seu discurso o Tenente Coronel falou que “O país que não se preocupa com o controle das informações estratégicas que utiliza corre risco de se tornar intoleravelmente dependente, através das telecomunicações, dos interesses de derivados grupos políticos e econômicos fora de suas fronteiras” (COMSCORE, 2013).

### 1.3 Uma Teoria sobre o Espaço Cibernético?

A chamada “Teoria Cibernética” foi criada por um matemático estadunidense chamado Norbert Wiener, entre 1943 e 1949. Durante alguns anos Wiener trabalhou no MIT, onde estudou física probabilística e focou no estudo do movimento das partículas elementares em líquido, fenômeno conhecido como movimento browniano. Na segunda guerra, Wiener trabalhou para o governo norte americano com problemas matemáticos para desenvolver uma arma que seria capaz de atingir alvos móveis, que contribuiria com o desenvolvimento dos sistemas de uma mira automática, que ajudou a criar a Teoria Cibernética<sup>6</sup>.

A contribuição de Wiener não foi a constituição de hardware, mas sim a criação de um “recinto” onde computadores e autômatos fossem desenvolvidos. A

---

<sup>6</sup> A Cibernética é o estudo de autocontrole encontrado em sistemas estáveis, sejam eles biológicos, elétricos ou mecânicos. No início a Cibernética focava apenas na criação de máquinas auto reguláveis semelhantes ou comportamento do ser humano



epistemologia da palavra cibernética que provém do grego significa Timoneiro ou piloto. Em seu estudo Wiener percebeu que para que um computador o funcionasse deveria controlar suas próprias atividades. Um exemplo de sistema de autocontrole utilizado por Wiener é o termostato, que através da temperatura de um lugar específico onde se encontra regula sozinho a temperatura para mais quente ou frio.

A teoria cibernética pode ser vista por muitos como uma “super ciência” ou a ciência das ciências. Ela estimulou o estudo e pesquisas em áreas dos sistemas de controle e sistemas que trabalham com a informação. Um dos pontos de partida gerados pela Teoria da Cibernética nas mais diversas perspectivas do conhecimento é a possibilidade de reduzir todo fenômeno ou processo estudado à noção e ou a sua transmissão. A cibernética levou a alteração do homem em um conjunto crescente de atividades, gerando a autonomia de serviços que antes eram exercidos particularmente pelo homem.

É perceptível que as premissas do estudo da Cibernética possam ser aplicadas em vários campos da vida humana, principalmente quando se trata de comunicação e troca de informações. No que tange às relações internacionais, desde o final do século XX a temática do ciberespaço já se incorporou a agenda de muitos Estados e Organizações Internacionais. Especialmente no que tange à temática da segurança internacional, mediante do que se convencionou chamar de “segurança cibernética”.

Parte dessa temática emergente já se refere a alguns Estados, como os Estados Unidos, China e Rússia, sendo verdadeiras potências cibernéticas. Eles se destacam por serem capazes de produzir armas cibernéticas em um contexto de uma guerra cibernética e de defesa cibernética. Isso evidencia o que Nye Jr chama de poder cibernético.

Pelo o fato do campo do ciberespaço ser multidisciplinar, o mesmo reivindica espaço nas demais ciências sociais, como por meio das Relações Internacionais. Na Era da Informação, a informação é poder, o ciberespaço como um novo espaço de



interação social é a manifestação para as diversas formas de dominação, tornando-se uma fonte de exercício e difusão de poder. Por este viés, afirma-se que o objeto das Relações Internacionais no espaço cibernético são as próprias relações de poder através da detenção de informações neste ambiente.

A criação da tecnologia digital, da internet e de recursos como a realidade virtual passou a interferir na cognição humana. Da mesma forma, conflitos de interesses seguem também a evolução tecnológica, havendo a necessidade de se criar regulamentos para gerir as relações sociais e políticas no espaço cibernético. Assim, pode-se inferir que a informação que circula são recursos desse território, sendo o usuário o operador deste recurso, não sendo parte constitutiva desse território.

Atualmente, muito se tem falado sobre a equiparação do espaço cibernético a um espaço geográfico, delimitação de fronteira, soberania de Estado, controle governamental e disputa de poderes (PORTELA, 2016). Em meio a tantas colocações, a resposta do que é o espaço cibernético pode ser apontada pela Geografia, mais especificamente pela Geopolítica, conforme Gonzales e Portela (2017).

A relevância do espaço cibernético para o Estado tem uma relação direta com seu poder e soberania, concepções que estão relacionados ao espaço. Sendo o espaço cibernético um tabuleiro de xadrez onde há uma vasta disputa de poderes, que avidamente tem crescido e impactado na geopolítica do mundo, seu domínio é uma ferramenta desejada. Tornando assim, o estudo do espaço cibernético algo extremamente necessário para que se possa entender as relações de poder entre os Estados dentro desse meio, pois o ciberespaço é uma extensão do sistema social e político.

Com o crescimento da importância da questão cibernética para a disciplina das Relações Internacionais, é necessário discutir conceitos essenciais para melhor compreender os problemas atuais. Nesse campo científico observa-se um movimento



de institucionalização sobre tal temática nas principais universidades do mundo, sem se esquecer da crescente quantidade de publicações científicas nesta área (PORTELA, 2016).

Isso deve-se, em grande parte, ao aspecto securitário que envolve este ambiente, a Segurança Cibernética, a ponto da comunidade gnosiológica de RI falar, até mesmo, em termos como, arma cibernética, defesa cibernética, guerra cibernética, Guerra Fria cibernética, poder cibernético e potências cibernéticas. O descobrimento mais importante, à luz do valorativo de pesquisa, diz respeito à criação e ao reconhecimento do subcampo de Relações Internacionais Cibernéticas (CiberRI) em RI.

Ausência de uma teoria das Relações Internacionais para o espaço cibernético se dá por ser um objeto de estudo relativamente novo em comparação com o estudo das relações internacionais que por exemplo no ano de 2019 completou 100 anos. Além de ser uma disciplina nova, por ser uma temática intensamente técnica para desenvolver-se uma teoria cibernética nas relações internacionais deve-se haver pelo menos um conhecimento básico sobre tecnologia da informação, informática e comunicação digital.

## **1.4 Espaço cibernético a luz das teorias de Relações Internacionais**

O subcampo internacionalista de Relações Internacionais Cibernéticas (CiberRI), que aqui se defende, não paira apenas no mundo das ideias; este subcampo também ganha vida mediante sua aplicação no meio empírico. Em outras palavras, teoria e prática se juntam, à luz de elementos teóricos de Relações Internacionais, conforme explicado por Gills Vilar-Lopes (2017).

Interpretar o poder neste novo domínio, com novas características, à luz das teorias das Relações Internacionais torna-se imprescindível. Dentre as diversas tentativas de entender as dinâmicas das relações internacionais existem três teorias



que podem ser aplicadas ao ciberespaço na tentativa de entendê-lo: Neorealismo, ou Realismo Estrutural; Neo-institucionalismo; e, Construtivismo.

O Realismo Estrutural é uma das teorias mais estudadas e utilizadas na área das Relações Internacionais. Também uma das mais coesas, pois os seus representantes utilizam das mesmas premissas em seus estudos, resguardado algumas variações. Nesta corrente teórica, o Estado é entendido como o único e/ou principal ator das relações internacionais. Essa teoria foi a primeira a interpretar as relações internacionais como um sistema, considerado pelos teóricos como o terceiro nível de análise.

Segundo Waltz (1979) este sistema internacional é baseado em três pilares: a autoajuda, a anarquia e o dilema de segurança. Com o objetivo de melhor entender e prever os acontecimentos, a teoria em si faz algumas generalizações. A principal delas explica que dentro do ambiente anárquico, onde não há a possibilidade de confiança entre atores, o objetivo máximo dos Estados é sobreviver neste meio e acumular o maior poder possível, resguardando cada vez mais sua sobrevivência, em uma relação correlata.

Ainda sobre essa corrente teórica, seus dois principais autores são Kenneth Waltz, como explanado acima, e John Mearsheimer. Através dos dois é possível perceber dois entendimentos sobre poder que se complementam, sendo que os poderes são as capacidades dos atores dentro do sistema, as quais são atribuídos aos mesmos (WALTZ, 1979). Além disso, o poder pode ser medido através da comparação entres os atores.

De maneira a complementar o pensando de Waltz (1979), Mearsheimer dispõem a ideia de que o poder possui duas dimensões: o poder potencial e o poder real. O poder potencial é baseado na população e o nível de riqueza que o Estado possui. Por sua vez, o poder real baseia-se na capacidade militar, podendo dessa forma ser medido de uma forma mais concreta do que o poder potencial.



A corrente teórica neoliberal, tal qual a Neorrealista compreende o Estado como um ator racional e o principal, mas não o único, nas relações internacionais. Além disso, também compreende o sistema como anárquico. Porém, diferentemente da corrente anterior, foca seus estudos no papel exercido pelas instituições, oficiais e oficiosas, em um sistema internacional, no qual os atores, a partir do século XX, são cada vez mais interdependentes. (STERLING-FOLKER, 2013).

A interdependência entre atores ou Estados no cenário internacional ocorre quando há efeitos de custo recíproco, pois, ela diminui a autonomia de cada ator. Dessa forma, independentemente da decisão, sempre haverá custos e não há garantias de que os benefícios superam os malefícios. Nesse sentido a realidade é percebida através da ideia da interdependência complexa.

Esta teoria possui três características: os canais múltiplos que conectam a sociedade, incluído os atores não estatais; a multiplicidade dos problemas tratados nas agendas das relações interestatais e a não existência de uma hierarquia consistente e clara entre os assuntos; por último, a força militar não é empregada entre estados dentro da interdependência complexa (KEOHANE; NYE JR, 2011). O poder é aqui pensado através da relação com o outro, com a capacidade do ator “A” em fazer com que o ator “B” faça algo que do contrário ele não faria:



Quadro 1.2 – Faces do poder relacional segundo Nye

PRIMEIRA FACE: A usa ameaças ou recompensas para alterar o comportamento de B em relação às preferências iniciais e estratégias. B sabe disso e sente o efeito do poder de A.

SEGUNDA FACE: A controla a agenda de ações de maneira a limitar as escolhas de estratégia de

B. B pode ou talvez não saiba disso e esteja ciente do poder de A.

Fonte: NYE JR (2012, p.36)

Além disso, nessa teoria de Nye Jr (2012), o poder é dividido entre *hard power* e *soft power*. O primeiro refere-se à capacidade de impor suas exigências através de meios coercitivos, militares ou econômicos. O segundo refere-se à capacidade de “A” conseguir o que deseja através da atração e não coerção, ou seja, moldar a visão de “B”, para que ele também compartilhe do mesmo desejo.

A partir deste conceito e para melhor entender seu papel na interdependência, é necessário dividir as relações de poder em duas dimensões: sensibilidade e vulnerabilidade. Isto é, em um mundo da interdependência complexa todos são sensíveis às escolhas do outro. Entretanto, uns são mais vulneráveis devido à falta de alternativa para mudar aquele cenário político.

Por sua vez, a teoria construtivista dentro do campo das Relações Internacionais possui alguns pontos que convergem com outras vertentes dentro do construtivismo. Essas vertentes estudam como os objetos e práticas, especialmente os entendidos como naturais, foram construídos numa interação agente e estrutura (FEARON; WENDT, 2002) sendo dessa forma que todos retratam o mundo como



*“intersubjectively and collectively meaningful structures and processes”*<sup>7</sup>(ADLER, 2013, p. 121).

Assim, as relações internacionais são concebidas como socialmente construídas, permeadas de valores sociais e normas que regulamentam essa relação. Dessa forma, não são apenas resultados da ação de um indivíduo, mas do conjunto de atores que compõe o sistema internacional.

Algumas características do Construtivismo são de importante destaque. A primeira é a atenção especial dada ao papel das ideias na construção da vida social, estas para obterem alguma relevância social necessitam ser transformadas em práticas. A segunda característica é que o construtivismo não toma os agentes ou sujeitos como dados e, portanto, é de seu interesse demonstrar como eles foram construídos (FEARON; WENDT, 2002).

Por entender que o mundo social é construído pelos indivíduos, a concepção de poder para os construtivistas não pode estar focada apenas nas capacidades materiais, pois estas apenas só ganham sentido a partir da socialização dos atores (GUZZINI, 2013).

Percebendo a complexidade que as relações internacionais ganham dentro do cibernético bastante complexos, as teorias abordadas podem ser aplicadas para compreender os “problemas” e efeitos desse ambiente no cenário internacional. De acordo com a teoria neorrealista a concepção de poder é pensada e medida através das capacidades de cada Estado, ou seja, a de exercer o poder através da coação do outro ator.

A dificuldade de se entender o poder cibernético é que ter poder nesse ambiente não necessariamente indica a existência de mais recursos, como por exemplo armas cibernéticas. A teoria apenas considera como principais atores as

---

<sup>7</sup> Estruturas e processos intersubjetivamente e coletivamente significativos [tradução nossa]





grandes potências. Havendo, portanto, uma dificuldade dos Neorealistas em compreenderem o movimento de transferência de poder dentro do meio cibernético, pois se comparado com o mundo físico, o surgimento e a capacidade de ação dos atores estatais ou não-estatais no mundo cibernético é muito maior.

Já na teoria neoliberal entende-se o conceito de poder de uma maneira mais ampla, dividindo o poder em *hard power* e *soft power*, não apenas considerando seus aspectos material, mas trazendo para análise as instituições e atores não estatais diferente da teoria realista. Assim, essas características possibilitam entender melhor os efeitos do poder cibernético nas relações internacionais. Por exemplo, através dos conceitos de *hard power* e *soft power* é possível compreender as ações de grupos terroristas, que não ou quase não utilizam o espaço cibernético para ataques diretos, mas sim de maneira efetiva e constante para exercer o *soft power*, principalmente nos processos de convencimento de novos membros para compor o grupo (NYE JR, 2012).

Através da ideia de interdependência complexa, que o espaço cibernético expandiu o grau de interações entre os atores, em suas duas abstrações, sensibilidade e vulnerabilidade. É possível pensar como o poder cibernético aumenta o que é sensível entre os Estados e ao mesmo tempo auxilia a diminuir os aspectos vulneráveis de cada um dos Estados menores perante os maiores. Isso se dá devido ao desenvolvimento de tecnologias próprias e não permanecer refém das mudanças tecnológicas nas grandes potências (MAZIERO, 2018, p. 09).

Por fim, mas não menos importante, a concepção que possui uma maior amplitude pertence a teoria construtivista. A teoria não apenas pensa que a relação de poder entre os agentes é algo relacional, mas algo que decorre da socialização dos atores e de suas identidades. Através dessa teoria é possível entender a questão cibernética nas relações entre os agentes estatais, na criação de instituições e nas



organizações que se responsabilizam por esta questão. O Construtivismo também demonstra que o meio cibernético e sua segurança são assuntos de caráter nacional.

Logo, os assuntos cibernéticos podem dentro do construtivismo serem considerados dinâmicos, de ações ofensivas ou defensivas. Se transformando em um novo espaço de poder para o ator estatal, com influência também de atores não estatais. Constata-se dessa forma que a teoria construtivista seja talvez a melhor para analisar esse novo espaço, onde há a interação das dinâmicas de poder no sistema internacional e a influência de atores não-estatais, desde setor privado até a figura do próprio indivíduo.

## **2 SECURITIZAÇÃO DO ESPAÇO CIBERNÉTICO**

Com o enorme aumento em ataques e sequestros cibernéticos no mundo, observou-se um movimento de securitização do tema no mundo, promovendo diversos debates que envolveram países e organizações internacionais. Dentre as diversas, podemos citar Organizações como a Aliança para a Segurança das Nações Unidas e a Prosperidade da América do Norte (ASPAN), a Aliança do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), a Organização para Cooperação de Xangai (OCX) e a própria Organização das Nações Unidas.

Essa preocupação veio crescendo de uma forma exponencial principalmente depois dos muitos acontecimentos como a ciberguerra entre a Rússia e a Estônia, em 2007 e o conflito cibernético entre a Rússia e a Geórgia, em 2008. Esses dois casos são uns dos mais conhecidos mundialmente, pois geraram uma grande repercussão mundialmente abrindo uma nova série de debates que até então pouco se falava.

Os ataques cibernéticos da Rússia à Estônia, em 2007, e à Geórgia, em 2008, contribuíram para a inserção do tema de segurança cibernética na agenda internacional (LOBATO & KENKEL, 2015). Ainda, em 2010, outro ataque mobilizou os países, um vírus chamado Stuxnet foi instalado nas instalações



nucleares iranianas, tendo como objetivo danificar as centrífugas do programa nuclear iraniano (LOBATO & KENKEL, 2015).

A partir desses eventos muitos países começaram a debater sobre segurança cibernética e a grande necessidade de se desenvolver as estruturas e instituições defesa cibernética.

A fim de evitar futuros ataques muitos países iniciaram abordagens para encontrar soluções sejam elas multilaterais em cooperação, formulando políticas e legislações que protejam as nações e seus indivíduos de ataques cibernéticos.

Joseph Nye Jr (2010) divide os atores do espaço cibernético em três categorias: governos, organizações com redes altamente estruturadas e indivíduos. Destaca também que o baixo custo de se cometer um ataque cibernético é um fator permissivo para que pequenos Estados e atores não estatais tenham um papel significativo nesse ambiente.

Nye Jr (2010) também comenta sobre a dificuldade de afirmar que determinado Estado é dominante no espaço cibernético, como alguns o são no mar ou no ar, pois mesmo aqueles Estados que tenham consideráveis recursos de *soft* e *hard power*, estão lidando com novos atores e com novos desafios inerentes ao espaço cibernético.

Ademais, mesmo que alguns países possuem leis nacionais que tipificam o crime, ainda não há um tratado internacional abrangente que lide com os crimes e criminosos atuantes no espaço cibernético. Trata-se de um entrave a este tipo de punição, pois, na maioria das vezes, os ataques cibernéticos são provenientes de outros Estados, e a inexistência de um tratado desse tipo dificulta a punição aos respectivos criminosos (KRAMER, 2009).

O maior tratado internacional feito acerca do tema foi a Convenção de Budapeste, que foi elaborada em 2001, no âmbito do Conselho da Europa. Dos



países da América do Sul, somente a Argentina e o Chile ratificarem este tratado, porém, apesar de não ser tão abrangente, ele reconhece a importância da cooperação internacional na luta contra os crimes cibernéticos (CONVENÇÃO DE BUDAPESTE, 2001).

A importância da segurança do espaço cibernético é embasado na proteção das infraestruturas críticas nacionais, pois um ataque de grandes proporções poderia fazer com que informações detalhadas sobre planos militares acabasse em posse de grupos ou Estados inimigos, debilitando as estratégias do Exército, além de poder causar o bloqueio de dados bancários e interferir na bolsa de valores. Sistemas de transporte e de saúde também poderiam entrar em colapso ao serem violados em um ataque (MIRANDA, 2009).

Cabe ressaltar ainda, que de acordo com Meyer (2016), a maior parte das infraestruturas do espaço cibernético pertencem ao setor privado, fato esse que reitera a importância da cooperação entre esses dois setores.

A segurança cibernética tem como fundamento geral garantir a segurança pública no espaço cibernético, tentando proteger o espaço cibernético contra os ilícitos nacionais e internacionais e evitando que os atores que utilizam este espaço tenham seus dados violados ou disseminados por criminosos que neste espaço atuam. Carvalho (2011) define a segurança cibernética como

A proteção e garantia de utilização de ativos de informação estratégicos, principalmente os ligados às infraestruturas críticas da informação (redes de comunicações e de computadores e seus sistemas informatizados) que controlam as infraestruturas críticas nacionais. Também abrange a interação com órgãos públicos e privados envolvidos no funcionamento das infraestruturas críticas nacionais, especialmente os órgãos da Administração Pública Federal (APF) (CARVALHO, 2011, p. 10).



Já a defesa cibernética está no âmbito das relações entre os Estados, envolvendo o poder cibernético e a guerra cibernética. O Ministério da Defesa do Brasil a define como:

Conjunto de ações defensivas, exploratórias e ofensivas, no contexto de um planejamento militar, realizadas no espaço cibernético, com as finalidades de proteger os nossos sistemas de informação, obter dados para a produção de conhecimento de inteligência e causar prejuízos aos sistemas de informação do oponente. No contexto do preparo e emprego operacional, tais ações caracterizam a Guerra Cibernética (BRASIL, 2010 apud CARVALHO, 2011, p. 18).

Devido às vulnerabilidades inerentes ao espaço cibernético – facilidade e baixo custo de se realizar um ataque cibernético a qualquer um de seus atores; dificuldade de imputar um ataque cibernético; facilidade de realizar um ataque sob garantia de anonimato; falta de regulamentação deste bem comum – e por se tratar de uma ameaça existencial, alguns Estados têm optado pela securitização desse espaço.

Assim sendo, alguns Estados têm buscado lidar com ataques cibernéticos de diversas maneiras, a partir da cooperação internacional, instituições, estabelecimento de políticas, para que, dessa forma, possa ser assegurado o bem-estar dos usuários, a segurança nacional.

## **2.1 A problemática da segurança multidimensional**

O conceito de Segurança Multidimensional foi definitivamente estabelecido na Conferência Especial sobre Segurança realizada na Cidade do México em 2003. Durante a conferência, o conceito de Segurança Multidimensional ajudou a entender como essa nova modalidade de guerra, como a ciberguerra, tem ganhado projeção entre os Estados.

O espaço cibernético é um teatro de guerra caracterizado pela (in)segurança multidimensional, uma vez que a mesma possui tanto um caráter de ameaça



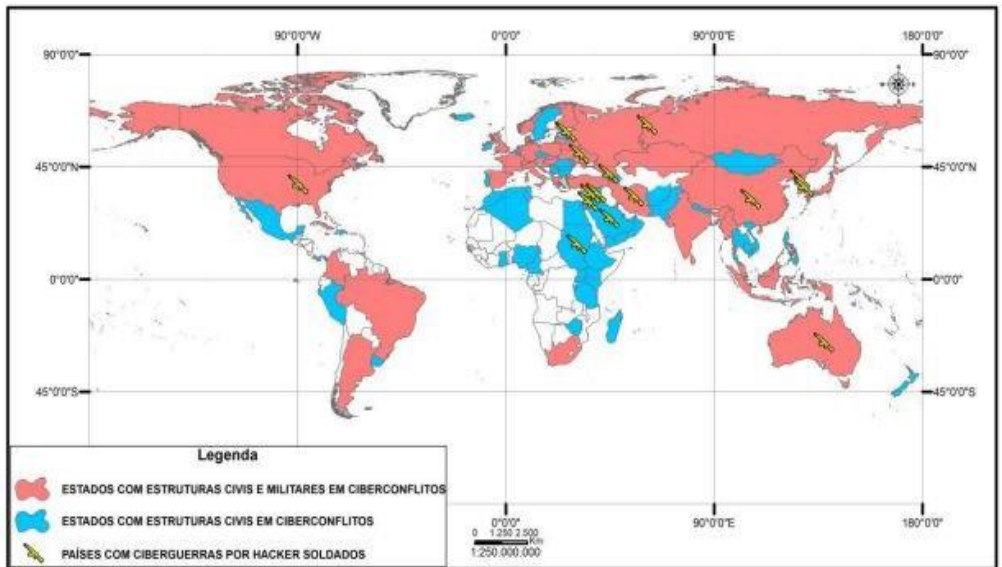
tradicional interestatal quanto de nova ameaça. (RAMOS ,2015). Tendo em vista, que com a intensificação da globalização, não só os Estados e Organizações Internacionais tornam-se alvos, mas os próprios indivíduos e empresas, a ciberguerra trata-se de uma questão de insegurança do sistema mundial como um todo.

A perspectiva de segurança multidimensional obtém relevância à medida que elucida porque a segurança cibernética antes de ser puramente e exclusivamente de uma ótica internacionalista, passa a ser então visualizada dentro de uma agenda multidimensional, com reverberação em agendas securitárias tênues de natureza civil e militar. (DAVID, 2001).

O grande dilema da segurança é que o mesmo possui multidimensional, trazendo junto a ele uma diversidade de arenas e atores com fronteiras nem sempre convergentes. Percebe-se esse dilema em dois pontos, o primeiro sendo a indefinição de fronteiras dentro do espaço cibernético, separando o nacional do internacional, e o segundo sendo a indefinição de quais estruturas estatais atuariam no espaço cibernético, se seria m as estruturas civis, de segurança pública, ou as estruturas militares, de defesa.

Com base na análise de cyber conflitos, na identificação e categorização de sua natureza e *stakeholders* envolvidos, mostra-se a possibilidade de uma apreensão da espacialização dos campos de poder dos ciber conflitos, de uma forma, a mostrar, tanto as forças descentralizadas dos ataques cibernéticos, quanto as forças centralizadas, dos meios civis e militares, conforme podemos vislumbrar:

Figura 2.1 - Estruturas Civis e Militares da ciberguerra



Fonte: SENHORAS, 2014.

A existência de estruturas civis e militares com ações realizadas principalmente por hackers soldados como observado nos Estados Unidos, Rússia, China, Coreia do Sul, Coreia do Norte, Austrália, Estônia, Geórgia, Ucrânia, entre outros países gera ainda mais instabilidade no sistema internacional, pois dessa forma torna-se mais difícil o Estado ter controle sobre os ataques cibernéticos.

## 2.2 A Governança nas Relações Internacionais

Há um regime de governança da Internet no plano internacional que vem sendo moldado nas quatro últimas décadas. Esse evolui conforme interesses de atores que, em contexto de competição tecnológica global, apresentam um diferencial de poder oriundo do conhecimento de que dispõem sobre novos padrões tecnológicos e de sua capacidade relativa de acompanhar e influir na própria evolução de tais padrões.

Por exemplo, o uso da língua inglesa como o padrão adotado para endereçamento dos sítios eletrônicos em escala global constituiria fator a preservar



as vantagens iniciais dos Estados Unidos como “*first movers*” (CRUZ, 2006, p. 21). Esse tipo de diferencial habilitaria alguns atores a compreender melhor que outros as implicações políticas e econômicas resultantes do regime em formação e, conseqüentemente, influir na definição das regras e na escolha dos padrões globalmente aplicáveis.

No intuito de delimitar a governança da Internet, faz-se necessário dar atenção ao significado e à extensão do termo governança e aos motivos do seu uso para designar o conjunto de mecanismos relacionados à gestão da Internet no plano global.

James Rosenau (2000) faz distinção entre governança e governo. Afirma que governo sugere um conjunto de atividades sustentadas por autoridade formal e poder de implementar decisões tomadas em determinado contexto político-institucional. Governança, por sua vez, estaria relacionada a atividades apoiadas em objetivos comuns, que podem ou não derivar de responsabilidades formais, porém não dependem do exercício de poder coercitivo para serem aceitas. Nessa perspectiva, o conceito de governança englobaria o de governo, mas a ele não se limitaria, abrangendo também um conjunto de decisões tomadas por atores não governamentais, aceitas e tacitamente seguidas pela maioria.

No contexto da difusão de poder numa economia globalizada, a emergência de novos atores internacionais, tais como empresas transnacionais e entidades não governamentais de atuação global, tenderia a limitar o exercício da soberania estatal. Essa diluição de poder não daria vazão, pelo menos em horizonte previsível, ao surgimento de governo global (STRANGE, 1996, p. 184), tendo em conta a resistência dos Estados nacionais em abrir mão do controle sobre três processos essenciais: o monopólio do uso da força, o poder de coletar tributos e a exclusividade em determinar o que é lícito e o que é criminoso.





A teoria dos regimes oferece instrumental que auxilia a compreender o modo pelo qual a Internet é gerida em escala global. Trata-se de averiguar se os mecanismos existentes para a governança da Internet constituem ou não um regime internacional próprio, tal como entendido pela doutrina. Para responder a essa questão, cabe, inicialmente, delimitar os conceitos de governança da Internet e de regime internacional, para então qualificar o tipo de relação existente entre ambos e os efeitos dela decorrentes.

O Grupo de Trabalho sobre Governança da Internet (GTGI), criado pelo Secretário-Geral das Nações Unidas em cumprimento a mandato a ele atribuído na primeira fase da Cúpula Mundial sobre Sociedade da Informação (CMSI), realizada em Genebra, de 10 a 12 de dezembro de 2003, produziu a seguinte definição para governança da Internet:

Governança da Internet é o desenvolvimento e aplicação por governos, setor privado e sociedade civil, em seus respectivos papéis, de princípios comuns, normas, regras, processos decisórios e programas que moldam a evolução e o uso da Internet. (CMSI, 2003, p. 79).

A Teoria dos Regimes apresenta diversas acepções para o significado da expressão regime internacional. Robert Keohane (1989, p. 4), expoente da corrente neoliberal das relações internacionais, propõe que “regimes são instituições com regras explícitas, acordadas por governos, relacionadas a um conjunto particular de temas em relações internacionais.” (KEOHANE, 1989). Nessa acepção, os Estados seriam o centro de qualquer regime internacional, na medida em que regimes somente poderiam derivar de acordo intergovernamental que os constituísse. A definição exclui a possibilidade de regimes formados espontaneamente, fora dos cânones das relações intergovernamentais, por atores outros que não os Estados.

Tendo em conta a ausência de uma instituição fundada em tratado e constituída com mandato para atuar no conjunto de temas afetos à Internet, não se



poderia falar, segundo essa vertente teórica, em regime internacional para a sua governança (LUCERO, 2011)

Ao cotejar essa formulação com a definição de governança da Internet elaborada pelo GTGI e endossada pela CMSI, torna-se aparente que Krasner (1983) ofereceu inspiração para a linguagem empregada naquela construção (LUCERO, 2011, p. 79). Vale notar que na definição desse autor não há qualquer limitação seja ela categórica ou não, quanto à participação de atores não estatais na construção do regime.

A definição de governança da Internet explicita quais seriam os atores do regime, ao mencionar governos, setor privado e sociedade civil, em seus respectivos papéis. A história da internet, o modo em que funciona e a maneira de como seus protocolos evoluíram, revela ter existido participação de vários segmentos da sociedade, sendo eles indivíduos e grupos de pesquisa, organizações militares, empresas privadas, associações civis, agências estatais reguladoras, entre muitos outros. O fato de que a internet funciona em uma escala global é a confirmação empírica da existência de um mecanismo implícito de coordenação, em torno do qual convergiriam as expectativas desses diferentes autores. (LUCERO, 2011).

Krasner (1983) não condiciona a existência de regime à presença de organizações formais. Na sua concepção regimes seriam um conjunto de princípios, normas e regras juntamente a processos decisórios, todos eles são expressões usadas na concepção e definição de governança na internet. Ele apresenta as seguintes definições para princípios, normas, regras e processos decisórios:

Princípios são valores de fato, causalção e integridade. Normas são padrões de comportamento definidos em termos de direitos e obrigações. Regras são prescrições ou prescrições específicas para ação. Processos decisórios são práticas vigentes para formular e implementar escolhas coletivas. (KRASNER, 1983, p.02).



A característica da internet de operar em escala global, de modo contínuo e ininterrupto, demonstra que, a despeito das críticas e dificuldades oriundas da interação dos participantes do regime, estes têm acatados suas normas e regras, fazendo com que o regime cumpra com o propósito de manter e operar uma rede interligada em escala global (LUCERO, 2011). Dessa forma pode-se concluir que a governança na internet é operada com base em regimes internacionais efetivo e robusto, no qual estão presentes todos os elementos da definição proposta por Krasner (1983). Tal regime possui um alto grau de complexidade, tamanha é sua efetividade e robustez que nem mesmo uma cúpula mundial foi capaz de alterar substancialmente as bases e pressupostos de seu funcionamento.

## **2.3 Defesa e estabelecimento da política de segurança da informação no Brasil**

No caso do Brasil, com o início da Internet comercial em 1993 (World Wide Web), a interconectividade deixou de ser restrita às redes acadêmicas, ganhando escala e propulsão. Neste contexto, a criação do Comitê Gestor da Internet (CGI.br), em 1995, ofereceu um espaço favorável não só para o desenvolvimento de políticas e de um diálogo multissetorial referente aos desdobramentos da Internet no país, mas também para a elaboração de novas estruturas pertencentes a essa governança.

As preocupações com os riscos de segurança que emergiram com a rápida expansão da internet comercial e com a necessidade de manter uma infraestrutura resiliente e operacional levaram à criação de dois órgãos dedicados ao assunto: o Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil (CERT.br) e o Núcleo de Coordenação do Ponto BR (NIC.Br).

O CERT.br foi criado em 1997 a partir de um estudo encomendado pelo CGI.br para o estabelecimento de uma “coordenadoria de segurança de redes”. Já o



NIC.br foi criado, em 2003, para implementar as decisões do CGI.br e, em 2005, passou a administrar o registro de nomes sob o domínio “.br”. (LOBATO, 2018)

Após a criação do Comitê Gestor da Segurança da Informação, em 2000 foi estabelecido um sistema hierárquico de tomada de decisões federais, partindo da Presidência da República, no nível estratégico, e se ramificando até o nível operacional, a exemplo de forças-tarefa dentro da Polícia Federal e do Centro de Defesa Institucional da Presidência da República (GSI-PR) que presta assistência à presidência em temas de defesa e segurança, além de coordenar as atividades de inteligência federal e segurança da informação, por meio da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) (LOBATO, 2018).

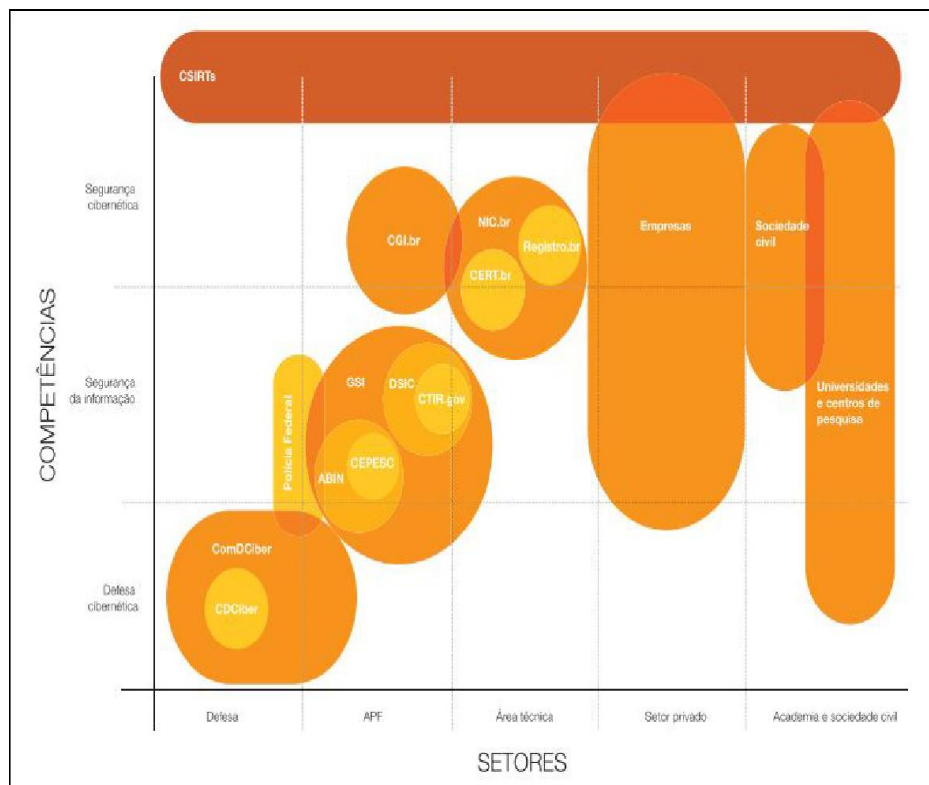
No âmbito do Ministério da Defesa (MD), a Estratégia Nacional de Defesa (END), lançada em 2008 e atualizada em 2012, reconhece o espaço cibernético, ao lado dos setores nuclear e espacial, como um dos três principais setores estratégicos para a defesa e segurança nacionais. A END se destaca como parte de um processo político-estratégico de estruturação e desenvolvimento tecnológico no setor militar com o intuito de promover maior cooperação entre as Forças Armadas, e responsabiliza o Exército pela coordenação e integração de programas relativos ao setor cibernético.

Em 2016, estabeleceu-se o Comando de Defesa Cibernética (ComDCiber), composto por representantes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica. O órgão foi encarregado de “planejar, orientar, coordenar e controlar as atividades operativas, doutrinárias, de desenvolvimento e de capacitação no âmbito do Sistema Militar de Defesa Cibernética”. Trata-se de um comando operacional conjunto que se insere na estrutura regimental do Exército Brasileiro, junto ao Estado-Maior Conjunto, chefiado pela Marinha, e o Departamento de Gestão e Estratégia, chefiado pela Aeronáutica.



Nesse sentido, a criação do ComDCiber marca uma maior integração entre as Forças Armadas, além de colocar em evidência um processo de fortalecimento das capacidades do Centro de Defesa Cibernética (CDCiber), conforme previsto na revisão da END, em 2012 e sintetizada a seguir:

Figura 2.2 Estrutura da Governança da Segurança Cibernética no Brasil



Fonte: LOBATO, 2018, p. 09.

Conforme detalhado, a institucionalização da segurança cibernética no país engloba órgãos técnicos, de natureza governamental, que contribuem para o desenvolvimento de políticas, normas e práticas diferentes, porém intrinsecamente relacionadas. A figura 2 retrata o panorama mais geral da estrutura da governança da



segurança cibernética no Brasil, tendo em vista a participação desses diferentes setores. Ela nos permite identificar os principais grupos e temas pertencentes a essa estrutura, mostrando também que a segurança cibernética é preocupação compartilhada por uma vasta gama de atores, e que sua governança deve incluir a ampliação da colaboração entre eles no que tange à formulação de políticas integradas.

## **2.4 Desafios para a Defesa e Segurança Cibernética**

Tanto no mundo, quanto no Brasil, há muitas instituições que lidam com a segurança e defesa cibernética, por esse motivo, a abordagem utilizada por elas, muitas vezes, transpassa a característica técnico-operacional, o que acaba refletindo no nível político e jurídico dos Estados. Essa diversificação criou uma série de desafios e oportunidades para cooperação e coordenação no meio cibernético.

Cabe ressaltar que a segurança cibernético se distingue do conceito de defesa cibernética em alguns países, como o próprio Brasil. O primeiro conceito está associado às mesmas fronteiras da segurança pública tradicional (MEDEIROS FILHO, 2014). Enquanto o segundo termo, conforme Oscar Medeiros Filho (2014) está vinculada às questões de guerra. Assim, conforme esse autor, as delimitações da segurança e defesa cibernética está vinculado com a ameaça que se debate.

Ainda sobre esses dois conceitos, há pelo menos quatro desafios que merecem destaque (LOBATO, 2018): (i) o risco de excessiva securitização e de uma acentuada militarização da segurança cibernética; (ii) o risco de exclusão de atores não-estatais da governança da segurança cibernética, desde a definição de prioridades até a elaboração e implementação de políticas; (iii) a preferência, cada vez maior, por soluções que buscam o bloqueio de aplicações, remoção de conteúdo e criminalização de comportamentos na Internet; e (iv) problemas de coordenação e a transferência de tecnologia.



Os riscos da securitização e militarização é fruto de “megaeventos” no Brasil, a criação de órgãos especializados vinculados às forças armadas evidencia o esforço para lidar questões de segurança cibernética a partir da aplicação das competências de órgãos de aparato militar e de Inteligência do Estado. Esses esforços resultaram em uma maior alocação de recursos para combater ameaças, Terrorismo, Guerra cibernética e a Sabotagem industrial.

A ausência de canais para inclusão de atores não-estatais no processo de elaboração de políticas também resulta de processos de securitização e militarização, que acabam retirando da esfera do debate público determinados assuntos avaliados como estratégicos para o país.

Com isso, o processo de elaboração de políticas sobre o tema se torna mais restrito aos órgãos de segurança e inteligência. O tratamento e resposta a ameaças por meio de uma lógica de securitização, reacende o trade-off normativo entre a segurança e o respeito a liberdades e direitos fundamentais, colocando-os em polos opostos, ao invés de encará-los como princípios que devem caminhar conjuntamente no processo de elaboração de políticas para a segurança cibernética.

Diante desse contexto, representantes da academia e a sociedade civil chamaram a atenção para a importância da inclusão do multissetorial às diretrizes, a estruturação de órgãos pertencentes ao regime nacional de segurança cibernética, e para o processo de elaboração de políticas para o setor. (LOBATO, 2018).

Notou-se, também, uma tendência a responder aos desafios de segurança pelas vias do bloqueio, remoção de conteúdo e criminalização. A aprovação de leis que autoriza o bloqueio de aplicativos e websites, além da tentativa de criminalizar uma série de condutas, crimes autorais e o acesso indevido a computadores e sistemas, foram motivadas pela dificuldade e/ou imparcialidade de acessar dados criptografados de redes sociais e aplicativos de mensagens. Essas categorias de episódios contribuíram para elevar a tensão entre, de um lado, a abordagem com foco



na criminalização de condutas e, do outro, aquelas com foco na proteção de direitos e garantias legais na internet.

Os desafios da coordenação são evidentes no âmbito da administração pública brasileira, em virtude da escassez de mecanismos que são efetivos de governança da segurança da informação e comunicação, somando a isso, encontra-se a dificuldade dos atores no meio internacional de “transferir conhecimento e tecnologia” uns para os outros, onde no cenário em que vivemos é algo improvável de se acontecer, pelo simples fato de que esse ato de transferência possa abalar a estratégia e defesa de um país em relação a uma nação “amiga” ou não.

### **3 INFORMAÇÃO, RECURSO DO PODER DO SÉCULO XXI**

No mundo atual existem grandes empresas transnacionais das Tecnologias da Informação e Comunicação que aglomeram grande parte dos recursos do poder cibernético, como dados computacional, inovação. Também administram algoritmos que permitem expandir e manter grandes bases de usuários, que por si só geram continuamente uma imensa quantidade de informações.

Essas informações permitem que se tenha um conhecimento sobre padrões de comportamento e de consumo, essenciais não apenas para o comércio, mas também para o Estado, que buscam obter algum tipo de controle sobre determinada população. Como reiteram os estudiosos Ávila e Pinheiro (2014, p. 85) “O domínio da informação é elemento base da construção de poder na contemporaneidade”. Essa gigantesca quantidade de dados é coletada e armazenada a partir de vários dispositivos a que a sociedade está submetida na maior parte do tempo, através de seus dispositivos móveis, TV a cabo e satélite, computadores, consoles de videogame entre muitos outros.

O constante uso dessas ferramentas tecnológicas que estão dispostas no dia-a-dia da maior parte da população gera uma quantidade muito maior de dados, sejam





elas fotos, mensagens instantâneas, e-mails, vídeos, serviços de localização, transações financeiras, notícias entre incontáveis outros atos, que facilmente influenciam os mercados de consumo, esse fato influenciou esses mercados desde os primórdios da web.

Deste modo, os dados coletados revelam o conhecimento da conduta de indivíduos e torna-se um ativo de poder das companhias que obtêm e centralizam todas essas informações. Ao mesmo tempo em que os usuários desfrutam de uma “certa liberdade” online, com uma considerável capacidade de expressão, criação e autonomia, por consequência inevitavelmente acabam entregando toda essa gama de informações às poucas empresas que exercem o domínio sobre esse fluxo de dados. Podemos equivaler esse processo ao que Castells (2011) identificou, como a forma pela qual a liberdade se converteu em *commodity* mediante os serviços de computação em nuvem.

Na contemporaneidade, há um cenário coordenado por grandes corporações que operam globalmente na internet, como a Apple, Amazon, Google, Facebook e Microsoft que se tornaram responsáveis pelo enorme acúmulo dos dados e informações de grande parte da população mundial. Não se desconsidera nesse caso a situação específica da China na qual sofre enorme censura do governo e o mesmo impõe inúmeras normas para que empresas ocidentais como a Facebook opere no país.

Essas organizações são centrais no ciberespaço e apresentam forte aglomeração dos recursos de poder. A concentração desses recursos, faz com que a capacidade de atrair fundos financeiros aumente exponencialmente gerando novas tecnologias agregando ainda mais dados e ampliando sua base de usuários. São exemplos a compra do Youtube pela Google e a compra do Instagram pelo Facebook.



### 3.1 Facebook e o caso Cambridge Analytica.

Em 2018, o escândalo de vazamento de dados começou com uma reportagem do jornal americano *The New York Times* e *The Guardian*, que expuseram o compartilhamento indevido de dados de usuários do Facebook com a empresa de consultoria Cambridge Analytica. Inicialmente, o número era de 50 milhões de usuários. Agora, no ano de 2020 novos dados do próprio Facebook indicam que a quantidade de pessoas afetadas foi ainda maior, até 87 milhões de informações pessoais dos usuários foram parar nas mãos da empresa, indevidamente.

A empresa obteve acesso a essas informações através do lançamento de um aplicativo de teste psicológico. Aqueles usuários do Facebook que participaram do programa acabaram, sem necessariamente saber que estavam entregando informações, à Cambridge Analytica. Não apenas suas informações, mas os dados referentes a todos os amigos do perfil.

As informações foram obtidas a partir do teste de personalidade aparentemente inofensivo, disponibilizado gratuitamente aos usuários da rede social em 2014. Segundo o criador, o pesquisador Aleksandr Kogan, o método de análise aplicado ao teste era capaz de traçar o perfil de qualquer pessoa rapidamente a partir de informações como páginas curtidas e postagens realizadas na plataforma. O escândalo gerou uma onda negativa contra o Facebook sob questionamento pela proliferação de notícias falsas nas eleições americanas de 2016. A empresa entrou na mira de autoridades nos Estados Unidos e no Reino Unido.

O deputado britânico Damian Collins convocou o CEO do Facebook, Mark Zuckerberg, para depor diante de um comitê legislativo. As autoridades trabalharam para conseguir um mandado de busca e apreensão para entrar na sede da Cambridge Analytica e recolher material que ajudassem a elucidar o caso.



A Cambridge Analytica é uma empresa de análise de dados que trabalhou com o time responsável para campanha do republicano Donald Trump nas eleições de 2016, nos Estados Unidos. Na Europa a empresa foi contratada pelo grupo que promovia o Brexit, fenômeno da saída do Reino Unido da União Europeia. A empresa é propriedade do bilionário do mercado financeiro Robert Mercer e era presidida, à época, por Steve Bannon, então principal assessor de Trump.

A empresa teria comprado acesso a informações pessoais de usuários do Facebook e usado esses dados para criar um sistema que permitiu prever e influenciar as escolhas dos eleitores nas urnas, criando uma campanha digital hiper segmentada para clientes como Trump, segundo a investigação dos jornais. *The Guardian e The New York Times*. (Revista BBC, 2018, on-line)

A mesma assumiu a culpa perante a corte em 2019, de ter adquirido dados sem a permissão dos usuários, porém alegou que não houve uso indevido dos mesmos. O vazamento de perfis no Facebook teria ocorrido por conta de uma política flexível do Facebook com relação à entrega de informações de perfis a aplicativos de terceiros na rede social. Entre 2007 e 2014, a empresa de Mark Zuckerberg ofereceu livremente dados de usuários a desenvolvedores de apps.

Já no Brasil, a empresa Cambridge Analytica já estaria em negociações com candidatos a governos estaduais e ao senado para as eleições de 2018. A empresa iria operar no país em parceria com a agência brasileira Ponte Estratégia, mas o acordo foi suspenso logo após os artigos publicados no New York Times e no Observer of London.

A suspensão da parceria da Cambridge Analytica no Brasil acontece também em meio a um inquérito instaurado pelo Ministério Público do Distrito Federal para apurar se o Facebook compartilhou dados de usuários brasileiros com a consultoria britânica. Ainda não se sabe se a Cambridge Analytica tem presença no Brasil com outros parceiros além da agência Ponte Estratégia.



Segundo o especialista Renato Opice Blum:

O Brasil é muito atraente para uso de dados visando marketing, seja pela característica interativa do Brasileiro, ou mesmo porque é um bom mercado. Fake news e dados funcionam muito aqui, pois circula com intensidade e as pessoas acreditam muito. Aqui já tem fake news há duas eleições. No mercado de comunicação, já houve caso envolvendo agências sem tanta preocupação com sigilo, e tivemos de rever como é um assunto que traz responsabilidades para agências e seus funcionários. Os executivos e analistas recebem, afinal, não só bancos de dados, mas também informações sensíveis, contratos específicos, materiais que demandam criptografia. Nos casos de marketing, portanto, a responsabilidade é agravada, pois comunicação lida com estratégias mais arrojadas. (BLUM, 2018, online)

Importante notar aqui, o interesse do setor privado em matéria de governança na Internet, não é uniforme tendo em conta as variedades de modelos de negócios possíveis no meio cibernético e a diversidade dos setores produtivos que dele participam (KURBALIJA,2008). As empresas de gestão de conteúdo como a Google, Yahoo, Facebook, eBay entre outras possuem crescente presença no processo de governança, são empresas cujo o modelo de negócios surgiu e depende exclusivamente da internet, para a qual desenvolvem aplicações de gestão de conteúdos com alto grau de inovação e agregação de valor.

Joseph Nye Jr (2011) chega a afirmar que a Internet está proporcionando a todo tempo consequências nas esferas pública, privada e até mesmo individual, argumentando que os Estados poderão se tornar menos fundamentais na vida das pessoas por causa da Internet e dos novos padrões de comunidade e governança. Acontecimentos como a manipulação de dados do Facebook feito pela empresa de consultoria Cambridge Analytica, em 2016, para beneficiar a campanha de Donald Trump colocam em dúvida a ideia de Nye (2011), pois as dificuldades de regulação, seja estatal ou via algum organismo internacional, facilitou que tal prática ocorresse. Neste sentido, Rafael Ávila e Marta Pinheiro (2014) indicam que há uma relação de interdependência entre as entidades estatais e não-estatais para com o uso da rede



mundial de telecomunicações, estando o Estado em uma posição de constante pressão destas tecnologias de informação e comunicação.

### 3.2 Caso Snowden + Wikileaks

Uma característica importante do espaço cibernético é a maior introdução e a maior delegação de poder de novos atores, devido ao progressivo barateamento dos meios de acesso ao ciberespaço, especialmente nos Estados Unidos e na Europa (CHOUCRI, 2014). Tais atores, que podem ser naturalmente identificados na Internet ou operar de forma anônima, podem influenciar nos níveis de assimetria de poder existentes. É o caso de atores de inferior poder relativo, como cibercriminosos que adentram sistemas computacionais de indivíduos, empresas e órgãos estatais, ou como o surgimento do Wikileaks, organização responsável por uma plataforma de publicação na Internet de documentos sigilosos de grandes empresas e Estados, na tentativa de trazer maior transparência de informações ao público. (MARIANO, 2018).

O caso Snowden ajuda a compreender as relações entre Estado, sociedade e poder cibernético. Em 2013, Edward Snowden, então analista da Agência de Segurança Nacional dos Estados Unidos (NSA), revelou como seu país espionava seus cidadãos e os de outros países, entre eles o Brasil, incluindo chefes de Estado, através da Internet e de escutas telefônicas. Naquele instante o indivíduo anônimo se modifica aceleradamente em um ator internacional em condição do seu entendimento sobre a execução das tecnologias digitais que operava e de sua situação privilegiada em relação ao acesso aos dados e informações sigilosas.

O WikiLeaks é uma organização transnacional sem fins lucrativos, localizada na Suécia, que posta, em sua página on-line, publicações de fontes anônimas,



documentos, fotos, informações confidenciais, vazadas de governos ou empresas, sobre assuntos sensíveis ou até confidenciais. A página foi arquitetada com base em vários pacotes de programas (*software*), *Freenet*, *Tor* e *PGP (Pretty Good Privacy)* incluindo a *MediaWiki*.

A página anunciada em dezembro de 2006, governada pelo *The Sunshine Press*, em meados de novembro de 2007, 1,2 milhão de documentos estavam disponíveis. Seu principal porta-voz e editor é o australiano *Julian Assange*, ciberativista e jornalista. Em 2010, entretanto, essa organização começou a postar uma série de telegramas sensíveis de natureza secreta na rede.

Parte dessas publicações exaltaram alguns atores, como os Estados Unidos, contra as ações do *Wikileaks*, pois comprometem as atividades desses países (CASTELLS, 2010). Naquele ano, o *Wikileaks* passou a ter como objetivo o “combate, pela publicidade, de más condutas governamentais e não governamentais, de variável gravidade, da hipocrisia a crimes de guerra” (LAFER, 2011).

A publicação de uma enorme quantidade de documentos secretos, revelou a dimensão da negociação entre Estados. Ao demonstrar como os países agiam e pensavam em suas negociações, o *Wikileaks* utilizou de documentos oficiais. Dessa forma, ele evidenciou atividades legais dos Estados, mas que estavam sendo realizadas sem pudor e respeito aos demais atores.

No caso de *Edward Snowden*, por outro lado, as suas revelações demonstraram o lado obscuro das coletas de informações por parte dos Estados centrais. De acordo com *Luke Harding* (2014), *Snowden* revelou os acessos clandestinos às informações eletrônicas de outros Estados. As principais revelações dadas por *Snowden* diz respeito, principalmente, aos países do “*Five Eyes Group*” e o sistema de vigilância mantido por eles, o *ECHELON* (HARDIND, 2014).

Além dos acessos a informações não autorizadas, outras características que chamaram a atenção do mundo sobre a espionagem estadunidense e de aliados sobre



o mundo era a quantidade de informação monitorada, incluindo de pessoas “inocentes”. Gerando, uma forma de protestos ao redor do mundo, pedindo uma maior privacidade na internet, onde os dados e informações ali dispostos, não poderiam ser usados ou vendidos de formas indevidas, seja por empresas e ou estados. Foram apresentadas por mais de 80 instituições e ONGs americanas campanhas para protestar contra o programa de vigilância online.

As organizações, American Civil Liberties Union (ACLU), a fundação World Wide Web, Mozilla, e o Greenpeace colocaram no ar o site *Stopwatching.us* (“Parem de nos vigiar”, em tradução livre) e pediram ao Congresso que divulgassem mais elementos sobre o vasto programa de vigilância.

Após o vazamento, o general Keith Alexander, chefe da Agência de Segurança Nacional, apontou que a revelação dos programas de vigilância da inteligência dos EUA causou “dano irreversível” à segurança nacional e ajudou os “inimigos da América”. Assim, a implementação de novas medidas de segurança foram anunciadas de segurança para impedir o vazamento de informações.

O Estado norte-americano, detendo recursos como conhecimento, algoritmos, poder computacional e infraestrutura informacional, lançou-se sobre dois deles que estavam fortemente concentrados nas duas transnacionais de tecnologia, os dados e as bases de usuários. Não ficou claro se essas empresas cooperaram com o Estado ou também foram vítimas dessa interceptação de dados, mas o fato é que esse tipo de coleta realizada por algoritmos também pode favorecer governos, a fim de conhecer melhor seus cidadãos, controlar e influenciar comportamentos, independente do nível de abertura política dos países. (MARIANO, 2018, p. 222).

A noção que se tem de algoritmos é de fácil percepção hoje devido às várias plataformas que podemos acessar diariamente. Basta ver que a Netflix possui um catálogo exposto diferente para cada assinante, pois seu algoritmo de recomendação é personalizado. Esse fenômeno é chamado por alguns autores de “cultura algorítmica”: o uso de processos computacionais para classificar, hierarquizar



pessoas, objetos, idéias e lugares, além de hábitos de conduta, expressões e pensamentos que aparecem durante o processo (STRIPHAS, 2012).

Toda essa coleta de informações se torna cada vez mais útil e precisa graças aos algoritmos presentes nas plataformas digitais que utilizamos, como o Facebook ou o Instagram. Eles selecionam e organizam as informações, no caso das redes sociais, para criar, por exemplo, a *timeline* (feed de postagens) e todo o conteúdo que cada usuário verá. O ambiente virtual é, portanto, personalizado exclusivamente para cada usuário, com base nos seus gostos, nos seus *likes* (curtidas), nas suas atividades registradas, ver um filme, participar de um evento, etc. Diante dessa tendência, parece normal que se questione quem tem controle sobre esses processos e como esses algoritmos são construídos e para qual finalidade. Questionar e conhecer o funcionamento dos algoritmos, assim como eles se disseminam, é muito importante nos dias atuais, embora alguns setores sejam contrários a divulgar esse tipo de informação, pois os algoritmos em si seriam um tipo de segredo industrial.

### **3.3 Panorama Internacional da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD**

Um dos motivos que inspiraram o surgimento e criação de regulamentações sobre a proteção de dados e informações pessoais, foi o grande fluxo de dados digitais internacionais, viabilizado pelo avanço tecnológico e a globalização. Na Europa, após escândalos de espionagem e divulgação de dados de clientes envolvendo Cambridge Analytica e Facebook gerou uma grande discussão que culminou na *General Data Protection Regulation* (GDPR) que regulamenta no âmbito da União Europeia a segurança de dados. Dessa maneira, surgiu uma necessidade de reforçar e resgatar o compromisso das instituições para com os indivíduos, na qual a sociedade digital, na qual a proteção de dados e a garantia de um direito fundamental, como o da privacidade é necessária.





Dessa forma, desde os anos 90, vem sendo debatido em diversos lugares do mundo para uma melhor governança dos dados pessoais. A liderança sobre a temática surgiu na União Europeia, sobre a chefia de um partido intitulado *The Greens*, que consolidou-se na promulgação do Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR), número 679, aprovado em 27 de abril de 2016, tendo como principal objetivo abordar a proteção da pessoa física no que tange o tratamento de dados pessoais e a livre circulação desses dados (*Free data flow*), o regulamento trouxe um prazo de dois anos para a implementação de penalidades.

Assim, por sua vez, causando uma espécie de “efeito dominó”, visando que os demais países e empresas que buscassem manter alguma relação comercial com a UE deveriam também ter uma legislação de igual ou superior nível que a GDPR. Segundo o preâmbulo 2 e 13 do GDPR, os objetivos são: 1) Contribuir para a realização de um espaço de liberdade, segurança, justiça de uma união econômica. 2) Assegurar um nível base de proteção da pessoa física no âmbito da União e evitar que divergências criem obstáculos à livre circulação de dados pessoais no mercado interno. 3) Garantir a segurança jurídica e transparente aos envolvidos no tratamento de dados pessoais. 4) Impor obrigações e iguais responsabilidades aos controladores e processadores que possuem essas informações e assegurem um controle coerente de tratamento de dados. 5) Possibilitar uma cooperação entre as autoridades de controle de diferentes Estados-Membros.

Coloca-se aqui em evidência que a proteção da pessoa física no que tange ao tratamento de dados pessoais é um Direito Fundamental, atestado por inúmeras legislações em diversos países. Na Europa, já se encontrava previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e no Tratado que organiza o funcionamento do mesmo; os efeitos da GDPR são principalmente, mas não exclusivamente, políticos, econômicos e sociais. Apenas trata-se de mais uma regulamentação que surgiu dentro dessa linha de pensamento, em que se busca trazer mecanismos de controle para equilibrar as relações em um cenário digital sem



fronteiras. No Brasil, havia uma previsão no Marco Civil da Internet e na Lei do Cadastro Positivo, porém a temática ainda era difusa e sem objetividade. Foi nessa linha, que uma nova legislação foi criada, ou seja, padronizou e normalizou o que seriam os atributos qualitativos de proteção de dados; essa padronização sendo a Lei Nº 13.709/2018, conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGDP.

A LGDP está dividida em 10 capítulos, com 65 artigos, bem menor do que a sua referência europeia, que possui 11 capítulos, com 99 artigos; Em análise, a especialista Patricia Peck Pinheiro, doutora em Direito Internacional, relata que: “ A versão nacional é mais enxuta e em alguns aspectos deixou margem para a interpretação mais ampla, trazendo alguns pontos de insegurança jurídica por permitir espaço a subjetividade onde deveria ser mais assertiva”. Inicialmente, na criação da lei, houve um veto presidencial em relação à criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD), que logo foi alterada pela MP Nº 869/2018 e pela lei aprovada um ano depois a Lei Nº 13.853/2019; Na época em que estava sendo elaborada, o veto a criação da ANPD, foi bastante discutida pois sem o órgão haveria uma lacuna inicial na estrutura do projeto de implementação da nova regulamentação, além de não permitir que o Brasil fosse reconhecido pela União Europeia, pois um dos requisitos para reconhecimento era a existência de uma autoridade nacional de fiscalização independente, que não apenas prejudicaria a aplicação e fiscalização das medidas propostas, mas criaria um entrave nas relações comerciais entre Brasil e União Europeia.

Por fim, a LGPD regulamenta a forma como serão tratados os dados pessoais no Brasil. As empresas dos setores público e privado deverão alinhar as práticas de coleta, utilização, tratamento e armazenamento dos dados pessoais, evitando que empresas e até o estado fiquem cada vez mais vulneráveis à espionagem ou de ataques de Hackers como evidenciado as divulgações de áudios de empresas e dos principais poderes do Brasil. A lei está prevista a entrar em vigor no próximo ano de



2021, e é notório que se deve discutir sobre a adaptabilidade da tecnologia da informação a LGPD o que acaba trazendo como consequência uma insegurança jurídica de como se dará a aplicabilidade da lei e que atitudes devem ser tomadas visando o cumprimento da lei.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internet e o espaço cibernético podem ser apresentado como um fenômeno tecnológico, que embora seja constituída como uma ferramenta pode apresentar atualmente um processo de construção de um regime global da governança da Internet. Essa surgiu nos Estados Unidos, no final dos anos 60, mas atualmente apresenta uma estrutura mais ampla e complexa, que abarca toda a dinâmica social do mundo, e conseqüentemente também das relações internacionais. A existência de acordos, tratados e estruturas internacionais comprova a existência desse regime global.

A criação dessa ferramenta acompanhou também a evolução política e os movimentos do poder nas relações internacionais. Isso impactou também na forma que a internet passou a ser usada no mundo. Sendo criada dentro de instituições civis de caráter científico, suas engrenagens também foram aplicadas no contexto da segurança internacional, não no sentido estrito, mas na amplitude do que é a disputa de poder no mundo. Assim, ficou patente depois dessa pesquisa, que o espaço cibernético floresceu no contexto das estruturas hegemônicas de poder ao final do século XX.

Apesar disso, o fato de ter nascido em território estadunidense, permite que esse país ainda exerce muita influência sobre a governança global da Internet. Os padrões técnicos e protocolos foram desenvolvidos nos Estados Unidos, o centro do sistema econômico e político do pós-guerra fria. Impuseram-se sobre os demais atores estatais os protocolos e regras para o uso do espaço cibernético no século XX.



Isso foi resultado do processo bem-sucedido de alianças entre as instituições de pesquisas e a área estratégica do Estado norte-americano, que acabou assimilando a importância do desenvolvimento tecnológico como elemento de poder no cenário internacional. Tais alianças encontrariam apoio no interesse comercial de empresas tecnológicas, que eventualmente beneficiaram-se do ambiente inovador para criação e expansão de mercado.

Embora tenha sido notado um movimento em prol do que se chamou de governança global da Internet, não há tratado nem Organizações Internacionais que forneça uma base ou referência institucional definida para o regime de gestão da Internet. Logo, esse regime resulta da ação de governos, do setor privado, da sociedade civil e de organizações internacionais, de comunidades técnicas e principalmente dos usuários, sempre em um processo de interação ininterrupta que delinea a evolução e o uso da internet em todo o mundo, e que podemos melhor caracterizá-lo usando o termo “governança”.

A soma das interações dos mais diversos entes que contribuíram para o nascimento da internet tem contribuído para mantê-la em contínuo funcionamento. A pauta da Governança da Internet, contempla recorte histórico de surgimento e evolução da tecnologia e confirma a existência do mesmo, que tende a afastar-se da concepção clássica multilateral com base em Organizações internacionais integradas por governos/Estados. Afinal, a concentração de poder nesse ambiente, somado com a difusão de poder para atores não estatais, demanda uma configuração distinta de governança, que nesse caso, surgiu de forma natural.

Por mais que não possa ser compreendido como uma estrutura clássica, a governança da Internet pode ser enquadrada dentro de um espectro teórico. Por exemplo, no que se refere a autoridade formal, embora essa seja ausente ou inexistência, há princípios, normas, regras e processos decisórios específicos de um regime clássico, que nesse aspecto se mostra efetivo e vigoroso. Ainda assim,



tentativas de criação de instâncias decisórias intergovernamental para o regime no meio cibernético chegaram a ser suscitadas em maior nível político. Entretanto, não houveram alterações substanciais ao modelo vigente nos dias atuais.

Assim, apesar de já considerarmos a existência de uma governança global, o regime internacional para a Internet continua em plena construção. Essa realidade impõe a diplomacia um desafio de adaptação em torno do regime vigente, tanto para identificar, sugerir e avançar pautas e temas de interesse nacional, quanto para influir na evolução institucional desse regime.

A atual fase das relações internacionais é singular não somente por causa das mudanças sistêmicas, provocadas pelo processo de transformação na distribuição do poder mundial, mas principalmente pela aceleração e ampliação da interconectividade das sociedades e entre diferentes sociedades. São estabelecidas um conjunto de novas tecnologias digitais que pendem à universalização o que simultaneamente intensificam, importantes mudanças no padrão de interação social e, portanto, alterando a forma como as relações de poder são estabelecidas.

Diante disso e do seu caráter tecnológico, que sempre tende a evoluir, espera-se uma constante mudança do espaço cibernético para satisfazer as necessidades das relações internacional. Essas estão sendo marcadas, nos últimos anos, tanto pelo aumento do número de atores com capacidade real de influência a política internacional, inclusive atores não-estatais, quanto pelo aumento de acontecimentos que revelam crises e instabilidades política nos Estados, na diplomacia e nas instituições Internacionais. Fatos como a revelação das informações sigilosas pelo Wikileaks, a vitória de Donald Trump no processo eleitoral norte-americano e o plebiscito britânico que decidiu o Brexit, são exemplos importantes de como a política nacional e internacional tem se modificado, com grau maior ou menor de influência de atores por meio do espaço cibernético.



Ademais, é natural que os países procurem utilizar a tecnologia da internet em favor dos objetivos de desenvolvimento de sua sociedade. O regime brasileiro para a governança da internet, por exemplo, foi construído a partir de experiências com a gestão de recursos com a colaboração dos setores acadêmicos, não governamental e governamental. O Brasil desenvolveu um modelo de gestão aberto com a participação equilibrada de diversos setores, coordenados pelo Comitê-Gestor da Internet. Essa estrutura permitiu que ao Brasil propor legitimidade e substância à sua participação internacional.

Por fim, ao tratar do meio cibernético nas relações internacionais, entende-se que o sistema internacional é instigado pelas transformações provenientes das capacidades cibernéticas dos atores internacionais, sendo uma ameaça potencial à segurança nacional e a ordem internacional tal como a conhecemos.

## REFERÊNCIAS

ADLER, Emanuel. **Constructivism in International Relations: Sources, Contributions, and Debates**. In: CARLSNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth A.. *Handbook of International Relations*. 2. ed. London: Sage Publications Ltd, 2013

AGOSTINELLI, Joice. **A importância da lei geral de proteção de dados pessoais no ambiente online**. *Ética Encontro de iniciação científica*. ISSN 21. 768498, v. 14, n. 14, 2018

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016] BRASIL.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, **dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera** a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).



BOFF, S. O; BORGES, V. F **A privacidade e a proteção dos dados pessoais no ciberespaço como um direito fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil.** Revista Sequência, [s. l.], v. 35, n. 68, p. 109-127, 2014.

BUZAN, Barry; HANSEN, Lene. **A evolução dos Estudos de Segurança Internacional.** Tradução: Flávio Lira. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.

BUZAN, Barry; WÆVER, Ole. **Regions and powers: the structure of international security.** Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

CASTRO, Thales. **Elementos de política internacional: redefinições e perspectivas.** Curitiba: Juruá Editora, 2005.

COELHO, Amanda Carmen Bezerra Coêlho. **A lei geral de proteção de dados pessoais brasileira como meio de efetivação dos direitos da personalidade.** 2019.

CLARKE, Richard A. **Cyber War: the next threat to national security and what to do about it.** New York: HarperCollins Publishers, 2012

COMSCORE. **2013 Brazil Digital Future in Focus.** Relatório Anual. Comscore, inc. 2013.

DE CARVALHO, P.S.M. **O Setor Cibernético nas Forças Armadas Brasileiras.** In: Desafios Estratégicos para a Segurança e Defesa Cibernética. 1a. Ed. Brasília: Presidência da República, 2011, pp. 13-34.

FEARON; WENDT, Alexander. **Rationalism v. constructivism: a skeptical view.** In: CARLNAES, W.; RISSE, T. SIMMONS, B. A Handbook of International Relations. London: SAGE Publications, 2002.

GONZALES, Selma Lúcia de M; PORTELA, Lucas Soares. **A Geopolítica do Espaço Cibernético Sul-Americano: (In) Conformação de Políticas de Segurança e Defesa Cibernética?** Revista Austral, v.7, n.14. Rio Grande do Sul: UFRGS, 2018.

GUZZINI, Stefano. **The Concept of Power: a Constructivist Analysis.** Millennium: Journal of International Studies, [s.l.], v. 33, n. 3, p.495-521, jun. 2005.

GUZZINI, Stefano. **Power, Realism and Constructivism.** Abingdon: Routledge, 2013.



HARE, Forrest. **Borders in Cyberspace: Can Sovereignty Adapt to the Challenges of Cyber Security?** In CZOSSECK, Christian; GEERS, Kenneth. *The Virtual Battlefield: Perspectives on Cyber Warfare*. Cryptology and Information Security Series, Vol. 3. Estonia: CCDCOE, 2009.

HAWKING, Stephen. **Buracos Negros, Universos-bebês e Outros Ensaio**s. Rio de Janeiro. 1995.

KEOHANE; NYE JR, 2011. **O futuro do poder**. Trad. LOPES, Magda. São Paulo: Benvirá 2012.

KEOHANE, Robert. **International Institutions and State Power: Essays in International Relations Theory**. Boulder: Westview Press, 1989

KNIGHT, Peter T. **A Internet no Brasil: Origens, Estratégia, Desenvolvimento e Governança**. Indiana: AuthorHouse, 2014.

LOBATO, Cruz Luiza. **Uma Estratégia para a Governança da Segurança Cibernética no Brasil**. Série: Segurança Cibernética e Liberdades digitais. Instituto Igarapé. Setembro 2018.

LOPES, Gills Vilar. **Relações Internacionais Cibernéticas (CiberRI): O Impacto dos Estudos Estratégicos sobre o Ciberespaço nas Relações Internacionais**. Congresso Latino Americano de Ciência Política. Montevideo: Alacip, 2017.

LUCERO, Everton. **Governança da Internet: aspectos da formação de um regime global**. Brasília: FUNAG, 2011.

MAZIERO, Arthur C; PINTO, Danielle J. Ayres. **Poder Cibernético e o espaço Internacional: uma Perspectiva a partir das Teorias das Relações Internacionais**. Segurança Internacional, Estudos Estratégicos e Política de Defesa. (2018)

MEARSHEIMER, John J.. **The Tragedy of Great Power Politics**. New York: W. W, Norton & Company, 2001.

MEDEIROS FILHO, Oscar. **“Em busca de ordem cibernética internacional”**. In *Segurança e Defesa Cibernética: da fronteira física aos muros virtuais*, organized by Oscar Medeiros Filho, Walfredo B. Ferreira Neto and Selma Lúcia de Moura Gonzalez. Coleção I - Defesa e Fronteiras Cibernéticas Pernambuco: Editora UFPE, 2014.

NYE JR, Joseph S. **O futuro do poder**. São Paulo: Benvirá, 2012.





PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção dos Dados Pessoais: Comentários à Lei N° 13.709/2018 (LGPD)**. ed. 2. São Paulo. Saraiva educação. 2020.

PORTELA, Lucas Soares. **Agenda de Pesquisa sobre o Espaço Cibernético nas Relações Internacionais**. Revista Brasileira de Estudos de Defesa, v. 3, nº 1. Santa Catarina: ABED, 2016

RAFFESTIN, Claude. **Por uma Geografia do Poder**. Paris: Ed. Ática, 1993.

SENHORAS, E. M. **Mapas de ciber conflitos no mundo**: relatório de pesquisa organizado para Congresso Acadêmico de Defesa Nacional. Boa Vista: UFRR, 2014.

STERLING-FOLKER, **Making Sense of International Relations Theory**, Second edition. 2013.

UNODC. **The use of the Internet for terrorist purposes**. New York: United Nations, 2012.

WALTZ, Kenneth N. **Foreword: thoughts about assaying theories**. In: ELMAN, Colin; ELMAN, Miriam F. (Ed.). *Progress in International Relations Theory: appraising the field*. Cambridge, MA: MIT Press, 2003.

WALTZ, Kenneth N. **Teoria das Relações Internacionais**. Tradução de: Maria Luísa F. Gayo. Lisboa: Gradiva, 2002.

WALTZ, Kenneth N.. **Theory of International Politics**. Reading: Addison-wesley Publishing Company, 1979.

ZANATTA, R. **A Proteção de Dados entre Leis, Códigos e Programação: os limites do Marco Civil da Internet**. Em: De Lucca, N., Simão Filho, A., Lima, C. *Direito e Internet III: Marco Civil da Internet*. São Paulo: Quartier Latin, p. 447-470, 2015.



# RESSOCIALIZAÇÃO DE CONDENADOS: UMA CRÍTICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DE FOUCAULT

Jussara da Rocha Dias Alencar<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo objetiva analisar o sistema prisional brasileiro e a ausência de políticas públicas de ressocialização, a partir da base filosófica do pensamento de Michel Foucault à ~~sapiência~~ <sup>sapientia</sup> de juristas da atualidade, tendo em vista que a sociedade exige do judiciário, e também do Direito Penal um protagonismo excessivo para resolução de litígios que poderiam ser solucionados com a participação de entidades sociais diversas. Inicialmente será apresentada uma breve explanação acerca da prisão sob a ótica de Foucault e a análise dos dados de superlotação dos presídios brasileiros. Posteriormente, o exame das penas e a atuação do Estado quanto à efetividade dos métodos aplicados para suposta ressocialização. Por fim, o apontamento de Políticas Públicas no âmbito da educação, esporte, religião e o acesso ao lazer que garantem proteção aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, para evitar o encarceramento em massa.

**Palavras-chave:** Prisão. Ressocialização. Políticas Públicas. Encarceramento. Religião.

## 1 INTRODUÇÃO

O principal elo da criminologia crítica com o Direito Penal está no feito do seu campo de estudo, posto que a ciência criminológica estuda o crime, o criminoso, a vítima e a sociedade. Busca-se analisar a atividade desviante e os meios de controle social das condutas, concentrando-se na atuação do sistema prisional.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB



Batista<sup>2</sup>, afirma que o Direito Penal não se constrói ou é construído ao acaso, vem do mundo, ou seja, é legislado para cumprir funções concretas dentro e para uma determinada sociedade, que se organizou de determinada maneira.

Indaga-se uma discussão em torno da política criminal como meio de transformação social e institucional, para que haja uma construção da igualdade, da democracia e de modos da vida comunitária e civil mais humana, sem a necessidade de ampliar de forma exacerbada as leis punitivas e o encarceramento, requer a integração de outros seguimentos como a educação, saúde, trabalho, desenvolvimento social, entre outros.

A intervenção do Direito Penal deve ocorrer apenas enquanto os outros institutos sociais não forem capazes de solucionar. Defende-se a concepção de *ultima ratio*, e a desaprovação de um sistema prisional constituído por políticas que estão a serviço da parcela social detentora de poder político-econômico, sendo uma justiça penal administradora da criminalidade, de forma seletiva, destacando a falibilidade do aparato repressor formal.

O presente artigo tem como objetivo analisar o sistema prisional brasileiro, sob o enfoque da criminologia crítica em contraponto com as consequências da utilização do Direito Penal, para resolução dos conflitos sociais, desarticulado de outros institutos.

Averiguar o sistema jurídico e prisional brasileiro no plano da capital da república, com intuito de verificar suas peculiaridades e respeito aos preceitos legais na proporcionalidade das aplicações da pena e sua execução.

Objetiva-se a construção de um novo entendimento quanto a ineficácia do Direito Penal para extinguir a criminalidade, sem a participação de outros entes sociais.

---

<sup>2</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011



Conjectura-se que a solução para o problema apresentado será a reconstrução de valores sociais a partir da educação, tendo em vista que leis mais severas não produzirá obrigatoriamente resultados satisfatórios na esfera penal, devemos fugir do senso comum em que se entende que a publicação da lei resulta em mais punição e menos criminalidade.

A pertinência deste trabalho científico, coaduna com o fato de que o tema é relacionado com a preservação dos direitos humanos, refletindo acerca da seletividade das políticas criminais, em defesa da ampliação dos estudos das causas da criminalidade, entendendo que a pena deve ser justa e proporcional.

Por essas razões, a pesquisa desenvolvida a partir deste projeto é de

Salutar importância, pois os direitos humanos amplamente conhecidos derivam de uma longa evolução da sociedade e da concepção de Estado, conquistada na reação contra abusos que a classe dominante impõe sobre a classe dominada.

Foucault<sup>3</sup> entendia que a prisão, mesmo efetivada pelo Estado, seria uma forma de controle de uma classe dominante (burguesia) com o intuito de fragilizar os meios de sobrevivência da classe dominada (proletariado), criticando tais instrumentos de controle e dominação ideológica.

Nesse contexto, afirmam Melossi e Pavarini que:

O cárcere surge assim como o modelo da “sociedade ideal”. E mais: a pena carcerária – como sistema dominante do controle social – surge cada vez mais como o parâmetro de uma mudança radical no exercício do poder. De fato, a eliminação do “outro”, a eliminação física do transgressor (que, enquanto “fora do jogo”, se torna destrutível), a política do controle através do terror se transforma – e o cárcere é o centro desta mutação – em política preventiva, em contenção, portanto, da destrutividade. Passa-se, assim, da eliminação à integração do criminoso ao tecido social. Os tempos, os modos e as formas

---

<sup>3</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 27ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2003



desta “transformação” do criminoso na imagem burguesa de como “deve ser” o “não-proprietário”, isto é, o “proletário”, são complexos e se calçam numa outra identidade: exatamente aquela entre não-proprietário e criminoso<sup>4</sup>.

Desse modo, dispondo o cárcere como referência central do controle social, entendemos que este instrumento de coerção conserva uma técnica de reafirmação de uma estrutura de ordem social burguesa, porém não é o centro da violência da estrutura penal.

Afirma Baratta, que a seleção dos encarcerados é anterior ao sistema penal burguês que o qualifica como modelo de controle social, por conseguinte:

O cárcere representa, em suma, a ponta do iceberg que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa<sup>5</sup>.

Compreende-se que a expansão do encarceramento, não possui um elo com o progresso da prática de delitos. A alteração ocorre na postura política de reação ao cometimento de crimes, que na atualidade tem sofrido interferências desarrazoadas de uma mídia deformadora de opiniões. Bauman anuncia que “as raízes de nossa vulnerabilidade são de natureza política e ética”<sup>6</sup>.

Nesse sentido, o excesso de normas não construirá uma sociedade justa, mas sim culminará no embargo da funcionalidade do aparato estatal. A responsabilidade para sanar os problemas da criminalidade no país tem sido atribuída de forma irracional ao Judiciário, especificamente no ramo do Direito Penal, por vezes, tal instituto deixa de ocupar a posição de *ultima ratio*, de forma subsidiária e

---

<sup>4</sup> MELOSSI, Dario - PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006, p.216

<sup>5</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2002, p. 167

<sup>6</sup> BAUMAN, Zygmunt. Medo líquido. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 130



fragmentária, para proteger bens jurídicos que poderiam ser abrigados pelos demais organismos sociais.

Nessa esteira, Paulo Queiroz, sintetiza o entendimento do Direito Penal Mínimo:

“Por que defendo um Direito Penal Mínimo? Porque uma das coisas que mais fiz, faço e farei (possivelmente) é arguir prescrição, em crime de homicídio inclusive; e a prescrição – expressão máxima da falência do sistema penal - é sempre uma frustração e uma injustiça; exatamente por isso, um direito penal mínimo não significa enfraquecer o sistema penal, mas fortalecê-lo; Porque, apesar de se ocupar de um sem número de ações e omissões, a efetiva intervenção do sistema penal (ações penais, condenações, prisões etc.) é estatisticamente desprezível; Porque mais leis, mais policiais, mais juízes, mais prisões significa mais presos, mas não necessariamente menos delitos (Jeffery); Porque multiplicar leis penais significa apenas multiplicar violações à lei; não significa evitar crimes, mas criar outros novos (Beccaria); Porque o direito penal intervém sempre tardiamente, nas consequências, não nas causas dos problemas; intervém sintomatologicamente, não etiologicamente; Porque problemas estruturais demandam intervenções também estruturais e não simplesmente individuais; Porque o direito penal deve ser minimamente célere, minimamente eficaz, minimamente confiável, minimamente justo; Porque, se o direito penal é a forma mais violenta de intervenção do Estado na liberdade dos cidadãos, segue-se que, como ultima ratio do controle social formal, somente deve intervir quando for absolutamente necessário; Porque a intervenção penal, por mais pronta, necessária e justa, é sempre tardia e incapaz de restaurar a autoestima ou atenuar o sofrimento das vítimas; é uma intervenção traumática, cirúrgica e negativa (García-Pablos); e prevenir é sempre melhor que remediar; Porque, por vezes, a pretexto de combater a criminalidade, o direito penal acaba estimulando a própria criminalidade, atuando de modo contraproducente, especialmente nos chamados crimes sem vítima (contravenção do jogo do bicho, exploração da prostituição de adultos, tráfico de droga etc.); Porque não existe prova alguma de que o direito penal evite novos crimes, seja em caráter geral, seja em caráter individual (ressocialização), de sorte que prevenção geral e especial têm mais a ver com crenças, mitos e fantasias do que com ciência; Porque, a pretexto de combater violência, o direito penal, que



também é violência, acaba gerando mais violência, nem sempre legítima; não raro é um só pretexto para a violação sistemática de direitos humanos; Porque o direito penal, assentado que está sobre uma estrutura social profundamente desigual, seleciona sua clientela, inevitavelmente, entre os setores mais pobres e vulneráveis da população; punir os chamados criminosos do colarinho branco, além de ser exceção a confirmar a regra, é só uma tentativa (quixotesca) de atenuar o nosso mal-estar, como se fosse possível, por meio da intervenção penal, inverter a lógica funcional do modelo capitalista de produção; Porque uma boa política social ainda é a melhor política criminal (Franz von Liszt)<sup>7</sup>.

Portanto, é imperativo encontrar uma forma de se acatar aos anseios da sociedade sem, entretanto, aumentar as funções do Direito Penal.

## 2 PRISÃO

De acordo com a legislação brasileira a prisão temporária é uma modalidade de prisão utilizada durante a fase administrativa, fase de investigação. Normalmente é decretada para garantir o bom andamento de determinadas diligências. A Lei 7.960/89, que normatiza a prisão temporária afirma que ela será cabível: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes de homicídio, seqüestro, roubo, estupro, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro, entre outros. O prazo de duração da prisão temporária, em regra, é de 5 dias. Entretanto, existem procedimentos específicos que estipulam prazos maiores para que o investigado possa permanecer preso temporariamente.

---

<sup>7</sup> RASSI, Patricia Veloso de Gusmao Santana. **Direito Penal Mínimo**. 2017. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4498&revista\\_cademo=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4498&revista_cademo=3)>. Acesso em: 22 nov. 2017.



A Prisão Preventiva atualmente é a modalidade mais discutida no âmbito jurídico. Podendo ser decretada durante o curso das investigações, quanto no decorrer da ação penal, porém os requisitos legais para sua decretação devem ser preenchidos. O artigo 312 do Código de Processo Penal estabelece tais critérios, sendo eles: a) garantia da ordem pública e da ordem econômica (impedir que o réu continue praticando crimes); b) conveniência da instrução criminal (evitar que o réu atrapalhe o andamento do processo, ameaçando testemunhas ou destruindo provas); c) assegurar a aplicação da lei penal (impossibilitar a fuga do réu, garantindo que a pena imposta pela sentença seja cumprida).

A prisão em flagrante possui particularidades pouco conhecidas pelos cidadãos, que é a possibilidade de poder ser decretada por qualquer do povo que presenciar o cometimento de um ato criminoso. As autoridades policiais têm o dever de prender quem esteja em flagrante delito.

### 3 PENAS

Rogério Greco conceitua a pena da seguinte maneira: “A pena é consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*”<sup>8</sup>. Portanto, a pena é a consequência da ação realizada pelo sujeito, em que o Estado irá realizar a punição.

A legislação penal considera como crime toda a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, isoladamente ou em conjunto com a pena de multa. Do mesmo modo, conceitua como contravenção a infração penal a qual a lei comina pena de prisão simples ou multa, seja em conjunto ou alternativamente.

O artigo 32, do Código Penal, elenca três modalidades de pena: privativa de liberdade; restritiva de direitos; multa. As penas privativas de liberdade, são a

---

<sup>8</sup> GRECO, Rogério, Curso de Direito Penal, parte geral, V.1, quinta edição, p. 542, 556 e 571. 2005





detenção e a reclusão relativas a crimes, bem como, segundo a Lei de Contravenções Penais a prisão simples pertinentes à estas.

Identificada como pena de prisão, as penas privativas de liberdade são aquelas que têm como objetivo privar o condenado do seu direito de locomoção recolhendo-o à prisão por tempo determinado.

A pena de reclusão é uma das penas mais rígidas devendo ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A pena de detenção é aquela prevista para ser cumprida inicialmente em regime semiaberto ou aberto. Não admitindo o início de seu cumprimento no regime fechado, porém é permitida a regressão a esse regime.

Quatro são as diferenças principais que podem ser extraídas entre a reclusão e a detenção, vejamos: a reclusão pode ser feita em regime fechado; no caso de aplicação cumulativa da pena de reclusão e detenção, aplica-se a reclusão primeiro; a reclusão pode ter como efeito de sua condenação a incapacidade do exercício do poder familiar, tutela ou curatela, nos crimes dolosos contra filho, tutelado ou curatelado; a reclusão pode acarretar internação no caso de imposição de medida de segurança, enquanto na detenção o Juiz pode aplicar um tratamento ambulatorial<sup>9</sup>.

As penas privativas de liberdade são adequadas aos sujeitos que cometeram efetivamente crimes mais graves, aqueles indivíduos perigosos considerados como de difícil recuperação, neste caso a ressocialização deve acontecer dentro do complexo penitenciário. Logo, punem-se com reclusão os crimes mais graves, reservando-se os de menor gravidade para a detenção.

A respeito das penas, a Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, prevê as seguintes:

Art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos e III - de multa.

---

<sup>9</sup> MASSON, Cleber. **Direito Penal- Parte Geral- Vol 1**. São Paulo: Método, 2010



Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As Penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste código.

Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.”

Pode-se dizer que este regime é a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou em estabelecimento similar. O referido regime deve ser cumprido em



estabelecimentos de segurança média, nos quais os presos podem ser colocados em alojamentos coletivos, como está previsto no artigo 91, da Lei de Execução Penal.

Na visão de Rogério Greco o cumprimento em regime semiaberto, pela Súmula nº 269, trata-se de uma admissão deste regime aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis às circunstâncias judiciais.

Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

§ 2º - O trabalho externo e admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

Rogério Greco (2010, p. 571) disserta sobre o regime aberto, esclarecendo o seguinte:

“O regime aberto é uma ponte para a completa reinserção do condenado na sociedade. O seu cumprimento é realizado em estabelecimento conhecido como Casa do Albergado. Esse regime, baseado na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado, permite que este, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhe, frequente curso ou exerça outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.”

Concluindo, entende-se que o regime aberto é a execução da pena em casa de albergado ou em outro estabelecimento de segurança mínima. Outrossim, um local que não exista obstáculos para fuga. É notório salientar que, não havendo estabelecimentos adequados à execução de pena em regime semiaberto ou aberto, o condenado pode cumprir a pena em prisão domiciliar.

Art. 36 do Código Penal. O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra



atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

2º- O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

Serão apresentadas, agora, as espécies de pena, suas variedades e características individuais.

A espécie privativa de liberdade, que está prevista no Código Penal para os crimes ou delitos, são as de reclusão ou detenção. Assim, trata-se de prisão simples.

Para Rogério Greco (2005, p.600), a pena privativa de liberdade é:

“A pena privativa de liberdade vem prevista no preceito secundário de cada tipo penal incriminador, servindo á sua individualização, que permitirá a aferição da proporcionalidade entre a sanção que é cominada em comparação com o bem jurídico por ele protegido”.

O art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal confirma o exposto acima, apontando o seguinte:

Art. 1º. Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Neste momento, optou-se por trazer algumas informações importantes do Código Penal Brasileiro a respeito das penas de reclusão e de detenção, que são nada menos do que a própria espécie de penas privativas de liberdade conforme descritas abaixo:

Art. 33, caput, do CP (2013, p. 526), que relata que a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. Já a detenção deve ser em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado

Art. 92, II, do CP (2013, p. 532), do efeito da condenação, a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou



curatela, somente ocorrerá com a prática de crime doloso, punido com reclusão, cometido contra filho, tutelado, curatelado;

Art. 97 do CP (2013, p. 533), se a pessoa que praticou o fato for imputável, o juiz determinará sua internação, se toda via o fato previsto como crime for punível com detenção, é cabível o magistrado submetê-lo a tratamento ambulatorial;

Art. 414 do CPP (2013, p. 642), fala sobre a intimação da sentença de pronúncia nos crimes dolosos contra a vida apenados com reclusão, portanto inafiançáveis, será sempre feita ao réu, pessoalmente.

Os autores Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2006, p. 251) dissertam sobre as penas privativas de liberdade com o propósito de alegar que, apesar de ter contribuído decisivamente para eliminar as penas aflitivas, os castigos corporais, as mutilações etc., não tem a pena correspondida às esperanças de cumprimento com as finalidades de recuperação de delinquente.

As penas restritivas de direito encontram-se estipuladas e autoexplicativas no art. 43, do Código Penal, do decreto Lei nº 2848/40, conforme exposto abaixo:

Art. 43 (2013, p. 527) - As penas restritivas de direitos são:

I – prestação pecuniária;

– perda de bens e valores;

– limitação de fim de semana;

IV- prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos;

VI - limitação de fim de semana.

Os seguintes artigos do Código Penal, da Lei nº Decreto Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940, discorrem também a respeito das espécies de penas acima explicadas, podendo ser observadas e comparadas a seguir:

Art. 44. (2013, p. 527) As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

- aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça



á pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

- o réu não for reincidente em crime doloso;

– a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitando o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Sobre isso, Vera Regina de Almeida Braga, se manifesta em seu livro seguinte forma: A pena de multa constitui uma modalidade de pena pecuniária, impostas pelo Estado às pessoas condenadas pela prática de infrações penais. Trata-se de uma retribuição não correspondente ao valor do dano causado, considerada como sanção de natureza patrimonial, por representar pagamento em dinheiro por determinação judicial, em virtude de sentença condenatória.

Assim, tendo em vista o exposto, entende-se que a pena de multa é o mínimo de 10 e de, no máximo, 360 dias-multa. O valor do dia-multa é fixado pelo



magistrado e não poderá ser inferior a um trigésimo do valor do maior salário mínimo mensal vigente á época do fato e nem superior a cinco vezes esse mesmo salário.

O juiz<sup>10</sup>, ao aplicar a pena de multa, deve levar em consideração a situação econômica do réu. Porém, ressalta-se que o juiz pode aumentar o valor da pena de multa até o triplo do valor antes estipulado, se o mesmo considerar que o valor é ineficaz. Ademais, o valor da multa sempre será atualizado de acordo com a correção monetária quando da execução.

#### **4 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EVITAR O ENCARCERAMENTO**

Conquistar alternativas para os problemas que atormentam e prejudicam a sociedade é um dever de todos, ou seja, não é restrito aos poderes públicos. Entretanto, os órgãos governamentais devem primordialmente adotar políticas públicas de inclusão, que favoreçam o desenvolvimento humano com dignidade, para a participação da vida em sociedade por todos os indivíduos.

Ressalta-se que o sistema carcerário brasileiro tem executado apenas a função punitiva da pena, esquecendo-se das funções ressocializadora e preventiva. Logo, os detentos são isolados em estabelecimentos penais, sem nenhuma orientação no âmbito da ressocialização ou de prevenção de novos delitos, contribuindo para a elevação dos índices de reincidência.

Como fator preponderante para a ressocialização, podemos considerar a religião, tendo em vista que a Constituição brasileira, em seu artigo 5º, inciso VII, prevê a assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva. O sistema prisional oferta a assistência, pois os presídios são enquadrados no rol de internação coletiva. No entanto, a Lei de Execução Penal, em seu artigo 11 que trata

---

<sup>10</sup> [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17164](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17164)



de todas as assistências e, reserva o artigo 24 para tratar especificamente da assistência religiosa.

A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa. Parágrafo 1º No estabelecimento haverá local apropriado para cultos religiosos. Parágrafo 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

Normalmente os detentos são originários de famílias desestruturadas, ou seja, não receberam assistência adequada durante sua criação. Portanto, a assistência religiosa deve ser disponibilizada, mas nunca obrigatória e tem se mostrado bastante eficaz, influenciando positivamente na vida de cada um dos apenados.

O trabalho religioso proporciona novas oportunidades aos apenados, sobretudo, àqueles que eram viciados em tóxicos e álcool, que podem vislumbrar novo sentido para suas vidas. Além dos benefícios que propicia aos internos, também os prepara de forma positiva para quando sair do cárcere poder conquistar seu espaço e ser reinseridos na sociedade de forma natural. Se aproveitar o período ócio da prisão e transformá-lo em uma espécie de “retiro” espiritual, moral e educacional, passando confiança e conscientizando os presos de sua importância para o bem-estar da sociedade quando estiverem inseridos nela, a assistência religiosa pode despontar como uma das políticas ressocializadoras mais significativas e eficazes.

Entendemos que o Brasil necessita reduzir o quantitativo de presos e evitar que os condenados de baixa periculosidade se associem a facções criminosas<sup>11</sup>. O ano de 2017 foi marcado pela crise no sistema carcerário, tendo em vista que em apenas 15 dias, em diferentes estados, houve mais de 130 mortos (Alagoas, Amazonas, Paraíba, Paraná, Santa Catarina, São Paulo, Rio Grande do Norte e Roraima). Casos

---

<sup>11</sup> <https://www.cartacapital.com.br/politica/seis-medidas-para-solucionar-o-caos-carcerario>





como estes refletem os danos causados pelo encarceramento em massa, sendo o Brasil o segundo país que mais efetuou prisões em 15 anos, além de possuir a quarta maior população carcerária do Mundo.

Jean-Philip Struck, da agência de notícias Deutsche Welle, sugere seis medidas indispensáveis para reverter esse cenário, sob a avaliação de diferentes especialistas: Redução do número de presos provisórios; aplicação de penas alternativas; revisão da Lei de Drogas; fomentar as opções de trabalho e estudo dentro dos presídios; reformar a estrutura física dos presídios e promover a separação de presos.

Os números de presos provisórios no Brasil são alarmantes, são aproximadamente 40% de toda população carcerária. De acordo com dados apresentados pela ONG Conectadas, muitos desses presidiários têm acesso restrito à Justiça e por vezes cometeram crimes de baixa gravidade e poderiam aguardar o julgamento em liberdade. Milhares são as situações em que ao final do julgamento a pena seria inferior ao tempo de espera pelo julgamento, em outros casos são absolvidos. Portanto, a saída de presos provisórios diminuiria a superlotação nos presídios, fator que favorece conflitos. Nos últimos anos a Justiça promove mutirões, realizando audiências de custódia para tentar minimizar tal situação, porém de forma inconstante.

Especialistas, tais como o presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB em São Paulo, Martim Sampaio, afirmam que apesar de útil, os mutirões teriam apenas um efeito paliativo, contribuindo para o fracasso do Sistema Penal, pois não seriam necessários se não ocorresse tantas distorções. Afirmam que o combate da morosidade será efetivo, apenas com a reforma do sistema de Justiça, permitindo que os presidiários tenham acesso a formas apropriadas de defesa, como a defensoria pública, visto que nem todos os estados possuem esta estrutura. De acordo com um



levantamento da ANADEP (Associação Nacional de Defensores Públicos), faltam defensores públicos em 72% das comarcas do país.

A aplicação de penas alternativas ao encarceramento contribuiria para minorar a superlotação, pois atualmente são previstas para penas de até quatro anos e esporadicamente são aplicadas para casos envolvendo tráfico de drogas. Jörg Stippel, especialista alemão em assuntos carcerários, declara que a aplicação evitaria que criminosos de baixa periculosidade mantivessem contato com facções criminosas nos presídios, na Alemanha 80% das sentenças não implicam em perda de liberdade.

O advogado Daniel Bialski afirma que, uma parte dos juízes entende que a prisão é como se fosse uma obrigação, quando na verdade deveria ser a última alternativa (*ultima ratio*). Dados fornecidos pela ONG Conectas, atestam que se as penas alternativas fossem aplicadas em substituição das penas de prisão, em até 8 (oito) anos seria possível a redução da população carcerária brasileira em até 53 %.

A Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) possui um papel de destaque pela superlotação dos presídios no país. Desde o início de sua aplicação o número de presos por tráfico de drogas cresceu 348%. Logo, a lei enrijece as penas para pequenos traficantes (que na maioria das vezes são apenas dependentes químicos que comercializam drogas) que nem sempre representam periculosidade para a sociedade. Para que essas distorções sejam resolvidas, especialistas pedem ajustes na lei. Paulo Cesar Malvezzi Filho defende a descriminalização das drogas como uma solução para frear a avalanche de prisões que provoca a superlotação do sistema, “pois assim você tira 30% das pessoas das cadeias do país”.

Políticas Públicas eficientes para acesso ao trabalho e educação nos presídios são uma forma eficaz de combate a reincidência criminal, porém faltam investimentos nessa área. A Associação de Proteção e Amparo aos Condenados, que



funciona em trinta unidades prisionais de Minas Gerais e no Espírito Santo é um dos modelos elogiados, pois proporcionam aos presos o contato constante com suas famílias e comunidade, além do favorecimento ao aprendizado de novas profissões.

A divisão dos presos provisórios dos condenados, e dentre os condenados a divisão de acordo com a periculosidade ou gravidade do crime cometido está prevista na legislação penal. No entanto, na prática a realidade é outra devido ao sucateamento dos presídios e a superlotação, tais procedimentos evitariam que réus primários convivessem com criminosos veteranos.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Observa-se o interesse ardente da judicialização da vida e a aplicação do direito penal fora do contexto de intervenção mínima ou último instrumento utilizado pelo Estado em situações de punição por condutas ilegais. A caracterização dos atores principais se repete: jovens, pobres, negros, sem a educação básica; presos com quantidades insignificantes de entorpecentes, não ligados a facções criminosas, sem armas; porém sentenciados como traficantes.

De acordo com entendimento do Defensor Público Bruno Shimizu: Os dados da Secretaria de Segurança Pública apontam que a polícia nunca matou tanto. A Polícia Militar mata mais do que os civis. Isso nos faz refletir que a recomendação da ONU para que o Brasil extinguisse a Polícia Militar é bem razoável.

A mídia influencia a população de massa a pensar de forma fantasiosa que a criminalidade será combatida e até mesmo extinta se o Estado punir o maior número de condutas com elevados anos em regime fechado; desconsiderando que é pouco provável um criminoso deixar de praticar um ato, tendo por base o tempo que poderá ter sua liberdade privada.

As prisões em sua grande maioria ocorrem motivadas pelas drogas, que é vista erroneamente como um problema criminal e não como um fator vinculado a



saúde pública. Usuários são detidos com pequenas porções de entorpecentes e são denominados e punidos como grandes traficantes. Indivíduos que são punidos sem uma justa causa, além da ausência da defesa plena, permanecendo, por vezes, presos por um longo período.

Podemos afirmar que os direitos humanos amplamente conhecidos na atualidade derivam de uma longa e contínua evolução da sociedade e da concepção de Estado, conquistada na reação contra abusos que a classe dominante impõe sobre a classe dominada.

Porém, os novos contornos elitizados estão corrompendo a harmonia entre tais conceitos e promovendo um novo tipo de Estado autoritário e opressor, que viabiliza a dominação da massa trabalhadora, a marginalização dos pobres e o fortalecimento da segregação étnico-racial com o uso de medidas punitivas extremas.

Por fim, é lamentável observar o apelo de juízes e MP pelo encarceramento e a sociedade entendendo que a solução para o sistema penal é de responsabilidade apenas do Direito Penal; acredito que a reconstrução precisa ocorrer na base, ninguém nasce criminoso, mas o meio em que vive o faz; a falta de oportunidade, o preconceito sofrido, dentre outros fatores subjetivos, contribui para a transformação do ser humano em um descumpridor das determinações postuladas pelo Estado.

Portanto, o desenvolvimento de uma política criminal minimalista, deve ser construída teoricamente e empiricamente a partir da realidade local do Brasil, incluindo a participação ativa de grupos organizados da sociedade civil.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2002, p. 167.



BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 136 p. Elaborado pelo Professor Titular de Direito Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Candido Mendes. Presidente do Instituto Carioca de Criminologia e advogado.

BAUMAN, Zygmunt. Medo líquido. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 130.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016. **Altera o art. 7º da Lei no 8.906, de 4 de Julho de 1994 (estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm)>. Acesso em: 18 out. 2019.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. São Paulo: Saraiva, 2013. p.227.

CARVALHO, Salo. O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

D'URSO, Luíz Flávio Borges - Coord. - **Advocacia e Justiça Criminal** – Editoras O.M. e Del Rey - 1º edição – 1997.

ELÓI, André Luís Vieira; TEIXEIRA, Paulo Enderson de Oliveira. **Judicialização da Política**: o aumento das estruturas judicantes nas democracias contemporâneas e no Brasil. 2014. Artigo elaborado por professores da Pontífca Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), Campus Serro, sendo ambos Mestres em Teoria do Direito no Programa de Pós Graduação em Direito da PUC Minas. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/8549>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Trad. Lúcia M. Ponde Vassalo. Petrópoli: Vozes, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Niterói: Impetus, 2010.



GRINOVER, Ada Pellegrine. Teoria Geral do Processo. 14ª ed. São Paulo : Malheiros, 1998.

LOPES, Aury Jr. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.

MASSON, Cleber. **Direito Penal- Parte Geral- Vol 1.** São Paulo: Método, 2010.

NALINI, José Renato. Muito direito, pouca justiça. 2014. José Renato Nalini é um jurista, professor, escritor, magistrado e político brasileiro. Foi desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde exerceu a presidência, é o atual Secretário de Educação de São Paulo. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,muito-direito-pouca-justica-imp-,1553961>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Um Estado para a sociedade civil: temas éticos e políticos da gestão democrática. 3°.ed. São Paulo: Cortez, 2011.

ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano. **Escola da Prisão: Espaço de Construção da Identidade do Hoem Aprisionado?** 2017. Disponível em: <<http://www.anped.org.br/sites/default/files/gt06-1943.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2020.

RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica.** 3ª ed. rev. amp. e atual. de acordo com as reformas processuais penais e a Lei 11.900/09: Videoconferência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RASSI, Patricia Veloso de Gusmao Santana. **Direito Penal Mínimo.** 2017. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4498&revista\\_cader n\\_o=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4498&revista_cader n_o=3)>. Acesso em: 22 nov. 2019.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial.** São Paulo Ed. Revista dos Tribunais. 2004.

SANTOS, Wanderley Elenilton Gonçalves. **Lei 13.245/16 e a importância do advogado no inquérito policial.** 2016. Disponível em: <<https://www.megajuridico.com/inovacoes-trazidas-pela-lei-13245-16-e-a-importancia-do-advogado-no-inquerito-policial/>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R. **Curso de Direito Processual Penal.** 11 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.



TOURINHO Filho, Fernando da Costa, 1928 – Processo penal, volume 1 / Fernando da Costa Tourinho Filho.– 28. ed. ver. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.



# A FUNÇÃO DOS PONTOS DE CONTATO NACIONAIS DA OCDE NA RESOLUÇÃO DOS CASOS ANÁLOGOS À ESCRAVIDÃO MODERNA PRATICADA PELAS EMPRESAS MULTINACIONAIS

Maria Teresa Goulart Portella

## RESUMO

O presente artigo analisa casos relacionados à escravidão moderna que violam as diretrizes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Retrata as fases processuais e materiais dos Pontos de Contato Nacionais (PCNs), bem assim sua importância como um organismo quase jurisdicional no combate as relações de trabalho equiparadas à escravidão. É objeto de estudo também a verificação de casos práticos que têm como semelhanças certas inobservâncias nas diretrizes da OCDE. Analisa, ainda, o acesso à informação pelos PCNs relativo às denúncias, obtido com uma certa transparência limitada devido às constantes mudanças neste sistema.

**Palavras Chave:** Trabalho análogo à escravidão moderna. Estudo de casos práticos. Caso do café nas fazendas de Minas Gerais. OCDE. Pontos de Contato Nacionais. Empresas Multinacionais.

## INTRODUÇÃO

A escravidão sempre foi um problema existente desde o início da história humana, caracterizando-se por ser uma condição imposta e não natural. Pelo fato de abranger diferentes culturas, nacionalidades e até religiões, a escravidão na antiguidade era exercida em meio a guerras, conquistas, rebeliões servis.





Sendo assim, “uma sociedade é genuinamente escravista quando a escravidão se torna uma instituição essencial para a sua economia e seu modo de vida, no sentido de que os rendimentos que mantém a elite dominante provêm substancialmente do trabalho escravo”<sup>1</sup>

Atualmente, esta ideia continua parecida, contudo, a denominação de escravidão mudou, caracterizando-se agora pela escravidão moderna. Trata-se de um instrumento utilizado por empreendimentos para potencializar seus processos de produção e expansão:

Todo ano, milhares de pessoas são traficadas e submetidas a condições desumanas de serviço e impedidas de romper a relação com o empregador. Não raro, são impedidas de se desligar do trabalho até concluírem tarefa para a qual foram aliciadas, sob ameaças que vão de torturas psicológicas a espancamentos e assassinatos. No Brasil, essa forma de exploração é chamada de trabalho escravo contemporâneo<sup>2</sup>.

Um dos casos práticos estudados no presente artigo - que ainda se encontra em análise e será melhor abordado posteriormente – retrata exatamente este cenário. Consiste na exploração de trabalhadores que sobreviviam em condições análogas à escravidão nas fazendas de café no Sul de Minas Gerais<sup>3</sup>.

É um dos casos mais recentes iniciado em 21 de agosto de 2018, e complexos do Brasil, por envolver seis grandes empresas multinacionais - Nestlé, Jacobs Douwe Egberts, McDonald's, Dunkin Donuts, Starbucks e Illy. Ele ainda se encontra em análise pelo Ponto de Contato Nacional da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico no Brasil.

---

<sup>1</sup> JOLY, Fábio Duarte. **A escravidão na Roma antiga**: política, economia e cultura. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2005. p. 114

<sup>2</sup> SAKAMOTO, Leonardo. **Escravidão Contemporânea**. São Paulo: Contexto, 2020. p. 07

<sup>3</sup> CONECTAS, Human Rights; ADERE, MG. **PCN Brasil** (caso pendente iniciado em 21/08/2018). Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 16 jun. 2019



A denúncia fora apresentada pelo sindicato ADERE MG e pela ONG Conectas Direitos Humanos e circundou em queixas como violações à dignidade humana; o não pagamento de um salário mínimo adequado; a exploração no trabalho e em sua jornada; bem como a instalação de locais insalubres para moradia e a retenção da carteira de trabalho dos empregados<sup>4</sup>.

Outro exemplo de escravidão moderna – a ser explanada subsequente - é a denúncia realizada pela ONG India Committe of the Netherlands (ICN), em junho de 2000, em desfavor da multinacional Adidas Beneluz Bv, localizada na Índia<sup>5</sup>. Fora alegado violações com relação a utilização de mão-de-obra infantil na indústria do futebol. O caso ficou conhecido como: “lado sombrio do futebol – trabalho infantil e adulto na indústria do futebol da Índia e o papel da FIFA”<sup>6</sup>.

Em brevíssima análise, a cultura escravista de outrora era realizada através do trabalho compulsório para a produção de subsistência da comunidade – no período nômade da história grega – posteriormente, no século v a.C com o luxo e o aumento do nível de vida surgiu a forma clássica da escravidão<sup>7</sup>, e assim desenvolveu-se os vários tipos de escravidão, até chegar a escravidão moderna, que está presente na sociedade contemporânea.

Esta exploração, agora não mais acontece em regiões de fronteira agropecuária, como também se expandiu para os grandes centros urbanos, “a super exploração do trabalho, da qual o trabalho escravo contemporâneo é a forma mais

---

<sup>4</sup> CONECTAS, Human Rights; ADERE, MG. **PCN Brasil** (caso pendente iniciado em 21/08/2018). Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 16 jun. 2019.

<sup>5</sup> PCN, Holanda. **ICN vs. Adidas Netherlands**. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_8](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_8). Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>6</sup> Idem

<sup>7</sup> JOLY, Fábio Duarte. **A escravidão na Roma antiga**: política, economia e cultura. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2005. p. 175



cruel, é deliberadamente utilizada em determinadas regiões e circunstâncias como ferramenta.”<sup>8</sup>

Em face da escravidão vivenciada também ser em âmbito internacional, a busca por melhores condições de sobrevivência, de dignidade, de trabalho, foram surgindo, como o aditamento dos Direitos Humanos. Conforme bem destaca o ministro do TST, Cláudio Brandão:

Com o desenvolvimento dos Direitos Humanos, teve a necessidade de criar tratados internacionais, para que esses direitos sejam iguais e preservados em qualquer lugar do mundo. A população e os seus governantes sentiram a necessidade de um relacionamento mais estável e exigível entre ambos, contudo, pode-se falar que a criação desses tratados foi recente, uma vez que eles foram criados em meados da pós-Segunda Guerra Mundial. Com o sistema das Nações Unidas, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, feita no ano de 1948, ajudou para a criação dos tratados internacionais.<sup>9</sup>

Consoante luta e busca para facilitar as relações entre empregados e empregadores, aumentar a fiscalização e melhorias na condição do trabalho, principalmente no âmbito internacional, assim como para solucionar denúncias de explorações que são feitas, como também na saúde, no meio ambiente, na economia, dentre outros - foram criados alguns organismos jurídicos.

No Brasil, é o caso da Política Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo (PNETE). Tem como objetivo amenizar e acabar com a escravidão, como é o exemplo da Convenção sobre a Escravidão que o Brasil fez parte, em 1926, adotada pela Sociedade das Nações Unidas, “na qual se proibiu a prática a escravidão, assim como o tráfico de escravos”<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> SAKAMOTO, Leonardo. **Escravidão Contemporânea**. São Paulo: Contexto, 2020. p. 08

<sup>9</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Direitos Humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas S.A. 2014. p. 132

<sup>10</sup> BRASIL. Senado Federal. **Planos brasileiros de erradicação**. História dos planos brasileiros de erradicação do trabalho escravo. Disponível em:



Há também o Ministério Público do Trabalho (MPT), sendo um órgão criado para cuidar das questões trabalhistas, estando à frente dos empregados e lutando por interesses coletivos, para que eles sejam respeitados pelas empresas<sup>11</sup>.

Em caráter internacional, houve a criação, em 24 de outubro de 1945, de um organismo advindo de conferências de paz, realizadas no final da segunda guerra mundial, caracterizando-se como a Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>12</sup>.

Mesmo tendo como objetivo a organização para com os povos e governos, ela acolheu a situação vivenciada de escravidão e instituiu, sob o âmbito da Convenção nº 29, uma de suas primeiras normas internacionais, editada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) - uma de suas agências especializadas. Em destaque, o “âmbito da Convenção nº 29, os países membros assumiram o compromisso de ‘abolir a utilização do trabalho forçado ou obrigatório, em todas as suas formas, no mais breve espaço de tempo possível’”<sup>13</sup>.

Há de se abordar também sobre a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que tem como um de seus objetivos garantir a paz universal permanente, “em 1946, a OIT se transformou num organismo especializado da ONU, mantém uma estrutura diferente das organizações internacionais intergovernamentais, posto que admite a presença da classe trabalhadora através das suas instituições representativas, como sindicatos”<sup>14</sup>.

---

<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/trabalho-escravo/combate-ao-trabalho-escravo/planos-brasileiros-de-erradicacao.aspx>. Acesso em: 04 mar. 2020

<sup>11</sup> BRASIL. **Ministério Público do Trabalho**. Disponível em: <https://mpt.mp.br/>. Acesso em: 04 jun. 2020

<sup>12</sup> ONUBR. Nações Unidas Brasil. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>. Acesso em: 04 jun. 2020

<sup>13</sup> Idem

<sup>14</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Direitos Humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas S.A. 2014. p.132



No que tange as relações trabalhistas, em analogia, a OIT se encontra em âmbito internacional, relacionando-se com os Estados, e em âmbito local, essas relações são mais desenvolvidas pelas empresas multinacionais.

Por estarem situadas em diversos locais exercendo atividades diferentes, essas empresas acabam por terceirizar suas tarefas e estabelecem filiais em outras localidades, que na maioria das vezes, têm como objetivo a obtenção de uma maior lucratividade, a isenção de impostos, a baixa mão-de-obra, o amplo mercado consumidor, dentre outros

Nessa linha, “as empresas transacionais, também conhecidas como empresas multinacionais, ou até campanhas multinacionais, são marcadas pela finalidade lucrativa, o que as diferencia, inclusive, das organizações não governamentais”<sup>15</sup>.

Mesmo com sua relevância, as multinacionais são também alvo de acusações por praticarem e facilitarem o abuso perante os seus trabalhadores que se encontram, na maioria das vezes, em situações análogas a de escravos, principalmente nos países com um menor recurso<sup>16</sup>.

A título de exemplo mencionado anteriormente, o caso que envolvia seis multinacionais em trabalhos análogos à escravidão moderna, vivenciados pelos trabalhadores nas fazendas de café no Sul de Minas Gerais.

Em face a tantas denúncias e abusos nas relações trabalhistas, houve uma certa dificuldade no controle das empresas multinacionais na verificação, com relação a origem dessas violações, advindas por meio de uma empresa sede ou filial. Sendo assim, proceder-se à fiscalização e respectiva responsabilização das empresas multinacionais pela prática de trabalho forçado, não se afigura como tarefa de simples envergadura em razão da atuação extraterritorial.

---

<sup>15</sup> SALIBA, Graciane Rafisa. **Convenções da OIT e empresas transacionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 77

<sup>16</sup> BUSINESS, Human. **Rights Resource Centre**. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/pt/principais-temas>. Acesso em: 26 maio 2020



Portanto, a empresa matriz poderá deduzir em sua defesa que os atos omissivos da empresa filial ou eventualmente coligada, até mesmo por consórcio, bem como aquelas terceirizadas, não ensejam o vínculo de sua responsabilidade, em razão de se posicionarem em território estrangeiro, alheias a sua esfera de influência e respectiva diligência.

Em outras palavras, pelas razões mencionadas, tal empresa matriz encontra significativas limitações para exercer o controle total, permanente e sistêmico sobre todas as ramificações de sua malha empresarial. Assim, exsurtem mecanismos pelos quais é possível, ainda que sem a responsabilização, desenvolver a fiscalização da prática de trabalho análogo à escravidão pelas empresas multinacionais, como é o caso do organismo dos Pontos de Contato Nacionais (PCNs) da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Mesmo que o foco central dos PCNs não seja a escravidão moderna, como será demonstrado sucessivamente, eles possuem de tal competência para adentrar neste âmbito, utilizando como base as diretrizes instituídas pela OCDE.

A OCDE é uma organização internacional e intergovernamental, na qual apresenta sede em Paris, na França. Atualmente, é composta por 35 países mais desenvolvidos e industrializados da economia de mercado, no qual têm por objetivo analisarem os problemas que são comuns e solucioná-los, além de coordenar políticas domésticas e internacionais<sup>17</sup>.

Permeia também assuntos relacionados aos sistemas financeiro, comercial, social e ambiental. Ela busca “coordenar definições, medidas e conceitos, o que contribuiria para a comparação entre países que enfrentam problemas similares”<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **O Brasil e a OCDE.** Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde>. Acesso em: 18 fev. 2020

<sup>18</sup> Idem



Os países que fazem parte da OCDE, assim como os que ainda estão sob análise para egresso, devem aderir as suas diretrizes para empresas multinacionais<sup>19</sup> - que estão divididas em duas partes e dispostas em seu manual. São direcionamentos que retratam desde princípios, como políticas gerais, direitos humanos, sociedade e tecnologia, relações industriais, como também sobre o Comitê de Investimentos e os Pontos de Contato Nacional (PCNs)<sup>20</sup>.

Os PCNs são um mecanismo composto por escritórios governamentais distribuídos pelos países, gerando uma representação institucional, e têm como objetivo analisarem se as empresas estão cumprindo com as diretrizes, tal como, ao receberem denúncias de violação das empresas multinacionais, solucionarem seus problemas com base nas diretrizes internacionais que foram importadas<sup>21</sup>.

Uma de suas funções é a verificação das inobservâncias das diretrizes da OCDE sobre denúncias que foram realizadas, quando são alertados por ONGs, queixas anônimas ou de terceiros com relação a determinadas violações, buscando a resolução dos casos informados. Constituindo assim, como um dos mecanismos de reclamação não judicial, no qual, qualquer pessoa ou entidade pode acionar o serviço, sendo que:

O pré-requisito é que o caso envolva empresas multinacionais e diga respeito a um dos temas abordados pelas Diretrizes: políticas gerais; transparência; direitos humanos; emprego e relações laborais; meio ambiente; combate à corrupção, à solicitação de suborno e à extorsão; interesses do consumidor; ciência e tecnologia; concorrência e tributação<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> OCDE. **Guidelines for Multinational Enterprises**. Paris: OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020.

<sup>20</sup> Idem

<sup>21</sup> BRASIL. Ministério da Economia. **Ponto de Contato Nacional**. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional>. Acesso em: 11 maio 2020

<sup>22</sup> BRASIL. Ministério da Economia. **Ambiente em Migração**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional>. Acesso em: 06 mar. 2020



O PCN tornou-se importante por ser constituído como um dos instrumentos jurídicos utilizados para o combate da escravidão nas empresas multinacionais, uma vez que além de coordenar a atuação nacional em temas que são relacionados à cooperação jurídica internacional, também devem intermediar o processo de cooperação.

Sendo relevantes para reverterem as infrações cometidas pelas empresas multinacionais junto as diretrizes da OCDE, mediando a situação e propondo soluções para o cerceamento de práticas trabalhistas abusivas.

Cabe sublinhar que mesmo o PCN podendo aplicar algumas normas para cumprimento de inobservâncias causadas pelas multinacionais, ele não pode exercer poderes coercitivos para com as empresas que não obedecem com o que fora proposto ao longo do processo, assim como há a sua subordinação a algum outro organismo no país em que estiver instalado, no caso do Brasil é ao Ministério da Economia – sendo assim, caracteriza-se como um organismo quase jurisdicional.

Nesse sentido, esse estudo é norteado por uma problemática: a atuação dos Pontos de Contato Nacionais como um organismo quase jurisdicional é eficiente no combate à escravidão moderna?

A pesquisa demonstrou que os PCNs são organismos quase jurisdicionais mobilizáveis para solucionarem os casos equiparados à escravidão moderna sobre inobservâncias às diretrizes da OCDE (primeiro capítulo), a sua atuação revela que se trata de um mecanismo ainda em construção (segundo capítulo). O presente trabalho pretende discutir os potenciais e os limites dos PCNs nesse quesito.

## **1 O PONTO DE CONTATO NACIONAL (PCN) COMO MECANISMO QUASE JURISDICIONAL MOBILIZADO PARA SOLUCIONAR OS CASOS DE ESCRAVIDÃO MODERNA**





## 1.1 O mecanismo processual perante os PCNs nos casos de combate à escravidão moderna

### 1.1.1 A verificação processual das denúncias recebidas pelos PCNs antes de aceitarem os casos

Todos os países que fazem parte da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) ou os países que estão sob a análise para o ingresso, ambos têm que aderirem às Diretrizes da OCDE, sendo obrigados a estabelecerem um Ponto de Contato Nacional (PCN).

Os PCNs dão suporte para as empresas e partes interessadas para tomarem medidas apropriadas com as Diretrizes da OCDE, sendo assim “eles fornecem uma plataforma de mediação e conciliação para resolver problemas práticos que podem surgir com a implementação das Diretrizes.”<sup>23</sup> Para todas as denúncias expostas há de se fazer uma análise processual, momento em que o PCN pode aceitar ou declinar do caso.

Primeiramente, o PCN recebe a denúncia feita, seja por meio de uma ONG (é o mais comum); por uma pessoa física; por uma pessoa jurídica ou por qualquer meio de comunicação. Posteriormente, é feita a análise para averiguar se o PCN que fora comunicado tem competência para aceitar o caso - sendo que algumas vezes se chega à conclusão de que ele não tem legitimidade para aceitar a ação, podendo assim declinar<sup>24</sup>.

Uma vez que existam todas as reclamações apresentadas pelos PCNs ou toda a fiscalização feita pelas empresas, há de se levar em consideração se as diretrizes

---

<sup>23</sup> OECD. **National Contact Points for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises**. 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/corporate/mne/ncps.htm>. Acesso em: 06 mar. 2020

<sup>24</sup> BRASIL. Ponto de Contato Nacional do Brasil. **Manual de Procedimentos para Instâncias Específicas**. 2019. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/produtos/formularios/pcn-manual-de-procedimentos-para-instancias-especificas.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2020



internacionais estão sendo cumpridas, “o acompanhamento e implementação das Diretrizes são realizados pelo Comitê de Investimentos da OCDE e pelos Pontos de Contato Nacional (PCNs)”<sup>25</sup>.

Nessa linha, tem-se como exemplo o caso equiparado à escravidão moderna - que atualmente se encontra rejeitado - de uma denúncia realizada pela *Clean Close Campaign* (CCC) em desfavor da empresa multinacional Nike, em virtude de violações como humilhações, prisões arbitrárias e ameaças de saúde e morte, que foram cometidas na cadeia de suprimentos da Indonésia<sup>26</sup>. Estas reclamações foram direcionadas às representações da Nike na Áustria e na sede dos Estados Unidos.

Em setembro de 2002 o caso foi apresentado e aceito pelo PCN austríaco, contudo, em novembro do mesmo ano o PCN alega que não mais irá aceitar o caso pois não existia vínculo com a Áustria. Em virtude da multinacional também ter sede nos EUA, a denúncia foi repassada para o PCN deste país, todavia, também o rejeitou.

De acordo com o PCN dos EUA foi afirmado que:

A conduta da Nike está sendo efetivamente tratada por outros meios apropriados e que a empresa demonstrou seu compromisso com um processo contínuo e colaborativo para melhorar as condições de trabalho, por exemplo, por meio de sua participação na Fair Labor Association<sup>27</sup>.

Estas inobservâncias ferem algumas diretrizes da OCDE, a exemplo do tópico IV que aborda sobre os direitos humanos, em seu primeiro item está claro que “respeitar os direitos humanos significa que deve evitar de violar os direitos

---

<sup>25</sup> FGV. São Paulo of School of Economic. **A OCD como fórum de governança das empresas multinacionais**. 2019. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24817/TD%20488%20-%20CCGI\\_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24817/TD%20488%20-%20CCGI_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 12 jun. 2019

<sup>26</sup> OECD. **CCC vs. Nike, PCNs da Áustria e dos Estados Unidos**. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_26](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_26). Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>27</sup> Idem



humanos de terceiros e deve abordar impactos adversos aos direitos humanos com os quais eles estão envolvidos”<sup>28</sup>

Assim como, também reporta-se a violação da diretriz que está presente em seu capítulo V, número 4, letra “c”, no qual, diz respeito sobre “tomar as medidas adequadas para garantir a saúde e a segurança ocupacional em suas operações.”<sup>29</sup>

No caso tomado em relevo, ambos os PCNs, da Áustria e Estados Unidos, rejeitaram as denúncias de inobservâncias às diretrizes da OCDE. O PCN austríaco em sua análise exordial aceitou o caso, ou seja, chegou-se à conclusão que estavam presentes todos os requisitos de admissibilidade.

Em analogia com as regras do PCN Brasil, como consta em seu manual de procedimentos, no item 4.2 “o Alegante poderá ser qualquer pessoa física ou jurídica

– como organizações empresariais, trabalhistas, sindicais, ou não governamentais. Posto que em qualquer caso, o Alegante deve demonstrar a conexão ou pertinência com o fato objeto da reclamação”<sup>30</sup>.

Em seu tópico 4.8:

A apresentação da Instância Específica deve demonstrar a relação entre a questão levantada, as ações ou responsabilidades da(s) empresa(s) e as Diretrizes da OCDE relacionadas, assim como o envolvimento direto do Alegado com a violação específica das Diretrizes, que digam respeito a direitos disponíveis<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> OCDE. **Guidelines for Multinational Enterprises**. Paris: OCDE Publishing. 2011. “IV. Human Rights 1. Respect human rights, which means they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved.” Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>29</sup> Idem

<sup>30</sup> BRASIL. Ponto de Contato Nacional do Brasil. **Manual de Procedimentos para Instâncias Específicas**. 2019. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/produtos/formularios/pcn-manual-de-procedimentos-para-instancias-especificas.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2020

<sup>31</sup> Idem



Dentre outros exemplos que constituem os requisitos de admissibilidade. Contudo, em uma pesquisa mais profunda fora rejeitado o caso, pelo motivo de que a própria empresa multinacional Nike estava compromissada em melhorar as condições trabalhistas e não precisaria mais de uma intervenção do respectivo PCN<sup>32</sup>. Esta ação foi repassada ao PCN dos Estados Unidos, no qual obteve o mesmo entendimento do PCN austríaco e optou por recusá-la.

No que tange as formas praticadas pelos PCNs, para solucionarem os casos análogos à escravidão moderna, a apenas apreciação da empresa Nike na participação com a *Fair Labor Association*<sup>33</sup> ser a base de rejeição de ambos os PCNs - por motivos de que a empresa está comprometida com reais mudanças para o cerceamento de atitudes realizadas que configuram o trabalho equiparado à escravidão<sup>34</sup> – possa ser um pouco precipitada.

Uma vez que são o tempo e as soluções concretas da multinacional os alinhadores para uma melhor aferição de responsabilidade e comprometimento com as alegações de inobservâncias apresentadas, e, não apenas uma participação na *Fair Labor Association* sem maiores fiscalizações.

De acordo com as regras do PCN Brasil, em seu manual de procedimentos, o item 5.1 aborda que “cumpridos os requisitos da admissibilidade, conforme item 4.12, o objetivo da avaliação inicial é verificar se as questões levantadas na alegação atendem ao disposto no item 5.7 e determinar se a mesma deve ser aceita, rejeitada ou transferida para outro PCN”<sup>35</sup>.

Nesse diapasão, o requisito citado acima constitui-se como uma das fases processuais antes da aceitação das denúncias levadas aos PCNs. Conforme disposto

---

<sup>32</sup> Idem

<sup>33</sup> Idem

<sup>34</sup> OECD. **CCC vs. Nike, PCNs da Áustria e dos Estados Unidos**. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_26](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_26). Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>35</sup> OECD. **CCC vs. Nike, PCNs da Áustria e dos Estados Unidos**. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_26](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_26). Acesso em: 21 jan. 2020



no mesmo manual, em seu item 5.15 “a não aceitação da Instância Específica não impede que nova alegação seja apresentada pelo mesmo Alegante em relação à mesma empresa multinacional, com novos dados ou conteúdo diverso da petição anteriormente formulada”<sup>36</sup>.

A exemplo da denúncia realizada que também foi pela *Clean Close Campaign* (CCC) só que em desfavor da empresa multinacional Adidas<sup>37</sup>. Como as alegações feitas sobre as relações de trabalho são as mesmas – “foram submetidos a intimidações que variam de humilhação, prisões arbitrárias e ameaças à sua saúde e segurança”<sup>38</sup> - a empresa Adidas também cometeu as mesmas violações às diretrizes da OCDE que a empresa Nike.

Todavia, ao contrário do primeiro caso em tela, este encontra-se concluído desde o dia 15 de fevereiro de 2015 – como será melhor detalhado posteriormente ao longo do presente artigo. A “CCC emitiu uma declaração em que a empresa Adidas irá incluir propostas de ação futura para com os seus trabalhadores”<sup>39</sup>.

Diante do exposto, o PCN correspondente com determinada denúncia de infrações às diretrizes da OCDE, deve realizar duas etapas processuais antes da real aceitação dos casos - que são as etapas de admissibilidade e avaliação inicial, nas quais estão presentes requisitos a serem analisados. Após feita toda essa aferição e o PCN concordar em aceitar a ação, ele deve obedecer a outros requisitos, que serão expostos em seguinte.

## *1.1.2 As etapas para a investigação dos PCNs perante os casos aceitos de escravidão moderna*

---

<sup>36</sup> Idem

<sup>37</sup> OECD. CCC vs. Adidas, PCNs da Áustria e Alemanha. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_27](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_27). Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>38</sup> Idem

<sup>39</sup> Idem



Em sede preliminar de análise, tomou-se por referência a fase processual dos PCNs antes de aceitarem os casos de violação às diretrizes das empresas multinacionais. Sucessivamente, há de se abordar também sobre a outra parte da verificação, que consiste no trâmite da fase processual em que as denúncias trazidas já foram aceitas pelos PCNs.

Nesse sentido, após o acolhimento dos PCNs com os casos trazidos à tona, é feita uma análise das diretrizes atuais da OCDE, em seu capítulo I, para uma melhor verificação se as informações trazidas sobre a inobservância das atitudes das empresas para com os seus trabalhadores realmente se encaixam nas supostas violações às diretrizes.

Posteriormente, após feita a análise processual das etapas de admissibilidade e avaliação inicial para aceitação, é realizada outra arguição processual, que constitui no oferecimento de bons ofícios, com o objetivo de permitir que a empresa reconsidere situações e comportamentos que estão destoando e infringindo com os direitos humanos e a dignidade dos trabalhadores. É estipulado um prazo para essa conduta e ele pode ser estendido caso a empresa não se manifeste.

A exemplo do caso que ocorreu na mina polimetálica no vale do Gyama da Região autônoma da China no Tibete, no qual o Reclamante foi o Comitê do Tibete do Canadá que apresentou denúncias de inobservâncias as diretrizes da OCDE em desfavor da multinacional China Gold International Resources Corp. Ltd.<sup>40</sup>

No caso tomado em relevo, a denúncia circundou a violação aos direitos humanos nas relações de trabalho que a empresa chinesa cometera, assim como consta no documento utilizado para análise e considerações para instância específica:

---

<sup>40</sup> SUMMARY, Executive. **Final Statement on the Request for Review regarding the Operations of China Gold International Resources Corp. Ltd., at the Copper Polymetallic Mine at the Gyama Valley, Tibet Autonomous Region.** 2019. Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/statement-gyama-valley.aspx?lang=eng#fs3>. Acesso em: 16 jun. 2019



Com relação aos direitos humanos, a Solicitação de Revisão alegou que a Empresa: 1) envolveu-se em práticas discriminatórias de contratação; 2) despejos forçados e reassentamento de terras; 3) violou a liberdade de questões religiosas através da negação de acesso a sites religiosos; 4) violou a liberdade de expressão e a divulgação de informações relacionadas ao projeto; e 5) contribuindo para fatores ambientais negativos, violou os direitos das comunidades locais à água e à saúde<sup>41</sup>.

A questão jurídica levada ao PCN canadense diz respeito às violações correspondentes às políticas gerais, a divulgação, aos direitos humanos, aos empregos, bem como as relações industriais e o meio ambiente. Os empregados trabalhavam em condições insalubres, com restrição até a água potável, o que refletia em problemas com a sua saúde.

Essas infrações, de acordo com o anexo II do caso em tela, encontram-se no capítulo II das diretrizes na parte que aborda sobre Políticas Gerais, nos tópicos A1, A2 “as empresas devem: Respeitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos das pessoas afetadas por suas atividades”<sup>42</sup>, A11, A14 e B1<sup>43</sup>; bem como em seu capítulo III que aborda sobre Divulgação, nos itens 1, 2F “as políticas de divulgação de empresas devem incluir, mas não se limitar a ... fatores de risco previsíveis”<sup>44</sup>, 2G, 3B e 3C<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> SUMMARY, Executive. **Final Statement on the Request for Review regarding the Operations of China Gold International Recourses Corp. Ltd., at the Copper Polymetallic Mine at the Gyama Valley, Tibet Autonomous Region.** 2019. Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/statement-gyama-valley.aspx?lang=eng#fs3>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>42</sup> Idem.

<sup>43</sup> OCDE. **Guidelines for Multinational Enterprises.** Paris: OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>44</sup> SUMMARY, Executive. **Final Statement on the Request for Review regarding the Operations of China Gold International Recourses Corp. Ltd., at the Copper Polymetallic Mine at the Gyama Valley, Tibet Autonomous Region.** 2019. Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/statement-gyama-valley.aspx?lang=eng#fs3>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>45</sup> Idem



No capítulo IV sobre Direitos Humanos nos tópicos 1, 2, 3, 5 e 6<sup>46</sup>; no capítulo V sobre Emprego e Relações Industriais nos itens 1E e 5<sup>47</sup>; por fim, no capítulo VI sobre Meio Ambiente nas partes do parágrafo do preâmbulo, 1A, 2A e 4<sup>48</sup> - também encontradas no anexo II do presente caso.

Em sua declaração final sobre o caso, o PCN emitiu uma avaliação inicial às partes oferecendo seus bons ofícios, contudo a empresa não respondeu até o prazo solicitado. Logo, “o PCN estendeu o prazo para aceitar seus bons ofícios para permitir que a empresa reconsiderasse”.<sup>49</sup>

Em analogia com as regras do PCN Brasil, isso pode ocorrer, quando o próprio PCN ou alguma das partes entendem que é mais favorável interromper, estender o prazo de mediação, como está disposto no item 6.10 do Manual de Procedimentos adotado pelo PCN brasileiro, “o trabalho de mediação poderá ser interrompido a qualquer momento, a pedido de qualquer uma das Partes e/ou do PCN Brasil”<sup>50</sup>.

Por outro giro, independente da empresa manifestar-se ou não, outra fase processual - que consiste quando as ações já foram aceitas - é a etapa da declaração final. O PCN tem que emitir uma declaração final sobre o caso, o concluindo ou o arquivando, além de impor recomendações que promovam diálogos e ações para implementar as diretrizes da OCDE e acabar com as violações cometidas.

No que tange ainda sobre o Manual de Procedimentos, esta parte encontra-se no item 7.1 “ao encerrar uma Instância Específica, o PCN Brasil emite a Declaração

---

<sup>46</sup> SUMMARY, Executive. **Final Statement on the Request for Review regarding the Operations of China Gold International Recourses Corp. Ltd., at the Copper Polymetallic Mine at the Gyama Valley, Tibet Autonomous Region.** 2019. Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/statement-gyama-valley.aspx?lang=eng#fs3>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>47</sup> Idem

<sup>48</sup> Idem

<sup>49</sup> Idem

<sup>50</sup> BRASIL. Ponto de Contato Nacional do Brasil. **Manual de Procedimentos para Instâncias Específicas.** 2019. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/produtos/formularios/pcn-manual-de-procedimentos-para-instancias-especificas.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2020





Final previamente aprovada pelo GTI-PCN levando em conta a necessidade de proteger informações sensíveis ou consideradas confidenciais, se assim informadas pelas Partes”<sup>51</sup>.

Dessa forma, no item 7.5 deste manual, encontram-se três exemplos, que mesmo ocorrendo, têm que ser emitida a declaração final, como:

Quando o caso tenha sido rejeitado, a Declaração Final também incluirá informação de como a Instância Específica foi avaliada, sem juízo de valor e apreciação de mérito, conforme o item 5.17. b) Quando o caso for aceito, mas na oferta dos bons ofícios não houver acordo ou uma parte não estiver disposta a participar dos procedimentos, a Declaração Final descreverá as questões levantadas, os procedimentos do PCN na assistência às partes, as posições das partes, quando manifestadas e, se for o caso, as razões pelas quais não foi possível chegar a um acordo. c) Quando as partes chegarem a um acordo, a Declaração Final descreverá os procedimentos adotados na assistência às partes, quando foi alcançado o acordo e, conforme a Seção 8, informações sobre o acompanhamento dos compromissos acordados entre as Partes e/ou das recomendações do PCN. O conteúdo do acordo será incluído apenas na medida em que ambas as partes concordem com sua divulgação pública<sup>52</sup>.

Nesse espeque, outra hipótese processual que pode ocorrer com o PCN após aceitar o caso é adiar a oferta de mediação – que necessariamente tem que ser feita nessa fase – após aceitar a denúncia, caso tenha outro resultado para sair de outro processo de mediação anteriormente realizado.

A exemplo da denúncia feita pelos Reclamantes, ONGs (União Internacional dos Trabalhadores Alimentares e Comerciais, CLC; Aliança dos Los Angeles para uma nova economia e Projeto de Organização, Desenvolvimento, Educação e

---

<sup>51</sup> BRASIL. Ponto de Contato Nacional do Brasil. **Manual de Procedimentos para Instâncias Específicas**. 2019. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/produtos/formularios/pcn-manual-de-procedimentos-para-instancias-especificas.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2020

<sup>52</sup> Idem



Pesquisa) e o Sindicato Frente Auténtico del Trabajo, em desfavor da multinacional Chedraui localizada na fronteira México com os Estados Unidos<sup>53</sup>.

No caso em tela, a denúncia foi exposta pelas ONGs e por um sindicato para o PCN americano sobre violação por parte da empresa mexicana Chedraui. Foi alegado que os trabalhadores se encontravam totalmente em situações precárias, pois não obtinham salários dignos que atendam às suas necessidades básicas, não possuem mais dias de descanso, seguro de saúde acessível, além disso estão sem contato sindical há mais de dois anos.

Contudo, “O PCN dos EUA emitiu uma declaração final, afirmando que aceitou a denúncia, mas decidiu adiar a oferta de mediação até o resultado de um procedimento de mediação separado, mas relacionado, que está atualmente em andamento.”<sup>54</sup> Os méritos do caso serão melhor expostos posteriormente no presente artigo<sup>55</sup>.

Sucessivamente, durante essa fase processual o PCN deve buscar mediações para que as partes possam entrar em acordos, melhorando assim as condições de trabalho. Porém, em alguns casos o PCN não consegue acordo nenhum com as empresas, sendo obrigado a emitir declarações com propostas de melhoria para ações futuras em seu relatório final

Dessa forma é perceptível uma certa imparcialidade dos PCNs para com as denúncias de observâncias das situações narradas, uma vez que esses organismos jurídicos no momento que não conseguirem arranjar uma solução para as empresas violadoras, nada podem fazer, apenas emitir declarações com propostas futuras caso as empresas queiram mudar de postura.

---

<sup>53</sup> OECD. CCC vs. Nike, PCNs da Áustria e dos Estados Unidos. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_26](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_26). Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>54</sup> OECD. CCC vs. Nike, PCNs da Áustria e dos Estados Unidos. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_26](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_26). Acesso em: 21 jan. 2020.

<sup>55</sup> Vide tópico 1.2.1 do referido trabalho



Portanto, era necessário e mais eficaz que os PCNs fossem detentores de um poder para adotar medidas coercitivas, caso estabelecessem que a suposta empresa violadora realmente estivesse infringindo as leis da OCDE, assim como, exercendo a prática do trabalho escravo ou equiparado, para, dessa forma, conseguirem contribuir melhor com a erradicação da escravidão moderna nas empresas multinacionais.

Uma vez analisadas todas as etapas de atuação processual dos PCNs, serão expostas suas etapas de atuação material para com os casos de inobservância.

## **1.2 A atuação material dos PCNs em casos de combate à escravidão moderna**

### *1.2.1 Os critérios utilizados pelos PCNs para verificação dos possíveis casos análogos à escravidão que ferem as diretrizes da OCDE*

Em relação à fase processual na pré-análise realizada pelos PCNs antes da admissibilidade das denúncias sobre escravidão moderna e após a aceitação dessas, impende em considerar, quais são os critérios materiais utilizados para a investigação dos possíveis casos análogos à escravidão.

No momento em que são realizadas as denúncias de violações as diretrizes da OCDE – no objeto de estudo, sobre a escravidão moderna - o PCN responsável em recebe-las deve analisar se realmente são casos de relações trabalhistas abusivas, que se caracterizam como escravidão moderna, constituindo assim como o primeiro critério.

Nessa linha, depois de comprovada que a queixa corresponde a um trabalho equiparado à escravidão, o segundo critério é averiguar qual ou quais são as diretrizes infringidas. Neste item serão analisados quatro casos de escravidão moderna, bem como as violações às diretrizes em comum.



Posteriormente, após comprovação de trabalho escravo em conjunto com as devidas diretrizes violadas, o terceiro critério corresponde na comparação, feita pelos PCNs sobre quais foram as inobservâncias expostas em relação ao que a OCDE impôs aos países membros.

Como, por exemplo, averiguar no capítulo I, tópico II sobre políticas gerais<sup>56</sup> das empresas multinacionais, qual deve ser a política em vigor nos países onde desenvolvem as respectivas atividades, assim como levar em consideração também os pontos de vista de outros agentes envolvidos, como consta no manual das diretrizes da OCDE.

Após feito esse exame preliminar, a análise correspondente a quase todos os itens do capítulo I, o PCN pode adotar algumas medidas, apenas solicitar informações adicionais aos outros reclamantes, uma vez que de acordo com o seu exame inicial não ficou tão claro quais foram as violações expostas; ou após aceitar fazer a análise inicial, solicitar um tempo maior de resposta para fazer uma arguição mais profunda e criteriosa; ou também além de aceitar a denúncia, pode requerer o adiamento da mediação em virtude de resultados que o PCN julga importante.

O primeiro caso em análise diz respeito a uma denúncia realizada pela Organização Humanitária para a Economia da Migração em desfavor da multinacional Panasonic Ásia pacífico Pte Ltd, localizada em Singapura, tendo como responsável o PCN do Japão<sup>57</sup>.

Foi alegado que a empresa não fazia o devido pagamento aos empregados, eles percebiam remunerações ínfimas, que eram insuficientes para as condições mínimas de existência, sem atender as suas necessidades básicas. Além disso, eram

---

<sup>56</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises. Paris:** OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>57</sup> OECD. **Panasonic vs. Panasonic Corporation, PCN Japão.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_281](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_281). Acesso em: 16 jun. 2019



obrigados a aceitarem horas extras excessivas de até 150 horas por mês, em virtude das altas dívidas de recrutamento.

Como parte de sua avaliação inicial, “o PCN japonês solicitou informações adicionais dos reclamantes, que eles forneceram.”<sup>58</sup> Contudo, no ano de 2013, em setembro, o PCN rejeitou o caso, sendo que, como não emitiu nenhuma declaração final pública ou ao menos informou aos reclamantes diretamente, os reclamantes foram informados dessa decisão através da embaixada do Japão.

Fato esse inapropriado adotado pelo PCN Japonês, pois, uma das diretrizes da OCDE é que o PCN ao final do caso analisado deva emitir uma declaração final contendo todo o acontecimento, além de expor propostas para melhorar a situação da erradicação do trabalho escravo na empresa multinacional denunciada - como consta no manual das diretrizes da OCDE.

O segundo caso, que ainda se encontra em processo, ocorreu em 24 de maio de 2018. A denúncia circundou na ONG Tcheca em desfavor a empresa multinacional Tcheca, em virtude desta ter adquirido produtos têxteis advindo de uma fábrica que opera na indústria têxtil em Mianmar - sendo suspeita por violar os direitos trabalhistas de seus empregados<sup>59</sup>.

As horas trabalhadas, o salário e as condições mínimas para a subsistência, não foram respeitados. A ONG entrou em contato com a empresa e afirma que esta não fez de forma correta a diligência para evitar os impactos causados pela fábrica em Mianmar. A multinacional, contudo, se opôs às alegações aduzindo que foi feita a correta diligência.

Portanto, após uma inspeção inicial, o PCN tcheco “decidiu que o caso específico merece uma análise mais aprofundada e ofereceu os bons ofícios do PCN.

---

<sup>58</sup> Idem

<sup>59</sup> OECD. **ONG Tcheca vs. Indústria têxtil em Mianmar, PCN Tcheco**. Disponível em: <http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/cz0006.htm>. Acesso: em 14 jan. 2020



Ambas as partes aceitaram a oferta.”<sup>60</sup> Fato esse condizente com o que é permitido aos PCNs na fase material.

O terceiro caso, ainda se encontra em andamento, corresponde a uma denúncia interposta pelo sindicato ADERE MG e pela ONG Conectas Direitos Humanos, em desfavor das empresas multinacionais Nestlé, Jacobs Douwe Egberts, McDonald's, Dunkin Donuts, Starbucks e Illy.<sup>61</sup>

Foi alegado que questões como violações à dignidade humana; o não pagamento de um salário mínimo adequado; a exploração no trabalho e sua jornada; locais insalubres para moradia; retenção da carteira de trabalho; necessitam ter em cumprimento com as diretrizes internas expostas e os mecanismos constantes de verificação que não foram feitos.

A ONG Conectas entrou em contato com as empresas em busca de mais informações e afirma que “embora algumas empresas tenham respondido, nenhuma divulgou sua lista de fornecedores, nem indicou medidas adotadas para garantir a reparação das vítimas e corrigir normas e políticas diante de falhas do passado.”<sup>62</sup> O caso ainda está em andamento e será melhor detalhado ao longo do presente artigo.

Por fim, o último caso enquadra-se na situação de o PCN aceitar a denúncia, porém, requerer o adiamento da mediação, que necessariamente deve ser realizada, em virtude de resultados que julga como importante. O caso é em relação as duas ONGs, Aliança de Los Angeles para uma nova economia e Projeto de Organização, Desenvolvimento e Pesquisa e por um sindicato, Frente Auténtico del Trabajo em desfavor da multinacional Chedraui<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Idem

<sup>61</sup> OECD. **Conectas Human Rights & ADERE MG v. coffee sellers, PCN Brasil** (caso pendente iniciado em 21/08/2018). Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>62</sup> Idem

<sup>63</sup> OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano**. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019



O PCN responsável é dos Estados Unidos, este caso foi concluído em 12 de novembro de 2015. Os trabalhadores do varejo mexicano encontram-se totalmente em situações precárias, pois não conseguem ter salários dignos que atendam às suas necessidades básicas, não possuem mais dias de descanso, seguro de saúde acessível, além disso estão sem contato sindical há mais de dois anos.

Contudo, mesmo o PCN dos EUA tendo aceitado o presente caso, ele emitiu uma declaração final, no qual afirma que “decidiu adiar a oferta de mediação até o resultado de um procedimento de mediação separado, mas relacionado, que está atualmente em andamento. Eles considerarão a reabertura se as partes não chegarem a um acordo na mediação atual.”<sup>64</sup>

Da análise exordial, os quatro casos estudados têm como semelhanças as altas horas de jornadas de trabalho, os salários pagos insuficientes para o mínimo da existência, assim como direitos humanos violados. A verificação de quais diretrizes são violadas nas denúncias passados, diz respeito a um dos critérios utilizados pelos PCNs nos casos análogos à escravidão.

Com relação a desproporção dos salários pagos, a diretriz da OCDE violada corresponde ao no tópico V, número 4, letra “b”:

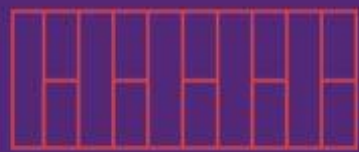
Quando empresas multinacionais operam em países em desenvolvimento, onde não existem empregadores comparáveis, fornecer os melhores salários possíveis, benefícios e condições de trabalho, dentro da estrutura de políticas governamentais. Estes devem estar relacionados a posição econômica da empresa, mas deve ser pelo menos adequada a satisfazer as necessidades básicas dos trabalhadores e de suas famílias.<sup>65</sup>

Em se tratando das elevadas jornadas de trabalho, a diretriz infringida está no capítulo V, número 1 letra “d”, “contribuir para a eliminação de todas as formas de

---

<sup>64</sup> Idem

<sup>65</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises**. Paris: OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020



mão-de-obra forçada ou compulsória e tomar as medidas adequadas para garantir que esse trabalho forçado ou compulsório não exista em suas operações”<sup>66</sup>.

Com relação aos direitos humanos infringidos que também se encontram nas diretrizes, mais especificamente no capítulo IV. Neste tópico estão dispostos alguns direitos humanos que devem ser obedecidos pelas multinacionais, em especial, em seu número 4, que está disposto sobre um compromisso político das empresas para com os direitos humanos nas relações trabalhistas<sup>67</sup>.

Cumprido sublinhar que, os PCNs, ao aceirem os possíveis casos explanados sobre as inobservâncias das diretrizes da OCDE, devem fazer a análise material, como fora detalhada anteriormente, bem como detêm de outras possibilidades para dar continuação com as verificações.

Nesse contexto, após cumpridos os critérios para análise dos casos que violam as diretrizes, o PCN pode buscar opções de entendimento quando a verificação da denúncia se não tenha ficado tão clara; como também tendo o condão para solicitar informações adicionais; bem como solicitar um tempo maior de resposta para uma análise mais profunda; finalizando com a competência de requerer o adiamento da fase da mediação.

Posteriormente, passa-se a análise para a solução de conflitos das empresas multinacionais que descumprem as medidas impostas pelos PCNs. Momento esse que o presente organismo jurídico tem a legitimidade de adotar as medidas coercitivas cabíveis para as infrações que foram desobedecidas.

## *1.2.2 A escassa adoção de medidas coercitivas por parte dos PCNs na solução dos conflitos dos casos estudados que descumprem as diretrizes da OCDE*

---

<sup>66</sup> Idem

<sup>67</sup> Idem





Em vista do que já foi expendido, sobre toda a análise processual e material feita pelos PCNs ao receberem denúncias sob supostas violações de inobservâncias às diretrizes da OCDE, é necessário que seja apresentado um relatório final.

Este relatório, que já fora mencionado, expõe como que ocorreram todas as etapas da ação, assim como deveria ser sempre proposta medidas coercitivas para a solução dos conflitos dos casos de violação a essas diretrizes por empresas multinacionais que equiparam seus trabalhadores às condições análogas à escravidão.

Poucas são as situações em que o PCN realmente relata medidas coercitivas para com as empresas multinacionais. A respeito do caso prático abaixo que possui essas mesmas características e será detalhado no mérito posteriormente. A denúncia foi apresentada por cinco ONGs - Associação de proprietários de terras SML de Porgera; Associação Akali Tange; Eartghts International; Mining Watch Canada; Direitos e responsabilidade no desenvolvimento – ao PCN do Canadá<sup>68</sup>.

Foi alegado que a empresa multinacional de mineração canadense mantinha os trabalhadores em condições precárias, houve também “violações dos direitos humanos cometidas pelo pessoal de segurança da PJV dentro e ao redor do local da mina, incluindo assassinatos e espancamentos de homens Ipili locais e espancamentos e estupros, incluindo estupro coletivo, de mulheres Ipili.”<sup>69</sup>

Ao final do processo, “algumas das Partes consideraram que havia questões pendentes que não foram tratadas pelo processo de mediação, apesar das tentativas do mediador, pois nem todas as Partes estavam dispostas a discutir todas as questões durante o diálogo.”<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> OECD. **Mining Watch Canada e outros vs. Barrick Gold Corporation, PCN do Canadá.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_210](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_210). Acesso em: 15 jan. 2020

<sup>69</sup> Idem

<sup>70</sup> Idem



Mesmo com esse detalhe, o mediador forneceu ao PCN canadense o seu relatório final, no dia 16 de janeiro de 2014, contendo também medidas coercitivas e sugeridas as empresas para que as diretrizes impostas pela OCDE não mais sejam descumpridas<sup>71</sup>.

Dessa forma, como fora exposto no tópico sobre a atuação processual dos PCNs, no qual eles não detêm de um poder coercitivo, na imensa maioria das situações apresentadas, deixam a desejar na emissão de seu relatório final, uma vez que não podem impor medidas para as empresas multinacionais que descumprem com o acordo realizado entre as partes (os PCNs e Reclamantes). Como ocorreu com a denúncia realizada em outubro de 2012 ao PCN dos Estados Unidos.

Os reclamantes são o Centro Comunitário de Educação Legal das ONGs do Camboja (CLEC) e a Earth Rights International (ERI) e relatam que houve o desrespeito em relação aos direitos humanos perante os trabalhadores que prestavam serviços para a empresa Americana Refining Inc. que operava no setor agropecuário, em Koh Kong no Camboja.

O PCN americano aceitou o caso e propôs a mediação para as partes com o intuito de chegarem a um acordo e solução para a diretriz violada - correspondente ao capítulo I das diretrizes da OCDE na seção de direitos humanos<sup>72</sup>. Contudo, a mediação não ocorreu pois a “ASR informou assim o PCN de que não participaria do diálogo mediado, a menos que a CLEC retirasse sua ação civil no Reino Unido”<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Final Statement of the Canadian National Contact Point on the Notification dated March 1, 2011, concerning the Porgera Joint Venture Mine in Papua New Guinea, pursuant to the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Páginas 02-10. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_210](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_210). Acesso em: 15 jan. 2020

<sup>72</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises. Paris:** OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>73</sup> OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019



No dia 4 de junho de 2013 o PCN Americano decidiu concluir o caso, emitindo uma declaração final, constatando que as partes não estavam conseguindo chegar a um acordo para prosseguir com o presente caso.

Sendo assim, seria mais eficiente se os PCNs adotassem medidas coercitivas para com as empresas multinacionais que violam as diretrizes da OCDE, em virtude do não cumprimento de acordos já estabelecidos ao longo dos processos de mediação que foram relatados na declaração final.

Por outro giro, fora utilizado como critério para a elaboração do presente artigo, a análise de quatorze casos práticos, que relatam diversas formas e motivos de inobservâncias trabalhistas das diretrizes para com as empresas multinacionais. Com base neste levantamento de dados, conseguiu-se identificar quais são as semelhanças entre os casos e as diretrizes violadas.

Constatou-se que, todos os casos estudados possuíam pelo menos uma das violações a seguir: (i) a utilização ilegal de mão-de-obra infantil; (ii) a desproporção no pagamento, quando este acontecia, dos salários dos empregados; (iii) a utilização de jornadas de trabalho excessivas para com seus trabalhadores, e (iv) o trabalho exercido em condições totalmente insalubres, prejudiciais à saúde – que serão abordados no tópico 1.3.

## **1.3 A natureza jurídica das semelhanças encontradas nos casos práticos estudados que infringem as diretrizes da OCDE**

### *1.3.1 A utilização ilegal de mão-de-obra infantil*

Em se tratando da utilização ilegal de mão-de-obra infantil comum aos casos, encontra-se a presente denúncia – já mencionada no artigo – realizada por meio de ONGs (Anti-slavery International, Cotton Campaign e Korean Trans National Corporation Watch) ao PCN Coreano em desfavor da empresa multinacional Daewoo,



localizada no Uzbequistão. Ela é conhecida como a maior processadora de algodão e consta com o apoio do governo para preços descontados no algodão, incentivos fiscais e empréstimos preferenciais<sup>74</sup>.

A empresa conseguiu descontos na produção de algodão pois faz a utilização de mão-de-obra infantil, obtendo baixíssimo custo em sua produção, podendo então fazer negociações mais baratas. Ademais, a denúncia consta que a empresa sujeita os cidadãos à trabalhos forçados, principalmente por meio de crianças, que também são submetidas às condições análogas à de escravidão. Esses empregados trabalhavam longas horas e não eram pagos devidamente, sujeitando-se a condições precárias.

Em julho de 2015 o PCN coreano rejeitou o caso alegando que de acordo com as diretrizes de internas de conduta ética nos negócios esses acontecimentos não contribuíram para o trabalho infantil e forçado. Já o PCN norueguês aduz que, em sua avaliação inicial, que uma nova análise das diretrizes do setor financeiro não vai ajudar com as inobservâncias das diretrizes da OCDE.

A utilização de mão-de-obra infantil não é um problema jurídico isolado, encontra-se presentes em outros casos. Como é o exemplo da Reclamante ONG India Committe of the Netherlands (ICN) que apresentou uma queixa, em junho de 2000, em desfavor da multinacional Adidas Beneluz Bv, localizada na Índia<sup>75</sup>.

A denúncia circundou em violações com relação a utilização de mão-de-obra infantil na indústria do futebol, essa queixa foi baseada no “lado sombrio do futebol – trabalho infantil e adulto na indústria do futebol da Índia e o papel da FIFA”<sup>76</sup>.

Este caso foi repassado ao PCN holandês que o aceitou, contudo, em dezembro de 2002, em sua declaração final, o PCN alega que não havia encontrado

---

<sup>74</sup> OECD. **KTNCW et all. Vs. Daewoo, PCNs Coreano e Norueguês.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_351](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_351). Acesso em: 17 jun. 2019

<sup>75</sup> OECD. **ICN vs. Adidas Netherlands, PCN da Holanda.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_8](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_8). Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>76</sup> Idem



evidências da utilização de trabalho infantil, mas ressalta a necessidade do acordo realizado para melhorar e monitorar os códigos de conduta.

O terceiro caso, também corresponde à utilização de mão-de-obra infantil ilegal. A denúncia foi apresentada pelas Ali Ent. Factory Fire Affectees Assoc; Campagna Abiti Puliti; MOVimenti Consumatori; National Trade Union Federation (NTUF) e Pakistan Institute of Labour Education and Research (PILER), e pelas ONGs European Center for Constitutional and Human Rights e Schone Kleren Campagne, para o PCN italiano em desfavor da multinacional RINA S.p.A.<sup>77</sup>

As alegações correspondem a uma certificação concedida indevidamente pela multinacional RINA, denominada AS 8000, para a fábrica Ali Enterprises, antes de ser queimada. Além disso, a jornada de trabalho na fábrica é exercida através de explorações as mãos-de-obra infantil.

O processo encontra-se atualmente arquivado, uma vez que o PCN italiano propôs medidas para que a multinacional não mais utilize a mão-de-obra infantil. Segundo documento em anexo, ressalta que “caso um acordo negociado se mostre impossível de alcançar, os queixosos deverão solicitar que o PCN faça uma determinação e emita uma declaração final apropriada esclarecendo se as diretrizes foram ou não violadas neste caso”<sup>78</sup>.

Dessa forma, tomando como base os três casos expostos acima, que são semelhantes em suas violações, a diretriz da OCDE infringida por essas empresas multinacionais está disposta no capítulo I, tópico V, número 1 letra “c”, a diretriz é categórica: “contribuir para a abolição efetiva do trabalho infantil e adotar medidas

---

<sup>77</sup> OECD. ICN vs. Adidas Netherlands, PCN da Holanda. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_8](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_8). Acesso em: 21 jan. 2020.

<sup>78</sup> Idem



imediatas e eficazes para garantir a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil com urgência”<sup>79</sup>.

A utilização de mão-de-obra infantil ainda é uma realidade presente, como pode ser constatada a exemplo dos casos semelhantes acima. Várias empresas multinacionais adotam essa postura, até por acreditarem que irão obter um maior lucro com menos despesas, tornando-se incoerentes com o respeito à dignidade humana e com o papel de atuação nos países que são membros e devem cumprir com as diretrizes da OCDE.

### *1.3.2 A desproporção dos salários quando são efetivamente pagos*

Nesta mesma linha de raciocínio, há de se falar também de uma das semelhanças encontradas nos casos estudados, que remete à desproporção dos salários dos trabalhadores quando estes foram efetivamente pagos.

O primeiro caso a ser abordado trata-se de uma denúncia realizada, em 21 de novembro de 2013, por dois indivíduos (não identificados no processo) que foram apoiados por uma ONG, em desfavor de uma multinacional australiana<sup>80</sup>. Foi informada na alegação que essa empresa submetia seus empregados em condições precárias pois atrasava por longos períodos os seus salários.

O processo foi direcionado ao PCN da Nova Zelândia, que em julho de 2014 após aceitar o caso, ofereceu os bons ofícios para que as partes pudessem chegar a um acordo e ser devidamente pago os salários que faltavam aos trabalhadores.

---

<sup>79</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises, Paris:** OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>80</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises, Paris:** OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020



Contudo, após dois anos, em julho de 2016 as partes informaram ao PCN que “seria improvável que tivessem êxito em qualquer outra reivindicação, solicitando que a instância específica fosse encerrada”<sup>81</sup>, sendo assim, a declaração final foi emitida encerrando o caso.

No que tange ainda sobre a desproporção dos salários, este problema jurídico também se encontra em outros casos, a exemplo da denúncia realizada pelo sindicato Frente Autêntica do Trabalho (FAT) instalado no México; pelo Unitet Food and Commercial Workers (UFCW) Local 700 situado nos Estados Unidos; juntamente com a Aliança de Los Angeles para uma nova Economia (LAANE), por fim, com o Projeto sobre Organização, Desenvolvimento, Educação e Pesquisa (PODER), em desfavor da multinacional Chedrauis, localizada no México<sup>82</sup>.

O caso foi repassado ao PCN americano. Nas alegações contava que os trabalhadores se encontram totalmente em situações precárias, pois não conseguem ter salários dignos que atendam às suas necessidades básicas, não possuem mais dias de descanso, seguro de saúde acessível, além disso estão sem contato sindical há mais de dois anos.

Em novembro de 2015 foi emitida a declaração final por parte do PCN americano o concluindo, alegando que a mediação precisará ser adiada em virtude de uma outra mediação já feita e que se encontra em andamento. O caso será novamente aberto apenas se as partes não chegarem a um acordo na mediação atual.

Outro exemplo de exploração com relação a desproporção dos salários, é o caso da Fazenda Brasil verde. Os trabalhadores eram recrutados para trabalharem

---

<sup>81</sup> Idem

<sup>82</sup> OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019



nas fazendas de criação de gado, agricultura, desmatamento e exploração de carvão, localizadas principalmente no Pará, Mato Grosso, Maranhão e Tocantins<sup>83</sup>.

A proposta era de prestar essa mão-obra, em troca usufruiriam de salários atrativos, contudo, ao chegarem nas fazendas os salários são reduzidos. Dessa forma as dívidas aumentam, pois se veem obrigados a trabalharem para pagá-las, vivendo assim em condições análogas à escravidão.

Em 1995 houve a intervenção do Estado brasileiro adotando medidas coercitivas devido a existência de trabalho escravo. Foi promulgado o Decreto nº 1.538, criou-se também o Grupo Interministerial para Erradicar o Trabalho forçado (GERTRAF), coordenado pelo Ministério do Trabalho, bem como a houve até a participação da OIT.<sup>84</sup>

Apenas em março de 2000 os trabalhadores foram resgatados das fazendas. Este caso submeteu-se à Corte Interamericana de Direitos Humanos e foi julgado, considerou-se que o Brasil violou

O direito a não ser submetido à escravidão e ao tráfico de pessoas, em violação do artigo 6.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1, 3, 5, 7, 11 e 22 do mesmo instrumento... essa violação ocorreu também em relação ao artigo 19 da Convenção Americana, por ser criança ao momento dos fatos. Finalmente, o Brasil é responsável pela violação do artigo 6.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, produzida no marco de uma situação de discriminação estrutural histórica em razão da posição econômica dos 85 trabalhadores identificados no parágrafo 206 da presente Sentença.<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019

<sup>84</sup> OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019

<sup>85</sup> OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019.





Nesse sentido, os três casos relatados acima possuem, como principal violação, a desproporção dos salários dos empregadores. Essa diretriz da OCDE foi infringida e encontra-se no tópico V, número 4, letra “b” do manual a ser seguido por todos os países membros da OCDE:

Quando empresas multinacionais operam em países em desenvolvimento, onde não existem empregadores comparáveis, fornecer os melhores salários possíveis, benefícios e condições de trabalho, dentro da estrutura de políticas governamentais. Estes devem estar relacionados a posição econômica da empresa, mas deve ser pelo menos adequada a satisfazer as necessidades básicas dos trabalhadores e de suas famílias.<sup>86</sup>

É necessário fomentar outras diretrizes que também foram violadas nos casos narrados, como a de “Respeitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos pelas pessoas afetadas em suas atividades”, situado no capítulo II letra “A” número 5.<sup>87</sup>

Não houve respeito aos direitos humanos em todas as denúncias, uma vez que as empresas multinacionais preteriam os salários e até a saúde de seus empregados em prol possíveis lucros na venda e exportação de seus produtos, caracterizando assim a escravidão moderna.

No que se refere aos direitos humanos, nas diretrizes da OCDE, em seu capítulo IV, número 1, a diretriz é clara: “Respeitar os direitos humanos, o que significa que eles devem evitar violar a declaração dos direitos humanos e de terceiros, deve abordar impactos adversos nos direitos humanos com os quais eles estão envolvidos”<sup>88</sup>.

Em relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos que também deve ser analisada, em seu art. 4º, no qual aborda sobre a proibição de manter relações de

---

<sup>86</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises**. Paris: OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>87</sup> Idem

<sup>88</sup> Idem



emprego em condições equiparadas a de escravos - atualmente remetida seus conceitos à escravidão moderna - “Ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos.”<sup>89</sup>

Cabe destacar também seu artigo 23, números (2) “Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.”<sup>90</sup> E (3) “Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social”.<sup>91</sup>

Neste sentido, diante das denúncias explanadas, a desproporção nos salários - quando são efetivamente pagos aos trabalhadores – dá sequência ao estudo de casos com violações semelhantes, correspondendo à segunda constatação encontrada nas queixas oferecidas a tantas inobservâncias pelas empresas multinacionais.

### *1.3.3 As jornadas de trabalho excessivas*

No tocante as semelhanças estudadas nos casos práticos, há de se falar também sobre a frequência nas denúncias relatadas aos Pontos de Contato Nacionais em relação as jornadas de trabalho dos empregados que extrapolam os limites estabelecidos da OCDE, que é de no máximo 54 horas por semana<sup>92</sup>.

O presente caso, que já fora mencionado neste artigo, ocorreu em novembro de 2012. Trata-se de uma denúncia realizada pela Organização Humanitária para a

---

<sup>89</sup> OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019

<sup>90</sup> Idem

<sup>91</sup> Idem

<sup>92</sup> Idem



Economia Migratória ao PCN japonês, em virtude do abuso de trabalhadores chineses na fábrica da Panasonic Ásia Pacífico Pte Ltd, localizada em Singapura<sup>93</sup>.

A acusação feita diz respeito aos baixos salários pagos aos trabalhadores, que são insuficientes para as mínimas condições de existência, que nem sequer atendiam suas necessidades básicas, como o mínimo para uma alimentação, condições de higiene, dentre outros.

Além da empresa multinacional ter cometido esta infração da diretriz da OCDE, como já fora abordada – que se encontra no tópico V, número 4, letra “b”<sup>94</sup> – a violação em questão corresponde ao abuso na jornada de trabalho dos empregados, correspondendo a até 150 horas extras por mês, em virtude de dívidas altas resultantes do recrutando.

De acordo com a denúncia, “as altas taxas de recrutamento que vinculam trabalhadores a enormes dívidas por longos períodos de tempo são uma violação da Lei das Agências de Emprego de Singapura e da Convenção das Agências de Emprego Privadas da OIT, que o Japão ratificou.”<sup>95</sup>

Nesta mesma linha, o limite de horas extras trabalhadas na multinacional é muito superior à base de horas trabalhadas que a OCDE leva em consideração – como será melhor explanado posteriormente. As dívidas contraídas pelo recrutamento obrigam os trabalhadores a aceitarem situações de trabalho forçado e excessivo, uma vez que temem perda do único o emprego.

Em setembro de 2013 o PCN do Japão rejeitou o caso sem emitir uma declaração pública ou mesmo informar diretamente as partes. Os envolvidos apenas

---

<sup>93</sup> OECD. **Panasonic vs. Panasonic Corporation, PCN Japão.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_281](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_281). Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>94</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises, Paris:** OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>95</sup> OECD. **Panasonic vs. Panasonic Corporation, PCN Japão.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_281](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_281). Acesso em: 16 jun. 2019



tiveram conhecimento da situação pois foram comunicados do ocorrido pela embaixada japonesa em Singapura.

Nesse contexto, o problema jurídico correspondente às jornadas de trabalho excessivas, que violam as diretrizes da OCDE, repete-se em outro caso estudado, mencionado anteriormente no presente artigo, como consta a denúncia que fora relatada pelas ONGs Ali Ent. Factory Fire Affectees Assoc; Campagna Abiti Puliti; Movimenti Consumatori; National Trade Union Federation (NTUF); Pakistan institute of Labour Education and Research (PILER); European Center of Constitutional and Human Rights e Schone Kleren Campagne, remetida ao PCN da Itália, em desfavor da empresa Rina Services SpA<sup>96</sup>.

Essa multinacional é responsável por realizar a certificação AS 8000 pelos serviços de credenciamento de responsabilidade social da fábrica de roupas do Paquistão – Ali Enterprises. A denúncia circundou no fato de que a empresa concedeu indevidamente essa certificação para a fábrica - antes de sofrer a queimada.

Os Reclamantes alegam também que, além da empresa RINA utilizar a mão-de-obra infantil – outra infração já mencionada no presente artigo, e que se encontra no tópico V, número 1, letra “c” das Diretrizes da OCDE<sup>97</sup> - ela utilizou da jornada excessiva para com os seus trabalhadores, como horas extras involuntárias e muito acima do limite máximo que a OCDE propõe, de 54 horas por semana, como consta o depoimento extraído da queixa apresentada no cronograma de desenvolvimentos:

O relatório de auditoria afirmou que as mudanças na fábrica teriam sido das 9h às 18h. Como o incêndio começou por volta das 18h30 (FIA 2012: 8, anexo 7), com a fábrica no modo de trabalho completo, fica claro que o horário efetivo de trabalho foi mais longo do que o relatado. De acordo com os depoimentos de trabalhadores, o horário trabalhado era de 12h

---

<sup>96</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises, Paris:** OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>97</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises, Paris:** OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020



por dia, seis dias por semana (Khan 2015: 5, anexo 19, Affidavit Zahid, anexo 5). Os auditores do RINA descobriram que não havia trabalho forçado na Ali Enterprises. Contudo, vários trabalhadores testemunharam que eram obrigados a cumprirem certas cotas e, caso não o fizessem, não poderiam sair (Khan 2015: 4 f., Anexo 19: Affidavit Zahid, Jamil, Anexos 5,6). Esses testemunhos são uma indicação de horas extras involuntárias que constituíram trabalho forçado<sup>98</sup>.

Os Reclamantes aduzem que essas ações da multinacional são ofensas as Diretrizes da OCDE e buscam uma solução para com o PCN italiano. A queixa foi devidamente apresentada ao respectivo PCN, contudo, atualmente o processo encontra-se arquivado.

De acordo com um estudo realizado pela OCDE, levando como base a média do tempo de trabalho de seus profissionais, chegou-se à conclusão de que cada um que trabalha em tempo integral para a OCDE tem direito a aproximadamente 15 horas para descanso e lazer. Sendo assim, estima-se que este trabalhe 9 horas ao dia, obtendo como resultado de horas trabalhadas por semana 54 horas, no máximo.<sup>99</sup>

Cabe destacar que esse estudo é apenas um parâmetro e que pode variar de país para país. No primeiro caso tomado em relevo, fora relatado na denúncia que os trabalhadores prestavam serviços de até 150 horas extras por mês para a fábrica da Panasonic Ásia Pacífico Pte Ltd. Ou seja, do cálculo que se tem como base pela OCDE de que o estimado de horas trabalhadas por dia por um profissional em tempo integral corresponde a 9 horas, esses empregados da empresa multinacional

---

<sup>98</sup> SPECIFIC INSTANCE COMMUNICATION. 2 b) Excessive Overtime and Forced Labor: “The Audit Report claims shifts in the factory would have been from 9:00 am to 6:00 pm. Since the fire broke out around 6:30 pm (FIA 2012:8, Annex 7) with the factory in full working mode, it is clear that the effective working hours were longer than reported. According to worker testimonies, the working hours amounted up to 12 hours per day, six days per week (Khan 2015: 5 Annex 19; Affidavit Zahid, Annex 5). RINA’s auditors found that there was no forced labor at Ali Enterprises. However, several workers testified that they were obligated to fulfill certain quotas and in case they did not do so they were not allowed to leave (Khan 2015: 4 f., Annex 19; Affidavit Zahid, Jamil Annexes 5, 6). These testimonies are an indication for involuntary overtime which would constitute forced labour.” Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_514](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_514). Acesso em: 01 abr. 2020

<sup>99</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises, Paris:** OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020



trabalhavam as nove horas além de, em média, mais 6 horas extras todos os dias durante o mês.

A jornada de trabalho de forma excessiva e abusiva corresponde a uma das violações as Diretrizes da OCDE, como consta em seu capítulo V, número 1 letra “d”, a diretriz é clara: contribuir para a eliminação de todas as formas de mão-de-obra forçada ou compulsória e tomar as medidas adequadas para garantir que esse trabalho forçado ou compulsório não exista em suas operações”<sup>100</sup>.

Dessa forma, essa inobservância à diretriz da OCDE é remetida também ao segundo caso, que, em depoimento relatado pelos trabalhadores da empresa multinacional RINA, fora alegado que eles eram obrigados a cumprirem certas cotas e, caso não o fizessem, não poderiam sair da empresa. Caracterizando dessa forma, trabalho forçado e horas extras involuntárias que não foram computadas.

É necessário fomentar que a multinacional também infringiu o capítulo IV que aborda os Direitos Humanos. Em seu número 4, a diretriz aborda sobre um compromisso político que deve respeitar os direitos humanos<sup>101</sup>. Como neste item os direitos humanos estão dispostos de uma forma mais abrangente, faz-se um adendo ao art. 24 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “Toda apessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas.”<sup>102</sup>

Ante todo o exposto, as denúncias relacionadas as jornadas de trabalho excessivas corroboram com a terceira semelhança encontrada aos casos de inobservância às diretrizes da OCDE.

### *1.3.4 As condições insalubres no trabalho*

---

<sup>100</sup> Idem

<sup>101</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises. Paris:** OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>102</sup> Idem



As condições insalubres no trabalho correspondem à última das semelhanças estudadas nas inobservâncias às diretrizes da OCDE pelas empresas multinacionais para com os seus trabalhadores. No presente caso, houve uma denúncia proposta pela Articulação de Empregados Rurais do Estado de Minas Gerais (ADERE-MG), que corresponde à uma associação de vários sindicatos, em desfavor das empresas Nestlé; Jacobs Douwe Egberts; Mc Donald's; Dukin Donuts; Starbucks e Illy<sup>103</sup>.

As violações trabalhistas e humanas aconteceram nas fazendas do Sul de Minas Gerais, sendo responsável pela análise do presente caso, o PCN brasileiro. Fora relatado por 37 trabalhadores resgatados, que eles viviam em situações análogas à escravidão, pois não tinham as condições mínimas para sobreviverem, como água potável, salário digno – o salário não foi pago durante meses - além disso, os trabalhadores sofriam de maus tratos, tinham jornadas excessivas e trabalhavam em condições completamente insalubres.

De acordo com os depoimentos dos empregados, “os trabalhadores descrevem a situação como se estivessem ‘morando em um curral’, sem qualquer condição de higiene, em estruturas precárias que não dão conta de atender necessidades básicas de sobrevivência digna.”<sup>104</sup> Em setembro de 2018 o PCN do Brasil aceitou o caso.

Contudo, no final de 2019, mesmo o caso encontrando-se em análise, o PCN brasileiro comunica, durante uma reunião, os Reclamantes, que na verdade não tinha aceito o caso oficialmente, necessitando assim analisar novamente a denúncia proposta<sup>105</sup>. Portanto, atualmente, o caso encontra-se arquivado.

---

<sup>103</sup> OECD. **Nestlé, Jacobs Douwe Egberts, Mc Donald's, Dukin Donuts, Starbucks and Illy, and Articulation of Rural Employees of the State of Minas Gerais (ADERE-MG), PCN do Brasil.** Disponível em: <http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/br0026.htm>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>104</sup> OECD. **Trabalho escravo em fazendas de café em MG é denunciado na OCDE.** Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/trabalho-escravo-cafe-minas-gerais-ocde>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>105</sup> OECD. **Conectas Human Rights & ADERE MG v. coffee sellers, PCN do Brasil.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 15 abr. 2020.



Proporcionar aos trabalhadores ambientes totalmente insalubres e precárias para sua jornada de trabalho, ferem as diretrizes da OCDE e a dignidade do ser humano. Esse problema jurídico é encontrando em outros casos, a exemplo da denúncia que fora realizada, no ano de 2014, pelo comitê Tibete do Canadá em desfavor da empresa multinacional de mineração, China Gold International Resources Corp. Ltda, localizada no Vale do Gyama da Região Autônoma da China no Tibete – o caso foi direcionado ao PCN do Canadá<sup>106</sup>.

De acordo com o documento que fora utilizado para a análise e considerações para instância específica, foi alegado que a empresa:

1) envolveu-se em práticas discriminatórias de contratação; 2) despejos forçados e reassentamento de terras; 3) violou a liberdade de questões religiosas através da negação de acesso a sites religiosos; 4) violou a liberdade de expressão e a divulgação de informações relacionadas ao projeto; e 5) contribuindo para fatores ambientais negativos, violou os direitos das comunidades locais à água e à saúde.<sup>107</sup>

Fora relatado também que os trabalhadores não tinham acesso a água potável e nem a remédios quando se encontravam doentes; também não tinham muito acesso a liberdade de expressão e informações, dentre outras violações trabalhistas.

O PCN canadense aceitou o caso e, ao final do processo, emitiu uma declaração final, em abril de 2015, concluindo a presente demanda. Nela, constou que a multinacional não mostrou alinhamento para com as diretrizes de inobservância, além de que, comunicou apoio a empresa caso desejasse ter isso na esfera de defesa comercial do Governo do Canadá.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> SUMMARY, Executive. **Final Statement on the Request for Review regarding the Operations of China Gold International Recourses Corp. Ltd., at the Copper Polymetallic Mine at the Gyama Valley, Tibet Autonomous Region.** 2019. Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/statement-gyama-valley.aspx?lang=eng#fs3>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>107</sup> Idem

<sup>108</sup> SUMMARY, Executive. **Final Statement on the Request for Review regarding the Operations of China Gold International Recourses Corp. Ltd., at the Copper Polymetallic Mine at the Gyama**





Nesse diapasão, ambos os casos relatados se reportam à inobservância das diretrizes da OCDE, presente em seu capítulo V, número 4, letra “c”, no qual, diz respeito sobre “tomar as medidas adequadas para garantir a saúde e a segurança ocupacional em suas operações.”<sup>109</sup>

Esta semelhança na violação às diretrizes também está presente em outras denúncias, como fora relatada a denúncia feita pelas ONGs Porgera SML Landowners Association; Akali Tange Association; Earthrights International; Mining Watch Canada e Rights and Accountability in Development em face da empresa multinacional – de mineração – Barrick Gold Corporation no qual, o PCN do Canadá foi responsável pelo caso<sup>110</sup>.

As Reclamantes alegam que a empresa cometera violação das diretrizes, que correspondeu ao meio ambiente e desenvolvimento sustentável, bem como aos direitos humanos dos trabalhadores e da comunidade local.

Aduzem ainda que as condições de trabalho nas minas são totalmente incompatíveis com os padrões de saúde e segurança humana. Em 2012 fora relatado nas reuniões realizadas entre o PCN do Canadá e as partes, uma denúncia de estupro por parte dos seguranças:

Com base nas informações obtidas fora da mediação, os reclamantes estavam profundamente preocupados com o possível dano causado pelo procedimento de queixa, principalmente porque Barrick solicitou que as vítimas de estupro assinassem isenções legais se aceitassem um pacote de remédio individual.<sup>111</sup>

---

**Valley, Tibet Autonomous Region.** 2019. Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/statement-gyama-valley.aspx?lang=eng#fs3>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>109</sup> OCDE. **Guidelines for Multinational Enterprises.** Paris: OCDE Publishing, 2011. “Take adequate steps to ensure occupational health and safety in their operations.” Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2020

<sup>110</sup> OECD. **Mining Watch Canada e outros vs. Barrick Gold Corporation, PCN do Canadá.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_210](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_210). Acesso em: 15 jan. 2020

<sup>111</sup> OECD. **Mining Watch Canada e outros vs. Barrick Gold Corporation, PCN do Canadá.**



Diante desse cenário, as ONGs emitem um comunicado de imprensa sobre a proposta da empresa para com as vítimas de estupro, no qual:

As mulheres que sofreram estupros pelos guardas de segurança de Berrick elas sofreram uma violação grave de direitos humanos e isso é um crime. O que Berrick está oferecendo através do seu procedimento de reclamação em nível de projeto não pode ser comparado a um ‘acordo extrajudicial’. Essas mulheres não se beneficiaram de nenhuma das proteções ou salvaguardas fornecidas por um procedimento legal ou por um tribunal e, se aceitarem o que a Berrick está oferecendo, nunca o receberão, pois devem assinar seu direito de tomar medidas legais em relação ao dano que sofreram. Os direitos das mulheres que foram prejudicadas não devem ser violados novamente, mesmo que recebam remédio pela primeira violação<sup>112</sup>.

A mediação entre o PCN e as partes terminou em abril de 2013, e no ano seguinte, em janeiro, o PCN o Canadá emitiu a declaração final concluindo o caso. Nessa linha, a outra denúncia apresentada corresponde à alegação apresentada pelo Centro Comunitário de Educação Legal das ONGs do Camboja (CLEC) e pela Earth Rights International (ERI) em desfavor da empresa multinacional America Refining Inc. (ASR), referente aos direitos humanos dos trabalhadores na plantação de açúcar e refinaria de Koh Kong, no Camboja – o PCN responsável foi o dos Estados Unidos<sup>113</sup>.

Na alegação consta que os moradores foram despejados e não foi ofertado lugares alternativos para poderem residir, sendo obrigados a aceitarem qualquer condição no local de trabalho e também em locais para habitar. Em 4 de junho de 2013, após a declaração final emitida, o PCN informou que havia concluído o caso uma vez que as partes não tinham chegado em nenhum consenso<sup>114</sup>.

---

Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_210](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_210). Acesso em: 15 jan. 2020

<sup>112</sup> Idem.

<sup>113</sup> Idem

<sup>114</sup> Idem



Ante todo o exposto, os quatro casos reais analisados submetem-se à exploração dos trabalhadores, seja em locais de trabalho como até mesmo em locais para residirem, resultando em completa exposição a insalubridade, fato esse bastante prejudicial à saúde. Além de existir violação aos direitos humanos, sendo na própria forma que são submetidos ao trabalho, com falta de condições básicas, assim como abusos, corresponde à denúncia de um dos casos, que houve abuso sexual.

Proporcionar locais insalubres para o trabalho pode parecer, no primeiro momento, até mais acessível economicamente para o empregador, pois ele não terá que arcar com os custos para fornecer um ambiente melhor de trabalho. Contudo, com o passar do tempo, os agentes nocivos à saúde vão se manifestar e gerarão sequelas nos trabalhadores, impossibilitando em alguns casos a volta das atividades normais do trabalho, tendo o empregador até mais custos com a mão-de-obra.

No que concerne ainda sobre condições insalubres no ambiente de trabalho, em novembro de 2017 o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou inconstitucional o art. 2º da Lei Federal 9.055/1995, no qual permitia a extração, industrialização, comercialização e a distribuição da extração e uso do amianto crisotila<sup>115</sup>. É sabido que durante a manipulação do amianto e o uso, ele libera fragmentos que contaminam o meio ambiente, além de ser prejudicial à saúde, provocando doenças graves como câncer de pulmão, asbestose e mesotelioma.

O início da década de 2020 está sendo marcada por uma pandemia causada pelo surto do novo vírus, covid-19 (*coronavirus disease* 2019). O primeiro relato ocorreu com um paciente em 12 de dezembro de 2019 em Wuhan na China. Em virtude do vírus ter alto contágio, sendo pelo ar e contato, disseminou-se muito rápido,

---

<sup>115</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF reafirma inconstitucionalidade de dispositivo que permitia extração de amianto crisotila**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=363263>. Acesso em: 28 maio 2020



atingindo diversos países em uma proporção muito grande, foram confirmados no mundo mais de 5.488.825 casos e 349.095 mortes<sup>116</sup>.

Na busca por soluções para a redução do número de contágio e mortes, medidas emergenciais extremamente importantes, como o isolamento social, denominado de quarentena, foram implantadas em quase todos os países do mundo. A utilização de máscaras, lavar bem as mãos, passar álcool em gel, dentre outros, são indicações que devem ser obedecidas para uma melhora na higiene, protegendo o próprio cidadão de uma maior propagação do vírus.

Mesmo com toda a divulgação de informações que devem ser obedecidas, em virtude de um momento tão sério e delicado que o mundo está passando, alguns locais no Brasil demoraram para adquirirem esses novos hábitos, como em Goiás e São Paulo<sup>117</sup>, retardando o processo de melhora, e proporcionando aos empregados ambientes de trabalho insalubres, uma vez que sem esses cuidados facilita ainda mais a propagação do vírus, prejudicando a saúde de todos.

Por outro giro, cabe destacar o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos em analogia as condições insalubres no trabalho, uma vez que a ONU abrangeu neste pacto direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Sendo assim, em seu artigo 10 item 3, está disposto que “...O emprego de crianças e adolescentes, em trabalho que lhes seja nocivo à moral e à saúde, ou que lhes faça

---

<sup>116</sup> BRASIL. Organização Pan Americana da Saúde. **OPAS Brasil**. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=87](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=87)

5. Acesso em: 28 maio 2020

<sup>117</sup> BRASIL. BBC News Brasil. **Coronavírus**: os setes erros que põem Brasil na rota do ‘lockdown’, segundo especialistas. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52551974>. Acesso em: 28 maio 2020



correr perigo de vida, ou ainda que lhes venha prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei.”<sup>118</sup>

Em seu art. 12, §1º consta que “Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”<sup>119</sup>. Levando como base também o art. 189 da CLT, que corrobora um padrão mínimo de proteção aos trabalhadores, o artigo expõe que existe uma regra para ser considerado insalubre os agentes nocivos à saúde, e eles estão exemplificados na Norma Regulamentadora 15 do Ministério do Trabalho.

Esta norma também faz analogia com as condições insalubres no trabalho, uma vez que relata exatamente a preocupação com agentes nocivos à saúde e ao bem-estar dos empregados.

São alguns os casos de insalubridade, (i) o limite de tolerância para ruído contínuo ou intermitente é de no máximo 115 dB em até 7 minutos<sup>120</sup>, após esse valor o ruído causa impacto e prejudica o trabalhador; (ii) outra forma é o limite informado inferior a um segundo, a intervalos superiores a um segundo de ruído de impacto que apresenta picos de energia acústica<sup>121</sup>;

O outro fator de insalubridade (iii) corresponde à exposição ao calor, definida pelo Índice de Bulbo Úmido do Termômetro de Globo (IBUTG), na Norma Regulamentadora 15 há várias tabelas para o tipo de atividade no sol, seja em ambientes internos ou externo sem carga solar ou com ambientes externos com carga

---

<sup>118</sup> BRASIL. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, 16 de dezembro de 1966

<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Economicos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020

<sup>119</sup> Idem

<sup>120</sup> BRASIL. NR 15. **Atividades e Operações insalubres**. Limites de tolerância para ruído contínuo ou intermitente. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR15-ANEXO1.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020

<sup>121</sup> Idem



solar<sup>122</sup>; o penúltimo exemplo (iv) consiste no limite de tolerância para poeiras mineiras, no qual, a Norma Regulamentadora 15 expõe várias possibilidades de tolerância<sup>123</sup>. Por fim, (v) o último parâmetro para regular a insalubridade é em relação aos agentes químicos no local de trabalho, a Norma Regulamentadora 15 apresenta algumas tabelas explicativas por limite de tolerância e inspeção no local<sup>124</sup>.

Portanto, o doesto a trabalhos insalubres, além de violar uma das diretrizes da OCDE para empresas multinacionais, prevista em seu capítulo V - como já fora citada anteriormente - infringe também estes dispositivos. Sendo inaceitável que, no contexto internacional, exerçam estas atividades as quais afrontam a saúde de seus trabalhadores, desrespeitando tantas normas básicas de saúde e sobrevivência, colocando vidas em risco.

Com essa abordagem – como são realizadas toda as etapas de atuações processuais e materiais dos PCNs, da mesma forma que a natureza jurídica das semelhanças encontradas nos casos práticos estudados que infringem as diretrizes da OCDE – tem-se uma melhor compreensão de todo o funcionamento dos Pontos de Contato Nacionais e como são feitas suas abordagens para as soluções das denúncias realizadas.

Dessa forma, no próximo capítulo será exposto sobre os PCNs no constante processo de mudanças como um mecanismo quase jurisdicional para solucionar os casos análogos à escravidão moderna.

## **2 O PCN COMO MECANISMO QUASE JURISDIONAL AINDA EM CONSTRUÇÃO PARA SOLUCIONAR OS CASOS ANÁLOGOS À ESCRAVIDÃO MODERNA OCASIONADOS PELAS EMPRESAS MULTINACIONAIS**

---

<sup>122</sup> Idem

<sup>123</sup> Idem

<sup>124</sup> Idem



## 2.1 O constante processo de mudanças dos PCNs para otimizar as soluções às denúncias realizadas

Frente à incidência de constantes relatos de práticas análogas à escravidão pelas empresas multinacionais, a existência de um PCN como órgão quase jurisdicional que atua e se dedica às questões de justiça social, combatendo ativamente essa prática, dentro de um cenário capitalista, é primordial.

Por ser um órgão que trata de demandas sobre a efetividade das diretrizes da OCDE para com as empresas multinacionais, requerer que exista relações maiores de diálogos com as partes envolvidas, com os sindicatos, com as associações empresariais, dentre outros - isso facilita e otimiza as soluções às denúncias de inobservâncias realizadas. Uma vez que, é por meio dessa mediação que se chega a um acordo<sup>125</sup>.

Como é o caso do PCN Brasil, dispõe o art. 2º, IV, “b”, do decreto nº 9.874, o PCN é um:

Órgão de assessoramento destinado a: acompanhar as discussões da OCDE sobre a implementação das diretrizes e eventuais negociações complementares e adotar, no que couber, os instrumentos que a República Federativa do Brasil aceitar. b) oferecer instância de mediação para encontrar uma solução não judicial entre as partes, quando houver alegações contra as operações de uma multinacional.<sup>126</sup>

Outro ponto positivo dos PCNs, que se caracteriza pela sua constante evolução e melhora, são os relatórios anuais. Todo o ano, são realizados esses relatórios para promover e averiguar a eficácia das diretrizes para com as empresas multinacionais<sup>127</sup>. São discutidos e repassados todos os casos analisados ao longo do

---

<sup>125</sup> OECD. **Direct Investments Ombudsman**. National Contact Point (NCP) for OECD. Disponível em: <http://oid.economia.gov.br/en/menus/13>. Acesso em: 16 maio 2020

<sup>126</sup> BRASIL. **Decreto nº 9.874, de 27 de junho de 2019**. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-9.874-de-27-de-junho-de-2019-179414815>. Acesso em: 16 maio. 2020

<sup>127</sup> BRASIL. Ministério da Economia. **Ambiente em Migração**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional>. Acesso em: 06 mar. 2020



ano, as soluções encontradas, o que deu certo, o que precisa ser melhorado e, ao final, é feita sua publicação.

Além disso, os PCNs buscam sempre se aperfeiçoarem em reuniões que ocorrem duas vezes a cada semestre, no qual são levantados os casos, as possíveis soluções e a averiguação da implementação das diretrizes para com as empresas multinacionais, como está disposto no art. 5º deste mesmo decreto.

Art. 5º O Ponto de Contato Nacional para a Implementação das Diretrizes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico para as Empresas Multinacionais se reunirá em caráter ordinário duas vezes a cada semestre e em caráter extraordinário sempre que um de seus membros solicitar<sup>128</sup>.

Após toda a análise processual e material realizada pelos PCNs com relação as denúncias aceitas – como já fora exposto neste artigo – tem que ser feita uma publicação com o relatório final, informando como foi o trâmite do processo, quais foram os acordos feitos, se a mediação foi sucedida, informações sobre a natureza e os resultados das atividades, como consta o art. 10 deste decreto,

Art. 10. O Ponto de Contato Nacional para a Implementação das Diretrizes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico para as Empresas Multinacionais divulgará os relatórios finais sobre o tratamento das questões de que trata o inciso IV do **caput** do art. 2º, ressalvados os aspectos de sigilo ou confidencialidade indicados pelas partes.<sup>129</sup>

A exemplo dos processos concluídos no Brasil, que se encontram no sítio do Ministério da Economia<sup>130</sup> - o PCN publica a análise final de todas as alegações de inobservância das denúncias apresentadas, informando se já foram concluídas, estão

---

<sup>128</sup> Idem

<sup>129</sup> Idem

<sup>130</sup> BRASIL. Ministério da Economia. **Ambiente em Migração**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional>. Acesso em: 06 mar. 2020





em curso ou se não foram aceitas, além de conter determinados documentos para que terceiros entendam os respectivos casos e suas conclusões.

Esta forma de relatório, além de trazer publicidade ao caso, pode auxiliar os outros PCNs na busca por soluções para casos semelhantes de inobservâncias às diretrizes da OCDE, uma vez que os casos já concluídos, muitos obtiveram mediações com sucesso e estas podem servir de base para novas soluções de casos parecidos.

Em se tratando ainda do constante processo de evolução dos PCNs, a OCDE disponibiliza, como o próprio nome fala, as melhores práticas/diretrizes em seu site<sup>131</sup>. A título de exemplo, a matéria publicada, em 20 de abril de 2020, na qual aborda o surto da nova pandemia - o covid-19 – como aplicar boas práticas regulatórias em meio à crise, uma vez que esse vírus teve um impacto muito grande em toda a sociedade, refletindo em diversas mudanças, até nas relações trabalhistas.<sup>132</sup>

Auxiliando, além das empresas, também os próprios PCNs, na utilização de novas tecnologias para uma melhor regulamentação, a eficácia das medidas adotadas, dentre outros.

Citando caso parecido, nova matéria sobre a parceria de organizações internacionais para o estabelecimento de regras internacionais eficazes com a OCDE, no qual as Organizações Internacionais (OIs) “facilitam a cooperação e coordenação entre seus membros e desempenham um papel fundamental dos desafios transfronteiriços”<sup>133</sup>. Além de “trocar boas práticas e promover maior qualidade, eficácia e impacto na regulamentação internacional”<sup>134</sup>, servindo como auxílio aos PCNs sobre implementação, monitoramento de processos internacionais, dentre outros.

---

<sup>131</sup> Idem

<sup>132</sup> Idem

<sup>133</sup> OECD. **The Partnership of international organisation for effective international rulemaking.** Disponível em: <https://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/a-partnership-for-effective-international-rule-making.htm>. Acesso em: 01 jun. 2020

<sup>134</sup> Idem



Em suma, o PCN como um organismo quase jurisdicional é uma outra alternativa efetiva para o combate à escravidão moderna. Tem como objetivo nortear as diretrizes da OCDE, que são de aceitação universal, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social de forma sustentável<sup>135</sup>, além de promover um diálogo próximo e constante com a sociedade civil, com o governo e outros PCNs.

Cobra em relevo destacar que, como recente órgão jurídico, ele encontra-se em constante mudança para otimizar as soluções às denúncias realizadas. Fato esse, que pode ocasionar em uma certa transparência limitada ao acesso à informação para com as empresas multinacionais que apresentam inobservâncias às diretrizes da OCDE.

## **2.2 A transparência limitada dos PCNs sobre o acesso à informação para com as empresas multinacionais que violam as diretrizes da OCDE**

Da análise exordial, tendo como base o órgão jurídico PCN como um mecanismo em constante processo de mudanças e evolução para a erradicação da escravidão moderna, bem como para otimizar as soluções às denúncias de inobservâncias das diretrizes da OCDE, impende em considerar o acesso à informação - como é feita a publicidade dos casos analisados e a sua transparência.

Como já fora explanado neste artigo, há algumas etapas para que sejam feitas as análises processuais para aceitação ou não das denúncias realizadas aos PCNs. No momento de aceitação dos casos até a tão esperada conclusão – que na maioria das vezes obtêm êxito – os PCNs buscam trabalhar com transparência.

---

<sup>135</sup> BRASIL. Ponto de Contato Nacional do Brasil. **Manual de Procedimentos para Instâncias Específicas**. 2019. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/produtos/formularios/pcn-manual-de-procedimentos-para-instancias-especificas.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2020



Contudo, consta no livro das diretrizes que este organismo jurídico fica limitado ao acesso à informação, haja vista a publicidade dos casos ser restrita. Como está disposto na segunda parte, no item sobre as Orientações Processuais:

4. Enquanto os procedimentos previstos no nº 2 estão em curso, a confidencialidade dos procedimentos será mantida. Na conclusão dos procedimentos, se as partes envolvidas não concordaram com a resolução das questões levantadas, eles são livres para se comunicar e discutir essas questões. Contudo, informações e opiniões fornecidas durante o processo por outra parte envolvida permanecerão confidenciais, a menos que outra parte concorde com a sua divulgação, ou isso seria contrária às disposições da lei nacional<sup>136</sup>.

A publicidade restrita, também demonstrada na segunda parte das diretrizes, mas no tópico de Comentário sobre Procedimentos de Implementação, há um item que aborda sobre transparência:

Transparência. Assim, como princípio geral, as atividades dos PCNs serão transparentes. No entanto, quando o PCN oferece os seus “bons ofícios” na implementação das Diretrizes em instâncias superiores, será do interesse de sua eficácia adotar medidas apropriadas para estabelecer a confidencialidade dos procedimentos<sup>137</sup>.

Nesta mesma parte, só que no tópico sobre Transparência e Confidencialidade, há mais uma reiteração sobre transparência ao acesso à informação. O tópico 38 descreve que:

O parágrafo C-4 do Procedimento Guiado, reconhece que existem circunstâncias específicas em que a confidencialidade é importante. O PCN tomará as medidas apropriadas para proteger informações confidenciais comerciais. Igualmente, outras informações, como a identidade das pessoas envolvidas nos procedimentos, devem ser mantidas confidenciais, no interesse da implementação efetiva das Diretrizes. Assim, enquanto o parágrafo C-4 amplamente sublinha que os procedimentos associados à implementação serão

---

<sup>136</sup> OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises. Paris:** OCDE Publishing. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020

<sup>137</sup> Idem



confidenciais, os resultados normalmente serão transparentes<sup>138</sup>.

Em suma, a publicidade dos casos aceitos pelos PCNs está relacionada com uma certa restrição em sua transparência. Uma vez que, existem exigências na forma de como são repassadas, ao público, todas as informações obtidas e coletadas ao longo do processo de análise para com as denúncias de inobservâncias das diretrizes da OCDE.

Nesse sentido, por mais que a OCDE determine que os PCNs busquem uma linha tênue entre todas as informações obtidas ao longo dos casos e a publicidade que se dará quando eles forem concluídos, não há necessidade de limitar tanto o acesso à informação.

No Brasil, os processos dos órgãos de controle externo, como o Tribunal de Contas da União (TCU), o Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF), assim como outros tribunais, a exemplo do Tribunal Regional Federal (TRF1), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Supremo Tribunal Federal (STF), dentre outros – cabe destacar também a arbitragem de investimentos<sup>139</sup> - são todos públicos, ressalvadas as hipóteses em que proteger um bem jurídico seja maior do que o direito da sociedade de ter acesso à informação.

Em analogia com a lei 12.527/2011 que retrata sobre o acesso à informação (LAI), está disposto em seu art. 6º que “cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a: I - gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação;”<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> Idem

<sup>139</sup> ITALAW. **A título de exemplo, quase todos os laudos arbitrais encontram-se em:** Itlaw.

Disponível em: <https://www.italaw.com/>. Acesso em: 01 jun. 2020

<sup>140</sup> BRASIL. **Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 21 maio 2020



Da mesma maneira que, em seu art. 10 “qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.”<sup>141</sup>

O Senado Federal disponibilizou em seu site explicações sobre a LAI, na parte em que aborda o acesso à informação pública, ressalta que:

Todos têm direito de receber dos órgãos e entidades públicas informações de interesse particular ou público. Não basta que a Administração divulgue suas ações. É necessário também que responda a pedidos de acesso a informações específicas. Para que isso aconteça, o pedido precisa ser processado e o requerente deve receber as informações requeridas, conforme os prazos e procedimentos estabelecidos na lei.<sup>142</sup>

Nessa linha, até pelo fato do PCN Brasil estar subordinado ao Ministério da Economia, a publicidade deveria ser maior. Muitas denúncias de violações às diretrizes da OCDE já foram publicadas em outros sites expondo os casos e empresas multinacionais que agiram com inobservância. Como são os casos das violações das empresas Adidas<sup>143</sup> e Nike<sup>144</sup> que obtiveram essa matéria exposta em diversos sítios, contudo, no site da OCDE as informações foram mínimas.

Cumpre sublinhar, a denúncia que circundou o PCN brasileiro sobre as explorações de mão de obra escrava nas fazendas de café no Sul de Minas Gerais. Este caso já foi exposto no artigo, contudo, mesmo com a publicidade de outros sites

---

<sup>141</sup> Idem

<sup>142</sup> BRASIL. **Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 21 maio 2020

<sup>143</sup> OECD. **CCC vs. Adidas, PCNs da Áustria e Alemanha**. Disponível em:

[https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_27](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_27). Acesso em: 21 jan. 2020

<sup>144</sup> OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano**. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019



sobre o ocorrido, como a exemplo da própria Conectas<sup>145</sup> e do site *The Washington Post*<sup>146</sup>, bem como, fora exposto acima sobre a importância da LAI; no site da OCDE<sup>147</sup> apenas encontra-se informações ínfimas de um caso tão importante - que retrata as condições análogas à escravidão sofridas pelos trabalhadores, além de conter a participação de seis empresas multinacionais.

Durante esta pesquisa, tentou-se entrar em contato, diversas vezes, com algum dos representantes do PCN Brasil, com o objetivo de extrair informações sobre a denúncia em tela. Fora elaborado um questionário que continha algumas indagações<sup>148</sup>.

Por exemplo: quais foram as medidas utilizadas para obter os dados de outras denúncias feitas por explorações semelhantes?; quais as soluções para que a empresa Nestlé seja mais transparente? Haja vista que houve controvérsia no discurso dessa multinacional; qual foi a medida adotada pelo PCN brasileiro? quais foram as medidas adotadas pela Conectas?

Nesse esboço, diante da transparência limitada dos PCNs, não foi possível a obtenção de nenhuma dessas indagações. O motivo alegado fora de que o caso é sigiloso e ainda não pode ser levado ao público, apenas quando o PCN do Brasil emitir sua declaração final.

---

<sup>145</sup> OECD. Conectas Direitos Humanos. Trabalho escravo em fazendas de café em MG é denunciado na OCDE. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/trabalho-escravo-cafe-minas-gerais-ocde>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>146</sup> Idem.

<sup>147</sup> OECD. Nestlé, Jacobs Douwe Egberts, Mc Donald's, Dukin Donuts, Starbucks and Illy, and Articulation of Rural Employees of the State of Minas Gerais (ADERE-MG), PCN do Brasil. Disponível em: <http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/br0026.htm>. Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>148</sup> Questionário completo nas páginas 55 a 57 da presente pesquisa



Em busca de esclarecimentos sobre esta denúncia, que retrata a escravidão moderna, entrou-se em contato com o sistema eletrônico do serviço de informação ao cidadão (e-SIC)<sup>149</sup> com o objetivo da obtenção de respostas.

Após um mês, o e-SIC manifestou-se a respeito das perguntas formuladas. Recapitulou a criação do PCN, como é a sua forma de resolver as denúncias repassadas, como um órgão jurídico, bem como descreveu o caso das fazendas de café, “no que diz respeito à **Alegação nº 02/2018**, trata-se de um dos casos mais complexos do PCN Brasil, por envolver várias empresas de diferentes nacionalidades e em uma longa e complexa cadeia de suprimento global.”<sup>150</sup>

Finaliza a resposta informando que

No dia 11 de março de 2020, o Relator apresentou o caso na reunião do colegiado, oportunidade em que os membros do GTI-PCN acompanharam a sugestão do Relator de solicitar documentos adicionais às empresas. A Alegação segue em análise e tão logo o caso seja concluído o Ponto de Contato Nacional (PCN) se manifestará por meio da sua Declaração Final.<sup>151</sup>

Além de recomendar alguns links que poderiam ser úteis para um melhor entendimento sobre o trabalho do PCN do Brasil, tal como outros sítios que relataram esta denúncia.

Por outro giro, a transparência para com o acesso à informação deveria ser completa - salvo em casos que fossem comprovados a necessidade do sigilo. Para não haver tanta exposição, antes da decisão final, poderia ter o corte determinados nomes, números, que são mais sensíveis às denúncias, porém, a publicidade dos casos não deveria ser resguardada.

---

<sup>149</sup> BRASIL. ESIC, CGU. **E-SIC, Sistema eletrônico do serviço de informação ao cidadão**. Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/site/index.aspx>. Acesso em: 23 mar. 2020

<sup>150</sup> BRASIL. ESIC, CGU. E-SIC, Consulta do pedido. **Número de protocolo 03006004886202051**. Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/Pedido/ConsultaPedido.aspx>. Acesso em: 23 abr. 2020

<sup>151</sup> BRASIL. ESIC, CGU. E-SIC, Consulta do pedido. **Número de protocolo 03006004886202051**. Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/Pedido/ConsultaPedido.aspx>. Acesso em: 23 abr. 2020



Uma vez que, além de ser provável que a denúncia circunde em outras plataformas, a transparência ajudará na imagem das empresas multinacionais, haja vista que assim, podem comprovar publicamente que não estão envolvidas dessa forma com práticas trabalhistas abusivas, de escravidão moderna, e podem comprovar também que, caso isso ocorra, há esforços e buscas por melhorias para reverter a situação e cercear as práticas análogas à escravidão.

Em vista do que já foi expendido, os PCNs detêm de uma transparência limitada para com o acesso à informação sobre as denúncias de violações às diretrizes da OCDE. Fato esse que não deveria ocorrer, em virtude da importância que existe a publicidade dos casos, o conhecimento por parte da sociedade sobre o que está acontecendo com as empresas estrangeiras instaladas em seus respectivos países – assim como, também não há de prejudicar as partes com dados mais vulneráveis nas denúncias.

Por conseguinte, buscou-se neste capítulo abordar diversas maneiras de como os Pontos de Contato Nacionais estão em constante processo de mudanças na busca em solucionar as denúncias de violações às diretrizes da OCDE.

Assim como, ressalta-se que, por conta destas mudanças, o PCN ainda passa por um processo de amadurecimento em relação a divulgação limitada de informações dos casos aceitos - a título de exemplo, a pesquisa de campo que fora realizada com relação a denúncia feita em desfavor das empresas multinacionais que adquiriram o café advindo de fazendas no Sul de Minas Gerais que praticavam trabalhos análogos à escravidão moderna.

## CONCLUSÃO





A erradicação da escravidão moderna é uma constante luta na sociedade, desde muito tempo. Por mais que, atualmente, tenha-se uma maior consciência por parte das empresas multinacionais em respeitarem os direitos humanos e as relações trabalhistas existentes, ainda são praticados diversos abusos nestas áreas. Dessa forma, a plena efetividade de órgãos mobilizados para aferição e cerceamento da escravidão, no contexto internacional, é de extrema relevância

O presente artigo se propôs a analisar os Pontos de Contato Nacionais como um organismo quase jurisdicional, ainda em construção, que busca solucionar as denúncias de violações às diretrizes da OCDE - em especial, referentes aos casos de escravidão moderna.

O estudo mostrou como são feitas todas as etapas materiais – os critérios utilizados para investigação de casos análogos à escravidão; as medidas utilizadas pelos PCNs para as soluções de conflitos; os questionamentos sobre possíveis medidas coercitivas para multinacionais que não seguem as indicações estabelecidas – e processuais – como as etapas de investigação; e a verificação processual das denúncias recebidas.

Verificou-se, ainda, semelhanças encontradas com base em quatorze casos práticos que infringem as diretrizes da OCDE, assim como a constatação do PCN como um órgão em construção que otimiza as soluções para com as denúncias oferecidas, mas que ainda se encontra com divulgação limitada do acesso à informação sobre os casos em análise.

Por ainda ser um sistema “recente”, encontra-se em constante mudança sua eficácia no combate à escravidão moderna. Dessa maneira, estando continuamente em evolução, a transparência na publicidade dos casos aceitos e ainda não concluídos, deveria melhorar.

Nessa linha, salvo em hipóteses constitucionais ou comprovadas de que deve haver sigilo, o acesso a informação é primordial, tanto para a sociedade ter



conhecimento quanto para as empresas que estão sendo acusadas, uma vez que estas podem utilizar-se dessa divulgação para realizarem uma melhor defesa ou poderem explicar-se sobre as denúncias feitas

Em última análise, questiona-se uma mudança de melhor transparência do acesso a informação das denúncias recebidas pelos Pontos de Contato Nacionais. Reitera-se a importância e a contribuição destes na otimização de soluções das violações às diretrizes da OCDE, em destaque para as práticas trabalhistas abusivas, que se caracterizam, atualmente, como escravidão moderna.

**Questionário realizado, em 21 de novembro de 2019, a ONG Conectas Direitos Humanos para obtenção de respostas com relação à denúncia recebida pelo PCN Brasil, que circundou o caso de trabalho análogo à escravidão ocorrido nas fazendas de café no Sul de Minas Gerais, tendo como participação as empresas multinacionais: Nestlé, Jacobs Douwe Egberts, McDonald's, Dunkin Donuts, Starbucks e Illy.**

19. Como que é feito o trabalho do PCN Brasil quando recebe alguma queixa? Como que ocorre a verificação?

20. Diante do presente caso, quais foram as propostas de soluções desenvolvidas pela Conectas? Como o caso foi recebido por vocês?

21. De acordo com a matéria publicada no site de vocês “As empresas multinacionais envolvidas são: a Nestlé; a Jacobs Douwe Egberts; o McDonald’s; a Dunkin’ Donuts; o Starbucks e a Illy. Essas empresas não são transparentes na implementação de mecanismo periódicos de verificação. Elas foram procuradas pela Conectas mas não responderam aos questionamentos da organização sobre a transparência de suas relações com empresas violadoras de direitos e sobre a



permanência de fazendas citadas nas denúncias em seu rol de fornecedores.”<sup>152</sup> Como que vocês lidaram com o silêncio dessas empresas? Quais foram as medidas utilizadas para obter os dados de outras denúncias feitas por explorações semelhantes?

22. “Em 2016, a organização holandesa Danwatch identificou que a Nestlé comprou café de fazendas nas quais o grão era colhido sob condições análogas à escravidão. Procurada pela Conectas, a Nestlé informou que ‘não tolera violações dos direitos trabalhistas, o que inclui o trabalho forçado e/ou análogo ao escravo’, mas não respondeu aos questionamentos específicos sobre a transparência de sua cadeia de produção e sobre a relação com fazendas violadoras.”<sup>153</sup>

23. O caso se repetiu 3 anos depois, novamente com a compra de café nas fazendas sob condições análogas à escravidão, no atual caso, no sul de Minas Gerais, gerando controvérsia no discurso feito pela Nestlé. Qual a solução para que a empresa seja mais transparente?

24. “A Starbucks, por sua vez, também admitiu ter adquirido café da cooperativa Cooxupé, mas demonstrou que o café não havia sido colhido em fazendas violadoras. Neste ano, porém, 18 trabalhadores foram resgatados de uma das fazendas certificadas pela Starbucks, onde eram expostos a condições degradantes de trabalho.”<sup>154</sup> O PCN brasileiro adotou alguma medida?

---

<sup>152</sup> OECD. **Conectas Human Rights & ADERE MG v. coffee sellers, PCN Brasil** (caso pendente iniciado em 21/08/2018). Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>153</sup> Idem

<sup>154</sup> THE WASHINGTON POST. **The hidden suffering behind he Brazilian coffe that jump-starts American mornings**. Disponível em: [https://www.washingtonpost.com/world/the\\_americas/the-hidden-suffering-behind-the-brazilian-coffee-that-jump-starts-american-mornings/2018/08/30/e5e5a59a-8ad4-11e8-9d59-dccc2c0cabcf\\_story.html?noredirect=on](https://www.washingtonpost.com/world/the_americas/the-hidden-suffering-behind-the-brazilian-coffee-that-jump-starts-american-mornings/2018/08/30/e5e5a59a-8ad4-11e8-9d59-dccc2c0cabcf_story.html?noredirect=on). Acesso em: 16 jun. 2019



25. “Os queixosos buscam mediação do PCN brasileiro para obter algum tipo de remédio para as vítimas.” Além de que “A ADERE e a Conectas pedem que as seis marcas forneçam reparação às vítimas e trabalhem em colaboração com os reclamantes e outras partes interessadas para desenvolver um plano de ação conjunto para evitar futuros casos de escravidão moderna nas fazendas de café em Minas Gerais.”<sup>155</sup> O que já foi feito? E o que ainda falta ser feito?

26. “Os queixosos afirmam que, embora algumas empresas tenham respondido, nenhuma divulgou sua lista de fornecedores, nem indicou medidas adotadas para garantir a reparação das vítimas e corrigir normas e políticas diante de falhas do passado.”<sup>156</sup> Como que ficou essa situação? A Conectas adotou alguma medida?

27. Você acredita que há casos de omissão, pelo PCN brasileiro em relação a exploração de trabalhadores em condições análogas à escravidão por empresas multinacionais? Pois não há muitos relatos no site da OCDE, ou não são todos os casos que podem ser públicos?

## REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Cláudio. **Direitos Humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas S.A. 2014.

BRASIL. Senado Federal. **Planos brasileiros de erradicação**. História dos planos brasileiros de erradicação do trabalho escravo. Disponível em:

---

<sup>155</sup> OECD. **Conectas Human Rights & ADERE MG v. coffee sellers, PCN Brasil** (caso pendente iniciado em 21/08/2018). Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 16 jun. 2019

<sup>156</sup> THE WASHINGTON POST. **The hidden suffering behind he Brazilian coffe that jump-starts American mornings**. Disponível em: [https://www.washingtonpost.com/world/the\\_americas/the-hidden-suffering-behind-the-brazilian-coffee-that-jump-starts-american-mornings/2018/08/30/e5e5a59a-8ad4-11e8-9d59-dccc2c0cabcf\\_story.html?noredirect=on](https://www.washingtonpost.com/world/the_americas/the-hidden-suffering-behind-the-brazilian-coffee-that-jump-starts-american-mornings/2018/08/30/e5e5a59a-8ad4-11e8-9d59-dccc2c0cabcf_story.html?noredirect=on): Acesso em: 16 jun. 2019



<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/trabalho-escravo/combate-ao-trabalho-escravo/planos-brasileiros-de-erradicacao.aspx>. Acesso em: 04 mar. 2020.

BRASIL. **Ministério Público do Trabalho**. Disponível em: <https://mpt.mp.br/>. Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.874, de 27 de junho de 2019**. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-9.874-de-27-de-junho-de-2019-179414815>. Acesso em: 16 maio. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. **Ponto de Contato Nacional**. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional>. Acesso em: 11 maio 2020.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **O Brasil e a OCDE**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. **Ambiente em Migração**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional>. Acesso em: 06 mar. 2020.

BRASIL. Ponto de Contato Nacional do Brasil. **Manual de Procedimentos para Instâncias Específicas**. 2019. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/produtos/formularios/pcn-manual-de-procedimentos-para-instancias-especificas.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2020.

BRASIL. BBC News Brasil. **Coronavírus: os setes erros que põem Brasil na rota do 'lockdown', segundo especialistas**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52551974>. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF reafirma inconstitucionalidade de dispositivo que permitia extração de amianto crisotila**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=363263>. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. NR 15. **Atividades e Operações insalubres**. Limites de tolerância para ruído contínuo ou intermitente. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR15-ANEXO1.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.



BRASIL. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. Organização Pan Americana da Saúde. **OPAS Brasil**. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875). Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 21 maio 2020.

BRASIL. ESIC, CGU. **E-SIC, Sistema eletrônico do serviço de informação ao cidadão**. Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/site/index.aspx>. Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. ESIC, CGU. E-SIC, Consulta do pedido. **Número de protocolo 03006004886202051**. Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/Pedido/ConsultaPedido.aspx>. Acesso em: 23 abr. 2020.

BUSINESS, Human. **Rights Resource Centre**. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/pt/principais-temas>. Acesso em: 26 maio 2020.

FGV. São Paulo of School of Economic. **A OCD como fórum de governança das empresas multinacionais**. 2019. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24817/TD%20488%20-%20CCGL\\_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24817/TD%20488%20-%20CCGL_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 12 jun. 2019.

ITALAW. **A título de exemplo, quase todos os laudos arbitrais encontram-se em:** Italaw. Disponível em: <https://www.italaw.com/>. Acesso em: 01 jun. 2020.

JOLY, Fábio Duarte. **A escravidão na Roma antiga: política, economia e cultura**. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2005.



ONUBR. **Nações Unidas Brasil**. Disponível em:  
<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>. Acesso em: 04 jun. 2020.

OECD. **Direct Investments Ombudsman**. National Contact Point (NCP) for  
OECD. Disponível em: <http://oid.economia.gov.br/en/menus/13>. Acesso em: 16  
maio 2020.

OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises**. Paris: OCDE Publishing. 2011.  
Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 04 jun.  
2020.

OECD. **National Contact Points for the OECD Guidelines for Multinational  
Enterprises**. 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/corporate/mne/ncps.htm>.  
Acesso em: 06 mar. 2020.

OECD. **ICN vs. Adidas Netherlands, PCN da Holanda**. Disponível em:  
[https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_8](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_8). Acesso em: 21 jan. 2020.

OECD. **CCC vs. Nike, PCNs da Áustria e dos Estados Unidos**. Disponível em:  
[https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_26](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_26). Acesso em: 21 jan. 2020.

OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises. Paris**: OCDE Publishing. 2011.  
Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. Acesso em: 23  
maio 2020.

OECD. **Conectas Human Rights & ADERE MG v. coffee sellers, PCN Brasil**  
(caso pendente iniciado em 21/08/2018). Disponível em:  
[https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 16 jun. 2019.

OECD. **Mining Watch Canada e outros vs. Barrick Gold Corporation, PCN do  
Canadá**. Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_210](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_210). Acesso  
em: 15 jan. 2020.

OECD. **Nestlé, Jacobs Douwe Egberts, Mc Donald's, Dukin Donuts, Starbucks  
and Illy, and Articulation of Rural Employees of the State of Minas Gerais  
(ADERE-MG), PCN do Brasil**. Disponível em:  
<http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/br0026.htm>. Acesso em: 16 jun.  
2019.

OECD. **Panasonic vs. Panasonic Corporation, PCN Japão**. Disponível em:  
[https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_281](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_281). Acesso em: 16 jun. 2019.



OECD. **Conectas Human Rights & ADERE MG v. coffee sellers, PCN do Brasil.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_512](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_512). Acesso em: 15 abr. 2020.

OECD. **Trabalho escravo em fazendas de café em MG é denunciado na OCDE.** Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/trabalho-escravo-cafe-minas-gerais-ocde>. Acesso em: 16 jun. 2019.

OECD. **Chedraui vs. FAT, PCN Americano.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_445](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_445). Acesso em: 17 jun. 2019.

OECD. **KTNCW et all. Vs. Daewoo, PCNs Coreano e Norueguês.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_351](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_351). Acesso em: 17 jun. 2019.

OECD. **CCC vs. Adidas, PCNs da Áustria e Alemanha.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_27](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_27). Acesso em: 21 jan. 2020.

PCN, Holanda. **ICN vs. Adidas Netherlands.** Disponível em: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_8](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_8). Acesso em: 21 jan. 2020.

SALIBA, Graciane Rafisa. **Convenções da OIT e empresas transacionais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

**SUMARY, Executive.** Final Statement on the Request for Review regarding the Operations of China Gold International Recourses Corp. Ltd., at the Copper Polymetallic Mine at the Gyama Valley, Tibet Autonomous Region. **2019.** Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/statement-gyama-valley.aspx?lang=eng#fs3>. Acesso em: 16 jun. 2019.

SAKAMOTO, Leonardo. **Escravidão Contemporânea.** São Paulo: Contexto, 2020.





# O PROBLEMA SOBRE O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS NO ISLÃ: A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS PRINCÍPIOS CORÂNICOS

Orlando Oliveira de Souza Júnior

## RESUMO

O artigo versa desenvolver a análise sobre um conflito baseado na diferença entre Ocidente e Islã, mostra a imposição implícita de uma cultura em detrimento a outra, a adaptar princípios da influência existente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos representada pela atuação pretensiosa de universalização do direito cosmopolita ocidental através da ação da Organização das Nações Unidas de forma a contrastar com os princípios presentes na Declaração Islâmica Universal de Direitos Humanos, na Declaração dos Direitos do Homem no Islã e na Carta Árabe dos Direitos do Homem, valendo-se do método de diálogo multicultural da hermenêutica diatópica e execução do estudo do *topoi* dos direitos humanos individuais a partir da incompletude e impossibilidade desses direitos em definir a comunidade enquanto arena de solidariedades completas, tendo a complexidade societal reduzida à dicotomia entre Estado e sociedade civil; em contraponto, a demasiada eminência de deveres em detrimento de direitos na coletividade do senso comum de uma comunidade islâmica, discriminado nos direitos fundamentais da Sharia.

**Palavras-chave:** Direito Cosmopolita. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Declaração Universal de Direitos Humanos. ONU. Islã. Hermenêutica Diatópica. Ummah. Sharia.

## 1 INTRODUÇÃO

Construções teórico-práticas cortejam a universalização do direito cosmopolita com a Declaração da ONU de 1948, projetam direitos fundamentais e



humanos em âmbitos nacionais após jurisdições internas os adotarem, mas apesar da não aceitação pela totalidade de Estados tangidos pela mesma, o diálogo multicultural é promovido pela hermenêutica diatópica de Santos (2004).

Realizados os aludidos contrastes, passa-se a análise comparada entre Estados numa visão globalmente subalterna *versus* uma visão globalmente hegemônica ou dominante<sup>1</sup> e, na primeira, o Islã se comporta como campo onde o modelo político-administrativo do Estado-nacional secular foi imposto.

Contrastes traçados, são apresentados os fundamentos do Islã clássico, uma perspectiva tradicional, uma modernista e outra *jihadista*<sup>2</sup>, na qual a última, por ser associada ao terrorismo exercido pelo Estado Islâmico torna possível adentrar aos conceitos da Nação Islâmica, a *Ummah*, e as fontes do direito islâmico, dissociando a imagem construída pelo Ocidente do Oriente islâmico hostil.

Em detrimento aos documentos de direitos humanos no mundo muçulmano, além de fazer uma comparação e análise com o contexto histórico, cultural, social, como também as fontes a qual ambos foram desenvolvidos, são explanados a argumentação de um *topoi* da *Ummah*<sup>3</sup>, os direitos fundamentais do homem no Islã e o esforço para assimilar o paradigma dos direitos humanos na Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, na Declaração dos Direitos do Homem no Islã e na Carta Árabe dos Direitos do Homem.

## 2 DIREITO COSMOPOLITA E O CARÁTER UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS

---

<sup>1</sup> AYOUB, Mohammed. Making Sense of Global Tensions: Dominant and Subaltern Conceptions of Order and Justice in the International System. *International Studies*, [s.l.], v. 47, n. 2-4, 2010, p. 130

<sup>2</sup> NURUZZAMAN, Mohammed. Western and Islamic International Theories. *International Studies*, [s.l.], v. 55, n. 2, 2018, p. 115-124

<sup>3</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 118



As relações internacionais são marcadas pela ação ocidental em prol do desenvolvimento, modernizando o mundo de forma universalizadora, levando a nível global a ruptura de barreiras, o aumento do fluxo comercial. O capitalismo ocidental é, por ora, resultante da pretensão de universalização do direito cosmopolita, estudado por Immanuel Kant, que aqui se equivale a uma fonte para cosmopolitismo político, que se caracteriza pela terra como pertence comum e universalização do comércio, pois assim prevaleceria a paz<sup>4</sup>, e também de

Recursos histórico-culturais, entre eles a primazia da individualidade, da liberdade, da isonomia, do acesso e da manutenção da propriedade privada e da racionalidade de fundo epistêmico, como fontes de ruptura com as tradições pré-modernas, sendo tratados como universais. (VIEIRA, 2019)<sup>5</sup>

Por ideais iluministas, e acontecimentos históricos como os da Era das Revoluções e a Reforma Protestante, estabeleceu-se a Modernidade ocidental com grande potencial de ruptura, de caráter emancipatório, democrático e secular. Aqui neste período, foram postos a novas compreensões os conceitos tidos até então sobre religião, relações econômicas ou políticas que sejam.

A ilustração é a saída do homem de sua menoridade, da qual ele é o próprio responsável. A menoridade é a incapacidade de fazer uso do entendimento sem a condução de um outro. O homem é o próprio culpado dessa menoridade quando sua causa reside não na falta de entendimento, mas na falta de resolução e coragem para usá-lo sem a condução de um outro. Sapere aude! ‘Tenha coragem de usar seu próprio entendimento’ – esse é o lema da ilustração. (VIEIRA, 2019)<sup>6</sup>

O caráter emancipatório da modernidade reside onde ações individuais da autodeterminação do homem são a construção do coletivo, ou seja, o todo é apenas uma formação da particularidade e, como no âmbito religioso o homem, indivíduo,

---

<sup>4</sup> KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2004

<sup>5</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019, p. 17-18

<sup>6</sup> KANT, Immanuel. O que é a ilustração. In: WEFFORT, Francisco (Org.). **Os Clássicos da Política**. Vol. 2, São Paulo: Ática, 1993, p. 83-84.



se prestava ao coletivo, foi sobre a liberdade de crença, de culto e/ou de expressão em específico que num primeiro momento a modernidade se voltou. Já por democrático, Vieira (2019, p. 23) cita um bom exemplo estadunidense, da Constituição na qual os *Founding Fathers* a priori não se preocupavam exatamente com a construção de um regime democrático, mas que houvesse um regime republicano em que a cidadania fosse “plural e racional” garantida pelo Direito e o Estado Constitucional, que mais tarde deu abertura ao “sentido de nacionalidade”, que “atendeu ao universalismo, mas restritamente, dentro dos limites territoriais sujeitas à autoridade do Estado”<sup>7</sup>.

A primeira vez que a palavra secularização foi enunciada fora dos muros e dos textos da igreja católica [...], foi para nomear o *processo jurídico-político* de desapropriação dos bens eclesiais em favor dos poderes seculares (PIERUCCI, 1998)<sup>8</sup>

De modo geral, a secularização ocorre quando instituições, crenças e práticas religiosas, por exemplo, são sistematicamente submetidas e substituídas pela razão e pela ciência; está associada a todo o arcabouço de liberdade, individualidade e racionalidade, baseados mais uma vez nos ditos kantianos sobre o direito cosmopolita.

O direito internacional de cunho cosmopolita se dá na construção de algo como uma associação, uma ordem, tendo sido exacerbado após a Segunda Guerra Mundial com o fortalecimento de órgãos internacionais e principalmente, para compreensão deste escrito, o imperativo das normas dos direitos humanos com a criação da Organização das Nações Unidas, advinda da lapsa Liga das Nações, e a difusão da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

---

<sup>7</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019, p. 24 apud HOBBSAWM, Erich J. **A era das revoluções**. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 194

<sup>8</sup> PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: Da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido. **Rev. bras. Ci. Soc.**, São Paulo, v. 13, n. 37, 1998, p. 66



Passa-se que o projeto de universalidade do direito é questionado porque assume uma “dimensão cultural civilizacionalmente constituída no esforço de dar possibilidade e sentido, num certo e bem diferenciado sentido, ao encontro humano num determinado espaço cultural civilizacionalmente demarcado, e que apenas aí tem e pode ser assumido com esse sentido”<sup>9</sup>

Para mais sobre a constituição do Direito Cosmopolita, a nível de complexidade, é necessário regressar aos ditos de Immanuel Kant sobre a *Paz Perpétua* e a expressão de uma federação para uma ordem universal. A interesse não é exatamente com a interação entre os Estados, mas como os indivíduos se relacionam com os Estados aos quais não são cidadãos. Na teoria política de Kant, o direito cosmopolita, em adição ao direito político e o direito das gentes, faz parte das três relações do direito público<sup>10</sup>. De acordo com a *Crítica da Razão Pura*, a unidade corresponde a um único estado, a pluralidade aos vários estados e a totalidade a todos os seres humanos e estados, sendo assim, são ordenadamente, os direitos do Estado, Internacional e Cosmopolita.

Já na segunda metade do século XX, os conceitos de direito cosmopolita e paz perpétua herdados dos ditos de Kant tomam novamente lugares notórios. A globalização, fator marcante do século passado, havia enfraquecido direitos de cunho básico desde o início das revoluções liberais. Os direitos políticos, por exemplo, foram enfraquecidos, a soberania foi posta em jogo e as pessoas tinham que se sujeitar a instituições que pareciam estar acima do Estado. O cosmopolitismo teve que se adaptar e aderir a responsabilidade fundada na humanidade.

emergiram modelos de cosmopolitismo, tendo como bandeira a responsabilidade compartilhada entre povos, fundada na Humanidade, apresentando como exigências morais: o

---

<sup>9</sup> NEVES, A. Castanheira. **O problema da universalidade do direito**. In: . Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. 3. p. 102.

<sup>10</sup> KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**: um projecto filosófico. Covilhã, 2008. Disponível em: [http://www.lusosofia.net/textos/kant\\_immanuel\\_paz\\_perpetua.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf). Acesso em: 05 maio 2020



combate integrado contra a pobreza, redistribuição além fronteiras; interesse comum global acima dos interesses nacionais; defesa dos direitos humanos a criação de mecanismo eficazes de coibição contra violações. (VIEIRA, 2019)<sup>11</sup>

Para além da perspectiva cosmopolita de Immanuel Kant, na obra *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*, Habermas (2012) valida “o objetivo ideal de uma sociedade justa nas instituições do próprio Estado constitucional”<sup>12</sup>, e os Direitos Humanos deixam de prometer a felicidade coletiva, tratando-se de um imperativo categórico, inviolável. No entanto, o papel da Organização das Nações Unidas, como organização supranacional, seria indispensável para a constituição da democracia cosmopolita<sup>13</sup>, transcendendo os governos nacionais, se responsabilizaria pela efetivação dos direitos humanos no âmbito internacional, incitando a nova percepção de soberania nacional.

Os dispositivos da Declaração Universal dos Direitos Humanos reproduzem a construções jurídico-conceituais de dignidade, personalidade, liberdade individuais, igualdade isonômica e espaço público próprias do Iluminismo, além das garantias sociais desenvolvidas em espaço europeu no século XIX. (VIEIRA, 2019)<sup>14</sup>

Críticas são feitas, assim como para o cosmopolitismo kantiano, ao habermasiano e Vieira (2019) explicita que o tratado pressupondo a universalidade dos Direitos Humanos, a exemplo do artigo primeiro da Declaração e Programa de Ação de Viena da Conferência Mundial de Direitos Humanos<sup>15</sup> “nada mais é que

---

<sup>11</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019. p. 35

<sup>12</sup> HABERMAS, Jürgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Lisboa: 70, 2012. p. 52

<sup>13</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019. p. 52

<sup>14</sup> Ibidem. p. 56

<sup>15</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e Programa de Ação de Viena**, 1993. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declarações-e-Tratados-Internacionais-de-Proteção/declaracao-e-programa-de-acao-de-viena.html>>. Acesso em 06 maio de 2020: “A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o empenho solene de todos os Estados em cumprirem as suas obrigações no tocante à promoção do respeito universal, da observância e da proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, em



uma resposta possível, histórico-culturalmente condicionada, diga-se ocidental, especificamente europeu”<sup>16</sup>

De suma importância, é essencial para o desenvolvimento desta exposição fazer apontamentos sobre o que pressupõe, a historicidade dos direitos humanos e da Declaração Universal dos mesmos. Piovesan (2013, p. 204-210) cita o chamado Direito Internacional de Direitos Humanos, que por ele a dignidade humana como fundamento desses direitos passa a ser incorporada em todos os tratados e declarações, então para além do objetivo de delinear uma ordem pública mundial caracterizando a universalidade, agora é evidente a indivisibilidade desses direitos ao, ineditamente, conjugar o catálogo dos direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais. A autora, em outra obra parafraseia Hannah Arendt e o prisma histórico da Declaração Universal de 48, dizendo que inova bastante a gramática dos direitos humanos, no trecho que sintetiza muito sobre as características dessa concepção contemporânea

Quais direitos? A Declaração afirma a indivisibilidade dos direitos humanos. Nos seus 30 artigos, parte deles traduzem direitos civis e políticos, parte deles traduzem direitos econômicos, sociais e culturais. E o que vem a declaração a impactar na linguagem dos direitos humanos? Vem a dizer: tão importantes quanto os *blue rights* – os direitos civis e políticos – são os *red rights*. Os direitos econômicos, sociais e culturais estão em paridade, em grau de importância. Tão importante quanto a liberdade de expressão é o acesso à saúde, à educação e ao trabalho. Tão grave quanto morrer sob tortura é morrer de fome. Há uma paridade com relação ao eixo liberdade e ao eixo igualdade. Não bastando isso, a visão integral dos direitos humanos, ou seja, a declaração compõe o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos econômicos, sociais e

---

conformidade com a Carta das Nações Unidas, com outros instrumentos relativos a direitos humanos e com o direito internacional. A natureza universal destes direitos e liberdades é inquestionável. Neste âmbito, o reforço da cooperação internacional no domínio dos direitos humanos é essencial para a plena realização dos objetivos das Nações Unidas. Os direitos humanos e as liberdades fundamentais são inerentes a todos os seres humanos; a sua proteção e promoção constituem a responsabilidade primeira dos governos.”

<sup>16</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019. p. 56



culturais, firmando, assim, uma relação de interdependência, inter-relação e indivisibilidade. Não só estão em pé de igualdade, mas um depende do outro. Não há verdadeira liberdade sem igualdade ao passo que há verdadeira igualdade sem liberdade. (PIOVESAN, 2009)<sup>17</sup>

Em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A da Assembleia Geral das Nações Unidas, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos que deixa como patrimônio para a Constituição Federal Brasileira de 1988<sup>18</sup>, por exemplo, Direitos e Garantias Fundamentais presentes no Título II, que em breve serão neste trabalho equiparados aos direitos fundamentais do homem no Islã.

No capítulo I, a partir do Artigo 5º estão pressupostos os Direitos Individuais e Coletivos, como direito à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. No artigo 6º, os Direitos Sociais, à saúde, educação, previdência social, segurança assistência aos desamparados e ao trabalho, lazer, visando a igualdade social. Já no capítulo III, Direito à Nacionalidade, sendo brasileiros os natos ou naturalizados, aos quais o Estado cumpre deveres em relação, devido ao vínculo jurídico político entre ele e o indivíduo. No Capítulo IV, Artigo 14, Direitos Políticos, permitindo ao indivíduo participar de forma ativa dos negócios políticos do Estado e exercer sua cidadania. Por fim, Capítulo V, dos Partidos Políticos, sendo livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana, respeitando alguns preceitos.

---

<sup>17</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: Desafios e Perspectivas Contemporâneas. **TST**, Brasília, v. 75, n. 1, jan/mar. 2009, p. 108

<sup>18</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.





Esses direitos fundamentais têm inúmeras características<sup>19</sup> importantes para demonstrar aqui neste trabalho que são construções sociais fruto de um processo etnocêntrico, ou seja, a visão de mundo Ocidental e sua construção como suspostamente superior ao Oriente islâmico, e são elas: Historicidade, Imprescritibilidade, Irrenunciabilidade, Inviolabilidade, Universalidade, Concorrência, Efetividade, Interdependência e Complementaridade.

A Constituição, como expressão ratificadora dos direitos fundamentais, seria, portanto, o resultado de um processo cultural, um constructo fundado numa certa tradição, visando compensar as arbitrariedades, os abusos e as tensões ao longo da história de uma coletividade, em especial a civilização ocidental. Inspirado em CANOTILHO, os direitos fundamentais são os direitos do ser humano institucionalmente protegidos dentro de um *continuum* (determinados espaço e tempo). (FROTA e VIEIRA, 2016)<sup>20</sup>

Após explanar o que são e quais são os direitos humanos e fundamentais, atestando a propensão dessa ordem cosmopolita que, de cunho ocidental, europeu e hegemônico, acaba por reificar a diferença na multiculturalidade de cada local. É imprescindível explicitar aqui a concepção de outro autor muito importante para a construção do entendimento acerca de uma forma de ver além de todos os ditos de Kant e Habermas demonstrados anteriormente.

---

<sup>19</sup> SILVA, Flavia Martins André da. **Direitos Fundamentais**. DireitoNet, maio de 2006. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>>. Acesso em: 26 de maio de 2020: “Historicidade – os direitos são criados em um contexto histórico, e quando colocados na Constituição se tornam Direitos Fundamentais; Imprescritibilidade – não prescrevem, ou seja, não se perdem com o decurso do tempo, são permanentes; Irrenunciabilidade – não podem ser renunciados de maneira alguma; Inviolabilidade – os direitos de outrem não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa; Universalidade – são dirigidos a todo ser humano em geral sem restrições, independente de sua raça, credo, nacionalidade ou convicção política; Concorrência – podem ser exercidos vários ao mesmo tempo; Efetividade – o Poder Público deve atuar para garantir a efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, usando quando necessário meios coercitivos; Interdependência – não pode se chocar com os Direitos Fundamentais, as previsões constitucionais e infraconstitucionais, devendo se relacionarem para atingir seus objetivos; e Complementaridade – devem ser interpretados de forma conjunta, com o objetivo de sua realização absoluta.”

<sup>20</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; VIEIRA, Porfírio de Castro. Direitos fundamentais e tradição: uma análise sobre a igualdade no direito islâmico e prospectando possíveis diálogos com o direito ocidental. **Revista de Direito Uninovafapi**, v. 1, n. 2, jul/dez. 2016, p. 3 apud CANOTILHO, J.J. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 359



Não uso cosmopolitismo no sentido moderno convencional. Na modernidade ocidental, cosmopolitismo está associado com as ideias de universalismo desenraizado, individualismo, cidadania mundial e negação de fronteiras territoriais ou culturais. [...] Para mim, cosmopolitismo é a solidariedade transnacional entre grupos explorados, oprimidos ou excluídos pela globalização hegemónica. [...] O cosmopolitismo que defendo é o cosmopolitismo do subalterno em luta contra a subalternização. (SANTOS, 2004)<sup>21</sup>

“Tendo como objetivo facilitar o diálogo entre nações multiculturais – desde que os países envolvidos tenham ciência de sua incompletude cultural e que estejam abertos a esse diálogo” (CORRALO; GIRELLI, 2015). Sintetizando em um termo, mas que muito que dizer sobre os direitos humanos universais, Boaventura de Sousa Santos utiliza em sua obra *Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos* o termo ‘hermenêutica diatópica’, um diálogo intercultural objetivando analisar diferentes *topoi/topos* – senso comum de cada comunidade – que só possível levando em consideração cinco premissas:

De forma sucinta, são elas: a) a superação do debate sobre universalismo e relativismo cultural; b) a transformação cosmopolita dos direitos humanos; c) o reconhecimento de que todas as culturas são incompletas e problemáticas; d) o reconhecimento de que cada cultura tem uma concepção diferente de direitos humanos, razão pela qual é necessária a busca por preocupações isomórficas entre as sociedades; e) todas as culturas tendem a distribuir as pessoas e os grupos sociais entre dois princípios: o da igualdade e o da diferença. (CORRALO, 2015)<sup>22</sup>

Antes de propor uma análise do *topoi* da Umma na cultura islâmica, que será objeto de estudo mais à frente neste trabalho, Santos (2004) intenta que é na

---

<sup>21</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 249

<sup>22</sup> CORRALO, Giovani da Silva; GIRELLI, Camile Serraggio. A hermenêutica diatópica como forma de diálogo entre nações multiculturais na aplicação dos direitos femininos na pós-modernidade. **Revista Justiça do Direito**, [s.l.], v. 29, n. 3, p. 375, 10 dez. 2015. UPF Editora. <http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v29i3.5597>.



interpretação dessas máximas, sentidos comuns de cada comunidade, que atua a hermenêutica diatópica

A luta pelos direitos humanos e, em geral, pela defesa e promoção da dignidade humana não é um mero exercício intelectual, é uma prática que resulta de uma entrega moral, afetiva e emocional ancorada na incondicionalidade do inconformismo e da exigência de ação. Tal entrega só é possível a partir de uma identificação profunda com postulados culturais inscritos na personalidade e nas formas básicas de socialização. Por esta razão, a luta pelos direitos humanos ou pela dignidade humana nunca será eficaz se assentar em canibalização ou mimetismo cultural, daí a necessidade do diálogo intercultural e da hermenêutica diatópica. A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os *topoi* de uma dada cultura, por mais fortes que sejam são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível a partir do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objeto inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura, outro noutra. Nisto reside o seu caráter diatópico. (SANTOS, 2004)<sup>23</sup>

### 3 A FORMAÇÃO DOS ESTADOS SUBALTERNOS E OS FUNDAMENTOS DO ISLÃ CLÁSSICO

Os direitos humanos universais merecem ressalvas, por essa dicotomia, deveria ser passível de aplicação em qualquer lugar, sem respeitar fronteiras porosas, relações econômicas, religiosas ou culturais que sejam. Para Santos (2004; 2013) esses direitos universais, como tem sucedido, tenderão sempre a ser um instrumento de ‘choque de civilizações’, e para compreendê-los é preciso se atentar à alguns termos utilizados pelo autor como a globalização hegemônica e a globalização contra-hegemônica, a primeira, tida por ele como a nova fase do capitalismo global,

---

<sup>23</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: BALDI, César Augusto (Org.). Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 256-257



A globalização hegemônica é a nova fase do capitalismo global, constituída pela primazia do princípio do mercado, liberalização do comércio, privatização da economia, desregulação do capital financeiro, precariedade das relações de trabalho, degradação da proteção social, exploração irresponsável dos recursos naturais, especulação com produtos alimentares, mercantilização global da vida social e política (SANTOS, 2004)<sup>24</sup> e a segunda, a globalização contra-hegemônica,

ou globalização a partir de baixo, é constituída pelos movimentos e organizações sociais que, mediante articulações locais, nacionais e globais, lutam contra a opressão capitalista e colonialista, a desigualdade e a discriminação racial e sexual, a destruição dos modos de vida de populações empobrecidas, a catástrofe ecológica, a expulsão de camponeses e povos indígenas dos seus territórios ancestrais por exigência dos megaprojetos mineiros ou hidroelétricos, a violência urbana e rural, a imposição de normas culturais ocidentais e a destruição das não ocidentais, o endividamento das famílias, dos pequenos empresários e dos Estados como forma de controle social e político, a criminalização do protesto social. (SANTOS, 2004)<sup>25</sup>

Reiterando Santos (2004) e o cosmopolitismo do subalterno que o mesmo defende, é sabido que se há no Sistema Internacional divisões explícitas entre países em, por exemplo, Norte e Sul, ricos e subdesenvolvidos, ocidente e oriente. Para continuação da lógica deste artigo, que dialoga com a visão islâmica como contra-hegemonia e o caráter ocidental dos princípios de direitos humanos, será explanada uma nova divisão: visão globalmente subalterna *versus* visão globalmente hegemônica ou dominante.

---

<sup>24</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**. São Paulo: Cortez, 2013. p. 30

<sup>25</sup> Ibidem



A grande maioria dos Estados no Sistema Internacional podem ser considerados subalternos. São vulneráveis devido à experiência colonial e pelo funcionamento do Sistema que detêm grande poderio na mão de poucos Estados, são espaços pós-coloniais epicentros de confrontos violentos, ou seja, boa parte dos conflitos acontecem entre eles e, além do que, a ordem internacional é sustentada pela noção normativa de legitimidade.

Uma grande tensão entre as perspectivas hegemônica e subalterna da ordem internacional pode ser resumida nas seguintes palavras: Enquanto a primeira enfatiza a ordem entre os Estados e a justiça dentro deles, a segunda enfatiza a ordem nos Estados e a justiça entre eles. Essa tensão está diretamente relacionada à diferença no estágio de elaboração do Estado em que esses dois conjuntos de Estados se encontram (AYOOB, 2010)<sup>26</sup>

Ayoob (2010) explica, sucedendo o trecho anterior, que os Estados da Europa ocidental e da América do Norte concluíram com êxito o processo semelhante de formação e construção de Estados. As ameaças internas à segurança desapareceram, a ordem doméstica sendo um dado adquirido, é eliminada a necessidade de coerção interna, e as principais preocupações são de segurança e de caráter externo (terrorismo transnacional e imigração); Já nos Estados subalternos/coloniais mal se adentrou ao caminho da formação do Estado, as estruturas estatais e as instituições políticas são frágeis, os regimes inseguros, há desafios internos à legitimidade das fronteiras e à autoridade de regimes são generalizados, muitos sofrem ameaças secessionistas e irredentista (reflexo da natureza arbitrária em que suas fronteiras foram traçadas por seus antigos senhores coloniais), em caso de regime repressivo de base restrita, agrava-se problemas de segurança doméstica, clandestinidade entre

---

<sup>26</sup> AYOOB, Mohammed. Making Sense of Global Tensions: Dominant and Subaltern Conceptions of Order and Justice in the International System. **International Studies**, [s.l.], v. 47, n. 2-4, abr. 2010, p. 130, tradução nossa: "A major tension between the hegemonic and subaltern perspectives of international order can be summarized in the following words: While the former emphasizes order among states and justice within them, the later stresses order within states and justice among them. This tension is related directly to the difference in the stage of state-making that these two sets of states find themselves in".



opponente, obrigação de pegar em armas, esforço para derrubar ordens e fronteiras políticas herdadas de regimes coloniais.

O processo de formação dos Estados que encaixam no grupo subalterno muito conversa com a dificuldade de consolidação estatal ainda no século XX no qual os países do eixo hegemônico já estavam no processo de criação e consolidação de entidades como Organizações Internacionais e neste caso, mais especificamente a Organização das Nações Unidas. Com o caráter normativo do Sistema internacional, logo, a imposição de normas internacionais, os Estados subalternos não tiveram a oportunidade, como os hegemônicos, de expandirem porque precisavam fazê-lo de forma humana e civilizada. A codificação dos Direitos Humanos posto no preâmbulo e no artigo 1º da Carta da ONU, e na Declaração Universal de Direitos Humanos, fez com que ações dos Estados pós-coloniais pudessem resultar na violação de direito civis e políticos. Ayoob (2010) diz que essa intromissão nos assuntos do Estados passou a ser chamada de ‘intervenção humanitária’.

O modelo político-administrativo adotado pelo Estado Nacional secular foi imposto desconsiderando a identidade coletiva do muçulmano ressaltando comportamentos da construção de uma imagem do Orientalismo<sup>27</sup>, vários exemplos no mundo islâmico são citados por Vieira (2019, p. 98-99) dentre eles: a derrubada do primeiro ministro iraniano e sua substituição por Pahlevi em 1953, implementando uma política de “modernização do Irã”, a criação do Iraque como um Estado artificial pelos ingleses, a criação do Estado artificial do Líbano, a ocupação da Argélia pela França (1830) e a desastrosa ação de divisão do território Palestino entre judeus e árabes.

---

<sup>27</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019. p. 97: “Pelo Orientalismo, o Islã é o que o Ocidente vê e acredita. A visão orientalista nada mais é que a expressão de sucessivas invenções cognitivas, de ilusões transformadas, pela crença, em realidade: ora um mundo exótico, místico, idílico, extraordinário e sensual, tratado no século XVIII e início do século XIX, ora um mundo atrasado, radicalmente tradicional e religioso, permeado pela pobreza e ignorância, como ocorreu no final do século XIX e nos séculos XX e XXI”.



Reiterando o conceito de contra-hegemonia tanto de Sousa (2004) quanto de Ayoob (2010) dá-se a importância para a narrativa do Islã como não pertencente ao fenômeno da globalização ocidental hegemônica corroborada como uma nova fase do capitalismo. Para isso, entrará em pauta os fundamentos do islã clássico, desde a difusão da crença, até o movimento não necessariamente religioso que se entende por ele hoje, expondo a pretensão de formar ordem moral universal como ideologia.

No século VII, Mohammad tem uma visão através de um sonho que o arcanjo lhe informou que deveria defender e difundir a crença em um único deus, Alá, sendo Mohammad o principal e verdadeiro profeta. Então, a partir desse dito o Islã começa a se propagar inicialmente pela Península Arábica com a reivindicação de uma religião universal e o impulsionamento de uma ordem moral islâmica.

O Alcorão (verso 30:30) instrui todos os humanos a se conectarem e se envolverem em uma moral universal. Mais especificamente, os versículos (91: 8-10) afirmam: 'Ele (Deus) inspirou [nos seres humanos] o bem ou o mal (natureza) de um ato; quem a purificou (a alma) conseguiu; quem a corrompe certamente falhou'. Deus, assim, enfatiza a consciência humana para seguir o caminho moral. (NURUZZAMAN, 2018)<sup>28</sup>

Em uma visão vasta do mundo, o Islã tem a pretensão de um comando de Deus, a qual introduz um denso contraste com visões seculares do contexto internacional visto do mundo ocidental. A política externa do ponto de vista islâmico é guiada pelo Alcorão e pelas *Hadiths*, conduzida na vida de Maomé e suas ordens em Medina. O Islã não reconhece os Estados como unidades independentes, devido a única ordem que se almeja, logo, a divisão é feita por visões interna e externa do mundo. Respectivamente, a primeira se chama *Dar al-Islam* e a segunda *Dar al-*

---

<sup>28</sup> NURUZZAMAN, Mohammed. Western and Islamic International Theories. **International Studies**, [s.l.], v. 55, n. 2, abr. 2018, p. 114, tradução nossa: "The Qur'an (verse 30:30) instructs all humans to connect to and engage in a universal morality. More specifically, verses (91: 8–10) state: 'He (God) has inspired in [human beings] the good or evil (nature) of an act; whoever has purified it (the soul) has succeeded; one who corrupts it has surely failed'. God thus emphasizes human conscience to follow the moral path."



*Harb*, como ‘morada da paz’ e ‘morada do conflito’. As formas de relacionamento entre esses opostos são sintetizadas pelo que trata Nuruzzaman (2018) em seu artigo, as perspectivas tradicional, modernista e *jihadista*.

A abordagem tradicional foi dominante para definir as relações estrangeiras islâmicas no período de formação do Islã até o século XVIII. A *jihad* – luta contra o território que não segue o Islã, reiterando, o *Dar al-Harb* – é o principal ponto desta abordagem e, segundo o jurista muçulmano Abu Hanifah seria possível converter este território sobre o controle de não-crentes no Islã se o mesmo passasse a ter fronteiras comuns com o tradicional *Dar al-Islam*, se os muçulmanos pudessem viver em paz e segurança, e por uma responsabilidade concedida ao *Dar al-Islam* de pregar a mensagem de Deus conforme o Alcorão, seja pacificamente ou pelo uso da força. Estes artifícios de diminuição do território de não-crentes e aumento de um território islâmico seria necessário para se estabelecer uma *Pax Islamica*. Em suma, esta abordagem depende de interpretações do Alcorão e de *Hadiths*<sup>29</sup>, os muçulmanos não devem ser governados por não-muçulmanos, devem viver sob um califado, numa visão binária de mundo dividida em *Dar al-Harb* e *Dar al-Islam*.

A abordagem modernista surge como reação à tradicional, rejeitando a rigidez entre as dualidades para favorecer um diálogo entre Estado Islâmico e não Estado Islâmico, por verem essa divisão como uma questão temporária e não como um decreto religioso do Alcorão. A base que sustenta provém de que, no século XX, os muçulmanos mantêm relações diplomáticas, políticas, militares e comerciais com países não muçulmanos, como exemplo claro a criação da Organização de Cooperação Islâmica que se dedica a salvaguardar os interesses do mundo muçulmano assim como também promover paz e harmonia internacional, a qual será melhor elucidada em breve neste artigo. As inspirações desta abordagem provêm de

---

<sup>29</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019. p. 103: “São as compilações de ditos e feitos do Profeta, que se tomaram fontes jurídicas à comunidade. Não são meros exemplos de vida (*sira* - *السيرة*), mas tradições com conteúdo profético, ou seja, revelações, reconhecidas pela comunidade de juristas”





dois pensadores, Jamal al-Din al-Afghani e Muhammad ‘Abduh que tem suas posições religiosas conhecida como *ijtihad* – uso da razão para reinterpretar textos e fontes religiosas que tem implicação no mundo real – corroboram com o que o autor do artigo *Western and Islamic International Theories: A Comparative Analysis* fala sobre um ponto importante para esta exposição, a globalização:

É exatamente isso que acontece na era da globalização. Sob a globalização, barreiras culturais e civilizacionais estão perdendo sua relevância, diversas éticas e religiões estão entrando em contato, povos étnicos e raciais diferentes estão coexistindo e interagindo na mesma estrutura sociopolítica e jurídica de um Estado. Aproveitando-se de uma estrutura global livre, de migrações e movimentos humanos ou das políticas deliberadas de alguns governos para incentivar migrações de países pobres para países ricos, muitos muçulmanos agora vivem no Ocidente, o chamado *Dar al-Harb* dos tradicionalistas, com completa segurança para suas vidas e propriedades e garantias para práticas religiosas. (NURUZZAMAN, 2018)<sup>30</sup>

Apesar de sustentarem argumentos consistentes, os pensadores do ramo moderno do Islã não foram capazes de conter a visão de tradicionalistas sunitas e xiitas que renunciaram e prejudicaram a abordagem flexível em voga. A epistemologia de cunho racionalista desgasta a autoridade divina, fomenta o poder ocidental e inibe o estabelecimento de um sistema social islâmico legítimo. Nuruzzaman (2018) cita Khomeini que visa uma nova dualidade descartando *Dar al-Islam* e *Dar al-Harb*, e atacando a povos oprimidos, que seria o Estado Islâmico baseado nas leis do Alcorão contra os opressores que são os Estados ocidentais construídos por uma autoridade não-divina.

---

<sup>30</sup> NURUZZAMAN, Mohammed. Western and Islamic International Theories. **International Studies**, [s.l.], v. 55, n. 2, abr. 2018, p. 120, tradução nossa: “This is what is exactly happening in the age of globalization. Under globalization, cultural and civilizational barriers are losing their relevance, diverse ethics and religions are getting in touch with each other, ethnically and racially different peoples are coexisting and interacting in the same socio-political and legal framework of a state. Taking advantages of a loose global framework of human migrations and movements or the deliberate policies of some governments to encourage migrations from poor to rich countries, many Muslims are now living in the West, the traditionalists’ so-called Dar al-Harb, with complete security for their lives and properties, and guarantees for religious practices.”



A terceira e mais atual perspectiva do Islã é a *jihadista* representada principalmente pela *Al-Qaeda*, baseada no conflito do Ocidente *versus* Islã após os ataques de 11 de setembro nos Estados Unidos. Os *jihadistas* esperam provocar uma mudança global a favor do Islã por meio de um confronto com o Ocidente com hostilidade aberta, especificamente, para os Estados Unidos. Esse pensamento *jihadi* compactua nesta abordagem com o salafismo – movimento comprometido com o renascimento de um Islã autêntico –, o que rebusca a alguns objetivos pretendidos, como uma sociedade islâmica equivalente à época de Maomé, a eliminação de influências estrangeiras que aconteceram durante séculos, e o restabelecimento de califados para promover a paz global, fato este que, para a *Al-Qaeda*, não é possível sem uma ordem islâmica global.

Por uma visão em ascensão, uma imagem de terrorismo exercido pelo Estado Islâmico, é pertinente o conhecimento acerca do islamismo apesar da violência e do terror. A hostilidade, a dualidade, entre as civilizações do Ocidente Moderno e o Oriente Islâmico desembocam em algumas constatações priorizadas na narrativa Vieira (2019, p. 96-97) na qual o Islã enxerga o Ocidente como corrompido, imoral, promíscuo, soberbo, unilateralista, uma ameaça permanente, atribuindo a ele as causas de seus problemas econômicos. Em contrapartida, foi construído um imaginário antagonista, inicialmente rival do cristianismo em relação ao Islã, e atualmente como oposto à razão secular, atrasados, fundamentalistas, violentos, opressores de mulheres e minorias, avessos ao Iluminismo, entre outros, e todas essas atribuições põem em risco a própria noção de civilização – exercício do reconhecimento em face do “outro, seja ele individual ou coletivo.

Como importante fundamento do Islã clássico e também para introduzir o que será abordado no tópico seguinte desta pesquisa, é imprescindível o trabalho do termo *Ummah*, ou seja, a Comunidade ou Nação Islâmica. E para complexidade da explanação, trago aqui os escritos e apontamentos de Vieira (2019, p. 113-116) da *Ummah* que é o espaço de acolhimento dos *baleghs* – mulçumanos titulares de



direitos – e dos *dhimmis* – não muçulmanos titulares de direitos –, o espaço de ação de Deus, tem por princípio agregador a cooperação e solidariedade entre seus integrantes, tendo seu alicerce no núcleo familiar tradicional em que todos possuem direitos e deveres. O direito islâmico, o *Fiqh*, a Justiça Divina e Judicativa, tem em Alá seu alicerce, mas é por meio da relação entre o homem a comunidade, entre os direitos individuais e gerais, que se efetiva a incidência da Justiça Sagrada.

Na concepção muçulmana, o homem é um animal político estando fadado, pela sua própria natureza, a viver em coletividade (fator irrenunciável), tendo como fim natural a sobrevivência e a felicidade. Portanto, a busca pela segurança e sustento são os fatores de cooperação e do espírito de corpo (solidariedade/ *'asabiyya* - ع ص ب ة), que incitam a organização social. A felicidade não é algo intangível, mas palpável, mundano, representado na realização individual e na harmonia coletiva, dentro do espaço sacro-comunitário. (VIEIRA, 2019)<sup>31</sup>

Na *Ummah*, cada cidadão assume dever, a responsabilidade de gerir e reformar a sociedade, sempre preocupado com o fator coletivo – ensinamento *riadhussaálih*<sup>32</sup> do Profeta –, mas são desconsiderados por eles toda a concepção do Estado soberano ocidental de nacionalidade e patriotismo, etnias, Estados-nação, limites territoriais ou regionais. Para a Unidade da Nação Islâmica são condições como essas que separam os homens, incitam a agressividade, o ódio e o medo. Dos vários deveres que o direito e o convívio exigem ao muçulmano, a responsabilidade sobre o “outro” individual ou da coletividade através de *hadiths*, são garantidos aos muçulmanos – *baleghs* – os direitos individuais de aquisição e manutenção de propriedade, ou seja, o direito à riqueza, a qual deverá ser usada para combater a miséria através de tributações. Essas garantias, seja aos muçulmanos ou não muçulmanos, que têm direitos aferidos desemboca na discussão a seguir, sobre os direitos fundamentais do homem.

---

<sup>31</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019, p. 113-114 apud CAMPANINI, Massimo. **Introdução à filosofia islâmica**. São Paulo: Estação Liberdade, 2010, p. 193-194

<sup>32</sup> “Quem não se preocupar com os assuntos dos muçulmanos, não é muçulmano”.



Ao citar as *hadiths* que são um dos fatores garantidores de direitos individuais aos muçulmanos, uma das fontes de direito, é importante suscitar aqui os apontamentos de Vieira (2019), para o qual

as principais fontes do Direito Islâmico são o Quran, o Livro Revelado a Mohammad pelo anjo Gabriel (Gibrin), as Hadiths, que são ditos e feitos do profeta, não podendo ser confundidas com costumes, e as Ijmas, os consensos dos sábios e anciões. Essas fontes, conjuntamente, são denominadas de Sharia, estando vinculadas a uma racionalidade mítica, a uma incontestável sacralidade como fundamentação, dando aparente imutabilidade ao Sistema Jurídico. (VIEIRA, 2019)<sup>33</sup>

Os direitos fundamentais do homem no islã indiciados serão escopo na continuidade da exploração desta pesquisa, junto às características dos direitos humanos universais das Nações Unidas e a interpretação dos documentos de direitos humanos no mundo muçulmano a seguir.

#### **4 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE 1948 E OS DOCUMENTOS DE DIREITOS HUMANOS NO MUNDO MUÇULMANO**

Seja no conflito étnico na ex-Iugoslávia, seja no conflito étnico entre os tutsis e hutus em Ruanda, seja a tragédia do povo maubere após o Timor Leste ter sido destruído, seja o movimento das mães e avós na Praça de Maio, na Argentina, seja na Antiguidade, as justificativas variam, mas se assemelham no fato de que todas muito querem dizer sobre a violação de direitos básicos – mais tarde denominados Direitos Humanos –, que a Organização das Nações Unidas, em 1948, vinculou ao

---

<sup>33</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019, p. 179



documento que fomenta os mesmo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, caráter universal, inquestionável, eterno e irrevogável<sup>34</sup>.

A Carta das Nações Unidas criou a Comissão de Direitos Humanos responsável por esse projeto de universalização quando, em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos foi aprovada com ausência de votos contra, porém com abstenções, dentre elas a Arábia Saudita que não concordou com o Artigo 18 da Declaração pois a liberdade de mudar de religião era incompatível com o que declara a fé islâmica. Os Direitos Humanos no Islã são de dicotomia comparável em relação ao caráter universalista da Declaração da ONU de 1948. Houve precedentes da não aceitação dos princípios desses direitos humanos no Oriente, especificamente tratando aqui dos países de maioria Islã. A Declaração de Cairo sobre os Direitos Humanos no Islã – primeiro documento sobre direitos humanos no mundo islâmico –, datada de 1990, veio precedida da desilusão de setores da comunidade muçulmana com o Ocidente e o surgimento de grupos islâmicos conservadores que queria preservar a identidade islamita<sup>35</sup>.

Uma preocupação iminente com os direitos humanos se dava, principalmente, no século XX e eles precisavam ser inseridos no direito internacional, que ocorreu com os fatos explicados anteriormente da Declaração Universal dos Direitos Humanos em voga. Apesar do caráter que precisava ser universal para alcançar todos que fossem carentes de direitos fundamentais básicos, executar um regime advindo das Nações Unidas em países de terceiro mundo, e de maioria Islã, não é de fácil aceitação, conforme visto anteriormente dos fundamentos do islã. De um lado, se tem a efetividade dessas normas em Estados industrializados, representativos e responsivos como na Europa ocidental e na América do Norte, e de outro lado,

---

<sup>34</sup> BENVENUTO, Jayme. Universalismo, relativismo e direitos humanos: uma revisita contingente. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, [s.l.], n. 94, abr. 2015, p. 121

<sup>35</sup> FROTA, Hídemberg Alves da. **Reflexões sobre os Direitos Humanos no Mundo Muçulmano**, 2005, p. 659



Estados em que o conceito de direitos humanos pode significar apenas uma abstração.

Pode-se argumentar em nome dos estados pós-coloniais, ainda lutando para traduzir seu estado jurídico em estado empírico, de que a defesa dos direitos humanos (sejam indivíduos ou grupos) contra o uso de meios violentos pelo Estado para impor ordem não é tão moralmente inatacável, como pode parecer à primeira vista. Esse ponto pode ser apresentado de maneira mais eficaz no contexto do fenômeno de estados com falha, onde as estruturas de estado entraram em colapso completamente (Zartman, 1995). Nesses casos, pode-se demonstrar facilmente que, na ausência de estados fundamentalmente eficazes para fornecer um grau mínimo de ordem política, o conceito de direitos humanos permanece apenas uma pura abstração. (AYOOB, 2010)<sup>36</sup>

O respeito a esses princípios de direitos humanos, então, não apenas depende da ONU, mas também das jurisdições internas dos Estados que divergem, muitas vezes com o princípio da soberania de cada um deles. A maioria dos instrumentos de direitos humanos contem limitações e cláusulas restritivas. Inúmeras objeções foram levantadas incessantemente para tornar inaplicáveis e não vinculativas as disposições sobre a Carta sobre Direitos Humanos, especialmente pelos Estados como os de maioria islâmica que os princípios não conversam com sua jurisdição da Sharia.

Relembrado a trajetória do termo hermenêutica diatópica de Santos (2004) já citada anteriormente, em que, basicamente o objetivo não é encontrar uma resposta única e um modelo universal, mas através de um diálogo intercultural – partindo da

---

<sup>36</sup> AYOOB, Mohammed. Making Sense of Global Tensions: Dominant and Subaltern Conceptions of Order and Justice in the International System. *International Studies*, [s.l.], v. 47, n. 2-4, abr. 2010, p. 133, tradução nossa: “One can make the argument on behalf of post-colonial states, still struggling to translate their juridical statehood into empirical statehood, that the case for human rights (whether of individuals or groups) against the state’s use of violent means to impose order is not as morally unassailable as it may appear at first sight. This point can be made most effectively in the context of the failed states phenomenon, where state structures have completely collapsed (Zartman, 1995). In these cases, it can be demonstrated easily that in the absence of even rudimentarily effective states to provide a minimum degree of political order, the concept of human rights remains nothing more than a pure abstraction.”



premissa de que cada cultura tem uma concepção falha e incompleta de Direitos Humanos – encontrando uma pauta mínima realizável em cada país, se atentando aos âmbitos do multiculturalismo e do relativismo cultural. Complementando An- Na'im (2011, 66-69, 78), os direitos humanos não são restritos a uma única cultura, possuindo legitimidade cultural em diversas comunidades, formam-se conceitualmente de forma correspondente ao perfil cultural, no reconhecimento consensual de seus integrantes.

Os Direitos Humanos são possuidores de diversidade cultural em diversas comunidades, sejam elas com caráter mais individualista, sejam elas as que valorizam a coletividade, como no Islã, onde é indispensável a dignificação do Homem – dignidade no Direito muçulmano – alicerçada nas ideias de humanidade e fé –, que mesmo não professando o islamismo, tenham compromissos com a *Fiqh* e com a *Ummah*. São quatro os princípios aos quais os direitos fundamentais do Corão são expressos, sendo eles *Al hayaa* – vida –, *Al mosawaa* – igualdade –, *Al hurria* – liberdade – e *Al milk* – propriedade.

O Direito à Vida, em Vieira (2019, 123-126): No Corão, esse direito diz sobre a vida existencial expressa pela integridade física e moral do homem, que é tutelada sobre a honra e reputação de cada, expresso no *Sūratu Al-Hujurat* e a violação desta honra e reputação também estão explicitadas no Corão. A vida é posta no patamar de importância da interação do “eu” com o “outro” e isso não significa uma negação da individualidade, pois há uma perspectiva subjetiva da vida que virtual com a própria *Ummah*. Por afirmar sua existência individual dentro da coletividade, é feita a corroboração do exercício de estar participando, dentro da *Ummah*, logo, a vida é um bem sagrado ao Islã e digna de um dos princípios de direito fundamental. O Autor encerra o ponto demonstrando como é feita uma leitura e uma demonstração equivocada de certos trechos do Corão, os quais fomentam o fundamentalismo que incitam ódio.



Observa-se, portanto, que os movimentos ditos fundamentalistas, que incitam o ódio e o ranger dos dentes, fazem uma leitura equivocada, fragmentada e truncada do Corão. Alguns versículos são lidos de forma solta. Exemplo desse tipo de conduta (seja ele fruto da ignorância ou da má fé) encontrasse na sura 2 do Corão (A Sura da Vaca). Movimentos terroristas como *Al Qaeda* citam o versículo 191 da sura 2, como forma de incitar e legitimar a violência [...] Porém a leitura integral (2:190-194) trata sobre o direito de defesa a ataques estrangeiros, o sentido da *Jihad* menor. (VIEIRA, 2019)<sup>37</sup>

O Direito à Igualdade, em Vieira (2019, 126-128): A tolerância com povos não muçulmanos faz parte do entendimento de igualdade, da universalidade da honradez e da unidade da criação, presente no Corão, surata 49, versículo 13. Se a pessoa não muçulmana age leal e honradamente com os ditames da *Ummah*, terá garantia de liberdade religiosa e segurança jurídica. Dentro da *Ummah* existem os *balegh* – muçulmanos, titularidade de direito dada aos próprios – e *Ahlul Dhemmah* ou *dhimmis* – povos do contrato ou protegidos, não muçulmanos, mas que vivem dentro da Comunidade e aceitam os ditames –, os *harbi* – visitantes temporários – e os *musta'min* – portadores de salvo conduto, os refugiados e asilados. Se o não-muçulmano age honrada e lealmente, terá garantia de liberdade religiosa e segurança, assim como qualquer *balegh*, isso porque faz parte do entendimento de igualdade na humanidade, na universalidade da honradez humana e na unidade da criação (*tawhid*), conforme expresso do Corão<sup>38</sup>.

Os *dhimmis*, na condição de não muçulmanos estão isentos de alguns deveres como o da obrigação no alistamento à Jihad, e também do pagamento do *Zakat* – tributo incidente sobre 2,5% de todos os ganhos e transações anuais de casa cidadão, destinado a formação de um fundo distribuído às famílias desprivilegiadas da

---

<sup>37</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019, p. 125

<sup>38</sup> ALCORÃO. Disponível em: <[http://www.ligaislamica.org.br/alcorao\\_sagrado.pdf](http://www.ligaislamica.org.br/alcorao_sagrado.pdf)>. Acesso em: 23 maio 2020: Surata 49, versículo 13: “Ô seres humanos: seu Senhor é único, o pai de vocês é único, não há preferência do árabe sobre o não árabe, nem do não árabe sobre o árabe do vermelho sobre o negro, nem do negro sobre o vermelho, a não ser temência. Por acaso não divulguei isso a vocês?”





Comunidade –, mas ainda assim devera contribuir à comunidade com um tributo de valor menor, chamado *Jizia*, assim como poderão utilizar da Caixa de Beneficência da *Ummah*, segundo o Corão (9:60)<sup>39</sup>. Sobre a participação política, os cargos de liderança da *Ummah*, independente da forma de governo, se califa, imã ou sultão, são exclusivos do *balegh*, com exceção da Síria, do governo de Al-Assad, que é alauíta. No que tange a autonomia cultural, as comunidades minoritárias tem direito ao consumo de bebida alcoólica, consumo de carne suína; têm autonomia jurídica no que diz à celebração do casamento, divórcio, havendo uma jurisdição específica a cada minoria; nas relações internacionais, a regra é de tolerância, respeito recíproco, sem menosprezo a fé ou cultura estrangeira.

O Direito à Liberdade, em Vieira (2019, 137-138): Liberdade como um direito natural ao homem dentro do Islã, um dom dado por Deus, a qual diferencia o homem das outras criaturas, é inerente ao estado de natureza do homem – *fitrat* –, forma de emancipação, bem absoluto e individual, mas seu exercício não é pleno – respeito aos ditames da *Ummah* –, fundamentam-se na condição de dever, alteridade e responsabilidade individual do cidadão com o cumprimento das Leis de Deus. No *Fiqh* são identificadas algumas modalidades de liberdade que basicamente dizem sobre a expressão da liberdade ligada a tolerância, na qual a escolha da fé é do princípio de cada um, contanto que estejam de acordo com a *Ummah*, exemplificado na existência de minorias judias e cristãs que bem convivem com *dhimmis*. Outra modalidade de liberdade no *Fiqh* é a de pensamento e expressão, aos *baleghs*, *dhimmis* e estrangeiros, que deve estar baseado na boa fé, evitando a injúria, difamação ou calúnia.

O Direito à Propriedade, em Vieira (2019, 138-140): Assim com os outros direitos, *Al milk* também se submete ao bem-estar da *Ummah*, é um princípio

---

<sup>39</sup> Ibidem: “Os tributos são tão-somente para os pobres, para os necessitados, para os funcionários, empregados em sua administração, para aqueles cujos corações têm de ser conquistados, para a redenção dos escravos, para os endividados, para a causa de Deus e para o viajante; isso é um preceito emanado de Deus, porque é Sapiente, Prudentíssimo.”



jurídico fundamental do Islã, uma extensão concreta da liberdade, abrange o direito a aquisição de bens e o direito de manutenção e disposição de bens, ou seja, direito de propriedade e direito à propriedade. Todo homem ou mulher tem direito a obter bens moveis e imóveis, seja por meio de ocupação, acessão, venda – onerosamente – ou sucessão – enfoque sagrado na continuidade da chefia da família. Nas relações de adquirir um bem de forma onerosa, há relações contratuais com validade na *tabadalyah*, *Al sadaq* e *ualaa*, que significam, respectivamente, comutatividade, honestidade e fidelidade, os dois últimos relacionados ao princípio da boa fé.

O exercício do direito de propriedade submete-se ao princípio da “dualidade da propriedade” (*al-milkiah al-muzdawayah*/المزدوج الملكية), não se restringindo, portanto, à satisfação, ao sustento e prosperidade pessoal, mas visando privilegiar a função social. Logo, inicialmente, o proprietário deve dispor de seus bens, dando a eles fim econômico que gere progresso à *Ummah* (princípio da solidariedade). (VIEIRA, 2019)<sup>40</sup>

Apresentadas as características da Declaração Universal de Direitos Humanos como universal, inquestionável, eterna e irrevogável, e esses direitos por possuírem diversidade cultural, a priori, e repassando aqui a hermenêutica diatópica e, conseqüentemente, o renome do *topos* logo após a descrição dos direitos fundamentais na *Fiqh*, Santos (2004) ensaia essa hermenêutica entre o *topos* dos direitos humanos e o *topos* da cultura islâmica sendo aqui de fundamental importância para descrever o dialogo entre culturas.

Visto a partir do *topos* da *Ummah*, a incompletude dos direitos humanos individuais reside no fato de, com base neles, diz Boaventura, ser impossível fundar os laços e as solidariedades coletivas sem as quais nenhuma sociedade pode sobreviver e prosperar, por exemplo, a dificuldade da concepção ocidental de direitos humanos em aceitar direitos coletivos de grupos sociais ou povos, ou seja, a dificuldade em definir a comunidade enquanto arena de solidariedades concretas,

---

<sup>40</sup> VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019, p. 140



“esta ideia de comunidade, central para Rousseau, foi varrida do pensamento liberal, que reduziu toda a complexidade societal à dicotomia Estado/sociedade civil”<sup>41</sup>.

Por outro lado, a partir do *topoi* dos direitos humanos individuais em relação à *Ummah*, pela demasiada eminência de deveres em detrimento aos direitos, como já citado, por exemplo, a questão da coletividade nessa comunidade dos povos islâmicos, e por isso tende a perdoar desigualdades que seriam de outro modo inadmissíveis. Nesse diálogo, a hermenêutica diatópica nos mostra que a fraqueza fundamental da cultura ocidental consiste em estabelecer dicotomias de forma rígida entre o indivíduo e a sociedade tornando-se “vulnerável ao individualismo possessivo, ao narcisismo, à alienação e à anomia”<sup>42</sup>, “de igual modo, a fraqueza fundamental das culturas hindu e islâmica deve-se ao fato de nenhuma delas reconhecer que o sofrimentos humano tem uma dimensão individual irredutível”<sup>43</sup>

O reconhecimento de que todas as culturas são incompletas e problemáticas, ou seja, das incompletudes mútuas – em âmbito local ou translocal –, para estudo do *topos* é essencial para o diálogo intercultural. Abrangendo um largo espectro de posições, o debate acerca da possibilidade de uma noção islâmica de direitos humanos tem duas posições extremas, uma absolutista ou fundamentalista

é sustentada por aqueles para quem o sistema jurídico religioso do Islão, a Shari'a, deve ser integralmente aplicado como o direito do Estado islâmico. Segundo esta posição, há inconsistências irreconciliáveis entre a Shari'a e a concepção ocidental dos direitos humanos, e sempre que tal ocorra a Shari'a deve prevalecer. Por exemplo, relativamente ao estatuto dos não- muçulmanos, a Shari'a determina a criação de um Estado para muçulmanos que apenas reconhece estes como cidadãos, negando aos não-muçulmanos quaisquer direitos políticos. Ainda segundo a Shari'a, a paz entre

---

<sup>41</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 117

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 118

<sup>43</sup> *Ibidem*



muçulmanos e não-muçulmanos é sempre problemática e os confrontos podem ser inevitáveis.(SANTOS, 2004)<sup>44</sup>

e, no outro extremo, uma posição secularista ou modernista

entendem deverem os muçulmanos organizar-se em Estados seculares. O Islão é um movimento religioso e espiritual e não político e, como tal, as sociedades muçulmanas modernas são livres de organizar o seu governo do modo que julgarem conveniente e apropriado às circunstâncias. A aceitação de direitos humanos internacionais é uma questão de decisão política independente de considerações religiosas. (SANTOS, 2004)<sup>45</sup>

Santos (2004, p. 119) já começando a demonstrar um caráter conclusivo, diz que não cabe a ele avaliar uma validade específica para a proposta da cultura islâmica, mas que é difícil, a priori, ajuizar qual das abordagens terá mais probabilidade de prevalecer num diálogo intercultural sobre direitos humanos a partir do islã.

Porém, tendo em mente que os direitos humanos ocidentais são a expressão de um profundo, se bem que incompleto, processo de secularização, sem paralelo na cultura islâmica, estaria inclinado a sugerir que, no contexto muçulmano, a energia mobilizadora necessária para um projeto cosmopolita de direitos humanos poderá gerar-se mais facilmente num quadro religioso esclarecido. (SANTOS, 2004)<sup>46</sup>

Do que defende a Declaração de 1948 da Organização das Nações Unidas, os documentos de direitos humanos do mundo muçulmano se destacam para análise porque da cultura de onde provém, os valores e normas divergem, em aspectos significantes, da cultura ocidental. De forma a relembrar o que dizem os Artigos 18º e 19º<sup>47</sup> da Declaração, sobre a liberdade de religião e de expressão, analisar-se-á a

---

<sup>44</sup> Ibidem

<sup>45</sup> Ibidem

<sup>46</sup> Ibidem, p. 119

<sup>47</sup> “Artigo 18º: Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.”; “Artigo 19º: Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias



constituição e construção, explicitando a falta de caráter legítimo em artigos da DUDH – não – relacionados à conjuntura islâmica.

São três os documentos de direitos humanos no mundo muçulmanos. Desenvolvidos por organismos governamentais e interestatais, a Declaração dos Direitos do Homem no Islã (1990), também conhecida como Declaração de Cairo, e a Carta Árabe dos Direitos do Homem de 1994. Desenvolvida por organismos não-governamentais, a Declaração do Conselho islâmico da Europa (1981), é nomeada como a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos. Para melhor explanação, os artigos das Declarações e Carta, além das obras de Chaves (2014) e Pace (2005).

Pela distinção entre em que âmbito os documentos foram desenvolvidos, dá-se o fato de que a produção no ambiente intergovernamental, no caso os dois primeiros citados, revela preocupações dos governos de países de tradição muçulmana em se inserirem na discussão dos direitos humanos e, pela datação de pós Revolução Iraniana de 1979 e todo o arcabouço da limitação de liberdades fundamentais, a Constituição da República Islâmica do Irã foi responsável por propagar em todo o mundo muçulmano perspectivas islâmicas, tido como uma nova liderança, fortalecendo a religião pela transição de uma monarquia autocrática pró-Occidente de Pahlevi para uma República Islâmica fundada nos preceitos do Alcorão.

Em ordem cronológica, o primeiro documento, Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos – Declaração do Conselho Islâmico da Europa – de 1981, foi aprovado pelo Conselho Islâmico da Europa, e por isso o nome alternativo dado que, preparado por uma organização não governamental – Direitos Humanos Islâmicos – não tem validade legal para os Estados

---

por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 28 maio 2020



Há quatorze séculos atrás, o Islã concedeu à humanidade um código ideal de direitos humanos. Esses direitos têm por objetivo conferir honra e dignidade à humanidade, eliminando a exploração, a opressão e a injustiça. Os direitos humanos no Islã estão firmemente enraizados na crença de que Deus, e somente Ele é o Legislador e a Fonte de todos os direitos humanos. Em razão de sua origem divina, nenhum governante, governo, assembleia ou autoridade pode reduzir ou violar, sob qualquer hipótese, os direitos humanos conferidos por Deus, assim como não podem ser cedidos. (CHAVES, 2014)<sup>48</sup>

É perceptível o trabalho conjunto de estudiosos, juristas e representantes muçulmanos num esforço em direção ao direitos, constatações importantes que se baseiam do Alcorão e na *Sunna*, deleitando-se na crença em Deus como guia da humanidade, mas que, como já dito, não tem validade legal, e se distingue da *Sharia* em relação ao Direito à Liberdade de Religião e o Direito de Liberdade de Crença, Pensamento e Expressão<sup>49</sup>, segundo os artigos XIII e XII, respectivamente, da Declaração, tendo bastante influência da Declaração da ONU de 1948, o que não acontece no segundo documento.

Datada de 5 de agosto de 1990, a Declaração de Cairo sobre Direitos Humanos no Islã, que tem sua Carta de Constituição datada de 1969 assinada pela Organização da Conferência Islâmica (OCI), que objetivava garantir os interesses em comum sobre a cena internacional dos Estados membros e tem como objetivos: a) propagar, promover e preservar os ensinamentos e valores islâmicos; b) promover e salvar a herança da cultura islâmica; c) proteger e defender a verdadeira imagem do Islã diante da difamação; d) promover e

---

<sup>48</sup> CHAVES, Luana Hordones. Os Documentos de Direitos Humanos do Mundo Muçulmano em Perspectiva Comparada. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**, [s.l.], v. 19, n. 2, 2014, p. 250 apud DECLARAÇÃO ISLÂMICA UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. Traduzido por Mônica Muniz e Maria Moreira. 1981. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>>. Acesso em: 28 maio 2020

<sup>49</sup> DECLARAÇÃO ISLÂMICA UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. Traduzido por Mônica Muniz e Maria Moreira. 1981. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>>. Acesso em: 28 maio 2020: “Toda a pessoa tem o direito à liberdade de consciência e de culto, de acordo com suas crenças religiosas.”; “Toda a pessoa tem o direito de expressar seus pensamentos e crenças desde que permaneça dentro dos limites estabelecidos pela Lei. Ninguém, no entanto, terá autorização para disseminar a discórdia ou circular notícias que afrontem a decência pública ou entregar-se à calúnia ou lançar a difamação sobre outras pessoas. [...] Ninguém será desprezado ou ridicularizado em razão de suas crenças religiosas ou sofrerá qualquer hostilidade pública; todos os muçulmanos são obrigados a respeitar os sentimentos religiosos das pessoas”.



proteger os direitos humanos e liberdades fundamentais; e) incentivar o dialogo entre as civilizações e religiões. (CHAVES, 2014)<sup>50</sup>

No ano de 1990, no Egito, na XIX Conferência Islâmica dos Ministros dos Negócios Estrangeiros que a Declaração de Cairo foi de fato prepara e formalmente adotada. Nessa reunião em que estavam presentes a maioria dos Estados de tradição muçulmana, foram dadas diretrizes em que cada um deles se compromete a seguir o documento, sem comprometer a soberania nacional de cada um. A OCI atendeu a solicitação da criação de uma Comissão Independente Permanente para promover os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, publicando o Regulamento Interno da Comissão Permanente de Direitos Humanos da OCI e, resultando, em 2010, no Estatuto da Comissão Permanente de Direitos Humanos.

A iniciativa da Organização de Cooperação Islâmica em criar uma Comissão de Direitos Humanos, reafirmando a Declaração do Cairo de 1990 e ao mesmo tempo assegurando a cooperação com organizações internacionais como a Organização das Nações Unidas, faz crer que, assim como assinalou Pace (2005), apesar de não se caracterizar como um tratado internacional que vincule os países signatários, a Declaração do Cairo continua sendo até hoje a mais articulada carta de direitos humanos assumidos do ponto de vista dos Estados de tradição muçulmana. (CHAVES, 2014)<sup>51</sup>

Diferente do primeiro documento, marcado pelos interesses em comum da Organização da Conferência Islâmica, a Declaração de Cairo deixa explicito nos 25 artigos que os direitos humanos devem conservar as escrituras e tradição do Profeta, subordinados a Deus e a superioridade da Sharia. Dos direitos de liberdade expressão<sup>52</sup>, todos podem gozar dos mesmos assim como podem se expressar

---

<sup>50</sup> CHAVES, Luana Hordones. Os Documentos de Direitos Humanos do Mundo Muçulmano em Perspectiva Comparada. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**, [s.l.], v. 19, n. 2, 2014, p. 252

<sup>51</sup> Ibidem

<sup>52</sup> NINETEENTH ISLAMIC CONFERENCE OF FOREIGN MINISTERS. **Cairo Declaration on Human Rights in Islam**. 1990. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/cairodeclaration.html>>. Acesso em: 28 maio 2020: “Artigo 16º: Todos têm o direito de gozar os frutos do seu domínio científico, de trabalho, literária, artística ou técnica da qual ele é o autor, e ele terá o direito à proteção dos seus interesses morais e materiais que



livremente, desde que não seja contrário a Sharia. Quanto a liberdade de religião, no artigo 10<sup>53</sup> sobre a mudança de credo, o Islã é uma religião de natureza intocada, já no artigo 18<sup>54</sup> é claro o respeito as minorias religiosas. Direito à educação, também com bases na formação da fé islâmica e na supremacia da Sharia no artigo 9<sup>55</sup>.

O terceiro e último documento, a Carta Árabe dos Direitos Humanos, de 15 de setembro de 1994, foi elaborada pela Liga dos Estados Árabes, o que a distingue dos outros documentos porque se baseia na tradição árabe para dialogar com os direitos humanos. Chaves (2004) declara como “um projeto complicado, visto que a Declaração do Cairo e a Declaração de Direitos Humanos da ONU tem divergências”.

Reafirmando os princípios da Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como as disposições das Nações Unidas Pactos Internacionais sobre Direitos Cívicos e Políticos e Econômicos, Sociais e Culturais e a Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã [...]. (ARAB CHARTER ON HUMAN RIGHTS, 1994)<sup>56</sup>

Composta por 43 artigos, esse documento de cunho intergovernamental se assemelha bastante, diferente dos outros documentos, aos direitos declarados pela ONU e, apesar de ser o mais recente, não encerra as discussões importantes da liberdade religiosa e de expressão, por exemplo. Chaves (2004, p. 256) conclui “Uma vez que a lei corânica é tida como a primeira lei do Islã, a supremacia da xaria torna-se um ponto chave nesses debates.”

---

daí decorrem, desde que não seja contrária aos princípios da Sharia; Artigo 22º: (A) Toda pessoa terá o direito de expressar sua opinião livremente da forma que não seria contrário aos princípios da Sharia”.

<sup>53</sup> Ibidem: “O Islã é a religião da natureza intocada. É proibido exercer qualquer forma de coerção sobre o homem ou explorar a sua pobreza ou ignorância, a fim de convertê-lo para outra religião ou ao ateísmo”.

<sup>54</sup> Ibidem: “(A) Todos terão o direito de viver em segurança para si, sua religião, seus dependentes, sua honra e sua propriedade”.

<sup>55</sup> Ibidem: “O Estado deve assegurar a disponibilidade de meios e formas de aquisição da educação e garantir a diversidade educativa, no interesse da sociedade, de modo a permitir que os homens se familiarizarem com a religião do Islã e os fatos do Universo, em benefício da humanidade”.

<sup>56</sup> ARAB CHARTER ON HUMAN RIGHTS, 15 set. 1994. Disponível em: <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b38540.html>>. Acesso em: 28 maio 2020





## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo não tem pretensões de firmar respostas, mas analisar antíteses que puseram de cada lado, a pretensão de um Estado Islâmico e os consolidados Estados ocidentais vinculantes, em teoria, dos tratados de direitos humanos da Organização das Nações Unidas. Antíteses como secularismo e integração de fé, Estado-nação e ordem universal islâmica, soberania de Deus e autoridade humana sintetizam pensamentos sobre a dicotomia ocidental e islâmica.

Os direitos humanos, de pilares básicos, a natureza humana e a cultura, são postos como normas pelo direito internacional no século XX para que pudessem ser universalmente impostos e, conseqüentemente aceitos, mas quando se trata da religião muçulmana, a natureza humana é substituída pelo o que o Profeta queria que o indivíduo fizesse e pregasse, e a cultura é construída sobre pilares de mandamentos que data de quatorze séculos atrás.

Para quaisquer efeitos, o direito desempenha papel fundamental na formação de sistemas e que, em seu âmbito internacional, é importante a preocupação com o caráter cosmopolita que afeta culturas, valores, que não é de total compreensão e abordagem do discurso universalista – iluminista, cristão e individualista. O constructo histórico-social que são os direitos fundamentais do homem no Islã demonstram que os direitos humanos são viáveis nessa ordem e que, sob qualquer hipótese, será levado em consideração o princípio da igualdade, do “outro” além do “eu”.

Por fim, atuando como facilitadora do diálogo entre culturas e estabelecendo regras de interlocução entre as nações, facilitada por caráter marcante que a compõe de ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo



que desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura, outro noutra<sup>57</sup>, nessa peculiaridade é que reside a hermenêutica diatópica.

## REFERÊNCIAS

ALCORÃO. Disponível em: <[http://www.ligaislamica.org.br/alcorao\\_sagrado.pdf](http://www.ligaislamica.org.br/alcorao_sagrado.pdf)>. Acesso em: 23 maio 2020.

ARAB CHARTER ON HUMAN RIGHTS, 15 set. 1994. Disponível em: <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b38540.html>>. Acesso em: 28 maio 2020.

AYOOB, Mohammed. Making Sense of Global Tensions: Dominant and Subaltern Conceptions of Order and Justice in the International System. **International Studies**, [s.l.], v. 47, n. 2-4, p.129-141, abr. 2010. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/002088171104700405>.

BENVENUTO, Jayme. Universalismo, relativismo e direitos humanos: uma revisita contingente. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, [s.l.], n. 94, p.117-142, abr. 2015. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/0102-64452015009400005>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CAMPANINI, Massimo. **Introdução à filosofia islâmica**. São Paulo: Estação Liberdade, 2010.

CANOTILHO, J.J. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CHAVES, Luana Hordones. Os Documentos de Direitos Humanos do Mundo Muçulmano em Perspectiva Comparada. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**,

---

<sup>57</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 257.



[s.l.], v. 19, n. 2, p. 245-262, 30 dez. 2014. Universidade Estadual de Londrina.  
<http://dx.doi.org/10.5433/2176-6665.2014v19n2p245>.

CORRALO, Giovani da Silva; GIRELLI, Camile Serraggio. A hermenêutica diatópica como forma de diálogo entre nações multiculturais na aplicação dos direitos femininos na pós-modernidade. **Revista Justiça do Direito**, [s.l.], v. 29, n. 3, p. 372- 388, 10 dez. 2015. UPF Editora. Disponível em:  
<<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v29i3.5597>>. Acesso em: 23 maio 2020.

DECLARAÇÃO ISLÂMICA UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS.  
Traduzido por Mônica Muniz e Maria Moreira. 1981. Disponível em:  
<<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>>. Acesso em: 28 maio 2020.

FROTA, Hidemberg Alves da. **Reflexões sobre os Direitos Humanos no Mundo Muçulmano**, 2005. Disponível em:  
<[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/ligaarabe/frota\\_reflexoes\\_dh\\_mundo\\_muculman.o.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/ligaarabe/frota_reflexoes_dh_mundo_muculman.o.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2020.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; VIEIRA, Porfírio de Castro. Direitos fundamentais e tradição: uma análise sobre a igualdade no direito islâmico e prospectando possíveis diálogos com o direito ocidental. **Revista de Direito UNINOVAFAPI**, v. 1, n. 2, p. 1-22, jul/dez. 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Lisboa: 70, 2012.

HOBSBAWM, Erich J. **A era das revoluções**. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

KANT, I. **Crítica da razão pura**. Trad. Valério Rohden e Udo B. Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2004.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**: um projecto filosófico. Covilhã, 2008.  
Disponível em: [http://www.lusosofia.net/textos/kant\\_immanuel\\_paz\\_perpetua.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf).  
Acesso em: 05 maio 2020.

KANT, Immanuel. O que é a ilustração. In: WEFFORT, Francisco (Org.). **Os Clássicos da Política**. Vol. 2, São Paulo: Ática, 1993



NEVES. A. Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do Pensamento jurídico, da sua Metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. V. 3.

NINETEENTH ISLAMIC CONFERENCE OF FOREIGN MINISTERS. **Cairo Declaration on Human Rights in Islam**. 1990. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/cairodeclaration.html>>. Acesso em: 28 maio 2020.

NURUZZAMAN, Mohammed. Western and Islamic International Theories. **International Studies**, [s.l.], v. 55, n. 2, p.106-129, abr. 2018. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/0020881718790687>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e Programa de Ação de Viena (1993)**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declarações-e-Tratados-Internacionais-de-Proteção/declaracao-e-programa-de-acao-de-viena.html>>. Acesso em 06 maio de 2020

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 28 maio 2020.

PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: Da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido. **Rev. bras. Ci. Soc.**, São Paulo, v. 13, n. 37, p. 43-73, jun. 1998. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69091998000200003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091998000200003&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 04 maio 2020.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: Desafios e Perspectivas Contemporâneas. **TST**, Brasília, v. 75, n. 1, p. 107-113, jan/mar. 2009.

SAID, Edward W. **Orientalismo**: o Oriente como invenção do Ocidente. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: BALDI, César Augusto (Org.). Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**. São Paulo: Cortez, 2013.



SCKELL, Soraya Nour. O cosmopolitismo de Kant: direito, política e natureza. **Estudos Kantianos**: Marília, v. 5, n. 1, p. 199-214, jan. 2017. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/ek/issue/view/423>. Acesso em: 05 maio 2020.

SILVA, Flavia Martins André da. **Direitos Fundamentais**. DireitoNet, maio de 2006. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>>. Acesso em: 26 de maio de 2020.

VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Política externa norte-americana no Oriente Médio e o jihadismo**. Curitiba: Appris, 2019.

# UMA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA CHAMADA VENEZUELA: APLICAÇÃO DE CRITÉRIOS AVALIATIVOS DE DAHL

Sabrina Alves Rezende Rego

## RESUMO

Com a ascensão de Hugo Chávez ao poder na Venezuela em 1999, muitas críticas foram feitas, interna e externamente, ao nível da democracia no país. Existem até analistas que acreditam que a Venezuela se tornou semidemocrática, mas não usam indicadores para apoiá-la. O artigo tem como objetivo avaliar a situação da democracia na Venezuela a partir da era chavista, com base nos critérios estabelecidos por Dahl (2005) e nos parâmetros utilizados por O'Donnell (1997; 2000) pois são métodos menos subjetivos para auxiliar a entender o quanto um estado é ou não democrático. Portanto, é uma avaliação mais objetiva, com base nos critérios dos dois autores e variáveis. A conclusão é que, apesar dos problemas, há elementos suficientes para confirmar que o regime venezuelano é democrático. Portanto, aqueles que defendem o oposto geralmente têm uma posição cujo apoio é ideológico e não empírico.

**Palavras-chave:** democracia, Venezuela, Chávez.

## INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é avaliar a situação da democracia na Venezuela, sobretudo após a era chavista, usando principalmente os critérios estabelecidos por Dahl (2005). Para esse fim, parâmetros definidos por O'Donnell também são utilizados em artigos após a publicação original do trabalho de Dahl.

Essa avaliação é importante porque, com a ascensão de Hugo Chávez ao poder em 1999, interna e externamente, houve muitas críticas ao nível da democracia no país. Existem até analistas que acreditam que a Venezuela se tornou semidemocrática, mas não usam indicadores para apoiá-la.



Então, aqui, faz-se uma avaliação mais objetiva, com base nos critérios de Dahl e O'Donnell e variáveis, e assim determinar se ainda pode-se dizer que existe democracia na Venezuela. A definição de democracia usada é a minimalista. No entanto, isso não significa concordar expressamente com essa visão, mas a compreensão de que a definição minimalista deve ser usada para avaliar, se a ciência política sobre o regime de um país em particular, é democrática ou não.

A avaliação da qualidade da democracia na Venezuela, que também é relevante, não está no escopo deste trabalho, nem se concentra em determinar o impacto do estilo de liderança populista de Chávez. A única tentativa é responder à questão de se o regime do país após a era chavista permanece democrático ou não.

A hipótese de trabalho é que, apesar dos problemas, há elementos suficientes para confirmar que o regime venezuelano é democrático. Aqueles que defendem o oposto geralmente têm uma posição cujo apoio é ideológico e não empírico.

## **1 FORMAÇÃO DE UMA SOCIEDADE E DIFERENTES FORMAS DE GOVERNO**

Toda formação de uma sociedade passa pela lógica de pensamento do que é chamado pelos teóricos da ciência política de “contrato social”. Embora haja diferentes formas de pensar a formação da sociedade e o resultado do regime nacional adotado, sabe-se que a Democracia também surge de um “contrato social”.

Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, chamados de contratualistas, concordam que existia um estado de natureza, um estado de guerra e a constituição do que seria um pacto que dá origem à sociedade civil. Resguardada as particularidades de cada autor, havia um consenso em relação a eles no que diz respeito à questão da legitimidade, compreendida como aceitação ou consentimento. Contudo esses autores divergem nos conceitos de representação e participação, tendo



cada um contribuído para a formação do conceito moderno do que seria o regime de uma sociedade, e consequentemente a democracia.

Considerando que o surgimento do Estado Nacional se dá em um período turbulento e marcado pelo conflito, há um entendimento do Estado como entidade que busca manter a ordem e trazer resoluções de conflitos. O advento do Estado representa uma concentração de poder em prol da preservação da paz (BOBBIO, 1995).

Para Thomas Hobbes (2003), a transferência de poder ocorre por meio de uma total delegação, onde os súditos abdicam do poder e de sua liberdade em troca de uma preservação promovida pelo Estado. Segundo ele, o estado de natureza é, necessariamente, um estado de guerra devido à disputa de força e recursos por parte dos indivíduos e à sujeição dos indivíduos às suas paixões e medos. Neste cenário, o soberano entra para garantir a paz, sendo este considerado “mais capaz” que os demais.

Ao passo que não há obrigação de o soberano ser responsivo aos seus súditos, aparece aqui novamente o princípio da distinção: o “Leviatã”, caricatura desenhada por Hobbes para representar o Estado, é considerado como o único capaz de manter a ordem e a paz e, por isso, a ele é conferido todo o poder. A legitimidade desse ente todo poderoso encontra-se unicamente no momento da autorização, em que os cidadãos concedem essa concentração de poder na figura do Leviatã ao passo que abdicam da posse das suas ações. O problema da representação é, portanto, reduzido ao momento da concessão de soberania por parte do cidadão (AVRITZER, 2007).

Para Locke (2006), o estado de natureza não se constitui necessariamente em um estado de guerra, pois se trata de um estado de cooperação em contraposição à inimizade que caracterizaria o estado de guerra. Entretanto, há um risco inerente de se tornar um estado de guerra devido ao fato de todos serem igualmente reis





(LOCKE, 2006). Neste caso, o pacto civil serve para evitar que o estado de natureza venha a se tornar um estado de guerra.

A propriedade privada ocupa um papel central na obra de Locke (2006), visto que se configura no motivo principal pelo qual os homens se associam em uma organização política, a qual apenas pode ser constituída com consentimento individual. O poder político reside em representantes escolhidos pela população, fundando os pressupostos da democracia representativa. A legitimidade do poder político se encontra na aquiescência individual dos governados uma vez da autoridade paterna como desempenhado pelo monarca absolutista (ALVERGA, 2003). Não se trata de um Leviatã que governa, mas um corpo de representantes eleitos pela população.

O Poder Legislativo, por outro lado, ganha um enfoque central, pois se constitui no corpo político que deve tomar as decisões. Não há uma delegação total de poder, como no pensamento de Hobbes (2003). Mesmo o poder de tributação, na obra de Locke (2006), deve ser pautado pela anuência dos cidadãos governados, mesmo que esse consentimento seja expresso de forma indireta por meio dos representantes. Nesse contexto, as decisões políticas são tomadas pela regra da maioria, à qual os indivíduos devem se submeter. Em outras palavras, todo indivíduo deve acatar a decisão majoritária (ALVERGA, 2003).

Para Rousseau (1996), o estágio inicial do estado de natureza seria caracterizado pelo primeiro sentimento do ser humano, a existência, e a primeira necessidade, que é a conservação de si mesmo. As relações sociais são percebidas a partir do momento em que surge obstáculos, os quais levam à necessidade de adequação dos seres a si mesmos e de uns com os outros. (NAYARA FÁTIMA, p. 264)

Em sua visão, a dependência se intercala com a desigualdade quando uns passam a viver à custa de outros. Surgem então as primeiras regras de partilha, sendo



o sistema político criado para manter a ordem. Nesse contexto, o estabelecimento político refere-se ao “falso” contrato social, que se constitui uma legitimação de uma relação de dominação do pobre pelo rico, que pretende perpetuar a propriedade privada. Os ricos teriam garantido suas próprias posições por meio do convencimento dos pobres em relação à necessidade das instituições políticas para garantir a paz e a justiça (MACFARLANE, 1970).

Assim, Rousseau (1996) propõe a construção de uma sociedade que permita o desenvolvimento da personalidade de cada um dos seus membros em harmonia com os interesses da comunidade. Neste caso, as decisões públicas não são tomadas por um conjunto de representantes eleitos, mas por todos os membros da comunidade política em assembleia. Defende-se uma democracia em que as decisões são alcançadas por meio da “vontade geral”, a qual não se trata da agregação das preferências políticas individuais, mas do bem comum (HELD, 2007).

Rousseau se distancia tanto de Hobbes quanto de Locke, pois seu modelo propõe um retorno à democracia direta, em que cidadãos tomariam as decisões eles mesmos, sem recorrer a um soberano absoluto. Por fim, é importante compreender que nem todo contratualismo é democrático, assim como nem todo democratismo é contratualista (BOBBIO, 1995)

## **1.1 Teoria Democrática**

John Stuart Mill (1981), um dos patronos do liberalismo, tinha como ponto central a preocupação em limitar a esfera de atuação de quem detém o poder político, buscando garantir a preservação da liberdade de indivíduos. Ele entendia a liberdade como a disposição e capacidade de perseguir a própria concepção de bem, contanto que os outros não sejam prejudicados nem impedidos de buscar o próprio bem. Para ele, o único objetivo pelo qual o poder pode ser exercido é prevenir o prejuízo a outros.



Mill (1981) argumenta que a democracia baseada exclusivamente na identidade entre eleitores e eleitos não precisaria de controle. Esse tipo de democracia não se efetivaria na prática tendo em vista a inexistência dessa identidade entre quem governa e quem é governado. Nesse caso, a vontade do povo corresponde a vontade da maioria (MILL, 1981).

A “tirania da maioria”, por sua vez, é uma preocupação constante nas obras dos federalistas, que viam a democracia como um risco devido ao poder das facções – grupos de indivíduos unidos em determinada causa ou interesse (MADISON, 1787). Por mais que esse “novo” princípio deixasse de lado a questão distributiva, ainda se mostrava mais igualitário do que a fórmula precedente, quando o poder era repassado exclusivamente com base na hereditariedade (MANIN, 1997).

Teorias minimalistas nada mais são que um conjunto de abordagens que analisam os regimes democráticos contemporâneos, trazendo uma formulação do conceito de democracia que restringe a certas condições institucionais, deixando de fora da análise uma série de fatores relevantes no conceito original da democracia.

O projeto democrático passa a estar associado a uma série de elementos institucionais, como a existência de conjunto de liberdades cidadãs, a competição eleitoral e a multiplicidade de grupos de pressão (MIGUEL, 2005). A discussão está centrada em aspectos procedimentais, ou seja, quais regras e instituições devem se inserir em um governo para que ele possa ser chamado de democrático.

A proposta de Schumpeter (1961) é um sistema em que o povo irracional não tome as decisões diretamente, mas delegue as decisões a um corpo de indivíduos que competiriam pelo poder. O conceito de democracia é reformulado de forma a designar “um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor” (SCHUMPETER, 1961, p. 328).



Enquanto isso, Dahl (2004) formula a tese de que os partidos formulariam políticas para ganhar as eleições e não o inverso. Novamente a competição é destacada como relevante para a democracia por incentivar os candidatos a formularem políticas de acordo com os interesses dos eleitores a fim de alcançarem o objetivo de se elegerem. Por outro lado, no pensamento de Dahl (2004), a competição está presente de forma a promover a fragmentação do poder, a qual impediria a formação de uma elite.

A estabilidade da democracia estaria garantida, nessas circunstâncias, pela divisão do poder em grupos com interesses distintos (MARQUES, 2007). As abordagens minimalistas não reinventaram o conceito de democracia sem que houvesse algum processo prévio de transformação. Na realidade, elas escreveram apenas o resultado de um processo anterior de construção de instituições que passaram a ser vistas como democráticas.

## 1.2 Tradições Democráticas

Na teoria contemporânea de Democracia confluem três grandes tradições do pensamento político:

- A Teoria Clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de Governo, segundo a qual a Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, se distingue da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos.
- A Teoria Medieval, de origem romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior.



- A Teoria Moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas: monarquia e república, e a antiga Democracia nada mais é que uma forma de república (a outra é a aristocracia), onde se origina o intercambio característico do período pré-revolucionário entre ideais democráticos e ideia republicanos e o Governo genuinamente popular é chamado, em vez de Democracia, de República (BOBBIO, 1995)

De acordo com Bobbio (1995), na teoria política contemporânea as definições de Democracia tendem a resolver-se e a esgotar-se no que se diz de "procedimentos universais". São eles:

- Órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, deve ser composto de membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo, em eleições de primeiro ou de segundo grau;
- Junto do supremo órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe de Estado (tal como acontece nas repúblicas);
- Todos os cidadãos que tenham atingido a maioria, sem distinção de raça, de religião, de censo e possivelmente de sexo, devem ser eleitores;
- Todos os eleitores devem ter voto igual;
- Todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a própria opinião formada o mais livremente possível, isto é, numa disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional;



- Devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condição de ter reais alternativas (o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada);
- Tanto para as eleições dos representantes como para as decisões do órgão político supremo vale o princípio da maioria numérica, se bem que podem ser estabelecidas várias formas de maioria segundo critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre;
- Nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições;
- O órgão do Governo deve gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo.

Como se vê, todas estas regras estabelecem como se deve chegar à decisão política e não o que decidir. Do ponto de vista do que decidir, o conjunto de regras do jogo democrático não estabelece nada, salvo a exclusão das decisões que de qualquer modo contribuiriam para tornar vãs uma ou mais regras do jogo. Além disso, como para todas as regras, também para as regras do jogo democrático se deve ter em conta a possível diferença entre a enunciação do conteúdo e o modo como são aplicadas.

Certamente nenhum regime histórico jamais observou inteiramente o ditado de todas estas regras; e por isso é lícito falar de regimes mais ou menos democráticos. Não é possível estabelecer quantas regras devem ser observadas para que um regime possa dizer-se democrático. Pode afirmar-se somente que um regime que não observa nenhuma não é certamente um regime democrático, pelo menos até que se tenha definido o significado comportamental de Democracia (BOBBIO, 1995).



### 1.3 Democracia sob a ótica de Dahl e O'Donnell

Como visto pelos conceitos e procedimento apresentados sobre democracia, sua definição está longe de um julgamento universal de sim ou não, mas é composta por uma avaliação gradual, de uma democracia embrionária para uma democracia perfeita, dentro do estado da arte. Na tentativa de estratificar uma democracia, Dahl (2005) afirma que a chamada “Poliarquia plena”, que no seu estudo nada mais é do que uma democracia plena, deverá permitir aos nacionais a formulação de preferências, exprimir essas preferências e ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo.

Parte das críticas sobre a democracia na Venezuela estão vinculadas principalmente a terceira colocação de Dahl (2005), ou seja, sobre o grau de liberdade gerada pela conduta do governo. Sobre a relação das preferências com a conduta do governo, Dahl (2005) estabelece oito características que devem ser avaliadas:

17. liberdade de formar e participar de organizações;
18. liberdade de expressão;
19. direito de voto;
20. elegibilidade para cargos públicos;
21. direito de que líderes políticos disputem apoio;
22. fontes alternativas de informação;
23. eleições livres e idôneas; e
24. instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e outras expressões de preferência.



De acordo com ele, essas oferecem para o tomador de decisão a possibilidade de compreender a preferência da população de um país, pois é por meio dela que o interesse da população é expressado. A compreensão deles é estratégica para nortear a atuação de um governo. Dados os requisitos insuficientes de Dahl (2005), O'Donnell (1997) acrescentou outros aspectos nos trabalhos após a publicação de seu colega, mas sem defini-los como requisitos para a democracia, mas como condições para sua eficácia e bom funcionamento. O'Donnell (1997) lida com direitos civis, como tratamento igual das leis, tratamento igual por autoridades públicas e direitos humanos, bem como um conceito que ele desenvolveu, a responsabilidade horizontal, que se relaciona à existência e ao grau de controle das instituições estatais. No entanto, o autor supracitado tem uma definição bem clara sobre o que seja democracia, inclusive cita uma forma democrática, a delegativa, que se encaixa muito no modo como o panorama político da Venezuela se desenvolveu:

As democracias delegativas baseiam-se na premissa de que a pessoa que ganhar a eleição presidencial está autorizada a governar da maneira que achar conveniente, apenas restringida pela crua realidade das relações de poder existentes e pela limitação constitucional do fim do seu mandato. O presidente é considerado a encarnação da nação e o principal definidor e guardião dos seus interesses. As medidas de governo não precisam manter nenhuma semelhança com as promessas da campanha. Por acaso, o presidente não foi autorizado a governar como melhor achasse? Considerando que se supõe que esta figura paternal vai cuidar do conjunto da nação, sua base política deve ser um movimento, a superação vibrante do faccionalismo e dos conflitos associados aos partidos. Em geral, nas democracias delegativas, os candidatos presidenciais vitoriosos veem a si mesmo como figuras que estão acima dos partidos políticos e dos interesses organizados. (...) A partir dessa perspectiva, outras instituições

- os tribunais e as legislaturas, entre outras - são apenas estorvos que, infelizmente, acompanham as vantagens domésticas e internacionais resultantes de ser um presidente democraticamente eleito. A accountability (responsabilidade) dessas instituições é vista como um mero impedimento da plena autoridade que foi delegada ao presidente (O'DONNELL, 1997).





No apêndice de seu livro, Dahl exhibe variáveis para sete dos oito requisitos listados acima, com privilégios de autoridade pública e categoria sendo descartados para cada variável. Essas categorias são baseadas em conceitos e não em indicadores. No caso de O'Donnell, não existe essa abordagem. Ainda sobre as diferenças de ambos os autores, Robert Dahl (2005) contribuiu ao classificar algumas nações como democracias ou quase-democracias:]



Tabela 1.1. Classificação de Dahl, baseada no ano de 1969

<p><i>Democracia plenamente inclusiva</i></p> <ol style="list-style-type: none"><li>35. Austrália</li><li>36. Áustria</li><li>37. Bélgica</li><li>38. Canadá</li><li>39. Costa Rica</li><li>40. Dinamarca</li><li>41. Filipinas</li><li>42. Finlândia</li><li>43. França</li><li>44. Holanda</li><li>45. Índia</li><li>46. Irlanda</li><li>47. Islândia</li><li>48. Israel</li><li>49. Itália</li><li>50. Jamaica</li><li>51. Japão</li></ol>
<ol style="list-style-type: none"><li>36. Líbano</li><li>37. Luxemburgo</li><li>38. Noruega</li><li>39. Nova Zelândia</li><li>40. Reino Unido</li><li>41. República Federal da Alemanha</li><li>42. Suécia</li><li>43. Trindade e Tobago</li><li>44. Uruguai</li></ol>
<p><i>Casos especiais</i></p> <ol style="list-style-type: none"><li>33. Chile</li><li>34. Estados Unidos</li><li>35. Suíça</li></ol>



*Quase-Democracia*

13. Chipre
14. Colômbia
15. Malásia
16. República Dominicana
17. Turquia
18. Venezuela

Fonte: Elaboração própria baseada em Dahl (2005)

No caso específico da Venezuela, o autor a classifica como uma quase-democracia, tendo como referência dados coletados no ano de 1969. Por mais que não seja uma democracia plena, o fato de Dahl ter a colocado como uma quase-democracia significa que já havia uma percepção de indicadores de uma evolução democrática. Assim, coube a verificação da evolução histórica da Venezuela a fim de constatar se atualmente esse país alcançou um padrão esperado de democracia.

## **2 HISTÓRICO DA VENEZUELA**

O precursor da independência hispano-americana foi Francisco de Miranda, um oficial de Caracas. Sob a forte influência de ideais liberais, serviu no Exército Real Espanhol e participou da Guerra da Independência dos EUA. Após a guerra, viveu por vários anos nos Estados Unidos. Ele era amigo de Thomas Jefferson e, segundo algumas fontes, teria sido iniciado na Maçonaria por George Washington. No final do século XVIII, Miranda passou por vários tribunais europeus, buscando apoio para a independência americana.

Miranda ainda participou das batalhas da Revolução Francesa entre 1791 e 1792 e conheceu pessoalmente Napoleão Bonaparte, que diria dele: "Este homem carrega a chama sagrada em sua alma". Em 1797, fundou em Londres, com escritórios em Madri, Cádiz e Paris, um grupo chamado Logia Gran Reunión Americana, seguindo o modelo maçônico, a fim de preparar a luta pela independência da América espanhola.



Simon Bolívar, Bernardo O'Higgins e Jose de San Martin participaram desta loja, que se tornará a líder dos movimentos de independência americanos. Grande Colômbia Francisco de Miranda concebeu a criação de um grande império latino-americano, que consistirá no sul dos Estados Unidos na Argentina e terá o nome de Columbia em homenagem a Cristóvão Colombo. Finalmente, em 1806, deixando os Estados Unidos e contando com o apoio britânico, ele desembarcou em Corot, o porto da Venezuela, pronto para colocar seus planos em prática.

Nesse episódio, vale lembrar que a bandeira da Venezuela moderna era o padrão dos revolucionários. No entanto, naquele momento, a elite crioula da Venezuela não queria independência e não recebeu apoio estrangeiro para o caso Miranda, porque temia uma simples mudança de metrópole, da Espanha para a Inglaterra.

Assim, o líder revolucionário não conseguiu apoio e foi forçado a fugir dez dias após o desembarque. Em 1808, quando Napoleão Bonaparte aprisionou o rei espanhol Fernando VII e nomeou seu irmão José Bonaparte o rei da Espanha, a elite crioula venezuelana previu a possibilidade de formar um cabildo aberto em Caracas, ou seja, um cabildo de corrida livre de criollos.

## **2.1 Bolivarianismo**

A revolução bolivariana pode ser definida como o processo político iniciado após Hugo Chávez assumir a presidência da República em fevereiro de 1999. Foi um período crítico para entender a direção adotada pela Venezuela no início do século XXI, quando se tornou possível construir um novo projeto estatal nacional com base em dois pontos: uma nova abordagem à figura de Simon Bolívar; e o papel de Chávez em orientar as mudanças estruturais pelas quais o país passou, que atingiram sua estrutura social e lançaram as bases para um novo conceito de representatividade e participação política.



Na era de Chávez (1999-2013), a Venezuela teve um papel decisivo na distribuição de poder nos níveis regional e internacional, vivendo com um sistema político polarizado. Nos quatorze anos de sua presidência, Chávez se tornou o representante físico do regime, já que sua liderança era necessária em momentos cruciais, especialmente quando sua constância no cargo era questionada. Não se pode negligenciar o fato de que sua imagem foi distribuída como a única capaz de apoiar o processo revolucionário, o que, em termos concretos, significou a continuação do trabalho iniciado por Simon Bolívar no século XIX.

Assim, a sociedade venezuelana foi transformada em várias esferas durante a Revolução Bolivariana, o que foi demonstrado pela reforma do sistema político na Constituição de 1999. Em termos econômicos, o estado retomou a produção de petróleo, a principal fonte de recursos, que possibilitou investir no setor manufatureiro e na política social. Além disso, novas relações entre o Estado e a sociedade foram construídas com a expansão dos canais de participação na vida política por meio de vários mecanismos de consulta pública. Tais mudanças foram possíveis graças à liderança de Chávez (político carismático), somada ao momento econômico do aumento dos preços do petróleo no mercado internacional. Por outro lado, a estratégia de confronto com a antiga oligarquia tornou a Venezuela uma nação polarizada política e socialmente, o que a torna propensa a confrontos, que se manifesta nas tentativas da oposição de remover Chávez.

## **2.2 Chávez e Maduro**

Hugo Chávez atuou como Presidente da Venezuela por 14 anos, foi eleito por três mandatos consecutivos e governou o país com base em vários ideais de governos anteriores, mas o petróleo ainda era o principal produto de exportação venezuelano. É importante notar que Chávez tem um perfil presidencial diferente dos seus antecessores, já que era soldado bolivariano, socialista e anti-imperialista.



Durante os anos em que Chávez foi presidente, ele compartilhou opiniões veementemente, já que suas decisões políticas eram frequentemente consideradas autoritárias, extremistas, nacionalistas e populistas. Apesar de Chávez ser o presidente, havia grupos de oposição na própria população venezuelana. Isso pode ser visto na tentativa de golpe que ele sobreviveu em 2002, quando a crise na Venezuela era política. Ele tentou neutralizar as ações dessa oposição, silenciando parte da imprensa e perseguindo pessoas em desafio ao seu governo.

O ex-presidente venezuelano apoiou a economia do país e as exportações de petróleo sem diversificar setores de exportação significativos. E, portanto, enquanto os preços do barril de petróleo estavam subindo, a Venezuela conseguiu obter grandes lucros com a exportação deste produto.

Mas o que o governo chavista se tornou tão popular e impopular ao mesmo tempo? A resposta a essa pergunta está nas medidas importantes que Chávez tomou em seu governo. Durante sua presidência, ele nacionalizou setores estratégicos (reservas de petróleo, telecomunicações, eletricidade etc.), o que é muito importante para a Venezuela. No entanto, ele se opôs e baniu o investimento internacional no país. Além disso, sua posição de aproximação com Cuba com Fidel Castro e sua saída dos Estados Unidos não foram bem recebidas por uma parte significativa da comunidade internacional.

Por outro lado, Chávez era popular principalmente em projetos desenvolvidos no campo da saúde e educação. E sua imagem para os venezuelanos que o defendiam estava fora do presidente, muitos o consideravam um membro da família ou um ícone.

Em meados de 2011, Chávez anunciou na televisão que estava com câncer, que precisava passar por várias operações e, portanto, precisava estar ausente do governo. Nicholas Maduro, o então ministro das Relações Exteriores, que se tornará



seu vice de Chávez no próximo ano, começou a ganhar popularidade, sendo repetidamente o representante oficial do governo.

Em 2012, foram realizadas novas eleições para selecionar o futuro presidente do país. O principal oponente de Chávez seria o então governador de Miranda Enrique Capriles. Essas foram as eleições mais controversas da era Chávez, em conexão com o início da crise econômica que surgiu no país. Apesar disso, os venezuelanos escolheram Hugo Chávez para continuar seus poderes por mais 6 anos.

No entanto, dois meses após seu quarto mandato consecutivo, Chávez morre, portanto, novas eleições devem ser realizadas. Maduro é selecionado como candidato a seguir o legado chavista, enquanto Capriles é novamente um candidato da oposição. As eleições são novamente muito controversas, mas o Maduro é escolhido por uma pequena margem.

### **3 AVALIAÇÃO SOBRE DEMOCRACIA NA VENEZUELA**

O objetivo deste trabalho é avaliar a situação da democracia na Venezuela, e para isso os critérios estabelecidos por Dahl (2005) são de muita relevância. Para esse fim, parâmetros definidos por O'Donnell após a publicação original do trabalho de Dahl também serão utilizados.

Essa avaliação é importante porque, com a ascensão de Hugo Chávez ao poder em 1999, interna e externamente, houve muitas críticas ao nível da democracia no país. Em uma perspectiva minimalista sobre o conceito de Democracia, pode-se dizer que existe democracia na Venezuela. No entanto, isso não significa concordar expressamente com essa visão, mas reconhecer que a definição minimalista deve ser usada para avaliar a ciência política sobre se o regime de um país em particular é democrático ou não.

A avaliação da qualidade da democracia na Venezuela, que também é relevante, não está no escopo deste trabalho, nem se concentra em determinar o



impacto do estilo de liderança populista de Chávez ou Maduro. A definição, em que a avaliação de que Chávez, teve um estilo de liderança populista se baseia no populismo latino-americano clássico de Ianni (1991). Os pontos em comum entre essa definição e o caso Chavista são o personalismo, a postura anti- sistema e de desenvolvimento do país, o nacionalismo e a base do apoio nas camadas mais baixas. Uma característica ausente é a busca de reconciliação entre classes (Botelho, 2006). A única tentativa é responder à questão de se o regime do país na era chavista permanece democrático ou não.

A hipótese de trabalho é que, apesar dos problemas, não há elementos suficientes para confirmar que o regime venezuelano não é mais democrático. Portanto, aqueles que defendem o oposto geralmente têm uma posição cujo apoio é ideológico e não empírico.

### **3.1 História recente**

Entre 1959, quando o primeiro governo em seu atual período democrático tomou posse, e 1993, a Venezuela foi administrada por dois partidos: AD (Ação Democrática), social- democrata e COPEI (Comitê de Organização Política Eleitoral Independente), social-cristão. O sistema partidário do país foi bipartidário desde o início dos anos 1970, situação apenas atenuada pela existência de uma terceira força, o MAS (Movimento ao Socialismo), que conseguiu manter a representação parlamentar ao longo do período dominado por AD e COPEI.

No início dos anos 80, no entanto, a Venezuela enfrentou sérias dificuldades econômicas devido à queda dos preços do petróleo, que vinha crescendo na última década e à dívida externa que declinara durante a euforia. Caballero (2003) vê o episódio de desvalorização de 1983, conhecido como Sexta-Feira Negra, como um sinal do esgotamento do modelo econômico baseado apenas na renda do





petróleo. Sob a influência da situação econômica, o sistema bipartidário já mostrava os primeiros sinais de crise nos anos 80.

Em 1989, o aumento da tarifa de transporte público, causado pelo aumento do preço da gasolina, como parte de um pacote de reformas neoliberais, anunciado pelo então presidente Carlos Andrés Pérez (AD), levou à explosão de uma revolta popular conhecida como Caracaço, deixando um equilíbrio de 270 mortos, segundo a contagem oficial. Em 1992, houve duas tentativas de golpe contra o mesmo Carlos Andrés Pérez, um dos quais liderado pelo tenente- coronel Hugo Chávez. No ano seguinte, o presidente foi demitido por corrupção.

Na literatura, como por exemplo Hellinger (2003) e Caballero (2003), há uma coincidência de que o governo Carlos Andrés Pérez marcou o fim de um modelo político definido por Rey (1972) como um sistema de reconciliação populista baseado na distribuição dos benefícios da renda do petróleo com base no patrocínio.

Para Maingon (2004), o processo que levou ao fim do bipartidarismo pode ser dividido em três crises ao mesmo tempo: o da representação baseada em partidos tradicionais; a do Estado diante das dificuldades econômicas e do declínio da renda do petróleo, o que dificultava a capacidade das forças dominantes de manter suas redes de distribuição de energia orientadas para o cliente; e a legitimidade do regime democrático que prevaleceu no país como resultado dos outros dois. Também existem fatores externos que influenciaram as partes em todo o mundo.

### **3.2 As Eleições desde 1993**

Uma combinação de crise econômica e política, portanto, contribuiu para a insatisfação do domínio exercido por AD e COPEI e o resultante fim do bipartidarismo na Venezuela. Em 1993, pela primeira vez desde 1958, o presidente eleito não era nenhum dos dois lados. O então vencedor, Rafael Caldera, no entanto, foi um líder histórico da COPEI e presidente do partido de 1969 a 1973. Ele foi



eleito pela recém-criada Convergência para um segundo mandato. No parlamento, AD e COPEI ainda tinham 46% dos votos para a Câmara Baixa e permaneciam com 108 dos 203 assentos, enquanto a legenda de Caldera conquistou 26 assentos e precisava de alianças para o governo.

Com o referido fim do ciclo de bipartidarismo na Venezuela, os representantes de cada um dos dois partidos tiveram que dar cada vez mais espaço ao parlamento. Nas eleições de 1998, o AD ainda era o partido com mais votos (24,1%) e cadeiras (61). De fato, ganhou seis posições a mais do que na disputa anterior. O COPEI, por outro lado, caiu de 53 para 26 assentos, diminuindo o número total de votos das duas forças tradicionais (36,1%) em relação a 1993. O que também beneficiou AD e COPEI foi a mudança na data das eleições gerais, adiantadas para que não coincidisse com a eleição presidencial em que Chávez já era o favorito.

Chávez confirmou a previsão e foi eleito presidente em 1998. Pouco antes da disputa, ele também fundou seu partido, o MVR (Movimento Quinta República). A legenda de Chávez se saiu melhor do que a Convergência em 1993, conquistando 19,9% dos votos e 35 cadeiras, mas ele não conquistou a maioria nem mesmo em alianças.

No entanto, essa situação de falta de maioria para o governo durou pouco, pois a assembleia constituinte presidencial, aprovada em referendo, conquistou 94% das cadeiras para o chavismo, vencendo as eleições parlamentares de 2000 por seis anos. Seu partido conquistou 44,38% dos votos e 95 dos 165 assentos na Assembleia Nacional, que se tornou a única Câmara do Parlamento. AD e COPEI, por outro lado, diminuíram sua participação para 21,21%, com 33 cadeiras do primeiro (pouco mais da metade) e seis no segundo (menos de um quarto dos 26 assentos da legislatura anterior).



Desde então, houve outra disputa pela Assembleia Nacional, mas as forças da oposição contra Chávez se retiraram alegando falta de isenção do CNE (Conselho Nacional Eleitoral). O chavismo assumiu um total de 167 cadeiras, 114 para o MVR.

### **3.3 Critérios de Democracia Venezuelana**

A classificação realizada nesse trabalho segue a ordem dos critérios e variáveis de Dahl (2005) até atingir O'Donnell, sendo que os itens um, dois e oito foram avaliados em separado, enquanto os demais itens foram avaliados conjuntamente.

#### **V. liberdade de formar e participar de organizações**

A descrição de cada uma delas mostra que, a que melhor se adequa à Venezuela é a número um, segundo o qual grupos autônomos podem entrar livremente na política e resistir ao governo. No entanto, grupos autônomos podem se organizar livremente na política, mas só são capazes de resistir ao governo de forma limitada.

A votação na Venezuela foi seguida por observadores internacionais e declarada oportuna. No referendo de 2007 sobre reforma constitucional, a posição chavista foi realmente derrotada. Na disputa legislativa de 2005, a avaliação dos observadores foi mais difícil, mas não indicou fraude, e enfatizou a necessidade da CNE recuperar a confiança da população e dos atores políticos (BOTELHO, 2008).

A capacidade de articulação da oposição seria prejudicada se a proposta de reforma constitucional, que permitiria a reeleição ilimitada como presidente, tivesse sido aprovada em um referendo, o que em tese permitiria que Chávez ficasse indefinidamente no poder. Na Venezuela os grupos de interesse são claramente articulados como grupos associativos. Não há elementos que possam confirmar que as associações de cada país não articulem ou articulem só um pouco seus interesses. De fato, dois grupos associativos, CTV (Confederação dos Trabalhadores



Venezuelanos) e Fedecámaras, de empresários, se manifestaram por meses antes do golpe de 2002 contra Chávez e a subsequente greve geral de cerca de dois meses para pedir a saída do presidente (BOTELHO, 2008).

Algo a ser criticado foi a política do governo de operar no setor empresarial e promover a formação de entidades legais para criar concorrência com aqueles que se opõem a ele. No entanto, isso não significa que os grupos associativos não possam articular seus interesses (BOTELHO, 2008).

## **VI. liberdade de expressão**

Os itens 2 e 6 podem ser agrupados numa mesma análise. Nesses itens também estão inseridos a liberdade de imprensa, um ponto que casou muitas críticas ao regime chavista. No entanto, a medida tomada em 2007 para não renovar a licença de televisão RCTV, mesmo que apoiasse o golpe de 2002, fornece um argumento factual para as críticas e configura a perda da liberdade de imprensa (BOTELHO, 2008).

Até esse momento, podia-se dizer que a Venezuela tinha plena liberdade de imprensa, o que, por exemplo, permitiu que Chávez fosse chamado de macaco, e que as estações de televisão foram capazes de estimular e até articular um golpe contra ele (BOTELHO, 2008). A categoria que talvez melhor se ajuste à situação do país poderia ser a de uma “liberdade intermitente”, quando a imprensa nacional sofre censuras ocasionais ou seletivamente (BOTELHO, 2008).

Depois de apoiar o golpe na mídia televisiva, o presidente já havia mudado a lei que rege o desempenho da imprensa e impunha penalidades mais estritas a ações como as que contribuíam para sua derrubada temporária. Fundamentalmente, temia-se que Chávez punisse qualquer forma de trabalho jornalístico, mas isso não aconteceu. A mídia o ajudou a não dar esse passo, porque desistiu da linha mais radical (BOTELHO, 2008).



Algumas pessoas, como o proprietário da rede Venevisión, Gustavo Cisneros, preferiram não ser tão críticos e tentaram tirar vantagem do governo chavista. Outro problema para a imprensa foi a agressão e ameaças de partidários do presidente contra veículos que atuavam como oposição ativa. No entanto, essa é uma consequência difícil de evitar, se optar por deixar o jornalismo e se tornar politicamente militante em um ambiente de confronto (BOTELHO, 2008).

11. direito de voto
12. elegibilidade para cargos públicos
13. direito de que líderes políticos disputem apoio
14. fontes alternativas de informação
15. eleições livres e idôneas

Esses 5 itens podem ser avaliados dentro de uma mesma visão. Segundo Botelho (2008) a democracia na era chavista poderia se encaixar no sistema competitivo único, segundo o qual não há proibição partidária ou proibição apenas por partidos extremistas ou não constitucionais. De fato, não há limites para a competição partidária, mas a ocupação da Assembleia Nacional por uma única força ultrapassou 85% com a criação do PSUV (Partido Socialista Unificado da Venezuela). Nas eleições gerais de 2005, nas quais a oposição não participou porque alegou que a CNE não era imparcial, o MVR conquistou 114 dos 167 assentos na Assembleia Nacional, representando 68,3% do total. Após a criação do PSUV para criar a base de apoio ao chavismo, a concentração de cadeiras atingiu 89,2%. A Venezuela deve, portanto, ser classificada como um sistema parcialmente competitivo (BOTELHO, 2008).

Existe o direito dos líderes políticos de disputar apoio e também não há razão para acreditar que os partidos na Venezuela não possam articular seus interesses. Se algumas forças políticas, como em 2005, não participam mais das eleições, a



articulação de seus interesses esteve obviamente prejudicada, mas essa postura foi uma opção dos próprios partidos da oposição e não foi apoiada por outro fator externo comprovado (BOTELHO, 2008).

No entanto, é difícil integrar perfeitamente a democracia da era chavista dentro de certas descrições, pois possui muitas características próprias. Além das características baseadas políticas baseadas no nome de cada indivíduo, o sistema também é pluripartidário, onde existe um governo de coalizão (BOTELHO, 2008).

No entanto, algumas nuances são necessárias. A melhor definição para o que se tornou o sistema partidário da Venezuela é o pluralismo polarizado, uma vez que existiam vários partidos divididos em dois polos devido ao grau de polarização, os chavistas e os antichavistas. Outro problema é que o governo de coalizão de Chávez foi fraco porque ele atribuiu pouco valor às partes envolvidas e tentou reuni-las no PSUV (BOTELHO, 2008).

A categoria conhecida como “um partido e meio” também se aproxima do panorama venezuelano, pois é definida pela existência de uma oposição significativa, mas incapaz de conquistar a maioria. Por exemplo, na última eleição presidencial vencida por Chávez, o principal candidato da oposição obteve 36,9% dos votos, mas perdeu novamente (BOTELHO, 2008).

Percebe-se que pontuação da Venezuela é boa em quase todos os parâmetros democráticos. As exceções são os 2 primeiros itens avaliados.

### **III. instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e outras expressões de preferência**

Finalmente, o oitavo e último requisito. A situação venezuelana é constitucional, ou seja, o governo é dirigido com referência às normas constitucionais reconhecidas. Alguns argumentam que o regime chavista é autoritário ou mesmo totalitário, mas para isso seria necessário que houvesse



restrição constitucional efetiva ou que poderes não constitucionais fossem usados com absoluta regularidade, descrições que não se aplicam ao caso da Venezuela (BOTELHO, 2008).

Já sobre a retirada da oposição da realização das últimas eleições parlamentares de Chávez e a resultante falta de forças de oposição na Assembleia Nacional, podem ser atribuídas às características do regime e também a uma parte substancial da sociedade venezuelana, não representada no parlamento. Por esse motivo, a classificação mais apropriada seria a de aglutinação limitada de interesses (BOTELHO, 2008).

Um item a ser avaliado é a distribuição horizontal de poder. Aqui há problemas para a Venezuela. A definição mais apropriada para sua situação é uma distribuição limitada, segundo a qual dois braços do governo não possuem autonomia funcional real, uma espécie de autonomia funcional limitada (BOTELHO, 2008). Essa é a última parte que corresponde ao caso venezuelano, uma vez que os poderes legislativo e judicial têm autonomia funcional limitada em relação ao executivo.

No Judiciário, 33,3% dos juízes ainda estavam sem estabilidade nos últimos meses de 2006, tinham dificuldade em tomar decisões autônomas diante da pressão do executivo ou por meio de manifestações populares. Outro problema para a independência do judiciário foi o aumento do número de juízes no tribunal principal do país, o TSJ (Supremo Tribunal de Justiça), de 20 para 32. Os 12 novos membros foram nomeados por maioria que o governo Chávez no Assembleia Nacional da legislatura anterior (BOTELHO, 2008).

E, para terminar com os requisitos de Dahl (2005), falta abordar o estado atual do Legislativo. A classificação adequada é que esse poder é parcialmente eficaz e tende a ser dominado pelo executivo, sendo parcialmente restrito em sua função, uma vez que Legislativo, sem oposição, ainda que dentro das regras



democráticas, é dominada pelo executivo, que tende a restringir a ação parlamentar. O saldo do oitavo requisito é o pior de todos os sete.

A partir de agora, a avaliação será menos objetiva se forem utilizados os parâmetros estabelecidos por O'Donnell (1997), uma vez que este autor utiliza uma metodologia diferente da de Dahl e não define variáveis para todos os aspectos. Um ponto que ele destaca é a *accountability* horizontal. Isso é inicialmente problemático na Venezuela porque o Legislativo e o Judiciário têm autonomia limitada em relação ao Executivo. Assim, a capacidade de inspeção dos dois primeiros poderes contra o último fica comprometida. Por outro lado, desde a constituição de 1999, foram criadas instituições que estão unidas no Poder Cidadão para aumentar a capacidade do Estado e se fiscalizar. De qualquer forma, a falta de autonomia frente ao Executivo prevalece. Isso se reflete na voz e responsabilidade dos indicadores de governança do Banco Mundial, nos quais a Venezuela caiu de 53,4% em 1998, no último ano do presidente anterior, para 29,3% em 2006 (BOTELHO, 2008).

O'Donnell (1997) também enfatiza a necessidade de usar efetivamente a democracia para aplicar leis, direitos e obrigações igualmente. Este é um ponto mais subjetivo e, portanto, difícil de avaliar, mas é possível fazer algumas considerações.

Os programas sociais projetados para fornecer serviços básicos, como saúde e educação, para os necessitados, foram uma característica do governo Chávez e promovem a conscientização nesta classe de que receberam mais atenção. Também se pode argumentar que grupos privilegiados, ao longo do bipartidarismo, perderam suas vantagens desde a ascensão chavista. No entanto, alguns deles recuperaram suas forças depois de se convencerem de que seria melhor aliar-se ao presidente e tentar tirar vantagem disso. Outro problema é que a persistência na área de oposição pode levar a retaliação, por exemplo, contra funcionários e empresários que fazem negócios com o Estado (BOTELHO, 2008).





Com tudo isso em mente, permanece a impressão de que a desigualdade é hoje geralmente menor por lei, principalmente devido a medidas do governo para expandir direitos. Ao mesmo tempo, no entanto, a Venezuela passou de 29% em 1998 para 5,7% em 2006 no item império da lei dos indicadores de governança do Banco Mundial (BOTELHO, 2008). Esse aspecto não é exatamente o mesmo que a mesma validade das leis, mas se a lei geralmente tem menos valor, tende a ser ainda menor para os mais pobres. Como as duas avaliações se contradizem, a possível conclusão é que a situação vista no governo Chávez foi a mesma herdada em relação ao critério de igual validade da lei (BOTELHO, 2008).

Outro problema que O'Donnell (1997) aborda é o tratamento nos órgãos públicos. Para ele, o tratamento baseado na condição socioeconômica da pessoa cuidada é um sutil indicador de problemas com o bom funcionamento do Estado de Direito e, como resultado, da democracia. Novamente, é difícil avaliar esse ponto, mas isso pode ser discutido na linha acima. Uma política de extensão de direitos tende a reduzir a desigualdade à medida que mais pessoas têm acesso a serviços básicos.

O'Donnell (1997) ainda está preocupado com os direitos humanos. Segundo Provea (Programa Venezuelano de Educação-Ação em Direitos Humanos), a situação em relação às violações da integridade pessoal piorou, mas melhorou em relação às violações da liberdade pessoal em comparação entre o ano anterior do governo anterior e o último período do governo Chávez para os números estão disponíveis (BOTELHO, 2008). Quanto ao primeiro ponto, o relatório, de outubro de 1997 a setembro de 1998, continha 229 reclamações, em comparação com 201, no relatório de outubro de 2005 a setembro de 2006, mas o número de vítimas aumentou de 442 para 1.478. As denúncias em ambos os períodos incluem casos de tortura e tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes por parte das agências de segurança do estado. Em caso de violação da liberdade pessoal 12.594 detenções arbitrárias no relatório 1997/1998, em comparação com 1.928 no relatório mais recente de seu governo. Existem três tipos de prisões arbitrárias que Provea



considerou: manifestações pacíficas, prisões em massa por policiais ou revistas e ações pontuais (BOTELHO, 2008).

Uma acusação levantada, principalmente pela oposição, foi que o regime chavista patrocinou prisões políticas. Nesse caso, é difícil fazer um julgamento preciso porque, quando é identificado um possível exagero, as pessoas que a oposição afirma serem prisioneiras políticas, acabam por ter pelo menos alguma conexão com criminosos ou fatos suspeitos, como no golpe de 2002, a destruição precoce da embaixada cubana e o financiamento do governo de George W. Bush para atividades políticas (BOTELHO, 2008). Portanto, para uma avaliação mais confiável, é mais apropriado considerar apenas os dados das violações usados anteriormente e levar em conta que as perspectivas democráticas venezuelanas se deterioraram em alguns indicadores e melhoraram em outros, em perspectivas não muito distantes do governo anterior (BOTELHO, 2008).

## CONCLUSÃO

Este trabalho tentou sistematizar a avaliação de se a Venezuela ainda possui um regime democrático, um debate que se tornou comum na ciência, na política, na mídia e nas ruas desde a ascensão de Chávez e a posse de Maduro, mas geralmente com argumentos mais ideológicos. Para tanto, foram utilizados critérios e variáveis, definidos por dois autores, cujos trabalhos se tornaram famosos ao analisar as condições para a democracia de maneira objetiva.

No entanto, os esforços realizados aqui não são definitivos ou isentos de subjetividade, pois baseiam-se em variáveis definidas por categorias qualitativas ou mesmo sem categorias precisas, como no caso de O'Donnell (1997). Apesar disso, é



uma avaliação mais objetiva do que subjetiva. Isso ocorre porque se baseia em critérios claros que foram adotados por outros autores. Trata-se de um desenvolvimento qualitativo em termos de análises puramente impressionistas ou ideológicas.

Dos oito critérios apresentados por Dahl (2005), o regime chavista tem o melhor desempenho em **1) liberdade para formar e participar de organizações**. Por outro lado, tem os piores desempenhos em: **2) liberdade de expressão, 3) direito de voto, 5) direito de que líderes políticos disputem apoio e 6) fontes alternativas de informação**. Em **7) eleições livres e idôneas**, o país tem desempenho positivo e há problemas em **8) instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e outras expressões de preferência**. Apesar das críticas populares sobre sua forma de governo que a Venezuela apresenta,

o próprio Robert Dahl (2005), ao classificar as nações em democracias plenas, não exclui esse país de um formato democrática, apenas o posicionando como uma quase democracia. Apesar dessa nação ser posicionada dessa forma, percebeu-se pelos critérios acima descritos que a Venezuela não pode ser desconsiderada uma democracia atualmente, mesmo com a atual situação de crise econômica, os pilares da classificação de Dahl permanecem e apresentaram desenvolvimento de 1969 até os dias atuais.

Os problemas ainda identificados com os critérios de Dahl se concentram mais na liberdade de imprensa, embora a restrição até agora tenha sido apenas temporária, na concentração de quase 90% das cadeiras no PSUV e na separação de poderes.

Os parâmetros de O'Donnell têm problemas de *accountability* horizontal. No que diz respeito à igualdade perante a lei e ao respeito pelos direitos humanos, os possíveis esboços que precisam ser traçados em relação ao governo anterior são de



continuidade. Foi encontrada uma melhora na igualdade de tratamento nas instituições públicas. Portanto, os problemas identificados continuam a se relacionar com a separação de poderes.

Em conjunto, embora a situação da democracia na Venezuela na era chavista apresenta problemas para Dahl e O'Donnell, em 5 dos 8 critérios do primeiro autor, nenhum deles alcança nota máxima, ou seja, não suscitam problemas suficiente para configurar um tipo de mudança de regime ou o fim da democracia. Conclui-se que a Venezuela continua sendo um país democrático, nem semidemocrático, nem autoritário.

## REFERÊNCIA

AVRITZER, L. **A participação social no Nordeste**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2007.

ÁLVAREZ, A. E. (2003), **La reforma del Estado antes y después de Chávez**. In Ellner, Steve y Hellinger, Daniel (orgs.). La política venezolana en la época de Chávez. Clases, polarización y conflicto. Ca racas, Nueva Sociedad.

ALVAREZ, I.; ROSANGEL, M. **¿La Fuerza Armada Nacional de Venezuela: de actor social a actor político?**. XXV International Congress of the Latin American Studies Association, CD ROM, 2004.

BOBBIO, N. **Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra**. Tradução e notas Márcio Puglesi, Esdon Bini, Carlos E. Rodrigues – São Paulo: Ícone, 1995.

BOTELHO, J. C. A. **A instabilidade democrática na América Latina do século XXI: os casos da Argentina e da Venezuela**. Projeto História, 2006.

BOTELHO, J. C. A. **A democracia na Venezuela da era chavista**. Unesp Marília: Aurora, ano II, Nº 2, junho de 2008.

CABALLERO, M.. **Las crisis de la Venezuela contemporánea (1903-1992)**. Caracas, Alfadil Ediciones, 2003.



CARMONA, P. E. *Mi testimonio ante la historia*. Caracas, Actum.

DAHL, R. A. **Polyarchy: participation and opposition**. New Haven: Yale University Press, 2004.

DAHL, R. A. **Poliarquia**. São Paulo: Edusp, 2005.

ELLNER, S.; HELLINGER, D. **La política venezolana en la época de Chávez. Clases, polarización y conflicto**. Caracas: Nueva Sociedad, 2003.

IANNI, O. **A formação do estado populista na América Latina**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

LA FUENTE, S.; MEZA, A. **El acertijo de abril. Relato periodístico de la breve caída de Hugo Chávez**. Caracas: Debat, 2004.

LANDER, E. **Neoliberalismo, sociedad civil y democracia**. Ensayos sobre América Latina y Venezuela. Caracas: Universidad Central de Venezuela y Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 2000.

LANDER, L. E. **Poder y petróleo en Venezuela**. Caracas: Universidad Central de Venezuela y PDVSA, 2003.

MADISON, J. *The Writings of James Madison*. The Journal of the Constitutional Convention vol. 3, 1787. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/madison-the-writings-vol-3-1787>. Acesso em 20/03/2020.

MANIN, Bernard. **The Principles of Representative Government**. Cambridge University Press, 28 de fev. de 1997.

MAYA, M. L.; LANDER, L. E. **Novedades y continuidades de la protesta popular en Venezuela**. XXV International Congress of the Latin American Studies Association, CD ROM, 2004.

MAINGON, Thais. **Síntomas de la crisis y de la deslegitimación del sistema de partidos en Venezuela**. XXV International Congress of the Latin American Studies Association, CD ROM, 2004.

MARINGONI, G. **A Venezuela que se inventa. Poder, petróleo e intriga nos tempos de Chávez**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.



MARQUES, D. **Democracia e ciências sociais no Brasil (1985-2005)**. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília, 2007.

MCCOY, J. L.; MYERS, D. J. **The unraveling of representative democracy in Venezuela**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2004.

MÉNDEZ, J. E., O'DONNELL, G.; PINHEIRO, P. S. **Democracia, violência e injustiça. O Não-Estado de Direito na América Latina**. São Paulo, Paz e Terra, 2000.

MIGUEL, L. F. **A Democracia domesticada: as bases antidemocráticas do pensamento de- mocrático contemporâneo**. Rio de Janeiro: DADOS – Revista de Ciência Sociais, Vol 45, nº 3, 2002.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Brasília: Editora Univer- sidade de Brasília, 1981.

MOLINA, V.; JOSÉ, E. **The presidential and parliamentary elections of the bolivarian re- volution in Venezuela: change and continuity (1998-2000)**. Bulletin of Latin American Re- search, vol. 21, nº 2, 2002.

MOMMER, Bernard. **Petróleo subversivo**. apud ELLNER, S.; HELLINGER, D. La política venezolana en la época de Chávez. Clases, polarización y conflicto. Caracas, Nueva Sociedad, 2003.

O'DONNELL, Guillermo. **Contrapuntos**. Buenos Aires: Paidós, 1997.

O'DONNELL, Guillermo. **Poliarquias e a (in) efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial**. apud MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, G.; Pinheiro, P. S. Democracia, violência e injustiça. O Não-Estado de Direito na América Latina. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

REY, J. C. El sistema de partidos venezolano. Politeia, nº 1, 1972.

ROBERTS, K. Polarización social y resurgimiento del populismo en Venezuela. ELLNER, S.; HELLINGER, D. La política venezolana en la época de Chávez. Clases, polarización y con- flicto. Caracas, Nueva Sociedad, 2003.

SCHUMPETER, J. Capitalismo, Socialismo e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.



UCHOA, Pablo. Venezuela: a encruzilhada de Hugo Chávez. São Paulo: Globo, 2003.

VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, Imprenta Nacional, 2000.

YOUNGERS, C. The US and Latin American after 9-11 and Iraq. Foreign Policy in Focus, junho, 2003.